جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـامعـــــة كـربـــــلاء / كلية القانون

فَلسَفة انقِضاء الحِقوق وعودتِها في القانون المدني

((دراسة مقارنة))

أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء وهي جزء من مُتطلبات نَيل درجة الدِكتوراه في القانون الخاص

كُتبت بواسطة الطالب : طالب عبد سلمان حسين العلي

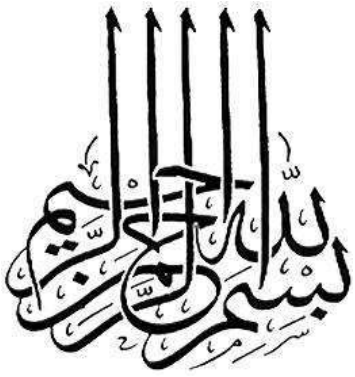
إشـــــراف : الأسـتاذ الدكتورة

اشواق عبد الرسول

استاذة القانون الخاص

1446 هـ

2025 م



﴿كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنْتُمْ أَمْوَاتًا فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ

ثُمَّ يُحْيِيكُمْ ثُمَّ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة الآية ﴿28﴾

م/ اقرار المقوم اللغوي

اشهد اني اطلعت على اطروحة الدكتوراه في القانون الخاص وقرأتها، والموسومة **(فلسفة انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني- دراسة مقارنة)**، المقدمة من قبل الطالب **(طالب عبد سلمان حسين العلي)**، الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة من الناحية اللغوية، والتعبيرية، والاسلوبية، بعد ان اخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الاطروحة مع التقدير.

التوقيع:

الاسم والمرتبة العلمية: أ. م . د. علياء نصرت حسين

الاختصاص العام: اللغة العربية

مكان العمل: جامعة كربلاء - كلية التربية للعلوم الانسانية

التاريخ: 7/2/2025

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقـــرار المشرف

أشهد بأن اطروحة الدكتوراه بـــ (**فلسفة انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني - دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالب (**طالب عبد سلمان**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ، مع التقدير .

التوقيع :

الأسم : أ. د. اشواق عبد الرسول عبد الامير

الاختصاص : القانون المدني

كلية القانون – جامعة كربلاء

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرارلجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ(فلسفة انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني "دراسة مقارنة")، و ناقشنا الطالب (طالب عبد سلمان) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبتقدير (جيد جداً).

التوقيع:

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع:

الاسم: أ.د. شروق عباس فاضل

(عضواً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع:

الاسم: أ.د.عادل شمران حميد

(عضواً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع :

الاسم: أ.م.د عبد الله عبد الامير طه

(عضواً)

التاريخ: / / 2025

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ : / / 2025

التوقيع :

الاسم : أ.د اشواق عبد الرسول

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2025

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرارلجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. احمد شاكر سلمان

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2025

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الإهـــــــداء

إلى من أناروا الدنيا بنورهم ائِمتي وسادتي في الدنيا والآخرة

فاطمة وأبيها وبعلها وبنيها (عليهم السلام).

إلى كُل قطرة دم سالت فداء لهذا الوطن شهداء الأرض والعرض والمقدسات

شهدائنا الأبرار.

إلى الذي علمني أن الإنسان يكبر بالحب والعلم، وأن الارادة تقهر بالصعاب

والدي العزيز.

إلى من صارعت الزمن والالام، فكانت مثالاً للتضحية والوفاء والعطف والحنان

والدتي أطال الله في عمرها وأعاننا على حسن برها .

الى اصحاب السيرة العطرة والفكر المستنير أساتذتي في جامعة كربلاء كلية القانون

جزاهم الله عني خير الجزاء

شكر وعرفان

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

((.. رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَدۡخِلۡنِي بِرَحۡمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ)) . سورة النمل، الآية [19]. احمد الله واسجد له شكرا على ما هدانا اليه وانعم علينا به من نعم لو حاولنا عدها لما احصيناها واصلي واسلم على اشرف المرسلين نبينا محمد صلوات ربي وتسليماته عليه وعلى اله وجمعين .....وبعد: لا يسعني في هذا المقام بعد ان أتممت اطروحتي المتواضعة هذه الا ان اعترف بالفضل وحسن الصنيع لإستاذتي الفاضله الدكتورة (اشواق عبد الرسول عبد الامير) التي قبلت مشكورة الاشراف على هذه الاطروحة فلولا جهودها لما خرجت هذه الدراسة الى النور، فالتعذرني استاذتي الجليلة ان لم اجد لها الكلمات التي توفي حقها فعلى الرغم من كثرة مفردات اللغة وتنوعها الا انها لا تستطيع التعبير عما يجول بخاطري من شكر وعرفان وامتنان لما بذلته من جهد في التوجيه والتقويم لهذه الدراسة، إذ انارت لي الطريق فسرت على هدى توجيهاتها حتى خرج هذا العمل بهذه الصورة، ليس هذا فحسب بل ان ما استفته من جنابها يتجاوز خير هذه الدراسة بكثير فقد لمست فيها تواضعها وغزارة علمها وحسن لقائها، فكانت مثالا لصاحب العلم المتواضع والحريص على الامانة العلمية جزاها الله عني وعن طلاب العلم خير جزاء واساله سبحانه ان يمن عليها دائما وابدا بالعافية والتوفيق.

كما اتوجه بالشكر والثناء إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عادل شمران حميد الشمريّ، الذي اردفني بهذا العنوان الذي كان ومازال وسيبقى استاذي ومعلمي ومثالي الاعلى في الحياة العلمية فجزاه الله عني خير جزاء، ويطيب لي كذلك ان اتقدم بشكري الى السادة رئيس لجنة المناقشة واعضائها الكرام، ايمانا بجهدهم العلمي المتميز في قراءة الأطروحة وتقيمها واغنائها بالملاحظات العلمية والموضوعية القيمة وتصحيح ثغراتها بما يعزز من رصانتها الاكاديمية.

واجد لزاما على ان اتقدم بشكري العميق وخالص تقديري لعمادة كلية القانون ولأساتذتي الاجلاء الذين تلقيت على ايديهم العلم في مرحلة البكالوريوس والماجستير والدكتوراه، ولما اولوني من تعاون وعون وتوجيه ومساعدات علمية اخص منهم الذكر (أ.د حيدر حسين الشمري و أ. د علي شاكر عبد القادر البدري، أ. د حسن علي كاظم وأ.د عبد الله عبد الامير و أ. د عادل شمران حميد الشمري .و ا. م. د عباس سمير . ..)). اسال الله ان يوفقهم ويسدد خطاهم في خدمة القانون، كما لا يسعني إلا أن اتقدم بخالص شكري وامتناني للقضاة الذين ساعدوني في كتابة هذه الاطروحة من خلال تزويدي ببعض القرارات غير منشورة لمحكمة التمييز الاتحادية فجزاهم الله عني خير الجزاء. كذلك الشكر موصول، لموظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء، ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة، ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد، ومكتبة كلية القانون جامعة بابل، ومكتبة المعهد القضائي، ومكتبة معهد العلمين للدراسات العليا، ومكتبة العتبة الحسينية والعباسية والعلوية على المساعدة والتعاون الكبيرين في توفير المصادر التي يحتاجها موضوع البحث .

الملخص

من المعلوم إن من المسلمات في القانون المدني والتي نص عليها المشرع واتفق عليها الفقه والقضاء، بحيث اصبحت قاعدة عامة لا يمكن إنكارها على الأطلاق وهي أن الحق أو الالتزام إذا ما تقرر انقضائه بتوافر سببهُ فانه ينقضي بصورة نهائية لا عودته له بعد ذلك، فتنتهي حقوق والتزامات اطراف العلاقة ومن ثم يصل الحال بهم الى ما كانوا عليه قبل التعاقد، بحيث ان تعاقدهم هذا يعدّ كان لم يكن قد حصل ابتداء بينهم، إلا أن فلسفة المشرع في بعض الأحيان تتجه خلاف ذلك، حيث انه يقرر في بعض الحالات العودة لذات الحق أو الالتزام الذي انقضى سابقا، بحيث تعود العلاقة القانونية إلى ما كان عليه الوضع قبل حصول واقعة الانقضاء، فتعود حقوق والتزامات طرفي هذه العلاقة. وفي هذا الإطار ظهرت الكثر من التساؤلات الرئيسة والتي حاول الباحث الإجابة عنها في متن البحث وثناياه، ومن أهمها هو بيان ذاتية هذا المصطلح؛ لأن الوقوف على ذلك يحدد أبعاده، فقد تبين لنا أن العودة للحقوق والالتزامات هي ذات وضع قانوني متميز يعيد بموجبه اطراف العلاقة القانونية إلى وضع معين عند توافر اسباب وقيود هذه العودة... ومن ثم فان لهذه العودة قيود او بالأحرى شروط معينة عند تحققها تعاد العلاقة من جديد، كما إن هذه العودة محدد في نطاق معين تدور في فلكه، فيجب أن يعود الحق أو الالتزام بذات الاشخاص والموضوع، فيجب أن يعود الحق بمحلة دون زيادة ودون أن تودي هذه العودة الى دخول عنصر اجنبي فيها، وبخلاف ذلك لا نكون امام عودة لحق معين أو التزام وإنما قد نكون أمام وضع قانوني أخر.

هذا ومن الجدير بالذكر أن الحق قد تستدعي الحاجة إلى عودته ولكن هذه الأخيرة قد اصطدمت بعائق يتعذر معه العودة كالتنازل مثلا فضلا إلى ذلك أن الحق قد يعود بالمصدر الذي انشا بموجبه للوهلة الاولى وقد ينشا بمصدر أخر حسب طبيعة الحق أو الالتزام هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن لانقضاء الحقوق وعودتها أساس قانوني سواء أكان ذلك بالنسبة للانقضاء أم للعودة، كما إن هناك تكامل وتفاضل بين قواعد إصول الفقه والانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني إلى الحد الذي عدّ بعض الفقه أن هذه القواعد تعد أساسا شرعيا لهما، وتترتب على العودة للحقوق والالتزامات آثار قانونية سوء أكان ذلك بالنسبة لأشخاص هذه العلاقة من دائن ومدين وخلفهما العام والخاص وقد تتعدى هذه الاثار الى الغير لاسيما إذا كان هذا الاخير حسن النية، فالحق يعود ولكن يجب أن لا توثر هذه الآثار على الحقوق المكتسبة من قبل هذا الغير خلال مدة انقضاء الحق وعودته أو قد تكون هذه العودة تتعلق بموضوع هذه العودة، إذ يجب أن يعود الحق بمحله بضماناته ودفوعه وأوصافه وتأميناته عينية كانت أم شخصية، وهذه العودة يتم إثباتها بطرق الاثبات كافة وحسب طبيعة الالتزام، كما إن المسؤولية قد تنشا عند الاخلال بهذه العودة وقد تختلف طبيعة هذه المسؤولية حسب صفة الطرف الصادر منه الإخلال، فقد تكون مسؤولية عقدية أُو تقصيرية، ولانقضاء الحقوق وعودتها تطبيقات متعددة متناثرة على مختلف أبواب وفصول القانون المدني ومن هذا المنطلق ارتأينا أن نجمع هذه التطبيقات تحت جامع معين، يمكن من خلاله وضع نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بيان فلسفة المشرع بذلك.

قائمة المحتويات

الموضوعات	الصفحة	
	من	الى
المقدمة	2	9
الفصل الأول: مفهوم انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني	11	128
المبحث الأول: ماهية انقضاء الحقوق وعودتها	12	76
المطلب الأول: التعريف بانقضاء الحقوق وعودتها	13	44
الفرع الأول: تعريف انقضاء الحقوق وعودتها	14	30
الفرع الثاني: سمات انقضاء الحقوق وعودتها	30	44
المطلب الثاني: مبررات انقضاء الحقوق وعودتها وتمييزها عما يشتبه بها	44	76
الفرع الأول: مبررات انقضاء الحقوق وعودتها	44	64
الفرع الثاني: تمييز انقضاء الحقوق وعودتها عما يشتبه معها	64	76
المبحث الثاني: شروط ونطاق انقضاء الحقوق وعودتها	76	128
المطلب الأول: شروط انقضاء الحقوق وعودتها	77	104
الفرع الأول: الشروط العامة لانقضاء الحقوق وعودتها	78	93
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لانقضاء الحقوق وعودتها	93	104
المطلب الثاني: نطاق انقضاء الحقوق وعودتها	104	128

الفرع الأول: النطاق الشخصي لانقضاء الحقوق وعودتها	105	120
الفرع الثاني: النطاق الموضوعي لانقضاء الحقوق وعودتها	120	128
الفصل الثاني : التأصيل القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني	**130**	**240**
المبحث الأول: التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها وتحديد اساسها	**131**	**181**
المطلب الاول : التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها	131	157
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها	132	144
الفرع الثاني: التكييف القنوني لانقضاء الحقوق وعودتها	144	157
المطلب الثاني : الأساس القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها	157	181
الفرع الأول : الأساس القانوني لانقضاء الحقوق	158	167
الفرع الثاني : الأساس القانوني لعودة الحقوق	167	181
المبحث الثاني: المصادر القانونية والقواعد الفقهية لانقضاء الحقوق وعودتها وتحديد معوقتها	**181**	**240**
المطلب الأول: المصادر القانونية والقواعد الفقهية لانقضاء الحقوق وعودتها	182	216
الفرع الأول: مصادر انقضاء الحقوق وعودتها	182	203
الفرع الثاني: القواعد الفقهية ودورها في انقضاء الحقوق وعودتها	203	216
المطلب الثاني: معوقات عودة الحقوق بعد انقضائها	216	240
الفرع الأول: المعوقات الشخصية	217	230

الفرع الثاني: المعوقات الموضوعية	230	240
الفصل الثالث : أحكام انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني	242	401
المبحث الأول: آثار انقضاء الحقوق وعودتها وتحديد آلية اثباتها	243	325
المطلب الأول: الآثار المترتبة على انقضاء الحقوق وعودتها	244	285
الفرع الأول: الآثار الشخصية لانقضاء الحقوق وعودتها	245	266
الفرع الثاني: الآثار الموضوعية لانقضاء الحقوق وعودتها	266	285
المطلب الثاني : اثبات انقضاء الحقوق وعودتها	285	325
الفرع الأول : الادلة المادية لإثبات انقضاء الحقوق وعودتها	286	313
الفرع الثاني : الاثبات بالأدلة الاخرى	313	326
المبحث الثاني : المسؤولية الناشئة عن الأخلال بعودة الحقوق بعد انقضائها وتحديد تطبيقاتها	326	401
المطلب الأول: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بعودة الحقوق بعد انقضائها	327	360
الفرع الأول: المسؤولية العقدية	328	345
الفرع الثاني : المسؤولية التقصيرية	345	360
المطلب الثاني : تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني	360	401
الفرع الأول : التطبيقات القانونية	361	387
الفرع الثاني: التطبيقات الاخرى	387	401

الخاتمة	403	416
قائمة المصادر	418	460
Abstract	A	B

المقُدمة

المقدمة

الحمد الله الذي يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤتَ الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً، والصلاة والسلام على نبي الرحمة أبي القاسم محمد و على آله الطيبين الطاهرين ...نظرا للأهمية البالغة التي يتمتع بِها موضوع البحث والدراسة، اقتضى الأمر بنا إلى التطرق لهذا الموضوع للبدء بهِ بمقدمة سندرس فيها المحاور الآتية: **(التعريف بالبحث، أهمية البحث واسباب اختياره، إشكالية البحث، أسئلة البحث، أهداف البحث، منهجية البحث ونطاقة، وكذلك خطة البحث).**

أولاَ ـ التعريف بالبحث

يعد موضوع انقضاء الحقوق وعودتها من الموضوعات التي تنبسط في حقيقة الأمر على فروع القانون كافة، لاسيّما القانون المدني منها؛ كونها تؤدي إلى عودة وضع قانوني ما بعد انقضائه للوهلة الاولى، إذ إن الأفراد في الغالب الأعم يدخلون في الكثير من العلاقات القانونية بين بعضهم البعض، سواء أكانت هذه العلاقات على شكل تصرفات قانونية أم وقائع ومن ثم يصل الحال بهم عن طريقها إلى ترتيب آثار قانونية من حقوق والتزامات على بعضهم البعض، فهذه الاخيرة قد تنقضي وتعود وبحالات محددة في القانون المدني بناء على أسباب معينه حددها المشرع عن طريق النص عليها صراحة أو ضمنا من جهة، أو بناء على مسوغات قانونية فرضتها طبيعة العلاقة القانونية من جهة اخرى، فكما هو معلوم أنه من حيث الأصل أن الحقوق أو الالتزامات إذا انقضت فأنها تنقضي بصورة مؤبدة لا عودته لها، ولكن نلاحظ وبحق أن فلسفة المشرع في بعض الحالات تشير إلى امكانية إعادة الحق أو الالتزام بعد انقضائه، وتأكيدا على ذلك نقول أن الأصل في الأشياء محل الحق أو الحقوق بشكل عام يكون مصيرها حتما إلى الزوال أو بالاحرى الانقضاء، لكن هذه الحتمية تختلف باختلاف نوع الحق سواء أكان ذلك الحق شخصي أم حق عيني و أي حق آخر ، ونلاحظ أن القوانين المدنية قد اشارت إلى تطبيقات أو نصوص قانونية متناثرة هنا وهناك تتعلق بانقضاء الدين أو الحقوق بشكل عام من جهة وعودتها من جهة اخرى، ومن ثم فأن الالتزام أو الحق مهما كانت طبيعته ومصدره فانه

يكون مؤقتا وعليه فانه لابد من انقضائه، وهذا هو الأصل العام، إذ ينقضي الحق انقضاء نهائيا، وهذا ما يمكن أن نلتمسه عن طريق نصوص القانون المدني العامة منها والخاصة ، ولكن هناك في بعض الحالات قد ينقضي الحق ويعود مرة أخرى سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية أم الشخصية؛ وذلك لأسباب قد تكون متعلقة بانقضاء الحق أو عودته، وهذا يودي بدورة إلى ترتيب أثار قانونية مهمة تؤثر هذه الأخيرة سلبا وايجابا بحقوق أطراف العلاقة القانونية بعد العودة للحق أو الالتزام لاسيّما إذا كسب الأغيار بعض الحقوق سواء أكانت هذه الحقوق شخصية أم عينية خلال المدة ما بين انقضاء الحق و عودته، وما يصاحب ذلك من تعدد شخصي لأطراف العلاقة القانونية ومن ثمَّ يوثر ذلك على حقوق أطراف هذه العلاقة اشخاصا و موضوعا.

وعليه نجد أن المشرع قد ابتغى من ذلك وضع فلسفة معينة لعودة هذه الحقوق والالتزامات بعد انقضائها، وهذه الفلسفة تتطلب وضع نظرية عامة لها، ومن هذا المنطلق تبدأ دراستنا حول انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني عن طريق بيان مفهومها سواء أكان ذلك من ناحية الانقضاء أم العودة لها ومن حيثيات متعددة، منها التشريعية، والفقهية، فضلًا عن الناحية القضائية، وكذلك بيان السمات و المبررات التي دفعت المشرع إلى النص عليها أو الى تقريرها من قبل الفقه والقضاء، كما لابد من الأحاطة بهذا المصطلع وبيان أوجه الشبه والأختلاف بينه وبين مصطلحات قانونية أخرى تتداخل معه في بعض الأحيان، وكذلك بيان محدداته ونطاقه من الناحيتين الشخصية والموضوعية.

وهذا الأمر يستتبع بدوره بيان التاصيل القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها من طبيعة وتكيف وأساس قانوني يرتكز أو ينطلق منه، ناهيك عن تحديد آلية هذه العودة للحقوق أو الالتزامات بعد انقضائها وتحديد مصادرها التي يمكن أن تعود بها وما إذا كانت هي ذاتها التي أنشأت بها للوهله الأولى أم إنها تعود بمصدر آخر، بيد أنه قد تستدعي الحاجة إلى عودة الحق أو الالتزام إلا أن هذه العودة قد تصطدم بعارض أومعوق يمنع إعادة حقوق والتزامات أطراف العلاقه القانونية ومن ثم فلا بد من بيان نطاق هذه المعوقات أن صح التعبير، وإذا إنتهينا من ذلك فانه يتوجب علينا بيان أحكام إنقضاء الحقوق و عودتها، عن طريق القاء الضوء على أهم الأثار التي ترتبها العودة للحق أو الالتزام خلال المدة مابين انقضائه وعودته، ومن ثمَّ بيان آلية اثبات هذه العودة وتحديد المسؤولية التي تنشا عند الاخلال بها من قبل اطراف هذه العودة أو من قبل الأغيار، فضلا عن ذلك إن لانقضاء

الحقوق وعودتها في القانون المدني عدة تطبيقاتٍ متناثرة هنا وهناك بين أبواب القانون المدني، إذ نرى هذه العودة للحق او الالتزام تارًة في باب العقود وتارًة في باب الحقوق من دون النظر عن مصدر هذه العودة سواء كان نص القانون أو غيره، كل هذه المفردات وغيرها سنتناولها في طيَّات موضوع البحث والذي يمكن عن طريقها وضع نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

ثانيا ـ اهمية البحث واسباب اختياره

إن لدراسة انقضاء الحقوق و عودتها في القانون المدني يكسب أهمية بالغة على المستويين النظري والعملي، الأمر الذي سنوردهِ في النقاط الآتية :

1ـ المستوى النظري : نلاحظ عند التمعن في قراءة أغلب القوانين المدنية لاسيّما القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى محل المقارنة، نجدها أنها لمْ تخلُ في حقيقة الأمر من الإشارة إلى انقضاء الحقوق وعودتها في الكثير من الموضوعات القانونية المختلفة، وعلى أساس ذلك فإن لهذا النص أهمية كبيرة من حيث بيان الأثر وتقييده بموضوعات وأشخاص معينة بما ينسجم مع موضوع انقضاء الحق وعودته، إذ إن من شأن تفصيل وتاصيل انقضاء الحقوق وعودتها سواء أكان ذلك من حيث الأشخاص أم من حيث الموضوع، وبيان طبيعتهما من ناحية واسبابهما من ناحية اخرى اهمية كبيرة في بيان الاحكام وما يرتب على ذلك من آثار، فضلا عن ذلك فإن اهتمام الفقهاء والشراح به ضمن تطبيقات متناثرة هنا وهناك في أبواب القانون المدني، لذلك نرى أن المشرع المدني وكذلك الفقه قد اشار كل منهما الى انقضاء الحقوق وعودتها عن طريق عدة تطبيقات دون جمعها تحت جامع معين، زد على ذلك نجد قلة الدراسات القانونية التي تدرس أو تحمل عنوان انقضاء الحقوق وعودتها بشكل عام من جهة، كما أن هذا المصطلح لم يبينه فقهاء القانون وشراحه بشكل خاص، فلم نجد دراسة متخصصه بذلك من جهة اخرى، وان وجدت فهي نادرة تتعلق بحاله من حالات العودة للحق أو الالتزام بعد انقضائه بالاضافة إلى ذلك فان بيان فلسفة المشرع من تقرير العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني، لا سيمّا وأن هذا الوضع هو استثناء من الأصل؛ لأن الحق إذا إنقضى فانه ينقضي بصوره نهائية لاعودة له بعد ذلك، ومن ثمَّ فان المشرع قد اراد من النص على هذه العودة تحقيق

غاية معينه، فما هي هذه الغاية؟ ومن ثم بيان هذه الفلسفة يعد سببا قائما بنفسه لاختيار هذا الموضوع.

2ـ المستوى العملي : تتبلور أهمية موضوع البحث من الناحية العملية عن طريق الدور الذي يؤديه انقضاء الحق وعودته في عمل القضاء؛ لأن انقضاء الالتزام بأي سبب من الأسباب وعودة بأثر رجعي نتيجة لإنقطاع الصلة أو المصلحة في الانقضاء سوف يودي إلى إستقرار المعاملات المالية وكذلك يسَّهل عمل القضاء في سرعة حسم المنازعات المعروضة عليه، مثال ذلك ما نصت علية المادة(1349/ب) من القانون المدني العراقي إذ تنص هذه المادة على ينقضي الرهن الحيازي ((اذا اجتمع الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد ويعود الرهن أذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي)) فإذا إجتمع الرهن مع حق الملكية انقضى الرهن، ولكن لو زال سبب الإتحاد فلابد من عودة الرهن إلى الحالة التي كان عليها قبل الإنقضاء وإلا اضطربت المراكز القانونية واختلت الحقوق والالتزامات وكثرة المنازعات، كما أن العودة في اغلب حالاتها تعدّ ضمانة لأطراف العلاقه القانونية لأن الحق يعود بذاته بما يحمله من ضمانات وتامينات ودفوع ... ومن ثمَّ يمكن القول إن إنقضاء الحق وعودته أهمية كبيرة على المستوى النظري والعملي على حد سواء .

ثالثا ـ اشكالية البحث

تكمن اشكالية موضوع البحث بصورة رئيسة في عدم وجود تنظيم قانوني لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بعودة الحقوق بعد زوال سبب انقضائها، إذ أن المشرع العراقي لم يبين في القانون المدني هذا المصطلح بشكل واضح، فقد تم ذكره في الكثير من النصوص القانونية دون بيان لمعناه من جهة، أو وضع نظرية عامة لأنقضاء الحق وعودته في القانون المدني من جهة إخرى ، كذلك أنه في حالة إنقضاء الحق باي سبب كان وتم التصرف بالشيء تصرفا ماديا أو قانونيا فكيف يعود الحق أو الالتزام إلى ما كان عليه قبل انقضائه، أي العودة للحق أو الالتزام بما يفرضه على أطراف العلاقة القانونية من حقوق والتزامات، ناهيك عن حكم المدة بين انقضاء الحق وعودته وما تنتجه من حقوق والتزامات نشأت خلالها، اي خلال الفترة التي تسبق العودة للحق ، إذ أن المشرع لم يبين الحكم القانوني لها، فهل يعود الحق كما كان عليه قبل الانقضاء؟ أي أنه يعود بذات الموضوع و الأشخاص أم ماذا ؟ كذلك قد

تبرز إشكالية أخرى تتمحور فيما إذا ما عاد الحق بعد إنقضائه وحصل تعدد شخصي لأطراف العلاقة القانونية فما هو آثر ذلك على طبيعة الحق الذي تقرر إعادته خلال الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته؟ وهل أن هذه الفترة من حيث الآثر هي انقضاء للحق أم هي التزام طبيعي أم مانع من المطالبة ؟

رابعا ـ اسئلة البحث

يثير موضوع البحث حقيقة جملة من التساؤلات إذ أن ذكرها أمر لا يخلو من الأهمية منها :

1ـ ما مفهوم انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني ؟

2- ما الأساس الذي يرتكز عليه انقضاء الحق وعودته؟

3- ماهي الطبيعة القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها، هل هي مكنة أم حق لأطراف العلاقة القانونية أم ماذا؟

4- ما الشروط التي يجب توافرها لعودة الحق بعد انقضائه؟ وهل هي واحدة أم هي مختلفة؟

5- عند انقضاء الحق وعودته بعد ذلك فهل تكون العودة لهذا الحق بصورة دائمة أم بصورة موقته؟ وإذا عاد الحق فهل يعود لمرة واحدة أم لأكثر من مرة ؟

6- هل يعود الحق نفسه؟ وما الحكم القانوني لو عاد الحق أقل منفعة من الحالة التي كان عليها قبل الانقضاء ومن ثم بعد ذلك يكون لأطراف العلاقة القانونية دور إيجابي في ذلك؟

7- إذا ما عاد الحق إلى ما كان عليه، فهل هذه العودة تكون كاشفة أم منشئة لذلك الحق ؟

8- في حالة ما إذا تقرر العودة للحق فما هي الآلية التي يمكن بواسطتها العودة لهذا الحق ؟ فهل تثبت هذه العودة بمجرد إتفاق اطراف العلاقة القانونية، أم بحكم القانون أم بحكم القضاء أم إنها عودة آلية.

9- ما المعاير التي يعتمد عليها المشرع لحماية الغير إذا ما اكتسب هذا الغير حقا خلال فترة انقضاء الحق وعودته؟

10- هل يوجد هناك تكامل وتفاضل بين قواعد اصول الفقه والعودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني ؟

11- ماهي معوقات العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائه أي بعد توافر سبب عودتها في القانون المدني؟

12- ما الآثار القانونية التي تترتب على انقضاء الحقوق وعودتها؟ وهل تعود لذات الاطراف ام تتعداهم الى الاغيار؟

كل هذه الاسئلة وغيرها سنعمد الى الاجابة علها في متن البحث عن طريق ما نعرضه من موضوعات تباعا، والتي يمكن عن طريقها أن نوحد شتات هذا الموضوع من تطبيقاته المختلفة و وضعها في نظرية عامة تحكم الموضوع بشكل عام.

خامسا - اهداف البحث

من المعلوم أن لكل دارسة أو بحث أهدافا معينة، ومن ثمَّ فأن هناك جملة من الأهداف التي دفعت الباحث إلى اختيار موضوع البحث، وهذه الأهداف منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي من اهمها:

1ـ إن المشرع العراقي لم يضع تنظيمًا قانونيًا لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني على الرغم من أهميته، إذ وردت فيه نصوصا قانونية متفرقة عديدة لا يجمعها جامع معين إذ لم يبين المشرع حدود هذه العودة، لذا فان الغاية الاساسية التي نبغى للوصول اليها هي وضع نظرية لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

2- بيان دور الإرادة في إعادة العلاقه القانونية إلى سابق عهدها بعد زوال سبب انقضائها وتوفر سبب عودتها .

3- تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها.

4- بيان التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها، ودعوة الفقه والقضاء المدني الى توحيد رأيه بشأن ذلك.

سادسا - منهجية البحث ونطاقه

لغرض بيان مفردات موضوع بحثنا لابد لنا من الاعتماد على أسلوب المقارنة إذ اعتمدنا في بحث هذا الموضوع عن طريق الإشارة إلى موقف القانون المدني العراقي ، وكذلك موقف القوانين المدنية لا سيما تلك التي تكون منها محل المقارنة، ولما كانت منهجية الدراسة تتحدد بأسلوب المقارنة كان لابد لنا من الإشارة إلى موقف فقهاء القانون المدني العراقي بشكل أساسي من ناحية، والقوانين المدنية الأخرى لاسيما القانون المدني الفرنسي والمصري من ناحية أخرى، كما أنه لابد لنا من الإشارة إلى أحكام القضاء؛ لأن الأخير يكون الوجه العملي لانقضاء الحق وعودته إذ يمكن بواسطتهِ بيان مواطن الضعف والقوة في النص القانوني، كما أن اتباع المنهج المقارن في طيات موضوع البحث والدراسة لا يغني عن أتباع المنهج التحليلي، إذ اعتمدنا على المنهج الأخير في الدراسة المقارنة والذي لا يقتصر على عرض النصوص القانونية وأراء الفقه، بل يستلزم القيام بمناقشة هذه النصوص والآراء وترجيح ما هو أصوب، لاسيما ونحن أمام نصوص متفرقة بين أبواب القانون المدني؛ لذلك كان أتباع المنهج التحليلي الدعامة الأولى للشروع بالبحث وعن طريقها نضع نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

سابعا ـ خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث والإجابة عن الإشكالية التي نحاول معالجتها في متن البحث، إذ إن لملمة شتات الموضوع وتقصي أبعاده القانونية والفقهية على نحو عملي ودقيق، يتطلب منا معالجة الموضوع على وفق خطة علمية دقيقة تتناسب مع خصوصية موضوع البحث وطبيعةِ، عموماً فإن خطة البحث والدراسة ستقسم على ثلاثة فصول سنخصص **الفصل الاول** لدراسة مفهوم انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وذلك ضمن مبحثين نعرض في المبحث الاول من هذا الفصل ماهية انقضاء الحقوق وعودتها، اما المبحث الثاني فسنخصصه لدراسة شروط ونطاق انقضاء الحقوق وعودتها، اما **الفصل الثاني** فنكرسه لدراسة التاصيل القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وذلك ايضا ضمن مبحثين، سنخصص المبحث الأول منه الى التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودها وتحديد أساسها، أما المبحث الثاني فسنكرسه لدراسة آلية عودة الحقوق بعد انقضائه، أما **الفصل الثالث** فسنكرسه لدراسة أحكام انقضاء الحقوق وعودتها

فـي القـانون المـدني عـن طريـق تقسـيمه علـى مبحثـين سنخصـص الأول لدراسـة آثـار انقضـاء الحقـوق وعودتهـا وتحديـد آليـة إثباتهـا، أمـا المبحـث الثـاني فسنخصصـه لدراسـة المسـؤولية الناشئة عن الاخلال بانقضاء الحقوق وعودتها وتحديد تطبيقاتها.

الفصلُ الأول

مفهوم انقضاء الحُقوق وعودتِها في القانون المدني

الفصل الأول

مفهـــوم انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني

تمهيـد وتقسيم :-

مـن المعلـوم أن لكـل علـم ثوابـت ومنهـا علـم القـانون، إذ اسـتقرت فـي العلـم الأخيـر مجموعـة مـن مبـادئ عُليـا قـد أسـتند عليهـا جـلّ معطياتـه ومـن أهـم هـذه المعطيـات هـي المفـاهيم ولمّـا كانـت هـذه الاخيـرة تعـد الأسـاس فـي بنيـان أي بحـث أو نظريـة ؛ لـذا أقتضـى الأمـر بنـا إلـى تحديـد تلـك المفـاهيم حتـى نكـون بشـكل أو بـآخر علـى درايـة أو بينـة ونحـن نسـير فـي طيـات موضـوع البحـث والدراسـة، فتحديـد ماهيـة إنقضـاء الحقـوق وعودتهـا فـي القـانون المـدني، أي الوقـوف علـى ذاتيـة هـذا المصـطلح يمكننـا حتمـاً معرفـة الأفـراد الـذين ينطبـق علـيهم حكـم الـنص القـانوني، إذ إن بيـان مفهـوم إنقضـاء الحقـوق مـن جهـة وعودتهـا مـن جهـة أخـرى أمـر لايخـلُ مـن الأهميـة خصوصـاً ونحـن أمـام نصـوص قانونيـة متنـاثرة هنـا وهنـاك دون أن يجمعهـا جـامع معـين سـواء أكـان ذلـك فـي القـانون المـدني العراقـي أو القـوانين المدنيـة الأخرى لاسيما تلك التي تكون منها محل مقارنة.

فتحديـد هـذا المفهـوم بهـذه الكيفيـة يمكننـا مـن الإحاطـة بجزئياتـه، أي بيـان مـا يـدخل ضـمن نطاقـهُ، وهـذا يسـتتبع بـدوره مـن إلقـاء الضـوء علـى أهـم سـمات هـذا المصـطلح القـانوني، كمـا أن هنـاك العديـد مـن المبـررات التـي دفعـت المشـرع وكـذلك الفقـه القـانوني الـى تقريـر العـودة للحقـوق بعـد إنقضـائها هـذا مـن ناحيـة، ومـن ناحيـة أخـرى نجـد أن هـذا المصـطلح الأخيـر قـد يتشـابه مـع مصـطلحات قانونيـة أخـرى ومـن ثـم لا بـد مـن تمييـزهُ عمـا يشـتبه بـهِ مـن أوضـاع قانونيـة مشـابهة لـه، كـذلك أن هـذه العـودة للحقـوق والألتزامـات تكـون محكومـة بمجموعـة مـن الشـروط سـواء أكانـت هـذه الأخيـرة عامـة أو خاصـة، فـلا يمكـن القـول أن هنـاك عـودة للحقـوق دون تـوفر هـذه المحـددات علـى الـرغم مـن تبـاين واخـتلاف حـالات وتطبيقـات إنقضـاء الحقـوق وعودتهـا، كمـا أن للأخيـرة نطـاق يحـدد بموجبـه إطـاره القـانوني، سـواء أكـان ذلـك مـن الناحيـة الشخصـية، أي تحديـد أطـراف العلاقـة القانونيـة الـذين تقـرر لهـم العـودة للحـق بعـد إنقضـائه، أم مـن الناحيـة الموضـوعية، أي تحديـد موضـوع العـودة وفـي أي مجـال تثـور فـي نطـاق

المعاملات، وبالتالي فإن بيان هذه المفردات والأحاطة بها وتحديد أبعادها الفلسفية والقانونية يقطع دابر كل نزاع حول مفهومها بشكل عام وطبيعتها بشكل خاص، كما أن بيان ذلك له أهمية كبيرة في الوصول إلى أحكام أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ويتم ذلك في حقيقة الأمر عن طريق لملمة شتات حالات وتطبيقات موضوع البحث والدراسة المتناثرة في متن القانون المدني العراقي على مختلف أبوابه والقوانين محل المقارنة؛ للوصول إلى وضع نظرية عامة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وبغية تحقيق ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنُخصص المبحث الأول لدراسة ماهية إنقضاء الحقوق وعودتها، أما المبحث الثاني فسنكرسه لدراسة شروط ونطاق إنقضاء الحقوق وعودتها .

المبحث الأول

ماهية إنقضاء الحقوق وعودتها

في مستهل الحديث يمكن القول أنه من المُسَلم به في نطاق القانون أن لكل طرف من أطراف العلاقة القانونية الحق في إنقضاء الألتزام المترتب في ذمته وهذا هو الأصل الذي لاشك فيه، إذ أن من غير الممكن الإبقاء على تقييد حرية الأنسان للأبد وهذا هو الأمر الذي يتناغم مع أغلب الحقوق لا سيما الحقوق الشخصية، فهذهِ الأخيرة حقوق مؤقتة، كذلك الأمر بالنسبه للعودة لهذه الحقوق أو بالأحرى الالتزامات فهي حق لأحد اطراف العلاقة القانونية على حد تعبير البعض من الفقه؛ بإعتبار أن العودة لهذا الحق أو الألتزام ضمانة لأحد طرفي هذه العلاقة القانونية، وفي ضوء ذلك يحق لنا التساؤل عن ماهية أو ذاتية هذه العودة للحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني؟ في إطار الإجابة على التساؤل أعلاه يمكن القول إنه على حد أطلاعنا يعد موضوع إنقضاء الحقوق وعودتها موضوعاً حديثاً لم ينلُ للدراسة والتحليل بشكل متخصص من قبل الفقه القانوني، لذلك لايمكن لنا الإحاطة به إلا عن طريق بحثه من جميع جوانبه، فعلى الرغم من إيراد المشرع نصوصاً قانونية تدل على إنقضاء الحق وعودته بعد مدة أو فتره زمنية معينة، إلا إن الفقه القانوني قد أختلف في مدلولهما من جانب، وتوسع في أحكامهما من جانب أخر، ونتيجة لكل مما تقدم فإن الوقوف على ماهية إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يقتضي منا الأمر بيان تعريفهما من عدة نواحٍ، أي من ناحية الإنقضاء للحق، ومن ناحية العودة له، كذلك

أن الأمر يتطلب منا بيان أهم سمات إنقضاء الحقوق وعودتها، لأن هذه الأخيرة يمكن بواسطتها تحديد أهم المبررات التي دفعت المشرع إلى تقرير العودة للحقوق والألتزامات بعد إنقضائها. وعلاوة على ذلك فإن بحث هذه المفردات يقودنا إلى استخلاص أهم أوجه الشبه والإختلاف لهذا المصطلح عند تمييزهُ عما يشتبه معه من أوضاع قانونية، وحرصاً على تحقيق ذلك، أي بحث المفردات المذكوره أنفاً، يتطلبُ منا الأمر تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص المطلب الأول للتعريف بإنقضاء الحقوق وعودتها، أما المطلب الثاني فسنكرسه إلى دراسة مبررات إنقضاء الحقوق وعودتها وتمييزها عما يشتبه بها من أوضاع قانونية .

المطلب الأول

التعريف بإنقضاء الحقوق وعودتها

لا مناص من القول في أن معرفة حقيقة الشيء أو معرفة الشيء ذاتهُ هو كشف لهويتهِ من جهة، ومدخل إلى بيان معالمهِ وتحديد أبعادهِ من جهة أخرى، كذلك بيان خطوطهِ العريضة؛ لأن معرفة ذاتيته (حقيقته) يؤدي ذلك إلى بيان مضمونه وتحديد الإطار المفاهيمي له ، فالأخير يعد الدعامة الرئسية أو القاعدة التي ننطلق منها لبيان هويتهِ (المقصود بهِ) إذ إن من مقتضيات أي دراسة او بحث الإحاطة بهِ بشكل تفصيلي، و بطبيعة الحال أن تحديد معنى إنقضاء الحقوق وعودتها يعد من أهم الأمور التي لا بد من بيانها بدقة، لسبب معين ألا وهو الوقوف بشكل سليم على جزيئات هذا الموضوع واحكامة، ويتم ذلك حتماً من خلال التطبيقات التي أوردها المشرع والتي تحمل بطياتها أوضح المصاديق عن إنقضاء الحق وعودته في الوقت ذاته، وتأسيساً على ذلك فلن تتأتى معرفة الإجابة عن الأسئلة التي نحاول الإجابة عنها في متن البحث والدراسة سواء أكانت الرئيسة أم الفرعية منها، ما لم نقف بشكل أو بأخر على ماهية إنقضاء الحقوق من زاوية ، وعودتها من زاوية أخرى، الأمر الذي يتطلب منا الكشف عن تعريفهما، وهذا بطبيعة الحال يؤدي إلى القاء الضوء على أهم الخصائص أو السمات التي ينفرد بها أنقضاء الحقوق وعودتها، وإنطلاقاً مما سلف سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول منه لتعريف إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، أما الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة السمات التي يمتاز بها موضوع البحث.

الفرع الأول

تعريف إنقضاء الحقوق وعودتها

إن تعريف إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يقتضي الأمر منا بيان المقصود بإنقضاء الحقوق من جهة، وعودتها من جهة أخرى، إذ إن فكرة العودة للحق بعد إنقضائه تحمل في حقيقة الأمر مضموناً مزدوجاً، ومن هذا المنطلق لا بد من بيان الإنقضاء للحقوق كذلك الإمر بالنسبة للعودة، حتى يتسنى لنا الأمر من إعطاء تعريف جامع مانع لأنقضاء الحقوق وعودتها بعد دراسة مضمونها من نواحي عدة لا سيما من الناحية التشريعية، والفقهية، والقضائية، إذ نلاحظ أن العودة للحق بعد إنقضائه تعد من أهم المواضيع التي لاقت وجودها في متن القوانين المدنية، وكذلك في شروحات الفقه وأحكام القضاء، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرتين سنخصص الفقرة الأولى منه لبيان المعنى اللغوي لإنقضاء الحقوق وعودتها، أما الفقرة الثانية منه سوف نكرسها لبيان المعنى الإصطلاحي لها وكما هو مبين أدناه :

أولاً:- التعريف اللغوي

مع إختلاف الشكل والعناصر يجمع كل الكُتاب أن بيان المعنى اللغوي للمصطلحات القانونية ولا سيما تلك التي تكون حديثة منها، يؤدي من دون شك إلى وضع مدلول دقيق لها من ناحية ، ويكون عوناً لوضع تعريف إصطلاحي للمصطلح القانوني من ناحية أخرى ؛ وذلك لأن المعاني الأصطلاحية تكون دائماً في ظل المعنى اللغوي إذ أن إنقضاء الحقوق وعودتها شأنها شأن أي مصطلح قانوني آخر لها معاني عديدة في اللغة العربية بحسب الموضوع الذي تتناولهُ، سواء أكان ذلك من جهة الأنقضاء لهذه الحقوق أو لعودتها؛ ولذلك يجب علينا إبراز أهم معانيهما لغوياً، ليكون عوناً لنا عند وضع تعريف إصطلاحي لهما، وقبل الشروع في بيان ذلك لا بد من الإشارة إلى أن اللغويين لمْ يختلفوا في المعنى اللغوي لها وإن اختلفت أساليبهم في بيانهما، إذ إن أغلبها تصب في معنى واحد، وسنذكر من أقوالهم بما يتلائم مع مقام البحث والدراسة وكما يأتي :

1- معنى الإنقضاء في اللغة:- أن معنى الإِنْقِضاءُ في اللغة هو ((ذَهابُ الشَّيْءِ وانْتِهاؤُهُ، وقد يُقالُ: انْقَضَى العُمْرُ، يَنْقَضِي، انْقِضاءً، أيْ: ذَهَبَ وانْتَهى. ويأْتي بِمعنى: التَّمام والكَمال، كَقَوْلِك انْقَضَى العامُ، إذا تَمَّ وكَمُلَ. ومِن مَعانِيه أيضاً: الفَناءُ والإِنْقِطاعُ والإِنْفِصالُ

الـمُحَدَّدِ لِلشَّـيْء))[1]. وقـد يـاتي الانقضـاء بمعـانٍ أخـرى متعـددة إذ أن ذكرهـا فـي هـذا المجـال أمـر لايخلـو مـن الأهميـة منهـا الأداء ، كمـا نقـول قضـيت دينـي، وكمـا جـاء فـي قـول الله تعـالى فـي محكـم كتابـه العزيـز ((فـإذا قضـيتم مناسـككم))[2]. وقـد يـاتي بمعنـى الأعـلام[3]. وكـذلك يـأتي بمعنـى الفـرع والأتمـام [4]. كـذلك قـد يـراد بـه ((لُـوغُ النهايـة فـي كُـل شَـيْء لـه نهايـة ؛ لأنّ كُـلَّ حـادِثٍ لا بُـدَّ لـه مِـن نِهايَـةٍ، ويَتَعَلَّـقُ الإنْقِضـاءُ بالأَحْكـامِ الـمُؤَقَتَةِ بِوَقْـتٍ مُعَيَّنٍ، فإنّهـا تَنْتَهـي بِانْتِهـاءِ وقْتِهـا الـخاصِّ)) [5]. ويعـرف كـذلك بأنـه كلمـة مسـتخرجة مـن فعـل قضـى، فيقـال مـثلاً قضـى الغـريم دينـه، أي أداه اليـه، وأستقضـاه أي طلـب منـه أن يقضـيه وتقاضـاه الـدين الـذي قبضـه منـه [6]. وهـذا المعنـى الأخيـر هـو الـذي يهمنـا فـي مجـال بحثنـا لأنـه أكثـر المعـاني إنسـجاماً وموضـوع بحثنا، إذ أنه يحمل معنى الأداء أو الوفاء .

2- **معنـى الحقـوق فـي اللغـة :-** الحقـوق فـي اللغـة هـي مصـدر الفعـل حـق وهـو مفردهـا وتـأتي بمعنـى الوجـوب والعـدل والثبـات والأسـلام والقـرآن والمـوت والصـدق ويـأتي مفردهـا نقـيض الباطـل ولهـا معـانٍ متعـددة ، فيقـال حقـك ان تفعـل كـذا وان تنهـى عـن كـذا وهـو مـأخوذ مـن الحـق الثابـت والحـق هـو الأمـر الـذي لا يمكـن إنكـاره فهـو موجـود لوجـود الحـق ذاتـه [7]. فـالحقوق

([1]) د .أبـي فضـل جمـال الـدين بـن مكـرم بـن منظـور، لسـان العـرب ، طبعهالثالثـة ، الجـزء الثـاني، مجلـد العاشر، باب القاف، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1990، ص 128.

([2]) سورة البقرة، الاية (200)

([3]) كمـا جـاء فـي قولـه تعـالى فـي سـورة الاسـراء الايـة (4) ((وقضـينا الـى بنـي اسـرائيل فـي الكتـاب)) اي اعلمناهم اعلاما قاطعا .

([4]) كقولـه تعـالى فـي سـورة سـبأ الايـة (14) ((فلمـا قضـينا عليـه المـوت مـادلهم علـى موتـه الا دابـة الارض)) . اي اتممنـا عليـه المـوت والقاضـية المـوت وقضـى نحبـه مـات وقضـى وطـره : اتممـه، وبلغـه، وقضى عليه وقتله.

([5]).محمد مرتضـى ابـن محمد الحسـيني الزبيـدي، تـاج العـروس مـن جـواهر القـاموس، حققـه الـدكتور عبـد المـنعم خليـل ابـراهيم والاسـتاذ كـريم سـيد محمد محمـود الطبعـة الاولـى ، الجـزء الاول ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، لبنان ، 1971، ص 292 .

([6]) احمـد بـن محمد بـن علـي الفيـومي، المصـباح المنيـر، حققـه الاسـتاذ يوسـف الشـيخ محمد، الطبعـة الثانيـة، كتـاب القاف، مادة (ق ض ى)، بيروت، لبنان، 1997، ص 262.

([7]) أحمـد بـن فـارس ابـن زكريـا، معجـم مقـاييس اللغـة، تحقيـق عبـد السـلام محمد هـارون، مـادة (حـق) دار الفـك العربـي ، بـلا مكـان طبـع 1979، ص 395. انظـر كـذلك محمد بـن أبـي بكـر الـرازي، مختـار الصـحاح، مـادة (حقـق)، الطبعـة الاولـى ، دار الكتـاب العربـي، بيـروت، 1979م، ص 512. انظـر كـذلك ، أحمـد بـن محمد الفيـومي، المصـباح المنيـر فـي غريـب الشـرح الكبيـر للرافعـي، الطبعـة الاولـى، مـادة (الحـق) دار الكتـب العلمية، بيروت، 1978م، ص 802 .

ما يقرها القانون للأشخاص سواء أكان حكم القانون بتكليف مالي او غير مالي أو سلطة [1] .وتأسيساً على ذلك فالحقوق هي كل ما يقره القانون لشخص معين ويمكنه بواسطة ذلك من أستعماله وأستغلاله والأستئثار به في الوقت نفسه.

3- **معنى العودة في اللغة :** إن معنى العودة في الأصطلاح اللغوي يأتي بمعاني عديدة البعض منا ينسجم مع فكرة موضوع البحث والدراسة والبعض الآخر يشذ عنها؛ لذلك سنُركز على المعنى الذي يهمنا، ومن هذا المنطلق فأن العودة تعرف لغوياً بأنها اسم مصدر لعاد جمع عَود، فهي عود على بدء أي البدء من جديد بعد الإنتهاه، أي الرجوع إلى البداية[2]. وقد جاء في معجم الغني أن معنى العودة هي إعادة الشيء إلى مجراه الطبيعي، أي إقامته: ارجاعه إلى حالته الأولى اي لا يقدم على شيء ألا بعد إعادة النظر به، أي مراجعته والأمعان فيه [3].

وقد تأتي بمعنى قريب من المعنى المذكور انفا إذ إن هناك رأي يذهب إلى إن العودة لغة هي عودة الأشياء: أي رجوع الأشياء إلى أصلها بعد ما كان منصرفاً عنها أي إعادتها كما كانت[4]. فالمعنى الأخير يدلُّ صراحة على أن العودة تعني من الناحية اللغوية هي رجوع الأشياء إلى ما كانت عليها بعد أن تم التصرف فيها وهذا المعنى يتلائم مع طبيعة أو خصوصية موضوع بحثنا ألا وهو العودة للحقوق بعد انقضائها .

يتضح مما تقدم أنه لا يمكن إعطاء معنى لمصطلح الانقضاء أم الحقوق أم العودة دون إضافة أي مجردة من الإضافة لكون هذه المفردات عامة تحملُ أكثر من معنى ولا يمكن إدراكها إلا بتخصيصها وهذا ما سنُسلط عليه الضوء بعد بيان المعنى الإصطلاحي لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وهذا ما سنبينه ضمن الفقرة الثانية من هذا الفرع.

([1]) د .أبي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب ، طبعه3، الجزء السابع ، باب الحاء ، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1990، ص 49 ومابعدها .

([2]) د. احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، عالم الكتب للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2008، ص 195 وما بعدها.

([3]) عبد الغني ابو العزم، معجم الغني، الطبعة الثالثة، مجلد 3، دار الكتب العلمية، بلا مكان طبع، 2013، ص 216.

([4]) اسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة العربية، حققه محمد حسين ال ياسين، الطبعة الاولى، الجزء الاول، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1994، ص 216.

ثانيا- التعريف الاصطلاحي

في واقع الأمر يعد موضوع إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني من الموضوعات المهمة التي لاقت وجودها في متن النصوص القانونية ، وفي شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء، ومع ذلك يجدر التركيز على أن مصطلح (إنقضاء الحقوق وعودتها) مصطلحاً مركباً، وتأسيساً على هذه الخاصية لهذا المصطلح فلا بد من تفكيكه قدر الأمكان وذلك لسبب معين ألا وهو إعطاء تعريف يتلاءم وخصوصية موضوع البحث مع التركيز على صفة العودة إلى هذا الحق، ولغرض بيان ذلك يتوجب علينا تعريف إنقضاء الحقوق وعودتها من الناحية التشريعية، وكذلك الفقهية والقضائية على حد سواء، وذلك ضمن فقرات متعددة .

1- التعريف التشريعي

إن القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى لا سيما تلك التي تكون منها محل المقارنة تتضمن الكثير من الحالات التي تحمل بشكل أو بأخر إنقضاء الحق من جهة، وعودته من جهة أخرى في الوقت ذاته، سواء ما جاء منها عن طريق نص صريح أم بنصوص يستشف منها حالة الإنقضاء للحق ومن ثم العودة اليه بين أطراف العلاقة القانونية، وعلى الرغم من من ذلك لم يرد المشرع على حد أطلاعنا تعريف سواء أكان ذلك لإنقضاء الحق أو لعودته.

إذ أن من حيث الأصل إن المشرعين في أغلب أقسام القانون لا سيما القوانين المدنية لا يهتمون كل الأهتمام بمسألة وضع تعريف معين لمصطلح قانوني معين إلا عند الحاجة او الضرورة إذ إن تعريف انقضاء الحقوق وعودتها جاء بالاتجاه ذاته، إذ تأكد لنا عن طريق إستقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة أن المشَّرع لم يورد تعريفاً صريحاً لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، بل جاء هذا الموضوع على شكل تطبيقات قانونية متناثرة في مواد قانونية تكون بطبيعتها مختلفة الموضوع والمضمون معاً، فدور المشرع هو التأسيس للقواعد القانونية، فالأخير أكتفى بإيراد بعض النصوص القانونية التي لا تكاد أن تخلو منها العودة للحق بعد إنقضائه في

القانون المدني، إذ إن إيراد هذه القواعد تعد من وظيفة المشرع [1]. ولا يمكن في الغالب الأعم الوقوف على مضمونه إلا من خلال تحليل هذه النصوص وبيان أثرها القانوني، وبناءاً على ذلك فأن تعريف إنقضاء الحقوق وعودتها في القوانين وكما بينا سابقاً في عدم وجود تعريف لعبارة الإنقضاء على الرغم من إيراد المشرع لهذا المصطلح فصولاً بل أكثر من ذلك إذ أن المشرع العراقي قد خصص الباب الخامس لدراسة أنقضاء الالتزام هذا من جهة [2].

كذلك الأمر بالنسبة إلى العودة فان المشرع لم يرد لها تعريف من جهة أخرى؛ وذلك لغايات وأسباب سنلقي الضوء عليها لاحقاً، حيث أن دور المشرع قد أقتصر بشأن فكرة إنقضاء الحق وعودته حقيقة على أمرين، الأمر الأول كما بينا سابقاً هو إيراد التطبيقات القانونية لإنقضاء الحق وعودته في نصوص قانونية مختلفة الشكل والمضمون دون أن يجمعها جامع معين، الأمر الثاني إنه لم يقرر العوذة إلى الحق أو للالتزام بصورة شموله إذ أنه في الغالب الأعم يذكر العودة للحق بعد إنقضائه في ذات النص القانوني وبمناسبة ما يتضمنه من موضوع.

ومن النصوص القانونية التي تحمل في لفظها أو فحواها مصطلح إنقضاء الحق أو الألتزام وعودته دون بيان لمعناه، هو نص المادة (1283) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق أذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق ويعود أذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق)) [3].

واذا أمعنا النظر إلى نص المادة أعلاه يتبين لنا بوضوح أن المشرع العراقي قد أشار صراحة إلى إنقضاء الحق (حق الأرتفاق)، عند حصول التغير في وضع الأشياء

([1]) جواد كاظم حسين، المصالح المعتبرة للاستثناء في النص الإجرائي، رسالة ماجستير، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين،2019، ص 12.

([2]) خصص المشرع العراقي الباب الخامس من القانون المدني لدراسة - انقضاء الالتزام - ومن خلال هذا الباب تناول الاسباب التي تؤدي الى انقضاء الالتزام وخصص المشرع العراقي لدراسة هذه الاسباب النصوص (375- 443) وحدد بموجبها اسباب او طرق انقضاء الالتزام وهي على ثلاثة انواع فاما ان ينقضي الالتزام بالوفاء، او بما يعادل الوفاء، او دون ان يوفي به.

([3]) المادة (1283) من قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل والنافذ وتقابلها بالمعنى ذاته نص المادة (1317) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976، ولامقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري رقم (48) لسنة 1948، والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (1031) من القانون المدني الليبي رقم (74) لسنة 1970 النافذ .

بحيث إنه لا يمكن مع هذا التغير الأستفادة من هذا الحق العقاري، كما أشار الى عودته أي عودة هذا الحق بحيث يصلح معه الأستعمال والأستغلال دون أن يعطِ تعريفاً لمضمون هذا الإنقضاء أو العودة له. وتقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (1028) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1ـ ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها أستعمال هذا الحق . 2ـ ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق إلا أن يكون قد أنتهى بعدم الأستعمال)) [1]. أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فقد نص صراحة على ذلك عن طريق نص المادة (703) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تسقط الارتفاقات عندما تصبح الأشياء بحالة لا يمكن معها أستعمالها)) [2] . إذ أشارت هذه المادة صراحة إلى إنقضاء حق الأرتفاق وتلتها مباشرة نص المادة (704) من القانون ذاته والتي هي الأخرى أشارت صراحة إلى العودة لهذا الحق إذ نصت هذه المادة على أنه ((تتجدد الأرتفاقات إذا أعيد ترتيب الأشياء بشكل يسمح بأستعمالها ما لم تكن أنقضت فترة من الزمن كافية لأفتراض سقوط حق الإرتفاق)).

يتضح لنا من هذه النصوص أن المشرع العراقي من جهة، والقوانين المدنية محل المقارنة من جهة أخرى قد تطرقت إلى مصطلح إنقضاء الحقوق بغض النظر عن طبيعة هذا الحقوق أو مصدرها دون أن تعطي معنى لمضمونه او ماهيتهِ، كذلك الأمر بالنسبة إلى عودة هذا الحقوق أوالألتزامات في القانون المدني على إختلاف أبوابه، فنجدهُ تارةً يتكلم عن عودة الحق بعد إنقضائهِ عن طريق إتحاد الذمة، على أساس أن الأخيرة تعد من طرق الإنقضاء (إنقضاء الألتزام)،أي في مجال إنقضاء الالتزامات وهذا ما سوف نبينهُ ونحن نسير في طياتِ البحث، كذلك نجده ينص على عودة الحقوق في حالة تغير وضع الأشياء بعد إنقضائها في القانون المدني كما هو الحال في إنقضاءِ وعودة حقوق الإرتفاق أستناداً لنص المادة المذكورة اعلاه تارةً أخرى، وهو بهذا الوصف لم يبين معنى إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وبهذا فإن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة لم تعطي تعريفاً صريحاً لإنقضاء الحقوق وعودتها ، ويبدو أن عدم تحديد معنى

([1]) المادة (1082) من القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948 المعدل والنافذ.
([2])المادة (703) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل بالامر التشريعي رقم (1) لسنة 2016.

لهما في القوانين المدنية، خصوصاً القانون المدني العراقي ليس بالأمر السلبي أو المنتقد وذلك لسببين هما :

أولاً ــ إن مهمة وضع التعريفات للمصطلحات ولا سيما القانونية منها هي في الأصل ليست من مهمة المشرّع ، فالأخير من حيث الأصل لا يورد تعريفاً لكل مصطلح قانوني يرد في متن القانون؛ وذلك نتيجة لمبررات أو أسباب عديدة، من أهم هذهِ الأسباب هي إن وضع تعريف لمصطلح قانوني معين يؤدي ذلك في أغلبِ الأحوال إلى عدم شمولية النص وتقييده في حالات أنية ودون الأخذ بنظر الإعتبار البيئة المدنية وما يرافقها من تطورات مستقبلية خصوصاً نحن في زمن التطور والتكنلوجيا، فيترك المشرع النص القانوني عاماً غير مُقيد بتعريف مُحدد يجعلهُ أكثر طراوةً. بيدَ أن وضع التعريف من قِبل المشرع يساعدُ وبشكل كبير في بعض الأحيان في تحديد المُراد من هذا المصطلح ويسهل الأمر كذلك على قاضي الموضوع أو النزاع في فهم وقائعهِ ودلالاتهِ [1].

ثانياً ــ إن تطبيقات إنقضاء الحقوق من ناحية، وعودتها من ناحية أخُرى تُعدُ حالات أو تطبيقات متعددة ومتباينة، وهذا التناثر والتعدد يجعلُ من الصعبِ على المشرّع أن يجمع هذه النصوص تحت جامع واحد، كما ان هذه الحالات مختلفة من حيث طبيعتها وأحكامها ومن ثِّم يصعبُ وضع تعريف جامع مانع لها؛ إذ كلما تشتت الأمر أصبح من العسيرِ جمعهُ تحت أطار قانوني عام، وعلى الرغم من ذلك فإنه يجبُ علينا وضع تعريف لإنقضاء الحقوق وعودتها في الوقتِ ذاته، عن طريق جمع النصوص القانونية التي تتضمن في ثناياها هذا المعنى من الناحية الشخصية والموضوعية على حدٍ سواء، والتي تنوعت أساليب المشرّع في إيرادهِ لهذه الحالات أو التطبيقات أن صحَ التعبير الوارد في

([1]) إن المشرَّع في بعض الأحيان يقوم بوضع تعريف لمصطلح قانوني معين، على الرغم من ان مهمة وضع التعريفات في متن القانون ليست من مهمته؛ من أجل أن يرتب عليهِ بعض الأحكام، من ذلك تعريف الحيازة في المادة (1145/ف1) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على انه ((الحيازة وضع مادي يسطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيئ يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق)). ومن ذلك ايضا تعريفه للعقد في المادة (73) من القانون المدني العراقي و التي نصت هذه المادة على انه ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) . كذلك نص المادة (1128) من القانون المدني العراقي التي عرفت الشفعة حيث نصت هذهِ المادة على((الشفعة هي حق تمليك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)). وكذلك نص المادة(1/112) التي عرفت الإكراه، ونص المادة (1266) التي عرفت حق المساطحة، ونص المادة (1271) والتي عرفت حق الارتفاق، وغيرها من النصوص القانونية التي عرفت بعض المصطلحات القانونية .

القانون المدني العراقي والقوانين الأخرى محل المقارنة أو عن طريق شروحات الفقه من جهة، وأحكام القضاء من جهة أخرى وهذا ما سنبينهُ تباعاً .

2- **التعريف الفقهي**

لا مناص من القول إنهُ على خلافِ الحالة السابقة والتي تتمحورُ في عدمِ الزامية المشرع في وضع تعريفات للمصطلحات القانونية، إذ إن مهمة وضع تعريفات للمصطلحات القانونية هي من مهمةِ الفقه القانوني [1] . وبما إن فكرة إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هي فكرة ذات مدلول مزدوج، إذ إن العودة للحق لا تتقررُ إلا إذا سبقها وضع قانوني يتمحورُ هذا الأخير بواقعة الأنقضاء، فلا بُد أن ينقضي هذا الحق بأي وسيلة كانت، ومن دون النظر الى طبيعة هذا الحق شخصياً كان أو عينياً، وسواءَ أكان سبب الأنقضاء عاماً أو خاصاً، ومن هذا نستنتجُ أن العودة لهذهِ الحقوق والالتزامات تدورُ وجوداً وعَدماً، صحتةً وبطلاناً مع واقعة الإنقضاء، وهذا الإرتباط لا يمكن إدراكهُ وإيضاحهُ إلا عن طريق تحليل مضمون هذا المصطلح فقهياً من عدة نواحٍ، ومن ثم بعد ذلك وضع تعريف لإنقضاء الحقوق وعودتها في أن واحد.

فمن ناحية انقضاءالحقوق نجدُ أن موقف الفقه القانوني لم يكن على وتيرةً واحدة، فتارة يعطي تعريفاً للإنقضاء بمناسبة ما يتضمنهُ من موضوعات قانونية، وتارةً أخرى يعطي لهُ تعريفاً مجرداً ولكن يدخلهُ ضمن مصطلحات قانونية مقاربة لهُ، وهذا أن دلَ على شيء فإنما يُدل أن هناك إتجاهان في بيانِ مضمون الإنقضاء[2]. فالإتجاه الأول[3].

([1]) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات،(مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص272.

([2]) لاشك انه قد تم استعمال جملة من المصطلحات التي تفيد معنى الانقضاء، مثل كلمة ((السقوط، الانفساخ، الانحلال، البطلان، الانتهاء)). وايضا استخدم مصطلح (الانفكاك ، الفك) في الفقه الإسلامي، ويعتبر المشرع كلمة الانقضاء الأدق والأكثر ملاءمة للمصطلح الفرنسي "**Extinction** " واستعمل أحيانا أخرى مصطلح "**disparition**" للدلالة على مفهوم الانقضاء، ويفيد المعنى المراد من مصطلح **Extinction** بالنسبة للمشرع الفرنسي انتهاء وضعية قانونية، والمشرع العراقي وكذلك المصري قد استخدم مصطلح الانقضاء لنهاية الحقوق او الالتزامات .

([3]) د. عبد المنعم عبود، انقضاء الحقوق العينية، المشاكل العملية والحلول، بلا ط،بعة منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، بلا مكان طبع، 2011، ص19. انظر كذلك د. نزار كرمي، الانقضاء الرسمي لرهن المنقول، الطبعة الاولى، المنهل للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع ، 2015، ص 14. ود. محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الاولى، مطبعة الوفاء، تونس، 1993، ص 317 و ما بعدها.

يُعطي تعريفاً لإنقضاء الحق أو الألتزام ويُميز بينهُ وبين الأوضاع القانونية المشابهة لهُ[1]. وقبل بيان ذلك لابد من القاء الضوء على امر في غاية الاهمية، إذ إن بيانه هنا مرتبط ببيان مفهوم الانقضاء، وعليه اذ تقرر الانقضاء فهل يكون هذا الإنقضاء للحق أم للألتزم؟ في إطار الأجابة على التساؤل أعلاه يُمكن القول أن الأنقضاء يشملُ الحقوق والألتزامات، أما بالنسبة للحقوق فهو يشملُ الحق الشخصي من جهة[2]. والحق العيني من جهةٍ أخرى[3] . سواء أكان هذا الحق اصلياً أم تبعياً، وبغض النظر عن سبب إنقضائهِ، كما يمكن القول إنه بالنظر لخصوصية موضوع البحث فأن الإنقضاء يكونُ للحق من جهة وللالتزام من جهةٍ أخرى، فهو يكونُ إنقضاء للحق من جانبِ الدائن، بحيث يشملُ جميع الأشخاص الذين يحملون هذه الصفة كالراهن مثلاً، وإنقضاء للألتزام من جانب المدين، وعلى أساس ذلك يذهب رأي في الفقهِ إلى تعريف إنقضاء الحق أو الألتزام بإنه ((نتيجة قانونية لتحقيق بعض الأسباب التي تؤدي إلى نهاية الحق شخصياً أو عينياً لأثرفورياً))[4].

وإذا أمعنا النظر إلى التعريف أعلاه يتبين لنا إنه يُعد أفضل من سابقهِ إذ إنهُ يشيرُ إلى إنقضاء الحق بغض النظر عن طبيعتهِ أو مصدره بتحقق بعض أسباب الإنقضاء، بيد أن هذا التعريف لا يُعتبر جامعاً مانعاً لإنقضاء الالتزام، وعلى أساسِ ذلك هناك رأي عرفه بأنه ((إنقضاء الرابطة القانونية بالنسبة إلى المستقبلِ دون التاثير على الماضي))[5]. إذ إن هذا الرأي يمكن من خلالهِ أن نميز بين الإنقضاء وبعض من المصطلحات القانونية المقاربة لهُ، حيث ان المعنى المتقدم يميزُ بين مصطلح الإنقضاء والزوال والإنحلال

([1]) مع الأخذ بالحسبان أن هناك رأي يقررُ قاعدة عامة هي في حقيقة الأمر تُعد نتيجة طبيعية للمصطلحات القانونية العامة، وهذهِ القاعدة تتمحورُ في أن مُصطلح الإنقضاء للحقوق لا يمكن بيان مضمونه مجرداً من الإضافة، لكون هذا المصطلح مصطلحاً عاماً، فيقول إن الإنقضاء هو الإنتهاء أو الزوال انظر بهذا الخصوص د. فهد مبخوت حمد هادي، سقوط الدعوى العمومية في القانون الاردني والكويتي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، 2014، ص 33.

([2]) عرفت المادة (1/69) ن القانون المدني العراقي الحق الشخصي اذ تنص هذه المادة على انه ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية مابين شخصين دائن أو مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عمل)).

([3]) عرفت المادة (1/67) من القانون المدني العراقي الحق العيني بانه ((1– الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)).

([4]) د. عبد المنعم عبود، مصدر سابق ، ص19.

([5]) نزار كرمي، مصدر سابق ، ص 14.

للحق أو الألتزام ، فللانحلال وللزوال أثر رجعي ينعدمُ معهما التصرف أوالحق شخصياً كان أم عينياً بالنسبة للماضي والمستقبل ويعدَّان كان لم يكتبُ لهما وجود، أما الإنقضاء فلهُ أثر فوري ينجمُ عن إنتهاء الحق أصلياً والعقدُ تبعياً بالنسبة للمستقبل دون التأثير على الماضي [1]. كذلك فأن الإنقضاء يكون عند تمام تنفيذ الألتزام، بخلافِ الأنحلال أو الزوال فيكونان قبل تنفيذ الألتزام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الزوال والأنحلال يمكن أن يكون مصدرهما إتفاق الطرفين وهو التقابل، وقد يكونان لسبب يقررهُ القانون أصلاً كالألغاء بالإرادة المنفردة أو الفسخ[2].

وعلى أساسِ ذلك فأن الإنقضاء غير الزوال أو الانحلال بصفة مجردة، أي دون عودة الحق أو الألتزام إلى ما كان عليه، أي استنادا إلى أثرهِ الفوري؛ لأن الزول والأنحلال وثيق الصلة بالإنقضاء بصفة تبعية لعودة الحقوق(الألتزامات) فيكون لهُ أثر رجعي، بخلاف ما إذا كان الإنقضاء بصفة أصلية أي دون الرجوع ثانية إلى الحق نفسه فيكون أثرهُ فورياً ينجمُ عنه إنقضاء الحق أصلياً والتصرف تبعياً بالنسبة إلى المستقبل دون التأثير على الماضي [3].

وهذا ما دفع البعض من الفقه القانوني إلى القول أن الزوال للحق أو الألتزام هو الرجعية، فالرجعية للحق على حد تعبيرهم هي ((زوال الرابطة القانونية بكل أثارها)) [4]. ويمييز هذا الإتجاه كذلك بين الإنقضاء والفسخ، فيرى هذا الإتجاه أن الإنقضاء غير الفسخ، فلأخير يعد في حقيقةِ الأمر ((عبارة عن جزاء مدني ينجرُعن تخلف تنفيذُ أحد

([1]) . د. محمد الزين ، مصدر سابق ، ص 317 و ما بعدها، انضر كذلك د. نزار كرمي، الانقضاء الرسمي لرهن المنقول، مصدر سابق ص 15.

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان، بلا سنة طبع، ص 420. انظر كذلك د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع ، بغداد، 1976، ص 188. انظر كذلك د. منصور حاتم محسن وعلي حسين منهل، اثار الاخلال المسبق بالعقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة الرابعة، ص 78.

([3]) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 33.

([4]) د. انور طلبة، انحلال العقود، الطبعة الاولى، المكتبة الجامعية الحديثه، بلا مكان وسنة طبع، ص 399. انظر كذلك د. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الاول، المصدر الارادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني، اثار العقد، الطبعة الاولى، الدار البيضاء مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، 2007، ص311.

المتعاقدين لالتزام متولد عن عقدٍ مُلزم للجانبين، ينحلُ بمقتضاه العقد بصفة رجعية بمقتضى حكم محكمة أو تطبيقاً لشرط فسخي في العقدِ)) [1]. وهو بهذا الوصف غير الإنقضاء الذي يتبلورُ في نهايةِ الحق شخصياً أو عينياً بتحقيق أسبابهُ، فالإنقضاء أعم من الفسخِ إذ أن الأخير يقتصرُ على التصرفاتِ القانونية المُلزمة للجانبين على الرغم من أن كليهما يُنهيان تصرفاً قانونياً محدداً[2]. وعبر آخرون عن الإنقضاء بأنه إنعدام الألتزام أو الحق ويعرفونهُ بأنهُ ((أنعدام الحق أو الألتزام إنعداماً يستندُ أثره إلى الماضي، فيُعد كأن لم يكن، ويُعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الألتزام)) [3] .

ونتيجة لِما تقدمُ يتبينُ لنا أن هذا الأتجاه يعرفُ الإنقضاء للحق أو الألتزام ويُميز بينهُ وبين مصطلحات قانونية أخرى، وهذا الأتجاه لا يمكن الإستناد عليه أو الأخذ به على الاطلاقِ على الرغم من مميزاتهِ، فعلى الرغم من عدم ايراده تعريفاً للأنقضاء بما هو، الا أنه ميزَ بين الإنقضاء وغيره من المصطلحات القانونية، ولما كان لهذ التمييز أهمية كبيرة في نطاقِ موضوع بحثنا، فعلى سبيل المثال أن الإنقضاء هو غير الفسخ، لأن الأخير يؤدي إلى اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويُعدَّ التصرف القانوني كأن لم يكن، في حين أن الانقضاء في مجال بحثنا يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الإنقضاء فتعود حقوق والتزامات اطراف العلاقة القانونية وهذا هو جوهر موضوع بحثنا والذي يتمثل بعودة الحقوق بعد إنقضائها.

أما الإتجاه الثاني فقد تطرق لإنقضاء الحق أو الألتزام عن طريق بحثَ أسبابه، فقد عرف بمناسبة السبب الذي يؤدي إلى إنقضائهِ سواء كان الإبراء أم الوفاء أم إتحاد الذمة أم المقاصة وغيرها من أسبابِ إنقضاء الألتزام، إذ إن هذا الإتجاه لا يعطي تعريفاً لإنقضاء الحق أو الألتزام بحد ذاته، وأنما يتناولهُ عن طريقِ السبب الذي يعتريهُ، مثال ذلك قد ذهب رأي في الفقه القانوني إلى تعريف إنقضاء الالتزام عن طريق الوفاء بأنهُ ((تنفيذ ذات الألتزام الذي التزم به المدين أياً كان محلهُ، أي سواءَ كان محلهُ دفع مبلغ من النقودِ أو

([1]) د. توفيق حسن فرج ود مصطفى الجمال، مصادر واحكام الالتزام (دراسة مقارنة) الطبعة الاولى، منشورارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص328.

([2]) د. محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص 317 و ما بعدها.

([3]) د. انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، المكتبة الجامعية الحديثة، الاسكندرية، مصر، 2006، ص 235، انظر كذلك د. عمر علي الشامي، فسخ العقد، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، 2010، ص 97.

تسليمُ شيء أو القيام بعمل))[1]. وإذا أمعنا النظر إلى مضمون التعريف أعلاه يتبينُ لنا إنه قد قصدَ منهُ إنقضاء للألتزام عن طريق الوفاء وسواء أكان هذا الوفاء للحق الشخصي أم العيني، فهو يربط بين السبب ومصدره، فأنقضاء الحق أو الألتزام عن طريق الوفاء يختلفُ عن انقضائه عن طريق الإبراء، والأخير غير المقاصة من حيث الإنقضاء فهذهِ الطرق تختلفُ فيما بينها من حيث الشكل والمضمون وأن كانت النتيجة في الغالبِ الأعم هي واحدة ، من ذلك فقد ذهب رأي أخر في الفقهِ إلى تعريفِ الإنقضاء بأنه ((نزول الدائن عن حقهِ الذي يشغلُ ذمة مدينه به)) [2] . وهذا المعنى أن دلَ على شيء فأنما يدلُ على أنه تعريفُ للأبراء الذي على اساسهِ يؤدي إلى إنقضاء الألتزام، ونستنتجُ من ذلك أن الإنقضاء مصطلحاً عاماً لا يفهمُ المراد منه الا بتخصيصهِ أو بأضافتهِ دون تجريدهُ.

وبهذا يتضح لنا أن الفقه القانوني لم يوردُ تعريفاً صريحاً للإنقضاء بحدِ ذاته، وأنما بمناسبة غيره، و على الرغم من إختلاف الفقه القانوني على بيان مضمونه ؛ إذ أن البعض يبين معناه ولكنه يخلطُ بينهُ وبين مصطلحات قانونية مشابهة لهُ ، كما أن البعض من الفقه يتناولهُ بمناسبة الكلام عن اسبابه أي عن طريق الوفاء، الابراء، المقاصة ... الا إن هذا لا يمنعنا من وضعِ تعريفُ لإنقضاء الحق أو الالتزام في القانون المدني إبتداءً ومن ثم وضع تعريف لعودة هذا الحق أو الألتزم، حتى يتسنى لنا الأمر من جمعهما معاً وأعطاء مفهوماً عاماً لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وعلى أساس ذلك نقول أن إنقضاء الحق أو الالتزام هو((وضع قانوني يؤدي إلى أنتهاء أو زوال الأثر القانوني للتصرف أو الواقعة بتوفر سببه واعتباره كأن لم يكُن)).

أما من ناحية عودة الحقوق بعد إنقضائها: فعند الولوج بالمؤلفات الفقهية القديمة والحديثة منها نرى أن الفقه القانوني كما هو الحال بالنسبة لمصطلح الإنقضاء لم يوردُ أو يضعُ تعريفاً لها وأنما أشارَ اليها بصورة عرضية وبشكل غير دقيق هذا من جهة، ويضعُ لها البعض من الفقه تعريفاً بمناسبة الموضوع الذي تتناوله من جهة أخرى، وفي هذا الأطار فقد ذهبَ رأي في الفقهِ القانوني إلى أن العودة هي الرجعية في الحقوق أو الالتزامات فيُعرفها بأنها ((إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بعد

([1]) د. رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، بلا طبعة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، مصر، 2004، ص335.

([2]) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني اثار الحقوق الشخصية، احكام الالتزامات، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، 2003، ص619 ومابعدها.

إنعدام أثره)) [1]. وإذا أمعنا النظر إلى التعريف أعلاه ليتبين لنا أنه وأن كان يشملُ جانباً من الصحة من حيث اعادة المتعاقدين إلى وضع معين، إلا أنه يخالفُ طبيعة و أحكام عودة الحقوق أو الالتزامات في القانون المدني، فالأخيرة وكما هو معروف تقتضي بأن الحق أو الالتزام قد أنقضى من جهة، ثم عادَ إلى الوجودِ من جهةٍ أخرى، لسبب معين سواء أكان هذا السبب قد تعلق بموضوع الحق أم بأشخاصه إلى نفس الحقوق والإلتزامات، أما في التعريف المبين أعلاه فأن المتعاقدين يرجعان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بحيث يعدَّ هذا التصرف كأن لم يكن منذ البداية وهذا ما يطلقُ عليه رجعية التصرف [2].

وهناك من يُعطي تعريفاً للعودة، ولكن ذلك كان بمناسبة الموضوع الذي تتناوله، وقد جاء هذا التعريف عند البحث عن عودة حق الإرتفاق العقاري، فيقول أن العودة لهذا الحق تعني ((وضع واقعي يستعيدُ فيه صاحب العقار المرتفق حقه في الإرتفاق العقاري الذي أنقضى بواحدة من الاسباب التي ينقضي بها هذا الحق على أن تستندُ العودة لحق الإرتفاق على سبب يَقرهُ القانون ويتم تقييد الإرتفاق من قبل المحكمة بحسب الوضع الجديد)) [3].

فهذا التعريف يدلُ صراحة على العودةِ لحق الإرتفاق دون بيان لمعنى العودة ذاتها، فيشير إلى أن عودة هذا الحق تعتبر وضع مادي يفرضهُ الواقع أصلاً، ويقرهُ القانون ويجري الكشف عنه وبيان نطاقهُ ومداهُ من قبل القضاء؛ إذ يعودُ حق الإرتفاق العقاري إلى الحالة التي كان عليها قبل إنقضائهِ، وقد تكون العودة لهذا الحق بشكل مختلف لسبب

([1]) د. محمد المنجي ، دعوى فسخ العقود بسبب اخلال احد المتعاقدين بالتزامه، الطبعة الاولى، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 2008، ص541.

([2]) استاذنا الدكتور المرحوم عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخة (بحث مقارن بين الفقه الاسلامي والقانون المدني)،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنه الرابعة، العدد الاول، 2012، ص 22.

([3]) مصطفى صباح نوري ابراهيم ، النظام القانوني لعودة حقوق الارتفاق العقارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة الفلوجة، 2022، ص50 وما بعدها، انظر كذلك د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، مكتبة عبدالله وهبة، بلا مكان طبع، 1958، ص83، و د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الطبعةالاولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص 1003.

يستدعي العودة [1]. و هناك جانب من الفقه القانوني يخلط ما بين العودة للحق أو الألتزام وبين مصطلح إعادة الحال، فالأخير يبدوا للوهلة الأولى بأنه يحملُ ذات المعنى لمصطلح العودة في القانون المدني، الا أن عند الرجوع لدراسة حقيقة وطبيعة كل منهما نجدُ أن كل منهما يختلفُ عن الأخر، فأعادة الحال يؤدي إلى أنعدام الرابطة القانونية بحيث يعتبرُ أطراف العلاقة القانونية أغيار وهذا يختلفُ واحكام العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني إذ أن الأخيرة تُعيد بواسطتها الحياة القانونية لإطراف العلاقة القانونية بما ترتبهُ من حقوق والتزامات [2].

ومهما يكن من الأمر فأن الفقه القانوني لم يكن بمعزل عن هذا الوضع القانوني كما يتصورُ البعض، إذ أن هذا المصطلح القانوني لهُ وجودهُ المادي في شروحاتِ الفقه القانوني، فعلى الرغم من عدم إيراد له تعريف معين الا أنه تم تناولهُ ضمن موضوعات قانونية عديدة على إختلاف ابواب القانون المدني، فعلى سبيل المثال تَكَلم الفقه القانوني عن عودة حق الرهن التأميني وكذلك الحيازي بعد إنقضائه لأي سبب كان، وكذلك عودة حق الارتفاق العقاري كما بينا سابقا، وكذلك عودة الدين لسبب معين بعد انقضائه، كل هذه الحالات أو التطبيقات هي دلالة واضحة على وجود فلسفة لهذه العودة في القانون المدني.

وعن طريق هذه التطبيقات المتناثرة هنا وهناك دون أن يجمعها جامع معين والتي كانت السبب الأول والأساس في عدم إيراد تعريف لمصطلح العودة في القانون المدني؛ لإختلاف طبيعة وأحكام كل حالة مما يؤدي ذلك دون شك إلى الصعوبة في وضع تعريف لها، ولكن هذ الأمر لا يمنع الباحث من وضع تعريف لعودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني وذلك بعد بيان الموقف القضائي من تعريف انقضاء الحقوق وعودتها كما هو مبين في الفقره أدناه :

([1]) د. محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية - الحقوق العينية التبعية والتامينات العينية، الطبعة الاولى،المجلد الرامع عشر، دار محمود للطباعة والنشر، بلا مكان وسنة طبع، ص 262.

([2]) القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 80 وما بعدها، انضر كذلك د. ئاوات التلازم بين الفسخ وطلب التعويض في المسؤلية العقدية، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، العدد(1)، المجلد(4)، 2020، ص37.

3- تعريف إنقضاء الحقوق وعودتها من الناحية القضائية

إن من الأمور المسلم بيها أن وظيفة القضاء هي الفصل في النزاعات القانونية المعوضة عليه، ، فالقضاء في الغالب الأعم لا يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية وذلك إستناداً لوظيفته المذكورة أنفاً، ونتيجة لذلك فإن أحكام القضاء لمْ تتضمن تعريفاً لإنقضاء الحقوق من جهة، وعودتها من جهة أخرى ، بل أقتصر دور القضاء في هذا المجال على بيان أثار عودة الحق بعد انقضائه في المنازعة المعروضة عليهِ [1]. ومن القرارات القضائية التي بين فيها القضاء المدني إنقضاء الحق أو الألتزام وكيفية إعادته بناء على سبب معين هو قرار محكمة النقض المصرية إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن هو التزام تابع لإلتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه، إذ لا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي، وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين (282/ 1، 794) من القانون المدني المصري، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل، فينقضي بانقضائه، ويعود بعودته، وعلى ذلك فإذا أنقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين أنقضى الدين المكفول بالإبراء وأنقضت تبعاً لإنقضائه الكفالة واعتبر مانعاً قانونياً من المطالبة بالدين، فالقاعدة هي أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن ،ماهيته الا التزام تابع لإلتزام المدين الأصلي لا يقوم إلا بقيامه ولا يعود الا بعودته ....)) [2].

وعند التأمل بذلك نجد أن محكمة النقض المصرية من خلال قرارها المبين أعلاه أنها بينت جانباً مهماً من جوانب فلسفة إنقضاء الحقوق وعودتها، إذا أشارت هذه المحكمة أن هناك أساس أو قاعدة يمكن عن طريقها عودة الحق بعد إنقضائه وهي قاعدة التبعية[3]. دون أن تعطي تعريفاً لإنقضاء الحق أو عودته. و على المنوال نفسه سار القضاء العراقي إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار صادر لها بأنه ((...فلا يوجد مبرر ببقاء إشارة

([1]) د. رياض الزهيري، ضرورة تأسيس قضاء متخصص في المنازعات التي تكون الدولة طرفًا فيها في العراق، بحث منشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الأول، منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت، وعلى الموقع المتاح www.hgc.iq، تاريخ الزيارة 2023/12/22.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2571)، والصادر بتاريخ 2014/4/28، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eتاريخ الزيارة 20 / 12/ 2024.

([3]) د. شروق عباس فاضل وسارة نعمت احمد، حماية الكفيل في عقد الكفالة، بحث منشور في مجلة طبنة – المركز الجامعي – بريكة الجزائر، بلا سنة نشر، 281.

الحجز الموضوعة بوجب الرهن التأميني المبرم ما بين المدعية والمدعى عليه ما دامت المدينة أوفت بالتزاماتها في عقد الرهن لأن موضوع الدين المتعلق بالمدين أعلاه موضوع مستقل عن موضوع هذه الدعوى ولا يمكن التصدي له؛ كون طبيعة الرهن تقتضي إنقضاءه بوفاء الدين، الا إذا رجع الدين، فيعود الرهن تبعاً له، لذا فأن اتجاه محكمة البداءة بالزام المدعى عليه بمنع معارضته للمدعية ورفع إشارة الحجز بموجب معاملة الرهن قد جاء متفقاً وأحكام القانون ويكون الحكم المميز حري بالتصديق والاعتراضات التمييزية غير واردة قانوناً وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق وفق المادة (2/210) من قانون المرافعات المدنية في 5/ذي الحجة/1438هـ الموافق 2017/8/27م)) [1].

ونتيجة لذلك يتبيّن لنا من خلال ما تقدم أن القضاء لم يعرف إنقضاء الحقوق من جهة، وعودتها من جهة أخرى، ولكنهُ أشارَ لهذه الفكرة صراحة في مواطنِ عدة؛ وذلك عن طريق الأحكام القضائية التي يصدرها، إذ إنه قد بين كيفية إنقضاء الحق عن طريق التبعية ويعود لذات الفكرة خصوصاً في نطاق الحقوق العينية التبعية (التإمينات العينية) كالرهن التأميني والحيازي، كذلك هو الأمر بالنسبة للحقوق الشخصية كما هو مبين أعلاه، ومن الجدير بالذكر هناك الكثير من القرارات القضائية التي تضمنت خاصية إنقضاء الحقوق وعودتها، إذ لا يتسعُ المجال لذكرها هنا؛ لكوننا ليس بصدد إيراد هذه التطبيقات القضائة، وإنما نحن بصدد معرفة موقف القضاء من بيان المقصود بإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني؛ لذلك سنشير إلى موقف القضاء ونحن نسير في طيات موضوع بحثنا عن طريق ما نعرضه من موضوعات تباعاً.

ومهما يكن من الإمر إنه يمكن القول إنه على الرغم من عدم إيراد تعريف معين لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وبصرف النظر عن الإختلاف الفقهي في بيان مضمون هذا المصطلح ، إنه يمكن لنا وضع تعريف عسى أن يكون جامعاً مانعاً وذلك من خلال تحديد أبعاده والوقوف على تطبيقاته والألمام بأثارهِ مستندين في ذلك على النصوص القانونية التي لا تكاد أن تخل من هذه الفكرة وعلى أساس ذلك يمكن لنا أن

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (229) والصادر بتاريخ 8/27/ 2017. والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الاتحادية وعلى الموقع المتاح www.sjc.iq تاريخ الزيارة 2023/12/28.

نعرف أن مصطلح إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بأنه ((وضع قانوني يؤدي إلى انقضاء الحق أو الالتزام وعوته الى الحالة التي كان عليها قبل انقضائه لسبب معين تعلق هذا الأخير بانقضائه أو بعودته بما يرتبهُ من حقوق والتزامات)).

نخلص ممّا تقدمّ أنه بعد بيان تعريف إنقضاء الحقوق من جهة، وعودتها من جهة أخرى، في نطاق المعاجم اللغوية، وكذلك بينا المقصود بهما إصطلاحاً من أوجه عديدة على الرغم كونه مصطلحاً مزدوجاً؛ إذ بّينا المقصود لكل منهما من الناحية التشريعية (القانونية)، وتبّين لنا أن المشرع لم يعطِ تعريفاً لا بشكل صريح ولا بشكل ضمني، وهذا لا يعد في حقيقة الأمر عيباً تشريعياً كما بينا ذلك سابقاً، على الرغم من كل هذه التطبيقات القانونية المتعددة التي تتضمنتها هذه التشريعات، الأمر الذي أنعكس على فقهاء وشراح القانون المدني إذ لم يوردُ تعريفاً جامعاً مانعاً لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، كذلك ألقينا الضوء على موقف القضاء من ذلك، وهو الآخر أيضاً لم يبين المقصود بهذا المصطلح ، ولكن هذا لا يمنع الباحث من وضع تعريف عن طريق جمع مفردات هذا المصطلح، إذ اتضحَ لنا ونحن بصدد بيان مضمونه أن العودة لهذا الحق تدور وجوداً وعدما مع انقضائه، فلا بد من أن تسبق هذه العودة للحق أو الالتزام إنقضاء للأخير، وإنطلاقاَ من هذه الحقيقة الجوهرية وضعنا تعريفا مقترحا له، لذلك ومن خلال التعريف المقترح يمكن استنتاج بعض السمات التي يتّسم بها هذا المصطلح، اذ يتميز بمجموعة سمات يمكن استخلاصها بشكل أولي من التطبيقات القانونية ومن النقاط التي بيناها سابقاً، وهذه السمات سنبّينها تباعاً في الفرع القادم بشيء من التفصيل.

الفرع الثاني

سمات إنقضاء الحقوق وعودتها

أن لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني كوضع قانوني متميز له خصوصية معينة يتميز بمجموعة من السمات والتي يمكن عن طريقها أن نبرز أهمية هذا الوضع القانوني سواء أكان ذلك عند المشرع أم عند القضاء؛ لكون الأخير هو الجانب العملي الذي يمكن عن طريقه بيان مواطن الضعف والقوة للنص القانوني، كما إنه يبين القصور التشريعي للمعاملات المالية في البيئة المدنية، إذ إن بيان هذه السمات أو بالأحرى الخصائص التي ينفرد بها هذا الوضع القانوني أن صح التعبير يمكن بشكل أو بأخر

الوقوف على ذاتية هذا المصطلح من جهة، ويمكننا أن نحدد طبيعته بطريقة علمية دقيقة من جهة أخرى، ناهيك على أن إيراد هذه السمات يمهد الطريق أمامنا لتمييز إنقضاء الحقوق وعودتها عما يشتبه معها من أوضاع قانونية، وعلى أساس ذلك يتطلب منا الأمر الوقوف على أهم هذه السمات وبيان المراد منا وذلك عن طريق تقسيم هذا الفرع على فقرات متعددة .

أولا- إنقضاء الحقوق وعودتها إستثناء من الأصل:

لا شكّ أن الالتزام يُشبّه بالكائن الحي، الذي ينشأ وينفذ كذلك لينتج أثاره ثم بعد ذلك ينقضي أو يموت، فإذا كان الالتزام هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني، أو القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل معين، فهذا الحق بمجمله يكون جوهرة عنصر الدائنية، أي وجود حق لشخص، وأن جوهر الالتزام (المديونية) أي وجود التزام على شخص، وعلى أساس هذه الحقيقة التي لا مناص منها على الإطلاق عرف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين الدائن والمدين، وأن هذه الرابطة مصيرها حتماً الزوال، وذلك لسبب في غاية الأهمية ألا وهو أن بقاء الالتزام على عاتق المدين يؤدي الى نتائج غير مرغوب بها في نطاق المعاملات المالية في إطار البيئة المدنية [1].

إذ إنه يثقل كاهل المدين الى غير نهاية، ويعدّ قيداً على الحرية الشخصية له، كما أنه يتعارض مع إعتبارات النظام العام والأداب العامة، فالأصل هو براءة الذمة، أما شغلها بالالتزام هو أمر عارض في حقيقة الأمر، والعارض بطبيعة الحال لا يدوم، ولا يغيرمن هذه الحقيقة أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن لا مدى حياته هو كما هو الحال في إيراد المترتب مدى الحياة.

أما في حالة التزام المدين فعلاً طوال حياته فأن القانون يعالجُ هذا الامر بشكل وبآخر حتى لا يجعل الالتزام ابدياً، وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدلُ حتماً على أن الأصل في الحقوق والالتزامات هو الإنقضاء حتماً وأن كانت هذه الحتمية تختلفُ قوة وضعفاً مع

(1) د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2008، ص 369.انظر كذلك د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص372.

طبيعة الحق عينياً كان أم شخصياً، أما العودة لهذا الحق بعد إنقضائه فهذا الأمر يعد استثناء من الأصل[1]. مثال ذلك نصّ المادة (2/293) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ولكن يترتبُ على إنتهاء الأجل إنقضاء العقد)) [2]. والمعنى ذاته تضمنتهُ نص المادة (2/274) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على إنه ((ويترتب على إنقضاء الأجل الفاسخ زوال الإلتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي)). وقريب من هذا المعنى تضمنتهُ نص المادة (2/1305) من القانون الالتزامات الفرنسي الجديد والتي تنص هذه المادة على أنه ((ما لا يستحق الا في أجل معين لا يمكن المطالبة به قبل حلول هذا الأجل، لكن ما تم دفعه مسبقاً لا يجوز إسترداده)).

فالملاحظ من نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري والفرنسي أن الحق أو الالتزام على أي وضعية كانت سواء أكان مقترناً بشرط أم بأجل... أم غيرهما من الأوضاع القانونية فأن الزوال أو الأنتهاء مصيره وهذا هو الأصل، أما إعادة المتعاقدين أي أطراف العلاقة القانونية الى الوضع ما قبل الإنقضاء فهو الأستثناء من هذا الأصل أو القاعدة العامة، فتعاد حقوق والتزامات أطراف العلاقة القانونية القائمة بما تحملهُ هذه العلاقة من ضمانات وبحسب طبيعة الحق عينياً كان اوشخصياً. وكذلك من النصوص

([1]) ان المطلع على نصوص القانون المدني العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة يتبين لنا أن المشرعين لمْ يوردوا تعريفًا للاستثناء، وهذا لا يعد في حقيقة الأمر عيبًا على التشريعات أعلاه؛ لأن هذه الوظيفة هي من مهمة الفقه والقضاء. ولكن عن طريق التطبيقات التي أوردها المشرع العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة، أستخرج البعض من الفقه القانوني تعريفاً للاستثناء القانوني فعَرَّف الاستثناء بأنه ((خروج مسألة أو تصرف أو واقعة معينة عن حكم القاعدة العامة بغية تحقيق غاية معينه)). وبهذا فإن الاستثناء القانوني يعد بمثابة الخروج عن القواعد العامة لضرورة تقضي ذلك سواء أكان ذلك بإرادة المشرع رغبة في استقرار المعاملات أم لغاية معينة، أم إن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى الخروج عن القواعد العامة. انظر بهذا الصدد استاذنا الدكتور عادل شمران حميد الشمري و د. علي شمران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء (كلية القانون)، العدد الثالث، لسنة 2018، صفحه 120.

([2]) وتقابلها نص المادة (402) من القانون المدني الاردني المرقم (43) لسنة 1976 المعدل، والتي تنص هذه المادة على انه ((يجوز اضافة التصرف الى اجل تترتب عند حلوله احكام نفاذه او انقضائة)). ونص المادة (2/274) من القانون المدني السوري رقم (48) لسنة 1948 المعدل والتي تنص هذه المادة على انه ((ويترتب على انقضاء الاجل الفاسخ زوال الالتزام، دون ان يكونن لهذا الزوال اثر رجعي)). وذات المعنى تضمنته نص المادة (2/261) من القانون المدني الليبي رقم (74) لسنة 1970 النافذ. وعند التمعن بقراءة هذه النصوص يتبين لنا بوضوح اصالة الانقضاء بالنسبة للحقوق والالتزامات لاسيما نص القانونين السوري وكذلك الليبي.

القانونية التي تشيرُ الى هذه القاعدة العامة هو نص المادة (1257)من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق المنفعة بإنقضاء الأجل المعين له فأن لم يعينُ له أجل عدَ مقرراً مدى حياة المنتفع وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين))[1]. والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (1/993) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق المنفعة بانقضاء الأجل المعين، فأن لم يعين له أجل عدَ مقرراً مدى حياة المنتفع وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين)). وليس أبلغ على ذلك الدلالة بما ذهبت اليه نص المادة (617) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الانتفاع : بوفاة المنتفع الطبيعية والمدنية وبانتهاء الوقت المحدد و بضم أو أجماع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد وبعدم الإستعمال هذا الحق مدة ثلاثين سنة وبهلاك التام للشيء المنشأ عليه حق انتفاع)).

يتضح لنا من هذه النصوص أن الأصل في كل التزام أو حق ما يكون مصيره الزوال (الإنقضاء) وذلك لأسباب معينة كما بينا ذلك قبل قليل، حتى وأن كان هذا الحق حق عيني أصلي كحق الملكية، فالأخير وأن كانت الديمومة من أهم خصائصه الا أنها ليست من مستلزمات هذا الحق، فديمومة هذا الحق تعني أن حق الملكية يظل باقياً مادام الشيء محل الحق موجود، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى أن ملكية الأنسان للشيء لا تدوم أبد الدهر، فكما هو معلوم أن الأنسان قد يتخلى عن ملكيته للشيء بأي تصرف ناقل للملكية، نحو البيع أو الهبة ... وهذا الأمر يعطينا نتيجة واحدة الا وهي أن حق الملكية حق دائم يعني ذلك أنه حق دائم في ذاته، فيظل باقياً مادام هذا الشيء باقياً [2]. ولكن يجب الأخذ بالحسبان أن النصوص القانونية التي عالجت هذا الأصل أوالقاعدة عديدة لا يتسع المجال لذكرها هنا، وعلى أساس ذلك فإن لهذا الأصل أستثناء وهو العودة لهذا الحق أو

([1]) وتقابلها بالمعنى ذاته نص المادة (1215) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((ينتهي حق الانتفاع 1- بانقضاء الاجل المحدد له ...)) . ونص المادة (1/954) ن القانون المدني السوري ، وكذلك نص المادة (1/997) من القانونن المدني الليبي.

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، المجلد الاول والثاني، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1967، ص 529وما بعدها. انظر كذلك د. محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الطبعة الاولى، دار بور سعيد للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1974، ص421، د. اكرم فالح احمد الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة الموصل، 2003، ص 5 ومابعدها

الالتزام كما هو الحال عندما ينقضي الرهن التاميني بالتبعة للدين المضمون، كان يوفي الراهن (المدين) الدين المضمون بالرهن وينقضي الرهن تبعاً لذلك، ثم يتضح أن الوفاء للدين المضمون بالرهن غير صحيح، فأن حق الرهن يعود تبعاً لرجوع الدين المضمون استثناء من القاعدة القانونية القاضية بأن الألتزام أو الحق إذا أنقضى فأنه ينقضي بصورة نهائية لا رجعة فيه، وبالتالي فإن هذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه؛ وذلك لسبب أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة لسبب أو لغاية معينة قد تكون هذه الغاية هي حماية أحد طرفي العلاقة القانونية أو للمحافظة على وضع قانوني معين كما هو الحال في عودة الحقوق في القانون المدني؛ كون هذه العودة تعدَّ ضمانة ذات فعالية كبيرة لأطراف العلاقة القانونية، ومن ثم يمكن القول إن إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني إستثناء من الأصل .

ثانيا- إنقضاء الحقوق وعودتها وضع قانوني مركب

من المعلوم أن التصرفات القانونية تكون تصرفات بسيطة من ناحية ومركبة من ناحية أخرى، فمثلاً العقود حيث تكون هذه الأخيرة بسيطة ومركبة، فهي بسيطة فيما إذا أقتصرت على عقد واحد ولا تتضمن عقود أخرى، ومن ثم بعد ذلك تأخذ حكم العقد الواحد، وعكس الحالة أعلاه أي أذا كان التصرف مزيجًا من عدة عقود أختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً كان هذا الأمر تصرفاً مركبا[1]. على سبيل المثال عقد المعلوماتية الإطاري[2]. والذي يتكون هذا العقد من عقود انية ومستقبلية يطلق عليها في الغالب عقد إطاري متكامل [3]. وهذا المعنى المتقدم هو الوصف القانوني للألتزام المركب، إذ أنه ليس فقط تصرف قانوني قائم بذاته وأنما هو تصرف ينبني عليه عدة تصرفات ضمن نطاق أو أطار قانوني معين هذا ومن الجدير بالذكر أن المعنى المتقدم هو غير المعنى

([1]) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، النظرية العامة، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص 46. انظر كذلك د. محمد حجازي الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثامن، 2013، ص244.

([2]) د. سامية عبد الرزاق خلف، جريمة اختراق انظمة المعلوممات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد الخامس والعشرون، العددالاول، 2012، ص 276.

([3]) عرف العقد الاطاري ((بانه عقد تمهيدي يتفق به الاطراف على كافة الشروط الموحدة للعقود المستقبلية والتي يدخل فيها الاطراف مستقبلا مناسبة كل صفقه على حده والتي ستقتصر عند ئذ على البيانات الفردية المتعلقه بالصفقه ذاتها)). انظر بهذا الصدد د. صدام فيصل كوكز، اليات الاطار، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة النهرين، 2006، ص 24.

المقصود في مجال بحثنا، فالمعنى المتقدم يشير إلى أن هناك تصرف قانوني ينبني عليه عدة تصرفات قانونية معينة، أما فيما يتعلق بموضوع بحثنا فالأمر مختلف تماماً، إذ أن الفكرة الجوهرية لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هو كونها وضع قانوني مركب، إذ لا يتصور الإنفصال بينهما أي ما بين إنقضاء الحق وعودته، فكل منهما مرتبط بالأخر إرتباطاً وثيقاً لا يمكن الإنفصال عنه أبداً، فالعودة للحقوق والألتزامات لا تتقرر إلا أذا سبقها وضع قانوني يتبلور هذا الأخير في الإنقضاء لهذا الحق أو الألتزام، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى القول بأن العودة للحقوق والالتزامات تعد نتيجة لإنقضائها، وبالتالي العودة اليه ، ومن ثم فأن هناك عملية قانونية مركبة تتم على شكل مرحلتين،

أولهما الإنقضاء لهذا الحق أو الألتزام.

وثانيهما العودة له بما يفرضه من حقوق والتزامات.

وأن كانت هذه العودة لهذا الحق تختلف بطبيعة الحال عن الوضع القانوني الذي كان عليه أطراف العلاقة القانونية قبل الإنقضاء، فقد يرجع الحق أقل اوأكثر منفعة من قبل وحسب طبيعة الحق العائد عينياً كان أوشخصيا، ولعل من المفيد أن نؤكد على أن هناك رأياً في الفقه القانوني يرى أن هذه السمة لإنقضاء الحقوق وعودتها ناتجة في حقيقة الأمر عن وضع قانوني يعيد أطراف العلاقة القانونية الى عهدها بعد أنتهائها لأي سبب ما أراديا كان أوقانونيا أختيارياً أو أجباريا[1].

ومن هذا المنطلق جاءت نصوص القانون المدني العراقي من جهة والقوانين المدنية الأخرى ولا سّيما تلك التي تكون منها محل المقارنة تحمل في طبيعتها هذه السمة لإنقضاء الحقوق وعودتها هو نص المادتين (418ــ 419) من القانون المدني العراقي، إذ إن المادة (418) من قانوننا المدني العراقي جاءت تتناغم وأحكام الشطر الأول من موضوع بحثنا، إذ أشارت هذه المادة بصحيح العبارة الى إنقضاء الحق عن طريق أتحاد الذمة أي من خلال إتحاد الصفات الذي تعتبر أحد الأسس القانونية لإنقضاء الحقوق في القانون المدني، اذ نصت هذه المادة على أنه ((في الدين الواحد إذا اجتمع في شخص واحد صفتا

(1) Xavier HENRY, La technique des qualifications contractuelles , these unuiversite de Nancy II ,1992, p.1211.

الدائن والمدين أنقضى الدين لأتحاد الذمة بالقدر الذي أتحدت فيه))[1]. ومن ثم فأن هذه المادة مرتبطة بمادة أخرى تليها من حيث الترتيب، إذ أشارت صراحة إلى كيفية أعادة الحق أو الالتزام عن طريق أختلاف الصفة ، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن هذه المادة بينت آلية العودة لهذه الحقوق أو الالتزامات لسبب معين أختلف بموجبه هذه الصفات وعليه أدى ذلك الى عودة أطراف العلاقة القانونية الى ما كانت عليه قبل الإنقضاء بما تفرضه هذه العلاقة من حقوق والتزامات، وهذا ما نصت عليه المادة (419) من القانون ذاته المذكور أعلاه والتي نصت هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبُر أتحاد الذمة كأن لم يكن)).

وليس أبلغ في الدلالة ما ذهب اليه المشرع المصري في نص المادة (370) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((وإذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فلم ينص على ذلك صراحة، ولكن المفهوم المخالف لنص المادة (1349) يتلاءم مع نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري إذ تنص هذه المادة على أنه ((يتحقق أتحاد الذمة من أجتماع صفتي الدائن والمدين بالالتزام في شخص نفسه، ويؤدي أتحاد الذمة الى إنقضاء الدين وملحقاته مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير أو ضده)).

فالمفهوم المخالف لهذه المادة يعني أنه في حالة زول السبب الذي أدىَ إلى أختلاف الصفة (الذمة) فأن الالتزام يعود هو وملحقاته. وتأسيساً على ذلك فأن الحق يعود بعد إنقضائه سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً أولاً بصفاته، وكذلك بمقوماته وتأميناته ثانياً، وهذا أن دلَّ على شيء فأنما يدل على أن أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وضع قانوني مركب فلا بد أن ينقضي الحق بأشخاصه وموضوعه ثم يعود بذات الوضع السابق أي من ناحتين موضوعية وشخصية.

([1]) وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1/353) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (368) من القانون المدني السوري. وكذلك نص المادة (357) من القانون المدني الليبي.

ثالثا- انقضاء الحقوق وعودتها امرنسبي

إن النسبية تعني في القانون المدني بشكل عام هي اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً وموضوعاً ومن هذا المنطلق فعند الولوج بالنصوص القانونية التي أشارت إلى إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني نرى أنها جاءت نسبية، فالمشرع في الغالب الأعم عندما ينص على العودة للحق أو الالتزام بعد أنقضائه، فأنه يقررُ العودة للحق بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية، فأن تفرعت عن هذه العلاقة التزامات وحقوق أنتجت بموجبها علاقات قانونية عديدة فلا تشملها العودة لكون أنقضاء الحق وعودته أمر نسبي، مثال ذلك لو كان هناك حق عيني تبعي (تأمين عيني) رهن تأميني مثلاً ثم أنقضى هذا الرهن عن طريق أي سبب كالتبعية مثلاً بأنقضاء الدين المضمون، ثم خلال هذه الفترة، أي المدة ما بين إنقضاء الحق وعودته أنتقل العقار المرهون إلى مرتهن أخر وترتب على هذه العلاقة حقوق والتزامات بالنسبة لهذا الوضع القانوني الجديد، وبعد ذلك تبين أن الوفاء لهذا الدين المضمون بالرهن غير صحيح، كأن يكون قد وفى بمال الغير وأدى ذلك إلى وفاء الدين، فتعود العلاقة القانونية بما تحملهُ من حقوقٍ والتزامات إلى سابق عهدها دون التاثير على العلاقة الجديدة أي العلاقة ما بعد الأنقضاء فالحق يعود ولكن أقل منفعة بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية من الناحية الشخصية والموضوعية [1].

هذا ومن الجدير بالذكر أن هذه السمة لإنقضاء الحقوق وعودتها بوصفها نسبية تبرزُ حقيقة في إختلافِ أساليب عودة الحق بعد إنقضائه وتباينه من حالة إلى أخرى، فمثلاً عودة الرهن التأميني الخاص بالحقوق العقارية هي غير عودة حق الدائنية(الحق الشخصي)، فعودة الحقوق العينية هي غيرعودة الحقوق الشخصية، لكون أن الحقوق العينية العقارية أن صحَ التعبير تتطلبُ التسجيل ومن ثم تُعد الشكلية ركناً فيها فلا بد من القيد[2]. هذا الأختلاف والتباين هو الذي أضاف على هذا الموضوع صفة أو خاصية النسبة، كما أن العودة للحق أو الألتزام هي تختلفُ من حيث الموضوع وكذلك من حيث الأشخاص، فمن حيث الموضوع يمكن أن يعود الحق بصفاته وضماناته في حالة من حالات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني كما هي الحالة التي كان عليها قبل

([1]) د. خالد عبدالله الشعيب، قاعدة الضرر يزال، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع، الكويت، 2008، ص 241 وما بعدها.

([2]) د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الاولى، الجزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد، 1952، ص 106.

الإنقضاء، وحالة أخرى يعودُ الحق بأقل فائدة أو باكثر فائدة تبعاً للسبب الذي أدى الى أنقضائهِ من جهة، وكذلك تتأثر العودة لهذه الحقوق أو الالتزامات بالحقوق التي يكتسبها الغير حسن النية خلال المدة ما بين إنقضاء الحق وعودته من جهة اخرى. وهذا الأمر بطبيعة الحال أضفى سمة النسبية على موضوعِ العودة لهذه الحقوق بعد أنقضائها [1]. أما من ناحية الأشخاص فقد تظهرُ هذه السمة من خلال اقتصارها على بعض أطراف هذه العلاقة على الرغم من تعددها وهذا يظهر بوضوح لنا عند مراجعة النصوص القانونية المنظمة لذلك، ومن النصوص القانونية التي بينت ذلك هو نص المادة (325) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا أتحدت ذمة الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فأن الدين لا يقضى بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي أتحدت ذمته مع الدائن)) [2].

ويقابلها في المعنى نفسه نص المادة (288) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا أتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فأن الدين لا يقضى بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن)).

وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1/1349) من القانون المدني الفرنسي الجديد، و المادة (1301) من ذات القانون قبل تعديلهُ، وفي ضوء هذه النصوص فأن المشرع العراقي يحددُ اثر الإنقضاء من حيث الأشخاص إذ ينحصرُ بين الدائن والمدين إذا أتحدت ذمته معه دون سائر المدينين المتضامنين الأخرين، وبالتالي فأن عودة هذا الدين سوف تكون أيضاً قاصرة بينهما دون أن يكون لهذه العودة أثر بالنسبة لبقية المدينين المتضامنين[3]. فمثلاً لو كان هناك أكثر من ثلاثة أشخاص متضامنين فيما بينهم بالتزام

([1]) د. ثامر جاسم محمد، اثار الرهن التاميني فيمابين الراهن والمرتهن، بحث منشور في مجلة كلية المامون، العدد(34)، 2019، ص 229. انظر كذلك دعاء ناجح داود سالم الرهن التاميني في قانون الملكية العقارية الاردني والقانون المصري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2020، ص 50.

([2]) وتقابلها نص المادة (430) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((اذا انقضت حصت احد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة او اتحاد الذمة او الابراء فان الدين لاينقضي بالنسبة لباقي المدنينالابقدر حصة هذا المدين)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1/292) من القانون المدني السوري ، وكذلك المادة (375) من القانون المدني الليبي.

([3]) في المعنى نفسه ينظر: المواد (326-327) من القانون المدني العراقي في شأن الابراء من الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين.

معين دين مثلاً ومن ثم بعد ذلك أتحدت ذمة شخصين منهما فأنه يؤدي إلى إنقضائه بالنسبة لهولاء فقط دون غيرهما من الأشخاص [1]. كما أن العودة لهذا الحق بعد إنقضائه لسبب معين كما هو الحال في المثال السابق الا وهو أختلاف الصفات تكون فقط خاصة بالأطراف أو الأشخاص الذين أنقضى التزامهم عن طريق أتحاد الذمة فلا تتعدى أثر الإنقضاء من جهة وكذلك العودة له، وهذا الأمر أن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ دون شك أن انقضاء الحقوق وعودتها قد استندت على عدة اسباب لإكتسابها صفة النسبية في القانون المدني، ونتيجة لتعدد حالاتها وأختلاف أسبابها عدَّت نسبية سواء أكان هذا الأمر من الناحية الشخصية أم الموضوعية .

رابعا- إنقضاء الحقوق وعودتها تشمل الحقوق العينية والشخصية

أن من أهم السمات التي يمتاز بها موضوع بحثنا والمتمثل بانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هو شمولها الحقوق الشخصية بالدرجة الأولى والأساس، والحقوق العينية، وهذا الأمر هو الذي دفعَ الباحث الى لملمة شتات هذا الموضوع وتقصي أبعاده القانونية من خلال جمع حالاته أوتطبيقاته القانونية ضمن نظرية عامة لإنقضاء الحق وعودته، وأن الدليل على هذه الشمولية هو نصوص القانون المدني التي أحتوت ضمن مفرداتها هذه الميزة.

ومن هذه النصوص هو نص المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى الى أتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبرُ أتحاد الذمة كان لم يكن)) .

فهذا النص يشملُ بالإضافة الحقوق الشخصية الحقوق العينية لا سيما الحقوق العينية التبعية، والدليل القانوني على ذلك هو نص المادة (395) من القانون نفسه والتي تنص هذه المادة على أنه ((1– إذا كان الدين مؤجلاً فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحته ويجبرُ الدائن على القبولِ.2 – فإذا قضى المدين الدين

([1]) د. جلال علي العدوي، احكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ، 1998، ص 274، انظر كذلك د. محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر – الاحكام، بلا طبعة، دار الجامعة الجديد للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1994، ص256.

قبل حلول الأجل ثم أستحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان)) [1]. ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري، فهذا النص يدلُ دلالة قاطعة أنه في مجال الحقوق الشخصية (الديون)، إذا كان الدين مؤجلا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل وهذا أمر طبيعي بشرط أن يكون الأجل متمحضا لمصلحته ويجبرُ الدائن بأي شكل من الأشكال على القبول[2]، وهذا هو الإنقضاء للحقوق الشخصية كما بينا سابقا، ولكن أذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل المعين من قبل أطراف العلاقة القانونية أو من خلال نص المشرع ثم أستحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان، وهنا عاد الحق كاملاً فأصبح إنقضاء للحق وعوة في ذات الحق الشخصي[3].

كذلك هو الأمر في نطاق الرهن الحيازي أو الرهن التأميني إذ ينقضي مثلاً حق الرهن الحيازي بإنقضاء الدين الموثق بالتبعة، ويعودُ معه إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين بذات السبب مع الأخذ بالحسبان أن لا يؤدي ذلك الى الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين أنقضاء الدين وعودته لأن هذه الفترة تعتبرُ على حد تعبيرُ البعض من الفقه أن الحق يكون في حالة سبات [4]. كذلك أن الرهن الحيازي قد ينقضي أيضا بأسباب معينة هي ذات الأسباب التي تنقضي بها الحقوق الشخصية فقد ينقضي الرهن مثلا إذا بيع المرهون لإيفاء دين أخر وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً أي الأجراءات التي نصت عليها القوانين الخاصة كما ينقضي ايضاً إذا أجتمعَ حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد، و يعودُ كذلك الرهن إذا زال السبب الذي أدىَ إلى أتحاد الذمة [5]. وبهذا يتضح لنا من خلال عرض النصوص

([1]) وتقابلها نص المادة (335) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((1– اذا كان الدين مؤجلا فللمدين ان يدفعه قبل حلول الاجل اذا كان الاجل متمحضا لمصلحته ويجبر الدائن على القبول.2 – فاذا قضى المدين الدين قبل حلول الاجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان)) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك هو الامر في القانون المدني الليبي.

([2]) د. حسن محمد كاظم المسعودي، و م. م عبد الامير جفات، مدى امكان تأصيل الالتزام بالرد بعد الفسخ القضائي الى قاعدة الكسب دون سبب، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الاول، السنه السابعة، 2015، ص 135.

([3]) عباس سهيل جيجان الجبوري، الاجرة واحكامها في عقد الايجار، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل، 2005، ص 96 وما بعدها

([4]) عبد المجيد المعلومي، الرهن الحيازي بين الشريعة والقانون، الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، بلا مكان طبع، 2003، ص73.

([5]) د. همام محمد محمود، التامينات العينية والشخصية،.الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2001، ص 503؟

القانونية أعلاه أن عودة الحقوق تتميزُ بخصائص معينة من أهمها أنها ترد على الحقوقِ الشخصية والعينية؛ إذا أصبح هذا أمراً مفروغاً منه كما هو مبين أعلاه، فنجد أن الإنقضاء يردُ على الحقوق العينية من دون النظر الى نوعها أصلياً كان أوتبعياً من جهة، والحقوق الشخصية كذلك من جهة أخرى، كما أن العودة الى هذا الحق أو الالتزام جاءت على هذا المنوال فهي جاءت عامة أكثر شمولية أي شاملة للحقين الشخصي والعيني، وهذا الأمر هو الذي صعب علينا جمع هذه الجزئيات تحت جامع معين تحت نظرية عامة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

خامساً- إنقضاء الحقوق وعودتها وضع قانوني يحمل بطبيعة التكرار

من المعلوم أن النصوص القانونية لا يمكن بشكل أو بأخر أن تكون ذات طبيعة واحدة، فهناك نصوص جامدة لا يمكن بأي حال من الأحوال الإتفاق على ما يخالفها وهذه النصوص يصطلحُ عليها النصوص الامرة، وبالمقابل هناك نصوص تكون في طبيعتها نصوص مرنة يمكن من خلالها إتفاق الأطراف على ما يخالفها لتحقق مصلحة أحدهم أومصلحة كليهما بما تفرضهُ من حقوق والتزامات فيما بينهم وهذه النصوص هي نصوص مكملة أو مفسرة [1].

مثال ذلك ما نصَّت عليه المادة (1134/ د) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا تسمع دعوى الشفعة: د- إذ تنازل الشفيع عن حقهِ في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع)). فهذا النص يعتبرُ من النصوص الجامدة (الامرة) التي لا يمكن الإتفاق على ما يخالفها فإذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة حتى ولو كان ذلك بشكل ضمني او حتى إذا كان هذا النزول قبل البيع فلا تسمع دعوى الشفعة منه لأنه أسقط حقه بنفسه فعليه أن يتحمل نتيجة فعله [2]. وهنا حقيقة يحق لنا التسأول عن طبيعة النصوص القانونية المنظمة لعودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني؟ فهل هي قواعد امرة أم مفسرة ؟ إن الإجابة على التساؤل أعلاه أمر في غاية الأهمية له أبعاد

(1) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الطبعة الاولى، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1988، ص 79. انظر كذلك د. جميل الشرقاوي، دروس في اصول القانون، المدخل لدراسة القانون، بلا طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1972، ص 102.

(2) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية، اسباب كسب الملكية(الستيلاء – الالتساق- والشفعة)، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، منشأة المعارف، بلا مكان طبع، 1949، ص320 وما بعدها.

واسعة ويحددُ الخطوط العريضة لموضوع بحثنا، ففي نطاق الإجابة على ذلك نقول أنه بالنظر لأختلاف حالات أو تطبيقات إنقضاء الحقوق و عودتها أنه لا يمكن الجزم في ذلك والقول بأنها قواعد مرنة أو جامدة، فقواعد الإنقضاء هي غير قواعد العودة وهي مختلفة من حالة الى أخرى، فلربما هناك نصوص يمكن من خلالها عودة الحق بصورة مؤقتة، أي أن هذا الحق يعودُ خلال فترة محددة ثم ينتهي بعد ذلك نهاية لا عودة له فيها، كما هو الحال في عودة حق المنفعة بأعادة بناء العقار المنهدم إذ يعود بقدر المدة المتبقية من حق المنفعة كما لو كانت مدة حق المنفعة عشر سنوات ثم أنهدم العقار وبعد ذلك قام مالك العقار المنتفع به بأعادة بناءه فهنا يعودُ بقدر سنتين وهي المدة المتبقية من حق المنفعة، وقد تكون العودة دائمة، تبعاً للنص القانوني، كما أن الحق أو الالتزام قد ينقضي أو يعودُ ثم ينقضي ويعودُ بنفس أطرافه وبذات الموضوع، وهذا ما يؤدي بنا الى القول بقابلية الحق بعد إنقضائه للعودة أكثرمن مرة، ومن ثم فأن عودة الحق أو الالتزام تكون قابلة للتكرار لسبب معين قد يكون هذا السبب أرادي أو قانوني تبعاً لموضوع العودة [1].

وليس أبلغ في الدلالة من ذلك عودة الرهن التأميني والرهن الحيازي، فهذا الرهنان قد ينقضيان ويعودان أكثر من مرة فهي حقوق تحملُ بطبيعتها التكرار، مثال ذلك لو أنقضى الرهن التاميني بسبب أتحاد الذمة وأدى ذلك الى أنتهاء العلاقة القانونية ما بين الراهن والمرتهن لإتحاد صفتاهما ثم أنفصلت هذه الصفة فعاد الرهن من جديد نتيجة تحقيق ضوابط هذه العودة وقد يتكررُ هذا الوضع أكثر من مرة، كذلك الأمر بالنسبة لعودة هذه الرهون عن طريق التبعية بين العقار المرهون والدين المضمون فكلما عادَ الدين المضمون عاد الرهن أي حق الرهن كأن يكون الوفاء لهذا الدين غير صحيح [2]. كما أن الأمر ليس مقتصر على إنقضاء أو عودة حق الرهن التأميني أو الحيازي كونهما من أهم حالات موضوع البحث والدراسة، فهو بالأضافة الى ذلك يشملُ حالة إنقضاء وعودة حق الإرتفاق إذ أن هذا الحق ينقضي ويعودُ أكثر من مرة، كما لو أنقضى هذا الحق بإنهدامه وتم بعد ذلك أعادة بناء العقار الخادم، فيعود حق الإرتفاق بهذا العمل ولو كان ذلك أكثر من مرة، كذلك هو الأمر بالنسبة الى أعادة حق المنفعة العقاري فإذا أنهدم العقار المقرر

([1]) د. درع حمادة الدليمي، الحقوق العينية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2018، ص 420.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو، التامينات الشخصية والعينية، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، 1996، ص 298. انظر كذلك د. محمود جمال الدين زكي، دروس في التامينات الشخصية والعينية، الطبعة الاولى، بلا مكان طبع، 1974، ص 278 وما بعدها

عليه حق المنفعة ثم أعادة بناء العقار المقرر عليه هذه المنفعة عاد حق المنفعة للمنتفع بقدر المدة المتبقية من حق المنفعة [1]. ومن هذا المنطلق يمكنُ القول أن الحق يعودُ طالما توافرت شروط عودته دون أن تكونُ العودة مقيدة بمرة واحدة فكلما تحققت شروط عودة الحق عادَ الحق الى سابق عهده بجميع ملحقاته وضماناته ودفوعه وأيضاً يعودُ بالنسبة لجميع ذوي الشأن من المتعاقدين وخلفهم الخاص من كفيل عيني وكفيل شخصي، وهذا أن دل على شيء فأنما يدل على أن أنقضاء الحقوق وعودتها وضع قانوني يحملُ بطبيعة التكرار، أي قابلية الى العودة بعد إنقضائه أكثر من مرة نتيجة لتحقيق ضوابط معينة.

يتضحُ مما تقدَّم إن مصطلح إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني تتميزُ بخصائص أو كما سميناها سمات متعددة، إذ أن هذه الأخيرة بينت لنا ماهية أوذاتية إنقضاء الحقوق وعودتها، إذ تبين لنا من جهة أنها تعدُ أستثناء من الأصل، فالأخير هو الإنقضاء بعينه، أما العودة للحقوق والالتزامات الى سابق عهدها فهو أستثناء من هذا الأصل من جهة أخرى، كما تبين لنا أنه عمل أو وضع قانوني مركب، إذ لا بد أن يكون هناك إنقضاء للحق أو للالتزام قبل العودة له، فهذه السمة تعدَّ من أهم سمات إنقضاء الحقوق وعودتها، كذلك فهي نتيجة تردُ على الحقوق الشخصية والعينية أصلية أو تبعية مما يجعلها أكثر شمولية من غيرها، ناهيك عن أثرها النسبي بين أطراف العلاقة القانونية من الناحية الشخصية وكذلك الموضوعية، بما تفرضها من حقوق والتزامات.كما أن قوا عدها القانونية أكثر طراوة إذ إن بموجبها يمكن للحق أو الالتزام أن ينقضي ويعود أكثر من مرة واحدة نتيجة لتحقيق سبب معين يرتبط بإنقضاء الحقوق أوبعودتها على حدٍ سواء. وبعد الفراغ من هذه السمات المبينة أعلاه فأنه يجبُ علينا أن ننوه على أن أي نظام أو وضع قانوني متميز يلعبُ دوراً مهماً في الحياة العملية لا يمكن أن يوجد دون مبرر أو دافع لوجوده أو العمل به خصوصاً إذا كان هذا الوضع أستثناء من الأصلِ ، كما أن هذا المصطلح شأنه شأن أي مصطلح قانوني أخر قد يتشابه مع غيره من المصطلحاتِ وقد يختلفُ عنها الأمر الذي لا بد لنا من الإحاطة به من جميع جوانبه، وهذا ما سوف نعرض له ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث.

([1]) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، الطبعة الحادية عشر، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان ، الاردن، 2014، ص 320.

المطلب الثاني

مبررات انقضاء الحقوق وعودتها وتمييزها عما يشتبه بها

في واقع الأمر إن المشرّع في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية ولا سيمّا تلك التي تكون محل المقارنة، عندما ينصُ على إنقضاء الحقوق أو الالتزامات وعودتها في العديد من الحالات أو التطبيقات القانونية في نطاق موضوع معين ، فإن هذا النص حقيقة لم يأتِ من دون مبرر يستند عليهِ، بل إن هناك الكثير من المبررات التي دعت عموماً المشرّع و غيرهُ إلى الأخذ والنص على ذلك سواء أكان ذلك بشكل صريح أم بشكل ضمني ، كما أن هذا المصطلح ليس بالبعيد عن المصطلحات القانونية الأخرى فقد يشتبهُ معه في جوانب وقد يختلفُ عنه في جوانب أخرى، إذ إن بيان ذلك يؤدي إلى تحديد الطبيعة القانونية لإنقضاء الحقوق من جهة وعودتها كذلك من جهة أخرى، كما أنه يبين أبعاد هذا المصطلح من جوانبه المختلفه ولا سيَّما القانونية منها ، ولغرض بيان ذلك فأن الأمر يتطلبُ منا تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول منه لدراسة مبررات إنقضاء الحقوق وعودتها، أما الفرع الثاني منه فسنكرسه لدراسة تمييزُ إنقضاء الحقوق وعودتها عما يشتبه معها من أوضاع قانونية أخرى .

الفرع الأول

مبررات انقضاء الحقوق وعودتها

بينا فيما سبق أن أنقضاء الحقوق وعودتها تعني بأنها وضع قانوني يؤدي الى انقضاء الحق أو الالتزام وعوته الى الحالة التي كان عليها قبل أنتهائه لسبب معين تعلق هذا الأخير بإنقضائه أو بعودته بما يرتبهُ من حقوق والتزامات بأثر رجعي، هذا المعنى حقيقة لا يتأتى من فراغ فهناك مبررات دفعت المشرع من جهة وكذلك الفقه والقضاء من جهة أخرى الى النص عليه وبيانه، ومن الجدير بالذكر أنه نلاحظ هنا ونحن نبين هذه المبررات أن هذه الأخيرة تكون تارة متعلقة بفلسفة الإنقضاء أي الإنقضاء للحقوق والالتزامات، وتارة اخرى تكون متعلقة بفلسفة العودة لهذا الوضع القانوني بعد إنقضائه، وهذه المبررات قد جسدت وبحق الحكمة والغاية من عودة هذه الحقوق والالتزامات، وبالنظر لأختلاف وتباين حالات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، إذ أن لكل حالة لها وضعها القانوني، فلا بد من بيان المبررات التي دفعت المشرع للنص على

أنقضاء الحقوق أو الالتزامات أن صحَ التعبيرأبتداءً، ثم بعد ذلك نبين مبررات عودتها، أي أعادة أطراف العلاقة القانونية الى الحالة التي كانا عليها قبل الإنقضاء، ولغرض بيان ذلك، لا بدّ لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرتين نبين في الفقرة الأولى منه مبررات إنقضاء الحقوق أو الالتزامات، أما الفقرة الثانية منه فسنخصصها لدراسة أو بحث مبررات العودة وكما هو مبين أدناه :

أولا- مبررات انقضاء الحقوق

من المعلوم أن الحقوق تتقررُ لشخص معين على حساب شخص أخر وهذه حقيقة لا يمكن أنكارها على الأطلاق، إذ أصبحت قاعدة مسلم بها فلا يمكن أن يكتسب الشخص حق من دون التزام يقابله، فحق الرهن مثلاً يقررُ لدائن المرتهن مقابل التزام المدين الراهن بالوفاء أي وفاء الدين المضمون ... والأمثلة على ذلك كثيرة، كما أن مبررات العودة هي كذلك على ذات المنوال فهي متنوعة ومختلفة فهي تلازم وأحكام الحالة التي تتناولها؛ لذلك سنركز على أهم هذه المبررات كما يأتي:

1- الإنقضاء يحقق الاستقرار في المعاملات المالية : - لما كان مبدأ أستقرار المعاملات المالية يعرفُ بأنه ((ثبات آثار الوقائع الإنسانية، في الأموال سواء أكان ذلك في نفاذها أم في انحلالها)) [1]. ونتيجة لذلك المعنى يقصدُ بثبات الآثار للوقائع والتصرفات الإنسانية ((هو تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على أطراف المعاملة المالية، وتتمثلُ ذلك في تحديد حقوق الطرف الأول وكذلك تحديدُ الحقوق التي تترتب بذمتهِ للطرف الثاني من جهة، وتحديدُ التزامات الطرف الأول، وللالتزامات التي يجب أن يلتزم بها قبل الطرف الثاني وبالعكس، أي تحديد الالتزامات المتقابلة لأطراف المعاملة المالية من جهة أخرى))[2] . وبهذا فأن مبدأ أستقرار المعاملات المالية يعدَّ من المبادئ المسلم بها و التي يتم تحقيقه حقيقة من خلال عدة وسائل ومنها بالدرجة الأولى والأساس أنقضاء الحقوق والالتزامات، فعندما ينقضي الالتزام ويعود أطراف العلاقة القانونية الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بحيث أن كل واحد من المتعاقدين يحصلُ على حقهِ، وهذا

([1]) د. علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، أُطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء ،2014،ص 23.

([2]) د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنيت، وعلى الموقع المتاح uoanbar.edu.iq، تأريخ الزيارة 2023/12/19.

هو المبنى من الالتزام، فأن هذا حتماً يساعدُ ويفعل مبدأ الأستقرار في المعاملات المالية، إذ إن المشرع في أغلب الأحوال وهو يسن القواعد القانونية يضع قواعد قانونية عامة يستشف منها ذلك، أي الأستقرار في المعاملات من خلال تطبيقها والالتزام بها لا سيما تلك التي تتعلق بالإنقضاء، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها مثلاً إذا كان هناك التزام عقدي كأن يكون مثلاً عقد بيع، فهذا الأخير يولد حقوق والتزامات ما بين أطرافه سواء أكان ذلك بالنسبة للبائع أم المشتري، فإذا لم يسلم البائع المبيع رغم تسلمه الثمن فأن ذلك حتماً يؤدي إلى زعزعت النظام وأخلال في المراكز القانونية وأنعدام في التوازن العقدي فضلاً عن أكتساب طرف على أكثر مما يستحق، فهذا يؤدي دون شك الى زعزعت مبدأ الأستقرار في المعاملات المالية [1].

أما المفهوم المخالف لذلك، أي أنقضاء الحق أو زواله فأن ذلك سوف يحققُ الأستقرار في المعاملات المالية، إذ يحصلُ كل من طرفي التصرف كما هو الحال في المثال السابق على مراده وبالتالي زوال هذا التصرف وأنتهائه، فكما بينا سابقاً أن الأنسان كائن أجتماعي لا يمكنهُ العيش مكتفياً ذاتياً، إذ قد يدخلُ في الكثير من العلاقات القانونية بين أفراد جنسه ببعضهم البعض، سواء أكانت على شكل تصرفات قانونية أم وقائع قانونية، إذ يصلُ الحال بهم من خلالها كما هو معلوم الى ترتيب آثار قانونية و حقوق على بعضهم البعض، لكن قد يحدث أن تؤول تلك العلاقات القانونية الى الزوال أو الإنقضاء سواء أكان ذلك بإرادة أطرافها أم بدون أرادتهم أم بنص القانون ذاته مما يقتضي إعادة الحال بينهم الى ما كانت عليه قبل قيام العلاقة القانونية وهذا هو جوهر مبدأ الأستقرار في المعاملات المالية [2].

كذلك أن مبدأ الأستقرار في المعاملات يتحققُ وأن كان الإنقضاء قد تم عن طريق أخلال أحد الأطراف بالالتزاماته؛ لأن هذا الإخلال يترتبُ عليه جزاءات نص عليها القانون يمكنُ عن طريقها حصول كل من أطراف التصرف على حقوقهِ، ويبدو هذا أكثر وضوحاً عند قراءة نص المادة (180) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة

([1]) د. علي مصبح صالح الحيصة، نحوه نظرية عامة لمعالجة اخلال التوازن العقدي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق - جامعة عين الشمس، مصر، 2021، ص149.

([2]) د. عبد الله محمد احمد عثمان، اعادة الحال الى ماكان عليه (دراسة لاهم اثار الغاء الحكم القضائي والتحكيمي)، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية، مصر، 2022، ص 81.

على أنه ((إذا فسخَ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية أو أنفسخَ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه...)) . فهذه المادة تشير صراحة على أنه أذا أنفسخَ العقد لأي سبب قانوني ما فأن الالتزام يسقطُ ويعيد أطراف العلاقة الى وضعها السابق، فمثلاً إذا كانت طبيعة العلاقة عقدية وأنقضت فإنه يلزم على كل طراف بأن يردُ للآخر ما حصل عليه من أداءات و كذلك تتغيرُ في المراكزِ القانونية لهما، و يعاد المتعاقدين الى ما كانوا عليه قبل التعاقد وكأن العقد لم يكن، وهذا أن دلَ على شيء فأنه يدلُ على أن الأنقضاء للحقوق والالتزامات يؤدي الى الأستقرار في المعاملات، وبغض النظر عن السبب الذي أدى الى إنقضائه وكذلك عن مصدر هذا الحق سواء اكان العقد أم الارادة المنفردة أم غيرها من أسباب أكتساب الحقوق والالتزامات.

وما يؤيد كلامنا هذا بأن الأنقضاء يحقُ الأستقرار في المعاملات المالية في الغالب هو ما ذهب اليه البعض من الفقه القانوني في أن التقادم (مرور الزمان) كونه سبب من أسبابِ الإنقضاء يؤدي الى الأستقرار في المعاملات المالية، إذ يرى هذا الأتجاه من الفقه أن قواعد التقادم من القواعد التي تحمي المعاملات؛ لأنها تؤدي الى أستقرار الحقوق وأيجاد الثقة في المعاملات، كذلك تفعيلُ عنصر السرعة في التعاملات المالية، فمثلاً أن الدائن الذي يسكتُ عن حقهِ مدة طويلة، حفاظاً على مبدأ أستقرار المعاملات المالية، فهذا يبرهنُ أمرين لا ثالث لهما، فهو أما ان الدائن قد أستوفى حقه، أو أنه قد أبرأ ذمة مدينه من الدين[1]. فالقانون قد نظمَ أغلب مناحي الحياة أن لم يكن جميعها، إذ أنه وضعَ قواعد تهدف الى الأستقرار في المعاملات المالية في البيئة المدنية، وحرص على أمنِ هذه البيئة وطمأنينتها، ولذلك وضعَ المشرع أحكاماً تحددُ حقوق الدائنين والمدينين وقد نظمَ مطالبة الدائن المدين بما له من حقوقٍ، فمثلاً المثال السابق (أنقضاء الالتزام بالتقادم) فقد حددَ المشرع مدد يجبُ المطالبة خلالها، فإذا لم يطالب الدائن المدين في حينها اي خلال هذه

([1]) د. رمضان جمال كامل، التقادم المسقط في التقنين المدني علما وعملا، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 10، انضركذلك بهذا الخصوص د. علي حميد كاظم الشكري، مصدر سابق، ص 211. انظر كذلك القاضي محمد احمد العمر، المدد القانونية، بلا طبعة ، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1994، ص 5 وما بعدها، ود. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 456، ود. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، بلا طبعة، الجزء الثاني، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، البصرة، العراق، 1986، ص 310.

المدة المحدد من قبل المشرع، لا يسمع القضاء مطالبته بعد ذلك؛ وذلك حرصاً من المشرعِ على أستقرار التعامل في المجتمع ومن ثم تحقيقاً للمصلحة العامة [1]. و هذا الأمر حقيقة ينطبقُ على أغلبِ طرق الإنقضاء، فإذا أبرأ الدائن مدينه مثلاً فأن ذلك سوف يؤدي الى الإنقضاء حتماً وتنتهي بموجب هذا الأخير العلاقة القانونية شريطة أن يكون الإنقضاء أي الإبراء صحيحاً شخصاً وموضوعاً وعلى أثر هذا الإنقضاء يتحققُ الإستقرار في المعاملات المالية، زد على ذلك أن القانون ينصُ صراحة على إنقضاء الحق عند عدم مراعاة اجراءات معينة حرصاً على تحقيقِ الإستقرار في المعاملاتِ المالية، فمثلاً إذا لم يقم الشفيع بإتخاذ الأجراءات القانونية التي رسمها له القانون فأن ذلك يؤدي الى سقوط حق الشفعة.

فالمبنى من هذه الاجراءات عند عدم إتخاذها تندفي وبالتالي يؤدي ذلك زعزعت النظام القانوني وعدم إستقراره؛ لأنه عند عدم تحديدُ ذلك سوف يجعلُ أطراف التصرف أو الواقعة القانونية تحت رحمة الشفيع مما يجر تلك العلاقة الى منازعات عديدة وأطالة في الوقت مما يخل ذلك بمبدأ الإستقرار في المعاملات المالية، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن الإنقضاء للحقوق والالتزامات بوجه عام وبصرف النظر عن وسيلة الإنقضاء وسببها يؤدي حتماً الى الأستقرار في المعاملات المالية شريطة أن يكون هذا الإنقضاء صحيحاً مبرئ للذمة أي أن يكون هذا الإنقضاء مستوفياً لأركانهِ وشروطه، وإلا عادَ الحق أو الالتزام الى ما كان عليه قبل الإنقضاء وعدَّ الأخير كأن لم يكن أصلاً عند تحقيق ضوابط معينة.

2- تحرير الإرادة التعاقدية:- إن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني، فالإرادة تعني القصد الذي يرمي اليه المتعاقدين لخلق الالتزامات التعاقدية[2]. أو هي أرادة الطرفين

([1]) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام – انقضاء الالتزام، الطبعة الثانية، الجزء الثالث، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1984، فقرة 592، ص 1166 ومابعدها، انظر كذلك اياد محمد جاد الحق، مرور الزمان في المعاملات المدنية (دراسة مقارنة بين القانونين العماني والمصري على ضو ء الفقه الاسلامي)، بحث منشور في مجلة جامعة ابو ظبي، العدد الثاني، 2015، ص 471.

([2])Stephen Smith,Atiyahs introduction to the law of contract.sixth edition,Clarendonpress,Oxford,2005,P.99

التي تعبرُ عن رضاهما في خلقِ علاقة قانونية[1].وعلى أساسِ ذلك فأن التصرف القانوني يقصدُ بهِ ((أتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبهُ القانون إعمالاً لتلك الإرادة))[2]. وهذا التصرف الإرادي ناتج عن مبدأ جوهري في نطاق الالتزامات الا وهو مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني بأختصار أن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانوني، وتحددُ الآثار التي تترتبُ عليه [3].

وبهذا فهو مبدأ ذو شقين، إذ يتعلق الشق الأول منه بالشكل، وهو مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة وحدها مجردة عن أي شكلية كافية لإنشاء التصرف القانوني فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة، أما الشق الثاني فيتعلق بالموضوع، ومقتضاه أن تكون هذه الإرادة كذلك صاحبة السلطان في تحديد أطار آثار هذا التصرف، فتستطيع مثلاً الإرادة أن تنشئ عقداً لا يعرفه القانون هذا من ناحية، وأن تتجه كذلك إلى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون من ناحية أخرى، فتستطيع أن تجعل من العقد الرضائي عقداً شكلياً أو عينياً.

وقد نصَ القانون المدني العراقي على أثر هذا المبدأ في نطاق العقد وذلك من خلال نص المادة (1/146) و التي تنص هذه المادة على أنه ((أذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوزلأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديلهُ الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)) [4]. والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (147) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)). وكذلك نص المادة (1134) من القانون

([1]) Paul Richards, law of contract,financial times , Pitman publishing , fourth ed, 1999, p.70.

([2]) د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، الطبعة الاولى، مكتبة عبد الله وهبة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1966، ص 267 وما بعدها، انظر كذلك د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، الاردن، 2004، ص91، و د. محمود محمد الطنطاوي، حقيقة التصرف واقسامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد(الاول)، السنة (15)، ص 1.

([3]) د. عبد المجيد الحكيم و الاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزم في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 20.

([4]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الاردني، وتقابلها ايضا نص المادة (148) من القانون المدني السوري والتي تنص على انه ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون))، ولا مقابل لها في القانون المدني الليبي.

المدني الفرنسي و التي تنص هذه المادة على أن ((الإتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها)). فعند قراءة هذه النصوص والتمعن بها يتبين لنا أن موضوع مبدأ سلطان الإرادة يعني حرية إرادة المتصرف في التصرف القانوني وتحديدُ نتائجه وحدود تلك الحرية في نظرِ القانون، إذ إن الإردة هي أصل أغلب التصرفات القانونية فهي التي تحددُ بداية التصرف القانوني ونهايته وتحديدُ أغلب أثاره ليس على نطاق داخلي فقط بل على أساس خارجي أي أذا كان أحد طرفي العلاقة القانونية عنصر أجنبي فالإرادة تتدخلُ لتنظيم ذلك، فأذا كان الإرادة بهذا المستوى والأهمية فأن هذه الإرادة لا بد أن تحترمُ وتحتلُ مكانة هامة في أغلب أقسام القانون ، وكما بينا سابقاً فأن الأصل الحرية لإرادة الأنسان، حيث أن من أهم الخصائص التي تمتاز بها الحقوق أو الالتزامات لا سيما الشخصية منها بأنها موقتة والا أعتبرت قيداً على إردارة أحد طرفيها، وهذا الأمر حقيقة حسب ما ذهب اليه جانب من الفقه القانوني يعدُ أنتهاكاً لمبدأ سلطان الإرادة، فالالتزام مهماً أمتد فأنه في طبيعة الحال يكونُ مصيره الزوال بتوافر سبب الإنقضاء كالوفاء أو غيره لا سيما إذا كان الإنقضاء أختيارياً[1].

هذا ومن الجدير بالذكر أن فقهاء القانون المدني يكاد أن يجمعوا على أن هذا المبدأ (سلطان الأرادة) لا يحدُ منه أو يقييدهُ الا القانون، لذلك يرون أن الإرادة تستطيعُ أن تنشئ الالتزام أو بالأحرى الحقوق وكذلك تستطيع أن تنهيها وهذا جوهر الإنقضاء، فالأخير يتحققُ حتماً بإرادة أطرافه، وهذه الحرية في التخلص من الالتزام وبالتالي من فنائهِ وأعادة أطراف هذا الالتزام بغض النظر عن مصدره سواء أكان التصرف القانوني أم الواقعة الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أمر ينسجمُ مع مبدأ سلطان الإرادة، بعبارة أكثر وضوحاً أن أطلاق حرية الانسان وتجريدها من الالتزام يحققُ بالاضافة الى الأستقرار في المعاملات المالية أحترام لإرادة الأنسان فالأصل كما هو معروف في نطاق أغلب أقسام القانون لا سيما القانون المدني براءة الذمة والإستثناء من ذلك هو تقييده أي تقييدُ إرادة أطراف هذا التصرف [2]. فالإرادة دائما تكون أسمى؛ لذلك لا بد لكل التزام من أن ينقضي ولو كان هذا الأمر نسبي؛ لأنه يختلفُ باختلاف نوع الحق شخصياً كان او

([1]) د. احمد السعيد الزرقد، احكام الالتزام، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ، 2005، ص 196.

([2]) د. علي فلالي، النظرية العامة للعقد(الالتزامات)، الطبعة الاولى، موفهم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2001، ص 51.

عينياً، فهذا الإنقضاء هو أحتراماً وتعضيماً لإرادة أفراد أو أطراف أي علاقة قانونية، وعلى أساس ذلك يمكنُ القول أن من أهم مبررات الإنقضاء للحقوق أو الالتزامات هو أحترام إرادة المتعاقدين بتحريرها من الالتزام وهذا كله أمر لا يمكن أغفاله فهو ينسجمُ مع مبدأ سلطان الإرادة .

3- تحقق سبب الإنقضاء :- من المعلوم أن أسباب إنقضاء الحقوق متعددة ومتنوعة، فقد عالجَ القانون المدني العراقي أسباب إنقضاء الالتزام كما بينا سابقاً في الباب الخامس وقد خصصَ لها المواد من (375-443) من القانون المدني العراقي وكثيراً ما يتم الخلط بين هذه الأسباب وأسباب أخرى لا تمت لها بصلة، كالأبطال مثلاً والفسخ كذلك وغيرها من أسبابِ زوال العقد، فهناك فرق واضح بين زوال العقد وهو مصدر الالتزام، وزوال الالتزام ذاته، على الرغم من ذلك فقد يكونُ هناك تفاعل ما بين الشيئين، مثال ذلك قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتنقضي تبعاً لذلك الالتزامات الناشئة عن العقد، وقد يحدثُ العكس من ذلك فقد تزولُ الالتزامات الناشئة عن العقد بسبب من أسبابِ الإنقضاء فينقضي العقد تبعاً لذلك أو قد يصبحُ غير ذي موضوع مثلاً، وهذا الخلط هو سبب من أسباب الأختلاف في مضمون الإنقضاء كما بينا ذلك سابقاً، ومهما يكن من الأمرِ فأن أسباب أنقضاء الالتزام قد نظمها المشرع وهي كالأتي:

أ- **أنقضاء الالتزام بالوفاء:-** يعني الوفاء كسبب من أسبابِ أنقضاء الالتزام بأنه ((قيام المدين بتنفيذ ذات الإلتزام الذي إلتزم به، أي التنفيذ العيني الإختياري للالتزام ويعتبرُ الوفاء الطريق الطبيعي المرغوب فيه لإنقضاء الإلتزام أياً كان محله، سواء تمثل في دفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو القيام بعمل، فالبائع يفي بالتزامه بنقل ملكية المبيع إذا هو قامَ بالإجراءات اللازمة لذلك، والمقاول يفي بالتزامه بإقامة البناء الذي تعهد بإقامته))[1].ويعتبر الوفاء حقيقة سبباً لإنقضاء الإلتزام، وهو في الوقت نفسه طريقة التنفيذ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الوفاء تصرف قانوني بتمثل في الإتفاق بين الموفي والموفي له على قضاء الدين، ويخضعُ للقواعد العامة في التصرفات القانونية، فلا بد فيه من تراضى الطرفين على وفاء الإلتزام، ويشترطُ في هذا التراضي أن يكونُ خالية من عيوب الإرادة، فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال، ويجبُ أن تتوافر الشروط المتعلقة بالأهلية والمحل والسبب.

([1]) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، مصدر سابق، ص 445.

ب - أنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء:- إن أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء متعددة وهي في طبيعة الحال لاتخرج عن عن خمسة اسباب وهي كما يأتي:

1- **الوفاء بمقابل أو الإعتياض:** ويقصد بالاعتياض او الوفاء بمقابل بأنه ((قبول الدائن مقابلاً يستعيضُ به عن المستحق له أصلاً)) [1]. فالأصل أن المدين يلتزم بالوفاء بعين ما إلتزم به وهذا هو الأصل، ولا يمكن إجبار الدائن على قبول الوفاء بشيء آخر مختلف ولو كان أكبر منه قيمة، إلا أنه يملك قبول الوفاء بشيء آخر خلاف المستحق أصلاً، وفي هذه الحالة يقومُ المدين، في سبيل الوفاء بما هو ملتزم به قبل الدائن، بإعطاء الدائن شيئا آخر غير الذي كان ملتزمة بأدائه[2].

2ـ اتحاد الذمة: أن أتحاد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتي الدائن والمدين بيد شخص واحد بالنسبة الى دين واحد، [3]. فاتحاد الذمة يُعد من الاسبابِ العامة لانقضاء الحقوق شخصية كانت أم عينية، فقد يرهن مثلاً المورث عقاره أو سيارته لمصلحة الدائن الوارث ثم يتوفى بعد ذلك فيتملك الوارث المال المرهون عن طريق الميراث وتتحدُ فيه صفتان الراهن والمرتهن فأذا أتحدت هذه الصفات كان ذلك سبب لإنقضاء الالتزام [4].

3ـ التجديد : أن التجديد كسبب ينقضي بموجبه الالتزم يعني بأنه ((إتفاق يرمي إلى أستبدال التزام قديم بالتزام جديد فينقضي الالتزام القديم وينشأ التزام جديد يحلُ محله)) [5]. وأهمية التجديد في العمل قليلة بسبب حدة أثاره و أهمها إنقضاء الالتزام القديم بتأميناته ودفوعه، وسبب ذلك هو وجود نظم قانونية أخرى تؤدي نفس الغرض وبعيوب

([1]) Ronan Bemard - Menoret, Fiches de procedure civil, Ellipses, paris, 2009, p. 45. John P. Dawson, WM. Burnett Harrey, Cases and Materials on contracts and contract Remadies, Brooklyn: The Foundation INC., 1959, P:527.

[2] د. احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص223.

([3]) د. احمد عبد الدائم، شرح القانون المدني- نظرية الالتزام، احكام الالتزام، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2003، ص 288.

[4] د. احمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص296.

([5]) د. برهام عبد الله، اساسيات نظرية الاللتزام، بلا طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1956، ص163.

أقل من التجديد مثلاً حوالة الحق، وحوالة الدين، وكذلك الوفاء مع الحلول، يغني عن التجديد بتغيير الدائن والمدين، والوفاء بمقابل يغني عن التجديد بتغيير المحل[1].

4- الإنابة في الوفاء: تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزمُ بوفاء الدين مكان المدين[2] . فيكون المدين منيباً والأجنبي مناباً والدائن مناباً لديه. يتضحُ من هذا أن الإنابة تقعُ بين أشخاص ثلاثة، وتتطلبُ موافقتهم جميعاً، وفي الغالب تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والغير (الأجنبي)، كما لو أناب البائع المشتري بدفع الثمن لدائن للبائع، إلا أن الإنابة لا تقضي بالضرورة وجود مديونية سابقة، فقد يكون الغرض منها التبرع أو القرص من الأجنبي للمدين[3].

5- المقاصة: تعد المقاصة طريق من طرق إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حين يصبحُ المدين دائناً لدائنه فينقضي الدينين في الوقت نفسه بمقدار الأقل منهما ويظل المدين ملزماً بالوفاء بالجزء المتبقي من الدين بالطريق العادي، وتقومُ المقاصة حقيقة على ذلك بوظيفتين: فهي أداة وفاء وهي في الوقت نفسه أداة ضمان، فهي أداة وفاء مزدوج لأنها تقضي على الدين الأقل كلية وتؤدي إلى الانقضاء الجزئي للدين الأكبر كما أنها أداة ضمان لأنها تعُطي للدائن الحق في أن يستأثر بالدين الذي في ذمتهِ للطرف الأخر متميزاً بذلك عن غيره من دائني المدين، فالمقاصة أداة ضمان فعالة يستطيع بمقتضاها الدائن الذي يتمسكُ بها التهرب من قسمة الغرماء [4].لأنه يحصل على حقه بمقاصته بالدين الذي عليه [5].

ج- انقضاء الإلتزام دون وفاء:ينقضي الإلتزام دون أن يقوم المدين بالوفاء أو ما يعادل الوفاء في حالات ثلاثة هي: الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم المسقط، وهي كالاتي:

---

(1) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح احكام القانون المدني، الطبعة الاولى، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، بلا سنة نشر، ص343.

(2) د. جلال محمد ابراهيم، انقضاء الالتزام، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة، مصر، 2011، ص82. انظر كذلك د. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004، ص364.

(3) د. محمد علي الازهري، النظرية العامة في الالتزام (احكام الالتزام)، الطبعة الثانية، دار الكتب الوطنية للطباعة والنشر، بنغازي، 2013، ص183.

(4) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مع المستحدثات في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2020، ص 396.

(5) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام)، بلا طبعة، مطبعة نهضة مصر، مصر، القاهرة، مصر، 1953، ص 68.

1- الإبراء يقصدُ بالابراء بأنه ((تنازل الدائن عن حقه بإرادته المنفردة بدون مقابل، فهو تبرع ينقضي به الدين، وتبرأ ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شيء)). فالإبراء تصرف قانوني من جانب واحد، فهو يتم بإرادة الدائن وحده ، ويغيرُ حاجة إلى قبول المدين، لذا يصح الإبراء ولو كان المدين غير قادر على التعبير عن إرادته، بل ويجوزُ إبراء الميت من دينهِ، والإبراء كتصرف إرادي موجه إلى المدينِ، لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى علمهِ[1].

2- استحالة التنفيذ: ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء مستحيل لسبب أجنبي لا بد له فيه [2]. فالاستحالة لا تؤدي الى أنقضاء الالتزام الا بتوافر شروط معينة لازمة لذلك وعلى أثرها ينقضي الالتزام.

3- التقادم المسقط: يعتبرُ التقادم سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به، وهو عبارة عن إنقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعملهُ صاحبهُ، فالتقادم يفترضُ مضي مدة معينة دون أن يطالب الدائن المدين بالدين عند حلول ميعاد الوفاء به، وأن أحكام الأخير تعد من النظامِ العام [3] .

و على أساسِ ذلك فأذا تحقق سبب الانقضاء فان الالتزام سوف ينتهي وعلى هذا الإنقضاء تنتهي العلاقة القانونية لا سيما أذا كان هذا السبب مستكملاً أركانه وشروطه، هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك أسباب أخرى ينقضي من خلالها الالتزام يمكن أن نطلق عليها أسباب خاصة لإنقضاء للالتزام، أما الأسباب التي بيناها أعلاه فهي أسباب عامة تشملُ الحقوق الشخصية و العينية على حدٍ سواء.

يتضحُ من كل مما تقدم أن هناك العديد من المبررات التي لا يمكن حصرها بحالة أو بموضوع معين لإنقضاء الحقوق و الالنزامات وهي في طبيعة الحال مختلفة بسبب نظرة المشرع لها من جهة، وكذلك تتعلقُ بنو ع الحق وطبيعته من جهة أخرى، الا أن أهم هذه المبررات هو أن هذا الإنقضاء يحققُ حتماً الأستقرار في المعاملات المالية، كما أنه يحررُ إرادة الأطراف من التقييد وهذا هو الأصل الذي أصبح أمراً مفروغاً منه لا جدال فيه، كما أن هذا الإنقضاء له مبرر أخر لا يقل أهمية عن هذه المبررات إذ يتعلقُ هذا

(1) د. طلبه خطاب ، مصدر سابق، ص384.
(2) د. احمد السعيد الزقرد، المصدر السابق، ص249.
([3]) د. محمد علي الازهري، مصدر سابق، ص 204.

الأخير بتوافر سبب هذا الإنقضاء فأذا تحقق سبب الإنقضاء فلا تبقى جدوى للالتزام، وأذا كانت هذه أهم المبررات التي تقرر على أساسها الإنقضاء، فأنه يدق في الذهن التساؤل الأتي ما مبررات العودة لهذا الحق بعد ما توفر سبب عودته ؟ هذا ما سوف نبينه في الفقرة الثانية من هذا الفرع .

ثانيا- مبررات عودة الحقوق

بادئ ذي بدء يمكن القول أن المشرع وهو يسن القواعد القانونية فأنه يسعى الى تحقيق غايات تحقق من خلالها الهدف من تشريع هذه النصوص، وقد تبين لنا أن المشرع قد نال مرادهُ عند النص على إنقضاء الحقوق أو الالتزامات، وقلنا بأنه أذا كان الإنقضاء مستكملاً لأركانه وشروطه أنتج أثره وبالتالي تحقق الإستقرار في المعاملات المالية، أما إذا أختلَ شرط من شروط هذا الإنقضاء فإن الإستقرار والأمان القانوني يكون حتماً بعودة هذه الحقوق والالتزامات، أي إعادة العلاقة القانونية الى وضعها السابق بما تحملهُ من ضمانات، بالإضافة الى ذلك أن العودة للحق قد تحقق مصلحة أحد طرفي العلاقة القانونية بأعتبار أن العودة للحقوق تعتبرُ ضمانة ذات فعالية مهمة في حماية طرفي هذه العلاقة، هذا ولغرض بيان هذه المبررات التي دفعت المشرع للنص على عودة الحقوق والالتزامات بعد إنقضائها لا بد لنا من تقسيم هذه الفقرة على عدة بنود .

1- العودة للحقوق والالتزامات تحقق العدالة التعاقدية:- لا شك أن العدالة التعاقدية قد تكون سبب في عودة الحقوق؛ لأن الأصل في التصرفات القانونية هو تحقيق نوع من التوازن في العلاقات القانونية، وقبل الشروع في بيان كيفية تحققُ العدالة التعاقدية عن طريق عودة الحقوق والالتزامات لا بد من بيان معنى العدالة التعاقدية، فالاخيرة تعني بشكل عام بأنها ((إحساس أخلاقي، موجود في الضمير الاجتماعي، وظيفته الموائمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة، أبتغاء تنظيمها أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيفُ حكم قاعدة قانونية، في تطبيقها على حالة معينة، حينما يأذن له القانون في ذلك بنص أستثنائي صريح)) [1]. وهناك رأي فقهي يذهب الى تعريف العدالة من كونها قواعد مستمدة من مصادر معينة فقد عرفها بأنها ((مجموعة القواعد القائمة الى جانب أحكام القانون المدني، والمستندة الى أسس صريحة مستمدة من وحي العقل

(1) د. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية في كلية الحقوق بجامعة الزقازيق، العدد1، 1986، ص124.

والقانون الطبيعي، أو أنها مستمدة من فكرة العدل المطلق، وترمي هذه القواعد لما فيها من خصائص سامية الى تعديل الاحكام القانونية وتوسيعها))[1] . ويذهب أتجاه أخر الى تعريف العدالة بأنها ((التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي الى تاكيدها في واقع الحياة ، أو هي إمتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكترث بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المماثلة في ظروفها وتفصيلاتها)) [2] ، أو تعرف بأنها ((مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة)) [3].

وبهذا يتضحُ لنا أن العدالة تعني المساواة كما أنها تقتضي التماثل في المعاملة المالية، وهذا يؤدي القول بأن العلاقة بين العدالة التعاقدية والعودة للحقوق والالتزامات، هي علاقة توافقية وتكاملية، بمعنى أن ما يقرر من أحكامٍ لأجل عودة الحقوق والالتزامات بعد إنقضائها يكملُ ويتوافق غالباً مع العدالة التعاقدية، وهذا يحصلُ إذا لم يكن منافياً للعدالة، والعودة لهذه الحقوق هي حتماً غير منافية للعدالة التعاقدية، بل أن الأخيرة يتم تحقيقها بواسطة عدة طرق قانونية ومنها العودة لهذه الحقوق والالتزامات.

فالعدالة العقدية حتى تتحقق تشترطُ تحقيق المنفعة المقصودة من العقد مثلاً بما يحقق التناسب بين المتعاقدين، وعلى هذا يجب أن تتحدد قيمة الأداءات بالنسبة لكل من طرفي التصرف القانوني، إذ يقتضي بأن يكون كل أداء من الأداءات المتقابلة ضرورياً لكل طرف من أطرافهِ، وأن لا يكون مبالغاً فيه نسبة الى الأداء المقابل ونسبة الى وظيفته وهذه هي العدالة التعاقدية ([4])، وفي هذا النطاق هناك رأي في الفقه القانوني يذهبُ بالقول أنه لا يكون العقد ملزماً لطرفيه إلا إذا كان نافعاً و عادلاً في نفس الوقت وفي هذا يقول

([1]) د.عبد الرحمن البزاز، مبادىء اصوال القانون، الطبعة الثانية ، مطبعة العاني، بغداد، 1958، ص 139 ومابعدها. وينظر كذلك اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية القانون المدني نموذجاً، بلا طبعة دار الكتب القانونية ودار شتات للطبع، مصر، 2011 ، ص 55 . اذ يعرف العدالة بانها ((القوة الكامنة الملزمة التي تدعو العقل الى وضع حلول مرضية لها)).

([2]) الاستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، بلا طبعة، الجزء الاول،مطبعة الآداب، النجف الاشرف، العراق، 1972، ص 184.

([3]) د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، الطبعة الثانية ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة،مصر ، 1969، ص 137 .

([4]) د. شروق عباس فاضل ود. رياض احمد عبد الغفور، العدالة العقدية، دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية، بلا طبعة، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر، مصر الامارات، 2024، ص 125.

الفقيه جاك غستان((فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لأنه نافع و عادل أي متوافق مع العدالة التعاقدية، مما يعني بطريقة غير مباشرة، أن العقد يجرد عن قوته الإلزامية إذا لم يكن نافعاً أو إذا لم يحترم العدالة التعاقدية)) [1]. فالعدالة التعاقدية تقتضي بأنه إذا أنقضى التصرف القانوني بما يحمله من حقوق والتزامات سواء أكان ذلك بتنفيذ هذا التصرف أم بأي سبب تحقق بموجبه هذا الإنقضاء، ومن ثم زال سبب الإنقضاء ولاسيما إذا كان هذا السبب هو اتحاد الذمة، فاختلف بموجبه السبب الذي أدى الى أتحاذ الذمة فتباينت الصفات التي أتحدت (دائن ومدين، راهن ومرتهن ...) فأنه يؤدي الى إعادة التصرف القانوني وأعتبر الإنقضاء كأن لم يكن وبالتالي تعودُ الحقوق والالتزامات الى ما كانت عليه وهذا هو جوهر العدالة التعاقدية، والقول بخلاف ذلك يعني أن أحد الأطراف سوف يحصلُ أكثر مما يستحق، ومن ثمَّ اختلت الإداءات وأنعدمت العدالة، ففكرة العودة لهذه الحقوق قد تكون لسبب تحقيق العدالة.

ومن النصوص القانونية التي ابتغى المشرع من خلالها تحقيقُ العدالة عند العودة لهذه الحقوق والالتزامات بعد انقضائها هو نص المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميع، ويعتبرُ اتحاد الذمة كأن لم يكن)) . والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (2/370) من القانون المدني المصري، فأذا زال السبب الذي بموجبه أتحدت الذمة كأن يكون الوفاء باطلاً مثلاً، فأنه من العدل والإنصاف أن يعود الالتزام الى الوجود بضماناتهِ وملحقاته لكل من أطراف العلاقة القانونية (ذوي الشأن) مع الأخذ بنظر الأعتبار أن الإنقضاء يعتبر كأن لم يكن وذلك لتحقيق نوع من التوازن في العلاقة القانونية، فالعدالة تكون مرهونة بعودة هذه الحقوق.

وهذا ما يمكن أن نستشفه من قرار لمحكمة النقض المصرية أذ قضت هذه المحكمة من خلال قرار صادر لها مؤخراً بأنه ((... المقرر – في قضاء محكمة النقض إن نص المادة (370) من التقنين المدني يدلُ على أن أتحاد الذمة يتحققُ بأجماع صفتي الدائن و المدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد ... فأذا كان البين من الأوراق أن الطاعن

(1). منصور حاتم محسن، العدالة العقدية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية،مجلد (25)، العدد(6)، 2017، ص2585.

الأول كان قبل شراء العين موضوع الدعوى بالعقد في 2009/3/11 مستأجرا لها بالعقد المؤرخ في 2007/7/29 الذي تنازل بموجبه المستاجر السابق للعين عن الأندفاع بها للطاعن مقابل مبلغ "سبعة ملايين وخمسمائة الف جنيه" وتم هذا التنازل بموافقة شركة ... المؤجرة والتي حلت محلها الشركة المطعون ضدها وهو ما ترتب عليه أنتهاء الأيجارة بأتحاد الذمة بشراء الطاعن المستأجر العين المؤجرة من المؤجر فأجتمعت له صفتا المؤجر والمستاجر مما مقتضاه بزوال سبب أتحاد الذمة بفسخ عقد البيع سالف الذكر وبما أن للفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أعمالا لنص المادة (160) من التقنين المدني، فأن العلاقة الإيجارية بين الطرفين تعودُ نافدة بشروطها وأذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يعملُ هذا الأثر القانوني لزوال أتحاد الذمة، كان هذا معيباً بمخالفة القانون، فليس من العدل أن يلزم الطاعن الأول بتسليم العين المؤجرة بعد أن قضى بفسخ العقد المبرم بين الطرفين)) [1].

وإذا أمعنا النظر بما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية، فأنه يتبين لنا أنها قد أسست قرارها في العودة أي إعادة أطراف العلاقة الأيجارية الى وضعها السابق بعد فسخ العقد الذي على أثره زال سبب اتحاد الذمة على أساس العدالة التعاقدية فقد بينت أنه إذا زال السبب الذي انقضى به الالتزام كزوال السبب الذي أدى الى أتحاد الذمة كما هو الحال في قرار المحكمة المذكورة أعلاه، فليس من العدل أن يلزم الطاعن الأول بتسليم العين المؤجرة بعد أن قضى بفسخ العقد المبرم بين الطرفين؛ لأن الالتزام عادَ وعادت العلاقة الأيجارية بشروطها.

هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك حالات عديدة يفهم منها صراحة أو ضمناً أن العدالة التعاقدية قد تفرض في الغالب الى إعادة الحقوق أو الالتزامات فالأمر ليس مقصوراً على حالة معينة، فالكثير من التصرفات القانونية لا بل حتى الوقائع قد تستندُ على مبدأ العدالة التعاقدية، فالأخيرة قد تحققُ قدر من التوازن في العلاقة القانونية، فليس من العدل على الأطلاق أن يحصل أحد الأطراف على حقهِ والطرف الأخر من هذه العلاقة يتجردُ من هذه الحقوق، كأن يكون الوفاء بهذا الدين على سبيل المثال بمال الغير، فالذي قبض هذا

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (7342) والصادر في 2018/2/7 قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة 2023/12/25.

المال ثم عاد هذا الأخير الى مالكهِ، فأن هذا الدائن لم يحصل على شيء، ومن ثم فأن العودة لهذا الحق تحقق العدالة من جهة، وكذلك تحقق نوع من التوازن في العلاقة القانونية من جهة أخرى، وهذا يدفعنا الى القول بأن العدالة التعاقدية تعد مبرراً تدفعُ المشرع على النص على عودة الحقوق والالتزامات في القانون المدني.

2- طبيعة التعامل:- أن لطبيعة التعامل اثرًا لا يمكن أغفاله أو الأنتقاص منه، إذ إن أغلب التصرفات القانونية تكون غالباً مقيدة بطبيعة المعاملة، فربما قد يتفقُ الأطراف على إبرام تصرف قانوني ما ثم ينتهي بهم الحال الى إتخاذ موقف هم مرغمين عليه، أي أن إرادتهم قد تقيدت؛ لأن طبيعة المعاملة تقتضي ذلك، مثال ذلك هو أن التصرفات الشكلية التي تطلب القانون لإنعقادها أن تفرغ في شكل معين كالرهن التأميني، فعلى الرغم من أن الرهن هو عقد رضائي الا أن القانون قد الزم إفراغه في شكل معين الا وهو تسجيلهُ في دائرة التسجيل العقاري التي يقع ضمنها العقار المرهون، كذلك هو الأمر بالنسبة لسريان أثر العقد بالنسبة للغير[1].

فالأصل كما هو معلوم أن أثر العقد ينصرفُ إلى المتعاقدين أولاً وللخلف العام من دون الإخلال بالقواعد الخاصة بالميراث، إلا إذا تبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، فالأصل أن العقد من حيث الأثر يكون متعلقاً بأطرافهِ فقط، الا أن طبيعة التعامل قد تقتضي خلاف ذلك فيسري أثر العقد الى الأغيار إذ إن طبيعة التعامل أصبحت حاكمة [2]. كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة الحقوق بعد إنقضائها إذ قد تحددُ طبيعة التعامل اطار العودة ومن ثم تعدها اساساً لتبرير عودة هذه الحقوق. وعلى اساس ذلك ذهبَ رأي إلى أعتبار طبيعة التعامل معياراً قانونياً ملزماً يحددُ

([1]) وهذا مانصت به المادة (1/142) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لمْ يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ..) وسار القانون المدني المصري في الاتجاه نفسهُ عن طريق نص المادة (145) إذ نصت هذه المادة على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لمْ يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)) . أما القانون المدني الفرنسي فقد أخذ بالمعنى نفسه عن طريق نص المادة (1199) والتي نصت على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه...)).

([2]) د. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثانية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص134. أنظر كذلك، عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص8.

بمقتضاه المبادئ الأساسية التي يستند إليها القاضي في تفسيرهِ للتصرف القانوني أو إكمال نقصه أو منع بطلانه، او تحديدُ أطاره القانوني [1]. فطبيعة التعامل بهذه الكيفية أو الوصف القانوني قد تحددُ أطار العودة للحقوق و الالتزامات، إذ إن بعض الحقوق ولا سيمّا الحقوق العينية عندما يتقررُ اعادتها بسبب أن طبيعتها تقتضي ذلك، ولأن الأصل هو الإنقضاء وما أن العودة له إلا استثناء من هذا الأصل، فلا بد أن يقرر هذا الإستثاء مبرراً يدعو لذلك، فهنا تدخلُ طبيعة التعامل وتكون سبب في إعادة الحياة القانونية الى وضعها السابق، ولبيان كيفية أعتبار طبيعة التعامل مبرراً او سبباً وجيهاً لعودة الحقوق والالتزامات بعد إنقضائها نسوغ المثال الأتي، أن حقوق الإرتفاق تعد وضعاً قانونياً مشروعاً وهذا الحق هو ذات طبيعة مادية، أقر بموجبه المشرع عبء مشروع للعقار المرتفق (المخدوم) على العقار المرتفق به (الخادم) ينتجُ عن هذا الوضع القانوني حقيقة ضرر قد يكون في الغالب ضرراً مألوفاً، وفي بعض الأحيان يكون عبئاً ثقيلاً على العقار المرتفق به، نتيجة ظروف أستدعت ذلك، وعلى أثر ذلك فأنه يجب على صاحبِ العقار المرتفق تعويض صاحب العقار الخادم (المرتفق به) عن هذا الضرر [2].

وبالرجوع الى أحكام القانون المدني النافذ نجد أن نص المادة (1271) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((الإرتفاق حق يحد من منفعة لفائدة غيره يملكه مالك أخر)) [3]. والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (1015) من القانون المدني المصري والتي تنصُ هذه المادة على أنه ((الإرتفاق حق يحد من منفعة لفائدة غيره يملكهُ شخص أخر...))، والمادة (637) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((الإرتفاق هو تكليف مقرر لأستعمال عقارمملوك لمالك أخر ولمنفعته)).

وبتركيز النظر بمضمون هذه النصوص يتبيّن أن حق الإرتفاق ينشأ بتوافر شروط معينة، فيجب أن يكون هناك عقاران أو الجزءان من عقار واحد مملوك لشخصين

([1]) موسى علي صكر جاسم، طبيعة التعامل في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، 2021، ص 15.

([2]) د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الاصلية علما وعملا، الطبعة الثانية، المكتبة العصرة، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص 208.

([3]) وتقابلها نص المادة (1271) من القانون المدني الالردني والتي تنص هذه المادة على انه ((الحق المجرد هو ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لاخر)) . ونص المادة (960) من القانون المدني السوري والتي تنص هذه المادة على انه ((الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الاول)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1018) من القانون المدني الليبي.

مختلفين بحيث يتحملُ عقار عبء عقار آخر، والسبب في ذلك هو ما ذهب اليه البعض من الفقه الى القول بأن طبيعة التعامل بهكذا حقوق تقتضي ذلك، إذ يرى هذا الإتجاه الفقهي الى أن طبعة التعامل بها يقتضي عودة حقوق الإرتفاق العقارية؛ كونها تمثلُ واحدة من الوسائل المهمة التي تسهل بشكل أو بأخر من أستغلال الملكيات العقارية وعليه تحقق المنفعة المرجوة منها لما خصصت أو كرست له وتحقق المنفعة منها، فيرون أن طبيعة التعامل بالحقوق العينية خصوصاً حقي المنفعة والإرتفاق تساعد ملاك العقارات على تسهيل إداء الملكيات العقارية لوظيفتها على الوجهِ المطلوب[1].

ونتيجة لذلك أن طبيعة التعامل قد تكون سبب وراء عودة الحقوق، كعودة حقوق الإرتفاق كما هو مبين أنفاً، فقد فتحَ المشرع العراقي مثلاً باب العودة للحقوق والالتزامات في نطاق حق الإرتفاق العقاري؛ لأن طبيعة التعامل في هكذا حقوق تتطلب ذلك أي العودة، وقد بررَ الفقه القانوني ذلك، وهم في نطاق تبرير ذلك يقولون أن الحكمة من أقرار عودة حقوق الأرتفاق العقارية هو المساعدة على أستغلال الملكية الاقتصادية على المنوال الذي يحققُ الغرض المقصود منها؛ لأن هذا الحق هو أحد الحقوق المتفرعة من حق الملكية وهي تتطلب بطبيعة الحال عناصر هذه الملكية من أستغلال وتصرف وأستعمال لهذا الحق، وحيث أن العودة لهذا النوع فتح الباب أمام ملاك العقارات بغية التعاون فيما بينهم وذلك للنهوض الإقتصادي في البلد. وعليه فإن هذه العودة لهذا الحق أي حق الإرتفاق العقاري لها جدوى إقتصادية، فلولا هذه الطبيعة المتميزة لحق الأرتفاق لم تكن هناك فائدة من عودة حق الإرتفاق، ومن ثم يؤدي ذلك الى تعطيل الملكيات العقارية عن إداء وظيفتها والقيام بدورها الفعال في تعزيز وتحسينُ الأوضاع الأقتصادية للأفراد والمجتمع على حدٍ سواء[2].

ومن الجدير بالذكر أنه يجبُ أن ننوه على أن طبيعة التعامل بوصفها سبب أو مبرر لعودة الحقوق أو الالتزامات بعد إنقضائها لا تقتصر فقط على التعامل بحق الأرتفاق فقط، وأنما تشملُ تطبيقات أخرى لا تقل عنها أهمية كما هو الحال في عودة حق الرهن التأميني

([1]) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العيني، الاموال، القسم الاول، الطبعة الاولى، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1951، ص 317. انظر كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الاموال، الطبعة الاولى، دار الكتاب المصري، بلا سنة طبع، ص69.

([2]) د. احمد سلامة، المدخل لدراسة القانون(نظرية الحق)، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، دار النهظة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر، ص249.

بعد إنقضائه، فكما هو معلوم أن الرهن قد ينقضي بالتبعية نتيجة لإنقضاء الدين المضمون، ويعود كذلك بذات السبب أي عن طريق التبعية بسبب طبيعته الخاصة، فهو حق تبعي كما انه حق غير قابل للتجزئة بسبب طبيعته أولاً والأن طبيعة التعامل تقتضي ذلك [1].

وما يؤيد كلامنا هذا هو ما ذهب اليه القضاء العراقي ، إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار صدرَ لها حديثاً، إذ جاءَ في حيثيات هذا القرار أنه ((بعد التدقيق والمداولة لوحظ أن الطعن التمييزي مُقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون إذ أن دعوى المدعي تضمنت المطالبة بالتعويض بسبب عدم رفع إشارة الحجز التأميني على العقار العائد له وقد تأكد من التحقيقات محكمة البداءة أن العقار تم رهنه لمصلحة المدعي عليه/ اضافة لوظيفة لقاء دين بذمته، وبعد تسديد الدين مع الفوائد تم رفعَ الرهن التأميني بناء على حكم قضائي، ولما كان تسديد الدين الموثوق بالرهن قد تقرر على جزء منه، مما يعني إشغال ذمة المدعي وعدم حصول ضرر له بسبب وضع الرهن لأن حق الرهن حق غير قابل للتجزئة ولأن طبيعته تقتضي ذلك، لذا تكون دعواه خالية من السند القانوني وهذا ما قضى به الحكم القضائي البدائي، وأيدته محكمة الأستئناف في حكمها المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي...)) [2]. وعلى أساس ذلك يمكنُ القول أن طبيعة التعامل هي سبب أو مبرر ذا جدوى في عودة الحقوق أو الالتزامات بعد إنقضائها.

3- زوال سبب الإنقضاء:- ابتداءً وقبل أي شيء آخر يتعلقُ بعودة الحقوق يتوجبُ للوهلة الأولى أن يتحقق سبباً أساسياً يكون مبرراً لهذه العودة فيما يتعلقُ بالحقوق والالتزامات، وهذا المبرر يتمثلُ حقيقة في زوال "سبب الإنقضاء" أو بعبارة أخرى السبب الذي ادى الى زوال سبب إنقضاء الحق أياً كان مصدر هذا الزوال، فقد يزولُ أتحاد الذمة فيعود أختلاف الصفات الى الأطرافِ المتعاقدة، كأن يكون السبب الذي أدى الى ذلك مبني على عقد باطل لأي سبب كان فتعود علاقة المديونية مرة أخرى، كما هو

([1]) د. محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، بلا مكان طبع، 2000، ص 24.

([2]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (2610) الهيئة الاستئنافية عقار 2019 والصادر في تاريخ5/6/ 2019، نقلا عن القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بيروت، لبنان، 2021، ص 475

الحال في الرهن التأميني والرهن الحيازي، وقد يزولُ سبب الإنقضاء بفعل إرادة أحد الأطراف كما لو أعادَ صاحب العقار الخادم بناءه فيعود معه حق الإرتفاق أو حق المنفعة الى صاحب العقار المخدوم في الحالة الأولى وصاحب حق المنفعة في الحالة الثانية [1]. وهذا ما جاء بقرار محكمة النقض الفرنسية إذ جاءَ في حيثيات هذا القرار أنه ((أن مفاد نص المادة 705 مدني، أن حق الإرتفاق ينتهي بإجتماع العقارين في يد مالك واحد الا أنه إذا زادت حالة الإجتماع الواردة زوالاً يرجع أثره الى الماضي فأن حق الإرتفاق يعود فإذا أنفصل العقاران مرة أخرى وكان لسبب الإنفصال أثر رجعي كما إذا فسخ العقد الذي بمقتضاه أجتمعت ملكية العقارين في يد شخص واحد إذ بتحقيق شرط فاسخ فأنه بسبب الأثر الرجعي المترتب على تحقيق الشرط يعتبر أن حق إرتفاق لم ينقضي وحين أذن يبقى)) [2].

وإذا أمعنا النظر الى موقف محكمة النقض الفرنسية يتبين لنا أن زوال السبب الذي أدى الى إنقضاء الالتزام هو أحد المبررات لا بل أكثرها لتحقيق العودة للحقوق والالتزامات، وفي هذا المقام يجب أن ننوه على أن هناك الكثير من القررات للمحكمة ذاتها كما أن الموقف التشريعي جاءَ بذات الإتجاه، وهذا ما سنُسلط عليه الضوء عند بحث ضوبط أو قيود إنقضاء الحقوق وعودتها منعاً منا للأسهاب والتكرار.

نخلص مما سبق أن المشرع وهو يسن القواعد القانونية التي من خلالها أعطى الحق لأطراف العلاقة القانونية أمكانية إعادة الالتزامات أو الحقوق أن صح التعبير بعد إنقضائها وذلك نتيجة لتحقيق دوافع أو كما سمينها مبررات لعودة هذه الحقوق وقلنا أن في مقدمة هذه المبررات هي العدالة العقدية والتي تسعى هذه الأخيرة الى تحقيق التوازن للعلاقة القانونية، لأنه ليس من العدل أن ياخذُ الأنسان أكثر مما يعطي، كما أن لطبيعة التعامل مساحة واسعة في مجال إنقضاء الحقوق وعودتها، فأن طبيعة بعض الحقوق

([1]) د. حسنيه حسين حسني، حقوق الارتفاق وتطبيقاتها المعاصرة(دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراء مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، 2016، ص 94.

([2]) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (26) والصادر بتاريخ 22 يناير 1967 والمنشور في النشرة القضائية لمحكمة النقض الفرنسية ، مل بيرينه ـ ماركة ، نوفمبر، 1980، ص 198.

تتوجبُ العودة كما بينا سابقاً، بالإضافة الى ذلك أن زوال سبب الإنقضاء هو من أهم المبررات والذي يكون سبباً ذا جدوى عند تحققهُ والذي يمكنُ من خلالهِ من إعادة العلاقة القانونية الى الحالة التي كانا عليها قبل الإنقضاء، هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك مبررات أخرى للعودة ومنها أن العودة تحققُ مصلحة أحد طرفي هذه العلاقة، كما أن العودة تعتبرُ ضمانة للحصول ما قصدَ اليه المتعاقدين لأن الحق يعودُ بضماناته ودفوعه، وهذا الأمر بالتاكيد ذا فائدة للمتعاقدين، بالأضافة الى أن العودة لهذه الحقوق يحققُ الأمن القانوني والقضائي على حدٍ سواء.

الفرع الثاني

تمييز انقضاء الحقوق وعودتها عما يشتبه معها

بعد إن بينا ماهية إنقضاء الحقوق من جهة وعودتها من جهة أخرى، وبينا خصائص هذا المصطلح، ثم القينا الضوء بعد ذلك على أهم المبررات سواء أكان ذلك بالنسبة لإنقضاء هذه الحقوق أم بالنسبة إلى عودتها، هذا الوضع يحتمُ علينا تمييزه عما يشتبه معه من أوضاع قانونية؛ لإمكانية وضع نظرية عامة له، فإنّ لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر له في واقع الأمر دلالات معينة وهو من حيث الأصل قد يتشابه مع بعض المصطلحات الأخرى، وقد يختلفُ عنها ولا سيما التجديد ، وكذلك إعادة الحال، وغيرها من المصطلحات القانونية المرادفة لها، إذ إن بيان هذه الأوضاع، يمكن بشكل أو بآخر إلى تحديد نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع ضمن عدة فقرات عدة :

أولا ـ تمييز إنقضاء الحقوق وعودتها عن التجديد

إن لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني أوجهُ شبه واختلاف مع التجديد، وقبل بيان وأيضاح ذلك لا بدّ من معرفة مفهوم التجديد ومن ثمَّ نُبين أوجه الشبه والإختلاف، فالتجديد يقصد به بأنه ((أستبدال دين جديد بدين قديم ، فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوءِ الدين الجديد)) [1]. وقد عرفه بأنه ((إتفاق يقصدُ به أستبدال

(1) د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، القسم الثاني- احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985، ص 342.

التـزام جديـد بـالتزام قـديم مُغـاير فـي عنصـر مـن عناصـرهِ)) [1]. ومـنهم مـن عرفـه بأنـه ((أستبدال التـزام بـالتزام، فالرابطـة القانونيـة القديمـة تـزولُ بنشـوء الرابطـة القانونيـة التـي تحـلُ محلهـا، فهنـاك التـزام يطـردُ التـزام ، والإسـتبدال يكـون بتغيـر الـدين أو احـد الطـرفين، أمـا إذا حصـلَ الإتفـاق علـى أسـتبدال محـل عمـل أو أن يقتـرن ذلـك بالتنفيـذ فالإتفـاق الحاصـل هـو أستبدال بوفاء))[2].

فالتجديـد إذن هـو سـبب لإنقضـاء الالتـزام ، وهـو فـي الوقـت نفسـهُ مصـدر لنشـوء الالتـزام فهـو أتفـاق (convention) علـى قضـاء الالتـزام القـديم، وعقـد (contrat) لإنشـاء الالتـزام الجديـد ، وهـو فـي الحـالتين تصـرف قـانوني و يتميـز الـدين الجديـد عـن الـدين القديم إما بتغيير في محلهِ، أو في مصدرهِ، وإما بتغير المدين ، وإما بتغيير الدائن .

وعلـى الـرغم مـن أهميـة التجديـد كنظـام قـانوني أصـبح اليـوم محـدود الأهميـة خلافـاً لمـا كـان عليـه الأمـر فـي القـوانين القديمـة كالقـانون الرومـاني، وقبـل الإلتجـاء إليـه فـي التعامـل ، فالتجديـد بتغيـر الـدين أصـبح يُغنـي عنـه مـن خـلالِ الوفـاء بمقابـل، وتُغنـي كـذلك حوالـة الـدين عـن التجديـد بتغييـر المـدين، وأيضـاً حوالـة الحـق عـن التجديـد بتغييـر الـدائن، ومـن ثـم أختفـى التجديـد فـي بعـض التقنينـات الحديثـة كـالتقنين الألمـاني [3]. أمـا إنقضـاء الحقـوق وعودتهـا فإنهـا تعنـي وضـع قـانوني يـؤدي الـى انقضـاء الحـق أو الالتـزام وعودتـه الـى الحالـة التـي كـان عليهـا قبـل انقضـائه لسـبب معـين تعلـق هـذا الأخيـر بإنقضـائه أو بعودتـه بمـا يرتبـهُ مـن حقـوق والتزامـات بـأثر رجعـي. وعلـى أسـاس ذلـك يمكـن القـول أنـه بعـد بيـان معنـى التجديـد أولاً، وأنقضـاء الحقـوق وعودتهـا ثانيـاً، لا بـد مـن تمييزهمـا عـن بعضـهما الـبعض لوجـود نقـاط توافق وتعارض فيما بينهما :

([1]) د. برهام عبد الله، مصدر سابق، ص 163.

([2]) د. حسـام الـدين كامـل الاهـواني، النظريـة العامـة للالتـزام (احكـام الالتـزام)، الطبعـة الثانيـة، الجـزء الثـاني، دار ابـو المجـد للطباعـة والنشـر، بـلا مكـان نشـر، 1996، ص 374. انظـر كـذلك د. جميـل الشـرقاوي النظريـة العامـة للالتـزام، احكـام الالتـزام، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، 1980، البنـد 105، ص 291.

([3]) د. رضـا متـولي وهـدان، النظـام القـانوني فـي تجديـد الالتزام(دراسـة مقارنـة فـي الفقـه الاسـلامي)، الطبعـة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2007، ص 68.

1- أوجه التشابه :- يتشابهُ إنقضاء الحقوق وعودتها مع التجدد للألتزام في جوانب متعددة وكما هو مبين أدناه:

أ- أن كل من إنقضاء الحقوق وعودتها والتجديد للالتزام يؤدي إلى إنهاء وضع قانوني، فالتجديد للالتزام يؤدي حتماً الى أنتهاء الالتزام بما يفرضه من حقوق والتزامات على أطرافِ العلاقة القانونية، كذلك هو الأمر بالنسبة لموضوع بحثنا، إذ إن إنقضاء الحقوق وعودتها هو للوهلة الأولى يؤدي الى إنقضاء هذا الوضع القانوني بحيث تنعدمُ العلاقة أو الرابطة القانونية لإطراف الألتزام.

ب - أن كل من التجديد للالتزام ومصطلح إنقضاء الحقوق وعودتها يجعلُ من أشخاصِ التصرف أو بالأحرى الالتزام ملتزمين ببعض الحقوق والالتزامات على الرغم من إنقضاءِ العلاقة القانونية في نطاق التجديد للالتزام، سواء أكان ذلك بتغير الدائن أو المدين ...، فهناك وضع قانوني قد عاد، والأمر كذلك بالنسبة إنقضاء الحقوق وعودتها، فالعلاقة وأن زالت فإنها تعودُ بما كان عليه الوضع قبل الإنقضاء.

ج - أن كلاً منهما نصّ عليه المشرع العراقي بنصوص صريحة متناثرة بين أبواب القانون المدني، من ذلك مثلاً قد نص المشرع العراقي على تجديد الالتزام من خلال نص المادة (223) والتي تنص على أنه ((يترتبُ على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدنيين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين إلا أذا أحتفظَ الدائن بحقهِ قبلهم)) [1]. والمعنى ذاته تضمنتهُ نص المادة (286) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يترتبُ على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدنيين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقهِ قبلهم)). كذلك هو الأمر بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي قد نص على ذلك من خلال نص المادة (1335) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل إذ تنص هذه المادة على أنه ((التجديد الحاصل بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرء سائر المدنين ألا أذا أحتفظ الدائن بحقهِ تجاههم)). كذلك هو الأمر بالنسبة لإنقضاء الحقوق وعودتها فقد نص عليها المشرع صراحةً كما بينا ذلك سابقا .

([1]) وتقابلها بذات المعنى نص المادة (429) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((اذا اتفق الدائن مع احد المدينين المتضامنين على تجديد الدين برئت ذمت الباقين الا اذا احتفظ بحقه قبلهم))، والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (286) من القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (273) من القانون المدني الليبي.

ثانياً – أوجه الإختلاف :- يختلفُ التجديد عن إنقضاءِ الحقوق وعودتها في جوانبِ متعددة يمكن لنا أن نبينها ضمن عدة فقرات وكما يأتي:

أ- قلنا فيما سبق أن العودة للحقوق والالتزامات تقتضي أن يكون هناك وضع قانوني قائم بذاتهِ يسبقُ عودة الالتزام، وهذا الوضع يتجلى في (الإنقضاء)، فلولا هذا الوضع لم يكن هناك عودة؛ لأنه لم يكن هناك إنقضاء أصلاً، ومن هذا المنطلق يجب أن يزول السبب الذي أدى الى إنقضاء الحقوق أو الألتزامات، وبطبيعة الحال أن السبب إذا كان صحيحاً مستوفياً لشروطهِ وأركانه، فلا غبار عليه، ومن ثم لا يعود الالتزام الى ما كان عليه، فيجب أن يكون السبب الذي زال به الألتزام باطلاً أي غير صحيح كأن يكون الوفاء بالألتزم عن طريق مال الغير، فهذا الوفاء للألتزام غير مبرئ للذمة، وبالتالي فالبطلان شرط أساسي لعودة الحقوق في القانون المدني، وهذا بخلافِ التجديد للألتزام، فالمشرع قد أشترط صراحة بأن التجديد للالتزام لا يتم إلا اذا كُل من الالتزامين أي الألتزام القديم وكذلك الجديد الذي يحلُ محله قد خلا كل منهما من أسبابِ البطلان[1].

وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة من خلال نص المادة (1/353) والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يتم التجديد إلا أذا كان الألتزامات القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسبابِ البطلان)). والمعنى ذاته تضمنتهُ نص المادة (1331) من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يتم التجديد إلا أذا كان الإلتزام القديم و الإلتزام الجديد صحيحين، ما لم يكن محله المعلن أبدال تعهد مشوب بعيب بأخر صحيح)). هذا النص الذي أنفرد به المشرع المصري وكذلك الفرنسي والذي أشارا فيهما صراحة بأن يكون الألتزام القديم وكذلك الألتزام الذي يحل محلهُ قد خلا كل منهما من أسبابِ البطلان وإلا لا نكون امام تجديد للالتزام، وهذا ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني، إذ يرى أن التجديد يقتضي أبتداء أن يكون كُل من الألتزامين الأول والذي يحل محلهُ في الحقوق والالتزامات صحيحين خاليين من أسبابِ البطلان[2].

([1]) د. امين رجاء دواس، القانون المدني، احكام الالتزام،(دراسة مقارنة) الطبعة الاولى، دار الشروق للطباعة والنشر، رام الله، 2005، ص 38.

([2]) المستشار عز الدين الدناصوري، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1998، ص 991 ومابعدها.

ب - عند الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يرى أنها وبحق تنص على أن العودة للحق أو الألتزام تكون بذات الضمانات والأوصاف وما يحمله من دفوع فيرجع الحق محملاً بها شاءَ من شاء وأبى من أبى، بحيث يرجع الحق بعد إنقضائه بدفوعهِ وضماناته وكأنه لم ينقضي، بعبارةٍ أخرى أن التصرف القانوني يعودُ لمراحله الأولى بما يفرضه من حقوق والتزامات، وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند التمعن بالنصوص القانونية المنظمة لذلك إذ أشارت صراحة الى ذلك نص المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبرُ أتحاد الذمة كأن لم يُكن)).

وليس أبلغ في الدلالة ما ذهب المشرع اليه المشرع المصري في نص المادة (370) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((وإذا زال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عادَ الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبرُ أتحاد الذمة كأن لم يُكن)). يفهمُ من ذلك أن الحق أو الألتزام يعودُ بعد إنقضائه سواء أكان هذا الحق عينياً أو شخصياً أولاً بصفاتهِ، وكذلك بمقوماته وتأميناته ثانياً، وهذا أن دلَ على شيء فأنما يدلُ على أن أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يعودُ على الوضع الذي كان عليه قبل أن يطرأ عليه الإنقضاء،هذا بخلافِ التجديد للالتزام فإذا سقطَ الالتزم سقطَ معه التامينات شخصية كانت أوعينية وهذا ما أشارت اليه نص المادة (404) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((أذا كان الألتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا أذا جددت أيضاً)) [1].

فهذه المادة تشيرُ صراحة إلى أنه إذا كان الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات ومن ثم قد تجدد الألتزام فأن تلك التامينات تسقطُ هي الأخرى ما لم يتفقُ عليها مجدداً، والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (356) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على

([1]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الاردني، وتقابلها نص المادة (354) من القانون المدني السوري والتي تنص هذه المادة على انه ((- يترتب على التجديد ان ينقضي الالتزام الاصلي بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد. 2- ولا ينقل الى الالتزام الجديد التامينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الاصلي، الا بنص في القانون، او الا اذا تبين من الاتفاق او من الظروف ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك)). وذات المعنى تضمنته نص المادة (343) من القانون المدني الليبي.

أنه ((1- يترتبُ على التجديدِ أن ينقضي الألتزام الأصلي بتوابعهِ وأن ينشأ مكانه التزام جديد. 2- ولا ينقل الى الألتزام الجديد التامينات التي كانت تكفل تنفيذُ الألتزام الأصلي، إلا بنص في القانون، أو إلا أذا تبين من الأتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد أنصرفت الى ذلك)) [1]. وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1334) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يشملُ إنقضاء الألتزام القديم جميع ملحقاته ... ويستثنى من ذلك الأحتفاظ بالتامينات الأصلية لضمان الألتزام الجديد بموافقة الغير الضامن)). بينما كانت نص المادة (1278) من ذات القانون قبل تعديله أوضح دلالة من المادة المشار اليها أنفاً إذ نصت هذه المادة على أنه ((لا تنتقلُ إطلاقاً الأمتيازات والرهونات العقارية لضمان الدين القديم الى الدين الذي حلَ محلهُ ما لم يحتفظ بذلك الدائن صراحة)). من ذلك يمُكن القول بأن التجديد يسقطُ الالتزام بتوابعهِ اصلاً إلا أذا وجدَ أتفاق أو نص يقتضي بخلاف ذلك، أما العودة للحق فأن الوضع يكون مختلف تماماً، فالعلاقة ليست تكاملية أو توافقية وإنما علاقة عكسية.

ج- أن من أهم أوجه الاختلاف بين التجديد للألتزام وإنقضاء الحقوق وعودتها، هو أن الأخيرة تكون مفترضه، أي أن الحقوق والالتزامات تعودُ بشكل مباشر أو بشكل فوري بعد تحقق زوال سبب الإنقضاء في لابعض الحالات، وهذا بخلاف التجديد الذي لا يمكن أن يكون مفترضاً فلا بد من الإتفاق على التجديد بين أطراف العلاقة القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة (401) من القانون المدني العراقي والتي نصت هذه المادة على أنه ((يجوزُ تجديد الالتزام بإتفاق الطرفين...)) . و ليس أبلغ في الدلالة ما نصت عليه المادة (٣٥٤) من القانون المدني المصري إذ نصت هذه المادة على أنه ((- التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.2 - وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام

([1]) وقد حدد المادة (357) من القانون المدني المصري الية نقل هذه التامينات اذ نصت هذه المادة على انه ((١ - إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى، فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية: أ - إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير. ب - إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم. ج - إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاءالتأمينات.2 - ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العيني نافذا في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل)) .

من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضي بغيره)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1330) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((التجديد لا يفترض بل يجب أن يستخلص إرادة القيام به بشكل واضح من التصرف)). فالتجديد للألتزام لا بد لقيامه من الإتفاق عليه بخلاف العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني فأنها لا تتطلب ذلك.

ثانيا – تمييز إنقضاء الحقوق وعودتها عن إعادة الحال

كثيراً ما يقع الخلط بين العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها ومصطلح إعادة الحال، فكما بينا سابقاً أن الأفراد قد يدخلون في العديد من العلاقات القانونية بين بعضهم البعض، سواء كانت ذلك على شكل تصرفات أم وقائع قانونية، حتى يصل الحال بهم من خلالها الى ترتيب آثار قانونية، من حقوق والتزامات على بعضهم البعض، لكن قد يحدث أن تؤول تلك العلاقات القانونية إلى الزوال أو الأنتهاء سواء بإرادة أطرافها أم بدون إرادتهم أي بنص القانون، ممّا يؤدي ذلك حتماً إلى إعادة الحال بينهم إلى ما كانت عليه قبل قيام العلاقة القانونية، وهذا هو الأصل في التعامل في البيئة المدنية، بغية تحقيق الإستقرار في المعاملات المدنية والحفاظ على الأوضاع القانونية[1].

فإذا كانت العلاقة عقدية وأنقضت هذه العلاقة، فإنه يلزم على كل طرف من اطراف هذه العلاقة بأن يرد للطرف الآخر ما حصل عليه من أداءات أولاً، وتغيير في المراكز القانونية لهما ثانياً، كما أن المتعاقدين يعودون الى ما كانوا عليه قبل التعاقد[2]. وكأن العقد لم يكن، أي أن أطراف العلاقة القانونية يعتبرون بحكم القانون أغيار، بالإضافة إلى ذلك أن العلاقة القانونية إذا كانت قائمة جراء تصرف غير مشروع وأدى ذلك الى حدوث ضرر، فأن القانون يقضي بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد، أي قبل حدوث الضرر وتغيير الوضع القائم إذا طلب المضرور ذلك وكانت الظروف ملائمة لذلك، فمثلاً إذا كان العقد المبرم مع الطرفين هو عقد مقاولة واخل المقاول بتنفيذ التزامه ولم يكن في الإستطاعة من تنفيذ هذا العمل تنفيذاً عينياً لأسباب متعددة كأن يكون

(1) د. احمد ماهر زغلول، اثار الغاء الاحكام بعد تنفيذها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1992، ص48.

(2) رغد سعد عبد الحسين ، اعادة الحال في القانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2024، ص 14.

شخصية المقاول محل أعتبار في التعاقد مثلاً ففي هذه الحالة يجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[1]. ومن ثم فأن إعادة الحال تكون نتيجة لسبب أدى هذا الأخير الى الفسخ، وأن الأخير بطبيعتهِ يستوجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا ما يسعى اليه التنظيم القانوني للمرحلة التالية للفسخ من إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام هذا التصرف، فجوهر إعادة الحال هو تحقيق التوازن الأقتصادي(المالي) الذي كان بين الطرفين قبل الدخول في إبرام هذا التصرف، وهذا أن دل على شيء فإنما يدلُ على أن أعادة الحال تتلخص في أمرين رئيسين لا ثالث لهما :

الأمر **الأول** هو أن يردَّ كل طرف ما استلمه من الطرف الأخر تنفيذا لهذا التصرف كالعقد مثلاً الى من سلمه أياه .

والأمر **الثاني** أن يعوّض الطرف الذي الحق ضرراً بالطرف الأخر بسبب إخلاله بالتزامه الذي تسبب في الحكم بإنقضاء التصرف بغض النظر عن السبب الذي أدى الى الأنقضاء، فإعادة الحال تتركز على أمرين وهما الرد والتعويض[2]. هذا التصور الذي أنتهينا إليه اشارت اليه صراحة المادة (180) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على أنه ((إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو أنفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وأن كان قد سلم يسترد، فإذا أستحال رده بحكم بالضمان)). [3]. والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (160) من القانون المدني المصري والتي أشارت هذه المادة الى رد الإداءات بصورة عينية بنصها ((أذا فسخ العقد أعُيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا

(1) عادل عبد العزيز سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء (دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني)، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007،ص81.

(2) Savaiter:Traite de la Responsabilite civil en droit Fransais, t2 2ed, Paris, 1951,.n593,594.

(3) وتقابلها نص المادة (248) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)). والمعنى ذاته تظمنته نص المادة (161) من القانون المدني السوري. وكذلك نص المادة (162) من القانون المدني الليبي.

أستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)). كذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الفرنسي إذ نصّ على ذلك عن طريق نص المادة (1183) من القانون المدني الفرنسي، التي أستلزمت هذه المادة في إعادة الأوضاع الى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، إذ نصت هذه المادة على أنه ((الشرط الملغي هو الشرط الذي عند تحققه يؤدي الى الغاء الإلتزام ويعيد الأوضاع الى الحالة التي تكون عليها كما لو أن الألتزام لم يحصل)). ومن خلال قراءة هذه النصوص يتبين لنا وبحق أن العبارات التي صيغت بها تكشف بوضوح على أن أعمال الأثر الرجعي عند فسخ الالتزام (العقد) بحيث يجب أن يتم بصورة عينية لا بطريق التعويض، فمتى ما تعذر ذلك أي "إعادة الحال " الى ما كان عليه، تعذر تطبيق الأثر الرجعي، ويصار عندها الى تطبيق الأثر الفوري المتمثل بوضع حد للرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل فقط، كما هو الحال في العقود الزمنية. وعلى أساس ذلك فإن إعادة الحال هو غير العودة للحقوق والألتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني، فلكل منهما له وضعه الخاص، ومع ذلك فأن هناك خلط واضح بينهما مما يؤدي ذلك الى الغموض وعدم الدقة في التفرقة بين مدلول كل منهما، ولغرض إزالة ذلك فلا بد من بيان أوجه الشبه والإختلاف بينهما وهذا سوف نبينه تباعاً.

1- أوجه الشبه:- يتشابه إنقضاء الحقوق وعودتها مع إعادة الحال في جوانب متعددة وكما هو مبين أدناه:

ا- إن كل من إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وإعادة الحال يؤديان الى إعادة المتعاقدين الى وضع ما، وهذا يبدو لنا أكثر وضوحاً عند التمعن بأحكامهما، فمثلاً إذا كان هناك عقد بيع بين طرفين، إذ إن الأخير من العقود الملزمة للجانبين[1]. فأنه يفرض التزامات متقابلة على طرفيه [2]. فإذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته في عقد البيع، إذ يجوز في هذه الحالة أنه بأمكان الطرف الأخر من المطالبة بفسخ العقد، وعلى أثر هذا الفسخ يعيدُ أطراف العلاقة القانونية إلى سابق عهدها، كذلك هو الأمر بالنسبة إلى العودة

([1]) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، تنقيح المستشار محمد على سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية. مصر، 2005، ص 13 وما بعدها، انظر كذلك د. سليمان مرقص، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المجلد الاول، الطبعة الرابعة، عالم الكتب. بلا مكان طبع، 1980، ص 16.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، بلا مكان طبع، 2009، ص 149.

للحقوق بعد إنقضائها، فأذا أنقضت هذه الحقوق والألتزامات ثم زال سبب أنقضائها، فأنه يؤدي الى إعادة أطراف العلاقة القانونية وكأن الإنقضاء لم يكن، ونتيجة لكل ذلك فأنه كل منهما يُعيد أطراف العلاقة القانونية الى وضع معين وأن أختلف مركز هذا الوضع كما سنبين ذلك عند بيان أوجه الخلاف بينهما.

ب - إن إعادة الحال في القانون المدني وكذلك الإنقضاء للحقوق وعودتها يؤديان دون شك الى تحقيق نوع من التوازن في العلاقة القانونية بما يفرضه التعامل [1]، فمثلاً عندما يقررُ القانون إعادة الحال فأن هذه العودة تكون مرتبطة حقيقة بالتزام جوهري وهو الرد لما أستلمه الطرف الأخر وكذلك التعويض عن الضرر بسبب عدم تنفيذ أحد طرفي هذا التصرف لألتزاماته، وهذا ما يؤدي بدوره الى تحقيق بما يعرف بالعدالة التعاقدية، كذلك هو الأمر بالنسبة لإنقضاء الحقوق وعودتها، فعندما ينقضي الحق أوالألتزام ومن ثم بعد ذلك يعود؛ لسبب يتعلق بالإنقضاء كأن يكون الأخير قد تقرر بسبب غير صحيح، فأن هذا الأمر يحققُ التوازن في العلاقة القانونية، ولاسيما أن مراكزهم قد تغيرت، هذا ما يدفعنا إلى القول بأن الإنقضاء للحقوق أو الإلتزامات وعودتها في القانون المدني ينسجم مع هدف وغاية إعادة الحال، فكلاهما يتفقان من هذا الجانب في الموازنة في هذه الحقوق والألتزامات.

ج – كذلك قد يتفقان من ناحية الية إعادة الحال، فالعودة للحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني تتطلب في بعض الأحيان الى القيام ببعض الإجراءات القانونية، كما هو الحال عند عودة حق الرهن التأميني، فعندما ينقضي هذا الحق فلا بد من أن يشطب القيد في الدائرة التي يقع العقار ضمن منطقتها ويتم ذلك بناء على قرار قضائي بات صادر من محكمة مختصة، كذلك هو الأمر بالنسبة إلى إعادة الحال، فإذا كان الفسخ قضائياً، فلا بد من الحصول على حكم قضائي والذي على أثرهِ تُعاد الحالة إلى ما كانت عليه [2]. فكلاهما

([1]) د. ازوا عبد القادر، اعادة التوازن العقدي بين المبادى التقليدية والحديثة، بحث منشور في مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد(3) العدد(1)، 2029، ص 32.

([2]) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، الجزء الاول، جامعة بغداد، 1997، ص 279. انظر كذلك المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ والبطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الاولى، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1988، ص 260.

يتطلبُ إتخاذ أجراءات قانونية لتحقيقه سواء أكان أعادة حال أم العودة للحقوق بعد إنقضائها .

ثانيًا – أوجه الأختلاف :- يختلفُ إنقضاء الحقوق وعودتها عن إعادة الحال في جوانب متعددة يمكن لنا أن نبينها ضمن عدة فقرات وكما يأتي:

أ – إن إنقضاء الحقوق وعودتها تختلفُ عن أعادة الحال من حيث التنفيذ، فإعادة الحال تكون في الغالب الأعم نتيجة لعدم قيام أحد الطرفين بما يفرضه التصرف عليه من التزامات، بعبارة أخرى أن أحد الأطراف قد تقاعس عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن تصرفه القانوني، كأن يكون هذا الألتزام هو دفع الثمن بعد أن أستلم المشتري المبيع [1]. فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن فأن البائع يستطيع أن يطلب الفسخ للعقد ومن ثم يؤدي ذلك الى إعادة الحال الى ما كانت عليه وهذا هو جوهر هذه القاعدة. وهذا بخلاف إنقضاء الحقوق وعودتها، إذ أن كل من المتعاقدان قد نفذا التزامهما وإلا كيف يعود الحق وهو لم ينقضي، فلا بد لعودة هذه الحقوق والألتزامات من أن يسبقها وضع قانوني كما بينا ذلك مسبقا، وهذا الوضع هو الإنقضاء لهذا الحق أو الألتزام وبصرف النظر عن سبب إنقضائه، ومن ثم فأن هناك تنفيذ لهذه الحقوق على الرغم من أن هذا التنفيذ يكون باطلاً، وهذا ليس ذات أهمية عندنا في هذه الناحية لأننا هنا لسنا بصدد بيان صحة أوعدم صحة الإنقضاء، المهم هنا أن أطراف العلاقة القانونية قد نفذا التزامهما، فسبب العودة لاحق لإنقضاء الحقوق، وعليه فأن إعادة الحال هو غير إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني فهما يختلفان من ناحية التنفيذ كما هو مبين أعلاه.

ب – إن أنقضاء الحقوق وعودتها تختلفُ عن أعادة الحال من حيث العودة الى ما كان عليه، ولعلَ الأمر يبدو للوهلة الأولى أن عودة الحقوق بعد إنقضائها هي ذاتها إعادة حال، ولكن أن المطلع على أحكام كل منهما يجد غير ذلك، فكما هو معلوم إذ تقرر إعادة الحال فأن أطراف العلاقة القانونية يرجعان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، حيث لا يكون لهذه العلاقة أي وجود بعد ذلك، بعبارة أخُرى أكثر وضوحاً أن هذا الوضع القانوني يجعل

([1]) د. علي هادي، شرح احكام عقد البيع، الطبعة الاولى، مكتبة الجامعة للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 2012، ص 149 و ما بعدها .

من العلاقة القانونية منعدمة، فهم يعتبرون بحكم الأغيار؛ لإنقطاع الصلة في ما بينهم[1]. وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند التمعن بقراءة نصوص القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى لا سيما تلك التي تكون منها محل المقارنة من جهة أخرى، حيث نرى إنها تنص على ذات المعنى، فقد نصت المادة (2/132) من القانون المدني العراقي على أنه ((فأذا أبطل العقد يُعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد...))[2].

والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1/142) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((في حالتي إبطال العقد وبطلانه يُعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد...)). وعلى المنوال نفسه سار المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني الفرنسي إذ نصت المادة (1178) من القانون المدني الفرنسي على أنه ((أن العقد الذي لا يستوفي الشروط المطلوبة لصحته يكون باطلاً، ويجب أن يقضي القاضي بالبطلان ما لم يثبته الأطراف بالأتفاق بينهم، ويعتبر العقد كأن لم يكن ويُعيد الأطراف الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويجب ردَ الإداءات التي تم تنفيذها وفق شروط المنصوص عليها في المواد 1352- 1359...)).

فهذه النصوص المبينه أعلاه تشيرُ صراحة الى إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها فبل التعاقد، وهذا بخلاف إنقضاء الحقوق وعودتها، فهذه الأخيرة تؤدي الى إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل الإنقضاء، بحيث يعتبر التصرف القانوني وكأنه لم ينقضي، فيرجع المتعاقدان بصفتهم التي تعاقدوا فيها (دائن أو مدين راهن أو مرتهن ...) وكذلك أن الحق يعودُ بصفاتهِ وضماناته ودفوعه الملازمة له، وبهذا فأن إعادة الحال يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد، أما إنقضاء الحقوق وعودتها فتؤدي إلى إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل الإنقضاء وعدَّ الأخير كأن لم يكن.

([1]) د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2010، ص 33.

([2]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الاردني، وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1/143) من القانون المدني السوري والتي تنص هذه المادة على انه ((في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1/142) من القانون المدني الليبي.

ج – كذلك أن من أهم أوجه الاختلاف بين إنقضاء الحقوق وعودتها وإعادة الحال هي أن الأول يكون عمل قانوني مركب، فلا بد لأعماله من أن يكون هناك إنقضاء للحقوق ثم العودة لها، بخلاف إعادة الحال الذي يكون نتيجة لأخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن التصرف القانوني عند تحقيق شروطه وأسبابه [1]. فبسبب هذا الوضع القانوني المركب الذي جعل منه موضوعاً قانونياً يتميز عن غيره من الأوضاعِ القانونية المشابهة لهُ، مما أدى ذلك إنفراده بأحكام تتلائمُ مع طبيعته القانونية الخاصة. وعلى أساس ذلك يمكننا أن نستنتج من كل مما تقدم أن إنقضاء الحقوق وعودتها هي غير التجديد هذا من ناحية، كما أنها تختلفُ إختلافاً جذرياً عن إعادة الحال في القانون المدني، فلكل منهما طبيعته القانونية الخاصة وأحكامه التي تتناغم معها وجوداً وعدماً.

المبحث الثاني

شروط ونطاق إنقضاء الحقوق وعودتها

بعد أن بيّنا ذاتية إنقضاء الحقوق أو الألتزامات وعودتها في القانون المدني، وتبين لنا أن المشرع العراقي في القانون المدني وكذلك القوانين المدنية الأخرى لم تعطِ تعبيراً أو مفهوماً واضحاً لإنقضاء الحقوق وعودتها، وكذلك الأمر بالنسبة للفقه والقضاء، وأنما قد أشارَ لهما ضمن نصوص قانونية متناثرة هنا وهناك دون أن يجمعهما تحث جامع معين، ثم بعد ذلك القينا الضوء على أهم سمات هذا المصطلح، هذا الأمر مَهدَ الطريق لنا للدخول إلى فحوى هذا المصطلح، لكي نبين دافع المشرع في تقريرهِ للنص على ذلك، سواء أكان ذلك بالنسبة إلى إنقضاءِ هذه الحقوق أم بالنسبة الى عودتها هذا من جهة، ولنبين كذلك من جهة أخرى ما يمييز هذا المصطلح عن غيره من المصطلحات القانونية التي قد تتشابه معه في جوانب وقد تختلف عنه، كما بينا ذلك أنفاً، هذا الأمر في حقيقته يطرحُ تساؤلاً يدقُ في الذهنِ ألا وهو ماهي الشروط أو القيود التي يجب توافرها لإمكانية القول بعودة الحقوق والإلتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني؟ فكما هو معروف أن الحق أو الإلتزام أذا أنقضى فأنه ينقضي بصورة نهائية لا عودة له ولاسيما إذا كان هذا

([1]) د. جلال علي العدوي ود. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بين القانونين المدني المصري واللبناني)، بلا طبعة، الدار الجامعية للطباعية للنشر والتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، 1985، ص 261.

الإنقضاء صحيحاً مبرأ للذمة، ففي الحالة الأخيرة يكون هناك نوع من الإستحالة في عودة هذا الحق بعد إنقضائه، ولأمكانية تقرير هذه العودة لا بد أن تتحقق ضوابطها أو قيودها أن صح التعبير، وعلى أساس ذلك لا بد لنا من بيان فلسفة المشرع في تحديدهِ لهذه الشروط والتي على أثرها تتقرر هذه العودة سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أو الموضوعية هذا من ناحية، كما أن الأمر يتطلبُ منا بيان حدود هذه العودة، أذ أن الأخيرة تكون محددة تارة بموضوع معين وتارةً أخرى تكون محددة بشخص معين، كما أن هذه العودة للحقوق والألتزامات قد يتوسع نطاقها بالنسبة لحالة معينة من حالات أو صور إنقضاء الحقوق وعودتها بالإستناد الى سبب معين، وهذا الأمر يعد نتيجة طبيعية لموضوع بحثنا، الذي نجد له وجوداً مادياً أو أرضية قانونية في تطبيقات قانونية متعددة، وعلى أساس ذلك لا بد لنا من بيان شروط أوضوابط عودة الحقوق بعد إنقضائها من جهة، وتحديد نطاقها من جهة أخرى، وهذا ما سنبينه عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص الأول لبيان شروط إنقضاء الحقوق وعودتها، أما المطلب الثاني فسنكرسه لدراسة نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها .

المطلب الاول

شروط إنقضاء الحقوق وعودتها

على الرغم من أن الفقه لم يشر بصورة صريحة الى الشروط الواجب توفرها في عودة الحق بعد إنقضائه، كون هذا الموضوع من المواضيع التي أثُيرت مؤخراً من قبل الفقهاء المعاصرين، كما أن أغلب التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي لم يُشر أيضاً الى الشروط التي يجب أن تتوفر في عودة الحقوق بصورة صريحة، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود شروط معينة بتوفرها يمكن للحق أو الألتزام أن يعود بعد إنقضائه، أي بعد أن ينقضي الألتزام وتزولُ على أثر ذلك العلاقة القانونية، ومن هذا المنطلق يمكن القول أنه في إطار التصرف القانوني أو الواقعة القانونية لا بد من أن يكون هناك العديد من الضوبط أو الشروط القانونية التي يجب توافرها بشكل أو بأخر لذات التصرف أو الواقعة؛ لكي يُرتب هذا التصرف أو الواقعة أثراً معينًاً؛ لنتمكن بعد ذلك من تقرير إنقضائه من جهة، وعودته من جهة أخرى، لأن الأخيرة تُعد على هذا الأساس من الأمور المهمة؛ لما لها حقيقة من صدى واسع في الجانب العملي وكذلك النظري

للنصوص القانونية التي تحمل في لفضها أو فحواها العودة، من حيث أثرها بما ترتبهُ من أحكام لما لها من وجود مادي في ثنايا القانون المدني، وبالنظر لتعدد حالات عودة الحقوق في القانون المدني من جانب، ولأن لكل حالة أو تطبيق من تطبيقاتها في القانون المدني أحكاماً خاصة بها من جانب آخر، الأمر الذي يترتب معهُ صعوبة في وضع شروط عامة لكل حالات العودة للحقوق في القانون المدني بعد تقرير إنقضائها، فهناك حالات لها شروط خاصة تقتصر على حالة معينة دون سواها، وتدور هذه الأخيرة معها وجوداً وعدماً،وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدلُ على أن هناك شروطاً عامة لكل حالات العودة ، وهناك شروط خاصة لكل حالة أو تطبيق من تطبيقاتها، الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنعرض في الفرع الأول الشروط العامة لإنقضاء وعودة الحقوق في القانون المدني، أما في الفرع الثاني فسنكرسهُ لدراسة الشروط الخاصة .

الفرع الأول

الشروط العامة لانقضاء الحقوق وعودتها

من المعلوم أن ترد العودة للحقوق في القانون المدني، على التصرفات والوقائع القانونية، فهناك شروط تشملُ كلًا من التصرفات والوقائع على حدٍ سواء في إطار عودتها بعد أنقضائها، والسبب في ذلك هو نتيجة للأرتباط القانوني بين تلك التصرفات والوقائع، إذ لولا هذا الإرتباط الواضح بينهما لأنعدمت صفة العمومية التي نتكلم عنها في تحديدِ هذه الشروط، ومن ثَمَّ تندفي الحكمة من هذه الشروط، فالأخيرة عند توافرها تتقرر العودة، من دون النظر إلى مصدرها سواء أكان ذلك النص القانوني أم إرادة الأطراف أم كان هذا المصدر الحكم القضائي، هذا ومن الجدير بالملاحظة إنه يجب علينا أن ننوه على أمر في غاية الأهمية قبل الشروع ببيان هذا النوع من الشروط أو بالأحرى قيود عودة الحقوق أو الإلتزامات، هو أن هذه الشروط تشملُ الوضعين القانونيين ، أي واقعة الإنقضاء لهذه الحقوق، ومن ثم العودة لها وكأن الواقعة الأولى كانت ولم تكن، هذا و لغرض بيان هذه الشروط، والإحاطة بها من كل جانب، الأمر الذي يتطلب منا من تقسيم هذا الفرع الى عدة فقرات وكما يأتي:

اولاً- أن يكون الإنقضاء للحقوق أو الإلتزامات غير صحيح

من المعلوم أن الإنقضاء للحقوق والإلتزامات بطبيعة الحال أما أن يكون إنقضاء صحيحاً أو إنقضاء غير صحيح، فالإنقضاء يكون صحيحاً إذا كان مبرئ للذمة، وهذا هو الأصل في الغالب الأعم في التصرفات القانونية من حيث إنقضائه، ولكن **متى يكون الإنقضاء صحيحاً؟ ومتى يكون إنقضاء غير صحيح؟** في إطار الأجابة على التساؤل المطروح أعلاه لا بد لنا أن ننوه على أن الفقه القانوني لم يبين ذلك بصورة صريحة، فلم نرى على حد إطلاعنا دراسة متخصصة تتضمن الإنقضاء من حيث الصحة من عدمها على الرغم من أن شُراح القانون المدني تكلموا بإستفاضة عن أسباب إنقضاء الألتزام من ناحية، كما أن المشرع قد خصص لهذا الإنقضاء أبواباً وفصولاً لهذا الغرض من ناحية أخرى، فنجد مثلاً المشرع العراقي قد خصص الباب الخامس من قانوننا المدني العراقي لدراسة أسباب إنقضاء الإلتزام وبالتحديد المواد (375 - 443). أما المشرع المصري فأنه هو الآخر حددَّ هذه الأسباب في متن القانون المدني المصري وحصرها بالنصوص (323- 389).

كذلك المشرع الفرنسي قد عرض إلى هذه الأسباب من خلال نصوص القانون المدني الفرنسي بتعديله الأخير وحددَ هذه الأسباب صراحة بالمواد (1342- 1351)، وعن طريق هذه النصوص نحدد متى يكون هذا الإنقضاء صحيحاً من عدمهِ، وكيفية البناء عليه لعودة هذه الحقوقِ، من ذلك نقول أن الإنقضاء أذا كان صحيحاً مستوفياً لشروطهِ الشرعية و القانونية و كذلك أركانه، فالعودة للحقوق هنا تكون مستحيلة بعد توفر أو حصول واقعة الإنقضاء، والسبب في ذلك يكمنُ في حقيقة الأمر و كما بينا ذلك سابقاً هو حماية الإستقرار في المعاملات المالية ومن ثم أصبح الإنقضاء لازماً [1] .

فمثلاً نجد نص المادة (431) من القانون المدني العراقي تنص على أنه ((1- لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الأتية ا– حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء و وكلاء التفليسة والسماسرة بوجهٍ عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق

(1) د. ياسين بن ناصر الخطيب، نظرية الاستقرار واثرها على العقود وتطبيق ذلك على بعض المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (63)، 2014، ص 40.

واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات...2 – ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات. 3– ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين، وتوجه اليمين الى ورثة المدينين أو اوليائهم أن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين.4– لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بإنقضاء خمس عشرة سنة)).

وفي المعنى نفسه تضمنته نص المادة (378) من القانون المدني المصري، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي، وإذا أمعنا النظر الى النصوص المبينة في الأعلى نجد أن المشرع العراقي وكذلك المصري قد حدد فترة زمنية معينة تنقضي خلالها هذه الحقوق كما هو الحال في حق المهندس في الأجرِ الذي له مقابل عمله، فإذا أنتهت هذه المدة وهي السنة تقادم حقه وعليه أنقضى من حيث الأصل الا إذا حرر هذا الحق بموجب سند فلا ينقضى الا بمرور خمس عشر ة سنة [1]. فهذا الإنقضاء هو انقضاء صحيح من جهة، ومن جهة أخرى راعى المشرع العراقي مبدأ الإستقرار في المعاملات المالية، وهناك الكثير من الحالات التي ينقضي بها الحق أو الألتزام، ومن ثمَّ تنعدم العودة لذات الحقوق والألتزامات، وهذا في حقيقة الأمر ليس بالإمر المهم الذي يعنينا في دراستنا، فنحن نركز على الإنقضاء الغير صحيح، للقول بأمكانية العودة.

وعلى أساس ذلك نجد أن أغلب حالات عودة الحقوق هي ناتجة عن الإنقضاء غير الصحيح، فالوفاء كسبب من أسباب إنقضاء الألتزام حيث لا بد فيه حتى يكون صحيحاً من توافر الرضاء مثلاً إذ غالباً ما يكون التنفيذ المادي للالتزام تعبيراً عن هذا الرضا أي رضا طرفيه، ولا بد كذلك أن يكون هذا الرضا صادراً ممن يتمتع بالأهلية التي يحددها القانون، كما أنه يجب أن يكون هذا الوفاء سليماً من العيوب التي يمكن أن تشوب الإرادة من إكراه أو غلط أو تدليس أو غبن وإلا جاز الطعن بالوفاء والمطالبة بإبطاله ممن عيبت

([1]) د. شعيب احمد سليمان، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الحقوقي – الصادره عن اتحاد الحقوقين العراقين، العدد (4) السنه الخامسه والعشرين، 1983، ص95. انظر كذلك د. نواف حازم خالد، ومحمد صديق محمد عبدالله، تغير ضروف التقادم المسقط والقانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد (35)، المجلد (10)، 2008، ص 24.

إرادته، ومن ثم عودة الألتزام [1]. ثم لا بد أن يكون لهذا الوفاء محل، ومحله كقاعدة عامة هو نفس محل الالتزام المترتب تنفيذهُ على المدين إبتداء، ولا بد أن يكون لهذا الوفاء سبب مشروع شأنه في ذلك شأن سائر التصرفات القانونية، وسبب الوفاء هو قضاء الدين العالق في ذمة المدين، وأستناداً على ذلك لا بد أن يكون هذا الوفاء غير مبرئ للذمة كأن يكون مثلاً صادراً من غير ذي أهلية، أو أن الوفاء كان بمال الغير أو مال متنازع فيه وما إلى غير ذلك مناسباب التي يمكن من خلالها بطلان الوفاء [2].

وهذا يبدو لنا أكثر وضوحاً عند الولوج بالنصوص القانونية التي نظمت هذا السبب من أسباب إنقضاء الألتزام، إذ نجد مثلاً نص المادة (376) من القانون المدني العراقي تنص على أنه ((يشترطُ لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكاً لما دفعه، فإذا أستحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله، فللدائن الرجوع بدينه على غريمه))[3]. وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (325) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- يشترطُ لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكاً للشيئ الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه. 2 – ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق مما ليس اهلا للتصرف فيه ينقضي به الالتزام، اذا لم يلحق الوفاء ضرر بالموفي)).

وقريب من هذا المعنى تضمنته نص المادة (2/1342) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يجب أن يتم الوفاء للدائن أو إلى الشخص المعين لتسليمه، ومع ذلك يكون الوفاء الحاصل لشخص غير ذي صفة لتسليمة صحيحاً إذا أقره الدائن أو أستفاد منه ولا يكون صحيحاً الوفاء إلا إذا كان الموفي مالكاً للموفي به ولا يكون صحيحاً الوفاء الحاصل لدائن ليست لديه أهلية التعاقد، ما لم يكن قد استفاد منه)). وتفسيراً لهذه النصوص أنه إذا كان الوفاء بشيء غير مملوك للمدين فأن هذا الوفاء يكون

([1]) د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام، اثار الحق في القانون المدني، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن ، 1993، ص231 وما بعدها

([2]) انظر بهذا الخصوص قرار محكمة النقض المصرية المرقم (171) في 2008/2/16، لسنة 33/ قضائية، مجموعة المكتب الفني، ص 406، نقلا عن المحامي محمد منديب، الوفاء المبرئ للذمة والغير مبرئ للذمة في القانون المدني المصري، بلا طبعة، بلا جهة ومكان طبع، 2023، ص211.

([3]) وتقابلها نص المادة (318) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((يشترط للبراءة من الدين ان يكون الموفي مالكا لما وفى به، واذا كان المدين صغيرا مميزا او كبيرا معتوها او محجورا عليه لسفه او غفله ودفع الدين الذي عليهصح دفعه مالم يلحق الوفاء ضررا بالموفي))، وذات المعنى تضمنته نص المادة (324) من القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (312) من القانون المدني الليبي.

غير صحيح، وعلية توفَّر شرط أساسي لعودة هذا الحق أو الألتزام بعد إنقضائه، فالرهن كما هو معروف التزاماً تبعياً فهو يتبع الألتزام الأصلي، إذ أن هذا الحق لا يوجد لذاته بل لضمان الوفاء بحق آخر وجوداً وعدماً[1]. وبهذا فلا يوجد هذا الحق الا عند قيام الحق الأصلي صحيحاً وينتقل بإنتقاله إلى الخلف وينقضي بإنقضائِهِ، ومن ثم فأن حق الرهن بموجب هذه التبعية لا يخول الدائن المرتهن مزايا مادية على المال المرهون مثلاً الإستعمال أو الإستغلال، بل تعني هذه التبعية أن حق الدائن المرتهن حقاً في الدرجة الثانية يقعُ على حق عيني أخر لا يخول الدائن الإشتراك مع صاحب هذا الحق ويفترض وجود قيام هذا الالتزام [2].

من ذلك نستنتج أن 1- أن حق الرهن تابع للحق المضمون، والذي قام هذا الحق لضمان الوفاء بهذا الحق الأخير، فالحق المضمون هوالأصل وحق الرهن فرع. 2- أن الفرع يتبعُ الأصل وهو الدين المضمون في وجوده، وفي صحته، وكذلك في إنتقاله، وفي إنقضائه [3]. وعلى ضوء ذلك إذا تم الوفاء بالدين المضمون بالرهن ومن ثم أنقضى حق الرهن التأميني وتبين بعد ذلك أن الوفاء كان غير صحيح، فأن حق الرهن التأميني في هذه الحالة يعودُ، وهذا الأمر في حقيقة يعد نتيجة طبيعية لخاصية التبعية ودورها في إنقضاء الحقوق وعودتها[4].

وهذا الأمر إن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ وبحق أن الإنقضاء لا بد أن يكون مشوباً بعيب أو سبب مما يجعلهُ إنقضاء غير صحيح لإمكانية العودة، وهذا السبب في الواقع لا يكون واحداً أو سبب معين فلا يكون هناك أهمية لهذا السبب، إذ أن الفقه القانوني لا يعير أهمية لطبيعة هذا السبب، فالغاية كل الغاية في دور هذا السبب في نفي الصفة الشرعية أو القانونية لهذا الإنقضاء ووصفه مبرراً لعودة الحقوق والإلتزامات، فقد يكون هذه الإنقضاء باطلاً، أو أن أتحاد الصفة جاءَ عن طريق سبب غير مشروع كأن يكون الثمن

([1]) د. علاة هوام، تبعية الرهن للدين المضمون في التشريع المدني الجزائري، بحث نشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد (10)، 2017، ص 57 وما بعدها.

([2]) د. محمود خيال، التامينات، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديد للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1992، ص 93.

([3]) عبد الناصر العطار، التامينات العينية، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهر، مصر، 2003، ص 8.

([4]) د. حمدان حسين، التامينات العينية(دراسة تحليلية شامله لاحكام الرهن والتامين والامتياز)، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 138.

الـذي أشـترى بـه المسـتأجر العقـار المـؤجر مُسـتحق للغيـر أو ثمـن متنـازع فيه...هـذا مـن ناحيـة، ومـن ناحيـة أخـرى أن هـذا القيـد لـيس خاصـاً بإنقضـاء وعـودة حـق الـرهن التـأميني فقـط وأنمـا هـو شـرط جـامع لأغلـب حـالات أو بـالأحرى تطبيقـات العـودة للحقـوق والألتزامـات بعـد إنقضائها في القانون المدني.

ثانياً- أمكانية عودة الحقوق بعد إنقضائها

ممـا لا شـكّ فيـه أنـه عنـدما يقـررُ المشـرع أن الحـق أو الألتـزام يعـودُ بعـد إنقضـائه، ومـن دون النظـر إلـى السـبب الـذي أدىّ إلـى الإنقضـاء، فإنـه يجـب أن تكـون هـذه العـودة ممكنـة، بحيـث أنـه مـن الممكـن إعـادة الحـال إلـى مـا كانـت عليـه قبـل الإنقضـاء، وحيـث أن المخـالف لـذلك يعنـي عـدم أمكانيـة عـودة الحقـوق، وهـذا الأمـر بطبيعـة الحـال يقودنـا إلـى طـرح التسـائل الأتـي مـا هـي حـدود هـذه الإمكانيـة؟ بعبـارة أخـرى أكثـر وضـوحاً هـل يشـترطُ عـودة الحقـوق أو الألتزامـات علـى الحالـة التـي كـان عليهـا قبـل الإنقضـاء مـن دون زيـادة أونقصـان للمنفعـة؟ فـي إطـار الإجابـة علـى التسـاؤل المطـروح فـي الأعلـى يمكـن القـول وبحـق أنـه لا يشـترط أن يعـود الحـق علـى الحالـة التـي كـان عليهـا قبـل الإنقضـاء، فـالحق يعـود وأن كـان بمرتبـة أدنـى مـن المرتبـة التـي كـان عليهـا قبـل إنقضـائه أي أن الحـق فـي هـذه الحالـة قـد تغيـر زيـادة أو نقصـاناً للمنفعـة خـلال الفتـره القانونيـة مـا بـين إنقضـاء الحـق وعودتـه، وعلـى هـذا الأسـاس نخـرج بنتيجـة فـي غايـة الأهميـة وهـي أن الحـق أو الألتـزام يعـودُ بعـد إنقضـائه إذا كانـت هنـاك أمكانيـة لعودتـهِ، حتـى وأن كانـت هـذه الأخيـرة نسـبية، مـا دامـت هـذه الإمكانيـة تـوفر للطـرف الـذي تقـرر لصـالحه العـودة مـن مباشـرة سـلطاته لهـذه الحـق مـن أسـتعمال وأستغلال والتصرف[1].

وتماشـياً مـع ذلـك ذهـبَ رأي فـي الفقـه القـانوني الـى أن مـن ضـوابطِ عـودة الحقـوق والألتزامـات هـو أن يشـترط أن تكـون هـذه العـودة ممكنـة و حتـى لـو كـان ذلـك جزئيـاً، وهـذا معنـاه للوهلـة الأولـى أن لا تكـون هـذه العـودة غيـر ممكنـة (مسـتحيلة) لوجـود معـوق أو مـانع مـن هـذه العـودة فهنـا علـى حـد تعبيـره هـذا الـرأي الفقهـي أن الحـق لا يمكـن إعادتـه [2]. مـن ذلـك

([1]) د. اوبـري ورو، المطـول فـي القـانون المـدني الفرنسـي، الطبعـة السادسـة، الجـزء الثـاني، مطبعـة بـاريس للطباعه و النشر المحدود، بلا مكان طبع، 1951، ص 145 وما بعدها.

([2])د. محمد كامـل مرسـي باشـا، شـرح القـانون المـدني، الحقـوق العينيـة الاصـلية، الطبعـة الاولـى، دار المعـارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 566.

مثلاً لو أحترق العقار(المنزل) المتقرر عليه حق إرتفاق فأنه في هذه الحالة يصبحُ من المستحيل أستعمال هذا الحق ومن ثم يؤدي ذلك حتماً ومن دون شك الى إنقضاء حق الإرتفاق العقاري، ولكن إذا أعيد بناء المنزل من جديد وبغض النظر عن الشخص الذي قام بأعادة هذا العقار الى الحالة التي كان عليها ما قبل الهلاك، فأن حق الإرتفاق في هذه الحالة يعودُ ويصبح من الممكن أستعماله؛ والسبب في عودة هذا الحق كما هو مبين أعلاه يكمنُ في زوال المانع الذي عاق أستعمال حق الإرتفاق[1].

ومن الناحية التشريعية نرى أن المشرع العراقي من جهة والقوانين المدنية الأخرى لا سيما منها ما كانت محل مقارنة تنص صراحة على ذلك، إذ جاءَ البعض من هذه النصوص تنص على أن حقوق الإرتفاق قد تنقضي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبحُ في حالة لا يمكن معها إستعمال هذا الحق، ففي هذه الحالة لا يمكن عودة هذا الحق بسبب التغير الذي أصاب الأشياء محل الإرتفاق وهذا ما نص عليه المشرع العراقي من خلال نص المادة (1283) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الإرتفاق أذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبحُ في حالةٍ لا يمكن معها أستعمال هذا الحق ويعود أذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق))[2].

وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (1028) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1 - ينتهي حق الإرتفاق أذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبحُ في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق. 2- ويعود أذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق الا أن يكون أنتهى بعدم الأستعمال)).

والمعنى نفسه تظمنته نص المادة (703) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تسقطُ الإرتفاقات عندما تصبحُ الأشياء بحالة لا يمكن معها أستعمالها)). وتلتها المادة (704) من القانون ذاته والتي أشارت صراحة على أمكانية العودة إذ نصت هذه المادة على أنه ((تتجدد الإرتفاقات اذا أعيد ترتيب الأشياء بشكل

([1]) د. انور طلبه المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص235.

([2]) وتقابلها نص المادة (1317) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((ينقضي الحق المجرد اذا تغير استعماله بسبب تغير وضع العقارين الخادم والمنتفع ويعود اذا عاد الوضع الى ماكان عليه)) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وتقابلها في ذات المغنى نص المادة (1031) من القانون المدني الليبي والتي تنص هذه المادة على انه ((1 - ينتهي حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق. 2- ويعود اذا عادت الاشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق الا ان يكون انتهى بعدم الاستعمال)).

يسمحُ بأستعمالها ما لم تكن أنقضت فترة من الزمن كافية لإفتراض سقوط حق الإرتفاق أستناداً لما هو منصوص عليه في المادة 707)). وعلى أساس ذلك فأن حق الأرتفاق ينقضي إذا حدث تغير في وضع الأشياء محل حق الأرتفاق وفق أحكام المواد أعلاه، وإذا عادت هذه الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال هذا الحق، فأنه حق الإرتفاق يعودُ والى ذات الوضع، أي الى ما كان عليه قبل الإنقضاء، ومهما يكن من الأمر فأن تقرير العودة للحقوق والألتزامات من عدمها هي من أختصاص قاضي المحكمة الذي ينظر النزاع، إذ يجب أن تتحقق المحكمة من أمكانية العودة، فإذا لم يكن بالأستطاعة أعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل الإنقضاء فأن المحكمة تحكمُ برد الدعوى لعدم أمكانية العودة، وللمحكمة في سبيل ذلك لها أن تنتدب خبراء للتحقق عما أذا كان هناك أمكانية لعودة الحق أو الألتزام من عدمهِ خصوصاً أذا كان ذلك خاصاً بالتصرفات العقارية التي تتطلب الإنتقال كحصول كشف من قبل لجنة مختصة بذلك [1].وهذا ما يدفعنا الى القول بأن من شروط العودة أن تكون هناك أمكانية لعودة الحقوق في القانون المدني .

ثالثاً ـ أن يكون إعادة الحق بعد انقضائه مسموحاً به

إن المطلع على أحكام القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى لا سيما تلك التي تكون منها محل المقارنة من جهة أخرى، يرى انها تنص سواء أكان هذا بشكل صريح أم ضمني على عودة الحقوق في القانون المدني بعد إنقضائها، وهذا في حقيقة الأمر يعطي طابعاً ماديا لموضوع بحثنا، فنجد مثلا المشرع العراقي في القانون المدني قد نص صراحة على أن حق الرهن التأميني وكذلك الحيازي ينقضي بإنقضاء الدين الموثق، ويعودُ ذلك الحق أي الرهن إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين الموثوق شريطة أن لا تؤدي هذه العودة الى الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في المدة ما بين إنقضاء الدين وعودته [2]. كما أنه أشار وبصحيح العبارة إلى انقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري في القانون المدني العراقي إذا أشار المشرع

([1]) انظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (373) والصادر في تاريخ 4/14/ 2009، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الاتحادية وعلى الموقع الالكتروني www.sjc.iq تاريخ الزيارة 2024/2/10.

([2]) انظر بهذا الخصوص نص المادة (1315) من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل.

صراحة على أن حق الإرتفاق العقاري ينقضي إذا حصل تغير في وضع الأشياء بحيث تصبحُ هذه الأشياء في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق والأنتفاع به، ولكن هذا الحق يعود إذا عادت الأشياء الى وضع يمكنُ معه أستعمال الحق الانتفاع به [1]. ومهما يكن من الأمرِ فأنه يمكن القول أنه من خلال الولوج بالنصوص القانونية المتعلقة بإنقضاء الحقوق وعودتها يظهر لنا وبوضوح أن المشرع أشارَ الى حالات العودة في بعض الحالات، وعند توافر شروط معينة ومن ثم فأن هذه التطبيقات التي أشار اليها المشرع لا يمكن القياس عليها إلا إذا توفرت مقومات هذا القياس، والدليل على ذلك أن المشرع اشار الى عودة الحق في بعضِ المواد الخاصة بإنقضاء الالتزام، فهو لم يُشر الى إمكانية العودة في كل نصوص الإنقضاء هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أن المشرع لم ينص على قاعدة عامة للإنقضاء والعودة حتى يمكن القياس عليها، ومعنى ذلك أنه أراد قصر العودة على بعض الحالات وليس جميعها، ومن هنا يمكن القول بأنه يشترطُ لعودة الحق في حالات معينة نص عليها المشرع الأمر الذي يؤكد لنا من أن العودة للحق بعد أنقضائه يجب أن يكون مسموحاً بها، ومن الحالات التي أشار المشرع اليها والتي تتضمن العودة للحق بعد إنقضائه هي :-

1- انقضاء الحق بأتحاد الذمة وعودته إذا زال سبب اتحاد الذمة، وهذه الحالة يمكن عدَّها من التطبيقات العامة، فأغلب الحالات قد تنقضي وتعود باتحاد وزوال السبب الذي أدى إلى حصول واقعة الإدغام.

2ـ عودة حقوق الأرتفاق إذا جدد البناء بعد هلاكه أي حالة التغيير والتجديد، أو أذا زالت حالة أجتماع العقارين بيد مالك واحد.

3 - عودة الرهن التأميني و الحيازي أذا عاد الدين المضمون إلى الوجود؛ لسبب تعلق بالدين المضمون بالرهن أو بحق الرهن ذاته.

4 - عودة الرهن التأميني و كذلك الحيازي بصورة اصلية إذا كان الإنقضاء باتحاد الذمة ثم زال سبب اتحاد الذمة.

([1]) انظر بهذا الخصوص المادة (1283) من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل.

5- عودة الدين بسبب رد الإبراء من قبل المدين، وهناك حالات أخُرى نص عليها المشرع سنبينها عند دراسة تطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني [1].ومن هذا المنطلق يتبين لنا أن المشرع قد أشار الى أن الحق ينقضي من جهة ويعود من جهة أخرى، وهذا أن دل على شيء فإنما يدل على أنه في الغالب الأعم ان الإنقضاء والعودة الحقوق تكون بإرادة المشرع، مما يؤدي بدوره الى أن تكون هذه العودة مسموحاً بها من قبل المشرع، ولعل البعض يتسائل عن السبب الذي دفع المشرع على النص صراحة على عودة الإلتزام بعد إنقضائه، على الرغم من أن الإنقضاء للحقوق أو لذات الإلتزام يحقق وبالتاكيد مبدأ الإستقرار في المعاملات المالية، جواباً على ذلك نقول وبحق أن السبب في العودة هنا وكما بينا ذلك سابقاً بأن العودة للحقوق والألتزامات تكون في الغالب الأعم ضمانة مهمة لإطراف العلاقة القانونية؛ لأن الحق يعودُ كما كان عليه الوضع قبل إنقضائه؛ لذلك نجد أن المشرع قد عنى في إيراده للنصوص القانونية التي نصت صراحة على ذلك، وهذا أن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ على أن إرادة المشرع قد تكون مصدراً من مصادر إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

رابعاً - أن يزول السبب الذي أدىّ إلى انقضاء الحق أو الإلتزام

إن من بين أهم الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في عودة الحق بعد إنقضائه هو أن يزول السبب الذي أدى الى إنقضاء الحق أو الإلتزام، بمعنى أن عدم زوال السبب الذي أدى الى الإنقضاء فأنه من غير الممكن أن يعود الحق بعد إنقضائه، وتبرير هذا الشرط يكمنُ في أن الأصل في الحقوق إذا إنقضت فأنها تنقضي بصورة نهائية ومن غير الممكن أن تعود مرة أخرى، ولكن نجد أن فلسفة المشرع في حالات معينة من الممكن أذا زالت أسباب الإنقضاء، أو السبب الذي أدى الى الإنقضاء أن يعود الحق أو الإلتزام مجدداً، فكما هو معلوم أن الأسباب التي تؤدي الى إنقضاء الإلتزام أو الحقوق متعددة ، فقد ينقضي الإلتزام بالوفاء، أو قد ينقضي بما يعادل الوفاء، كأن ينقضي الحق بالمقاصة، أو

([1]) د. محمد زكي عبد البر، التصرفات الشرعية الانفرادية في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد (1)، مجلد(2)، 1965، ص 78. انظر كذلك د. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (اوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه)، الجزء الثاني، بلا طبعة، مطابع دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1970، ص 485. د. نسرين غانم حنون، طبيعة الابراء (دراسة مقارنه بالفقه الاسلامي)،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد(37)، العدد(2)، 2022، 509.

قد ينقضي دون الوفاء به، كما هو الحال عندما ينقضي بالإبراء، أو الإستحالة ، أو أجتماع صفة الدائن والمدين(إتحاد الذمة)، أو بالتقادم [1].

فلكي يعود هذا الإلتزام وفق المفهوم أعلاه فإنه يجب أن يزول سبب الإنقضاء، فمثلاً إذا كان سبب إنقضاء الحق (الإلتزام) هو أجتماع صفتي الدائن والمدين (أتحاد الذمة) فأن يجب لكي يعود هذا الألتزام أن تختلف صفتي الدائن والمدين،وهذا الشرط يتمثلُ في زوال "سبب الإنقضاء" أو بعبارة اخرى السبب الذي أدىَ إلى زوال سبب إنقضاء الحق أياً كان مصدر هذا الزوال، فقد يزولُ إتحاد الذمة فيعود أختلاف الصفات الى الأطراف المتعاقدة، كأن يكون السبب الذي أدى إلى ذلك مبني على عقد باطل لأي سبب كان، فتعود علاقة المديونية مرة أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة....)).

وتقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (2/370) من القانون المدني المصري، وقد يزولُ سبب الإنقضاء بفعل إرادة أحد الأطراف كما لو إعادة صاحب العقار الخادم بناءه فيعود معه حق الإرتفاق أو حق المنفعة الى صاحب العقار المخدوم في الحالة الأولى وصاحب حق المنفعة في الحالة الثانية. وكذلك نجد أيضاً في حقوق الإرتفاق بأنه إذا أجتمع ملكية حق الإرتفاق مع ملكية الأرض في يد نفس المالك فأن حق الإرتفاق ينقضي، ولكن إذا زال السبب الذي أدى الى حالة الأجتماع هذه أو الأتحاد في الذمة فأن حق الإرتفاق يعود أيضاً [2].

وقد أشارت المادة (1281) من القانون المدني العرقي صراحة الى هذا الشرط، إذ جاء فيها بأنه ((ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به، او العقار المرتفق هلاكاً تاماً وبأجتماع العقارين في يد مالك واحد، الا أنه في الحاله الأخيرة، إذا زالت حالة الإجتماع هذه زوالاً يستند أثره الى الماضي فأن حق الإرتفاق يعود)). والى المعنى نفسه أشارت المادة (1026) من القانون المدني المصري والتي

([1]) د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، دار القلم للطباعة والنشر ، دمشق، سوريا، 1999، ص 353 .

([2]) د. علي كحلون طرق التنفيذ واستخلاص الديون العامة والخاصة، الطبعة الاولى، منشورات مجمع الاطرش، تونس، 2013، ص14 .

والتي تنص هذه المادة على أنه ((... اذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يستند اثره الى الماضي فان حق الارتفاق يعود)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي حتى في تعديلهِ الأخير. كذلك هو الأمر بالنسبة لحق الرهن التأميني إذ قد ينقضي حق الرهن بأتحاد الذمة، إذا أنتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، أو إذا أنتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون؛ نتيجة لإتحاد الصفة، فإن زال السبب في اتحاد الذمة بأثر رجعي ، كفسخ البيع الذي ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون، عادَ الرهن إلى الوجود لزوال الصفة وإختلافها، فإذا إنتقلت ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون عن طريق الرسو في المزاد العلني، فقد يبطل لسبب معين، فإذا كان الرسو في المزاد باطلاً مثلاً وتقررُ بطلانه خرج العقار المرهون من ملكية الدائن المرتهن، فيعود الرهن بأثر رجعي كما كان، لزول حالة الجمع بأتحاد الذمة لصفتا الدائن المرتهن والمدين الراهن[1].

وهذا ما أشارت إليه المادة (1349/ب) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي أيضاً الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية: ب – أذا أجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد، و يعودُ الرهن إذا زال سبب أتحاد الذمة بأثر رجعي))[2]. وإلى المعنى نفسه أشارت المادة (1113/ ب) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي أيضا الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (ب) إذا أجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية فى يد شخص واحد)).

كما أن الحال يكون على ذات المنوال عندما ينقضي الإلتزام بالتبعية، فأنه يجب أن تزول هذه التبعية كما هو الحال عندما ينقضي الرهن التأميني بالتبعية بين العقار المرهون والدين المضمون، فلكي يعود الحق(الرهن التأميني) فأنه يجب ان تزول هذه التبعية، كأن يكون العقار المرهون غير مملوك للراهن، أو أن يكون الدين الذي أوفى به المدين الراهن غير مملوك له، ففي هذه الحالة أن الألتزام يعودُ، نتيجة لزوال السبب الذي أدى الى إنقضاء الإلتزام. هذا ومن الجدير بالذكر أن سلماً أن من بين أهم الشروط التي تؤدي الى

([1]) بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص13.

([2]) وتقابلها بذات المعنى نص المادة (1421) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((ينقضي الرهن الحيازي باتحادة مع حق الملكية في يد واحدة على انه يعود اذا زال السبب باثر رجعي)). وكذلك نص المادة (1117/ ب) من القانون المدني الليبي.

عودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني هو زوال سبب الإنقضاء فأن هناك تساؤل يثور في الذهن حقيقة هو -

هل أن زوال السبب الذي أدى الى إنقضاء الحق فقط يؤدي الى عودة الحق أو الإلتزام؟

جواباً على ذلك نقول أنه من خلال تحليل نصوص المواد المتقدمة يتبين لنا أن مجرد زوال السبب الذي أدى الى أتحاد الصفة في الإلتزام أو أتحاد الذمة في حقوق الإرتفاق فأنه لا يكفي لعودة الحق وأنما يجب أن يكون زوال السبب مستنداً الى الماضي ففي إنقضاء الدين بأتحاد الصفة وعودته لزوال تلك الصفة فأذا تبين أن أتحاد الصفة كان باطل، كأن يكون أحد الدائنين أو المدينين شخص أخر، فأن أتحاد الصفة سوف ينقضي بأثر رجعي وسوف يعود الدين، وكذلك الأمر في حقوق الإرتفاق لو إفترضنا مثلاً أن شخص لديه حق الإرتفاق بالمرور على أرض الغير ثم أشترى الأرض المثقلة بهذا الإرتفاق من مالكها فأن الإرتفاق بالمرور سوف ينقضي بأتحاد الذمة، ولكن لو تبين أن عقد البيع باطل أو أن المشتري لم يسدد كامل الثمن فهنا سوف تعود ملكية الأرض لصاحبها وبالمقابل سوف يعود حق الإرتفاق ولكن لو قام المالك ببيع الأرض مجدداً على مالكها الأصلي فهنا لا يعود حق الإرتفاق كون زوال السبب الذي أدى الى أتحاد الذمة لا يستند الى الماضي،.

وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية بما يؤكد ذلك والذي جاء فيه بأنه ((... أجتماع صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد وفي ذات الشخص أثره إنقضاء الدين لإتحاد الذمة، زوال هذا الأتحاد بأثر رجعي مؤداه عودة الدين بملحقاته الى الوجود))[1]. فيتبين من القرار القضائي المتقدم أنه يشترط لعودة الدين أن يزول سبب أتحاد الذمة بأثر رجعي إلى الماضي، وهذا يؤدي بأن القول الى أن من الشرط المهمة لعودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني هو أن يزول السبب الذي أدى الى إنقضاء الإلتزام.

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (1095) والصادر في 15/ يناير/ 1997 والمنشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح (https://www.cc.gov.eg/judgment 2) تاريخ الزيارة 2024/2/15 .

خامساً ـ أن لا يكون الشخص قد أسقط حقه بشكل صريح

يشترط لعودة الحق بعد إنقضائه أيضاً أن لا يكون الشخص قد أسقط أو تنازل عن حقهِ بصورة صريحة، وذلك لأنه إذا توفرت الأسباب التي تؤدي الى عودة الحق فأنه يكون هذا الحق دخل ضمن الذمة المالية لصاحبهِ فإذا تنازل عنه صاحبه أو أسقط حقه بفعله فأن الحق لا يعود وينتهي بصورة نهائياً[1]. فبطبيعة الحال وهو ما مقرر في القواعد العامة أنه عندما تتقرر العودة للحقوق والإلتزامات، فأنه يشترط لإستعمال هذا الحق في العودة هو أن لا يكون الشخص قد أسقط حقه بمعنى أن لا يكون هناك أسقاطاً للحق سواء أكان هذا الإسقاط للحق من الناحية الشخصية أم من الناحية الموضوعية، وسواء أكان هذا الإسقاط للحق بإرادة المشرع أم بإرادة أطراف العلاقة القانونية. وهذا أستناداً إلى القاعدة الفقهية التي تنص على أنه " الساقط لا يعود"، كما أن المعدوم لا يعود، ومن أسقط حقه لا يمكن لأحد أن يرفعه. ولذلك فأن الحق الذي سقط لا يعود بعد سقوطه، ويجب لإعمال هذه القاعدة أن يكون الحق قائماً وأسقطهُ أحد أطراف العلاقة القانونية، أو بالأحرى من كان الحق قابلاً للعودة لمصلحة شخص معين وأسقطه بنفسه، كحق الشخص بالشفعة مثلاً أو الإبراء من الدين الثابت، فإذا تم سقوطه لا يعود الحق أصلاً وزالت الأثار التي تترتب عليه، وأعتبر الحكم أو التصرف الصادر في حكم العدم كأن لم يكن [2] .

ويتحقق الإسقاط ،بأن ابرئ الدائن المدين من كُل لحقوق المالية وغيرالمالية،أو بالإسقاط المطلق غيرالمقيد ؛ وذلك بأن يطلق الإسقاط، ولا يقيده بشيء من الحقوق المالية أو غيرالمالية، ففي هذه الحالة فإن المدين يبرأ من كل ذلك،حيث يشمل الإبراء الحقوق المالية وغيرها، فلو أبرئ الدائن المدين من الحقوق كلها، أو أطلق الإبراء[3]، فإن المدين يبرئ من الحقوق المالية، وغيرالمالية، ويبرأ المدين من كل الحقوق التي هي محل

([1]) د. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الاولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 102.

([2]) د. احمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية في القانون المدني الاردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي شكلا وموضوعا)، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد1، المجلد 36، 2009، ص 712 وما بعدها.

([3]) محمد بيازيد محمد، التطبيقات الفهية لقاعدة الساقط لا يعود في المعاملات المالية، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح:https://ia904504.us.archive.org/28/items/fiqh13001/fiqh1389تاريخ الزيارة 2024 /2/14.

للإبـراء[1].، ففـي حـق الشـفعة [2]، فـإذا لـم يأخـذ الشـفيع العقـار المشـفوع بالشـفعة فـأن حقـه يسـقطُ ولكـن إذا قـام المشـتري ببيـع العقـار مـرة أخـرى فهنـا حـق الشـفعة يعـود لـه مـن جديـد ويسـتطيع أن يأخـذ العقـار المبيـع بالشـفعة[3] . ولكـن يجـب عليـه أن يقـوم بجميـع الاجـراءات التـي نـص عليهـا القـانون مـن أعـلان الرغبـة ورفـع الـدعوى علـى البـائع والمشـتري الجديـد وأيـداع نصـف الـثمن لـدى صـندوق المحكمـة، فـأذا قصـر فـي هـذه الإجـراءات المنصـوص عليهـا قانونـاً فـأن حـق الشـفعة يسـقط ولا يعـود اليـه مجـدداً، وقـد أشـارت إلـى الأحكـام المتقدمـة نـص المـادة (1137) مـن القـانون المـدني العراقـي والتـي نصـت هـذه المـادة علـى أنـه ((إذا أشـترى أحـد عقـاراً تجـوز الشـفعة فيـه ثـم باعـه قبـل أن يـدعي الشـفيع بالشـفعة سـقطت شـفعته وتجددت له شفعة على المشتري الثاني)).

وعلـى المنـوال نفسـه ذهـب المشـرع المصـري عـن طريـق نـص المـادة (938) مـن القـانون المـدني والتـي تـنص هـذه المـادة علـى أنـه (إذا أشـترى شـخص عينـاً تجـوزُ الشـفعة فيهـا ثـم باعهـا قبـل أن تعلـن أي رغبـة فـي الأخـذ بالشـفعة أو قبـل أن يـتم تسـجيل هـذه الرغبـة طبقـاً للمـادة 942 فـلا يجـوز الأخـذ بالشـفعة إلا مـن المشـتري الثـاني و بالشـروط التـي إشـترى بهـا)). ومـن قـراءة هـذه النصـوص والـتمعن بهـا يتبـين لنـا وبحـق أن هـذا الحـق يمكـن أن ينقضـي ويعـود، فـإذا تقـرر الحـق للشـفيع فـي الأخـذ بالشـفعة ولـم يقـم بـالإجراءات اللازمـة لإغتنـاء هـذا الحـق، لأن هـذا الأخيـر يعتبـر مـن الحقـوق الضـعيفة؛ لـذلك نجـد المشـرع قـد أحاطـه بمجموعـة مـن الإجـراءات القانونيـة، والتـي علـى أثرهـا يقتنـي هـذا الحـق مـع الأخـذ بنظـر الإعتبـار أن هـذه الأجـراءات التـي أبتغاهـا المشـرع لا يمكـن بـأي شـكل مـن الأشـكال تفريـدها علـى الأطـلاق ضـماناً لحقـوق الشـفيع [4]. فعلـى سـبيل المثـال أنـه يجـب علـى الشـفيع عنـد رفعـه الـدعوى والمطالبـة بالشـفعة أن يـودع صـندوق المحكمـة التـي يوجـد المشـفوع فـي

---

[1] صـالح كمـال صـالح, اسـقاط الحـق فـي الشـريعة الاسـلامية والقـانون الـدولي, بحـث منشـور فـي مجلـة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية, العدد90, ص167.

([2])- محمد عزمـي البكـري ، الشـفعة فـي ضـوء الفقـه والقضـاء ، دار محمـود للنشـر والتوزيـع ، القـاهرة ، 2017 ، ص22 .

([3]) د. منصـور فـؤاد عبـد الـرحمن، الشـفعه كسـبب مـن اسـباب كسـب الملكيـة، رسـالة ماجسـتير، مقدمـة الـى مجلس كلية الحقوق جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008. ص 95.

([4]) د. دلال تفكيـر مـراد، نطـاق الاخـذ بالشـفعة بـين التقيـد والاطـلاق فـي القـانون المـدني العراقـي، بحـث منشـور فـي مجلـة المحقـق الحلـي للعلـوم القانونيـة والسياسـية، العـدد (1)، 2021، ص 248. انظـر كـذلك د. نبيـل ابـراهيم سـعد، الشـفعة علمـا وعمـلا، الطبعـة الاولـى، منشـاة المعـارف للطباعـة والنشـر، الاسـكندرية، مصر، 1997، ص 9 وما بعدها.

دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فأن لم يتم الأيداع سقطت شفعته[1]. هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك العديد من الأسبابِ التي يتمحور فيها هذا القيد والتي يمكن أعتبار هذه الأسباب من معوقات إعادة الحقوق والألتزامات والتي سوف نعرض لها ضمن موضوعات الفصل الثاني من هذه الدراسة فأليها نحيل، ومهما يكن من الأمرِ يمكن القول وبدون تردد أن من بين شروط عودة الحقوق بعد إنقضائها هو أن لا يكون الشخص قد أسقط حقه.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة لانقضاء الحقوق وعودتها

بعد أن بيّنا الشروط العامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وقلنا إن هذه الشروط لها طابع شمولي، إذ إن هذه الشروط تعتبر المدخل الرئيس للعودة، وسبب تسميتها بهذا المصطلح هو أنطباقها على أغلب حالات العودة على أختلاف مصادرها، وبمقابل هذه الشروط هناك شروط خاصة، ويقصد بهذه الأخيرة هي الشروط التي تتعلق بحالة أو تطبيق معين من تطبيقات عودة الحقوق أو الالتزامات، وهذا يُعد نتيجة طبيعية لتعدد حالات أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، فمن المعلوم أن العودة للحقوق وكما بينا ذلك سابقاً قد نجدها في باب العقود تارَّة، وفي باب الحقوق تارَّة أخرى، وهذا التعدد يتحتم علينا وضع شروط خاصة لكُل تطبيق أو حالة، فما يسري عليها من أحكام، لا يسري على غيرها؛ وذلك ضمن نطاقها سواء أكان ذلك في مجال التصرفات والوقائع القانونية، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث فأنه يجب علينا تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات وكما يلي:

أولًا- أن تتجه الإرادة إلى اعادة الحقوق بعد انقضائها

لا شكَّ في أن إرادة الأفراد دورًا لايستهان به في تقرير انقضاء الحق وعودته، إذ إن المشرع في اغلب أقسام القانون ولا سيما القانون المدني، عادة ما يورد حكم قاعدة عامة في الأصل ويترك لإرادة الأفراد الصريحة أو الضمنية الحق في مخالفتها بما يحقق

([1]) انظر بهذا الخصوص احكام المواد (1136- 1141) من القانون المدني العراقي والتي بينت هذه المواد الاجراءات القانونية الازمة للاخذ بالشفعة، وتقابلها في ذات المعنى نص المود (940- 945) من القانون المدني المصري.

التوازن في التعاملات المالية في أطار القانون المدني وبما ينسجم مع طبيعة هذه المعاملات، وعلى أساس ذلك نجد أن القانون المدني العراقي يقرر لأطراف العلاقة القانونية، سواء كان في مجال التصرف أم الواقعة القانونية قدراً من الإرادة أو الحرية في عودة الحقوق بعد إنقضائها.

فالمطلع على أحكام نصوص القانون المدني ومنها نص المادة (1273) من القانون المدني العراقي يرى أن هذه المادة سبب من أسباب كسب حق الإرتفاق، أذ نصت هذه المادة وبحق على أنه ((1ـ الأرتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الأصلي.2ـ ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين، وفي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما يعد الإرتفاق مرتبة بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثم شرط صريح يخالف ذلك))[1].

وعلى المنوال نفسه ذهب المشرع المصري من خلال نص (1017) من القانون المدني المصري أذ جاءت هذه المادة بالمعنى نفسه فأليها نُحيل، وتقابلها أيضاً بذات المعنى نص المادتين (693 و 694) من القانون المدني الفرنسي الجديد بتعديله الأخير، ونتيجة لما تقدم فإذا عمد صاحب أو مالك عقارين أو جزئين من عقار واحد على سبيل المثال الى خلق حالة واقعية بين هذين العقارين، أو بين الجزئين من العقار الواحد، فهنا نشأ حق الإرتفاق كما لو كان هذان العقاران أو هذان الجزآن من العقار الواحد مملوكين لشخصين مختلفين، وهذا هو تخصيص المالك الأصلي الذي يكسب به حق إرتفاق، فطالما بقى العقاران أو الجزآن من العقار الواحد مملوكين لشخص واحد، فلا وجود لحق الإرتفاق، فعن طريق هذه الحالة الواقعية التي ينشئها صاحب العقارين، أو صاحب العقار الواحد ينشأ حق ارتفاق، وينقضي هذا الحق بإرادة صاحب العقارين أو الجزآن من العقار

([1]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1275) من القانون المدني الاردني والتي نص هذه المادة على انه ((اذا نشأ مالك عقارين منفصلين حقا مجرا ظاهرا بينهما بقى الحق اذا انتقل العقاران او احدهما الى ايدي ملاك اخرين دون تغيير في حالتهما مالم يتفق على غير ذلك)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوي، وتقابلها ايضا نص المادة (1020) من القانون المدني الليبي.

الواحد[1]. كما لو أنتهت هذه الحالة الواقعية التي أبتغاها أو التي أرادها صاحب هذين العقارين، أو تبين أن هذه الحالة هي مؤقتة (عارضة) كما لو أرادَ خلق علاقة تبعية ثابتة بين العقارين لأغراض شخصية، أو أنه قام بشراء هذين العقارين من مالكين مختلفين فزال حق الإرتفاق وأنقضى هذا الحق، ولكن إذا باعَ أحد هذين العقارين، عادَ حق الارتفاق كما كان... كما لو كان شخص يملك أرض زراعية ولها مسقى ماء في جزئها الشمالي، فالجزء الجنوبي يسقي من جزئها الشمالي عن طريق حق إرتفاق (مجرى)، فإذا باعَ جزئها الشمالي دون جزئها الجنوبي، نشأ حق ارتفاق، ولكن إذا اصبحَ مالك لهذين الجزْءين من العقارانقضى حق الإرتفاق، وبعكس ذلك يعود حق الإرتفاق[2].

ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كان الإرتفاق مسيل على منزل الجار وأنهدم المنزل كلهُ، أو أحترق جميعه، فإنه يصبحُ من المستحيل أستعمال حق الإرتفاق، وكذلك إذا كان حق الإرتفاق أرتفاقاً بمرور وأنحبس العقار المرتفق به، بحيث أصبح من المتعذر الوصول منه إلى الطريق العام، فإن حق الإرتفاق ينقضي؛ وذلك سبب تغيير وضع العقار المرتفق به بإرادة أصحابه، غير أن أرتفاق المسيل يعودُ إذا أعُيد بناء المنزل، كما يعود أرتفاق المرور إذا عادَ العقار المرتفق به إلى حالته الأولى تطبيقاً لقاعدة "إذا زال المانع عادَ الممنوع"[3]. وأستناداً على ذلك يمكن القول بأن إرادة أطراف العلاقة القانونية لها أثر واسع ويظهر هذا الأثر جلياً في مجال الحقوق العينية لاسيما التبعية منها، لذلك فأنه يجب أن تتجه الإرادة الى إعادة الحق بعد أنقضائه، في بعض حالات عودة الحقوق (الالتزام) في القانون المدني.

([1]) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الاولى، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدود، بغدا، العراق، 1954، ص 384

([2]) د. عبد المجيد الزروقي، الاموال الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الثالثة، مطبعة تونس للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 2022، ص 964. انظر كذلك د. عاشور عبد الرحمن أحمد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية ، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، 2020، ص152.

([3]) د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية القسم الاول والثاني، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، 2018، ص381.

ثانيًا- أن تكون العودة للحقوق أثناء المدة المحددة قانوناً أو أن يعود الحق خلال مدة نفاذه

تعدَّ المدة من العناصر الجوهرية لبعض الحقوق، فالأخيرة قد تكون مقيدة بمدة معلومة من حيث الإستعمال، أو الإستغلال، أو التصرف، وبهذا فأن هناك طائفة من الحقوق تدور وجوداً وعدماً مع المدة المحدد سواء كان ذلك التحديد بنص المشرع أو بأتفاق المتعاقدين، مما يعني أن الحق قد يسقطُ بمرور هذه المدة، وهذا ما يتفق وأحكام عودة الحقوق في القانون المدني، فالعودة للحقوق يجب أن تكون خلال مدة زمنية معينة يمكن معها إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل أنقضاء الحق، وعلى أساس ذلك يمكن القول أن من بين أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في عودة الحق بعد أنقضائه هو أن تكون المدة الزمنية الفاصلة بين إنقضاء الحق وعودته مدة زمنية معقولة من جهة، كذلك يجب أن يطالب صاحب الحق بحقهِ بعد عودته خلال مدة زمنية يكون الحق فيها داخلاً ضمن مدة نفاذه من جهة أخرى، أما أذا مرة مدة طويلة على عودة الحق ولم يطالب صاحب الحق به فأن الحق ينقضي نهائيا ولا يعود [1].

ففي حقوق الإرتفاق مثلاً نجد أنها تسقط إذا أصبحت الأشياء المثقلة بهذا الحق في حالة لا يمكن أن تستعمل من قبل صاحب العقار المرتفق، ولكن إذا تم إعادة ترتيب تلك الإرتفاقات من جديد وأصبحت بحالتها الجديدة يمكن أن تستوفي المنفعة منها فأن هذا الحق يعود من جديد، ولكن بشرط أن لا تمضي مدة من الزمن تؤدي إلى سقوط الإرتفاق؛ وذلك لأن حق الإرتفاق قد يتحدد بمدة زمنية معينة من قبل الأطراف فأذا أنتهت هذه المدة وعادَ حق الإرتفاق فلا يمكن أن يستفيد صاحب العقار المرتفق من هذا الإرتفاق وذلك لسقوط حق الإرتفاق ذاته[2].

وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند التمعن بقراءة نص المادة (704) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تتجدد الإرتفاقات إذا أعُيد ترتيب الأشياء

([1]) د. محمد احمد محمد بريسم، التقادم المسقط للحقوق والدعاوى بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، بلا طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع،القاهرة، مصر، 2004 ، ص 504 ومابعدها.

([2]) د. توفيق حسن فرج، دروس في الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الثانية، طبعة نادي القضاة للطباعة والنشر المحدود، بلا مكان وسنة طبع، ص 225. انظر كذلك د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، مصدر سابق، ص 225.

بشكل يسمح بأستعمالها، ما لم تكن قد أنقضت فترة من الزمن كافية لأفتراض سقوط حق الإرتفاق، وفق ما هو مبين في نص المادة 707)). إذ يتضح من نص المادة أعلاه بأن حق الإرتفاق يتجدد في بعض الأحوال كما هو الحال عندما يُعيدُ ترتيب الأشياء بشكل يمكن معه من أستعمالِ حق الأرتفاق، وبهذا فأن حق الإرتفاق يعودُ إذا أعُيد ترتيبها بعد هلاكها[1]. ولكن هذه العودة مقيدة بفترة زمنية معينة، فإذا كان الترتيب ضمن هذه المدة فأن حق الإرتفاق يعود، وهذه المدة أشارت اليها صراحة نص المادة (707) من القانون المدني الفرنسي إذ نصت هذه المادة على أنه ((تبدأ مدة الثلاثين سنة بالسريان حسب نوع الإرتفاقات المختلفة أما من اليوم الذي يتوقف الأنتفاع بها عندما يتعلق الأمر بإرتفاقات غير مستمرة، وأما من اليوم الذي يحصل عمل مخالف للإرتفاق عندما يتعلقُ الأمر بالإرتفاقات مستمرة)).

فالعودة للحقوق في نطاق حقوق الإرتفاق حسب نص المادة (704) وبدلالة المادة (707) من القانون المدني الفرنسي محددة بـ 30 سنة، فخلال هذه المدة يعودُ الإرتفاق، فأما خارجها نكون أمام أستحالة في العودة أي عدم أمكانية عودة الحقوق في القانون المدني، والمادة المتقدمة تشير الى هذا الشرط صراحةً وهو موقف أنفرد بهِ المشرع الفرنسي، بخلاف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري اللذان أغفلا النص على ذلك والذي يُعد بتقديرنا نقص تشريعي لا بد من تلافيه، لذلك نقترح على المشرع السير على المنوال نفسه الذي سارَ عليه القانون المدني الفرنسي. وعلاوة على ذلك يشترطُ أن يعود الحق خلال مدة نفاذه، وليس بعد إنتهائه ففي حق المنفعة إذا هلكَ العقار المنتفع بهِ، فأن حق المنتفع ينقضي[2].

ولكن إذا أعادَ مالك الرقبة الشيء الى حالتهِ السابقة فأن حق المنفعة يعودُ إذا كان ذلك خلال فترة الإنتفاع ولكن إذا أنقضت مدة الأنتفاع فأن حق المنفعة لا يعود، وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها والذي قضيت فيه بأنه ((... المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة 993 من

([1]) د. حسنين ضياء نوري الموسوي، اثار حقوق الارتفاق (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة ابحاث ميسان، العدد الثالث عشر، العدد الخامس والعشرين، 2017، ص155.

([2]) د. سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع، القاهرة، مصر، 2008، ص499.

القانون المدني أن حق الأنتفاع موقوت ينتهي بإنتهاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع و ينتهي على أية حال بموت المنتفع الا إذا وجد أتفاق أونص قانوني يقتضي بغير ذلك)) [1]. ومهما يكن من أمر فأنه باعتقادنا يجب أن يكون المطالبة بالحق بعد عودته خلال مدة زمنية معقولة كأن تحدد تلك المدة بسنة واحدة بعد عودة الحق، وذلك حتى لا تبقى مصالح الأطراف معطلة لمدة طويلة هذا من جانب، ومن جانب أخر حتى يبادر صاحب الحق المطالبة به فوراً بعد عودته أما إذا قصر في ذلك ولم يطالب به فأنه يعد في نظر القانون قد أهمل حقه وبالتالي يسقطُ ذلك الحق نهائياً ولا يستطيع المطالبة به وأن توافرت الأسباب اللازمة لعودته مجدداً، والمعنى الأخير يؤدي بنا القول الى أن فوات هذه المدة يعتبر من معوقات عودة الحقوق أو الألتزامات بعد أنقضائها، ومن ثم فأنه يشترطُ عودة هذه الحقوق خلال المدة المحدد قانوناً وأتفاقاً وأن تكون هذه الفترة خلال المدد المحددة لنفاذه.

ثالثاً ـ أن يعود الحق بعد انقضائه بأثر رجعي:

الشرط الثالث الذي تتوقف عليه عودة الحقوق هو أن يعود الحق بأثر رجعي بعد زواله، وقبل بيان هذا الشرط ودوره في إنقضاء الحقوق وعودتها لابد لنا من أن نسلط الضوء على مفهومهِ أولاً، من ذلك نقول أن فقهاء القانون المدني وشُراحه قد تناولوا فكرة الأثر الرجعي في الآثار المترتبة على فسخ العقد، ورغم أنهم قد أقروا بأن للفسخ أثر رجعي كأصل عام الا أنهم لم يتفقوا على أستخدام تعابير محددة له، فمنهم من عبر عن هذه الفكرة بالتحديد بالإنحلال إذ عُرف الأثر الرجعي بإنه((أنحلال العقد منذ نشوئه أو إبرامه بحيث يعد العقد بعد أنحلاله كأن لم يكن وتسقط جميع آثاره)) [2].

بينما ذهب رأي في الفقه القانوني إلى أطلاق تعبير الأنعدام للفسخ حيث عُرف الأثر الرجعي بأنه((إنعدام العقد أنعداماً يستندُ أثره إلى الماضي، فيعدُ كأن لم يكن، فما يترتبُ على الفسخ بحكم المحكمة ليس أنحلالاً للعقد فحسب، بل يؤدي إلى أنعدامه فيعد

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2470) والصادر في 1/26 /2013 قرار منشور في النشره القضائة للدوائر المدنية لسنة (72)، ص 212.

([2]) د. محمد المنجي، مصدر سابق ص541. انظر كذلك بهذا الصدد عبد الحافظ يوسف عليان، الاثر الرجعي وتطبيقاته في الاحكام الشرعية، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الدراسات العليا- الجامعة الاردنية، 2005، ص 9. ود. عمر علي الشامي، مصدر سابق، ص 49.

كأن لم يكن ويعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)) [1]. ومنهم من عرفه بالزوال إذ عرفه بأنه ((زوال الرابطة العقدية بكل أثارها)) [2]. ويعرف الدكتور عباس الحسيني رجعية العقد بأنها ((رفع آثار العقد وعده كأن لم يكن بحيث يُعاد المتعاقدان الى وضعهما السابق على التعاقد وزوال حقوق الغير الناشئة عنه ما لم يتبين من طبيعة العقد أو ظروف التعاقد ما يدل على خلاف ذلك)) [3]. ويمكن أستخلاص هذه الفكرة من العديد من النصوص القانونية ومنها ما تنص عليه المادة (160) من القانون المدني المصري، فقد نصت هذه المادة على أنه((إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا أستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)). أما المشرع العراقي فقد عرض للأثر الرجعي للفسخ بطريق آخر من خلال بيان الحكم المترتب على الأثر الرجعي، إذ جاء في نص المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي بأنه((إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو أنفسخ سقط الألتزام الذي كان مترتباً عليه، فلا يلتزم تسليم البدل الذي أوجب بالعقد وأن كان قد سُلم يُسترد ، فإذا أستحال رده يحكم بالضمان)). مما تقدم فأن تعبير نص المادة (160) من القانون المدني المصري أكثر دقة وإفادة للمعنى فلا حاجة الى تفصيل ذلك عن طريق إيراد تطبيق لحالة إعادة المتعاقدين الى قبل العقد كما ورد في المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي ؛ لأن ذلك يدخل في مهمة الفقه والقضاء[4] .

ويُلاحظ ان القضاء العراقي أعتدَ بفكرة الأثر الرجعي للعقد من خلال تقرير إعادة الحال الى ما كانت عليه عند فسخ العقد أو أبطاله، وقد قضت محكمة التمييز الأتحادية بأنه في قرار صادر لها إذ قضت بأنه ((البيع الوارد على العقار الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ويعتبر باطلاً ولا يرتب أي أثر قانوني أو التزام بين طرفيه بأستثناء أعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ولا يستحق

([1]) د. انور طلبه، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، المكتبة الجامعية الحديثة، الاسكندرية، مصر، 2006، ص235. انظر كذلك د. مصطفى الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانونوالاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة (56)، 1986، ص 119. و د. عبد الحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، الاسكندرية، مصر، 1993، ص 521.

([2]) د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص311.

([3]) استاذنا د. . عباس الحسيني، مصدر سابق، ص13.

([4]) استاذنا د. عباس الحسيني، المصدر نفسه ، ص13.

المدعي الفائدة القانونية عن بدل البيع المحكوم له به لأنه يستند الى عقد باطل))[1]. وأيضاً قضت بأنه ((اذا كان العقد باطلاً فلا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا ولا يمنع ذلك من إعادة الحال بين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد)) [2].

وعلى أساس ذلك نقول إن مفهوم الأثر الرجعي يقتضي إعادة أطراف العلاقة القانوني الى وضع ما، ولكن أين يكمن دوره في إعادة الحقوق والالتزامات بعد إنقضائها؟ أن المُطلع على نصوص القانون المدني يرى أن البعض من هذه النصوص والتي حدد سبل وألية العودة للحقوق والألتزامات يرى أنها كانت تتوسل بهذه الفكرة لتقرير العودة، فمثلاً إذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وكان لزوال هذا السبب أثر رجعي فأن الالتزام يعود الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لاطراف العلاقة القانونية جميعاً ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن[3]. ومن ثم فأنه زوال السبب الذي أدى الى إنقضاء الحق كاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي فهنا يعود الدين أو الحق الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفوعه، ويعد اتحاد الذمة كأن لم يكن.، فيعود الحق مثقلاً بالتأمينات الشخصية والعينية بعد سقوطها، فيرجع الكفيل كفيلاً، وتعود الحقوق العينية التي كانت تضمن الدين الى الظهور، ومثال ذلك ما إذا كان سبب أتحاد الذمة الوصية، وكانت التركة مستغرقة بالديون، فالوصية في هذه الحالة تكون موقوفة على إجازة الدائنين، أن أجازوها نُفذت بأثر رجعي وأن لم يجيزوها بطلت بأثر رجعي. وفي هذه الحالة الأخيرة يعود الدين الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفوعه[4].

ومن الأدلة على ذلك على سبيل المثال نص المادة (1281) من القانون المدني والتي نصت على هذا الشرط صراحة إذ نصت هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق بأنقضاء الأجل المحدد، ... وباجتماع العقارين في يد مالك واحد، الا أنه في هذه الحالة الأخيرة، اذا زالت حالة الأجتماع هذه زوالاً يستندُ أثره الى الماضي فأن حق

([1]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (217) الهيئة الموسعة المدنية(18) والصادر بتاريخ 2018/8/28، قرار غير منشور

([2]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (1115) عقد باطل (2009) والصادر بتاريخ 2009/1/9، قرار غير منشور

([3])د. عامر محمود الكسواني ، احكام الالتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافه للطباعة والنشر والتوزيع، 2015، ص 98 .

([4]) سميرة مطر عبد الرزاق عبد الرزاق، احكام الدين وتوثيقاته من خلال اية الدين مقارنة بالقانون المدني، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2016، ص 150.

الأرتفاق يعود)). كذلك نص المادة (1317) من القانون نفسه والتي نصت هذه المادة على أنه ((إذا أنقضى الرهن التأميني بأتحاد الذمة في المرتهن أو في مالك العقار، ثم زال سبب أنتقال حق المالك أو حق الرهن وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الرهن بحالتهِ)). وكذلك نص المادة (1349)من القانون نفسه والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي أيضاً الرهن الحيازي بأحد الأسباب الأتية : ب – إذا أجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد، يعود الرهن إذا زال سبب أتحاد الذمة بأثر رجعي)).

ففي ضوء هذه النصوص نجد أن المشرع أشترط الأثر الرجعي لعودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني، ولكن يجب الأخذ بنظر الأعتبار أن هذا القيد لا يكون في طبيعة الحال شاملاً لكل حالات العودة، فهناك بعض الحالات تتنافى وهذه الفكرة ولاسيما فيما يتعلق بأنقضاء وعودة الحقوق عن طريق خاصية التبعية، إذ نجد أن المشرع المدني قد نص كما هومبين أعلاه مراراً وتكراراً على هذا الشرط في نطاق إنقضاء وعودة الحقوق إذا كان أساس انقضاء والعودة ناتج إتحاد وأختلاف الصفة لاطراف العلاقة القانونية (اتحاد الذمة) وهذا ان دل على شيء فانما يدلُ دون شك الى حظر امتداده وتقييده بحالات معينة.

رابعاً ـ أن لا تؤدي العودة الى الأضرار بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية

إذا كانت القاعدة العامة تقتضي بوجوب عودة الحق أو الألتزام بعد زوال السبب الذي أدى الى أنقضائه، فأن هذه العودة تكون محكومة بشكل أو بأخر بأن لا يترتب عليها ضرراً لحق الغير الذي كسبه وهو حسن النية خلال المدة ما بين إنقضاء الحق وعودته، ولكن من هو الغير حسن النية ؟ يعرف الفقهاء حسن النية بشكل عام هو كل شخص لا يعلم بأنه يعتدي على حق للغير[1]، أو أنه يعتقد أنه يتلقى الحق من صاحبه[2]، فإذا أنقضى الحق بصورة نهائية لأي سبب كان ومن ثم قام صاحب الحق الجديد بترتيب حقوق عينية أو شخصية على محل الحق الذي أنقضى سابقا، ثم بعد ذلك تبين أن سبب الإنقضاء غير

([1]) د. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والانظمة المقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، عدد (23)، 2013، ص 26. انظر كذلك د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، بلا طبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 83.

([2]) د. السعيد عرفة الهادي، حسن النية في العقود، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، العدد(1)، 1986، ص 150.

صحيح وترتب على أثر ذلك عودة الحق، فأن هذه العودة يجب أن لا تؤثر قدر الأمكان على حقوق الشخص حسن النية التي ترتبت له على هذا الحق إذا كان هذا الشخص لا يعلم أن الحق الذي أنقضى من الممكن أن يعود إلى شخص آخر أو كان يعتقد أنه يتلقى الحق من صاحبه [1].

ويتحقق هذا الشرط بصورة صريحة في الرهن التأميني ، ففي حالة إنقضاء الدين الموثق بالرهن وترتب على ذلك أنقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية، فأن حق الرهن ينقضي، ولكن قد يرتب صاحب العقار المرهون حقوق على ذلك العقار كأن يؤجره الى شخص حسن النية، وبعد ذلك يتبين أن إنقضاء الدين كان باطل لأي سبب كان، فأن الدين يعود ويعود تبعاً لذلك الرهن، ولكن عودة الرهن لا تؤثر بحق المستأجر الذي ترتب على العقار بعد إنقضاء الرهن، وبالتالي فأذا أنقضى الرهن سواء أكان تأمينياً أم حيازياً بإنقضاء الدين الموثوق به، فأن الرهن ينقضي بصورة تبعية،و لكن حق الرهن يعود إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين، شريطة أن تكون هذه العودة دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين أنقضاء الدين وعودته[2]. مثال ذلك فيما إذا كان الوفاء باطلاً لعدم ملكية الموفي للشيء الموفي به، ففي هذه الحالة يعود الدين من جديد بالأثر الرجعي للوفاء، حينها يعتبر الوفاء كأن لم يكن وأنقضاء الرهن كذلك، كأن لم يكن من قبل، فالفرض هنا كما هو مبين أعلاه أن الدين بعد أن انقضى زال السبب في إنقضائه فعاد من الجديد،[3]. وقد أشارت إلى المعنى المتقدم نص المادة (1315) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن التأميني بإنقضاء الدين الموثق، ويعود معه إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في المدة ما بين أنقضاء الديون وعودته)) .

وإلى المعنى نفسه أشارت المادة (1082) من القانون المدني المصري، ولكن قد يُضار الغير حسن النية من عودة الرهن بعودة الدين لزوال سبب إنقضائه بأثر رجعي، ناتج عن التصرف الوارد على العقار محل الرهن، مثال ذلك أن يكون مالك العقار

([1]) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، الطبعة الاولى، منشورا ت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 85.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص198.

([3]) د.محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص 329.

المرهون بعد أنقضاء الرهن لإنقضاء الدين لثمة سبب ما، قد رتب حقوقاً للغير على عقارهِ، كحق أنتفاع، أو حق رقبة، أو حق أرتفاق، أو حتى رهن جديد، لدائن مرتهن أخر، فهنا قد يتساؤل البعض عن أثر إنقضاء الدين وعودة بأثر رجعي على حقوق الغير حسن النية؟

جواباً على ذلك نقول أنه بالإسناد إلى أحكام المادة (1315) من القانون المدني العراقي من جهة، وأحكام المادة (1082) من القانون المدني المصري، أن مالك العقار إذا رتب على عقارهِ حق للغير خلال المدة ما بين إنقضاء الحق وعودته، كان هذا الحق الذي كسبه الغير حسن النية عائقاً أمام عودته، مما يؤدي هذا بدوره إلى عدم أمكانية أعادة الحال الى ما قبل الإنقضاء، وهذا ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني إذ يقول إن العودة تنصدم بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعوته [1]. وهنا لا بدَّ من الإشارة في أن القاعدة أعلاه لا تؤخذ على أطلاقها على حد تعبير أصحاب هذا الرأي، فإذا زالت الحقوق التي كسبها الغير حسن النية على العقار المرهون في مدة الإنقضاء أو كما يطلق عليها في أصطلاح الفقه القانوني "الإنقضاء الوقتي للدين والرهن ولحين عودتها" فأن هذا الحقوق، فيكون إعادة الحال في هذه الحالة ممكناً.

والباحث يرى أن الحقوق التي أكتسبها الغير خلال هذه المدة لا تعدَّ عائقاً وأنما الحق يعودُ مهما كان الأمر ولكن العودة لا تكون على الحال الذي كانت عليه قبل الإنقضاء، الا إذا تصرف هذا الغير الحسن النية[2]، تصرفاً ناقلاً للملكة فهنا لا يكون بالإمكان أعادة هذا الحق. وهذا الشرط يتعلق بحماية الغير حسن النية الذي يكون قد أكتسب حق على المرهون خلال المدة الممتدة بين إنقضاء الحق وعودته،وهذا الحكم تكريس للأتجاه العام في التشريع الذي يحمي الأشخاص الذين أعتقدوا على مظاهر معينة وتعاملوا على أساسها وهم حسنو النية. ونتيجة ذلك فان لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني ضوابط

([1]) د. احمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص146.

([2]) ولكن متى يصبح الغير سيء النية وبالتالي يفقد حقه بالمطالبة بحقوقة التي كسبها في تلك الفترة ؟ نعتقد ان الغير يصبح سيء النية اذا علم بأمكانية عودة الحق بعد انقضائة ، فاذا علم الغير بالسبب الذي ادى الى عودة الحق فأنه يصبح سيء النية ومن غير الممكن ان يستفيد من الحقوق التي ترتبت له في تلك الفترة .

أو شروط معينة لا بد أن تتوفر حتى تتقرر بشكل أو بأخر العودة للحقوق والألتزامات، وبالنظر لإختلاف وتباين حالات أو تطبيقات أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، أقتضى بنا الأمر إلى تقسيم هذه الشروط إلى عامة من ناحية وخاصة من ناحية أخرى، إذ قد تبن لنا أن من هذه الشروط ما هو عام بطبيعته فهو يتفق وأحكام أغلب حالات العودة للحقوق، وبالمقابل هذه الشروط ما هو خاص يتعلق ببعض الحالات دون ان يكون له طابع العمومية والتجريد، ومهما يكن من الأمر فأن هذه الشروط بأجمعها تشكل قيوداً أو ضوابط على العودة لهذه الحقوق، وعن طريقها يمكننا من وضع نظرية عامة لإنقضاء الحق وعودته في القانون المدني .

المطلب الثاني
نطاق انقضاء الحقوق وعودها

لا شك أن لكل موضع نطاق معين يدور حوله، وأنقضاء الحقوق وعودتها لها نطاق يحدد أبعادها من الناحيتين الشحصية والموضوعية، وقد بّيّنا فيما سبق أن إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يقصد به ((وضع قانوني يؤدي الى انقضاء الحق أو الالتزام وعوته الى الحالة التي كان عليها قبل انقضائه لسبب معين تعلق هذا الأخير بإنقضائه أو بعودته بما يرتبه من حقوق والتزامات باثر رجعي)). فالعودة للحقوق والالتزامات تكون لذات الأشخاص مما تؤدي إلى حظر أمتداد الأثر القانوني إلى شخص ما تقتضي القواعد العامة بعدم إنصرافهُ إليهِ، سواء أكان ذلك بموجب نص القانون أم بموجب إرادة الأطراف؛ وذلك بغية تحقيق غاية معينة، وعلى أساس ذلك فإن إنقضاء الحقوق وعودتها تعد من المواضيع ذات النطاق المحدد؛ لأنه لو عاد الالتزام الى غير أطرافه، فلا نكون أمام العودة لذات الحقوق والألتزامات وأنما نكون أمام وضع قانوني آخر، إذ قد يعدَّ تصرفاً قانونياً جديداً.

هذا ومن الجدير بالملاحظة أنه عند مراجعة نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتبين أن نطاق هذا الموضوع لا يكون على وتيرة واحدة، بل هو ذو نطاق متعدد فهو متباين من تطبيق إلى آخر سواء أكان ذلك في مجال الوقائع أم التصرفات القانونية، ناهيك عن ذلك تعدد حالاتهِ في القانون المدني، فكما بينا سابقاً أن إنقضاء الحقوق وعودتها نجده تارةً في باب الحقوق، وتارةً أخرى نجده في باب العقود،

وهذا سوف يؤدي حتَّماً إلى أختلاف نطاقهُ، ولكن هذا لا يمنع الباحث من وضع نطاق له، سواء أكان ذلك من الناحية الشخصة أم الموضوعية، ولغرض بيان ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول منه لدراسة النطاق الشخصي، أما الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة النطاق لموضوعي.

الفرع الاول

النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق و عودتها

بادئ ذي بدء يمكن القول إنه في مجال الدراسات القانونية عندما يتم دراسة موضوع معين في نطاق القانون المدني ويكون هذا الموضوع متحدداً في وصف معين ، ومتعلق بحالة معينة دون سواها، أي أنه ينتمي الى طائفة معينة من العقود، فمثلاً عقد البيع، فعند تحديد نطاق العقد الأخير من الناحية الشخصية فأن الأمر لا يثير أي صعوبة؛ لأنه يتعلق بأطراف هذه المعاملة أصلاً (البائع والمشتري) ولكن الصعوبة تثور فيما لو تعددت الحالات وأختلفت في الوصف فهذا الأمر يؤدي الى الصعوبة في وضع نطاق جامع مانع لها خصوصاً وأن لكل حالة وضعها وحكماً الذي تنفرد به. وعلى أساس ذلك فأن الأمر يتحتم علينا قبل الدخول في جزيئات موضوع البحث وبيان النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها عن طريق تحديد الأشخاص الذين يسري بحقهم هذا المصطلح، لا بد من بيان مفهوم الطرف في الألتزام بغض النظر عن مصدرهُ؛ لأن الطرف في الالتزام يعد أمر بالغ الأهمية في مجال النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها؛ لإمكانية التغلب على هذه الصعوبة كما أن هذا الطرف يتحدد عن طريق معايير تتصل بالتصرف والواقعة القانونية على حدٍ سواء، وهذا ما يتفق وأحكام موضوع بحثنا، ولغرض الإحاطة بموضوع البحث لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرتين نخصص الأولى منه لدراسة مفهوم الطرف، أما الثانية منهُ فسنكرسها لدراسة تحديد النطاق الشخصي:

أولًا- مفهوم الطرف في الألتزام

لا مناص من القول في أن بيان مفهوم الطرف في الألتزام يُعدُ أمراً بالغ الأهمية؛ لأن تحديد الطرف يساعد بشكل أو بآخر على وضع معيار محدد يمكن من تعيين الأفراد الذين تنصرف لهم آثار الإنقضاء من جهة، وكذلك العودة من جهة أخرى، وعلى أثر ذلك ذهب رأي في الفقه القانوني يُعَّرف الطرف في الألتزام بأنهُ ((من أسهم في تكوين

التصرف)) [1]. ومن المعنى المتقدم يتبين لنا وبحق أنهُ وإن كان هذا التعريف ينطوي على جانب من الصحة، ولاسيما في الحالة التي يكون فيها من شارك في تكوين التصرف القانوني، هو الشخص نفسهُ الذي تنصرف إليه آثار هذا التصرف إنقضاءً وعودةً، ولكن يُعاب على هذا الرأي كون الشخص قد يُسهم حقاً في تكوين التصرف القانوني، ولكن لا يُعد طرفًا فيهِ[2]. كماهو الحال في عقد الإطاري المعلوماتي، أذ إن هذا العقد الأخير يتكون من مجموعة من العقود تُشكل في ما بعد نظاماً قانونياً متكاملاً لعقد الإطاري المعلوماتي، إذ إن البعض من العقود التي يتكون هذا العقد يختلف أطرافه عن عقد آخر، على الرغم من وجود العلاقة القانونية بينهما، وهذه العقود بمجملها تُكون العقد الإطاري[3]. فبعض هذه العقود تنقضي ويبقى العقد الإطاري، فالشخص شارك في تكوينه ولكنه لم يكن طرفاً فيه [4] .

كما أنه يخلط بين مصطلحين الطرف والعاقد، فالأول غير الأخير، وشتان ما بين الأمرين، فالعاقد غير الطرف، فالأخير قد تنصرف له آثار تصرف ما دون أن يسهم في تكوين التصرف، وأستناداً الى ذلك ذهبَ الرأي في الفقه القانوني إلى تعريف الطرف في الإلتزام بأنه ((كل من تأثرت ذمته بالتصرف)) [5]. فالطرف في هذا المفهوم هو كل شخص تأثرت ذمتهِ المالية بالتصرف القانوني القائم ومن ثَمَّ يكون طرفًاً في التصرف وتنصرف له آثاره تبعاً لذلك، وهذا الرأي نجدهُ صحيحاً في جانب منه، إلا أنه لا يخلو من الأنتقاد؛ لأن التقييد بهذا المعنى أو المفهوم للطرف في الألتزام من شأنه أن يغير بطبيعة الحال المركز القانوني للطرف، فيخرج هذا الطرف من نطاق الغيرية في القانون

([1]) د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في أطار الاسر العقدية، بلا طبعة، دار الثقافة الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1991ــ 1992، ص 115. أنظر كذلك د. علي كحلول، النظرية العامة للالتزامات (مصادر وأحكام الالتزام)، الطبعة الاولى ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص325. ود. سلايم عبد الله ،التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ضل مبدأ =نسبية أثر العقد، بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد (1)، المجلد(3)، 2019، ص 62.

([2]) د. شروق عباس فاضل و نور نزار جاسم، مسؤولية المتعاقد قبل الغير في اطار المجموعة العقدية، الطبعة الاولى، المركز العربي، مصر، 2024، ص 16.

([3]) د. جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الاطار (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد(8)، العدد (28)، السنة الحادية عشر، 2006، ص 8.

([4])Creda "Le contrat – cadre. T. 1. Exploration comparative France – Allemagne– Italic – Angleterre Etats – Unies 1995. No 231.

([5]) د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص 102.

المدني، ويجعله داخلاً ضمن مفهوم الطرف، وهذا في حقيقة الأمر ليس بصحيح؛ لما له من تأثير في المراكز القانونية للأطراف أولاً، مما يؤدي إلى عدم الإستقرار في المعاملات المالية ثانياً.

يتضّح مما تقدَّم أن الفقه القانوني يعرف الطرف في أطار الألتزام في نطاق ضيق، فيبين مفهوم الطرف في نطاق العلاقة التعاقدية القائمة من دون التبصير بالمفهوم الواسع للطرف، إذ أن إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وكما بينا ذلك سابقاً أنّ لها حالات متعددة متناثرة بين أبواب وفصول القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين، حيث إن لكل من هذه الحالات نطاقًا شخصياً خاصاً بها، الأمر الذي يتحتم علينا معهُ وضع معايير أو أسس يمكن بواسطتها تحديد الطرف في الالتزام إنقضاءً وعودةً بغض النظر عن مصدره سواء أكان التصرف أم الواقعة القانونية، وهذه المعايير تتبلور في الإرادة من ناحية، ونص القانون من ناحية أخرى وكما هو مبين أدناه:

1ــ معيار الإرادة : من المعلوم أن الإرادة تعدَّ المعيار الأول والأساسي من وجهة نظرنا التي يمكن أن نرتكز عليهِ بشكل وبأخر في تحديد الشخص الذي يشغل المركز القانوني للطرف في الألتزام القانوني؛ وذلك لأن هذهِ الإرادة تَعد العنصر المنشأ أو بالأحرى المصدر الرئيس للتصرف القانوني؛ لأنه لا يمكن في حقيقة الأمر أن نلزم شخصًا ما من دون أن تتجه إرادته حتماً إلى ذلك أو بشيء لمْ يرده، حيث إن توافر عنصر الإرادة لدى الطرف في التصرف القانوني يعد من الأمور الجوهرية التي عَني بها المشرع من جهة، وأجمع عليها البعض من الفقه القانوني من جهة أخرى [1].

فالإرادة هي أساس كل تصرف، إذ إن الالتزام بهذا الأخير حتماً يكون بموجب الإرادة [2]. فلا يقوم تصرف قانوني من حيث الأصل من دون أن تتجه له الإرادة، أي النتيجة التي أرادها هذا الشخص وتقرر عليهِ واجب أحترامها والألتزام عن طريقها، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً إن الشخص لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يخضع لأي

([1]) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام الإرادية)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص75. أنظر كذلك نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص 76، و. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزامات، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011، ص29.

([2]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الاولى ، بلا جهة طبع ، بلا مكان طبع،1988، ص 89.

التزام ما لم يردهُ، فالإرادة تعد بالنسبة للتصرف القانوني العنصر المقرر والمنشأ لهُ أو مصدرهُ المسبب وبالنسبة لشخصه تعتبر ركنهُ الأساسي [1]. وعلى أساس ذلك فأن الإرادة بهذا الوصف أو المفهوم هي التي تتجه إلى أحداث أثر قانوني معين، ومن ثم فإن الطرف الذي تتجه إرادته إلى تقرير أنقضاء الحق هو ذات الطرف الي تقررت العودة لصالحهِ.

2ـ معيار المصلحة: بينا فيما سبق دور الإرادة في تحديد الطرف في التصرف وتبين لنا أن الإرادة لها دور في تحديد الطرف التصرف، كما تبين لنا أن هذا الطرف هو ذاته إنقضاء وعودة للحقوق والإلتزامات، وتبين لنا أن التصرف يجب أن يتم بإرادة الشخص وتعبيرهِ وذلك على النحو الذي أشرنا إليه سابقًا، فإننا في هذا الموضع سنحاول إلقاء الضوء على المعيار الثاني لتحديد وصف الطرف وهو معيار المصلحة الناتج عن هذا التصرف، إذ يجب أن تعود ثمرته ونتاجه إلى اشخاصه، وهذا يعد من المبررات والمسوغات المهمة للعودة بالنسبة للحقوق والألتزامات،وهذا يعني أنه يجب على المتصرف الذي يزعم عودة التصرف القانوني أو أعادة العلاقة القانونية بما تحمله من حقوق والتزامات، بحيث يجب أن يقصد من وراء تصرفه الحصول على أثر مفيد، أي أنه يرمي الى الحصول على مصلحة معينة، فبدون وجود غرض جدي يستهدفه الشخص من وراء التصرف، لا يكون لهذا التصرف معنى، كما هو الحال في عودة حقوق الإرتفاق العقارية، فهذه الأخيرة تعود بالنسبة للشخص الذي له المصلحة في العودة. وهذا ما يمكن ملاحظته عن طريق التمعن بنصوص القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين الأخرى الأخرى من جهة أخرى، فنجد مثلاً نص المادة (1284) من القانون المدني والتي نصت هذه المادة على أنه ((لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الإرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به))[2].

وفي الأتجاه نفسهِ سارَ القانون المدني المصري من خلال نص المادة (1029) من القانون المذكور آنفًاً والتي تنص على ((لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من

([1]) د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص105.

([2]). و تقابلها نص المادة (1319) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (2/993) من القانون المدني السوري، ونص المادة (1032) من القانون المدني الليبي.

الإرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق بهِ)) . أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن هذا المعنى الوارد في نص المادة (1284) من القانون المدني العراقي حتى في تعديلهِ الأخير وكما بينا سابقاً. فيتبيّن من النصوص المبينة أعلاه أن صاحب العقار المرتفق به فقط هو من يطلب تحرير عقاره من حق الإرتفاق الذي يثقله عندما يكون الإرتفاق في مجملهِ أو في جزء منه فاقداً للمنفعة، بحيث تصبح هذه الأخيرة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، فالمشرع قد راعى في تحديدهِ لشخص صاحب العقار المرتفق تحقيق مصلحته.

وما يؤيد رأينا هذا هو ماذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها مؤخرا إذ قضت هذه الأخيرة من خلاله بأنه ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن حق الأرتفاق حق يحَدُ من منفعة عقار لخدمةِ عقار أخر، فأذا زالت هذه المنفعة انقضى حق الأرتفاق ... أذ إن مفاد نص المادة (1029) تقتضي أن لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد حق الأرتفاق كل منفعة للعقار أو لم تبق له غير فائدة قليلة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به، فلا يمكن أن يبقى حق الإرتفاق قائماً)) [1].

وبالتمعن بهذا القرار يتبين أن المفهوم المخالف لما ذهبت اليه محكمة النقض أنه لا يمكن أن يطالب صاحب العقار المرتفق ببقاء حق الإرتفاق، ولكن إذا عادت المنفعة كان له الحق في المطالبة بإعادة حق الأرتفاق العقاري وذلك بُغية حماية مصلحة طرفي العلاقة القانونية، حماية مصلحة صاحب العقار المرتفق به عند إنقضائه، وحماية مصلحة صاحب العقار المرتفق عند عودة هذا الحق، وقد ذهبَ رأي في الفقه القانوني الى دور المصلحة في تحديد الطرف في الإلتزام عند تعريفهُ للطرف، إذ يتمحور هذا الرأي في ((أن وصف الطرف في التصرف ينطبق على كافة الأشخاص الذين أرتبطوا مع رضائهم

(1) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (167)، لسنة 22 قضائية ، في 20/ 10 / 1955 قرار منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح، sub.eastlaws.com تاريخ الزيارة 1/28/ 2024.

الفعلي أيًا كان الشكل أو التوقيت بالآثار الملزمة ويقصدُ بالآثار الملزمة ثمار ونتاج التصرف أو المصلحة التي يبتغيها المتصرف)) [1].

3ــ معيار إرادة المشرع: لا شك في أن إرادة المشرع تعدَّ معيارًا مهمًا لا يقل شأنا عن المعيارين السابقين لتحديد الطرف في الالتزام،فإرادة المشرع كقاعدة عامة قد تجعل شخصاً ما طرفاً في الألتزام بصرف النظر عن محلهُ سواء أكان بالإمتناع عن عمل أم القيام بعمل، ومن ثم يكون لهذا الشخص الحق في الأستفادة من إنقضاء للحق أو عودته تبعاً لمركزهِ القانوني بما يترتب عليه من تحديد نطاق أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ومن النصوص القانونية التي حددَ المشرع عن طريقها النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها هو نص المادة (325) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا أتحدت ذمة الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فأن الدين لا يقضى بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي أتحدت ذمته مع الدائن)) [2].

ويقابلها في المعنى نفسه نص المادة (288) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا أتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فأن الدين لا يقضى بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي أتحدت ذمته مع الدائن)). وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (1/1349) من القانون المدني الفرنسي الجديد، و المادة (1301) من ذات القانون قبل تعديله. وفي ضوء هذه النصوص فأن المشرع العراقي يحدد أثر الإنقضاء من حيث الأشخاص اذ ينحصر بين الدائن والمدين إذا أتحدت ذمته معه دون سائر المدينين المتضامين الأخرين، وعليه فأن عودة هذا الدين تكون على ذات المنوال أي أنها سوف تكون ايضاً قاصرة بينهما دون أن يكون لهذه العودة أثر بالنسبة لبقية المدينين المتضامنين. فمثلاً لو كان هناك أكثر من ثلاثة أشخاص متضامنين فيما بينهم بالتزام معين دين مثلاً ومن ثم بعد ذلك أتحدت ذمة شخصين منهما

([1]) د. حسن محمود محمد حسن، مفهوم الطرف في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الشرق الأوسط ، العدد (48)، بلا سنة نشر، ص 454. أنظر كذلك د. ياسين الجبوري، مصدر سابق، ص358، ود. أيمن سعد، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، بلا طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 248.

([2]) وتقابلها نص المادة (430) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((اذا انقضت حصت احد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة او اتحاد الذمة او الابراء فان الدين لاينقضي بالنسبة لباقي المدنينالابقدر حصة هذا المدين)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1/292) من القانون المدني السوري ، وكذلك المادة (375) من القانون المدني الليبي.

فأنه يؤدي الى إنقضائه بالنسبة لهؤلاء فقط دون غيرهما من الأشخاص[1]. وبمقابل ذلك فأن العودة تكون محصورة بذات الأشخاص الذين أتحدت ذمتهم، وهذا يدفعنا للقول بأن المشرع قد حدد النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، هذا ومن الجدير بالذكر أن هذه المعايير ليست على سبيل الحصر، بل أننا أوردناها على سبيل المثال والدلالة لتحديد النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها، وأن السبب الذي دفعنا الى أراد هذه المعايير هو التعدد والأختلاف في حالات أو تطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وبعد تحديد هذه المعايير يتبادر الى الذهن التساؤل الآتي ألا وهو ما النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها ؟ يمكن الإجابة على التساؤل المطروح انفا عن طريق تحديد اشخاص إنقضاء الحقوق وعودتها من خلال الفقرة الأتية:

ثانيًاً- تحديد النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها

بعد أن بينَّا مفهوم الطرف في الالتزام، لا بد لنا من بيان هذا النطاق وتحديد ماهيته اولاً والوقوف على أبعاده ثانياً، وعلى أساس ذلك فالنطاق الشخصي يقصد بهِ ((تحديد الأفراد أو الأشخاص الذين يشملهم إنقضاء الحقوق وعودتها في الوقت نفسه ولا تشمل غيرهم)) بحيث أن الالتزام إذا نشأ صحيحاً طبقاً للشروط والأركان اللازمة لإنشائه وتوافرت القوة الملزمة له، ورتبت عليهِ آثار معينة من حقوق والتزامات و التي أتجهت إليها بشكل أو بآخر إرادة المتعاقدين، فإن تلك الحقوق والألتزامات لا تتعدى أطرافها، ولا تسري في حق غيرهم إنقضاءً وعودةً [2].

إذ إن النطاق الشخصي جاء من أجل تقرير أهمية هذه العودة للحقوق والألتزامات وفق المبررات المبينة سلفاً، لذلك من خلال أستقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة وجدنا مجموعة من الحالات أو التطبيقات لإنقضاء الحقوق وعودتها، والتي تكون محددة النطاق الشخصي والموضوعي على حد سواء، وعلى أساس ذلك سوف نذكر بعض التطبيقات لهما في القانون المدني ونبين نطاقها الشخصي

([1]) د. جلال علي العدوي، احكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)، مصدر سابق، ص 274، انظر كذلك د. محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر – الاحكام، مصدر سابق، ص256.

([2]) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)،الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، 183.

للدلالة على هذا الأخير، فنجد مثلاً أن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تنص على أن الألتزام إذا أنقضى وعادَ فأنه يعود بالنسبة الى جميع أطرافه وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عادَ الألتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن)).

وليس أبلغ في الدلالة ما ذهب اليه المشرع المصري من خلال نص المادة (370) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((وإذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عادَ الألتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبرُ أتحاد الذمة كأن لم يكن)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فلم ينص على ذلك صراحة، ولكن المفهوم المخالف لنص المادة (1349) يتلائم مع نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري إذ تنص هذه المادة على أنه ((يتحقق أتحاد الذمة من أجتماع صفتي الدائن والمدين بالألتزام في شخص نفسه، ويؤدي أتحاد الذمة الى إنقضاء الدين وملحقاته مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير أو ضده)).

ومن النصوص المبينة أعلاه يتبيّن أن الحق سواء أكان شخصياً أم عينياً عند إنقضائه فأنه يعود بالنسبة لأشخاصه أصلاً ولا يتعداهم، وهذا ما يمكن ملاحظته عن طريق ما ذهب اليه المشرع، إذ تبين لنا أن الحق يعود الى جميع ذوي الشأن وحسب طبيعة العلاقة القانونية، والمثال الأبرز على ذلك أنه أذا إنقضى عقد الأيجار لأي سبب كان سواء كان أتحاد الذمة أم غيره، ومن ثم عاد فأنه يعود بالنسبة للعلاقة الإيجارية فقط، أي العلاقة التي تربط المؤجر بالمستاجر، فإذا ترتب على العين المؤجرة حق أيجار أخر خلال المدة ما بين إنقضاء عقد الأيجار وعودته فإن العلاقة الإيجارية تعود ويعدّ عقد الإيجار الثاني باطلاً بتوفر شروط معينة نص عليها القانون [1]؛ لأن العودة لهذه الحقوق كانت مقرر بنص القانون كما هومبين أعلاه. وإذا كان الأمر للوهلة الأولى يبدو أن التصرف القانوني من حيث أطرافه سواء أكان ذلك في نطاق الإنقضاء للحقوق والألتزامات أم في

(1) المحامي حسين علي محمد سعيد، انتهاء عقد الايجار، بحث منشور على الشبكة المعلومانتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح Noor – Book. com ص 61، تاريخ الزيارة 2/22/ 2024.

نطاق العودة لها يقتصر على أطراف العلاقة القانونية، فأن هذا الأمر يؤدي بنا الى طرح التساؤل الآتي وهو، **هل من الممكن أن يحصل تعدد شخصي لإطراف العلاقة القانونية في نطاق عودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني؟**

في إطار الإجابة على التساؤل أعلاه يمكن القول إنه بالأمكان ذلك ويمكن ملاحظة ذلك عن طريق إنتقال الإلتزام، فكما هو معلوم أنه قد ينتقل الألتزام (الدين) والمطالبة به من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر، أي من مدين إلى مدين آخر يحل محله في الوفاء بمواجهة الدائن من خلال حوالة الدين هذا من جهة، و قد ينتقل الألتزام أو الدين بوساطة حوالة الدين بين المدين الأصلي والمدين الجديد شريطة موافقة الدائن على تلك الحوالة و أقرارها في الوقت نفسه ، فيواجه هذا الدائن المدين الجديد الذي حل محل المدين السابق في الحصول على الدين عند حلول أجل الوفاء به، وعلى أساس ذلك عرفت حوالة الدين بإنها((عقد ما بين المحيل والمحال عليه الذي أنتقل اليه الألتزام بموجبه ينتقل الدين والمطالبة به من ذمة المدين الأول الى ذمة المدين الثاني بعد موافقة الدائن)) [1].

وقد عرف المشرع العراقي حوالة الدين بموجب نص المادة (1/339) من القانون المدني العراقي والتي نصت هذه المادة على أن الحوالة هي ((... نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه)). وبذلك فإن حوالة الدين أتفاق على نقل الدين أو الألتزام من ذمة المدين الأول الى ذمة مدين أخر من دون تغيير محل الألتزام وهنا تحقق شرط من شروط عودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني ألا وهو عودة الحق بذاته وبما يحمله من الصفات والضمانات دون تغير محله، وبمعنى أخر أدق أن حوالة الدين تعني أستبدال مدين بمدين أخر في التزام قائم يبقى الدائن فيه من دون تغيير، ويسمى المدين الأول بالمحيل، أما المدين الأخر ويسمى بالمحال عليه، أما الدائن فيسمى بالمحال له في حوالة الدين[2].

والحوالة بطبيعة الحال تنقسم الى قسمين وهما حوالة مقيدة و حوالة المطلقة، فالأخيرة ((هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بموافقة المحال له، ووفقاً

([1]) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2004، ص253 وما بعدها

([2]) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام)، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2016، ص199.

لهذا التصوير تكون الحوالة مطلقة متى ما أحال المدين دين غريمه الدائن إلى المحال عليه (المدين الجديد) بحوالة غير مقيدة للوفاء بالدين الذي بذمة المحيل (المدين الأصلي) لينتقل الى ذمة المحال عليه)) [1]. وقد أكد على هذا المعنى المشرع العراقي عن طريق نص المادة (2/339) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((وتكون مطلقة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه، أو من العين التي عنده وديعة أو مغصوبة ، أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده)). وقد تكون حوالة الدين مقيدة إذا أنتقل فيها الدين من ذمة المحيل الى المحال عليه مقيداً بالأداء من الدين الذي للمحيل لدى المحال عليه أو من العين التي له عنده، وقد أكد المشرع العراقي ذلك عن طريق ذات المادة المشار اليها في الأعلى والتي نصت هذه المادة على ((وتكون مقيدة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو من العين التي له عنده أمانة ، أو مغصوبة)).

فالأصل هو أن طرفي الألتزام هما الدائن والمدين وحدهم، وإذا كان بطبعة الحال أن الدائن يمثل الطرف الموجب في الالتزام فإن المدين هو الذي يمثل الطرف السالب فيه، ولكن حوالة الدين خرجت عن هذا الأصل، فقد ينتقل الألتزام من ذمة المدين، إلى ذمة مدين آخر يحل محله، فيحل الأخير محل الأول في الألتزام نفسه، مما يؤدي إلى أنتقال الدين اليه بكل تأميناته، وصفته، ودفوعه إذا كانت الحوالة مطلقة، وقد يكون المحال عليه مقيداً بالأداء من الدين الذي للمحيل لدى المحال عليه، أو من العين التي له عنده وذلك في الحوالة المقيدة، وعليه فأن الألتزام تعدد أطرافه بموجب الحوالة.

وما يهمنّا في هذا المجال هو بيان كيفية تعدد الأطراف في نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها عن طريق الحوالة، جواباً على ذلك نقول إن الحوالة قد تنعقد بإتفاق مابين المحيل والمحال عليه، وقد تتم بإتفاق الدائن والمحال عليه، فإذا تم الحوالة بأتفاق الدائن والمحال عليه، أنعقدت ونفذت في حق طرفيها وفي حق المحيل أيضاً وبدون الحاجة الى

([1]) د. محمد زكي عبد البر، الحوالة في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 1985 ، ص508.

أقرار من هذا الأخير[1]. وهذا الوضع القانوني يفرض بطبيعته علاقة ثلاثية متكونة من المحيل والمحال عليه والمحيل له، بعد أن كانت العلاقة محصورة ما بين أطرافها الدائن والمدين، وعلى أساس ذلك فأن الحوالة تنشأ ثلاث علاقات، أولهما العلاقة بين المحال له والمحال عليه إذ تنشأ العلاقة ما بين الدائن (المحال له) المدين الجديد (المحال عليه) بإنعقاد حوالة الدين إنعقاداً صحيحاً بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه (المدين الجديد) بإقرار الدائن، وعلى أثرها ينتقل الدين عندئذ من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، ويكون للمحال له حق الرجوع على الأخير للمطالبة بالدين عند حلول أجل الوفاء به[2].

و العلاقة الثانية تكون بين المحال له والمحيل، فإذا أنعقدت حوالة الدين هذه بشكل صحيح فإن علاقة المديونية السابقة التي كانت ما بين الدائن والمدين الأصلي تنتقل الى المحال عليه المدين الجديد، وبذلك تبرأ ذمة المحيل من الدين والمطالبة تجاه المحال له، ويتعذر كذلك على المحال له الرجوع على المحيل بالدين ولو أعسر المحال عليه بعد ذلك، أو تعذر على أثر ذلك أستيفاء الدين منه، ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك[3]. وثالث هذه العلاقات هي العلاقة بين المحيل والمحال عليه إذ تنشأ العلاقة ما بين المحيل والمحال عليه عندما يتحول الدين وكذلك المطالبه به من الأول الى الأخير ليحل محله في الوفاء للمحال له بعد موافقته [4]. وتتحدد آثار الحوالة في كل علاقة من العلاقات المبينه أعلاه بحسب نوع الحوالة فيما إذا كانت مقيدة أومطلقة، وبالتالي فأن هناك علاقة ترابطية ما بين أطراف الحوالة، وإستناداً على ذلك هناك أتجاه فقهي يرى وبحق أن حوالة الدين من جهة تتعدد فها أطراف العلاقة القانونية، ومن جهة أخرى أمكانية عودة الحق فيها أو

([1]) د. مصطفى احمد ابو عمرو، موجز احكام الالتزام ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص193 ومابعدها، انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 228.

([2]) د. مصطفى الجمال و د. رمضان محمد ابو السعود و د. نبيل ابراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيوت، لبنان، 2006 ، ص523.

([3])عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، مصدر سابق، ص

([4]) د. عبد القادر الفار، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الطبعة الاولى ، دار الثقافة، عمان، الاردن، 2008 ، ص220.

الألتزام بعد إنقضائه ولاسيما إذا كانت هذه الحوالة مقيدة[1]. وهذا ما يمكن ملاحظته عن طريق النصوص القانونية للقانون المدني العراقي من زاوية، والقوانين المدنية الأخرى ولا سيما تلك التي تكون منها محل مقارنة من زاوية أخرى، و التي بينت ذلك إذ نجد نص المادة (356) من القانون المدني العراقي تنص على أنه ((1– إذا أحال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المغصوبة فهلكت العين في يد الغاصب قبل أدائها للمحال فلا تبطل الحوالة. 2 – فأن أستحقت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل))[2].

ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري، وكذلك القانون المدني الفرنسي، إذ لم ينظم القانون المدني الفرنسي هذه الحالة لا في القانون القديم وفي تعديله الأخير، ومهما يكن من الأمر فأنه إذا أحال المدين الأصلي بدينه غريمة على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي بذمته للمحيل في ذمة المحال عليه، أو من العين التي هو مالك لها أو التي هي عنده أمانة ، أو مغصوبة، أي حوالة مقيدة بإعتبار أن الدين (المحال به) في الحوالة المقيدة لا يتعلق بكل ذمة المدين الجديد (المحال عليه) وأنما هو يتعلق بالدين (المال) أو العين التي للمحيل لدى المحال عليه خلافاً لما هو عليه الحال في الحوالة المطلقة، فيقع من حيث الأصل على عاتق المحال عليه الوفاء للمحال له من الدين المحدد من قبل المحيل من دون أن يتعدى ذلك أمواله الأخرى، مثال ذلك لو أحال البائع دائنه إلى المشتري ليستوفي دينه من ثمن المبيع الذي لم يسدده المشتري، ومن ثمَّ أنتقل الألتزام، ففي هذه الحالة سوف يؤدي ذلك الأمر حتما إلى إنقضاء الألتزام وعليه تبرأ ذمة المحيل (المدين الأصلي) تجاه المحال عليه والمحال له[3]. ففي هذه الحالة تحقق الإنقضاء لهذا الحق أو الإلتزام من جهة، وحصل تعدد شخصي لأطراف العلاقة القانونية

([1]) د. يحيى عبد الودود، حوالة الدين(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانونين الالماني والمصري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع،1992، ص 132، انظر كذلك د.محمد صبري الجندي، الحوالة في القانون المدني الاردني، قانون المعاملات المدنية الاماراتي، دراسة مقارنة مع الفقه الغربي، الطبعة الاولى، منشورات جامعة اليرموك، عمادة البحث العلمي – الدراسات العليا، بلا سنة طبع، ص47.

([2]) وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1/1013) من القانون المدني الاردني و التي تنص هذه المادة على انه ((تبطل الحوالة المقيدة اذا سقط الدين او استحقت العين بأمر سابق عليها ويرجع المحال له بحقه على المحيل)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

([3]) د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، حوالة الحق واثرها على الالتزام بالرد العيني في الاضبارة التنفيذية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد(28)، العدد(2)، 2013، ص 253.

من جهة أخرى، **ولكن هل من الممكن أن يعود هذا الحق وتعتبر الحوالة كأن لم تكن ومن ثم القول بعدم حصول واقعة الإنقضاء؟**

أجابت على هذا التساؤل نص المادة (2/356) من القانون المدني العراقي على ذلك وكما ذكرنا ذلك سابقاً، فإذا إستحقت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل، وأعتبرت الحوالة كإن لم تكن، فإذا وقعت الحوالة على عين معينة، وبالفعل تمت الحوالة على هذا النحو فإن الألتزم هنا قد أنقضى بإنتقاله وتقييده بعين معينة بالذات، ولكن هذه الحوالة ترتد وتبطل وتعود العلاقة القانونية الى سابق عهدها وكان الإنتقال والإنقضاء لم يكن لهما مطرح، فالحوالة المقيدة تبطل إذا سقط الدين أو إستحقت العين بأمر سابق عليها، وبهذه الحالة يعود حق المحال له على المحيل، فإذا وقعت الحوالة على ثمن مبين تبين فيما بعد أستحقاقه، وحاله اخرى إذا وقعت الحوالة على ثمن مبيع بعقد باطل، أو على عين أستحقت فيما بعد، أي أن العين التي هي للمحيل في ذمة المحال عليه، لم تكن مملوكة للمحيل قبل وبعد الحوالة.

ففي هذه الحالات تبطل الحوالة، وعلى أثر ذلك تعود العلاقة، بما تفرضه من حقوق والتزامات وتعتبر الحوالة كأن لم تكن، بسبب عدم وجود مال للمحيل في ذمة المحال عليه في هذا النوع من الحوالة، فعند إقرارها تبطل ويجب للمحال له حق الرجوع على المحيل، وسبب هذه الرجعية هو أن هذا النوع من الحوالة يفترض فيها هو أن هناك دين مقيد للمحيل في ذمة المحال عليه، وعند عدم وجود ذلك الدين، يفقد ذلك الحواله صفتها الشرعية، ولا يقيم مبرر لبقائها فاعلة أو منتجة لأثارها[1].

ومن التطبيقات الأخرى لإنقضاء الحقوق و عودتها والتي يحصل فيها تعدد للأطراف العلاقة القانونية والذي يمثل جوهر موضوع بحثنا في تحديد النطاق الشخصي له هو إنقضاء الدين المكفول، فالكفالة عينية كانت أو شخصية توصف بإنها عقد تابع، فهو تابع للألتزام الأصلي في حقيقة الأمر و يدور في فلكهِ، أما إذا التزم الكفيل عن دين الغير فيعد ديناً أصلياً بطبيعة الحال لا تابعاً فلا يُعدّ كفيلاً بل مديناً يستقلُ التزامه عن المدين الأصلي، ويترتب عن كون عقد الكفالة تابعاً للألتزام الأصلي الآثار الجوهرية الآتية والتي في مقدمتها هو تابعٌ للالتزام الأصلي من حيث صحّتُه وبطلانُه، وكذلك لا يجوز

([1]) د. يحيى عبد الودود، مصدر سابق، ص 132،

أن يزيد التزام الكفيل على التزام المدين، ولا يجوز أن يكون أشدّ عبئاً أو إرهاقاً، كما أنه يؤدي إنقضاء التزام الكفيل بوفاء الدين ولا يقوم بعده[1] . وعلى أساس ذلك إذا إنقضى الدين المكفول مثلاً باتحاد الذمة، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه واصبح هو الدائن لنفسه، فأنقضى الدين بالإدغام، أنقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك، وبالتالي براءة ذمة الكفيل، ولكن إذا زال أتحاد الذمة نتيجة لتحقق سبب معين بأثر رجعي، أعتبر كأنه لم يكن، وترتب على ذلك عودة الكفالة إلى الوجود؛ لأنها لم تكن قد أنقضت بسبب أتحاد الذمة الذي هو زال بأثر رجعي،وهذا ما أشارت اليه القواعد العامة إذ أن هذه الأخيرة قد أشارت الى أنه إذا زال السبب الذي أدى لأتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ، ويعد أتحاد الذمة كأن لم يكن، و ذوي الشأن جميعاً هم كل من له علاقة قانونية بالنسبة للتصرف القانوني والواقعة على حدٍ سواء، فالدائن والمدين وكفيل المدين هم أطراف الكفالة الاصلين، وبالتالي فإذا أنقضى الدين بوفاء المدين دينه، براءة ذمة الكفيل بالتبعية، ولكن في بعض الحالات قد تتعدى الكفالة أطرافها فيكون هناك مدين ودائن وكفيل وكفيل الكفيل(المصدق)، فالأخير يرتبط بعقد مع الدائن وهذا ما نصت عليه المادة (1/1009) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تنعقد الكفالة بأيجاب وقبول من الكفيل والكفول له))[2].

ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري، وكذلك القانون المدني الفرنسي. وكفالة كفيل الكفيل (المصدق) عقد تابع وترجع التبعية فيه الى أنه يرتبط بحق شخصي يضمنه، فهو يتبع التزام الكفيل الأصلي وجوداً وعدماً صحة وبطلاناً، فنطاق التزام المصدق يتحدد بعقد الكفالة وبالألتزام المكفول وأستناداً على ذلك فلا يحق للدائن مطالبة

([1]) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في التامينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص 75، انظر كذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني – في التأمينات الشحصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 26 وما بعدها.

([2]) وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (951) من القانون المدني الاردني والتي تنص هذه المادة على انه ((يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل مالم يردها المكفول له)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

المصدق الا في الوقت التي تسمح به عقد الكفالة والألتزام المكفول[1]. ونتيجة لذلك إذا أنقضى الدين المضمون بالكفالة لأي سبب كان سواء كان الوفاء أو غيره فأنه سوف يؤدي ذلك حتماً الى إنقضاء الكفالة، وبالمقابل إذا زال سبب إنقضاء الكفالة كأن يكون الوفاء بمال الغير أو إذا أستحق المال الذي أوفى به المدين دائنه و الذي على أساسه أنقضت الكفالة، فأن الكفالة سواء أكانت شخصية أم عينية تعود ويعود على أثرها التزام (المصدق) كفيل الكفيل، وأن أساس هذه العودة هي خاصية التبعية التي على أساسها إنقضى وعاد الألتزام[2].

هذا ومن الجدير بالذكر أن تحديد النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني لا يقتصر على الأوضاع القانونية المشار اليها في الأعلى، فالعودة للحقوق والألتزامات بعد إنقضائها في المعاملات المالية هو وضع قانوني ينطبق على أشخاص محددين كما هو الحال المبين سلفاً تحديداً يختلف بإختلاف صور وحالات إنقضاء الحقوق وعودتها، على أساس أنه في بعض الحالات يتحدد هذا النطاق بين عدة دائنين هذا من ناحية، أو بين دائن وشخص أخر ضامن للدين كما هو الحال في الكفالة والحوالة من ناحية أخرى وهذا هو المراد بالنطاق الشخصي، إذ لا يقتصر بطبيعة الحال هذا النطاق على أشخاص ينطبق عليهم وصف معين، بل يختلف شكل النطاق بحسب حالة العودة للحقوق بعد ما إذا تقرر لها واقعة الإنقضاء، وما دمنا في تحديد النطاق الشخصي لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانوني المدني، فإنه من المفيد أن نؤكد على أن العودة للحقوق قد تتعلق ليس فقط بالدائن والمدين وأنما قد تنتقل الى الخلف عاماً كان أو خاصاً، كما قد يتأثر الغير بهذه العودة، فهذه الحالات قد تدخل ضمن النطاق الشحصي لإنقضاء الحقوق وعودتها، الا أننا ارتأَيْنا أن نعرض لها ضمن مفردات الفصل الثالث فهي حسب ما نراه أقرب أن تكون أثار شحصية لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

([1]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التامينات الشخصية والعينية، الطبعة الاولى، دار نشر الثقافة، الاسكندرية، مصر، 1950، ص 119.

([2]) . حمودي بكر حمودي، الصفة التبعية، لالتزام الكفيل الشخصيفي عقد الكفالة (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في الجلة الدولية للعلو الانسانية والاجتماعية، العدد(23)، 2021، ص 84 وما بعدها.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي لانقضاء الحقوق وعودتها

في واقع الأمر أن تحديد النطاق الموضوعي لانقضاء الحقوق وعودتها يعد نتيجة منطقية لما يترتب عليها من آثار، فأطراف الالتزام بالنسبة لانقضاء الحقوق وعودتها يلتزمون بما تنصرف إليهِ إرادتهم من جهة، وبما تقتضي بهِ القواعد العامة من جهة أخرى لا سيما في ما يتعلق الأمر بموضوع العودة لهذه الحقوق، فالمشرِّع عادَّة لا يضع أو يصدرُ نصاً قانونياً ما دون أن تكون لهُ فائدة أو غاية معينة يسعى إلى تحقيقها، وهذه الفائدة تتمحور في تحديد الحقوق والألتزامات، فيما يتعلق بموضوع التصرف إنقضاء وعودة، إذ يلتزم كل طرف من أطراف الألتزام و بصرف النظر عن مصدره سواء كان التصرف أم الواقعة القانونية بتنفيذ التزامهُ المحدد في الألتزام، وبما تفرضه العودة، وهذا يعد في حقيقة الأمر الأطار القانوني لها، وإلا سوف تترتب على ذلك مسؤولية مدنية، سواء أكانت هذهِ الأخيرة عقدية أم تقصيرية، و بحسب طبيعة الألتزام؛ نتيجة لعدم التنفيذ، فالنطاق الموضوعي لإنقضاء الحقوق وعودتها يقصد بهِ عموماً هو تحدد موضوع العودة الحقوق والألتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني، أي تحديد أثر موضوع النص الذي جاء بتطبيق من تطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، إذ أن تحديد النطاق الموضوعي بهذه الكيفية يفسر لنا مجالها ، ويتحدد بموجبها أطارها القانوني. ويكمن السبب في بحث هذا النطاق (النطاق الموضوعي) وتحديده هو تباين وإختلاف حالات وتطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، فكما بينا سابقاً أن حالات العودة للحقوق والألتزامات بعد إنقضائها لم تكن مبوبة تحت جامع معين وأنما متناثرة بين أبواب وفصول القانون المدني، ولعل هذا الأمر كان السبب الأول والأساس في تحديد النطاق الموضوعي لإنقضاء الحقوق وعودتها. ومن هذا المنطلق يستدعي الأمر الأجابة على مجموعة من التساؤلات من أهمها: **ماهو النطاق الموضوعي الإنقضاء الحقوق وعودتها؟ وهل هو ينحصر بالمعاملات المالية؟ وهل يشمل هذا النطاق الحقين الشخصي والعيني؟**

في أطار الأجابة على هذه التساؤلات يمكن القول أن النطاق الموضوعي لموضوع بحثنا ينحصر في المعاملات المالية ويدور في فلكها، وعلى الرغم من هذه

الأهمية لهذا المصطلح الا أن الفقه القانوني وكذلك التشريع لم يبين حدود هذا المصطلح بشكل دقيق، إذ كان وما يزال يشوبه بعضٌ من الغموض الأمر الذي يتوجب توضيحه وتحديد المراد به على وجه الدقة وعلى نحو علمي، من ذلك إذ نجد أن الأغلب الأعم من مؤلفات فقهاء القانون المدني جاءت تنظم وتتناول بالوقت نفسه المسائل الجزئية المتعلقة بالمعاملات كلُ حسب نوعهِ، كالبيع مثلا، والاجارة، والصلح، والإعارة وغيرها، ونادراً ما يضعون بشكل صريح تقسيمات المعاملات وعلى ماذا تشتمل من موضوعات قانونية، لذلك سنحاول إزالة الغموض عن هذا المصطلح بشكل عام وتحديده بدقة.

ومن هذا المنطلق نجد ان فقهاء القانون وشراحه قد وضعوا تركيزهم بالدرجة الأولى والأساس على أقسام القانون بصورة عامة، وحددو أنواع القوانين التي تدخل ضمن كل قسم من هذه الأقسام، بحيث بينوا بأن القانون بطبيعة الحال ينقسم على قسمين رئيسين هما القانون الخاص والقانون العام، إذ يتضمن القانون العام عدة قوانين منها " القانون الإداري والقانون الجنائي والقانون المالي والقانون الدولي العام وغيرها " وهذا الفرع من فروع القانون يخرج عن نطاق دراستنا المتعلق بإنقضاء الحقوق وعودتها، أما القسم الثاني وهو القانون الخاص والتي يتضمن يتضمن " القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الدولي الخاص وغيرها " ويعد القانون المدني من أهم قوانين الفرع الخاص؛ نظراً لكونه قانون قديم النشوء قدم المعاملات المالية نفسها؛ لذلك أطلق عليه بأنه دعامة القانون الخاص [1] .

بيد أن هنالك من قال بوجود فرع مختلط من فروع القانون يتضمن بعض التشريعات ذات الصبغة المختلطة كقانون العمل، وعلى أثر ذلك ذهب البعض من الفقهاء والشراح بأن القانون المدني هو ((مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المسائل والروابط الخاصة بالأحوال الشخصية والمعاملات المالية بين الأشخاص أنفسهم، وبين الدولة بوصفها شخصاً عادياً في المجتمع عدا ما تناوله المشرع بالتنظيم في قانون خاص أخر)) [2].
ويتضمن القانون المدني نوعين من المسائل هما:

([1]) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون (القانون بوجه عام - النظرية العامة للقاعدة القانونية - النظرية العامة للحق)، بلا طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون سنة طبع، ص 72.

([2]) د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن - عمان، 2004، ص 57.

1 ـ مسائل الأحوال الشخصية ـ ويقصد بهذه المسائل ((هي مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالحالة المدنية والشخصية لكل أنسان وصفاته التي يتميز بها عن غيره من الأشخاص، نحو السن والأهلية والدين وغيرها، كذلك ينظم علاقة الشخص بأفراد أسرته ومسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بها)) [1].

و لعل البعض للوهلة الأولى قد يتسائل عن سبب ذكر هذا النوع من المعاملات في هذا النطاق ونحن نبحث بشكل أساسي إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني! جواباً على ذلك نقول أن هذا النوع من المسائل ما زال يدخل ضمن نطاق القانون المدني في بعض الدول كفرنسا مثلاً وسويسرا، إلا أنه في أغلب الدول العربية تم وبشكل نهائي إخراج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق القانون المدني، ومن ثم تنظيمها في بعض القوانين الخاصة، كقانون الأحوال الشخصية العراقي (المرقم 188 لسنة 1959 المعدل)، وقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى (المرقم 77 لسنة 1983) المعدل وغيرها، وعلى أساس ذلك فإن الأمر الهام الذي يتحتم علينا أن نبّينه هو أن مسائل الأحوال الشخصية لا تدخل ضمن نطاق المعاملات المالية بقدر تعلق الحال بموضوع دراستنا الموسوم إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

2ـ **مسائل الأحوال المالية :ـ** من المعلوم أن بعض الفقه القانوني يطلق عليها أيضاً تسمية الأحوال العينية، ويراد بهذا النوع من المسائل بأنها ((تلك الروابط التي تنشأ بين أفراد المجتمع في النشاط المالي فقط وتسمى أيضاً الأحوال المالية، كالحقوق العينية والحقوق الشخصية والسلطات التي تخولها هذه الحقوق وطرق كسبها وإنتقالها وإنقضائها، أو هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال، والمال في القانون هوكل حق له قيمة مالية يقرره القانون لشخص ما))[2] وعلى أساس ذلك فالنطاق الموضوعي لموضوع بحثنا يتحدد في أطار القانون المدني سواء أكان ذلك في مجال الحقوق الشخصية أو العينية، وبغض النظر عن مصدر هذه الحقوق سواء كان هذا المصدر التصرف القانوني أم الواقعة القانونية، ويظهر ذلك لنا بوضوح من خلال الولوج

([1])- د. توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية (موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الطبعة الاولى. مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، بدون سنة طبع، ص 44 و ما بعدها

([2]) د.عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون القسم الأول، الطبعة الاولى، مطبعة مصطفى البابي الحنفي وأولاده بمصر، مصر، بدون سنة طبع، ص 55 .د عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الاولى، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص 200.

بالنصوص القانونية المنظمة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، من ذلك نص المادة (1/1315) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن التأميني بإنقضاء الدين الموثق، ويعود معه أذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين إنقضاء الديون وعودته)).

والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (1082) من القانون المدني المصري، والتي تنص هذه المادة على ((ينقضي حق الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب أنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته)).وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (2488) من القانون المدني الفرنسي، وعند التمعن بنصوص القانونية المبينة أعلاه يتبين لنا وبحق أن النطاق الموضوعي قد تحدد هنا في جانب الدين أولاً، وحق الرهن ثانياً، على أساس خاصية التبعية، فإنقضاء الرهن وعودته قد تحدد بإنقضاء الدين الموثوق بالرهن، وهذا في حقيقة الأمر قد شمل الحقين معاً، أي الحق الشخصي والعيني، فالرهن كما هو معروف وحسب القواعد العامة لا ينشأ الا لضمان الحق الشخصي[1].

ويكون هذا الأخير سابقاً في الوجود ولا يمكن بطبيعة الحال أن يوجد الرهن مستقلاً بذاته، وأن كان هناك أتجاه في التشريع المدني يذهب بخلاف ذلك، كالقانون المدني الألماني والسويسري إلى أقرار ما يعرف (بالسند الرهني) الذي يصدره عادة المالك رهناً لصالحه على عقار له يقدمه لمن يطلب منه ضماناً لدينه عند الحاجة لذلك[2]. ولكن الغالب الأعم في التشريع يذهب الى أنه يكون تابعاً في الوجود لوجود دين سابق، وهذه التبعية في حقيقة الأمر لا تقتصر على نشوء هذا الحق فقط بل تستمر الى ما وراء ذلك بكثير وهذا ما أوضحته نص المادة المذكورة في الأعلى سواء كان الأمر بالنسبة للقانون

([1]) عرفت المادة (69) من قانوننا المدني العراقي الحق الشخصي، اذ نصت هذه المادة على انه ((1 – الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن او مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل .2 – ويعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية ايا كان محلها نقدا او مثليات او قيميات، ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شيء معين.3 – ويؤدي التعبير الالتزام وبلفظ الدين نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي)).

([2]) د. احمد سلامة، التامينات العينية والشخصية، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 60. د صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل(دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني) الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2010، ص 68.

المدني العراقي أم القوانين المدنية محل المقارنة. هذا ومن الجدير بالذكر أن موضوع العودة للحقوق والألتزامات بعد أنقضائها في القانون المدني بالاسناد إلى أساس التبعية ليس قاصراً على النشأ فقط وأنما تظهر في الإنقضاء وفي الأوصاف، فقد تحدد النطاق الموضوعي بكل ما يشمل هذا الحق أو الدين من أوصاف، فإذا كان هذا الحق معلقاً بشرط واقف أو مضاف الى أجل فأن حكم هذا الحق يكون كذلك، ففي الحالة الأولى إذا كان الحق معلقاً على شرط فأسخ وتحقق الشرط مثلاً فيزول معه الحق الشحصي بأثر رجعي، وبالتالي ينقضي الرهن تبعاً له [1].

وهذا الأمر أن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ حتماً أن الإنقضاء والعودة للحقوق في القانون المدني من حيث النطاق الموضوعي، تكون عودة ذات نطاق واسع، فهي عودة شاملة بأوصاف الألتزام أو الحق وعناصره ومستلزماته وكل ما هو تابع ومتمم له، والقول بخلاف ذلك سوف يؤدي ذلك دون شك الى إنتفاء الحكمة من العودة لتلك الحقوق والألتزامات بعد إنقضائها، ويكمن السبب في ذلك هو أن عودة الحق بهذه الكيفية تعتبر على حد تعبير البعض من الفقه القانوني ضمانة لإطراف العلاقة القانونية تحقيقاً للأمن التعاقدي وحماية المراكز القانونية؛ حتى لا تختل من زاوية، وحتى يحصل كل طرف على حقه كاملاً من زاوية أخرى.

كذلك أن العودة بعد الإنقضاء ليست فقط تكون في مجال الحقوق، وأنما تشمل الأشياء من حيث موضوعها، والأمثلة على ذلك كثيرة على سبيل المثال إنقضاء وعودة التخصيص في أطار الحقوق العقارية، فإذا كانت المادة (1/62) من القانون المدني العراقي تعرف العقار بشكل عام إذ نصت هذه المادة على أنه ((العقاركل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية)).

فهذا المعنى هو للعقار بطبيعته مثل "الأرض سواء أكانت الأرض أرضاً زراعية أم أرضاً فضاء أم عليها بناء، وكل ما تنبته الأرض من ثمار ومحصول، و كذلك كل ما

([1]) د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الاردن، عمان ،2011، ص 152 وما بعدها، انظر كذلك د. وليد طارق فيصل جواد العزاوي، الشرط المقترن بعقد الايجار، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2019، ص 19.

يغرس فيها من أشجار يكون عقار بطبيعته؛ وذلك لأندماجه في الأرض، فما دامت مستقرة في الأرض لم تنزع فإنها تحتفظ بصفتها العقارية، المباني والمنشآت هي أيضاً عقار بطبيعته لإندماجها في الأرض"[1]. فالمفهوم المذكور أنفاً يعدَّ عقاراً بطبيعته، وفي مقابل ذلك هناك عقار بالتخصيص حيث يعدَّ عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالك هذا المنقل في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، فالعقار بالتخصيص أذن هو منقول بطبيعته رصده مالكه على خدمة أو أستغلال عقار بطبيعته،هو أصلاً مملوك له، ضماناً منه لاستمرار استغلال هذا العقار، كالآلات الزراعية مثلاً والآلات الحرث والحصاد والسقي والجَني والمواشي التي يرصدها صاحب الأرض الزراعية لخدمة مزرعته أو السيارات والمكائن التي يخصصها صاحب مصنع لخدمة المصنع العائد له، والأهمية هذا النوع من العقارات (العقار بالتخصيص) أشترط المشرع توافر شرطين أساسين لأكتسابه هذه الصفه وهما :

1-**التخصيص** : إذ يشترط تخصيص منقول ما بطبيعته لخدمة عقار معين أو أستغلاله مثال ذلك ألالات الزراعية والصناعية و كذلك الرفوف المخصصة لخدمة المحل التجاري، أما في حالة تخصيص منقول ما لخدمة مالك العقار لا لخدمة العقار ذاته فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص بل يعد منقولاً، مثال ذلك لو أعدّ صاحب المصنع أو المزرعة سيارته الخاصة لأستعماله الشخصي، ولا يشترط بطبيعة الحال أن يكون هذا التخصيص دائماً بل يكفي ألا يكون عارضاً، وأنما يجب أن يكون على سبيل الثبات والأستقرار[2] .

2- **وحدة المالك :** كذلك أنه لا بد أن يكون مالك المنقول هو ذاته مالك العقار، وعلى ذلك لا يعدَّ عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه المستاجر أو الدائن المرتهن رهن حيازي أو المنتفع لخدمة العقار المؤجر أوالمرهون أو المنتفع به، وكذلك لا يعدَّ عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالك العقار في عقاره إذا كان هذا المنقول غير مملوك

([1]) د. انور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، الطبعة الاولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2003، ص 257.

([2])د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، ص 224، وما بعدها.

لـه، كمـا لـو كـان مرهونـاً عنـده أو معـاراً أو بيـده علـى سـبيل الأيجـار[1]. وهـذا العقـار بالتخصـيص يـرد علـى أشـياء كالمكـائن والألات ومـا يـدخل ضـمن هـذا المعنـى مـن أشـياء، فالطبيعـة العقاريـة قـد تنقضـي بـزوال صـفة العقـار بالتخصـيص عـن هـذه المنقـولات التـي كانـت قبـل التخصـيص أشـياء، حيـث ترجـع منقـول بإنقطـاع علاقـة التخصـيص التـي تـربط بينها وبين العقار الذي رصدت بشكل أو بأخر على خدمته أو أستغلاله[2].

وهـذا بطبيعـة الحـال يكـون أمـا بـإرادة المالـك، مـثلاً قيامـه بعمـل مـادي كمـا لـو أنتـزع المالـك المنقـول عـن العقـار ويخصصـه لأغـراض أخـرى، وهـذا هـو مـا يعـرف بالفصـل المـادي للمنقـول عـن العقـار، أو قـد يكـون بتصـرف قـانوني فـي العقـار مسـتقلاً عـن المنقـول، كمـا لـو بـاع المالـك مواشـيه التـي رصـدها لإسـتغلال أرضـه الزراعيـة، فهـو بهـذا التصـرف يكـون فصـل المواشـي عـن الأرض فتصـبح بـذلك المواشـي منقـولاً ويكـون بعـد ذلـك التصـرف بيعهـا بيـع منقـول لا بيـع عقـار، و كـذلك قـد يكـون الإنفصـال للعقـار بالتخصـيص عـن العقـار بطبيعتـه بـأمر خـارج عـن إرادة المالـك، كمـا لـو أنفصـلت تلـك المنقـولات عـن العقـار بسـبب أنهيـاره، هـذا الأمـر يـؤدي الـى إنقضـاء هـذا الحـق، بـزوال الصـفة بـين هـذه الأشـياء والعقـار، ولكـن هـذا الحـق يعـود بعـودة هـذه العلاقـة، كمـا لـو رجـع مالـك العقـار الألات التـي باعهـا بعـد أن كانت سابقة مخصصة لخدمة العقار[3].

وهـذا المعنـى يؤكـد مـا ذهبنـا إليـه فـي تحديـد النطـاق الموضـوعي بأنـه يشـمل الحقـوق والأشـياء علـى حـدٍ سـواء لإنقضـاء الحقـوق وعودتهـا فـي القـانون المـدني، ومـن النصـوص القانونيـة الأخـرى والتـي يستشـف منهـا النطـاق الموضـوعي لإنقضـاء الحقـوق وعودتهـا هـو نـص المـادة (419) مـن القـانون المـدني العراقـي والتـي تـنص هـذه المـادة علـى أنـه ((إذا زال السـبب الـذي أدى إلـى اتحـاد الذمـة وكـان لزوالـه أثـر رجـع يعـاد الألتـزام إلـى الوجـود هـو وملحقاتـه بالنسـبة لـذوي الشـأن جميعـاً، ويعتبـر أتحـاد الذمـة كـأن لـم يكـن)). ولـيس أبلـغ فـي الدلالـة مـا ذهـب المشـرع اليـه المشـرع المصـري فـي نـص المـادة (370) مـن القـانون المـدني المصـري والتـي تـنص هـذه المـادة علـى أنـه ((... وإذا زال السـبب الـذي أدى إلـى أتحـاد

([1])د. ليلـى طلبـة، الملكيـة العقاريـة الخاصـة، الطبعـة الثالثـة، دار هومـة للطباعـة و النشـر والتوزيـع، الجزائر، 2012، ص 49.

([2])د. رضـا عبـد الحلـيم عبـد المجيـد عبـد البـاري، الـوجيز فـي الملكيـة والحقـوق العينيـة التبعيـة، الطبعـة الثانية، طباعة مركز التعليم المفتوح، الرياض، السعودية، 2009، ص 155.

([3]) د. عبـد الـرزاق احمـد السـنهوري، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني ، الجزءالثـامن، المجلـد الاول، مصدر سابق، ص 30.

الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الألتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن)).

ويمكن استنتاج هذا المعنى من المفهوم المخالف لنص المادة (1349) من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص هذه المادة على أنه ((يتحقق أتحاد الذمة من أجتماع صفتي الدائن والمدين بالألتزام في شخص نفسه، ويؤدي أتحاد الذمة الى أنقضاء الدين وملحقاته مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير أو ضده)).

تأسيساً على ذلك فأن الحق يعود بعد إنقضائه من الناحية الموضوعية سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً أولاً بصفاته، وكذلك بمقوماته وتأميناته ثانياً، فيعود الحق بصفاته أصلية كانت أو تبعية، فيرجع الحق حقاً شخصياً أو تبعياً تبعاً لمحلة و طبيعته، كما أن الحق يعود بتأميناته سواء أكانت شخصية أم عينية، على سبيل المثال الرهن التأميني، فعندما ينقضي لأي سبب كان أي بطريق أصلي أو تبعي، فأن عودته بعد أنقضائه يعود كما كان، مثال ذلك اذا انقضى الرهن التاميني بصورة تبعية، لانقضاء الدين المضمون، وتبين بعد ذلك أن الوفاء لهذا الدين غير صحيح فعاد الرهن من جديد، فأن الرهن يعود من جديد بتأميناته، فإذا كان هذا الرهن مضمون بكفالة شخص ضامن، سواء كانت كفالة عينية أو شخصية، فأن الحق بعد إنقضائه وعودته يكون مثقل بهذه الكفالة، وهذا ما ذهبَ اليه رأي في الفقه إذ يرى أنه أذا أبطل أو فسخ شراء الدائن المرتهن للعقار المرهون عادَ الرهن من جديد مثقلاً العقار المرهون وعادَ الضمان العيني للدائن المرتهن تارة أخرى وبأثر رجعي للدائن المرتهن[1].

يتضّح مما تقدّم أن الحق أو الألتزام إذا عادة بعد أنقضائه، فأنه يعود من الناحية الموضوعية بكل ما يحمله هذا الحق من صفات ودفوع وتأمينات، وكل ما يعد مكملاً له كقاعدة عامة، وحسب طبيعة كل التزام مع الأخذ بنظر الأعتبار نوع الحق عينياً كان أو شخصياً، هذا وبعد بيان مضمون هذا النطاق والقينا كذلك على أهم الملاحظات التي وجدناها، نستطيع أن نبين عدة نقاط بشأن النطاق الموضوعي لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني كما يأتي:

([1]) د. احمد عبد التواب، مصدر سابق ، ص 154.

أولا- أن إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني من حيث النطاق الموضوعي لم يكن مختصاً بتصرف معين دون غيره، وهذا يعد بطبيعة الأمر من المزايا التي يمتاز بها موضوع بحثنا، فهو يتحدد بأكثر من تصرف أو حتى أنه يرد على الوقائع القانونية فهو نطاق واسع وشمولي.

ثانيا- أن النطاق الموضوعي يتعلق بالأحوال المالية في نطاق القانون المدني، فهو يدور في فلك العلاقات التي يرتبط بها أطراف العلاقة القانونية بين بعضهم البعض من حيث المال، دون تلك العلاقات التي يرتبط بها الشخص بأسرته (مسائل الأحوال الشخصية) على الرغم من أمكانية إنقضاء الحقوق وعودتها في هذه المسائل، كما هو الحال في إنقضاء وعودة حق الحضانة.

ثالثاً- أن إنقضاء الحقوق وعودتها من حيث موضوعها تتعلق بأساس إنقضاء وعودة كل منهما، فإذا كان أساس عودتها هو صفة التبعية، فنطاق الأخيرة ليس قاصراً على تبعية حق فقط، وأنما يشمل تبعية بين الأشياء كما بينا ذلك سابقاً في إنقضاء وعودة تخصيص الأشياء في إطار العقار بالتخصيص.

رابعا- أن النطاق الموضوعي لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، هو نطاق نسبي، وأن السبب الذي دفعنا للقول بنسبية هذا النطاق هو تعدد وأختلاف حالات أو تطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها، وعلى الرغم من هذه النسبية ألا أن تحديده وبيان خطوطه العريضة له أهمية لا يمكن إنكارها على الأطلاق، فعن طريق تحديد هذا النطاق يجعلُ الحق يعودُ بحالتهِ التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء من حيث موضوعة وهذا ما سنلقي الضوء عليه عند بحث الأثار الموضوعية لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

الفصلُ الثاني
التأصيل القانوني لإنقضاء الحُقوق وعودتِها في القانون المدني

الفصل الثاني

التاصيل القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني

تمهيد وتقسيم

إبتداءً وقبل كل شيء يتعلق بتحديدِ التأصيل القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، لا بد من القول إنهُ لا يمكن وضع نظرية عامة لإنقضاء الحقوق وعودتها ما لم يتم الرجوع إلى الأصول الفلسفية لموضوع البحث، وبيان الجذور التي يستسقي منها، إذ لا يمكن القول بوجود حق معين بعد أن تم تقرير إنقضائهِ، ما لم يكُن هاك قاعدة ننطلقُ منها، ومن هذا المنطلق يمكن القول أنه بعد بيان الأطار المفاهيمي لإنقضاء الحقوق وعودتها إبتداءً من ذاتيتهِ ومروراً بشروطهِ ووصولاً إلى نطاقهِ، فلا بد من تحديد التوصيف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها، وحرصاً بنا على ذلك فأن بحث هذا التوصيف ودراسته دراسةً علمية يقتضي بيان طبيعتهُ أولاً، وتكييفهُ ثانياً، وعن طريق تحديدُ هذا الأخير يمكننا من بيان طبيعة هذا المصطلح، من كونهِ يعُد حق لإطراف العلاقة القانونية أم هو واجب بإعتبار الشطر الأخير من موضوع البحث ألا وهو العودة للحق بعد إنقضائه يعتبرُ ضمانةً لإطراف العلاقة القانونية بِصرف النظر عن صفة هذه العلاقه دائن أومدين راهن أومرتهن، هذا ومن الجدير بالذكر أن لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني قاعدة أو أساس ترتكزُ عليه يمُكن عن طريقه الوصول إلى الأصول الفلسفية لموضوع البحث بغض النظر عن طبيعتهِ، كما أن هذه العودة في الغالب الأعم لها جانب أصولي فلسفي، إذ نجد وبحق ان هناك تكامُل وتفاضُل بين قواعد أصول الفقه وعودة الحقوق والألتزامات، الأمر الذي يتوجب علينا بيان دور هذه القواعد في هذا الشأن، ناهيك أن العودة تكون في الغالبِ محكومة بمصدرٍ يبررُ وجودها، فضلا عن ذلك أن العودة لا تكون في كُل الأحوال ممكنة وأنما في بعض الأحيان تصطدم بمجموعة من المعوقات سواءَ أكانت هذهِ الأخيرة إرادية أم قانونية، هذا ولغرض بيان هذهِ المفردات والإحاطة بها من كل جانب لا بد لنا من تقسيم هذا الفصل على مبحثين، سنخصص المبحث الأول لدراسة التوصيف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها وتحديدُ أساسها، أما المبحث الثاني فسنكرسه لدراسة المصادر القانونية والقواعد الفقهية لإنقضاء الحقوق وعودتها وتحديد معوقاتها .

المبحث الأول

التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها وتحديد أساسها

لا ريبَ في أن بيان التوصيف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها يعد أمراً في غاية الأهمية؛ كونهُ يمثلُ وضعاً قانونياً جديداً لم ينلْ على حدِّ إطلاعنا بالدراسة والبحث على الرغم من تعددِ حالاته بين أبواب القانون المدني، وهذا التوصيف في حقيقتهِ الأمر يمكنُ الوصول إليه بشكل علمي ودقيق عند بحث الأصول الفلسفية لإنقضاء الحقوق وعودتها ، ولتوضيح ذلك يمكننا أن نتسائل عن ماهية هذا التوصيف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها ؟ وعلى ماذا يشملُ هذا الوصف؟ وهل حددَ المشرع وكذلك الفقه طبيعة وتكييف هذا المسطلح؟ على أساس هذه التساؤلات نقولُ إنه في نطاقِ الأجابة عليها يقتضي الأمرإلى التطرقِ الى تحديدِ الطبيعة القانونية لإنقضاء هذه الحقوق وعودتها في ذات الوقت، ثمَ نحددُ بعد ذلك التكييف القانوني للمدة القانونية ما بين إنقضاء الحقوق وعودتها ، فإن أنتهينا من ذلك فإن الأمر يقتضي حتماً إلى بيان الأساس أو القاعدة التي يرتكزُ عليها هذا المصطلح من حيثياتِ عدة، أي من حيث الإنقضاء، وكذلك من حيث العودة؛ وذلك لأختلاف طبيعة كل منهما، فما يتوافر في أحدهما لا يتحقق في الآخر، فالانقضاء والعودة مفهومان متضادان، ولغرض جمعهما تحت جامعٌ معين لا بُد من بحثِ الأمور المبينة في الأعلى؛ وذلك بهدف وضع نظرية عامة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ولغرض تحقيقُ هذه الغاية لا بد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص المطلبُ الإول لدراسةِ التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها، أما المطلب الثاني فسنكرسه لبحث ودراسة الأساس القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها وكما يأتي:

المطلب الأول

التوصيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها

لا شكَّ أن لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وجود مادي ظاهر وملموس وهذا الأمر يمكنُ ملاحظته من خلال النصوص القانونية المنظمة لذلك، إذ نرى أن المشرع ينصُ صراحة على إنقضاء الحقوق أو الالتزامات ويرتبُ على هذا الانقضاء أحكاماً معينة، كما أنه ينصُّ على العودة لذات الحقوق والألتزامات ويرتبُ على ذلك

أحكاماً تتلائم مع طبيعة الحق العائد، وعلى الرغم من هذا الوضوح إلا إن الفقه القانوني قد اختلفَ في تحديدِ الطبيعة القانونية لإنقضاء الحقوق وعودتها، فلم يتفقُ الفقه القانوني على طبيعة معينة لهذا المصطلح؛ لأسباب متعددة، في مقدمة هذهِ الأسباب هو التعدد الحاصل لحالات أو تطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها، فتارةً نجدُ هذه العودة في باب الحقوق الشخصية كما هو عودة الدين بعد إنقضائه، كما نجد هذه العودة في باب الحقوق العينية كما هو الحال في عودة الرهن بعد إنقضائها سواءَ أكان هذا الأخير تأمينياً أم حيازياً، هذا الخلاف في الطبيعة القانونية الحاصل بسبب هذا التعدد أدى إلى الأختلاف في تكييفه، أي تحديدُ التكييف القانوني للمدة الواقعة ما بين إنقضاء الحقوق وعودتها، إذ نجدُ أن الفقه القانوني وكذلك القضاء قد أختلفوا في ذلك لذات السبب المبين أعلاه، وأنطلاقاً مما سلف لا بُد من بيان ذلك بشكل مفصل عن طريق تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنكرس الفرع الأول إلى بحث ودراسة الطبيعة القانونية لإنقضاء الحقوق وعودتها، أما الفرع الثاني منه سنخصصهُ لدراسة التكييف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها

من المعلوم أن انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، يعُد موضوعًا حديثًاً، إذ أنه لم ينَل على حد إطلاعنا بالدراسة والبحث بالمفهوم الواسع لهُ ، أي دراسة انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني أينما وجد هذا المصطلح، من ذلك نجد أن الطبيعة القانونية له لمْ تُحدَّد من قبل المشرّع من ناحية، والفقه القانوني من ناحية أخرى؛ وسبب عدم تحديد طبيعتها يرجع في حقيقة الأمر إلى تعدد حالات وتطبيقات العودة لهذه الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني، ولكن هذا لا يمنع الباحث من تحديدِ الطبيعة القانونية له في القانون المدني، عن طريق الجمع بين تلك التطبيقات من جهة، والبحث عن موقف الفقه القانوني بشأن طبيعتها من جهة أخرى، وفي نطاق تحديدُ الطبيعة القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها فمن الجدير بالذكر أنهُ مهما يكن من الأمر فإنها لا تخرج من كونها تجديداً للألتزام حسب رأي البعض من الفقهِ، أو أنها تعدُ واجباً أو حقاً قانونيًا مسلمًا به فقهًا وقضاءً، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث فأنه لابد من بيان هذه المفردات من

أجل الوقوف على طبيعتها وتحديدُ هويتها وعلى أساس ذلك سنُقسم هذا الفرع على عدة فقراتٍ وكما ياتي:

أولاً- عودة الحقوق بعد انقضائها تجديداً لها

على الرغم من الاختلاف الواضح بين التجديد للالتزام والانقضاء للحقوق والالتزامات وعودتها في القانون المدني كما بينا ذلك سابقاً إلا أن الفقه القانوني يرى أن العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها قد تكون تجديداً لهذهِ الحقوق والالتزامات على حدٍ سواء، وقبل تسليط الضوء على ذلك وبيان ما إذا كان الإنقضاء للحقوق والإلتزامات تجديداً لها، لا بد من القاء نظرة فاحصة ولو بشكل مختصر عن هذا المصطلح من الناحية التشريعية، من ذلك نقول إن المشرع العراقي أشارَ إلى تجديدِ الألتزام بموجب نص المادة (401) من القانون المدني العرقي، ولكن كان ذلك بتسمية مُغايرة لذلك فقد أطلق عليها تسمية " تجديدُ الألتزام " أذ نصت هذه المادة على أنه ((يجوزُ تجديد الإلتزام بأتفاق الطرفين على أن يستبدلا بالألتزام الأصلي التزاماً جديد يختلفُ عنه في محلهِ أو في مصدرهِ)) [1].

والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (1/352) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يتجددُ الألتزام : اولاً- بتغيير الدين إذا أتفق الطرفان على أن يستبدلا بالألتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلفُ عنه في محلهِ أو في مصدرهِ)). وليس أبلغ في الدلالة ما نصت عليه المادة (1329) من القانون المدني الفرنسي، إذ أشارت هذه المادة صراحة إلى مصطلح تجديدُ العقد وهذا ما يمكن فهمه من نص هذه المادة إذ نصت على أنه ((أتفاق موضوعه أستبدال التزام يسقطهُ التزام مختلف ينشئهُ)). هذا المعنى الأخير ذهبَ إليه رأي في الفقه القانوني إذ يرى أن التجديد عبارة عن استبدال التزام بالتزام [2]. وعليه قد يكون الانقضاء للحقوق وعودتها في القانون المدني يعُد تجديداً، فمثلاً أن العودة لحقوق الأرتفاق العقارية تعُد تجديداً لها بعد انقضائها على حد تعبير

([1]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، وتقابلها في ذات المعنى وأن أختلف الأسلوب نص المادة (1/354) من القانون المدني السوري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يترتبُ على التجديدِ أن ينقضي الألتزام الأصلي بتوابعهِ وأن ينشأ بمكانهِ التزام جديد)). والمعنى ذاته تظمنته نص المادة (339/ اولا) من القانون المدني الليبي.

([2]) د. بيار كتالا، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الألتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص 194.

أصحاب هذا الرأي، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن تجديد الإرتفاق يتم بواسطة تبديل الإرتفاق الذي أنقضى ليحل محله الإرتفاق الجديدوعلى ذلك يكون الإتفاق الجديد هو السبب في إنقضاءِ الارتفاق القديم أو قد يكون قد أنقضى بسبب أخر، وعن طريق هذا التجديد يتم به عودة حق الإرتفاق الذي أنقضى ناتج عن تجديد يطرأ على العقد الأصلي مما يؤدي ذلك إلى إعادة الحقوق والألتزامات المترتبة على ذلك.

وعلى أثر ذلك فإن التجديد يأتي بصيغة الأتفاق، فعندما يتفقُ طرفي هذه العلاقة (صاحب العقار المرتفق به والعقار المرتفق) على أنهاء الأرتفاق الأول والعمل به كما هو الحال في الإرتفاقِ المؤقت بأجل؛ لينشأ التزاماً جديداً يحلُ محلَ الألتزام القديم الذي تم إنهاؤه، وهذا الأمر بطبيعتهِ يجعلُ من الألتزامِ الجديد قد يختلفُ عن الألتزام القديم في نطاق حقوق الأرتفاق من عدة حيثيات، سواءَ أكان ذلك من حيث المدة أو من حيث المكان شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى تغيير اشخاص الأرتفاق القديم، ويبررُ هذا الأتجاه الفقهي موقفهُ بوصف أن العودة للحقوق والألتزامات تُعد تجديداً من أنه حق الأرتفاق العقاري اعلاه عندما ينقضي ويعود فلا يشترط لعودتهِ أن يرد أو أن يعود بذات الحقوق الألتزامات أو على ذات الوضع الذي كان عليه قبل الإنقضاء المهم في ذلك أن يرجع بحالة يمكن معها أستعمالهُ [1].

ومن الجدير بالملاحظة أن هناك رأياً فقهياً يضيف تبريراً آخر في سبيل الدفاع عن جعل العودة للحقوق والألتزامات هي تجديداً معتمداً على مصدر هذا التجديد، فمثلاً المثال السابق إلا وهو عودة حقوق الارتفاق بعد إنقضائها، فما هي الا تجديدُ اتفاقي فما دام حق الارتفاق ينشأ بالعقد، طبقاً لنص المادة (1272) بموجب فقرتها الأولى والتي تشيرُ هذه المادة إلى امكانية أن يكسبُ حقَ الإرتفاق بالعقد وكذلك بالميراث والوصية[2]. واعتماداً على هذا المصدر يذهبُ هذا الرأي الى أن العقد يمكنُ تجديدهُ، ومن ثم فأن العودة الأتفاقية تكون تجديداً للعقد المنشئ للأرتفاق ابتداءً، فهو بهذا الوصف عملية قانونية ذو صلة بالألتزام الذي سقط، فالعلاقة العقدية السابقة تزولُ نتيجة لظهور العلاقة الجديدة إذ ينشئ حق جديد بأبعاد وكذلك نطاق مختلف عن الحق القديم، وظهور هذا الحق هو نتيجة

(1) د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، بلا طبعة، الجزء الثالث، بلا جهة نشر ومكان طبع، 2003، ص 26.
(2) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر، سابق، ص 374.

لتجديد العلاقة التعاقدية السابقة، وهذا الأمر ليس فقط محصور في نطاق حقوق الأرتفاق، فهو يشملُ كذلك عودة حق الرهن التأميني، فإذا أنقضى الرهن مثلاً بالتبعية لإنقضاء الدين المضمون ومن ثم بعد ذلك أُلغي قيد الرهن في الدائرة المختصة التي يقعُ العقار المرهون ضمن دائرتها، وبعدها تبين أن الوفاء لهذا الدين غير صحيح أي غير مبرئ للذمة فيعود حق الرهن هنا عن طريق تجديدُ قيد الرهن، بحيث أن هذا الحق يعودُ وكان الإنقضاء لم يكن، فهذا التجديد للقيد يعدَّ في نظر البعض من الفقهِ تجديداً لحق الرهن[1]. ونحن نتحفظُ على هذا الرأي حقيقة لأسباب نذكرها بعد قليل.

وعلى ذلك فأن هذا الاتجاه الفقهي يرى إن عدَّ عودة الحقوق والالتزامات بعد انقضائها تجديدا لها لابد من توافر شروط معينة، إذ إن ذكرها هنا أمر لا يخلو من الأهمية ومن هذه الشروط هي:

1- أن يكون الأتفاق الجديد على العودة للحقوق والألتزامات خالياً من أسباب البطلان، إذ لا بد من إن يكون هذا التصرف مثلاً غير مخالف لا للنظام العام ام الآداب العامة بحيث يكون هذا التصرف مشروعاً.

2- يجب أن تتوافر النية للتجديد بشكل أو بأخر لدى أطراف التصرف ذاته على التجديدِ بأن تتجه إرادتها الى ذلك، فالعودة لحقوق الأرتفاق لا بد من توافر النية إلى ذلك ولا يكون هناك أي عودة الى هذا الحق إذا تغير أطراف هذا الحق بحيث يختلفُ النطاق الشخصي لهذا الحق بين الحق القديم وتجديدة.

3- يجب في التجديد من تحقق شروطه ولاسيما في ما يتعلق بالأركان الأساسية مثل وجود أطراف حقيقية .

4- أن يرد التجديد على ذات المحل المتمثل بالعقارات في حقوق الأرتفاق والرهن ...والتي جرى أنشاء الحق فيها[2]. فإذا توافرت هذه الشروط على حد تعبيرهم فإنه يمكن

([1]) د. محي الدين أسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المدني المصري والمقارن(الرهون والأمتيازات والأختصاص)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 117، أنظر كذلك د. شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، بلا طبعة، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، 1966، ص 149.

([2]) وليد بسيم عبود العنكر، تجديد العقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق الجامعة الأسلامية في لبنان، 2014، ص 11.

مع ذلك القول بأن عودة الحقوق والالتزامات تعتبر تجديداً. وبهذا يمكننا التساؤل عن مدى صلاحية هذا الرأي لتحديد طبيعة انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بوصفها تجديدا؟

قبل كل شيء لابد أن ننوه على أمر، إذ أن بيانه هنا هو في ذاته جواباً على التساؤل المطروح في الأعلى، حيث بينا سابقاً وقلنا أن الإنقضاء للحقوق والألتزامات وعودتها في الوقت نفسه هي ليست تجديداً لها، وذلك عندما بحثنا تمييز إنقضاء الحقوق وعودتها عما يشتبه معها من أوضاع قانونية وتبين لنا عن طريق دراسة هذين المصطلحين أن العودة لذات الحقوق والألتزامات هي غير التجديد، فالأخير يختلف عن إنقضاء الحقوق وعودتها هو أن الأخيرة تكون مفترضة، أي أن الحقوق والألتزامات تعود بشكل مباشرأو بشكل فوري بعد تحقق زوال سبب الإنقضاء وأن كان هناك في بعض الأحوال يتطلب القانون إتخاذ بعض الأجراءات القانونية لعودة هذه الحقوق بعد إنقضائها، ولكن هذا الأمر لا يخل بأفتراضه، وهذا بخلاف التجديد الذي لا يمكن أن يكون مفترضاً فلا بد من الإتفاقِ على التجديد بين أطراف العلاقة القانونية، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي وكذلك المصري بنصوص صريحة على جواز تجديد الألتزام بإتفاق الطرفين[1].

فضلا عن ذلك أنه في حالة انقضاء الحقوق وعودتها لا بد أن يزول السبب الذي أدى الى إنقضاء الحقوق أو الألتزامات، و هذا الأمر يحملُ شقين أولهما يتمحورُ في ما إذا كان السبب صحيحاً مستوفياً لشروطهِ وأركانه، فلا غبار عليه، ومن ثم لا يعود الألتزام الى ما كان عليه، والشق الثاني يتبلور فيما إذا السبب الذي زال به الألتزام باطلاً اي غير صحيح كأن يكون مثلاً الوفاء بالألتزم عن طريق مال الغير، فهذا الوفاء للألتزام غير مبرئ للذمة، وبالتالي فالبطلان شرط أساسي لعودة الحقوق في القانون المدني، وهذا بخلاف التجديد للألتزام، فالمشرع قد أشترط صراحة بأن التجديد للألتزام لا يتم إلا إذا كان كل من الألتزامين أي الألتزام القديم وكذلك الجديد الذي يحلُ محله قد خَلا كلٌ منهما من أسباب البطلان، وأن أمعنا النظر الى ذلك فيتبين أن ما أنتهى إليه هذا الأتجاه الفقهي من إن الإنقضاء للحقوق وعودتها تعُد تحديداً أمر يتناقضُ مع ما ذُكر أعلاه. زد على ذلك أن العودة للحقوق بعد أنقضائها تكون في الغالب الأعم بذات الوضع أي أن الحق يعودُ

(1) انظر بهذا الخصوص نص المادة (401) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها في ذات المعنى نص المادة (354) من القانون المدني المصري.

بضماناتهِ ودفوعهِ كما كان سابقاً، وهذا من حيث الأصل أمرٌ لا يُمكن قبول في نطاق التجديد لهذا الحق، وهذا أن دلَ على شيء فأنما يدلُ دون شك على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إعتبار إنقضاء الحقوق وعودتها تجديداً بشكل مطلق، وأن كان هذا التوصيف قد يتلائم مع بعض حالات العودة للحقوق والألتزامات كما هو الحال في عودة حقوق الإرتفاق العقارية ، إلا أنه لا يُمكن أن يؤخذ به على إطلاقهِ؛ بسبب تنوع وأختلاف حالات إنقضاء الحقوق وعودتها.

ثانياً – عودة الحقوق بعد انقضائها حقاً لإطرافها

من المعلوم انه قد ينقضي الحق ومن ثمَّ بعد ذلك يستدعي عودته، فأن الأخيرة في بعض الاحيان تتقررُ بنص القانون الذي يكشف عنها عادة الحكم القضائي، فإذا أنتهى حق مُعين ومن ثُم أستدعت الحاجة إلى إعادته للوجود، فأن هذه الأخيرة تكون مقررة بنص القانون أستناداً إلى أحوال معينة يجوزُ من خلالها تقرير هذه العودة، فعلى سبيل المثال إذا أنقضى حق الرهن التأميني بالتبعية نتيجة لوفاء الدين المضمون بالرهن، ثم تبين أن الوفاء غير صحيح وعادَ حق الرهن، أو إذا أنقضى حق الأرتفاق بسبب أنحباس العقار الذي تقرر عليه حق الأرتفاق وأصبح من العسير الوصول منه إلى الطريق العام فلا يمكن مع هذه الحالة أستعمال حق الأرتفاق، فأن عادَ هذا الحق أي حق الأرتفاق العقاري إلى الحالة التي يُمكن معها أستعمال هذا الحق أي رجعَ مُتصلاً بالطريق العام، وعارض صاحب العقار المرتفق به عودة أستعمال حق الأرتفاق، فأن لكل من صاحب حق الأرتفاق والرهن من أمكانية رفع دعوى للقضاء والمطالبة بالعودة من دون النظر إلى السلطة التقديرية الممنوحة للقضاء في تقرير هذه العودة.

وهذا أن دلَ على شيء فأنما يدلُّ أن هذه العودة لها سند من القانون وهذه نتيجة لا يمكن بأي حال من الأحول إغفالها، وهذا يستدعي بطبيعة الحال مجموعة من التساؤلات من أهمها، أنه إذا كانت هذه العودة حق فهذا الأخير لمن وعلى من؟ كما أن هذا الحق هل هو حق عيني أم حق شخصي، هذا ما سوف نبينه بعد معرفة مضمون كل منهما وبيان بعد ذلك مدى صلاحة هذا الوصف لتحديد طبيعة عودة الحقوق بعد إنقضائها في القانون المدني. عموماً فأن الحق يعرف بصورة عامة بأنه ((مصلحة ذات قيمة مالية يحميها

القانون))[1]. وهذا الحق أما أن يكون برابطة قانونية بموجبها يُخول القانون شخصاً ما من الأشخاص في نطاق علاقة قانونية من أن يقضي أداء من شخص أخر، فالحق الشخصي يتطلبُ حقيقة بوجود رابطة قانونية ولكن طبيعة هذه الرابطة متباينة أذ تتفاوت فيها مراكز الأفراد الدائنين والمدينين[2]. وأما أن يكون سلطة يخولها القانون وهذا هو الحق العيني، فصاحب هذا الحق يكون مُتمتعاً بمركز أقوى من الحق الأول، وذلك لما يخولهُ من سلطة على وجه الأنفرد على شيء مُعين[3].

فصاحب حق الرهن له الحق في حال أنقضاء الرهن وظهور الحاجة الى عودتهِ من جديد، فأنه طبقاً لهذا الوصف أن يطالب بعودتهِ أستناداً لنص القانون، بل أن في بعض الأحيان قد تكون هذه العودة آنية، فعلى العموم أن جوهر هذا الحق هو الأستئثار الذي يمنحهُ القانون وعن طريق هذا الأخير تظهر بوضوح الرابطة الوثيقة التي تربطُ هذا الحق بالقانون [4]. ولكن لا يفوتنا أن نُنوه على أن للحق أنواع متعددة ، إلا أن الذي يهمنا في واقع الأمر هو ما يتعلق بالحقوق المالية، أي الحقوق التي لها قيمة مالية كالحقوق الشخصية والحقوق العينية، فأغلب الحقوق التي تنقضي وتعود تكون من قبيل هذه الحقوق، وإذا كان الأمر بهذه الصورة أي أن عودة الحقوق هي حق فأن السؤال الذي يُطرح هنا هو هل أن العودة للحقوق والالتزامات هي حق عيني أم شخصي؟ . أن هذا التساؤل يطرحُ في الحقيقةِ فقرتين يجب بحثهما بالتتابع وهما أن تحديد الشخص الذي له الحق في الأستئثارِ بهذا الحق، ثم يتوجب علينا الأمر تحديد طبيعة هذا الحق.

1- الشخص الذي له الحق في الاستئثار في هذا الحق :- من المعلوم أن لكل التزام أوحق بغض النظر عن مصدر هذا الحق أو الالتزام أطراف، فأحد هذه الاطراف لهُ حقٌ معين يقابلهُ التزام مُعين، مثلاً عقد الأيجار، فالأخير عقد يرتبُ في ذمةِ طرفيه حقوق والتزامات، فعندما يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع من عقد الأيجار، فأن ذلك يُعد نتيجة لحق المستأجر في الأنتفاع من عقد الأيجار؛ لأن غاية هذا الحق هو الأنتفاع،

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الأسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بلا طبعة، الجزء الأول، دار أحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1954، ص 9.

([2]) د. هشام القاسم، المدخل الى علم القانون، الطبعة الثانية، مطبعة الأسكان العسكري، بلا مكان طبع، 1987، ص 279.

([3]) د. حسن كيرة، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق، ص 440.

([4]) د. نبيل أبراهيم سعد ود. محمد حيسن منصور، مبادىء القانون (المدخل الى القانون – نظرية الألتزامات) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995، ص122.

فأذا أنقضى عقد الأيجار عن طريق أتحاد الذمة، فأجتمعت صفتا المؤجر والمستأجر في شخص واحد بالنسبة لذات الحق، فأن عقد الأيجار ينتهي، ولكن لو زال سبب أتحاد الذمة وعادَ الألتزام الى الوجود، فهل هو عودة حق أو التزام؟ جوابنا على ذلك نقولُ الأمر يحملُ بطبيعتهِ الأمران معاً فهو عودة حق من جهة، وكذلك عودة التزام من جهة أُخرى، لأن المستأجر له الحق في الانتفاع بعقد الأيجار، ولأن المؤجر يلتزمُ بتمكينهِ من ذلك فأن العلاقة تعودُ وكأن الإنقضاء لم يكُن[1].

كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة حق الرهن بعدإانقضائه، فهذه العودة تكون من جهة حق لصاحب حق الرهن وهو الدائن المرتهن، وتكون كذلك التزام من جهة أخرى على المدين الراهن، فيلتزم الأخير بإعادة حق الرهن وألا لجأ الدائن المرتهن الى القضاء، فالعودة تكون في ذات الحق هي عودة للألتزام من جهة وكذلك عودة للحق، فالحقوق والألتزامات تعودُ وحسب طبيعة كل علاقة قانونية، فالشخص الذي له الحق بالأستئثار بهذا الحق هو الشخص الذي تقررتْ لهُ العودة، بعبارةٍ أُخرى أن العودة تكون للشخص الذي له مصلحة في ذلك كأن يكون دائن مرتهن، صاحب حق رهن أو حق أرتفاق.

2- طبيعة الحق في العودة :- بينا فيما سبق أن الحق العيني يُعرف بأنه سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، وبينا كذلك المقصود بالحق الشخصي وقلنا بأنه هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن و مدين يُطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقلُ حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عمل، فأذا أفترضا أن العودة للحقوق بعد أنقضائها تُعد حقاً فأي حق من هذه الحقوق تكون؟

في معرض الإجابة على التساؤل المطروح اعلاه يمُكن القول أن الفقه القانوني لم يُكن موقفهُ على وتيرة واحدة، فهناك رأي يذهبُ إلى إن هذه العودة هي حق عيني، كون أن الأخير ينصرفُ إلى شيء معين ويتمتعُ صاحبهُ بسلطة مباشرة عليه، إذ تخولهُ هذه السلطة أن يستأثر بقيمة مالية لهذا الشيء دون الحاجة إلى أذن من صاحبهِ في أستعمالهِ لهذا الشيء[2] . ويستند رأيه هذا في نطاق أنقضاء وعودة حق الأرتفاق إذ أن لمالك

([1]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري(عقد الأيجار- الأحكام العامة)، بلا طبعة، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص 147.

([2]) أحمد فائز عبد، فسخ العقد من غير أخلال، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الفلوجة، 2021، ص 42.

العقار المرتفق بموجب القانون يكون لهُ سلطة مباشرة على حقهِ في الأرتفاق المقرر على العقار المجاور لهُ، كون أن القانون في الحقيقة هو من أعطى لهُ الحق في الأرتفاق، ولهُ في موجب ذلك أستعماله بأوجه الأستعمال كافة من دون حاجة إلى أذن من مالكِ العقار المجاور ما دام هذا الحق قد أستوفى شروطهُ القانونية، شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى ضرر يلحقُ بالعقار المرتفق، فالعودة لهذا الحق تكون بواسطة هذه السلطة، وبهذا فهو حق عيني.

بينما خالف رأي أخر يختلف عن الرأي السابق ذكره، حيث ذهبَ هذا الرأي الى أن صاحب العقار المرتفق بهِ (الخادم) يمثلُ شخص الدائن، فأن الأخير يستطيعُ أصلاً أن يطلب من صاحبِ العقار المرتفق (المدين) أن لا يستخدم الأرتفاق إلا من الموضع المخصص لهُ بُغية عدم التسبب بضرر للعقار المرتفق به. وهذا الأمر يتمثل في جانب من جوانب الحق الشخصي ألا وهو الأمتناع عن العمل هذا من جهة، ومن جهة أخرى يستطيع بطبيعة الحال من أن يطالبه بأداء الأجر المتفق عليه في سند أنشاء حق الأرتفاق مقابل الانتفاع من الأرتفاق، كونه ينقصُ من فائدة العقار المرتفق به وبالمقابل يُزيدُ من منفعة العقار المرتفق وهذا يمثلُ الجانب الأخر للحق الشخصي وهو القيام بعمل، فضلا عن ذلك أن كل شخص من أشخاص هذا الحق لهُ حقوق وعليه واجبات، وهذه الفرضية ناتجة عن حقيقة كون أن الأرتفاق لا يتقرر ألا لفائدة عقار على عقار أخر [1].

وعليه فلو أنقضى حق الأرتفاق بواحدة من الأسباب التي ينقضي بموجبها هذا الأرتفاق ومن ثم أستدعت الحاجة إلى عودتهِ مرة أخرى، أي العودة لهذا الحق من جديد، فعن طريق الرابطة الشخصية بينهما (صاحب العقار الخادم و العقار المخدوم) فأنه يستطيعُ مالك العقار المرتفق أن يطالب بأعادته، بالاستناد إلى أن هذا الحق أي حق الأرتفاق مقرر سابقاً بنص القانون [2]. وهذا يؤدي الى ذات النتيجة التي توصلنا اليها سابقاً؛ لأنه لا يكون أقتضاء مالك العقار المرتفق به للأداء بصورة مباشرة وأنما يكون

([1]) د. قصي سلمان، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، العراق، 2012، ص 158.

([2]) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 104 وما بعدها، أنظر كذلك مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 65.

ذلك عن طريق مالك العقار المرتفق[1] ، وهنا يبرزُ بوضوح دور التوسط [2]. كذلك هو الأمر بالنسبة الى انقضاء الدين بإتحاد الذمة، فلو انقضى هذا الدين بأتحاد الذمة نتيجة لأتحاد الصفة بين الدائن والمدين، ثم انفصلت هذه الصفات أي اختلفت فيما بينها، فهنا العودة لهذه العلاقة اصبحت أمراً لا بد منه نتيجة لرجوع حق الدائنية وهذا هو جوهر هذا النوع من الحقوق.

يتضّحُ ممّا تقدم أن عودة الحقوق والألتزامات بعد انقضائها ليست حقاً شخصياً خالصاً ولا تعد كذلك حقاً عينياً بما للكلمة من معنى، فالحقوق الأخيرة قد وردت على

([1]) قلنا سابقاً أن العودة قد تفرض حق على أحد الأطراف والتزاماً على الطرف الأخر فالحق الشخصي في واقع الأمر له تسميات عديدة تمييزه بحسب الأشخاص تربطهم العلاقة، فيسمى التزاماً طبقاً لمركز المدين بعده ملتزماً تجاه دائنيه بأداء معين، أما من جهة الدائن فيسمى حقاً ويعرف أيضا بحق الدائنية. للمزيد أنظر بهذا الصدد د. مو برويز،المسؤلية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد(دراسة مقارنة)، بلا طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 47.

([2]) على الرغم من أن فقهاء القانون يرون أن فكرة التوسط تنعدم في الحقوق العينية وتبرز في نطاق الحقوق الشخصية وهذه الفكرة هي من الأسس التي يمكن من خلالها التمييز بين الحق الشخصي والعيني كما ذهب العلامة الدكتور السنهوري الا أن هناك رأي في الفقه القانوني يختلف مع هذا التوجه، حيث يرى بأنه ((نحن نؤيد ما ذهب اليه العلامة السنهوري بوجود الأختلاف بين الحق العيني والحق الشخصي ولكن نختلف معه في تبرير أساس الأختلاف ، إذ أن الدائن في الحق العيني ليس في كل الحالات لا يحتاج إلى توسط المدين للحصول على حقه كما ذهب الدكتور السنهوري ، بل يكون تدخل وتوسط المدين ضروري بالنسبة لبعض الحقوق العينية كما في حق الأرتفاق وهو من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، أذ أن صاحب العقار المخدوم لا يستطيع أستعمال حق الأرتفاق والحصول عليه إلا إذا قام المدين صاحب العقار الخادم بالأعمال اللازمة لأستعمال حق الأرتفاق إذا كان هو المكلف بالقيام بها وهذا ما نصت عليه المادة (1/1277) من القانون المدني العراقي. كذلك هو الأمر بالنسبة الى أرتفاق عدم البناء وأرتفاق عدم الأرتفاع بالبناء أكثر من حد معين ، فهنا الدائن صاحب العقار المخدوم لا يستطيع الوصول إلى حقه الا من خلال توسط المدين صاحب العقار الخادم والتزامه بمضمون حق الأرتفاق وهذا ما نصت عليه المادة (1/1274) من القانون المدني العراقي . كما أن ما ذكره العلامة السنهوري بأن الدائن في الحق الشخصي لايستطيع الحصول على حقه الا بتوسط المدين غير صحيح على اطلاقه ، لأن الدائن في الحق الشخصي قد يستطيع الحصول على حقه في بعض الحالات دون توسط من المدين ، وذلك لأن محل الحق الشخصي قد يكون القيام بعمل وقد يمتنع المدين عن القيام بالعمل، فهنا يستطيع الدائن صاحب الحق الشخصي الحصول على حقه دون توسط من المدين الممتنع وهذا ما نصت عليه المادة (1/250) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (في الألتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين...) واخيرا فإن ما يميز الحق العيني عن الحق الشخصي هو أكثر من فكرة التوسط فهما مختلفان في الماهية والخصائص والأحكام وفي طريقة الحصول على الحق في كل منهما وفي حمايته. انظر بهذا الخصوص استاذنا الدكتور عادل شمران حميد الشمري، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، الدكتوراه، 2022، 2023.

سبيل الحصر، فحق الأرتفاق مثلاً حق عيني متفرع عن حق الملكية وأن القانون بذاته نص على ذلك، كذلك هو الأمر بالنسبة الى حق الرهن وحق المنفعة، ولم يعد المشرع العودة بذاتها حقاً عينيًا، ومن ثم بعد ذلك لا يمكن اعتبار العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها حقاً عينياً، اما أذا أعتبرنا أن عودة الحقوق صورة من صور الحق الشخصي، فهنا لا بد من معرفة مصدر هذه العودة حتى يتم معرفة مدى صلاحية هذا الوصف لأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

إن المطلع على احكام هذه العودة يرى أنها غالباً ما تكون بواسطة حكم قضائي بات، وإذا رجعنا إلى مصدر هذا الحق (الشخصي) فلا نرى وجود أحد مصادره الحكم القضائي، فالحق الشخصي عادة ما يتقرر بموجب أحد المصادر التي نص عليها القانون كمصدر للالتزام أو للحق الشخصي وهي وردت على سبيل الحصر وهي كل من (العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير مشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون) وعليه فإن هذه العودة تكون خارج نطاق الحقوق الشخصية؛ وذلك لأنها لا تنشأ بمصدر من مصادر الألتزام، كما أنها لا تنشأ على وفق الألية التي تنشأ بها الحقوق الشخصية، ومن ثم بعد ذلك يمُكن القول إن هذه العودة ليست حقاً شخصياً بالمعنى الذي يعتمدهُ القانون. وإذا كان إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بهذه الكيفية أي من حيث الطبيعة، فهل يمكن أعتبارهُ رخصة أم مكنة إذا لم يكن حقاً شخصياً أوعينياً ؟

إن عدَّ إنقضاء الحقوق وعودتها رخصة قانونية على أساس أن العودة للحقوق والألتزامات إباحة قانونية أو قدرة واقعية لأستعمال حرية معينة من الحريات العامة، إذ أن المشرع عادةً يسمحُ بممارسة حرية والتمتع بها في الحدود التي تقتضي ذلك، فالرخصة عكس الحقوق لا تتطلب وجود رابطة قانونية ومن ثم تجعل الأفراد في مركز قانوني واحد وعليه تكون بعيدة عن فكرة الأستئثار، ويستند هذا الرأي في تبريرهِ لأعتبارهِ عودة الحقوق والألتزامات مكنة قانونية، هو أن الأخيرة تكون أستثناء من الأصل، فالأصل هو الإنقضاء وما العودة إلا أستثناء منه هذا من ناحية، كما أن الحق بعد إنقضائه يؤدي إلى زوال الرابطة القانونية وهذا ما يتوافق مع فكرة الرخصة[1] . هذا الرأي لا يمكن قبوله على الأطلاق؛ وذلك لأن الرخصة مختلفة في مضمونها ، كما أنها تجعل من العودة لهذه الحقوق غير ملزمة؛ لأنها تهدرُ القوة الملزمة للقانون، فالقانون قد

([1]) دز حسن كيرة، مصدر سابق، ص 441.

الـزم العـودة للحقـوق والألتزامـات بسـبب زوال سـبب الإنقضـاء أو لتحقيـق مصـلحة أحـد طرفـي العلاقـة القانونيـة بمـا يـوفر نـوع مـن التـوازن للعلاقـة القانونيـة ... ناهيـك علـى أن العـودة للحقـوق والألتزامـات تكـون محكومـة بضـوابط وقيـود لا بـد مـن توافرهـا لأمكانيـة العودة، فلا تكون مجرد رخصة ومن ثم تخضع لمشيئة طرفي العلاقة القانونية.

ولـيس أبلـغ فـي الدلالـة علـى ذلـك مـا ذهبـت إليـه محكمـة الـنقض المصـرية فـي أحـد قراراتهـا إذ قضـت ((أن مـن المقـرر إذا أنهـدم العقـار القـديم وأُعيـد بنـاؤه فـأن حـق الأرتفـاق بالمُطـل يعـود للعقـار الجديـد ، إلا أن هـذه العـودة يجـب أن تقـدر بمقـدارها وأن تتقيـد بمضـمون الأرتفـاق الأصـلي فـأذا كـان الثابـت أن الأرتفـاق الأصـلي بالمُطـل لا يجـاوز الـدور الأرضـي مـن العقـار القـديم، فـأن الحكـم المطعـون فيـه بتقريـر حـق المُطـل للطوابـق كافـة التـي تعلـو الـدور الأرضـي مـن العقـار المطعـون ضـده الجديـد يكـون قـد خـالف القـانون))[1]. ولكـن هـل مـن الممكـن اعتبـار انقضـاء الحقـوق وعودتهـا مكنـة ولـيس مجـرد رخصـة، إذ أن الأخيـرة هـي تكـون فـي منزلـة وسـطى مـا بـين الحـق والرخصـة وقـد عرفهـا العلامـة السـنهوري بأنهـا ((ميـزة تعطـي للشـخص بسـبب مركـز قـانوني خـاص فـي ان يحـدث أثـراً قانونيـاً بمحـض إرادته))[2].

والإمكانيـة هنـا ناتجـة عـن أمكانيـة العـودة، وقـد نـص المشـرَع المـدني علـى أن مـن شـروط عـودة الحقـوق والألتزامـات أن تكـون هـذه العـودة ممكنـة، فالأمكانيـة للعـودة فـي أغلـب الحقـوق موجـودة ومحتملـة ولكنهـا ليسـت حتميـة، وهـذا الـرأي وأن كـان يحمـل جانـب مـن الصـحة إلا أنـه لا يمكـن الأخـذ بـه علـى أطلاقـهِ؛ فـالعودة فـي بعـض الأحيـان لا تتوقـف علـى مشـيئة أحـد الأطـراف وأنمـا تكـون متعلقـة بموافقـة الطـرف الأخـر، فقـد يتطلـبُ الأمـر مـثلاً موافقـة صـاحب العقـار المثقـل بالأرتفـاق عنـد المطالبـة بعـودة حـق الأرتفـاق مـن قبـل صـاحب العقـار المرتفـق، وأن كـان بأمكـان اللجـوء إلـى القضـاء للمطالبـة بـالعودة، إلا أن الأخيـر تكـون لديـه سـلطة تقديريـة فـي تقريـر العـودة للحقـوق مـن عـدمها، فضـلا عـن ذلـك أن الحـق قـد لا يعـود وأن تحققـت لـهُ أسـباب عودتـه كمـا هـو الحـال عنـدما ينقضـي العقـار المرهـون بأتحـاد الذمـة ثـم تغييـر جـنس العقـار أوهلـك وبعـدها زال سـبب أتحـاد الذمـة، فـالعودة هنـا تكـون غيـر ممكنـة،

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (832)، والصادر بتاريخ 4/11/ 2008، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 17 / 12/ 2023.

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الأسلامي، مصدر سابق، ص 9.

وبالتالي فأن هذه المكنة مُقيدة بشروط قانونية يخضعُ تقديرها بطبيعة الحال لسلطة القاضي التقديرية[1].

صفوة القول إنه بالنظر لتعدد وأختلاف حالات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وبسبب أختلاف طبيعة كل منهما، فعودة حق الرهن هي غير عودة حق الأرتفاق، وعودة الأخير هي غير عودة حق المنفعة، هذا كان السبب في أختلاف الفقه القانوني في تحديد طبيعة أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، فقد تبين أن البعض من الفقه يرى بأن عودة الحقوق بعد أنقضائها هي حق لأحد أطراف العلاقة القانونية ولكنهم اختلفوا في طبيعة هذا الحق هل هو حق عيني أم شخصي أم هو مجرد رخصة أو مكنة، بينما ذهبَ رأي آخر يقول بأن عودة الحقوق بعد إنقضائها هي تجديدا لها، أي تجديد لتلك الحقوق والألتزامات، عن طريق أستعراضنا لهذه الأتجاهات الفقهية المختلفة السابقة من جهة، وبالرجوع الى التنظيم القانوني لعودة الحقوق في القانون المدني من جهة أخرى نرى أن هذه الحقوق لا تخضع لطبيعة واحدة يمكن أن تضفى على جميع صور العودة وأحوالها، هذا كله يدفعنا إلى القول بخضوع العودة للحقوق والألتزامات إلى وضع قانوني خاص يتسمُ بالمرونة لأستيعاب كل صورها الواقعية المتناثرة على أختلاف أبواب القانون المدني، وبحسب الحالة التي تجري فيها العودة، بحيث يمكن بواسطتها من وضع نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها

لا شك أن المشرع وهو يسنُ القواعد القانونية لا سيّما المدنية منها فهو يسعى حتماً إلى تنظيم المعاملات المالية، وهذه غايته الأساسية، وتطبيقاً لهذه الغاية فأن المشرع عندما ينصُ بأن الحق قد ينقضي ويعود من الشخصية والموضوعية، فأن ذلك مبني على حكمة، تكمنُ هذهِ الأخيرة في حماية الحقوق المكتسبة لأطراف العلاقة القانونية، ومن ثم فأن هناك مدة ما بين إنقضاء الحق وعودته، فقبل العودة لهذه الحقوق والألتزامات هناك مدة زمنية قد تطول أو قد تقصر حسب طبيعة ونوع الحق أو الالتزام ، هذا الأمر يذهبُ بنا

(1) د. أرام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2010، ص33.

إلى طرح التساؤل الأتي إلا وهو ما حكم الفترة التي تفصل ما بين إنقضاء الحقوق وعودتها؟ يمكن الاجابة على هذا التساؤل من خلال تحديدُ التكيف القانوني لهذه الفترة أي الفترة ما بين أنقضاء الحق وعودته، فهل تعدَّ هذه الفترة مانعاً من المطالبة، وهل هي مانع قانوني أم مانع مادي؟ وإذا لم يكن الأمر كذلك، فهل هي التزام طبيعي أم هي انقضاء للحق ؟، لغرض الأجابة على السؤال المذكور في الأعلى والاحاطة به من جميع جوانبه في تحديدِ التكيف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني ، فأنه الأمر يتطلبُ منا تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات.

أولاً- مانع من المطالبة

أبتداءً وقبل أي شيء أخر يتعلقُ بتحديدِ التكيف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يتوجبُ علينا أن ننوه على أمر يُعد في غاية الاهمية، إلا وهو أن هذا الوصف يتعلق بالحقوق التي تنقضي تم تعود، أي يجب أن تكون هناك أمكانية لعودة الحقوق، فإذا أستحالة العودة لهذه الحقوق فلا ينطبق هذه الوصف على هذه الحالة موضوع البحث، هذا الأمر يدفعنا الى القول بأنه يجب أن يكون هناك عملية مركبة من إنقضاء للحقوق و الألتزامات أولاً، ثم العودة لها ثانياً، وهذا يؤدي الى نتيجة قانونية تتبلورُ في أن هناك مدة زمنية تفصلُ فيما بين انقضاء الحق وعودته، حيث يتحتمُ الأمر بنا بيانها، إذ أن بيانها والوقوف على أحكامها يساعدنا على تحديد أثار هذه العودة.

ومن هذا المنطلق فأن هناك اتجاه في الفقهِ القانوني يرى بأن هذه المدة هي مانع من المطالبة، ولكنهم أختلفو في طبيعة هذا المانع بين من يرى أن هذا المانع هو مانع طبيعي، بيد أن البعض الأخرى يرى بأنه مانع قانوني من المطالبة، و على أساس ذلك فقد ذهبَ رأي في الفقه القانوني إلى أن إنقضاء الحقوق ليس سبب من أسباب إنعدام الألتزام أو الحق بل هو مانع طبيعي يَحولُ دون المطالبة بالدين أو الألتزام، فإذا إنقضى حق أو التزام معين فأنه هناك مانع يعدَّ قيداً على إرادة أطراف العلاقة القانونية فيعدَّ عقبة أمام المطالبة بالدين[1]. وتبقى هذه العقبة إلا إذا زال هذا المانع، إذا أن هذه العقبة تدورُ وجوداً وعدماً مع المانع، وإذا أمعنا النظر إلى ما ذهب إليه هذا الرأي نجدهُ يتناغم مع القاعدة الفقهية التي تعتبرُ أساساً واقعياً لفكرة الإنقضاء من ناحية والعودة للحقوق والألتزامات من

(1) د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري مصدر سابق، ص 454.

ناحيـة أخـرى،إذ تـنص هـذه القاعـدة بأنـه ((إذا زال المـانع عـادَ الممنـوع))[1]. فـإذا تـوفر هـذا المـانع أيـاً كـان سـببه سـواء أكـان الوفـاء أم المقاصـة أم التقـادم، مـن دون النظـر إلـى مصـدر هـذا الألتـزام سـواء أكـان التصـرف القـانوني أم الواقعـة القانونيـة فأنـه يـؤدي وقـف نفـاذهُ مـن ناحيـة المطالبـة وحـدها، أمـا إذا زال هـذا المـانع فـأن الإلتـزام يعـودُ كمـا كـان وكـأن الأنقضـاء لـم يكُن[2]. و علـى المنـوال نفسـه ذهـبَ رأي أخـر فـي الفقـه القـانوني إلـى أن هـذه الفتـرة هـي مـانع طبيعـي يحـولُ دون المطالبـة ويـورد لـذلك العديـد مـن الأمثلـة ومـن أهمهـا ((أن أجتمـاع صـفة المسـتأجر للعـين المـؤجرة والمشـتري لهـا فـي شـخص واحـد عنـدما يشـتري المسـتأجر العـين المـؤجرة حيـث تقـوم بـه حالـة أتحـاد الذمـة بالنسـبة لعقـد الأيجـار، فهنـاك مـانع طبيعـي نتيجـة لأتحاد الذمة، فلا يمكن مطالبة المستأجر لنفسه بأجرة العين بأعتباره مالكاً لها [3].

واسـتناداً علـى ذلـك فـإذا انقضـى الالتـزام كـان هـذا الانقضـاء مانعـاً طبيعيـاً يحـولُ دون المطالبـة حسـب رأي هـذا الأتجـاه الفقهـي، بينمـا نجـد أن هنـاك رأي فـي الفقـه القـانوني يـرى بأنـه مـانع قـانوني ولـيس مـانع طبيعـي، حيـث أن الملـتمس لآراء الفقـه القـانوني يجـدُ أن الأخيـر لـم يكُـن موقفـه بأتجـاه واحـد، أو علـى وتيـرة واحـدة، فتـارة يـرى أن الفتـرة مـا بـين إنقضـاء الحـق وعودتـه هـي مـانع قـانوني مـن المطالبـة، إلـى حـين العـودة، وتـارة أخـرى يـرى أنـه مـانع طبيعـي، كمـا فـي أنقضـاء الحـق عـن طريـق أتحـاد الذمـة،- فهنـاك رأي فـي الفقـه يقـول ((إن زوال أتحـاد الذمـة يراعـى إن أتحـاد الذمـة لـيس فـي حقيقتـه سـبباً مـن أسـباب أنقضـاء الألتـزام، بـل هـو مـانع قـانوني، يحـولُ دون المطالبـة بالـدين، مـن جـراء أتحـاد صـفتي الـدائن والمـدين فـي الشـخص ذاتـه، مثـال ذلـك بطـلان الوفـاء بالـدين لعـدم ملكيـة المـوفي للشـيء المـوفي بـه، فيعـود الـدين بـأثر رجعـي لـبطلان الوفـاء، فالوفـاء للـدين أيـاً كـان سـببه يكـون مـانع قـانوني يحـولُ دون رجعيـة)) [4] . ويترتـبُ علـى ذلـك أنـه إذا زال السـبب الـذي أدى إلـى أتحـاد الذمـة، وكـان لزوالـهِ أثـر رجعـي عـادَ الـدين إلـى الوجـود هـو وملحقاتـه لـذوي الشـأن

([1]) د. عبـدالكريم زيـدان، الـوجيز فـي شـرح القواعـد الفقهيـة فـي الشـريعة الأسـلامية، الطبعـة الثانيـة، مؤسسـة الرسالة للطباعة المحدودة، بيروت، لبان، 20001، ص245.

([2]) د. أحمد عبد الدائم، مصدر سابق، ص 255.

([3]) د.محمد حسـين منصـور، النظريـة العامـة للالتـزام (أحكـام الالتـزام)، الطبعـة الأولـى، دار الجامعـة الجديـدة ، مصـر ، الأسـكندرية، 2006، ص 541. أنظـر كـذلك د. مصـمد صـبري السـعدي، الواضـح فـي شـرح القـانون المـدني، النظريـة العامـة للالتزامـات ـ أحكـام الالتزام(دراسـة مقارنـة فـي القـوانين العربيـة)، الطبعـة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، بلا سنة طبع، ص 378.

([4]) احمـد عبـد التـواب محمد بهجـت، الـوجيز فـي شـرح احكـام الضـمانات العينيـة والشخصيةمصـدر سـابق، ص145، وما بعدها.

جميعاً، ويعد أتحاد الذمة كأن لم يكُن، فإذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته بمقتضى وصية قابلة للإبطال فإن إبطال الوصية يعيد الدين الموصي به إلى الوجود بعد أن حال اتحاد الذمة دون المطالبة به قانونا (مانع قانوني) . فيعود الدين في ذمة المدين للتركة كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته [1]. كذلك إذا قبل المسحوب عليه سند السحب، واشتراه بعقد قابل للأبطال، ثم أبطل العقد. أو إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال، ثم أبطل العقد. ففي هذه الأحوال يعد أتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي، ويعود الدين إلى الظهور هو وملحقاته وتوابعه [2].

وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت بأنه ((أن أتحاد الذمة مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين من جراء أتحاد صفتا الدائن والمدين في ذات الشخص، يقتصرُ أثره على وقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها، أذا تحققت شروطه في أجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد، و وروده على كافة الديون أياً كان مصدرها، فأن زواله يؤدي الى إعادة الحال أي الدين الى الوجود وأعتباره كأن لم يكن، إذ إن مفاد نص المادة (370) من القانون المدني يدلُ على أنه إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد أنقضى هذا الدين بالقدر الذى أتحدت معه الذمة وإذا زال السبب الذى أدى لأتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عادَ الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبرُ أتحاد الذمة كأن لم يكن)) [3].

هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك رأياً في الفقه القانوني يطلق الأمر فيرى أنه مانع من موانع المطالبة بالحق، ولم يقيد هذا الأطلاق! هل هو مانع قانوني أم مانع طبيعي؟، ويبرر قوله في أن أنقضاء الحق يؤدي إلى شلَّ وجود الحق، ولكن لا يعدمه تماماً[4]. بينما

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (43) والصادر في 29/ 1/ 1992، نقلا عن د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للألتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص 248.

([2]) د شفيق طعمة ود. أديب أستانبولي، التقنين المدني السوري، بلا طبعة، الجزء الرابع، المكتبة القانونية، ديمشق، سوريا، 1994، ص 215.

([3]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (8492) لسنة 86 قضائية الدوائر المدنية والصادر بتاريخ 19/ 3/2018، قرار منشور على الموقع الألكتروني المتاح lawyereypt.net تاريخ الزيارة 2024/1/18.

([4]) د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الألتزام والأثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، مصر، 2009، ص 428.

يذهبُ رأي آخر في الفقه القانوني بأن إنقضاء الدَّين قبل عودته هو في حكم الإستحالة، ويدعم رأيه هذا، بانه يستحيل في الواقع ان يطالب الانسان نفسه، فيرجع بصفته دائنا، على نفسه بصفته مديناً[1].

يتضَّح من كل مما تقدم أن موقف الفقه القانوني جاء متباين، إذ إنه لم يكن على وتيرة واحدة في تحديد طبيعة هذا المركز القانوني فتبين لنا من خلال عرض هذه الأراء أنه تارة يقول بأنه مانع طبيعي، وتارة أخرى يرى بأنه مانع قانوني، حيث التمسنا ذلك من خلال مراجعتنا لمؤلفات الفقه القانوني من جهة ومن توجه القضاء المدني في ذلك، هذا ومن الجدير بالذكر أن الأمر لم ينتهِ إلى هذا الحد بل أنه تعدى ذلك، فهناك جانب من الفقه القانوني يطلقُ الأمر فيقول بأنه مانع ولم يبين طبيعة هذا المانع هل هو مانع قانوني أم هو مانع طبيعي، هذا يؤدي بنا دون شك الى طرح التساؤل الأتي: ما مدى صلاحية هذه الأتجاهات الفقهية في تحديد التكييف القانوني لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانوني المدني ؟ في معرض الأجابة على التساؤل المطروح في الأعلى أنه يمكننا الرد على هذه الأراء ومناقشتها كلا على أنفراد بأعتباره مانع طبيعي أو قانوني وكما هو مبين أدناه:

1- إذا خلصنا بأنه مانع طبيعي فأنه يجب أن يكون هناك ما يبرره، فالمانع الطبيعي بطبيعة الحال يفترض أن يحصل بفعل الطبيعة، ودون تدخل الأنسان، وهذا الأمر في الحقيقة غير متحقق في أغلب حالات وفرضيات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ثم أن القول بأنه مانع طبيعي قد يُفسر بعض حالات هذا المركز القانوني، خصوصاً في ما يتعلق بحقوق الأرتفاق العقارية، إذ أنه هذا النوع من الحقوق قد يكون للطبيعة سبب في إنقضائه من جهة وعودته من جهة أخرى.

فعلى سبيل المثال فيما لو كان حق الأرتفاق مقرراً على عقار، وأنهدم العقار الخادم بفعل الطبيعة، فهنا ينقضي حق الأتفاق، كذلك الأمر لوكان هناك حق مرور على عقار معين ثم أنغمر هذا الحق (حق المرور) بالمياه نتيجة فيضان، ثم بعد فترة زمنية أنكشف حق المرور فهنا أنقضى حق المرور وعادَ بفعل الطبيعة، ومن هنا يمكن القول أن يكون المانع هنا طبيعياً وأذا زال هذا المانع عادَ الممنوع ففي حالة بناء العقار الخادم يعود حق الأتفاق من جديد، وبالتالي فأن هذا الوصف لتحديد التكيف القانوني لهذا المركز لا يمكن

([1]) د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للألتزام في القانون المدني المصري ، مصدر سابق، ص 454.

أن يأخذ به على أطلاقهِ فأنه وأن كان يحمل جانباً من الصحة وأنه يفسر بعض الحالات ألا أنه أمر نسبي.

2ـ ويمكن الرد على من يقول بأنه مانع قانوني بأن القانون المدني العراقي من جهة وكذلك القوانين المدنية الأخرى لم تنص على ذلك صراحة، فالمطلع على النصوص القانونية المنظمة لأنقضاء الحقوق لم تشير إلى ذلك وأنما أشارت الى تعبير مخالف إذ إنها إشارت كلمة ينقضي وهذا ما سنبينه بعد قليل.

ثانياً- التزام طبيعي

لعل البعض قد يتساءل هل تعدَّ هذه المدة أي الفترة الزمنية ما بين إنقضاء الحق و عودته هي التزام طبيعي ؟ قبل بيان ما إذا كانت هذه الفترة هي التزام طبيعي أم لا، لا بد من أن نبين ماهية الألتزام الطبيعي من جهة، وكذلك تحديدُ عناصره وحالاته من جهة أخرى، ومن هذا المنطلق فأن الألتزام الطبيعي يكون ئوسط في المرتبة بين الألتزام المدني والواجب الأدبي، فالألتزام الطبيعي واجب أدبي في طبيعته يدخلُ في منطقة القانون، فيعترف به القانون إلي مدى معين، وهذا المدى الذي يقفُ عنده القانون في الاعتراف بالألتزام الطبيعي هو التنفيذ الأختياري[1].

إذ لا يُجبر المدين في الألتزام الطبيعي علي التنفيذ القهري، ولكن التنفيذ الأختياري فيه يكون مُعتبر، فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وهو علي بينة من أمره، أي إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره علي التنفيذ، ولكنه مع ذلك يؤدي إلي الدائن ما يحس أن ضميره يلزمهُ بأدائه، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الألتزام الطبيعي، إذ إن ما دفعه ليس هبة يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء، الألتزام في ذمته وهذا كله بخلاف الألتزام المدني، فإن هذا الألتزام لا يقتصر الأمر فيه علي أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده، بل أيضا إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء[2] .

فالإلتزام المدني كما هو معلوم يشتملُ علي عنصرين، الأول عنصر المديونية و الثاني عنصر المسؤولية، و رأينا أن الألتزام الطبيعي لا يحتوي من هذين العنصرين إلا

([1]) د. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الألتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 6 ومابعدها.

([2]) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص 5 وما بعدها

الأول منهما وهو عنصر المديونية، فالمدين بالتزام طبيعي مدين لا في حكم الضمير فحسب، بل أيضا في حكم القانون، ومن هنا إذا وفي الدين لم يستطع أسترداده، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه، ولكن المدين لا يجبر علي الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة وأختيار، فهذا هو عنصر المسؤولية الذي أنفصل عنه، لذلك فأن الألتزام الطبيعي هو واجب أدبي أرتفعت منزلته في نظر القانون حتي قارب أن يكون التزاماً مدنياً، فهو وسط ما بين المرتبتين[1].

وعلى المستوى التشريعي فمن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم ينص صراحة على الألتزام الطبيعي، بخلاف المشرع المصري الذي أشار الى ذلك صراحة من خلال نص المادة (200) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام)) .

ويتبيّن لنا بوضوح من هذا النص أن المشرع المصري على خلاف المشرع العراقي قد أشار الى بعض حالات الألتزام الطبيعي حيث أشار الى أن البت فيما إذا كان هناك واجب أدبي قد أرتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره إلي قاضي موضوع النزاع، هذا ما لم يوجد نص قانوني يقضي في حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً، فيجب إعمال هذا النص[2].

و ليس أبلغ في الدلالة من ذلك ما نصت عليه المادة (386/ 1) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يترتبُ على التقادم إنقضاء الألتزام ، ومع ذلك يتخلفُ في ذمة المدين التزام طبيعي)).

واستناداً إلى ذلك فأن التقادم يؤدي الى تحول الألتزام الى التزام طبيعي إذ إن سقوط الألتزام بالتقادم عن طريق أنفصال عنصر المسؤولية عن عنصر المديونية في الألتزام، وأختفاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثاني، فلا يبقى إذن في الألتزام

([1]) د. محمد عبد القادر، النظرية العامة للألتزام، أحكام الألتزام، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، بلا مكان طبع، 2000 ص 15.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - أثار الالتزام)، الطبعة الثالثة ، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار القلم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1996، ص548.

المُتقادم عنصر المسؤولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به، ولكن يبقى عنصر المديونية، وعليه وفى المدين مختاراً الالتزام الذي سقط بالتقادم فإنه يوفي ديناً مترتباً في ذمته، ولا يكون متبرعاً، فلا يستطيع استرداد ما أوفي به وعلى الرغم من اختلاف الفقه القانوني في تأصيل التقادم، وهل هو زوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية، أو هو يلحق الدعوى دون الحق، أو هو يلحق الدعوى والحق معاً، فإنه يبدو أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية، ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً، فإن قُلنا أن التقادم يُسقط عنصر المسؤولية ويستبقي عنصر المديونية، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده، وهذا هو الألتزام الطبيعي، وإن قلنا أن التقادم يُسقط الدعوى دون الحق، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه، وهذا هو أيضاً الألتزام الطبيعي.

وإن قلنا أن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً، فلا شك في أنه يختلفُ هنا أيضاً عن سقوط الدعوى والحق التزام طبيعي يحلُ محلَ الألتزام المدني الذي سقطَ بالتقادم، فبكُل الأحوال يختلف عن تقادم الحق التزام طبيعي، وعليه فأن القاضي وهو يحددُ الألتزامات الطبيعية في الحالات المختلفة التي تعرض عليه، فأنه يكون أمام أمرين الأول منهما أنه يَبتُ في مسألة قانون يخضعُ فيها لرقابة محكمة التمييز، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة، إمّا عن مسألة تحديد العناصر التي يتكون منها الألتزام الطبيعي من ناحية، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً من ناحية أخرى.

فضلاًعن ذلك ما يجب توافره من العناصر على ما ثَبتَ عندهُ من الوقائع القانونية مكيفة التكييف القانوني الصحيح، فهو في تحديده لعناصر الألتزام الطبيعي أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي، فقد فوض له المشرع المدني أن يقدر عند عدم النص على ذلك ما إذا كان هناك التزام طبيعي من عدمهِ، ويستأنس في عملهِ بما أستقر في القضاء والفقه، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف و قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، لا بوصفها مصادر مباشرة يجب الرجوع إليها عند أنعدام النص، بل بأعتبارها تشكل المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضي مع وجود النص الذي يكل إليه أمر التقدير، أي مع وجود النص الذي يمنحه سلطة تقديرية في ذلك. أما عن عناصر هذا الألتزام فأنه يمكن القول بأنه هناك ثلاثة عناصر تعد جوهر هذا النوع من الألتزام، فالعنصرالأول يعدَّ واجباً أدبياً يتميز في نطاق محدد بحيث يكون قابلاً للتنفيذ فيخرج بذلك من دائرة الإبهام

والغموض التي تغمر عادةً منطقة الواجبات الأدبية إلي دائرة التحديد والوضوح التي تُميز منطقة الألتزامات المدنية، وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصلهِ التزاماً مدنياً ثم أنقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانوني منعَ من أن يترتب عليه كل آثاره، أو أن يكون منذ البداية واجب أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفرهِ على العناصر الثلاثة لهذا الألتزام وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي [1] .

أما عنصره الثاني فأنه يتبلورُ في إحساس المدين أن في ذمتهِ التزاماً طبيعياً، وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلاً عند المدين بالذات، بل يكفي أن يكون من الواجب أن يقوم، وأن يدخل في الأعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير أن يؤدى، ونرى من ذلك أن المعيار في العنصر الثاني موضوعي لا ذاتي، وأخيراً لا بد أن يكون هناك عدم تعارض مع النظام العام، وهذا ما أشارتْ إليه العبارة الأخيرة من المادة (200) من القانون المدني المصري في هذا الصدد بأنه ((... في كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام))[2]. هذا ومن الجدير بالذكر أنه إذا توافرت هذه العناصر فأن هذا الألتزام يرتبُ مجموعة من الأثار فعند الولوج بالنصوص القانونية للقانون المدني المصري نرى أنه أشارَ صراحة الى هذه الأثار، أذ تنص المادة (201) من القانون المدني المصري على أنه ((لا يسترد المدين ما أداه بأختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً)). وتنص المادة (202) من القانون نفسه على أنه ((الألتزام الطبيعي يصلحُ سببا لألتزام مدني)).

وبهذا فالمبدأ العام هو أن الالتزام إذا كان طبيعياً لا يجبر المدين على تنفيذه، لأنتفاء عنصر المسؤولية من الألتزام، ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا، فكل عمل أختياري يقوم به المدين مختاراً قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالألتزام الطبيعي، يكون عملاً معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه، ويترتبُ على هذا المبدأ العام

([1]) د. محمد شتا ابو سعد، حالات الألتزام الطبيعي وموقف القاضي منها في القانون المدني المقارن، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، العلوم الأدارية، المجلد(4)، العدد(2)، الرياض، 1992، ص 273. .

([2]) مثال ذلك إذا أتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد علي 7% ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن ما دفعه من الفوائد زائداً علي 7% لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذا هو يتعارض مع النظام العام ، ويكون للمدين الحق في أسترداد ما دفع من ذلك . وهذا ما قضت به الفقرة الأولي من المادة (227) من القانون المدني المصري إذ تنص هذه المادة على ((...فإذا اتفقا على فوائد تزيد عن هذا السعر وجب تخفيضها إلى 7% ، ويتعين رد ما دفع زائداً الى هذا القدر)).

مجموعة من الأثار ومنها، أن الوفاء الأختياري بالألتزام الطبيعي يجوز الوفاء به ، ويعتبر وفاء لا يجوز أسترداده، ولا يعتبر تبرعاً يجوزُ الرجوع فيه، وهذا هو الوفاء بالألتزام الطبيعي في الحال[1]. كما أن الألتزام الطبيعي يصلحُ سبباً لإنشاء التزام مدني، وهذا هو الوفاء بالألتزام الطبيعي في الأستقبال عن طريق تحويله إلي التزام مدني [2]، كما لا يجوز أن يُقاص الألتزام الطبيعي بدين آخر، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري، فإذا أجزنا المقاصة في الألتزام الطبيعي كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر[3].

وعلى أساس ذلك بعد أن بينا ماهية الألتزام الطبيعي، وحددنا عناصره، ثم تطرقنا بعد ذلك لأهم الآثار التي تترتبُ عليه، يتبادرُ في الذهن سؤال الا وهو هل تعتبر الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته التزام طبيعي يمنعُ المطالبة بهِ كونه يفتقدُ الى عنصر المسؤولية؟ أبتداءً لا بد من القول أن المطلع على أراء الفقه القانوني يرى أنهم لم يبينوا ذلك بشكل صريح، ولكن على الرغم من ذلك فأن هناك رأياً في الفقه القانوني جديرٌ بالأحترام حقيقة، يذهبُ إلى أن أنقضاء الدين وزواله يُعد في الحقيقةِ التزاماً أخلاقياً على عاتقِ المدين (الموفي له) بعدم مطالبته بحقوق ناشئة عن الدين [4].

ومن ثم فأن هذه المدة بين أنقضاء الحق وعودته على حد تعبير هذا الرأي تُعد التزام طبيعي، يتبلورُ في كونهِ التزام (التزام أخلاقي) بعدم المطالبة لأنه يتجردُ من عنصر المسؤولية، فتبقى العلاقة الدائنية قائمة، فإذا أنقضى الدين باتحاد الذمة مثلاً فقد نشأ عن ذلك حالة شاذة وهي أن يكون الشخص في مواجهةِ نفسه مسؤولية مالية وهو غير جائز لأنه بعد أتحاد الذمة لا يملك سوى ذمة واحدة فينقضي عنصر المسؤولية ويبقى عنصر المديونية وهذا ما يتفق وأحكام الألتزام الطبيعي، كما هو الحال في ما إذا أصبح الدائن

([1]) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 8.

([2]) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للألتزام، أحكام الألتزام والأثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2003، ص105

([3]) د. أحمد عواد سلامة، وسائل اجبار المدين على التنفيذ العيني، بلا طبعة، دار البازوري العلمية، عمان، الأردن، بلا سنة طبع، ص 24 وما بعدها

([4]) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، مطابع البيان التجارية، بلا مكان طبع، 1993- 1994، ص 12، وما بعدها.

المرتهن مالكاً للعقار المرهون، فهنا يبرزُ عنصر المديونية وينهدمُ عنصر المسؤولية [1]. فعلى أساس ذلك لو قلنا بأن تكييف هذا المركز أو هذا الوضع القانوني أن الألتزام هنا قد تحَول من التزام مدني تتوافر فيه عنصري هذا الألتزام (المديونية والمسؤولية) إلى التزام طبيعي يتضمنُ فقط عنصر المديونية[2]، فأنه يتطلبُ منا شيء من التفصيل في بيان مدى صحته من جهة، كما لا بد لنا من بيان مدى صلاحيته في تكييف هذا الوضع القانوني من جهة اخرى ، ولغرض بيان ذلك الأمر يتحتمُ علينا تطويع مفهوم وأحكام الألتزام الطبيعي على هذا المركز القانوني محلَ البحث والدراسة.

وعلى أساسِ ذلك قُلنا إنه في نطاقِ الألتزام الطبيعي يجب أن يكون هناك التزام طبيعي يحتوي على عنصر المديونية وهذا غير متحقق في المركز القانوني محل البحث، إذ أنه في هذا المركز ليس لدينا التزام أصلاً فالعلاقة القانونية تزولُ بما تفرضهُ من حقوقٍ والتزامات، بالإضافة إلى ذلك لو فرضنا أن هناك التزام طبيعي، فالأخير سيؤول إلى التزام مدني إذا أقرَ المدين به وهنا في حقيقة الأمر ليس لدينا دائن أو مدين؛ لكي يتحولُ هذا الألتزام إلى إلتزام مدني هذا من جهة. وكذلك الحال ان نشوء الألتزام الطبيعي غير متحقق هنا؛ لأن هذا الألتزام ينشأ أما في حالة وجود إلتزام أخلاقي أو واجب أدبي يتحولُ الى التزام طبيعي، أو وجود التزام مدني يفقدُ عنصر المسؤولية، ويبقى عنصر المديونية وهذا أيضا غير متحقق في موضوع بحثنا من جهةٍ أخرى، كذلك أن القول بأن هذا المركز القانوني أنه يتحولُ إلى التزام طبيعي لا يقتصرُ على زوال الحقوق جميعاً خاصة وان القانون المدني أشارَ في نصوصهِ وفي نطاق أنقضاء الألتزام إلى ذلك وهذا ما ينفي عنه بأنه التزام طبيعي، زُد على ذلك أن القانون المدني العراقي لم ينص صراحة على الألتزام الطبيعي في كل حالات الإنقضاء وأنما أخذ به بصورة ضمنية في بعض النصوص القانونية . وعليه لايمكننا التسليم بأن الفترة القانونية ما بين أنقضاء الحق وعودته من حيث التكيف القانوني بأنها التزام طبيعي.

ثالثا ـ انقضاء للحقوق

إن إنقضاء الحق في بعض الأحيان يكون انقضاء نهائي لا عودة فيه وهذا هو الغالب، لأن الانقضاء هو نهاية الحق ومن ثمَّ زواله نهائياً، كما في الوفاء فأن المدين إذا

(1) د. احد السعيد الزرقد، احكام الالتزم، مصدر سابق، ص 243.
(2) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للألتزام (أحكام الألتزام), مصدر سابق. ص296.

وفى الحق الذي عليه ينتهي هذا الحق، وكما في الإبراء فالإبراء سبب من أسبابِ أنقضاء الالتزام، فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدينِ الذي في ذمتهِ، فقد انقضى به حق الدائن [1].كذلك الأمر في استحالةِ تنفيذُ الالتزام بسبب اجنبي يترتبُ على أن ينقضي هذا الالتزام إذ التنفيذ قد اصبحَ مستحيلاً، والمدين غير مسؤول عن هذهِ الاستحالة، فلا مناص من القولِ بانقضاء الالتزام، هذا ما دفع البعض من الفقهِ القانوني إلى تكييف هذا المركز القانوني بأنه انقضاء للحقوق والألتزامات ولكنه انقضاء من نوعٍ خاص، إذ إن هذا الانقضاء يصاحبهُ بعد ذلك عودة للحوق والالتزامات، وإن هذا الرأي الذي ذهبَ إلى إنه إنقضاء للحقوق يفسر لنا الكثير من الحالات أو التطبيقات في القانون المدني لأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، فضلا عن ذلك أن اسباب انقضاء الحقوق أو الألتزامات محلَ البحث عالجها القانون المدني العراقي في باب أنقضاء الألتزام إذ أنه أشارَ إلى التقادم وكذلك إلى اتحاد الذمة، والوفاء والمقاصة، وغيرها من الأسبابِ التي تؤدي إلى أنقضاء الألتزام في القانون المدني [2].

فضلاً إلى ذلك مما يؤيد كلامنا و ما ذهبنا إليه بأنه إنقضاء للحقوق والألتزامات يمكن القول بأن المطلع على احكام القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى ، ولا سيَّما تلك التي تكون منها محل مقارنة، يرى أنها قد أستخدمت مصطلح (أنقضاء) بصحيحِ العبارة، فهذا يدلُّ دلالة قاطعة على إرادةِ المشرع لهذا المصطلح، والدليل على ذلك نص المادة (1315) من القانون المدني والتي تنّص هذه المادة على أنه ((1 – ينقضي حق الرهن التأميني بأنقضاء الدين الموثق، ويعودُ معه إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين إنقضاء الديون وعودته)) [3]. والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (1082) من القانون المدني المصري، والتي تنص هذه المادة على ((ينقضي حق الرهن الرسمي

([1]) وهذا ما نصت عليه المادة (420) من القانون المدني العراقي والتي نصت هذه المادة على أنه (إذا أبرأ الدائن المدين سقطَ الدين)) وكذلك المادة المادة (371) من القانون المدني المصري إذ جاء فيها ((ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً)).

([2]) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، أحكام الألتزام، مصدر سابق ، ص 249.

([3]) أنظر كذلك نص المادة (1346) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن الحيازي بأنقضاء الدين الموثق، ويعودُ معه إذا زالَ السبب الذي أنقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين إنقضاء الدين وعودته))، وتقابلها في المعنى نفسه احكام المادة (1112) من القانون المدني المصري.

بانقضاء الدين المضمون، ويعودُ معه إذا زال السبب انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين أنقضاء الحق وعودته)). وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (2488) من القانون المدني الفرنسي، كذلك نص المادة (1283) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبحُ في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق ويعود إذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق)).

وتقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (1082) من القانون المدني المصري، وكذلك نص المادة (704) من القانون المدني الفرنسي والتي جاءت بذات المعنى، وكذلك نص المادة (١٢٨١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((ينقضي حق الأرتفاق بأنقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به، أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً وبأجتماع العقارين في يدِ مالك واحد، الا أنه في هذه الحال الأخيرة، إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يستندُ أثره الى الماضي فأن حق الأرتفاق يعودُ))، والتي تقابها في المعنى نفسه نص المادة (1026) من القانون المدني المصري، ونص المادة (705) من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي يتبين لنا أن المشرع قد أستعمل مصطلح ينقضي الحق بصحيح العبارة مما يدعم الرأي القائل بأنه أنقضاء الحقوق [1].

ومن ثم يتضّحُ لنا من العرض المتقدم أن المشرع قد أشارَ إلى أن الحق ينقضي وبهذا فأن المدة ما بين أنقضاء الحق وعودته، هي مرحلة تعليق للحق من الأنتهاء أو زوال، فالمشرع قد أراد من أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هي الأنقضاء ولكن هذا الأنقضاء من نوع خاص، وهذا يبدو لنا أكثر وضوحاً عند التمعن بنصوص القانون المدني، فالاخير قد أستخدم عبارة الحق ينقضي مراراً وتكراراً في نطاق الحقوق العينية ولا سيّما التبعية منها، وكذلك الحقوق الشخصية، ولذلك فهي مرحلة إنقضاء للحق وما هذه الفترة إلا فترة ريبة وشك من الانقضاءِ أولاً والعودة لها ثانياً، فضلاً عن ذلك أن ما يؤيد رأينا هذا بأنه أنقضاء من نوع خاص يكمنُ في وجهتين **الأولى**: أنه القانون المدني العراقي قد أجاز عودة الحق بعد أنقضائه بصورة صريحة مما يدلُ على أنه أنقضى قبل ذلك أي قبل العودة له. **والثانية**: أن الكثير من الأحكامِ القضائية تشيرُ صراحة الى تكييف هذا المركز بأنه إنقضاء لهذه الحقوق على سبيل المثال هو ما جاءَ في أحد أحكام

([1]) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص 297.

محكمة النقض المصرية والذي جاءَ فيه ((المقرر قضاء محكمة النقض أن عقد الأيجار ينقضي بأتحاد الذمة كما إذا أشترى المستأجر العين المؤجرة من صاحبها فهو يكون بهذا الشراء قد أجتمعت في يدهِ صفتاه المستأجر والمؤجر فينقضي الألتزام بأتحادِ الذمة وينقضي عقد الإجارة)) [1].

كذلك أشارت محكمة النقض المصرية في حكم أخر لها بينت من خلالهِ أن تكيف هذه الفترة أي الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته بأنها إنقضاء حيث قضت هذه المحكمة ((أن مفادَ نص المادة (1082) من قانون المدني المصري أن الرهن الرسمي ينقضي بأتحاد الدين ...)). [2] كذلك نلاحظ أن محكمة التمييز الإتحادية قد أشارت بصورة ضمنية الى أنقضاء الحق إذ جاءَ في أحد أحكام هذه المحكمة أنه ((... أن أجتماع صفتي المؤجر والمستاجر بشراء المستاجر للعين المؤجرة يؤدي إلى إنقضاء عقد الأيجار ...))[3] . وعليه فان الفقه القانوني قد أختلف في تكييف هذا الوضع القانوني بين من يرى بأنه مانع من المطالبة سواء أكان مانع طبيعي أو قانوني وبين من يرى بأنه التزام طبيعي، كذلك أن هناك رأي يذهبُ بأنه أنقضاء ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي بأنه أنقضاء، ولكن الأخير هو أنقضاء من نوع خاص، لأن هذا الأنقضاء يصاحبهُ بعد ذلك عودة للحقوق والألتزامات، مستندين في ذلك بما ذهبَ إليه المشرع من جهة، وأحكام القضاء من جهة أخرى.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها

بادئ ذي بدء يمكنُ القول إن البحث في الأساس الذي يستندُ أو يرتكزُ عليهِ انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني لا يستقيم كاملًا من حيث الأصل إلا بالبحث في جميع الآراء التي قيلت بصدد بيان هذا الأساس، إذ إن الفقه القانوني قد أختلف في شأن

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2571)، والصادر بتاريخ 2014 /4/28، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 10 / 1/ 2024.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (799)، والصادر بتاريخ 2018 /9/3، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 25 / 1/ 2024.

[3] قرار محكمة التمييز الأتحاديةوالمرقم (1046) والصادر بتاريخ 2018/8/28، الهيئة الموسعة المدنية/2018/ قرار غير منشور.

الأساس القانوني لانقضاء الحقوق عودتها، فمنهم من يقول إن هذا الوضع القانوني يرجعُ إلى صفة تلازمهُ، أي أنها متعلقة بموضوعهِ بحيث تكون هذه الصفة مرتبطة به وجوداً وعدماً، إنقضاءً وعودةً، و رأي أخر يرى أن أساسها المصلحة، كذلك أن البعض الآخر من الفقهِ القانوني يرى بأن اساسها يرجعُ إلى طبيعة الحق عينياً كان أو شخصياً ...، وبالنظر لتعدد وأختلاف حالات أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، فإن الأساس القانوني لها يختلفُ بأختلافِ كُل حالة بما يتلاءم معها وينسجمُ مع أحكامها، هذا ومن الجدير بالذكر هنا أنه لامكانية وضع قاعدة أو اساس يمكن من خلاله وضع نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها، فأنه لا بد من بحث الأساس القانوني لأنقضاء الحقوق من ناحية، كما أنه لا بد من بحث أساس العودة للحقوق بعد أنقضائها من جهة أخرى، هذا ولغرض بحث ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتطرق في الفرع الأول منه إلى الأساس القانوني لأنقضاء الحقوق، أما الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة الأساس القانوني لعودة الحقوق، والتي تشكلُ في مجموعها أساساً قانونياً لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني .

الفرع الأول

الأساس القانوني لانقضاء الحقوق

إن الحقوق أو الألتزامات إذا انقضت فأنها تنقضي بصورة نهائية لا عودةً لها فيها، ولكن نلاحظ أن فلسفة المشرع في بعض الحالات تشيرُ الى امكانية إعادة الحق بعد أنقضائه و تأكيداً على ذلك نقولُ إن الأصل في الأشياء محل الحق أو الحقوق بشكل عام يكون مصيرها حتماً إلى الزوال أو الإنقضاء، لكن هذه الحتمية تختلفُ بأختلاف نوع الحق سواءَ أكان حق عيني أم حق شخصي أم أي حق أخر، ونلاحظ كذلك بأن الحق العيني وأن كان من حيث الأصل أنه حق مؤبد أو حق دائم طالما بقى محل الحق، ولكن بعض الحقوق العينية قد تنقضي، أما بموجب نص القانون كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة. و كذلك قد ينقضي الحق من خلال إرادة صاحب الحق كما هو الحال في الوقف، وكذلك سقوط الشفعة فإذا لم يقُم الشفيع في أجراءات الشفعة التي أشارت اليها أحكام المواد (1140/1139/1138) فهنا تسقطُ حق الشفعة بإرادة الشفيع بأنه لم يقم في أجراءات الخاصة الشفعة، ولا يقتصر إنقضاء الحقوق على الحقوق العينية الأصلية، فمن الممكن أن تنقضي الحقوق العينية التبعية المتفرعة عن الحقوق العينية الأصلية، كحق الأنتفاع،

والاستعمال والأستغلال والسُكنى، الإرتفاق، فهي حقوق تنقضي ب" الأجل- وفاة المندفع- هلاك الشيء –أستحالة الأستعمال... " كذلك الحال في الحقوق العينية التبعية(التأمينات) فهي تنقضي بالوفاء بالدين أو بهلاكِ الشيء او التنازل أو بأتحاد الذمة، كذلك قد تنقضي الحقوق الشخصية أذ تنقضي بالوفاء أو بما يعادلُ الوفاء أو ينقضي الألتزام دون أن يوفي به، ومهما يكُن من الأمرِ أن هذه الأسباب لإنقضاء الحقوق ترجعُ إلى مجموعة من الأُسس، أذ طرحَ الفقه مجموعة منها وعن طريقها نبين القاعدة التي نستند عليها في انقضاءِ الحقوق وكما يأتي :

أولاً- أتحاد الصفات

من المعلوم أن اتحاد الصفات يُعدّ من أهم الأسس التي طرحها الفقه القانوني لانقضاء الحقوق أو الألتزامات، إذ أشارَ الفقه القانوني إلى أن اتحاد الصفة يؤدي إلى انقضاء الدين أو الحق بشكل عام، فالصفة تعني الوصف القانوني الذي يباشرُ الشخص حقه فيها، فلو لا هذهِ الصفة القانونية لانعدم التصرف القانوني، فهذه الصفة يتحددُ بموجبها النطاق الشخصي لأطراف العلاقة القانونية، كالدائن والمدين، المؤجر والمستأجر، البائع والمشتري...وغيرها من الصفات في نطاق الألتزامات أو الحقوق الشخصية، كذلك هو الأمر بالنسبة للحقوق العينية، فهذه الصفة تؤدي دوراً مهماً في انقضاءِ هكذا نوع من الحقوق، كالراهن والمرتهن وكذلك صاحب العقار الخادم والمخدوم ... فهذه الصفات على الرغمِ من أختلافها فأنها تؤدي دون شك إلى أنقضاء الحقوق والألتزامات القانونية، ومهما يكُن من الأمرِ فأن التساؤل الذي يدقَّ في الذهنِ في هذا المجال هو كيفية أنقضاء الحقوق والألتزامات عن طريقِ أتحاد الصفات؟ وهل تصلحُ أن تكون أساساً لانقضاء الحقوق ؟ وماهو نطاقها؟ في إطار الإجابة على التساؤلات المطروحة اعلاه يمكننا القول بأن أتحاد الصفة أو تطبيقات أتحاد الصفة في حقيقةِ الأمر تكمنُ في ثلاث مسائل بشكل عام ألا وهي :

1:- اتحاد الصفة في الدين.

2 :- تعددُ الصفات في المقاصة .

3 :ــ تعدد الصفات في الرهن أذ إن الأخير تعدد فيه الصفات؛ لأن الدائن المرتهن لديه صفتان. ولبيان دور كل من هذه الصفات في أنقضاءِ الحقوق .

أ- أتحاد الصفة في الديون: لا شك أن الحقوق سواءَ أكانت شخصية أم عينية فأنها حتماً تنتهي بأتحاد الصفات، فأذا أجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين فعلى حد تعبير البعض الفقهاء يؤدي إلى أنقضاء الألتزام أو بالأحرى الدين، أو يكون مانعاً من المطالبةِ على حدِ تعبير البعض الأخر من الفقهِ القانوني، ولذلك نلاحظ بأنه في الدين الواحد أذا حصل أتحاد في هذه الصفات ينقضي الدين بأتحادها وهو دين واحد [1] .

فأذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد فأن الالتزام ينقضي [2]. فإذا اجتمعت صفة المؤجر والمستأجر بالنسبة لعقد الأيجار مثلاً، فأن حق الأيجار ينتهي نتيجة لأجتماع هذه الصفات (المؤجر والمستاجر)[3]. كذلك هو الأمر بالنسبة لحق المنفعة والرهن وحق الأرتفاق، فمثلاً إذا أجتمعت في يدِ الراهن ملكية العقار المرهون وحق الرهن فأن هذا الحق ينقضي؛ لأجتماع أو أتحاد هذه الصفات[4].

وهذا يؤدي بنا إلى أنه إذا اجتمعت أوصاف الدائن والمدين في شخص واحد ودين واحد كان بذلك إختلاط في الحقوق تقطعُ بهِ العلاقة بين الدائن والمدين، أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من جهة، والقوانين المدنية ولا سيَما تلك التي تكون منها محل مقارنة من جهة أخرى، نلاحظ أنها أشارت إلى أتحاد الصفات ودورها في أنقضاءِ بعض الحقوق والالتزامات فالمادة (418) والتي جاءت هذه المادة شاملة لجميع الحقوق والألتزامات في القانون المدني العراقي، والتي نصت هذه المادة على أنه ((في الدين الواحد إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين أنقضى الدين لأتحاد الذمة بالقدر الذي أتحدت فيه)). والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (1/370) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه ((إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد، أنقضى هذا الدين بالقدر الذي أتحدت فيه الذمة)). وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1349) من القانون المدني الفرنسي المعدل. وعلى المنوال نفسه سارة محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها حيث قضت بأنه ((أن المقرر في قضاء هذه

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الألتزام والاثبات مصدر سابق، ص428.

([2]) د.عدنان طه الدوري، أحكام الألتزام والاثبات في القانون المدني، الطبعة الثانية، بلا جهة ومكان طبع، 2010، ص210.

([3]) د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، طبعة نادي القضاة، بلا مكان طبع، 2003، ص408.

([4]) د . مصطفى أبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المطق والفلسفة، الطبعة الأولى، نشرَ أحسان للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2014، ص 304.

المحكمة أن مفاد نص المادة (370) مدني مصري يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه، أجتماع صفتيّ الدائن والمدين في نفس الشخص، أثره أنقضاء الدين، أجتماع صفتيّ المستأجر والمشتري للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة أتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات))[1].

ب- تعدد الصفات :- الحالة الثانية التي يوجد فيها تعدد في الصفات، وهي تختلف نوعاً ما عن حالة اتحاد الذمة، ولكن يوجد فيها تعدد في الصفات، وهي المقاصة فالأخيرة لدينا فيها ديناً، ولكل شخص فيها صفتان صفة الدائن، وصفة المدين، فهنا يترتبُ على ذلك أن ينقضي الدين عن طريق المقاصة [2]. فالأخيرة تعني اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمهِ في مقابلهِ دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمهِ[3]. فهنا قد تعددت الصفات فلكل من أطراف العلاقة القانونية دائن من جهة، ومدين من جهة أخرى، فالمقاصة تفترضُ أن يكون هناك شخصين كل منهما دائن ومدين في نفس الوقت للآخر، وبدلاً من أن يوفي كل منهما دينه للآخر ينقضي الدينان بمقدار الأقل منهما وما زاد يبقى ديناً في ذمةِ المدين ويكون بذات الوقت واجباً للأداء، فيكون بذلك انقضاء للدين بالدين المتقابل بالجنس والوصف بمقدار الأقل منهما[4]. ومن ثمَّ فأن هذه الصفات في نطاق المقاصة على اختلاف أنواعها لا تهمنا في مجال بحثنا، إذ لا يوجد اتحاد في هذه الصفات، أذ إن فكرة الأتحاد في هذه الصفات تفترضُ أن يكون الطرف الأول دائناً أو مدين، ولا يمكن أن يكون دائناً ومديناً في الوقت نفسه، والحالة الأخرى التي يحدث فيها تعدد في الصفات هي حالة

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (1771)، والصادر بتاريخ 2015/2/22، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 23 / 1/ 2024.

([2]) د. بلحاج العربي، أحكام الألتزام في ضوء الشريعة الأسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2012، ص336.

([3]) وقد عرف المشرع العراقي المقاصة بموجب نص المادة (408) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((المقاصة هي أسقاط دين مطلوب لشخص من غريمهِ في مقابلهِ دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمهِ)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري، وعرفها المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم (131) لسنة 2016 من خلال نص المادة (1337) والتي تنص هذه المادة على أنه ((المقاصة أنقضاء متزامن لألتزامات متبادلة بين شخصين)).

([4]) د. مصطفى أحمد الزرقاء، نظرية الألتزام العامة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الحياة، سوريا، دمشق، 1964، ص 415 وما بعدها.

الدائن المرتهن في الرهن سواء أكان ذلك الرهن تامينياً أم حيازياً على حدٍ سواء، فللدائن المرتهن لديهِ صفتان صفة الدائن وصفة المرتهن[1].

ونلاحظ بأن حالة الدائن المرتهن الذي لديه صفتان تقتربُ نوعاً ما من حالة أتحاد الذمة في الدين؛ لأنه إذا حصلت حالة أتحاد الذمة في الدين ينقضي الدين أو يكون هناك مانع من المطالبة بهِ، كذلك الحال في الدائن المرتهن، فصفة المرتهن تحولُ دون المطالبة بالتنفيذ على أموالِ المدين غير المرهونة، فالقانون المدني العراقي والقوانين المقارنة أشارتْ إلى أنه يجب على الدائن المرتهن أن ينفذ أولاً على الأموال المرهونة، ولا يستطيع أن ينفذ على كل أموال المدين غير المرهونة، لكن إذا نفذَ الدائن على أموالِ المدين المرهونة ولم يستوفى كلّ حقه هنا من الممكن أن ينفذ على أموال المدين غير المرهونة لإستيفاء حقه، ولكن ينفذ عليها بأعتباره دائناً عادياً [2]. وعليه أذا نفذَ الدائن المرتهن على أموالِ المدين المرهونة ولم يحصل على كاملِ حقه، فله بموجب صفته كدائن عادي أن ينفذ على أموالهِ غير مرهونة فأذا كان الدائن المرتهن مستأجراً للعقار غير العقار المرهون المضمون بالدين فله الحق أن ينفذ عليه أو أن يجعل قيمة العقار المؤجر مقابل الدين المضمون، وعلى ذلك يتحققُ الأتحاد في الصفات ونتيجة لهذا الأتحاد ينقضي الألتزام.

صفوة القول بأن الأتحاد في الصفات يؤدي حتماً إلى انقضاءِ الألتزام بما يفرضهُ من حقوق والتزامات، وهذا الأساس يكون في طليعة الأسس التي تؤدي إلى أنقضاء الألتزام، كما أن الأختلاف في هذه الصفات يؤدي إلى عودة هذا الألتزام الى سابق عدة وكان الانقضاء كأن لم يكن وهذا ما سنبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب عندما نبحث الأساس القانوني لعودة الحقوق بعد إنقضائها.

ثانياً- التأقيت

الفكرة الثانية التي طرحها الفقه القانوني كأساس لانقضاء الحقوق هي فكرة التوقيت أو التأقيت، فالألتزامات في الغالب الأعم تكون مؤقتة، أي قبولها لمدة زمنية تنقضي بانتهائها، بمعنى

([1]) د. حسين عبد الله عبد الرضا، وكتيبة مهدي صالح، الموانع القانونية لخيارات الحائز وأثر إخلال الدائن المرتهن لواجباته القانونية على هذه الخيارات، بحث منشور في مجلة الدراسات العليا، المجلد(36)، 2021، ص 72.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الألتزام والأثبات، مصدر سابق، ص428.

أخر أكثر وضوحاً هو أن هناك التزام يصبح في حالة إرتباطية بمدة زمنية ينقضي بأنقضائها [1] ؛ لأسباب عدة منها بالدرجة الأولى والأساس هو أن الإرادة لا يمكن أن تكون مقيدة إلى الأبد، فلا بُدَ من احترامِ هذه الإرداة، كما أن توقيت الالتزام يؤدي إلى الاستقرار في المعاملات المالية، وعلى أساس ذلك فالألتزم المؤقت يتحددُ بالمدة المعينة من الزمان كالإيجارة الزمانية والسلم والكتابة والهدُنة فهذهِ الألتزامات تتوجبُ التأقيت، فعقد الإيجارة مثلاً تحددُ فيه المدة فلو أستأجر شخص داراً أو أستأجر عاملاً باليوم أو الشهر أو السنة فيعد الاستئجار على هذا الوجه مُقيداً بالزمن الذي لا يجوز تركهُ مطلقاً، كما في السلم على سبيل المثال يتم ضرب مدة يتم فيها تسليم المسلم فيه وكذلك في المكاتبة يقوم المكاتب بدفع الأقساط في وقتها، ومن ثم فهذا التأقيت يشملُ جميع مراحل هذا الألتزام أبتداءً من فترة تكوينهُ مرورا بفترة تنفيذه وانتهائه بنفاذ مدته[2].

وعليه فالتأقيت يقُصد به بشكل عام النطاق الزمني لوجود الشيء ابتداءً وبقاءً وانتهاءً[3]. وهذا يشملُ الحقوق الشخصية والبعض من الحقوق العينية، وأن كانت الأولى تمثلُ النطاق الطبيعي لفكرة التأقيت، ومن هذا المنطلق يمكن القول إن صفة الديمومة وصفة التوقيت هما صفتان تلازم وتفارق الحقوق، فنلاحظ أن بعض الحقوق هي حقوق دائمة أي أنها تتناسقُ أو تتلائم مع فكرة الديمومة، كما هو الحال في حق الملكية؛ بوصفة من الحقوق العينية الأصلية، ولكن هذه الديمومة وأن كانت من طبيعة الشيء الا أنها لم ولن تكن من مستلزماته، فقد تنهدمُ حال الحياة بتصرف ناقل للملكية، أو بعد الممات عن طريق الوصية، وهذا يعدُ خلاف للأصل، فالاصل في هذا النوع من الحقوق هو الديمومة وأن الاستثناء هو الانقضاء، وهذا أن دلَ على شيء فأنما يدلُ على أن فكرة أو خاصية الديمومة تتلائم مع بعض الحقوق، إلا أنه نلاحظ بعض الحقوق هي حقوق مؤقتة، وتتنافى مع فكرة الديمومة[4]. لذلك أشار الفقهاء إلى أن فلسفة إنقضاء الحقوق ترجع إلى أن الأصل في بعض الحقوق هو التوقيت، وقالوا بأن الحقوق وخاصة الحقوق الشخصية هي حقوق مؤقتة؛ لأن الزام المدين بأن

([1]) د. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المسترة، الطبعةالأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بغداد، 1988، ص 6.انظر كذلك، د. عبد الحي حجازي، عقد المدة و العقد المستمر والدوري التنفيذ، بلا طبعة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1950، ص 34.

([2]) أستاذنا الدكتور حيدر فليح حسن، مدة العقد، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي – رقم 131 لسنة 2016، والصادر في 10/ اشباط/ فبراير- 2016، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد(2)، 2020، ص275.

([3]) أستاذنا الدكتور حيدر فليح حسن و مالك رحيم حمادي، مفهوم مدة العقد، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (7)، والعدد (2)، 2021، ص 320.

([4]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص780.

يؤدي إلى الدائن عمل معين، أو يمتنع عن القيام بعمل معين، أو التزامه بنقل حق عيني يؤدي إلى الحد أو التقليل من حرية المدين والقانون لا يجيز الحد من الحرية بشكل مؤبد أو دائم [1].

فخاصية التوقيت تلعب دوراً مهماً في إنقضاء الحقوق، ولا سيمّا إذا كانت هذه الحقوق شخصية، فهذه الأخيرة هي حقوق مؤقتة تنشأ وتنقضي بمدة معلومة، إذ قد تكون هذه الأخيرة محددة من حيث بدايتها ونهايتها، فالحق الشخصي في الغالب الأعم ينقضي وهذا ما يتفق وأحكام طبيعته، فالأصل كما هو معلوم براءة الذمة وكل شيء يُقييُدها يعدّ أمراً يحدُ من حرية الأنسان، لذلك أعتبرت هذه الحقوق مؤقتة ويجب أن تكون مائلة للزول أو الإنتهاء، ومن الأدلة القانونية على تأقيت هذه الحقوق عديدة نذكر على سبيل الدلالة والمثل تأقيت عقد الأيجار، فعقد الأيجار من العقود المستمرة فلا بد من تأقيت هذا العقد بمدة معلومة لأبتدائهِ وأنتهائه [2].

وهذه الغاية المتوخاة من عقد الأيجار، فلا يمكن أعتبار عقد الأيجار مؤبداً وذلك لضمان مصلحة المؤجر والمستأجر على حدٍ سواء [3]. كذلك هو الحال بالنسبة للحوالة التي تشترط أن تكون الحوالة مؤقتة بموعد معين؛ وذلك لأن التأقيت إلى الأجل المجهول ينافي طبيعة الحوالة، فإذا حددت وقت لنفاذ الحوالة، أنقضت بعد هذا الوقت واصبحت كأن لم تكن [4]. ومثال على ذلك هو أنقضاء الدين، فلا يجوزُ أن يبقى الشخص مدين إلى الأبد، فالمدين من مصلحتهِ أن يتخلص من الدين بالوفاء، وبالتالي إذا أنقضى الدين لا يوجد هناك ما يبرر أبقاء ذمة المدين مشغولة إلى الأبد، وعلى أساس ذلك فأن فكرة التأقيت تعد أساساً قائماً بنفسهِ لانقضاء الحقوق في القانون المدني، ولكن على الرغم من النتيجة آنفة الذكر، فأن هناك رأي يذهب إلى أن هناك فارقاً بين الحقوق العينية والشخصية يتباين بموجبهِ فكرة التأقيت سواءَ أكان ذلك من حيث النشوء أم من حيث الاستعمال بما ترتب عليه ديمومة الأولى، وتوقيت الثانية، فبالنسبة للحق العيني الأصلي بانه حق ينشئ دون وساطة شخص أخر، كما أن صاحب الحق العيني يستطيعُ أستعماله دون الوساطة من قبل شخص آخر.

([1]) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري للألتزام، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، 2009، ص 3، وما بعدها.

([2]) د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الأيجار، الأحكام العامة في الأيجار، الطبعة الاولى ، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2000، ص452.

([3]) د. زهدي يكن، شرح الموجبات والعقود مع المقارنة بالشريعة الأسلامية والقوانين الوضعية، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، مكتبة صارو، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع ص 147. انظر كذلك د. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، الطبعة الثالثة، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 1972، ص 304.

([4]) د. نادية أبراهيم، الحوالة في القانون المدني الأردني، بحث منشور على موقع شبكة المحامين الأردينين وعلى الموقع المتاح jordanmohamoon، ص 11.

ومن ثم يمكن القول إنه طالما كان الحق العيني الأصلي لا يثير أشكالية أو صعوبة في نشوئه، وأستعماله، فبطبيعة الحال لا توجد مشكلة في ديمومتهِ، وهذا ما يتنافى مع الحقوق الشخصية، فأن الأخيرة مع الحقوق العينية التبعية، هي من حيث نشوئها تتطلب نشوء التزام سابق عليها، فضلاً عن ذلك أن أستعمالها يتطلبُ تدخل شخص أخر وهو المدين، ولذلك بما أن هذه الحقوق تثيرُ بعض الصعوبات والأشكاليات في نشوئها واستعمالها فأن مصيرها حتماً الإنقضاء، فهي تتلائم مع فكرة التوقيت؛ لذلك نلاحظ بأن الفقهاء أشاروا إلى أن الحقوق الشخصية طالما تجِد من حرية الشخص، فهي حقوق مؤقتة، بخلافِ الحقوق العينية، فهي من حيث الأصل تكون حقوق مؤبدة لا تتضمن الحد من حرية الأشخاص الأخرين[1] .

ومن الناحية التشريعية نلاحظ أن القانون المدني العراقي من جهة والقوانين المدنية الأخرى لا سيما المقارنة منها تنص صراحة على هذه الفكرة والتي بموجب هذه النصوص تأكد لها وجودها المادي، فمثلاً نجد المادة (1257) من القانون المدني العراقي تنص على أنه ((ينتهي حق المنفعة بأنقضاء الأجل المعين له، فأن لم يعين له أجل عد مقرراً مدى حياة المنتفع، وهو ينتهي على كل حال بموتِ المنتفع حتى قبل أنقضاء الأجل المعين)) [2]. و المعنى نفسه تضمنته نص المادة (1/993) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الأنتفاع بأنقضاء الاجل المعين ، فأن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل أنقضاء الأجل المعين)). وليس أبلغ في الدلالة ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أذ نص صراحة على تأقيت حق الأنتفاع وذلك من خلال نص المادة (617) من القانون المدني الفرنسي اذ نصت هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الأنتفاع بوفاة المنتفع الطبيعية أو المدنية، وكذلك بأنتهاء الوقت المحدد أو بأجماع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد أو بعدم أستعمال هذا الحق مدة ثلاثين سنة)). وإذا كان حق الأنتفاع إلى غير الأفراد فأنه يستمرُ الى مدة ثلاثين سنة وهذا نصت عليه صراحة نص المادة (919) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يستمر حق الأنتفاع الممنوح إلى غير الأفراد إلا ثلاثين سنة)). وأذا أمعنا النظر بهذه النصوص نرى وبحق أنها أشارت إلى تأقيت حق المنفعة أو حق الأنتفاع كما سماه المشرع

([1]) د. نسرين غانم حنون، طبيعة الأبراء(دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد(37)، العدد(2)، 2022، ص 506.

([2]) وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1/1215و6) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الأنتفاع :- 1- بأنقضاء الأجل المحدد له .....6- بموت المنتفع إذا لم ينص القانون على غير ذلك)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1215) القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (997) من القانون المدني الليبي.

المصري وكذلك الفرنسي، حيث أن هذا الحق هو حق مؤقت في الأصل، فلا بد من أن يكون لـه مدة معلومة من حيث الأبتداء وكذلك من حيث الإنتهاء، وأن لم يحدد لهُ مدة معينة كانَ مقرراً لمدة حياة المنتفع، وهو في كل الأحوال ينتهي بوفاة المنتفع حتى وأن كان ذلك قبل أنتهاء مدة المتفق عليها أو المحددة قانوناً [1].

فأساس انقضاء حق المنفعة هنا هو تحديدها بمدة معلومة وهنا تبرزُ بوضوح فكرة التأقيت في إنقضاء الحقوق والألتزامات في القانون المدني [2]. وهنا لا بد من التأكيد على أنه فكرة التأقيت كأساس لأنقضاء الحقوق والألتزامات هي فكرة تتسم بالشمول، فنجدها تارة في نطاق الحقوق العينية كما هو مبين أعلاه، وسواء أكان ذلك في نطاق الحقوق العينية الأصلية أو المتفرعة عنها، وسواء كان ذلك في مجال الأنقضاء، أم في مجال الأكتساب، وتارة أخرى نجدها في نطاق الحقوق الشخصية حيث تعتبر هذه الأخيرة النطاق الطبيعي لفكرة التأقيت في القانون المدني، والتي تشكل هذه وتلك في مجموعها أساساً قانونياً لانقضاء الحقوق في القانون المدني، ولكن يجب أن يأخذ بنظر الأعتبار أنه لا يمكن عدَه أساساً جامعاً مانعاً لأنقضاء الحقوق في القانون المدني؛ وذلك بسبب اختلاف وتعدد حالات انقضاء الحقوق في القانون المدني قبل أن تنطويها فكرة العودة لهذه الحقوق أو الألتزامات بعد انقضائها .

([1]) د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1953، ص210.

([2])هذا ومن الجدير بالذكر أن فكرة التاقيت ليس أساساً فقط لأنقضاء الحقوق أو الألتزامات بل تكون كذلك أساساً لكسب الحقوق، لاسيما الحقوق العينية، ومن النصوص القانونية التي بينت ذلك هو نص المادة (2/1272) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الأرتفاق الظاهرة)) والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1016) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يكسب بالتقادم الا الأرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)). وجاء موقف القانون المدني الفرنسي في ذات الأتجاه، حيث نصت هذه المادة صراحة على أنه ((تكتسب الأرتفاقات المستمرة والظاهرة بموجب سند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة)). وبالتالي فأنه يترتب على ذلك أنه إذا حاز شخص ما على عقار مملوك لآخر حق أرتفاق ظاهر مثلاً او حق المرور أو حق المجرى أو حق المسيل، وأستمر حائزاً له حيازة قانونية يتوافر لها ركناها المادي من جهة، والمعنوي من جهة أخرى، مدة خمسة عشرة سنة فإنه يكسب هذا الحق بالتقادم الطويل، وتنخفض هذه المدة إلى خمس سنوات إذا أقترنت الحيازة بحسن نية أولاً، وأستندت في الوقت نفسه إلى سبب صحيح ثانياً، ناهيك على أن القانون قد أشترط لكسب حق الأرتفاق المحوز أن يكون من حقوق الأرتفاق الظاهرة؛ وذلك لكي لا يثوب الحيازة عيب الخفاء، فقد رأينا أن هذا النوع من حقوق الأرتفاق له علامات خارجية تدل على وجود وتظهره فإن سكت مالك العقار الذي يباشر عليه هذا الحق المدة المقررة في القانون كسب الحائز هذا الحق بالتقادم. ويلاحظ أن القانون المدني العراقي لم يشترط لكسب حق الأرتفاق الظاهر بالتقادم أن يكون مستمراً، كما أشترط القانون المدني الفرنسي ذلك، ومع هذا فأنه يجب أن يكون أستعمال الحق مدة التقادم من الكثرة بحيث يسمح بقيام حيازة مستمرة تكفي لكسب الحق بالتقادم.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لعودة الحقوق

من المعلوم أن الحق أو الالتزام إذا أنقضى فأنه ينقضي بصورة نهائية؛ حماية للأستقرار في المعاملات المالية أو لحكمة أبتغاها المشرع، إلا أنه قد يؤدي الأمر الى خلاف ذلك فقد ينقضي الحق ويعود فيظهر للوجود مرة أخرى على الرغم من إنقضائهِ، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن واقعة الانقضاء للحق تعدّ كأنها لم تكن فيعود الحق كما كان قبل الإنقضاء من حيث الأصل، وذلك أستناداً الى عدة أسس قد تكون هذه الأخيرة متعلقة بالحق الذي عاد، أي أن الحق فرض نفسه للعودة بما لا يدع مجالاً للشك في إعادتهِ بما يحمل من حقوقٍ والتزامات في ذمة طرفيه، كالتبعية بالرهن التأميني وكذلك الحيازي، أو كانت متعلقة بالشخص كأختلاف الصفة على الرغم من أن الأخيرة عند أتحادها تؤدي إلى إنقضاء الحقوق، وهذا يؤدي بنا الى القول بأن هذه الأسس لربما تكون شخصية من ناحية وموضوعية من ناحية أخرى، هذا ومن الجدير بالذكر أن المشرع ينص على العودة بغية حماية وضع قانوني جدير بالحماية أو لتحقيق مصلحة احد طرفي العلاقة القانونية، ونتيجة لذلك فأن لهذه العودة فلسفة قانونية لا بد من بيانها والوقوف على أبعادها وذلك لن يتأتئ إلا بمعرف أساس هذه العودة من ذلك اقتضى الأمر تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات نبين من خلالها الأساس القانوني لعودة الحقوق والالتزامات بعد أنقضائها في القانون المدني.

أولاً- حماية المصلحة

إن تحقيق مصلحة [1] ما هي الغاية الأساسية التي يسعى إليها السلوك الإنساني المتمثل بإرادة الأفراد، وهذه المصلحة تتبلور في الحصول أما على فائدة، أو دفع ضرر معين في الغالب الأعم، فالمصلحة هي المنفعة أو الفائدة التي تعود لفرد من الأفراد أو

([1]) المصلحة تعني في اللغة العربية بانها مصدر صلح يصلح صلاحاً، ويقال (صَلحَ) بفتح جميع حروفها بمعنى ما يدل على خلاف الفساد وهو الفعل الذي يؤدي الى صلاح ومنفعة، والمصلحة كالمنفعة في الوزن والمعنى ، مما تقدم يتبين لنا أن المصلحة في اللغة تحمل معنى المنفعة ذاتها، أو الفعل أو السبب المؤدي إلى المنفعة، أنظر بهذا الخصوص- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بإبن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى ، الجزء السابع ، مؤسسة التاريخ الإسلامي، بيروت، 1413 هـ - 1939 م، ص 384.

لمجموع أفراد المجتمع والتي يحميها المشرع بنصوص قانونية موضوعية وأجرائية، أو هي المراكز القانونية المحمية بموجب نص القانون أو الأتفاق، وعلى أساس ذلك فقد ترجع فكرة عودة الحقوق بعد أنقضائها الى وجود مصلحة لأطراف العلاقة القانونية وهذا المصلحة هي التي تمثل أساساً لفلسفة عودة الحقوق بعد أنقضائها، وقبل بيان دور فكرة المصلحة كونها أساس قانوني لعودة الحقوق فلا بد من بيان مضمونها، ومن هذا المنطلق فقد عرفت المصلحة بشكل عام بأنها هي ((جلب منفعة أو دفع مضرة)) [1].

وجاءَ في تعريف آخر للمصلحة بأنها ((هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة، بمعنى آخر أن المصلحة هي كل منفعة حاصلة فعلاً أو غالبة الحصول)) [2]. هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك رأياً في الفقه القانوني يعرف المصلحة عند الكلام عن تعريف الحق، إذ يعرفها بأنها ((الغاية أو المنفعة التي تعود على صاحب الحق، سواءَ أكانت منفعة مادية أم منفعة أدبية))[3].

وقد عرفت المصلحة كذلك بأنها ((حق يعترف فيه القانون ويحميه))[4]. و نتيجة لما تقدم يمكن تعريف المصلحة في نطاق موضوع بحثنا فنقول بأنها المنفعة التي تعود لأحد أطراف العلاقة القانونية والتي يحصل عليها من جراءِ عودة الحق بعد أنقضائه. من ذلك نرى أن القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى لا سيما تلك التي تكون منها محل المقارنة من جهة أخرى، قد أوردت نصوصاً قانونية تحملُ في دلالاتها حقًا معينًاً لبعض الأفراد، قاصداً من ذلك تحقيق مصلحتهم، فنجد أن القانون المدني العراقي مثلاً قد نصَ صراحةً على أن الغاية الأساسية من حق الأرتفاق هي تحقيق مصلحة أو منفعة معينة على حساب أحد العقارين (المُرتفق والمُرتفق بهِ) إذ نجد أن

([1]) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، تعارض المصالح في المعاملات المالية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، 2022، ص20 .

([2]) د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، مصر، 1947، ص 54 وما بعدها.

([3]) د. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، بلا دار نشر، عمان، 2006، ص 82. انظر كذلك بهذا الصدد د. حلمي محمد الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص32. ود. أحمد مسلم، أصول المرافعات، بلا طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979، ص 318.

([4]) د. أحمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الإسلامية والفكر الوضعي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد (1)، مجلد (27) صادر عن الجامعة الأردنية (عمادة البحث العلمي) ، عمان، 2000، ص 187.

القانون المدني العراقي قد بيَّن ذلك في نص المادة (1284) من القانون المدني والتي نصت هذه المادة على أنه ((لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الأرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الأرتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به))[1]. وفي الاتجاه نفسهِ سارَ القانون المدني المصري من خلال نص المادة (1029) من القانون المذكور آنفاً والتي تنص على ((لصاحبِ العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الأرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الأرتفاق كل منفعة للعقار أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق بهِ)) . أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن هذا المعنى الوارد في نص المادة (1284) من القانون المدني العراقي حتى في تعديلهِ الأخير.

و إذ أمعنا النظر الى النصوص المبينة أعلاه يتبين لنا أن المشرع العراقي، وكذلك المصري قد أشارَ إلى أنه في حالة زوال المنفعة المقصودة من حق الأرتفاق بين العقار المرتفق من ناحية والعقار المرتفق به من ناحية أُخرى، فأنه سوف يؤدي في هذه الحالة إلى زوال الفائدة المقررة من وجوده، أو إذا أصبحت الفائدة التي تستمد منهُ قليلة لا تتناسب مع التكليف الذي يقع على العقار المقرر عليهِ حق أرتفاق عُدّت هذه الفائدة كأنها كانت ولم تكن أي مع الواقع على العقار المرتفق به وعليه سوف يؤدي ذلك إلى أنقضاء حق الارتفاق[2]. فإذا كان هناك مثلاً أرتفاق مرور لعقار معين ثم يصبح هذا العقار المُرتفق له ممراً يمكن معهُ الوصول إلى الطريق العام لا يقل في حقيقة الأمر سهولة عن ذلك الممر المحدد لأستعمال أرتفاق المرور أو يجعله أقل فائدة، أو إذا كان مثلًا أرتفاق حق الشرب وأستطاع مالك العقار المُرتفق أن يحفر بئراً أرتوازية في أرض تغذيه هي وموارد المياه التي هي عندهُ من دون نظر لحق الشرب عن هذا الحق الأخير أو في القليل يجعل حق الشرب فائدتهِ عموماً لا تتناسب بعض الشيء مع العبء الذي يتحملهُ العقار المُرتفق بهِ من جرّاء حق الشرب[3]. ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن

([1]). و تقابلها نص المادة (1319) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (2/993) من القانون المدني السوري، ونص المادة (1032) من القانون المدني الليبي.

([2]) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، مصر، 2001 ، ص554 وما بعدها.

([3]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المجلد الثاني ، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 1402 وما بعدها .

يطلب إنهاء حق الأرتفاق، وهذا من حيث الأصل لا يتطلب موافقة مالك العقار ومن ثُمَّ سوف يؤدي ذلك إلى أنقضاء حق الأرتفاق [1]. ولكن هذا الأنقضاء هو أنقضاء قابل للعودة، فيعود حق الارتفاق إذا عادت هذه المنفعة، بحيث تتناسب مع أعباء الواقعة على العقار، كأن يكون أرتفاق المرور قد عادَ نتيجة لسد لمدخل الذي يصل الى العقار المقرر له حق أرتفاق، فهذه العودة قرّرها المشرع العراقي رعايةً لمصلحة أحد الطرفين، مصلحة صاحب العقار المُرتفق في عودة حق الأرتفاق عندما أصبحت هذه المنفعة تتلائم والأعباء التي تثقلهُ، على الرغم من أن الانقضاء يحقق مصلحة صاحب العقار المرتفق به، فعند عودة الحق بعد أنقضائه أصبحت هي المصلحة الراجحة، إذ تفوق هذه الأخيرة مصلحة صاحب العقار المُرتفق به في بقاء الأرتفاق نتيجة لعودتهِ [2].

وبهذا فقد تحققت غاية من غايات عودة الحقوق في القانون المدني ألا وهي تحقيق المصلحة لأحد أطراف العلاقة القانونية؛ على أساس أن العودة تكون حقاً لشخص والتزاماً على الطرف الأخر، وما يدعم رأينا في انقضاء وعودة حق الأرتفاق العقاري كونه من أهم حالات أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، حيث يذهب رأي في الفقه القانوني بالقول ((بأنه في حالة ما إذا كان لقطعة أرض ما على قطعة أرض أخرى يملكها مالك أخر، أي أن العقارين مملوكين لشخصين مختلفين حق أرتفاق بالمجرى على سبيل المثال، تم تفجرت في الأرض المقررة لمصلحتها هذا الحق عين ماء تكفي لريها بصورة مستقلة، بحيث تكتفي هذه الأرض بهذه العين وحدها لريها، فأن هذا يؤدي دون شك إلى أنقضاء حق الأرتفاق؛ لأن الغاية من حق المجرى قد أنتفت وعليه لا يكون هناك مغزى من بقاء حق الأرتفاق، ولكن إذا أنغمرت هذه العين أو أصبحت غير كافية لري هذه الأرض فهنا حق الأرتفاق يعود ويعتبر انقضائه كأن لم يكن رعاية لمصلحة صاحب العقار المخصص له حق الأرتفاق"[3].

وبالرجوع الى قانون التسجيل العقاري العراقي فأن تسجيل أنقضاء حق الأرتفاق من جهة وعودته من جهة أخرى، فأنه يجري بموجب هذا القانون وذلك وفق الألية

([1]) د. زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة المصرية، بيروت، لبنان، 2008، ص 236.

([2]) د. بن حموش تسعديث ود. بن شوقي نهوارة، النظام القانوني لحق الأرتفاق في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013- 2014، ص 66.

([3]) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص419.

المنصوص عليها في المادة (243) من القانون التسجيل العقاري العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يسجل أنقضاء حق الأرتفاق إذا أفرز العقار المرتفق الى قطع سكنية وزالت الفائدة من أستعمال حق الأرتفاق زوالاً كلياً)) [1]. وبالتالي يسجلُ حالة أنقضاء هذا النوع من الحقوق وغيرها من الحقوق التي تنتمي الى ذات الفئة وفقا للفقرة أعلاه مع معاملة القسمة أو الأفراز بتقرير كشف مسبب، يثبت زوال المنفعة من وجود حق الأرتفاق، وذات الأجراءات تتبع عند عودة هذا الحق ويبدل سجل العقار في الحالتين [2].

وهذا بطبيعة الأمر يقودنا إلى طرح التساؤل الآتي : **هو مدى صلاحية فكرة المصلحة كأساس قانوني لعودة الحقوق في القانون المدني؟**

في اطار الأجابة على التساؤل أعلاه يمكن القول إن فكرة المصلحة تصلحُ لتفسير عودة بعض الحقوق مثال ذلك أن حقوق الأرتفاق قد تنقضي بسبب هلاك أحد العقارين الخادم أو المخدوم الا أن هذه الحقوق يمكن أن تعود إذا جدد العقار وهذا الأمر فيه مصلحة واضحة لصاحب حق الأرتفاق، وكذلك الأمر لو أنقضى حق الأرتفاق بسبب عدم إمكانية استعمال هذا الحق الا أنه إذا تغير وضع الأشياء بحيث يمكن استعمال حق الارتفاق فأن هذا الحق يعود، ومن الواضح أن عودة الحق لصاحبه فله مصلحة له، وكذلك الأمر نرى أن هنالك مصلحة في عودة حق الرهن، فإذا أنقضى الرهن تبعاً للدين المضمون ثم عادَ الدين فهو يعود إذا زالَ سبب إنقضاء الدين، كما لو قام شخص بوفاء الدين أو قام الدائن بإبراء المدين فأنقضى الدين بهذا الوفاء أو الأبراء وأنقضى معه الرهن، ثم تبين بطلان هذا الوفاء أو الأبراء لعدم الرضا أو لعدم الأهلية أو لمخالفته للنظام العام، فقد عادَ الدين وعندها سيعود معه الرهن الذي كان ضامناً له وفيه مصلحة لصاحب حق الرهن[3] .

إلا أنه ومن جانب آخر نجد بأن فكرة المصلحة لا تساعد على تفسير عودة بعض الحقوق و المثال الأبرز على ذلك هو عودة الدين بسبب رد الأبراء من قبل المدين ، إذ أن عودة الحق بسبب ردَ الأبراء لا يحقق مصلحة لا لصاحب الحق ولا لمن عليه الحق، فصاحب الحق هو الذي تنازل عن حقه بالأبراء وهو تصرف تبرعي لذلك لا مصلحة له

([1]) المادة (243) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971.

([2]) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (43)، لسنة 1971، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، العاتك لصناعة الكتب، بلا مكان وسنة طبع، ص 138.

([3]) موسى فاضل عباس، دور الرهن في تامين المصارف من مخاطر الائتمان(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق- جامعة سانت كلمنتس، 2014، ص 155 وما بعدها.

في عودة هذا الحق ، أما المدين فإن ردَ الأبراء مفقر له ويسبب ضرراً لدائنيهِ ولورثته في حال وفاته. فلو أنقضى الدين بالأبراء إلا أن المدين ردَ الأبراء ولم يقبله فهنا نجد أن المدين بهذا الرد يفقر نفسه، لأن الرد عمل تبرعي بالنسبة للمدين كونه ينزل عن حقه بدون عوض، ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد أنقضى، كما أن رد المدين للإبراء فيه ضرر لورثته فيما لو توفى بعد رد الأبراء إذ إن التركة في هذا الحالة تكون مدينة، فضلاً عن ذلك ذلك أن دائني المدين وهم من ضمن المتعاقدين فيما لو كان مصدر الحق هو العقد يتضررون من هذا الرد لذلك أجازَ لهم القانون المدني أن يطعنوا في ردهِ للإبراء بالدعوى البولصية لأن هذا الرد زاد في التزاماته إذ عادَ الدين بالرد بدل إنقضائه[1].

كما لا نجد فكرة المصلحة بعودة الحق بسبب زوال الصفة خاصة في حالة إتحاد الذمة بالوصية والميراث، إذ إن صاحب الحق هنا قد توفى وليس له مصلحة بالعودة أما من عليه الحق فإن عودته تضر به، فلوكان السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وصية، فأوصي الدائن بالدين للمدين، ومات الدائن فأتحدت الذمة في الدين، ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال، فابطلت، وزال بأثر رجعي هذا السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، فعند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة، ويعود كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته، ويرجع الكفيل - شخصياً كان أو عينياً ملتزماً بالكفالة، وتطالب التركة المدين بالدين، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب أتحاد الذمة، وفي هذا المثال لا نجد فكرة المصلحة في عودة الحق لأي من أطراف العلاقة، اضف الى ذلك أن هنالك من يذهب إلى أن عودة الحق بسبب أختلاف الصفة يؤدي في بعض الأحيان إلى تعارض المصالح أذ إن نص المادة (419) من القانون المدني العراقي يقرر عودة الألتزام الذي أنقضى بأتحاد الذمة إذا تبين زوال سبب أتحاد الذمة، لكنه لم يبين حالة ما أذا تصرف أحد الأطراف بمحل الالتزام لشخص آخر خلال المدة بين أنقضاء الألتزام وعودته، إذ إن عودة الألتزام الأصلي سيحدث تعارض بين مصلحة الدائن الأول والدائن الثاني.

\

([1]) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المبادى الاساسية في الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، دار النهظة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 495.

ثانيا- اختلاف أو زوال الصفة

إن الصفة تعد الوسيلة التي يمكن من خلالها أن يكسب الشخص أو الفرد حق معين، فالصفة في نطاق الحقوق قد تكون أساس لكسبها، كصفة دائن أو مدين ، أو كصفته مرتهن أو راهن، أو كفيل، أو وكيل، فهذه الصفات قد تكون في الغالب الأعم منشأ لحقوق والتزامات بذمة أطراف العلاقة القانونية، وقد تؤدي هذه الصفة إلى زوال الحق أي أنقضاءه لتحقيق سبب معين كأتحاد صفة الدائن والمدين، الراهن والمرتهن، المؤجر والمستأجر، الواهب والموهوب، وقد تبيّن لنا بأنه إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد فالمفروض إذن أن هناك دينا واحداً، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن، أو تحقق أي سبب قانوني آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن، فأجتمع بذلك في شخص أحد طرفي الدين صفتا الدائن والمدين، وتعذر إذن بموجب ذلك على هذا الشخص أن يمارس حقه، إذ هو دائن ومدين، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين، ومن ثم أنقضى الدين، أو في الصحيح يقف نفاذه، لهذا الضرب من الشلل الذي أعتراه، وبالمقابل فإذا زال إتحاد الصفة، أي إذا أختلفت صفة أطراف الحق فأن من شأن ذلك أن يعيد الحق بعد انقضائه؛ مما يؤدي إلى تأثيرها سلباً وأيجاباً في المراكز القانونية القائمة لأطراف العلاقة القانونية وهذا ما يهمنا في مجال بحثنا، إذ تؤدي زوال الصفة إلى عودة الحقوق في القانون المدني.

ومن النصوص القانونية الدالة على هذا المعنى هو نص المادة(1349/ب) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((... إذا أجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد، يعود الرهن أذا زال سبب أتحاد الذمة بأثر رجعي)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (1058) من القانون المدني المصري أذ نصت هذه المادة على أنه ((1- ينقضي الرهن إذا أنتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو أنتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي 2- ويعود الرهن الرسمي إذا زال سبب أنتقال الحق، وكان لزواله أثر رجعي)). وبهذا ينقضي حق الرهن بأتحاد الذمة، إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، أو إذا أنتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون نتيجة لأتحاد الصفة، فإن زال السبب في أتحاد الذمة بأثر رجعي، كفسخ البيع الذي ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون، عادَ الرهن إلى الوجود لزوال الصفة وأختلافها، فإذا أنتقلت ملكية العقار المرهون للدائن المرتهن عن طريق الرسو في

المزاد العلني، فقد يبطل لسبب معين، فإذا كان الرسو في المزاد باطلاً مثلاً، وتقرر بطلانه خرج العقار المرهون من ملكية الدائن المرتهن، فيعود الرهن بأثر رجعي كما كان؛ لزول حالة الجمع بأتحاد الذمة لصفتا الدائن المرتهن والمدين الراهن، و من ثم يعدَّ أنتقال ملكية العقار المرهون للدائن كأن لم يكن، وتزول الآثار التي ترتبت على ذلك، فلا ينقضي الرهن؛ لأنه عادَ إلى الدائن المرتهن ولم يصبح هذا مالكاً للعقار المرهون وعليه لا يوجد ما يمنع الدائن المرتهن من مباشرة حقه [1].

وعلى اساس ذلك فأن حصل أتحاد الصفة في الدين فأنه يؤدي إلى أنقضاء الحق (الالتزام)، فأذا أجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين فعلى حد تعبير الفقهاء يؤدي إلى انقضاء الالتزام الدين، أو يكون مانعاً من المطالبة على حد تعبير البعض الأخر من الفقه القانوني، ولذلك نلاحظ بأنه في الدين إذا حصل أتحاد في ذمة الدائن والمدين ينقضي الدين باتحاد الذمة وهو دين واحد لإجتماع الصفة، والمفهوم المخالف لذلك هو عودة هذا الحق بإختلاف الصفة أو زوالها، ومن ثم يمكن القول بأن زوال الصفة واختلافها يؤدي إلى عودة الحق في القانون المدني بعد أنقضائها. و هذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ جاء في مبدأ قرار هذا ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن أتحاد الذمة يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الأخر فيه فيترتب على أجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص أنقضاء الدين، ويعودُ الدين بعودة سببه ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن فإذا زال هذا المانع عادَ الألتزام إلى الوجود مرة أخرى)) [2].

وإذا امعنا النظر إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية نرى أنها أشارت وبصريح العبارة الى فكرة أختلاف واتحاد الصفة، فإذا أختلفت هذه الصفات بعد اجتماعيها فأن ذلك يؤدي دون شك إلى عودة الحقوق و الألتزامات إلى ما كانت عليه، بحيث تعودُ العلاقة القانونية إلى سابق عهدها بحيث يعودُ المركز القانوني لكل طرف من أطرافها، فتعود صفة الدائن وله بموجب هذه الصفة حقوقاً والتزامات، وكذلك هو الأمر بالنسبة للمدين، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن العلاقة القانونية تعودُ من الناحيتين

([1]) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، مصدر سابق، ص 296.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (1036) لسنة 78 قضائية دوائر الأيجارات جلسة 2010/10/24 والمنشور في موقع بوابة مصر لوزارة العدل المصرية وعلى الموقع المتاح www.moj.gov.eg تاريخ الزيارة 2024/1/20.

الشخصية والموضوعية على حدٍ سواء، هذا ومن الجدير بالملاحظة أن بعض حالات العودة للحقوق والألتزامات في القانون المدني بالأعتماد على هذا الأساس قد تعود ولكن العودة لها ليس بذات الحق من الناحية الموضوعية، فقد يعود بحالة أكثر نفعاً أو بحالة أقل مما كانت عليه قبل الأنقضاء، ولكن هذا الأمر لا يخل بالعودة، فالحق مهما كان الأمر يعودُ حتماً بسبب زوال أوأختلاف الصفة.

ثالثا- التبعية

في مستهل الحديث لا بد لنا من القول بأن خاصية التبعية يمكن عدّها أساساً مزدوجاً لأنقضاء الحقوق من جهة، ولعودتها من جهة أخرى، ولأن هذه الأخيرة قد تعدّ هي محور البحث الأساسي ؛ لان الانقضاء بواسطة التبعية يُعد من الموضوعات التي تم بحثها بأستفاضة من قبل الفقهاء؛ ولذلك لا نُصرف وقتاً وجهداً في أمور سبقنا غيرنا في بيانها ووضع لها أحكامها، وسنركز على أمور لم يتم بحثها، أو تم بحثها ولكنها محل خلاف، وعلى أساس ذلك فقد جاءت التبعية كأساس لعودة الحقوق بعد أنقضائها بشكل عرضي أو أستثنائي ولم يتم بحثها بشكل علمي دقيق، من ذلك لا بد من بيان مفهومها، وبيان دورها في عودة الحقوق بعد أنقضائها في القانون المدني كأساس لهذه العودة، ثم نبين بعد ذلك مدى صلاحيتها لتفسير هذا المركز القانوني؟

في إطار بيان ذلك لا بد لنا أن نُسلط الضوء على مسألة في غاية الأهمية وهي مسألة الأصالة والتبعية في المعاملات المالية، فهذه المسألة ترتكز في حقيقة الأمر على علاقة ترابطية، فالأصل أو الأصالة كما يُعبر عنها الفقه القانوني تعني أنه ما كان أساساً مقصوداً بذاته كما في الدين، أما التبعية فهي تعني أن يكون الشيء مرتبط بغيره ولا ينفك عنه، كما هو الحال بالرهن الضامن للدين، فالرهن تابعاً للدين ينشئُ لثبوتهِ، وينقضي لأنقضائه، فإذا نُشئ الدين صحيحاً كان الرهن صحيحاً تبعاً له، وإذا نشأ الدين باطلاً كان الرهن باطلاً تبعاً له، وإذا أنقضى الدين ينقضي الرهن بالتبعية أي تبعاً له ، وعلى ضوء ذلك عرف الألتزام التبعي بأنه ((التزام غير أصلي وعنصره الأساسي الذي يمتازُ به الألتزامات التبعية أنها ترمي إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصدهُ المتعاقدان أو تتطلبهُ طبيعة العقد، أي أنها ترمي إلى توفر للعقد جميع آثاره النافعة))[1]. وأنطلاقاً مما سلف

(1) حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الأسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، مصر، 1946 ، ص 220.

فان التبعية [1] تعني بأنها تبعية حق إلى التزام سابق عليه، أي أن الشيء أو الحق لا يرد أصلاً أي أنه لم يقصد لذاته، وأنما نشأ بمناسبة غيره فأصبح لازماً لهُ وجوداً وعدماً، فالتبعية بهذا المفهوم لا تخرج من أمرين فهي أما تبعية الأشياء أي شيء يتبع شيء آخر، أو تبعية الأشخاص أي شخص يتبعُ شخص آخر، وهذا ما سنبينه كما هو مبين أدناه

أ- تبعية الأشخاص:- تتحقق التبعية ما بين الأشخاص عندما يتبعُ شخص آخر فتنشأ علاقة تبعية بين الطرفين، ومن أمثلة علاقة التبعية ما بين الأشخاص حالة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، إذ يشترطُ لقيام هذا النوع من المسؤولية وجود علاقة تبعية بين شخصين أحدهما يطلق عليه التابع والأخر هو المتبوع، كذلك يشترطُ أن يكون الأول خاضعاً للثاني ويتحقق ذلك عندما تكون المتبوع له سلطة الرقابة والتوجيه والأشراف على التابع [2]، فمسؤولية المتبوع هي مسؤولية تبعية فهي لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع والتي تُعد مسؤولية أصلية[3].

ب- تبعية الأشياء :- تتحقق تبعية الأشياء عند ارتباط شيء بشيء أخر بهدف تحقيق غرض معين، فأنه ينشأ عن هذا الأرتباط علاقة تبعية بينهما، فيسمى أحدهما الشيء المتبوع وهو الشي الرئيس ويسمى الشيء الآخربالتابع [4]، وتعد هذه القاعدة ذات أهمية كبيرة وهي من تطبيقات قاعدة الفرع يتبع الأصل، وتقسم تبعية الأشياء على ثلاثة أنواع هي: تبعية أدماج ، و تبعية تخصيص، وتبعية ثمار ومصاريف وهذه الأفكار سنُسلط

([1]) والتبعية تعني في اللغة بانها " تبع تبعةمن باب طَرَبَ وَسلَم اذا مشى خلفه أو مر به فمعنى معه كذا وأتبعه أو هو افعل و" أنَعَه" على أفعل أذا كان قد سبقه فلحقه وأتبع غيره يقال أتبعه الشيء فتبعه، والتبع يكون واحد وجمعاً،ويجمع أيضاً أتباع أتباع وتابعه على كذا" متابعةً" و" تباعاً " بالكسر والتباع ايضاً بمعنى الولاءوتبع الشيء أي يطلبه متعاً له وكذا اتبعه بتشديد الباء . فتبع الشيء تبعاً وتبوعاً أي سار في أثره أو تلاه.ويقول تبع فلان بحقه أي طالبه به ، وتبع المصلي الامام أي حذا حذوه واقتدى به واتبعت الشيء شيئاً أي جعلته تابعاً له والحقت به ، وتابعه متابعه وتباعاً تتبعه وتقصاه.و" التبعّة" ماتابع به ذكر الفارابي في الديوان والتبع لتابع ويستخدم التّبيع كذلك للإشارة الى ولد البقرة والانثى تبيعة ، والجمع أتباع و " تبائع". للمزيد انظر زين الدين محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي : مختار الصحاح، تحقيق حمزة فتح الله، دار البصائر ، بيروت ، لبنان ، 1987م ، 1407 هـ ، ص74-75.

([2]) Glannon, J. W. The law of Tort, (4th ed) , New York: wolters Kluwer, (2010), P.517

([3]) د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالزام - القواعد العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، 1985، ص179.

([4]) Lunney, M. and Oliphant, K. Tort law, Text and Materials, (5th ed) , Oxford: Oxford University Press, (2013), P.825 and 826

الضوء عليها عند بحث تطبيقات أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني في الفصل الثالث من هذه الدراسة. وهكذا يتبين أن لخاصية التبعية لها آثر كبير في تحديد فلسفة عودة الحقوق أو الألتزامات بعد أنقضائها، فالفقه القانوني قد أشارَ إلى أن (التابع تابع)، إذ تعدَّ من القواعد الفقهية التي يكون لها صدى كبير في أنقضاء وعودة الحقوق، وتعني هذه القاعدة أن ما كان غير مستقل بنفسه في وجودة فلا يفرد به، بل حكمة تابع لمتبوعه، وهكذا الحال بالنسبة للحق أو الألتزام الذي ينتهي أو ينقضي عن طريق التبعية ومن ثم تتقرر العودة له ومثال على ذلك حق الرهن، فهو من الحقوق العينية التبعية التي تتبع الدين المضمون، وجوداً وعدماً، صحة وبطلانا[1] .

ونلاحظ بأن القوانين المدنية ولا سيَّما المقارنة منها قد أشارت إلى خاصية التبعية ودورها في عودة الحقوق بعد أنقضائها في القانون المدني، وهذا ما نصت عليه المادة (1/1315) من قانون المدني العراقي والتي تنَّص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن التأميني بأنقضاء الدين الموثق، ويعودُ معه إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين أنقضاء الديون وعودته)) .

وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (1082) من قانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على ((ينقضي حق الرهن الرسمي بأنقضاء الدين المضمون ويعود معه أذا زالَ السبب أنقضى به الدين، دون الأخلال بالحقوق التي يكون الغير الحسن النية قد كسبها بالفترة ما بين أنقضاء الحق وعودته)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (2288) من القانون المدني الفرنسي المعدل، وقد جاءَ في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في خصوص هذا النص ما يأتي: ((ينقضي حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين ، فإذا كان الدين قد أنقضى ثم عادَ بزوال سبب أنقضائه ، كأن كان الوفاء باطلاً أو الإبراء صادراً من غير ذي أهلية، رجعَ الرهن برجوع الدين تبعاً لهُ، ولكن إذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقاً عينياً ما بين أنقضاء الرهن وعودته وجلب أحترام هذا الحق)) [2]. وعلى اساس ذلك فأن الرهن يعود بالتبعية للدين

([1]) Gilles Goubeaux , largle de laccesoive, endroit prive, libratrie general , pari , 1964 – p217

([2]) المحامي أحمد صلاح الدين، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، الطبعة الأولى، الجزء السابع، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع ، ص 148 وما بعدها

المضمون، أي أنه قد ينقضي، ثم يرجع إلى الوجود بالتبعية، مثال ذلك إذا أنقضى الدين المضمون بالوفاء، ولكن هذا الأخير اذا كان باطلاً كأن يكون الموفي به غير مملوك للموفي وبطل الوفاء، فإن الدين يعود إلى الوجود ويعود معه الرهن، ومثال ذلك أيضاً إذا انقضى الدين المضمون بالإبراء، وكان الإبراء صادراً من ناقص الأهلية فكان قابلاً للإبطال وأبطل، فإن الدين يعودُ كما كان ويعودُ معه الرهن بالتبعية، وإذا عادَ الرهن، ولم يكسب أحد على العقار حقاً عينياً تبعياً عادَ الرهن بمرتبتهِ الأصلية وكأنه لم ينقضي[1].

كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة الكفالة بعد أنقضائها سواءَ أكانت هذه الأخيرة شخصية أم عينية فأنها تعود تبعاً لعودة الدين المكفول، فمن المعلوم أن أسباب أنقضاء الدين المكفول هي نفس أسباب أنقضاء أي دين أخر، فإذا أنقضى هذا الدين بسبب من أسباب الأنقضاء فقد انقضت الكفالة بصورة تبعية له؛ لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل، فينقضي الدين المكفول، وينقضي تبعاً له دين الكفيل فتنقضي الكفالة، فمثلاً إذا كان الوفاء باطلاً أو أبطل عدَّ كأنه لم يكن، فيعود الدين المكفول وتعودُ معه الكفالة بغض النظر عن نوعها ومن ثم فأن صفة التبعية لها دور في عودة هذا النوع من الحقوق بعد أنقضائها، بحيث يعدَّ الانقضاء كأن لم يكن [2].

أما عن موقف القضاء بهذا الخصوص فهنالك الكثير من القرارات القضائية التي تبين دور خاصية التبعية كأساس لعودة الحقوق بعد أنقضائها، فقد جاءَ في أحدى قرارات محكمة التمييز الأتحادية بأنه ((...فلا يوجد مبرر ببقاء أشارة الحجز الموضوعة بوجب الرهن التأميني المبرم ما بين المدعية والمدعى عليه ما دامت المدينة أوفت بالتزاماتها في عقد الرهن لأن موضوع الدين المتعلق بالمدين أعلاه موضوع مستقل عن موضوع هذه الدعوى ولا يمكن التصدي له؛ كون طبيعة الرهن تقتضي إنقضاءه بوفاء الدين، الا إذا رجع الدين، فيعود الرهن تبعاً له، لذا فأن أتجاه محكمة البداءة بالزام المدعى عليه بمنع معارضته للمدعية ورفع أشارة الحجز بموجب معاملة الرهن قد جاءَ متفقاً وأحكام القانون ويكون الحكم المميز حري بالتصديق والأعتراضات التمييزية غير واردة قانوناً وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز

([1]) د. محمد احمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التامينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة كلية الحقوق جامعة الفيوم، بلا مكان وسنة طبع، ص 106.

([2]) د. حسن محمود عبد الديم، الكفالة ضمان شخصي للحقوق، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2009، ص 307.

رسم التمييز وصدر القرار بالأتفاق وفق المادة (2/210) من قانون المرافعات المدنية في 5/ذي الحجة/1438هـ الموافق 2017/8/27م)) [1]. وعلى المنوال نفسه سارت محكمة النقض المصرية إذ قضت هذه في قرار صادر لها بأنه ((مفاد نص المادة (1082) من القانون المدني أن الرهن الرسمي ينقضي بطريقة تبعية بأنقضاء الدين المضمون، وإذ كان من حق المدين الراهن أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بانقضاء الرهن تبعاً للوفاء بالدين وبالتالي فإنه يكون لمشترى العقار المرهون المحال عليه بالدين أن يتمسك بهذا أيضاً قبل الدائن المرتهن [2]. وعلى أساس ذلك نرى أن المشرع من جهة، وكذلك القضاء أعطى الحق للمدين الراهن التمسك بأنقضاء الرهن لإنقضاء الدين وعليه ومن باب أولى يكون نفس الحق للدائن المرتهن التمسك بعودة الرهن في حالة عودة الدين لأي سبب كان تحقيقاً لفكرة تبعية عقد الرهن للدين المضمون به، وهذا في حقيقة الأمر يدفعنا الى طرح التساؤل الأتي وهو مدى صلاحية هذه الفكرة كأساس لعودة الحقوق بعد أنقضائها ؟

في إطار الأجابة على التساؤل المطروح في الأعلى يمكننا القول بأن فكرة التبعية كأساس لعودة الحقوق بعد أنقضائها لها صدى واسع في أغلب حالات العودة بغض النظر عن طبيعتها شخصية كانت أوعينية فالتبعية لها وزنها في عودة الحقوق أو الألتزامات، ولكنها في الوقت نفسه لا تصلح لتفسير بعض حالات عودة الحق كما لو عادَ الحق أو الالتزام بسبب زوال أتحاد الصفة إذ إن الحق يعودُ هنا مباشرة دون التوقف على عودة حق آخر، وهذا الأمر ليس بحقيقتهِ عيباً؛ لأن أغلب موضوعات القانون المدني تتكون من مجموعة من الأسس تشكل في مجموعها أساساً قانونياً لموضوعاً معيناً كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة الحقوق و الالتزامات بعد أنقضائها في القانون المدني فأنها تتكون من مجموعة من الأسس من بينها خاصية التبعية .

نافلة القول أن الأساس الذي ترتكز عليه فلسفة أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، سواءَ أكان ذلك بالنسبة لذات الانقضاء ام للعودة، لم يكن على وتيرة واحدة، فقد

([1]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (229) والصادر بتاريخ 8/27/ 2017. والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الأتحادية وعلى الموقع المتاح www.sjc.iq تاريخ الزيارة 2023/12/28.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (1011)، والصادر بتاريخ 8/3/ 2018، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 28 / 1/ 2024.

رأينا أن فلسفة المشرع في ذلك واضحة إذ إنه قد نص صراحة على أن الحقوق والألتزامات قد تنقضي وهذا بطبيعة الحال يعدُ أمراً مسلماً به من عدة نواح ولا سيّما الناحيتين التشريعية والقضائية. هذا ومن الجدير بالملاحظة أن بعض الأسس قد تكون بطبيعتها أساسا مزدوجاً للانقضاء من جهة وللعودة من جهة آخرى، لذات الحقوق والألتزامات، والمثال الأبرز على ذلك هو أساس الصفة، فهذه الأخيرة عند أتحادها فأنها تؤدي حتماً إلى انقضاء الحقوق والالتزامات، أما إذا اختلفت هذه الصفات فأنها حتماً تؤدي إلى العودة لتلك الحقوق والألتزامات بتوافر سبب أختلافها، كذلك هو الأمر بالنسبة لخاصية التبعية ودورها في أنقضاء وعودة الحقوق والالتزامات، فالتبعية تكون مرتبطة بالألتزام الأصلي وتتبعه وجوداً وعدماً، صحة وبطلاناً، فالحق ينقضي ويعودُ بخاصية التبعية، كما هو الحال بالنسبة للمرهون وكذلك الكفالة وغيرها من الحقوق التي تعتبر التبعية أساساً لها في أنقضاء والعودة للحقوق والألتزامات، كما أن بعض الأسس يتعلق يكون له طابعاً منفرداً كما هو الحال في أساس المصلحة. ومهما يكن من الأمر فأن هذه الأسس تكون في مجموعها أساساً قانونيا لانقضاء الحقوق وعودتها.

المبحث الثاني

المصادر القانوية والقواعد الفقهية لانقضاء الحقوق وعودتها وتحديد معوقاتها

لا مناص من القول إن جميع الحقوق والالتزامات إذا انقضت وكانت هناك أمكانية لعودتها، فهنا لا بد أن تكون هناك آلية يمكن بواسطتها إحياء هذه العلاقة القانونية بما تفرضهُ هذه الاخيرة من حقوق والتزامات، وعلى أثر ذلك يمكننا القول إنه بعد أن بينا الاصول القانونية لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني وحددنا من جهة التوصيف القانوني لها سواءَ أكان ذلك من حيث التكييف او الطبيعة القانونية، ومن جهة أخرى القينا الضوء على أهم الأسس التي يرتكزُ عليها إنقضاء الحقوق وعودتها، فأن الأمر يتطلبُ منا بيان كيفية تقرير العودة عن طريق تحديد الأليةِ القانونية اللازمة لذلك، وبُغية تحقيق ذلك فلا بد من تحديد مصادر أو مظاهر هذه العودة، إذ قد ينشأ هذا الحق بمصدر من مصادر الألتزام المعروفة سواءَ أكان العقد أم الإرادة المنفردة أم نص القانون... ومن ثم ينقضي ولكنه يعودُ بذات المصدر الذي نشأ به، بيد أن هذا الأمر لا يمكن الأخذ به على أطلاقهِ، إذ قد ينشأ الحق بمصدر من هذه المصادر ثم ينقضي ويعودُ بمصدر أخر، وفي هذا المقام كذلك نبين دور القواعد الأصولية في أنقضاء الحقوق وعودتها، حيث نجد أن لهذه الأخيرة وجود مادي لا يمكن أنكاره، هذا ومن الجدير بالذكر أن العودة للحقوق قد تكون ممكنة بعد توافر مصدرها، إلا أنها قد تصطدم بمجموعة من المعوقات على أختلاف أنواعها، أي سواءَ أكانت هذه المعوقات قانونية أم إرادية، والتي على أثرها تنعدم الحكمة من تقرير العودة، هذا ولغرض بيان هذه المفردات والإحاطة بها الأمر الذي يقتضي بنا تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص المطلب الأول منه لدراسة المصادر القانونية والقواعد الفقهي لإنقضاء الحقوق وعودتها، أما المطلب الثاني منه فسنكرسه لدراسة معوقات أنقضاء الحقوق وعودتها وكما هو مبين أدناه.

المطلب الاول

المصادر القانونية والقواعد الفقهية لانقضاء الحقوق وعودتها

من المعلوم أنه في نطاق المعاملات المالية أنه يرتبطُ شخصان أو أكثر بعلاقة قانونية، إذ على ترتب هذه الأخيرة حقوق والتزامات لأطرافها فيما بينهم من جانب المال، أي بما يتعلق بذمتهم المالية، وهذا بطبيعة الحال يستتبع فرض حقوق لطرف معين، والتزام يقع على الطرف الأخر، وهذا أصبح من الأمور المسلم بها؛ لأن الأنسان كائن أجتماعي بطبيعتهِ فلا يمكنه التعايش وحيداً، فأن أغلب تعاملاته هي تصرفات قانونية، وهذه الأخيرة قد تؤول الى الزوال أو الى الإنقضاء أن صح التعبير من دون النظر إلى المصدر الذي تم على أساسه أنشاء هذا التصرف القانوني، بيد أن هذا التصرف وأن أنقضى فأنه من الممكن أعادته بتوفر شروط معينة نص عليها القانون أو أقتضتها طبيعة هذه التصرفات، وتفسيراً لذلك فأن للعودة مصادر تبررُ عودة هذه التصرفات على الرغم من توافر قيود أو ضوابط هذه العودة وبغض النظر عن تشابه وأختلاف هذا المصدر سواءَ أكان ذلك من حيث أنقضاء الحقوق أو من حيث عودتها هذا من زاوية، ومن زاوية أخرى أن لقواعد أصول الفقه دوراً لا يستهان به في بيان فلسفة أنقضاء الحقوق وعودتها، بحيث أن البعض من الفقه القانوني أعتبر هذه القواعد الأصولية أساساً شرعياً تقتضيه العودة، وعلى أساس ذلك لا بد من بيان مصادر أنقضاء الحقوق وعودتها من ناحية، وبيان دور القواعد الفقهية فيها من ناحية أخرى، عن طريق تقسيم هذا المطلب على فرعين وكما هو مبين أدناه.

الفرع الأول

المصادر القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها

لا شك في أن الحقوق سواءَ أكانت شخصية أم عينية فأنها تنشأ عن طريق المصادر القانونية والتي نص عليها القانون المدني سواء أكانت أرادية أم غير أرادية أم قانونية، فلكل حق لا بد من مصدر يبرر وجوده، وعودة الحقوق بعد أنقضائها كذلك تستند على مجموعة من المصادر، إذ إن الحقوق والألتزامات يمكن أن تعود بالاستناد الى المصادر التي تنشأ بها ابتداءً، كما يمكن أن تعود بمصدر غير ذلك الذي يمكن أن تنشأ

بهـا أصـلاً، وعلـى أسـاس ذلـك يمكـن القـول إن هنـاك فارقـاً بـين مصـادر أومظـاهر عـودة الحقـوق والألتزامـات ومصـادر نشـوئها أبتـداءً، وهـو لا يشـترط فـي كـل الأحـوال أن تكـون مصـادر العـودة هـي نفسـها مصـادر النشـوء، فـيمكن أن ينشـأ الحـق بواسـطة العقـد مـثلاً ثـم ينقضـي ويعـود بالتقـادم المكسـب، ومـن ثـم فقـد ينشـأ الحـق بصـورة قانونيـة وينقضـي ثـم يعـود بصـورة أتفاقيـة، ومهمـا يكـن مـن الأمـر فـأن مصـادر أنقضـاء الحقـوق وعودتهـا فـي القـانون المـدني قـد تكمـن بـإرادة الأطـراف عـن طريـق أتفـاقهم علـى العـودة، وقـد تكـون العـودة أنيـة بحكـم القـانون، فـالأخير قـد ينص صـراحة علـى أنقضـاء وعـودة الحـق فـي الوقـت نفسـه، كمـا أن الحكـم القضـائي يعتبـر مصـدر دخـيلاً يمكـن بواسـطتة عـودة الحقـوق بعـد أن تـم تقريرهـا، هـذا ولغـرض بيـان هـذه المصـادر والإحاطـة بهـا الأمـر الـذي يتطلـب منـا تقسـيم هـذا الفـرع على عدة فقرات وكما هو آت:

أولاً- إرادة الأطراف

قـدّمنا سـلفاً القـول بأنـه يمكـن أن يعـود الحـق بعـد إنقضـائه، عـن طريـق المصـادر نفسـها التـي أنشـأته أبتـداءً، ومـن بـين هـذه المصـادر هـي المصـادر الأراديـة، والتـي بموجـب هـذه الأخيـرة يتكـون فـي الغالـب الأعـم التصـرف القـانوني، فالعقـد والـذي هـو صـورة مـن صـور التصـرف القـانوني الـذي يتمثـل بتوجيـة إرادة الشـخص الـى أحـدث أثـر قـانوني معـين، والتصـرف الإرادي الـذي ينشـأ بموجبـهِ الحـق أولاً، ومـن ثـم يعـود الحـق علـى أساسـهِ وهـذا يُعـد نتيجـة طبيعـة للعـودة [1]. فربمـا تكـون العـودة للحـق أو الألتـزام تـتم بأتفـاق الطـرفين، فحـق الأرتفـاق العقـاري ينشـأ أبتـداءً عـن طريـق الأتفـاق بموجـب (عقـد) بـين مالـك العقـار الخـادم (المرتفـق بـه) ومالـك العقـار المخـدوم (المرتفـق)، وقـد يكـون العقـد معاوضـة كـالبيع أو مقايضـة فيقـرر كـل مـن الجـارين حـق أرتفـاق علـى عقـارهِ؛ وذلـك لمصـلحة عقـار جـاره، وقـد يكـون تبرعـاً مـن قبـل أحـدهما كالهبـة، ويصـح لكـل مالـك أن يقـرر علـى عقـار يملكـهُ مـا يريـده مـن حقـوق الأرتفـاق لمصـلحة عقـار مملـوك لغيـره سـواءَ أكـان ذلـك بمقابـل أو بـدون مقابـل، شـريطة عـدم مخالفـة القـانون والنظـام العـام والأداب مـن ناحيـة [2]، وأن يتفـق

([1]) د. محمد بقيـق، النظريـة العامـة للألتـزام، التصـرف القانوني(دراسـة مقارنـة)، الطبعـة الثانيـة، مجمـع الأطرش للكتاب للطباعة والنشر، تونس، 2009، ص 29.

([2]) د. محمد مؤمن، حقوق الارتفاق في القانون المغربي، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع، مركش، المغرب، 2000، ص 59.

التصرف من ناحية أخرى مع طبيعة حق الأرتفاق [1]. فإذا نشأ حق الارتفاق بموجب العقد ومن ثم زال، مثال ذلك إذا زالت حاجة الجار إلى ري أرضه عن طريق المجرى بأن تهيأت له وسيلة أخرى لري هذه الأرض، فحق الشرب يزولُ حتماً، ويعتبر العقد الذي نشأ عن طريقهِ حق الأرتفاق هذا منقضياً؛ لأنعدام الضرورة[2]. الا أنه على الرغم من ذلك قد يتفق مع مالك الأرض مجدداً بذات العقد بين أصحاب العقارات المرتفق والمرتفق به بأن يكون له حق أرتفاق بحق المجرى، وأعتبار حق الأرتفاق كأنه لم ينقضِ وأساس هذه العودة يكمن حقيقة في حماية مصلحة أحد الطرفين أو بالأحرى حالة الضرورة، حتى وأن كان الانقضاء والعودة لهذا الحق هو بسبب إرادة مالك الأرض المحبوسة [3].

وعلى أساس ذلك يشترط لأمكانية عودة حق الأرتفاق العقاري عن طريق التصرف القانوني بواسطة الإرادة (الأتفاق) أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط منها: 1- أن يكون التصرف الذي نشأ هذا الحق ومن ثم زال، وتقررت له العودة بعد ذلك أن يكون صحيحاً مستوفياً لشروطهِ وأركانه. 2 – أن يكون محل التصرف الأرادي كذلك ممكناً. 3- وأن تكون العودة مشروعة. 4- وأن تكون العودة محددة[4] .

وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((المقرر في قضاء هذه المحكمة بأنه يجب أن تتسم حقوق الأرتفاق على وجه الخصوص بالوضوح والتحديد، وذلك بعيداً عن الغموض والأبهام، فالحق الغامض أو المبهم لا يكون حقاً من حقوق الأرتفاق؛ لأنه ليس بأمكانه أن يقدم منفعة للعقار المخدوم أو المرتفق كحق المرور العام في الطرق والمتنزهات والميادين العامة والذي لا يمكن أن يكون محلاً لحقوق الأرتفاق والتي يمكن أن تكون

([1]) Fiona Burns. Implied easements and the integrity of the torrens system. Bond Law Review. Volume21.Issue2. Special Property Law Edition.2009. P.3. and Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press.2011.P.34.

([2]) د. يونس صلاح الدين علي، أرتفاق الضرورة في القانون الأنكليزي(دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (4)، 2019، ص 271.

([3]) د. قصي سلمان هلال، مصدر سابق، ص 43.

([4]) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 94.

محلاً للتصرفات العقارية، خلافاً لحق التجول في الحدائق المحاطة بالعقارات والتي يحق لمالكيها أو لحائزيها الحق في التجول فيها بوصفه حقاً من حقوق الأرتفاق، ولبيع قطعتي ارض محيطتين بحديقة في المنطقه لشخصين مختلفين وقد نص سند نقل الملكية للقطعتين على حق التجول في الحديقة، فضلاً عن أن جميع العقارات المحيطة بها، ولتضمن السند كذلك تعهدا بقيام مشتري العقارين بدفع الاجور الخاصة بالعتناء بالحديقه والمحافظه عليها في حالة جيدة، وبسب الارتباط المباشر لعقاراتهم بتلك الحديقة ولثبوت حقهم بسند رسمي فلهم حق ارتفاق في التجول، الا ان تملك هذه الحديقه من قبل السلطة العامة وبناء مذخر للادوية فيها وانقطاع الارتباط بهذه الحديقة ... زال حق الارتفاق بالتجول فيها ولقيام اصحاب العقارات المحيطه بها من رفع الدعوى والمطالبة بتنفيذ حقوق الارتفاق المقرر لهم لعدم انشاء مذخر للادوية فيها لانتهاء مدة التنفيذ، قضت لهم المحكمة بالتمتع بحق التجول في الحديقة والاستجمام فيها وكيفت حقهم كحق ارتفاق صحيح؛ بسبب الارتباط المباشر لعقاراتهم بتلك الحديقة ولان السند تضمن ذلك مما يجعل دعواهما لها سند من القانون ...))[1] .

وإذا أمعنا النظر إلى قرار هذه المحكمة نجد وبحق انه يؤكد على ان حق الارتفاق العقاري وان تقرر له الزوال فانه يمكن ان يعود بذات المصدر او بغيره، فقد استندت محكمة النقض الفرنسية لعودة هذا الحق على سند انشاؤه كون السند (العقد) الذي انشأ حق الارتفاق هذا كان ينص على حق التمتع والاستجمام من ناحية، ولان طبيعته تفرض ذلك كونه مخصص لخدمة العقارات الواقعة عليه لذلك قررت عودته، فالمشرع اعطى لإرادة الأطراف دوراً مهمًا في انشاء التصرفات القانونية وتنفيذها، وانقضائها واعادتها، فالإرادة الحرة هي التي تمتلك ابتداءً إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره بما يحقق مصلحة الأطراف الخاصة؛ ولكن هذه الإرادة بطبيعة الحال مقيدة بما تسمح به القواعد العامة، بمعنى أن هذه الإرادة تكون مقيدة ضمن حدود معقولة؛ لتحقيق غايات معينة، منها بالدرجة الأولى تحقيق التوازن ما بين الإرادة والعدالة أو لتحقيق المصلحة

([1]) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (2812) والصار في 22/ نوفمبر/ 1997، نقلا عن Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012 .P.642.

العامة[1]. فالعودة شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر قد تدخل الإرادة في تقريره أو أنشائه بعد أنقضائه، فلإرادة الأفراد دور في تقريرها، إذ إن المشرع قد يورد نصًا قانونياً أو حكماً لقاعدة معينة ويترك لإرادة الأفراد أمر تحقيق هذه العودة، من ذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد نص في المادة (665) من القانون المدني الفرنسي على مصدرية هذه العودة إذ نصت هذه المادة على أنه ((إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل فإن حقوق الأرتفاق التي كانت مقررة لمصلحة العقار او عليه تعود بالنسبة الى الحائط الجديد أو المنزل الجديد وأنما بشرط أنه لا تزيد في عبئهِ)).

هذا الموقف الفريد للقانون المدني الفرنسي أذ لم نجد نص في القانون المدني العراقي والمصري يقابل هذا النص صراحة[2]، يؤكد صراحة على أمكانية إرادة الأطراف على أعادة الألتزام أو الحقوق بعد أنقضائها، فأذا أنهدم الحائط أو المنزل المقرر عليه حق أرتفاق، فحق الأرتفاق هذا ينقضي ومن دون النظرإلى السبب الذي بموجبه انقضى هذا الحق، ولكن إذا أعيد بناء هذا الحائط من قبل أحد أطرافه وهو صاحب العقار الخادم بأرادته وبحالة يمكن معها أستعمال هذا الحق فأنه يعود حتماً، فالحق هنا عادَ بموجب أرادة أحد أصرافه وهو في حقيقة الأمر ذات المصدر الذي أنشأ به، بيد أن الحق قد ينشأ بمصدر من المصادر المعروفة في القانون المدني ومن ثم ينقضي، ولكنه يعود بسبب أخر، كما هو الحال عند أنقضاء حق الارتفاق وعودته بسبب من أسباب كسب الملكية كالحيازة [3].

إذ يمكن أن تستند عودة هذا الحق على صورة أو أكثر من صور الواقعة القانونية، فأن كان النطاق الطبيعي لعودته يتم عن طريق التصرف القانوني المتمثل بالأرادة سواء أكانت مجتمعة ام منفردة فأنه من الممكن أن تعود بواسطة الواقعة القانونية ومن دون النظر عما إذا كانت هذه الأخيرة تتم بإرادة الأنسان أو بعدم إرادته، على أساس أن

([1]) د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والأرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الشروق للطباعة والنشر، رام الله، فلسطين، 2004، ص132.

([2]) ولكن يمكن أن يفهم ذلك ضمناً من خلال نص المادة (1283) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق، ويعود اذا عادت الاشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق)). وذات المعنى تضمنته نص المادة (1028) من القانون المدني المصري.

([3]) د. بيان يوسف رجيب، دور الحيازة في الرهن الحيازة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشرر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 111.

الواقعة هي حدث لربما تكون بأختيار الانسان أو من غير أختياره ويرتب القانون أثراً قانونياً على أثر ذلك كالعمل غير المشروع والحيازة والتقادم، وعليه فأنه من الممكن أن يعود الحق بعد أنقضائه أما بالحيازة أو بالتقادم[1]. ولغرض بيان دوركل منهما في عودة الحق بعد أنقضائه يتحتم علينا الأمر أفراد لكل منهما فقرة خاصة وكما هو مبين أدناه:

1- الحيازة :- من المعلوم أن الحيازة تعد سبب من أسباب كسب الملكية إذ تتمثل هذه الحيازة بوضع مادي يسيطر به شخص معين على شيء معين سيطرة مادية، إذ تتمثل هذه السيطرة بعمل أيجابي من قبل الحائز، ويقابلها عمل سلبي وهو سكوت مالك الحق الأصلي عن مطالبتهِ عن حقه [2]. وقد عرف المشرع العراقي الحيازة بموجب نص المادة (1/1145) من القانون المدني العراقي والتي نصت هذه المادة على أنه ((الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعملُ بالفعل حقاً من الحقوق)) [3].

ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري، وليس أبلغ في الدلالة ما نصّت عليه المادة (2255) من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص هذه المادة على أنه ((أن الحيازة هي وضع اليد على الشيء أو التمتع به أو على حق يكونان بتصرفنا المباشر، أو تحت ممارستنا الشخصية، وأما بواسطة شخص أخر يكونان بحيازته أو يمارس الحقوق التابعة لها بأسمنا)). يفهم من هذه النصوص أن استمرار هذه الحيازة بطبيعة الحال مع هذا السكوت المدة المحددة التي نص عليها القانون فأنها تعد كافية لاكتساب الملكية أو على الأقل الحق العيني، ومن ثم فالحيازة ثلاثة أركان للقول بأمكانية العودة أذ أن تخلف أحدها يبطل الأصل، وعلى أثر ذلك يبطل الأثر المترتب عليها أذ يجب توافرها جميعها وهذه الأركان هي:

([1]) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، بلا سنة طبع، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، 2013، ص 13 وما بعدها. أنظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص 780.

([2]) أسماء سعدون فاضل، أنتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني، بحث منشور في مجلة مدات الاداب، العدد (13) 2014، ص 356.

([3]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1/1171) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيرة على شيء أو حق يجوز التعامل فيه)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

أ- وضع اليد : ويتم هذا الأمر عن طريق وضع يد الحائز على الشيء المحاز والتصرف فيه، شريطة أن يكون هذا التصرف تصرف المالك بلا منازعة والقانون يعبر عن وضع اليد بمصطلح الحيازة [1].

ب ـ السكوت عن الحق : من الشروط أو الأركان الأساسية لأمكانية أكتساب الحق عن طريق الحيازة (وضع اليد) هو سكوت المالك الأصلي عن المطالبة بالحق وهو الركن الثاني للحيازة وقد بين القانون ذلك [2]. فلا يكون للتقادم أي أثر بدون الحيازة، فإذا سكت شخص عن حقهِ ولم يكن هنالك ما يمنعهُ عن المطالبة بحقهِ من ناحية ولا عذر مقبول له، فلا يحق له المطالبة بما يدعيه بعد ذلك، والسبب في ذلك كون سكوته عن حقه قد فوت عليه حقه التمتع بالحماية القانونية اللازمة لذلك، ولكن إذا كان هذ السكوت من قبل صاحب الحق على أساس التسامح أو الأذن بالأنتفاع فلا يعد هذا السكوت بمثابة التنازل عن الحق؛ لأن التسامح أساسه[3].

ج – مضي مدة من الزمن على الحيازة الهادئة : إن الحيازة لكي تكون سبباً لكسب الملكية لا بد أن تكون هناك مدة من الزمن كافية مع أستمرار الحيازة الهادئة خلال هذه المدة[4]. إذ يعدّ تحقق هذا الشرط من الأمور المهمة لكي ترتب هذه الحيازة آثارها وبغية تحقيق هذا الغرض لا بد أن تكون هذه الحيازة هادئة[5]. ومهما يكن من الأمر نرى وبحق أنه يجب أن تتوفر مما تقّدم من أركان مجتمعة لقيام الحيازة، حيث لا يمكن أن يرتب

([1]) د. أمير علي خالد، تملك العقارات بوضع اليد، الطبعة الثانية، منشأة المعارف للطباعة و النشر والتوزيع، السكندرية، مصر، 1992، ص 24.

([2]) أذ نصت المادة (429) من القانون المدني العراقي على أنه ((الدعوى بالألتزام اي كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمسة عشر سنة)). وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (374) من القانون المدني المصري

([3]) د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الأسلامي، داسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة العاني للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1980، ص 51.

([4]) د. فايز الحاج ياسين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة الأولى، طبعة جامعة القديس يوسف، بيروت، 2009، ص1977، انظر كذلك سليماني مصطفى و يوسفي جلول، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير في القانون العقاري، مقدمة الى جامعة ادرار، كلية الحقوق، الجزائر، 2013ـــ2014، ص 17. د. محمد عبد اللطيف، الحيازة وآثرها في التقنين المدني المصري، بلا طبعة، المكتبة القانونية لمحكمة الإسكندرية ، مصر، 1951، ص 247

([5]) د. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء كلية القانون، العدد(18) ،2010، ص17.

التقادم آثاره، ولا يمكن أن ينبسط حكمه كذلك دون توافر أركانه؛ لأن التقادم المشفوع بالحيازة يُعد وسيلة لتحقيق الأستقرار في المعاملات المالية، وعلاقة هذه الأخيرة بهذهِ الأركان المبينة أعلاه هي علاقة السبب بالنتيجة، فإذا توافرت هذه الأركان تعد سبباً لوجود النتيجة (الحيازة).

وعلى أثر ذلك يكتسب الشخص حقاً من حقوق الملكية، واستناداً على ذلك فأنه يترتبُ على حيازةِ حق الارتفاق، إنه أذا أنقضى هذا الحق بأحد أسباب الإنقضاء، ثم أراد صاحب العقار المرتفق من أعادة حق الأرتفاق، أو أسترجاعه من جديد بواسطة الحيازة وفقا للنص المتقدم، وبطريقة غير مباشرة أي بمصدر أو بسبب غير الذي تم أنشأئه به، ومن خلال القياس على الحالات التي قد أشارَ إليها المشرع العراقي في القانون المدني بعودة حق الأرتفاق وبالتحديد المواد (1281 - 1283) فأنه إذا حازَ حق أرتفاق ظاهر مثلاً على عقار مملوك لأخر، بعد أن أنقضى الارتفاق القديم كحق المسيل، أو حق المرور واستمر حائز له حيازة قانونية صحيحة، فأن ذلك سوف يؤدي دون شك هو عودة حق الأرتفاق من جديد على أساس الحيازة.

ونتيجة لكلّ مما تقدّم أنه عند أكتساب الحق العيني من قبل الحائز بعد انقضائه، فأن له أن يدافع عن حقه العائد ، بأي طريقة كانت سواءَ أكانت عن طريق دعوى أم عن طريق دفع، فعلى سبيل المثال أذا أعُتدي على حقهِ، كان له الحق أن يلجأ الى دعوى الأستحقاق أو دعوى تقرير الحق له (دعوى الأعتراف)، ومن ثم يمكن القول أنه من الجائز أن يتم أعادة حق الأرتفاق عن طريق الحيازة، والدليل على ذلك هو نص المادة (2/1272) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة بموجب فقرتها الثانية على أنه ((ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الأرتفاق الظاهرة)). ومن ثمَّ إذا تحققت شروط الحيازة وأركانها كانت سبباً لعودة الحق بعد انقضائه وهذا ما ذهبَ إليه رأي في الفقه القانوني، إذ يرى أن سكوت مالك العقار المُلقى عليه عبء الأرتفاق خلال المدة المقررة بالقانون جاز للحائز إعادة حق الأرتفاق من

جديد، وعلى من يريد اعادة أو استرجاع حق الأرتفاق عن طريق الحيازة يجب أن لا يكون غاصباً للعقار المرتفق [1].

2 – التقادم المكسب لعودة الحق بعد أنقضائه

إن من المصادر المكسبة للحقوق والخارجة عن التصرفات القانونية الوقائع القانونية وهي أمر يحدث عادة فيرتب القانون عليه أثراً معيناً، ويكون إما نشوء حق جديد أو نشوء التزام في ذمة المدين أو إنقضاء حق أداء إنتقاله، أو أعادته ومن أهم الأحداث المادية التي يترتب عنها إنشاء بعض الحقوق، التقادم المكسب[2] . و لما كان مرور الزمن أو التقادم المكسب هو مؤدي الحيازة المستمرة والهادئة وجوهرها الأساسي وأهم أثارها، فأنه يكون سبب من أسباب كسب الملكية وما يتفرع عنها كحق الأرتفاق مثلاً إذا أستمرت الحيازة المدة القانونية التي نص عليها القانون[3].

بيد أن التشريعادت المدنية النافذة لم تعرف التقادم المكسب سواءَ أكان ذلك في القانون المدني العراقي أم القانون المدني المصري [4]. بينما عرفهُ المشرع الفرنسي في المادة (2219) من القانون المدني الفرنسي، إذ نصت هذه المادة على أنه ((وسيلة للكسب أو للأبراء، بمرور مدة معينة وبالشروط التي يعينها القانون))[5]. فالتقادم بهذه الكيفية يعني مرور الزمان الطويل على وضع اليد أو هو مرور الزمان الطويل على وضع ترك الحق بلا منازعة ومن ثم فأن التقادم هو الأخر يرتكز على ثلاثة أركان وهي وضع اليد،

([1]) د. أحمد المهدي ود. أشرف شافعي، منازعات الحيازة، الطبعة الأولى دار العدالة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص 252. انظر كذلك مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدرسابق، ص 103.

([2]) لمرور الزمن مفعولان : مفعول سلبي يفتح سقوط الدعوى ويسمى تقادماً مسقطاً، ومفعول إيجابي يترتب عنه قيام حق جديد ويسمى تقادما مكسبا.

([3]) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق،، ص 10.

([4]) د. عبد المنعم البدراوي، اثر مضي المدة في الالتزام، الطبعة الاولى، مطبعة جامعة الفؤاد، القاهرة، مصر، 1950، ص 4.

([5]) La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. Selon le professeur FOËX , droit reels , Résume sur base du cours de 2019 / 2020, dispensé par , p78 et après .

ومضي المدة القانونية أي المدة المقررة قانوناً، والسكوت عن الحق [1]. ومهما يكن من الأمر فأن الأمر الذي يهمّنا هنا هو بيان كيفية أعادة الحق بعد أنقضائه بواسطة التقادم المكسب ؟ في أطار الأجابة على التساؤل أعلاه يمكن القول أنه من المقرر في فقه القانون المدني الفرنسي أن حقوق الأرتفاق التي يمكن أكتسابها بالتقادم هي بعض هذه الحقوق والتي تتمحور في الارتفاقات المستمرة والظاهرة، وبعبارة أخرى أكثر دقة أنه يشترط لأمكانية كسب حق الارتفاق العقاري على الرغم من أنقضائه في القانون المدني الفرنسي وفقا لنص المادة (690) منه توافر شرطين وهما: 1- أن يكون الأرتفاق مستمراً . 2 - أن يكون هذا الحق ظاهر، فإذا كان حق الأرتفاق ظاهراً ولكنه كان غير مستمر، أو كان غير ظاهر في الأصل، فأنه لا يجوز الأحتجاج بأعادة الأحتجاج بإعادة الارتفاق بهذه الكيفية عن طريق التقادم مهما طالت مدة وضع اليد وسكوت صاحبه عنه خلال هذه المدة[2].

ولكن أن هذا المبدأ والذي قررهُ المشرع الفرنسي في المادة المذكورة سلفاً كانت وما زالت موضع نقد من قبل الفقه الغربي، فهم يرون بذلك أن أشتراط كون حق الأرتفاق الذي يصح كسبه بالتقادم، كونه يجب أن يكون مستمراً، لا تبرره في الواقع العملي وكذلك النظري سوى عادات كانت متبعة أنذاك في بعض المدن الفرنسية على عهد القانون القديم إلا أن المنطق القانوني السليم يؤدي الى القول بأنه يجوز كسب حق الأرتفاق العقاري بالتقادم متى كان ذلك ظاهراً، ومن ثم تنعدم المقارنة فيما أذا كان هذا الأخير أو هذا النوع من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية مستمراً أو غير مستمر، إذ يتضحُ من ذلك وبحق أن التقادم يصلح لأنشاء حق الأرتفاق وعودته من جديد بعد أنقضائه كون النص القانوني المشار اليه أنفاً جاءَ مطلق وحسب القواعد العامة أن

([1]) د. شروق عباس فاضل ود. فاتن يونس حسين، التقادم المكسب للملكية العقارية في ظل نظام التسجيل الشخصي، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية والاكادمية، الجلد(4) العدد (1)، 2021، ص 480. انظر كذلك بهذا الصدد د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، الطبعة الثالثة، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولادة، القاهرة، مصر، 1967، بند 376، ص 465. انظر كذلك د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، الحيازة والتقادم متضمنا أحكام التقادم بنوعية المكسب و المسقط، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الأسكندرية، القاهرة، 2004، ص 61.

([2]) Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre , ou par la possession de trente ans. Selon le Pr .: Laurent GUIGNARD , DROIT CIVIL: LE DROIT DES BIENS , p36.

المطلق يجري على أطلاقهِ ما لم يُقييده نص قانوني آخر، وعلى أثر ذلك نجد أن المشرع العراقي قد أشارَ صراحة في الفقرة الثانية من المادة (1272) من القانون المدني العراقي على أكتساب بعض حقوق الأرتفاق بموجب التقادم، إذ نجدها تنصَ وبحق على أنه ((يحتجُ بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الأرتفاق الظاهرة)).

وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهب اليه المشرع المصري عن طريق نص المادة (1016/ 2) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يكسب بالتقادم الا الأرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)). والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (690) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه ((تكسب الأرتفاقات الظاهرة والمستمرة بموجب سند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة)).

ونتيجة لذلك فأن حق الأرتفاق العقاري القديم الذي يكسب بالتقادم لا يزول بحكم القانون ما دام كان إرتفاقا ظاهراً، ومن المعلوم أنه في الأرتفاقات الظاهرة أنه يجب أن تكون هناك علامات خارجية ومادية حتى يعود بذلك حق الأرتفاق، وليست مجرد وضع اليد ومرور المدة، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن تكون هناك حيازة ظاهرة وهادئة ومن هذا المنطلق يمكن القول أن الأعمال التي يكون فيها عودة لحق الأرتفاق ظاهراً تقع في الغالب على العقار المرتفق به، ولكن يجوز أن تتقرر على العقار المرتفق بتوافر شروط معينة ومن أهمها هي: 1- أن تكون ظاهرة من العقار المرتفق به 2- أن يكون وجودها واضحاً 3- وأن يكون الغرض من أستعمالها هو إعادة حق الأرتفاق على هذا العقار مثال ذلك فتح شباك من منزل صاحب العقار المخدوم (المرتفق) والمسألة هذه في حقيقة الأمر هي مسألة وقائع يترك تقديرها لقاضي الموضوع[1].

ومن الناحية القضائية نجد أن محكمة تمييز العراق بحكم لها أكدت من خلالهِ المعنى المتقدم إذ جاءَ فيه ((... أن المحكمة قررت رد دعوى المدعي لسبب أن المجرى المدعي بسدهِ أحدث قبل مدة تزيد على مدة مرور الزمان دون أن تلاحظ أن الكشف والخرائط وقرارات التسوية كلها تؤيد عدم وجود هذا الحق، ولا يجوز الإدعاء بخلاف

([1]) حساني محمد أوشعبان واكلي روزة، حق الأرتفاق طبقا للقواعد العامة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة مولود معمري، 2017، ص 30. انظر كذلك مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 104 وما بعدها.

قرارات التسوية المكتسبة لدرجة القطيعة علاوة على ذلك أن المدعي لم يتمسك بمرور الزمان، وأنما أورد ذلك بعد الكشف وظهور الحقيقة الأمر الذي لا يصح بعد ذلك إيراده، وحيث لا يجوز للمدعي عليه أحداث المجرى موضوع البحث في القضية خلافاً لقرارات التسوية، وكان على المحكمة أن تصدر حكمها حسب الطلب)) [1].

وكان موضوع الدعوى يتمحورُ أساساً في أن المدعيين طالباً بحقهما بردم المجرى الذي أحدثه المدعي عليه في أرضهما بدعوى أنه لا حق لّه بهذا المجرى موضوع الدعوى؛ لأن قرارات التسوية المكتسبة الدرجة القطعية لم تعطهِ مثل هدا الحق فردت المحكمة دعواهما ونقض القرار تمييزاً، بيد أنه ليس من الضروري حسب القواعد العامة أن تكون هذه الأعمال الظاهرة و التي من خلالها يستعملُ حق الأرتفاق العقاري صادرة من ذات صاحب العقار، ولكن يشترط فيها إذا كانت صادرة من قبل شخص آخر غير المالك كالحائز مثلاً، أن يكون صاحب العقار هذا عالماً بها، ومهما يكن من الأمر أن مدة التقادم لا تبدأ بالسريان الا من وقت علم المالك بسريان المدة، أما أذا كان هذا الأخير جاهلاً بها أو بالأحرى غير عالم، فأنه لا يمكن عدهُ حائزاً؛ لعدم توافر عنصر النية في الحيازة [2].

وتفسيراً لذلك أنه إذا كان لعقار مثلاً على عقار أخر حق مرور يسمح به من خلاله بالمرور للأشخاص والحيوانات وانقضى هذا الحق، ومن ثم قد أستخدم صاحب العقار المرتفق ذات الممر من جديد بعد أنقضاء الأرتفاق القديم، ولكن مع توسيع الممر نتيجة لأستخدامهِ لسير السيارات والعربات فأنه يتملك هذا التوسيع لحق المرور بالتقادم وعلى أثر ذلك يصبح حق الأرتفاق العائد مختلفاً من حيث المساحة عن الأرتفاق القديم[3]. وعليه فأن التقادم الذي يعدّ سبباً لإعادة حقوق الأرتفاق الظاهرة، والذي يمكن أن يختلف

([1]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (338/ حقوقية/ 58) والصادر في 3/15/ 1958 قرار أشار اليه المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، شركة الطبع والنشر الأهلية، 2020، ص 676.

([2]) د. محمد عمار تركمانية غزال، الأنكار في التقادم المكسب في القانون المدني القطري، دراسة تحليلية في ضوء احكام الفقه الأسلامي، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، العدد(1)، المجلد (9)، 2020، ص 190.

([3]) مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 104 وما بعدها. أنظر كذلك د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2004، ص 258.

من حيث نِطاقة ومداه، فهو يكون سبباً لعودة حق إرتفاق موجود من قبل، لكنه قد أنقضى سواءَ أكان وجود هذا الحق يستندُ الى عمل قانوني أي مصدر أخر، من مصادر أنشاء حق الأرتفاق، وأوضح المصاديق على ذلك هو ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها إذ قضت من خلاله بأن ((أنه إذا لم يكن لصاحب العقار سوى حق أرتفاق موجود بمطل يسمح له بفتح شباك واحد وأنقضى هذا الحق فقام من جديد بفتح شباكين وظل يستعمل هذا الحق المدة المقررة قانوناً أي المقرر لمرور الزمان فأنه يصبح لعقاره على العقار المجاور له حق أرتفاق مطل بشباكين والحيازة التي كانت أساساً للتقادم هي التي سوف تحدد أصلاً عودة حق الأرتفاق هذا)) [1].

هذا ومن الجدير بالذكر أن هذا الحكم لمحكمة النقض الفرنسية تعرض لنقد إذ ذهبَ رأي إلى أن التوسع في حق الارتفاق هذا لا يعني في حقيقة الأمر أن حق الأرتفاق عائد بعد أنقضائه، وأنما هو هو حق أرتفاق جديد، يخضع ابتداءً للشروط التي أنشأ بها للوهله الأولى [2] ، وأن التبرير الذي أستند عليه هو أنه من شروط عودة حق الأرتفاق أن لا يزيد العبء فيها عن العبء القديم الذي كان يتحملهُ العقار المرتفق به أبتداءً قبل أنقضاء الأرتفاق، ويمكننا الرد على هذا الرأي بأنه إذا كان هذا الأمر أي عودة هذا الحق بذات الشروط وذات المركز القانوني هو من طبيعة هذا الحق الا أنه ليس من مستلزماته، أذ يمكن أن يعود الحق بأقل منفعة أو أكثر حتى وأن كان أكثر مشقة خصوصاً إذا كسبَ الغير حسن النية حقوقاً مالية على هذا الحق خلال المدة القانونية ما بين إنقضاء الحق وعودة في القانون المدني، والنتيجة التي يمكن أن نستنتجها من ذلك وبحق أن الحق إذا إنقضى فأنه تارة يعود بذات المصدر الذي أنشأ بموجبه ابتداءً، وتارة أخرى يعود الحق بسبب أخر كما هو أنفاً .

ثانيا ـ نص القانون

في مستهل الحديث يمكن القول أن القانون كان وما زال هو المصدر العام لجميع الحقوق والروابط القانونية على حد سواء أياً كان السبب أو المصدر لنشوئها، فالقانون عاماً كان أو خاصاً هو الذي يقررُ الحقوق ويحميها من جهة، وهو الذي يضفي القوة

([1]) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (609) والصادر في 21/ يناير/ 1947، نقلا عن بشير القاضي، حق الأرتفاق، بلا طبعة، دار احياء التراث العربي، بلا مكان طبع، 1954، ص 382.

([2]) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق ، ص 155.

الملزمة على الألتزامات من جهة أخرى، فلا تعطى قيمة للحق الذي يقرِّرهُ القانون ابتداءً من دون أن يعترف بهِ الأخير و من ثم يقررُ له دعوى تحميهُ، وعلى أساس ذلك فإن عودة الحقوق أو الألتزامات في القانون المدني بعد أنقضائها تتحددُ بنص القانون، فالمشرع هو الذي يضع نصوصاً قانونية تحملُ بطبيعتها أمكانية العودة في الأصل ومن دون أن يترك المشرع للإرادة أي دور في تقريرها أو إيرادها، وكما بيّنا آنفاً إن أيراد نصوص قانونية تقتضي أعادة الحق بعد أنقضائه وعودة هذه العلاقة القانونية الى سابق عهديها لا يأتي ذلك أعتباطاً، وإنما هو أمر مرهون بمسوغات متعددة من أهمها زوال السبب الذي أنقضى به الألتزام، أو لتحقيق التوازن بين الأطراف العلاقة القانونية، أو لحماية مصلحة هي أجدر بالحماية القانونية.

هذا الأمر جعلَ يجعلُ من نص القانون أساساً قائماً بنفسه لأنقضاء الحقوق وعودتها، فالقانون بهذه الكيفية هو الذي ينص على عودة الحق أو الالتزام سواءَ أكان ذلك بشكل صريح أم بشكل ضمني، و من دون أن يترك قدراً معيناً للإرادة في ذلك، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً إن نص القانون هو وليد العودة للحقوق بعد أنقضائها في نطاق التصرفات والوقائع على حد سواءَ، ومن ثم فأن النص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام القانوني وهو يعدَّ بهذا الوصف مصدراً مباشراً له وفي الوقت نفسه يحددُ هذا النص القانوني حقوق والتزامات أطرافه [1].

هذا ومن النصوص القانونية التي يمكن القول من خلالها أن القانون هو الذي يقررُ انقضاء الحق وعودته لسبب معين تعلق هذا الأخير بأنقضائه أو بعودته هو نص المادة (418) من القانون المدني العراقي والتي جاءت هذه المادة بنص يؤكد على أنقضاء الالتزام بتحقيق سبب معين، أذ أشارت هذه المادة بصحيح العبارة الى أنقضاء الحق عن طريق اتحاد الذمة أي من خلال أتحاد الصفات الذي تعتبر كما بينا ذلك سابقاً أحد الأسس القانونية لأنقضاء الحقوق في القانون المدني، أذ نصت هذه المادة وبحق على أنه ((في الدين الواحد إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين أنقضى الدين لأتحاد الذمة

(1) إدري زينة واجقي سهام، القانون كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، الجزائر، 2014-2015، ص 78.

بالقدر الذي أتحدت فيه)) [1] . وعلى أساس ذلك فالحق ينقضي عندما يجتمع الدين الواحد في شخص واحد، الا أن الحق لربما يعودُ وأن تقرر له الأنتهاء أو الزوال، مع الأخذ بنظر الأعتبار أن المشرع قدد حددَ ألية العودة، أذ أشارت صراحة بعض نصوص القانون المدني الى كيفية أعادة الحق أو الألتزام عن طريق أختلاف الصفة، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن هذه النصوص بينت ألية العودة لهذه الحقوق أو الألتزامات لسبب معين أختلف بموجبهِ هذه الصفات، وهو ما يحدث حقيقة عندما يكون سبب أتحاد الذمة تصرفاً باطلاً وقد يكون تصرفاً صحيحاً تم فسخه [2].

وعليه أدى ذلك إلى عودة أطراف العلاقة القانونية إلى ما كانت عليه قبل الإنقضاء بما تفرضهُ هذه العلاقة من حقوق والتزامات، وهذا ما نصت عليه المادة (419) من القانون نفسه المذكور أعلاه والتي نصّت هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الألتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن)).

وليس أبلغ في الدلالة بذلك ما ذهب اليه المشرع المصري في نص المادة (370) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((وإذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة، وكان لزوالهِ أثر رجعي، عادَ الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فلم ينصَّ على ذلك صراحة، ولكن المفهوم المخالف لنص المادة (1349) يتلاءم مع نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري إذ تنص هذه المادة على أنه ((يتحققُ أتحاد الذمة من أجتماع صفتي الدائن والمدين بالألتزام في شخص نفسه، ويؤدي اتحاد الذمة إلى أنقضاء الدين وملحقاته مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير أو ضده)).

يتضَّح من هذه النصوص وبحق بأن النص القانوني أو بالأحرى أرادة المشرع قد حددت ألية أنقضاء الحقوق من جهة، وعودتها من جهة أخرى، أذ نلاحظ أنها حددت

([1]) وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1/353) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد أنقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (368) من القانون المدني السوري. وكذلك نص المادة (357) من القانون المدني الليبي.

([2]) د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص 148.

السبب الذي ينقضي بموجبه الالتزام، كما حددت كيفية عودته، إذ بينت صراحة إن الحق إذا عادَ الى الوجود فأنه يعودُ بما تفرضهُ العلاقة القانونية من حقوق والتزامات من الناحيتين الشخصية والموضوعية كذلك، فالحالة الأخيرة تقتضي بأن الحق يعود بدفوعه وملحقاته وكذلك أوصافه سواءَ كان معلقاً على شرط أم أجل و بغض النظر عما إذا كان واقفاً أو فاسخاً، وبحسب طبيعة الالتزام، وهذا أن دلَ على شيء فأنما يدل على إن للإرادة المشرع قدراً واسعاً من الحرية في عودة الحقوق والالتزامات، فالقانون هو الذي يحددُ الأطار القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ومن ثم يضع سُبل وطرق العودة الى وضع معين، حتى وأن كان المصدر الذي أنشأ بموجبه هذا الحق هو أرادة الأطراف أو غيره من مصادر الألتزام، فيجعل من العودة وليدة أرادة المشرع.

وكذلك أن من النصوص القانونية التي عدّت العودة وليدتها في القانون المدني هو نص المادة (1258) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- ينتهي حق المنفعة بهلاك الشيء غير أنه إذا عوض المالك عن الهلاك أنتقلَ حق المنفعة الى هذا التعويض . 2- وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك، فلا يجبر على أعادة الشيء إلى أصلهِ ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق المنفعة إذا لم يكن الهلاك بسببه وتطبق الفقرة الثانية من المادة 125 في هذه الحالة))[1].

وبالإتجاه نفسه سارَ المشرع المصري من خلال نص المادة (994) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء الا أنه ينتقل من هذا الشيء الى ما قد يقوم مقامه من عوض. 2- وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطا المالك، فلا يجبر على أعادة الشيء لأصلة ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه، وفي هذه الحالة تطبق المادة 989 الفقرة الثانية)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي المعدل. ومن خلال التمعن بقراءة هذه النصوص نلاحظ بأن ينص على إن حق الأنتفاع هذا ينتهي بهلاك الشيء ولا سيمَّا إذا كان هذا

([1]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1217) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على انه ((- إذا أنتهى حق الانتفاع بهلاك الشيء ودفع عنه تعويض او تأمين أنتقل حق المنفعة الى العوض ومبلغ التامين 2- وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطا المالك، فلا يجبر على أعادة الشيء لأصلهِ ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه، مالم يتفق على غير ذلك)). ولا مقابل لهذه المادة نص في القانون المدني السوري، وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (998) من القانون المدني الليبي

الهلاك هلاكاً كلياً؛ لأنعدام محلـــــه، و هذا الهلاك بطبيعة الحال قد يكون مادياً كاحتراق منزل مثلاً، كما قد يكون قانونياً كما هو الحال عند أخراجه عن دائرة التعامل نتيجة لنزع الملكية من أجـــــل المنفعة العمومية[1]. وعلى أساس ذلك فإذا ما كان الهلاك عموماً راجعاً لخطأ مالك الرقبة ذاته التزم هذا الأخير بإعادة العين إلى ما كانت عليه، أي أعادة حال و تمكين المنتفع على أثر ذلك منها، بل و يلتزم أيضا بذات الوقت بتعويض المنتفع عن المدة التي فاته فيها الأنتفاع، أما إذا كان الهلاك يعودُ إلى خطأ المنتفع فإنه يلتزم بإعادة الشيء إلى أصله فيعود معه حق الانتفاع، أما إذا كان الهلاك لسبب يعود إلى القوة القاهرة، فلا يكون المالك مجبرا على إعادة الشيء إلى أصله، لكن إذا ما أعاده رجع حق الانتفاع للمنتفع، و يلتزم هذا الأخير بأن يدفع للمالك مقابل ما أنفقه عن المدة الباقية من الانتفاع[2].

ومن هذا المنطلق يمكن القول إن المشّرع حددَّ آلية عودة حق الانتفاع (المنفعة) عندما تتوافر حالة من حالات الانقضاء لهذا الحق فقد بين إن حق الانتفاع إذا هلك فانه ينظر إلى مصدر هذا الهلاك، فإذا كان الهلاك راجعًا إلى خطأ المالك، فلا يكون هذا الأخير مجبراً على إعادة الشيء إلى اصله أي إلى ما كان عليه الحال قبل الهلاك، و لكن إذا ما أعاده الى وضع يمكن من خلاله تحقيق الغرض من انشائه عادَ حق الأنتفاع للمنتفع، كذلك هو الأمر إذا كان الهلاك بسبب يرجع إلى خطأ المنتفع فأنه يلزم بأعادة الشيء الى أصله ويعود على أثر ذلك حق الأنتفاع.

ثالثاً – الحكم القضائي

لا مناص من القول إن منطق نظرية الالتزام القضائي تكمن حقيقة في أن الحكم القضائي عموماً يعدلُ الالتزامات التعاقدية، ومن ثم فأنه قد يؤدي تارة إلى إنهاء الالتزام، ومن ثم إنشاء التزام جديد تارةً أخرى يحلُّ محل الألتزام المنتهي الصلاحية، فالحكم القضائي في هذه الحالة كان منشئ للالتزام ومصدراً له، وهذا الأمر يعدَّ من حيث

([1]) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص529، و د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 366.

([2]) سميحة سويسي، حق الأنتفاع بين الفقه الأسلامي والقانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2014- 2015، ص 33. انظر كذلك د. وهبه الزحيلي، الفقه الأسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة،دار الفكر السورية، سوريا، دمشق، 1997، ص 419.

الأصل نتيجة منطقية لطبعة الأنسان، إذ يعدَّ الإنسان اجتماعيًا بطبيعتهِ، ولا ريب في أن للإنسان علاقات وارتباطات كثيرة وتتعدد مع أشخاص آخرين من جنسهِ، وهذا النوع من المعاملات والارتباطات ذات الطبيعة المالية، تسمى الالتزامات [1]. و على أثر ذلك فنحن نحاول في هذه الفقرة الإجابة عن اشكالية نبحث فيها نوعًا جديدًا من الالتزام، وهو الالتزام القضائي وتحديد دوره في عودة الحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني، عموماً إن الالتزام بشكل عام يقصدُ بهِ هو سند قانوني بين دائن ومدين يتعهدُ المدين بموجبهِ بتحويل حق عينيًا "نقل ملكية" أو القيام بعمل أو الأمتناع عن فعلٌ ما، ومن أهم الأمور التي تُميز الالتزامات أنها تعهدات بين شخصين، وهذه الأخيرة إذا انقضت وزال الأثر المترتب عليها، فأنه بالأمكان أعادتها عن طريق الحكم القضائي الحائز درجة البتات وسواءَ أكان هذا على مستوى الحقوق الشخصية أم على مستوى الحقوق العينية[2]. فالحقوق الأولى لها مصادر وأسباب تكونها، فمصدر الالتزام كما هو معروف هو السبب التي يكون قد أنشأ الألتزام بموجبهِ[3]. وأن أغلب الفقه من جهة، والتشريعات المدنية من جهة أخرى تحددُ مصادر الالتزام بشكل حصري بحيث لا يكون هناك أي مصدر آخر يتكون بموجبهِ الالتزام [4].

وإذا كانت هذه التشريعات قد بيَّنت أو ذكرت أن مصادر الحقوق واردة على سبيل الحصر أو على أقل تقدير نظمت من المصادر ما يوحي بأنها وحدها، أي المصادر التي نظمتها هذه التقنينات تكون منشئة للحقوق فأن التسأئل الذي يثار هو هل أن الحكم القضائي من الممكن أن يكون مصدرا للحق عينياً كان أوشخصياً ؟ وهل يمكن أن يكون

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (عقد - إرادة أحادية - عمل غير قانوني - إثراء بدون سبب - قانون)، مصدرين جديدين للالتزام (الحكم القضائي - والقرار الأداري) الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء للحقوق، الإسكندرية ،مصر، 2009 ، ص412.

([2]) محمد عبد الكريم عمر المنهالي، الحكم القضائي كمصدر للالتزام (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 2021- 2022، ص 164. أنظر كذلك د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، الطبعة الأولى، منشورات الفكر والو عي في الأتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، العراق، 2008، ص 336.

([3]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 131 وما بعدها.

([4]) د. نوري حمد خاطر ود. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، بلا طبعة، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الاردن، 2012، ص 22. انظر كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، منشورات جامعة جيهان، اربيل، العراق، 2012، ص 45.

مصدراً منشأ للحق بعد أنقضائه؟ في أطار الأجابة على التساؤلات أعلاه لا بد لنا الوقوف على حقيقة واحدة الا وهي أن البعض من الفقه أقرَ بمصدرية الحكم القضائي، وأعطى له دوراً في أنشاء الحقوق، وهذا الدور يقوم بطبيعة الحال على أساس فكرة التجديد أي تجديد الحقوق والألتزامات عن طريق الحكم القضائي، وهذا التجديد على حد تعبيرهم يكون على أساس هذا الأخير (الحكم القضائي) يسمى التجديد الضروري[1]. والأخير يستندُ على سلطة القاضي التقديرية، فهذه السلطة يمكن من خلالها انقضاء الالتزامات السابقة و قيام التزامات جديدة تحلُ محلها، وهذه الألتزامات والحقوق التي حلت محل الألتزامات والحقوق السابقة يكون مصدرها الحكم القضائي، إذ إن هناك رأي في الفقه القانوني يرى أن الألتزامات بعد انقضائها يزول المصدر الذي أنشأها، وعند عودتها أي عودة التزامات وحقوق أطراف العلاقة القانونية ليس المصدر الذي أنشأها بل أن إعادتها فرضت بموجب الحكم القضائي الذي اصدره القاضي[2].

استناداً إلى أن الأخير تكون مهمة تحديد التزامات وحقوق كل طرف من أطراف الالتزام، فأذا انقضى الالتزام وزال السبب الذي بموجبه زال الالتزام، وعادَ الالتزام على أثر ذلك، فلا بد أن يمكن أحد الأطراف، الطرف الآخر تحقيق الغرض من العودة، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا عن طريق حكم قضائي، والأخير هو مصدر تحديد الحقوق بعد انقضائها [3]. بهدف الوصول الى حكم الالتزام بتنفيذ الحقوق والألتزامات[4].

ومن هذا المنطلق ذهبَ رأي في الفقه القانوني الى أن الحكم القضائي دور في أنشاء الحقوق ومن ثم يكون مصدرها؛ وذلك لما يصدرهُ القاضي من أحكام يكون لها دور في كسب الأشخاص للحقوق المالية [5]. وعلى الرغم من أن هذا الأتجاه الفقهي يحملُ جانباً

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، 2014، ص 15.

([2]) Amélie Dionisi-Peyrusse, Droit civil, les obligations, tome 2, du centrenational de function publique territoriale, p88

([3]) Audrey Arsac-Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat ,These pour obtenir le grade de Docteur en droit, de l'Université Clermont 2005 ,p43.

([4]) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، الطبعة الثانية، دار ومكتبة الأمام للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2012، ص 16 وما بعدها

([5]) د. محمد سليمان الأحمد، و زياد خلف عليوي، دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (37)، المجلد (10)، 2021، ص 578.

من الصحة على حد تعبير أصحابه ذهب رأي اخر يرى أن الحكم القضائي ليس مصدر من مصادر الألتزام ولا يمكنهُ أن ينشئ حقوقاً والتزامات، والذي ينشأ الالتزامات وكذلك الحقوق هو المصادر الأخرى وليس الحكم القضائي أي أن أنشاء الحقوق الألتزامات تنشأ عن طريق العقد أو نص القانون و الأرادة المنفردة... [1]. واستناداً لما سبق فأن عودة الحقوق بعد انقضائها وأن كانت تعود في الغالب الأعم بموجب قرار قضائي، إلا أن الأخير لا يمكن عدهَّا المصدر المباشر لهذه العودة وأنما هو أن صحَ التعبير المصدر غير المباشر لها وهذا يؤدي بنا القول حقيقة إلى نتيجة منطقية تتناغم مع الأتجاه المنكر لمصدرية الحكم القضائي بأعتبار أن الأخير لا يعد مصدراً من مصادر الالتزام وأنما هو لتنفيذ هذه الالتزامات وتثبيت هذه الحقوق وأقراره لعودة الحقوق والالتزامات بعد توافر شروط ومحدداتها في القانون المدني.

وعن طريق الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لأنقضاء الحقوق وعودتها نرى أنها لم تنص على أن الحكم القضائي سبباً أو مصدراً لعودة الحقوق بل أن الواضح من سياق هذه النصوص أن المشرع جعلَ الحكم القضائي قيداً لصحة العودة للحقوق أو الالتزامات بعد انقضائها، ومن هذه النصوص على سبيل المثال هو نص المادة (239) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص هذه المادة على أنه ((تسجل حقوق الأرتفاق بين العقارات المسجلة كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل الناشئة بالعقد أو الوصية أو بتخصيص من المالك الأصلي، كما تسجل بموجب حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم))[2].

وعند التمعن بقراءة هذا النص يتبيّن أنه يدلَّ صراحة على أن الحكم القضائي يثبت عودة الحق عن طريق تسجيلها وليس أنشائها، على أعتبار أن الحكم (القرار القضائي) الصادر من المحكمة المختصة له حجية وقوة التنفيذ، فهو الأساس القانوني لتنفيذ العودة، إذ تحصل هذه العودة على أثر الحكم القضائي دون موافقة من مالك العقار المرتفق به في مثالنا السابق، ويتأتى ذلك مثلا أن يكون حق الأرتفاق قد أنقضى وتستدعي الحاجة إلى اعادته من جديد، ويرفض صاحب العقار المرتفق به عودة حق الارتفاق، ولذلك يستطيع

([1]) أستاذنا الدكتور علي شاكر عبد القادر البدري، الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة أهل البيت عليهم السلام، والمنشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنيت وعلى الموقع المتاح abu.edu.iq ص 12، تاريخ الزيارة 3/2/ 2024.

([2]) المادة (239) من قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم (43) لسنة 1971 المعدل والنافذ.

صاحب العقار المرتفق بعد ما أنقضى حق الأرتفاق أو لم يكن هناك أرتفاق أصلاً؛ لإنعدام فائدته، ولكن دعت الحاجة الى عودته، كان زال السبب الذي اتحدت به ملكية العقار المرتفق والمرتفق به، أو عادَ حق الأرتفاق الى الوضع الذي يمكن معه أستعماله؛ لتحقيق الفائدة الكاملة منه، ويكون ذلك حقيقة بأقامة دعوى أمام المحكمة المختصة يطلب فيها عودة حق الارتفاق، ولقاضي الموضوع في ذلك سلطة تقديرية واسعة من حاجة العقار المرتفق؛ لأسترجاع الإرتفاق من عدمهِ، وعلى أثر ذلك تسجل العودة لحقوق الارتفاق في دائرة التسجيل العقاري، شريطة أن يكون القرار القضائي الخاص بعودة حق الأرتفاق العقاري باتاً، وعليه فأن أثر الحكم القضائي كاشفاً وليس منشأ، لكونه يؤدي إلى تنفيذ العودة للحقوق والألتزامات وليس منشئها. ويبدو لنا ذلك أكثر وضوحاً عن الولوج بالجانب العملي لأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، إذ يتضح لنا وبحق إنها تقضي بضرورية تنفيذ العودة وأقراها ومن هذه القرارات هو قرار محكمة النقض المصرية والذي قضت من خلاله بأن ((... المقرر في قضاء محكمة النقض أن حق الأرتفاق ينقضي لتغير حدث في العقار المرتفق أو في العقار المرتفق به نتيجة حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو بفعل أحد صاحبي العقارين، أو من الغير، أثره، انتهاؤه، عودته بعودة الأشياء إلى وضع يمكن مع استعمال الحق ما دامت في وضع يمكن معه العودة لاستعمال ذلك الحق الذى لم ينتهى بعدم الأستعمال . المادتان 1028/ 2/1 مدنى))[1].

وعند التمعن في قراءة قرار هذه المحكمة نلاحظ أنها أقرت بمشروعية عودة حق الأرتفاق العقاري عندما تعود الأشياء المثقلة بحق الأرتفاق العقاري إلى وضع يمكن معه أستعماله، فعدَّ القرار القضائي مصدراً غير مباشر لعودة هذا النوع من هذه الحقوق المالية، وفي قرار أخر لذات المحكمة جسدت من خلاله هذه الحقيقة إذ قضت من خلاله بأنه ((مبد أ الحكم ... أن أتحاد الذمة مانع طبيعي يحولُ دون المطالبة بالدين من جراء أتحاد صفتا الدائن والمدين في ذات الشخص، يقتصرُ أثره على وقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها، أذا تحققت شروطه في أجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد، ووروده على كافة الديون أياً كان مصدرها، فأن زواله يؤدي الى

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (4439) ، والصادر في 22/ 10/ 2011، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصري وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة 2024/3/22.

أعادة الحال أي الدين الى الوجود وأعتباره كأن لم يكن))[1]. وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ على أن العودة للحقوق بعد انقضائها في الغالب الأعم تكتسب وجودها المادي بواسطة أحكام القضاء، ولا سيمَّا إذا كانت هذه الحقوق عينية التي تفرض طبيعتها التسجيل، فالأخير يتم في بعض الأحوال عن طريق حكم قضائي كما هو الحال في حقوق الارتفاق والرهن وغيرها من الحقوق ذات الطبيعة العينية، وعلى اساس ذلك يمكن القول إن القرار القضائي يمكن إن يكون من جهة مصدرا غير مباشر لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ومن جهة أخرى هو يعد وسيلة لتنفيذ العودة وأثباتها في نفسه الوقت وهذا ما سوف نسلط الضوء عليه عند بحث اثبات انقضاء الحقوق وعودتها في الفصل الثالث من هذه الدراسة فإليها نحيل.

الفرع الثاني

القواعد الفقهية ودورها في انقضاء الحقوق وعودتها

لا شك أن يتأثر موضوع انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بصورة أو بأخرى بمعظم القواعد الفقهية التي ينص عليها المشرع العراقي في الكثير من النصوص القانونية؛ وذلك لسببين يتمثل السبب الأول في أن تلك القواعد لها حكم الولاية العامة على جميع مواضيع القانون المدني، و لا ريب فهي تؤثر بها من ناحية، وتتأثر بها من ناحية أخرى كقاعدة لا ضررَ ولا ضِرار وقاعدة التابع تابع، وقاعدة إذا زال المانع عادَ الممنوع، وقاعدة الساقط لا يعود... والسبب الآخر يتمثلُ في أن الحقوق بصورة عامة يتم تحديد أطارها الشرعي بموجب هذه القواعد .

وعليه نجد من الممكن أن تتأثر انقضاء الحقوق وعودتها بمعظم القواعد الفقهية، وعليه يمكن أن نطرح التساؤل الأتي ألا وهو هل هناك تكامل وتفاضل بين قواعد أصول الفقه وأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني؟ أي بعبارة أخرى ما مدى التكامل بين هذه القواعد الأصولية وانقضاء الحقوق وعودتها؟ لغرض الإجابة على التساؤل أعلاه و بيان مدى تأثير معظم هذه القواعد بموضوع أنقضاء الحقوق وعودتها لا بد لنا من بيان ماهية هذه القواعد ومن ثم ابراز دورها في نطاق موضوع بحثنا، و على أساس ذلك

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (8492) لسنة 86، قضائية الدوائر المدنية والصادر بتاريخ 19/ 3/ 2018، قرار منشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنيت و على الموقع الألكتروني المتاح lawyereypt.net تاريخ الزيارة 3/22/ 2024.

فالقواعد الفقهية هي عبارة عن أحكام كلية تنبني عليها الفروع الفقهية مصوغة صياغة عامة ومجردة محكمة [1]. كما عرفها البعض من الفقه بأنها أصول فقهية كلية في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل موضوعها[2]. ومنهم من عرفها بأنها أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه[3]. وقد عرفت بتعريف نعدّه أكثر انسجاماً مع طبيعتها إذ إن هناك رأياً يعرفها بأنها حكم أو أمر كلي أو قضية كلية تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها وتنطبق عليها[4] .

بيد أنه أياً كان الشأن في تعريف القاعدة الفقهية سواء كانت قضية كلية أم أمر أم حكم فهي لا تعنينا بدرجة ما، عند تعرضنا لها كنصوص قانونية جاء بها القانون المدني، وهي ليست بذات مسألة عندنا في موضوعنا كموضوع قانوني، فتعريف القاعدة الفقهية وبيان وجهات النظر المختلفة في تعريفها وبيان مضمونها ينبغي أن لا يشغل ذهن القارئ، الا بالقدر الذي يهمنا في مجال دراستنا، وبقدر تعلق الأمر بموضوع البحث والدراسة سوف نتطرق لبعض القواعد سواء أكانت كلية أم فرعية لبيان مدى التكامل بين قواعد أصول الفقه مع موضوع بحثنا الموسوم بـ (أنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني) وكما يأتي:

([1]) د. أحمد محمد فروح و د. زكريا عبد الرحمن حمد، القواعد الأصولية تعريفها ووجه العلاقة بينهما وبين أصول الفقه، بحث منشور في مجلة كلية العلوم الاسلامية، العدد (41)، الجزء الاول، 2015، ص 9.

([2]) د. مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الأسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة ديمشق، دمشق، سوريا، 1965، ص 931.

([3]) د. علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، ادلتها، مهمتها، تطبيقاتها، الطبعة الثالثة، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ديمشق، سوريا، 1994، ص 204. انظر كذلك د. محمود اسماعيل محمد مشعل، اثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة، الطبعة الاولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2007، ص 212. ود. محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي واثرها في اختلاف الفقهاء، بلا طبعة، منشورات كلية الآداب والعلوم الانسانية في جامعة محمد الخامس المغربية، الرباط، السعودية، 1944، ص 38.

([4]) د. ثناء محمد أحسان الحافظ، قواعد وضوابط فقهية في أحكام القروض، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،ديمشق، سوريا، 2015، ص 40

أولاً- قاعدة أذا زال المانع عادَ الممنوع، ولكن الساقط لا يعود

لا مناص من القول إن من أهم القواعد الفقهية لأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هي قاعدة أذا زال المانع عادَ الممنوع وهذه القاعدة أشارَ اليها المشرع العراقي وذلك من خلال نص المادة (2/4) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال المانع عادَ الممنوع، ولكن الساقط لا يعود))[1]. ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري وكذلك القانون المدني الفرنسي، ومؤدى هذه القاعدة أن الممنوع مرتبط وجودهُ بالمانع، فأذا زال المانع يترتبُ عليه عودة الممنوع، ومن هذا المنطلق يمكننا التساؤل عن أثر هذه القاعدة على انقضاء الحقوق وعودتها؟ وهل من الممكن تطويع أحكام هذه القاعدة على العودة للحقوق والألتزامات بعد أنقضائها؟

في معرض الإجابة على التساؤل أعلاه لا بد من تحليل هذه القاعدة وبيان نطاقها انقضاءً وعودةً، و على أساس ذلك فأن المانع يقصد به بشكل عام هو ((الذي يلزم من وجوده العدم أي أن وجود المانع يؤدي إلى أن لا يترتب على السبب أثره الشرعي)) [2]. أما الممنوع فهو ((الأثر المترتب على الشيء، أي حكمه))[3] .

والقاعدة هذه تعني بشكل عام أنه إذا كان شيء جائزاً ومشروعاً في اصله ووصفه، ثم اعترضه حكم مشروعيته بمانع عارض فقد اثرهُ، فإذا زال ذلك المانع يعود للحكم مشروعيته، ولا بد من ملاحظة أنه ليس كل الموانع قابلة للزوال، كقتل الوارث لمورثهِ فهو غير قابل للزوال، فوجود المانع يحول بين السبب وبين آثاره، بناء على قاعدة "إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع"[4]. فالسبب مع وجود المانع يبقى سبباً صحيحاً ومعتبراً، ولولا وجود المانع لترتب عليه أثره في الحال، وذلك بخلاف السبب الذي فقد شرطه، إذ لم تنعقد سببيته ابتداء وعليه لا ينتج أثراً حتى لو وجد الشرط بعد ذلك، وأوضح

([1]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (230) من القانون المدني الأردني، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري وكذلك الليبي.

([2]) عبد المجيد بن احمد بن حسين المغربي، التطبيقات الفقهية لقاعدة اذا زال المانع عاد الممنوع، في القرض والحوالة والحجروالوكالة والعارية والوديعة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الأمام محمد بن اسعود الأسلامية، 2010- 2011، ص 29.

([3]) د. محي أهلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في أثراء التشريعات الحديثة، بلا طبعة، مطبعة أركان، بغداد، العراق، 1987، ص 77.

([4]) د. الياس دردور، القواعدة الفقهية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر المحدود، بيوت، لبنان، 2016، ص 429.

المصاديق على هذه القاعدة بأنها كل حكم إذا كان جوازه لمانع فإذا زالَ المانع عادَ الممنوع، ومهما يكن من الأمر فأن لهذه القاعدة وجوداً مادياً في إطار إنقضاء الحقوق وعودتها، إذ نجد الفقه القانوني والشرعي قد أستخدم هذه القاعدة كثيراً في تصحيح التصرفات التي أعترضتها موانع شرعية حالت بينها وبين آثارها، لا سيما في موضوع بحثنا ومن ذلك نص المادة (562) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((1– أذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه، بل له أن يطالب البائع بنقصان الثمن، ما لم يرض البائع أن يأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد. 2 – فأذا زالَ العيب الحادث، عادَ للمشتري حق ردَ المبيع بالعيب القديم على البائع.)).

ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري وكذلك القانون المدني الفرنسي المعدل. يتضحُ من النص القانوني المبين أعلاه أنه أذا ظهر بالمبيع عيب قديم قبل حصول التصرف، ثم بعد ذلك حدث به عيب جديد عند المشتري، ففي هذه الحالة ليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه وبالتالي فأن حق المشتري في رد المبيع قد انقضى كنتيجة طبيعية لتصرف المشتري بالشيء المبيع تصرفاً مادياً أو قانونياً، وبموجب العيب الموجود فيه اصبح مانعاً من عودة حق المشتري برد المبيع [1].

ولكن إذا زالَ (المانع) العيب الحادث، عادَ للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع [2]. كذلك هو الأمر بالنسبة لحق الرجوع في الهبة، فالأصل هو إذا حصلت زيادة متصلة في الهبة سواءَ كانت هذه الأخيرة مشروطة أم لا فأنه يمنع حق الرجوع فيها، هذا ما ذهب اليه البعض من الفقه بالقول بأن حق الواهب ينقضي إذ حصلت زيادة متصلة بالشيء الموهوب[3]. ولكن إذا زالَ هذا المانع والمتمثل بالزيادة المتصلة فأنه حق

([1]) د. أسعد ذياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، الطبعة الأولى، دار اقرأ للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 1993، ص 115. انظر كذلك د. صالح محمد السلطان، أثر أختلاف المتبايعين على عقد البيع، الطبعة الأولى، دار أصداء المجتمع، بلا مكان طبع، 2001، ص 78. و وليد محمد بخيت الوزان، أبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة الشرق الاوسط، 2011، ص 54.

([2]) د. المحامي محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الأولى، مطبعة الترقي للطباعة والنشر، ديمشق، سوريا، بلا سنة طبع، ص 54.

([3]) د. أنور العرموسي، العقود الواردة على الملكية في القانون الفرنسي المدني. البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض والدخل الدائم، الصلح، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الأسكندرية، مصر، 2002، ص 358. د. قاسم محمد حزم الحمود، أحكام ضمان الهبة في الفقه الأسلامي والقانون المدني(دراسة

الواهب هنا بالرجوع يعودُ، وقد أشارت إلى هذا المعنى نص المادة (623) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يمنع الرجوع في الهبة: 1– أن يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زالَ المانع عادَ حق الرجوع)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (502) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الأتية : 1– إذ حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زالَ المانع عادَ حق الرجوع)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي المعدل، وعند التمعن بهذه النصوص نلاحظ أنها أشارت وبصحيح العبارة الى القاعدة الأصولية إذا زالَ المانع عادَ الممنوع، فالمانع كما هو مبين أعلاه الزيادة المتصلة بالشيء الموهوب و التي على أثر هذه الزيادة أنقضى حق الواهب بالرجوع، بيد إن هذا الحق من الممكن أن يعود وذلك من خلال زوال هذا المانع الا وهو الزيادة في الشيء الموهوب، كذلك هو الأمر بالنسبة لأنقضاء الحقوق وعودتها عن طريق اختلاف واتحاد الصفية[1].

فكما هو معلوم أنه يترتب على اتحاد الذمة أنقضاء الدين و بالقدر الذي أتحدت فيه الذمة ابتداءً؛ وذلك لإستحالة المطالبة بالدين، إذ إنه لا يمكن أصلاً للشخص أن يطالب نفسه بالدين، وقد يتحقق أتحاد الذمة في كامل الدين، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن، وبغض النظر عما إذا كان هذا الأتحاد في الصفات كلياً أو جزئياً، أذ قد يتحقق اتحاد الصفات في جزء من الدين، مثال ذلك لو ورث المدين نصف التركة، فينقضي على أثرذلك دينه بقدر الحصة التي آلت إليه أي بقدر النصف، و على أساس ذلك يكون للوارث الآخر مطالبته بنصف الدين المتبقي [2]. ويبدو ذلك أكثر وضحاً في حالة التضامن بين المدينين، فإذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن، فهذه الحصة في حقيقة الأمر هي وحدها التي تنقضي؛ لأن المدين المتضامن قد أصبح دائناً بهذه

=مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد (1)، المجلد (1)، 2013، ص 97. د. أحمد بن فهد، موانع الرجوع في الهبة(دراسة فقهية مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات الشرعية، العدد (86)، 2020، ص 36. زد. اسماعيل شاهين، انقضاء العقد بالالغاء وبالرجوع في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي) ، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر، 1982 ص 560.

([1]) د. شفيق طعمة وأديب أستانبولي، التقنين المدني السوري، مصدر سابق، ص 321.

([2]) انظر بهذا الصدد قرار محكمة النقض المصرية جلسة 5/21/ 1970، مجموعة المكتب الفني، السنة (20) – مدني، ص 880،

الحصة لنفسه[1]. فاتحاد الذمة بهذه الكيفية أصبح مانعاً من العودة وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الأتحادية بقرار صادر لها قضت من خلاله ((... أتحاد الذمة مانع يحول دون المطالبة بالدين من جراء أتحاد صفة الدائن والمدين في شخص واحد ويقتصر أثره على وقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها ... لأنه لا يتصور مطالبة الشخص نفسه))[2].

أما إذا زال هذا المانع والمتمثل (أتحاد الذمة)، وكان لزواله أثر رجعي، عادَ الدين إلى الوجود هو وملحقاته لذوي الشأن جميعاً، ويعد اتحاد الذمة في هذه الحالة كأن لم يكن، مثال ذلك اذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له بذمته، بمقتضى وصية قابلة للإبطال، فإن إبطال الوصية يعيد الدين الموصى به إلى الوجود بعد أن حال أتحاد الذمة دون ذلك أي المطالبة به، وعلى أثر ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة بحالتهِ التي كان عليها أي على وضعهِ و كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته؛ وذلك لزوال المانع، وهذا الأمر أن دلَ على شيء فأنما يدلُ على أن للقاعدة المذكورة أنفاً لها تأثير مباشر على أنقضاء الحقوق وعودتها، وهذا ما يجسد مدى التكامل بين قواعد أصول الفقه وأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

وقد أشارت محكمة التمييز الأتحادية الى هذه القاعدة بقرار صادر لها مؤخراً إذ قضت من خلاله بأنه ((وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المدعي طلب الحكم له بتسجيل قطعة الأرض بأسمه موضوع الدعوى التي خصصت له بأعتباره من الأشخاص الذين خصصت لهم هذه الأراضي، وقد ردت المحكمة هذه الدعوى لسبق الفصل فيها بموجب الدعوى المرقمة 202/ب/ 2009 من قبل بداءة المحمودية في 2024/11/18 بحجة عدم تخصص وقد أكتسب الحكم الدرجة القطعية بتصديقه تمييزاً،... وبصدور الأعمام عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء بالعدد ق/46/1/2/ 11278في 9/13/ 2005 والمتضمن التخصيص، وحيث أن المانع من التسجيل من تمليك المدعي في ظل الحكم القضائي السابق قد رفع بالتفسير الجديد للأمانة العامة لمجلس الوزراء المشار اليه وحيث أنه إذا زالَ المانع عادَ الممنوع كما تقتضي ذلك

([1]) د. حمد سالم عبد الهادي فارس، التضامن بين الدئنين والمدينين في القانون الوضي والشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية كلية العلوم – قسم الشريعة الأسلامية، جامعة المنيا، 2021، ص 120، ومابعدها

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (8499) والصادر في 3/12/ 2018، النشرة القضائية للدوائر المدنية، سنة 86، جلسة 2018/8/12.

المادة (2/4) مدني فكان على المحكمة الخوض بالنظر الدعوى موضوعاً والحكم وفق يترءى لها من نتائج))[1].وبالتركيز في مضمون القرار أعلاه يتبين لنا ان المانع هو أنقضاء حق المدعي بالتسجيل لعدم توفير قطعة أرض وهذا الأنقضاء جسدته محكمة بداءة المحمودية وهي محكمة الموضوع، الا أن محكمة التمييز الأتحادية قضت خلاف ذلك وذلك لزوال المانع، إذ قد تم تخصيص هذه الأراضي بموجب الأعمام الصادر من مجلس الوزراء، ومن ثم يمكن القول بأنه إذا زالَ المانع عادَ الممنوع . بيد أن الشخص إذا أسقط حقه، صراحةً أو ضمناً فأن حقه بالعودة للحقوق والالتزامات لا يعود، سواءَ كان ذلك في نطاق الحقوق او في نطاق العقود، وهذا الأمر يخل ضمن معوقات العودة للألتزام بعد أنقضائها وهذا ما سوف نعرض له ضمن حيثيات المطلب الثاني من هذه الدراسة، فنكتفي بهذا القدر واليه نحيلُ منعاً منا للتكرار والأسهاب.

ثانيا: قاعدة التابع تابع

لا شك أن التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي وكذلك المصري والفرنسي تضمنت حقيقة في نصوصها العديد من التطبيقات الخاصة بقاعدة التابع تابع في الحكم وما يتفرع عنها من قواعد أصولية فقهية، وعند الولوج بهذه التطبيقات نرى وبحق أن هذه القاعدة لا تعني فقط تبعية التزام لالتزام أو عقد لعقد أخر للوهلة الأولى من حيث الوجود والعدم أي الأنقضاء والعودة، كما في الضمانات، كالكفالة والرهن، و التي تعدَّ حقيقة من الالتزامات أو الحقوق التبعية والتي تكون تابعة للدين المضمون وجوداً وعدماً صحة وبطلاناً، وأنما يمكن أن تتمثل وكما بينا سابقاً في تبعية الأشياء، أذ يتبع شيء لشيء أخر كما هو الحال في تبعية زوائد المغصوب للمغصوب، كذلك هو الأمر بالنسبة لتوابع المبيع التي تدخل ضمنه، بالأضافة الى تبعية العقار بالتخصيص وحق الأرتفاق اللذن يتبعان العقار الأصلي، وهذا أن دلَّ على شيء فأنما يدلُ أن هذه الحالات تؤكد أنه لا يوجد التزام يتبع التزام، فالتبعية تكمن في تبعية حق تبعي لحق عيني أخر، أو تبعية شيء لحق عيني، أو تبعية منقول لعقار، من ذلك يمكن القول إن واضعي نصوص القوانين المدنية خصوصاً البلاد العربية التي تعدَّ الشريعة الأسلامية مصدراً لها قد تأثرت بالقواعد الفقهية ومنها

([1]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (1437) الهيئة الاستئنافية / 2015 في 3/16/ 2015 قرار غير منشور.

قاعدة التابع تابع عند تشريعهم للنصوص القانونية[1]. وهذه القاعدة تتفرع منها مجموعة من القواعد نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المواد (48- 54) منها وهذه القواعد التي سنذكرها بعد قليل تتعلق بالتوابع من حيث قيام المتبوع أو من حيث وجوده ومن حيث أنقضائه أو عودته بحيث يتبعهُ التابع في الحكم فلا يوجد التابع منفرداً بل حكمه حكم متبوعه، كما أن هذه القواعد ترسخ في واقع الأمر أن المتبوع لا يمكن أن يأتي حقيقة بعد تابعه فلا يتقدم تابعه عليه، فبطلان المتبوع أوسقوطه يؤدي الى بطلان أو سقوط التابع ومن هذه القواعد التي تأخذ هذا الحكم هي :

1- التابع لا ينفرد بالحكم

هذه القاعدة الفقهية تتفرع عن القاعدة الأصل (التابع تابع) فالتابع كما هو معروف الذي يكون وجودة تابع لغيره، ولا يكون من حيث الأصل مستقل الوجود، وعلى أساس ذلك لا ينفرد بالحكم دون متبوعه، فلا يجوز مثلاً بيع حقوق الأرتفاق منفردة دون بيع العقار [2]. وقد نصت المادة (48) من مجلة الأحكام العدلية على المقصود بهذه القاعدة أذ أشارت هذه المادة بأنه يقصد باللفظ التابع بأنه هو المرتبط بغيره على وجه لا يمكن أنفكاكه عنه، فالشيء إذا كان مرتبطاً بغيره بحيث لا يمكن أنفكاكه عنه واله فأنه يأخذ حكم ذلك الشيء المتبوع سواءَ أكان ذلك من حيث الوجود والعدم ومن حيث الصحة والبطلان وكذلك حيث الأنقضاء والعودة [3].

وعليه فأن الإذن في الأصل يكون إذناً في فرعه أيضاً، فإذا صحَ الأذن في المتبوع صحَ الأذن في التابع، والعكس صحيح، بحيث إذا لم يصح في المتبوع لا يصح بالتابع، ومهما يكن من الأمر فأن الكلام عن هذه القاعدة أمر لا يمكن حصره بهذه الكليمات البسيطة وما يهمنا هو دور هذه القاعدة في انقضاء الحق وعودته في القانون المدني، وعلى أساس ذلك نقول إن من إبرز حالات أو صور أنقضاء الحقوق وعودتها

([1]) د. فواز يوسف صالح الجبوري، قاعدة التابع تابع في الحكم وتطبيقاتها ي العقود المسماة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد، 2021، ص 23.

([2]) د. سليم رستم اللبناني، شرح المجلة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص 39، انظر كذلك د. عبد ال كريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الأسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2001، ص 111 وكذلك ص 257.

([3]) د. ملسم بن محمد بن ماجد الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار زدني للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 319.

في القانون المدني هو أنقضاء الرهن حيازياً كان أو تامينياً عن طريق التبعية وعودة بهذه القاعدة، فإذا سقط الدائن المرتهن رهناً حيازياً دينه عن المدين سقط الدين على أثر ذلك، وسقط تبعاً له حق الدائن في حبس الشيء المرهون، لأن الرهن كما هو معلوم تابع للدين، وبالنتيجة إذا كان هذا السقوط للرهن غير مبرئ للذمة كان يكون الوفاء باطلاً وعادَ الدين فأن الرهن يعودُ، ويحق للدائن المرتهن رهناً حيازياً من حبس الشيء المرهون، أستناداً على أن هذا النوع من الحقوق التبعية، فالمتبوع يأخذ حكم التابع ولا ينفرد عنه بالحكم [1]. وهو ذات الأمر بالنسبة للرهن التاميني سواء أكان ذلك من حيث الأنقضاء أم من حيث العودة، هذا ومن الجدير بالذكر أن لهذه القاعدة الكثير من التطبقات سنلقي عليها الضوء عن بيان تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها في الفصل الثالث من هذه الدراسة .

2- إذا سقط الأصل سقط الفرع

ذكر في معنى هذه القاعدة أنها تعدَّ قاعدة شبه مطردة، في نطاق المحسوسات والمعقولات، أذ يعدَّ العقل سنداً لهذه القاعدة؛ لسبب معين يكمن هذا الأخير أنه لما كان الفرع لا ينفرد بالحكم، فبسقوط أصله يلزم سقوطه، فالبناء يسقط بسقوط الأعمدة والجدران، فالذي يكون وجوده أصلاً لوجود غيره، كان ذلك الغير تابعاً له، فيسقط الأصل ويسقط الفرع المبني عليه، والعكس ليس بصحيح، فلا يمكن على الأطلاق سقوط الأصل بسقوط الفرع، والامثلة على ذلك كثيرة ومتنوعة فهي شاملة لأغلب الحقوق والألتزامات التبعية ومنها بالدرجة الأولى والأساس هو سقوط الرهن والكفالة، فمثلاً إذا أبرأ الدائن المرتهن مدينه الراهن عن الدين سقط الدين و بسقوطه يسقطُ الرهن تبعا له، وذات الحكم ينطبق على سقوط الكفالة الشخصية أذا كان الدين مكفولاً بها [2].

ومن هذا المنطلق يمكن القول أن المفهوم المخالف لهذه القاعدة يكمن في أنه من الممكن أن يعود الالتزام أو الحق بعد أنقضائه، فإذا تبين أن سقوط هذا الحق أو الدين(الالتزام) غير صحيح أو أن الأسباب التي إستند عليها هذا السقوط غير مكتملة الشروط أو الأركان فأن الأصل يعودُ، كما أن الفرع يعودُ تبعاً له كالرهن، فالأخير لا يوجد إبتداءً إلا لوجود حق أو التزام سابق عليه وهذا الحق يتمحورُ في الدين المضمون

([1]) د. أسعد دياب، ابحاث في التامينات العينية، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر، ص 13.

([2]) د. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثالثة، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ديمشق، سوريا، 1980، ص 263.

بالرهن، فالأخير إذا سقطَ وكانت أسبابه غير متوافرة الضوابط المحدد لصحتها فأن هذا الحق يعودُ حتماً، كذلك هو الأمر بالنسبة للكفالة، فعندما يسقطُ الدين عن طريق الأبراء مثلاً، فأن ذلك يؤدي حتماً الى سقوط التأمينات التي تكون بشكل أو بآخر ضامنه له كالكفالة، فتبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة الأصيل، لأن التزام الكفيل هو تابع لألتزام المدين، فإذا زالَ الأصل زالَ التابع ، وإذا عادَ الأول عادَ الثاني ، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار صادر لها أذ قضت هذه المحكمة بأنه ((أن الكفيل يستمدُ التزامه من التزام مكفوله ينقضي بأنقضائه ويعودُ بعودته))[1].

وعلى المنوال نفسه سارت محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها قضت من خلاله بأن ((..المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن هو التزام تابع لألتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامهِ، إذ لا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي ، وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين (282 / 1 ، 794) من القانون المدني، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل، فينقضي بأنقضائه، ويعودُ بعودتهِ، وعلى ذلك فإذا أنقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين أنقضى الدين المكفول بالإبراء وأنقضت تبعاً لأنقضائه الكفالة وأعتبر مانعاً قانونياً من المطالبة بالدين، فالقاعدة هي أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن ،ماهيته الا التزام تابع لألتزام المدين الأصلي لا يقوم إلا بقيامهِ)) [2].

فالأصل كما هو مبين أعلاه ان الدين المضمون إذا سقطَ، يسقطُ تبعاً له الفرع وما يكفلهُ كذلك من التأمينات، فأذا أبرأ الدائن مدينه من الدين على سبيل المثال سقط الدين وبسقوط هذا الأخير يسقطُ الرهن، أما إذا عادَ الدين وفق المفهوم المخالف لهذه القاعدة بزوال سبب إنقضائه، كأن يكون الأبراء صادر من غير ذي أهلية رجع الرهن برجوع الدين ويمتدُ الحكم على أثر ذلك ليشمل إنقضاء الرهن أو الكفالة وغيرها من التصرفات التبعية بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام، لكونَ أن الدين يمثلُ الجانب السلبي للالتزام

([1]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (198) والصادر بتاريخ 4/30/ 2007 /التزام كفيل/ 2007 قرار غير منشور .

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2571)، والصادر بتاريخ 4/28/ 2014، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 8 / 3/ 2024.

الأصلي، وما أن الكفالة أو الرهن هو التزام أو حق تابع للالتزام الأصلي، ومتى سقطَ هذا الأصل سقطَ الفرع، وأن عادَ الأصل عادَ الفرع[1]. ومن ثم فأنه قد يستدلُ على فكرة التبعية في الفقه القانوني من القواعد المشار اليها سابقاً كقاعدة "التابع تابع" والتي تشير هذه القاعدة أن الشيء إذا كان تابعاً لشيء آخر في الوجود فهو يكون تابعاً له في الحكم ولا ينفرد عنه بل هو يدخل في الحكم مع متبوعه، فهذه القاعدة تعد قاعدة عامة تتفرع منها مجموعة من القواعد والأحكام اضافة للقواعد أعلاه والتي تدور في فلكها منها:

ا– العبرة بتبعية المتبوع لا التابع [2].

ب– إذا صح المتبوع صحَ التابع ، وإذا فسدَ المتبوع فسدَ التابع [3].

ج – يغتفرُ في التابع ما لا يغتفر في المتبوع [4]. هذا ومن الجدير بالملاحظة أن هناك الكثير من القواعد الفقهية التي نجد لها واقعاً مادياً ملموساً في نطاق دراستنا[5]. إلى إن أهم هذه القواعد هي التي تم الإشارة اليها قبل قليل فالقاعدة الأولى مثلاً تشير الى أن حكم التابع هو ذات حكم المتبوع ، والثانية تشير الى أن وجود الفرع متعلق بوجود الأصل، كما أن الأصل في التبعية للمتبوع لا التابع، فهي تكادُ أن تكون تطبيقاً من تطبيقات المهمة لقاعدة " التابع لا ينفرد بالحكم "، أما القاعدة الأخيرة فتشير إلى دائرة التسامح يبقى للتابع ما دام تابعاً، ولكنه لا يقتصر ولا يتسامح فيه اذا صارَ متبوعاً، أي أصلاً ومقصوداً، وعليه فان لهذه القاعدة الأصولية مع فروعها أهمية كبيرة ودور في إنقضاء الحقوق وعودتها، حيث يمكن لنا عدَّها قاعدة أوأساس شرعي يمكن عن طريقها تبرير واقعة العودة للحقوق والالتزامات بعد أنقضائها في القانون المدني.

---

(1) د. عمر عبد الله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها على المعاملات المالية، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة الأزهر، مصر، 2000، ص 5.

(2) د. عبد الله أبراهيم زيد الكيلاني، قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الأسلامي، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا – الجامعة الأردنية، عمان، 2004، ص 105 وما بعدها .

(3) د. محمد بن أبراهيم النملة ابرز القواعد الفقهية المتعلقه بالتابع والمتبوع، بحث منشور في مجلة كلية كلية الشريعة والقانون، العدد (24)، الجزء (4)، الاصدار الاول، 2022، ص 2600.

(4) د. خالد سليم الشراي، الرح الجامع لقاعدة التابع، حقيقتها وتطبيقتها، بحث منشور في مجلة جامع الملك سعود للعلوم التربوية والدراسات الأسلامية، المجلد(23)، 2011، ص 1043 وما بعدها.

(5) كقاعد التابع لايتقدم على المتبوع، وقاعدة يجوز تبعا مالا يجوز أستقلالا، وقاعدة قد يثبت الفرع دون الأصل ...وغيرها من القواعد .

ثالثا ـ قاعدة لا ضرر ولا ضرار

تعد قاعدة لا ضرر ولا ضرار من القواعد المعنية بضبط المعاملات المدنية، و التي سّنها نبّينا الكريم محمد (ﷺ)، التي تُعد في حقيقة الأمر من أشهر القواعد الفقهيّة، حيث يَستدلّ بموجبها الفقهاء في جُلّ أبواب الفقه، بل هي تعد المدرك الوحيد لكثير من المسائل الفقهية، ولهذا أفردها العلماء بالبحث والتحقيق، وصنّف فيها غير واحدٍ من العلماء رسائل مستقلّة، وقد بيّنوا فيها حال القاعدة من حيث مدركها ومعناها وفروعها ونتائجها، ولأهمية هذه القاعدة في القانون المدني في نطاق دفع الضرر والتعويض عنه، فقد نص عليها المشرع العراقي ضمن نصوص القانون المدني بفروعه العامة والخاصة كافة، كما طبق القضاء العراقي الأصيل أحكام هذه القاعدة وأصدر العديد من القرارات الخاصة بالتعويض عن الضرر وإعطاء كُل ذي حقٍ حقه، كما أن الفقه قد أشارَ اليها في تبرير أنقضاء الحقوق وعودتها فكل ضرر يصيب أحد الأطراف أو الأغيار لا يعد مقبولاً ويوجب المسؤولية أن لم يكن هذا الضرر مقبولاً أو مما يتسامحُ به [1].

ومن هذا المنطلق يمكن القول أن هذه القاعد تنطم بعض الحقوق والالتزامات من حيث العودة للحقوق أو الالتزامات بعد أنقضائها وهذا ما سنراه في ثنايا البحث وبقدر تعلق الأمر بموضوع البحث نذكر بعض الأمثلة للدلالة على مدى التكامل بين هذه القاعدة وانقضاء الحق وعودته في القانون المدني، فمن النصوص القانونية الدالة على هذا التكامل هو نص المادة (1284) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الأرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الأرتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به))[2]. وفي الاتجاه نفسهِ سارَ القانون المدني المصري من خلال نص المادة (1029) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الأرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق بهِ)) . ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي المعدل، وإذا أمعنا النظر

([1]) المحامي فوري كاظم المياحي، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي، شرحها وتاصيلها – تطبيقاتها العملية والقضائية ، الطبعة الاولى، مكتبة الصباح، بغداد، العراق، 2020، ص 354.

([2]). و تقابلها نص المادة (1319) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (2/993) من القانون المدني السوري، ونص المادة (1032) من القانون المدني الليبي.

الى نصوص المواد أعلاه يتبين أن الغاية الأساسية من حق الارتفاق هي تحقيق منفعة معينة على حساب أحد العقارين المُرتفق والمُرتفق بهِ، (الخادم والمخدم)، ولكن في حالة زوال الفائدة المقررة من وجود العقار أو إذا أصبحت الفائدة التي تستمد منهُ قليلة لا تتناسب مع التكليف الذي يقع على العقار المقرر عليهِ حق ارتفاق عُدّت هذه الفائدة كأنها كانت ولم تكن أي مع الواقع على العقار المرتفق به وعليه ينقضي حق الارتفاق طبقاً الى "قاعدة لا ضرر ولااضرار" [1]. فإذا كان هناك إرتفاق مرور ثم يصبح ذلك العقار المُرتفق له ممرًا يمكن معهُ الوصول إلى الطريق العام لا يقل سهولة عن ذلك الممر المحدد لأستعمال أرتفاق المرور أو يجعله أقل فائدة، أو إذا كان مثلًا ارتفاق حق الشرب واستطاع مالك العقار المُرتفق أن يحفر بئرًا ارتوازية في أرض تغذيه هي وموارد المياه التي هي عندهُ من دون نظر لحق الشرب عن هذا الحق الأخير أو في القليل يجعل حق الشرب فائدتهِ عموما لا تتناسب بعض الشيء مع العبء الذي يتحمله العقار المُرتفق بهِ من جرّاء حق الشرب [2].

ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يطلب إنهاء حق الارتفاق فينقضي هذا الحق، وهذا من حيث الأصل لا يتطلب موافقة مالك العقار ومن ثُمَّ فهي منفعة قررها المشرع العراقي رعايةً لمصلحة الطرفين، مصلحة صاحب العقار المُرتفق في بقاء الارتفاق وقت انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة، وكذلك مصلحة صاحب العقار المُرتفق بهِ في زوال الارتفاق، وقد أصبحت هي المصلحة الراجحة، إذ تفوق هذه الأخيرة مصلحة صاحب العقار المُرتفق في بقاء [3].

ولكن حق الارتفاق يعودُ إذا زالَ الأرتفاق الجديد فيعود الحق كما كان قبل الإنقضاء أو الزوال، حماية لمصلحة طرفيه وكما بينا ذلك سابقاً، لأن الحق إذا أنقضى يجب أن لا يؤدي ذلك إلى الأضرار بحقوق الطرفين، فخلاف ذلك يعودُ الحق تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا أضرار، هذا ومن الجدير بالملاحظة أن لهذه القاعدة بعدين الأول هو في مجال الأنقضاء؛ لأنه من حيث الأصل أن أنقضاء الالتزام هو الطريقة الطبيعية التي يتحقق بها

([1]) د. رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، مصدر سابق، ص554 وما بعدها.

([2]) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص 1402 وما بعدها .

([3]) د. بن حموش تسعديث ود. بن شوقي نهوارة، مصدر سابق ، ص 66.

التوازن بين أطراف العلاقة القانونية بأعتبار أن كل شخص يحصلُ على حقهِ، أما البعد الثاني فيكمن في العودة للحقوق والالتزامات ولاسيّما إذا كان هذا الأنقضاء للالتزام غير مبرئ للذمة، بأعتبار أن العودة للحقوق والالتزامات تعدَّ ضمانة لأطراف العلاقة القانونية وهنا تظهر بوضوح قاعدة لا ضرر ولا ضِرار .

نافلة القول إن الكلام عن هذه القواعد والوقوف على مضامينها ودورها في كل حالة أو تطبيق من تطبيقات العودة للحقوق بعد أنقضائها هو كلام طويل بلا طائل فالمهم عندنا هو وصولنا الى نتيجة في غاية الأهمية هي أنه قد تبين لنا أن هناك علاقة وثيقة بين علم أصول الفقه وموضوع بحثنا الموسوم بأنقضاء الحقوق وعودتها كما بينا ذلك آنفاً، وهذا ما يؤدي بنا القول ومن دون شك أن هناك تكاملاً وتفاضلاً بين قواعد أصول الفقه وأنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني .

المطلب الثاني

معوقات عودة الحقوق بعد انقضائها

بيّنا في ما سبق أن هناك بعض الأوضاع القانونية سواءَ أكان ذلك على صعيد التصرفات أم الوقائع القانونية التي يدخل فيها أفراد المجتمع؛ وذلك بهدف تحقيق مصالحهم، ولكن هذه الأوضاع بما تفرضه من حقوق والتزامات في الغالب الأعم يكون مصيرها الزوال، حتى وأن كان موضوع هذه الالتزامات هو حقوق عينية، بأعتبار أن الأخيرة إذا كانت أصلية، أو متفرعة عنها حقوق دائمة كحق الأرتفاق العقاري الذي يصف بأنه حق دائم؛ لكونه يرتبطُ بدوام العقارات التي تعلق بها، إلا إن صفة الديمومة هذه من طبيعة هذه الحقوق و لكنها ليست من مستلزماتها، أذ يجوز أن تقترن بوصف من أوصاف الالتزام، كما هو الحال عند تحديدها بشرط أو بأجل معين، أو تنتهي بعدم الأستعمال، وسواءَ أكان الحق عينياً أم شخصياً فأنه من الممكن أن يعودُ بعد أنقضائه بتوافر شروط ومحددات العودة، وعلى أثر هذه الأخيرة يتم أعادة أطراف العلاقة القانونية الى وضع قانوني معين بحيث تصبح تلك العودة للحال أمر لا بد منه بعبارة أخرى أن هذه العودة تعد من قبيل الأثار المترتبة على زوال سبب الأنقضاء، أو أن الأخير غير مشروع أصلاً أي في ذاته، فيقضي القانون بالعودة وأعادة المراكز القانونية إلى سابق عهدها أي الى الوضع القانوني ما قبل الإنقضاء، ولكن قد يحدث خلاف ذلك، أي أنه قد يحدث مانع

يشلُ امر تحقيق العودة الى ما كان عليه، مما يؤدي ذلك إلى ايقاف العمل بتلك العودة، سواءَ أكان ذلك بأرادة المشرع أم بإرادة أطراف العلاقة موضوع العودة، وهذه الحالات تسمى موانع أو معوقات العودة للحقوق والالتزامات أن صحَ التعبير، والسبب في إقرار هذه المعوقات هو رغبة المشرع من تحقيق غايات تكون أسمى من إقرار العودة لذلك الوضع، مع الأخذ بنظر الأعتبار أن هذه الموانع أو كما سميناها المعوقات قد تكون شخصية أي أن وجودها متعلق أو مرتبط اشد الأرتباط بأطراف أو أشخاص العلاقة القانونية، وذلك لسبب أنها قد وجدت من قبيل القانون لأجلهم ولمصلحتهم، أو قد تكون موضوعية لا علاقة لها بأشخاص العلاقة القانونية وأنما هي ترتبطُ بمحل هذه العلاقة ومن ثم فأن هذه المعوقات تختلفُ بأختلاف المبدأ الذي ترتكزُ أو تستندُ عليه، وعلى أساس ذلك لا بد لنا من بيان هذه المعوقات ويتم ذلك من خلال تقسيم هذه المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول لدراسة المعوقات الشخصية، أما الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة المعوقات الموضوعية وكما هو مبين أدناه:

الفرع الأول

المعوقات الشخصية

ابتداءً وقبل كل شي لا بد لنا من بيان المقصود بمعوقات أو موانع العودة، واستناداً على ذلك يقصدُ بمعوقات العودة الأحوال التي بتحقيقها لا يمكن معها عودة الحقوق والالتزامات بعد انقضائها، وهذه الموانع في حقيقة الأمر تعكس فلسفة المشرع في إقرار نظام العودة؛ لأن العودة ليست حتمية بالمطلق، وأنما هي مرتبطة بمصلحة ما والتي رعى المشرع وجودها، أذ قد يحدث أن ينظم القانون وضعنا أو أمراً ما ينجم عنه بطبيعة الحال أثاراً قانونية قد تتقاطع مع أوضاع قانونية أخرى، على الرغم من أمكانية العودة، أي أنها مشروط فيها العودة، بيد أن بعض الحالات وأن صادفها مانع من العودة، لكن الأخيرة تكون ناقصة، دون أن تكون هذه العودة على الوضع الذي كانت عليه الحال قبل الأنقضاء، فهذه الحالة تخرج عن نطاق الموضوع المتعلق بتحديد هذه المعوقات، فهنا نحن نركز على الحالات التي تنعدم فيها العودة أصلاً، وهذا الأمر يحدث حقيقة من جراء تفضيل القانون بعض الأوضاع القانونية أو بعض الأثار الناجمة عن بعضها الأخر، والمعيار المتبع في ذلك حسب رأينا وإستقراء منا للنصوص القانونية من جهة، وأراء

الفقه وأحكام القضاء من جهة أخرى يكون في ترجيع مصلحة أحد الأطراف على مصلحة الطرف الأخرى، مستندا في ذلك على أسس أو مبادئ متعددة يجدها القانون أولى من أقتضاء العودة عموماً، هذه المعوقات والتي تعيق العودة في نطاق التصرفات والوقائع القانونية يكون مصدرها الإرداة من ذلك يطلق عليها البعض من الفقه القانوني بالموانع الأرادية والتي تكون محكومة بإرادة الأطراف، كما هو الحال في حالة التنازل عن الحق والتقادم وغيرها من الحالات ذات الطابع الشخصي هذا ولغرض بيانها لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات وكما هو مبين أدناه :

أولاً – التنازل عن الحق

لا شك أن من أهم الأحوال التي تقف أمام العودة للحقوق والالتزامات هو التنازل عن حق الذي تقررت له العودة، ويتبلورُ هذا المانع أو المعوق بالجانب الإرادي، والذي يجري من قبل صاحب الحق، وعلى الرغم من وضوح مصطلح التنازل إلا أن الفقه قد أختلف في مدلوله، فقد ذهبَ رأي في الفقه القانوني الى تعريف التنازل عن الحق بأنه((تصرف إنفرادي مسقط للحق))[1]. وإذا أمعنا النظر الى التعريف أعلاه يتبين لنا وبحق أنه هذا التعريف منتقد لكون التنازل عن الحق من الممكن أن يحصلُ أتفاقاً، وأبرز مثال على ذلك الصلح الواقي من الإفلاس، من ذلك يتم النزول عن الحق بأرادة منفردة، بينما التنازل يتمّ بالأتفاق.

وأستناداً على ذلك ذهبَ رأي في الفقه القانوني إلى تعريف التنازل بوجه عام بأنه ((تصرف قانوني يؤدي الى أنقضاء الحق الحال المستحق، دون نقله إلى شخص آخر)) [2]. ويعرف كذلك بأنه ((أسقاط الحق من قبل صاحبهُ، ينتج عنه جميع أثاره القانونية ما دام أنه قد صدر ممن له الحق فية أي من قبل الشخص الذي تقررت له المصلحه، وذلك بغض النظر عن أرادة غيره))[3]. وعرف بتعريف أخر بأنه ((أنهاء الخصومة ما بين الأطراف من قبل صاحب الحق (المتنازل) بطريقة رضائية صراحة كان هذا التنازل أو

([1]) د. علي اكرم كاظم الساعدي، التصرف القانوني بالارادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، مصر، 2018، ص122.

([2]) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص 220 وما بعدها.

([3]) د. فريدة فتيان، مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، بلا طبعة، مطبعة العاني للطباعة والنشر والتوزيع، 1957، ص 6 وما بعدها.

كان ضمناً))[1]. وهذا المعنى الأخير يبدو للوهلة الأولى يوحي بأنه صلحاً وليس تنازلاً عن الحق، ولكن بالرجوع الى أغلب النصوص القانونية التي سنها المشرع العراقي من جهة، والمشرعين في متن النصوص المدنية من جهة أخرى نجد أنهم أستعملوا مصطلح التنازل كما هو الحال عند تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن، وتنازل الشفيع عن حق الشفعة وغيرها من الحقوق التي تقبل التنازل في طبيعتها والتي تقبل العودة لها بعد الأنقضاء [2]. والصورة المثلى للتنازل تكمن في الاتفاقيات الملزمة لجانب واحد، فالتنازل الذي يحدث في الاتفاق، فأنه يجوز إذا كان الحق المتنازل عنه غير قابل بطبيعة للنقل للآخرين بشكل مستقل (كحق الرهن أو حق الأرتفاق العقاري) إذ إن هذه الحقوق لا يمكن نقلها للغير أو للأخرين عموماً من دون نقل ملكية العقار المتعلقة به كون الحقوق الأخيرة هي حقوق تبعية تتبع العقار وجوداً وعدماً صحة وبطلاناً انقضاءً وعودةً ومن ثم فأنه من الممكن التنازل عن تلك الحقوق بما يؤدي ذلك حتماً إلى اعاقة العودة لهذه الحقوق بما تفرضه من حقوق والتزامات[3].

ومن هذا المنطلق يمكننا أن نعطي مدلولاً واضحاً للتنازل عن الحق كونه من أهم موانع أو معوقات العودة للحقوق والالتزامات فنقول إنه ((تصرف قانوني يؤدي الى سقوط الحق في العودة أياً كان مصدر هذا الحق سواءَ أكان التصرف القانوني أم الواقعة وبغض النظر عن وسيلةُ سواء صدر هذا التنازل بالأرادة المنفردة لصاحب الحق، أو صدر بموجب الأتفاق مع شخص أخر، ويستوي أن يكون هذا التنازل بعوض أو بدون عوض)). بيد أن الأمر ليس بهذه السهولة بوصف أن التنازل هو أسقاط لحق، وبعدّه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً فأن الأهلية اللازمة لذلك طبقاً للقواعد العامة هي أهلية الأداء الكاملة سواءَ صدرَ التنازل بالإرادة المنفردة أم بواسطة الأتفاق[4]. وليس أبلغ في الدلالة في ذلك ما ذهب اليه المشرع العراقي من خلال نص المادة (1134/ د) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا تسمع دعوى الشفعة : د ـ أذا تنازل

([1]) د. محمد أحمد المعداوي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنها، مصر، بلا سنة طبع، ص 10.

([2]) مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 111.

([3]) د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، العراق، بلا سنة طبع، ص 323.

([4]) د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة الأسكندرية، 1964، ص 177.

الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع)) [1]. وتقابلها بذات المعنى نص المادة (948/ أ) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يسقطُ الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الأتية : (أ) أذا نزلَ الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع)). ومن هذه النصوص يتبين أنه أذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة سواءَ أكان ذلك صراحة أم ضمناً، وبصرف النظر فيما إذا كان هذا التنازل قبل البيع أو بعده بعوض كان أو بدون عوض، فأن ذلك سوف يؤدي الى سقوط حق الشفعة، و قد يكون النزول عن هذا الحق ضمناً أي بتصرف من الشفيع ذاته يتضمّن إقراره بصفة المشتري كمالك للعقار المشفوع، كما هو الحال لو أشترى الشفيع العقار المشفوع من مشتريه أو قام استئجاره منه أو إذا كان وكيلاً للمشتري في البيع أو يشهد على البيع [2] .

كذلك هو الأمر بالنسبة لحالة ما إذا تعدد الشفعاء وتنازل الشفيع المتقدم مثلا قبل التراضي أو قبل صدور الحكم وصيرورته بالشفعة سقط حقه، ويأخذ الشفعاء الآخرون على أثر ذلك كل المشفوع، بيد أنه إذا تم التنازل بعد التراضي أو بعد صدور الحكم، فالشفعة هنا لا تسقط وإذا سقط حق الشفيع المتقدم بمرتبة الشفغاء انتقل الحق إلى الشفعاء الأخرين بشرط حصول طلب الشفعة عند حصول البيع، وإذا تنازل الشفيع تنازل جزئي كتنازله عن جزء من العقار المشفوع يعدّ التنازل كلياً، لأن الشفعة حق غير قابل للتجزئة، وعليه يؤدي ذلك الى إنقضاء حق الشفعة [3]. وعلى من يدعي سقوط الشفعة بالتنازل و خلافها أثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الأثبات، ونظراً لخطورة ما يترتب على التنازل من سقوط حق الشفعة فينبغي التشدد في استخلاص التنازل الضمني، بحيث يكون ما يصدر من الشفيع من فعل أو تصرف قاطع الدلالة على تركهِ الأخذ بالشفعة،

([1]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (3/1161) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على انه ((اذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (952/ أ) من القانون المدني الليبي.

([2]) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، 2004، ص201.

([3]) بن خليفة نور الدين، حق الشفعة بين الشريعة الأسلامية والقانون، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2019/ 2020، ص 56 وما بعدها. أنظر كذلك د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، الطبعة الأولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، 1998، ص 624.

ويخضع هذا التنازل الضمني للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية [1].

وخلاصة لما سبق أنه إذا تنازل الشفيع عن حقه بالشفعة سواءَ كان ذلك بصورة صريحة أم بصورة ضمنية فأن ذلك يؤدي حتماً إلى سقوط حقه في الأخذ بالشفعة، ولا يمكنه على أثر ذلك المطالبة بحقهِ من جديد، إذ إن بتنازله عن هذا الحق أصبح من الأغيار ومن ثم نشأ عائق أمام العودة، فالمشتري يصبحُ مالكاً للعقار ولا يمكن للشفيع بعد تنازله أن يطالب بهذا الحق، الا بحالة واحدة الا وهي حالة ما أذا باعَ المشتري العقار المشفوع إلى مشتري ثاني وأنتقلت ملكية هذا العقار الى هذا المشتري، فهنا من الممكن الأخذ بالشفعة، أذ يستطيع الشفيع المطالبة بهذا الحق من جديد وهنا قد زال المانع المتمثل بالتنازل، ولكن يجب أن ننوه على أمر في غاية الأهمية الا وهو أن أمكانية العودة في هذا الحاله تتقيد بالعلاقة العقدية الثانية، أي العلاقة بين المشتري الأول والثاني بما تفرضه من حقوق والتزامات، فالشفيع إذا ما أراد مباشرة حق الشفعة فأنه يجب عليه دفع الثمن الذي أنعقد به البيع الثاني المبرم بين المشتري الأول والثاني دون البيع المبرم للوهلة الأولى بين البائع والمشتري الأول.

كذلك هو الأمر بالنسبة للنزول أو التنازل عن حق الرهن التأميني أوالحيازي،إذ أن بهذا التنازل عن هذا النوع من التأمينات، يجعل من الأستحالة أمكانية عودته ومن ثم استغلال واستعمال منافعه، ويبدو لنا ذلك بوضوع من خلال الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لذلك، فنجد أبتداء أن المشرع العراقي قد نص في المادة (1318) من القانون المدني على أنه ((يصحُ تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين)) [2].

وعلى المنوال نفسه سارَ المشرع المصري، إذا كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري ينص صراحة في المادة (1507) تنص على أنقضاء الرهن بالتنازل أذ تنص هذه المادة على أنه ((يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي

([1]) د. عبد العزيز راجح حسن، اسباب سقط الشفعة، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2007- 2008، ص 111.

([2]) وتقابلها بذات المعنى نص المادة (1368) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي الرهن التأميني اذا تنازل الدائن المرتهن عنه تنازلاً موثوقاً وله أن يتنازل عن حق الرهن مع بقاء الدين)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك هو الأمر بالنسبة للقانون المدني الليبي .

صراحة أو ضمناً، وفي كل حال لا يجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوافر فيه الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين)) [1]. ولكن عندما عرض هذا النص على لجنة المراجعة، رأت اللجنة حذفه دون أن تبين السبب في هذا الحذف، والسبب يكمن في حذف هذا النص في اعتقادنا هو لأن حكم النص واضح ويمكن تطبيقه دون نص على النزول، لأن حق الرهن هو حق الدائن المرتهن وفي ذات الوقت هو ليس من النظام العام، فمن الجائز بطبيعة الحال أن ينزل عنه الدائن المرتهن وأن الأهلية اللازمة للنزول عن هذا الحق الذي يعرض الدين للخطر هي الأهلية الازمة لأبراء ذمة المدين من الدين[2].

كما قد جاءَ في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في خصوص هذا النص، نصاً صريحاً يؤكد صراحة على انقضاء الرهن التأميني عن طريق التنازل من خلال نص المادة (1508) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن ، بطريقة أصلية أيضاً ، بالتنازل عنه ممن تكون له أهلية التنازل عن الدين نفسه)). وليس أبلغ في الدلالة في ذلك هو نص المادة (2488) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تسقط الأمتيازات والرهونات العقارية : 2- بتنازل الدائن عن الرهن العقاري صراحة أو ضمناً مع التحفظ على الحالة الملحوظة في المادة 2242)).

وبالتركيز بهذه النصوص يتبين لنا حقيقة أن التنازل سواءَ أكان ذلك تنازلاً صريحاً أم ضمنياً ينقضي الرهن بصفة أصلية بنزول الدائن المرتهن عنه، من دون أن يؤدي ذلك الى المساس بالدين، فالدين كما هو معلوم يبقى؛ لأنه لو أنقضى الدين لأنقضى الرهن معه بصفة تبعية لا بصفة أصلية، فيقصد عموماً بالنزول عن الرهن النزول عن الرهن وحده لا الدين، فيبقى الدين ديناً شخصياً بعد أن انقضى الرهن؛ ولذلك يكون أنقضاء الرهن انقضاء بصفة أصلية لا بصفة تبعية، ويترتب على هذا التنازل انقضاء الرهن التأميني ويتحررُ العقار المرهون من القيود التي تثقله وعليه تنعدم الأمكانية في العودة أي عودة الرهن وأعتبار الأخير ضمانة للوفاء بالدين. كذلك هو الأمر بالنسبة لحق

([1]) المحامي احمد صلاح الدين، مجموعة الأعمال التحضيرية والمذكرة الأضاحية للقانون المدني، الجزء السابع، بلا طبعة، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، بال سنة طبع، ص 146 في الهامش.

([2]) د. منصور حاتم محسن، التامين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي) بحث منشور في مجلة المحقق الحليللعلوم القانونية والسياسية، العدد (4)، 2011، ص 331.

الأرتفاق العقاري، إذ إن الأخير يقبل التنازل، وهذا ما يقره الفقهاء[1]. ويحدث هذا التنازل من قبل صاحب الحق من ناحية، ومن ناحية آخرى يتم بالأتفاق مع المستفيد من التنازل وسقوط الحق، أو ممن له لديه سند قانوني لإكتساب الحق بعد أنقضائه؛ وذلك بسبب أن حق الارتفاق العقاري كما هو معروف حق قابل للأنقضاء ولا يقبل النقل[2] .

هذا ومن الجديد بالذكر أنه عند الولوج بالنصوص القانونية في قانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى ولا سيمّا المقارنة منها من جهة نلاحظ أنهم لم يوردوا نصاً خاصاً بالتنازل عن حق الأرتفاق العقاري، بل أنه ترك الأمر للمبادئ العامة في القانون المدني، بينما ذهبَ البعض من المشرعين إلى النص صراحة على هذا السبب ودوره في أنقضاء الحقوق، فنجد مثلاً المشرع المدني العماني في نص المادة (4/1007) التي تشير بأنه يجوزُ لصاحب حق الأرتفاق أن يتنازل عن حقه، وأبلاغ صاحب العقار المرتفق به بالتنازل، فقد نصت هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الأرتفاق في الأحوال الأتية: 4- بأبطال صاحبه لأستخدامهِ وأعلامه لصاحب العقار المرتفق به العدول عن تخصيصة))[3] .

وحسنا ما فعل المشرع العراقي إذ إنه تلافى هذا النقص عن طريق قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 وذلك عن طريق نص المادة (2/243) منه والتي تنص هذه المادة على أنه ((يسجل أنقضاء حق الأرتفاق أذا تنازل مالك العقار المرتفق ن حق الأرتفاق لمالك العقار المرتفق به بعوض أوبدون عوض)).

وهذا الأمر يعد نتيجة منطقية، فكما هو معلوم أن حق الأرتفاق ينشأ عن طريق العقد في الغالب الأعم، وأنه يمكن الاتفاق كذلك على انقضائه أيضاً، فمثلاً إذا أتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب العقار المرتفق به أي صاحب العقار (الخادم والمخدوم) على

([1]) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، أحكام التنازل عن الحقوق العينية (دراسة تحليلية مقارنة) بحث منشور في مجلة في المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، 2019-2020، ص 7 وما بعدها. انظر كذلك د. سليمان بن وائل بن ريف التويجري، حق الأرتفاق(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الشريعة والدراسات الأسلامية قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه والأصول، جامعة أم القرى، مصر، 1982، ص 488 وما بعدها. ود. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، 338.

([2]) د. عصام أنور سليم، اداة النزول المسقط للحق، الطبعة الأولى، منشأة المارف للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، 2002، ص 68.

([3]) المادة (4/1007) من القانون المعاملات المدنية العماني لسنة 1948، المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (29) لسنة 2021.

التنازل عن حق الأرتفاق بعوض أو بدون عوض، فأن ذلك يعني دون شك أنتهاء حق الارتفاق العقاري، وعلى أثر ذلك يسجل انقضاء حق الارتفاق بأقرار الطرفين أمام الموظف المختص في دائرة الطابو (التسجيل العقاري) ويبدل سجل العقارين بأزالة الارتفاق منهما وتصحح على أثر ذلك خارطة العقارين على هذا الأساس[1]. فإذا تم التنازل بهذه الكيفية أصبح بموجب ذلك مانعاً أو عائقاً أمام العودة.

ثانيا- عدم الأستعمال (التقادم)

في مستهل الحديث يمكن القول إنه عندما يقررُ المشرع وضعاً قانونياً ما ويجعل بموجبه حق معين لشخص أو طرف معين فأنه يجب عليه أستعماله وأستغلاله دون تركه بعدم الأستعمال(التقادم)، فأن ذلك سوف يؤدي الى أنقضائه نهائياً وعليه سقوطه، وذات النتيجة يمكن تطبيقها في نطاق العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها، فإذا تقررت العودة للحق، فيجب على من تقررت لصالحة مباشرة هذا الحق بأي وسيلة كانت وإلا انقضى حقه بعدم الأستعمال (التقادم)، ويمكن لنا التفصيل في حالة سقوط الحق نتيجة لعدم الأستعمال من جانبين مهمين الأول نبحث من خلالهِ آلية سقوط الحق بعدم الأستعمال، والآخر نتكلم بموجبهِ عن المدة اللازمة لسقوط الحق بعدم استعماله وكما هو مبين أدناه:

1 - **أنقضاء الحق بعدم الأستعمال:-** يتطلب القانون في الغالب الأعم أن يقوم الأنسان في بعض الحقوق بأستعمالها في حدود الغرض المخصص لها، فأذا لم يستفدْ صاحب هذا الحق من المزايا المقررله طوال تلك الفترة التي حددها له المشّرع، فأن ذلك لا يخرج عن امرين، الأمر الأول هو أما أن هذا الجزء من الحق عينياً كان او شخصياً غير مفيد له، والأمر الثاني أن الشخص قد تنازل عن الأستفاده منه، وعليه فلا يوجد داعٍ لأبقاء هذا الحق، لا سيما إذا مرت عليه مدة طويلة (مدة التقادم)[2]. وهذه القاعدة لسقوط الحق تعد في حقيقة الأمر قاعدة عامة تسري على جميع أنواع الحقوق وسواءَ أكان عدم الأستعمال

([1]) د. مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص 137.

([2]) د. عبد المنعم البدراوي، اثر مضي المدة في الالتزام، إطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول، 1950، ص 14 وما بعدها. أنظر كذلك د. حسني محمود، التقادم وأسقاطه للحقوق(دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون المدني المصري)، الطبعه الأولى، دار الفكر العربي، الأسكندرية، مصر، 2009، ص 19. ود. السيد عبد الصمد محمد يوسف، الحق بين البقاء الدائم والسقوط بالتقادم (دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون الوضعي)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، مصر، 2012، ص 117. ود. عمار محمد، المذكرات الأضاحية للقانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 446.

هذا أختيارياً أم أجبارياً [1].الأمثلة على ذلك كثيرة منها نص المادة (1260) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق المنفعة بعدم الأستعمال مدة خمسة عشرة سنة))[2]. وعلى المنوال نفسه سارَ المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (995) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الأنتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشر سنة)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (617) من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص هذه المادة حقيقة على أنه ((ينتهي حق الأنتفاع : بوفاة المنتفع الطبيعية والمدنية وبأنتهاء الوقت المحدد و بضم أو أجماع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد وبعدم الإستعمال هذا الحق مدة ثلاثين سنة وبهلاك التام للشيء المنشأ عليه حق أنتفاع)).

وعند التركيز في نصوص المواد أعلاه يتضّحُ لنا أن حق المنفعة أو كما يسميه المشرع المصري حق الأنتفاع يزول أو بالأحرى ينقضي بعدم أستعماله خلال المدة المقررة قانوناً، بحيث أنه إذا تم المطالبة بهذا الحق من جديد على الرغم من فوات هذه المدة، فأن مرور الزمان يكون مانعاً من سماع الدعوى ومن ثم يؤدي الى أسقاطهِ، وعلى أساس ذلك أنه إذا أنقضى حق المنفعة ومن ثم عادَ لأي سبب كان ومرت عليه مدة التقادم نتيجة لعدم الأستعمال، فأن ذلك يكون مانعاً أو عائقاً أم عودة هذا الحق، وعليه فأن العودة للحق يجب أن تكون خلال المدة المحددة لإستعمال واستغلال هذا الحق.

كذلك هو الأمر بالنسبة لحق الأرتفاق العقاري؛ لكون الأخير يعد من أهم حالات أو تطبيقات أنقضاء الحقوق وعوتها في القانون المدني، إذ إن عدم الأستعمال هذا الحق يؤدي الى سقوطهِ، وعلى أثر هذا السقوط يكون عائقاً أمام العودة، حتى وأن كان عدم الأستعمال هذا راجعاً لسبب أجنبي، بعبارة أخرى يستوي أن يكون عدم الأستعمال هنا أختيارياً، أي بأرادة صاحب العقار المرتفق، أو أجبارياً عن طريق السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة، مثال ذلك اذا غمرت مياه الأنهر الأرض المتقرر عليها حق ارتفاق، وأصبحت على أثر ذلك بحالة لا يمكن معها استعمال حق الأرتفاق، أو نضبت العين التي تغترف

([1]) مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 115.

([2]) وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (1219) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا تسمع دعوى المطالبة بحق الأنتفاع أذا أنقضت على عدم أستعماله مدة خمسة عشر سنة)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (999) من القانون المدني الليبي.

منهـا الميـاه، إذا أبقـى عـدم الاسـتعمال خـلال المـدة المقـررة لسـقوط الحـق[1] . وهـذا الأمـر فـي اعتقادنـا يعـد مـن الأمـور التـي تتحقـق العدالـة بموجبهـا؛ لسـبب بسـيط جـدا إلا وهـو أن صـاحب حـق الأرتفـاق يسـتطيع أن يقطـع هـذه المـدة، بـأن يحصـل مـثلاً علـى اقـرار مـن صـاحب العقـار الخـادم (المرتفـق بـه) وديـاً كـان هـذا الأقـرار أو قضـائياً، أو يكـون ذلـك بموجـب فعـل صـادر مـن صـاحب العقـار المرتفـق بـه أو مـن غيـره، وهـذا إن دلَّ علـى شـيء فأنمـا يـدلُّ علـى أنـه فـي حـال منـع صـاحب حـق الارتفـاق العقـاري مـن اسـتعمال حقـه واسـتمر هـذا المنـع المـدة المحـددة قانونـاً، فـأن حـق الارتفـاق هـذا ينقضـي بعـدم الاسـتعمال أيـاً كـان السـبب، ولكـن هـذا الأمـر لا يمنـع فـي حقيقـة الأمـر صـاحب حـق الارتفـاق طـوال مـرور مـدة التقـادم أن يقطـع هـذه المـدة، وذلـك عـن طريـق الحصـول علـى إقـرار مـن مالـك العقـار المرتفـق بـه ويسـتوي أن يكـون هـذا الإقرار ودي أو قضائي [2].

ونتيجـة لـذلك يمكـن القـول إن انقضـاء الحـق بعـدم الإسـتعمال وعـدّة عائقـاً أمـام العـودة مـرة أخـرى للحـق بعـد انقضـائه أمـر لا يثيـر صـعوبة ولكـن الصـعوبة تثـور فـي حالـة إنتهـاء الحـق بعـدم الاسـتعمال وتمسـك بـه مـن لـه حـق التمسـك بالتقـادم المسـقط عـن اثبـات عـدم الاسـتعمال وكيفية اثباته؟

جوابـاً علـى ذلـك نقـول إنـه بـالنظر لإخـتلاف وتبـاين حـالات أو تطبيقـات انقضـاء الحقـوق وعودتهـا فـي القـانون المـدني الأمـر الـذي يختلـف بموجبـه آليـة اثبـات كـل حالـة، فمـثلاً حـق الارتفـاق إذ إن اثبـات عـدم الاسـتعمال (التقـادم المسـقط) يختلـف نـوع الارتفـاق مسـتمراً كـان هـذا الحـق أم غيـر مسـتمر، فـالأول يكـون عـبء اثبـات عـدم الاسـتعمال فيـه يقـع علـى عـاتق مالـك العقـار المرتفـق بـه، وذلـك لأن مـن حـق صـاحب هـذا العقـار تخليصـه مـن عـبء الارتفـاق، كونـه يـنقص مـن منفعـة عقـاره لفائـدة العقـار المرتفـق، أمـا إذا كـان هـذا الارتفـاق غيـر مسـتمر، فـإن عـبء اثبـات عـدم الاسـتعمال يقـع علـى عـاتق صـاحب العقـار المرتفـق؛ وذلـك لأن مـن مصـلحته أن يثبـت إنـه أسـتعمل حقـه فـي الارتفـاق، وهـذا يعـد نتيجـة طبيعـة والتـي تتفـق فـي حقيقـة الأمـر مـع قاعـدة إن عـبء الأثبـات يقـع علـى مـن يـدعي، كمـا إن الأصـل فـي الحقـوق ولا سـيمّا العينيـة هـو الظـاهر، ويمكـن إثبـات عـدم الاسـتعمال لحـق الارتفـاق

([1]) مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 115.
([2]) د. عبـد الـرزاق حسـن فـرج، دوام حـق الملكيـة، الطبعـة الأولـى، مكتبـة الملـك فهـد الوطنيـة، بـلا مكـان طبع، 1981، ص 169.

بطرق الأثبات كافة بما فيها البينة والقرائن كالحكم القضائي [1]. كذلك هو الأمر بالنسبة لانقضاء الكفالة والرهن عن طريق (التقادم) بوصفهما من صور أو حالات انقضاء الحقوق وعودتها، إذ إن عدم الاستعمال لهذه الحقوق يؤدي ذلك دون شك إلى عدم أمكانية عودة الحق، إذ كما هو معلوم في نطاق عقد الكفالة إنه قد يقتضي التزام الكفيل بالتقادم، دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء الدين المكفول، إذ إن الغالب الأعم أن يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في ذات الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل فينقضي الدينان بالتقادم في وقت واحد، و لكن قد يحدث العكس إذ ينقضي التزام الكفيل بالتقادم، دون أن يؤدي ذلك الى أنقضاء الدين الأصلي وعلى أساس ذلك تنقضي الكفالة لأنقضاء التزام الكفيل بغض النظر عما إذا كان التزام المدين الأصلي لا يزال باقياً.

ومن ثمَّ فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقي التزامه قائماً، أما عن التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فأنه ينقضي بالتقادم[2]. وفي مثل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية ، مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالديين، ومن ثم يمكن أعتبار التقادم عائقاً أمام العودة فالدين بعدهذه الفترة يعد مجرداً من الضمانات ومن بينها الكفالة، ومهما يكن من الأمر فأن التقادم (عدم الأستعمال) يعد عائقاً أمام العودة للحقوق والالتزامات ويستوي أن يكون ذلك في مجال الحقوق العينية أم الشخصية.

2- المدة اللازمة لسقوط الحق

إن المدة اللازمة التي ينقضي بها الحق (عدم الأستعمال) ومن ثمَّ عدّها عائقاً أمام العودة، فأنها لا تختلف عن الأحكام التي تتعلق بالمدد بصفة عامة، فمثلا نجد نص المادة (1/1282) من القانون المدني العراقي تنص على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق بعدم أستعماله خمسة عشر سنة، فأن كان الأرتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ستا وثلاثين سنة)) . فهذ المادة تشير صراحة الى الحالة التي ينقضي بها حق الأرتفاق على مختلف أنواعه فيما أذا كانت حقوق أرتفاق ظاهرة أو غير ظاهرة أذا تم ترك

([1]) د. محمد كامل عبد العزيز، نظرية الحق، الطبعة الاولى، مكتبة وهبه للطباعة والنشر والتوزيع، القاهره، مصر، بلا سنة طبع، ص 249.

([2]) ولذلك لا يتحقق في القانون المدني الفرنسي أن يتقادم التزام الكفيل دون أن يتقادم الدين الأصلي عن طريق قطع سريان التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يقطعه بالنسبة إلى التزام الكفيل كما سبق القول ولذلك يتقادم التزام الكفيل وبتقادم الدين الأصلي في وقت واحد ، إذا بدأ سيان التقادم في وقت واحد بالنسبة إلى كليهما.

أستعمالها مدة خمسة عشر سنة متوالية وبغض النظر عن طبيعة العقار المثقل به، فأذا كان هذا العقار أرضاً، فالأخيرة يستوي فيها أن تكون مملوكة أو مفوضة من دائرة التسجيل العقاري (الطابو) أم ممنوحة بوضع اليد، إلا إذا كان حق الارتفاق مرتباً لمصلحة عقار موقوف وقفاً صحيحاً، فأنه يشترط لزواله وبالتالي انقضائه مرور مدّة ستة وثلاثين سنة[1]. وقد افترض القانون انقضاء هذا الحق إذا بقى مدة طويلة دون إستعماله، إذ يعدّ عدم الاستعمال قرينه ضمنية للتنازل عن الحق، أما عن موقف المشرع المصري فجاء الأخير بذات الاتجاه الذي أنتهجه المشرع العراقي من حيث سقوط حق الارتفاق من جهة وكذلك الحقوق الأخرى بعدم الأستعمال إذ تنقضي بمرور مدة خمسة عشر سنة ولا يختلف هذا النص عن القانون المدني المصري سواء بالمدة اللازمة لسقوط حق الأرتفاق أذا كان مقرراً لعين موقوفة ويظهر لنا ذلك بوضوح من خلال نص المادة (1027) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((تنتهي حقوق الأرتفاق بعدم أستعمالها مدة خمسة عشرة سنة، فأن كان حق الأرتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة)).

وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (704) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((أن الارتفاقات تتجدد أذا أستعيدت الاشياء بشكل يتيح استعمالها، إلا إذا انقضت مدة كافية من الزمن لإفتراض سقوط حق الارتفاق بالإستناد لما هو منصوص عليه في المادة 707)). وعند الرجوع إلى نص المادة 707 من القانون المدني الفرنسي نجدها جاءت بحكم يخالف وأحكام القانون المدني العراقي وكذلك المصري في بيان المدة اللازمة لسقوط الحقوق، أذ نصت هذه المادة على أنه ((أن الأرتفاق يسقطُ بعدم الأستعمال مدة 30 عاما)).

والسؤال الذي يدق في الذهن هنا هو متى تبدأ هذه المدة اللازمة للقول بسقوط الحق؟ وعليه أنعدام أمكانية عودة الحق؟

جواباً على ذلك يمكن القول إن الوقت الذي تبدأ به المدة اللازمة لسقوط الحق لم تكن على وتيرة واحدة، فهي تختلف حسب نوع وطبيعة الحق، فأن كان هذا الحق هو حق منفعة، فأن المدة اللازمة لسقوطه تبدأ من وقت تركه وعدم أستعماله وأذا كان حق أرتفاق

([1]) د. محمد علي عمران، وقف التقادم وأنقطاعه التقادم المسقط، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية، جامعة عين الشمس كلية الحقوق، العدد (2)، المجلد(14)، 1972، ص 1.

فهي تختلف فيما إذا كان حق أرتفاق مستمر أم غير مستمر، فالأخير يقتضي من صاحبه القيام بالأعمال المتجددة والمتكررة، والتي ترتبط بفعالية حق الأرتفاق، وأن حساب بدء هذه المدة يتم من اليوم الذي تنقطع فيه تلك الأعمال بحيث يؤدي ذلك الى أنعدام هذه الفعالية، ولتوضيح ذلك نعطي المثال الآتي، فنقول إذا كان هناك ارتفاق بالمرور فتحسب مدة عدم الاستعمال من آخر يوم الذي قام به صاحب حق الأرتفاق بالمرور من الطريق[1].

أما أذا كان حق الأرتفاق مستمراً فأن مدة التقادم تبدأ من اليوم الذي وقع فيه الفعل المخالف لحق الأرتفاق، بوصف أن هذا النوع من الحقوق لا يتطلب قيام صاحبه بعمل، بل يستعمل من تلقاء نفسه، بيد أن هذا الفعل المخالف يمكن أن يقع من صاحب العقار المرتفق به، ويمكن أن يقع من صاحب العقار المرتفق ذاته، كما يمكن أن يقع بسبب القوة القاهرة، مثال ذلك لو فرضنا أن لشخص ما حق أرتفاق بالمطل على ملك الجار مثلاً، وقام هذا الجار على أثر ذلك أو غيره بسد النوافذ، محل حق الأرتفاق العقاري، فمدة سقوط هذا الحق تبدأ من اليوم الذي بدأ فيه بسد هذه النوافذ محل الأرتفاق، وليس أبلغ في الدلالة على ذلك في نطاق الارتفاقات بعدم البناء أو التعلية، أذ تبدأ هذه المدة أي مدة السقوط من يوم قيام صاحب العقار المتفق به بالتعلية أو البناء، فمثلاً إذا كان الأرتفاق بالمرور فأن مدة عدم الأستعمال تحسب من الوقت الذي أستعمل الممر لآخر مرة بالفعل[2].

ويستثنى من هذه الأحوال حالة واحدة وهي أنه في الأرتفاق المستمر الذي لم يستعمل أذ تبدأ مدة التقادم من يوم الذي نشأ فيه حق الارتفاق، فإذا رجعنا مثلاً الى المثال السابق أي لو كان هناك حق أرتفاق بالمطل ولم يقم صاحب هذا العقار المقررله حق الأرتفاق هذا باستعماله بالفعل، كان يمتنع من فتح مطل له قد خول له بموجب حق الأرتفاق، ففي هذه الحاله يبدأ حساب مدة التقادم من وقت نشأة حق الأرتفاق[3]. وتخضع هذه المدة للتقادم حسب القواعد العامة لأسباب الوقف والأنقطاع وحسب القواعد العامة فأليها نحيل[4].

([1]) د. أدوار عيد، الحقوق العينية العقارية الأصلية، الطبعه الأولى، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية والادبية للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة نشر، ص 190.

([2]) د. محمد علي عرفه، الأموال ونظرية الحق العيني، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، فقره 234، 310، وما بعدها. أنظر كذلك د. سعد العلوش، الحقوق العينية (دراسه مقارنة)، بلا طبعة، بلا جهة ومكان وسنة طبع، ص 309.

([3]) د. عبد المنعم البدراوي، في الملكية والأرتفاقات الزراعية، الطبعة الأولى، مكتبة عبد الله وهبه للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 1970، ص 70.

([4]) للمزيد أنظر د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق،، ص 349.

نخلص مما سبق أنه في أطار الحقوق الشخصية وكذلك العينية ولا سيمّا إذا كانت الحقوق متفرعة عن حق الملكية الأصلية ممكن أن تنقضي، ولكن هناك أمكانية لعودة هذا الحق من جديد بما يحمله من حقوق والتزامات، لسبب معين وسواءَ تعلق هذا السبب بأنقضاء الحق أم بعودته، إلا إن هذه الأمكانية لا تؤخذ بشكل مطلق، إذ إن هناك بعض الأحوال الشخصية التي تقف عائقاً أمام العودة ، ومن بين هذه الأحوال هو التنازل المكتمل الشروط والأركان، فإذا تنازل الشخص عن حقه بالعودة عدّ تصرفه هذا مانعاً أو عائقاً أمام العودة، كذلك هو الأمر بالنسبة لقاعدة عدم الأستعمال (التقادم) أذ يعدّ الأخير عائقاً أمام العودة، ولا يمكن إعادة الحق بموجبه مرة أخرى بمجرد مرور المدة المحددة لذلك قانوناً، وهذا الوضع هو سبب عام لانقضاء الحقوق والالتزامات، على الرغم من أن التقادم إذا كان مكسباً فأنه من الممكن ان يكون مصدراً أو سبباً لعودة الحقوق والالتزامات بعد أنقضائها.

الفرع الثاني

المعوقات الموضوعية

بعد أن بينا المعوقات أو الموانع الشخصية لانقضاء الحقوق وعودتها وقد حصرناها بالتنازل وعدم الأستعمال، وقلنا أن مصدر هذه المعوقات هو إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، وهذه الموانع تكون عادة محكومة بمجموعة من المبادئ، كالاستقرار في المعاملات المالية، وحماية الأوضاع القانونية، وهو في سبيل تحقيقها قد يعمل على أيقاف العمل بأي وضع قانوني يتعارض مع تحقيق هذه المبادئ، إذ نلاحظ أن العودة للحق أو الالتزام بعد أنقضائه تنعدم بغية تحقيق هذه الأوضاع، كما أن تحديد وتقييد أمكانية تحقيق العودة أي العودة الى وضع قانوني معين لا تتوقف على الأوضاع القانونية التي يبرز فيها العنصر الشخصي فقط، بل أيضا هناك أوضاعاً قانونية لا تقل أهمية عن الأوضاع القانونية المبينة أعلاه، إذ إن هذه الأوضاع قد تقف حائلاً أمام العودة الى ما كان عليه الوضع قبل الإنقضاء ويكون فيها الجانب الموضوعي هو المحور الأساس والدافع لتحقيق هذا المنع، وهذه المعوقات تارة تكمن في نطاق الوقائع القانونية التي لا دخل لإرادة الأطراف شأن فيها، وقد تتمحور هذه المعوقات المادية في أطار التصرفات القانونية بغض النظر عن مصدر هذه المعوقات، سواءَ أكانت هذه المصادر إرادية أم غير إرادية؛ لأن وجود هذه الإرادة لا يعد في حقيقة الأمر أن هذا المانع أو العائق شخصي مطلقاً، بل

قد تدخل الإرادة فيه و بشكل واسع ويأخذ رغم ذلك الصفة الموضوعية، لأن ما يرتكز عليه الوضع القانوني عموماً ليس بمسألة تتعلق بأي شكل من الأشكال بشخص المتقاعد أو بالأحرى أن صح التعبير بالطرف في الالتزام أو بنيته، وأنما الأهتمام كل الأهتمام يكون بالجانب الموضوعي للتصرف القانوني، هذا ولغرض بيان هذه المعوقات والأحاطة بها يقتضي منا الأمر تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات وكما هو مبين أدناه:

أولا- الهلاك

من المعوقات **او** الموانع التي لا يمكن بأي شكل من الأشكال عودة الحقوق والالتزامات للظهور من جديد هو المانع المادي المتمثل بالهلاك، ولا سّيما إذا كان محل هذه الحقوق هو عقاراً، وعلى أساس ذلك فأنه يشترط أيضاً لعودة الحق بعد أنقضائه أن يكون الحق قابلاً للأستعمال من قبل الشخص الذي كان يتمتع بهذا الحق قبل زواله، فأذا عادَ الحق بصورة غير قابل للأستعمال ولم يكن بالأمكان تحقيق الفائدة المرجوة منه على هذا النحو، فأنه من غير الممكن أن يعود الحق مجدداً، إذ إن الهلاك مانع مادي تنعدم معه عودة الحقوق، وتبقى هذه الأمكانية غير ممكنة ما دام هذا الوضع باقياً، ففي حق المنفعة العقاري فأنه أذا هلك الشيء المنتفع به فأن حق المنفعة يزول نهائيا بسبب هلاك الشيء وأنه يصبح من غير الممكن الأنتفاع به من قبل المنتفع، ولا يجبر مالك الرقبة على أعادة الشيء الى ما كان عليه الوضع قبل الإنقضاء، ولكن إذا أعادَ مالك الرقبة الشيء من جديد بأرادته فأن حق المنفعة سيعود بطبيعة الحال وذلك لإمكانية أستعمال الشيء من قبل المنتفع .

وهذا ما أشارت إليه المادة (1258) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- ينتهي حق المنفعة بهلاك الشيء غير أنه أذا عوض المالك عن الهلاك انتقل حق المنفعة الى هذا التعويض 2 – وأذا لم يكن الهلاك راجعاً الى خطأ المالك ، فلا يجبر على أعادة الشيء إلى أصله ولكن أذا أعاده رجع للمنتفع حق المنفعة أذا لم يكن الهلاك بسببه وتطبق الفقره الثانية من المادة 1255 من هذه المادة))[1] . ومن الملاحظ على النص المتقدم أنه يشترط أن لا يكون الهلاك بسبب المنتفع وعليه لا يمكن الاستفادة

([1]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1215) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق الأنتفاع :- 2- بهلاك العين المنتفع بها...)). وكذلك نص المادة (954) من القانون المدني السوري، وكذلك نص نص المادة (998) من القانون المدني الليبي.

من عودة حق المنفعة[1]، وإلى المعنى نفسه أشارت المادة (994) من القانون المدني المصري أيضا والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- ينتهي حق الأنتفاع بهلاك الشيء، الا أنه ينتقل من هذا الشيءالى ما قد يقوم مقامه من عوض. 2- وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشيء لأصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه وفي هذه الحالة تطبق المادة 989 الفقره الثانية)). أما بخصوص المشرع الفرنسي فنجده قد نص في المادة (617) من القانون المدني الفرنسي بتعديله الجديد والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي عقد الأنتفاع ...بالتلف الكامل للشيء موضوع الأنتفاع)).

إذا أمعنا النظر بنصوص المواد أعلاه يتبين لنا وبحق أن الهلاك الوارد على محل حق المنفعة يؤدي إلى انقضائه بصورة نهائية والتي لا يمكن العودة لذات الحق بعد هذا الانقضاء، لأن انعدام الشيء معناه أنعدام المحل، والأخير ركن من أركان أي تصرف قانوني، وبناءً على ذلك إذا تخلف هذا الركن انقضى الحق بصورة نهائية، كما لو كان العقار المقررعليه حق أنتفاع (كعقد الأيجار مثلاً) قد هلك بسبب ما سواءَ أكان هذا الهلاك من قبل صاحب العقار المؤجر أم من قبل المستاجرللعقار أوبسبب أجنبي، فهذا الهلاك يكون عائقاً أمام العودة[2].

وعليه فأن الهلاك مانع من العودة، ولكن يجب أن يؤخذ بنظر الأعتبار أن يكون هذا الهلاك هلاكاً كلياً، إذ أن الهلاك المادي بصفة تامة للشيء(محل حق الانتفاع) المنتفع به كعائق أوعارض من عوارض الممارسة، فأنه يؤدي حتماً بالضرورة إلى إنهاء حق الأنتفاع، وعلى فرض وقوع هلاك مادي تام للعقار المنتفع به فإن حق المنتفع هذا ينقضي في خصوص تلك العقارات وفي خصوص توابعها كذلك كحقوق الأرتفاق والحقوق العينية العقارية، أما إذا تسلط الهلاك على جزء من العقار فحسب فإنه يصبح حداً من حدود الممارسة لا غير [3]. ومن ثم فأن الهلاك الجزئي للشيء محل الأنتفاع لا

([1]) د. محمد وحيد الدين سوار ، مصد سابق، ص 172 .

([2]) د. هلال شعودة، الوجيز في شرح عقد الأيجار في القانون المدني، الطبعة الأولى، مطبعة جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص232 وما بعدها، انظر كذلك د. محمد بوكماش ود. سعيدة بو معراف، فسخ عقد الإجاره بسبب العذر، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد (8)، الجزء (2)، 2017، ص 584.

([3]) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية ، الجزء الثامن ، مصدر سابق، ص. 423.

يكـون عائقـاً أمـام العـودة للحـق أو الالتـزام، فـالعودة فـي هـذه الحالـة تكـون ممكنـة، فتعـود العلاقـة القانونيـة بقـدر الشـيء غيـر الهالـك، فـالحق يعـود ولكنـه يعـود باقـل منفعـة مقارنـة بالمنفعـة التـي كانـت قبـل وقـوع واقعـة الإنقضـاء، وحسـننا مـا فعـل المشـرع الفرنسـي الـذي أنفـرد بهـذا الحكـم وذلـك مـن خـلال نـص المـادة (623) مـن القـانون المـدني الفرنسـي والتـي تـنص هـذه المـادة علـى أنـه ((إذا هلـك جـزء فقـط مـن الشـيء الخاضـع للأنتفـاع، فـأن حـق الأنتفـاع يسـتمرُ علـى الجـزء المتبقـي)). وقـد جـاءت المـادة التـي تلـت المـادة المـذكورة فـي الأعلـى مـن حيـث الترتيـب بمثـال يستشـف منـه صـراحة المعنـى المتقـدم ذكـره، إذا نصـت المـادة (624) مـن القـانون نفسـه علـى أنـه ((إذا لـم يتضـمن عقـد الأنتفـاع الا بنـاءً معينـاً، وقـد هلـك هـذا الأخيـر بحريـق أو بحـادث أو أنهيـار بسـبب قدمـه، فـأن المنتفـع لا يحـق لـه الأنتفـاع بـالأرض أو بالمعـدات، واذا نشـأ حـق الأنتفـاع علـى عقـار بحيـث أن البنـاء هـو جـزء منـه، فـأن المنتفع يستفيد من الارض والمعدات أيضاً)).

فـالهلاك لكـي يكـون مانعـاً أو عائقـاً أمـام العـودة فأنـه يجـب أن يكـون كليـاً مـن دون النظـر الـى مصـدر هـذا الهـلاك، أي أنـه يسـتوي أن يكـون الهـلاك بسـبب مـن جانـب صـاحب حـق الأنتفـاع، أو عـن طريـق القـوة القـاهرة، فالبحـث فـي مصـدر هـذا الهـلاك يكـون فـي أطـار المسـؤولية، ولـيس فـي اطـار العـودة [1]، ومـن هـذا المنطلـق يمكـن القـول إنـه إذا انقضـى حـق المنفعـة أو كمـا يسـميه المشـرع المصـري حـق الأنتفـاع عـن طريـق أتحـاد الذمـة بـين مالـك العقـار المنتفـع بـه وصـاحب حـق الأنتفـاع كالمسـتأجر للعـين المـؤجرة مـثلاً ثـم هلـك العقـار المقـرر عليـه حـق أنتفـاع وبعـد ذلـك زال السـبب الـذي أدى إلـى اتحـاد الذمـة، فـأن حـق المنفعـة هذا لا يمكن عودته؛ لانعدام محله [2].

كـذلك هـو الأمـر بالنسـبة لانقضـاء حـق الارتفـاق العقـاري عـن طريـق الهـلاك، إذ إن هـلاك أحـد العقـارين أو كليهمـا، يعـدّ مـن المعوقـات الماديـة التـي لا يمكـن معهـا عـودة حـق الارتفـاق، وذلـك لتخلـف ركـن مـن اركـان حـق الارتفـاق العقـاري الا وهـو (العقـار محـل الحـق)، ويحـدث ذلـك فـي حقيقـة الأمـر بهـلاك أحـد العقـارين، سـواءَ أكـان ذلـك العقـار المرتفـق أم المرتفـق بـه،

([1]) Aubry (C) et Rau (C), Droit civil Française, Tome 2, 7ème édition, par Esmein (P), Paris, 1991, page 695.

([2]) H,L J, Mazeaud : leçons de droit civil ,Tome II, 4 éme édition, par Michel Dejuglart ,2éme volume : Biens, Droit de propriété et ses démembrements éditions Montcherestien Parie 1969, page 293

وهذا يعد نتيجة منطقية لطبيعة حق الارتفاق؛ لأن الأخير يعرف بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر[1]. وبناءً على ذلك أذا تخلف هذا الركن انقضى حق الإرتفاق شريطة أن يكون هذا الهلاك كلياً، ويستوي أن يكون هذا الهلاك مادياً أم قانونياً، وعلى آثر هذا الهلاك لم يكن بالاستطاعة أعادة العقار إلى الوضع السابق، ولتوضيح ذلك نسوغ المثال الآتي، لو كان العقار المثقل بحق الارتفاق العقاري يقع على منحدرات جبلية وزالت هذه المنحدرات أو غارت، أو صدر قانون يمنع استغلال الأرض على نحو معين، أو إنه يحرم استفلالها لأغراض معينة كالأغراض العسكرية أو الأمنية أو نحو ذلك. وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((... المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الأرتفاق العقاري ينقضي بهلاك العقار المرتفق أو المرتفق به شرط أن يكون هذا الهلاك تاماً ...[2].

وهذا الحكم لمحكمة النقض الفرنسية جاءَ من جانب يتلائم مع القواعد العامة للهلاك، وهو من جانب أخر داعماً لنا في أعتبار الهلاك المادي الكلي عائقاً أمام العودة للحقوق والألتزامات. كما أن هذه الأحكام ليست بمعزل عن أحكام أنقضاء حق الرهن التأميني بواسطة الهلاك وأعتبار الأخير عائقاً أمام عودته، فعلى الرغم من عدم إيراد المشرع العراقي نصاً قانونياً صريحاً يقتضي بأنقضاء حق الرهن التأميني عن طريق هلاكه سوى بعض النصوص القانونية التي حددت المسؤولية فيما إذا كان الهلاك ناشأ من قبل الراهن أو المرتهن أو بسبب أجنبي[3]. فأنه يمكن تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، وهذا بخلاف المشرع المصري الذي كان ينص بموجب المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري صراحة على هذا المانع المادي وذلك من خلال نص المادة

([1]) Albert Wahl Henri, Capitant, Revue Trimestrielle de Droit civil Tome trente ,Sixième Année 1970, p 391.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (11547)، والصادر في 12/15/ 2013/ جلسه/ قضائية/ 82 والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc. gov.eg تاريخ الزيارة 3/24/ 2024 .

([3]) وهذا مانصت عليه المادة (1297) من القانون المدني العراقي أذ نصت المادة (1297) على انه ((1- اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينياً أو تعيب قضاء وقدرا كان هلاكه أو تعيبه على الراهن، وفي هذه الحالة اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيرا بين أن يقدم تامينا كافيا او أن يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل، واذا أختار وفاء الدين فورا ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في أستيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين..2 – واذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون أو تعيبه كان المرتهن مخيرا بين ان يطلب تامينا كافيا او ان يستوفي حقه فورا.

(1059) منه والتي نصت هذه على أنه ((1- إذا هلك العقار أو أنقضى الحق المرهون ، فإن الرهن الرسمي ينقضي ، وتراعى أحكام المادتين 1457 و 1458 . 2 - ومع ذلك لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلاً برهن ، إضراراً بالدائن المرتهن)). لكن هذا النص عند عرضه على لجنة المراجعة، حذفته اللجنة دون أن تبين السبب، ولعل السبب في ذلك يكمن وضوح الحكم.

أما بخصوص موقف المشرع الفرنسي فأنه قد سكت بخصوص ذلك، وسبب سكوته حسب رأينا هو ذات السبب وهو وضوح الحكم، ومهما يكن من الأمر فأنه قد يهلك العقار المرهون، كأن يحترقُ مثلاً أو ينهدم أو ما شابه ذلك، وعند أذن ينقضي حق الرهن التأميني لزوال محله، ويكون زواله في الغالب الأعم بأثر غير رجعي، وينقضي على أثر ذلك الرهن بصفة أصلية، لا بصفة تبعية تبعاً لأنقضاء الدين المضمون، لأن هذا الدين يبقى ديناً شخصياً بالرغم من زوال الرهن، وعليه فأن الدين يتجرد من هذا الضمان، إلا إذا عادَ الشيء المرهون الى الوجود مرة أخرى، فأن حق الرهن التاميني يعود مرة أخرى ويكون ضامناً لوفاء الدين ما دام قد عادَ محله.

كذلك هو الأمر بالنسبة للكفالة العينية فأنه تنقضي بهلاك الشيء محل هذه الكفالة لأن الأخيرة تعد تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالاً (منقول أو عقار) مملوكاً لضمان الوفاء بالتزام ما يكون في ذمة شخص آخر و سمي الكفيل هنا بالكفيل العيني، حيث يقوم هذا الأخير برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين، وهو في حقيقة الأمر لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية، فالكفيل العيني لا يكون مسؤول شخصياً عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه رهناً [1].

فالكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص و ممتاز بحيث تجنبه خطر إعسار المدين و الكفيل بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة تنصب على الشيء المقدم من الكفيل رهنا رسمياً أو حيازياً وهي السلطة التي تخوله حق التتبع و الأولوية في

([1]) د. عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمة، الالتزام العيني بين الشريعه والقانون، الطبعه الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1972، ص 486. أنظر كذلك د. غني ريسان جادر و د. اياد كاظم عبد الزهرة، الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسه مقارنة)، بحث منشور في مجلة دراسات البصره، العدد (32)، 2019، ص 20

استيفاء الثمن بعد بيعه، فالكفالة بهذه السمات قد تنقضي، بهلاك الشيء محل هذه الكفالة كما في حالة أنهدام العقار محل الكفالة أو أحتراقه ... فالشيء المكفول بعد هلاك الشيء محل الكفالة يتجرد من هذا الضمان، ومن ثم يعدّ هذا الهلاك أذا كان تاماً مانعاً من العودة إلا إذا أعيد مثلاً بناء العقار المقرر عليه الكفالة سابقا، فأن هذا الحق يعود ويعتبر الكفالة وكأنها لم تنقضي[1]. وعلى أساس ذلك يمكن القول وبدون تردد أن الهلاك أذا كان تاماً مستوفياً لأركانه وشروطه فأنه يكون حتماً عائقاً أمام العودة للحقوق والالتزامات، بيد إن هذا المانع أو العائق هو عائق مؤقت، فالإنتفاع وكذلك الرهن وحق الكفالة وحق الارتفاق العقاري تعود إذا أعيد محلها من جديد.

ثانيا- تغيير وضع الأشياء

من المعلوم أن العودة للحق أو الالتزام يجب أن تكون على الوضع التي كانت عليه قبل حصول واقعة الأنقضاء، فأي تغير في وضع هذه الأشياء محل العودة، فأنه في بعض الأحيان، بل في الغالب الأعم يكون عائقاً أما العودة لذات الحق أو الالتزام؛ استناداً على أن من محددات هذه العودة أن يعود الحق بذاته من الناحية الشخصية من زاوية وكذلك من الناحية الموضوعية من زاوية أخرى؛ لأن الحق إذا عادَ بغير أشخاصه وبخلاف موضوعه، فلا نكون أمام العودة، وأنما نكون وضع قانوني أخر كما بينا ذلك سابقا، بالأضافة الى ذلك أنه يجب ان يكون الحق العائد قابلاً للأستعمال، فأذا لم يكن الشيء محل الحق الذي يروم إعادته قابلاً للأستعمال نتيجة التغيير الذي حصل في محله. ونتيجة لذلك فأنه يجب أن يكون الحق الذي يروم أعادته قابلاً للأستعمال من قبل الشخص الذي كان يتمتع بهذا الحق قبل زواله.

فإذا عاد الحق بصورة يكون بموجبها غير قابل للأستعمال وتحقيق الفائدة المرجوة منه، فأنه من غير الممكن أن يعود مجدداً، والمثال الأبرز على ذلك هو أنقضاء وعودة حقوق الأرتفاق، إذ إن حق الارتفاق ينقضي بصورة نهائية أذا تغير وضع الأشياء من حالة الى أخرى بحيث لا يمكن الأستفادة منها، كما لو كانت على وضعها الأصلي ويترتب على ذلك أستحالة أستعمالها ، فأذا كان الأرتفاق مروراً في أرض الغير وأنحبس العقار المرتفق به بحيث يصبح من المتعذر الوصول الى الطريق العام فأن حق الارتفاق ينقضي

([1]) Ginossar (S) : Droit reel propriete et crence, elaboration d'unsysteme rationnel des droits patrimoniaux, Paris, 1960 , p 572 .

لأستحالة الأستعمال بتغير وضعه[1]. ولكن إذا زال سبب الأنحباس فأن حق الأرتفاق يعود مجددا، وهذا ما أشارت إليه المادة (1283) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق أذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق ويعود أذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق)) . وتقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (1028) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1ـ ينتهى حق الأرتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها أستعمال هذا الحق . 2ـ ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق إلا أن يكون قد أنتهى بعدم الأستعمال)).

وليس أبلغ في الدلالة في ذلك ما ذهب اليه المشرع الفرنسي، فقد نص صراحة على ذلك من خلال نص المادة (703) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تسقط الأرتفاقات عندما تصبح الأشياء بحالة لا يمكن معها أستعمالها)) . إذ أشارت هذه المادة صراحة إلى إنقضاء حق الأرتفاق وتلتها مباشرة نص المادة (704) من القانون ذاته والتي هي الأخرى أشارت صراحة إلى العودة لهذا الحق إذ نصت هذه المادة على أنه ((تتجدد الأرتفاقات إذا أعيد ترتيب الأشياء بشكل يسمح بأستعمالها ما لم تكن أنقضت فترة من الزمن كافية لأفتراض سقوط حق الإرتفاق)).

وعند التمعن بقراءة هذه النصوص يتبين لنا وبحق أن هذا الحق ينقضي إذا حدث تغير في وضع الأشياء محل هذا الحق، بحيث يصبح من المستحيل استعماله، ومن ثمَّ أصبح عائقاً أمام عودته، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الأرتفاق مسيل على منزل الجار مثلاً وأنهدم المنزل كله او أحترق جميعه فإنه يصبح بطبيعة الحال من المستحيل أستعمال حق الأرتفاق العقاري[2].

كذلك هو الأمر إذا كان حق الأرتفاق أرتفاقاً بمرور و من ثم أنحبس العقار المرتفق به، بحيث أصبح من غير الممكن الوصول منه إلى الطريق العام، فإن حق الأرتفاق على أثر ذلك ينقضي بسبب تغير وضع العقار المرتفق به[3]. لكن هذا العائق هو

([1]) د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص 399 ومابعدها.

([2]) د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص 399 ومابعدها

([3]) د. ام كثوم صبيح محمد ود. اسماء صبرعلوان، القيود القانونية للملكية في أرتفاقات الموانع الأثرية دراسة في قانون الاثار والتراث رقم 55 لسنة 2002، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،العدد(4)، المجلد (22)، 2020، ص 349.

عائق مؤقت، أذ أنه بالامكان عودة هذا الحق، فأرتفاق المسيل في مثالنا السابق ذكره أنفاً يعود إذا أعيد بناء المنزل، كذلك هو الأمر بالنسبة لأرتفاق المرور أذ يعود الحق الأخير إذا عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى تطبيقاً لقاعدة إذا زال المانع عادَ الممنوع، أذ أن هناك رأي في الفقه القانوني يرى أن التغيير في محل حق الأرتفاق عارض، وسببه التغيير الطارىء بوضع الأشياء سواءَ أكان ذلك في أطار العقار المرتفق ام المرتفق به، مثلاً إذا كان هناك أرتفاق بالمطل ثم تجري تعديلات في العقار المتفق بحيث يصبح غير مشتمل على مطلات، فيصبح أستعمال حق الأرتفاق بالمطل مستحيلاً[1].علماً أن التغير في وضع العقار المرتفق أو المرتفق به يجب أن يصادفه أستحالة تامة في أستعماله، ولا يكتفي أن يكون أكثر مشقة[2]. ويستوي في ذلك أن ترجع الأستحالة الى القوه القاهرة أو الى فعل صاحب العقار المرتفق أو المرتفق به أو الى فعل أجنبي[3].

ويلاحظ أن القول بتغير الأشياء موضوع حق الأرتفاق أنما يعني أن ثمة عائق يحول دون أستعمال حق الأرتفاق هذا، وهذا الأمر يؤدي بنا الى نتيجة منطقية مفادها أن حق الارتفاق يتوقف استعاله إلى أن يزول هذا العائق، فأن زالَ عادَ الأستعمال الى ماكان عليه، كما لو أنهدم الحائط المشترك أو منزل وأعيد بنائه فأن حق الارتفاق هذا يعوده بعودة الأشياء إلى ما كانت عليه.

وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها أذ قضت هذه المحكمة بأن التغيير في وضع الأشياء محل الحقوق يحول دون عودة الحق حتى وأن توافره سبب عودته أذ جاء في حيثيات هذا القرار ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن حق الأرتفاق ينقضي لتغير حدث في العقار المرتفق أو في العقار المرتفق به نتيجة حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو بفعل أحد صاحبي العقارين، أو من الغير، أثره، أنتهاؤه، عودته بعودة الأشياء إلى وضع يمكن مع أستعمال الحق ما دامت في وضع يمكن معه العودة لأستعمال ذلك الحق الذى لم ينتهى بعدم الأستعمال، المادتان 1026 و 1028 /

([1]) د. محمد حسن قاسم، حق الملكية والحقوق المتفرعة عن الملكية، مصدر سا بق، ص 468.

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، المجلد الثاني، مصدر سابق، وما بعدها.

([3]) المحامي احمد رشيد صادق، مصدر سابق، 83.

1و2 مدنى)) [1]. والتساؤل الذي يدور في الذهن هو هل أن الأشياء يجب ان تعود بنفس الحالة التي كانت عليها قبل أنتهاء الحق أم أنه من الممكن أذا عادت بصورة لا تتطابق كلياً مع محل الحق قبل الأنقضاء ؟ جواباً على ذلك نقول أنه بالرجوع الى نصوص القانون المدني نجد أنها لا تسعفنا في الأجابة عن التساؤل المطروح، كما أن الفقهاء لم يعرض هذه المسألة بالبحث ، ولكن بالرجوع الى أحكام القضاء نجد أن قضاء محكمة النقض المصرية في أحدى القرارات القضائية الصادرة منه يجيز عودة حق الأرتفاق بصوره تمكن صاحب الحق من أستعمال حقه وأن لم يعود الشيء الى حالته الأصلية بصورة كاملة فجاء في حيثيات القرار بأنه ((على أن حق الارتفاق يعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق حتى ولو لم تكن الأمور قد عادت إلى وضعها الأصلي تماماً ما دامت في وضع يمكن معه العودة إلى أستعمال هذا الحق الذى لم ينته بعدم الاستعمال))[2]. فيتبين من القرار القضائي المذكور أعلاه أنه لا يشترط عودة حق الأرتفاق الى الحالة التي كان عليها سابقاً بصورة متطابقة ولكن من الممكن أن يعود بالقدر الذي تمكن صاحب الحق من أستعمال حقـــه، على نحو معين.

نخلص ممّا تقدّم أن لعودة الحقوق أو الالتزامات مجموعة من المعوقات وقد بينا أن هذه المعوقات ربما تكون شخصية، أو موضوعية، أذ أن هذه العودة قد تنصدم بعائق تعود جذوره لإرادة أطراف العلاقة القانونية كما هو الحال في التنازل المبرئ للذمة، أو أن عدم الأمكانية في عودة الحقوق هنا تتعلق بالجانب الموضوعي كما هو الحال في الهلاك والتغير في وضع الأشياء وكما بينا ذلك سابقاً، هذا ومن الجدير بالذكر أن هذه المعوقات هي الأكثر وقوعاً في الحياة العملية من ناحية، كما أن لها واقع ملموس أذ أستند هذا الواقع إلى موقف المشرع، وكذلك الفقه والقضاء من ناحية أخرى، كذلك هو الأمر بالنسبة الى تحقق سبب الأنقضاء وأستمراره فأنه مانع من العودة والتي تكلمنا عنه عند بحث مبررات الإنقضاء للحقوق او الالتزامات في الفصل الأول من هذه الدراسة فأليه نحيل. وهذه

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (4439)، والصادر في 22/ 10/ 2011، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة 2024/3/26 .

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (4439) والصادر في 2011/1/22 قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة 2024/3/26 .

الموعوقات مع بقية مفرات البحث والدراسة بمجموعها يمكن عن طريقها وضع نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني .

الفصلُ الثالث

احكام انقضاء الحُقوق وعودتِها في القانون المدني

الفصل الثالث

أحكام انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني

تمهيد وتقسيم

في مستهل الحديث يمكن القول إنه في كل موضوعات القانون، عاماً كان هذا الأخير أو خاصاً، أن الجزء المهم هو آثار التصرف، فهذه الأخيرة لربما تكون هي المقصودة حتماً، ومثال على ذلك عقد البيع فليس المقصود هو ابرام عقد البيع، وانما هو المقصود آثاره وهي المبادلة، كذلك هو الحال بالنسبة للمقاولة، والوكالة وغيرها من العقود فأن المقصود بها هي آثارها، وهذا أن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ أن الجزء المهم هو الآثر دون غيره، وعليه فأنه لولا وجود هذا الآثر لما حصل هذا العمل، فعند انقضاء الحق وعودته فالمهم هو الآثر الذي يترتب على هذه العودة، والتي يتحدد في ضوءها مركز طرفي العلاقه القانونية أي طرفي عودة هذه الحقوق، وسواءً كان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية على حدٍ سواء، ومن دون النظر إلى مصدر هذه العودة سواء أكان التصرف القانوني أم الواقعة، إذ إن بعض هذه الحقوق يتم تحديدُ أثارها بالإستناد إلى القواعد المقررة في سند انشائها للوهلة الأولى، كما إنها تتحدد في سند عودتها ولاسيَّما إذا كانت هذه العودة بناء على حكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، وهذه الأثار تتعلق بالجانب الشخصي و كذلك الموضوعي لعودة الحقوق أو الالتزامات في القانون المدني، ومن ثَمَّ فأنه أذا عادَ الحق أو الالتزام الى ما كان عليه الوضع قبل الانقضاء فأن الأمر يتطلبُ منا بيان آلية هذه العودة وكيفية اثبات هذه الأخيرة، أي بيان الآلية التي يمكن بواسطتها اثبات عودة التصرف أو الواقعة القانونية لما له من آثر مهم في بيان أحكام هذه العودة، إذ إن حصول واقعة الانقضاء للتصرف القانوني لا يشكل في حقيقة الأمر أي صعوبة، إذ إن التصرف من حيث الأنقضاء يتم أثباته عن طريق القواعد العامة في الإثبات، ولكن الصعوبة تكمن حقيقة في كيفية إثبات عودة هذا التصرف أو الواقعة القانونية ولاسيَّما وأن حالات هذه العودة متعددة ومختلفة فيما بينها، وكما بينا ذلك سابقاً، بحيث أن لكل صوره أو تطبيق مدلولاً خاصاً به وأحكاماً ينفردُ بها، الأمر الذي يثورُ معه صعوبة بشأن إثباتها كما، أن هذا التحديد للعودة من الناحية الشخصية والموضوعية، يكون مرهون بتحقيق غاية معينة الا وهي إعادة الحال إلى الوضع الذي كان عليه أطراف العلاقة القانونية قبل حصول واقعة الانقضاء، ومن ثَمَّ فإن الإخلال بها أي

بعودة الحقوق فأنه حتماً يرتبُ مسؤولية مدنية والمتمثلة هذه الأخيرة بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، علماً أن لكل منهما مجالًا أو محلًا تقامُ عن طريقة . وفي نطاق موضوع البحث، فإنه من الجدير بالملاحظة إن لانقضاء الحقوق وعودتها شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر له في القانون المدني عدة تطبيقات لا بد لنا من بيانها بشكل مفصَّل ودقيق، إذ إن لكُل صوره أو تطبيق نبين مدلوله، و بيان كيفية انقضائه وعودة من الناحية الشخصية تارةً والموضوعية تارةً أخرى، والسبب الذي دفعنا لذلك هو تنوع وأختلاف حالاتها. هذا ولغرض بيان هذه المفردات و الإحاطة بها لا بد من تقسيم هذا الفصل على مبحثين، سنخصص في المبحث الأول منه آثار أنقضاء الحقوق وعودتها وتحديد أثباتها، أما في المبحث الثاني فسوف نعرض فيه المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعودة وتحديد تطبيقاتها في القانون المدني.

المبحث الأول

آثار انقضاء الحقوق وعودتها وتحديد الية أثباتها

لا شك أنه يترتبُ على أنقضاء الحقوق أو الالتزامات مجموعة من الآثار، وفي مقدمة هذه الآثار هو زوال الرابطة القانونية أو إنحلالها، ومن ثمَّ يترتب على ذلك انقضاء العلاقة القانونية بما تحملهُ من حقوق والتزامات، والمفهوم المخالف لهذا الانقضاء هو العودة، و الأخيرة كذلك يترتبُ عليها بعض الآثار القانونية ومن أهمها هو إعادة أطراف العلاقة القانونية إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصول واقعة الانقضاء، ويستوي أن تكون هذه الآثار شخصية أم موضوعية، مع الأخذ بالحسبان أنه سوف نركز على الآثار العامة، فعلى الرغم من تعدد وأختلاف حالات أو التطبيقات التي جاءَ بها القانون المدني الأمر الذي تثورُ معه صعوبة في تحديد هذه الآثار، إلا إنه يمكن القول إن من خلال أستقراء هذه النصوص المتفرقة والتي لا يجمعها جامع معين وتحليلها، يُمكن لنا أن نبين أهم الآثار العامة التي ترتبها العودة للحق أو الالتزام أن صحَ التعبير، فدراسة العودة للحق بعد انقضائه كنظرية لا بد من أن نلقي الضوء على الآثار العامة لها، من دون الأهتمام بما يرَتّبهُ كل تطبيق من تطبيقاتها من آثار خاصة، أي الآثار الخاصة بكل حالة من حالاتها، وإذا أنتهينا من تحديد هذه الآثار وأصبحت العودة أمراً مفروغاً منه فأنه لا بد من بيان آلية اثبات هذه العودة، بعبارة أخرى هو بيان كيفية أثبات هذه العودة للحق أو الالتزام بعد

انقضائه؟ فعند تحديد سبل اثباتها فأن ذلك سوف يؤدي دون شك إلى قطع دابر كل نزاع حول وجودها المادي وعليه فأن تحديدُ آثارها وبيان كيفية إثباتها يكون أجراءً لا بد منه في وضع نظرية حاكمة لها، هذا ولغرض بيان هذه الآثار وتحديد آلية اثباتها لا بد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص المطلب الأول لدراسة آثار إنقضاء الحقوق وعودتها، أما المطلب الثاني فسنكرسه لدراسة الية إثبات أنقضاء الحقوق وعودتها.

المطلب الأول

الآثار المترتبة على انقضاء الحقوق وعودتها

إن العودة للحقوق أو الالتزامات في القانون المدني آثار معينة، والسبب الذي بموجبه ترتبت هذه الآثار هو أن قبل هذه العودة للحق أو الالتزام كان هناك فترة زمنية ما بين انقضائه وعودته، إذ إن خلالها قد يترتب أبرام تصرف أو أنشاء حق أو أكتسابه مما يخل بكيانهِ من جهة، ووضعه من جهة أخرى، والتي تستلزم هذه العودة من عودة الحق أو الالتزام إلى حالتهِ التي كان عليها قبل انقضائه، هذا ومن دون النظر إلى السبب الذي أدى إلى الانقضاء، قانونياً كان هذا الأخير أم أرادياً، وهذا ما يطلق عليه في الفقه القانوني أعادة الحال أو الأثر الرجعي، وهذا الأمر يؤدي بدوره كقاعدة عامة الى أعادة الحقوق والالتزامات الى وضعها الطبيعي لأطراف العلاقة القانونية، تبعاً لطبيعة ونوع التصرف.

وهذه الآثار تتحدد في ضوءها المركز القانوني لطرفي الحق، فيعود الشخص مرتهناً كان أم راهناً، بائعاً كان أم مشترياً، صاحب حق عيني أم شخصي على الحق أو الالتزام موضوع العودة، ولذلك فاللعودة آثار موضوعية وأخرى شخصية، أذ أن كل علاقة قانونية تتكون من أطراف أو أشخاص لها ومحل ترد عليه، وقد يتأثر المحل الذي ترد عليه بآثار معينة؛ نتيجة لإنقضاء الحق وعودته، كما هو عليه في أشخاص العلاقة القانونية، ويطلقُ على الآثار التي تترتبُ على المحل الذي ترد عليه العلاقة القانونية نتيجة أنقضاء الحق وعودته بالأثار القانونية الموضوعية، وتتمثلُ تلك الآثار بصورة خاصة في أن يعود محل الحق بنفس الحالة التي كان عليها قبل إنقضائه من حيث الحقوق والالتزامات من ناحية، وكذلك أن يعود محل الحق في نفس الموضع الذي كان عليه قبل أنقضائه من ناحية أخرى، ولغرض بيان هذه الأثار لا بد لنا من تقسيم هذا

المطلب على فرعين سنعرض في الفرع الأول منه الأثار الشخصية، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة الأثار الموضوعية .

الفرع الأول

الآثار الشخصية لانقضاء الحقوق وعودتها

من المعلوم أنه قد يترتبُ على عودة الحقوق في القانون المدني آثار قانونية شخصية تتصل بأطراف العودة للحق ذاته أو الالتزام، أي الآثار التي تنصرف إلى ذوي الشأن، بغض النظر عن صفتهم في العلاقة القانونية موضوع العودة، وهذه الآثار لعودة الحق قد تنحصر فيما بين المتعاقدين، وقد تنصرف إلى الخلف سواءَ أكان خلفاً عاماً أو خاصاً وسواءَ أكان ذلك من جانب الدائن أم المدين وتختلفُ تلك الآثار بحسب طبيعة الحق الذي يستعملهُ أطراف العلاقة القانونية، هذا ومن الجدير بالذكر أن الغير عن التصرف القانوني قد يتأثر بعودة الحقوق أو الالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني ولا سيمَّا إذا كان هذا الغير حسن النية، فقد يتأثر ويؤثر هذا الأخير بانقضاء الحقوق وعودتها، ومهما يكن من الأمر أن هذه الآثار هي التي تتعلق بالدائن والمدين وخلفهما وكذلك الغير عند عودة الحق أو الالتزام إلى ما كان عليه الوضع قبل حصول واقعة الإنقضاء، وهذا إن دلَّ على شيء فأنما يدلُ أن الآثار الشخصية قد تتعلق بأطراف العلاقة القانونية للوهلة الأولى، وقد تتعداهم، هذا ولغرض بيان هذه الآثار لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرتين وكما يأتي :

أولاً ـ آثار انقضاء الحقوق وعودتها بالنسبة للأطراف العلاقة القانونية

أن العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني ترتبُ التزامات وحقوق في ذمة أطرافها الأصلين، وهذه قاعدة لا يمكن أنكارها على الأطلاق، فكما بينا سابقاً أن العلاقة القانونية تعودُ بذات الأطراف، فأن عادت العلاقة القانونية بغير أطرافها فلا نكون امام وضع العودة للحقوق والالتزامات، وأنما نكون أمام وضع قانوني أخر، الا في بعض الاستثناءات، وأن كانت هذه الأخيرة نادرة الوقوع في الحياة العملية، ومن ثمَ أنه عندما يعود الحق فالأصل أنه يعود لصاحبهِ الأول وهذا يظهر لنا وبحق من خلال الولوج بالنصوص القانونية التي تحمل بين ثنايها مصطلح العودة، فقد أشارت هذه النصوص صراحة على أن الالتزام يعود الى الوجود من جديد بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ومعنى ذلك أن الحق سيعود لصاحبهِ وبذمة من عليه الحق أيضاً، كما ينصرفُ أثر العودة للحق الى

الخلف العام لكل من صاحب الحق ومن عليه الحق، فالعودة تكون للحق من جهة، وللألتزام من جهةٍ أخرى، فهي عودة لصاحب الحق الذي تقررت لمصلحته، وهي بمقابل هذا الحق التزام على من تقررت عليه واجب أداء الحق، فهي عودة مزدوجة للحق وللألتزام في إن واحد، ومن ثم فأن عادَ الالتزام بعد انقضائه فأنه يعودُ لجميع ذوي الشأن، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال تتبع نصوص القانون المدني والتي حددت أشخاص العودة ومنها بالدرجة الأولى والأساس نص المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن)).

وبالأتجاه نفسه ذهبَ المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (370) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((وإذا زال السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عادَ الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبرُ اتحاد الذمة كأن لم يكن)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فلم ينص على ذلك صراحة، ولكن المفهوم المخالف لنص المادة (1349) يتلائم مع نص القانون المدني العراقي وكذلك المصري أذ تنص هذه المادة على أنه ((يتحققُ أتحاد الذمة من أجتماع صفتي الدائن والمدين بالالتزام في شخص نفسه، ويؤدي أتحاد الذمة الى أنقضاء الدين وملحقاته مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير أو ضده)).

ومن هذه النصوص يتضحُ لنا وبحق أن الحق أو الالتزام إذا أنقضى وعادَ فأنه يعود الى ذوي الشأن جميعاً [1]. بحسب طبيعة ونوع العلاقة القانونية، وسبب العودة لهذه الحقوق الى ذات أطراف العلاقة القانونية هو الأثر الرجعي، إذ يترتبُ على عودة الحق أو الالتزام بعد انقضائه آثراً رجعياً فيما بين الدائن والمدين، مما يترتبُ على ذلك عودة ذلك الحق بنفس الحال التي كان عليها قبل انقضائه لذات الأطراف، فتعدَّ واقعة الإنقضاء كأنها لم تكن أصلاً، فالمهم ليس الإنقضاء للحق، فهذا الوضع القانوني أصبح امراً مفروغا منه؛ لأنه لا يمكن القول بأن هناك عودة للحق أو للألتزام الا أذا سبقها وضع

([1]) د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص 544 وما بعدها. أنظر كذلك د. جابر محجوب علي، الوجيز في النظرية العامة (الأحكام العامة للالتزام في القانون المصري مع الأشارة الى نصوص القانون الفرنسي الجديد)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2023، ص 280 وما بعدها.

قانوني وهو واقعة الانقضاء، فعندما تتقررُ العودة وتصبحُ أمراً لا بد منه فأن واقعة الأنقضاء تنعدمُ ولذلك فالعودة تكون بذات الأطراف الذي أنقضى الالتزام بإرادتهم أو بخلافها، فإذا زال السبب الذي أدى إلى إنقضاء الاتزام وكان لزوالهِ أثر رجعي في الغالب الأعم وعدَّ على أثر ذلك كأن لم يكن، وعادَ الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة، فأنه يعودُ إلي ذوي الشأن جميعاً، من كفيل شخصي وكفيل عيني وراهن وغير ذلك [1].

وعليه فأن العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني تكون بطبيعة الحال عودة تتعلق بذوي الشأن، أي لجميع الأطراف المتعاقدة فضلاً عن خلفهم الخاص من كفيل شخصي وكفيل عيني، أي أن هذه العودة ذات نطاق واسع من حيث الأشخاص، إذ لا تقتصر على الأطراف الأصلية بل تشملُ الضامنين لهم برهن أو كفالة، كما يعودُ الحق لهم بدفوعه فلو كان الرهن المقدم لضمان الحق العائد مقترن بشرط فأن هذا الشرط يعودُ أيضاً لمصلحة المشترط، كما يمكن التمسك ببطلانه إذا وقع إكراه على الراهن أو أي سبب أخر يجيزُ التمسك بالبطلان أو عدم النفاذ [2].

ونلاحظ كذلك هنا أن المادة (325) من القانون المدني العراقي تشيرُ صراحة الى هذا الأثر إذ تنص هذه المادة على أنه ((إذا أتحدت ذمة الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فأن الدين لا يقضى بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي أتحدت ذمته مع الدائن)) [3]. وعلى ذات المنوال سارَ المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (288) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا أتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فأن الدين لا يقضى بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي أتحدت ذمته مع الدائن)). وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (1/1349) من القانون المدني الفرنسي الجديد، و المادة (1301) من ذات القانون قبل تعديلهُ، واستناداً

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص780.

([2]) V: SIMLER(Philippe) , Cautionnement et garanties autonomes , Litec , Paris, 2ème édition, 1991, p. 572. V : Macorig-Venier (Francine), Droit Civil : Les sûretés, L'Hermès éditeur, Lyon, èreèdition,1999, p.217.

([3]) وتقابلها نص المادة (430) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((أذا أنقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة أو أتحاد الذمة أو الأبراء فأن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدنين الا بقدر حصة هذا المدين)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (1/292) من القانون المدني السوري ، وكذلك المادة (375) من القانون المدني الليبي.

لهذه النصوص يتبين لنا وبحق أن المشرعين في متن القوانين المدنية تحددُ أثر الإنقضاء من حيث الأشخاص إذ ينحصرُ بين الدائن والمدين إذا أتحدت ذمته معه دون سائر المدينين المتضامين الأخرين، وعليه فأن عودة هذا الدين سوف تكون أيضاً قاصرة بينهما دون أن يكون لهذه العودة أثر بالنسبة لبقية المدينين المتضامنين[1]. فمثلاً لو كان هناك أكثر من ثلاثة أشخاص متضامنين فيما بينهم بالتزام معين دين مثلاً ومن ثم بعد ذلك أتحدت ذمة شخصين منهما فأنه يؤدي إلى إنقضائه بالنسبة لهولاء فقط دون غيرهما من الأشخاص [2]. ومن ثم فأن العودة لهذا الحق تكون بذات المنهاج فالعودة تشملهم دون أن تنصرف لغيرهم من الدائنين المتضامنين [3].

ومن هذا المنطلق يتضّحُ لنا أن نظام العودة للحقوق والالتزامات يرتبطُ بأطرافهِ الأصلين الذين على أساس أرادتهم أنشأ الالتزام للوهلة الأولى وترتب على آثر ذلك حقوق والتزامات على عاتقهم، هذا ومن الجدير بالملاحظة أنه بالنظر لتنوع وأختلاف حالات وتطبيقات العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها، فأن صفة أشخاصها تختلفُ بأختلاف الموضوع الذي تتناوله، أذ يكون أطراف هذه العودة راهن ومرتهن تارة، وقد يكون طرفيها أطراف عقد الكفالة الكفيل والمكفول تارة أخرى، وقد يكون دائن ومدين، أو مؤجر ومستأجر ... فهذه الصفات تؤثر وتتأثر بعودة الحقوق، كما أن هذه العودة لا تقف عند هذا الحد، فقد تتعدى العلاقة القانونية إلى خلفهما العام والخاص، واستناداً على ذلك لا بد من القاء الضوء على أطراف العودة و بيان كيفية انتقال حقهما في أعادة التصرف القانوني من جديد الى خلفها مبينين أهم أثار هذه العودة من هذا الجانب وكما هو مبين أدناه :

1- **أثر انقضاء الحقوق وعودتها بالنسبة للدائن** :- الأصل أن يكون الالتزام بسيطاً حيث يكون ابتداءً بين طرفين دائن ومدين، فالدائن يُقصد به الطرف الأول صاحب الحق في

([1]) في المعنى نفسه ينظر: المواد (326-327) من القانون المدني العراقي في شأن الأبراء من الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين.

([2]) د. جلال علي العدوي، مصدر سابق ، ص 274، أنظر كذلك د. محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر – الأحكام، مصدر سابق، ص256.

([3]) د. عامر محمود الكسواني، مصدر سابق، ص 229. أنظر كذلك د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 59. أنظر كذلك د. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، بلا طبعة، مطابع دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان، 1970، ص 142.

مبلغ يدفعه لشخص أخر [1]. أو هو الشخص الذي يملك حق ويدين به شخص أخر، أو هو الشخص صاحب حق الدين، وصفة هذا الأخير هي واحدة وأن أختلفت طبيعة الحق أو الالتزام الذي يرد عليه فالمرتهن يسمى دائناً، فهو دائناً بالدين الشخصي الذي يعطيه للمدين الراهن، والمؤجر دائنا للمستأجر بالعين المؤجرة، والبائع دائناً للمدين بالثمن وهكذا الأمر بالنسبة لبقية التصرفات القانونية، ومن أهم الأثار القانونية التي تترتبُ بحق الدائن نتيجة العودة هو عودة الحقوق للدائن وتفرض عليه التزامات فأذا كان مثلاً الحق العائد حق الأرتفاق العقاري، فأن مالك العقار المرتفق به كونه دائناً في هذا الحق أن يلتزم بتمكين صاحب العقار المرتفق من أستعمال حق الارتفاق العائد، من كون أن صاحب العقار المرتفق يلتزم بالتزام سلبي مفاده الأمتناع عن أي عمل يؤدي الى الأنتقاص من حق الأرتفاق العائد[2].

أذ يلتزمُ صاحب حق الأرتفاق العائد بترك صاحب العقار المرتفق أن يقوم بالأعمال التي يخولها له حق الارتفاق العائد، والأستفادة منه على الوجه المطلوب، ولتوضيح ذلك نسوغ المثال الأتي، لو كان الأرتفاق أيجابياً كحق المجرى، أو حق المرور، أو حق إغتراف المياه فإن الدائن يلتزم بعدم القيام بالأعمال التي تعيق أو تمنعُ أستعمال حق الأرتفاق بداعي أنقضائه كالارتفاق بعد التعلية او عدم البناء[3].

وبمقابل هذا الالتزام يلتزمُ مالك العقار المرتفق به وقت رفع الدعوى بأزالة الأعمال المخالفة التي تمنعُ عودة حق الارتفاق، وأن كان هذا الأمر يتعلقُ بالتعويض العيني الذي ينتقلُ مع العين في أي يد تكون، فيلتزم على سبيل المثال بازالة هذه الاعمال وذلك من خلال القيام بفتح الطريق أذا كان قد أغلقه ابتداءً، أو فتح قنوات تصريف المياه، أو فتح المجرى[4]. وقد يلتزمُ صاحب العقار المرتفق به على سبيل الاستثناء من القيام بعمل ايجابي، كدفع نفقات الأعمال اللازمة لعودة استعمال حق الارتفاق العقاري من ناحية،

([1]) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، الوجيز في نظرية الالتزام، الطبعة الاولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، بلا سنة طبع، ص 107.

([2]) مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 139.

([3]) CHABAS François, MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et MAZEAUD Jean, Leçons de droit civil (biens droit de propriété et ses démembrements), T2, 8éme éd, Montchrestien, Paris, 1994,p. 432.

([4]) د. عبد المجيد الزروفي، الأموال (الحقوق العينية الأصلية)، الطبعة الثالثة، مطبعة تونس، تونس، 2022، ص 949 ومابعدها.

والحفاظ عليه من ناحية أخرى، لا سيما إذا كان هناك بند في سند أنشاء هذا الحق بأن يقوم صاحب العقار المرتفق به بهذه الأعمال، أو أنه يلتزم بعمل أضافي تقتضيه عودة استعمال واستغلال حق الأرتفاق على الوضع المألوف وحسب طبيعة نوع الحق العائد[1]. وعلى أثر هذه العودة يبقى صاحب العقار المرتفق به متمتعاً بجميع السلطات التي يخولها له حق الملكية، فأذا عادَ حق الارتفاق، فأن له بموجب هذه العودة أن يقوم بجميع الأعمال التي يقوم بها المالك من استعمال واستغلال وتصرف، ولا يقف أمام هذه السلطات أو يقيدها إلا حالة واحدة الا وهي عدم المساس بالحق العائد، وهذا الالتزام يقابل التزام مالك العقار المرتفق بعدم تجاوزه حدود حق الارتفاق العائد أو أن يؤدي ذلك الى زيادة العبء على العقار المرتفق به [2].

كما أن الدئن (صاحب العقار المرتفق به) يلتزم بعدم التعرض لمالك العقار المرتفق بعد أعادته وهذا يعد في حقيقة الأمر نتيجة طبيعية لطبيعة حق الأرتفاق؛ كون الحق الأخير حق عيني يُمكن بواسطة صاحب الحق من ممارسة دونما حاجة الى تدخل مالك العقار المتفق به، و نتيجة لذلك فأن موقف صاحب العقار المرتفق به يعد بطبيعة الحال التزاماً سلبياً، يتمحورُ في ترك صاحب حق الأرتفاق أن يباشر ويمارس في الأرتفاقات الأيجابية كالأمتناع عن البناء أو التعلية، مثال ذلك لو كان هناك حق ارتفاق على عقار هلك بسبب أنجرافه مثلاً بمياه الفيضان وكان الأرتفاق القديم يقضي بعدم التعلية، فهنا لا يجوز لمالك العقار المرتفق به (الدائن) أن يتجاوز حد الارتفاع هذا الذي كان مسموح به بموجب سند الارتفاق، إذا ما أعادَ بناء العقار الهالك، كذلك هو الأمر بالنسبة للارتفاق بالمرور فأنه ليس لمالك العقار المرتفق به أن يعوق أو يمنع مرور مالك العقار المرتفق عن طريق اقامة حواجز تمنعهُ من عودة ارتفاق المرور[3].

وعليه فأنه إذا أخلَ صاحب العقار المرتفق به بالتزامه هذا وقام على أساس ذلك بعمل يتعارض مع عودة حق الأرتفاق كان لصاحب حق إعادة الإرتفاق أن يطالب امتناعه عن ذلك ويطلب التعويض إذا كان لهذا التعويض مقتضى ومن ثم فأن عمل مالك العقار المرتفق

([1]) د.أدريس الفاوري، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار نشر المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع المحدود، الرباط، المغرب، 2013، ص 171.

([2]) د. درع حمادة الدليمي، مصدر سابق، ص 423 .

([3]) د. وائل محمد شحاته الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، الطبعة الأولى، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2003، ص 151.

بـه يتعـارضُ مـع التـزام جـوهري يقـع علـى عـاتق مالـك العقـار المرتفـق وهـو تـرك صـاحب العقـار الأخيـر أن يسـتفيد مـن حقـهِ وفقـاً لمـا يقـررهُ القـانون مـن ناحيـة، وطبقـاً لمـا أشـتمل عليـه سـند أنشـائه. كـذلك أن القـانون لا يفـرض فـي حقيقـة الأمـر علـى مالـك العقـار المرتفـق بـه (الخـادم) أن يقـوم بـأي عمـل لمصـلحة العقـار المخـدوم (المرتفـق)؛ لأن التزامـه فـي هـذه الحالـة هـو التـزام سـلبي، بيـد أن أنـه فـي بعـض الأحـوال قـد يلتـزم بالقيـام بعمـل مـا لمصـلحة العقـار فـي بعـض الأحيـان، ولا سـيمَّا إذا كـان هـذا عمـلاً اضـافياً تقتضـيه العـودة لحـق الأرتفـاق علـى الوجـه المطلـوب، ولتوضـيح ذلـك نسـوغ المثـال الآتـي لـو كـان حـق الإرتفـاق العائـد حـق مجـرى، وتطلـب حـق الإرتفـاق العائـد هـذا، تطهيـر مجـرى الميـاه الـذي يسـتعملُ بـه حـق الأرتفـاق، فأنـه فـي هـذه الحالـة يلتـزم القيـام بـذلك، كـذلك هـو الأمـر بالنسـبة لحـق الإرتفـاق بـالمرور، فـأن القـانون يفـرض علـى صـاحب العقـار المرتفـق بـه أن يعمـل علـى أصـلاح الطريـق بمـا تقتضـيه العـودة، ويراعـي فـي هـذا المجـال القيـام بعمـل أضـافي تـابع، إذ إن التـزام مالـك العقـار المرتفـق بـه هـو التـزام ذو طبيعـة عينيـة، ومـن ثـم فأنـه يجـوز التـخلص منـه عـن طريـق التخلـي عـن العقـار، الا أذا وجـد أتفـاق مـا بينهمـا، أي بـين صـاحب العقـار الخـادم أو المخـدوم يقتضـي بمـا هـو خـلاف ذلك وكما بينا ذلك انفاً[1].

كـذلك هـو الأمـر بالنسـبة للـرهن سـواءَ أكـان هـذا الآخيـر رهنـا تأمينيـاً أم حيازيـاً، فأنـه فـي حالـة أنقضـاء هذه النـوع مـن التأمينـات، ومـن ثـم أسـتدعت الحاجـة الـى عودتهـا، فـأن ذلـك يسـتتبع أعـادة الحقـوق والالتزامـات الـى سـابق عهـدها، فـأذا كـان الحـق العائـد هـو الـرهن الحيـازي، ونتيجـة لطبيعـة هـذا النـوع مـن الحقـوق والتـي تقتضـي أن يتخلـي الـراهن عـن حيـازة المـال المرهـون مـن جهـة، وتسـليمهُ للـدائن المـرتهن مـن جهـة أخـرى؛ ليحبسـه ضـماناً للـدين الـذي لـه علـى الـراهن ؛ولـذلك يفـرضُ المشـرع علـى الـدائن المـرتهن مجموعـة مـن الالتزامـات بمـا يحقـق الغايـة مـن عـودة هـذا الحـق فيلزمـه أبتـداءً بحفـظ المرهـون و صـيانته وكـذلك بأدارتـه واستغلاله وأخيراً برده في نهاية الرهن.

ومـن الواضـح حقيقـة أن قيـام هـذه الالتزامـات فـي جانـب الـراهن يسـتلزم علـى الـدائن بتسـلمه الشـيء المرهـون فـأذا لـم يقـم الـراهن بتسـليمهِ المرهـون أمتنـع عليـه أن يطالبـه بالتزامـات مـن هـذا القبيـل، ولـذلك ابتـداءً إذا تـم أعـادة حـق الـرهن، فـأن المـدين الـراهن يلتـزم يتمكـين الـدائن

(1) د. محمـود حامـد زكـي، التكـاليف العينيـة، بـلا طبعـة، بـلا جهـة طبـع، بـلا مكـان وسـنة طبـع، ص 753 ومابعدها.

المرتهن من حيازة الشيء المرهون، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنه إذا انقضى الرهن الحيازي بالتبعية نتيجة انقضاء الدين المضمون، ومن ثم أستدعت الحاجة الى عودة هذا النوع من الحقوق، كأن يكون الوفاء للدين المضمون بالرهن غير صحيح وعادَ الرهن من جديد فتعود العلاقة القانونية بما تفرضهُ من حقوق والتزامات [1]. فإذا عادَ الرهن ومن ثم أنتقلت الحيازة إلى الدائن المرتهن على أثر العودة لهذا الحق، فأن الدائن المرتهن يلتزم بالمحافظة على المرهون وصيانته، وقد ذهبَ رأي في الفقه القانوني إلى ذلك؛ بحجة أن من كانت لهُ اليد كان عليه الحفظ[2]. ولأن له في حقيقة الأمر مصلحة في حفظ الرهن وبقائه كي يستوفي حقه منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن، وعليه أن يبذل في حفظ وصيانة محل الرهن(الشيء المرهون) ما يبذله من عناية في حفظ أمواله الخاصة[3].

كذلك هو الأمر بالنسبة للنفقات اللازمة لحفظ المرهون فعليه أن ينفق كل ما كان لازماً لحفظ الرهن فهو على المرتهن[4] . كما أن الدائن المرتهن رهناً حيازياً إذا ما تقررت أو أستدعت الحاجة إلى إعادة حق الرهن، فأنه على الدائن المرتهن أن يتولى إدارة المرهون رهناً حيازياً وليس له كذلك أن يتصرف فيه سواءَ أكان ذلك في البيع أم رهن من ناحية[5].

وعليه من ناحية أخرى أن يبذل في أدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد [6]. وليس له كذلك أن يغير من طريقة إستغلاله الا برضاء الراهن، و نتيجة لذلك إذا لم يقم الدائن المرتهن (للشيء المرهون) بعد عودة حق الرهن عليه بإدارتهِ واستغلاله، أو لم يبذل

([1]) د. حسين حامد حسان، الرهن الوارد على غير الأعيان -تطبيق النظرية العامة للتامين العيني، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد , العددان (3 و4) السنة الأربعون للمجلة، 1970، ص163 .

([2]) د. منير القاضي، شرح المجلة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة التفيض الأهلية للطباعة والنشر ، بغداد، 1942، ص 106.

([3]) د. محمد علي أمام، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، مطبعة نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1956 ص 523.

([4]) د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية و التبعية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 533 وما بعدها .

([5]) د. سمير عبد السيد تناغو، التامينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص 351. انظر كذلك د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية، مصدر سابق ص 250. ود. نبيل أبراهيم سعد، مصدر السابق، ص 232. انظر كذلك د. حسين عبد اللطيف حمدان، التامينات العينية، دراسة تحليلية لأحكام الرهن والتأمين والأمتياز، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص 117.

([6]) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1953، ص145.

بطبيعة الحال العناية الواجبة كان مسؤولاً عن الضرر الناشيء عن إخلاله بالتزامه [1] . وعند أنتهاء الرهن وأستيفاء حقه فأن عليه أن يرده الى مالكهِ، ولا كان الدائن المرتهن غاصباً للشيء المرهون [2]. كذلك هو الأمر بالنسبة للرهن التأميني، فإذا انقضى وعادَ عادت الحقوق والالتزامات، وكان للدائن بموجب هذه العودة من التنفيذ على العقار المرهون لإقتضاء حقه عند عدم الوفاء بالدين المضمون بالرهن بموجب هذه الصفة التي خولها القانون له من مباشرة حقه على العقار المرهون [3] .

وهذا ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني إذ يرى أنه في حالة عودة الرهن بعد انقضائه فأن الحق يعودُ إلى أطرافهِ بصفاتهِ ودفوعه، فتعود علاقة المديونية وكذلك الأثر المترتب عليها، بحيث أن الدائن بعد عودة الرهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون في أي يد يكون وتعدَّ واقعة الانقضاء كأن لم تكن فعند أنقضاء الرهن، بأي سبب من الأسباب كأن يكون بالتبعية من ثم أنتقل العقار المرهون الى الحائز مثلاً، ومن ثم زالَ السبب الذي بموجبه أنقضى حق الرهن ففي هذه الحالة على حدِ تعبير هذا الرأي الفقهي بأن العقار يعود كضمان عيني للدائن المرتهن وأن حق الحائز ينقضي دون أن يكون لهذا الانقضاء أثر

([1]) وهذا ما نصت علية المادة (1339 /2) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على انه ((فاذا ادار المرهون ادارة سيئة، او ارتكب في ذلك اهمالاً جسيماً كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه، وفي الحالة الأخيرة اذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصله عنه، ولم يكن قد حل أجله فلا يكون للمرتهن الا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين)). ونلا حظ من خلال هذا النص أن المشرع العراقي اشار الى ان الإخلال بالالتزام بالأدارة دون الأستغلال، الا أننا نعتقد أن هذا الحكم بطبيعة الحال يسري على الأخلال بالالتزام بالأستغلال أيضاً وذلك لأن الفقرة الأولى من هذه المادة قد أشارت صراحة الى الزام المرتهن بإدارته وأستغلاله، وبالتالي فليس من المنطق السليم أن يحاسبه المشرع عن الأخلال باحد هذين الالتزامين دون الأخر، كما أن واجب الأدارة عادة ما يختلط بواجب الأستغلال، وبذلك فأننا لا نتفق مع الدكتور الناهي عندما قال (ولا يترتب على عدم أستغلال المرتهن المرهون بموجب القانون العراقي مسؤولية ما). وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذه المسألة صراحة قطعاً للخلاف، ونقترح أن تصبح صياغة نص المادة (1339 /2) كما ياتي ((فأذا أدار المرتهن المرهون أو استغله بصورة سيئة، أو أرتكب في ذلك أهمالاً جسيماً كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ...)).

([2]) د. يوسف رجيب بيان، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دراسة موازنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الاسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 347.

([3]) د. قصي سليمان، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الأهلية، اربيل، العراق، 2012، ص 199 وما بعدها.

رجعي [1]. ومن ثم فأن للدائن أن يمارس على هذا الحق ما يمكنه من إستيفاء حقه، بصرف النظر عن الوسيلة التي يتبعها في مباشرة هذه الحقوق، ومهما يكن من الأمر فأنه عند عودة الحق بعد انقضائه فأنه يؤدي ذلك حتماً الى إعادة المركز القانوني للشخص وعليه فله حقوق وعليه التزامات كما كان عليه الحال قبل حصول واقعة الإنقضاء.

2- اثر أنقضاء الحقوق وعودتها بالنسبة إلى المدين: لا شك أن المدين هو ذلك الشخص الذي يلتزم القيام بعمل أو الأمتناع عن العمل أو بنقل حق عيني [2]، فهو الشخص الذي تكون ذمته المالية مشغولة للطرف الأخر في الالتزام ومن دون النظر إلى طبيعة الحق أي سواءَ أكان هذا الحق شخصياً أم عينياً، ومن ثم فأن الحق إذا انقضى، ترتب على ذلك زوال أثره لا سيما في ما يتعلق بحقوق والتزامات المدين، إذ تبرء ذمة المدين خلال مدة الإنقضاء، إذ إن المدين في هذه المدة تعتبر إرادته حرة من أي التزام، وهذا يعد في حقيقة الأمر نتيجة منطقية؛ لأن الأصل هو البراءة من الالتزام، وما أن الأخير إلا هو الإستثناء بعينهِ، ومن ثم فأن عودة هذا الالتزام أو الحق بطبيعة الحال يؤدي إلى أعادة الحقوق والالتزامات الى الوضع الذي كانت عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء، وعليه فأن المدين قد يعود بمركزهِ القانوني الذي كان عليه للوهلة الأولى، أو قد يعود بمركز أخر مختلف عن مركزه السابق وهذا ما سنلقي الضوء عليه بعد قليل.

وعلى أساس ذلك فلو انقضى حق المنفعة لأي سبب، كأن يكون هذا الأخير الهلاك مثلاً فأنه يؤدي إلى انقضاء هذا النوع من الحقوق نتيجة لأنقضاء الشيء محل هذا الحق، وبالتالي تزول العلاقة القانونية على أثر هذا الإنقضاء، إلا إن هذا الحق بطبيعة الحال يعود بعودة محله إلى الوجود مرة ثانية، فإذا كان الشيء محل حق الأنتفاع عقار وهلك فأن حق الإنتفاع هذا ينقضي بزوال محله، ولكن إذا تم إعادة البناء أي اعادة بناء العقار الهالك فأنه سوف يؤدي ذلك حتماً الى أعادة حق المنفعة، ولاسيمَّا إذا كان الهلاك بسبب ناتج عن فعل غير المالك[3]. وعليه فأن صاحب حق الأنتفاع (المنتفع) عند عودة حقه فأنه يتمكنُ من

([1]) D.Marguerite Boutelet- Blocaille, Droit du crédit, 2 : eme edition, impremerie Nasson ; France,1995,p113 .

([2]) François Terré , Philippe Simler et Yeves Lequett – Droit civil , les obligations – 102 éditiion 2009 , Tome 2 – DALLOZ – P. 280.

([3]) سميحه سويسي، حق الانتفاع بين الفقه الأسلامي والقانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، 2014- 2015، ص 33.

ممارسة حقه في الأنتفاع بالشيء عن طريق سلطات قانونية منحت له بموجب القانون، فله مثلاً أن يقوم بأعمال الإدارة وكذلك بأعمال التصرف بحقهِ بالنسبة الى حقهِ بالإنتفاع، وله كذلك في الوقت نفسه مباشرة الدعاوي اللازمة للحماية والمحافظة على حقوقهِ، من ذلك أوجب القانون بأن يكون للمنتفع حق أجارة الشيء المنتفع به، فله أن يؤجر الشيء المنتفع به؛ وذلك لإستثماره والحصول على أجرته، كما أجاز له القانون بيع المحصول وغيرها من أعمال الأدارة[1]. كما أن العودة لهذا الحق تفرض على هذا المدين (المنتفع) مجموعة من الالتزامات تقتضيها العودة، أذ أن هذه الالتزامات ناتجة عن عودة الشيء المنتفع به في يد الحائز، والتي تهدف هذه الالتزامات بطبيعتها إلى حماية وصيانة حق مالك الرقبة من ناحية، وضمان رده إلى الطرف الآخر بعد أنتهاء المدة المقررة لحق الإنتفاع من ناحة آخرى، ومن ثمَّ فأن عادَ حق الانتفاع فأن المنتفع يلتزم باستعمال الشيء والإنتفاع به بحسب ما أعد له[2]. وكذلك المحافظة عليه[3].

كما أنه يلتزم بصيانته ودفع نفقاته والتكاليف المعتادة وتترتب مسؤولية عن هلاك الشيء المنتفع به، وهذا ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني إذ يرى أنه في حالة عودة حق المنفعة العقاري بعد انقضائه فأن المنتفع يلتزم مجدداً بما يفرضهُ سند إنشائه من التزامات و يتفقُ مع طبيعته[4]. هذا إن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ على أن العودة للحق أو الالتزام، ترتب آثاراً في ذمة المدين فيرجع بذات المركز القانوني من حيث الأصل فتفرض عليه الالتزامات وله بمقابل ذلك مجموعة من الحقوق، كذلك هو الأمر بالنسبة لحق الإرتفاق العقاري، فإذا إنقضى هذا الآخير ومن ثم أستدعت الحاجة إلى عودته أو أسترجاعه من جديد فأنه ملك العقار المرتفق بأعتبارهِ مديناً، يلتزم بأستعمال حق الارتفاق العقاري الذي تم

([1]) وهذا ما نصت عليه المادة (1252) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على انه ((للمنتفع ان يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه، وله أن يستولي على ثماره مدة أنتفاعه به وله نتاج المواشي، وعليه ان يعوض منها ما نفق من الاصل)). وتلتها المادة (1253) والتي اشارت الى سلطات مالك حق المنفعة اذ نصت هذه المادة على انه ((1 – للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة او تبرعاً، ما لم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق أحكام تخالف ذلك.2 – ويبقى حق الأنتفاع بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع، ويسقط لا بموت من تلقى المنفعة منه)).

([2]) د. نبيل ابراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون(نظرية القانون- نظرية الحق)، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2013، ص 145.

([3]) حسين حامد حسان، حق الانتفاع العقاري، صوره واحكامة، بحث القي في مؤتمر شورى الفقهي الخامس، 2013، ص 109 وما بعدها. انظر كذلك د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، الطبعة الاولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2005، ص 42 وما بعدها .

([4]) د. محمد الصغير بعلي، مصدر سابق، ص 105.

أقرار عودته على النحو المحدة وفق سند انشائه [1]. كما أنه يلتزم بالمحافظة على حقوق مالك العقار المرتفق به عند استعمال حق الإرتفاق العقاري العائد، وهذا الالتزام الأخير جسدته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها، أذ قضت عن طريقه بأنه ((إن مالك العقار المقرر عليه عودة حق الإرتفاق بأخذ المياه منه، ليس له أن يتظلم بسبب المياه التي تؤخذ من ملكه، وتستعمل في ري أراضي أخرى غير أرضه، ما دام هذا التغير في الأستخدام الجديد لا يترتب عليه عموماً زيادة في العبء الملقي على العقار المرتفق به من حيث مقدار المياه أو الأعمال التي تسهل مرور هذه المياه))[2].

ومن ثمَّ يمكن القول إن من له حق أرتفاق فأنه ليس أن يكون ملزماً بالمحافظة على جميع المياه في عقاره المرتفق، إذ إن بعد أن يستعمل ما يكفي له من المياه لسد حاجته، فأنه يجوز أن يتصرف به أي بالماء الزائد بما له من فائدة، كان يستعملهُ مثلاً لري أرض أو عقار أخر، أو أدارة معمل أو مصنع، فهو بهذه الكيفية لا يترتبُ عليه تعداد للعقار المرتفق، فهو بنظر القانون عقار واحد الذي وصلت إليه المياه أولاً، وهذا ما يمكن أستنتاجه من قرار محكمة النقض الفرنسية أعلاه.

كما يلتزم مالك العقار المرتفق بتحمل نفقات الأعمال اللازمة لإستعمال حق الإرتفاق العائد، وهذا يعد نتيجة منطقية إذ اشارت القواعد العامة المنظمة لحق الارتفاق العقاري بأن نفقات الإعمال اللازمة لإستعمال حق الإرتفاق العقاري والمحافظة عليه تكون على صاحب العقار المنتفع [3]، فإذا إنقضى حق الإرتفاق العقاري بواحدة من إسباب إنقضاء أو انتهاء حق الإرتفاق واستدعت الحاجة إلى عودته من جديد فأن مصاريف أو نفقات هذه العودة

([1]) د. محمد سيد احمد غزالي، الالتزام العيني في الشريعة والقانون، بلا طبعة، بلا جهة طبع، بلا مكان وسنة طبع، ص 159.

([2]) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (179) في 23/ ابرل/ 1985، نقلاً عن حسنية حسين حسني، حقوق الأرتفاق وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الأسلامي، أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2016، ص 363.

([3]) وهذا ما نصت عليه المادة (1277)من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((1 – نفقة الأعمال اللازمة لأستعمال حق الأرتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب العقار المرتفق، هذا ما لم يشترط غيره، اذا كان صاحب العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بهذه الأعمال على نفقته فله دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لصاحب العقار المرتفق.2 – واذا =كانت الأعمال نافعة ايضاً لصاحب العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة)).

تكون على مالك العقار المرتفق[1]. كذلك هو الأمر بالنسبة الى الرهن التأميني فأن عادَ حق الرهن من جديد بعد أنقضائه، فأن المدين الراهن يلتزم بانشاء حق الرهن للدائن المرتهن على العقار المقرر عليه حق أرتفاق، كما أنه يلتزم بضمان سلامة العقار المرهون المقررعليه حق الرهن[2]. وفي نطاق الرهن الحيازي تبرزُ العودة من خلال الآثر الذي ترتبهُ العودة في حق المدين الراهن، فالأخير إذا ما عاد حق الرهن من جديد بعد أنقضائه فأنه يلتزم بتمكين الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون عقاراً كان هذا الأخير أم منقولاً، فيجب عليه أن يضع الشيء المضمون بالرهن في حيازة الدائن المرتهن[3].

نخلص من كل ممَّا تقدمَّ أن العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني ترتب أثاراً في ذمة أطرافها، إذ تعودُ العلاقة القانونية كما كان عليه الوضع قبل حصول واقعة الإنقضاء من حيث الإصل، فتعود حقوق والتزامات كل طرف من اطرافها كما بينا ذلك أنفاً، ومع ذلك فأن السؤال الذي يدور في الذهن حقيقة هو إذا ما سلمنا أن الحق أو الالتزام يعودُ الى أطرافهِ ، فهل من الممكن أن ترتب هذه العودة للحق أو الالتزام في حق الخلف عاماً كان أم خاصاً؟ وهل من الممكن تصور حدوث مثل هذه الآثار في نطاق العودة ؟ هذا ما سوف نُسلط الضوء عليه من خلال الفقرة الآتية :

3- **أثر إنقضاء الحقوق وعودتها بالنسبة للخلف:-** من المعلوم أنه قد يتعددُ أو يتغيرُ أطراف أو أشخاص العلاقة القانونية في نطاق المعاملات المالية بسبب يكون بطبيعة الحال خارج عن ارادتهم، ويحصل ذلك عادةً عند وفاة أحد أطراف المعاملة المالية، فتنتقل حقوقه على أثر ذلك إلى ورثته الذين يحملون صفة الخلف العام، ويعرف الخلف العام بأنه ((من يخلف غيره في ذمته المالية جميعها او جزء شائع منها كالربع أو النصف، ويشملُ الوارث والموصى له بجزء شائع)) [4] ، أما بخصوص مدى انتقال فكرة الحق في العودة

([1]) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، بلا مكان طبع، 2000، ص 100، أنظر كذلك د. محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 664. ود. وائل محمد شحاته الخطيب، مصدر سابق، ص 145.

([2]) د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص 226.

([3]) مالك بهجت عبد اللطيف جمعة، التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2017، ص 93 وما بعدها.

([4]) د. حيدر علي مزهر النطر الله، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الى اللف العام، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة بغداد، 2016، ص 7. أنظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم و

من السلف إلى الخلف العام، نقول إنه من الممكن أن تنصرف آثر العودة إلى الخلف، فعند الولوج بالنصوص القانونية نجد ان القانون المدني العراقي ينص في المادة (142) على أنه (1– ينصرفُ أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون أخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الآثر لا ينصرف إلى الخلف العام . . .)). وتقابلها بالمعنى ذاته نص المادة (145) من القانون المدني المصري، وكذلك نص المادة (1122) من القانون المدني الفرنسي الذي تضمن ذات المعنى.

يتبَّين لنا أمكانية تحقق فرض انتقال الحق في العودة إذ سينتقل حق السلف إلى خلفه العام، مثال ذلك إذا ما كان هناك حق إرتفاق عقاري انشأ ابتداءً بين صاحب العقار المرتفق و المتفق به وهلك أحد العقارين بقوة قاهرة ومن ثم توفى صاحب العقار المرتفق(المخدوم)، وبعد مدةّ من الزمن تم اعادة بناء العقار الهالك، فهنا حق الارتفاق عادت مرة أُخرى بحكم القانون، ولورثة صاحب العقار المرتفق به (الخادم) حق مطالبة صاحب العقار المخدوم من تمكينهم من الإنتفاع واستعمال حق الإرتفاق او الإمتناع عن إعاقة استعمال حق الإرتفاق العائد.

وهذا الامر يُعدّ نتيجة منطقية لقاعدة انتقال الحقوق والالتزامات، إذ إن القاعدة العامة في القانون المدني هي أن شخصية الوارث عبارة عن امتداد لشخصية المورث، وعليه يتأثر الخلف العام بحقوق والتزامات سلفه بل هو يحل حلولاً كاملاً في الغالب الأعم محل سلفه في امواله كافة، لذا فقد تكون أحد هذه الأموال أو الحقوق قد انقضت بشكل سابق بين السلف وبين شخص آخر، ومن ثم عادت، فستنتقل هذه العودة إلى الخلف العام على هذا الحال[1]. كذلك هو الأمر بالنسبة الى الرهن التأميني، فقد ينتقلُ الحق في العودة الى الخلف العام، ما دام الوفاء للدين المضمون بالرهن لم يكن صحيحاً، مثال ذلك لو أنقضى الرهن بأتحاد الذمة وبعد وفاة المدين الراهن زالَ السبب الذي أدى إلى أتحاد الذمة، كأن يكون

= د. عبد الباقي البكري ود. ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 130. ود. عصام أنور سليم، أعتبار الوارث من الغير أستثناءاً، بلا طبعة، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، بلا سنة طبع، ص 14.

([1]) Capitant(H), Introduction a l'etude du droit civil, 5 edition, Paris, 1929, No 25, p.34

الوفاء للدين المضمون بالرهن بمال مملوك للغير، ففي هذه الحالة أن حق الرهن هذا يعودُ حتماً ويجب على ورثة المدين الراهن أعادة حق الرهن بحق الدائن المرتهن، وتمكين الأخير من مباشرة أجراءات التنفيذ على العقار عند عدم الوفاء بالدين المضمون بالرهن أو تمكينهُ من مباشرة حق التتبع والتقدم في التنفيذ على العقار المرهون، أذا أنتقل هذا الاخير الى الغير(الحائز) [1].

وعلى اساس ذلك فقد يتأثر الخلف العام ويؤثر بعودة الحق أو الالتزام بما تفرضهُ العودة من حقوق والتزامات. أما فيما يتعلق بأثر هذه العودة بحق الخلف الخاص، فقد يتأثر هذا النوع من الإستخلاف بعودة الحقوق والالتزامات وأن كان هذا نادر الحصول في الحياة العملية، وبقدر تعلق الحال بتأثر الخلف الخاص بحقوق والتزامات سلفه عند العودة للحق بعد إنقضائه، نجد أن المشرع العراقي قد أوردَ قاعدة عامة عن كيفية أنصراف أثر العقد الى الخلف الخاص، فقد نص القانون المشرع العراقي من خلال نص المادة (142) من القانون المدني على أنه ((... 2 – اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فأن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء أذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلمُ بها وقت أنتقال الشيء اليه)).

ومن هذا النصَّ يتضَّح لنا أنه فيما يخص انتقال فرض أثار العودة من السلف الى الخلف الخاص يبدو لنا أن الأمر يحملُ نوعاً ما من الصعوبة، وعليه فهل من الممكن أن يحصلُ الخلف الخاص على حق ما من سلفه ثم يتبين عدم ثبوت هذا الحق لعوته بعد حصول واقعة الإنقضاء، أو يكون الحق في حالة نزاع بين أطراف متعددة ؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أنه على الرغم من ضعف هذا الفرض من الناحية العملية الا أنه يمكن أن نتصور هذا الأثر في حالات معينة، ومن أهم هذه الحالات هي حالة تتلخص فيما إذا

([1]) بيد ان هذا الأمر لا يمكن الأخذ به على أطلاقه،إذ أن هناك بعض الحقوق ما ممكن أن تنتقل الى الخلف العام كحق المنفعة الذي ينقضي بموت المنتفع حتماً، فإذا أنقضى هذا الحق بموت المنتفع، وبعد ذلك أستدعت الحاجة الى إعادة حق المنفعة هذا فلا يمكن إعادته في هذه الحالة، كون موت المنتفع أصبح مانعاً أو عائقاً أمام العودة وهذا ما نصت عليه المادة (1257) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق المنفعة بإنقضاء الأجل المعين له فأن لم يعين له اجل عُد مقرراً مدى حياة المنتفع وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين)).

إنقضى الحق وأنتقل محل هذا الأخير الى شخص معين عن طريق تصرف قانوني ما، ومن ثم عادَ الحق بعد ذلك، فهنا الخلف يعتبر من الأغيار، ويبرز على آثر ذلك معيار حسن أو سوء النية للقول بإمكانية انصراف آثر العودة بحق غير اطراف العلاقة القانونية وهذا ما سنُسلط عليه الضوء من خلال الفقرة الآتية.

ثانياً- آثار إنقضاء الحقوق وعودتها بالنسبة للغير:

لا شك أن تحديد مسألة الغير في نطاق عودة الحقوق والالتزامات بعد إنقضائها أهمية بالغة؛ لأن هذا الغير يتأثر ويؤثر في التصرفات التي يجريها في الشيء محل العودة، ولأهمية تحديد مفهوم هذا الغير بشكل عام حتى نكون على دراية ونحن نبين صفة هذا الغير في أطار أنقضاء الحقوق وعودتها، من ذلك نجد أن هناك رأي في الفقه القانوني يرى بأن الغير هو ((الشخص الأجنبي تماماً عن التصرف او الواقعة بمعنى أخر الشخص الذي لم يكن لا طرفاً ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد المتعاقدين ولا دائناً لأي منهما)) [1] .

وأذا أمعنا النظر الى التعريف أعلاه يتضحُ لنا وبحق أن الغير هو الشخص غير المتعاقدين أو خلفهما الخاص والعام و دائنيهما. [2]. وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه من انصرف اليه أثر التصرف يخرج من طائفة الغير بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية، ويدخلُ في طائفة المتعاقدين أو من في حكمهم ومن لم ينصرف اليه أثر هذا التصرف، إذ قد خرج من طائفة المتعاقدين ودخل في طائفة الغير. وعلى ضوء هذه النتيجة ذهبَ رأي في الفقه القانوني إلى تعريف الغيرإذ يرى أنّهُ ((الشخص الذي لا تربطه أي علاقة التزام بأحد الأطراف لا في الحاضر ولا في المستقبل))[3]. وليس أبلغ في الدلالة ما ذهبَ اليه رأي أخر من الفقه القانوني في بيانهِ لمفهوم الغير أذ يرى أنّهُ((كل من لم يرتضي صراحة أو ضمناً أن يصبح دائناً أو مديناً بمقتضى الأتفاق وهو يرى أن الأصل في الخلف الخاص

([1]) د. صبري حمد الخاطر (الغير عن العقد) دراسة في النظرية العامة للالتزام، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى,2000، ص 25.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق، ص725. أنظر كذلك د. حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الأسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر ,الأسكندرية، مصر، 2004، ص 13.

([3]) -Josserand (L) cours de droit positif franee ais T.2. 2ed,sirey, paris. 1993 .n259.

أنه من الغير والأستثناء أن يخرج من طائفة الغير))[1] . فالغير بهذه الكيفية هو كل من لم يكن طرفاً لا أصالة ولا نيابة عن أحد أطراف العلاقة القانونية وترتب له حق على الشيء موضوع العودة.

وبعد تحديد مفهوم الغير بشكل عام، لا بد من تحديد الغير في اطار العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها، وعليه فأن السؤال الذي يدق في الذهن في حقيقة الأمر هو من الغير الذي يؤثر على العودة للحقوق؟ وهل يفترض أن يكون حسن النية؟ وما هو الحكم أذا كان هذا الغير سيء النية ؟ في اطار الأجابة على التساؤلات أعلاه يمكن القول إن عودة الحقوق والالتزامات بعد إنقضائها إذ ترتب آثاراً مهمة بين الدائن والمدين في حالات معينة و قد بينا ذلك سابقاً، ولكن من الممكن أن يترتب على عودة الحق أثاراً بالنسبة للغير، وأن تحديد المقصود بالغير يختلفُ بأختلاف المركز القانوني لهذا الشخص في العلاقة القانونية التي يتأثر بها، فالمقصود من الغير في أطار العقد هو كل شخص أجنبي تماماً عن العقد فليس هو طرفاً في العقد المبرم بين الأطراف وليس خلفاً خاصاً لأحد المتعاقدين [2]، كالوارث والموهب له وليس هو خلفاً خاصاً لأحد المتعاقدين كالمشتري في تحديد العلاقة بين البائع والمشتري[3]، وكذلك يتحدد مفهوم الغير في اطار الحقوق العينية التبعية كالرهن التأميني والرهن الحيازي في كل شخص يُضار من وجود الرهن على العقار أو الشيء المرهون فيشمل الدائن المرتهن المتأخر والكفيل العيني وحائز العقار...[4].

وعلى الرغم من كلّ ممّا تقدمّ نلاحظ أن الفقهاء لم يبينوا المقصود بالغير في إطار عودة الحقوق بعد أنقضائها في القانون المدني كون هذا الموضوع من المواضيع التي أثُيرت مؤخراً من فقهاء القانون المدني، كذلك لم يبين القانون المدني المقصود بهذا الغير، ولكن تم الأشارة اليه ضمن المواد القانونية المتعلقة بالرهن، ويمكننا أن نبين المقصود من

([1]) أشار الى رأي (بلانيول وريبير وبيدوان) نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 602.

([2]) د. فاطمة احمد الرزاز، نظرية الأستخلاف الخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 44 وما بعدها.

([3]) عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الحديث، الأسكندرية، مصر، 1996، ص 5. أنظر كذلك د. محمد سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2003، 2004، ص 2 وما بعدها.

([4]) د. جلال محمد ابراهيم، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، 1994، ص85. أنظر كذلك د. فايز أحمد عبد الرحمن، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعة، الأسكندرية، مصر، 2006، ص 207.

الغير في أطار عودة الحقوق فنقول ((بأنه كل شخص حسن النية يُضار من عودة الحق بعد إنقضائه))، فيشمل الأشخاص الذين يكتسبون حقوقاً شخصية أو عينية في الفترة المحصورة ما بين إنقضاء الحق وعودته، وعليه قد يتأثر هذا الغير بالعودة، ومن الآثار التي تترتب على عودة الحق بعد إنقضائه، هو عدم أضرار عودة الحق بالغير، ونتيجة لهذا الآثر لا بد لنا من التركيز على أمر في غاية الاهمية وهو أنه بعد أن حددنا المقصود بالغير وقلنا بانه الشخص الذي يُضار من عودة الحق بعد إنقضائه، **فهل كل شخص يعد من الغير يجب أن لا يضار من عودة الحق؟**

في إطار الإجابة على التساؤل المطروح نجد نصوص القانون المدني تميز بين الغير حسن النية وسيئ النية، فيتقرر عدم أضرار عودة الحق بالنسبة للشخص حسن النية فقط دون الشخص سيء النية، والغير حسن النية هو الشخص الذي لا يعلم بأمكانية عودة الحق بعد إنقضائه[1]، وعليه فأن المعيار القانوني المتبع للتمييز بين الغير حسن النية وسيء النية هو العلم أو أمكانية العلم بعودة الحق بعد إنقضائه، وهذا يعني أن مجرد العلم بعودة الحق يحول الشخص من حسن النية الى سيء النية.

والسند القانوني لذلك هو نص المادة (1/1315) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن التأميني بإنقضاء الدين الموثق، ويعودً معه أذا زالَ السبب الذي أنقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين إنقضاء الديون وعودته)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (1082) من القانون المدني المصري، والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون، ويعودُ معه إذا زالَ السبب الذي أنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته)). وتقابلها أيضاً نص المادة (2488) من القانون المدني الفرنسي.

ومن ثمَّ يتضحُ لنا من النصوص المبية أعلاه بأن الحق قد يعود و لكن لا تكون تلك العودة على النحو الذي كان عليه سابقاً، وهذا الأمر يعد استثناء على اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء، إذ يتمثل في الحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة الواقعة بين إنقضاء الالتزام وعودته ومن ثم يترتبُ على عدم أضرار

([1]) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 355 .

عودة الرهن التأميني بالغير حسن النية نتائج مهمة، من ضمن هذه النتائج هو أنه في حالة عودة الرهن وكان الشخص حسن النية قد كسب رهناً على العقار أو الشيء المترتب عليه الرهن في الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته فأن هذا الغير يكتسبُ مرتبة متقدمة على مرتبة الدائن المرتهن، ولكن المفهوم المخاف لذلك أنه أذا كان هذا الغير سيء النية يعلم بعودة الحق أو أمكانية عودته بعد انقضائه، فأن القانون لا يقرر له الحماية اللازمة وعليه يتقدم الدائن المرتهن عليه في المرتبة، وكذلك في حالة ترتيب حق شخصي، كحق أيجار مثلاً على العقار المرهون في المدة ما بين انقضاء الحق وعودته فأن عودة الرهن بعد إنقضائه لا يضر بحق المستأجر حسن النية ولا يستطيع المرتهن العائد اليه حق الرهن بعد إنقضائه أن يطالب المستأجر بأخلاء المأجور، فيعود حق الرهن ولكنه يعود مثقل بحق الإجارة، ولكن أذا كان نفس المستأجر سيء النية يعلم بحالة عودة الرهن بعد إنقضائه، فأن القانون لا يحميه في هذه الحالة ويستطيع المرتهن أن يطالبه بأخلاء المأجور.

كما أن هناك حالة تنعدم فيها العودة للحق بعد انقضائه لإكتساب الغير حسن النية حق على العقار المرهون وهذه الحالة تعدِّ استثناء من قاعدة عودة الحقوق والتي تتمحورُ هذه الحالة في رهن شخص مال عائد له بضمان دين على شخص أخر غيره ولم يستطيع المدين أن يوفي الدين بأجله المحدد ثم نفذ الدائن على المال المرهون وباعه وفقاً للشروط المنصوص عليها قانوناً، فهما هذا الغير كسب ملكية العقار المرهون وليس حق عيني أو شخصي عليه، فالعلاقة القانونية الأولى تنعدمُ أمكانية العودة فيها، بسبب أنتقال الملكية للغير حسن النية، اما في العلاقة الثانية فيستطيع صاحب المال المرهون أن يرجع على المدين بما أداه من ثمن، وهذا الأمر مقرر بنص المادة (238) من القانون المدني العراقي والتي تنصّ هذه المادة على أنه ((اذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين)).

وهذا التصرف نشأ خلال المدة ما بين انقضاء الحق وعوته، فلو افترضنا عدم اعطاء الحق للكفيل العيني الرجوع على المدين بما أداه لأدى ذلك الى افتقاره واثراء المدين على حسابه، ويلاحظ أن المشرع المصري وكذلك الفرنسي لم يورد هكذا حالة في قانونه المدني ضمن النصوص التي عالج فيها حالات الأثراء بلا سبب، ويرجع السبب في ذلك باعتقادنا الى تركها لعموم الحالات المتعلقة بالكسب بلا سبب، واستناداً على ذلك فأذا كان الأصل أن يعود الحق هو ومقوماته الاصلية، فأن هذا لا يتحقق بالنسبة للحقوق التي أكتسبها الغير

حسن النية، فلو إكتسب هذا الغير بحسن نية بأن كان يجهل وقت حصوله على الحق أنه يعتدي على حق للغير، فهنا يقرر المشرع إحترام هذا الحق بهدف حمايته من جهة وإستقرار المعاملات من جهة أخرى، الا إذا كان إكتساب هذا الغير على العقار المرهون حق بناء على تصرف باطل، فلا يقوم هذا الحق أصلا[1]. فالغاية كل الغاية من أن يكون أكتساب الحق مشروعاً خلال هذه المدة ومن النظر إلى مصدر اكتسابه [2]. وتجدر الإشارة هنا الى أنها أذا كسب الغير حقاً عينياً تبعياً كرهن ثان مثلاً، في الفترة ما بين إنقضاء الرهن الأول بوجود سبب الإنقضاء، وعودة هذا السبب، فأن العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري يميز بين أمرين:

الأمر الأول: أن يكون صاحب الرهن الثاني عالماً بما يحيط رهنه من ملابسات، وأن الرهن الأول قد يعود إلى الوجود بزوال سبب أنقضاء الدين، فإن رهنه الثاني يبقى ثانياً، ويتقدمه الرهن الأول عند عودته.

والأمر الثاني : أن يكون صاحب الرهن الثاني جاهلاً للملابسات، ويعتقد بحسن نية أن الدين المضمون بالرهن قد زال وأنه لن يعود، أو يعتقد أن الدين المضمون بالرهن لم يزل ولكن لم يكن هناك رهن أول، فإن الرهن الثاني يصح ويبقى رهناً أولاً، ويتقدم على الرهن الأول عند عودة هذا الرهن، ومن الأمثلة على ذلك إنقضاء الرهن الحيازي بسبب الوفاء بالدين المضمون فرتب المدين على العقار محل الرهن الحيازي رهناً رسمياً لشخص حسن النية أعتقد أن الرهن قد أنقضى بإنقضاء الدين بالوفاء، ثم تبين أن الوفاء باطل فعاد الدين كما كان، فان الرهن الرسمي الذي كسبه الغير حسن النية يبقى سارياً [3]. وما دمنا في نطاق البحث فمن الجدير بالذكر إنه إذا إنقضى الالتزام وعادَ وأكتسب الغير حسن النية حق على العقار المرهون، فهنا يقدح في الذهن **سؤال إلا وهو هل يرجع الحق إلى نفس المرتبة أم إلى مرتبة أخرى؟** جواباً على ذلك نقول أن القانون قد أجاب على ذلك إذ أنه قد رتب ذلك أي أنه قد رتب هذه الحقوق وجعلَ الغير حسن النية في المرتبة الأولى وذلك

([1]) د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1992، ص 14.

([2]) د. سهيل حسين الفتلاوي، التامينات العينية والشخصية في القانون المدني اليمني، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1994، ص 87.

([3]) د. محمد السعيد رشدي، التامينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر ، 2008، ص 168، أنظر كذلك د. محمد أحمد المعداوي عبد ربة، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص 164 ومابعدها.

تطبيقاً لنص المادة (1315) من قانوننا المدني العراقي هذا من جهة، وأيد ذلك العلامة السنهوري ذلك كما هو مبين أعلاه، الا ان للإرادة أي إرادة أطراف العلاقة القانونية دوراً في ذلك إذ إن من الممكن أن يتنازل الدائن المرتهن عن مرتبته لصالح دائن أخر فيحل أحدهم محل الأخر وهذا ما نصت عليه المادة(1059) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه، في حدود الدين المضمون بهذا الرهن، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقاً بإقتضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الإنقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة)). وليس لهذا النص مقابل في القانون المدني العراقي[1].

ولكن هذا النزول محكوم بتوافر شروط معينة و من أهم هذه الشروط هو 1- أن يكون هناك اتفاق صريح بينهم المتنازل والمتنازل اليه. 2 - وأن يكون للدائن الذي يريد التنازل له عن المرتبة حق مسجل على نفس العقار. 3 - النزول عن مرتبة حق الرهن يكون في حدود حق المتنازل . 4- جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التي كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل، إلا الدفع بانقضاء حق المتنازل لسبب لاحق للنزول عن مرتبة الرهن .4 - ألا يضر النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع بحق الدائنين الأخرين [2].

ومن هذا المنطلق نقول إن الغير حسن النية يكسب حق على العقار وعليه فأن حق الرهن يعود مثقلاً به ما دام حسن النية ، ولكن أذا كان هذا الغير سيئ النية فأن الحق يعودُ بمرتبتهِ وكان الغير لم يكتسب شيئاً خلال المدةَّ ما بين إنقضاء الحق وعودته، ولكن هل من الممكن إن نتصور أن يكسب الغير سيء النية على العقار المرهون خلال المدةَّ ما بين إنقضاء الحق وعودته حق معين؟ جواباً على ذلك نقول أنه من الممكن أن نتصور ذلك اذا

([1]) الا ان المشرع العراقي تلافى هذا النقص الوارد في القانون المدني ومعالجته بالنص صراحة من خلال نص المادة (322) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص هذه المادة على أنه ((للدائن المرتهن التنازل عن مرتبته في الرهن الى دائن مرتهن أخر على ان ياخذ كل منهما مرتبة الأخر بشرط ان الا يؤثر على حقوق الدائنين الاخرين)).

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص 517 وما بعدها. أنظر كذلك د. محمد بشير محمد، أثار الرهن التأميني وفقا لأحكام قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة (2019)، مقارنة بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، بحث منشور في مجلة جامعة الزينونة الأردنية للدراسات القانونية، العدد (3) المجلد (4)، 2023، ص 135 وما بعدها.

تغيرت حيازته وأصبح حسن النية ولاسيمًا في حالة وفاته وأنتقال الحيازة الى خلفهِ، أذ أن الأصل ان الحيازة تنقل من السلف الى الخلف بصفاتها أي أن أستمرار حيازة السلف عند الورثة فإذا كانت حيازة معيبة فإنها تنتقل كذلك، إلا إن الخلف قد يغير من هذه الحيازة أي من وضعها ، فيجعلها حيازة غير معيبة وعليه يعتبر حائزاً حسن النية ويكتسب حق على العقار وتكون مرتبته الأولى [1]. استناداً لكل مما تقدم أن العودة للحق أو الالتزام تتاثر بالحقوق المكتسبة إذا كان مكتسبها حسن النية، فالحق يعود ولكن العودة تكون مثقلة بما للغير هذا من حقوق وهذه النتيجة التي توصلنا لها تتعارض حقيقة مع عبارة المشرع العراقي وكذلك المصري وهي عبارة "ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن " التي نص عليها صراحة في المادة 419 من القانون المدني العراقي في شطرها الأخير، وكذلك المشرع المصري من خلال نص المادة 370 عند الكلام عن عودة الحق بسبب زوال أتحاد الذمة، إذ تتعارض مع مسألة حقوق الغير حسن النية؛ لأن هذه العبارة تدلُ على أن الحق يعود لصاحبهِ صافياً، أما إذا كسب الغير حسن النية حقاً عليه فمن المتعذر أن يعود الحق كما كان، فكيف نوازن بين عودة الحق صافياً كما كان وبين مسألة عدم الإخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية، لذلك نقترح على المشرع تعديل نص هذه المادة.

الفرع الثاني

الاثار الموضوعية لانقضاء الحقوق وعودتها

لا شك أن كل علاقة قانونية تتكون من اطراف أو أشخاص لهذه العلاقة، ومحل ترد عليه، وقد يتأثر المحل الذي ترد عليه هذه العلاقة بآثار معينة نتيجة لإنقضاء الحق وعودته كما هو عليه الحال في اشخاص العلاقة القانونية، ويطلقُ على هذه الأثار التي تترتب على المحل الذي ترد عليه تلك العلاقة نتيجة إنقضاء الحق وعودته بالأثار القانونية الموضوعية، وتتمثل هذه الأثار بصورة خاصة بأن يعود محل الحق بنفس الحالة التي كان عليها قبل إنقضائه، وكذلك أن يعود محل الحق في نفس الموضع الذي كان عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء، وهذا الأمر يعد نتيجة منطقية فكما بينا سابقاً أن الأفراد كقاعدة عامة قد يدخلون هنا وهناك في الكثير من الإرتباطات القانونية بين بعضهم البعض، سواءَ

([1]) القاضي لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوي حماية الحيازة (دراسة في ضوء أحكام القانون وأراء االفقهاء وتطبيقات القضاء)، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب، بغداد، العراق، 2012، ص 31. أنظر كذلك م.م أسماء سعدون فاضل، أنتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة مداد الأداب، العدد (13)، 2017، ص 459 وما بعدها.

أكانت على شكل تصرفات قانونية أم وقائع، بغية تحقيق وترتيب آثار قانونية و حقوق على بعضهم البعض لتحقيق متطباتهم وتوفير احتياجاتهم، لكن قد يحدث أن تؤول تلك الإرتباطات القانونية الى الأنتهاء (الإنقضاء) سواءَ أكان ذلك بإرادة أطرافها أو بدون أرادتهم أو قد تكون بنص القانون، مما يقتضي إعادة الحال بينهم إلى ما كانت عليه الوضع قبل قيام أو حصول حالة الإنقضاء، فإذا كانت العلاقة عقدية مثلاً وانقضت فإنه يلزم على كل طراف بأن يرد للآخر ما حصل عليه من اداءات وتتغير في المراكز القانونية لهما، و يعادُ المتعاقدين إلى ما كانوا عليه قبل حصول الإنقضاء للحق مما يؤدي بنا القول حتماً بعودة الحق أو الالتزام بصفاته وبأوصافه وبمقوماته وبضماناته ولغرض بيان هذه الآثار لا بد من تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة وكما يأتي :

أولاً- عودة الحق بصفاته: من المعلوم انه إذ زالَ سبب إنقضاء الحق، فأن ذلك سوف يؤدي الى تغير وضع هذا الحق وتحويله من حالة الركود والإنقضاء الى وضع العودة وترتيب الأثار، وأنطلاقاً من هذه النتيجة فأنه عند العودة للحق تترتب أثار تتعلق بصفة الحق العائد، وعليه فالحق يعود بصفاته أصلية كانت أو تبعية، فيرجع الحق حقاً شخصياً أم تبعياً تبعاً لمحلهِ و طبيعته، فأذا كان دينا فيرجع بصفته كدين ولا يمكن أن يحل محله شيئا أخر قل أو كثر عن الدين السابق [1].

وعلى أساس ذلك لو كان لأحد المتعاقدان مبلغ دين معين وأصبح هذا الدائن مالكاً للدين باتحاد الذمة، ثم زالَ السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، كان هذا الدائن ملزم بالرد، فأنه يلزم برد الدين بصفته مبلغ من النقود، دون أن يكون له الحق أن يوفي بشيء اخر، فالحق يرجع بصفاته كأثر لإعادة الحال هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى وجبَ أن يرد هذا المبلغ محل العقد (الدين) بقوته الشرائية أي المقدار العددي الذي يتم العودة على أساسه عند الإنقضاء والمحدد بعقد أنشائه، فصفة المديونية هذه تعود بما هو متفق عليه، إذا كان مصدر هذه الالتزام هو العقد، كما هو الحال في المثال السابق عند أنقضاء وعودة حق المديونية في أطار الحق الشخصي، كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة الحق العيني، فيعود الحق بصفته حقاً تابعاً لحق أخر ويستوي أن يكون هذا الحق عيني أو شخصي، كما هو الحال عند إنقضاء

([1]) د. فريد محمد نزار نظام النفاذ المعجل، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد، الأسكندرية، مصر، 1996، ص 359. أنظر كذلك د. سيد احمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص303، وما بعدها .

وعودة التزام الكفيل، فعند عودة الحق المضمون بكفالة شخص ضامن للحق عند الوفاء به، تعود الكفالة على أساسهِ تبعاً له ويستوي أن تكون هذه الكفالة عينية أو شخصية بحسب صفة الالتزام الضامن والمضمون[1].

وهذا الامر جسدته محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها، إذ قضت عن طريقه بأنه ((ان المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة ٣٧٠ مدني مصري يدلُ على أنه إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد إنقضى هذا الدين بالقدر الذى أتحدت معه الذمة وإذا زال السبب الذى أدى لأتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عادَ الالتزام إلى الوجود بصفاته عينية أم شخصية بحسب طبيعة الالتزام ... بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبرُ أتحاد الذمة كأن لم يكن...))[2]. وعند التمعن بقرار محكمة النقض المصرية يتضح لنا وبحق أن الالتزام أو الحق يعودُ بالصفة التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، فإذا كان الالتزام العائد تجارياً فهو يعودُ بهذه الصفة وذات الأمر إذا كان هذا الحق مدنياً، مثال ذلك إذا كان الالتزام هو علاقة عقد ايجار وانقضى بأتحاد الذمة وزال الوضع الأخير بسبب زوال سبب الإتحاد فالعلاقة الإجارية تعودُ بكونها حق شخصي وكذلك هو الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية، وما يؤيد كلامنا هذا هو ما ذهب اليه رأي في الفقه القانون المدني الفرنسي في أنه إذا زال سبب اتحاد الذمة يعود الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة.

ويعودُ الدين بصفاتهِ الأصلية، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها، مشمولاً بسند تنفيذي أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال، مثل ذلك أن يشتري المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال، ثم يبطل العقد وفي هذه الحالة يعتبر أتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي ، ويعودُ الدين الى الظهور والنفاذ بصفاته عينية كانت أم شخصية [3]. وهذا ان دلَّ على شيء فأنما يدلُّ دون شك أن العلاقة القانونية تعودُ الى الحالة التي كان عليها الوضع قبل حصول واقعة الإنقضاء للحق، فالحق يعود

([1]) د. كمال فتحي دريسي، الوجيز في العقود الخاصة (عقد البيع، عقد الكفالة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة منصوري الوادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2022، ص 101.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (5042) لسنة 73ق، جلسة 19، مجموعة المكتب الفني والمنعقدة في 2/19/ 2014، ص 283.

([3]) V: SIMLER(Philippe) , Cautionnement et garanties autonomes , Litec , Paris, 2ème édition, 1991, p. 572.

كونه تابعاً للالتزام الأصلي بحث يتبع أصله وجوداً وعدماً، أو أنه يعودُ حقاً أصلياً وبحسب طبيعة العلاقة القانونية إنقضاء وعودة.

ثانياً- عودة الحق او الالتزام بتأميناته وملحقاته وبمحله :- لا شك أن من بين الأثار المترتبة على العودة للحقوق والالتزامات هو رجوع الحق بتأميناته سواء أكانت شخصية أم عينية هذا من جهة، كما أن الحق يعود بملحقاته من جهة أخرى، فالأثر الأساسي أو الرئيسي لعودة الحق هو عودة ضهور من جديد بعد زواله، إذ إن الأصل أن الحق يعودُ نفسه وبمحلهِ كذلك، فيعود الحق بمقوماته الأصلية، كما تعودُ التأمينات أيضاً التي كانت تُكفله، وذلك بالنسبة الى ذوي الشأن جميعاً، من كفيل شخصي وكفيل عيني وراهن..، مثال ذلك أن يكون السبب الذي أدى الى أتحاد الذمة وصية، فأوصي الدائن بالدين للمدين، ومات الدائن على أثر ذلك، فأتحدت الذمة في الدين، ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال، فأبطلت وزال بأثر رجعي هذا السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، فعند ذلك يعودُ الدين في ذمة المدين للتركة ، ويعودُ كما كان بدفوعه وتأميناته كذلك بملحقاته، ويرجع الكفيل شخصياً كان أو عينياً ملتزماً بكفالة، وتطالب التركة المدين بالدين، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب أتحاد الذمة[1]. وعليه فالحق يعود بنفس الموضع الذي كان عليه سابقاً، وليس في موضع أخر غير الذي كان عليه للوهلة الأولى من حيث الأصل.

فعلى سبيل المثال الرهن التأميني، عندما ينقضي لأي سبب كان، أي بطريق أصلي أو تبعي، فأن عودته بعد إنقضائه يعودُ كما كان، مثال ذلك إذا إنقضى الرهن التأميني بصورة تبعية؛ لإنقضاء الدين المضمون وتبين بعد ذلك أن الوفاء لهذا الدين غير صحيح فعاد الرهن من جديد، فأن الرهن يعود من جديد بتأميناته، فإذا كان هذا الرهن مضمون بكفالة شخص ضامن، سواءَ أكانت كفالة عينية أم شخصية، فأن الحق بعد إنقضائه وعودته يكون مثقل بهذه الكفالة، وهذا ما ذهبَ اليه رأي في الفقه أذ يرى أنه إذا أبطل أو فسخ شراء الدائن المرتهن للعقار المرهون عادَ الرهن من جديد مثقلاً العقار المرهون وعادَ الضمان العيني للدائن المرتهن تارة أخرى وبأثر رجعي للدائن المرتهن[2]. وهذا الحكم أيدته محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها قضت من خلاله بأن ((..المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 519.
(2) د. أحمد عبد التواب، مصدر سابق ، ص 154.

فلا يقوم إلا بقيامهِ، إذ لا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي ، وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين (282 / 1 ، 794) من القانون المدني، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل، فينقضي بإنقضائه، ويعود بعودته، وعلى ذلك فإذا إنقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين إنقضى الدين المكفول بالإبراء وأنقضت تبعاً لإنقضائه الكفالة وأعتبر مانعاً قانونياً من المطالبة بالدين، فالقاعدة هي أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن ،ماهيته الا التزام تابع لالتزام المدين الأصلي لا يقوم إلا بقيامهِ)) [1]. كذلك هو الأمر أن كان الرهن مقرر له حق إرتفاق أي للعقار المرهون فإذا زالت هذه الحقوق نتيجة لانقضاء الالتزام، فأنها تعودُ حتماً بعودة الالتزام أي عودة حق الرهن، فهذه الحقوق كانت مقررة أصلاً لخدمة عقار معين، وهذا أمر لا شك فيه إذ كما هو معلوم أنه لا يجوز رهنها بصورة مستقلة عن العقار المخدوم، ولكن عند رهن العقار المخدوم، أي العقار الضامن للدين، فأن الرهن يمتدُ اليها لأن هذه الحقوق تعد أموالاً عقارية لورودها على عقارات، وهي تتبع العقار المقررة لفائدته وجوداً وعدماً صحة وبطلاناً إنقضاء وعودة [2]،.

إذ لا يمكن الاستفادة منها استقلالاً، ويشملُ العودة لحق الرهن عودة حقوق الإرتفاق الإجابية لأنها مُعدة أصلاً لاستعمالهِ واستغلال الشيء، فهي تعد من ملحقات العقار التي يشملها حق الرهن، وإن لم تذكر في العقد بطبيعة الحال[3]. هذا ومن الجدير بالذكر أنه لا أهمية في حقيقة الأمر لتاريخ نشأة حق الإرتفاق، إذ إن الرهن يمتدُ اليه سواءَ أكان مقرراً وقت نشأة الرهن أم بعد هذا التاريخ، وهي من حيث المبدأ تعد من ملحقات العقار المرهون؛ لذلك فهي تزولُ بزواله وتعود بعودته وجوداً وعدما[4]. وهذا ما أشارت اليه نص المادة (1292) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- يشملُ الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقارا 2- ويشملُ بوجه خاص الأشجار والأبنية

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2571)، والصادر بتاريخ 2014/4/28، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 8 / 3/ 2024.

([2]) د. نبيل أبراهيم سعد، مصدرسابق، ص 80.

([3]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص 355 وما بعدها.

([4]) د. ماجد مزيحم ، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، الجزء الأول ، دار الخلود للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع ، ص 244.

التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون أو تستحدث بعده وحقوق الأرتفاق والعقار بطريق التخصيص وجميع التحسينات والأنشاءات التي أجريت في العقار المرهون)) [1] . وعلى المنوال نفسه ذهبَ المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (1036) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((- يشملُ الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ويشملُ بوجه خاص حقوق الإرتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والأنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك مالم يتفق على غير ذلك مع عدم الأخلال بأمتياز المبالغ المستحقه للمقاولين أوالمهندسين المعمارين المنصوص عليه في المادة 1148)).

وأما بخصوص المشرع الفرنسي فقد جاءت نص المادة (2359) من القانون المدني الفرنسي بذات المعنى أذ نصت هذه المادة على أنه ((يطال الرهن توابع الدين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)) . ومن ثم فأن إنقضاء الرهن وعودته يطال ليس الى ذات الحق الأخير بل الى توابعه ولا سيمَّا حقوق الإرتفاق. وهذا ما أشارت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها أذ قضت من خلاله ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن حقوق الإرتفاق تعتبر ضمن ملحقات العقار المرهون تتبعهُ وجوداً وعدماً، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك، ويقع عبء أثبات هذا الأتفاق على من يدعيه، وأذن فمتى كان الطاعن بوصفه مدعياً هو المكلف بأثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه ، فأن كان لزاماً عليه هو أن يقدم هذا العقد الى محكمة الموضوع . في سبيل أثبات دعواه وإذا هو لم يفعل فلا يقبل منه ...)) [2].

كذلك فيما يتعلق بالتحسينات والأنشاءات التي ترد على العقار عند حصولها في العقار المرهون، سواءَ أكانت هذه التحسينات وتلك الإنشاءات بفعل الأنسان، كاستحداث بناء جديد أم اضافة أبنية ، أو اصلاحات، أم كانت بفعل الطبيعة مثل تراكم الطمي الذي يزيد من مساحة الأرض، فأنها تكون ملحقة بالعقار المرهون، ويشملها الرهن دون حاجة الى

([1]) تجدر الاشارة هنا الى ان المادة (537) من القانون المدني العراقي حددت توابع المبيع في ضوء ما يقرره الأتفاق والعرف وطبيعة الالتزام.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (121) والصادر في 1/14/ 1945 ، أشارت اليه د. خولة كاظم محمد راضي المعموري، مبدا تخصيص الرهن، الطبعة الأولى، بلا جهة ومكان طبع، بلا سنة طبع، ص 48.

ذكر ذلك، ولو ادخلت هذه التحسينات بعد الرهن بوصفها تابعة للعقار المرهون، فيمتد اليها الرهن بحكم القانون فإذا انقضى الرهن وعاده فالعقار يعوده بما رتب عليه من تحسينات وأنشاءات [1]. هذا ومن الجدير بالذكر أن هذا الإلحاق للعودة غير متعلق بالنظام العام، حيث يجوز الأتفاق على أستبعاد كل أو بعض هذه الملحقات من امتداد الرهن اليها وعليه عودتها، ونتيجة لذلك فالعودة للحقوق بشكل عام تؤدي إلى عودة الحق كما كان عليه الحال قبل حصول واقعة الإنقضاء سواءَ أكان ذلك من حيث صفاته ام من حيث ضماناته ودفوعه، وفيما إذا كان مقرراً بحق ارتفاق أو غيره، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً يمكن القول أنه في أغلب موضوعات العودة في القانون المدني تترتب عليها أثراً عاماً الا وهو أنه إذا زالَ بأثر رجعي أو بدونه بطبيعة الحال السبب الذي أدى إلى إنقضاء الالتزام، أعتبر هذا السبب كأن لم يكن ، وعادَ الدين أو الحق إلي الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة به [2] .

وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهب اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها موخراً قضت من خلالهِ قاعدة عامة في تحديد كيفية العودة أي بما تشمله هذه العودة للحق من حقوق وتوابع ومشتملات إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((.... أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة (1036) مدني مصري أن عودة الرهن بعد إنقضائه يعود بحالته من محلقات ومشتملاته تشملُ الغراس والثمار والعقارات بالتخصيص المرصودة لخدمة العقار وحقوق الإرتفاق المقرر لمصلحة العقار أو عليه وجميع التحسينات والأنشاءات التي تكون قائمة وقت إنعقاد الرهن أو تستحدث بعد ذلك من قبل الراهن، لتبعية هذه المحلقات للمال المرهون فأنها لا تستقل عنه فعندما ينقضي الرهن فأن هذا الإنقضاء يشملها أيضاً وفي المقابل فأن زوال سبب الإنقضاء وعودة الرهن فأن هذه العودة تشمل جميع تلك الملحقات وعلى النحو الذي كانت عليه قبل حصول عودة حق

([1]) د. محمد كامل مرسي، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص 119 . ود. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر، مصدر سابق ، ص 772 . و د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 70 . ود. محمد طه البشير . والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 399 .

([2]) د. انور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، دار العدالة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2015، ص 145 وما بعدها.

الرهن...))[1]. وهذا يعد نتيجة منطقية؛ وذلك تطبيقاً لنص المادة (1317) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا إنقضى الرهن التأميني بأتحاد الذمة في المرتهن أو في مالك العقار ثم زال سبب أنتقال حق المالك أو حق الرهن وكان لزواله أثر رجعي عادَ الرهن بحالته))[2].

ولا مقابل لهذه المادة لا في القانون المدني المصري ولا في القانون المدني الفرنسي حتى في تعديله الأخير. وعليه فأن الحق يعودُ بعد إنقضائه إذا توافر سبب عودته بزوال سبب إنقضائه بحالته التي كان عليها أبتداء من حيث الأصل فيعود بالتأمينات التي كانت تكفله سواءَ أكانت رهناً تأمينياً أم حيازياً، وذلك بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، من دائن ومدين وكفيل شخصي وكفيل عيني وراهن ومرتهن وغير ذلك وحسب طبيعة العلاقه القانونية، وهذا يعد جوهر عودة الحقوق، هذا ومن الجدير بالذكر أن عودة الحق أو الدين لا يقتصر على تأميناته و توابعه فقط، بل تشمل جميع الأوصاف من الأجل والشرط، كما يعود بدفوعه من البطلان والإنقضاء وعدم النفاذ كما يعودُ بأوصافه كما لو كان معلقاً على شرط أو مضافاً الى أجل[3].

ومن هذا المنطلق نقول بأن الأصل في إنقضاء الحقوق هو أنها تنقضي بصورة نهائية ومن غير الممكن أن تعود الى الوجود مرة أخرى، وهذا الأصل يتحقق فيما أذا كان محل الحق شيء معين وتعرض هذا الأخير الى الهلاك المادي او القانوني. ولكن أذا ما عادَ الشيء إلى الوجود مرة أخرى بفعل المالك أو بفعل غيره فمن الممكن أن يعود الحق مرة أخرى، وترتب على عودة الحق الآثار القانونية التي كانت سابقاً موجودة قبل الإنقضاء،

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (9001) في24 / فبراير/ 2020 محكمة النقض المصرية/ المكتب الفني/ المجوعة المدنية، النشرة التشريعية والقضائية، نقلا عن القاضي حسني عبد اللطيف، النشرة التشريعية والقضائية لمحكمة النقض المصرية، 2020، ص 9.

([2]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1367) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على انه ((ينقضي الرهن التأميني بأنتقال ملكية العقار المرهون الى المرتهن أو أنتقال حق الرهن الى الراهن على أن يعود بزوال السبب اذا كان لزواله أثر رجعي)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري اذ ترك امر هذه الحالة دون تنظيم او النص عليها وان سبب ذلك في اعتقادنا هو تركها لعموم حالات الانقضاء باتحاد الذمة تطبيقا للقواعد العامة. كذلك هو الامر بالنسبة للقانون المدني الليبي والذي سار على ذات المنوال للقانون المدني السوري.

([3]) د. منصور مصطفى منصور، التامينات العينية، بلا طبعة، المطبعة العالمية للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، 1964، ص 122، أنظر كذلك عبد المنعم البدراوي، التامينات العينية، مصدر سابق، ص 158، ود. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص 494. و محمد محمود المصري ود. محمد أحمد عابدين، الفسخ والأنفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الاولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1986، ص 28.

ونجد ذلك واضحاً في حقوق الإرتفاق، فأذا أنقضت تلك الحقوق وعادت فأنه تترتب أثاراً معينة، و تتمثلُ تلك الآثار بتمكين مالك العقار المرتفق من الانتفاع بالعقار المرتفق به، ويلتزم في مقابل ذلك عدم ترتيب أضراراً بالعقار المثقل به الحق نتيجة استعماله، أو استغلاله، وهذا يتمثلُ في الالتزامات الشخصية الناشئة عن العودة، **ولكن هل يشترط أن يعود الحق بنفس الحالة التي كان عليها قبل إنقضائه ؟ أم أنه من الممكن أن يعود حتى وأن كان على وضع مغاير لما كان عليه قبل حصول واقعة الاقضاء؟**

جواباً على ذلك نفترض أن الحق العائد هو حق ارتفاق، فالأخير كما هو معلوم أنه أما أن يعود بنفس الحالة التي كان عليها قبل الانقضاء من غير زيادة أو نقصان، ففي هذه الحالة لا توجد مشكلة من عودة الحق إذ إن الحق يعود بحالته ووضعه القانوني وبمحله وبالمركز القانوني لأطرافه، أو قد يعود حق الأرتفاق بصورة أكثر مما كان عليه سابقاً، ففي هذه الحالة إن الفقه القانوني قد ميز بين أمرين:

الأمر الأول: إذا عادَ حق الإرتفاق على نحو يختلف عما كان عليه الوضع قبل إنقضائه، أي في حالة (الزيادة في العبء)، فأن ذلك يؤدي نشوء حق إرتفاق جديد وليس عودة للارتفاق القديم، ويخضعُ وعليه في حدودهِ ونطاقه واستعماله وكذلك في استغلاله لسند انشائه الجديد هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى أن تلك العودة لم تكن على النحو الذي تقرره التشريعات المدنية؛ وذلك لأختلال شرط عدم الزيادة، أي زيادة العبء على العقار المرتفق به [1].

وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لذلك، من ذلك نص المادة (1278) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على أنه ((1- لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي الى الأنتقاص من أستعمال حق الإرتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل

([1]) د. حسنية حسين حسني، مصدر سابق، ص 364 وما بعدها. أنظر كذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص 1887. ومصطفى صباح نوري رشيد، مصدر سابق، ص 74. ود. خالد عبد الله الشعيب، مصدر سابق، ص 241.

بالموضع المعين أصلاً لأستعمال حق الأرتفاق موضعاً آخر)) [1]. و على المنوال نفسه سارَ المشرع المصري، وذلك من خلال نص المادة (1023) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي الى الأنتقاص من أستعمال حق الإرتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لأستعمال حق الأرتفاق موضعاً آخر)).

وليس أبلغ في الدلالة من ذلك ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (701) والتي تنص هذه المادة على أنه ((ان مالك العقار المدين بالإرتفاق لا يستطيع أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يؤدي الى نقص استعمال حق الإرتفاق أو إلى جعله غير مربح)). بالتركيز بهذه النصوص نجدها تشير صراحة إلى أن الحق يعودُ بحالته التي كان عليها ابتداءً، فإذا ما أنقضى الحق وأستدعى الأمر إلى إعادته، فأنه يعود بمحله وبالوضع الذي كان عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء، وهذا ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني إلى اشتراط العودة لحق الإرتفاق العقاري هو إن لا تكون عودة هذا الحق الأخير أشد عبئاً من العبء الذي كان عليه الأرتفاق القديم[2]. جسدت هذا التوجه التشريعي والفقهي محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت عن طريقه بأنه ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض أنه أذا أستحال أستعمال حق الإرتفاق أستحالة مطلقة، لتغير حدث في العقار المرتفق أو في العقار المرتفق به نتيجة حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو بفعل من مالك العقار المرتفق به، أو من فعل الغير، فأن أثر هذه الإستحالة انتهاء حق الإرتفاق هذا، فإذا عادَ حق الإرتفاق هذا إلى وضعه السابق بحيث يمكن معه استعمال حق الإرتفاق عادَ حق

([1]) وتقابلها نص المادة (1312) والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يجوز لصاحب العقار الخادم أن يأتي بعمل من شانه التاثير على أستعمال الحق المجرد أو تغير وضعه الاأذا كان الأنتفاع في المكان القديم أصبح أشد إرهاقاً لمالك العقار الخادم أو كان يمنعه عن القيام بالأصلاحات المفيدة وحينئذ لمالك هذا العقار أن يطلب نقل الحق الى موضع يتمكن فيه من أستعمال حقه بسهولة الموضع القديم)). وقريب من هذا المعنى تظمنته نص المادة (992) من القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (1026) من القانون المدني الليبي .

([2]) د. عبد الحكم فودة، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، الجزء السادس، الطبعة الأولى، أيبيت للأصدارات القانونية عابدين، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص 421.

الإرتفاق من جديد، بشرط أن لا يكون الإستعمال أكثر مشقة))[1]. والمقصود بالمشقة هنا، هو العبء الذي يتحملهَ العقار المرتفق به، خدمة لصالح العقار المرتفق، وهذا إن دلَّ على شيء فأنما يدلَّ صراحة على إنه يجب أن تكون العودة موازية في العبء المقرر في الإرتفاق سواءَ أكان ذلك في الإرتفاق القديم أم الارتفاق العائد، حتى وأن كان هذا العبء يقلُ كثيراً عن العبء المقرر عليه الإرتفاق القديم قبل إنقضائه، وعليه لا يمكن أن يعود الحق؛ وذلك للزيادة الحاصلة فيه، فإذا تقرر العودة في الزيادة أيضاً فهنا يكون صاحب العقار المرتفق قد أثرى على حساب صاحب العقار المرتفق به، ونعتقد أن العودة تكون بمقدار الحق السابق فقط من غير زيادة كلما أمكن ذلك تطبيقاً للقواعد العامة المقررة لذلك.

الامر الثاني: يتجسد هذا الامر في حالة عودة الحق بصورة اقل أي في حالة (النقصان) مما كان عليه في السابق، فهنا إذا كان مقدار النقيصة قليلة بحيث لا تؤثر في أستعمال الحق فهنا الحق يعود، ولكن أذا ما كانت مقدار النقيصة كبيرة أو يعتد بها بحيث تتفاوت تفاوتا كبيراً عما كان عليه الحق سابقاً فهنا لا يمكن للحق أن يعود مجدداً، بعبارة أخرى أن يعود محل الحق بحالة يمكن من خلالها استعماله، حتى وأن كانت على وضع مغاير للوضع السابق وحسب طبيعة الحق العائد، وفي سياق الحالات المتقدمة نجد أن لمحكمة النقض المصرية رأي في ذلك ، فقد جاءَ في أحدى القرارات القضائية ما يؤيد مضمون الأحكام المتقدمة، أذ قد قضت محكمة النقض المصرية على أنه ((... على أن حق الإرتفاق يعودُ إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعماله حتى ولو لم تكن الأمور قد عادت إلى وضعها الأصلي تماماً مادامت في وضع يمكن معه العودة إلى أستعمال هذا الحق الذى لم ينته بعدم الأستعمال))[2].

وعليه فأن الحق يعود ولكن مع أختلاف في محلهِ فقد يحصل تغير في محل الحق العائد، كما لو عادَ حق الإرتفاق بصورة مختلفة بأن يعودُ بمنفعة أقل لصاحب العقار المخدوم، فالغاية كل الغاية في امكانية أو قابلية الحق للعودة، وهذه الغاية الأخيرة تلقت

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (3754)، والصادر بتاريخ 1999/2/18، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 10 / 3/ 2024.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (4439) والصادر في 2011/1/22، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 15 / 4/ 2024.

مقبولية من بعض الفقه القانوني ولا سيمَّا في نطاق حق الإرتفاق العقاري. وكذلك الأمر بالنسبة للرهن حيازياً كان هذا الأخير أم تأمينياً، ففي عودة الحق الأخير ذهبَ رأي في الفقه القانوني إلى إن الرهن يعودُ حتى وأن كان في وضع مغاير للوضع الذي كان عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء، ويظهر لنا ذلك بوضوح في حالة أكتساب الغير حسن النية حق على العقار المرهون، فكما هو معلوم أن العقار المرهون يبقى في حيازة المدين الراهن، وهذا الأخير يستطيع ان يرتب على عقاره اكثر من حق رهن واحد وهو في حيازة المدين الراهن فما بالك إذا انقضى هذا الحق ورتبَ الأخير حق عليه، مثال ذلك إذا انقضى الرهن بأتحاد الذمة مثلاً أو بالتبعية، وخلال هذه المدةّ اكتسب الغير حن النية حق على العقار المرهون، فأن الرهن يعودُ ولكنه يعودُ بحالة مختلفة عن الحالة التي كان عليها للوهلة الأولى، سواءَ أكان ذلك بمحله أم بمركز اطرافه، إذ إن مرتبة الرهن هنا تكون للراهن الثاني أي الغير حسن النية، أما الدائن المرتهن الذي أنقضى حقه ومن ثم عادَ فأنه يليه في المرتبة [1].

وهنا لا بد لنا من الإشارة إلى إن القاعدة أعلاه لا تؤخذ على أطلاقها، فأذا زالت الحقوق التي كسبها الغير حسن النية على العقار المرهون في فترة الأنقضاء أو كما يطلق عليها في أصطلاح الفقه القانوني "الإنقضاء الوقتي للدين والرهن ولحين عودتها" فأن هذه الحقوق تعودُ بحالتها التي كانت عليها وعلى أثر ذلك يعودُ الحق بمحلهِ وبالمركز القانوني لأطرافه ابتداءً. **ولكن ما هو الحكم القانوني لو عادَ هذا الحق دون ملحقاته أو الضمانات التي تمكن من أستيفاء الحق من خلالها؟**

جواباً على ذلك نقول أنه في الغالب الأعم يعودُ الحق بغير ضماناته أو ملحقاته، فحق الرهن على العقار المرهون قد يعودُ دون ملحقاته نتيجة لهلاك تلك المحقات أو الضمانات بسبب قد يعودُ لأطرافه من جهة، أو بسبب أجنبي من جهة أخرى، مما يخل بقاعدة عودة الرهن بضماناته وملحقاته، وحسناً مافعل المشرع العراق إذ تنبه لحكم هذه الحالة ونص صراحة على معالجة هذا الأمر، فقد منحت المادة (1297) الحق للمرتهن في حال أضعاف التأمينات أن يطلب تأميناً كافياً أو ان يستوفي الدين فوراً عندما يكون الراهن قد تسبب بخطئه في أضعاف حق الرهن، إذ نصت هذه المادة على أنه ((1 – اذا هلكَ العقار

([1]) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص146.

المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب قضاء وقدراً كان هلاكه أو تعيبه على الراهن، وفي هذه الحالة إذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وأذا أختار وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في أستيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين. 2- وأذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون أو تعيبه كان المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً)) [1].

وعلى والمنوال نفسه سارَ المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (1048) والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً. 2- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأمينا كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا في أستيفاء مبلغ يعادلُ قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين. 3- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو بجعله غير كاف للضمان، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي [2].

وعند التمعن بقراءة هذه النصوص يتبين لنا وبحق أن هذه النصوص من الممكن أن تبين حكم الحالة المتقدمة الذكر؛ لأنها جاءت بحكم عام ولم تخصصه فيمّا إذا كان قبل

([1]) وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (1338) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- أذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء دينه فورًا وتقدي كافياً لدين أو وفاء قبل حلول الأجل. 3- فأذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون لضمان كاف لدينه. 2 – فإذا كان الهلاك او التعيب بسبب لأيد للراهن فيه كان له الخيار بين أن يقدم ضماناً لهلاك أو التعيب أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال وأتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)). وقريب من هذا المعنى تضمنته نص المادة (1098) من القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (1052) من القانون المدني الليبي.

([2]) أنظر بهذا الخصوص د. فايز الحاج شاهين ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص 2215 . أنظر كذلك د. ميشال سجعان، القانون المدني الفرنسي عربي، فرنسي، أنكليزي، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 2020، ص 583 وما بعدها.

الإنقضاء أو بعده أو اثناء سريان الحق أو بعد اقضاءه وعودته. وعليه فأنه إذا إنقضى الحق لأي سبب كان ومن ثم ستدعت الحاجة إلى عودة بزوال سبب انقضاءه و عادَ الحق على آثر ذلك، ولكن خلال مدة الإنقضاء أي المدة الممتدة من انقضاء الحق وعودة هلك العقار المرهون أو تعيب أو انتقص ببيع أو هلاك ملحقاته وضماناته أو أتلف أصلا، أو إذا جاءَ صاحب الشيء الملتزم بالعودة بأعمال من الممكن أن تؤدي أن تعرض الشيء إلى الهلاك أو تجعله بالأحرى غير كافٍ للوفاء بالحق، ومن دون النظر إلى سبب هذه الأعمال، أي سواءً أكانت بفعل الملتزم بالعودة، أم بسبب غيره، أي بسبب أجنبي فأنه في هذه الحالة جازَ لصاحب الحق في العودة أن يطلب تأميناً أخر يحلُ محله وهذه هو الأمر الدارج في الحياة العملية، أو أنه يطلبُ وفاء دينه وأن كان ذلك قبل حلول أجل الدين؛ لسبب بسيط جداً الا وهو أخلال الملتزم بالعودة بأعادة الشيء المثقل بحق العودة بحالتهِ التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، بحيث يعودُ الحق بتأميناته وملحقاته من حق أرتفاق وتخصيص أو تحسينات أو كل شيء مما يعد متمماً له.

وهنا يمكن أن يثار تساؤل حول مدى جواز تغير محل الحق العائد؟ وتحويله من حق إلى أخر من ذات الجنس ولا سيمَّا إذا كان محل الحق العائد لا يكتفي للوفاء بالدين، إذ أن في تغير محله به فائدة محسوسة لطرفي العلاقة القانونية، ومن ثمَّ فهل من الممكن تغير محل الحق العائد؟ للإجابة على هذا التساؤل نفترض أن الحق الذي تقررت أعادته هو حق إرتفاق وتطلب الأمر تغير محله اي محل الإرتفاق العائد من قبل مالك العقار المرتفق، فهنا قد فطن المشرع لحكم الحالة المتقدمة، إذ أن الأجابة على هذا التساؤل نجدها وبحق في نصوص القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى لا سيما تلك التي تكون منها محل مقارنة، إذ نص المشرع حقيقة على تخويل مالك العقار المرتفق في طلب نقل الإرتفاق من موضع الى موضع أخر، وعلى اساس ذلك نجد ان المشرع العراقي قد نص في المادة (2/1278 و3) من القانون المدني العراقي على أنه ((2 – ومع ذلك أذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد اصبحَ من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق او أصبح الإرتفاق مانعاً من أحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلصاحب هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق الى موضع آخر من العقار أو الى عقار آخر يملكهُ هو أو يملكه أجنبي أذا قبل أجنبي ذلك، كل هذا متى كان أستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسور به في وضعهِ السابق. 3- ويصح أيضاً لصاحب العقار

المرتفق، أن يطلب تغيير الموضع المعين لإستعمال حق الإرتفاق، إذا ثبت أن في هذا التغيير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه أضرار بالعقار المرتفق به))[1]. و على السياق نفسه سارَ المشرع المصري مع بعض التحفضات، وذلك عن طريق نص المادة (1023) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي الى الأنتقاص من أستعمال حق الإرتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لإستعمال حق الأرتفاق موضعاً آخر . 2 - ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فالمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر ملكه هو أو يملكهُ أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك. كل هذا متى كان أستعمال الإرتفاق في وضعهِ الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق)).

وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهب اليه المشرع الفرنسي عن طريق نص المادة (701) والتي تنص هذه المادة على أنه ((ان مالك العقار المدين بالإرتفاق لا يستطيع أن يقوم باي عمل من شأنه ان يؤدي الى نقص أستعمال حق الإرتفاق أو الى جعلهِ غير مربح، وكذلك لا يستطيع تغير الحالة الراهنة للأماكن أو ينقلُ أستعمال الإرتفاق إلى مكان أخر غير المكان المحدد له، إلا أذا كان المكان الأصلي للإرتفاق قد أصبح أكثر كلفة لمالك العقار المرتفق به، أو كان يمنعه من أجراءِ الأصلاحات المفيدة، فأنه يستطيعُ أن يقترح على مالك

([1]) وتقابلها نص المادة (1312) والتي تنص هذه المادة على أنه ((... أو تغير وضعه الا اذا كان الأنتفاع في المكان القديم أصبح أشد أرهاقا لمالك العقار الخادم أو كان يمنعه عن القيام بالأصلاحات المفيدة وحينئذ لمالك هذا العقار أن يطلب نقل الحق الى موضع يتمكن فيه من أستعمال حقه بسهولة الموضع القديم)). وذات المعنى تظمنته نص المادة (992) من القانون المدني السوري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1- لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمي الى قصر أستعمال الإرتفاق أو الى جعله أكثر مشقة. 2- فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن، أو أن يحول الإرتفاق الى مكان غير المكان المعين له قديماً. 3 – أنما اذا كان الإرتفاق في مكانه القديم قد أصبح اشد أرهاقاً لمالك العقار المرتفق به أو كان يمنعه عن القيام با صلاحات مفيدة، فله أن يعرض على مالك العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لأستعمال حقوقة ولا يحق لهذا الأخير أن يرفض العرض . 4- وكذلك من كان له حق أرتفاق. لا يمكنه أستعماله الا وفقاً لمنطوق سنده، ولا يجوز له أن يحدث في أرضه او في العقار المرتفق به أي تعديل من شأنه أرهاق ذلك العقار)). وكذلك نص المادة (1026) من القانون المدني الليبي التي جاءت هذه المادة يتناغم وأحكام القانون المدني العراقي.

العقار المرتفق مكاناً أخر بالملائمة ذاتها لإستعمال حقوقه ولا يحق لهذا الأخير إن يرفض الأقتراح)). عند الولوج بهذه النصوص والتمعن فيها نجد أنه في حالة إنقضاء هذا النوع من الحقوق، ومن ثم بعد ذلك أستدعت الحاجة إلى عودته من جديد ولكن بوضع غير الوضع الذي كان عليه في السابق، فإنه يحقُ لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغير الموضع السابق، الى موضع أخر يحلُ محله، شريطة أن يؤدي هذا التغير في الموضع والانتقال إلى الموضع الجديد فائدة محسوسة، بحيث يكون هذا الانتقال للموضع الجديد يحقق الموازنة بين صاحب العقار المرتفق والمرتفق به تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقتضي لا ضرر ولا ضرار [1].

أدنى ما يمكن أن يقال في حقيقة الأمر في معيار عدَّ الإضرار بالعقار المرتفق به، والذي تبناهُ المشرع بطبيعة الحال، هو أن لا يكون العبء الذي حصل بالنسبة للعقار المرتفق به يتجاوز أو أنه أكبر من العبء القديم الذي كان حق الأرتفاق مثقل به، فلا بد أن يكون هناك موازنة والا أختل شرط من شروط العودة، وهذا هو موقف المشرع العراقي وكذلك الفرنسي، أما المشرع المصري فكان ينص على ذلك[2]. إلا إنه تم حذف الشطر الأخير من نص المادة (1023) بعد اجراء التعديل على القانون المدني المصري؛ وذلك بغية حسم المنزعات التي قد تثور عند التوسع بأستخدام حق الإرتفاق، فكما هو معلوم أن حق الإرتفاق هو من حيث الأصل حق استثنائي وعليه يجب أن لا يتوسع فيه، كما أنه يجب أن يبقى في حدودهِ الضيقة، وأستناداً الى موقف المشرع المصري هذا فأنه يترتبُ على مخالفته الالتزامات السابقة، هو إزالة الأعمال المخالفة من جهة، ويلزم صاحب العقار المرتفق أن يعيد الأمكنة الى حالتها السابقة، ومن ثم يجوز للمحكمة في سبيل ذلك أن تحكم عليه بالتعويض لمخالفتهِ التزامه[3]. ومهما يكن من الأمر أنه لمالك هذا الحق أن يطلب تعديل او نقل حق الإرتفاق العائد الى غير الموضع السابق الذي كان مقرراً له بشروط

([1]) د. حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية العقارية في العراق مقارنة مع القانون المدني المصري والسوري، حق التصرف الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، جامعة الدول العربية، طبعة معهد الدراسات العربية العالمية، 1966، ص 266.

([2]) اذا كانت هذه المادة تنص في شطرها الأخير قبل تعديله على ((... ويصح ايضاً لصاحب العقار المرتفق، ان يطلب تغيير الموضع المعين لأستعمال حق الأرتفاق، اذا ثبت أن في هذا التغيير فائدة محسوسة له دون ان يكون فيه أضرار بالعقار المرتفق به)).

([3]) د. وائل محمد شحاتة الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، مصدرسابق، ص 143. أنظر كذلك د. حسنين ضياء نوري الموسوي، مصدر سابق، ص 155 ومابعدها.

معينة، فإذا كان هذا الحكم ينطبق على نشوء حق الإرتفاق، فأنه ينطبق حتماً عند عودته أيضاً، وهذا ما يمكن أستخلاصه من موقف المشرع، بأنه يحقُ لمالك العقار المرتفق به أن يطلب بطبيعة الحال نقل الإرتفاق الى موضع آخر أو إلى عقار يملكهُ مالك أخر وهذا كله بعد حصول واقعة الإنقضاء للإرتفاق السابق وعودة الأرتفاق من جديد ويمكن لنا أن نتصور ذلك في حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان استعمال الأرتفاق العائد واستغلاله ثقيل العبء، ويمنعهُ في الغالب الأعم من أن يستعمل سلطاته على ملكه، فله في هذه الحالة أن يحدث بعض التغيرات من شأنها تعين طرق جديدة لإستعمال حق الإرتفاق العائد تكون حسب المجرى العادي للأمور أقل ضرراً من الإرتفاق الذي قد اقضى وعادَ بحالة مغاييرة لما كان عليه سابقا، ما دام موضع الإرتفاق الجديد (العائد) لا يترتب عليه أي مضايقة لصاحب العقار المرتفق وهذا هو جوهر العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني.

الحالة الثانية: فهي أذا كان عودة هذا الحق يمنعُ صاحب العقار المرتفق به من القيام ببعض التحسينات الضرورية لعقاره، ومن ثم قد رفض بعد ذلك صاحب العقار المرتفق تعديل الموضع الجديد بما يلائم العقار المرتفق به، والذي عرض عليه بهذه الشروط، فأن صاحب العقار المرتفق به والذي عادَ حقه بعد إنقضائه أن يلجأ إلى القضاء بالزامهِ بذلك وعلى نفقتهِ الخاصة، شريطة أن يكون مالك العقار المرتفق به هذا قد طالب مالك العقار المرتفق بذلك ودياً قبل أن يتوجه إلى القضاء، هذا ومن الجدير بالذكر إنه يحق لمالك العقار المرتفق به أن يطلب كذلك نقل حق الإرتفاق العائد الى عقار مملوك لغيره، شريطة أن يحصل على رضا ذلك الغير[1]. واستناداً على ذلك فأن هناك قيدين للقول باجراء هذا التعديل، **فالقيد الأول** يتمحورُ في أنه يجب أن يترتب على تعديل أو نقل هذا الحق دفع ضرر عن صاحب العقار المثقل بالإرتفاق بحيث يترتب على هذا التغير أو النقل فائدة كبيرة له، إذا كان الموضع الذي كان معين للأرتفاق القديم يزيد من عبء هذا الحق، أو بالأحرى مانعاً من اجراء بعض التحسينات أو أصلاحات للعقار المرتفق به، فمثلاً أذا حفر مجرى وذلك بغية توصيل المياه اللازمة لأستعمال حق الارتفاق بالمجرى، بعد أن تغيرت الأحوال، واصبح أستمرار الإرتفاق المجرى العائد في هذا المكان يلحق ضرراً بالعقار المرتفق به، كما لو أصبح المكان الجديد يعوق أو يمنع صرف المياه الزائدة من العقار

([1]) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص 447.

المرتفق به على العموم[1]. **أما القيد الثاني** فأنه يتمحورُ في أنه أن لا يترتب على تعديل أونقل حق الأرتفاق هذا إلى وقوع ضرر بمالك العقار المرتفق، كما لوكان استعمال الإرتفاق في المكان الجديد، ليس ميسوراً لمالك العقار الأخير بالقدر الذي كان ميسوراً في الإرتفاق القديم [2].

ونتيجة لذلك يمكن القول إن نقل حق الإرتفاق إلى مكان جديد بعد إنقضاء الأرتفاق القديم أي السابق وعودته مرة أخرى جائز في العقار المرتفق به نفسه أو كان ذلك في عقار مملوك لأجنبي (للغير) أو لمالك العقار المرتفق به الأول، إلا إنه في حالة نقل الإرتفاق العائد ؟إلى عقار أخر فأنه يلزم لإتمام ذلك بالطبع قبول الأجنبي لنقل حق الإرتفاق الجديد إلى عقارهِ، و لا يجوز بطبيعة الحال لمالك العقار المرتفق أن يرفض تغير الوضع الأصلي بالعقار المرتفق به، ولا سيمَّا إذا كان التغيير أو التعديل قد أصبح مرهقاً هو الآخر لصاحب العقار المرتفق به، إذ إن رفضه في هذه الحالة يتمثلُ تعسفاً في استعمال حقه، وهذا التعسف في حقيقة الأمر يوجب الزامه وأجباره على النقل أو التعديل بواسطة القضاء [3].

فإذا كان حق الإرتفاق هذا يؤدي الى جعل الشيء أكثر مشقة، بحيث يزيد العبء على صاحب الحق العائد، فالقانون يجيز تغيرهُ بما يحقق الموازنة بين حقوق والتزامات أطراف العلاقة القانونية محل العودة، وإستناداً على هذه النتيجة نقترح على المشرع العراقي بأن يعدل نص المادة (1278) بحيث يجعل التغير أكثر شمولية في موضع العقار بحيث يكون لكل من أطراف العلاقة القانونية امكانية تغير موضع العقار سواءَ أكان حق الإرتفاق هذا أنياً أم كان عائداً ولا سيمّا إذا كان لهذا التغير فائدة محسوسة لهما، من دون أن يكون في ذلك أضرار بهما وهذا هو جوهر العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني.

نخلص من كل ممَّا تقدمّ أن الأصل في عودة الحقوق و الالتزامات في القانون المدني من الناحية الموضوعية هو أن تعود هذه الحقوق وتلك الالتزامات بالحالة التي كانت عليها

([1]) د. عبد السلام ذهني بيك، في الأموال، مطبعة الأعتماد للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1926، ص 407.

([2]) د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، مصدر سابق، ص 313.

([3]) د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص 383، انظر كذلك د. يوسف محمد عبيدات، مصدر سابق، ص 236 ، ود. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص 997 ود. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 258.

قبل حصول الإنقضاء لها، بما تحملهُ تلك الحقوق من صفات فالحق وكما بينا ذلك سابقاً يعودُ بصفتهِ عينية كانت او شخصية، تجارية أم مدنية، مشمولاً بالنفاذ المعجل كان أم غير مشمول، كما أن الحق يعودُ بمقومات ودفوعة من البطلان والتقادم، فإذا عادَ الدين كما كان ، فإن التقادم الذي كان سارياً ضده يعدَّ موقوفاً وذلك بسبب توافر إنقضاء الحق كأتحاد الذمة ، ولا يعود هذا النظام إلى السريان إلا بعد زوال سبب الإنقضاء كما لو زالَ أتحاد الذمة، وعادَ الألتزام على أثر زوال سبب الإنقضاء هذا من جهة، كما أن الأحق يعوده بضماناته شخصية كانت هذه الضمانات أم كانت عينية من جهة أخرى، ناهيك على أن الحق يعوده بمحلهِ دون تغير أو تبديل، بما يحقق التوازن في الحقوق والألتزامات لأطراف العلاقة القانونية موضوع العودة و تبعا للمركز القانوني للطرف.

ولكن هذا الأصل يرد بعض الأستثناءات التي لا تعيق العودة بالمفهوم القانوني للمعوقات أو الموانع التي تحد من عودة الحقوق أو الألتزامات في القانون المدني، بل أن معها الحق يعودُ ولكن ليس بالوضع القانوني الذي كان عليه قبل حدوث واقعة الإنقضاء، وسواءَ أكان هذا في نطاق الحقوق أم العقود ومنها على سبيل المثال:

1- في حقوق الإرتفاق عندما تنقضي بسبب تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها أستعمال الحق، ثم عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمالها، ففي هذا الحالة صحيح أن الحق يعودُ الا أنه ليس من الضروري أن يعود الى وضعهِ الأصلي تماماً بل قد يتغير المحل كما لو عادَ بأقل مما كان، خصوصاً فيما يتعلقُ بالمنفعة التي يحققها الحق العائد لطرفي العلاقة القانونية وتحقيق الموازنة بين تلك الحقوق والالتزامات.

2- في حق الرهن كذلك وكما بينا سابقاً، إذا إنقضى وقامَ المالك ببيع العقار الذي كان مرهون ثم عادَ حق الرهن، فهنا إذا كان المشتري حسن النية فلا يتأثر بالعودة ومن ثم لا يعود الرهن على نفس العقار أي تغير محل الرهن، ومن حق المرتهن هنا أن يطالب الراهن بتقديم تأمين أخر أو تكملته في حالة خروج جزء منه.

3- في حق الرهن الحيازي إذا كان الحق منصب على منقول وانقضى الرهن ثم تصرف به مالكه بعد إنقضاء الرهن بالبيع أو الهبة أو الرهن وكان المشتري أو الموهوب له حسن النية وبعد ذلك عادَ الرهن من جديد، فهنا أيضا لا يعود الرهن بنفس المحل بل يتغير إذ إن المرتهن يطلبُ من الراهن

تقديم تأمين أخر يحلُ محل الحق العائد؛ والسبب في ذلك يكمن بزوال محل الشيء العائد نتيجة لتصرف الراهن فيه مادياً كان هذا التصرف أم قانونياً.

4- كذلك هو الأمر بالنسبة للعقارات بالتخصيص، ففي حق الرهن إذا كان الرهن منصب على عقار وكان في هذا العقار المرهون منقولات خصصها مالكها خدمة لعقارهِ فهنا أن هذا المنقولات تدخلُ في الرهن بحكم كونها عقارات بالتخصيص، وهنا إذا انقضى الرهن وتصرف المالك بهذه المنقولات بالبيع مثلاً ثم عادَ حق الرهن بعد بيع هذا المنقولات، فهنا لا يعود الرهن بنفس محله كما كان بل يعودُ ناقص لأن مشتري هذه المنقولات أذا كان حسن النية لا يتأثر بعودة الحق وعلى الراهن هنا تقديم تكميل ما خرج من العقار المرهو ن أستناداً لتصرف الراهن به.

المطلب الثاني

اثبات انقضاء الحقوق وعودتها

لا مناص من القول بأن صاحب الحق والذي يقع عليه عبء الإثبات، فأنه بطبيعة الحال يلجأ إلى القضاء طالباً لحقهِ ولا سيمَّا في حالة تعرضه للأنكار، فأنه يعمدُ إلى إثبات صحة أدعائه عن طريق الدعاوي التي تنتج عنها الأحكام والتي يصدرها القضاء المدني في ضوء الأدلة المتحصلة لديه؛ بأعتبارها قوام الحق، فبدون دليل أو ما في معناه لا يمكن حماية الحق المتنازع عليه، أو المقرر عليه الحق؛ لأن الدليل هو الذي يثبت وجود الحق، أي حصول العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني، وعليه فأن الإثبات يتم عادة من خلال تقديم الدليل و الذي يعزز صلة الشخص بالحق الذي يدَّعيه أبتداءً سواءَ كان ذلك من حيث الإنقضاء أو العودة؛ وذلك لأن الحق إذا كان مجرداً من الدليل فإنه لا شك أن يصبح كالعدم، و أن الحماية التي يضعها المشرع لهذا الوضع القانوني و الذي منح أمكانية عودته، يصبحُ في واقع الأمر عديم الجدوى، ومن ثم لا يستطيع مدعي الحق أو الالتزام العائد تقديم الدليل على أن هذا الحق الذي يدعيه قد عادَ بعد إنقضائه، أو الذي يطلبُ حمايته، ومهما يكن من الأمر فأن العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها، شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر، لا بد من إثباتهِ من خلال أدلة الإثبات التي أوردها القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، بما يستلزم حقيقة إثبات هذه العودة بصرف النظر عن مصدرها فيما إذا كان التصرف أو الواقعة القانونية. ومن هذا المنطلق فأن أدلة إثبات إنقضاء الحقوق وعودتها لا تخرج عموماً عن الأدلة التي بيّنها المشرّع و نظمها بقواعد

قانونية خاصة، والتي تسهم بشكل كبير في استنباط الحكم القانوني المناسب، لما له من دور كبير في تثبيت الحقوق أو نفيها في إطار إنقضاء الحقوق وعودتها، وهذه الأدلة لا تخرج عن الأدلة المادية أو التحريرية أن صحَ التعبير، أو أن تكون أدلة أخرى، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث والدراسة، الأمر الذي يقتضي منا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول منه الأدلة المادية لأثبات إنقضاء الحقوق وعودتها ، أما الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة الأدلة الأخرى لأثبات إنقضاء الحقوق وعودتها.

الفرع الاول

الأدلة المادية لاثبات إنقضاء الحقوق وعودتها

إن العودة للحقوق والألتزامات ليست قاصرة على الحقوق الشخصية، بل أن هذه العودة تطالُ الى الجانب الأخر من الحقوق وهي الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية، فالأخيرة تعد المجال الطبيعي لعودة الحقوق في القانون المدني، والسبب في ذلك يكمنُ في اهمية هذه النوع من الحقوق، إذ لا يمكن على الإطلاق أستغناء الأنسان عنها، حيث لايمكن إقتضاء الحقوق بدونها خصوصاً التأمينات العينية ، كما أن بواسطتها يمكن استغلال الحقوق ، لذلك نجد وبحق أن الأفراد غالباً ما يتوسلون بهذه الحقوق بوصفها من الضمانات التي تكون ذات فعالية؛ لإقتضاء وأستغلال الحقوق مما يبعثُ الإستقرار في المعاملات المالية وتحقيق الأمن القانوني ، وبسبب هذه الأهمية اشترط المشرع آلية معينة لإنشاء هذه الحقوق واثباتها، وهذا ما يطلق عليه الرسمية في انشائها ، إذ لا يمكن أن تنشأ هذه الحقوق أو بالأحرى نفاذها من دون أن تكتسب الشكل الذي فرضه القانون، ومن ثمَّ فأن المشرع قد حددَ عدة طرق لإثباتها، ومن بين تلك الطرق هي الأدلة المادية مثل الكتابة والتي تُعد هذه الأخيرة من بين أهم أدلة الإثبات في الوقت الحاضر، و سواءَ أكانت تلك الكتابة رسمية أي قائمة أمام موظف مكلف بخدمة عامة، أم أنها كانت عرفية، وهذا مع الأختلاف في درجة الحجية لكل منهما، إذ أن الكتابة الرسمية تكون أكثر حجية [1]. فعندما يُثار نزاع بين طرفين فيبدي أحدهما أنه طرف في تصرف أو التزام تقرر عودته أو أنه مالك لمنفعة شيء ما نتيجة لعودته وأن تصرفاته الواقعة عليه صحيحة، فإن الأمر يتطلبُ منه إثبات ذلك، سواءَ

([1]) د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، الطبعة الثالثة، المكتبة الوطنية، بغداد، 2007، ص 61، أنظر كذلك د. سكيل رقيه، محاضرات في مادة طرق الإثبات، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية،(2019 - 2020)، ص 30.

أكان ذلك عن طريق دليل قطعي أم ضمني الدلالة حسب كل حالة من حالات إنقضاء الحقوق وعودتها، وبالنظر لإختلاف وتعدد حالات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وإن لكل حاله آلية معينة للإثبات، كما إن هذا الوضع القانوني وكما بينا ذلك سابقا وضع مركب من الإنقضاء والعودة، فلأخيرة لا يمكن التسليم بها إلا إذا سبقتها واقعة الإنقضاء، وهذا يؤدي بدوره إلى أختلاف المركز القانوني للطراف في اثبات حقه في الإنقضاء أو العودة له مما يقتضي الأمر ابتداءً إلى تحديد الشخص المكلف بالإثبات، أي تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء إثبات العودة للحق أو الألتزام بعد إنقضائه. ومن هذا المنطلق يمكن القول أن عبء الأثبات كقاعدة عامة يقع على من يدعيهِ [1]،.

ويظهر ذلك لنا بوضوح عن طريق التمعن بنصّ المادة السادسة من قانون الإثبات العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((الأصل براءة الذمة)) [2]. ولا مقابل لهذه المادة في القانون الأثبات في المواد التجارية و المدنية المصري [3]، إذ إنه لم يتضمن نصاً قانونياً يقابلُ هذا النص حتى في تعديلهِ الأخير، كذلك هو الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فأنه لم يورد نصاً قانونياً يتضمن صراحة المعنى الذي تضمنته نص المادة السادسة من القانون الأثبات العراقي، ونتيجة لذلك نسوغ المثال الآتي فإذا أتلفَ شخص مال شخص أخر واختلفا في مقدارهِ أو في قيمتهِ يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة أو النقصان.

وأستناداً على ذلك يتبين لنا من نص هذه المادة أن الشخص المكلف بعبء الأثبات هو المدعي، ليس المدعي من قدم طلب للقضاء، أي من رفع الدعوى فقط، بل أن المدعي بطبيعة الحال هو كل من يدعي خلاف الظاهر فأنه حتماً يقع عليه عبء أثبات ما دعاه؛ لأن الأصل كما هو معلوم براءة الذمة من الألتزامات، وهذا ما نصّت عليه نص المادة (7) من قانون الأثبات العراقي التي تنص هذه المادة على أنه ((اولاً – البينة على من أدعى واليمين على من أنكر. ثانياً – المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو

([1]) د. أحمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون الأثبات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الأسكندرية، مصر، 1978، ص 150.

([2]) المادة السادسة من قانون الأثبات العراقي المرقم (107) لسنة 1979، وليس لهذه المادة مقابل في قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 والمعدل بقانون رقم (16) لسنة 2005. كذلك هو الأمر بالنسبة لقانون البينات السوري المرقم (359) لسنة 1947، وذات المنوال هو موقف المشرع الليبي، إذ أنه لم يتضمن نصاً قانونياً يقابل المعنى الواردة في المادة السادسة من قانون الأثبات العراقي.

([3]) قانون الأثبات في المواد التجارية والمدنية المصري رقم (25) لسنة 1968 المعدل والنافذ.

من يتمسك بأبقاء الأصل)). أما قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية المصري فأنه لم ينص صراحة على ذلك أي أنه لم يتضمن المعنى الذي جاءَ به المشرع العراقي في نص المادة أعلاه، إلا أن أحكام القضاء المصري تواترت على الأخذِ بهذا المبدأ المهم، إذ جاءَ في احدى القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية بأنه ((... لما كان الأصل هو براءة الذمة وأنشغالها عارض، فأن الأثبات يقعُ على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً، مدعياً كان أو مدعى عليه))[1].

يُفهم من هذا القرار وبحق بأن عبء الاثبات واجب قانوني يقع على عاتق المدعي للوهلة الأولى، وفي حالة عجزه عن اثبات دعواه ينتقلُ إلى المدعى عليه، فلا يوجد فرق بين من رفع الدعوى، ومن رفُعت ضده الدعوى. ولكن لو رجعنا لنص المادة (1) من القانون المذكور أنفاً نجدها تنص ضمناً على المعنى المشار إليه من قبل المشرع العراقي إذ نصت هذه المادة على أنه ((على الدائن أثبات الالتزام وعلى المدين أثبات التخلص منه)).

و عند التركيز بقراءة هذا النص يتضَّح لنا أن الدائن هو الذي يجب عليه البينة فهو في نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها هو الملتزم باثبات عودة الحقوق، لأن الأصل هو الإنقضاء، إذ إن إرادة الإنسان حرة لا يمكن بأي حال من الأحوال تقييدها على الأطلاق، فإذا ما أستدعت الحاجة الى عودة الألتزام أو الحق فأن الدائن هو المكلف بأثبات تلك العودة، لأنه مدعي ويتمسكُ بخلاف الأصل، أما المدعى عليه فهو الذي يتمسك بالأصل وهو الإنقضاء، وعليه يتمسكُ بأبقاء الأصل .

وليس أبلغ في الدلالة في ذلك ما ذهب أليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (1353) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يجب على من يطلبُ تنفيذ الالتزام أن يثبت هذا الألتزام، وبالمقابل يجب على من يدعي براءة ذمته منه اثبات الوفاء أو الواقعة التي أدت إلى إنقضاء هذا الالتزام)). يفهم من نص هذه المادة أن القانون المدني الفرنسي بين وبحق المكلف بالإثبات، فالمدعي بتنفيذ الالتزام على أتم وجه من خلال الإنقضاء أو العودة له، لما هو متفق عليه أن يثبت عودة الحق بعد إنقضائه،

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (242) الصادر في 2001/4/18، أشار اليه د. همام محمد محمود وأخرون، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان بيروت، 2010. ص88.

ومن يدعي عودة الحق فعليه أثبات ذلك، الا أن ما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تبين الإجراء الواجب إتخاذه في حالة عجز المدعي عن الأثبات، فلم تشر الى حق المدعي في توجيه اليمين للمدعى عليه من عدمه عند عجزه عن أثبات دعواه[1]. ومهما يكن من الأمر فأن من يدعي أن له حق معين عادَ بعد انقضائه بذمة المدعى عليه الذي أنكر أدعاء المدعي، فعلى المدعي أثبات العودة ذلك من خلال تقديم الدليل على صحة أدعائه بأن يثبت وجود علاقة دائنيه ومديونية بينهم قد انقضت مثلاً باتحاد الذمة وعادت تلك العلاقة بزوال سبب اتحاد الذمة، فعليه اثبات زوال هذا السبب أي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة حتى يتمكنُ من اثبات عودة هذا الحق بعودة علاقة المديونية، أو باثبات وجود قرينة على عودة الحق، فإذا ثبت ذلك فأن الظاهر ينتفي وهو وضع ثابت في الأصل وأصبح وضع عرضي بعد تقديم المُدعي الدليل على صحة دعواه، وهنا على المدين اثبات براءته من الدين[2].

وعليه فالمدعي هو المكلف بتقديم الدليل على حصول العودة، مثال ذلك إذا انقضى الرهن التأميني بالتبعية، أي بالتبعية لإنقضاء الدين المضمون، ومن ثم عادَ الرهن تبعاً لذلك، فالدائن المرتهن مكلف بأثبات تلك العودة، فيتوجب عليه أولاً إن يثبت أن الدين المضمون بالرهن من حيث الوفاء به كان غير صحيح، فلو كان الوفاء صحيحاً لم تكن هناك امكانية لعودة هذا الحق، كأن يكون الوفاء بهذا الدين بمال مملوك للغير، وتبين فيما بعد استحقاق هذا المال فأن حق الرهن في هذه الحالة يعود، وعلى من يدعي عودة الرهن في هذه الحالة أن يثبت واقعة البطلان للوفاء، وأن المال الموفي به قد استحق وأنتزع من الدائن المرتهن سواءَ أكان هذا الأنتزاع بطريقة ودية أم كان بطريقة قضائية، فالغاية من ذلك تكمن من استحقاق هذا المال الذي تم الوفاء به والذي على أثرهِ تم إنقضاء حق الرهن الذي كان ضماناً للوفاء بالدين المضمون به [3]. وبمقابل ذلك أذا عجزَ المدعي عن الأثبات

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأثبات أثار الالتزام، مصدر سابق، ص67 وما بعدها.

([2]) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص34.

([3]) د. محمود الخيال، التامينات العينية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد للنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، 1992، ص 93. أنظر كذلك د. علاه هوامة ود. زوبير براحلية، تبعية الرهن للدين المضمون في التشريع الجزائري، بحث منشورفي مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد(10)، 2017، ص 18. انظر كذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص 517 ومابعدها.

يمنحُ حق توجيه اليمين للمدعى عليه[1]. وهذا الأمر هو تطبيقاً للقواعد العامة في الأثبات أذ أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعي وهو الدائن المرتهن في المثال السابق فهو تكليف على المدعي بإقامة البينة على صحة دعواه بعودة حق الرهن، ومن ثمَّ فالبينة هي إقامة الدليل أمام القضاء، والتي عن طريقها يستطيعُ المدعي اثبات عكس ما هو ثابت لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فأذا عجز المدعي عن تقديم البينة التي يبنى على أساسها الحكم، يوجه القاضي اليمين للمدعى عليه بناءً على طلب المدعي[2]. وإذا نظرنا إلى العودة للحق بعد إنقضائه من حيث عبء الإثبات، فهو قد يكون على المدعي الذي تضرر نتيجة عودة هذا الحق ولا سيمَّا إذا كان الحق العائد قد ترتب عليه حق للغير الذي رغب بالحصول على حقه نتيجة العودة .

كذلك هو الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق العقارية، فإذا إنقضت هذه الحقوق ومن ثم استدعت الحاجة لعودتها على آثر توافر سبب العودة، فإن الذي يدعي عودة هذا الحق أن يثبت سبب العودة، كأن يكون السبب الذي أدى إلى إنقضاء حق الإرتفاق هو التغير في وضع الأشياء، ونتيجة لهذا التغير في محل هذه الأشياء زالت الفائدة ومن ثم انقضى حق الإرتفاق على أثرها، فأن عادت هذه الأشياء الى وضعها السابق بحيث تصبحُ صالحة للأستعمال، فأن الشخص الذي يدعي ذلك أن يثبت ابتداءً عودة هذه الأشياء بحالة يمكن معها استعمال حق الإرتفاق العقاري، ويستوي أن تثبت هذه العودة بالبينة أو بالأقرار أو بأي دليل أخر يثبت من خلالهِ عودة هذا الحق إلى حالة يمكن معها استعمال حق الإرتفاق العقاري هذا.

كذلك هو الأمر بالنسبة لحق المنفعة، فإذا انقضى هذا الحق باي سبب من أسباب المقررة لإنقضائهِ، ومن ثم زالَ السبب الذي أدى إلى إنقضائه فأنه في هذه الحالة على صاحب حق المنفعة، والذي يدعي زوال سبب أنقضائه أن يثبت زوال سبب الانقضاء، على سبيل المثال لو كان السبب الذي أدى إلى إنقضاء هذا الحق هو اتحاد الذمة بين صاحب حق المنتفعة وصاحب العقارالمنتفع به أي اجتماع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد، فأن

([1]) د. أدم وهيب النداوي، شرح قانون البينات والأجراء الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص56. أنظر كذلك د. نبيل إبراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص66. سليمان مرقس، أصول الأثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المطبعة العالمية، مصر، 1953، ص85.

([2]) د. أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، مصدر سابق، ص39 وما بعدها.

عودة هذا الحق تكون مرهونة بأثبات زوال سبب أتحاد الذمة بين المنتفع والمالك، فصاحب حق الإنتفاع عليه أن يثبت زوال السبب ابتداءً حتى يتمكنُ من استعمال حقوقه المقررة له بموجب حق الإنتفاع، وبهذا فأن عبء الإثبات يكون بطبيعة الحال على الشخص الذي يدعي العودة وأن يقوم الدليل على ذلك بواسطة أدلة الإثبات سواءَ أكانت أدلة مادية أم معنوية وحسب طبيعة كل حق.

هذا ومن والجدير بالملاحظة أن عبء الإثبات لا يعتبر من النظام العام، إذ يمكن أن ينتقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، فيتوزع بذلك الإثبات عليهم، فإذا قدم المدعي دليلاً ليثبت به أعادة بناء الحائط المقرر عليه حق إرتفاق بالتعلية بعد ما تم هلاكه وإنقضاء الإرتفاق على أساسهِ، وسواءَ حصل هذا الهلاك بفعل المدعى عليه أم بفعل المدعي أم أي سبب اخر، عندئذ يكون للطرف الأخر أن يدحض حقيقة هذا الدليل عن طريق دليل أخر لا يقل عنه قوة، فالمدعى عليه كقاعدة عامة لا يقف موقفاً سلباً في الإثبات بل يمكنه بطبيعة الحال أن لا ينتظر إثبات ذلك من قبل المدعي أي الشخص الذي تقررت له العودة، وهنا ينتقل عبء الإثبات إستناداً إلى قاعدة "عدم أنفراد أحد الطرفين بتقديم الأدلة في الإثبات"أو قاعدة "توزيع عبء الإثبات"[1].

وهكذا فأن الطرفين يتناوبان في إثبات ما يدعيان، ومن محصلة أدلة الطرفين هذه يكون القاضي عقيدته من خلال هذا الانتقال في الإثبات استنتاج الأدلة؛ لكي يتوصل الى الحكم العادل وبأتباع ذلك سيكون بعيداً عن مطرقة النقض هذا من جهة، كما أن القاضي المعروض عليه النزاع يستخلص أثبات العودة عن طريق الظروف الملابسة التي تحيط بالدعوى أو من خلال وقائع القضية، فتتحمل المحكمة عبء أثبات ذلك [2]، من ذلك يتضحُ لنا أن عبء الأثبات في نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها يقعُ على الشخص الذي يدعي العودة للحق، سواءَ أكان ذلك في نطاق التصرفات القانونية أم الوقائع، فعليه ابتداءً أن يثبت السبب الذي أدى الى إنقضاء الحق، ومن ثم أثبات زوال هذا السبب، إذ قد تكون العودة للحقوق والالتزامات في الغالب الأعم مسرحاً للمنازعة، إذ إن الطرف الآخر أي الشخص الملتزم بأعادة الحال ينكرُ العودة؛ إذ أن مصلحته أنكار ذلك؛ لأن في أعادة الحال ضرر

([1]) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الأثبات المدني، بلا طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص70.

([2]) المحامي حسين المؤمن، موسوعة نظرية الأثبات(القواعد العامة، الإقرار ، اليمين)، الجزء الأول، الطبعة الاولى، مطبعة الفجر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، 1997، ص210.

يلحقُ به، أذ تعود الحقوق والالتزامات مرة أخرى، ولربما قد يكون هذا الطرف قد تصرف في الشيء محل العودة تصرفاً مادياً أو قانونياً خلال المدة ما بين إنقضاء الحق وعودته، ونتيجة لذلك قد يكون الأنكار من مصلحتهِ، من ذلك يتوجب على من يدعي العودة أثباتها، فعن طريق اثباتها يكون ذلك حجة على الكافة بما يعيد حقوق والتزامات طرفي العودة، هذا مع امكانية انتقال عبء الإثبات بينهما خصوصاً إذا كان القانون يلزم الطرف الذي لديه الدليل أن يقدمه للإثبات. أما عن أدلة الإثباب، فيمكن القول أنه بالنظر لإختلاف وتعدد حالات أو صور إنقضاء الحقوق وعودتها فإن لكل حالة أدلة خاصه بها تجعل الشخص طالب العودة في مركز قوي يمكنهُ الاستناد عليه في أعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء، ولا سيمَّا إذا كانت هذه الأدلة هي أدلة مادية (تحريرية).

هذا ومن الجدير بالذكر أن ما يهمنا في نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها هو أثبات العودة للحق بعد إنقضائه، إذ إن المشرع العراقي والتشريعات المقارنة لم يحددو وسيلة أثبات يستطيع من خلالها المتعاقدين أثبات تلك العودة للحق أو الألتزام، الا أن القاعدة العامة تقتضي أن الإخلال بالتزام جوهري من الالتزامات التعاقدية أو غيرها واقعة مادية يمكن اثباتها في حقيقة الأمر بجميع أدلة الأثبات، وتكون للمدعي الذي تضرر من العودة أن يختار الوسيلة الملائمة لإثبات ذلك، ولاسيمَّا إذا ما كانت هذه الوسيلة بطبيعة الحال من الوسائل المقبولة قانوناً، والتي يلجأ اليها عادةً أطراف النزاع من أجل أقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها والتي على أثرها يستطيع القاضي الوصول إلى أحقية أحد الخصوم على حساب الخصم الأخر، فالذي يدعي العودة للحق أو الألتزام بعد إنقضائه، يكلفُ عادةً بتقديم الدليل الذي يقوي مركزه و الذي يمكنهُ من خلالهِ أقناع القاضي بصحة أدعاءه، فلا يستطيع أبتداع وسيلة أثبات لم يعرفها القانون بوصفها طريق للأثبات [1].

ونشير بهذا الشأن أنه إذا كان على القاضي بتداءً مراعاة حق المدعي في تقديم الدليل، فأن بمقابيل ذلك أن لكل طرف في النزاع الحق في أثبات ما يدعيه أمام القضاء بما

([1]) من المعلوم القوانين قد أهتمت بتنظيم وسائل الأثبات من ذلك نجد ان المشرع العراقي قد نظم أدلة الأثبات في قانون الأثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، والمشرع المصري في قانون الأثبات في المواد التجارية والمدنية المصري رقم 25 لسنة 1968، والمشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي المعدل، والمشرع الأردني في قانون البينات رقم 30 لسنة 1952، والمشرع الكويتي نظمها في قانون الأثبات في المواد المدنية والتجارية رقم 39 لسنة 1980.

موجود لديه من أدلة[1]، فيعد الدليل الكتابي لا سيمَّا في انقضاء الحقوق وعودتها دليلاً ذات أهمية بالغة؛ كونه وسيلة فعالة في المعاملات في الوقت الذي ضعفت فيه الثقة بالبينة الشخصية، فاصبحت الكتابة تحتلُ مرتبة متقدمة من بين الأدلة الأخرى، إذ بواسطتها يتحددُ حق المتخاصمين تحديداً دقيقاً، دون الحاجة لإتباع دليل أخر. ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (22) من قانون الإثبات العراقي على ((اولاً – السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود أختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضورهِ ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً، أما ما وردَ على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز أثبات عدم صحتها طبقاً لأحكام هذا القانون. ثانياً – تعتبر من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الأختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك)).

وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (11) من قانون الأثبات في المواد التجارية والمدنية المصري التي نصت هذه المادة على أنه ((المحررات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويدها بالطرق المقررة قانوناً)). وكذلك نص المادة (1365) من القانون المدني الفرنسي والتي بينت هذه المادة دعامة المحرر المستخدم في الأثبات أذ تنص هذه المادة على أنه ((كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدلُ على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها)).

يفهم من هذا النص أن الدليل الكتابي قد يكون محرر رسمي أو عادي او بكليهما يستطيع المدعي أثبات العودة للحق بعد أنقضائه، أو أن موضوع النزاع بالحالة التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، فالعودة لبعض حالات إنقضاء الحقوق وعودتها تتم عن طريق المحررت الرسمية، لأن طبيعة بعض الحقوق تتطلب ذلك، من ذلك أثبات إنقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري ويظهرُ لنا ذلك بوضوح من خلال الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لذلك، إذ نجد أن الفقرة الأولى من المادة (1272) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يكسب حق الأرتفاق بالعقد وبالميراث

(1) د. سليمان مرقس، أصول الأثبات في المواد المدنية، ج1, مصدر سابق, ص85. د. نبيل إبراهيم سعد, الأثبات في المواد المدنية والتجارية, مصدر سابق, ص66.

وبالوصية)). وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (1016) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((حق الإرتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث)). فحق الإرتفاق العقاري ينشأ أبتداءً بموجب عقد بين مالك العقار المرتفق ومالك المرتفق به، وقد يكون التصرف الذي نشأ به هذا الحق هو عقد معاوضة كالبيع أو مقايضة، فيقرر على أثر ذلك كل من الجارين حق أرتفاق على عقارهِ لمصلحة عقار جاره، وقد يكون تبرعاً كالهبة ، ويصح كقاعدة عامة لكل مالك أن يقرر على عقارهِ ما يريده من حقوق الإرتفاق لمصلحة عقار مملوك لغيره سواءَ أكان ذلك بمقابل أم بدون مقابل، بشرط عدم مخالفة القانون والنظام العام والأداب من ناحية، وأن يتفق التصرف مع طبيعة حق الإرتفاق من ناحية أخرى، وبما أن حق إرتفاق بطبيعتهِ يُعد حق عيني يردُ على عقار فمن الضروري تسجيل التصرفات القانونية المنشأ لهذا الحق في دائرة التسجيل العقاري وإلا كان التصرف باطل[1].

فلما كان هذا الحق ينشأ ابتداءً بالتسجيل أي بالرسمية، فأن العودة لا يمكن أن تثبت ألا عن طريق التسجيل، أي تسجيل هذه العودة، فالمدعي بعودة هذا الحق عليه أن يثبت أن هناك حق إرتفاق له أبتداءً، حتى يستطيع بعد ذلك أثبات عودة حقه، فإذا كان العقد الذي أنشأ بموجبهِ حق الإرتفاق باطلاً، فلا يمكن أن يثبت حق الإرتفاق بعد ذلك حتى وأن ترتب هذا التصرف آثاراً على أرض الواقع، ويمكن أن نلتمس هذه النتيجة من خلال ما ذهبت اليه محكمة التمييز الأتحادية في قرار صادر لها إذ قضت هذه المحكمة بأن((...أن العقد الذي أنشأ حق الإرتفاق المؤرخ في 9/16/ 2009 والمذيل بتوقيع الطرفين، ولأمتناع المدعي عليه من أتمام أجراءات التسجيل، ولأن حق الإرتفاق من الحقوق الشكلية التي تشترطُ التسجيل، وهي لا تتم الا بالتسجيل وبأستيفاء الشكل الذي فرضه القانون وبخلافهِ يكون العقد الذي أنشأ بموجبهِ باطلاً، فالعقد الباطل لا ينعقد ولا يعتد بالحكم أصلاً ...))[2].

ومن خلال التمعن بقراءة مبدأ القرار التمييزي أعلاه يتبين أن العقد الذي ينشأ بموجبهِ حق الإرتفاق يجب أن يكون مستوفياً لشروطهِ الشكلية أي يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، فإذا لم يستوفِ هذا الآجراء كان السبب الذي أنشأ حق الإرتفاق باطلاً، وعليه

([1]) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد ، العراق، 978، ص22.

([2]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (973/مدنية/ عقار/ 2009) والصادر في 21/ 5/ 2009، قرار غير منشور.

تنعدم أمكانية أثبات هذه العودة، أما إذا كان هناك تسجيل وأستيفاء للشروط الشكلية فأن المتعاقدين يمنحون سند يطلق عليه سند التمليك مقرراً عيله حق إرتفاق يمكن بواسطة أثبات حق الإرتفاق من حيث الإنشاء والإنقضاء والعودة فسند التمليك كما هو معلوم هو سند يفيد الملكية بصدوره من الخصم كما في حالة عقد الهبة أو عقد البيع أو غير ذلك من التصرفات القانونية، بصرف النظر عما إذا كان ذلك السند قد صدرَ من المالك أو من غيره، فالغاية المرجوة منهُ هو إثبات وجود هذا التصرف ومن ثمَ من يريد إثبات عودة الحق بعد إنقضائه أن يقدم هذا السند مؤشراً عليه ما يثبت أدعائه، حيث يقع عبء إثبات هذا التصرف عن طريق سند التمليك على المدعي كقاعدة عامة، فالأخير هو الذي يدعي عودة الحق أو الألتزام، إذ أن الإثبات يقوم أصلًا على إقامة المدعي الدليل على ما يدعيه بالحجة أو البرهان، فالدائن يجب عليه إثبات عودة الحق بين الأطراف المتعاقدة [1].

وهذا يعد تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يقدم دليلاً ضد نفسهِ، إلا إذا كان ذلك ضرورياً للإثبات، أو أن المحكمة قد طلبت منه ذلك، وهذا ما جاءَ به قانون الإثبات العراقي في المادة (53) منهُ وذلك لضمان حسن الفصل، إذ تنص هذه المادة على((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الأخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازة أو في تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضرورياً بالضمان حسن الفصل فيها))[2].

وفي الأتجاه نفسهُ سارَ المشرِّع المصري من خلال نص المادة (20) من قانون البينات المدنية والتجارية المصري، والتي نصت هذه المادة على أنه ((يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمهُ بتقديم محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده: (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبتهِ أو بتقديمهِ أو بتسليمهِ...)) أما القانون المدني الفرنسي فأنهُ لم يتضمن نصاً قانونياً بهذا المعنى حتى في التعديل الجديد للقانون المدني [3]. وبالتاليَ فأنه يستلزم إفراغ حق ثابت في ورقة رسمية، أو هو ما يستفادُ من ورقة محررة لإثبات عمل قانوني

([1]) د. عادل حسين علي، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة الشرق الأوسط للطباعة والنشر، بلا مكان طبع ، 1996، ص 42.

([2]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون البينات الأردني. كذلك قانون البينات السوري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الليبي.

([3]) أنظر بهذا الخصوص أحكام المواد (1353 - 1386) من القانون المدني الفرنسي الجديد، نقلًا عن د. محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020، ص 63.

ما ، فالورقة الرسمية الصادرة من أحد أطراف التصرف تعدّ دليلاً منه على وجود هذا التصرف القانوني من ناحية، ومن ثم أمكانية أثبات عودته من ناحية أخرى، فحق الإرتفاق العقاري يمكن أثباته من خلال الرجوع الى سند التمليك المؤشر عليه حق الأرتفاق العقاري.

ويظهر لنا ذلك بوضوح عن طريق ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها أذ قضت من خلاله بأنه ((... إذا كان البين من أوراق الدعوى أن الطاعنين قد تمسكوا بواقعة إنقضاء حق الأرتفاق لفقد الأرتفاق محله، ولم يثبت بالأوراق أنهم تخلوا عن هذا الدفاع أو تنازلوا عنه، ومن ثم بقى مطروحاً على محكمة الإستئناف لتقول كلمتها فيه، ولما كان ذلك مؤيد بالحكم الأبتدائي للأسباب الذي استند عليها للحكم المطعون فيه والذي أيد برفض دعوى الطاعنين، وقضى برد دعوى المدعي بعودة حق الإرتفاق لعودة محله، ولأن محكمة الموضوع قد أغفلت المصدر الذي أنشأ بوجبه حق الإرتفاق، وكان على المحكمة بيان ما أذا كان هذا الحق مؤشراً في سجل الشهر العقاري من عدمهِ، لذلك فأن الحكم يكون معيباً...)) [1].

وهذا إن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ دون شك أن حق الإرتفاق العقاري عند عودة وكان مسرحاً للنزاع فأنه يثبتُ من خلال الرجوع إلى سند أنشائه لا سيمِّا إذا كان هذا المصدر هو تصرف قانوني كالعقد مثلاً فأغلب الحقوق لا سيمَّا العينية منها فأنها تتطلبُ التسجيل في دائرة التسجيل العقاري إذ لا بد من التأشير على سند التمليك بما يفيد ذلك. وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهب اليه العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري أذ يرى بأن ((تعبير بأنتهاء حق الأرتفاق وبعودته إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق ليس بالتعبير الدقيق، والصحيح أن حق الأرتفاق لا ينتهي بأستحالة أستعماله، بل يوقف أستعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة، فإذا ما زالت عادَ أستعماله إلى ما كان عليه، ولكن حق الإرتفاق نفسه يستمرُ باقياً، فهو لم يزل حتى يقال إنه يعودُ، وبالتالي فعند نشوء نزاع حول عودته فأنه بالأمكان الرجوع إلى سندهِ لأثبات عوته.

وفى القانون المدني الفرنسي تطبيق واضح لذلك، فقد نصت المادة (665) من هذا القانون على أنه ((إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل ، فإن الإرتفاقات التي كانت للحائط

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (1549) والصادر في 6/21/ 2015، قرار منشور في مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية / لسنة 75 قضائية ، جلسه 6/21/ 2015.

المشترك أو للمنزل، أو كانت عليه، تستمرُ بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد، على ألا تكون أكثر مشقة، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم)). ومن هذا المنطلق فأن العودة للحق بعد إنقضائه تثبت من خلال السند الذي أنشأ الحق بموجبه أبتداءً، فعلى سبيل المثال أذا كان السبب في نشأة حق الإرتفاق به هو تصرف قانوني بإرادة منفردة، كالوصية والتي هي تصرف قانوني بإرادة منفردة بدون مقابل مضافاً لما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض [1]. فيجوز أن يقرر أحد على عقارهِ حق أرتفاق بموجب وصية لمصلحة مالك عقار أخر كحق مجرى أو مرور أو حق أرتفاق سلبي، وهنا تطبق شروط صحة الوصية وأحكامها المقررة في قانون الأحوال الشخصية، ولا يكتسب هذا الحق الا بعد موت الموصي، ولا ينعقد التصرف العقاري الوصية بحق الأرتفاق الا بتسجيلها في دائرة الطابو (التسجيل العقاري)، فإذا أوصى شخص لأخر حق أرتفاق على عقارهِ وأشر ذلك في سجل العقار ومنحَ أطراف الوصية سنداً بذلك ثم تبين أن الوصية قابلة للأبطال وأبطلت على أثر ذلك وعليه انقضى حق الإرتفاق.

مثلاً أذا أتحدت ذمة الموصى له بحق الإرتفاق والملكية صاحب العقار الخادم، كون صاحب حق الإرتفاق الموصى له هو أحد الورثة، ثم زالَ السبب الذي أنقضى به حق الإرتفاق (أتحاد الذمة) كان ينتقل العقار بعد القسمة أي القسمة للتركة الى وريث أخر وهذا يحدث في حقيقة الأمر إذ تمت قسمة التركة بعد مدة طويلة نسبياً على وفاة المورث، فهنا حق الإرتفاق يعودُ لأختلاف الصفة ويتم أثبات ذلك بالرجوع الى سند العقار المتضمن الوصية بحق الإرتفاق.

و في هذا الشأن قضت محكمة التمييز الأتحادية في حكم صادر لها في هذا الصدد إذ قضت هذه المحكمة بأن ((... كان يتعين على المحكمة أكمال تحقيقاتها في الدعوى وذلك بأدخال بقية الورثة لحصر التركة ومعرفة ماهية العقارات العائدة لموروث الطرفين، وسؤال المدعي فيما أذا كان يطلب أدخال الوريث الموصى له س. ص. ع. الى جانبهِ منضماً لأكمال الخصومة بعد حصر التركة ومعرفة العقارات العائدة لمورث الطرفين وتعينهما بصورة دقيقة وربط صورة قيد للعقار وتصادق الورثة على هذه العقارات وبعد

([1]) أستاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الأسلامي، الطبعة الثانية، دار الوارث للطباعة والنشر والتوزيع، كربلاء، العراق، 2022، ص 6. أنظر كذلك د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الأنتقال في الفقه الأسلامي والمقارن والقانون، بلا طبعة، دار السنهوري للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2015، ص 123.

التثبت منها، أجابة دعوى المدعي ذلك أن ما أوردته المحكمة كون تنفيذ الوصية يخالف أحكام المادة (251) من قانون التسجيل العقاري فهو محل نظر كون الوصية جاءت مطلقة وبأمكان تنفيذها بعد التحقق من العقارات العائدة وأرقامها وتسلسلها وأرقامها وتضمنها في الحكم الصادر وحيث أن المحكمة قد سارت على خلاف ذلك في حكمها المميز مما أخل بصحته لذلك قررَ نقضه وأعادة أضبارة الدعوى الى محكمتها لأتباع ما تقدم))[1].
ونستنتج من ذلك أن حق الإرتفاق الموصى به إلى الموصي قد انقضى لسبب أن أحد الورثة قد أنتقلت اليه ملكية العقار المقرر عليه حق الإرتفاق، وذلك بسبب أتحاد الذمة بين الوارث الموصى له وملكية العقار المقرر عليه حق الإرتفاق، الا أن بعض الورثة طعن بذلك وبين في طعنهِ أن الوصية بحق الإرتفاق جاءت مطلقة ولم يحدد أويحصر العقارات العائدة للمورث وتقرير حق إرتفاق عليه؛ لذلك قرر نقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع وإعادة أضبارة الدعوى إلى محكمتها لأتخاذ ما يلزم لترتيب حق الإرتفاق وفقاً لنص القانون، فعلى المدعي أن يقم الدليل أبتداءً على وجود وصية بحق الإرتفاق من خلال الرجوع إلى سجل التسجيل العقاري أو ما يطلق عليه سند التمليك، ومن ثم بعد ذلك يثبت أنتقال ملكية العقار المقرر عليه حق الإرتفاق من الموصى له إلى وريث آخر، لإمكانية القول بعودة حق الإرتفاق العقاري، فعند تسجيل حق الإرتفاق في الدائرة التي يقع العقار ضمن اختصاصها أو حدودها الأدارية فأن هذا التسجيل هو وسيلة وطريق مادي لأثبات الإنقضاء من جهة، والعودة له من جهة أخرى، كما أن هذا السند يكون دليلاً مادياً يحتجُ به تجاه الغير ولا سيمَّا أذا كان مؤشراً عليه ما يفيد ذلك [2].

وعليه لا بد من ثأشير العودة في السجل العقاري، كأثر للتسجيل وأستيفاء للشكلية المطلوبة، حيث أن بعض التصرفات القانونية تتطلب الشكلية بحيث أنها تكون باطلة غير صحيحة إلا إذا أفرغت في قالب شكلي معين فرضه المشرع وذلك لحماية المتعاقدين، لأن بعض التصرفات ونظراً لأهميتها وما تسببه من التزامات على عاتق بعض أطراف التصرف ولاسيمّا في نطاق العودة لما يرتبهُ من نقل حق الإرتفاق مثلاً الى عقار أخر، أذا كان هذا الآخير يحقق الحكمة من العودة فأن تأشير ذلك أمر لا بُد منه، لإثبات هذا التصرف

([1]) قرار محكمة االتمييز الأتحادية المرقم (369) والصادر في 11/24/ 2021 / تمييز/ الهيئة المدنية الموسعة ، قرار غير متشور .

([2]) د. سعيد امجد الزهاوي، كسب حقوق الإرتفاق بالتصرفات وبتخصيص المالك وبالتقادم (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مطبعة الجامعة، بغداد، العراق، 1981، ص 27.

من جهة، وأستيفاء منه للشكلية المطلوبة من جهة أخرى[1]. وفي ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار صادر لها إذ قضت بأنه ((أن فتح النهر في أرض الغير بصورة رسمية على الرغم من وجود حق إرتفاق سابق لذات العقار وبسبب زواله لفقدهِ المنفعة فلا ينفذ هذا الحق من جديد لإستغلالهِ ما لم يُثبت في سجلات التسجيل العقاري)).[2]. كما أوجبت ذلك محكمة النقض المصرية إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((...أن المشرع اوجب في المادتين (26و 29) من قانون السجل العيني الصادر بقانون رقم 142 لسنة 1964، قيد جميع التصرفات التي من شأنها أنشاء أو زوال أو نقل أو تغير أي حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية والأحكام المثبتة لشيء من ذلك، كما أوجبت على ذلك المادة (9) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة1946، فالتصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية يجب شهرها بالتسجيل، ورتب على عدم شهرها أو قيدها فقِدها لحجيتها ، ليس للغير فقط بل أيضا بين ذوي الشأن، كما أوجب المشرع المصري بنص المادة (32) من القانون نفسه على أن من يقم دعوى بشأن أحد هذه العقارات إتخاذ الأجرائين الأتيين: أولاً- أن تتضمن طلباته في هذه الدعوى طلباً أضافياً هو أجراء التغيير في بينات السجل العيني.ثانياً- أن يتوجه للسجل العيني ويؤشر بطلباته في الدعوى بصحيفة الوحدة العقارية محل دعواه وأن يقدم للمحكمة شهادة بهذا التأشير، وذلك حتى يتمكن المطلع على صحيفة أي عقار أن يستدل على أي معلومات عنه المسجلة بصحيفة السجل العيني))[3].

وقضت كذلك في هذا الشأن بأن ((لما كان حق الإرتفاق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، فأن كان التصرف المنشئ لها عقد معاوضة أو تبرع فأنه يجب تسجيله، وأذا كان غير مسجل فأنه لا ينشئ الحق لا بين طرفيه ولا بالنسبة للغير، وأن أقامة الحكم المطعون فيه قضاءه وذلك بتمكين المطعون ضدها من المرور في جزء قطعة الأرض التي أشتراها الطاعن من والدته على دعامة أتفاق فيما بينهما ومن ثم فأن مؤدي

([1]) د. أسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، مكتبة عبد الله وهبة للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 1958، ص133.

([2]) قرار محكمة االتمييز الأتحادية المرقم (373) والصادر في 2009/4/14 / تمييز/ الهيئة المدنية الموسعة ، قرار غير متشور

([3]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (13420)، والصادر بتاريخ 2021/2/15، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 3 / 5/ 2024.

ذلك أذا لم يتم تأشيرهُ فأن أثره أنهيار تلك الدعامة))[1]. ومن مفهوم المخالفة للأحكام القضائية المبينة في الأعلى يتبيّن لنا وبحق أن حق الإرتفاق لا يحتج به على الغير أو بين طرفي هذا الحق، أذا لم يكن مسجلاً وفقاً للأجراءات القانونية التي نص عليها القانون، ومن هذا المنطلق فأن من يطالب بأعادة حق الإرتفاق العقاري، بعد تسجيل إنقضائه، وأستدعاء الحاجة الى عودتهِ، عليه أن يُثبت الإرتفاق السابق كان مسجلاً بالدوائر المختصة من خلال سند تمليك العقار ...حتى يتمكن بعد ذلك من المطالبة بالعودة، ويتعين بعد ذلك تسجيل العودة بعد الإتفاق عليها بين الأطراف أو بعد الأقرار بها أو بحكم قضائي مكتسب درجة البتات، فالعودة من حيث الإثبات مرتبطة أشد الإرتباط بالتسجيل والتأشير في سند العقار بما يفيد ذلك، حتى تكون هذه العودة حجة على الكافة وتمنحُ الأطراف دليلاً على أثبات تلك العودة. كذلك هو الأمر بالنسبة لإثبات انقضاء وعودة حق الرهن، فالحق الآخير يتطلب القيد في دائرة التسجيل العقاري من حيث قيده و محو القيد وكذلك الأمر بالنسبة الى تجديدهِ، فالعودة لحق الرهن يتم أثباتها من خلال تجديد القيد في دائرة التسجيل العقاري، الا أنه يجب الأخذ بالحسبان أنه لا يمكن اثبات عودة حق الرهن ما لم يثبت وجوده، أي أن يكون هذا الحق مسجلاً أبتداءً، إذا إن وجوده متعلق بتسجيلهِ، فالرسمية شرط لأنعقادهِ من ناحية، كما أنها لازمة لأثباتهِ من ناحية أخرى.

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال مراجعة النصوص القانونية المنظمة لذلك. ومن بين تلك النصوص هو نص المادة الثالثة من قانون السجيل العقاري والتي تنص هذه المادة على أنه ((1 – التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه أنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة. 2 – لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)) [2]. وعلى

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (929)، والصادر بتاريخ 11/7/ 2001، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 3 / 5/ 2024.

([2]) ولا مقابل لهذه المادة في قانون الملكية العقارية الأردني لسنة 2019، اما بخصوص القانون السجل العقاري السوري الصادر بالقرار رقم 1926/ 188 المعدل اذ قد جاء بمعنى قريب من المعنى الذي تضمنته نص المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي أذ نصت المادة (9) منه على أنه ((أن الحقوق غير المنقولة المرخص بأنشائها في القانون التقيدات العقارية والحجوز وكذلك الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار او بمال غير منقول مسجل يجب حتماً أن تدون في الصفحة المخصصة لكل عقار أو مال غير منقول في سجل الملكية ولا تعتبر موجودة تجاه الغير الا بقيدها في السجل العقاري وأبتداءً من تاريخ هذا القيد)). والمعنى ذاته تظمنته نص المادة (49) من قانون التسجيل العقاري وأملاك الدولة الليبي رقم (17) لسنة 2010 المعدل

المنوال نفسه سارَ المشرع المصري أذ كان هذا الأخير أكثر وضوحاً من المشرع العراقي، حيث نص صراحة على ذلك ومن خلال نص المادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله و كذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل و يدخل فى هذه التصرفات الوقف و الوصية و يترتب على عدم التسجيل إن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرها ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن و يجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائي مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى به، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضي له بها فى قسم أو ناحية معينة و يجوز لمن حصل على حكم نهائي لصالحهِ أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة ولا تسري الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقتضى به من عقود المقايضة)).

وقريب من هذا المعنى تضمنته نص المادة (2449) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله إذ نصت هذه المادة على أنه ((يتوجب على أمُناء السجلات العقارية أن يقوموا في أجراء شَهِر التصرفات الواردة على العقار وأن يثبتوا كل تغير من محو وأجراء قيود مستحدثة وأبطال أو تجديد وتسليم نسخ أو مخالصة عن السند أو القيود عند تقديم طلب بذلك)).

وعليه فأن تسجيل هذه التصرفات ليس شرطاً أو ركناً لإنعقادها فقط وأنها هو دليلاً للإثبات من ذلك ذهبَ رأي في الفقه القانوني إلى أنه عندما يطالب بأثبات التصرفات الواردة على العقار ، فيمكن أدراك ذلك من خلال سند العقار المثبت فيه تلك الحقوق من تغيير أو محو أو تجديد بغية توفر العلم الكافي بالتصرفات العقارية للمتعاملين فيها وأصحاب المصالح [1]. كما أن التسجيل يعد الدعامة المادية لتحقيق الأستقرار في المعاملات المالية ولا سيمَّا في ما يتعلق في الأثبات ومن ثمَّ السيطرة على التصرفات

([1]) Besson E., Les Livres fonciers et la réforme, hypothécaire, paris, 1958, p11.

العقارية[1]. إذ إن أطراف العلاقة القانونية بأمكانهم الحصول على محرر مادي يتضمن حقوقهم المسجلة على العقار وجوداً وعدماً، إنقضاءَ وعودتهَ ويكسب هذا المحرر حجية مطلقة على الغير أي تجاه الناس كافة [2]. فوجود الرهن أبتداءً أمر لا يمكن استغفاله، فالمدعي لا يكلف بأثباته للوهلة الأولى إذا كان مقيداً في السجلات العقارية، إلا أنه عند المطالبة بعودة هذا الحق لزوال سبب إنقضائه وتأشير ذلك في سند ملكية العقار، فهنا لا بد من إثبات وجوده ثم إثبات عودته، لأن مابُنيه على باطل فهو باطل لا محالة، وعليه إذا أثبت أن الرهن للوهلة الأولى لم يكن مقيداً في سجلات التسجيل العقاري فهنا لا يمكن على الأطلاق المطالبة بعودته ومن ثم تنعدم الأمكانية في اثبات تلك العودة، فالتسجيل أو بالأحرى الشكلية تضمن الحقوق وجوداً وعدما[3].

حتى أن هناك من يرى بأن الشخص أذا كان حقه مقيداً فأن له أن يتصرف فيه أو أنه يمكنه ممارسة حقوقه المقررة عليه، فإذا إنقضى الحق وعادَ مرة أخرى فلا سبيل لذلك إلا بالعودة إلى قيده وتأشير العودة له[4]. إذ قد خصص المشرع صفحة من السجل العقاري تدون فيه جميع معاملات الرهن سواءَ أكان ذلك الرهن تأمينياً أم حيازياً حيث تدرج في نفس الصفحة جميع التغيرات التي تطرأ على الرهن والتي تتعلق بطرفي العلاقة القانونية من حيث الإنقضاء أوتدويره أو عودته .

ويظهر لنا ذلك بوضوح من خلال نص المادة (4/72) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص هذه المادة على أنه ((تخصص الصحيفة الرابعة من السجل لتسجيل معاملات الرهن التأميني أو الحيازي أو حق الإمتياز، وتدرج في نفس الصحيفة التغييرات المتعلقة بطرفي عقد الرهن أو حق الأمتياز وشروطهما وإنقضاء العقد أو تدويره أو احالته إلى الغير، كما وتدرج في نفس الصحيفة أوصاف الحجز وموانع التسجيل ورفعها)) . وعند التركيز في موقف المشرع العراقي هذا يتبين لنا وبحق أنه عندما ينقضي حق الرهن فأنه

([1]) Cuq, Édouard, Manuel des institutions juridiques des Romains, 2e Ed Paris, 1966, p 666.

([2]) Leon Estivant, Etude Sur La Mobilisation de la Propriete Fonciere Dans L'Act Torrens, paris 1900, p 27.

([3]) د. محمد سعد خليفة، السجل العينى، دراسة فى القانون المصرى والليبى، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1996 – 1997، ص 5.

([4]) Deschenaux. Henri, Le registre foncier, in Traité de droit privé suisse, vol. V/ll. 2, Fribourg 1983, p. 510 , p.491

يجب حتماً تأشير بما يفيد ذلك، وأن يذكر صراحة السبب الذي أدى إلى إنقضاء هذا الحق، والأمر نفسه بالنسبة لعودة الرهن، فيجب أن يؤشر في الصفحة نفسها على أمر العودة وأن يذكر بالتحديد السبب الذي أدى إلى عودة حق الرهن ويمنحُ اطراف عقد الرهن شهادة بذلك أي يمنحون سند ملكية العقار المرهون مؤشراً عليه تلك التغيرات، وهذا السند يعدَّ محرراً مادياً يمكن عن طريقه حتماً اثبات الإنقضاء الرهن وكذلك العودة له، ويستطيعُ كل طرف التمسك بما دون فيه من حقوق. ومن أوضح المصاديق على ذلك هو ما ذهب اليه الفقه في اثبات التغيرات التي تحدث في نطاق العقار المرهون، إذ ذهبَ البعض من الفقه الفرنسي إلى تلك التغيرات يتم أثباتها عن طريق الرجوع الى قيد الرهن وسجله لذلك عدّ التسجيل ركن من أركان عقد الرهن التأميني[1]. إذإأن حالة الرهن وجوداً وعدماً يمكن أثباتها من خلال الأشهاد المبين فيه على وجه التحديد حالة العقار المرهون ولاسيمَّا في ما يتعلق بالدين المضمون بالرهن وحق الرهن ذاته[2].

هذا ومن الجدير بالذكر أن إثبات عودة الحق بعد إنقضائه ولاسيمَّا في الرهن التإميني له أهمية بالغة أذ أن من خلال أثبات ذلك الأمر الذي يجنبهم التزاحم على حقوقهم المسجلة على العقار المرهون، كما أن يعطي صورة واضحة على العقار المرهون بأن الحق المثقل به لا زالَ قائماً وأن طرء عليه الإنقضاء[3]. وبالتالي فأن العودة للحقوق والالتزامات في نطاق الرهن تثبت في حقيقة الأمر من خلال سند ملكية العقار المرهون، فالراهن وكذلك المرتهن يزود كل منهما بذلك السند مؤشراً عليه بما يفيد ذلك من ذلك نجد أن المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري أشارَ الى ذلك ونص صريح إذ نصت المادة (307/ 2) من قانون التسجيل العقاري على أنه ((تصدرُ سندات الرهن بنسختين تعطي منها للدائن المرتهن و النسخة الثانية للمدين الراهن وفي حالة تعدد الدائنين المرتهنين أو

([1]) Louis Bach, Droit Civil : Introduction à l'étude du droit, Tome 1, 13ème édition, SIREY 1999, page 648 . Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, Traité du droit civil : droit Spécial des sûretés réelles, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris 1996, page 541.

([2]) Marie-Noelle Jobard-Bachellier, Droit Civil: Sûretés, Publicité foncière, 13ème édition, Dalloz, Paris 2000, page 136

([3]) Ilyes Miladi, Formalisme et effets des sûretés réelles à l'égard des tiers, Mémoire en vue de l'obtention du mastère en droit des affaires, FSJPST 2005-2006, page 43.

المدينين الراهنيين فيجوز أصدار السندات بعدد أطراف عقد الرهن إذ طلبوا ذلك)) [1]. ولا مقابل لهذه المادة لا في القانون الشهر العقاري المصري، ولا في القانون المدني الفرنسي المعدل والنافذ، هذا ومن الجدير بالذكر أن اثبات حق عودة الرهن تثورُ عادةً عندما يحصل نزاع على عودة هذا الحق من عدمهِ، وهذا الأمر يحصلُ بطبيعة الحال عندما يكتسب الغير حق على العقار المرهون خلال الفترة القانونية الممتدة من لحظة إنقضاء الحق لحين عودة، كأن يكسب رهن آخر عليه خلال هذه المدة، فعندما يدعي الدائن المرتهن بأن حقه بالرهن قد عادَ بسبب زوال سبب إنقضاءه قد يحصلُ بالمقابل معارضة من قبل الغير حسن النية الذي أكتسب حق على العقار المرهون؛ لأن في عودة الرهن مرة أخرى قد يتسبب في أضرار له إذ قد تؤدي العودة من جديد الى أضعاف التأمينات لهذا الغير؛ لذلك فهو يدفعُ بأن الرهن السابق الواقع على العقار قد زالَ مما يتطلبُ من الدائن المرتهن في الرهن الذي تقرر إنقضاءه وعودته أن يثبت عودة هذا الحق من خلال الرجوع الى سند ملكية العقار المرهون الذي أشار عليه عودة هذا الحق.

وحسناً ما فعل المشرع العراقي إذ جعل الأخير مرتبة صاحب حق الرهن أي الراهن الذي أثبت عودة حقه أدنى من مرتبة الغير حسن النية الذي أكتسب حق على العقار المرهون خلال هذه الفترة؛ وذلك بغية حماية الحقوق المكتسبة من ناحية، وتحقيقاً للأستقرار في المعاملات المالية من ناحية أخرى، كما أنه من بين أهم الأدلة المادية التي يمكن بواسطتها اثبات إنقضاء الحقوق وعودتها هو الأحكام القضائية المكتسبة درجة البتات، فمن ناحية إنقضاء الحقوق أو الالتزامات أنه في حالة النزاع على أنقضاء الحق أو الالتزام، فأن الفيصل في ذلك في البت بالإنقضاء من عدمهِ هو القضاء، فإذا حكم قضائي يقضي بإنقضاء الحق فأن هذا الحكم يصبح في حقيقة الأمر واجب التنفيذ في دوائر التسجيل العقاري، وأن السند القانوني لذلك كما هو الحال في إنقضاء حق الإرتفاق العقاري هو نص المادة (6/243) من قانون التسجبل العقاري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يسجلُ

([1]) وقريب من هذا المعنى تضمنته نص المادة (164/ ب) من قانون الملكية العقارية الأردني إذ نصت هذه المادة على أنه ينظم سند الرهن ويسجل لدى مديرية التسجيل ويتولى مديرها أو من يفوضه من موظفيها القيام بما يلي: ب- أدارج أشارة في السجل العقاري للعقار تفيد بأنه مرهون رهناً تأمينيا مع بيان مرتبة الرهن وأعطاء كل من الراهن و الدائن المرتهن نسخة من سند الرهن والقيد مقابل توقيعهم بسليمها)). ولا مقابل لهذه المادة في قانون السجل العقاري السوري. وعلى ذات المنوال سار المشرع الليبي في قانون التسجيل العقاري وأملاك الدولةإذ أنه لم يتضمن بين نصوصه المعنى الذي تضمنه المشرع العراقي وكذلك الأردني.

إنقضاء حق الإرتفاق بحكم قضائي حائز درجة البتات أو إقرار قانوني له قوة الحكم))[1] أما بخصوص موقف المشرع المصري فأنه جاءَ بحكم عام يشملُ حق الإرتفاق وغيره وذلك من خلال نص المادة (39) من قانون السجل العيني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يجوز أجراء تغير في البيانات الواردة في السجل العيني الا بمقتضى محررات موثوقة صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل أو بمقتضى حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار اليها في المادة 21...)) [2]. وعليه فيجب بحسب مضمون هذه النصوص أن يكون هذا الحكم والذي يستندُ عليه في إنقضاء هذا الحق أن يكون حائزاً درجة البتات أي مستنفذاً لطرق الطعن ويبدلُ على أساسهِ سجل العقارين تبعاً لهذا الحكم[3].

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأتحادية العراقية في قرار صادر لها بإزالة حق المجرى المحدث من قبل صاحب العقار المرتفق لعدم وجود دليل يثبت هذا الحق بتسجيلهِ بدائرة التسجيل العقاري كون أن حق الإرتفاق قُيد على الملكية ولا يكسب مشروعيته إلا بالتسجيل أستناداً لصراحة نص المادة (239) من قانون التسجيل العقاري العراقي إذ جاءَ فيه ((... فتح النهر في القطعة الشائعة لمصلحة قطعة أخرى يعتبر من الأعمال الضارة غير المعتادة التي تستلزم موافقة جميع الشركاء حيث وجد بأن الحكم المميز قد جانب الصواب لأن المدعي قد أقام دعواه وطلب بموجبها الحكم له برفع التجاوز المتمثل بفتح المجرى وردمه الحاصل من قبل الدعي عليهما على القطعة المرقمة 8 مقاطعة 28 العمادية، والتي يملك فيها سهام شائعة مع أشخاص أخرين ، وتجد أكثرية هذه الهيئة من وقائع الدعوى وأدلتها ومستنداتها بأن جوهر النزاع يتركز بالنهر الذي يمر بالقطعة المرقمة8 / م 28 العمادية العائدة للمدعي وصولاً للقطعة المرقمة 2/3 م28 العمادية العائدة للمدعى عليهما، فإن هذا المرور المدعى بصفة مشروعة أم غير مشروعة يستلزم رفعه، ومن أين يستعد المعى عليهما الحق في ري قطعتهما بالمياه مروراً بقطعة المدعى، ولأن حق المجرى هو من حقوق الأرتفاق وهو حق عيني عقاري يتقررُ بمصلحة عقار مملوك لشخص آخر، بموجبهِ يحقُ لمالكِ الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر المياه الكافية

([1]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون الملكية الأردني، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون السجل العقاري السوري. وقانون السجل العقاري وأملاك الدولة الليبي

([2]) المادة (39) من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 المعدل والنافذ.

([3]) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 42.

لري أرضه، وهو بهذا الوصف يعتبر حقاً مقيداً للملكية. ولهذا حرصَ المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل على وجوب تسجيل هذا الحق في سجلات التسجيل العقاري وتأشيره في الخرائط الرسمية المعتمدة في دائرة التسجيل العقاري المختصة، ولا يكتسب حق المجرى بوصفه حقاً عينياً مقيداً للملكية إحترامه وقدسيته إلا بالتسجيل، وذلك أستناداً لصراحة نص المادة (239) من قانون التسجيل العقاري، ومن خلال تدقيق أضبارة العقار للقطعة 8م28 العمادية لوحظ عدم وجود أي واجب مجرى المتمثل بالنهر موضوع الدعوى لمصلحة قطعة المدعى عليهما (2/3م28 العمادية) وللتثبت فيما إذا كان هناك حق مجرى لقطعة المدعى عليهما، مؤشر على الخرائط الرسمية المعتمدة وبالذات خارطة الكادسترو ؛ لأن قطعة المدعي غير مفرزة يقتضي الإستعانة بالخبراء من أهل الفن بإختصاص المساحة والري، ولهذا فإن محكمة البداءة ومن بعدها محكمة الأستئناف أجرت الكشف أكثر من مرة وأعتمدت محكمة البداءة في حكمها المستأنف على تقرير الخبراء المساحين الخمسة، والذي أكد تقريرهم بأن النهر موضوع الدعوى غير مؤشر في خرائط الكادسترو ومساحته تبلغ (1834م2) وفي المرحلة الأستئنافية جاء تقرير الخبراء المساحين السبعة ومن ثم الأحد عشر ليؤكد بان النهر موضوع الدعوى المستحدث على القطعة 8م28 العمادية قد تم فتحه تجاوزاً لأنه وفقاً لخارطة الكادسترو لا يوجد واجب مجرى على قطعة المستأنف عليه، لمصلحة قطعة المدعى عليهما المستأنفين .وأن النهر غير مؤشر في سجلات دائرة التسجيل العقاري ولما كان قيام المستأنفين المدعى عليهما لحفر نهر على قطعة المستأنف عليه المدعي يعتبر فعلً مادياً وتجاوزاً، والتجاوز هو الغصب بعينه والغاصب بأي صورة من الصور ومنها فتح النهر في أرض الغير ملزم برفع يده الغاصبة عن حق التصرف في لأرض وذلك إستناداً للمادة (1176) من القانون المدني ولا يغير من الأمر شيئاً تملك المستأنف المدعى عليه الأول س.م.د لاحقاً وبعد إقامة الدعوى سهاماً في القطعة 8م28 العمادية العائدة للمدعي المستأنف عليه والتي يخترقها النهر موضوع تجاوزاً أو بصورة غير قانونية وذلك بالإستناد على ما أستقر عليه القضاء هذه المحكمة بموجب قرارها المرقم 404/هيأة عامة في 2012/2/28 والذي أعتمدته محكمة الأستئناف كسبب في رد دعوى المستأنف عليه المدعي وفقاً للتسبيب الذي ساقته في حكمها المميز، لأن هذا الأمر محل نظر وتسبيب محكمة الإستئناف في غير محله وذلك لإختلاف الموضوع الذي تم معالجته من قبل محكمة التمييز الإتحادية ، بقرارها 404/هيأة عامة /2011 والذي تركز بخصوص قيام الشريك

بتشييد وبناء مشيدات أو دار سكن على الأرض الشائعة والإتجاه بعدم قلعها سواء تمت بإذن الشريك من عدمه، أن موضوع دعوى المدعي المستأنف عليه، فإن الأمر يختلفُ تماماً . لأن الموضوع يتعلقُ بفتح نهر بقطعة المدعي تجاوزاً لمصلحة قطعة أخرى، ولا علاقة له بحالة الشيوع ما بين الشركاء لا من بعيد ولا من قريب، لأن فتح النهر في القطعة الشائعة لمصلحة قطعة أخرى ,يعتبر من الأعمال الضارة غير المعتادة التي تستلزم موافقة جميع الشركاء ولعدم وجود أي موافقة فأن لكل شريك ومن ضمنهم المدعى المستأنف عليه أتخاذ الأجراءات اللازمة التي تحفظ المال الشائع المادة (1066) من القانون المدني.كما أن موضوع عدم وصول المياه الى قطعة المتأنفين المدعى عليهما وتقرير كونها محبوسة من عدمهِ لا يمكن التصدي له في هذه الدعوى طالماً لا يوجد حق مجرى لقطعنهما على قطعة المدعي مورث المستأنف عليه بصورة رسمية. كما أن موافقة المدعي على فتح النهر وبعرض لا يتجاوز المتر تعتبر إباحة والإباحة تنقطع بالمطالبة القضائية، ولأن محكمة الأستئناف قد أكملت جميع تحقيقاتها، وقد ثبت بأن النهر موضوع الدعوى المستحدث من قبل المستأنفين عليهما غير موجود في الخرائط الرسمية، ولم يتم تأشيره في سجلات التسجيل العقاري ولم تصدر أي موافقة من جهة مختصة بذلك، وعليه تكون دعوى المدعي وجبت الرد قانوناً...))[1].

وبالتركيز في موقف محكمة التمييز هذا نجد وبحق أنها توصلت الى نتيجة في غاية الأهمية إذ انها قد اقرت انقضاء هذا الحق أذا لم يثبت في دائرة التسجيل العقاي وأن يمنح الأطراف المتعاقدة سنداً بذلك لغرض أثبات وجود هذا النوع من الحقوق، فإذا كانت هذه الحقوق مقررة على سبيل التسامح فأنها تنقضي حتماً بالمطالبة القضائية، وعليه قد إنقضت

([1]) وبهذا انتهت محكمة التمييز الاتحادية في هذا الصدد بانه ((.... وكان على محكمة الأستئناف الأستناد على تقرير الخبراء المساحين السبعة وملحقه المؤرخ 2016/5/20 والذي وافق عليبه المستأنف عليه المدعي في جلسة 2016/5/9 والذي حدد مساحة التجاوز البالغة 1725 متر مربع والمؤشرة باللون الأزرق وهي أقل من المساحة التي حددها الخبراء المساحين الخمسة والذي أعتمدته محكمة البداءة في حكمها المستأنف وكذلك أقل من تقدير الخبراء المساحين الأحد عشر ولأن المدعى عليهما قد طعنا بالحكم البدائي وأستناداً لقاعدة (الطاعن لا يضار بطعنه) يقتضي أعتماد تقرير الخبراء المساحين السبعة من جهة تحديد التجاوز ولما كان الحكم الأستئنافي المميز قد جاء على خلاف ما سلف ذكره وبيانه وتأسيساً على ما تقدم قرر نقض الحكم المميز وأعادة أضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها.وفقا للمنوال المتقدم)). للمزيد ينظر : قرار محكمة التمييز الأتحادية :نوع الحكم: مدني رقم الحكم /17/ الهيئة العامة ، بتاريخ 2017/8/28 والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الأتحادية http://www.hjc.iq\qview.2405 تاريخ الزيارة 2024/5/9 .

على أثر هذه المطالبة هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يعود الحق في الغالب الأعم بواسطة الحكم القضائي وكما بينا ذلك سابقاً وقلنا أنه من الممكن أن يكون الحكم القضائي مصدر من مصادر عودة الحقوق إذ عادةً ما يكون للقضاء المدني الكلمة للفصل في حسم المنازعات التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع نتيجة المعاملات المالية ولذلك نجد أن المشرعين على حماية حقوق الأفراد وسواءَ أكانت هذه الحقوق منقولة أم عقارية، إذ أن القانون قد أعطى للشخص المضرور الحق باللجوء الى القضاء للمطالبة بحقهِ بالطرق المتعارف عليها بطبيعة الحال لحماية حقوقه ووسيلته في ذلك هي إقامة الدعوى القضائية، وذلك عن طريق اللجوء الى المحاكم للمطالبة بحمايته أو الإعتراف بحقه أو الإقرار به مهما كانت طبيعة الحق ونوعة فإذا كان الاعتداء مثلاً على حق عيني، فإن صاحب الحق العيني له الحق في حقيقة الأمر في دفع الأعتداء بدعوى عينية ومن شأن هذا الأعتداء أن يترتب بموجبه أصابة صاحب الحق بضرر مما يتيحُ له حقيقة المطالبة بإعادة حقه إليه او التعويض عما لحقه من ضرر [1]. وهذا يعد نتيجة طبيعية لما كفله القانون لشخص في حماية حقوقه إذ نجد أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية قد عرف الدعوى بالمادة الثانية منه أذ نصت هذه المادة على أنه ((طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء)) [2].

فالدعوى بطبيعة الحال تجسد سلطة الفرد من خلال الأتجاه الى القضاء بغية الحصول على حقه و على حماية تقرير حق، ومن هذا المنطلق ذهبَ بعض الفقه الى أنها السلطة القانونية المخولة للشخص أو للطرف للألتجاء الى المحكمة المختصة للحصول على الحق[3]. ومن بين أهم الدعاوي التي ترفع أمام القضاء هي الدعوى العينية لا سيما العقارية وهي الدعاوي المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، التي تهدف حتماً الى حماية حق من الحقوق العينية، ومنها دعوى أعادة حق الإرتفاق، أو أي حق عيني أخر لأرتباطها

([1]) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 79.

([2]) المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969 ولا مقابل لهذه المادة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (12) لسنة 1975 النافذ، إذ أنه لم يتضمن نصاً يقابل نص المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([3]) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83، لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، 2005، ص 10، أنظر كذلك د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، بلا جهة ومكان طبع، 1955، ص 91، ود. ضياء شت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، بلا طبعة، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، ص 47.

بالحياة العملية من جهة، وصيانة الملكيات العقارية من جهة أخرى منعاً للتجاوز في ظل حقيقة لا يمكن أنكارها في وجود عقارات متجاورة دائماً وأبداً، ومن ثمَّ فإن الحماية القانونية و التي تحققها النصوص التشريعية (القانونية) تخلق في حقيقة الأمر ضماناً لأصحاب الحق العيني؛ وذلك في سبيل الحصول على حقوقهم من زاوية، ومنع الغير من المساس بها أو الأعتداء عليها من زاوية أخرى، ويكون ذلك حتماً عن طريق الإلزام نتيجة للجزاء التي تفرضها القاعدة القانونية.

وأستناداً على ذلك فإن القانون يحمي هذا النوع من الحقوق في حالة نشوء نزاع بين مالكين لعقارين متجاورين، فإن مصير هذا النزاع ينصرف أما الى دعوى الملكية أو دعوى وضع اليد، وبذلك توجد صلة قوية بين أثبات الحق وحمايته، ففي نطاق حق الإرتفاق العقاري فإن أطراف الدعوى هم مالك العقار (المدعي) الذي يطلب إعادة الإرتفاق الى عقار، ومالك العقار المرتفق به (المدعى عليه) المطلوب منه السماح لمالك العقار المرتفق بإعادة الإرتفاق وقد يقوم بتنفيذ الحكم القضائي حال أمر القضاء بعودة الإرتفاق أو التنفيذ جبراً في حال عدم السماح لمالك العقار المرتفق بإعادة حقه في الإرتفاق [1] .

ومن هذا المنطلق فإذا أنقضى حق الإرتفاق؛ لأي سبب من الأسباب كأن يكون هذا الإنقضاء بهلاك العقار أو إتحاد الذمة أو أن يكون عن طريق أستحالة إستعماله، وأعيد بناء العقار الهالك أو أذا زالت حالة إتحاد الذمة بأختلاف الصفة، و على أثر ذلك أنكر صاحب العقار المرتفق به حق صاحب العقار المرتفق في إعادة حق الأنتفاع العيني، ففي هذه الحالة يمكن لصاحب العقار المرتفق أن يلجأ لإثبات حقه في المطالبة بإعادة الإرتفاق، وعلى المحكمة أن تتحقق من وجود أرتفاق سابق من خلال الإطلاع على سجل العقارين لدى دائرة التسجيل العقاري، إذ تنظر هنا في حقيقة الأمر بأمكانية عودة حق الإرتفاق من عدمها .

اذ جسدت محكمة التمييز الأتحادية في قرار صادر لها على ضرورة التحقق من ذلك في أحدى قراراتها إذ جاء فيه ((...أن دعوى المدعية تضمنت طلب إلزام المدعى عليهم، والحكم بتثبيت حق المرور لعقارها المرقم (81م16) بلد على العقار المرقم 80من نفس المقاطعة وإن المحكمة أجرت الكشف بمعرفة خبير مساح، وتم تنظيم حق المرور لعقار

([1]) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 79.

المدعية على العقار العائد للمدعى عليهم مع إلزامها بدفع أجر المثل مقابل ذلك الحق، وأن هذا النظر من المحكمة لا سند له من القانون، ذلك إن سندي العقارين موضوع الدعوى خاليين من ذلك الحق، ولا يمكن ترتيبه ما لم يكن منصوصاً عليه في سند إنشائها أستناداً لأحكام المادة (1275) من القانون المدني، والمادة (239) من قانون التسجيل العقاري، إلا إذا ثبت للمحكمة أن عقار المدعية محبوس ولا يمكن الوصول الى الطريق العام، إلا عن طريق عقار المدعى عليه مما يقتضي على المحكمة الأستعانة بخبراء مختصين، للتحقق عما إذا كان عقار المدعى محبوس وفق ما تقدم ولما كانت المحكمة قد أصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما أخل بصحته، لذا قرر نقضه وإعادة أضبارة الدعوى الى محكمتها لتقضي برد الدعوى[1].

من ذلك فإن المحكمة هي التي لها الصلاحية والسلطة التقديرية في حسم موضوع النزاع، وهي من تقرر الحكم بعودة حق الإرتفاق هذا، إذا رأت ان هناك ضرورة لعودته، ومن ثم أذا رفع دعوى موضوعها ضرورة عودة حق الإتفاق لعقار معين وصادف هذا الأدعاء أنكار من قبل المدعى عليه وذلك لدفعهِ بخلو عقاره من الإرتفاق فأن المدعي يتعين عليه أن يثبت وجود حق الإرتفاق القديم وضرورة أعادته، ان يقيم الدليل على وجود إرتفاق سابق، كذلك هو الأمر بالنسبة لأثبات إنقضاء وعودة حق الرهن التأميني إذا إن الأخير وكما هو معلوم قد ينقضي بقرار قضائي مكتسب الدرجة القطعية، ويعودُ كذلك بموجب هذا الحكم ويمكن الأسناد عليه في اثبات وانقضاء وعودة الحقوق في القانون المدني، و الأمر نفسه بالنسبة لحق المنفعة فهذه الأحكام هي واحدة لأن هذه الحقوق هي الفيصل في إنقضائها وعودتها تكون الكلمة فيها للقضاء بناءً على سلطتهِ التقديرية وحسب طبيعة كل التزام. ولكن هل من الممكن اثبات العودة للحقوق أو الالتزامات بعد إنقضائه بالأدلة المادية العرفية ؟

جواباً على ذلك نقول أن العودة للحق بعد إنقضائه تعتبرُ أثبات واقعة ويمكن أثبات هذه الأخير بطرق الاثبات كفافة ومنها الأدلة العرفية (الكتابة العرفية) و تتحقق هذه الأخيرة عندما يقوم الطرفان المتعاقدان اللذان أنتقل بينهما الحق مثلاً (البائع والمشتري...) بإعدادها

([1]) : قرار محكمة التمييز الأتحادية :نوع الحكم: مدني رقم الحكم /390/ الهيئة العامة، بتاريخ 2009/4/19 والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الأتحادية http://www.hjc.iq\qview.2405 تاريخ الزيارة 2024/5/9 .

سواءَ أكان ذلك ذلك عن طريق أنفسهم[1]. أم عن طريق كتاب من أجل تصرف قانوني ما، ويتم توقيعها بانفسهم [2]، أي من قبل المتعاقدين والشهود في الغالب الأعم إن وجدوا وهذا يتم في حقيقة الأمر من دون تدخل مباشر أوغير مباشر من موظف عام مكلف بخدمة عامة، من أجل أن تكون هذه الورقة دليل يستند عليه في الأثبات. وقد نص قانون الأثبات العراقي المعدل على ذلك وأطلق عليها (السندات العادية)[3]، وذلك من خلال نص المادة (25) منه والتي تنص هذه المادة على أنه ((يعتبرُ السند العادي صادرًا ممن وقعه ما لمْ ينكر صراحة ما هو منسوب إليهِ من خط أو إمضاء أو بصمة أبهام))[4]. وهذا ما أشار إليه المشرِّع المصري في نص المادة (14) من قانون البينات المدنية والتجارية المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((يعتبرُ المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو أمضاء ...)).

وفي الصدد نفسه أشار إلى ذلك القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة (1372) والتي تنص هذه المادة على أنه ((يكونُ المحرر العرفي المعترف به من قبل الطرف الذي يحتجُ به تجاهه أو المعتبر قانونًاً معترفاً به تجاهه، حجية بين الذين وقعوه وتجاه ورثتهم وخلفائهم)). ومن ثمَّ فأن اغلب التصرفات القانونية بطبيعة الحال يتم إثباتها من خلال المحرر العرفي، والسبب في ذلك قد يكون هناك مانع ما كالمانع الأدبي يحولُ دون إبرام تصرف قانوني بموجب عقد رسمي، أو يكون سبب ذلك في اغلب الأحيان قلة الخبرة القانونية، أو بسبب يرجع الى إرادة المتعاقدين؛ لأن طبيعة التصرف كانت تقتضي ذلك، فمثلًا أذا كانت هناك مخالصة دين بن طرفين دائن ومدين وبعهدها أنتقضت علاقة المديونية بينهما بالوفاء وحررت بذلك ورقة عرفية تحملُ صفات وشروط أنشائها، ومن ثم

([1]) د. أحمد نشأت، رسالة الأثبات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة العلم للجمع، بيروت، لبنان، 2005، 261.

([2]) د. حسين المؤمن، المحررات والأدلة الكتابية، الطبعة الأولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبان، 1975، ص 300 وما بعدها.

([3]) القاضي أياد أحمد سعيد الساري، الواضح في قانون الأثبات، شرح مفصل بطرية السؤال والجواب وفقا لأخر التعديلات ومعززا بأحكام القضاء، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد العراق، 2023، ص 103.

([4]) وتقابلها نص المادة (11) من قانون البينات الأردني والتي تنص ((من أحتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع. أو ختم أو بصمة أصبع وإلا فهو حجة عليه بما فيه)). ونفس المعنى تضمنته نص المادة (10) من قانون البينات السوري، ونص المادة (181) من القانون المدني الليبي.

تبين الوفاء لهذا المال غير صحيح فيها ومن ثم استدعت الحاجة الى رجوع علاقة المديونية، فعادت الى الحالة التي كانت عليه قبل حصوال واقعة الإنقضاء لهذا الحق، وكانت هذه العودة لهذا الحق بموجب محرر عرفي فأن هذا الأخير يستندُ عليه في اثبات دعوى المدعي الذي يطالب بأعادة الحق اذ ما صادفت هذه المطالبة انكاراً من الطرف الأخر.

ويمكن استنتاج ذلك عن طريق التمعن بقرار صادر عن محكمة التمييز الأتحادية العراقية إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((... لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لما أستند عليه من أسباب قانونية حيث أن الثابت لهذه المحكمة أن علاقة المديونية يتم أثباتها من خلال سند الدين حتى وأن كان هذا الأخير قد خلا من أسم المدين ما دام السند مذيل بتوقيع الطرفين وأن وقائع الدعوى تثبت أن الحامل هو الدائن بهذا الحق ...لذا فان دعوى المدعي لديها سند من القانون لذا قررت المحكمة رد دعوى المدعي وتصديق قرار....))[1].

أنطلاقا ممّا سلف يتضحُ لنا وبحق أن إثبات انقضاء الحقوق وعودتها تتم عن طريق المحررات الرسمية أو العادية شريطة أن يتمسك بها من قبل أحد المتعاقدين أو من خلفهما العام في الغالب الأعم، فعبء الإثبات يقع على الشخص المتمسك بإنقضاء الحق او بعودته، وقبل بيان الأدلة الأخرى لإثبات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني فإنه من الجدير بالذكر هنا هو أن الأدلة المادية في إثبات العودة للحق أو الالتزام بعد إنقضائه تحتلُ أهمية كبيرة، لأنه في الغالب تكونُ ذات دلالة قطعية، كما إن أغلب حالات العودة تثبت عن طريقها، كعودة حق الإرتفاق في بعض الأحيان، أو عودة حق الرهن أو حق المنفعة وبقية الحقوق العينية.

([1]) قرار محكمة تمييز العراق، المرقم (551) والصادر في 21/ 9/ 1988، نقلا عن أبراهيم المشاهدي، المبادى القانونية في قضاء محكمة التمييز، الجزء الثاني، القسم المدني، الطبعة الأولى، الجاحظ للطباعة والنشر، العراق، بغداد، 1990. ص 164.

الفرع الثاني

الإثبات بالأدلة الأخرى

من المعلوم إن أدلة الإثبات لا تقتصر لا على المحررات بنوعيها أي المحررات الرسمية والعرفية، وإنما قد تكون هناك أدلة غيرها وإن كانت أقل منها حجية، إذ يستعينُ بها القضاء في الغالب الاعم لإكمال قناعته وهذه الأدلة قد تكون الإقرار، أو اليمين، أو القرينة، القضائية، أو الخبرة وغيرها من أدلة الإثبات المعروفة، وهذه الأخيرة يثبت عن طريقها إنقضاء وعودة الحقوق و الالتزامات المدنية، إذ إنه قد يتعذرُ الحصول بطبيعة الحال على دليل يثبت بواسطة تصرف قانوني ما إنقضاء أو عودة، لا سيمَّا إذا كان هذا الدليل مادياً، وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ أنه في حالة تعذر الحصول على هذا الدليل قد أفرد القانون أدلة أخرى يثبت من خلالها وجود تصرف قانوني يتم من خلالة إثبات العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها ، وهذه الأدلة تكمن في الشهادة في أحوال معينة، وكذلك قد تكون المعاينة أو الخبرة القضائية ...[1] . هذا ومن الجدير بالذكر أنه قبل بيان هذه الأدلة ودورها في أثبات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني لا بد لنا من أن ننوه على أن السبب الذي أدى الى إنقضاء الحق من ناحية، وعودته من ناحية أخرى، قد يكون الواقعة لا سيما في حالة هلاك الشيء محل الإنقصاء؛ لأن الواقعة هي عبارة عن أحداث معينة يقررها القانون ويرتب عليها نشوء حق معين أو أسقاطه، فتصبح هذه الواقعة مصدر للألتزام، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال ما نصت عليه المادة (1100) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((الوقائع القانونية هي أفعال أو احداث يرتب عليها القانون آثارًا قانونية)).

فقد ينشأ الحق بعد إنقضائه ليس استناداً إلى القانون مباشرة، كما هو الحال في نطاق التصرفات القانونية عموماً، أي سواءَ أكان ذلك بالإرادة المنفردة أم بالأرداة المشتركة (العقد)، بل أستناداً إلى واقعة قانونية، حيث تعد الأخيرة سبباً منشأً للحق المدعى به ولا سيمَّا بعد إنقضائه وعودته مرة أخرى [2]. ومن بين الأدلة التي يمكن أن يثبت بها

([1]) المحامي عبد الرحيم عبد الجبار، مرشد المحامي بالدفع والإثبات، الطبعة الأولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 2019، ص 22.

([2]) د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، الطبعة الأولى، معهد الأدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1986، ص 60.

إنقضاء الحقوق وعودتها هي البينة الشخصية (الشهادة) فالآخيرة تعد دليلاً معتبراً لا يمكن الأستهان به في الأثبات ولا سيمَّا أذا كانت الحق أو العلاقة القانونية غير محررة على وفق دعامة مادية رسمية كانت أم عرفية، إلا أنه يجب الأخذ بالحسبان أن للأثبات بشهادة الشهود قوة محددة قانوناً في نطاق التصرفات القانونية، فالأصل وكما بيّنا ذلك سابقاً أن الإثبات قد يكون بدليل كتابي بيِّين من خلالهِ تصرف قانوني ما لتثبيت حق أو نفيه أو إنقضائة أو عودته بين شخصين تربطهم علاقة قانونية، فالبينة الشخصية آثر مهمٌ وفعال في الإثبات، ولا سيمَّا إذا كانت الواقعة القانونية المراد إثباتها هي واقعة مادية [1].

ومن الناحية التشريعية نجد إن المشرع العراقي قد وضعَ قاعدة عامة في إثبات التصرفات القانونية إنقضاء وعودة عن طريق الشهادة وهذه القاعدة تتمثلُ في عدم جواز إثبات التصرف القانوني بالبينة الشخصية، إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن خمسة الأف دينار إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون وهذا ما نصت عليه المادة (77/اولاً) من قانون الإثبات العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو إنقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد عن خمسة الاف دينار ...)) .

ومن هذا المنطلق لا بد أن ننوه على أن ما يهمنا في هذا المجال هو القاء الضوء على كيفية اثبات إنقضاء الحق أو عودته في القانون المدني عن طريق البينة الشخصية، فكثيراً ما يحدث في الواقع العملي من إبرام تصرفات قانونية بصورة شخصية بين طرفين أو أكثر ثم يستمرُ الأمر هكذا، وبعد مدة زمنية قد تطول أوقد تقصر، ينقضي الالتزام عن طريق الوفاء مثلاً تم يتبيّن أن هذا الآخير لم يكن مبرىء للذمة ومن ثم أستدعت الحاجة إلى عودته الا أن أحد المطرفين، أي المتزم باعادة الحق أو الالتزام الى الحالة التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء يتملصُ أو يتقاعسُ عن إعادة هذا الوضع إلى ما كان عليه. أي أنه يمتنع عن تنفيذ التزامه بالعودة، وعندما يدعي الطرف المقابل عدم تنفيذ التزامه، فإنه يجب عليه إثبات وجود تصرف قانوني للوهلة الاولى ومن ثم إثبات اخلاله بالتزامه، وهذا يؤدي بدورهِ دون شك الى إثبات عودته، كما هو الحال في إثبات عودة الدين ، فعندما يطالب الدائن مدينه بتنفيذ التزامه وأعادته وهو تسديد الدين من جديد كون الوفاء كان بمال الغير، أو بحق متنازع فيه ومن ثمَّ أستحق هذا المال، فأنهُ يجب عليهِ اولاً تقديم

([1]) د. عبد الباسط جاسم محمد ، المختصر المفيد في شرح قانون الإثبات العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، 2019، ص43.

سند الدين عند توفره بحيث يجب أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ[1]. وفي حالة عدم وجود هذا السند، فللدائن إثبات جود هذا التصرف الذي إنقضى ومن ثم استدعت عودته عن طريق شهادة الشهود في أحوال معينة[2]، حتى يتمكن الدائن من مطالبة مدينهِ ومن ثمَّ الأحتجاج عليهِ وحده دون غيره. وبهذا يتضحُ لنا وبحق أن إثبات هذا الحق هو في الأصل إثبات الإنقضاء من ناحية والعودة له من ناحية أخرى، فالشهادة قد تسعفنا في بعض الإحيان لإثبات عود الحق أو الالتزام لا سيما إذا كان هذا الحق أو الالتزام شخصياً وفي الأحوال المقررة قانوناً والمحكمة السلطة التقديرية الممنوحة لها بموجب القانون الإسناد الى هذه البينة لإثبات الإنقضاء أو العود ة ويظهر لنا ذلك بوضوح من خلال التمعن بما ذهبَ اليه محكمة التمييز الأتحادية في قرار صادر لها إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((... أن المحكمة قد أستمعت الى بينة الطرفين ورجحة بينة المدعية على بينة المدعي عليه أستناداً الى السلطة الممنوح لها قانوناً بموجب أحكام المادة (82) من قانون الإثبات التي تعطي لمحكمة الموضوع حق تقدير البينة الشخصية (الشهادة) من الناحيتين الشخصية و كذلك الموضوعية ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفق ما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبيّن اسباب ذلك في محضر الجلسة حسب طبيعة كل التزام ...))[3].

فالقضاء إذن هو المرجع في مدى اعتبار هذا الدليل أساساً للعوة للحق أو الالتزام من جديد، على الرغم من أن دور هذا الدليل قد تراجع في بعض الأحيان خصوصاً في نطاق العودة لخطورة هذا الوضع؛ لأنه يؤدي الى عودة المتعاقدين الى وضع قد تقرر إنقضائه مما يخلق نوع من زعزعت الأستقرار في المعاملات المالية، لهذا عدّت العودة استثناء من الأصل، ومن ثمَّ لا يجوز التوسع بها أو القياس عليها وجوداً وعدماً. كذلك قد تثبت العودة للحقوق والالتزامات في بعض الأحيان بالإسناد على اقرار أحد الطرفين، إذ إن الإقرار أو الأعتراف كما يسمى عادة يعد من أهم الوسائل أو أدلة الأثبات الحاسمة لأي نزاع في

([1]) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 19.

([2]) د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا طبعة، بلا جهة طبع ومكان طبع، 1984، ص 194.أنظر كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 198، وما بعدها.

([3]) قرار محكمة تمييز العراق والمرقم (922) / مدنية / منقول/ 84- 85 والصادرفي 6/27/ 1985، نقلا عن القاضي حسين خضير، دور الشهادة في الأثبات المدني، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، 2013، ص 134. وذات المعنى تضمنه قرار محكمة تمييز العراق المرقم (27/ مدنية ثالثة/ عقار / 72) في 1973/3/17، النشره القضائية،لسنة 1973،ص68.

الدعوى أمام محكمة الموضوع، وبشكل خاص إذا ما كان هذا الدليل هو الوحيد في الدعوى ولاسيمَّا في المسائل المدنية أو إذا أيَّد مضمونه بأدلة أخرى كالشهادة، أو القرائن القضائية والقانونية، أو بالدليل الكتابي، وغيرها من أدلة الأثبات الأخرى. فالإعتراف أو الإقرار كان ولا يزال هو من أهم الأدلة وخير وسيلة اقناع للمحكمة وإن كان الأخذ به أو عدم ذلك خاضع لسلطة محكمة الموضوع التقديرية، ومهما يكن من الأمر فأن الإقرار من الناحية القانونية يحصل عند اقرارأو اعتراف من قبل الخصم في الدعوى بحق لشخص على نفسه، فتكون ذمته مشغولة بهذا الحق لمصلحة الغير[1].

بمعنى آخر إن الإقرار يحصلُ عند أدلاء الخصم في الدعوى بمعلومات عادةً ما تقرر حق على نفسه بنفسهِ تنصرف لمصلحة الطرف الأخر أم للغير ويعول عليها في حسم الدعوى القضائية، ويتقررُ مدلول هذا الكلام بشكل خاص في المسائل المدنية، وعليه نلاحظ إن الإقرار هو تصرف أرادي، كما هو الحال في السند العادي، الذي يحررهُ عادةً صاحبه ويعترف فيه على أثر ذلك بحق لنفسه أو لمصلحة الغير إلا إن حجية الإقرار في المسائل المدنية تكون قاطعة على صاحبها والسند العادي تكون حجيته خاضعة للتقدير عادةً، وليس حجة على صاحبها، الا بشروط نص عليها القانون.

كما أنه ليس كمثل السند الرسمي، إذ يتم تحريرهُ من قبل موظف عام مكلف بخدمة عامة لا من قبل المقرر المعترف وله حجة قاطعة على الغير بما دون فيه الموظف العام، والذي يترتبُ على المقر بعد أقراره بالحق الذي كان بذمته بنفسه وما في ذلك من طبيعة قانونية نتيجة هذا التصرف من قبل الخصم مدنياً فإنه يعدَّ حجة قاصرة على المقر دون غيره وعلى من يخلفه خلافه عامة أم خاصة بحدود الحق الذي إنتقل إلى الخلف الخاص، وهو في الوقت نفسه حجة قاطعة على المقر إذ يجب أن يلتزم به ولا يجوز الرجوع عنه وإلا فترد دعواه المقامة أمام المحكمة [2]. وعليه فإذا أقرَ الشخص أمام القضاء بعودة حق

([1]) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الأثبات، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، البغداد، 1997، ص143، أنظر كذلك د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص451 مجيد حميد السماكية، حجية الأقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الأسلامية، دراسة فقهية موازية ومقارنة بالقانون مدنياً وجنائياً، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد،1976، ص13.

([2]) د. خالد السيد محمد عبد الحميد موسى، شرح قواعد الأثبات الموضوعية دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مكتبة القانون والأقتصاد، الرياض، السعودية، 2014، ص 349. د. عبد رجانى عبد الرحمن

أو التزام وكان هذا الشخص كامل الأهلية وتوافرت فيه شروط الإقرار الأخرى، فأن حق العودة هذا يثبت، وبصرف النظر عن حصول واقعة الإنقضاء من عدمهِ، فأن أقرار المدعى بعودة هذا الحق تندفي معه الحاجة إلى اثبات انقضاء هذا الحق، فالشخص الذي يكلف باثبات الإنقضاء هو الشخص الذي يدعي العودة في حالة الطرف الذي ينكر العودة للحق أو الالتزام. أما إذا أقرَ بأن الحق أو الالتزام قد عادَ وأن السبب الذي أدى إلى إنقضاء الالتزام غير صحيح وهو بذلك وفاء غير مبرئ للذمة، فأن بمجرد أقرار الشخص بذلك وسواءً أكان هذا الإقرار تم بشكل شفوي أم كان بشكل تحريري يثبت على أثرهِ العودة للحق أو الالتزام و ليس أبلغ في الدلالة من ذلك ما ذهبت اليه محكمة تمييز العراق إذ قضت هذه المحكمة بأن ((يلزم المرء بإقراره الواقع أمام القضاء في دعوى ثابتة أستناداً الى أحكام المادة 468 لذلك كله تصبح الأعتراضات التمييزية غير واردة فقرر ردها وتصديق الحكم المميز مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق في ...))[1].

ومن هذا المنطلق فأن الإقرار القضائي في بعض الأحوال يكون دليلاً لإثبات انقضاء الحق من ناحية، كما أنه في الوقت نفسه قد يكون دليلاً لا يستهان فيه في أثبات العودة من ناحية أخرى ولا سيَّما في حالة أنعدام الدليل أو ندرته في أثبات العودة للحقوق والالتزامات. كما تؤدي الخبرة دوراً كبيراً في اثبات انقضاء الحقوق وعودتها كونها الوسيلة الأكثر فاعليه في معرفة سبب الانقضاء وقت حصوله، وكذلك هو الأمر بالنسبة للعودة، وهذا يعد نتيجة منطقية، حيث يعد نجاح أي منظومة قانونية كانت، مرتبطة أساساً بمدى حماية حقوق الأفراد وكذلك مدى مراعاتهم لظروفهم، والهدف من اللجوء الى ذلك هو تحقيق العدالة من خلال تمكين كل طرف في النزاع من أخذ حقه عن طريق حكم عادل و منصف. فقبل أن يحصل الشخص على حقه فأن المرحلة القضائية تتم بعد مراحل أبرزها مرحلة التحقيق، والتي تتم فيها من التاكد من صحة الوقائع الموجودة في الخصومة

عبد القادر عوض، الأقرار القضائي وأثره على سير الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في =المجلة الدولية للعلومات الأنسانية والأجتماعية، العدد (14)، 2020، ص 335. أنظر كذلك د. محمد شكري سرور، موجز اصول الاثبات، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص 173.

([1]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (57 5) والصادر 20/ 1/ 1979 نقلا عن المحامي عبد الجبار عبد الرحيم كريم، مرشد المحامي في الدفع والأثبات، بحث وتوضيح لمواد قانون الأثبات رقم 107 لسنة 1979، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2019 ، ص115 وما بعدها .

المطروحة أمام القضاء، ولهذا السبب جاءَ المشرع ببعض التدابير للتحقيق من صحة الوقائع، والتي يتم فيها جمع الأدلة والبراهين واعتماد الوسائل إلتي تسهل على المحكمة بناء عقيدتها[1]. بيد إن القاضي كثيراً ما يعجز عن أداء هذه المهمة على الوجه المطلوب أو على أكمل وجه، إذ شاب النزاع غموض أو لبس مما لا يسمح له بالألمام بكل جوانبه، ولا سيما إذا تعلق موضوع النزاع بواقائع ذات طابع فني يصعب على القاضي فهمها استناداً إلى التكوين القانوني للقاضي، خلافاً عن تكوين و تخصيص أصحاب المهن في كل مجال[2].

وأنطلاقاً ممَا تقدمّ أتجه المشرع العراقي على غرار التشريعات الأخرى ولا سيمَّا تلك التي تكون منها محل مقارنة إلى توسيع صلاحات القاضي في تسير إجراءات الدعوى وأعطائه دوراً أيجابياً في مجال اثبات الحقوق في النزاعات المدنية، فالمحاكم دائماً وأبداً لا تستطيع الأستغناء أو صرف النظر عن أجراء الخبرة القضائية، ومن ثمَّ فالخبرة القضائية تحقق هدفين فهي وسيلة أثبات، كما أنها وسيلة مساعدة لقاضي الموضوع على أثبات الوقائع ليصل هذا الأخير إلى قناعة تمكنه من أصدار الحكم المناسب الذي يحقق العدالة لطرفي موضوع النزاع؛ حتى لا تضيع هذه الحقوق من زاوية، وحتى لا يكتسب شخص حق على حساب شخص أخر من زاوية أخرى. وكثيراً ما يتم أتبات الحقوق عن طريق الخبرة القضائية.

ويمكن أن نلتمس ذلك من خلال قرار محكمة التمييز الأتحادية الذي قضت من خلالة بأن ((... أن المحكمة أتخذت من تقرير الخبراء سبباً لحكمها رغم عدم صلاحية لذلك))[3]. وفي قرار آخر صدرلها إذ قضت عن طريقه بأن ((أن عمل الخبراء المنتدبين من قبل المحكمة يعد عنصراً من عناصر الأثبات ويخضع في مجملهِ لتقدير المحكمة التي لها

([1]) جمعة هاجر تينهيان و شردوح فارس ، دور الخبرة القضائية في الأثبات(وفق قانون الأجراءات المدنية والأدارية) رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن، 2020، ص 2.

([2]) د. همام محمد محمود زهران، الوجيز في أثبات المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية الجديد للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003، 375. أنظر كذلك بهذا الصدد د. محمد حسن قاسم، قانون الأثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 405.

([3]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (1064/ الهيئة الأستئنافية منقول / 2011) والصادر بتاريخ 26/ 10/ 2011 نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي، أدلة الأثبات في الدعوى المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2016، ص 124.

سلطة تقديرية في الأعتماد عليه إذا اطمئنت اليه)) [1]. وعليه فالخبرة القضائية هي وسيلة أثبات تهدف الى التعرف وقائع النزاع، ومن ثم فهي وسيلة اثبات خاصة تنقل إلى مجال الدعوى دليلاً يتعلق باثبات الواقعة، ومهما يكن من الأمر فأن الذي يهمنا في هذا المجال هو بيان كيفية أعمال الخبرة القضائية في الاثبات في أطار إنقضاء الحقوق وعودتها، فمن المعلوم أن من أهم حالات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هو حالة انقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري إذ أن الحق الأخير ينقضي من خلال التغيير في وضع الأشياء محل هذا الحق، فقد يحدث مثلاً تغير في ماهية العين المقرر عليها حق معين كما هو الحال في الحق الأخير إذ ينقضي حق الأرتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق ويعود أذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق [2].

وإذا أمعنا النظر إلى ذلك يتبين بوضوح أن حق (حق الارتفاق)، ينقضي عند حصول التغير في وضع الأشياء بحيث إنه لا يمكن مع هذا التغير الاستفادة من هذا الحق العقاري، كما يتضح إن هذا الحق يعود إذا عادت الاشياء الى وضع بحيث يصلح معه الاستعمال والاستغلال، وهذا التغير في محل الاشياء لا يمكن اثباته إلا عن طريق تقرير خبراء مختصين في ذلك وليس أبلغ في الدلالة على ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت من خلاله بأنه ((... إن دفع المدعي عليه انقضاء حق الإرتفاق وعليه أستحالة عودته يقتضي الاستعانة بالخبراء والكشف الموقعي للعقار للتثبت من وجود الواقعة القانونية المؤدية إلى استحالة الاستعمال، فإذا اثبت للمحكمة ذلك، فتقضي بإنقضاء حق الإرتفاق العقاري، ولما كانت المحكمة قد أغفلت ذلك ولما أستند عليه القرار من أسباب غير صحيحة، لذا قررَ أعادة الدعوى الى محكمتها المختصة لأتباع ما تقدم..)) [3]. وأستناداً على ذلك فأن المحكمة لا يمكن إن تصدر حكماً يقضي بانقضاء حق الإرتفاق أو بعودته خصوصاً إذا تعلق الأمر بمسألة فيها لبس أو غموض، إلا بالاستعانة بالخبراء الذي تندبهم المحكمة لهذا الغرض، ولذلك نجد محكمة النقض المصرية قد

([1]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (89/ ت/ب / 2018) والصادر بتاريخ 27/ 3/ 2018 قرار غير منشور

([2]) نظر بهذا الخصوص نص المادة (1283) من قانون المدني العراقي وتقابلها بالمعنى ذاته نص المادة المادة (1082) من القانون المدني المصري، المادة (703) من القانون المدني الفرنسي.

([3]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (1210)، والصادر بتاريخ 7/4/ 2002، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eتاريخ الزيارة 12 / 5/ 2024.

استندت في رد دعوى المدعي بعودة حق الإرتفاق العقاري بسبب عودة الشيء محل حق الإرتفاق العقاري الى وضعه السابق، كون المدعى عليه قد دفعَ بأستحالة أستعمال حق الإرتفاق بسبب هذا التغيير، لأن هذا الأخير وكما بينا سابقاً هو مانع من موانع عودة حق الإرتفاق العقاري، إذ كان الأجدر بمحكمة الموضوع أن تنتدب خبراء متخصصين لمعرفة عودة الشيء محل حق الإرتفاق هذا الى وضعه السابق من عدمهِ، وأن تؤسس حكمها على ذلك ولا سيمَّا إذا اطمأنت إليه المحكمة، وهذا الأمر يبرز لنا في حقيقة الأمر الدور الذي تلعبه الخبرة في اثبات انقضاء الحقوق وعودتها .

هذا التوجه القضائي لمحكمة النقض المصرية لم يكن بعيداً عن أنظار القضاء العراقي إذ إن محمكة التمييز الأتحادية جسدت هذا التوجه القضائي بموجب قرار صادر لها إذ قضت من خلاله بأنه ((... ومن خلال تدقيق أضبارة العقار للقطعة 8م28 العمادية لوحظ عدم وجود أي واجب مجرى المتمثل بالنهر موضوع الدعوى لمصلحة قطعة المدعى عليهما (2/3م28 العمادية) وللتثبت فيما إذا كان هناك حق مجرى لقطعة المدعى عليهما، مؤشر على الخرائط الرسمية المعتمدة وبالذات خارطة الكادسترو؛ لأن قطعة المدعي غير مفرزة يقتضي الأستعانة بالخبراء من أهل الفن بإختصاص المساحة والري، ولهذا فإن محكمة البداءة ومن بعدها محكمة الأستئناف أجرت الكشف أكثر من مرة وأعتمدت محكمة البداءة في حكمها المستأنف على تقرير الخبراء المساحين الخمسة، والذي أكد تقريرهم بأن النهر موضوع الدعوى غير مؤشر في خرائط الكادسترو ومساحته تبلغ (1834م2) وفي المرحلة الأستئنافية جاءَ تقرير الخبراء المساحين السبعة ومن ثم الأحد عشر ليؤكد بأن النهر موضوع الدعوى المستحدث على القطعة 8م28 العمادية قد تم فتحه تجاوزاً لأنه وفقاً لخارطة الكادسترو لا يوجد واجب مجرى على قطعة المستأنف عليه، لمصلحة قطعة المدعى عليهما المستأنفين... وعلية تكون دعوى المدعي واجبة الرد)) [1] .

وهذا التوجه لمحكمة التمييز الأتحادية يوكد انقضاء حق الإرتفاق العقاري بالإستناد على تقرير الخبراء، هذا ومن الجدير بالذكر إن المحكمة قد تستند في اثبات انقضاء الحقوق وعودتها بالإستناد على تقرير الخبراء في تقدير منفعة العقار المرتفق والعقار المرتفق به، فكما هو معلوم إن الغاية الأساسية من حق الإرتفاق هي تحقيق منفعة معينة على حساب

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية :نوع الحكم: مدني رقم الحكم /17/ الهيئة العامة ، بتاريخ 2017/8/28 والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الاتحادية http://www.hjc.iq\qview.2405 تاريخ الزيارة 2024/5/9

أحد العقارين (الخادم والمخدوم) ولذلك نجد أن لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الإرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به، إذ إن قوام حق الإرتفاق هي المنفعة ففي حالة زوال الفائدة المقررة من وجود العقار أو إذا أصبحت هذه الفائدة التي تستمد منهُ قليلة ومن ثم لا تتناسب مع التكليف الذي يقع على العقار المقرر عليهِ حق إرتفاق عُدّت هذه الفائدة كأنها كانت ولم تكن أي مع الواقع على العقار المرتفق به[1] . ففي هذه يمكن لصاحب حق الإرتفاق المطالبة بإنقضاء حق الإرتفاق هذا، ولتوضيح ذلك نسوغ المثال الآتي فمثلاً لو كان هناك إرتفاق مرور، ثم يصبح العقار المُرتفق له، ممرًا يمكن معهُ الوصول إلى الطريق العام، بحيث لا يقل سهولة عن ذلك الممر المحدد لأستعمال حق إرتفاق المرور أو يجعلهُ بطبيعة الحال أقل فائدة، أو إذا كان مثلاً إرتفاق حق الشرب، وأستطاع مالك العقار المُرتفق، أن يحفر بئراً أرتوازية في أرضه تغذيه هي وموارد المياه التي هي عنده من دون نظر لحق الشرب هذا، أو في القليل يجعل حق الشرب فائدتهِ عموماً لا تتناسب بعض الشيء مع العبء الذي يتحملهُ العقار المُرتفق بهِ من جرّاء حق الشرب [2]. ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يطلب إنهاء حق الإرتفاق،[3].

وهذا يؤدي دون شك الى إنقضاء حق الأرتفاق، ويمكن للمحكمة أن تندب خبراء لتقدير هذه المنفعة وبيان نسبتها في تقرير انقضائه، إذ أن المحكمة لا يمكنها أن تحكم بانقضاء هذا لاتتناسب مع الأعباء المقررة على حق الإرتفاق فإنها تستند على ما جاءَ بهذا التقرير وتحكم بإنقضاء هذا الحق، وإذا عادت هذه المنفعة وأصبحت تتناسب أو تقل بكثير عن الأعباء أو التكاليف المثقلة بحق الإرتفاق، فأن لصاحب حق الإرتفاق يستطيعُ أن يقيم دعوى أعادة حق الإرتفاق هذا، وللمحكمة بموجب أدعائه أن تنتدب خبراء لأجراء الكشف وتقديم تقرير بذلك وبيان نسبة الفائدة التي يحققها العقار العائد، فإذا تبين لها أن هذه الاعباء أو التكاليف تقل عن الفائدة المقررة لصاحب حق الإرتفاق، فأنها تستند على هذا التقرير

([1]) د. رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، مصدر سابق، ص554 وما بعدها.

([2]) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص 1402 وما بعدها .

([3]) د. بن حموش تسعديث ود. بن شوقي نهوارة، النظام القانوني لحق الإرتفاق في القانون المدني، مصدر سابق ، ص 66.

وتحكم بعودة حق الإرتفاق ومن ثم اعادة أطراف العلاقة القانونية الى وضعها السابق أي قبل حصول واقعة الإنقضاء وأعتبارها كأن لم تكن.

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت من خلاله بأنه ((... أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة 1029 من القانون المدني أن حق الإرتفاق يجوز التحرر منه أذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق أو أذا أصبحت فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به، ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الإرتفاق كلهُ أو بعضهُ ولو كان ذلك دون موافقة صاحب العقار المرتفق، والمحكمة في سبيل ذلك ان تنتدب خبراء فنيين لتقدير نسبة الفائدة وتقرير التحرير من حق الارتفاق ...))[1]. وفي ضوء التمعن بقرار هذه المحكمة يتبين لنا وبحق إن الخبرة قد يستندُ عليها في انقضاء الحق وكذلك في عودته، فإذا كان حق الإرتفاق ينقضي بزوال الفائدة واثبات ذلك بتقرير خبرة، فأنه من باب أولى أن تكون العودة لذات الحق بناء على خبرة أشخاص مختصين بذلك، هذا ومن الجدير بالملاحظة أن المحكمة قد لا تقتنع بتقرير الخبرة فتقرر الأنتقال الى محل الشيء العائد ولا سيمَّا أذا كان هذا الشيء عقاراً لتثبت من مدى توفر أمكانية العودة للحق أو الالتزام أو التحقق من السبب من الذي أدى إلى الإنقضاء أم للعودة على حدٍ سواء، فقد تقرر المحكمة الأنتقال لمشاهدة محل النزاع أياً كانت طبيعته عقاراً كان أم منقولاً ، وبصفة عامة كل ما يقع عليه النزاع مما يظن أن تكون معاينته مجدية[2].

وتعدَّ هذه المعاينة من طرق الأثبات المباشرة وذلك نظراً لاتصالها اتصالاً مباشراً ومادياً بالواقعة المراد أثباتها، وقد تكون أحياناً الدليل القاطع والضروري الذي لا يعدله والا يُغني عنه دليل غيره، ويتم ذلك في أعتقادنا عندما يكوّن القاضي أعتقاده بملامستهِ الوقائع ذاتها وأستخلاص الدليل من مشاهدتهِ، لا بما يقدمهُ الخصوم من أقوال ومستندات

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2436)، والصادر بتاريخ 2010/4/21، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eتاريخ الزيارة 15 / 5/ 2024.

([2]) القاضي عبد السلام صبري محمد،المعاينة كوسيلة من وسائل الأثبات القضائي، دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسة، المجلد(10) العدد (37)، 2021، ص 378 وما بعدها.

والمعاينة تحدث في أغلب الحالات في نطاق العقارات من حيث الهلاك والأتلاف[1] . ويمكن ملاحظة ذلك عن طريق الولوج بالقرارات القضائية المنظمة لذلك إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار صادر لها بأنه ((كان على محكمة الموضوع أجراء الكشف من قبلها على القطعة موضوع النزاع بحضور مساح من قبل دائرة التسجيل العقاري عما إذا كان هناك هلاك للعقار محل النزاع ... وذلك لكي يكون الحكم قابلاً للتنفيذ وتحت أشراف المحكمة...))[2]. ففي حالة إنقضاء الرهن التأميني مثلاً بهلاك العقار المرهون نتيجة قوة قاهرة أو بفعل الراهن أو المرتهن، فالمحكمة سواءَ أكان الأنتقال الى محل حق الرهن من تلقاء نفسها أم بطلب من طرفي موضوع النزاع أن تنتقل الى موقع العقار الهالك بصحبة مساح من دائرة التسجيل العقاري للتثبت من حصول واقعة الهلاك من عدمهِ. فمن المعلوم إنه إذا هلك العقار المرهون هلاكاً تاماً بغير خطأ، كقوة قاهرة ففي هذه الحالة يزولُ حق الرهن بزوال المحل. وهذا ما أشارت اليه نص المادة (1349/ د) من القانون المدني العراقي، وكذلك نص المادة (3/1113) من القانون المدني المصري . ولكن في حالة ما أذا كان الهلاك لسبب أجنبي هلاكاً جزئياً ظل الجزء الباقي من الشيء المرهون ضامناً لكل الدين تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن[3]. والتثبت من هذا الهلاك لايمكن الا من خلال الكشف على موقع العقار الهالك، إذ يجب أن يفسرُ الهلاك تفسيراً واسعاً بحيث لا يقتصر على إنعدام الشيء كالأحتراق والتهدم، إذ يجب بيان نطاق هذا الهلاك، ولا يتم ذلك الا عن طريق المعاينة، والمفهوم المخالف لذلك إنه إذا ما استدعت الحاجة الى عودة حق الرهن هذا بأعادة بناء العقار الهالك، فأن اثبات هذه العودة، ومن ثم أعتبار واقعة الإنقضاء كأن لم تكن، تكون كذلك من خلال الكشف الموقعي على العقار.

فإذا تبين للمحكمة من المعاينة(الكشف العقاري) أنه تم بناء العقار وأعادته من جديد فأنها تقررُ إعادة حق الرهن من جديد. وذات الأحكام تنطبق على إنقضاء وعودة حق

([1]) د. أدوار عيد، قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية في القانون اللبناني، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 1962، بند 325، ص 286.

([2]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (1331/ الهيئة المدنية عقار / 2009)، والصادر بتاريخ 6/16/ 2009، نقلا عن القاضي فلاح كريم وناس، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كردستان ومحاكم الأستئناف بصفتها التمييزية، تطبيقات قانون الأثبات، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2018، ص 439.

([3]) ينظر بهذا الخصوص د. جاك اما نوييل و د. بوتان ود. مارك بيو بأشراف جاك غستان ، قانون التأمينات العينية الخاص ، الطبعة الأولى ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009 ، ص 337 .

الإرتفاق العقاري، فالحق الأخير ينقضي بهلاك العقار المرتفق أو المرتفق به ومن دون النظر إلى السبب الذي أدى الى إنقضاء هذا أو مصدره، فالمحكمة تنتقلُ كذلك إلى موقع العقار المرتفق أو المرتفق به، للتثبت من حصوال واقعة الإنقضاء وعليه انقضاء حق الأرتفاق على أثرهِ، والعودة لذات الحق كذلك تتم من خلال الكشف الموقعي للعقار. فإذا تمَّ بناء الحائط المقرر عليه حق إرتفاق، وأستدعت الحاجة الى عودة هذا الحق من جديد، وطلب صاحب حق الإرتفاق، أي الشخص الذي له حق الإرتفاق بالتعلية مثلاً بتسجيل حقه بعد ماعادَ على الرغم من إنقضائه، فالمحكمة تنتقلُ بناءً على طلبهِ أو من تلقاءِ نفسها الى محلِ لعقار المقرر عليه حق إرتفاق [1] ؛ لبيان ما إذا تم بناءَ هذا الحائط من عدمهِ، فأذا تبين لها ذلك قررت اعادة حق الإرتفاق هذا، وهذا أن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ دون شك على أهمية المعاينة أو كما تسمى (الكشف الموقعي أو العقاري) كدليل لا يستهان فية في تقرير انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني. كما أن العودة لهذه الحقوق والالتزامات قد تثبت من خلال القرائن القانونية حيث يستنبطُ القاضي المدني أمراً غير ثابت لديه من أمر ثابت في الدعوى المنظورة [2].

فانتقال العقار المرهون رهناً حيازياً إلى الدائن المرتهن بعد تقرير انقضائه وتثبيت ذلك في سند تسجيل العقار لهُ قرينة قانونية على عودة الرهن الحيازي من جديد، كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة حق الإرتفاق العقاري، إذ إن استعمال حق الإرتفاق العقاري من قبل صاحب حق الإرتفاق سواءَ أكان ذلك بالبناء أو بالتعلية أو بالمرور من جديد، على الرغم من إنقضاء هذا الحق، فأن هذا الأمر يعد في حقيقة الأمر قرينة قانونية على عودة هذا الحق من جديد بما يفرضهُ من حقوق والتزامات سواءَ أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية، وعليه فالقرينة القانونية تعتبرُ أحد الأدلة التي يستندُ عليها في اثبات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، إلا أنه كثيراً ما يعجزُ الأنسان عن ثبات حقه بالطرق

([1]) وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأتحادية أذ قضت هذه الأخيرة بأنه ((كان على المحكمة التوسع في تحقيقها للوصول الى الحكم العادل وذلك بلأنتقال الى دائرة التسجيل العقاري بناءَ طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها لإجراء المعاينة على سحل العقار وتثبيت السجل بعد تنظيم محظر أصولي، وفي حالة تعذر ذلك بسبب الأتلاف ... فكان على المحكمة أنابة محكمة البداءة التي يقع العقار ضمن منطقتها الأستئنافية لأجراء المعاينة على قيد العقار بعد تنظيم محضر بذلك)). للمزيد ينظر بهذا الخصور قرار محكمة التمييز الأتحادية المرفم (967/ هيئة مدنية عقار/ 2009) والصادر في 6/1/ 2009، قرار غير منشور .

([2]) د. فائز ذنون جاسم، أدلة الأثبات في ضوء قانون الأثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل، الطبعة الاولى، مطبعة الصباح، بغداد، العراق، 2014، ص 154.

المادية لأسباب عديدة منها على سبيل المثال قلة خبرته القانونية، أو جهله بالقانون ومن ثمَّ يصعبُ عليه اثبات حقه، وهنا أعطى القانون له الحق في توجيه اليمين الحاسمة لاثبات ما يدعيه الطرف الآخر وهذا الدليل في اعتقادنا يكون نادر الوقوع في الحياة العملية، إذ ينحصرُ في إنقضاء وعودة الحقوق الشخصية عموماً، فالمحكمة قد توجه اليمين الحاسمة بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاءِ نفسها في حالة العجز عن الأثبات[1].

صفوة القول إن إثبات إنقضاء الحقوق وعودتها تتم بواسطة أدلة الأثبات المعروفة، بيد أنه يجب الأخذ بالحسبان إنهُ ليس من اليسير وضع آلية معينة يمكن بواسطتها إثبات الإنقضاء من جهةٍ، والعودة للحقوق الالتزامات من جهةِ أخرى، والسبب في ذلك يكمنُ في التعدد والأختلاف في تطبيقاتها، من ذلك أرتأينا أن نسلط الضوء على اثبات بعض صور الإنقضاء أو العودة للحقوق والالتزامات و عن طريق تلك الصور نبين التباين والأختلاف في مجال اثباتها؛ وبسبب ذلك أي التعدد والأختلاف في حالات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني أختلفت أدلة أثباتها بين الأدلة المادية أو أدلة اخرى (شفوية) أن صحَ التعبير والتي تختلفُ من حالة إلى أخرى، وهذا ما دفعنا إلى جمع تلك الحالات تحت نظرية عامة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

(1) القاضي كيلاني السيد احمد، اليمين كطريق من طرق الأثبات، الطبعة الثانية، بلا جهة طبع، أربيل، العراق، 2013، ص 49 وما بعدها.

المبحث الثاني

المسؤولية الناشئة عن الأخلال بعودة الحقوق بعد انقضائها وتحديد تطبيقاتها

بعد أن بيّنا آثار انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، و قلنا إن أطراف العلاقة القانونية يعادون إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصول واقعة الانقضاء، بما تفرضهُ هذه العلاقة من حقوق والتزامات وبصرف النظر عن طبيعة العلاقة القانونية العائدة، أي سواءَ أكانت واردة على حقوق عينية أم شخصية، كما ألقيا الضوء على أدلة اثبات هذه العودة لذات الحقوق والالتزامات فانه لابد من ان نبين المسؤولية الناشئة عند الإخلال بعودة هذه الحقوق بعد إنقضائها، فالقانون يرتب كقاعدة عامة عند الإخلال بعودة تصرف قانوني أو واقعة مسؤولية، والمتمثلة هذه الأخيرة بالمسؤولية المدنية سواءَ أكانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية، فوجود التصرف القانوني أو الواقعة من جديد بعد انقضائها يفرض التزاماً على عاتق طرفي العودة بوجوب تنفيذهُ من جهة المتعاقدين الذين تربطهم رابطة قانونية سابقة على الانقضاء؛ وذلك عن طريق تنفيذ تلك التصرفات و سواءَ أكانت شخصية أم موضوعية في نطاق انقضاء الحقوق وعودتها؛ لأن عدم تنفيذ ذلك يُعد اخلالًا يوجب المسؤولية، كما إن لانقضاء الحقوق وعودتها تطبيقات أو حالات إن صحَ التعبير متعددة، تبرر أهمية هذا الموضوع، أو أنها تعطي واقعاً مادياً ملموساً، وليس مجرد فكرة، علماً أن هذه التطبيقات مختلفة المصدر والمضمون ولكنها تعطي ذات الآثر وأن اختلفت طبيعة كل منها، إذ قد يكون مصدرها ارادة المشرع أم أرادة الأفراد... هذا ولغرض بيان هذه المسؤولية وتحديدُ تطبيقاتها تحت جامع معين، لا بد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنخصص المطلب الأول منه إلى لدراسة المسؤو لية الناشئة عن الإخلال بعودة الحقوق بعد انقضائها، أما المطلب الثاني فسنكرسه لتحدد تطبيقات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني .

المطلب الأول

المسؤولية الناشئة عن الأخلال بعودة الحقوق بعد إنقضائها

إن المسؤولية المدنية بقسميها العقدية والتقصيرية والتي تثورُ عند الإخلال بالتصرفات القانونية و بما لها من مكانة خاصة في نطاق القانون عامة، ولا سيمَّا القانون المدني، كانت وما زالت وستبقى دائماً محور اهتمام وعناية من قبل رجال الفقه والقضاء و كذلك التشريع بالبحث والتمحيص، والسبب في ذلك يكمنُ في إيجاد الحلول التي تلائمُ التجدد والتطور اللذين يلاحقانها على مختلف العصور من جهة، كذلك لإيجاد نوع من الأمن و التوازن للعلاقات القانونية القائمة تفادياً لوقوع الضرر من جهة أخرى، فعند الإخلال بعودة تصرف قانوني أو واقعة قانونية ما، فإن ذلك سوف يؤدي حتماً إلى قيام المسؤولية والتي تثور بسبب هذا الأخلال سواءَ أكانت هذه الأخيرة عقدية أم تقصيرية؛ فالعودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها جُعلت وكما بينا سابقاً ضمانة لأحد أطراف العلاقة القانونية لتنفيذ التزاماتهم بعد ما أنهدم سبب إنقضائها وزال على أثر ذلك السبب من الوجود، وعليه فأن الإخلال بها حتماً يؤدي الى قيام المسؤولية، مع الأخذ بالحسبان أن هذه المسؤولية لا تكون على وتيرة واحدة، فقد تكون عقدية أو تقصيرية، فربما حالة من حالات العودة عند الإخلال بها أو أعاقة أعادة الحال من قبل أطرافها، فأنه تنتجُ عنهُ حقيقة مسؤولية قد تكون عقدية وتقصيرية في الوقت نفسه، وصورة او بالاحرى حالة أخرى تنتج عنها مسؤولية تقصيرية دون غيرها، بما يتناغم مع طبيعة العودة للحقوق والالتزامات، حيث يعد ذلك إخلالًا بالالتزامات والحقوق المفروضة على أطراف العلاقة القانونية القائمة ضمن نطاق العودة، كذلك أن الغير في بعض حالات العودة تقوم مسؤوليته عند إعاقة أو الإخلال بإعادة الحال على أساس أن عودة التصرف أو واقعة قانونية تُعَدُّ حجة على الكافة، هذا ولغرض بيان ذلك لا بد من تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنكرس الفرع الأول منهُ لدراسة المسؤولية العقدية، أما في الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة المسؤولية التقصيرية .

الفرع الأول
المسؤولية العقدية

من المعلوم أن تعريف مضمون المسؤولية العقدية، قد بحثهُ فقهاء القانون عامة وعلى الاخص فقه القانون المدني بالبحث وأحاطه بها من أغلب جوانبها [1]، ولأننا نعتقد وبحق أنهُ لا شيء جديد يمكن إضافته فيما يخص تعريف هذه المسؤولية العقدية؛ لذلك سوف لا نصرف وقتاً وجهداً في أمور قد سبقنا غيرنا في تبيإنها و إيضاحها، وسنحاول هنا التركيز على مسائل لم يتطرق لها الفقه القانوني أو كانت وما زالت محل جدل بينة، في إطار النظرية العامة للمسؤولية العقدية، أن الأخيرة تثورُ عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عن تصرف عقدي، فعند نشوء التصرف القانوني، بحيث يكون هذا الأخير مستوفيًا لشروطهِ وكذلك أركانه، فإنه يكون واجب التنفيذ من ناحية، وضرورية عدم الإخلال به بما يرتبهُ من آثار من ناحية أخرى، ولاسيمَّا إذا كان هذا التصرف قد انقضى وعادَ بعد زوال سبب إنقضائه، بالنسبة إلى حقوق طرفي العلاقة القانونية والتزاماتها، فإنه بمجرد الإخلال بهذه العودة للحق أو الالتزام من أحد أطرافها يعد إخلالًا يرتب حقيقة المسؤولية بغض النظر عن صورة هذا الإخلال، والتي تجبُ عليهِ أحترام مضمون التصرف وعدم الإخلال بهِ على الأطلاق [2].

بيد أنه يجب الأخذ بنظر الأعتبار أنه ليس من السهل تحديد مسؤولية عامة، لكُل من يخل بالعودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني؛ و أن سبب ذلك يكمنُ في حقيقة الأمر بتعدد حالات العودة أو تطبيقاتها، وكما بينا سابقاً أن عودة حق الرهن هي غير عودة حق الإرتفاق العقاري، كما أن أسباب انقضاء الحقوق وعودتها ليست واحدة، فقد تشترك هذه الحقوق أو الالتزامات بالسبب من حيث الإنقضاء وكذلك العودة، أو قد تختلف فيما بينهما بذلك السبب، وعلى أساس ذلك نجد صعوبة بتحديد المسؤولية الناشئة

([1]) انظر بهذا الخصوص د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبان، 2019، ص 34. انظر كذلك د.سعاد الشرقاوي، المسؤولية الادارية، الطبعة الثانية، دار المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1972، ص 99.

([2]) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 164 . انظر كذلك مؤيد علي هلال الخالدي، المسؤولية المدنية للمرفق الامني عن اخطاء منتسبية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2022 ص 25 وما بعدها. انظر كذلك

عن الإخلال بهذه العودة في القانون المدني؛ وذلك لإختلاف المركز القانوني لأطراف العودة من تطبيق إلى أخر، ومهما يكن من الأمر فأن هذا الأختلاف والتباين لا يمنع من تحديد هذه المسؤولية، بما يتوافق مع طبيعة كل حالة من حالات العودة في القانون المدني، واستناداً على ذلك وعلى وفق القواعد العامة فأنه لما كانت هذه المسؤولية تقوم على الأخلال بالتزام عقدي، أي أن العقد يكون مصدرهُ[1]. لأنه عندما ينشإ هذا الالتزام صحيحاً، تتكون عنه رابطة قانونية (عقدية) وهذه الأخيرة تكون ملزمة لأطرافها، وهذه العلاقة يكون محلها الأتفاق على العودة، وعليه فالمسؤولية الناشئة عن الأخلال بالعودة لا بد من أساس ترتكز عليه؛ لكي يبرر قام هذه المسؤولية، وبالتالي فالسؤال الذي يقدح في الذهن هو ما الأساس القانوني الذي ترتكزُ عليه المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بعودة الحقوق والالتزامات في القانون المدني؟

في معرض الأجابة على التساؤل المطروح في الأعلى يمكن القول إن المسؤولية العقدية التي تنشإ عن الأخلال بالعودة تقوم على أساس الخطإ الذي يحدثُ نتيجة الأخلال بالأتفاق الحاصل على العودة للحقوق والالتزامات على أساس زوال سبب إنقضاء الالتزام، وهذا يستلزمُ توافر شروط معينة حتى نتمكن بشكل أو بأخر من تطبيق القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية، وبالتالي يجب التأكد أولاً من البحث في حق المتعاقدين في أبرام العقد الخاص بالعودة، ففي بعض الأحيان وكما بينا ذلك سابقاً أن الإنقضاء للحقوق والالتزامات تتطلب التسجيل، إذ إن القانون يستلزمُ في أوضاع معينة من توافر الشكلية الخاصة لنشوء الالتزام الخاص بالعودة، فحق الرهن عند أنشائه وكذلك عند إنقضائه وعودته يتطلبُ الشكلية وعند الإخلال بذلك أي بما يستوجب العودة في تسجيلها في سجلات التسجيل العقاري، فأنه يؤدي حتماً الى حدوث ضرر يصيب الشخص الذي تقررت العودة لصالحه.

وكذلك هو الأمر بالنسبة لعودة حق الإرتفاق العقاري بالأستناد الى السند الذي انشأ فيه، وهذا يستوجب النظر فيما إذا كان الخطأ العقدي يقتصرُ على الأخلال بما يتضمنهُ السند العقدي والذي يقررهُ ما يترتبُ على العودة من التزامات، أم أن هذا الخطإ الى غير ذلك، أي أن هذا الخطإ يتعدى الى ما يقع من أفعال أخرى، ومن ثم تكون هذه الأفعال

([1]) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية للنشر والتوزيع، القاهر، مصر، 1981، ص 330.

ضارة أبان قيام العقد المقرر على أساسهِ العودة للحق، وهذا أن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ على أن يستوجب قيام هذه المسؤولية أن تكون هذه العودة مبنية على أساس عقد صحيح يكون قابلاً للتنفيذ بطبيعتهِ [1]. مثال ذلك إذا كان حق العائد هو حق الإرتفاق العقاري، فلأمكانية العودة وكما بينا ذلك سابقاً أن يكون هناك أتفاق على العودة، وبالتالي فأن هذا العقد بعد ذلك يكون قد أبرم بين المسؤول"صاحب العقار المرتفق به" والمضرور " صاحب العقار المرتفق " أو العكس من ذلك، واستوفى الشكلية المطلوبة في حالة طلب القانون ذلك، وبالتالي فأن هذا الضرر يكون ناجماً في حقيقة الأمر عن عدم تنفيذ هذا العقد الذي تقررُ على أساسهِ عودة هذا الحق.

هذا ومن الجدير بالذكر أن هناك رأياً في الفقه القانوني يرى أن الأساس الذي ترتكزُ عليه هذه المسؤولية يقوم على أساس دفع الضرر الواقع على أحد الاشخاص، فعند وقوع الضرر بحق أحد الأشخاص نتيجة الأخلال بالعودة، فالطريقة المثالية والمنطقية لقيام هذه المسؤولية هو دفع الضرر عن طريق أزالته أو محوه، وهذهِ الأزالة للضرر تحدث في حقيقة الأمر عندما يتم الحكم بعودة الحقوق والالتزامات، حيث يعادُ المتضرر إلى الحالة السابقة قبل وقوع الضرر بحقهِ [2]، أي قبل حصول واقعة الانقضاء القائمة على الوفاء الغير صحيح للتصرف (الغير مبرئ للذمة)، فالعودة للحقوق والالتزامات في هذا الشأن أي عند قيام المسؤولية، تعدَّ طريقة من طرق التعويض في اطار المسؤولية، وهذا الأساس يتطلبُ الكثير من الدقة وكذلك التوخي والحرص من قبل القاضي للبت به مراعياً في ذلك الكثير من المعايير والتي تحيط في المسألة، ومنها بالأخص طبيعة الضرر، وفي ما أذا كان هذا الضرر الذي يرومُ إزالته يمكن معه تبرير قيام هذه المسؤولية من عدمهِ.

بمعنى آخر، يجب بيان ما أذا كان هذا الضرر عند دفعه أو ازالته يُعد كافياً لإعادة حال المتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه قبل حصول واقعة الانقضاء أو لوضع قانوني مشابه له، والا كان دفع هذا الضرر أو ازالته يحققُ نوعاً من الإثراء أن صح التعبير على حساب المضرور ، من ذلك يجب مراعاة الظروف المحيطة بالمضرور والمسؤول عن الضرر وغيرها من الظروف التي تؤخذ بنظر الأعتبار للتوصل إلى معرفة مدى امكانية

([1]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 656.

([2]) د. عبد الرحيم عامر ود. حسين عامر ، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 1979، ص 38.

تحقيق العودة من عدمها، فنحن ننظر إلى الضرر الواقع بذاته وبيان مدى أمكانية جبره وأزالته بقيام المسؤولية على اساسهِ ومن ثم تحقيق العودة نتيجة لهذهِ الإزالة، وهذا الرأي ينتهي بالقول بأنه لما كان الأصل في العودة للحقوق والالتزامات هو تحقيق التوازن في العلاقة القانونية القائمة بالإستناد إلى أن واقعة الإنقضاء كانت معيبة والتي على أثرها أنعدم هذا التوازن وبالتالي أصاب أحد الأطراف ضرر ما فالمسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس دفع الضرر أو ازالته، وأزالة هذا الضرر كأساس لقيام هذه المسؤولية يعودُ الى صور عديدة ومن أهمها هو الأمتناع عن القيام بعمل معين، فعند إنقضاء حق معين عن طريق الوفاء مثلاً وأن الشخص الموفي يعلمُ أن وفاء للألتزام غير صحيح ومن ثمَّ أمكانية العودة فأن الموفي في هذه الحالة يلتزمُ بلأمتناع عن القيام بأي عمل يعيقُ العودة، ومن ثم فأن تصرفهُ خلال هذه المدة سوف يؤدي حتماً الى وقوع الضرر بحق الطرف صاحب حق العودة، ولأزالة هذا الضرر لا بد من قيام المسؤولية.

فالضرر الذي يلحقهُ شخص ما ملتزم بالإمتناع عن إقامة أي عمل من الأعمال التي يتم عن طريقها إخلاله بهذا الالتزام اي بعودة الحقوق والالتزامات والذي يتوجبُ عليه من حيث الأصل إعادة حال المتعاقدين إلى وضع قانوني معين و المترتب عليه إزالة الضرر الذي لحق المضرور، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (252) من القانون المدني العراقي و التي تنص هذه المادة على أنه ((إذا التزم المدين بالأمتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام جازَ للدائن أن يطلبُ إزالة ما وقع مخالفاً للألتزام مع التعويض إن كان له محل))[1]. وعند التمعن بقراءة نص المادة أعلاه فأننا نلاحظ إن نص المادة المذكره آنفاً قد أشارَ فيها مشرعنا العراقي الى إمكانية إزالة الضرر الواقع، وهذا الأخير هو مناط قيام المسؤولية العقدية والتي ينشإ عنها التعويض كجزاء لقيامها، وعلى الرغم إن كلمة (التعويض) المذكورة في النص مطلقة و لم يحدد المشرع نوعه، لكن ذلك أقرب ما يكون أن المقصود به هو التعويض النقدي، الذي قد يكون في بعض الأحيان مكملاً لتلك العودة، فقد

([1]) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (213) من القانون المدني السوري والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا التزم المدين بالأمتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا للالتزام وجاز له ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الأزالة على نفقة المدين))، وكذلك نص المادة (215) من القانون المدني الليبي والتي جاءت بذات المعنى الذي جاء به المئره العراقي وكذلك المصري والسوري على حد سواء .

يكون تحقيق العودة للحقوق والالتزامات غير كافٍ لأعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء. و على أثر ذلك يقتضي الأمر إكماله عن طريق التعويض، ولكن ما نجده لدى القانون المدني المصري قد يكون مختلفاً بعض الشيء، فقد أضيف للنص القانوني إمكانية قيام الدائن بنفسه بإزالة الضرر بطلب من القضاء على نفقة المسؤول، و هذا يعد في حقيقة الأمر التفاتة مهمة من قبل المشرع المصري، حيث جاءَ في نص المادة (212) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا التزم المدين بالأمتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام، جازَ للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا للالتزام و له أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين)).

ومن أبرز التطبيقات التي نكون فيها أما إزالة الضرر كأساس لقيام المسؤولية عن الإخلال بالعودة هو التعدي الواقع على الحيازة، فالقانون وكما هو معلوم يحمي الحيازة لذاتها مرتباً عليها آثاراً قانونية بغض النظر عما إذا كانت مستندة الى حق أم لم تكن كذلك[1]، و وضع المشرع للحائز إمكانية حماية حيازته عن طريق ثلاث دعاوى و هي دعوى الإسترداد، و منع التعرض، و وقف الأعمال الجديدة[2]، إذ إن دعوى إسترداد الحيازة تقتضي بإعادة يد الحائز على العقار المسلوب أو المنتزع منه على أن يطلب العودة خلال سنة من تاريخ سلب حيازته و إذا كان السلب خفية كان له أن يطلب العودة و رد حيازته من الوقت الذي ينكشف فيه ذلك[3] . أي بمعنى آخر إن هذه الدعوى ترفع في حال كان هنالك إنتزاع فعلي للحيازة فيطالب بها الحائز بالعودة بإعادة حيازته. ويمكن ملاحظة ذلك من خلال حكم أصدرته محكمة النقض المصرية إذ قضت من خلاله بأن ((إن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الأعتداء غير المشروع فهي قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم فإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة

([1]) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق، الجزء الأول ، ص256.

([2]) وهذا ما نصت المادة (11) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) على ((دعاوى الحيازة هي :1-دعوى أسترداد الحيازة وهي تقتضي وجود شخص نزعت يده. 2 - دعوى منع التعرض وهي تقتضي حصول تعرض للحائز لم يبلغ حد نزع اليد. 3 - دعوى وقف الأعمال الجديدة وهي تقتضي حصول تعرض للحائز من جراء أعمال جديدة لم تتم تهدد حيازته)).

([3]) ود اشار إليها القانون المدني العراقي في المادة (1/1150) حيث نصت على ((لحائز العقار إذا أنتزعت منه الحيازة أن يطلب من محكمة البداءة خلال سنة من تاريخ الأنتزاع ردها إليه, فإذا كان انتزاع الحيازة خفية بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك, و يجوز أن يسترد الحيازة من كان حائزًا بالنيابة عن غيره)).

مادية حالية، بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار أتصالاً فعلياً يجعلُ العقار تحت تصرفه المباشر، وأن يكون هذا الأتصال قائماً حال وقوع الغصب وبحيث تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة))[1]. أما بخصوص دعوى منع التعرض، فأن غرضها هو حماية يد الحائز من أي تعرض يواجه حيازته المادية و يسلبها منه سواءَ أكأن تعرض مادي أم قانوني يتعارض مع حق الحائز، إذ يطالبُ الأخير من خلال هذه الدعوى بالعودة و زوال التعرض أو الضرر الواقع عليه، و هذا التعرض يعد بمثابة ضرر واقع على الحائز إذا استمر لمدة سنة بهدوء ستزال يد الحائز و يصبحُ الغاصب حائزًا يحميه القانون[2].

هذا يعني أن هنالك بالفعل تعدياً يشكل أعمال ضارة بحق الحائز ولو لم تصل إلى إنتزاع حيازته، ففي الرهن الحيازي وكما هو معلوم أن العقار المرهون رهناً حيازياً تنتقلُ حيازته إلى الدائن المرتهن، فالحيازة ركناً من أركان هذا الرهن، وأذا انقضى هذا الرهن فأنه بطبيعة الحال أن الحيازة تزولُ على أثر ذلك، نتيجة لإنقضاء هذا الحق، إلا أنه إذا استدعت الحاجة إلى عودة هذا الحق، لعدم صحة سبب انقضائه، فأن الدائن المرتهن أن يتخذُ من هذه الدعاوى ما يضمن عودة حقه، فيمكن أن يطالب بأعادة حقه عن طريق دعوى أسترداد الحيازة من الحائز الأخر الذي أنتقلت اليه ملكية العقارالمرهون رهناً حيازياً، فأذا كان ذلك ممكناً فبه، وإلا فأن المدين الراهن تقومُ مسؤوليته على أساس أزالة الضرر الذي لحق بالدائن المرتهن [3].

وقد يعودُ الحق ولكن المدين الراهن يقومُ بتصرفات تعيق أستغلال وأستخدام العقار المرهون، فالقانون أعطى للدائن المرتهن دعوى آخرى وهي دعوى وقف الأعمال الجديدة والتي يكون غرضها حماية الحائز من الأعمال التي قد يتعرضُ لها لا لعودة حقه

([1]) الطعن رقم3985 لسنة 78 ق مشورة, جلسة 19/ 11/ 2020, منشور على موقع منصة المحامي الرقمية على الرابط "https://elmo7amy.tv/ ", تاريخ الزيارة 20/ 5/ 2024.

([2]) و قد أشار إليها القانون المدني العراقي في المادة (1154) التي نصت هذه المادة على انه ((من حاز عقارًا و أستمر حائزًا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له خلال وقوع التعرض أن يرفع دعوى بمنع وقوع هذا التعرض أمام محكمة البداءة)).

([3]) رائد عبد الله محمد،الحيازه ودعاوي حمايتها القضائية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، أطروحة دكتورارة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 18 وما بعدها. انظر كذلك عبدالله محمد اسماعيل، الحيازة في العقار، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق - جامعة أسيوط، 2001، ص 362 وما بعدها.

بعد أنقضائه و التي لو حدثت و أستمرت ستهدد حيازته[1]، بعبارة أخرى إن هنالك أعمال جديدة لم تصل الى درجة التعدي، لكنها بطبيعة الحال ضارة بالنسبة للحائز و خشى لأسباب معقولة[2]، بأنها لو استمرت سيشكل خطراً على حيازة الحائز و تعرض حقه للزوال، وعلى أساس ذلك يطالبُ من خلال هذه الدعوى بوقف هذه الأعمال الجديدة والعودة الى ما كان عليه الوضع، لا بالنسبة لحيازته؛ وذلك لأنها لم تسلب منه و لكن بالنسبة للأعمال الجديدة، التي يخشى معها أن تقود لإنتزاع الحيازة، و جميع ذلك يشكل ضرراً. وعليه فان ازالة الضرر قد يكون أساس لقيام هذه المسؤولية أي المسؤولية الناشئة عن الإخلال بعودة الحقوق أو الالتزامات.

كما أننا نرى أن أساس قيام هذه المسؤولية هو الإثراء أو الكسب دون سبب، فحتى يكون الانقضاء صحيحاً مبرئ للذمة، فيجب أن يحصل كلاً من المتعاقدين على الغرض الذي قصده من وراء التزامة، فإذا تم الوفاء بالالتزام وتبين أن هذا الأخير غير صحيح كأن يكون الوفاء بمال الغير ومن ثم أستحق ففي هذه الحالة أن المدين قد أثرى على حساب الدائن أذا ما توافرت لهُ شروطه من أفتقار من جهة واثراء من جهة أخرى وكذلك علاقة سببية بينهما [3]. فالمنطق و العدل يقتضي بأن نوازن بين مصالح أطراف العلاقة القانونية، ففي الوقت الذي نبيح فيه كقاعدة عامة بأن يكون للمثري الاحتفاظ بما أثرى به؛ على أساس أن ما أثراه به بنص القانون و من صلب حقه، فأنه يجب أن لا نغفل

([1]) و قد نصت على ذلك المادة (1155) من القانون المدني العراقي حيث جاء في الفقرة الأولى منها ((1- من حاز عقارًا و أستمر حائزًا له سنة كاملة و خشى لأسباب معقولة التعرض له جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، كان له أن يدعي أمام محكمة البداءة طالبًا بوقف هذه الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت و أن لا يكون قد أنقضى عامًا على البدء بها)).

([2]) هذا ومن الجدير بالذكر انه و من خلال الولوج في العديد من الأحكام القضائية يبدو أن الأسباب التي يخشى معها تهديد الحيازة هو أمر يقدره القاضي وفق سلطته التقديرية و وهذا ما يمكن ملاحظته من لا لحكم أصدرته محكمة أستئناف نينوى بصفتها التمييزية يقضي برد دعوى المدعي المطالب بوقف الأعمال الجديدة المتمثلة بقيام المدعى عليه بعمل ساتر ترابي حول شارع القرية التي يسكنها و داخله مما تسبب ذلك بسد مداخل المنازل و مخارج القرية و طرق الدخول و الخروج منها و اليها و الخشية من أن تتطور هذه الأعمال و النية في إقامة المشيدات, فقد رأت المحكمة إن دعواهم لم تتضمن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة أضافة الى إن هذه الأعمال لم تتم بعد فلا ترتقي الى كونها يخشى معها التهديد بالحيازة, و كان ذلك بحكمها المرقم 64 و الصادر في تاريخ 15/ 3/ 2009, و المنشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط " https://iraqld.e-sjc-services.iq/ ", تاريخ الزيارة 20/ 5/ 2024.

([3]) د. عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مصدر سابق، ص 245. أنظر كذلك د. حسيب صالح أسماعيل، قراءة نقدية للكسب دون سبب، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (11)، العدد(40)، 2023، ص 313.

مصلحة المفتقر و نجعل للنص القانوني مساحة قانونية أوسع مما أبتغى لها المشرع و على حساب شخص دون الآخر، و استناداً على ذلك نجد إن أي وضع قانوني يجعلُ من الشخص المسؤول أمام العودة للحق أو الالتزام بعد انقضائه أفضل و أكثر قيمة من الحال السابق، أي الوضع الذي كانا عليه قبل حصول واقعة الإنقضاء فعندها يستحقُ المفتقر الدائن فرق القيمة التي أضيفت بذلك أو التعويض وأي قول بخلاف ذلك سيجعلنا أمام أختلال أو تعارض بين مصالح أطراف العلاقة القانونية، مما يؤدي ذلك قيام هذه المسؤولية للحكم بالتعويض عن الإخلال بهذه العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني، استناداً على فكرة الأثراء بلا سبب، كون أن احد أطراف العلاقة القانوني قد أثرى على حساب الطرف الأخر مما اخلال بحقوقهم والتزاماتهم .

إذن فأن أساس قيام هذه المسؤولية أما أن يكون بخطأ أو أن يكون أزالة ضرر ما يصيب أحد المتعاقدين أو أن يكون هذا الأساس يكمن في قاعدة الأثراء بلا سبب أو الكسب غير المشروع أن صحَ التعبير، وهذه الأسس بطبيعة الحال هي تبرر قيام هذه المسؤولية الا أنها غير كافية لقيام تلك المسؤولية فلا بد من تحقق أركانها للتسليم بقيامها وهذه الأركان تتمثل بالخطأ و الضرر والعلاقة السببية بينهما، وأن هذه الأركان أو عناصر قيام المسؤولية تكون مرتبطة بنتيجة في غاية الأهمية، إذ تتمثل هذه الأخيرة بتوافر شروط قيام هذه المسؤولية أي المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها[1].

وتتمثلُ هذه الشروط في وجود عقد صحيح بين الطرفين، أي أطراف العلاقة القانونية العائدة، من أن تكون هذه الحقوق أو الالتزامات مستوفياً لشروطها وأركانها الشرعية والقانونية، بأن يكون هناك رضا صحيح ومحل ترد عليه العلاقة القانونية وسبب يكون الباعث على إبرام التصرفات القانونية أي الغرض المباشر الذي قصده أحد المتعاقدين للوصول اليه من جراء التزامه هذه، كذلك بالنسبة للشكلية فأغلب الحقوق والالتزامات العائدة هي من طائفة الحقوق العينية والتي تتطلب هذه الحقوق التسجيل في دائرة التسجيل العقاري(دائرة الطابو) كالرهن الحيازي والرهن التأميني وكذلك حقوق الإرتفاق العقارية وحق المنفعة وغيرها من الحقوق ذات الطبيعة العينية، وهذا كله يؤدي بنا القول الى أن عدم توافر هذه الشروط و الأركان لا نكون أمام تصرف قانوني قائم بنفسه، وعليه فلا

(1) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 145.

يمكن تصور مسؤولية عن الإخلال فالتصرف إبتداءً كان غير صحيح من حيث التكوين أو الأنشاء أن صحَ التعبير هذا من ناحية، كذلك يشترطُ لقيام هذا النوع من المسؤولية أن يكون الضرر الناشئ عن الإخلال بالعودة ناشئاً عن اخلال بالتزام عقدي[1]. فالغالب الأعم من الحقوق والالتزامات يكون مصدرها العقد حتى وأن كان طبيعة هذا الحق حقاً عينياً، وعليه فأذا لم يكن مصدر هذا الإخلال ناشئاً عن التزام عقدي فالمسؤولية هنا هي مسؤولية تقصيرياً وليست مسؤولية عقدية، بعبارة أخرى أنه متى تحدد نطاق المسؤولية العقدية، تحدد نطاق المسؤولية التقصيرية، فكل مسؤولية لا تنشأ نتيجة اخلال بالتزام عقدي تكون مسؤولية تقصيرية [2]. هذا وبعد بيان أساس قيام هذه المسؤولية وألقاء الضوء على أهم عناصرها فلا بد من بيان أركان قيام هذه المسؤولية وهي كل من الخطا والضرر والعلاقة السببية بينهما .

أولًا- الخطأ العقدي

من المعلوم أن الخطأ العقدي هو رُكن من أركان المسؤولية العقدية وقوامها ويتوقف وجود المسؤولية عليه، فأذا لم يكن هناك خطأ قد ارتكبه أحد الأطراف فلا تكون هناك مسؤولية تذكر[3]. فالخطأ يقومُ في أحوال معينة ومن أهمها عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامهِ الناشئ عن العقد، أو قد يكون المدين مستعد لتنفيذهِ ألا أنه تأخر في الوفاء بهِ أو قد يكون تنفيذُ الالتزام معيباً وبطريقة تختلفُ عن الطريقة التي حددها أو اتفق عليها المتعاقدين للتصرف المنشئ للالتزام سواءَ أكان ذلك قد حصلَ عن إهمال أم عن عمد ، إذ إن الإخلال بالعودة للحقوق والالتزامات من قبل أطرافها يعد خطأ عقدياً ناتجاً عن تنفيذِ التصرف بطريقة غير صحيحة أو بطريقة تختلف عن الطريقة التي حدّدها أطراف هذا التصرف في الغالب الأعم [4]. بعبارة أكثر وضوحاً أن يتم تنفيذُ هذه الالتزامات بشكل يؤدي إلى الإخلال بإنقضاء الحقوق من ناحية، كأن يكون الانقضاء غير صحيح وعليه تقوم مسؤوليته، كما أن الحق قد تتقرر له العودة لكن الملتزم بأداء هذا الحق للشخص

([1]) د. هناء خيري أحمد خليفة، المسؤولية المدنية في أطار الأسر العقدية، أطروحة دكتوراء مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة عين الشمس، ، ص 278.

([2]) د. هدى عبد الله، افاق المسؤولية المدنية على ضوء النصوص القانونية والأراء الفقهية والأجتهادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، 2020، ص 215.

([3]) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، مكتبة كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1963، ص31.

([4]) د. محمد جمال عطية عيسى، تطور مفهوم المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والفقه الإسلامي) الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2008، ص40.

المقرر له هذه العودة يخل أو يعيق هذه العودة من جهة أخرى، وعلى أساس ذلك عرف الخطأ بأنه ((انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته)) [1]. وهذا التعريف وإن كان يمتاز للوهلة الأولى بأنه جامعاً، إلا أنه غير مانع على الإطلاق؛ ذلك أنه يدخل فيه - باعتقادي - الخطأ التقصيري، كما أنه يدخلُ فيه المسؤولية بأركانها الثلاثة، فالخطأ العقدي وكما هو معروف لا يؤدي للمؤاخذة في ذاتهِ، في حين أن التعريف، يفيد أن الخطأ يؤدي إلى المؤاخذة، فالمؤاخذة تحتاجُ حقيقة إلى توافر الأركان الثلاث للمسؤولية. كما يعرف الخطأ العقدي بأنه ((عدم تنفيذ المدين لألتزامه الناشئ عن العقد)).[2].

فالخطأ العقدي بهذا المعنى هو عدم تنفيذ الالتزام الذي ينشأ عن العقد، ويشملُ ذلك بعدم التنفيذ المطلق، سواءَ لكل الالتزام أم لجزء منه، ام لتنفيذه المعيب، أم تنفيذه المتأخر [3] . وأن التعريف الأخير هو الأكثر دقة من غيره، فهو من جهة تعريف جامع، إذ يُعبر عن ماهية الخطأ العقدي الذي هو ذاته عدم التنفيذ، كما أنه تعريف مانع من جهة أخرى بحيث أنه يقتصرُ على العقد دون غيره من مصادر الالتزام، و هو من جهة ثالثة يعبر عن الحالة العملية للخطأ العقدي، وهو ما يدعمه موقف القضاء، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية((المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسئوليته))[4]. غير أنني لا أرى أن

([1]) د. سلطان، أنور، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، الطبعة الثالثة، المكتب القانوني ، بلا مكان طبع، 2000 ، ص 262 . أنظر كذلك د. دواس، أمين، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004 ص 210.

([2]) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، الطبعة الاولى دار النهظة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1979، ص 412. أنظر كذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 656. ود. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: نظرية الالتزام، الجزء الاول ، الطبعة الاولى، المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة ،الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995 ،ص 305 ، ود. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- المصادر الإرادية)، مصدرسابق، ص 309 .

([3]) د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص 305 . انظر كذلك د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- المصادر الإرادية)، المصدر سابق،، ص 309 .

([4]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (592) والصادرة في 1/26 /1989، سنة 40 قضائية، مجوعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية لسنة 1989، ص 584.

التعريف دقيق، ذلك لأنه يعدَّ أن الخطأ بذاته كاف لترتيب المسؤولية، بينما تحتاجُ المسؤولية توافر جميع الأركان حتى تقوم، ومهما يكن من الأمر فأن الذي يهمنا هو طبيعة الخطأ في أي صورة يكون، إذ أن الغالب الأعم أن الخطأ يتبلورُ وكما بيان ذلك أنفاً في عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيد وهذا يُعد في حقيقة الأمر جوهر الخطأ في نطاق المسؤولية العقدية، إذ إنه بمجرد توافر حالة من هذه الحالات فأن المسؤولية هنا تقوم حتماً، وهذا الأمر مرحب به فقهاً وقضاءً، كذلك نجد المشرع المدني العراقي والمشرعين للقوانين المدنية أوردت نصوصاً تضمنت هذه الحالات .

إذ نجد مثلاً نص المادة (168) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا أستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالألتزامهِ ما لم يثبت أستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخرالملتزم في تنفيذ التزامه))[1]. والمتمعن بقراءة هذا النص يتبين لنا وبحق أن هذه المادة بعض صور الخطأ وهما: 1- عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي. 2- التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي. ومن ثم فأن هذا النوع من المسؤولية ينعقد وفق نص المادة أعلاه نتيجة الإخلال بالإلتزام من المتعاقد في هذه الصور وبمقابل ذلك أستحقاق المتعاقد الآخر للتعويض، في حال إذ نشأ عن هذا الإخلال ضرر بسبب هذا الخطأ وأنعدام المانع من هذه المسؤولية المُخل بالالتزام فأن نشوء هذه المسؤولية لرفض المتعاقد تنفيذ الالتزام مع قدرته عليه للوهلة الأولى .

وفي الإتجاه نفسه سارَ المشرع المصري من خلال نص المادة (215) والتي تنص هذه المادة على أنه ((أذا أستحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه ما لم يثبت أن أستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك أذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)). هذه الصور للخطأ سواءَ أكانت في مرحلة عدم التنفيذ أو التأخير فيه تحصل عندما يكون هناك وضع قانوني ينشأ

([1]) وقريب من هذا المعنى تضمنته نص المادة (248) من القانون المدني الأردني، وكذلك نص المادة (216) من القانون المدني السوي، إذ جاءت هذه المادة بنص يتضمن ذات المعنى الذي تضمنته نص المادة 168 من القانون المدني العراقي وكذلك نص المادة (215) من القانون المدني المصري حيث نصت هذه المادة على انه ((أذا أستحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه ما لم يثبت أن أستحالة التنفيذ قد نشات عن سبب أجنبي لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك أذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه))، وعلى ذات المنوال سارَ المشرع الليبي وذلك من خلال نص المادة(218) من القانون المدني الليبي.

ابتداءً ويخِل أحد الأطراف وهو المدين في تنفيذ التزامه أم أن يتأخر في تنفيذهِ أما في إنقضاء الحقوق وعودتها فأن الأمر مختلف تماماً إذ أن المدين هنا قد نفذ التزامه، ولكن تنفيذه لهذا الالتزام كان معيباً، حيث أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المطلوب، بيد أنه أذا كان تنفيذهُ للألتزام غير مُعيب، أي أذ كان هذا التنفيذ مبرئ للذمة، فلا يمكن القول بامكانية العودة، فالالتزام في هذه الحالة يصبحُ كالعدم وليس له وجود قانوني على الأطلاق.

وعليه يمكن القول إنه لا يمكن أن نتصور عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين أو التأخير في تنفيذهِ، وأن ركن الخطأ يتمحورُ في التنفيذ المعيب للألتزام خلال مدة الانقضاء للحق، أما في مرحلة العودة نتيجة للتنفيذ المعيب فأن الخطأ كركن من أركان المسؤولية يتمحورُ في عدم تنفيذ المدين بالتزامهِ بالعودة للحق أو الالتزام وأعادة الحال الى ما كان عليه الوضع قبل حصول واقعة الإنقضاء لهذا الحق أو الالتزام، أو أن المدين قد يتأخر في تنفيذ التزامه بالعودة للحق، رغبة منه للمماطلة والتسويف ومن ثم يعد بالتالي مخلاً بالتزامهِ وتقوم مسؤولية هنا عن أخلالهِ بهذا الالتزام، ففي الرهن الحيازي مثلاً أنه ينقضي بالتبعية بإنقضاء الدين الموثق، ولكن أن هذا الرهن يعودُ إذا زالَ السبب الذي أنقضى به الدين، وينقضي كذلك الرهن الحيازي إذا أجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد، يعودُ الرهن إذا زالَ سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي.

ففي حالة انقضاء الرهن بالتبعية، أي نتيجة لإنقضاء الدين المضمون، فأن الالتزام ينقضي في هذه الحالة، فالمفروض أن يكون الإنقضاء صحيحاً، وبخلاف ذلك أي أن الإنقضاء يكون باطلاً او غير صحيح [1]، أن صحَ التعبير، فأن خطأ المدين الراهن هنا يتمحورُ في تنفيذ التزامه بأداء قيمة الدين المضمون تنفيذاً معيباً، كان يوفي بمال غير مملوك له أي بمال مملوك للغير أو بمال متنازع فيه، وفي هذه الحالة هناك حتمية في عودة حق الرهن، لزوال سبب إنقضائه نتيجة لتنفيذهِ تنفيذاً معيباً، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذ التزامه بالعودة للحقوق والالتزامات فأنه يكون قد أخطأ وهذا الأخير يستوجبُ المسؤولية عن الإخلال هذا. كذلك هو الأمر بالنسبة لإنقضاء حق الإرتفاق العقاري فمن المعلوم أن الحق الأخير ينقضي في حالة تغير في وضع الأشياء

(1) أحمد موفق عبيدات، رهن الدين في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلي كلية القانون جامعة اليرموك، ص 2016 ، ص 67 وما بعدها.

بحيث تصبحُ في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ويعود أذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق، فأذا عادَ الشيء محل حق الإرتفاق العائد، فأن هذا الحق يعودُ [1]، كأن يكون العقارالمثقل بحق الارتفاق قد هلك ثم أعادَ بناء العقار الهالك ولم يُمكن صاحب حق الارتفاق من استعمال العقار المقرر عليه حق إرتفاق، فأنه يكون قد أخل بتنفيذ التزامه بأستعمال حق الإرتفاق العائد وعليه يكون صاحب العقار الخادم قد أرتكب خطأ يستوجب المسؤولية لعدم تنفيذ التزامه بأستعمال وأستغلال حق الإرتفاق الذي تقررت عودته.

أما عن مسألة اثبات هذا الخطأ كركن أساسي لقيام المسؤولية عن الأخلال بالعودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني، فأنه يتم أثبات وقوع الاخلال بالعقد كونه المصدر الذي أنشأ بموجبهِ هذه الحقوق والالتزامات وسواءَ أكان هذا الأخلال عن عدم القيام بالتنفيذ أم التأخير عن تنفيذ الالتزام، أو تنفيذه بصورة معيبة أو بشكل ناقص، فأن القاعدة في هذا المجال، هو أن البينة على من أدعى وقوع الخطأ العقدي، وهو المكلف بأثباته، ومن ثم فأن اليمين على من أنكر، فمثلاً أن صاحب العقار المرتفق في مثالنا السابق هو الذي يدعي بوقوع الأخلال بالالتزام العقدي، ومن ثمَّ عليه أن يثبت العقد الصحيح من جانب، ووجود الضرر من جانب آخر، الأمر الذي سبب له خسارة مادية أو معنوية، بيد أنه قد يثبتُ المدعي عليه صاحب العقار المرتفق به أنعدام الضرر، أو قد يثبت انتفاء العلاقة بين خطئه والضرر الحاصل حسب المجرى العادي للأمور وذلك بقيام السبب الأجنبي [2].

([1]) د. وليد خصال محمد، قيود الملكية العقارية الخاصة، قيد حق المرور لمالك الأرض المحصورة، بحث منشور في مجلة معارف قسم العلوم القانونية، العدد (19)، السنة التاسعة، 2015، ص 51.

([2]) ومن الناحية القضائية نجد أن للقضاء دورا في هذا الصدد وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الأتحادية العراقية في احد القرارات الصادرة عنها بخصوص التعويض في المسؤولية العقدية والتقصيرية عن السبب الأجنبي الذي لا دخل لأرادة المتعاقدد فيه، حيث جاء فيه ((... أن الثابت من التحقيقات التي أجرتها المحكمة ان المدعي عليه مدير بلدية الدغارة وان قرار الإطفاء المرقم 17 في 12\12\1993 قد تضمن إطفاء مساحة مقدارها 11 دونم و13 أولك من القطعة المرقمة 325م3 المعارض والطفرة وذلك بناء على قرار لجنة الاطفاء المرقم أعلاه الا أن مديرية التسجيل العقاري قد نفذت قرار الأطفاء المذكور , وتم تسجيل عموم مساحة القطعة اعلاه البالغة تسعة عشر دونم وواحد وعشرون اولك باسم المدعي عليه بلدية الدغارة ثم قامت مديرية البلدية بافراز العقار المذكور بعد أدخاله ضمن التصميم الأساسي لليلدية =حيث افرز عدة قطع وطرق عامة وتم توزيع بعض القطع على المواطنين وتشييد دور لهم والقسم الأخر ذهب لمحرمات شط الدغارة ولما كان الثابت من المرتسم المقدم من المساح المؤرخ في 22\11\2006 ان موضوع الاطفاء للمساحة المطلوبة وهي 11دونم و13 اولك

ثانيًا ـ الضرر والعلاقة السببية

لا شك إن المسؤولية العقدية تقوم بتوافر أركانها، ومن بين تلك الأركان هو ركن الضرر وعليه فالأخير في نطاق المسؤولية العقدية من الأركان الأساسية في قيام هذه المسؤولية، والضرر بصورة عامة هو الأذى الذي يلحق بالغير[1]. أو هو عبارة عن أذى ينتجُ مباشرة لفعل الخطأ، إذ تدور المسؤولية كقاعدة عامة وجوداً وعدماً مع الضرر شدَّة وضعفاً، فلا تكون هناك مسؤولية من حيث لا ضرر.

ونتيجة لهذا الضرر فأنه يوجب التعويض ممن وقع به ضرر ما ، جبراً لهذا الضرر وعبء إثبات الأخير يقع على عاتق الدائن أي الشخص الذي تقررت له العودة ؛ لأن الأخير هو الذي يدَّعيه، و مهما يكن من الأمر فأن هذا الضرر يقع بطبيعة الحال في صورة الأذى فقد يصيب هذا الضرر الجانب المالي، فيكون عندئذ ضرراً مادياً، أو قد يصيبُ الجانب المعنوي، فيكون عند أذن ضرراً أدبياً، ولا يكتفي لقيام هذه المسؤولية أن يقوم أحد أطراف العودة للحق أو الالتزام بالإخلال، بل يلزمَ أن يؤدي هذا الإخلال إلى

= لم تكن مفرزة بالاساس عند اجراء معاملة الاطفاء وكما لا يمكن افرازها في الوقت الحاضر كما موضح في تقرير المساح لانها اصبحت شوارع عامة وقطع سكنية ومن محرمات شط الدغارة مما تكون هناك أستحالة مادية لأعادة الحال الى ما كان عليه بالنسبة للعقار الى وضعه السابق، لتداخل المساحة المطفأة مع المساحة الاخرى التي لم يشملها الأطفاء، وان الثابت مما تقدم ان بلدية الدغارة أرتكبت خطأ عندما أستحوذت على المساحة الزائدة عند المساحة التي تم اطفاءها وان هذا الأجراء الذي قامت به البلدية يعتبر باطلاً قانوناً ,ويفترض بموجب حكم القانون اعادة تلك المساحة الى اصحاب حق التصرف الا ان الثابت ايضا ان الاحكام العامة المقررة قانونا سواء اكان في المسؤولية العقدية او المسؤولية التقصيرية أذا أستحال أعادة الحال الى ما كان عليه فيصار في هذه الحالة الى التعويض الذي من شأنه ان يرفع الحيف الذي لحق باصحاب العقار فقد نصت المادة (138) من القانون المدني "اذا استحال اعادة الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل فيصار الى التعويض المعادل"وكذلك الحال في المسؤولية العقدية في المادة (168) من القانون المدني "اذا أستحال على الملتزم تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيصار الى التعويض" وفي المسؤولية التقصيرية المادة (197) من القانون المدني " اذا أتلف الغاضب للعقار وأستحال أعادة الحال الى سابق عهدها ، فيصار الى التعويض" وكذلك الحال في الدعوى موضوع التدقيقات التمييزية, فطالما يستحيلُ أعادة العقار الى ما كان عليه فيصار الى التعويض العادل الى أصحاب حق التصرف عن المساحة الزائدة التي تم تسجيلها خطأ، حيث أنها لم تكن مشمولة بقرار الاطفاء ويكون التعويض في دعوى مستقلة ووفق أحكام القانون، وهذا ما أستقر عليه قضاء محكمة التمييز الأتحادية . قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (1707/ الهيئة المدنية/ 2008) والصادر بتاريخ 3/6/ 2008 والمنشور موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط الألكتروني http://iraqid hjc.iq\verdicts texresuits.aspx.تاريخ الزيارة 30/ 5/ 2024.

([1]) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، 1991، ص 214. أنظر كذلك د. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب للطباعة والنشر، الجزائر، 1992، ص 35.

إحداث الضرر نتيجة الى هذا الأخلال؛ حتى يتمكن من المطالبة على أثر ذلك بالتعويض، الا أنه يجب أن يأخذ بالحسبان أن هذا التعويض يخضعُ لسلطة قاضي الموضوع التقديرية حسب ظروف كُل حالة أو تطبيق من حالات العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها في القانون المدني، ويغطي هذا التعويض عموماً على ما لحق المقرر له حق العودة من أضرار أدبية ومعنوية وما فاتهُ من كسب وحسب طبيعة كل التزام [1]. وما دمنا في نطاق الحديث عن هذا الضرر كركن من أركان هذه المسؤولية في نطاق انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، فأنه من الجديربالذكر أن هذا الضرر ينشأ نتيجة التنفيذ السِّيئ للالتزام أو بالأحرى التنفيذ المعيب وهذا هو جوهر الإنقضاء الذي يستتبعه وضع العودة؛ وذلك لأن التنفيذ في هذه الحالة قد تم صحيح من المدين، ولكنه غير مطابق للضوابط التي نص عليها الالتزام وطبقاً للشروط القانونية والشرعية، وإنما جاءَ بغير ذلك، أي بغير تلك الصورة التي أرادها الدائن، مما أدى إلى إلحاق الضرر بهِ، فيكون لهُ الحق في المطالبة بالتعويض[2].

ولا يكتفي أن يلحق بالشخص ضرر ما حتى يتمكن من المطالبة بالتعويض بل يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط التي تضفي عليه صفة الضرر الواجب للتعويض إذ يشترطُ من ناحية أن يكون هذا الضرر مباشراً كأثر للإخلال، ويراد به الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التاخير فيه، أما أذا كان هذا الضرر غير مباشر فلا يكون محلاً للتعويض، فمثلاً في حقوق الإرتفاق فلا يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالتعويض عنه في المسؤولية العقدية إذا كان هذا الضرر الذي أصابه هو ضرر غير مباشر[3] . كذلك يشترطُ من ناحية أخرى أن يكون الضرر متوقعاً، بعبارة أخرى أن يكون الضرر بالأمكان توقعهُ عادة وقت العقد وذلك في غير حالتي الغش

([1]) حسن حنتوش رشيد الحسناوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1990، ص73 وما بعدها، أنظر كذلك بهذا الصدد د. أسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، بلا طبعة ، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، مصر، 2013، ص 494. انظر كذلك كريمة لعريبي، التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، بويرة، 2013، ص 12 وما بعدها. ود. علي فلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 288.

([2]) أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر، 2014، ص 2.

([3]) د. أسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، مصر، 2013، ص 494.

والخطأ الجسيم، وهذا يعد في حقيقة الأمر نتيجة منطقية، لطبيعة هذه المسؤولية، فضلاً عن ذلك طبيعة الالتزامات محل العودة تقتضي ذلك، ففي الرهن سواءَ أكان الأخير تأمنياً ام حيازياً، فأن كل من الراهن والمرتهن طرفي حق الرهن (عقد الرهن) هم من ابرموا العقد وهما من يحددو مدى التعويض، ومن ثم يقتصر التعويض ما يدخل في حسابتهما، والذي على اثره انصرفت إرادتهما اليه وقت التعاقد، وهذا الحال لا يقتصر على حق الرهن من حيث الإخلال بعودته بعد انقضائه بل ينصرف إلى كل حالات أو صور انقضاء الحقوق أو الالتزامات وعودتها في القانون المدني، فهو يشملُ انقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري وكذلك حق المنفعة وحق الكفالة والحقوق الشخصية كعقد الأيجار مثلاً[1].

ويلاحظ أن توقع الضرر هذا لا يقتصر على توقع سبب الضرر بل يشمل وبحق ايضا توقع مقدار هذا الضرر، ونتيجة لذلك فانهم يسألون عن هذا الضرر المباشر المتوقع فقط، الا اذا كان الاخلال ناتجا عن غش او كان بناء على خطا جسيم وحينها يسأل عن الضرر المبائر متوقعا كان أو غير متوقع [2].

ومن هذا المنطلق يمكن القول أنه في حالة الانقضاء للحقوق إذ كان هذا الأخير غير مبرئ للذمة، وأن كان هذا الانقضاء يبدو للوهلة الأولى موافق لأحكام القانون، إلا أنه بعد فترة من الزمن زالَ سبب الانقضاء، نتيجة للتنفيذ السيء للألتزام ، وعليه فأنه قد أخطأ بتنفيذ التزامه، هذا الإخلال نتج عنه ضرراً أصابَ المتعاقد الآخر يوجب مسؤولية العقدية، كذلك هو الأمر بالنسبة للعودة لذات الحقوق والألتزامات فإذا ما استدعت الحاجة لعودة حق معين وعادَ لتوافر سبب العودة فأن أطراف العلاقة القانونية يلتزمون بالقيام ببعض الالتزامات.

فمثلاً أذا كان الحق العائد هو حق رهن مثلاً، فأن المدين الراهن بعد عودة حق الرهن يلتزم بتمكين الدائن المرتهن رهنا حيازيا من حيازة العقار المرهون ولا سيمَّا إذا كان الشيء المرهون عقاراً، ومن ثم فأن عدم قيامه بتنفيذ التزامه هذا بعد أن توافرت ضوابط عودته يعدَّ أخلالاً يستوجبُ التعويض، وعدم التنفيذ هذا من شأنه أن يسبب ضرراً

([1]) مصطفى صباح نوري أبراهيم، مصدر سابق، ص 148.

([2]) د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية على طلبة قسم الدراسات القانونية، القسم الأول، الاحكام العامة،1958، ص 43 وما بعدها.

بالشخص الذي تقررت له العودة .كذلك هو الأمر بالنسبة لعودة حق الإرتفاق العقاري، فأن عادَ هذا الحق، فيلزم بتمكين الشخص الذي تقررت اليه العودة من استعمال حق الإرتفاق، فمثلاً إذا كان هناك حق إرتفاق بالشرب، ومن ثم انفجرت عين ماء في العقار المقرر له حق ارتفاق تكفيه لريها هي وما فيها من مغروسات، فأن حق الإرتفاق هذا ينقضي، وعلى أثر ذلك يتحللُ الطرف الآخر من التزامات المقررة عليه بموجب حق الارتفاق هذا. الا أنه لو انغمرت هذه العين وأصبحت لا تكفي لري هذه الأرض إن حق الإرتفاق يعودُ في هذه الحالة، ويلتزم الطرف الأخر يتمكين الشخص المقرر له حق الإرتفاق بأستعمال هذا الشخص حق الإرتفاق هذا واستغلاله، وعدم تنفيذ هذا الشخص التزامه أو تأخره في تنفيذه فأن ذلك سوف يسببُ ضرراً بحق صاحب العقار المقرر له حق الإرتفاق بالري يوجب المسؤولية نتيجة لاخلالهِ بعودة حق الإرتفاق، ولكن يجب أن يأخذ بنظر الأعتبار إن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتحقق عموماً ألا بتوافر الركن الأخير من أركان هذه المسؤولية والمتمثل هذا الأخير بالعلاقة السببية [1].

فلا يكتفي لتقرير المسؤولية بأن يكون هناك خطأ ما من جانب المدين في التصرف الذي تقررت له العودة، وضرر يصيبُ الدائن نتيجة هذا الأخلال، بل يجب أن يكون هذا الضرر ناشئاً عن خطأ المدين، بعبارة أخرى أن يكون هناك علاقة سببية تربط ما بين الخطأ والضرر، فإذا أنقطعت هذه الأخيرة فلا تتقررُ مسؤولية المدين، وهي تنقطعُ بالسبب الأجنبي تطبيقاً للقواعد العامة، ومن الجدير بالملاحظة أن بعض حالات العودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها ترتب عند الإخلال بها المسؤولية العقدية، وبعضها المسؤولية التقصيرية حسب طبيعة كل حالة من حالات تلك العودة في القانون المدني، وهذا ما سنعرض اليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

([1]) د. يحيى احمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1992، ص 132. أنظر كذلك د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، مكتبة نهضم مصر، الأسكندرية، مصر، ص 152. و د. أنور طلبة المطول في شرح القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2004، ص348. أنظر كذلك بهذا الصدد علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1977، ص169.

الفرع الثاني
المسؤولية التقصيرية

لا تخُفى على أحد المختصين في الجانب القانوني بأنه أي قاعدة من القواعد القانونية لا تستكِمل أطارها القانوني الا بعد أن تكون ملامح تلك القاعدة قد ترسخت، ويستوي أن يكون هذا الترسيخ عن طريق النص عليها في قوانين سابقة أو عن طريقة تلمس محورها في الجانب العملي وهو ساحة القضاء، وعلى أثر ذلك تأتي قواعد المسؤولية التقصيرية بوصفها من أهم تلك القواعد التي شغلت تفكير المهتمين بالجوانب القانونية، فمما لا شك فيه أن هذه المسؤولية هي في قمة المسائل التي تناولتها التشريعات المدنية، ولا غرابة من جعل هذه المسؤولية هي نقطة الإرتكاز في الفلسفة التشريعية للقانون المدني بل للقانون بأسره، والسبب في ذلك يكمنُ في أن موضوعها يعتبر ترجمة لواقع الحياة، وقواعدها أو بالأحرى أحكامها تعتبرالحلول القانونية لِفَض كثير من المنازعات و الخصومات، وهذه المسؤولية بهذه الأهمية والكيفية تنشأ نتيجة الإخلال بالواجبات التي يفرضها القانون كضرورة أحترام حقوق الغير، أي أن هذه المسؤولية تنشأ بحكم القانون وذلك عندما يُصاب الغير بالضرر، وأن كل من تسبب بوقوع هذا الضرر يلتزم قانوناً أداء التعويض للطرف المضرور [1].

ومن هذا المنطلق يمكن القول إن كل مسؤولية إنما تنشأ عن إخلال سابق، وقد يَختلفُ نوعها بأختلاف مصدرها، أي المصدرالذي نشأ بموجبهِ هذا الإلزام، فإن كان مصدرهُ الإرادة أي العقد فهي مسؤولية عقدية، والتي تنشأ عن الإخلال بما التزم بهِ المتعاقد بناءً على هذه الإرادة، وإذا كان مصدره القانون فهي مسؤولية غير عقدية أي تقصيرية، فالأخيرة عادةً تنشأ بالإسناد لفعل شخصي يُحدث ضرراً للغير، فالمسؤولية التقصيرية عموماً تتحققُ عن الفعل الضار، أي عن الإخلال بالواجب العام يلتزم به الكافة ، أو ما يترتب عن عمل غير مشروع أو بالأحرى عمل غير مُباح يصدر عن شخص، فينجم بالأستناد عليه ضرر للغير، وفي هذا المقام فإن المسؤولية التقصيرية تقوم بالإخلال في الغالب الأعم بالتزام قانوني لا يتغيَّر، ألا وهو عدم الإضرار بالغير و بغض

([1]) د.جليل حسن الساعدي، الضروف الملابسة للضرر وتاثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، عدد خاص، 1998، ص 213

النظر عن طبيعة هذا الالتزام[1]. وهذا ما نصَّ عليهِ القانون المدني العراقي عن طريق نص المادة (186) والتي تنص هذه المادة على أنه ((إذا تلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرةً أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في أحداثهِ هذا الضرر قد تعمد أو تعدى))، كذلك نص المادة (204) من القانون نفسهُ تنص على ((كل تعد يصيبُ الغير بأي ضرر أخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)) [2]. وعلى المنوال ذاته سار القانون المدني المصري وذلك عن طريق نص المادة (163) حيث نصت هذهِ المادة على انه ((كل خطأ يسبب ضررًا للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض)).

وأوضح دلالة منهُ نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((كل عمل ينجم منه ضررًا للغير يجبر من حصل بخطئه على التعويض)) وكذلك نص المادة (1241) من القانون نفسهُ والتي تنص على ((لايعد الشخص مسؤلا فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي بل ايضا عن الضرر الذي وقع بسبب الاشخاص الذين يسال عنهم ...)) . وعند التركيز بمفردات نصوص المواد المبينة انفا نلاحظ وبحق أن القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الاخرى تنص على المسؤولية بموجب قواعد عامة، ولكن هذهِ المسؤولية هي الاخرى تقوم على توافر ثلاثة أركان وهي كل من (خطأ وضرراً وعلاقة سببية) [3]، كما هو مبين أدناه.

أولًا- الخطأ

من المعلوم أن الآراء الفقهية قد أختلف بشأن تحديد معنى الخطأ التقصيري وذلك على المستوى الفقه و القضاء المعاصرين، إلا أن أغلب الآراء كانت تصب في معنى واحد في الوقت الحاضر، إلا وهو إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن أدراك، وهذا

([1]) د. عاطف نقيب، النظرية العامة الناشئة عن الفعل الشخصي، دار المنشورات الحقوقية ، بلا سنة طبع، بلا مكان طبع، ص 15، وما بعدها. أنظر كذلك د. أحمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 747. و د. سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، بلا طبعة، مكتبة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 9.

([2]) وتقابلها نص المادة (256) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((كل أضرار بالغير يلزم فاعلة ولو غير مميز بضمان الضرر))، والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (164) من القانون المدني السوري، ونص المادة (166) من القانون المدني الليبي.

([3]) د. محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطا والضرر، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، بلا سنة نشر، ص 54. انظر كذلك د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الارادية والغير الارادية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، بلا مكان طبع، 2010، ص 199.

الالتزام القانوني السابق هو الالتزام باحترام حقوق الكافة وعدم الأضرار بهم حتى أن هذه المسؤولية تتعدى القانون الخاص[1]. ومن ثم فإن الخطأ التقصيري يكمن في الإخلال بالتزام قانوني يقتضي كقاعدة عامة اتخاذ الحيطة واليقظة في السلوك الأنساني أبتغاء عدم الأضرار بالغير[2]. سواءَ أكان ذلك إخلالاً متعمداً أم غير متعمد، وسواءَ صدرَ من شخص مُميز أم غير مُميز[3]. وانسجاماً مع هذه الفكرة ذهبَ رأي في الفقه القانوني بتعريف الخطأ التقصيري بأنه ((أخلال بحق أو مصلحة أعلى))[4].

ولكن هذا التعريف وأن كان ينسجمُ مع بعض حالات أو صور انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني الا إنه لا يمكن الأخذ به على الإطلاق، إذ إنه يثير بعض الاشكالات ومنها مثلاً متى يقع هذا الإخلال؟ ومن هو الذي يحددُ المصلحة الأعلى؟ ولا سيمَّا قد يحصل تعارض في المصالح نتيجة للعودة لذات الحق بما يفرضهُ من حقوق والتزامات، هذا المعنى نجده يرتكزُ على فكرة تدافع المصالح وتعارضها والقانون هو الذي يحدد المصلحة الأجدر بالحماية، فهو تعبير عام شمولي لا يهتم بتفصيل كل حالات الأخلال لتكوين خطأ تقصيري يوجب المسؤولية، من ذلك ذهبَ رأي أخر بتعريفه بأنه ((

([1]) عبد الحميد عثمان محمد، المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلي كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993، ص 69. أظر كذلك بهذا الصدد د. حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، الطبعة الأولى، دار الفكر الفكر العربي الحديث، القاهرة، مصر، 1970، ص 19. و محمد احمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية مقارنة باحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص 6 وما بعدها، و رشدي شحاته ابو زيد، إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الأسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، 1993، ص 37 وما بعدها.

([2]) د. محمد عبد الظاهر حسن، مصادر الالتزام (المصادر الأرادية وغير الارادية)، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية، بلا مكان طبع، 2008، ص 360. أنظر كذلك د. صلاح حسن برعي، أساس المسؤولية المدنية عن الافعال الشخصية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة، 1977، ص 62.

([3]) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص240. أنظر كذلك د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عديم التميز التقصيرية في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد (4)، السنة السادسة، 1980، ص80.

([4]) د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، بلا جهة طبع، منشاة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، 1997، ص 354.

العمل الضار الغير مشروع أو الفعل الضار بالغير دون وجه حق))[1]. وعند التركيز بهذا التعريف نجده يتعلق بالضرر ذاته، فهو يستغرقُ الضرر مع العلم أن الأخير هو ركن مستقل، والقول بذلك يعني أن الفعل الذي يأتيه الفاعل دون وجه حق ولم يتسببُ بضرر للغير لا يمكن تسميته بأنه خطأ، فالأخير صفة متعلقة بذات الفعل وطبيعة لا بنتيجته، ولا يمكن القول بتعريف الخطأ عن طريق الضرر؛ لأنهما أمران مختلفان في الوجه والتركيب. هذا ومن الجدير بالذكر أن الكلام عن تعريف الخطأ التقصيري هو كلام طويل كان وما زالَ موضع سجل لدى الفقه القانوني، ألا أنه الكثير من الفقه القانوني تبنى استخدام بعض المفردات أو الالفاظ المختلفة بشكلها لا بمضمونها ودلالاتها، فقد ذهبَ أغلب الفقه القانوني بتعريفهِ بأنه الأخلال بالتزام سابق [2].

ومن هذا المنطلق فأنه عندما ينقضي الحق أو الالتزام ويعود، أي إذا ما تطلب الأمر عودة العلاقة القانونية بما تحملهُ من حقوق والتزامات، فأن الاخلال بهذه العودة من قبل الأغيار الذين لا تربطهم علاقة عقدية مع بعضهم البعض يعدَّ خطأ تقصيرياً صادراً منه يسبب ضرراً لاطراف هذه العلاقة يستوجب التعويض، فالعودة للحقوق والالتزامات تعتبر في بعض الاحيان حق لأطراف هذه العلاقة، وهذا الحق يستوجب احترامه من قبل الكافة، فهو التزام قانوني يُفرض على الأغيار أحترامه، وأذا رجعنا قليلاً لذاتية العودة من حيث أهميتها القانونية العملية لوجدناها وبحق أنها تعدَّ ضمانة أكثر فعالية في تحقيق التوازن في العلاقات القانونية من حيث الحقوق والالتزامات، ومن ثمَّ فإن الإخلال بها من قبل الأغيار أمر يوجب المسؤولية التقصيرية، وأن سبب هذا الإخلال يكمن وكما بيّنا ذلك سابقًا أن هناك مدة زمنية ما بين إنقضاء الحق وعودته، حيث أنه خلال هذه المدة

([1]) أسماء موسى أسعد، ركن الخطا في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 40.

([2]) د. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، بلا طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص36. أنظر كذلك د. معوض عبد التواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشاة المعارف، الأسكندرية، مصر، 1998، ص 548. ود. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني مصدر سابق، فقرة 526، ص 879 وما بعدها. ود. عادل ابو هشيمة ود. هشام محمود، المصادر الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2014، ص 210 وما بعدها. ود. محمد شريف عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بلا مكان طبع،بلا سنة طبع، ص 58.

القانونية والتي تمتدُ من لحظة الإنقضاء الفعلي للحق أو الالتزم ولحين عودته اي بتوافر سبب العودة وزوال سبب الإنقضاء، وعلى أثر ذلك فأن تدخل فكرة الخطأ التقصيري للغير في العلاقة القانونية التعاقدية، يتضمن بقيام هذا الغير بمنع تنفيذه أو جعل تنفيذ بنود العقد أو شروطه أكثر كلفة أو مشقة، أو أنه يسمح بتنفيذ الألتزام قليل القيمة أو لا فائدة منه بالنسبة للمتعاقد المضرور، بل قد يتعدى فعل الغير هذا إلى أكثر من ذلك، إذ قد يجعلُ من تنفيذ هذا الحق أو الالتزام بعد عودته مستحيلاً[1]. فعندما ينقضي الحق للوهلة الأولى كونه الوضع القانوني الذي يسبق العودة لهذا الحق فقد يكون سبب الإنقضاء نتيجة فعل الغير، وعليه تثورُ مسؤوليته، وهذه الأخيرة هي مسؤولية تقصيرية، مثال ذلك لو هلك العقار المرهون بسبب يعود لفعل الغير، اي بسبب لا يعود لاحد اطراف العلاقة القانونية، كان يقوم هذا الغير بهدم العقار المرهون، كما لو كان عقاره ملاصق للعقار المقررعليه حق الرهن، وعند هدمه وأعادة تأهيله تسبب بفعلهِ بهدم العقار المجاور له والمقرر عليه حق رهن، فهنا تثور مسؤوليته التقصيرية، وهذه القاعدة يمكن تطبيقها على أغلب حالات الإنقضاء للحقوق أوالالتزامات بسبب لا يعود لأطراف العلاقة القانونية ذاتهم، وأنما بسبب من قبل الأغيار، سواءَ أكان ذلك في الرهن أم حق الإرتفاق أم حقوق المنفعة .

وهذا ليس بالأمر الذي يشكل أهمية لنا في مجال بحثنا، فنقطة الإرتكاز التي تهنما في مجال بحثنا هي العودة لهذا الحق أو الالتزام، ومن ثم بيان كيفية قيام هذه المسؤولية بناءً على خطاء الغير؟ جواباً على ذلك نقول إن خطأ الغير التقصيري في نطاق العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني يثورُ عندما يقوم الغير كونه خارج النطاق الشخصي للعلاقة القانونية العائدة بفعل من شأنه عرقلة أداء الالتزامات الناشئة عن العودة لذات الحق أو الالتزام، أو أن يقوم في الغالب الأعم بإعاقة عودة الالتزام متجاوزاً في ذلك واجب احترام الحقوق العقدية والتي تفرض عليه الأمتناع عن كل فعل أو تصرف من شأنه المساس بهذه الحقوق، ومتى قد تحقق ذلك كان لابد من اصلاح ذلك اي الضرر الذي نشأ عن الخطأ من قبل الغير عن العلاقة القانونية الذي لحق بالدائن في العلاقة القانونية

([1]) ويستوي أن تكون هذه الأستحالة مطلقة او نسبية، فالغاية هنا قد تحققت الا وهي أن فعل الغير هذا قد تسبب في عرقلة العودة للحقوق والالتزامات، او أنه قد عارض العودة لها، فأذا لم يعد الحق أو الالتزام بحالته التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، وتبين أن السبب في ذلك يعود لشخص لا تربطه علاقة قانونية لا من قريب ولا من بعيد، فالحق نعم يعود حتى وأن كان أكثر مشقة، الا أن هذا الغير قد أخطأ بالتزامه القانوني خطأ تقصيرياً يوجب التعوض للطرف الذي تقررت له العودة ، لأستعمال وأستغلال حقه من جديد بعد أن توفرر سبب هذه العودة.

العائدة. وهذا الامر يعد نتيجة منطقية لاتزام الغير هذا، إذ إنه يلتزم ببذل عناية، وان أساس بذل هذه العناية هو أحترام العلاقة[1] .وحسننا ما فعل المشرع الفرنسي في تعديلهِ الأخير بموجب الأصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي بموجب الامر 131 لسنة 2016، إذ أصبح واجب أحترام العلاقة العقدية من قبل الأغيار التزاماً قانونياً وعدّه التزاماً من النظام العام الذي لا يجوز الإتفاق عليه؛ وذلك عندما أستحدث المشرع الفرنسي نص المادة (1200) الجديدة كلياً والتي نصت هذه المادة على أنه ((يجب على الغير أحترام الأوضاع القانونية الناشئة عن العقد ويمكن التذرع بهذه الأوضاع وبصفة خاصة لأثبات واقعة ما))[2].

ومؤدي هذه المادة التبني الصريح لحجية العلاقة القانونية بحق الأغيار، ومن هنا يتبين لنا وبحق أن المشرع الفرنسي قد حسمَ أمر طبيعة الخطأ التقصيري، أي الخطأ الذي يأخذ الطابع التقصيري، وهو خطأ ثابت يتمثلُ في إخلال الغير بالواجب الشخصي والخاص والذي يترتب عليه مسؤولية الغير الأصلية وهي مسؤولية تثبت في حق الغير شخصياً وليست مسؤولية يستعيرها من المدين سواءَ أخل بهذا الالتزام من قبلهِ فقط أم بالاشتراك مع المدين، أي بالتواطئ مع أحد أطراف العلاقة القانونية على حساب الطرف الأخر[3]. ولتوضيح هذه الأحكام نضرب المثال الأتي قلنا سابقاً أن من بين تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هو انقضاء وعودة حق الشفعة، فكما بينا ذلك سابقاً أنه لم يأخذ الشفيع العقار المشفوع بالشفعة، فأن حقه بالشفعة يسقطُ، ولكن إذا قام المشتري ببيع العقارمرة أخرى، فهنا حق الشفعة يعودُ له من جديد، ويستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة[4] . ولكن ذلك مرهون بان أن يقوم بجميع الإجراءات التي نص عليها القانون من أعلان الرغبة، ورفع الدعوى على البائع والمشتري الجديد، وأيداع

([1]) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، الطبعة الأولى، بلا جهة ومكان طبع، 2004، ص 15

([2]) د. احمد ابراهيم الحياري، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد((دراسة مقارنة بالقانون المدني البحراني))، بحث منشور في المجلة القانونية، العدد (11)، بلا سنة نشر، ص 253.

([3]) د. خليفي مريم، الغير المطلق وتدخل نظام الخطا التقصيري في الخطأ العقدي، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد (7)، العدد(2)، 2022، ص 77. أنظر كذلك د. رغد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة الى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الأصدار الثاني، السنة الرابعة، 2020، ص 9 وما بعدها.

([4]) د. منصور فؤاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 95.

نصف الثمن لدى صندوق المحكمة، فأذا قصرفي هذه الإجراءات المنصوص عليها قانوناً فأن حق الشفعة يسقطُ ولا يعود اليه مجدداً، وقد أشارت الى الأحكام المتقدمة نص المادة (1137) من القانون المدني العراقي والتي نصت هذه المادة على أنه ((إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة سقطت شفعته وتجددت له شفعة على المشتري الثاني)) [1]. فالمشرع قد أفرد نصاً قانونياً أتاح بموجبهِ عودة حق الشفعة، بحيث أنه إذا اشترى أحد عقاراً تجوزُ الشفعة فيه كقاعدة عامة ومن ثم باعه قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة سقطت شفعته، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني، وهذا الأخير لا يمكنه على الأطلاق معارضة الشفيع في أسترداد العقار أو بالأحرى أخذه بنظام الشفعة، ولا يحق له أن يدعي بزوال حق الشفيع هذا كونه قد اسقط حقه بالنسبة للمشتري الأول الذي أشترى العقار المشفوع، وعند أمتناعه عن تسليم العقار المشفوع أو عارض تسليمه، أو جعل تسليم العقار هذا أقل منفعة أو اكثر مشقة حينما يقوم هذا الغير بهدم العقارالمقررعليه حق الشفعة، وهذا ما يؤدي الى قيام مسؤولية، إذ كان عليه أن يتريث بعض الشيء على أساس ان حق الشفعة حق يحتجُ به تجاه الكافة، وعلى الأغيار الأمتناع عن عمل ينقص أو منع تنفيذ هذا النوع من الحقوق.

ومن هذا المنطلق يمكن القول إن الخطأ التقصيري كونه أحد أركان المسؤولية التقصيرية يتجلى بصورة اعاقة العودة للحقوق أو الالتزامات أو منع تنفيذ هذه العودة، فتقوم مسؤوليته عن هذا الإخلال، وأن إنتقل الشيء محل العودة الى هذا الغير بناءً على سبب صحيح ولا سيمَّا أذا كان هذا الأخير يعلم أن الشي محل العودة، قد انتقل اليه بوفاء غير مبرئ للذمة، أي أن سبب انقضائه غير صحيح، وبمقابل ذلك يحق للغير هذا الرجوع على الشخص الذي تلقى منه الشيء محل العقار العائد بالدعوى الضمان أو بموجب الدعوى الشخصية وحسب طبيعة كل التزام. ولكن يجب أن يأخذ بالحسبان أن هذه المسؤولية تتطلب لقيامها ركنين أخرين وهما كل من الضرر والعلاقة السببية ما بين الأخير والخطأ وكما هو مبين أدناه :

([1]) وعلى المنوال ذاته ذهب المشرع المصري من خلال نص المادة (938) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه (إذا أشترى شخص عيناً تجوزُ الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و بالشروط التي أشترى بها)).

ثانيًاً ـ الضرر والعلاقة السببية

كما في القواعد العامة والخاصة بنطام المسؤولية ومنعاً منا للإطالة والخروج عن الموضوع، أرتأينا بحث ركني هذه المسؤولية ضمن بند واحد، فكما هو معلوم أن الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، إذ إن هذه الأخيرة لا تتحققُ عندَ وقوع خطأ ما فقط، بل يجب أن يرتب الخطأ ضرراً ما، والمتضرر طبقاً للقواعد العامة هو الذي يجب عليه الإثبات بطرق الإثبات كافة ومنها البيّنة والقرائن، طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، والضرر الذي يوجب هذه المسؤولية أي المسؤولية التقصيرية قد يكون مادياً يتبلورُ في الأذى الذي يصيب الشخص في مالهِ أو بدنه، وقد يكون معنوياً، لا يصيب الشخص في ماله وأنما يصيبُ الشخص في شرفهِ أو سمعته أوعاطفته أو مركزه المالي[1].

فالضرر كركن من أركان هذه المسؤولية يختلفُ تبعاً للواقعة محل التعويض، فضلاً عن ذلك فإن كلمة مسؤولية تعني عموماً الالتزام بالتعويض، وهذا الأخير يقدرُ بقدر الضرر وبأنتفائهِ تنعدمُ المسؤولية ولا محل للتعويض، فالمسؤولية تدورُ معه وجوداً وعدماً ولا تنهض بدونه فلا دعوى بلا مصلحة [2]. فعلى سبيل المثال أن الضرر الناتج عن الإخلال بعودة حق الإرتفاق قد يؤدي إلى حدوث ضرر مادي لصاحب العقار المقرر له حق الإرتفاق يوجبُ التعويض عما لحقه من خسارة أو ما فاتهُ من كسب ، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية [3].

ففي حق المرور مثلاً ، إذ إن هذا الحق ينقضي كما لو تهيأ سبيل أو طريق أخر يمكن من خلالهِ أستعماله بحيث يكون هذا الطريق بديلاً عن حق المرور المقرر له على أرض الغير، بحيث يكفيه للممارسة أعماله على عقارهِ دون الحاجة الى حق الإرتفاق هذا،

([1]) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق، ص 463. أنظر كذلك د. سلمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه بجامعة بغداد، بلا طبع، بلا جهة طبع، القاهرة، 1955، ص 140. انظر كذلك د. ناصر جميل الشمايلة، الضرر الأدبي وأنتقال الحق في التعويض عنه، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2000، ص 140.

([2]) د. أحمد عبد الراق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 556، أنظر كذلك د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام (الصادر، والأحكام، والأثبات)، بلا ط، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، 1994، فقرة 119، ص 185.

([3]) Geneviene VINEY, Quelque proposition de reforme du droit de la respensabilité civile, Recueil dalloz, 2009, P 2944.

كذلك هو الأمر لو أصبح حق المرور هذا لا يتناسب مع الأعباء أو التكاليف التي يلتزم بها صاحب العقار المقرر عليه حق إرتفاق، أي أذا أصبحت فائدته معدومة بعض الشيء أو كما يقال عنها فائدة نسبية، كما لو كان العقار المقرر له حق المرور هذا قد فتحَ له ممر الى الطريق العام، فهنا حق الإرتفاق هذا ينقضي حتماً، ولكن هذه الحتمية لا يمكن الأخذ بها على الاطلاق، إذ إن هذا الحق ممكن أن يعودُ مرة اخرى بتوافر سبب عودته، كأن يصبح الطريق العام أكثر أزدحاماً بحيث يصعب معه الوصول الى هذا العقار، فهنا حق الإرتفاق يعودُ، وأذا عارض أو منع من أستخدام حق الإتفاق بالمرور من قبل صاحب العقار المقرر عليه حق إرتفاق، بحجة أن هذا الحق قد انقضى وأن العقار لم يعد محبوساً وعليه فأنه لا مبرر من بقاءِ العقار مثقلاً بحق الإرتفاق فأن مسؤوليته هنا تتحقق بحكم القانون، كذلك هو الأمر فيما لو فرضت المحكمة عليه عودة حق الإرتفاق بالمرو ومنع صاحب العقار المرتفق من حقهِ بالمرور، وعلى أثر ذلك حال هذا المنع من وصوله الى المستشفى مما أدى الى وفاته[1].

وفي هذه الحالة القاضي هو من سيقدر التعويض، ويراعي في ذلك أن هذه المصلحة المالية والتي يعتدُ بها هي مصلحة مشروعة، أما أذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة في ذاتها فلا يعتدُ بها [2]. وليس أبلغ في الدلالة في ذلك ما ذهبَ اليه محكمة النقض المصرية إذ قضت هذه المحكمة في حكم صادر لها قضت من خلاله بأنه ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة (1028) مدني مصري أن حق الغرتفاق ينقضي أذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبحُ في حالةِ لا يمكن معها أستعمال هذا الحق، ويعودُ أذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال مرة أخرى ... وحيث أن الثابت بالأوراق والكشف الجاري ومحضر تقرير الخبراء أن الحائط المقررعليه حق التعلية قد تم اعادة بناءه وأصبح مما يمكن أستعماله ... فأن دعوى المدعي لها سند من القانون بأستخدام الحائط للتعلية وفق الغرض الذي خصص له))[3]. وعند التمعن بقرار محكمة النقض هذا يتبين لنا وبحق أن المفهوم المخالف لذلك أي في حالة امتناع صاحب العقار

([1]) مصطفى صباح نوري ابراهيم، مصدر سابق، ص 150.

([2]) د. محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، مطبعة الجامعة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1998، ص 19.

([3]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (723) والصادر في 1997/5/15 مجموعة القرارات الصادر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية والمنشورة على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الرابط المتاح cc.gov.eg تاريخ الزيارة 2024/6/3.

المقرر عليه حق التعلية في استخدام العقارالمثقل بحق الارتفاق هذا رغم عودته من خلال بناء الحائط المقررعليه حق التعلية، فأنه تتحققُ مسؤولية التقصيرية بموجب القانون لأنه بمتناعه هذا تسبب بضرر لحق بمن له حق التعلية. كما أن هذه المسؤولية تتجلى بوضوح في نطاق الرهن في حالة إنقضائه وعودته، إذ إنه خلال مدة الانقضاء وقبل العودة قد يتصرفُ في العقار المرهون تصرفاً مادياً أو قانونياً، ففي حالة انقضاء الدين الموثق بالرهن وترتب على ذلك انقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية مثلاً، فأن حق الرهن هذا ينقضي .

ولكن قد يرتب صاحب العقار المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً حقوق على ذلك العقار، على سبيل أن يقوم المدين الراهن بتأجيره الى شخص حسن النية، وبعد ذلك يتبين أن انقضاء الدين كان باطل؛ لأي سبب كان، فأن الدين في هذه الحالة يعودُ ويعود تبعاً لذلك، أو بالأحرى على أثرهِ الرهن، ولكن يجب أن يأخذ بالحسبان أن عودة الرهن لا تؤثر بحق المستأجر الذي ترتب على العقار بعد إنقضاء الرهن، وعلى أساس ذلك يمكن القول إنه إذا انقضى الرهن سواءَ أكان تأمينياً أم حيازياً بانقضاء الدين الموثوق به، فأن الرهن ينقضي بصورة تبعية، و لكن حق الرهن يعود إذا زالَ السبب الذي انقضى به الدين، شريطة أن تكون هذه العودة للحق أو الالتزام ممكنة من جهة، كما أنه يجب أن لا تؤدي هذه العودة إلى الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً خلال مدة القانونية ما بين انقضاء الدين وعودته [1].

وهنا لا تكون هناك مسؤولية تقصيرية على هذا الغير ما دام حسن النية، لأنه أكتسب حقاً دون أن يعلم إن هناك أمكانية للعودة، إذ لم تكن لديه نية الأضرار بهما، الا أنه في الحالة المخالفة لذلك، أي في حالة ما أذا كان هذا الغير سيء النية ويعلمُ أن الإنقضاء للحق أو الالتزام كان غير صحيح، أو أن أحد أطراف العلاقة القانونية وهو المدين كان متواطئاً معه، فهنا معيار حسن النية قد أنهدم وعليه فأن المسؤولية هنا قد تحققت، لأن أنتقال الالتزام أليه كان غير مشروع ، وبالتالي فأن هذا الغير يلتزم بموجب القانون برد

([1]) د. هدى عبدالله، التامين العقاري، مقارنة مع حقوق الرهن والأمتياز، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، 2011، ص 183 وما بعدها. أنظر كذلك مهدي نعيم حسن الحلفي، رهن الملكية الفكرية، داسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2019، ص 165. وليد عايد عوض الرشدي، المسولية الناشئة عن تلوث البيئة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2012، ص 71.

الشيء محل العلاقة القانونية العائدة، وأمتناعه عن ذلك أي الرد[1] العيني للشيء الذي انتقل اليه وهو سيء النية يعتبر أخلال منه، وعلى أثر هذا الأخلال تقام مسؤوليته ويتوجب عليه تمكين أطراف العلاقة القانونية من اعادة الحال وأن اساس ذلك حسب ما ذهبَ اليه الكثير من الفقه هو قاعدة رد غير المُستحق [2]. ومهما يكن من الأمر فأن هذا الضرر كركن من أركان هذه المسؤولية يستوجب توافر شروطه، حيث يجب أن يكون هذا الضرر محققاً، والضرر المحقق هو الضرر مؤكد الحدوث، سواءَ أكان هذا حالاً أي واقعاً فعلاً أم مستقبلاً، أي إذا تأخر حدوثه للمستقبل، لكنهُ حادث بشكل مؤكد لا محالة[3] .

كذلك يجب أن يكون هذا الضرر مباشراً متوقعاً كان أم غير متوقع، فالأخير يكون مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخرعن الوفاء بهِ في نطاق العودة للحقوق أو الالتزامات، وعدم الوفاء بالالتزام في المسؤولية التقصيرية يتمثلُ بإلحاق الضرر بالغير لأن أطراف العلاقة القانونية هم أغيار بالنسبة للشخص الذي أنتقلت له ملكية الشيء محل العودة خلال المدة ما بين انقضاء الحق وعودته؛ لأن القانون يلزمُ الجميع بالكف عن إلحاق الضرر بالغير، ويكون هذا الضرر مباشراً متى كان نتيجة طبيعية للإخلال بذلك الالتزام، وهو يكون أصلاً نتيجة طبيعية متى ما لم يكن بإمكان

([1]) يقصد بالالتزام بالرد هو ما يقع على عاتق كل طرف تَسلّم شيئًا عينياً من الآخر الالتزام بردهِ الى مالكه بذات الحالة التي كان عليها الشيء وقت التسليم، فإن كانت بضائع تُرد بحالتها الى مالكها الأول، و إن كانت نقود تُرد الى من دفعها ، وهذا الالتزام بالرد متأتي أما نتيجة فسخ العقد بين الطرفين أو بطلانه أو جراء غصب، فيتحتم على كلا الطرفين إذا كان قد نفذا العقد بينهما أن يردا الى بعضهما ما تسلماه من بعض بموجب هذا العقد، أي إن هذا الالتزام ينشئ بعد قبض كل طرف محل العقد من الطرف الآخر، وهذه النتيجة يمكن تطبيقها في حالة ما اذا كان الحق قد أنتقل الى الغير سيء النية والذي على أثره انقضى الالتزام، فان عاد هذا الحق لزم هذا الغير باعاد الشيء محل العودة الى الدائن في العلاقه القانونية وعند امتناعة او أعاقته لتلك العودة فان تصرفه هذا يكون مخلا للمسؤولية.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، مصدر السابق، ص804. و د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص166. و د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الأسكندرية، بلا سنة طبع، ص55. و مطهر محمد محب علامة، الالتزام برد غير المستحق في القانون المصري دراسة مقارنة بالقانون اليمني والفقه الأسلامي ،اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ص19 . و د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بلا طبعة، القاهرة،صر، م 2000، ص384.

([3]) د. شعيب أحمد سلمان، المسؤولية المدنية على تحمل التبعية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد (15)، السنة العاشرة، بغداد،1983، ص 396 وما بعدها. أنظر كذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (64) والمؤرخ في 1965/2/27، قضاء محكمة التمييز، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز، العدد(3) لسنة 1965، ص55.

المتضرر الوقاية منهُ لو بذلَ جهدًا معقولاً[1] . كما أن من شروط هذا الضرر أن يصيب مصلحة مشروعة للمتضرر[2]، وطبعاً أن هذه المصلحة هي أساس العودة لذلك تكون متوفرة دائماً، فالعودة لذات الحق أو الالتزام هي ضمانة لتحقيق التوازن في العلاقة القانون، ففي حالة توافر هذه الشروط يتحققُ الضرر الموجب لهذه للمسؤولية، أما بخصوص العلاقة السببية فإنه طبقًاً للقواعد العامة الخاصة بالمسؤولية، إن العلاقة السببية هي ركن من أركان المسؤولية وتوافرها شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك [3]، وهي تقتضي في حقيقة الأمرأن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ، أي أتصال السبب بالمسبب، بحيث لا يتصور وقوع أي منهما بغير قيام الخطأ [4]. فالشخص كقاعدة عامة لا يسأل إلا عن الضرر الناتج عن خطئه لا عن سبب أخر، فإذا وقع خطأ وضرر من دون أن توجد بينهما علاقة أو رابطة السببية فلا تقوم هذه النوع من المسؤولية، وهي تنقطعُ بالسبب الأجنبي طبقاً للقواعد العامة ويعد توافر هذا الترابط بين الخطأ والضرر من المسائل الموضوعية التي يستقل بها القضاء(قاضي موضوع النزاع)، ولا رقابة عليها من محكمة النقض شريطة أن تورد الأسباب السائغة إلى ما أنتهت إليه سواءَ أكان ذلك في حالة إثبات هذا الترابط أم في حالة نفيه [5] .

هذا ومن الجدير بالذكرأن هناك مسألة في غاية الأهمية الا وهي حالة الأنتفاء المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخلال بالعودة، إذ أن هذه المسؤولية تندفي بالسبب الأجنبي، أي بأنعدام هذا الأخير بين الخطاء والضرر ، كما في حالة القوة القاهرة فهو في هذه الحالة حادث لا مستحيل دفع في طبيعة الحال فحسب، بل غير ممكن الوقوع، أما في حالة الحادث الفجائي، فهو حادثاً يمكن توقعه، ولكن هذا الأخير مستحيل الدفع، وأن الفرق ما بين الاثنين حسب ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني في أن الأخير أي الحادث الفجائي

([1]) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص 213.

([2]) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص 214.

([3]) Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, Définition de la causalité en droit français, La causalité dons le droit de laresponsabilité civile europeenne, séminaire du GERC, mars 2010, P 4.

([4]) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (1234) والمؤرخ في 2012/28،6، أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج2، ص 435 وما بعدها.

([5]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (8207) والمؤرخ في 6/4/ 2014، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eتاريخ الزيارة 2021/3/30.

تكـون الأسـتحالة نسـبية، أمـا فـي القـوة القـاهرة فتوجـد القـوة القـاهرة [1]. وفـي نطـاق الخطـأ كـركن مـن أركـان المسـؤولية المدنيـة لكـي يجـب أن لا يكـون أساسـاً لقيـام هـذه المسـؤولية، إذ يتحـتمُ الأمـر أن لا يقـع مـن قبـل المـدعي عليـه خطـأ مـا ويسـتوي أن يكـون هـذا الأخيـر ثابتـاً أو مفـروض، كمـا أن هـذه المسـؤولية تنتفـي فـي حالـة أذا وقـع الضـرر مـن قبـل المضـرور نفسـه، وهنـا حتمـاً نخـرج مـن المسـؤولية، إذ لا وجـود لشـخص المسـؤول فـي هـذه الحالـة أمامنـا، مثـال ذلـك لـو أعيـد حـق الإرتفـاق بالشـرب بعـد انقضـائه ولكـن صـاحب حـق الإرتفـاق قـام بطمـر هـذا المجـرى فـي الجـزء المقـرر عليـه حـق إرتفـاق، وبالتـالي قـد لحقـه ضـرر مـا، فـأن مصـدر هـذا الضـرر كـان عـن طريقـهِ هـو بالـذات وكـان هـذا الأمـر بفعلـهِ، ومـن ثـم فـلا مسـؤولية علـى صاحب العقار المرتفق به[2] .

ولكـن قـد يشـتركُ خطـأ المضـرور والمسـؤول معـاً فـي أحـداث هـذا الضـرر، ففـي هـذه الحالـة لا يصـح تمامـاً القـول بـأن نمحـي المسـؤولية عـن المسـؤول، بـل الأمـر مختلـف تمامـاً إذ يجـب أن نخففهـا بنسـبة مـا تسـبب بـه مـن ضـرر، والقـول بخـلاف ذلـك يتعـذر معـه علـى المضـرور أن يرجـع بتعـويض كامـل عمـا أصـابه مـن ضـررٍ، والخطـأ هنـا يقـاس بمعيـارهِ المعـروف، ويتجلـى هـذا الأخيـر فـي أنحـراف سـلوك المضـرورعن سـلوك الرجـل المعتـاد، كمـا أن المـدعي عليـه أن يحـتج بخطـأ المضـرور علـى ورثـه المضـرور فـي أحـوال معينـة. أمـا فـي حالـة تسـبب الغيـر فـي وقـوع الضـرر، فـأن فعلـه هـذا وحـده السـبب فـي أحـداث الضـرر، فيكـون المسـؤول عـن هـذا التعـويض، ولكـن يجـب أن ياخـذ بالحسـبان أنـه أذا وقـع خطـأ مـن المـدعي عليـه وأشـترك معـه فـي أحـداث الضـرر مـن قبـل الغيـر، فيشـترط هنـا أن يكـون فعـل الغيـر لـه شـأن فـي أحـداث الضـرر لكـي يكـون مسـؤولاً عـن هـذا التعـويض [3]. ولكـن أذا مـا

([1]) See: Mazeaud (H.L.J) Lecon de droit Civil Obligations T.2,3eme, Paris,1966. P.382. See: LEON V-J-Lecons de droit Les Obligation-T.ll-Paris, 1991, P.622See. DE-mou GuE, Les Effects Obiligations, T.l.Paris, 1986,P.57.

([2]) القاضـي لـيلان، المسـؤولة المدنيـة فـي القـانون، بحـث مقـدم مـن قبـل عضـو الأدعـاء العـام كجـزء مـن متطلبـات الترقيـة مـن الصـنف الثالـث الـى الصـنف الثـاني مـن أصـناف الأدعـاء العـام، وزارة العـدل، رئاسـة الادعاء العام، دائرة الأدعاء العام في أربيل، 2017، ص17.

([3]) وهـذا مـا نصـت عليـه المـادة (211) مـن القـانون المـدني العراقـي والتـي تـنص هـذه المـادة علـى أنـه ((أذا ثبـت الشـخص ان الضـرر قـد نشـأ عـن سـبب أجنبـي لا يـد لـه فيـه كآفـه سـماوية أو حـادث فجـائي أو قـوة قـاهرة او فعـل الغيـر أو خطـأ المضـرور كـان غيـر ملـزم بالضـمان مـا لـم يوجـد نـص أو أتفـاق علـى غيـر ذلـك)). وذات المعنـى تضـمنته نـص المـادة (165) مـن القـانون المـدني المصـري، وكـذلك نـص المـادة (261) مـن القـانون المـدني الأردنـي، ونـص المـادة (166) مـن القـانون المـدني السـوري، ونـص المـادة (168) مـن القانون المدني الليبي.

توفرت شروط وأركان قيام هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وعليه تحققت المسؤولية فكيف يكون الجزاء؟ الأخير يبدو للوهلةِ الأولى بالتعويض إذ هو الحكم الذي يترتبُ قيام هذه المسؤولية وجزاؤها عن طريق دعوى تقام من قبل صاحب الضرر[1].

أما الجزاء في نطاق العودة للحقوق والالتزامات فقد يتحققُ بطريق آخر غير التعويض، فمثلاً أذا كان الأخلال من أحد طرفي العلاقة القانونية كما هو الحال في نطاق عودة حق الإرتفاق العقاري، حيث يقوم صاحب العقارالمرتفق به بنقل حق الإرتفاق العائد وهو بطبيعة الحال يتحملُ نفقات هذا النقل، أذا كان هو المستفيد من هذا الأجراء أو كان له مصلحة فيه دون سواه، ولا يلزم مالك العقار المرتفق بأي تبعات مالية عن هذا التعديل أو النقل، والسبب في ذلك يكمنُ أن صاحب العقار المرتفق به لم يصبه أي ضرر من جراءِ هذا النقل، وعلى أثر ذلك ليس له أي حق في المطالبة بالتعويض، بيد أنه أذا قامَ صاحب العقارالمرتفق به باجراء أعمال تنقص من الانتفاع بالعقار المرتفق أو تجعل من المتعذر أستعماله، فأنه يترتبُ على ذلك حتماً أزالة تلك الأعمال المخالفة وأعادة حق الأرتفاق الى حالتهِ وموضوعه الأصلي من دون تغيير، وهذا الحكم لا يخل بالتعويض الذي يفرض على مالك العقار المرتفق به، كما أن مجرد تغير وضع الأمكنة أو تغيير طبيعة الأعمال اللازمة لضمان استعمال واستغلال حق الإرتفاق العائد، لا يترتب عليه في حقيقة الأمر منع عودة حق الإرتفاق، ولا سيمَّا أذا كان ذلك لا يتناول إلا طريقة استعمال حق الإرتفاق العائد وإلا يتجاوزها إلى الحق نفسه وهذه الأحكام هي نفسها عند استعمال حق المنفعة العائد بعد انقضائه[2].

كذلك هو الأمر بالنسبة لإنقضاء وعودة حق الرهن، عند الإخلال به فأن الجزاء قد يكون التعويض وقد يكون التنفيذ العيني، ففي الرهن الحيازي عند الإخلال بعودتهِ فقد يلزم

([1])François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil: Les obligations, Dalloz, 9 e édition,2005, N° 697, P 687. Corinne RENAULT-BRAHINSKY, Droit civile: les obligations, 3 e édition, Gualion éditeur, Paris, 2004, P184. Nathalie VEZINA, Préjudice matériel corporel et moral: variations sur la classification tripartite du prejudice dans le nouveau droit de la responsabilité, 24 R.D.U.S, 1993, P 174

([2]) د. انور طلبة، شرح القانون المدني، الجزء السابع، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، 2010، ص 450.

المدين الراهن بوضع العقار المرهون رهناً حيازياً تحت حيازة الدائن المرتهن مرة أخرى [1]، مع التعويض أذا كان له مقتضى، ومن ثم فإذا كان بالأمكان التنفيذ العيني وأعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، أما إذا انعدمت هذه الأمكانية فيحكم بالتعويض، ولما كان هذا الآخير والخاصة بالمسؤولية التقصيرية لا تختلف عن القواعد العامة، حيث تطبق أحكام التعويض المنصوص عليها في القانون المدني، وسواءَ أكانت هذ المسؤولية عقدية أم تقصيرية، لذلك نرى أن البحث فيها ليس له داع، وعلى أثر ذلك نكتفي بالإحالة الى القواعد العامه بهذا الخصوص .

صفوة القول إن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعودة للحقوق والالتزامات بعد إنقضائها، ماهي مسؤولية عقدية أو تقصيرية، سواءَ أكان هذا الإخلال من أطراف العلاقة القانونية (العائدة) أم من قبل الغير، إذا إن أخلال أطراف هذه العلاقة بعودة تصرف قانوني ما وسواءَ أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية، وأن سبب تنوع هذه المسؤولية يكمن في التعدد الحاصل في حالات أنقضاء الحقوق وعودتها أو تطبيقاتها في القانون المدني، إذ إنه ليس من السهولة أن يصار إلى نوع واحد من المسؤولية، لكي يطبق على جميع الحالات الخاصة بالإخلال بإنقضاء الحقوق وعودتها، خصوصاً في الوقت الذي تتعدى فيه العلاقة أطرافها والتي لا تربطهم علاقة عقدية، والذي يسأل هذا الغير الذي لم تربطهُ علاقة عقدية مباشرة كعلاقة المديونية بين الدائن والمدين، الراهن والمرتهن ... أن يرجع عليهِ بموجب المسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية اذن قد تكون عقدية أو تقصيرية تبعاً لكل صوره من صور انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

([1]) أمير فالح واجد علي، الحيازة العرضية للعقار(دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2019، ص 19.

المطلب الثاني

تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني

لا مناص من القول إن عند مراجعة النصوص القانونية للقانون المدني يتضحُ لنا وبحق أن إنقضاء الحقوق وعودتها لها تطبيقات وصور متعددة ، و منها ما هو مقرر بنصوص قانونية تدلُ على الإنقضاء من جهة، والعودة لذات الحقوق أو الالتزامات من جهة اخرى، وسواءَ أكان ذلك بصورة صريحة أم بصورة ضمنية، ومنها ما هو مقرر بتصرف إرادي، أي أتفاقي هذا، فظلاً عن ذلك قد تكون العودة للحق أو للالتزام مبنية أراء الفقه القانوني وذلك على وفق جملة من المعطيات القانونية أو أنها قد تكون ذات مصدر قضائي من ناحية أخرى، بعبارة أخرى أن القانون المدني قد أشارَ الى وضع العودة للحقوق و الألتزامات بعد إنقضائها في طيات نصوصه تارةً بشكل واضح وصريح ومباشر ومن ضمن منطوق نصوصه القانونية، وتارة أخرى بشكل غير مباشر وغير صريح يستمدُ بطبيعة الحال من منطوق المخالفة للنص القانوني وفي كل أشارَ له يعد تطبيق من تطبيقات العودة والتي قد تكون ضمن مصطلح التصرفات القانونية او قد تكون ضمن مصطلح الوقائع القانونية. وقد تطرقنا في الفصل الثاني من هذهِ الدراسة إلى آلية هذه العودة لذات الحق أو الالتزام، وبيّنا أن هذه العودة من حيث المصدر ربما تكون أتفاقية (أرادية)، أي أن الأفراد قد يكون لهم دوراً فعالاً في تقرير هذه العودة، وبينا على أثر ذلك بعض هذهِ التطبيقات، و قد بيّنا كيفية أتجاه هذه الإرادة إلى تقرير العودة من عدمها. كما ألقينا الضوء على حالة التعدد في مصدر هذه العودة على الرغم من أختلاف طبيعة كل حالة، إذ إن الحق أو الالتزام قد ينشأ عن طريق العقد ويعود بموجب هذا الأخير، وقد يعود بمصدر أخرغير المصدر الذي أنشأ بموجبهِ للوهلة الأولى، بيد أن العودة للحق أو للالتزام قد تكون قانونية، أي أنها تكون مقررة بنصوص قانونية، ولعل من المفيد أن نؤكد هنا أن تلك الحالات والتي تطرقنا لها في طيات موضوع البحث، لم نتطرق لها بشكل مفصل ودقيق، وعلى أساس ذلك يتوجب علينا بيان كل حالة من حيث الإنقضاء لها وكيفية عودتها، وبيان سبب الانقضاء وكذلك سبب العودة، هذا ولغرض بيان ذلك يتحتمُ علينا تقسيمَ هذا المطلب على فرعين سنبحث في الفرع الأول منهُ التطبيقات القانونية، أما الفرع الثاني سنخصصهُ لدراسة التطبيقات الأخرى.

الفرع الأول

التطبيقات القانونية

إن الأصل في أي وضع قانوني ما، يمكن أن يتحقق أو يكتسب وجوده المادي من خلال تطبيقات متعددة ومختلفة ضمن أبواب القانون المدني، والتي نجد فيها تطبيق عملي وحي لذلك الوضع القانوني في نطاق إنقضاء الحقوق وعودتها، إذ إن العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها نجدها في الكثير من التطبيقات القانونية والتي سنتكلم عنها في نطاق التصرفات القانونية بالتحديد، حيث أن المشرع عادةً ما يضع نصوصاً قانونية عامة، تنظم هذه الأخيرة مجمل التعاملات المالية، بحيث أن حكمها يبين الآلية التي تشكل محور تعامل أطراف هذا التصرف وترتب في ذات الوقت أحكامها في حالة مخالفتها ضمن نطاق العودة لذات الحق أو الالتزام، بيد أنه يجب أن يأخذ بالحسبان أن تعود هذه الحقوق أو الالتزامات بالحالة التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، فنجد أن فلسفة المشرع هنا تتبلور في أن الأخير قد أقر وبنصوص صريحة على أمكانية العودة للحق أو الالتزام بعد إنقضائه، شريطة توافر سبب هذه العودة، ولعل السبب في ذلك يكمن في حماية المصلحة أو منعاً منه لتعارض المصالح أو لتحقيق التوازن في العلاقات القانونية... هذا ومن الجدير بالملاحظة إن وضع الإنقضاء للحقوق أوالالتزامات وعودتها يتحققُ في نطاق القانون المدني بأختلاف أبوابه، فنجد مثلًا إنقضاء وعودة الحق أو الالتزام سواءَ أكان هذا الأخير شخصياً أم عينياً عن طريق الأدغام (أتحاد الذمة)، كما يمكن أن نجده في نطاق الحقوق العينية لا سيما في باب الضمانات أو التأمينات أن صح التعبير، وكذلك نجده في باب الحقوق العينية كانقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري، هذا ولغرض بيانها والأحاطة بها من كل جانب لا بد من تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة وكما هو مبين أدناه:

أولاً – أتحاد وأختلاف الذمة:

لا مناص من القول بأن أتحاد وأختلاف الذمة يعد من أهم التطبيقات القانونية العامة لعودة الحقوق والالتزامات بعد أنقضائها في القانون المدني، و هي الصورة التي يتحقق فيها إعادة الحال بعودة الالتزام المنقضي للظهور مجددًا، فيعاد حال الالتزام الى سابق عهده أي قبل حصول واقعة الإنقضاء للحق أو الالتزام، فإتحاد الذمة أحد الأسباب التي

ينقضي معها الالتزام على اساس أجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد وبالتالي فهو ينقضي بالنسبة للقدر الذي اتحدت به الذمة [1]. بدليل أن المادة (418) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((في الدين الواحد أذا أجتماع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين أنقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي أتحدت فيه)).

والمعنى نفسه تظمنته نص المادة (371) من القانون المدني المصري، ولكنه و بشكل خاص لا يؤدي هذا الوضع القانوني الى إنقضاء الدين أو الالتزام بشكل حقيقي أو فعلي، فأتحاد الذمة وصفها الفقه [2]، في حقيقة الأمر بأنها عقبة طبيعة أو مانع طبيعي أن صحَ التعبير يحولُ دون نفاذَ الالتزام[3] . فيقف نفاذ الدين لأرتطامهِ بطبيعة الحال بتلك العقبة؛ لإتحاد صفتا الدائن و المدين فلا يمكن حينئذٍ أن يطالب الشخص نفسه أو ذاته، و ذلك بخلاف باقي أسباب الإنقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة والتي ينقضي بموجبها الالتزام وبشكل حقيقي و لا يعود له وجود[4].

لكن قد يحدث عكس هذا الوضع القانوني، إذ إنه يمكن أن يزال السبب الذي أدى الى إتحاد الذمة، فيكون زواله تارة وهو الدارج في الحياة العملية بأثر رجعي، ويصبح إتحاد الذمة في هذه الحالة كأن لم يكن من الأساس، وهنا سنكون أمام عودة لذات الحال الذي إنقضى وزالت حقوق والتزامات أطرافه، وهذه حالة عكسية يعادُ حال الالتزام للظهور من جديد بعد إن توقف نفاذه أو سريانه للمطالبة، فيعود حال الدين القانوني بلمحقاتهِ ومقوماته وكما بينا ذلك سابقا، فإذا كان منتجاً للفوائد أم لم يكن كذلك، أو كان تجارياً أم مدنياً، و تعودُ على أثر ذلك معه التأمينات التي كانت تكفله في حقيقة الأمر سواءَ أكانت هذه التأمينات رهن عيني أم كفيل عيني أم شخصي مع عودة السند التنفيذي

([1]) د شفيق طعمة ود. أديب استانبولي، مصدر سابق، ص 215.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث،مصدر السابق,ص953. و د. عبد المجيد الحكيم و آخرون، المصدر السابق، ص359. و د. أحمد ابراهيم الغول المصدر السابق ، ص233. و د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه و القضاء و التشريع في القانون المدني، المجلد العاشر، الطبعة الثانية، دار محمود للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017، ص624.

([3]) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثالث ، ص294. أشار إليها المستشار أشرف أحمد عبد الوهاب و المستشار ابراهيم سيد أحمد، انقضاء الالتزام في ضوء آراء الفقهاء و التشريع و أحكام القضاء,،الطبعة الثانية، طبعة دار العدالة، القاهرة، مصر، 2018، ص152.

([4]) و هذا لا يعني في حقيق الامر إنه هذه الأسباب من الإنقضاء لا يعود بعدها الالتزام فيما لو تبين إنها غير صحيحة أو باطلة، لكن أتحاد الذمة بشكل خاص وصف بكونه مانع طبيعي يوقف نفاذ الالتزام لأتحاد صفتا الدائن و المدين.

إذا كان هذا الأخير قد شمله قبل الإنقضاء، وعلى سبيل المثال أن يوصي الدائن للمدين بالدين ويموت الموصي بعد ذلك، فتتحد صفتا الدائن و المدين معاً، و تصبح الوصية هي السبب في إتحاد الذمة، فينقضي بذلك الالتزام، ثم يتضح بعد ذلك إن هذه الوصية باطلة أو قابلة للأبطال، فيزول أتحاد الذمة بأثر رجعي، فيعاد الحال الى ما كان من خلال عودة الدين الى الدائن و يصبح في تركته بملحقاته و تأميناته و دفوعه و كل ما يتعلق به، و فيما إذا كان هنالك كفيل للدين سواءَ شخصي أو عيني، فأنه يعودُ كذلك و يصبح من حق التركة مطالبة المدين بهذا الدين العائد بعد أن كان قد أنقضى بإتحاد الذمة[1].

و مثال آخر على زوال السبب الذي أتحدت بموجبهِ الذمة، أن يقوم المدين بالالتزام مثلاً بالتخلص من الدين محل نزاع وذلك بدفع ثمنه و كذلك فوائده، فينقضي على أثر ذلك الالتزام، ثم يتضحُ بعد ذلك إنه كان قاصراً مثلا وقت الوفاء بذات الدين محل الالتزام، و بالتالي يبطلُ تصرفه هذا، و يزال اتحاد الذمة، و يعود حال الدين الى ما كان عليه الوضع قبل الإنقضاء ، كذلك هو حال في أن يقوم المستأجر بشراء العين المؤجرة (المأجور) من المؤجر، فينقضي عقد الإيجار بأتحاد الذمة، ثم يتضحُ بعد ذلك إن عقد البيع بين المؤجر والمستاجر باطل، فيزال السبب الذي بموجبه أتحدت به الذمة (وهو العقد)، فيعاد الحال الى ما كان عليه[2]، شريطة أن يكون عقد البيع شاملاً للعين المؤجرة جميعا[3] . وهنا نلاحظ في هذا المثال أمراً في غاية الأهمية الا وهو إن العودة هنا قد تحققت لسببين معاً وهما (بطلان العقد و كذلك زوال سبب أتحاد الذمة) فعادَ الالتزام الأول وهو عقد الأيجار وزال اتحاد صفتي المؤجر و المستأجر في شخص واحد، فعادت

([1]) د. محمد بن ابراهيم بن عبد الله الموسى، نظرية الضمان الشخصي، الجزء الاول، الكفالة، الطبعه الاولى، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1999، ص635.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيطفي شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص958.

([3]) وليس ابلغ في الدلاله على ذلك مما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها اذ قضت هذه المحكمة بانه ((... و أن كان عقد الايجار ينتهي باتحاد الذمة كما إذا أشترى المستأجر العين المؤجرة لأنه بهذا الشراء تكون قد أجتمعت له صفتا المستأجر و المؤجر، فينقضي الالتزام باتحاد الذمة و ينتهي الايجار ألا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة أما إذا أقتصر على حصة شائعة فيها فأن عقد الإيجار يبقى قائما و نافذًا قبل المستأجر بشروطه و لا يحق له التحلل منه و لا يكون له سوى حصته في الاجرة بقدر نصيبه في الشيوع يقتضيها ممن له الحق في إدارة المال أو يخصمها من الأجرة)) . قرار محكمة النقض المصرية المرقم (2294) لسنة 58ق، والصادر في 25/ 5/ 1995، سنة 46 ص916، أشار اليه المستشار أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، دار العدالة العدالة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2013، ص146.

العلاقة الأيجارية الى سابق عهدها، وبهذا يتضح لنا أن أتحاد الذمة يقع إما بسبب الوفاة وإما حال الحياة، فأتحاد الذمة بسبب الوفاة، يتحققُ عن طريق الميراث أو الوصية، فعن طريق الميراث، نرى أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث وله بطبيعة الحال صورتان وهما:

الصورة الأولى: وهي أن يرث المدين الدائن، فتكون بذلك التركة هي الدائنة للمدين، و وعليه يرث المدين هذا الحق الذي للتركة، فيصبح دائناً لنفسه، وبذلك تجتمعُ فيه صفتا الدائن والمدين في الدين ذاته، فينقضي على أثر ذلك الدين عن طريق اتحاد الذمة [1].

الصورة الثانية: وتتمثلُ في أن يرث الدائن المدين، فتكون التركة بذلك هي المدينة للدائن الوارث، وهذه الصورة لا تقرها أحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي تطبق في الميراث؛ ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين، فإنه لا يرث الدين الذي على التركة، حتى لو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فالديون لا تورث، مما يقتضي أن تبقى التركة منفصلة عن مال الوارث الدائن حتى يستوفي دينه منها، ثم بعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما تبقى من التركة بعد سداد الديون، وعليه لا يكون هناك مجال لأتحاد الذمة في هذه الصورة وفقاً للقانون المدني العراقي [2].

أما في القانون المدني الفرنسي فإن الدائن في هذه الصورة يرث الدين الذي على التركة إذا كان قد قبل الميراث من دون قيد، وعليه يتحقق أتحاد الذمة في الدين كما في الصورة الأولى، أما إذا قبل الميراث مع أشتراط الجرد، فإنه يصبح في وضع مماثل

([1]) د. صبري صحميد خاطر، النظرية العامة للالتزام(دراسة مقارنة) مصدر سابق، ص 310 وما بعدها.

([2]) د. عبد المنعم فرج الصدة، أحكام الالتزام، الأثار، والاوصاف و الانتقال، والإنقضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشروالتوزيع، القاهرة، مصر، 1992، ص 236 وما بعدها، ومن الاحكام الحديثه بهذا الشأن هو قرار محكمة النقض المصرية الذي قضت من خلاله بأنه ((... مؤدي أحكام احكام الشريعة الأسلا مية التي تحكم الميراث هو أنه يرث الدائن المدين فأنه وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض لا يرث الدين الذي على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين، لما هو مقرر في الشريعة الأسلامية من انه لا تركة الا بعد سداد الديون مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسديد الديون عليها ومن بينها دينها له وبعدها يرث الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يبقى من التركة فلا ينقضي دينه بأتحاد الذمة بالنسبة لنصيبه الميراثي...)). قرار محكمة النقض المصرية المرقم (524) لسنة 58ق، والصادر في 13/ 5/ 1996، سنة 20 ، ص 769، أشار اليه المستشار أنور العمروسي، ص146.

لوضع الوارث في القانون المدني العراقي، فلا يقع أتحاد الذمة، بل يتقاضى الدائن الوارث أولاً دينه من التركة، ثم يرث التركة بعد تصفيتها من الديون، أما عن أتحاد الذمة عن طريق الوصية، فأنه يتحققُ عندما يكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً، فإذا أوصى الدائن لمدينهِ بثلث التركة مثلاً فيكون الموصى له خلفاً عاماً ويصبح بعد موت الموصي دائناً للتركة بالدين وموصى له بثلث التركة، فتتحد عند إذن الذمة في ثلث الدين، ويبقى ثلثاه في ذمتهِ ديناً للتركة، وقد يكون الموصى له خلفاً خاصاً، كما لو أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته فيكون المدين الموصى له بعد موت الدائن الموصي مديناً للتركة ودائناً في الدين نفسه، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين وينقضي الدين تبعاً لذلك بأتحاد الذمة [1].

كما أن أتحاد الذمة قد يحصلُ حال الحياة عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء، ومثاله ما يحدث في سند السحب الذي قبله المسحوب عليه فأصبح مديناً بقيمتهِ، وقبل حلول ميعاد أستحقاقه يشتريه المسحوب عليه فيصبح ملكه، ومن ثم يصبح دائناً لنفسهِ، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين وتتحد الذمة في الدين، ويتحققُ أتحاد الذمة أيضاً بتصرف قانوني ما بين الأحياء إذا أشترى المستأجر العين المؤجرة، فيصبح دائناً ومديناً بالأجرة، أما عن نطاق اتحاد الذمة فيمكن القول أن هذا الاتحاد لا يقتصر على الحقوق الشخصية أو الديون فقط، وإنما يرد أيضاً على الحقوق العينية كما بينا ذلك سابقا ، والأثرالذي يترتبُ على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه هذه الأخيرة، والسبب في ذلك يكمن في حقيقة الأمر استحالة المطالبة بالدين، إذ لا يمكن بطبيعة الحال للشخص أن يطالب نفسه بالدين[2].

ويترتب كذلك على اتحاد ذمة الدائن والمدين انقضاء التزام المدين الأصلي، وانقضاء التزام الكفيل تبعاً له، عملاً بالقاعدة القائلة إن الفرع يتبع الأصل وجوداً وزوالاً إنقضاء وعودة، أما إذا اتحدت ذمة الكفيل والدائن - كما لو توفي الدائن وورثة الكفيل -

---

([1]) د. محمد عبد الظاهر حسين، الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني دراسة فقهية وقضائية، مصدر سابق، ص 249.

([2]) وقد يتحقق اتحاد الذمة في كامل الدين، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن، وقد يتحقق اتحاد الذمة في جزء من الدين، كما لو ورث المدين نصف التركة، فينقضي دينه بقدر الحصة التي آلت إليه أي بقدر النصف، ويكون للوارث الآخر مطالبته بنصف الدين المتبقي. وإذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن، فهذه الحصة هي وحدها التي تنقضي؛ لأن المدين المتضامن قد أصبح دائناً بهذه الحصة لنفسه.

فينقضي التزام الكفيل ولا ينقضي التزام المدين الأصلي، لأن الأصل لا يزول بزوال الفرع، ولكن هذه العلاقة القانونية قد تعود من جديد، إذ يراعى أن أتحاد الذمة ليس في حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، بل هو مانع طبيعي يحولُ دون المطالبة بالدين على حد تعبير البعض من الفقه القانوني، من جراءِ اتحاد صفتي الدائن والمدين في الشخص ذاته، و على أساس ذلك أنه إذا زالَ السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الدين إلى الوجود هو وملحقاته لذوي الشأن جميعاً، ويعد أتحاد الذمة كأن لم يكن، فإذا أوصى الدائن لمدينهِ بالدين الذي له في ذمته بمقتضى وصية قابلة للإبطال، فإن إبطال الوصية يعيد الدين الموصى به إلى الوجود بعد أن حال أتحاد الذمة دون المطالبة به. فيعود الدين في ذمة المدين للتركة كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته.

كذلك إذا قبل المسحوب عليه سند السحب، واشتراه بعقد قابل للإبطال، ثم أبطل العقد، أو إذا أشترى المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال، ثم أبطل العقد، ففي هذه الأحوال يعد أتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زالَ سببه بأثر رجعي، ويعودُ الدين إلى الظهور والنفاذ هو وملحقاته، وقد أشار القانون المدني العراقي الى زوالِ سبب أتحاد الذمة و عودة الالتزام في المادة (419) منه و التي نصت هذه المادة على أنه ((إذا زال السبب الذي آدى إلى اتحاد الذمة وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الالتزام ال الوجو هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبرُ اتحاد الذمة كأن لم يكن)).

و بذات العبارات تماماً جاءت المادة (2/370) من القانون المدني المصري, أما القانون المدني الفرنسي المعدل فلم يتطرق إلى حالة زوال سبب اتحاد الذمة و إعادة حال الالتزام[1]. وقد أشار القضاء في الكثير من الأحكام إلى مسألة أو زوال سبب اتحاد الذمة ومنها ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية والتي قضت بأن ((... وإذا زالَ السبب الذي أدى لأتحاد الذمة، وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ... يدلُ وعلى ما أفصحت

([1]) هذا ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني الفرنسي المعدل قد أشار الى أتحاد الذمة في المادة (1349) و التي سبق و أن ذكرنا، والتي نص فيها على أنه ((عدما يوجد تضامن بين عدة مدينين أو بين عدة دائنين و لا يتعلق اتحاذ الذمة الا بأحدهم فإن الإنقضاء لا يعتبر قائماً بالنسبة للغير إلا في حدود حصته. عندما يتعلق إتحاد الذمة بموجب مكفول فأن الكفيل حتى و أن كان متضامناً يعتبر حرًا. و عندما يتعلق اتحاد الذمة بموجب أحد الكفلاء فأن المدين الأصلي لا يعتبر حرًا و يعتبر باقي الكفلاء المتضامنين أحرارًا بنسبة حصة هذا الكفيل)).

عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني على أن أتحاد الذمة ليس في الحقيقة سبباً من أسباب إنقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحولُ دون المطالبة به من جراءِ اتحاد صفة الدائن والمدين في ذات الشخص ، فإذا زالَ هذا المانع عادَ الالتزام إلى الوجود مرة أخرى، ولما كان الحكم للشفيع بأحقيته في أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري الذي كان يستأجره قبل شرائه يزيل أتحاد الذمة ويعدَّ عقد الإيجار كأنه لم ينته أصلاً، لأن الشفيع يحل بموجب حكم الشفعة محل المشتري في عقد البيع... [1].

و في حكم آخر صادر لذات المحكمة قضت من خلاله بأن ((... أن مؤدى نص المادة 370 من القانون المدني على أنه إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد أنقضى هذا الدين بالقدر الذي أتحدت معه الذمة، وإذا زالَ السبب الذى أدى لأتحاد الذمة وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبرُ أتحاد الذمة كأن لم يكن وأن شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وأنتقال الملكية إليه هو صورة من صورِ أنتهاء الإيجار بأتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فأجتمعت له صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه إنقضاء عقد الإيجار بأتحاد الذمة بما لازمه بما أنه بزوال سبب أتحاد الذمة كالقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة 160 من القانون المدني تعود العلاقة الإيجارية التي كانت قائمة بينهما قبل أنعقاد البيع بحيث يعودُ المشترى مستأجراً والبائع مؤجراً لأستعادته صفة المالك، أي تترتب التزامات عقد الإيجار بمقوماتهِ الأصلية بينهما ...)) [2].

فإذا كان زوال سبب اتحاد الذمة يحدث بأثر رجعي كما نص عليه القانون, فهل يمكن أن يحدث و يزال سبب إتحاد الذمة بأثر فوري (أو غير رجعي)؟ جواباً على ذلك يمكن القول أنه من الممكن أن يحدث أن يزال سبب إتحاد الذمة و يعودُ الحق أو الالتزام، لكن

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (669)، لسنة 63 القضائية و الصادر في سنة 2000، منشور على موقع بوابة مصر للقانون و القضاء، وعلى الموقع الالكتروني المتاح http://laweg.nileyouth.net/Default.aspx?action ، تاريخ الزيارة 2024/6/20.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (3740)، لسنة 59 قضائية، والصادر في 4\4\ 1994، وذات المعنى تضمنه حكم أخر لذات المحكمة والمرقم (157)، لسنة 60 قضائية ، والصادرة بتاريخ 7/ 4/ 1994، أشار إليهما د. محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص555وما بعدها .

دون أن يكون لهذا الرجوع أثر رجعي، كأن تتحد مثلاً صفتا الدائن و المدين من خلال الإرث، بحيث يرث هذا المدين الدائن و يتفق على أثر ذلك الوارث مع شخص آخر على تحويل أو نقل الدين له عن طريق نظام الحوالة، فما سيحدث حقيقة هو أن الدين سيعود في ذمة الوارث من جديد، و يصبحُ الشخص المحال له الدين هو دائنًا للوارث، و هذا الوضع بحد ذاته عودة للدين، بيد أنه لو كان الدين مكفولاً قبل أتحاد الذمة، أي قبل وفاة الدائن المورث ثم بعد ذلك ورثَ المدين الدائن و زالَ نتيجة لذلك الدين باتحاد الصفة(الذمة)، فأن الكفالة هنا ستنقضي مع إنقضاء الدين سواءَ أكانت هذهِ الأخيرة كفالة شخصية أم عينية، و تبرأ ذمة الكفيل حينها، و لا يصبح لعودة الدين أثراً رجعياً، أي أن الكفالة لا تعود بعودة الدين، و لا يحق للمحال له الرجوع على الكفيل؛ وذلك لأن الأخير يعدّ من الغير بالنسبة لإتفاق الوارث و المحال له لذلك لا يضار به[1].

فظلاً عن ذلك أن هنالك من يذهب إلى إن المشرع العراقي عند نصه في المادة (419) من القانون المدني على زوال سبب اتحاد الذمة و عودة الدين قد اغفل ذكر ما قد يحدث من تصرفات قانونية في المدة ما بين انقضاء الحق أو الالتزام و عودته للظهور من جديد مرة أخرى من قبل احد الأطراف بمحل الالتزام المنقضي ذاته، إذ إن العودة وكما هو معلوم ستسبب تعارض بين مصالح الأطراف و بين مصلحة الغير، و كان الأجدر لو سارَ مُشرعنا على خطى المشرع الفرنسي في المادة (1349) التي أشار فيها الى مراعاة الحقوق المكتسبة للغير كحلاً مقترحاً للتعارض الحاصل[2].

بيد أن هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها على الاطلاق ففي بعض الحالات لا يترتبُ على زوال حالة اتحاد الذمة عودة الالتزام أو بالأحرى الحق إذا كان هذا الزوال من غير آثر رجعي، كما هو الحال عند زوال حالة اتحاد الذمة بين مالك العقار المرتفق والمرتفق به زوالاً من غير أثر رجعي، فلا يترتب في هذه الحالة أعادة حق الإرتفاق الى ما كان عليه الحال قبل حصول حالة الأتحاد لهذه الصفة؛ لأن الإرتفاق في هذه الحالة أنتهى وزالَ بسبب صحيح من غير آثر رجعي، أي أن الزوال حصل بسب لا علاقة له بالبيع الأصلي، وعليه فأن الإرتفاق لا يمكن اعادته. وتوضيح ذلك نضرب المثال الآتي أنه لو باعَ زيد

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثالث، المصدر السابق، ص960 ومابعدها.

([2]) وليد طارق فيصل، مصدر السابق، ص158.

مـثلاً العقـار الـذي اشـتراه مـن خالـد إلـى شـخص آخـر، ففـي هـذه الحالـة لا يمكـن عـودة حـق الإرتفـاق هـذا؛ لأن حالـة الأجمـاع لا تـزول زوالاً يرجـع آثـره إلـى الماضـي، كمـا أنهـا كانـت نتيجـة البيـع الجديـد الـذي ليسـت لـه أي أثـر رجعـي بالنسـبة إلـى البيـع الأصـلي. ونتيجـة لـذلك، أنــه اذا كــان أتحــاد الذمــة جــاءَ نتيجــة لعقــد بيــع صــحيح مســتوفياً لشــروطهِ أو أركانــه الموضـوعية والشخصـية ثـم بـاعَ المالـك أحـد العقـارين، فأنـه لا يترتـب عليـه بطبيعـة الحـال أعـادة حـق الإرتفـاق بأنفصـال هـذين العقـارين، وذلـك لأن حـق الإرتفـاق قـد أنقضـى نتيجـة للعقد الأول وهـو العقد الصـحيح، والـذي ترتبـت عليـه أثـاره، ومـن أهـم هـذه الآثـار هـو إنقضـاء حـق الإرتفــاق باتحــاد الملكيــة، وعليــه فــأن العقــد الــذي أدى إلــى انفصــال العقــارين بعــد أتحادهمـا لـم يكـن لـه أثـر رجعـي ومـن ثـم لا يمكـن أن يمتـد إلـى التصـرفات السـابقة علـى حدوثـهِ، وجـلَ مـا يحـدث هنـا فـي حقيقـة الأمـر هـو نشـوء إرتفـاق جديـد بتخصـيص المالـك الأصلي، وليس كما يظن أو يبدو للوهلة الأولى بأنه أعادة حق إرتفاق الى ما كان[1].

ونحـن نـرى أن إغفـال المشـرع فـي الواقـع عـن ذكـر أو معالجـة بعـض الأمـور التفصـيلية بشـكل واضـح أو مباشـر لا يعـدّ دومـاً نقصـاً تشـريعياً، إذ قـد يجـد المشـرع بطبيعـة الحـال مـن القواعـد العامـة مـا يكـون كفـيلًا بسـد فوهـة الـنقص الحاصـل فـي التشـريع، فـآثر الرجـوع إليهـا عنـد حصـول خـلاف مـا. و هـذا الأمـر قـد نجـده فيمـا تـم طرحـه أعـلاه، فصـحيح أن المشـرع العراقــي لــم يتطــرق بشــكل صــريح الــى حالــة قيــام الأطــراف العلاقــة القانونيــة أو أحــدهما بـأجراء تصـرف قـانوني للغيـر بالشـيء محـل التصـرف القـانوني فـي الفتـرة القانونيـة الواقعـة بـين إنقضــاء الالتـزام و عودتــه، وعليــه يحصـل تعـارض بـين مصـلحة صـاحب الحـق الـذي تقـررت لـه العـودة، والشـخص الأخـر الـذي أكتسـب حـق خـلال هـذه المـدة ، لكـن التعـارض بـين المصـالح الحـادث هنـا، يمكـن حلـه بـاللجوء الـى القواعـد العامـة التـي فـي حقيقـة الأمـر تسـعفنا فـي هـذا الصـدد، و التـي اشـترطت هـذه القواعـد بأنـه يجـب أن يكـون الغيـر فيهـا حسـن النيـة حتـى يمكـن البحـث فـي مـدى حمايتـه أو تفضـيل مصـلحته علـى مصـلحة الأطـراف أم لا. فـإذا كـان هـذا الغيـر حسـن النيـة و كـان محـل التصـرف مـثلاً منقـولاً فأنـه يمكـن لقاعـدة الحيـازة فـي المنقـول سـند الملكيـة أن تكـون كفيلـة بحمايـة هـذا الغيـر و تـرجيح مصـلحته علـى مصـلحة الأطـراف، و بـذلك سـتكون هـذه القاعـدة مانعـة مـن تحقيـق عـودة هـذا الالتـزام، أي مانعـة مـن

([1]) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص 430. أنظر كذلك بهذا الخصوص د. كاظم سن الربيعي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، مطبعة العسكري، بغداد، 2012، ص 133.

إعادة الحال المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل حصول واقعة الانقضاء كما بينا ذلك سابقًا، أما إذا كان محل التصرف عقاراً وهذا هو الأكثر أنتشاراً في الحياة العملية، فلو كان البيع الذي وقع عليه العقار خارج دائرة الطابو مثلاً، فلا إشكال في الأمر؛ لكون هكذا بيوع باطلة لفقدانها الشكلية المطلوبة، و ومن ثم لا يحق للغير الإدعاء بوجود حق له؛ كونه مبني على عقد باطل، و الأخير لا يرتب آثاراً قانونية.

أما في حال كان العقار مسجلًا في دائرة التسجيل العقاري في حق الغير و تم إكمال معاملة التسجيل ، ثم زال سبب أتحاد الذمة و عادَ الدين للظهور مجددًا، فأن مسألة إبطاله و إعادة المحل للمالك الأول، يقتضي ابتداءً وجود حكم قضائي حائز درجة البتات في ذلك كون الحق المنتقل للغير حق عيني أصلي و ليس تبعي، و ذلك أستنادًا للمادة (1/139) من قانون التسجيل العقاري العراقي التي نصت على((يتم إبطال التسجيل العقاري أستناداً الى قرار من الوزير قبل أكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لأحكام هذا القانون أما أذا كان التسجيل قد أكتسب الشكل النهائي فلا يجوز أبطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات)).

أما بخصوص نص المادة (1349) من القانون المدني الفرنسي فلم تكن تتضمن زوال سبب اتحاد الذمة، فقد نصت هذه المادة على أنه ((اتحاد الذمة ينتجُ عن أجتماع صفات الدائن و المدين في الموجب نفسه و في الشخص نفسه، و يؤدي اتحاد الذمة الى انقضاء الدين و ملحقاته مع مراعاة الحقوق المكتسبة من قبل الغير أو ضده)).

و هذا النص عند التركيز فيه يتضحُ لنا انه متعلق باتحاد الذمة و انقضاء الالتزام، في حين إن حقوق الغير المكتسبة المعنية في الأمر عودة الحقوق والالتزامات هي تلك التي تحدث في المدة بين انقضاء الالتزام بعد زوال سبب اتحاد الذمة و بين عودته، لذلك يمكن القول وبدون تردد أنه لا يمكن التعويل على هذه المادة، ومن صور انقضاء الحقوق وعودها في القانون المدني عن طريق أتحاد وأختلاف الذمة هو أنقضاء وعودة حق الرهن، وهذا ما أشارت اليه المادة (1349/ب) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي أيضاً الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية: ب – إذا أجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد، و يعودُ الرهن إذا زالَ سبب اتحاد

الذمة بأثر رجعي))[1]. وإلى المعنى نفسه اشارت المادة (1113/ ب) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على إنه ((ينقضي أيضا الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (ب) إذا أجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد ...)). فالرهن ينقضي ويعودُ بأتحاد وأختلاف سبب أتحاد الذمة، فينقضي الرهن إذا اتحدت الذمة في المرتهن أو في مالك العقار المرهون، أي بين مالك العقار المرهن والدائن المرتهن، ويعودُ هذا الحق أذا زالَ سبب انتقال حق المالك أو حق الرهن شريطة أن يكون لزوالهِ أثر رجعي فأن الرهن هذا يعودُ بحالتهِ التي كان عليها قبل حصول واقعة الإنقضاء، فأذا أنتقلت مثلاً ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون، عن طريق الرسو في المزاد العلني، فقد يبطل لسبب معين، فإذا كان الرسو في المزاد باطلاً مثلاً، وتقرر على أثر ذلك بطلانه، خرج العقار المرهون من ملكية الدائن المرتهن، فيعود الرهن بأثر رجعي كما كان، لزول حالة الجمع باتحاد الذمة لصفتا الدائن المرتهن والمدين الراهن[2].

كذلك هو الأمر بالنسبة لإنقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري عن طريق أتحاد الذمة وأختلافها، وقد أشارت الى ذلك نص المادة (1281) من القانون المدني العرقي صراحةعلى هذا الشرط، أذ جاءَ فيها بأنه ((ينقضي حق الإرتفاق ... وبأجتماع العقارين في يد مالك واحد، الا أنه في الحالة الأخيرة، إذا زالت حالة الإجتماع هذه زوالاً يستندُ أثره إلى الماضي فأن حق الإرتفاق يعودُ)).

وإلى المعنى نفسه اشارت المادة (1026) من القانون المدني المصري والتي والتي تنص هذه المادة على أنه ((... إذا زالت حالة الأجتماع هذه زوالاً يستندُ أثره الى الماضي فأن حق الإرتفاق يعود)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي حتى في تعديلهِ الأخير، إذ إن من الأسباب التي تدفع إلى وجود حق الإرتفاق هو أن يكون العقار المرتفق به مملوك إلى شخص أخر، أي غير الذي يملك العقار المرتفق، ومن ثمّ فإذا اجتمع كل من العقارين المرتفق والمرتفق به(الخادم والمخدوم) بيد شخص واحد ينقضي

([1]) ومن هذه النصوص كذلك نص المادة (1317) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على انه ((اذا انقضى الرهن التأميني بأتحاد الذمة في المرتهن أو في مالك العقار ثم زالَ سبب أنتقال حق المالك او حق الرهن وكان لزوالهِ أثر رجعي عادَ الرهن بحالتهِ)) وأيضا نص المادة (1319/ب) من من القانون المدني والمصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((أذا أجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد يعودُ الرهن أذا زالَ سبب أتحاد الذمة بأثر رجعي)).

([2]) بن ددوش، مصدر سابق ، 2010، ص13.

حق الإرتفاق العقاري وبغض النظر عن السبب الذي اتحدت به الذمة[1]. وحتى إذا بقت هذه العلاقة من الناحية العملية بين العقارين موجودة ويكون على اثرها لصاحب العقارين الأنتفاع بعقاراتهِ كيفما يشاءُ، لأن الشخص وكما هو معروف قانوناً لا يكون له حق إرتفاق على عقار يملكهُ كونه أصبح مالكاً لذات العقارين [2].

اما إذا زالَ السبب الذي آدى إلى اتحاد الذمة وكان لزوالهِ آثراً رجعياً، أي أنه يستندُ في أثرهِ إلى الماضي فأن حق الإرتفاق يعود هذا ومن الجدير بالذكر أنه من الناحية العملية أنه ليس لدائرة التسجيل العقاري القيام بعمل توحيد العقارين بيد واحدة على اثر اتحاد الذمة، إلا إذا قدمَ لها طلب من صاحب المصلحة، لأنه كما هو معلوم أن لمعاملة تبديل السجل اجراءات خاصة تخضعُ لدفع رسوم مثلاً هذا من جهة، كما إنه من جهة أخرى ليس من المنطلق السليم أن لدائرة التسجيل العقاري معرفة عائدية أي من العقارين في الوقت المخصص لتسجيل معاملة نقل الملكية، لتسجل على أثر ذلك إنقضاء هذا الحق، أي حق الإرتفاق معها بسبب اتحاد هذه الملكية، وهذا يعد نتيجة منطقية لطبيعة النصوص القانونية المنظمة لذلك؛ من كونها ذات مضمون جامد، ومن ثم فأن تطبيقها هو أمر خاضع لمشيئة المالك، من دون امكانية محاسبته أو أجباره على تنفيذها، فدوائر الطابو (التسجيل العقاري) في العراق تقوم بتسجيل المعاملات والمناقلات، وحقوق الإرتفاق وكذلك الرهون وحقوق الإجارة الكفالات العينية لكل عقار على حدة، وتربط بمعاملات أخرى حتى وأن كانت مملوكة لذات المالك، ولا تتعرض لمصير هذه الحقوق في حالة الأجتماع كل من العقارين في يد شخص واحد.

زُد على ذلك أن حق الرهن وكذلك حق الإرتفاق تبقى مسجلة في دائرة الطابو وكذلك الدوائر الزراعية رغم انقضاء الالتزام من الناحية العملية باتحاد الذمة، وهذه الحالة في حقيقة الأمر تتعارض مع أحكام القانون المدني، والتي تقتضي هذه الأخيرة باقضاء وزوال الحق في حالة اجتماعة في يد شخص واحد، إذ أن هناك رأي في الفقه القانوني يرى خلاف ذلك أي عدم وجود تعارض، مبرراً كلامه بقاء حق الرهن أو حقوق الإرتفاق مسجلة في دائرة التسجيل العقاري رغم اتحاد الذمة حيث لا يؤدي إلى حدوث

([1]) د.أدريس الفاخوري، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، المغرب، 3013، ص 172.

([2]) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 430.

ضرر؛ مادام كان المالك هو شخص واحد، وعلى أساس ذلك فلا يتصور حدوث منازعة بخصوص الحق المترتب بينهما[1]. ولكن هذا الأمر أن كان يستقيم ظاهرياً بالموقف الحسن، الا أنه يظهر من وجود خلل لا بد من تلافيهِ، ففي حالة انقضاء الالتزام أو الحق بأتحاد الذمة، من غير الأسناد الى الماضي، أي بمصدر جديد لا علاقة له بحالة الأتحاد الأصلية فأن الحق في هذه الحالة لا يعود طبقاً الى أحكام القانون المدني، مثال ذلك إذا أشترى (س) العقار من (ص) فأتحد العقارين بيد مالك واحد، فأنه بذلك قد زالَ حق الإرتفاق المترتب بين العقارين قانوناً، على الرغم من أن العقارين مسجلين في دائرة التسجيل العقاري بالفعل، ففي هذه الحالة لا يوجد ضرر بطبيعة الحال ما دام مالك العقارين هو شخصاً واحد ،الا أن لو باعَ (ص) العقار الذي أشتراه من (س) الى (ك) مرة أخرى ففي هذه الحالة أن حق الإرتفاق في المثال أعلاه لا يعود؛ لأنه حالة الإجتماع هذه زالت زوالاً لا يستمدُ أثره الى الماضي، وهذا يُعدّ في حقيقة الأمر مخالفاً لما هو واقع بالفعل؛ لأن حق الإرتفاق ما زال مسجلاً من الناحية الواقعية في الدائرة المختصة، لذلك نقترح على المشرع العراقي حل هذه الاشكالية عن طريق توحيد سجل العقاران وجعلهما ملكاً واحداً لشخص واحد في سند واحد ومن ثم يؤدي ذلك إلى انتهاء الحق فعلاً وقانوناً، شريطة أن يكون العقارين متصلين مع بعضهما ولا يوجد بينهما أي فاصل أو نقطة أتصال تربط العقارين المتحدين مع حق للغير.

ومن هذا المنطلق يتبيّن لنا إن زوال سبب اتحاد الذمة هي احدى أهم و ابرز تطبيقات أو حالات إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني و التي تتحقق بعودة الالتزام المنقضي بعد زوال سبب اتحاد الذمة، فنحن في هذه الصورة أمام إعادة للحال وعودة للحق أو الالتزم في الوقت نفسه؛ لأن الالتزام أنقضى فعادَ الأطراف الى ما كانوا قبل قبل حصول واقعة الانقضاء و من ثم تبين إنه سبب انقضاءه غير صحيح، أو باطل فأعيد الحال بهم بشكل عكسي، و عادَ حال الالتزام كذلك للظهور من جديد، و هذه الصورة من العودة للحقوق والالتزامات لا تقف فقط على زوال سبب اتحاد الذمة، بل يمكن أن تشمل كل سبب من اسباب انقضاء الالتزام يتضح بطبيعته إنه باطل، أو غير صحيح، أو تم وفق شروط غير قانونية، فيعود معه الالتزام الى حاله السابق، و ما تم

([1]) د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، المواد الخاصة بالحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، مصدر سابق، ص 264.

ذكره لاتحاد الذمة، إلا لكونه يمثلُ الحالة أو التطبيق الأبرز الذي أشارَ إليه القانون المدني و أي حالة يتحقق فيها سبب أنقضاء الالتزام عن طريق اتحاد الذمة ستنطبق ذات الفكرة، إذ ما بيناه سلفاً هو على سبيل المثل والدلالة لا على سبيل الحصر.

ثانيا- انقضاء حق الرهن وعودته

يعدّ الرهن من أهم الحقوق العينية التبعية أو كما تسمى التأمينات العينية لما لها من دور فعال وعملي في تحقيق الاستقرار في المعاملات المالية وعلى اساس هذه الأهمية جاءَ في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تنظيم لنوعين من الرهن (هما الرهن التأميني والحيازي) . وقد وضع المشرع العراقي تعريفاً لكل منهما، فقد جاءَ في المادة (1285) من القانون االمدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أن الرهن التأميني هو ((عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)) [1].

أما المشرع المصري فقد عرف الرهن الرسمي في المادة (1030) القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((عقد به يكسبُ الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)). وذات المعنى تضمتنه نص المادة (2393) من القانون المدني الفرنسي المعدل[2]. وقد عرف الرهن من قبل الفقه القانوني بأنه ((سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد رسمي على عقار معين تخولهُ أن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على

([1]) هذا ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي من جهة، وكذلك المصري من جهة أخرى قد تأثره الرهن التأميني بالقانون المدني الفرنسي ، حتى أن المشرع العراقي قد أدخل هذا النوع من الرهن " التأميني " في النظام القانوني لأول مرة في قانون وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين والصادر في ظل الدولة العثمانية ، بيد أن القانون الأخير ألغي بنص الفقرة "4" من المادة "1381" من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والذي نظم كلا نوعي الرهن " التأميني والحيازي " في المواد من " 1285 – 1361".

([2]) Art (2393) : ((L' hypothèque est un droit eèel sur les immeubles affectès à l'acquittement d'une obligation . Elle est , de sa nature , indivisble , et subsiste en entier sur tous les immeubles .Affectès , sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent)).

الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد يكون))[1]. وعرف كذلك بأنه ((حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي يتقرر ضماناً للدائن على عقار مملوك للمدين أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلاً عن غيرهِ من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة وأن يتبع العقار في أي يد يكون[2]. ومن هذا المنطلق يمكن القول إن هناك علاقة بين المدين الراهن والدائن المرتهن سابقة على تقرير الرهن، وتتمثل هذه العلاقة بالعلاقة المديونية بينهما فالمدين الراهن دائماً ما يكون مدين للدائن المرتهن، والأخير ضماناً للوفاء بالدين من قبل المدين الراهن يتقررُ له حق رهن على عقار يملكهُ المدين الراهن و غيره [3]، وبسبب هذه العلاقة عُد الرهن التأميني من الحقوق التبعية ومن ثم فأنه يدور وجوداً وعدماً مع الدين الذي يضمنه[4]، فالرهن ينشأ لضمان الوفاء بالدين، وينتقل بانتقالهِ، كما أنه ينقضي

([1]) د. فايز احمد عبد الرحمن، التامينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 214. أنظر كذلك بيان يوسف حمود رجب، الحيازة في الرهن الحيازي، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 25 . أنظر كذلك علاء شوكت الدليمي، المركز القانوني لحائز العقار في الرهن التأميني(دراسة مقارنة في القانون الأردني والعراقي)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص 15. ود. سعد عبد الكريم مبارك، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار الطباعة الحديثة، البصرة، العراق، 1970، ص 4.ود. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 65.

([2]) Jean paulbranland, droit du crédit, 4e édition, imprimerie, Quercy, France, 1997, p.1997. Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Droit des sureté , 7édition de.jurisclasseur, Paris. p 651-652

([3]) هالة فوزيعبد الحميد، أثار الرهن بالنسبة للمال المرهون والمدين الراهن في القانون المدني الأردني والسوري والعراقي والمصري، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق الجامعة الأردنية، 1996، ص 15 وما بعدها.

([4]) بيد أنه يجب ان ياخذ بنظر الأعتبار أن مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون هي ليس مبدأ مطلقاً، فأن الرهن وإن كان من حيث الأصل تابعاً للدين إلا أنه مفصول عنه بعقد مستقل، وهو بهذه الكيفية لايختلط فيه ولا يذوب فيه ايضاً، فقد يكون الرهن سابقاً في الوجود على الدين مع ان الرهن ما وجد الا لضمان ذلك الدين، و لكن مع ذلك فأمكن أن يسبقه في وجوده، وأن الرهن هو يتقرر على المرهون بالجملة ، هذا يعني ان حق الدائن المرتهن هو يتقرر على كل المال المرهون ، وعلى هذا فأن الراهن إذا اوفى بجزء من الدين فان هذا الوفاء لاينقص من الرهن شيءً. كذلك يمكن ان يسقط الرهن وحده لسبب من أسباب الإنقضاء ويبقى الدين رغم ذلك، أضف الى ذلك فأنه يمكن الزيادة في الرهن دون الزيادة في الدين أو العكس عموماً، وبالتالي فأن مبدأ تبعية الرهن ترد عليه أستثناءات وهي تكمن في 1- أسبقية الرهن للدين المضمون، تشكل أسبقية وجود الديون الأساس في وجود الرهون الضامنة للوفاء بها ، ولكن في بعض الأحوال من الممكن أن يكون الإنفصال واضحاً ، كما في وجود الرهن سابقاً على الدين المضمون ، حيث أن الرهن وهو التزام تابع يوجد وينشأ ، ومن ثم بعد ذلك يوجد الدين المضمون. 2- سقوط الرهن وبقاء الدين هذا يعني يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن ، ولكن تبقى ذمة المدين مشغولة

بإنقضاء الدين المضمون ويعودُ بعودته[1]. فإذا زالَ الحق الشخصي المكفول بالرهن أي إنقضى، فالرهن هنا يزولُ وتنقضي بدورهِ العلاقة التبعية بينهما، أي القائمة بين الدين المضمون والرهن، فالعلاقة المديونية بينهما تنقضي، مثال ذلك بطلان العقد الذي تم بموجبهِ نشأة الدين لعدم الرضا أو لعدم الأهلية أو لأنعدام المحل أو لمخالفة النظام العام والأداب العامة، أو كما لو كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط فيزول معه الحق الشخصي بأثر رجعي، فحق الرهن في هذه الحالة هو حق تابع للألتزام الأصلي.

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال الولوج بالنصوص القانونية المنظمة لذلك، إذ نجد أن المشرع المصري قد نص في المادة (1042) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وفي إنقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك)). ولم ينص المشرع العراقي ولا الفرنسي على ذلك وأنما ترك الأمر الى القواعد العامة وقد أوضحت هذه المادة الأرتباط المبدئي والمسلم به بين الرهن كتأمين والدين (الالتزام المضمون) بحيث لا يتصور قيام الرهن الا لضمان التزام صحيح وكما بينا ذلك سابقاً، فالرهن يدور وجوداً وعدماً مع حق الدائنية [2]. حتى أن الفقه قد أجمعوا على عدم تجزئتهما الا في أحوال معينة[3]. ومن أهم الأثار التي تترتب على ذلك هو أنه لا يتصور من حيث المبدأ أن يوجد الرهن ألا بعد نشأة الحق الذي وجد لضمانهِ أو معه على الأقل، فالترتيب المنطقي يقتضي أن يوجد الأصل ويلحقُ به ما يتبعه، مع وجود بعض الاستثناءات والتي يمكن أن يوجد الرهن قبل أن يوجد

=بالدين المضمون الذي يعتبرُ الألتزام الأصلي الذي ما وجد الرهن ألا لضمان الوفاء به ، وهنا يسقطُ الضمان وهو الرهن وبقاء الدين المضمون من غير ضمان وهذا يعد خروجاً على قاعدة التابع لا يفرد بالحكم عن المتبوع. 3- الزيادة في الرهن دون الدين. 4- الوفاء مع الحلول. أنظر بهذا ا خصوص عباس سلمان علي الأعرجي، مبدأ تبعية الرهن (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 2011، ص 52 وما بعدها.

([1]) د. عبد الخالق أحمد، الوجيز في شرح قانون المعملات المدنية، الطبعة الثانية، مطبعة الفجيرة، دبي، 2008، ص 101. أنظر كذلك خالد احمد عبد القادر، النظام ةالقانوني للرهن التجاري على المنقولات المعنوية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة مؤته، 2021، ص 29.

([2]) ضمير حسين ناصر المعموري، التبعية العينية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2013، ص 319و مابعدها.

([3]) أنظر بهذا الخصوص أستاذنا الدكتور عباس علي محمد الحسيني، قاعدة عدم تجزئة الرهن(دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد(1)، العدد(1)،2009، ص 19.

الدين[1]. كما أن الرهن يتبع الالتزام الأصلي في صحتهِ وبطلانه، ومن ثم فإذا كان الالتزام الاصلي باطلاً، أو قابلاً للبطلان وقضى ببطلانهِ على أثر ذلك أختفى الرهن الرسمي تبعاً لذلك[2]. كما أن الرهن بحكم التبعية يتّسمُ بذات الوصف الذي يلحق ُبالالتزام الأصلي، فإذا كان الالتزام الأصلي مُضاف إلى أجل أو معلقاً على شرط كان الرهن على ذات الوصف، فضلاً عن ذلك أن الرهن ينتقلُ مع الالتزام الأصلي إلى الخلف الخاص أو الخلف العام للدائن المرتهن، ومن هنا نجد أن السبب في عقد الرهن هو الدين، الذي قامَ الرهن لضمانهِ فلا يوجد رهن دون أن يكون هناك حق أصلي ، فوجود الدين المضمون ملازم لوجود الرهن، فلا يمكن تصور وجود رهن دون وجود الدين المضمون به، ولا يتحقق ذلك إلا إذا نشأ الدين المضمون صحيحاً قبل انعقاد الرهن ثمَّ بقي قائماً لحين انعقاد عقد الرهن [2].

وعلى أساس ذلك أن الفقه يشترطُ وجوب أن يكون الدين المضمون موجوداً أو قابلاً للوجود وقت انعقاد الرهن وعليه إذا تبين أن الدين قد نشأ عن عقد باطل لأي سبب كان فأن هذا يؤدي الى بطلان الرهن لأنعدام سببه المتمثل بالدين المضمون وذات الحكم ينطبقُ إذا تبين عند أبرام عقد الرهن أن الدين المضمون قد انقضى لأي سبب كان[3]. وعليه فأن هناك علاقة تبعية بين الرهن و الدين المضمون، إذ إن بانقضاء الآخير ينقضي الرهن من جهة ويعودُ بعودتهِ من جهةٍ أخرى، ويمكن أن نلتمس ذلك عن طريق النصوص القانونية المنضمة لذلك، ومن هذه النصوص هو نص المادة (1315) من

([1]) كما هو الحال في تقرير رهن رسمي ضماناً لفتح أعتماد في أحد البنوك، ففي هذه الحالة يوجد الرهن ضماناً لدين مستقبل وأحتمالي، فالرهن يقوم قبل أن يقبض العميل قيمة الأعتماد الذي تقرر الرهن لضمانه.

([2]) د. شوقي أدم عبد الله سبيل، أسباب أنقضاء الرهن الرسمي في القانون، بحث منشور في مجلة الدراسات العليا، مجلد(10)، العدد(37)، الخرطوم، السودان، 2018، ص 281 وما بعدها. أنظر كذلك سرى عباس ثامر، نظام الرهن القضائي ضمانه لحق الدائن المرتهن (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانو جامعة كربلاء، 2023، ص19 وما بعدها. أنظر كذلك د. هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، الطبعة الأولى، مطبعة مكتبة القانون والفقه، باريس، 1903، ص6.

([2]) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص35 . وينظر كذلك د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق، ص165 .

([3]) د . أسعد دياب ، أبحاث في التأمينات العينية، مصدر سابق، ص105 ، وينظر كذلك د. أنور طلبة ، شرح قانون التمويل العقاري ،الجزء السادس، بلا طبعة، المكتب الجامعي، الأسكندرية ،2001 ، ص17.

القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((1 – ينقضي حق الرهن التأميني بإنقضاء الدين الموثق، ويعودُ معه أذا زالَ السبب الذي إنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين إنقضاء الديون وعودته)) [1]. والمعنى نفسه تضمنتهُ نص المادة (1082) من القانون المدني المصري، والتي تنص هذه المادة على ((ينقضي حق الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون، ويعودُ معه أذا زالَ السبب أنقضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته)).

وتقابلها في المعنى نفسه نص المادة (2488) من القانون المدني الفرنسي . وهذا أن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ على أن الرهن يعودُ بالتبعية للدين المضمون، أي أنه قد ينقضي من جهة، ثم يرجع إلى الوجود بالتبعية من جهة أخرى، ولتوضيح ذلك نسوغ المثال الآتي أنه إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء مثلاً، ولكن هذا الأخير باطلاً كأن يكون الموفي به غير مملوك للموفي وبطل الوفاء على أثر ذلك، فإن الدين يعود إلى الوجود ويعودُ معه الرهن تبعاً لذلك، ومثال ذلك أيضاً أنه إذا انقضى الدين المضمون بالإبراء، وتبين بعد ذلك أن الأخير صادراً من ناقص الأهلية، فكان قابلاً للإبطال وأبطل، فإن الدين المضمون بالرهن يعودُ كما كان ويعودُ على أثرهِ الرهن بالتبعية، وإذا عاد الرهن، ولم يكسب أحد على العقار حقاً عينياً تبعياً عادَ الرهن بمرتبتهِ الأصلية وكأنه لم ينقضي [2].

فهنا نجد وبحق أن المشرع المدني ولا سيمَّا مشرعنا العراقي ينص صراحةً على عودة الرهن بعودة الدين المضمون به، والغاية الأساسية التي تبرر فلسفة المشرع من عودة الرهن بعد انقضائه تتمثلُ في تحقيق فكرة التبعية بين الحقوق والالتزامات التعاقدية [3]، فكما أن حق الرهن تابع للدين المضمون به، وكما أن تبرير إنقضاء الدين يترتب عليه إنقضاء الرهن، فمن الطبيعي أن يقرر المشرع عودة الرهن بسبب عودة الدين

([1]) انظر كذلك بهذا الخصوص نص المادة (1346) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق، ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته))، وتقابلها في المعنى نفسه احكام المادة (1112) من القانون المدني المصري.

([2]) د. محمد احمد احمد المعداوي عبد ربه، مصدر سابق، ص 106.

([3]) د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر ، مصدر سابق، ص232 .

تحقيقاً لفكرة تبعية الرهن للدين ، فلو أفترضنا أن المشرع في الحالة المتقدمة لم يقرر عودة حق الرهن على الرغم من عودة الدين المضمون به فهنا سوف يكون نقض فكرة التبعية التي أقرها ابتداءً بين الدين والرهن، وهذا ما لا يمكن قبوله قانونا، فبعودة الرهن نتيجة عودة الدين ستتحقق فكرة التبعية التي هي بمثابة التلازم بين الدين والرهن. أما موقف القضاء بهذا الخصوص فهنالك الكثير من القرارات القضائية التي تبين الترابط بين الرهن والدين وأن إنقضاء الدين يترتبُ عليه إنقضاء الرهن، وبعودتهِ يعود الرهن.

فقد جاءَ في أحدى القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأتحادية بأنه ((... لدى التدقيق والمداولة لوحظ بأن الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بانه صحيح وموافق لإحكام القانون ... فلا يوجد مبرر ببقاء أشارة الحجز الموضوعة يوجب الرهن التأميني المبرم ما بين المدعية والمدعى عليه ما دامت المدينة أوفت بالتزاماتها في عقد الرهن لأن موضوع الدين المتعلق بالمدين أعلاه موضوع مستقل عن موضوع هذه الدعوى ولا يمكن التصدي له؛ كون طبيعة الرهن تقتضي انقضاءه بوفاء الدين، إلا ذا رجع الدين، فيعود الرهن تبعاً له، لذا فأن أتجاه محكمة البداءة بألزام المدعى عليه بمنع معارضته للمدعية ورفع أشارة الحجز بموجب معاملة الرهن قد جاءَ متفقاً وأحكام القانون ويكون الحكم المميز حري بالتصديق والأعتراضات التمييزية غير واردة قانوناً وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأتفاق وفق المادة (2/210) من قانون المرافعات المدنية في 5/ذي الحجة/1438هـ الموافق 2017/8/27م))[1].

كما أن محكمة النقض المصرية أوردت الكثير من القرارات بهذا الشأن ومن بين تلك القرارات هو قرار محكمة النقض المصرية والتي جاءَ بموجبهِ بأنه ((... مفاد نص المادة 1082 من القانون المدني أن الرهن الرسمي ينقضي بطريقة تبعية بإنقضاء الدين المضمون، وإذا كان من حق المدين الراهن أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بإنقضاء الرهن تبعاً للوفاء بالدين وبالتالي فإنه يكون لمشترى العقار المرهون المحال عليه بالدين أن

(1) قرار محكمة التمييز الأتحادية المرقم (229) والصادر بتاريخ 8/27/ 2017. والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الأتحادية وعلى الموقع المتاح www.sjc.iq تاريخ الزيارة 2023/12/28.

يتمسكُ بهذا أيضاً قبل الدائن المرتهن))[1]. وقد جاءَ في قرار أخر أيضاً لذات المحكمة بأنه ((... أن المقرر بقضاء محكمة النقض أن الرهن الرسمي إنقضاؤه بإنقضاء الدين المضمون حق للمدين الراهن في التمسك قبل الدائن المرتهن بإنقضاء الرهن للوفاء بالدين، كما يعودُ الرهن بعودة الدين المضمون ...))[2] .

وعلى أساس ذلك فأن المشرع وكذلك القضاء قد أعطى كل منهما الحق للمدين الراهن التمسك بأنقضاء الرهن لإنقضاء الدين وعليه ومن باب أولى يكون نفس الحق للدائن المرتهن التمسك بعودة الرهن في حالة عودة الدين لأي سبب كان تحقيقاً لفكرة تبعية عقد الرهن للدين المضمون به، وبالتالي فأن الرهن ينقضي ويعودُ بخاصية التبعية. ولكن هل من الممكن أن ينقضي الرهن ويعودُ أكثر من مرة؟ جواباً على ذلك نقول أنه من الممكن أن نتصور ذلك فقد ينقضي الحق مرة ويعودُ بعد ذلك بالتبعية لعودة الدين المضمون، ثم ينقضي الحق الأخير ويعودُ تبعاً لعودة، وأن كان هذا الأفتراض نادر الوقوع في الحياة العملية الا أن ليس بمستحيل الوقوع فيمكن تصور ذلك، إذ أن إنقضاء الحقوق وعودتها وضع قانوني يحملُ بطبيعتهِ التكرار كما بينا ذلك سابقاً عند بيان خصائص موضوع بحثنا فأليه نحيل.

ثالثاً- أنقضاء حق الأرتفاق العقاري وعودته

لا شك في أن عودة حق الإرتفاق العقاري، يعدّ وضعاً قانونياً يعودُ بموجبهِ حق الإرتفاق لما كان عليه الحال قبل حصول واقعة الانقضاء حتى وأن كان بحالة مغايرة وبشكل مختلف في بعض الأحوال استثناء من عودة الحق بعد انقضائه بذات الموضوع وذات الأشخاص، وتكون بسبب يقررهُ القانون، تستدعيهُ في حقيقة الأمر الظروف الواقعية للعقار المجاور، بعد ما تقرر انقضاء الارتفاق السابق، وعلى نحو يكون من غير الممكن ستعمال الإرتفاق على الوضع السابق نفسه الذي كان مقرراً، للوهلة الأولى،

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (69) والصادر في 3/28/ 1983 لسنة 49 قضائية، قرار منشور في مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، السنة الرابعة والثلاثون، الجزء الثاني، 1988، ص 188.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (616) والصادر في 12/25/ 1984 لسنة 35 قضائية، نقلا عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد العاشر(الحيازة والحقوق المتفرعة عن حق الملكية – الحقوق العينية التبعية، الرهن – الأختصاص- الأمتياز)، الطبعة السابعة، المركز القومي للأصدارات القانونية، بلا مكان طبع، 2004، ص 438.

وتستدعي الظروف عودته مرة أُخرى، بعد أن زالَ باحد اسباب الإنتهاء، ما دام كان هناك بالأمكان العودة إلى استعمال حق الإرتفاق من جديد، وقبل بيان كيفية انقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري، لا بد لنا من القول أن هذا النوع من الحقوق يتطلبُ وجود عقارين كي ينعقد، فحق الإرتفاق هو عبارة عن عبء يفرض على عقار لأستعمال منفعة عقار يملكهُ شخص أخر[1].

وهذا المعنى نجده في تعريف المشرع العراقي لحق الإرتفاق من خلال نص المادة (1271) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكهُ مالك اخر))[2]. وعلى المنوال ذاته سارَ المشرع المصري إذ نص في المادة (1015) من القانون المدني على أنه ((الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكهُ شخص أخر)).

والمعنى ذاته تضمنتهُ نص المادة (637) من القانون المدني الفرنسي المعدل. وبالاطلاع بمفردات هذه التعاريف نجدها وأن اختلفت في الصياغة إلا أنها تصب في معنى واحد وتدور حول عقارين أحدها مثقل بالإرتفاق، والآخر مستفاد من الإرتفاق ولكل عقار لمالك أجنبي، وهذه المنفعة غالباً ما يحدها سند انشاء حق الإرتفاق ويتنوعُ باختلاف حاجة كل عقار مرتفق وقابلية العقار المرتفق به، والذي هو بالضرورة يزيد من منفعة العقار المخدوم ويقلُ من منفعة العقار الخادم، فالمنفعة تختلف باختلاف الإرتفاق، فقد تكون المرور بإرتفاق المرور، أو تكون الأطلال على ملك الغير في ارتفاق المطل[3]. وهذا الحق يجب أن يكون ممكن الأنتفاع به، فأي شيء يعرقلُ استخدام أو استعمال أو استغلاله فلا يمكن القول بوجود حق الإرتفاق من الناحية العملية، فحق الإرتفاق قد ينقضيب حكم القانون؛ وذلك بسبب استحالة استعماله، نتيجة للتغير في وضع الأشياء محل هذا الحق، سواءَ أكان ذلك في العقار الخادم أم في العقار المخدوم. فعلى سبيل المثال أذا كانت هناك ظروف مادية أو قانونية تجعلُ هذه الأخيرة من استعمال حق

([1]) Aude Guizard, Claire-Marie Dubois ,le sort des servitudes en cas de vente ou de location des biens relevant du domaine prive des personnes publiques, Dalloz, 2002, p.14.

([2]) وتقابلها نص المادة (1271) من القانون المدني الأردني، وكذلك نص المادة (960) من القانون المدني السوري، و نص المادة (1018) من القانون المدني الليبي

([3]) د. سعيد جبير، حق الملكية، الطبعة، طبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، مصر، 2001، ص 19.

الإرتفاق مستحيلاً استحالة مطلقة، وسواءَ كانت هذه الأستحالة من حيث المصدر ناتجة عن قوه قاهرة أو حوادث فجائية، ومن دون النظر عما إذا كانت بفعل مالك العقار المرتفق به، أو من قبل مالك العقار المرتفق، أو حتى إذا كان بفعل الغير، أو قد تكون هذه الأستحالة مقررة بحكم القانون، كأن يتم بطبيعة الحال استملاك العقار للمنفعة العامة، أو قد يدخلُ أحد العقارين المرتفق أو المرتفق به ضمن مناطق محرمة للاستغلال أو للاستعمال، فينتفي الارتفاق الذي تقرر عليها للوهلة الأولى، والمثال الأبرز على ذلك هو عندما تصبح هذه العقارات أو البعض منها محرمة لأغراض عسكرية أو أمنية، أو قد ينقضي حق الإرتفاق بموجب قرار صادر من جهة مختصة، وهذه القرارت غالباً ما تصدر من دائرة الآثار.

مثال ذلك لو تبين أن محل العقار المرتفق أو المرتفق به يقع في منطقة تعد منطقة أثار، ففي هذه الحالة سوف يؤدي ذلك حتماً الى انقضاء حق الإرتفاق، ومن ثم تنعدم الحكمة من حق الإرتفاق هذا؛ بسبب استحالة استعماله، وغير ذلك من الاسباب التي ينقضي بموجبها حق الإرتفاق العقاري، فأي تغير في وضع الاشياء محل الإرتفاق، يجعلُ من استعمالهِ مستحيلاً فأن حق الإرتفاق هذا ينقضي، إلا إذا عادةً هذه الأشياء محل حق الإرتفاق إلى وضعها السابق أي على وضع يمكن معه استعمال حق الإرتفاق، فأن هذا الحق يعودُ مرة أخري، أي من جديد بعد انقضائه [1]. وهذا ما اشارت اليه المادة (1283) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ويعودُ إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق)) .

وعلى المنوال نفسه سارَ المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (1028) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((1ــ ينتهى حق الأرتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . 2ــ ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق إلا أن يكون قد انتهى بعدم الأستعمال)). وليس ابلغ في الدلالة على ذلك ما ذهب اليه المشرع الفرنسي، فقد نص

(1) **BERGEL Jean Louis, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti** :Traité de Droit Civil (les Biens), LGDJ, Edition DELTA, Annéem 2000, Paris, P 32. **BERGEL Jean Louis** : Les Servitudes de Lotissement à Usaged'habitation Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,Paris, 1993.p69.

صراحة على ذلك عن طريق نص المادة (703) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((تسقط الإرتفاقات عندما تصبح الاشياء بحالة لا يمكن معها استعمالها)) . إذ اشارت هذه المادة صراحة إلى انقضاء حق الارتفاق وتلتها مباشرة نص المادة (704) من القانون نفسه والتي هي الأخرى اشارت صراحة إلى العودة لهذا الحق إذ نصّت هذه المادة على أنه ((تتجدد الارتفاقات إذا أعيد ترتيب الاشياء بشكل يسمح باستعمالها ما لم تكن انقضت مدة من الزمن كافية لإفتراض سقوط حق الإرتفاق)).

وعند التمعن بقراءة هذه النصوص يتبين لنا في حقيقة الأمر أن حق الإرتفاق ينقضي إذا حصل تغير في وضع الاشياء محل هذا الحق، بحيث يصبح من المتعذر أستعماله، ومن ثم أصبحت أستحالة في استخدامهِ أم استعماله أو حتى في استغلالهِ، ويترتبُ على ذلك أنه إذا كان الإرتفاق هو الحق في المرور على عقار جاره مثلاً، ولكن هذا العقار المقرر عليه حق الإرتفاق بالمرور قد انغمرَ بالمياه نتيجة فيضان مثلاً فإنه يصبح بطبيعة الحال من المستحيل استعمال حق الارتفاق العقاري، كذلك هو الأمر لو أنحبس العقار المرتفق به، بحيث أصبح من غير الممكن الوصول منه إلى الطريق العام، فإن حق الارتفاق على آثر ذلك ينقضي بسبب التغير الذي حصل في وضع العقار المرتفق به ومن ثمّ أصبح من المتعذر استعماله [1].

ولكن لو انكشفَ المياه عن الشيء محل حق الإرتفاق وأصبح من الممكن استعماله فأن حق الإرتفاق هذا يعود، مثال ذلك أيضاً لو كان هناك حق إرتفاق بالشرب [2]، واستطاع صاحب العقار المقرر اليه حق ارتفاق أن يسقي أرضه من بئر أرتوازية حفرها في ارضهِ المحبوسة، وكانت هذه البئر تكفيه هي وأرضه دون الحاجة الى حق الإرتفاق بالشرب هذا فإن حق الإرتفاق هذا ينقضي، وكذلك هو الأمر بالنسبة لو أنهدمت الأنهر أو الترع التي يمكن من خلالها وصول المياه إلى أرضهِ المحبوسة، فهذا الأمر كذلك يؤدي الى سقوط حق الأرتفاق هذا؛ بسبب استحالة استعماله لتغير حدث في وضع الشيء محل حق الإرتفاق، ولكن لو عادَ هذا الحق إلى الوضع الذي كان عليه قبل حصول واقعة الانقضاء بحيث اصبح من الممكن استعماله عادَ حق الإرتفاق من جديد، وهذا حق مقرر بنص القانون إذ إن لكل شخص أن يسقي أرضه من مياه الأنهر وكذلك الترع العامة وله

([1]) د. أم كثوم صبيح محمد ود. أسماء صبر علوان، مصدر سابق، ص 349.
([2]) وهو ما يعرفه صاحب مرشد الحيران ((نوبة الأندفاع بالماء سقيا للأرض أو الشجر أو الزرع)).

بموجب القانون أن يشق جدولاً لأخذ هذه المياه الى أرضه[1] . وعليه فأن حق الإرتفاق ينقضي بسبب استحالة استعماله، لتغير حدث في محله أي في جانب العقار المرتفق أو المرتفق به، بيد أنه يجب أن يأخذ بالحسبان أن تكون هذه الأستحالة ليست مطلقة، بحيث تسمحُ بعودةِ حق الأرتفاق من جديد لا سيما أذا عادت هذه الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال حق الإرتفاق، أما أذا كانت هذه الأستحالة مطلقة بحيث تغيرت الأشياء إلى وضع لا يمكن معه عودة حق الإرتفاق، كأن تتحولُ الأرض الزراعية التي لها حق إرتفاق بالشرب أو الإرتفاق بالمجرى الى أرض للبناء، أو نضوب العين أو البئر التي تقرر عليها حق ارتفاق الشرب فهنا تنعدم الأمكانية في عودة حق الإرتفاق من جديد، ومن ثم لا تكون هناك فائدة من عودة حق الإرتفاق هذا.

وبهذا نحن نؤيد ما ذهب اليه رأي في الفقه القانوني من القول بأن إنقضاء حق الإرتفاق وعودته أذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق، ليس بالتعبير الدقيق من قبل المشرع، كون حق الارتفاق لاينقضي في حقيقة الامر باستحالة استعمالة، بل انه كقاعدة عامة يتوقف أستعماله الى أن تزول هذه الإستحالة، فأذا ما أنتهت هذه الأستحالة عادَ أستعمال حق الإرتفاق، إلى ما كان عليه، وعليه فأن حق الإرتفاق يستمرُ ويبقى، فهو لم يختفي حتى يقال أنه عادَ، شرط أن تكون هذه الاستحالة وكما بينا ذلك سابقاً غير مطلقة بل يجب أن تكون هذه الأخيرة نسبية وبالتالي عودة ستعمال حق الإرتفاق يجب أن لا تكون أكثر مشقة [2]. ومن هذا المنطلق يمكن القول إنه يعودُ استعمال حق الإرتفاق من جديد، بعودة الحال الى ما كانت عليه قبل الإنقضاء ويتحققُ ذلك حتماً بأزالة العوائق التي تحولُ دون الأستعمال، ومهما يكن من الأمر فأن الحق يبقى قائماً في هذا الحال على الرغم من وجود عقبه في سبيل أستعماله مرة أخرى، ولكن هل من الممكن المطالبة بنقل حق الإرتفاق الى موضع أخر سواءَ أكان هذا الإرتفاق آني أم عائد إلى موضع أخر يملكهُ هو أم يملكه مالك آخر؟ جواباً على ذلك نقول إنه من الممكن ذلك خصوصاً إذا كان العقار الجديد الذي يحلُ محل الإرتفاق القديم الذي أصبح مستحيل

([1]) وهذا ما نصت عليه المادة (1055) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((لكل شخص أن يسقي أرضه من مياه الأنهر والترع العامة وله أن يشق جدولاً لأخذ هذه المياه الى أرضه ذلك كله وفق للقوانين والأنظمة المتعلقة بذلك)).

([2]) ووائل محمد شحاته الخطيب، مصدر سابق، ص 162، أنظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص 852، ود. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص 1010، ف 617.

الاستعمال، مملوك لذات الشخص، كأن يمتلكُ عقارين مجاورين واستحال استعمال أحدهما وطلب على آثر ذلك نقل حق الإرتفاق إلى العقار الآخر، وكان هذا الأخير ميسوراً، أما إذا كان هذا الشخص لا يملك إلا عقار واحد واستحال استعماله، وطلب منه نقل حق الإرتفاق إلى عقار آخر يملكهُ مالك آخر، فهنا عند نقله ليس عودة لحق الإرتفاق، وأنما هو ارتفاق جديد. أما في حالة ما إذا قَلت منفعة العقار، بحيث أصبح مانعاً من احداث تحسينات أو أنه يزيدُ من عبء حق الإرتفاق، ففي هذه الحالة يجوز نقله إلى أي عقار أخر حتى وأن كان مملوك لشخص أجنبي شريطة موافقته؛ لأن في هذه الحالة حق الإرتفاق لم ينقضٍ أصلاً وعليه لم تكن هناك استحالة في الاستعمال.

ومن الناحية القضائية نجد أن محكمة النقض المصرية قد أوردت الكثير من القرارات بهذا الشأن ومن بين قراراتها هو القرار الذي قضت من خلاله انقضاء وعودة حق الإرتفاق العقاري في التغير في وضع الأشياء محل حق الأرتفاق، إذ قضت هذه المحكمة بأنه ((... أن المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفادة نص المادة 1028 مدني مصري أن حق الإرتفاق ينتهى إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها أستعمال هذا الحق، ويعودُ إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه أستعمال الحق إلا أن يكون قد أنتهى بعدم الأستعمال، فأن حق الإرتفاق ينتهي أذا أصبحَ من المستحيل أستعماله أستحالة مطلقة وذلك نتيجة تغير حدث في العقار المرتفق (المخدوم) أو في العقار المرتفق به(الخادم) كهلاك أيهما على النحو المبين بالمادة (1026) من ذلك القانون وسواءَ أكانت هذه الأستحالة من حادث فجائي أو قوه قاهرة أو كانت من صاحب العقار المرتفق أو المرتفق به أو من فعل الغير... على أن حق الإرتفاق يعودُ أذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه أستعمال الحق حتى ولو لم تكن الأمور قد عادت الى وضعها الأصلي تماماً ما دامت في وضع يمكن معه العودة...))[1].

كذلك قضت هذه المحكمة بأنه ((... من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه أذا أنهدم العقارالقديم وأعيد بناؤه فأن حق الإرتفاق بالمطل يعودُ للعقار الجديد (1028) مدني مصري الا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تتقيد بمضمون الإرتفاق الاصلي ...

(1) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (4428)، والصادر بتاريخ 1/22/ 2012، والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة 23 / 6/ 2024.

إذ خلص الحكم أن العقار المطعون ضدهم المقرر لصالحهم حق الإرتفاق قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه في حالة يمكن معها أستعمال هذا الحق))[1]. ومن هذه القرارات أيضاً هو قرار محكمة النقض المصرية والذي قضت من خلاله بأن ((... المقرر في قضاء محكمة النقض أن حق الإرتفاق ينقضي لتغير حدث في العقار المرتفق أو في العقار المرتفق به نتيجة حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو بفعل أحد صاحبي العقارين، أو من الغير، أثره، انتهاؤه، عودته بعودة الأشياء إلى وضع يمكن مع أستعمال الحق ما دامت في وضع يمكن معه العودة لأستعمال ذلك الحق الذى لم ينتهى بعدم الأستعمال . المادتان 1026 1028 / 2/1 مدنى)) [2].

ومن هذا المنطلق يمكن القول إنه من الممكن أن ينقضي حق الإرتفاق ويعود مرة أخرى بعد انقضائه؛ بسبب يتعلق بتغير وضع الأشياء محل حق الأرتفاق هذا، ولكن قد يتسائل البعض عما إذا كانت هذه العودة بصورة دائمية أم بصورة مؤقتة، بمعنى هل تكون هذه العودة بصورة دائمية أم مؤقتة؟ جواباً على ذلك نقول أن عودة الحق قد تكون دائمة، كما هو الحال في حقوق الإرتفاق فهي مقررة للعقار المخدوم على العقار الخادم، وعليه ما دام محل الإرتفاق يحملُ صفة الانتفاع على الدوام فهنا تكون العودة دائمة، مع ملاحظة أن صفة الديمومة ترتبطُ ببقاء محل العقار المرتفق به والعقار المرتفق، فما دام محل حق الارتفاق هذا في وضع يمكن معه استغلاله أو استعماله أو الانتفاع به على الوجه المطلوب، فأن العودة تكون دائمة [3].

وبمقابل ذلك قد تكون هذه العودة مؤقتة، كماهو الحال في عودة حق المنفعة باعادة بناء العقار المنهدم إذ يعود بقدر المدة المتبقية من أستعمال هذا الحق، كما لو كانت مدة

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (281)، والصادر في 4/8/ 1999، نقلا عن المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، الحقوق المتفرعة عن الملكية، الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018 ص 261و ما بعدها.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (4439) ، والصادر في 22/ 10/ 2011، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصري وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة 2024/3/22.

([3]) مع ملاحظة أن لا يكون حق الأرتفاق محدد باجل، فأذا كان محدد بأجل معين فأنه ينقضي بحلول هذا الأجل وهذا ما نصت عليه المادة (1281) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق بأنقضاء الأجل المحدد...)) ويقابلها بذات المعنى نص المادة (1026) من القانون المدني المصري.

حق المنفعة عشر سنوات ثم أنهدم العقار وبعد ذلك قام مالك العقار المنتفع به بأعادة بناءه فهنا يعود بقدر سنتين وهي المدة المتبقية من حق المنفعة، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة (1257) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينتهي حق المنفعة بأنتهاء الأجل المعين له...)).

ونتيجة لكل مما تقدم فإن إنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني لها تطبيقات قانونية متعددة أشار إليها المشرع بنصوص قانونية متفرقة هنا وهناك بين أبواب القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين، وهذه التطبيقات هي التي أضفت الوجود المادي لموضوع بحثنا، وأن التطبيقات القانونية لعودة الحق بعد انقضائه عديدة ومتنوعة، والتي تشكل بمجموعها كما ذكرنا سابقاً نظرية عامة لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وما تم ذكره أعلاه من حالات أو تطبيقات كانت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

الفرع الثاني

التطبيقات الأخرى

من المعلوم أن مهمة المشرع المدني هي وضع قواعد قانونية تكون هذه الأخيرة عامة مجردة تنظم مختلف أوجه التعامل المالي بين أفراد المجتمع، ومن ثم فإن دور المشرع ينتهي هنا، حيث أن بيان الجزيئات التفصيلية ، وتحديد طبيعتها وكذلك الغرض منها ، يكون حتمًا من مهمة الفقه القانوني ويسانده القضاء المدني بذلك، إذ يقرر الفقه أو القضاء إنقضاء وعودة تصرف ما أو واقعة قانونية نتيجة لأسباب أو معطيات معقولة أو لتوافر شروط تحقيقها؛ بغية تحقيق التوازن في المعاملات المالية أو لحماية مصلحة خاصة وعامة، وعليه فأن ذلك سوف يؤدي حتماً إلى إبراز حالات أو تطبيقات فقهية لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

فالفقه القانوني وانطلاقاً من مهمتهِ، فأنه يقوم عموماً بدرس النصوص القانونية دراسة تحليلية نقدية من إيضاح وبيان وتعليق على القواعد القانونية، فيبين محتوى نص بعض القواعد القانونية، من كونها تحاكي بعض الأشخاص دون غيرهم في نطاق موضوع معين، فالفقه القانوني عادةً ما يقرر أمكانية عودة حق معين بعد حصول واقعة

الإنقضاء له مستنداً على أساس سبب انقضائه في اطار هذا الأخير، أو أن يكون الأستناد على زوال سبب الذي بموجبه أنقضى الحق أو الالتزام في أطار العودة. وهذا ما القيا الضوء عليه عندما بينا المقصود بانقضاء الحقوق وعودتها ، وقلنا بأنه يقصد بهذا المصطلح بأنه وضع قانوني يؤدي إلى انقضاء الحق أو الالتزام وعودته الى الحالة التي كان عليها قبل انقضائه لسبب معين تعلق هذا الأخير بانقضائه أو بعودته بما يرتبهُ من حقوق والتزامات بأثر رجعي، ومهما يكن من الأمر فأن هذه الحالات بينها الفقه القانوني وسانده القضاء في ذلك مستنداً على مفهوم المخالفة للنصوص القانونية، هذا ولغرض بيان هذه التطبيقات أو الصور لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات.

أولاً- انقضاء حق الشيوع وعودته

لا شك أنه يمكن القول أن القاعدة العامة في التشريعات المعاصرة، هو أنه لكل شريك في شيء شائع، عقاراً كان هذا الأخير أو منقولاً، أم حقاً عينياً يردُ عليهما، الحق في أزالة حالة الشيوع القائمة في ما بينهما، وذلك عن طريق أرادته ويكون ذلك بناء على رغبته، ما لم يكن مجبراً على البقاء على الشيوع بموجب نص أو شرط، والسبب في أعطاء المشرع الحق لكل شريك أن ينهي حالة الشيوع؛ كون الأخير يؤدي الى كثرة المشاكل والمنازعات، والتي من شانها في حقيقة الأمر إلى اعاقة الانتفاع بالعقار، فضلاً عما يحدثه الشيوع من بطئ في تداول الثروة المالية، مما يعكس بضلالهِ على الاقتصاد الوطني، مما دفعَ المشرعين إلى التعامل مع الشيوع بوصفه نظاماً غير مرحب فيه بفترات زمنية طويلة.

فالأصل وكما هو معلوم توقيت الشيوع، واستثناءً يقر المشرع في أحوال معينة والتي تنتفي معها سلبيات الشيوع العادي، ففي هذه الحالة يمكن البقاء على الشيوع[1]. وهذا أن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ على أن الشيوع على نوعين، فهو أما أن يكون عادياً، وأما أن يكون إجبارياً، والأخير هو ذلك النوع من الشيوع المعد ليبقى مؤبداً، إذ لا يجوز أزالة شيوعه أبداً، وهذه الأبدية للشيوع أي البقاء عليه دهراً من الزمن تأتي من كونهِ ليس ضاراً بالمالكين بل بلعكس من الشيوع العادي نافع بهم؛ وذلك لاستفادة الملاك الاستفادة

(1) د. رشا فيصل الفتال، الاحكام القانونية للاجزاء المشتركة في الملكية العقارية الطابقية بموجب القانون رقم 55 لعام 2002، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية- سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (6)، المجلد (40)، 2018، ص 373.

اللازمة منه من حيث الاستعمال والانتفاع، بحكم أهميته وضرورية لجميع الشركاء. زد على ذلك أنه لا يخشى معه وقوع النزاع كما هو الحال في الشيوع العادي، حيث أن الجميع يستفادُ منه من ناحية، كما أنه من ناحية أخرى لا يحول دون أنتقال أو تداول الأموال[1]. وقد نصت على هذه الأحكام نص المادة (1081) من القانون المدني العراقي والتي تنصّ هذه المادة على أنه ((ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا أزالة شيوعه إذا تبين أن الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يكون دائماً على الشيوع) و على ذات المنوال نفسه المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة (805) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يجوز أن يحرم أحد من ملكهِ الا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك بموجب تعويض عادل)). وليس أبلغ في الدلالة على ذلك مانصت عليه المادة (815) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع ويمكن دائماً مباشرة القسمة ما لم يتم أيقاف ذلك بموجب حكم أو أتفاقية)).

ويتضَّحُ من هذا النصّ أن ما يميز الشيوع الأجباري عن الشيوع العادي هو الغرض الذي أعد له، وتحديد الغرض الذي أعد له المال الشائع يستلزم بقاء المال على الشيوع دائماً مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية، وهذا النوع من الشيوع يمكن تصور فيه فلسفة إنقضائه و عودته[2]، وسواءَ أكان ذلك الشيوع تبعياً أم أصلياً لأن من أهم أحكام هذا الشيوع عدم جواز أزالة شيوعه أو قسمة أبداً [3]. أما الصورة المثلى لانقضاء الحقوق وعودتها في اطار الشيوع هو في الشيوع العادي، فالأخير يعرف بأنه تعدد ملاك الشيء الواحد من دون تحديد

([1]) د. سفانة سمير حميد، رهن الملكية الشائعة تأمينيا(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة مداد الأداب، العدد (13)، بلا سنة نشر، ص 476. أنظر كذلك حسين عباس شحات المسلماوي، الشيوع الأجباري التبعي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، 2016، ص 12 وما بعدها.

([2]) كما لوكان محل الشيوع حائط مشترك بين عقارين، وانهدم الحائط بقوة قاهرة مثلا، فهنا الحق في الشيوع قد أنقضى لأنعدام الشيء محل هذاالحق، أما أذا اعيد بناء هذا الحائط من جديد فالحق في الشيوع هنا يعود بأثر رجعي، لأن الأصل في هذا النوع من الشيوع هو الدوام، لذلك فالعودة تكون انية.

([3]) حسين عباس جمال، سلطة المالك على الشيوع في أستعمال وأستغلال المال الشائع في الشريعة الأسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الأمام الأعظم، العدد(37)، بلا سنة نشر، ص 571.

حصصهم تحديداً مادياً [1]. وقد عرف المشرع العراقي هذا النوع من الشيوع عن طريق نص المادة (1061) من القانون المدني العراقي بموجب الفقرة الأولى منها والتي تنص على أنه ((أذا ملك أثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية ، أذا لم يقم دليل على غير ذلك)). تقابلها في المعنى نفسه نص المادة (825) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((أذا ملك أثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية أذا لم يقم دليل على غير ذلك)).

ويذكر أن المشرع الفرنسي في القانون المدني عند سنه لم يضع نظرية عامة للملكية الشائعة ولم يتصدى أي بيان أحكامها الا من خلال نص المادة (815) من القانون المدني والتي بين أنه لا يجبر البقاء على الشيوع بل يجوز القسمة في كل وقت رغم وجود أتفاق على خلاف ذلك ويجوز كذلك الاتفاق على البقاء على الشيوع لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات قابلة للتجديد، الا أنه أحدث تعديلات جوهرية تمثلت بأضافة (18) فقرة جديدة لنص المادة المذكورة،فضلاً عن احكام المادة (1859) من القانون المدني بإدارة الشركة التي استخدمها القضاء من باب القياس في إدارة المال الشائع، وهذا النوع من الشيوع ينقضي باسباب متعددة كالتبايع بين الشركاء مثلاً أوالميراث والشفعة، ولكن أهم سبب من اسباب انقضاءه هو القسمة، أو القسمة النهائية كما تسمى احياناً، فلأخيرة هي عملية تهدف إلى أنهاء حالة الشيوع وأختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادلُ حصته الشائعة فيه قبل القسمة[2]. وهذا أن دلَّ على شيء فأنمّا يدلُّ وبحق أنه لكل شريك من الشركاء على الشيوع في منقول كان ذلك أو في عقار الحق في أن يطلب ازالة الشيوع أو التخلص منه في أي وقت شاء؛ ذلك أن الملكية الشائعة أن صحَ التعبير ليست هي الصورة المثلى للملكية، فتعدد الملاك يؤدي إلى مشاكل متعددة لا يمكن

([1]) د. جمال خليل النشار، أيجار المال الشائع، بلا طبعة، الدار الجامعية الجديد للنشر، الأسكندرية، مصر، 2003، ص 25.

([2]) د. محمد المرسي زهرة، الحقوقالعينية الأصلية في قانون المرافعات المدنية الأماراتي، بلا طبعة، مطبوعات جامعة الأمارات، بلا مكان طبع، 1999، ص 345. أنظر كذلك د. مأمون الكزبري، القانون المدني، الحقوق العينية تقسيم الأشياء والأموال الحقوق العينية الأصلية الحقوق العينية التتبعية، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة ديمشق، سوريا، 1962، فقرة 318، ص 364. أنظر كذلك مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 9. ود. عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 1995، ص 223.

حصرها إذ إن من شأنها أن تعوق الأنتفاع بالشيءالشائع وتصرف كل شريك في حقهِ كما يريد، ولهذا فأن الأصل طبقا للقواعد العامة هو ان لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع ومساوئه، وهذا الحق يستندُ إلى اعتبارات تتعلق لربما بالنظام العام، وعلى اساس ذلك فأن من المقرر أنه لا عبرة بتنازل الشريك عن حقهِ في طلبِ أنهاء الشيوع، ولا يتقيد هذا الحق إلا إذا كان الشريك مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى شرط أو بمقتضى نص في القانون. وقد نصت على ذلك المادة (1070) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجيراًعلى البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو شرط...)).

ومن هذا المنطلق يمكن القول إن الشيوع قد ينقضي بالقسمة من إخلال اختصاص كل شخص بحصة مفرزة توازي حصته، ومن ثم يجري عليها ما يجريه مالك الحصة المفرزة من استغلال وتصرف وانتفاع[1]. ولكن هل من الممكن أن يعود الشيوع مرة أخرى بعد انقضائه؟ جواباً على ذلك نقول إنه من الممكن اعادة الحق في الشيوع مرة أخرى عن طريق نقض القسمة إذا كانت هذه الأخيرة اجريت عن طريق التواطئ، لذلك نجد إن الفقرة الأولى من المادة (1077) من القانون المدني العراقي تنص على أنه ((يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت أحد المتقاسمين إنه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة، وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل نقداً أو عيناً ما نقص من حصته))[2] . وعلى المنوال نفسه سارَ المشرع المصري عن طريق المادة (845) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي أذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (887) من القانون

([1]) د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 2001،ص 21. أنظر كذلك المستشار محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقهاً وقضاءً، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2019، ص 12.

([2]) وبهذا الخصوص اشار المشرع الأردني الى هذه العودة بشكل صريح وهذا ما نصت علية المادة (1050) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((- يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وأعادتها عادلة 2-وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة)). وذات المعنى تضمنته نص المادة (799) من القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (849) من القانون المدني الليبي.

المدني الفرنسي والتي تنص على أنه ((يمكن أبطال القسمة - الرضائية - بسبب الأكراه أو التدليس ويمكن أيضا أن يحصل الأبطال بسبب الغلط أذا وقع هذا الغلط على وجود أو مقدار حقوق الشريك المتقاسم أو على ملكية الأموال المشمولة من الكتلة القابلة للقسمة...)).

وإذا أمعنا النظر إلى نص المواد أعلاه، فأنه يتبين لنا أن القسمة تؤدي إلى انهاء الشيوع وأختصاص كل شريك في جزء يوازي حصته، وهذا يؤدي بدورها إلى إنقضاء حالة الشيوع، ولكن المشرع قرر في حالة معينة عودة الحالة إلى ما كانت عليها قبل حصول القسمة أذا لحق الشريك غبن فاحش نتيجة القسمة أن يطلب نقضها ، فإذا ثبتَ ذلك نقضت وتم اعادتها من جديد حتى يرفع الغبن الفاحش وتحقيق العدالة من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق مصلحة معين في الغالب تكون مصلحة الشريك الذي لحقه غبن لأي سبب كان [1]. وعلى الرغم من أن المشرع العراقي في القانون المدني وكذلك القوانين المدنية لم تبين بشكل صريح وواضح على إنقضاء وعودة حق الشيوع، إلا أن الفقه القانوني قد أجمع على ذلك، فقد ذهبَ البعض من الفقه القانوني في أمكانية إنقضاء وعودة الشيوع ولاسيمَّا إذا كان الشيء الشائع عقارا[2]، فقد ذهبوا إلى إنه إذا تمت القسمة وأفرز الشيء الشائع بين عدة شركاء وتبين إن البعض منهم قد لحقه غبن فاحش من جراء القسمة ففي هذه لحالة يمكن العودة من جديد ويصبح العقار مشاعاً مرة أخرى[3]. وعلى أساس ذلك إذا حكم القاضي بنقض القسمة الاتفاقية والتي على آثرها انقضى الحق في الشيوع عدتّ كان

([1]) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الملكية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، 2005، ص 242 وما بعدها.

([2]) د. جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى أحكام أزالة الشيوع، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، 1989، ص 69 وما بعدها. أنظر كذلك د. مثنى محمد عبد، أثر العيوب على التصرفات الأرادية(القسمة الرضائية للشوع انموذجا – دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد(4)، 2019، ص 301 وما بعدها.

([3]) د. عبد الرسول عبد الهنا ود. جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للألتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والأثبات، بلا طبعة، بلا جهة ومكان وسنة طبع، ص 196 وما بعدها. أنظر كذلك بهذا الصدد . د. طارق كاظم عجيل، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 2019، ص 267. ود أبراهيم صالح العطية، أثر الغبن الفاحش للشريك في الحصة الشائعة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة الدولية للعلوم الأنسانية والأجتماعية، العدد(19)، 2021، ص 78. ود. بدر جاسم محمد اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، ملحق العدد (2)، السنة (11)، 1978، ص 150. فلاح سفيان، قسمة المال الشائع(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، 2019، 356.

لم تكن وعادَ الشركاء إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها قبل حصول واقعة الإنعقاد للقسمة وللأبطال هنا أثر رجعي حيث يترتب عليه سقوط التصرفات كافة التي قاموا فيها الشركاء في الأموال المفرزة التي وقعت في نصبهم نتيجة القسمة التي أبطلت، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق.

ثانيا- انقضاء حق الشفعة وعودته

لا شك أن الشفعة في القانون المدني كنظام تعد سبباً مهماً من أسباب كسب الملكية والتي نظمها المشرع بنصوص معينة؛ وذلك لسبب بسيط جدا يكمن هذا الأخير في التقليل من مضار الجوار، حيث تؤدي إلى كسب الملكية أنتقالاً من المالك السابق الى المالك الجديد، وقد عرفها المشرع العراقي بموجب نص المادة (1128) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((حق تمليك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة))[1]. وعلى ذات المنوال سارَ المشرع المصري بتعريفها وذلك من خلال نص المادة (935) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال معينة أذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون)).

وعند التركيز بمفردات هذا النص يتبين لنا وبحق أن المشرع المصري جعل حق الشفعة رخصة أستثنائية، إذ تؤدي الى تقيد حرية التصرف وحرية التعاقد، فمن جهة نلاحظ يجد المشتري مجبراً على التخلي عن العقار الذي أشتراه، ومن جهة أخرى يجد البائع نفسه طرفاً في عقد مع شخص أخر غير الشخص الذي أراد أن يتم العقد معه، بالأضافة الى ذلك يجد الشفيع نفسه طرفاً في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في أنعقادهِ [2]. والشفعة بهذه الكيفية أي بوصفها سبباً لأكتساب الحقوق تكون محاطة بمجموعة من الأجراءات فأن حقه بالشفعة في هذه الحالة يسقط حتماً، ولكن هناك حالة حتى وأن لم يأخذ الشفيع العقار المشفوع بالشفعة، فأن حقه بالشفعة ممكن أن يعود، فإذا قام المشتري ببيع العقار مرة أخرى، فهنا حق الشفعة يعود له من جديد، ويستطيع أن يأخذ

([1]) وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (1150) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه ((الشفعة حق تمليك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام علية من الثمن والنفقات)).

([2]) د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 330.

العقار المبيع بالشفعة[1] . ولكن ذلك مرهون بأن أن يقوم بجميع الأجراءات التي نص عليها القانون والتي لم يباشرها للوهلة الأولى وهي من أعلان الرغبة [2]، ورفع الدعوى على البائع والمشتري الجديد[3]، وأيداع نصف الثمن لدى صندوق المحكمة [4]، فإذا قصر في هذه الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، فأن حق الشفعة في هذه الحالة يسقط ولا يعود اليه مجدداً، وقد أشارت الى الأحكام المتقدمة نص المادة (1137) من القانون المدني العراقي والتي نصت هذه المادة على أنه ((إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة سقطت شفعته وتجددت له شفعة على المشتري الثاني)) [5]. وعلى المنوال نفسه ذهبَ المشرع المصري من خلال نص المادة (938) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على أنه (إذا أشترى شخص عيناً تجوزُ الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و بالشروط التي أشترى بها)).

ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي حتى في تعديلهِ الأخير. وعند التمعن بمفردات نصوص المواد أعلاه، نجد أن المشرع المدني العراقي وكذلك المصري، قد أفرد كل منهما نصاً قانونياً أتاحَ بموجبهِ عودة حق الشفعة، بحيث أنه إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه كقاعدة عامة ومن ثم باعه قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة سقطت شفعته، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني، وهذا الاخير لا يمكنه

([1]) د. منصور فؤاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 95.

([2]) سليمان خليف عقله القلاب، الشفعة في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 1993، ص 74.

([3]) د. زهدي يكن، الشفعة، الطبعة الأولى، مكتبة صادر في بيروت للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1965، ص 147 وما بعدها.

([4]) محمد بن معجوز، الشفعة في القانون المغربي، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة محمد الخامس، الرباط، السعودية، بلا سنة، ص 334.

([5]) أما القانون المدني الأردني فانه جاء بحكم مخالف لما ذهب اليه المشرع العراقي وكذلك المصري حيث أنه جعل الشفعة تقوم بالثمن الذي قام عليه البيع الأول وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق من المشتري الأول أن وجد وذلك من خلال نص المادة (1154) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((أذا أشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها من أخر قبل أخذها بالشفعة فللشفيع اخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق من المشتري الأول أن وجد)). وتقابل نص المادة (1137) من القانون المدني العراقي نص المادة (942)من القانون المدني الليبي.

على الأطلاق معارضة الشفيع في أسترداد العقار أو بالأحرى أخذه بنظام الشفعة، ولا يحق له أصلاً أن يدعي بزوال حق الشفيع هذا كونه قد أسقط حقه بالنسبة للمشتري الأول الذي أشترى العقار المشفوع، وفي حالة امتناعه عن تسليم العقار المشفوع اوعارض تسليمه، أو جعل تسليم العقار هذا أقل منفعة او أكثر مشقة فحينما يقوم هذا الغير بهدم العقار المقرر عليه حق الشفعة، وهذا ما يؤدي الى قيام مسؤولية، إذ كان عليه أن يتريث بعض الشيء على أساس أن حق الشفعة حق يحتج به تجاه الكافة، وعلى الأغيار الأمتناع عن عمل ينقص أو منع تنفيذ هذا النوع من الحقوق[1] . فحق الشفعة في هذه الحالة وأن تم إنقضائها بسبب يعود الى ذات الشفيع، وذلك بعدم مباشرة الأجراءات القانونية التي تضمن حقه، فحق الشفعة صُنف من أضعف الحقوق، وسبب لكسب الملكة الذي أحاطه المشرع بمجموعة من الأجراءات القانونية، والتي عند عدم مراعاتها أو أخذها بالحسبان يؤدي الى سقوط الحق، فأنها تعود مرة أخرى، فالشخص الذي سقطه عن الشفعة له الحق في مباشرتها من جديد.

بيد أن هذا الأمر مرهون بتوافر حالة معينة، وهي حالة تصرف المشتري الأول بالعقار موضوع الشفعة أو العقار الذي يراد أخذه بنظام الشفعة، الى مشتري أخر، أي المشتري الثاني الذي انتقل اليه العقار المشفوع من المشتري الأول، ففي هذه الحالة ينتقل الحق في طلب الشفعة الى العقد الثاني الذي يرتبط فيه المشتري الأول، والذي ينتقلُ مركزه القانوني الى بائع، والطرف الثاني وهو المشتري، وبالثمن المتفق عليه في العقد الثاني، دون الأخذ بنظر الأعتبار الثمن المتفق عليه في العقد الأول، فأن كان الثمن عن قيمة العقار المشفوع في العقد الأول هو مليون دينار عراقي، والثمن عن قيمة ذات العقار في العقد الثاني هو مليونان دينار عراقي، فالشفعة تتعلق بالثمن الذي عقد به البيع الثاني شريطة أن ينتقل العقار الى حيازة المشري الثاني وأن تستوفي أجراءات تسجيله وفق القواعد القانونية الخاصة بتسجيل التصرفات الواردة على العقار.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها إذ قضت عن طريقه بانه ((أن المقرر في قضاء محكمة النقض و ما سارت عليه أن مفاد نص المادة 938 مدني مصري أنه إذا أشترى شخص عيناً تجوزُ الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أي

([1]) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص 453.

رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و بالشروط التي أشترى بها، ... فأن لم تعلن أي رغبة في الأخذ في الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة يسري في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها الا أن ذلك يكون مشروطاً بأن لا يكون البيع الثاني صورياً...))[1].

و المعنى ذاته تضمنه قرار أخر لذات المحكمة قضت به من خلاله بأنه((... المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة 938 من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشترٍ ثان قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة وقبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسري في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي أشترى فيها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صورياً، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك أعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول - قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له، إذ كانت الصورية المطلقة إن صحت ينعدم بها وجود عقد البيع قانوناً فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إن سجل إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً منعدماً.

فإنه ينبني على ذلك أن الشفيع إذا طعن بالصورية المطلقة على عقد المشتري الثاني فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى لأنه تصرف في العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصمه الشفيع في دعواه كان لزاماً على المحكمة قبل أن تفصل في هذا الدفع أن تتصدى بداءة لبحث الطعن بالصورية وتدلي بكلمتها فيه حسماً له، ذلك بأنه لو ثبتت صورية عقد المشتري الثاني كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني ولو كان مسجلاً فلا يكون لهذا المشتري في مواجهة الشفيع ثمة حقوق تعلقت بالعقار المشفوع فيه ويغدو بالتالي غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرف صدر منه في هذا العقار إلى مشتر ثالث...))[2]. وهذا أن دلَّ على شيء فإنما يدلُّ أن الحق في الأخذ بالشفعة من الممكن أن ينقضي ومن ثم أن يعود مرة أخرى ولكن ضمن ضوابط معينة وكما هو مبين أعلاه.

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (3695) لسنة 58 قضائية، والصادر في 1990/5/25، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، مصدر سابق، ص361.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (406) لسنة 57 قضائية، والصادر في 29/يونيو / 1989، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، الجزء الثاني، السنة 40، ص 734.

ثالثا- انقضاء الحق بالابراء وعودته برده

يعدّ الابراء من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، فهو يعد نزول الدئن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو من الناحية القانونية تصرف تبرعي حتماً، لأن الدائن لو حصل على عين حقه لكان هذا وفاء، وأذا أستوفى مقابلاً لذلك، كان وفاء بمقابل، فأذا لم يستوفي حقه لا عينيا ولا بمقابل كان هذا أبراء[1]. إذ إن الأبراء من حيث الطبيعة القانونية لدى البعض من الفقه بأن طبيعته غير عقدية بحيث يتم وينقضي بموجبه الالتزام عن طريق أعلان الدائن عن ارادته بالنزول عن حقه، من دون أن يتطلب ذلك قبول المدين أو موافقته، ولا يعني ذلك في حقيقة الأمر الزام المدين بالابراء، إذ لا يستطيع التخلص منه بعد تمامه، غير أنه يجوز أن يرد هذا الأبراء إذا كان لا يرضاه، وبذلك يزول أثر نزول الدائن عن حقه قبل المدين ويعود الالتزام على أثر ذلك كما كان عليه الوضع قبل ايجاب الأبراء من قبل الدائن بكل صفاته [2].

وقد تبنت هذا الأمر الكثير من القوانين المدنية العربية ولاسيمَّا القوانين المقارنة منها، كالقانون المدني المصري والأردني والعراقي وغيرها من القوانين، وبالرجوع إلى نص القانون المدني العراقي نجده ينص في المادة (1/422) منه على أنه ((لا يتوقف الابراء على قبول المدين لكن إذا رده قبل القبول ارتد وأن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركتهِ)) [3] . وتقابلها في المعنى ذاته نص المادة (371) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي الالتزام أذا أبرأ الدائن مدينة مختاراً ويتم الأبراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون

([1]) صالح كردالي، الأبراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، مقدم الى معهد الحقوق والعلوم الأدارية، 1986، ص 7.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المدني، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص 976، أنظر كذلك د.محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، مكتبة الخدمات والأطلاع، بلا مكان طبع، 1996، ص 395. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 324، د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، بلا سنة طبع، 543. د. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزامات العامة، مصدر سابق، ص 445.

([3]) وتقابلها بذات المعنى نص المادة (445) من القانون المدني الأردني والتي تنص هذه المادة على أنه ((لا يتوقف الأبراء على قبول المدين، الا أنه يرتد بردة وأن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته)) . وذات المعنى تضمنته نص المادة (269) من القانون المدني السوري، وكذلك نص المادة (458) من القانون المدني الليبي.

المدني الفرنسي حتى أن تعديلهُ الأخير لم يتضمن هذا المعنى [1]. وعند التركيز بمفردات النصوص القانونية المبينة أعلاه يتبين لنا وبحق بأنه إذا وصل الإبراء الى علم المدين، ولم يرده في المجلس الذي علم فيه لم يستطع أن يرده بعد ذلك، أما إذا رده في المجلس، فإنه يرتد ويزول أثره، ويعود الدين إلى ذمة المدين بعد أن كان قد انقضي بالإبراء، وهذا أن دلَّ على شيء فأنما يدلُّ دون شك أن الأبراء من الدين وأياً كان سبب أو مصدر هذا الأخير عقداً كان أم غيره من مصادر الالتزام في بعض الأحيان وأن كان صادراً ممن يملكهُ، فأنه يؤدي إلى انقضاء الالتزام ومن ثم تنتهي حقوق والتزامات الأطراف على آثر ذلك، إلا أن الأبراء قد يرتد ويعود الالتزام من جديد وتعود صفة وعلاقة الأطراف فيما بينهما دائناً أو مديناً، وبهذا يذهب العلامة الدكتور السنهوري في أطار بيان ذلك بالقول إن الأبراء في كل أحواله يتم بإرادة الدائن وحده، لا باتفاق بينه وبين المدين، كما كان الأمر في القانون المدني، ويشير أن القانون المدني المصري الجديد قد اقتبس التكيف الجديد للأبراء من الفقه الأسلامي، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة، غير أنه يرتد بالرد.

وهذا التكيف قد أضفى أو أغلب الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي، ومن ثم فأن الالتزام على أثرهِ عدّ قيمة مالية تدخل ضمن العناصر الأيجابية في ذمة الدائن وله النزول عنها بأرادته المنفردة [2]. بيد أنه يجب أن يأخذ بالحسبان بأنه ليس مما تقدم أن الإبراء يلزم المدين والا يستطيع رده، إذ إن المدين قد يتحرج من تفضل لا يريده إذا وجد فيه ما لايرضاه من الناحية الأدبية فله أن يرده [3]. ومن ثم يرتد برده، وهذا الأمر لا يؤثر على طبيعة الإبراء من كونه يؤدي إلى انقضاء الالتزام، لأن قبول المدين في العلاقة القانونية محل الأبراء ليس بركن من أركان هذا التصرف فهو تصرف بأرادة منفردة، وعليه يزول أثر نزول الدائن عن حقهِ قبل المدين ويعودُ الالتزام على عاتقهِ كما كان[4].

([1]) تجدر الإشارة الى ان القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004، أشار الى أنقضاء الالتزام بالابراء وعودته في المادة (400) منه والتي تنص هذه المادة على أنه ((1-ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده. 2- ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يضمنه من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع)).

([2]) د.بلحاج العربي،أحكام الالتزام في ضوء الشرية الأسلامية(دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 339 وما بعدها، أنظر كذلك د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق من مراكز القانون الخاص، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والأقتصادية، العددان (3 و4)، 1964، ص 213، وص 33.

([3]) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 324.

([4]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، بلا طبعة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص 475.

و لكن السؤال هنا إذا ردَ المدين الإبراء وعادَ الدين هل تعود معه تأميناته وبالخصوص الكفالة؟ بالرجوع إلى القوانين المدنية لا نجد حكماً لهذا المسألة، بينما ذهبَ رأي بأن عودة الدين هنا يختلف عن عودة الدين بسبب أتحاد الذمة؛ كون زوال سبب الإنقضاء فيها يكون بحكم القانون؛ لذلك من الطبيعي يعود مع عودة الدين تأميناته، لكن في حالة عودة الدين بسبب ردَ الأبراء يكون سبب العودة بإرادة المدين ومن ثم فأن ارادته ستسبب ضرراً للكفيل إذ يبقي ذمته مشغولة على الرغم من إن الدائن أراد اسقاط حقه بالإبراء، لذا فالأقرب إلى العدالة أن يعود الدين هنا بدون ضمانة وهي الكفالة [1].

وهذا بخلاف ما ذهب اليه غالبية الفقه القانوني، بأن رد الإبراء من المدين ولو كان هذا الرد بعد مدة زمنية معينة، فإن الدين يعود ويعود معه بما يلحقه من صفات وما يضمنه من تأمينات، سواءَ أكانت شخصية أم عينية وما يرد عليه من دفوع، وعليه فإن الدين يعود إلى ذمة المدين بعد أن كان قد إنقضى بالإبراء[2]. واستناداً على كل مما تقدم يمكن القول إن ابراء الدائن مدينه يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام؛ لأن قبول المدين للأبراء ليس بركن لأنعقاد هذا الإبراء، إلا إن هذه العلاقة قد تعود وذلك عند رد المدين هذا الإبراء ففي هذه الحال تعود العلاقة القانونية بما تحمله من حقوق والالتزامات، ولاسيمَّا ضمانات الوفاء بهذا الالتزام عينية كانت أم شخصية وحسب طبيعة كل التزام .

نخلص من كل ما تقدمّ أن من مقتضيات بحث أي نظرية في القانون المدني، لا بد من بيان أهم تطبيقات هذه النظرية، فبموجب هذه التطبيقات نستطيع أن نكلل موضوعنا بالوجود المادي الملموس نظرياً وعملياً، فالعودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني ليست مجرد فكرة تحتاج إلى اثبات، وقد تبين لنا ذلك عندما بحثنا التطبيقات الخاصة بهذا الموضوع وتبين لنا أن المشرع قد أورد الكثير التطبيقات القانونية، كما هو الحال في انقضاء وعودة حق الرهن أو انقضاء وعودة حق الارتفاق العقاري، وغيرها من التطبيقات القانونية المتناثر بين أبواب القانون المدني، فضلاً عن ذلك هناك تطبيقات أو

([1]) نظال ممدوح عبد ربة الدوح، الأبراء كسبب من أسباب إنقضاء الالتزام (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الأسلامي)، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2019، ص 144.

([2]) د. أمير فرج يوسف، نظرية الالتزامات في القانون المدني والمطبق أحكامه في كافة الدول العربية، الطبعة الأولى، منشاة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية، مصر، 2009، ص 898 وما بعدها.

صور أخرى لانقضاء الحقوق وعودتها، والتي قد يكون السبب في تقريرها هو اراء الفقه القانوني وفقاً لمقتضيات معينة، ويستوي أن يكون مصدر هذه العودة هو ارادة الأطراف أم أرادة المشرع. هذا ومن الجدير بالذكر أن ما تم ذكره من تطبيقات أو حالات لإنقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني جاءَ على سبيل المثل والدلالة لا على سبيل الحصر، فهناك تطبيقات اشرنا اليه عند السير بطيات البحث ومنها مثلاً انقضاء الدين قبل حلول أجله وعودته بأستحقاقه، فكما هو معلوم أنه أذا كان الدين مؤجلاً فللمدين كقاعدة عامة أن يدفعهُ قبل حلول الأجل، ولاسيمَّا إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحته، ومن ثم فأن الدائن يجبر على هذا القبول، فأذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ثم أستحق المقبوض عادَ الدين مؤجلاً كما كان، بعبارة أخرى إنه إذا وفى المدين بالالتزام الدين قبل موعده أي قبل الوقت المتفق عليه بين أطراف العلاقة القانونية، أو المحدد من قبل المشرع، فهنا الالتزام ينقضي ولكنه يعودة باستحقاق العين محل الوفاء للدين قبل حلول الاجل.

كذلك هو الامر فيما يتعلق باستحقاق العين محل الحوالة، فكما بينا سابقا إنه إذا استحقت العين المغصوبة للغير، أي غير اطراف الحوالة بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل، وأعتبرت الحوالة في هذه الحالة كأن لم تكن، فإذا وقعت الحوالة على عين معينة بالذات، وبالفعل تمت الحوالة على هذا النحو، فإن الألتزام في هذه الحالة قد انقضى بانتقاله وتقييده بعين معينة، ولكن هذه الحوالة ترتد وتبطل وتعود العلاقة القانونية الى سابق عهدها، وكان الإنتقال والانقضاء لم يكن لهما مطرح، فالحوالة المقيدة في حقيقة الأمر تبطل إذا سقط الدين أو استحقت العين محل الحوالة بأمر سابق عليها، وبهذه الحالة يعود حق المحال له على المحيل، فإذا وقعت الحوالة مثلاً على ثمن مبين ثم تبين فيما بعد استحقاقه، وحالة أخرى إذا وقعت الحوالة على ثمن مبيع بعقد باطل، أو على عين استحقت فيما بعد، أي أن العين الي هي للمحيل في ذمة المحال عليه، لم تكن مملوكة للمحيل قبل وبعد الحوالة، ففي هذه الحالات تبطل الحوالة، وعلى أثر ذلك تعود العلاقة، بما تفرضه من حقوق والتزامات وتعتبر الحوالة كأن لم تكن، بسبب عدم وجود مال للمحيل في ذمة المحال عليه وكما بينا ذلك سابقاً.

كذلك هو الأمر بالنسبة لانقضاء وعودة حق لارتفاق بتخصيص المالك الأصلي، فالأخير طريق من طرق انشاء حق الإرتفاق، عمد صاحب أو مالك عقارين أو جزئين من

عقار واحد الى خلق حالة واقعية بين هذين العقارين، أو بين الجزئين من العقار الواحد، فهنا نشأ حق الإرتفاق كما لو كان هذان العقاران أو هذان الجزآن من العقار الواحد مملوكين لشخصين مختلفين، وهذا هو تخصيص المالك الأصلي الذي يكسب به حق إرتفاق، فطالما بقى العقاران أو الجزئان من العقار الواحد مملوكين لشخص واحد، فلا وجود لحق الإرتفاق، فعن طريق هذه الحالة الواقعية التي ينشئها صاحب العقارين، أو صاحب العقار الواحد ينشأ حق ارتفاق، وينقضي هذا الحق بإرادة صاحب العقارين أو الجزئين من العقار الواحد، كما لو أنتهت هذه الحالة الواقعية التي ابتغاها أو التي أرادها صاحب هذين العقارين، أو تبين أن هذه الحالة هي مؤقتة (عارضة) كما لو أراد خلق علاقة تبعية ثابتة بين العقارين لأغراض شخصية، أو أنه قام بشراء هذين العقارين من مالكين مختلفين فزال حق الإرتفاق وانقضى، ولكن إذا باعَ أحد هذين العقارين، عادَ حق الإرتفاق كما كان... كما لو كان شخص يملكُ أرض زراعية ولها مسقى ماء في جزئها الشمالي، فالجزء الجنوبي يسقي من جزئها الشمالي عن طريق حق إرتفاق (مجرى)، فإذا باعَ جزئها الشمالي دون جزئها الجنوبي، نشأ حق إرتفاق، ولكن أذا أصبح مالك لهذان الجزآن من العقار انقضى حق الإرتفاق، وبعكس ذلك يعود حق الإرتفاق... وغيرها من حالات أو تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني والتي تشكل في مجموعها نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

الخَـاتِـمـة

الخاتمة

حاولنا في ضوء دراستنا لموضوع بحثنا والموسوم ((فلسفة انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني " دراسة مقارنة")) إلى وضع نظرية عامة ابتداءً من مفهومها وانتهاء باحكامها، وبعد ان اتممنا ذلك بعون الله تعالى، فإنه لا بد لنا من أن نستعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها والتي قد لا يمكن أن نذكرها جميعها، فالكثير من المسائل التي ناقشناها نتركها بطبيعة الحال للقارئ لاستكشافها، لذا فاننا سنعرض لأهم النتائج التي تمخَّضت عنها الاطروحة والتي قد نوفق أو نخيب في دقة طرحها عن طريق بحثنا هذا من جهة، كما قد توصلنا إلى بعض المقترحات التي ندعو المشرع وبحق إلى الأخذ بها والتي صيغت على النحو الآتي :

أولا – النتائج

1- لم ينص القانون المدني العراقي وكذلك القوانين المدنية الاخرى ولاسيمَّا محل المقارنة منها على تعريف لا بالنسبة لانقضاء الحقوق ولا بالنسبة لعودتها، على الرغم من أن المشرع المدني قد اورد نصوصا قانونية تتضمن في لفضها أو فحواها مصطلح الانقضاء للحق ، والعودة لذات الحق ، والمتناثرة بين ابواب وفصول القانون المدني.

2- إن العودة قد تكون عودة للحق من جهة، وعودة للالتزام من جهة اخرى لذات التصرف، اذ هي حق لأحد أطراف العلاقة القانونية، كونها ضمانة لتحقيق التوازن في هذه العلاقة أو لحماية مصلحة أحد اطراف هذه العلاقة، وهي عودة التزام؛ كون الطرف الآخر من هذه العلاقة يلزم باعادة الحال إلى ماكان عليه الوضع قبل حصول واقعة الانقضاء، وعليه فهي عودة حق والتزام في ذات الوضع القانوني، وحسب المركز القانوني لاطراف العلاقة القانونية، بالاعتماد على نوع وطبيعة الالتزام، عينيا كان هذا الاخير ام شخصيا.

3- يتميز مصطلح انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بالعديد من السمات، والتي جسّدت هذه السمات خصوصية هذا المصطلح والتي بينت هذه السمات ذاتيتية وطبيعة العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها، ومن أهمها هو أن هذا المصطلح نتيجة ترد على الحقوق الشخصية والعينية كذلك، فهو بهذه الكيفية مصطلح شمولي، كما أن انقضاء الحقوق وعودتها أمر نسبي، فهو يتعلق بذات اطراف العلاقة القانوني اشخاصا وموضوعا، بما تحمله من حقوق والتزامات من الناحيتين الشخصية والموضوعية.

4- إن العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني هي استثناء من الأصل، فالاصل هو الانقضاء لهذه الحقوق، وما العودة له إلا إستثناء من هذا الأصل، فالإنسان دائما ارادته حرة، فالأصل براءة الذمة بغية تحقيق الاستقرار في المعاملات المالية، ومن ثمَّ فأن عاد التزام أو حق معين فلا يجوز التوسع في أحكام هذه العودة أو القياس عليها، بحيث تشمل هذه العودة التزامات او حقوق اخرى ولاسيمَّا اذا كانت متباينة الطبعة بل حتى اذا كانت من ذات الطبيعة .

5- لا يمكن القول بأن هناك عودة للحق أو الالتزام، إلا اذا سبقها وضع قانوني، ألا وهو الانقضاء، والذي على أثره لتوافر سبب معين يعود الالتزام أو الحق مرة أخرى، إذ إن العودة هي عملية مركبة من الانقضاء للوهلة الأولى، ثم عودة لهذا الحق أو الالتزام وعليه نستنتج بأن هذا المصطلح هو وضع قانوني مركب.

6- إن لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني العديد من المبررات سواء تعلقت هذه الأخيرة بالوضع الأول الانقضاء للحقوق أم بالعودة لها، وقد استنتجنا أن الانقضاء للحقوق والالتزامات يحقق الاستقرار بالمعاملات المالية؛ عن كونه يؤدي إلى انقضاء العلاقة القانوني والذي يلقي بضلاله على حسم النزاعات وتقليل الجهد والوقت على القضاء، كما أن الانقضاء يحرر الارادة التعاقدية، بوصف إن اردة الانسان حرة، كذلك قد يكون تبرير هذا الانقضاء هو توافر سبب الانقضاء. كما ان المشرع قد ابتغى من العودة هو تحقيق العدالة التعاقدية وكذلك تحقيق التوازن للعلاقات القانونية أو أن طبيعة التعامل تقتضي العودة للحقوق والاتزامات بعد انقضائها، بسبب طبيعة الالتزام والتي كانت هذه وتلك من اهم المبررات التي دفعت المشرع إلى تقرير هذا الوضع القانوني المميز.

7- يختلف مصطلح انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني عن التجديد على الرغم من أوجه الشبه التي تربطهما، فالعودة للحق أو الالتزام تكون عودة مقيدة بذات الحقوق والالتزامات، إذ إن الحق يعود بذات الضمانات والأوصاف وبما يحمله من أوصاف على غرار التجديد، فإذا جددَ الالتزام معنى ذلك سقط الالتزام السابق بما يحمله من ضمانات او دفوع، كما إن العودة قد تكون مفترضة، على خلاف التجديد الذي يستلزم هذا الأخير الاتفاق عليه وبخلاف ذلك لانكون أمام وضع العودة للحقوق والالتزامات، بل نكون أمام وضع قانوني آخر.

8- إن من أهم النتائج التي توصلنا إليها هو أن مصطلح انقضاء الحقوق وعودتها يختلف عن مصطلح إعادة الحال، إذ قد يبدوللوهلة الأولى إن كليهما يتضمن ذات المعنى إلا أنه في حقيقة الأمر هما مصطلحين يختلف أحدها عن الآخر ، فإعادة الحال يقتضي إعادة أطراف العلاقة القانونية إلى ما قبل التعاقد بحيث يصبح هؤلاء أغيار إذ تنتفي صفتم في العلاقة القانونية القائمة، بعبارة اخرى يعتبر التصرف القانوني بإعادة الحال كان لم يكن قد انشأ أصلا، بخلاف العودة للحقوق والالتزامات، فإنه يؤدي إلى إعادة أطراف العلاقة القانونية إلى ماكانوا عله قبل حصول واقعة الانقضاء، واعتبار الاخير كان لم تكن، فتعود صفة اطراف العلاقة القانونية الى ماكانوا عليه، وحسب طبيعة كل التزام، فيرجع دائنأ او مدين، راهن أو مرتهن، كفيل أو مكفول ... وعلى أثر ذلك تعود حقوق والترامات المنوطة بكل منهما على حد سواء، وهذا بخلاف إعادة الحال الذي تنعدم بمجرد انعقادة حقوق والترامات اطراف العلاقة القانونية؛ من كونهم قد أصبحوا اجانب على أثر إعادة الحال فيما بينهم .

9- إن العودة للحقوق والالتزامات تتقيد بظوابط معينة، بحيث تكون هذه العودة مرهون بتوافرها وجوداً وعدما، وبالنظر لتعدد واختلاف حلالات أو تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، ولأن لكل حالة أو تطبيق وضع قانوني معين، آثر هذا الأمر في تحديد هذه القيود أو الشروط أن صح التعير، فهناك شروط عامة لكل حالات أو بالأحرى تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها، وهناك شروط خاصة بكل حالة من حالات هذا الوضع القانوني المتميز، على الرغم من أن هذه الشروط سواء أكانت العامة ام الخاصة منها تتعلق بموضوع هذه العلاقة وباشخاصها.

10- لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني نطاق شخصي يتعلق كقاعدة عامة باطرافها، أي أنه يتعلق من حيث الاشخاص بالعلاقة القانونية التي توفر سبب انقضائها، وانقضت على آثر ذلك، فإذا استدعت الحاجة إلى عودتها مرة أخرى، فإن هذه العودة تتعلق بذات الاشخاص، دون أن تتعدى إلى غيرهم، اللهم إلا إذا حصل شيء ما تتقرر بموجبه انصراف هذه العودة الى اشخاص اخرين كالخلف العام او الخاص ويستوي ان يكون هذا الانصراف من جهة الدائن ام من جهة المدين، ولا يؤثر ذلك في حقيقة الأمر على حدود هذا النطاق مادامت شخصية الوارث هي امتداد لشخصية المورث بما يخلفه الأصيل من حقوق والتزامات.

11- من بين الاستنتاجات التي توصلنا اليها هو أن النطاق الموضوعي لانقضاء الحقوق وعودتها يتعلق بالأحوال المالية في نطاق القانون المدني، والتي يرتبط فيها الشخص أشد الإرتباط بغيره من حيث المال، كما إن نطاق هذا المصطلح يتعلق باساس كل منهما أي من ناحية الانقضاء ومن ناحية العودة، فإن كان أساس العودة هو التبعية، وهذه الأخيرة هي ذاتها أساس الانقضاء، فالنطاق لايتوقف على انقضاء حق وعودته وانما يشمل انقضاء وعودة شيء كما هو الحال في انقضاء وعودة حق التخصيص بين الأشياء هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الحق إذا ما تقررت عودته فانه يعود من الناحية الموضوعية بكل مايحمله من ضمانات وصفات ودفوع وهذا الأمر يعد جوهر النطاق الموضوعي لانقضاء الحقوق وعودتها.

12- اختلاف الفقه القانوني بشأن تحديد الطبيعة القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها، فقد ذهب البعض الى القول بان العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها، هو تجديد لتلك الحقوق والالتزامات، وقد اردف هذا الاتجاه الفقهي بمجموعة من الحجج في سبيل الدفاع عن هذه الفكرة، وقد فندنا ذلك، فلا يمكن في حقيقة الأمر عدَّ هذا الوضع هو تجديد للحقوق والالتزامات التي انقضت بعد زوال سبب انقضائها وتوافر سبب عودتها. وذهب البعض الآخر بان العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها تعد حقا، ولكن هذا الأمر لايمكن قبوله على اطلاقة؛ لأن العودة في هذه الحالة قد تكون عودة حق والتزام في الوقت نفسهُ، بينما ذهب اتجاه ثالث بان طبيعة هذا الوضع هو مجرد رخصه، إلا أننا نرى أن الطبيعة القانونية لانقضاء الحقوق وعودتها هي طبيعة خاصة، وان السبب الذي دفعنا للقول بذلك هو التعدد الحاصل في حالات او تطبيقات انقضاء الحقوق وعودتها وان لكل صورة من صورها له طبيعة قانونية خاصة.

13- اختلاف الفقة بشأن التكيف القانوني للفترة القانونية و التي تمتد من لحظة توافر سبب الانقضاء وصولا إلى زوال هذا السبب وتوافر الأخير بالنسبة إلى العودة، إذ ان آرائهم لم تكن على وتيرة واحدة، البعض يرى بانها مانع قانوني، والبعض الآخر يرى بإنها مانع من المطالبة، ثم أنها هناك رأي آخر يقول بانها مانع ويسكت ولم يبين طبيعة هذا المانع هل هو مانع قانوني أم مانع من المطالبة، فضلاً عن ذلك أن هناك من يقول بانه التزام طبيعي، يخلُ من عنصر المسؤولية ويظل محتفضا بعنصر المديونية، وعلى ذات المنوال سار القضاء المدني، إذ إن الأخير قد تباينت قراراته حتى بالموضوع الواحد، ومع ذلك فقد استنتجنا أن

هذه المدة من حيث التكيف القانوني بانها انقضاء للحق بالاستناد إلى رأي المشرع وأحكام القضاء.

14- إن لارادة الأطراف آثراً واسعا في تقرير العودة للحقوق والالتزامات، ولاسيمَّا إذا كانت هذه العودة تتطلب القيام بعمل أو الامتناع عن العمل كما هو الحال في عودة حق الارتفاق العقاري عندما يتطلب الأمر إعادة بناء العقار المقرر عليه حق ارتفاق، فتتوجه إرادة الاطراف الى ذلك.

15- إن مصادر انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني يمكن أن تكون المصادر نفسها التي أنشأ بموجبها هذا الحق ابتداء، فقد ينشأ الحق عن طريق الاتفاق للوهلة الأولى ثم ينقضي هذا الحق، ومن ثم تستدعي الحاجة إلى عودة هذا الحق من جديد فيمكن في هذه الحالة أن يعود عن طريق الاتفاق، أو أن يعود بمصدر أخر غير المصدر الذي أنشا بموجبة، ويكون بموجبه مصدرا غير مباشر لعودة الحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني كالقانون، أو قد يعود الحق بسبب من أسباب كسب الملكية كالحيازة إذا استمرت المدة القانونية الازمة لاكتساب هذا الحق مع توافر السبب الصحيح وحسن النية، أو قد يعود الحق بالتقادم المكسب للملكية في حال توافر شروطه وعلى أساس ذلك قد يعود الحق أو الالتزام بمصدره الذي أنشأ بموجبه، أو قد يعود بمصدر أخر غير مصدره الأصلي.

16- إن من بين مصادر انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني هو الحكم القضائي الذي من الممكن أن يكون مصدر مباشرا للعودة، ويمكن أن يكون مصدرا غير مباشر للعودة، وذلك عندما تستند العودة إلى واحد من الأسباب، والتي يتولى القضاء حسم الخلاف بصدد تحقيقها والحكم بعودة الحقوق والالتزامات بعد انقضائها، وهذا يعد أي الحكم شرطا من شروط العودة هنا بحسب نص القانون المدني، وبهذا فالعودة قد تتحقق بقوة القانون بعد حسم النزاع بموجب حكم قضائي بات، إذ قد يثبت للمحكمة بموجب سلطتها التقديرية في وجوب أو ضرورية عودته عن طريق إقامة دعوى والنظر بعد ذلك فيما إذا تطلب الامر إعادة الحق من عدمة، حيث تتولى المحكمة فيه تحديد التزامات وحقوق كلا الطرفين على أثر هذه العودة.

17- من بين أهم النتائج التي توصلنا اليها في متن البحث هو أن هناك تكامل وتفاضل بين انقضاء الحقوق وعودتها وقواعد اصول الفقه، إذ إن الأخيرة من الممكن أن تؤثر وتتاثر بانقضاء الحقوق وعودتها، بل أن بعض الفقه القانوني يرى أن هذه القواعد هي أساس فقهي شرعي مسلم به يستند عليه في تقرير العودة، كقاعدة التابع تابع، وإذا سقط الأصل سقط الفرع، وإذا زال المانع عاد الممنوع، فإذا زال المانع الذي أدى إلى انقضاء الالتزام عاد الممنوع، وقاعد التابع لا ينفرد بالحكم، وقاعدة لاضرر ولا ضرار...، وهذه القواعد وكما بينا ذلك عند السير في طيات البحث تبين لنا من خلالها إن هناك علاقة وثيقة بينهما، بعبارة أخرى اكثر وضوحا إن هناك تكامل وتفاضل بين انقضاء الحقوق وعودتها وقواعد أصول الفقه.

18- طرح الفقه القانوني مجموعة من الاسس لبيان فلسفة المشرع في انقضاء الحقوق وعودتها كاتحاد الذمة وفكرة التأقيت، ونرى بأن فكرة التأقيت هي الفكرة التي تصلح كفلسفة لانقضاء جميع الحقوق، كون معظم الحقوق مؤقتة وعليه فأن مصيرها دائماً إلى الانقضاء، أما من جهة العودة فنجد أن فلسفة المشرع في تحديد أساس هذه العودة قد أستند على خاصية التبعية أو على فكرة المصلحة وقد أستنتجنا إن هذه الأخيرة تصلح أساسا عاما لفلسفة عودة الحقوق أو الالتزامات بعد انقضائها؛ كون الحق هو في الأصل مصلحة يحميها القانون، وعليه فأن المشرع عندما يعيد هذا الحق فان أساس فلسفته في ذلك هو تحقيق هذه المصلحة.

19- مع اختلاف الشكل والعناصر يجمع كل الكتاب على أن البعض من هذه الافكار التي طرحها الفقة القانوني بشأن تحديد الأساس القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها يمكن أن تكون أساسا مزدوجا لوضعي الانقضاء للحق وعودته كخاصية التبعية والتي قد تكون أساسا لانقضاء الحق وهي ذاتها أساسا لعودة الحق، فالكفالة والرهن ... تنقضي وتعود بالتبعية، ويستوي أن تكون هذه التبعية هي تبعية أشخاص أو تبعية موضوع أو أشياء، فالحق ينقضي ويعود بذات الأساس.

20- إن العودة للحق أو الالتزام قد تتوافر مقوماتها إلا انها تصطدم بعائق من معوقات العودة، وهذه الاخيرة بطبيعة الحال قد تعود إلى سبب يتعلق بذات الشخص كتنازله عن حقه بالعودة، أو لعدم اتخاذه الاجراءات القانونية التي فرضها المشرع والتي يمكن بواسطتها إعادة التصرف القانوني إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصول واقعة الانقضاء، أو قد

تتعلق هذه العوارض أو المعوقات بالجانب الموضوعي لعودة الحق، كاستحالة استعمال الشيء محل العودة، أو التغير الذي يحصل بالشيء محل العلاقة القانونية العائدة وعليه تنعدم امكانية العودة.

21- إن العودة للحقوق والالتزامات في القانون المدني تترتب عليها آثارا، فقد تنصرف هذه الآثار إلى ذات المتعاقدين الذين انقضت علاقتهم السابقة، أو قد تنصرف إلى خلفهم العام إو الخاص، فتعود حقوق والتزاماتهم السابقة، وقد يتاثر ويؤثر الغير بالعودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها في القانون المدني شريطة أن يكون هذا الغير حسن النية، فإذا توافرت به هذه الصفة، فإن الحق يعود ولكنه يعود مثقلا بالحق الذي كسبة هذا الغير خلال المدة مابين انقضاء الحق وعودة، حتى إن في بعض الاحيان يتقدم هذا الغير على اطراف العلاقة القانونية المسجلة حقوقهم على الشيء العائد، ويصبح هذا الغير بالمرتبة الأولى، كما هو الحال عليه عند انقضاء الحق بالرهن عن طريق التبعية بين الدين المضمون والعقار المرهون، فإذا كسب هذا الغير حق رهن مثلا على العقار المرهون خلال المدة الفاصلية بين انقضاء حق الرهن وعودته، فإن هذا الغير بحكم القانون يتقدمهم في المرتبة شريطة أن يكون حسن النية، فإن كان سيء النية فإن الحق يعود وكان هذا الغير لم يكتسب حقا على الاطلاق .

22- إذا ما تقررت عودة حق أو التزام فانه يعود من الناحية الموضوعية بما يحمله من حقوق والتزامات، فيرجع الحق بضماناته وكذلك تاميناته سواء أكانت هذه الاخيرة عينية أم شخصية، فيعود الحق على الحالة التي كان عليها قبل حصول واقعة الانقضاء، فيعود الحق مدنيا أو تجاريا مشمولا بالنفاذ المعجل أم كان غير مشمول، مالم ينص السند الذي تمت بموجبه العودة إلى خلاف ذلك، على أن تكون هذه الاختلافات أو التغيرات في وضع الشيء محل العودة لا ترتب زيادة في الاعباء عن الاعباء السابقة، كون تلك الزيادة في العبء عن العبء السابق يؤدي إلى أنشاء حق جديد وليس عودة لذات الحق الذي قد انقضى حتى وان توافرت شروط عودته .

23- تعدد أدلة اثبات انقضاء الحقوق وعودتها على الرغم من أن قانون الاثبات العراقي والقوانين محل المقارنة لم تنص صراحة أو دلالة على أدلة اثبات انقضاء الحقوق وعودتها، من ذلك وجدنا نوعا من الصعوبة في وضع الية اثبات ذلك، أما عن عبء الإثبات فإنه من حيث الأصل يقع على المدعي، فإن من يدّعي عودة تصرف قانوني ما يعد

انقضائه، فإنه يقع على عاتقه إثبات ذلك، غير أنه يجوز أن ينتقل عبء الإثبات في بعض الاحيان إلى الخصم في حالة توافر الدليل لديه و الذي يثبت من خلاله عودة تصرف قانوني ما، وقد تلقي المحكمة عبء الأثبات على عاتقها في حالة استجواب الخصم وتستنتج العودة من ذلك، وسواء أكان ذلك بادلة مادية أم بواسطة ادله اخرى والمعروفه في نطاق القانون المذكور اعلاه.

24- إن عودة الحق بعد انقضائه تتطلب التسجيل، ولاسيمًا إذا كان الحق أو الالتزام الذي استدعت الحاجة إلى عودته قد تم شطبه من السجلات العقارية المثبتة للحق بموجبه أستناد لاحكام القانون، أما إذا لم يتم شطبه أو محوه من السجلات فأنه يجب التأشير الهامشي في سجل العقار المقرر عليه حق ارتفاق أو حق رهن، وعليه فأن العودة للحق بعد انقضائها في الغالب الاعم تكون منشأ كونها قد تتطلب التسجيل أو تحتاج إلى حكم قضائي يتقرر بموجبه العودة لذات الحق أو الالتزام، فلابد أن تتكلل العودة بالشكلية، كون الأخيرة تعدّ في حقيقة الأمر ركناً من أركان العودة خصوصا إذا كان الحق ذات طبيعة عقارية والتي تدور وجوداً وعدماً مع التسجيل في الدائرة المختصة.

25- إن القانون يرتب مسؤولية عند الإخلال بانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، وهذه المسؤولية قد تكون بطبيعة الحال مسؤولية عقدية أو قد تكون مسؤولية تقصيرية بحسب الموضوع الذي تتناوله العودة للحق او الالتزام بعد انقضائه، و سواء أكان هذا الإخلال بالعودة من الناحية الشخصية أم من الناحية الموضوعية للتصرف الذي استدعت الحاجة إلى عودته، فالطبيعة القانونية للمسؤولية في نطاق انقضاء الحقوق وعودتها هي طبيعة مزدوجة فقد تكون عقدية وتقصيرية، في الوقت نفسه نتيجة للتباين والاختلاف في تطبيقات العودة للحقوق بعد انقضائها في القانون المدني، وسواء صدر هذا الاخلال من قبل اطراف العلاقة القانونية أم كان من قبل الغير.

26- عند انقضاء الحقوق و الالتزامات وعودتها بعد ذلك فقد تكون العودة لهذا الحق أو الالتزام بصورة دائمة أو بصورة موقته، تبعا لطبيعة الحق العائد، إذ قد يعود الحق بصورة دائمية إذا ما توافرت شروط عودة بتلك الصورة، أو قد تكون عودة بصورة مؤقته خصوصا إذا كان الحق محدد بمدة معينة، زد على ذلك أن بعض الحقوق قد تعود بصورة متكررة اي إنه تحمل بطبيعتها التكرار إذ قد ينقضي الحق ويعود ثم ينقضي ويعود وهكذا، وهذا الأمر لايؤثر في حقيقة الأمر على طبيعة العودة مادام هذا الأمر ممكنا، وبمقابل ذلك

قد يعود الحق أو الالتزام لمرة واحدة فقط لذات السبب المذكور أعلاه ألا وهو توقيت هذه الحقوق كحق المنفعة.

27- قد يحصل في بعض الأحيان تعارض على أثر العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية بحل هذا التعارض ورفعه، بالأعتماد على عدد من المعايير ومنها معيار حسن النية، وكذلك معيار الحق المكتسب من قبل الأغيار خلال مدة انقضاء الحق وعودة، ولا رقابة لمحكمة التمييز على ذلك، لأن الفصل فيه هو فصل مسالة موضوعية.

28- تتعدد حالات أو تطبيقاتها انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني إلى تطبيقات قانونية، ناتجة هذه الاخيرة عن رغبة المشرِّع في عودة الحق بعد انقضائه، وأخرى تطبيقات اتفاقية والتي تتحقق بإرادة الافراد، وذلك بالإسناد إلى مبدأ سلطان الإرادة ، كذلك قد تكون هذه التطبيقات قضائية أو فقهية فالأخيرة، نلتمسها عن طريق مراجعة مؤلفات الفقه القانوني، وأما الثانية فيقررها القضاء المدني بواسطة الأحكام القضائية التي يصدرها القضاء المدني والتي تشكل بمجموعها هذه وتلك نظرية عامة لانقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني.

ثانيا:- المقترحات

1- ندعوا المشرع العراقي بايراد نص في متن القانون المدني يضع بموجبه قاعدة عامة لانقضاء الحقوق وعودتها ونقترح ان يكون النص بالشكل التي: ((إذا ما استدعت الحاجة إلى عودة حق أو التزام بعد انقضائه، فانه يلزم بإعادة اطراف العلاقة القانونية إلى وضعها السابق، أي إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل حصول واقعة الانقضاء، مالم يوجد نص أو اتفاق يقتضي بغير ذلك)). والسبب الذي دفعنا لاضافة العبارة الأخيرة وهي مالم يوجد نص أو اتفاق يقتضي بغير ذلك، يكمن في أن العودة للحقوق والالتزامات بعد انقضائها ليست من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على ما يخلافها.

2- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص يبيَن من خلالة كيفية إعادة الحقوق بعد انقضائها من حيث مصدر هذه العودة لذات الحق ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي: ((يعود الحق بعد انقضائه بالمصدر الذي انشأ بموجبه، أو بمصدر غير الذي أنشأ به وحسب طبيعة الالتزام)).

3- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (1272) من القانون المدني العراقي من ((1- يكسب حق الارتفاق بالعقد او بالميراث او بالوصية 2- ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة)). إلى ((1- يكسب حق الارتفاق بالعقد او بالميراث او بالوصية، ويعود بعد انقضائه بالاسباب نفسها مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة. 2- ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة)).

4- عند الولوج بالنصوص القانونية للقانون المدني العراقي وكذلك القوانين المدنية الأخرى لا سيما تلك التي تكون منها محل مقارنة لم تورد تعريفا لمصطلح انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني؛ لذلك نقترح على المشرع العراقي ايرد نص يتضمن تعريف انقضاء الحقوق وعودتها ونقترح أن يكون النص بالصيغة الآتية :((وضع قانوني يؤدي إلى انقضاء الحق أو الالتزام وعوته إلى الحالة التي كان عليها قبل انقضائه لسبب معين تعلق هذا الأخير بانقضائه أو بعودته بما يرتبهُ من حقوق والتزامات بآثر رجعي)).

5- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (419) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على انه ((إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبُر اتحاد الذمة كأن لم يكن)). فهذا النص لا يمكن قبوله على اطلاقه، إذ إن هذا النص بهذا الشكل يؤدي إلى التعارض المحتمل بين المصالح، لأن انقضاء الالتزام عن طريق اتحاد الذمة وعودة بسبب زوال سبب هذا الأتحاد وخلال هذه الفترة أي الفترة مابين انقضاء الحق وعودته قد تصرف أحد الأطراف بمحل الحق أو بالأحرى بمحل الالتزام، سيحدث في هذه الحالة تعارض في المصالح أي بين مصلحة الدائن الأول والدائن الثاني، ومن هذا المنطلق نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة المذكورة في الأعلى بأضافة فقرة لها لتكون بالشكل الاتي ((1- إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبُر اتحاد الذمة كأن لم يكن. 2- عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة للغير حسن النية)).

6- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (1283) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على أنه ((ينقضي حق الأرتفاق أذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها أستعمال هذا الحق ويعود أذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن

معـه أسـتعمال الحـق)). فهـذا الـنص جـاء مطلـق لـم يبـين حـدود هـذه العـودة، فقـد يعـود الحـق ويكـون فـي وضـع قـانوني أو بـالأحرى بحالـة قانونيـة يمكـن بواسـطتها اسـتعمال حـق الارتفـاق، إلا إن هـذه العـودة تزيـد مـن العـبء علـى العقـار المرتفـق بـه، لـذلك نـدعوا المشـرع العراقـي بتعـديل هـذا الـنص علـى غـرار ماذهـب اليـه المشـرع الفرنسـي فـي نـص المـادة (665) مـن القـانون المـدني الفرنسـي بتعديلـه الأخيـر و نقتـرح أن يكـون الـنص القـانوني بالشـكل الآتـي: ((ينقضـي حـق الأرتفـاق أذا تغيـر وضـع الأشـياء محـل حـق الارتفـاق بحيـث تصـبح فـي حالـة لا يمكـن معهـا أسـتعمال هـذا الحـق علـى الوجـه المطلـوب، ويعـود إذا عـادت الأشـياء إلـى وضـع يمكـن معـه أسـتعمال الحـق، بشـرط ان لاتـؤدي هـذه العـودة الـى زيـادة العـبء علـى العقـار المرتفـق بـه، وكـان فـي عودتـه تحقيـق الغـرض الـذي أنشـأ لـه، الا اذ وجـد اتفـاق او نـص يقتضـي بخلاف ذلك)).

7- نـدعوا المشـرع العراقـي تعـديل نـص المـادة (1278) مـن القـانون المـدني العراقـي بفقراتهـا الـثلاث مـن ((1- لا يجـوز لصـاحب العقـار المرتفـق بـه ان يعمـل شـيئا يـؤدي الـى الانتقـاص مـن اسـتعمال حـق الارتفـاق او جعلـه اكثـر مشـقة ولا يجـوز لـه بوجـه خـاص ان يغيـر مـن الوضـع القـائم او ان يبـدل بالموضـع المعـين اصـلا لاسـتعمال حـق الارتفـاق موضـعا اخـر. 2– ومـع ذلـك اذا كـان الموضـع الـذي عـين اصـلا قـد اصـبح مـن شـانه ان يزيـد فـي عـبء الارتفـاق او اصـبح الارتفـاق مانعـا مـن احـداث تحسـينات فـي العقـار المترفـق بـه فلصـاحب هـذا العقـار ان يطلـب نقـل الارتفـاق الـى موضـع اخـر مـن العقـار او الـى عقـار اخـر يملكـه هـو او يملكـه اجنبـي اذا قبـل اجنبـي ذلـك، كـل هـذا متـى كـان اسـتعمال الارتفـاق فـي وضـعه الجديـد ميسـورا لصـاحب العقـار المرتفـق بالقـدر الـذي كـان ميسـور بـه فـي وضـعه السـابق.3 – ويصـح ايضـا لصـاحب العقـار المرتفـق، ان يطلـب تغييـر الموضـع المعـين لاسـتعمال حـق الارتفـاق، اذا ثبـت ان فـي هـذا التغييـر فائـدة محسوسـة لـه دون ان يكـون فيـه اضـرار بالعقـار المرتفـق بـه)). وان يكـون التعـديل بالشـكل الاتـي ((1- لا يجـوز لصـاحب العقـار المرتفـق بـه ان يعمـل شـيئا يـؤدي الـى الانتقـاص مـن اسـتعمال حـق الارتفـاق الآنـي او العائـد او جعلهمـا اكثـر مشـقة ولا يجـوز لـه بوجـه خـاص ان يغيـر مـن الوضـع القـائم لحـق الارتفـاق الآنـي او العائـد اوان يبـدل بالموضـع المعـين اصـلا لاسـتعمالهما موضـعا اخـر. 2– ومـع ذلـك اذا كـان الموضـع الـذي عـين اصـلا قـد اصـبح مـن شـانه ان يزيـد فـي عـبء الارتفـاق او اصـبح الارتفـاق مانعـا مـن احـداث تحسـينات فـي العقـار المترفـق بـه فلصـاحب هـذا العقـار ان يطلـب نقـل حـق الارتفـاق الآنـي أو العائـد إلـى

موضع اخر من العقار أو إلى عقارأخر يملكه هو أو يملكه شخص اخر اذا قبل هذا الاخير ذلك، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق العائد في وضعه الجديد (العائد) ميسورا لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسور به في وضعه السابق.3 – ويصح ايضا لصاحب العقار المرتفق، ان يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق الآني او العائد، اذا ثبت ان في هذا التغيير فائدة محسوسة له بعد عودة حقه دون ان يكون في ذلك اضرار بالعقار المرتفق به مع عدم الاخلال باحكام المادة 1283)). وبهذا التعديل فان النص يشمل حق الارتفاق الاني وكذلك حق الارتفاق العائد بسبب زوال سبب انقضائه.

8- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (1284) والتي تنص هذه المادة على إنه ((لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الإرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به)). باضافة فقرة لها ونقترح ان يكون التعديل بالصيغة الاتية ((1- لصاحب العقار المُرتفق بهِ أن يتحرر من الإرتفاق كلهُ أو بعضهُ إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به. 2- يعود حق الارتفاق بعودة المنفعة للعقار المرتفق بحيث تتناسب هذه المنفعة مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به)).

9- نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (1/422) من القانون المدني والتي تنص هذه المادة على انه ((لا يتوقف الأبراء على قبول المدين لكن إذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته)). وذلك باضافة فقرة لنص المادة المذكورة اعلاه ونقترح ان يكون هذا النص بالشكل الاتي ((1- لا يتوقف الإبراء على قبول المدين لكن إذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته. 2– ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يضمنه من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع)).

10- ندعو المشرع العراقي بايراد نص في قانون التسجيل العقاي أو في القانون المدني يبين فيه الية تسجيل انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي: ((تسجل الحقوق بعد عودتها والناشئة بين العقارات المسجلة بالعقد او بالوصية بالاستناد الى حكم قضائي حائز درجة البتات او بناء على قرار قانوني له قوة

الحكم، كما تسجل بالاسباب التي نشأ بها ابتداءً مع عدم الاخلال بالحقوق التي يكون الغير قد كسبها وهو حسن النية خلال مدة انقضاء الحق وعودته)).

11- نقترح على المشرع العراقي ايراد نصا عاما يحدد بموجبه نفقات اعادة الحق بعد انقضائه ونقترح ان يكون النص بالشكل الاتي ((يتحمل صاحب الحق في العودة نفقات اعادة الحال لما كان عليه الوضع قبل حصول الانقضاء، إلا إذا وجد نص او اتفاق يقتضي بغير ذلك)).

12- بغية تحقيق أعلى درجات التكامل والتفاضل بين قواعد اصول الفقه وموضوع بحثنا، وانطلاقا من اهمية هذه القواعد والدور الذي تقوم فيه في تاصيل وتحديد أساس انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني، نقترح على المشرع العراقي تطويع هذه القواعد ومنها قاعد التابع تابع، وقاعدة التابع لاينفرد بالحكم، واذا سقط الاصل سقط الفرع، واذا صح المتبوع صح التابع واذا فسد المتبوع فسد التابع، على الرغم من المشرع قد ذكر بعضها في متن القانون المدني ومنها قاعدة اذا زال المانع عاد الممنوع، ولكن الساقط لايعود.

13- نقترح على المشرع العراقي ايراد نص في القانون المدني يمكن اعتبارة نصا عاما يمكن من خلاله حماية الحقوق المكتسبة من قبل الغير الحسن النية والمكتسبة خلال فترة انقضاء الحق وعودته، دون ان يكون هذا النص خاصا بحق الرهن فقط كما هو منصوص عليه في القانون المدني العراقي ونقترح ان يكون النص بالشكل الآتي: ((لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة للغير اذا كسبها هذا الاخير عن حسن نية خلال فترة انقضاء الحق وعودته)).

14- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (1281) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على انه ((ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به، او العقار المرتفق هلاكاً تاماً وبأجتماع العقارين في يد مالك واحد، الا أنه في الحاله الأخيرة، إذا زالت حالة الإجتماع هذه زوالاً يستند أثره الى الماضي فأن حق الإرتفاق يعود)). وذلك باضافة فقرة جديد لها ونقترح ان يكون النص بالشكل الاتي ((1- ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به، او العقار المرتفق هلاكاً تاماً وبأجتماع العقارين في يد مالك واحد، الا أنه في الحاله الأخيرة، إذا زالت حالة

الإجتماع هذه زوالاً يستند أثره الى الماضي فأن حق الإرتفاق يعود. 2- اما اذا زال هذا السبب ولم يكن لزواله اثر رجعي فلا يمكن اعادته مرة اخرى، ويمكن اعتباره في هذه الحالة ارتفاقا جديدا)).

15- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة 1258 من قانونا المدني والتي تنص هذه المادة على انه ((2- وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطا المالك، فلا يجبر على اعادة الشيء إلى اصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق المنفعة إذا لم يكن الهلاك بسببه...)). وذلك باضافة فقرة لنص هذه المادة ونقترح ان يكون التعديل بالشكل الاتي ((2- وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطا المالك، فلا يجبر على اعادة الشيء إلى اصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق المنفعة إذا لم يكن الهلاك بسببه .. 2- على ان يعود حق المنفعة خلال مدة سريانة، وان يكون المنتفع على قيد الحياة؛ كونه حقا مؤقتا)).

16- إن المشرع العراقي لمْ يتضمن على حد اطلاعنا نصًا قانونيًا يبيّن من خلاله إثبات انقضاء الحقوق وعودتها بشكل مباشر ودقيق، لذا نقترح على المشرع العراقي إن يتضمن نص في قانون الإثبات العراقي يبيّن من حلاله آلية إثبات انقضاء الحقوق واعادتها في القانون المدني، وندعو أن يكون النص على الصيغة الآتية: ((يمكن إثبات انقضاء الحقوق وعودتها في القانون المدني بجميع طرق الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن بحسب الأحوال)) فهذا النص يدل على أنه يمكن إثبات الانقضاء للحق او الالتزام بالكتابة والبيّنة او الشهادة والإقرار وغيرها من أدلة الإثبات التي نص عليها القانون الإثبات العراقي بحسب الاحوال أي بحسب كل حالة من حالات الانقضاء من جهة، والعودة كذلك من جهة اخرى؛ وذلك لكي يتسنى للقضاء في حقيقة الامر استخدام السلطة التقديرية وذهن القاضي في عملية الاستنباط بغية حسم النزاع.

17- ندعوا القضاء العراقي الى توحيد رأيه فيما يتعلق بالتكييف القانوني لانقضاء الحقوق وعودتها، اي اعطاء الوصف القانوني الصحيح للفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ونقترح ان تكون هذه الفترة هي فترة يكون فيها الانقضاء مانع من المطالبة، حيث يعتبر الحق فيها في سبات الى ان يتوافر سبب العودة او ان يصبح الشيء محل الحق في حالة يمكن معها استعمال هذا الحق .

قائِـمـة المصـــادر

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولًا- المعاجم اللغوية

1- ابـو الفضـل جمـال الـدين محمد بـن مكـرم المعـروف بـإبن منظـور، لسـان العـرب، الطبعـة الاولى ، الجزء السابع ، مؤسسة التاريخ الإسلامي، بيروت، 1413 هـ - 1939 .
2- أبـو فضـل جمـال الـدين بـن مكـرم بـن منظـور، لسـان العـرب ، الطبعـة الثالثـة ، الجـزء الثاني، مج 10، باب القاف، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، .1990
3- أبـو فضـل جمـال الـدين بـن مكـرم بـن منظـور، لسـان العـرب ، الطبعـة الثالثـة ، الجـزء السـابع ، باب الحاء ، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، .1990
4- أحمـد بـن فـارس ابـن زكريـا، معجـم مقـاييس اللغـة، تحقيـق عبـد السـلام محمد هـارون، مـادة (حق) دار الفك العربي ، بلا مكان طبع 1979.
5- أحمـد بـن محمد الفيـومي، المصـباح المنيـر فـي غريـب الشـرح الكبيـر للرافعـي، الطبعـة الاولى، مادة (الحق) دار الكتب العلمية، بيروت، 1978م.
6- احمـد بـن محمد بـن علـي الفيـومي، المصـباح المنيـر، حققـه الاسـتاذ يوسـف الشـيخ محمد، الطبعـة الثانية، كتاب القاف، مادة (ق ض ى)، بيروت، لبنان، 1997.
7- احمـد مختـار عبـد الحميـد عمـر، معجـم اللغـة العربيـة المعاصـرة، الطبعـة الاولـى، الجـزء الثاني، عالم الكتب للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2008.
8- اسـماعيل بـن عبـاد، المحـيط فـي اللغـة العربيـة، حققـه محمد حسـين ال ياسـين، الطبعـة الاولـى، الجزء الاول، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1994.

9- زيـن الـدين محمد بـن ابـي بكـر عبـد القـادر الـرازي : مختـار الصـحاح، تحقيـق حمـزة فـتح الله، دار البصائر ، بيروت ، لبنان ، 1987م ، 1407 هـ.
10- عبـد الغنـي ابـو العـزم، معجـم الغنـي، الطبعـة الثالثـة، مجلـد 3، دار الكتـب العلميـة، بـلا مكان طبع، 2013.
11- محمد بـن أبـي بكـر الـرازي، مختـار الصـحاح، مـادة (حقـق)، الطبعـة الاولـى ، دار الكتـاب العربي، بيروت، 1979م. .
12- محمد مرتضـى ابـن محمد الحسـيني الزبيـدي، تـاج العـروس مـن جـواهر القـاموس، حققـه الـدكتور عبـد المـنعم خليـل ابـراهيم والاسـتاذ كـريم سـيد محمد محمـود الطبعـة الاولـى ، الجـزء الاول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1971.

ثانيًا- الكتب القانونية

1- د. إبـراهيم الدسـوقي ابـو الليـل، نظريـة الالتـزام، المصـادر الإراديـة للالتـزام - العقـد والإرادة المنفـردة الجـزء الاول، الطبعـة الاولـى، مطبوعـات جامعـة الكويـت، الكويـت، 1995.
2- د. أبـو الليـل، إبـراهيم الدسـوقي: نظريـة الالتـزام، الجـزء الاول ، الطبعـة الاولـى، المصـادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة ،الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995 .
3- د. احمـد ابـو الوفـا، التعليـق علـى نصـوص قـانون الاثبـات، الطبعـة الاولـى، منشـأة المعـارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1978.
4- ----------، المرافعـات المدنيـة والتجاريـة، الطبعـة الثالثـة، بـلا جهـة ومكـان طبـع، 1955.
5- د. احمـد السـعيد الزرقـد، احكـام الالتـزام، الطبعـة الاولـى ، منشـأة المعـارف للطباعـة والنشر، القاهرة، مصر، ، .2005
6- د. احمـد المهـدي ود. اشـرف شـافعي، منازعـات الحيـازة، الطبعـة الاولـى، دار العدالـة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
7- د.احمـد سـلامة، التامينـات العينيـة والشخصـية، الجـزء الاول، الطبعـة الاولـى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، .1970
8- ----------، المـدخل لدراسـة القانون(نظريـة الحـق)، الكتـاب الثـاني، الطبعـة الثانية، دار النهظة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر.
9- د. احمـد شـوقي محمد عبـد الـرحمن، الحقـوق العينيـة الاصـلية، حـق الملكيـة، الطبعـة الثانيـة، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2004.
10- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام (احكـام الالتـزام)، الطبعـة الاولـى، منشـأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.
11- ---------- ، النظريـة العامـة للالتـزام، احكـام الالتـزام والاثبـات، الطبعـة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، .2003
12- ---------- ، النظريـة العامـة للحـق، الطبعـة الاولـى، منشـأة المعـارف للطباعـة والنشر، القاهرة، مصر، .2005
13- د. احمـد عبـد التـواب محمد بهجـت، الـوجيز فـي شـرح احكـام الضـمانات العينيـة والشخصـية، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، .2010
14- د. احمـد عبـد الـدائم، شـرح القـانون المـدني- نظريـة الالتـزام، احكـام الالتـزام، الطبعـة الاولى، الجزء الثاني، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2003.
15- د. احمـد عـواد سـلامة، وسـائل اجبـار المـدين علـى التنفيـذ العينـي، بـلا طبعـة، دار البازوري العلمية، عمان، الاردن، بلا سنة طبع.
16- د. احمـد مـاهر زغلـول، اثـار الغـاء الاحكـام بعـد تنفيـذها، الطبعـة الثانيـة، دار النهضـة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1992.

17- د. احمـد محمد الزرقـا، شـرح القواعـد الفقهيـة، الطبعـة الثالثـة، دار القلـم للطباعـة والنشـر والتوزيع، ديمشق، سوريا، 1980 .
18- د. احمـد مسـلم، اصـول المرافعـات، بـلا طبعـة، دار الفكـر العربـي، القـاهرة، مصـر، 1979.
19- د. احمـد نشـأت، رسـالة الاثبـات، الجـزء الاول، الطبعـة الاولـى، مكتبـة العلـم للجمـع، بيروت، لبنان، 2005.
20- د. احمـد هنـدي، التنفيـذ الجبـري للالتـزام، بـلا طبعـة، دار الجامعـة الجديـدة للطباعـة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2009.
21- المحـامي احمـد صـلاح الـدين، القـانون المـدني، مجموعـة الاعمـال التحضـيرية، الطبعـة الاولى، الجزء السابع، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع .
22- ----------، مجموعـة الاعمـال التحضـيرية والمـذكرة الاضـاحية للقـانون المـدني، الجـزء السـابع، بـلا طبعـة، مطبعـة دار الكتـاب العربـي، القـاهرة، مصـر، بـلا سنة طبع.
23- القاضـي ايـاد احمـد سـعيد السـاري، الواضـح فـي قـانون الاثبـات، شـرح مفصـل بطريقـة السـؤال والجـواب وفقـا لاخـر التعـديلات ومعـززا باحكـام القضـاء، الطبعـة الثانيـة، المكتبـة القانونية، بغداد العراق، 2023.
24- د. ادريـس الفـاخوري، الحقـوق العينيـة، الطبعـة الاولـى، منشـورات مجلـة الحقـوق، دار نشر المعرفة، المغرب، 3013.
25- د. آدم وهيـب النـداوي، المـوجز فـي قـانون الإثبـات، الطبعـة الثالثـه، المكتبـة الوطنيـة، بغداد، 2007.
26- ----------، شـرح قـانون البينـات والاجـراءت الأردنـي، مكتبـة دار الثقافـة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
27- د. أدوار عيـد، الحقـوق العينيـة العقاريـة الاصـلية، الطبعـه الاولـى، الجـزء الثـاني، مكتبـة زين الحقوقية والادبية للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة نشر.
28- ----------، قواعـد الاثبـات فـي القضـايا المدنيـة والتجاريـة فـي القـانون اللبناني، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 1962.
29- د أرام محمد صـالح سـعيد، المكنـة القانونيـة بـين النظريـة والتطبيـق، الطبعـة الاولـى، دار الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2010.
30- د. اسـعد ديـاب، ابحـاث فـي التامينـات العينيـة، الطبعـة الاولـى، المؤسسـة الجامعيـة للدراسات والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر.
31- ----------، ضـمان عيـوب المبيـع الخفيـة، الطبعـة الاولـى، دار اقـرأ للطباعـة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 1993.
32- د. أسـماعيل عبـد النبـي شـاهين، النظريـة العامـة للالتـزام (أحكـام الالتـزام)، بـلا طبعـة ، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2013.
33- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام، مصـادر الالتـزام، الطبعـة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2013.

34- د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، الطبعة الاولى، مكتبة عبد الله وهبة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1966.
35- ----------، محاضرات في النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، مكتبة عبد الله وهبة للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 1958.
36- د. اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية القانون المدني نموذجاً، بلا طبعة دار الكتب القانونية ودار شتات للطبع، مصر، 2011 .
37- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)،ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، .2009
38- د. امير علي خالد، تملك العقارات بوضع اليد، الطبعة الثانية، منشأة المعارف للطباعة و النشر والتوزيع، السكندرية، مصر، 1992.
39- د. امير فرج يوسف، نظرية الالتزامات في القانون المدني والمطبق احكامة في كافة الدول العربية، الطبعة الاولى، منشاة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2009.
40- د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والارادة المنفردة)، الطبعة الاولى، الجزء الاول، دار الشروق للطباعة والنشر، رام الله، فلسطين، .2004
41- د. امين رجاء دواس، القانون المدني، احكام الالتزام،(دراسة مقارنة) الطبعة الاولى، دار الشروق للطباعة والنشر، رام الله، 2005.
42- د. انور العرموسي، العقود الواردة على الملكية في القانون الفرنسي المدني. البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض والدخل الدائم، الصلح، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، الاسكندرية، مصر، .2002
43- ----------، الحقوق العينية التبعية، الطبعة الاولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2003.
44- د. انور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، دار العدالة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2015.
45- المستشار أشرف أحمد عبد الوهاب و المستشار ابراهيم سيد أحمد، انقضاء الالتزام في ضوء آراء الفقهاء و التشريع و أحكام القضاء,الطبعة الثانية، طبعة دار العدالة، القاهرة، مصر، 2018.
46- د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، مصر، .2005
47- ----------، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا طبعة، بلا جهة طبع ومكان طبع، .1984
48- د. انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني المصري، الطبعة الاولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، .2004
49- د. ----------، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث والسابع، الطبعة الثانية، المكتبة الجامعية الحديثة، الاسكندرية، مصر، .2006

50- ----------، انحـلال العقـود، الطبعـة الاولـى، المكتبـة الجامعيـة الحديثـه للطباعة والنشر، بلا مكان وسنة طبع.
51----------- -------، شـرح قـانون التمويـل العقـاري ،الجـزء السـادس، بـلا طبعـة، المكتب الجامعي، الاسكندرية ،2001.
52- د. اوبـري ورو، المطـول فـي القـانون المـدني الفرنسـي، الطبعـة السادسـة، الجـزء الثـاني، مطبعة باريس للطباعه و النشر المحدود، بلا مكان طبع، 1951.
53- د. أيمـن سـعد، مصـادر الالتـزام (دراسـة مقارنـة)، بـلا طبعـة، دار النهضـة العربيـة، القاهرة، .2014
54- د. باسـم محمد صـالح، القـانون التجـاري، النظريـة العامـة، الطبعـة الاولـى، مكتبـة السنهوري، بغداد، 2012.

55- د. برهـام عبـد الله، اساسـيات نظريـة الاللتـزام، بـلا طبعـة، مؤسسـة الثقافـة الجامعيـة، الاسكندرية، مصر، 1956.
56 – د. بلحـاج العربـي، احكـام الالتـزام فـي ضـوء الشـريعة الاسـلامية، دار الثقافـة للنشـر والتوزيع، عمان،2012.
57- د. بيـار كتـالا، المشـروع التمهيـدي لتعـديل قـانون الالتزامـات والتقـادم فـي القـانون الفرنسـي، الطبعـة الالـى، المؤسسـة الجامعيـة للدراسـات والنشـر والتوزيـع، بيـروت، لبنـان، 2009.
58- د. بيـان يوسـف رجيـب، دور الحيـازة فـي الـرهن الحيـازة، الطبعـة الاولـى، دار الثقافـة للنشرر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010.

59- د. توفيـق حسـن فـرج ود مصـطفى الجمـال، مصـادر واحكـام الالتـزام (دراسـة مقارنـة) الطبعة الاولى، منشورارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، .2009
60- ----------، دروس فـي الحقـوق العينيـة الاصـلية، الطبعـة الثانيـة، طبعـة نادي القضاة للطباعة والنشر المحدود، بلا مكان وسنة طبع.
61- د. ----------، المـدخل للعلـوم القانونيـة، النظريـة العامـة للقـانون والنظريـة العامة للحق، الطبعة الاولى، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1988.
62-. ----------، النظريـة العامـة للالتـزام (احكـام الالتـزام)، الطبعـة الاولـى، منشورا ت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
63- د. ثنـاء محمد احسـان الحـافظ، قواعـد وضـوابط فقهيـة فـي احكـام القـروض، الطبعـة الثانيـة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،ديمشق، سوريا، 2015.
64. د. جـابر محجـوب علـي، الـوجيز فـي النظريـة العامـة (الاحكـام العامـة للالتـزام فـي القـانون المصـري مـع الاشـارة الـى نصـوص القـانون الفرنسـي الجديـد)، الجـزء الثـاني، الطبعـة الاولـى، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2023.
65. د. جـاك امـا نوييـل و د. بوتـان ود. مـارك بيـو بأشـراف جـاك غسـتان ، قـانون التأمينـات العينيـة الخـاص ، الطبعـة الاولـى ، ترجمـة منصـور القاضـي ، المؤسسـة الجامعيـة للدراسـات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009.

66- د. جـلال العـدوي، النـزول عـن الحقـوق وغيرهـا مـن مراكـز القـانون الخـاص، الطبعـة الاولى، مطبعة جامعة الاسكندرية، 1964.
67- ---------- ود. محمد لبيـب شـنب، مصـادر الالتـزام (دراسـة مقارنـة بـين القـانونين المـدني المصـري واللبنـاني) الـدار الجامعيـة للطباعيـة للنشـر والتوزيـع والنشـر، بيروت، لبنان، 1985.
68- ----------، احكـام الالتـزام (دراسـة مقارنـة فـي القـانون المصـري واللبناني)، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ، 1998.
69- ----------، اصـول الالتزامـات، مصـادر الالتـزام، بـلا جهـة طبـع، منشاة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 1997.
70- د. جـلال محمد ابـراهيم، الحقـوق العينيـة التبعيـة، الجـزء الاول، الطبعـة الاولـى، دار النهضه العربية للطباعة والنشر والتوزيع، .1994
71. ----------، انقضـاء الالتـزام، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2011.
72- د. جمـال خليـل النشـار، ايجـار المـال الشـائع، بـلا طبعـة، الـدار الجامعيـة الجديـد للنشـر، الاسكندرية، مصر، 2003.
73- د. جمعـة سـعدون الربيعـي، المرشـد الـى احكـام ازالـة الشـيوع، الطبعـة الاولـى، المكتبـة القانونية، بغداد، 1989.
74- د. جميـل الشـرقاوي، دروس فـي اصـول القـانون، المـدخل لدراسـة القـانون، بـلا طبعـة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1972.
75----------، النظريـة العامـة للالتـزام، احكـام الالتـزام، الطبعـة الاولـى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
76- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام، الكتـاب الاول، الطبعـة الاولـى، دار النهظة العربية للنشر والتوزيع، القاهر، مصر، 1981.
77- د. حامـد مصـطفى، القـانون المـدني العراقـي، الملكيـة العقاريـة فـي العـراق مقارنـة مـع القـانون المـدني المصـري والسـوري، حـق التصـرف الحقـوق العينيـة المتفرعـه عـن الملكيـة، الجـزء الثـاني، الطبعـة الاولـى، جامعـة الـدول العربيـة، طبعـة معهـد الدراسـات العربيـة العالميـة، 1966.
78- د. حسـام الـدين كامـل الأهـواني، النظريـة العامـة للالتـزام (مصـادر الالتـزام الإراديـة)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
79- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام (احكـام الالتـزام)، الطبعـة الثانيـة، الجزء الثاني، دار ابو المجد للطباعة والنشر، بلا مكان نشر، .1996
80- د. حسـن عكـوش، المسـؤولية العقديـة والتقصـيرية فـي القـانون المـدني الجديـد، الطبعـة الاولى، دار الفكر العربي الحديث، القاهرة، مصر. 1970.
81- د. حسـن علـي الـذنون ، الحقـوق العينيـة الاصـلية، الطبعـة الاولـى، شـركة الرابطـة للطبـع والنشر المحدود، بغدا، العراق، .1954

82- ---------- و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2004.
83- ----------، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، 1991.
84----------، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الاولى، بلا جهة طبع ، بغداد، 1976.
85- ----------، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة الاولى، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، مصر، 1946 .
86- ----------، دور المدة في العقود المستمرة، الطبعةالاولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بغداد، 1988.
87- د. حسن كيرة، المدخل الى القانون (القانون بوجه عام ـ النظرية العامة للقاعدة القانونية ـ النظرية العامة للحق)، بلا طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون سنة طبع.
88- ---------- الموجز في احكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، الطبعة الاولى، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1998.
89- د. حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر ، الاسكندرية، مصر، 2004.
90- د. حسن محمود عبد الديم، الكفالة ضمان شخصي للحقوق، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2009.
91- د. حسين المؤمن، المحررات والادلة الكتابية، الطعة الاولى، بلاجهة طبع، بيروت، لبان، 1975.
92- ----------، موسوعة نظرية الاثبات(القواعد العامة، الإقرار ، اليمين)، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة الفجر لطباعه وانشر واتوزيع، بيروت ، 1997.
93- د. حسين عبد اللطيف حمدان، التامينات العينية، دراسة تحليلية لاحكان الرهن والتامين والامتياز، الطبعة الاولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
94- د. حلمي محمد الحجار، الوجيز في اصول المحاكمات المدنية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
95- د. حمدان حسين، التامينات العينية(دراسة تحليلية شامله لاحكام الرهن والتامين والامتياز)، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

96- اسـتاذنا الـدكتور حيـدر حسـين الشـمري، المختصـر فـي احكـام الوصـايا والمواريـث فـي التشـريع العراقـي والفقـه الاسـلامي، الطبعـة الثانيـة، دار الـوارث للطباعـة والننشـر والتوزيـع، كربلاء، العراق، 2022.
97- د. حسـني محمـود، التقـادم واسـقاطه للحقوق(دراسـة مقارنـة بـين الفقـه الاسـلامي والقـانون المدني المصري)، الطبعه الاولى، دار الفكر العربي، الاسكندرية، مصر، 2009
98- د. خالـد السـيد محمد عبـد الحميـد موسـى، شـرح قواعـد الاثبـات الموضـوعية دراسـة مقارنـة، الطبعة الاولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، .2014
99- د. خالـد عبـدالله الشـعيب، قاعـدة الضـرر يـزال، الطبعـة الاولـى، بـلا جهـة طبـع، الكويـت، 2008.
100- د. خولـة كـاظم محمد راضـي المعمـوري، مبـدا تخصـيص الـرهن، الطبعـة الاولـى، بـلا جهة ومكان طبع، بلا سنة طبع.
101- د. دربـال عبـد الـرزاق، الـوجيز فـي احكـام الالتـزام فـي القـانون المـدني، الطبعـة الاولـى، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
102- د. درع حمـاد، النظريـة العامـة للالتزامـات (احكـام الالتـزام)، الجـزء الثـاني، الطبعـة الاولى، دار السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2016.

103- د. درع حمـادة الـدليمي، الحقـوق العينيـة، حـق الملكيـة والحقـوق المتفرعـة عنهـا، الطبعـة الاولى، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2018.
104- د. دواس، أمـين، المصـادر الإراديـة (العقـد والإرادة المنفـردة)، الطبعـة الاولـى، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004.
105- د. رضـا المزغنـي، أحكـام الإثبـات، الطبعـة الاولـى، معهـد الادارة العامـة، الريـاض، المملكة العربية السعودية، 1986.
106- د. رضـا عبـد الحلـيم عبـد المجيـد عبـد البـاري، الـوجيز فـي الملكيـة والحقـوق العينيـة التبعية، الطبعة الثانية، طباعة مركز التعليم المفتوح، الرياض، السعودية، 2009.
107- د. رضـا متـولي وهـدان، النظـام القـانوني فـي تجديـد الالتزام(دراسـة مقارنـة فـي الفقـه الاسلامي)، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2007.
108- د. رمضـان ابـو السـعود، احكـام الالتـزام، بلاطبعـة ، دار الجامعـة الجديـد، الاسـكندرية، مصر، 2004.
109- ----------، الـوجيز فـي الحقـوق العينيـة الأصـلية (أحكامهـا ومصادرها)، الطبعة الاولى، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2001 .
110 ----------، التقـادم المسـقط فـي التقنـين المـدني، الطبعـة الاولـى، المركـز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2008.
111- د. رمضـان جمـال كامـل، التقـادم المسـقط فـي التقنـين المـدني، الطبعـة الاولـى، المركـز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2008.
112- د. زكريـا سـرايش، الـوجيز فـي مصـادر الالتـزام (العقـد والإرادة المنفـردة)، الطبعـة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

113- د. زهـدي يكـن، الشـفعة، الطبعـة الاولـى، مكتبـة صـادر فـي بيـروت للطباعـة والنشـر والتوزيع، بيروت لبنان، 1965.
114- ----------، الملكيـة والحقـوق العينيـة الاصـلية علمـا وعمـلا، الطبعـة الثانية، منشورات المكتبة المصرية، بيروت، لبنان، 2008.
115- ----------، شـرح الموجبـات والعقـود مـع المقارنـة بالشـريعة الاسـلامية والقـوانين الوضـعية، الجـزء التاسـع، الطبعـة الاولـى، مكتبـة صـارو، بيـروت، لبنـان، بـلا سـنة طبع .
116- د. سـعاد الشـرقاوي، المسـؤولية الاداريـة، الطبعـة الثانيـة، دار المعـارف للطباعـة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1972.
117- د. سـعد العلـوش، الحقـوق العينيـة (دراسـه مقارنـه)، بـلا طبعـة، بـلا جهـة ومكـان وسـنة طبع.
118- د. سـعد عبـد الكـريم مبـارك، محاضـرات فـي الحقـوق العينيـة الاصـلية، الطبعـة الاولـى، دار الطباعة الحديثة، البصرة، العراق، 1970.
119- د. سـعدون العـامري، الـوجيز فـي العقـود المسـماة، الطبعـة الثالثـة، مكتبـة السـنهوري، بغداد، العراق، .1972

120 ----------، تعـويض الضـرر فـي المسـؤولية التقصـيرية، مركـز البحـوث القانونية، بغداد، 1981.
121- د. سـعيد امجـد الزهـاوي، كسـب حقـوق الارتفـاق بالتصـرفات وبتخصـيص المالـك وبالتقادم (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، مطبعة الجامعة، بغداد، العراق، 1981.
122- د. سـعيد جبيـر، حـق الملكيـة، الطبعـة، طبعـة مركـز جامعـة القـاهرة للتعلـيم المفتـوح، القاهرة، مصر، 2001.
123- د. سـعيد سـعد عبـد السـلام، حـق الملكيـة فقهـا وقضـاء، الطبعـة الاولـى، بـلا جهـة طبـع، القاهرة، مصر، 2008.
124- د. سـعيد مقـدم، نظريـة التعـويض عـن الضـرر المعنـوي، الطبعـة الثانيـة، المؤسسـة الوطنية للكتاب للطباعة والنشر، الجزائر، 1992.
125- د. سـلطان، أنـور، مصـادر الالتـزام (دراسـة مقارنـة فـي الفقـه الإسـلامي)، الطبعـة الثالثة، المكتب القانوني ، بلا مكان طبع، 2000 .
126- د. سـلمان مـرقس، المسـؤولية المدنيـة، دروس لقسـم الـدكتوراه بجامعـة بغـداد، بـلا طبـع، بلا جهة طبع، القاهرة1955.
127- ----------، أصـول الاثبـات فـي المـواد المدنيـة، الطبعـة الثانيـة، الجـزء الاول، المطبعة العالمية، مصر، 1953.
128- ----------، محاضـرات فـي المسـؤولية المدنيـة فـي تقنيـات الـدول العربيـة على طلبة قسم الدراسات القانونية، القسم الاول، الاحكام العامة،1958.
129- ----------، شـرح القـانون المـدني، العقـود المسـماة، عقـد البـع، المجلـد الاول، الطبعة الرابعة، عالم الكتب. بلا مكان طبع، 1980.

130- د. سـليم رسـتم اللبنـاني، شـرح المجلـة، المجلـد الاول، الطبعـة الثالثـة، منشـورارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر.
131- د. سـمير عبـد السـيد تنـاغو، احكـام الالتـزام والاثبـات، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الوفـاء القانونية، الاسكندرية، مصر، .2009
132 ----------، الالتـزام القضـائي، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الوفـاء القانونيـة للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2014.
133- ----------، التامينـات الشخصـية والعينيـة، الطبعـة الاولـى، منشـأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، .1996
134- ----------، عقـد البيـع، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الوفـاء القانونيـة، بـلا مكان طبع، 2009.
135- ----------، مصـادر الالتـزام (عقـد - إرادة أحاديـة - عمـل غيـر قـانوني - إثـراء بـدون سـبب - قـانون)، مصـدرين جديـدين للالتـزام (الحكـم القضـائي - والقـرار الاداري) الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء للحقوق، الإسكندرية ،مصر، 2009 .
136- ----------، نظريـة الالتـزام، الطبعـة الثانيـة، منشـأة المعـارف للطباعـة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
137- د. سـهيل حسـين الفـتلاوي، التامينـات العينيـة والشخصـية فـي القـانون المـدني اليمنـي، الطبعة الاولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1994.
138- د. سـيد احمـد محمـود، الـنقض الجزئـي للأحكـام، الطبعـة الاولـى، دار الكتـب القانونيـة، مصر، .2007
139- د. سـيد أمـين، المسـؤولية التقصـيرية عـن فعـل الغيـر، بـلا طبعـة، مكتبـة الإسـكندرية، الإسكندرية، مصر، 1999.
140- د. السـيد عبـد الصـمد محمد يوسـف، الحـق بـين البقـاء الـدائم والسـقوط بالتقـادم (دراسـة مقارنـة بـين الفقـه الاسـلامي والقـانون الوضـعي)، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الوفـاء القانونيـة، الاسكندرية، مصر، .2012
141- د. شـاكر ناصـر حيـدر، شـرح القـانون المـدني الجديـد، الطبعـة الاولـى، الجـزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد، .1952
142- د. شـفيق شـحاته، النظريـة العامـة للحـق العينـي، الامـوال، القسـم الاول، الطبعـة الاولـى، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، .1951
143- د. شـفيق طعمـة وأديـب اسـتانبولي، التقنـين المـدني السـوري، الجـزء الرابـع، الطبعـة الاولى، المكتبة القانونية، ديمشق، سوريا، 1994.
144- د. شـمس الـدين الوكيـل، المـوجز فـي نظريـة التامينـات، بـلا طبعـة، منشـأة المعـارف، الاسكندرية، مصر، 1966.
145- القاضـي صـادق حيـدر، شـرح قـانون المرافعـات المدنيـة، الطبعـة الاولـى، مكتبـة السنهوري، بغداد، 2011.
146- د. صـابر محمد محمد سـيد، رجـوع الـدائن علـى الكفيل(دراسـة مقارنـة فـي الفقـه الاسـلامي والقانون المدني) الطبعة الاولى، دار الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2010.

147- د. صـالح محمد السـلطان، اثـر اخـتلاف المتبـايعين علـى عقـد البيـع، الطبعـة الاولـى، دار اصداء المجتمع، بلا مكان طبع، .2001
148- د. صـبري حمـد الخـاطر (الغيـر عـن العقـد) دراسـة فـي النظريـة العامـة للالتـزام، المكتبة القانونية، الطبعة الاولى,.2000
149- د. صـلاح الـدين النـاهي، الـوجيز فـي التأمينـات الشخصـية والعينيـة، الطبعـة الاولـى، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1953.
150- د. ضـياء شـت خطـاب، بحـوث ودراسـات فـي قـانون المرافعـات المدنيـة رقـم 83 لسـنة 1969، بلا طبعة، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970.
151- د. طـارق كـاظم عجيـل، الحقـوق العينيـة الاصـلية، حـق الملكيـة، الجـزء الاول، الطبعـة الاولى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 2019.
152- د. طلبـة وهبـة خطـاب ، احكـام الالتـزام بـين الشـريعة والقـانون (دراسـة مقارنـة)، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
153- د. عـادل ابـو هشـيمة ود. هشـام محمـود، المصـادر الارادية للالتـزام فـي قـانون المعـاملات المدنيـة الامـاراتي ، الطبعـة الاولـى، دار الكتـب القانونيـة ودار شـتات للنشـر والبرمجيات، مصر، 2014.
154- المحـامي عبـد الـرحيم عبـد الجبـار، مرشـد المحـامي بالـدفع والإثبـات، الطبعـة الاولـى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 2019.
155- القاضـي عـواد حسـين ياسـين العبيـدي، تفسـير النصـوص القانونيـة باتبـاع الحكمـة التشـريعية مـن النصـوص، الطبعـة الثانيـة، دار ومكتبـة الامـام للطباعـة والنشـر، بيـروت، لبنـان، 2012.
156- د. عـادل حسـين علـي، الإثبـات فـي المـواد المدنيـة، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الشـرق الأوسط للطباعة والنشر، بلا مكان طبع ، 1996.
157- د. عاشـور عبـد الـرحمن أحمـد، الحقـوق العينيـة الأصـلية، الطبعـة الثانيـة ، بـلا جهـة طبع، بلا مكان طبع، 2020.
158- د. عـاطف نقيـب، النظريـة العامـة الناشـئة عـن الفعـل الشخصـي، دار المنشـورات الحقوقية ، بلا مكان وسنة نشر .
159- د. عـامر محمـود الكسـواني ، احكـام الالتـزام (دراسـة مقارنـة)، الطبعـة الثانيـة، دار الثقافه للطباعة والنشر والتوزيع، .2015
160- د. عبـاس العبـودي، شـرح احكـام قـانون الاثبـات المـدني، بـلا طبعـة، دار الثقافـة للنشـر والتوزيع، عمان، الاردن، 2005.
161- د. عبـد البـاقي البكـري ، المـدخل لدراسـة القـانون والشـريعة الاسـلامية ، بـلا طبعـة، الجزء الاول،مطبعة الآداب، النجف الاشرف، العراق، 1972.
162- ---------- و د. زهيـر البشـير، المـدخل لدراسـة القـانون، الطبعـة الاولى، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.

163- د. عبـد الحـق صـافي، القـانون المـدني، الجـزء الاول، المصـدر الارادي للالتزامـات، العقـد، الكتـاب الثـاني، اثـار العقـد، الطبعـة الاولـى، الـدار ابيضـاء مطبعـة النجـاح الجديـدة، الرباط، 2007.
164- د. عبـد الحكـم فـودة، النسـبية والغيريـة فـي القـانون المـدني، الطبعـة الاولـى، دار الفكـر الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 1996.
165 ----------، انهـاء القـوة الملزمـة للعقـد، دراسـة تحليليـة علـى ضـوء قضاء النقض، الاسكندرية، مصر، 1993.
166 ----------، موسـوعة التعليـق علـى القـانون المـدني فـي ضـوء قضـاء الـنقض، الجـزء السـادس، الطبعـة الاولـى، ايبيـت للاصـدارات القانونيـة عابـدين، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
167- د. عبـد الحميـد الشـواربي، فسـخ العقـد فـي ضـوء الفقـه والقضـاء، الطبعـة الثانيـة، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
168- د. عبـد الحـي حجـازي، النظريـة العامـة للالتزامـات (احكـام الالتـزام)، بـلا طبعـة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، مصر، 1953.
169 ----------، عقـد المـدة و العقـد المسـتمر والـدوري التنفيـذ، بـلا طبعـة، مطبعة جامعة فؤاد الاول، مصر، 1950.
170- د. عبـد الخـالق احمـد، الـوجيز فـي شـرح قـانون المعمـلات المدنيـة، الطبعـة الثانيـة، مطبعة الفجيرة، دبي، 2008.
171- د. عبـد الـرحمن البـزاز، مبـادىء اصـوال القـانون، الطبعـة الثانيـة ، مطبعـة العـاني، بغداد، .1958
172- د. عبـد الـرحمن خضـر، شـرح القـانون المـدني المـواد الخاصـة بـالحقوق العينيـة المتفرعة عن حق الملكية، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1953.
173- د. عبـد الـرحيم عـامر ود. حسـين عـامر ، المسـؤولية المدنيـة، التقصـيرية والعقديـة، الطبعة الثانية، دار المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 1979.
174- د. عبـد الـرزاق السـنهوري، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني، نظريـة الالتـزام بوجـه عـام، الاثبـات اثـار الالتـزام، الجـزء الثـاني، الطبعـة الثالثـة، دار القلـم للطباعـة والنشـر والتوزيع، بيروت، لبنان، .1996
175- ----------، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني، نظريـة الالتـزام بوجـه عـام، مصـادر الالتـزام، الجـزء الاول، الطبعـة الثانيـة، دار احيـاء التـراث العربـي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
176----------، الـوجيز فـي شـرح القـانون المـدني – فـي التأمينـات الشحصـية والعينيـة، الجـزء العاشـر، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، مصـر، 1970.
177- ----------، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني الجديـد، اسـباب كسـب الملكيـة، المجلـد الثـاني، الجـزء التاسـع، الطبعـة الثالثـة، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة، بيـروت، لبنان، 2000.

178 ----------، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني، حـق الملكيـة، الجـزء الثـامن، المجلـد الاول و الثـاني، الطبعـه الاولـى ، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، مصـر، 1967.
179- ----------، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني، نظريـة الالتـزام بوجـه عـام – انقضـاء الالتـزام، الطبعـة الثانيـة، الجـزء الثالـث، المجلـد الثـاني، دار النهضـة العربيـة، مصر، 1984.
180 ----------، مصـادر الحـق فـي الفقـه الاسـلامي، دراسـة مقارنـة بالفقـه الغربـي، بـلا طبـه، الجـزء الاول، دار احيـاء التـراث العربـي، مؤسسـة التـاريخ العربـي، بيروت، لبنان، 1954.
181- د. عبـد الـرزاق حسـن فـرج، دوام حـق الملكيـة، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الملـك فهـد الوطنية، بلا مكان طبع، 1981.
182- د . عبـد الرسـول عبـد الهنـا ود. جمـال فـاخر النكـاس، الـوجيز فـي النظريـة العامـة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام والاثبات، بلا طبعة، بلا جهة ومكان وسنة طبع .
183- د. عبـد السـلام ذهنـي بيـك، فـي الامـوال، مطبعـة الاعتمـاد للطباعـه والنشـر والتوزيـع، القاهرة، مصر، 1926.
184- المستشـار عـز الـدين الدناصـوري، القضـاء المسـتعجل وقضـاء التنفيـذ، الطبعـة السادسة، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1998.
186 - د. عبـد العزيـز عبـد القـادر ابـو غنيمـة، الالتـزام العينـي بـين الشـريعه والقـانون، الطبعـه الاولى، دار النهضه العربية للطباعه والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1972.
187- د. عبـد الفتـاح عبـد البـاقي، احكـام القـانون المـدني المصـري(عقد الايجـار- الاحكـام العامة)، بلا طبعة، الجزء الاول، دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع.
189 ----------، التامينـات الشخصـية والعينيـة، الطبعـة الاولـى، دار نشـر الثقافة، الاسكندرية، مصر، 1950، ص 119.
190- ----------، دروس فـي احكـام الالتـزام، بـلا طبعـة، مطبعـة نهضـة مصر، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
191- ----------، دروس فـي الامـوال، الطبعـة الاولـى، دار الكتـاب المصري، بلا سنة طبع.
192- ----------، نظريـة العقـد والإرادة المنفـردة (دراسـة معمقـة ومقارنـة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الاولى ، بلا جهة طبع ، بلا مكان طبع،.1988
193- د. عبـد القـادر الفـار، الـوجيز فـي النظريـة العامـة للالتـزام، أحكـام الالتـزام، الطبعـة الاولى ، دار الثقافة، عمان، الاردن، 2008 .
194- ----------، احكـام الالتـزام، اثـار الحـق فـي القـانون المـدني، الطبعـة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن ، 1993.
195- ----------ر، مصـادر الالتـزام، مصـادر الحـق الشخصـي فـي القـانون المدني، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، الاردن، .2004

196- د. عبـد الكـريم زيـدان، الـوجيز فـي شـرح القواعـد الفقهيـة فـي الشـريعة الاسـلامية، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، .2001
197- د. عبـد الله مبـروك النجـار، مصـادر الالتـزام الارادية والغيـر الارادية، الطبعـة الثالثـة، دار النهضة العربية، بلا مكان طبع، 2010.
198- د. عبـد المجيـد الحكـيم و د. عبـد البـاقي البكـري ود. ومحمد طـه البشـير، الـوجيز فـي نظريـة الالتـزام فـي القـانون المـدني، مصـادر الالتـزام، الجـزء الاول، الطبعـة الاولـى، المكتبـة القانونية، بغداد، العراق، 2008.
199- د. عبـد المجيـد الحكـيم والاسـتاذ عبـد البـاقي البكـري والاسـتاذ المسـاعد محمد طـه البشـير، القـانون المـدني واحكـام الالتـزام، بـلا طبعـة، الجـزء الثـاني، مؤسسـة دار الكتـب للطباعـة والنشر، البصرة، العراق، 1986.
200- د. عبـد المجيـد الزروقـي، الامـوال الحقـوق العينيـة الاصـلية، الطبعـة الثالثـة، مطبعـة تونس للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 2022.
201- د. عبـد المجيـد المعلـومي، الـرهن الحيـازي بـين الشـريعة والقـانون، الطبعـة الاولـى، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، بلا مكان طبع، 2003 .
202- د. عبـد المـنعم البـدراوي، اثـر مضـي المـدة فـي الالتـزام، الطبعـة الاولـى، مطبعـة جامعـة الفؤاد، القاهرة، مصر، 1950.
203- ----------، فـي الملكيـة والارتفاقـات الزراعيـة، الطبعـة الاولـى، مكتبة عبد الله وهبه للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 1970.
204- د. عبـد المـنعم الشـرقاوي، نظريـة المصـلحة فـي قـانون المرافعـات، الطبعـة الاولـى، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، مصر، .1947
205- د. عبـد المـنعم عبـود، انقضـاء الحقـوق العينيـة، المشـاكل العمليـة والحلـول، بـلا ط،بعـة منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، بلا مكان طبع، 2011.
206- د. عبـد المـنعم فـرج الصـدة، احكـام الالتـزام، الاثـار، والاوصـاف و الانتقـال، والانقضـاء، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة للطباعـة والنشـروالتوزيع، القـاهرة، مصـر، 1992.
207- ----------، الحقـوق العينيـة الاصـلية، دراسـة مقارنـة فـي القـانون اللبنـاني والمصـري، الطبعـةالاولى، دار النهضـة العربيـة للطباعـة والنشـر، القـاهرة، مصر، بلا سنة نشر.
208- ----------، حـق الملكيـة، الطبعـة الثالثـة، مكتبـة ومطبعـة مصطفى البابي الحلبي واولادة، القاهرة، مصر، .1967
209- ----------، مصـادر الالتـزام (دراسـة فـي القـانون اللبنـاني والقـانون المصـري)، الطبعـة الاولـى دار النهظـة العربيـة للطباعـة والنشـر والتوزيـع، بيـروت، لبنان، .1979
210----------، أصـول القـانون القسـم الأول، الطبعـة الاولـى، مطبعـة مصطفى البابي الحنفي وأولاده بمصر، مصر، بدون سنة طبع.

211- د. عبـد المـنعم موسـى ابـراهيم، حسـن النيـة فـي العقـود، بـلا طبعـة، منشـورات زيـن الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
212- د. عبـد الناصـر العطـار، التامينـات العينيـة، الطبعـة الاولـى، دار الفكـر العربـي للطباعـة والنشر والتوزيع، القاهر، مصر، 2003.
213- د. عبـد الـودود يحيـى، المـوجز فـي النظريـة العامـة للالتـزام (الصـادر، والاحكـام، والاثبات)، بلا طبعة، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، 1994.
214----------، الـوجيز فـي النظريـة العامـة للالتـزام، الطبعـة الثانيـة، القسـم الثاني- احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985.
215- د. عبـدالكريم زيـدان، الـوجيز فـي شـرح القواعـد الفقهيـة فـي الشـريعة الاسـلامية، الطبعـة الثانية، مؤسسة الرسالة للطباعة المحدودة، بيروت، لبان، 2001.
216- د. عـدنان طـه الـدوري، احكـام الالتـزام والاثبـات فـي القـانون المـدني، الطبعـة الثانيـة، بـلا جهة ومكان طبع، 2010.
217- د. عصـام انـور سـليم، اعتبـار الـوارث مـن الغيـر اسـتثناءاً، بـلا طبعـة، منشـأة المعـارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
218- ----------، اداة النـزول المسـقط للحـق، الطبعـة الاولـى، منشـأة المـارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2002.
219- ----------، الـوجيز فـي عقـد الايجـار، الاحكـام العامـة فـي الايجـار، ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.
220- د. عصـمت عبـد المجيـد بكـر، النظريـة العامـة للالتزامـات، احكـام الالتـزام، الجـزء الثاني، الطبعة الاولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، العراق، 2012.
221- ----------، الـوجيز فـي شـرح قـانون الاثبـات، المكتبـة القانونيـة، الطبعة الاولى، البغداد، .1997
222- ----------، شـرح قـانون الإثبـات، الطبعـة الاولـى، المكتبـة القانونية، بغداد، 2007.
223- د. علـي احمـد النـدوي، القواعـد الفقهيـة، مفهومهـا، نشـأتها، تطورهـا، دراسـة مؤلفاتهـا، ادلتهـا، مهمتهـا، تطبيقاتهـا، الطبعـة الثالثـة، دار القلـم للطباعـة والنشـر والتوزيـع، ديمشـق، سوريا، .1994
224 – د.علـي اكـرم كـاظم السـاعدي، التصـرف القـانوني بـالارادة المنفـردة، الطبعـة الاولـى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2018.
225- د. علـي فلالـي، الالتزامـات، الفعـل المسـتحق للتعـويض، الطبعـة الثانيـة، مـوفم للطباعـة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
226- ----------، النظريـة العامـة للعقـد(الالتزامات)، الطبعـة الاولـى، موفم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
227- د. علـي كحلـول، النظريـة العامـة للالتزامـات (مصـادر وأحكـام الالتـزام)، الطبعـة الاولى ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.

228- ----------، طـرق التنفيـذ واسـتخلاص الـديون العامـة والخاصـة، الطبعة الاولى، منشورات مجمع الاطرش، تونس، .2013
229- د. علـي نجيـدة، النظريـة العامـة للالتـزام(مصـادر الالتـزام)، الطبعـة الاولـى، مطـابع البيان التجارية، بلا مكان طبع، 1993- 1994.
230- د. علـي هـادي العبيـدي، الـوجيز فـي شـرح القـانون المـدني الحقـوق العينيـة، الطبعـة الحادي عشر، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الاردن، 2014.
231- ----------، شـرح احكـام عقـد البيـع، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الجامعـة للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 2012.
232- د. عمـار محمد، المـذكرات الاضـاحية للقـانون المـدني الاردنـي، الطبعـة الاولـى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2015.
232- د. عمـر علـي الشـامي، فسـخ العقـد، الطبعـة الاولـى، المركـز القـومي للاصـدارات القانونية، مصر، 2010.
233- د. عبـد الحميـد الشـواربي، احكـام الشـفعة والقسـمة، الطبعـة الثانيـة، دار الفكـر الجـامعي، الاسكندرية، مصر، 1995.
234- د. غالـب علـي الـداودي، المـدخل الـى علـم القـانون، الطبعـة السـابعة، دار وائـل للطباعـة والنشر، الأردن ـ عمان، .2004
235- د. غنـي حسـون طـه ود. محمد طـه البشـير، الحقـوق العينيـة الاصـلية، الطبعـة الثانيـة، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، العراق، بلا سنة طبع.
236- د. فـايز احمـد عبـد الـرحمن، التامينـات العينيـة والشخصـية، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربية، القاهرة، مصر، .2007
237- د. فـايز احمـد عبـد الـرحمن، التنفيـذ الجبـري فـي المـواد المدنيـة والتجاريـة، الطبعـة الاولى، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2006.
238- د. فـايز الحـاج شـاهين ، القـانون المـدني الفرنسـي بالعربيـة، الطبعـة الاولـى، جامعـة القديس يوسف، بيروت،.2009
239- د. فـائز ذنـون جاسـم، ادلـة الاثبـات فـي ضـوء قـانون الاثبـات رقـم 107 لسـنة 1979 المعدل، الطبعة الاولى، مطبعة الصباح، بغداد، العراق، 2014.
240- د. فتحـي عبـد الـرحيم عبـد الله، شـرح النظريـة العامـة للالتزامات،(مصـادر الالتـزام)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
241- د. فريـد محمد نـزار نظـام النفـاذ المعجـل، الطبعـة الاولـى، دار الجامعـة الجديـد، الاسكندرية، مصر، .1996
242- د. فريـدة فتيـان، مصـادر الالتـزام، شـرح مقـارن علـى النصـوص، بـلا طبعـة، مطبعـة العاني للطباعة والنشر والتوزيع، 1957.
243- المحـامي فـوري كـاظم الميـاحي، القواعـد الفقهيـة الـواردة فـي القـانون المـدني العراقـي، شـرحها وتاصـيلها – تطبيقاتهـا العمليـة والقضـائية ، الطبعـة الاولـى، مكتبـة الصـباح، بغـداد، العراق، 2020.

244- د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في أطار الاسر العقدية، بلا طبعة، دار الثقافة الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1991- 1992.
245- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، بلا سنة طبع، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2013.
246- د. قصي سلمان هلال، الحقوق العينية، الحقوق العينية الاصلية والتبعية دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات جامعة جهان الاهلية، اربيل، العراق، 2012.
247- د. كاظم سن الربيعي، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، الطبعة الاولى، مطبعة العسكري، بغداد، 2012.
248- د. كمال فتحي دريسي، الوجيز في العقود الخاصة (عقد البيع، عقد الكفالة)، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة منصوري الوادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2022.
249- القاضي كيلاني السيد احمد، اليمين كطريق من طرق الاثبات، الطبعة الثانية، بلا جهة طبع، اربيل، العراق، 2013.
250 - القاضي لفته هامل العجيلي، احكام دعاوي حماية الحيازة (دراسة في ضوء احكام القانون واراء الفقهاء وتطبيقات القضاء)، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، العراق، 2012.
251- د. ليلى طلبة، الملكية العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
252- د. ماجد مزيحم ، التأمينات العينية، الطبعة الاولى، الجزء الاول ، دار الخلود للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
253- د. مأمون الكزبري، القانون المدني، الحقوق العينية تقسيم الاشياء والاموال الحقوق العينية الاصلية الحقوق العينية التتبعية، الطبعة الاولى، مطبعة جامعة ديمشق، سوريا، 1962.
254- د. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (اوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه)، الجزء الثاني، بلا طبعة، مطابع دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1970.
255- د. محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطا والضرر، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، بلا سنة نشر.
256- د. محمد احمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التامينات العينية والشخصية، الطبعة الاولى، مطبعة كلية الحقوق جامعة الفيوم، بلا مكان وسنة طبع.
257---------- ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الطبعة الاولى، منشورات جامعة بنها، مصر، بلا سنة طبع
258- د.محمد احمد العمر، المدد القانونية، بلا طبعة ، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1994.

259- د. محمد احمـد سـراج، ضـمان العـدوان فـي الفقـه الاسـلامي، دراسـة فقهيـة مقارنـة باحكـام المسـؤولية التقصـيرية فـي القـانون، الطبعـة الاولـى، دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع، القـاهرة، مصر، بلا سنة نشر.
260- د. محمد احمـد محمد بريسـم، التقـادم المسـقط للحقـوق والـدعاوى بـين القـانون الوضـعي والشـريعة الاسـلامية، بـلا طبعـة، دار النهضـة العربيـة للطباعـة والنشـر والتوزيع،القـاهرة، مصر، 2004.
261- د. محمد الروكـي، نظريـة التقعيـد الفقهـي واثرهـا فـي اخـتلاف الفقهـاء، بـلا طبعـة، منشـورات كليـة الآداب والعلـوم الانسـانية فـي جامعـة محمد الخـامس المغربيـة، الربـاط، السعودية، 1944.
262- د. محمد الـزين ، النظريـة العامـة للالتزامـات، الطبعـة الاولـى، مطبعـة الوفـاء للطباعـة والنشر، تونس، 1993.
263----------- ، المسـؤولية التقصـيرية، الطبعـة الاولـى، مطبعـة الجامعـة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1998.
264- د.محمد السـعيد رشـدي، التامينـات الشخصـية والعينيـة، الطبعـة الاولـى، دار الفكـر الجامعي للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر ، 2008.
265- د. محمد الصـغير بعلـي، المـدخل للعلـوم القانونية(نظريـة الحـق)، بـلا طبعـة، دار العلـوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2006.
266- د. محمد المرسـي زهـرة، الحقوقالعينيـة الاصـلية فـي قـانون المرافعـات المدنيـة الامـاراتي، بلا طبعة، مطبوعات جامعة الامارات، بلامكان طبع، 1999.
267- د. محمد المنجـي ، دعـوى فسـخ العقـود بسـبب اخـلال احـد المتعاقـدين بالتزامـه، الطبعـة الاولى، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 2008.
268- د. محمد بقيـق، النظريـة العامـة للالتـزام، التصـرف القانوني(دراسـة مقارنـة)، الطبعـة الثانية، مجمع الاطرش للكتاب للطباعة والنشر، تونس، 2009.
269- د. محمد بـن ابـراهيم بـن عبـد الله الموسـى، نظريـة الضـمان الشخصـي، الجـزء الاول، الكفالة، الطبعه الاولى، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1999.
270- د. محمد جمـال عطيـة عيسـى، تطـور مفهـوم المسـؤولية المدنيـة (دراسـة مقارنـة بـين الـنظم القانونيـة الوضـعية والفقـه الإسـلامي) الطبعـة الاولـى ، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة ، مصـر، 2008.
271- د. محمد حسـام محمـود لطفـي، النظريـة العامـة للالتـزام، مصـادر الالتـزام، بـلا طبعـة، القاهرة، مصر، 2000.
272- د. محمد حسـن قاسـم، المـدخل لدراسـة القـانون (نظريـة الحـق)، الطبعـة الاولـى، الجـزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
273- ----------، الـوجيز فـي نظريـة الالتـزام، المصـادر – الاحكـام، بـلا طبعـة، دار الجامعة الجديد للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1994.
274- ----------، قـانون الاثبـات فـي المـواد المدنيـة والتجاريـة، الطبعـة الاولـى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

275- ----------، قـانون الالتزامـات الفرنسـي الجديـد باللغـة العربيـة، الطبعـة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020.
276- د. محمد حسـين منصـور، الحقـوق العينيـة والكفالـة فـي القـانون اليمنـي، الطبعـة الاولـى، دار الجامعة الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2004.
277- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام (احكـام الالتـزام)، الطبعـة الاولـى، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، الاسكندرية، 2006.
278- د. محمد زكـي عبـد البـر، الحوالـة فـي الفقـه الاسـلامي (دراسـة مقارنـة)، الطبعـة الاولـى، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، 1985 .
279- د. محمد سعد خليفة، السجل العينى، دراسة فى القانون المصرى والليبى، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1996 – 1997.
280- د. محمد سـعود المعينـي، النظريـة العامـة للتقـادم فـي الفقـه الاسـلامي، داسـة مقارنـة، الطبعة الاولى، مطبعة العاني للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1980.

281- د. محمد سـعيد المحاسـني، شـرح مجلـة الاحكـام العدليـة، الطبعـة الاولـى، مطبعـة الترقـي للطباعة والنشر، ديمشق، سوريا، بلا سنة طبع.
282- د. محمد سـلام، تحقيـق الـرهن الرسـمي فـي القـانون المغربـي، الطبعـة الاولـى، مطبعـة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، بلا مكان طبع، 2000.
283- د. محمد سـليمان الاحمـد، خـواطر مدنيـة، الطبعـة الاولـى، منشـورات الفكـر والـو عـي فـي الاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، العراق، 2008.
284- د. محمد سـيد احمـد غزالـي، الالتـزام العينـي فـي الشـريعة والقـانون، بـلا طبعـة، بـلا جهـة طبع، بلا مكان وسنة طبع.
285- د. محمد شـريف عبـد الـرحمن احمـد عبـد الـرحمن، المبـادى الاساسـية فـي الحقـوق العينيـة التبعية، الطبعة الثانية، دار النهظة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
286- ----------، النظريـة العامـة للالتزامـات، مصـادر الالتـزام، المسـؤولية التقصيرية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، بلا مكان طبع،2009.
287- د. محمد شـكري سـرور، مـوجز اصـول الاثبـات، الطبعـة الاولـى، دار الفكـر العربـي للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.
289- ----------، مـوجز الاحكـام العامـة للالتـزام فـي القـانون المـدني المصـري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، .2008
290- د. محمد صـبري الجنـدي، الحوالـة فـي القـانون المـدني الاردنـي، قـانون المعـاملات المدنيـة الامـاراتي، دراسـة مقارنـة مـع الفقـه الغربـي، الطبعـة الاولـى، منشـورات جامعـة اليرمـوك، عمادة البحث العلمي – الدراسات العليا، بلا سنة طبع.
291 - د. محمد صـبري السـعدي، الواضـح فـي شـرح احكـام القـانون المـدني، الطبعـة الاولـى، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، بلا سنة نشر.
292- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام، احكـام الالتـزام فـي القـانون المـدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004.

293- ----------، الواضـح فـي شـرح القـانون المـدني، الاثبـات فـي المـواد المدنية والتجارية، الطبعة الاولى دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، .2009
294- د. محمد طـه البشـير، و د. غنـي حسـون طـه، الحقـوق العينيـة القسـم الاول والثـاني، العاتـك لصناعة الكتب، بيروت، 2018.
295- د. محمد عبـد الـرحمن الضـويني، احكـام القسـمة، الطبعـة الاولـى، دار الفكـر الجـامعي، الاسكندرية، مصر، 2001،.
296- د. محمد عبـد الظـاهر حسـن، مصـادر الالتـزام (المصـادر الاراديـة وغيـر الاراديـة)، الطبعة الاولى، دار النهظة العربية، بلا مكان طبع، .2008
297- - ----------، المسـؤولية التقصـيرية للمتعاقـد، دراسـة فقهيـة قضـائية فـي العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، الطبعة الاولى، بلا جهة ومكان طبع، 2004.
298- د. محمد عبـد القـادر، النظريـة العامـة للالتـزام، احكـام الالتـزام، الطبعـة الاولـى، الجـزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، بلا مكان طبع، 2000.
299- د. محمد عبـد اللطيـف، الحيـازة وآثرهـا فـي التقنـين المـدني المصـري، بـلا طبعـة، المكتبـة القانونية لمحكمة الإسكندرية ، مصر، 1951.
300- د. محمد عزمـي البكـري ، الشـفعة فـي ضـوء الفقـه والقضـاء ، دار محمـود للنشـر والتوزيـع ، القاهرة ، 2017 .
301- ----------، القـانون المـدني الجديـد، الحقـوق المتفرعـة عـن حـق الملكيـة - الحقـوق العينيـة التبعيـة والتامينـات العينيـة، الطبعـة الاولى،المجلـد الرابـع عشـر، دار محمـود للطباعة والنشر، بلا مكان وسنة طبع.
302 ----------، موسـوعة الفقـه و القضـاء و التشـريع فـي القـانون المـدني، المجلـد العاشـر، الطبعـة الثانيـة، دار محمـود للطباعـة والنشـر والتوزيـع، القـاهرة، مصـر، 2017.
303- د. محمد علـي الازهـري، النظريـة العامـة فـي الالتـزام (احكـام الالتـزام)، الطبعـة الثانيـة، دار الكتب الوطنية للطباعة والنشر، بنغازي، 2013.
304- د. محمد علـي امـام، التأمينـات الشخصـية والعينيـة، الطبعـة الاولـى، مطبعـة نهضـة مصـر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1956.
305 – د. محمد علـي حنبولـة، الوضـيفة الاجتماعيـة للملكيـة الخاصـة، الطبعـة الاولـى، دار بـور سعيد للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1974.
306- د. محمد علـي عرفـه، الامـوال ونظريـة الحـق العينـي، الطبعـة الاولـى، دار النهظـة العربيـة للطباعه والنشر، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
307- د. محمد كامـل عبـد العزيـز، نظريـة الحـق، الطبعـة الاولـى، مكتبـة وهبـه للطباعـة والنشـر والتوزيع، القاهره، مصر، بلا سنة طبع.
308- د. محمد كامـل مرسـي باشـا، شـرح القـانون المـدني الجديـد، الحقـوق العينيـة الاصـلية، اسـباب كسـب الملكية(السـتيلاء – الالتسـاق- والشـفعة)، الطبعـة الثانيـة، الجـزء الثالـث، منشـأة المعارف، بلا مكان طبع، .1949

309- ----------، شـــرح القـــانون المـــدني، الحقـــوق العينيـــة الاصـــلية، الطبعـــة الاولى، دار المعارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2005.
310- ----------، شـــرح القـــانون المـــدني، العقـــود المســـماة، عقـــد البيـــع وعقـــد المقايضـــة، تنقـــيح المستشـــار محمد علـــى ســـكيكر والمستشـــار معتـــز كامـــل مرســـي، الطبعـــة الثالثـــة، منشأة المعارف، الاسكندرية. مصر، .2005
311- ----------، شـــرح القـــانون المـــدني، الملكيـــة، الطبعـــة الاولـــى، منشـــأة المعارف للللطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2005.
313----------، شـــرح القـــانون المـــدني، الحقـــوق العينيـــة الاصـــلية، اســـباب كســـب الملكيـــة، الحيـــازة والتقـــادم متضـــمنا احكـــام التقـــادم بنوعيـــة المكســـب و المســـقط، الجـــزء الرابع، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، القاهرة، 2004.
314- د. محمد كمـــال عبـــد العزيـــز، التقنـــين المـــدني فـــي الفقـــه والقضـــاء، الطبعـــة الثالثـــة، طبعـــة نادي القضاة، بلا مكان طبع، .2003
315- د. محمد لبيـــب شـــنب، المســـؤولية عـــن الاشـــياء، دراســـة مقارنـــة فـــي القـــانون المـــدني المصـــري مقارنـــا بالقـــانون الفرنســـي، الطبعـــة الاولـــى، مكتبـــة نهضـــة مصـــر، الاســـكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
316- ----------، الـــوجيز فـــي الحقـــوق العينيـــة الاصـــلية، الطبعـــة الثالثـــة، مكتبـــة الخدمات والاطلاع، بلا مكان طبع، 1996.
317- ----------، دروس فـــي نظريـــة الالتـــزام، الطبعـــة الاولـــى، دار النهضـــة العربية، القاهرة، مصر، 1976..
318- د. محمد محمـــود المصـــري ود. محمد احمـــد عابـــدين، الفســـخ والانفســـاخ والتفاســـخ فـــي ضـــوء القضـــاء والفقـــه، الطبعـــة الاولـــى، منشـــأة المعـــارف للطباعـــة والنشـــر، الاســـكندرية، مصـــر، 1986.
319- د. محمد مـــؤمن، حقـــوق الارتفـــاق فـــي القـــانون المغربـــي، الطبعـــة الاولـــى، بـــلا جهـــة طبـــع، مركش، المغرب، 2000.
320- د. محمـــود اســـماعيل محمد مشـــعل، اثـــر الخـــلاف الفقهـــي فـــي القواعـــد المختلـــف فيهـــا ومـــدى تطبيقهـــا فـــي الفـــروع المعاصـــرة، الطبعـــة الاولـــى، دار الســـلام للطباعـــة والنشـــر والتوزيـــع والترجمة، القاهرة، مصر، .2007
321- د. محمـــود الخيـــال، التامينـــات العينيـــة، الطبعـــة الاولـــى، دار الجامعـــة الجديـــد للنشـــر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 1992.
322- د. محمـــود الكيلانـــي، شـــرح قـــانون اصـــول المحاكمـــات المدنيـــة، الطبعـــة الثانيـــة، بـــلا دار نشر، عمان، .2006
323- د. محمـــود جـــلال حمـــزة، العمـــل غيـــر المشـــروع باعتبـــاره مصـــدرا للالـــزا - القواعـــد العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، .1985
324- د. محمـــود جمـــال الـــدين زكـــي ، دروس فـــي مقدمـــة الدراســـات القانونيـــة ، الطبعـــة الثانيـــة ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة،مصر ، .1969

325- ----------، دروس فـي التامينـات الشخصـية والعينيـة، الطبعـة الاولـى، بلا مكان طبع، 1974.
326- د. محمـود حامـد زكـي، التكـاليف العينيـة، بـلا طبعـة، بـلا جهـة طبـع، بـلا مكـان وسـنة طبع.
327- د. محمـود خيـال، التامينـات، الطبعـة الثانيـة، دار الجامعـة الجديـد للطباعـة والنشـر، الاسكندرية، مصر، 1992.
328- د. المستشـار محمد عزمـي البكـري، قسـمة المـال الشـائع واحكـام دعـوى الفـرز والتجنيـب فقها وقضاء، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، .2019
329 - د. المستشـار محمد محمـود المصـري، والمستشـار محمد احمـد عابـدين، الفسـخ والانفسـاخ والتفاسـخ والـبطلان والانعـدام فـي ضـوء القضـاء والفقـه، الطبعـة الاولـى، دار المطبوعـات الجامعية، الاسكندرية، مصر، .1988
330- د. محـي الـدين اسـماعيل علـم الـدين، التامينـات العينيـة فـي القـانون المـدني المصـري والمقـارن(الرهون والالمتيـازات والاختصـاص)، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة، القاهرة، مصر، .1994
331- د. محـي اهـلال السـرحان، القواعـد الفقهيـة ودورهـا فـي اثـراء التشـريعات الحديثـة، بـلا طبعة، مطبعة اركان، بغداد، العراق، 1987.
332- د. مـدحت المحمـود، شـرح قـانون المرافعـات المدنيـة رقـم 83، لسـنة 1969 وتطبيقاتـه العملية، المكتبة القانونية، بغداد، 2005.
333- د. مصـطفى احمـد الزرقـا، المـدخل الـى نظريـة الالتـزام العامـة فـي الفقـه الاسـلامي، الطبعة الاولى، دار القلم للطباعة والنشر ، دمشق، سوريا، 1999.
334- د. مصـطفى ابـراهيم الزلمـي، احكـام الميـراث والوصـية وحـق الانتقـال فـي الفقـه الاسـلامي والمقـارن والقـانون، بـلا طبعـة، دار السـنهوري للطباعـة والنشـر، بيـروت، لبنـان، 2015.
335- ----------، الالتزامـات فـي ضـوء المنطـق والفلسـفة، الطبعـة الاولى، دار نشر احسان للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2014.
336- د. مصـطفى احمـد ابـو عمـرو، مـوجز احكـام الالتـزام ، الطبعـة الاولـى، منشـورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، .2010
337- د. مصـطفى احمـد الزرقـاء، الفقـه الاسـلامي فـي ثوبـه الجديـد، المـدخل الفقهـي العـام، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة ديمشق، دمشق، سوريا، 1965.
338- ----------، نظريـة الالتـزام العامـة، الطبعـة الاولـى، الجـزء الثـاني، دار الحياة، سوريا، ديمشق، 1964.
339- د.مصـطفى الجمـال و د. رمضـان محمد ابـو السـعود و د. نبيـل ابـراهيم سـعد، مصـادر وأحكام الالتزام ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيوت، لبنان، 2006 .
340- ----------، احكـام الالتـزام، الطبعـة الاولـى، منشـورات الحلبـي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.

341- د. مصـطفى العـوجي، القـانون المـدني، المسـؤولية المدنيـة، الجـزء الثـاني، الطبعـة السادسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبان، 2019.
342 د. مصـطفى عبـد السـيد الجـارحي، فسـخ العقـد، دراسـة مقارنـة بـين القـانونين المصـري والفرنسي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
343- د. مصـطفى مجيـد، شـرح قـانون التسـجيل العقـاري رقـم (43)، لسـنة 1971، الطبعـة الاولى، الجزء الثالث، العاتك لصناعة الكتب، بلا مكان وسنة طبع.
344- ----------، شـرح قـانون التسـجيل العقـاري رقـم 43 لسـنة 1971، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد ، العراق، 1987.
345- د. مصـطفى محمد الجمـال، نظـام الملكيـة، الجـزء الاول، الطبعـة الثانيـة، دار المطبوعات الجامعية، بلا مكان طبع، 2000.
346- د. مصـطفى مرعـي، المسـؤولية المدنيـة فـي القـانون المصـري، الطبعـة الاولـى، مكتبـة كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1963.
347- د. محمد صـبري السـعدي، الواضـح فـي شـرح القـانون المـدني، النظريـة العامـة للالتزامـات ـ احكـام الالتزام(دراسـة مقارنـة فـي القـوانين العربيـة)، الطبعـة الاولـى، دار الهـدى للطباعة والنشر، الجزائر، بلا سنة طبع.
348- د. معـوض عبـد التـواب، المـوجز فـي التعليـق علـى نصـوص القـانون المـدني، الجـزء الاول، الطبعة الرابعة، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1998.
349- د. ملسـم بـن محمد بـن ماجـد الدوسـري، الممتـع فـي القواعـد الفقهيـة، الطبعـة الاولـى، دار زدني للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007.
350- د. منـذر الفضـل، النظريـة العامـة للالتزامـات فـي القـانون المـدني، مصـادر الالتـزام (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، الجزء الاول، جامعة بغداد، 1997.
351- د. منصـور حـاتم محسـن، فكـرة تصـحيح العقد(دراسـة مقارنـة)، الطبعـة الاولـى، دار الكتب القانونية، بلا مكان طبع، 2010.
352- د. منصـور مصـطفى منصـور، التامينـات العينيـة، بـلا طبعـة، المطبعـة العالميـة للطباعـة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1964.
353- د. منيـر القاضـي، شـرح المجلـة، الطبعـة الاولـى، الجـزء الثـاني، مطبعـة التفـيض الاهلية للطباعة والنشر ، بغداد، 1942.
354- د. مـو برويز،المسـؤلية الناجمـة عـن الفسـخ التعسـفي للعقد(دراسـة مقارنـة)، بـلا طبعـة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
355- د. مـوريس نخلـة، الكامـل فـي شـرح القـانون المـدني، الجـزء الثـاني، بـلا طبعـة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.
356- د. ميشـال سـجعان، القـانون المـدني الفرنسـي عربـي، فرنسـي، انكليـزي، الطبعـة الاولـى، دار صادر للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 2020.
357- د. نبيـل ابـراهيم سـعد ود. محمد حيسـن منصـور، مبـادىء القـانون (المـدخل الـى القـانون – نظريـة الالتزامـات) الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة للطباعـة والنشـر، بيـروت، لبنـان، 1995.

358- ----------، الاثبـات فـي المـواد المدنيـة والتجاريـة، الطبعـة الثانيـة، منشـأة المعارف، الإسكندرية، مصر، .2000
359----------، الشـفعة علمـا وعمـلا، الطبعـة الاولـى، منشـاة المعـارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1997.
360----------، المبـادئ العامـة للقانون(نظريـة القـانون- نظريـة الحـق)، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2013.
361- ----------، النظريـة العامـة للالتـزام، مـع المسـتحدثات فـي تعـديلات 2016 للتقنـين المـدني الفرنسـي، الطبعـة الاولـى، دار الجامعـة الجديـدة، الاسـكندرية، مصـر، 2020.
362- د. نـزار كرمـي، الانقضـاء الرسـمي لـرهن المنقـول، الطبعـة الاولـى، المنهـل للنشـر والتوزيع، بلا مكان طبع ، 2015.
363- د. نعمـان محمد خليـل جمعـة، الحقـوق العينيـة، الطبعـة الاولـى، دار النهضـة العربيـة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1992.
364- د. نـوري حمـد خـاطر ود. عـدنان ابـراهيم السـرحان، شـرح القـانون المـدني، مصـادر الحقـوق الشخصـية والالتزامـات، بـلا طبعـة، دار الثقافـة للطباعـة والنشـر، عمـان، الاردن، 2012.
365- د. هـدى عبـد الله، افـاق المسـؤولية المدنيـة علـى ضـوء النصـوص القانونيـة والاراء الفقهيـة والاجتهاديـة، دراسـة مقارنـة، الطبعـة الاولـى، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة، بـلا مكـان طبع، 2020.
366- ----------، التـامين العقـاري، مقارنـة مـع حقـوق الـرهن والامتيـاز، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، .2011
367- د. هشـام القاسـم، المـدخل الـى علـم القـانون، الطبعـة الثانيـة، مطبعـة الاسـكان العسـكري، بلا مكان طبع، 1987.
368- د. هـلال شـعودة، الـوجيز فـي شـرح عقـد الايجـار فـي القـانون المـدني، الطبعـه الاولـى، مطبعة جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، .2010
369- د. همـام محمد محمـود زهـران، الـوجيز فـي اثبـات المـواد المدنيـة والتجاريـة، الطبعـة الاولى، الدار الجامعية الجديد للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، .2003
370- ----------، التامينـات العينيـة والشخصـية.الطبعة الثانيـة، منشـأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2001.
371- د. هنـري بارمانتييـه، دراسـة نقديـة مقارنـة عـن الـرهن العقـاري القضـائي الـدولي، الطبعة الاولى، مطبعة مكتبة القانون والفقه، باريس، 1903.
372- د. وائـل محمد شـحاته الخطيـب، القيـود الـوارده علـى حـق الملكيـة فـي ضـوء أحكـام محكمـة النقض، الطبعو الاولى، دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية، بلا مكان طبع، .2003
373- د. وهبـه الزحيلـي، الفقـه الاسـلامي وادلتـه، الطبعـة الرابعـة،دار الفكـر السـورية، سوريا، دمشق، 1997.

374- د. الياس دردور، القواعدة الفقهية، الطبعة الاولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر المحدود، بيوت، لبنان، 2016.
375- د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، احكام العقد، بلا طبعة، الجزء الثالث، بلا جهة نشر ومكان طبع، 2003.
376- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني اثار الحقوق الشخصية، احكام الالتزامات، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، 2003.
377- ----------، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزامات، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011.
378- د. يحيى احمد موافي، المسؤولية عن الاشياء في ضوء الفقه والقضاء(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، مطبعة الاطلس، القاهرة، مصر، 1992.
379- د. يحيى عبد الودود، حوالة الدين(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانونين الالماني والمصري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع،1992.
380- د. يوسف رجيب بيان، دور الحيازه في الرهن الحيازي، دراسة موازنه بين التشريعات الوضعية والشيعه الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010.
381- د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني(دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الاردن، عمان ،2011.

ثالثًا ـ الأطاريح والرسائل الجامعية:ـ

أ- الاطاريح

1- اسماعيل شاهين، انقضاء العقد بالالغاء وبالرجوع في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) ، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الشريعة والقانون – جامعة الازهر، 1982.
2- بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010.
3- حسنيه حسين حسني، حقوق الارتفاق وتطبيقاتها المعاصرة(دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراء مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، 2016.
4- حيدر علي مزهر النطر الله، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الى اللف العام، اطروحة دكتوراء مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة بغداد، 2016.
5- خالد احمد عبد القادر، النظام ةالقانوني للرهن التجاري على المنقولات المعنوية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة مؤته، 2021.

6- رائـد عبـد الله محمد،الحيـازه ودعـاوي حمايتهـا القضـائية، دراسـة فقهيـة قانونيـة مقارنـة، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، 2006.
7- رشـدي شـحاته ابـو زيـد، انقضـاء الالتـزام بمـا يعـادل الوفـاء فـي الفقـه الاسـلامي والقـانون المـدني، اطروحـة دكتـوراة، مقدمـة الـى مجلـس كليـة الشـريعة والقـانون بالقـاهرة، جامعـة الازهر، 1993.
8- رغـد سـعد عبـد الحسـين ، اعـادة الحـال فـي القـانون المـدني، دراسـة مقارنـة، اطروحـة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2024.
9- سـليمان بـن وائـل بـن ريـف التـويجري، حـق الارتفاق(دراسـة مقارنـة)، اطروحـة دكتـوراة مقدمـة الـى مجلـس كليـة الشـريعة والدراسـات الاسـلامية قسـم الدراسـات العليـا الشـرعية، فـرع الفقه والاصول، جامعة ام القرى، مصر، 1982.
10- صـدام فيصـل كـوكز، اليـات الاطـار، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقـوق – جامعة النهرين، 2006.
11- صـلاح حسـن برعـي، اسـاس المسـؤولية المدنيـة عـن الافعـال الشخصـية، دراسـة مقارنـة، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة، 1977.
12- ضـمير حسـين ناصـر المعمـوري، التبعيـة العينيـة، دراسـة مقارنـة، اطروحـة دكتـوراة، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2013.
13- عبـد الحـافظ يوسـف عليـان، الاثـر الرجعـي وتطبيقاتـه فـي الاحكـام الشـرعية، اطروحـة دكتوراة مقدمة الى كلية الدراسات العليا- الجامعة الاردنية، 2005.
14- عبـدالله محمد اسـماعيل، الحيـازة فـي العقـار، اطروحـة دكتـوراة مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقوق ـ جامعة أسيوط، 2001
15- عبـد الحميـد عثمـان محمد، المسـؤولية المدنيـة عـن مضـار المـادة المشـعة، اطروحـة دكتوراه، مقدمة الى مجلي كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993.
16- عبـد العزيـز راجـح حسـن، اسـباب سـقط الشـفعة، اطروحـة دكتـوراة، مقدمـة الـى مجلـس كلية الحقوق في جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2007- 2008.
17- عبـد الله ابـراهيم زيـد الكيلانـي، قواعـد التبعيـة ضـوابطها وتطبيقاتهـا فـي الفقـه الاسـلامي، اطروحـة دكتـوراة مقدمـة الـى مجلـس كليـة الدراسـات العليـا – الجامعـة الاردنيـة، عمـان، 2004.
18- عبـد الله محمد احمـد عثمـان، اعـادة الحـال الـى ماكـان عليـه (دراسـة لاهـم اثـار الغـاء الحكـم القضـائي والتحكيمـي)، اطروحـة دكتـوراء مقدمـة الـى كليـة الحقـوق – جامعـة الاسـكندرية، مصر، 2022.
19- عبـد المـنعم البـدراوي، اثـر مضـي المـدة فـي الالتـزام، إطروحـة دكتـوراة، مقدمـة الـى مجلس كلية الحقوق جامعة فؤاد الاول، 1950.
20- علـي حميـد كـاظم الشـكري، اسـتقرار المعـاملات الماليـة (دراسـة مقارنـة)، أُطروحـة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء ،2014.

21- علـي مصـبح صـالح الحيصـة، نحـوه نظريـة عامـة لمعالجـة اخـلال التـوازن العقـدي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق - جامعة عين الشمس، مصر، .2021
22- عمـر عبـد الله كامـل، القواعـد الفقهيـة الكبـرى واثرهـا علـى المعـاملات الماليـة، اطروحـة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة الازهر، مصر، 2000.
23- فاطمـة احمـد الـرزاز، نظريـة الاسـتخلاف الخـاص (دراسـة مقارنـة)، اطروحـة دكتـوراه، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
24- فـلاح سـفيان، قسـمة المـال الشائع(دراسـة مقارنـة)، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى مجلـس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، .2019
25- فـواز يوسـف صـالح الجبـوري، قاعـدة التـابع تـابع فـي الحكـم وتطبيقاتهـا ي العقـود المسـماة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد، 2021.
26- محمد بـن معجـوز، الشـفعة فـي القـانون المغربـي، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقوق جامعة محمد الخامس، الرباط، السعودية، بلا سنة نشر.
27- محمد سـليمان، نفـاذ العقـد، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى كليـة الحقـوق جامعـة الجزائـر، 2003، 2004.
28- محمد عبـد الكـريم عمـر المنهـالي، الحكـم القضـائي كمصـدر للالتـزام (دراسـة مقارنـة)، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 2021- .2022
29- مطهـر محمد محـب علامـة، الالتـزام بـرد غيـر المسـتحق فـي القـانون المصـري دراسـة مقارنـة بالقـانون اليمنـي والفقـه الاسـلامي ،اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقـوق بجامعة القاهرة، 1996.
30- منصـور مصـطفى منصـور، نظريـة الحلـول العينـي، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى مجلـس كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر، 1956.
31- مهـدي نعـيم حسـن الحلفـي، رهـن الملكيـة الفكريـة، داسـة مقارنـة، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2019.
32- موسـى فاضـل عبـاس، دور الـرهن فـي تـامين المصـارف مـن مخـاطر الائتمان(دراسـة مقارنـة)، اطروحـة دكتـوراة مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقـوق- جامعـة سـانت كلمنـتس، 2014، ص 155 وما بعدها.
33- ناصـر جميـل الشـمايلة، الضـرر الادبـي وانتقـال الحـق فـي التعـويض عنـه، أطروحـة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2000.
34- نظـال ممـدوح عبـد ربـة الـدوح، الابـراء كسـبب مـن اسـباب انقضـاء الالتـزام (دراسـة مقارنـة بـين القـانون الوضـعي والفقـه الاسـلامي)، اطروحـة دكتـوراه مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2019.
35- هالـة فوزيعبـد الحميـد، اثـار الـرهن بالنسـبة للمـال المرهـون والمـدين الـراهن فـي القـانون المـدني الاردنـي والسـوري والعراقـي والمصـري، اطروحـة دكتـوراه، مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقوق الجامعة الاردنية، 1996.
36- هنـاء خيـري احمـد خليفـة، المسـؤولية المدنيـة فـي اطـار الاسـر العقديـة، اطروحـة دكتـوراء مقدممة الى مجلس كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 1992.

37- وليـد طـارق فيصـل جـواد العـزاوي، تعـارض المصـالح فـي المعـاملات المالية(دراسـة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، 2022.

ب- الرسائل الجامعية

1- احمـد فـائز عبـد، فسـخ العقـد مـن غيـر اخـلال، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كليـة القانون، جامعة الفلوجة، 2021.
2- احمـد موفـق عبيـدات، رهـن الـدين فـي القـانون المـدني الاردنـي، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلي كلية القانون جامعة اليرموك، ص 2016 .
3- إدري زينـة واجقـي سـهام، القـانون كمصـدر للالتـزام فـي القـانون المـدني الجزائـري، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كليـة القـانون والعلـوم السياسـية، جامعـة عبـد الـرحمن ميـرة – بجاية، الجزائر، 2014- 2015،
4- اسـماء موسـى اسـعد، ركـن الخطـا فـي المسـؤولية التقصـيرية، دراسـة مقارنـة بـين القـانون المـدني المصـري والقـانون المـدني الاردنـي، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كليـة الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.
5- اكـرم فـالح احمـد الصـواف، الحمايـة الدسـتورية والقانونيـة لحـق الملكيـة الخاصـة، رسـالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة الموصل، 2003.
6- امير فـالح واجـد علـي، الحيـازة العرضـية للعقار(دراسـة مقارنـة بالفقـه الاسـلامي)، رسـالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2019.
7- بـن حمـوش تسـعديث ود. بـن شـوقي نهـوارة، النظـام القـانوني لحـق الارتفـاق فـي القـانون المـدني، رسـالة ماجسـتير، جامعـة عبـد الـرحمن ميـرة كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، 2013ـ 2014.
8- بـن خليفـة نـور الـدين، حـق الشـفعة بـين الشـريعة الاسـلامية والقـانون، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، جامعـة ابـن خلـدون تيـارت، الجزائـر، 2019/ 2020.
9- بيـان يوسـف حمـود رجـب، الحيـازة فـي الـرهن الحيـازي، اطروحـة دكتـوراه، مقدمـة الـى مجلس كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986.
10- جمعـة هـاجر تينهيـان و شـردوح فـارس ، دور الخبـرة القضـائية فـي الاثبـات(وفق قـانون الاجـراءات المدنيـة والاداريـة) رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقـوق جامعـة عبـد الرحمن، 2020.
11- جـواد كـاظم حسـين، المصـالح المعتبـرة للاسـتثناء فـي الـنص الإجرائـي، رسـالة ماجسـتير، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين،2019.
12- حسـاني محمد اوشـعبان واكلـي روزة، حـق الارتفـاق طبقـا للقواعـد العامـة، رسـالة ماجسـتير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة مولود معمري، 2017.
13- حسـن حنتـوش رشـيد الحسـناوي، التعـويض فـي نطـاق المسـؤولية العقديـة، رسـالة ماجستير، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1990.

14- حسـين عبـاس شـحات المسـلماوي، الشـيوع الاجبـاري التبعي(دراسـة مقارنـة)، رسـالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، 2016.
15- حمـد سـالم عبـد الهـادي فـارس، التضـامن بـين الـدئنين والمـدينين فـي القـانون الوضـي والشـريعة الاسـلامية، رسـالة ماجسـتير، مقدمـة الـى كليـة كليـة العلـوم – قسـم الشـريعة الاسلامية، جامعة المنيا، 2021.
16- دعـاء نـاجح داود سـالم الـرهن التـاميني فـي قـانون الملكيـة العقاريـة الاردنـي والقـانون المصـري ، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى كليـة الحقـوق، جامعـة الشـرق الاوسـط، الاردن، 2020.
17- سـرى عبـاس ثـامر، نظـام الـرهن القضـائي ضـمانه لحـق الـدائن المـرتهن (دراسـة مقارنـة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانو جامعة كربلاء، 2023.
18- سـليمان خليـف عقلـه القـلاب، الشـفعة فـي القـانون المـدني الاردنـي، دراسـة مقارنـة، رسـالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا- الجامعة الاردنية، 1993.
19- سـليماني مصـطفى و يوسـفي جلـول، الحيـازة كسـبب مـن أسـباب كسـب الملكيـة العقاريـة الخاصـة، رسـالة ماجسـتير فـي القـانون العقـاري، مقدمـة الـى جامعـة ادرار، كليـة الحقـوق، الجزائر، 2013-2014.
20- سـميحة سويسـي، حـق الانتفـاع بـين الفقـه الاسـلامي والقـانون المـدني، رسـالة ماجسـتير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2014- 2015.
21- سـميرة مطـر عبـد الـرزاق عبـد الـرزاق، احكـام الـدين وتوثيقاتـه مـن خـلال ايـة الـدين مقارنـة بالقـانون المـدني، رسـالة ماجسـتير، مقدمـة الـى كليـة الدراسـات العليـا، جامعـة النجـاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2016.
22- عـادل عبـد العزيـز سـمارة، مسـؤولية المقـاول والمهنـدس عـن ضـمان متانـة البنـاء (دراسـة مقارنـة فـي القـانون المـدني الأردنـي)، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى جامعـة النجـاح الوطنيـة، نابلس، فلسطين، .2007
23- عبـاس سـلمان علـي الاعرجـي، مبـدأ تبعيـة الـرهن (دراسـة مقارنـة)، رسـالة ماجسـتير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 2011.
24- عبـاس سـهيل جيجـان الجبـوري، الاجـرة واحكامهـا فـي عقـد الايجـار، رسـالة ماجسـتير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل، 2005.
25- عبـد المجيـد بـن احمـد بـن حسـين المغربـي، التطبيقـات الفقهيـة لقاعـدة اذا زال المـانع عـاد الممنـوع، فـي القـرض والحوالـة والحجروالوكالـة والعاريـة والوديعـة، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الى جامعة الامام محمد بن اسعود الاسلامية، 2010- 2011.
26- عـلاء شـوكت الـدليمي، المركـز القـانوني لحـائز العقـار فـي الـرهن التاميني(دراسـة مقارنـة فـي القـانون الاردنـي والعراقـي)، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كليـة الحقـوق، جامعـة الشرق الاوسط، 2015.
27- علـي عبيـد عـودة، العلاقـة السـببية بـين الخطـا والضـرر وتطبيقاتهـا القضـائية، رسـالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1977.

28- فهـد مبخـوت حمـد هـادي، سـقوط الـدعوى العموميـة فـي القـانون الاردنـي والكويتي(دراسـة مقارنـة)، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى كليـة الحقـوق جامعـة الشـرق الاوسـط، 2014.
29- كريمـة لعريبـي، التعـويض فـي المسـؤولية المدنيـة، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، بويرة، 2013
30 - مـازن زايـد جميـل عمـران، القسـمة الرضـائية فـي العقار(دراسـة مقارنـة)، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كليـة الدراسـات العليـا، جامعـة النجـاح الوطنيـة، نـابلس، فلسـطين، 2008.
31- مالـك بهجـت عبـد اللطيـف جمعـة، التنظـيم القـانوني للـرهن الحيـازي فـي فلسـطين، رسـالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، .2017
32- مجيـد حميـد السـماكية، حجيـة الاقـرار فـي الاحكـام القضـائية فـي الشـريعة الاسـلامية، دراسـة فقهيـة موازيـة ومقارنـة بالقـانون مـدنينا وجنائيـا، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى مجلـس كلية القانون ، جامعة بغداد،1976،
33- مصـطفى صـباح نـوري ابـراهيم ، النظـام القـانوني لعـودة حقـوق الارتفـاق العقاريـة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة الفلوجة، 2022.
34- منصـور فـؤاد عبـد الـرحمن، الشـفعه كسـبب مـن اسـباب كسـب الملكيـة، رسـالة ماجسـتير، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
35- موسـى علـي صـكر جاسـم، طبيعـة التعامـل فـي القـانون المـدني (دراسـة مقارنـة)، رسـالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، 2021.
36- مؤيـد علـي هـلال الخالـدي، المسـؤولية المدنيـة للمرفـق الامنـي عـن اخطـاء منتسـبية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2022.
37- وليـد بسـيم عبـود العنكـر، تجديـد العقـد، رسـالة ماجسـتير مقدمـة الـى كليـة الحقـوق الجامعـة الاسلامية في لبنان،2014.
38- وليـد طـارق فيصـل جـواد العـزاوي، الشـرط المقتـرن بعقـد الايجـار، رسـالة ماجسـتير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جاعة كربلاء، 2019.
39- وليـد محمد بخيـت الـوزان، ابـراء مسـؤلية البـائع مـن ضـمان العيـب الخفـي فـي عقـد البيـع، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة الشرق الاوسط، 2011.

رابعًا ـ البحوث والمقالات

1- د. ابـراهيم صـالح العطيـة، اثـر الغـبن الفـاحش للشـريك فـي الحصـة الشـائعة (دراسـة مقارنة)، بحث منشور في المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية، العدد(19)، 2021.
2- د. أبـو زيـد عبـد البـاقي مصـطفى، مـدى مسـؤولية عـديم التميـز التقصـيرية فـي القـانون المقـارن، بحـث منشـور فـي مجلـة الحقـوق التـي تصـدرها كليـة الحقـوق بجامعـة الكويـت، العـدد (4)، السنة السادسة، 1980.

3- د. احمـد ابـراهيم الحيـاري، تعـديلات القـانون المـدني الفرنسـي المتعلقـة بالعقد((دراسـة مقارنـة بالقـانون المـدني البحرانـي))، بحـث منشـور فـي المجلـة القانونيـة، العـدد (11)، بـلا سـنة نشر.
4- د. أحمـد العوضـي، حقيقـة المصـلحة وخصائصـها فـي الشـريعة الإسـلامية والفكـر الوضـعي، بحـث منشـور فـي مجلـة دراسـات علـوم الشـريعة والقـانون، العـدد (1)، مجلـد (27) صادر عن الجامعة الأردنية (عمادة البحث العلمي) ، عمان، 2000.
5- د. احمـد بـن فهـد، موانـع الرجـوع فـي الهبة(دراسـة فقهيـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي مجلـة البحوث والدراسات الشرعية، العدد (86)، 2020.
6- د. احمـد عبـد الحميـد عشـوش، قـانون العقـد بـين ثبـات اليقـين واعتبـارات العدالـة، بحـث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية في كلية الحقوق بجامعة الزقازيق، العدد1، .1986
7- د. احمـد محمد فـروح و د. زكريـا عبـد الـرحمن حمـد، القواعـد الاصـولية تعريفهـا ووجـه العلاقـة بينهمـا وبـين اصـول الفقـه، بحـث منشـور فـي مجلـة كليـة العلـوم الاسـلامية، العـدد (41)، الجزء الاول، 2015.
8- د. احمـد ياسـين القرالـة، القواعـد الفقهيـة فـي القـانون المـدني الاردنـي (دراسـة مقارنـة بالفقـه الاسـلامي شـكلا وموضـوعا)، بحـث منشـور فـي مجلـة علـوم الشـريعة والقـانون، العـدد1، المجلد 36، 2009.
9- د. ازوا عبـد القـادر، اعـادة التـوازن العقـدي بـين المبـادى التقليديـة والحديثـة، بحـث منشـور في مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد(3) العدد(1)، 2029.
10- د. اسـماء سـعدون فاضـل، انتقـال الحيـازة وحمايتهـا فـي القـانون المـدني، بحـث منشـور فـي مجلة مدات الاداب، العدد (13) 2014.
11- د. ----------، انتقـال الحيـازه وحمايتهـا فـي القـانون المـدني العراقـي، بحث منشور في مجلة مداد الاداب، العدد (13)، 2017.
12- د. ام كثـوم صـبيح محمد ود. اسـماء صـبرعلوان، القيـود القانونيـة للملكيـة فـي ارتفاقـات الموانـع الاثريـة دراسـه فـي قـانون الاثـار والتـراث رقـم 55 لسـنة 2002، بحـث منشـور فـي مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،العدد(4)، المجلد (22)، 2020.
13- د.. ايـاد محمد جـاد الحـق، مـرور الزمـان فـي المعـاملات المدنيـة (دراسـة مقارنـة بـين القـانونين العمـاني والمصـري علـى ضـوء الفقـه الاسـلامي)، بحـث منشـور فـي مجلـة جامعـة ابـو ظبي، العدد الثاني، .2015
14- د. بـدر جاسـم محمد اليعقـوب، الغـبن فـي القـانون المـدني الكـويتي، بحـث منشـور فـي مجلـة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، ملحق العدد (2)، السنة (11)، .1978
15- د. ثـامر جاسـم محمد، اثـار الـرهن التـاميني فيمـابين الـراهن والمـرتهن، بحـث منشـور فـي مجلة كلية المامون، العدد(34)، 2019.
16- د. جعفـر محمد جـواد الفضـلي، عقـد الاطـار (دراسـة تحليليـة)، بحـث منشـور فـي مجلـة الرافدين للحقوق، مجلد(8)، العدد (28)، السنة الحادية عشر، 2006.

17- د. جـلال العـدوي، النـزول عـن الحقـوق مـن مراكـز القـانون الخـاص، بحـث منشـور فـي مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان (3 و4)، 1964.
18- د. جليـل حسـن السـاعدي، الضـروف الملابسـة للضـرر وتاثيرهـا علـى تقـدير التعـويض فـي المسـؤولية التقصـيرية، بحـث منشـور فـي مجلـة العلـوم القانونيـة والسياسـية ، عـدد خـاص، 1998.
19- د. حسـن محمد كـاظم المسـعودي، و م. م عبـد الامير جفـات، مـدى امكـان تأصـيل الالتـزام بـالرد بعـد الفسـخ القضـائي الـى قاعـدة الكسـب دون سـبب، بحـث قـانوني، مجلـة رسـالة الحقـوق، العدد الاول، السنه السابعة، 2015.
20- د. حسـن محمد كـاظم، الحيـازة فـي القـانون المـدني، بحـث منشـور فـي مجلـة جامعـة كربلاء كلية القانون، العدد(18) ،2010.
21- د. حسـن محمـود محمد حسـن، مفهـوم الطـرف فـي العقـد الإداري، بحـث منشـور فـي مجلـة الشرق الأوسط ، العدد (48)، بلا سنة نشر.
22- د. حسـنين ضـياء نـوري الموسـوي، اثـار حقـوق الارتفـاق (دراسـة مقارنـة) بحـث منشـور في مجلة ابحاث ميسان، العدد الثالث عشر، العدد الخامس والعشرين، 2017.
23- د. حسـيب صـالح اسـماعيل، قـراءة نقديـة للكسـب دون سـبب، بحـث منشـور فـي مجلـة كليـة القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (11)، العدد(40)، 2023.
24- د. حسـين حامـد حسـان، الـرهن الـوارد علـى غيـر الاعيـان ـ تطبيـق النظريـة العامـة للتـامين العينـي، بحـث منشـور فـي مجلـة القـانون والاقتصـاد، العـددان (3 و4) السـنة الاربعـون للمجلة، 1970.
25- د. حسـين عبـاس جمـال، سـلطة المالـك علـى الشـيوع فـي اسـتعمال واسـتغلال المـال الشـائع فـي الشـريعة الاسـلامية والقـانون (دراسـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي مجلـة كليـة الامـام الاعظم، العدد(37)، بلا سنة نشر.
26- د. حمـودي بكـر حمـودي، الصـفة التبعيـة، لالتـزام الكفيـل الشخصـيفي عقـد الكفالـة (دراسـة تحليليـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي الجلـة الدوليـة للعلـو الانسـانية والاجتماعيـة، العدد(23)، 2021.
27- د. حيـدر فلـيح حسـن و مالـك رحـيم حمـادي، مفهـوم مـدة العقـد، بحـث منشـور فـي مجلـة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (7)، والعدد (2)، 2021.
28- ----------، مـدة العقـد، دراسـة فـي ضـوء المرسـوم التشـريعي الفرنسـي – رقـم 131 لسـنة 2016، والصـادر فـي 10/ اشـباط/ فبرايـر- 2016، بحـث منشـور فـي مجلـة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد(2)، 2020.
29- د. خالـد سـليم الشـراي، الـرح الجـامع لقاعـدة التـابع، حقيقتهـا وتطبيقتهـا، بحـث منشـور فـي مجلة جامعة الملك سعود للعلوم التربوية والدراسات الاسلامية، المجلد(23)، 2011.
30- د. خليفـي مـريم، الغيـر المطلـق وتـدخل نظـام الخطـا التقصـيري فـي الخطـا العقـدي، بحـث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، المجلد (7)، العدد(2)، 2022.

31- د. دلال تفكير مراد، نطاق الاخذ بالشفعة بين التقيد والاطلاق في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (1)، 2021.
32- د. رشا فيصل الفتال، الاحكام القانونية للاجزاء المشتركة في الملكية العقارية الطابقية بموجب القانون رقم 55 لعام 2002، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية- سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (6)، المجلد (40)، 2018.
33- د. رغد عبد الحميد فتال، اهم التعديلات التشريعية المتعلقة باثر العقد بالنسبة الى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة العين للاعمال والقانون، الاصدار الثاني، السنة الرابعة، 2020.
34- د. رياض الزهيري، ضرورة تأسيس قضاء متخصص في المنازعات التي تكون الدولة طرفًا فيها في العراق، بحث منشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الأول، منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت، وعلى الموقع المتاح www.hgc.iq، تاريخ الزيارة 2023/12/22.
35- د. سامية عبد الرزاق خلف، جريمة اختراق انظمة المعلومات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد الخامس والعشرون، العددالاول، 2012.
36- د. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والانظمة المقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، عدد (23)، 2013.
37- د. السعيد عرفة الهادي، حسن النية في العقود، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، العدد(1)، 1986.
38- د. سفانة سمير حميد، رهن الملكية الشائعة تامينيا(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة مداد الاداب، العدد (13)، بلا سنة نشر.
39- د. سكيل رقيه، محاضرات في مادة طرق الإثبات، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية،(2019 - 2020).
40- د. سلايم عبد الله ،التميز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ضل مبدأ نسبية أثر العقد، بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد (1)، المجلد(3)، 2019.
41- د. شروق عباس فاضل ود. فاتن يونس حسين، التقادم المكسب للملكية العقارية في ضل نظام التسجيل الشخصي، بحث منشور في مجلة طلبة للدراسات العلمية والاكادمية، الجلد(4) العدد (1)، 2021.
42- د. شعيب احمد سليمان، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الحقوقي – الصادره عن اتحاد الحقوقين العراقين، العدد (4) السنه الخامسه والعشرين، 1983.
43- د. شوقي أدم عبد الله سبيل، اسباب انقضاء الرهن الرسمي في القانون، بحث منشور في مجلة الدراسات العليا، مجلد(10)، العدد(37)، الخرطوم، السودان، 2018.

44- صـالح كردالـي، الابـراء مـن الالتـزام فـي القـانون المـدني الجزائري(دراسـة مقارنـة)، بحـث مقـدم لنيـل شـهادة دبلـوم الماجسـتير فـي العقـود والمسـؤولية، مقـدم الـى معهـد الحقـوق والعلوم الادارية، 1986.
45- د. صـالح كمـال صـالح، اسـقاط الحـق فـي الشـريعة الاسـلامية والقـانون الـدولي، بحـث منشور مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، العدد90، بلا سنة نشر.
46 – اسـتاذنا الـدكتور عـادل شـمران حميـد الشـمري و د. علـي شـمران الشـمري، فلسـفة الاسـتثناء فـي القـانون المـدني (دراسـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي مجلـة رسـالة الحقـوق، جامعة كربلاء (كلية القانون)، العدد الثالث، لسنة 2018.
47- اسـتاذنا الـدكتور عبـاس علـي محمد الحسـيني، رجعيـة العقـد عنـد فسـخه (بحـث مقـارن بـين الفقـه الاسـلامي والقـانون المـدني)،بحث منشـور فـي مجلـة رسـالة الحقـوق ، السـنه الرابعـة، العدد الاول، 2012.
48- ----------، قاعـدة عـدم تجزئـة الرهن(دراسـة مقارنـة بالفقـه الاسلامي)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد(1)، العدد(1)،2009.
49- د. عبـد الباسـط جاسـم محمد ، المختصـر المفيـد فـي شـرح قـانون الإثبـات العراقـي، بحـث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، .2019
50- د. عبـد الباسـط جاسـم محمد، المفيـد فـي شـرح القـانون المـدني العراقـي، بحـث منشـور علـى الشـبكة المعلوماتيـة الأنترنيـت، وعلـى الموقـع المتـاح uoanbar.edu.iq، تـأريخ الزيـارة 2023/12/19.
51- د.عبـد الكـريم صـالح عبـد الكـريم، احكـام التنـازل عـن الحقـوق العينيـة (دراسـة تحليليـة مقارنة) بحث منشور في مجلة في المجلة الاكادمية لجامعة نوروز، 2019-2020.
52- د. عبـد رجـانى عبـد الـرحمن عبـد القـادر عـوض، الاقـرار القضـائي واثـره علـى سـير الـدعوى المدنيـة (دراسـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي المجلـة الدوليـة للعلـوم الانسـانية والاجتماعية، العدد (14)، 2020.
53- د. عـلاة هـوام، تبعيـة الـرهن للـدين المضـمون فـي التشـريع الـدني الجزائـري، بحـث نشـور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد (10)، 2017.
54- د. علـي شـاكر عبـد القـادر البـدري، الحكـم القضـائي مصـدر الالتـزام الجديـد، بحـث مقـدم الـى المـؤتمر العلمـي السـنوي السـادس عشـر لكليـة القـانون جامعـة اهـل البيـت علـيهم السـلام، والمنشـور علـى الشـبكة المعلوماتيـة الانترنيـت وعلـى الموقـع المتـاح abu.edu.iq تـاريخ الزيارة 3/2/ 2024.

55- القاضـي عبـد السـلام صـبري محمد،المعاينـة كوسـيلة مـن وسـائل الاثبـات القضـائي، دراسـة تحليليـة مقارنـة بـين الفقـه الاسـلامي و القـانون العراقـي، بحـث منشـور فـي مجلـة كليـة القـانون والعلوم السياسة، المجلد(10) العدد (37)، 2021.

55- د. غنـي ريسـان جـادر و د. ايـاد كـاظم عبـد الزهـره، الطبيعـه القانونيـة للكفالـه العينيـة (دراسه مقارنه)، بحث منشور في مجلة دراسات البصره، العدد (32)، 2019.

56- د. قاسم محمد حزم الحمود، احكام ضمان الهبة في الفقه الاسلامي والقانون المدني(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد (1)، المجلد (1)، 2013.

57- القاضي ليلان، المسؤولة المدنية في القانون، بحث مقدم من قبل عضو الادعاء العام كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من اصناف الادعاء العام، وزارة العدل، رئاسة الادعاء العام، دائرة الادعاء العام في اربيل، 2017.

58- د. مثنى محمد عبد، اثر العيوب على التصرفات الارادية(القسمة الرضائية للشوع انموذجا – دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد(4)، 2019.

59- المحامي محسن علي محمد سعيد، انتهاء عقد الايجار، بحث منشور على الشبكة المعلومانتية الانتترنيت وعلى الموقع المتاح Noor – Book. com ، تاريخ الزيارة 2024 /2/22.

60- د. محمد بشير محمد، اثار الرهن التاميني وفقا لاحكام قانون الملكية العقارية الاردني رقم (13) لسنة (2019)، مقارنة بالقانون المدني الاردني رقم (43) لسنة (1976)، بحث منشور في مجلة جامعة الزينونة الاردنية للدراسات القانونية، العدد (3) المجلد (4)، 2023.

61- د. محمد بن ابراهيم النملة ابرز القواعد الفقهية المتعلقه بالتابع والمتبوع، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد (24)، الجزء (4)، الاصدار الاول، 2022.

62- د. محمد بوكماش ود. سعيدة بو معراف، فسخ عقد الاجاره بسبب العذر، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد (8)، الجزء (2)، 2017.

63- د. محمد بيازيد محمد، التطبيقات الفهية لقاعدة الساقط لا يعود في المعاملات المالية، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح:https://ia904504.us.archive.org/28/items/fiqh13001/fiqh1389 تاريخ الزيارة 2024 /2/14.

64- د. محمد حجازي الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثامن، 2013.

65- د. محمد زكي عبد البر، التصرفات الشرعية الانفرادية في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد (1)، مجلد(2)، 1965.

66- د. محمد سليمان الاحمد، و زياد خلف عليوي، دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (37)، المجلد (10)، 2021.

67- د. محمد شتا ابو سعد، حالات الالتزام الطبيعي وموقف القاضي منها في القانون المدني المقارن، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، العلوم الادارية، المجلد(4)، العدد(2)، 1992.

68- د. يـونس صـلاح الـدين علـي، ارتفـاق الضـرورة فـي القـانون الانكليزي(دراسـة تحليليـة فـي القـانون المـدني العراقـي)، بحـث منشـور فـي مجلـة المحقـق الحلـي للعلـوم القانونيـة والسياسية، العدد (4)، 2019.

69- د. محمد عمـار تركمانيـة غـزال، الانكـار فـي التقـادم المكسـب فـي القـانون المـدني القطـري، دراسـة تحليليـة فـي ضـوء احكـام الفقـه الاسـلامي، بحـث منشـور فـي المجلـة الدوليـة للقـانون، العدد(1)، المجلد (9)، 2020.

70- د. محمـود محممـد الطنطـاوي، حقيقـة التصـرف واقسـامة، بحـث منشـور فـي مجلـة العلـوم القانونية والاقتصادية، العدد(الاول)، السنة (15).

71- د. مصـطفى الجـارحي، فسـخ العقـد، بحـث منشـور فـي مجلـة القانونوالاقتصـاد للبحـوث القانونية والاقتصادية، السنة (56)، 1986.

72- د. منصـور حـاتم محسـن وعلـي حسـين منهـل، اثـار الاخـلال المسـبق بالعقـد، بحـث منشـور في مجلت المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة الرابعة.

73- د. منصـور حـاتم محسـن، العدالـة العقديـة (دراسـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي مجلـة جامعة بابل للعلوم الانسانية،مجلد (25)، العدد(6)، 2017.

74- د. منصـور حـاتم محسـن، التـامين النقدي(دراسـة قانونيـة مقارنـة مـع الفقـه الاسـلامي) بحث منشور في مجلة المحقق الحليللعلوم القانونية والسياسية، العدد (4)، 2011.

75- د. نادية ابـراهيم، الحوالـة فـي القـانون المـدني الاردنـي، بحـث منشـور علـى موقـع شـبة المحامين الاردينين وعلى الموقع المتاح jordanmohamoon،بلا سنة نشر.

76 – د. نسـرين غـانم حنـون، طبيعـة الابـراء (دراسـة مقارنـه بالفقـه الاسـلامي)،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد(37)، العدد(2)، 2022.

77- د. نسـرين غـانم حنـون، طبيعـة الابراء(دراسـة مقارنـة) بحـث منشـور فـي مجلـة العلـوم القانونية، المجلد(37)، العدد(2)، 2022.

78- د. نـواف حـازم خالـد، ومحمد صـديق محمد عبـدالله، تغيـر ضـروف التقـادم المسـقط والقـانون الواجـب التطبيـق، بحـث منشـور فـي مجلـة الرافـدين للحقـوق، العـدد (35)، المجلـد (10)، 2008.

79- د. وليـد خصـال محمد، قيـود الملكيـة العقاريـة الخاصـة، قيـد حـق المـرور لمالـك الارض المحصـورة، بحـث منشـور فـي مجلـة معـارف قسـم العلـوم القانونيـة، العـدد (19)، السـنة التاسعة، 2015.

80- د. ياسـر باسـم ذنـون السـبعاوي، حوالـة الحـق واثرهـا علـى الالتـزام بـالرد العينـي فـي الاضـبارة التنفيذية(دراسـة تحليليـة مقارنـة)، بحـث منشـور فـي مجلـة العلـوم القانونيـة، المجلد(28)، العدد(2)، 2013.

81- د. ياسـين بـن ناصـر الخطيـب، نظريـة الاسـتقرار واثرهـا علـى العقـود وتطبيـق ذلـك علـى بعض المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (63)، 2014.

82- د. ئـاوات، الـتلازم بـين الفسـخ وطلـب التعـويض فـي المسـؤلية العقديـة، بحـث منشـور فـي المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، العدد(1)، المجلد(4)، 2020.

خامسًا ـ مصادر القرارات القضائية

1- القاضـي ابـراهيم المشـاهدي، المبـادى القانونيـة فـي قضـاء محكمـة التمييـز، الجـزء الثـاني، القسم المدني، الطبعة الاولى، الجاحظ للطباعة والنشر، العراق، بغداد، 1990.

2- بشـير القاضـي، حـق الارتفـاق، بـلا طبعـة، دار احيـاء التـراث العربـي، بـلا مكـان طبـع، 1954.

3- القاضي حسني عبد اللطيف، النشرة التشريعية والقضائية لمحكمة النقض المصرية، 2020.

4- القاضـي حسـين خضـير، دور الشـهادة فـي الاثبـات المـدني، الطبعـة الاولـى، مكتبـة السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، 2013،

5- المحـامي سـلمان بيـات، القضـاء المـدني العراقـي، الطبعـة الاولـى، الجـزء الثـاني، شـركة الطبع والنشر الاهلية، 2020.

6- المحـامي عبـد الجبـار عبـد الـرحيم كـريم، مرشـد المحـامي فـي الـدفع والاثبـات، بحـث وتوضـيح لمـواد قـانون الاثبـات رقـم 107 لسـنة 1979، الطبعـة الاولـى، مكتبـة السـنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2019.

7- القاضـي فـلاح كـريم ونـاس آل جحـيش، الموسـوعة القضـائية المدنيـة، الطبعـة الاولـى، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بيروت، لبنان، 2021.

8- ----------، المختـار فـي قضـاء محكمـة التمييـز الاتحاديـة ومحكمـة تمييـز اقلـيم كردسـتان ومحـاكم الاسـتئناف بصـفتها التمييزيـة، تطبيقـات قـانون الاثبـات، الطبعـة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2018.

9- القاضـي لفتـه هامـل العجيلـي، ادلـة الاثبـات فـي الـدعوى المدنيـة، الطبعـة الاولـى، مكتبـة السنهوري للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، 2016.

10- د. محمد عزمـي البكـري، موسـوعة الفقـه والقضـاء والتشـريع فـي القـانون المـدني الجديـد، الحقـوق المتفرعـة عـن الملكيـة، الحقـوق العينيـة التبعيـة او التامينـات العينيـة، الطبعـة الاولـى، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.

11- د. معـوض عبـد التـواب، المرجـع فـي التعليـق علـى نصوصـالقانون المـدني، المجلـد العاشـر(الحيازة والحقـوق المتفرعـة عـن حـق الملكيـة – الحقـوق العينيـة التبعيـة، الـرهن – الاختصـاص- الامتيـاز)، الطبعـة السـابعة، المركـز القـومي للاصـدارات القانونيـة، بـلا مكـان طبع، 2004.

12- القـــرارات المنشـــورة فـــي منصـــة قاعـــدة التشـــريعات العراقيـــة علـــى الـــرابط " https://iraqld.e-sjc-services.iq/.

13- قـرارات محكمـة التمييـز الاتحاديـة والمنشـور علـى الموقـع الرسـمي لمحكمـة التمييـز الاتحادية وعلى الموقع المتاح www.sjc.iq.

14- قـرارات محكمـة الـنقض المصـرية والمنشـورة علـى الموقـع الرسـمي لمحكمـة الـنقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e.

15- قـرارت محكمـة الـنقض المصـرية لـدوائر الايجـارات ، والمنشـور فـي موقـع بوابـة مصـر لوزارة العدل المصرية وعلى الموقع المتاح www.moj.gov.eg .

16- مجموعـة احكـام محكمـة الـنقض المصـرية، السـنة الرابعـة والثلاثـون، الجـزء الثـاني، 1988.

17- النشرة القضائية لمحكمة النقض الفرنسية ، مل بيرينه ـ ماركة ، نوفمبر، 1980.

سادسًا ـ القرارات غير المنشورة

1- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المـرقم (967/ هيئـة مدنيـة عقـار/ 2009) والصـادر فـي 2009/6/1 .

2- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المـرقم (89/ ت/ب / 2018) والصـادر بتـاريخ 27/ 3/ 2018 .

3- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـةوالمرقم (1046) والصـادر بتـاريخ 2018/8/28، الهيئـة الموسعة المدنية/.2018

4- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المـرقم (217) الهيئـة الموسـعة المدنيـة(18) والصـادر بتاريخ 2018/8/28.

5- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المـرقم (1115) عقـد باطـل (2009) والصـادر بتـاريخ 2009/1/9.

6- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (1437) الهيئة الاستئنافية / 2015 في 3/16/ 2015 .

7- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المـرقم (198) والصـادر بتـاريخ 4/30/ 2007 /التـزام كفيل/ 2007 .

8- قـرار محكمـة االتمييـز الاتحاديـة المـرقم (369) والصـادر فـي 11/24/ 2021 / تمييـز/ الهيئة المدنية الموسعة.

9- قـرار محكمـة االتمييـز الاتحاديـة المـرقم (373) والصـادر فـي 4/14/ 2009 / تمييـز/ الهيئة المدنية الموسعة.

سابعًا- القوانين

1- القانون المدني الفرنسي لسنة المعدل 1804المعدل.

2- قانون البينات السوري رقم (359) لسنة 1947 المعدل والنافذ.

3- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948النافذ.

4- القانون المدني السوري رقم (48) لسنة 1948النافذ.

5- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951النافذ.

6- قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 المعدل بقانون رقم 16 لسنة 2005.

7- قانون السجل العيني المصري رقم 142 لسنة 1964 المعدل والنافذ.

8- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل والنافذ.

9- قانون البينات المدنية والتجارية المصري رقم (25) لسنة 1968 المعدل والنافذ.

10- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل والنافذ .

11- القانون المدني الليبي رقم (74) لسنة 1970 النافذ.

12- قانون التسجيل العقاري رقم (34) لسنة 1971 المعدل والنافذ.

13- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (12) لسنة 1975 النافذ.

14- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 النافذ.

15- قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل والنافذ .

16- قانون التسجيل العقاري السوري الصادر بالقرار المرقم1926/ .188

17- قانون التسجيل العقاري واملاك الدولة الليبي رقم 17 لسنة 2010 النافذ .

18- قانون الملكية العقارية الاردني لسنة 2019 النافذ .

ثامنًا ـ المصادر الأجنبية

1- Albert Wahl Henri, Capitant, Revue Trimestrielle de Droit civil Tome trente ,Sixième Année 1970.

2- Amélie Dionisi-Peyrusse, Droit civil, les obligations, tome 2, du centrenational de function publique territorial.

3- Aubry (C) et Rau (C), Droit civil Française, Tome 2, 7ème édition, par Esmein (P), Paris, 1991.

4- Aude Guizard, Claire-Marie Dubois ,le sort des servitudes en cas de vente ou de location des biens relevant du domaine prive des personnes publiques, Dalloz, 2002.

5- Audrey Arsac-Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat ,These pour obtenir le grade de Docteur en droit, de l'Université Clermont, 2005.

6- BERGEL Jean Louis : Les Servitudes de Lotissement à Usaged'habitation Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,Paris, 1993.

7- BERGEL Jean Louis, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti :Traité de Droit Civil (les Biens), LGDJ, Edition DELTA, Annéem , Paris, 2000.

8- Besson E., Les Livres fonciers et la réforme, hypothécaire, paris, 1958.

9- Capitant(H), Introduction a l'etude du droit civil, 5 edition, Paris, 1929.

10- CHABAS François, MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et MAZEAUD Jean, Leçons de droit civil (biens droit de propriété et ses démembrements), T2, 8éme éd, Montchrestien, Paris, 1994.

11- Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, Définition de la causalité en droit français, La causalité dons le droit de laresponsabilité civile europeenne, séminaire du GERC, mars 2010.

12- Corinne RENAULT-BRAHINSKY, Droit civile: les obligations, 3 e édition, Gualion éditeur, Paris, 2004.

13- Creda “Le contrat – cadre. T. 1. Exploration comparative France – Allemagne– Italic – Angleterre Etats – Unies 1995.

14- Cuq, Édouard, Manuel des institutions juridiques des Romains, 2e Ed Paris, 1966.

15- D.Marguerite Boutelet- Blocaille, Droit du crédit, 2 : eme edition, impremerie Nasson ; France,1995 .

16- Deschenaux. Henri, Le registre foncier, in Traité de droit privé suisse, vol. V/ll. 2, Fribourg 1983, p. 510 , p.491

17- Fiona Burns. Implied easements and the integrity of the torrens system. Bond Law Review. Volume21.Issue2. Special Property Law Edition.2009.

18- François Terré , Philippe Simler et Yeves Lequett – Droit civil , les obligations – 102 éditiion, Tome 2 – DALLOZ, 2009.

19- François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil: Les obligations, Dalloz, 9 e édition,2005.

20- Geneviene VINEY, Quelque proposition de reforme du droit de la respensabilité civile, Recueil dalloz, 2009.

21- Ginossar (S) : Droit reel propriete et crence, elaboration d'unsysteme rationnel des droits patrimoniaux, Paris, 1960 .

22- Glannon, J. W. The law of Tort, (4th ed) , New York: wolters Kluwer,2010.

23- H,L J, Mazeaud : leçons de droit civil ,Tome II, 4 éme édition, par Michel Dejuglart ,2éme volume : Biens, Droit de propriété et ses démembrements éditions Montcherestien Parie 1969.

24- Ilyes Miladi, Formalisme et effets des sûretés réelles à l’égard des tiers, Mémoire en vue de l’obtention du mastère en droit des affaires, FSJPST 2005-2006.

25- Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, Traité du droit civil : droit Spécial des sûretés réelles, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris 1996.

26- Jean paulbranland, droit du crédit, 4e édition, imprimerie, Quercy, France, 1997.

27- John P. Dawson, WM. Burnett Harrey, Cases and Materials on contracts and contract Remadies, Brooklyn: The Foundation INC., 1959.

28- Josserand (L) cours de droit positif franee ais T.2. 2ed,sirey, paris. 1993 .

29- Laurent GUIGNARD , DROIT CIVIL: LE DROIT DES BIENS , 2002.

30- Leon Estivant, Etude Sur La Mobilisation de la Propriete Fonciere Dans L'Act Torrens, paris 1900.

31- LEON V-J-Lecons de droit Les Obligation-T.ll-Paris, 1991, P.622See. DE-mou GuE, Les Effects Obiligations, T.l.Paris, 1986.

32- Louis Bach, Droit Civil : Introduction à l'étude du droit, Tome 1, 13ème édition, SIREY 1999.

33- Lunney, M. and Oliphant, K. Tort law, Text and Materials, (5th ed) , Oxford: Oxford University Press, 2013.

34- Marie-Noelle Jobard-Bachellier, Droit Civil: Sûretés, Publicité foncière, 13ème édition, Dalloz, Paris 2000.

35- Mazeaud (H.L.J) Lecon de droit Civil Obligations T.2,3eme, Paris,1966.

36- Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Droit des sureté , 7édition de.jurisclasseur, Paris.

37- Nathalie VEZINA, Préjudice matériel corporel et moral: variations sur la classification tripartite du prejudice dans le nouveau droit de la responsabilité, 24 R.D.U.S, 1993.

38- Paul Richards, law of contract,financial times , Pitman publishing , fourth ed, 1999.

39- Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press.2011.

40- Ronan Bemard - Menoret, Fiches de procedure civil, Ellipses, paris, 2009.

41- Savaiter:Traite de la Responsabilite civil en droit Fransais, t2 2ed, Paris, 1951.

42- Stephen Smith,Atiyahs introduction to the law of contract.sixth edition,Clarendonpress,Oxford,2005.

43- V : Macorig-Venier (Francine), Droit Civil : Les sûretés, L'Hermès éditeur, Lyon, èreèdition,1999.

44- V: SIMLER(Philippe) , Cautionnement et garanties autonomes , Litec , Paris, 2ème édition, 1991.

45- V: SIMLER(Philippe) , Cautionnement et garanties autonomes , Litec , Paris, 2ème édition, 1991.

46- Xavier HENRY, La technique des qualifications contractuelles , these unuiversite de Nancy II ,1992.

ABSTRACT

There is no escape from saying that it is one of the postulates in civil law, which was stipulated by the legislator and agreed upon by jurisprudence and judiciary, so that it has become a general rule that cannot be denied at all, which is that if a right or obligation is decided to expire due to the availability of its reason, then it expires permanently and there is no return to it after that, so it ends. The rights and obligations of the parties to the relationship, and then their situation reaches what they were before the contract, such that their contract is considered as if it had not occurred between them to begin with. However, the philosophy of the legislator sometimes goes otherwise, as he decides in some cases to return to the same right or The obligation that lapsed previously, so that the legal relationship returns to what it was like before the expiration event occurred, so the rights and obligations of both parties to this relationship return .

In this context, many pivotal questions emerged that the researcher tried to answer in the body and folds of the research, the most important of which is an explanation of the subjectivity of this term; Because examining this determines its dimensions, it has become clear to us that the return of rights and obligations has a distinct legal status, according to which the parties to the legal relationship are returned to a certain position when the reasons and restrictions for this return are available... Therefore, this return has restrictions, or rather certain conditions, and when they are fulfilled, the relationship is restored.

Again, just as this return is limited to a specific scope that revolves around it, the right or obligation must return to the same persons and subject. The right must return to a place without any addition and without this return leading to the entry of a foreign element into it. Otherwise, we will not be faced with a return of a right. Certain or commitment, but we may be facing another legal situation .It is worth noting that the right may require the need to return it, but the latter has collided with an obstacle that makes it impossible to return, such as waiver, for example. In addition, the right may return to the source according to which it was created at first glance, and it may be created by another source depending on the nature of this right or obligation, on the one hand, and on the other

hand. Another is that the extinction and return of rights has a legal basis, whether for expiration or return, and there is complementarity and differentiation between the rules of the principles of jurisprudence and the extinction of rights and their return in civil law to the extent that some jurists consider these rules to be a legal basis for the extinction and return of rights in civil law .

The return of rights and obligations entails legal consequences, whether for the persons of this relationship including the creditor and debtor and their public and private successors. These effects may extend to third parties, especially if the latter has good intentions, then the right returns, but this return must not affect the rights acquired by this third party during the course of the contract. The period of expiry of the right and its return, or this return may be related to the subject of this return, as the right must return to its place with its guarantees, defenses, descriptions, and guarantees, whether in kind or personal, and this return is proven by all methods of proof and according to the nature of the obligation, and liability may arise in the event of a breach of this return and may The nature of this liability varies according to the character of the party from whom the breach occurred.

It may be a contractual or tortious liability. The extinction and return of rights have many applications scattered across the various sections and chapters of civil law. From this standpoint, we decided to collect these applications under a specific umbrella, through which a general theory of the extinction of rights can be developed. And its return in civil law, through which we explain the legislator’s philosophy in this regard

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

And scientific Research

University of Karbala/ College of Law

philosophy expiration Rights And her return of Civil Law "A comparative study "

To the Council of the college of Law, University of Karbala, as a partial fulfillment of the requirements for A degree of PHD in Philosophy of private Law

written by student : **Talib Abd Salman Hussein**

SUPERVISED BY

DR : **Ashwaq Abdul Rasou1**

professor of private law

2025A.D 1446A.H