جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون – الفرع الخاص

عنصر الإلزام

في قواعد القانون المدني

(دراسة مقارنة)

بحث تقدم به الطالب

صادق حمزة عبد العباس

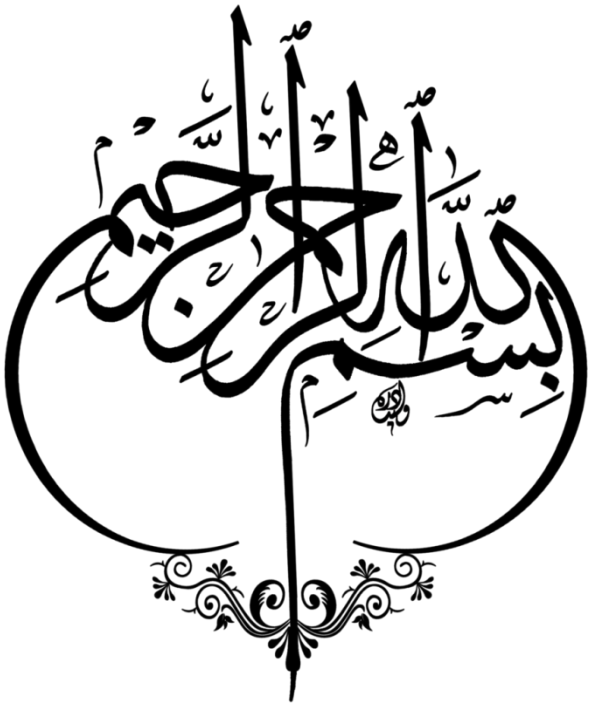
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون – القسم الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

عزيز كاظم جبر الخفاجي

١٤٤٥هـ ٢٠٢٣م



﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا

اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾

صدق الله العظيم

المائدة/٢

الإهداء

إلى ...

روح والدي .. وكيان والدتي

وإلى الزوجة الصابرة، وأبنائي البررة

والى كل باحث في القانون على سبيل النجاة

أهديكم جهدي القليل هذا

الباحث

شكر وعرفان

الشكر لله أولاً؛ لأنني كلما شكرتُه وجب علي أن أقول شكراً له على نعمة الشكر...

أما بعد...

فإنني اغتنم هذه الفرصة الجميلة.. لأقف بإجلال وإكبار وأتقدم بجزيل الشكر وعظيم الثناء إلى كل من له فضل علي في بلوغ مرادي بإكمال هذه الدراسة واللذين قدموا لي العون المادي والمعنوي فوقفوا إلى جنبي، وهم ما بين ناصحٍ ومرشدٍ ومستشارٍ وخبيرٍ ومشجعٍ وداعٍ، واخص بالذكر:

الدكتور المشرف على الرسالة أستاذ القانون المدني عزيز كاظم جبر الخفاجي، والدكتور صالح مهدي كحيط أستاذ القانون الدولي الخاص بمعهد العلمين للدراسات العليا، والدكتور علي حسين منهل أستاذ القانون المدني ورئيس قسم القانون بكلية شط العرب الجامعة في البصرة، والأستاذ حسن فاضل قاضي أول في محكمة بداءة البصرة، والمحامية إيمان داود سلمان، والأستاذ والزميل حيدر طه ياسين الحقوقي في شركة نفط البصرة، والأستاذ عمار عبد الحسين قاسم الحقوقي والممثل القانوني لمديرية تربية البصرة، وكذلك الموظفات والموظفين في مكتبة كلية القانون بجامعة البصرة والمكتبة المركزية بالجامعة نفسها ومكتبة معهد العلمين للدراسات العليا.

والى كل الأهل والأصدقاء والأقارب والزملاء اللذين ساندوني بالكلمة الطيبة والدعـاء الصـادق

ولا انسى زملائي وأقراني طلبة الدراسات العليا بمعهد العلمين من المحافظات كافة.

الباحث

المستخلص

يعد عنصر الإلزام بمثابة المؤمّن الشرعي لتصرفات الأفراد والسلطة العامة في الدولة؛ لأن القاعدة القانونية تحكم وتقيد تصرفات كل من الفرد والسلطة العامة، وكلاهما ملزمان باحترامها وتطبيقها، لذلك فإن هذه الدراسة تضع إجابة لسؤال في غاية الأهمية وهو إذا كانت السلطة العامة (المتمثلة بالسلطة التشريعية) هي من يضع قواعد القانون المدني فلماذا يجب عليها احترام هذه القواعد القانونية سواء كانت السلطة المكلفة باحترام القانون متمثلة بالإدارة العامة أو القضاء ولماذا يجب على الأفراد احترام قواعد هذا القانون ولماذا يجب على إرادة الإنسان أن تذعن لإرادة أخرى غيرها؟ ثم إنه متى يحق للفرد أن يخالف قواعد القانون المدني وما هي العوامل الفكرية والفلسفية التي تؤثر على درجة الإلزام في كل قاعدة من قواعد القانون المدني؟ من أجل ذلك فقد اتبعنا في هذه الدراسة أسلوب المقارنة بين القوانين العربية والأجنبية بالإضافة إلى المقارنة بين الفقهاء وقد كان للفقه الإسلامي حصة من هذه الدراسة.

لقد استطاعت هذه الدراسة أن تضع بين يدي القارئ الكريم المفتاح الرئيس للدخول إلى جوهر قواعد القانون المدني، ولذلك فإننا نستطيع أن نقول إن أساس كل قاعدة من قواعد القانون المدني هو الأخلاق حتى تلك القاعدة المتعلقة بتسمية المولود الجديد أو القاعدة المتعلقة بتوثيق أي تصرف قانوني فإن لها أساساً من الأخلاق.

لقد بحثت هذه الدراسة في تأصيل الإلزام لكل قاعدة من قواعد القانون المدني، وكذلك التحليل لإلزام هذه القواعد القانونية وقد حاولت أن تضع جواباً حول إمكانية تصور قواعد القانون المدني مجردة من عنصر الإلزام.

كما تعد هذه الدراسة مدخلاً لكل من يريد معرفة شيء من حقيقة القانون المدني، ففضلاً عن كونها دراسة في جوهر القانون المدني فهي تصلح كبحث للاطلاع عليه من قبل أي شخص غير مختص في القانون ولا من طلابه أيضاً؛ لأنه سيجد فيه من السهولة في فهم حقيقة الإلزام في القانون المدني ما يشعره بمتعة القراءة وسيرغب من خلال البحث في تثقيف نفسه في مجال القانون المدني لا سيما حينما يدرك وجود مبادئ عقلية وفلسفية تتفق معها أحكام الشريعة الإسلامية إذ سيدرك القارئ أن القانون وضع لخدمته سواء كانت قواعده ملزمة بشكل مطلق أو بشكل نسبي كما سيدرك القارئ حجم الصراعات الفكرية والأفكار الفلسفية التي أحاطت بالقانون على طول الزمن حتى وصل إلينا بهذه الطريقة الواضحة وأن قواعد القانون المدني مستمرة في التطور ولن تقف عند حد معين ما دام العقل الإنساني مستمر في عطائه في هذه الحياة.

إن الإرادة هي الأساس الأوحد لكل إلزام سواء كانت إرادة الله أو إرادة الإنسان وقد تكون إرادة الإنسان متجلية في السلطة العامة وهذه هي الإرادة العامة أو قد تكون متجلية في إرادة أطراف العلاقة التعاقدية وهذه هي الإرادة الخاصة وعلى هذا التقسيم للإرادات وصلنا إلى نتيجة إن معظم الإرادات الإنسانية مقيدة و أن البشرية تخضع للإلزام في اغلب الأحيان وأنه لا توجد إرادة حرة بشكل مطلق ودائمي إلا إرادة الله (سبحانه وتعالى)، غير إن هذا لا يعني أن نطرح إرادة الأفراد أو لا يهتم بها البحث القانوني فالإنسان مخلوق حر وقد جاءت الشرائع السماوية والقوانين الطبيعية والوضعية من اجل تحرير إرادته من قيود الظلم والعدوان.

إن الصراع القائم على طول السنين بين الحكومات وشعوبها هو بسبب الإلزام والحرية؛ لأن الإلزام يقيد الحرية فكل طرف منهما يريد أن يفرض قوته والزامه وحرية رأيه على الطرف الآخر، وإن بعض التعديلات التي تطرأ على قواعد القانون المدني هي صورة من صور هذا الصراع، وكلما أدرك الفرد بوعي وثقافة قانونية أهمية الإلزام في قواعد القانون المدني وإنه ليس نقمة على الفرد والسلطة العامة، كلما أدى ذلك إلى إخضاع نفسه إلى القاعدة القانونية طوعاً وهذا يؤدي إلى خلق مجتمع يسير نحو الكمال الأخلاقي ويسعى إلى العدل ويؤمن بالله، وبخلاف ذلك فكلما جهل الفرد حقيقة الإلزام وأهميته كلما تمرد على القانون والإنسانية.

هذا ما استطاعت الدراسة أن تصل إليه من خلال إثبات حاجة القانون المدني إلى الأخلاق ليكون أساساً إلى الزام الفرد بأحكام قواعده وانه لولا غاية المشرع في تحقيق فضيلة العدل لما استطاع أن يلزم الفرد باي قاعدة قانونية فكل الزام في أي قاعدة من قواعد القانون المدني فإن العدل أساسه وغايته، سواء كان عدلاً تبادلياً أم توزيعياً.

المحتويات

المقدمة..... ١
أولاً: التعريف بموضوع الرسالة..... ١
ثانياً: أهمية الدراسة وأسباب اختيار الموضوع..... ٢
ثالثاً: إشكالية الدراسة..... ٢
رابعاً: الدراسات السابقة..... ٣
خامساً: المنهجية الدراسة..... ٤
سادساً: خطة الدراسة..... ٥

الفصل الأول

مفهوم الإلزام في قواعد القانون المدني

الفصل الأول: مفهوم الإلزام في قواعد القانون المدني..... ٧
المبحث الأول: ماهية الإلزام في قواعد القانون المدني..... ٨
المطلب الأول: التعريف بالالزام في قواعد القانون المدني..... ٩
الفرع الأول: تحديد معنى الإلزام وخصائصه في قواعد القانون المدني..... ٩
أولاً: معنى الإلزام في قواعد القانون المدني..... ٩
ثانياً: خصائص الإلزام في قواعد القانون المدني..... ١٦
الفرع الثاني: تأصيل الإلزام في قواعد القانون المدني..... ٢٢
أولاً: منشأ الإلزام في قواعد القانون المدني..... ٢٣
ثانياً: غاية الإلزام في قواعد القانون المدني..... ٢٨
ثالثاً: اختلاف الفقه في تبرير رجوع الإلزام القانوني إلى العدل الأخلاقي..... ٣٢
المطلب الثاني: استظهار الإلزام في أجزاء قواعد القانون المدني..... ٣٥
الفرع الأول: العلاقة بين الإلزام والفرض في قواعد القانون المدني..... ٣٦
أولاً: معنى الفرض ووجوده في قواعد القانون المدني..... ٣٦
ثانياً: انعدام الإلزام في عنصر الفرض في القاعدة القانونية..... ٤٣

الفرع الثاني: العلاقة بين الإلزام والحكم في قواعد القانون المدني ٤٩
أولاً: معنى الحكم ووجوده في قواعد القانون المدني..... ٤٩
ثانياً: استظهار الإلزام في عنصر الحكم..... ٥٣
المبحث الثاني: درجة الإلزام في قواعد القانون المدني.....٦٣
المطلب الأول: الإلزام في القواعد المطلقة (الآمرة) ٦٤
الفرع الأول: التعريف بالقاعدة المطلقة (الآمرة) ٦٤
أولاً: معنى القاعدة المطلقة (الآمرة)..... ٦٤
ثانياً: المعيار الفقهي لتمييز القاعدة المطلقة ٦٦
ثالثاً: أثر مخالفة الإلزام في القاعدة المطلقة ٦٩
رابعاً: رأي الفقه الإسلامي في الزام القواعد المطلقة ٧٢
خامساً: خصائص القاعدة المطلقة ٧٣
الفرع الثاني: طبيعة الإلزام في القاعدة المطلقة (الآمرة) ٧٤
أولاً: الإلزام في القواعد المطلقة لا يكون إلا مطلقاً ٧٥
ثانياً: الزام القواعد المطلقة أوضح من الزام القواعد النسبية ٧٨
ثالثاً: أصناف الإلزام المطلق ٨٠
رابعاً: طبيعة الإلزام في قواعد الفقه الإسلامي ٨١
المطلب الثاني : الإلزام في القواعد النسبية (المكملة) ٨٢
الفرع الأول: التعريف بالقاعدة النسبية..... ٨٢
أولاً: معنى القاعدة النسبية (المكملة) ٨٣
ثانياً: خصائص القاعدة النسبية (المكملة) ٩١
الفرع الثاني: تحليل الإلزام في القاعدة النسبية ٩٧
أولاً: نفي الإلزام عن القاعدة النسبية (ابتداءً أو ابتداءً وانتهاءً)..... ٩٩
ثانياً: ثبوت الإلزام في القاعدة النسبية (ابتداءً وانتهاءً) ١٠٠
ثالثاً: تحليل التكليف في القاعدة النسبية..... ١٠١

الفصل الثاني

أساس الإلزام في قواعد القانون المدني

الفصل الثاني: أساس الإلزام في قواعد القانون المدني.....١٠٧
المبحث الأول: الأساس الإرادي لإلزام قواعد القانون المدني ١٠٨

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون الخاص.....١٠٩
الفرع الأول: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون الخاص ١٠٩
أولاً: معنى مبدأ سلطان الإرادة: ١٠٩
ثانياً: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة:..... ١١٤
الفرع الثاني: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة ١٢٠
المطلب الثاني: علاقة نظرية العقد الاجتماعي بمبدأ سلطان الإرادة.....١٢٩
الفرع الأول: ماهية نظرية العقد الاجتماعي..... ١٣٠
أولاً: التعريف بنظرية العقد الاجتماعي ١٣٠
ثانياً: التطور التاريخي لنظرية العقد الاجتماعي ١٣٢
ثالثاً: طبيعة العقد الاجتماعي..... ١٣٦
رابعاً: تقييم نظرية العقد الاجتماعي ١٣٦
الفرع الثاني: أثر نظرية العقد الاجتماعي في إلزام قواعد القانون المدني ١٣٩
أولاً: العلاقة بين العقد الاجتماعي ومبدأ سلطان الإرادة..... ١٣٩
ثانياً: أساس القوة الملزمة للعقد الاجتماعي..... ١٤٢
ثالثاً: أثر نظرية العقد الاجتماعي في إلزام قواعد القانون الخاص ١٤٣
المبحث الثاني: الأساس الاجتماعي لإلزام قواعد القانون الخاص.....١٤٦
المطلب الأول: المذهب النفعي ١٤٧
الفرع الأول: تطور نظرة المذهب النفعي إلى المنفعة العامة ١٤٧
أولاً: التعريف بالمذهب النفعي..... ١٤٧
ثانياً: تأريخ المذهب النفعي ١٤٩
ثالثاً: أساس النفعية وتقييمها..... ١٥٣
رابعاً: النفعية في منظور الفقه الإسلامي ١٥٦
الفرع الثاني: مبدأ الخير العام كأساس لإلزام قواعد القانون الخاص ١٥٨
أولاً: التعريف بمبدأ الخير العام..... ١٥٩
ثانياً: أساس الإلزام لمبدأ الخير العام ١٦٤
ثالثاً: علاقة مبدأ الخير العام بالفكر الفلسفي السائد..... ١٦٧
رابعاً: تقييد المنفعة الخاصة من أجل المنفعة العامة ١٦٩
المطلب الثاني: الأساس الاجتماعي الملزم لقواعد القانون الخاص في المذهبين الماركسي والتاريخي.....١٧٣

الفرع الأول: الأساس الاجتماعي لإلزام قواعد القانون الخاص في المذهب الماركسي..... ١٧٣
أولاً: اختلاف التطبيق الاشتراكي عن النظرية الماركسية..... ١٧٣
ثانياً: إنكار الأساس الإرادي الملزم لقواعد القانون الخاص ١٧٨
ثالثاً: ظهور الأساس المؤقت لإلزام قواعد القانون الخاص..... ١٨٠
رابعاً: منظور الفقه الإسلامي للنظرية الماركسية.....١٨٣
الفرع الثاني: الأساس الاجتماعي لالزام قواعد القانون الخاص في المذهب التاريخي..... ١٨٦
أولاً: التكوين الذاتي لقواعد القانون الخـاص ١٨٧
ثانياً: الأساس الأوحد لإلزام قواعد القانون الخـاص ١٩٠
الخاتمة.....١٩٨
أولاً: النتائج ١٩٨
ثانياً: المقترحات..... ٢٠٠
المصادر ٢٠٢
المستخلص.....٢١٠