



كلية الكوت الجامعة

قسم القانون

كلية الكوت الجامعة

مختصر الالتزامات

المرحلة الثانية

اعداد

م.د حسن داخل عبد

م.م علاء فالح مطر

القسم الاول

الحقوق الشخصية

الكتاب الاول

نظرية الالتزام (الالتزامات)

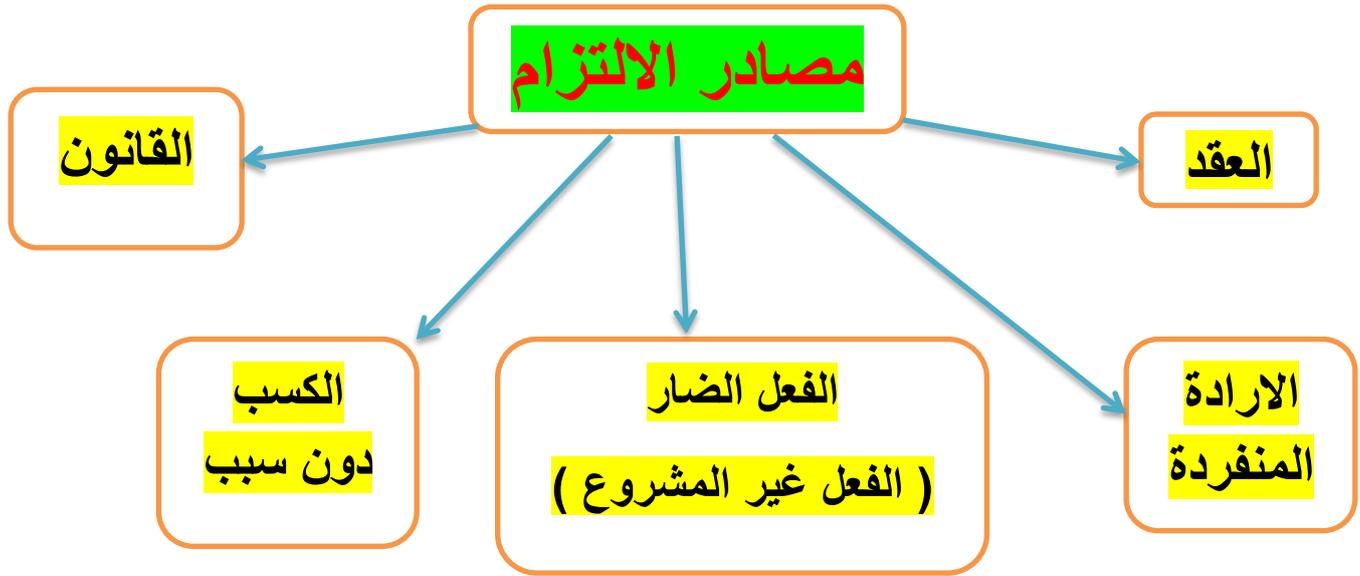
تتضمن هذه النظرية جزأين هما :

١ - الجزء الاول : مصادر الالتزام .

٢ - الجزء الثاني : احكام الالتزام .

الجزء الاول

مصادر الالتزام



نمهد الكلام لمصادر الالتزام اربع فقرات هي :

- ١ - تعريف الالتزام و خصائصه .
- ٢ - انواع الالتزامات .
- ٣ - المذهب الشخصي و المادي في نظرية الالتزام .
- ٤ - اهمية نظرية الالتزام .

اولا : تعريف الالتزام وخصائصه :

عرفت المادة (١ / ٦٩) مدني عراقي الالتزام بانه : رابطة قانونية بين شخصين دائن و مدين بمقتضاها يطالب الدائن مدينه بنقل حق عيني او قيام بعمل او امتناع عن عمل و اشارة المادة (٣ / ٦٩) مدني الى ان لفظ الدين يؤدي نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي و نستنتج مما تقدم الاتي :

اولا : ان اركان الحق الشخصي ثلاث (دائن ، مدين ، الاداء) .

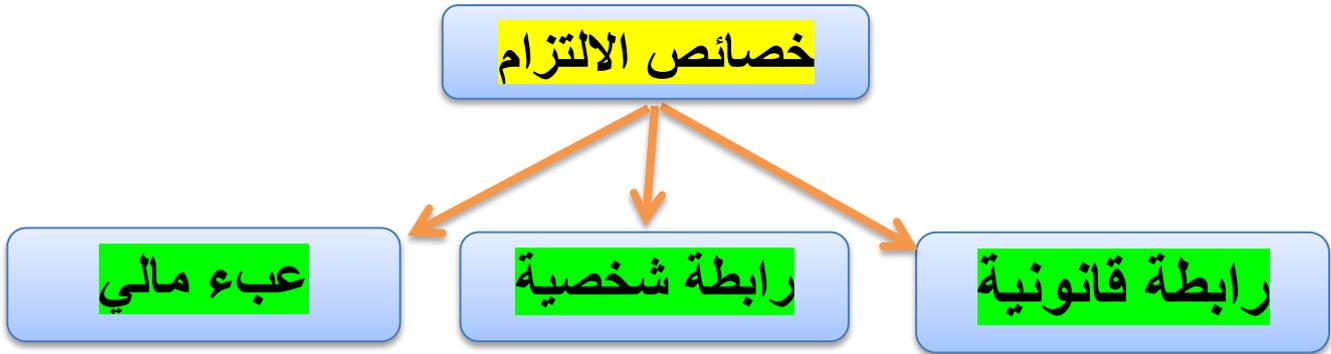
ثانيا : ان الحق الشخصي و الدين و الالتزام تؤدي معنى واحد و ان اختلف في الصياغة و كل ما بالأمر ان الرابطة القانونية بين الدائن و المدين اذا نظرنا اليها من جانب الدائن سميت حق شخصي و اذا نظرنا اليها من جانب المدين سميت بالدين او الالتزام .

ثالثا : ان الالتزام رابطة تثبت لها الخصائص الاتية :

١ - رابطة قانونية .

٢ - رابطة شخصية .

٣ - عبء مالي .



و فيما يلي توضيحا لهذه الخصائص :

١ - الالتزام رابطة قانونية :

اي انه علاقة بين ذمتين (ذمة الدائن و المدين) و ليس مجرد قيد مادي يرد على حرية و كرامة المدين او شخصيته و عليه لو لم يقم المدين بتنفيذ التزامه سينفذ الدائن على اموال المدين اي على ذمته المالية لا على شخصه او حرите او كرامته .

٢ - الالتزام رابطة شخصية :

اي انه علاقة بين شخص و شخص لا بين شخص و شيء و بذلك يختلف الالتزام او الحق الشخصي عن الحق العيني الذي هو سلطة مباشرة لشخص على شيء يمنحها القانون لشخص معين (حسب ما ورد في المادة (٦٧ / ١) مدني عراقي) و يترتب على ذلك ان الرابطة القانونية في الحق الشخصي هي رابطة اقتضاء خلافا للرابطة في الحق العيني التي توصف بانها رابطة تسلط .

٣ - الالتزام عبء مالي : اي لا يمكن تصور المحل في الالتزام قابلا الى ان يقوم بالنقد و الا لا نكون التزام بل ربما نكون امام واجب .

- و الالتزام رابطة مؤقتة اي مصيرها الزوال و لا يمكن جعلها مؤبدة و الالتزام مصيره الانقضاء باحدى طرق انقضاء الالتزام :

اولا : الطريق الطبيعي (الوفاء) .

ثانيا : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء عن طريق الوفاء عن طريق الوفاء بمقابل او المقاصة او التجديد اتحاد الذمة او الانابة في الوفاء .

ثالثا : انقضاء الالتزام دون ان يوفى به عن طريق البراء او استحالة التنفيذ او التقادم .

٢ - أهمية نظرية الالتزام :

ان نظرية الالتزام سميت بهذا الاسم لأنها تتخذ من الالتزام موضوعا لها و تسمى ايضا بنظرية الحق الشخصي او الدين .

و لها اهمية من الناحيتين النظرية و العملية فمن الناحية النظرية فان قواعدها عامة صالحة للتطبيق على كل ما يرد بصدده نص خاص .

اما من الناحية العملية فحياتنا اليومية هي عبارة عن التزامات أيا كان مصدرها العقد ام غيره من المصادر كالعمل غير المشروع او العمل النافع (الاثراء بدون سبب) او الارادة المنفردة (كالوعد بالجائزة) او القانون لكل ما تقدم نجد ان نظرية الالتزام لا يمكن الاستغناء عنها فهي مهمة جدا و الدليل على ذلك ان المشرع العراقي في القانون المدني تناولها في مقدمة مفرداته بعد الباب التمهيدي اي في الكتاب الاول من القسم الاول المخصص للحقوق الشخصية ثم تناول في الكتاب الثاني العقود المسماة .

٣ - المذهب الشخصي و المادي في نظرية الالتزام :

تنازع نظرية الالتزام مذهبان الاول يفسر الجانب الشخصي (اطراف الالتزام) و الثاني يفسر جانبي الموضوع (محل الالتزام) و مضمون كلا المذهبين الاتي :

اولا : المذهب الشخصي :

ينسب مضمون هذا المذهب للفقيه الالماني (سافيني) و يرى ان العبرة في الالتزام لأشخاصه لا لمادته او موضوعه اي ان الالتزام يوجد اذا وجد دائن و مدين و ليس بالضرورة وجود المحل ابتداء اي انه قد يوجد في المستقبل و هذا المضمون ينسجم في الكثير من الاوضاع القانونية التي لا يمكن قبولها لولا المذهب الشخصي كما هو الحل في التعاقد على شيء سيوجد في المستقبل .

ثانيا : المذهب الموضوعي المادي :

ينسب مضمون هذا المذهب للفقيه الالماني (جيرك) و يرى ان العبرة بالالتزام لموضوعه و مادته لا لأشخاصه اي ان الالتزام يوجد بوجود المحل واحد اطراف الالتزام مالم يوجد محله .

و يترتب على سيادة افكار المذهب المادي نتيجتان :

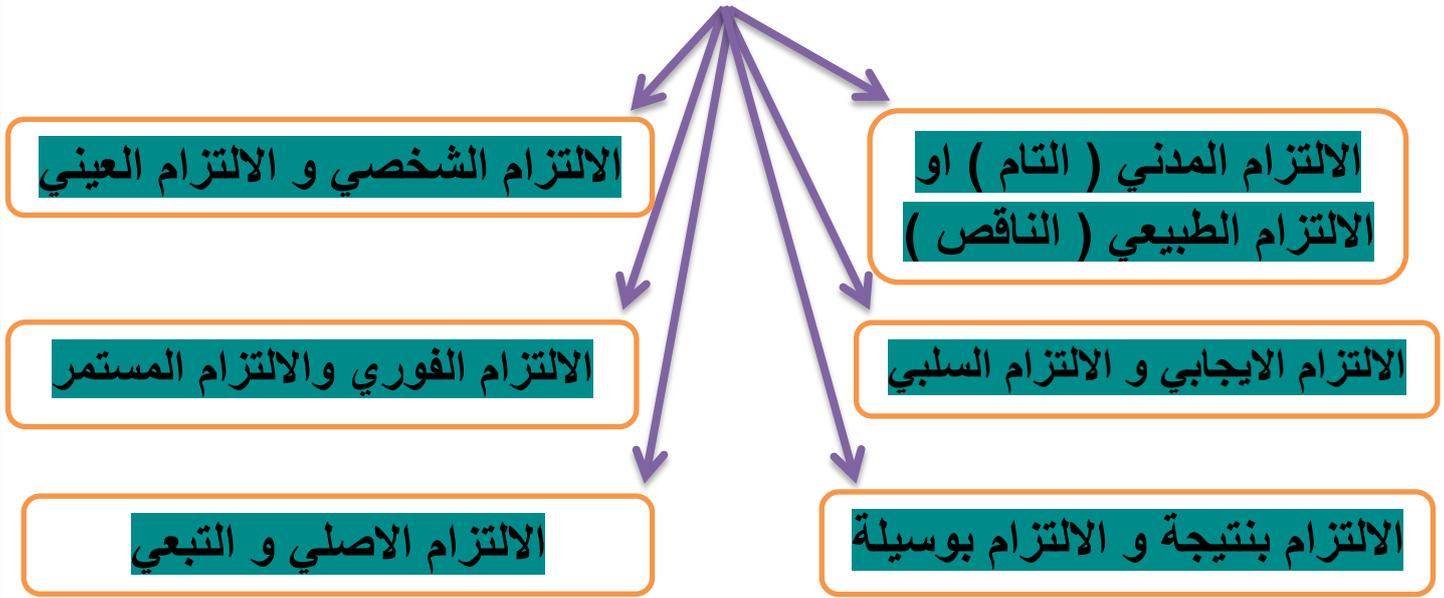
الاولى :

امكانية تغير اشخاص الالتزام عن طريق حوالة الحق او حوالة الدين .
ففي حوالة الحق يتغير الدائن مع بقاء المدين ثابتا و في حوالة الدين يتغير المدين مع بقاء الدائن ثابتا .

الثانية :

امكانية وجود المحل مع المدين عند نشوء الالتزام اما الدائن سيوجد مستقبلا في الوعد بجائزة فلحظة الاعلان عن جائزة لمن يعثر على شيء ضائع يصبح الواعد مدينا و المحل هو العمل و الجائزة اما الدائن فلا يعرف الا بعد العثور على الشيء الضائع .
 اما عن موقف المشرع العراقي فهو اخذ بالمذهبيين في ان واحد فهو في بعض مواد المذهب الشخصي كما في تعريفه الالتزام او العقد و في مواد اخرى تأثر بالمذهب المادي كما في حوالة الحق و حوالة الدين اذ نظمهما تحت عنوان انتقال الالتزام و في المواد (٣٣٩ - ٣٧٤) من القانون المدني .

انواع الالتزامات



يختلف انواع الالتزام باختلاف الزاوية التي ينظر اليه من خلالها :

سؤال : عدد انواع الالتزام و اشرح واحدة منها ؟

الجواب :

اولا : الالتزام المدني (التام) و الالتزام الطبيعي (الناقص) :

الالتزام المدني : هو ذلك الالتزام الذي يوجد فيه عنصري المسؤولية و المديونية و يستطيع الدائن اجبار مدينه على التنفيذ ان لم ينفذه اختيارا اي يتحرك عنصر المسؤولية . لذلك هذا الالتزام (تام) لوجود عنصريه هما المديونية و المسؤولية .

الالتزام الطبيعي : هو ذلك الالتزام الذي يوجد فيه عنصر المديونية دون المسؤولية بحيث لو لم يقم المدين بتنفيذه طوعا لا يستطيع الدائن جبره على التنفيذ لعدم وجود عنصر المسؤولية لذلك يوصف بانه التزاما ناقصا و مثاله الالتزام الذي مضت عليه مدة التقادم اذن عناصر الالتزام هما المسؤولية و المديونية و اثر الزمان عليهما هو انه يؤدي الى تخلف عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية اي بمرور الزمان يتحول الالتزام من مدني تام الى طبيعي ناقص .

اهمية التمييز :

لمعرفة متى يستطيع الدائن ان يجبر مدينه على التنفيذ فاذا كان الالتزام مدنيا يستطيع الدائن مباشرة اجراء التنفيذ الجبري ضد المدين بينما لو كان الالتزام طبيعيا فلا يستطيع الدائن ذلك لتخلف عنصر المسؤولية .

ثانيا : الالتزام الايجابي و الالتزام السلبي :

الالتزام الايجابي (القيام بعمل) :

هو ذلك الالتزام الذي يكون محله قيام المدين بعمل ما لمصلحة الدائن بحيث يعد منفذا له اذا قام بالعمل و مخلا به اذا لم يقم بالعمل و مثاله التزام البائع بنقل الملكية و التزام الناقل في عقد النقل

الالتزام السلبي (الامتناع عن عمل او الالتزام بالترك) :

هو ذلك الالتزام الذي يكون محله امتناع المدين عن عمل ما كان بإمكانه ان يقوم به لولا وجود الالتزام اي ان المدين يعد منفذا للالتزام اذا بقي ممتنعا عن العمل و مخلا به اذا قام بالعمل كالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري و التزام المؤجر بعدم منافسة المستأجر و التزام الطبيب بالمحافظة على اسرار المريض .

اهمية التمييز :

لتمييز بين الالتزام الايجابي والسلبي اهمية تبدو في ناحيتين :

الاولى : من حيث الاعذار :

اذ لا ضرورة لإعذار الدائن لمدينه فيما لو كان التزام المدين سلبيا بينما لا بد منه اذا كان الالتزام ايجابيا .

الثانية : من حيث الجزاء :

اذا اخل المدين بالتزام سلبي ففي الغالب يكون الجزاء هو التعويض عما اصاب الدائن من ضرر اي ينفذ الالتزام بمقابل .

اما لو كان الالتزام الذي حصل الاخلال به ايجابيا فالجزاء قد يكون التعويض و قد يكون التنفيذ العيني و قد يكون فسخ العقد اذا كان مصدر الالتزام عقدا ملزما للجانبين .

ثالثا : الالتزام بنتيجة و الالتزام بوسيلة :

الالتزام بنتيجة (الالتزام المحدد) :

هو ذلك الالتزام الذي يكون محله تحقيق غاية و نتيجة يبتغيها الدائن فيعد المدين منفذا لالتزامه اذا تحققت النتيجة و مخلا به اذا تخلفت النتيجة مالم يثبت السبب الاجنبي كالتزام البائع بنقل الملكية و تسليم المبيع .

اما الالتزام ببذل عناية (بوسيلة) :

هو ذلك الالتزام الذي يكون محله بذل المدين قدرا من الحيطة والعناية في تنفيذ التزامه و يعد منفذا لالتزامه اذا بذل العناية المطلوبة منه قانونا او اتفاقا و ان لم تتحقق النتيجة و مخلا بالتزامه اذا لم يبذل العناية المطلوبة و مثاله : التزام الطبيب بمعالجة المريض و التزام المحامي تجاه موكله .

اهمية التمييز بين الالتزامين :

تبدو اهمية التمييز بين الالتزامين :

لتحديد متى يعتبر المدين مخطئا فاذا كان التزامه بنتيجة يعد مخطئا اذا تخلفت النتيجة الا اذا حال بين المدين و النتيجة سببا اجنبيا اما اذا كان الالتزام ببذل عناية فيعد مخطئا اذا لم يبذل العناية المطلوبة منه قانونا او اتفاقا ففي هذا الالتزام لا نبحث عن نتيجة و انما هل ان المدين بذل العناية ام لا .

رابعا : الالتزام الشخصي والالتزام العيني :

الالتزام الشخصي (الضمان العام) :

هو ذلك الالتزام الذي تكون فيه ذمة المدين المالية كلها ضامنة للوفاء بديونه و توصف مسؤولية المدين في هذا الالتزام بانها مسؤولية شخصية .

اما الالتزام العيني (الضمان الخاص) :

هو ذلك الالتزام الذي تكون فيه جزء من ذمة المدين ضامنا للوفاء بديونه اي ان حق الدائن يتركز بمال معين من اموال المدين لذلك توصف مسؤوليته في هذا الالتزام بأنها مسؤولية عينية كما في الرهن و الكفالة العينية .

علما ان الالتزام قد يكون شخصا احيانا و عينيا في احيان اخرى كما في الكفالة فاذا كانت الكفالة شخصية وصف التزام الكفيل بانه شخصي (و الكفيل الشخصي هو من يضمن دين غيره بذمته المالية كلها) و اذا كانت الكفالة عينية وصف التزام الكفيل بانه عيني (و الكفيل العيني هو من يضمن دين غيره بجزء بذمته المالية) .

و تبدو اهمية التمييز بين الالتزامين :

من حيث ان الدائن في الالتزام الشخصي ينفذ على جميع اموال مدينه الا ما استثني منها بنص خاص اما لو كان الالتزام العيني فالدائن ينفذ على مال معين و ليس على كل اموال المدين و يوصف الدائن هنا بانه صاحب ضمان خاص و ليس ضمان عام .

خامسا : الالتزام الفوري و الالتزام المستمر :

الالتزام الفوري (الالتزام المتتابع) :

هو ذلك الالتزام الذي لا يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا اي ينفذ بعمل واحد و لا يحتاج الى اعمال متتابعة متتالية كالنزام البائع تسليم المبيع و يوصف العقد الذي ينشئ هذا الالتزام بالعقد الفوري .

اما الالتزام المستمر (الالتزام المتتابع) :

هو ذلك الالتزام الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه اي لا ينفذ بعمل واحد و انما يحتاج تنفيذه الى اعمال متتابعة متتالية اي يكون تنفيذه حالة مستمرة مع الزمن و يوصف العقد الذي يولد هذا الالتزام بانه عقد مستمر التنفيذ .

و اهمية التمييز بين الالتزامين ستبدو واضحة عند دراسة العقد الفوري و العقد المستمر .

سادسا : الالتزام الاصلي و التبعي :

الالتزام الاصلي :

هو ذلك الالتزام الذي ينشأ لذاته اي مستقلا و لا يكون مستندا في نشوئه لالتزام سابق له كالنزام البائع بنقل الملكية في عقد البيع .

اما الالتزام التبعي :

هو ذلك الالتزام الذي ينشأ و مستندا في نشوئه لالتزام سابق له كالنزام الكفيل و الالتزام بالشرط الجزائي و يكون الالتزام تبعا في حالتين :

الاولى :

اذا نشأ الالتزام كنتيجة قانونية لالتزام سابق كالالتزام بالتعويض .

الثانية :

اذا نشأ الالتزام مجرد ضمانه لتنفيذ التزام سابق له كالنزام الكفيل و الالتزام بالشرط الجزائي .

و اهمية التمييز بين الالتزامين تبدو :

بان التبعي يدور مع الاصلي وجودا و عدما صحتا و بطلانا .

فاذا وجد الاصيلي وجد التبعي واذا انعدم الاصيلي انعدم التبعي و اذا صح الاصيلي صح التبعي و اذا بطل الاصيلي بطل التبعي و لكن العكس غير صحيح اي اذا بطل التبعي فلا يؤثر على صحة الاصيلي كما لو ورد في عقد الرهن شرطا جزائيا يقضي بتملك الدائن المرتهن المرهون عند عدم تسديد المدين الراهن للدين عند حلول الاجل فيعد الشرط باطلا و يلغى وحده و يبقى عقد الرهن صحيحا و يسمى بشرط اللغو و قد اشارة الى ذلك المادة (١٣٠١) مدني عراقي و يعبر عن ذلك بغلق الرهن .

مصادر الالتزام :

مصدر الالتزام هو السبب القانوني الذي انشأ الالتزام و هو في حقيقته اما تصرف قانوني او واقعة قانونية .

فالتصرف القانوني :

ارادة او اكثر متجهة الى احداث اثر قانوني و هو نشوء الالتزام و يدخل ضمن هذا التعريف العقد و الارادة المنفردة التي توصف بانها مصادر ارادية تنشأ التزامات ارادية لان الارادة فيهما متجهة الى ان تلتزم .

اما الواقعة القانونية فهي كل واقعة تقع بفعل الطبيعة و الانسان و يترتب القانون على وقوعها اثرا قانونيا هو نشوء الالتزام و يدخل ضمن هذا التعريف العمل غير المشروع (الفعل الضار) و العمل النافع (الكسب دون سبب) و القانون .

مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي

تناول القانون المدني العراقي مصادر الالتزام الخمس في المواد (٧٣ - ٢٤٥) فبدأ بالمصادر الارادية و هي (العقد + الارادة المنفردة) ثم المصادر غير الارادية (العمل غير المشروع - الكسب دون سبب - القانون) و لدراسة هذه المصادر سنبدأ بالمصادر الارادية :

اولا : المصادر الارادية :

١ - العقد . ٢ - الارادة المنفردة .

١ - العقد :

تعريف العقد عموما :

تطابق او توافق او تلاقي ارادتين او اكثر على انشاء الالتزام او نقله او تعديله او انهائه .

اما تعريفه كمصدر مباشر للالتزام فقد عرفته المادة (٧٣) مدني عراقي على انه : (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) .

و من خلال هذا التعريف يتبين الاتي :

أ - ان العقد هو ارادتان لا ارادة واحدة لان الارادة الواحدة لا يمكن ان تكون عقد و لعل هذا هو المعيار الدقيق للتمييز بين العقد و الارادة المنفردة رغم كونهما مصادر ارادية .

ب - ان العقد ارادتان او اكثر متجهة الى احداث اثر قانوني اي ارادتين جادتين و الا لا نكون امام عقد بل نكون امام اتفاق و لذلك لا تعدد اتفاقات مجاملة عقودا معنا ذلك ان (كل عقد هو اتفاق و لكن ليس كل اتفاق عقد) .

ج - ان المشرع العراقي في تعريفه للعقد تأثر بالنزعة الموضوعية السائدة في الفقه الاسلامي اكثر من النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني فهو تضمن عبارة (على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)

اي انه اراد ان يبرز معنى تغير المحل من حال الى حال اي يكون المحل قبل العقد في وضع و بعد العقد في وضع غيره .

تحديد منطقة العقد :

سؤال : لا نكون امام عقد بالمعنى الفنى الدقيق لهذه الكلمة مالم يكن التطابق بين الارادتين في نطاق القانون الخاص اولا و في دائرة المعاملات ثانيا ؟

الجواب :

فالمعاهدة اتفاق بين دولتين و تولي الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة و الموظف و لكنها لا تعد عقودا لأنها في نطاق القانون العام :

الدولي او الاداري و ينبغي ان يكون الاتفاق في نطاق المعاملات المالية اي تنظيم المسائل المالية بين الافراد و الا خرجت من نطاق العقود اذن ينبغي ان يكون تطابق الارادتين في نطاق القانون الخاص و في دائرة المعاملات المالية .

انواع العقود

ثانيا : من حيث الاثر :
العقد الملزم للجانبين و العقد
الملزم للجانب الواحد

اولا : من حيث الانعقاد (التكوين):
العقد الرضائي - العقد الشكلي -
العقد العيني

رابعا : من حيث اهمية الزمن
في تنفيذها
العقد الفوري و العقد المستمر

ثالثا : من حيث العوض او المقابل
عقود المعاوضة و عقود التبرع

سادسا : من حيث تنظيم المشرع
لها
العقد المسمى و غير المسمى

خامسا : من حيث توفر عنصر
الاحتمال
العقد المحدد و العقد الاحتمالي

انواع العقود

من حيث الانعقاد

العقد العيني

اركانه

التراضي - المحل - السبب
- القبض (التسليم)

العقد الشكلي

اركانه

التراضي - المحل -
السبب - الشكلية

العقد الرضائي

اركانه :

التراضي - المحل - السبب

سؤال : عدد انواع العقود و اشرح واحدة منها ؟

الجواب :

تنقسم العقود بحسب الزاوية التي ننظر من خلالها للعقد الى عدة اقسام :

اولا : انواع العقود من حيث الانعقاد (التكوين) :

العقد الرضائي - العقد الشكلي - العقد العيني

العقد الرضائي :

عقد يكفي لانعقاده مجرد التراضي بين اطرافه دون حاجة لاستيفاء شكلية معينة كعقد الايجار و عقد بيع المنقول و اركانه ثلاث هي :

التراضي - المحل - السبب .

و اذا تخلف اي منهما فان العقد يكون باطلا و الاصل في العقود الرضائية .

العقد الشكلي :

عقد لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي بل لابد من استيفاء الشكلية التي نص عليها القانون او الاتفاق و في الغالب تكون الشكلية تسجل العقد لدى جهة رسمية كعقد بيع العقار و عقد رهن العقار تامينيا او حيازيا .

و اركان العقد الشكلي هي :

التراضي - المحل - السبب - الشكلية

و اذا تخلف اي منها يكون العقد باطلا .

العقد العيني :

هو ذلك العقد الذي لا يكفي مجرد التراضي لانعقاده بل لابد من القبض و التسليم للمعقود عليه و اركانه هي :

التراضي - المحل - السبب - القبض (التسليم)

كعقد الرهن الحيازي و هبة المنقول و عقد القرض و قد يكون العقد شكليا و عينيا في ان واحد كعقد رهن العقار حيازيا فهو يحتاج للقبض التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري .

اهمية التمييز :

كون العقد رضائي او شكلي او عيني ضروري لمعرفة متى يكون العقد صحيحا و متى يكون باطلا . فهو صحيح اذا توفرت اركانه و باطلا اذا اختلفت اركانه .

ثانيا : انواع العقود من حيث الاثر :

١ - العقد الملزم للجانبين .

٢ - العقد الملزم للجانب الواحد .

١ - العقد الملزم للجانبين (التبادلي) (عقد المساومة) :

هو ذلك العقد الذي يرتب و منذ انعقاده التزامات متقابلة في ذمة اطرافه فيكون كل منهما دائنا و مدينا في ان واحد كعقد البيع و عقد الايجار و عقد الرهن الحيازي .

٢ - العقد الملزم للجانب الواحد : هو ذلك العقد الذي يرتب و منذ انعقاده التزامات في ذمة احد عاقديه دون الاخر فيكون احدهما دائنا و ليس مدينا و الاخر مدينا و ليس دائنا كعقد الوديعة و عقد الرهن التأميني .

أهمية التمييز :

تبدو اهمية التمييز بين العقدين في النواحي التالية :

- ١ - وجود فكرة الارتباط و التقابل في العقد الملزم للجانبين و لا وجود لها في العقد الملزم للجانب الواحد فالتزامات كل طرف تقابل الطرف الاخر فالبائع مثلا يلتزم بنقل الملكية لان المشتري ملتزم بدفع الثمن .
- ٢ - وجود قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة للجانب الواحد فاذا امتنع احد الطرفين عن تنفيذ التزاماته جاز للأخر ان يمتنع هو ايضا عن التنفيذ و يطالب بفسخ العقد .
- ٣ - من حيث اثر الاستحالة اذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فينفسخ العقد بقوة القانون و المدين هو الذي يتحمل تبعه الاستحالة اما العقد الملزم للجانب الواحد فالدائن هو الذي يتحمل تبعه الاستحالة و ليس المدين .

ثالثا : انواع العقود من حيث العوض او المقابل

عقود المعاوضة و عقود التبرع :

عقود المعاوضة :

هو ذلك العقد الذي يعطي فيه المتعاقد مقابلا لما يأخذ او يأخذ مقابلا لما يعطي كما في عقد البيع .

اما عقد التبرع :

هو ذلك العقد الذي لا يعطي فيه المتعاقد مقابلا لما يأخذ او لا يأخذ مقابلا لما يعطي كالهبة و عقود التفضل (الاعارة - الوديعة الوكالة بدون اجر) .

اهمية التمييز :

تبدو اهمية التمييز بينهما ما يلي :

- ١ - مسؤولية و ضمان المعاوض اشد من مسؤولية و ضمان المتبرع .
- ٢ - الغلط في الشخصية يؤثر في عقود التبرع و لا يؤثر في عقود المعاوضة الا اذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار .

٣ - من حيث الاهلية رغم ان كلا العقدين نحتاج فيهما للأهلية الكاملة الا ان التشدد اكثر في عقود التبرع والدليل على ذلك معاوضة ناقص الاهلية موقوفة على اجازة الولي بينما تبرع ناقص الاهلية باطلا .

٤ - من حيث دعوى عدم النفاذ (الدعوى البوليضية) .
اذا اراد الدائن ان يطعن بعقد صادر من مدينة و كان العقد معاوضة فعلية اثبات غش المدين و تواطى من تعاقد معه بينما لو كان العقد تبرعا فلا حاجة لإثبات الغش والتواطؤ .

رابعاً : انواع العقود من حيث اهمية الزمن في تنفيذها :

العقد الفوري و العقد المستمر :

العقد الفوري : هو ذلك العقد الذي ينفذ بمجرد انعقاده اي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه كالبيع .

العقد المستمر :

كون تنفيذه حالة مستمرة مع الزمن كالإيجار .

العقد الدوري : و هو عقد ينفذ على شكل فقرات دورية منتظمة كالسوريد .

و للتمييز بين العقد الفوري و المستمر اهمية تبدو في

النواحي التالية :

١ - من حيث الاعذار :

اذ يكون ضرورياً في العقد الفوري دون المستمر .

٢ - من حيث اثر الفسخ :

اذا فسخ العقد الفوري فيكون له اثر رجعي و هو اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد .

اما لو كان العقد مستمراً و فسخ فلا يمكن اعادة الحال الى ما كان عليه لان ما مضى من الزمن لا يمكن ان يعود اذن للفسخ في العقد المستمر اثر فوري و مباشر و ليس له اثر رجعي .

٣ - من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

توصف العقود المستمرة بانها النطاق الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة ففيها يوجد فاصل زمني بين الانعقاد و التنفيذ و خلال هذا الفاصل يستجد ظرف الطارئ . بينما لا وجود لفكرة الظرف الطارئ في العقود الفورية الا اذا كان تنفيذه مؤجلاً .

خامسا : انواع العقود من حيث توفر عنصر الاحتمال :

العقد المحدد و العقد الاحتمالي :

العقد المحدد :

هو ذلك العقد الذي يستطيع فيه المتعاقد ان يحدد لحظة التعاقد مقدار ما اعطى و مقدار ما اخذ اي يستطيع تحديد مركزه المالي هل هو ربح ام خسر كالبيع .

العقد الاحتمالي :

هو ذلك العقد الذي لا يستطيع فيه المتعاقد ان يحدد لحظة التعاقد مقدار ما اعطى و لا مقدار ما اخذ و اذا استطاع ان يحدد مقدار ما اعطى فلا يستطيع ان يحدد مقدار ما سيأخذه و مثال ذلك عقد التامين و عقد البيع بثمن على شكل ايراد مرتب .

أهمية التمييز بين العقدين :

تبدو للتمييز بين العقدين اهمية في النواحي التالية :

١ - من حيث توفر عنصر الاحتمال :

عنصر الاحتمال ركنا في العقد الاحتمالي فاذا تخلف كان العقد باطلا بينما لا يعد كذلك في العقد المحدد ففي عقد التامين ينبغي ان يكون الخطر احتماليا فاذا كان نادرا او اكيد الوقوع فلا يجوز التامين ضده .

٢ - العقد الاحتمالي : لا يتأثر بالغبن خلافا للعقد المحدد .

٣ - لا ينظر المشرع عادة بارتياح للعقد الاحتمالي لذلك نجد ان المادة

(٩٧٥) مدني نصت : (يقع باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان) .

سادسا : انواع العقود من حيث تنظيم المشرع لها :

العقد المسمى و غير المسمى :

العقد المسمى :

هو ذلك العقد الذي نظمه المشرع بنصوص قانونية خاصة به و تطبق على المنازعات التي تنشأ بين اطرافه و العقود المسماة و اردته في القانون المدني على طوائف خمس :

الطائفة الاولى :

العقود الواردة على الملكية (الناقلة للملكية) او التملكيات و هي :

البيع - المقايضة - الهبة - الدخل الدائم - الصلح .

الطائفة الثانية :

العقود الواردة على الانتفاع بالشيء و مثالها الايجار - العارية .

الطائفة الثالثة :

العقود الواردة على العمل و مثالها المقاولة - الوديعة - العمل .

الطائفة الرابعة : العقود الاحتمالية و مثالها عقد التأمين .

الطائفة الخامسة :

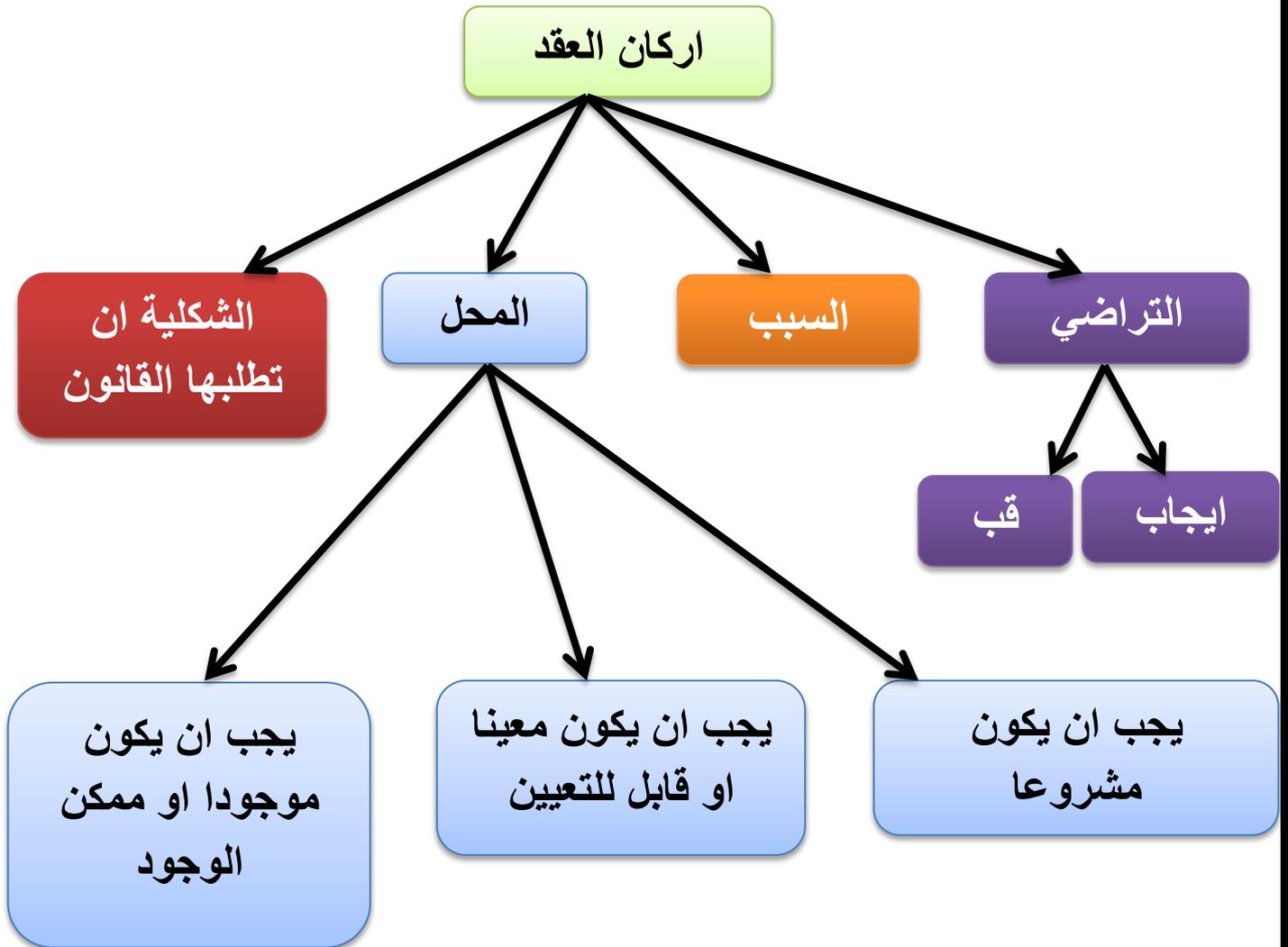
عقود الضمان (التوثيقات) و مثالها الكفالة و الحوالة .

العقد غير المسمى :

هو ذلك العقد الذي لم ينظمه المشرع بنصوص خاصة اما لقلته اهميتها او كونها مزيجا من عدة عقود و مثالها عقد الفندقية و عقد العلاج الطبي .

اهمية التمييز :

اذا كان العقد مسمى فتطبق بسدده النصوص القانونية الواردة بشأنه و اذا كان العقد غير مسمى فيبقى خاضعا للقواعد العامة في نظرية الالتزام .



اركان العقد ثلاثة هي :

١ - التراضي . ٢ - المحل . ٣ - السبب .

و هي اركان للعقد الرضائي اما لو كان العقد شكليا فأركانه هي :

التراضي - المحل - السبب - الشكلية .

اما اذا كان العقد عينيا فأركانه هي :

التراضي - المحل - السبب - القبض (التسليم) .

و لان الاصل في العقود الرضائية سنشير الى اركان العقد

الرضائي وهي :

١ - التراضي :

يقصد بالتراضي التطابق بين ارادتين او اكثر على ابرام عقد و لبحث التراضي لابد من الاشارة الى فقرتين :

اولا : وجود التراضي :

لما كانت الارادة هي اساس ركن التراضي فلا بد من وجودها اولا و التعبير عنها .

لا تراضي الا بوجود الارادة فاذا انعدمت الارادة انعدم التراضي و انعدام الارادة اما بسبب السن كما هو الحال بالنسبة لعديم التمييز (من لم يتم السابعة من العمر) او من في حكمه كالمجنون جنون مطبق .

و قد يكون السبب هو فقدان الوعي بالسكر او المرض او خضوع الانسان تحت تأثير التنويم المغناطيسي فوجود الارادة الجادة اي المتجهة لإحداث اثر قانوني لابد منه لانعقاد العقد .

و لذلك لاتعد عقودا اعمال المجاملات و الاتفاقات التي تتم بين اعضاء الاسرة دون ان تنطوي معنى الالتزام و كذلك لا عبرة بإرادة الهازل و ارادة من يعلق التزامه على محض المشيئة و لا يعتد كذلك بالإرادة الصورية كونها ليست ارادة جدية .

ثانيا : صحة التراضي : ص (٤١) من هذه الملزمة .

سؤال : (٤) :

هل يكفي وجود الارادة لإبرام العقد ام الارادة يعبر عنها و ما هي طرق وجود

التعبير عن الارادة و ما المقصد بالإرادة الظاهرية و الباطنية ؟

الجواب :

التعبير عن الارادة :

الارادة مسألة كامنة في النفس لا يعتد و لا يتعامل معها القانون الا اذا اصبح لها مظهرا خارجيا محسوسا و التعبير عن الارادة التعاقدية له طريقتان :

١ - التعبير الصريح (التعبير صراحة) .

٢ - التعبير الضمني (التعبير دلالة) .

فالتعبير الصريح :

هو الافصاح عن الارادة بطريق واضح مباشر لا لبس فيه و لا غموض و يكون بالأساليب التالية :

أ - اللفظ (المشافهة اللسان) :

و هو التعبير عن الارادة قولاً (لفظاً) و يكاد يكون اكثر اساليب التعبير شيوعاً و ينبغي ان يكون بصيغة قاطعة على اتجاه الارادة لإحداث اثر قانوني و افضل صيغ التعبير هي صيغة الفعل الماضي و هذا ما اشارة اليه المادة (٧٧) مدني عراقي .

ب - الكتابة و هو التعبير عن الارادة كتابة و يعد هذا الاسلوب تالياً للفظ فكثير من العقود اليوم تبرم عن طريق الكتابة كما هو الحال في التعاقد عن طريق المراسلة .

ج - الاشارة الشائعة الاستعمال و لو اتت من غير الاخرس قد تاتي من شخص يتكلم و لكونها شائعة الاستعمال تعد وسيلة فعالة للتعبير عن الارادة فهز الراس عمودياً دليل الموافقة و هزه افقياً دليل الرفض .

د - اي موقف او مسلك يتخذه الشخص و لا يفسر الا انه تعبير صريح عن الارادة فوقوف سائق التاكسي في مناطق معينة انما هو يعبر عن ارادته في التعاقد لنقل شخص ما .

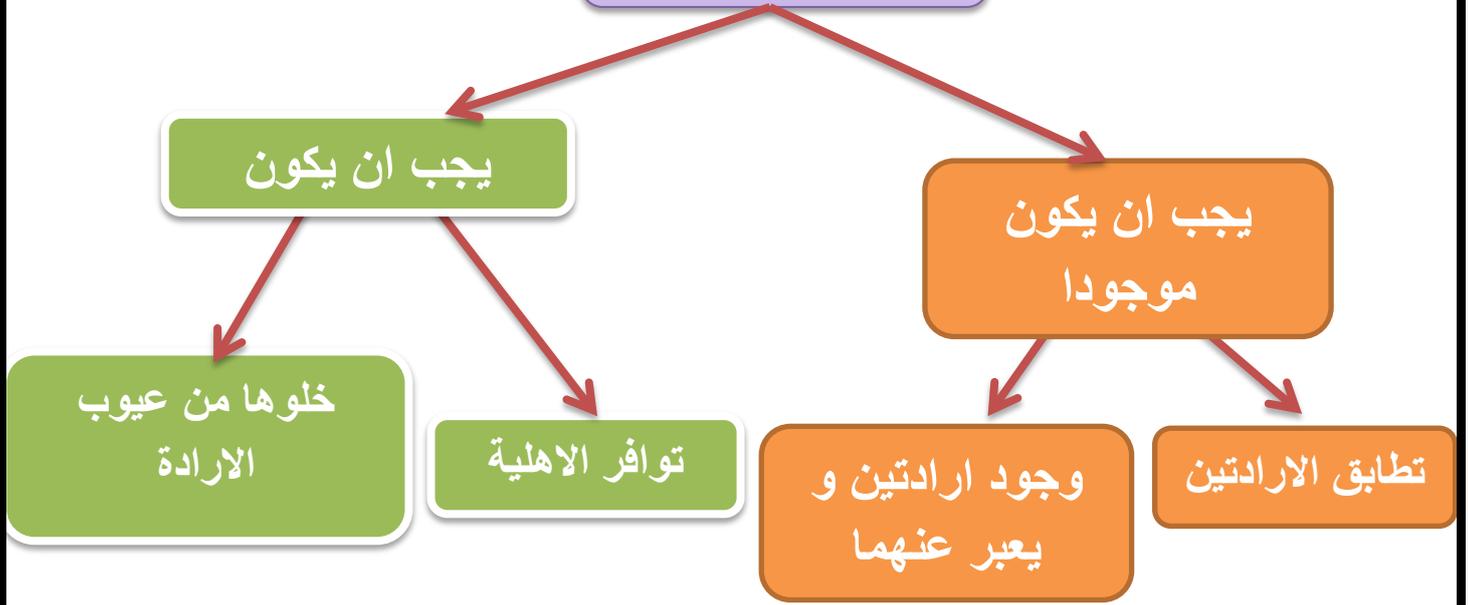
التعبير الضمني (دلالة) :

و هو التعبير عن الارادة بطريق غير مباشر يستنتج من خلال ظروف التعاقد فلو بقي المستأجر في المأجور رغم انتهاء مدة الايجار و لم يعترض على ذلك المؤجر فهذا يفسر ضمناً انهما اراد تجديد العقد و يكون في التجديد الضمني الايجاب و القبول ضمناً و الاصل في التعبير ان يكون صريحاً لأنه واضحاً لا لبس فيه و لا غموض لذا نجد ان المشرع استلزم احيانا التعبير الصريح و فضله على التعبير الضمني فما اشترطه الشكلية لبعض العقود ما هو الا دليلاً بانه اراد ان يعبر المتعاقدان عن ارادتهما تعبيراً صريحاً .

و قد اشارت المادة (١٥٧) مدني الى :

(لا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح) اي ان الاصل في التعبير صراحة و لا يؤخذ بالتعبير دلالة الا اذا كان قد انتج اثره لأنه حكم التصريح بعد الدلالة يهمل .

ركن الرضا



الارادة الظاهرة والارادة الباطنة

الاصل ان يكون المظهر الخارجي للإرادة مطابقا لما هو كامن في النفس اما اذا لم تتطابق الارادتين فباي منهما نعتد ؟

ظهرت على سعيد الفقه نظريتان :

الاولى : نظرية الارادة الظاهرة :

لا تعدد بالإرادة الا بمظهرها الخارجي لضمان استقرار التعامل و لا يسمح لاحد الادعاء بان الارادة الكامنة تخالف الارادة الظاهرة .

الثانية : نظرية الارادة الباطنة :

يكون الاعتراف بالإرادة الكامنة و ليس الظاهرة و لما كانت الارادة الباطنة شيء كامن في النفس فيعد التعبير عنها بانه دليل على الارادة الباطنة و لكنه دليل يقبل اثبات العكس .

موقف القانون المدني العراقي :

ان القانون المدني اخذ بالنظريتين معا فهو تارة يأخذ بالإرادة الباطنة و في اخرى يأخذ بالظاهر و هذا ما سنلاحظه عند البحث في عيوب الرضا و تفسير العقد .

متى ينتج التعبير عن الإرادة اثره ؟

ان هذا التساؤل تتضاءل اهميته عندما يكون التعاقد بين حاضرين اذ ينتج التعبير عن الارادة اثره (ايجابا ام قبولا) من لحظة التطابق بينهما و قبل انفضاض مجلس العقد .

اما لو كان التعاقد بين غائبين فيوجد فاصل زمني بين صدور الايجاب و علم من وجه اليه به او صدور القبول و علم الموجب به فيبدو ان قيمة السؤال اعلاه تظهر بشكل واضح في التعاقد بين غائبين . و على صعيد التشريع نجد ان القانون المدني المصري اشار و في المادة (٩١) منه (ينتج التعبير عن الارادة اثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه و يعتبر وصول التعبير على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك) .

اما القانون المدني العراقي فان المادة (٨٧) نصت على :

١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذان فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك .

٢ - و يكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول في المكان و الزمان اللذين وصل اليه فيهما . و من خلال ما تقدم تبدو الاجابة على السؤال المتقدم من خلال القاعدة التالية :

ان التعبير عن الارادة (ايجابا كان ام قبولا) ينتج اثره من اللحظة التي يصل فيهما الى علم من وجه اليه و يعد و صول التعبير قرينة على العلم به ما لم يثبت العكس .

و هي قرينة قابلة لإثبات العكس فمن وجه اليه التعبير فمن وجه اليه التعبير يستطيع اثبات عدم العلم به كأن يكون غائبا او مريضا راقدا في مستشفى او كان احد افراد أسرته الذي تسلم الخطاب لم يسلمه اليه .

سؤال : ما هو حكم الارادة من حيث بقاءها و انقضاءها بعد موت صاحبها ؟

الجواب :

اثر الموت او فقد الاهلية في قيام التعبير عن الارادة :

اشارة المادة (٩٢) مدني مصري :

(اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة او فقدت اهليته قبل ان ينتج التعبير اثره فان ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير او من طبيعة التعامل) .

و بموجب النص اعلاه ان من صدر منه ايجابا او قبولا ثم مات او فقد اهليته فان ذلك لا يؤثر على ايجابه او قبوله مادام قد اتصل بعلم من وجه اليه اي ينعقد العقد الا اذا تبين ان شخصية من مات محل اعتبار فلا ينعقد العقد .

اما بموجب القانون المدني العراقي فلا يوجد نص مباشر كما هو الحال في القانون المصري و يمكن اللجوء للقواعد العامة التي تقضي بسقوط عن الارادة بموت صاحبه او فقد اهليته مادام لم يتصل بعلم من وجه اليه اما اذا اتصل بعلم من وجه اليه فان ذلك لا يمنع من انعقاد العقد .

تطابق الارادتين

ان جوهر العقد تطابق ارادتين اي اقتران الايجاب بالقبول المطابق له و بدون ذلك لا نكون اما عقد و لدراسة تطابق الارادتين لابد من الاشارة الى :

الايجاب - القبول - اقتران الايجاب بالقبول .

اولا : الايجاب :

هو التعبير البات عن ارادة الطرف الاول يتجه به للطرف الثاني للتعاقد معه وفق اسس و شروط معينة و يبدو من خلال هذا التعريف ما يلي :

١ - ان الايجاب هو تعبير بات (نهائي لا رجعة فيه) .

٢ - ان الايجاب هو الارادة الاولى في العقد لأنها هي من تتحرك اولاً .

٣ - ان هناك اختلاف بين اطراف العقد و اشخاصه فاطراف العقد هم من ابرم العقد فكان احدهما مصدر للايجاب و الاخر مصدر للقبول اي هما من وقعا العقد و هم اول من ينصرف اليهما اثر العقد .

اما اشخاص العقد فهم من ينصرف اليهم اثره دون ان يكونوا طرفا فيه كأفراد اسرة المستأجر و المنتفع من اشتراط لمصلحته .

٤ - ان للايجاب شروط لابد منها و هي :

أ - توفر كافة شروط التعبير عن الارادة .

ب - ان يتضمن الايجاب كافة المسائل الجوهرية للعقد و الا لا يكون ايجابا بل قد يكون دعوة للتعاقد فلو كان العقد المراد ابرامه بيعا يجب ان يتضمن الايجاب المبيع و الثمن .

اما المسائل التفصيلية كمكان التسليم و نفقاته و كيفية دفع الثمن فليس بالضرورة ان يتضمنها الايجاب .

المراحل التي يمر بها الايجاب

قبل ان يصبح الايجاب باتا قد يمر بعدة مراحل :

الاولى : مرحلة المفاوضات :

و هي مرحلة تبدأ عندما يقترح احد الطرفين على الاخر التعاقد فيدخل في المفاوضات قد تطول او تقصر حسب موضوع العقد و لا يوجد هذه المرحلة ايجاب و لا قبول لذلك يجوز لأي من الطرفين قطع المفاوضات متى ما شاء و لا يسأل عن ذلك الا اذا كان العدول مفاجئا دون انذار و سبب للمتفاوض الاخر ضرر فيسأل من قطع المفاوضات مسؤولية تقصيرية لعدم وجود عقد. ففي هذه المرحلة لا يوجد عقد لعدم وجود ايجاب و لا قبول .

سؤال : متى يكون الايجاب ملزما ؟

الجواب :

يكون الايجاب ملزما عند اقترانه بمدة معينة (مثلا يقول زيد لعمر ابيك قلبي بمبلغ الف دينار و هذا الايجاب (العرض) باقي لخمس ايام فهنا لا يمكن لزيد ان يرجع عن ايجابه خلال الايام الخمسة التي حددها .

الثانية : مرحلة الايجاب المعلق :

و هي مرحلة يتجاوز فيها الطرفان مرحلة المفاوضات و لكن يكون الايجاب مصحوبا بتحفظات صريحة او ضمنية و مثاله ان يعرض شخص بيع بضاعته و يعلن ان الكمية محدودة تبعا لأسعار السوق .

ففي هذه المرحلة قد يوجد عقد اذا لم يستخدم التحفظ و قد لا يوجد العقد اذا استخدم التحفظ .

الثالث : مرحلة الايجاب البات :

و هي مرحلة يكون فيها المتعاقدان قد تجاوزا مرحلة المفاوضات و لم يكن الايجاب معلقا اي جاهزا لينعقد به العقد و هذه المرحلة يكون فيها انعقاد العقد امرا مؤكدا .

الايجاب في عقود المزاد :

في الوقت الحاضر كثيرة هي العقود التي تبرم عن طريق المزادات او المناقصات سواء كانت اختيارية ام جبرية .

و قد وضعت المادة (٨٩) مدني عراقي القاعدة العامة في عقود المزاد فنصت :

(لا يتم العقد في المزادات الا برسو المزايدة و يسقط العطاء بعطاء ازيد و لو وقع باطلا او بإقفال المزايدة دون ان يرسوا على احد هذا مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في القوانين الاخرى) .

و من خلال هذا النص نستنتج ما يلي :

١ - ان مجرد الاعلان عن المزايدة هو دعوة للتعاقد اي لا هو ايجاب و لا هو قبول .

٢ - ان الايجاب هو العطاء الذي يتقدم به المزايد و يسقط في حالتين :

أ - اذا اتى عطاء ازيد و ان وقع باطلا .

ب - اذا اقلقت المزايدة دون ان ترسو على احد .

٣ - ان القبول هو رسو المزايدة مع الملاحظة ان بعض المزايدات تحتاج اضافة لرسو المزايدة التصديق عليها من قبل الوزير المختص و الجهة العليا بالنسبة للدوائر غير المرتبطة بوزارة .

٤ - ان العبارة الاخير من المادة توجب مراعاة الاحكام الواردة في القوانين الاخرى كمراعاة الشكلية اذا كان العقد المراد ابرامه شكليا كبيع العقار عن طريق المزايدة فيجب تسجيل قرار رسو المزايدة لدى دائرة التسجيل العقاري .

القوة الملزمة للإيجاب :

الايجاب القائم اما ملزم او غير ملزم :

فالإيجاب الملزم :

هو ذلك الايجاب الذي يحدد فيه الموجب ميعادا للقبول و اشارت اليه المادة (٨٤) مدني عراقي: (اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد) .

سؤال : متى يسقط الايجاب ؟

الجواب :

و يسقط الايجاب الملزم في حالتين :

أ - اذا رفضه من وجه اليه .

ب - اذا انقضت المدة التي حددها الموجب دون ان يأتي قبول مطابق اي ان اي قبول يأتي بعد الميعاد او معدلا للإيجاب لا يعد قبولاً و انما يعد ايجاباً جديداً .

الايجاب غير الملزم :

هو ذلك الايجاب الذي لا يحدد فيه الموجب ميعاد للقبول و يسقط في حالات ثلاث :

أ - اذا عدل عنه بالموجب قبل انفضاض المجلس .

ب - اذا صدر من احد المتعاقدين قولاً او فعلاً يدل على الاعراض عنه .

ج - اذا انفض المجلس دون ان يقترن الايجاب بالقبول .

ثانيا : القبول :

هو التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب فهو بهذا المعنى يعد الارادة الثانية في العقد لان الايجاب هو الارادة الاولى اي من تتحرك اولاً .

شروط القبول :

- ١ - توفر كافة شروط التعبير عن الارادة .
- ٢ - يجب ان يصدر القبول و الايجاب لا يزال قائما .
- ٣ - يجب ان يطابق القبول للإيجاب مطابقة تامة .

حرية القبول (خيار القبول) :

اذا وجه الايجاب فان من وجه اليه حرا ان شاء قبل و ان شاء رفض و يسمى ذلك حرية خيار القبول و لكن هذا الخيار مقيد بان لا يكون من رفض متعسفا في استعمال رخصة الرفض خاصة اذا كان هو الذي دعي للتعاقد و اذا كان الرفض تعسفيا فقد يتعرض للجزاء و هو اما ان يحكم عليه بتعويض الاخر على اساس المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقدا او يلجا القاضي الى حد اعتبار العقد قائما جزاء للرفض التعسفي .

حالات خاصة للقبول

توجد للقبول حالتان خاصتان :

الاولى : هي حالة السكوت الملابس .

الثانية : القبول في عقود الازعان .

اولا : السكوت الملابس :

السكوت عموما موقف سلبي محض لا يصلح ان يكون وسيلة للتعبير عن الارادة لان الساكت ساكتا و لا ينسب الي ساكت قول و قد تضمنت هذا المعنى المادة (١٨ / ١) مدني عراقي خاصة اذا كان التعبير ايجابا فلا يمكن تصور الايجاب عن طريق السكوت .

اما القبول فيمكن ان يكون السكوت قبولا اذا لابسته ظروفها يفسر معها قبولا و يسمى السكوت بالسكوت الملابس و قد اشارت المادة (٨١ / ٢) الى حالات السكوت الملابس و هي :

- ١ - اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه .
- ٢ - اذا كان هناك تعامل سابق بين طرفين و اتصل الايجاب هذا التعامل.
- ٣ - اذا قضت بذلك الاعراف و العادات التجارية .

ثانيا : القبول في عقود الازعان :

عقد الازعان : هو ذلك العقد الذي يسلم او يخضع فيه القابل لشروط يضعها الموجب و لا يقبل فيها اي مناقشة كونها تتعلق بسلعة او مرفق ضروري لا يمكن الاستغناء عن خدماته و مثالها: عقود النقل ، التامين ، تجهيز الماء و الكهرباء و الخدمة الهاتفية .

خصائص عقود الازعان :

- ١ - الموجب في مركز اقتصادي قوي يسمح له من فرض شروطه .
- ٢ - العقد يتعلق بسلعة ضرورية او مرفق لا يمكن الاستغناء عنه .
- ٣ - الايجاب يوجه للكافة و بشروط واحدة لا يقبل الموجب مناقشتها و اكثرها لمصلحة الموجب فهي اما ان تخفف من مسؤوليته او تشدد من مسؤولية المتعاقد الاخر .

طبيعة عقود الازعان :

انقسم الفقه القانوني الى اتجاهين بصدد طبيعة عقود الازعان :

الاتجاه الاول :

يمثله فقهاء القانون العام (الدستوري - الاداري) و ذهبوا الى عدم اعتبار عقد الازعان عقودا حقيقية لان القبول فيها هو اذعان و رضوخ .

الاتجاه الثاني :

يمثله فقهاء القانون الخاص (المدني - التجاري) و ذهبوا الى ان عقود الازعان عقود حقيقية فيها ايجاب و فيها قبول و اذا كان احد اطرافها ضعيف اقتصاديا فهذه ظاهرة قانونية عادية يترك للمشرع او القاضي معالجتها .

و بهذا الراي اخذ المشرع العراقي الذي اعتبرها كسائر العقود الاخرى و هذا ما يمكن ملاحظته من خلال ما يأتي :

- ١ - ان القانون المدني نظم الكثير من عقود الازعان ضمن طائفة العقود المسماة كعقد النقل و التامين .

٢ - ان المادة (١٦٧) مدني اشارة الى القواعد الخاصة بعقود الاذعان و لا تطبيق على العقود .

الآخري هي :

- أ - للقاضي ان يعدل او يعفي الطرف المدعن من الشروط التعسفية .
- ب - يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحديد متى يعتبر الشرط تعسفيا .
- ج - اي اتفاق يحرم القاضي من تلك السلطة او يعدل فيها يعتبر باطلا .
- د - ان الشك في عقود الاذعان يفسر لمصلحة الطرف المدعن بينما في العقود الآخري فان الشك يفسر لمصلحة المدين دائما .

اقتران الايجاب بالقبول

اقتران الايجاب بالقبول معناه تحديد اللحظة التي يتطابق فيها الايجاب مع القبول تطابقا تاما بحيث في تلك اللحظة يوجد عقد و تحديد لحظة انعقاد العقد يختلف بحسب ما اذا كان التعاقد بين حاضرين ام غائبين .

اولا : التعاقد بين حاضرين :

يقصد بالتعاقد بين حاضرين وجود مجلس عقد واحد يجمع الطرفين المتعاقدين سواء كان المجلس متحد حقيقة او حكما فالمجلس يتحد حقيقة اذا كان هناك مجلس واحد من حيث الزمان و المكان و يتحد المجلس حكما اذا كان هناك اتصال ذهني مباشر من حيث الزمان و ان اختلف المكان كما في التعاقد عن طريق التليفون .

ففي التعاقد بين حاضرين ينعقد العقد من لحظة تطابق الايجاب و القبول و قبل انفضاض مجلس العقد بحيث لو انفض المجلس دون ان يحصل اقتران بينهم لا ينعقد العقد و لكلا الطرفين في التعاقد بين حاضرين يثبت ما يعرف بخيار المجلس فالموجب يستطيع العدول عن ايجابه ما دام ايجابه غير ملزم و لم يقترن به القبول و القابل يستطيع العدول عن قبوله ما دام لم يقترن بالايجاب و قد اشارة الى ذلك المادة (٨٢) مدني عراقي اذ نصت (المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب الى اخر المجلس) .

ثانيا : التعاقد بين غائبين :

يقصد بالتعاقد بين غائبين عدم وجود مجلس عقد يجمع الطرفين المتعاقدين اي يوجد فاصل زمني بين صدور الايجاب و علم من وجه اليه به او صدور القبول و علم الموجب به كما في التعاقد عن طريق المراسلة . مثلا : يتعاقد زيد الساكن في بغداد مع وسام الساكن في الموصل

على شراء كمية من الورق و ارسل له رسالة عن طريق صديق له و ذهب الى البصرة و رجعت الرسالة بعد يوم كامل فمتى ينعقد العقد فهنا اين يكون مكان العقد بغداد ام الموصل و ما هو زمان العقد للإجابة على هذه الاسئلة حدد القانون اربعة نظريات و هي :

سؤال : هناك اربعة نظريات عددها و بين نظرية المشرع العراقي ؟

الجواب :

اولا : نظرية الاعلان عن القبول

بموجبها ان العقد ينعقد بمجرد اعلان القابل قبوله اي مجرد ان يصبح لقبوله مظهرا خارجيا حتى و ان لم يصل لعلم الموجب و هذه النظرية لا يمكن الاخذ بها لأنها تخالف القواعد العامة في التعبير عن الارادة التي تقضي بان التعبير ينتج اثره من لحظة وصوله الى علم من وجه اليه و ليس من لحظة اعلانه .

ثانيا : نظرية التصدير (تصدير القبول) :

بموجبها ينعقد العقد من لحظة وضع القابل قبوله في دائرة البريد و ان لم يصل الى علم الموجب و هذه النظرية كسابقتها لا يمكن الاخذ بها

لمخالفتها القواعد العامة في التعبير عن الموجب و هذه النظرية كسابقتها لا يمكن الاخذ بها لمخالفتها القواعد العامة في التعبير عن الارادة .

ثالثا : نظرية وصول القبول :

بموجبها ان العقد من لحظة وصول القبول الى المكان الذي يوجد فيه الموجب و هذه افضل من النظريات السابقة و لكن يجب ان تكمل بالنظرية الرابعة .

رابعا : نظرية العلم بالقبول :

بموجبها ينعقد العقد من لحظة علم الموجب بالقبول و يعد وصول القبول قرينة على العلم به مالم يثبت العكس اي يجوز للموجب اثبات انه لم يعلم بالقبول رغم وصوله الى محل اقامته و بذلك فان العقد في التعاقد بين غائبين ينعقد من اللحظة التي يصل فيها القبول الى علم الموجب و يعد الوصول قرينة على العلم مالم يثبت العكس .

أهمية تحديد زمان و مكان انعقاد العقد

زمان العقد :

لمعرفة زمان انعقاد العقد اهمية تبدو في النواحي الاتية :
١ - لمعرفة متى يبدأ العقد بترتيب اثره .

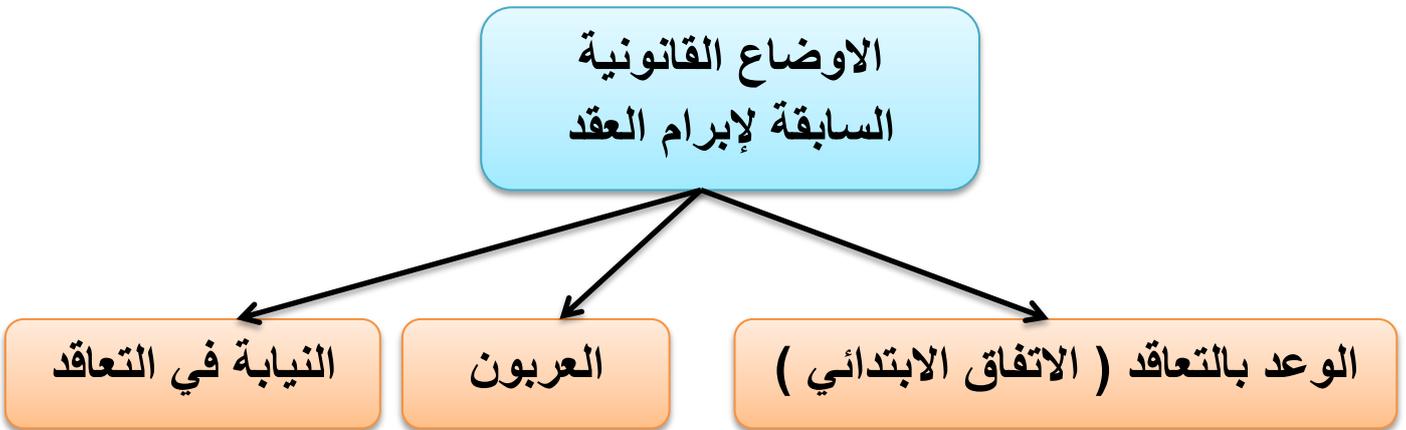
٢ - لمعرفة متى يستطيع الموجب ان يعدل عن ايجابه او القابل ان يعدل عن قبوله .
٣ - كافة التصرفات و العقود التي تبرم في فترة الشك و الريبة من قبل التاجر المفلس لا تكون نافذة في حق دائنة .

٤ - فيما يتعلق بالدعوى البوليصة (دعوى عدم النفاذ) كافة العقود التي تبرم من قبل المدين يجوز للدائن الطعن بعدم نفاذها في حقه و يشترط في حق الدائن ان يكون سابقا على التصرف الطعون فيه و ليس لاحقا له .

اهمية مكان انعقاد العقد :

القاعدة العامة في الاختصاص القضائي (الاختصاص المكاني) ان المحكمة المختصة بنظر الدعوى الناشئة عن العقود تختلف بحسب ما اذا كان موضوعها منقولاً ام عقاراً فدعوى الدين و المنقول تختص بالنظر فيها محكمة موطن المدعي او المدعى عليه او محكمة وجود المال او المحكمة التي ابرم العقد امامها اما الدعوى العقارية فالمحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها بغض النظر عن موطن المدعي او المدعى عليه .

الاضاع القانونية السابقة لإبرام العقد



الوعد بالتعاقد (المادة ٩١ مدني عراقي) :

تعريفه :

عقد يلزم به احد الطرفين او كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل اذا اعلن الموعد له عنه رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها .

انواعه :

الوعد الملزم للجانبين و الوعد الملزم للجانب الواحد :

الوعد بالتعاقد من حيث الاثر اما ان يكون ملزما للجانبين اي يترتب التزامات متقابلة في ذمة كلا طرفيه فيكون كل منهما واعد و موعدا له كالوعد المتبادل بالبيع و الشراء او ملزم للجانب الواحد و هو الواعد كالوعد بالبيع او الوعد بالشراء .

شروط الوعد بالتعاقد :

يشترط لصحة الوعد بالتعاقد ما يلي :

١ - توفر كافة الشروط و الاركان اللازمة لانعقاد العقد من تراضي و اهلية و محل ففيما يتعلق بالتراضي ينبغي وجود الارادة و التعبير عنها و صحة الارادة اي سلامتها من العيوب ، وكذلك الاهلية اذ يجب ان يكون كلا المتعاقدين كامل الاهلية وقت الوعد لان كل منهما واعد و موعودا له كان الوعد ملزم للجانبين اما اذا كان ملزم للجانب الواحد فيكفي فقط ان يكون الواعد كامل الاهلية اما الموعود له فيجب ان يكون كامل الاهلية وقت اعلان الرغبة لا وقت الوعد .

٢ - الاتفاق على كافة المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه فلو كان العقد الموعود بابرامه بيعا فيجب الاتفاق عند الوعد على المبيع و الثمن .

٣ - الاتفاق على المدة التي ينبغي على الموعود له ان يعلن عن رغبته خلالها و الا كان الوعد باطلا .

٤ - مراعاة الشكلية في عقد الوعد اذا كان العقد النهائي من العقود الشكلية حتى لا يكون الوعد بالتعاقد وسيلة للتحايل على احكام القانون فيما يتعلق بالشكلية .

سؤال : هل يمكن ان يوجد و عد متبادل بالتعاقد حيث يلتزم فيه الجانبان كان يلزم البائع بان يبيع و يلزم المشتري بالشراء منه ؟

الجواب :

نعم يوجد هناك و عد متبادل بالتعاقد حيث التزم فيه الجانبان اذا انعقد العقد انعقادا صحيحا يلتزم الواعد بان العقد الموعود به متى ما اظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال مدة او المدة المتفق عليها فاذا اعلن الموعود له رغبته في التعاقد وجب على الواعد ان يقوم بتنفيذ العقد النهائي الذي تم باعلان هذه الرغبة فاذا نازع الواعد في صحة هذا العقد او امتنع عن التنفيذ كان للموعود له ان يصدر حكما يقوم مقام العقد و اذا كان العقد الموعود به عقارا مثلا فانه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار الى الموعود له غير انه كان محل العقد به شيئا معيننا بالذات و تصرف فيه الواعد اخلا لا فيه بوعده فلا يبقى اما الموعود له في هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض و قد اورد القانون المدني العراقي نظرية عامة للوعد بالتعاقد حيث نص في المادة (٩١) على ان الاتفاق الذي ينعقد له بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد

ابرامه و المدة التي يجب ابرامه فيها فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق الذي تضمن الوعد بأبرام هذا العقد .

اثر الوعد بالتعاقد

ان اثار الوعد التعاقد باختلاف مرحلتين :

المرحلة الاولى : مرحلة ما قبل اعلان الرغبة او حلول الميعاد :

ففي هذه المرحلة لا رغبة اعلنت و لا المدة المتفق عليها قد حلت فيكون الوعد بالتعاقد في حالة ركود .

فالواعد يبقى مالكا للشيء رغم الوعد ولأنه مالك يستطيع التصرف بما يملك بما شاء من التصرفات و تعد صحيحة و نافذة حتى في حق الموعود له الذي لم يبق امامه اذا ما اراد ان يوفر لنفسه حماية افضل الطعن بتصرفات المدين عن طريق دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنة اما بالنسبة للموعود له تجاه الواعد في هذه المرحلة سوى مجرد حق شخصي هو ابداء الرغبة و اذا مات ينتقل حقه في ابداء الرغبة للورثة و يجوز له النزول عنه اذا رضي بذلك الواعد .

المرحلة الثانية : مرحلة ما بعد اعلان الرغبة :

في هذه المرحلة سيتبين الوعد بالتعاقد فاذا ما اعلن الموعود له رغبته فان اعلان الرغبة يعد قبولاً للإيجاب و الذي هو عقد الوعد فينقلب الى عقد نهائي بإعلان الرغبة اما اذا حلت المدة المتفق عليها و لم يعلن الموعود له رغبته سقط الوعد و تحلل الواعد من وعده فلا تكون امام وعد و لا امام عقد نهائي .

سؤال : (٧) : ما هو العربون ؟

الجواب :

٢ - العربون :

اشارت المادة (٩٢) مدني عراقي الى معنى و مضمون العربون في نطاق العقود فهو عبارة عن مبلغ من النقود او اي مقابل يدفعه احد المتعاقدين للأخر اما للدلالة بان العقد اصبح باتا لا يجوز العدول عنه او انه جزاء للاحتفاظ بالحق في العدول عن ابرام العقد بحيث اذا عدل عن ابرام العقد من دفعه فقداه و اذا عدل عن ابرام العقد من قبضه رده ضعفا .

دلالة العربون :

بموجب المادة (٩٢) مدني عراقي يعد دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا وجد اتفاق يقضي بانه جزاء للاحتفاظ بالحق في العدول عن ابرام العقد فالأصل في القانون المدني العراقي ان العربون دليل بتات و ما دفعه الا مجرد تنفيذ جزئي معجل للالتزام كما في عقد البيع .

اما بموجب القانون المدني المصري فان المادة (١٠٣) تشير الى انه جزاء للاحتفاظ بالحق في العدول عن ابرام العقد الا اذا وجد اتفاق يقضي بانه دليل بتات .

العربون والشرط الجزائي :

الشرط الجزائي :

كما سنرى لاحقا عبارة عن اتفاق يحدد فيها المتعاقدان مقدارا التعويض الذي يستحقه احدهما فيما لو اخل الاخر بتنفيذ التزامه و لا يوجد مجال للمقارنة بينهما عندما يكون العربون دليل بتات اما لو كان جزاء للاحتفاظ بالحق في العدول عن ابرام العقد حصل التقارب بينه وبين الجزائي لان كليهما جزاء و مع ذلك يبقى الفرق بينهما قائما في الامور التالية :

١ - من حيث العرض :

فالشرط الجزائي ما هو الا تعويض عن ضرر واذا انتفى الضرر لا تعويض اي لا شرط جزائي اما العربون فهو جزاء للاحتفاظ بالحق في العدول عن ابرام العقد و ليس تعويض عن ضرر .

٢ - من حيث تقدير مبلغ كل منهما :

الشرط الجزائي يقدر بقدر فهو يكون عرضة للزيادة او النقصان و في الحالات التي حددها القانون بينما العربون يحكم به كما هو فلا يكون عرضة للزيادة او النقصان .

٣ - من حيث التسبب :

لا مبرر للتسبب في العربون خلافا للشرط الجزائي فاذا صدر حكما يقضي باستحقاق الشرط الجزائي وجب تسببه .

٤ - من حيث الاعذار :

الاعذار ضروري لاستحقاق الشرط الجزائي لانه تعويض و الاعذار من شروط استحقاق التعويض بينما لا ضرورة للاعذار لاستحقاق العربون و يبقى التساؤل قائما ما الحكم لو اجتمع العربون مع الشرط الجزائي في العقد الواحد ؟
في الواقع اجتماعهما في العقد الواحد لا يرتب اي اثار قانونية فقد يستحق الاثنان معا وقد يستحق احدهما دون الاخر اذا توفرت شروط استحقاقه .

النيابة في التعاقد

سؤال : (٨) : ما هي النيابة عن التعاقد و ما هي اثار التعاقد بالنيابة ؟

التعاقد اما اصالة او نيابة فالتعاقد نيابة له مبرراته فالأهلية توجب احيانا على الشخص ان ينوب عنه من يمثله قانونا كالولي و كثرة اعمال و مشاغل الانسان تدفعه احيانا الى ان ينوب غيره ليتولى التعاقد بدلا منه كما في الوكالة .

تعريف النيابة :

حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام تصرف قانوني على ان ينتج هذا التصرف اثره في ذمة الاصيل لا في ذمة النائب .

انواع النيابة

نيابة اتفاقية

نيابة قضائية

نيابة قانونية

انواع النيابة :

النيابة من حيث المصدر اما قانونية او قضائية او اتفاقية :

أ - النيابة القانونية : (الولي) :

نيابة تتقرر بنص القانون كما هو الحال في الولي وقد اشار الى ذلك المادة (١٠٢) مدني و المعدلة بالمواد (٢٧) و ما بعدها من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) ١٩٨٠ و يعرف في الواقع العملي بالولي الجبري و مثاله الاب .

ب - النيابة القضائية : (الوصي المنسوب) :

نيابة تقرر بحكم القضاء استنادا لنص القانون فهي في الواقع صورة من صور النيابة القانونية و مثالها الوصي المنسوب الذي تنصبه المحكمة و هو غير الوصي المختار الذي يختاره الاب لرعاية شؤون و لده القاصر .

ج - النيابة الاتفاقية (الوكالة) :

نيابة تتقرر بموجب اتفاق بين الاصيل و النائب و صوره الوكالة التي عرفتها المادة (٩٢٧) مدني بانها عقد به يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم و عقد الوكالة هو الذي يحدد صلاحيات الوكيل .

شروط النيابة في التعاقد :

يشترط لصحة التعاقد نيابة توفر ثلاث شروط و هي :

- ١ - ان يعبر النائب عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل .
- ٢ - ان يتعاقد النائب باسم و لصالح الاصيل لا باسمه و لا لصالحه .
- ٣ - عدم تجاوز النائب حدود النيابة .

اولا : ان يعبر النائب عن ارادته لا عن ارادة الاصيل :

لما كانت النيابة حلول ارادة نائب محل ارادة اصيل فأصبح من الضروري ان يعبر النائب عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل و لذلك يختلف النائب عن الرسول الذي يعبر عن ارادة الاصيل فهو ينقل التعبير لا اكثر و لا يوجد مانع من ان تجتمع صفتا النائب و الرسول في شخص واحد و يترتب على كون النائب يعبر عن ارادته جملة من النتائج منها :

١ - ان العبرة فيما يتعلق بتوفر الاهلية للنائب لا الاصيل مع ضرورة التمييز بين النيابة القانونية و الاتفاقية .

فاذا كانت النيابة قانونية فينبغي ان يكون النائب كامل الاهلية لان الاصيل اصلا هو ناقص الاهلية لذلك نجد من شروط الولي و الوصي (كمال الاهلية) .

اما لو كانت النيابة اتفاقية فينبغي ان يكون الاصيل (الموكل) كامل الاهلية لان اثار التصرف ستصرف اليه و يكفي ان يكون النائب (الوكيل) مميزا .

٢ - فيما يتعلق بعيوب الارادة تكون العبرة لإرادة الاصيل فقد يتعرض النائب لإكراه او تغيير او يقع في غلط و لا عبرة لإرادة الاصيل .

٣ - فيما يتعلق بحسن و سوء النية تكون العبرة لنية النائب لا نية الاصيل فلو ابرم النائب مع مدين معسر اضرارا بدائنيه جاز لكل دائن ان يطعن بذلك التصرف حتى لو كان الاصيل حسن النية .

ثانيا : ان يتعاقد النائب باسم و لصالح الاصيل لا باسمه و لا لصالحه :

مضمون هذا الشرط ان يعلن النائب عن صفة كونه نائبا و لا يتحقق ذلك الا اذا كان التعاقد باسم الاصيل فينبغي ان يكون المتعاقد مع النائب عالما بانه يتعاقد مع نائب و ليس مع الاصيل اما اذا لم يعلن النائب عن صفة كونه نائبا اي لو تعاقد باسمه فيعد اصيلا و تنصرف اليه اثار التصرف و القاعدة ان النائب ان يتعاقد باسم و لصالح الاصيل و يرد عليهما استثناءين هما :

١ - اذا كانت الظروف المحيطة بالتعاقد تفترض علم الغير المتعاقد بوجود النيابة فلا حاجة ليعلم النائب عن صفة كونه نائبا .

٢ - اذا كان من تعاقد مع النائب يتساوى عنده ان يتعاقد مع نائب ام مع اصيل .

و هاتان الحالتان استثناء يبغي عدم التوسع في تطبيقهما و يترك للقاضي تقدير كل منهما .

ثالثا : عدم تجاوز النائب حدود النيابة :

حدود النيابة يرسمها مصدر النيابة فان كانت قانونية فالقانون هو الذي يرسم حدود الولي و ان كانت اتفاقية فعقد الوكالة هو الذي يحدد صلاحيات الوكيل و في جميع الاحوال و أيا كان نوع النيابة لا يجوز للنائب تجاوز الحدود المرسومة له و في حالة التجاوز فان

تصرف النائب المتجاوز يكون صحيحا و لكنه موقوفا على اجازة الاصيل فان اجازته اصبح نافذا و باثر رجعي لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة و ان لم يجزه اصبح تصرف النائب باطلا و عندئذ تنهض مسؤولية تجاه من تعاقد معه . و يرد على هذه القاعدة استثناءان هما :

- ١ - اذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد انقضاء النيابة بالوفاة او العزل او الاعتزال فعندئذ ينصرف اثر التصرف للأصيل .
- ٢ - اذا كانت الظروف المحيطة بالتعاقد تجعل من المستحيل على النائب اخطار الاصيل باضطراره للخروج عن حدود النيابة و ان الاصيل سيقر التجاوز .

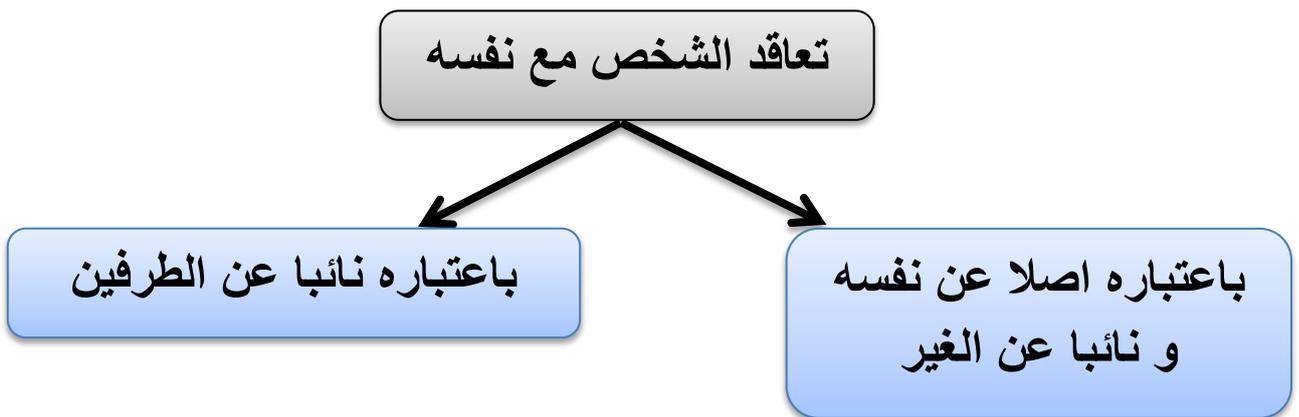
و هاتان الحالتان استثناء ينبغي عدم التوسع في تطبيقهما و يترك للقاضي كل منهما .

اثار النيابة في التعاقد

تنشا عن النيابة في التعاقد ثلاث علاقات :

- ١ - العلاقة بين النائب و الاصيل و هذه العلاقة ينظمها مصدر النيابة و لا تظهر فيهما اثار النيابة في التعاقد .
- ٢ - العلاقة بين النائب والغير و هذه العلاقة تنقطع لمجرد ابرام التصرف و لا تظهر بينهما اثار التصرف الذي ابرمه النائب .
- ٣ - العلاقة بين الاصيل و الغير و هي اهم العلاقات لان الاصيل و الغير هما اطراف التصرف الاصيلين و اليهما تنصرف اثاره و في هذه العلاقة تبدو واضحة اثار النيابة .

تعاقد الشخص مع نفسه



لاحظنا سابقا ان التعاقد اما اصالة او نيابة و في الحالتين يكون مصدر الايجاب و القبول ارادتين الاولى تنسب للموجب و الثانية تنسب للقابل و لكن هل يجوز ان يكون مصدر الايجاب و القبول ارادة واحدة ؟

و هو ما يعبر عنه بتعاقد الشخص مع نفسه كما لو اشترى الوكيل لنفسه الشيء الموكل ببيعه او يشتري شخص لغيره الشيء الموكل ببيعه ؟

في الواقع ان هذا النوع من التعاقد ليس عليه اعتراض من الناحية الفنية فلا محذور من صدور الايجاب و القبول عن ارادة واحدة و لكن الاعتراض من الناحية العملية اذ تتضارب المصالح لذلك نجد ان بعض التشريعات منعتة و اخرى اجازته و ثالثة تعامله استثناء و الذي يهمننا في الامر موقف القانون المدني العراقي فكيف تعامل معه ؟

لبيان موقف القانون المدني العراقي ينبغي تناول الفرضين التاليين :

الفرض الاول : تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره اصيلا عنها و نائباً عن غيره :

كما لو اشترى الوكيل لنفسه الشيء الموكل ببيعه

ان الاصل بالنسبة لهذا النوع من التعاقد هو عدم الجواز حتى لا يتحقق المحذور و هو تضارب المصالح و الاستثناء هو الجواز و لبعض الاشخاص بدافع من الشفقة و الرحمة و هم الاب و الوصي المختار اما الوصي المنسوب و القاضي فهو لاء لا يجوز لهم التعاقد مع النفس و على النحو الاتي :

أ - بالنسبة للاب اشارة المادة (٥٨٨) الى انه يجوز للاب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله لولده و له ان يشتري مال ولده لنفسه بمثل القيمة و بغبن يسير لا فاحش و ان يكون كلا من الثمن و المبيع مقبوضين بمجرد العقد .

ب - بالنسبة للجد اشارة الفقرة (٣) من نفس المادة بأنه كالأب في الحكم علما ان الجد بموجب المواد (٢٧ - ٣٣) من قانون رعاية القاصرين (٧٨) لسنة ١٩٨٠ ما عاد من طائفة الاولياء فاصبح الولي هو الاب ثم المحكمة و الا تكون الولاية لمديرية رعاية القاصرين .

ج - اما بالنسبة للوصي المنسوب فان المادة (٥٨٩) مدني منعتة من ان يبيع مال نفسه للمحجوز و لا يشتري لنفسه شيئا من مال المحجوز مطلقا سواء كان ذلك خيرا للمحجوز ام لا

د - اما بالنسبة للوصي المختار فان المادة (٥٩٠ / ١) مدني تشير الى عدم جواز للوصي المختار من قبل الاب ان يبيع مال نفسه لليتيم و لا ان يشتري لنفسه شيئا من مال اليتيم الا اذا كان في ذلك خير لليتيم و باذن من المحكمة .

اما الفقرة الثانية من نفس المادة حددت معنى الخيرية بان يكون البيع له باقل من ثمن المثل و الشراء منه بأكثر من ثمن المثل .

ه - اما القاضي باعتباره صاحب الولاية العامة فلا يجوز له ان يبيع ماله للمحجوز و لا ان يشتري مال المحجوز لنفسه .

اما المادة (٥٩٢) فقد اشارة الى حكم تعاقد الشخص مع نفسه بالنسبة للوكلاء و مديري الشركات و الموظفين ووكلاء التفاليس و الحراس المصفيين و مصفي الشركات و الشركات و السماسرة و الخبراء فليس لهؤلاء جميعا التعاقد مع النفس الا اذا اجاز الشراء من تم البيع لحسابه اي جعل التصرفات الصادرة من اي من هؤلاء موقوفة على الاجازة .

الفرض الثاني : تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائبا عن الطرفين :

الاصل بالنسبة لهذا النوع من التعاقد عدم الجواز حتى لا يتحقق المحذور و هو تضارب المصالح و لو ان رايا فقها يري ان هذا التعاقد جائز اي ان يكون الشخص نائبا عن الطرفين اذا كان ذلك برضاها و هو راي رائج حاليا .

ثانيا : صحة التراضي :

بعد ان بينا وجود التراضي في الصفحات السابقة نشرع الان ببيان صحة التراضي .

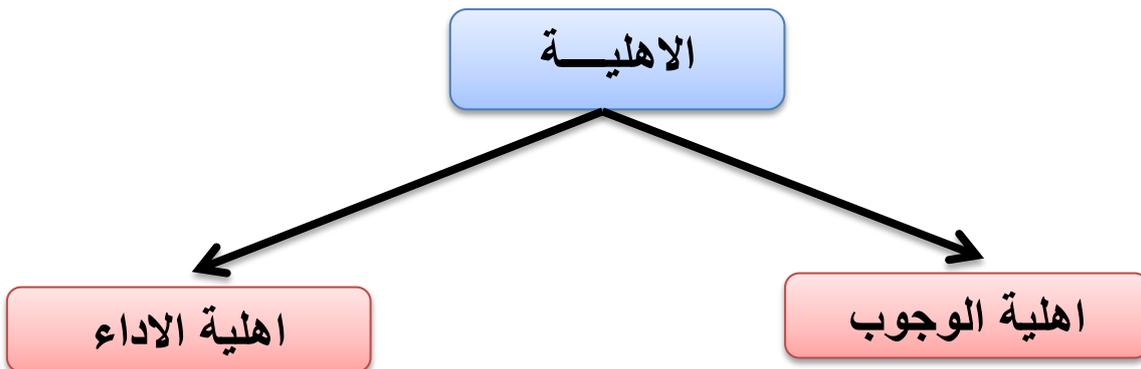
كيف يكون التراضي صحيحا :

يكون عندما يكون الشخص بالغ (اي كامل الاهلية) و لم تشوب ارادته عيب من عيوب الارادة و كما يأتي .

سؤال : (٩) : تتأثر الاهلية الاداء عند الانسان بثلاثة ادوار بين تلك الادوار و ما حكم تصرفات فيها ؟

الجواب :

الاهلية : تقسم الاهلية الى اهلية وجوب و اهلية اداء :



اولا : اهلية الوجوب :

و هي صلاحية الانسان لان تكون له حقوق و عليه التزامات لذا يكتسبها الشخص الطبيعي منذ ولادته حيا لغاية وفاته اما الجنين في بطن امه فتكون اهلية وجوب ناقصة من جهتين :

١ - انها قاصرة عن اكتساب الحقوق دون تحمل الالتزامات لان الجنين يقتضي صدور عمل ارادي و هذا غير ممكن .

٢ - الحقوق التي يكتسبها الجنين تقتصر على تلك الحقوق التي لا يحتاج الى اكتسابها الى التعبير عن ارادته مثل الحقوق التي تنشأ بقوة القانون كالحق في الميراث او الوصية .
و يشترط ان يولد الجنين حيا لكي يكتسب اهلية الوجوب الكاملة و تثبت له الحقوق التي اكتسبها حيث كان جنين .

اما اذا ولد ميتا اعتبر كان لم يكن و سقطت تلك الحقوق .

- **ولي الصغير** : ابوه ثم المحكمة .

- **الوصي** : يختاره الاب لرعاية شؤون ولده ثم تنصبه المحكمة .

- **القيم** : الشخص الذي تعينه المحكمة .

ثانيا : اهلية الاداء :

و هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه او مباشرة التصرفات القانونية على وجه يعتد به القانون (اي التمييز) لذا تتأثر هذه الاهلية بعمر الانسان و بالعوارض الطارئة التي تؤثر على تمييزه و هي المطلوبة في الاهلية اللازمة لصحة التراضي .

- اذا ورد مصطلح الاهلية بصورة مطلقة قصد به اهلية الاداء لا الوجوب .

تأثير اهلية الاداء بالسن :

سؤال : (٩) : تتأثر اهلية الاداء بثلاثة ادوار تمر في حياة الانسان ما تلك الادوار ؟

الجواب :

تمر اهلية الاداء منذ ولادته الى وفاته بثلاثة ادوار تبعا لقدرته على التمييز و هذه الادوار :

اولا : الصغير غير المميز :

هذه الفقرة منذ الولادة لغاية السنة السابعة من عمره يعد صغيرا غير مميز و الغير مميز يعتبر عديم الاهلية و بالتالي تعد تصرفاته باطلة سواء اكانت نافعة او ضارة او تدور بين النفع والضرر .

و كذلك تعتبر هذه الترفات باطلة سواء اذن بها الولي ام لم يأذن .

لان العقد الباطل لا يتحول الى عقد صحيح بالإجازة او الاذن .

ثانيا : الصغير المميز :

الانسان منذ اعماله السابعة لغاية اعماله الثامنة عشر يعد صغيرا و تقسم تصرفاته الى ثلاث اقسام :

١ - **التصرفات النافعة نفعا محضا :**

مثل قبول الهيئة فإنها تكون تصرفات صحيحة و ان لم يأذن بها الولي .

٢ - **التصرفات الضارة ضررا محضا :**

مثل اعطاء الهيئة فإنها تكون تصرفات باطلة حتى و ان اذن بها الولي .

٣ - التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر :

كالبيع و الايجار فإنها تكون تصرفات موقوفة على اجازة الولي .

ثالثا : البالغ الرشيد :

الفترة بعد اكمال الانسان سن ال (١٨) سنة و يكون بالغاً كامل الاهلية و بذلك تنتهي الولاية على الصغير ببلوغه سن الرشد اذا ما قررت المحكمة ذلك قبل بلوغه هذا السن استمرار الولاية عليه و بالتالي تعد تصرفاته صحيحة سواء اكانت نافعة له ام ضارة او كانت تدور بين النفع و الضرر .

كما لا تتوقف تصرفاته على اجازة او اذن من احد غيره . (الى هنا الجواب) .

البالغ الرشيد	الصغير المميز	الصغير غير المميز	انواع التصرفات
صحيحة	صحيحة	باطلة	١ - نافعة نفعاً محضاً
صحيحة	باطلة	باطلة	٢ - ضارة ضرراً محضاً
صحيحة	موقوفة على اجازة الولي	باطلة	٣ - دائرة بين الضرر و النفع

توجد حالتين في القانون العراقي يعتبر فيها من اكمل الخامسة عشر من عمره بحكم كامل الاهلية و هي :

١ - الصغير المميز المأذون له بالتجارة :

اما ان تكون هذه الاجازة ممنوحة من الولي او المحكمة و اذا حصل ذلك فان تصرفاته الداخلة تحت هذا الاذن تكون بمنزلة تصرفات البالغ سن الرشد .

اجازة الولي :

يجوز للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز الذي اكمل الخامسة عشر مقدار من المال و يأذن له بالتجارة على سبيل التجربة و يمكن ان يكون الاذن مطلق او مقيد الا انه اذا توفي الولي الذي اذن للصغير فلا يبطل اذنه .

اجازة المحكمة :

كما يكون للمحكمة ان تأذن للصغير المميز بممارسة التجارة اذا امتنع وليه عن اعطاء الاذن وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك اذا كانت الاجازة من قبل المحكمة و للمحكمة ان تعيد الحجر على الصغير المأذون بالتجارة اذا ثبت لها ان الصغير ليس اهلاً لممارسة التجارة .

٢ - الصغير المميز المتزوج بأذن من المحكمة :

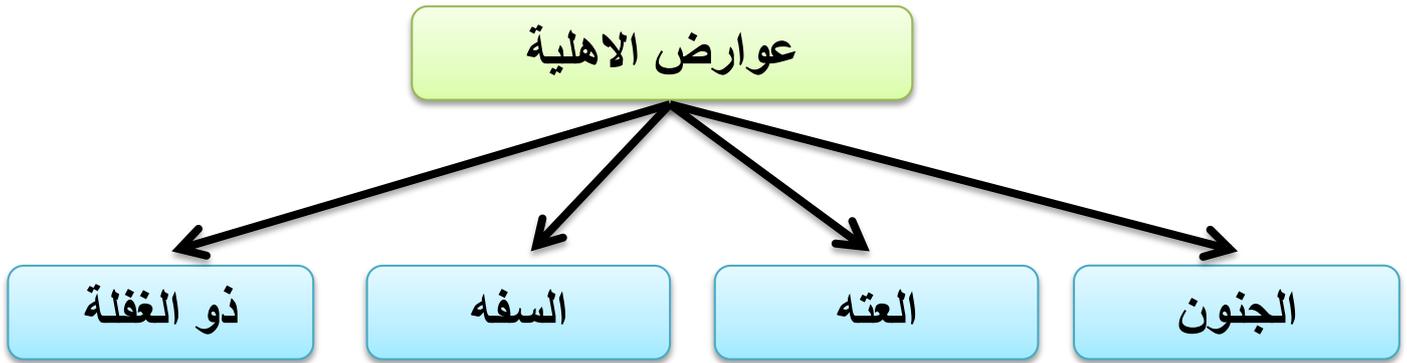
يعتبر من اكمل الخامسة عشر و تزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية و على الرغم من ان هذه المادة قضت بان الصغير المتزوج بأذن المحكمة يعد كامل الاهلية بصورة مطلقة الا ان مجلس شورى الدولة افتى بان هذا الصغير يعد كامل الاهلية فقط فيما يتعلق بالالتزامات التي يفرضها عقد الزواج و يبقى ناقص الاهلية في تصرفاته الاخرى كالبيع و العقارات و غيرها .

ملاحظة :

اذا لجأ ناقص الاهلية الى الطرق الاحتياطية ليخفي بها اهليته فإنه يمكن ابطال العقد لنقص الاهلية الا انه يبقى مسؤولاً عن التعويض للغش الذي صدر عنه و القاضي يرى ان خير تعويض هو البقاء على العقد .

ملاحظة :

احكام الاهلية تعتبر من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها فلا يجوز ان يعطي شخص اهلية غير متوافرة عنده .



عوارض الاهلية :

سؤال : ما هو الفرق بين المعتوه و المجنون من جهة و بين السفه و ذو الغفلة من جهة اخرى ؟

الجواب :

١ - الجنون :

هو مرض يصيب عقل الانسان فيعدم تمييزه و بالتالي يكون عديم الاهلية و تصرفاته غير مميزه .

- و الجنون الذي لا يشفى منه الشخص يسمى (بالجنون المطبق) .
- و الجنون الذي ينتاب الشخص بفترات متقطعة يسمى (الجنون الغير مطبق) .
- تصرفات المجنون غير المطبق في حالة افاقته كتصرفات العاقل .
- تصرفات المجنون نأخذ حكم تصرفات الصغير غير المميز .

٢ - العته :

هو عارض يضعف قوى الانسان العقلية و لكنه لا يعدمها كما هو الحال في الجنون و لذلك يكون المعتوه بحكم الصغير المميز (اهليته ناقصة) و المعتوه و المجنون محجوران لذاتهما اي بدون اصدار حكم من المحكمة بالحجر عليهما و يتطلب قرار المحكمة بتعيين قيم على المجنون و ذلك بوجود لجنة طبية . و في تصرفاته نأخذ حكم الصغير غير المميز .

٣ - السفه :

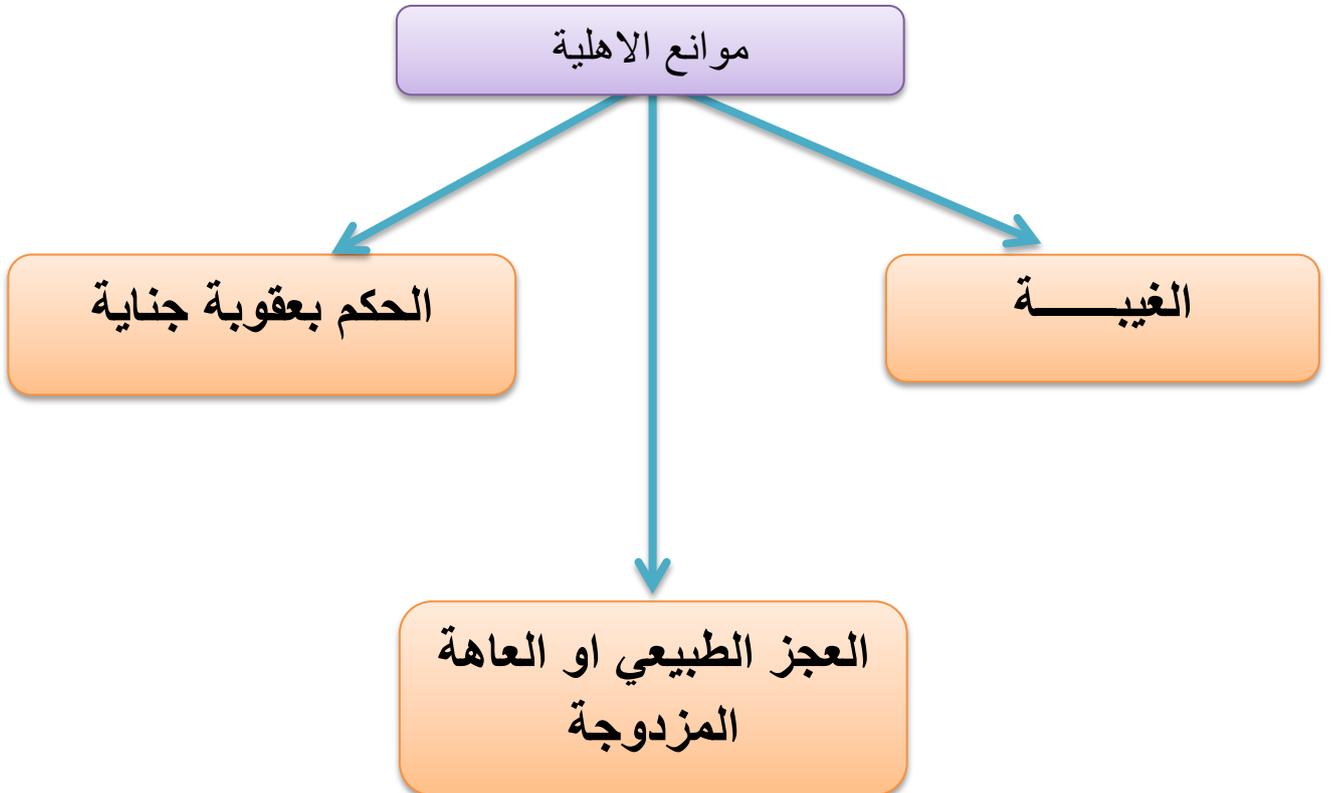
و هو تبذير الاموال على خلاف مقتضى العقل حتى لو كان انفاق الاموال في سبيل الخير و السفه غير محجور عليه الا بقرار من المحكمة . و في تصرفاته نأخذ حكم الصغير المميز .

٤ - الغفلة :

هو عدم تمرس او خبرة الشخص في المعاملات المالية فلا يهتدي الى التصرفات الرباحة فيغبن في المعاملات المالية و ذو الغفلة حكمه حكم السفه (الصغير المميز) .

الحصيلة :

ان المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما و يأخذان حكم الصغير غير المميز بينما السفه و ذو الغفلة ليسا محجوران لذاتهما بل يحتاج الى قرار من المحكمة و حكم تصرفاتهما نأخذ حكم الصغير المميز .



موانع الاهلية :

قد يكون الانسان في بعض الاحيان كامل الاهلية الا ان هناك موانع مادية او قانونية او طبيعية تحيط به تمنعه من التصرف بأمواله او المحافظة عليها و لذلك يقيم القانون من يتولى ادارة اموال ذلك الشخص .

و هذه الموانع هي :

١ - الغيبة :

الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد عن السنة او تنقطع اخباره و ترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره .

اما المفقود فهو :

الغائب الذي انقطعت اخباره و لا تعرف حياته من مماته و يتم الاعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة او من وزير الدفاع بالنسبة للقوات المسلحة .

و المحكمة تحكم بموت المفقود في الحالات التالية :

أ - اذا قام دليل قاطع على موته .

ب - اذا مرت اربع سنوات على اعلان فقده .

(٢ سنة في الظروف الطارئة) .

ج - اذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه .

و يعتبر هذا الحكم منشأ للوفاة وليس كاشفا لها اذ يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته و تقسم تركته على الموجودين وقت صدور الحكم بالموت .

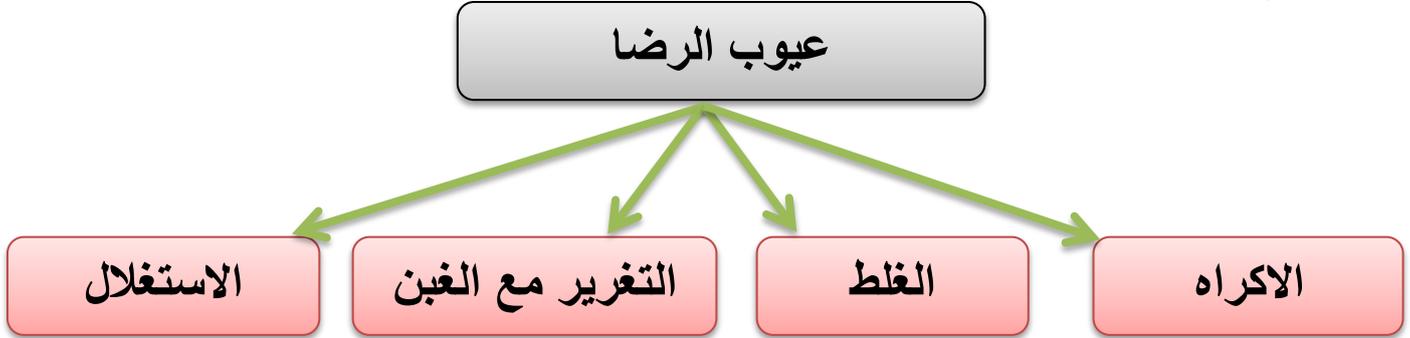
٢ - الحرمان من الاهلية كعقوبة تبعية للحكم بعقوبة جنائية :

الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت (على ان لا تقل مدة السجن المؤقت عن خمي سنوات) يتبعه حكم القانون حرمان المحكوم عليه من ادارة امواله و التصرف فيها بغير الايصاد و الوقف الا بإذن المحكمة .

و كل حكم بالإعدام يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره الى وقت تنفيذ الحكم بطلان كل عمل من اعمال التصرف التي تصدر من المحكوم عليه خلال تلك الفقرة عدا الوصية .

٣ - تعذر التعبير عن الارادة او العجز الطبيعي :

إذا كان الشخص اصم ، ابكم ، اعمى ، و تعذر عليه التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تصب عليه و تحدد تصرفات هذا الوصي فالمصاب بالعاهة الجسمية يعد كامل الاهلية الا انه يتعذر عليه مما يدعو المحكمة الى تقديم المساعدة اليه من خلال تنصيب وصي مع تحديد تصرفات الوصي .



سؤال : (١٢) : عرف الاكراه و بين انواعه و عناصره ؟

الجواب :

١ - الاكراه :

هو اجبار شخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه .

فالإكراه هو ضغط غير مشروع يقع على ارادة شخص فيبيعث في النفس رهبة تحمله على التعاقد ، يعيب الارادة لكن لا يبطلها .

و يقسم الاكراه الى قسمين :

الاكراه الملجئ : هو ما يهدد بخطر جسيم كأتلاف نفس .

الاكراه غير الملجئ : فهو تهديد دون ذلك .

عناصر الاكراه :

١ - العنصر المادي :

استعمال وسائل الاكراه (الضرب نفسه او احد اقاربه) .

٢ - العنصر النفسي : الرهبة والخوف

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم و محقق و هو ما يعرف بالعنصر المادي كالضرب و التعذيب .

يجب ان يكون الخطر جسيم و معيار الجسامة شخصي يختلف من شخص الى اخر حسب ظروف الكره . و يمكن ان يكون الخطر جسيم من وجهة نظره هو فقط .

فالتهديد بالسحر يعتبر من وجهة نظر شخص ريفي بينما لا يعتبر كذلك بالنسبة الى شخص متعلم .

كذلك الخطر يجب ان يكون محققا اي على وشك الوقوع اما الخطر بعيدا بحيث يمكن تفادي و قوعه فانه لا يؤثر في ارادة المتعاقد و الخطر قد يكون محققا بالنفس او المال او قد يكون محققا بشخص عزيز على المكره مثل امه - ابنه - ابيه .

رهبة في النفس تحمل المتعاقد على ابرام العقد :

حتى يتحقق الاكراه يجب ان يولد الخوف و الرهبة في نفس المتعاقد و معيار الرهبة و الخوف هو معيار شخصي يختلف من شخص الى اخر فيراعى في تقديره عمر من وقع عليه الاكراه و حينه و حالته الصحية و كذلك الظروف التي وقع فيها الاكراه كل تلك الملبسات تؤثر في تكييف جسامة الخطر في نفس المتعاقد .

ما هو العقد المشوب بعيب الاكراه :

اذا ابرم عقد تحت تأثير الاكراه فان العقد يكون موقوفا على اجازة الطرف المكره .

فله الحق بعد زوال الاكراه يجيز العقد او ان يبطله خلال فترة ثلاثة اشهر من تاريخ زوال الاكراه و اذا انقضت هذه المدة دون ان يصدر عنه اي تعبير فان ذلك يفسر اجازة ضمنية للعقد

ملاحظة : الاكراه قد يصدر من المتعاقد الاخر فهنا يكون العقد موقوفا على اجازة المكره)

الشخص الذي تعرض للإكراه (الا انه قد يصدر من شخص اجنبي و هنا نميز بين حالتين :

الاولى : علم المتعاقد الاخر بالإكراه :

هنا يأخذ نفس الحكم اي يجعل العقد موقوفا على اجازة من اكره .

الثانية : المتعاقد الاخر لا يعلم بالإكراه :

و هنا يكون العقد صحيح و لا يجوز للشخص الذي تعرض للإكراه ان يرجع عليه بل يرجع على الشخص الاجنبي .

٢ - الغلط :

هو وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقعة يكون هو الدافع الى التعاقد فهو تصور كاذب يدفع الشخص الى ابرام عقد ما كان ليبرمه لو تبين له حقيقة الامر .

الغلط يقسم الى قسمين :

١ - النوع الاول هو الغلط الذي يبطل العقد في محل العقد او في طبيعته .
٢ - و هو الغلط الذي يوقف العقد و يشترط لتحقيقه شرطين :

أ - ان يكون الغلط جوهريا .

ب - ان يتصل الغلط بعلم المتعاقد الاخر .

أ - ان يكون الغلط جوهريا :

يكون الغلط جوهريا في الحالات التالية :

١ - اذا وقع الغلط في صفة جوهرية :

يقع الغلط في صفة جوهرية من صفات الشيء مثل (اشترى قلم على اعتباره قلم لونه احمر و من ثم تبين ان لونه ازرق) فهنا الغلط في صفة جوهرية من صفات الشيء .

٢ - اذا وقع الغلط في شخص المتعاقد :

و هذا يحصل اذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار مثل (اتعاقد مع دكتورة مريم اجراء عملية على اعتبارها دكتورة مشهورة و من ثم يتبين انني قد غلظت بشخصيتها و تعاقدت مع دكتورة اسمها مريم و لكنها حديثة التخرج من كلية الطب) .

٣ - اذا وقع الغلط في قيمة الشيء :

(ارث ٥٠ كتابا من الكتب القديمة و انا اجهل قيمتها فأبيعها كلها بمبلغ زهيد و من ثم يتبين ان اقل كتاب سعره لا يقل عن المليون دينارا على اعتبارها مخطوطات تاريخية) .

٤ - اذا وقع الغلط في الباعث الدافع للتعاقد :

(اشترى دار في البصرة على اعتبار انني قد نقلت من جامعة بغداد الى البصرة و من ثم يتبين انني لم انقل) .

٥ - الغلط في القانون :

بمعنى تلافي العمل بالقانون فهذا غير جائز و ذلك لعدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون .

الغلط بالقانون يراد به على العكس من ذلك التمسك بتطبيق القانون و ليس هربا منه . و لا

يكون عيب الا اذا كان جوهريا

(ان يهب رجلا مالا لمطلقة انها لا زالت في عصمته بينما هي في الواقع لم تعد كذلك بانقضاء

فترة العدة فهذا الغلط جوهريا يتعلق بصفة من صفات المتعاقد .

ملاحظة :

الغلط المادي لا يعتبر غلط جوهريا يؤثر في نفاذ العقد و انما يجب تصحيح هذا الغلط .

ب - ان يتصل بعلم المتعاقد الاخر :

لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط ان يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع في نفس

الغلط او كان يعلم به او كان من الممكن ان يعلم به .

- العقد الموقوف هو نقطة وسط بين اجازة العقد او ابطاله .

٣ - الغبن مع التغيرير :

إذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغيرير كان مانعا من نفاذ العقد و اعتبر عيبا من عيوب الارادة .

التغيرير :

هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الاخر في غلط يدفعه الى التعاقد التذليس وحده لا يعتبر عيبا من عيوب الارادة التي تؤثر في صحة العقد لان من الامور المتعارف عليها ترغيب الناس لغرض ابرام العقد .

الغبن :

هو عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد و ما يأخذه اي عدم التعادل بين قيمة المبيع و بين الثمن المقابل له .

و لتحديد ما يعتبر يسير او فاحش او وضع المعيارين :

أ - تحديد نسب التفاوت اذا زاد التفاوت بين القيمتين على هذه النسب فان الغبن فاحش واذا كان التفاوت ضمنها كان الغبن يسيرا .

و حدد القانون المدني العراقي بنسب معينة و هي :

١ - (٢٠ %) في العقارات .

٢ - (١٠ %) في الحيوانات .

٣ - (٥ %) في باقي الاشياء .

ب - و يذهب البعض الى ان الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين و الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويمهم .

شروط الغبن مع التغيرير :

١ - استعمال طرق احتيالية .

٢ - ان يكون التغيرير هو الدافع الى التعاقد .

٣ - ان يصدر التغيرير من احد المتعاقدين .

٤ - ان يقترن الغبن بالتغيرير .

اولا : استعمال الطرق الاحتيالية : تقسم الى قسمين :

أ - العنصر المادي .

ب - العنصر المعنوي .

أ - العنصر المادي :

هو الطرق الاحتيالية اي الاعمال و التصرفات التي تستعمل للتأثير على ارادة المتعاقد و تتفاوت الطرق الاحتيالية المستخدمة بتفاوت ذكاء المدلس و غباء المدلس عليه .

ب - العنصر المعنوي :

فهو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع فلا تعد الطرق الاحتيالية تدليسا الا اذا كانت تهدف للوصول الى غرض غير مشروع فهذا يعتبر عيبا يؤثر في العقد .

- مجرد الكذب لوحده لا يعتبر وسيلة احتيال مثل التاجر الذي يببالغ في بضاعته حتى وان وصل الى الكذب .

لكن اذا تعلق بواقعة لها اثر في ابرام العقد فان ذلك يعتبر احتيال .

مثل : ادلاء معلومة كاذبة في عقود التامين - المرابحة - الاشتراك - التولية - الوضعية .

كذلك مجرد كتمان بعض المعلومات لا يعتبر احتيال لان المتعاقد غير ملزم بالإدلاء كل ما لديهم من معلومات اثناء التعاقد لكن اذا كان الكتمان واقعة جوهرية تؤثر في ابرام العقد تعتبر احتيالا

ثانيا : ان يكون التغير هو الدافع الى التعاقد :

بحيث تؤثر الطرق الاحتيالية على المتعاقد فتدفعه الى التعاقد و تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير ذلك .

ثالثا : ان يصدر التغير من احد المتعاقدين او ان يكون على علم به ان صدر من الغير :

الاصل ان يصدر التغير من احد المتعاقدين او من نائبه و لكن قد يصدر من الغير ففي هذه الحالة اذا لم يكن المتعاقد الاخر عالما بهذا التغير او كان من السهل ان يعلم به فلا يجوز للعقد المغرور ان يرجع عليه لأنه حسن النية بل يرجع على الغير الذي صدر منه التغير .

رابعا : ان يقترب التغير بالغبن الفاحش :

حتى يعتبر التغير عيب من عيوب الارادة يجب ان يقترب به غبن فاحش فلا يؤخذ به .
فالأصل ان مجرد حصول الغبن الفاحش لوحده لا يؤثر على العقد ما دام لم يصاحبه تغير .
لكن الغبن الفاحش لوحده قد يؤدي الى ابطال العقد عندما يكون الغبن :

١ - محجورا .

٢ - مال للدولة .

٣ - مال للوقف .

و لا يجوز الطعن بالغبن حتى ولو اقترن بالتغريب اذا كان العقد تم بطريق المزايدة العلنية .

٤ - الاستغلال :

من استغلت حاجته او طيشه او هواه او ضعف ادراكه و لحقه من التعاقد غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن اذا كان التصرف معاوضة اما اذا كان تبرع فيجوز له نقضه .

عناصر الاستغلال :

للاستغلال عنصرين :

الاول : موضوعي ، الثاني : نفسي .

أ - العنصر الموضوعي :

هو اختلال التعادل الذي يؤدي الى الغبن الفاحش و اكثر ما يقع الغبن الفاحش في عقود المعاوضة المحددة التي يعرف فيها مقدار ما يعطي و مقدار ما يأخذ و لا يتصور ان يكون هناك غبن فاحش في عقود التبرع .

ب - العنصر النفسي :

هو استغلال ضعف في نفس المتعاقد فقد يستغل احد العقادين المتعاقد المغبون حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته و يجعله ان يبرم العقد .

ما هو حكم المشوب بعيب الاستغلال :

من حق الطرف المستغل ان يطلب دفع ثمن الغبن الذي وقع فيه و اعادة التوازن في العقد من خلال فترة زمنية مقدارها سنة من تاريخ ابرام العقد اي لا حق له بالمطالبة بفسخ العقد الا اذا كان عقود تبرع .

ملاحظة مهمة :

١ - عيوب الادانة تصيب العقد هي :

الاكراه - الغلط - الغبن مع التغريب - الاستغلال

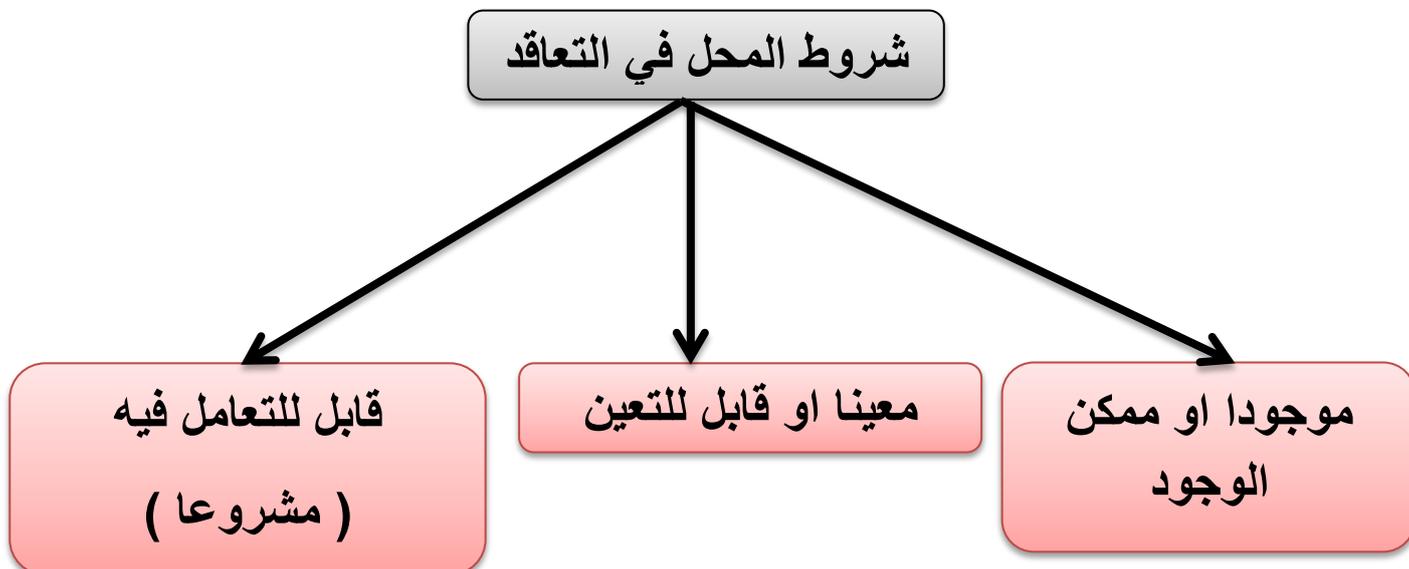
٢ - اذا وقع غلط او المغبون خلال فترة ٣ اشهر من تاريخ علمه بالغلط او الغبن او من زوال الاكراه فله خلال هذه الفترة الخيار اما يجيز العقد او ان يفسخه و اذا انقضت هذه المدة دون ان يصدر اي تعبير عن الارادة فان ذلك يعتبر اجازة ضمنية للعقد .

٣ - اما عيب الاستغلال فانه لا يوقف العقد و بالتالي لا يمكن ابطاله يجوز للطرف المستغل ان يطلب دفع الغبن عنه فقط خلال فترة سنة من تاريخ العقد .

الركن الثاني : ركن المحل (محل العقد او الالتزام) :

محل الالتزام :

هو الاداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن و المحل اما ان يكون نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل و لكن التزام محل ايا كان مصدر هذا الالتزام .



شروط المحل :

- ١ - يجب ان يكون المحل موجودا او ممكنا .
- ٢ - يجب ان يكون المحل معينا او قابلا للتعين .
- ٣ - يحجب ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه اي مشروعا (اي لا ينافي النظام العام و الآداب)

الشرط الاول : الوجود او الامكان :

يمكن دراسة الموضوع من جانبين :

- ١ - محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل يتعلق بشيء معين :
- اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني كنقل ملكية شيء او القيام بعمل يتعلق بشيء معين الشيء موضوع الحق او الذي يتعلق به العمل موجودا وقت التعاقد فاذا تبين ان الشيء محل الالتزام غير موجودا فان العقد لا ينعقد .

مثال ذلك :

ان يبيع وارث نصيبه في شركة ثم يتضح انه محجوب بوارث اخر .
و السؤال الذي يطرح هنا :

ما هو حكم التعامل بمحل مستقبلي الوجود ؟

الجواب : المحل المستقبلي :

(يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل و عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر)

و هذا نص المادة (١ / ١٢٩) مدني عراقي ، ويتضح من هذا النص انه لابد من التفرقة بين امرين :

الامر الاول :

اذا كان محل الالتزام محقق الوجود مستقبلا فانه يجوز التعامل به كما في بيع المحصولات المستقبلية قبل ان تثبت بسعر الوحدة او بثمان مقدر جزافا و يصح ان يبيع شخص لشخص اخر منزلا لم يبدأ بناؤه على ان تنقل ملكية المنزل الى المشتري عند تمام البناء فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود .

الامر الثاني:

اذا كان محل الالتزام غير موجوداً وليس من الممكن ان يوجد في المستقبل ففي هذه الحالة يعتبر المحل غير موجود وبالتالي لا يصح العقد.

٢ - يجب ان يكون محل الالتزام معينا او قابل للتعين :

و هنا ايضا نفرق بين ان يكون شيء معينا و بين ان يكون المحل القيام بعمل او الامتناع عن العمل .

الشق الاول :

اذا كان المحل شيء معين فهنا نفرق بين الاشياء المثلية و الاشياء القيمية :

أ - الاشياء القيمية :

و هي الاشياء التي لا يقوم بعضها مقام بعض الاخر في الوفاء او هي الاشياء التي لا يوجد مثليها في السوق .

فاذا كان محل الالتزام من القيميات فيجب ان يكون معينا تعيينا كافيا يميزه عن غيره فان كان محل الالتزام ارضا فيكون التعيين بالموقع و الحدود والمساحة الخ .

ب - الاشياء المثلية :

و هي الاشياء التي يقوم بعضها مقام البعض الاخر في الوفاء او هي الاشياء التي يوجد مثليها في الاسواق .

اما اذا كان الشيء من المثليات (المقدرات) فيجب تعينه و مقداره و جودته كبيع خمسين طنا من الحنطة .

و اذا كان محل الالتزام موجودا وقت العقد فيكون تعيينه بالإشارة اليه و هذا ابلغ طرق التعيين او بالإشارة الى مكانه الخاص فاذا كانت حنطة معلومة لطالب الشراء في مخزن فقال صاحبها بعتك الحنطة الموجودة في هذا المخزن وقع العقد صحيحا نافذا .

و السؤال : هل هناك حاجة لوصف او تعريف محل العقد اذا كان هذا المحل معروفا لطرفي العقد ؟

الجواب :

انه يكفي ان يكون المحل معلوما عند العاقدين فلا حاجة لوصفه و تعريفه بوجه اخر كما لو كان لشخص سيارة يعرفها شخص اخر معرفة كافية فتعاقد عليها بيعا من دون ان يذكر اوصافها صح العقد و ذلك استنادا للمادة (١٢٨) مدني عراقي .

و السؤال : في المثليات هل يكفي ان نعين محل العقد ببيان نوعه دون مقداره ؟

الجواب :

اذا تضمن العقد ما يستطاع من خلاله تعيين مقداره فانه يكفي التعيين بالانواع فقط و يصح العقد

مثاله :

ان يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافي لمدرسة او لمستشفى فان المقدار في هذه الحالة يكون قابلا للتعين على اساس عدد تلاميذ المدرسة او عدد اسرة المستشفى .

و السؤال ايضا : في المثليات اذا لم يذكر في العقد درجة جودة الشيء فما هو الحكم ؟

الجواب :

هنا نلجأ في تعيينها الى العرف او ظروف التعامل فاذا لم نتمكن من تحديد جودة الشيء فان المدين يلتزم بان يسلم شيء من صنف متوسط .

الشق الثاني : محل الالتزام عملا او امتناعا عن عمل :

اذا كان محل الالتزام عملا او امتناعا عن عمل وجب ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة او ان يشتمل العقد على العناصر التي تجعل محل الالتزام قابلا للتعين فاذا تعهد مقاول مثلا ببناء مستشفى وجب ذكر مواصفات هذا المبنى او على الاقل العناصر اللازمة لتحديد هذا المبنى كاقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الاسرة .

٣ - يجب ان يكون المحل قابل للتعامل فيه (مشروعا) :

تنص المادة (٦١) مدني عراقي على انه :

١ - كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية .

٢ - و الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، و الاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية .

الركن الثالث : ركن السبب :

قد يقصد بسبب الالتزام الواقعة القانونية التي انشأت الالتزام اي مصدر الالتزام كالعقد و الارادة المنفردة و العمل غير المشروع و هذا هو السبب المنشئ و السبب بهذا المعنى ليس هو المقصود في لغة القانون لذلك فهو يخرج عن نطاق بحثنا .

و قد يقصد بسبب الالتزام الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه و هذا هو السبب القصدي فمثلا في عقد البيع يكون السبب القصدي للبائع هو الحصول على الثمن و السبب القصدي للمشتري هو الحصول على المبيع و السبب بهذا المعنى واحد لا يعتبر في النوع الواحد من العقود فهو عنصر موضوعي نبحت عنه داخل العقد .

و لكن قد يفهم السبب بمعنى اخر بانه الباعث الدافع الى التعاقد و هو الغرض البعيد او غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد فمثلا في عقد البيع قد يكون الباعث للبائع هو انفاق الثمن في اغراض معيشته او انفاقه في رحلة شراء شيء اخر و الدافع الباعث للمشتري قد يكون بالنسبة لكل عقد و بالنسبة لكل متعاقد ان هو امر شخصي يتعلق بنوايا الملتزم و خارج عن العقد و ذلك على خلاف السبب القصدي الثابت في النوع الواحد من العقود و لا يختلف باختلاف شخص الملتزم .

اولا : النظرية التقليدية للسبب :

تأخذ النظرية التقليدية بالسبب القصدي و هو كما ذكرنا الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه فالسبب طبقا لهذه النظرية يعتبر ركنا من اركان الالتزام و هو واحد لا يتغير بالنسبة لكل طائفة من العقود و على النحو الاتي :

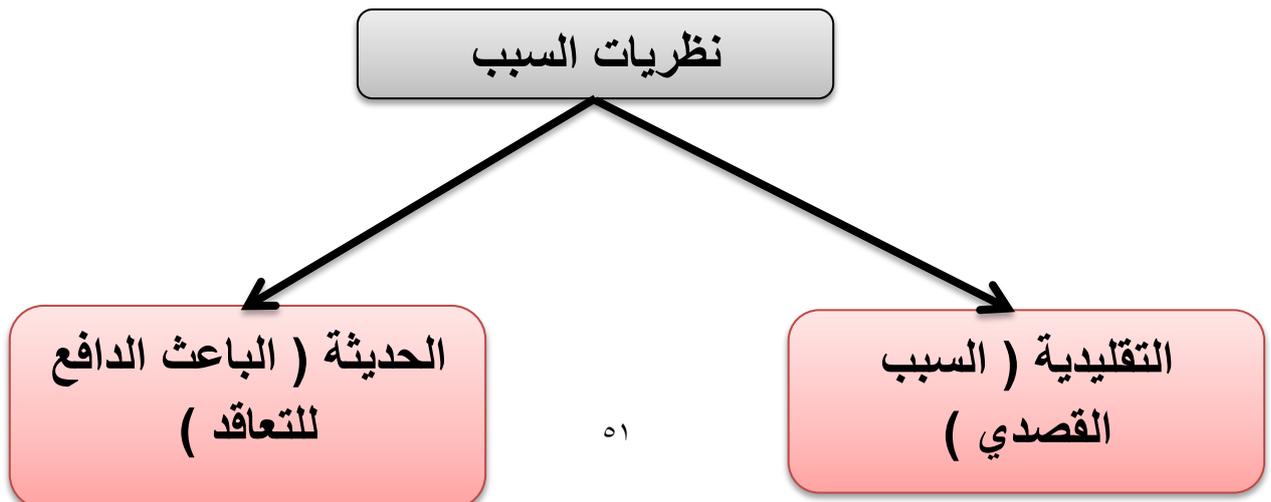
• ففي العقود الملزمة للجانبين :

سبب التزام كل طرف في العقد هو التزام المتعاقد الاخر ففي عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن و سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية .

• و في العقود العينية :

سبب التزام المودع عنده مثلا برد الوديعة هو سبق تسليم الشيء اليه .

• و في عقود التبرعات : سبب التزام المتبرع هو نية التبرع .



ثالثا : مشروعية السبب :

السبب المشروع هو السبب الذي لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون و لا يخالف النظام العام والآداب .

و الالتزام قد يكون محله مشروعا و لكن سببه غير مشروع .

مثال ذلك :

التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص اخر بارتكاب جريمة من الجرائم ففي هذا المثال التزام الطرف الاول محله مشروع و هو دفع مبلغ من النقود و لكن سببه غير المشروع هو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة من الجرائم و في هذا المثال يبطل العقد لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقد الاول و عدم مشروعية المحل في التزام المتعاقد الثاني .

و مع ذلك فقد يكون المحل مشروعا بالنسبة للالتزامين معا بينما السبب هو الذي لا يكون مشروعا بالنسبة لهما معا .

و مثال ذلك الاتفاق على ان يدفع احد الطرفين مبلغا من النقود للطرف الاخر مقابل التزاما بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم فالمحل في الالتزام الاول هو دفع مبلغ و المحل في الالتزام الثاني هو عدم ارتكاب الجريمة و يعتبر كل منهما مشروعا و لكن السبب التزام كل منهما هو الذي يكون غير مشروعا و هو الذي يبطل على اساس العقد لان القانون هو الذي يفرض عدم ارتكاب الجرائم و بالتالي فان سبب الالتزام بدفع المبلغ غير مشروع و سبب الالتزام بعدم ارتكاب الجريمة غير مشروع .

نقد النظرية التقليدية :

حيث لاقت هذه النظرية نقدا شديدا من بعض الفقهاء فيعيب عليها انها غير منطقية و انها عديمة فائدة .

ثانيا : النظرية الحديثة للسبب (الباعث الدافع للتعاقد) :

ان هذه النظرية اعتمدت فكرة الباعث الدافع الذي يجب ان يكون مشروعا ليصبح العقد و الا بطل فالسبب في عقود التبرعات (طبقا للنظرية التقليدية) هو نية التبرع و السبب بهذا المعنى دائما مشروع في حين ان الدافع الى التبرع قد يكون (انشاء علاقات تبادلية) غير مشروعة فاذا اخذنا بالنظرية التقليدية لا يمكننا ابطال عقد الهبة اما اذا اخذنا بالنظرية الحديثة للسبب اي بمعنى الباعث الدافع لتكنا من ابطال عقد الهبة في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

و في عقد الايجار قد يكون الباعث الدافع الى التعاقد هو (اعداد المكان المؤجر للبعاء او ناديا للقمار) فاذا اخذنا بالنظرية التقليدية للسبب لكان السبب مشروعا في هذا العقد (لأنها تفيد ان التزام كل طرف في العقد يعد سببا للالتزام المقابل) و ان التزام المؤجر بتمكين المستأجر من

الانتفاع بالعين المؤجرة و التزام المستأجر بدفع الاجرة ليس فيهما ما يخالف النظام العام و الآداب و لكن اذا اخذنا بالنظرية الحديثة لتمكنا من ابطال عقد الايجار في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

ذلك ان الباعث الدافع الى التعاقد هنا هو اعداد المكان المؤجر للبعاء او ناديا للقمار و هو امر يخالف النظام العام و الآداب .

معيار الباعث الدافع :

لما كان الباعث امرا شخصيا خارجا عن نطاق العقد و متغيرا من شخص لآخر كان لا بد من ضابط بهذا الشأن يضمن استقرار التعامل بحيث لا يصبح في وسع اي متعاقد ان يتحلل من التزاماته بدعوى ان الباعث لع على التصرف غير مشروع في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد الاخر حسن النية و على جهل تام بهذا الباعث لذلك اشترط القضاء ان يكون الطرف الاخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع على اشتراط بهذا الباعث اي كان يعلم به او من السهل عليه ان يعلم .

مثال ذلك :

قاذا اقترض شخص مبلغا من المال من شخص اخر و ذلك لشراء منزل يدار للقمار فالباعث لدى المقترض غير مشروع و لكن اذا كان الطرف الاخر (المقرض) يجهل هذا الباعث غير مشروع فان عقد القرض يعد صحيحا و يعد العقد باطلا اذا كان المقترض يعلم بهذا الباعث غير المشروع من السهل عليه ان يعلم .

نظرية السبب في القانون المدني العراقي :

نصت المادة (١٣٢) من قانون مدني عراقي على انه :

١ - يكون العقد باطلا اذا التزام المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام او للآداب .

٢ - و يفترض في كل التزام ان له سببا مشروعيا و لو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

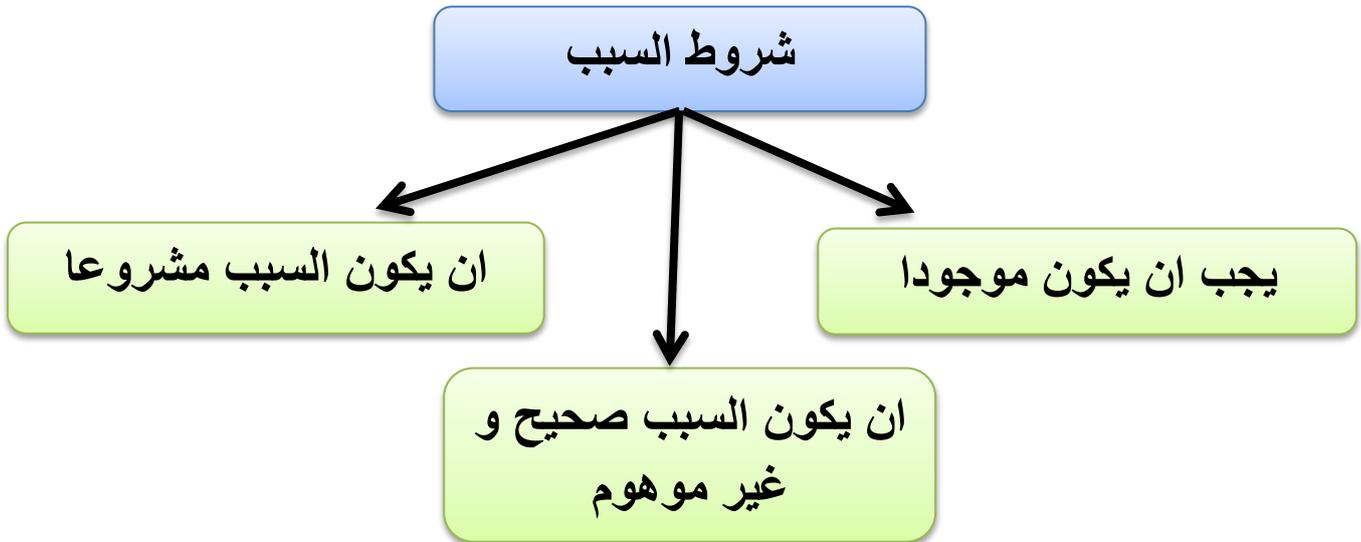
٣ - اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك

و من هذا يتضح ان المشرع العراقي في التقنين المدني ابقى على النظرية التقليدية في السبب واخذ ايضا بالنظرية الحديثة و شرط مشروعية السبب الوارد في نص المادة السالفة الذكر و المقصود به هو مشروعية الباعث اي ان الراي الراجح هو ان المشرع اخذ بالنظريتين معا .
النظرية التقليدية : و هي نظرية سبب الالتزام .

و النظرية الحديثة : و هي نظرية سبب العقد او الباعث الدافع الى التعاقد .

سبب الالتزام :

يشترط المشرع لصحة العقد ان يكون لكل التزام سبب موجود و ان يكون هذا السبب صحيحا و ان يكون مشروعاً و ذلك طبقاً لما سبق بيانه بصدد النظرية التقليدية في السبب و لكن لا يشترط ان يذكر السبب المشروع في العقد بل يفترض ان لكل التزام سبباً موجوداً و مشروعاً الى ان يقوم الدليل على خلاف ذلك .
فاذا اثبت احد المتعاقدين ان السبب المذكور في العقد هو غير السبب الحقيقي فان العقد يبطل ما لم يثبت المتعاقد الاخر ان للالتزام سبباً اخر مشروع غير مذكور في العقد .



١ - يجب ان يكون السبب موجوداً :

ينبغي ان يكون السبب موجوداً من وقت ابرام العقد الى حين تنفيذه فاذا لم يكن السبب موجوداً اطلاقاً بطل العقد و اذا وجد السبب وقت ابرام العقد ثم تخلف بعد ذلك بطل العقد ايضاً .

مثال ذلك :

اشترى سيارة لأنه حصلت على تعيين في البصرة و من ثم تبين انه كان التعيين موجوداً لكنه تم الغاء الدرجة الوظيفية .

٢ - يجب ان يكون السبب صحيحاً :

و يكون السبب غير صحيح عندما يكون موهوماً او سورياً .

مثال ذلك :

اشترى سيارة لأنه حصلت على تعيين في البصرة ثم تبين انه لا يوجد هذا التعيين اطلاقاً . اما بالنسبة للصورية فهنا لا يبطل العقد بسبب الصورية بل لان هذه الصورية تخفي سبباً حقيقياً اخر اما ان يكون موهوماً او مخالفاً للقانون و بكلا الحالتين يبطل العقد .

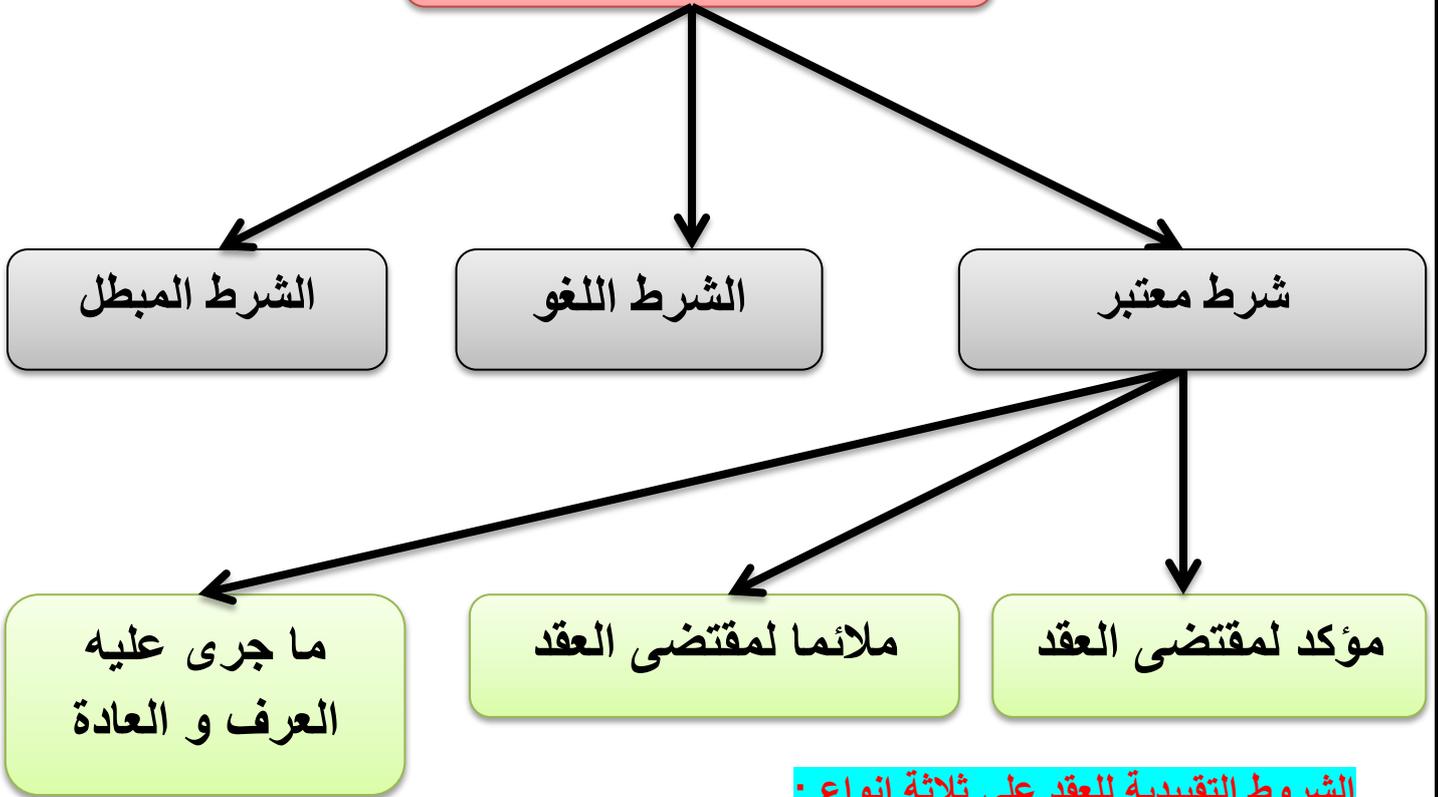
يجب ان يكون السبب مشروعاً :

و يكون السبب مشروعاً عندما لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون و لا يخالف النظام العام و الآداب العامة .

مثال ذلك :

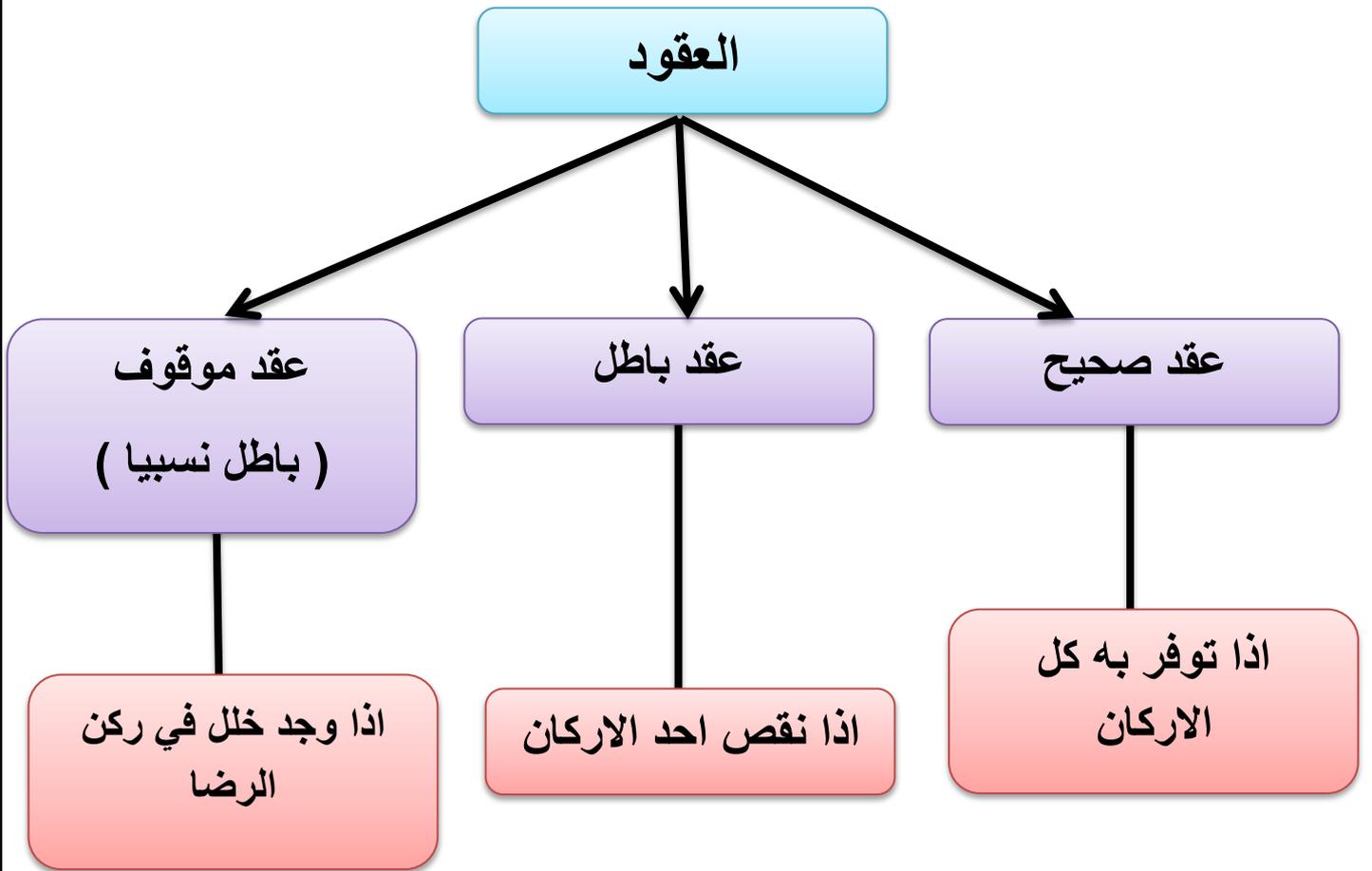
تعاقد شخص مع اخر على قتل شخص ثالث مقابل مبلغ من النقود .

انواع الشروط التقييدية



الشروط التقييدية للعقد على ثلاثة انواع :

- ١ - شرط معتبر : يجب الوفاء به مع العقد .
- ٢ - شرط اللغو : فيصح العقد به و يلغو الشرط وحده .
- ٣ - شرط مبطل للعقد : فيبطل هو و العقد معا .



انواع العقود :

اولا : العقد الصحيح :

هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه و له سبب مشروع و اوصافه سالمة من الخلل و اذا لم يكن العقد صحيحا موقوفا افاد الحكم في الحال .

المادة (١٣٣ / ١ و ٢) قانون مدني عراقي .

تبحث هذه المادة العقد الصحيح النافذ و قد عرفته بانه العقد المشروع ذاتا ووصفا و لا يعد مشروعا ذاتا ووصفا الا اذا توفرت فيه الامور الاتية :

١ - ان يكون صادرا من اهله :

اي بان يكون العاقد كامل الاهلية .

٢ - ان يكون مضافا الى محل :

اي الشيء المعقود عليه قابل لحكمه اي ان يكون المحل موجودا او قابل للوجود و معنا او قابل للتعيين و مشروعا .

٣ - و ان يكون له سبب مشروع :

فإذا لم يكن له سبب او كان له سبب غير مشروع كان باطلا .

٤ - و ان تكون له اوصافه سالمة من الخلل :

اي سالما من عيوب الارادة المتمثلة ب (الغلط ، الاكراه ، التغرير مع الغبن والفحش) .
و حكم العقد الصحيح النافذ ان اثر حكمه في المحل المعقود عليه في الحال اي عند تمام العقد .

ثانيا : العقد الموقوف :

هو ما اعتراه عيب من العيوب الارادة كالاكراه و الغلط و التغرير مع الغبن الفاحش او كان العقد محجورا عليه غير فاقد للأهلية و وقف العقد معناه عدم افادة حكمه في الحال .

اما حكم العقد الموقوف فهو :

(اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقدين ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير بعد زوال سبب الوقف كما ان له ان يجيزه (من المبدأ باثر رجعي) فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين و ان يستردها حيث وجدها و ان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها (و هذا ما يعرف بحق التتبع) و هذا ما نصت عليه المادة (١٣٤) قانون مدني عراقي .

تصرف الفضولي :

الفضولي : هو من يتصرف بمال غيره دون اذنه تصرفا قانونيا فينعقد هذا التصرف موقوفا على اجازة المالك

حكم تصرف الفضولي :

اذا تصرف احد في ملك غيره بدون اذن منه تصرفا قانونيا كان نفاذ تصرفه موقوفا على اجازة المالك فان كان التصرف عقدا كان موقوفا و هنا نكون اما فرضين :

الفرض الاول اجازة المالك للتصرف :

و هنا تعد الاجازة توكيلا للفضولي من حين مباشرة العقد باثر رجعي بحكم القانون فما قبضه من البديل هو مال الموكل فعلى الفضولي تسليمه للمالك و للمالك المطالبة به منه .

الفرض الثاني : عدم اجازة المالك للتصرف :

و اذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل العقد و على الفضولي رد ما قبضه من البديل الى العاقد الاخر و لهذا حق الرجوع به على الفضولي بحكم الكسب بلا سبب .

و السؤال هنا : ما حكم هلاك البديل الذي قبضه الفضولي ممن تعاقد معه ؟

الجواب يمكن القول :

انه في حالة ان كان الهلاك بتعد من الفضولي او تقصيره فانه يضمن العوض .
اما اذا لم يكن الهلاك بتعد من الفضولي او تقصير فهنا ينبغي التمييز بين امرين :
الامر الاول :

اذا لم يكن من تعاقد مع الفضولي يعلم بذلك بل كان يعتقد بانه هو المالك فعلى الفضولي الضمان لان يده على البديل تكون يد ضمانة و لان العاقد الاخر انما دفع اليه ما دفع على نية انه عوض عن المعقود عليه فاذا لم يقبض المعوض عنه فله المطالبة بالعوض الذي دفعه .

و السؤال المرتبط ما حكم هلاك الشيء الذي تصرف فيه الفضولي في يد من تعاقد معه ؟

الجواب :

انه اذا كان الفضولي قد سلم المال الذي عقد عليه فضولا الى العاقد الاخر و لم يجز المالك العقد الاخر الفضولي بحكم الغاصب و كان العاقد الاخر بحكم الغاصب فللمالك مطالبة العاقد الاخر برد ما سلمه اليه فان كان قد هلك في يده كان للمالك تضمين الفضولي او تضمين العاقد الاخر و في حالة المطالبة اي منهما بالضمان تبطل مطالبة الاخر به حسب المادة (١٣٥) قانون المدني العراقي .

ملاحظة :

نلاحظ انه في العقد الموقوف تتوفر جميع اركانه (رضا ، محل ، سبب)
لكن الخلل الذي جعل ذلك العقد موقوفا هو خلل في الركن الاول (التراضي) .

حالات العقد الموقوف

التصرف الفضولي

اذا كان العاقد
محجورا

اذا اعتري العقد عيب
من عيوب الارادة
(اكراه - غلط -
غبين مع التغيرير)

ثالثا : العقد الصحيح اللازم :

هو العقد الذي اكتملت فيه جميع اركانه و ترتبت عليه كل اثاره و الذي لا يستطيع احد الطرفين ان يستقل بفسخه كالبيع ، و الاجارة ، و الصلح ، و الحوالة ، و واضح ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا ذروتها بحيث لا يستطيع احد طرفيه فسخه الا برضا الطرف الاخر بسبب قوته الملزمة .

رابعا : العقد الصحيح غير اللازم :

و يعبر عنه فقهاء المذهب الحنفي بالعقد الجائز و هو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه او كلاهما فسخه و هذا الحق (اي الفسخ) ام ان يرجع الى طبيعة العقد كالوكالة ، و الوديعة ، و العارية و اما ان يرجع الى خيار من الخيارات .

مثال ذلك :

العقد الذي يلحقه خيار الرؤية او خيار الشرط او خيار التعيين او خيار العيب .

خامسا : العقد الفاسد :

و هو الوصف المأخوذ به عند الحنفية فالعقد الفاسد عندهم هو ما شرع بأصله لا بوصفه فالأصل سالم و الفساد في الاوصاف بسبب نهى الشارع كالبيع الربوي فيراعى في الحكم سلامة الاصل و فساد الوصف و لم يأخذ المشرع العراقي بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد سار كقاعدة عامة بين فاسد العقد و باطله المادة (١٣٧ / ١) مدني عراقي .

سادسا : العقد الباطل :

هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية .

و ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته :

اذا كان في ركنه خلل اي في ذاته و مقوماته كان يكون الرضا المتمثل الايجاب و القبول صادريين ممن ليس اهلا للتعاقد او لا يوافق القبول الايجاب او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون خاليا من السبب او فيه سبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام و الاداب .

و ما لا يصح وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية :

كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون فيه مثل : الكتابة في عقد الشركة و عقد المرتب المقرر مدى الحياة و كذلك الاوراق التجارية كالحوالة و الكمبيالة و السند لأمر .

و التسجيل لدى الكاتب العدل في بيع المكانن او رهنها و تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري و القبض في العقود العينية المادة (١٣٧) قانون مدني عراقي .

حكم البطلان :

اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان و للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة المادة (١٤١) قانون مدني عراقي .

و السؤال : من له الحق في التمسك بالبطلان ؟

الجواب :

يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة في ابطال العقد و منهم من كسب حقا في المحل و الذي يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد الباطل او بعده فيتمسك به كل من الطرفين و خلفهما العام و الخاص .

مثلا : في البيع الباطل يستطيع ان يتمسك بالبطلان :

البائع ، المشتري ، وورثتهما ، و دائنوهما .

و شخص رتب له البائع او المشتري حقا عينيا على العين المباعة كمشتري ثان او صاحب حق انتفاع او ارتفاق او دائن مرتهن فكل من هؤلاء مصلحة في

التمسك بالبطلان في العقود الباطلة يشبه التمسك به في العقود الموقوفة لان العقد الموقوف هو عقد صحيح قائم و موجود و لكن توقف لحماية احد اطرافه و ينحصر التمسك بالبطلان فيه بأحد اطرافه دون غيرهما

و من الممكن ان تلحقه الاجازة فيصح .

اما العقد الباطل :

فيكون باطلا بطلانا مطلقا فلا تلحقه الاجازة لأنه معدوم و المعدوم لا يكون موجودا بالإجازة و يستطيع ان يتمسك ببطلانه كل من الطرفين و خلفهما العام و الخاص .

سؤال : هل يجوز بطلان العقد بالتقادم ؟

الجواب :

كما ان البطلان لا يزول بالإجازة كذلك فانه لا يزول بالتقادم و لكن قد تنشأ عن تنفيذ العقد حالة مادية تجعل من دعوى البطلان غير مجدية فمثلا لو اشترى شخص عقارا غير مسجل بعقد باطل و ظل واضعا يده عليه مدة التقادم المكسب ثم اقام بعد ذلك البائع او ورثته دعوى البطلان

فلا يجوز للمشتري ان يدفع هذه الدعوى بسقوطهما بمرور الزمن لان البطلان لا يزول بالتقادم و انما يستطيع ان يتمسك باكتساب الملكية بوضع اليد مدة التقادم المكسب لها .
و بالمقابل لو لم يسلم البائع فللبائع الدفع ببطلان عقد البيع على الرغم من مرور الزمن .

اثر حكم البطلان :

العقد الباطل لا ينعقد و لا يفيد الحكم اصلا اي لا يترتب اثره في المعقود عليه لانه غير منعقد فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان احد المتعاقدين او كلاهما سلم شيئا للآخر تنفيذا للعقد جاز له استرداده كاملا فاذا كان هذا مستحيلا كأن يكون الشيء محل العقد قد هلك او استهلك جاز الحكم بتعويض معادل كمحاولة لإعادة الحال الى ما كانت عليه و هذه كقاعدة عامة لكن يستثنى منها في حالة العقد القابل للإبطال ما اذا كان سبب البطلان نقص الاهلية فان ناقص الاهلية اذا بطل عقده لنقص اهليته فانه لا يلتزم بان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد اي بالقدر الذي استفاد عملا بقاعدة الكسب بلا سبب و ذلك مراعاة لمصلحة ناقص الاهلية حسب المادة (١٣٨) مدني عراقي .

الاثار التي تترتب على العقد الباطل :

هناك نوعين من الاثار التي من الممكن ان تترتب على العقد الباطل بالرغم من انعدامه هي :

الاثار الاصلية و الاثار العرضية .

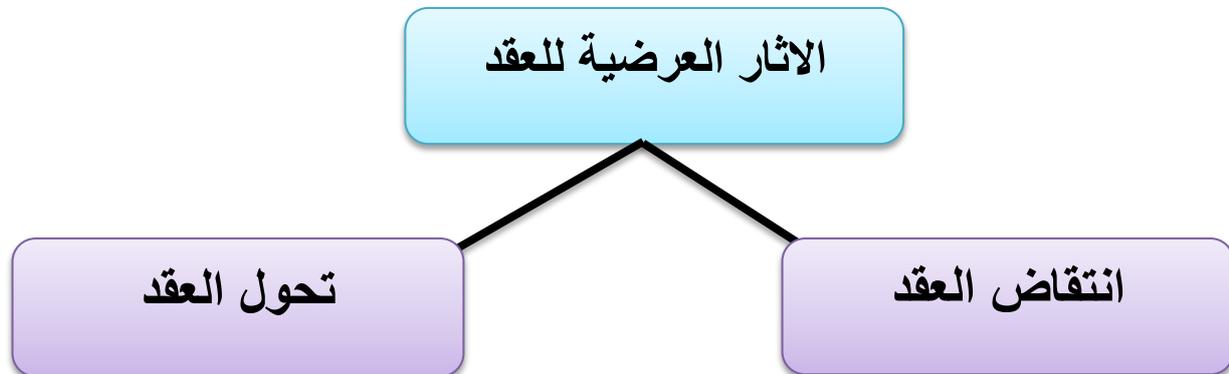
الاثار الاصلية :

في حالات قليلة يترتب القانون على العقد الباطل اثاره الاصلية كما لو كان صحيحا و هذه الحالات تتصل دائما بفكرة حماية الظاهر و الثقة المشروعة في المعاملات .

و من الامثلة على ذلك :

عقد الشركة الباطل ، فهو ينتج من ذلك اثاره باعتبار الشركة امرا واقعا و يتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية و يتقاسمون ارباحها المبينة في العقد نفسه و كذلك الحال في العقد الصوري فهو قائم بنظر الغير .

الاثار العرضية :



هناك بعض الآثار العرضية المهمة التي قد تترتب على عقد باطل و هي ما يعرف :

بانتقاض العقد ، و تحول العقد .

١ - انتقاض العقد :

إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده الذي يبطل اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا فمثلا لو فرضنا ان عقدا لهبة اقترنت بشرط غير مشروع او ان بيعا وقع على مال مملوك و مال وقف او ورد على عدة امور و وقع العاقد في غلط جوهري بشأن شيء منها فانه لا يصيب البطلان الا الشق الذي قام فيه سبب البطلان و يبقى العقد صحيحا الا اذا تبين ان هذا الشق عنصر جوهري منظور اليه في العقد لم يكن العقد ليتم بدونه عملا بقاعدة (تصحيح العقود قدر الامكان) و عبء الاثبات يقع على عاتق من يتمسك بصحة الباقي .

و من الامثلة على انتقاض العقد ايضا تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها الى (٧ %) و هو الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية للشيوخ الاجباري المادة (١٣٩) مدني عراقي .

٢ - تحول العقد :

و تقرر هذه المادة قبول الحكم الذي اسسته (نظرية تحول العقد) و مفادها :
ان العقد اذا وقع باطلا و لكن توافرت فيه عناصر عقد اخر فانه يتحول الى هذا العقد الاخر اذا تبين من الظروف ان نية العاقدين كانت ستصرف الى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصدها .

ونصت على ذلك المادة (١٤٠) بقولها " اذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توفرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف الى ابرام هذا العقد"
شروط تحول العقد

- ١- ان يكون العقد باطلاً
- ٢- ان تتوافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقوم مقام الاصيل
- ٣- ان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصيل من اسباب البطلان.

آثار العقد :

إذا نشأ العقد صحيحا و لم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ و لا غير لازم اصبحت له القوة الملزمة و امكن اجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد .
اثر العقد من حيث الاشخاص :

الأصل ان أثر العقد لا يسري الا في حق المتعاقدين و لكن قد يسري الاثر في حق غيرهما
استثناء .

اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين :

ان تعبير (المتعاقدين) يشمل بالاضافة الى المتعاقدين نفسيهما :
الخلف العام ، و الخلف الخاص ، و الدائنين العاديين .

حيث اثر العقد يسري في حقهم و كما يأتي :

اولا : الخلف العام :

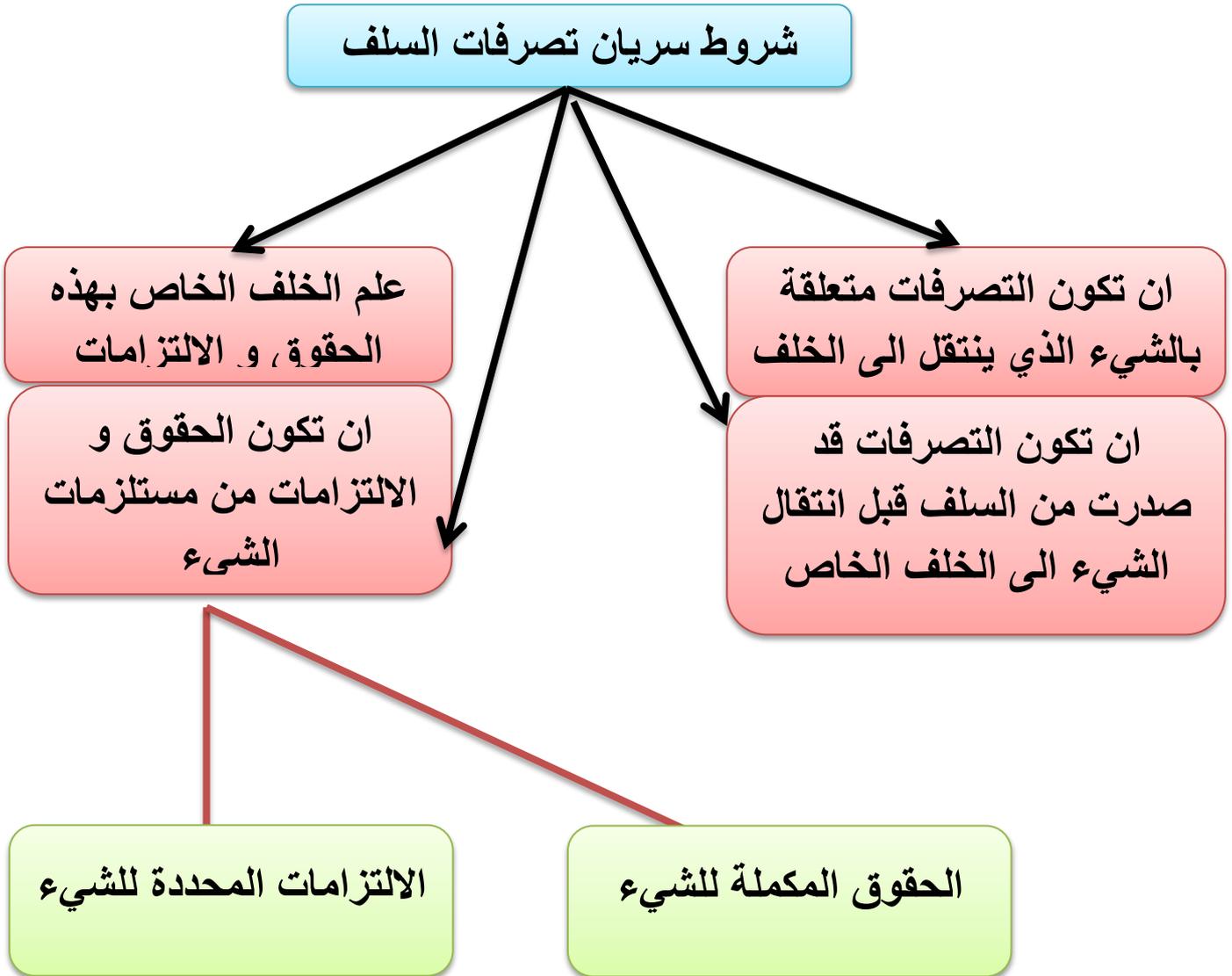
هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها كالثالث و الربع و النصف و
هذا يشمل : الوارث و الموصى له بجزء شائع كالثالث ، و الخلف العام يخلف سلفه بمقتضى
احكام الميراث و الوصية و بناء على ذلك فمن الطبيعي ان يتاثر الخلف العام بالعقود التي
ابرمها سلفه فاذا باع شخص شيئا و لم يقبض ثمنه ثم مات فان حقه في المطالبة بالثمن ينتقل
الى الورثة و الى الموصى له بجزء شائع من التركة .

ثانيا : الخلف الخاص :

هو من يخلف غيره او يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات او حقا عينيا على هذا الشيء .
فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع و الموهوب له يعتبر خلفا خاصا للواهب و المرتهن يعتبر
خلفا خاصا للراهن .

سؤال : هل يتأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف (هل تسري تصرفات السلف على الخلف الخاص) ؟

الجواب : نعم تسري ولكن بشروط هي :



القاعدة	الاستثناء	
يسري	لا يسري اذا قصد الاضرار بالخلف العام	١ - الخلف العام
يسري	لا يسري اذا لم يكن من مستلزمات الشيء	٢ - الخلف الخاص
لا يسري	لا يسري اذا كان لا يعلم به	٣ - الغير

مدى تاثر الخلف بتصرفات سلفه :

يختلف الخلف الخاص عن الخلف العام في انه يخلف سلفه في شيء معين بالذات في حين ان الخلف العام يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها .

فمن الطبيعي اذا ان لا يتأثر الخلف الخاص بكل تصرفات سلفه بل يتأثر بالتصرفات الصادرة من سلفه و التي تتعلق بالشيء الذي ينتقل اليه منه .
كما يجب ان يكون التصرف صادرا من سلفه قبل انتقال الشيء اليه .

مثال ذلك :

اذا رهن شخص داره عند المصرف العقاري ثم باعها فالدار تنتقل الى المشتري و هي مرهونة الشرط الاول :

الحقوق و الالتزامات من مستلزمات الشيء :

اولا : الحقوق من مستلزمات الشيء :

- و هي الحقوق المكملة للشيء و تكون كذلك اذا كانت :
- ١ - تقوي الشيء او تدرأ عنه ضررا .
 - ٢ - تزيد من قيمته و منافعه .

امثلة توضيحية :

- اذا امن شخص على منزله من الحريق و دفع اقساط التامين لمدة سنة ثم باعه فان حقه في الحصول على مبلغ التامين اذا احترق المنزل ينتقل الى المشتري وذلك لان من شأن هذا الحق ان يدرأ ضررا عن المنزل هذا ما لم تكن شخصية المؤمن له محل اعتبار في عقد التامين .
- اذا اشترى شخص متجرا و اشترط على البائع عدم فتح متجر اخر لمنافسته ثم قام المشتري ببيع المتجر لمشتري ثاني فان الحق في عدم المنافسة ينتقل الى المشتري الثاني ذلك لان من شأن هذا الحق ان يدرأ ضررا عن المتجر و ان يزيد من قيمته و منافعه .
- و بالمقابل فاذا كانت الحقوق غير مكملة للشيء فأنها لا تنتقل الى الخلف الخاص .

ثانيا : الالتزامات من مستلزمات الشيء :

- و هي الالتزامات المحددة للشيء و تكون كذلك اذا كانت :
- ١ - تحدد استعمال السلف لملكه على نحو معين .
 - ٢ - تغل يد السلف عن استعمال بعض حقوق ملكه .

امثلة توضيحية :

- حالة التزام السلف باستعمال ملكه على نحو معين :

فإذا اشترى شخص قطعة ارض و اشترط عليه البائع ان لا يبني نوعا معيناً من البناء كمقهى او ملهى على هذه القطعة من الارض ثم باع المشتري الاول قطعة الارض الى مشتري ثاني فان التزامه بالبناء على النحو المتفق عليه او بعدم مقهى او ملهى مثلاً ينتقل الى المشتري الثاني .

٢ - التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق الملك :

مثاله اذا قسم شخص عقاراته على اولاده في اثناء حياته و كان احد هذه العقارات يتمتع بحق الشرب على عقار مجاور و قد اشترط الاب في وصيته على الولد الذي كان العقار المثقل بحق الشرب من نصيبه ان يسمح لإخوته بأخذ المادة من العقار المجاور الذي له عليه حق الشرب فلما مات الاب باع الولد صاحب حق الشرب العقار و لم يشترط على المشتري ان يسمح لإخوته بأخذ الماء ان في هذه الحالة يأمر القضاء بسرمان اثر الشرط الذي اشترطه الاب في وصيته على المشتري و الزامه بالسماح لإخوة البائع بأخذ الماء و كان ذلك استناداً لقاعدة :

(ان الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك او فاقد الشيء لا يعطيه)

• و بالمقابل فان الالتزامات غير المحددة الشيء لا تنتقل الى الخلف الخاص .

الشرط الثاني : علم الخلف الخاص بالحقوق و الالتزامات :

اذا كان الشرط الاول في انتقال الحقوق و الالتزامات الى الخلف الخاص ان تكون من مستلزمات الشيء فان الشرط الثاني لانقالها هو علم الخلف الخاص بتلك الحقوق و الالتزامات و هذا الشرط لا اهمية له الا بالنسبة لانتقال الالتزام و السبب في ذلك :

هو ان الالتزام لا ينشأ في ذمة الانسان الا بإرادته او بنص القانون و ما دمنا بصدد التصرفات القولية اي الالتزامات التي مصدرها الارادة فلا بد من علم الخلف الخاص بالالتزامات لانقالها اليه .

اما بالنسبة لانتقال الحقوق :

فعلم الخلف الخاص بها لا اهمية له اي ان الحقوق تنتقل اليه حتى مع عدم علمه و السبب هو :

ان القانون انما اشترط هذا الشرط حماية لمصلحة الخلف الخاص و انتقال الحقوق اليه بدون علمه لا يمس هذه الحماية .

و الملاحظ هنا :

اشتراط العلم اليقيني و لا يكفي مجرد استطاعة العلم و يعتبر تسجيل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري بحكم العلم الكافي .

اثر العقد بالنسبة لغير العاقدين :

و هم من لا يسري اثر العقد بحقهم و هم فريقين :

الفريق الاول :

الخلف العام والخلف الخاص و الدائنين العاديين في الحالات الاستثنائية :

سؤال كيف يعتبر الخلف العام و الخلف الخاص من غير العاقدين و قد مر بنا سابقا انهم في معنى العاقدين ؟

الجواب :

لا تسري اثر العقود التي يبرمها الانسان في حق خلفه و دائنة استثناء في حالات يغلب فيها سوء النية و القصد السيء و هذا جزء من الشارع فالقصد السيء يرد على صاحبه و ان القصد السيء هنا هو الاضرار بالخلف و الدائنين اما عن كيفية الاضرار بهم فأنها بالنسبة لكل فريق و على النحو التالي :

اولا : الخلف العام :

بالنسبة للخلف العام فان الاموال التي تنتقل من سلفة (الموروث) تتم عن طريق الموت و عليه فان التصرفات التي يقصد بها السلف (المورث) الاضرار بخلفه (الوارث) هي تصرفات مضافة الى ما بعد الموت و هذا ما يحصل في حالتين :

الحالة الاولى : (الوصية) :

فاذا اراد الانسان الاضرار عمد الى الإيذاء بكل ماله الى شخص ما فاذا لم يعترض الورثة نفذت الوصية لرضاهم بها .

اما لو طعن احد الورثة بهذه الوصية فان القاضي لا يبطلها و انما ينقضها الى الحد المسموح به ، اي يجيزها في حدود الثلث و ما زاد يعاد توزيعه للورثة .

الحالة الثانية : (مرض الموت) :

و يأخذ حكم الوصية كل تصرف يجريه السلف اذا كان في مرض الموت كالهبة و الوقف و الكفالة و الابرء و البيع اذا كان فيه محاباة فتوقع المشرع ذلك و اراد حماية الخلف العام فلم يجيز ان يكون التصرف باكثر من الثلث و ان زاد فان هذه الزيادة لا تؤثر على الخلف العام . اي ان اثر العقد لا يسري عليهم فيما زاد عن الثلث لاعتبارهم من الغير .

ثانيا : الخلف الخاص :

ان الخلف الخاص انما يخلف سلفه في شيء معين بالذات (كالمشتري و الموهوب له) فان الاضرار يكون عن طريق تصرف السلف (البائع مثلا) بالعين المعينة لأكثر من شخص و لكن ينبغي التفرقة بين صورتين من التصرف و كما يأتي :

الصورة الاولى :

ان يرد التصرف على ملكية العين في الحالتين (كان يبيع او يهب العين مرتين) فيكون الحكم كما يأتي :

١ - اذا تفاوت تاريخ تصرف الاول عن التصرف الثاني :

فان الاول يكتسب حق ملكيتها و لا يتأثر بالعقد اللاحق حيث يعتبر من انتقلت اليه العين اولاً مالكا لها و هو من الغير بالنسبة للتصرف الثاني فلا يتأثر به .

٢ - اذا تساوى العقدان في التاريخ :

فضل الخلف (المشتري او الموهوب له) الذي تسلم الشيء و اعتبر العقد الاخر غير نافذ في حقه لاعتباره من الغير اما اذا لم يتسلم احدهما الشيء تساوى الخلفان في قوة سببهما و لا يفضل احدهما على الاخر و عندئذ يرجعان على السلف بالتعويض .

الصورة الثانية :

ان ينشأ التصرف الاول حقا للعين المنتقلة الى الخلف (كالتامين) او التزاما عليها (كالرهن) و ينقل التصرف الثاني ملكيتها في هذه الصورة يجب توفر شرطين لانتقال هذه الحقوق و الالتزامات الى الخلف الخاص و هما :

١ - ان تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء .

٢ - علم الخلف الخاص بهذه الحقوق و الالتزامات .

فاذا لم يتوفر احد هذين الشرطين فلا يسري العقد في حق الخلف الخاص باعتباره من الغير .

ثالثا : الدائنون العاديون :

ان الدائن يخلف سلفه في حق شخصي و الذي يضمن لهذا الدائن الحصول على حقه هو العناصر الموجبة من الذمة المالية و ان الطريقة التي يستطيع بها المدين الاضرار بالدائن هي اخراج هذه العناصر الموجبة و ادخال السالبة اي يفقر نفسه عمدا حتى لا يستطيع الدائن الحصول على حقه كأن يقوم المدين بهبة امواله او بيعها بثمن بخس مثلا ففي هذه الحالة لا تعتبر العقود التي ابرمها المدين بقصد الاضرار بدائنيه نافذة في حقهم و يستطيع الدائن ان يقيم دعوى تسمى (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه) و هنا يكون هذا الدائن بحكم الغير من العقود فلا يتأثر .

التعهد عن الغير و الاشتراط لمصلحة الغير :

في بداية هذا البحث يمكن ان نسأل السؤال الاتي :

هل في استطاعة شخصين يبرمان عقدا ان يجعلان اثر هذا العقد يسري في حق شخص ثالث اجنبي تماما عن العقد ؟

للإجابة على هذا التساؤل :

يجب التمييز بين الالتزامات و الحقوق التي ينشئها العقد فإذا انشا العقد التزاما في ذمة شخص ثالث اجنبي عن العقد سمي ذلك (التعهد عن الغير) اما اذا انشأ العقد حقا للغير سمي (الاشتراط لمصلحة الغير) وعليه لابد من ان نبحت كل موضوع بشكل مستقل و كما يأتي :

الموضوع الاول : التعهد عن الغير :

هو ان يتعهد شخص نحو اخر بان يجعل شخصا ثالثا يقبل القيام بعمل او عدم القيام بعمل و الا عوضه عن ذلك .

مثال ذلك :

الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته لمن تعاقد معه بان يجعل الموكل يقر العقد .
و ايضا : الشخص الذي يبيع داره و يتعهد للمشتري بان يجعل جاره يقبل قطع اشجار بيته لسبب ما .

شروط التعهد عن الغير :

- ١ - ان يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه .
- ٢ - ان يقصد المتعهد الزام نفسه لا الزام الغير .
- ٣ - ان التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس التزام بوسيلة اي انه يلتزم بحمل الغير على اقرار التعهد لا على بذل عناية للحصول على هذا الاقرار و تبقى على عاتقه المسؤولية التعاقدية الا اذا اثبت السبب الاجنبي .

حكم التعهد عن الغير :

ان حكم التعهد عن الغير يختلف في حالة اقرار الغير للتعهد عنه في حالة رفض الغير له و كما يلي :

الحالة الاولى : اقرار الغير للمتعهد :

فاذا اقر الغير التعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد معه المتعهد و بين الغير .

سؤال : اذا سلمنا بنشوء عقد جديد بين من تعاقد معه المتعهد و بين الغير فابن هو الايجاب و ابن هو القبول في هذا العقد و بماذا يختلف العقد الجديد عن العقد السابق ؟

الجواب :

ان الايجاب في هذا العقد هو العقد المبرم بين المتعهد و من تعاقد معه و اما القبول فهو اقرار الغير لهذا التعهد اما عن الاختلاف فان العقد الجديد يختلف عن العقد السابق من حيث :

- ١ - الاطراف : حيث ان هناك طرف مشترك في العقد الجديد و هو من تعاقد مع المتعهد اما الطرف الاخر مختلف فهو المتعهد في العقد الاول و الغير في العقد الثاني .
- ٢ - الالتزام : فمحل التزام المتعهد هو حمل الغير على اقرار التعهد و في العقد الثاني فينشأ التزام في ذمة الغير محله القيام بعمل او الامتناع عن عمل او نقل ملكية شيء معين .
- ٣ - التاريخ : حيث ان العقد الاول يتم عند التعهد او الاتفاق بين المتعهد و من تعاقد معه اما الثاني فيتم عند اقرار الغير للتعهد .
- الحالة الثانية : رفض الغير للتعهد :

اذا رفض الغير التعهد فقد تحققت مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه و يجب عليه تعويضه لأنه قد اخل بالتزامه لكن يستطيع المتعهد التخلص من مسؤوليته اذا اثبت ان عدم اقرار الغير للتعهد كان راجعا الى سببا اجنبي لا يد له فيه و يعتبر موت الغير او ايقاع الحجر عليه سببا اجنبي يعفي المتعهد من التزامه .

الموضوع الثاني : الاشتراط لمصلحة الغيرى :

هو ان يبزم شخصان عقدا و يشترط احدهما فيه على الاخر حقا لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة فلا يمر هذا الحق في ذمة المشتراط .

للتوضيح اكثر :

ان الاشتراط في هذه الحالة تصرف قانوني يتم بين شخصين و لكن تنفيذه يتعلق بثلاثة اشخاص و هم :

- العاقدان : حيث يقال لاحدهما (المشتراط) و هو الذي اشترط الحق .
و الاخر يقال له (المتعهد) و هو الذي يلتزم بإعطاء الحق .
و الثالث : يقال له (المنتفع) و هو الذي اشترط له الحق .

تطبيقات ذلك :

هناك تطبيقات منها عقود التامين و الامتياز و النقل و الهبة بشرط .
فعلى سبيل المثال : في حالة التامين :
فالشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته و اولاده انما يشترط باسمه عقدا يبزمه لمصلحة اشخاص اجانب عن العقد فيكسب هؤلاء حقا مباشرا عن عقد التامين دون ان يكونوا طرفا فيه .

و في حالة الهبة المقترنة بشرطه :

اذا وهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية و اشترط عليها بناء مستشفى يعالج فيها الناس مجانا اكتسبوا حقا مباشرا من عقد الهبة مع انهم ليسوا طرف فيه .

شروط الاشتراط لمصلحة الغير :

- ١ - ان يتعاقد المشتراط باسمه الخاص لا باسم المنتفع .
٢ - ان يشترط حقا مباشرا للمنتفع .

٣ - ان تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزام و هذه المصلحة قد تكون مادية او ادبية .

احكام الاشتراط لمصلحة الغير :

١ - العلاقة بين المشترط و المتعهد :

و يحكم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما .

٢ - العلاقة بين المشترط و المنتفع :

لا تظهر هذه العلاقة لان المنتفع لم يكن طرفا في هذا العقد لأنه كان مبرما بين المشترط و المتعهد و ان سبب اشتراط المشترط هذا الحق لصالح المنتفع اما على سبيل (المعاوضة) او (التبرع) .

٣ - العلاقة بين المتعهد و المنتفع :

و هي من اهم العلاقات لان فيها يظهر بوضوح الخروج على قاعدة (عدم انصراف اثر العقد الى غير المتعاقدين) .

القواعد التي تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع :

القاعدة الاولى :

ان المنتفع يكتسب الحق مباشرة عن العقد : و يترتب على ذلك ما يلي :

١ - يستطيع المتعهد ان يدفع تجاه المنتفع بالدفع التي يستطيع ان يدفع بها تجاه المشترط كبطان العقد و عدم تنفيذ المشترط لالتزامه و وجود عيب في رضاء المتعهد الخ .

٢ - يثبت حق المنتفع منى تاريخ ابرام العقد بين المشترط و المتعهد لا من حيث اظهار رغبة المنتفع في الاستفادة من الاشتراط و هذا يعني انه فقد اهليته بعد ابرام العقد فان هذا لا يمنع المنتفع من اعلان رغبته و الاستفادة من الحق .

٣ - يحدد العقد المبرم بين المشترط و المتعهد مدى حق المنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه .

القاعدة الثانية :

ان الحق المنتفع لا يمر في ذمة المشترط : و يترتب على ذلك ما يلي :

١ - لا يدخل حق المنتفع في الضمان المالي لدائني المشترط الذي هو ذمة مالية فلا يمكن للدائنين الحجز عليه .

٢ - لا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الارث :

فلا يدخل هذا الحق في تركة المشتراط و هذا يعني ان دائني المشتراط لا يستطيعون ان يدخلوا حق المنتفع في تركة المشتراط تطبيقا لقاعدة :

(لا تركة الا بعد سداد الدين) .

مثال ذلك :

لو امن شخص على حياته لمصلحة اولاده ثم مات فان الاولاد لا يتلقون الحق عن طريق الميراث بل هو حقهم المباشر تجاه شركة التامين فيأخذون الحق خالص لهم ولا يدفعون شيئا للوفاء بدين ابيهم و يقسم الحق بينهم بالتساوي لا بحسب حصصهم الارثية .

القاعدة الثالثة :

ان المنتفع ليس طرفا في العقد الذي يستمد منه الحق :

و يترتب على ذلك ما يلي :

١ - يجب على المنتفع ان يظهر رغبته في الاستفادة من الحق :

و ذلك حتى لا يثبت له حق دون رضاه و اذا كان المنتفع غير معين كالاشرط لمصلحة الجمهور او الطلبة فهنا لا حاجة لإظهار الرغبة و اذا رفض المنتفع الحق انصرف ذلك الحق الى المشتراط من تاريخ الرفض اذا كان المشتراط حيا و الى ورثته من تاريخ الوفاة اذا توفى .

٢ - بما ان المنتفع ليس طرفا في العقد الذي يستمد منه فان حقه هذا يكون قابلا للنقض قبل ان يعلن رغبته في الاستفادة منه و عليه فان هذا الحق لا يكون قابلا للنقض اذا توفى المشتراط

سؤال : ماهى الكيفية التى ينفذ بها العقد و ما هى مستلزماته ؟

الجواب :

فيما يخص كيفية العقد فانه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية اما بخصوص العوامل التى يستعين بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد فهى :

(القانون ، العرف ، العدالة ، طبيعة الالتزام) .

١ - القانون :

المقصود في القانون هنا هو النصوص القانونية المكملة و المفسرة .

فالقانون ينص في كل عقد على امور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها لينشأ العقد صحيح كالمبيع والتمن في عقد البيع حيث ان العقد لا يقوم الا بالاتفاق عليها و من جانب اخر فان هناك امور

ثانوية اجاز القانون بموجبها قيام العقد دون ان ينص عليها المتعاقدان حيث ان النصوص القانونية المكملة و المفسرة تأتي لتكمل ارادتهما و تحدد نطاق العقد .

مثال ذلك :

كما لو لم ينص المتعاقدان على نفقات المبيع و مكان دفع الثمن .

٢ - العرف :

حيث يدخل العرف غالبا ليحدد نطاق العقد و ما يعتبر من مستلزماته استنادا الى القاعدة القائلة (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) .

حيث ان الشروط المألوفة هي الشروط التي جرى العرف على اعتبارها من العقد و معلومة من المتعاقدين و لو لم ينص عليها صراحة في العقود .

مثال ذلك :

ما تعارف عليه اصحاب مهنة الدلالة (السمسرة) من ان اتعابهم يتحملها احد طرفي العقد الذي توسطوا فيه فهذا يثبت و لو لم ينص عليه العقد و يعود السبب الى تعارفهم على ذلك .

٣ - العدالة :

ان القاضي يسترشد بمبادئ العدالة كي يحدد ما يعتبر من مستلزمات العقد حيث ان الكثير من الامور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون .

مثال ذلك :

التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة و كذلك التاجر الذي يبيع متجره يجب عليه ان لا ينافس المشتري بفتح متجر اخر قريب من المتجر الذي باعه .

٤ - طبيعة الالتزام :

ان طبيعة الالتزام تحدد في الغالب ما يعتبر من مستلزمات الشيء .

مثال ذلك :

اذا باع شخص عقارا فعليه ان يسلم المشتري مفاتيح كل الابواب الموجودة في العقار و كذلك اذا باع شخص سيارة فان عليه ان يسلم للمشتري الادوات اللازمة لتشغيلها مع المستمسكات المتعلقة بها .

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه

(العقد شريعة المتعاقدين)

الالتزامات المفروضة على كلا المتعاقدين :

١ - تنفيذ الالتزام بحسن النية و بصورة تتفق مع ما توجبه الثقة بين الناس .

٢ - لا يجوز لاحدهم الرجوع عن العقد او تعديله الا بمقتضى نص قانوني او بالتراضي بينهما .

٣ - يجب ان يتعاون كلا المتعاقدين في تنفيذ الالتزام و لا يتعسف احد منهم في استعمال حقه .

سؤال : هل خرج المشرع في القانون المدني عن القاعدة القائلة (العقد شريعة المتعاقدين)؟

الجواب :

نعم ان القانون المدني خرج عن هذه القاعدة مرتين و كما يلي :

الخروج الاول : في عقود الاذعان :

و هي العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل فيها المناقشة حيث يتعلق بسلعة او مرفق ضروري محل احتكار قانوني او فعلي و تكون المنافسة محدودة (كعقد النقل بالسكك الحديدية ، الطيران ، البواخر ، و عقد الاشتراك بالماء و الكهرباء) و هنا يمكن للقاضي ان يتدخل لحماية الطرف المذعن بتعديل بنود العقد اذا نص العقد على شروط تعسفية كما للقاضي ان يفسر العقد لصالح الطرف المذعن دائنا كان او مدينا خلافا للقاعدة التي تقول (يفسر العقد لمصلحة المدين) و كما مر سابقا .

الخروج الثاني : في حالة الظروف الطارئ :

يتلخص مفهوم نظرية الظروف الطارئة في ان العقد اذا كان من العقود (المستمرة التنفيذ ، او الفورية التنفيذ و كان تنفيذه مؤجلا) و طرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند ابرام العقد ادت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجودا عند ابرام العقد اختلالا خطيرا و جعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقض او يخفض هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة .

الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة :

١ - ان يكون العقد من العقود المستمرة او الفورية التنفيذ و كان تنفيذه مؤجلا .

٢ - ان تطرأ في اثناء تنفيذ العقد ظروف او حوادث استثنائية عامة و يقصد بصفة العموم هنا هو ان لا تكون الحوادث خاصة بالمدين كموته او افلاسه .

مثال الظروف العامة :

قيام حرب او ثورة او فيضان الخ .

٣ - ان لا يكون من الممكن توقع هذه الظروف و الحوادث عند ابرام العقد كما يجب لكي يعتبر الحادث طارئا ان يكون مما لا يستطيع دفعه .

٤ - ان تجعل هذه الظروف و الحوادث من تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا .

الفرق بين الظروف الطارئة و القوة القاهرة :

الظروف الطارئة :

ظروف لا يمكن توقعها و لا دفعها و تجعل الالتزام مرهقا و يبقى الالتزام و يخفف .

القوة القاهرة :

قوة لا يمكن توقعها و لا دفعها و تجعل الالتزام مستحيلا و ينقضي الالتزام .

معيار الارهاق :

ان معيار الارهاق هو معيار موضوعي اي ينظر فيه الى الصفقة لا الى شخص المدين و مقدار ثروته او امكانيته .

مثال ذلك :

اذا تعهد شخص بتوريد اطعمة و كان عنده كميات كبيرة ثم ارتفعت الاسعار ارتفاعا فاحشا لدرجة يكون فيها تنفيذ الالتزام مرهقا فهنا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة و لا ينظر الى الكميات الكبيرة الموجودة عنده .

وسبب ذلك هو انه لو لم يكن عنده هذه الكميات الكبيرة لاضطر الى شرائها من الاسواق بأسعار مرتفعة .

سؤال : ما حكم توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ؟

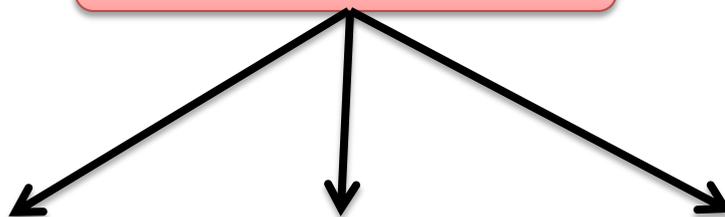
الجواب :

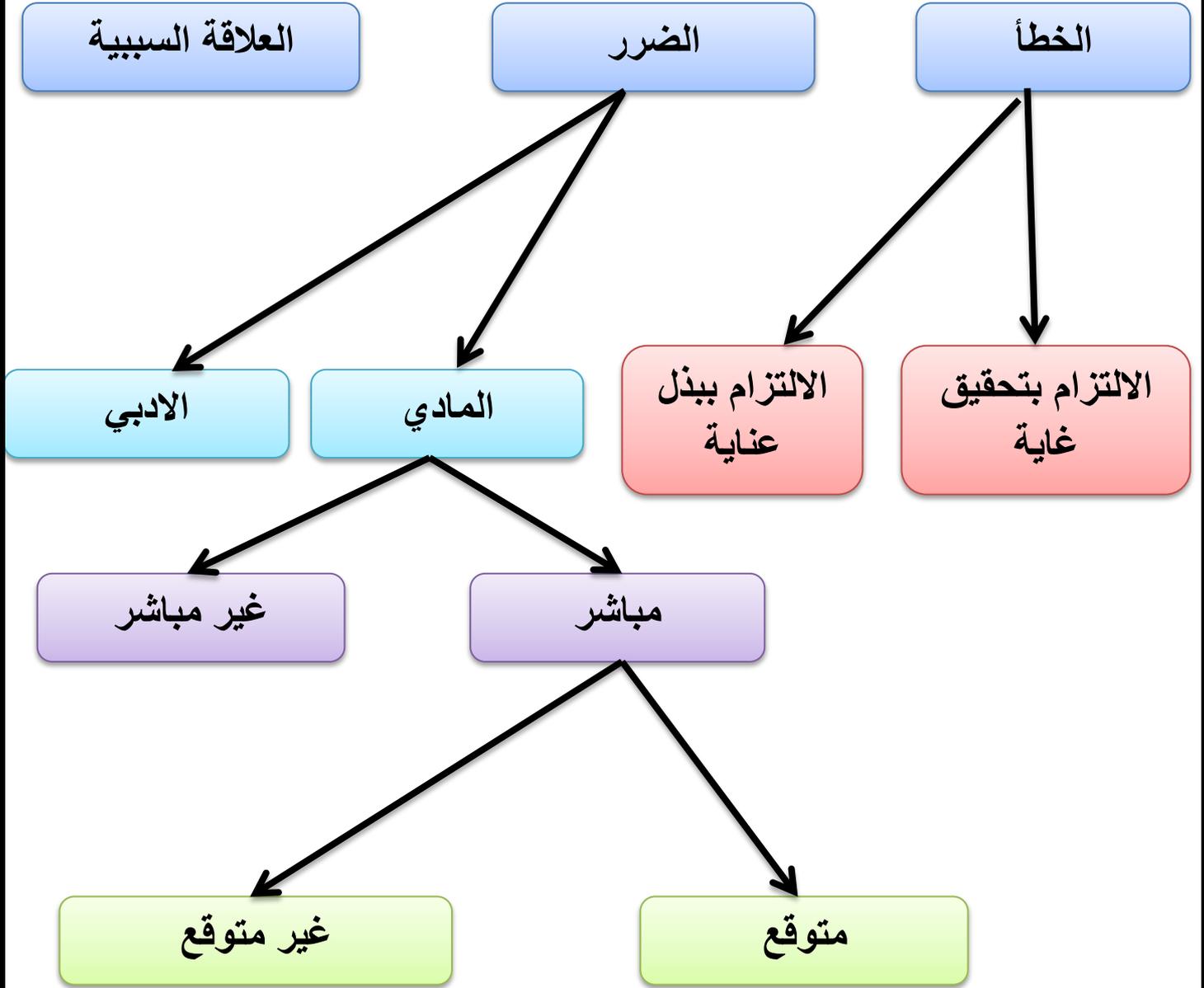
في حالة توفر الشروط الاربعة المشار اليها اعلاه فللمحكمة ان ترفع الارهاق عن المدين بطريقتين :

اما بزيادة التزامات الدائن عن طريق زيادة السعر مثلا .

او بانقاص التزامات المدين عن طريق انقاص الكمية التي تعهد بتوريدها مثلا كما في مثال عقد توريد الاطعمة .

المسؤولية التعاقدية





المسؤولية التعاقدية :

هي المسؤولية التي تنشأ عن الاخلال بالتزام مصدر العقد .
 فاذا لم يقم المدين بتنفيذ نتيجة التزامه الذي انشأ عليه العقد و لم يمكن اجباره عل تنفيذه او اذا
 اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا نتيجة خطئه و كذلك اذا تاخر عن تنفيذ التزامه فانه يسال عن
 عويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة ذلك و هي تقابل المسؤولية التقصيرية التي تنشأ
 عن الاضرار بالغير .

اركان المسؤولية التعاقدية ثلاث هي :

- ١ - الخطأ .
- ٢ - الضرر .

٣ - علاقة السببية بين الخطأ و الضرر .

ركن الخطأ في المسؤولية التعاقدية :

يعتبر المدين مخطئا اذا لم يقم بتنفيذ التزامه و هذا ما يوجب عليه تعويض الدائن عما اصابه من ضرر و يستوي في ذلك ان يكون عدم تنفيذ الالتزام ناتجا عن عمد او اهمال او تقصير .

سؤال : متى يعد المدين انه لم يقم بتنفيذ التزامه ؟

الجواب :

الامر الاول : الالتزام بتحقيق غاية (اي الالتزام بتحقيق نتيجة) :

بموجب هذا الالتزام يعتبر المدين مخطئا مالا بتنفيذ التزامه اذا لم يحقق الغاية التي التزم بتحقيقها .

مثال ذلك :

التزام البائع في عقد البيع هو تسليم المبيع الى المشتري فاذا لم يقم البائع بالتسليم اعتبر مخطئا في تنفيذ التزامه و تتحقق مسؤوليته التعاقدية .

الامر الثاني : الالتزام ببذل عناية (اي الالتزام بوسيلة) :

و بموجبه يعتبر المدين قد اخل بالتزامه اذا لم يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه .

مثال ذلك :

التزام الطبيب بمعالجة المريض فاذا لم يبذل العناية اللازمة فانه يعتبر مخطئا بتنفيذ التزامه و تقوم عند ذلك المسؤولية العقدية و يلزم بالتعويض .

و الملاحظ هنا :

ان العناية التي يجب على المدين ان يبذلها في تنفيذ التزامه هي عناية الرجل المتوسط او المعتاد فاذا بذل هذا المقدار فانه قد اوفى بالتزامه و لو لم يتحقق الغرض المقصود .

سؤال : هل هناك درجات للخطأ ؟

الجواب :

وفقا لنظرية تدرج الخطأ فان للخطأ العقدي ثلاث درجات :

١ - الخطأ الجسيم :

هو الخطأ الذي لا يرتكبه اشد الناس اهملا و هو اقرب الى العمد و يلحق به .

٢ - الخطأ اليسير :

و هو الخطأ الذي لا يرتكبه المتوسط او المعتاد من الناس .

٣ - الخطأ التافه :

و هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في اموره .

و وفقا لذلك فان العلماء يقسمون العقود الى ثلاث طوائف و كما يلي :

١ - عقد يعقد لمصلحة الدائن :

كالوديعة و فيه يسأل المدين عن خطئه الجسيم فقط .

٢ - عقد يعقد لمصلحة كلا الطرفين :

و يشمل عقود المعاوضة عامة و فيه يسأل المدين عن خطئه اليسير .

٣ - عقد يعقد لمصلحة المدين وحده : كالعارية و فيه يسأل المدين عن خطئه التافه .

سؤال : كيف يمكن اثبات خطأ المدين ؟

الجواب :

ان اثبات خطأ المدين يخضع للقاعدة العامة في الاثبات و التي تفيد :
(ان البينة على من ادعى) و لما كان الدائن هو المدعي فعليه عبء اثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه فاذا اثبت ذلك فالقانون يفترض خطأ المدين .
و هذا الافتراض غير قاطع اي قابل لإثبات العكس حيث ان المدين يستطيع ان يثبت ان عدم تنفيذه للالتزامه لا يعود لخطأ منه بل بسبب اجنبي لا يد له فيه .

المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير :

سؤال : هل يسأل الانسان مسؤولية تعاقدية عن خطأ غيره ؟

الجواب :

نعم يسأل و يحدث ذلك اذا استخدم المتعاقد اشخاص في تنفيذ التزامه .

مثال ذلك :

المقاول الذي يستخدم عمالا في اقامة البناء الذي التزم بإقامته حيث انه يكون مسؤولية تعاقدية عن الضرر الذي يحدثه العمال .

ركن الضرر في المسؤولية التعاقدية :

تدور المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية او تقصيرية وجودا او عدما شدة او ضعفا مع وجود الضرر فلا مسؤولية حيث لا ضرر و لا يكفي مجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر فقد لا يترتب على ذلك اي ضرر للدائن .

اثبات الضرر :

يقع عبء اثبات الضرر على الدائن لأنه هو الذي يدعيه و يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ففي هذه الحالة اعفى القانون الدائن من اثبات الضرر لان القانون هنا يلزم المدين بدفع فوائد عن المدة التي تأخر فيها عن الدفع و يقال للفوائد في هذه الحالة (فوائد تأخيريه) بشرط انذار المدين بالتأخير بشكل رسمي .

انواع الضرر :

الضرر نوعان : مادي و معنوي و كما يلي :

١ - الضرر المادي :

هو ذلك الضرر الذي يصيب الانسان في ماله او في عنصر من عناصر ذمته المالية .

٢ - الضرر المعنوي (الادبي) :

هو الضرر الذي يصيب الانسان في شعوره و عاطفته .

مثال ذلك :

اذا تعاقد شخص مع طبيب عيون لإجراء عملية تصحيح بصره فأهمل الطبيب في معالجته مما ادى الى فقد المريض لبصره فالطبيب يكون قد احدث لهذا المريض ضرر مادي و هو فقدان بصره بالإضافة الى ذلك فانه قد احدث للمريض ضررا ادبيا يصيبه في شعوره و عواطفه نتيجة لعدم تمكنه من الابصار .

و الملاحظ :

ان القانون المدني العراقي لم يأخذ بالتعويض عن الضرر الادبي في ظل المسؤولية العقدية لكنه اخذ بالتعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية التقصيرية .

سؤال : ما هي تقسيمات الضرر المادي و عن اي منهما يسال المدين ؟

الجواب :

ان الضرر المادي اما ان يكون مباشر او غير مباشر .

و الضرر المباشر : اما ان يكون متوقعا او غير متوقع . و كما يلي :

١ - الضرر المادي المباشر :

هو ما كان نتيجة طبيعية عدم القيام المدين بتنفيذ التزامه و لم يكن باستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهد معقول .

و الجواب على الشق الثاني من السؤال :

(عن اي منهما يسال المدين) : يمكن القول ان المدين لا يسال عن الضرر غير المباشر لا في

المسؤولية العقدية و لا في المسؤولية التقصيرية .

اما بالنسبة للضرر المباشر فانه يسال عنه في ظل المسؤولية العقدية اذا كان متوقعا فقط .

اما الضرر المباشر الغير متوقع : فلا يسال عنه باستثناء حالة ارتكابه (غشا او خطأ جسيم)

ففي هذه الحالة يسال عن الضرر المادي المباشر سواء كان متوقعا او غير متوقع و تلحق

مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية .

و بعبارة واحدة يمكن القول يسال المدين في ظل المسؤولية العقدية عن (الضرر - المادي -

المباشر - المتوقع) .

اما في حالة الضرر غير المتوقع فلا يسال عنه الا في حالتي (الغش و الخطأ الجسيم) .

سؤال : كيف يمكن التمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ؟

الجواب :

للتمييز بين الضرر المتوقع و الضرر غير المتوقع يمكن ان نعرض المثال الاتي :
لو ان هناك مزارع اتفق مع ناقل على نقل حاصلاته الى المدينة و لم ينفذ الناقل التزامه فاضطر المزارع الى البحث عن ناقل اخر و دفع له اجر أعلى ليقبل نقل المحصول ثم ان اسعار المحاصيل انخفضت بسبب التأخير مما ادى الى خسارة المزارع و لو ان الناقل الاول قد نفذ التزامه في الوقت المتفق عليه لما حلت الخسارة بالمزارع بسبب هبوط الاسعار .

في هذا المثال :

يكون الفرق بين الاجرة التي دفعها المزارع الى الناقل الثاني و بين الاجرة التي اتفق عليها مع الناقل الاول هو الضرر المباشر المتوقع .

و اما الخسارة التي اصابته بسبب هبوط الاسعار فهي ضرر مباشر غير متوقع .

و الناقل الاول لا يكون مسؤولاً الا عن الضرر المتوقع و هو الفرق بين الاجرة .

اما الخسارة بسبب هبوط الاسعار و هي ضرر مباشر غير متوقع فلا يسأل عنه الا اذا ارتكب غشاً او خطأ جسيماً فيسأل عندئذ عن الخسارة .

و الملاحظ هنا :

هو ضرورة توقع الضرر حيث انه يجب للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناتج عن اخلاله التزامه ان يكون قد توقع الضرر عند ابرام العقد او كان من الممكن ان يتوقع الضرر فاذا لم يكن من الممكن توقعه او كان توقعه بعد ابرام العقد فلا يكون المدين مسؤولاً عنه .

معيار توقع الضرر :

هو معيار موضوعي مجرد و هو معيار الشخص المعتاد اذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها العقد حتى لو لم يتوقعه المدين بالذات اي يكون بحكم المتوقع له اذا كان ذلك ممكناً لشخص مثله و بمثل حاله .

الركن الثالث :

ركن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية التعاقدية :

سؤال : وضح العلاقة السببية بين الخطأ والضرر مبيناً كيفية انقطاعه موضح ذلك بمثال و

على من يقع عبء اثبات انقطاعها ؟

الجواب :

العلاقة السببية :

تعتبر ركناً من اركان قيام المسؤولية العقدية حيث لا يكفي لتقريرها ان يكون هناك خطأ من جانب المدين و ضرر يصيب الدائن بل يجب ان يكون الضرر ناشئاً عن خطأ المدين اي ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ و الضرر فاذا انقطعت فلا تتقرر مسؤولية المدين .

كيفية انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر :

فيكون ذلك اذا تدخل سبب اجنبي بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه و بين الضرر الذي اصاب الدائن و ان هذا السبب الاجنبي اما ان يكون قوة قاهرة او حادث فجائي او فعل الدائن نفسه او شخص ثالث .

يمكن توضيح ذلك في المثال المتقدم :

متعهد النقل الذي تعهد بنقل المحاصيل الزراعية للمزارع اذا حضر الناقل مع واسطة النقل في الوقت المتفق عليه و لكن المزارع لم يكن قد حصد محصوله بعد فانصرف الناقل فاضطر المزارع بعد ذلك للبحث عن ناقل اخر و دفع له اجر اعلى من الاجر الذي كان قد اتفق عليه مع الناقل الاول ففي هذه الحالة لم يكن عدم التنفيذ ناشئا عن خطأ المدين (الناقل الاول) بل عن فعل الدائن (المزارع) فهنا لا يسأل الناقل كذلك عن التعويض اذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجعا الى قوة قاهرة كفيضان ادى الى قطع الطريق او حادث فجائي كالاصطدام و عطل السيارة عن العمل .

و الملاحظ :

ان السبب الاجنبي لا يقطع علاقة السببية بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه و بين الضرر تتقرر مسؤولية المدين و السبب هو ان احد اركان هذه المسؤولية يكون قد تخلف .
على من يقع عبء اثبات انقطاع علاقة السببية بين الخطأ و الضرر :

يقع على عاتق المدين :

لأنه هو من يدعي ان عدم تنفيذه لالتزامه لم يكن نتيجة خطئه (والبيئة على من ادعى) و هو يستطيع ذلك اذا تمكن من اثبات وجود السبب الاجنبي :

(كالقوة القاهرة او الحادث الفجائي او فعل شخص ثالث) .

تعديل احكام المسؤولية العقدية :

سؤال : هل يمكن تعديل احكام المسؤولية العقدية و اذا كان ممكنا فما هو السبب و ما هي

الكيفية ؟

الجواب :

نعم يجوز تعديل احكام المسؤولية العقدية و يكون ذلك لسببين :

الاول :

ان احكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام و الآداب و بالتالي يجوز تعديل احكامها .

الثاني :

ان هذه المسؤولية العقدية انما نشأة عن اخلال المدين بالتزام ناشئ عن العقد و بما ان العقد وليد الارادة فان لهذه الارادة الحرية في التعديل من احكام المسؤولية بشرط ان يكون هذا التعديل في حدود النظام العام و الآداب .

كيفية او طرق تعديل احكام المسؤولية العقدية :

و يكون عن طريق التخفيف منها او التشديد فيها :

الطريق الاول :

بشرط من المدين يخفف من مسؤوليته (الاتفاق على التخفيف من المسؤولية) :
حيث يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه سواء كان ذلك راجعا الى خطئه او الى خطأ الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه و لكن لا يجوز اعفائه من المسؤولية اذا كانت ناشئة عن غشه او خطئه الجسيم .

مثال ذلك :

اذا اشترط البائع براءته من العيوب الخفية فهذا جائز و ان كان الاصل هو ان يضمن البائع جميع العيوب الخفية التي تظهر في المبيع و لكن يجب ملاحظة امر في غاية الاهمية هو عدم جواز الاعفاء من المسؤولية عن الغش او الخطأ الجسيم .

مثال ذلك :

اذا تعمد البائع اخفاء العيوب ثم اشترط في العقد براءته من العيوب الخفية ففي هذه الحالة لا تبرأ ذمته من المسؤولية عن تلك العيوب كمن يتعمد اخفاء عطل في محرك سيارته ثم يبيعهها و يشترط على المشتري عدم مسؤوليته عن العيوب الخفية فهنا لا تبرأ ذمته من هذه المسؤولية و المتمثل بالضرر الذي اصاب المشتري و المتمثل بالعطل المخفي و السبب هو (الغش و سوء النية) .

الطريق الثاني :

بشرط من الدائن يشدد به مسؤولية المدين (الاتفاق على التشديد من المسؤولية) :
و يكون على عكس الحالة الاولى بان يشترط الدائن التشديد من مسؤولية المدين فيجعله مسؤولا حتى عن خطئه التافه ، بل و حتى عن السبب الاجنبي الذي لا يد لأي من الطرفين فيه و في هذه الحالة يقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن .

مثال ذلك :

اذا اتفق شخص مع شركة نقل على نقل اثاث معين و اشترط على الشركة ان تكون مسؤولة عن تلف الاثاث حتى لو كان التلف بسبب اجنبي كصاعقة تقع على السيارة فتحرقها مع الاثاث فشرية النقل في هذه الحالة تكون ضامنة لقيمة الاثاث و هذا ما يحدث عادة في حالة التأمين على البضائع .

انحلال العقد :

في بادئ الامر نذكر بان العقد اذا نشأ صحيحا نافذا لازما و يجب تنفيذه .
و التنفيذ هو الطريق لزوال الرابطة العقدية و به ينقضي العقد و لكن قد تطرأ امور تؤدي الى زوال العقد قبل تنفيذه و هذا ما يسمى (بالفسخ) في العقود الفورية و يسمى (الانهاء) او (الالغاء) في العقود المستمرة كما من الممكن اتفاق طرفي العقد على انهاءه قبل تنفيذه و هذا ما يسمى (الاقالة) .

سؤال : هل يمكن الغاء العقد بارادة منفردة ؟

الجواب :

نعم يمكن الغاء العقد بإرادة منفردة و يكون هذا الحق في صورتين هما :

١ - ان يكون هذا الحق لكلا المتعاقدين :

و اهم تطبيقات ذلك تكون في عقود (الوكالة - الوديعة - العارية) .

٢ - ان يكون هذا الحق لاحد المتعاقدين فقط :

و يكون ذلك في العقود التي يكون فيها لهذا العاقد الخيار (كخيار الرؤية - خيار الشرط - خيار العيب) .

فسخ العقد :

ان الفسخ انما يكون في العقد الملزم للجانبين : لأنه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كلا الطرفين فيصبح كل منهما دائنا للآخر و مدينا له كما ان العقد ذاته ينشئ ارتباطا بين هذه الالتزامات و هذا الارتباط يؤدي الى القول بانه :

اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالمتعاقد الاخر لا يجبر ايضا على تنفيذ التزامه (وهذا امر طبيعي و عادل) و يستطيع هذا المتعاقد اذا لم يطلب التنفيذ العيني ان يطلب فسخ العقد و حل الرابطة التعاقدية كما له ان يطالب بالتعويض اذا كان له مقتضى و كل ذلك بعد اذار المدين بوجوب التنفيذ .

شروط فسخ العقد :

الشرط الاول :

ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين :

لابد لإمكان طلب فسخ العقد ان يكون العقد ملزم للجانبين فهذا النوع من العقود فقط ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد و اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه هو الذي يبرر طلب فسخ العقد .

اما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيها الفسخ و ذلك لان احد طرفي العقد فيها مدين غير دائن فلا يستطيع ان يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الاخر يخل بتنفيذه فيبرر ذلك طلب الفسخ و الطرف الثاني دائن غير مدين فلا مصلحة له في طلب الفسخ لكن يستطيع ان ينهي التزام الطرف الاخر بإرادته المنفردة (كالعارية) .

الشرط الثاني :

عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه :

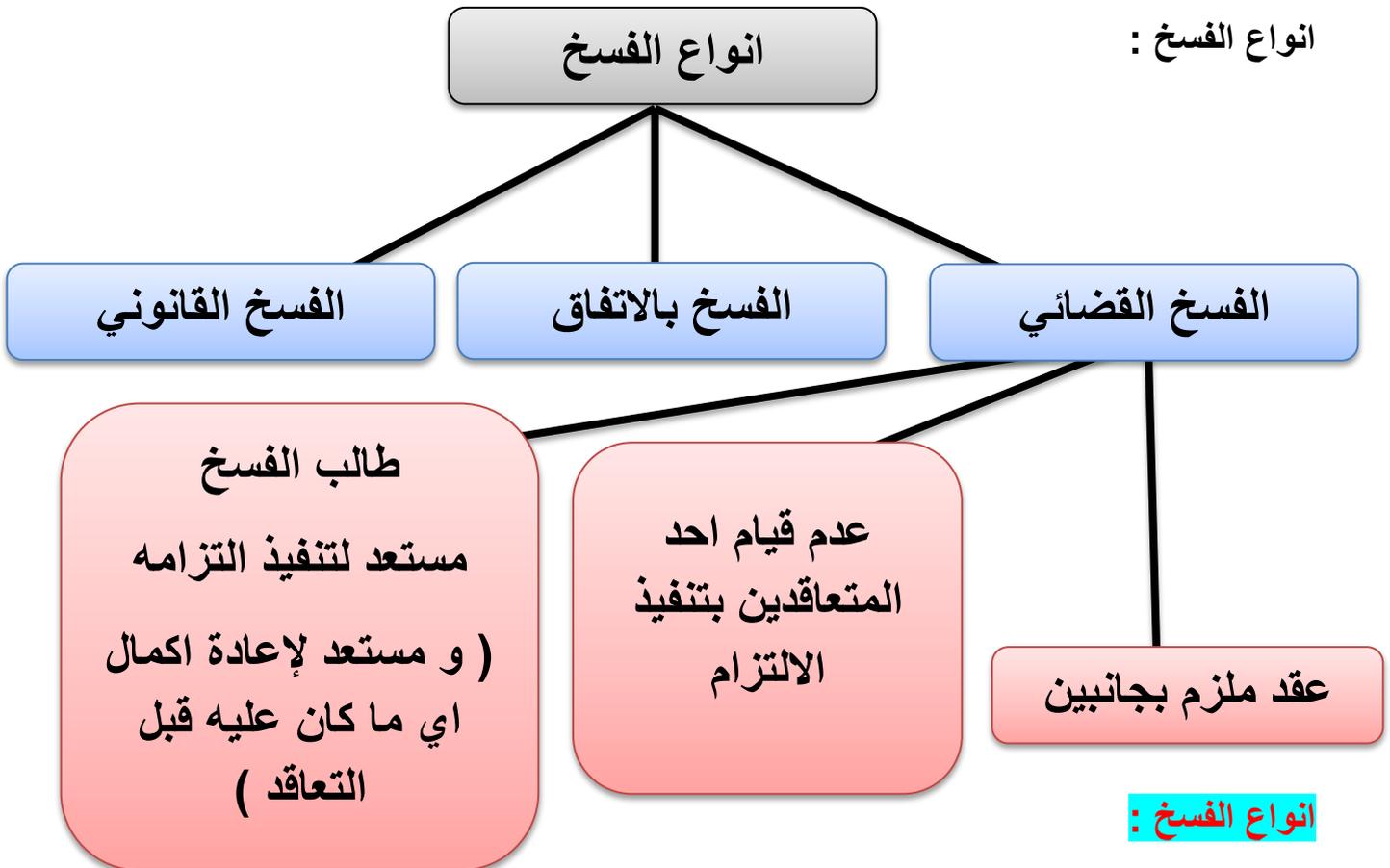
ان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو الذي يبرر طلب الفسخ و يجعله مقبولا اما القضاء لكن يجب ان يلاحظ ان الذي يبرر طلب الفسخ انما هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب اجنبي فاذا كان عدم التنفيذ من قبل المدين راجعا الى سبب اجنبي لا يد له فيه فان العقد يفسخ بحكم القانون .

الشرط الثالث :

استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه و قدرته الى اعادة الحال الى ما كان عليه :
و هنا لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بل يجب ان يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه من جانبه هو فاذا لم يكن قد نفذ التزامه و لم يكن مستعدا لذلك فلا يستطيع ان يطلب فسخ العقد .

لان المتعاقد الاخر يستطيع ان يدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ و يضاف الى هذا الشرط وجوب ان يكون طالب الفسخ قادرا على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد فهذا هو الاثر الذي يترتب على الفسخ .

فاذا كان طالب الفسخ تسلم شيئا بمقتضى العقد فيجب ان يكون قادرا على رده فاذا لم يكن قادرا على ذلك فلا يجاب طلبه كما لو هلك الشيء الذي تسلمه او خرج من يده بالبيع مثلا لأنه ملتزم امام المشتري الجديد بالضمان و عدم التعرض فالأصل (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض) .



هناك ثلاثة انواع من الفسخ و كما يلي :

النوع الاول : الفسخ بحكم القضاء :

ان الاصل في الفسخ هو ان يتم بحكم القضاء و هذه القاعدة العامة لكن لا بد للمتعاقد الذي يريد ان يلجأ الى القضاء طالبا الفسخ ان يطالب من المتعاقد الاخر تنفيذ التزامه و ينبهه الى انه اذا لم يتم بالتنفيذ فانه سيطلب الفسخ و تنبيه المدين يكون باعذاره و الاعذار يكون بالإنذار و الإنذار يتم بواسطة الكاتب العدل و لكن لا حاجة للإعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا .

سؤال : هل يخير الدائن بين الفسخ و بين طلب التنفيذ ؟

الجواب :

نعم ، فللدائن الخيار بين طلب فسخ العقد و بين طلب اجبار المدين على تنفيذ التزامه و يستطيع المدين ان يتجنب الحكم عليه بالفسخ اذا هو بادر الى تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ و في هذه الحالة قد تحكم عليه المحكمة بالتعويض لتأخره بالتنفيذ اذا طلب الدائن ذلك و كان هناك ضرورة .

سؤال : هل للمحكمة سلطة تقديرية في تقرير فسخ العقد من عدمه ؟

الجواب :

نعم ، فاذا عرض طلب الفسخ على القاضي فالقاضي غير ملزم به بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك فقد يقتضي به اذا اقتنع بوجود ما يببرره و قد يرفض الحكم بالفسخ و يمنح المدين ما يسمى ب (نظرة ميسرة) اي اجلا لتنفيذ التزامه اذا كان قد نفذ من التزامه جزءا كبيرا بالنسبة للباقي وان القاضي يستوحي قراره من الظروف المحيطة و بالبحث عن مدى حسن و سوء النية طرفي العلاقة و كذلك عن مدى الضرر الذي قد يصيب الدائن .

النوع الثاني : الفسخ بحكم الاتفاق :

سؤال : هل يوجد تدرج في الاتفاق على الفسخ ؟

الجواب :

نعم ، فقد يتوقع المتعاقدان عند ابرام العقد عدم قيام احدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان على احد العبارات الاتية :

العبرة الاولى : الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا :

ان المراد بهذا الشرط غالبا هو تأكيد القاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ اذ يصعب الجزم بانهما ارادا تعميم الفسخ و عليه :

فان هذا الشرط لا يعني عن الاعذار و لا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ .

كما ان هذا الشرط لا يسلب من القاضي سلطته التقديرية فيستطيع ان يرفض الحكم بالفسخ و ان يمنح المدين اجلا و الحكم بالفسخ يعتبر (منشئا للفسخ لا كاشفا له) .

العبرة الثانية : الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه :

ان وجود هذا الشرط لا يعني عن رفع الدعوى كما هو الحال في الشرط السابق و كذلك لا يعني عن الاعذار و لكنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك الا الحكم بالفسخ .

العبرة الثالث :

الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم :

معنى هذا الشرط انه اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى للحصول على حكم الفسخ .

و يكون الفسخ قد نشأ بأخلال المدين و لكن هذا الشرط لا يعني عن الاعذار فلا بد للدائن اذا اراد اعمال الشرط من اعذار المدين فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من اعذاره انفسخ العقد من تلقاء نفسه و لكن هذا الاعذار لا يمنح الدائن من طلب تنفيذ الالتزام .

العبرة الرابعة :

الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم و لا اعذار :

و هنا يزيد المتعاقدان من قوة الشرط و هذا يعفي الدائن من اعذار المدين و من اقامة الدعوى للحصول على الحكم بالفسخ و لكن اذا اضطر الدائن الى اقامة الدعوى فالحكم الذي يصدر يقتصر على التحقق من توفر شروط الفسخ (ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين عدم قيا احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه استعداد طالب فسخ العقد بتنفيذ التزامه و قدرته الى اعادة الحال الى ما كان عليه)

من عدمه توفرها فاذا ادعى المدين انه نفذ التزامه و اثبت ذلك فان القاضي لا يقرر فسخ العقد اما اذا ثبت للقاضي توفر شروط الفسخ فعليه ان يحكم بالفسخ و الحكم الذي يصدر بالفسخ يكون (مقرررا لا منشئا له)

و الملاحظة المهمة التي يلتفت اليها القاضي هي :

ان هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ .

لان القول بخلاف ذلك : (اي بعدم امكانية ان يطلب الدائن التنفيذ جبرا على المدين) معناه وضع الدائن تحت رحمة المدين اذ لا يكون على المدين اذا اراد فسخ العقد الا ان يمتنع عن تنفيذ التزامه فينفسخ العقد و هذا ما لا يمكن قبوله .

النوع الثالث :

الفسخ بحكم القانون (الانفساخ) :

اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام و انفسخ العقد بحكم القانون و لا حاجة للجوء الى القضاء للحصول على حكم الفسخ الا اذا حدث نزاع في وقوع او عدم وقوع الاستحالة لسبب اجنبي .

اما اذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فان العقد لا يفسخ بل يتأكد و يلتزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه .

تبعه الهلاك :

سؤال : يثور سؤال هنا لمعرفة من يتحمل تبعه الاستحالة اذا كان لسبب اجنبي (الدائن ام المدين) . فاذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي و انقضى التزامه ويرتد ذمته فهل يبقى المتعاقد الاخر ملزما بتنفيذ التزامه ام ينقضى التزامه هو ايضا و تبرأ ذمته ؟

الجواب :

للجواب على هذا السؤال يمكن وضع القاعدتين الاتيتين :

القاعدة الاولى :

قبل تسليم الشيء محل العقد في عقود المعاوضة :
اذا استحال على المتعاقد تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة .

مثال ذلك :

اذا التزم شخص بصنع شيء او نقل بضاعة و استحال عليه التنفيذ فهو الذي يتحمل تبعه ذلك اي لا يستحق الاجر المتفق عليه .

كذلك الحكم اذا كان محل التزام المدين تسليم الشيء و استحال عليه تسليمه كأن هلك مثلا فهو الذي يتحمل تبعه هذا الهلاك فالمبيع اذا هلك و هو في يد البائع هلك عليه و لا يلتزم المشتري بدفع الثمن .

القاعدة الثانية :

بعد تسليم الشيء محل العقد : و هنا نفرق بين حالتين :
الحالة الاولى : اذا كانت يد الشخص على الشيء (يد امانة) :
و هلك ذلك الشيء في يد قضاء و قدرا اي بدون تعدي او تقصير منه فهو غير ضامن اي لا يتحمل تبعه الهلاك كالمستأجر و الوديع و المستعير ذلك ان يدهم على الشيء يد امانة فاذا هلك الشيء المؤجر او المستودع او المستعار فهم غير ضامين اي لا يتحملون تبعه هذا الهلاك .

الحالة الثانية : اذا كانت يد الشخص على الشيء (يد ضمانه) :

و هلك ذلك الشيء في يدهى سواء كان الهلاك بتعد منه او تقصير او كان قضاء و قدرا فانه يضمن هلاكه اي يتحمل تبعه هلاكه كحالة ما اذا غصب احد شيء من اخر فانه مدين بإرجاعه اي ملزم بإرجاعه و تكون يده عليه يد ضمانه فاذا هلك هذا الشيء و لو دون تعد او تقصير فالغاصب يضمنه بتحمل تبعه هلاكه .

اثار فسخ العقد :

ان الاثر الذي يترتب على فسخ العقد : هو زوال حكمه باثر رجعي الى حين ابرامه و اعتباره كأن لم يكن و وجوب الرجوع فيما نفذ ورد ما قبض قبل الفسخ و يستوي في ذلك ان يكون الفسخ بحكم القانون او بحكم القضاء او بحكم الاتفاق .

و الملاحظة :

ان هذا الحكم هو الذي يترتب ايضا على نقض العقد الموقوف .

سؤال : على من يسري حكم الفسخ ؟

الجواب :

ان حكم الفسخ يسري فيما بين المتعاقدين كما يسري بالنسبة للغير و كما يلي :

الاثر الاول :

اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين (الرجوع الى ما كانا عليه قبل التعاقد) :

اي يجب ان يعاد كلا المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد (اي قبل ابرام العقد) فاذا قبض احدهما شيئا من الاخر فعليه رده اليه و من لم ينفذ التزامه لا يجبر على تنفيذه ففي عقد البيع مثلا اذا قبض المشتري المبيع ثم فسخ العقد فعليه رده الى البائع و اذا كان البائع قد قبض الثمن فعليه رده الى المشتري .

سؤال : اذا كان من الواجب رد الشيء الذي قبضه المتعاقد في حالة فسخ العقد فما هو الحكم

بالنسبة للثمار التي ينتجها الشيء قبل رده ؟

الجواب :

ان القانون يميز بين القابض حسن النية و القابض سيء النية و كما يلي :

القابض حسن النية :

و معنى حسن النية هنا : هو ان القابض كان يجهل عند القبض انه قبض شيء غير مستحق له و بناء على ذلك فالقابض حسن النية يملك ما يقبضه من زوائد و ما يستوفيه من منافع الشيء خلال مدة حيازته له .

القابض السيء النية :

هو الذي كان يعلم عند القبض انه انما يقبض شيء غير مستحق له و في هذه الحالة على القابض سيء النية ان يرد الزوائد والثمار التي انتجها الشيء قبل رده .

مثال ذلك :

اذا كان المبيع ارضا تحتوي على اشجار مثلا و قطف المشتري ثمارها بعد قبضها لاو كان سيء النية فعليه ان يرد هذه الثمار اذا كانت موجودة ، اما اذا كان قد استهلكها او هلكت فعليه ان يرد قيمتها كما ان البائع ايضا اذا كان سيء النية فعليه ان يرد الثمن اذا قبضه مع فوائده من حين المطالبة القضائية بهذه الفوائد .

والملاحظ هنا :

ان اساس الالتزام بالرد هو (الكسب دون سبب) و ذلك ان العقد اذا فسخ فلا يبقى سبب لاحتفاظ كل من المتعاقدين بثمرات الذي قبضه .

الحكم بالتعويض :

ان المحكمة اذا حكمت بالفسخ بناء على خطأ احد المتعاقدين فقد تحكم عليه بالتعويض ايضا اذا كان له مقتضى كما انها تحكم بالتعويض على من يستحيل عليه رد ما قبضه .

و ان التعويض يشمل :

- أ - ما اصاب الدائن من ضرر بسبب فسخ العقد .
- ب - ما انفقته من مصروفات في الدعوى للحصول على حكم الفسخ .
- ج - كما ان التعويض قد يشمل تقدير ما فات الدائن من ربح اذا كان المدين سيء النية .

الاثر الثاني :

اثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين (زوال الحقوق التي رتبها القابض على الشيء قبل الفسخ)

كما اشرنا ان الفسخ يزيل حكم العقد باثر رجعي الى حين ابرامه و ان ذلك يسري في حق غير المتعاقدين ايضا و هذا يعني ان المشتري كأن لم يكن قد ملك المبيع ابدا و على ذلك تزول الحقوق التي رتبها هذا المشتري على المبيع قبل الفسخ و عندئذ يسترد البائع المبيع خاليا من اي حق عليه .

مثال ذلك :

اذا اتفق مقاول مع صاحب ارض معينة ابناؤها مقابل ان يعطي صاحب الارض جزءا منها للمقاول مقابل بناء الجزء المتبقي لصالح صاحب الارض و بالفعل تم نقل ملكية الجزء الى المقاول بعد ذلك تصرف المقاول بهذا الجزء باعتباره مالك له فقام ببيعها لأخر و بعدها اخل المقاول بالتزامه تجاه رب العمل (صاحب الارض) فحصل رب العمل على حكم بفسخ العقد الاول (الذي كان محله البناء) في هذه الحالة فان رب العمل يسترد الارض كاملة و من ضمنها ما تم نقل ملكيته الى المقاول .

اي ان صاحب الارض الاول (رب العمل) يسترد ارضه من الشخص الذي اشتراها من المقاول و تعود له خالية من اي حق عينية رتبه المقاول عليها .

سؤال : ما هو الاساس الذي تقوم عليه فكرة زوال الحقوق التي رتبها القابض على الشيء قبل

الفسخ ؟

الجواب :

ان الاساس القانوني هو ان المشتري عند فسخ العقد يعتبر كأن لم يملك هذه العين ابدا و عليه فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ يعتبر صادرا من غير المالك فلا ينفذ في حق المالك الاصلي و يعبر فقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم ان (فاقد الشيء لا يعطيه) كما يعبر عنها الفقهاء الغربيون بقولهم (لا يستطيع الانسان ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك) و بعبارة اخرى يمكن القول انه (اذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى عنه هذا الشيء)

سؤال : هل هناك استثناءات على القاعدة المتقدمة (قاعدة زوال الحقوق بسبب الفسخ) ؟

الجواب :

نعم هناك استثناءان هما :

الاستثناء الاول : متعلق ب (عقود الادارة المبرمة بحسن النية) :

كما لو باع شخص عينا معينة و قام المشتري بتأجيرها و كان المستأجر حسن النية و كان عقد الايجار ثابت التاريخ ثم حدث ان فسخ عقد البيع فعقد الايجار يبقى و لا يفسخ و لا يستطيع البائع رد العين من المستأجر قبل نهاية عقد الايجار و كل ذلك بشرط حسن النية .

الاستثناء الثاني : متعلق بقاعدة : (الحيازة في المنقول سند الملكية) :

و هذا في حالة ما اذا كان المبيع منقولاً و قبضه المشتري ثم باعه الى مشتري ثاني حسن النية و قبض المبيع ثم فسخ البيع الاول فالبايع لا يستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني . والسبب في ذلك هو ان المشتري الثاني اطمأن الى ان الذي يبيعه الشيء المشتري الاول هو مالك للشيء فاذا سمحنا للبايع الاول باسترداد ذلك الشيء منه فان هذا يؤدي الى عدم استقرار المعاملات .

انحلال العقد :

سؤال : ما هو اثر انحلال العقود المستمرة التنفيذ ؟

الجواب :

الملاحظ في مثل هذه العقود هو ان حلها لا يمكن ان يكون باثر رجعي الى حين ابرام العقد السبب هو ان الزمن عنصر جوهري في هذه العقود و به يتحدد تنفيذ العقد و الزمن الذي يمر به لا يعود و بالتالي لا يمكن اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فانهاء او الغاء هذه العقود لا يحدث اثره الا بالنسبة للمستقبل فقط و على ذلك فان ما ترتب من اثار على هذه العقود قبل فسخها يظل قائماً و عليه فان البعض من الفقهاء لا يسمي حل هذا النوع من العقود (فسخاً) بل (انهاء) .

الإقالة : و هي اتفاق المتعاقدان على الغاء العقد و ارجاع الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد و ذلك بان يسلم كل طرف ما قبضه من الثاني علماً ان الاقالة عقد كسائر العقود فلا بد فيها من توفر الشروط العامة لإنشاء العقد كما ان الاقالة هي فسخ اتفاقي فلا بد من توفر شرط امكانية ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد .

الطبيعة القانونية للإقالة :

سؤال : هل تعتبر الاقالة فسخاً ام عقداً جديداً ؟

الجواب :

لتوضيح الجواب نعرض المثال الاتي :

لو باع شخص سيارة و سلمها الى المشتري وقبض ثمنها و بعد فترة اتفقا على الاقالة فرد المشتري السيارة الى البائع ورد الثمن الى المشتري .

التساؤل هنا هو : هل يعتبر ذلك فسخاً للبيع ام عقداً جديداً باع بع المشتري السيارة للبائع ؟

للجواب على هذا السؤال هناك ثلاث آراء :

١ - الرأي الأول : يعتبر الإقالة (عقدا جديدا) .

٢ - الرأي الثاني : يعتبر الإقالة (فسخا اتفاقيا) .

٣ - الرأي الثالث : يعتبر الإقالة (فسخا اتفاقيا فيما بين المتعاقدين و عقدا جديدا بالنسبة للغير)

و ان القانون المدني العراقي اخذ بالرأي الثالث و يترتب على هذا التكيف بعض النتائج اهمها :

النتيجة الاولى :

إذا اعتبرنا الإقالة عقدا جديدا بالنسبة للغير فالشفعة تثبت بها إذا كان البيع عقارا .

مثال ذلك : إذا باع شخص داره و لم يطلب جاره الدار بالشفعة ثم اتفق البائع والمشتري على

الإقالة فللجار ان يطلب الدار بالشفعة .

النتيجة الثانية :

ليس للإقالة اثر رجعي بالنسبة للغير :

فتبقى الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الإقالة .

مثال ذلك : إذا كان المبيع ارضا مثلا ورتب المشتري عليها حقا عينيا كحق المرور او المسيل

او المجرى ثم حصلت الإقالة فالبائع يسترد الارض و هي مثقلة بالحق العيني الذي رتبها

المشتري عليها .