جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الطوسي الجامعة

القسم / القانون

المرحلة / الثانية

المادة / نظرية الالتزام

استاذ المادة/ د. كاظم خضير

الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الوجيز
في
نظرية الالتزام
في القانون المدني العراقي

الأستاذ
الدكتور عبد المجيد الحكيم

الأستاذ
عبد الباقي البكري

الأستاذ المساعد محمد طه البشير

الجزء الأول
في
مصادر الالتزام

١٩٨٠

مقدمة

نمهد الكلام في مصادر الالتزام بكلمات، أربع: الأولى في تعريف الالتزام، والثاني في المذهب الشخصي والمذهب المادي في تصوير الالتزام، الثالثة في أنواع الالتزامات، والرابعة في مصادر الالتزام.

١- التعريف بالالتزام

ينظم القانون المدني علاقات الأفراد المالية والشخصية، فيشمل هذا القانون قسمين رئيسيين.

١- قسم الأحوال الشخصية وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الفرد بأسرته، على أنه نظراً للظروف التاريخية الخاصة التي مرت بها البلاد العربية، لا تخضع المقتضيات المدنية فيها إلا للعلاقات المالية، دون روابط الأسرة التي روعي في شأنها الشرائع الدينية أو تشريعات خاصة استمدت قواعدها من الشرائع الدينية.

٢- قسم الأحوال العينية أو المعاملات، ويشمل مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الفرد بغيره من حيث المال.

والمال في لغة القانون هو كل حق أي مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد.

والحق إما أن يكون عينياً أو حقاً شخصياً.

والحق العيني هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين.

فالحق العيني يتكون من عنصرين: صاحب الحق، موضوع الحق (الشيء)، وبالتالي لصاحب الحق بمقتضى هذه السلطة المباشرة الحق في استعمال الشيء، أو استغلاله أو التصرف فيه.

أما الحق الشخصي فيقوم على وجود رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، ويكون للدائن بمقتضى هذه الرابطة الحق في مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالحق الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة: الدائن والمدين وموضوع الحق. ويلاحظ أن هذه العلاقة بين الدائن والمدين وتأتي عليها لفظ الحق الشخصي وذلك إذا نظرنا إليها من جانب الدائن. كما يطلق عليها لفظ الالتزام وذلك إذا نظرنا إليها من جانب المدين.

وقد اتخذ التقنين المدني العراقي تقسيم الحقوق المدنية إلى شخصية وعينية أساساً لتقسيم قواعده. فهو يبدأ بالحقوق الشخصية بتضمين أحكام عامة في القانون وتطبيقه في مواضيع وأحكام، وفي نظرية الالتزامات وتقسيمات الأشياء. ثم يلي هذا الباب تقسيمات قسم آخر في الالتزامات أو الحقوق الشخصية، وهو ينقسم بدوره إلى كتابين: الأول في الالتزامات بوجه عام أي في النظرية العامة للالتزام، ويتضمن الكتاب الثاني تفاصيل عن نظرية العقود على بعض العقود التي تأتي الشرع بتنظيمها وتحديد أحكامها، مثل العقود المسماة: كعقد البيع والإيجار والهبة وسواها وبيانها وأركانها.

أما القسم الثاني من التقنين المدني العراقي فقد خصص للحقوق العينية، وأفرد فيه الكتاب الأول للحقوق العينية الأصلية أي حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه كحق الانتفاع والارتفاق، وخصص الكتاب الثاني للحقوق العينية التبعية وهي حق الرهن وحق الامتياز، وتسمى أيضاً بالتأمينات العينية إذ هي تقرر ضماناً أو تأميناً لأداء حق شخصي.

أهمية نظرية الالتزام:

تجدر الإشارة إلى دراسة الحق الشخصي منظوراً إليه من جانب المدين أي دراسة الالتزام ومثال ذلك الدين الذي تقوم به ذمة سواء في وجود الالتزام أو عناصره. فمثلاً يمكن تصور وجود الالتزام مع عدم وجود دائن بعين وقت نشوء الالتزام، كما في حالة الوعد بجائزة أو عند تأمين أو لصالح أبناء المتوفين حالياً ومن سيولد منهم في المستقبل. فالمدين هنا هو شركة التأمين ولكن الدائن غير محدد وقت نشوء الالتزام ولكنه يتحدد عند تنفيذ الالتزام.

ولنظرية الالتزام أهمية كبرى في حالة القانون ودفعه سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية. فهي بالنسبة لقانون العقوبات والقانون المدني بصفة خاصة أشبه بالعمود الفقري بالنسبة لجسم الإنسان.

فمن الناحية العملية نجد كثيراً من تصرفاتنا اليومية عبارة عن عقود تترتب عليها التزامات. فالمشتري يشتري جريدة أو يتناول طعاماً في مطعم أو يركب "المترو" حتى يشتري ما يلزمنا من السوق. كل هذه التصرفات تعد عقوداً تترتب عليها التزامات.

وفي كل يوم تقع حوادث تترتب عليها مسؤولية مدنية. كما أن الدولة الحديثة وخاصة الدولة الاشتراكية تتدخل والتنظيم في كافة مجالات الحياة وخاصة المجال الاقتصادي مما يفرض الكثير من الالتزامات في شتى المجالات.

أما من الناحية العملية فإن نظرية الالتزام تعد أحكام أساسية في المنطق القانوني فهي تسير بعمومها في اتجاه واحد ولكنها تجد الفكر حريته غير مقيد بحواجز البيئة أو الزمن كما هو الحال مثلاً بمبدأ الأحوال الشخصية. ولذلك فقد تشابهت البادئ العامة لنظرية الالتزام في مختلف التشريعات وأصبح في الإمكان توحيد قواعدها في مختلف الدول من أجل ذلك في سبيل تلك عقدت عدة مؤتمرات منها مشروع مدونة الفرنسي الإيطالي للالتزامات ومشروع الالتزامات الدولي المقدم من معهد القانون الخاص والتشريع المقارن في أمريكا سنة ١٩٣٧.

تطور نظرية الالتزام:

بالرغم من قيام نظرية الالتزام على أسس منطقية، إلا أن ذلك لا ينفي أنها تعاني من تطورات كبيرة متأثرة بعدة عوامل منها المذاهب الاجتماعية والعوامل الاقتصادية

أ- فانتشار الأفكار الاشتراكية في العصر الحديث يعظم الشرع بل التدخل المستمر في كثير من العقود لكي تتمشى المصلحة العامة أو الجانب المتضرر في العقد كما هو الحال مثلاً في عقود الإذعان أو في عقد العمل أو عقد الإيجار. ففي عقد الإذعان مثلاً نجد أن الفرد في حقيقة الأمر ليس حراً في التعاقد أو عدم التعاقد بل هو يجبر على قبول الشروط التي تفرضها الطرف القوي اقتصادياً في العقد. لذلك يتدخل المشرع عادة لحماية الطرف الضعيف في مثل هذه العقود.

ولا يقتصر تدخل المشرع بالتنظيم على مرحلة تكوين العقد، بل يتعداه أيضاً إلى مرحلة تنفيذ العقد كما هو الحال فيما يسمى بنظرية الظروف الطارئة. فالفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي تنص على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً غير مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

وبصفة عامة فإن ازدهار المذاهب الاشتراكية أدى إلى تزايد نطاق الالتزامات غير الإرادية وإلى الانتقاص من شأن الإرادة في مجال الالتزامات الإرادية وذلك نتيجة تدخل المشرع لفرض كثير من الالتزامات غير الإرادية وإلى تدخله للتنظيم في مجال العقود.

- والعوامل الاقتصادية أيضاً كان لها دور في تطور نظرية الالتزامات فالعصر الحديث وعصر الآلات الميكانيكية أدى إلى ظهور نظريات حديثة كنظرية المسئولية عن تبعة الخطأ المفروض وتحمل التبعة وإلى نشوء عقود جديدة كعقد العمل الفردي وعقد العمل المشترك وعقد الالتزام المرافق العامة... إلخ.

تعريف الالتزام

عرفت المادة 1/1 من القانون المدني العراقي الحق الشخصي أو الالتزام بأنه "رابطة بين شخصين هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الشخص الأول الثاني بأن يعطي حقاً معيناً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل".

أ- ويعني حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أو كان محلها أشياء أو منفعة أو مقابلات أو أشياء وبعبر كانت حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين.

ب- وهناك من عبر بلفظ "الالتزام" وبلفظ "الدين" فعبر الدين الذي يؤديه المدين بلفظ "الحق الشخصي".

ويستخلص من هذا التعريف:

١- الالتزام رابطة قانونية: الالتزام رابطة قانونية أي في عبارة أخرى فإنه يرد على إرادة المدين أو حريته، وكان هذا القانون في أول مراحل القانون الروماني مادياً يقع على شخص المدين ثم صار بعد تطور قانوني رابطة قانونية بحتة: لا تتعلق إلا بذمة المدين وبمقتضاها فهو مسئول بالمحافظة البسيطة العادية عند الصورة على تنفيذ التزامه، على أن الإجبار على هذا الرابطة يبقى خاصاً في الالتزام الذي فيه يكون طبيعياً لا إجبار فيه. ذلك أن الالتزام كما أوضح الفقه الألماني ينحصر إلى عنصرين: العنصر وهو الواجب القانوني الذي يفرض على المدين الوفاء بالتزامه والإجبار أو المسئولية وهذا لتعبير الفقه أنه إذا لم يقم بعد عدم الوفاء اختياراً يكون لها أن: حينئذ أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري لاستيفاء حقه ولا تجتمع في الالتزام الطبيعي إلا العنصر الأول: الديونية دون المسئولية[1].

---

(١) وقد أخذ به الأستاذ عبد الرزاق السنهوري وأخذ بالتعريف بعض الفقهاء العراقيين.

٢- **الالتزام رابطة شخصية:** وقيام هذه الرابطة هو المميز الرئيسي للحق الشخصي عن الحق العيني. فالحق الشخصي يفترض رابطة بين شخصين: بين صاحب الحق (الدائن) وبين المدين. أما الحق العيني فهو يفترض علاقة مباشرة بين صاحب الحق والشيء محل الحق. ويترتب على هذا أن صاحب الحق الشخصي وهو الدائن لا يستطيع استعمال حقه إلا بتدخل الغير وهو المدين. فمن يكون دائناً لآخر مبلغ مالة دينار مثلاً لا يمكنه استيفاء هذا المبلغ بالاستدلاء بنفسه إلا بتدخل المدين. فالمدين لا بد له من مطالبة المدين، ولا يحصل من ثم على محل الحق إلا بواسطة هذا الأخير. في حين أن صاحب الحق العيني يحصل على حقه مباشرة من الشيء المستأجر بدون حاجة إلى تدخل شخص آخر. فالمالك مثلاً ينتفع مباشرة عن طريق ملكه وحده الانتفاع دون حاجة إلى تدخل شخص آخر يربطه معه علاقة قانونية. وهكذا فإن الحق العيني على نقيض الحق الشخصي علاقة مباشرة تستعمل بغير وساطة وكذلك بغير وساطة مدينه: فلا تراعيها سلطة أخرى.

٣- **الالتزام عبء مالي:** والالتزام أخيراً عبء مالي أي في عبارة أخرى يجب أن يكون محل الالتزام هو قيام المدين بأداء مالي. وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء كإعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشيء المبيع. وقد يكون القيام بعمل كالمحامي عمله جراحية أو رسم لوحة فنية. وقد يكون الامتناع عن عمل كالامتناع عن افتتاح محل تجاري في مكان معين بعد بيع منشأة تجارية. هو المال هذا الالتزام. وفي جميع الأحوال ينبغي أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية أي يمكن تقويمه بالنقود. فإذا كان لا يمكن تقويم الأداء بالنقود فلا يمكن اعتبار الالتزام الملحق به شيئاً للتقويم، وإن كان يعد واجب قانوني، وعلى ذلك فأداء الخدمة العسكرية واجب قانوني وليس التزاماً لأنه لا تقوم بالنقود. وكذلك تربية الأطفال وتأديبهم واجب قانوني وليس التزاماً. ويلاحظ أن وجوب أن يكون الأداء مالياً لا يعني بالضرورة أن تكون مصلحة الدائن من هذا الأداء مالية. فالمرجح أن مصلحة الدائن ...

[illegible]

[illegible] بالعمل للطرف [illegible] من قد تكون مصلحة أدبية أو معنوية، ورغم ذلك فإن الأدبية ذات يكون مالياً ولا يمكن تقديره بمبلغ من النقود. فإذا تعاقد مغني مع صاحب مسرح أو سينما على مشاركة المسرحية أو تمثيله للعروض، وإن صاحب المسرح أو السينما يكون ملتزماً بالتزام بدفع المغني مبلغ معين ونقود. ذلك أنه رغم أن المسرحية التي قصد المغني تحقيقها من هذا العقد هي مصلحة أدبية أو معنوية وهي الترفيه عن النفس، فإن الأداء للطرف وهو حرص المسرحية أو التلفزيون في نفس الوقت أي أنه أداء مالي كذلك لقبل بدأ التزام [illegible] صورة [illegible] [illegible] الملاحظة بترتيب [illegible] للراحة والترفيه

2ـ المذهب الشخصي والمذهب المادي في الالتزام

يتنازع نظرية الالتزام مذهبان: أولهما يقدر العلاقة الناشئة من طرفي الالتزام وهذا هو المذهب الشخصي، وثانيهما يعتبر موضوع الالتزام وهذا هو المذهب المادي.

المذهب الشخصي في الالتزام: لقد ظهر هذا المذهب إبان العصور الرومانية، فقد كان الرومان ينظرون إلى الالتزام من ناحية الشخصية، فيعتبرونه بمثابة رابطة بين الدائن والمدين Juris Vinculum. وكانت هذه الرابطة تخول الأول الأمر في دورة سلطة على الدائن على جسد المدين وتصل على حد الإعدام والاسترقاق والتصرف فيه أو قتله [illegible] وبعد تطور طويل أصبحت قاصرة على [illegible] على مال المدين، وقد [illegible] هذا المذهب في الفقه الفرنسي حيث يعد الغالب في تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية بين شخصين، وزعيم هذا المذهب من الفقهاء الألمان سافيني Savigny. وهو الذي يزعم أن فكرة السيادة إن الالتزام عبارة عن سيادة الدائن على المدين أو مظهر إخضاع المدين للدائن. وهذه السيادة قد ترد على مصدر الطبيعة بصورة كاملة فتكون ملكية، وقد تستغرق سيادة شخص آخر فتكون حقاً. وقد تقيد بحسب درجة سلطة [illegible] الا إلى جزء بسيط فتكون التزاماً. فنظرية سافيني هذه لا تقتصر على الالتزام وإنما تشمل جميع الحقوق. فقد [illegible] أن الالتزام والملكية يتفقان في الطبيعة ولا يختلفان إلا في الدرجة. ويتضح من هذا أن نظرية سافيني وعة بطابع القانون [illegible] إلى [illegible] الالتزام [illegible] وتقيده [illegible] خروج [illegible] درجة من

ترى، ولم يقدر هذه النظرية أن تلقى تأييداً في ألمانيا فقام بتلخيصها فريق كبير من الفقهاء الذين اعتنقوا المذهب المادي.

المذهب المادي في الالتزام: وقد يكون فقهاء ألمانيا ... وعلى رأسهم جيرك (Gierke) في القرن التاسع عشر في وضع مذهب شخصي لزوماني لالتزام ... النظريات الجرمانية بعد أن حملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية ... أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في ... الرومانية؛ بل تنظر إلى محل الالتزام وهو المقدر المالي؛ وتجرده من الرابطة الشخصية، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية. فيتضمن الالتزام ... شخص الدائن وشخص المدين؛ وتحتفظ بمحله ... مادياً العبرة فيه ... المذهب المادي كما نرى، يضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصية ... والمدين، فيجعل الالتزام شيئاً مادياً يمكن التداول؛ وهذا من شأنه أن يزيد في ... التعامل وفي ثروته. ومن النتائج التي ترتب على هذا المذهب نتيجتان هامتان:

النتيجة الأولى: إذا كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أن يكون ... أصبح من السهل أن ... تحول أشخاص الالتزام؛ ليس من دائن إلى دائن آخر فحسب، بل أيضاً من مدين إلى مدين آخر، فيوجد إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين. وهذا ما أقرته التشريعات الحديثة بالمذهب المادي كالتشريع الألماني والتشريع السويسري، وعلى أثرهما سار التشريع العراقي.

النتيجة الثانية: إذا كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهري في الالتزام فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن ودون مدين، فيستقل الالتزام بل يكون ... ويكفي أن يوجد الدائن وقت الوفاء، ففي هذا الوقت فقط تتحقق الضرورة في أن يقوم ... بشخص من المدين الذي ... كثيرة يرى فيها الالتزام نشأ في ذمة المدين دون أن يوجد الدائن، من ذلك التزام الواقف ... وقد تكون لمصلحة شخص غير معين أو شخص لم يولد.

ولا شك في أن المذهب المادي للالتزام يتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة في الوقت الحاضر، ومع سرعة تداول الأموال وتيسير سبل ... التعامل ... الاعتبار ... المرونة التي يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام على أنه لا يخفى ...

[illegible] نطاق المذهب الشخصي، فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين، ولا يزال شخصية كل من الدائن والمدين أثر كبير في تكوين الالتزام وفي تنفيذه.

فالمذهبان الشخصي والمادي يفسران معا معنى الالتزام. ذلك أن للالتزام ناحيتين: ناحية شخصية يفسرها المذهب الشخصي، وناحية مادية يفسرها المذهب المادي. ونقتنع الذي سيراعى إذا كان قد أخذ من المذهب المادي نتائج عملية هامة، لم يهجر في الوقت ذاته المذهب الشخصي، بل استبقاه في أكثر من الأحوال.

٣ــ أنواع الالتزامات

تختلف أنواع الالتزام باختلاف الزاوية التي ننظر إليه من خلالها، فهو ينقسم من حيث مصدره إلى التزامات إرادية والتزامات غير إرادية، وينقسم من حيث إمكان إجبار المدين على تنفيذه إلى التزامات مدنية والتزامات طبيعية، وينقسم من حيث مضمونه ومحله إلى التزامات سلبية والتزامات إيجابية، وإلى التزامات فورية والتزامات مستمرة، وإلى التزامات موصوفة والتزامات بسيطة.

ولا نريد هنا أن نعرض لكل أقسام الالتزام وأنواعه وإنما نعرض منها تلك الأنواع التي لا غنى عن عرضها ليسهل على الطالب فهم ما سيأتي من مواضيع وأبحاث.

أ ــ الالتزام المدني والالتزام الطبيعي

والالتزام المدني هو التزام يتحقق فيه عنصرا المديونية والمسؤولية، ولذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أي أنه يمكن تنفيذه جبرا على المدين، وهذا هو موضع الدعوى في الالتزام.

أما الالتزام الطبيعي، فإنه التزام قانوني، ولكن لا يتحقق فيه إلا عنصر المديونية فقط دون عنصر المسؤولية، ولهذا لا يكون للدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أي أن لا يمكن تنفيذه جبرا على المدين، ومع ذلك فإنه يكون للمدين أن يقوم بتنفيذه اختيارا، وفي هذه الحالة يعتبر الوفاء الذي يقوم به المدين وفاء صحيحا، ولا يجوز استرداده. كما أنه إذا أوفى باختياره بدلا عنه فإنه يكون التزام طبيعي، لا يكون له أن يسترد ما أداه. ومن أمثلة الالتزام الطبيعي ما نصت عليه المادة (٣٨٦) من القانون المدني المصري من أنه «يترتب على تقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك فيظل في ذمة المدين التزام طبيعي».

٢ـ الالتزام السلبي والالتزام الإيجابي

الالتزام السلبي هو الالتزام الذي يكون محله امتناع المدين عن القيام بعمل كان يمكن له القيام به لولا وجود هذا الالتزام. فإن قلنا أن بيع شخص محله التجاري إلى شخص يشترط عليه عدم ممارسة نفس النوع من التجارة في المنطقة التي يقع فيها هذا المحل المبيع

والالتزام الإيجابي هو الالتزام الذي يكون محله قيام المدين بإعطاء أو بعمل. أما الالتزام بالإعطاء فهو نقل الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر. مثال ذلك: التزام بائع الشيء المنقول المعين بالذات بنقل ملكية ما باعه إلى المشتري. وأما الالتزام بالقيام بعمل فهو أن يقوم المدين بمصلحة الدائن بعمل من الأعمال كأن يقوم ببناء دار أو بنقل بضاعة أو بإجراء حفلة غنائية.

وتبدو هذه التقسيم تظهر في ناحيتين هما: الإعذار والجزاء.

أما من حيث الإعذار فإنه لا بد من إعذار المدين بالالتزام الإيجابي حتى يعتبر مقصراً في التنفيذ فيترتب عليه القانون آثاراً معينة. أما المدين بالالتزام سلبي فلا حاجة إلى إعذاره لأن مجرد مخالفته هذا الالتزام يعتبر محله قائماً امتناعاً عن التنفيذ يترتب عليه القانون آثاره المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي.

وأما من حيث الجزاء فإن القاعدة العامة في هذا الصدد هي أنه إذا أخل المدين بالتزامه السلبي فإنه يتعرض في الغالب إلى مجرد دفع التعويض لأنه يصعب إمكان تنفيذ هذا النوع من الالتزام تنفيذاً عينياً قهرياً له في هذا المنفذ من إرهاق المدين والتدخل في حريته الشخصية.

أما الالتزامات الإيجابية فإن القاعدة العامة هي أن يجبر الدائن إذا ما أخل المدين بالتزامه حتى أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً على حساب المدين وذلك إذا كان ممكناً في الحالات العادية غير العاجلة أو حسب تقدير استعجالها في الحالات المستعجلة المادة (٢٥٢) مدني.

٣ـ الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة

من الالتزامات ما يمكن بطبيعته أن ينفذ دفعة واحدة فيقال أنه التزام فوري أو آني كالتزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع. ثم التنفيذ يعمل واحد دفعة واحدة من جانب البائع وبذلك العقد الذي ينقضي بمجرد الوفاء بالالتزام. أما عقد الإيجار فهو عقد مستمر لأن الالتزام المتبادل يعمل في أعمال متطلبة

الرئيسي حيث لا يتم التنفيذ بعمل واحد دفعة واحدة، فيقال للالتزام عندئذ أنه التزام متتابع أو مستمر. ويقال للعقد الذي ينشأ عنه نوع من الالتزامات العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد مدة. ويدخل في هذا النوع جميع الالتزامات المستمرة أي التي يكون موضوعها امتناعاً عن عمل، ذلك أن الامتناع حالة مستمرة مع الزمن، ومثال التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته واستعماله الشيء المبيع، والالتزام بعدم المنافسة الذي يتضمنه كثيراً ويتضمن فيه أغلب الالتزام بعمل مستمر كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين وصيانتها. ومن قبيل الالتزامات المستمرة أو المتتابعة أيضاً الالتزامات التي تعد مستمرة من الأصل كالتزام شخص بتوريد بضاعة معينة خلال مدة معينة في مقابل التزام الطرف الآخر بدفع ثمن كل توريد.

ويمكن بيان أن الالتزام الفوري لا يقصد منه تنفيذ زمني بل قد يكون من ممكناً تنفيذه لا يستغرق لحظة ولا يقصد به عمل واحد بل عمل واحد وفي لحظة واحدة، ويمثل الالتزام فورياً ولو تم تنفيذه مدة. ذلك أن الزمن لا يدخل في فوري الالتزام وإنما يستغرق التنفيذ وقتاً معيناً لوقوعه وتمامه إلا إذا تم التنفيذ بعمل واحد ودفعة واحدة. فالالتزام يكون بالدفع الثمن التزام فوري حتى ولو أجل تنفيذه مدة بعد العقد وكذلك الحال بالنسبة للالتزام حتى الدائن لأن الدين يدخل ملكيته ولا يتوقف قيامه وتنفيذه على الزمن. وسوف نعود إلى بيان فائدة هذا التقسيم عند الكلام عن أنواع مختلفة.

٤ـ الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة

قد يلتزم مدين أحياناً بتحقيق نتيجة معينة كأن يتعهد شخص ببناء دار معينة خلال مدة معينة، أو يتعهد مؤجر بتمكين مستأجر من الانتفاع بعين مؤجرة مدة معينة، أو يتعهد ناقل بنقل بضاعة إلى مكان معين وهذا هو الالتزام بنتيجة وأثر هذا الالتزام المدين وفيه يخاطر الدين على تبرئة ذمته من التزامه وإعفائه في سبيل ذلك مع أن الالتزام الأصلي هو مرضي والتزام تعاقدي ويسمى هذا النوع من الالتزام بالالتزام بوسيلة.

[illegible]

جـ- الالتزامات الشخصية والالتزامات العينية

الالتزامات الشخصية هي التي يلتزم فيها المدين شخصياً، أي يكون جميع ماله ضامناً لوفاء دينه، أي أن الدائن يتدخل في جميع أموال المدين. فللدائن ضمان عام على أموال المدين في حالة أخذه.

أما الالتزام العيني فإنه يوجد عندما لا يكون المدين ملتزماً شخصياً في مجموع ذمته المالية أي في جميع ما يملك، ولكن عندما يكون ملزماً بشيء معين الأشياء أو بأموال، وفي حدود هذه الأشياء أو الأموال فقط. فالالتزام العيني لا يختلف عن الالتزام الشخصي من حيث كونه رابطة بين شخصين، ولكنه يختلف عنه في أن المدين في الالتزام الشخصي يكون ملزماً في جميع ذمته المالية، أما في الالتزام العيني فإنه لا يسأل إلا في حدود أموال معينة دون سواها. أي أن المدين لا يسأل خارج نطاق المال الذي يتعلق به حق الدائن. مثل ذلك في حالة الكفالة، حيث يلتزم شخص آخر الضامن بأن يقوم بالوفاء بالتزامات المدين إذا لم يقم المدين به. فقد يعطي الكفيل الضمان حتى يطلب من المدين بالمصلحة فيكون عند الكفيل ضامنه إلى جانب ذمة المدين، وإذا لم يقم المدين عن الوفاء كان الكفيل مسؤولاً في جميع أمواله لأن يلزم الأمر شخصاً عن المدين الأصلي.

أن إلزام شخص بشخصي مقدار معين من عقاراته ضماناً لوفاء بدين المدين الأصلي هذا حالة الكفالة العينية ... ويستمر من هذا الضمان بالكفيل العيني فإنه لا يكون لدائن ولا التنفيذ على هذا العقار فقط حتى ولو لم يفِ ثمنه بدين كله. أي أن صاحب العقار لا يسأل في ماله الخاص إلا في حدود العقار فقط. هذا وقد يعهد بالالتزامات العينية تلك بالالتزامات التي تتعلق بشيء معين بمعنى أن تتبع الشيء ذاته حتى ممن يحوزه أياً كان هذا الشيء ويلزم بتنفيذها بدلاً من سلفه.

٣- الالتزامات الأصلية والالتزامات التبعية

يكون الالتزام أصلياً إذا أمكن قيامه مستقلاً دون أن يكون مستنداً إلى التزام آخر، ويكون تبعياً إذا وجد مستنداً إلى التزام أصلي، وعلى هذا فإذا وجد التزامان وكان أحدهما لازماً للآخر كان الأول أصلياً والثاني تبعياً، ويتحقق ذلك بصفة خاصة في حالتين.

الحالة الأولى: يكون فيها الالتزام التبعي وسيلة لتوثيق الالتزام الأصلي، مثال ذلك التزام المدين بالتعويض عن التأخير الناجم من عدم قيامه بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً.

الحالة الثانية: يكون فيها الالتزام التبعي نشأ تبعاً لالتزام أصلي وبالاستناد إليه فالتزام الكفيل هو التزام تبعي، لأنه يتبع الدين الأصلي ولا يقوم إلا بقيامه، وكذلك التزام الشخص بدفع قيمة الشرط الجزائي هو التزام تبعي، لا يقوم إلا إذا قام الالتزام الأصلي.

وهذا التقسيم مجيد، حيث أن الالتزام التبعي يرتبط بالالتزام الأصلي من حيث نشأته وانقضائه، فهو يدور معه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً، ما لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على غير ذلك.

٤- مصادر الالتزام

يقصد بمصادر الالتزام السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام، فعقد البيع هو مصدر التزام المشتري بدفع الثمن، وتحمل هو المبيع هو مصدر التزام المشتري في شراء معين، وفي أحيان كثيرة، والتزام الجاني بالنفقة على والده مصدره نص في القانون، ويلاحظ أن القانون لا يلزم بتحديد وتعيين مصادر الالتزام، بل إن هذا التحديد مقبول أنه الخروج من دائرة التشريع، وعلى هذا النحو جرى الفقه.

المدني عندنا، فلم يضع معياراً يميز به بين ترتيب المصادر الالتزامية بل اكتفى عرضها في فصول متعاقبة، خصصها للعقد، ثم بالحديث عن صور الإرادة المنفردة، وهي الوعد بجائزة والوعد بالجمهور، والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.

وبذلك نجد أن المشرع العراقي قد عرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يحتهد في وضعها في أقسام جامعة شاملة في نص خاص، فعمد تبعاً على سوال أحكام التعهدات بل البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة، ثم تناول العمل غير المشروع والكسب بلا سبب والسهو بالالتزامات التي تنشأ مباشرة من نص القانون.

التقسيم العلمي لهذه المصادر

وقد اجتهد الفقه في رد هذه المصادر إلى أساس منطقي فرأى الأستاذ السنهوري أن السبب الذي يرتبط بالإرادة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يحدث، هو حادث أو إرادة وصف بالقانون لأنه يترتب عليها أثر قانوني[1].

وقد تكون الواقعة القانونية أمراً إيجابياً أو سلبياً، عملاً أو امتناعاً، كالبيان فعل يعد البيع، أو امتناع المدين عن تنفيذ العقد، فيتولد للدائن الحق في التعويض، وبالتالي فالواقعة إما من صنع الطبيعة، كالزواج مباشرة أثر في البيع فيقتضي التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن المادة (٤٧٥) مدني، وإما من فعل الإنسان وفي هذه الحالة قد تكون عملاً مدنياً أو عملاً قانونياً، والعمل المادي قد يكون فعلاً ضاراً فيلزم مرتكبه بتعويض الضرر أو فعلاً نافعاً فيرد من انتفع فيه ما أنفق به.

أما العمل القانوني فيتم بإرادة الإرادة أو إرادتان أو قانونية، ويطلق عليه أيضاً التصرف القانوني، وقد يكون تصرفاً صادراً من جانبين أي عقداً، ومثله التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع، وقد يكون تصرفاً صادراً من جانب واحد، أي إرادة منفردة كمن يوجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها من عمل معين فيلتزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل المادة (٨٥٤) مدني.

والفعل الضار أي العمل غير المشروع: وأساسه الفعل الذي يرتبط الإثراء بدون سبب الجبر والتصرف القانوني الصادر من جانبين أي العقد أو التصرف من جانب واحد أي

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص ٢٠.

الإرادة المنفردة هي المصادر الأربعة لترتيب الحركة لتوزيعها بمقاديرها وتؤدي إلى إنشاء الحقوق أو نقلها أو إنهائها.

لكن يوجد أيضاً إلى جوار هذه المصادر الأربعة العديد من الوقائع التي يرتب عليها القانون بمفرده أثراً قانونياً. مثال ذلك واقعة الجوار تولد التزاماً بالنفقة، أو تحرم الزوجة بين أقاربه أو تؤدي إلى الميراث عند الوفاة، وواقعة مرور الزمن، إذ قد يترتب عليها اكتساب حق أو انقضاء دين بالتقادم، وواقعة الجوار، فقد يعين بها القانون أساساً لبعض الالتزامات كالالتزامات المتعلقة بالشرب والجري والمسيل والمرور، وكالالتزامات التي تنشأ بسبب الخلط المشترك وتكييف الطبقات في ملك واحد.

وهذه المصادر يمكن رجعها إلى طائفتين: مصادر إرادية وتسمى العقد والإرادة المنفردة، ويطلق عليها اسم التصرفات القانونية أو العمل القانوني acte juridique، ومصادر غير إرادية وتشمل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، ويطلق عليها اسم الواقعة القانونية fait juridique. ويفترق العمل القانوني عن الواقعة القانونية في أن الأول إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، أما الثانية كواقعة الجوار أو الفعل النافع أو العمل غير المشروع فهي ظرف أو عمل مادي يرتب القانون على وقوعه أثراً قانونياً سواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا[1].

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون في كثير من المناسبات تعبير التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، ويريدون بالأولى — أي التصرفات القولية — ما يريده فقهاء القانون الوضعي بتعبير التصرف القانوني، ويريدون بالثانية — أي التصرفات الفعلية — ما نريده لأنه تعبير الواقعة القانونية[2].

بعد هذه الكلمة التمهيدية أنوي دراسة مصدر الالتزام مصدراً بعد آخر على النحو المتقدم، وأخصص لكل مصدر منها بابا.

---

(1) ويلاحظ أن دور الإرادة أقصر من مصادر الالتزام [illegible] في الإثراء [illegible] في الفعل الضار [illegible] الإرادة [illegible] في عمل الفضولي [illegible] الالتزام.

(2) [illegible] الفقه [illegible] الشريعة [illegible] الالتزام [illegible]

الباب الأول

العقـــــد

Le contrat

تمهيد

يعود الكلام في العقد بكلمات للإشارة إجمالاً في تعريف العقد وأركانه [illegible] مبدأ سلطان الإرادة والذاتية في أنواع العقود.

أ- تعريف العقد

يمكن تعريف العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه. وبهذا نستطيع تعريف العقد بأنه كل صور الاتفاقات التي تتناول الالتزام من حيث نشأته أو نقله أو تعديله أو إنهائه ولا توجد أهمية للتفرقة التي تنادي بها بعض الشرائع الغربية بين العقد الذي يقتصر على تلاقي الإرادتين لإنشاء الالتزام والاتفاق الذي يشمل في عمومه الصور الأخرى: نقل الالتزام وتعديله وإنهائه.

ويبنى على هذا التعريف من ناحية أن إرادة واحدة لا يمكن أن تكون عقداً بسبب عدم تكوينه لتطابق إرادتين، ومن ناحية أخرى، ضرورة اتجاه الإرادتين إلى ترتيب أثر قانوني. وإذا لم تتجه الإرادتان إلى إحداث هذا الأثر - كالدعوة لسهرة أو كرنفال مثلاً أو موسيقى وقبول هذه الأخيرة الدعوة - لا يمكن أن نقوم بينهما عقد يستطيع الفقه أن يحدده.

والعقد كما عرفه القانون المدني العراقي عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه المادة (٧٧) مدني وهي مقيسة من المادة (٢٦٧) من قانون الحقوق. ويفهم من هذا التعريف:

١- أن العقد إرادتان متجهتان مرتبطتان لإنشاء واحد. وأن حرص المشرع الفرنسي على تأكيد الفرق بين العقد والإرادة المنفردة، ذلك أن كثيراً من فقهاء القانون يستعملون كلمة العقد ويريدون بها جميع الاتفاقات سواء كانت متعلقة بالتقاء بين طرفين أم كانت بتوجه إرادة شخص واحد. وقد أراد المشرع العراقي بالتعريف المتقدم أن يتجنب التعقيد في تطبيقه الفني فيقتصره على الالتزامات المتولدة عن اتحاد إرادتين[1].

---

(١) [illegible] النظرية العامة للالتزام ص ٢٥

٢- أن المشرع العراقي [illegible] الشريعة الإسلامية [illegible] الأحكام [illegible] الفقه الإسلامي [illegible] الإرادة [illegible] بالقبول [illegible] من حيث أنه [illegible] بتعبير [illegible] الشخصية بين المتعاقدين وهذا هو ما نعني [illegible] في الشريعة الإسلامية [illegible] من حيث أنه يعتد أثره في المعقود عليه أي أن [illegible] من حالة إلى حالة [illegible] الشريعة الإسلامية [illegible] التي أشرنا إليها[1].

تحديد منطقة العقد

وإن كل اتفاق يرد به [illegible] أثر قانوني يكون عقداً [illegible] أن [illegible] هذا الاتفاق [illegible] في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.

فالمعاهدة اتفاق بين دولة [illegible] والهدنة اتفاق بين النائب والناخب، وعملية الوضيفة [illegible] الحكومة والموظفين، ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام الدولي والدستوري والإداري، وتخرج اتفاق [illegible] من [illegible] من تحريم اتفاق [illegible] الخيار والوعد الشرعي، ولكن هذه الاتفاقات لا تدعى عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية.

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والإجارة والقرض والمزارعة والوكالة.

٣- مبدأ سلطان الإرادة

مبدأ سلطان الإرادة نظرية تدخل في نطاق فلسفة القانون، ولكن نظراً لما لها من نتائج عملية هامة [illegible] إليها في الحق.

وهذا المبدأ تكوين من فلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بالفردية والأنانية [illegible] التي تدعو إلى إعلاء حقوق الإنسان.

وتتلخص هذه الفلسفة في أن الناس [illegible] أحرار ومتساوون في الحقوق وحقهم الحرية والمساواة تقتضي بأن يسمح لهم أن يأتوا ما شاءوا من التصرفات دون [illegible] الإضرار بالغير. أما الدور الاجتماعي الذي يقضي في مقاولة فيجب ألا يكون إلا في أضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب.

[illegible]

فإرادة الفرد يجب أن تكون حرة لأن الفرد وحده قبل المجتمع، والمجتمع وجد لإسعاد الفرد، وعلى ذلك فيجب ألا تحد القانون من الحرية إلا استثناء.

والسمة المطلقة عند مفكري الفردية الحرة هو أن تعتبر الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد، أما دور القانون فهو تحقيق تنفيذ الالتزام الذي اتفق الطرفان، وهذا ما يعبر عنه بأن يصبح شريعة المتعاقدين. المادة (١٦٤ م) مدني.

نتائج تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

ترتب على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة نتيجتان هامتان:

١- حرية التعاقد: فالأفراد أحرار في أن يختاروا من يتعاقدون معه من أن يوقع العقود وأن يضعوا الشروط التي يرتضونها، فلا يجوز للقانون أن يفرض شرطاً على حرية التعاقد إلا احترام خاصية النظام العام والآداب.

٢- احترام الإرادة التعاقدية: فما اتفق عليه الطرفان يجب أن يحترم كما هو بالصورة التي أرادها، فلا يجوز أن يعدل أو يوقف تنفيذ الالتزام إلا باتفاق الطرفين، فلا يجوز للقاضي ولا للمشرع أن يتدخلا في ميزان العقد بالتعديل أو بإضافة شروط.

وهكذا فإن مبدأ سلطان الإرادة سيسيطر على حياة العقد منذ تكوينه حتى تنفيذه.

نقد مبدأ سلطان الإرادة

يوجه إلى مبدأ سلطان الإرادة كثير من الانتقادات وأهمها:

١- أن هذا المبدأ يتعامل فكرة التضامن الاجتماعي فهو ينظر إلى مصلحة الفرد وحده دون مصلحة الجماعة.

٢- عند تطبيق العقد الأخذ ما يقتضي العدالة أن يتدخل القاضي أو المشرع لتعديل في حالة العقد وخاصة إذا ما أدت الأزمات الاقتصادية إلى اختلال التوازن بين مزايا طرفي العقد مما يقتضي تدخل المشرع أو القاضي لتعديل التزامات المتعاقدين.

[illegible] الأساس والمبادئ العامة التي جاء بها قانون [illegible] المدني رقم [illegible] لسنة [illegible] وهي تقتضي تغييراً جذرياً في مفهوم [illegible] سلطان الإرادة وسيادة التطور الاقتصادي والاجتماعي في مختلف [illegible] وخصائص [illegible] الاشتراكية من جهة أخرى، ومن هذه الأسس ما يلي:

١- [illegible] المصلحة الجماعية [illegible] على مصلحة الأفراد [illegible] في [illegible] سلطان الإرادة في [illegible] العلاقات [illegible] بالتالي تقليص الفروق بين علاقات [illegible] وعلاقات [illegible] الخاص من [illegible] في الفكر [illegible].

٢- [illegible] إلى [illegible] يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى [illegible] أصل [illegible] وذلك بما تسمه [illegible] في [illegible] من التعويض [illegible] على أن [illegible] عدم الاعتداد [illegible] المصلحة العامة.

٣- [illegible] في العقود على التوازن بين [illegible] والالتزامات [illegible] وإبطال [illegible] عقود [illegible] من قبل [illegible] يخل [illegible] وذلك تحقيقاً [illegible] وضماناً للسلام [illegible] من [illegible] سلطان الإرادة في دائرة العلاقات [illegible] أساساً للاستغلال.

٤- [illegible] صفة العلاقة القانونية على [illegible] العلاقة العقدية في دائرة العقود، وذلك [illegible] الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإيجاد [illegible] في الرقابة على [illegible] القانونية.

٥- تمكين القضاء من زيادة النظر في مضمون العقد في [illegible] أو الإضافة [illegible] يخدم [illegible] النظام العام الذي يعتبر من [illegible] مواجهة تغلب [illegible] الاشتراكي [illegible] التبعية [illegible] من [illegible].

إلى أي حد نسيطر الإرادة على العقود

[illegible] الإرادة في [illegible] القانون [illegible] وعلى [illegible] الأحوال [illegible] فإذا كان [illegible] الأساس [illegible] الأمر [illegible] القانون، إلا أن [illegible] التي [illegible] النظام [illegible] أساسها [illegible].

أما في ظل الظروف الراهنة فإن الإرادة مصدر لكثير من الحقوق والالتزامات وتحديد آثارها ومع ذلك فإن الإرادة في هذا المجال ترد عليها قيود النظام العام والآداب، كما يضعف أثر الإرادة في العقود التي تصبح نمطية تابعة للظروف والاحتياجات، كما هو الحال في عقد العمل الجماعي وعقد التصنيع مع الناس حيث تخضع إرادة الأقلية لإرادة الأغلبية.

كما يلاحظ أن التشريع يصبح مؤثراً على حرية الإرادة في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة للظروف الطارئة، فيسمح للقاضي بتعديل التزامات الطرفين المتعاقدين بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول: مادة (١/١٤١) مدني.

كما أن القانون يراعي في بعض الحالات الجانب الضعيف في العقد كما هو الشأن في تشريع العمال وعقد الإذعان وفي نظرية الاستغلال.

فالقانون في الوقت الحاضر يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ولكن يحصره في دائرة معينة توازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

٣ـ أنواع العقود

العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً، وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزماً لجانبين أو ملزماً لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً مستمراً، وإما أن يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً.

العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي، أو في عبارة أخرى مجرد توافق الإرادتين، والرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي.

والعقد الشكلي هو العقد الذي يوجب القانون أن يتخذ رضاء المتعاقدين فيه شكلاً معيناً يحدده القانون، ويكون هذا الشكل في الغالب ورقة رسمية فيسمى عقداً مكتوباً كعقد الرهن التأميني مادة (١٢٨٦) مدني[1] وإذا كان الشكل في عقد معين

---

(١) هذا وقد نصت المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧١ في فقرتها الأولى على أنه يبطل العقد المدني الخاص بالعقار إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري بالشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي حالة إنشاء حق من الحقوق العينية أو نقله أو تغييره أو زواله يكون التسجيل شرطاً لنفاذ هذه الحقوق.

[illegible] وزير عرفية العقد [illegible] (٦٢٨) سنين. وإذا كان الشكل الذي يتطلبه القانون قائماً وصار ركناً في العقد الشكلي ولا يقوم [illegible] الشكل الذي يشترطه القانون لقيام العقد وصحته في نظر الشريعة الإسلامية. فالعقد الذي يريد قرينه على خمسين دينارا ويجب إثباته بالكتابة لأنه إنما يعتبر رغم هذا عقداً رضائياً لأن الكتابة ليست ركناً فيه ولا لزوماً لقيامه بل مجرد طريقة لإثباته لا أثر لها على [illegible] وإنما ما يترتب على تخلفها صعوبة إثبات العقد الذي يظل مع ذلك ممكناً بالاقرار [illegible] أو بالاستعانة بقرائن [illegible] الكتابة مثلية أو بقرائن.

والعقد الحبي هو العقد الذي يتم بتسليم ركناً عند فلا ينعقد [illegible] فضلاً عن التراضي، تسليم الأمن موضوع العقد.

وإن كان الفقه الأمن الحديث قبل أن التحلل من فكرة عينية العقود التي تحتم [illegible] إلى [illegible] من [illegible] لا تستقر [illegible] الأخذ الذي لا [illegible] في صميم [illegible] التشريع الوضعي. فتشريعنا في هذا متأثر إلى حد بعيد بالفقه الإسلامي [illegible] في [illegible] العقود [illegible] وعلى هذا نجد أن التشريع العراقي يجعل من [illegible] القول [illegible] وتمرات الحضارة والتوديعة والعارية ورهن [illegible] عقوداً عينية حيث [illegible] صريحة على أنها لا تتم إلا بالقبض، المواد (٦٠٢، ٦٢٠، ٦٨٤، ٦٨٧، [illegible] ٦٦٢) مدني. وليس فيه ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على أن العقد لا يتم إلا بعد [illegible] تسليم [illegible] بأدائه. وتسمى [illegible] أحياناً على أن عقد التأمين لا يتم إلا بعد [illegible] المؤمن به بدفع القسط الأول. وهذا الاتفاق يصبح العقد عينياً لأن [illegible] ركناً في التعاقد.

العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو العقد الذي ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه، حيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائناً ومديناً للآخر. [illegible] مثلاً يولد من إبرامه التزامات في ذمة المشتري أهمها التزامه بدفع الثمن [illegible] في ذمة البائع أهمها التزامه بتسليم المبيع.

[illegible]

والعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي يقتصر فيه التزامات في ذمة أحد عاقديه دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً، فعقد الوديعة مثلاً لا يرتب التزامات إلا في ذمة المودع لديه وحده وهي المحافظة على الشيء المودع، ويرد (عيناً) عند انتهاء العقد. أما المودع فلا يترتب في حقه سوى المودع لديه التزام من مقتضاه.

ويتميز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد عدة نتائج أهمها:

١- في العقد الملزم للجانبين يوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفي العقد، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزاماته وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد. أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا محل لطلب الفسخ من الطرف الذي لا يلتزم بشيء أو تمسكه بعدم التنفيذ، لأنه لا يتحمل بأي التزام حتى يتحلل منه بالفسخ أو يتمسك بعدم نفاذه.

٢- في العقود الملزمة للجانبين تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هي سبب التزام المتعاقد الآخر طبقاً للنظرية التقليدية في السبب. أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا يوجد التزام على عاتق أحد الطرفين يمكن اعتباره سبباً لالتزام المتعاقد الآخر.

٣- في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فإنه ينقضي التزام المتعاقد الآخر ويفسخ العقد، وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد.

عقد المعاوضة وعقد التبرع:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه، فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن، وليس من الضروري أن يأخذ المتعاقد ما يعادل ما من المتعاقد الآخر، وهذا ما يميز عقد المعاوضة عن العقد الملزم للجانبين، فعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول له، لأنه يأخذ كفالة من المتعاقد الآخر وهو المكفول في مقابل إعطاء الدين لا المكفول له، حتى وإن أسس بتبرعه في عقد الكفالة، أما بالنسبة إلى الكفيل فعقد الكفالة يكون تبرعاً إن لم يأخذ أجراً على كفالته.

[illegible]

أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه، أو لا يعطي مقابل ما أخذه، فالهبة عقد تبرع بالنسبة إلى الموهوب له لأنه لا يأخذ شيئاً من المستفيد في مقابل الشيء الذي وهبه له، وبالنسبة إلى المستفيد لأنه لا يعطي شيئاً للموهوب له مقابل المنفعة التي أخذها دون عوض، والقرض والوديعة وغيرها إن كانت العقود اللازمة الأخرى دون مقابل، كلها عقود تبرع على النحو الذي قدمناه[1]. ومن ذلك يتبين أن العقود اللازمة تنقسم قسمين معاوضة كالإيجار، وبعضها تبرع كالعارية، كذلك تنقسم العقود بحسب واحد بعضها تبرع كالوديعة دون أجر، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل من المكفول أجراً على كفالته إياه، ويتغير من هذا التفريق وعقد التبرع عدة نتائج أهمها:

١ - مسؤولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض: فمسؤولية المودع عنده أخف من مسؤولية المستأجر لأن مسؤولية المتبرع به أخف عادة من مسؤولية المعاوض، ومسؤولية المستعير أشد من مسؤولية المستأجر، فهذه العقود الثلاثة - الوديعة والإيجار والعارية - تتفاوت فيها مسؤولية المتعاقدين درجة وصعداً وتتدرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد متبرعاً كالمودع عنده أو معاوضاً كالمستأجر، أو متلقي التبرع كالمستعير.

٢ - ضمان المتبرع أخف من ضمان المعاوض، ففي الهبة لا يضمن الواهب الاستحقاق ولا العيب إلا إذا أخفى عيباً أو ضمن استحقاق أو كتمه بغية الغرض أشد في البيع فيضمن البائع عادة الاستحقاق والعيب حتى لو كان حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق ولا بوجود العيب.

[illegible]

[illegible]

٣- الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع، وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كانت شخصية للمتعاقد، مثل استئجار كاتب في الشركة والمزارعة.

٤- يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في عقود التبرع دون حاجة إلى إثبات سوء نية المتعاقدين، فإذا وهب المدين المعسر شخصاً آخر شيئاً من ماله صار المدين الدائن في الحالة ولو كان من الواهب والموهوب له حسن النية. أما في عقود المعاوضة كالبيع، فلا بد من إثبات تواطؤ البائع مع المشتري.

العقد المحدد والعقد الاحتمالي. العقد المحدد هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي أخذ والمقدار الذي أعطى، وإن كان المقدران غير متعادلين. فبيع شيء بثمن معين عقد محدد ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع.

أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد المقدار الذي أخذ أو المقدار الذي أعطى. فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع المقدار الذي أعطى لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت المقدار الذي أخذ إذ الشخص لا يتحدد إلا بموته والمشتري أيضاً كالبائع يبرم عقداً احتمالياً فهو يعرف المقدار الذي أخذ ولكنه لا يعرف المقدار الذي أعطى وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه. ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزافي.

والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي تتجاوز أهميته الاقتصادية أهميته القانونية. على أن هناك بعض نتائج قانونية تترتب على هذا التقسيم.

١- يتأسس العقد الاحتمالي بصفة أصلية على عنصر الاحتمال، وهو الذي تكون فيه فرصة المكسب أو الخسارة أو عدم التوازن بين التزامات الطرفين. فإذا تصور أن هذا الاحتمال لم يكن له وجود عند المتعاقدين وإن حسبه المتعاقدان موجوداً فالعقد باطل، كما إذا تعاقد شخص على التأمين على حياة آخر اتضح أنه ميت حين قيام العقد أو إذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطى لشخص ثالث يتوفى حالته وظهر أن هذا الشخص مات قبل وقوع البيع.

٢- لا يتأثر العقد الاحتمالي بعدم التوازن، لأن الأساس الذي يقوم عليه هو مكسب الاحتمال وبقبول عدم تعادل الالتزامات أمام المتعاقدين مع التزام الأمر.

٣- لا يطبق المشرع مادة مرجع بل العقود الاستهلاكية وتطبيقها فهو لا يميز بعضها من هذا ما تقرره المادة (٩٧٨) مدني مثلاً يتكون باطلاً كاملاً ترتيب خاص بالمشاركة أو رهانات.

العقد الفوري والعقد المستمر: العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ومثال ذلك عقد البيع على أن يكون نقداً في الحال مثال ذلك عقد البيع الذي يلتزم فيه نقل ملكية الشيء إلى المشتري وتعتبر العقود فورية حتى ولو أجل تنفيذ الشيء المبيع من حين لو كان الشيء المبيع شيئاً مستقبلاً كثمار مثلاً ولا تصبح العقد لأن عنصر الزمن في عقد البيع لا يعتبر دوراً جوهرياً في العقد ولا يستوفي بصفة خاصة في ثمن البيع.

أما العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ومثال ذلك عقد الإيجار أو عقد التوريد والعقد المستمر من شأنه إما أن يكون مستمر التنفيذ أو أن يكون دوري التنفيذ ومن أمثلة العقود الزمنية مستمرة التنفيذ عقد الإيجار، لأن الانتفاع بالشيء لا يتصور إلا امتداداً في الزمان والأجرة تحسب عن كل مدة وهو من العقود مستمرة التنفيذ لأن الدين تتحقق شيئاً فشيئاً وتحسب أمثلة العقود الزمنية دورية التنفيذ عقد التوريد كالعقد الذي يلتزم من يده مواد غذائية للدولة أو لغيرها في أوقات دورية منتظمة.

والتمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر تتضح أهميته:

١- أثر الفسخ: للفسخ أثر رجعي فإذا فسخ العقد الذي كان لم يكن وانعدمت كل الآثار التي رتبها منذ إبرامه ويترتب على الفسخ وفقاً لنصوص القانون هذا الأمر بما كان يرى العقد مفسوخ، ومع ذلك لا يسري هذا الأثر في العقد المستمر وتعود صفته في الأثر الرجعي: نجد أن ما نفذ منه لا يمكن استرداده.

٢- ضرورة الإعذار: إن كان الإعذار ضرورياً في الحالتين الأخيرتين في العقد الفوري لاستحقاق التعويض عن التأخر في تنفيذه فإن ذلك لا ضرورة له في عقد المستمر لأن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المستمر يجعل تنفيذه غير ممكن على الأقل بالنسبة لما فات منه.

٣- نظرية الظروف المتطورة: ومن المقرر المستمر هو المعنى الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة لإمكان تغير الظروف في أثناء سريان العقد كما كان عليه وقت إبرامه، أما المعنى العرفي فلا يخضع للنظرية إلا إذا كان العقد موجوداً[1].

خطة البحث: نعالج القانون المدني الجديد في ثلاثة فصول، نتكلم في الأول على آثار العقد وفي الثاني على آثاره وفي الثالث على انحلاله. وعلى هذا النهج سوف نتناول شرحها تباعاً.

---

(١) د. عبد الرزاق حسني فرحات، وفي أصول القانون، الكتاب الأول في مصادر الحقوق، ط١، بغداد، سنة ١٩٥٣، ص ٨٩.

الفصل الأول

أركان العقد

العقد يقوم على الإرادة أي تراضي المتعاقدين، والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة، وهذا هو السبب. فللعقد إذن ركنان: التراضي والسبب. وأما المحل فهو ركن من الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تبرز إلا في الالتزام الناشئ من العقد. وإذن فداخل بحث مادة فصل أركان العقد.

وقد يفرض القانون في التراضي أن يفرغ في شكل خاص رضاء وذلك في العقود شديدة الخطر. وفي هذا كان الشكل ركناً من أركان العقد الشكلي.

وقد تكلم القانون المدني بعد الكلام على أركان العقد، على حوادث تطرأ أحياناً على الأركان، وهي بطلان العقد. فلا بد لنا من الكلام على البطلان بعد الانتهاء من الكلام على الأركان.

وعليه فإن نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث: المبحث الأول التراضي، والثاني المحل، والثالث السبب، والرابع البطلان.

المبحث الأول

التراضي

لا بد من التراضي بوجود إرادتين متوافقتين. وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد، فإنه لا يكفي لصحته؛ بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن يكون رضاء كل من المتعاقدين صحيحاً غير مشوب بعيب. وعليه فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول وجود التراضي، والثاني صحته.

المطلب الأول

وجود التراضي

يجب لوجود التراضي أن توجد إرادة، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، وأن يعبر عنها، ويجب أن توجد كذلك إرادة أخرى مطابقة لها بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين، الذي يقوم العقد. وقد يمر المتعاقدان بمرحلة قبل العقد، كما في الوعد بالعقد والعربون. وقد يصدر التعبير عن الإرادة في أشكال من ذلك، بدلاً من الأصل.

وفي هذا نتحدد مسائل البحث: أ- وجود الإرادة والتعبير عنها. ب- تطابق الإرادتين، أي توافق المتعاقد والعربون. ج- الكتابة في العقد.

أ- وجود الإرادة والتعبير عنها

وجود الإرادة:

يجب لصحة العقد أن توجد إرادة لدى المتعاقد. فمعدوم الإرادة لا تصدر عنه إرادة من باب أولى القانون. كما هي الحال فيمن فقد التمييز لصغر في السن أو عيوبه، ومن فقده لعوارض السكر أو مرض، ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإكراه ملجئ المخاصمين.

وإذا وجدت الإرادة فلا يعمل بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني. فلا عبرة بالإرادة التي لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر، كما في أعمال المجاملات وقيام العلاقة بحادثة، والاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تعطي عليها نية الالتزام. كاتفاق لا عبرة بإرادة الخاطبين وبراءة من بعض مهرها على بعض المشاهدة، كأن يتوعد شخص لآخر أبعاك منزلي بما ترغب. والإرادة الصورية لا يعتد بها من المتعاقدين، فهي هذه الصور ليست هناك إرادة حقيقية.

التعبير عن الإرادة:

الإرادة مسألة كامنة في النفس ولا بد من الإفصاح والتعبير عنها حتى يعتد بها قانوناً. والتعبير هو المظهر الخارجي للإرادة الكامنة في النفس. وهذا الإفصاح أو التعبير عن الإرادة قد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمنياً. فالقانون لم يشترط صيغة معينة أو شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة إلا في أحوال نادرة[1].

---

(1) [illegible] لا يعتد بالتعاقد [illegible] بالطريقة التي يرتضيها إلا [illegible]

(2) [illegible] القانون [illegible] الإرادة [illegible] كالمرضية في [illegible] كوسيلة [illegible] التعبير.

(3) [illegible] الصورية [illegible] الإرادة [illegible] الصورية [illegible] المتعاقدين [illegible] الإرادة.

والتعبير الصريح عن الإرادة هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس.

وقد يتأدى التعبير الصريح مشافهة باللسان أو بوساطة التليفون أو بالكتابة أو بالإشارة من [illegible] من الأخرس أو من غيره إذا تواضع الناس على دلالتها كهز الرأس عمودياً تعبيراً [illegible] وهزه أفقياً أو هز الكتف [illegible] في شكل [illegible] أو نشرة أو إعلانات أو معاملات [illegible] وقد يقع التعبير الصريح بالإشارة [illegible] لا يكون دالاً.

فإذا وقع التعبير باللفظ وجب أن تستخدم صيغة ذات دلالة قاطعة على إرادة التعاقد في الحال كصيغة الماضي، أما صيغ المضارع والأمر والاستفهام فلا تفيد [illegible] وحده، وفقاً للعرف، بين قول الحال والاستقبال، لذلك التعبير بها غير صريح إلا إذا غلب العرف في استعماله على وجه اليقين، بل يستفاد منه المعنى بالرجوع إلى النية(١).

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال.

[illegible] في بعض الحالات يتطلب القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً من ذلك ما تقضي به [illegible] من المادة [illegible] من القانون المدني العراقي من أنه في حالة [illegible] الأجل أو الأجل [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] الإرادة [illegible] وبذلك [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ويعني هذا السكوت في التعبير عن الإرادة.

(٢) [illegible] المادة (٧٧) من [illegible] الأحكام العدلية [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ص ٢٣ [illegible] الأولى ١٩٩٠ [illegible] [illegible] والعقود [illegible] الأولى [illegible] واللغة.

[illegible] الإشارة المعبرة عن الصداقة والاستعمال ولو جاءت من غير الأخرس. وقد اعتبر القانون [illegible] الإشارة من الأخرس [illegible] الإشارة المعتادة الاستعمال وبالكتابة [illegible] يكون اتخاذ أي موقف آخر لا يحتمل ذلك أي عدم كفاية [illegible] من القانون المدني: [illegible] بعض السلع أو تورط الأشخاص [illegible] أو [illegible] الإيجاب [illegible] على [illegible] أو [illegible] في الأماكن [illegible] ذلك هو [illegible] عناصر الإيجاب.

كما التعبير يتضمن [illegible] الإفصاح عن الإرادة [illegible] مباشرة أي بوسيلة لا تتفق مع [illegible] التصرف الشخصي في شيء عرض عليه أن يتقرب [illegible] الإيجاب [illegible] الإيجاب.

هل السكوت [illegible] عن الإرادة؟ والسكوت [illegible] معين [illegible] أن يكون [illegible] عن الإرادة [illegible] إلى الإيجاب [illegible] وهو ظاهر [illegible] على [illegible] لكونه [illegible] الشخص الذي يتبع [illegible] على [illegible] لا يمكن [illegible] يصف بأنه أوجب من طريق السكوت [illegible] بالسكوت [illegible] وهو أنه [illegible] وعليها الأمين [illegible] أن يحسب [illegible] وهو [illegible] عن الإجابة [illegible] عن [illegible] عن الانتظار [illegible] أخذ أقوال لا تقال دلالة على الاكتفاء في التعبير عن الإرادة [illegible] الأول من [illegible] من القانون المدني).

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة:

[illegible] التعبير عن الإرادة [illegible] الإرادة الظاهرة [illegible] الإرادة [illegible] الكلمة [illegible] في [illegible] الإرادة [illegible] فلا صعوبة في الأمر [illegible] الإرادة الظاهرة [illegible] الإرادة [illegible] الإرادة الظاهرة [illegible] الإرادة الباطنة [illegible] الإرادة الظاهرة [illegible] الإرادة الباطنة [illegible] [illegible] الإرادة الباطنة [illegible]؟

بأحكام الفقه والتشريعات في هذا الصدد مذاهب متعددة.

فالبعض لا يسمي بنظرية الإرادة الباطنة ويكتفون الاعتداد بالإرادة الحقيقية أي بالإرادة الباطنة ولكن إذا كانت الإرادة مرتبطة بشيء كامن في النفس فيوجد الصعب عليه تعيين أية منها على الإرادة الحقيقية وذلك يقول بقول إثبات العكس[1].

أن نظرية الإرادة الظاهرة لا تعتد إلا بالإرادة في مظهرها الاجتماعي الخارجي دون مساس بأية النية الحقيقية وذلك لضمان استقرار المعاملات فلا يمكن من أحد المتعاقدين ادعاء بأن النية التي أضمرها تخالف التعبير عن الإرادة.

على أنه رغم هذا الاختلاف النظري بين النظريتين فإنه من الناحية العملية لا يظهر الفرق كبيراً إلا إذا قام الدليل على أن التعبير عن الإرادة يخالف الإرادة الحقيقية والباطنة وإقامة هذا الدليل أمر عسير[2]. كما وأن أغلب التشريعات لا تأخذ بأي من النظريتين بصورة مطلقة، بل تأخذ من كل من النظريتين بقدر.

وسوف نرى عند دراستنا لبيوع الرضا وتفسير العقد أن المشرع العراقي يأخذ تارة بالإرادة الباطنة وتارة أخرى بالإرادة الظاهرة وذلك كلما اقتضى استقرار المعاملات ذلك.

متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره

تقضي المادة (٩١) من القانون المدني المصري بأن ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. يستفاد من هذا النص أن التعبير عن الإرادة في التعاقد سواء كان التعبير إيجاباً أو قبولاً لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه.

فإذا كان التعبير إيجاباً وهو العرض الذي يتضمن الموافقة فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، عند هذه اللحظة يصبح صالحاً للقبول.

وإذا كان التعبير قبولاً فهو لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه أي بمجلس علم من بدأ بالإيجاب، وعندئذ يتم العقد.

---

(١) [illegible]

(٢) [illegible]

ويستطيع من صدر منه الإيجاب العدول عن إيجابه ما دام لم يتصل بعلم من وجهه إليه، بل ويستطيع أيضاً الرجوع في إيجابه بعد وصوله ما دام غير ملزم، والإيجاب لا يكون ملزماً إلا إذا اقترن بمدة معينة [illegible] أو تحدد وفقاً لظروف الحال وطبيعة المعاملة.

ويستطيع القابل أيضاً أن يرجع في قبوله ما دام هذا القبول لم يتصل بعلم الموجب، ومن ثم لا ينعقد العقد. أما إذا اتصل القبول بعلم الموجب فإنه لا يحق رجوع القابل، إذ يكون العقد قد انعقد وأصبح ملزماً لا يجوز لأحد طرفيه أن يرجع فيه بإرادته وحده.

وفي هذا [illegible] القانون المدني العراقي أن يورد نصاً مقابلاً [illegible] تأثره على غرار ما ورد في المادة (٩١) من التقنين المدني المصري، وذلك لكونه مطلقاً، ولأن القواعد العامة ترشد إليه في بعض تطبيقاته، ولأنه أراد ألا يخلط بين المفهوم القانوني(١) للعقد ولزومه [illegible] فضلاً عن [illegible] هذا العقد، ونص أن [illegible] عن هذا اللزوم في [illegible] التعاقد بين الغائبين لأن [illegible] لا [illegible] إلا بعد التعاقد.

من أجل هذا نصت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: ١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما.

ووصول التعبير قرينة على العلم به: ولا جدال في أن وصول التعبير عن الإيجاب أو القبول إلى من وجه إليه قرينة على علمه به، ولكنها قرينة قانونية غير قاطعة تجوز لمن وجه إليه التعبير أن يثبت العكس على أنه لم يعلم بمضمونه بالرغم من وصول التعبير إليه [illegible] كأن يثبت مثلاً أنه [illegible] وصول الخطاب المتضمن التعبير عن الإيجاب أو القبول، كان غائباً عن بلده أو مريضاً بالمستشفى أو [illegible] الخطاب ولكن أحد أفراد أسرته تسلمه ولم يخبره به، [illegible] إسقاط هذه القرينة.

---

(١) انظر [illegible] المادة (٩١) من التقنين المدني المصري [illegible]
[illegible]
[illegible]

أو الموت أو فقد الأهلية في قيام التعبير عن الإرادة: تنص المادة (٩٢) من القانون المدني المصري على أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن يتم التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة المعاملة.

وتعني هذه المادة أن التعبير عن الإرادة سواء كان إيجابًا أم قبولًا يكون له وجود معلق منذ صدوره فإذا مات من صدر منه أو فقد أهليته قبل أن يتم أثره، فإن هذا لا يؤثر في إمكان ترتب أثره إذا ما اتصل بعلم من وجه إليه، فإذا كان هذا التعبير قبولًا صدر عن المتعاقد، ثم مات هذا المتعاقد بعد ذلك أو فقد أهليته، أنتج هذا القبول أثره من لحظة اتصاله بعلم الموجب، وبذلك يتم العقد ويبدأ في مواجهة الورثة أو الغير.

ولكن إذا أبدى من التعبير أو من طبيعة المعاملة أن شخصية من تروى له فقد أهلية كان لها اعتبار في العقد، فإن العقد لا يتم ولا ينتج التعبير أثره حتى وإن اتصل بعلم من وجه إليه، كما لو كان القابل دائنًا مرتهنًا وكانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد.

وقانون المدني العراقي لم ينص على ذلك نصًا مماثلًا للحكم الوارد في المادة (٩٢) من القانون المدني المصري، بل نص على أنه اعتبر حكمًا مقررًا له، وهي أنه "إذا صدر من المتعاقد التعبير عن الإرادة ثم مات أو فقد أهليته"، ويترتب على ذلك أنه إذا مات الموجب أو القابل بعد التعبير عن إرادتيهما، وقبل أن يصل هذا التعبير بعلم من وجه إليه سواء الإيجاب أو القبول بحسب الأحوال، وكذلك إذا أصاب الموجب أو القابل، ثم مات بعد ذلك الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد.

٢- تطابق الإرادتين

المقصود بتطابق الإرادتين أو التراضي: هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، بحيث يتم العقد في مجلس العقد إذا تبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين.

---

(١) وجه من وجوه المقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي في هذا الشأن، هو أن المشرع المصري قد نص على هذا الحكم في المادة ٩٢ من القانون المدني المصري، وأغفل هذا الحكم المشرع العراقي.

ويتحقق ذلك بأن يتضمن عرض من أحد المتعاقدين وقبول من جانب الآخر، وهذا الأمر يتم تلاقيهما على العرض، وهذا ما يسمى بالإيجاب والقبول، ويتم العقد باقتران التعبيرين، وهما يأتي تباعاً، بحيث أن الإيجاب أولاً، القبول ثانياً، اقتران الإيجاب بالقبول.

الإيجاب:

الإيجاب هو التعبير الثابت عن إرادة شخص باتجاه إبرام عقد مع شخص آخر يعبر عن إرادته التعاقد على أساس أو بشروط معينة.

فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكنه يجب أن تتوافر فيه الشروط حتى يكون إيجاباً يعتمد من إرادة، وانعقادها في أساسها أن تكون: التعبير عنها يجب أن يكون موقفاً يدل أن يشتمل على العناصر التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق، وهذه العناصر هي على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التي لا بد من توافرها لإنعقاد العقد، ويضاف إلى هذه الأركان كل شرط آخر يظهر بأهمية خاصة لدى الراغب، حتى لو كان في ذاته أمراً ثانوياً لا أهمية له، فإن العقد لا يلزمه عقد مع رجحان أن يشتمل الإيجاب الصادر في كثير من الأحيان بهذه الأمور أخرى تتعلق مسائل جوهرية تتعلق أو مكانه ويجب عليه أن يذكر هذه الأمور أيضاً في الإيجاب.

وفي حياتنا اليومية كثيراً ما تظهر الإرادة في انعقاد في صورة عرض بسيط وواضح بحيث لا يقصد تمام العقد إلا اقتران الإيجاب بالقبول، ومثال ذلك قراءة إعلانه بسيط المعروض أو شراء الطعام الناس المكتوب أو دخول في فندق بالسعر المحدد.

على أن هناك حقوقاً ولاسيما المعاملات الهامة لا تتم في هذه الصورة البسيطة بل بين الإيجاب الذي مراحل تمهيدية تتطلب دراسة ولا تصل فيها إلى مستوى الإيجاب.

[illegible] مسألة تجرد الإيجاب يصدر من أحد الطرفين [illegible] الآخر ويقبل من [illegible] فلا [illegible] أن [illegible] في العقد [illegible] في [illegible] تطول أو تقصر [illegible] في [illegible] يكون [illegible] أو العقود [illegible] يستمر [illegible] مسألة لأن [illegible] الإيجاب أن يستمر [illegible]

شخص المتعاقد دون أن يحاول أن يكون [illegible] شخص مزاولاً للبيع دون أن يحدد الثمن أو يعرض سلعاً للإيجار دون أن يحدد الأجرة[1].

ومن الحالات التي ثار البحث في شأنها العرض الموجه إلى الجمهور، وقد [illegible] المشرع [illegible] في المادة [illegible] مدني [illegible] أن عرض البضائع مع بيان [illegible] بعض البيانات أما الثمن والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور، أو للأفراد فلا يعتبر عقد البيع إيجاباً وإنما يكون مجرد دعوة إلى التفاوض.

وإذا كانت [illegible] المتعاقد على اعتبار فلا يعتبر إيجاباً أن يعرض شخص التعاقد على أن يعين أن يكون دعوة إلى التفاوض، كأن يعرض شخص من حاجته إلى سكرتير خاص يحمل شهادة [illegible] ومن مرتب معين، أو يعلن شخص عن حاجته إلى [illegible] بعد [illegible] معين، أو ترسل شركة التأمين [illegible] التأمين [illegible] من العقد إلى أحد الأشخاص، إذ أن هذا مع ذلك [illegible] أن [illegible] الشركة في التعاقد.

١ - وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات إلى إيجاب [illegible] أو [illegible] كأن يعرض شخص التعاقد نفس معين مع [illegible] في [illegible] الثمن [illegible] الإيجاب، إذا يكون إيجابه [illegible] الذي [illegible] أن [illegible] الإعلان، وكأن يعرض شخص التعاقد على الجمهور بضائع معينة [illegible] ويكون [illegible] أو بضائع أماكن الجمهور بضائع أماكن في [illegible] أو [illegible] إذ يكون إيجاب ملحوظاً فيه [illegible] أن [illegible] أو الأماكن قد تنفد فهي [illegible] هذه المفاوضات [illegible] بإيجابه مع [illegible] هذه المفاوضات.

٢ - فإذا خرج الطرفان من دور المفاوضات ولم يكن هناك [illegible] بعد الإيجاب [illegible] فإن هذا يدل على [illegible] لم [illegible].

---

(١) [illegible]

الإيجاب في عقود المزايدة: تنص المادة (٨٩) مدني على أنه: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد على مستحق العطاء، عطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بتقدم المزايدة دون أن ترسو، كعدم مبلغ عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى".

والمعلوم أن هناك عقوداً تتم بطريق المزايدة أو المناقصة مثل البيوع الجبرية التي تتم في المزاد عن طريق الدفتر أو الإرادة. وقد يختار الشخص أن يبيع أو يؤجر بطريق المزايدة كما هو الحال بالنسبة للحكومة.

ويستفاد من حكم النص المتقدم أن طرح الصفقة للبيع بالمزاد هو بمثابة دعوة إلى التفاوض. أما الإيجاب فلا يكون إلا بتقديم عطاء ومقبول عبر إرساء المزاد على شخص معين ومن ثم التقدم بقرن بالقبول يعاد تصميمه ويلزم المتقدم بالإبقاء عليه خلال مدة المزايدة المنصوص عليها في الإعلان أو طرح الصفقة.

ويقتضي هذا الاتجاه عدم التقدم بعطاء أكبر، وإلا تم رفض العطاء أن يكون العطاء من الأكثر من باطلاً. كأن يصدر من شخص معنوي أو خروج عن التعامل، أو أن الصفقة المعروضة.

وقد يشترط في إعلان المزايدة أن يكون لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم، وهذا الشرط صحيح، وعندئذ لا يتم إرساء المزايدة إلا باستعمال الحق المذكور في الإعلان، وفي المزايدات التي يلزم فيها المتعاقدين، كما هو شأن المزاد العلني الحكومي، لا يرسو المزاد إلا بعد تأكد دوي عليه. ويلزم المتعاقدين بعد الحصول على رسو المزاد[1].

القوة الملزمة للإيجاب: نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: "إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه، بل أن ينقضي هذا الميعاد".

ويؤخذ من هذا النص أن مقدم الإيجاب يلتزم بإيجابه عندما يكون ملزماً بأحد من الالتزام من الإرادة المنفردة بعض القانون. وقد يستعمل الإلزام من طبيعة العمل والظروف المحيطة بالبيع بمزاد العلني يستلزم تثبيت البيع وعدم إخلال مدة المزايدة

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، ج١، في العقود المسماة، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص١٠٤.

التعريف، أما إذا كان الإيجاب صادراً لغائب، وجب على الموجب أن يقيم على إيجابه المدة اللازمة لوصول القبول إليه على افتراض أن القابل سيرغب بعقد يرده دون إبطاء.

وعلى هذا البيان أن الموجب إذا لم يحدد ميعاداً للقبول أو لم يكن هذا الميعاد مستمداً من طبيعة الحال وظروف المعاملة، فإنه يسوغ له العدول عن إيجابه متى شاء ما دام لم يتلق القبول.

سقوط الإيجاب: يرجع مما تقدم أن الإيجاب يسقط بعد لزومه في حالتين: (الأولى) أن يرفض القابل هذا الإيجاب، ولرفض الإيجاب صور متنوعة تعرض لها (الثانية) أن تنقضي المدة التي يلزم خلالها الإيجاب، فإذا سقط الإيجاب بانقضاء الميعاد استطاع المتعاقد أن يقترن المتأخر كتابة إيجاب جديد[1].

الإيجاب الفاسخ: وقد يقوم الإيجاب دون أن يكون ملزماً، كالإيجاب الصادر في مجلس العقد، وعدم تقابل الإيجاب غير محدد المدة بين المتعاقدين في هذه الصورة لا يستقيم إلا في ثلاث حالات:

(الأولى) أن يعدل عنه الموجب قبل انقضاء المجلس.

(الثانية) أن يصدر من أحد المتعاقدين في المجلس قول أو فعل يدل على الإعراض عن التعاقد.

المادة (٨٢) مدني.

(الثالثة) أن ينفض المجلس دون أن يقترن الإيجاب بالقبول.

ولا عبرة بالقبول الواقع بعد صدور أي الإعراض أو انفضاض المجلس، الفقرة الأخيرة من المادة (٨٢) مدني، لأن هذا القبول المتأخر لا يصادف قبولاً يقترن به وبذلك يكون إيجاباً جديداً.

القبول

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، ويشترط في القبول حتى ينتج أثره القانوني أن يحيط به العلم من جانب

---

(١) الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ص ٢٠٠ هامش ٣.

٥ - يجب أن تكون هي الخيار في الإيجاب أن يتوفر فيه الشروط التي رأيناها فيه ، يتعلق بوجود الإرادة، وأهليتها إلى جانب أن تكون الخيارات والتعبير عنها.

٦ - ويجب أن تكون الصيغة والإيجاب ما يدل دلالة واضحة وأن تكون دلالة صريحة أو ضمنية يمكن أن يصلح العرف في فرض هذه الدلالة، وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة معينة فإن بداية القبول في المجلس يعتبر العقد.

أما إذا كان قد حدد في صيغة الإيجاب فإن فيه، أو كان مجلس العقد قد انفض، أو كان الإيجاب قد سقط بسبب من أسباب السقوط التي عرفناها، وإن القبول اللاحق بعد ذلك يكون إيجاباً جديداً يستوجب القبول الآخر أن يقبله أو يرفضه.

٧ - يجب أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، فإن تضمن القبول أي تعديل للإيجاب في مسألة جوهرية أو أكثر كان العقد لا ينعقد.

ولكن قد يحدث أن يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد ولكنهما يختلفان بالنسبة لمسائل جوهرية يختلفان فيها فإذا ما سكت ولا يعترضان أن العقد لا يتم عدم الاتفاق على هذه المسائل الجوهرية في هذا الفرض يعتبر العقد قد تم رغم أن الطرفين قد اتفقا على المسائل الجوهرية في العقد وفي حالة قيام خلاف بين الطرفين حول المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسباً وفقاً لطبيعة المعاملة وبأحكام القانون والعدالة والعرف (م ٢٤٨ مدني). ويلاحظ أن التراضي في هذه الحالة يكتمل بإرادة المتعاقدين ويتم في إبرام العقد بما يعبر عن حقيقة مهمة التراضي المتوجه إلى تكوين العقد.

أما إذا تناقض المتعاقدان في المسائل الفنية دون الوصول إلى اتفاق وتبين أن كلاهما تصرف إلى حالة الاتفاق على أن يكون إلى حال سكان فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة.

حرية القبول

إذا وجد الإيجاب فإن الموجب له لا يلتزم حسب الأصل به ويكون حراً في أن يقبله أو يرفضه فهذا هو الأصل، غير أن حرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض وبعدم إساءة استعمال حق السكوت بعد أن يكون ضرورياً، إلا أن جمهور الفقهاء يرون أن في هذه الحالة يعتبر القبول الآخر لا يعتبر ملزماً.

من الأمثلة العملية في هذا الصدد أن هناك طوائف من الأشخاص تستخدم السلام على الإيجاب وتدعوهم إليه كالتجار حينما يوجهون الشراء والإعلانات وتسويق الأسعار الجاري العامل بها وغير ذلك من البيانات موجهة إلى الجمهور أو الأفراد وأصحاب المصانع والمطاعم حينما يفتحون أبوابها لاستقبال النزلاء والزبائن وأرباب الصناعات الذين يدعون العمال إلى العمل في مصانعهم. فهؤلاء وأمثالهم لا يعتبر الفرض من جانبهم في مثل هذه الحالات إيجاباً بل يكون دعوة إلى التعاقد، فإذا استجاب أحد لهذه الدعوة كانت هذه الاستجابة إيجاباً لا يبقى لصاحب الدعوة أن يرفضه بسبب غير مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض، ويترتب على الرفض التعسفي أن يسأل عن دعوة الدعوة إلى التعاقد، وللقاضي الخيار بين أن يأمر بتعويض عن مبلغ من المال، أو يصل إلى حد اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك[1].

حالات خاصة للقبول:

هناك بعض صور خاصة للقبول وسوف نقتصر على بحث حالة السكوت الملابس، وحالة القبول في عقود الإذعان.

السكوت الملابس: تنص المادة (٨١) من القانون المدني العراقي على أنه:

١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً.

٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم بضاعة التي يعتبرها قبولاً لما ورد في فاتورة الثمن من شروط.

والواقع أن السكوت هو موقف سلبي لا يدل على شيء، ويقال في الشريعة الإسلامية لا ينسب إلى ساكت قول، وعلى وجه التحقيق فإن السكوت لا يعتبر إيجاباً في أي حال من الأحوال، وكذلك فهو لا يعتبر قبولاً في معظم الأحوال.

---

(١) [illegible]

[illegible] إذا أرسلت دار النشر صحيفة أو مجلة إلى أحد الأشخاص فلا يعد [illegible] سكوته قبولاً [illegible] للاشتراك في هذه المجلة أو الصحيفة.

ومع ذلك فهناك حالات خاصة أخرى [illegible] ظروف ملابسة بالسكوت [illegible] يستدل منه أن السكوت بمثابة قبول بالإيجاب، ويتمثل السكوت في هذه الحالات بالسكوت الملابس [illegible] في ظروفه التي يلابسه وعوامله[1].

وقد نص المشرع على ثلاث صور للسكوت الملابس:

١- إذا تضمن الإيجاب ذاته من وجه إليه كأنه توجه إلى شخص فسكت عن الرد فيعتبر سكوته على أنه قبول له.

٢- إذا وجد تعامل سابق بين طرفي إيجاب هذا التعامل فإن السكوت يعتبر في هذه الحالة قبولاً للإيجاب. مثال ذلك تاجر التجزئة الذي يرسل في غالب الأحيان من تاجر الجملة الذي يتعامل معه، ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولاً منه لطلب تاجر التجزئة وينعقد العقد.

٣- إذا كانت طبيعة المعاملة أو ظروف التعامل تجعل السكوت عن الرفض قبولاً فإنه يعتبر كذلك في حكم القانون. مثال ذلك صاحب البيت الذي يتلقى كشفاً [illegible] من البيت فيسكت عن الاعتراض فإنه يعد كقبول ضمني ذلك فيولا منه لهذه [illegible].

القبول في عقود الإذعان

يعد الإذعان هو عقد يسلم فيه المتقابل بشروط مقررة لا يستطيع المناقشة فيها وتكون ذلك [illegible] يسلمه أو مرفق ضروري على احتكار قانوني أو فعلي ومرتبط بمصلحة عامة [illegible].

فعقد النقل والتأمين والعمل والسكك الحديدية والبواخر والطيران وعقد اشتراك التليفون والنور، تعد عقود إذعان. إلا أن القانون لكي تعد العقود لا يعتبر [illegible] بعد مناقشة وتفاوض [illegible] من الموجب لا يعني إلا أن يأخذه أو يدعه وإذا كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر إلى القبول فرضاً [illegible] وأكثر مفروض عليه.

[illegible]

الخصائص المميزة لعقد الإذعان:

١- الطرف في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه.

٢- العقد يتعلق بسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة الخاصة.

٣- الإيجاب يصدر للناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، ويغلب أن يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز للقابل فيها، وأكثر ما تصلح الموجب، وهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وتارة أخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر.

طبيعة عقود الإذعان:

انقسم الفقه في طبيعة عقود الإذعان، فذهب فريق إلى إنكار صفة العقد عن عقود الإذعان لأن العقد توافق إرادتين حرتين ومختارتين، أما القبول في عقد الإذعان فهو إذعان ورضوخ لعقد الإذعان أفرد، إلا أن بعض القانونيين أخذت تنكر الاحتكار السائد مما يعد لذلك يجب تفسيره كما يفسر القانون ويسرف في تطبيقه مقتضى مبدأ المساواة وحسن النية.

ويرى فريق آخر أغلبه فقهاء القانون المدني المصري أن عقد الإذعان عقد حقيقي يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فإذا كان أحد الطرفين في مركز اقتصادي متفوق فهذه ظاهرة تاريخية، فلا يجوز أن يتدخل المشرع بتعديل عقود الإذعان وليس بأن يتولى القاضي تفسير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الضعيف فتضطرب بذلك المعاملات وتفقد استقرارها.

وقد تبنى المشرع المدني العراقي بعض عقود الإذعان مثل عقد الالتزام المرافق للعقار وعقد العمل وعقد التأمين ثم أتى بأحكام عامة تنظم عقد الإذعان نصت عليها المادة (١٦٧) منه فنصت على أنه: "إذا وقع في عقود الإذعان شرط تعسفي يجعل العقد شيئاً مرهقاً للمذعن يجوز للمحكمة أن تعدل هذا الشرط أو تلغي الطرف المذعن منه وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ٢- ولا يجوز أن يكون تنفيذ الشروط التعسفية في عقود الإذعان عقبة أمام المذعن إلا في الأحوال التي تكون واجبة".

يستخلص من هذا المبدأ أن:

١- للقاضي أن يسمح أو يمنع الأطراف من إبداء الإدلاء عن المعروضة المستقبلة.

٢- يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير ما إذا كان يطلب المستندات [illegible] الشروع [illegible] مسبوقاً في ذلك بالا [illegible] بالمسألة.

٣- في الحالة يجوز أن يعدل من [illegible] الموحدة للقاضي وكان عقد الإيجار قد انقضاء [illegible] بعد انقضاء [illegible] بمضي المدة.

٤- إن كان هناك [illegible] فإن في عقود الإيجار يجب أن يفسر في [illegible] الطرف [illegible] كان [illegible]

اقتران الإيجاب بالقبول

فرغنا من دراسة الإيجاب والقبول كل منهما على انفراد وحيث الآن أن نبحث في [illegible] الإيجاب أو بعبارة أخرى [illegible] الفترة من يفصل فيها الإيجاب [illegible] وفي هذا الصدد تبين [illegible] الأول أن [illegible] في مجلس واحد وهو التعاقد بين حاضرين [illegible] أن تمضي فترة من الزمن بين الإيجاب [illegible] الطرفين وهو التعاقد بين غائبين.

التعاقد بين حاضرين يعني [illegible] بالتعاقد في مجلس واحد والمقصود بمجلس [illegible] أن يكون الطرفان على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل [illegible] القبول [illegible] فيكون مجلس العقد [illegible] حقيقة. وقد يتحقق ذلك رغم [illegible] مكان كل من الطرفين إذا كان [illegible] يجعل الاتصال [illegible] بالقبول [illegible] كان [illegible] بطريق التليفون أو بطريق [illegible] فيكون مجلس العقد [illegible] كما [illegible] مجلس [illegible] التعاقد [illegible] التعاقد [illegible] مكان [illegible]

[illegible] التعاقد بين غائبين [illegible] الإيجاب [illegible] بالقبول [illegible]

ومستفاد من هذا النص أن الإيجاب غير ملزم فيستطيع الموجب العدول عنه أثناء المجلس ما دام لم يقترن بالقبول. إلا أن العدول عن الإيجاب وتكرار الإيجاب قد يؤديان بظلال الإيجاب الأول، ولا يعتبر إلا الإيجاب الأخير (المادة ٨٢ مدني). لأن تكرار الإيجاب يدل على رغبة العدول عن الإيجاب الأول. كما يظهر من النص المتقدم أنه إذا أوجب الإيجاب حق في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه، وهذا ما يسمى بخيار القبول، وأنه لا يستطيع الرجوع في القبول، لأن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فور الإيجاب ما دام قد صدر قبل أن يصدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض عن التعاقد ويستطيع أن يصدر الإيجاب.

التعاقد بين غائبين: يتم التعاقد بين غائبين، أي بين شخصين لا يوجدان في مجلس واحد، ويكون ذلك بطريق البريد أو بطريق الهاتف أو بواسطة رسول.

وهنا يتخلل وقت من الزمن بين صدور القبول وبين علم الموجب بالقبول.

ويثور التساؤل عن الجانب وقت انعقاد العقد، وهل هو وقت صدور القبول أم وقت علم الموجب به أم غير ذلك. وقد عرضت في هذا الشأن أربع نظريات هي:

١ - نظرية الإعلان وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب، فهو هذا الاتجاه يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كاف بذاته لانعقاد العقد. ويتفق هذا الحل مع السرعة في المعاملات وفي التجارة بصفة خاصة. ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا يعتبر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، والقبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة لا يعتد به إلا من وقت أن يتصل بعلم من وجه إليه لا من وقت إعلانه.

٢ - نظرية التصدير وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول من جانب المتعاقد الذي يقبل وتمام اختياره في صندوق البريد أو تسليم برقيه إلى مكتب الإرسال إلى غير ذلك من الأساليب. وهذه النظرية لا تؤدي - عن النظرية السابقة إلا في الأحوال

---

(١) [illegible]

أن القبول قد أصبح باتاً إذا من الخطأ اعتبار العقد الرضائي أو الرضائي طالما أنه لم تكن هناك
الرضا بعد. [illegible] على ذلك العمل في معظم البلاد.

٢ - نظرية الوصول وتقتضيها [illegible] أن يصل القبول إلى الموجب بغض
النظر عن علمه بالقبول. والوصول حسب هذه النظرية لا يعني أن يكون قد علم
[illegible] فلا يجري عند النظرية على النظرية الرابعة وهي نظرية العلم

٣ - بمقتضى نظرية العلم فإن العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب وهذه
النظرية تنفي من القواعد العامة في أن العلم عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت
الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه وهو في هذه الحالة الموجب الذي توجه إليه
القبول.

وقد نص المشرع العراقي على هذا الحكم في المادة (٧٧) مدني [illegible] في المقتضى [illegible]
[illegible] ما بين الحاضرين قد تم في المكان والزمان [illegible] الموجب
القبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. [illegible] ويكون
مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان [illegible] فيهما.

والواضح أن هذا الحكم لا يعني بالعلم العلم فيعني المتعاقدين بالاتفاق على [illegible]
[illegible] كأن يتفق مثلاً أن العقد [illegible] الإخطار عن القبول [illegible]
الموجب أو غير ذلك.

وبالنسبة زمان ومكان انعقاد العقد أهمية كبيرة من الناحية العملية.

فتحديد زمان انعقاد العقد يحدد لنا المسائل التالية:

أ - الوقت الذي يجوز [illegible] من إيجابه إذا كان الإيجاب غير ملزم وكذلك
الوقت الذي يجوز له القبول أن يعدل عن قبوله.

ب - في التعاقد [illegible] لا يجوز للدائن أن يطعن في العقد الصادر من معسر إلا إذا كان
[illegible] سابقاً على هذا العقد.

ج - في حالة الإفلاس [illegible] الذي أرسلت في [illegible] لا [illegible] في حق
[illegible].

[illegible]

[illegible] الحقوق من تاريخ إبرام العقد كانتقال الملكية في منقول معين [illegible] أو حق استعمال في العقار.

كما أن [illegible] مكان انعقاد العقد أثره في تحديد المحكمة المختصة بنظر أي نزاع من [illegible] المحكمة المختصة هي المحكمة التي [illegible] الاختصاص [illegible] العقد.

٣ـ الوعد بالتعاقد والعربون

أ ـ الوعد بالتعاقد (الاتفاق الابتدائي)

التعريف [illegible] الوعد [illegible] يلتزم [illegible] إبرام [illegible] في المستقبل إذا أظهر [illegible] في ذلك خلال [illegible]

ومن هذا نتبين أن الوعد بالتعاقد عقد [illegible] بإيجاب وقبول [illegible] إبرام العقد الأصلي [illegible] في المستقبل [illegible] دون حاجة إلى تدخل إرادة الواعد من جديد [illegible] في شراء منزل [illegible] ولكنه لا يحاول [illegible] أن يعد له [illegible] في شراء [illegible] خلال مدة يتفق عليها في هذه الحالة [illegible] بالبيع [illegible] قبل العقد الأصلي. فإذا [illegible] في الشراء [illegible] العقد [illegible]

ومن هذا نتبين أن الوعد [illegible] إبرام [illegible] سبق إبرام [illegible]

هذا الوعد يكون ملزماً [illegible] واحد هو الواعد وهو البائع في المثال السابق [illegible] هو الموعود بالبيع. وقد يكون وعداً [illegible] يلتزم فيه المشتري بالشراء إذا أظهر البائع رغبته في إتمام العقد [illegible]

لكن يثور [illegible] حول ما إذا كان يمكن أن يوجد وعد [illegible] بالتعاقد [illegible] يلتزم فيه [illegible] يلتزم [illegible] يبيع المشتري بالشراء [illegible] قبل أن [illegible] إذ الوعد [illegible] بإبرام [illegible] إنما هو العقد ذاته.

ومع ذلك فإننا نرى أن هناك فارقاً بين عقد الوعد بالتعاقد ووعد التعاقد، فالأول [illegible] في حالة عقد الوعد إذا كان كل من المتعاقدين يلتزم قبل الآخر على نحو [illegible] لا يستطيع أن [illegible] موجوداً به في [illegible] وذلك لأنه إذا أراد كل من الطرفين الرجوع في إبرام العقد [illegible] خلال المدة المحددة [illegible] العقد ولا بد من أن يتم [illegible] خلافاً لذلك الوعد الذي يعد وعداً إذ يكفي أن يتم الوعد به فقط [illegible] والاتفاق [illegible] على إمكان إظهار رغبتهما عن التعاقد لم يوجد أن [illegible] من الفقه [illegible] قانوناً.

وقد أورد القانون المدني العراقي [illegible] في المادة (٦٦) [illegible] أن الاتفاق الذي يقيد [illegible] أحدهما [illegible] عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا [illegible] الخروج للعقد الوعد [illegible] التي [illegible] كما [illegible] أن [illegible] الاتفاق الذي يتضمن الوعد [illegible].

ويعتبر هذا الاتفاق مرهون لشروط الوعد ثم الآتية:

شروط الوعد بالتعاقد: الوعد بالتعاقد عقد ولذا يلزم توافر الشروط العامة لانعقاد العقد وإذا كان [illegible] في [illegible] يلزم [illegible] وهذا الوضع [illegible] كما [illegible] يلزم [illegible] الوعد: فإنه ينبغي أن [illegible] الأهلية [illegible] أن يصدر من الواعد أي [illegible] أما [illegible] فإنه يكفي أن [illegible] وهذا الوقت الذي [illegible] العقد [illegible] بالنسبة للوعد [illegible] أهلية [illegible] الوعد [illegible].

وهذا فضلاً عن [illegible] شروط العامة للعقود [illegible] الاتفاق بين [illegible] الوعد [illegible] المتعاقدين [illegible] المبيع مثلاً [illegible] الاتفاق على الثمن والشيء.

كما [illegible] الاتفاق [illegible] أن [illegible] الوعد [illegible] الشروط الجوهرية [illegible] عليها [illegible] الوعد [illegible] وإذا ما [illegible] الوعد [illegible] أن [illegible] الوعد [illegible] الواعد [illegible].

وقد عرض للفقهاء ضرورة مراعاة الشكل في عقد الوعد، إذا كان مقصد الوعد يلزمه من العقود المشكلة، ولهذا يتعين تصحيح عقد الوعد أن يتوافر فيه الشكل الذي يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الموعود به، والحكمة من هذا واضحة وهي أن هذا النوع من الشكل الذي قد يستلزمه القانون للعقد الأصلي، إنما أراد به حماية المتعاقد من التسرع في عقد موعود فيه خالياً تنبيهاً بوعده، كما أن الشروط الأخرى اللازمة لصحة العقد ستفرض على المتعاقد من خلال تحديد الأمر الفقهي بقرب صدور العقد.

إذا كان الشكل قد تحقق صحيحاً في الطرفين، فإن التساؤل عن مدى تحقق الوعد وهو ما يعد شرطاً على الفقهاء في مواجهة الطرفان بقرار مباشر إلى التحليل حسب الشكل الذي قد يتطلبه القانون.

آثار الوعد بالتعاقد: سواء كان الوعد بالتعاقد ملزماً بعقد واحد أو ملزماً بعقدين، فإنه إذا توافرت صحيحاً يلزم الواعد بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها. لكن لا يترتب على أي من آثار العقد الموعود به، فهو لا يكون بيعاً بالبيع مثلاً وإنما يلزم الوعد بإبرام عقد البيع إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في ذلك في غضون المدة المتفق عليها. لكن لا يترتب على هذا الوعد التزام الواعد بنقل ملكية المبيع للمشتري أو تسليمه، ولا التزام المشتري بدفع الثمن، فهذه كلها آثار لا ترتب إلا عقد البيع النهائي فقط.

ويترتب على ذلك أن يظل الواعد في هذه المرحلة مالكاً للمبيع، ولكن له التزام بعدم التصرف في ذلك الشيء تصرفاً يحول دون الوفاء بالتزامه، ولكنه لا يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بما دام أن الخلاف كان عقداً وفورياً.

كما يترتب على ذلك وهذا هو الأهم، أنه إذا تصرف الواعد في المبيع قبل قيام العقد النهائي، فإن هذا التصرف في حق الموعود له يرى هذه المسألة لا يقع أمام الموعود له إذا أظهر رغبته في الشراء، إلا أن يوجه بالتعرض على الواعد الثاني في أول وقت.

---

(١) السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ص ٢٠٠.

ويستطيع الموعود له أن يتصرف في هذا الذي كسبه من الوعد قبل الوفاء فيبيعه إلى شخص آخر، وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلى ورثته.

هذا هو الصحيح، فإن ينشأ من الوعد مالم أن الوعد المتفق عليه لم تتم بعد، ولم تنفتح مواعيده، فإذا انتهت هذه المدة دون أن يستهل الموعود له رغبته في التعاقد سقط الوعد، وفي هذه الحالة يزول ما كان يقوم به أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين، إلا أنه يصح أن نقصر هذا الحكم على الوعد الملزم لجانب واحد، لأن اتفاق الطرفين في الوعد الملزم للجانبين على مدة لإبداء الرغبة في التعاقد يعني أن إرادتهما قد اتجهت إلى التحلل من هذا الوعد إذا لم تظهر هذه الرغبة من أحدهما في خلال هذه المدة، كما سبق أن ذكرنا، وإنما يسقط الوعد إذا كان الجانب الآخر ولكن الموعود له أعلن عدم رغبته في التعاقد، إذ يكون قد زال ما يخشى الذي له في الوعد.

أما إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد في الوقت المحدد فإن الوعد يتم ويعتبر العقد منذ وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد، وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب المتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد، وبذلك يتحقق جميع العناصر الجوهرية للعقد النهائي.

وقت إبداء الرغبة هو الوقت الذي يتم فيه العقد النهائي، وهو بالتالي الوقت الذي ترتب فيه آثار هذا العقد.

وتقول المادة (٢٦٠) من القانون المصري في هذا الصدد أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وفاضله المتعاقد الآخر بشأن تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وتحديد ما يعتبر متهماً مشكلاً متوافرة، فإن للمحكمة متى رأت ذلك أن تقضي بإلزام المتعهد بإبرام العقد، فإذا أعلن الموعود له رغبته في التعاقد وجب على الواعد أن يقوم بتنفيذ التعهد النهائي الذي تم بإعلان هذه الرغبة.

فإذا تأخر الواعد في تنفيذ هذا العقد أو امتنع عن تنفيذه كان للموعود له أن يلجأ إلى المحكمة لتقوم مقام الواعد، وإذا كان العقد الموعود به مما يقبل فيه التنفيذ العيني كان للموعود له أن يطلب إلزام الواعد بتنفيذه.

غير أنه إذا كان محل العقد الموجود [illegible] معيناً [illegible] وصرفه [illegible] إلى [illegible] فلا يبقى أمام الموجود له في هذه الحالة [illegible] التعويض[1]. والمتأمل في هذا النص لا يجد [illegible] إلا تطبيقاً سليماً للقواعد العامة التي تنظم التنفيذ العيني الجبري، تلك القواعد التي تجعل الدين على المنفذ [illegible] مقصداً [illegible] من كان دائناً [illegible] (م ١/٢٤٦) مدني ومن ثم فلا مانع من الأخذ به [illegible] النص [illegible] الدين عالياً من نص مماثل له.

٢ــ العربون:

العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، وذلك للدلالة إما على أن العقد أصبح باتاً لا دور للرجوع فيه وإما على أن لكل منهما حق العدول عن العقد مقابل خسارة قدرها العربون. وأكثر ما يحصل ذلك في عقد البيع وعقد الإيجار.

والعبرة في معرفة ذلك الغرض [illegible] ما تعارف عليه [illegible] المتعاقدين [illegible] وعلى المحكمة أن تستخلص النية الحقيقية للمتعاقدين في كل منهما من ظروف التعاقد إذا لم تكن هذه النية واضحة في عبارة العقد.

ولم تتفق القوانين في الدلالة التي تضفيها على العربون. فبعضها يعتبر أن العربون يفيد الاتفاق بالحق في العدول عن العقد وحده، من القوانين الأجنبية القانون الفرنسي (مادة ١٥٩٠) والقانون المدني المصري (مادة ١٠٣). بينما يعتبر البعض الآخر أنه يفيد تأكيد العقد وتثبيته فقط، وهذه هي القوانين الجرمانية [illegible] وغيرها من القوانين المشابهة كالقانون الألماني (مادة ٣٣٦) والقانون الألماني [illegible] المصري (مادة ١٥٨).

أما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (٢٢٧) منه على أنه:

[illegible]

[illegible] يعتبر دفع العربون مبدأ حتى أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢ - يرى الفقه المتعاقدان على أن العربون جزء للعدول عن العقد كان الكل منهما حق العدول فإذا عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً. ويقاس على ذلك بعض الأحكام في القانون المدني العراقي ان دفع العربون عند إبرام العقد يعتبر دليلاً على أن العقد قد أصبح نهائياً لا يجوز الرجوع فيه. فالكل من المتعاقدين هو بمثابة الضامن لتنفيذه، ويعتبر العربون تعويضاً مقدماً يجوز للعقد حق استكماله في حالة البيع مثلاً يعتبر العربون تعجيلاً لما هو من الثمن حق حصته من أصل الثمن عند تنفيذ العقد. حتى أن هذا الأصل يجوز الاتفاق على ما يخالفه فيجوز لفظ: حق الإتفاق على أن العربون جزء لحق العدول عن العقد. وفي هذه الحالة إذا عدل من دفع العربون فعليه أما إذا عدل من قبض العربون فعليه أن يرده ويرد معه المثل. الأمر الذي يكون بمثابة ما يعادل مقدار العربون جراء عدوله عن العقد. ويلاحظ أن من يعدل عن العقد يلزم بدفع العربون كاملاً حتى وإن لم يحصل للمتعاقد الآخر أي ضرر نتيجة لهذا العدول لأن العربون ليس تعويضاً عن ضرر وإنما هو حق العدول. وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً مقدماً للتعويض عن الضرر الذي قد يصيب الدائن من جراء إخلال المدين في تنفيذ العقد ولهذا لا يحكم به إذا لم يصب الدائن ضرر. وفق ما جاء في المادة (١٧٠) مدني.

٤ - النيابة في التصرف:

قد لا يستطيع صاحب الشأن في التصرف القانوني إبرام هذا التصرف بنفسه لظروف: عدم وجود أهلية في عقد العقد أو نقص أهليته أو لأي سبب آخر. ويمكنه إبرامه عن طريق آخر في إبرام التصرف القانوني.

فالنيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني على أن يرتبط هذا التصرف بذمة وفي آثاره في ذمة الأصيل.

ففي عقد البيع مبدأ يجوز أن يبرم عن طريق النائب من الباطن في نطاق البيع وما يرتبه من حقوق والتزامات تنصرف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب وتنتهي بذلك مهمة النائب وتنتهي سلطة النائب في هذه الحالة بناء على اتفاق بين الأصيل والنائب ويسمى عقد الوكالة.

وقد تكون الوكالة قانونية وتحدد سلطة النائب بمقتضى نص القانون كحالة ولاية الأب على ابنه.

وقد تكون الوكالة قضائية وتحدث إذا كان نص النائب بحكم قضائي كالوصاية والقوامة والوكالة عن الدائنين في التفليسة وتلحق أحكامها بأحكام الوكالة القانونية.

والأصل أن الأثار تنصرف إلى التصرفات القانونية دون الأعمال القانونية إلا أنه قد لا يتحقق من التصرفات الأولى القانونية فلا يصح للإنسان أن يبرم عقد من عقود البيع بدلا منه دون أن يعود بريعه إلى ذمة الخاص الشخصية.

وقد عرضت القوانين الحديثة كالقانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري والقانون المدني المصري للنيابة بوجه عام فبينت شروطها وأحكامها وأوردت تفصيلات أما القانون المدني العراقي فلم يعالج النيابة بنصوص خاصة وإنما وردت في نصوص متفرقة أهمها ما ورد في عقد الوكالة. (مع أن الوكالة ليست إلا نوعا من أنواع النيابة) وفي عقود بيع الراجح أو الوفاء أو الضمان أو شراء أمرين للتصغير أو شراء أمرين للصغير المتعلقة والتي تعد ... من ٥٥٠ مدني).

وهذه المنشئات في أحكام النيابة في القوانين المدني وعدم اجتماعها في نصوص نظرية عامة تنص يجب على المشرع أن يتلافاه خاصة وأن وجود مثل هذه النصوص أمر ضروري لحماية الغير المحسن النية الذي يتعاقد مع النائب

وسنتعرض فيما يلي شروط النيابة وأحكامها ثم نتطرق إلى حالة تعاقد الشخص مع نفسه.

[illegible]

شروط التعاقد بالنيابة

حتى تتحقق النيابة لا بد من توفر الشروط الثلاثة التالية:

١- أن يعبر النائب عن إرادته لا عن إرادة الأصيل.

٢- أن يتعامل النائب باسم ولحساب الأصيل لا باسمه.

٣- أن يتعامل النائب في حدود السلطات المحددة له.

الشرط الأول: أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل

يقوم النائب بالتعبير عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل أي أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل.

فالنائب يختلف عن الرسول، فالرسول يعتبر حاملاً فقط لإرادة العاقد ويقتصر دوره على نقل التعبير عن إرادة الأصيل، أما النائب فهو يتمتع بحرية التقدير لأن يحرية التعبير عن القانون وهو يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل.

غير أن الشخص قد يرسل في نفس الوقت رسولاً ونائباً وهو يرسل رسولاً إذا كان الأصيل قد أصدر إليه تعليمات لا يستطيع أن يحيد عنها في أمر من أمور العقد فيكون دوره نقل إرادته وترك له حرية التقدير في باقي الأمور.

وإذا كان النائب يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل فإننا عند البحث عن عيوب الإرادة التي تجعل العقد موقوفاً فإننا ننظر إليها في شخص النائب لا في شخص الأصيل. على أنه إذا وافق الأصيل بقدر ما في إبرام العقد فإنه يبحث أيضاً في عيوب الإرادة في شخص الأصيل في الحدود التي ساهم بها في إبرام العقد.

كذلك يكون التقدير سوء أو حسن النية بالنظر إلى نية النائب لا إلى نية الأصيل. فإذا كان النائب سيء النية وتواطأ مع طرف معين: فإنه يجوز للأصيل أن يرفع دعوى صحة التعاقد ودعوى التعويض إذا كان الأصيل حسن النية. وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري، فقرر بقوله: ثم العقد بطريق النيابة كان شخص الأصيل هو الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر الظروف التي يكون الغش أو حسن النية أو التواطؤ أو العلم بأمر محدد.

في تصوري أن هذا النص ليس سوى نص مكرر لقواعد عامة تكفي الأخذ بها مستلهم من نصوص القانون المدني المصري من نص المادة ١٠٤.

أما فيما يتعلق بالأهلية، فإذا كانت النيابة اتفاقية فلا يشترط في النائب الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني موضوع النيابة، لأن التصرف ينتج آثاره في شخص الأصيل لا في شخص النائب، ولهذا تكفي في النائب أهلية التمييز (المادة ٢/٩٣٠ مدني). أما الأصيل فيجب أن تتوافر في الأهلية اللازمة لتصرف موضوع النيابة. كما يجب أن تتوافر في الأصيل كذلك صلاحية اكتساب الحق الذي يترتب على التصرف موضوع النيابة. فلا يجوز مثلاً للقاصر إنابة غيره في إبرام حق متنازع فيه إذا كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها (المادة ٥١٤ مدني).

الشرط الثاني: أن يتعامل النائب باسم الأصيل ولا باسمه.

يعلن النائب في العقد أنه يتعامل باسم ولصالح الأصيل لا باسمه، أو قد يعلم الغير بوجود النيابة علماً حقيقياً أو حكمياً، كما لو كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير بوجود النيابة. فإذا لم يعلن النائب عن صفته في التعاقد وكان الغير لا يعلم بوجود النيابة، فإن آثار التصرف القانوني الذي يبرمه لا تضاف مباشرة إلى الأصيل بل ينتج التصرف آثاره في ذمة النائب، ولهذا الأخير أن يقوم بنقل آثار التصرف إلى الأصيل.

ومع ذلك فإن آثار العقد تضاف استثناء إلى الأصيل في حالة عدم إعلان النائب عن صفته وقت التعاقد وذلك في حالتين:

١- إذا كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير المتعاقد بوجود النيابة بنفسهم من سكوت النائب عن إعلان ذلك، فمن يدخل محلاً تجارياً لشراء شيء يفترض فيه العلم بأن العامل الذي يتولى البيع ليس إلا نائباً عن صاحب المحل.

٢- إذا كان من تعاقد مع النائب يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، فصاحب المحل التجاري الذي يتعامل إليه شخص يستوي عنده أن يكون هذا الشخص أصيلاً أو نائباً عن غيره، ولذا تضاف آثار البيع إلى الأصيل ولو كان صاحب المحل يجهل وجود النيابة.

وهذا الشرط في الواقع قد أرسته قواعده وما يرد عليه من القيود (المادة ٩٤٢) من القانون المدني العراقي فقد قضت بما يلي: إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً فلا يلزم العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كانت يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان

يستوي عندئذ أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل دون أن يرجع حسن النية أو سوء النية أو الوكيل، وكذلك أن يرجع عليه.

وهذا الحكم لا يسري على الغير الذي يتعامل مع الوكيل لأنه يتمتع على حماية قانونية بالنسبة للغير.

الشرط الثالث: أن يتعامل الغير في حدود السلطات المحددة له.

وبمجرد مخالفة هذه السلطات يفقد الغير حسن النية إذا كانت النية قانونية، ويقتضي الأمر إثبات الوكالة إذا كانت النية الحقيقية.

ويلخص ما تقدم إذا تجاوز النائب حدود السلطات المحددة له في القانون أو الاتفاق في هذه الحالة يستفيد منه هذه النية، ولا يكون للعقد الذي أبرمه أثر بالنسبة إلى الأصيل، ولا يكون للغير سوى الرجوع على النائب الذي تعاقد معه بالتعويض إذا كان هذا الغير حسن النية وأصابه ضرر من فعل النائب، وقد نصت على ذلك (المادة ٩٤٥) من القانون المدني العراقي بقولها: إذا وقع من وقع التعاقد معه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد جاز للمتعاقد الرجوع على من كان معه موكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد ما لم يثبت أن المتعاقد قد علم أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان يجب أن يكون عالماً بذلك.

ومع ذلك فإن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناءات:

١- إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت العقد انقضاء النيابة فإن آثار العقد الذي يبرمه حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل وخلفائه: مثال ذلك إذا عزل الأصيل النائب أو توفي الأصيل ولم يعلم النائب أو لم يعلم بحالة العزل أو الوفاة: فإن التصرف الذي يبرمه النائب يضاف إلى الأصيل بالرغم من زوال صفة النيابة عن شخص النائب.

وقد نص القانون المدني العراقي هذا الاستثناء في عقد الوكالة إذ نصت (المادة ٩٤٨) على ما يلي:

لا يجتمع انتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع موكيل قبل علمه بانتهائها.

وقد اعتبر الفقه هذا الحكم من قبيل النظرية الظاهرة لتفادي الإضرار بالغير حسن النية وتوفير الاستقرار والثقة في المعاملات.

٢ - إذا كان من المسلم به على الوكيل إخطار الموكل بما قرره من تصرف قانوني بصدد الوكالة، وكانت النظرية العامة تقضي بأن الموكل لا يكون ملزماً إلا بما يوافق على هذا التصرف، وفي هذا الخطاب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بموجبه من صلاحية الوكالة (المادة ٢٢٣ م.م) فمن يقين عن البيان، أن هذا الاستثناء لا يتصور إلا بالنسبة إلى الإجازة الاتفاقية دون الإجازة القانونية، لأن حدود ولاية النائب القانوني يحدد القانون بوضوحها وبيان حدودها، بصورة موضوعية غير متعرفة والمتكررة إذا رسم الحدود لا يتسامح مع من يتعداها.

فإذا تجاوزت الحيازة من النائب من غير نطاق الاستثناءين السابقين، لم ينفذ تصرفه في حق الأصيل، وبقي موقوفاً على إجازته، وهذا ما أوضحته (المادة ٢٤٤ م.م) من القانون المدني العراقي بقولها: «إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل، ولكنه تجاوز في تعاقده حدود الوكالة، أو عمل أحد دون توكيل أصلاً، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته، ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد، فإذا لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد اعتبر من الغير».

وإذا وافقت الإجازة أثر العمل القانوني الموقوف، كأنه تم من وقت تعاقده.

آثار التعاقد بالنيابة

١ - العلاقة بين النائب والغير: بعد تمام العقد لا تقوم بين النائب ومن تعاقد معه أي علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد، فلا يستطيع الغير أن يطالب النائب بأي التزام ناشئ عن العقد، ولا يستطيع النائب أن يطالب الغير بتنفيذ العقد، إلا إذا كان النائب أصيلاً عند تنفيذ العقد أصلاً كما كان نائباً في إبرامه، وتعتبر هذه القاعدة تطبيقاً لمبدأ نسبية العقود، إذ المقصود هو رعاية مصلحة الأصيل كالمتعاقد ومضمون عقده، وهذا لا يكون إلا إذا كان للنائب سلطة مستقرة تمكنه التصرف التي يمارسها نيابة عن الأصيل.

٢ - العلاقة بين النائب والأصيل: تحكم هذه العلاقة عقد النيابة، وإذا كانت النيابة قانونية فيحدد القانون العلاقة بينهما، وإذا كانت نيابة اتفاقية فيحدد هذه العلاقة عقد الوكالة بين الموكل والوكيل.

[illegible] العلاقة بين الأصيل والغير [illegible] علاقة مباشرة فيما [illegible] وترتب [illegible] حقوقهما آثار [illegible] فيكتسب الأصيل [illegible] على العقد من الحقوق [illegible]

عاقد الشخص مع نفسه

من [illegible] أن إرادة [illegible] تعني إرادة الأصيل، فيمكن أن [illegible] أن شخصاً واحداً يكون [illegible] عن غيره وأصيلاً عن نفسه أو يكون نائباً عن كل من المتعاقدين، فيجتمع في [illegible] الواحد في شخصه، ولا نكون إذن إلا بإزاء إرادة واحدة هي إرادته وإن [illegible] على [illegible] إلا أن يكون الشخص وكيلاً عن نفسه، فالشخص الواحد يكون [illegible] الطالب [illegible] أن يختار نفسه الوكيل عن موكله [illegible] بنفسه [illegible] وكيله [illegible] نفسه [illegible] البضاعة فيرسم الوكيل عقد البيع وحده مختاراً وكيلاً عن كل من البائع والمشتري.

وفي الناحية الفنية ليس فيه ما يحول دون انعقاد [illegible] في الصورتين، ولا يتعرض لذلك [illegible] وصف كونه نوافق [illegible] من طرفين [illegible] أن [illegible] الشخص واحد، إلا أنه [illegible] من إرادتين [illegible] وإرادة الشراء [illegible] وهناك [illegible] تكون فيهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تتصرف إلى [illegible] [illegible]

وإذا [illegible] الذي يمكن أن يثار هو اعتراض يتعلق [illegible] العقد [illegible] بين طرفي العقد [illegible] تكون [illegible] في مصلحتين متعارضتين [illegible] إن كان نائباً عن أحد طرفي العقد وأصيلاً عن نفسه، أي تعاقد [illegible] فإن التعارض يكون بين مصلحته الشخصية ومصلحة الأصيل، ويوضح [illegible] في ذلك [illegible] حرص على مصلحة الأصيل وإن كان نائباً عن [illegible] في العقد، فيجب [illegible] أن يحرص مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر، وإذا [illegible] هذا هو أساس الاعتراض [illegible] أن يحصل على التوفيق بين المصلحتين، وهذا [illegible] إلى الحد من التحكيم [illegible] بل معنى [illegible] على رعاية مصلحة الأصيل والنائب [illegible] وتغليبها [illegible] الآخرين في [illegible] المتعاقدين [illegible] المطلقة [illegible] في

---

(1) [illegible]

(2) [illegible]

(3) [illegible]

ففي هذا الصدد بين نوع وتعدد عنها ما يجده كالقانون السوري والقانون اللبناني وقانون الأردني وما يعرف كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والتشريعة الإسلامية والقانون العراقي، ولكن مشروع الذي أباحت هذه المعاملة مرتبة في دواعي الخصوص بهذه والمشاريع التي حرمته أباحته في صور مختلفة.

والمشاريع التي سلكت مسلك التحريم نظرت إلى هذه الصفقة بين الأقارب بأنها لا الباب يقع فيه بين محظورين رشوة واحدة مع التصحيح بمصلحته أو تغليب هذه المصلحة حين تتعارض واجبه من كل قدمناه.

وسنقتصر على تحري مسلكي القانون الفرنسي العراقي في هذا الصدد في حالة تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير وفي حالة تعاقده مع نفسه باعتباره نائباً عن الأشخاص.

أ- تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير

نص المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي ولا يجوز للوصي التصرف أو القيام بمقدم من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه للمحجور ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً سواء كان في ذلك غبن للمحجور أم لا.

وتقضي المادة (٩٠٩) مدني على أنه ولا يجوز للقاصي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه.

كما تنص المادة (٩٤٢) مدني على أنه ولا يجوز للمحامين أن يشتروا الأموال التي كلفوا ببيعها وليس لمديري الشركات وموظفي في حكمهم ولا للوصيين أن يشتروا الأموال التي يكلفون ببيعها أو التي يكون بيعها على ذمتهم وليس لوكلاء المفالس ولا للمصفين المصفين أن يشتروا أموال مفلسة ولا أموال تابعة للتصفية وليس لمصفي الشركات وإذا كانت لهم يشتروا الأموال التي يصفونها وبيعها بالمزاد ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري له بطريق الشراء العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو مكلف بيعه شراؤه.

٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة صحيح إذا أجازه من تم البيع لحسابه متى كان وقت الإجازة صالحاً للأهلية للتعاقد، أما إذا لم يجزه وبين ثلاثة من جديد تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وله عليه أن يكون قد تقاضى مبلغ قيمة البيع.

ويستفاد من عدة نصوص أن القانون العراقي بوجه عام لا يجيز للأب [illegible] أن يتولى بنفسه أو بواسطة غيره أعمالاً عن عمله وبابه من شيء فهو إذاً يعتبر في حكمها [illegible] أن يعمل للتهمة.

ولكنه يجيز [illegible] التعاقد [illegible] والوصي المختار مع الصغير [illegible] حتى [illegible] التعاقد [illegible] مع [illegible] في [illegible] الأب والوصي المختار [illegible] (المادة [illegible]) [illegible] أن [illegible] أن يبيع مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير لا [illegible] وله أن يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير لا [illegible] وإن باع مال ولده لولده أو اشترى مال ولده لنفسه بغبن كثير من [illegible] وتنفيذ مقرر [illegible] بمجرد العقد [illegible] والمحكمة.

كما [illegible] (المادة [illegible]) [illegible] أن يرهن [illegible] مال ولده لنفسه [illegible] أن يرهن مال ولده [illegible] الصغير [illegible] مال ولده لنفسه [illegible] أن يرهن مال ولده [illegible] نفسه [illegible] الصغير [illegible] نفسه [illegible] لا يكون [illegible].

[illegible] الأب [illegible] الأولياء [illegible] ماله عند المحجور ولا ارتهان مال المحجور [illegible] نفسه [illegible] من المحكمة [illegible] عند [illegible] على المحجور.

كما [illegible] (المادة [illegible]) [illegible] الأب [illegible] مع [illegible] المختار [illegible] نفسه للشيء ولا [illegible] نفسه [illegible] من مال [illegible] إذا كان [illegible] من المحكمة.

والأصل [illegible] في القانون المدني العراقي هو حظر التعاقد مع النفس في [illegible] مخالفة [illegible] فإذا اتفق [illegible] شخص أو منظمة يمثل الأشياء والوصي المختار [illegible] التهمة فأبيح التعاقد [illegible] أو [illegible] الشخص [illegible] القاصر.

٢- تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائباً عن الطرفين

[illegible] في القانون المدني العراقي [illegible] على [illegible] والراجح [illegible] في سائر [illegible] لم [illegible] نفسه قد [illegible] مصلحة الطرفين [illegible] أنه ليس [illegible] مصلحتاً في أن يحصل أحد [illegible] الآخر [illegible] منبع [illegible] التعاقد [illegible] صحيحاً [illegible] الشريعة [illegible] الإسلامية [illegible] أن يبيع [illegible] الأب [illegible] الصغار إلى [illegible] آخر [illegible] الأكبر [illegible] الخلاص [illegible] في السوق [illegible] التجارية [illegible] في [illegible] في [illegible] في [illegible] في [illegible].

غير أنه يلاحظ أن حكم الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأب [illegible] يجيز للدائن عليه والاستناد إلى الضرر فاحشه عامة وإن تطبيق المبدأ على [illegible] في حالة يحدث فيها الضرر على مصلحة أي من الطرفين، وبذلك [illegible] بل [illegible] حول هذا الشخص مع نفسه نيابة عن الطرفين إلا بعد استشارتهما ما لم يوجد [illegible] أي [illegible] بغير ذلك.

ويرجع ضرر العقد مع النفس في هذه الصورة إلى أن النيابة تستند وحده بالتوازن بين مصلحة من [illegible] يحتمل أن يتعرض على [illegible] الأمر [illegible] على كل حال وضع لا توافر فيه [illegible] مصلحة أي من الطرفين.

المطلب الثاني

صحة الترخيص

إذا كان وجود الترخيص يكفي لوجود العقد فإنه لا يكفي لصحته، إذ [illegible] يجب لصحة العقد صحيحاً أن يكون صادراً من شخص [illegible] بالأهلية اللازمة [illegible] وأن يكون رضا كل منهما سليماً أي خالياً من العيوب التي تشوب الرضا، ولذلك [illegible] أولاً الأهلية وثانياً عيوب الرضا.

أولاً – الأهلية

يميز الفقهاء عادة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب [illegible] صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق له وتوجب الالتزامات عليه، وقد [illegible] الفقه الإسلامي بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. أما فقهاء القانون الوضعي فقد [illegible] بين الشخصية القانونية والأهلية، فإنه يعترف بها كل شخص [illegible] أن يولد حياً وبذلك عدوا أهلية الأداء [illegible] الحقوق التي لا تقتصر إلى حول [illegible] كثيرون [illegible] من أهلية وجوده في [illegible] والمحافظة الوصية والانتفاع من [illegible] بغير [illegible] دون التي [illegible] أما [illegible] فلا أهلية [illegible] إذا ليس له [illegible] وليست عليه [illegible] فإذا [illegible] الشخص كانت له أهلية وجوب [illegible] وفاته [illegible] حتى [illegible] وإذا [illegible] أهلية الوجوب [illegible] الشخصية معها.

---

(1) [illegible] الأول [illegible] ص [illegible] فقرة [illegible] طبعة [illegible] القاهرة.

[illegible] الأهلية [illegible] هي صلاحية الشخص [illegible] على [illegible] أي أنها [illegible] التصرفات القانونية كالبيع والإيجار وغيرها من التصرفات. وتتحدد هذه الأهلية [illegible] الحد والتمييز، فمن كان [illegible] التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه [illegible] أهليته. ومن فقد التمييز [illegible] بأن كان [illegible] من جنونه أو [illegible] فإن [illegible] كان عديم الأهلية. والمرء يولد عديم الأهلية وقت [illegible] فإذا فقد أهليته بعد ذلك [illegible] على صحة [illegible] هذه كانت موجودة وقت الانعقاد.

وتقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة:

١- تصرفات نافعة نفعاً محضاً وهي التي يريد من يباشرها دون أن يدفع مقابلاً. وتشمل أعمال الاكتساب كقبول الهبة.

٢- تصرفات ضارة ضرراً محضاً وهي التي يخسر من يباشرها دون أن يكتسب مقابلاً. وتشمل أعمال التبرع كهبة المحضر لغاية وزوال الهبة.

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر وهي التي تحتمل الربح والخسارة، وتشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة ويراد بأعمال التصرف تلك التي تنطوي على تغيير من حيث الغير على الشيء كالبيع والرهن بالنسبة إلى الراهن. أما أعمال الإدارة فهي التي ترمي إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله بحيث تعد من صميم الاستعمال الذي أعد له الشيء من قبل، كالإيجار بنسبة إلى المؤجر. فإذا كانت تتضمن تغييراً أساسياً في الشيء أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له كانت من أعمال الإدارة غير العادية كإقامة بناء منزل أو السد في أرض زراعية لإعدادها للاستغلال الصناعي.

فإذا توافرت لدى الشخص أهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة جميع صنوف التصرفات ويكون أهلاً للاكتساب والإدارة والتصرف والتبرع، وإن كان الشخص عديم الأهلية فإنه لا يصح مباشرته أي من هذه التصرفات.

وإذا كان الشخص ناقص الأهلية فإنه يصح مباشرته أعمال الاكتساب، ولا يصح مباشرة أعمال التبرع، ويصح مباشرته لأعمال الإدارة من نفع والضرر لأحكام [illegible] حال.

[illegible] المادة [illegible] من [illegible] أو [illegible] عديم الأهلية أو [illegible] فإذا [illegible]

[illegible] أن يبطل أو يخفض العقد الذي صدر منه، ولا يجوز تطرق الأمر أن يصبح باب [illegible] بعقد أهلية للمتعاقد معه. لكن إن جاء ناقص الأهلية إلى طرف احتيالية يخفي [illegible] نفسه أنه لا يزال يستطيع طلب إبطال العقد لقصر أهليته، إلا أنه يكون مسؤولاً عن التعويض لمن الذي صدر منه[1]، ولا يكفي أن يقتصر ناقص الأهلية على الكتمان بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه [illegible] من الرشد.

وأما كلام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز أن يبطل بعضهم أهلية غير متوافرة عندهم، ولا أن يوسع على آخر مما تفرض عليه صغيراً. كما لا يجوز تخريجهم من أهلية موجودة أو الانتقاص منها.

وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلاً، بالمادة ٢٠ ٢٠ ٣٠ معلي.

ولما كانت الأهلية مناطها التمييز فهو تتأثر بالسن دائماً وقد تتأثر بعوامل أخرى غير السن من شأنها أن تؤثر في التمييز تسمى بعوارض الأهلية.

تأثر الأهلية بالسن:

إن الإنسان يأتي في صيرورة ثلاثة من وقت أن يولد إلى أن يموت: الدور الأول من وقت ولادته إلى سن التمييز فيكون في هذا الدور صغيراً غير مميز، والدور الثاني من سن التمييز إلى سن البلوغ فيكون في هذا الدور صغيراً مميزاً، والدور الثالث من سن البلوغ إلى وقت الموت فيكون في هذا الدور بالغاً راشداً، ثم تتأثر أهليته بعارض من عوارض الأهلية.

١ـ الصغير غير المميز: سن التمييز هي سبع سنوات كاملة بالمادة ٢٠ ٢٠ ٣٠ معلي.

---

(١) وقد ورد القانون [illegible] من إقدام المتعاقد [illegible] أن المقصود [illegible] هذه الصورة.

[illegible]

[illegible] ولا يكون [illegible] عبد الله [illegible] الفقرة ١٤٠

فكل من لم يتمها يعتبر قاصراً [illegible] معدوم الأهلية(1)، [illegible] تصرفاته باطلة وإن أذن له [illegible] بالمادة (96) [illegible] مترددة بين النفع والضرر [illegible] أم لم يأذن [illegible] فلا ينعقد بيعه ولا شراؤه ولا يصح قبوله الهبة، وهكذا سائر عقوده وتصرفاته، [illegible] مباشرة التصرفات عن الصغير [illegible] أو وصيه في الحدود التي رسمها القانون...

ويكون الصغير [illegible] ولا يجوز تخويل [illegible] حق من حقوقه [illegible] إلا إذا [illegible] هذا الحق في ملكه [illegible] الصغير [illegible] ولا يجوز للولي أن يتصرف بمال الصغير إلا بموافقة [illegible] بالطريقة المنصوص عليها في القانون.

وللمحكمة أن تسلب ولاية الولي [illegible] تصرفه، وما يتبعه من ولاية(2) [illegible] الرشد [illegible] الولاية [illegible] المواد (27 - 32) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980.

---

(1) [illegible]

(2) [illegible]

أما وصي القاصر فهو من اختاره الأب لرعاية شؤون ولده القاصر أو المحجور، فإن نصب المحكمة على أن تقوم بالأمر على عيونها وفق مصلحة القاصر، فإن لم يوجد أحد منهما فيكون الوصاية إلى الوزارة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً. ويشترط في الوصي أن يكون عاقلاً بالغاً له أهلية كاملة قادراً على ممارسة شؤون الوصاية ولا يجوز للوصي خاص أن يعين وصياً للقاصر عنه في جزء من التركة ملحقة بالآداب والسلوك أو ملابسة ملازمة، ومن كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وصاية مشروعة، ومن كان بينه أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو بين حالته خصومة إذا كان يخشى على مصلحة القاصر منها.

وتنتهي الوصاية بالحجر بالقاصر كذلك تنتهي المحكمة بعد وفاة الأب، ويعتبر الوصي على المجنون وصياً على المولود.

ويعزل الوصي إذا لم يعد أهلاً لممارسة شؤون الوصاية وفقاً لأحكام القانون، وإذا أوصى بلدة الخاصة في مديرية رعاية القاصرين بعزله، وتنتهي مهمة الوصي بتولي القاصر سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبل بلوغه ذلك السن استمرار الوصاية عليه، أو وفاته أو قبول استقالته، وبفقدان أهليته أو ثبوت غيبته، وبموته أو موت القاصر أو بانتهاء الأب ولايته. (المواد ٣٤ – ٣٩) من قانون رعاية القاصرين السالف الذكر.

ونود أن نلفت النظر في هذا الصدد إلى أن قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٥٩ قد فرض العديد من القيود على سلطة الأولياء والأوصياء الطبيعيين أو المختارين وذلك بغرض حماية حقوق القاصر والقصر وغيرهم من المحجورين ورعايتهم لأموالهم، وتظهر هذه القيود في أحكام هذا القانون وتبين لنا صور ما أوجبه من قيود وتحفظات على أحكام الولاية على المال[1]. وبالمادة الحادية والأربعون منه نفسه بأنه على الولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصر وله الحق بأعمال الإدارة المعتادة دون أن يدخل في كل من ذلك ما يتطلب من التصرف المناسب وفقاً لأحكام القانون المدني.

والمادة الثانية والأربعون لا يجيز للولي أو الوصي أو القيم التبرع من مال القاصر إلا لأداء واجب عائلي إنساني، وتحت مراقبة دائرة رعاية القاصرين.

---

(١) ومهما تكن الهواجس من إيراد هذه القيود، إلا كان سعي في غاية الأمر من حيث مصلحة القاصر، بعد أن يرى القاصر ناضجاً وأكثر من ثلاثة عشر عاماً من الأربعين فهذا يرى استقلالاً من حقوق وما يستدرج عقلاً له مرحلاً.

إضافة إلى ما تضمنته المادة (٢٣) من تعديل تنص على أنه لا يجوز تحويل أو التصرف أو القسمة بالتجزئة للعقارات الناتجة ولا تراخيص بناء لمساحات تقل عن المساحة المحددة في هذا القانون.

ثانياً: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو تعديلها أو نقلها أو تحويلها أو زوالها وكذلك جميع التصرفات المقررة حق من الحقوق المذكورة.

ثالثاً: التصرف في العقار أو الحقوق المتعلقة به أو الأوراق المالية.

رابعاً: الأسهم والصكوك بما يزيد على مائة دينار لكل أمر.

خامساً: حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين.

سادساً: إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة والإيجار الزراعي لأكثر من ثلاث سنوات بالنسبة لا تحدد مدة الإيجار في كل من الحالتين بل ما يحدد بالاتفاق بين الطرفين.

سابعاً: قبول الهبات والوصايا.

ثامناً: المبادلة عن الاستئناف وإنهائها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن والتنازل في الأحكام.

تاسعاً: القسمة الرضائية للأموال أيا كان لمصدر حصة عينية.

عاشراً: الأمور الأخرى التي يقرر مجلس إدارة الشهر العقاري وحسب موافقة مسبقة وخطية من المفوض المختص بها بموجب التعليمات التي يصدرها هذا المفوض.

كما أن قانون التسجيل العقاري رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٩ قد أدخل تعديلات مهمة في هذا الصدد بالنسبة إلى التصرفات العقارية. فقسم التصرفات والأعمال العقارية من حيث الولاية إلى تصرفات تأخذ الصفة العامة وأخرى أو ترضى بحريتها بقرار من المكتب المختص وبالصورة التي تحددها.

وتعتبر هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً كالهبة والإيجار والإستئناف ولم يسمح لأي شخص (أجنبي أو أردني) بالتصرف بالعقارات والمنح والإيجار (٥ سنوات) من قانون التسجيل العقاري.

لا يمكن تصنيف المميزات من الشهر العقاري وفقاً لطريقة سير معاملة بيع وشراء من الناحية العملية.

ولا يخفى ما يميزه أنه أصبح تمييزاً كاملاً، فإذا معنى ما ورد في المادة ٥٨ هذه الوصف، أن القاصر قد توفرت له بعض شروط التمييز، فهو لا يزال ناقص العقل، وناقص الأهلية.

وتصرفات القاصر المميز على ثلاثة أنواع:

١- تصرفات معتبرة وصحيحة ونافذة سواء أذن له الولي أم لم يأذن أجازها أم لم يجزها وهي التي تتضمن النفع المحض له كقبول الهبة والوصية.

٢- تصرفات باطلة ولو أذن له الولي أو أجازها وهي التي تتضمن له الضرر المحض كالهبة والإبراء والإعارة.

٣- تصرفات موقوفة وهي التي تدور بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة أي عقود المعاوضة فإذا صدرت من المميز بعد الإذن فهي نافذة وإذا صدرت دون الإذن فهي موقوفة على إجازة وليه أو إجازته هو نفسه بعد أن يصبح مأذوناً أو بعد بلوغه ولكن يشترط لصحة هذه الإجازة أن يكون له ولي خاص أو عام كالقاضي ... حين صدور العقد منه وإلا كانت باطلة، ولا بالإجازة بعد الحظر. مثال ذلك لو باع القاصر المميز مثلاً في دور أهليته ولم يكن له ولي فإن الإجازة لهذا العقد بعد بلوغه أو بعد نصب ولي له فإنه غير معتبرة، والأصح أن إجازة الولي إنما تعتبر في الوقت الذي ملك فيه إذا لم يكن في العقد غبن فاحش لأن العقد الصادر بغبن فاحش باطل.

القاصر المأذون:

نص المادة ٥٨ مدني على أنه يجوز للولي بترخيص من المحكمة أن يسند لقاصر غير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة عملاً من عمله ويأذن له بالمتاجرة بجزء منه، ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً، وإذا أوقف الولي الإذن أو الترخيص من ولايته لا يبطل بالنسبة للغير.

كما نص المادة ٩٦ مدني على أنه يعتبر القاصر المأذون في التصرفات المتعلقة بعمله بالغاً سن الرشد.

ونص المادة ١٠٠ مدني على أنه يجوز للولي أن يسلم القاصر المأذون ويفك الإذن ولكن يجب أن يصدر من توجه الذي أذنه من.

[illegible] وتنص المادة [illegible] على أن [illegible] المحكمة أن تأذن للقاصر [illegible] امتناع الولي عن الإذن وتيسر الولي أن يعدل عنه بعد ذلك [illegible] والمحكمة بعد الإذن أن تعين [illegible] عن القصر.

هذه الأدلة الأربع [illegible] في إذن القاصر [illegible] بالتجارة والقاعدة في الإذن [illegible] أحدهما إلى أن [illegible] القاصر [illegible] أهلية الأداء [illegible] بحكمه [illegible] تصرف في أمواله بالتجارة تصرف [illegible] بلا تمييز ولا تجربة والأخرى [illegible] أن [illegible] القاصر [illegible] وكيلاً عن وليه في التصرفات [illegible] فتصرف [illegible] الإذن [illegible] التقييد الذي يصدر به الإذن لأن التوكيل يقسم [illegible] والإطلاق [illegible] هذه النظرية صراحة في المادة [illegible] مدني.

شروط الإذن بالتجارة:

ويجب توافر الأهلية [illegible] بشرط شروط [illegible] المادة [illegible] مدني:

١- أن يصدر الإذن من المحكمة للولي بأن يأذن للقاصر [illegible] من سوء [illegible] الولي.

٢- ألا يكون سن القاصر أقل من خمس عشرة سنة.

٣- أن تكون الإذن [illegible] مقصوراً على جزء من أمواله.

ويظهر من [illegible] المادة المذكورة أن هذا جزء من [illegible] ألا يستأثر في [illegible] بأن يدفع فيه [illegible] التجربة. فإذا تحقق من التجربة [illegible] جاز للمحكمة أن ترخص للولي بأن يأذن للقاصر أن يتصرف في جميع أمواله. وإذا ظهر [illegible] التجربة عدم رشده يلغي الولي الإذن [illegible] إلى ما كان قبل الإذن.

والإذن يكون [illegible] ويكون للإذن والإذن الصادر من الولي لا يعتبر جزءاً من [illegible] القاصر بالتجارة يكون مأذوناً بعد صدور الإذن [illegible] والمادة [illegible] مدني. ولا يعود محجوراً إلا إذا حجره [illegible] الأهلية [illegible] وللولي الإذن أن يحجر على القاصر بعد الإذن فيلغي إذنه ولكن يجب أن يحجره [illegible] المادة [illegible] مدني.

وإذا تعسف الولي فأبى طلب من المحكمة الرشيد بإذن للقاصر، أو كان مرشداً من المحكمة إلا أنه امتنع عن الإذن، فللمحكمة أن تأذن للقاصر بالتجارة إذا اقتضت مصلحته ذلك، وليس للولي مجرد منع إذن المحكمة، بل للمحكمة وحدها أن تبت على الخصومة بالغاء إذنه (المادة ١٠٠) مدني.

والقاصر المأذون له يعد بالغاً سن الرشد في تصرفات الاستغلال بعد الإذن (المادة ٩٩) مدني التي هي من نوع التجارة أو توابعها، فتنفذ جميع تصرفاته في تلك الخصوصيات، كما تنفذ تصرفات البالغ الرشيد، فله البيع والشراء والإجارة والتوكيل والرهن والاقتراض وتأمين الدين، والإدارة ما يتعرف التجار الاستمرار في أعمالهم، والمصالحة والتزاماته والصرف، والمشاركة والاستقراض، وأن يكون مدعياً أو مدعى عليه، والسفر والتنكول عن اليمين، والحذر من نحو تلبيع العيب، والصبر للتعارف عند التجار، والإقرار فيما يعود إلى التصرفات المأذون له، فهذه التصرفات والمعاملات كلها صحيحة ونافذة ملزمة، ولكن لا يعتبر إقراره فيما له علاقة بالتجارة كالإقرار بالكفالة بغير إذن أو بدين أو غير ذلك.

ويعد البالغ الرشيد من الرشد في تمام عشرة سنة كاملة (المادة ٩٠) مدني، فإذا بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه انتهت الولاية عليه وأصبح كامل الأهلية.

أما إذا بلغها مجنوناً أو معتوهاً فتستمر الولاية أو الوصاية عليه بحسب الأحوال، وإن الجنون والعته سببان للحجر، فلو أن رشيد على حكم القاصر، إذا بلغ القاصر السن المشار إليها سفيهاً أو ذا غفلة فإنه يصبح رشيداً ويدفع إليه ماله في الحال، وإذا ترشد القاصر عليه بعد ذلك لما قام به من السفه، وجب استمرار الحكم بالحجر عليه ويعتبر بالطرق المقررة (المادة ٥٠) مدني.

يستفاد مما تقدم أنه بعد بلوغ سن الرشد قد يعتور أهلية الأداء الكاملة عوارض من عوارض الأهلية، هذه العوارض هي التي سنتناولها فيما يلي:

عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية أربعة هي: الجنون والعته والعمه والسفه، وهي كالسن مسألة حسية ونفسانية يدركها القاضي بالتعيين وتأثيرها الذاتي في العقد، وسنبين بإيجاز كل من هذه العوارض بذكر حكمه.

١- المجنون: هو من فقد عقله واختل تمييزه فلا يعتد بأقواله وأفعاله، والجنون المطبق مقرر للأهلية لأن فاقد التمييز هو في حكم الصغير غير المميز فتصرفاته في حال إفاقته كتصرفات فاقد الأهلية (المادة ٤٠) مدني.

٢- المعتوه: هو من اختلت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير وإن كان لا يعد مجنونا إلا أنه يختلط في أعماله الشيء في الشيء، والمعتوه محجور لذاته ولمصلحته (م ٢٠) مدني ويكون في حكم الصغير المميز (المادة ٤٠) مدني. وتعتبر في الفقه الإسلامي العقوبة المقررة للمعتوه فلا حتم عليه بعقوبة الحد أو القتل أو التعزير وإنما يعاقب بعقوبة أخرى أو يعامل معاملة خاصة.

٣- السفيه: هو الذي يبذر أموله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير، ولا يعد من صدور قرار من المحكمة بالحجر على السفيه وإعلانه بالطرق المقررة (المادة ٤٠) مدني وبعد ذلك تصبح تصرفاته كتصرفات الصغير المميز، ويكون وليه المنصب من المحكمة أو وصيه فقط وليس لأبيه أو جده ووصيهما حق الولاية عليه، أما تصرفات الصغير الذي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور، ومع هذا يصح وصيا الصغير بذلك إلى وقت التنبيه إلى قرار الحجر وشهرته وتكون تصرفاته محجوره (المادة ٤٠) مدني.

٤- ذو الغفلة: وهو الذي لا يهتدي عادة إلى التصرفات الرابحة ولا يعرف كيف يتصرف في أمواله الخاصة فيغبن في المعاملات المالية ويتلاعب به. وذو الغفلة محكوم عليه بالحجر (المادة ٤٠) مدني[1].

---

[1] [illegible]

موانع الأهلية.

قد تعرض لذي الشخص الكامل الأهلية ظروف تمنعه من مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه أو تضر به وتجعل غيره المتولي من تولي عنه مباشرة هذه التصرفات أو مساعدته في مباشرتها. فهذه الظروف لها من شأنها أن تؤثر في أهلية الشخص، إذ هو كامل الأهلية رشيد وحده دفعاً وإنما تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية أو تجعل من الميسر عليه أن يعرف بمباشرتها.

وموانع الأهلية هذه تنقسم إلى قسمين: مانع مادي هو العيب، ومانع قانوني هو الحكم بعوارض أهلية ومانع طبيعي وهو وجود حالة مرضية.

أ- الغيبة: الغائب هو الشخص الذي غادر الموطن أو مقر عمله ولا يعرف له مكان أو محل إقامة في البلاد التي يقيم فيها أو يتردد عليها أو يتعذر اتصاله بأقاربه أو محامي غيره. والمفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه أو مكان وجوده. ويتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة، ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وذوي الأمر الداخلي. ويعلن الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود. وأحكام المفقود تتضح بقانون الأحوال الشخصية المادة (٢٦) من قانون الإثبات أو المفقود وكيل عنه المحكمة قيماً عليه، ويكون القيم تحت رقابة المحكمة مدى رعاية القاصرين. ويعين القيم من يحل محله على الوجه الذي تحكم إلا ما يستثنى بنص خاص. وعند عدم وجود قيم على المفقود تتولى مديرية رعاية القاصرين في المحكمة مباشرة أموال وفقاً لأحكام هذا القانون.

وتقرر أموال المفقود أو الغائب عند تعيين قيم عليه وتتولى المحكمة على غرار أموال القاصر. ولا يبيع من الأموال المنقولة للمفقود الغائب أو المفقود إلا ما هو قابل للتلف أو يستوجب المصرف أو المؤونة. ولا تجوز مبادلة مال الغائب أو المفقود إلا ما يقتضي إدارة أمواله أو إنمائها.

وتنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت المفقود أو بحكم من المحكمة المختصة باعتبار الغائب ميتاً. وللمحكمة أن تحكم بموت المفقود إذا قام دليل قاطع على وفاته أو انقضت أربع سنوات على إعلان فقده أو إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده. وجاء في جميع الأحوال أن تحري عن المفقود بكافة الطرق للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن تحكم بموته.

يعتبر يوم صدور الحكم بعقوبة الفقود [illegible] يوماً [illegible] الفقود المحكوم عليه غيابياً [illegible] الموجودين وقت الحكم، وتعد أموال المفقود أو المفقود إليه عند حضوره أو تسلم من يمثله عند موته وفاته حقيقة أو حكماً، وإذا مرت أربع سنوات على الحكم بفقده ولم يسمع عنه وحياته ولم يكن له وارث [illegible] القاصرين استحصال براءة ويعد المدعي استحصال أمواله في الحساب المستقل، ويعتبر الحكم بإعادة أموال المفقود إليه أو تسليمها أو تسليمها إليه عند حضوره بعد مرور خمس سنوات من تاريخ قراره باستحصالها في الحساب المستقل، وأيضاً في كل ما تقدم المواد (٨٥-٩٠) من قانون رعاية أموال القاصرين.

وتنص المذكرة التفسيرية بالنظر في أحكام الفقد والمفقود وكل ما يتعلق بتسيير [illegible] المادة (٣٠) من قانون الإثبات المذكورة رقم (٧٠) لسنة ١٩٦٩).

أن الحكم بعقوبة جناية الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستحق بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو استحصالها لأي سبب آخر، ويترتب على المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها بعد الإعلان ويوقف إلا بإذن من المحكمة المشرفة أو المحكمة المواد الشخصية بحسب الأحوال التي يقع ضمن منطقتها على إقامته.

ويعين المحكمة المذكورة بناء على طلب أو بناء على طلب الادعاء العام أو كفيل ذي مصلحة في حفظ قيماً لإدارة أمواله ويجوز لها أن تلزم القيم الذي عينته بتقديم كفالة وما كان له أجراً ويكون القيم قيماً لها وتحت رقابتها في كل ما يتعلق بشؤونه.

وكل عمل أو إدارة أو تصرف يتعلق بأموال المحكوم عليه يصدر دون مراعاة ما تقدم يكون موقوفاً على إجازة المحكمة المشار إليها، وترد للمحكوم عليه أمواله عند انتهاء مدة تنفيذ العقوبة أو استحصالها لأي سبب آخر، ويتم له القيم حساباً عن إدارته.

وكل حكم صادر بعقوبة الإعدام يستحق بحكم القانون من يوم صدوره إلى وقت تنفيذ الحكم بطلان كل عمل من أعمال التصرف أو الإدارة يصدر من خلال المدة المذكورة من [illegible] والأقارب، وتعين المحكمة المشرفة أو محكمة الأحوال الشخصية [illegible] الأموال [illegible] على طلب الادعاء العام أو كل ذي مصلحة قيماً على المحكوم [illegible] المادة ٨٧ [illegible] من قانون العقوبات [illegible] لسنة ١٩٦٩.

٣ـ العاهة المزدوجة أو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة: نصت المادة (٤٠) من قانون رعاية القاصرين على أنه إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ويعتبر عليه بسبب ذلك العجز عن إرادته فإن المحكمة لا تنصب عليه وصياً وتكتفي بتعيين مشرف اجتماعي.

والواقع أن مثل هذا الشخص كامل الأهلية ومميز ولذلك يشترط لتعيين حكم معين الفقرة.

أ - اجتماع عاهتين في الشخص من عاهات ثلاث هي الصمم والبكم والعمى.

ب - أن يتعذر على الشخص بسبب ذلك التعبير عن إرادته.

وحماية لمثل هذا الشخص وأن المشرع العراقي اختلف في شأنه بين تعيين الوصي أحياناً ونصب وصي عليه وأحياناً في حالة جواز المشورة المحكمة وحسب الأحوال تصرفات الوصي في الأمور والتصرفات التي يرى مباشرتها فيها ضرورية.

ويلاحظ أخيراً أن القوانين والأنظمة الخاصة هي التي تبين الإجراءات التي تتبع في الحجر على المحجورين وإدارة أموالهم والتصرف فيها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة والحجر (١٠٠) مدني وتنظم هذه الإجراءات في قانون المرافعات رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

٢ـ عيوب الرضا

عيوب الرضا في القانون المدني العراقي أربعة هي الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال. وسنبحث كلاً من العيوب على التوالي.

الإكراه

التعريف بالإكراه وأقسامه: الإكراه كما عرفته الفقرة الأولى من المادة (١٧٣) هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه مقتبس من الفقه الإسلامي والمادة (١٧٣) هي تلك الأحكام المدنية والمادة (١٨٦) من مجلة الأحكام العدلية وأنه تعريف لغوي أكثر منه قانوني

[illegible] الإكراه في العقود [illegible] ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيجعله [illegible] على التعاقد، والذي يعد الوسيلة الوحيدة من وسائل الإكراه التي يستعمل في الإكراه [illegible] بين طرفي عقد التعاقد.

والإكراه بهذا المعنى [illegible] لا يعدم الإرادة فالمكره إرادته موجودة لأنه يختار بين أن يأتي بالتصرف الذي يريده [illegible] فاختار أهون الشرين، إلا أن الإرادة التي صدرت منه ليست حرة ومختارة، وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء منه [illegible] كما إذا [illegible] المكره [illegible] التام في [illegible] على [illegible] فإن هذه الحالة تكون [illegible] لا تعدم [illegible].

والإكراه في القانون المدني العراقي على نوعين: إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان جسيماً يخشى منه على النفس أو العضو [illegible] في بدنه [illegible] خطير في المال ويكون غير ملجئ إذا كان جسيماً [illegible] الضرب على [illegible] بالقتل أو الزواج أو ذوي رحم محرم والتهديد بخطر يخشى منه على الشرف يعتبر إكراهاً ويكون [illegible] أو غير ملجئ بحسب الأحوال. (المادة ١١٢ / ١ / ٢ مدني).

ولا أهمية للتمييز بين الإكراه الملجئ وغير الملجئ إذ لا يمكن وضع فيصل مميز [illegible] بينهما إذ [illegible] باختلاف أحوال الناس من جهة ولأن [illegible] (١٥) مدني لا [illegible] أي اختلاف في الآثار القانونية [illegible] أن يسمى [illegible] الإكراه على إبرام عقد لا يفقد [illegible] العقد يكون موقوفاً [illegible] الإكراه [illegible] أو غير ملجئ.

[illegible]

عناصر الإكراه. الإكراه عنصر له. وأولاً استعمال وسائل الإكراه ضد شخص جسيم حقيقي، وهذا هو العنصر الموضوعي، وثانياً رغبة في النفس بمعنى الإكراه فيحصل عنصر الإرادة: وهذا هو العنصر المعنوي، وهي توفر حالة الاضطرار. فهو وجود الإكراه وشدته الإرادة: سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من غيره أو من ظروف خارجة قهرية صادقة.

وسنعرض كلاً من هذين العنصرين، ونعقب على ذلك بذكر الآثار التي تترتب على الإكراه.

أولاً: استعمال وسائل للإكراه ضد شخص جسيم حقيقي:

قد تكون الوسائل المستعملة في الإكراه مادية كالضرب والجروح، وهذا ما يسمى بالإكراه الجسدي أو المادي، وقد يكون الإكراه معنوياً أو نفسياً كالتهديد بإلحاق الأذى بالنفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ولا فرق بين هذين النوعين من الإكراه ويرى الكل أن الإكراه النفسي هو الأكثر شيوعاً في الحياة.

والإكراه النفسي هو الذي يقع في نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً يحدق بنفسه أو ماله. وقد أشارت المادة (١١٣) من القانون المدني العراقي بقولها: «يكون الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به وأن يخالج المكره وقوع ما هدد به من أذى بالغ وشيك بالنسبة إلى المكره، وأن لم يفعل الأمر المكره عليه».

فينبغي أن يكون الخطر جسيماً، وجسامة الخطر هو معيار موضوعي يقدره القاضي بحسب الظروف والأحوال، ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقياً من الناحية الواقعية، بل يكفي أن يكون من وجهة نظر المكره، فمثلاً تهديد اليهودي بأعمال الشر هو يعتبر خطراً جسيماً بالنسبة للشخص ديني وإن كان لا يعتبر كذلك بالنسبة للشخص الآخر مثلاً.

ويجب أن يكون الخطر محدقاً، أي وشيك الوقوع، أما إذا كان الخطر بعيداً فيمكن للمكره أن يتلافاه، فلا يؤثر ذلك في إرادته.

كما يجب أن يتعلق هذا الخطر بالجسم أو بالشرف أو بالمال، كالتهديد بالقتل أو الضرب أو الخطف أو الحبس أو إتلاف المحصولات أو غيره، بل أو ذلك من الأمور

ولا يجوز أن يكون الشخص مرغماً بالمكره نفسه في عالمه بل قد يكون صديقاً لشخص آخر يهدده كأبيه أو والده أو زوجته أو أي شخص قريب أو صديق له.

ويقول إن هذا الذي يعرضهم من دائرة صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٢ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ والتهديد بإيقاع ضرر بالنفس أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بضرر لا يعتبر الإكراه يكون ملجئاً ومن شخص حسب الأحوال الشخصية فقد يقع ضرر أقل في هذا الشخص فيرى سيئاً لحسن ... ويرى ضرر أقل سيئاً لأن الشخص في هذا الأمر أن يتوالد في أمر الشخص رغبة قهرية على ... وهذا الأمر أن يتحقق إذا كان يوجد واحداً من هؤلاء الأشخاص في مكان ... فيستدعي ذلك أن الإكراه يتحقق وإذا عاد من هؤلاء ... إثبات أن ذلك الذي يهدده ... في نفس المعتدى على حد الإكراه[1] ويعتبر الشخص في كل حالة إلى ظروفه ... ويعتبر منزلة الشخص في تحديد ... وأثره ... الأولاد ... فهذا التهديد ... يكفي ... الإكراه ... الذي يقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي ... من الإكراه كأن يوجد شخص آخر بأن يتضرر إذا ... هذا الأخير ... الوالد ... إذا كان ... .

ويقع الإكراه ... وسائل غير مشروعة لتحقيق غرض ... كالتهديد بالقتل بالضرب إذا لم يتعهد بدفع مبلغ من المال. ولكن قد يحدث أن تكون الوسيلة مشروعة والغرض غير مشروع فيتحقق الإكراه كتهديد المودع بالإبلاغ عن جريمة ارتكبها إلا بعد المودع ... دفع مبلغ يتجاوز المبلغ المودع

أما إذا كانت الوسيلة مشروعة والغرض مشروع فلا يتحقق الإكراه كأن يهدد الدائن مدينه ... على أن يوفيه ... يقرر ... وكان قد ... وجوب ... في ... لم يستحق ... .

ويعتبر الخطأ صحيحاً أيضاً وإن كانت وسائل الإكراه غير مشروعة ... الغرض ... مشروعاً ... أو ... الإكراه ... الاختصاص ...

---

[1] ... المادة ... من قانون العقوبات ... المصري ... المادة ... من قانون العقوبات العراقي ... .

[2] ... المادة ... من قانون العقوبات العراقي ... .

عليه إذا لم يتوفر له بحال كتوفر عدد أصحاب [illegible] بسبب [illegible] الشابة إلا إذا كان الأمر مجرد مع [illegible] طالبه فإن [illegible] والمسؤولية والنفوذ الأدبي الذي قد يكون متحصل على أمر [illegible] الأب على ولده والزوج على زوجته والوصي على القاصر، والرئيس على المرؤوس، لا يكون وسيلة للإكراه إلا إذا تعمد الوصول إلى غرض غير مشروع عن طريق ضغط على إرادة معينة أدبي عليها فإذا وجد مهرها سعياً من دون أن يتخذ معه عملاً يؤثر في نفسها درجة فتختار الزواج بضرورة لا يعتبر في العقد إكراه، ويكون العقد نافذاً لكن لو أجبرها حسين [illegible] بالضرب مثلاً أو تهديده من أخوها، وكان من العمل غير مشروع [illegible] فرضته مهر [illegible] العقد مع الإكراه فهو غير نافذ تبقى [illegible] منفردة [illegible] (المادة ١١٦) مدني.

ثانياً: رهبة تحمل على التعاقد

وأيضاً حتى يتحقق الإكراه أن يكون [illegible] في نفس المتعاقد رهبة، أي أن تكون عنده رهبة من الشيء حمله على التعاقد وهذه [illegible].

ولا بد في تقدير الرهبة من النظر إلى حالة المتعاقد التي وقع عليه الإكراه والظروف التي أحاطت به، فيراعى في ذلك سن من وقع عليه الإكراه وجنسه وحالته الصحية وحالته العقلية وحالته الاجتماعية. فالأنثى غير الذكر والمسن غير الشاب والغني، والضعيف الفقير غير الغني، والمريض غير المتعافي، والجاهل غير المتعلم، والمرأة غير الذكي، وتجب الإشارة أيضاً إلى حسب الظروف والملابسات. فالفقير قد يعتبر رهبة في نفس المتعاقد وهو في بلده قاصية بعيدة عن العمران ولا يجده وهو في مدينة آهلة بالسكان وتعني مقربا من وسائل الأمن، ولا يعد [illegible] منفردة إلا [illegible] وهو في حماية من الأمن، وقد يكون الشخص [illegible] في نفسه إلا أنه [illegible] الأماكن والزمان وغيرها من الظروف والملابسات [illegible] في تكييف [illegible] المعتبر في نفس المتعاقد (المادة ١١٤) مدني.

الجهة التي صدر منها الإكراه:

الإكراه سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من أجنبي عن [illegible] فإن [illegible] الإرادة وقد نصت (المادة ١٢٠) من القانون [illegible] المصري [illegible]

الإكراه الواقع من غير المتعاقد، وإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه.

ولم يأت القانون المدني العراقي بهذا النص، ولكنه لم يقرر شيئاً بدل عليه، فإذا أراد المتعاقد ولا أدل على ذلك من أنه جعل للمكره الخيار بين الرجوع بالتعويض على المكره وبين الرجوع على المتعاقد الآخر وهو خيار لا يستقيم منطقياً إلا إذا افترضنا في المتعاقد الآخر سوء نية أو تقصيراً، لأنه لو كان يجهل الإكراه الحاصل من المكره لما جاز الرجوع عليه بالتعويض، وهو لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض إلا إذا كان العقد قابلاً للنقض بسبب الإكراه كما يستفاد هذا من (المادة ١٢٤) من القانون المدني العراقي.

وقد أخذ في الفقه الفرنسي بما يجري دون أن يشترط كما اشترط في التعويض مع ذلك أن يعلم المتعاقد الآخر بالإكراه الحاصل من الغير، إذا كان يعلم هو مصدر الإكراه، وإذا لم يكن يعلم فلا أقل من أن يثبت عدم التفويض بهذا الإكراه.

وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف قهرية مصاحبة لا يد لأحد فيها، وتحصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلال الحصول من وضعه تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد، فقد يضطر شخص لإنقاذ آخر من خطر داهم، ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مبلغاً باهظاً من المال، وإذا تعذر أن يرى صريح يرغمه على إجراء المعاملة في مقابل أجر باهظ، فتقوم الإكراه إذ أن المتعاقد الذي استغل هذه الظروف كان على علم بها وقصد استغلالها.

الفصل

تعريفه وتحديد نطاقه

وهو يقوم في ظهر الشخص يحمله على الخضوع لغير الواقع، ويكون عدم الخضوع إلى التعاقد، فهو يضطر كالمكره لتوقيع يلتزم بالتعويض إلى إبرام تصرف قانوني ما كان يبرمه لو لم يكن مقهوراً الأمر الشخصي يشعر به فعلاً وحقاً من أثر، وهو ليس كالمكره.

والذي يريده هنا نوع معين من الضغط هو الضغط الذي يعيب الإرادة فيرتب الشارع أثر الإكراه الذي أصدر تصرفه.

---

(١) [illegible] ص ١٢٢

وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو الغلط المانع، لأنه يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها. وهذا غلط يقع في صحة العقد كما إذا أعطى شخص لآخر نقودا على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة، أو في ماهية المحل كما لو كان شخص يملك مزرعتين من صنفين مختلفين فباع أحدهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى. وإلى هذا أشارت المادة ١٤١ من القانون المدني العراقي بقولها «... إذا وقع خطأ في محل العقد وكان جوهريا يبطل العقد، فإذا اختلف الطرفان تحقق العقد المسمى وبطل العقد...».

٢. فإذا بيع هذا القمص على أنه بنطرون فإذا هو بيع على المحل البيع.....

كما يقع الغلط في السبب بمعناه التقليدي كما إذا اتفق الزوجان مع موظفين لتسجيل قسمة تعيين المشاعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة، ففي الأمثلة المتقدمة لم تتوافر في الإرادة على عنصر من العناصر الأساسية، سواء المحل أو المحل أو السبب، فالتراضي غير موجود ومن ثم يعد استبعاد الغلط المانع من دائرة البحث فهو يتعلق بوجود التراضي لا بصحته.

وهناك غلط لا يعدم الإرادة من ولا يعيبها فيجب كذلك استبعاده من دائرة البحث. وهذا هو الغلط الذي يقع في نقل الإرادة بأن انتقلت على غير وجهها أو تعمد الإرادة إلى أداء فهمها من توجيه آخر وهو غلط لا يقع في تكوين الإرادة ذاتها بل في نقلها أو في تفسيرها بعد تكوينها.

ويبقى بعد ذلك الغلط الذي يعيب الإرادة وهو الذي يعنينا هنا ويجب أن نرسم حدوده. فهو من جهة غلط يقع في تكوين الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع[1].

ويشترط لوجود الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد موقوفا شرطان:

١- أن يكون الغلط جوهريا.

٢- أن يتصل الغلط بدافع المتعاقد الآخر.

الشرط الأول: يجب أن يكون الغلط جوهريا.

الغلط الجوهري هو الغلط الذي يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (المادة ١٤١ مدني). أو بعبارة أدق يكون الغلط جوهريا إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد.

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ... ص ...

ويميز [illegible] معيار [illegible]، فيقضي أن [illegible] الاتفاق [illegible] في [illegible] الإكراه الذي يقعان على الأمر الذي [illegible] عليه الغلط. ولما كان من الصعب [illegible] الاتفاق الذي وقع في الغلط ومعرفة ما إن كان الغلط جوهريا أم ليس، أي [illegible] الاتفاق فإن (المادة 118) من [illegible] تشير إلى الأحوال التي يكون [illegible] على الأمر جوهريا.

[illegible] الأولى: إذا وقع الغلط في صفة شخص ويكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار [illegible] الاتفاق [illegible] كالمثال [illegible] من [illegible] ذلك [illegible] في [illegible] حسن الأداء.

الحالة الثانية: إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه [illegible] الاتفاق [illegible] الرئيسي في [illegible].

الحالة الثالثة: إذا وقع [illegible] في أمور يعتبر [illegible] الاتفاق [illegible] بالغلط أو تعتبرها [illegible] الاتفاق، وإذا [illegible] في [illegible] : [illegible] جوهريا.

[illegible] في [illegible] في [illegible] الاتفاق.

ويلاحظ أن [illegible] الغلط [illegible] الذكر إنما ورد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وذلك باعتبارها أهم صور الغلط في [illegible] العملية، كما يشترط في [illegible] (المادة [illegible]) حتى تعتبر في فقرة الأولى من الشروط التي تربط بالعقد وهو [illegible] توافر [illegible] في [illegible] الشخصية بحيث لا [illegible] هذه الصفة، حتى إذا اشترط [illegible] بها في [illegible] من [illegible] التوصل إلى [illegible] الشيء من [illegible] بالشخص الذي اشترى [illegible] أخر ويقع في ذلك [illegible] مرتكبا [illegible] إلى [illegible] الاستدلال من ظروف [illegible] والبائع [illegible] أن [illegible] الشيء [illegible] أن [illegible] الصفة هي التي دعته إلى [illegible].

ويلاحظ [illegible] أن [illegible] بعض التطبيقات [illegible] لمعيار الغلط الجوهري في [illegible] [illegible] [illegible].

[illegible]

الغلط في صفة جوهرية في الذمة

الغلط في صفة جوهرية في الشيء ليس هو الغالب في عقد الشيء، فهذا هو الغلط الشائع الذي يجري دون اعتداد. الغلط كما سبق أن ذكرنا وهذا أمر ظاهر. الغلط في صفة جوهرية تعتبر العقد صحيحاً من القضاء المصري[1] ... من هذا أن يبيع أو ... هذا الشراء حاكم بصلاحية تجوز التعاقد في صفة جوهرية تعتبر ... وهذا ... على أن ... على أنه قابل للتسليم ثم يتبين غير ذلك، ومن هذا بيع أرض على أنه يصلحها ... على أنها مناسبة ... ثم يتبين أن الأرض مغمورة من جميع جهاتها ... الأمثلة لا تعتبر غلطاً جوهرياً ... في حدود ... الأمر ... كان هذا الأمر ... مطابقة ... الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته

ومع هذا الغلط في الشخص ... الغلط في شخص المتعاقد ... الاعتبار ... الغلط في شخص الموهوب له أو المشروك أو الزوج أو الوكيل ... الشخص ... الغلط في العقد لا يقع ... جوهرية في ... الغلط كان يتعلق بشخص ... لا يهم ... أن يتسبب ... الغلط مع ... الغلط في قيمة الشيء

كان الفقه التقليدي في فرنسا لا يعتبر الغلط في القيمة ... في القيمة ... من الغلط ... الغلط في القيمة ... كان جوهرياً ... الغلط في القيمة ... يعتبر ... من ... الغلط في القيمة ... وهو ... الغلط ... وحسب ... يجعل ... الغلط ...

---

[1] ...

الغلط في الباعث

كان العقد التجاري في فرنسا لا يعد كاملاً بالغلط في الباعث، خلافاً للفقه والقضاء الذي يجعل الغلط في الباعث جوهرياً إذا كان هو الدافع إلى إبرام العقد. ومن ذلك مثلاً من يشتري سيارة اعتقاداً منه أنه سيأتي بها في ملكيته ثم يظهر أنها مسلوبة أو بالعكس، فإن هذا يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا تم بناء على هذا الغلط.

الغلط في القانون

والغلط في القانون ليس هو الذي يجعل القانون يقصد به تلافي تطبيقه فهذا غير جائز إذ لا يجوز من صميم حوار الاجتماع بتعطيل القانون. ولكن الغلط في القانون يرد على الفكر من قانون مستمد بتطبيق القانون الذي لو كان المتعاقد يعلم حكمه لما أبرم العقد. وهو غلط بالقانون وهو غلط بأمره. والغلط في القانون لا يعتبر من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهرياً بالمعنى السابق ذكره، وهو قد يتعلق بعناصر جوهرية في الشيء أو بشخص المتعاقد أو بالمقدمة أو بالباعث. ومن الأمثلة على ذلك أن يتعهد شخص بتوريد بضاعة أو طبعها معتقداً أن الرسم ملغى. فهذا غلط جوهري في القانون يتعلق بصفة جوهرية في الشيء. ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن يهب شخص ملاً مطلقاً لأنه لا يرث في عصبته، بينما هو في الواقع لم يعد كذلك بانقضاء فترة العدة وبزوال العلاقة بالتالي فهذا غلط جوهري يتعلق بصفة من صفات المتعاقد الآخر.

الغلط المادي

لقد الأخطاء سواء في الأرقام أو الكتابة أو الحساب على أن أخطاء مادية أو غلطات في الحساب وغلطات القلم لا تعد غلطاً جوهرياً إلا إذا أثر في عقد العقد وإذا كانت تصحيح حسب الأحوال وهذا هو ما تنص به المادة (١٢٠) من القانون المدني.

الغش والتدليس: أن يحمل المتعاقد بسبب استعمال الأمر.

تنص المادة (١٢١) من القانون المدني على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه وفق العرف.

فيجب إذن لإمكان التمسك بالغلط: أن يكون مشتركاً بين المتعاقدين، أو يكون المتعاقد الذي لم يقع في الغلط على علم به، أو كان في وسعه أن يعلم به. وهذا شرط وضعه المشرع لاستقرار المعاملات، وحماية الثقة المشروعة للمتعاقد بفتحاً بطلان العقد لغلط لم يكن يعلم عنه شيئاً أو لم يكن في وسعه أن يعلم به.

وإذا كان الغلط مشتركاً، بأن اعتقد المتعاقدان مثلاً أن السلعة عادية فليس للمتعاقد الذي اشترك في الغلط أن يتنكر من مطالبة الطرف الآخر بإبطال العقد لأنه هو أيضاً وقع في الغلط. وإذا كان الغلط فردياً، وكان الطرف الآخر هو الذي علم به، فليس له أيضاً أن يتذمر من التمسك بإبطال العقد إذ أنه سيع النية كان عليه أن المتعاقد الآخر وقع في غلط ولم يوجه الآخر إليه.

وإذا كان الطرف الآخر لم يعلم بالغلط ولكن كان في وسعه العلم به، فهو أيضاً في مركز لا يجيز له التذمر. فهو مقصر في عدم اعتراله أنه يتعاقد مع شخص وقع في الغلط. من ذلك مثلاً أن يبيع شخص أثاثاً تحفة عادية لشخص يعلم أنه من هواة التحف الأثرية، فهنا الشاري يكون مقصراً إذا لم يعلم أن الأثاث يبيع تحفة أثرية، وأن هذه الصفة جوهرية في نظره.

التدليس مع التغرير

لا يعرف القانون المدني العراقي التدليس، بوصفه عيباً مستقلاً عن عيوب الإرادة، وذلك لما يأتي بأحكام خاصة بالتدليس كما فعلت بعض التقنينات التي أخذت التدليس كعيب من عيوب الرضاء.

فالتغرير وحده ليس سبباً من أسباب توقيف العقد في القانون المشار إليه، وكذلك الغبن وإن فاحشاً ليس عيباً من عيوب الرضاء بل من عيوب العقد في أحوال خاصة (المادة ١٢٤/١) مدني.

وإذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغرير كان مانعاً من نفاذ العقد، وعدّ عيباً من عيوب الإرادة في القانون العراقي يفسد الرضاء كما يفسده الغلط والإكراه[1].

---

(١) وهذا الذي جرى به القانون العراقي، قد استقاه من المشروع الفرنسي مع تحوير يجعل التدليس عيباً من عيوب الإرادة، سواء كان مرجعه تغرير وقع من أحد المتعاقدين على الآخر، أو كتم بعض الحقائق الجوهرية التي لو علم بها لما كان الآخر قد أقدم على التعاقد، وهذا هو الأقرب للعدل لأنه يجري على القاعدة الأخلاقية التي تقضي بأن الأحكام الشرعية من الأحكام الشرعية من ... طبعة ١٩٥٢ القاهرة ... المادة ٢٧٧ ... من هذه الأحكام الأدبية

التغرير

التغرير: هو أن يذكر أحد المتعاقدين أمراً ترغبه في الإقدام على التعاقد معه، من أن يقوم بإجراءات تغرية تدفعه إلى التعاقد معه، مثل أن يذكر مبيع لمشتري أن البضاعة المعروضة التي يريد شراءها إنما قد دفع في فلان ثمناً مبالغاً وأنه لم يعجبه ... وكذلك لو أن البائع قد يزيد في ثمن المبيع ويشتري البضاعة، والواقع أن ثمنها لم يصل إلى ما ذكره البائع، وكذلك إذا بين له أن هذه البضاعة تقطع من واحدة أو أنه سيتخذ استثمار هذه فإن ذلك يعد من باب التغرير، وكذلك إذا قال المشتري للبائع أن بضاعتك قد تكسدت ذلك يعد من سيخفض ثمنها لكثرة ما ورد منها، أو أن سعره سيهبط قريباً فلو سجلت بيعها فإن رب البضاعة سأله فيها بأن، ومثال ذلك كأن يحضر شخص من يريد على البضاعة وهو لا يريد شراءها في الحقيقة وإنما يريد ترغيب الناس في شرائها فيدفع ثمنها ... على هذا الترغيب فيشتري البضاعة وكذلك إذا وجد أحد الأطراف يثيره الظهور بمظهر ... البيع الحوت المتزايد شخص ... على هذا الظهور، وهكذا كل موظف يقصد أحد المتعاقدين من الآخر مرغماً إياه على التعاقد معه فيتم التعاقد بعد ... التغرير قد يأتي من غير أحد المتعاقدين كما في بيع المحفوظ وهو أن يزيد شخص ... بضاعة يعتقد وهم قيمتها وهو لا يريد شراءها فيغر بذلك شخص آخر فيشتريها بالزيادة عليه.

(والتغرير) هو مقدمة في الفقه الحديث، وهو استعمال طرق احتيالية يوقع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد. فالتدليس لا يكون إلا من الغير ... الإرادة ... الذي يجري التدليس في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد.

فالتدليس إما أن يكون تدليساً ... من شأنه ... أن يكون ... من التدليس في الحالتين كون الغلط هو سبب الإرادة.

فالعلاقة وثيقة بين الغلط والتدليس ويعود إلى بحث هذه العلاقة في غاية هذا البحث.

الغبن

والغبن: هو عدم التعادل ... بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه ... دفع المشتري مبلغ البائع ... من ... الواقعية للمبيع أحسن التعادل فكان البائع مغبوناً والمشتري غابناً ويمكن ... الغبن إما ...

وهو التفاوت الفاحش الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم وإن فاحش وجود [illegible]
معاملات ذات. وبما أن القانون لم يضع معياراً ثابتاً لما يتسامح به الناس ولا [illegible]
[illegible] بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون الذي تضمنه قانون [illegible]
التوجيه الاشتراكي، وهي قد حددت الغبن بعدم تحري القيمة الواقعية في [illegible]
وحظرها في الحيازات وتصرف [illegible] في غير ذلك، وما كان أقل من ذلك فهو [illegible]
[illegible] وإنما [illegible] الواقعية لأن [illegible] أحد نظريتي القيمة الشخصية — وهي [illegible]
قيمة الشيء باعتبار المتعاقد — لأنها نظرية غير [illegible].

ويذهب البعض إلى أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أما [illegible]
اليسير فهو ما يدخل تحت التقويم، فهو يرى أن بعشرة آلاف دينار، وبرأيها بعض أهل
الخبرة قد قوموه على هذا المبلغ وبعض آخر يقصر عنه كان [illegible] فيها يسيراً، أما لو تعمدوا
جميعاً على تقويمه بأقل من [illegible] عشرة آلاف دينار بحيث لم يصعد واحد من أهل الخبرة
بتقويمه إلى ثلاثة كان في البيع غبن فاحش بالنسبة إلى المشتري[1].

شروط الغبن مع التغرير

نصت الفقرة الأولى من المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: [illegible]
[illegible] المتعاقدين والآخر يختلف [illegible] في العقد عيباً فاحشاً كان [illegible] موقوفاً على
إجازة العاقد المغبون، فإذا [illegible] من هذين [illegible] دعوى التغرير [illegible]
والمادة (١٢٣) تنص على أنه إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا
ثبت العاقد المغرور أن العاقد الآخر كان عالماً به أو كان من السهل عليه أن يعلم بذلك
[illegible] وقت إبرام العقد، يتضح من هاتين المادتين (١٢١، ١٢٢) من القانون المدني
العراقي أنه كي يتوقف العقد المغبون مع التغرير لا بد من توافر شروط أربعة:

---

(١) [illegible]

١- استعمال طرق احتيالية

٢- أن يكون مغايرا عما هو الحق بإرادة المتعاقد

٣- أن يصدر التغرير من أحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به أن صدر من الغير.

أن يقترن التغرير بالتدليس الفاحش.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية:

يتمثل هذا الشرط في عنصرين: عنصر مادي وهو الطرق أو الوسائل الاحتيالية، وعنصر معنوي وهو نية المتعاقد للوصول لغرض غير مشروع.

العنصر المادي: هو مجموع الاحتيالية أي الأعمال والتصرفات التي تعمد المتعاقد على إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط بواسطة الطرق الاحتيالية المستخدمة بصورة تكفي لتضليل رجل عادي، فلا يعتبر كافيا الكذب المجرد الذي يمكن كشفه بسهولة، وإنما يجب أن يكون في كيفية التضليل حسب حدة كل متعاقد، ويقصد هنا معيار ذاتي وليس موضوعي لأن الطرق الاحتيالية المستعملة وتمكنت من إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط لا يقاس مع متعاقدين أو الأشخاص الذين يتميزون بظهور الشر أو يحذرون لأنفسهم وبذلك تصبح أو أن تصدر من شخص عن الوهم عليه تشركة تأمين الكسب المتوقع عليه.

وتعد الكذب لا يكفي لاعتباره طريقا احتيالية، إلا إذا اقترن الكذب بعمل يقوم به المتعاقد حتى يؤكد ويصل إلى حد الكذب بعدم ذلك طريقا في التعامل، ولكن قد يعتبر الكذب طريقا احتيالية إذا وقع على واقعة معينة هذا ما قرارها في التعامل، ففي عقد التأمين يعتبر الإدلاء بالبيانات الكاذبة طريقا احتيالية كما لو أدلى المؤمن له بالبيانات الكاذبة عن صحته حين يقوم بالتصريح به من أجل الحصول على عقد تأمين مزايا.

وتعد الكتمان لا يعد طريقا احتيالية إلا إذا كان فرضه القانون على المتعاقدين الإدلاء بكل ما يعلمون من بيانات للكتمان في ذلك يجرح مصالحهم، ولكن الكتمان يعد طريقا احتيالية إذا كان المتعاقد قد تعمد أن يخفي بيانات يعلم أن تعلم بها يؤثر في تعاقد الآخر وكان يعلم أن الآخر لا يعلم بها، فالكتمان يعد طريقا احتيالية كتمان أحد المتعاقدين على الآخر بأنه مريض وهو يعلم أن هذا المتعاقد يعتمد عليه أن يعرف من جوهر أحد الكتمان تسريبا فعلا يعد طريقا احتيالية كتمان البائع عيب

المشتري: الشروع بتحويل ملكية العقار المباع [illegible] العاقد ولكن لا [illegible] اكتساب الملكية من المشتري وتبقى رهن العقار من قبل [illegible] الرهن [illegible] جوهرية في العقد إلا أن المحقق الأمر كان من السهل عليه أن يتوصل إلى أنه احتفظ الأمر وكشف عن العقار في دائرة التسجيل العقاري.

والقانون المدني العراقي يذهب إلى أن الخلف أو عدم البيان بصلح أيضاً لتكوين التحرير في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها من الشبهة [illegible] ومن تفسيره [illegible] المادة (١٢٦) [illegible] تعريف [illegible] البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها من الشبهة [illegible] كالخيانة في المضاربة والوكالة والاشتراك والرهن [illegible] العقار في المدن الذي اشترى به العقود [illegible] كان هذا [illegible] في تأييد الكذب إلى طرق احتيالية أو لم يتبعها.

والمخالفة هي بيع المال أو الاستيلاء بالأمر الذي قام على البائع بزيادة معينة في الثمن [illegible] وتوجد هذه هي بيع المال إلى المشتري بمقدار الثمن الذي كان قد اشتراه به والاستيلاء هو إدراك أحد شخصاً آخر فيما استحقه أو فيما يشتريه [illegible] فإذا قال له أحد كذلك بالربح في هذا المال الذي اشتريته بمائة دينار أو قال شخص لآخر [illegible] بالشخص فيما تشتريه فيربح من احتفاظ قبل الثاني وصدقا عليه فلذلك كان [illegible] بعد الاحتفاظ.

وهذه العقود تسمى عقود الأمانة لأن مبناها على الأمانة [illegible] في مقدار الثمن والتصديق [illegible] فإذا تبين أنه غير صحيح كان خائناً وكان [illegible] فإذا تحقق الغبن [illegible] في العقد أصبح معيباً غير نافذ.

أما العنصر المعنوي: فهو نية المتعاقدين [illegible] إلى غرض غير مشروع [illegible] في [illegible] واحتياله [illegible] أحسن الأوصاف لا يعد [illegible] لأنه [illegible] بضاعته [illegible] ولا تعد الطرق الاحتيالية [illegible] إلا [illegible] فإذا [illegible] غرض غير مشروع [illegible] الوديع [illegible] الوديع [illegible] على [illegible] فلا يعد ذلك [illegible] ولكن يعد [illegible] الطرق الاحتيالية [illegible] لا يتوفر [illegible]

واستظهار وقائع الاحتيال المكونة للتزوير مسألة واقع يستقل به قاضي الموضوع [illegible] الفصل فيما إذا كانت [illegible] الوقائع تعد من الطرق الاحتيالية المكونة للتدليس أو لا [illegible] كذلك هو مسألة قانون [illegible] فيه [illegible].

الشرط الثاني: أن يكون التغرير هو الدافع إلى التعاقد.

يجب أن تبلغ الطرق الاحتيالية حداً من الجسامة بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد، ومسألة مرجعها لقاضي الموضوع حسب ظروف وقت إبرام المتعاقد الشخصية [illegible] والمعيار في ذلك ما أحدثه هذا التغرير في نفس المتعاقد فالمعيار [illegible] في كل [illegible] الإرادة، معيار شخصي، يتحدد به حالة المتعاقد الشخصية [illegible] وسنه وحظه من الثقافة والتجربة، وفي رأي فريق من الفقهاء أنه يجب التفرقة بين التغرير الدافع وهو الذي يكون العقد موجوداً وبين التغرير غير الدافع وهو الذي يغري بقبول شروط أكثر إرهاقاً [illegible] من التغرير غير الدافع لا يكون سبباً في ترتيب العقد بل يكون للمتعاقد المغرور أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر، ومثال ذلك أن يقدم بائع العقار عقوداً صورية لإيهام المشتري بارتفاع ريع العقار فيدفع المشتري ثمناً أكثر من الثمن الحقيقي للعقار، والواقع أن هذه التفرقة منتقدة لأن التغرير الذي يغري على التعاقد بشروط أقسى هو تغرير دفع إلى التعاقد بهذه الشروط، ويعتبر هنا أيضاً عيباً في الإرادة.

الشرط الثالث: أن يصدر التغرير من أحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به إن صدر من الغير. الأصل أن التغرير يقع من أحد المتعاقدين أو من نائبه، ولكن قد يقع التغرير من الغير ويكون كذلك [illegible] من الغير بحسب [illegible] العقد للمغرور إلا أن المسألة لا تؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر الذي سيتضرر بطلب نقض العقد الذي لم يصدر منه والتوفيق بين مصلحة المتعاقد المغرور ومصلحة استقرار التعامل فإن القانون المدني جعل العقد موقوفاً إلى غير ذلك إذا صدر التغرير من أحد المتعاقدين أو [illegible] الغير، كان المتعاقد الآخر يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التغرير (المادة ١٢٢ مدني)

وإذا كان التغرير قد وقع من الغير ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بالتغرير [illegible] فإنه يجب ولا يكون [illegible] أن [illegible] المتعاقد المغرور أن يرجع على الغير بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا التغرير [illegible] على أحكام المسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي على أنه إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر [illegible] إذا أثبت [illegible] التغرير لا يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به [illegible].

الشرط الرابع: أن يقترن التعزير بالغير إذا دعى

وأخيراً يشترط لاستعمال حق الدفع أن يكون ما يقوم المعزور [illegible] لا يستطيع [illegible] الغير الشخص [illegible] ويمكن أن يدفع في العقد مطروح الاستعمالات مع التعزير.

والأصل أن يجرد [illegible] الدفع [illegible] من [illegible] العقد [illegible] التعزير [illegible] أن كان الغير [illegible] وكان الغير صحيحاً أو كان الأمل الذي [illegible] التعزير [illegible] أو موقف فإن العقد يكون باطلاً ولا يجوز [illegible] الغير [illegible] في [illegible] بعد [illegible] الإجازة [illegible] الدفع [illegible] الغير. كما إذا أصبح [illegible] أن [illegible] الذي [illegible] عقد [illegible] المادة [illegible] مدني.

العلاقة بين التعزير والغبن

لا يمكن أن تنفي نظرية الغبن في القانون العراقي من نظرية الغبن مع التعزير [illegible] كل واحدة [illegible] الأخرى. فقد يوجد عيب الغبن من غير تعزير مغبون [illegible] والعكس. وقد [illegible] العقد [illegible] في إثبات الغبن [illegible] في [illegible] من [illegible] إثبات [illegible] مغبون [illegible] من إثبات [illegible] لأن [illegible] يتعذر في الغالب إثبات [illegible] ولا [illegible] المغبون [illegible] أن [illegible] الغبن [illegible] الغبن [illegible] الا أن [illegible] مطروحاً [illegible] في [illegible] مشروع في [illegible] في [illegible] المغبون [illegible] لم يكن [illegible] كان [illegible] (المادة ١٢٧) مدني.

الاستغلال

تعرف المادة (١٢٨) مدني [illegible] كان [illegible] أو [illegible] أو [illegible] أو [illegible] في [illegible] في [illegible] العقد [illegible] الغبن [illegible] إلى حد [illegible] فإذا كان [illegible] جاز له في [illegible] أن يطلب [illegible].

وقد اقتبس [illegible] القانون العراقي [illegible] من القانون المدني الألماني (م ١٢٠) وقانون الالتزامات السويسري (م ٢٠). وهذه الفكرة مأخوذة من مفاهيم تطور فكرة العقد من نظرة [illegible] إلى نظرة [illegible].

وإذا كان [illegible] قد الاستغلال عيباً [illegible] من عيوب الإرادة فليس معنى هذا أنه [illegible] الاستغلال عن عيوب الإرادة الأخرى [illegible] كان لا يدخل تحت أي [illegible] إلا أنه [illegible] أقرب إلى الإكراه [illegible] ولكن إلا أنها [illegible] كما أنه يقترب من [illegible] في التغرير مع [illegible] لم يكن [illegible] كما في حالة التغرير [illegible] لا يختلف في صيغته عن العيوب الأخرى [illegible] قائمة في الإرادة وإن اختلف عنها من حيث الدرجة.

لكن [illegible] الغلط أو الإكراه أو التغرير مع [illegible] في حالات [illegible] الاستغلال لا [illegible] إلى عدل [illegible] من [illegible] إقامة التوازن [illegible] عنصري الاستغلال[1].

عناصر الاستغلال

والاستغلال [illegible] يتبين من النص السابق عنصران أحدهما موضوعي وهو استغلال [illegible] الاستغلال يؤدي إلى [illegible] والآخر نفسي هو استغلال ضعف في [illegible] المتعاقد.

١ - العنصر الموضوعي: والقانون المدني العراقي لم يحدد في تعبيره قيمة المعقود عليه [illegible] في نظر المتعاقدين بل [illegible] التعبير الاستغلال بقيمة الشيء في [illegible] أن المعيار المادي في فهم هذا الاستغلال، أي قيمة [illegible] عليه موازنة في العقد بالنسبة إلى قيمته الحقيقية.

وأكثر ما يقع الغبن الفاحش في عقود المعاوضة [illegible] التي يعرف فيها المتعاقد مقدار ما يعطي وما يأخذ ولكن يعوزه ما يدفع من أن يتحقق أيضاً في العقود الاحتمالية إذا [illegible] فيها بين الأقرباء ومن استغلال ضعف المتعاقد.

وعنصر [illegible] لا يمكن أن يتصور فيه استغلال [illegible] ولا الغبن الفاحش [illegible] كان يتصور فيه الاستغلال من [illegible] أولي [illegible] الفاحش لا يقع إلا في عقود المعاوضة [illegible] في صياغة [illegible] ما يشعر بأن الشارع أراد أن [illegible] عن هذا المعنى.

[illegible]

٢- العنصر النفسي: أن العنصر النفسي [illegible] الاستقلال [illegible] أن يستمر في الحالة المعنوية [illegible] شيئاً أو [illegible] أو [illegible] إدراك. وهذا هو السبيل الحقيقي [illegible] بالإسلام. فإذا [illegible] شعب [illegible] من زمن [illegible] الظلام [illegible] كثيراً [illegible] مستعلاً [illegible] في [illegible] الشيخ [illegible] الأولى [illegible] الاستعمال [illegible] الإيمان [illegible]

أما الطبيعي فهو [illegible] الحرية والطبيعة [illegible] الاستقلال [illegible] الغرب [illegible] الإيمان [illegible]

أما [illegible] الإدراك فهو [illegible] الحرية [illegible] للأمور [illegible] درجة [illegible]

ولا بد أن [illegible] في [illegible] الغيرة من [illegible] أو [illegible] أو [illegible] إدراك [illegible] الاستقلال [illegible] الغيرة [illegible] أو [illegible] أو [illegible] الإدراك [illegible] الحرية [illegible] الاستقلال [illegible] أبناء [illegible] الأساسي [illegible] العالم [illegible] العنصر النفسي في الاستقلال [illegible] في [illegible] الموضوع.

أما [illegible] الاستقلال [illegible] من الأمور [illegible] التمييز [illegible]

جزء الاستقلال

[illegible] من [illegible] الاستقلال [illegible] في [illegible] المفاوضات [illegible] الاستقلال [illegible] الغيرة إلا أن [illegible] الشعب [illegible] أن [illegible] التعاقد والتناصي [illegible]

من الإحساس بالفائدة بما بالتقاضي [illegible] المنفعة بالعموم أو بالزيادة في الترتيبات المتعاقد عليها. ولا يحضر أن يجد توازن كاملا أي منفعة بحيث يرفع كل شئ على مكاني إلا يكون هناك غبن فاحش

[illegible] في [illegible] يكون أن يطلب في خلال مدة من وقت العقد: [illegible] لا [illegible] فهو [illegible] لا [illegible] قطع.

المبحث الثاني

المحل

محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، ويشترط فيه أن يكون محلاً جائزاً في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وبالرغم من أن الأصل أن مصدر هذا الالتزام، وهو القانون، هو الذي يحدد مدى جواز الالتزام لا العقد، إلا أن الالتزام الإرادي، أي العقد، هو الإرادة المنفردة. ذلك أن الإرادة التي تبدأ من مصادر غير إرادية فإن القانون يحدد مجالها، وهو غالباً يقيم سقفاً من القيود. أما الالتزام الإرادي فإن الإرادة هي التي تحدد مجالها، فالعقد أو التصرف الإرادي يحدد الالتزامات التي يرغبها الأطراف.

شروط المحل:

١- يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

٢- يجب أن يكون جائزاً معيناً أو قابلاً للتعيين.

٣- يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً.

الشرط الأول: الوجود أو الإمكان:

(١) في الالتزام نقل حق عيني أو التزام بعمل يجب أن يكون معيناً: إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني كنقل ملكية شيء أو الحق بحق معين معلوم، فيجب أن يكون الالتزام واجب التنفيذ من حيث الانتفاع بالحق الذي نقلته، فيجب في هذه الحالة أن يكون الشيء موجوداً أو أن يكون الشيء قابلاً للعلم به وقت التعاقد. فإذا تبين أن الشيء محل الالتزام غير موجود فإن العقد لا ينعقد، مثال ذلك أن يبيع ويرث نصيبه في تركة لم يظهر أنه نصيب بوارث آخر.

غير أنه إذا وجد الشيء وقت التعاقد ولكنه هلك بعد التعاقد فإن العقد ينعقد ويصبح وفاء استحالة في العقد.

وقد نصت المادة ٢٠٣ مدني على أن يقع الالتزام حتى شيء مستقبل ولا يجوز التعامل في الوراثة ما لم يكن الشيء موجوداً في حالة الالتزام حتى إذا كان ممكناً في المستقبل، فإن الالتزام لا يقوم. فإذا لم يتحقق الشرط فإن بيع الالتزام يكون باطلاً وكذلك الالتزام جائز أن يبيع الالتزام على شيء مستقبل أي أن يكون الشيء موجوداً في المستقبل.

المحل المستقبل

نصت المادة (٢٩٠) المدني على أنه [illegible] يجوز أن يكون محل الالتزام مقابلاً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل ومعيناً تعييناً نافياً للجهالة والغرر [illegible] أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل.

يتضح من هذا النص أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً كما في بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت [illegible] الواحدة أو بثمن مقدر جزافاً ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناؤه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء فهذا بيع شيء مستقبل غير موجود. وقد يكون الشيء المبيع مجموعة كبيرة من منتجات قبل وجودها إذا كانت قد يوجد وقت الإيجاب. ومن الأحكام [illegible] سائر في الأنباء للمشتري أن يبيع [illegible] مقداراً معيناً من محصوله قبل أن يبدأ في زراعته وأن يبيع [illegible] قبل أن يجنيه ولا يزال مقابل من الأجر في مقابله لم يرد عليه بعد حتى أن القانون قد حرم الاحتكارات خاصة التعامل مع المنتجين المستقبلين. كما قال مقدماً أبطل مبدأ الأموال المستقبلة (المادة ٢٠٩) من القانون المدني العراقي [illegible] التعامل في التركة المستقبلة.

التركة المستقبلة:

نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٩٠) المدني على أن التعامل في تركة إنسان حي قبل انتقال [illegible] المتعامل في تركة مستقبلة يقع باطلاً [illegible] الإنسان إذا صدر من الورثة ومخالفة للنظام العام إذا صدر من الورثة نفسهم. والتركة المستقبلة هي التركة الخاصة بشخص حي ولكن التعامل [illegible] وبطلان الإرث حتى [illegible] أن يبيع الإرث أو يرهن [illegible] من ميراث بعد وفاة مورثه [illegible] على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب وفيه [illegible] وقسوة للمتصرف تحت استغلال الظروف. ومتصرف يكون باطلاً أياً كان نوعه. بيعاً أو [illegible] أو هبة أو مقاولة أو شركة أو غير ذلك. وهو يبطل إذا كان الشخص المتصرف إليه مورث كان أجنبياً أو كان من بين الورثة [illegible] في تركة. وهو يبطل أيضاً كما إذا [illegible] الشخص المتصرف سواء كان من الورثة الشرعيين أو من غيرهم [illegible]

(٢) محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل: إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون محله ممكناً، لأنه لا التزام بمستحيل (المادة ١٢٧ مدني).

والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة أي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته لا بالنسبة إلى شخص المدين، كما لو تعهد محام برفع استئناف، فإن هذا التعهد يتضمن الامتناع عن عمل معين وقوعه، ففي هذه الحالات يعد الالتزام باطلاً. أما إذا كانت الاستحالة نسبية أي بالنسبة لشخص المدين فإن الالتزام يعد صحيحاً، وإذا عجز المدين عن القيام بتعهده التزم بحكم عامة بالتعويض.

والاستحالة المطلقة كما تكون طبيعية كالتزام طبيب بإجراء عملية جراحية لمريض ميت، فإن القانون قد تكون قانونية كالتزام شخص بالطعن بالاستئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف. ولا فرق بين الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية من حيث كونها ترتب ما سبق ذكره من أحكام.

الشرط الثاني: يجب أن يكون محل معيناً أو قابلاً للتعيين:

(٦) محل الالتزام محل معين: إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً فإن تعيين هذا الشيء يعني أن نميز بين الأشياء القيمية ونظيرها. فإذا كان محل الالتزام من القيميات فيجب أن يكون معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة فإن كان محل الالتزام أرضاً فيكون التعيين بالموقع والمساحة والحدود وإن كان منزلاً يكون التعيين بالحجم واللون والسن والنسب.

أما إذا كان الشيء من المثليات (المقدرات) فيجب تعيين نوعها ومقدارها كبيع خمسين طناً من الحنطة الكردية، ويكفي لكي يكون التعيين مشروعاً فقط أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار كأن يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافي لمدرسة أو لمستشفى فإن المقدار يكون في هذه الحالة قابلاً للتعيين على أساس عدد تلاميذ المدرسة أو عدد أسرة المستشفى، وإذا لم يذكر في العقد درجة جودة الشيء أو لم يمكن استخلاصها من العرف أو ظروف التعامل فإن المدين يجب عليه أن يسلم الشيء من صنف متوسط.

وإذا كان محل الالتزام موجوداً وقت العقد فيكفي تعيينه بالإشارة إليه وحده بلغ حق التعيين أو بالإشارة إلى مكانه الخاص، فإذا كانت عقد

يطرح الجانب المتعاقد في تقرير ذلك [illegible] البضاعة الموجودة في هذا المخزن وفي نفس صنفها ذاتاً، وكذلك إذا لم تكن معلومة القدر ولا وصف [illegible] المخزن فقبال محل التعاقد الكائنة في هذا المخزن، وكذلك إذا كانت موجودة فيه بيع الشيء صحيحاً إلا أنه غير لازم فيجوز فسخه بخيار الرؤية.

على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند المتعاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر، كما لو كان [illegible] سيارة معروفة [illegible] معرفة كافية تدل عليها بما هي دون أن يذكر أوصافها الخاصة لمعرفتهما بها. وقد نصت المادة (١٢٨) مدني عراقي على ذلك [illegible] هذه الأحكام حيث قالت: يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت التعاقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف.

٢- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر.

٣- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل.

أما إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فإنه يكفي أن يكون معلوماً بقدره [illegible] مقداره في العقد دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمة النقود وقت الوفاء أي أثر.

(٢) محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل: إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة، فإذا تعهد المقاول [illegible] المباني التي تعهد بها [illegible] فإن تعهده مقبول [illegible] [illegible] [illegible] الأصول [illegible] [illegible] [illegible] معين من الأجرة.

الشرط الثالث: يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً):

نصت (المادة ١٣٠) مدني على أنه: كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل [illegible]

بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء من تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجوز للأفراد أن يكون محلاً لحقوق خاصة.

الأصل أن جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلاً للحقوق، إلا أن لم تخرج من التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالماء والهواء لا يستأثر أحد بحيازتها فتكون غير قابلة للتملك ولا للتصرف من يد إلى أخرى، ولكن قد تورد أصحاب التعامل فيها كالماء للشرب والهواء بعد حصره وحيازته.

وقد تخرج مقادير معين الأشياء من دائرة التعامل رعاية لمصلحة عامة، إنما مخصصة للغرض الذي خصصت له هذه الأشياء من أجله كالأموال العامة المخصصة لمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها أو حجزها عينيا أو تملكها بالتقادم.

ولكن عدم جواز التعامل في هذه الأشياء مؤقتاً يجوز تأجيرها واستغلالها لا يتعارض مع الغرض المخصصة له كما هو الشأن في التصريح للمحلات بتحويل جزء من الرصيف أو التصريح بإقامة حواجز على الشوارع.

وقد يهدف المشرع من تحريم التعامل في بعض الأشياء حماية النظام العام والآداب كتحريم الاتجار في المخدرات والتعامل في تركة مستقبلة، ولم يحدد المشرع في مصر من جملة أو الأشياء المخالفة للنظام العام والآداب بل اكتفى بالنص في (المادة ١٣٠) مدني على أنه يجب أن يكون محل الالتزام غير مخالف للقانون ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلا كان العقد باطلاً. ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالاختصاص والإجراءات الملزمة التصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال المحجور ومال الغائب والمفقود، وقوانين الضرائب والجمارك ومال الغائب التي تصدر حماية للمستهلكين في الظروف الاستثنائية، والنظام العام هو مجموعة القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتعلو على النظام الخاص الأهلي وتعلو على مصلحة الأفراد، لذلك يجب أن لا تعلو على ما يخالف النظام العام والآداب وإلا كان باطلاً.

ويقصد بالنظام العام تنسيق وتجميع نسق للأفكار السائدة في المجتمع فهو يتحدد في الصين شأن في ظل المذاهب الفردية ويتسع في ظل المذاهب الاشتراكية، أما الآداب فهي مجموعة القواعد الخلقية التي تقرها أمة معينة في وقت معين.

وفكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة متطورة فهي تختلف من أمة لأخرى ومن عصر لآخر، فما كان مباحاً بالأمس قد يعد اليوم مخالفاً للنظام العام في بلد آخر، وفي الشرق كان مباحاً من قبل وهو الآن مخالف للآداب، كتعدد الزوجات على الحرية والزواج في بعض الدول غالب الأحيان، أما مصر وبلادها مشهود اليوم.

وهذه فكرة النظام العام والآداب لدقة تلعب دوراً هاماً في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية إلا أن النظام القانوني الإنساني بين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين، وعلى القاضي في تطبيق فكرة النظام العام والآداب ألا يعود على آرائه ومعتقداته الخاصة وإنما يراعي ما تدين به الجماعة.

هذا ويختلف حسب تعلق القواعد القانونية بالنظام العام فقد تكون قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، ففي تعلق القانون العام الأصل أن قواعده تتعلق بالنظام العام وتعد آمرة سواء كانت هذه القواعد من قواعد القانون الدستوري أو قواعد القانون الإداري أو القانون الجنائي أم القانون الجمركي، وتبعاً لذلك لا يصح الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد وإلا وقع باطل هذا الاتفاق باطلاً.

وفي نطاق القانون الخاص فإنه يمكن أن نميز بين قواعد تتعلق بالأحوال الشخصية وتلك التي تتعلق بالأحوال العينية أو المعاملات المالية فبالنسبة إلى الطائفة الأولى الأصل أنها تتعلق بالنظام العام، ولا يصح الاتفاق على مخالفتها أما القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية فالأصل أنها لا تتعلق إلا بالنظام الخاص للأفراد، ولهذا يصح في مجال الاتفاق على مخالفتها، ومع هذا فإن الاتجاه في الدول المختلفة وسائرها في ظل الحماية الاجتماعية لا يجيز لها التوسع في تدخل بقواعد آمرة في كل المعاملات الخاصة، وتبعاً لذلك لم يعد تقرير الحماية للنظام العام مزية وهم بعد يوم.

المبحث الثالث

السبب

السبب في الالتزام العقدي وفي القصد والإرادة إذا لم يقصد أن تحدث الإرادة دون سبب. ونظرية السبب هي إحدى النظريات القانونية التي أثارت جدلاً مبدئياً في الفقه والقضاء في ذاتها الإرادة اختلافاً بيناً، فانقسم فقهاء فرنسا إلى فريقين من الفقهاء دفاعاً عنها والطعن عليها السبب وقد بقي أمر هذه الفكرة السبب ورفض بل حد إنكارها من أساسها وعدم قانونها وأطلق عليهم اللاسببيين.

ويمكن ما قيل أن نعرض نظرية السبب أن نحدد معنى السبب:

قد يقصد بسبب الالتزام الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام أي مصدر الالتزام كالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع. وهذا هو السبب المباشر.

السبب هذا المعنى ليس هو المقصود في أنه القانون. لذلك فهو خارج عن نطاق بحثنا.

وقد يقصد بسبب الالتزام الغرض المباشر المجرد الذي يقصده المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه: وهذا هو السبب الغائي. فمثلاً في عقد البيع وتكون السبب المقصود للبائع هو الحصول على الثمن، والسبب المقصود للمشتري هو الحصول على المبيع والسبب هذا المعنى واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود فهو عنصر موضوعي يدخل عند دخول العقد.

ولكن قد يفهم السبب بمعنى آخر، بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد، والباعث الدافع إلى التعاقد هو الغرض المباشر الذي يعلق المتعاقد ويعتقد مثلاً في عقد البيع قد يكون الباعث للبائع هو إنفاق الثمن في أغراض معينة أو إنفاقه في رحلة أو شراء شيء آخر، والباعث الدافع للمشتري قد يكون استعماله على الفور لأنه أو ضيع على المحترفة أو زيادة الثمن، فالباعث الدافع إلى التعاقد يختلف بالنسبة لكل عقد وبالنسبة لكل متعاقد، إذ هو أمر شخصي يتعلق بنوايا المتعاقد وخارج عن العقد. وهذا هو السبب المقصود الثابت في النوع الواحد من العقود ولا يختلف باختلاف الشخص المتعاقد.

أولاً: النظرية التقليدية للسبب:

أساس هذه النظرية التقليدية لسبب التعاقد هو السبب، فهذه النظرية وضعت لا تهتم بالسبب الذي دفعه من التعاقد.

فهي تعتبر أن الالتزامات المتقابلة سبب التزام كل منهما في العقد هو التزام المتعاقد الآخر، فمثلاً في عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

وفي العقود التبرعية سبب التزام المتبرع هو رغبته في تحقيق مصلحة للمتبرع له.

وفي التصرفات سبب التزام المتصرف هو إنشاء التصرف.

فإذا توافر المقصود من السبب على النحو السابق ذكره فإن النظرية تشترط لصحة العقد أن يكون السبب موجوداً وأن يكون مشروعاً.

وجود السبب:

شرط وجود السبب هو شرط بديهي ومنطقي، فالسبب يعني أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد ويعني أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذه، فإذا لم يوجد السبب بطلان العقد باطلاً، وإذا تخلف السبب بعد ذلك أصبح العقد موقوفاً إلى أجل.

ومن الأمثلة على عدم وجود السبب وقت إبرام العقد: حالة مقاولات مقاولة، فالسبب فيها لا يكون موجوداً وبالتالي فإن العقد يكون باطلاً، ومثال الحالة هو تعهد بعض لا وجود له بعقد تأمين للمنازل خاصة له، والتأمين يقوم بتعويض قيمة هذا المنزل عن طريق تعويضه في أحد البنوك، فإذا حل أجل موعده ولم يوجد منزل على الإطلاق فإن العقد يكون قد عجل بدون تعويض لعدم وجود السبب، ويلاحظ أنه في عكس التعاقد بطلان عقد الشركة في مواجهة مساهم الشركة حسن نية، ولكن يجوز استثناء في الحالة من قانون وكالة المحررين حتى أمكن عدم وجود السبب.

والسبب يجب أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذ العقد، فإذا زال السبب وقت إبرامه ثم عاد بعد ذلك مرة أخرى فإن العقد يظل باطلاً، ويطبق ذلك بصفة خاصة في مجال عقود المقاولات التي تأخذ بطلان أمر حتى [illegible] السبب [illegible] العمل [illegible]

صحة السبب

يشترط لصحة العقد أن يكون السبب صحيحاً والسبب يكون غير صحيح إذا كان موهوماً أو إذا كان صورياً.

مثال السبب الموهوم أن يتم عقد قسمة بين الورثة أو الوصي عليهم ثم يتبين أن الوصية باطلة في هذه الحالة يبطل عقد التقسيم لأن السبب كان موهوماً وغير صحيح.

أما صورية السبب فهي تعني ذلك سبباً من أسباب البطلان إذا قام بوجوده سبب حقيقي صحيح، ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي. فإذا تبين أن هذا السبب غير موجود فإن العقد يبطل بسبب صحة السبب وإذا تبين أن السبب الحقيقي موجود ولكنه غير مشروع فإن العقد يبطل لعدم مشروعية السبب.

مشروعية السبب:

السبب المشروع هو السبب الذي لا يتعارض مع حكم صريح في القانون ولا يخالف النظام العام والآداب، والالتزام قد يكون محله مشروعاً ولكن سببه غير مشروع مثال ذلك التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكاب جريمة من الجرائم، في هذا المثال التزام الطرف الأول محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود، ولكن سببه غير مشروع هو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة من الجرائم. وفي هذا المثال يبطل العقد لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقد الأول وعدم صحة وجود السبب في التزام المتعاقد الثاني. ومع ذلك قد يكون الحق مشروعاً ولكن الالتزامين معاً يكون سببهما غير مشروع لكون مشروعاً بالنسبة لهما معاً مثال ذلك الاتفاق على أن يدفع أحد المتعاقدين مبلغاً من النقود للطرف الآخر مقابل التزام الطرف الآخر بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم. الحل في الالتزام الأول وهو دفع مبلغ من النقود يصلح في الالتزام الثاني وهو عدم ارتكاب الجريمة يعتبر كل منهما مشروعاً ولكن سبب التزام كل منهما هو الذي يكون غير مشروع وهو الذي يبطل العقد على أساس أنه إذا كان غير المشروع أن يلتزم شخص بدفع نقود مقابل التزام شخص آخر بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم لأن القانون هو الذي يفرض عدم ارتكاب الجرائم، وكذلك لا يكون مشروعاً أن يلتزم شخص بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم ويكون ذلك في مقابل هو تعهد شخص آخر بدفع مبلغ من النقود له.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

ثانياً: النظرية التقليدية للسبب (نظرية القصد):

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

مشروع في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد الآخر على جهل تام بهذا الباعث. ليس من المعقول أن يكون الطرف الآخر الذي لم يتم له الباعث غير المشروع على اتصال بهذا الباعث أي كان يعلم به أو من السهل عليه أن يتبينه. فإذا اقترض شخص مبلغاً من المال من شخص آخر وذلك لشراء مواد يدار للقمار فباعها لمن اقترض غير مشروع. فعقد القرض يعد صحيحاً إذا كان الطرف الآخر (المقرض) يجهل هذا الباعث غير المشروع ويعد العقد باطلاً إذا كان المقرض يعلم هذا الباعث غير المشروع أو من السهل عليه أن يتبينه.

ثالثاً: نظرية السبب في القانون المدني العراقي:

نص المشروع في المادة (١٣٢) مدني على أنه: (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للآداب).

٢- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع ينسب فيها السبب إلى الالتزام لا إلى العقد وهذا يتفق أكثر مع النظرية التقليدية في السبب. أما النظرية الحديثة فإن السبب ينسب فيها إلى العقد ذاته فهو الباعث الدافع إلى إبرام هذا العقد.

ويلاحظ على نص المادة أيضاً أن المشرع يفترض فيه أن السبب قد لا يكون موجوداً وهذا الفرض لا يتفق إلا مع النظرية التقليدية في السبب، أما في النظرية الحديثة فإن السبب وهو الباعث لا يتصور إلا أن يكون موجوداً في كل العقود كما سبق أن ذكرنا.

ومن هذا يتضح أن المشرع قد أبقى في القانون المدني على النظرية التقليدية في السبب، وأخذ أيضاً بالنظرية الحديثة. وشرط مشروعية السبب تتوافر في سعر المساومة السابقة الذكر، المقصود به هو مشروعية الباعث.

ومن ثم فإن الرأي الراجح صادق هو أن المشرع أخذ بالنظريتين معاً النظرية التقليدية وهي نظرية سبب الالتزام والنظرية الحديثة وهي نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد.

سبب الالتزام:

يشترط المشرع لصحة العقد أن يكون لكل التزام سبب موجود وأن يكون صحيحاً وأن يكون مشروعاً وذلك طبقاً لما سبق بيانه بصدد النظرية العامة في السبب. ولكن لا يشترط أن يذكر السبب المشروع في العقد بل يفترض أن لكل التزام سبباً موجوداً ومشروعاً إلى أن يقيم المدين الدليل على خلاف ذلك، فإذا أثبت أحد المتعاقدين أن السبب المذكور في العقد هو غير السبب الحقيقي؛ فإن العقد يبطل ما لم يثبت المتعاقد الآخر أن للالتزام سبباً آخر مشروع غير مذكور في العقد.

سبب العقد:

أخذ المشرع في تعيين الوقت والنظرية بالمذهب في السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد، ويشترط لصحة العقد أن يكون الباعث إليه مشروعاً على النحو السابق ذكره عند دراسة النظرية العامة.

ويلاحظ أن صياغة المشرع لنظرية السبب جاءت معيبة لأنه جمع بين نظريتين لا يمكن التوفيق بينهما بحسم وإن أحدهما قد قامت على أنقاض الأخرى، وكان الأحسن أن يأخذ المشرع بالنظرية الحديثة فقط كما فعل التقنين المدني الليبي في صياغته مستهلة مصدقة في نص المادة (١٣٦) من هذا التقنين على أنه إذا التزم المتعاقد بسبب غير مشروع كان العقد باطلاً. فبينما الأولى لا يشترط إلا شرطاً واحداً في السبب هو أن يكون مشروعاً، والسبب لا يعتبر إلا معنى واحداً هو الباعث الدافع للتعاقد.

رابعاً: نظرية السبب في الفقه الإسلامي[1]

لم يعن الفقه الإسلامي في أي مذهب من مذاهبه بنظرية عامة في السبب، وهو في ذلك إنما يتمشى مع صناعة الفقه، ولا يعرف نظريات عامة. فمن يتصور

---

[1] [illegible]

من المتطلبات التفصيلية ما يكفي بعده عن مرمى التحصيل ثم عاين الفرق المناسب في استخلاص هذه النظرية.

والفقه الإسلامي - شأنه نظرية السبب - يتنازعه عاملان متعارضان: فهو أولاً فقه يرجع موضوعيته بعد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، والثاني من الرغم الموضوعية يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب في الفقه ذي النزعة الذاتية، والفقه الإسلامي من جهة أخرى قد اتصلت فيه الحواس الأدبية والأخلاقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي تقاس به شرعية الوسائل وتمييز المشروع من الممنوع. فهو المذهبين الحنفي والشافعي من نظرية السبب تعني كلاهما مفاد من دراسة العقد والتعبير عن الإرادة، فلا يعتد بالسبب أو الباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به. وإن المذهبين المالكي والحنبلي فقد اعتدا بالعوامل الأدبية والأخلاقية والدينية، فيعتد بالباعث ويسوغ ما يتضمنه التعبير عن الإرادة أن يكون مشروعاً في العقد، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع.

نظرية السبب في الفقه الحنفي والفقه الشافعي:

السبب بمعنى الباعث لا يبحث عند خارج العقد، بل يجب أن يكون موجوداً في صيغة العقد داخلاً في دائرة التعاقد، وبذلك لا يعتد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة. وقد ذهب الإمام الشافعي إلى أنه صراحة في قوله في الأم: "ما أحب ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعده بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع وكما أكره لمن حل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم عليه بالله أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظالماً، وقد لا يقتل به ولا أفسد عليه هذا البيع وكما أكره لمن حل له بيع العنب ممن يراه أن يعتصره خمراً ولا أفسد عليه البيع إذا رآه يأخذه لأن يعصره حلالاً، وقد يمكن أن يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف أن يقتل به أحياناً أبداً".

والسبب قد يذكر صراحة في صيغة العقد فيكتفي المتعاقد أن يبين ويصرح في صيغة العقد الدافع لهما على التعاقد، فإن كان هذا الباعث مشروعاً فالعقد صحيح وإن

[illegible] مشروع بالعقد باطل. فلا يجوز إجارة الإماء للزنا. لنهية [illegible] صلى الله عليه وسلم عن مهر البغي وهو أجر الزنا والتحريم [illegible] (٦٠) كما لا يجوز الاستئجار على الغناء أو النوح لأن المنفعة لا يجوز استحقاقها بالعقد[1].

وقد يكون السبب مذكوراً ضمناً في صيغة العقد، فقد يكون مستلزماً من طبيعة المحل، فيعتبر به لأن المتعاقدين قد كفيا ضمناً عن الذكر لعلمهما بمعنى المتعاقد.

ومثاله في البيع المكاسب[2] ويجوز بيع آلات الملاهي من الطبل والمزمار والعود والدف وهو قول عند أبي حنيفة، لكنه يكره، وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع الأشياء، وإنما الآلات معدة بطبعها لمعاصي مقصودة تحسين والفساد، فإذا حملها بنا الله من جهة، حتى نبهت على المعاصي من جهة دعوا إلى أنها من ثلاث فحملها [illegible] الخمس والكفر على هذه الآلات أن تكون أجزاء، فلا يجوز بيعها، وحرمتي أبي حنيفة [illegible] التحريم ما بين السبب والمحل، فآلات اللهو عنده أموال لم تسقط منافعها لجواز أنها تصلح للتمويه [illegible] التحريم لصلاح [illegible] فلما بعث هذه الآلات [illegible] مراعاة في صيغة العقد الباعث على بيعها، ولم يكن [illegible] فإذا انتفت [illegible] من طبيعة المال [illegible] فقد صار أبو حنيفة [illegible] في صيغة العقد لا [illegible] وإذا [illegible] العقد.

وقد يكون الحق مشروعاً في ذاته ولكن السبب يكون غير مشروع، فيتعين السبب [illegible] المحل، والمهر تعليق لفائدة في العقد [illegible] فيتعين [illegible] بالسبب كاستئجار الأجير للإضرار إذا كان واجباً عليه والعام يوجب على مشروع والأجرة في ذاتها غير مشروع ولكن الأجرة على أمر [illegible] سببها غير مشروع إذ لا أجرة [illegible] والحرب.

وهناك عقود لا تتعين حسينها وكسر السبب [illegible] لا [illegible] ولا [illegible] أن [illegible] بالعقد [illegible] بل يكون [illegible] مستقلاً عن السبب [illegible] عنصر [illegible] لا [illegible]

---

(1) [illegible]

(2) [illegible]

(3) [illegible]

لأن عليه يبنى ويسير عليه. ثم قصد ذلك إلى من يأتمه أن يعد [illegible] في خلاف ذلك فيه لأن الخير حلال، فيه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال [illegible] لمن غلب التعبيا الكثير [illegible] عقد المشتري صحيح. فهنا بيع الرجل العصير من العنب إن مشروع ولا يذكر في العقد لا صراحة ولا ضمناً إن المشتري يقصد من العصير اتخاذه خمراً فالبيع صحيح حتى لو ثبت أن المشتري قصد العقد حرّك ذلك أن يشتري عنب وإن كان غير مشروع لم يذكر في العقد فلا يفسد به.

على أن فكرة المشروعية ليست أمراً ثابتاً بل هي قد تختلف فيها الأنظار [illegible] المسلم [illegible] الخمر. ثم هي فكرة تطور فما كان غير مشروع بالأمس قد يكون مشروعاً اليوم من ذلك الاستدلال على تحريم القرآن فقد كان يرى أن أصبح حلالاً ومشروعاً وما كان قول ذلك غير مشروع إذ لما انصرف الناس عن تعليم القرآن ويجب أن تفرغ له بعض الناس ولو كانوا يكسبون منه صار مشروعاً وقد كان أخذ الأجر على تعليم القرآن غير جائز عند المتقدمين من الفقهاء.

وجدير أن الفقه الإسلامي يعرف العقد المجرد في حالات خاصة عديدة، والعقد المجرد هو عقد مجرد من سبب فلا يعتد فيه بالسبب. مثل ذلك عقد الكفالة، فالكفيل لا يستطيع أن يحتج على الدائن بما يحتج به على المدين، كما إذا كان أصل الدين غير مشروع كالخمر أو كان قمار، ويعتبر أن الكفيل قد التزم التزاماً مجرداً عن التزام المدين.

نظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي:

ونظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي، تدعو أقرب إلى نظرية السبب المشروع في الفقه الثلاثي: فالسبب هو الباعث على العقد، ويعتمد بالسبب سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، ما دام يكون معروفاً من الطرف الآخر، فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد. ويذكر ابن القيم في أعلام الموقعين[1] وحسوب الاختلاف بالمقاصد والنيات في العقود [illegible] فقاعدة [illegible] تدور في

---

(1) [illegible] ص ٩٦ [illegible]

[illegible] العقد وفساده [illegible] فيصير الواجب بيانه أن يكون [illegible] معيبة [illegible]
فإن [illegible] أن يكون فعلاً أو [illegible] وكذلك [illegible] لمن يعرف
[illegible] على الإعانة على الإثم والعدوان [illegible]
يعرف أنه يعاون في [illegible] فهو [illegible] وقرره.

فإذا ذكر المشتري أن [illegible] في العقد فقد [illegible] في دائرة [illegible]
الشافعية [illegible] فإن ما لم يذكر سبب في العقد لا صراحة ولا ضمناً
فإن المذهب الشافعي [illegible] كما [illegible] القول: بشرط أن يكون معلوماً [illegible]
[illegible] الآخر [illegible] الذي [illegible]

ولذا كان [illegible] العقد [illegible] أن المشتري [illegible] يصبح [illegible]
[illegible] التاجر من [illegible] وظروف الحال [illegible] تجعل
[illegible] فيه قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد [illegible] فلا [illegible] العقد
[illegible] بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق أو في الفتنة فإنه [illegible]
[illegible] هذه الأحوال [illegible] وإن لم يذكر في العقد ما دام الطرف الآخر يعلم به.

وليس من الضروري أن يعلم الطرف الآخر بالمقصد بل يكفي أن تكون الظروف
[illegible] أن يعلم به، وأكثر ما يكون ذلك في [illegible] فإذا [illegible] العقد في
[illegible] في الأداء [illegible] ذلك على [illegible] أن [illegible] الباعث [illegible] وإن لم
يكن [illegible] به فعلاً.

ويقرب المذهب الأخرى من مذهب أهل [illegible] الجعفرية والظاهرية [illegible] في
[illegible] من المذهب الحنبلي.

ففي مذهب الجعفرية [illegible] في [illegible] الكرامة العاملي[1] [illegible]
[illegible] بيع العنب [illegible] خمراً [illegible] يكره [illegible] على من يعتقد
[illegible]

وفي مذهب الظاهرية [illegible] في المحلى [illegible][2] [illegible]
[illegible] كل [illegible] أو [illegible]

[illegible]

[illegible]

كأن يوقن أنه يعصره خمراً، وكبيع الأمرد من ذي ريبة ممن يوقن أنه يفعل به، وكبيع السلاح أو الخيل لمن يوقن أنه يحارب به المسلمين، وهكذا في كل شيء، لقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان).

خامساً: الشروط غير المشروعة في العقد

تنص المادة (١٣١) مدني على أنه: ١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً.

المراد في الشرط هنا التقييدي، وهو غير الشرط التعليقي، فهذا الأخير من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام[1]، وعلاقة السبب[2] أن هذا الشرط يحدث الحكم، والسبب هو أن الشرط يرتبط بالحكم غالباً وقد يكون هو الدافع للتعاقد فيكون سبباً، فهو متصل بالسبب. والشرط التقييدي على ثلاثة أنواع:

١- شرط صحيح: يجب الوفاء به مع العقد.

٢- وشرط لغو: فيصح العقد به ويلغو الشرط وحده.

٣- وشرط مبطل للعقد: فيبطل هو والعقد معاً.

والشرط الصحيح ما جاء مؤكداً لمقتضى العقد، مثل أن أبيعك مالاً على شرط أن تدفع الثمن معجلاً، فإن تعجيل الثمن من مقتضى عقد البيع، فاشتراطه جاء مؤكداً له، أو جاء ملائماً لمقتضى العقد، مثل أن أبيعك مالاً بثمن مؤجل على شرط أن تعطي كفيلاً أو رهناً بالثمن، فإن هذا الشرط ملائم للعقد؛ لأنه يرغب في استيفاء الثمن، أو جاء على مجرى العرف والعادة، مثل أن أدفع قماشاً إلى خياط والخيط معه

---

[1] الشرط التعليقي [illegible] مثل أن أبيعك داري على شرط [illegible] ليس مستحيلاً [illegible]

[2] السبب القانوني [illegible]

على أن يدعه سلعة عن شرط أن يصنع لبطانة والأزرار والخيوط من عنده فإن الا [illegible]
حين ذلك يعم اختلاط هذه الأشياء من عنده فيشتريه قد ورد على جزء [illegible] ولا
جرى في اعتبار هذه الشروط بين ما إذا لم يكن فيها نفع لأحد المتعاقدين أو الخدمة
وبين ما إذا كان قد نفع لأحدهما أو نفعهما خلافاً لما ذهب إليه فريق من الفقهاء من
اعتبار الشرط النافع لأحد المتعاقدين أو نافع مفسداً للعقد.

ومن شروط الفقهاء ما جعله مخالفاً للنظام العام والآداب العامة نحو أن يكون الشرط هو
[illegible] العقد مثل أن يهب شخص لآخر مالاً على شرط أن يشتري بجزء منه وقفاً
يقام في محل معين أو أن يصرف جزء منه [illegible] فإنه [illegible] والشرط هو المخالف
النظام العام في الأول والآداب العامة في الثاني.

ومن شروط الباطل للعقد ما يعد مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وكان [illegible]
[illegible] مثل أن يشترط شخص لامرأة تزوجها شرط أن تصاحبه معاشرة [illegible]
[illegible] أو أن تسهر معه على المعاصي فإن هذا الشرط [illegible] الدافع إلى
المخالفة فهو سبب للعقد وهو سبب مخالف للآداب العامة ومثل هذا [illegible] يبطل العقد.

وهذا نكون قد درسنا الآن أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب ونتقل الآن إلى
دراسة آثار العقد المترتبة على تخلف ركن من أركان العقد وهو ما سندرسه في المبحث
الرابع والأخير من هذا الفصل.

المبحث الرابع

بطلان العقد

العقود الصحيحة والعقود الباطلة:

العقد في القانون العراقي وعند جمهور فقهاء الشريعة قسمان، صحيح وباطل، وينقسم العقد الصحيح إلى موقوف ونافذ، وينقسم العقد إلى لازم وغير لازم. أما عند الحنفية فالعقد صحيح وفاسد وباطل. وسنبين كل عقد من هذه العقود مصورة من جهة.

أولاً العقد الصحيح:

نص المادة (٢٣٢) مدني على أنه: يراد بالعقد الصحيح هو العقد المستوفي لأركانه ويعتبر أن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه، وأن يرتب عليه حكمه، وأوصاف ذلك من الخلو. ٢ - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال.

يبحث هذا العقد لعقد الصحيح النافذ، وقد عرفته بأنه العقد المشروع ذاتاً ووصفاً. ولا يعد مشروعاً ذاتاً ووصفاً إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية:

أ- أن يكون صادراً من أهله، أن يكون العاقد كامل الأهلية، فلو كان محجوراً كالصبي المميز، أو كان ناقصها، كان موقوفاً على إجازة الولي إذا كان العقد مردداً بين احتمال النفع والضرر.

ب- وأن يكون مضافاً إلى محل (معقود عليه) قابل لحكمه، أي أن يكون من الأشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم (المادة ٦١) مدني وأن تتوفر الشروط في العقد فيجوز مثلاً بيع شيء غير أن يكون له تعامل بنقل من ذمة إلى ذمة أخرى، وهكذا في سائر العقود، فيجب في المعقود أن يكون مما يلائم حكم العقد المراد عليه.

[illegible] وأن يكون له مبرر مشروع [illegible] لم يكن له سبب أو كان له سبب غير مشروع كان باطلاً.

[illegible] وأن يكون الباعث دافعاً من الحلول بأن يكون مثالاً من [illegible] الإرادة [illegible] والإكراه [illegible] مع الغبن الفاحش. وألا يكون العقد مستحلاً أو مجهولاً أو عائماً [illegible] للقضاء أو الآداب كان باطلاً.

[illegible] الصحيح الباطل أن أثره [illegible] في الغبن والمعرفة [illegible] في الحساب أن عدم تمام العقد.

ثانياً - العقد الموقوف:

تنص المادة (١٣٤) مدني [illegible] إذا انعقد العقد موقوفاً حجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير. كما أن له أن يجيزه. فإذا نقضه كان له أن يسترد ما قدمه من تصرفات من اضطر إليه الغبن وأن يسترد ما [illegible] وبدلاً [illegible] الإدارة فإن هلكت العين في يد من تلقت منه ضمن قيمتها. [illegible] وتعلق الإكراه أو التغرير بالغير إذا شاء ضمن العاقد الآخر وإذا شاء ضمن الغير أو الغاصر. فإذا ضمن الغير أو الغاصر فلهما الرجوع على [illegible] من العاقد الآخر. ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور إن ضمن الغاصر مكرهاً أو مغرر به وذلك في [illegible] الأحكام [illegible].

أما العقد الموقوف فهو [illegible] بمقتضى قواعد العقد [illegible] اكتمال عيوب [illegible] الإرادة كالإكراه والغلط والتغرير [illegible] أو كان العاقد صغيراً غير مأذون له بالتجارة على ما سبق تفصيله.

وإذا [illegible] على ذلك [illegible] في [illegible] المادة ١٣٥ [illegible] من قانون [illegible] موقوفاً [illegible].

[illegible]

ويرى [illegible] أن [illegible] في [illegible] أما [illegible] التوقف [illegible] المتعاقد بعد زوال سبب التوقف. أن [illegible] صحيح باطلاً من البدء [illegible] أن [illegible] صحيح نافذاً من تاريخ [illegible].

وإذا تعذر تنفيذ العقد وكان المعقود عليه قائماً قد تم تسليمه للأخرى بالتصرفات [illegible] كان له [illegible] جميع التصرفات واسترداد الثمن من [illegible] الذي [illegible] من [illegible] ذلك [illegible] الذي [illegible] لصاحبه [illegible] العين [illegible] وحدها. وإذا كانت [illegible] قائمة [illegible] في [illegible] التصرف أو [illegible] العقد الآخر. وفي [illegible] للإكراه أو [illegible] يضمن [illegible] العقد الآخر أو [illegible] الثمن أو [illegible]. وإذا كان الثمن أو [illegible] من [illegible] العقد الآخر [illegible] يحضر [illegible] به وحده طبعاً.

وإذا وقع الضمان على الثمار أو [illegible] هذه الرجوع [illegible] من العقد الآخر [illegible] من المستفيد من العقد. وهو الذي [illegible] العين [illegible] وأن [illegible] في [illegible] العقد المكره أو [illegible] فإن كان قد قبض مكرهاً أو مغروراً [illegible] في [illegible] [illegible] أو [illegible] فلا ضمان عليه لأنه أمانة بيده والأمانة لا تضمن إلا [illegible] أو [illegible] الأمين.

وبعد أن [illegible] حالات التوقف في القانون المدني العراقي إن أمكن [illegible] في مواطن [illegible] سواء [illegible] ذلك من [illegible] في الأصول [illegible] لا [illegible] لا تصرف [illegible] في مثل هذه [illegible] مدني.

والأمر [illegible] الأخرى [illegible] من التفصيل.

تصرف الفضولي:

[illegible] مدني [illegible] في [illegible] تصرفه [illegible] على [illegible] فإذا أجاز [illegible] الإجازة [illegible] الفضولي [illegible] كان قد [illegible] من العقد الآخر [illegible] إذا لم يجز [illegible] تصرف الفضولي [illegible] وإذا كان العاقد قد أجرى الفضولي البدل [illegible] ذلك البدل في يد الفضولي [illegible] العاقد الآخر [illegible] أنه [illegible] لا رجوع له عليه [illegible] وإذا سلم الفضولي [illegible] فلا يجوز له [illegible] فلا يضمن [illegible] أن يضمن [illegible] أحدهما [illegible] الآخر.

وهذه المادة أضيفت بموجب الأمر الموقوف المعين الخارج عن مفهوم العقد، وقصد أن يحكم، وهذا مشروع مستجمع أركان العقد الصحيح النافذ وشروطه، وليس فيه أي خلل لا ذاتي ولا صفة، غير أن صدوره جاء من غير المالك المعقود عليه، فكان موقوفاً على إجازة المالك.

فإذا تصرف أحد في ملك غيره بدون إذن منه تصرفاً قانونياً كان هذا تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، ويسمى هذا التصرف فضولياً، فإن كان التصرف عقداً كان موقوفاً، وتعد الإجازة تركيلاً للفضولي من حين مباشرة العقد بأثر رجعي بحكم القانون، فمن أنشأه من الناس هو وكيل الموكل، فعلى الفضولي تسليم المبيع، وتسلم الثمن المطالبة به مثلاً.

وإذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل فعل الفضولي، ورد ما قبض من مال إلى العاقد الآخر، ولهذا حتى لو جرى به عمل الفضولي بحكم الكسب لا سبب، وإذا كان المبيع تلف فيضمنه الفضولي قد هلك في يده بلا تعد منه ولا تقصير، فلا ضمان عليه إن كان العاقد الآخر وهم حين الأداء إليه أنه فضولي لأنه يعد حسن النية بينما أما إذا كان يعلم ذلك، بل كان يعلم أنه هو المالك فعلى الفضولي الضمان لأن العاقد الآخر إنما دفع إليه ما دفع على نية أنه عوض عن المعقود عليه، فإذا لم يقض المعوض عنه فله المطالبة بالعوض الذي دفعه.

وإذا كان الفضولي قد سلم المال الذي عقد عليه فضولاً إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك العقد كان الفضولي بحكم الغاصب، وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب، فللمالك مطالبة العاقد الآخر برد المبيع إليه، فإن كان قد هلك في يده كان للمالك تضمين الفضولي أو تضمين العاقد الآخر، ومطالبة أي منهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر به، لأن التضمين قرار والقرار الواحد لا يتبعض فلا يستحق بكل من الضمانين.

من له حق التصرف بخيار الإجازة أو النقض.

ولا يجوز أن يتصرف بخيار الإجازة أو النقض إلا من شرع موقوفاً لمصلحته، كالفضولي، ومن عقد رضاه في أحوال الغلط والغبن والتغرير، وإلا كان [illegible] الأصيل في [illegible] بعد [illegible] الأجل، بعد [illegible] وبيعه [illegible] بالمثل [illegible].

وإذا سريان الميعاد الذي يبدأ من تاريخ الإجازة أو انقضاء مدة من وقت تاريخ العقد أو انكشاف التغرير أو انتهاء الإكراه إن كان العقد موقوفاً على إجازة الغير. أما إذا كان موقوفاً نقصه في أهليته أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد (المادة ١٣٦/٢) مدني. وإن مدة توقف العقد لانعدام موافقة على المعروض عند سريان المدة من اليوم الذي يعلم فيه الشخص بصدور العقد (المادة ١٣٦/٣) مدني.

أما في الحالة التي يكون سبب التوقف راجعاً إلى مجاوزة الوكيل حدود وكالته فتسري قاعدة التقادم الذي يقصر مدة إذا أدى الغير المتعاقد مع الوكيل أن يعلن حالة التوقف لصاحب الأصيل بأن يجيزه في (المادة ١٣٦/٤) مدني. فإن لم يعلن تعتبر كأنه سحب عقداً جائزاً فيه التعاقد. فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد كان من الحق له أن يعتبر كأن العقد من دون صدور الإجازة. كذلك تنص للعقد تخلف انقضاء المدة في الإجازة (المادة ١٣٦/٥) مدني.

وإذا اختار من توقف العقد لمصلحته نقض العقد في الميعاد تحتم على القاضي إعادة إليه حلاً مفسخ كما سبق بيانه. ومن أهم آثار العين حيث يجب أن يكون مداوماً بين الأدلي بناء على تصرفات سابقة (المادة ١٣٦/٦) مدني.

الإجازة:

تنص (المادة ١٣٦) مدني على أن: ١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد. وتنصرف في صحتها وجوده من عاقديها وقت صدور العقد ولا يضر فيها قيام العاقدين أو الأول أو المعقود عليه وقت الإجازة.

٢- ويجب أن يصدر الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر. وإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على رغبته في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً.

٣- ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي زال فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التدليس فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التدليس. وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه مالك صدور العقد.

ومفهوم من هذا النص أن الإجازة تزول بموت صاحبها، لأن بقول الإمام أحمد: جميع العقود [illegible] على [illegible] ملكين لشخص معين عليه أو ما يقوم مقامه [illegible] حسن [illegible] ولا تكون باطلة مباشرة بعقد من العقود من خيار الإجازة أو الشخص [illegible] الإجازة الآتية أو أن يتصرف [illegible] قبل قبضه أو غير ذلك مما يدل على رضاه بالعقد وعدم رغبته الخيار بالفسخ، [illegible] من دون أن يستعمل صاحب الحق [illegible] خيار الرد أو الإجازة يعتبر أنه عن [illegible] في حكم الإجازة الضمنية.

وتنتهي الإجازة بل بوفاة الذي تم فيه العقد، فتعتبر الوكالة المتضمنة من الإجازة [illegible] بل بالموت الذي تم فيه العقد أثر رجعي.

وإذا تم [illegible] صحيحا فورود من يملك الإجازة وقت صدور العقد، ولا يتوقف [illegible] العقود [illegible] الأصلي وقت صدور الإجازة، كما يجب لكي تكون الإجازة صحيحة أن تكون صادرة من المتعاقدين وهي لا تكون كذلك إلا إذا استكمل [illegible] الأهلية [illegible] أو بين الغائب أو المحتجز [illegible].

ولا بد من أن نوضح أن خيار الإجازة أو النقض يمكن انعقاده إلى ورثة من تقرر [illegible] الخيار، وهذا أمر يتفق فيه القانون الأردني مع الفقه الإسلامي، والحجة في هذه [illegible] أن أثر الإجازة أو النقض يستند إلى وقت التعاقد، ولهذا [illegible] استعمال خيار الإجازة أو الفسخ، دون أن يكون الحصول على [illegible] الإجازة [illegible] ومن أن يكون المتعاقد الآخر موجودا أو غير موجود، وكذلك لا يسقط الخيار بموت من تقرر له بل ينتقل إلى ورثته من بعده (المادة ٢٤١) مدني، إذا لم [illegible] من [illegible] أن يستعمل الخيار [illegible] (المادة ٢٤١) مدني[1].

---

[1] [illegible]

ثالثاً: العقد الصحيح اللازم:

وهو العقد الصحيح الذي ترتبت عليه آثاره والذي لا يستطيع أحد العاقدين أن يستقل بفسخه كالبيع والإجارة والصلح والهبة، ويلاحظ أن الهبة لازمة والعقد صحيح هنا لتمامه فيما وسنتكلم عن آثار هذا العقد في المبحث الثاني.

رابعاً: العقد الصحيح غير اللازم:

ويعبر عن هذا العقد بالعقد الجائز، وهو العقد الصحيح الذي يستطيع أحد العاقدين أن يستقل بفسخه، وهذا الحق ثابت في الصحيح إما أن يرجع إلى طبيعة العقد وإما أن يرجع إلى خيار من الخيارات مثل الأول: الوكالة والوديعة والعارية ومثال الثاني العقد الذي يتضمنه خيار الشرط أو خيار الشرط أو خيار الغبن أو خيار العيب.

خامساً: العقد الفاسد:

والعقد الفاسد عند الحنفية هو ما شرع بأصله لا بوصفه، فالأصل مشروع والخلل في الأوصاف بسبب في المشروع، فهو أعم في الحكم بملاحظة الأصل وفساد الوصف، أما الإمام أحمد فيرى أن المشروع إذا غير على أمر من ذلك على فساده فهي عنده سواء كان النهي لذاته أو لوصفه ملازم له أو لم يوصف بمجاور له والوصف إذا حسي عند الحنفي إن الموصوف، أن الوصف لا يوجد إلا مقارناً للموصوف ويزول بزواله، فالأمر إن كان النهي بوصف إن الموصوف، وإلا فلا يكون العقد صحيحاً أو صحيح عند الإمام أحمد.

وإذا الزم أحد العاقدين في عقد فيجوز لذلك من أحكام العقد الفاسد فيجوز له فسخ العقد وعدم حكمه إذا شاء، ويبقى العقود عليه وإن كان أحد العاقدين أو كليهما لم يعلم أن يفسخه، فحكم الفساد إلا إذا تعلق حق الغير في المعقود عليه أو حالة العقد عليه.

---

(١) [illegible] الإسلامي [illegible] الفقهي [illegible] محمد [illegible] [illegible] ص ٥٨٦ [illegible] ١٣٥٢.

(٢) [illegible] [illegible] ١٩٤٥ [illegible].

وإذا كان ما سبق من العقد الفاسد نادراً منعقداً في المذهب الحنفي، ترتب عليه آثاره دون خلاف، إلا بنظرية البطلان، وهذا ما أخذ أحسن القوانين المدنية العراقية، إذ لم يأخذ بفكرة العقود الفاسدة.

والفساد في العقد يندرج تحته صور متعددة، فهناك عقود فاسدة بشروطها، وهناك عقود فاسدة لورود جهالة، وهناك عقود فاسدة بالإكراه، أي لما يلابسها من غرر، وهناك عقود فاسدة بعدم [illegible] إذ ذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن كل جهالة في العقد (والجهالة تبيح أو مهدرة للأمن صحة) تورثه بطلاناً كلياً، لأن تعيين المحل وتحديده وما يتصل بهما [illegible] أساسية في نظرية أن الاجتهاد الحنفي فيرى الجهالة فيهما كما يتعلق بالأوصاف[1].

وبالمقابل المشرع العراقي فكرة الفساد الحنفي في العقد الفاسد [illegible] — [illegible] — [illegible] فاسد العقد وباطله، فقد نصت (المادة ٢٧/١) على أنه: «العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض الأوصاف [illegible]».

وكان على المشرع العراقي [illegible] أن يقرر [illegible] بعض صور العقد الفاسد [illegible] الإكراه والعقد الصحيح الموقوف [illegible] بغيره [illegible] العقد [illegible] والعقد الصحيح ما دام هذا [illegible] النظام العام ولا للآداب [illegible] التي أقرها في حرية [illegible] وسلطان الإرادة، وكذلك [illegible] العقد الفاسد [illegible] بالعقد الصحيح [illegible] المشرع العراقي أجاز [illegible] في المادة [illegible] مدني، أما العقد الفاسد [illegible] الذي [illegible] الباطل وكذلك العقد الفاسد [illegible] أو [illegible] نحو معيناً كلياً [illegible] للجهالة.

سادساً: العقد الباطل:

معنى العقد الباطل وسبب البطلان:

نص (المادة ٢٧/١) مدني على أن: «العقد الباطل [illegible] لا [illegible] باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه [illegible] فيكون [illegible] باطلاً إذا كان [illegible] أو [illegible] أو [illegible] ليس أهلاً للتعاقد أو [illegible]

---

[1] [illegible]

يخل من غاية الحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع [illegible] ويكون باطلاً أيضاً إذا
اعتبر بعض أوصافه كأن يكون العقود على مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير
مستوف للشكل الذي فرضه القانون.

ويحدث هذه المادة معنى عقد الباطل والسبب بطلان. وتسمية العقد بباطل عقد
نسبه بجاوز حد لا وجود له في الحقيقة والواقع وهذا لا أثر له ولا يعد حكماً.

والعقد الباطل هو الذي لا يصح أصلاً أي بالنظر إلى ذاته أي لا ينتج وجوده دون أن
يضطر إلى أوصافه أخلال جوهر. فأسباب البطلان قد تكون بسبب خلل في ذات العقد ومقوماته
أي في ركنه. وإما خلل في أوصاف الخارجة عن ذاته ومقوماته.

فالأول: مثل أن يصدر الإيجاب أو القبول عن ليس أهلاً للتعاقد أو لا يوافق القبول
الإيجاب. أو أن يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه أو أن يكون خالياً من السبب أو أن
يكون السبب غير مشروع: أو أن يكون المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام والآداب. [illegible]
هذه الأخلال في ذات العقد ومقوماته.

والثاني: مثل أن يكون العقود على مجهول جهالة فاحشة أو ألا يستوفي الشكل الذي
فرضه القانون فيه: كالكتابة في عقد الشركة (المادة ٥٢٤) مدني وعقد الهبة (المادة ٤٥٩)
مدني [illegible] (المادة ٤٤٩) مدني والتسجيل لدى الكاتب العدل في بيع المكائن أو رهنها
والقبض في العقود العينية، وتسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري.

والبطلان في القانون المدني العراقي ليس مرتب متدرجة: بل هو بطلان واحد وهو ما
نسميه بعض الفقهاء بالبطلان المطلق. أما نظرية البطلان النسبي فيطرحها القانون المدني
العراقي لأن مبناها لا يتلاءم مع صناعة الفقه الإسلامي الذي أقام القانون العراقي في
هذا المجال لأن العقد القابل للبطلان هو عقد صحيح تام الأثر وإذا كان كذلك فلا
يصح وصفه بالبطلان وإن سمي لكونه قائماً ومنتجاً لأحكامه. وهذه لا يتصور كيف
يحتاج إلى الإجازة وهذا تناقض لا يجوز ضرب [illegible] هذه الإجازة.

حكم البطلان:

نص المادة (١٤٠) مدني على أنه: إذا كان العقد باطلاً جاز لكل من مصلحته أن
يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. لا يزول البطلان بالإجازة.

والعقد الباطل معدوم قانوناً ولا ينتج أثراً ولمن من اللازم صدور حكم لتقرير هذا البطلان ومن كان يعرف فيه أن يرتب أثره على أساس أن العقد غير موجود. فإذا كان العقد باطلاً يمكن للبائع أن يتصرف في العقود عادة ما دام في ميراثه. كما أن كسب البيع لم يتبع فله بيعه إلى مشتر آخر وإجراء كافة التصرفات عادة وإذا كانت المشتري يأول دعواه بتسليم العين كان له أن يدفع الدعوى بالبطلان. أما إذا سلم البيع للمشتري فإن مدعي بطلانه من بائعه دعوى البطلان على المشتري ليسترد منه العين التي سلمها بمقتضى العقد الباطل. ويستمد دعوى البطلان كل من كسب حقاً في المحل يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه سواء كان قد كسب الحق من صدور العقد أو بعده. وتستمد بذلك من الطرفين وخلفهما العام والخاص. فيستمد من المتعاقدين ودائنيهما وورثتهما وكل من كسب حقاً عينياً على المحل موضوع العقد. ويعتبر كل حقاً شخصياً بالنسبة لهذا المحل.

فمن البيع الباطل يستطيع أن يتمسك بالبطلان البائع والمشتري وورثتهما ودائنوهما وسنتناول بعد ذلك البائع أو المشتري معاً عيناً على الدين مثبتة كمستأجر أو صاحب حق انتفاع أو ارتفاق أو دائن مرتهن. فلكل من هؤلاء مصلحة في بطلان البيع.

وعلى المحكمة أن تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها إذا ما رفع أمره إليها. فلو رفع شخص دعوى تعلق بعقد من وجد غير البطلان فعلى المحكمة أن تحكم بطلان العقد من تلقاء نفسها بسبب البطلان ولو لم يطالب المدعي بالبطلان. إذ يجب على المحكمة أن تعتبر ما هو معدوم قانوناً كأن لا وجود.

ويمكن التمسك بالبطلان في العقود المؤبدة عن التمسك بالبطلان في معاملة الباطلة. فإن العقد الموقوف حقاً قائم موجود ويتحتم التمسك بالبطلان فيه بإحدى الطرقين دون غيرها.

والعقود المستمرة لا تنتهي إلا إذا أراد الأطراف إنهاءها. إذ هي لا تنتهي في العقود الموقوفة فحسب بعد العقد الباطل مرجحاً بالإجازة. وكما أن البطلان لا يزول بالإجازة فهو كذلك لا يزول بالتقادم. ولكن قد يتساءل عن تقادم دعوى البطلان حيث أن دعوى البطلان غير محددة في التشريع فتعتبر غير مسجلة بتقادم طويل. وقد يتساءل عن تقادم الحق المكتسب ثم قام بعد ذلك بإبطال أو ورثته دعوى البطلان. فإن تعذر التمسك بأن يدفع هذا الدين بالبطلان أو ورثته لأن البطلان لا يزول بالتقادم

وإنما يستفيد أن [illegible] الاكتساب بالتقادم المكسب، فإن [illegible] المتعاقدين مقصودة وإنما لا تؤدي إلى تحقيق المقصود.

أما انقطاع العلاقة فهو لا يستقيم أصلاً بانقطاع الأجر لأن المبيع لا ينقطع فوقاً [illegible] البائع بعين المبيعة وتقادم الزمن على هذا الوضع ثم رجع الآن يدعي على البائع بطلب التسليم فالبائع له في بطلان هذا البيع رضاً من مرور الزمن.

أثر الحكم بالبطلان

[illegible] (المادة [illegible]) معنى أن هذا [illegible] العقد الباطل لا ينعقد ولا يترتب الحكم أصلاً [illegible] فإذا بطل العقد بعد التنفيذ [illegible] الحالة التي كانت عليها قبل العقد. فإذا كان [illegible] مستحيلاً حكم بالحكم بتعويض معادل [illegible] ومع ذلك لا يلزم بتقديم الإعادة إذا أبطل [illegible] يمكنه أن يرد غير ما عاد منه من منفعة [illegible] تنفيذ العقد.

يظهر من هذا النص أن العقد الباطل لا يترتب أثراً ولا يعد بالحكم [illegible] وإذا بطل العقد وجب إعادة كل شيء إلى أصله سواء بطل لأنه غير منعقد أو لأنه قد أبطل بعد أن كان موجوداً. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد [illegible] قاعدة عامة. فإذا كان أحد المتعاقدين قد قام بشيء للآخر تنفيذاً للعقد جاز له استرداده كاملاً. إذا استحال [illegible] الحالة [illegible] كأن يكون العقد الأجر في المثال المذكور قد [illegible] ما تسلمه أو ذلك في [illegible] الحكم [illegible] بالتعويض المعادل [illegible] [illegible] ولا معنى [illegible] أن يستثنى من هذه القاعدة العامة [illegible] إذا كان سبب البطلان نقص الأهلية [illegible] الأهلية إذا أدى عقده لنقص أهليته وكان الطرف الآخر [illegible] تنفيذاً للعقد الذي أبرمه بعد ذلك، فله طلب [illegible] ما سلمه به [illegible] العقد، إلا أن الحكم [illegible] إلا [illegible] النقص [illegible] ولا تطبق [illegible] القاعدة العامة [illegible] نقص الأهلية. وهذا الرأي [illegible] أي الإمام [illegible] في [illegible] المسألة [illegible] على استفادة [illegible] الأهلية [illegible] الناقص [illegible] [illegible] أكثر [illegible] ما [illegible] إليه والذي [illegible] [illegible] استفادة [illegible] الأهلية من [illegible] [illegible] الأهلية [illegible] أنه لم [illegible]

[illegible] أن [illegible] وأن الإثبات لا يصح به بل النفي[1].

الآثار التي تترتب على العقد الباطل:

الآثار الشرعية والآثار العرفية: في حالات قليلة يرتب القانون على العقد الباطل آثاره الشرعية كما لو كان صحيحاً، وهذه الحالات تتصل دائماً بفكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات. ومن الأمثلة على ذلك عقد الشركة الباطل، فهو يتيح مع ذلك الآثار باعتبار الشركة قائمة وصحيحة، ويحدد الشركاء مسائل هذه الشركة الباطلة ويتقاسمون أرباحها وخسائرها المترتبة عليه في العقد نفسه.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً العقد الصوري، فهو عقد مستور في العلاقة بين طرفيه، وذلك العقد قائم في نظر الغير، ويجوز لأي شخص أن يتعامل مع أحد طرفي العقد حسن النية، ويرد هذا العقد بل إنه لو قامت النص بالعقد الصوري وتسمية البعض بالأحد [illegible] فإنه في الأغلبية تكون إلى تمسك بالعقد الصوري.

وفي بعض الحالات الأخرى يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرفية باعتباره واقعة مادية وليس باعتباره عقداً، ومن الأمثلة على ذلك عقد الزواج غير الصحيح في الشريعة الإسلامية، فهو لا ينتج آثار الزواج الصحيح في الشريعة الإسلامية كوجوب النفقة ووجوب التسليم والتوارث، ولكنه ينتج بعض الآثار العرفية كوجوب العدة

---

(1) [illegible]

[illegible]

على أن أغلب الآثار المترتبة التي قد تترتب على عقد باطل هي من باب [illegible] انفساخ العقد أو تحول العقد، وهو ما سنراه [illegible].

أ- انفساخ العقد:

تنص المادة ٢٣٩ م من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فإن العقد برمته هو الذي يبطل، أما إذا كان العقد يحتوي شرطاً اعتبر مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليبرم بغير الشق الذي وقع باطلاً".

تقرر هذه المادة قبول الحكم الذي أسسته نظرية انقسام العقود، ومفادها أن العقد ليس بمثابة أمر واحد، وكان صحيحاً بالنظر إلى بعضها وباطلاً بالنظر إلى البعض الآخر، فإن العقد لا يبطل في الجميع، بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر إليه، ويبقى قائماً مستقلاً صحيحاً بالنظر إلى ما كان صحيحاً فيه، فيكون هناك من الإجازة عقداً مستقلاً له، عملاً بقاعدة تصحيح العقود قدر الإمكان، فالعقد إذاً لا يبطل بل ينقسم. لكن إذا تبين أن الشق الذي وقع باطلاً لم يكن العقد ليبرم دونه، بل هو عنصر جوهري يدخل فيه، يكون باطلاً في الجميع لعدم إمكان الفصل بينهما.

فهو فرض صحة القسمة بشرط غير مشروع، أو أن يبيع وقع على مال مملوك له وعلى مال مملوك لغيره، أو ورد على عقار أجنبي وقع الباطل في نمط جوهري يمكن تجزئته، فإن العقد لا يصيبه البطلان إلا الشق الذي قام به سبب البطلان، ويبقى العقد صحيحاً في الباقي، إلا إذا تبين أن هذا الشق عنصر جوهري منظور فيه في العقد، لم يكن العقد ليبرم دونه، وتصبح الإرادة التي باشرت بتصرف باطل.

ومن الأمثلة على انقسام العقد أيضاً تخصيص سعر الفائدة الذي جاوز بل [illegible] الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، وتخفيض مدة التقادم الذي جاوز الحد القانوني [illegible] وهو الحد الأقصى المسموح به الاحتياطي.

والنظرية المعتمدة عند الفقهاء تجعل العقد وحدة لا تتجزأ، فإن بطل في الرضى بطل في

مكان. وإن كتب الفقهاء في الفقه الإسلامي ما يدلنا على أن بعض الفقهاء ذهب إلى القول بانتقاص العقد كما يظهر من فتاوى [illegible] [illegible] من ذلك كما [illegible] به فتاويه(١).

٢ـ تحول العقد:

تنص المادة (١٤٠) مدني عراقي على أنه (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد).

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر [illegible] عن [illegible] القانون المدني الألماني في المادة ١٤٠ منه. أما القانون المدني الفرنسي فلا يعرف مثل هذه النظرية، ومع ذلك فإن محاكمه يمكن الأخذ [illegible] تطبيقاً لنظرية التكييف(٢).

---

(١) [illegible] انتقاص العقد [illegible] في الفقه الإسلامي [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

(٢) [illegible] [illegible] تحول العقد [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] [illegible] [illegible]

ويقرر هذه قاعدة قول بالحكم الذي أسسه نظرية تحول العقد، وصاحبها أن العقد إذا وقع باطلاً، ولكن توافرت فيه عناصر عقد آخر، فإنه يتحول إلى هذا العقد الآخر إذا توافرت شروطه. أن المتعاقدين كانا يقصدان بينهما بيع هذا العقار، كان باطلاً، فيبطلان العقد الذي قصداه، وبعبارة أخرى يقاس بأنهما صحيحان لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان، بل من النوع الذي توافرت فيه عناصره. فالتحول يعتمد ثلاثة شروط:

١- أن يكون العقد باطلاً، فإذا كان صحيحاً فليس هناك تحول.

٢- أن تتوافر فيه عناصر العقد الذي يتحول إليه بتمام مقوماته الأصلية.

٣- أن يقوم الدليل على أن هذا المتعاقدين كانا يقصدان إلى الإتيان بالعقد الذي يتحول إليه، أخذ فيما لو علما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان.

وأبرز مثال على ذلك هو الوصية التي لا تستوفي الشروط الشكلية المطلوبة في حالة نشأة بعد تحرير لها توافر فيها شروط عقد وإن كان يعتبر عقداً باطلاً.

ومن الأمثلة على تحول العقد إبطال العقد الرهني الذي يقع بعد الرهن، إذا لم يتم احترام شكليات العقد، فإنه يتحول إلى سند عادي ما دام مستوفياً من حيث شروطه، والمسند بذلك الدين كتابة أحد المتعاقدين فيتحول إلى سند مديونية إذا كان الدين بالغاً ملزوماً لأن صفة المديونية تدخل في أصل الإقرار الذي يستوجب تطبيقه من خلاف قسمة الأموال التي تعتبر من أصناف العقود، وأقرب إلى ذلك يتحول إلى عقد إذا كانت قد اشتملت على متحول مرئي لمتعاقدين[1].

ويلاحظ أن التحول العقدي لا يجري إلى مجرد تصحيح إرادة المتعاقدين، فإن تحول العقد ليس مجرد تعبير للإرادة إلى درجة تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين وتبدل عقدهما لتصحيح عقد بإرادة نفسه فيه، وذلك بناء على تقييمها الخاصة.

ولا يشبه تحول العقد بتصحيح العقد إلى أنه تظهر في الصحة فيه التحول بناء بتمام في العقود الباطلة والتي يقع في مخالفة التصحيح، والتحول يقوم لإعادة التكييف الذي منح المتعاقدين، وتصرف العقد، ومع تحقيق المتعاقدين.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

الفصل الثاني

آثار العقد

تمهيد: نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع

١- إذا نشأ العقد صحيحاً ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ ولا ما يجعله لازماً أصبحت له قوة ملزمة وأمكن إجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه، ولكي يكون هذا التنفيذ ممكناً يجب تحديد أطراف العقد أولاً، ومضمونه ثانياً. والأصل في هذا الباب أن أثر العقد لا يتعدى إلى غير المتعاقدين، وهو ما نبين بتأكيد أن أثر العقد نسبي من حيث الأشخاص، والأصل كذلك أن العقد لا يلزم إلا بما تضمنه العقد، ويعبر عن ذلك بأن أثر العقد نسبي من حيث الموضوع. ونرى كلاً من هذين المبدأين في الصفحة في فرع مستقل.

الفرع الأول

أثر العقد من حيث الأشخاص

المتعاقدان والغير

٢- الأصل أن أثر العقد لا يسري إلا في حق المتعاقدين، ولكن قد يسري هذا الأثر في حق غيرهما استثناء. ونرى كلاً من الأصل والاستثناء في مبحث مستقل.

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

تحديد معنى المتعاقدين

٣- تعبير «متعاقدين» يشمل بالإضافة إلى المتعاقدين نائبيهما، منهما الممثل وخلفاءهما العام والخاص وذلك بيانهما التاليين. ونرى هنا أثر العقد بالنسبة لكل من النائب والأصيل.

[illegible]

المطلب الأول

الخلف العام

سريان أثر العقد في حق الخلف العام

[illegible]

مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

[illegible]

مدى انتقال الحقوق إلى الخلف العام

٥- وقد اختلف الفقهاء المسلمون في أنواع الحقوق التي تنتقل إلى الخلف العام، فذهب بعضهم إلى أن الحقوق التي تنتقل إما هي الحقوق المالية فقط، وذهب آخرون إلى أن كل أنواع الحقوق تنتقل إلى الخلف العام، سواء أكانت مالية أم غير مالية. ومستند هذا الاختلاف بين المسلمين في ذلك هو اختلافهم في رواية حديث حسن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقد روى بعضهم عنه أنه قال: «من ترك مالاً فلورثته»، وروى آخرون أنه قال: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته». فالذين أخذوا بالرواية الأولى وهم الجمهور، ذهبوا إلى أن ما لم يكن مالاً أو في حكمه المالي لا ينتقل إلى الورثة، ورأوا على ذلك أن الطابع والشؤون الشخصية لا تنتقل إلى الورثة. وأما من أخذ بالرواية الثانية وهم غير الجمهور، فذهبوا إلى القول بأن الحقوق جميعاً المالية وغير المالية وحتى الشخصية هي التي تنتقل، ما عدا ما نص به الشرع من أنه لا يجوز انتقاله إلى الخلف العام.

الاستثناء

٦- هناك حالات لا يتصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام، وهذه الحالات إما أن لا يتصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام من كافة عناصره، وإما أن يتصرف فيها الأثر لأن النظام يعتبر الخلف العام من هم المتعاقدين، ويرى كلاً من هاتين الحالتين على حدة.

أ- عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً عاماً

٧- لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام في هذه الحالات إما لأن الأهلية [illegible] ثابتة [illegible] وإما لأن طبيعة الحق تقتضي ذلك، أو لأن [illegible] الحق [illegible] عن انتقاله إلى الغير.

٨- [illegible] يتفق الفقهاء على أن لا يسري أثر العقد في حق الورثة [illegible] إذا كان [illegible] الأمر والمستأجر على [illegible] العقد [illegible] في هذه الحالة لا [illegible] ورثة المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة [illegible] مورثهم.

٩- وقد تأتي طبيعة أمر [illegible] إلى الورثة [illegible] من الانتفاع [illegible] بالاختصاص [illegible] صاحبه.

[illegible] أثر العقد في حق الخلف أيضاً إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار [illegible] الخلف. مثال ذلك: ما إذا وكل شخص شخصاً وكالة عامة لإدارة معينة [illegible] الخاص فمن شأنه إدارة وكالته له من تمام دون أيضاً. فلا يستطيع الأصيل أن يطالب [illegible] إلى آخره وإكمال [illegible] ذلك أن شخصية الأب كانت محل اعتبار [illegible] [illegible].

ب - عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام لاعتباره من الغير

[illegible] الخارج الورثة فيهم من غير المتعاقدين: لا خلافاً [illegible] فلا [illegible] في حقهم تصرفات مورثهم. والسبب الذي دعا المشرع إلى تقرير [illegible] الحكم من حماية الورثة من تصرفات مورثهم التي يقصد بها الإضرار بهم. والتصرفات التي يستطيع المورث الإضرار بها بورثته هي الوصية: المشرع في مرض موته. وحينئذ [illegible] من المورث في الإضرار [illegible] تركته. فإذا أوصى بأكثر من ثلث [illegible] الوصية في حق الورثة إلا إذا أجازوها. وإذا توفي الإنسان وهو في مرض موته فإن ذلك يعتبر في حكم الوصية ولا ينفذ في حق الورثة ما زاد عن ثلث التركة. ويعتبر في حكم الهبة الإبراء والكفالة في مرض الموت.

المطلب الثاني

الخلف الخاص

معنى الخلف الخاص

أ - الخلف الخاص هو من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بذاته أو حقاً عينياً على هذا الشيء. فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً للواهب والمرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن وهكذا.

مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه

[illegible] الخلف الخاص عن الخلف العام في أنه يخلف سلفه في شيء معين بالذات في حين أن الخلف العام يخلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها. فمن الطبيعي إذاً أن لا يتأثر الخلف الخاص بكل تصرفات سلفه بل يتأثر بالتصرفات الصادرة من [illegible] والتي تتعلق بالشيء الذي [illegible] أن لا يكون التصرف صادراً

من ملكه قبل انتقال الشيء إليه، مثل قيام [illegible] بإبرام عقد بيع عقار مملوك للغير، ثم يأتي المالك فيقرر انتقال إلى المشتري وهي مرحلة [illegible] بعد سريان أثر التصرف في حق الخلف الخاص توفر الشرطين التاليين:

١ - أن يكون التصرف متعلقاً بالشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص.

٢ - أن يكون الحق المراد [illegible] من سابق قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

شروط سريان تصرف السلف في حق الخلف الخاص

١١ - هناك شرطان يجب توفرهما لسريان أثر تصرف السلف في حق الخلف الخاص هما:

١ - أن يكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء.

٢ - عدم اختلاف الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات.

وقد نصت على هذين الشرطين الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني بقولها: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي يتلقى فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". ونرى كلاً من هذين الشرطين على حدة.

الشرط الأول - الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء

١٢ - لتحديد الحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء يمكننا وضع المعيار التالي: تعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له، وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له، ولكي يتم تحديد ما يعتبر من مكملات الشيء، ومتى يعتبر الالتزام من محدداته؟ هذا ما نراه في ما يلي:

أ - الحقوق المكملة للشيء

١٣ - يعتبر الحق من مكملات الشيء إذا كان من شأنه أن يقويه أو أن يدرأ عنه ضرراً أو أن يزيد في قيمته ومنفعته، وهو يتبين كذلك في الصور التالية:

١ - إذا أمن شخص على منزله من الحريق خلال مدة التأمين لمدة سنة ثم بعده حدث حريق في المنزل على قبل التأمين إذا اشترى المنزل بعطل إلى المشتري وذلك لأن من ذلك هذا الحق أو يكون ضرراً على المنزل. هذا ما لم يكن شخصية المؤمن له هي الدافع في عقد التأمين.

٢ - إذا اشترى شخص منزلاً وشرط على البائع عدم فتح متجر أمام المنزل ثم باع المتجر فإن هذا في عدم المنافسة ينتقل إلى المشتري الثاني وذلك لأن من حق هذا أن يكون ضرراً من المتجر ولا يزيد في قيمته ومنافعه.

٣ - يجب الانتباه إلى أن المشتري المتجر يحق في مطالبة المستأجرين الذين كانوا يعملون في المتجر بعد عقود العمل التي كانوا قد أبرموها مع المالك السابق للمتجر باعتبار أن هذا الحق قد انتقل إلى المشتري. هذا إذا المتجر مستأجر لم يشترط أن شخصية صاحب المتجر كانت هي العامل في اختيار هؤلاء المستخدمين وهذا يعني الذي يعرف به تقديمه للمشتري المتجر من شأنه أن يزيد في قيمة المتجر ومنافعه[1].

الحقوق غير المكتملة الشيوع

٤ - إذا لم يكن الحق مكتملاً شيوعاً فلا ينتقل إلى الخلف الخاص وهو لا يعتبر مكتملاً في الصور الآتية:

١ - إذا اتفق صاحب أرض مع مقاول على بناء دار على الأرض ثم باع الأرض قبل الحلول فلا ينتقل إلى المشتري لأنه لا يعتبر مكتملاً للأرض. فيجب من هذا أن يجري ملكية الأرض ولا أن يبرأ ضرراً عنها ولا أن يزيد في قيمتها أو منافعها.

---

[1] [illegible]

وكذلك الحكم إذا استأجر صاحب سيارة عملاً يضع في سيارته وكراجها، فإذا باع السيارة فسعد في وضع السيارة لا ينتقل إلى المشتري، ولا يستطيع هذا الأخير مطالبة صاحب الكراج بوضع السيارة بالكراج غير أنه من يتبع السيارة في يده هو في الكراج قد انتقل إليه.

٢- إذا كانت الجمعية السلف على اعتبار عدم نشوء الحق، مثال ذلك ما إذا تعهد مدير مستغلي بالجمعية بتمرير على أرض تملكها الجمعية ثم باعت الجمعية الأرض فهنا نقل التداول بيد المستغلي بالمبيع المتفق عليه لا ينتقل إلى مشتري الأرض، ذلك أن الجمعية بالجمعية كانت على اعتبار عدم تعهد التداول بيد المستغلي.

ب - الالتزامات المحددة للشيء:

٥- يجب بالتزام محدداً للشيء إذا كان من شأنه أن يلزم السلف باستعمال ملكه على نحو معين أو أن يقل يده عن استعمال بعض حقوق ملكيته، ونرى كلا من هذين النصين على حدة.

أ- التزام السلف باستعمال ملكه على نحو معين:

فإذا اشترى شخص قطعة أرض في أرض مقسمة إلى قطع لبناء المنزل، وشرط عليه البائع أن يكون البناء على نحو معين أو أن يبني بوعاً محدداً من البناء كمقهى أو دكان مثلاً، ثم باع المشتري قطعة الأرض، والتزمه بالبناء على النحو المتفق عليه أو بعدم بناء مقهى أو دكان ينتقل إلى المشتري.

٦- التزام السلف الذي يقل يده عن استعمال بعض حقوق الملكية

وفي هذا الشأن قضت محكمة دوبي في فرنسا في حكم لها صادر في ١٢ يناير ١٩٥٠ بأن التزام صاحب دار مهجورة الخشبة بعدم إبقائه هو وخلفائه من بعده بالسكوت والاستمرار بحفظاته وهجرة بنقل إلى المشتري ملكاً وفر قصد المشتري شراء أرض من شركة تعمل في استخراج المعادن، استوجبت عليه الشركة أن لا يرجع عليها بضمان إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في ١٢ كانون الأول ١٩٥٩ بأن هذا الشرط يسري لصالح المشتري.

[illegible] وأن يقرر من حلاه مبدأ من حقوقه كمالك. وفي قضية أخرى قدم شخص عقارات على أولاده في أثناء حياته وكان أحد هذه العقارات يمنع بيع الشرب [illegible] الأب في وصيته على أولاده بأن يكون مقدار من نصيبه أن يستحق لإخوته بأخذ الدم من الجد. اختار مشتري له حق الشرب فلما مات الأب باع الولد صاحب حق الشرب العقار ولم يشترط حق المشتري أن يستحق لإخوته [illegible] في ٢٩ حزيران ١٨٨١ بسريان أثر الشرط الذي اشترطه الأب في وصيته [illegible] الشرعي والتزامه بالسماح لإخوة [illegible] وقد علقت المحكمة في حكمها قاعدة بأن الإنسان لا يستطيع أن يعطي أي جزء من الحقوق أكثر مما يملك أو يملك [illegible] يعطي [illegible] عقب الغنيمة [illegible].

الالتزامات مع الخلافة للغير:

١٦- وإذا لم يكن الالتزام مقيداً لشيء فلا ينتقل إلى الخلف الخاص، وهو يعني كما [illegible] في الصور التالية:

١- إذا لم يكن من شأنه أن يزيد [illegible] بالمعدات ملكه على نحو معين ولا أن يقلل [illegible] من المتصل بمعنى حقوق المالك. فإذا نص [illegible] فسخ [illegible] بعد ظهور يوم الأحد من كل أسبوع ثم باع أسهمهم [illegible] يعتبر فسخ [illegible] لا ينتقل إلى المشتري. وفي قضية [illegible] أصحاب [illegible] مع الخراط [illegible] على أن تدفع الشركة [illegible] الامتياز إلى [illegible] أخرى [illegible] ثم باعت [illegible] من امتيازها ورفض [illegible] دفع الأجور الإضافية. فقضت محكمة نقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠ كانون سنة ١٩٠٨ بعدم التزام [illegible] في دفع الأجور الإضافية.

وفي مثل هذه الأحوال التي [illegible] مع [illegible] على [illegible] الأرض [illegible] الأرض [illegible] لا ينتقل إلى [illegible] الخاص [illegible] لا يعتبر [illegible].

وفي مثل هذه الحالة السيارة التي اتفق مع صاحب (الكراج) على وضع السيارة في الكراج، فكما أن حق صاحب السيارة في وضع سيارته في الكراج لا ينتقل إلى مشتري السيارة لا يبقى إلى (ذي المصلحة) كذلك التزام بائع السيارة بدفع أجرة السيارة وقد لم يضع سيارته في الكراج[1].

٢- إذا كانت شخصية المالك محل اعتبار أو روعيت فيه صفة خاصة عند نشوء الالتزام فالالتزام لا ينتقل كالملك إلى الخلف الخاص، فإذا باع شخص حصة شائعة في دار من دور وأشترط عليه أن يعمرها الدار بالمرم كلما احتاجت الدار إلى ذلك ثم باع المشتري حصته في الدار من شخص آخر فالتزامه بتعمير الدار لا ينتقل إلى المشتري ذلك إن الالتزام كان مبنيا على صفة خاصة في المعمار. ولا يمكن القول كانت بناء الالتزام في ذمة المعمر بصفة شخصية، ذلك أن المفهوم من نظام الرومان أن يقضي ملزما بتعمير الدار في محلات المنزل التي يقيم فيها شريكه فيها، وإلا كان التزاما مؤبدا وهذا لا يجوز.

الشرط الثاني – علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات

٧٧- تقرر الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني الأردني أن انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص، بالإضافة إلى كون هذه الحقوق والالتزامات متصلة بالشيء المنقول الذي انتقل إلى الخلف الخاص، وهذا الشرط لا أهمية له إلا بالنسبة لانتقال الالتزام، ذلك أن الالتزام لا يمس في حد ذاته الأشخاص إلا بإرادته أو بنص القانون. وما دمنا بصدد التصرفات القانونية أي الالتزامات التي مصدرها الإرادة فلا بد من علم الخلف الخاص بالالتزامات لانتقالها إليه من السلف لانتقال الحق في علم الخلف الخاص عند لا أهمية له، وأهميته إنما هو مهم للمدين إذا كانت شخصية الدائن (أي السلف) محل اعتبار في العقد والسبب في علم الخلف الخاص بالحقوق وانتقالها إليه هو أن القانون يعد الشرط هذا الشرط مرادفا للمصلحة، فانتقال الحق إليه بدون علمه لا يمس حقه بشيء.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الغربي ولا سيما مدرسة العلم يعتبر تسجيل المحررات المنشئة للحقوق العينية في السجل العقاري علما كافيا.

---

[1] ملكي الأمين مرسه علم ١٩٥٥ إ ينتقل من التزام بالقانون ٤ ... من أصل ... من ... ص ٣٢

المبحث الثاني

أثر العقد بالنسبة لغير المتعاقدين

تحديد غير المتعاقدين فريقان

١- رأينا في المبحث السابق أن أثر العقد لا يسري في حق غير المتعاقدين، وهنا لا نعني بالمتعاقدين بالمعنى المتعاقدين نفسهما وخلفهما العام والخاص، وبالنسبة للغير، فإذا أريد أن نحدد غير المتعاقدين أي الشخص الذي لا يسري العقد في حقه فإنه يكون أحد شخصين.

١- فهو إما أن يكون أحد الأشخاص الذين يعتبرون في حكم المتعاقدين أي في حالة الخلف العام والخاص وبعض الدائنين، ولكن لا يسري العقد في حقه في هذه الحالة.

٢- وإما أن لا يكون في حالة الأشخاص المتقدمين فيكون أجنبيا تماما عن العقد ويعتبر كلا من ذلك على حدة.

الفريق الأول - الخلف والدائنون في حالات استثنائية

١- لا يسري أثر العقود التي يبرمها الإنسان في حق خلفه ودائنيه استثناء في حالات يتسبب فيها سوء النية والقصد لديه ويدخل جزء من التشريع الإسلامي على سوء نية وقصده والعدوان الذي يدخل على الخلف والقصد الذي هنا هو الإضرار بالخلف والدائنين، وهذه الإضرار بالخلف بالنسبة لكل تريد عنه بالنسبة لعقد، ويرى كلا منهم حكم خاص.

١- الخلف العام

٢- بالنسبة للخلف العام لا كان انتقال مال إليه من سلفه لا يتم إلا بالموت فالأصل أن يتصرف هذا السلف الإضرار بخلفه حتى التي تكون مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يحصل في الوصية. فإذا أراد الإنسان الإضرار بورثته عمد إلى الإيصاء بكل ماله لأجنبي، ولكن الشريعة ترفض مثل هذه الحالات فلم تجيز للإنسان أن يوصي بأكثر من ثلث ماله فإذا أوصى بأكثر من ثلثه فالوصية في حق الورثة لا في الثلث، وأكثر من الثلث بالنسبة لما زاد عن الثلث.

وبأحد حكام الوصية كل تصرف فيه تبرع إذا وقع في مرض الموت كالهبة والوقف والكفالة والإقرار والبيع والشراء إذا كان فيه محاباة.

٧- الخلف الخاص

٢١- وإذا كان الخلف العام يخلف سلفه في جميع مراكزه بما له وما عليه فالأمر ليس كذلك بالنسبة للخلف الخاص. فالخلف الخاص يخلف سلفه في حق معين أو أكثر من حقوقه، وتصرفه إما أن يرد على ملكية العين في الحالتين أو أن يتضمن نقلاً أو حقاً أو عبئاً مترتباً في الحالة الأولى وحق ملكية فيها في الثانية.

٢٢- فإذا ورد العقد في الحالتين على ملكية العين فمن المسائل في التاريخ والعمل العقد. فالأصل في التاريخ غير ثابت في حق من انتقلت إليه ملكية العين بالنسبة للمستقبل في التاريخ وأما ما عدا من العين بالنسبة للعقد فالأصل في التاريخ وإذا تساوى العقدان في التاريخ فيفضل الخاص، فأي منهما المشهر وحصر العقد الآخر غير ثابت في حقه فالعقد هو من العين بالنسبة لهذا العقد وإذا لم يحصل تسجيل في تساوى العقدان في حق سبقهما ولا يفضل أحدهما على الآخر وعندئذ يرجعان على المسائل بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في مسؤوليتهما في حينه.

٢٣- وإذا تعدد العقد الأول ناقلاً من الملكية إلى الخلف أو أكثر وتعدد الخلف الأول ملكيتها فيتقدم الخلف الذي رجحت في انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص. وإذا تبين أن وراثة العقود يشترط سريان الانتقال هذه الحقوق والالتزامات من الخلف الخاص الذي تسري بالنسبة أثر العقد الذي أبرمه سلفه في حقه وهكذا الأمر بالنسبة لانتقال الحقوق والالتزامات من الشيء وحصر الحقوق والالتزامات من الخلف الخاص إلى الخلف الخاص فإذا أعمل أحد عقدي المتصرف له سريان العقد في حق الخلف الخاص وعقد آخر من العين بالنسبة للعقد.

٢- الدائنون العاديون:

٢٦- والدائنون العاديون دائنون مديونهم في حق شخصي، والذي يضمن هم المدينون على حقوقهم إنما هو العناصر المؤلفة في ذمة مديونهم. فالطريقة التي يستطيع بها الدائن الاعتراض هي اتخاذ هذه العناصر ضمانة فيها. فيمكنه إذن منع تبديد أموالها أو تهريبها بشرط يكون له عند قبض صورية تجعله يراهم مدينون الصوريون الدائن الحقيقي فيستطيعون زيادة أموال مدينه فلا يحصل على كل حقه. في هذا الطريق لا تعتبر العقود التي أبرمها المدين تتضمن الإضرار بدائنه نافذة في حق هذا الدائن، ويستطيع الدائن بدعوى الصورية لإعلان عدم نفاذ هذه العقود في حقه. ويدل هذه الدعوى ولا يدعى عدم نفاذ تصرفه. الدائن في حق دائنه.

الطريق الثاني ـ الغير الأجنبي تماماً عن العقد:

٢٧- أما الغير الأجنبي تماماً عن العقد، وهو الذي لم يكن طرفاً فيه ولا خلفاً ولا دائناً لأحد طرفيه، فلا يسري العقد في حقه فهو لا يستفيد منه ولا يضار منه، فلا يكتسب حقاً ولا يلتزم بالتزام. فإذا باع شخص داره مثلاً ولم يسجل عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري فلا يستطيع الجار أن يعترض على ذلك لأنه أجنبي تماماً عن العقد. وكذلك إذا اصطلح أحد ورثة الدائن مع المدين فالصلح لا يسري في حق باقي الورثة الآخرين وهم يعتبرون أجانب بالنسبة للصلح.

استثناء:

٢٦- على أن قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير غير مطلقة، إذ ترد عليها بعض الاستثناءات. وهذه الاستثناءات إما أن ترجع إلى اعتبارات من العدالة أو إلى ضرورة احترام المعاملات، وقد ترجع إلى اعتبارات أخرى.

١- فالعدالة قد تقضي بأن يكون الغير الذي هو أجنبي تماماً عن العقد دعوى مباشرة ضد أحد المتعاقدين في مواجهة أحد المتعاقدين ضد الآخر. من ذلك أن للمستأجر أن يرجع على المستأجر من المستأجر (المستأجر من الباطن) بدعوى المستأجر الأول بأن يدفع له الإيجار مع ما يكون مدين في ذمة المستأجر الأول مع أن العقد لم يكن طرفاً في العقد المبرم بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني. ومن ذلك أيضاً ما يقضي

به القانون من أن المقاول من المقول (المقاول من الباطن) والعمال الذين استخدمهم المقاول في تنفيذ العمل يطالبون رب العمل مباشرة بما هو في ذمته للمقاول، شرطاً أن لا يجاوز الدين الذي يكون مديناً به للمقاول وقت رفع الدعوى. فرب العمل لم يكن طرفاً في العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد معه وبين المقاول الثاني ولا في العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد معه وبين العمال الذين استخدمهم المقاول الأول. ومع ذلك فلهؤلاء (المقاول الثاني والعمال الذين استخدمهم المقاول الأول) دعوى مباشرة ضد رب العمل في دعواهم ضد المقاول الأول. وهناك حالات أخرى للدعوى المباشرة نعرض عن ذكرها خشية أن نعود إليها في حينه.

٢٠ - وقد يفضي صورة استقرار المعاملات بسوء النية أن شخصاً لم يكن طرفاً فيه. من ذلك تصرفات الوارث الظاهر فهي ملزمة للمورث والوارث الحقيقي من أنه لم يكن طرفاً فيها، ومن ذلك أيضاً الوفاء للدائن الظاهر يكون صحيحاً إذا تم بحسن نية.

٢١ - وهناك اعتبارات أخرى تقضي بسريان العقد في حق شخص لم يكن طرفاً فيه. من ذلك ما تقضي به القوانين الحديثة في حالة إفلاس المدين من أنه إذا اتفق أغلبية من الدائنين على صلح معين من الديون على الصلح مع المدين المفلس فإن هذا الاتفاق يلزم الأقلية التي لم ترض بهذا الصلح ولو لم تكن طرفاً فيه.

ولكن الاستثناءات المتقدمة ظاهرية أكثر منها حقيقية

٢٢ - لكننا إذا أمعنا النظر في الاستثناءات المتقدمة فإننا لا نجد أمام استثناءات حقيقية. ذلك أن الأثر النسبي للتصرف بل القرار لم يكن الأثر الذي قصده المتعاقدان عند التعاقد، بل قضى به القانون لاعتبارات خاصة، ولا دخل لإرادة المتعاقدين في تصرفه إلى الغير. وإنما حتى يتبين التقرير ما إذا كان في استطاعة شخص يريد أن يجعل أثر عقد يبرمه في حق شخص آخر أجنبي عاماً منه (عن الغير). وللجواب عن ذلك يجب التمييز بين الالتزامات والحقوق التي يمنحها العقد. مثال الأولى ما إذا أبرم زيد عقداً مع عمرو وتعهد في العقد أن يعمل شيئاً ثالثاً بفعل القيام بعمل أو منع القيام بعمل، وهذا يتأتى به التعهد من أن يبرم مثلاً عقداً ما إذا أبرم زيد عقداً من

[illegible] وأشرنا في العقد [illegible] وهذا يقال له بالاشتراط لمصلحة الغير.

فهي إما [illegible] من الثلاثة في الحالة الأولى [illegible] وحل [illegible] أن [illegible] الثانية [illegible] الذي اشترط [illegible] الاشتراط لمصلحته [illegible] دون التعهد من الغير. فهي تجيز أن يضع المتعاقدان حقاً للغير بإرادتهما ولكنها لا تجيز بما أن يكون التزاماً في ذمته

وإذن فالتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير في مطلب مستقل.

المطلب الأول

التعهد عن الغير

تعريف وأمثلة

٢٥ - يكون هناك تعهد عن الغير إذا تعهد شخص لشخص آخر بأن يحمل شخصاً ثالثاً على القيام بعمل أو عدم القيام بعمل وإلا عوضه عن ذلك. ويرد هذا التعهد عن الغير في الغالب [illegible] إبرام عقد أو إجراء معاملة لا يستطيع أحد أطرافها إتمامه وإتمامه [illegible] أو [illegible] فيعهد إلى [illegible] أن يحمل الغير الذي تعهد عنه بأن يقر العقد عند بلوغه أو رشده أو رفع الحجر عنه.

والأصل في التعهد عن الغير أنه كاتفاق في مصلحة الغير من ذلك أن الأصل أن العقد يعتبر [illegible] ولا يستطيع أحد أن يلزم الغير بإجازة ما قام به متعاقد لحسابه من عقد العقد بتعهد لطرف الآخر بأن يحمل الغير على إقرار العقد ومن ذلك أيضاً أن يكون هناك [illegible] بين شخصين وقرر أحدهما لصالح أحد [illegible] الغير مع الطرف الآخر ويتعهد له في الوقت نفسه بالحصول على إقرار [illegible] الورثة [illegible] الصحيح ومن ذلك أيضاً أن يبيع شخص [illegible] ويتعهد المشتري بأن يجعل جاره يقبل قطع الأشجار التي تحجب عنه المطل أو عدم غرس أشجار [illegible] الأفق

شروط التعهد عن الغير وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع

٢٩- يجب لتحقق التعهد عن الغير توفر الشروط الثلاثة التالية:

١- أن ينعقد التعهد بحيث هو لا يلزم الغير الذي يتعهد عنه، وبذلك يختلف التعهد عن الغير عن كل من الوكالة والفضولية.

٢- أن يقصد المتعهد التزام نفسه لا التزام الغير، فإذا قصد إلزام الغير كان العقد باطلاً لانتفاء الغرض. فلا يمكن القول أن يلزم الإنسان من عقد لم يكن طرفاً فيه.

٣- أن يلتزم المتعهد بحسن نية على إقرار المتعهد له على تنفيذ تعهده، وذلك حتى ذلك. وذلك لأنه هو التزام بتحقيق غاية هي الحصول على إقرار الغير للتعهد لا التزام بتحقيق غاية. فلا يعقل من المسؤولية أنه لم يبذل وسعاً في حمل الغير على إقرار التعهد، حتى لو أدى الغير استعمال حقه في القبول أو الرفض. فالغير ليس ملزماً بإقرار التعهد.

التعهد عن الغير والكفالة

٣٠- يختلف التعهد عن الغير عن الكفالة في أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين دون أن يكون قد أنشأ في ذمته أما المتعهد عن الغير فيتعهد بإقدام الملتزم في ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه. ويختلف الكفالة عن التعهد عن الغير في أن الكفيل إذا وفى الدين بدلاً يرجع به على المدين، في حين أن المتعهد عن الغير إذا دفع تعويضاً لعدم إقرار التعهد فإنه لا يرجع على الغير بشيء.

حكم التعهد عن الغير

٣١- يختلف حكم التعهد عن الغير في حالة إقرار الغير للتعهد عنه في حالة رفضه. ويترتب كلاً من ذلك على حدة.

أولاً- إقرار الغير للتعهد

٣٢- إذا أقر الغير التعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد وبين الغير، الإجازة في هذا العقد هي العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه والقبول إقرار الغير للتعهد. ويختلف العقد الجديد عن العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه (مع المتعهد) من حيث أطرافه ومن حيث الالتزامات التي يتضمنها ومن حيث تاريخه.

فمن حيث التزامه عقد طرفي مشترك في العقد هو ان تعاقد بين المتعهد أما الطرف الآخر فيختلف عن المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني.

ومن حيث الالتزامات، العقد الأول يعني في ذمة المتعهد التزاماً متعدد غاية هي حق الغير على إقرار المتعهد، والعقد الثاني يتضمن التزاماً في ذمة الغير يختلف عن التزام الذي أنشأه العقد الأول في ذمة المتعهد. فيتحمل التزام المتعهد كان من بناء غير المتعهد على إقرار الغير المتعهد. أما محل التزام الغير فقد يكون عملاً يحمل وقد يكون عدم القيام بعمل. أي مركز وقد قام بدون ذلك.

ومن حيث التاريخ العقد الأول يتم عند الاتفاق بين المتعهد وبين من تعاقد معه أما العقد الثاني فيتم عند إقرار الغير المتعهد فليس يشترط أن يكون الاقرار صريحاً بل قد يكون صراحة أو ضمناً أو يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد وهو ما سنبين.

ترجيح: التعهد عن الغير ليس استثناء القاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيق لها.

٣٢- يبين مما تقدم أن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي لم يكن طرفاً فيه بل بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه. وبذلك لا يكون في التعهد عن الغير خروج على قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيق لها.

ثانياً - رفض الغير التعهد

٣٣- إذا رفض الغير إقرار التعهد تحقق مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه ويجب عليه تعويضه لأنه يكون قد أخل بالتزامه. ويكون التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية التي سنراها في حينه. ويستطيع المتعهد التحصن من المسؤولية إذا أثبت أن عدم إقرار الغير التعهد راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. ولا يعتبر الرفض أجنبياً لأن ذلك من عمل التزام المتعهد بإقناع الغير والحصول على موافقته إلى عدم الإقرار. ويعتبر موت الغير وإفلاس الغير سبباً أجنبياً يعفي المتعهد من المسؤولية.

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير(*)

تعريفه وتمييزه

٣٢- يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير إذا أبرم شخصان عقداً واشترط أحدهما فيه على الآخر حقاً لشخص ثالث بمنأى عن العقد مباشرة، فلا يعد في هذه الحالة اشتراطاً لمصلحة الغير اشتراط قانوني يتم بين شخصين ويكون تنفيذه متعلق بثلاثة أشخاص: هم: المتعاقدان والشخص الثالث الذي اشترط له الحق، ويقال له المنتفع، أما المتعاقدان فأحدهما يقال له المشترط وهو الذي اشترط الحق، والآخر يقال له المتعهد وهو الذي التزم بإعطاء الحق للمنتفع.

أمثلته:

٣٣- والاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة في الحياة العملية، أهمها عقود التأمين والاعتماد والنقل وإدارة المحافظ المشترك.

فعقد التأمين له صور عديدة أهمها التأمين على الحياة، فالشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته أو أولاده الأحياء ومن سيولد منهم، إذا توفي بعد بلوغه هو لمصلحة الأشخاص أجانب عن العقد، فيكتسب هؤلاء حقاً مباشراً من عقد التأمين.

وفي عقود الاعتماد والتزام المرافق العامة يمنح الحكومة أحد الأشخاص احتكار تقديم خدمة من الخدمات أو سلعة من السلع أو تصدير بعض الحاصلات ويشترط عليه شروطاً في مصلحة الجمهور، كاشتراط حد أعلى لأجور النقل أو لسعر التذكرة التي يدفعها في هذه الحالة يكتسب كل فرد من أفراد الجمهور حقاً مباشراً قبل صاحب الامتياز أو المحتكر، يستطيع بمقتضاه أن يطالبه بتنفيذ الشروط التي اشترطتها الحكومة لمصلحته.

وفي عقد النقل يكتسب المرسل إليه حقاً مباشراً عن العقد الملزم بين المرسل والناقل، ويستطيع مطالبة هذا الأخير بتنفيذ الشروط الواردة في عقد النقل.

(*) الوسيط، د. عبد الرزاق السنهوري، الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني الفقه الإسلامي، ص ٥٩٧ وما بعدها.

وفي هذه الحالة يشترط بشرط الواجب على الموهوب له القيام بعمل لصالح شخص ثالث: فيكتسب هذا الشخص حقاً مباشراً من عقد الهبة فإن الموهوب له يستطيع مطالبة بتنفيذ الشروط الواردة لصالحه في عقد الهبة. مثال ذلك: إذا وهب شخص منحاً من أول لجامعة حيوية واشترط عليها أن يستفيد منها طالب فقير الثانوية.

شروط الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧- هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لقيام الاشتراط لمصلحة الغير وهي:

١- أن يصدر الاشتراط بصورة إيجابية لا بصورة المنع.

٢- أن يشترط حقاً مباشراً للمستفيد.

٣- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات التي اشترطها.

ونرى كلاً من هذه الشروط على حدة.

الشرط الأول — تعاقد المشترط باسمه الخاص

٣٨- يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص، ومعنى ذلك أن يكون المنتفع أجنبياً عن العقد، وفي هذه الحالة يعتبر الاشتراط مصلحة الغير عن كل من العقد والمنحة.

الشرط الثاني — اشتراط حق مباشر للمنتفع

٣٩- ويجب كذلك لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير أن يعطي المنتفع الحق مباشرة من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، فإذا لم يتقدم من المنتفع بالحق المباشر فلا يكون أمام المشترط لمصلحة الغير إلا المطالبة بالتعويض، وهذا أمر نادر، فأفراد الأسرة يستفيدون من عقد الإيجار ولكن على أساس من اشتراط لمصلحة الغير.

الشرط الثالث — مصلحة شخصية للمشترط

٤٠- ويجب أخيراً لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية في حصول المنتفع على الحق الناشئ عن الاشتراط لمصلحته، وهذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضولي، فالفضولي يجب أن لا يكون له مصلحة من وراء قيامه بالعمل لمصلحة رب العمل، والمصلحة يمكن أن تكون مادية كما يمكن أن تكون أدبية، وهذه الأخيرة تقوم على اعتبارات العاطفة أو الواجبات كالاشتراط لمصلحة الزوجة والأولاد والأقارب والخلان.

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٤٢ - تنشأ في علاقات المصلحة ثلاث علاقات ثلاثية هي: علاقة بين المشترط والمتعهد، وعلاقة بين المشترط والمنتفع، وأخيراً علاقة بين المتعهد والمنتفع. ونبين كلاً من هذه العلاقات على حدة.

أولاً - العلاقة بين المشترط والمتعهد

٤٣ - يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد المبرم بينهما، أي العمل القانوني الصادر من المشترط (الموصي). فإذا كان هذا العقد ملزماً للجانبين، كعقد التأمين مثلاً، نشأت التزامات متقابلة في هذا العقد، وكان لكل من المشترط والمتعهد أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه.

ثانياً - العلاقة بين المشترط والمنتفع

٤٤ - قد تكون العلاقة بين المشترط والمنتفع في العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، ويمكن أن يكون الأمر من أن يكون المشترط قد اشترط الحق للمنتفع على سبيل المعارضة أو على سبيل التبرع.

فإذا أراد المشترط التبرع للمنتفع عيناً على اختلاف أحكام العين، وهي حرة غير مشغولة، يجب أن تتوفر في المشترط أهلية الأداء المكملة، ويستطيع المشترط التبرع في حدود وفقاً للقواعد العامة في هذا الباب.

وإذا لم يقصد المشترط التبرع للمنتفع فهو إما أن يقصد تنفيذ التزام عليه أو عليه أو بقرضه.

ثالثاً - العلاقة بين المتعهد والمنتفع

٤٥ - وعلاقة المتعهد بالمنتفع أهم العلاقات التي تنشأ عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، فهي تظهر بوضوح الخروج على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى غير المتعاقدين. فالمنتفع وهو الأجنبي يكتسب حقاً شخصياً مباشراً قبل المتعهد من تنفيذ ما يكون قد التزم به.

القواعد التي تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع

٤٦ - تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع القواعد الآتية:

١ - يكتسب المنتفع الحق قبل المتعهد من تاريخ مباشرة.

٢- لا يمر حق المنتفع في ذمة المشترط.

٣- المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه حقه.

النتائج

٤٦- ويترتب على كل من هذه القواعد بعض النتائج نوجزها فيما يأتي:

١- ما يترتب من نتائج على أن المنتفع يكتسب الحق عن العقد مباشرة

٤٧- ويترتب على أن المنتفع يكتسب الحق عن العقد مباشرة النتائج الآتية:

١- يستطيع المنتفع أن يدفع تجاه المتعاقد بالدفوع التي يستطيع أن يدفع بها تجاه المشترط: كبطلان العقد وعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته وجود عيب في رضاء المتعهد إلخ...

٢- يثبت حق المنتفع من حين إبرام العقد بين المشترط والمتعهد لا من حين ظهوره رغبته في الاستفادة من الاشتراط. ويترتب على ذلك أن المشترط إذا عقد أهليته بعد إبرام العقد فإن ذلك لا يمنع المنتفع من إعلان رغبته والاستفادة من الحق.

٣- يعد العقد تاماً من المشترط والمتعهد منذ حق المنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه.

ما يترتب من نتائج على أن حق المنتفع لا يمر في ذمة المشترط

٤٨- ويترتب على أن حق المنتفع لا يمر في ذمة المشترط النتائج التالية:

١- لا يدخل حق المنتفع في الضمان العام لدائني المشترط الذين هم دائنو المتعهد. فلا يستطيع دائنو المشترط الحجز على حق المنتفع.

٢- لا يطالب المنتفع بالحق عن طريق الإرث. فلا يدخل هذا الحق في تركة المشترط. ويترتب على ذلك أن دائني المشترط لا يستطيعون أن يطلبوا إدخال حق المنتفع في تركة المشترط تطبيقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون. فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم مات فأولاده لا يطالبون بالحق من أبيهم عن طريق الإرث بل هم حقهم مباشر تجاه شركة التأمين بأخذون الحق خالصاً لهم ولا يدخل في تركة أبيهم ويقسم الحق بينهم بالتساوي لا بحسب نصيبهم الإرثي. فهم أيضاً لا يدفعون ضريبة التركات على المبلغ الذي يتلقونه.

٣- ما يترتب من نتائج على أن المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق

٤٩ - ويترتب على أن المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق المنتفع الآتي:

١- يجب على المنتفع إظهار رغبته في الاستفادة من الحق الذي اشترطه المشترط وذلك لكي يثبت له حق بدون رضاه.

وإذا كان المنتفع عديم الأهلية كالاشتراط لمصلحة المحجور أو القاصر، فلا حاجة لإظهار الرغبة.

وإذا كان المنتفع مفقوداً أو محجوراً فلم يولد أو وصيه أو القيم عليه بإظهار الرغبة وتعيناً نصب عينه مصلحة المفقود أو المحجور.

وإذا رفض المنتفع الحق انصرف الحق إلى المشترط إذا كان حياً وإلى ورثته حين الوفاة، إلا حين الرفض إذا كان ميتاً.

٢- ما لم يكن المنتفع طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق فحقه يكون ثابتاً للمنتفع قبل أن يعلن رغبته في الاستفادة، ويترتب على ذلك أن حق المنتفع يكون غير قابل للنقض بإرادة المشترط.

الأساس القانوني لحق المنتفع

٥٠ - بالنظر لتشابه الاشتراط لمصلحة الغير ومخالفته للقواعد العامة في العقود عند بعض الفقهاء فقد ذهب في تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه حق المنتفع الذي يستمد من عقد لم يكن طرفاً فيه ووضعوا في ذلك عدة نظريات. ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن أهم هذه النظريات.

١- نظرية الإيجاب أو العقد الجديد

٥١ - فذهب بعضهم إلى أن المنتفع يستمد حقه من عقد جديد الإيجاب فيه هو العقد المبرم بين المشترط والمتعهد. القبول هو إظهار المنتفع رغبته في الاستفادة من الحق. ويؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتائج لا يمكن قبولها. فهو يؤدي إلى أن حق المنتفع لا يثبت من حين العقد بل من حين إعلانه رغبته، وإلى أن المنتفع لا يستطيع إعلان رغبته بعد موت المشترط فموت هذا الأخير يؤدي إلى سقوط الإيجاب المعروض عليه.

٣- نظرية الفضول

٥٣- ويذهب آخرون إلى أن مصدر حق المنتفع هو الفضول، فالمشترط إذ يقوم بأمر فضولي والتعهد بإعطائه رغبة دون تدخل الفضولي، ويستمد هذا الإقرار إلى وقت إبرام العقد. نظرية المستمدة بالإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة. ويؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتائج تختلف عما رأيناه في الاشتراط لمصلحة الغير، فالفضولي لا يتعاقد باسم في حين أن المشترط يتصرف باسمه، ويشترط في الفضولي أن يكون له مصلحة في حين أن المشترط يتصرف لمصلحة أخرى له مصلحة من وراء اشتراطه لمصلحة المنتفع.

٤- نظرية الحوالة

٥٤- ويذهب فريق ثالث إلى أن المشترط قد أنشأ لصالح المنتفع أولاً ثم حوله إلى المنتفع، ويؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى أن حق المنتفع يمر في ذمة المشترط قبل أن يستقر في ذمة المنتفع، مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

٥- نظرية الإرادة المفردة

٥٤- ويذهب فريق رابع إلى أن مصدر حق المنتفع هو الإرادة المفردة للمشترط استناداً إلى النص الذي يقرر حق المشترط. ويؤخذ على هذا الرأي بأن الإرادة المنفردة لا تكفي لإنشاء الالتزام إلا في الحالات التي يقرر فيها القانون، ولم يقرر القانون حق المشترط في اشتراطه لصالح الغير في هذا الصدد. ويرد على هذا الرأي أيضاً بأنه لا يفسر حق المشترط في تقرير حق المنتفع قبل إعلان هذا الأخير رغبته في الاستفادة من الحق، كما يفسر تمسك المشترط بحق المنتفع بالرغم من استعمال المنتفع لحقه المشترط.

٦- النظرية الحديثة

٥٥- ويعبر البعض بأن الاتفاقية التي تتم أمام مؤسسة متخصصة للرقابة على القانون الدولي والقانون الداخلي أن أثر العقود يقتصر على عاقديها ولا يستفيد منها من لم يكن طرفاً فيها، ولكن الاستثناءات التي تضمنها القانون الدولي تنص على هذه القاعدة في الحالات التي كانت مستثناة فيها، كما أن الأثر يرتد أصبح الأصل في العقود هو الرجعية ولم يعد حالياً ما يبرر هذه الخروجات فيكفي القول بأن حق المنتفع نشأ عن الاشتراط مباشرة مستقلاً عن القاعدة العامة بأن أثر العقود يقتصر على عاقديها، وذلك تبعاً لمقتضيات الواقع والمعاملات أو ما ذلك يجب الاستقلال الإرادة ما دامت لم تخالف القانون ولا النظام العام والآداب، وهذا ما يقرر به القانون المصري المشترط الخاص.

التمسك بالمؤمنون عند شروطهم.....

تطبيقات القضاء العراقي لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٥٦- وقد سبق للمحاكم العراقية تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في أكثر من مناسبة. ونذكر فيما يلي أحد الأحكام في هذا الصدد. أبرمت شركة (ج) عقد تأمين مع شركة (س) للتأمين على سيارة أحد الأشخاص لمدة سنة، وقد أهمل صاحب السيارة (المنتفع) رغبته في الاستفادة من عقد التأمين. بعد ذلك قامت الشركة (س) للتأمين بالعقد الذي أبرمته معها شركة (ج)، وأصيبت السيارة بأضرار. أقام صاحب السيارة الدعوى أمام محكمة الصلح على كل من شركة (س) وشركة (ج) دفعت شركة (س) للتأمين بأنها قامت بالعقد لليوم مع شركة (ج) بصفتها التأمين على السيارة. رفضت محكمة الصلح هذا وحكمت على شركة التأمين بالتعويض، مؤيدة في ذلك القواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير.

موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط لمصلحة الغير

٣٥٧- وقد عرف الفقه الإسلامي الاشتراط لمصلحة الغير وبوضوح مبكر قبل أن يصل إليه الفقه الغربي. كما أن مصطلحات الفقهاء المسلمين أدق إلى درجة كبيرة من مصطلحات الفقه الغربي، فهم يسمون المشروط «ضامن» والمشترط «مشروط عليه» والمنتفع «مشروط له». وتعبير «مشروط عليه» و«مشروط له» أدق من تعبير «متعهد» و«منتفع». ذلك أنه إذا اقتصر الحق في الاشتراط لمصلحة الغير ولا يدع مجالاً لانصراف الذهن إلى معان أخرى.

وفيما يتعلق بجواز الاشتراط لمصلحة الغير جاء في الكاساني للأنصاري[1]: «لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمعين». ومثله في هذا الحق في مذكرة الفتاوى للحصكفي[2]: «ولو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه إلى شهر أو في مكان لزم الوفاء بالشرط».

وفيما يتعلق بحق المشروط له (المنتفع) في مطالبة المشروط عليه (المتعهد) بتنفيذ التزامه جاء في الكاساني[3]: «للمشروط له إجبار المشروط عليه بالخروج وجوب الوفاء بالعقد والشرط».

---

(١) ص ١٠٤.

(٢) حاشية الحصكفي، ص ١٠٤.

(٣) ص ١٠٤.

وأيضاً تعني بنظم الشروط في (المشروع) الحق من العقد مباشرة سواء في المكاسب والوضع الذكاء أعلاه: «أن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمضمون العقد المعروف والشرط يعتبر من مستحقه».

الفرع الثاني

أثر العقد من حيث المضمون

٥٨ - لا يلزم بالعقد إلا ما تضمنه العقد، ولا يلزم بغير ذلك، وعلاقة يجب تحديد مضمون العقد لإلزام المتعاقدين به، ثم أن العقد إذا تحدد مضمونه وفق بنفس ملتزمات طرفيه فإن يسأل ونتساءل ويقال فما مسؤولية المتعاقدين أو مضمونه لأنه ناشئ من الإخلال بالتزام مصدره العقد، تعني لنا ما تقدم أن هناك مسائل كثيرة لا بد من تحديد حتى يمكن تحديد مضمون العقد، ثم نتناول المسؤولية العقدية، ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تحديد مضمون العقد

تفسير العقد وتحديد نطاقه وإلزام المتعاقدين بتنفيذه

٥٩ - هناك ثلاث مسائل تحتاج إلى بحث في تحديد مضمون العقد هي: أ- تفسير العقد ب- تحديد نطاق العقد ج- التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين، ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تفسير العقد

٦٠ - أول ما يواجه القاضي عند تفسيره العقد هو محاولة تحديد مضمونه من خلال إرادة الطرفين التي تتجلى من الإرادة التي تم بها استخلاصها المتعاقدان في إبرام العقد، وإذا تعذر عليه الأمر لجأ إلى الأدلة المتعلقة التي يراها مناسبة من الأدلة التي استعملاها في تصوره على إرادتهما وبيان أخرى هي بلجأ إلى بحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

القواعد العامة في التفسير

٦١ - هناك قواعد عامة وضعها الفقهاء المسلمون يستهدي بها القاضي في تفسير العقد ويقال لها قواعد كبرى. وقد تضمن القانون المدني العراقي ثلاثة عشر مادة (١٥٠ - ١٦٢) تضمنت سبع عشرة قاعدة لم تخل من التكرار، ونرى فيما يلي هذه القواعد مع شرح موجز لها بحسب تسلسلها في القانون المدني.

القاعدة الأولى — العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م ١٥٤)

٦٢ - وقد مرت بنا هذه القاعدة في أكثر من مناسبة. ومعناها أن الأحكام الشرعية إنما ترتب على ما قصده المتعاقدان بإنشاء هذا العقد لا على معاني المعاني التي تفيدها الألفاظ التي استعملاها في التعاقد. من ذلك أن حكم الرهن هو أن يحبس الراهن الرهن، وهو تبيع بشرط أن المشتري إذا رد الثمن استرد المبيع. فالقصد من الرهن بالقصد البيع، إلا أنه في حقيقته رهن، لذلك جرى عليه حكم الرهن. وهذه القاعدة تتضمن صورة شرح العقد.

قواعد مكملة

٦٣ - ويكمل هذه القاعدة قاعدتان هما: «الأصل في الكلام الحقيقة ويترك بقرينة المجاز» بمعنى ذلك أن العبرة إذا كانت للمقاصد لا للألفاظ، إلا أن جانب الألفاظ لا يهمل تمام، فالألفاظ إذا قوبلت وضعت فيها المعاني، وإلا فهذا الوضع أي وضع الألفاظ للمعاني إما أن يكون أصلياً أو مستعاراً. فإذا استعمل اللفظ في المعنى الذي وضع له في الأصل فهو له حقيقة. كاستعمال لفظ «أسد» للحيوان المفترس هذا الاسم. وإذا استعمل اللفظ في المجاز لا يجوز إلا لوجود علاقة بين المعنيين، العلاقة هي الاتصال والمناسبة بين المعنى الموضوع له اللفظ والمعنى المستعمل فيه. مثال ذلك ما إذا قيل عن رجل شجاع أنه أسد، فاستعمال لفظ «أسد» هنا إنما كان لوجود علاقة بين الاثنين هي الشجاعة. ولكن لا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا مع وجود قرينة مانعة من إرادة المعنى

المنفي، ومن الطرائق الناشئة عن إرادة المعنى الحقيقي المتعذر، أي كون إرادة المعنى المجازي غير ممكنة. مثال ذلك: إذا أمر شخص على سبيل المصلحة أولاده وهو لا يكون له أولاد من صلبه بل أولاد أولاد أو أحفاد، فإرادة المعنى الحقيقي، أي الأولاد الصلبيين، متعذرة لعدم وجودهم فيصار إلى المجاز، وهو الأحفاد. فالنص يراد به مصرف، بل وقد تؤول عند عدم وجود الولد الصلبي، وعنده تنصرف صيغ التأمين إلى الخدم.

القاعدة الثانية: تقدم الحقيقة بدلالة المادة رقم (١٥٦):

٤٠٠ - تبين هذه القاعدة أن المعنى الناشئ من إرادة المعنى الحقيقي، وهذه القرينة هي العرف، فالعادة يرجع إليها في معرفة من يعني بالألفاظ المستعملة، وقد يكون المعنى المستفاد مهجوراً بحكم العادة، وعندئذ يصار إلى المعنى المجازي. مثال ذلك: تعليق الإقرار بالإقرار المنوي على شرط باطل، كأن الإقرار بالخمر والإخبار لا يعني شيئاً، فإذا قال شخص آخر: يرثني جدي أي اليوم فأنا مدين أن يكذبه، كان هذا الإقرار باطلاً. ولكن يصح إذا كان يوم صياح خاص بالأحياء في عرف الناس فلا يكون صحيحاً ويعمل بهذا الإقرار بشرط موت. كما إذا قال له: يرثنا خلال الشهر فلان مدين فلان بكذا، وتوفي لأن "العادة تقضي" ذلك. وحكم الإقرار المعلق على الموت كحكم الإقرار المنوي يوم صياح خاص الأحياء، ويعمل بالمعلق على الإشهاد بالشغال الشاهد لكي لا ينكره مورثه. مثال ذلك: ما إذا قال شخص: يرثنا ... فإن فلان يكذبه، فإن هذا الإقرار يعمل على الإشهاد وسبب له الدين في حد الخمر وسائر ما في حياته.

القاعدة الثالثة: لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (المادة رقم ١٥٧):

٤٠١ - يعني ذلك أن المعنى الصريح أقوى من المعنى الضمني، فالنقود المستعملة بطلت على المعنى الصريح بالتصريح، وعلى المعنى الضمني بالدلالة، فإذا وجد نقودان أحدهما صريح والآخر ضمني فالعبرة للنقود الصريح، فالنقود من المعنى الضمني. مثال ذلك: ما إذا عرض شخص بضائع تسوم أكثر المشترين، فاشترى على

هذا التعبير يتضمن بالإذن دلالة ضمنية بالشروع النظر في شرائه. فإذا أذن المشتري بنية النظر بشراء فحدد عليه أكون قد أذنت لأنه يعتبر قد أخذه بإذن صاحبه. فإذا سقط من يده وتلف يموت تحته ولا تقصير فإنه لا يكون ضامناً. ولكن إذا تخلى صاحب البضاعة عن أخذ شيء بأخذه فإنه يعتبر قد أخذه بدون إذن صاحبه، فتكون يده يد ضمان. فإذا سقط من يده وتلف بدون تعد ولا تقصير فإنه يكون ضامناً. ذلك أن الإذن دلالة، أي الإذن الضمني قد سقط بمنهي الصريح المعارض له.

حكم التصريح بعد الدلالة

٦٦ - وإن لم يوجد إلا الدلالة أي التعبير الضمني فعلى هذا ولا يوجد تصريح. أي التعبير الصريح: إن جاء بعد ذلك مخالفاً له مثل ذلك ما إذا باع شخص مال آخر فضولاً (بيع الفضولي)، فإن هذا البيع يكون موقوفاً على إجازة مالكه. والإجازة قد تكون صراحة أو دلالة، أي ضمنية. فلو طلب المالك الثمن عند عقده بيعه، أو قبضه فإنه يكون قد أجاز البيع دلالة. فإذا أراد بعد ذلك نقض البيع فليس له ذلك ويبقى البيع صحيحاً. وهذا الفقهاء المسلمون من أئمة المذاهب: ولا عبرة بدلالة في مقابلة التصريح.

القاعدة الرابعة: إعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر وتعطل الكلام يهمل

٦٧ - معنى هذه القاعدة أن الكلام أي اللفظ يجب حمله على معنى كلامه كان ذلك ممكناً حقيقياً كان المعنى أو مجازياً. فإذا أمر شخص في وكالته بمصلحة أو زيادة وباعه ولم يكن له أن يزيد من صيد إلا أو زيادة أي أخذه فهم أن من حقه أن يبيع الثمن لأنه يمكن حمل الكلام عليهما، وحينئذ يكون قد أعمل الكلام ولم يهمله. ولكن إن لم يمكن إعمال الكلام فإنه يهمل. فإذا لم يمكن حمله على معناه الحقيقي ولا على معناه المجازي فلا يكون له أثر. ففي تعطل الكلام إذا لم يكن التوكيل غير مباح أو زيادة ولا أخذه فلا يذهب مبيع الشراء إلى أحد.

القاعدة الخامسة ـ المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد لفظاً أو دلالة (م ١٦٠).

٦٩ ـ المطلق هو الذي يدل على المسمى من غير قيد زائد على المسمى، كرجل. فإن هذا اللفظ يدل على كل ذكر بالغ من بني آدم. والمقيد هو اللفظ الذي يدل على المسمى مع وجود وصف أو قيد زائد يخصص ذكراً موصوفاً بذلك الوصف، ولا يتناول غيره من الأفراد من لا يتصف بهذا الوصف. كرجل فقير فلفظ رجل قد دل على ذات متصفة، والأصل في هذا أن اللفظ إذا أطلق ولم يقيد بقيد فإنه يجري على إطلاقه. فإذا قال شخص لآخر: اعط طالباً كتاباً واعطني مكتبة لأي طالب فإنه يكون قد امتثل للأمر. ولكن إذا قيده بقوله: اعط طالباً مجتهداً كتاباً فلا يجوز له أن يعطي المكتبة لأي طالب كان، بل عليه أن يعطي المكتبة لطالب مجتهد.

كيف يكون التقييد

٧٠ ـ وتقييد المطلق إما أن يكون بالنص، كما في مثال التسمية، أو بالدلالة، مثال ذلك: إذا وكل شخص شخصاً في أوامر الشراء بشراء سيارة فإنه يكون قد وكله بشراء السيارة لغرض استعمال الذي هم مقبلون عليه. فإذا استوردها بعد ذلك فلا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل.

القاعدة السادسة ـ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (م ١٦١)

٧١ ـ يعمل هذه القاعدة يعبرون عن العقد ذاكر أوصاف المبيع له من غيره. فإذا وصف الشيء محل العقد ولم يكن حاضراً في مجلس العقد ثم تبين أنه غير متصف بالأوصاف التي وصف بها فالعقد يكون موقوفاً بالنسبة للمتعاقد الآخر ويكون هذا المتعاقد بالخيار بين إجازة العقد وفسخه. وإذا وصف الشيء وكان حاضراً في مجلس العقد وتم بالإشارة إليه وبوصفه، وكان الوصف مطابقاً للحقيقة فلا عبرة للوصف. وإذا ظهر أن الوصف غير صادق لم يعتد بهذا الوصف الأخير وكان الشيء المشترى وجوده فلا حق له في الخيار، ولا يكون العقد موقوفاً بالنسبة للمشتري ولا يكون له الخيار.

القاعدة السابعة ـ السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق (م ١٦٠)

٧١- ومعنى هذه القاعدة أن المجيب بتصديقين عن سؤال يعتبر في حكم ناكل عن الآخر. فلو ادعى شخص على آخر بمبلغ من المال، وفي أثناء المحاكمة سأل القاضي المدعى عليه بقوله: هل المدعي يطلب أن له عليك كذا مبلغ نقوداً؟ فأجاب المدعى عليه بقوله: نعم، فإن (المدعى عليه) يعتبر قد أقر بالدعوى به، فيكون كما لو قال: نعم إن له علي كذا.

القاعدة الثامنة ـ ١ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والمعين بالعرف كالمعين بالنص.

٢ـ والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ٣ـ والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ١٦٣)

١ـ العادة محكمة عامة كانت أو خاصة

٢ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ١٦٤)

٧٢- معنى هذه القاعدة أن ما جرى عليه الناس واتفقوا واصطلحوا بإطرادهم في معاملاتهم من غير نص عليه يعتبر في نظر الشارع كالشرط المنصوص عليه صراحة، ويكون وجوده في المعقود عليه من لوازمه، إلا إذا نص المتعاقدان صراحة على ترك العمل والاعتماد على قدر الكفاية. من ذلك: ما إذا أعطى شخص قماشاً إلى خياط ليخيطه بدلة، فإنه يلزم للخياطة من خيوط وأزرار يكون على الخياط، إلا إذا صرح المتعاقدان بخلاف ذلك.

٧٣- وقاعدة الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، الواردة في الفقرة الثانية من المادة (١٦٣). ومعناها أن الأمور الممتنع وقوعها بحسب العادة يعتبر وقوعها ممتنعاً بحسب الشرع، وتعتبر أيضاً، أي بحكم المستحيل، والمعول عليه في الحكم عندئذ إنما هو العادة، ولا ينظر إلى الإمكان العقلي. مثال ذلك: ما إذا أقر شخص لمن عليه لآخر ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره، فلا تسمع دعواه بالكذب، ذلك أن إقرار الإنسان كاذباً من جهة بدين لآخر ممتنع بحسب العادة. وذلك بخلاف الفرض الذي لم يكن كاذباً في إقراره.

القاعدة التاسعة: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر (م ٦٥).

تبين هذه القاعدة الشروط التي يجب توافرها في العادة للأخذ بها، فالعادة لكي تكون محكمة يجب أن تكون مطردة وسارية في جميع الأوقات أو غالبة وشائعة، إذ أن الأحكام الشرعية إنما تعتبر بالأعم الغالب الشائع لا بالنادر. مثال ذلك أن المفقود إذا بلغ تسعين سنة من عمره فإنه يحكم بموته عند بعض الفقهاء، فالغالب أن لا يعيش الإنسان أكثر من ذلك.

القاعدة العاشرة: يفسر الشك في مصلحة المدين (م ٦٦).

وهذه هي القاعدة التي أخذها القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي، ومعناها أن المتعاقد أو القاضي إذا لم يستطع أن يزيل الغموض الذي يشوب عبارات العقد وكان يعرض على وجه الشك فإن المتعاقدين فيه يفسر لمصلحة المدين، ويقوم ذلك على أساس من أن النية المقبولة للمدين هي أن لا يلتزم إلا بأضيق معنى تحتمله عبارات "العقد" فهذا هو القدر الذي يمكن التأكد بأن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليه. وهذه القاعدة يمكن الرجوع إليها في الفقه الإسلامي لإزالة العبارات الغامضة في التفسير، ومن الأمثلة التي تضرب على ذلك ما يقال من أن المشتري إذا وجد عيبا في المبيع وطالب برده فأنكر البائع وجود العيب [illegible] يعرض المبيع على أهل الخبرة ليقرروا ما إذا كان [illegible] فإذا [illegible] فلا يجاب المشتري إلى طلبه ذلك أن هذا الشيء [illegible] في الأصل [illegible] كان الأصل بقاء ما كان على ما كان [illegible] الأصل [illegible] حتى يقوم الدليل على [illegible] وإن كان قد قام الدليل على [illegible] أي على وجود العيب [illegible] المشتري [illegible] بحكم [illegible] (يفسر الشك لمصلحة [illegible]).

استثناء:

٧٦- وقد خرج القانون المدني على هذه القاعدة في عقود الإذعان، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧) على أنه لا يجوز أن تفسر شروط التعاقد تفسيراً يضر بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً.

القاعدة الحادية عشرة - عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً

٧٧- وهذه القاعدة لم ينص عليها القانون المدني ولكنها من القواعد المهمة في التفسير. ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة بقولهم «الخاص يقضي على العام». ومعنى القاعدة أن العقد يجب أن ينظر إليه ككل لا يتجزأ، فلا يجوز عزل عبارة من عباراته والتمسك بها لترتيب الأحكام عليها، فإذا باع شخص أثاث بيته مثلاً فعبارة «الأثاث» عبارة عامة تشمل كل ما في البيت من أثاث، ولكن إذا جاءت عبارة أخرى تحدد الأثاث ولا تذكر من بين المفروشات فإنه عبارة عامة تقيد العبارة السابقة، فلا يجوز للمشتري أن يتمسك بالعبارة الأولى ويطالب شمول المفروشات.

المطلب الثاني

تحديد نطاق العقد

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وبيان كيفية تنفيذه

٧٨- يجب أن يعد العقد حسن نية وطبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) مدني بقولها: «يجب تنفيذ العقد تنفيذاً يتفق مع ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». وقد نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على الضوابط التي يستعين بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد، وهي: القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام.

١. القانون

٧٩- ويقصد بالقانون في هذا الباب النصوص المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة. فإذا لم يتفق المتعاقدان على جميع الأمور في العقد وتركا بعض المسائل التفصيلية بالفروض أنهما أرادا ترك ذلك إلى الأحكام القانونية الواردة في المسائل التي لم يتفقا عليها، فالقانون يتدخل في كل عقد على أمور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها ليتم العقد كالمبيع والثمن في عقد البيع، وعلى أمور ثانوية إذا لم يتفق المتعاقدان عليها فنصوص القانونية المكملة والمفسرة تأتي لتكمل إرادتهما وتحدد نطاق العقد وتكشف عن إرادتهما إذا لم يكونا قد توقعا ما يعرض لهما. مثال ذلك ما إذا لم يتفق المتعاقدان على نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن.

٢. العرف

٨٠- ويتدخل العرف غالباً في تحديد نطاق العقد وما يعتبر من مستلزماته، ويقصد بالعرف إلى الشروط المألوفة وهي الشروط التي جرى العرف على إدراجها في العقد بحيث أصبحت تعتبر معلومة من المتعاقدين ولو لم يدرج فيه. مثال ذلك ما يقضي به العرف في بعض البلدان من إضافة نسبة معينة إلى ما يدفع في الحدائق والمطاعم والمقاهي وهو ما يقال له بالخدمة.

٣. العدالة

٨١- ومن الأمور التي يسترشد بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد العدالة، وكثير من الأمور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون. ومن ذلك أن البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في حق المبيع، ومن ذلك أيضاً أن التاجر الذي يبيع متجره يجب عليه أن لا ينافس المشتري بفتح متجر آخر قريب من المتجر الذي باعه.

٤. طبيعة الالتزام

٨٢- وطبيعة الالتزام تحدد في الغالب ما يعتبر من مستلزمات العقد، فإذا باع شخص عقاراً فعليه أن يسلم للمشتري مفاتيح كل الأبواب الموجودة في العقار. وإذا باع سيارة فعليه أن يسلم معها الأدوات اللازمة لتشغيلها مع المستمسكات المتعلقة بها. ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: ما يدخل في البيع من غير ذكر.

المطلب الثالث:

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه (العقد شريعة المتعاقدين):

٣٨٣- إذا انتهى القاضي من تفسير العقد وتحديد نطاقه فقد حدد له مرتبة الإلزام ويجب على كل من المتعاقدين تنفيذ التزامه بحسن نية وبصورة تتفق وما توجبه الثقة بين الناس، ولا يجوز لأحدهما الرجوع عن العقد، ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو باتفاق بينهما (م ١٤٦/١). وهذا ما تضمنته مختلف التشريعات بالنسبة عند شروطهم... كما أن تنفيذ العقد يجب أن يتم بالتعاون بين الناس والمدين، فيجب أن لا يكون هناك تعسف من أحدهما في استعمال حقه عند تنفيذ العقد، ويجب على دائن تنفيذه بالعقد شريعة المتعاقدين...

الاستثناء:

٣٨٤- وقد خرج القانون المدني عن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) في موضعين: الأول في عقود الإذعان، وقد مرت بنا، والثانية في نظرية الظروف الطارئة، وهي ما نراه هنا بإيجاز:

نظرية الظروف الطارئة

٣٨٥- تتضمن نظرية الظروف الطارئة في أن العقد إذا كان من العقود المستمرة الزمن أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً وطرأت ظروف لاحقة بعد إبرامه لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند إبرام العقد اختلالاً جسيماً، وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فللمدين لا يجب على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام إلى الحد الذي تقتضيه العدالة.

التمييز بين الظروف المقارنة وما يشابهها من أوضاع:

[illegible] - عدم الخلط بين مطروحة المقارنة بين الاستعمال في عقود الاشتراك وبين الاستعمال بوجه الاشتراك يتمثل في مرحلة تكوين العقد، أما مطروحة المقارنة فتقوم عند تنفيذ العقد، وتعني ضرورة الموازنة المقارنة بين تحقيق الاستعمال والاشتراك في الجزء الذي تم تنفيذه وهو إعادة التوازن الاقتصادي العقدي، ولكنها تختلف عنهما في الوسيلة التي تتبعها لإعادة هذا التوازن. فنظريتا الاستعمال والاشتراك تعيدان التوازن الاقتصادي عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي، أما نظرية الظروف المقارنة فتبعد عن ما بين الأحداث يد المتعاقد الضعيف عند تنفيذ العقد. ولكن إذا كان اختلال التوازن الاقتصادي في نظرية المقارنة يرجع إلى ظروف لا يد لأي من المتعاقدين فيها فالسبب في توزيع [illegible] كان في تحمل تبعة هذه الظروف، أما في الظروف الأخرى فالاختلال يرجع إلى استغلال القوي [illegible] ومن ثم يتحمل كل منهما ما أصابه من ضرر.

شروط تطبيق نظرية الظروف المقارنة:

[illegible] هناك شروط أربعة يجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف المقارنة، وهذه الشروط هي:

١- أن يكون العقد من عقود الاستمرار الفعلي، أو الفورية المتراخية، وكان تنفيذه [illegible] كتسليم الثمار على مواعيدها بشرط [illegible] حين تنفيذها. فمن خلال الرجوع من العقود يمكن أن تطرأ ظروف أو حوادث لا يمكن أن توضع توقعها عند إبرام العقد.

٢- أن يحدث أثناء تنفيذ العقد ظروف أو حوادث استثنائية عامة وتتصف بصفة العموم، أي أن لا تكون ظروفاً خاصة بالمدين كمرضه وإفلاسه، دال على حدوث حوادث من ثورة أو قحط أو [illegible] وحروب فيضان وهبوط [illegible] الخ.

٣- أن لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الاستثنائية عند إبرام العقد، وتترتب على ذلك أن الحادث الذي يعتبر طارئاً يجب أن يكون مما لا يستطيع العقد [illegible] في الاستطاعة [illegible] أو [illegible] متوقعين.

٤ - أن تحول دون الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام عيناً أمراً مستحيلاً، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة فهما يشتركان في أن كلاً منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، ولكنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فيتقضى بذلك التزام المدين، أما الحادث الطارئ أو الظرف الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فقط، فيبقى التزام المدين.

معيار الإرهاق

٢٤٥ - المعيار الذي يعتمد به الإرهاق، يفترض نظر فيه إلى المصلحة لا إلى شخص المدين وإمكانه وحده، فإذا تعهد شخص بتوريد أسمنة وكانت عنده كميات كبيرة منها في ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً فالالتزام يكون قد أصبح تنفيذه مرهقاً للمتعهد، ولا ينظر إلى الكميات الكبيرة الموجودة عنده، فقد أن بدا له أن يشتري منه هذه الكميات لاضطر إلى شرائها في السوق.

حكم توفر الشروط المتقدمة:

٢٤٦ - إذا توفرت الشروط المتقدمة فالمحكمة أن ترفع الإرهاق عن المدين، وقد تم اشتراط ملزم للعرافين من ذلك بعرفاً بتنفيذ الالتزام إلى حد معقول، وتعتبر رفع الإرهاق سبب من سبب انقضاء الالتزام، ذلك أن القاضي قد يرى أن الإرهاق يزول إذا منح المدين مهلة للتنفيذ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سلعة ثم زاد استيرادها فارتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً، ولكن هذا الإرهاق طارئ لا يلبث أن يزول، عندئذ يمنح رب الالتزام من جديد، فإذا كان منح المدين هذه المهلة لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً فللمحكمة أن تمنحه هذه المهلة.

كيف ترفع المحكمة الإرهاق عن المدين:

٢٤٧ - وترفع المحكمة الإرهاق عن المدين إما بزيادة التزامات الدائن أو بإنقاص التزامات المدين، فزيادة التزامات الدائن تكون بزيادة السعر مثلاً، وبإنقاص التزامات المدين تكون بإنقاص الكمية التي تعهد بتوريدها مثلاً.

موقف القضاء العراقي من نظرية الظروف الطارئة:

٩١ - وقد تبنى [illegible] نظرية الظروف الطارئة في مناسبات كثيرة، فمن ذلك اعتبرت قرارات سنة ١٩٥٤ التي كانت فيها طرفاً طارئاً [illegible] كما اعتبرت قرارات طارئة [illegible] الأسعار بصورة مباشرة، وكذلك [illegible] الطارئة على غير المتعاقدين، وكذلك صدور قرارات الإصلاح الزراعي [illegible] العمل في دائرة التسجيل العقاري، والقوانين التي وضعت الأمن [illegible] الإسرائيلي سنة ١٩٦٧، وموقف التشريع الجزائي بين إنكلترا والعراق [illegible] الأحكام الواردة في هذا [illegible] في مجموعات قضاء محكمة التمييز والمحكمة الفضائية).

موقف الفقه الإسلامي من نظرية الظروف الطارئة:

٩٢ - وقد عرف الفقه الإسلامي نظرية الظروف الطارئة في الفقه [illegible] بقرون عديدة [illegible] بأسماء أخرى، منها [illegible] في جميع الحوادث في جميع الأزمان.

المبحث الثاني

المسؤولية التعاقدية

تمهيد:

٩٣ - إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الذي أنشأه عقد صحيح ولم يكن معذوراً على تنفيذه، وكان هذا الإخلال بالالتزام مستحيلاً بحقه، فإنه يسأل عن تعويض الدائن [illegible] الضرر الذي أصابه نتيجة ذلك، وتناولت المحاكم [illegible] المدين في تنفيذ التزاماته والمسؤولية التي تتحقق في هذه الحالة بقيامها مسؤولية تعاقدية أو عقدية لأنها تنشأ [illegible] من الإخلال بالتزام مصدره العقد، وهي تقابل المسؤولية التقصيرية التي تنشأ [illegible] أحد الأمور الآتية:

أركان المسؤولية التعاقدية:

٩٤ - والمسؤولية التعاقدية أركان ثلاثة: خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وتتكون كلاً من هذه الأركان في مطلب مستقل، ولكن الأحكام التي تسري عليها القانون في هذه [illegible] يجب أن تكون مستقلة أو [illegible] في مطلب رابع وأخير.

[illegible]

المطلب الأول

الخطأ

متى يعتبر المدين مخطئاً؟

٩٥- يعتبر المدين مخطئاً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، فيجوز عدم قيامه بتنفيذ التزامه يعتبر خطأ موجباً لمسؤوليته التعاقدية ويترتب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر، لكن في حالة أن يكون عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهمال وتقصير، ولكن متى يعتبر المدين غير قائم بتنفيذ التزامه؟ للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية.

١- الالتزام بتحقيق غاية:

٩٦- ففي الالتزام بتحقيق غاية يعتبر المدين مخطئاً بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية التي التزم بتحقيقها. فالتزام البائع في عقد البيع مثلاً هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم المبيع إلى المشتري. فإذا لم يقم بذلك يعتبر مخطئاً بتنفيذ التزامه، ويتحمل بالتالي مسؤولية التعاقدية. وكذلك الأمر إذا كان محل التزام المدين عدم القيام بعمل وقام به.

٢- الالتزام ببذل عناية:

٩٧- وفي الالتزام ببذل عناية يعتبر المدين قد أخل بتنفيذ التزامه إذا لم يستعمل في تنفيذه عناية الرجل العادي مثل ذلك الطبيب يلتزم بمعالجة المريض وشفائه ما في يلتزم بتسليم الدواء للمريض. فإذا لم يبذل الطبيب العناية اللازمة في معالجة المريض أو لم يبذل الصانع العناية اللازمة لتسليم الدواء فإنهما يعتبران مخلين بتنفيذ التزاماتهما وتقوم مسؤوليتهما التعاقدية.

مقدار العناية الذي يجب على المدين أن يبذلها في تنفيذ التزامه:

٩٨- وعلى المدين أن يبذل في تنفيذ التزامه العناية التي يبذلها الرجل المتوسط أو المعتاد، فإذا بذل هذا القدر من العناية فإنه يكون قد وفى بالتزامه ولم يتحقق التقصير المقصود (م ٢٠٨ مدني).

ولكن معيار الرجل المعتاد هنا غير مطلق، فقد يعتبر القانون على خلاف ذلك في حالة معينة لا يطلب من المدين أن يبذل أكثر من العناية التي يبذلها في إدارة أعماله الخاصة، حتى لو كان في إدارة أعماله أقل من الرجل المعتاد، إذا كان لا يطلب من رب العمل أن يبذل من العناية أكثر مما يبذله في إدارة أعماله الخاصة (م ٢٤٩ ق.م.ع).

نظرية تدرج الخطأ:

٢٠٠٠ - إن فقهاء القانون الفرنسي يقسمون الخطأ المدني إلى ثلاث درجات حسب درجة وكثافة الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أحد الناس إهمالاً ومن أدب أي الناس وسلوكه، والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه الرجل المعتاد من الناس، والخطأ التافه هو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في أموره، وكان هؤلاء الفقهاء يقسمون العقود فيما بينها إلى عقود لصالح الدائن وعقود لصالح المدين وفي حال كون العقد لصالح الدائن فإن المدين يسأل عن خطأه اليسير فقط وعقد معاوضة كالبيع والمقايضة وفي حال كون العقد لصالح المدين وحده كالعارية فإنه يسأل المدين عن خطأه التافه.

القانون المدني العراقي:

٢٠٠١ - وبالرغم من أن القانون المدني العراقي قد صرح بنظرية تدرج الخطأ إلا أنه ما يعني النظام في القانون المدني العراقي من ذلك ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (٢٥٠) منه من أنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

الخطأ:

٢٠٠٢ - الجريمة العامة في الإثبات أن يثبت من يدعي، بل كان المدين هو المدعي فعليه يقع عبء إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فإذا أثبت ذلك فتكون بقرينة خطأ المدين، ولكن هذا الافتراض غير قاطع فللمدين بمستطاعه أن يثبت أن عدم تنفيذه الالتزام لا يعود خطأ منه وإنما بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المسؤولية العقدية عن فعل الغير:

١٠١ - وقد يسأل الإنسان مسؤولية عقدية عن خطأ غيره، ويحدث ذلك إذا استخدم المدين أشخاصاً في تنفيذ التزامه. مثال ذلك المقاول الذي يستخدم عمالاً في إقامة البناء الذي التزم بإقامته، فيكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الضرر الذي يحدث من أولئك.

المطلب الثاني

الضرر

١٠٢ - تدور المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية مع الضرر وجوداً وعدماً، وتتسع وتضيق تبعاً لاتساعه وضيقه. فلا مسؤولية حيث لا ضرر، وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن وأياً من الذي يدعيه، ولا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه القانوني بموجب العقد، فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن.

استحالة محل الالتزام دفع مبلغ من النقود:

١٠٤ - وقد أعفى القانون الدائن من إثبات الضرر في حالة ما إذا كان محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود، ففي هذه الحالة يلزم القانون المدين بدفع فوائد من تاريخ المطالبة أو من تاريخ الحكم، ويقال للفوائد في هذه الحالة بفوائد التأخير.

الضرر المادي والضرر الأدبي:

١٠٥ - والضرر إما مادي يصيب الإنسان في ماله أو جسده أو في عنصر من عناصر ذمته المالية، أو أدبي يصيب في شعوره وعاطفته. مثال ذلك إذا أخطأ الطبيب في معالجة المريض فأحدث له عاهة مستديمة، كما لو فقد بصره وكان معيلاً للعائلة، يكون قد أحدث المريض بالإضافة إلى الضرر المادي ضرراً أدبياً يصيبه في شعوره وعواطفه نتيجة لعدم تمكنه من الحياة بين ذويه.

ولم يأخذ القانون المدني الأردني بالتعويض عن هذا النوع من الضرر في المسؤولية العقدية وأخذ به في المسؤولية التقصيرية.

الضرر المباشر والضرر غير المباشر، والضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:

[illegible] والضرر المادي إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر، والضرر المباشر إما أن يكون متوقعاً أو غير متوقع، والضرر الأدبي هو ما كان نتيجة طبيعية لفعل قام بالفعل [illegible] وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن بالإمكان تداركه بتدابير معقولة. والأصل في هذا الباب أن المسبب لا يسأل عن ضرر غير المباشر إلا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية. وفي المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلا عن الضرر المباشر المتوقع إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، وتبقى مسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية. وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٦٩) من القانون المدني بقولها: «إذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً فلا يلتزم إلا بتعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من الضرر المترتب على عدم الوفاء بالالتزام».

التمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:

[illegible] والتمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع سوف نأخذ المثال التالي:

المزارع يتفق مع ناقل على نقل حاصلاته إلى المدينة ولا يجد الناقل الخاص به فيضطر المزارع إلى البحث عن ناقل آخر ويتفق معه أخيراً [illegible] ثم أن أسعار الخضروات تكون قد انخفضت ولو كان الناقل الأول قد نفذ التزامه في الوقت المناسب لما [illegible] المزارع بسبب انخفاض الأسعار. في هذا المثال نجد أن الأضرار التي [illegible] المزارع بالناقل الثاني وهي الأضرار التي تتفق معها مع الناقل الأول هي الضرر المباشر المتوقع والخسارة التي أصابته بسبب هبوط الأسعار هي الضرر المباشر غير المتوقع، والناقل الأول لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المتوقع وهو المتمثل في الأضرار التي [illegible] المزارع [illegible] الأسعار فلا يسأل عنها إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً [illegible] تعويض [illegible] المسؤولية [illegible] في هذه الحالة المسؤولية التقصيرية.

ضرورة توقع الضرر عند إبرام العقد:

١٠٨ - ومما يجب ملاحظته أنه يجب للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إخلاله بتنفيذ التزامه أن يكون قد توقع الضرر عند إبرام العقد، فإذا لم يتوقعه في هذا الوقت وتوقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولاً عنه. مثال ذلك ما إذا اشترى شخص سيارة واتفق مع البائع على أن يكون التسليم في تاريخ معين ولكنه لم يخبره بأنه إذا لم يحصل على السيارة في هذا التاريخ فسيصيبه ضرر وسيكون هو (أي البائع) مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر. في هذه الحالة إذا تأخر البائع في تسليم السيارة فإنه لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المشتري. وعلى العكس من ذلك إذا أخبر المشتري البائع بأنه سيكون مسؤولاً عن الضرر الذي سيصيبه (يصيب المشتري) إذا تأخر في تسليم السيارة.

معيار توقع الضرر:

١٠٩ - ومعيار توقع الضرر موضوعي فرد هو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها العقد ولو لم يتوقعه المدين بالذات وقد نصت على ذلك العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدني بقولها: ..... ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت.

المطلب الثاني

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١١٠ - لا يكفي لتقرير المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر بجانب الدائن، بل يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن خطأ المدين أي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر. فإذا انقطعت علاقة السببية هذه فلا تقوم مسؤولية المدين وهي تنقطع إذا تدخل سبب أجنبي بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي أصاب الدائن. والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو فعل شخص ثالث، ففي مثال تعهد النقل الذي تعهد بنقل الخاصيلات إلى المرسل

للمزارع، إذا تضرر الناقل مع وسائط النقل في الوقت المتفق عليه ولكن المزارع لم يكن قد حصل تصرفه بعد بالتصرف (النقل) فالمزارع بعد ذلك المتحدث عن ناقل آخر ودفع أجراً أخفى من الأجر الذي كان قد اتفق عليه مع الناقل الأول، في هذه الحالة لم يكن عدم التنفيذ ناشئاً عن خطأ المدين (الناقل) بل عن فعل الغير (المزارع). ولا يسأل الناقل كذلك عن التعويض إذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجعاً إلى قوة قاهرة كفيضان قطع الطريق، أو حدث فجائي كاصطدام تعطل السيارة عن العمل. يتضح مما تقدم أن السبب الأجنبي لا يقطع علاقة السببية بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي يصيب الدائن، ولكنه ينفي نسبة عدم التنفيذ صفة إجمالاً. فإذا انتفى الخطأ فلا تتقرر مسؤولية المدين لأن أحد أركان هذه المسؤولية يكون قد تخلف.

عبء الإثبات:

(١٠) - وعبء الإثبات انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق المدين، فهو الذي يدعي ذلك فعليه إثباته، فالبينة على المدعي، وهو لا يستطيع ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي. وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١٦٨) مدني بقولها: يجوز استحالة تنفيذ الالتزام العقدي أن يدفع الالتزام بحكم ما يترتب على عدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

---

(١) وقد تعددت حالات حدوث أحداث أجنبية أثرت وستحدث بعد به الموقف من الجهود غير قادرة على التغلب في حالة الحصول المضرور وكونه قد تابعه من الأرض لا حد لإزالتها إلا أن لنظام الشرعية والأمنية.

المطلب الرابع

تعديل أحكام المسؤولية العقدية

تخفيف أحكام المسؤولية وتشديدها:

١١٢ - تعد الأحكام العامة للمسؤولية العقدية من النظام العام، فيجوز الاتفاق على التعديل من أحكامها، ذلك أن المسؤولية العقدية لما كانت تبعة للإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، ولما كان العقد وليد الإرادة فإن هذه الإرادة الحرة في التعديل من أحكام المسؤولية، إذا كان هذا التعديل في حدود النظام العام والآداب، وهذا شأن أحكام المسؤولية إما أن يكون شرطاً من الدين يخفف من مسؤوليته أو شرط من الدائن يشدد به مسؤولية المدين، ونرى كلاً من ذلك في مقصد مستقل.

المقصد الأول

الاتفاق على التخفيف من المسؤولية

١١٣ - يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذ الالتزام، سواء أكان ذلك راجعاً إلى خطئه أم إلى خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولكن لا يجوز له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم (م ٢٥٩ مدني)، فمسؤوليته في هذه الحالة تعتبر مسؤولية التقصيرية، وعليه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، مثال اشتراط التخفيف من المسؤولية العقدية اشتراط البائع براءته من العيوب الخفية (م ٥٦٧/١)، فالأصل في هذا الباب أن يضمن البائع العيوب الخفية الموجودة في المبيع، ولكن يجوز له أن يخفف من هذا الضمان فيشترط عدم ضمانه هذه العيوب، ومن ذلك أيضاً أن البائع ضامن لاستحقاق المبيع ولكن لا يجوز له أن يشترط إعفاءه من الضمان أو إسقاطه (م ٥٥٦/١).

عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش وخطأ الجسيم

٤١٤ - ولكن إذا جاز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذ التزامه إلا أن هذا الاتفاق لا يجوز أن يصل إلى حد إعفائه من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم. مثال ذلك تعمد البائع إخفاء العيوب وشرائه براءة من العيوب الخفية. ومثال ذلك أيضاً تعمد مودع إخفاء حق المستحق واشتراطه إسقاط ضمان الاستحقاق. وإذا اشترط المدين عدم مسؤوليته عن غشه أو خطئه الجسيم فالشرط باطل والعقد صحيح (م ٢٥٦/٣).

المقصد الثاني

الاتفاق على التشديد من المسؤولية

٤١٥ - ولكن يجوز للمدين أن يشترط التخفيف من المسؤولية أو إعفاءه منها بشرط أن يشترط التشديد من مسؤولية المدين فيجعله مسؤولاً حتى عن خطئه الجسيم حتى عن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه (م ٢٥٦/١). وفي هذه الحالة يقوم المدين بدور الضامن لمصلحة الدائن. مثال ذلك ما إذا اتفق شخص مع شركة نقل على نقل أثاثه واشترط عليها أن تكون مسؤوليته عن تلف الأثاث حتى لو كان التلف بسبب أجنبي، كصاعقة تقع على السيارة فتحترق مع الأثاث الذي فيها. فشركة النقل تكون في هذه الحالة ضامنة لقيمة الأثاث. وهذا ما يعبر عنه في التأمين على البضائع.

وفي هذا المعنى جاء في كتاب الإجازة للشيخ محمد حسين الأصفهاني (ص ٢٥٨): (وإذا اشترط عليه ضمان الفاسد كان ضامناً ولو بغير تعدي. فإن معناه لا تأمين، بل ضمان الضامن، لا أنه أمانة مضمونة).

الفصل الثالث

انحلال العقـــد

تمهيـــد:

١١٦- إذا نشأ العقد صحيحاً نافذاً لازماً وحسب تنفيذه (م ١٤٦/ ١). والتنفيذ هو الطريق الطبيعي لزوال الرابطة العقدية، وبه ينقضي العقد. ولكن قد تطرأ أمور تؤدي إلى زوال العقد قبل تنفيذه. وهذه الأمور إما أن تحدث أثرها من حين إبرام العقد أو بالنسبة للمستقبل فقط. وزوال أثر العقد من حين إبرامه يكون في العقود الفورية التنفيذ ويقال له الفسخ. وزوال أثره بالنسبة للمستقبل فقط يكون في العقود المستمرة التنفيذ ويقال له الإقالة أو الإنهاء. ولكن القانون المدني العراقي عالج هذه الحالة مع الفسخ، بالرغم من وجود هذا الفرق بينهما.

الإلغاء بإرادة منفردة:

١١٧- وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين أو لكل منهما أن يستقل بوضع حد للرابطة العقدية، وزوال أثر العقد في هذه الحالة يقال له الإلغاء بإرادة منفردة، وأهم الصور التي أجاز القانون إلغاءها بإرادة منفردة هي: الوكالة والوديعة والعارية. وهذه العقود يقال لها في الفقه الإسلامي عقود لازمة من الجانبين. أما الحالات التي يكون فيها لأحد المتعاقدين فقط أن يستقل بوضع حد للرابطة العقدية فهي الحالات التي يكون فيها هذا العاقد الخيار. والخيارات كثيرة متنوعة نبين ما يحال للكلام عليها.

القانون المدني العراقي:

١١٨- وقد عالج القانون المدني العراقي في الفصل الذي خصصه لانحلال العقد كلاً من الفسخ والإقالة. ونحن نتبعه في ذلك ونخصص لكل من ذلك فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول
فسخ العقد

تمهيد:

١٢٩ - يفسخ العقد لعدم المتعاقدين التزاماتهما متقابلة على عاتق كل من طرفيه فيصبح كل منهما دائناً للآخر ومديناً له، كما يفسخ العقد في الوقت نفسه ارتباطاً بين هذه الالتزامات، وهذا الارتباط يؤدي إلى القول بأنه إذا لم يف أحد المتعاقدين بما التزم به فإن المتعاقد الآخر لا يكون حراً أصلاً على تنفيذ التزاماته ويستطيع هذا المتعاقد إذا لم يطالب بتنفيذ العقد أن يطلب فسخ العقد وحل الرابطة الناشئة عن العقد، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى.

الأساس الذي يقوم عليه حق الفسخ:

١٣٠ - لم تعرف القوانين المدنية الحديثة الحق في فسخ العقد إلا بعد تطور طويل، فلم يكن القانون الروماني يعرف به لأنه لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، وقد عرف القانون الفرنسي هذا الحق بوجود شرط فاسخ ضمني في العقود الملزمة للجانبين يعطي كلاً من المتعاقدين الحق في طلب فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، ولا يزال الفقه الحديث يطبق شرط الفسخ الضمني هذا، ولكن اختلفت الآراء في بيان الأساس الذي يقوم عليه، فقد انهار النظرية التقليدية في السبب التي كانت هي التي تصلح لبيان هذا الأساس، ذلك أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يعد سبباً في التعاقد الآخر يعرض عليه في قصد زواله مسبب براءة العقد، وأهم خصوم السبب هذا يلحق على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، نتيجة هذه العقود تقضي بأن يكون التزام كل من المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر ويعتبر سبباً قانوناً أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فإن المتعاقد الآخر له توقف من جانبه تنفيذ ما يلتزم به من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ[1].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جزء ٢، ص ٤٢٣

خطة البحث:

١٢١ – وسنتكلم على الفسخ في ثلاث مباحث: نخصص الأول لشروطه والثاني لآثاره، والثالث لأثره.

المبحث الأول
شروط الفسخ

١٢٢ – هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لإمكان طلب الفسخ، وهي:

١ – أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين.

٢ – أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

٣ – أن يكون طلب الفسخ مستنداً لتعهد التزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد.

الشرط الأول – عقد ملزم للجانبين:

١٢٣ – لا بد لإمكان طلب الفسخ من أن يكون العقد ملزماً للجانبين. فهذا النوع من العقود فقط يعني التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، وإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه هو الذي يبرر طلب الفسخ. أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيها الفسخ، ذلك أن أحد طرفي العقد فيها مدين غير دائن، فلا يستطيع أن يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر يحق له تنفيذه فيبرر تدخله بطلب الفسخ، والطرف الثاني دائن غير مدين، فلا مصلحة له في طلب الفسخ، بل يستطيع أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه وأن يجبره على ذلك؛ كما يستطيع أن ينهي التزامه بإرادته المنفردة. مثال ذلك الكفالة، فهي عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل. فالكفيل لا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لأن الكفيل له غير ملزم بتنفيذ شيء، والكفيل له مصلحة له في طلب الفسخ ويستطيع أن يطالب المكفول بتنفيذ التزامه، كما يستطيع أن ينهي التزام الكفيل بإرادته المنفردة وذلك بإبرائه من الكفالة.

الشرط الثاني ـ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه:

١٢٤ – إن ما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة، بقاء أحد المتعاقدين ملزماً بتنفيذ التزامه مع عدم قيام الآخر بتنفيذ التزامه. لذلك لا بد لقبول طلب فسخ العقد من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب الفسخ ويجعله مقبولاً أمام القضاء، ولكن يجب أن يلاحظ أن الذي يبرر طلب الفسخ إنما هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي. فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه فالعقد يفسخ بحكم القانون، وهذا ما سنراه في حينه.

الشرط الثالث: استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه وقدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه:

١٢٥ – لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بل يجب أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه من جانبه هو، فإذا لم يكن هو قد نفذ التزامه فلا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه لأن هذا المتعاقد يستطيع أن يدفع دعواه بالدفع بعدم التنفيذ.

ويجب أيضاً أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد. فهذا هو الأثر الذي يترتب على الفسخ كما سنرى. فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً تقتضي العقد فيجب أن يكون قادراً على رده. فإذا لم يكن قادراً على ذلك فلا يجاب إلى طلبه. فإذا هلك الشيء في يده فلا يعود بإمكانه أن يرده فلا يستطيع أن يطلب الفسخ. وكذلك الأمر إذا خرج الشيء من يده بتصرف قانوني، كما إذا باعه فإنه لا يستطيع انتزاع الشيء من المشتري لرده إلى من تعاقد معه لأنه ملزم بحق من اشترى منه الشيء بالضمان. فالأصل في هذا الباب أن يرجع الملزم بالضمان المتبع عليه بالتعرض...

المبحث الثاني
أنواع الفسخ

١٢٦ - الفسخ إما أن يتم بحكم قضائي، أو نتيجة شرط يتفق في المتعاقدان مقدماً على أنه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً، ويقال له في هذه الحالة الفسخ بحكم الاتفاق، وإما أن يتم بحكم القانون، ويقال له الانفساخ، ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول
الفسخ بحكم القضاء

١٢٧ - الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي، وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد. فالقاضي حكم محايد لا يصل إلى أحد الخصوم دون الآخر، وقوله هو الذي يفصل النزاع بينهم.

الإعذار:

١٢٨ - ولكن لا بد المتعاقد الذي يريد أن يلجأ إلى القضاء طلباً فسخ العقد بعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من أن يطلب من هذا المتعاقد القيام بتنفيذ التزامه وينبهه إلى أنه إذا لم يقم بالتنفيذ فإنه سيطلب الفسخ، وتسمى هذه بالإعذار، والإعذار بإنذاره، وهذا معنى المثل الشائع «من أنذر من الذر». الإنذار يتم بواسطة الكاتب العدل. ولكن لا حاجة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ:

١٢٩ - هذا والقانون يخير بين طلب فسخ العقد وبين طلب إجبار مدينه على تنفيذ التزامه. فإذا أقام الدعوى طالباً الفسخ فإنه يستطيع أن يعدل عن طلبه إلى طلب التنفيذ، وذلك قبل صدور الحكم، وكذلك الأمر إذا رفع دعوى التنفيذ فإنه يستطيع أن يعدل عن طلبه ويطلب الفسخ (م ١٧٧/١).

ويستطيع المدين أن يتعسف الحكم عليه بالفسخ إذا هو بادر إلى تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ. وفي هذه الحالة قد تحكم عليه المحكمة بالتعويض لتأخره في التنفيذ إذا طلب الدائن ذلك وكان هناك ضرر.

سلطة المحكمة التقديرية:

١٣٠- إذا عرض جانب الفسخ على القاضي فهو غير ملزم بالحكم به، بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك. فقد يقضي به إذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم به ويمنح المدين نظرة الميسرة، أي أجلاً لتنفيذ التزامه إذا كان من بعده حسب ما يبدو بالنسبة للباقي (م ١/١٧٧). والقاضي يستوحي قراره من الظروف المحيطة بالقضية. فإذا رأى أن المدين حسن النية ويعمل في تنفيذ التزامه إهمالاً واضحاً بالرغم من إعذار الدائن له فذلك لما يحمله على الحكم بالفسخ. ويعلو الحكم من ذلك إذا رأى أن المدين حسن النية وأن عدم تنفيذه للالتزام يعود لظروف خارجة عن إرادته، أو أن ما يتبقى في ذمته قليل لا يستحق الالتزام في جملته، أو أن الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة هذا التأخير، فذلك مما يحمله على رفض الحكم بالفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة.

وإذا منح القاضي المدين نظرة الميسرة فعلى المدين القيام بتنفيذ التزامه في مواعيده وليس له أن يتعداها. ولكن إذا لم يستطع ذلك وكانت الظروف التي مررت به بعد نظرة الميسرة لا تزال قائمة فيمكن له ما تمنح المحكمة من مهلة نظرة مرة ثانية.

المطلب الثاني
الفسخ بحكم الاتفاق .

تدرج الاتفاق على الفسخ:

١٣١ – قد يتوقع المتعاقدان عند إبرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان عندئذ أنه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً وهذا الشرط قابل للتدرج، فالمتعاقدان قد يتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً، وقد يزيدان من قوة الشرط ويتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه، وقد يزيدان من قوة الشرط أيضاً فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم، وقد يبلغان الذروة في زيادة قوة الشرط فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إنذار، وهذا الشرط صحيح، وقد أجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني. ويترتب حكم كل من هذه الشروط على حدة.

١ـ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً:

١٣٢ – إذا اتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالمطلوب في مثل هذا الشرط أن يراد به تأكيد القاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ إذ يصعب الجزم بأنهما أرادا تعميم الفسخ. وعليه فهذا الشرط لا يغني عن الإعذار ولا عن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ. كما أن هذا الشرط لا يسلب القاضي سلطته التقديرية. فيستطيع أن يرفض الحكم بالفسخ وأن يمنح المدين أجلاً. والحكم بالفسخ يعتبر مستنداً للفسخ لا كاشفاً له.

٢ـ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه:

١٣٣ ـ وإذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه فهذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى ولا عن الإعذار، ولكنه يسلب المدعي سلطته التقديرية فلا يملك إلا الحكم بالفسخ، ولكن الشرط لا يسلب المدين حقه في طلب التمهيل إذا شاء، والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون منشئاً للفسخ لا كاشفاً له كما في الحالة السابقة.

وقد طبقت المادة (٥٨٢) من القانون المدني هذا الحكم في عقد البيع، فنصت على أنه «إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر إلا إذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون إعذار».

٣ـ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم:

١٣٤ ـ وإذا اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم كان معنى هذا الشرط أنه إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا للحكم بتقرير الفسخ، ولكن إذا نازع المدين الدائن في ادعائه وادعى أنه نفذ التزامه ففي هذه الحالة يجب رفع الدعوى، ولكن الحكم الذي يصدر بالفسخ يقتصر على تقرير ما إذا كان الدائن قد نفذ التزامه أم لا. فإذا قرر أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ، ويكون الحكم مقرراً للفسخ، أي كاشفاً لا منشئاً له.

ولكن هذا الشرط لا يغني عن الإعذار. فلا بد للدائن إذا أراد إعمال الشرط من إعذار المدين، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من إعذاره الفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولكن إذا أعذر الدائن المدين ولم يقم هذا بتنفيذ التزامه فإن الدائن لا يستطيع الدائن من طلب التنفيذ فيبقى له الاختيار بين طلب الفسخ وطلب إجبار المدين على التنفيذ.

٤ـ الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعذار:

١٣٥ ـ وأقصى ما يصل إليه المتعاقدان في هذا الباب هو اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعذار. وهذا الشرط يعفي الدائن من إعذار المدين ومن إقامة الدعوى للحصول على حكم بالفسخ. وإذا اختصم الدائن إلى بداية الدعوى فالحكم الذي يصدر يقتصر على التحقق من توفر شروط الفسخ. فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه وأثبت ذلك فالقاضي يحكم ببقاء العقد[1]. وإذا ثبت للقاضي توفر شروط الفسخ فعليه أن يحكم به. والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون مقرراً لا منشئاً له. ولكن هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلاً من طلب الفسخ، وإلا كان معناه وضعه تحت رحمة المدين، إذ لا يكون على هذا الأخير إذا أراد فسخ العقد إلا أن يمتنع عن تنفيذ التزامه فينفسخ العقد. وهذا ما لا يمكن قبوله.

المطلب الثالث

الفسخ بحكم القانون

(الانفساخ)

١٣٦ ـ إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون، ولا حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، إلا إذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب أجنبي، ولا يلزم في هذه الحالة بأي تعويض. وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فالعقد لا ينفسخ بل يتأكد ويلزم بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه.

---

(١) والمحكمة الإدارة العليا ... من القانون ... الفسخ ... في قضية ... الدائن أنه ... جميع المصرف من صرف (الشيك) ... كان العقد مفسوخاً ... من تلقاء نفسه دون ... جميع المصرف من صرف (الشيك) ... بالشيك، ... أن ... الواقعة ... وأن المدين ... الدائن ... يبطل ... وأن الإعذار ... العقد مفسوخاً ... في ... الدائن ... العقد ... قائماً ... ١٩٧٠ ... الوسيط ص ... ١٩٦٨ ... هامش رقم ...).

تبعة الهلاك:

١٢٧ - ويثور التساؤل عما لمعرفة من يتحمل تبعة الاستحالة إذا كانت لسبب أجنبي: الدائن أم المدين. فإذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي وانقضى التزامه وبرئت ذمته فهل يبقى المتعاقد الآخر ملزماً بتنفيذ التزامه أم ينقضي التزامه هو الآخر وتبرأ ذمته؟ إذا قلنا بأن المتعاقد الآخر يبقى ملزماً بتنفيذ التزامه فإن معنى ذلك أنه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لأنه هو المدين بمحل التزام المتعاقد الآخر، وإذا قلنا بأن التزامه ينقضي هو أيضاً وتبرأ ذمته فإن معنى ذلك أن المتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه هو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة لأنه هو المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه. للهروب من هذا الإشكال انقسم الفقه إلى وضع قاعدتين اثنتين: القاعدة الأولى: إذا استحال على المتعاقد في العقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل هذه الاستحالة. القاعدة الثانية: إذا كانت يد المتعهد على الشيء يد أمانة فهو لا يضمن هلاك الشيء، أي لا يتحمل تبعة هلاكه، وإذا كانت يده يد ضمان فهو الذي يضمن هلاكه، أي يتحمل تبعة هذا الهلاك. ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هاتين القاعدتين.

القاعدة الأولى:

١٢٨ - إذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة. ويستوي في ذلك أن يكون محل التزامه قيماً يعمل أو تسليم شيء. فإذا التزم شخص بدفع شيء واستحال عليه دفعه أو التزم بنقل بضاعة واستحال عليه نقلها، فهو الذي يتحمل تبعة ذلك، أي أنه لا يستحق الأجر المتفق عليه. وكانت المحكمة إذا كان محل التزام المدين تسليم شيء واستحال عليه تسليمه، مثال ذلك: فهو الذي يتحمل تبعة هذا الهلاك. فالبيع إذا هلك وهو في يد البائع عليه، عليه ولا يلزم المشتري بدفع الثمن.

القاعدة الثانية:

١٣٩ – إذا كانت يد الشخص على الشيء يد أمانة وذلك الشيء في يده قضاءً قدراً أي بدون تعد ولا تقصير منه فهو غير ضامن، أي لا يتحمل تبعة الهلاك فالمستأجر والوديع والمستعير يدهم على الشيء يد أمانة، فإذا هلك الشيء المؤجر أو المودع أو المستعار فهم غير ضامنين، أي لا يتحملون تبعة هذا الهلاك، والغاصب يده على الشيء المغصوب قضاءً وقهراً فهو ضامن.

المبحث الثالث

آثار الفسخ

زوال حكم العقد بأثر رجعي:

١٤٠ – الأثر الذي يترتب على فسخ العقد هو زوال حكم العقد بأثر رجعي إن حسب إرادة واختيار كان لم يكن ووجوب الرجوع في ما نفذ ورد ما قبض قبل الفسخ، يستوي في ذلك أن يكون الفسخ بحكم القانون أو بحكم القضاء أو بحكم الاتفاق. وهذا هو الحكم الذي يترتب أيضاً على نقض العقد الموقوف. ويسري هذا الحكم فيما بين المتعاقدين كما يسري بالنسبة للغير. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

١- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين: الرجوع إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد:

١٤١ – يترتب على فسخ العقد وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد. فمن قبض منهما شيئاً فعليه رده، ومن لم ينفذ التزامه لا يجبر في تنفيذه (م ١٨٠ مدني). ففي عقد البيع مثلاً إذا قبض المشتري المبيع ثم فسخ العقد فعليه رده إلى البائع. وإذا كان البائع قد قبض الثمن فعليه رده إلى المشتري.

وجوب رد الثمرات إذا كان القابض سيء النية:

١٤٢ - وما الحكم بالنسبة للثمرات التي نتجها الشيء قبل رده؟ يميز القانون في هذه الحالة بين القابض السيء النية والقابض الحسن النية. ومعنى سوء النية أن القابض يعلم عند القبض أنه إنما يقبض شيئاً غير مستحق له. كما أن معنى حسن النية أن القابض كان يجهل عند القبض أنه إنما يقبض شيئاً غير مستحق له. فالقابض الحسن النية يستحق ما يقبضه من الزوائد، وما يستوفيه من منافع هذه الزوائد (م ١٦٥ مدني). والقابض السيء النية عليه أن يرد الزوائد والثمرات التي أنتجها الشيء قبل رده. فإذا كان المبيع أشجاراً مثلاً، وأتلف المشتري ثمارها وكان سيء النية فعليه أن يرد هذه الثمار إن كانت موجودة، وإذا كان قد استهلكها أو هلكت فعليه أن يرد قيمتها. والبائع إذا قبض الشيء فعليه أن يرده مع عوائده من حين المطالبة القضائية. هذه القواعد وأساس الالتزام بالرد هو الكسب دون سبب. ذلك أن العقد إذا فسخ فإن سبب الاحتفاظ لكل من المتعاقدين بثمرات الشيء الذي قبضه.

الحكم بالتعويض:

١٤٣ - وإذا حكمت المحكمة بالفسخ بناء على خطأ أحد المتعاقدين حكمت على هذا المتعاقد بالتعويض. كما تحكم بالتعويض عن العقد الذي يستحيل عليه رد ما قبضه. ويشمل التعويض ما أصاب الدائن من ضرر بسبب فسخ العقد وما تفقده في الدعوى بالحصول على الحكم بالفسخ.

٢ - أثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين: زوال الحقوق التي رتبها القابض على الشيء قبل الفسخ:

١٤٤ - ويزول حكم العقد بأثر رجعي إلى حين إبرامه بسريان في حق غير المتعاقدين أيضاً. فمثلاً لو باع شخص كان لم يكن قد ملك المبيع أبداً، وترتب على ذلك زوال الحقوق التي رتبها على المبيع قبل الفسخ وعندئذ يسترد البائع المبيع خالياً من أي حق عيني. فإذا رتب المشتري على المبيع، وكان أرضاً، حق انتفاع أو حق ارتفاق ثم فسخ

تبيع فالبائع يسترد الأرض من المشتري الثاني إذا كان المشتري الأول لم يأخذ. كما يسترجعها من المشتري الأول حماية من الحيازة المعينة التي رفعها عليه.

الأساس القانوني:

١٤٥ – والأساس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو أن المشتري لما كان يعتبر كأن لم يملك هذه العين أبداً فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ يعتبر صادراً من غير مالك فلا ينفذ في حق المالك الأصلي. ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: بفاسد الشراء لا يملك، كما يعبر عنه الفقهاء الغربيون بقولهم: بما يستطيع الإنسان أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك. وبالفورنسية: ما لا وان حق من تصرف بالشيء: ال حق من تلقى منه هذا الشيء.

استثناء:

١٤٦ – هناك استثناءان يردان على القاعدة المتقدمة، الأول يتعلق بعقود الإدارة المبرمة بحسن نية، والثاني يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

١ـ عقود الإدارة المبرمة بحسن النية:

١٤٧ – فيما يتعلق بالاستثناء الأول، إذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستأجر حسن النية وكان العقد ثابت التاريخ فعقد الإيجار يبقى ولا يفسخ، ولا يستطيع البائع أن يسترد العين من المستأجر قبل نهاية عقد الإيجار.

٢ـ الحيازة في المنقول سند الملكية:

١٤٨ – وفيما يتعلق بالاستثناء الثاني: إذا كان المبيع منقولاً وقبضه المشتري ثم باعه وكان المشتري الثاني حسن النية وقبض المبيع ثم فسخ البيع الأول، فالبائع لا يستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني. والسبب في ذلك هو أن المشتري الثاني اعتمد على أن الذي يبيعه المشتري الأول، هو مالك الشيء، فإذا سمحنا للبائع الأول باسترداد الشيء منه فإن هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات (م ١١٦٣ مدني).

أثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ:

٥٤ - الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ لا يمكن أن يقع بأثر رجعي إلى حين إبرام العقد، ذلك أن الزمن عنصر جوهري في هذه العقود وله تحديد نفقة العقد، وبقدر ما يمر من الزمن يعتبر العقد قد نفذ في جزء منه يتناسب ومقدار الزمن المنقضي منه، والزمن الذي مضى لا يعود، ويترتب على ذلك عدم إمكان إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فالفسخ في هذه العقود لا يحدث أثره إلا بالنسبة للمستقبل فقط، ويترتب على ذلك أن ما ترتب من أثر على هذه العقود يظل قائماً، فالأجرة المستحقة عن المدة السابقة تبقى لها صفة الأجرة لا التعويض، ويحتفظ المؤجر بما قبضه من الأجرة، لكل ذلك لا يسمي بعض الفقهاء مثل هذا النوع من العقود فسخاً بل إنهاء.

الفرع الثاني

الإقالة

تعريف الإقالة وشروطها:

٥٥ - يجوز أن يتفق المتعاقدان على إقالة العقد وإرجاع الحال إلى ما كان عليه وردّ ما سلم إلى صاحبه، وهذا الاتفاق صحيح ويقال له الإقالة، والإقالة عقد كسائر العقود، فلا بد منها من توفر الشروط العامة لانعقاد العقد، كما أنها فسخ اتفاقي فلا بد من توفر شروط الفسخ فيها، وهي إمكان إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل إبرام العقد (م ١٨١ و١٨٢).

الطبيعة القانونية للإقالة:

١٥٦ – ويعني، في هذه المناسبة، التوقف قليلاً للتساؤل عن الطبيعة القانونية للإقالة، هل هي فسخ أم عقد جديد؟ فإذا باع شخص سيارة مثلاً وسلمها إلى المشتري ثم اتفقا على الإقالة ورد المشتري السيارة إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري، فهل يعتبر ذلك فسخاً للبيع أم عقداً جديداً باع به المشتري السيارة من البائع؟ هناك ثلاثة آراء في هذا الصدد: الأول يعتبر الإقالة عقداً جديداً، والثاني يعتبرها فسخاً اتفاقياً، والثالث يعتبرها فسخاً فيما بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة للغير. وهذا الرأي الأخير هو الذي أخذ به القانون المدني العراقي (م ٨٤٢). ويترتب على هذا التكييف للإقالة بعض النتائج، نذكر أهمها فيما يلي:

١ – إذا كانت الإقالة عقداً جديداً بالنسبة للغير فالمشفعة تثبت إذا كان المبيع عقاراً، في القوانين التي تأخذ بالشفعة في العقار، فإذا باع شخص داره ولم يطلب جاره الشفعة ثم اتفق البائع والمشتري على الإقالة فيجوز أن يطلب الجار الشفعة.

٢ – لا تعادل الإقالة بأثر رجعي بالنسبة للغير، فتبقى الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع قبل الإقالة ولا تزول. فإذا كان المبيع أرضاً مثلاً ورتب المشتري عليها حقاً عينياً كحق مرور أو حق شرب مثلاً، ثم حصلت الإقالة، فالبائع يسترد الدار وهي مثقلة بالحق العيني الذي رتبه المشتري عليها، وكذلك الأمر إذا أجر المشتري الدار قبل الإقالة، فالبائع يسترد الدار وهي مؤجرة[1].

---

(١) وقد جاء في حكم محكمة تمييز العراق بشأن الاتفاق على الإقالة: «لمس وإجراء خسارة قليلة من الإقالة» (قرار ٥٦ – ٥٦ ...) وجاء في حكم آخر بشأن إقالة البيع: «إن البائع ورثته لهم حق إنهاء البيع وإقالة المشتري في إقالة عقد البيع، وعدم رضاء البائع المبيع إلى المشتري وعدم إعادته ثمن إقالة البيع أو عدم استعداده لإعادة الثمن فسخ إقالة البيع» (قرار محكمة التمييز، العدد ... من ١٩٦٩ – ٢٠٠٠).

الباب الثاني

الإرادة المنفردة

تمهيد: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الحق الشخصي والالتزام:

١٥٢ - الإرادة المنفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد، وهي بهذا الاعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية كإيجاب الملزم وإجازة العقد الموقوف. ومن الممكن أن تكون الإرادة المنفردة سبباً في كسب الحقوق العينية كما في الوصية، وسبباً في سقوطها كما في الإبراء من حق الارتفاق أو رهن. ويمكن للإرادة المنفردة أيضاً أن تهيئ رابطة ناشئة عن عقد كما في الوديعة والعارية والوكالة، فيستطيع كل من المودع والوديع والمعير والمستعير أن ينهي عقد الوديعة أو عقد العارية إذا لم تكن قد حددت مدة لذلك، ويستطيع الموكل أن يعزل الوكيل، كما يستطيع الوكيل أن يعزل نفسه. ويمكن للإرادة المنفردة أيضاً أن تسقط الحق الشخصي عن طريق الإبراء (م ٤٦٠ مدني).

١٥٣ - ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي والالتزام؟ للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين حالتين:

١ - إنشاء الحق لمن صدرت عنه الإرادة أو إنشاء الالتزام على عاتق الغير، وهذا غير ممكن، فلا يستطيع الإنسان أن يمنح لنفسه حقاً على عاتق غيره بإرادته المنفردة.

٢ - إنشاء الحق الشخصي أو الالتزام لمن صدرت عنه الإرادة أو الالتزام على عاتق من صدرت عنه الإرادة، وقد اختلفت الآراء في ذلك، وهناك نظريتان في هذا الصدد: فرنسية وألمانية.

النظرية الفرنسية:

١٥٤ - تذهب النظرية الفرنسية إلى أن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشئ التزاماً، وإلى أن الالتزام الذي ينشأ عن عمل أو تصرف قانوني لا يكون مصدره إلا توافق الإرادتين، أي تعاقد، وقد ورث القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة عن القانون الفرنسي القديم، وهي ترقى بجذورها إلى القانون الروماني.

النظرية الألمانية:

١٥٥ - وتذهب النظرية الألمانية بل إن في استقلال الإرادة المنفردة أن تكفي التزاماً على عاتق صاحبها، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة عنه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده يكون ملزماً، فلا يستطيع من صدر عنه الإيجاب أن يرجع عنه.

حجج أنصار النظرية الألمانية:

١٥٦ - ويستند أنصار النظرية الألمانية في تأييد نظريتهم إلى الحجج التالية:

١ - إنها تستند في تفسير الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة، كالوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير والإيجاب الملزم والسند لحامله. فالشخص الذي يعلن عن جائزة لمن يعثر على شيء ضائع أو يقوم بعمل معين يكون ملزماً تجاه من يعثر على الشيء أو يقوم بالعمل، وأساس التزامه إرادته المنفردة. والتزام المتعهد نحو المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير لا يجد أساسه كذلك إلا في الإرادة المنفردة، والأمر كذلك في الإيجاب الملزم. إذا أوجب أحد المتعاقدين وحدد مدة للطرف الآخر ليقبل في خلالها أو يرفض، كان ملزماً بالبقاء على إيجابه في خلال المدة، وأساس التزامه هو إرادته المنفردة.

وينطبق ما تقدم بالنسبة للسند لحامله. فساحب السند يلتزم نحو الحامل الأخير إذا كان حسن النية ولو لم يكن قد قصد الالتزام أو تراجع عنه السند أو سرق منه.

٢ - من الصعب أن تتوافق الإرادتان توافقاً تاماً، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة، وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة، وهو مستحيل أيضاً حتى إذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد. ذلك أن أحدهما لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته، وهذا هو الإيجاب، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول، والإيجاب والقبول يتعاقبان. فإذا أردنا أن نتأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان فلا بد أن نفترض أن من صدر عنه الإيجاب قد أبقى على إيجابه ولم يعدل عنه حتى اقترن القبول به، وهذا محض افتراض لا أساس له، كما أننا نأخذ بإرادة مفترضة نزعم أنها هي الإرادة الباطنة، وينتج عن ذلك أن الموجب قد التزم بإيجابه.

٣- إذا لم يكن في مستطاعة الإنسان أن يلزم نفسه إلزاماً صحيحاً بمحض إرادته فكيف يلتزم بالقوانين بإرادة أخرى؟ وهي إرادة أجنبية عنه، وهو قد عجز عن أن يلتزم بإرادته هو؟ لا شك في أن القوة المنزلة للعقد قد سبقتها القوة المنزلة للإرادة المنفردة.

٤- ويضيف أنصار الإرادة المنفردة إلى ما تقدم قولهم بأنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع التزام الإنسان بإرادته المنفردة، فهو حر في أن يلتزم نفسه في الحالة التي يسمح بها القانون، وإن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه في نظرية تزاحم الإرادتين، إذ تصبح الإرادة المنفردة وحدها قادرة على إنشاء الالتزام، وبهذا أقصى ما يمكن أن يصل إليه سلطانها. أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال القانونية أو الشكليات التي كانت تحد من سلطان الإرادة، فقديماً كانت الإرادة لا تنشئ أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال وشكليات معقدة، ثم اندثرت هذه الشكليات حتى لم يبق منها إلا القدر، وأصبحت الإرادة هي التي تنشئ الأثر القانوني الذي تحدد إليه. فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بإرادة أخرى.

اعتراض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية:

٥٥١- ويرد أنصار النظرية الفرنسية على الحجج التي يوردها أنصار النظرية الألمانية بما يلي:

١- إن نظرية الإرادة المنفردة لا تقوم على أساس صحيح. ذلك أنه إذا أمكن أن نتصور التزام الإنسان بإرادته المنفردة فلا نفهم كيف يصبح الإنسان دائناً دون إرادته. فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن فلا معنى لهذا الالتزام ولا قيمة له، وإذا قيل بضرورة إرادة دائن لكي يصبح دائناً فهذا هو توافق الإرادتين، ومنه ينشأ العقد.

٢- إذا قيل أن للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزام فيجب القول أيضاً بأن لها القدرة على إلغائه، وبذلك يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته فلا يكون له قيمة.

٣- إن نظرية الإرادة المنفردة تقوم على فروض غير صحيحة. فهي تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين قد ورد الأمر قبل التعاقد وبدء فيه بقرار فردي وإعلان فجأة عن إرادته ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا القبول أو الرفض، مع أن الأمر ليس كذلك. فالذي يقع في العمل أن المتعاقدين يتفاوضان ويفيدان في أخذ ورد ولا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر، وكل إرادة تؤثر في الأخرى وتعدل من اتجاهها حتى توافق الإرادتان، وبذلك يتم العقد.

د- أنصار النظرية الألمانية على اعتراضات أنصار النظرية الفرنسية:

١٥٨ - ويرد أنصار النظرية الألمانية على اعتراضات أنصار النظرية الفرنسية ما يلي:

١- القول بأن الدين لا يوجد من غير دائن لا يمكن الاعتراض به على النظرية الألمانية لأن هذه النظرية تنظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتباره قيمة مالية أكثر منه باعتباره رابطة شخصية. ويترتب على هذا النظر إمكان تصور دين بغير دائن ما دام الدين موجوداً وما دام الدائن سيوجد عند تنفيذ الالتزام، ولو لم يوجد قبل ذلك.

٢- أما القول بأنه إذا أمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام فيجب أن يكون بإمكانها أن تقضيه ففيه خلط بين أثر الإرادة في العالم الحسي وأثرها في الروابط الاجتماعية. فالإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير واطمأن إليها وأعدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، وعندئذ يجب احترام الحالة التي أوجدتها، ولا يجوز بعد ذلك العدول عنها إذا ترتب على هذا العدول إخلال بالثقة المشروعة التي وجدتها. فالإرادة المنفردة إذا أنشأت التزاماً بمفردها فهي قد لا تستطيع أن تنهيه بمفردها إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل.

٣- أما القول بأن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتتأثر إحداهما في الأخرى فهذا صحيح من الناحية النفسية، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن تمر مرحلة تنتهي عندها المفاوضات ويدرس الإيجاب دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً. ولا شك في أن هذا الإيجاب الباتت قد أثرت به عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك.

ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر. ولكن لا شك في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً أصبح منسوباً إلى إرادة من صدر عنه ما دام قد ارتضاه في الإرادة، وعندئذ تتحقق النظرية الألمانية ويكون أحد الطرفين قد أقدم بإرادة ثانية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها أو رفضها. هذا وهناك حالات كثيرة تقع في العمل يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب لا تسبقه مفاوضات. من ذلك ما يجري في عقود الإذعان.

تقدير النظريتين:

١٥٨ - ذلك عرض موجز لحجج كل من أنصار الإرادة المنفردة ومعارضيها. ونحن إذا نظرنا إلى النظريتين نظرة موضوعية وجدنا النظرية الفرنسية ترفض الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام رفضاً باتاً، في حين أن الأخذ بالنظرية الألمانية يؤدي إلى القضاء على العقد كمصدر للالتزام تحل محله الإرادة المنفردة مصدراً لكل التزام إرادي. ولا شك في أن في كل من النظريتين شيئاً من عدم الصواب. فلا يجوز اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام من الطراز الأول، فهي تساعد في تفسير بعض الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة، كالوعد بالجائزة والإيجاب الملزم. أما ما تؤدي إليه النظرية الألمانية من القضاء على العقد كمصدر للالتزام وإحلال الإرادة المنفردة محله فهذا ما لا يمكن التسليم به، فالواجب إذاً أن يقر كل من العقد والإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، العقد باعتباره المصدر الأول، والإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً ثانوياً يقتصر على الحالات التي يكون فيها ثمة مانع من حصول الالتزام بشأنه عن طريقها. وهذا هو الاتجاه في التشريعات الحديثة، ومنها القانون المدني العراقي. فهي لم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى. وقد عالج القانون المدني العراقي الإرادة المنفردة في مادتين: هما المادتان (٨٤ و ٨٥). فنص في الأولى على أن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في الحالات التي يعين فيها القانون على ذلك، ونص في الثانية على أحد تطبيقات الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، وهو الوعد بجعل أو الجعالة.

وسنتكلم عن الإرادة المنفردة في مطلبين، نحاول في الأول أن نعرف متى تلزم صاحبها، ونرى في الثاني الجعالة.

الفصل الرابع
متى تلزم الإرادة المنفردة صاحبها

٥٨ ـ تقضي المادة (١٨٤) مدني بأنه: ١ ـ لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون على ذلك. ٢ ـ ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما يتعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين. وندرس أولاً الحالات التي نص فيها القانون على أن الإرادة المنفردة تلزم فيها صاحبها، ثم نستعرض الأحكام التي تطبق عليها.

أولاً ـ الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها:

٥٩ ـ الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها هي الإيجاب الملزم وإنشاء المؤسسات وتحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً والوعد بجائزة.

فالوعد بجائزة يكون ملزماً إذا حدد للموسم ميعاداً للقبول (م٨٤٤). وإنشاء المؤسسات يكون بسند رسمي أو بوصية. فإرادة المنشئ المنفردة هي التي تنشئ المؤسسة، وهذه الإرادة يصدرها صاحبها منتج أثرها في حياته أو بعد مماته بوصية. ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها ومن ثم نرى الإرادة المنفردة هنا تنشئ تخصيصاً معنوياً وتنشئ التزاماً نحو الشخص (م٦٥ مدني).

وتحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً يكون بإعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بإرادته المنفردة بوفاء الديون المضمونة إلى القدر الذي يراه يساوي قيمة العقار. ويمتد الالتزام على عاتقه بمجرد إعلانه رغبته في تحرير العقار من الديون المرهون فيها، وذلك بالرجوع إلى الدائنين بإعلانات نصت على محتواها المادة (١٣٠٨) من القانون المدني. أما الوعد بجائزة فسنعود إليه في الفصل الخامس من هذا الباب.

ثانياً ـ الأحكام التي تطبق على الإرادة المنفردة:

١٦٠ ـ تقضي الفقرة الثانية من المادة (١٨٤) ملحق بتطبيق أحكام العقد على الإرادة المنفردة إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين ومعنى هذا أنه لا بد لتنتج الإرادة المنفردة أثرها من أن تتوفر لها شروطها والأركان العامة في العقد من تراضٍ ومحل وسبب، عدا ما تعلق منها بتوافق الإرادتين. فيجب أن يتوفر لها محل مشروع وأن يتمتع صاحب الإرادة بالأهلية اللازمة أي أهلية الأداء الكاملة وأن يكون رضاؤه صحيحاً غير مشوب بعيب، كما يجب أن يكون هناك سبب مشروع أي قصد مشروع يراد تحقيقه.

الفصل الخامس
الوعد بجعل (الجعالة)

١٦١ـ أهم تطبيق أورده القانون المدني العراقي للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام هو الوعد بجعل أو جائزة. وقد نص على ذلك في المادة (١٨٤) بقوله: يرض وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعده. مثال ذلك: أن يعلن شخص عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل كاكتشاف دواء لمرض أو العثور على شيء ضائع. فمن قام بالعمل استحق الجائزة ولو لم يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل.

الجعالة في الفقه الإسلامي:

١٦٢ـ وقد عالج الفقهاء المسلمون الجعالة معالجة مستفيضة، ونقطة الابتداء عندهم ما جاء في سورة يوسف عليه السلام: ... قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم. أي كفيل.

شروط الوعد بالجعل:

١٦٣ـ ويجب لتحقيق الوعد بجعل توفر الشروط التالية:

١ـ أن تتوفر في الوعد وفي العمل الموعود بجعل من أجل القيام به الشروط العامة التي رأيناها في الإرادة المنفردة، كما يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون الوعد محدداً في وعده. وهذا الشرط الأخير عبارة عن تطبيق للقواعد العامة في ضرورة اتساق الإرادة إلى إحداث أثر قانوني.

٢ـ أن توجه الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين. وهذا الشرط هو الذي يميز الإرادة المنفردة عن العقد فهي إذا وجهت إلى شخص معين أو إلى أشخاص معينين أصبحت إيجاباً يجب الاقتران القبول به. وعندئذ تصبح عقداً لا إرادة منفردة.

٣ـ أن توجه الإرادة بطريق علني كالإعلان في الصحف والراديو والتلفزيون.

ب- أن يتضمن الإعلان ثمرة: جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها، وعملاً معيناً يجب القيام به لاستحقاق الجعل أو الجائزة.

أحكام الوعد بجعل:

م١٦٥- إذا توفرت الشروط المتقدمة أصبحت الإرادة المنفردة للواعد ثابتة وملزمة الالتزام على عاتقه. وقد ميز القانون المدني العراقي في هذا الصدد بين حالتين: حالة ما إذا حدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل وحالة ما إذا لم يحدد (م١٨٤) وبين حكم كل من هاتين الحالتين على حدة.

١- الوعد حددت له مدة:

م١٦٦- إذا حدد الواعد مدة لوعده اشترط أن يتم العمل في خلالها، يلتزم بالبقاء على وعده في خلال هذه المدة، فإذا انقضت المدة من غير أن يقوم أحد بالعمل المحدد الواعد من وعده والتزامه ويصبح الوعد الإيجاب غير ملزم وفي هذه الحالة يمكن أن نسميه "بالوعد الملزم" أو "بالوعد الالتزامي".

وإذا قام أحد بالعمل في خلال المدة أصبح دائناً للواعد بمبلغ الجعل، إذا كان العمل مبلغاً من الفوز، سواء بالوعد عند قيامه بالعمل أو لم يعلم وسواء قام بالعمل قبل الإعلان عن الجعل أو بعده.

٢- الوعد لم تحدد له مدة:

م١٦٧- وإذا لم يحدد الواعد مدة يجب القيام بالعمل في خلالها فله أن يرجع ما دام لم يقم أحد بالعمل. ويمكن الرجوع بحيث أن يتم بالطريقة نفسها التي أعلن بها الوعد، وإذا قام أحد بالعمل قبل الرجوع استحق الجعل ولو لم يكن عالماً بالرجوع عند قيامه به ولكن لو قام به قبل الوعد وفي هذه الحالة يشبه الوعد الإيجاب غير الملزم ويمكن أن نسميه "بالوعد غير الملزم" أو "الوعد غير الالتزامي".

سقوط دعوى المطالبة بالجعل:

٦٦٧ــ إذا لم يحدد الواعد مدة للعدول وحدث من وعده ولكن قام شخص بالعمل قبل العدول فليس للشخص أن يرجع على الواعد في خلال سنة أشهر من تاريخ إعلان العدول (م ٣/١٨٥) وهذه المدة إنما هي مدة مقررة لا مدة تقادم، فلا تقف ولا تنقطع.

تقادم دعوى المطالبة بالجعل في غير الحالة المتقدمة:

٦٦٨ــ وإذا حدد الواعد مدة وقام شخص بالعمل في خلالها وكذلك إذا لم يحدد مدة ويعلن، فالجعل يصبح ديناً في ذمة الواعد، أي حقاً شخصياً لمن قام بالعمل. وفي هذه الحالة تسري عليه القواعد العامة في التقادم فلا تسقط دعوى المطالبة بالجعل إلا بمضي خمس عشرة سنة من حين القيام بالعمل في حالة تحديد مدة (م ٤٢٩) وفي حالة عدم تحديد مدة يمكن سماع الدعوى مهما مر من الزمن، وذلك أن الوعد لا يزال قائماً ولكن إذا لم يكن العمل يعود بفائدة على الواعد مهما مر من الزمن فيجب عندئذ القيام بالعمل من خلال مدة معقولة في حدود الوقت الذي يعود فيه القيام بالعمل بالفائدة على الواعد، كما لو كان الواعد مريضاً وأخل عن حيازة لمن يكتشف دواء مرضه ولم يكتشف أحد الدواء إلا بعد موته. وإذا حصل خلاف بشأن هذه المدة فالقضاء هو الذي يقول كلمته فيها.

الباب الثالث

العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)

فصل تمهيدي

١ـ التعريف بالمسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع:

يمارس الإنسان في حياته مختلف ضروب النشاط لإشباع حاجاته ورغباته وهو في نشاطه قد يلحق بغيره ضرراً ينشأ عن فعل يباشره أو يتسبب فيه أو يصدر عمن هم تحت رقابته أو عن أشياء تحت حراسته. وقد ينشأ الضرر عن امتناع عن بعض ما يوجبه القانون. إن القانون يلتمس عندئذ ترتيب جزاء على من ألحق بغيره ضرراً، وهو جزاء صورة من صور المسؤولية. ولكن هذه المسؤولية تتنوع من حيث الصور وتختلف من حيث الطبيعة. فقد يقررها القانون العقابي وقد يرتبها غيره من الفروع. فإذا الأولى فتسمى المسؤولية الجنائية. وأما المسؤولية التي يقررها القانون المدني أو غيره من الفروع عدا القانون العقابي فتسمى المسؤولية المدنية. ولكن المسؤولية المدنية تتنوع صورها هي وحدها. فقد تنشأ عن إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح وتسمى المسؤولية العقدية أو التعاقدية أو تترتب على إخلال بالتزام يفرضه القانون وتسمى المسؤولية عن العمل غير المشروع.

إن المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع تطلق عليها تسميات متعددة منها المسؤولية عن العمل الضار، والمسؤولية التقصيرية. ولكن أكثرها شيوعاً هو المصطلح الأخير وإن لم يكن أدقها. وإذا كان من المستحسن أن نقدم تعريفاً للمسؤولية عن العمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية فإنه في وسعنا القول أنها تعني: التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو الأشياء أو عن تلف أو نفوق الحيوان أو الدواب أو الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون.

٢ـ نشأة المسؤولية التقصيرية وتطورها:

اختلطت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية في المجتمع البدائي القديم فكان الثأر مدعاة الأمر غير الجزاء المترتب على الفعل المثير بإثارة المعتدى عليه أو أسرته أو عشيرته دون تدخل من السلطة ورسم حدوده فعلمت الضغائن وتأرجحت النار بسبب ذلك

الجزاء نظير الأذى دون أن يجاوزه ثم امتنعوا عن القصاص بالدية بتأثير من تطور المجتمع فحلت فكرة التضامن بدلاً من الثأر من محدث الضرر محل فكرة الانتقام الفردي. وكانت الدية في بادئ الأمر جسيمة تجاوز قدرها مقدار الضرر. لأنها كانت تضم عنصر تعويض المعتدى عليه عما خسره من ضرر، عنصراً آخر هو تعويض المعتدى عن تنازله عن حقه في أخذ الثأر وما يجره هذا التنازل من خفض لشأنه في مجتمعه، وكان أمر تحديدها متروكاً للطرفين. ثم تدخلت الدولة بعد أن تركزت السلطة في قبضتها فحولت تحديدها حسب أنواع الجرائم، وحددت في الوقت نفسه إلى جعل الدية نظاماً إجبارياً بعد أن كانت اختيارية. ثم قطعت الدولة شوطاً أبعد بعد أن بات لها أن من الجرائم ما لا يقتصر أثره على الأفراد بل يتعداهم إلى المجتمع فقسمت الجرائم إلى نوعين أولهما الجرائم العامة التي تمس أمن المجتمع ونظامه والتي تتولى السلطة بنفسها توقيع العقوبة على مرتكبيها وثانيهما الجرائم الخاصة التي تقتصر آثارها على المعتدى عليهم وفيها تكون الدية التي تتولى الدولة تحديد مقدارها هي الجزاء. وقد ترتب على التمييز بين العقوبة وبين الدية تغير في طبيعة الدية بعد أن كانت تنطوي على معنى العقوبة والتعويض معاً أصبحت بعد تعريفاً صرفاً للمعتدى عليه. وعلى هذا النحو بدأت المسؤولية المدنية تأخذ في صورة تعويض مستقلة عن المسؤولية الجنائية وهو أمر تحقق على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم.

وإذا كان الرومان لم يميزوا تماماً بين المسؤوليتين المدنية والجنائية[1] فقد خلطوا كذلك بين نوعي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ولا صحة لما يردد تاريخ المسؤولية التقصيرية إليهم. فلم يتضمن القانون الروماني نصاً يقرر قاعدة عامة تقضي بمسؤولية كل من أخل بفعله ضرراً بالغير. ومع ذلك فإن تسرب فكرة الخطأ إلى دائرة المسؤولية عن الأفعال الضارة حدث على يد الرومان وفي أواخر العهد الجمهوري بتأثير من الاعتبارات الخلقية بعد أن كانت هذه المسؤولية تصطبغ بصبغة مادية بحتة عن فكرة الخطأ فقد رأى الفقهاء وقتئذ أن قواعد الأخلاق لا تجيز مساءلة الصبي عن التمييز والمجنون عن أعماله الضارة لأنهما لا يدركان ما يفعلان، والتالي لا يمكن أن تنسب إليهما أقوال سوء أو عمل خاطئ.

---

(1) منصور مصطفى منصور، القانون المدني، جـ ٢، ص ٤٠٤

والحق، أن فكرة التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يعود إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم كما ينسب إليهم فضل التمييز بين المسؤوليتين المدنية والجنائية، فقد صاغ الفقيه الفرنسي الكبير دوما في كتابه (القوانين المدنية) قاعدة تقضي بأن: "كل الأضرار والأضرار التي تقع بفعل شخص نتيجة لعدم التبصر أو التقصير أو الجهالة مما يجب تعلمه به أو لأي خطأ آخر مهما كان درجة ذلك الخطأ يلزم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو أي خطأ آخر صدر عنه سبباً في وقوعها".

وقد تلقف واضعوا القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ (تقنين نابليون) كما أنهى إليه الفقه الفرنسي القديم من تمييز بين المسؤولية المدنية والجنائية ومن وضع قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية ومن إقامة هذه المسؤولية على عنصر الخطأ، فتضمنت المادة ١٣٨٢ القاعدة العامة في المدنية بإلزام أي شخص سبب فعله الخاطئ الأضرار للغير بتعويض الغير عن الضرر الذي تسبب في وقوعه وتضمنت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ - ١٣٨٩ عن تطبيقات خاصة للمسؤولية التقصيرية تتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير وفعل الحيوان والبناء والأشياء غير الحية الأخرى. وقد اعتمد الفقه والقضاء الفرنسيان على هذه المواد في إقامة نظرية عامة للمسؤولية التقصيرية كانت مصدر أحكام هذه المسؤولية في أكثر القوانين المدنية المعاصرة ومنها أغلب التقنينات المدنية العربية.

إن ما وضعه تقنين نابليون من أحكام للمسؤولية التقصيرية أصابه الكثير من التطور الذي اقتضاه تطور المجتمع المعاصر مادياً وفكرياً فقد كان التطور الاقتصادي والتعقد الصناعي وبروز القيم الاشتراكية وانتشار الوعي الاجتماعي الأثر البالغ في توجيه دفة أحكام المسؤولية التقصيرية إلى طريق المدنية، وهو طريق يقتضي العمل على تيسير حصول المضرور على التعويض عن طريق تخفيف عبء إثبات خطأ مرتكب الفعل الضار الذي أقامه تقنين نابليون على كاهله أو استبعاد عنصر الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية وقد تفرع كل من التشريع والفقه والقضاء للسير في هذا الطريق بوسائل شتى لأهم ما يلي:

١- افتراض الخطأ في جانب مرتكب الفعل الذي تسبب في الضرر مع السماح له بنفي

---

(١) [illegible]

افترض خطأ في جانب شخص قرينة الخطأ المفروض، ويتعين أخر إقامة المسؤولية التقصيرية على أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

٢ـ افتراض الخطأ في جانب مرتكب الفعل الضار وعدم السماح له بنفي قرينة الخطأ المفروض أي إقامة المسؤولية على أساس خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس.

٣ـ استبعاد الخطأ كركن من أركان المسؤولية وإقامتها على عنصر الخطر ومبدأ تحمل التبعة والاعتداد بالضرر في ذاتها. أي وجوب التعويض على كل شخص حدث بنشاطه ضرراً للغير.

٤ـ استبعاد الخطأ كأحد أركان المسؤولية والاعتداد بالضرر وحده وتأسيس المسؤولية على فكرة الضمان.

٥ـ إقرار مسؤولية الشخص عن أفعال الضارة وأن ظل ضمن حدود المادية لكنه دون ذلك قد تقلص اطاقه وأصبحت تقف إلى جانبها صور أخرى من المسؤولية عن الفعل الضار.

٣ـ نطاق المسؤولية التقصيرية:

إن تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية يقتضينا الكلام عن أمرين أولهما التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية وبيان حكم اجتماعهما وثانيهما التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وبيان حكم اختلاطهما.

٤ـ التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية:

تختلف المسؤوليتان الجنائية والمدنية من حيث الأساس الذي تقوم عليه كل منهما، فالمسؤولية الجنائية تقوم على أساس من الضرر الذي يصيب المجتمع، أما أساس المسؤولية المدنية فهو الضرر الذي يصيب الفرد.

وترتب على هذا الفارق الرئيسي بين المسؤوليتين وجوه الاختلاف الآتية:

١ـ الجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة توقع باسم المجتمع على شخص المسؤول أما الجزاء في المسؤولية المدنية فتعويض يستوفى من ماله.

٢ـ تهدف العقوبة كجزاء جنائي إلى زجر المجرم وردع غيره أما الجزاء المدني فيستهدف إزالة الضرر أو التخفيف منه.

من دعوى المسؤولية الجنائية من حق المجتمع ولذلك فإن ممثل المجتمع وهو الادعاء العام أو النيابة العمومية هو الذي يتولى إقامتها. أما دعوى المسؤولية المدنية فمن حق المتضرر فهو يملكها ويضرها.

د- تختص المحاكم الجزائية بالنظر في دعوى المسؤولية الجنائية أما دعوى المسؤولية المدنية فيمكن أن يكون النظر فيها من اختصاص المحاكم المدنية وإن جاز رفعها أمام المحاكم الجزائية تبعاً للدعوى الجنائية.

هـ- لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية من حق المجتمع لذلك لا يجوز لمعتمد التصالح بشأنها أو إسقاطها أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيجوز الصلح فيه أو التنازل عنه لأن الحق في التعويض خاص بالفرد.

و- الأفعال التي يعاقب عليها المجتمع في دائرة المسؤولية الجنائية يجب أن تذكر على سبيل الحصر وأن تحدد العقوبة المقررة لكل جريمة (فالقاعدة في المسؤولية الجنائية هي أن لا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص). أما الأفعال غير المشروعة التي توجب المسؤولية المدنية فلا حاجة لحصرها وذلك لأن المسؤولية المدنية تتحقق كلما ارتكب الشخص عملاً غير مشروع ألحق بالغير ضرراً.

ز- تتناسب العقوبة في المسؤولية الجنائية مع درجة الجناية أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيتناسب مع مقدار الضرر. لأن تحديد العقوبة يتأثر بدرجة خطورة الفعل على أمن المجتمع ونظامه بصرف النظر عن مقدار الضرر وقد ترفع العقوبة بالرغم من انعدام وجود الضرر كما هو الشأن في جرائم الشروع.

ح- يعتبر القصد الجنائي ركناً لقيام المسؤولية الجنائية فإذا ارتكب الفعل يجب أن تتجه إرادته إحداث الضرر لكي تقرر مسؤوليته وإن لم يترتب على فعله ضرر. أما المسؤولية المدنية فلا يشترط لقيامها توافر هذه النية.

ط- إذا كانت المسؤولية الجنائية تدور مع الفعل وجوداً وعدماً فإن التمييز يعتبر شرطاً لقيامها، ذلك لأن غير المميز لا يدرك ما يفعل، ومن لا يدرك لا ينسب إليه خطأ. أما المسؤولية المدنية فقد تقرر وإن لم يكن المسؤول مميزاً.

ي- اجتماع المسؤوليتين المدنية والجنائية وحكمه

قد تترتب على الفعل الواحد إحدى المسؤوليتين دون الأخرى فمن حسن الحظ دون

إجازة ترتب المسؤولية الجنائية دون المدنية وفي عدم تنفيذ العقد ترتب المسؤولية المدنية دون الجنائية. ومع ذلك يقع كثيراً أن ترتب المسؤوليتان معاً على الفعل الواحد فجرائم القتل والسرقة والرشوة أفعال تلحق ضرراً بالمجتمع وتصيب الفرد بضرر في الوقت نفسه وحتى يتضح المسؤوليتان وترتب الأحكام المتقدمة:

١- من حيث الاختصاص القضائي:

إذا ترتبت المسؤوليتان: جاز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ورفع الدعوى الجزائية أمام محكمة الجزاء، إلا أن من الممكن رفع الدعوى المدنية بناء على طلب المضرور أمام محكمة الجزاء التي تفصل في الدعوى المدنية لتقضي عندئذ عن تحقيق المسؤوليتين بالعقوبة والتعويض معاً، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية استناداً إلى التسليم بأن حق المجتمع يعلو على حق الفرد.

٢- من حيث تقادم الدعويين:

تقضي بعض القوانين المدنية ومنها القانون المدني المصري أن الدعوى المدنية لا تسقط بالتقادم إلا عند سقوط الدعوى الجنائية وهو حكم لم ينص عليه القانون المدني العراقي، والحكم في قانوننا وفقاً لنص المادة ٢٣٢ هو عدم سماع الدعوى المدنية بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه وبعدم سماع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع، أما الدعوى الجنائية فتسقط بانقضاء المدة التي يعين عليها قانون العقوبات.

٣- من حيث تأثر الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية:

فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام محكمة الجزاء ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وجب على القاضي المدني أن يتوقف عن الفصل في الدعوى المدنية حتى يفصل قاضي محكمة الجزاء في الدعوى الجنائية وذلك أعمالاً لقاعدة مستقرة مؤداها أن الجنائي يوقف المدني.

ج- من حيث تأثير الحكم الجنائي في حكم القاضي المدني:

إذا صدر حكم نهائي من محكمة الجزاء في الدعوى الجنائية كان هذا الحكم حجة على القاضي المدني فيما أثبته من وقائع دون أن يكون حجة عليه فيما ورد فيه من تكييف قانوني لهذه الوقائع، ومفاد ذلك أن محكمة الجزاء إذا قضت بثبوت الوقائع المسندة إلى المتهم وقررت براءته وجب على القاضي المدني أن يتقيد بهذا الحكم ويقضي بالتعويض إذا قررت، وبه لعدم ثبوت الوقائع المسندة إليه فلا يحق للقاضي المدني أن يحكم بخلاف حكمه بالتعويض، ولكن القاضي المدني لا يتقيد بتكييف القانوني للوقائع التي تثبتها محكمة الجزاء في حكمها، فإذا قضت محكمة الجزاء بالبراءة استناداً إلى وجود مانع من موانع العقاب أو تأسيساً على إهمال المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي فإن هذا الحكم بالبراءة لا يجوز دون مساءلة المتهم مدنياً والحكم عليه بالتعويض، كما أن يقرر القاضي المدني أن إهمال المتهم وإن لم يرق إلى درجة الخطأ الجنائي المعاقب عليه جنائياً إلا أنه يعتبر خطأً يرتب المسؤولية المدنية.

د- التمييز بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية:

تقوم بين المسؤوليتين فروق جسيمة كثيرة من حيث الأحكام ومن حيث الأركان نوجزها فيما يأتي:

١- من حيث الأهلية: إذ يشترط توافر الأهلية الكاملة وهي بلوغ سن الرشد دون التعرض لأي عارض من عوارض الأهلية لتحقيق المسؤولية العقدية في أكثر التشريعات أما المسؤولية التقصيرية فيكفي لترتيبها التمييز، ومع ذلك فإن بعض القوانين أخرجت فئة مسؤولية غير المميز عن الحدث غير المميز، سواء صدر منه تعدياً أو صادر عن من تبعه.

٢- من حيث الإعذار: والإعذار هو دعوة الدائن من قبل دائنه إلى تنفيذ التزامه ووضعه قادراً في حالة التأخر في التنفيذ لما ترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر والإعذار واجب لمساءلة المدين عن التعويض في حالة المسؤولية العقدية في أغلب الأحوال ولا محل له في حالة المسؤولية التقصيرية.

٣ـ من حيث الإثبات: يقال عادة أن عبء الإثبات الملقى على عاتق المضرور في دائرة المسؤولية العقدية أيسر من العبء الملقى على كاهل المضرور في دائرة المسؤولية التقصيرية. ذلك لأن الدائن لا يكلف في نطاق المسؤولية العقدية إلا بإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته المحددة على غير مقاومة العبء فيه تبعاً لذلك إذا كان الالتزام العقدي التزاماً بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية. أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن على الدائن المضرور إثبات الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، وهو عبء الواجب الذي يفرضه القانون بعدم الإضرار بالغير. ومع ذلك يجب أن يلاحظ ما يرد على المسؤولية التقصيرية من تطور عميق أصاب ركن الخطأ من حيث إثباته أو من حيث اعتباره ركناً من أركانها.

٤ـ من حيث مدى التعويض: ذلك لأن المتعاقد المسؤول يسأل عن الضرر المباشر المتوقع المحصول عند التعاقد من حيث نوعه ومقداره فحسب ولا يسأل عن الضرر الإضافي غير المتوقع إلا إذا تسبب في حصوله بغشه أو خطئه الجسيم. أما في دائرة المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يشمل الضرر المباشر كله متوقعاً كان أو غير متوقع.

٥ـ من حيث التضامن بين المسؤولين: إذا تعدد المسؤولون في دائرة المسؤولية التقصيرية التزموا بالتعويض على سبيل التضامن لأن التضامن فيما بينهم مأذون به من القانون. أما في دائرة المسؤولية العقدية فإن التضامن بين المسؤولين لا يفترضه القانون وإنما ينبغي لتحقيقه أن ينص عليه القانون.

٦ـ من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية: إذا يعتبر الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطلاً، وذلك ما نص عليه أكثر القوانين لأن قواعد المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام. وقاس على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية التخفيف منها لإفراد المحكمة من الحكم في القانون. أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فيجوز إلا عند الاتفاق على الإعفاء منها في حالة ما إذا صدر عن المدين تدليساً خطأ أو خطأ جسيم.

٧ـ من حيث التقادم: ذلك لأن دعوى المسؤولية العقدية تسقط بمضي خمس عشرة سنة أما دعوى التعويض في دائرة المسؤولية التقصيرية فتتقادم بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بوقوع الضرر وبمن أحدثه، وتسقط في جميع الأحوال بمضي خمسة عشر عاماً من يوم وقوع العمل غير المشروع.

٨ـ وأما من حيث النطاق: فإن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عند توافر شرطين، فإن لم يتوافرا انتفت المسؤولية العقدية في كل مجال لا تنهض فيه المسؤولية العقدية: أولهما: وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، وثانيهما: عجز المضرور عن إثبات التزام ناشئ عن العقد، وقد سبق تفصيلهما في كلامنا على مصادر الالتزام.

٧ـ موقف الفقه من التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية:

توزع الفقه على اتجاهين متضادين في هذا الصدد، فأكد فريق وجوب التمييز بين المسؤوليتين مستنداً على ما ذكرناه من فروق بينهما من حيث الأحكام والنطاق، ويعرف أصحاب هذا الاتجاه بأنصار ازدواج المسؤولية ويتزعمهم الفقيه الفرنسي لاجول[1].

وعند أنصار وحدة المسؤولية المدنية وأبرزهم بلانيول نفيد صحيح أنصار ازدواج المسؤولية الذي ذكرناه، فقالوا إن ما ادعاه أنصار ازدواج المسؤولية من قيام فروق بين المسؤوليتين لا يبرر التمييز بينهما، ذلك لأنها ليست فروقاً جوهرية تثبت اختلافهما من حيث الطبيعة وإنما هي فروق ظاهرية لا تسوغ التمييز بينهما عند التعمق في تحليلها، إلا أن أبحاث النظر في الحجج التي ساقها أصحاب الاتجاهين يكشف عن مغالاة كل منهما في الدفاع عن رأيه، والحق أن بعض ما ساقه أنصار ازدواج المسؤولية من فروق لا يفسر بل اختلاف المسؤوليتين من حيث الطبيعة وإنما يرجع إلى نوع الالتزام، كما أن ما عمد إليه أنصار وحدة المسؤولية من إنكار جميع الفروق بين المسؤوليتين ينطوي على مبالغة، والرأي الصائب عندنا هو أن هناك ثمة فروق تقوم بين المسؤوليتين مردها اختلافهما من حيث المصدر، فالعقد هو مصدر الالتزام الذي ترتب المسؤولية العقدية عند الإخلال به، والقانون هو مصدر الالتزام بالامتناع عن الإضرار بالغير الذي نشأ المسؤولية التقصيرية عند إخلاله، ولذلك تختلف المسؤوليتان من حيث النطاق كما تختلفان في بعض الأحكام

---

(١) بلانيول في شرح القانون المدني جـ٢ بند ٨٧٣

كمدى التعويض والتقادم واتفاقات الإعفاء من المسؤولية والتضامن.

تقاس مما تقدم إلى القول أن أنصار وحدة المسؤولية لم يفلحوا في إقناع الكثيرين بأن المسؤوليتين بالرغم من وحدة بعض خصائصهما، وذلك لقدم بعض الفروق الحقيقية بينهما من حيث الدلائل.

٨- الجمع بين المسؤوليتين والخيرة بينهما[1]:

قد تقوم المسؤوليتان العقدية والتقصيرية على فعل ضار واحد كأن يقع فعل ضار يعتبر إخلالاً بالتزام ناشئ عن عقد صحيح، ويعتبر في الوقت نفسه إخلالاً بالتزام قانوني عام، ويتوافر عند وقوعه شروط المسؤوليتين. إن التساؤل يثور عندئذ حول إمكان الجمع بين المسؤوليتين أو الخيرة بينهما أو عدم إمكان أي من ذلك وسنتكلم بإيجاز في الأمرين تباعاً.

٩- الجمع بين المسؤوليتين:

يقصد بالجمع بالمسؤوليتين الاستعانة بقواعدهما معاً لاقتضاء التعويض، ويتصور الجمع بينهما في حالات ثلاث: أولاها: أن يرتب للدائن حقين معاً كأن يطالب الدائن بالتعويض عن أساس المسؤولية العقدية، ثم يقيم دعوى ثانية للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وثانيتها: أن يقيم الدائن دعوى واحدة يحتج فيها بالتصاق من إمكانيتهما بالجمع بين مزاياهما، وأن المسؤولية العقدية تتميز بتخفيف عبء الإثبات عن كاهل الدائن، أما المسؤولية التقصيرية فتتميز باتساع نطاق التعويض وشموله كل الأضرار المباشرة المتوقع وغير المتوقع، وثالثة هذه الحالات: أن يقيم الدائن الدعوى مطالباً فيها بالتعويض عملاً بقواعد المسؤولية العقدية، ولكنه يتمسك بها ويريد أن يطالب بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بدعوى أخرى.

إن الجمع بين المسؤوليتين أمر مستقر الفقه والقضاء على منعه في الحالات الثلاث الأولى لأن جواز الجمع في الحالة الأولى يفضي إلى اقتضاء التعويض مضاعفاً.

ولأن الجمع يبيحه في الحالة الثانية يؤدي إلى الإخلال بما حددته القوانين الخاصة من المسؤوليتين من نظام مستقل، ولأن الجمع في الحالة الثالثة يخل بمبدأ الدفع بسبب مختلف

---

(١) مصطفى مرعي: شرح مدني، مصادر الالتزام، ص ٢٤٠

في قضية اتحدت مع القضية المراد رفع دعوى الحيازة بها في الموضوع والسبب والخصوم.

٤ـ الخيرة بين المسؤوليتين: يراد بالخيرة بين المسؤوليتين، حق الدائن في اختيار أي من المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية للمطالبة بالتعويض عن عدم الوفاء بالتزام عقدي تسبب المدين بخطئه في عدم الوفاء به. والخيرة بين المسؤوليتين أمر اختلف الفقه والقضاء بصدده وتنوع الرأي على اتجاهين متباينين، أحدهما يرى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، وثانيهما يقر الخيرة بينهما.

أما الاتجاه الأول فينادي أصحابه بعدم جواز الخيرة ويؤسسون على الضرورة اختيار إحدى الدعويين، ولكنهم ينقسمون إلى فئتين من حيث تبرير رأيهم: أما الفئة الأولى فتبرر أن قواعد المسؤولية التقصيرية ليست جميعها من النظام العام.

إذا أن أكثرها لا يعدو الإخلال بمصلحة خاصة وإنما تمس مصالح فردية، وإذا تم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالمصالح الفردية فإن العقد يتضمن حينئذ اتفاقاً ضمنياً على استبعاد المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الذمنية المماثلة للالتزامات العقدية ولا يصبح مجالاً للاستعاضة بأحكام المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذه الالتزامات. وأما الفئة الثانية فترى أن قواعد المسؤولية التقصيرية وإن كانت جميعها من النظام العام إلا أنها لا تحكم العلاقة إذا كان أطراف العقد، وإنما تحكم علاقات غيرهم، وإلا لما وضع القانون قواعد خاصة بالمسؤولية العقدية. فقواعد المسؤولية التقصيرية لا تعدو أن تكون قواعد احتياطية لا تطبق إلا حينما يعدم مجال تطبيق المسؤولية العقدية وتنهض المسؤولية العقدية وحدها عند إخلال أحد الطرفين بما تعهد العقد صحيحاً بالتزاماته الناشئة عن العقد.

أما الاتجاه الثاني الذي يضم أنصار الخيرة بين المسؤوليتين والذي يقر للمضرور الخيار في إقامة إحدى الدعويين العقدية أو التقصيرية وفق رغبته فيحتج أن قواعد المسؤولية التقصيرية قواعد تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على استبعادها عند توافر شروط تطبيقها، وأن العقد إذا كان يظهر القواعد بين طرفيه فإنه يضيف التزامات عقدية إلى الالتزامات الأخرى التي فرضها القانون دون أن يمنع تطبيقه للالتزامات المفروضة استبعاده

الأخذ بالالتزامات القانونية وبذلك إذا لم تسعف أحكام العقد أحد طرفيه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية لوجود شرط الإعفاء من هذه المسؤولية، فلا مانع إطلاقاً من أن يستعين بقواعد المسؤولية التقصيرية لمقاضاة فاعل الفعل الضار إذا توافرت شروط تطبيقها دون أن يمنع وجود العقد الاستعانة بها.

ونرى أن القول بالخيرة رأي أصوب لسببين: أولهما أن قواعد المسؤولية التقصيرية كقاعدة تعتبر من النظام العام، وأنه ينبغي اللجوء إليها حينما تعتبر المسؤولية بل قواعد المسؤولية العقدية المتعلقة بالتعويض عن عدم تنفيذ التزام عقدي. ونرى أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يعدو أثره إعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي وإعفائه من إثبات السبب الأجنبي، وإلا أن الدائن إذا أثبت وجود خطأ تقصيري يسبب له الدائن تسبب في عدم التنفيذ وقع المدين في نطاق المسؤولية التقصيرية وحكم عليه بالتعويض بمقتضاها. وثانيهما أن التشبث بمقتضيات العدالة الذي يدعو إليه الوعي الاجتماعي الناضج وتؤكده القيم الاشتراكية يقضي إلى القول بالخيرة بين المسؤوليتين ضماناً لحصول المضرور على التعويض عن الفعل الضار إذا لم تسعفه قواعد المسؤولية العقدية. والقول بغير ذلك بحجة أن المشرع وضع تنظيماً مستقلاً لكل من المسؤوليتين يؤدي إلى حرمان المضرور في الحالات التي تتحكم فيها إرادة الطرف القوي في العقد فيحمل الطرف الآخر على قبول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وفي الحالات التي لا يستطيع الدائن فيها إثبات الخطأ العقدي الناشئ عن إخلال بالتزام يتولد عنه ركن فيها ترتب المسؤولية التقصيرية على الفعل الضار أيسر عبئاً من حيث الإثبات عليه.

٦٦- المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي:

نص المشرع العراقي على المسؤولية التقصيرية بسبع وأربعين مادة هي المواد (١٨٦-٢٣٢). وقد وزع الكلام فيه على فرعين تناول في أولهما بسط أحكام المسؤولية عن الأعمال الشخصية، وخصص الفرع الثاني لبيان أحكام المسؤولية الناشئة عن عمل الغير وعن الأشياء. ويلاحظ أن المشرع العراقي اقتبس تبويبه لأحكام هذه المسؤولية من

الفقه الغربي، ولكنه استمد أكثر أحكامها الموضوعة من الفقه الإسلامي كما يلاحظ أن المشرع العراقي في اقتباسه الأحكام من الفقه الإسلامي أكثر من اقتباس الأحكام التنظيمية وما في الأحكام لكثير من الجزئيات التي كان يعني عن بيانها سبق أبداه وتقرعه المدني.

وسنتناول في البحث أسباب التدوين المدني، فنقسمه إلى قسمين نفرد أولهما للمسؤولية عن الأضرار الشخصية ونفرد ثانيهما للمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء.

الفصل السادس

المسؤولية عن الأعمال الشخصية

٦٠٢ـ أفرد المشرع العراقي المسؤولية عن الأعمال الشخصية ثلاثين وثلاثين مادة (م١٨٦-٢١٧) تكلم فيها على الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس (م١٨٦-٢٠١) وعلى الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس (م٢٠٢-٢٠٣) ثم ساق أحكاماً مشتركة للأعمال غير المشروعة (م٢٠٤). وأعقب ذلك بالكلام في التعسف (م٢٠٥-٢١٠) وفي نفي علاقة السببية (م٢١١) وفي حالات انعدام صفة الخطأ في العمل غير المشروع (م٢١٢-٢١٥) ثم اختتم الفرع الذي خصصه للمسؤولية عن الأعمال الشخصية بالمادة ٢١٧ التي نص فيها على التضامن بين المتبوع.

لقد سلك المشرع العراقي مسلكاً واضحاً في بيان أحكام هذه المسؤولية فهو لم ينهج النهج الغازي في بيان أحكامها، وهو نهج لم يوسع أحكام عامة تندرج في قواعد مجردة تحتها نظيراً تختلف تطبيقات هذه المسؤولية والخروج عن نهج كل من القانون الانكليزي والألماني اللذين تميزا بعدم وضع قاعدة عامة لهذه المسؤولية وإنما بتحديد الأعمال غير المشروعة التي توجب التعويض ولكن دون مغالاة في سوق الأحكام الجزئية والخروج عن صياغة الفقه الإسلامي الذي عُرِفَ بالوقوف عند ذكر القواعد العامة والاهتمام بالأحكام التفصيلية وذلك تجمعه بين المبدأ وبين الأحكام التطبيقية والخروج عن هذين ما استقر في الفقه الإسلامي من أحكام.

إن كلامنا عن هذه المسؤولية سيوزع على ثلاثة مباحث سنقدم أولها الكلام على أركان هذه المسؤولية. ونخصص ثانيهما للبحث في حكم تحققها وهو التعويض ونفرد ثالثهما للكلام على تعديل أحكامها.

المبحث الأول

أركان المسؤولية التقصيرية

١٣ – نصوص تشريعية:

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي على ما يلي: (إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه ما يدل الضرر قد تعمد أو تعدى). وقضت المادة ٢٠٢ منه بما يلي (كل فعل ضار بالنفس ضمن قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر). وجاء في المادة ٢٠٤ منه: (كل تعد يسبب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض

إن هذه المواد التي تضمنت قواعد عامة للمسؤولية التقصيرية تشير إلى أن هذه المسؤولية تقوم على أركان ثلاثة هي: الضرر والخطأ وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ ولذلك فإن الكلام عن أركان المسؤولية التقصيرية يقتضينا الكلام عن كل من هذه الأركان الثلاثة على التعاقب مفردين لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

الركن الأول: الضرر

١٤ – تعريف الضرر:

يعرف الضرر بأنه أذى يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مشروعة له وهو ركن أساسي في المسؤولية لأن المسؤولية تعني التزاماً بالتعويض والتعويض يقدر بقدر الضرر وبانعدامه تنتفي المسؤولية ولا تظل محل للتعويض ولا تكون مدعي للمسؤولية مصلحة في إقامة الدعوى.

١٥ – أنواع الضرر:

يقسم الضرر على نوعين: أولهما المادي وثانيهما الضرر الأدبي أما الضرر المادي فيعتبر حسب المضرور في ماله كإتلاف مال أو تفويت صفقة أو إحداث إصابة تكبد المصاب نفقات، وأما الضرر الأدبي فهو ما لا يعاد في صورة خسارة مالية وإنما يتجلى في صورة لم ينتج عن إصابة أو مساس بالمضرور ينتج عن إهانة أو تقييد للحرية ينتج عن حبس دون وجه حق.

٩٦ – شروط الضرر

يشترط توافر شروط ثلاثة في الضرر كي يمكن الحكم بالتعويض عنه أولها أن يكون محققاً وثانيها أن يكون مباشراً وثالثها أن يصيب حقاً أو مصلحة مالية مشروعة ونستكمل على هذه الشروط الثلاثة تباعاً وبإيجاز.

٩٧ – الشرط الأول: أن يكون الضرر محققاً وهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً أو كان مستقبلاً إذا كان وجوده مؤكداً وإن تراخى وقوعه إلى زمن لاحق فإذا تعهد شخص بتوريد مواد الغذاء إلى مستشفى شهرياً وتوقف عن التوريد بعد فإن الضرر يكون محققاً وإن وقع مستقبلاً إذا كان لدى إدارة المستشفى من المواد الغذائية ما يكفيها في الحال أو في المستقبل القريب ما دامت ستضطر إلى شراء هذه المواد عند نفاذ ما لديها منها.

وإذا أمكن التعويض عن الضرر المحقق حالاً أو كان مستقبلاً فلا يجوز التعويض عن "الضرر المحتمل"[1] وهو الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلاً فلا يجوز بجهة عمومية أن تطالب من قبل شخصاً اعتاد الخروج بها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من حرمانها من فرح اعتاد التنزه شريكه إليها لأنه ضرر محتمل.

وقد جرى القضاء الفرنسي والمصري على اعتبار تفويت الفرصة للكسب ضرراً محققاً ونسب محتملاً[2] كحرمان موظف من دخول امتحان لترقية أو حرمان حصان من الاشتراك في سباق الخيل. ذلك لأن الحرمان في الحالتين لا ينطوي على المساس بالأمل في الفوز وإنما يمس الحق في الفرصة لمحاولة الفوز وتفويت الفرصة ضرر محقق وإن كان الفوز نتيجة محتملة إلا أن الضرر عندئذ لا يقدر بقدر الكسب الذي فاتت فرصته وإنما بمقدار ما يحتمل معه تحقق الكسب في تلك الفرصة.

٩٨ – الشرط الثاني: أن يكون الضرر مباشراً متوقعاً كان أو غير متوقع والضرر المباشر هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به وإليه أشارت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٠ من قانوننا المدني بقولها: (تقدر المحكمة التعويض في

---

(١) أ. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، م. س، ص٨٠٢.

(٢) سليمان مرقس، شرح القانون المدني، م. س، ص٣٠٣.

جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع).

وهذا يعني أن ما يمكن التعويض عنه من ضرر هو ما يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير فالنتيجة الطبيعية للإخلال بالالتزام ترادف الضرر المباشر في المعنى وقد أوضحت المذكرة ٢٤١ من القانون المدني المصري معنى النتيجة الطبيعية: (....ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول) أما الضرر غير المباشر فلا يجوز التعويض عنه لانقطاع النسبة بين الخطأ والضرر عندئذ فإن اعتدى شخص على آخر بالضرب وأصابه بعاهة وحزن أم المصاب على ابنها فمات كمداً فإن ما أصاب المتضرر من عاهة وما تكبده من نفقات وما غرمه من تعطل يعتبر ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه ولكن موت الأم يعتبر ضرراً غير مباشراً لا يصلح الحكم بتعويض عنه.

ويلتزم المدين في نطاق المسؤولية التقصيرية بالتعويض عن الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع لأن القانون يلزمه بالتعويض عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.

٩٤- الشرط الثالث: أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعة للمتضرر: أن الضرر الذي يمكن التعويض عنه قد يصيب حقاً للمتضرر كأن يحرق شخص دار شخص آخر وقد يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة للمتضرر دون أن ترقى إلى مرتبة الحق كأن يقتل شخص رجلاً كان يعول بعض ذوي قرباه دون أن يكون ملزماً قانوناً بنفقتهم إذا استطاع ذووا القربى ممن كان القتيل يعولهم مقاضاة القاتل لمطالبته بالتعويض عن حرمانهم من الإعانة إذا ثبت أن القتيل كان يعولهم على نحو مستمر وأنه كان سيستمر في الإنفاق عليهم لو بقي حياً.

أما إذا لم يصب الضرر حق أو مصلحة مالية مشروعة فلا يجوز التعويض عنه فمثلاً يحكم بالتعويض لغاصب عين انتزعها منه مالكها لاغتصابه حق الغاصب ولا يحكم بالتعويض لطالبة عن حيازتها لأن مصلحتها المالية التي تأثرت بعمل الخصم ليست مشروعة.

المطلب الثاني

الركن الثاني: الخطأ

٢٠- تعريف الخطأ التقصيري:

اختلفت الآراء بشأن تحديد معنى الخطأ التقصيري وسيقت له تعريفات كثيرة مختلفة لن نعرض لذكرها وتفنيدها وربما حسبنا أن نذكر منها ما نراه أكثرها دقة واستقراراً في الفقه والقضاء المعاصرين وهو تعريف يقول إن الخطأ التقصيري هو إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك.

إن هذا الالتزام القانوني السابق هو الالتزام باحترام حقوق الكافة وعدم الإضرار بهم وهو التزام يمثل عناية والعناية لمشروعة هي اتخاذ الحيطة والتحري بالتيقظ والتبصر في السلوك لتحاشي الإضرار بالغير وفي ذلك يختلف الالتزام العقدي الذي يقضي الإخلال به إلى المسؤولية العقدية عن الالتزام القانوني الذي يرتب الإخلال به المسؤولية التقصيرية ذلك أن الالتزام القانوني هو التزام يمثل عناية شأنه شأن الالتزام العقدي فقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً بمثل عناية أما الخطأ التقصيري كما يتضح من التعريف يقوم على ركنين أو يتحلل إلى عنصرين، أولهما: العنصر المادي أو الموضوعي وهو الإخلال أو التعدي، وثانيهما: العنصر المعنوي أو الشخصي وهو الإدراك أو التمييز وسنتكلم عليهما فيما يلي بإيجاز:

٢١- العنصر المادي: الإخلال أو التعدي

يراد بالتعدي تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه فهو انحراف في السلوك سواء كان الانحراف متعمداً أو غير متعمد والانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال أو تقصير ويستحق معيار موضوعي لتحديد التعدي أو لضبط الانحراف وليس بمعيار شخصي ويراد بالمعيار الشخصي أو الذاتي النظر إلى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار لمعرفة ما إذا كان فعله يعد تعدياً أو يعتبر آخر الحسن عما إذا كان الفعل الضار الذي وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك إن هذا المعيار يقتضي أن يحاسب الشخص الذي تميز بالفطنة والتبصر على أنه انحراف في سلوكه وأن لا يحاسب من يكون دون المستوى العادي في اليقظة والحيطة إلا على انحراف بارز في السلوك وإذا كان هذا المعيار يعتبر عادلاً بالنسبة لعوامل الضرر إلا أنه ينطوي على عيبين، أولهما: أنه يفترض تمييز شخصية

المعتدي وما درج عليه من سلوك وذلك أمر شاق، وثانيهما أنه محصن يحمي كل من الضرور والفاحش الشديد العنف في كثير من الأحوال فهو يهدر حق المضرور إذا كان الفاعل قليل الدهاء وهو يضيق الخناق على الفاعل الشديد اليقظة ويحاسبه على أقل انحراف في السلوك.

أن المعيار الموضوعي أو المجرد في ضبط الانحراف فيعني قياس الانحراف بسلوك شخص معتاد مجرد محاط بنفس ظروف الفاعل دون الاكتراث بشخص من وقع منه الفعل الضار ويريد بالشخص المعتاد شخص من نفس طائفة الفاعل متوسط في جميع الصفات ويعرف الشخص المجرد شخص مجرد من ظروفه الشخصية ويفترض إحاطته بنفس ظروف الفاعل إن هذا الشخص المجرد المعتاد الذي يمثل طائفة الفاعل والأسوي يتمتع بمجموعة من الصفات فلا هو بالشديد الرقة الخارق الذكاء وليس هو بالمتوسط البليد المفكر هو من يعرف في القانون الفرنسي باسم رب الأسرة الحريص الذي يحسن سلوكه لعيالي أخصا المقولة من كان إحجاماً ملزم بوديعة أو يبذل عناية كما يعتبر سلوكه معياراً يضبط الخطأ العقدي.

أما المراد بظروف الفاعل التي يفترض إحاطة الشخص المعتاد بها فقد اختلف الرأي بشأنها وذهب أكثر الفقه وأغلب القضاء إلى القول بأنها الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل[1] كظرفي الزمان والمكان دون الظروف الداخلية التي تتعلق بشخصه من صحة وثقافة وحالة عصبية وطباع وجنس ومن هذا كان من وقع منه الفعل الضار أو مسألة أو أدى أن يبين خطأه وحسب هذا مقارنة سلوكه بسلوك شخص معتاد قيطه نفس ظروف الزمان والمكان فإذا كان الشخص يسير في شارع مزدحم أو في أرض زلقة أو كان سيراً ليلاً أو في صباح كثيف الضباب وجب عليه الاعتداد بظرفي المكان والزمان هذين لأنهما من الظروف الخارجية أما إذا كان الشخص صغير العمر أو بطيء التفكير أو عصبي المزاج أو مشغولاً في الذهن أو أعمى لا يقرأ العلامات المرور لزمنا عدم الاكتراث بهذه الاعتبارات لأنها من الظروف الداخلية ويجب عليه أن نتبين ما إذا كان مسلك الفاعل كمسلك الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الخارجية أو أكثر يقظة وحيطة أو كان دونه يقظة وحيطة فإن كان مسلكه كمسلك الشخص المعتاد أو أكثر يقظة فيعد الخطأ عمداً وإن كان مسلكه دون مسلك الشخص المعتاد حيطة وحذراً اعتبرناه خطأ.

---

(1) وقد رأى بعض الشراح أن الظروف الشخصية تدخل في اعتبار الشخص المعتاد.

٢٢- العنصر المعنوي: الإدراك أو التمييز

لما كانت القاعدة القانونية خطاباً يوجه إلى الأشخاص يلزمهم بانتهاج سلوك معين ولما كان من لا يملك الإدراك لا تتأتى منه المخاطبة إلا إذا فرض القانون واجباً لا يتطلب من المخاطب إدراكاً ولا يقتضي منه جهداً زائداً كالتزام المضرور وكالتزام المتبوع عن الضرر بضمان أفعال تابعه الضارة فإن الإدراك أو التمييز يعتبر عنصراً أساسياً في الخطأ.

وقد اعتبر الإدراك أو التمييز عنصراً أساسياً في الخطأ منذ العهد الجمهوري من عهود القانون الروماني وظل كذلك عبر القرون الوسطى كما استقرت القيد في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين المتأثرة به وقد ترتب على اعتبار الإدراك عنصراً في الخطأ عدم مسؤولية الصبي غير المميز والمجنون عن أعمالهما الضارة كما ترتب عليه عدم مسؤولية من فقد التمييز بصورة وقتية لأي سبب عرضي كالسكر أو تعاطي المخدرات إلا إذا ثبت أن الفاعل قد تسبب بخطئه في حدوث العارض.

غير أن اشتراط التمييز لترتيب المسؤولية من فعل غير المشروع لم يعد مقبولاً لدى جانب الفقه والقضاء المعاصرين وفي بعض القوانين المدنية الحديثة لما ينتج عنه من مجافاة العدل لا سيما إذا كان فاعل الضرر سليماً والمصاب معوزاً وإذا اعتبر جانب من الفقه وتقضي التمييز من الظروف الداخلية التي لا تؤخذ بعين الاعتبار في قيام الخطأ كما سلم كل من القانون الألماني (الغربي) والبولوني وقانون الالتزامات السويسري بمسؤولية عديم التمييز في الحدود التي يرسمها القانون [1].

وقد كان من دوافع هذا الاتجاه ظهور المسؤولية المادية ونظرية الضمان الموضوعية التي جعلت قيام المسؤولية بعنصر الضرر وتجاوزت الخطأ وما يتعلق به من إدراك وتمييز في مرتبتها.

وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي فضل السبق في هذا المضمار [2] فقد تقدم كامل الشريعة بعشرات أربعة عشر قرناً في التسليم بالمسؤولية المادية وفي إقرار مبدأ الغرم بالغنم ولم يأبه بعنصر الخطأ في التصرفات الضارة فقد جعل مرتكب الفعل الضار ضامناً عواقب فعله بصرف النظر عن التعمد والتعدي أي عن الإدراك والتمييز فالمباشر وهو من أحدث الضرر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد.

---

(١) د. عبد الحي حجازي، نظرية الالتزام، ص١١٤.

(٢) د. محمد سعيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص٥٠٢.

فالمسؤولية الدينية للإنسان تبدأ منذ مولده وبغض النظر عن مراحل حياته وتغيرات إدراكه ومع ذلك فقد أقر الفقه الإسلامي فكرة الخطأ في نطاق ضيق وهذا تفسيراً أو عدم تجوز وتقنينه في حالات الخطأ المفروض غير قابل لإثبات العكس في القوانين الحديثة المعاصرة وعدم التجوز في الفقه الإسلامي يقابل فكرة الخطأ المفترض في القوانين الوضعية فإذا منع شخص زبائنه إلى مستشفى ليعلمه السباحة وغرق الولد أثناء التعلم كان المستشفى مسؤولاً لأن غرق الولد دليل على تقصير المستشفى في المحافظة والانتباه وكان عليه أن يتخذ الحيطة الواجبة للمحافظة على الولد وأن يتجنب من غرقه أما المشرع المصري فقد وقف موقفاً وسطاً حيال عنصر الإدراك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ من القانون المدني بما يلي: ويجب فيما إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم).

ويستفاد من هذا النص أن مسؤولية عديم التمييز في القانون المصري هي مسؤولية احتياطية جوازية خاصة فهي مسؤولية احتياطية لأنها لا تترتب إلا إذا لم يوجد من هو مسؤول عن عديم التمييز أو وجد وانتفت مسؤوليته أو تعذر الحصول منه على التعويض وهي مسؤولية جوازية لأن تقدير الحكم بها متروك للمحكمة فلها أن تحكم به على التعويض إذا رأت وجهه العدالة يسمح بالحكم وإذا أن لا تحكم بالتعويض إذا اقتضت بخلاف ذلك وهي مسؤولية خاصة لأن القاضي لا يلزم عديم التمييز بالتعويض بمكان إنما يحكم على تعويض عادل يراعى في الحالة المالية لكل من عديم التمييز والمضرور وجسامة الضرر.

٢٣- الخطأ في القانون المدني العراقي:

حاول المشرع العراقي مجاراة الفقه الإسلامي في أحكامه وسايره إلى حد بعيد في تقرير مسؤولية غير البالغ ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه وقطع شوطاً أبعد مما قطعه المشرع المصري في تحديد عنصر الإدراك ذلك لأنه لم يشترط التمييز في ترتيب الضمان في المادة ١٩١ وإن اشترط التعمد والتعدي ترتيب في المادة ١٨٦ المار ذكرها فقد نصت المادة ١٩١ من القانون المدني العراقي بفقراتها الثلاث على ما يأتي: (١- إذا أتلف صبي لم يبلغ الحلم أو من في حكمهما مال غيره لزم الضمان من ماله. ٢- وإذا تعذر الحصول على التعويض من المسؤول عن الضرر أو من وقع منه الضرر إذا كان صبياً لم يبلغ الحلم أو مجنوناً جاز

للمحكمة ان تلزم المتولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه التقصير ٣ - عند تقدير التعويض الناشئ عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك درجة الخطأ.

إن إمعان النظر في نصوص القانون المدني العراقي التي حكمت المسؤولية عن الأعمال الشخصية يكشف عن أمور ثلاثة هي الآتية:

أولها: أن المشرع العراقي جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أساسية وإن كانت مخففة فهي مسؤولية أصلية لأن الصبي غير المميز وإن في حكمه يلزم بالضمان من ماله وإن تعذر الحصول على التعويض من ماله يرجع الولي أو القيم أو الوصي المكلف بالرقابة من هؤلاء الرجوع عليه بما دفع ولكنها مسؤولية مخففة لأن على المحكمة عند تقدير التعويض أن تقضي على غير المميز بتعويض عادل تراعي في الوضع المالي لكل من طرفي التعويض والضرر كما تراعي فيه مسامة الضرر دون أن يتعين عليها الحكم عليه بتعويض كامل.

ثانيها: أن المشرع العراقي وقع في تناقض فهو قد اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة ١٨٦ التي جاءت بحكم عام ولكنه جعل عديم التمييز مسؤولاً طبقاً للمادة ١٩٦ والتعمد هو اقتراف الفعل بقصد الإضرار والتعدي هو صدور الفعل الضار عن إهمال وعدم تبصر وكلاهما يفترضان التمييز في فاعل الضرر لأنهما بيان احطأ وخطأ لا يمكن أن ينسب لعديم التمييز وإذا كان المشرع يشترط الخطأ في المادة ١٨٦ وأحد عنصريه هو الإدراك والتمييز كقاعدة عامة وجعل من عديم التمييز المسؤول عن فعله الضار غير مكترث بعنصر الخطأ في المادة ١٩٦ فإن التناقض يبدو واضحاً في مسلكه مكلفاً بتقاضي هذين العنصرين يكون له جانب كامل في الأهلية عامداً أحدهما من معاملة عديم الأهلية لأنه يطالب في كامل الأهلية التعمد أو التعدي لثبوت مسؤوليته ويكتفي بالفعل الضار مرتب مسؤولية عديم التمييز.

إن هذا التناقض يمكن رفعه في رأينا بالجمع بين نصوص القانون المدني العراقي التي قررت الأحكام المسؤولية التقصيرية ذلك لأن كلاً من المادة ١٨٦ والمادة ٢٠٤ من قانوننا المدني إذ كانت تشترط التعدي لترتب المسؤولية التقصيرية فإن كلاً من المادة ١٩٦ والمادة ٢٠٦ التي حكمت الأفعال غير المشروعة التي تقع على النفس لم تشترطه وبما كانت المادة ١٩٦ تشمل عديم التمييز المسؤول عن أفعاله الضارة لتشمل عنصر

التمييز كأحد عنصري الخطأ وحيث أن جانباً منه العمد والنقص، فالعنصرين يعتبر التمييز من الظروف الداخلية التي لا تكترث في تحديد الخطأ والنظر إلى أنها تحدد معياراً للخطأ هو الانحراف عن سلوك الرجل العادي المعتاد بخلاف نفس ظروف الفاعل الخارجية فإن في وسعنا القول إن المشرع العراقي لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية التقصيرية خلافاً لما عده الفقه الإسلامي لأنه اشترط التعمد أو التعدي للضمان ولكنه اعتبر عنصر الإدراك كعنصر من عنصري الخطأ في ارتباطها[1] وهو عنصر أهمله جانب الفقه والقضاء في فقه القوانين التي تعتبر الخطأ عنصراً جوهرياً في تقرير المسؤولية التقصيرية.

ثالثها: أن المشرع العراقي وإن حاول مجاراة الفقه الإسلامي في مسلكه واتخذ قواعده ضمان الفعل عند ألا أنه أدخل تجويزاً على ما استقر في الفقه الإسلامي من قواعد وهو تجويز يبدو في اتجاه[2] ثلاث إولاها أن المشرع العراقي اشترط التعمد أو التعدي في الضمان خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يشترط أياً منهما بالنسبة للمباشر وثانيتها أن المشرع العراقي ألزم التعمد أو التعدي بالضمان سواء كان مباشراً الفعل الضار أو متسبباً في إحداث الضرر خلافاً للفقه الإسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب وثالثها أن المشرع العراقي أجاز اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامنهما في المسؤولية إذ ألزمهما بالضمان معاً خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يجز التكافل بينهما لأنه لم يسلم باجتماعهما لخلص مما سبق بيانه إلى القول إن الخطأ التقصيري وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي هو الإخلال بالتزام قانوني يقتضي اتخاذ الحيطة والحذر في السلوك بحيث عدم الإضرار بالغير ويبدو في صورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية سواء كان إخلالاً متعمداً أو غير متعمد وسواء صدر من غير أو من عديم التمييز.

٢٤- أنواع الخطأ التقصيري:

إن الخطأ التقصيري يبدو على نوعين هما: الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي أما الخطأ الإيجابي فهو القيام بعمل يحرمه القانون كإتلاف أو قتل وأما الخطأ السلبي فيبدو في صورة امتناع عن عمل أن الامتناع عن عمل الذي يعتبر خطأ سلبياً يبدو بنوعيه عمدي وغير

---

(١) عبد الباقي البكري، محاضرات في المسؤولية عن الأفعال الشخصية من المشروعة، ألقيت على طلبة الدراسات العليا في القانون خلال ٧٦-١٩٧٧ مطبوعة مكتبة زيد، ص ٤١.

(٢) عبد الباقي البكري، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤١.

أو فعلها: امتناع عن عمل يفرضه القانون كامتناع سائق عن إصلاح مصابيح سيارته ليلاً أو امتناع مقاول عن استعمال ضوء ليلاً يشير إلى ما أحدثه من حفر في طريق عام وكليهما: امتناع عن عمل تفرضه القيم الخلقية والتضامن الاجتماعي دون أن ينص عليه القانون كامتناع شخص عن مد يد المعونة إلى شخص معرض لخطر الغرق أو حريق أو لموت جوعاً أو عطشاً.

إن الامتناع عن عمل يفرضه القانون ويتصل بنشاط تقوم به المشرع أمر لا خلاف عليه والقضاء على اعتباره خطأ سلبياً يرتب التعويض أما الامتناع عن عمل لا ينص عليه القانون وتفرضه القيم الخلقية والاعتبارات الاجتماعية فأمر اختلف الفقه والقضاء في تكييفه كخطأ سلبي[1] فقد رأى أنصار الفكر الفردي أن في اعتبار الامتناع عن عمل لا ينص عليه القانون خطأ سلبياً تقييد لحرية الفرد وخروج على منطق القانون ذلك لأن القول به ينطوي على تكليف لا ينص عليه القانون ولا تتحقق فيه علاقة السببية لقيام المسؤولية لأن الامتناع عن عمل عدم ولا يتصور قيام علاقة سببية بين الضرر والعدم ولكن من يتشبع بالقيم الاشتراكية ويتأصل في نفسه المبادئ الخلقية يرى خلاف ذلك فقد رأى جانب من الفقه والقضاء المعاصرين أن الامتناع هنا يعتبر خطأ سلبياً يرتب التعويض وحجته في ذلك أن تصرفات الأفراد لا يستقيم معها التمييز بين الخطأ الإيجابي والسلبي لقيام المسؤولية وأن التضامن الاجتماعي وقيم الأخلاق تدعو إلى التوسع في نطاق الالتزامات غير التعاقدية حتى تترتب على الإخلال بها المسؤولية التقصيرية وأن تطور الأحكام الجنائية بشأن الامتناع عن عمل واعتباره خطأ سلبياً يرتب المسؤولية الجنائية يعضد التوجه الاجتماعي ويقتضي القول بترتب المسؤولية المدنية، وأن كفالة الحرية الفردية ينبغي أن تكون في الحدود التي يقتضيها وجود المجتمع الإنساني المنظم.

إننا نرى أن التشريع العراقي وإن لم يتضمن نصاً يقضي بمسؤولية الممتنع عن مد يد المعونة إلى شخص يتعرض للخطر إلا أن القيم الاشتراكية التي تسود مجتمعنا العراقي ومبادئ قيادتنا السياسية التي تهدف إلى إيجاد مجتمع عربي اشتراكي يقوم على العدالة والتضامن الاجتماعي تقتضي القول بمسؤولية الممتنع بالرغم من عدم وجود نص قانوني لاسيما وأن الشريعة الإسلامية وهي أحد مصادر القانون المدني تعتبر الامتناع

---

(1) المصدر السابق، ص ٤٤٤.

من أسباب الإعفاء قد حدث في الغير لأمر عامة[1]. وإن من الصعب إلى جانب وضوحه إلى غيره فصيبه منه صعب إياه مع فقدان [illegible] في تحت الخلل فيات مقدرة خاصة لمطالب به منه.

إن الإعفاء عادة ما يكون الخطأ في قانون المدني يقتضيه الكلام في موضوعه عن أولها حالات انتفاء المسؤولية المفصولة لانتفاء وصف الخطأ عن الفعل الضار.

الموضوع الأول

حالات انتفاء المسؤولية لانتفاء صفة الخطأ من الفعل الضار

٢٦- قد يتعرض تصرف فاعل الفعل الضار على معنى الإخلال بالتزام قانوني قد جعله المشروع في عمله غير المشروع ولكن القانون لا يعتبر فعل الضرر خطأ وحسب التعويض ويرد الحكم صفة الخطأ في عمله والقانون إذ يعلل ذلك إما بقدر وجود طارئ يرفع عن الفاعل الالتزام القانوني الذي يعتبر إخلاله به وهذا الظرف قد يكون إكراه الإرادة وقد يكون قوة القانون ويكتب الفعل الضار حقاً يتعارض مع الالتزام القانوني بحسب الأضرار يتغير ويفوقه أهمية ويعتبر صفة الخطأ في الفعل الضار بمقتضى القانون في حالات تنص عليها قوانين العقوبات عادة وتنضم إليها القوانين الخاصة أحياناً إن القسم المدني العراقي مثل سائر القوانين الأخرى نص في المواد (٢٦٢-٢٦٥) على الحالات التي لا يعتبر فيها الفعل الضار خطأ يوجب المسؤولية وهي حالات ثلاثة نعرض فيما يلي إلى بيانها.

٢٦-الحالة الأولى: حالة الدفاع الشرعي:

نصت المادة ٢٦٢ بفقرتيها من القانون المدني العراقي على ما يلي: (١- «ضرورات يبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها. ٢- فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو غيره كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في ذلك القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض يراعى فيه مقتضيات العدالة). إن هذا النص يشير إلى أن القانون أباح التعدي وعدم الاعتداء على ما يبيح عليه الظروف ومنها بيان فعل ذلك فإن فعله لا يعتبر خطأ يوجب مسؤوليته إن ما توافرت شروطاً معينة وذلك تأسيساً على الموازنة بين مصلحتي الدافع والمعتدي وتفضيل الأول على الثانية لأن الدافع لا يفعل أكثر مما تقتضيه

---

[1] [illegible] ص ٢٠٠

المسئلة لو أمكنها ما يتعين اتخاذه في توقيت المناسب ولا يقال عندئذ إن في إباحة هذا الحق للمدافع عودة إلى نظام الانتقام الفردي لأنه لم يفعل غير أنه أحل نفسه محل السلطة العامة وأعانها في منع الاعتداء وحق الدفاع الشرعي حق أقره الفقه الإسلامي وأطلق عليه مصطلح دفع الصائل.

إن إمعان النظر في هذا الحق وفيما استقر عليه الفقه والقضاء المعاصران وفيما تضمنت عليه كثير من التشريعات يقتضي توافر شروط ثلاثة لممارسة حق الدفاع الشرعي وما يترتب عليه من إعفاء من المسئولية وتتلخص فيما يلي:

١- وجود خطر حال على نفس المدافع أو نفس غيره ويراد بالخطر الأذى الناتج وبالحال الخطر الحال أن يكون على وشك الوقوع بحيث لا يتسنى للمدافع الاستنجاد من الخطر بالسلطة العامة أو إلى غيره من الأشخاص ولذلك لا يجوز ممارسة حق الدفاع الشرعي إذا توقع وقوع الخطر إلى المستقبل بحيث يستطيع من يهدده الخطر الاستعانة برجال الأمن أو الاستنجاد بالآخرين ويلاحظ أن المشرع المصري العراقي قصر حق الدفاع الشرعي على حالة الدفاع عن النفس سواء كانت نفس المدافع أو نفس غيره خلافاً لما نص عليه كل من قانون العقوبات الإماراتي (٤٤٢) والقانون المدني المصري اللذين أباحا الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال سواء كان الخطر موجهاً إلى نفس المدافع أو ماله أو مدافعاً بنفس غيره أو ماله.

٢- أن يكون إيقاع الخطر عملاً غير مشروع فإذا كان إيقاعه عملاً مشروعاً فإن دفعه يعد عملاً غير مشروع ولذلك لا تعد مقاومة المخرج لرجال الشرطة عند محاولتهم القبض عليه عملاً مشروعاً يبيح له حق الدفاع لأن محاولة الشرطة إلقاء القبض عليه لا تعد اعتداء غير مشروع.

٣- أن يكون الدفاع بالقدر الضروري لدفع الاعتداء متناسباً معه دون تجاوز أو مبالغة فإن تجاوز الدفاع القدر الضروري لدرء الخطر اعتبر متعدياً ووقع تحت طائلة القانون وتناسب الدفاع العنصر الذي اشترطه على أساس خطأ مشترك صدر عنهما ويمكن عدم تعرض تراخي في تقديره مقتضيات العدالة.

٢٧ - الحالة الثانية: حالة الضرورة

وحالة الضرورة تبدو في صورتين اثنتين ينظمهما القانون المدني العراقي أما الصورة الأولى فهي إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف وأما الثانية فهي تحمل ضرر خاص لدرء ضرر عام.

٢٨ - الصورة الأولى: إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف

نصت المادة ٢٠٢ من القانون المدني العراقي على هذه الصورة بقولها: "يختار أهون الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً". ومن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يوشك أن يقع على الضرر الذي سببه لا يكون مسؤولاً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً.

إن هذه الصورة هي حالة شخص يواجه شخصاً أو يواجه غيره خطر حال لا يمكن تفاديه إلا بأمر يلحق ضرراً بالغير فيقدم على هذا الفعل الضار وقاية نفسه أو أخر من ضرر يفوقه في الجسامة الضرر الذي يسببه للمضرور ويكون مسؤوليته مخففة تقتصر على الحكم عليه بتعويض مناسب يقدره المحكمة ولكي تقوم حالة الضرورة هذه التي ترتب عليها مسؤولية مخففة ينبغي توافر الشروط الآتية:

١- وجود خطر حال يهدد نفس المضطر أو غيره أو يهدد مال المضطر أو مال غيره بالخطر الذي يواجه المضطر لا يقتصر على نفسه وإنما يتعداها إلى المال وقد لا يواجه المضطر وإنما يهدد غيره.

٢- أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبياً عن كل من المضطر والمضرور فإذا كان المضطر هو الذي تسبب فيه كأن كان سائق تعاقد مع المضرور ليسوقه بسيارته بسرعة كبيرة ويضطر إلى انحراف مسار في سبيل تجنب حادث مصطنع لم يتوقعه ولأن المضرور هو كان من مصادر الخطر لاختيار المضطر في حالة دفاع شرعي يعفيه من المسؤولية كأن يضطر شخص إلى قتل حيوان هاجم إنقاذاً لنفسه من خطره.

٢ - أن يكون الضرر الذي أراد تفاديه أكبر جسامة من الضرر الذي أحدثه المضطر، كأن يضطر سائق سيارة إلى إتلاف مال الغير لتفادي الدهس شخص، أما إذا كان المضطر أراد تجنب مساوياً للضرر الواقع أو أقل منه جسامة، فإن حالة الضرورة لا تتحقق حينئذ ويتحمل فاعل الفعل الضار المسؤولية كاملة ويترتب عليه تعويض كامل، فيلزم من أتلف مال غيره إنقاذاً لماله أن يضمن قيمة المصروف متى كان مساوياً للمضطر مساوياً في القيمة لمال المضطر أو يزيد عليه، ولا يضمن إذا كان أقل من أو من روح إنسان بإتلاف مال أو قتل حيوان.

ومن توافرت هذه الشروط الثلاثة تحققت حالة الضرورة ويتحمل محدث الضرر مسؤولية خاصة يحكم عليه بتعويض مناسب يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي أحاطت به أو ارتكاب الفعل الضار، لأن الاضطرار لا يزيل حق الغير بطلاً كلياً.

٢٩- الصورة الثانية لحالة الضرورة:

تحدث الضرر الخاص لدرء ضرر عام، وهي صورة نصت عليها المادة ٢٠٤ من قانوننا المدني، فقد جاء فيها ما يلي:

(أ- يتحمل الضرر الخاص أمام الضرر العام الذي إذا هدم أحد الدار بسبب انتشار النار وقوع حريق في المحلة وانقطاع هناك الخربي فإن كان الهادم هدمها بأمر أولي الأمر لم يلزمه الضمان وإن كان هدمها من تلقاء نفسه ألزم بتعويض مناسب). إن هذه الصورة تقوم على أساس الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما. فإذا حدث أمر يحدث ضرراً بالمصلحة العامة فإن يجوز حق التدخل لدرء الضرر العام وإن كان يلحق ضرراً بمصالح فردية، ومع ذلك فإن المسؤولية التي تترتب على فعله تختلف باختلاف مصدر تدخله، فإن أقدم على الفعل بأمر السلطة العامة أعفي من المسؤولية، وإن أقدم عليه من تلقاء نفسه ترتبت عليه مسؤولية تقديرية ويحكم عليه بتعويض مناسب تأخذ المحكمة في تقديره بعين الاعتبار الظروف والواقعة فعله سواء من حقيقة تدخله من نفع لمصلحة العامة.

٣٠ـ تقدير أحكام حالة الضرورة في صورتيها

يتضح مما تقدم أن حالتي الدفاع الشرعي والضرورة وإن اشتركتا في وجود خطر حال يستهدف نفسه وإن تم عن طريق الفعل الضار إلا أن ثمة فارقاً يقوم بين الحالتين هو أن المضطر يصيب شخصاً معتدياً في حالة الدفاع الشرعي ولكنه يصيب شخصاً غير معتد في حالة الضرورة، ولذلك فإن المدافع في حالة الدفاع الشرعي يعفى من المسؤولية ولكنه في حالة الضرورة يتحمل مسؤولية مخففة.

إن إعفاء المدافع في حالة الدفاع الشرعي من المسؤولية أمر تجمع عليه القوانين وإن تفاوتت في [illegible] تبرير تحقق هذه الحالة أو تخفيف المسؤولية عن كاهل المضطر فأمر آخر مختلف، وسوف نبدأ بالاحتمال الأول:

والواضح أن المشرع العراقي إذا كان قد نص في الفقرة الأولى من المادة ٢١١ [illegible] فقهية واضحة إلا أنه نقلها نقلاً مشوهاً حين حكم بخلاف ما استقر عليه الفقه الإسلامي. فقد نصت هذه الفقرة على ما يأتي: (ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً)، مع أن القاعدة الفقهية تقضي بأن الاضطرار لا يبطل حق الغير، والحكم في الفقه الإسلامي أكثر تناسباً مع العدالة من الحكم الذي تبنى به النص العراقي. فمقتضيات العدالة تقتضي تعويض المضرور عن كل ضرر يلحقه به شخص آخر، ولم يكن له دخل في حدوثه، وإن إعفاء فاعل الضرر من جهة من التعويض بافتراض أنه ارتكب الفعل تحت ضغط الضرر الأكثر والأشد من فعله يتحمل ضرر أشد، وإلقاء العبء الأكبر على شخص ثالث، فيه ضرر وهو كذلك أمر يجافي العدل.

وثانيهما أن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ التي تقابلها في الفقرة الأولى قاعدة فقهية إسلامية عادلة، تحكم تعارض مفسدتين التضامن الاجتماعي ومنطق حق الدفاع الشرعي العام الذي تقره القيم الأخلاقية، ذلك لأن القول بترتب مسؤولية مخففة على فاعل شخص تدخل بنفس وأحدث ضرراً جاداً أثناء الضرر بسبب المصلحة العامة أمر تأباه العدالة وتنكره قيم الأخلاق. فهو قد تكبد مجهوداً ونفقات لدفع ضرر عام يدافع من مسؤوليته فيما اختصمه فكيف نجازيه لقاء ذلك بتحمله مسؤولية ولو كانت مخففة. وفي رأينا أنه ينبغي إعفاؤه من المسؤولية. وإذا كان هناك ثمة تعويض يجب أن يكون به لصالح المضرور فينبغي أن يتحمله من استفاد من الضرر الأضرار

كالمسعدات مدير المخابرة في حالة الدم بسبب الحريق وإيقاف عدم استطاعة أو تعطيل لدولة وقد تستدعي لا تفاعل عدمة كبيرة.

٣١ـ الحالة الثالثة: تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته

نصت على هذه الحالة المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي بقولها: (لا يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على ان الإجبار المعتبر في التصرفات المعاملة هو الإكراه الملجئ وحده. ... ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله المبني على أمر يصدر إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد انها واجبة عليه، وعلى من أحدث ضرراً أن يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي أحدث أن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة).

لقد تضمنت الفقرة الأولى من هذه المادة قاعدة فقهية إسلامية مفادها أن الفعل الضار يضاف إلى الفاعل لا إلى الآمر فيتحمل الفاعل الضمان ما لم يكن إكراهاً مستوفياً لشروط التصرفات المعاملة ليتحمل الآمر الضمان عندئذ. والإكراه الملجئ هو التهديد بأمر خطر يصيب النفس أو كل المال، كأن يشهر شخص سلاحاً في وجه آخر ويأمره بارتكاب فعل، ومن مقتضاه سلب حرية الاختيار لدى المكره. اما الإكراه غير الملجئ فهو التهديد بخطر مستقبل يصيب النفس أو بخطر حال أو مستقبل يصيب بعض المال بحيث أن لا يسلب حرية الاختيار. إذ يدع للمكره الاختيار بين ارتكاب الفعل المكره عليه أو تحمل الأذى الذي ينطوي عليه الإكراه.

أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فيها فقد رفعت المسؤولية عن الفاعل إذا ارتكب فعلاً ضاراً تنفيذاً لأمر صادر من رئيس تجب طاعته على أساس أن إطاعة الأمر الذي يقتضي توفر شروط الإباحة التي لا يعتبر فيها العمل الضار الصادر من المرؤوس خطأ يستوجب أياً من المسؤوليتين الجزائية أو المدنية.

إن انتفاء صفة الخطأ عن العمل الضار الصادر من المرؤوس وبالتالي تم اعفائه من المسؤولية يقتضي توفر الشروط الآتية:

١ـ أن يكون كل من الآمر والمأمور موظفاً عاماً، ويترتب على ذلك أنه لا تجوز للأمر أو الزوجة أو المستخدم في عمل تجاري أو موكل التملص من المسؤولية عن تصرفهم

الصادرة استرشاداً باختصاصهم بأوامر صدرت إليهم من الأب أو الزوج أو رب العمل أو الموكل.

٢- أن يكون الأمر قد صدر من رئيس تجب طاعته وإن لم يكن الرئيس المباشر.

٣- أن يكون الأمر الصادر إلى المرؤوس أمراً واجب الطاعة أو يعتقد المأمور أن إطاعته واجبة عليه. ويكون الأمر كذلك إذا استهدف تحقيق مصلحة عامة في الحدود التي رسمها القانون أو اعتقد المأمور أن الأمر يهدف إلى ذلك، أما إذا كان الأمر الصادر من الرئيس مما لا تجب طاعته لصدوره عن غرض شخصي أو لخروجه عن حدود القانون انعدمت الحماية من الإباحة وترتبت المسؤولية على المأمور عند ارتكابه العمل الضار، كأن يأمر الرئيس المرؤوس بضرب أحد المواطنين.

٤- أن يثبت الموظف المأمور أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الصادر من رئيسه ومشروعية العمل الذي أتاه وأن اعتقاده يبين على أسباب معقولة وأن يقيم الدليل على أنه راعى فيما أقدم عليه من فعل ما يجب الحيطة والتبصر والحذر.

فإذا توافرت هذه الشروط رفعت المسؤولية عن الموظف المأمور وتحملها الرئيس الآمر إذا تدارمت شروطها في أمره وقد تحققها المحكمة طبقاً لقواعد مسؤولية التبوع عن أعمال تابعه.

الموضوع الثاني

تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ في القانون المدني العراقي

٢٢- تمهيد:

تضمن القانون المدني العراقي تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ في موضعين أحدهما في أحكام التعويض وثانيهما في الفصل المخصص للعمل غير المشروع، لذلك أستعرض مسألتين هي: إساءة الحق والإثراء بلا سبب، وسنعرض الكلام عليها بإيجاز فيما يلي: مخصص لكل منها مبحثاً.

الفرع الأول

إساءة استعمال الحق

٣٣- التعريف بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن إساءة استعمال الحق:

يراد بهذه المسؤولية إلزام الشخص الذي يتعسف في حقوقه دون أن يتجاوز حدود مشروعية الحق عن الضرر الذي ينشأ عن استعماله الحق على نحو ينحرف به عن غايته الاجتماعية التي تحددت في الجانب ومصلحته.[1]

والإساءة استعمال الحق مصطلح مرادفه هو التعسف في استعمال الحق، وقد استعمل له نظرية متكاملة فرضها جانب كبير من الفقه والقضاء المعاصرين وكذلك من التشريعات الحديثة.

٣٤- معيار إساءة استعمال الحق

تعددت آراء الفقهاء بشأن تحديد معيار إساءة الحق أو التعسف الذي يأخذ به ليبان ما إذا كان تصرف الشخص يعتبر عملاً مشروعاً أو إساءة أو تعسفاً في استعمال حقه، فذهب البعض إلى القول إن المعيار هو نية الإضرار التي دفعت إلى الفعل الضار، وذهب فريق إلى القول إن تعسف الممارسة المشروعة لصاحب الحق عند استعماله حقه، وذهب آخرون إلى القول إن الاستعمال غير العادي للحق على نحو يتعارض مع الغاية التي قصدها ويؤدي بدوره إلى الخلل على الوظيفة الاجتماعية للحق.

إن إساءة استعمال الحق تقوم في رأيه بنية الإضرار، فهو خطأ سواء قصد به الشخص إلحاق الضرر بالغير أو لا يقصد بالنشاط المشروع عند مباشرته بقصد تحقيق الغرض من وجود المصلحة المشروعة، والمعروف أن هذا الخطأ يعتبر خطأ أداتياً تابعاً خاصة لأنه يعتبر خروج الحق وغرضه الاجتماعي، وإن ذلك ويعتبر التعسف الخطأ الاجتماعي[2] إن المعيار الأصوب في رأينا هو ما ذكرناه في التعريف عند مسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق، وهو انحراف من استعمال حقه دون أن يتجاوز حدوده

---

(١) عبد الحق الكاتب، محاضرات في المسؤولية عن الأعمال الشخصية، ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٢) القانون المدني، ص ٨٤.

(٣) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص ٢٢٠.

من الوجهة أو الغرض الاجتماعي العام. ولا يقال كذلك هذا المعيار إنه يؤدي إلى تحكم القضاء وإنه أقرب إلى أن يكون معياراً أخلاقياً لا قانونياً، لأننا نرى أن تحديد الغرض الاجتماعي للحق لا يعتمد على رأي القاضي الشخصي وإنما تحدده قيم المجتمع ومصالحه وفلسفة النظام الحاكم، ولا أحد يقول بأنه أقرب إلى أن يكون معياراً سياسياً، ذلك لأن السياسة والقانون مصطلحان، والقانون لا يعدو في رأينا أن يكون أداة السلطة لبلوغ أهدافها وتطبيق سياستها العامة.

٣٥- موقف الفقه الإسلامي من نظرية إساءة استعمال الحق

إن إساءة استعمال الحق نظرية أقرها جمهور الفقهاء المسلمين، وتراوحت صياغتها على نحو من الدقة والشمول فوق ما عدا فقهاء الحنفية، واعتمدوا في تقريرها على مدى الشريعة الإسلامية المتشبعة بقيم العدالة ومبادئ التكافل، وعلى مبادئ الشريعة (لا ضرر ولا ضرار) وعلى القاعدة الفقهية (درء المفاسد أولى من جلب المنافع) التي يعني من مقتضاها منع المالك من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه يلحق ضرراً بغيره يفوق في جسامته ما يعود عليه من نفع، وعلى قواعد شرعية أخرى منها (الضرر يزال شرعاً) و(الضرورات تبيح المحظورات) و(تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام). ومع ذلك فإن الفقه الإسلامي لم يقل من مفهوم هذه النظرية في مقدمتهم فقهاء الفقه المالكي[1] المسلمين منذ أواخر القرن الثاني من الهجرة فرقية، ومن الفقه الإسلامي استمد هذه النظرية كل من مشروع القانون المدني العراقي والمشروع المصري.

٣٦- نظرية إساءة استعمال الحق في القانون المدني العراقي

أولى المشرع العراقي هذه النظرية اهتماماً كبيراً، فنص عليها في الباب التمهيدي من القانون المدني، قاصداً بذلك أن يجعل منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق، شخصية أو عينية أو أموالاً معنوية وهي الحقوق التي ترد على شيء غير مادي كالحقوق الأدبية والفنية والصناعية، حسب تعبير المشرع العراقي. ومعنى ذلك في أن المشرع المدني اعتبر إساءة الاستعمال خطأ تقصيرياً يلزم من صدر عنه بتعويض الضرر الناشئ عنه.

---

(١) [illegible]

[illegible] بعد أن سبق لنا دراسة المادة السابعة في الباب التمهيدي من القانون المدني والتي نصت على أنه: (يكون لصاحب الحق في منع غيره من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لم يقصد به إلا الإضرار بالغير، أو إذا كان من شأنه أن يسبب ضرراً للغير، أو إذا كان من شأنه أن يسبب ضرراً للغير، أو إذا كان من شأنه أن يسبب ضرراً للغير)، فإننا نعرض لمسألة استعمال الحق في هذه المسألة في مطلبين نص فيهما على حكم عام هو الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير جائز، ثم عدد الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير جائز.

فقد قضت المادة السابعة بما يأتي: (أ- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وحسب عليه الضمان. ٢- ويعتبر استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. جـ- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة).

إن استعمال الحق يعتبر غير جائز ويترتب الضمان عليه دائماً بحكم المادة السابعة مدني، فهذا في حالات ثلاث يحكم عليها بالخطأ فيما يلي. والضمان كما ذكرنا مترتب على الفقه الإسلامي بوجه عام وولاية مدنية، والمسؤولية المترتبة على الاستعمال غير الجائز تدخل في المسؤولية التقصيرية، والأمر الإسلامي الدقيق للضمان المترتب في هذه الحالات هو ضمان العمل.

٣٧- الحالة الأولى: إذا قصد باستعمال الحق الإضرار بالغير

فإذا استعمل شخص حقه ولم يقصد باستعماله سوى الإضرار بالغير فإنه يعد [illegible] هذه الحالة، كما لو أقام شخص جداراً لا يحتاج إليه مطلقاً، وإنما فعل ذلك بقصد الإضرار بجاره صاحب الجار وإضراره في المرافق المواجهة لجداره، وكان يقيم شخص مصنعاً في منزله للإضرار بجاره، وكان من شخص منه إلى إحدى الشركات بقصد [illegible] المصانع التي تنتج بضائع شركة أخرى تعمل نفس العمل.

في هذه الحالة يعتبر استعمال الحق في تقرير [illegible] استعمال الحق [illegible] الإضرار، ولذلك يتحقق عنه الضرر [illegible] أن [illegible] من استعمال حقه [illegible] الإضرار به، أما إذا لم يقصد ذلك على قصد الإضرار، فإن الفقه [illegible] حتى [illegible] هذه الحالة من [illegible] كل مضرة من استعمال الحق [illegible] على [illegible] من ذلك.

٣٨ـ الحالة الثانية: استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة تقل من حيث الأهمية عن الضرر الذي يصيب الغير بسببها.

لا يكفي ثبوت وجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق لإعفائه من الضمان إذا تسبب استعماله لحقه في ضرر يصيب الغير، وإنما يجب أن تكون هذه المصلحة على قسط من الأهمية يزيد على الضرر الملحق بالغير كي تكون مبرر استعمال الحق. أما إذا كانت المصلحة المشروعة قليلة القيمة إذا قيست بالضرر الناتج للاحق بالغير والمترتب على استعمال الحق، عد الشخص متعسفاً في استعمال حقه وترتبت مسؤوليته. وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة واقع تكون للقاضي الموضوع فيها سلطة تقديرية واسعة. وواضح أن المعيار لتقدير المسؤولية في هذه الحالة معيار موضوعي لا يعتد بالباعث الشخصي الدافع إلى استعمال الحق وإنما بالموازنة بين المصلحة والضرر، وهو معيار يبرز النزعة الاجتماعية في نظرية إساءة استعمال الحق.

إن من تطبيقات هذه الحالة التي ورد بها نص تشريعي، ما جاء في المادة ١٠٦٠ من القانون المدني العراقي ونصها ما يلي: «لكل مالك أن يسور ملكه على أن لا يمنع أي من استعمال حق الجوار المعتاد» وما ورد في المادة ١٢٨٤ الخاصة بما يلي: «لصاحب العقار المرتفع أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا عاد الارتفاق كل منفعة لصاحب المرتفع». وما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩٢ التي نصت على أنه: «ليس لمالك الحائط أن يهدمه بحجة أن له عليه قوامين إذا كان هذا يضر الجار الذي يشترك مالكه بالحائط».

٣٩ـ الحالة الثالثة: استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة لا يكفي تبرير استعمال الحق الذي يلحق بالغير ضرراً أن تكون لصاحبه مصلحة تفوق الضرر الناشئ من حيث الأهمية وإنما ينبغي أن تكون هذه المصلحة مشروعة. أما إذا كانت المصلحة التي استهدفت استعمال الحق إلى تحقيقها غير مشروعة، ثبت عندئذ إساءة استعمال الحق وترتب الضمان. ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا خالف حكم نص آمر. وكذلك تخولها الحاجة مقتضيات النظام العام وقواعد الآداب العامة كان يقوم مالك بسد كل عمارة يؤجر شققها بإقامة حفلات صاخبة أو بإقامة حيوانات شرسة لحمل المستأجرين على إخلاء شققهم.

٤٠. ملاحظات حول نص المادة السابعة[1].

لقد ذكرت المادة حالات ثلاث لإساءة استعمال الحق، اقتبسها المشرع من الفقه الإسلامي، وكان المشرع قد سار على موقفه في تجنب نظرية استعمال الحق التي تقتضي إقرارها الأخذ بالاعتراف بها وجميع المبادئ القضائية. ومع ذلك فإننا نلاحظ على النص بعض الملاحظات ونتوقف إلى أن يعمد مشرع القانون المدني الجديد إلى الأخذ بمقترحاتنا التالية قصد تعديل المادة المستبعدة إن مقترحاتنا في هذا الشأن هي:

١- لم يكن المشرع العراقي يجيز إساءة استعمال الحق التي تلحق ضرراً بمصلحة خاصة وبين الإساءة التي تسبب بالضرر مصلحة عامة. ونرى أن الجزاء في الحالة الأولى لا يقتصر على التعويض، فإن الجزاء في الحالة الثانية يجب أن يكون فصلاً وتقييداً للحق، أو سلب في حالة العودة إلى إساءة استعماله وذلك إصلاحاً لمصلحة العامة.

٢- اقتبس المشرع من الفقه الإسلامي حالات ثلاث لإساءة استعمال الحق، وفاته النص على حالة أربعة أخرى للفقه الإسلامي هي: يكون استعمال الحق غير جائز إذا صدر صاحب الحق سيلاً إلى تحقيق مصلحة تنشأ عنه ضرر فاحش، وكان في وسعه مسلك سبيل آخر لا يلحق بالغير ضرراً.

٣- إننا نرى وجوب أن يحاط المشرع في بيان حالات إساءة استعمال الحق بحسب بحكم عام يتدارك ما فاته بيانه من حالات، ثم يضع هذا النص ذكراً.

وفي رأينا أنه يحسن بالمشرع أن يذكر بالإضافة إلى المعيارين اللذين قد سبق ذكرهما في النص، هذه أخرى مفادها: ويكون استعمال الحق غير جائز في أي حالة أخرى يتعرف بها استعمال الحق عن الغرض الاجتماعي الذي تقرر من أجله الحق.

---

(١) عبد الباقي البكري، مشار إليه في المبادئ في الأعمال التحضيرية من تقنين المدني المصري، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتب، مصر، سنة ١٩٥٠، ص ٧٢-٧٣.

الفرع الثاني
الإتلاف

١.٢ـ تعريفه وأنواعه

يعرف الإتلاف في الفقه الإسلامي بأنه إخراج الشيء من حيز الانتفاع به إفساداً مطلقاً عادة. ويكون الإتلاف في صورتين، أولاهما الإتلاف مباشرة، والثانية هي الإتلاف تسبباً. والإتلاف مباشرة هو ما يتحقق دون أن يفصل بين الفعل وبين محل الضرر فاصل آخر. أما الإتلاف تسبباً فهو ما يقع بفعل يرد على شيء يؤدي إلى إتلاف شيء آخر. فإذا فتح شخص حبل قنديل فسقط وانكسر، اعتبر فتح الحبل إتلافاً مباشراً، وكسر القنديل إتلافاً تسبباً.

ولما كان المشرع العراقي قد اقتبس نصوصه في الإتلاف من الفقه الإسلامي، وذلك من مصطلحي الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبباً، وما أن خلاف الفقه الإسلامي يميز فيما بين الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبباً من حيث الحكم، أي الضمان الذي يترتب عليه.

٢.٢ـ موقف المشرع المدني حيال أحكام الإتلاف وتطبيقاته

خصص المشرع لأحكام الإتلاف ست مواد هي المواد (١٨٦ـ ١٩١)، منها أربع مواد هي المواد (١٨٧ـ ١٩٠) اشتملت على أحكام جزائية كان يتضمن المشرع تلك الأحكام، وقد جارى المشرع العراقي في ذلك الفقه الإسلامي من حيث الاتجاه إلى سرد الأحكام التفصيلية.

لقد جاءت كل من المادة ١٨٦ التي تضمنت أحكام الإتلاف وسبل شرحها والمادة ١٩١ التي قررت مسؤولية عديم التمييز وسبل تضمينهم بحكم عام. أما المواد الباقية فقد سلكت أسلوباً تفصيلياً، ذكرنا فيما يلي دون شرح وقصد الإحاطة بالموضوع، لأنها في حيز عن الضرر.

فقد نصت المادة ١٨٧ على ما يلي: «إذا هدم أحد جدار مشترك بينه وبين صاحب العقار بالحيازة، إن شاء ترك أنقاضه لصاحبه وضمنه قيمته مبنياً من يوم

---

(١) [illegible]

التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء حط من قيمته مبلغاً قيمة الأتلاف وأخذ من الأشياء ما ضمنه القيمة تبعاً مع التعويض عن الأضرار الأخرى. ٢- ويكون لها بناء الخادم كما كان أولاً وتعويض عن الأضرار الأخرى، فإنه يبرأ من الضمان).

وأضافت المادة ٣٨٠ ما يلي: (إذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره دون حق فصاحبها مخير بين أن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى وترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى).

وورد في المادة ٣٨٩ ما يلي: (إذا غر أحد آخر ضمن الضرر، فلو قام شخص لأهل السوق هذا الضمير وادعى بيعه بضاعة فإن أدته باستحقاقه ثم ظهر بعد ذلك أن المبيع ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن بضاعته التي دفعوها للمبيع وبالتعويض عن الأضرار الأخرى).

وجاء في المادة ٣٩٠ ما يلي: (١- إذا أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ملكه ضمن ما أتلف. ٢- أما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا ضمان).

الفرع الثالث

الغصب

٣٤- تعريفه وموقف المشرع العراقي حيال أحكامه

يعرف الغصب لغة بأنه أخذ المال ظلماً أي دون وجه حق، ويعرف اصطلاحاً بأنه أخذ مال متقوم مملوك للغير عن طريق التعدي على وجه يزيل يد صاحبه عنه.

والغصب قد يرد على مال منقول أو عقار وقد أحكم المادة ٣٩٧ من قانون المدني، وهو حكم استمده المشرع العراقي من رأي كل من الإمام محمد والشافعي وخلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف، أن الغصب لا يرد إلا على المنقول[1].

---

[1] نص من القانون المدني العراقي ص ٧٠.

٤٤ـ أحكام الغصب

أن في وسعنا تحديد أحكام الغصب فيما يلي:

١- يلزم الغاصب، طبقاً لحكم المادة ١٩٢ من قانوننا المدني رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً. وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه، فإن لصاحبه استرداده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب، وتبقى على الغاصب مصاريف نقله ورده. كما يلتزم الغاصب بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي تلحق صاحب المغصوب.

٢- أما إذا كان المال المغصوب قد استهلكه الغاصب أو أتلفه أو ضاع منه أو أتلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه، ضمنه الغاصب وفقاً لحكم المادة ١٩٢ من قانوننا. وهو يضمن قيمته إذا كان المال قرضاً، ويضمن مثله إذا كان المغصوب مثلياً يوم الغصب أو يوم الخصومة حسب الاختلاف بين فقهاء المسلمين.

٣- وإذا كان المغصوب عقاراً، التزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله، وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان، وذلك ما قضت به المادة ١٩٧ من التقنين المدني العراقي التي أجازت وقوع الغصب على العقار من جهة، ولم تأخذ بالقاعدة الفقهية الإسلامية القاضية بأن: (الأجر والضمان لا يجتمعان) من جهة أخرى.

٤- إذا تصرف الغاصب في المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء، فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الأمر المحقق، وفقاً لأحكام القانون. وذلك ما نصت عليه المادة ٢٠٠ من قانوننا المدني.

٤٥ـ أحكام التغيرات التي تطرأ على المال المغصوب

إن أحكام التغيرات التي تطرأ على العين المغصوبة هي ما يلي:

١- إذا تغير المغصوب عند الغاصب، فللمغصوب منه الخيار، إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان (م ١/١٩٤).

٢- وإذا نمى الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وهي المثل المغصوب له (م ١٩٤/٢). فإذا غصب شخص حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً الحنطة وهي المحصول له.

٣- وإذا نمى الغصب بعض أوصاف المغصوب زيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب له مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان (م ١٩٤/٣).

٤- وإذا تلفت كلية المغصوب بعد تعيب أيضاً فالمغصوب له الا أن يتنازل كله عن دون إخلال بحقه في التعويض عن الأضرار الأخرى. أما إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعل مرور الزمان وذلك في غصب به المادة ١٦٥ من قانوننا المدني.

٤٦- حكم زوائد المغصوب

قضت المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي بأن زوائد المغصوب مخصوصة بمالكه إذا هلكت ولو دون تعد من الغاصب أو من الضمان، ويقتضي هذه المادة تعتبر زوائد العين المغصوبة كنتاج أرض أو ولد حيوان ملحقة بأصلها ومغصوبة مثله. وهذا الحكم مستمد من بعض مذاهب الفقه الإسلامي لذلك نجد بعد الفقه الحنفي: ولد أن زوائد العين المغصوبة تعتبر أمانة في يد الغاصب ولا يضمنها إلا إذا هلكت بتعاديه وتقصيره، وذلك لأنها حدثت بعد الغصب ولا يرد الغصب عليها.

٤٧- مسؤولية غاصب الغاصب

نصت المادة ١٩٨ من قانوننا المدني بما يلي: (١- غاصب الغاصب يكون مسؤولاً مغاصبه. فإذا غصب أحد المال المغصوب من الغاصب فإن للمغصوب له أن يضمن خسارته الأول والثاني. وله أن يضمن مقداراً منه الأول والثاني. الآخر ولكن إذا ضمن الغاصب الثاني، كان لهذا أن يرجع على الغاصب الأول، وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول. ٢- كذلك إذا أتلف أحد المال المغصوب الثاني

هو في يد الغاصب، فإن المغصوب منه يكون بالخيار، إن شاء ضمنه وهو يرجع على المتلف، وإن شاء ضمن المتلف ولا يكون هذا رجوع على الغاصب).

ونصت المادة ١٩٦ من قانوننا على ما يلي: (إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول برأ وحده، وإذا رده إلى المغصوب منه برأ هو الأول).

إن المجلة الفقهية الإسلامية متفقة مع ملك العين المغصوبة بالضمان، هي أيضاً ترجع الغاصب الأول بالتعويض على الغاصب الثاني من رجع المالك على الغاصب الأول بالضمان، وذلك ما نصت به المادة ١٩٨ المشار إليها. فإذا رجع المالك على الغاصب الأول بالضمان، فإن هذا الغاصب يحق له الرجوع على الغاصب الثاني إذا ضمن، لأن الغاصب الثاني يعتبر قد غصب شيئاً من مالكه. ومما يذكر أن تملك العين المغصوبة بالضمان يرجع إلى يوم حدوث الغصب، لا إلى يوم دفع الضمان.

٤٨ــ حكم الحائز الذي هو مساوٍ للغاصب

اختتم المشرع كلامه على الغصب بنص المادة ٢٠١ التي قضت على أن: (الحائز الذي هو مساوٍ للغاصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغاصب. فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب، وبعد الإنكار إذا أتلفت الوديعة في يده يكون ضامناً).

إن حكم هذه المادة يقوم على أساس التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان وما يترتب على التمييز بينهما من أثر في تحمل تبعة الهلاك. فيد الأمانة هي يد من حاز الشيء بقصد تملكه كيد الغاصب. وتكون يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد قد حبس الشيء عن صاحبه دون وجه حق أو أمانة دون إذن. ويعتبر إنكار الوديعة من قبل المودع حبساً للشيء عن صاحبه دون وجه حق، واستمرار هذا حبسه، وتبعاً في تحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، وهكذا يعتبر في حكم الغاصب، ويترتب عليه ضمان الوديعة في يده وإن هلكت بدون تعد أو تقصير منه أو كان هلاكها بسبب قوة قاهرة.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٢٩- تعريف علاقة السببية وأهميتها:

تعني علاقة السببية أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لفعل ضار المسئول بتعديه في ممارسته النشاط في الدولة المغربية وأن يكون قد حدث مباشرة الإخلال بواجبه القانوني في ملزومية التصرف. ولا فرق بين النتيجة الطبيعية والنتيجة المباشرة من حيث المعنى.

وعلاقة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر، فقد يقع الضرر ويتحقق علاقة السببية، ومع ذلك قد ينتفي فيه الخطأ من الفعل الضار. وقد يتوافر كل من الخطأ والضرر ولا يتحقق علاقة السببية بينهما كما لو قاد شخص سيارة دون رخصة سياقة وتسبب تسبباً عن الطريق فجأة ولم يكن في وسعه تفاديه.

٣٠- الصعوبات التي يثيرها تقدير علاقة السببية:

تثير علاقة السببية صعوبة تقديرها سيما إذا تعدد السببين، أو تعدد النتائج التي ترتب على سبب واحد، وتزيدها احتمال عدد من الأسباب في إحداث الضرر.

فإذا تعددت النتائج الناشئة عن خطأ واحد توافرت علاقة السببية بالنسبة إلى النتائج المباشرة للفعل الخاطئ، وتوابعها النتائج عندئذ مثلما أضرار مباشرة أما إذا تجمع عدد من الأسباب على إحداث الضرر، كان يوجد شخص يشكو مرضاً في القلب عند حدوث ضرراً ما كان يفضي على رجل سليم، فإن تقدير مدى توافر علاقة السببية قد يدق، وقد تتدخل الظروف بشأن تحديد السبب الذي يعتبر الضرر نتيجة مطلوبة، ويتميز من بها النظر عن الأسباب.

وأخيراً تطرح تعدد أو تكافؤ الأسباب المتعددة الأذن فرض ترتيبها وتقديمها بحسب تأثير الأسباب جميعاً كلاً على انفراد متحدة مدى ما تكون الأولى أم أولاً مجتمعة لها مع الضرر، وتتعدد الأسباب التي تحدث في تسببه في الضرر، ويعتبر أسباباً مختلفة، وفي صورة هذه النظرية يعتبر كل من الضرر ومرض القلب في المثال المذكور أعلاه سبباً لموته.

وثانيهما: نظرية تعادل الأسباب أو تساوي الأسباب المنتج للفقيه الألماني فون كريس، ومفادها أن يبحث عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي وبين السبب الذي أنتج النتيجة بمفرده، ويعتبر السبب فعلاً أو متتابعاً إذا ثبت أن الضرر كان سيحدث لو أنه كان كافياً لإحداث الضرر. وتقتضي هذه النظرية بعبر مرضى متشابهين في مثل هذه الحالة في الأثر.

وإذا كانت النظرية الأولى قد أخذ بها القضاء الفرنسي والمصري فترة طويلة من الزمن إلا أننا نميل إلى النظرية الثانية التي تتفق مع الفقه الإسلامي والتي يعول عليها التشريع العراقي[1].

٥٦- إثبات علاقة السببية ونفيها:

يقع عبء إثبات علاقة السببية على مدعي التعويض لأن عليه إثبات أركان المسؤولية إلا أن إثباتها يكون في الغالب صعباً عن طريق قرائن الحال، بل وقد تستعصي الخاصة إلى إثباتها أو نفوذ القاضي في كثير من الحالات، ويتحول العبء شيئاً من المدعي إلى المدعى عليه عبء نفيها، وفي وسع المدعى نفيها طريقين: أولهما مباشر، وثانيهما غير مباشر.

أما الطريق المباشر فهو نفيها عن طريق إثبات أن خطأه القصري لم يكن السبب في الضرر الذي أصاب المدعي، وأما الطريق غير المباشر فهو نفيها عن طريق إثبات وجود سبب أجنبي دفع المدعى إلى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر، أو أن السبب الأجنبي هو الذي أحدث الضرر مباشرة بالمدعي. ويقصد بالسبب الأجنبي كل فعل أو حادث لا ينسب إلى المدعى تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر.

٥٧- انعدام علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي في القانون العراقي وأثره:

أشارت المادة ٢٢٦ من القانون المدني العراقي إلى أثر السبب الأجنبي وعالجت صورته، فقد نصت على ما يأتي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو بقوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

---

[1] [illegible]

ويلاحظ أن المشرع العراقي ذكر الآفة السماوية كسبب أجنبي، مستمداً هذا التعبير من الفقه الإسلامي، قاصداً به كل قوة قاهرة لا تنسب إلى فعل البشر كالزلازل والبراكين والفيضان والأمطار والعواصف. كما أنه استعمل تعبيري: القوة القاهرة والحادث الفجائي من القانون الفرنسي. والحق أن هذه المصطلحات الثلاث: الآفة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي تفيد معنى واحداً، كما يحسن بالمشرع أن يكتفي بذكر أحدها وهو القوة القاهرة. فالآفة السماوية لا تعني سوى القوة القاهرة، والقوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران مترادفان من حيث المعنى والأثر. فكلاهما يعني حدثاً لا دخل لإرادة الإنسان في وقوعه وليس في وسعه دفعه، وكلاهما لا تتوفر فيه سلطة أن تتوقع حدوثه، وكلاهما يجعل تنفيذ التزام مستحيلاً. وإذا كان هناك من يفرق بين الفرنسيين[1] من حيث يسهم من حيث المعنى والأثر، فإن المعنى العراقي جامع في وحدة أثرها.

وأياً كان من الآفة السماوية أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يصح بها تنفيذ الالتزام مستحيلاً في قانوننا، هو إعفاء المدين من الضمان، أي من تعويض الضرر.

ويتم فعل الضرر مساساً أجنبياً إذا أثبت المدعى عليه أن الضرر نتج عن خطأ من أجنبي عنه يستغرق خطأه. وهو بذلك إذا أفلح في نفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر. وإذا أفلح في ذلك أعفي من المسؤولية لانتفائها الأجنبي. أما إذا اشترك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير في إحداث الضرر، وثبتت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، كان مضرور مسئولاً واعتبر المدعى عليه والغير مسؤولين متضامنين تجاه المدعي. ويستطيع المدعي المضرور عندئذ أن يرجع على أي منهما بالتعويض كله. ويستطيع من دفع التعويض منهما الرجوع على الآخر بقدر نصيبه فيه وتوزع المسؤولية بينهما حسب جسامة خطأهما. فيحكم على كل منهما بجزء من التعويض يتناسب وجسامة خطأه إذا أمكن تحديد جسامة الخطأ المنسوب إلى أي منهما، وإلا قسم التعويض بينهما بالتساوي.

---

(1) القوة القاهرة عند الفرنسيين تعني كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، ويشترط أن يكون الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة مستقلاً عن إرادة المدين، وأن يكون مستحيلاً تنفيذ الالتزام بسببه. أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي يستطيع المدين توقعه ولكن يستحيل دفعه. وهو يشترط أن يكون مستقلاً عن إرادة المدين، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص ٢٦٥.

ويعتبر خطأ المضرور سبباً أجنبياً كذلك إذا أثبت المدعى عليه أن المضرور تسبب بخطئه فيما أصابه من ضرر، ولا تعتبر علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه وبين الضرر. أما إذا تعدد كان للضرر سببان وسبب هذه الحالة يحالة الخطأ المشترك، وعندئذ يتوزع المسؤولية على المضرور والمدعى عليه حسب جسامة خطأ كل منهما، كحالة اصطدام سيارتين وإصابة أحدهما نتيجة خطأ سائق الأخرى فقط إلا أن خطأ المصاب إذا كان عمدياً أو كان خطأ جسيماً يعتبر في خطأ المدعى عليه فإنه يرفع المسؤولية عن الأخير، كما لو ألقى شخص نفسه فجأة أمام سيارة سير عن قاصداً الانتحار، فذلك لأن من ألقى بنفسه أمام السيارة يتحمل وحده وزر خطئه ولا مسؤولية على السائق، وبذلك فقد نصت المادة ٢١٠ من قانون المدني بقولها: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض إذا كان المضرور قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوأ مركز المسؤول).

ومن الواضح أن الحكم الذي تصدره المحكمة بالتعويض يجب أن يتضمن تقدير علاقة السببية بين الخطأ والضرر والتحقق من تحققها، وإلا كان عرضة للنقض من قبل محكمة التمييز.

المبحث الثاني

حكم تحقق المسؤولية الخصوصية: التعويض

٣٥- تقسيم المبحث:

إن حكم تحقق هذه المسؤولية هو التعويض، إلا أن الأمر يعد الحكم فخصصنا الإشارة إلى دعوى رد المسؤولية، وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتكلم في أولهما عن دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث رفعها وإثباتها وتقادمها، ونفرد ثانيهما للكلام عن التعويض من حيث أنواعه وتقديره.

المطلب الثاني

دعوى المسؤولية التقصيرية

٥٥- طرفا دعوى المسؤولية التقصيرية:

يقصد بالدعوى المسؤولية من أصابه الضرر بالخروج عن العمل مع المشروع أو من يمثله من الأصول والفروع والورثة والقيم.

وإذا تعدد المتضررون جاز لأي منهم إقامة دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ويجوز لهم جميعاً رفع دعوى مشتركة للمطالبة بالتعويض الذي يستحقه أي منهم.

وإذا كان التعويض عن ضرر مادي رفع الدعوى المتضرر أو خلفه العام أو الخاص أو دائنه الذي يستطيع المطالبة بالتعويض باسمه مباشرة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي فإن من يرفع الدعوى هو المتضرر أو من ينتقل حق المطالبة بالتعويض إليه بعد تحديده قضاءً أو اتفاقاً على النحو الذي سنفصله فيما بعد.

أما من ترفع عليه الدعوى، وهو المدعى عليه، فإنه من يرتكب العمل غير المشروع أو من يسأل عن فاعلاً كتابع أو الوصي أو القيم. وإذا تعدد مرتكبو العمل غير المشروع جاز للمضرور إقامة الدعوى على أي منهم بكل التعويض. كما يجوز له إقامة الدعوى عليهم جميعاً للمطالبة بالتعويض لأنهم يكونون مسؤولين عنه على وجه التضامن، ولكن يجوز الرجوع على غيره بعد دفع التعويض كاملاً وفقاً لقواعد الرجوع بالتعويض.

٥٥- إثبات المسؤولية التقصيرية

إن عبء الإثبات على عاتق المدعي في المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية طبقاً للقاعدة العامة القائلة بأن البينة تكون على المدعي. فعليه أن يثبت ثلاثة أمور أولاً: أن المسؤولية من ضرر وخطأ وعلاقة سببية بينهما. وإذا كانت هذه العناصر وقائع مادية فإن للدائن إثباتها بجميع طرق الإثبات.

فعلى الدائن عبء إثبات الخطأ من جانب المدين. وإذا كان القانون يفترض الخطأ أحياناً ولا يكلف الدائن بإثباته فإن ذلك لا يقع في دائرة المسؤولية عن عمل الغير وعن فعل الأشياء.

والمدين المدين في خطئه التقصيري ما دام الالتزام لا يعدو أن يكون التزاماً ببذل عناية بإثبات قيامه بكل ما يجب عليه من يقظة وحذر، أو بإثبات أن ما بدر منه الضرر من إهمال بعض الحيطة والحذر لم يكن واجباً عليه، أو بإثبات أن إهماله بعض الحيطة والحذر يرجع إلى سبب أجنبي عنه.

٦٥ـ تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية:

نصت المادة ٢٣٢ من القانون المدني العراقي على حكم تقادم دعوى بدل المسؤولية بقولها: (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع إذا كانت هذه الدعوى قد مضت ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقوع الفعل الضار).

إن ما يستفاد من هذا النص من معنى هو أن حق الدعوى لا يمكن إقامتها بعد مضي ثلاث سنوات من الوقت الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه وإن لم يمضي ذلك فإن الدعوى تسقط بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار.

ومن الجدير بالذكر أن أسباب حجب حق الدعوى لا تسقط بالتقادم إلا بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ معرفة هوية الشخص، ولو عرفت الشخصية الناشئ بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الفعل الضار فإن الدعوى تبدأ بالتقادم بعد مضي ستين من معرفته هويته.

المطلب الثاني

التعويض: أنواعه وتقديره

٦٦ـ تعريف التعويض:

إذا تقرر أن كل المسؤولية التقصيرية بأركانها الثلاثة وأحكامها ترتب حكمها وحكمها هو التعويض، لا بد من الحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية بل شدد وقيل أن من يبقى لزام هذا الحق المسؤولية تقصيرية تبدأ بالإضرار وعدم وجود التساوي للإضرار بين المتضرر والمسبب، وتعريف التعويض بأنه مبلغ من النقود أو أية فريضة مالية تعادل الضرر تعادل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب كان نتيجة طبيعية لفعل الضار.

إن التعويض هو وسيلة لجبر الضرر عبراً أو تخفيفاً وهو يقدر بقدر الضرر بحدوثاً وعدماً ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه، ويقتضي أن يتكافأ مع الضرر ولا يكون دونه أو يزيد عنه فلا يجوز أن يتجاوز مقدار الضرر كي لا يكون ذريعة

عقاباً أو مصدر ربح للمضرور. وهو في ذلك يختلف عن العقوبة التي تستهدف إلى ردع المخطئ وتأديبه، ويعتبر تقديرها تعسفاً أخطأ. وقد تعرض وإن لم يلحق أحداً ضرر ما.

إن التعويض يأتي في صور شتى. فقد يكون نقدياً وقد يكون غير نقدي، وقد يكون تعويضاً عن ضرر مادي وقد يحكم به عن ضرر أدبي. وعلى القضاء في تقديره أن يتأكد من توافر عناصره، وسنكتفي في كل ذلك تباعاً فيما يلي:

٨ ـ التعويض النقدي وغير النقدي:

الأصل أن يكون التعويض نقداً: فيقدره القاضي بمبلغ من النقود. وهو التعويض الشائع في دعاوى المسؤولية التقصيرية حين بالنسبة للضرر الأدبي، ولم يشر في هذا الإطار الذي تعرض ما يحول دون منح التعويض غير النقدي، فقد جاء نص المادة ٢٠٥ السابق تضمنت أحكام التنفيذ بطريق التعويض، عندما لا يشترط في التعويض أن يكون نقدياً، إذ نصت على أن:

(يتعين الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وعملاً للأحكام التي نص عليها القانون). وجاء نص المادة ٢٠٩ مبيناً للمحكمة مهمة تعيين طريقة التعويض وكيفية تقديره فقد نصت على ما يأتي: (١ ـ تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

٢ ـ أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو رد ما حصل في الشيء. وذلك على سبيل التعويض).

إن ما يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ هو أن التعويض قد يكون مقدراً بمبلغ من النقود وقد لا يكون. وهو في الحالة الثانية يأتي في صور ثلاث: أولاها في صورة الأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كأن يحكم المحكمة بهدم حائط بناه شخص فسد على جاره الضوء والهواء، وثانيتها في صورة الحكم بأداء أمر معين، كأن يكون التعويض في صورة نشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في دعوى السب والقذف في الصحف، وثالثتها في صورة رد الشيء في المنازعات، كأن يحكم على شخص غصب من آخر كمية من المنتجات كالحبوب برد كمية تساوي ما غصب.

ويبقى إلا ملاحظة أن الحكم بالتعويض عن الفائت أمر لا يجوز الحكم به إلا بناء على طلب المضرور. ذلك لأن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً عن ضرر لحق بطالب المضرور سواء. ولكن طلب المضرور للحكم بالتعويض غير المتنازل أمر لا يلزم المحكمة. فإذا طلب المضرور منها ذلك، وإنما تقرر الأمر عرضاً التعويض التلقائي، جاز للمحكمة أن تقضي بالأمر، أن تحكم بما تشاء من تعويض نقدي أو غير نقدي.

٥هـ عناصر التعويض:

تقضي المادة ٢٠٧ م. بأن: (... تقدير المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ... وينصرف في عنصر التعويض المقدر من منافع الأعيان، ويجوز أن يشمل الضمان مالي الأجر). أن المراد بالضرر في المادة ٢٠٧ هو الخسارة التي ذكرها الشارع في الفقرة ٢٠٧ الملحقة بالمسؤولية العقدية، وأن التعويض في المسؤوليتين تقوم على التمييز بين الخسارة الواقعة والكسب الفائت، ومع ذلك فيجب أن يلاحظ أن التعويض إذا كان في ضرر مادي، فيشمل على عناصر التعويض ملاحظة التعويض عن الضرر الأدبي، فإن كان الضرر مادي هو الذي يتحلل إلى عنصرين، أولهما ما لحق المدين من خسارة مالية وثانيهما ما فاته من كسب مالي، ويدخل في عنصر الخسارة في نطاق المسؤولية التقصيرية، ما فات المضرور من منافع الأعيان المقومة بالمال وهي مجرد الفعل الضار من الانتفاع بها، كأجرة دار مؤجرة، وما ضاع عليه من أجر كان يتقاضاه قبل نزول الضرر به ومنعه من العمل بعد إصابته، ويعتبر عنصر الكسب الفائت في صورة ما إذا كانت فحص سيارة استوردها لتبيع وتحصل ربح وبعد من فحص أخر يشتريها بمبلغ أكثر فإن مالي مرتكب الفعل الضار تعويض عن كل من قيمتها يوم الخسارة الذي فاتت وما يوجد من ربح عادة يمكن بيعها بثمن يزيد عليه في أن تراكها وهو الكسب الفائت.

أما الضرر الأدبي فلا يتحلل إلى عناصر، وإنما يعتبر عنصراً قائماً بذاته[1]. وفي هذه وتوجد تجزئ فحكمة تحديد ما يمكن أن تحكم به من التعويض بحيث يكون ترضية عادلة للمضرور، والتعويض عادلاً أن يزيل الضرر الأدبي وإلا يقتصر من وقعه [illegible] وجدير بالذكر أن حق المضرور في تقدير التعويض من مراعاة الظروف الملابسة[2]، وحسب

---

(١) [illegible] ص ٢٥٨.

(٢) [illegible] ص ٢٠٢.

الضرر الشخصية المحيطة بالمضرور، كحالته الصحية ووضعه المالي. فمن يصاب بجرح وكان مريضاً سواء السكري، فإن الضرر الذي يلحقه يجاوز الضرر الذي يصيب شخصاً سليماً إذا ما جرح، ومن يعول عائلة كثيرة الأفراد يصاب بضرر أكبر من الضرر الذي يصاب به من ليس له عائلة إعالة أفراده عن الكسب. أما الظروف الشخصية المحيطة بمرتكب الفعل الضار فلا يعتد بها، لأن الأصل أن لا يعتبر في تقدير التعويض إلى جسامة خطأ المسؤول وإنما إلى جسامة الضرر اللاحق بالمضرور، ومع ذلك فإن جسامة الخطأ قد تؤثر في تقدير القاضي لمقدار التعويض، وتكون عنصراً من عناصره. فمثلاً إذا كان القانون المدني الفرنسي يلزم من سبب ضرراً بالغير بالتعويض بالمصروف للمؤسسة خلافاً للمشرع المصري الذي نص عليه في المادة ١٧٠ من قانونه، إلا أن الأخذ به مستبعد لأن العدالة أمر تقتضيه العدالة ولا يتعارض مع القواعد في التعويض.

وأساس التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي وانتقال الحق فيهما.

يجري التعويض وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي عن كل من الضرر المادي والأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية. فقد نصت المادة ٢٠٥ من تقنيننا المدني بما يلي: (يشمل حق التعويض الضرر الأدبي كذلك). والضرر المادي، كما ذكرنا من قبل، هو كل ضرر يمس مصلحة للمضرور ذات قيمة مالية. أما الضرر الأدبي فهو ما لا يمس مالاً للمضرور ولكنه يمثل مصلحة غير مالية له. وهو عادة ما نص المادة ٢٠٥ من قانوننا المدني. كل تعدٍ على شرف أو في حريته كالحبس دون وجه حق أو في عرضه كالاعتداء والاغتصاب أو في شرفه كالسب والقذف أو في سمعته كتشويه السمعة عمداً أو وضيعة أو في اعتباره المالي كالإقدام بالسعي المالي أو الغش أو المنافسة غير المشروعة، وحتى أوصاف كان يحس بالمشرع العراقي أن يحصرها في وصفين: هما الحرية والشرف، لأن كل ما يمس بصيت الشخص في سمعته أو شرفه أو مركزه الاجتماعي أو المالي أنما يمس شرفه واعتباره يعني في رأينا كل الاعتبارات العائدة التي تحيط بالشخص وتحدد قيمته وموقعه في مجتمعه وفقاً لسلوكه وما يقوله عنه من رد فعل عند غيره.

وإذا كان انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي إلى الغير كالورثة والدائنين دون انتظار لاتفاق أو حكم يحدد مقداره أمراً لا يختلف فيه اثنان، لأنه حق له قيمة مالية، فإن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي أمر أثار اختلافاً في الرأي. وقد أخذت المادة

م ٢٠٦ من مدونة ملدين حق الخيار في هذه الحالة بخلاف مصلحتها تحسب عما ... أن لا يستأثر من التعويض الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض.

ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من الضرر الأدبي بسبب موت المصاب. ٣. ولا يتنقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي).

إن ما يستفاد من هذا النص، هو أن التعويض عن الضرر الأدبي حق شخصي للمتضرر أو المضرور، فلا يثبت له الحق المالي إلا إذا أقر به الطرفان أو طالب به أحد الطرفين قضاء ولا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو صدر به حكم قضائي، وبناء على ما تقدم، لا يحق للطرف المضرور أن يستعملوا دعوى المسؤولية المباشرة للمطالبة عن مطالبتهم في التعويض عن الضرر الأدبي، إلا إذا تحدد مقدار التعويض اتفاقا أو قضاء كما أن هذا الحق لا ينتقل قبل تحديده إلى الورثة ويفهم منه كذلك أن الضرر الأدبي إذا نشأ عن موت المصاب كقتل زوج أو طفل أو مجنون فإن الحق في التعويض ينتقل إلى الزوجين والأقربين من الأسرة الذين في حوزة المشرع العراقي مصرحون بإقامة الدعوى لتحديدهم إلى القضاء، وفي ذلك مسايرة لمادة الفعل بالقضاء الدعوى ممن يطلبون حقيقة ورد الاعتداء، بصرف النظر عن درجة القرابة، ذلك لأن الضرر الأدبي يعتبر في هذه الحالة ألم في الشعور ومساس بالعواطف، وقد لا يكون بين المصاب أقرب أقربائه وقد يكونون من الأجانب من ذوي درجة من يعتبر أكثر تأثرا منه.

وخلاصة ما تقدم أن التعويض عن الضرر المادي يمثل قيمة مالية تحسب إلى قيمة الضرر، دون حاجة إلى اتفاق بين الأطراف أو حكم بين مقدار ما يلزم به التعويض عن الضرر الأدبي فلا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد مقداره بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي لأنه لا يصبح ذا قيمة مالية إلا من طرفين هذه الحالتين، فإن كان المضرور قد نال شديد التعويض قضاء أو اتفاقا فإنه يحق في التعويض بضرر أدبي لا يستطيعون المطالبة به في حياته وتأتيه عن الحق في الدعوى غير مستقرة.

وجدير بالذكر أن موت المصاب يترتب حقين، حق في التعويض عن الضرر المادي وحق في التعويض عن الضرر الأدبي. أما التعويض عن الضرر المادي فقد حددت المادة ٢٠٦ من مدونة المدني من يستحقه بقولها: ومن حدث القتل في حالة الوفاة بسبب الخروج

أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا من الإعالة بسبب القتل أو الوفاة، ويقتضي علينا أن نبين مستحق هذا التعويض من كان له حق النفقة على المتوفى وكان مايت يعيله فعلاً أو ... الضرر الأدبي الناجم عن موت المصاب يعاني لاحقاً من يستحقه التعويض عن ضرره[1].

أولهما: الضرر الذي أصاب المصاب وهو الموت، والحق في التعويض عنه لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا حدد بمقتضى اتفاق أو حكم قاضي، وثانيهما: الضرر الذي يصيب أقرباء الميت في شعورهم وعواطفهم، وهو الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ مدني قانوننا والتي قضت بأن من يستحق التعويض عنه هم أحد الزوجين والأقربين من الأسرة على النحو الذي فصلناه، والذي يترك القضاء تحديده.

وينبغي أن يلاحظ أن التعويض عن الضرر المادي الذي تقضي به المحكمة لمن كان الميت يعيلهم يتسع لهم المدة وليس من حق الإرث، وتؤول توزيعه عليهم حسب ما تحدد أما التعويض الذي يضاف إلى هذا الضرر ويؤول إلى الورثة سواء كان تعويضاً عن ضرر مادي أو أدبي تحدد مقداره في حياة المصاب فإنهم يقتسمونه طبقاً لأحكام الإرث الشرعي.

٦١- وقت تقدير الضرر الذي يحكم بالتعويض عنه:

الأصل في تقدير التعويض أن يحدده القاضي بمقدار الضرر وقت حدوثه، وذلك ما يتحصل المتضرر من التعويض، وهو رد المضرور إلى الوضع الذي كان يمكن أن يكون فيه ولو لم يحل الضرر بالتزامه.

ومع ذلك فإن يقدر الضرر من حيث جسامته في الفترة التي تفصل بين حدوثه وبين صدور الحكم بالتعويض عنه، ويثور التساؤل عندئذ عما إذا كان يقدر وقت تحمله أو عند الحكم بتعويضه. لهذا ذهب أكثر الفقهاء واستقر القضاء على الاعتداد بتاريخ حدوث الضرر وتقدير التعويض حسب جسامة الضرر يوم الحكم به لا يوم وقوع الفعل الضار[2].

وبناء على ما تقدم، ينبغي القول: إن المصاب إذا أصيب بكسر في يده نتج عن عمل غير مشروع، وتفاقم الضرر حتى أصبح عاجزاً عن تنميته، أو حدث عجزه وقت المستقبل

---

(١) انظر: السنهوري، الوسيط، جـ١، ص ٨١٨.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ١، ص ٨٢٥.

بالحكم، ويجب على القاضي أن يقوم بذلك دون أن يعد إصدار قراره بالتعويض، وإذا كان الضرر لم يظهر في حينه وإنما أصاب بعد مدة من الزمن بسبب الخطأ الذي يضر به أو بحقوق أسرته المتوفى بوجه عام، فالعبرة بسعر الخطأ أو بسعر استحقاق يوم التعويض. ساحكم. غير أن الضرر إذا كان قد أصبح الضرر بنفسه ورجع على محدث الضرر بالتعويض، حكم له عند دفعه مبلغاً لإصلاح الضرر بصرف النظر عن تغير سعر العملة وقت صدور الحكم، وعند استئناف الحكم ويجري القضاء في مصر، وفرنسا على هذا الأساس الذي ينبغي أن يأخذ القضاء العراقي به.

أما إذا نظر على القاضي تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت الحكم بعد أن يستوفي المضرور الحق في مطالبته بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معقولة، وتكون العبرة في تقدير التعويض بالواقع وقت النطق بالحكم به. وعلى ذلك نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي بقولها: إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد التعويض تحديداً كافياً فيما أن تحفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير، وأن تقضي بتكملة لا تتجاوز الحد الأعلى وبالنسبة لتحديد الفترة التي تقدر فيها حسب نظر سوء تقدير الضرر، وذلك بأن التعويض قد تغيرت من ناحية ومع ذلك يجب أن يلاحظ أنه إذا جاز للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر المتزايد إلى وقت النطق بالحكم فليس من حقه المطالبة به إذا نشأ عن تجدد وتفاقم يوم وبذلك نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي بقولها: (يجوز للمحكمة أن تقضي بالتعويض أو بالحكم بتعويض إن كان للمتضرر الحق في إحداث الضرر أو زاد عنه أو كان قد سرا من أثر التشريع والقدر الأخير من ذلك إذا لم يحصل فيها الذي المتضرر المدعى عليه بتعويض الجزاء من قبل من كان في ذمته أيضاً ترك الضرر أو تجاوزه كان يهمل الدعاوى بسبب المدة والإجراء وبتقاعس المتضرر الذي يطالب بالتعويض عند ما يجوز للمحكمة عندئذ أن تقضي من مقدار ما طالب به من التعويض في ضوء ملابسات الحادث وما يجد المتضرر المطالبة بالتعويض من ظروف.

المبحث الثالث

تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عن طريق الاتفاق

٢٧- تمهيد:

تعبر أثار أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على عكس ما

نظامها. فلا يستطيع الأشخاص تعديل أحكام دعواها من حيث الإثبات والتقادم، أما من حيث حكم تحققها وهو الديون فيجوز إن يتم وصف يعدل فيه. أن هذا نظام عدل يتصور وجوده في حالتين. أولاهما: الاتفاق على تعديل أحكامها قبل نشوئها أو أثنائها وتنفيذها، تأمين للمسؤول عن مسؤوليته احتمالاً قبل نشوئها. وسنتكلم فيما يلي على هذين الحالتين.

٣٦٢ـ الحالة الأولى: الاتفاق على تعديل حكم المسؤولية التقصيرية:

إذا كان الاتفاق على تعديل حكم المسؤولية التقصيرية قد يتناوله تشديداً أو إعفاءاً أو تخفيفاً لذلك يحسن بنا الإشارة إلى حكم كل من هذه الاتفاقات.

أما عن الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية فأمر جائز، إذ قد يتخصص صانعه لتركيب سيارته وتعهده به بأن يكون مسؤولاً عن كل ضرر يصيبه وإن نشأ عن سبب أجنبي. التزم الشخص بحكم الاتفاق ووجب عليه التعويض عن الضرر الذي لحق المتعاقد بسبب قوة قاهرة. مع أن الأصل أن المسؤولية تنتفي بإثبات السبب الأجنبي ومنه القوة القاهرة لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر. إن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لأنه لا ينطوي على ما يمس النظام العام. هذا فضلاً عن جوازه بمقتضى المادة ٢٦٤ من قانون المدني التي نصت على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك). ويستفاد من هذا النص أن الاتفاق يسمح بترتيب المسؤولية على الفعل الضار وإن نتج الضرر عن سبب أجنبي.

أما الاتفاق على الإعفاء من حكم المسؤولية التقصيرية فيدل لتعلق أحكامها بالنظام العام. وعلى ذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي بقولها: (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

وأما الاتفاق على التخفيف من حكم المسؤولية فأمر قد يثير خلافاً في الرأي إذ أن البعض يرى أن مجرد الإعفاء يقضي إلى القول بأنه يعني الاستبعاد كما يعني التخفيف: أي أن المقصود بلفظ الإعفاء إعفاء جزئي من حكم مسؤولية المتضرر كاملاً أو بعضاً. إن أحكام هذه المسؤولية إنما تقضي به حق المتضرر في التعويض تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التحلل منها. كما أن جواز التخفيف من أحكامها يفسح المجال لاقتراف الخطأ المتعمد في ارتكاب الفعل الضار، وهو ما يحرمه القانون.

يترتب على ما تقدم أن اتفاق صاحب المصنع مع أصحاب الأملاك المجاورة على عدم مسؤوليته عما يحدثه من أضرار بسببها وجود المصنع أو على عدم مسؤوليته عن تعويض الضرر الناشئ عن الحريق أو على تحديد مسؤوليته بمبلغ زهيد يعد مخالفاً لنص الأضرار التي قد يصيبهم يعتبر باطلاً.

٦٤ - الحالة الثانية: التأمين من المسؤولية:

يقصد بالتأمين من المسؤولية عقد يبرمه من المسؤول وهو المؤمن له ويتعهد المؤمن وهو شركة التأمين بأن يؤمن المؤمن له من الأضرار التي يحدثها للمضرور.

وإذا كان كل من المسؤول على الأصل من المسؤولية والتأمين منها يتفقان في إلزام المسؤول عن التعويض إلا أنهما يختلفان في أن الأصل يعني المسؤول عن التعويض مقابل أما التأمين من المسؤولية فإنه ينقل عبء التعويض من عاتق المسؤول إلى كاهل المؤمن.

والتأمين من المسؤولية جائز ولا يمنع الاتفاق بسبب تطور الاقتصادي وتطور الاجتماعي، فيجوز أن يؤمن الشخص على نفسه من المسؤولية التي تعرض له بالنسبة لكل أنواع الخطأ عدا الخطأ العمدي، إذ لا يمكن للإنسان أن يؤمن من مسؤولية تنجم عن أفعاله التي يرتكبها بقصد كالإتلاف مال الغير عمداً.

ومن الأمثلة على التأمين من المسؤولية ما أقدم عليه المشرع العراقي من فرض تأمين من مسؤولية الناشئة عن حوادث سيارات بمقتضى القانون رقم ٢٠٥ سنة ١٩٦٤ الذي ألغى بدوره قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ والذي جاء بتعديل القانون المدني من حيث سعة نطاق أحكامه ومسايرة ما تقتضيه العدالة إلى حدود أبعد.

ويترتب على عقد التأمين من المسؤولية بصريح نصه أن المؤمن لا يلزم بالتعويض إلا إذا أصبح نهائياً فإذا ما رجع المضرور على المؤمن له فإن للمؤمن له أن يدخل المضرور في مواجهة شركة التأمين لتلتزم بدفع ما دام المضرور قد رجع عليه أولاً وأصبح الحكم نهائياً وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٠٨ من قانون التأمين العراقي.

الفصل السابع

المسؤولية عن عمل الغير وعن الأشياء

٦٥- تجنا في البحث

أفرد المشرع العراقي للعمل غير المشروع الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون وقد قسم الكلام فيه إلى فرعين. اختص الفرع الأول بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية. وعقد الفرع الثاني للكلام على المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء. وبذلك يمكن أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين. نفرد أولهما للمسؤولية عن عمل الغير. ونعقد ثانيهما للمسؤولية عن الأشياء، آسوة بتبويب القانون المدني العراقي.

المبحث الأول

المسؤولية عن عمل الغير

٦٦- تمهيد

خصص المشرع العراقي هذه المسؤولية لثلاث موارد أفرد ثانيتها منها للكلام على حالتين هذه المسؤولية (م ٢١٨ و ٢١٩)، وساق في المادة الثالثة (م ٢٢٠) حكماً فرد المسؤولية في حالتيها وهو حق رجوع المسؤول عن مرتكب الفعل الضار بما يضمن.

وبذلك فإن البحث في هذه المسؤولية يقتضينا تقسيمه على مطلبين نتكلم فيهما على حالتين، نعقد أولهما لمسؤولية الشخص عمن هم في رعايته، ونفرد ثانيهما لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

المطلب الأول

مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته

٦٧- نصوص تشريعية:

نصت المادة ٢١٨ من القانون المدني العراقي على ما يلي: ١- يكون الأب أو الجد، ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه القاصر. ٢- ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب).

إن الإحاطة علماً بمسؤولية الراعي تقتضي أن نتحدث عنه يقتضي الكلام في أسس أربعة هي: تحديد شخص المسؤول، وبيان كل من شروط هذه المسؤولية وأساسها وأحكامها، وسنتكلم فيها تباعاً فيما يلي.

٢٨ــ تحديد شخص المسؤول

قصر المشرع العراقي مسؤولية الناشئة عن الإخلال بواجب رقابة من هو في رعايته شخص من قبل الأب والجد (أب الأب) وصاحب وبعد تعديلاً ما نص به المشرع المصري في المادة ١٥٣ من قانونه عندما ذكر المسؤولية على كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية والجسمية كالصغير والمعتوه والمجنون ومن أو فاقد البصر.

ويبدو أن المشرع العراقي قصد التضييق بحكم مخالف لما نص عليه المشرع المصري ذلك لأنه قرر في المادة ١٩١ مسؤولية الصغير غيراً أو غير مميز ومن في حكمهما ممن تعادم المشارق وجعل مسؤوليتهم مسؤولية أصلية دون كفالة عنهم خلافاً للقانون المصري الذي جعل مسؤوليتهم مسؤولية احتياطية وجوازية وتبعاً لذلك يقتضي نص المادة ١٦٤ التي سبق ذكرها، ولكن قرر المشرع العراقي بعد أن قرر مسؤولية المباشر عن تصرفه الذي أحدث ضرراً كان أو تركه في المادة ١٩١ التي ذكرها عند بل تضمين بعض المسؤولية من العمل الضار الصادر ممن هو تحت الرعاية في المادة ٢١٨ وقصرها على الأب والجد وحدهما.

وإذا كانت مسؤولية الأب واجبة في القانون العراقي مسؤولية استثنائية تقررت بالنص مخالفاً للقواعد العامة لأنها تقوم على خطأ مفترض، وقد كان كل ما يجيء مخالفاً للقواعد العامة لا يجوز التوسع في تفسيره ولا يجوز القياس فيه، من هذه هي خلاف القياس، فإنه يتعين عدم التوسع في تفسير نص العراقي. ومفاد ذلك أن مسؤوليته عن الرعاية تقتصر في قانونه على الأب والجد وبعدهما يأتي نطاق الإعفاء الأصغر من الصغير ومنه غير كان أو غير مميز. فلا يسأل عن الإخلال بواجب الرقابة غير الأب أو الجد، ولا يسأل من كان راعياً عن فعل الصغير الصادر من غير الصغير كالمعتوه والمجنون إذا تجاوزا من سابع والثاني عشر وصدر الصغير.

ثانياً من ذلك أن المشرع إن اعتبر أن يرجع على الأب والجد بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الصغير بصرف النظر عما إذا كان الصغير بذلك مالاً أو لم يكن له مال، وهو يرجع عليهما بحسب مقتضى المادة ٢١٨ التي تقرر مسؤولية أصلية وإجبارية تقع على من هو تحتهما.

٦٩ــ شروط قيام هذه المسؤولية:

لا تقوم هذه المسؤولية إلا عند توافر شرطين أولهما وجود شخص في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر، وثانيهما وقوع فعل غير مشروع من المشمول برعايته.

٧٠ــ الشرط الأول: وجود شخص في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر

لا تنهض هذه المسؤولية إلا إذا وجد صغير في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر هو الأب أو الجد ورتكاب الصغير فعلاً أسوأ ظاهر ضرورة ذلك لأن مناط هذه المسؤولية هو الإخلال بواجب الرقابة على الصغير، لأنها تقوم على أساس خطأ مفترض في جانب الأب أو الجد هو عدم بذل الرقابة اليقظة على الصغير التي تحول دون إضراره بالغير.

وقد نص على النص العراقي أربع ملاحظات أولاها أن المشرع العراقي لم يشترط استلزام أي اتحاد للسكن بين الراعي والصغير حتى تتحقق مسؤولية الأول. فسواء كان الصغير يسكن مع أبيه أو جده أو كان مستقلاً عنهما في سكناه فإن هذه الرقابة تكفي وحدها لترتيب المسؤولية عن الأفعال الضارة الصادرة عن الصغير. والبين أن المشرع العراقي لم يحدد سناً معينة للصغير لترتيب مسؤولية الراعي عن أفعال الصغير إذا بلغها، وقد أثار الفقهاء حول السن التي تنتهي فيها الرقابة على القاصر في ظل القانون العراقي هل هي سن زوال الولاية على النفس وهي تمام الخامسة عشرة في الذكور والأنثى أو سن زوال الولاية على المال وهي تمام الثامنة عشرة أي بلوغ سن الرشد في القانون المدني العراقي. ونرجح قولاً وقضاءً أن مسؤولية الأب أو الجد تنتهي بتمام القاصر سن الرشد[1]. والملاحظة أن المشرع العراقي حصر واجب الرقابة في الأب والجد ولم يجز انتقاله إلى غيرهما.

أما ملاحظتنا الرابعة فتنصب على أن القانون المدني العراقي قصر مسؤولية الراعي على حالة القصر وحدها دون أن يمتد إلى حالة الرعاية بسبب احتياجات عقلية أو جسدية، وقصرها على الرعاية الواجبة قانوناً دون الرعاية التي تجب بمقتضى الاتفاق. وإذا كان تشجيع المشرع العراقي في إغفال النص على ذلك هو ما ذكرناه من تحميل الناظر المسؤولية عن فعل القاصر أيضاً كالمتولي والوصي إلا أننا لا نرى في ذلك مبرراً لهذا القصور التشريعي. وفي ذلك يكون المشرع المدني العراقي

(١) حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٢٥٣، ومنصور حاتم، المرجع السابق.

قد حسن المشرع المصري فيما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ بقوله: (كل من يسبب عمداً قانوناً أو اتفاق رقابة شخص في حاجة إلى مراقبة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون مسئولاً بضمان الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمل غير مشروع).

٢) الشرط الثاني لترتب المسئولية: صدور عمل غير مشروع من المشمول بالرعاية.

لا يترتب المسئولية على الفعل أو الترك وفقاً لأحكام القانون الذي قد نفسه إلا إذا صدر من هو تحت الرعاية عمل غير مشروع يلحق ضرراً.

غير أن مسئولية الراعي عن الفعل الضار لمن هو تحت رعايته غير مطلقة إلا عندما يكون الراعي عديم التمييز، لأن عدم التمييز لا ينسب إليه فعل خاطئ يصلح أساساً لإلزامه بالتعويض، لذلك عدم التمييز بالحدث في أكثر القوانين.

لذلك يرى كثير من الفقهاء مسئولية الراعي عن فعل عديم التمييز تعد أساس[1]، أو يقوم أنه على افتراض أن مسئولية الراعي تعتمد على تحقق الخطأ وهو التعدي أو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد دون اعتبار التعمد أو الإدراك أو التمييز حتى يعد من الظروف الداخلية التي لا يعتد بها، وإنما إلى مقتضيات العدالة وحاجات المجتمع يقتضي تيسير حصول المتضرر على التعويض، لأن لا تمنع مسئولية الراعي عن عمل يصدر ممن هو تحت الرعاية وإنما ينبغي أن تستند إلى التمييز الذي يحدثه الصغير بفعله.

وسبب الاختلاف يسبب هذا التمييز في الاعتداد إلا أنه ترجيح رأي جمهور الفقهاء[2]، إلى القول إن مسئولية الراعي عن الصغير عديم التمييز مسئولية ذاتية ناشئة عن تقصيره في الإخلال بواجب مراقبته وضبطه إلى الفعل الضار الصادر من الصغير، غير أن مؤداه، لجوءها على صادر خطأ من الصغير يقتضي توافر عناصره أو يكتفي بإسناده فهي مسئولية مطلقة لا تستند إلى مسئولية عديم التمييز.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام، المجلد الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٧١٣.

(٢) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ١٠٤.

٧٢- أساس مسؤولية الراعي وتقييمه.

تقوم مسؤولية الراعي في جميع القوانين التي تقرر هذه المسؤولية وعلى رأسها قانوننا على أساس خطأ مفترض في الرعاية، هو الإخلال من جانب عليه الرقابة بما ينبغي عليه من واجب القيام به. فإذا صدر عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة فإن هذا يعني أن من وجبت عليه الرقابة قد قصر في واجبه، وأن تقصيره أدى إلى ارتكاب الفعل الضار. وإذا كان الخطأ المفترض في جانب متولي الرعاية أو الرقابة مقرر بصورة عامة هو خطأ في الرقابة فإن الخطأ المفترض في جانب الأب والأم والجد إذا كان الصغير يقيم في كنفه هو تقصير في رقابة الصغير أو إساءة تربيته أو هما معاً. والخطأ المفترض يعني إعفاء المضرور من إثباته ومن ضرورة إثبات علاقة السببية بينه وبين الضرر.

ومع ذلك فإن هذا الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة يبيح للقانون نفسه قرينة للمسؤولية، فهو افتراض يقبل إثبات العكس، وقرينة الخطأ المفروض هذا قرينة بسيطة تقبل الدحض. ويستطيع المسؤول أن ينفي هذه القرينة بإثبات أنه قام بما ينبغي عليه من واجب الرقابة وأنه اتخذ كل ما يجب عليه من احتياطات لمنع الصغير من الإضرار وأنه لم يسئ تربية الصغير إذا كان أباً أو جداً وهو المسؤول في قانوننا. ويعتبر تقدير كل هذه الأمور من المسائل الموضوعية التي تدخل تقدير القاضي دون رقابة للمحكمة العليا على تقديره. كما يستطيع المسؤول نفي علاقة السببية أن الضرر الناشئ بالغير لا علاقة له بالخطأ المفترض في جانبه. وذلك بإثبات وجود سبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير وبين الخطأ المفروض في جانبه. كأن يثبت أن الضرر وقع بصورة مفاجئة وعلى نحو لا يمكن توقعه أو تحاشيه. إذ تخلص الراعي من المسؤولية بهذين الطريقين، الخطأ ونفي علاقة السببية قد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٦٤ بقولها: (ويستطيع الأب أو الجد التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب). والشطر الأول من هذه المادة يعني نفي المسؤولية بنفي قرينة الخطأ، وذلك بقيام الراعي بواجب الرقابة المفروض عليه. أما الشطر الثاني منها فيعني نفي المسؤولية بنفي علاقة السببية وذلك بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً وإن قام الراعي بما عليه من واجب الرقابة.

وجدير بالذكر أن مدى الرقابة المفروضة على الراعي والتي يعد عدم القيام بها تقصيراً أو تقاعساً يسأل من هو تحت الرعاية وحالته الصحية والنفسية ومقترفي الجرائم والمكان الذين حدث فيهما الفعل الضار.

٧٣-أحكام هذه المسؤولية

تقوم هذه المسؤولية أساساً على أساس خطأ مفترض في جانب الراعي يقبل إثبات العكس، وإذا لم يصلح الراعي في نفي خطئه المفترض أو نفي علاقة السببية حسب عليه حكمها هو تعويض المضرور عن الضرر الذي أحدثه به من هو تحت الرعاية بفعله.

ومع ذلك، فإن قيام مسؤولية الراعي قد ينهض إلى جانبها مسؤولية من هو تحت الرعاية، وإن كانت الأولى تقوم على أساس خطأ مفترض يقبل إثبات العكس في جميع الفروض التي تضمنها، وتقوم الثانية على أساس خطأ ثابت في أكثر الفروض، والجمع بين المسؤوليتين متحقق وفقاً لأحكام القانون العراقي، بمقتضى نص المادتين ٢١٨ و ٢١٩، والحكم هو حسب هاتين المادتين أن للمضرور أن يرجع على الراعي، وهو الأب وإلى جانب ذلك الفروض على أساس مسؤولية الراعي عمن هو تحت رعايته، وله أن يرجع على من هو تحت الرعاية سواء كان صبياً مميزاً أو غير مميز على أساس خطأ ثابت يستبعد افتراضه عند الصغير، فإذا رجع على الراعي كان له حق الرجوع على الصغير بما ضمنه سبقاً بنص المادة ٢٢٠ من قانون المدني: ومفادها: (المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه). أما إذا رجع على الصغير مميزاً أو غير مميز وتحاشى التعويض من ماله، فلا يحق للصغير الرجوع على الراعي بما دفع، لأن الخطأ الذي أوجب المسائلة هو خطأ الصغير لا خطأ الراعي. أما إذا رجع الصغير وكان غير مميز، وتعذر الحصول على التعويض العادل من ماله جاز للمحكمة أن تلزم الولي الراعي وهو الأب أو الجد بدفع التعويض دون أن يكون لكل منهما حق الرجوع على الصغير بما دفع، وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ١٩١ من تقنيننا المدني.

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

٧٤- نصوص تشريعية

تنص المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي على ما يلي: (١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بأعمالهم. ٢- ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية).

وتنص المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري بما يلي: (١- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها. ٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه إذا كان له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه). أن هذه النصوص تشير إلى قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. ولذلك ينبغي علينا في ضوئها أن نحدد شخص المتبوع أولاً، وأن نبين كلاً من شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أساسها، وأحكامها على التعاقب.

٧٥- تحديد شخص المتبوع المسؤول:

لم يضع المشرع العراقي قاعدة عامة تقرر مسؤولية أي متبوع عن الأفعال غير المشروعة الصادرة من تابعه من توافرت شروطها. وهو النهج الذي سلكه معظم القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المصري، ذلك لأنه عاد الأشخاص من تقع عليهم مسؤولية المتبوع عن تابعه في الفقرة الأولى من المادة ٢١٥ المشار إليها سلفاً: الحكومة والبلديات، والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص طبيعي أو معنوي يستغل مؤسسة صناعية أو تجارية.

وبالتالي النص العراقي لا يحمل هذه المسؤولية الأفراد والشركات الذين يستغلون مؤسسات ليست صناعية أو تجارية، كما لا يحملها الأفراد الذين لا يشتغلون في مؤسسات وإن مارسوا نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو غيرهما. ولذلك فإن الشخص لا يسأل وفقاً

بأحكام قانونية عن أخطاء جسيمة أو بمكافأة أو طاعة أو سابق ممارسته وإذا نلاحظ أن قانون التأمين الإلزامي عن مسؤولية السيارات قد سد بعض النقص التشريعي في قانون [illegible] المدني [illegible] المشرع العراقي [illegible] مجيب [illegible] إلى [illegible] إصلاح النصاب التشريعي سواء من حيث نطاق هذه المسؤولية أو من حيث أسسها. ومع ذلك فإن شروط قيام هذه المسؤولية التي أستقرت في الفقه والقضاء في مصر وفرنسا يعتبر الدراسة بطبق أحكامها على هذه المسؤولية في القانون العراقي بالرغم من تطبيق نطاقها وتحديد أساسها في ضوء نصوصه.

٧٦- شروط قيام هذه المسؤولية:

يقتضي قيام مسؤولية المتبوع عن عمله التابع توافر شروط ثلاثة. أولها قيام علاقة التبعية بين من يراد تحميله المسؤولية وبين من أحدث الضرر. فثانيهما صدور خطأ من التابع. فثالثها صدور هذا الخطأ أثناء قيام التابع بخدمة مرؤوسه. وسنتكلم في هذه الشروط الثلاثة على التعاقب فيما يلي.

٧٧ - الشرط الأول: قيام علاقة التبعية بين من يراد الرجوع عليه بالتعويض وبين محدث الضرر.

إن النص صريح في علاقة التبعية هو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري، فقد نصت بأن "رابطة تبعية تقوم وأن لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه".

إن مفاد هذا النص هو وجوب توافر سلطة فعلية للمتبوع على تابعه وأن هذه السلطة الفعلية تنصب على رقابة التابع وتوجيهه. أي تنتفي عندئذ مسألة التبوع عن أعمال تابعه الضارة. وبناء على ما تقدم فإن علاقة التبعية تتحقق إذا كانت للمتبوع سلطة فعلية على التابع سواء أكانت عن عقد، وإن كان الغالب أنها تولد من عقد [illegible] حيث [illegible] بعمله. ومع ذلك فإذا توافر أن عقد العمل باطل، وإذا كانت عن عقد فلا يشترط أن يكون التابع مأجوراً، إذ يجوز أن يؤدي خدمة للمتبوع بغير مقابل. وقد استقر الرأي فقهاً وقضاء بعد تردد طويل على أنه لا يشترط لتحقق أن يكون المتبوع قد

الخارج تابعه. وليس من الضروري كذلك أنه يملك حق فصله. ولا يشترط في هذه السلطة أن تكون درجة مخدوم يمارسها فعلاً أو كان في وسعه ممارستها، وإن لم يستعملها. فهي تتحقق وإن كان المتبوع قد اغتصبها أو استمدها من عقد غير مشروع، ويبقى قائماً علاقة التبعية إن يكون للمتبوع سلطة رقابة وتوجيه تابعه. وذلك يعني أن يكون من حقه أن يصدر إلى التابع الأوامر بتوجيهه وإن كان التوجيه عاماً، وأن يكون له حق محاسبته إذا خرج على أوامره. ويجب أن يلاحظ أن كلاً من التوجيه والرقابة يقتضي أن يسرد على عمل معين يقوم به التابع لحساب متبوعه، ولا يجوز أن يكون توجيهاً مطلقاً. فالابن لا يعتبر تابعاً لأبيه بمجرد القول أن للأب رقابة مطلقة على ولده وإنما الذي يكون تابعاً يتعين أن يقوم بخدمة معينة لأبيه وأن تكون للأب سلطة فعلية في توجيهه عند القيام بها وفي محاسبته على الإخلال بها. ومع ذلك، فإن حق الرقابة والتوجيه قد ينتقل إلى شخص آخر فتزول السلطة الفعلية من يد من كانت له من قبل إلى يد من انتقل إليه الحق في الرقابة والتوجيه. كأن يعير شخص سيارته مع سائقها لصديق لفترة شهر. إن طول هذه الفترة وتخلي مالك السيارة عن حقه في رقابة وتوجيه سائقه خلالها، يزيل السلطة الفعلية من يد المالك وينقلها إلى المستعير، ليصبح المستعير عندئذ متبوعاً عرضياً ومسؤولاً عن الأفعال الضارة الخاطئة الصادرة من السائق التابع.

وعلى العموم، فإن زوال حق الرقابة والتوجيه يؤدي إلى زوال السلطة الفعلية التي تقوم عليها علاقة التبعية. ولذلك لا يعتبر الطبيب الذي يعمل في المستشفى الخاص لحسابه تابعاً لإدارة المستشفى، ولا يعتبر الشركاء تابعين للشركة، كما لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل إذا كان مستقلاً في عمله عن جميع توجيهه ورقابته، وهو يكون كذلك في الغالب. واستقلال المقاول هو ما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل.

ويجدر بالذكر أنه لو استخدم عدد من الأشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك، اعتبروا جميعاً متبوعين بالنسبة إليه، ولو قام شخص بخدمات متفرقة لأشخاص متعددين كان تابعاً لأي منهم في الوقت الذي يقوم بخدمته إذا توافرت في حالتين السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه للمتبوع على تابعه.

كما أن مما تجدر الإشارة إليه، أن السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه لا تقتضي وجوب قيام المتبوع بأصول عمل التابع، أي أنها لا تقتضي قدرة المتبوع على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية[1]، إذ تكفي قدرته على الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية. فسائق السيارة تابع لمالكها الذي لا يعرف السياقة، والطبيب في مستشفى خاص يعتبر تابعاً لصاحب المستشفى الذي يعمل الأطباء لحسابه وإن لم يكن الآمر طبياً. كما أن وجود علاقة التبعية لا تقتضي أن يكون المتبوع بعيداً قادراً على مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه بنفسه من الناحية الإدارية، فقد يكون المتبوع غير مميز أو يكتسي عمله خصوصية التابع لرقابة من ينوب عن المتبوع في الرقابة والتوجيه كالولي والوصي والقيم.

٧٨ـ الشرط الثاني لقيام هذه المسؤولية: صدور خطأ من التابع:

إن مسؤولية التابع هي أساس مسؤولية المتبوع، ولذلك يجب لقيام مسؤولية المتبوع تحقق مسؤولية التابع. ومسؤولية التابع لا تتحقق إلا عند توافر أركانها وفي مقدمتها ركن الخطأ، فإن لم يصدر عن التابع فعل خاطئ، فإن مسؤوليته لن تتقرر بالتالي لن تتقرر مسؤولية المتبوع.

إن ترتيب مسؤولية المتبوع يعتمد على ثبوت خطأ التابع، مع توافر أركان مسؤوليته الأخرى، سواء كان المتبوع في مباشرة الشخص يحب وقوعه، أو كان خطأ مفترضاً قابلاً لإثبات العكس، كمتعهد في رقابة غيره، أو كان خطأ مفترضاً فرضاً غير قابل لإثبات العكس كتعهده في حراسة حيوان أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، لم يقم هذا كلهما تقصي ذلك بحسن القوانين.

أما إذا ارتكب التابع فعلاً ضاراً يبيحه القانون ويصف الخطأ كما ولو كان في حالة دفاع شرعي أو حالة ضرورية، أو ارتكب الفعل الضار لأن سبباً أجنبياً اضطره إلى ارتكابه انتفت المسؤولية عنه، وانتفت المسؤولية بالتالي عن المتبوع. إذ ضرورة صدور الخطأ من التابع ترتب مسؤولية المتبوع أمر أكده المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة ٢١٩ من القانون المدني بالشرط الذي اشترطه لترتيب هذه المسؤولية، أن يكون الضرر الذي أحدثه المستخدمون ناشئاً عن تعد منهم وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم.

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٠٨.

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥١٨.

٧٩-الشرط الثالث: صدور خطأ التابع أثناء قيامه بخدمة متبوعة:

ويعبر شرط عبرت عنه القوانين بتعبير مختلف نوعاً في تحديد مضمونه، فقد عبر عنه المشرع العراقي بالقول: (أثناء قيام المستخدمين بخدماتهم). وعبر عنه القانون المدني المصري بالقول في الفقرة الأولى من المادة (١٧٤): (في حال تأدية التابع وظيفته أو بسببها).

وذهب جانب من القضاء المصري[1] إلى إقامة مسؤولية المتبوع على الخطأ الذي يرتكبه التابع أثناء تأدية الوظيفة أو كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيانه وهيأت الفرصة لارتكابه.

والواضح أن تكييف ما إذا كان خطأ التابع يدخل في حدود وظيفته أو يخرج عنها أمر يدق في حالات كثيرة. هذا فضلاً عن أنه أثار خلافاً في الفقه وأدى إلى توسيع الفقه والقضاء الفرنسيين في تفسير النص الفرنسي. وعلى العموم فإن من المتصور أن يصدر الخطأ من التابع في حالات أربع، فقد يصدر منه الخطأ أثناء تأديته وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها وقد يكون خطأ أجنبياً عن الوظيفة لا علاقة له بها.

أما الخطأ الواقع أثناء تأديته الوظيفة أو القيام بالخدمة، وهو التعبير العراقي، فإن جميع القوانين تبني مسؤولية المتبوع عنه إذا توافرت شروط قيامها إذا صدر الخطأ من التابع أثناء قيامه بعمله أمكن تقرير مسؤوليته المتبوع على أن المتضرر يراد إقامتها عليه، خطأ مفترضاً أو خطأ تبعة أو مسؤولية قانونية أو ضماناً ويتحمل المتبوع المسؤولية عن الفعل الضار الواقع من التابع وإن لم يطلب به المتبوع أو يأمر به أو لم يأمر به أو كان معارضاً له. وهو يسأل كذلك وإن كان التابع في ارتكابه قد جاوز حدود وظيفته أو أساء استعمالها.

وبناء على ما تقدم يسأل سائق السيارة إذا تجاوز سائقه السرعة المقررة في وقت قيامه بعمله فدهس شخصاً. ويسأل مصلحة نقل الركاب عن إهمال سوقها أو خطأ أثناء قيامهم بواجباتهم. ويسأل المستشفى عن خطأ ممرضة أخطأت الربض لمريض بسبب الدواء. ويسأل مؤسسة البرق والبريد والهاتف عن الضرر الذي يقع في تعليم وزمة بل صاحبها وأحماتها أو سرقها. ويسأل المؤسسة التجارية عن خطأ أحد موظفيها أو عمالها بضرب أحد العملاء في أحد محلاتها أو معارضيها.

---

(١) المنصوري، المرجع السابق، ص ٢٠٠٣.

كما جمع القوانين على عدم مسؤولية المتبوع عن خطأ مرتكبه التابع لا علاقة له بالخدمة أو بوظيفته وذلك لانتفاء الأساس الذي تقوم عليه، وهو افتراض الإهمال بواجب الرقابة أو غيره من الأسس. وينتفي الأساس عند انتفاء العلاقة المكانية[1] والزمانية بين الوظيفة وبين العمل الضار في أكثر الأحوال. فإذا سرق عامل في مصنع داراً فلا مسؤولية على المؤسسة المصانعة التي يتبعها. وإذا قتل الجاني شخصاً خارج أوقات دوامه الرسمي، فلا مسؤولية على مصلحة نقل الركاب. ومع أن الأصل أن يعتبر الخطأ أجنبياً عن الوظيفة إذا كان منقطع الصلة بها من حيث الزمان والمكان، إلا أنه يجوز أن يكون أجنبياً عنها وإن وقع في زمان ومكان تأديتها. فلا تكون الحكومة مسؤولة عن فعل موظف استقل في مكتبه داعياً لمصالحه واعتدى الموظف على دائنه بالضرب أو أصابه بجرح.

أما الخطأ بمناسبة الوظيفة أو بسببها فأمر اختلف القوانين حياله. والخطأ بمناسبة الوظيفة هو الخطأ الذي تيسر الوظيفة ارتكابه أو تحين الفرصة بوقوعه دون أن تكون الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكابه أو للتفكير في اقترافه. كقيام سائق سيارة حكومية أو تابعاً لمجلس بدهس شخص كان خصماً لأحد لها منهما، وكانت تعطى بمناسبة الحكومي في زيارة دار صديق له واتصالاً بمصالحه عند أصدقاء المضيف بمثل. إن الجريمة في هذه الحالة قد ارتكبت بمناسبة الوظيفة لا بسببها، أي أن السيارة والسائق هيأ الفرصة لارتكاب العمل الضار الخاطئ، دون أن تكون السيارة ضرورية لارتكابه أو يكون السائق ضرورياً للتفكير في ارتكابه. ومع أن الذهاب إلى هذا الاتجاه كان مقتضيات العدالة والرغبة في ضمان حصول المضرور على التعويض عن أي ضرر يلحقه به خطأ يصدر من التابع مهما كان أصغره من الصلة بالوظيفة، إلا أنه صعوبة الاعتبار قانوني هو انتفاء السببية المباشرة بين الخطأ والضرر، ولذلك ما لبث الفقه والقضاء المصريان أن راجعاهما واستقرا على عدم الاعتداد بالخطأ بمناسبة الوظيفة. أما الخطأ بسبب الوظيفة فأمر يعتد به المشرع المصري والفقه والقضاء الفرنسيان، ويقصدان به الخطأ الذي يقع في نشاط خارج حدود الوظيفة بذاتها ولكنه يعتبر امتداداً لها لارتباطه بها برابطة سببية مباشرة. وبتعبير آخر، هو الخطأ الذي تكون الوظيفة سبب المباشر بحيث لم يكن التابع مستطيعاً ارتكاب الخطأ أو التفكير في ارتكابه لولاها. ومن تطبيقات القضاء الفرنسي أن مسؤولية الحكومة

---

(1) السنهوري، الوسيط، ص ٧٥٥.

(2) السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٥٦.

من حرية قبل ارتكابها حقيران كلفها العملة بحراسة صراف ذاهب إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته فاعتدا عليه في الطريق وقتلاه ذلك لأن الوظيفة كانت ضرورية لارتكاب الخطأ.

وأحكم مسؤولية مخدوم عن فعل خادمه الخاص الذي تدخل في الحال تكفيه بسجن خصم بقصد مساعدته دون أن يهدف إلى القتل، ولكنه عمد إلى ضرب الخصم ضرباً مبرحاً أفضى إلى موته.

ويلاحظ على الخطأ بسبب الوظيفة أنه يقع في حالتين[1]. أولهما أن يقوم التابع بعمل تجاوز به اختصاصه وظيفته كأن يكلف رجل أمن بتفتيش شخص فيسيء معاملته ويتعرض له ضرباً. وثانيهما أن يسيء استعمال وظيفته، كأن يخرج السائق بسيارة يملكها شخص آخر في نزهة رغم القيام بها فيصدم شخص في الطريق.

ومع ذلك فإن هناك حدين يردان على ترتيب مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع الواقع بسبب الوظيفة[2]. أولهما أن يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصي: كأن يعتدي شرطي في فض نزاع ولكنه يطلق الرصاص على أحد الحاضرين اعتقاداً منه أنه قتل أحد قرابته. وثانيهما أن لا يكون المضرور قد علم بأن التابع وهو عالم بتجاوزه حدود وظيفته أو كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك، كأن يدعو سائق سيارة صديقه إلى نزهة دون علم مالكها والصديق يعرف ذلك، فيصاب الصديق بحادث يحق به ضرراً.

لقد تكلمنا عن كل من الخطأ بمناسبة الوظيفة والخطأ بسببها، وبالرغم من أن القانون المدني لم يحدد ذلك لأننا نرغب بتشريع القانون العراقي الجديد أن يضع قاعدة عامة مسؤولية المتبوع عن تابعه تقضي بمسؤولية كل متبوع عن الفعل الضار الصادر من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها بمراعاة مقتضيات الحالة.

والواقع أن نص المادة ٢١٩ جاء صريحاً بعدم الاعتداد بها فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة (.. إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع من المستخدمين أثناء قيامهم بخدمتهم)، فهو لم يقرر مسؤولية المتبوع بعد أن حدد أن حدود شخصية، إلا عن الفعل الضار الصادر عن تعد أي عن خطأ يقع من التابع أثناء قيامه بخدماته.

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٢٠٤

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٤٠٤

٨٠ – أساس مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه وطرق التخلص منها.

اختلفت أحكام التشريعات وتباينت اتجاهات الفقه والقضاء حول تحديد أساس هذه المسؤولية، وفي وسعنا أن نحدد هذه المسؤولية، وفي وسعنا أن نحدد هذه الأسس فيما يلي:(١)

أولاً – قيام هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس وهو أساس أخذ به كل من القانون الألماني (القديم) وتقنين الالتزامات السويسري، وبمقتضاه يستطيع المتبوع التخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ في جانبه أو بنفي علاقة السببية بين الضرر وبين خطأ المفترض.

ثانياً – قيامها على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس وهو أوسع جميع الأسس، ولقد اعتمد به كل من القانون الإنجليزي والفرنسي والمصري، وأكثر القوانين اللاتينية. وإذا كان القانون الإنجليزي سار منطق هذا الأساس فلم تجعل الإفلات من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ وأجاز الإفلات منها بنفي علاقة السببية إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا ومصر خالفا منطقه وأجمعا على عدم جواز الإفلات من المسؤولية بنفي علاقة السببية.

ثالثاً – قيامها على مبدأ تحمل التبعة، وهو أساس اعتمد به التشريع المدني السوفيتي وتأثر به جانب من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والذين يؤخذ على من أخذ بهذا الأساس أنهم لم يسايروا منطقه. فهم يجيزون رجوع المتبوع على التابع، وهم يقيمون مسؤولية المتبوع على أساس خطأ التابع، مع أن مبدأ تحمل التبعة لا يعد بعنصر الخطأ ولا يجيز الرجوع من المتبوع بخطأ تابعه عليه.

رابعاً – إقامتها على فكرة الضمان، وهو أساس نادى به بعض الفقهاء الفرنسيين والمصريين المتخصصين يقفل المتبوع تابعه إذا ارتكب خطأ يلحق بالغير ضرراً ويكون مصدر الضمان أو الكفالة نص القانون وليس الاتفاق، فوجوبه يستطيع المضرور مقاضاة المتبوع بمقتضى هذه الضمان دون أن يكون للمتبوع حق التجريد، إلا أن له حق الرجوع على التابع إذا نشأ الضرر عن تعمده أو عن خطئه الجسيم.

---

(١) عبد الباقي البكري، المسؤولية عن عمل الغير، الكتاب الأول، مطبعة الحلبي، القاهرة، سنة ١٩٦٩، الطبعة الأولى، ص ٢٠ . المنصوري، المرجع السابق، ص ١٠١

خامساً – إقامتها على فكرة النيابة القانونية، وهو أساس اعتدت به المحاكم الفرنسية والمصرية، ومقتضاه يعتبر التابع نائباً قانونياً عن المتبوع، ويؤخذ على هذا الأساس أن النيابة لا تقوم إلا في دائرة التصرفات القانونية، مع أن الأعمال الصادرة من التابع تكون أعمالاً مادية.

سادساً – تأسيسها على فكرة الحلول القانوني، وهو أساس اعتد به جانب من الفقه الفرنسي، ومقتضاه يعتبر شخص التابع امتداداً لشخصية المتبوع، ويصبحان شخصاً واحداً بحيث يسأل المتبوع عما ارتكبه التابع من خطأ، ويؤخذ على هذا الأساس نفس جانب التصور والاعتراض به على نحو ما نجد نقلاً من أغلب الفقه والقضاء المعاصرين.

٨١– أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه في القانون المدني العراقي.

وإذا كنا لا نريد الخوض في تفصيل الأسس السابقة ومناقشتها في هذا الكتاب المنهجي الموجز إلا أنه ينبغي علينا أن نشير إلى الأمرين الآتيين، أولهما أن قانوننا المدني قد اعتبر أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه خطأ مفروضاً في جانب المدفوع ولكنه خطأ لا يقبل إثبات العكس، فيستطيع المدفوع نفي خطأه كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطأ المفترض وبين الضرر الذي أصاب الغير بفعل تابعه.

ثانيهما إن قانون إصلاح النظام القانوني في العراق[1] أوصى بإعادة هذه المسؤولية على عنصر الضرر وتأسيساً على فكرة الضمان، بحيث يكون المتبوع مسؤولاً عن أعمال تابعه الضارة، وإن جاز له على التابع إذا نشأ الضرر عن عمده أو خطئه الجسيم.

٨٢– أحكام هذه المسؤولية:

تقضي المادة ٢٢٠ من القانون المدني العراقي بأن (المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمن).

---

(١) قانون إصلاح النظام القانوني، رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، ص٣٠.

إن مسؤولية المتبوع تستند إلى مسؤولية التابع وتفترض إلى جانبها، فهي لا تترتب إلا عند ثبوت مسؤولية التابع بتوافر أركانها. وعندئذ ترتبها يكون أمام المضرور شخصان يستطيع الرجوع على أي منهما. أحدهما محدث الضرر، ومسؤوليته تقوم على خطأ يجب على المضرور إثباته. كلاهما المتبوع ومسؤوليته تقوم طبقاً لأحكام القانون المدني العراقي على خطأ مفترض، ولكن للمتبوع استطاع التخلص من مسؤوليته بنفي خطئه أو بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض وبين الضرر. فإذا رجع المضرور على التابع وتقاضى منه التعويض وقف الأمر عند هذا الحد. أما إذا رجع على المتبوع ولم يستطع الأخير نفي مسؤوليته وحكم عليه بالتعويض أمكنه الرجوع على التابع بما دفع من تعويض بمقتضى نص المادة ٢٢٠ من القانون. والواقع أن المضرور غالباً ما يرجع على المتبوع دون التابع لأنه الشخص الأكثر يساراً وملاءة. ومع ذلك، فقد لا يحكم للمتبوع بكل ما دفع من تعويض إذا اشترك مع التابع في الخطأ، كأن يكون قد أمر تابعه بارتكاب الخطأ أو ساعده في ارتكابه. وعندئذ تقسم المحكمة التعويض بينهما بحسب جسامة خطأ كل منهما. فإن لم تستطع تحديد نصيب كل منهما من المسؤولية وزعت التعويض بينهما بالتساوي.

المبحث الثاني

المسؤولية عن الأشياء

٨٣ – تقسيم البحث

خصص المشرع القانون المدني العراقي للكلام على المسؤولية عن الأشياء إحدى عشرة مادة (م٢٢١–٢٣٢) توزعت على موضوعات أربعة، هي:

مسؤولية الشخص عن الضرر الذي يحدثه فعل الحيوان (م٢٢١)، ومسؤولية الشخص عما يحدثه من ضرر في الطريق العام (م٢٢٧–م٢٢٨)، ومسؤولية الشخص عن الضرر الذي تحدثه البناء (م٢٢٩–م٢٣٠)، ومسؤولية الشخص عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الأخرى، كالآلات الميكانيكية (م٢٣١). إن إمعان النظر في المادتين التي تحكم فيهما القانون المسؤولية عن الضرر الواقع في الطريق العام يكشف عن أن هذه المسؤولية لا تمت بصلة إلى المسؤولية عن الأشياء، وإنما تدخل في دائرة المسؤولية عن الأعمال الشخصية؛ فحكمهما من قبيل الفرعية المتعلقة بالمسؤولية الأخيرة التي سبق بحثها. وحسبنا أن نذكر هاتين المادتين للتأكد من ملاحظتنا.

فقد نصت المادة ٢٧٧ على ما يلي: (١- يكون شخص حق المرور في الطريق العام، يكون بشرط السلامة، فلا يضر غيره، ولا يضر في الحالات التي يمكن التحرز عنها. ٢- فلو سقط من ظهر الحمال حمل كان يمكن التحرز عن سقوطه فأضر بالغير كان الحمال ضامناً، وإذا حرقت الشرارة التي طارت من دكان الحداد عن طريق الحديد نيران شخص كان مارًا في الطريق وكان يمكن التحرز عن ذلك ضمن الحداد تلف ذلك النار). ونصت المادة ٢٢٨- بما يلي: (ليس لأحد وضع شيء في الطريق العام بلا ترخيص من الجهة المختصة، وإذا فعل ضمن الضرر الذي يولد من هذا الفعل). وبناء على الملاحظات سنوزع بحثنا في المسؤولية عن الأشياء على الموضوعات الثلاثة الآتية، وذلك من خلال ثلاثة مطالب، نخصص كل موضوع لمطلب مستقل.

المطلب الأول

المسؤولية عن الحيوان

٨٤-نصوص تشريعية

تكلم مشروع القانون المدني العراقي على المسؤولية عن فعل الحيوان في مواد ٢٢٥-٢٢٦ نذكرها فيما يلي نتبين موقعه مجال هذه المسؤولية من حيث نصوصها وأساسها وما يشملها. فنصت المادة ٢٢٥ على ما يأتي: (جناية العجماء جبار، فالضرر الذي أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) إن هذه المادة تقرر أصلاً مفهوماً من الفقه الإسلامي تأسيساً على الحديث الشريف (العجماء جبار أو جرحها جبار). والجناية تعني الضرر، أما العجماء فهي البهيمة. ومفاد النص، أن القاعدة هي أن الضرر الذي يحدثه الحيوان هدر لا يضمن فيه، وأن صاحب الحيوان لا يضمنه، إلا أن هذه القاعدة تقيد بأصل آخر هو ضمان أن الأموال والأنفس مصونة في دار الإسلام أي أن جناية العجماء لا تكون هدراً لا تضمن إذا ثبت أن صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر، لأنه يضمن عندئذ جناية حيوانه. ويفهم من النص أن مسؤولية صاحب الحيوان تقوم على خطأ يتمثل

عن الضرر إتيانه في جانب صاحب الحيوان هو عدم اتخاذه الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر. أما المواد الخمس الأخرى فقد أشارت إلى حالة ضرر فقط صاحب الحيوان ترتب عليه المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه حيوانه بالغير. فقد جاء في المادة ٢٢٧ ما يلي:

(١ - إذا أضر حيوان بإنسان شخص ولم يكن حارساً.

٢ - ويضمن صاحب الثور المنطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه من أعين عنه أو قريبه بالمحافظة على الحيوان ولم يحتط عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب الحيوان).

وورد في المادة ٢٢٣ ما يلي:(١ - إذا أفلت شخص دابة في ملك غيره يسأل إذا ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكباً أو سائقاً موجوداً عنها أو غير موجود. ٢ - أما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة. ٣ - كذلك لو أدخل الدابة في ملك غيره فإنه لا يضمن ضررها إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر).

أما المادة ٢٢٤ - فقد نصت على ما يلي: (١ - ولا يضمن الغير حيوان في الطريق العام راكباً أو قائداً أو سائقاً الضرر الذي لا يمكن التحرز منه فإن تعثر من حمل الدابة عيار أو حين لوث ثياب الغير فلا ضمان. ٢ - أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطامة يدها أو رأسها فيضمنه إلا إذا ثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه).

أما المادة ٢٢٥ فقد نصت على ما يأتي: (١ - لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير الحالات المعدة لوقوف الدواب فيضمن ضررها في كل الأحوال. ٢ - ويضمن الضرر كذلك من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها).

وأخيراً فإن المادة ٢٢٦ عالجت في فقرتها الأولى حالة اجتماع التعدي والتقصير وقضت بترتيب المسؤولية على المتعدي دون المقصر. ويقصد بالتعدي القيام بفعل لا يجوز القيام به، وأما التقصير فيعني الامتناع عن فعل يجب القيام به فقد نصت هذه المادة بفقرتيها الثلاث على ما يأتي: - إذا أضرت الدابة التي ربطها صاحبها في ملك غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك الأول بغير إذنه فلا ضمان. وإذا أضرت هذه الدابة

دابة صاحب الملك ضمن صاحبها. ٢- وإذا ربط صاحبان دابتيهما في محل لملك حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الاحتياطات الكافية لمنع هذا الضرر. ٣- وإذا ربط شخصان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق الربط وأضرت دابة الربط أولاً دابة الرابط مؤخراً فلا ضمان. وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان).

إن الإلمام بأحكام المسؤولية عن فعل الحيوان يقتضينا البحث في جملة أمور، نوردها فيما يلي:

٨٥- تحديد الحيوان الذي تترتب هذه المسؤولية على ما يحدثه من ضرر.

إن الحيوان الذي تقوم هذه المسؤولية على الضرر الذي يحدثه، هو كل حيوان حي مملوك، سواء كان داجناً أو غير داجن، وسواء أكان مفترساً أو غير مفترس. أما الحيوان الميت فلا تترتب هذه المسؤولية عن ما يحدثه من ضرر إلا إذا كان في يد شخص أو في حراسته وكانت رقابته أو حراسته تتطلب عناية خاصة لمنع إضراره بالغير[1]. كما أن هذه المسؤولية لا تترتب عن الأضرار التي تحدثها الحيوانات الغير مملوكة، كالطير والجراد، وكالحيوانات المشردة التي تقاسم من أرض حيوانات داجنة في أرض شخص آخر.

٨٦- من تقع عليه هذه المسؤولية.

تقع هذه المسؤولية على صاحب الحيوان، وفقاً لتعبير الشرع العراقي، وهو صاحب الحيوان هو من كانت له سيطرة فعلية على الحيوان تمكنه من توجيهه وقيادته ورقابته، سواء كان مالكاً للحيوان، أم غير ذلك كوكيل المالك أو الوديع أو المستأجر أو الأجير أو الراعي، وسواء كانت سيطرته مشروعة، أو كانت سيطرة غير مشروعة كالسيطرة المسروقة والمغتصبة. وقد عبر الفقه الإسلامي بتعبير آخر يخص المسؤول كل من كان واضعاً يده على الحيوان، لأن ضمان جناية الحيوان يجب بالمالك لا بالملك. ومع أن كلا من الشرع العراقي والفقه الإسلامي، لم يستعمل تعبير الحارس والحراسة، إلا أن المحكمة التمييز العراق استعملتهما[2] تأثراً منها بالفقه الفرنسي والمصري والفقه المصري، وكان

---

(١) السنهوري، مرجع السابق، ص ٥٩٠.

(٢) عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص ٥٦٠.

الأجدر بنا أن نستعمل ما استقر في الفقه الإسلامي أو القانون المدني المغربي من مصطلحات.

٨٧- شرط تحقق هذه المسؤولية

لكي تترتب هذه المسؤولية، ينبغي توفر شرطين. أولهما أن يحدث الحيوان ضرراً بسبب شغبه، وثانيهما أن ينسب إلى صاحب الحيوان خطأ في توجيهه ورقابته.

أما الشرط الأول فمفاده، أن يحدث الضرر بفعل الحيوان، أي بعمل إيجابي يصدر منه كرفس أو عض أو نطاح أو دهس. أما إذا حدث الضرر دون قيام الحيوان بعمل إيجابي، فلا تترتب المسؤولية على صاحبه أو حارسه كما لو حدث الضرر لتوجهه أصدام شخص بحيوان. ولا يشترط لقيام هذه المسؤولية حصول تماس مادي مباشر بين الحيوان والمضرور، وإنما يكفي أن يكون فعل الحيوان سبباً لإحداث الضرر، كما لو جمح حصان أو هاج ثور أو انفلت حيوان مفترس من قفص في حديقة فأصاب الناس ذعر أدى إلى ضرر لحق بهم من جرح أو كسر أو عاهة منع عن تصرفاتهم في المستقبل. وتترتب المسؤولية على صاحب الحيوان أو حارسه سواء كان الحيوان مملوكاً أو كان مملوكاً لإنسان مادام الحيوان قد تدخل إيجابياً في إحداث الضرر.

وأما الشرط الثاني فيعني أن مسؤولية صاحب الحيوان أو حارسه لا تترتب إلا إذا نسب خطأ إليه في توجيهه وقيادته ورقابته، سواء كان الخطأ مما يجب إثباته أو كان مفروضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل للنفي، تبعاً لتوقف القوانين حول أساس هذه المسؤولية. وبذلك فإن صاحب الحيوان أو حارسه لا يكون مسؤولاً إذا تسبب الضرر بخطئه في إحداث الضرر كما لو استفز الحيوان فهاج وألحق به ضرراً، ولا يكون مسؤولاً إذا تسبب الغير في نشوء الضرر كما لو ألقى مارة في الطريق بحجارة على الحيوان أثارت فاحق بالغير ضرراً في الحالتين لا ينسب إلى خطأ صاحب الحيوان أو حارسه وإنما لسبب أجنبي.

٨٨- أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها

الأصل في القانون المغربي أن المسؤولية عن فعل الحيوان تقوم على خطأ ثابت، وفقاً لحكم الفصل ٢٢١ وأحكام مواد أخرى تتعلق بالمتابعات. ومع ذلك فإن بعض مواد القانون المذكور إلى صورتين أخريين تفترضان خطأ، فقد رتبت الفقرة الثانية من الفصلين ٢٢٤

والفقرة الثانية من المادة ٢٢٥ المسؤولية على أساس خطأ مفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، وأقامت كل من المادة ٢٢٢ والفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ والفقرة الثانية ٢٢٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٢٥ والفقرة الأولى من المادة ٢٢٦ المسؤولية على أساس خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس. وقد ذكرنا صور هذه الأفراد في مسؤولية الحارس.

إن صاحب الحيوان، وفقاً لأحكام قانوننا يستطيع التخلص من المسؤولية تماماً بطريقة الخطأ المنسوب إليه فإن كان خطؤه مما يجب إثباته وجب على المضرور أن يثبت أن صاحب الحيوان لم يبذل الجهد المطلوب لمنع وقوع الضرر، ويستطيع صاحب الحيوان التخلص إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية، أو أثبت أن ما ادعاه المضرور من إهماله بعض الحيطة لم يكن واجباً عليه قانوناً، أو أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي وإذا كان الخطأ المدني يعزى إليه مفروضاً قابلاً لإثبات العكس فإن المضرور يعفى من إثبات خطأ صاحب الحيوان ولكن الأخير يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ في جانبه بإثبات أنه بذل من الحيطة ما يجب بذله أو بنفي مسؤوليته عن طريق إثبات السبب الأجنبي أيضاً إذا كان الخطأ المفروض في جانبه إذ لا يقبل إثبات العكس فإنه لا يستطيع الإفلات من المسؤولية إلا عن طريق إثبات السبب الأجنبي كفعل المضرور أو فعل الغير أو القوة القاهرة.

المطلب الثاني

المسؤولية عن البناء

نصت المادة ٢٢٦ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (١ - لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً، فإن كان البناء مائلاً للانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها، وجب الضمان. ٢- ويكون لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه). يفهم من هذه المادة أن تتحقق حكمة المسؤولية المفروضة على مشيد البناء بسبب زوال الانهدام أو بسبب عيب فيه.

وتقضي المادة ٢٣٠ ع بأن: وكل من يقيم في مسكن يكون مسؤولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن، ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع الضرر). ويتضح من هذا النص أنه يعرض للمسؤولية الناشئة عما يسقط أو يلقى من المساكن.

نخلص مما تقدم إلى القول أن المسؤولية عن البناء تبدو في صورتين، أولاهما المسؤولية الناشئة عما يلقى أو يسقط من المسكن، وثانيهما تحسن بنا أن نبحث بإيجاز في هاتين الصورتين.

٩٠- الصورة الأولى: المسؤولية الناشئة عن انهدام البناء أو سقوطه.

إن الإلمام بهذه الصورة يقتضينا تحديد المقصود بالبناء وبيان من عليه هذه المسؤولية والكلام عن شروطها وأساسها وسبل التخلص منها.

٩١- تحديد معنى البناء.

يقصد بالبناء كل ما يقيمه الإنسان من مواد إنشائية كحديد وخشب وطوب وحجر وغيرها ويتصل بالأرض اتصال قرار، ويستوي في ذلك أن يكون البناء معداً لسكنى الإنسان أو إيواء الحيوان أو خزن الغلال أو مخصصاً للمنفعة العامة أو لغيرها من الأغراض، كالدور والاستبلات والمخازن والجسور والمناهل والمعامل. ويستوي كذلك أن يقوم فوق الأرض، كالعمارات والمصانع والمدارس، أو أن ينحفر في باطنها كالمجاري وأنابيب المياه والغاز. ويستوي أيضاً أن يكون قائماً بذاته كالمنزل أو جزءاً من البناء كأسلاك الكهرباء المثبتة في الجدران والأبواب والشبابيك والمداخن، مع ملاحظة أن العقار بالتخصيص لا يعتبر بناءً.

٩٢- من تقع عليه هذه المسؤولية

إن صاحب البناء هو من يتحمل هذه المسؤولية وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٢٩ من قانوننا المدني. وإذا كان الأصل أن يكون صاحب البناء مالكه، كما اشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة نفسها، إلا أننا نتساءل في الرأي من ذهب من الفقهاء[1]

---

(١) المستشار الرجع السابق، ص ٢٠٢، د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

إلى أن صاحب البناء قد لا يكون هو المالك في جميع الأحوال، فقد يكون المسؤول هو من يتمتع بالسيطرة الفعلية على البناء مقرونة بواجب حراسته وصيانته ورعايته دون أن يكون مالكه. فالمستأجر في الأراضي الأميرية هو صاحب الأبنية المستأجرة فيها وهو المسؤول عن هدمها بالرغم من أن الدولة هي المالكة وهي المالكة الأرض.

وعلى العموم فإن صاحب البناء يكون مسؤولاً عن هدمه أو سقوطه، سواء كان في حيازته أو كان في حيازة شخص آخر كالمستعير أو المستأجر أو الغاصب، وسواء كان هدمه بطريق غير مباشرة أو كان وقوعه بطريق غير مباشرة كتأجيره أو لم يكن عن طريق بيعه كما لو أعاره إلى شخص آخر.

٩٣-شروط تحقيق هذه المسؤولية.

يشترط لتحقق المسؤولية عن هدم البناء أو سقوطه شرطان أولهما، أن يكون الضرر عن هدم البناء أو سقوطه بسبب عيب فيه، وثانيهما إهمال صاحب البناء صيانته إهمالاً ترتب عليه الانهدام أو السقوط.

أما الشرط الأول فمعناه أن الضرر الذي يرتب المسؤولية ينبغي أن ينشأ عن انهدام البناء بسبب عيب فيه، فإن لم ينشأ عن أي من ذلك فإن المسؤولية لن تترتب. وبذلك فلا تقوم هذه المسؤولية إذا نشأ السقوط أو الانهدام بسبب صاعقة أو زلزال أو خسف بالتعدين أو حريق شب في البناء. ويستوي لقيام هذه المسؤولية أن يكون البناء قديماً أو حديثاً ويستوي كذلك أن يكون الانهدام كلياً أو كان جزئياً كسقوط البناء بأكمله شباك أو انهيار شرفة أو انهدام سلم.

وأما الشرط الثاني فيعني أن الانهدام أو السقوط ينبغي أن ينشأ عن إهمال في الصيانة وإذا كان ذلك ممكناً أو ينبغي عليه أن يعلم بعيب البناء أو بوجود عيب فيه أو كان في عالم بذلك ولم يبلغه. ويلزم في هاتين الحالتين أن ينبغي عليه القيام به لإزالة الإهمال والإهمال العيب، وانهدام البناء كلياً أو جزئياً بسبب ذلك، فإن تراخى عن القيام بما يجب أن يقوم به وترتب على الضرر يعتبر إهمالاً يترتب عليه المسؤولية دون ريب. وينبغي أن يلاحظ أن الانهدام إذا حدث وقت إنشاء البناء وقبل تمام تسليمه إلى صاحبه فإن المسؤولية تترتب على عاتق المقاول وليس على كاهل صاحب البناء.

٩٤ - أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها.

إن إمعان النظر في نص المادة ٢٢٩ يقتضينا التمييز بين حالتين. أولاهما إذا كان البناء مثلاً إلى الانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحب الدار به إلى ذلك، وثانيهما إذا كان صاحب الدار يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها دون أن يتسبب إلى سوء حالته.

أما في الحالة الأولى فإن مسؤولية صاحب البناء تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس. لأن تنبيهه من قبل الغير إلى الضرر المتوقع الناشئ عن وضع بنائه وترجيحه عن مقامه إذا يدعى طلبه من خطر توقي الضرر بعمل تقصيراً لا يستطيع نفيه. وبالتالي فإن مسؤوليته تقوم على هذا الأساس ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أما في الحالة الثانية وفيها لا يتسبب صاحب البناء بل ما في بنائه من عيب أو من سوء إلى الانهدام ولكنه مفروض أنه يعلم بحالة البناء أو ينبغي عليه أن يعلم بها فإننا لا نسايره في الرأي من يقول إنها تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس[1]. إذ كيف نفترض أنه يعلم بحالة البناء والعيب فيه قد يكون خفياً عليه. ولا نوافق كذلك من يرى أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس خطأ ثابت ينبغي على المضرور إثباته في جانب صاحب البناء. لأن هذا الرأي يحمل المضرور عبئاً ثقيلاً وقلما يستطيع إثباته، ولذلك فإننا نرى أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

ويقتضي هذا الرأي بنفي المضرور من إثبات خطأ صاحب البناء. ولكن الأخير يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي خطأه. أي بإثباته أنه لا يعلم بوضع البناء من عيوبه بل الانهدام أو عيب فيه ولم يكن في إمكانه العلم بحالته.

ويتحقق هذا النفي في حالات كثيرة: كأن يكون صاحب البناء يقيم مضطراً في مكان بعيداً عنه أو كان البناء جديداً نسبت إليه في وقت قريب لم يستطع خلاله تبين حالة البناء كما يستطيع أيضاً التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي.

---

(١) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية جـ٢ ص٤٠٠.

٩٥- توقي الضرر قبل حدوثه

لقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٩ من قانوننا المدني المار ذكرها لمن كان مهدداً بضرر يصيب من الشيء أن يطلب المالك باتخاذ التدابير اللازمة لدرء الخطر حتى إذا لم يقم المالك هذه التدابير، جاز للمهدد بالخطر الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذها منع الضرر عنه، وهو حكم مستقى من الفقه الإسلامي، ونصت عليه بعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري (م ١٧٧) والسوري.

وأقره بعض القوانين العربية كالقانون المدني السوري في المادة ٥٩ د، وهو حكم واضح لا يحتاج إلى مزيد من البيان والمناقشة وجوهره هو الذي توجه إليه المطالبة باتخاذ التدابير اللازمة لدرء الضرر، والمهدد بالخطر باتخاذ هذه التدابير بعد إذن المحكمة له على نفقة المالك.

٩٦- الصورة الثانية: المسؤولية الناشئة عما يلقى أو يسقط من المسكن.

وهي المسؤولية التي نصت عليها المادة ٢٣٠ من قانون المدني العراقي المار ذكرها. ومقتضاها مسائلة كل من يقيم في مسكن عن الضرر الذي ينشأ عما يلقى أو يسقط من مسكنه ما لم يثبت أنه اتخذ الاحتياطات الكافية لمنع وقوع الضرر.

إن الإلمام بهذه المسؤولية يتطلب منا الكلام في الأمور الآتية بإيجاز.

٩٧- من تقع عليه هذه المسؤولية

ترتب هذه المسؤولية على الضرر الناشئ عن قيام من أقام البناء على المسكن ويستوي في ذلك أن يكون المسكن داراً أو شقة أو مستودعاً أو حانوتاً. وتنصب هذه المسؤولية على كل من يقيم في مسكن بسبب الأضرار الناتجة عما يلقى أو يسقط منه.

ويستوي في ذلك أيضاً أن يكون الساكن مالكاً أو مستأجراً أو مرتهناً أو مستعيراً. ويسأل الساكن عن الضرر الناشئ عما يسقط به من مسكنه كحجارة تردى أو أجساج ومياه قذرة تلقى، أو أي شيء آخر يسقط أو يلقى من المسكن فيصيب المار بضرر كحجرة أو جريان ماء أو صديد، أو سرقة هواء، ويكون المسؤول هو الساكن إذا كان مقيماً وإذا تعدد الساكنون كانوا مسؤولين بالتضامن، أما الساكن العرضي كالضيف في المنزل وكالنزيل في الفندق فلا يسأل إلا إذا أثبت رب البيت أو صاحب الفندق خطأه لأن

المسؤولية تقع على رب البيت أو صاحب الفندق إبتداءً وعلى أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

٩٨ - أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها

تقوم مسؤولية السائق على أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس بمقتضى المادة ١٣٠ من قانون المدني. فإذا تسبب ما أفلت من المسكن أو ما سقط منه في ضرر لحق بالغير افترض القانون خطأ المساكن إلا أن من المخطأ أن يستطيع المساكن التخلص من المسؤولية بإثبات أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ولكن الضرر وقع بالرغم من حيطته. كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير. وتقدير ما إذا كانت الحيطة التي اتخذها المساكن لمنع وقوع الضرر كافية مسألة واقع يترك لتقدير الموضوع يثبت فيها دون رقابة من محكمة النقض على تقديره.

ويجدر بالذكر أن هذه الحالة من المسؤولية يقرها الفقه الإسلامي، كما تقرها مختلف من التشريعات المعاصرة كالقانون البولوني والنمساوي والبرازيلي والسويسري[1]. وقد أقرها القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم من قبل.

المطلب الثالث

المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى

٩٩ - نصوص التشريعية

نصت المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها، يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت أن استعمال الآلة أو وقوع هذا الضرر كان سببه أجنبي لا يد فيه، وذلك مع الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

ونصت المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري على أنه: (كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية، يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد فيه، وذلك مع الإخلال بما يرد في أحكام خاصة).

---

(١) عن مسعود هارون الربيعي السنهوري، ص ٥١٢.

وورد في المادة ٤٥٤ من المدونة المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفيتية ما يلي: (يعد على المليئات والمواطنين الذين ترتبط نشاطهم بخطر كبير لمن يحيط بهم، كمؤسسات النقل والمشروعات الصناعية وورش البناء وحائزي السيارات، أن يعوضوا الضرر المتسبب عن مصدر الخطر الكبير، ما لم يقيموا الدليل على أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو عن عمل المصاب). يتضح مما تقدم من استعراض مدى التطور العميق الذي طرأ على هذه المسؤولية من حيث أساسها وأحكامها، فقد تدرج أساسها من خطأ ثابت إلى خطأ مفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، إلى خطأ مفروض فرضاً لا يقبل النفي: إلى جانب تحمل التبعة، وذلك تأثر من تطور الحياة الاقتصادية وتعقد الحياة الصناعية وما رافق ذلك من نضج الوعي الاجتماعي وبروز القيم الاشتراكية وسوغها معدلة في كثير من جوانب الفكر القانوني المعاصر.

إن الإحاطة بهذه الصورة من صور المسؤولية الكلام في جملة أمور هي: تحديد المقصود بالشيء غير الحي الذي يثير ما يثيره من صور هذه المسؤولية، وذكر صورها وتحديد أساسها وبيان المصلحين فيها، وسنذكر اهتمامنا على القانون العراقي، ولكننا سنشير في كل ما تقدم بإيجاز القانون المقارن.

١٠ - تحديد المقصود بالشيء غير الحي الذي تترتب هذه المسؤولية على ما يحدثه من ضرر.

إن الأشياء غير الحية التي تترتب هذه المسؤولية على ما تحدثه من ضرر هي الأشياء غير الحية عدا الحيوان الذي يحكم المسؤولية الناشئة عنه نصوص خاصة أشرنا إلى ذكرها في المطلب الثاني، ويقصد الأشياء غير الحية التي تثير هذه المسؤولية عندنا نوعين. أولهما الآلات الميكانيكية، ثانيهما الأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها.

أما الآلات الميكانيكية فهي الأشياء التي تسيرها قوة تعمل بدلاً من الإنسان مصدرها كالكهرباء والبخار والمياه المتدفقة والمحروقات والطاقة الذرية وغيرها. وأما الأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من أضرارها فكأسلاك الكهرباء وأنابيب المياه والمواد المتفجرة والمواد السريعة الاشتعال كالغاز والبنزين والأسلحة والآلات الحربية. وبرغم ذلك فإن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة أثر نزولها إلى خاصة الأرض لأن مسألة وقائع لا تخضع في التقدير إلى رقابة محكمة التمييز.

١ ، ١ – من تقع عليه هذه المسؤولية

تقع المسؤولية، وفقاً لحكم المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي، على كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها.

إن المقصود بالتصرف هو السيطرة الفعلية على الشيء، على النحو الذي تكلمنا فيه على المسؤولية عن فعل الحيوان، وعلى النحو الذي تعنيه فكرة اليد في الفقه الإسلامي وعلى فكرة نقل فكرة الحراسة في الفقه الغربي. ولذلك فإن الأصل في من يكون الشيء تحت تصرفه هو مالك الآلة الميكانيكية أو الشيء الذي يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره. ومع ذلك فإن السيطرة الفعلية أو اليد قد تخرج عن المالك إلى غيره، كالمستأجر والمودع والمعار والمرتهن ليكون الشخص الأخير هو من يكون الشيء تحت تصرفه ويكون هو المسؤول عنه. وقد تخرج السيطرة الفعلية عن المالك إلى حائز بسوء نية كالسارق والمغتصب. وعندئذ يكون الحائز هو المسؤول عما أحدثه الشيء من ضرر للغير، وقد لا يستعمل صاحب اليد أو صاحب سلطة التصرف الشيء بنفسه وإنما يسلطه بشخص آخر، كما لو أعطى مالك السيارة صحة القيادة إلى ابنه أو زوجته أو صديقه ومع ذلك فإنه يبقى مسؤولاً عنها لأن السيارة تظل تحت سيطرته الفعلية وإن انتقلت صحة القيادة من إلى شخص آخر. أما إذا أخذ السائق أو الابن أو أي شخص السيارة دون إذن مالكها فتضمن مصابيح خاصة أو أجهزة فإن السيطرة الفعلية تنتقل إليه ويكون هو المسؤول عن الضرر الذي تحدثه.

١ ، ٢ – شروط تحقق المسؤولية

يشترط لتحقيق هذه المسؤولية توافر شرطين، أولهما أن تكون الآلة أو الشيء تحت تصرف شخص، وثانيهما أن يقع الضرر بفعل الآلة أو الشيء.

أما الشرط الأول فمفاده أن تكون الآلة تحت تصرف المسؤول. وقد حددنا قبل قليل معنى التصرف بقرينة أن السيطرة الفعلية على الشيء، كسيطرة المالك، أو سيطرة من انتقلت إليه اليد بحسن نية كالمستأجر والمستعير، أو سيطرة من انتقلت إليه اليد بسوء نية كسيطرة السارق أو المغتصب، وبالتالي تعني السيطرة الفعلية على الشيء سواء استعمل الشخص الشيء بنفسه أو استعمله غيره ممن يستوون تحديده بما لأحكام القوانين على النحو الذي مر ذكره.

وهذا الشرط الثاني يعني أن الضرر ينبغي أن يقع بتدخل الآلة أو الشيء غير الحي الأخير تدخلاً إيجابياً، ويقصد بالتدخل الإيجابي أن تكون الآلة الميكانيكية أو الشيء الأخير في وضع يسمح عادة بإحداث الضرر، كأن تكون الآلة في حالة حركة أو يكون الشيء في وضع غير وضعه الطبيعي. أما إذا كان دور الآلة أو الشيء دوراً سلبياً كأن تكون الآلة في حالة سكون أو يكون الشيء كسيارة أو دراجة في مكانه الطبيعي، وجاء شخص فاصطدم بأي منها وأصابه ضرر، فإن المسؤولية لا تقوم عندئذ على من كانت له السيطرة الفعلية عليها.

ومن المذكرة أنه لا يشترط لاعتبار الضرر واقعاً بفعل الشيء غير الحي أن يكون هناك اتصال مادي مباشر بين الضرر وفعل الشيء المسؤول عنه، وإنما لم يكن هناك اتصال مادي مباشر بينهما متى كان فعل الشيء سبباً مباشراً لوقوع الضرر. فلو وقفت سيارة فجأة دون إعطاء إشارة واضطر سائق سيارة تسير خلفها إلى الانحراف فوقع في حفرة أو اصطدم سائق سيارة آلة التسيير فعلاً فذعر أحد المارة فوقع وكسرت ساقه، فإن الشيء يعتبر قد تدخل إيجابياً في إحداث الضرر وتقوم المسؤولية في جانب من كانت له السيطرة الفعلية عليه.

٢ - ١ - أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها

تقوم هذه المسؤولية وفقاً لأحكام القانون المدني الفرنسي على فكرة تقصير من كان تصرفه شيء يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره في عام الفرد الخطأ الكافي لتحقيق وقوع الضرر، وهي فكرة أخذ بها في الخطأ في القانون الفرنسي والمصري، بل إن ذهب أن المشرع العراقي تلقف أحكام هذه المسؤولية من الفقه الغربي عن طريق القانون المدني المصري بالنظر إلى عدم وجود أصل لهذه المسؤولية في الفقه الإسلامي.

ومع أن قوام هذه المسؤولية في القانونين المدني والقانون المصري هو فكرة الخطأ في الحراسة إلا أن أساس هذه المسؤولية يختلف في القانونين.

---

(١) المسؤولية الموضوعية للمدني، ص ١٠١، المؤلف، سنة ١٩٩٠، ص ٧٠١

فأسس هذه المسؤولية وفقاً لحكم المادة ٣٢١ من القانون المدني العراقي هو خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس. وأسس هذه المسؤولية في القانون المصري (١٧٨٢) هو خطأ مفترض فرضاً غير قابل لإثبات العكس.

ويقتضي حكم قانوننا المدني استطاع صاحب المسؤولية العينية على الشيء المستعمل من هذه المسؤولية في حالتين أو لاهما إذا نفى قرينة الخطأ المفترض بأنه اتخذ الحيطة الكافية وبذل ما ينبغي عليه بذله من العناية لمنع وقوع الضرر. وثانيهما إذا أثبت السبب الأجنبي بأن يثبت أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ المضرور. ونعتقد أن موقف قانون المدني العراقي المتساهل حيال هذه المسؤولية أمر يرجعه واقع العراق الاقتصادي والاجتماعي والفكري يوم وضعه. وبالنظر إلى تغير واقعنا الاقتصادي والفكري بعد التقدم الاجتماعي الذي قطعه العراق وبرسوخ مبادئ ثورتنا الاشتراكية العربية الديمقراطية المنبثقة من مبادئ حزب البعث العربي الاشتراكي والمنفذة إلى تطبيق العدالة الاجتماعية، فإننا نسعى إعادة النظر في أساس هذه المسؤولية وأحكامها. وقد استجاب قانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ سنة ١٩٧٧ إلى ذلك كما يأتي. (إقامة المسؤولية عن الأضرار في حقل الإنتاج والخدمات الإنتاجية، وفي حالة تضرر الناشئين من الأشياء الخطرة بطبيعتها: كالآلات الميكانيكية والقوى الكهربائية والنابعة من عناصر الطبيعة وبوجوده عنصر الخطأ من أسس المسؤولية التي أساسها تحمل التبعة). وهذه النوعية تعم مشروع القانون المدني العراقي الجديد بإقامة المسؤولية عن الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء الخطرة بطبيعتها والتي تقتضي حماية خاصة نوقاية من ضررها على أساس مبدأ تحمل التبعة الذي لا يمكن المسؤول من الإفلات من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي في الحالة التي يرسمها القانون، ولا يمكنه من الخروج على أحد عيبا تكلم عليه من تعريفه، ولا بأنه يتعلق بعنصر الخطأ سواء كان ثابتاً أو مفروضاً.

الباب الرابع

الكسب دون سبب

١٠٤ — تمهيد.

يعرف الكسب دون سبب أو يسمى كذلك بالإثراء بلا سبب أو الإثراء دون سبب بأنه الحصول من شخص بسبب الإثراء لفائدة شخص آخر دون سبب مشروع.

إن بحثنا في الكسب دون سبب كمصدر للالتزام يقتضينا أن نوزعه على فصلين. أولهما: للكلام على النظرية العامة للكسب دون سبب. وثانيهما: لاستعراض التطبيقات التي أوردها المشرع العراقي لهذه النظرية.

الفصل الثامن

النظرية العامة للكسب دون سبب

١٠٥ — النص عليها وتحديد أساسها.

نصت المادة ٢٤٣ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (كل شخص وإن كان غير مميز يحصل على كسب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد).

إن ما يستفاد من النص العراقي أن قانوننا المدني اعتبر الكسب دون سبب مصدراً مستقلاً للالتزام، وأن دعواه تعتبر دعوى أصلية وليست احتياطية. إن الكلام عن النظرية العامة للكسب دون سبب يقتضينا توزيع هذا الفصل على مبحثين نتكلم في أولهما عن شروط تطبيق هذه النظرية، وأفرد ثانيهما للكلام على آثارها.

المبحث الأول

شروط تحقق الكسب دون سبب

١٠٦ — بيان هذه الشروط.

يشترط لتطبيق نظرية الكسب دون سبب توافر شروط أربعة أولها إثراء المدعى، ثانيها افتقار المدعي، وثالثها قيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار، ورابعها أن لا يكون لإثراء المدعى سبب قانوني. وسنتكلم فيما يلي عن هذه الشروط بالتفصيل.

٩٠٧ – الشرط الأول: إثراء المدين

تحدث إثراء المدين بحصوله على منفعة مادية أو معنوية يمكن تقديرها بالنقد. إن إثراء المدين يبدو في صور شتى. فقد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً وقد يكون مباشراً وقد يكون غير مباشر. وقد يتخذ صورة إثراء مادي أو صورة إثراء معنوي. أما الإثراء الإيجابي فيعني دخول قيمة مالية في ذمة المثري تزيد من عناصرها الموجبة. كأن يقوم دائنه بتسديد مبالغ ضرورية في العين المؤجرة فتكون واجبة على المؤجر. وأما الإثراء السلبي فيتحقق بانقاص عنصر سلبي من ذمة المثري، كأن يسدد شخص ديناً على المثري.

ويعتبر الإثراء مباشراً إذا حصل بفعل المفتقر، مثل نقل القيمة المالية من ذمته إلى ذمة المثري أو انقاص ديونه عنصراً سالباً من ذمة المثري. كالبناء على أرض الغير أو تسديد الدين ديناً على المثري. ويكون الإثراء غير مباشر إذا حصل بتدخل أجنبي سواء قام الأجنبي بعمل مادي أو بعمل قانوني أدى إلى انتقال القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري أو تحمل به المفتقر ضرراً فأصاب خسارة مؤكدة تصيب المثري. كأن يبني شخص بأدوات شخص آخر على أرض الغير.

ويكون الإثراء دائماً إذا كانت المنفعة التي حصل عليها المثري منفعة مادية سواء أضافت عنصراً موجباً إلى عناصر ذمة المثري أو انقصت عنصراً سالباً منها، وهو ما بيناه في الأمثلة السابقة. أما الإثراء المعنوي فيعني حصول المثري على منفعة معنوية تتمثل في غرس الفكر الإنساني من تعليم أو استشارة أو علاج أو عمل فني أو خدمات أخرى. كأن يقوم محام تسوياً أو يقدم محام استشارة قانونية دون اتفاق بين الطرفين. وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا قديماً حول إمكان اعتبار الحصول على هذه المنافع إثراءً، إلا أن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً[1] في الوقت الحاضر يرى هذه المنافع المعنوية وما يترتب عليها من إثراء معنوي أن تكون أساساً لدعوى الكسب دون سبب متى تم من المكسب تقديرها بالنقد ومتى كانت هذه المنافع تثري الشخص مالياً أو صحياً أو أدبياً دون سبب قانوني.

٩٠٨ – الشرط الثاني: افتقار الدائن

يسمى المفتقر الكسب دون سبب قانوني شرط ثالث هو افتقار يصيب الدائن. ويبدو الافتقار عكس الإثراء الذي يبدو في الإثراء من صور. فقد يكون افتقاراً إيجابياً أو سلبياً.

---

(١) السنهوري، مرجع السابق، ص ١٠٢٠.

وقد يكون مادياً أو معنوياً. أما الافتقار الإيجابي فيتحقق إذا قام المفتقر بالإنفاق للمصلحة المشتري: كأن يبني شخص بناء على أرض الغير بمواد مدركة له. ويتحقق الافتقار السلبي إذا فقد المفتقر قيمة منفعة كان من حقه الحصول عليها، كأن يسكن شخص دار الغير دون عقد.

وأما الافتقار المباشر وغير المباشر، فيقابلان الإثراء المباشر وغير المباشر. فإذا انتقلت القيمة المالية داخل المفتقر من ماله إلى مال المثري فإن كلاً من الإثراء والافتقار يكونان مباشرين. وإذا انتقلت القيمة المالية من ذمة المثري لشخص أجنبي، سواء كانت عينة مادية أو منفعة، اعتبر كل من الإثراء والافتقار غير مباشر، كما لو عمدت عرفة إطفاء إلى إتلاف متاع شخص بغية إنقاذ حريق شب في دار، وكما لو أقدم مستأجر أرض على زراعة بذور متاع من تاجر لم يدفع ثمنه، ثم عجز المالك على زراعة البذور التي انتفعت باستعمال، ففي الحالتين يعد كل من المالك والتاجر مفتقراً، ويعد كل من صاحب البذور والمزارع المفرق مثري شب فيها والمالك أرباً، غير مباشر وأنهما حصلا بفعل أجنبي عن كل من المثري والمفتقر.

ويكون الافتقار مادياً إذا انتقلت قيمة مادية من الذمة المفتقر إلى ذمة المثري المدعى، ويكون معنوياً إذا نقل مدين المفتقر حقاً فكرياً انتفع به المثري، كأن يكون حقاً علمياً أو أدبياً أو فنياً. ويقابل الافتقار المادي والمعنوي الإثراء في هذين الصورتين اللتين صدرتا عليهما الأمثلة فيما تقدم.

٩ - ٤ - الشرط الثالث: قيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار

لا يكفي لتحقق الكسب دون سبب حصول إثراء في ذمة وافتقار في ذمة أخرى؛ وإنما يتعين أن يكون إثراء الذمة ناشئاً عن افتقار الذمة، أي أن يترتب على الإثراء الافتقار فلا يتحقق الكسب دون سبب ولا تنهض دعواه. فلو قامت مؤسسة بتشييد دور وأسواق وفنادق أو أقامت ملاعب وملاهٍ في منطقة وأدى ذلك إلى ارتفاع أسعار الأراضي المجاورة، فلا يحق لمؤسسة مطالبة أصحاب هذه الأراضي بقيمة ما ربحوه لأن هذا الإثراء لا يقابله افتقار في جانبهم. إن مفاد علاقة السببية هو أن الافتقار يعتبر سبباً والإثراء نتيجة، بحيث يمكن القول أنه لولا الافتقار لما تحقق الإثراء. ويعود تقدير ذلك إلى قاضي الموضوع، لأنه يعتبر مسألة وقائع لا يخضع للرقابة محكمة التمييز.

ويجدر بالذكر أن العلاقة السببية في إثراء الكسب دون سبب مشروع أو مسبق واكتفى مرونة من مفهومها في نطاق المسؤولية المدنية[1]. ذلك لأن علاقة السببية بين الضرر وبين الخطأ أو الفعل الضار تنقطع بإثبات السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير وتنتفي عندئذ مسؤولية المدعى عليه. أما في إثراء الكسب دون سبب، فإن الافتقار لا يحرم من الرجوع على المثري بالتعويض إذا كان الافتقار والإثراء عن سبب أجنبي كقوة قاهرة أو فعل المفتقر أو فعل الغير. إذ يصبح القول بأن علاقة السببية بين الافتقار والإثراء إنما تتحقق نتيجة عمل المفتقر أو نتيجة عمل المثري أو بفضل الغير أو بفعل الطبيعة كما لو بين شخص حيوان مملوكة له على أرض يعلم بأنها للغير أو أخرج شريط غناء سينمائياً من رواية وضعها مؤلف دون اتفاق بينهما أو بنى في أرض غيره بمواد غير مملوكة له أو جنت الريح ثوباً لشخص وألقته في وعاء فيه صبغ لشخص آخر فاصبغ.

١٦٩ - الشرط الرابع: عدم وجود سبب قانوني للإثراء

يشترط لتحقق الكسب دون سبب: عدم وجود سبب مشروع يجيز للمثري الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها نتيجة افتقار الغير.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا عليها قديماً في تحديد المقصود بالسبب في هذا المجال فمنهم من أعطاه معنى اقتصادياً فاعتبر الاحتفاظ بالإثراء إذا كان له مبرر وداع من أعطاه معنى أدبياً ولم يجز للمثري الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها إذا كان في الاحتفاظ بها مخالفة للعدل والأخلاق، إلا أن الفقه المعاصر[2] يكاد يجمع على أن المراد بالسبب هو السبب المنشئ أي المصدر القانوني الذي أعطى للمثري الحق في الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها.

إن السبب المنشئ أو المصدر القانوني الذي أعطى للمثري حقاً في الإثراء قد يكون عقداً أو مجرداً أو نصاً قانونياً. فإذا كان السبب أياً من هذه المصادر امتنع تطبيق نظرية الكسب دون سبب وامتنع استرداد المنفعة التي حصل عليها المثري لوجود سبب مشروع يبرر الاحتفاظ بها.

---

(١) حسن علي الذنون، مرجع السابق، ص ٢٦٠

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٣٨.

وبناء على ما تقدم فليس للمستأجر الذي أدخل تحسينات على المأجور الرجوع على المؤجر بما أنفق إذا اتفق الطرفان في عقد الإيجار على أن يتملك المؤجر التحسينات عند انتهاء مدة الإيجار وليس لمؤجره تأذن إعادة بناء دار تنفيذاً لعقد تأمين أحسن بمقتضاه شخص على منزله عند الحريق الرجوع على ذلك بالفرق بين قيمة الدار في حالتها الأولى وبين قيمتها المرتفعة بعد إعادة البناء لأن سبب الإثراء سبب مشروع هو العقد. ولا أخذ نورثة مؤمن: الرجوع على المؤمن له بقيمة الوصية وهي قيمة إثراء واحتفاظهم لأن الإثراء سبب مشروع هو الإرادة المنفردة. وليس للمغرر الرجوع على من أثرى إذا كان سبب الإثراء حكم القانون. كما لو كسب شخص ملكية مال بالحيازة أو تملك معدن بقادم الذي فرضته المحكمة دعوى الدائن. إذ لا يستطيع أي من مدعي ملكيته الدائن في الشق الأول، والمالك في الشق الثاني الرجوع على من أثرى بما [illegible] بقيمة المنفعة التي حصل عليها سبب مشروع.

المبحث الثاني

حكم الكسب دون سبب

١١١- جزاء الكسب دون سبب ووسيلة الوصول إليه.

إذا توفرت شروط الكسب دون سبب حق الجزاء وهو وجوب تعويض المغتنى عن قبل المثرى. أما وسيلة الوصول إلى هذه الجزاء فهي الدعوى، ودعوى الكسب دون سبب دعوى أصلية وليست احتياطية، كما أشرنا إلى ذلك. لأن الكسب دون سبب مصدر مستقل من مصادر الالتزام. إن معالجة أحكام الكسب دون سبب تقتضينا الكلام عن دعوى أولاً وعن جزاء وهو التعويض ثانياً.

المطلب الأول

دعوى الكسب دون سبب

١١٢- إن الكلام على الكسب دون سبب يتطلب منا البحث في جملة أمور، هي: طرفا الدعوى، وعبء الإثبات ووسائله، وتقادم الدعوى.

١١٣- طرفا الدعوى

إن طرفي الدعوى هما الدائن المغتنى والذي أثرى بدون سبب مشروع أو بخلاف سبب قانوني هو المغتنى أو ورثته أو خلفه عاماً كان أو خاصاً. والمدعى عليه هو الذي أثرى وتقوم بذمته ورثته أو خلفه.

ولا تشترط في كل من المدعي عليه الأهلية لكامله، فقد يكون أي منهما ناقص الأهلية كالصبي المميز والمعتوه، أو عديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون.

وإذا كانت المادة ٢٤٣ من قانون المدني المذكورة قد نصت على جواز أن يكون المدين ملتزم عليه غير معين، فإن هذا الحكم ينطبق على دعوى التعويض، لأن مصدر الالتزام واقعة قانونية وليس عملاً قانونياً، والاعتراف بوقوع أقوال معينة إنما يكون في دائرة الالتزامات الإرادية فحسب.

١١٤ - عبء الإثبات ووسائله:

يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن المتضرر، فعليه أن يثبت تحقق الإضرار في ذمته المالية ومقداره، وعليه أن يثبت اعتداءه ومقداره وترتب الضرر للمدين على اعتداءه، وعليه كذلك إثبات عدم وجود سبب قانوني للإضرار، لأن القانون يفترض أن يكون للإضرار سبب مشروع، ولذلك لا يكفي المدين الذي يثبت وجود السبب القانوني، وإذا كانت أركان هذه الدعوى جميعاً وقائع مادية، فإن في وسع الدائن المتضرر إثبات دعواه بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن، ولذلك فهو يستطيع الإثبات بالاستعانة بالمعاينة وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود وبتقارير الخبراء وبالقرائن وغيرها من الوسائل المستساغة قانوناً لإثبات الوقائع المادية.

١١٥ - تقادم دعوى التعويض بلا سبب

نصت المادة ٢٧٤ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (لا تسمع دعوى التعويض بدون سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المدعي بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع).

يتبين من هذا النص أن المشرع حدد مدتين يمكن إقامة الدعوى خلالهما، الأولى هي المدة الأولى فهي ثلاث سنوات تبتدئ من اليوم الذي يعلم فيه الدائن المتضرر بحقه في الرجوع بالتعويض على المدين، والثانية خلال المدة التي تمضي خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه حق الرجوع، فإذا علم الدائن بحقه في الرجوع بعد مضي مدة من تقادم الالتزام والاعتذار عن إقامة الدعوى خلال ثلاث سنوات، وإذا نشأ حق الرجوع ولم

يحرم به المغبون المغتفر إلا بعد مضي ثلاث عشرة سنة جاز له أن يقدم الدعوى [illegible] المغبون فحسب.

المطلب الثاني

جزاء الكسب دون سبب

١١٦ - إن التعويض هو جزاء الكسب بلا سبب، وهو ما ينبغي أن يقدمه الخاسر إلى المغتفر. والكلام عن التعويض يقتضينا البحث في جملة أمور، هي: مقدار التعويض، وكيفية تقدير كل من الإثراء والافتقار، ووقت تقديرهما.

١١٧ - مقدار التعويض

إن ما يستفاد من نص المادة ٢٤٣ المار ذكرها هو أن التعويض ينبغي أن يكون في حدود ما كسب المثري، أي يكون بقدر الأقل من القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار. ذلك لأن المفتقر لا يجوز له أن يطالب بأكثر مما خسر وإلا لأثرى على حساب غيره دون سبب، ولأن المثري لا يمكن أن يطالب بأكثر مما كسب لأنه لا يحاسبه على خطئه ارتكبه وإنما على ما جاء به من كسب. فلو أنفق شخص على هدم وإعادة بناء جدار دار جدارها مائة دينار وارتفعت بذلك قيمة الدار مائتي دينار، فإن المثري لا يلزم برد أكثر من مائة دينار، ولو عمر شخص دار جار فأنفق ألف دينار ولكن قيمة الدار ارتفعت بمقدار سبعمائة دينار، فإن المثري وهو صاحب الدار لا يلزم إلا بدفع سبعمائة دينار فقط.

١١٨ - كيفية تقدير الإثراء والافتقار

إن تقدير كل من الإثراء والافتقار يختلف باختلاف طريقة تحقيق الإثراء، فإذا كان الإثراء قد تحقق بدخول مبلغ من النقود في ذمة المثري فمقدار الإثراء والافتقار يساوي هذا المبلغ. وإذا كان الإثراء في صورة تحسينات استحدثها المفتقر وأضيفت إلى ذمة المثري فيقدر الإثراء والافتقار بقدر قيمة هذه التحسينات التي زادت في مال المثري، وإذا كان الإثراء منفعة حصل عليها المثري كأن يكون قد سكن داراً دون عقد بإيجار فإن المنفعة التي أثرت المثري وأفقرت المفتقر تقوم بأجرة المثل للدار. وإذا كان الإثراء سلبياً كما لو دفع

شخص دون شخص آخر أو ألحق شخص مضاره لإنقاذ دار جارة من الغرق، فإن كلاً من الإثراء والافتقار يقدران بقدر الدين الذي ساده المفتقر أو بقدر قيمة المتاع الذي أتلفه المفتقر لإنقاذ دار جاره من الغرق. أما إذا ظهر الإثراء والافتقار في صورة خدمة أو عمل يقوم به المفتقر لمصلحة المثري، كسمسار يعرب البائع والمشتري ولكنهما يعتمدان الصفقة دون وساطته كمهندس يضع تصميماً يستفيد منه رب العمل، فإن الإثراء يقدر في هذا الفرض بقدر الزيادة التي حدثت في الثروة بسبب كل من الخدمة والعمل.

١١٩ – وقت تقدير الإثراء والافتقار

يقدر الإثراء وقت انعقاد الالتزام لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم، ولا أهمية لزيادته أو لزواله في الفترة بين تحققه وبين صدور الحكم به من القضاء فإذا قدر الإثراء وقت تحققه بألف دينار وأصبح ألفي دينار وقت رفع الدعوى، ثم أصبح خمسمائة دينار أو زال وقت صدور الحكم، فإن ما يقضي به المحكمة من تعويض هو ألف دينار إذا كان لا يقل عن قيمة الإثراء. وتعتبر المحكمة مقدار العدول النقدي وقت الإثراء بصرف النظر عن ارتفاع سعر النقد أو انخفاضه بعد تحقق الإثراء.

المبحث الثالث

الأساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب

١٢٠ – التأصيل القانوني لنظرية الكسب دون سبب

اختلف الفقهاء مبدأً في تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، وتوزعوا عدة اتجاهات، فمنهم من ربطها بنظرية الفضالة، ومنهم من أسندها إلى قاعدة الغنم غير المشروع، ومنهم من أقامها على مبدأ تحمل التبعة، وسنشير فيما يلي بإيجاز إلى هذه الآراء، ثم نضيف منها إلى بيان الرأي الأصوب الذي استقر حديثاً في التشريع والفقه والقضاء.

---

(١) [illegible]

١٢١ عرض هذه الآراء

كان أهم الآراء في الفقه الحديث هو رأي المحققين من أصحاب مدرسة الشرح على القانون المدني إلى رد هذه النظرية بنظرية الفضالة. وتعرف الفضالة بأنها واقعة إرادية قوامها أن يتولى شخص من تلقاء نفسه القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك[1]. وبالنظر إلى اختلاف الفضالة عن الكسب دون سبب من حيث الطبيعة ومن حيث النتيجة فقد زعموا أن الفضالة بالقصد. ذلك أن الفضالة من حيث طبيعتها تميز بتوفر قصد التبرع في القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أمر منه أو إذن، وفي الكسب دون سبب لا يشترط تبرع في المفتقر للقيام بأمر لحساب شخص آخر. ولذلك يتجلى بينهما فرق من حيث النتيجة. لأن القانون يلزم رب العمل بدفع المصاريف النافعة للمتبرع حتى لو لم ينتج عنها منفعة له، بينما المتبرع قد قصد عدم الاعتبار وذلك خلافاً للمثري الذي لا يلزم إلا برد أقل القيمتين للمفتقر هما قيمة الاعتبار وقيمة الإثراء، لأن المفتقر لم يقصد بفعله إعطاء خدمة للمثري. ويؤخذ على هذا الرأي أنه ينطوي على تشويه لنظرية الفضالة والكسب دون سبب. ذلك لأن نظرية الفضالة تقوم على فكرة مدنية قوامها الاعتداد بقصد المتبرع. أما نظرية الكسب دون سبب فتقوم على فكرة موضوعية[2] لا عبرة فيها بالنية.

وذهب رأي آخر إلى إسناد نظرية الكسب دون سبب إلى النص غير المشروع ولكن أنصار هذا الرأي توزعوا على اتجاهين. فاتجه فريق منهم إلى الاعتداد بنية المثري والقول بأن كل من أثرى على حساب الغير يلتزم بالتعويض، شأنه شأن كل من يحسن بنية ضرراً. وذهب فريق آخر إلى الجمع بين النظريتين، ويزعمهم القول بأن من أثرى على حساب غيره لا يحق له استبقاء هذا الإثراء في ذمته وإلا ارتكب خطأ يقتضي ترتب مسؤوليته التقصيرية. ويؤخذ على هذا الرأي في اتجاهيه أن مصدر

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ص ٢٠٠

(٢) السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٠٠

التزام المثري هو واقعة الإثراء وهي واقعة لا تعد في ذاتها خطأ من المثري كسبب لمكسب ويصفها بأنها عمل غير مشروع. فإنه يكمن في نتيجة التي أدت إليها الواقعة، وليس في الواقعة ذاتها التي تخلو من خطأ المثري.

واتجه رأي ثالث إلى إقامة هذه النظرية على مبدأ عدم التعدي. وهو رأي لسادتي سنهوري وفقيه الكبير ريبير ومفاد هذا الرأي أنه، كما أن من كان سلطته مصدراً لضرر يلحق بالغير ويتحمل تبعة نشاطه مصدر نفع للغير، ينقل قيمة مالية عن مال المثري، الحق في استيراد هذه القيمة. ويؤخذ على هذا الرأي أنه يقتضي أن يرجع المفتقر على المثري بكل ما أثرى، مع أن المفتقر لا يرجع على المثري بموجب نظرية الكسب دون سبب إلا بأقل القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.

١٢٢ - الأساس الملتمس لهذه النظرية.

إن مشروعي التقنينات المدنية الحديثة وإن نبذ الآراء المشار إليها في تحديد أساس نظرية الكسب دون سبب، فجعلوا الكسب دون سبب قاعدة مستقلة بذاتها واعتبروه مصدراً مستقلاً للالتزام، وبرروه من وجود التقنينات، وفي مقدمتها في الصفة الاحتياطية عند وعدم اشتراط بناء الإثراء قائماً حين رفع الدعوى وقد فعل ذلك كل من التقنين الألماني (الفرنسي) والتقنين السويسري والبولوني وتبعهم كل من مشروع التقنين اللبناني والمصري والعراقي.

ويخفى أن الكسب دون سبب مصدر مستقل من مصادر الالتزام تقرره قواعد العدالة ذاتها لأن مبادئ العدالة التي تقتضي إلزام من يلحق بالغير ضرراً بتعويض الضرر الناشئ عن عمله غير المشروع، تقتضي إلزام من يفتني على حساب غيره دون سبب مشروع برد قيمة الافتناء أي كسب أو إثراء، في حدود ما افتقر به الغير. لأن الأصل أن لا ينتقل مال شخص إلى شخص آخر بصورة مشروعة إلا في حالتين، أو حالات إذا تضمن العقد ذلك، والتوريث إذا نص القانون على ذلك. فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجب إعادته إلى صاحبه لأن مبادئ العدالة تقتضي ذلك.

الفصل التاسع

تطبيقات القانون المدني العراقي لنظرية الكسب دون سبب

١٢٣ – تمهيد: ذكرنا في مستهل هذا الباب أن المشروع المدني العراقي عالج في المواد الثلاثة من الفصل الذي خصصه للكسب دون سبب، تطبيقات أوردها إذا الكسب ثم اختتم الفصل بمادة رابعة تتضمن القاعدة العامة. وبذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نعالج فيها ما نص عليه قانوننا المدني من تطبيقات لأبرز من بينها الفضالة، التي تعتبرها أغلب التقنينات المدنية صورة متميزة للإثراء أو الكسب دون سبب. ومنها مقارنة بالفقه الإسلامي. وقد كان المشروع العراقي في إغفاله النص على الفضالة متأثراً بالرأي الغالب في الفقه الإسلامي الذي يعتبر الفضولي متبرعاً ولا يجيز له الرجوع بما أنفق على من تدخل لخدمته. ونصت الفضالة تبعاً لنص المادة ١٨٨ من التقنين المدني المصري، أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك ويستمر من ذلك العمل مختاراً ويلتزم من جرى العمل لحسابه رب العمل.

المبحث الأول

المدفوع دون حق

١٢٤ – نصوص تشريعية

عالج القانون المدني العراقي هذا التطبيق للكسب دون سبب في ثلاث مواد. فقد نصت المادة ٢٣٣ منه على ما يأتي: (١ – من دفع شيئاً ظناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق. ٢ – وإذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسليم أو ما بعده، فإنه يلزم أيضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي يصبح فيه سيء النية. وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من رجوع وقع الدعوى. ويلزم الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه. ونصت المادة ٢٣٤ بما يأتي: (١ – إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق

ناقص الأهلية فلا يكون ملزماً إلا برد ما كسب منه ولو كان سيئ النية. ٣ - وكذلك إذا أفلس عقد ناقص الأهلية فلا يرد إلا ما كسبه بسبب نفقة الوقت.

وجاء في مادة ٢٣٥ ما يلي: (إذا وفى المدين التزاماً لم يحل أجله فلا يحق له استرداد ما دفع. ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لمن الدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً لزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن مدة الفائدة خلال الأجل). إن البحث في هذا التطبيق في ضوء نصوص قانوننا المدني يقتضينا توزيعه على مطالبين. نكرس في أولهما: على شروط الدفع دون حق. وللآخر: التبعات من الكلام عن أحكامه.

المطلب الأول

شروط الدفع دون حق

١٢٥ - بيان هذه الشروط

يشترط لتحقيق الدفع دون حق توافر شرطين أولهما: أن يكون الدفع غير واجب في ذمة، وثانيهما: أن يقع الدفع نتيجة غلط.

١٢٦ - الشرط الأول: أن يكون الدفع غير واجب في الذمة.

لكي يقبل دعوى استرداد ما دفع؛ ينبغي أن يكون الدافع غير ملزم قانوناً بالدفع وهو يكون غير ملزم في الحالات الآتية:

أولاً - أن يكون الدين غير موجود أصلاً، دفعه المدين على ما يبين. كما لو نفذ وصية دون أن يتبين له بعدئذ أن الموصي كان قد رجع عن وصيته أو ألغاها ونسخها بإلغائه.

ثانياً - أن يكون الدين موجوداً ولكنه غير مستحق الأداء. كما لو دفع مدين ديناً لم يحل أجله، أو دفع ديناً معلقاً على شرط واقف قبل تحقق الشرط، أو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ بعد تحقق الشرط، أو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ تحقق الشرط فإنه يكون وفى بدين مستحق الأداء لأن الدين يكون عندئذ موجوداً قائماً.

١٢٧- الشرط الثاني: أن يتم الدفع نتيجة غلط وقع فيه الدافع

وهو شرط اقتضته المادة ٢٣٣ من قانوننا المدني بقولها: (من دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فيجوز له استرداده ....) ونصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ بقولها: (إذا وفى المدين التزاماً لم يكن أجله ظاناً أنه قد حل...).

ومستفاد من هذين النصين أنه ينبغي لإمكان استرداد ما دفع دون حق، أن يكون الدافع قد وفى وهو يعتقد عن غلط أنه يوفي بدين واجب في ذمته مستحق الأداء أما إذا كان قد وفى وهو عالم بعدم وجوب ما دفع فلا حق له على الرجوع على المتوفى بدعوى الدفع دون حق.

فالغلط أن يكون الدافع مديناً ولكن الدين انقضى قبل الوفاء، كما لو كان الدائن قد أبرأ مدينه أو وفى وهو يعتقد عن غلط أنه يوفي بدين واجب في ذمته مستحق الأداء أما إذا كان قد وفى أحد المدينين المتضامنين الذين تم دفع مدين منهم الدين ثانية، أو كان الدين قد سقط بالتقادم أو بالتقادم.

وإما أن يكون الدافع مديناً والدين مستحق الأداء ولكن سبب الدين زال بعد الوفاء كما لو دفع المشتري ثمن المبيع ثم فسخ عقد البيع.

ويلاحظ أن الغلط الذي يقع به الدافع غلط يعرفه القانون ولا يكتسب الدافع بإرادته لأن المفروض أنه يدفع شيئاً غير واجب في ذمته إنما يدفعه نتيجة غلط، ومع ذلك فإن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس، فافتراض الغلط في هذه الحالة لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة ويستطيع المدفوع له أن يستبعدها بإثبات أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بالدفع وأن دفعه كان على سبيل التبرع.

والغلط الذي يقع فيه الدائن قد يكون غلطاً في شخص الدائن، كما لو تم الوفاء لشخص آخر غير الدائن، وقد يكون غلطاً في الوفاء كما لو وفى أحد المدينين المتضامنين الذي تم دفعه مدين آخر وهو لا يعلم بواقعة الوفاء السابقة وقد يكون غلطاً في القانون كما لو افترض شخص من آخر مبلغاً بفائدة تزيد على الحد الذي يسمح به القانون

حاصلاً أن القانون يضع حداً أقصى للفائدة الاتفاقية، وإذا تجاوز الحد فلا تكون مدفوعة لكون الدافع قد وقع فيه من تلقاء نفسه أو أوقعه فيه المدفوع له بالوسائل المذكورة.

ومع ذلك فإن هناك حالات يجوز فيها للدافع الرجوع على المدفوع له بما دفع وإن كان عالماً وقت الدفع أنه غير ملزم بالوفاء، أي أنه لم يقع في غلط دفعه إلى الوفاء أولاً، وفروع الدفع تبعة أكراه تؤدي على الوفاء وتنفيذها وقوع الدفع بناء على عقد باطل، وثالثها إذا وفى المدين الدين وأخذ المخالصة من الدائن ثم فقدها وطولب بالدين فاضطر إلى الوفاء به ثانية ثم عثر على المخالصة ففي هذه الحالات التي ينفي فيها الغلط يستطيع المكره أن يسترد ما دفع ويستطيع الدافع بناء على عقد باطل أن يسترد ما وفى لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ويستطيع من عثر على المخالصة أن يطالب باسترجاع ما دفع لمرة ثانية تأسيساً على قاعدة المدفوع دون حق.

المطلب الثاني

أحكام المدفوع دون حق

٩٢٨ـ إذا توفر الشروط المتقدم ذكرها التزم الدافع برد ما تسلم دون حق إلا أن رده يجب فيه رد يختلف باختلاف ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها وسنتكلم بإيجاز على كل من هذين الوضعين فيما يلي:

٩٢٩ـ أولاً: إذا كان المدفوع له حسن النية.

يكون المدفوع له حسن النية إذا كان يعتقد وقت تسلم المدفوع أنه يتسلم ما يستحق والأصل افتراض حسن النية، ولا يكلف بإثبات ذلك ولكن الدافع يحق له إثبات العكس بأن يقيم الدليل على سوء نية المدفوع له وهو يستطيع إثبات العكس بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، لأنه يقوم بإثبات واقعة مادية. ويلاحظ أن تقدير حسن نية المدفوع له أو سوئها مسألة وقائع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها.

إن تحديد ما يتعين على المدفوع له حسن النية رده يختلف باختلاف ما إذا كان قد تسلمه نقوداً أو أشياء مثلية أو شيئاً معين بالذات.

فإذا كان ما تسلمه نقوداً أو أشياء أخرى يقدر ما تساوه قوة في ذمته وقت حيازته رد المقدر الذي تسلمه إذا كان موجوداً في يده، وإذا استهلك الشيء بخطئه وهو ملزم برد مقدر ما تسلم بصرف النظر عن ارتفاع سعر النقد أو الأشياء المثلية الأخرى، لأن الإثراء يقدر عند تحققه لا يلزم برد الفوائد لأنه يتملكها بالقبض مادام حسن النية، ولكن ينبغي عليه ردها من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية. ويلاحظ أنه يلتزم برد الفوائد من تاريخ رفع الدعوى عليه لأنه يعتبر دون شك في سيء النية عند مطالبته قضائياً.

أما إذا كان ما تسلمه شيئاً معيناً بالذات: عقاراً أو منقولاً فإنه يلتزم برده بالذات ما دام موجوداً في يده فإن هلك بعد أو تعيب دون أن يكون قد استهلكه أو أنه بعد أن أتلفه التزم برد قيمته وقت الاستهلاك أو الضياع أو التلف.

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي فإنه لا يسأل عن هلاكه وإنما يلتزم برد بدله إذا وجدت فإن كان قد انتفع من هذه البدايا ببيعها أو باستعمالها التزم برد ما عاد إليه من فوائد كالثمن قيمته أو قيمة ما استعمله أما انتفاعه بالشيء كسكنى دار أو استعمال سيارة فلا يلتزم المدفوع له برد قيمة ما حصل عليه من منفعة.

١٢٠- حكم ثمار الشيء والنفقات التي أنفقها المدفوع له الحسن النية على الشيء.

يملك المدفوع له الحسن النية ثمار الشيء بالقبض ولا يلتزم برد شيء منها (م ١١٦٥ من القانون المدني العراقي). إلا أنه يلتزم برد الثمار وقيمة المنافع التي حصل عليها من اليوم الذي يصبح فيه سيء النية، وهو يلتزم في كل حال برد ما حصل عليه من تاريخ دعواه قضائياً لأنه يعتبر عندئذ دون شك سيء النية.

ومع ذلك فإن المدفوع له الذي أصبح سيء النية أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار وعلى ذلك نصت المادة ١١٦٦ من قانوننا المدني بقولها (يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها مع أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار).

أما حق المدفوع له حسن النية في استرداد ما أنفق على الشيء فيقوم على التمييز بين نوع ما أنفق فهو يسترد ما أنفق من نفقات ضرورية، أما النفقات النافعة فله أن يستردها من صاحب الشيء إن كانت قيمة الشيء أكثر من قيمة ما أحدثه. أما إذا كانت قيمة

ما أضاف أكثر من قيمة الشيء للمدفوع له إذا بمعنى الشيء ثمن مثله. وأما النفقات الكمالية فلا يسترد منها شيء وإن حق للمدفوع له أن يرجع بما استحقت منها بشرط أن يحدث الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا رضي المالك في الإبقاء عليها نظير دفع قيمتها مستحقة للشيء. وعلى كل ذلك نصت المادة ١١٦٧ في فقراتها الثلاثة والمادتان ١١١٩ و ١١٢٠ من قانوننا المدني وتقضي بالنفقات الضرورية المصروفات الاضطرارية أو غير الاعتيادية التي تضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك كتكاليف ترميم سقف أو المنزل؛ ويراد بالمصاريف النافعة ما يبذل من نفقات للحفاظ على الشيء وإن كان لا يخشى عليه الهلاك أن لم تبذل من نفقات للحفاظ على الشيء وإن كان لا يخشى عليه الهلاك أن لم تبذل، كأجر الأيدي العاملة التي تصرف أو مصاريف وقاية خزينة يرجى أن لا تكون هذه النفقات فاحشة، أما النفقات الكمالية فهي مصاريف الزينة كالتنميق والنقش والإضافات التي تزين الشيء دون أن يكون لها تأثير في وجوده وجوده.

١٣٦ – حكم خروج الشيء من يد المدفوع له:

قد يخرج الشيء من يد المدفوع له بحسن النية لتصرفه فيه، ويختلف الحكم باختلاف طبيعة التصرف[1]: فإن وقع التصرف معاوضة كبيع أو بدل صلح: كان للمدفوع للخير منه أن يرجع على المتصرف له بدعوى الاستحقاق؛ أما إذا استودع التصرف له المستلم بالتقادم أو حيازة المنقول بحسن نية فليس في وسع الدافع إلا أن يرجع على المتصرف له بما قبض من عوض.

أما إذا صدر التصرف من المدفوع له بدون عوض كأن يكون قد تصرف فيه تبرعاً فلا يستطيع الدافع الرجوع على المدفوع له بشيء، كما لا يستطيع الرجوع على المتصرف له إذا كان في إمكان المدفوع له التمسك بأحد أسباب كسب الملكية من تقادم أو حيازة منقول بحسن نية. ويتضح أن عدم إمكان الدافع الرجوع على المدفوع له حكم يجافي العدالة لأن هذا الغارم أولى من جانب المدفوع.

١٣٧ – ثانياً: إذا كان المدفوع له سيء النية:

أما إذا كان المدفوع له سيء النية وهو من يعلم المدفوع وهو يعلم أنه لا حق له فيه فإن القانون يعطي حينئذ موقفاً متشدداً وهو ما تحدد نبينه من نص المادتين ٢٢٣ و ١١٦٦

---

(١) السنهوري، الوسيط، ص ١٢٠٣

من قانونا المدني الذي ذكرناه.

فإذا كان ما قبضه نقداً أو شيئاً مثلياً آخر أو عيناً معينة بالذات التزم برد ما تسلم إذا كان الشيء قائماً في يده، وإذا هلك الشيء أو ضاع ألزم بالضمان وإن وقع الهلاك بقوة قاهرة: وهو يلتزم برد المثل إن كان الشيء مثلياً وبرد القيمة يوم الهلاك إن كان الشيء قيمياً ولا حاجة إلى إعذاره لأنه تسلم شيئاً يعلم أنه لا يستحقه (م ١٥٨ م. ع) ويعتبر في الرد هبوطاً وارتفاع الأسعار فإذا كان ما تسلمه قرضاً وجب عليه رد مقدارها مع تعويض الدائن عن تغير سعر العملة ومع ذلك فإن المدفوع له يستطيع الإفلات من الحكم عليه بالضمان إذا هلك الشيء وإن كان هلاكه بسبب أجنبي إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك أو يهلك أو كان باقياً في يد المدفوع وهو حكم نصت عليه المادة ١١٦ من قانوننا المدني، ولكننا نرى أنه لا مبرر له لأن يد الحائز السيئ النية تظل دائماً يد ضمان ولا ينبغي أن يبرأ من الضمان أياً كان سبب الهلاك ومهما كانت طبيعة الشيء.

كما يلتزم المدفوع له برد كل ما استفاد أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء من يوم أن تسلم غير المستحق إذا كان سيئ النية وقتئذ أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية (م ٢٣٣) فإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات وانتفع بها المدفوع له فعليه رد قيمة المنفعة التي حصل عليها كما يلتزم برد الثمار التي قبضها أو كان في استطاعته أن يجنيها ولكنه لم يعمل عليها فإذا كان المدفوع بستاناً وكان فيه ثمار ولكنه لم يقطفها حتى تلفت فإنه يضمن قيمتها لأنه قصر في قطفها وبيعها إلا أن له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار (م ١١٦) وإذا كان المدفوع مبلغاً من النقود فإنه يلتزم برد النقود من وقت تسلم النقود أو من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية محسوبة على أساس السعر السائد يقرره القانون.

أما المصروفات التي ينفقها المدفوع له السيئ النية فيخضع حكمها للقواعد المطبقة على ما أنفقه المدفوع له الحسن النية على الشيء المدفوع وكانت الحكمة في شأن خروج الشيء من يد المدفوع له، إذ يستوي بالنسبة لهذه الأحكام كل مدفوع له غير حق سواء كان حسن النية أو سيئها، لأن الغير في علاقته بالدافع لا يتأثر بحسن نية المدفوع له أو بسوئها...

١٣٣ — حالتان مميزتان من تطبيق قواعد الكسب دون سبب:

خرج المشرع العراقي على حكم الكسب دون سبب التي ذكرناها في حالتي الإثراء

إذا كان المتبرع به ناقص الأهلية، وثابتهما، إذا وفى المدفوع ديناً مؤجلاً قبل حلول أجله.

١٣٤ - الحالة الأولى: إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية.

تضمنت المادة ٢٢٤ المشار إليها في مستهل هذا المبحث بأن ناقص الأهلية، إذا كان هو من تسلم الشيء غير المستحق، لا يلزم إلا برد ما كسب، حتى لو كان مستهلك الشيء، وكذلك لو أبطل عقد ناقص الأهلية فإنه لا يرد إلا ما كسب بسبب تنفيذ العقد.

وبمقتضى هذا النص يكون المشرع العراقي قد خرج على القاعدة العامة في الكسب دون سبب التي تقرر عدم تأثير إدارة ناقص على التزامه بشيء.

إذ ... يستفاد من هذا النص، أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية لا يلتزم إلا ... رد قيمة المدفوع الذي حصل عليها من الشيء الذي تسلمه دون حق حتى لو كان سيئ النية. أما إذا لم يحصل من الشيء على منفعة ما، كان يكون قد استهلك ما تسلم أو أنفق ما تسلم في مأكله من طعام ومشروبات وشهوات، فإنه لا يلتزم برد شيء، وكذلك الحكم لو لزم ناقص الأهلية عقداً ثم أبطل، وكان قد تسلم شيئاً تنفيذاً لهذا العقد: فإنه لا يلتزم إلا برد ما عاد عليه الشيء من منفعة. أما إذا أنفق ما تسلم لم يعد بمنفعة فإنه لا يلتزم بالرد. ويفهم من النص كذلك، أن ناقص الأهلية إذا تسلم شيئاً معيناً بالذات دون حق وهلك أو ضاع أو تلف في يده بغير خطئه فإنه لا يلتزم رد أي شيء حتى لو كان سيئ النية. لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يلتزم بضمانه. أما إذا هلك الشيء أو تلف أو ضاع بفعله أو تقصيره فإنه يلتزم بضمانه طبقاً لقواعد المسؤولية عن العمل غير المشروع، وليس وفقاً لقواعد الدفع دون حق.

١٣٥ - الحالة الثانية: إذا وفى الدافع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل. وهي حالة تتضمن الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥. فقد جاءت الفقرة الأولى من هذه المادة تطبيقاً لقواعد الدفع دون حق، إذ نصت على ما يلي: (إذا وفى المدين التزاماً لم يحل أجله فإنه لا يحق له استرداد ما دفع). إلا أن الفقرة الثانية جاءت بحكم خاص، هذا الأخير. فقد قضت بما يلي: (على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد الوفاء المعجل في حدود ما حق للدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يسترد دينه قانوناً بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية حلول الأجل).

والقاعدة أن المدين إذا وفى الدين المؤجل وهو ما لم يتم الأجل وغير مكسور عليه الوفاء به فإن ذلك يعتبر نزولاً منه عن الأجل لمصلحة له أما إذا وفاه وهو عالم بقيام الأجل ثم أن الوفاء كان بسبب غلط وقع فيه حق له الرجوع على المدفوع له لاسترداد ما وفى. وعندئذ يجوز على الدائن المدفوع له أن يرد ما تسلم من دين حل حلول أجله إلى الدائن الدافع كي يوفى به الأخير عند حلول الأجل. وقد أراد المشرع بالفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ انحسار هذه الإجراءات، فأجاز للدائن عفوياً رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل، على أن لا يزيد ما يرده على ما أصاب المدين من ضرر، أما إذا كان الدين الذي لم يحل أجله وعجل المدين الوفاء به مبلغاً من النقود، ولم يشأ الدائن رده فيرد إليه عند حلول الأجل، ويجب على الدائن أن يرد ما يعادله من فوائد عن المدة الباقية لحلول الأجل سواء كانت هذه الفوائد اتفاقية تم الاتفاق عليها بين الطرفين أو كانت بالسعر المقرر قانوناً إن لم يكن بين الطرفين اتفاق بشأنها.

المبحث الثاني

قضاء دين الغير

١٣٦ – نصوص تشريعية

حصر المشرع المدني العراقي التطبيق الثاني للكسب دون سبب وهو قضاء دين الغير بأربع مواد هي المواد (٢٣٦ – ٢٣٩).

فقد نصت المادة ٢٣٦ على ما يلي: (إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، رجع المأمور على الآمر بما أداه عنه، وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط). ونصت المادة ٢٣٧ بما يأتي: (إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى ذات المأمور دفعه أيضاً فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين، وإن كان الآمر هو الذي قضى الدين أولاً فللمأمور أن يرجع على الدائن أو على الآمر). وجاء في المادة ٢٣٨ ما يأتي: (إذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى المدين ثمن ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين). وورد في المادة ٢٣٩ ما يلي: (إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن متبرعاً).

[illegible] في هذه الحالة يساق المفرج من تسلسل أفراده ونقول إن المفرج بين حالتين أو لاعتبار قضاء دين الغير بأمر من المدين، وثانيهما قضاؤه دين الغير دون أمر منه

١٣٧- قضاء دين الغير بأمر من المدين

قضت المادة ٢٣١ المشار إليها بأنه لو أمر أحد غيره بقضاء دينه رجع المأمور على الآمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط، والمعنى أن وفاء المأمور للدائن عنه وفاء مع الحلول طبقاً لحكم المادة ٣٧٩ من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه يجوز إذا دفع الدين شخص غير المدين حل المدافع محل الدائن بحكم القانون في الأحوال الآتية ..... - إذا كان هناك نص يقرر المدافع حق الحلول)

وقضت المادة ٢٣٧ بأنه لو أمر شخص غيره بقضاء دينه ثم قام كل من الآمر والمأمور بقضاء الدين رجع المأمور على الآمر بما دفع للدائن إذا كان هو الذي دفع أولاً ورجع المأمور على كل من الآمر والدائن إذا كان الآمر هو الذي سبق في الدفع، وعلة هذا الحكم أن المأمور إذا دفع للدائن أولاً رجع على الآمر بما دفع، لأن وفاءه يعتبر وفاء صحيحاً فيبرأ ذمة الآمر، وإذا دفع الآمر الدين أولاً رجع المأمور عليه لأنه أداه في الوفاء أو رجع على الدائن المدفوع له بدعوى استرداد المدفوع دون حق لأن الدائن يكون قد تقاضى منه مرتين ويجدر بالذكر أن رجوع المأمور على أي من الآمر أو الدائن يكون في حالة قيام علاقة بين الآمر والمدفوع، أما لو قام بالدفع وقام بالوفاء فلا يحق له غير الرجوع على الدائن المدفوع له بدعوى الكسب دون سبب لأن وكالته عن الآمر تكون قد انقضت بقيام الآمر بالدفع وعدم المأمور المأذون.

١٣٨- قضاء دين الغير دون أمر من المدين

وقضت المادة ٢٣٨ قاعدة عدم الحكم عند الحالة مفادها: (إذا قضى أحد دين غيره بدون أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل، ويعتبر المدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء ما دفعه إلا أمر وإلا إذا بين من الظروف أن المدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع).

وتقتضي هذه القاعدة بعدم كل من دفع دين غيره دون أمر من المدين متبرعاً ولا حق له الرجوع على المدين بشيء. إلا أن هذه القاعدة استثناءين يجيز بمقتضاهما رجوع الدافع على المدين إذا تم الدفع دون أمره. أولهما إذا كان للدافع مصلحة في قضاء الدين وثانيهما إذا انتفت نية التبرع لدى الدافع وسنبين فيما يلي هذين الاستثناءين.

١٣٩ – إذا كان للدافع مصلحة في قضاء الدين

إذا تبين من الظروف أن للدافع غير المأمور مصلحة ظاهرة في قضاء الدين أمكن له الرجوع على المدين بما دفع. وتبدو هذه المصلحة في كثير من الحالات. فلا يعدو مثلاً كل من المدين المتضامن مع غيره الذي يدفع الدين كله أو الوارث الذي يسدد ديناً على المورث من مال نفسه، أو مشتري سيارة يقوم بسداد الأقساط المستحقة لشركة البائعة إذ توقف من تلك السيارة عن دفعها للشركة. فإن كان أياً من هؤلاء له مصلحة ظاهرة بالدفع، هي براءة ذمة المدين المتضامن في المثل الأول، وخلاص الوارث من الدين كله في المثل الثاني، والتخلص من حجز الشركة الدائنة على السيارة في المثل الأخير.

١٤٠ – انتفاء نية التبرع عند الدافع

إذا تبين من الظروف كذلك أن من دفع دون أمر لم تكن عنده نية التبرع فله أن يرجع على المدين بما دفع. ويسمى هذا الاستثناء نصت المادة ٢٢٨ بقولها: "إذا وفى شخص مال في دين غيره وقضى الدين ليبرئ مال المديون، جاز له اقتضاء ما أداه من المديون". وقد تضمنت هذا النص من حكم يجيز أن يكون مثلاً لوجود مصلحة للدافع في قضاء الدين كما يشير إلى أن هذين الاستثناءين يختلطان في أكثر الحالات. فلا يرجع بالدفع من ينفي عنه نية التبرع إلا إذا لم تكن له مصلحة ظاهرة في الوفاء في أغلب الأحوال.

المبحث الثالث

أحوال أخرى في الكسب دون سبب

١٤١ – نصوص تشريعية

نصت المادة ٢٤١ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١ – إذا استعمل شخص مالاً بلا إذن صاحبه لأجل أداء منفعة معينة، وكان ذلك معداً للاستغلال أو غير معد له، وذلك دون إخلال بأحكام المادة ١١٦٥ ٢ – فمن سكن دار غيره من دون عقد لزم أجر المثل، ولو انقضت مدة الإجارة في الأرض المزروعة قبل إدراك الزرع فللمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض حتى إدراكه ويعطي أجرة المثل).

وتقضي المادة ٢٤١ بما يأتي: (إذا استخدم أحد شخصاً دون إذن وليه استحق أجر مثل خدمته).

وجاء في المادة ٢٤٢ ما يأتي: (١ – لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل بطاء وقد أبقاه غيره اتصالاً لا يفصل الفصل دون ضرر على أحد المالكين، تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته. ٢ – ولو سقط من شخص لؤلؤة الفصها، فحاجة فصاحب اللؤلؤة بأخذ اللحاجة ويعطي قيمتها).

١٤٢ – مفاد هذه النصوص

لقد تكلم المشرع العراقي في هذه المواد على تطبيقات أخرى للكسب دون سبب بالإضافة إلى الحالتين المتميزتين وهما: الدفع دون حق وقضاء دين الغير. وما جاء في هذه النصوص لا يعدو أن يكون من قبيل التطبيقات الاعتيادية للقاعدة العامة في الكسب دون سبب.

فالمادة ٢٤١ تضمنت عن إثراء شخص على حساب شخص آخر في صورة استعمال شخص مالاً دون إذن صاحبه وهي تتحدد بضمان منافع الشيء سواء كان معداً للاستغلال أو غير معد له ما لم يكن حائزاً حسن النية، ذلك لأن الحائز حسن النية يملك ما قبضه من ثمراته وما استوفاه من منافع مدة حيازته. وبناء على النصوص الأخرى يلتزم كل من سكن دار غيره دون إذنه، ومن يستأجر أرضاً زراعية تنقضي المدة قبل إدراك الزرع ويريد بقاء الزرع في الأرض حتى يدركه دفع أجرة المثل.

وبالمادة ٢٤١ تشير إلى صورة أخرى للإثراء إذ تتم في صورة خدمة ينتفع بها شخص استخدم مصنعاً دون إذن وأبيه وتلزمه بنفع آخر مثل خدمته. أما المادة ٢٤٢ فتعالج حالة الإثراء في صورة التصاق ملك بملك آخر قضاء وقدراً وتقتضيها بتملك صاحب الملك الأكثر قيمة بالمال الأقل قيمة، إذ دخل في ذمة المثري قضاء وقدراً وعلى نحو يتعذر الفصل بين الحالتين دون ضرر بنصيب أحد الملكين. وقد ساق المشرع مثلاً على الالتصاق ذكره في الفقرة الثانية من المادة نفسها.

الباب الخامس

القانون

١٤٣- لا ريب في أن القانون هو المصدر العام لجميع الحقوق والروابط القانونية أيا كان السبب المباشر لنشوئها. فهو الذي يقرر الحقوق ويحميها وهو الذي يضفي القوة الملزمة على الالتزامات. فلا قيمة للحق إذا لم يعترف به القانون ويقرر له دعوى تحميه ولا جدوى من قيام الالتزام إذا لم يضفي عليه القانون القوة الملزمة.

ومع ذلك فإن القانون يمارس في دائرة مصادر الالتزام دورين. أولهما أنه المصدر غير المباشر للالتزامات الناشئة عن العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الكسب دون سبب. وثانيهما أنه المصدر المباشر لطائفة أخرى من الالتزامات. أما أنه مصدر غير مباشر للالتزامات الإرادية والالتزامات الناشئة عن العمل الغير مشروع والكسب دون سبب، فلأنه هو الذي أقر الإرادة بالقدرة على إنشاء الالتزام وهو الذي قضى بالمسئولية عن العمل غير المشروع وبالالتزام بالرد المترتب عن الكسب دون سبب. وهو القادر على إضفاء القوة الملزمة على الالتزام والقادر على نزع هذه القوة من بعض من التزام ملزم يجبر المدين على تنفيذه إلى الالتزام طبيعي لا تتوفر له القوة الملزمة.

وأما أنه مصدر مباشر لطائفة أخرى من الالتزامات، فهو أمر نبينه في الفقرة الآتية:

١٤٤ – القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات

يعتبر القانون مصدراً مباشراً لطائفة من الالتزامات التي لا يجمع بينها جامع والتي لا يمكن ردها إلى أي من مصادر الالتزام المعروفة من عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو كسب دون سبب. وهي التزامات تقرر بنص القانون وتخضع لنصوص القانون التي تنشئها من حيث أركانها وشروطها وأحكامها. فهي تنشأ مستقلة عن إرادة ذوي الشأن ولذلك فهي لا تقتضي سوى توافر إرادة معينة شأنها شأن الالتزامات التي يرتبها القانون بدلاً من تسبيب الالتزامات التعاقدية.

وقد أورد المشرع العراقي مادة واحدة هذا المصدر المباشر من مصادر الالتزام وهي المادة ٢٤٥ التي تنص على ما يأتي: (والالتزامات التي تنشأ من القانون وحده يسري عليها النصوص القانونية التي تنشئها).

إن من الأمثلة على هذه الالتزامات التي تنشأ من نصوص القانون الذي نص العراقي مباشرة الالتزام بالنفقة الذي يلزم الرجل في الأسرة بالإنفاق على أصوله وفروعه وأقربائه الذين هم في حاجة إلى النفقة ويلزم الزوج بالإنفاق على زوجته. والتزامات الجوار التي تلزم الجار بعدم الإضرار بجاره وترتب حقوق الارتفاق على أرض الجار لمصلحة أرض جاره كحق المرور والمجرى والمسيل والشرب. والالتزامات التي يفرضها القانون على الشريك في ملكية مشاعة التي تقتضي منه الانتفاع والاستغلال على نحو لا يلحق ضرراً بشركائه. والتزامات رب العمل التي تقتضي منه تعويض عماله عن الأضرار التي أصيبوا بسبب العمل وأثناءه. والتزامات الولي والوصي والقيم بوجوب مراعاة الشروط التي نص عليها القانون في التصرفات التي يجرونها بشأن أموال المحجور عليه.

إن الالتزامات التي تنشأ عن نص القانون لا تقف عند حدود القانون المدني وإنما تتجاوزه إلى غيره من فروع القانون، لاسيما القوانين المالية وقوانين الرسوم، وتأتي الأمثلة على الالتزامات الناشئة عن القوانين المالية مباشرة الالتزام بدفع الضرائب على التركات والعقارات والإيرادات.

١٤٥ – مدى تدخل القانون في إنشاء الالتزام مباشرة

لا شك في أن مدى تدخل القانون في إنشاء الالتزام بوصفه مصدراً مباشراً أمر جائز

بالقيم السائدة في المجتمع والتي باتت النظام السياسي القائم هي المسيطرة في. فيفسح تدخل القانون في ظل النزعة الفردية والفكر الليبرالي، ويتسع في ظل النزعة الاجتماعية والفكر الاشتراكي.

لقد سن قانوننا المدني في وقت كانت تسود العراق فيه القيم الفردية ويحكمه نظام شبه إقطاعي وشبه رأسمالي، وأنه لا غرو أن يحقق نطاق الالتزامات المنبثقة عن نص القانون مباشرة فيه.

ولذلك فإنه يجب بمشروع القانون المدني الجديد في ظل القيم الاشتراكية التي تسود المجتمع العراقي المعاصر أن يعمل جاهداً على توسيع نطاق الالتزامات المنبثقة عن القانون مباشرة تحقيقاً للعدالة الاجتماعية وتحقيقاً من مظهرين الزيادة وبسط التشريعات والمبادئ القانونية الموروثة من الفكر الفردي.

والحق، أن قانون إصلاح النظام القانوني في العراق لم يأل جهداً في توجيه المشرع العراقي إلى ما ينبغي عليه فعله، وعلى أثره عمد التوجيهات في دائرة الالتزامات: تغليب صفة العلاقة التعاقدية على صفة العلاقة العقدية والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عن نص القانون في دائرة العقود وحماية المتضررين ممن لا تكفي أحكام المسؤولية عن العقدية لإصلاح الضرر اللاحق بهم عن طريق التأمينات الاجتماعية التي ينص عليها القانون. ووضع القواعد المنظمة لعقود تفرضها حاجة التنمية القومية ومدى الالتزام. الخ والمشروع اتخذت منها بعض القوانين.

٦٤٦ – وبذكر ما تقدم نختم كلامنا على مصادر الالتزام، ونرجو أن يكون الله تعالى قد سدد خطانا في تأليفه، وإليه سبحانه نقدم الحمد والشكر بدءاً وختاماً.

فهرس إجمالي لمادة القانون المدني

مصادر الالتزام