



## نحو تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الالتزام في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)

أ.م.د. محمد حنون جعفر

جامعة السليمانية / كلية القانون

## TOWARDS ADOPTING THE TRIPARTITE DIVISION OF THE SOURCES OF COMMITMENT IN THE IRAQI CIVIL LAW (A COMPARATIVE STUDY)

Assist. Prof. Dr. Muhammad Hanoon Jaafar  
University of Sulaymaniyah/ College of Law

### المستخلص

تمثل نظرية الألتزام واحدة من الركائز الأساسية التي يقوم عليها القانون المدني، ويمثل موضوع تقسيمات مصادر الألتزام، واحدة من الموضوعات الأساسية في نظرية الألتزام. حيث كانت مصادر الألتزام محل دراسة ونقاش فقهي من قبل عدد غير قليل من فقهاء القانون المدني، كما أن مواقف القوانين المدنية منها قد تباينت وأختلفت فيما بينها. لذلك نجد أن ترتيب مصادر الألتزام في القوانين المدنية قد شهد تطور وتغير مستمر، لعل أبرز هذا التطور هو الذي حصل في القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦، فقد صدر تعديل واسع وكبير للقانون المدني الفرنسي النافذ لسنة ١٨٠٤، والتقسيم الجديد لمصادر الألتزام في القانون المدني الفرنسي، هو الذي دعا اليه عدد غير قليل من فقهاء القانون المدني في مصر، ومنهم على وجه التحديد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، كما أنه قد تم تبنيه من قبل مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦، مما يعني أن العراق قد سبق فرنسا في محاولة تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام. **الكلمات المفتاحية:** الألتزام، القانون المدني، تقسيم ثلاثي

### Abstract

The commitment theory represents one of the basic pillars on which the civil law is based, and the subject of the divisions of commitment sources is one of the basic topics in commitment

theory. Where the sources of commitment have been the subject of study and doctrinal discussion by quite a few civil law jurists, and the positions of civil laws on them have varied and differed among themselves. Therefore, we find that the arrangement of the sources of commitment in civil laws has witnessed a continuous development and change. Perhaps the most prominent of this development is what happened in the French Civil Code in 2016. A broad and large amendment to the French Civil Code in force for the year 1804 was issued, and the new division of the sources of commitment in the French Civil Code, It is he who was called for by quite a few civil law scholars in Egypt, including specifically Prof. Dr. Abder Razzaq Al-Sanhoury, and it was also adopted by the Iraqi civil law draft of 1986, which means that Iraq preceded France in trying to adopt the tripartite division sources of commitment. **Keywords:** obligation, civil law, tripartite division

#### المقدمة

أولاً: ماهية الموضوع: تمثل نظرية الالتزام واحدة من الركائز الأساسية التي يقوم عليها القانون المدني، ويمثل موضوع تقسيمات مصادر الالتزام، واحدة من الموضوعات الأساسية في نظرية الالتزام. حيث كانت مصادر الالتزام محل دراسة ونقاش فقهي من قبل عدد غير قليل من فقهاء القانون المدني، كما أن مواقف القوانين المدنية منها قد تباينت وأختلفت فيما بينها. لذلك نجد أن ترتيب مصادر الالتزام في القوانين المدنية قد شهد تطور وتغير مستمر، لعل أبرز هذا التطور هو الذي حصل في القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦، فقد صدر تعديل واسع وكبير للقانون المدني الفرنسي النافذ لسنة ١٨٠٤، شمل هذا التعديل تغيير في النظرة التشريعية لترتيب مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي، حيث نبذ المشرع الفرنسي التقسيم القديم القائم على أساس ترتيب مصادر الالتزام الى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون، وتبنى بدلاً عنه تقسيماً ثلاثياً علمياً، قائم على أساس تقسيم مصادر الالتزام الى التصرفات القانونية والوقائع القانونية إضافة الى نص القانون.

والتقسيم الجديد لمصادر الألتزام في القانون المدني الفرنسي، هو الذي دعا اليه عدد غير قليل من فقهاء القانون المدني في مصر، ومنهم على وجه التحديد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، كما أنه قد تم تبنيه من قبل مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦، مما يعني أن العراق قد سبق فرنسا في محاولة تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام.

أن بحثنا هذا، ينصب بالدرجة الأساس على بيان مواقف القوانين ذات العلاقة من تقسيمات مصادر الألتزام، وبيان مراحل تطور هذه المصادر أبتداءً من القانون الروماني، وصولاً الى التعديل الأخير في القانون المدني الفرنسي. كما يتناول الطروحات التي قال بها أبرز فقهاء القانون المدني، حول تقسيمات مصادر الألتزام في القانون المدني، وأثرها على المشرع المدني سواءً في فرنسا أو مصر أو العراق.

**ثانياً: أهمية موضوع البحث:** تبرز أهمية موضوع بحثنا، في كون مصادر الألتزام في القانون المدني هي المنبع الرئيسي للألتزام، وعلى أساس تحديدها يتم تحديد الألتزامات المالية التي يمكن أن تترتب على عاتق الأشخاص، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فأن التوجه الحديث لتقسم مصادر الألتزام لا يقوم على أساس مجرد التعداد والتحديد لمصادر الألتزام في القانون المدني، بل لابد أن يقوم هذا التقسيم على أساس علمي ومنطقي، بحث يتم أرجاع المصدر أو مجموعة مصادر الى مصدر رئيسي لها. ذلك لأن موضوع تقسيمات مصادر الألتزام هو من أكثر الموضوعات في القانون المدني الذي كان محلاً لأراء ووجهات نظر مختلفة من قبل كبار فقهاء القانون المدني، وكتب حوله العديد من الكتب والبحوث العلمية. لذلك كان لابد من بحث أهم ما قيل حوله من قبل فقهاء القانون المدني، وموقف القوانين المدنية منه.

**ثالثاً: مشكلة البحث:** تتمحور مشكلة بحثنا هذا، في محاولة الأجابة على مجموعة من الأسئلة، والتي تتمثل بالأسئلة التالية:

- ماهو الأصل التاريخي لظهور مصادر الألتزام؟ وما هي المصادر الأولى التي عرفها القانون الروماني؟ وكيف أثرت طروحات كبار فقهاء القانون الروماني في تطور مصادر الألتزام في القانون الروماني؟

- هل تبني القانون المدني الفرنسي الحالي تقسيمات مصادر الالتزام كما وصلت اليه من القوانين التي سبقته؟ أم أنه أجرى عليها تعديلات وتبنى التقسيم الثلاثي؟ وما أثر الآراء الفقهية لأساتذة القانون المدني الفرنسي على تطور تقسيمات مصادر الالتزام؟
- ما هو النهج التي أتبعه القانون المدني المصري في تقسيمه لمصادر الالتزام؟ وما هي أطروحة الدكتور السنهوري حول التقسيم العلمي والمنطقي لمصادر الالتزام؟
- ما هو موقف القانون المدني العراقي من تقسيمات مصادر الالتزام؟ وما هي المحاولة التشريعية التي تبنت التقسيم الثلاثي لمصادر الالتزام في مشروع القانون المدني عام ١٩٨٦؟

**رابعاً: نطاق البحث :** لقد تباينت مواقف القوانين المدنية من تقسيمات مصادر الالتزام، كما تعددت الطروحات الفقهية بخصوصها. لذلك فأنا سنقصر دراستنا على بيان مواقف أهم القوانين المدنية من تقسيمات مصادر الالتزام، والتي تكون ذات علاقة بالقانون المدني العراقي، وهي كل من القانون المدني الفرنسي القديم والحالي والقانون المدني المصري، إضافة الى بيان موقف القانون الروماني بأعتبره يمثل المصدر التاريخي للقانون المدني الفرنسي. كما سنتناول بيان أهم الأفكار والآراء التي أدلى بها كبار فقهاء القانون المدني حول تقسيمات مصادر الالتزام، سواءً في القانون الروماني او الفرنسي أو المصري، وصولاً الى تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الالتزام.

**خامساً: منهجية البحث :** سنتبع في منهجية بحثنا هذا، المناهج التالية:

١. المنهج التاريخي: حيث سنحاول بيان الأصول التاريخية لمصادر الالتزام وتقسيماتها في القانون الروماني ولدى الفقه الروماني القديم
٢. المنهج التحليلي: حيث سنحاول بيان مواقف القوانين المدنية ذات العلاقة من تقسيمات مصادر الالتزام، وبيان هذه التقسيمات ومحاولة أرجاعها الى تقسيمات أكثر علمية وأقرب الى المنطق.

٣. المنهج المقارن: حيث سنقارن بين مواقف القانون المدني الفرنسي الحالي، ما قبل التعديل وما بعده، وبين موقف القانون المدني المصري القديم والحالي، مع موقف القانون المدني العراقي الحالي، مع مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦.

**سادساً: خطة البحث:** سنتبع في تقسيم بحثنا هذا خطة تقوم على أساس تقسيمه الى ثلاثة مطالب، وتقسيم كل مطلب الى مقصدين، بالشكل التالي: **المطلب الأول:** مصادر الالتزام في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم المقصد الأول: في القانون الروماني المقصد الثاني: في القانون الفرنسي القديم المطلب الثاني: مصادر الالتزام في القانون الفرنسي الحالي المقصد الأول: موقف الفقه الفرنسي المدرسي المقصد الثاني: موقف الفقه الفرنسي الحالي المطلب الثالث: مصادر الالتزام في القانون المدني المصري والعراقي المقصد الأول: في القانون المدني المصري المقصد الثاني: في القانون المدني العراقي وفي خاتمة البحث، سنورد أهم الأستنتاجات التي توصلنا اليها. كما سنذكر أبرز ما نقتحه من توصيات.

#### **المطلب الأول: مصادر الالتزام في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم**

لا يمكن معرفة فكرة ما والأحاطة بها بشكل كامل، من دون معرفة الأصول التاريخية لها، من حيث كيفية ظهورها، والشكل الأولي الذي ظهرت فيه، ومعرفة مراحل تطورها الأولى. لذلك فإنه يلزم قبل أستعراض مواقف القوانين المدنية والفقه المدني في الوقت الحالي من ترتيب مصادر الالتزام، من الرجوع الى الجذور التاريخية لمصادر الالتزام.

ولما كانت نظرية الالتزام عموماً، ومصادر الالتزام على وجه الخصوص، ترجع في أصولها الى القانون الروماني، كان ضرورياً بيان تقسيمات مصادر الالتزام في هذا القانون، وبيان موقف فقهاء الرومان منها. ولما كان القانون المدني الفرنسي القديم، هو حلقة الوصل ما بين القانون والفقه الروماني وبين القانون والفقه الفرنسي في الوقت الحاضر، كانت دراسة موقف القانون الفرنسي القديم من تقسيمات مصادر الالتزام ضرورية أيضاً.

لذلك سنقسم هذا المطلب الى مقصدين، نتناول في المقصد الأول، مصادر الألتزام في القانون الروماني. ونتناول في المقصد الثاني، مصادر الألتزام في القانون المدني الفرنسي القديم، وكما يأتي:

**المقصد الأول: في القانون الروماني:** كان للفقهاء الرومان الفضل في أستخلاص فكرة الألتزام وفي وضع التعريفات التي ما زال المشتغلون بالدراسات القانونية يتناقلونها حتى وقتنا الحاضر، وتقوم عليها التشريعات المعاصرة، ولقد حفظت لنا النصوص الرومانية تعريفين شهيرين للألتزام<sup>١</sup>، هما: **الأول:** جاء في كتاب النظم لجستيان نقلاً عن الفقيه (فيورينتيونوس)، حيث يقول "الألتزام رابطة قانونية تكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بشيء ما طبقاً لأحكام قانوننا المدني"<sup>٢</sup>.

**الثاني:** جاء في كتاب موسوعة جيستيان<sup>٣</sup> على لسان الفقيه بولص (أو بول)<sup>٤</sup>، حيث يقول "أن جوهر الألتزام ليس في حصولنا على ملكية شيء أو على حق أرتفاق، وإنما

<sup>١</sup> - د. عبد المجيد محمد الحفاوي، تاريخ القانون المصري، ١٩٧٢-١٩٧٣، ص ٢٥٧  
<sup>٢</sup> - المصدر والصفحة نفسها. محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، القانون الروماني، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ١٣٠. وبنفس المعنى أنظر عبدة حسن الزيات، مذكرات في القانون الروماني، مطبعة العهد، بغداد، القسم الثاني، ص ٢-٣. ويقصد بعبارة (قانوننا المدني) هو قانون الألواح الأثنى عشر الذي كان مطبقاً في مدينة روما وعلى الرومان حصراً، لذلك لم يكن الأجانب في مدينة روما منتمعين بالحماية القانونية، الى حين وضع قانون خاص بهم هو قانون الشعوب. أنظر د. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ١٣٨٤-١٩٦٨، ص ١٥١-١٨٨-٢٩٨-٣٣٥. د. محمد حنون جعفر، القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في ضوء الأسس التي قام عليها، بحث منشور في مجلة رويت التركية، Rout Educational And Social Science Journal /Volume:39/Sayi:6 3 Years:2018، P240، ISSN:2148-5518. وقد عرف جيستيان في كتابه النظم القانون المدني بأنه "القانون الذي تتخذه كل أمة لخصوص نفسها يسمى القانون المدني اي المقصورة أحكامه على أهل مدينتها" مدونة جيستينيان، ص ٣٣٥، ٢٩٦ نقلاً عن د. صوفي حسن أبو طالب، المصدر نفسه، ص ٣٣٥ هامش ١.  
كما ذكر الفقيه جايوس في كتابه (نظم جايوس) القانون المدني بالقول "كل الأمم التي تحكم بالقوانين والعرف تتبع في بعض الأمر قانوناً خاصاً بها، ...، لأن ما تسنه كل أمة لنفسها خاص بهذه الأمة نفسها، وسمي لذلك قانوناً مدنياً، أي قانوناً خاصاً بالمدينة نفسها". أشار اليه د. صوفي حسن أبو طالب، المصدر نفسه، ص ٣٣٥-٣٣٦، هامش ٢.

<sup>٣</sup> - موسوعة أو مجموعة جيستيان هي المجموعة التي تم فيها تجميع جميع الاحكام القانونية التي نمت وتكاملت بين ايدي الفقهاء وكل من اشغل منصب البريتور، وهي تختلف عن كتاب نظم جيستيان الذي هو مجرد كتاب دراسي مبسط في القانون تم اعداده من قبل اساتذة القانون والمحامين. أنظر محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٣٨-٣٩

هو في أجبار الغير على أن يعطينا شيئاً أو أن يعمل أو أن يقوم بأداء أمر ما لمصلحتنا"<sup>٢</sup>، فالتعريف الأول قد عرف الألتزام من جانب المدين أو الملتزم، في حين أن التعريف الثاني قد عرف الألتزام من جانب الدائن<sup>٣</sup>. أي أن الرومان قد نظروا لكل من الألتزام والحق الشخصي نظرة واحدة<sup>٤</sup>. كما أن التعريف الثاني قد تضمن الإشارة الى الحق العيني، وتمييزه عن الألتزام أو الحق الشخصي، فالحصول على ملكية الشيء أو على حق الأرتفاق، يدخل ضمن الحقوق العينية، ويخرج عن الألتزام الذي يتعلق بالشخص عندما يكون مجبراً على أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل لمصلحة شخص آخر، أما بخصوص تقسيمات مصادر الألتزام، فقد أهتم شراح القانون الروماني به، وأن كان نشاطهم قد أقتصر على بيان عدد من الأسباب المنشئة للألتزام، ومصادر الألتزام أو كما يعبر عنها الرومان بأسباب الألتزام، هي الوقائع المنشئة للألتزام، وتذكر النصوص الرومانية تقسيمات عديدة لمصادر الألتزام<sup>٥</sup>، نوجزها ببيان تلك التقسيمات التي ذكرها الفقيه جايوس والأمبروطور جيستينيان، وكما يأتي:

<sup>١</sup> - بولص هو فقيه روماني كان من ضمن الفقهاء الخمسة الذين أصدر الأمبروطور ثيودوسيوس الثاني عام ٤٢٦م قانونا عرف ب(قانون الأسناد) ألزم فيه باتباع الآراء الفقهية الواردة في كتابات خمسة من الفقهاء القانونيين هم (بابنيان ويولص وكايوس والبيان و موديسينيوس) محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٣٣

<sup>٢</sup> - د. عبد المجيد محمد الحفناوي، المصدر السابق، ص ٢٥٧. د. صبحي مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٧١، ص ٢١٧، ويلاحظ أن جوهر الألتزام طبقاً للفقيه بول، ينحصر في أن الغير يلتزم قبلنا بشيء معين، وبالتالي أصبح الألتزام عملاً يتوقف على إرادة المدين، بموجب يلتزم المدين بذمته لا بجسده. المصدر نفسه، ص ٢٢٥

<sup>٣</sup> - ويكمل كل من التعريفين السابقين أحدهما الآخر فبينما يبرز التعريف الأول أساساً عنصر المسؤولية، بقوله أن الألتزام عبارة عن رابطة أو قيد قانوني، يبرز التعريف الثاني عنصر المديونية(محل الألتزام). د. عبد المجيد محمد الحفناوي، المصدر السابق، ص ٢٥٧

<sup>٤</sup> - ولقد كان الألتزام في بادئ الأمر عبارة عن سلطة للدائن على جسم المدين لا على ماله أو ذمته، لذلك فقد تشابه الألتزام أو الحق الشخصي مع الحق العيني في أن كلا منهما سلطة على جسم المدين وحرية في الأول وعلى شيء معين في الثاني، ثم تطور الفكر القانوني للرومان بعد ذلك، فحرم قتل الدائن مدينه أو بيعه في عصر الجمهورية، وقصر حق الدائن على حبس المدين وأستخدامه فقط. أما في عصر الأمبروطورية فقد منح للمدين حق تجنب حبسه من خلال منح الدائن أمواله، ثم ألغيت السجون الخاصة في القرن الرابع من الميلاد، وأصبح الألتزام علاقة قانونية، بعد أن كان قيد مادي يقع على جسم وحرية المدين. محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٢-١٣٣

<sup>٥</sup> - أول تصنيف لمصادر الألتزام في القانون الروماني كان في كتاب للفقيه موسيوس سكاغولا، حيث جمع فيه أحكام القانون المدني، وصنف فيه مصادر الألتزام حسب الحالات الرئيسية التي كان البريتور يمنح الدعوى الشخصية فيها. محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٣٤-٣٥

أولاً: التقسيم الثنائي لجايوس : ذكر التقسيم الثنائي الفقيه جايوس في كتاب النظم<sup>١</sup>، بقوله "كل التزام ينشأ عن العقد أو الجريمة"<sup>٢</sup>. وقد عد هذا التقسيم، هو التقسيم الرئيسي لمصادر الالتزام في القانون الروماني، حيث قسم الرومان في مستهل شريعتهم القانونية مصادر الالتزام الى هذين القسمين، وقد دعاهم الى هذا التقسيم الثنائي، ماكان يروونه في ذلك الوقت من ان الامرين السابقين وحدهما هما اللذان يولدان الالتزام دون غيرهما من الوقائع والأحداث.<sup>٣</sup>

ورغم أن جايوس ذكر هاذين التقسيمين الرئيسيين للالتزامات في القانون الروماني، إلا أنه أضاف بأن هذه التفرقة لا تعتبر جامعة، ذلك لوجود التزامات أخرى تنشئ عن غير هذين المصدرين<sup>٤</sup>. لذلك أضاف اليهما قسماً ثالثاً في كتاب آخر منسوب اليه، ويسمى (Res Cotidia)، حيث قال فيه "تنشأ الالتزامات أما من العقد

١ - كتب النظم هي كتب دراسية تضم الأحكام والقواعد القانونية وبطريقة يسيرة على الفهم لتكون عوناً للطلاب على دراسة القانون، ومن أهم كتب النظم كتابان اولهما، للفقيه جايوس الذي عاش في القرن الثاني للميلاد، والثاني للأميرطور جيستنيان. محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٣٥. وقد عثر على كتاب النظم لجستنيان عام ١٨١٦، أما كتاب النظم لجايوس، فلم يعثر الأ على جزء يسير منه. المصدر نفسه، ص ٣٩

٢ - محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٤. د.عبد المجيد محمد الحفناوي، المصدر السابق، ص ٢٧٢. عبدة حسن زيات، المصدر السابق، ص ٩، د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٨. د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٦، ص ٤٧٤. والجريمة هي فعل غير مشروع يرتكب على الغير ويعطي للمجنى عليه حقاً جنائياً تحميه دعوى قانونية أو بريتورية، أما العقد فهو مشروع يتميز باتفاق بين شخصين أو أكثر بقصد إنشاء التزامات. محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٤. والعقد يشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر، كما أن الجريمة تنحصر في جرائم محددة. وكانت تنشأ عن هذين المصدرين نوعين من دعاوى، هما: الدعوى التعاقدية، وهي وسيلة الدائن للالتزام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، والدعوى التصديرية، وهي الدعوى التي يرفعها المضرور من جريمة للمطالبة بتعويض من محدث الضرر. د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص ٣٨

٣ - وكان يقصد بالجريمة في أول عهد شريعة الرومان معناها الغابر القديم، وهو الأعتداء المتعمد المقصود، أعتباراً بأن هذا الأعتداء يحمل مرتكبه بالدية في بعض الأحيان. د. عبد الرزاق السنهوري، التصرف التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، مطبعة البرلمان، ١٩٥٣-١٩٥٤، ص ١٣. د.عبد المنعم بدر و د.عبد المنعم البدر، المصدر السابق، ص ٤٧٤

٤ - ويذكر مثال ذلك (الالتزام الناشئ عن الوصية الجزئية ببعض المال بطريق الأمر والالتزام). د. عبد المجيد الحفناوي، المصدر السابق، ص ٢٧٢



وأما من الجريمة وأما من روابط ذات طبيعة خاصة تتولد عن أسباب مختلفة<sup>١</sup>. وبذلك يكون جايوس قد أحل مكان التقسيم الثنائي الذي قال به في بادى الأمر، تقسيماً ثلاثياً يشمل فضلاً عن المصدرين السابقين، أي العقد والجريمة، مصدراً ثالثاً لا يمت بصلة اليهما، ويتميز بسعة نطاقه وأحتواءه على أسباب مختلفة متفرقة، لذلك أطلق عليها تسمية (الأسباب المختلفة)، أو (المصادر المتنوعة)<sup>٢</sup>.

وقد قسم جايوس القسم الثالث من المصادر، أي الأسباب المختلفة، الى نوعين، هما: النوع الأول: هي الاسباب القريبة الشبه من العقود، وأن كانت تختلف عنها من حيث طبيعة كل منهما، وتضم الفضالة والوصاية، والوصية الجزئية ببعض المال بطريق الأمر والألزام، ودفع غير المستحق، وحالة الملكية الشائعة أو المشتركة. النوع الثاني: هي الأسباب القريبة الشبه من الجرائم، لكنها ليست لها نفس طبيعتها، وتشمل حالة وقوع الشيء من منزل فيقتل أحد المارة أو يجرحه، أو ترك شيء معلق على نافذة أو بلكونة مما يحتمل أن يصيب الغير بالضرر، أو السرقة التي يسأل عنها أمناء النقل وأصحاب الفنادق وأصحاب الأسطبلات في مواجهة الناقل ونزيل الفندق ومودع الحيوان، أو أخلال القاضي بواجبات وظيفته بتحيزه في حكمه لأحد الخصوم فيجعل القضية قضيته<sup>٣</sup>، والذي يتضح مما سبق أن جايوس قد خلص الى وضع تقسيم رباعي لمصادر الألتزام، ورغم أنه لم يقل بالتقسيم الرباعي صراحة، إلا أنه يستشف من خلال أضافته قسم أو نوع ثالث من مصادر الألتزام الى كل من العقد والجريمة، ومن خلال تقسيمه لهذه النوع الثالث المعروف ب(الأسباب المختلفة) الى قسمين أو نوعين، الأول قريب الشبه بالعقد، والثاني قريب الشبه من الجريمة، وأن ما أنتهى اليه

١ - محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٥

٢ - د. عبد المجيد الحفناوي، المصدر السابق، ص ٢٧٢. د. صبيح مسكوني، المصدر السابق، ص ٣٩. محمد حسن الزيانت، المصدر السابق، ص ٩. د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص ٣٩.

د.عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر، المصدر السابق، ص ٤٧١

٣ - د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الألتزام، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص ٦٢

جايوس في تقسيماته لمصادر الالتزام، هو نفس ما أبتداء به جستينان، كما يتضح بالفقرة التالية.

ثانياً: التقسيم الرباعي لجستينان: قسم جستينان الالتزامات بحسب مصادرها الى أربعة أنواع، حيث ذكر "تنشأ الالتزامات من عقد أو شبه عقد، ومن جريمة أو شبه جريمة"<sup>١</sup>. وهذا التقسيم الرباعي لجستينان ما هو الا تطوير للتقسيم الثلاثي الذي قال به جايوس، فشبه العقد هي الأسباب الأخرى التي تقترب من العقود، وشبه الجريمة هي الأسباب الأخرى التي تشبه الجرائم، ويرى البعض أن تصنيف الأسباب المختلفة الى شبه العقد وشبه الجريمة منتقد من عدة جوانب، أهمها:

١. أن أضعاف تكييف خاص على (الأسباب الأخرى)، التي كان تكييفها من قبل عاماً لا يؤدي الى أي نتيجة ذات قيمة علمية، إذ أن شبه العقد وشبه الجريمة هما مجرد مظاهر فكرية لا تتضمن وجود أي فكرة بناءة لها.
٢. أنها تقسيمات أصطناعية ترد الى احتياجات الحياة العملية لا الى طبيعة العلم ذاته، إذ لم يحاول القائلون بها معرفة المصدر الحقيقي للالتزامات، بل نسبوها لأعتبارات عملية الى العقود أو الجرائم، دون الأخذ في نظر الاعتبار، فيما إذا كانت طبيعة هذا التقريب قائمة على أساس علمي سليم أم لا.
٣. أن هذا التقسيم في ظاهره رباعي، لكنه يعني في الحقيقة العودة الى التقسيم الثنائي، ما دام أن الالتزامات التي أعتبرها جايوس ناشئة عن (الأسباب المختلفة)، نسبت بفعل جستينان الى العقود من جهة، والى الجرائم من جهة أخرى، فهذه كما قيل بحق طريقة القياس التي ترجع الالتزامات الى تقسيم ثنائي بعد تعميمه وأتساع نطاقه<sup>٢</sup>.

**المقصد الثاني: في القانون الفرنسي القديم:** جعل القانون الفرنسي القديم مصادر الالتزام خمسة، هي كل من : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون<sup>٣</sup>. وقد

<sup>١</sup> - محمد طه البشير و د.هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٥. د. صبيح مسكوني، المصدر السابق، ص ٢٢٦. د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر، المصدر السابق، ص ٤٧١  
<sup>٢</sup> - د. عبد المجيد الحفناوي، المصدر السابق، المصدر السابق، ص ٢٧٤-٢٧٥  
<sup>٣</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١١

ثار خلاف بين الشراح حول المصدر الخامس من مصادر الألتزام الذي ورد في القانون المدني الفرنسي القديم وهو القانون، فيما اذا كان قد ورد في القانون الروماني في مراحل تطوره الأخيرة، أو أنه من وضع القانون الفرنسي القديم؟ حيث اختلف الشراح في ذلك، بين من أعتبر أن تطور مصادر الألتزام في القانون الروماني، قد وصل الى حد التقسيم الرباعي، وهو ما أخذ به القانون الفرنسي القديم، وأن الفقيه الفرنسي (بوتيه) هو الذي أضاف الى هذا التقسيم مصدراً خامساً هو القانون، حيث أضيف الى المصادر الأربعة في القانون الفرنسي القديم في عهده الأخير<sup>١</sup>. في حين أعتبر البعض الآخر أن الأمبروطور الروماني جستينيان هو الذي أضاف مصدراً خامساً للألتزامات في القانون الروماني، وأنه قد ذكر بأن هنالك ألتزامات تنشأ عن التشريع أو عن القانون القضائي، وبذلك أصبح نص القانون بصفة عامة مصدراً خامساً للألتزامات في القانون الروماني<sup>٢</sup>.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ السنهوري أن مصادر الألتزام في القانون الفرنسي القديم اختلفت عن مصادر الألتزام في القانون الروماني، وذلك من ناحيتين: أولاً: أن تقسيم الرومان لمصادر الألتزام قد وصل في مرحلته الأخيرة الى أنها تشمل كل من العقد والجريمة وأسباب أخرى تم تصنيفها الى صنفين: صنف ألق بالعقد فظهر مصدر ثالث سمي ب(ملحق العقد)، وقسم ألق بالجريمة فظهر مصدر رابع سمي ب(ملحق الجريمة)، الأ أن القانون الفرنسي القديم قد غير تسمية المصدرين الثالث والرابع، من ملحق بالعقد وملحق بالجريمة الى شبه العقد وشبه الجريمة<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> - د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص ٤٠. د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١١

<sup>٢</sup> - د. صبيح مسكوني، المصدر السابق، ص. د. عبد المجيد الحفناوي، المصدر السابق، المصدر السابق، ص ٢٧٤.

<sup>٣</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر نفسه، ص ١٠-١١. والواقع أن (جايوس) لم يستعمل لفظي (شبه العقد) أو (شبه الجريمة) اللذان أستعملهما (بوتيه) والقانون المدني الفرنسي من بعده، حيث حدث في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم تحريف فيما قال به (جايوس) ومن بعده (جيبستينيان)، فبدلاً من القول بأن هنالك التزامات تتشابه مع تلك الناشئة عن الجريمة، قيل ان هنالك التزامات تنشأ عن شبه الجريمة. وبدلاً من القول بأن هنالك التزامات تتشابه مع تلك التي تنتج عن العقد، قيل بأن هذه الألتزامات تنشأ عن شبه العقد. وهكذا نشأ في لغة القانون اصطلاحان جديداً =

ثانياً: أن عدد مصادر الألتزام في القانون الروماني لم تكن غير أربعة مصادرهي، العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة. وهو التقسيم الذي قال به جايوس. الأ أن القانون الفرنسي القديم قد أضاف مصدراً خامساً على هذه المصادر الأربعة، وذلك في عهده الأخير منذ عصر الفقيه الفرنسي هاينكييس الذي أعلن في عام ١٧١٨ أن مصادر الألتزام خمسة، وهي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون، وأن هذا الفقيه هو أول من قال بالتقسيم الخماسي على النحو المعروف، وتبعه كل من جايونيس ثم بوتيه<sup>١</sup>.

ومهما يكون من شأن الخلاف حول تاريخ ظهور المصدر الخامس لمصادر الألتزام، فيما إذا كان يرجع الى عهد القانون الروماني، أو الى عهد القانون الفرنسي القديم، فأننا نرى أن الأمر سيان ولا يوجد فارق كبير، طالما عرفنا أن القانون الفرنسي القديم، يمثل مرحلة من مراحل تطور القانون الروماني في العصر الحديث، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي الحالي، أي تقنين نابليون الذي تلقى التقسيم الخماسي لمصادر الألتزام من القانون الفرنسي القديم. كما سنبين ذلك لاحقاً.

### المطلب الثاني: مصادر الألتزام في القانون الفرنسي الحالي

نقل قانون نابليون عن بوتيه التقسيم الخماسي لمصادر الألتزام، فبعد تعريف العقد في المادة ١١٠١، ذكر في المادة ١٣٧٠ أن بعض الألتزامات تنشأ دون أن يكون هنالك أي اتفاق، لا من جانب من ألتزم ولا من جانب من التزم نحوه، وقد تنشأ

=هما: شبه الجريمة وشبه العقد، وهما غريبان عن الرومان وأن جاء نتيجة تحريف عباراتهم. المصدر والصفحة نفسها.

ورغم أن (جايوس) قد قرب بين الألتزامات الناشئة عن العقد وتلك الناشئة عن الأعمال المشروعة (شبه العقد)، على أساس التشابه بالنتيجة فقط، الأ أن محاولات فقهية بذلت في عهد القانون الفرنسي القديم، كان هدفها تقريب شبه العقد من العقد، من خلال أقامتهما على أساس أرادي، وذلك على مرحلتين: الأولى: وكانت في عهد المدرسة البارتولية، إذ كان رأى (بارتول) أن شبه العقد مبني على أرادة وهمية خلقها القانون، فقرب بذلك بين شبه العقد والعقد، وأخرج التعبير الأول عن المعنى الذي قصده الفقهاء الرومان. أما الثانية: فقد جعل فقهاء القانون الفرنسي القديم، شبه العقد مبنياً لا على أرادة وهمية، بل على أرادة مفروضة، وأقترب شبه العقد بذلك أقترباً شديداً من العقد. إذ كلاهما يقوم على الأرادة، أرادة حقيقية في العقد، وأرادة مفروضة في شبه العقد. د. محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص ٦٢

<sup>١</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١١-١٢

بعض هذه الألتزامات بحكم القانون وحده، ويتولد بعض آخر عن عمل شخصي صادر ممن ألتزم. فالألتزامات الأولى الترتامات غير أختيارية، كالترتامات المالك المتجاورين، وألتزامات الأوصياء وغيرهم من المديرين، الذين لا يملكون التتحي عن المهمة التي أنيطت بهم. أما الألتزامات التي تتولد عن عمل شخصي صادر ممن ألتزم، فهي تتشأ أما عن شبه العقد أو من الجريمة أو من شبه الجريمة.<sup>١</sup>

أما بخصوص موقف الفقه المدني الفرنسي، من التتسيم الخماسي لمصادر الألتزام الوارد في القانون المدني الفرنسي، فنستعرضه من خلال بيان موقف الفقه الفرنسي المدرسي، والفقه الفرنسي المعاصر، وكما يأتي:

**المقصد الأول: موقف الفقه الفرنسي المدرسي:** يمتاز الفقه المدرسي الذي يسمى أيضاً بمدرسة الترتام النصوص أو الشرح على المتون<sup>٢</sup> بأيمانه العميق بالنصوص التشريعية وألتزامه الدقيق بها، فهو يرى هذه النصوص أنها قد حوت كل القانون، ولم تفرط فيه من شيء<sup>٣</sup>، وأن دور الفقيه يجب أن يقتصر على شرح نصوص القانون نصاً نصاً، وبنفس التتويب والترتيب المذكور في القانون، وأنه سيجد حتماً حلاً لكل مسألة، أما عن طريق صريح النص القانوني، وأما عن طريق مفهومه<sup>٤</sup>.

وعلى هذا الأساس فقد ألتزم فقهاء مدرسة الترتام النصوص بنصوص القانون المدني الفرنسي، وأقتصروا على شرحها نصاً نصاً، وتابع أكثرهم نفس التتويب والترتيب الذي جرى عليه هذا القانون<sup>٥</sup>. إلا أن قلة قليلة جداً من فقهاء الفقه المدرسي، تميزوا بنقدهم للتتسيم الخماسي لمصادر الألتزام الوارد في القانون المدني الفرنسي، وقاموا بتتقديم تتسيمات بديلة ثنائية كما فعل الفقيه توليه وثلاثية كما فعل ديمولوب.

١ - د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٤

٢ - للمزيد عن مدرسة الشرح على المتون أنظر د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١، ص ٧٩-٨٢

٣ - وفي ذلك يقول العميد دمولوب "النص قبل كل شيء" المصدر نفسه، ص ٨٠

٤ - د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٩

٥ - د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ص ٩

ففيما يتعلق بتوليئه، فهو يعد أول فقيه فرنسي أنتقد التقسيم الخماسي لمصادر الألتزام في القانون المدني الفرنسي. وقد صب جل أنتقاده على ذلك المصدر المسمى ب(شبه العقد). حيث أعتبره تعبير مضلل، ويقرب بين شيئين متضادين. ويرى أن شبه العقد لا يقوم على أساس أرادي، بل على أساس آخر هو حرمة الملكية. وهنا يعتبر توليه أن التزم المستولي على ملك الغير بالرد لم ينشأ من أتفاق بينه وبين المالك، وإنما نشأ من القانون على أثر عمل صدر منه، وهو أستيلاءه على الشيء، ويحدد هذا العمل بأنه الأغتناء على حساب الغير دون حق، ورغم أن هذا العمل هو عمل مشروع، فإنه يلزم صاحبه بالرد أو التعويض، كما يلتزم من يقوم بعمل غير مشروع بالتعويض<sup>١</sup>.

بعد ذلك يقرر توليه أن مصادر الألتزام لا يمكن أن تكون الأ في مصدرين، هما: أرادة الأ انسان (العقد) والقانون. وأن الألتزامات التي يكون مصدرها القانون، اما أن تنشأ بحكم القانون وحده دون ان يصدر من المدين أو الدائن أي عمل، وأما أن يكون مصدرها عمل صدر من المدين أو الدائن أو حادث قهري، وأن هذه الأخيرة تشمل الألتزامات التي تنشأ من العمل غير المشروع.

أما ديمولومب فقد أنتقد توليه عندما قصر مصادر الألتزام على القانون والعقد فقط، وأعلن أن مصادر الألتزام ثلاثة وليست أثنتين، وهي تشمل كل من العقد والعمل والقانون، حيث توجد ألتزامات ينشئها القانون على أثر عمل يصدر من المدين (العمل غير المشروع)، أو من الدائن (العمل المشروع)، ويكون مصدرها هذا العمل، كما توجد ألتزامات ينشئها العقد، والتزامات ينشئها القانون مباشرة<sup>٢</sup>.

**المقصد الثاني: موقف الفقه الفرنسي الحالي:** يعد الفقيه الفرنسي المعروف (بلانيول) من أشهر منتقدي التقسيم الخماسي لمصادر الألتزام الوارد في القانون المدني الفرنسي، حيث هدم الأساس الذي قام عليه، ثم عرض تقسيماً جديداً بديلاً عنه.

<sup>١</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٥-١٦

<sup>٢</sup> - المصدر نفسه، ص ١٦

وقد أنتقد بلانيول التقسيم الخماسي من ناحيتين: الأولى، توحيد الجريمة وشبه الجريمة، على اعتبار أن كلا منهما يمثلان عملاً غير مشروع، وأن الألتزام الذي ينشأ منهما واحد. والثانية، فصل شبه العقد عن العقد، على اعتبار أن كلا منهما يختلف عن الآخر من ناحية دور الإرادة فيهما، ومن حيث طبيعة العمل الذي ينشأ الألتزام. فمن حيث دور الإرادة، بالنسبة للناحية الثانية، فقد ذكر بلانيول أن الألتزام الناشئ عن شبه العقد ليس وليد الإرادة من أي وجه، فلو قام الفضولي مثلاً بعمل لمصلحة رب العمل، فإنه ينشأ في ذمة رب العمل الألتزام برد النفقات التي أنفقها الفضولي اليه. وقد ينشأ في ذمة الفضولي الألتزام بالمضي بالعمل الذي بدأه وبتقديم حساب عنه، حيث يرى أن الألتزام رب العمل بالرد هو الألتزام غير أرادي، لأنه لم يرد أن يلتزم، وأن سبب الألتزام يرجع الى أعتناء أو أثراءه دون سبب أو على حساب الفضولي، أما الألتزام الفضولي بالمضي بالعمل، فليس أرادي أيضاً، وأما هو الألتزام قانوني أنشأه القانون مباشرة في ذمة الفضولي، وبناء على تدخل هذا الشخص في شؤون رب العمل، وأنه إذا كان ثمة عمل أرادي من جانب الفضولي بالقيام بالعمل، فإن بلانيول يرى ان هذا العمل قد صدر من الدائن وليس من المدين، والدائن (الفضولي) في الأصل غير ملتزم، بل الملتزم من كان العمل لمصلحته<sup>١</sup>.

أما من حيث طبيعة العمل، فإن بلانيول يرى أن العمل الذي يقوم به الشخص لمصلحة الغير هو عمل مشروع، فمن يدفع ديناً غير موجود، أو يسد حاجة عاجلة لغيره، أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بعمل مشروع، لكن هذا العمل ليس هو الذي ينشأ الألتزام بالرد، لانه عمل صدر من الدائن لا من المدين. ومن المعروف أن سبب أو مصدر الألتزام يتصل دائماً بشخص المدين لا بشخص الدائن، والأصبح الشخص

<sup>١</sup> - د. السنهوري، المصدر نفسه، ص ٢٢-٢٣. وأنتقد الأستاذ السنهوري وصف بلانيول العمل في شبه العقد بأنه عمل غير مشروع ويرى أنه في حالة قبض غير المستحق أن مصدر الألتزام هو دفع دين غير مستحق وهذه واقعة لا يمكن وصفها بأنها غير مشروعة، وفي حالة الفضولي أن المصدر هو إدارة الفضولي لشؤون رب العمل رعاية لمصالحه وهذه واقعة لا شك أنها مشروعة، وفي حالة البناء على أرض الغير أن المصدر هو واقعة البناء وقد يكون الباني حسن النية فتكون الواقعة مشروعة. المصدر نفسه، ص ٢٨

مديناً بسبب لا يتصل بشخصه بل هو من عمل غيره، لذلك فإن سبب الألتزام بالرد يرجع الى المدين، والذي يتمثل بأثراء الملتزم بدون سبب، وهذا الأثراء يعد عمل غير مشروع<sup>١</sup>، ويخلص بلانيول مما تقدم، بأنه ليس هنالك مصدر للألتزام يشبه العقد، وليست هنالك حالة يصبح فيها الشخص ملتزماً نحو آخر بسبب فعل الدائن نفسه<sup>٢</sup>.

وبعد هذه الأنتقادات التي وجهها بلانيول للتقسيم الخماسي لمصادر الألتزام، عرض رأيه بخصوص التقسيم السليم الواجب الأخذ به لمصادر الألتزام، حيث قرر أن للألتزام مصدرين فقط هما: العقد والقانون. وأن الألتزام أما أن يفرضه الشخص عليه بإرادته وهذا هو العقد، وأما أن يفرض عليه وهذا هو القانون، وأن الألتزامات التي تنشئ عن المصدر الثاني أي القانون تنقسم الى نوعين، هما:

١. الألتزامات القانونية (البحثة): كالألتزامات الناشئة عن مركز الشخص في أسرته وألتزاماته نحو الجيران والتزامه بحفظ سر المهنة. حيث يرى بلانيول أن سبب فرض القانون مثل هذه الألتزامات على الشخص الملتزم، يرجع الى أنه لو لم يفرضها عليه لكان من وراء ذلك خطر جسيم يحيق بشخص آخر. فالأب يلتزم بالنفقة على أبنه حتى يدرأ عنه خطر الموت جوعاً، والوصي يلتزم أن يقوم بالوصاية حتى يدرأ عن الصغير خطر ضياع ماله وهكذا. فالقانون اذا فرض التزاماً على شخص فهو يلقي عليه عبئاً بسيطاً ليدرأ عن شخص آخر خطراً كبيراً<sup>٣</sup>، لذلك يمكننا تسمية هذا النوع من الألتزامات القانونية ب(الألتزامات القانونية الوقائية).

٢. الألتزامات القانونية الجزائية: كالألتزامات الناشئة عن شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، أذ يعتبرها بلانيول ألتزامات جزائية، لأنها تعويض مالي عن الأخلال

١ - د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ص ٢٣-٢٤

٢ - وهذا بخلاف موقف الفقيه الفرنسي ديموج الذي يرى أن الألتزام الذي ينشأ عن شبه العقد ينشأ بإرادة الدائن. ذلك أن الفضولي هو الذي أراد التدخل في شؤون الغير في حالات معينة. د. السنهوري، المصدر نفسه، ص ٣٩. ورأي ديموج غير دقيق، ذلك لانه اذا كان صحيح أن الفضولي قد اراد العمل الذي قام به لمصلحة الغير، الأ أنه لم يرد الأثر القانوني الذي ترتب على الفضالة بل على العمل المادي فقط، المصدر نفسه، ص ٤١

٣ - المصدر نفسه، ص ٢٤-٢٥



بالتزام قانوني. فالشخص الذي يحدث ضرراً للغير يكون قد خرق التزامه القانوني البحت بعدم الأضرار بالغير، فينشأ عن خرق هذا الالتزام القانوني البحت التزام جزائي هو التعويض عن هذا الضرر. وكذلك الحال لمن يثري على حساب الغير، حيث يكون قد خرق التزامه القانوني البحت بأن لا يستولي على ما ليس له حق فيه، ويترتب عليه التزام قانوني جزائي هو رد ما أثرى به. وبذلك تكون هذه الألتزامات القانونية الجزائية ليست درأاً لضرر يخشى وقوعه، كما في الألتزامات القانونية الصرفة (الوقائية)، بل هي تعويض عن ضرر وقع فعلاً. فالألتزامات القانونية الجزائية ما هي في حقيقتها سوى التزمات قانونية (وقائية) تحولت الى جزاء أو تعويض، فسميت بالتزمات قانونية جزائية<sup>١</sup>.

ويفهم ما سبق، أن بلانيول قد عرض في حقيقة الأمر تقسيماً ثلاثياً لمصادر الألتزام، فالعقد يعد مصدراً مستقلاً للألتزام، والى جانبه مصدرين آخرين، هما نص القانون المباشر، بالنسبة الى ما أسماه ب(الألتزامات القانونية البحتة)، ونص القانون غير المباشر وهو الفعل سواء كان فعلاً ضاراً أو فعلاً نفعاً، وهو ما أسماه ب(الألتزامات القانونية الجزائية)، وأن هذه النتيجة التي أنتهى اليها بلانيول، تمثل الأساس الذي قام عليه التقسيم الخماسي الجديد لمصادر الألتزام، والذي تبنته العديد من القوانين المدنية، والتي منها القانون المدني العراقي. فالعقد يمثل الأرادة، والألتزام الارادي أما أن ينشأ عن أرادتين أو عن أرادة واحدة، كما أن نص القانون المباشر، مصدر مستقل للألتزام، أما نص القانون غير المباشر، أي الفعل الضار والفعل النافع، فهما يمثلان مصدرين مستقلين للألتزام أيضاً.

الأ أن القانون المدني الفرنسي الحالي لم يبق على موقفه السابق، من تقسيمات مصادر الألتزام، بل أجرى تغييراً فيه، وذلك من خلال المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، والصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٦، الذي أجرى فيه تعديل على قانون العقود

<sup>١</sup> - عبد الرزاق السنهوري، التصرف، ص ٢٤-٢٥

والأحكام العامة للالتزامات والأثبات. ونشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية في العدد ٠٠٣٥ وبتاريخ ٢٠١٦/٢/١١. وقد تضمن هذا المرسوم التعديل الأكبر والأوسع نطاقاً للجزء الأساسي من القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون لسنة ١٨٠٤)، وأصبح هذا التعديل نافذاً اعتباراً من ٢٠١٦/١٠/١.<sup>١</sup>

والذي يهمننا من هذا التعديل، هو التغيير الذي أجراه المشرع الفرنسي لترتيب مصادر الالتزام، حيث نبذل التقسيم الخماسي القديم، السالف بيانه، وتبنى تقسيماً علمياً جديداً، يقوم على أساس تقسيم مصادر الالتزام الى ثلاثة مصادر، هي كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون.<sup>٢</sup> حيث نصت المادة (١١٠٠) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، على أنه (( تنشأ الالتزامات عن التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو عن مجرد سلطة القانون. ويمكن أن تنشأ عن التنفيذ الأراذي، أو الوعد بالتنفيذ، لواجب يمليه الضمير تجاه الغير)). وعرفت المادة (١١٠٠-١) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، التصرفات القانونية بقولها ((التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف الى أحداث آثار قانونية. وهذه التصرفات قد تكون أتفاقية أو من جانب واحد)). كما عرفت المادة (٢/١١٠٠) الجديدة من القانون المدني الفرنسي الوقائع القانونية، بقولها ((الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون آثار قانونية)).<sup>٣</sup>

### المطلب الثالث: مصادر الالتزام في القانون المدني المصري والعراقي

يمثل القانون المدني المصري، حلقة الوصل الرئيسة ما بين غالبية التشريعات المدنية العربية وبين القانون المدني الفرنسي، حيث تتبنى القانون المدني المصري الحالي معظم نصوصه من القانون المدني الفرنسي، وتبنت أغلب القوانين العربية غالبية نصوص القانون المدني العراقي، خصوصاً ما يتعلق بتلك النصوص المرتبطة بنظرية الالتزام، وبالتحديد تقسيمات مصادر الالتزام.

<sup>١</sup> - د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص ٧

<sup>٢</sup> - المصدر نفسه، ص ١٤

<sup>٣</sup> - المصدر نفسه، ص ٢٧-٢٨

مع ذلك فإن القانون المدني المصري الحالي قد أتبع منحى مختلفاً عن منحى القانون المدني الفرنسي، فيما يتعلق بتقسيمات مصادر الألتزام، سواءً ما قبل تعديل القانون المدني الفرنسي أو ما بعد تعديله. وهو ما يستلزم ضرورة بيان موقف القانون المدني المصري من تقسيمات مصادر الألتزام، وهو ما سنبحثه في المقصد الأول. كما سنبحث في المقصد الثاني موقف القانون المدني العراقي الحالي من تقسيمات مصادر الألتزام، مع الإشارة الى المحاولة التي بذلت في ثمانينات القرن الماضي لوضع قانون مدني عراقي جديد، من خلال طرح مشروع قانون مدني جديد في سنة ١٩٨٤، خصوصاً وأن المشروع قد تبنى التقسيم الثلاثي الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير.

**المقصد الأول : في القانون المدني المصري:** نص القانون المدني المصري القديم في المادتين (١٤٧/٩٣) على أن التعهدات، أي الألتزامات، أما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو فعل أو نص القانون<sup>١</sup>. وفي تقييمه لموقف القانون المصري القديم لمصادر الألتزام، ذكر الأستاذ السنهوري ملاحظتين: الأولى أثنى فيها على موقف القانون المصري، حيث أعتبر هذا الترتيب أفضل بكثير من ترتيب مصادر الألتزام المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي (ما قبل التعديل)، الذي لم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة، بل جمع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد، أسماه (فعالاً)، وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين.

أما الملاحظة الثانية، فقد وجه فيها الأستاذ السنهوري نقده الى موقف القانون المصري القديم، وذلك من جانبيين، الجانب الأول: أن القانون المدني المصري القديم، لم يبين ما ينطوي تحت كلمة (الفعل) من معان، فالمراد من الفعل هو عمل صادر عن أرادة الإنسان، وهذا العمل إما أن يكون مشروعاً أو غير مشروع، وأما أن يفقر الدائن دون حق، أو يغني المدين دون سبب. اي أن (الفعل) يتضمن أكثر من مصدر واحد،

<sup>١١</sup> - د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ١٨

لذلك كان فصلها بعضها عن البعض الآخر أكثر إيضاحاً وأوسع أحاطة بالموضوع..  
والجانب الثاني: هو أن القانون المدني المصري القديم، لم يشر الى أن الإرادة المنفردة  
قد تكون مصدراً للالتزام في بعض الأحيان<sup>١</sup>.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني المصري الحالي، رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨،  
فقد أنتهج أيضاً نهجاً مختلفاً عن نهج القانون المدني الفرنسي، حيث لم يورد نصاً  
خاصاً يقرر فيه ترتيب لمصادر الالتزام، كما فعل القانون الفرنسي، بل أقتصرت على  
عرض مصادر الالتزام المختلفة في فصول متعاقبة. كما أنه أورد في هذه الفصول  
ترتيباً جديداً مختلفاً عن الترتيب المنصوص عليه في القانون الفرنسي، وهو تقسيم  
مصادر الالتزام الى خمسة مصادر، هي كل من: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير  
المشروع والأثر بلا سبب ونص القانون<sup>٢</sup>، ورغم ذلك فقد حاول جانباً من الفقه المدني  
المصري، عرض تقسيماً جديداً لمصادر الالتزام، منها محاولة الدكتور السنهوري الذي  
أرجاع مصادر الالتزام الخمسة الواردة في القانون المدني المصري الى مصدرين اثنين،  
هما: التصرف القانوني والواقعة القانونية. ومحاولة الدكتور تناغو الذي أضاف الى  
التقسيم الخماسي، مصدرين جديدين، هما: الحكم القضائي والقرار الإداري. ولما كانت  
المحاولة الثانية، حديثة نسبياً، كما أنها قد أثارت العديد من اللغط والتساؤل، لذلك  
سنتولى بيانها أولاً، ثم بيان محاولة الدكتور السنهوري ثانياً، وكما يأتي:

**أولاً: التقسيم السباعي للدكتور تناغو:** على خلاف جميع التوجهات الفقهية، القديمة  
منها والحديثة، والتي حاولت قصر مصادر الالتزام في القانون المدني الى مصدرين أو  
ثلاثة، قدم الدكتور تناغو تقسيمه الجديد لمصادر الالتزام، من خلال إضافة مصدرين

<sup>١</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٣٤، ص ٥٣  
<sup>٢</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول،  
منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ١٤٠

جديدين الى المصادر الخمسة المعروفة في القانون المدني المصري، وهما: الحكم القضائي والقرار الإداري<sup>١</sup>، وهو ما سنبينه بالاتي:

١. **الحكم القضائي كمصدر للألتزام:** يقرر الدكتور تناغو أن للحكم القضائي صف أنشائية، أي أنه في بعض الحالات يكون منشئاً وليس كاشفاً، ويكون ذلك في حالة قيام القاضي بتفويض من المشرع بتعديل العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة، فالحكم القضائي عندما يتضمن تعديلاً لألتزام عقدي، فإنه يؤدي الى أنقضائه وأنشاء ألتزام جديد يحل محله<sup>٢</sup>. ومن خلال تعديل الألتزام العقدي بالحكم القضائي، فإن هذا الحكم يقضي على هذا الألتزام وينشئ بدلاً منه ألتزاماً جديداً، وهذا لا يعني سوى أن هذا الحكم هو مصدر لهذا الألتزام الجديد<sup>٣</sup>. وفي هذا السياق يردد الدكتور تناغو قول الأستاذ روبيه، في أن تعديل العقد من قبل القاضي يعني "أحلال نظام جديد محل النظام الذي قرره المتعاقدان"<sup>٤</sup>. بعد ذلك يذكر الدكتور تناغو أمثلة تطبيقية للحكم القضائي المنشئ للألتزام في القانونين المصري والفرنسي، مستنداً على فكرة الغبن في العقد، وذلك بالنسبة للغبن المعاصر للعقد، وللغبن الطارئ بعد أبرام العقد<sup>٥</sup>، ويقرر في نهاية كل تطبيق أن الحكم القضائي فيه قد أنشئ ألتزاماً جديداً هو الألتزام القضائي<sup>٦</sup>.

وبدورنا نسجل على رأي الدكتور تناغو الذي أعتبر الحكم القضائي مصدراً جديداً للألتزام، النقاط التالية:

أ- يعتبر الدكتور تناغو الحكم القضائي منشئاً للألتزام في حالة ما إذا تضمن تعديلاً للعقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة، لكن هذا القول غير صحيح. إذ أننا عندما نتحدث عن مصدر الألتزام، فأنا نقصد به السبب المنشئ له، أي الذي أوجد

١ - د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الألتزام: العقد- الأرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الأثراء بلا سبب- القانون. مصدران جديدان للألتزام: الحكم- القرار الإداري، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩، ص ٤١٢ وما بعدها

٢ - المصدر نفسه، ص ٤١٢

٣ - المصدر نفسه، ص ٤٤٣

٤ - المصدر نفسه، ص ٤٥٠

٥ - أنظر المصدر نفسه من ص ٤٥٨ الى ص ٤٨٣

٦ - أنظر المصدر نفسه، ص ٤٧١ و ٤٧٥ و ٤٧٦

الالتزام، بحيث أنه ما قبل هذا السبب لم يكن هنالك أي التزام موجود. فالعقد ينشئ التزام على عاتق المتعاقد، أما ما قبل العقد فلا يوجد أي التزام على عاتقه، لذلك يوصف العقد بأنه مصدر للالتزام العقدي. في حين أن الحكم القضائي لا ينشئ التزام غير موجود سابقاً عليه، بل كل ما يقوم به، هو تعديل التزام موجود سابقاً، وفرق كبير بين ايجاد التزام لم يكن له وجود وهو المصدر، وبين تعديل التزام موجود عن طريق الحكم القضائي<sup>١</sup>.

ب- أن دور الحكم القضائي المعدل للالتزام يقتصر كما ذكرنا على تعديل التزام موجود بالزيادة أو النقصان أو بتعديل بعض أوصافه<sup>٢</sup>، لذلك فإن أثر الحكم القضائي يقتصر على تغيير محل الالتزام أو تعديله<sup>٣</sup>، ولا يشمل تغييراً في مصدره، حيث يبقى مصدر الالتزام المعدل قبل التعديل نفسه بعد التعديل<sup>٤</sup>، ولا تغيير الأ في محله كما بينا<sup>٥</sup>.

ج- أن الدور الذي يقوم به القاضي بتعديل الالتزام أو العقد بالحكم القضائي مقيد بقيدتين، هما: التفويض التشريعي، والذي يعني أن القاضي لا يستطيع من تلقاء نفسه تعديل الالتزام أو العقد، من دون تفويض أو نص قانوني يجيز له ذلك<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> - وحتى بالنسبة لتلك الحالات التي يكون فيها للقاضي إنشاء التزام لم يكن له وجود من قبل، فإن القاضي إنما يمارس وظيفته المنصوص عليها في القانون، والمتمثلة بسد النقص الحاصل بالتشريع. باعتبار القضاء مصدر من مصادر القاعدة القانونية، كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالسلامة في عقد النقل، الذي أنشأه القضاء الفرنسي نتيجة عدم النص عليه في القانون المدني الفرنسي. أنظر تناغو، ص ٤١٩-٤٢٠ و ٤٢٦

<sup>٢</sup> - المصدر نفسه، ص ٤٤٧. وبعد ذلك يقول الدكتور تناغو في أسفل نفس الصفحة "بأختصار فإن التعديل يؤدي الى تغيير في المصدر، وتغيير في المحل أو الأوصاف".

<sup>٣</sup> - وفي ذلك يقول الأستاذ فولكمار أنه في حالة تعديل العقد، فإن المحكمة "تحل محل المضمون المتفق عليه بين الأطراف، مضموناً جديداً". المصدر نفسه، ص ٤٤٤

<sup>٤</sup> - والدليل على هذا القول هو أن توابع وتأمينات الالتزام العقدي، لا تنقضي بالتجديد الضمني. كما أن آثار الحكم القضائي المنشئ تطبق عليه أحكام النظرية العامة للحكم وليس أحكام النظرية العامة للالتزام. المصدر نفسه، ص ٥١٣-٥١٤

<sup>٥</sup> - ويتبنى الدكتور تناغو توجهاً أكثر تطرفاً عندما يقرر بأن قرار القاضي بمنح المدين المعسر نظرة الميسرة هو حكماً منشئاً للالتزام جديد. وذلك بخلاف موقف الأستاذ ليون مازو الذي رفض اعتبار ذلك. المصدر نفسه، ص ٤٨٣

<sup>٦</sup> - المصدر نفسه، ص ٤٥٢. وفي ذلك جاء في نص المادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي فيما يتعلق بالغين الذي يلحق أحد المتعاقدين في العقد "جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب=

والتفويض الأراذي، أي أن أرادة الأطراف المتعاقدة، هي التي طلبت من القاضي التدخل لأجل تعديل العقد .

والذي يترتب على القيدن أعلاه، أن التعديل الذي يقوم به القاضي للألتزام ليس مصدره القاضي نفسه، بل أن له مصدرين بعيدين عن القاضي، هما: نص القانون الذي منح القاضي صلاحية التعديل<sup>١</sup>. وأرادة الأطراف التي جعلت أرادة القاضي المقيدة بحكم القانون تحل محل أرادتهم لأجراء التعديل الضروري للألتزام<sup>٢</sup>.

٢. القرار الأذري كمصدر للألتزام: يقول الدكتور تناغو " قمنا بدراسة القانون

المدني مع التعمق، في عام ١٩٧٢ على أساس نظرة جديدة الى الأختصاص التقليدي للسلطة الأذارية، أثبتنا فيها أن القرار الأذاري يمكن أن يكون مصدرراً للحق، سواء الحق العيني أو الحق الشخصي أي الألتزام"<sup>٣</sup>، ويقول في موضع آخر "من الممكن ان تكون الأذارة مصدرراً للألتزامات"<sup>٤</sup>.

لذلك يعتبر الدكتور تناغو القرار الأذاري مصدرراً عاماً للحق (الألتزام)، لكنه يقرر في الوقت نفسه، أن الدور المصدري للقرار الأذاري لا يتحقق، الأ إذا كان القرار

---

=رفع الغبن عنه الى الحد المعقول"، فرغ الغبن أنما يكون بطلب من المغبون نفسه، ومن الممكن أن يتدخل المشرع مباشرة في تعديل التزام ناشئ عن العقد، ويتحقق ذلك عندما يقوم المشرع بأصدار قانون جديد يعدل شروط العقد ذاتها، كأن يخفض أجرة الأماكن أو سعر الفائدة. المصدر نفسه، ص ٤٤٩. وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي جوسران أن للمشرع تعديل أتعاب الوكيل والمهندس والطبيب مباشرة وبنصوص قانونية صريحة. المصدر نفسه، ص ٤٤٤

١ - ويوصف الألتزام في هذه الحالة بأنه ألتزام قانوني وليس قضائي. المصدر نفسه، ص ٤٤٥. وفي ذلك يقول الأستاذ لوى لوكا "الألتزام العقدي يفترض بالضرورة الأتفاق الحر للمتعاقدن. فإذا كان هذا الأتفاق لا وجود له، وإذا ظل الألتزام مع ذلك موجوداً. فمعنى ذلك أن الألتزام كف أن يكون عقدياً، ليصبح قانونياً". المصدر نفسه، ص ٤٤٥. ويسمح المشرع للقاضي بأجراء تعديل لبعض العقود مراعاة لاعتبارات العدالة. المصدر نفسه، ص ٤٥٠

٢ - وفي ذلك يقول الفيلسوف أرسطوا "عندما يحدث خلاف بين الناس، فأنهم يلجأون الى القاضي. والذهاب الى القاضي. هو ذهاب الى العدالة، لأن القاضي يريد أن يكون، إذا جاز التعبير تجسيدا للعدالة. وفي شخص القاضي يبحث الأناسن عن شخص ثالث غير متحيز، يسميه البعض حكماً.. وهو رجل العدل .. الذي يمسك بالميزان بين الطرفين". المصدر نفسه، ص ٥١٠

٣ - المصدر نفسه، ص ٥٢٤. ومن الملفت أن الدكتور تناغو يقيم فكرته هذه على ما أسماه ب (الأحاساس القانوني أو الذوق القانوني). في الوقت الذي تقوم الأفكار القانونية على رابط من المنطق القانوني. أنظر المصدر نفسه، ص ٥٢٤ و ص ٥٢٦

٤ - المصدر نفسه، ص ٥٢٤

الأدري صادراً عن السلطة التقديرية للجهة التي أصدرته، إذ يذكر في هذا الصدد "والسلطة التقديرية تعني أن رجل الإدارة قام بعمل أرادي خلاق، يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذي ترتب على قراره. أما إذا لم يباشر رجل الإدارة أية سلطة تقديرية في إصدار القرار، بل قام بتطبيق القانون ألياً في حدود اختصاصه المقيد، فإن الأثر الذي يترتب على قراره في هذه الحالة، لا يعتبر ناشئاً عن القرار ذاته، وإنما يتبع ناشئاً عن القانون مباشرة"<sup>١</sup>. ويورد الدكتور تناغو مثالين للقرار الأدري المنشئ للالتزام (الحق)، وهما كما يرى كل من: قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، وقرار الأستيلاء المؤقت على العقارات.

ففيما يتعلق بقرار نزع الملكية للمنفعة العامة، فإن الدكتور تناغو يعتبره قراراً أدرياً منشئاً لحقوق شخصية وعينية لم تكن موجودة من قبل<sup>٢</sup>، وأن الإدارة تصدر مثل هذا القرار عن سلطتها التقديرية، وهذا القرار يرتب التزام على عاتق المالك، وهو الألتزام بنقل الملكية للدولة، كما يرتب التزام في ذمة الدولة بدفع التعويض (المقابل)<sup>٣</sup>. لذلك يعتبر الدكتور تناغو أن " قرار الإدارة هو المصدر المنشئ لنزع الملكية بكل ما يترتب على ذلك من حقوق، ولا يعتبر القانون هو مصدر هذه الحقوق المباشر، بل مصدرها غير المباشر"<sup>٤</sup>.

أما فيما يتعلق بقرار الأستيلاء المؤقت على العقارات، فإن الدكتور تناغو رغم أقراره للقدرة الأنشائية للقرار الأدري المقرر للأستيلاء المؤقت، الأ أنه يقصر الحقوق

<sup>١</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٣٤. ويذكر تناغو مثلاً لقله أعلاه، فيقول "أن الإدارة لها بحكم القانون أن تصدر قراراً بتكليف من تشاء من خريجي الجامعة بالعمل كمعيد في إحدى الكليات الجامعية، وبمجرد صدور قرار التكليف فإن الشخص المكلف يصبح ملتزماً بالعمل كمعيد في الكلية التي حددها له القرار، وقرار التكليف هو مصدر هذا الألتزام، لأن الإدارة أصدرته بسلطتها التقديرية". المصدر نفسه، ص ٥٤٢

<sup>٢</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٤٣

<sup>٣</sup> - ص ٥٥٠. وتنفيذ الألتزام من قبل المالك يكون في القانون المصري أما من خلال قيام مالك العقار بالتوقيع على النماذج الخاصة المعدة لذلك (تنفيذ طوعي). وأما عن طريق صدور قرار من الوزير المختص بنزع ملكية العقار. المصدر نفسه، ص ٥٥٠-٥٥١

<sup>٤</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٤٩



الناشئة عنه على الألتزامات أو الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية<sup>١</sup>. كما أنه يبرر دور قرار الأستتلاء في أنشاء الألتزام، من حيث أن العلاقة ما بين الأدارة ومالك العقار، تطبق عليها وبصريح نص القانون المصري أحكام عقد الأيجار، وهو يرى أن أحكام عقد الأيجار تطبق على هذه العلاقة، من حيث الأثر فقط من دون المصدر<sup>٢</sup>، حيث يكون مصدر هذه العلاقة، ومن ثم الألتزامات المترتبة عليها، طبقاً لرأي الدكتور تناغو، هو القرار الأداري المقرر لحالة الأستتلاء، لذلك فان القرار الأداري يعتبر، كما يقرر الدكتور تناغوا، مصدر من مصادر الألتزام، كعقد الأيجار على حدأ سواء<sup>٣</sup>.

ونسجل على فكرة الدكتور تناغوا المقررة لأعتبار القرار الأداري مصدر للألتزام النقاط التالية:

أ- يخط الدكتور تناغو بين مصدرية القرار الأداري للألتزام (الحق الشخصي) ومصدريته للحق العيني، وذلك لوجود فارق كبير بين الألتزام والحق العيني، فالألتزام دين يترتب في ذمة المدين المالية، وهو أقرب ما يصور بكونه قيداً يجعل المدين مجبراً على بالقيام بعمل أو الأمتناع عن القيام بعمل. وهذا بخلاف الحق العيني، الذي لا يتعلق بذمة شخص معين بل يتعلق بشيء معين، لان محله شيء من الأشياء المعينة، وبالتالي فإنه لا يوجد في الحق العيني سوى شخص واحد معين، هو شخص صاحب الحق العيني من دون وجود شخص مدين محدد لهذا الحق.

ولأن الألتزام أو الحق الشخصي يمثل قيد على ذمة المدين المالية، فقد كان شأنه خطير، لذلك كان مؤقتاً وليس أبدياً. كما أنه لا يمكن ترتيب ألتزام في ذمة المدين، من دون أن يكون سبب ذلك راجعاً الى المدين نفسه، كما في العقد والأرادة والمنفردة، حيث يكون سبب التزام المدين أرادته الشخصية، وأيضاً بالنسبة للفعل الضار، حيث يكون سبب التزام المسؤول فعله الضار، وكذلك الحال بالنسبة

<sup>١</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٥٧

<sup>٢</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٥٧

<sup>٣</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٥٧-٥٥٨

للكسب دون سبب، إذ أن سبب التزم المكتسب بالرد، هو حصول أعتاء في ذمته المالية مقابل أفتقار في ذمة المفنقر من دون سبب لذلك. أما في غيرذلك من حالات، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال ترتيب ألتزام معين على شخص معين الأ في حالة واحدة فقط، الأ وهي نص القانون، لذلك فإن ما يرتبه القرار الأداري من التزمات، حتى وأن كان ضمن سلطة الأدارة التقديرية، فإنه ينسب الى نص القانون، وليس الى القرار الأداري ذاته.

ب- أن القرار الأداري يمثل وسيلة من وسائل السلطة العامة التي تستعين بها الأدارة لغرض تسيير المرافق والمصالح العامة، ومن المعروف أن وسائل القانون العام أو السلطة العامة قائمة على أساس التفاوت في الأرادات ما بين أرادة السلطة العامة وأرادة الأفراد العادين. لذلك فإن ما تصدره الأدارة من قرارات ترتب أثراً قانونياً متمثلاً بأنشأ ألتزام في ذمة أحد الأفراد العادين، كما في حالة الأستيلاء على العقارات، أو تؤدي الى كسب حق عيني للأدارة، كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، إنما يكون على سبيل الجبر والأخضاع، وليس على أساس التساوي بين الأرادات، كما هو الحال بالنسبة للتصرفات القانونية التي يتم أبرامها بين الأفراد العادين، والتي تكون خاضعة لأحكام القانون الخاص، فقرار نزع الملكية للمنفعة العامة ما هو الأ عقد بيع جبري، كما أن قرار الأدارة بالأستيلاء المؤقت هو عقد أيجار جبري.

ولهذا السبب نجد أن أثار القرار الأداري المالية، لا تخضع لأحكام النظرية العامة للألتزام المقررة في القانون المدني، بل تخضع لأحكام القانون العام، سواء ما تعلق منها بتنفيذ هذه الأثار أو الطعن بها والفصل فيها، وهذا ينطبق بالنسبة للألتزمات التي يكون مصدرها المباشر هو نص القانون<sup>١</sup>. ومعنى ذلك أن القرار الأداري حتى اذا ما رتب التزمات أو أدى الى كسب حقوق، فإنه لا يمكن أعتباره مصدرأ من مصادر الألتزام المدني، بل يمكن أن يعتبر مصدر لالتزام أخر، يمكن

١ - د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٣٣٥

تسميته ب(الالتزام الإداري)، وهو ما ذكره الدكتور تناغوا نفسه في بداية كلامه عن القرار الإداري والسابق الإشارة إليه، حيث قال "من الممكن أن تكون الإدارة مصدراً للالتزامات، ولكن حتى الآن فإن رجال القانون، وخاصة رجال القانون المدني لا يعرفون الالتزام الإداري"<sup>١</sup>.

**ثانياً: التقسيم الثنائي للأستاذ السنهوري:** لقد بذل الأستاذ الدكتور السنهوري جهداً كبيراً محاولاً إيجاد تقسيم علمي ومنطقي لمصادر الالتزام، فبعد أن أنتقد التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام، سواءً الوارد في القانون المدني المصري أوفي القانون المدني الفرنسي، قدم تقسيماً ثنائياً يقوم على أساس أرجاع جميع مصادر الالتزام الى مصدرين اثنين، هما: التصرف القانوني والواقعة القانونية.

حيث رأى أن التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام<sup>٢</sup> قد غلبت عليه الناحية العملية، وأنه لا يرتكز على أساس منطقي، وأن التقسيم المنطقي يكمن في جميع مصادر الالتزام، بل جميع مصادر الحق بوجه عام الى التصرف القانوني والواقعة القانونية<sup>٣</sup>. حيث تعد الواقعة القانونية بمعناها العام هي مصدر جميع الالتزامات، والتي بدورها تنقسم الى وقائع طبيعية، لا دور لأرادة الإنسان فيها، ووقائع اختيارية تكون لأرادة الإنسان دور فيها. والوقائع الطبيعية أما أن تكون من عمل الطبيعة، كالعواصف ودوران الأرض وغيرها التي ترتب آثار قانونية، وأما أن تكون صادرة من إنسان فاقدر الأرادة، كفعل المجنون بأتلاف مال الغير الذي يترتب أثر بالتعويض، وكحالتى الموت والولادة اللتان ترتبان آثار قانونية. أما الوقائع الأختيارية، فهي أما أن تكون أعمال مادية

<sup>١</sup> - المصدر نفسه، ص ٥٢٤

<sup>٢</sup> - وهو التقسيم الذي يقسم مصادر الالتزام الى كل من: العقد والأرادة المنفردة والعمل غير المشروع والأثر بلا سبب والقانون.

<sup>٣</sup> - المصدر نفسه، ص ١٢١، وفي هذا الصدد يذكر الأستاذ السنهوري " ونحن اذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزام الى أساس منطقي، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي يوجد الالتزام، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تخلق الألتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة (دائرة الحقوق الشخصية) بل هي تتناول أيضاً الحقوق العينية، بل تجاوز قانون الأموال الى قانون الأسرة، بل هي تحلق في سماء القانون، وتوجد كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها، سواء أكانت هذه العلاقات ترجع الى القانون المدني أو القانون الخاص في مجموعه، أم كانت علاقات يقرها القانون العام بأقسامه المختلفة" المصدر نفسه، ص ١٢٢

لا يريد الأناسان الأثار القانونية المترتبة عليها، وأما أن تكون أعمال قانونية، يريد الأناسان نتائجها وأثارها القانونية. ومثال الأولى أتلاف مال الغير وعمل الفضولي، ومثال الثانية الأعمال الصادرة بأرادة منفردة كالوصية والوقف، والصادرة بأرادتين وهي العقد<sup>١</sup>.

ويخلص الأستاذ السنهاوري مما تقدم القول "والقانون من وراء كل ذلك محيط، فهو الذي يحدد الأثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال"<sup>٢</sup>. بعد ذلك يأتي الأستاذ السنهاوري الى التفصيل أعلاه ويقوم بتطبيقه على مصادر الألتزام، حيث أعتبر الوقائع الطبيعية كالجوار والقربة تمثل مصدر الألتزامات القانونية. والأعمال المادية للأناسان هي مصدر الألتزامات التي تنشأ عن العمل غير المشروع والألتزامات التي تنشأ عن الأثرء بلا سبب. أما الأعمال القانونية التي يقوم بها الأناسان فأنها مصدر الألتزامات التي تنشأ عن العقد والألتزامات التي تنشأ عن الأرادة المنفردة<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> - المصدر نفسه، ص ١٢٢-١٢٣-١٢٤

<sup>٢</sup> - د. عبد الرزاق السنهاوري، المصدر السابق، ص ١٢٤. ومن الكتاب المصريين الذين ذكروا ما يؤيد التقسيم الثنائي الذي قال به السنهاوري الأستاذ محمود أبو عافية في رسالته (التصرف القانوني المجرد) المطبوعة في القاهرة سنة ١٩٤٧. حيث ينفق التقسيم التقليدي لمصادر الألتزام (وهو التقسيم الوارد في القانون المدني الفرنسي). كما أنه يحلل التقسيم الوارد في التشريعات الحديثة ويرجعه الى التصرف القانوني (العقد والأرادة المنفردة) والى الواقعة القانونية (العمل غير المشروع والأثرء بلا سبب). كما ينفق بشدة أعتبر القانون مصدراً مباشراً للألتزام، ويقول " أن القانون لا يكون أبداً مصدراً مباشراً لأي أثر قانوني، أذ أن الأثار القانونية كلها تترتب بفعل القانون. ولكن بناءً على تصرف قانوني أواقعة قانونية تحركها. فالألتزام بالنفقة والتزامات الجوار، تترتب كغيرها من الأثار القانونية بفعل القانون بناءً على واقعة قانونية هي رابطة القرابة أو المصاهرة بالنسبة للألتزام بالنفقة، ورابطة الجوار بالنسبة للألتزامات الجوار. والواقع أنه لا يتصور أصلاً أن يتدخل القانون مباشرة بفرض الألتزام ما دون أن توجد واقعة أو حادث يرتب عليه القانون هذا الأثر" المصدر نفسه، ص ١٣٨

<sup>٣</sup> - وطبق التقسيم نفسه على مصادر الحقوق العينية، أذ أعتبر الوقائع الطبيعية هي الميراث والشفعة ومضي المدة. والأعمال المادية هي الأستبلاء والألتصاق والحيازة، والأعمال القانونية هي العقد والأرادة المنفردة. كما طبقه على حقوق الأسرة. أذ أعتبر بعض مصادر هذه الحقوق وقائع طبيعية كالنفقة والألتزام بالولاية والوصايا والقوامة، والبعض الأخر مصدره أعمال قانونية، كالعقد بالنسبة للزواج، والأرادة المنفردة بالنسبة للطلاق. بل أن السنهاوري طبق التقسيم على روابط القانون العام أيضاً. المصدر نفسه، ص ١٢٤. وفيما يتعلق بتطبيق التقسيم على القانون العام، فقد أنفق الفقيه الفرنسي بنكاز مثل هذا التوجه، حيث ذكر الأستاذ السنهاوري رأيه بالقول " أن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية في القانون الخاص تختلف عنها في القانون العام، كما أختلف في

ويصف الأستاذ السنهوري تقسيمه الثنائي القائم على أساس أرجاع جميع الحقوق الشخصية والعينية الى مصدرين اثنين فقط، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية، بأنه "التأصيل المنطقي لمصادر الحق بوجه عام"<sup>١</sup>.  
وفيما يتعلق بالنقطة الأخيرة المتعلقة بتعميم التقسيم الثنائي الذي طرحه الأستاذ السنهوري ليشمل الحق العيني الى جانب الالتزام أو الحق الشخصي، فأنا نعتقد أن التنظيم القانوني للحق العيني يختلف عن التنظيم القانوني للحق الشخصي، وذلك من حيث الأنشاء، ومن حيث الانقضاء.

فمن حيث الأنشاء، فإن الأنشاء يعني الأيجاد، أي أيجاد ما لم يكن له وجود من قبل، وهذا المعنى ينطبق فقط على الحقوق الشخصية أو الالتزام دون الحقوق العينية، فالالتزام إنما ينشأ ويوجد بواسطة مصدره، سواء كان عقداً أم قانوناً أم غيرهما من المصادر، وما قبل أنشاء الالتزام فإنه لا التزام، ولهذا يطلق على أسباب أنشاء الالتزام (مصادر الالتزام). في حين أن الحق العيني لا ينشأ في الأصل بل يكتسب، والأكتساب إنما يكون لشيء كان موجوداً قبل أكتسابه، ولهذا يطلق على مصادر الحق العيني (أسباب كسب الحق العيني)، وليس مصادر كسب الحق العيني كما في الحق الشخصي<sup>٢</sup>، وسبب هذا التمايز هو لسبق وجود

---

=القانونين نظريتنا المسؤولية التقصيرية والأثر بلا سبب، فالأولى أذن عدم توحيد النظرية في القانونين، والأقتصار في صياغة النظرية على القانون الخاص، فيترك للقانون العام نظريته الخاصة به". المصدر نفسه، ص ٦٦

<sup>١</sup> - المصدر نفسه، ص ١٢٤. كما يذكر الأستاذ السنهوري عدد من فقهاء القانون المدني المصري المؤيدين لفكرته، كما يشير الى مؤلفاتهم القانونية. مع ملاحظة أن جميع المؤلفات المذكور تتعلق بالنظرية العامة للحق أو مبادئ أو أصول القانون دون أن تتخصص في النظرية العامة للالتزام. ما عدا كتاب الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، والذي شارك الأستاذ السنهوري في وضع كتاب أصول القانون.

<sup>٢</sup> - والأستاذ السنهوري يشير الى هذا التمايز بين الالتزام أو الحق الشخصي والحق العيني بشكل مكرر وأن لم يكن مقصود من جانبه في كتابه عن التصرف القانوني والواقعة القانونية مثال ذلك قوله " ... من ذلك العمل غير المشروع والأثر بلا سبب، فهما واقعتان قانونيتان تنشئان الحقوق الشخصية. ومن ذلك الحيازة، فهي واقعة قانونية تكسب الحقوق العينية ...". كما أنه يشير الى أختلاف عبارتي المصادر والأسباب بشكل واضح وغير مقصود أيضاً بقوله " ... أن التصرف القانوني والواقعة القانونية يمتدان الى أفاق واسعة، ويحلقان في جميع نواحي القانون. فأليهما ترد مصادر الحق الشخصي، وأسباب كسب الحق العيني". المصدر نفسه، ص ٤. في حين نجد لا يميز في موقع آخر بين مصطلحي المصادر والأسباب، وبين مفهومي الأنشاء والكسب، إذ يقول بمناسبة بيان أن القانون =

الحق العيني قبل وجود سبب كسبه. لذلك فإن أثر سبب كسب الحق العيني، يقتصر على نقل الحق العيني من الناقل (صاحب الحق القديم) الى المكتسب (صاحب الحق الجديد)<sup>١</sup>، وذلك بخلاف مصدر الحق الشخصي الذي يؤدي الى أيجاد ألتزام لم يكن له وجود من قبل<sup>٢</sup>.

ويستثنى فيما يتعلق بأن الحق العيني في الأصل لا ينشأ بل يكتسب، حالة أكتساب الحق العيني ابتداءً بالأستيلاء أو وضع اليد على شيء مباح لا مالك له، إذا يكون الأستيلاء سبب لأنشاء حق عيني لم يكن له وجود من قبل<sup>٣</sup>.

أما من حيث الألتزام، فإن الألتزام أو الحق الشخصي ينقضي بأحدى أسباب الألتضاء المعروفة كالوفاء أو المقاصة أو الأبراء... وغيرها. وألتضاء الألتزام يعني أن يزول وينتهي بصورة نهائية، إذ لا يبقى له أي وجود سواءً بالنسبة الى شخص المدين الذي نشأ الألتزام في ذمته، أم بالنسبة الى لغيره من الأشخاص (كالكفيل الشخصي والمدين المتضامن)، وسبب ذلك هو لأن الألتزام أو الحق الشخصي في حقيقته عبء أو ثقل أستثنائي يلقي على عاتق المدين، لذلك كان لابد من أن يكون مؤقت ويكون مصيره الى الزوال، لكي يرجع المدين الى الحالة التي كان عليها قبل نشأته، تطبيقاً للقاعدة المعروفة (الأصل براءة الذمة). وهذا

---

=الروماني (الذي هو المصدر التاريخي لنظرية الأموال والألتزامات) قد ميز بين مصادر الحق الشخصي وأسباب كسب الحق العيني ما يأتي "... فقد كان هذا القانون لا يوحد بين مصادر الحق، بل يميز تمييزاً واضحاً بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني، فطريق كسب الحق الشخصي كانت عنده في القديم هي الجريمة والعقد ثم مصادر أخرى متفرقة. أما طرق كسب الحق العيني فكانت الوزن الصوري والدعوى الصورية والتسليم..." المصدر نفسه ص ١٠.

<sup>١</sup> - أنظر في مصطلحي الناقل والمكتسب محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٧٧ وما بعدها

<sup>٢</sup> - ويشير الفقيه الفرنسي المعروف سالي الى هذا التمايز بوضوح وأن كان بطريقة غير مقصودة بقوله ((... فالتصرف القانوني ينشأ الحق الشخصي وينقل الحق العيني (...)) السهوري، المصدر السابق، ص ٣١. يذكر أن الفقيه الفرنسي سالي قد دعى الى أعتبار التصرف القانوني مصدرأ موحداً للحق الشخصي أو الألتزام والحق العيني. من دون ذكر الواقعة القانونية. وقد تأثر سالي في دعوته تلك بالقانون المدني الألماني الذي صدر عام ١٩٠٠ والذي وضع نظرية التصرف القانوني في القسم العام منه، وجعلها عامة التطبيق على الحق الشخصي والحق العيني. أنظر في ذلك السهوري، المصدر السابق، ص ٢٩-٣٠

<sup>٣</sup> - محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الأول، المكتبة القانونية، ٢٠٢١، ص ١٥٧

بخلاف الحق العيني (وحق الملكية على وجه التحديد)، الذي لا ينقضي في الأصل ولا يزول الأ بزوال محله أو إذا أصبح لا مالك له، لذلك فإن الحق العيني لا ينقضي بالصورة التي ينقضي بها الألتزام أو الحق الشخصي، بل أنه ينتقل للغير بالعقد أو الميراث أو بغيرهما من أسباب كسب الحق العيني، ولهذا السبب أيضاً، نجد أن أسباب نقل الحق العيني تؤدي فقط الى تغيير شخص صاحبه، دون تغيير في الحق ذاته.

لذلك يوصف الحق العيني (حق الملكية)، بخلاف الحق الشخصي، بأنه حق دائم وليس أستثنائي أو مؤقت، فهو يبقى ببقاء المال أو الشيء، أو بأستمرار صلاحيته لترتيب حق عيني عليه، بخلاف الألتزام أو الحق الشخصي الذي ينقضي بالوفاء دائماً<sup>١</sup>.

**المقصد الثاني: في القانون المدني العراقي:** سار المشرع المدني العراقي على نهج المشرع المصري في تقسيمات مصادر الألتزام، حيث حدد القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ مصادر الألتزام، بكل من العقد والأرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون<sup>٢</sup>. وقد جاء في الأسباب الموجبة أن القانون قد راعى التوفيق والتنسيق فيما يتعلق بمصادر الألتزام، ما بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية، حيث جاء فيها "وعرض في هذه الأحكام لمصادر الألتزام وهي العقد والأرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون، ونسق في هذه المصادر ما

١ - محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٦٥ ولأن الحق الشخصي هو قيد أستثنائي ومؤقت على شخص المدين. فقد منعت أكثرية القوانين أنتقاله من شخص الى آخر (حوالة الدين). وذلك بخلاف الحق العيني الذي لا خلاف في أمكانية نقله دائماً الى الغير. لان محله شيء معين لا شخص معين.

٢ - وهو النهج الذي سار عليه القانون السويسري والقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي. د. محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص ٦٤. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للألتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٩. ويلاحظ أن القوانين المدنية التي أخذت بهذا التقسيم الخماسي لمصادر الألتزام، ومنها القانون المدني العراقي، لم تورد في نص خاص هذه المصادر مرتبة الترتيب الخماسي المتقدم أعلاه. وذلك بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي أورد التقسيم الخماسي القديم أو التقليدي بنص خاص، وهو نص المادة (١٣٧٠). وتبعه في ذلك المشرع اللبناني في المادة ١١٩. د. محمود سعد الدين، المصدر نفسه، ص ٦٤. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ص ٢٦.

بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية تنسيقاً جعل الفقه الإسلامي يماشى هذه القوانين الى حد بعيد<sup>١</sup>.

كما أتبع القانون المدني العراقي، نهج القانون المدني المصري، في عدم أيراد مصادر الالتزام في نص خاص، بل وزعها الى خمسة فصول، خصص الفصل الأول لبيان أحكام العقد، وتناول في الفصل الثاني أحكام الأرادة المنفردة، وفي الفصل الثالث أوضح أحكام الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع، وفي الفصل الرابع تعرض لأحكام الكسب دون سبب، وتناول نص القانون في الفصل الخامس .

وقد جعل المشرع العراقي العقد في صدارة مصادر الالتزام، من خلال تخصيص الفصل الأول له، وهو مصدر أرادي يستند الى أرادة الأطراف المتعاقدة، كما أنه مصدر شامل غير محدد بتطبيقات أو عقود معينة. وأن سبب ذكر العقد كأول مصدر للالتزام في القانون المدني العراقي، هو لأبراز دور الأرادة، ولأعبارها هي المصدر الرئيس لأنشاء الالتزامات<sup>٢</sup>.

أما الأرادة المنفردة، بأعبارها مصدر للالتزام ينشئ من جانب أرادي واحد، فقد خصص المشرع المدني العراقي لها مادتين، هما (١٨٤-١٨٥)، حيث سار فيهما على خطى المشرع المدني المصري، من خلال النص على جعل الأرادة المنفردة مصدر للالتزام في نطاق تطبيقات محددة في القانون<sup>٣</sup>. فطبقاً لنص المادة (١٨٥) من القانون المدني العراقي، التي جاء فيها (( لا تلزم الأرادة المنفردة صاحبها الأ في الأحوال التي

١ - الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي، موسوعة التشريعات العقارية، القانون المدني، علي محمد أبراهيم الكرياسي، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١، ص١٣. وفي هذا الصدد فقد عرف السيد منير القاضي العضو في لجنة أعداد مشروع القانون المدني العراقي الحالي في مذكرته الأيضاحية المختصرة، المراد بمصادر الالتزام بأنها الأمور التي ينشأ منها التكاليف والواجب على الأشخاص، ويلتزم المرء بتحقيقها على الوجه المقرر قانوناً، حيث يرى أن تسمية الألتزامات والدين تقابلها تسمية (التكاليف) أو الواجب في الفقه الإسلامي. منير القاضي، المذكرة الأيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، وزارة العدل، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٤٨، ص ي - ك د

٢ - د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٢٧

٣ - وهذه التطبيقات هي الايجاب الملزم م ٨٤. وأنشاء المؤسسات م ٥٢ف١. وعرض الحائز قيمة العقار على الدائنين المقيدة حقوقهم عند تحرير العقار المرهون رهنأ تأمينياً م ١٣٠٨. والوعد بجائزة م ١٨٥.



ينص فيها القانون على ذلك))، فإن المشرع المدني العراقي، كالمشرع المدني المصري، لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً شاملاً للالتزام، بل جعلها مصدراً مقيداً بحالات منصوص عليها قانوناً<sup>١</sup>. وقد ورد في المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني الحالي ما نصه: "قد أعتبرت القوانين المدنية جميعها الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام في الأحوال التي ينص عليها القانون، وجرى المشروع (أي القانون المدني العراقي الحالي) على ذلك أيضاً، فليست كل إرادة منفردة ملزمة"<sup>٢</sup>.

وقد أعتبر الدكتور عبد المجيد الحكيم، وضع المشرع العراقي فصلاً مستقلاً للإرادة المنفردة بعد الفصل المخصص للعقد عيباً في التوييب، حيث يقول "فبينما (أي المشرع المدني العراقي) يخصص للإرادة المنفردة فصلاً يأتي بعد الفصل المخصص للعقد، أذا به لا يعتبرها مصدراً مستقلاً للالتزام"<sup>٣</sup>. لذلك رأى آخرون أنه كان أولى بالمشرع المدني العراقي، والحال كذلك، أن يمسك عن جعل الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً للالتزام، ما دام لم يسلم بهذا المعنى الأ في حالات استثنائية، وردت في نصوص قانونية خاصة.

في حين أيد البعض الآخر النهج الذي سار عليه المشرع المدني بخصوص الإرادة المنفردة، حيث يعتقد أن المشرع المدني العراقي، قد أثر أن يؤكد استقلال الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام، عند تبويب المصادر المختلفة في المجموعة المدنية العراقية، وكان يتمثل في ذهنه أن هذا المصدر وأن لم يكن قد أتيج له تطبيق شامل، الأ أنه يبرز في الحقل التشريعي، بسمات فنية متميزة، تجعل أنعزاله

<sup>١</sup> - فالقاعدة العامة التي أقرها المشرع العراقي هي أن الإرادة المنفردة لا تكفي لإنشاء الألتزام، فأذا أنشأته كان هذا هو الأستثناء. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٠٢. د. منذر الفضل، النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٢٨٧. وقد أعتبر البعض أن العقد هو المصدر الأول للألتزام، أما الإرادة المنفردة، فهي مصدر ثانوي، يقتصر على الحالات التي يكون فيها ثمة فائدة من جعل الألتزام ينشأ عن طريقها. د. عصمت عبد المجيد، مصادر الألتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٤١. وخلاف موقف القانون المدني العراقي، القانون الأردني الذي جعل الإرادة المنفردة مصدراً شاملاً للألتزام. د. منذر الفضل، المصدر السابق، ٢٨٩.

<sup>٢</sup> - منير القاضي، المصدر السابق، ص ك ه

<sup>٣</sup> - د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٨٥

عن مصادر الألتزام الأخرى أمراً لا مندوحة عنه، ثم أنه يمثل مرحلة للتطور التشريعي، يبدأ فيها القانون بالتطبيقات قبل أن يصل الى تقرير المبدأ<sup>١</sup>.

بينما عد البعض الأخر نهج المشرع المدني، فيما يتعلق بقصر الأرادة المنفردة كمصدر للألتزام على حالات معينة، منسجماً مع أحكام الشريعة الاسلامية، ورأى ان المعيار الذي توزن به الأرادة المنفردة للألتزام قانوناً وشرعاً، هو تضمنها عقداً ضمناً أو وجود عوض مادي أو أدبي، كما يظهر ذلك من الأمثلة التي نصت عليها القوانين المدنية، مثل الوعد بالجائزة، والامثلة الشرعية من الوقف والنذر والجعل والكفالة<sup>٢</sup>.

وفي الفصل الثالث من الباب الأول، تناول المشرع المدني العراقي العمل غير المشروع كمصدر للألتزام، حيث أورد تطبيقات عن المسؤولية الناجمة عن الأضرار بالغير، مع ذلك، فأن التساؤل هو: هل أن العمل غير المشروع مصدر للألتزام أم أنه مصدر للمسؤولية؟ وللأجابة على ذلك، نقول أن عنصر المديونية هو العنصر الاساسي لنشوء الألتزام، ذلك لأنه هو الذي يمثل العبء الذي يثقل ذمة المدين المالية، وقد يبدوا للوهلة الأولى أن الفعل الضار أو العمل غير المشروع، يرتب المسؤولية على عاتق الفاعل، وأن عنصر المديونية كان سابق الوجود قبل الفعل الضار، أي أن الألتزام الناشئ عن الفعل الضار هو ألتزام جزائي (كما عبر عنه بلانيول)، جاء نتيجة الأخلال بالألتزام أصلي سابق عليه، هو الألتزام بالأمتناع عن الأضرار بالغير<sup>٣</sup>. الأ أننا نعتقد أنه يوجد أختلاف جوهري ما بين الألتزام الناشئ عن الفعل الضار والألتزام القانوني السابق عليه، في أن الألتزام الثاني هو ألتزام عام، يقع على الجميع دون تحديد، في حين أن الألتزام الأول هو ألتزام خاص، يقع على شخص أو أشخاص

١ - د. محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص ٣٤٨

٢ - منير القاضي، المصدر السابق، ص ك ه

٣ - وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ذكر لهذا الألتزام " فثمة ألتزام يفرض على الكافة عدم الأضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ (المسؤولية)، ويقتضي هذا الألتزام تبصراً في التصرف، يوجب أعماله بذل عناية الرجل الحريص". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، الألتزامات، وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، ص ٣٥٤

معينين، وأن عمومية الألتزام القانوني السابق، هو الذي دفع الكثيرين الى عدم اعتباره ألتزام، بل هو واجب قانوني.

وقد ذكر المشرع المدني العراقي، القاعدة العامة المقررة للواجب القانوني العام، في بداية نص المادة ٢١٦ ف١ بقولها ((لا ضرر ولا ضرار))، حيث أشتملت هذه القاعدة على حكمين، الأول أنه لا يجوز الأضرار أبتداءً، أي لا يجوز لأنسان أن يضر شخصاً آخر في نفسه وماله وشرفه. والثاني هو أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله، وهو الضرار<sup>١</sup>.

وتتاول المشرع المدني العراقي الكسب دون سبب، كمصدر رابع للألتزام، وذلك في الفصل الرابع من الباب الأول، حيث بين الحالات التي تعتبر من تطبيقاته، ثم أورد القاعد العامة للكسب دون سبب<sup>٢</sup>.

وأخيراً، ذكر المشرع المدني العراقي، القانون كمصدر خامس للألتزام، بأعباره مصدراً مباشراً لطائفة من الألتزامات التي لا يمكن أن ترد الى أي من المصادر الأربعة السالفة الذكر<sup>٣</sup>. ولم يتوسع المشرع العراقي في تعداد النصوص التي تبين كون القانون مصدراً مباشراً للألتزام، كما فعل بالنسبة للمصادر الأخرى، بسبب أن الألتزامات القانونية مبعثرة في قوانين متعددة متفرقة، وأن نصوص هذه القوانين هي التي تسري على الألتزامات التي تنشأها<sup>٤</sup>. ولهذا لم يتناول شراح القانون المدني الألتزامات القانونية التي تنشأ مباشرة عن نص القانون، الأ بشكل عابر وسريع، لكونها تخرج عن نطاق دراسة النظرية العامة للألتزام، وتدخل في دراسات أخرى خاصة<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> - د. عبد الجبار أحمد شرارة، نظرية نفي الضرر، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، ١٩٩٧، ص ١٥. وقاعدة لا ضرر ولا ضرار، قاعدة كلية عامة، تتفرع عليها قواعد أخرى، مثل قاعدة (الضرر يزال)، وقاعدة (الضرر لا يزال بمثله)، وقاعدة (الضرر لا يكون قديماً)، وقاعدة (يختار أهون الشرين)، وغيرها من القواعد. المصدر نفسه، ص ٣٢-٣٧. أنظر أيضاً علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، ص ٣٢-٣٣.

<sup>٢</sup> - وقد أنتقد الدكتور عبد المجيد الحكيم هذا النهج الذي أتبعه المشرع العراقي، ويرى أنه كان من الأفضل أن يورد المشرع أولاً القاعدة العامة للكسب دون سبب، ثم يذكر تطبيقاتها التشريعية. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ص ٥٢١.

<sup>٣</sup> - د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

<sup>٤</sup> - د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٢٦-٢٧.

<sup>٥</sup> - د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

وقد أنتقد بعض شرح القانون المدني العراقي، التقسيم الخماسي لمصادر الألتزام الوارد في القانون المدني العراقي، حيث دعى الى تصدر القانون، بكونه أول وأهم مصادر الألتزام في القانون المدني. كما دعى الى تبني التقسيم الذي يرجع مصادر الألتزام الأربعة الباقية، الى كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية<sup>١</sup>. وهو ما دعى اليه أغلبية شراح القانون المدني العراقي<sup>٢</sup>.

وقد بذلت جهود في ثمانينات القرن الماضي، لوضع قانون مدني عراقي جديد، وشكلت لجنة في وزارة العدل العراقية لهذا الغرض، كان حصيلتها هو وضع مشروع قانون مدني جديد عام ١٩٨٤، تم إجراء تعديلات عليه عام ١٩٨٦. وقد تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام، من خلال وضع القانون كأول مصدر للألتزام في القانون المدني الجديد، وفي توزيع المصادر الأربعة على قسمين، هما: التصرف القانوني، ويشمل العقد والأرادة المنفردة. والواقعة القانونية، وتشمل الفعل الضار والكسب دون سبب<sup>٣</sup>.

ويلاحظ على هذا المشروع أنه قد أورد ترتيب مصادر الألتزام في القانون المدني العراقي في نص خاص، هو نص المادة (٣٠١) من المشروع، والتي جاء فيها ((مصادر الألتزام هي التشريع والتصريف القانوني والواقعة القانونية)). ثم عرف في المواد اللاحقة هذه المصادر الثلاثة، حيث عرف التشريع في المادة (٣٠٢) من المشروع، التي جاء فيها ((التشريع مجموعة قواعد قانونية صادرة عن هيئة مختصة، تنظم العلاقات بين الأشخاص)). وعرف التصريف القانوني في المادة (٣٠٥) من المشروع، حيث جاء فيها ((أولاً- التصريف القانوني أتجاه الأرادة لأحداث أثر يعتد به القانون. ثانياً- يشمل التصريف القانوني العقد والأرادة المنفردة)). أما الواقعة القانونية، فقد عرفتها المادة (٤٠٥) من المشروع، فقد جاء فيها ((أولاً- الواقعة القانونية حدث مادي يقع دون اختيار الشخص، أو بأختياره، تترتب عليه آثار قانونية لا يكون للأرادة

١١ - د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٢٠

٢ - أنظر د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٢٥-٢٦. د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٨-٢٩

٣ - القانون المدني، مذكرة مقارنة، وزارة العدل، ١٩٨٥، ص ٤٩

دخل في ترتيبها. ثانياً- تشمل الواقعة القانونية، كمصدر للألتزام، الفعل الضار والكسب دون سبب)).

ويخلص مما تقدم، أن العراق قد سبق فرنسا في محاولة تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام، وأن الجهود التي بذلت من قبل لجنة وضع القانون المدني العراقي الجديد، فيما يتعلق بتقسيمات مصادر الألتزام، سنة ١٩٨٤، قد تم تبنيها مع الفارق، من قبل المشرع المدني الفرنسي سنة ٢٠١٦. لذلك ندعوا الى اعادة احياء المحاولة السابقة في العراق، وذلك من خلال تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام في القانون المدني العراقي.

### الخاتمة

بعد الأنتهاء من كتابة بحثنا هذا، يمكننا أن نسجل في في خاتمته، النتائج أو الأستنتاجات التي توصلنا اليها، وكذلك المقترحات أو التوصيات التي نرى أتباعها، وذلك بالشكل التالي:

#### أولاً: الأستنتاجات

١. أن مصادر الألتزام الرئيسة المعروفة في القوانين الحديثة، تعود بجذورها التاريخية الى القانون الروماني، حيث عرف الرومان العقد والجريمة كمصدرين رئيسين ووحدين للألتزام ما بين الأشخاص. الأ أن هاذين المصدرين كانا محدودين بعقود معينة، وذلك بالنسبة للعقد، وبجرائم معينة، وذلك بالنسبة للجريمة. لذلك أضاف الفقيه الروماني المعروف (جايوس) مصدر ثالثاً لهما، وذلك عندما قرر أن هنالك أسباب أخرى للألتزام غير العقد والجريمة، ثم قرر بأن بعض هذه الاسباب قريبة الشبه بالعقد، وبعضها الأخر قريب الشبه بالجريمة. لذلك تبني (جستنيان) في موسوعته، هذا التقسيم الرباعي لمصادر الألتزام، الذي أنتقل بدوره الى القانون الفرنسي القديم.
٢. أختلف الفقهاء حول المصدر الخامس من مصادر الألتزام، أي القانون، فيما اذا كان يرجع ظهوره الى عهد جستنيان، أو الى عهد القانون الفرنسي القديم.

الأ أن أكثر الأراء تذهب الى أن أول من تبني هذا المصدر بشكل رسمي، هو القانون الفرنسي القديم.

٣. تبني القانون الفرنسي الحالي، في بادئ الأمر التقسيم نفسه الذي أخذ به القانون الفرنسي القديم لمصادر الألتزام، وذلك من خلال تقسيمها الى خمسة مصادر، هي: العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة. الأ أن هذا التقسيم تعرض لانتقادات كبيرة من قبل كبار فقهاء القانون المدني في فرنسا. وكان أبرز هذه الأنتقادات، هي التي وجهها الفقيه المعروف (بلانيول)، حيث هاجم المصدرين المعروفين بشبه العقد وشبه الجرم، وقرر أن جميع الألتزامات أما أن تنشأ عن العقد أو عن القانون. وأن الألتزامات التي تنشأ عن القانون، أما أن تكون الألتزامات قانونية بحتة، أو الألتزامات قانونية جزائية.

٤. وقد حسم القانون الفرنسي موقفه من تقسيمات مصادر الألتزام في التعديل الذي تم إجراءه في سنة ٢٠١٦، وذلك بتبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام، والذي يقسم مصادر الألتزام الى كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون.

٥. بالنسبة للقانون المدني المصري، فقد أنتهج نهجاً مختلفاً عن نهج القانون الفرنسي، ما قبل التعديل، حيث تبني في بادئ الأمر تقسيماً ثلاثياً قائم على أساس تقسيم مصادر الألتزام أو الألتزامات الى العقد والفعل والقانون. وبعد صدور القانون المدني المصري الحالي، قسم مصادر الألتزام الى خمسة مصادر، هي: العقد والأرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون. وقد قدم فقهاء القانون المدني في مصر تقسيمات أخرى لمصادر الألتزام، كان أبرزها التقسيم الذي طرحه الدكتور السنهوري، من خلال أرجاع مصادر الألتزام الى كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية، إضافة الى نص القانون، أي تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام.

٦. وبخصوص موقف القانون المدني العراقي، فقد أتبع نهج القانون المدني المصري في تبني التقسيم الخماسي الذي أخذ به. الأ أن محاولة حصلت في

ثمانينات القرن المنصرم، أرجعت مصادر الألتزام الى ثلاثة مصادر رئيسية، هي القانون والتصرف القانوني والواقعة القانونية. وهو ما يعني أن العراق قد سبق فرنسا في محاولة تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام في القانون المدني.

### ثانياً: التوصيات

١. أن النهج الحديث للقوانين المدنية، يقوم على أساس أرجاع الجزئيات الى الكليات، وهو ما تجسد بموقف المشرع المدني الفرنسي، عندما قرر في سنة ٢٠١٦ أرجاع جميع مصادر الألتزام الى كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية ونص القانون. لذلك فأنا ندعو المشرع المدني العراقي الى تبني هذا النهج التشريعي الجديد، من خلال تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام. وهو ما يجعل تقسيمات مصادر الألتزام قريب من تقسيمات الحقوق العينية، وأن كان الألتزام يختلف عن الحق العيني من وجوه عدة معروفة.
٢. نعتقد أن مكانة القانون كمصدر للألتزام، ينبغي أن تبقى كما هي في القانون المدني العراقي، بأعتبره المصدر الأخير للألتزام، وأنه يخضع لأحكام خاصة تقرها القوانين التي تنص عليه. خصوصاً وأن العراق قد خرج عن أتباع النهج الأستراكي في إدارة جوانب الحياة المختلفة للدولة منذ عام ٢٠٠٣.
٣. ندعو الى اعتبار العقد أول وأهم مصدر للألتزام في القانون المدني، وهو الذي يدخل في التصرف القانوني، ذلك لأن الألتزام هو قيد يثقل كاهل صاحبه، وهو وارد على سبيل الأستثناء، والأصل هو براءة الذمة، لذلك لا يجوز في الأصل ترتيب الألتزام بالأرادة صاحبه.

### قائمة المصادر

#### أولاً: الكتب

١. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢
٢. د. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الألتزام: العقد- الأرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الأتراء بلا سبب- القانون. مصدران جديدان للألتزام: الحكم- القرار الإداري، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩
٣. د. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ١٣٨٤-١٩٦٨
٤. د. عبد الجبار أحمد شرارة، نظرية نفي الضرر، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، ١٩٩٧

٥. د. عبد الرزاق السنهوري ، التصرف التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، مطبعة البرلمان، ١٩٥٣-١٩٥٤
٦. د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٣٤
٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١
٨. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية
٩. د. عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ القانون المصري، ١٩٧٢-١٩٧٣
١٠. د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٦
١١. عبدة حسن الزيانت، مذكرات في القانون الروماني، مطبعة العهد، بغداد، القسم الثاني
١٢. د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧
١٣. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد
١٤. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد
١٥. د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨
١٦. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الأول، المكتبة القانونية،
١٧. محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، القانون الروماني، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٠
١٨. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥
١٩. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧١
٢٠. د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١
٢١. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩١
٢٢. منير القاضي، المذكرة الأيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، وزارة العدل، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٤٨

#### ثانياً: البحوث

١. د. محمد حنون جعفر، القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في ضوء الأسس التي قام عليها ، بحث منشور في مجلة رويت التركية (Rout Educational And Social Science)، ومتاح على الموقع الإلكتروني التالي: Journal، Sayi/Volume:39/3، P240، Years:6 ISSN:2148-5518

#### ثالثاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١
٢. مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦
٣. القانون المدني، مذكرة مقارنة، وزارة العدل، ١٩٨٥
٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
٥. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، الالتزامات، وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي