

## محاضرات ((مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات))

للف الثاني في قسم القانون

كلية القانون والعلوم السياسية

جامعة الانبار

بواقع ثلاث ساعات للمحاضرة

### المحاضرة الاولى ((مقدمة في نظرية الالتزام))

عرف القانون المدني بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقة الاشخاص مع بعضهم البعض إلى قسمين أساسيين هما : (( الاحوال الشخصية والاحوال العينية )) .

أما الاحوال الشخصية فهي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الفرد بأسرته .

وأما الاحوال العينية فهي مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الافراد من حيث المال , ويقتصر القانون المدني العراقي على تنظيم الاحوال العينية أو المعاملات دون الاحوال الشخصية لأعتبارات دينية ومذهبية حيث ينظم الاخيرة قانون الاحوال الشخصية العراقي .

الاحوال العينية ببساطة هي القواعد القانونية التي تظم سلطة الفرد على الشيء وهذه السلطة أما أن تكون مباشرة فيسمى الحق العيني وأما أن تكون غير مباشرة فيسمى الحق بالحق الشخصي .

فالحق الشخصي هو الالتزام نفسه إذا انظر اليه من جهة الدائن سمي حقاً وإذا نظر اليه من جهة المدين سمي التزاماً .

التعبير بلفظ الدين ولفظ الالتزام يؤدي نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) وذلك حسب ف 3م/69مدني عراقي .

يبدو الفرق بين الحقين العيني والشخصي واضحاً فالحق العيني سلطة مباشرة على شيء لشخص معين تخوله ممارسة حقوقه على هذا الشيء دون واسطة أحد .

أما الشخصي فهو رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين تخول الدائن مطالبة المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل واعطاء شيء , والدائن هنا لا يستطيع ممارسة حقه الشخصي دون تدخل المدين بغلاف الحق العيني .

على الرغم من الفرق الجوهرى بين الحقين العيني والشخصي فقد بذلت محاولات فقهية للتقريب بين الحقين وعلى النحو الاتي :

1-محاولة أصحاب المذهب الشخصي .

وعلى رأس المذهب هنا الفقيه الفرنسي بلا نيول , حيث حاول تقريب الحق العيني من الحق الشخصي بجعل الاول كالثاني رابطة بين جهتين لكن ان كانت في الحق الشخصي بين شخصين دائن ومدين أنها في الحق العيني بين جهتين الدائن و افراد المجتمع اذ يلتزم لؤلاء بعدم التعرض لحق الدائن واحترامه .

وأن كان هناك فرق بين الحقين كما يقول أنصار هذا المذهب فهو اختلاف في مدى الالتزام لا في طبيعة الحق فالمدين في الحق العيني هم الناس كافة أما في الحق الشخصي فهو شخص معين وهو المدين والالتزام الملتزم في الحق العيني دائماً سلبى يتمثل بعدم التعرض لحق الدائن أما في الحق الشخصي فقد يكون سلبى يتمثل بالامتناع عن عمل أو ايجابي يتمثل بأعطاء شيء أو القيام بعمل .

ويعترض على أنصار هذا المذهب بأنه من جهة أن الواجب الملقى على كافة الناس بعدم التعرض لصاحب الحق العيني في حقه ليس التزاماً بالمعنى القانوني بل هو واجب عامه تمليه ضرورة احترام القانون ولا يمكن احتسابه عنصراً موجباً أو سالباً من عناصر الذمة المالية, ومن جهة ثانية أن هذا الواجب العام متوفر كذلك في الحق الشخصي فيلتزم كافة الناس باحترام الحق الشخصي كأحترامهم للحق العيني ولا يقتصر هذا الواجب على الحق العيني فقط, من جهة ثالثة لا يتصور تكليف الناس كافة باحترام حق معين الا إذا كانت جميع عناصره قد أكتملت من قبل فالحق العام الذي يقابل الحق العيني ليس ركناً فيه ولا عنصراً من عناصره, فالحق العيني نشأ قبل قيام هذا الواجب العام .

## 2-محاولة أصحاب المذهب المادي .

وعلى رأس المذهب الفقيهان الفرنسيان سالي ولامبير اذ حاولوا الحق الشخصي من الحق العيني واعتبار الاول كالثاني عنصر من عناصر الذمة المالية لان كلاً منهما يمثل قيمة مادية يجوز التصرف فيها فالرابطة بين شخصين كالسلطة على الشيء عنصر من عناصر الذمة المالية يجوز التصرف فيه فلا فرق بين دين لشخص في ذمة اخر قدره الف دينار وبين الف دينار نقدي بيد هذا الدائن .

ويعترض على ما يطرحه هذا المذهب في أنه يغفل كون الحق الشخصي رابطة بين شخصين أو ذمتين وليس من المستساغ تغليب إحدى هاتين الرابطين على الاخرى .

نخلص مما تقدم أن التفرقة بين الحقين العيني والشخصي لاتزال قائمة جسدها المشروع المدني العراقي في المادة /67-1 التي عرفت الحق العيني بأنه سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين , والمادة /69-1 التي عرفت الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عيناً أو أن يقوم بعمل , أو ان يمتنع عن عمل , ونلفت النظر الى ان القانون المدني العراقي قد تألف بعد الباب التمهيدي من قسمين أولهما للحقوق الشخصية وثانيهما للحقوق العينية .

## \*تطور نظرية الالتزام

لنظرية الالتزام أهمية بالغة من الناحية العلمية و النظرية, من الناحية العلمية أن جميع الروابط القانونية بين افراد المجتمع يمكن ردها الى نظرية الالتزام, ومن الناحية النظرية تعد نظرية الالتزام أساساً لعلم القانون ففي ثنايا هذه النظرية تستقر القواعد القانونية لهذا العلم بأكمله.

ولما كانت جزئيات هذه النظرية اكثر ابواب القانون أغراقاً في التجديد وبعيده عن الجزئيات العلمية لذا أكتسبت شيئاً غير قليل من الثبات جعلها لم تتغير كثيراً منذ أخذها من القانون الروماني , ومهما قيل عن ثبات هذه النظرية الا انها عبارة عن قواعد قانونية تنظم علاقات الناس في المجتمع لذا فأنها تتطور بتطور هذه العلاقات فتكون الأطر العامة لهذه النظرية ثابتة غير متغيرة وتكون محتويات هذه الأطر متطورة تتطور بفعل عوامل متعددة خلقية واجتماعية وسياسية واقتصادية :-

### 1-العوامل الخلقية :-

اذا كان الفضل في صياغة نظرية الالتزام يعود الى فقهاء القانون الروماني فإنه بعد ظهور المسيحية قد عمد فقهاء القانون الكنيسي الى تطوير قواعد هذه النظرية فهم الذين حرروا العقد من الشكلية المسرفة التي كان يستلزمها القانون الروماني لإبرامه وهم من وضع قاعدة لا عد لمن لا يرعى العهد, كما أن كثير من مبادئ النظرية يعود الفضل في إيجادها وصياغته الى قواعد الاخلاق كالألتزام الطبيعي ومبدأ حسن النية.

### 2-العوامل الاقتصادية:-

لقد تطورت الحياة الاقتصادية عما كانت عليه في الماضي ومنذ بداية القرن التاسع عشر أخذت هذه التطورات تجري بقفزات متسارعه ألفت بظلالها على نظرية الالتزام فأكتشف المخترعات وتعدد المعاملات أدى الى تطور قواعد هذه النظرية أو أستحداث قواعد جديدة, منعقد الانقار والعقد الجبري المسؤولية الشئبية والظروف الطارئة لم تكن معروفة من قبل كما أن نظرية الغبن تطورت عما كانت عليه في السابق.

### 3-العوامل الاجتماعية والسياسية :-

تطورت وظيفة الدولة هي الاخرى فلم تعد قاصرة على حفظ الامن كما كان في الماضي بل أصبحت تتدخل في الحياة العملية الاقتصادية لتنظم بعض صور المعاملات تنظيمياً إجبارياً ولم تتركها لارادة الطرفين ومن أمثلة ذلك العقد الموجه أو الاجباري كعقد التأمين الاجباري عن حوادث السيارات .

## \*خصائص الالتزام .

### 1- أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مادية :-

فلا تنطبق نظرية الالتزام ألا على الالتزامات والواجبات التي يمكن تقديرها بالنقود أما تلك الواجبات التي لا تقدر بالنقد كواجب التصويت في الانتخابات وواجبات الاسرة فلا تدخل ضمن هذه النظرية , وتجدر الاستمارة الى ان الفضل في ايجاد هذا الشرط يعود للفقهاء الالماني ( أيرنج) فقبل ذلك كان الامر مختلفاً به شيئان هذا الشرط حتى عرض الامر على هذا الفقيه لإصدار الفتوى في قضية تتعلق بأن جمعية سويسرية خيرية تعمل على تحسين وسائل المواصلات أتفقت مع شركة سويسرية على تعهد الاخير بمد سكة حديد في منطقة معينة ولما أرادت هذه الشركة التخلص من التعهد أدعت ان اعضاء الجمعية ليس لهم مصلحة مادية من وراء هذا التعهد وإنما مصلحتهم أدبية تتعلق في تحقيق المصلحة العامة, ولما عرض الامر على (أيرنك) أفتى بأنه وان كان مصلحة الدائن الجمعية مصلحة أدبية ألا أن التزام الشركة اتجاهها ألتزاماً قانونياً ذا قيمة مادية.

وبناءً على هذا الرأي أصبح بالامكان التمييز بين أداء المدين ومصلحة الدائن فيجب أن يكون الاداء ذا قيمة مادية ولا يشترط أن تكون مصلحة الدائن مادية بل يمكن أن تكون أدبية , على هذا فالاشتراط لمصلحة الغير لا يوجب أن يكون للمشتراط من الاشتراط مصلحة مادية بل يصح الاشتراط حتى لو كانت مصلحته أدبية كتأمين الزوج على حياته لمصلحة زوجته.

ويلاحظ أن مادية الاداء خضعت لتطور ملحوظ من حيث الاعتراف بمادية بعض الاداءات فقراءة القران لا يمكن ان يكون أداء ذا قيمة مادية فلا يجوز أخذ الاجر على قراءته وهذا ما أفتى به الفقهاء المسلمون الاقدمون ثم يعد تطور لاحق أصبح لهذا الاداء قيمة مادية وأجاز الفقهاء أخذ الاجر على قراءة القران.

### 2-الالتزام قابل للانتقال بين الاحياء وبسبب الموت :-

فهو ينتقل بين الاحياء من مدين الى اخر بحوالة الدين وقد ينتقل من دائن الى اخر بحوالة الحق , وقد ينتقل الالتزام بسبب الوفاة بالميراث والوصية.

وانتقال الالتزام بالميراث مختلف فيه ففي الشرائع الغربية تعد شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث فتنقل اليه كل الالتزامات وهذا موقف الشراء اللاتينية, أما موقف الشريعة الاسلامية والقوانين الجرمانية فأنها لا تعتبر شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث بل أن الالتزامات لا تنتقل الى الوارث فيجب الوفاء بها من تركه المورث واذا بقي شيء من التركة انتقل الى الوارث أما اذا لم تكفي التركة للوفاء بالالتزامات المورث فلا يتحمل الوارث أي التزام منها تطبيقاً للقاعدة المعروفة في الفقه الاسلامي لا تركه إلا بعد تسديد الديون.

### 3-الالتزام رابطة مؤقتة :-

لا يمكن ان يبقى الالتزام الى أبد الأبدين فهو رابطة خاصة تتطوي على معنى التكليف لا يمكن أن تدوم وإلا كانت شكلاً من أشكال الرق والعبودية, خلافاً للواجبات العامة في المجتمع التي هي عبارة عن روابط عامة يتعلق بها حق المجتمع تبقى ما دام المجتمع باقياً.

## \*أنواع الالتزام .

تقسم الالتزامات الى أنواع مختلفة بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها الى الالتزام فمن حيث مصدر الالتزام تقسم الى التزامات أرادية مصدرها الارادة والى التزامات قانونية مصدرها القانون وتقسم الالتزامات من حيث مضمونها الى التزامات سلبية وإيجابية والتزامات فورية ومستمرة والتزامات بنتيجة وسيلة :-

### أولاً - التزامات سلبية وإيجابية :-

الالتزام السلبي هو التزام بالامتناع عن عمل كمن يبيع محله التجاري الى شخص يشترط المشتري على البائع عدم فتح نفس المحل بنفس النشاط في المنطقة الموجود فيها المحل فيلتزم البائع بالالتزام سلبي هو إمتناع عن عمل مفاده عدم منافسة المشتري تجارياً.

الالتزام الايجابي هو التزام محله اعطاء شيء معين كالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري , أو يكون محله قيام بعمل كالتزام المقاول بأداء العمل لمصلحة رب العمل .

### فائدة التقسيم :-

تظهر فائدة التقسيم من حيث الاعذار والجزاء :

الاعذار: يشترط الاعذار في الالتزامات الايجابية حتى يعتبر المدين مخل بالالتزامه بعمل إذ يجب تنبيه المدين الى أنه مخل بالالتزامه حتى يرجع عليه الدائن .

ولا يشترط الاعذار في الالتزامات السلبية فمجرد عدم قيام المدين بالعمل يعتبر مسؤولاً وأن لم ينبه الدائن الى ذلك.

الجزاء: كقاعدة عامة إذا أخل المدين بالالتزامه السلبي فإن الجزاء يكون غير مباشر وهو التعويض لأن الاخلال بالالتزام بعدم القيام بعمل يعني حصول العمل وإذا حصل العمل فلا يمكن إزالة آثاره إلا بالتعويض كالتزام البائع في المثل السابق بعدم منافسة المشتري فإذا أخل بالالتزامه ونافس المشتري فجزاء ذلك تعويض المشتري كما أصابه ضرر من المنافسة.

ليكن في بعض حالات الالتزامات السلبية الجزاء لا تعويضاً مالياً بل تعويضاً عينياً يتمثل بأزالة المخالفة عيناً كمن يلتزم بعدم البناء فإن أخل بالالتزامه وقام بالبناء فالجزاء يتمثل بهدم البناء على حساب المدين المخل.

أما في الالتزامات الايجابية فإن الجزاء على الاخلال بالالتزام بقيام بعمل هو طلب الدائن تنفيذ الالتزام في المدين تنفيذاً عينياً أو أن يقوم بهذا التنفيذ على حساب المدين بعد إستئذان المحكمة أو بدون استئذانهما في الحالات المستعجلة.

### ثانياً:التزامات فورية ومستمرة :-

الالتزام الفوري لا يدخل الزمن عنصراً فيه أو لا تقاس قيمته بالزمن سواء نفذ الالتزام فوراً كالتزام البائع بنقل الملكية أو تراضى تنفيذه فترة من الزمن كالتزام المقاول بالبناء وأنجازه خلال مدة معينة.

أما الالتزام المستمر فهو الالتزام الذي يكون الزمن عنصراً من عناصره والذي تقاس قيمته بالزمن كالتزامات التي تنصب على المنفعة والخدمة كالتزام المستأجر بدفع الاجرة فأن قيمته تقاس بمدة الايجار فنكون الاجره على مقدار مدة الايجار .

### ثالثاً: الالتزام بنتيجة وبوسيلة :

الالتزام بنتيجة كالتزام بدفع مبلغ معين او القيام بعمل ما يلتزم المدين فيه بتحقيق النتيجة , وأما الالتزام بوسيلة أو ببذل عناية لا يلتزم المدين بتحقيق نتيجة ما وإنما ببذل جهد معين لتحقيق النتيجة كالتزام الطبيب فهو يلتزم بشفاء المريض وإنما ببذل قدر من الحيلة عند معالجة المريض ولا يسأل بعد ذلك عن موت المريض .

### فائدة التقسيم: فائدة التقسيم من حيث عين الاثبات :-

ففي الالتزامات بنتيجة كالتزام البائع , يتحمل المدين عين الاثبات وما على الدائن الا أن يثبت عدم تحقيق النتيجة فعلى المشتري ان يثبت عدم تسليم البائع للمبيع فيفترض القانون مسؤولية المدين البائع ومثل يتخلص من المسؤولية عليه اثبات السبب بأنه لم يسلم المبيع لقوة قاهرة أو الخطأ الدائن المشتري أو خطأ الغير .

أما الالتزامات بوسيلة وببذل عناية كالتزام الطبيب والرسام أو المحامي يتحمل الدائن المضرور عين الاثبات فإذا لم تتجح عملية المريض على الأخير أي المريض الدائن أن يثبت خطأ المدين الطبيب بأنه لم يبذل العناية المطلوبة عند إجراء العملية للمريض.

### \*مقدمة في مصادر الالتزام

يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني الذي أنشأ هذا الالتزام والاسباب القانونية أو المصادر التي تؤدي الى نشوء الالتزامات في القانون العراقي ومعظم التسريبات الحديثة هي : العقد , الارادة المنفردة, الفعل الضار (العمل غير المشروع), ولكسب دون سبب, القانون هذه المصادر ينتظمها جميعاً فكرتي التصرف القانون والواقعة القانونية : التصرف القانوني هو ارادة تتجه الى أحداث أثر قانوني معين وهو أما يكون بأحد أركانين وهو العقد وأما أن يكون بأرادة منفردة وهو الارادة فكل عقد هو تصرف قانوني وليس كل تصرف ثانوي هو عقد فربما يكون ارادة منفردة, ويستعمل الفقهاء المسلمون تعبيراً آخر في مقابل للتصرف القانوني وهو التصرف القولي .

## المحاضرة الثانية ((المصدر الاول للالتزام/العقد: مقدمة في العقد))

عرفت المادة (73 مدني عراقي) العقد بأنه ( ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) يتبين من هذا التعريف أنه :

1- ان العقد إرادتان متحدتان لا ارادة واحدة , وقد اراد المشرع العراقي الذي اقتبس هذا التعريف من الفقه الاسلامي (م/262 من كتاب مرشد الحيران) على تأكيد الفرق بين العقد والارادة المنفردة وان يحصر العقد في نطاقه الفني المتمثل باتحاد الارادتين بعد أن استعمل الفقهاء المسلمون كلمة العهد و ارادوا بذلك جميع الالتزامات سواء كانت ناشئة عن اتفاق ارادتين ام ارادة واحدة .

2- ان المشرع العراقي بهذا التعريف يأخذ بالنزعة الموضوعية في الفقه الاسلامي من حيث ان ارتباط الايجاب والقبول يحد أثره في المعقود عليه بأن يغير المحل من حالة الى حالة أخرى , ولم يأخذ هنا بالنزعة اللاتينية في الفقه اللاتيني التي ترى في العقد ارتباط يميل الى الايجاب والقبول وانشاء التزامات شخصية بين المتعاقدين .

3- اشترط المشرع صدور ايجاب من طرف وقبول من طرف اخر ليقدر صراحة ان الاصل هو عدم جواز تعاقد الانسان مع نفسه .

• وتجدر الاشارة الى ان كثيراً من فقهاء القانون المدني يفرقون التعهد او الاتفاق من جهة وبين العقد من جهة اخرى , فهم يرون ان الاتفاق اتحاد ارادتين او اكثر على انشاء التزام او نقله او تعديله او انهاءه , اما العقد فهو اتحاد ارادتين على انشاء والتزام او نقله , فالعقد هنا صورة من صور الاتفاق أو التعهد فكل عقد اتفاق وليس كل اتفاق عقد.

وسنتولى عرض بعض تقسيمات العقود وعرض مبدأ سلطان الارادة الحاكم للعقود قبل دراسة أركان العقد.

### أولاً: تقسيمات العقود

تولى الفقه لا التشريع بحث تقسيمات العقود ومن خلال دراسة نصوص القانون المدني العراقي يتضح انه تبنى تقسيماً ينسجم مع النزعة الموضوعية في الفقه الاسلامي حيث قسمت العقود من حيث طبيعة اثرها على المعقود اليه وبذا قسمها الى (5) اصناف هي :

1-العقود التي ترد على الملكية : وهي البيع , الهبة , الشركة , القرض , الدخل الدائم , الصلح .

2-العقود الواردة على المنفعة : الايجار بكافة صور ايجار الاراضي الزراعية والمساقاة والمفارسة والتزام البساتين و ايجار وسائل النقل و اضافة الى الايجار هناك الاعارة .

3-العقود الواردة الى العمل : المقاوله , والاستصناع , والتزام المرافق العامة , وعقد العمل , والوكالة , والوديعة .

4-العقود الاحتمالية : المغامرة والرهن , والمرتب مدى الحياة والتأمين .

## 5- عقد الكفالة

وتقسم العقود الى تقسيمات اخرى فهناك عقد بسيط يتضمن رابطة عقدية واحدة كعقد البيع وعقد مختلط من عقدين واكثر وعقد مركب من اكثر من رابطة عقدية كعقد الفندقية , وهناك عقد مدني يربط بين اطراف قانونية خاصة او تكون الحكومة لا بصفتها الرسمية طرفاً فيه وهناك عقد اداري تكون الحكومة بصفتها الرسمية طرفاً فيه , وهناك عقد مسمى نظمه المشرع ووضع احكامه كعقد البيع وهناك عقد غير مسمى لم يسمه القانون ولم ينظمه كعقد الفندقية .

وستتولى بحث أهم تقسيمات العقد من حيث تكوينه واثره وطبيعته.

### 1) تقسيم العقد من حيث تكوينه :-

ينقسم العقد من حيث تكوينه الى :-

\*عقد رضائي تكفي الارادة الانشائية فالرضا وحده ينشأ العقد .  
\*عقد شكلي وهو العقد الذي يحتاج الى جانب الرضا الى شكل معين يفرغ فيه حتى يكون صحيحاً حيث ينبه الشكل المتعاقد الى خطورة التصرف وتحميه مثل تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري.

\*العقد العيني وهو العقد الذي لا يكفي الرضا لأنشائه أيضاً بل لابد من قبض محل العقد وتسليمه للمتعاقد حتى يبرم صحيحاً ويلاحظ ان الفقه المدني الحديث يميل الى التخلص من فكرة العينية في العقود بينما يسلك المشرع العراقي مسلكاً اخر متأثراً بالفقه الاسلامي حيث توسع في عينية بعض العقود مثل هبة المنقول والقرض شركة المضاربة ورهن انعقاد هذه العقود بدون القبض. وبالتالي على طبيعة العقد في ما إذا كان شكلياً أم رضائياً أم عينيياً نعرف متى يكون هذا العقد منعقداً من عدمه .

### 2) تقسيم العقد من حيث اثره :-

ينقسم العقد هنا الى عقد ملزم للجانبين وآخر ملزم لجانب واحد , والى عقد معاوضة وآخر تبرع :-  
\*عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم للجانب الواحد:

العقد الملزم للجانبين عقد ينشأ التزامات متبادلة بين الطرفين فكل متعاقد دائن ومدين في نفس الوقت فالبايع دائن بالثمن ومدين بالمبيع والمشتري دائن بالمبيع ومدين بالثمن , أما العقد الملزم لجانب واحد فلا يولد التزامات الا في جانب طرف واحد فأحد المتعاقدين يكون دائناً ولا يكون مديناً والمتعاقد الاخر يكون مديناً لا دائناً , مثل القرض دون فائدة فالمقرض دائن لا مدين والمقترض مدين لا دائن , لكن العقد الملزم لجانب واحد من الممكن أن يتحول الى عقد ملزم لجانبين مثل الهبة المشروطة والوكالة بأجر اذ يصبح الوكيل دائن بالاجر بعد أن كان مديناً بالعمل فقط والموكل بعد أن كان دائناً بالعمل أصبح مديناً بالاجر .

#### فائدة هذا التقسيم.

- أ- يحرر العقد الملزم للجانبين بنسخ بعدد أطرافه , أما العقد الملزم لجانب واحد فيحرر بنسخة واحدة تكون بيد الدائن فقط فلا فائدة من احتفاظ المدين بنسخة عقد يقرر ديناً عليه .
- ب- في العقد الملزم للجانبين إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للطرف الاخر طلب فسخ العقد ولا يتصور الفسخ في العقد الملزم للجانب الواحد.



ج- في العقود الملزمة للجانبين يتحمل المدين تبعه الهلاك واستحالة تنفيذ التزامه لسبب أجنبي فأذا أهلكت العين المبيعة لسبب أجنبي قبل تسليمها الى المشتري تحمل المدين الملتزم بالتسليم تبعه هلاك العين, أما في العقود الملزمة للجانب الواحد يتحمل الدائن تبعه الهلاك فأذا هلكت العين المعارة لا يتحمل المستعير المدين بردها نتيجة هلاكها وإنما يتحملة الدائن المعير .

### \*عقود معاوضة وتبرع :-

عقد المعاوضة يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطيه كالبيع .  
عقد المتبرع لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطيه يقدم فيه منفعة مجانية للطرف الاخر فإن أنقص من ذمة المتبرع المالىه شيء سمي هبه وأن لم ينقص من ذمته شيء سمي تبرعاً كالعارية والوديعة .

### فائدة التقسيم

1- التبرع ضار ضرراً محضاً بالتبرع لذا أشتراط المشرع في من يبردها درجة من الاهليه أعلى من الدرجة

التي اشترطها في المعاوضات.

2-مسؤولية المتبرع عادة وهو مفضل أخف من مسؤولية الملتزم بعوض .

3-تلعب شخصية المتعاقد دوراً جوهرياً في التبرعات فيؤدي الغلط فيها الى جعل العقد موقوفاً, أما في المعاوضات فإنه لا أثر لشخصية المتعاقدين على صحة العقد إلا اذا قامت على الثقة والائتمان كالشركة أو على المؤهلات الشخصية كالتعاقد مع الطبيب.

4-قصر المشرع الالتزام بالضمان على المعاوضات دون التبرعات فالبائع يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية أما الواهب فلا يضمنها الا اذا تعمد أخفاء سببها .

5-جزاء الاستغلال في التبرعات حق المستغل نقض العقد خلال سنة وفي المعاوضات حقه بأزالة الغبن خلال سنة .

### 3)تقسيم العقد من حيث طبيعته القانونية :-

ينقسم العقد من حيث طبيعته الى عقد محدد واخر احتمالي , والى عقد فوري واخر زمني أو مستمر :-

\*عقد محدد وعقد احتمالي :

العقد المحدد هو العقد الذي تتحدد فيه التزامات وحقوق الطرفين مباشرة عند إبرام العقد , فيعرف كل طرف ما يأخذه ويعطيه , كالبيع بثمن معين.

العقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يستطيع طرفاه تحديد مركزهما المالي عند إبرام العقد بل يترك نشوء الالتزام أو تحديد مقداره معلقاً على حادثة مستقبلية كالمغامرة والرهان والتأمين.

### فائدة التقسيم:

لا يمكن الطعن في العقد الاجمالي بالغبن لأن الخسارة وارد فيها فهي تقوم على عنصر المضاربة خلافاً للعقد المحدد.

\*عقد فوري وعقد مستمر ( زمني ):

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه فلا يتخذ مقياساً لمدى حقوق والتزامات الطرفين سواء نفذ فور أبرامه أم كان متراضي التنفيذ على أجال ومدد معينة كعقد البيع بالتقسيط وعقد المقاولة عندما يستغرق تنفيذ المقاول للعمل مدة معينة .

العقد الزمني :هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه فيقاس مدى حقوق التزامات طرفيه بالزمن كما في عقد الايجار الذي يقاس فيه التزام المستأجر بدفع الاجرة بمدة عقد الايجار وكذا عقد العمل , غير انه ثمة عقود تتحدد الاشياء فيها بمكان معين فنكون حقيقة مكانية تقدر بالمكان لا بالزمن

لكن المتعاقدين أتفقا على تكرار أداء هذه الاشياء مدة من الزمن لسد حاجة أحدهما فيقاس بهذا الاتفاق بالزمن لا بالمكان مثل عقد التوريد يلتزم فيه المورد بتوريد ولكن المتعاقدين أتفقا على أن يتكرر مرات عدة فجعله يقاس كالمنفعة والعمل بالزمان لا بالمكان , عليه يكون العقد الزمني أما عقد ذي تنفيذ مستمر كالأيجار والعمل والى عقد ذي تنفيذ دوري كعقد التوريد وعقد الايراد المرتب مدى الحياة .

### فائدة التقسيم:

- 1-للفسخ أثر رجعي في العقد الفوري دون المستمر .
- 2-تنطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود الزمنية لا الفورية بأستثناء العقود الفورية متراضية التنفيذ كعقد المقاوله .
- 3-تتخصر فكرة ( وقف تنفيذ العقد ) التي تنشأ عن قوة قاهرة في العقود الزمنية لا الفورية .
- 4-يشترط الاعذار في العقود الفورية لا الزمنية لأن المفروض أن كل تأخير ضار يفوت وقتاً لا يمكن أن يعود .

### ثانياً: مبدأ سلطان الارادة ودوره في العقود

مفهوم المبدأ : ينصرف معنى ومقتضى هذا المبدأ الى أمرين :

- 1-كفاية الارادة فهي وحدها تكفي لأنشاء الالتزام والعمل القانوني .
- 2-حرية الارادة فهي مرة في تعيين الاثار التي تترتب على العقد أو العمل القانوني .

#### أصل المبدأ وتطوره :-

في حقيقة الامر يتعدى هذا المبدأ رغم بدايته القانون الكنيسي الذي ظهر بعد انتشار المسيحية فمبادئ هذا القانون تتصل اتصالاً وثيقاً بالدين والاخلاق تتبع على الوعد قوة ملزمة وتعد النكول جريمة هذا الاساس الديني لسلطان الارادة أستبدله فقهاء القرن (18) بأساس جديد مستمر من نظرياتهم في السياسة والاقتصاد والفلسفة القائمة على المذهب الفردي فأزدهر هذا المبدأ بل وصل أنصاره الى حد المغالاة ليطبقوه على كل الالتزامات أياً كان مصدرها .

لكن بعد اكتشاف المخترعات الحديثة وتجمع رؤوس الاموال وظهور طبقة عاملة كادمة بوجه طبقة غنية أنتشرت الاشتراكية لتحضر الحكومات على التدخل لحماية الطبقات الضعيفة في تعاملات مع الاقوياء لتحذ من استغلالهم ففرقت قيوداً على رب العمل لحماية العمال عند التعاقد وحددت أسعار الفائدة وأشترطت الشكلية في بعض العقود, حتى أصبحت سمة العقد البارزة في اغلب الدول النامية أنه عقداً موجهاً لسلطان الارادة دور ضيق فيه .

#### قيود مبدأ سلطان الارادة:-

أخذت التشريعات بعد التطورات المذكور تتدخل لتقييد مبدأ سلطان الارادة بقيود متعددة :-

1-الشكلية وذلك بأشترط الشكلية لأنعقاد بعض العقود حماية للطرف الضعيف في العقد من طغيان ارادة الطرف الاقوى فقد اشترط المشرع العراقي تسجيل جميع الحقوق العينية وعقد البيع الوارد على العقار .

2-العينية وذلك بأشترط تسليم المعقود عليه حتى ينعقد العقد حماية للطرف الضعيف في العقد , وقد توسع المشرع العراقي في عينية العقود تأثراً بالفقه الاسلامي فأشترط العينية في عقود متعددة منها الهبة والمضاربة والقرض والوديعة والعارية والرهن الحيازي .

3-النظام العام والاداب وذلـم بأبطال العقود التي تخالف هاتين الفكرتين لحماية للمتعاقد كما نصت على ذلك (م\75 مدني عراقي) دون أن تحدد مفهوم النظام العام والاداب, ونجد أن فكرة الاداب تضيق كلما مر الزمن فما كان منافياً للاداب بالأمس عُدَّ غير ذلك في الوقت الحاضر بينما نجد فكرة النظام العام ترتبط بمسائل الاقتصاد تنتسح كلما تطور الاقتصاد اذا أصبحت الدولة تتدخل في انتاج السلع وتبادلها والخدمات كذلك وتضع لتنظيمها قوانين تعتبر أكثر قواعدها أمره تتصل بالنظام العام .

4-كالعقد الجبري وذلك بتقييد حرية الافراد في التعاقد من عدمه وفق ما يقضي به مبدأ سلطان الارادة وأجبارهم على التعاقد في بعض الحالات كعقد التأمين الالزامي.

5-العقود النموذجية فمن صور تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف وتقييد سلطان الارادة هو وضع العقود النموذجية وهي عبارة عن صيغ تعاقدية منظمة مسبقاً تعتبر كثير من شروطها أمره لا يجوز للمتعاقدين مخالفتها كعقد العمل الجماعي المشترك .

\*بعد دراسة تقسيمات العقود ومبدأ سلطان الارادة نعرض أركان العقود أثارة وأنقضائه في الفصول الآتية:-

### المحاضرة الثالثة ((اركان العقد/ركن التراضي/التعبير عن الارادة))

العقد أرتباط ارادتين لأحداث أثر قانوني في المعقود عليه , فلا بد لأنعقاده إذ آمن توافر التراضي من قبل الطرفين وأن ينصب التراضي على محل قابل لترتيب أثر العقد اليه , ولما كانت الارادة لا ترتبط إلا لغاية أو دافع فلا بد من توافر السبب كركن ثالث للعقد .

فللعقد إذاً ثلاثة أركان التراضي و المحل و السبب , سندرسها وندرس أوصاف العقد تبعاً لها .

## المبحث الاول

### ((ركن التراضي))

وهو الركن الاول من أركان العقد ويراد به إتحاد أرائتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني وهذا يفترض ما يلي:

- 1) اعلان إرادة واعلان إرادة أخرى مقابلة لها ثم اتحاد الارادتين .
  - 2) وقد سبق التعاقد البات واعلان الارادات مرحلة تمهيدية للتشاور و التفاوض وقد تكون هذه المرحلة (اتفاق ابتدائي ) أو (عربون ) .
  - 3) لا بد أن تصدر الارادة من شخص له أهلية قانونية وأرادة سليمة من العيوب .
- ونسبت هذه المسائل في ما يلي :-

#### المطلب الاول

#### اعلان الارادة واتحاد الارادتين

#### الفرع الاول | اعلان الارادة

اذ اراد الشخص التعاقد كسواء شراء سيارة فلا بد أن يظهر أرائته أما اذا بقى ذلك مجرد أمنية في مخيلته دون أن يظهر إرادة الشراء لأحد فإن القانون لا يأبه لذلك .

كما يجب أن يكون صاحب الارادة جاداً في عرضه لأن يظهر إرائته على سبيل الهزل فإن الارادة لا قيمة قانونية لها في أضرار تكوين العقود , كأن يعجب شخص بقلم الحبر الذي تملكه فنقول له على سبيل المجاملة والهزل تفضل القلم .

والتعبير عن الارادة على نوعين ويتم بطرق متعددة :-  
- أنواع التعبير عن الارادة :-

1-التعبير الصريح: وذلك عندما يظهر المتعاقد ارادته بصورة مريحة في التعاقد لا لبس فيها ولا شك في احتمال انصراف التعبير الى معنى اخر .

2-التعبير الضمني : وذلك عندما لا يعبر المتعاقد عن ارادة صريحة للتعاقد وإنما يقوم بعمل يفهم منه ضمناً لا صراحة أنه يريد التعاقد كأن يبقى المستأجر في المنزل المؤجر بعد انتهاء عقد الايجار فيفهم من ذلك أنه يريد تجديد الايجار بعقد جديد .

طرق التعبير عن الارادة :-

تنص المادة (م79 مدني عراقي ) على (كما يكون الايجاب بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الافرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبأخذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي ). وحسب ذلك فإن طرق التعبير عن ارادة التعاقد هي ( D ) ( اللفظ , الكتابة , الاشارة , المبادلة الفعلية وتسمى التعاطي , وأي موقف اخر يدلي على التماضي ):-

أولاً: اللفظ :وهو التعبير بكلمات اللغة المعتمدة للدلالة على التعاقد ويسميه الفقهاء المسلمين (بصيغة العقد).

وكلمات التعبير أو اللفظ قد تكون بالماضي أو بالمضارع أو الامر أو بصيغة الاستقبال :-

1)صيغة الماضي : ومثالها (بعتك سيارتي ) فعل البيع في الماضي , وهذا التعبير أو الصيغة هي صيغة باته في التعاقد ينعقد بها العقد سواء في الشريعة الاسلامية أو بالقانون المدني العراقي دون حاجة القرينة اخرى أو البحث عن نية الطرفين المتعاقدين لأن صيغة الماضي أو لفظ (بعتك ) تمخص عنه أو أريد به الحال فيأخذ فيه بالارادة الظاهرة لا الباطنة فينعقد العقد مباشرة , اذ نصت (م77 مدني عراقي) (يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي .....),

2)صيغة المضارع وفعل الامر: مثال فعل المضارع (تشتري سيارتي) ومثال فعل الامر ( بعني سيارتك أو أشتر سيارتي ) وهاتين الصفتين في القانون المدني والفقہ الاسلامي قد يراد بهما الحال وقد يراد بهما الاستقبال لذلك لا ينعقد بهما العقد الا اذا تبين انه يراد بهما الحال وذلك بوجود قرينة فلا بد اذ آمن البحث عن حقيقة نية المتعاقدين هل يريدان الحال فينعقد العقد أم أنهما يريدان الاستقبال فلا ينعقد العقد في الفقه الاسلامي ولا ينعقد في القانون العراقي فتتص المادة (77) على (أنه قد يكون الايجاب والقبول بصيغة المضارع والامر اذا أريد لهما الحال, فيأخذ هنا بالارادة الباطنة لا بالظاهر فنبحث عن النية .

3)صيغة الاستقبال : ومثالها ( سأبيعك سيارتي و سأشتري سيارتك) وهذه الصيغة صريحة في أنه يراد بها الاستقبال لا الحال فلا ينعقد فيها.

العقد في الشريعة الاسلامية لانها تأخذ هنا بالارادة الظاهرة أما في القانون المدني العراقي فإنه يأخذ هنا بالارادة الباطنة فيقول بموجب (م 78 ) أنه اذا تبين من قصد المتعاقدين الحقيقيين ونيتهم أنهما يريدان تحويل الصيغة الى مجرد وعد بأبرام العقد في المستقبل فالعقد هنا لا يبرم عقد بات وإنما عقد وعد ملزم بأبرام العقد في المستقبل , فيخالف القانون هنا الفقه الاسلامي .

ثانياً :الكتابة : وهي عبارة عن رسالة يكتب فيها رغبة الشخص بالتعاقد أو بقبول العقد الموجه اليه سواء وجهت هذه الرسالة لشخص موجود في نفس المجلس الذي يوجد فيه صاحب الرسالة أو لشخص غائب وهي الطريقة الشائعة في التعاقد .

ثالثاً: الاشارة : وهي عبارة عن حركة اليد أو الرأس التي تدل على عرض التعاقد أو قبوله كأن يمد الشخص يده الى اخر وفيها القلم الذي يريد بيعه أو يهز الشخص رأسه دلالة على قبول العرض الموجه اليه وفي الفقه الاسلامي ما عدا الامام مالك (رض) وأتباعه فإن الاشارة لا تعتمد في التعاقد

الا من الاخرس الذي لا يستطيع الكلام أما في القانون المدني العراقي (م 79\1) ومذهب الامام مالك فإن الاشارة الشائعة يمكن أم تبرم العقد إيجاباً وقبولاً ولو من غير الاخرس لأن ذلك يلائم مقتضيات التعامل الحديث .

رابعاً: المبادلة الفعلية : ويسمىها الفقه الاسلامي ( التعاطي ) وهي طريقة (سلم وأستلم ) لكن بعض الفقهاء المسلمين لا يجيزون التعاقد بالمبادلة أو التعاطي سواء كان الشيء المتعاقد عليه نفيس(غالي) أو خسيس (رخيص) والبعض الاخر يجيزه في كل الاشياء وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي .

خامساً: أي موقف آخر يدل على الرضا : على أن يكون هذا الموقف صريح لا مجال للشك في دلالته على التعاقد كوقوف سيارات الاجرة في محطة النقل الخاصة أو عرض البضائع مع سعرها في واجهات المحلات فذلك يدل دلالة قاطعة على رغبة صاحب السيارة والبضاعة في التعاقد .

السكوت : أما السكوت فإنه لا يصلح للتعبير عن الايجاب في التعاقد لكنه يصلح لقبول التعاقد وفق منطق السكوت علامة الرضا وسنشرح ذلك لاحقاً.

## نظريتي الارادة الظاهرة و الباطنة

تحكم التعبير عن الارادة نظريتين الارادة الظاهرة والباطنة فما المقصود بهما وبأيهما يأخذ في تكوين العقد؟

1) نظرية الارادة الظاهرة :

ويراد بها حرفياً ما جاء في التعبير سواء كان مكتوباً أو ملفوظاً أي ما ظهر منهما للعلن وللطرف الاخر دون أن نبحت في العقد الحقيقي لصاحب هذا التعبير اذ قد يختلف ما يعلن عنه في تعبير عن القصد الحقيقي لصاحبه فبأيهما يتكون العقد بالتعبير الظاهر أم بالقصد الحقيقي .

2) نظرية الارادة الباطنة :

ويراد بها ما قصده المتعاقد حقيقة في ضلالة نفسه لا ما عبر عنه بالظاهر لان العبرة بالحقيقة لا بالظاهر .

- موقف الشرائع من النظريتين

1- الشرائع ذات الاصول اللاتينية : كالقانون الفرنسي والقوانين المستمدة منه والعبرة عندها بالارادة الباطنة الحقيقية لا بالظاهرة لانه العبرة بجوهر الانسان لا بما يريده فتكون العبرة بحقيقة ما أراد

الشخص لا بما عبر عنه فإذا اختلف التعبير الظاهر عن حقيقة ارادة الشخص فإن العقد لا يبرم بهذا التعبير الظاهر وإنما يجب البحث عن حقيقة ما أرادة الشخص حتى ينعقد العقد وكذلك الحال عند تفسير شروط العقد فيجب البحث عن المعاني الحقيقية للشروط في نفس المتعاقدين لا ما ظهر منها في التعبير .

2- الشرائع ذات الاصول الجرمانية : كالقانون الالمانى وهي تأخذ في أبرام العقد وتفسيره بالارادة الظاهرة لا الباطنة لأن الارادة الباطنة والعقد الحقيقي كامن في خفايا نفس المتعاقد فيصعب التعرف عليه لانه لايمكن ان نتعرف على حقيقة ارادة كل شخص الا بما عبر عنه صراحة ولو لزم الامر البحث عن قصد كل متعاقد وهو أمر خفي لأستحالة ابرام كثير من العقود.

3- الفقه الاسلامي والقانون العراقي والشرائع الحديثة: أن الأخذ بأي نظرية على حده يؤدي الى نتائج غير عادلة وغير منطقيه لذلك لا بد من أقرار حلول بسيطة أكثر عدلاً فيأخذ بالارادة الظاهرة مرة اذا كانت لا تثير مشاكل وبالارادة الباطنة مرة اخرى وهذا هو الموقف الاسلامي والقانون العراقي ومعظم القوانين الحديثة وقد رأينا أن الفقه الاسلامي والقانون العراقي أخذ بالارادة الظاهرة في تكوين العقد اذا كانت صيغة التعبير بالماضي لأنها لا تثير مشاكل قانونية ويأخذان بالارادة الباطنة اذا كانت الصيغة بالمضارع والامر لأنه قد يراد بهال الحال و الاستقبال فلا بد من البحث عن الارادة الباطنة والعقد الحقيقي للمتعاقدين لتجنب المشاكل وعدم تحقيق العدالة .  
وينوه الى أن (م 155 مدني عراقي ) تنص على أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني لا يقصد فيها تغليب الارادة الباطنة على الظاهرة في تكوين العقد وإنما يقصد منها (تكيف العقد ) هل هو عقد بيع أو مقولة أو إيجار .....الخ, فعند تكيف العقد بأنه كذا أو كذا يأخذ بالعقد الحقيقي للمتعاقدين لا بما عبرا عنه ظاهراً بموجب هذا النص .

### فكرتي النيابة وتعاقد الانسان مع نفسه

تحكم التعبير عن الارادة فكرتين آخريين هما النيابة وتعاقد الانسان مع نفسه فالتعبير عن الارادة قد لا ر من الانسان المتعاقد نفسه وإنما من شخص آخر ينوب عنه وهذه هي (النيابة ) , والأصل أن يصدر التعبير من شخص ويوجه لشخص آخر لكن قد يصدر من الشخص ويوجه الى الشخص نفسه وهذا هو (تعاقد الانسان مع نفسه ) .

أولاً :- النيابة :ويقصد بها أن لا يصدر التعبير من الشخص المتعاقد نفسه وإنما من شخص آخر ينوب عنه في أصرار التعبير ولم يكن الفقه الروماني وقانونهم يسمح بذلك إلا في حالات استثنائية عكس الفقه الاسلامي الذي قطع في ذلك شوطاً متطوراً.

### **أنواع النيابة :-**

النيابة في التعبير قد تنشأ عن عقد أو اتفاق فتسمى ( بالنيابة الاتفاقيه أو الوكالة ) وقد تنشأ النيابة بنص القانون وهي (النيابة القانونية) وذلك في نيابة الولي(الاب أو الجد)عن الصغير , وقد تنشأ النيابة بقرار القاضي وهي (النيابة القضائية) عندما ينصب القاضي وحي أو قيم على الصغير الذي ليس له ولي أو على الشخص صاحب العاهة الجسمانية المزوجة .

**شروط النيابة : لثلاث شروط :-**

## 1) أن تحل أرادة النائب في محل أرادة الاصيل المتعاقد:

وبذلك يختلف النائب عن الرسول الذي يعطيه المتعاقد الاصيل رسالة فيها التعبير عن إرادته الى الطرف الآخر فمهمة الرسول أن يوصل رسالة المتعاقد للطرف الاخر لذلك لا يشترط أن تحل إرادة الرسول محل ارادة المرسل فلا يشترط في المرسل شرط خاص سوى القدرة على حمل الرسالة حتى لو كان ناقص الأهلية.

أما النائب فيجب أن تحل ارادته محل ارادة الاصيل ويجب أن يعبر عن ارادته الخاصة فأذا كان النائب والمتعاقد موجودين في مكان واحد عد العقد مبرم بين حاضرين خلاف الرسول فهو حتى لو كان موجود مع الطرف المرسل اليه في نفس المكان فإن العقد يعتبر مبرم بين غائبين لا حاضرين لأن الرسول يبلغ ارادة المرسل فقط.

ولما كان النائب يعبر عن ارادته الاصلية لا عن ارادة الاصيل فيجب أن يكون النائب لا الاصيل كامل الاهلية حتى لو كان الاصيل نفسه ناقص الاهليه ويجب أن يكون النائب لا الاصيل ذو ارادة سليمة من العيوب لكن ليس ذلك قاعدة مطلقة فقد ينظر الى ارادة النائب لا الاصيل في مسألة العيوب واذا شاب العقد عيب في ارادة الاصيل لا النائب يعتبر موقوف على ارادة هذا الاصيل لو أن النائب أشتري للاصيل سيارة حدد له الاصيل الاوصاف كاملة لأنه كان على علم بها في هذه السيارة فلا يحق له بعد ذلك أن يطعن بالعقد بحجة ان النائب كانت ارادته معيبة او أنه غلط في صفات السيارة لأن العبرة هنا بارادة الاصيل لا النائب وارادة الاصيل سالمة من العيوب.

كما أنه بموجب هذا الشرط لايمكن أن يكون النائب ناقص أهليه أو مجنون لكن قد يتصور أن يكون النائب ناقص أهليه اذا كانت النيابة اتفاقيه فقط.

## 2) عدم تجاوز النائب الحدود المرسومة له في النيابة :-

مصدر النيابة هو من يحدد هذه الحدود المرسومة للنائب فالعقد هو من يحدد أو يرسم حدود النيابة الاتفاقيه والقانون هو من يرسم حدود النيابة القانونية والقاضي هو من يحدد حدود النيابة القضائية وبالتالي لا يجوز للنائب تجاوز هذه الحدود فأذا قال الاصيل للنائب أشتري لي سيارة بـ(5) ملايين دينار فأشترها بـ(6) مليون فأن هذه الزيادة لا تسرى بحق الاصيل وأعتبر أنه أجنبياً عن هذا التصرف في ما زاد فقط لكن يستطيع الاصيل الموافقة على هذه الزيادة وأقرارها فتسري الزيادة في حقه طبقاً للقاعدة الفقهية الاسلامية (الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة).

وأحياناً يقوم القضاء بأقرار التصرف الزائد وتجاوز النائب على حدود النيابة حتى لو لم يقر ذلك الاصيل في بعض الحالات اذا كان من تعاقد معه النائب حسن النية لا يعلم أن النائب تجاوز حدود النيابة عملاً بفكرة(النيابة الظاهرة).

كما أن المشروع العراقي في (م ١ 933 مدني) بعد أن نص على أن النائب يجب أن لايتجاوز حدود النيابة المرسومة له نص على أنه حينما يتجاوز النائب هذه الحدود فإنه يظل نائباً عن الاصيل ويسري التصرف الزائد بحق الاصيل اذا توافرت شروط هي :-

أ-إذا كان من المتعذر على النائب ابلاغ الاصيل انه سيتجاوز حدود النيابة كأن يكون الاصيل في مكان بعيد لا يمكن الاتصال به .

ب-أذا ظن النائب ان الاصيل لا يمكن ان يرفض هذا التجاوز لما بينهما من ثقة .



وعلى النائب في كل الاحوال أن يبادر بأبلاغ الاصيل بأنه تجاوز حدود النيابة حينما يتمكن من ذلك.

(3) أن يتعاقد النائب بأسم الاصيل ولحسابه :

بأن يقول النائب للغير المتعاقد معه أي نائب عن الاصيل ولا أتعاقد لحسابي بل لحساب هذا الاصيل وبدا يختلف النائب عن صاحب الاسم المستعار الذي يتعاقد لحساب شخص آخر متخفي لكن يقوم بذلك بأسمه الخاص المستعار فيختفي الاصيل وراء هذا الاسم .

لكن بموجب ( م ١ 943 مدني عراقي ) لا يشترط على النائب أن يعلن للغير أنه نائب أو وكيل عن الاصيل اذا كان هذا الغير المتعاقد يعلم أو ينبغي عليه العلم أنه يتعاقد مع نائب أو يستوي عنده أن يتعاقد مع الاصيل أو نائبه كما لو جاء النائب واشترى بضاعة للاصيل من محل تجاري دون أن يقول لصاحب المحل أنه وكيل لا أصيل فإذا كانت البضاعة معيبة يحق للاصيل أن يرجعها لصاحب المحل الذي ليس له أن يدعي أنه لا يعرف أن من اشتراها نائب لا أصيل لأن أصحاب المحالات لا فرق عندهم أن باعوا لنائب (وكيل) أو الاصيل .

### اثار النيابة

وذلك في المحاور الثلاثة الآتية :

1-علاقة النائب بالغير : تنتهي النيابة ويختفي النائب بمجرد ابرام العقد المناب بشأنه وبالتالي تنتهي علاقة النائب بالغير المتعاقد معه بعد ابرام العقد فلا يحق للنائب مقاضاة الغير عن الاخلال بالعقد ولا يحق للغير مقاضاة النائب في ذلك.

2-علاقة النائب بالاصيل : ويحكم هذه العلاقة مصدر النيابة فالعقد يحكم علاقة النائب بالاصيل في النيابة الاتفاقية ويحكمها القانون في النيابة القانونية وقرار القاضي في النيابة القضائية .

3-علاقة الاصيل بالغير المتعاقد معه : بعد أن يبرم النائب العقد مع الغير يرتبط هذا الغير بعلاقة مباشرة مع الاصيل ويختفي النائب عن هذه العلاقة تماماً فتصرف اثار العقد الى الاصيل ويقاضيه الغير عن الاخلال به وهو يقاضي الغير عن ذلك .

### ثانياً :تعاقد الانسان مع نفسه

وهذا له صورتان :الاولى عندما يكون الانسان نائباً عن الغير وأصيلاً عن نفسه والثانية ان يكون الانسان نائباً عن طرفي العقد كلاهما :-

1)الصورة الاولى : النيابة عن المتعاقد والاصالة عن النفس :-

ومثالها أن يوكل شخص صديقه لبيع سيارته فيقوم هذا الصديق شراء السيارة لنفسه فهو هنا أي الصديق نائب عن صاحب السيارة لكنه أصيلاً عن نفسه فهو من اشترى سيارة الشخص الذي أوكله ,وفي هذه الصورة يفترض أن النائب وهو الصديق في هذا المثل قد يجابي مصلحته وينحاز لنفسه فإذا كانت قيمة السيارة في السوق (5) ملايين دينار فإن الصديق صاحب السيارة قد يشتريها لنفسه بـ(4)ملايين لذلك فإن القوانين تمنع كقاعدة عامة هكذا صورة في التعاقد أذ منعت (م ١ 589 مدني عراقي) تصرف الوصي الذي تعينه المحكمة أو القيم في مال الشخص المحجور فيه خير للمحجور عليه كأن يقوم الوصي ببيع سيارة المحجور عليه لنفسه . بسعر أعلى من سعر السوق, كما أن (م 592) من القانون المدني العراقي منعت الوكلاء من شراء الاموال الموكلين ببيعها ومنعت مدبري الشركات والموظفين من شراء الاموال الموكلين ببيعها لهم الا اذا أجاز صاحب الاموال هذه التصرفات لأنها تكون موقوفة على أجازتها أن أجازها نفذت والافهي باطلة .

وقاعدة منع النائب من شراء أموال موكل ببيعها من الذي أوكله أو أن يبيع له ماله الذي يملكه ليست قاعدة عامة إذ تكون هذه التصرفات صحيحة إذا أجازها الاصيل كما لو أوكل شخص آخر في أن يشتري له سيارة فقام النائب ببيع سيارته الخاصة للأصيل فأن الاصل أن يكون هذا التصرف باطل لكن إذا أجاز الاصيل هذا البيع صار نافذاً, أو أن القانون ينص صراحة على أجازة مثل هذا التصرف كما في ( م 588 مدني عراقي)

التي تجيز للأب (والجد في حكم الاب) الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده أو أن يشتري مال ولده لنفسه بنفس سعر السوق أو بغبن يسير لا فاحش أي بأقل من سعر السوق , وأجازت (م 590 مدني عراقي) للوصي الذي يختاره الاب أو الجد أن يبيع ماله لليتيم أو أن يشتري مال اليتيم لنفسه على أن تكون هناك (خيرية لليتيم) بعد أذن المحكمة, والخيرية تتحقق عندما يقوم الوصي ببيع منزله لليتيم بأقل من سعر السوق أو أن يشتري منزل اليتيم بأعلى من سعر السوق.

## 2) الصورة الثانية: النيابة عن طرفي العقد :

ومثاله أن يقوم شخص نائب عن طرفين ببيع سيارة طرف الى طرف اخر, وهنا قد يجابي هذا النائب شخص على حساب مصلحة شخص اخر لذا فأن القانون المدني المصري منع هكذا تصرفات (م 108), وبعض المذاهب الاسلامية لا كلها أجازت أنواع من هذه التصرفات إذ أجازت للأب أن يبيع مال ولده الصغير الى ولده الصغير الاخر وأجازت للجد أن يزوج ابن ابنه (صغيره) من بنت أبنته (صغيرته), ولم ينص القانون العراقي على ذلك لذا قد (يقال انه اذا كان النائب محل ثقة لدى الطرفين فلا مانع من إجراء مثل هكذا تصرفات) لكن شراح القانون المدني العراقي يرون عدم اجازة مثل هذه التصرفات لأن الزمان تغير والثقة بين الناس لم تكن كما كانت في العصور الاسلامية الاولى وأن ما قالت به بعض المذاهب الاسلامية أستثناء لا يقاس عليه كما أن (م 731 مدني) اشترطت صدور ايجاب من شخص وقبول من آخر وهذا لا يتحقق في هذه الصورة التي يصدر فيها الايجاب والقبول من نفس الشخص .

## المحاضرة الرابعة ((ركن التراضي/التقاء الإرادتين))

وقد يكون التعاقد بين شخصين حاضرين في نفس المجلس وقد يكون بين شخصين غائبين كل منهما في مكان:

### أولاً: التعاقد بين حاضرين :-

عندما يكون كلا المتعاقدين في مكان واحد لذا لا بد أن يصدر إيجاب من أحدهما وقبول الآخر :  
**1- الإيجاب :** بموجب ( م 77 \ مدني عراقي ) فإن اللفظ الذي يصدر أولاً هو إيجاب والثاني قبول وهذا هو مذهب الامامين أبوحنيفة والشافعي رحمهما الله فاللفظ الاول هو إيجاب سواء كان صادراً من مشتري أو بائع مستأجر أو مؤجر والثاني هو قبول خلافاً لبعض المذاهب كالحنابلة التي تقول أن الإيجاب هو اللفظ الصادر من صاحب المال سواء صدر أولاً أو ثانياً فإذا قال المشتري للبائع بعني بيارتك هذا ليس إيجاب لكن لو قال البائع للمشتري اشترى سيارتي فهذا إيجاب خلافاً للشافعية والحنفية والقانون العراقي فإن قول المشتري للبائع بعني سيارتك فهو إيجاب لأنه صدر أولاً ومن ثم فإن لفظ البائع هو قبول .

والإيجاب إذاً هو اللفظ الصادر أولاً ويحمل ارادة بانه على التعاقد لكن قد لا يصدر الموجب إجابته مباشرة وإنما يدخل بمراحل هب التفاوض ومن ثم الإيجاب المعلق ومن ثم الإيجاب البات:

أ- التفاوض قد لا يريد الشخص التعاقد مباشرة الا بعد مفاوضة الطرف الآخر ومساومته على السعر والمواصفات وتسمى هذه المرحلة بالتفاوض وهي عبارة عن دعوة الى التعاقد وليست إيجاباً.

مثله وضع لافته على منزل أنه مصدر للبيع أو الإيجار أو الاعلان عن البضائع بالصحف والتلفزيون أو عرض البضائع دون تعليق أسعارها عليها وفي هذه المرحلة يحق لأي طرف أن ينسحب من التفاوض ويعدل على التعاقد شرط أن لا يسبب ضرر للطرف الآخر والا أن للمضروب حق مقاضاة الطرف الآخر على اساس الفعل الضار ويلاحظ أن عرض البضائع مع وضع الاسعار عليها يعد إيجاب لا دعوة للتعاقد أو تفاوض لأن هذا العمل يشمل كل عناصر التعاقد الاساسية الشيء والثمن .

## 2- الايجاب المعلق:

وهو العرض الذي يحتفظ فيه المتعاقد ببعض التحفظات كحق تعديل الثمن تبعاً لسعر السوق, وهذا العرض غير ملزم يحق لمن أصدره العدول عنه على أن لا يسبب للطرف الاخر ضرر كما في حالة التفاوض .

## 3- الايجاب البات :

قد يصدر الايجاب البات من المتعاقد مباشرة دون أن يمر بمرحلة التفاوض أو الايجاب المعلق وقد يمر بأحدهما أو كلاهما وهو أي الايجاب البات على كل حال العرض الذي يتضمن كافة العناصر الاساسية للتعاقد من أوصاف المحل والثمن وحدة العقد .

## - مدى التزامية الايجاب

بموجب (م 82 ا مدني عراقي ) أن المتعاقدين بالخيار بعد الايجاب الى اخر المجلس .....), وهذا يعني أنه كقاعدة عامة ليس للايجاب قوة ملزمة فمن أصدر الايجاب يستطيع الرجوع عنه مادام لم يصدر قبول من الطرف الاخير , لكن الايجاب كأستثناء يكون ملزماً وذو قوة ملزمة لصاحبه في حالة واحدة يسمى فيها الايجاب بالايجاب الملزم وهي :

## الايجاب الملزم

يكون الايجاب ملزماً لصاحبه ولا يستطيع الرجوع عنه حتى لو لم يصدر قبول من الطرف الاخر عندما يحدد صاحب الايجاب مدة لأيجابه فليبقى ملتزم بهذا العرض الذي أصدره طيلة المدة التي حددها بموجب (م 84 ا مدني عراقي ) واسباس هذا الالزام الارادة المنفردة لصاحب العرض فهو وحده من حدد مدة يبقى فيها ملتزماً بالعرض, كما لو قال شخص لآخر عرض عليك شراء سيارتي خلال عشرة أيام فهو لا يستطيع الرجوع عن عرضه طوال هذه المدة وأن لم يصدر من الطرف الآخر القبول .

**2-القبول :** وهو اللفظ الذي يصدر ثانياً ويقرر مصير العقد أما بالموافقة على الايجاب أو برفضه , وسنبحث المدة أو الوقت الذي يجب أن يصدر فيه القبول في التعاقد بين الحاضرين وألتقاء القبول بالايجاب والاقتران به , وبعض الصور الخاصة من القبول :-

## أ- وقت صدور القبول:

تنص(م 82 ا مدني عراقي) على أن(المتعاقدين بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك).

هذا النص يعالج وقت اقتران القبول بالايجاب ويأخذ بما يعرف في بعض المذاهب الاسلامية بفكرة ( مجلس العقد) إذ أن المذاهب الاسلامية في تحديد وقت اقتران القبول بالايجاب أنقسمت الى فريقين فريق قال بفكرة (خيار المجلس) وفريق قال بفكرة(مجلس العقد) التي أخذ بها المشرع العراقي في النص المشار إليه :-

## - فكرة خيار المجلس :-

وبمقتضى هذه الفكرة أن على الطرف الموجه اليه الايجابي أن يصدر موقفه بالقبول أو الرفض فوراً من لحظة صدور الايجاب والتقاضي الحرج والضرر الذي قد ينشأ عن ذلك قال أصحاب هذه الفكرة لتقاضي الضغط على المتعاقد الذي قد يتسرع بالقبول أو الرفض دون تبرؤ أن لهذا الشخص حق الرجوع عن موقفه فأذا رفض له القبول وإذا قبل له الرفض ما دام هو المتعاقد الاخر في (مجلس العقد) أي مجلس واحد ولم يتفرقا بموجب قول الرسول صلى الله عليه وسلم ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر أخترا)) , وقد قال بهذه الفكرة الشافعية والحنابلة والجعفرية .

## - فكرة مجلس العقد:-

وقال بها الحنفية والمالكية ومقتضاه أنه لا يشترط من الشخص الذي وجه اليه الايجاب القبول أو الرفض فوراً بل له أن يتمهل ويفكر قبل أن يقرر موقفه لكن متى قرر موقفه سواء قبولاً أو رفضاً التزم به ولا يجوز له الرجوع عنه وأن كانا في مجلس العقد ولم يتفرقا خلافاً لفكرة خيار المجلس وقد أخذ بذلك القانون العراقي (م 82 مدني) المشار اليها .

ويبدو أن كلا الفكرتين تكمل أحدهما الاخرى فمن يقول بفورية القبول كما في الفكرة الاولى يتلافى موقفه ويقلل من الاثار التي تنجم عن ذلك فيعطي الشخص حق الخيار بتعديل موقفه ومن يقول بفكرة مجلس العقد ولزوم صاحب العرض قبولاً أو رفضاً بموقفه يتلافى ما قد ينجم عن ذلك بعدم اشتراطه فورية القبول ويعطي الشخص فرصة للتفكير قبل تحديد موقفه.

## - ب- اقتران القبول بالايجاب :-

من وجه اليه الايجاب له خيارات ثلاثة فهو إما أن يرفض الايجاب والعرض الموجه اليه وإما أن يقبله أو يقبل بعضه ويرفض البعض الآخر :-

فإذا رفض الايجاب سقط ولم ينعقد العقد .

وقد يقبل الايجاب بصورة كاملة صراحة أو دلالة وبالتالي ينعقد العقد إذا طابق القبول والايجاب (م 85 مدني عراقي) ومطابقة القبول للايجاب تعني إتفاق الطرفين الموجب والقابل على كافة المسائل الجوهرية وهي الشيء والمدة دون حاجة الإتفاق على المسائل التفصيلية الاخرى ما لم يتفقان على أن العقد لا يبرم الا بعد الإتفاق على هذه المسائل الجوهرية والتفصيلية (م 86 مدني عراقي) وأن لم يتفقا على أن العقد لا ينعقد الا بعد الإتفاق على المسائل التفصيلية أنعقد العقد بمجرد الإتفاق على المسائل الجوهرية لكن إذا اختلف المتعاقدان في ما بعد على المسائل التفصيلية فأن المحكمة تفصل في الاختلاف بحسب طبيعة الموضوع والقانون والعرف والعدالة .

والخيار الثالث قد يرفض الشخص بعض الايجاب وقد يقبل بعض وحكم ذلك سقوط الايجاب لكن يعتبر هذا الموقف ايجاب جديد يحتاج قبول للتعاقد , فلو قال شخص لصاحب سيارة بعني سيارتك بـ (5 ملايين أدفعها خلال (3) أشهر فقبل صاحب السيارة الثمن ورفض التسيط عد موقفه ايجاب جديد بعد سقوط الايجاب الاول فلا ينعقد العقد الا بعد أن يحدد المشتري موقفه ثانية .

## - ج- صور خاصة من القبول :-

وسنبحث ثلاث صور وهي السكوت والقبول في عقود المزاو والمناقصة والقبول في عقود الأذعان:-  
السكوت:

بموجب ( م 81 \ مدني عراقي ) أن السكوت كقاعدة عامة لا يعتبر قبولاً وهو من باب أولى لا يمكن أن يكون إيجاباً فكيف يقدم الشخص عرض وهو ساكت لكن بموجب النص نفسه أن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً في حالات ذكرتها (ف 2 م 81\ ) على سبيل المثال لا الحصر وهي :-

الحالة الأولى :

إذا كان هناك تعامل سابقاً بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل , كما لو أعادت شركة على إستيراد معدات من مصنع معين ثم بعد فترة وجهت الى الشركة عروض من قبل المصنع فسكتت فيعتبر سكوتها قبولاً.

الحالة الثانية :

إذا تمخض الإيجاب المنفعة من وجه اليه , كمن يقول لشخص إشتري سيارتي بـ(5) ملايين فيقول الشخص أن أشتريها بـ(6) ملايين لأنها تستحق أكثر فالإيجاب الاول يسقط ويعتبر عرض (6) ملايين إيجاب جديد فلو سكت صاحب السيارة عُد قابلاً لأن الإيجاب جاء ليزيد من منفعته.

الحالة الثالثة :

سكوت المشتري الذي يتسلم البضائع التي أشتراها و المرفق بها قائمة بأسعارها يعتبر قبولاً للثمن المذكور.

## - القبول في المزايدات و المناقصات

المزايدة هي بيع الأشياء كما في موال الحكومة عن طريق التزايد على ثمنها في مجلس المزايد فمن يدفع أكثر هو من يستحق رسو المزايدة أما المناقصة فهي منح مقاولات الاعمال لاسيما الحكومة لمن يدفع أقل كلفة في تنفيذها ,وبموجب ( م 89\ مدني عراقي) فإن التقدم بالعطاء في المزايدة أو المناقصة يعتبر إيجاباً وهذا الإيجاب يسقط كلما تقدم شخص بإيجاب أعلى سعر منه في المزايدة أو أقل سعر منه في المناقصة , أما القبول فهو بعد انتهاء المزايدة أو المناقصة من ترسو عليه يعتبر الشخص القابل الذي قدم العطاء الا زيد في المزايدة والاقبل في المناقصة .

ويلاحظ أن فتح باب المزايد أو المناقصة في بداية الامر ليس إيجاب وإنما هو دعوة للتعاقد , كما يلاحظ أن الإيجاب في المزايد والمناقصات هو إيجاب ملزم لصاحبه لأن العطاء المقدم غالباً ما يتضمن مدة لبقاء صاحبه ملزم به وأن لم يتضمن مدة صريحة فهو ملزم خلال مدة ضمنية تستخلص من ظروف العمل وذلك أن صاحب العطاء يبقى ملزماً لحين جمع العطايا كلها وفتحها وتوقيعها ومعرفة الأكثر أو الأقل,وبموجب ( م 89\ ) المذكورة فإنه التقدم بعطاء أكبر من العطاء الذي قبله في المزايد يسقط هذا العطاء الأقل وأن كان العطاء الأكبر باطلاً وغير صحيح لأن مجرد قبول صاحب المزايد بالعطاء الاخير يعني أنه رفض العطاء الذي سبقه الذي لا يمكن أن يعود رغم بطلات العطاء التالي له .

## - القبول في عقود الأذعان

ومفادها قبول المشتري أو أحد الطرفين بمشروع عقد ذي نظام مقرر وضعه الموجب الى الطرف الاخر ولا يقبل مناقشة فيه إذا كان محله سلعة أو مرفق ضروري يحتكر الموجب إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو يسيطر عليه سيطرة تجعل المنافسة فيه محدودة النطاق.

وبعبارة اخرى ان هناك عقد مفتوح بشروط حددها صاحب العقد وما على الطرف الاخر سوى القبول بها لأنه مضطرا الى ذلك اذ لا يوجد شخص غيره يملك السلعة أو الخدمة مثال ذلك القبول بقائمة الكهرباء من محطة التوزيع وقبول العامل بشروط صاحب المنجم وقبول الراكب بشروط محطة القطار أو ببطاقة السفر بالطائرة.

وقد قال بعض الفقهاء ان مثل هكذا حالات ليست بعقود لأنها صادرة من ارادة طرف واحد فقط وهو الطرف القوي فقط وتسري شروطها على طائفة واسعة من الافراد, لكن بعض الفقهاء لم يرضيهم هذا الطرح واعتبروا ان عدم المساواة بين طرفي العقد ليست حالة قانونية باقتصادية وليست المساواة شرط في العقد وإنما يمكن معالجتها بحماية الطرف الضعيف.

كما لا يمكن اعتبار هذه العقود لوائح قانونية التي تنطبق على جمهور الناس لأنه في اللوائح لا حاجة لقبول الناس خلافاً لعقود الازعان التي لا بد من القبول فيها .

ويرى الفقه المناصر لعقود الازعان إنها ان كانت تتضمن احتمال استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف الا انها تتضمن جوانب حماية لا تتوفر في العقود الاخرى فشروط العقد المطروح هي شروط عامة لكل الافراد وهي دائمة لا يمكن ان يغيرها صاحبها خلافاً للعقود الاخرى ولا مجال للوقوع في غلط أو غش فيها , كما أن هذه الشروط توضع بأشراف الاردة لا سيما عقود سكك الحديد والسفر بالطائرات و السفن وهذا يعني انها مقروئة تأتي ولا يمكن أن تسمح الادارة بوجود تعسف فيها .

#### - خصائص عقد الازعان :-

لعقد الازعان خصائص متعددة :

- \*الايجاب أو العرض فيها عاماً موجه لطائفة من الناس وليس لشخص واحد .
- \*الايجاب فيها بشروط واحدة مطبوعة لكل الافراد .
- \*الايجاب فيها لمدة طويلة وشروطها لا تتغير طيل هذه المدة كما في عقود التيار الكهربائي .
- \*القبول مجرد الموافقة على هذه الشروط وليس هناك مجال لمناقشتها ( م \ 167 مدني عراقي).

#### - سلطة القاضي في عقود الازعان :

كان لابد من التدخل لحماية الطرف الضعيف في عقد الازعان والذين ينكرون على الازعان صفة العقد يرون ان هذه الحماية من اختصاص القاضي بينما من يرى في الازعان انه عقد كسائر العقود يرون ان هذه الحماية من سلطة القانون والمشرعين وهذا ما أخذت به (م \ 167 مدني العراقي) التي حمت الطرف الضعيف في عقد الازعان والذي يسمى بالطرف (المذعن), وللحماية طريقتين :

الاولى : سمحت هذه المادة للقاضي بالتدخل في العقد اذا وجدت فيه شروط تعسفيه فيحمي الطرف الضعيف من هذه الشروط أما بالغائها أو تعديلها بما يزيل التعسف كما لو فرضت محطات السفر بالسكك الحديدية شروط تعسفية كسعر بطاقة مرتفع فالقاضي يتدخل لتعديل السعر .

أو أن تفرض محطات السكك الحديد شرطاً يمنع المسافر من جلب الحيوانات الاليفة فيتدخل القاضي لألغاء هذا الشرط.

الثانية : يكون تفسير العبارات الغامضة في عقد الاذعان لمصلحة الطرف المذعن دائن كان أم مدين فبعد أن نصت (م 166 مدني عراقي) ان الشك في العقد يفسر لمصلحة المدين، فإن هذه القاعدة تطبق في العقود التي يتساوي فيها المتعاقدين ولا تشمل عقود الاذعان التي يفسر فيها الشك والغموض بموجب (م 167 مدني) لمصلحة المذعن سواء كان دائن أو مدين , فالمذعن قد يكون دائن في العقد كما في عقد التأمين عندما ينص على أن الشركة تدفع تعويض لصاحب السيارة اذا ما قاد سيارته فأصطدمت في الطريق وتحطمت بشرط أن لا يغش صاحبها في ذلك لكن لو أن صاحب السيارة كان سكران عند قيادته للسيارة هل يعتبر ذلك غش فلا يحصل على تعويض أم لا يعتبر كذلك فيعوض فالشك هنا في عقد التأمين وهو عقد اذعان يفسر لمصلحة المذعن وهو هنا المؤمن له الدائن فلا يعتبر السكر غش فيعطي التعويض, والمثل على كون المذعن مديناً في عقود التيار الكهربائي عندما ينص العقد على دفع مقابل أو ثمن للكهرباء كل شهر دون أن يشير الى فترات الانقطاع فهل يدفع عنها المدين أم لا فالشك يفسر لمصلحته فلا يدفع المدين مقابل لفترات الانقطاع فتحسم من مقابل التيار الكهربائي .

### ثانياً: التعاقد بين غائبين :-

وذلك عندما لا يوجد المتعاقدين في مجلس واحد وإنما في مجلسين متباعدين بحيث يوجد فاصل زمني بين صدور إيجاب أحدهما وقبول الطرف الآخر والقبول يصل لعلم الموجب والايجاب يصل لعلم الطرف القابل عن طريق المراسلة برسالة أما بيد شخص أو عن طريق البريد أو بطريق وسائل الاتصال الحديثة ( البريد الالكتروني من خلال شبكة الانترنت ).

والمثل على ذلك تجار في العراق يرسل رسالة الى تاجر في الهند يريد منه شراء كمية من التوابل , فقام التاجر العراقي بكتابة الرسالة ثم وضعها في البريد أو ارسالها بالبريد الالكتروني ثم وصلت الرسالة للتاجر الهندي الذي قبل الصفقة وقام بكتابة قبوله برسالة ووضعها في البريد ثم وصلت الرسالة للتاجر العراقي الذي تسلمها ثم فتحها ليعلم بمحتواها , هنا تثور المشكلة حول زمان ومكان انعقاد العقد فمتى يعتبر العقد مبرماً وأين؟ في العراق ام الهند؟ وهل نعتبر العقد ابرم من لحظة قيام التاجر الهندي بكتابة قبوله في الرسالة أم من لحظة وضعه الرسالة في البريد ام من لحظة تسلم التاجر العراقي للرسالة أو من لحظة علمه بمحتوى الرسالة بعد قرائتها ؟

هذه هي النظريات الاربعة التي تحدد زمان أبرام العقد وهي نظرية اعلان القبول ونظرية تصدير القبول ونظرية تسلم القبول ونظرية العلم بالقبول , وكما يأتي :

#### 1- نظرية اعلان القبول :

وتقول هذه النظرية ان العقد يبرم من لحظة اعلان الطرف الغائب قبوله أي من لحظة اعلان التاجر الهندي في المثل السابق أنه موافقته على صفقة تزويد التاجر العراقي بالتوابل , وقد أخذ بهذه النظرية القانونان السوري واللبناني , ويقول أنصارها أنها تتفق مع القواعد العامة في التعاقد فتكوين العقد هو عبارة عن التقاء الايجاب والقبول والايجاب وصل الى التاجر الهندي فأعلن قبوله فأنعقد العقد كما أنها تتفق مع مقتضيات السرعة في التعامل التجاري فأعتبر العقد مبرم من لحظة اعلان القبول أسرع من انتظار ارسال القبول الى التاجر العراقي .



وتنتقد هذه النظرية أنها تضع الموجب (التاجر العراقي) تحت رحمة القابل (التاجر الهندي) فالموجب لا يعلم بموقف القابل الذي يستطيع أن يغير رأيه في أي لحظة بينما القابل (التاجر العراقي) يظل منتظراً.

## 2- نظرية تصدير القبول :

تتشرط هذه النظرية في اعلان القبول حسب النظرية السابقة أن يكون نهائياً حتى لا تجعل الموجب تحت رحمة القابل ويكون الاعلان نهائياً عند وضع الرسالة التي تحمله في البريد فيكون العقد قد ابرم من هذه اللحظة فهنا لا يستطيع القابل استرداد الرسالة بعد وضعها بالبريد او تسليمها لساعي البريد. ويرى معارضي هذه النظرية أنها كسابقتها تجعل الموجب تحت رحمة القابل فلا يوجد ما يمنع القابل من استرداد رسالته من البريد.

## 3- نظرية تسليم القبول :

وتقول ان العقد لا يبرم الا من لحظة تسلم الموجب وهو التاجر العراقي في المثل السابق الرسالة القابل هو التاجر الهندي بغض النظر عن كونه قراها فعلم بمحتواها أم لا , لأن تسلمه الرسالة قرينة على علمه بمحتواها وهذه النظرية تقع وسطاً بين نظرية تصدير القبول السابقة ونظرية العلم بالقبول التالية.

## 4- نظرية العلم بالقبول :

ترى هذه النظرية أن العقد يبرم من لحظة علم الموجب رسالة القابل بعد قرائتها فلا يكفي تسلم الرسالة بل لابد من قرائتها , وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة فالعقد لا يمكن أن يبرم الا من لحظة معرفة الموجب حقيقة بقبول الطرف الاخر كما انها تبعث على استقرار التعامل , غير ان الاخذ بهذه النظرية على اطلاقها يؤدي الى ما تؤدي اليه النظرية اعلان القبول الاولى بصورة عكسية أي انها تجعل من القابل تحت رحمة الموجب فالقابل لا يعرف هل ان الموجب قد عمل بالقبول أم لا؟ فعليه أن ينتظر حتى يتأكد , على هذا كان على التشريعات الحديث من تلافى هذا المحذور وهذا هو موقف القانون العراقي والمصري ومعظم التشريعات الحديثة:

## - موقف القانون المدني العراقي و المصري

حاول القانون المدني العراقي والمصري ومعظم التشريعات الاخرى تلافى عيب نظرية العلم بالقبول فقد أخذ القانون المدني العراقي (م 87١) وكذلك المصري بنظرية العلم بالقبول وأعتبر العقد مبرم من لحظة علم الموجب (التاجر العراقي) بقبول القابل (التاجر الهندي) لكن لتفادي عيب هذه النظرية جعلت (م 87١) وكذلك القانون المصري من تسلم القبول ورسالة القابل (التاجر الهندي) قرينه بسيطة قابلة لأثبات العكس اذ يستطيع هذا الطرف الموجب (التاجر العراقي) أن يثبت أن لا يعلم بقبول القابل رغم تسلمه رسالة القابل (التاجر الهندي) .

## - حالة خاصة من المتعاقدين الغائبين

هذه الحالة هي حالة التعاقد بالتلفون أو بوسائل الاتصال المشابهة فالطرفين يصدران الايجاب والقبول في لحظة واحدة لكن كل منهما في مكان , لذا أعتبرت ( م 88\مدني عراقي) أن التعاقد بهذه الوسيلة يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان فلا يأخذ بالنظريات السابقة , وحكم التعاقد بين غائبين من حيث المكان.

#### - مكان التعاقد بين غائبين:

أن تحديد زمان ابرام العقد بين غائبين يؤدي الى تحديد مكان ابرام العقد فالعقد يكون قد أبرم بين غائبين في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول وفي المثال السابق يعد العقد مبرم في العراق لأنه المكان الذي علم فيه الموجب التاجر العراقي بقبول التاجر الهندي قواعد تحديد زمان ومكان التعاقد بين الغائبين ليست من القواعد العامة فيجوز للطرفين مخالفتها وتحديد زمان ومكان آخرين .

#### المطلب الثاني/((المراحل التمهيديّة في التعاقد))

قد لا يتفق الطرفان على ابرام العقد النهائي وإنما يمران قبل ذلك بمرحلة تمهيدية هي وعد بالتعاقد واتفاق ابتدائي , أو عربون :

#### الفرع الاول : الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي :

لقد تعرفنا في ما سبق على ان المشرع العراقي في صيغة الاستقبال جعلها تبرم عقد وعد ملزم وفق صيغة (سأبيعك سيارتي) اذ قد يرى المشتري أنه لا يملك المال اللازم لشراء السيارة في الحال فيحاول الحصول من صاحب السيارة على وعد ببيعها له اذا دبر ثمنها خلال مدة معينة شهر أو اكثر .

فالاتفاق هنا ليس عقد نهائي وليس مجرد ايجاب وإنما هو عقد وعد بأبرام عقد بيع السيارة في المستقبل وهو هنا ملزم لمن صدر منه الوعد فقط وهو صاحب السيارة بأن يبيعها للمشتري اذا دفع الثمن خلال شهر وليس ملزم للمشتري الذي يستطيع الانسحاب فيسمى هذا الاتفاق ( بالوعد بالتقاعد الملزم لجانب واحد) .

أما عن اثار هذا الوعد فهي كالآتي :

1) قبل ظهور رغبة المشتري أو دفعه للثمن خلال فترة الشهر أي أن الشهر لم يمض والمشتري لم يظهر رغبته ولم يدبر الثمن فهنا الوعد لا يرتب الاثار شخصية مفادها التزام صاحب السيارة بالوعد وعدم بيعها لشخص اخر خلال فترة الشهر وأن يمتنع عن أي عمل يحول دون سعي المشتري في شراء السيارة في حين تبقى السيارة مملوكة لصاحبه واذا هلكت تحمّل هو تبعه ملاكها ويسأل صاحب السيارة عن الوعد والاخلال به مسؤولية عقدية لا تقصيرية .

2) بعد ظهور رغبة المشتري الموعود له فإذا مضى الفترة المحدودة وهي شهر في المثل السابق ولم يبين الموعود له المشتري موقفه سقط الوعد أما اذا أظهر رغبته في عدم تمكنه من دفع الثمن سقط الوعد واذا أظهر رغبته قبل أنقضاء الشهر بدفع الثمن والشراء ثم العقد .

ويلاحظ أن الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد لا يلزم الا الواعد البائع ولا يلزم المشتري قبل انقضاء المدة بشيء لذلك لا يلزم أن يكون المشتري كامل الاهلية خلال هذه الفترة وإنما يلزم أن يكون بكامل أهليته أثناء أظهار رغبته في الشراء .

\*وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزم لجانبين وليس لجانب واحد ففي المثل السابق اذا وعد صاحب المشتري ببيعها له اذا دفع الثمن خلال شهر, وفي المقابل وعد المشتري البائع بأن يشتري السيارة خلال هذه الفترة فأن الوعد هنا ملزم للجانبين البائع والمشتري فيسمى هذا الوعد الملزم للجانبين بـ(الاتفاق الابتدائي) ويرتب هذا الاتفاق الابتدائي نفس اثار ( ضمانات والتزامات ) عقد البيع النهائي لكن هذه الاثار لا تنفذ الا بعد تحرير العقد النهائي, ويلاحظ انه اذا فرض القانون شكل معين للعقد النهائي كالتسجيل فيجب تطبيق هذا الشكل على الاتفاق الابتدائي, وتجب ملاحظة ان العقود العينية كالقرض لا تتعد الا بتسليم المبلغ المالي لذلك لا عبرة بالوعد أو الاتفاق الابتدائي فيها .

### الفرع الثاني: العربون.

هو مبلغ نقدي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند ابرام الصفقة لغاية من اثنتين أما للدلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز للطرف الآخر الذي أخذ العربون الرجوع عنه , أو اعتبار العربون جزاء عن العدول فأذا عدل عن العقد من دفع العربون خسر ما دفعه وإذا عدل من استلم العربون وجب عليه رده, والمشرع العراقي (م 92\ مدني عراقي ف 1) أعتبر العربون كقاعدة عامة دليل على كون العقد باتاً لا يجوز لمن أخذ العربون العدول عنه لكن أجاز للطرفين الاتفاق على غير ذلك فلهما بموجب (م 92 \ ف 2) أن يعتبر العربون جزاء عن العدول فأذا بحسب النص من دفع العربون خسر ما دفعه و إذا عدل من أخذ العربون وجب رده للطرف الآخر مضاعفاً جزاء له, ويجب أن نفرق هنا بين العربون والشرط الجزائي الذي سندرسه لاحقاً وهو عبارة عن اتفاق

على مبلغ معين بين الطرفين يقوم بدفعه الطرف الذي قد يخل بالعقد الى الطرف الآخر إذا ما تضرر من هذه الاخلال وذلك في النقاط التالية :-

1)العربون يدفع لا كونه تعويض بل جزاء مدني عن العدول أما الشرط الجزائي فهو تعويض اتفاقي لذا فالعربون يدفع كجزاء عن العدول سواء أصاب الطرف الآخر ضرر أم لا لأنه ليس تعويض أما الشرط الجزاء فهو تعويض لا يدفع الا عند حصول ضرر من الاخلال بعقد.

2)الشرط الجزائي كونه تعويض لا يدفع الا بعد اعدار الطرف الآخر تنبيهه الى أنه قد أخل بالعقد خلاف العربون فهو عقوبة لا تعويض تدفع دون حاجة للاعدار .

3)الشرط الجزائي تعويض يتدخل القاضي في تغيير مقداره زيادة أو نقصان حسب الضرر أما العربون فهو عقوبة تدفع كاملة ولا يستطيع القاضي تغييرها .

4)العربون يدفع بدلاً عن العقد الاصلي فهو التزام بدلي على المتعاقد أما ان يختار أتمام العقد أو أن يختار بدله هو رد العربون أو خسارته , أما الشرط الجزائي فهو يدفع مع العقد لا بدل عنه وليس للمتعاقد أن يختار بين دفع مبلغ الشرط الجزائي أو العقد فالشرط الجزائي ليس التزام تخيري.

### المحاضرة الخامسة ((ركن التراضي/صحة التراضي))

درسنا في ما سبق التعبير عن الارادة واتحاد الارادتين والمراحل التمهيديّة في التعاقد لكن لا يكفي ذلك لأكمال ابرام العقد بل لابد كمرحلة أخيرة لركن الرضا أن يكون صحيحاً وصحة التراضي تتم بصور التعبير من شخص ذو أهليه وبأرادة خالية من عيوب الارادة , وسندرس ( الاهليه وعيوب الارادة):

الفرع الاول : الأهلية :-

وهي قدرة الانسان في مجال معين وصلاحيته لأمر ما وهي في القانون المدني على نوعين الاول ( أهلية وجوب) والثاني ( أهلية أداء) :-

أولاً : أهلية الوجوب :- وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات التي يكون مصدرها الواقعة القانونية(الفعل الضار والاثراء بلا سبب ) فهي لا تصلح لجعل الشخص يتحمل التزام مصدره التصرف القانوني كالعقد والارادة المنفردة أما بالنسبة لكسب الحقوق التي يكون مصدرها التصرف القانوني فأنها تجعل الشخص صالحاً لكسب الحقوق التي يكون مصدرها التصرف القانوني ولا تحتاج الى قبول أي الحقوق التي لا تتطلب القبول فقط فيصح لصاحب هذه الاهلية أن يكون موصى له بكسب حق بالوصية وهي تصرف قانوني لان هذا الحق لا يتطلب قبول وصاحب هذه الاهلية لا يستطيع القبول أي لا تتطلب ابرام تصرف قانوني وهو لا يستطيع ابرامه .

ومناطق هذه الاهلية هي الذمة المالية التي هي عبارة عن صفة تكون للفرد منذ ولادته لحين وفاته لذا فأن هذه الاهلية ترتبط بحياة الانسان فنثبت له من لحظة وجوده لحين وفاته فبمجرد ولادة الشخص حياً تكون له أهلية وجوب كاملة وبما ان الجنين له كيان موجود لذا فإنه يملك أهلية وجوب لكنها أهلية ( وجوب ناقصة ) ونقصانها أنها تجعل الجنين أهلاً لكسب الحقوق فقط دون تحمل الالتزامات سواء الحقوق التي مصدرها الميراث أو التي مصدرها التصرف القانوني كالوصية لكن لا تشمل كل الحقوق بل فقط الحقوق التي لا تحتاج الى قبول كالوصية والميراث .  
وأهلية الوجوب تنتهي بوفاة الشخص لكن الشريعة الاسلامية والقانون خرجا عن هذه القاعدة وقرار مد أهلية الوجوب للانسان بعد وفاته لتصفية تركته وسداد ديونه وهذا يحتاج فترة بعد الوفاة عملاً بقاعدة لا تركه الا بعد تسديد الديون .

ثانياً : أهلية الاداء :- وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات التي يكون مصدرها التصرف القانوني ( عقد + ارادة منفردة) فهي صلاحية أو ابرام تصرفات قانونية على وجه يعتد بها ومناطق هذه الأهلية ( التمييز) فتدور معه فإذا كان التمييز كاملاً كانت أهلية الاداء كاملة وإذا كان ناقصاً كانت ناقصة, وهذا التمييز يتأثر بالعمر أو ( السن) والعمر يمر بثلاث مراحل كما أن التمييز قد يتعرض لعوارض تؤثر عليه ومن ثم تؤثر على أهلية الاداء , وسنشرح مراحل التمييز وعوارضه :-

1-مراحل التمييز ( العمر أو السن) :- وهي أربع مراحل أو أدوار :-  
 المرحلة الاولى :-تبدأ من ولادة الانسان الى اكماله ( 7 ) سنوات وهنا الانسان عديم التمييز لا يميز بين الضار والنافع فلا يملك أهلية أداء تمكنه من ابرام التصرفات القانونية فكل تصرفاته باطلة النافعة نفعاً محضاً والضارة ضرراً محضاً والضارة بين النفع والضرر وأن أذن بها ولي الشخص لأن الاذن أجازة و الاجازة لا تلحق الباطل ( م ١ 96 مدني عراقي ) وولي الصغير في القانون المدني أبوه ثم جده الصحيح( أب الاب) ( فأب الام يسمى جد فاسد في الفقه لا تصح ولايته) وذلك أن لم يكن الاب عين وصي على أبنه ثم الوصي الذي يختاره الجد ومن ثم الوصي الذي تختاره المحكمة وفي قانون رعاية القاصرين ولي الصغير الاب والمحكمة فقط, عرف بسوء النية فأن المحكمة تعزله, أما الوصي فإنه يستطيع إجراء كل عمل ادارة على حال الصغير وأعمال الادارة هي الاعمال التي لا تمس ملكية الشيء والتصرف فيه كالايجار لمدة لاتزيد على (3)سنوات , وأعمال الحفظ والصيانة على مال الصغير اضافة لبيع المحاصيل الزراعية والمنقول الذي يخشى تلفه فتكون كل هذه الاعمال صحيحة ولو أصاب الصغير منها غبن يسير . وليس للوصي إجراء أعمال التصرف التي تمس حق الملكية كالبيع والرهن والايجار لأكثر من (3) سنوات لأن الايجار هنا يكون تصرف يمس الملكية فلا يستطيع الوصي القيام بهذه التصرفات الا اذا أذنت له المحكمة بذلك .

المرحلة الثانية :- تبدأ من بعد اكمال (7)سنوات لحين بلوغ سن الرشد ( 18 سنة ), وللصغير في هذه المرحلة تمييز ناقص وبالتالي أهلية اداء ناقصة لذا فإن التصرفات التي يمكنه ولا يمكنه مباشرتها تكون كالآتي:-

- أ- تصرفات نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية فاللصغير ناقص التمييز و أهلية الاداء مباشرتها وتكون صحيحة دون حاجة لأذن الولي أو الوصي .
- ب- تصرفات ضارة ضرراً محضاً ( كالتبرع بأصدار الهبة أو الوصية) ولا يستطيع الصغير في هذه المرحلة إجرائها وتكون باطلة وأن أذن بها الوالي أو الوصي فلا تلحقها الاجازة لأنها باطلة .
- ج- تصرف دائر بين النفع والضرر الذي لا يصرف ما اذا كان يحقق ربح أم خسارة كالبيع فأنها تكون موقوفة على أجازة الولي أو الوصي فأن أجازها نفذت والا فأنها تبطل .

●ويستثنى من هذه المرحلة الصبي المأذون :-

فهو الصبي الذي أكمل (15)سنة ولم يكمل (18) سنة وأجاز له الولي بعد أذن المحكمة التجار بمال معين تجربة له أو بأذن من المحكمة مباشرة وأن رفض الولي ذلك أو الصبي الذي تزوج بهذا السن ,فأن الصبي في ذلك لا يعتبر ناقص التمييز بل كامل التمييز ويملك أهلية اداء كاملة فيستطيع أجزاء كل التصرفات كالانسان البالغ الرشيد.

المرحلة الثالثة :- تبدأ بعد اكمال سن(18) سنة فيكون الانسان هنا كامل التمييز وله أهلية اداء كاملة فيستطيع اجراء كل التصرفات سواء كانت ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر أو نافعة نفعاً محضاً.

2- عوارض الاهلية :-

وهي عوارض عقلية تعتبر من الانسان بعد اكمال سن (18)سنة فتؤثر على تمييز و أهلية أدائه وأصدار التصرفات وهذه العوارض هي :-

أ- الجنون : وهو أفه لعدم القوة العقلية والتمييز لدى الانسان لذا لا تكون له أهلية أداء ويعتبر محجوراً لذاته دون حاجة لأذن المحكمة وبالتالي يأخذ حكم (الصبي غير المميز) فتكون التصرفات نفس أحكام المرحلة الاولى من العمر فتكون كلها باطلة سواء كانت نافعة محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر وأن أذن بها الولي أو الوصي .

ب- العته :- هو عارض يضعف القوة العقلية والتمييز ولا يعدمهما وهو محجور لذاته كالمجنون دون حاجة لاصدار قرار من المحكمة بالحجر لكن بما أن المعتوه ليس كالمجنون ضعيف القوة العقلية وليس معدومها لذا فهو يأخذ حكم ( الصبي المميز) فتكون لتصرفاته نفس أحكام المرحلة الثانية من العمر فإن كانت نافعة نفعاً محضاً تعتبر صحيحة دون حاجة لأذن الولي أو الوصي ولا تكون صحيحة بل موقوفة على هذا الاذن أن كانت دائرة بين النفع و الضرر وباطله اذا كانت ضاره ضرراً محضاً وأن أجازها الولي أو الوصي .

ج- هو من يبرز أمواله على خلاف مقتضى العقل والحكمة ولو كانت في سبيل الخير , والامام أبو حنيفة لا يجيز الحجر على السفية لأن في ذلك أهدار لأدميته وقيمتها الانسانية التي هي أهم من المال والسفيه في نظر الامام أبو حنيفة رحمه الله أفضل للمجتمع من البخيل الذي لا ينفق من أمواله , غير أن المشرع العراقي أجاز الحجر على السفية لكن لا يحجر لذاته بل لابد من صدور قرار من القاضي الذي وحده يملك سلطة الترحيح في المسائل الاجتهادية لأن الحجر على السفية من المسائل المختلف بها بين الفقهاء قد جعل القانون العراقي الولاية على السفية المبذر من حق المحكمة لا الاب والجد لانهما لو كانا قادرين على اصلاح السفية وضعه من التبذير لأصلحاه منذ البداية لذلك سلب منهما القضاء هذا الحق ,

وحكم السفية ( الصبي المميز) فتكون لتصرفاته حكم المرحلة الثانية كالمعتوه فإن كانت تصرفاته نافعة نفعاً محضاً كانت صحيحة وان كانت دائرة بين النفع والضرر كانت موقوفة على اجازة القاضي وان كانت ضارة ضرراً محضاً فانها باطلة .

هـ - الغفلة : هي عدم خبرة الانسان وتمرسه في التعامل وعدم معرفته بما هو مربح وبما هو مغبن , ويعامل أبو حنيفة رحمه الله ذا الغفلة معاملة السفية فلا يجيز الحجر عليه اما القانون العراقي ( م 110 مدني ) فاجاز الحجر على الغفلة بقرار من المحكمة وان الحق تصرفاته بالسفيه فيأخذ حكم ( الصبي المميز) كالسفيه والمعتوه فيما حل معاملة المميز ( المرحلة الثانية) ..

- حالات خاصة

وهي العاهات الجسمانية المزدوجة التي لاتؤثر على عقل الانسان ولا تعتبر من عوارض العقل وهي حسب ( م 104 مدني عراقي) الشخص ( الاصم الابكم) والشخص ( الاعمى والاصم) والشخص ( الاعمى والابكم) فالشخص في هذه الحالات الثالثة كامل العقل لكن يحتاج الى مساعدة خاصة لأنه لا يستطيع التعبير عن ارادته مما يحد من أهلية ادائه فنص القانون على تعيين ( وصي عليه) يبرم التصرفات له .

وهي عوارض تلحق ارادة الانسان لا عقله او تمييز فهي تختلف عن الجنون والعتة والسفه والغفله وهي أربع عيوب الاكراه والغلط والتغريب مع الغبن والاستغلال :

أولاً: الاكراه حسب ( م 112 \ مدني عراقي) هو اجبار شخص ان يعمل عمل دون رضاه وهو اما ملجي اذا كان التهديد بخطر جسيم محقق كالقتل أو إيذاء النفس والاعضاء وغير ملجي اذا كان دون ذلك والاكراه في مجال التعاقد هو اجبار المتعاقد على التعاقد دون رضاه, وتجدر الاشارة الى ان الحنفية في التمييز بين الاكراه الملجي وغير ملجي يميزون بين ( الاختيار ) و (الرضا) فالاختيار هو ترجيح فعل الشيء على تركه اما الرضا هو الارتياح الى فعل الشيء فيكون الاكراه الملجي معدماً للرضا والاختيار الغير ملجي فهو يعدم الرضا لكن لا يفسد الاختيار.

- عناصر الاكراه :

الاكراه عنصران مادي ومعنوي:

أولاً:العنصر المادي : وهو وسائل الاكراه فاما أن تكون رسائل مادية حسية كالضرب أو نفسية كمجرد التهديد والعبرة هنا ليس بالوسيلة وانما بالغاية منها فطالما ان الغاية غير مشروعته فالاكراه متوافر حتى لو كانت الوسيلة مشروعته واذا كانت الغاية مشروعته فالاكراه لا يتوفر حتى لو كانت الوسيلة غير مشروعته , على هذا :

- استخدام وسيلة مشروعته لغاية مشروعته كالتهديد من قبل اتلدائن يرفع دعوى على المدين حتى يوفيه دينه فلا اكراه في هذه الحالة .
- وسيلة غير مشروعته لغاية مشروعته كقيام الدائن بشهر السلاح على المدين ليهدده حتى يوفيه دينه فلا اكراه في هذه الحالة.
- وسيلة مشروعته لغاية غير مشروعته , كأن يهدد شخص سارق بأن يبلغ عنه إذا لم يبيع له منزله فالاكراه متوافر هنا .
- وسيلة غير مشروعته لغاية غير مشروعته , كان يهدد الجار جاره بالسلاح حتى يبيع له منزله فالاكراه متوافر هنا .

- والاصل أن تصدر وسائل الاكراه من المتعاقد نفسه حتى ينتج الاكراه أثره القانوني فأذا جاء شخص من الغير وهدد شخص اخر ليتعاقد مع شخص ثالث فلا اكراه هنا الا اذا كان الشخص الثالث يعلم بالاكراه أو كان عليه العلم به .

وحسب ( م 112 \ مدني) لا يشترط أن يقع الاكراه على نفس الشخص المتعاقد وإنما بعد الاكراه متوافر اذا وقع على اشخاص اخرين تربطهم بالمتعاقد علاقة وهم ( الاولاد, الزوج, الزوجة, وذو الرجم المحرم الزواج به) وعلى ذلك لا يعتبر الاكراه متوافر اذا حدد المتعاقد بايقاع الاذى بصديقه مثلاً.

أما عن الشوكة والنفوذ الادبي :

وهي العلاقة الخاصة بين طرفين تجعل احدهما يستحي من الامر كعلاقة الاستاذ بالتلميذ والاب بالابن فلا تعتبر اكراه وهذه قاعدة عامة غير أن ( م 116 \ مدني عراقي) نصت على ان الزوج ذو شوكة ونفوذ أدبي على زوجته فلو استغل هذه الشوكة بضربها أو هدها بعدم زيارة أهلها لتصب له مال معين فأن الاكراه متوافر والهبة لاتنفذ وتكون موقوفة وقد يلتقي الاكراه وحالة الضرورة التي هي عبارة عن ظروف خارجية لا دخل للانسان بها لكن قد يستغلها شخص ليجبر

مع وقعت عليه على التعاقد معه كما لو غرق طفل معين فأستغل شخص ذلك ولم يتدخل لأنقاذه حتى تعهد أبو الطفل بأبرام عقد معه فالاكراه هنا متوافر .

2- العنصر المعنوي : وهو حالة الرهبة والخوف الناشيء من تهديد الشخص وتقدير توافر هذه الرهبة من عمل القاضي كما يجب أن تكون هذه الرهبة محدقة وجسيمة وتقدير ذلك من عمل القضاء أحياناً ومعيار ذلك هو شخصي لا موضوعي يختلف من شخص لآخر فقد تكون الرهبة جسيمة على شخص دون آخر فتهديد الذكر ليس كتهديد الانثى لذلك فالاكراه يختلف من شخص لآخر فعندما تقدر الرهبة يجب مراعاة ظروف الشخصية الاجتماعية والعقلية والنفسية والجسمانية (م 4 11 مدني عراقي) فيشترط أن تكون الرهبة حاله جسيمة حتى لو لم يكن الخطر المهدد به حالاً كمن يبيتز صاحب منزل اشرف على الفرق لكن الفيضان لم يصله بعد .

- أثر الاكراه :

يؤدي الاكراه الى جعل العقد الذي أبرمه المتعاقد المكره تحت واطئة الاكراه موقوف غير نافذ فأن أجازة هذا المتعاقد نفذ وان لم يجيزه بطل .

ثانياً: الغلط :-

لغة هو وهم في النفس يحملها على تصور غير الحقيقة وقانوناً وهم في النفس تحمل صاحبها على التعاقد , والغلط في الفقه الاسلامي موزع في مواضيع عديدة في ( خيار اليب والرؤية والوصف) ولا يجمعه مكان واحد .

أما في الفقه الوضعي فاللفظ نظريتان قديمة وحديثة :-

(1) النظرية القديمة : وتقسم الغلط الى ثلاث أنواع :-

أ- غلط يمنع انعقاد العقد ( يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً) :-  
وله ثلاث أنواع أيضاً:-

\* غلط في ماهية العقد كمن يعطيك شيء على سبيل الاعارة فتعتقد أنها هبة لك .

\* غلط في محل العقد كأن تشتري كيساً من الحنطة فإذا به شعير .

\* غلط في سبب العقد كأن تنفيذ وصية لك يظهر أن الموصي قد رجع عنها .

ب- غلط لا أثر له على العقد :- وله خمس صور :

\* غلط في صفة غير جوهرية للشيء كأن تشتري سيارة حمراء فإذا هي رصاصية .

\* غلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار كأن تشتري سيارة من صاحب معرض غير الذي كنت تريد شرائها منه .

\* غلط في الباحث على التعاقد كأن تشتري أثاثاً لقرب زواجك ثم تفسخ الخطوبة .

\* غلط في القيمة كأن تباع شيء أثري بثمن بخس وانت تجهل قيمته .

\* الغلط المادي والغلط في الحساب كأن تشتري شيء بـ(3) الاف دينار فيكتب في العقد (300) دينار؟

ج - غلط يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً أي قابل للفسخ : وله ثلاث صور :



\* غلط في مادة الشيء أو صفة جوهرية فيه, كأن تشتري حليه ذهبية فإذا هي من البرونز.  
\* غلط في شخصية المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد كأن تتعاقد مع طبيب جراح على اجراء عملية فإذا هو ليس بجراح.

\* غلط في صفة السبب, رأينا أن الغلط في السبب يمنع إنعقاد العقد لكن هنا الغلط في صفة هذا السبب لا في وجوده كأن تقوم بوفاء دين أو تجديده ثم يتبين أن هذا الدين هو التزام طبيعي لا تجبر على وفائه.  
2- النظرية الحديثة في الغلط:-

هذه النظرية أولاً تستبعد النوع الاول من الغلط وفق النظرية القديمة والذي يمنع ابرام العقد لأن هكذا عقد يعدم الارادة نهائياً لا مجرد أن يعيها.

ثم أنها ثانياً تضع معياراً للغلط الذي يمكن أن يفسخ العقد وهو معيار ( الغلط الدافع ) فتبحث هذه النظرية في الغلط الذي وقع فيه الشخص هل لو أنه علم قبل ابرام العقد بهذا الغلط سيبرم العقد في ذلك أم لا؟ فإن كان لا يبرم العقد فهذا يعتبر غلط وأن كان سيبرم العقد مع هذا الغلط فلا يعتبر إذاً قد وقع في غلط.

وبهذا تكسر هذه النظرية الحواجز بين النوعين الثاني والثالث من الغلط وفق النظرية القديمة فمن خلال تطبيق هذا المعيار قد نصل الى اعتبار بعض الانواع التي اعتبرتها النظرية القديمة غلط بأنها ليست غلط والى اعتبار بعض الانواع التي اعتبرتها ليست غلط بأنها غلط, فمثلاً النظرية القديمة تعتبر الغلط في مادة الشيء وصفته الجوهرية غلط يفسخ العقد لكن وفق النظرية الحديثة قد لا يعتبر كذلك كما لو أراد شخص شراء شيء أثري مصنوع من الذهب فأشترى شيء أثري لكن من البرونز, فوفق النظرية القديمة هذا غلط يفسخ العقد وفق النظرية الحديثة أن الشخص أراد شيء أثري فلا يهم أنه من ذهب أو برونز فلا يعتبر ذلك غلط يؤثر على العقد. والغلط في القيمة وفق النظرية القديمة لا يؤثر على العقد لكن وفق النظرية الحديثة قد يكون دافعاً فيؤثر على العقد كما لو نقل تاجر بضاعة على سفينة على أساس ان سعر النقل حسب وزن البضاعة ثم ظهر ان سعر النقل على اساس الحجم الذي يزيد بكثير على وزن البضاعة .

ورأينا أن الغلط في الباحث في النظرية القديمة لا يؤثر على العقد لكن قد يكون دافعاً يؤثر على العقد في النظرية الحديثة كما لو باع شخص منزله على اساس أنه في مرض الموت وأن سيموت لا محاله ثم يشفى من المرض فبستطيع فسخ العقد.

### شروط الغلط وفق النظرية الحديثة :

تأخذ النظرية الحديثة بمعيار ذاتي شخصي في الغلط خلافاً للنظرية القديمة التي تأخذ بمعيار موضوعي مادي لذا فإن النظرية الحديثة تنظر الى موقف الطرف الاخر المقابل للشخص الذي وقع في الغلط فتشرط للغلط حتى يؤثر على العقد أن يكون الطرف الاخر المقابل للطرف الواقع في الغلط أما:

أ-مشاركاً في نفس الغلط: كأن تشتري حنطة من صاحب محل فإذا هي شعير وقد طننت أن وصاحب المحل أنهما حنطة لا شعير فكلا الطرفين في غلط وصاحب المحل حسن النية لكل حتى لا يتضرر المشتري يعتبر هذا الغلط مؤثر فيكون للمشتري فسخ العقد.

ب- اذا كان الطرف المقابل يعلم بالغلط: كما لو أن صاحب المحل في المثل السابق كان يعلم بأنك تريد حنطة فأعطاك شعير فهو سيء النية لذلك فمن حقاك فسخ العقد.

ج- اذا كان الطرف المقابل بإمكانه العلم بالغلط واكتشافه فإذا كان بإمكان صاحب المحل أن يعلم بأنك تريد حنطة لكن أهمل في تبين ذلك وأعطاك شعير فهو مقصر لذلك فمن حق المشتري فسخ العقد.

\*أما إذا لم يكن الطرف المقابل مشتركاً في الغلط أي واقعاً بع أيضاً ولم يكن يعلم ولم يكن بإمكانه العلم به فلا يؤثر الغلط على العقد ويبقى صحيحاً.

- موقف المشرع العراقي من الغلط

جمع المشرع العراقي في الغلط بين الفقه الاسلامي والفقه الوصفي لذلك فقد أورد للغلط (4) مواد من (م 117 - 120) تناول في (م 117) الغلط في المحل وفي صفة جوهرية فيه فنصت على أنه اذا وقع في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لأنعدامه وأن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان هذا الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا أنه يكون موقوفاً على أجازة العاقد, والحالة الاولى التي يختلف فيها الجنس تمنع انعقاد العقد والثانية التي يختلف فيها الوصف فقط لا تمنع انعقاد العقد لكنها تجعله موقوفاً على الاجازة وهاتين الحالتين مقتبسة من الفقه الاسلامي ومن النظرية القديمة للغلط.

ويحدد الفقهاء المسلمين الوصف المرغوب فيه بمعيار موضوعي من قبل أهل الخبرة والتجار لا حسب الاراء الشخصية للأفراد.

ثم عرضت (م 118) لثلاث صور من الغلط وهي الغلط في صفة جوهرية للشيء والغلط في شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته اذا كانت هي السبب الرئيسي أو الوحيد في التعاقد والغلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات , وكل هذه الانواع تجعل العقد موقوف على اجازة من وقع في الغلط فله فسخه أو اجازته :

أ) الغلط في صفة جوهرية في الشيء: وجعل المشرع معيار تحديد الصفة معيار ذاتي بالبحث عن نية المتعاقدين مع قرينة موضوعية وهي الاخذ بالنية مع ظروف التعاقد وما يقتضيه التعامل من حسن نية, فإذا ذهب شخص لتاجر أثاث ليشتري قطعة أثرية ثم ظهر أنها ليست أثرية, فالمعيار هنا ذاتي وهو نية الشخص في شراء شيء أثري مع قرينة موضوعية وهي ظروف العقد لأن الشخص تعامل مع تاجر وليس مجرد بائع لذا كان على التاجر أن يتحقق فالعقد هنا يتأثر بالغلط ويكون موقوف على اجازة المشتري .

ب) الغلط في ذات المتعاقد أو صفته : ويجب أن يترك هنا للقاضي البت في ما ذا كانت صفة أو شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد اذا فإذا أبرم مريض عقد علاج مع طبيب مشهور ثم تبين أنه غير ذلك فالقاضي هو من يحدد هل هناك غلط أم لا .

ج) الغلط في الامور التي تبيح نزاهة المعاملات: أن هذا النوع يشمل النوعين السابقين بالأحرى لأن الغلط في صفة الشيء أو المتعاقد تبيح نزاهة المعاملات كذلك تشمل الغلط في القيمة والغلط في الباعث كمن يبيع شيء أثري بثمن بخس يجهل قيمته ولكن يشتري (بقرة) ضمناً أن بقسرتة قد ماتت ثم تبين أنها حية فالعقد هنا في الحالتين موقوفاً على اجازة المتعاقد.

ونصت (م 120) مدني عراقي على أن الغلط المادي والغلط في الحساب لا يؤثر على صحة العقد بل يصح الغلط فإذا كتبت (5000) (500) في العقد يصح ذلك, وهنا أخذت بالنظرية القديمة .

أما المادة ( 119 مدني عراقي) فقد أخذت بالشرط الذي أشتراطته النظرية الحديثة للغلط فهي لا تجعل العقد موقوف بالغلط الا إذا كان الطرف الاخر مشتركاً في الغلط أي واقع في نفس الغلط أو كان بإمكانه العلم أما إذا لم يكن مشتركاً في الغلط ولم يكن يعلم به ولم يكن بإمكانه العلم به فلا يؤثر الغلط على العقد ولا يوقفه, وقد بينا ذلك آنفاً فنحيل اليه.

### ثالثاً - التغير مع الغبن

عالجت التشريعات الغربية والقانون المصري التغير تحت مسمى ( التذليس) وجعله وحده عيباً من عيوب الارادة إضافة الى عيب ( الغبن) أما القانون العراقي فقد أخذ بموقف الفقه الاسلامي ولم يجعل (التذليس) لوحده عيب ولا الغبن وإنما أشتراط أن يؤدي التغير الى غبن حتى يجعل العقد موقوف (م 124 مدني عراقي) فجمع بينهما :-

1-التغير: هو خداع المتعاقد ليقدم على التعاقد ضناً أن ذلك من مصلحته, وهو نوعان:

أ-تغير فعلي: وهو القيام بوسائل مادية للخداع كتزيين السيارات القديمة لتبدو جديدة أو ترك البقرة بدون حلب ليومين حتى يمتلئء ضرعها بالحليب وهو ما يعرف في الفقه الاسلامي ببيع(المصراة).

ب-تغير قولي : وهو مبالغة صاحب السلعة في بيان محاسنها على غير الحقيقة, والقاعدة في الفقه الاسلامي أن مجرد الكذب لا يعتبر تغيراً قولياً الا في عقود معينة تسمى (عقود الأمانة) القائمة على الصدق فيعتبر مجرد الكذب فيها تغيراً وهي(المرايحة: كأن تقول لشخص أشتري البضاعة بسعر كذا فأعطي عليها ربح قليل وخذها ) , (الوضيعة وهي بيع السلع بأقل من سعرها الحقيقي بأن تقول أشتريتها بسعر كذا لكن أبيعها لك بسعر أقل) , (التولية: بيع السلعة بنفس السعر الذي أشتريتها به), (الاشراك وهو أن تقول للشخص أشتريت البضاعة بسعر كذا متشاركين فيها على أساس السعر المذكور) والمثل على عقود الأمانة في التشريعات الحديثة عقد التأمين كالتأمين على الحياة فيجب على المؤمن على حياته أن لا يكذب ويخبر الشركة(شركة التأمين) بتفاصيل حالته الصحية وأمراضه التي يعاني منها.

1-الغبن: هو عدم التعادل بين بين ما يأخذه الانسان ويعطيه فأن كان ما أخذه أكثر مما دفعه فهو غابن وأن كان أقل فهو مغبون, وهو نوعان:-

أ)الغبن اليسير : هو عدم التعادل الضئيل المتسامح به والذي لا يعتبر في كل القوانين وفي الشريعة الاسلامية عيب في الارادة.

ب)الغبن الفاحش: وهو ما لا يتسامح به عادة, وقد اختلف الفقهاء في تحديد معياره فمنهم من أخذ بمعيار مادي يحدد قيمة الشيء في السوق ثم ما دفع فيها حقاً لكن اختلفوا في تحديد النية بين القيمة الحقيقية والقيمة المدفوعة فهل الغبن هو عندما تكون القيمة المدفوعة (  $\frac{1}{5}$  ) (  $\frac{1}{6}$  ) القيمة الحقيقية.

وبعض الفقهاء أخذوا بمعيار أكثر مرونة فأعتبروا الغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم المقومين فلو أشتريت بضاعة بـ(ألف دينار) وأدعيت أن ذلك غبن فعرضت على مقومين ثلاثة الاول قدرها بـ(900 دينار والاخر بـ(800) والاخر بـ(1100) فلا غبن في ذلك لأن(1000) تدخل في تقويم هؤلاء المقومين لكن لو قدرها الاول (500) والاخر بـ(600) والاخر بـ(700) فالغبن موجود لأن (الالف) لا تدخل في هذا التقويم. ولم يحدد المشرع العراقي للغبن معيار وترك ذلك لسطة القضاء

كما أن فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في تحديد أثر الغبن على العقد فمنهم من قال أن الغبن وحده يفسر العقد وأن لم يقترن بتعزيز , ومنهم من قال أن لا أثر للغبن سواء بتعزيز أو بدونه على العقد ومنهم الشافعية وحثهم قوله (ص) (دعوا الناس في غفلاتهم يرزق بعضهم بعضاً).

وذهب فريق ثالث يتزعمه الحنفية أن الغبن لا يؤثر على العقد الا إذا صاحبه تغريروا وفق التفصيل السابق , وهذا ما أخذ به المشرع العراقي الذي أشتراط أن يؤدي التغرير الى غبن حتى يجعل العقد موقوفاً على أجازة من لحقه الغبن أن أجازة نفذ والا فهو باطل لكن استثنى من ذلك ثلاث حالات جعل فيها مجرد الغبن الفاحش سبباً لجعل العقد قابل للفسخ دون حاجة الاقتران بتغريروا , وهو هنا لم يجعل العقد في الحالات الثالثة موقوفاً غير نافذ الا بالاجازة بل جعله نافذاً لكن معرض للفسخ أن شاء المغبون فسخره وأن شاء تركه وهي الحالات الثلاثة حسب (م 124 ف 2 مدني عراقي) :-

أ) اذا كان الشخص المغبون محجوراً عليه.

ب) اذا كان المال الذي حصل فيه الغبن مال دولة.

ج) اذا كان المال الذي حصل فيه الغبن مال وقف.

\*ونصت ( ف 3 م 124 مدني عراقي) على أستثناء من كل ذلك إذ لم تجز الطعن بالعقد وأن أصاب المتعاقد غبن فاحش إذا كان العقد تم بالمزايدة العلنية.

#### رابعاً - الاستغلال.

وهو العيب الرابع من عيوب الارادة أخذ به المشرع العراقي في (م 125 مدني) مقتبساً من القانون الالمانى ومفاده استغلال حالة ضعف معينة لدى الطرف المقابل تدفعه للتعاقد رغم أن في ذلك غبن فاحش له مثل أن تستغل فتاة حب رجل طاعن في السن لها فتحصل منه على هبة بمال. فالرجل الكبير وقع ضحية استغلال لحالة ضعف لديه وهي الهوى.

-عناصر الاستغلال :

للاستغلال عنصران مادي ونفسي :-

1- العنصر المادي : وهو الغبن الفاحش الذي لحق الطرف الذي استغلت حالته والقاضي هو من يحدد ذلك بمقارنة قيمة الادائين مع أخذ باعتبار القيمة الشخصية للشيء لدى المشتري فلو كان لدى شخص مجموعة تحفية ينقصها تحفة واحدة فإنه سيدفع مقابل الحصول عليها ضعف ثمنها رغم ذلك لا يعتبر أنه أصيب بغبن فاحش فلا يتوافر الركن المادي لأن قيمة الشيء هنا الشخصية لا المادية تعادل المدفوع بها لدى الشخص.

2- العنصر النفسي : وهو استغلال حالة الضعف لدى الشخص بوجود نية الاستغلال لدى الطرف (المستغل) لحالة الضعف لدى الطرف (المستغل) وحالات الضعف حسب ( م 125 مدني عراقي) هي :

أ) الحاجة: وهي الضائقة التي تصيب الشخص وتدفعه الى عمل معين كالمريض المحتاج الذي يستغل الطبيب حاجته فيطلب منه سعر كبير للعملية, ولا يشترط أن يكون المحتاج فقيراً فقد لا يكون فقير بل غنياً كصاحب المنزل الذي لاحديقة له فيشتري أرض مجاوره لمنزله ليجعلها حديقة فيستغل صاحب الارض حاجته هذه.

ب) الطيش : وهو عبارة عن تسرع وخفة وعدم تدبر في الشخص كالشخص الطائش الذي يتنازل عن تعويض كبير مقابل حصول على بضاعة زهيدة.

ج) الهوى: وهو الرغبة الشديدة لدى الانسان تدفعه لفعل ما , كما لو وقع رجل طاعن في السن بحب ونزوة هوى بعد هذا العمر كله لفتاة صغيرة فيهب لها مال كثير فمن حق هذا الشخص بعد ذلك رفع دوى الاستغلال.

د) عدم الخبرة :وهو عدم التمرس في الصفقات والجهل بها , وبخلاف الطائش فإن عديم الخبرة يشتري الشيء وهو بأدراك غير سليم نتيجة عدم معرفة بالشيء, أما الطائش فهو يشتري الشيء بأدراك غير سليم مع معرفة تامة بالشيء, وعديم الخبرة ذو قوى عقلية سليمة بخلاف المغفل الذي يعاني من وهن في القوى العقلية.

هـ) ضعف الادراك: وهو الغفله والسفاه لدى الشخص على ما سبق بيانه عن بيان أحكام السفیه وذو الغفلة وأن كان المشرع هناك قد قرر حماية للسفیه وذو الغفلة باعتبار العقود التي يسريها تأخذ حكم الصبي المميز فتكون باطلة أن كانت ضاره وصحيحة أن كانت نافعة وموقوفة أن دارت بين النفع والضرر, لكن المشرع رأى أن هذه الحماية ناقصة لأن هذه الاحكام لا تطبق الا بعد صدور قرار الحجر على السفیه والمغفل من المحكمة فقبل ذلك ليس له حماية لذا قرر المشرع توفير هذه الحماية من خلال الاستغلال فبأماكنها رفع دعوى الاستغلال.

### جزاء الاستغلال

فرقت ( م 125 مدني عراقي) بين عقود المعاوضة والتبرع :-

1) عقود المعاوضة : كالبيع إذا وقع فيها الاستغلال فأن جزائه أن الذي وقع في الاستغلال يستطيع خلال سنة رفع دعوى يطالب فيها برفع الغبن الذي أصابه , والقاضي يرفع الغبن أما عن طريق زيادة التزامات الشخص الذي قام بالاستغلال أو انقاص التزامات الشخص الذي وقع في الاستغلال .

2) عقود التبرع كالهبة : تعتبر اذا وقع فيها استغلال (غير لازمه) إذ يستطيع الطرف الذي وقع في الاستغلال خلال سنة من تأريخ الاستغلال أن يفسخ العقد.

\*وعلى هذا يلاحظ أن الاستغلال خلافاً لكل عيوب الارادة الاخرى لا تجعل العقد موقوفاً بل يكون (العقد صحيح) وكل ما هنالك أن (الطرف المستغل) يطالب برفع الغبن في عقد المعاوضة وبفسخ العقد في التبرعات خلال سنة.

## المحاضرة السادسة ((أركان العقد/ ركن المحل))

المحل وهو الركن الثاني من أركان العقد بعد التراضي فتنص (م 126 ا مدني عراقي) بأنه لا بد لكل التزام ينشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمة ويصح أن يكون المحل مالاً متقوماً سواء كان منفعة أو أي حق مالي آخر, كما يصح أن يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل .

فالمحل على هذا ركن في الالتزامات الناشئة عن العقد لا في العقد ذاته , أما أن المحل في الالتزامات القانونية يحدده القانون لا العقد.

### شروط المحل

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به الملتزم ويشترط فيه ثلاث شروط حتى يكون محلاً للالتزام:

أولاً- أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود:

محل الالتزام أما أن يكون ( عمل وإمتناع عن عمل) أو ( اعطاء شيء) ونقل ملكيته:-

1- إذا كان محل الالتزام عمل أو امتناع عن عمل فإن هذا المحل يجب أن يكون موجوداً ووجوده يتحدد في كونه ( ممكناً) لا مستحيلاً فإذا كان العمل مستحيلاً كان العقد باطلاً حسب (م 127 ا مدني عراقي), لكن هذه المادة تميز بين نوعين من الاستحالة:-

أ) الاستحالة المطلقة: (م 127 ا- أ) ومفاده أن العمل أو الامتناع عن عمل مما لا يستطيع أحد القيام به, فالعقد هنا باطل سوى كانت الاستحالة تعود الى طبيعة الالتزام ذاته كما لو ألتزم طبيب بأعادة مريضه الميت الى الحياة أو أنها تعود لنص القانون كما لو ألتزم محامي بتميز دعوى مرت مدة الطعن فيها تمييزاً- وتكون استحالة المحل مطلقة إذا كان غير ممكن الحصول وأن كان يمكن تصور حدوثه كمن يلتزم بالصعود الى المريخ فهو أمر مستحيل حالياً لكن يتصور حدوثه مستقبلاً.

ب- الاستحالة النسبية: وهي عندما يكون العمل مستحيلاً فعله على المدين فقط أما على الافراد الآخرين فهو ممكن الحصول, كما لو ألتزم شخص غير فنان يرسم صورة لشخص آخر هنا الرسم مستحيلاً على هذا الشخص لكنه ممكناً على الفنانين .

لذا فإن ذلك لا يؤدي الى ابطال العقد فالعقد يكون صحيحاً الا أن المدين الذي يستحيل عليه العمل يجب أن يدفع تعويض للطرف الاخر (م 127 ا ف 2 مدني عراقي).

2- إذا كان محل الالتزام نقل ملكية الشيء أو حق عيني:-

فبالنسبة لوجود المحل نفرق بين حالتين:-

أ) إذا انصرف قصد المتعاقدين الى التعاقد على شيء موجود في الحال, فالمحل هنا يجب أن يكون موجوداً وقت التعاقد وإلا بطل العقد, كما لو باع شخص لآخر حيوان على أنه موجود ثم تبين أنه لم يلد بعد فالعقد باطل.

ب) إذا انصرف قصد المتعاقدين الى التعاقد على شيء غير موجود في الحال لكنه ممكن الوجود مستقبلاً, فالعقد هنا صحيح رغم كون المحل غير موجود لأنه ممكن الوجود مستقبلاً كبيع الثمار قبل نضجها وهذه قاعدة عامة في القانون العراقي المدني الا أن (م 129 ا مدني) أستثنت من ذلك التعامل

بالتركة المستقبلية فالعقد هنا يكون باطلاً رغم أن المحل ممكن الوجود مستقبلاً، فمثلاً أن شخص لازال أباه على قيد الحياة ويملك أقوال كثيرة فأن هذا الشخص يستحق تركه من مال أبوه لكن بعد موته أما والاب حياً فله تركه مستقبلية فلا يجوز للولد التعامل بها بالبيع والايجار وغيره فالعقد يعد باطلاً والعله في ذلك الخشية من المضاربة على حياة صاحب التركة المورث فقد يقوم الولد بقتل أبيه حتى يحصل على المال ويبيعه، هذا هو موقف القانون المدني العراقي إذ كقاعدة عامة يجوز العقد إذا كان المحل شيء مستقبلي ممكن الوجود ما عدا التركة المستقبلية كأستثناء.

- أما موقف الفقه الاسلامي :

فأن ما جعله المشرع العراقي قاعدة عامة هو في الفقه الاسلامي أستثناء وما جعله القانون العراقي أستثناء هو في الفقه الاسلامي قاعدة عامة، ففي القانون العراقي يجوز التعاقد على الاشياء المستقبلية كقاعدة عامة ما عدا التركة المستقبلية كأستثناء، أما في الفقه الاسلامي لا يجوز التعاقد على الاشياء المستقبلية كقاعدة عامة لأن المحل غير موجود وهذا يؤدي الى الغرر والضرر لكن الفقه الاسلامي أجاز كأستثناء عن هذا الاصل (بيع السلم) وهو بيع الثمر قبل نضجه بموجب قول الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم): (من اسلم فليس في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم) وهذه الشروط التي أشرطها الحديث الشريف تزيل الخوف من الغرر والضرر المترتب على عدم وجود المحل في الحال.

**ثانياً - أن يكون المحل معيناً تعيناً نافياً للجهالة :-**

فيجب بموجب ( م 128 \ مدني عراقي ف 1,2,3) أن يعين المحل تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء أكان تعينه بالإشارة إليه أو الى مكانه الخاص وبيان الاوصاف المميزه له ويذكر مقداره أن كان من المقدرات الا إذا كان معلوماً عند العاقدين فلا يحتاج الى تعينه وبخلاف ذلك كله يكون العقد باطلاً فأذا كان محل الالتزام عأو امتناع عن عمل كالتزام مقاول ببناء منزل فيجب تعيين العمل وذكر أوصاف المنزل ومحتوياته، وإذا كان المحل نقل ملكية شيء فأن كان هذا الشيء معيناً بالانواع أي مثلياً فيجب ذكر جنسه نوعه ومقداره كبيع طن من الحنطة، وإذا كان معين بالذات أي قيمياً فينظر أن كان موجوداً فيعين بالإشارة إليه وأن كان غير موجود فيعين بذكر وصفه.

ثالثاً - يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل :-

تنص (م 130 \ مدني عراقي) على أنه يجب أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والاداب :-

1- فيجب أن يكون الشيء يجوز التعامل به قانوناً ولا يجوز التعاقد على أشياء لا يجوز التعامل بها قانوناً فالعقد هنا يكون باطلاً والاشياء قد تكون مما لا يمكن التعامل بها بطبيعتها كالاشياء المشتركة كبيع أشعة الشمس والهواء والماء الجاري فهذا البيع باطل الا إذا تم حصر الهواء في قناني والماء في علب خاصة فيجوز بيعها، وقد تخرج الاشياء عن التعامل بنص القانون فلا يمكن لشخص أن يبيع مستشفى حكومي مثلاً لأنه مال عام.

2- يجب أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام ويصعب حصر معنى النظام العام في تعريف واحد لأنها فكرة مرنة تتغير حسب الزمان والمكان وحسب النظام القانوني للدولة فما هو من النظام

العام قبل مئة سنة ليس هو كذلك في فرنسا، وقد ذكرت (م 130 ف 2) أمثلة على النظام العام الذي يجب على العقد أن لا يخالفه وإلا كان باطلاً وهي:-

أ) مسائل الاهلية وعلاقات الاسرة : كالاسم واللقب وحق التمتع بين الزوجين وحق الطلاق فلا يمكن التصرف بكل ذلك وبيعه لأنه مخالف للنظام العام.

ب) الحقوق العينية: كأحكام الملكية والرهن فلا يمكن أن أبيعك سيارة على أن لا تركيبها كما ان القانون ينص على أنه لايجوز الابقاء على حالة الشيوخ أكثر من (5) سنوات بالاتفاق على مد هذه المده باطل لمخالفته للنظام العام.

ج) الالتزامات : كأحكام الظروف الطارئة الشرط الجزائي والفائدة القانونية فقد حدد القانون للفائدة حد أقصى هو (7%) من قيمة الصفقة فلا يجوز الاتفاق على فائدة أعلى بالاتفاق باطل لمخالفته النظام العام.

3- يجب أن لا يخالف محل الالتزام الاداب العامة كالاتفاق على انشاء منزل للدعارة أو الاتفاق على اقامة علاقة جنسية غير مشروعة بالاتفاقات هذه باطلة لمخالفتها للاداب العامة.



## المحاضرة السابعة ((اركان العقد/ ركن السبب))

السبب هو الركن الثالث للعقد وهو جواب عن سؤال لماذا التزم المدين؟ كمقابل المحل الذي هو جواب من سيسأل بماذا ألتزم المدين؟

فالسبب هو غاية المتعاقد من العقد غير أن هذه الغاية قد تكون غاية قريبة واخرى بعيدة فمن يبيع سيارته غايته القريبة الحصول على الثمن لكن غايته البعيدة هو أنه قد يستخدم الثمن للعلاج أو السفر , فأى من هاتين الغائتين هي سبب الالتزام؟ لتحديد ذلك هناك نظريتين الاولى قديمة ترى أن سبب الالتزام هو الغاية القريبة وفي المثل الحصول على الثمن وتسمى (بالغرض المباشر) والثانية حديثة ترى أن سبب الالتزام هو الغاية البعيدة وفي المثل استخدام الثمن للسفر أو العلاج وتسميه (بالباعث الدافع على التعاقد) وسنبحث النظريتين في ما يلي :-

أو لا: النظرية التقليدية للسبب:-

تميز هذه النظرية ثلاث انواع من السبب:

1-السبب المنشئي : وهو مصدر الالتزام كالعقد ولا يدخل هذا السبب ضمن هذا الموضوع .

2-السبب الدافع : وهو الباعث أو الغاية البعيدة من التعاقد والنظرية القديمة لا تأخذ بهذا السبب لأنه مثلاً لو باع شخص سيارته فأن غايته البعيدة قد يستخدم الثمن للعلاج أو السفر, وهذا هو الباعث والسبب الدافع فهو مختلف من شخص لآخر ولا يمكن ضبطه ومعرفته بوضوح.

3- السبب القصري:وهو الغاية القريبة من التعاقد كعقد المشتري من بيع السيارة وهو الحصول على الثمن فهذا هو السبب الذي يمكن التعرف عليه وضبطه وهو السبب الذي يمكن جعله ركناً للعقد حسب هذه النظرية لذا فأن سبب العقد يتحدد وفق هذه النظرية كما يلي :-

(أ)في العقود الملزمة للجانبين :سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الاخر ففي البيع سبب التزام البائع بتسليم الشيء هو التزام المشتري بدفع الثمن له وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم الشيء له .

(ب)في العقود الملزمة لجانب واحد: ان كان العقد عينياً كالقرض بدون فائدة سبب التزام المتعاقد (المقرض) هو سبق تسلمه للشيء (المبلغ النقدي المقترض) ,وأن كان العقد رضائياً ملزماً لجانب واحد كالوعد بالبيع من جانب البائع فأن سبب التزامه بالوعد هو اتمام العقد النهائي.

(ج)في عقود التبرع سبب التزام المتبرع كالواهب في الهبة هو نية التبرع.

### -انتقاد النظرية التقليدية

قام الفقيه الفرنسي(بلانيول) بنقد هذه النظرية التقليدية وقال أنها خاطئة ولا فائدة منها فهي خاطئة لأنه:-

1-القول بأن السبب التزام كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو التزام المتعاقد الاخر قول يخالف المنطق لأن ذلك يستدعي أن يسبق المسبب فهما لا يتعاصران في حين ان الالتزامات في هذه العقود

تنشأ متعاصرة , كما لو أن أحد المتعاقدين على ضوء هذه النظرية لم ينفذ ألتزامه فأن الألتزام الأخر يبقى موجوداً وهذا يخالف العدالة فإذا لم ينفذ طرف على الطرف الأخر أن لا ينفذ أيضاً.

2-والقول أن سبب العقود العينية الملزم لطرف واحد هو التسليم قول غير صحيح لأن التسليم ركن مستقل في هذه العقود لا يختلط بالسبب.

3-والقول أن سبب عقود التبرع هو نية التبرع قول خاطيء لان نية التبرع هي الرضا وهو ركن مستقل عن السبب فإذا أنعدمت النية بطل العقد لا لبطلان سببه بل لأنعدام الرضا.

\*وهذه النظرية حسب بلانيول عديمة الجدوى والفائدة لأنه يمكن التوصل لأبطال العقود التي تريد ابطالها بالاستعانة بأنظمة اخرى غير السبب فالعقد اليمني الذي لا يوجد فيه تسليم يبطل لا من خلال أنعدام السبب بل لانعدام ركن مستقل وهو ركن التسليم,وعقود التبرع التي تنعدم فيها نية المتبرع تبطل لأنعدام الرضا الذي هو نية التبرع , وفي العقود الملزمة للجانبين إذا كان التزام أحد الاطراف غير منفذ أو محله غير مستمرع فأن الألتزام الأخر يبطل لا لأنعدام السبب بل لأن الألتزام الاول باطل لعدم مشروعية محله فيبطل الألتزام الثاني لأنهما مترابطان فإذا بطل الاول بطل الثاني لأنعدام الترابط لا لأنعدام السبب , أو أحياناً لعدم مشروعية المحل كأن يدفع شخص لآخر مبلغ ليقتل شخص ثالث فألتزام الشخص الذي يريد ارتكاب الجريمة باطل لعدم مشروعية محله لا لعدم وجود السبب أو بطلانه.

#### - الدفاع عن النظرية التقليدية للسبب

هب الفقيه الفرنسي(كابتان)ودافع عن نظرية السبب ضد الفقيه (بلانيول) لكن قام بتحويل هذه النظرية حتى يتقادی إنتقادات (بلانيول) فهو يرى:-

1) أن السبب في العقود الملزم للجانبين ليس هو التزام المتعاقد الأخر بل هو تنفيذ هذا الألتزام وبالتالي يسبق أحد الألتزامات الأخر ولا يتعاصران من جهة وإذا لم ينفذ طرف يمكن للطرف الأخر عدم التنفيذ أو أن يفسخ ألتزامه.

2)يرى (كابتان) ان السبب في العقود العينية هو (التسليم) ويرد على من يقول أن التسليم هو ركن مستقل بحيث ان العقد يبطل لبطلان هذا الركن لأنه يرى أن هذه العقود رضائية كعقد القرض فهو رضائي ولا يكون التسليم شرط أو ركن لأنعقاده لكن سبب التزام المقرض برد القرض هو تسلمه للمبلغ المقرض.

3)ويرى أن سبب عقود التبرع هو نية التبرع ويرى عدم الخلط بينهما وبين الرضا , فللمتبرع رغبان الاولى الألتزام بالتبرع كالهبة وهذا هو الرضا , والثانية رغبته بأن يكون التزامه تبرعاً بلا مقابل وهو نية

فقد يتحقق الرضا دون نية المتبرع كما في ( سندا المجامله) كأن يوقع شخص سند دين لصاحبه مجامله فالرضا بالألتزام موجود لكن نيته بالتبرع غير موجود لأن الامر مجاملة فيبطل العقد لأنعدام السبب وهو نية التبرع لا لأنعدام الرضا لأنه موجود.

#### ثانياً-النظرية الحديثة للسبب

وهذه النظرية من صنع القضاء فهي تنسف النظرية التقليدية التي تأخذ بالغاية القريبة من العقد وتأخذ بالغاية البعيدة وتسميها (الباعث) فمتى كان الباعث غير مشروع بطل العقد, فالسبب هنا هو الباعث

الغاية البعيدة وهو لا يمكن الا أن يكون موجوداً لأنه لا يوجد شخص يتعاقد بدون غاية أو هدف لكن الغايات تختلف من شخص الى آخر, خلافاً للنظرية التقليدية فالسبب لا بد أن يوجد لأنه يمكن تصور عدم وجوده, وبهذا تبطل عقود وفق هذه النظرية لا يمكن أبطالها وفق النظرية السابقة مثلاً:-

باع شخص سيارته, السبب وفق النظرية التقليدية هو الغاية القريبة الحصول على الثمن يمكن أن يوجد ويمكن لا أن وجد صح العقد وإن لم يوجد بطل, فإن وجد عُقد العقد صحيحاً بغض النظر عن الغاية البعيدة الباعث لكن النظرية الحديثة تأخذ بهذا الباعث فقد يكون قصده الحصول على الثمن لصرفه في القمار أو الدعارة فهنا يكون العقد باطلاً في حين أنه صحيحاً وفق النظرية التقليدية.

\*لكن ليس كل باعث يبطل العقد وفق هذه النظرية بل لا بد أن يكون الباعث أولاً غير مشروع ولا بد أن يكون الطرف الاخر على علم بعدم مشروعية الباعث أو كان بإمكانه العلم بذلك, فلو باع شخص سيارته ليقاصر بالثمن الباعث هنا مجهول ومختفي في نفس البائع فأن كان المشتري لا يعلم ولم يكن بإمكانه العلم بذلك بأن لم يهمل في التحري فالعقد صحيح لكن لو كان يعلم أو بإمكانه العلم بأنه أهمل في التحري عن ذلك فالعقد باطل لسوء النية وعدم مشروعية الباعث.

### \*موقف الفقه الاسلامي و القانون العراقي من نكره السبب ونظرياتها

#### 1-الفقه الاسلامي:

أختلفت آراء الفقهاء المسلمين حول فكرة السبب.

أ)الحنفية والشافعية:لا يعترفون بالسبب خارج عن إطار التعبير عن الارادة وعبارات العقد, فالسبب أو الباعث عندهم لا يأخذ به الا إذا ورج ضمن عبارات العقد فإذا ذكر أخذ بعين الاعتبار فإذا ذكر السبب غير مشروع كان العقد بطل وإذا لم يذكر فلا يبطل العقد أن كان السبب باطل غير مشروع طالما لم يذكر بالعقد, على هذا أجاز الحنفية والشافعية بيع (العنب) لصاحب مصنع الخمر طالما لم يذكر في العقد أنه سيستخدم العنب لصناعة الخمر فقد استخدمه وقد لا يستخدمه, وعلى هذا النهج سار الفقه الألماني.

ب)المالكية والحنابلة والجعفرية: يأخذون بما أخذ به الفقه اللاتيني فالسبب عندهم هو ما قالت به النظرية الحديثة وهو الباعث الدافع فإذا كان غير مشروع كان العقد باطل وان لم يذكر بالعقد طالما أن الطرف الاخر يعلم به أو كان بالإمكان العلم به, لذا هم لا يجيزون بيع (العنب) لصاحب مصنع الخمر.

2-موقف القانون العراقي: نص القانون المدني العراقي على السبب كركن في العقد دون أن تجدد معناه ودون أن يصرح في ما إذا كان قد أخذ بالنظرية التقليدية أو الحديثة الا أن من خلال قراءة النصوص الخاصة بالسبب يتبين أنه قد أخذ بالنظريتين التقليدية والحديثة إذ تنص(م 132\ ف1)على بطلان العقدإذا (ألترزم المتعاقد دون سبب) وهذه العبارة تدل على أنه أخذ بالنظرية التقليدية التي تعتبر السبب هو الغرض المباشر والغاية القريبة,لأنه أشتراط وجود السبب ووفق النظرية التقليدية السبب قد يوجد فالعقد صحيح وقد لا يوجد فيبطل العقد لذا أشتراطت المادة المذكورة وجود السبب أخذاً بهذه النظرية.

ثم نصت نفس الفقرة في المادة أعلاه أن العقد يبطل أيضاً إذا كان سببه ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام والاداب, ثم نصت (م 132 ف 2) أن يفترض لكل (التزام سبب مشروع) وهذا كله يدل على أخذ المشرع بالنظرية الحديثة نظرية (الباعث) الذي لا بد أن يكون مشروعاً وفق هذه النظرية.

كما أن القضاء العراقي يأخذ بالنظريتين.

أما عن أثبات السبب فبموجب (م 132 ف 2,3) لا يشترط ذكر السبب في العقد فإذا ذكر في العقد أعتبرها هو السبب الحقيقي, وإذا لم يذكر فقد أفترض المشرع أن للتزام سبب مشروع ويجوز أثبات عكس ذلك بأن ليس للتزام سبب, فإذا ادعى المتعاقد عدم وجود السبب عند عدم ذكره في العقد عليه أثبات ذلك فإن ذكر في العقد عُدَّ هو السبب الحقيقي وإذا ادعى المتعاقد أنه ليس السبب الحقيقي فعليه أثبات ذلك أو إذا ادعى أنه السبب الحقيقي لكن غير مشروع فعليه أثبات ذلك.

## المحاضرة الثامنة ((أوصاف العقد))

يقصد بوصف العقد كونه (باطل، أم موقوف أم صحيح) فللعقد أركان ثلاثة (رضا، محل، سبب) إضافة للشكلية في العقد الشكلي والتسليم في العقود العينية، فإذا كانت الأركان الثلاثة الرئيسية والآخرى ليس فيها خلل كان العقد صحيحاً وإذا أختل أحدها أو كلها فالعقد لا يكون صحيحاً وسندرس أوصاف العقد في الفقه الغربي والقانون المصري، ثم في الفقه الإسلامي والقانون العراقي:-

أولاً- أوصاف العقد في الفقه الغربي والقانون المصري:-

في الفقه الغربي والقانون المصري العقد إما باطل بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً:-

1-العقد الباطل بطلاناً مطلقاً: وهو العقد الذي أنعدم فيه ركن الرضا أو المحل أو السبب، أو أختل فيه المحل أو السبب، وليس لهذا العقد وجود قانوني لذا فهو :-

أ) لا تلحق هذا العقد الاجازة لأن الاجازة تصحيح عقد معيب في حين أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً غير موجود أصلاً حتى يصحح أو يجاز.

ب) لكل من المتعاقدين وخلفهما العام والخاص ودائنيهم التمسك بالبطلان وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه وأن لم يطلب ذلك أحد المتعاقدين .

ج) دعوى بطلان العقد تسقط بالتقادم فالعقد الباطل لا ينقلب صحيحاً وأن مضت مدة التقادم لكن مصلحة المجتمع تفترض التفريق بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان فدعوى البطلان تسقط بالتقادم في حين أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما في المثال:- لو سلم شخص ثلاجة الى آخر كرشوة فالاتفاق باطل ومضت مدة التقادم (15) سنة على ذلك فترفع صاحب الثلاجة دعوى لأستردادها بحجة بطلان العقد فالدعوى تسقط ولا يمكن رد السجادة اليه فالعقد الباطل لا ينقلب صحيح، لكن لو لم يسلم صاحب الثلاجة الى الشخص الاخر فرفع هذا الشخص المرثشي دعوى لأخذ الثلاجة فمن حق صاحبها الدفع بالبطلان وأن مره مدة التقادم لأن هذا الدفع لا يسقط بالتقادم.

د) رغم أن العقد الباطل ليس له وجود وبالتالي لا تترتب عليه أي آثار لكن تترتب على العقد الباطل كأستثناء نوعين من الآثار، آثار عرضية تترتب على العقد الباطل لا يوصفه عقد لأنه غير موجود بل بوصفه واقعة قانونية و آثار أصلية تترتب عليه بوصفه عقد :-

### 1-الآثار العرضية :-

تترتب على العقد الباطل آثار عرضية بوصفه واقعة لا عقد (ومثل هذه الآثار في الفقه الإسلامي هو الزواج بأحد المحارم فهو زواج باطل لكن اعتباراً بواقعه الدخول تترتب عليه آثار عرضية مثل ثبوت النسب ووجوب المهر والعدة).

والآثار العرضية في القانون هي ( إنتقاص العقد) و (تحول العقد ) :-

## أ) إنتقاص العقد :-

ومفاده أنه لو كان العقد يتضمن على شق صحيح وآخر باطل فالعقد في الاصل يكون باطل لكن يمكن تجزئة العقد فنزيل الشق الباطل إذا كان ممكناً ونعتبر العقد صحيحاً بالشق الاخر (م 139 مدني عراقي), ومثل ذلك في الفقه الاسلامي كما يرى الحنفية إذا تزوج شخص بأمرأة وسمى لها مهراً هو عشرة دنانير و زجاجة خمر فإن عقد الزواج يظل صحيحاً بالعشر دنانير وإزالة الشق الباطل وهو زجاجة الخمر, ومن الامثلة على ذلك في القانون العراقي أنه حدد الفائدة (7%) من قيمة الصفقة فلو تضمن العقد فائدة أكثر من (7%) فإن العقد يظل صحيحاً بـ(7%) وحذف ما زاد عن ذلك. لكن يلاحظ لو كان الشق الباطل هو الدافع للتعاقد وأنه غير قابل للتجزئة وأن المتعاقد ما كان ليقبل بالعقد بغير هذا الشق فإنه لا يمكن تطبيق إنتقاص العقد ويظل العقد باطلاً.

## ب-تحول العقد :-

ومفاده أنه لو كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد صحيح آخر تحول العقد الى هذا الصحيح إذا تبين أن نية الطرفين أنصرفت الى ذلك (م 140 مدني عراقي), مثل ذلك في القانون العراقي عقد البيع بثمن تافه فهو عقد باطل لأنعدام الثمن لكن يتحول الى عقد هبه صحيح و ومثل ذلك في الفقه الاسلامي يعبر شيئاً لآخر ويشترط عليه العوض فالاعارة باطلة لأنه لا يجوز فيها العوض لكن تتحول الى عقد قرض.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية ثلاث شروط :-

\* أن يكون العقد باطلاً بصورة كاملة فلو كان شقاً منه باطلاً لا كله نطبق نظرية إنتقاص العقد.

\* أن تتوافر في العقد أركان العقد الصحيح فإذا بطل البيع بالثمن التافه فإنه يتضمن عناصر الهبة فيتحول البيع الى هبة.

\* أن تتصرف نية المتعاقدين الى تحول العقد فيجب أن يتبين من ظرف العقد أن المتعاقدين قد قصدا هذا التحول والقاضي هو من يستخلص ذلك .

## 2-الاثار الاصلية:

وهي تترتب على العقد الباطل بوصفه عقد لا واقعه لحماية استقرار المعاملات وحسن النية ومثل ذلك لو تبين أن الشركة باطلة ولم تستوف الشكل المطلوب فإن العقود التي أبرمتها لا تكون باطلة لحماية الغير المتعاقدين بحسن النية, ولو أفى شخص دين لشخص يظن أنه دائن له ثم تبين أنه غير دائن فالوفاء صحيح ومبريء للذمة إذا كان الموفي حسن النية لحماية حسن نيته.

## 2)العقد القابل للابطال (أي الباطل بطلائاً نسبياً):-

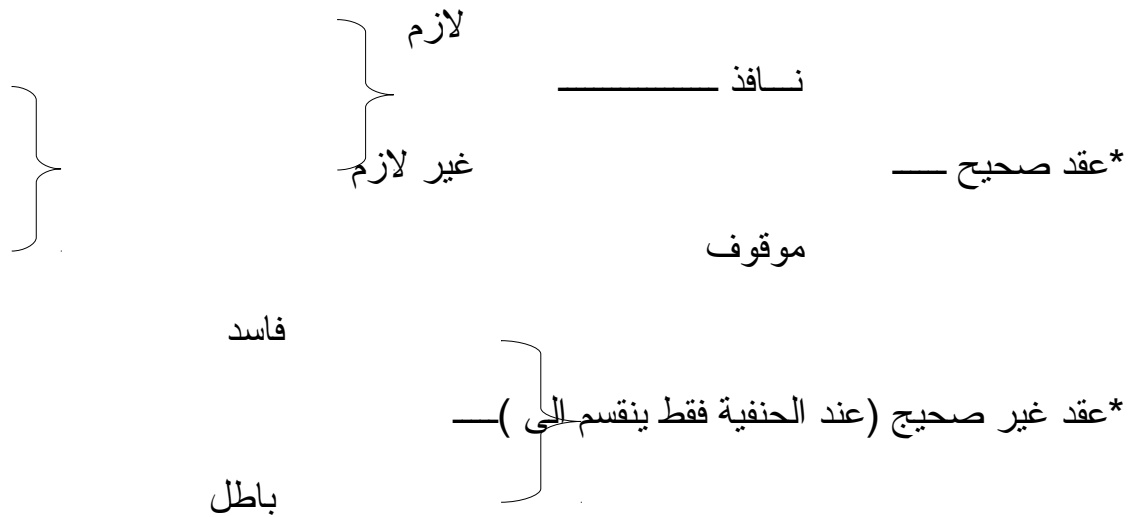
وهو العقد الذى يتوافر له ركنى المحل والسبب لكن يختل فى ركن الرضا كأن يكون المتعاقد ناقص أهلية , فهذا العقد يكون صحيح ونافذ لكنه قابل للإبطال فىستطيع المتعاقد فسخه فى أى لحظة فقبل ذلك يعتبر صحيح نافذ أما إذا حدد المتعاقد موقفه فأجازه ظل نافذاً أما إذا أبطله زالت آثاره على هذا :-  
 (أ) أن هذا العقد تلحقه الإجازة فهو معيب لا باطل أى موجود والإجازة تصحيح للعقد المعيب كالعقد الذى يبرم بالاكراه (فالمكره) يستطيع إجازة العقد والإجازة أما صريحة وقد تكون ضمنية كما لو تصرف المشتري المكره بالشىء الذى اشتراها بأكراه.

(ب) أن دعوى البطلان والدفع به تسقطان بالتقادم.

(ج) لا يستطيع التمسك بالبطلان النسبى الا الطرف الذى تقرر البطلان لمصلحته دون دائئىة وخلفه الخاص والعام فليس لهم هذا الحق الا بدعوى غير مباشرة كما أن المحكمة لا يمكن أن تقتضى به من تلقاء نفسها الا بطل من المتعاقد.

ثانياً- أوصاف العقد فى الفقه الإسلامى والقانون العراقى:-

ينقسم العقد حسب الفقه الإسلامى الى (5) أقسام:-



(1) عقد صحيح لازم وبات .

(2) عقد صحيح غير لازم قابل للفسخ .

(3) عقد صحيح موقوف .

(4) عقد فاسد (عند الحنفية فقط)

(5) عقد باطل .

\*العقد غير صحيح: ينقسم عند الحنفية الى :-

1- العقد الباطل : في الفقه الاسلامي للعقد (7) عناصر هي:

أ) تطابق الايجاب والقبول .

ب) اتحاد مجلس العقد .

ج) تعدد العاقدین .

د) التمييز أو العقل .

هـ) محل مقدور التسليم .

و) محل معين أو قابل للتعين .

ز) محل قابل للتعامل (مال متقوم) .

فالعقد الباطل في الفقه الاسلامي هو العقد الذي يتخلف عنه عنصر من هذه العناصر, ويكون له المميزات التي ذكرناها في الفقه الغربي فهو عقد غير موجود لا تلحقه الاجازة لكن الفقهاء المسلمين لا يجيزون سقوط دعوى البطلان والدفع بالبطلان بالتقادم خلاف الفقه الغربي الذي يسقط الدفع بالبطلان بالتقادم.

ويرتب الفقه الاسلامي آثار عرضية على هذا العقد بوصفه واقعة فالزواج بالمحارم باطل لكن يثبت فيه والعدة والمصر كما أن الفقه الاسلامي عرض (انتقاص العقد) و (تحول العقد).

2-العقد الفاسد :فالحنفية يرون أن العقد غير الصحيح ليس عقد باطل فقط وإنما عقد باطل وقد يكون عقد فاسد , فعناصر العقد المذكور آنفاً لا تكفي عندهم ليكون العقد صحيح بل لا بد أن تلحقها أوصاف خمسة والعناصر الثلاثة الاولى لا تحتاج الى وصف متمم وإنما فقط العناصر الاربعة الاخرى وكالاتي:-

أ) تطابق الايجاب والقبول | لا يحتاج الى وصف .

ب) اتحاد مجلس العقد | لا يحتاج لوصف .

ج) تعدد المتعاقدين | لا يحتاج لوصف .

د) التمييز (العاقل) | يحتاج لوصف متمم وهو أن يكون خالياً من الاكراه فإذا شابه أكراه كان العقد فاسداً .

هـ) محل مقدور التسليم | يحتاج لوصف وهو أن يخلو من الغرر فإذا كان به غرر صار العقد فاسداً .



و) محل معين أو قابل للتعيين | يحتاج لوصف وهو أن يخلو من الضرر و إلا كان العقد فاسداً.

ز) محل قابل للتعامل | يحتاج لوصفين هما : خلوه من الشرط الفاسد, وإلا كان العقد باطلاً.

\*على هذا فعند الحنفية إضافة العناصر العقد السبعة لابد من توافر خمس أوصاف لبعض هذه العناصر وهذه الاوصاف هي (الاكراه , الغرر, الضرر, الشرط, الفاسد , الربا) فإذا كان العقد يضمهم جميع هذه العناصر والاصاف فهو عقد صحيح أو كما يقول الحنفية عقد مشروع بأصله ووصفه وإذا تخلف عنه عنصر من العناصر كان باطلاً أو كما يقول الحنفية غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه .  
وإذا توافرت عناصره لكن تخلف وصف من الاوصاف الخمسة أو اكثر فهو عقد (فاسد) وكما يقولون مشروع بأصله وغير مشروع بوصفه.

ولما كان العقد الفاسد مشروع بأصله عند الحنفية فإن له وجود شرعي وقانوني لا مجرد واقعة يرتب كل آثاره لكن للمتعاقد الاخر حق فسخ العقد الفاسد بل للقاضي فسخه أيضاً.

\*ولم يأخذ جمهور الفقهاء ولا القانون المدني العراقي بالعقد الفاسد , فالقانون المدني العراقي ألحق العقد الفاسد بسبب الاكراه بالعقد الموقوف , وألحق العقد الفاسد بسبب الشرط الفاسد بالعقد الصحيح مادام هذا الشرط غير مخالف للقانون والنظام العام , والحق العقد الفاسد بالربا بالعقد الصحيح لأنه أجاز الفائدة القانونية .

### العقد الصحيح:-

وهو ثلاث أقسام في الفقه الاسلامي والقانون العراقي:-

1-العقد الموقوف :وهو عقد أما أن يصدر من شخص لا يملك حق إنشائه , أو إنه عقد يمس حقاً من حقوق الغير :-

أ)عقد يصدر من شخص لا يملك حق إنشائه وهو عقدين:

\*العقد الصادر ناقص أهليه.

\*العقد الصادر من الفضولي وهو شخص أجنبي يتصرف في مال شخص آخر على أساس أنه يتصرف لمصلحته.

ب)عقد يمس حقاً من حقوق الغير وهو عقدين :

\*تصرف المستأجر بالمؤجر,فهنا يمس حقوق صاحب المأجور(المؤجر).

\*تصرف المرتهن(بالمال المرهون)فهنا يمس حقوق حال المال وهو (الراهن).

هذه العقود الاربعة هي العقود الموقوفة :-

والعقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون العراقي عقد صحيح لكن غير نافذ أي لا يرتب آثاره الا بعد أن تصدر الاجازة من المتعاقد فإن أجازته نفذ وأن أبطله بطل ,ولم يحدد الفقه الاسلامي مدة لأصدار الاجازة أو النقض بخلاف القانون المدني العراقي الذي حدد مدة (3) أشهر بتقرير مصير العقد

الموقوف بالاجازة أو النقص تبدأ بالنسبة لتصرف الفضولي من تاريخ علم المالك يصدر التصرف من الفضولي وتبدأ بالنسبة لنقص الاهلية من تاريخ بلوغ سن الرشد أو من وقت علم الولي يصدر التصرف من ناقص الاهلية وتبدأ بالنسبة للعقد المشوب بالاكراه والغلط والتعزير في وقت زوال هذه العيوب, فإذا أصدرت هذه الاجازة خلال الفترة المحددة نفذ العقد وأن صدر النقص بطل العقد , وفي حال السكوت يعتبر العقد نافذ( م 136١ مدني عراقي) ويقابل العقد الموقوف(في الفقه الاسلامي والقانون العراقي) العقد القابل للأبطال أو الباطل بطلان نسبي في ( الفقه الغربي والقانون المصري) في حالاته لكن يختلف عنه في الاحكام فالعقد الموقوف صحيح لكن غير نافذ لا تترتب عليه اثار الا بعد الاجازة, أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فهو عقد صحيح نافذ تترتب عليه اثار لكن قابل للنسخ في أي لحظة من قبل المتعاقد, وفي موقف المشرع العراقي والفقه الاسلامي عدالة أكثر, لأنه لو قلنا أن عقد ناقص الاهلية أو الفضولي أو تصرفات المستأجر بالعين المأجورة أو المرتهن بالعين المرهونة هي عقود لا تترتب أثرها ولا تسري بحق المالك الا بعد الاجازة أفضل من القول أنها سارية المفعول ونافذه لكن يحق للمالك نقضها لأنه في هذه الحالة قد يخسر وقته وماله قبل إصدار النقص.

## 2-عقد صحيح غير لازم :

وهو العقد الصحيح النافذ الساري المفعول لكن يستطيع طرفيه فسخه أما لطبيعة العقد كالوكالة والوديعة والعارية اذ يستطيع الموكل إنهاء الوكالة في أي لحظة وسحبها من الوكيل كما يستطيع المودع والمعير فسخ الوديعة والاعاره, أما لوجود خيار في العقد يمنح حق الفسخ كخيار العيب بأن إذا ظهر عيب يفسخ العقد أو خيار الرؤية بأن اذا لم يعجب المتعاقد بالشيء فسخ العقد.

## 3-عقد صحيح لازم :-

وهو العقد البات النافذ الذي لا يستطيع أي طرف فسخه إنتهت أقسام العقد في الفقه الاسلامي والقانون العراقي لكن سنجمل موقف القانون المدني العراقي من أوصاف العقد عموماً ومن نظرية البطلان خصوصاً في النقاط التالية :-

- 1)لم يأخذ المشرع العراقي المدني بأوصاف العقد في الفقه الغربي وإنما أخذ بما هو مقرر بالفقه الاسلامي عكس القانون المصري الذي أخذ بالفقه الغربي.
- 2)لم يأخذ القانون المدني العراقي بفكرة العقد الفاسد في الفقه الحنفي وإنما الحق بعض صور العقد الفاسد بعقود اخرى كما رأينا , وأن أخذ به المشيء في الاحوال الشخصية.
- 3)حدد المشرع العراقي مدة هي(3) أشهر لتقرير مصير العقد الموقوف كما رأينا ولم يحدد الفقه الاسلامي مثال هذه المدة.

## أقترن الشرط بالعقد

ومفاده أن يضاف الى العقد شرطاً يغير من بعض أحكامه كما لو باع شخص منزله لآخر وأشترط عليه السكن معه لمدة سنة , وهذا يختلف عن ( تعليق العقد على شرط) الذي سندرسه لاحقاً والذي مفاده تعليق وجود العقد نفسه أو زواله على الشرط لا مجرد اضافة شروط اليه تغير احكامه, كما لو قال

شخص لآخر أبيعك سيارتي اذا سافرت فالعقد لا يوجد الا بعد تحقق الشرط وهو السفر أو بيعه سيارته ويقول اذا سافرت أفسخ العقد فالعقد ينتهي اذا الشرط وهو السفر.

-موقف الفقهاء والمسلمين في اقتران الشرط بالعقد .

اختلف الفقهاء والمسلمين في مسألة اقتران الشرط بالعقد فمنهم من تشدد ومنع اقتران الشروط بالعقد الا في حالات معينة وهم الظاهرية ومنهم من إتخذ موقف وسط وأجاز اقتران بعض الشروط بالعقد وهم الحنفية والشافعية , ومنهم من كان أكثر من وسطي وتوسع في أجازة اقتران الشروط بالعقد وهم المالكية ,منهم من توسع كثيراً في إباحة الشروط وهم الحنابلة و الجعفرية :-

أولاً - المذهب المتشدد (الظاهرية):- الذين لم يجيزوا اقتران الشروط بالعقد ما عدا الشرط الذي ورد في نص القران والسنة أو أجمع عليه المسلمون.

ثانياً - المذاهب الوسطية (الحنفية والجعفرية):- يقسمون الشروط الى ثلاث أقسام ,صحيحة وفسادة وباطلة .

1-الشروط الصحيحة وهي :-

(أ)الشرط الموافق لمقتضى العقد كشرط البائع على المشتري دفع الثمن قبل تسليمه الشيء.

(ب)الشرط المؤكد لمقتضى العقد كشرط البائع على المشتري تقديم كفيل يكفل وفائه الثمن.

(ج)الشرط الذي ورد به النص, كشرط الباع بحقه في فسخ العقد .

(د)الشرط الذي جرى به العرف كشرط مشتري الساعة على البائع أن يقوم بتصليحها اذا تعطلت .

2-الشروط الفاسدة التي تفسد العقد:-وهي الشروط التي لم تكن توافق أو تؤكد مقتضى العقد ولم يرد بها نص ولم يجبر بها عرف لكن فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو لشخص أجنبي ,كمن يبيع منزله لآخر ويشترط عليه السكن معه لمدة شهر .

3)الشروط الباطلة :- وهي شروط لم توافق ولم تؤكد مقتضى العقد ولم يجر بها عرف او يرد بها نص ولم تقرر منفعة لأحد المتعاقدين أو لشخص أجنبي ,كما لو باع شخص سيارته لآخر واشترط عليه عدم ركوبها.

ثالثاً- المذهب الاكثر توسعاً من المذاهب السابقة (المالكية):-

وهم يجيزون كل شرط يقتضيه العقد ولا يخالف مقتضاه وهذا يشمل الشروط السابقة التي قال بها الحنفية والشافعية الصحيحة فيها يضاف اليه أن المالكية يجيزون صحة الشرط الذي يجر منفعة لأحد المتعاقدين او للغير الذي اعتبره الحنفية والشافعية فاسداً لأن المالكية يرون أنه شرط لا يخالف مقتضى العقد , كمن يبيع منزله لآخر ويشترط عليه أن يسكن هو أو صديقه مع المشتري .

رابعاً- المذاهب التي تبيح كل الشروط (الحنابلة والجعفرية):-

أجاز الحنابلة والجعفرية كل شرط يقترن بالعقد ماعدا:-

- 1- الشرط المخالف لمقتضى العقد كمن يبيع (ثوب) لآخر ويشترط عليه عدم لبسه.
  - 2- الشرط الذي يخالف الشرع فيحل حرام أو يحرم حلال كالشرط الذي يبيح الربا.
- موقف القانون المدني العراقي من الشروط.

أخذ المشرع العراقي بالاتجاه الاخير في الفقه الاسلامي الذي يبيح كل الشروط الا إذا خالفت فيه القانون والنظام العام والاداب, فإذا كانت كذلك بطل الشرط المخالف للقانون والنظام العام والاداب وصح العقد, الا اذا كان هذا الشرط هو الدافع على التعاقد بأن المتعاقد لم يكن يقبل العقد لولا هذا الشرط فيبطل كل من الشرط والعقد, إذ نصت على ذلك ( م ١ 136 مدني عراقي) فأجازت ( ف 1 منها) أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو كان قد جرى به العرف, واجازت ( ف 2) أن يقترن بالعقد الشرط الذي فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير وكل شرط آخر غير مخالف للقانون والنظام العام والاداب والا بطل الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد يبطل الشرط والعقد معاً.

## المحاضرة التاسعة ((أثار العقد/حجية العقد من حيث الموضوع))

تنطوي تحت أثار العقد عدة مسائل تتمثل بالقوة الملزمة للعقد ولتفسير العقد والمسؤولية التعاقدية (ضمان)

### القوة الملزمة للعقد

إذا أبرم العقد صحيحاً أصبح حجية في مضمونه أو موضوعه كما أنه يصبح حجة في مواجهة أطرافه عليه سنتناول صحية العقد او القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع ومن حيث الاشخاص.

### القوة الملزمة للعقد (حجية العقد) من حيث الموضوع

العقد إذا أبرم صحيحاً أصبح قانون أو شريعة المتعاقدين وعلى المحكمة احترامه وتطبيقه كما تلتزم بأحترام وتطبيق القانون وعلى ذلك لا يجوز لأحد العاقدين أن يتصل مما ألتزم به في العقد ولا أن يغير أو يعدل مضمونه الا بمقتضى نص القانون أو بالتراضي مع المتعاقد الاخر المادة (146) امدني عراقي) ويتفرغ عن كون العقد حجة في موضوعه بحق أطرافه:

1) يجب أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م) 1-150 مدني عراقي , فإذا باع شخص لآخر محلاً تجارياً فأن البائع يلتزم بالامتناع عن منافسة المشتري منافسة ينتزع بها عملاء المتجر المبيع.

ومن مقتضى حسن النية في تنفيذ العقود تعاون العاقدين على تنفيذه بأن يخبر احدهما الاخر بما يحدث من ظروف وحوادث أثناء التنفيذ حتى يتمكن الطرف الاخر من الحد من اثارها أو درئها فعلى المؤمن له أخبار مشتركة التأمين بما يستجد من ظروف تزيد من الخطر المؤمن ضده و الا عدّ مخالاً بمبدأ حسن النية .

ثانياً: لا يقتصر أثر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (150-2 مدني عراقي) عليه أن بيع البقرة الحلوب يشمل بيع الرضيع وبيع البيت يضم بيع الحديقة وبيع السيارة يشمل بيع أدواتها الاحتياطية فالعرف والعدالة ستستلزمان أن تشمل العقود هذه الالتزامات الفرعية لأنها من مستلزمات العقود.

ثالثاً- الصورية :

يمكن تعريف الصورية بأنها عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين. فأيهما يسري من حيث الموضوع بحق المتعاقدين وخلفهما الخاص والدائنين العقد الحقيقي المستور أم العقد الصوري الظاهر الساتر؟

قبل بيان حكم الصورية نذكر أنواعها وهي :

1) صورية مطلقة: بأن يكون العقد الصوري لا وجود له في الواقع كأن يتهرب شخص من الضرائب أو حجز أمواله من قبل دائنيه فيقوم ببيعها بيعاً صورياً لأحد أقاربه وفي هذه الحالة غالباً ما يأخذ البائع

الصوري من المشتري الصوري أقراراً كتابياً بصورية البائع وعدم حقيقته يسمى بورقة الضد وذلك حفاظاً على حقوقه من الضياع.

(2) صورية نسبية : وهي تقتصر على نوع العقد ووجوده؟ كما في النوع الاول كأن يبرم شخص عقد هبه وهو في الحقيقة عقد بيع .

### - حكم الصورية

يختلف حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام عن حكمها بالنسبة للخلف الخاص والدائنين:-

أ-بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام :-

يسري بين المتعاقدين والخلف العام العقد الحقيقي أو الواقع الحقيقي حسب الاموال ولا عبرة بالوضع الظاهر فإذا كانت الصورية مطلقة فيسري بين المتعاقدين والخلف العام الواقع الحقيقي و لا عبرة بالعقد الصوري فإذا بعثك عيناً وكان البيع صورياً فلا وجود للبيع بيننا وأبقى مالاً للمبيع ولا يملك المشتري المبيع بالعقد الصوري, وإذا كانت الصورية نسبية فالعبرة بين المتعاقدين والخلف العام بالعقد الحقيقي المستتر لا بالعقد الصوري الظاهر فإذا بعثك سيارة وفي الحقيقة نقصد الهبه فالعقد الذي يسري هو الهبه لا البيع إذ نصت المادة (148 مدني عراقي) على (1) أن يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم (2) وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد أستوفى شرائط صحته.

ويقع عبث اثبات الصورية هنا على المتعاقد أو الخلف العام الذي يدعي خلاف الوضع الظاهر وعليه اتباع القواعد العامة في الاثبات فلا يجوز اثبات الصورية الا بالكتابة او ما يقوم مقامها اذا زادت قيمة الالتزام عن (50) ديناراً , واذا كان العقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز اثباته الا بالكتابة دائماً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام عن (50) ديناراً لأن العقد الظاهر هنا مكتوب فلا يجوز نقض.

ب-بالنسبة للغير (الخلف الخاص والدائنون العاديون)

اذا كان الخلف الخاص والدائنون العاديون حسني النية فلهم أن يتمسكو بالعقد الظاهر الصوري أو بالعقد المستتر الحقيقي حسب مصلحتهم ولتوضيح ذلك نضرب المثل الاتي :-

باع شخص سيارته لآخر وفي حقيقة الامر أن العقد عقد هبة أو باع شخص سيارته لآخر وفي حقيقة الامر العقد غير موجود (صورية مطلقة) فمن مصلحة البائع ودائنية التمسك بالعقد الحقيقي أو الوضع الحقيقي حتى يحصلوا على المبيع ويبطلوا الوضع الصوري, ومن مصلحة المشتري الخلف الخاص ودائنية التمسك بالوضع الظاهر الصوري حتى يحصلوا على المبيع وذلك اذا كانوا حسني النية أي الدائنين والخلف الخاص, وهنا قد يقع التعارض بين مصالح الجهتين فالجهة الاولى تتمسك

بالعقد الحقيقي والجهة الثانية تتمسك بالوضع الظاهر وقد حسم المشرع العراقي أي خلاف في هذا الغرض فرجح مصلحة من يتمسك بالوضع الظاهر لأعتبرات تتعلق بأستقرار التعامل فترجح هنا مصلحة الخلف الخاص ودائنية اذا كانوا حسني النية لأنهم يتمسكون بالوضع الظاهر .

ويستطيع الغير هنا ( الخلف الخاص والدائنين) أثبات صورية العقد بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن ولا يشترط هنا الدليل الكتابي لأنهم ليسوا أطرافاً فالعقد حتى يحصلوا على نسخة مكتوبة منه يثبت صورته, اذ تنص المادة (147 مدني عراقي) على: (( 1- اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين

وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري , كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر ؛ 2-و اذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للاولين ((. وأخيراً نصت المادة(149مدني عراقي)على عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو ,فما دامت هذه التصرفات الواقعة على العقار قد سجلت فلا يجوز بعد ذلك الادعاء بصورتيتها.

### الاستثناء على القوة الملزمة للعقد

#### من حيث الموضوع

#### (نظرية الظروف الطارئة)

سبقت الاشارة الى أن من مقتضى بمبدأ حجية العقد من حيث الموضوع بموجب المادة (146مدني عراقي ) أنه لا يجوز لأي من العاقدين أن ينفرد في تعديله أو إلغائه إلا اذا كانت طبيعة العقد أو القانون أو إتفاق الطرفين يسمح بذلك وعلى القاضي تطبيق هدم العقد الا اذا اصطدم مع قاعدة قانونية أمره من النظام العام , هذه هي القاعدة العامة والاستثناء الوارد عليها يتمثل بنظرية الظروف الطارئة.

#### أولاً - مضمون نظرية الظروف الطارئة

تنص المادة (146-2مدني) على (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وأن لم يصبح مستحيلًا صار مرهفًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين, أن تنقض الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة ذلك ,ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) أن نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة كما يلاحظ من النص تخرج بالقاضي عن حدوده المألوفة اذ لا يقتصر دوره فيها على تفسير العقد وتطبيقه بل يتعدى ذلك الى تعديل العقد, وهي من حيث الاثر تلتقي مع نظرية الاستغلال الذي يحصل وقت تكوين العقد والتي تؤدي الى غبن يعاصر إنعقاد العقد من حيث لا يؤدي هذا الاستغلال الى ابطال العقد أو وقف نفاذه بل يكون سبباً لرفع الغبن الى الحد المعقول.

#### ثانياً- الاصل التاريخي لهذه النظرية

يعود الفضل في لفت النظر الى هذه النظرية الى فقهاء الحواشي والشرح على المتون الذين حاولوا التخفيف من حدة النصوص الضاره والتيسير على المتعاقدين وقد أخذت مكاناً ملحوظاً في التشريعات المستمدة من أصل ديني فنادى بها فقهاء القانون الكنسي لكنها أخذت تضعف أمام طغيان مبدأ سلطان الارادة حتى أخفت في ظل القانون الفرنسي المغرق في روح الفردية حتى بعثت من جديد في القانون الدولي العام تحت مسمى نظرية(تغيير الحدود) ثم أنتقلت منه الى القانون الاداري وذلك بعد الحرب العالمية الاولى وتحديدًا بعد قضية (غاز بوردو) الفرنسية حيث أن شركة فرنسية كانت ملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو الفرنسية لكن الحرب العالمية الاولى قد أثقل من التزامها بإيصال الغاز الى هذه المدينة مما رفع سعر الفحم فيها وقد وقف مجلس الدولة الفرنسي الى جانب الشركة في هذه القضية معتبراً الحرب ظرفاً طارئاً,وبعد ذلك تلقت القوانين المدنية الحديثة هذه النظرية عن القانون الاداري .

### ثالثاً- مجال تطبيق النظرية

يرى بعض الفقهاء أن مجال تطبيق هذه النظرية قاصر على العقود المستمرة التنفيذ التي يوجد فاصل زمني بين إنعقادها وتنفيذها كعقد الايجار اضافة الى العقود دورية التنفيذ كعقد التوريد ذلك أن تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات هو من طبيعة هذه العقود ومد هذه النظرية الى العقود التي لا يكون تأجيل تنفيذ الالتزامات من طبيعتها قد يضر بالمدين عندما يدفع الدائن دائماً الى التمسك بالحصول على حقه كاملاً وفوراً وبذلك يحرم هدم المدين من الاستفادة من رغبة الدائن في التيسير عليه فلا تشمل هذه النظرية اذاً العقود المتراخيه التنفيذ.

أصبح هذا الرأي الآن رأياً مهجوراً والرأي الفقهي والقضائي السائد هو مد مجال تطبيق هذه النظرية الى كل عقد يوجد فاصل زمني بين أبرامه وتنفيذه سواء كان هذا الفاصل من طبيعة العقد كعقود المده المستمرة التنفيذ والدورية التنفيذ, أو كان هذا الفاصل ليس من طبيعة العقد بأن كان العقد فوري التنفيذ بطبيعته لكن بعض الالتزامات فيه تحتاج لوقت من الزمن حتى تنفذ وهي العقود الفورية المتراخيه التنفيذ كعقد المقاوله الذي يحتاج فيه التزام المقاول لفترة من الزمن حتى يكتمل تنفيذه طالما أنه قد تحدث قبل اكتمال التنفيذ ظروف غير متوقعة تجعل من التزام المقاول التزاماً مرهقاً وفي كل الاحوال لا تشمل هذه النظرية عقود الغرر (العقود الاحتمالية) لأن طبيعة هذه العقود قائمة على المضاربة بين الربح والخسارة ولا تتفق مع تدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين .

### رابعاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق هذه النظرية ثلاثة شروط:

1- أن تحدث بعد أبرام العقد حوادث استثنائية عامة, حتى يمكن تطبيق هذه النظرية يعيب أن تحدث بعد ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث تأخذ صفتين أن تكون أولاً استثنائية أي ان الحادث خارجاً عمل ألفه الناس واعتادوه كالزلازل والحرب ,وان تكون ثانية عامة بأن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين وإنما يشمل عدداً كبيراً من الناس كأهل منطقة أو محافظة معينة أو أصحاب حرفه أو مهنة معينة اذ قضت محكمة التمييز العراقية بأن انتشار الحمى القلاعية كوباء عام 1958 يعتبر ظرفاً طارئاً لمتعهدي توريد اللحم من المنطقة الشمالية الى المناطق بسبب الوباء فأعتبرت المحكمة أن هذا الوباء ومنع الحكومة التوريد أدى الى ارتفاع أسعار اللحم مما يجعله ظرفاً طارئاً هنا.

وتجدد الاشارة الى أن المشرع العراقي في المادة (792-1) الخاصة بعقد الايجار لم يشترط أن يكون الحادث عاماً حتى يتمسك أحد العاقدين بالظرف الطارئ بل حتى لو كان الحادث خاصاً بهم دون غيرهم فلهم التمسك بنظرية الظرف الطارئ كأن يحتج المؤجر على أن نقله من المنطقة التي يعمل بها الى المنطقة التي يوجد فيها الدار الذي أجره الى المستأجر ظرفاً طارئاً يبيح له فسخ عقد الايجار حتى يسكن في الدار التي لا يملك سواها , كما أن هذه المادة المشار اليها خرجت عن القاعدة العامة في الظروف الطارئة لأي من الطرفين الذي يحتج بالظرف الطارئ فسخ العقد لا المطالبه بأزالة الارهاق.

2- أن تكونت الحوادث الاستثنائية العامة غير متوقعة :



فما دام أن الحادث استثنائياً وعماماً فإنه لا يمكن توقعه بالنسبة للمدين ومعيار عدم التوقع معيار موضوعي إذ يكون الظرف غير متوقع للمدين اذا لم يكن بإمكان الرجل العادي توقعه إذ أن القول بالمعيار الشخصي واعتبار الظرف الطاريء غير متوقع لكل مدين على حده حسب ظروفه الشخصية ينطوي على عدم عدالة إذ أنه يكافيء المدين المهمل على عدم تبصره ويعاقب الحريص المتبصر على حرصه وتبصره فما دام أن المدين المهمل بحسب ظروفه ومستواه الذهني المنخفض لا يتوقع هذا الظرف الطاريء فإن بإمكانه التمسك بهذه النظرية وما دام أن المدين الحريص بحسب مستواه الفني العالي من المعرفة والفتنة يمكنه توقع هذا الظرف فلا يباح له التمسك بهذه النظرية لذا يكون معيار الرجل المعتاد أكثر تحقيقاً للعدالة.

ويضاف الى ذلك أن يكون الحادث المتوقع مما لا يمكن دفعه إذ لو كان بإمكان المدين دفعه بوسيلة ما ولم يقم بذلك يعد مقصراً ومخطأً فلا يستفاد من الظرف الطاريء كما لو كان بإمكان المورد الذي ألتزم بتوريد مادة ما من منفذ حدودي معين منعه ظروف الحرب من توريده من هذا القيام بتوريد هذه المادة من منفذ حدودي آخر بنفس التكلفة.

3- أن يصبح تنفيذ ألتزام المدين (مرهقاً) بسبب الظرف الطاريء فالظرف الطاريء لا يجعل تنفيذ الألتزام مستحيلاً كما تجعله القوة القاهرة وأما يجعله مرهقاً للمدين ويهدده بخسارة فادحة والارهاق يحدد بالنسبة الى الصفة التي أبرمها المدين دون النظر الى فقره وغناه، أما إذا كان هذا المدين يمارس مع الادارة بوجه خاصة عدة أنواع من النشاط يختلف قوه وضعف بحسب الاحوال فإن الارهاق يقدر كما يأتي:

أ) اذا كان المدين يمارس عدة أنشطة بينها إتصال وثيق فأنها تحسب فرعاً من الألتزام الاصلي الذي هددته الظروف الطارئة فإذا تعاقدت الشركة على توريد غاز لمنطقة معينة أصابها فبها ظرف طاريء وكانت تساهم مع شركة أخرى لتوريد غاز لمنطقة أخرى فإن هذا النشاط الاخير يحسب عند تقدير ارهاق الشركة في تنفيذ الألتزام الاصلي كما يحسب ما تبيعه الشركة من منتجات ثانوية تتصل بموضوع العقد الاصلي.

ب) اذا كان المتعاقد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد فإن جميع هذه الاعمال تأخذ بالاعتبار عند إحتساب الارهاق .

ج) أما اذا كان المتعاقد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط لا يجمعها عقد واحد فلا تدخل هذه الاعمال في حساب الارهاق.

د) لا يدخل في حساب الارهاق ما حققه المدين من أرباح قبل تحقق الظرف الطاريء .

\*تضيف محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز العراقية شرطاً رابعاً هو أن يحدث الظرف الطاريء والعقد لازال مستمر التنفيذ أما اذا أكمل المدين تنفيذ الألتزام مع ارهاقه فلا يحق له تطبيق الظرف الطاريء بعد ذلك ليزيل ما أصابه من خسارة.

خلفاً لما يذهب اليه مجلسا الدولة المصري والفرنسي اللذان يجيزان تطبيق هذه النظرية حتى بعد تنفيذ العقد، ويرى بعض الفقهاء من بينهم أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون أن موقف مجلسا الدولة المصري والفرنسي هو الارجح فيباح للمدين المطالبة بإزالة الارهاق حتى بعد تنفيذ العقد ذلك أن :

أ) أن هذه النظرية كما عرفنا من صنع القضاء الداري الذي لم يشترط لا في فرنسا و لا في مصر مثل هذا الشرط.

ب) أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة التي تأبى حرمان المدين من طلب إزالة الارهاق بعد تنفيذ العقد الذي قام بأحترام العقد ولم يمتنع عن تنفيذه في حين نقوم بتطبيق هذه النظرية على المدين المشاكس الذي امتنع عند تنفيذ العقد لم يحترمه.

ح) قد تأثرت محكمة التمييز العراقية ومحكمة النقض المصرية بالمادة (269) من القانون البولوني المصدر الذي أقتبست منه النظرية في القانونين العراقي والمصري وإذا كانت صياغة هذه المادة البولونية لا يسمح بتطبيق النظرية بعد تمام تنفيذ العقد لأنها أعطت للقاضي سلطة (تعيين طريقة التنفيذ أو تحديد مقداره أو فسخ العقد) وذلك لا يتصور الا اذا كان العقد لازال في دور التنفيذ، فأن المشرع العراقي أعطى للقاضي سلطة إنقاص الالتزام المرهق وردة الى الحد المعقول وهو متصور سواء كان العقد لازال في دور التنفيذ أم أنه قد نفذ.

#### خامساً- آثار نظرية الظروف الطارئة:

يترتب الى حدوث الظرف الطارئ أن تقوم المحكمة بأنقاص الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول فلا يجوز هنا فسخ العقد لأن النظرية تقوم على العدالة وليس من العدالة فسخ العقد لأن الدائن وحده هنا سيتحمل عبء الظرف الطارئ وعلى المتعاقد الذي يتمسك بالظرف الطارئ أن يستمر في تنفيذ التزامه المرهق أما اذا توقف عند تنفيذ التزامه فإنه سيتعرض للجزاء المقررة في العقد فضلاً انه سيحرم من التمسك بالنظرية لأن الهدف من هذه النظرية هو مساعدة المدين على مواصلة تنفيذ التزامه المرهق فلا يستفاد منها اذا توقف عند التنفيذ وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية.

- كيف يوزع الارهاق :-

يوزع الارهاق بموجب ثلاث قواعد:

1- يتحمل المدين وحده الخسارة المألوفة اذ لا تدخل هذه الخسارة في حساب الارهاق وقد حددت هذه الخسارة من قبل غرفة تجارة بغداد بـ (5%) من قيمة الصفقة.

2- تقسم الخسارة المتبقية الغير مألوفة بصورة مشتركة على الدائن والمدين أي هنا صفة كما في المثال الاتي : لو تعاقدت محافظة الانبار على إستيراد (50) طن من سوريا بسعر (200) دينار للكيلو الواحد ارتفعت الاسعار بعد التعاقد نتيجة الحرب الى (350) دينار للكيلو فأن حساب الارهاق وتوزيعه كالآتي :

مجموع سعر الصفقة = (50) طن أي 50,000 كيلو x 200 دينار = 10,000,000 دينار

ارتفع الى (50) طن أي 50,000 كيلو x مقدار الزيادة في السعر من 200 الى 350 أي 50,000 x 150 = 7,500,000

مجموع سعر الصفقة بعد الزيادة = 7,500,000 + 10,000,000 = 17,500,000

إذا مقدار الارهاق أو الخسارة = 7,500,000 أي 75% من الصفقة تخصم الخسارة المألوفه 2% وهي 50,000 دينار تبقى (70%) هو الخسارة غير المألوفة من سعر الصفقة أي 7,000,000 دينار وتتقسم على المتعاقدين مناصفة فتتحمل محافظة الانبار 3,500,000 ويتحمل المورد 3,500,000 وبالتالي يزول الارهاق عندما تدفع محافظة الانبار للمورد ثلاث ملايين ونصف أو عندما ترفع المحكمة سعر الكيلو من 200 دينار الى 270 دينار .

3- إذا زال الظرف الطارئيء زال معه الانقاص ورجع العقد الى ما كان عليه وإذا أشئتد أو خف فللقاضي اعادة النظر في التعديل الذي قضى به زيادة أو نقصاناً , واحكام هذه النظرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

## المحاضرة العاشرة ((أثار العقد/حجية العقد من حيث الاشخاص))

القاعدة العامة ان العقد لا يرتب أثره الا بحق المتعاقدين دون الغير ولا يقصد بالمتعاقدين هنا من باسرا العقد بأنفسهما أو بطريق الانابة بل يقصد بهما الى جانب هؤلاء خلفهما العام وقد ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص عند توافر بعض الشروط هذه هي القاعدة العامة التي تعرف بـ(نسبية أثر العقد) لكن قد ينصرف أثر العقد أحياناً الى الغير على سبيل الاستثناء وسندرس مبدأ نسبية أثر العقد والاستثناءات الوارد عليه.

### القاعدة العامة

#### نسبية أثر العقد

يقصد بمبدأ نسبية أثر العقد إنصراف أثر العقد لا الى المتعاقدين فحسب بل الى خلفهما العام والخاص, و المتعاقدين هما من باسرا العقد أصله أو نيابة ولا خلاف في انصراف اثر العقد الى المتعاقدين وأنما المشكلة تظهر بالنسبة للخلف عاماً كان أم خاصاً وعلى النحو الآتي :

#### أولاً : الخلف العام

الخلف العام هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع فيها ,كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة كالربع والخمس, فالخلافة العامة لا تظهر الا بعد الوفاة لأنها تقتض انحلال ذمة السلف المالية وإنتقالها للخلف.

وتنص المادة (1-142) على أنه (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث, ولم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام)

فإننتقال اثر العقد الى الخلف العام ليس مطلقاً بل بحد منها كما يقول النص قواعد الميراث وطبيعة العقد أو التعامل ونص القانون كما يأتي :

1-قواعد الميراث ويقصد بها القاعدة التي تقول ( لا تركه الا بعد تسديد الديون) ومن مقتضاها وجوب التفرقة بين الحقوق الناشئة عن العقد وبين الالتزامات المترتبة عنه:

(أ)الحقوق : الاصل أن حقوق المورث تنتقل الى الوارث بعد موته فمن مات ولم يقبض ثمن ما باعه أنتقل الحق في الثمن الى الوارث, هذا هو الاصل لكن ترد عليه استثناءات في الفقه الاسلامي تعود الى طبيعة الحق فلا تنتقل الى الوارث الحقوق غير المالية كحق أو الحقوق المتعلقة بشخص المورث كدين النفقة ولا تنتقل الى الوارث عند الحنفية الحقوق المتصلة بأرادة المدين كالخيارات وحق الشفعة وأستثنوا من هذه الخيارات خيار العيب والوصف والتعيين إذ قالوا بإننتقالها الى الوارث عن طريق الخلافة بل تنتقل ابتداءً لأعتبرات خاصة في العين المحملة بهذه الخيارات بينما تذهب معظم المذاهب الاخرى الى القول بوراثه الخيارات وحق الشفعة بينما لم يجز المشرع العراقي انتقال الحق في الاجل وخياري الشرط والرؤية الى الورثة .

(ب)الالتزامات : لا تنتقل الالتزامات الى الوارث اذ تحول قاعدة لا تركه الا بعد سداد الديون دون انتقالها بل تصبح التركة مسؤولة عن أدائها فمن مات ولم يسدد ثمن ما اشتراه بقي الثمن ديناً في التركة ولا ينتقل الى ذمة الوارث.

2-طبيعة العقد والتعامل كالعقود التي تكون فيها شخصية المورث محل إعتبار كالعقود المبرمة مع الطبيب والرسام اذ لا تنتقل التزامات الطبيب الميت الى ورثته.

3-نص القانون اذ قد ينص القانون على إنتهاء العقد بموت المتعاقد وعدم إمتداده مع الورثة كما نص القانون العراقي على نهاية عقد العمل بموت العامل وإنتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل. هذا وقد حمى القانون الخلف العام الوارث من بعض التصرفات التي يقوم لها المورث قبل وفاته والتي تضربه كأن يوصي هذا المورث بكل تركته أو بجزء كبير منها للغير لحرمان الورثة مقضى القانون بعدم نفاذ الوصية بحق الوارث الا بمقدار الثلث , كما أن المورث عندما يشعر بقرب موته وهو في مرض الموت قد يتصرف بما يضر بالوارث عن طريق تبرير أمواله فالحق القانون تصرفات المريض بمرض الموت بتصرفات الموصي فلا تنفذ بحق الوارث الا بحدود الثلث والحكم نفسه لو أن هذا المريض قد أبرأهم من الديون التي له بذمتهم.

### ثانياً: الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من تلقى من سلفه حقاً في شيء معين بالذات سواء كان مادياً أو معنوياً, فمن يتلقى ملكية شيء معين بالذات كالمشتري هو خلف خاص ومن يتلقى حقاً عيناً كالمنتفع بالنسبة لحق المنفعة هو خلف خاص ومن يتلقى ملكية حق شخص (دين) كالمحال له هو خلف خاص وتتص المادة(14-2 مدني عراقي) على (اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل الى خلف خاص وأن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل الى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه).

شروط إنصراف أثر العقد الى الخلف الخاص:

1-أن يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذ أنتقل الى الخلف فلا شأن للخلف بالعقد الذي يبرمه السلف والذي لا صلة له بالشيء المنتقل الى الخلف الخاص فمن يشتري شيء معين لا علاقة له بقرض أو إيجار أبرمه البائع على عين أخرى.

2-أن يكون عقد السلف سابقاً على انتقال الشيء الى الخلف الخاص فالعقد التالي لانتقال الشيء يكون قد صدر من شخص لا يملك حق التصرف فلا ينصرف أثره الا الخلف الخاص فمن يشتري شيء من شخص لا يسري بحقه الرهن الذي يبرمه الشخص على هذا الشيء بعد عقد البيع لأنه من الغير بالنسبة للرهن.

3-أن يعلم الخلف بالعقد السابق الصادر من سلفه والمقصود بالعلم هنا العلم الحقيقي لا المفترض غير أن تسجيل الحق العيني يغني عن العلم ويقع عبء اثبات هدم العلم على المتعاقد مع السلف.

4-أن تكون الحقوق والالتزامات التي رتيها عقد السلف من مستلزمات الشيء المنتقل الى الخلف الخاص وهي تكون كذلك اذا كانت مكملة للشيء أو محده له فالحقوق المكملة للشيء تعتبر من توابعه والتابع يتبع الاصل والالتزامات المحدده للشيء تبين مدى حقوق السلف عليه فهي تنتقل للخلف الخاص بموجب قاعدة أن الانسان لا يستطيع أن ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك.

وتعتبر الحقوق مكملة للشيء وتنتقل الى الخلف اذا كانت تقويه أو تدرأ عنه خطراً فمشتري الدار المؤمن عليها من قبل البائع ضد الحريق ينتقل اليه عقد التأمين ومن اشترى شيء ثم باعه لمشتري ثاني ينتقل للمشتري الثاني حق المشتري الاول في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية. واذا حصل صاحب متميز على تعهد من جاره بعدم المنافسة ثم باعه لينتقل للمشتري مطالبة هذا الجار بعدم المنافسة.

أما الحقوق الغير مكملة للشيء فلا تنتقل الى الخلف الخاص ومنها الحقوق التي لا تقوي الشيء ولا تدرء عنه الخطر فلو تعاقد السلف مع مقاول للبناء على أرض باعها للخلف لا ينتقل للخلف الخاص

حق مطالبة المقاول بالبناء، كما لا تنتقل للخلف الخاص حقوق السلف التي تكون شخصيته محل إعتبار في أنشائها كأن يشتري طبيب قطعة ارض يقيم عليها مستشفى وتنتقل وتعاقد مع شركة أدوية على تزويد المستشفى بالادوية فإذا نقل الطبيب المستشفى وباع قطعة الارض فلا ينتقل للمشتري حق مطالبة شركة الادوية بتوريد الادوية.

كما تنتقل الى الخلف التزامات السلف المحدده للشيء والتي تبين مدى حقوقه على هذا الشيء فمن يشتري قطعة أرض من شركة اشترطت عليه عدم البناء عليها لغير أغراض السكن ثم باع هذا المشتري الارض لشخص اخر فإن المشتري الثاني يتحمل بهذا الالتزام لانه من محددات الشيء بينما لا يعد التزام صاحب الارض مع مقاول البناء للبناء عليها من محددات الشيء فلا ينتقل الى مشتري هذه الارض.

### الاستثناءات على القاعدة العامة

#### (نسبية اثر العقد)

سبقت الاشارة الى أن مبدأ نسبية أثر العقد يقتضي بعدم إنصراف هذه الاثر لغير المتعاقدين وخلفهما العام والخاص غير أن اثار العقود قد تصرف لأشخاص غير هؤلاء يعتبرون من الغير عن العقد أو أجنب عنه.

غير أنه استثناءات غير حقيقية ظاهرية واخرى استثناءات حقيقية على مبدأ نسبية أثر العقد.

\*الاستثناء الظاهري غير الحقيقي (التعهد عن الغير).

رأى البعض في التعهد عن الغير استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقد بأن ينصرف أثر العقد المبرم بين المتعهد والمتعهد له الى الغير المتعهد عنه.

وفي حقيقة الامر أن التعهد كما سنرى ليس الا تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد أما اعتباره استثناءً على المبدأ فمرده الوهم الذ تشيره صياغه المادة (م 111) من القانون المدني الفرنسي المنظمة للتعهد عن الغير، ومن امثلة التعهد عن الغير قيام الشريك ببيع العين المشاعه ويتعهد للمشتري بالحصول على موافقة شريكه على البيع وقد نصت المادة (151- مدني عراقي) على :

(1) اذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بامر فإنه لا يلتزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه ويجب عليه أن يعرض من تعاقد معه اذا رفض الغير ان يلتزم ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر الدائن .

(2) أما اذا قيل الغير الوعد فإن أقراره لا ينتج أثراً الا من وقت صدوره مالم يتبين أنه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد))

ويستخلص من هذا النص أحكام التعهد :-

- 1- يتعاقد الشخص بأسمه لا بأسم الغير المتعهد عنه وبذا يختلف التعهد عن الوكالة والفضالة.
- 2- المتعهد لا يلزم الغير وإنما يلزم نفسه بالقيام بأقناع الغير بقبول التعهد هنا تبرز مسألة كون التعهد تطبيق لمبدأ نسبية اثر العقد لا استثناءً عليه فالتعهد يلزم اطرافه فقط المتعهد والمتعهد له ولا يلزم الغير متعهد عنه، والتزام المتعهد بإقناع الغير التزامه بنتيجة ولا مانع من أن يكون التزام بوسيلة وذلك بأن يبذل المتعهد جهداً لحمل الغير على قبول التعهد.
- 3- ينقض التزام المتعهد بأقرار الغير للتعهد ولا يسأل عن عدم تنفيذ المتعهد عنه للعقد الذي قبله بعد اقراره.

4- اقرار الغير للتعهد عمل ارادي صادر من جانب واحد ليس له شكل معين ولا يمكن أن يكون له اثر رجعي دفعاً للاضرار بحقوق الغير فإذا تعهد (أ) بأن يبيع (ب) سيارته الى (ج) فقام ب بيعها الى (د) ثم عاد وقيل التعهد الصادر من (أ) فإن (ب) يكون باع السيارة مرتين مرة الى (د) ومرة الى (ج) فأقرار التعهد لا يمكن أن يكون رجعياً من وقت التعهد لأن (د) سيتضرر اذ تنتزع منه الملكية وتعود الى (ج) من وقت التعهد.

لكن قد يكون للاقرار أثر رجعي اذا أنصرف الى ذلك قصد الغير صراحة أو دلالة كمن يبيع دار يملكها على الشيوخ مع شريكة القاصر بعد أن تعهد للمشتري بقبول القاصر للبيع بعد بلوغه فلو بلغ القاصر سن الرشد واخر البيع فهنا يكون قد قصد ان يكون لا قرار أثر رجوع من وقت تصرف الشريك.

5- اذا رفض الغير التعهد تحقق مسؤولية المتعهد اذ عليه تعويض المتعهد له عن عدم قبول الغير التعهد ويستطيع دفع المسؤولية اذا هو قبل ابرام العقد مع المتعهد له اذا كان ذلك لا يضر بالاخير بأن لم تكن شخصية الغير محل اعتبار في التعهد .

#### \*الاستثناءات الحقيقية على مبدأ نسبية اثر العقد

في هذه الاستثناءات ينصرف اثر العقد حقيقة الى الغير حسب ما تقتضيه العدالة ومتطلبات استقرار المعاملات خروجاً على مبدأ نسبية اثر العقد الذي يقضي بعدم انصراف أثر العقد الى الغير وهذه الاستثناءات هي:

1-الدعوى المباشرة

2-الاشتراط لمصلحة الغير

وسنتكلم هنا عن الاشتراط لمصلحة الغير

### الاشتراط لمصلحة الغير

مثاله قيام شخص بالتأمين على حياته لمصلحة زوجته وأشترط على شركة التأمين دفع مبلغ التأمين اليها عند وفاته, ففي هذا الاشتراط ثلاثة اشخاص:

المشترط:وهو من قام بترتيب الحق (الزوج)

المتعهد:هو من يتحمل الالتزام (شركة التأمين)

المنتفع: هو المستفيد من الحق وهو (الزوجة)

### أولاً- شروط الاشتراط لمصلحة الغير

هذه الشروط هي:

1)تعاقد المشترط بأسمه الخاص لا بأسم المنتفع فتعاقده بأسم المنتفع يجعل المسألة أما نيابه أو فضاله فالوكيل والفضولي يتعاقدان بأسم الاصيل وبأسم رب العمل.

2)أن يشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع وهذا يتضح الاستثناء على مبدأ نسبية اثر العقد فلو اشترط المشترط الحق لنفسه او لآ ثم حوله للمنتفع فالعمل هنا لا يعد اشتراطاً وإنما حوالة حق كما أن الخلف العام والخاص يحصلان على الحق من السلف أما في الاشتراط فإن الحق يثبت ابتداءً للمنتفع.

3)أن تكون للمشترط مصلحة شخصية من الاشتراط سواء كانت ماديه كأن يشترط البائع على المشتري دفع الثمن لدائن هذا البائع هذا يبرأ ذمته وقد تكون أدبية وهي الغالبة كأن يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده او زوجته وبناء على هذه المصلحة يستطيع المشتري مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه خلافاً للفضولي الذي لا يملك هذا الحق لانقضاء المصلحة.

## ثانياً- أحكام الاشرط

1-علاقة المشترط بالمتعهد :ويحكم هذه العلاقة طبيعة العقد المبرم بينهما فقد يكون عقد بيع يشترط فيه دفع الثمن لشخص ثالث فيطبق بين المشترط والمتعهد عقد البيع بكل التزاماته وضمائانه واذا أخل المتعهد بهذه الضمانات جاز للمشرط فسخ العقد والمطالبة بالتعويض عما اصابه وأصاب المنتفع من ضرر.

2-علاقة المشترط بالمنتفع :قد يكون المشترط متبرعاً بالحق للمنتفع فيكون عقده هبه يشترط فيه ان يكون أهلاً للتبرع ويجوز له الرجوع في الهبه عند وجود سبب من أسباب الرجوع وعدم وجود المانع وقد لا يريد المشترط التبرع بل يريد المعاوضه كأن يكون قد أشرط للمنتفع الحق لايفاء بدين للاخير بذمة المشترط فينطبق هنا أحكام الرضا , وقد يريد المشترط أقراض المنتفع فتطبق هنا على هذه العلاقة أحكام القرض وهكذا.

3-علاقة المنتفع بالمتعهد:ومن خلال هذه العلاقة تظهر جلياً طبيعة الاشرط الخاصة وكونه استثناء على نسبية أثر العقد اذ ان المنتفع يحصل على حق من عقد الاشرط الذي لم يكن طرفاً فيه بل قد يكون غير موجوداً وقت ابرامه يخوله مطالبة المتعهد بالحق ومقاضاته على ذلك.

\*وقد حاول بعض الفقهاء عبثاً التماس تبرير لهذا الاستثناء في القواعد العامة فمنهم من قال بنظرية الايجاب وموداها أن الاشرط ينشأ عقدان متتاليان زمانياً أولهما العقد المبرم بين المشترط والمتعهد ينشأ بموجبه الحق للمشرط ابتداءً ثم يليه عقد بموجب ايجاب ضمني بين المشترط والمنتفع ينقل الحق لهذا الاخير ولا يمكن قبول هذه الفترة لأنها توقف حق المنتفع بينما في الاشرط حق المنتفع لا يسقط بموت المشترط بل يزداد تأكيداً اذ لا يمكن الرجوع عنه بعد الوفاة , كما انه عملاً لا يصدق مثل هكذا تصور فكيف يتوقف نشوء الحق على قبول المنتفع الذي قد لا يكون موجوداً أصلاً ورغم ذلك يحصل على الحق.

\*وقال البعض الاخر بنظرية الفضالة بأعتبار المشترط فضولياً يبرم العقد لمصلحة المنتفع في حين أن المشترط يتعاقد بأسمه الخاص بينما يتعاقد الفضولي بأسم رب العمل ولا تكون للفضولي مصلحة التي لا بد منها لوجود الاشرط.

\*وذهب فريق ثالث الى القول بالارادة المنفردة بأن ارادة المتعهد المنفردة هي التي انشأت حق المنتفع ,والارادة المنفردة لا تصلح لإنشاء الالتزام الا اذا نص القانون ولم يكن الاشرط من بين الحالات التي نص فيها القانون على صلاحية الارادة المنفردة في انشاء الالتزام.

\*وقال البعض الاخر بفكرة حوالة الحق بأن المنتفع محال له أحيل له الحق من المشترط وبمقتضى الحوالة يثبت الحق في ذمة المشترط حتى يحول للمنتفع بينما المنتفع في الاشرط يحصل على الحق مباشرة من الاشرط وعلى هذا لا يبرر الا كونه استثناءً على مبدأ نسبية اثر العقد.

فالتبرير الامثل لحق المنتفع اذاً أنه استثناء حقيقياً من نسبة اثر العقد وبالتالي فإنه يحمل صفات ثلاثة هي:-

1-أنه حق مباشر: أي أن الحق يذهب الى المنتفع مباشرة دون أن يمر بذمة المشترط فلا يستطيع دائنو المشترط الانتفاع من هذا الحق بعد وفاته لانه لم يدخل ضمن تركه المشترط حتى ينفذوا عليها بموجب قواعد الميراث ولا يستطيعون الانتفاع به ايضاً في حال حياته وليس لهم استعمال حق مدينهم (المشرط) في نقض الحق لان حق النقض شخصي متصل بإرادة المشترط.



2- أنه حق قلق: أي انه قابل للنقض من جانب المشتراط الى ان يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط (م 153-1 مدني عراقي) والنقض يتم بعمل ارادي صريح او ضمني كأن يحول المشتراط الحق من المنتفع الى شخص اخر ا وان يطالب المتعهد بتسديد هذا الحق لمصلحته ويوجه المنقض الى المنتفع لكن يجب اعلان المتعهد به حتى لا يسدد للمنتفع الحق ولا يزول حق النقض الا بأبداء المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط أو أن يموت المشتراط حيث يسقط حق النقض ولا يجوز لأي من ورشته أو دائني إستعماله لأنه لصيق بشخصية المشتراط.

وحسب نص المادة (153-1 مدني) يجب أن لا يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد بأن يكون مضرراً بالغير الذي تعلق حقه بالاشتراط فالبايع الذي يشترط على المشتري دفع الثمن لدائن هذا البايع لا يمكنه نقض الاشتراط لتعلق حق الدائن به.

3- حق المنتفع مستمد في العقد : عليه يدور حق المنتفع مع عقد الاشتراط وجوداً وهدماً فأذا بطل الاشتراط بطل هذا الحق ويستطيع المتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بكل الدفع الناشئة عن عقد الاشتراط كالدفع بالاكراه أو التغيرير من قبل المشتراط.

4- المنتفع صاحب الحق أجنبي عن عقد الاشتراط:-

عليه لا تعتبر الاحكام الصادرة في النزاع بين المشتراط والمتعهد حجة على المنتفع, ولا يسري بحق المنتفع تعديل عقد الاشتراط الا اذا كان ثابت التاريخ, وليس للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالمقاصة بدين له على المشتراط, ويجوز للمنتفع ما دام أنه أجنبي عن العقد وليس طرفاً فيه أثبات حقه بكل طرق الاثبات ولا يشترط الدليل الكتابي بل حتى بالبينة والقرائن .

## المحاضرة الحادية عشرة ((تفسير العقد والمسئولية العقدية))

### • تفسير العقد

قد ينصب عمل القاضي على تكييف العقد بتحديد طبيعته القانونية فيما لو كان عقد بيع أو هبة أو غير ذلك لكن قد ينصب عمل القاضي على ايضاح شروط العقد المبهمة وتحديداتها وبيانها لمصلحة أحد أطراف العقد وهنا يسمى عمل القاضي بتفسير العقد ويستعين بعمله هذا بجملة من القواعد كما يأتي:-

1) العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني: فعلى القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وأن لا يقف عن حرفية النصوص فالهبة بشرط العوض تعتبر على هذا بيعاً.

2) تترك الحقيقة بدلالة العادة : فإذا كانت هناك عادة معتبرة التزم بها القاضي وترك حقيقة اللفظ فالقول لشخص أني مدين لك بكذا إذا أتى شهر تموز يحمل ذلك على الاقرار بالدين المؤجل.

3) إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز: فلا يصار إلى المجاز الا اذا تعذرت الحقيقة فمن يوقف داره على أولاده ولم يكن له أولاد حمل الوقف على الاحفاد فالحفيد يأخذ اسم الولد مجازاً.

4) لا عبرة بالدلالة مقابل التصريح: فلو قبض المشتري الذي لم يدفع الثمن المبيع في مجلس العقد ولم يصرح البائع بنهيه عن ذلك كان هذا دليلاً على صحة القبض النزول عن حق الحبس.

5) أعمال الكلام أولى من اهماله واذا تعذر الكلام يهمل : كمن يقول لآخر بعتك البناية الحكومية الفلانية فأن كلامه يتعذر أعمال فيهمل.

6) المعروف يفسر ما غمض أو نقص من العقد والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً: فمن يشتري أجهزة تقنية من شركة متخصصة يلزم الشركة بتصليحها عند العطل فالعرف جزى على ذلك.

7) يفسر الشك في مصلحة المدين: فإذا لم يستطع القاضي تفسير العقد فسر له لمصلحة المدين فإذا تعددت ديون المدين من حيث ثقلها عليه واختلفت مع الدائن في تعيين جهة الدين حدد الدين الاخف على المدين كدين واجب الوفاء, على أن الشك في عقد الاذعان يفسر لمصلحة المذعن في كل الاحوال دائناً كان أم مديناً.

### • المسئولية العقدية

المسئولية التعاقدية هي الجزاء المترتب على أخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدية, فيشترط لذلك وجود عقد صحيح لم يرق المدين بتنفيذه فيكون للدائن اللجوء الى القضاء لمطالبة المدين بالتنفيذ الفني الجبري متى كان ممكناً فإذا لم يكن ممكناً أو أنه كان ممكناً ولكن فيه أرهاق له جاز للقاضي الحكم على المدين بالتعويض والمسئولية هنا مسؤولية عقدية يشترط لها ثلاث أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية عن شرط رابع يتمثل بالاعذار وهو قيام الدائن بتبنيه المدين على أخلاله بالتزامه العقدي

### الخطأ

وهو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما ألتزم به وقد أخذ الفقه سابقاً بنظرية تدرج الخطأ فقسمه الى ثلاث درجات :-

خطأ جسيم : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الرجل المهمل ويلحق بالغش.

خطأ يسير : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل المعتاد.

خطأ تافه : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل الحريص الحازم.

وقد قسم أنصار هذه النظرية العقد الى ثلاثة أنواع تبعاً لتدرج الاخطاء :-

-عقد المنفعة الدائن وحده مثال الوديعه فلا يسأل المودع لديه الا عن الخطأ الجسيم فهذا العقد لمصلحة الوديع وحده .

-عقد المنفعة الطرفين مثاله البيع فيسأل المدين عن الخطأ اليسير.

- عقد المنفعة المدين وحده ومثاله عقد العارية(الاعارة) حيث يكون العقد لمصلحة المدين المستعير وحده ولا منفعه للدائن المعير فيسأل المدين المستعير هنا حتى عن الخطأ التافه.

وأن كان الفقه الحديث قد هجر هذه النظرية الا أن بعض اثارها لازالت شاخصة في معظم التشريعات الحديثة ومنها القانون المدني العراقي ومثل ذلك نص المادة (259) التي تجيز الاعفاء من المسؤولية العقدية الا تلك التي تنشأ عن غش المدين وخطأ الجسيم.

\*أثبات الخطأ: يختلف الاثبات في الالتزامات نتيجة عنه في الالتزامات بوسيلة ففي الالتزامات بتحقيق نتيجة التي يلتزم فيها المدين بتحقيق نتيجة معينة كالتزام البائع بتسليم المبيع ما على الدائن الا أن يثبت صحة العقد وعدم تحقيق النتيجة المرجوه منه فيفترض القانون خطأ المدين البائع لكن الغرض هنا قابل لأثبات العكس كأن يثبت المدين أنه لم يقم بالنتيجة وهي هذا تسليم المدين نتيجة سبب أجنبي كخطأ الدائن نفسه كأن لم يقم المشتري بدفع الثمن أو نتيجة قوة قاهرة أو سبب أجنبي ,أما في الالتزامات بوسيلة أو ببذل عناية التي يلتزم فيها المدين ببذل قدر من العناية لا تحقيق نتيجة كالتزام الطبيب بمعالجة المريض فأن عدم تحقيق النتيجة وهي شفاء المريض غير كاف لمسألة المدين(الطبيب)بل على الدائن أن يثبت وهو هنا المريض أن فشل المعالجة الطبية كان لخطأ الطبيب وأنه لم يبذل العناية المطلوبة في ذلك.

ففي الالتزامات بنتيجة لا يتحمل الدائن عبء الاثبات وانما يفترضه القانون في جانب المدين أما في الالتزامات بوسيلة فأن الدائن هو من يتحمل عبء أثبات خطأ المدين .

### الضرر

وهو الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له, وهو أما أدبي يصيب الانسان في مشاعره وكرامته أو شرفه وهو ضرر لا يمكن التعويض عنه في المسؤولية العقدية وأما ضرر مادي يلحق المضرور بجسمه أو ماله.

- والضرر المادي نوعان:-

مباشر يعتبر نتيجة مباشرة لخطأ المدين دون أن يفصله عن هذا الخطأ سبب أجنبي .

وضرر غير مباشر لا يعتبر نتيجة مباشرة لهذا الخطأ بل فصله عنه سبب أجنبي آخر.

- والضرر المباشر نوعان :-

ضرر مباشر متوقع يعد نتيجة طبيعية لخطأ المدين ونتيجة مألوفة لهذا الخطأ.

وضرر مباشر غير متوقع لا يعد نتيجة طبيعية ومألوفة لخطأ المدين أي أخلاله بالتزامه العقدي.

والمضروور في المسؤولية العقدية حسب نص المادة(169مدني عراقي) لا يعوض الا عن الضرر المباشر المتوقع فلا يسأل المدين المخطأ عن الضرر غير المباشر ولا يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع لكن المدين يكون مسؤولاً عن الضرر المباشر غير المتوقع في حال ارتكابه غش أو خطأ جسيم والتبرير لذلك يبني على أساس افتراض وجود اتفاق ضمني يقر مسؤولية المدين عن الاضرار المباشر المتوقعة التي تكون نتيجة مألوفة ومتوقعة للطرفين لكن في حال ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيم فإن هذا الاتفاق المفترض يكون باطلاً وبالتالي يسأل المدين عن جميع الاضرار المباشر التي توقعها والتي لم يتوقعها.

مثل قانوني:-

أستأجر مزارع آله حصاد لجني ما زرعه من القمح أخل المؤجر بالتزامه فأضطر الى أستأجر آله أخرى بأجرة مرتفعة، ونتيجة ضياع الوقت في أستأجار الآله الثانية تلف بعض المحصول لتأخر جنية ثم هطلت أمطار غزيرة دمرت باقي المحصول، فيكون الضرر المادي كما يأتي:-

الفرق بين الاجرتين : ضرر مباشر متوقع يسأل عنه المدين في كل الاحوال

تلف بعض المحصول نتيجة تأخر جنيه : ضرر مباشر غير متوقع لا يسأل عنه المدين الا اذا ارتكب غش أو خطأ جسيم.

تلف باقي المحصول بسبب المطر: ضرر غير مباشر لا يسأل عنه المدين في كل الاحوال.

### العلاقة السببية

العلاقة أو الرابطة السببية هي العلاقة التي تربط الضرر الذي أصاب الدائن بخطأ المدين فأذا أنقطعت هذه العلاقة لأي سبب انتقت المسؤولية وهذه الرابطة مفترضة وعلى المدين الذي يريد التخلص من المسؤولية أثبات انقطاعها (المادة 168 مدني عراقي) ، كما لو أهمل المحامي في الطعن استئنافاً بدعوى من الدعوى حتى مرت مدة الطعن ثم تبين لاحقاً أن الدعوى لا يجوز استئنافها لأن المبلغ المطالب به في الدعوى(500)دينار ولا يجوز الاستئناف الا إذا زاد المبلغ عن (500)دينار فأهمال المحامي لا يجعله مسؤولاً لأن خطأه لم يؤدي الى الضرر الذي أصاب الدائن وإنما تحقق الضرر لسبب آخر.

\*جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية:-

أجازت المادة (259 مدني عراقي) للمتعاقدين الاتفاق على أعفاء المدين من المسؤولية الا التي تنشأ عن خطأه الجسيم أو عن اذا يجوز للمشتري والبائع الاتفاق على أعفاء الاخير من ضمان الاستحقاق

والعيب الا اذا تعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق والعيب غشاً منه , ويجوز للمدين الاتفاق على أعفائه من المسؤولية الناشئة عن الخطأ الجسيم والغش الصادر من أتباعه كأن يشترط المقاول الاصلي أعفائه من المسؤولية الناشئة يفعل المقاول الثانوي أياً كان خطأه.

\*السبب الأجنبي :-

ويقصد به الحادث الذي قطع رابطة السببية بين خطأ المدين وبين الضرر أو الحادث الذي يرتفع به خطأ المدين.

-أنواع السبب الاجنبي :-

1)خطأ الدائن :-

فإذا أمتع البائع عن تسليم المبيع للمشتري فلا مسؤولية عليه إذا أثبت أن إمتاعه كان لتأخر المشتري في دفع الثمن فخطأ المشتري الدائن هنا قطع العلاقة السببية بين الضرر الذي أصابه من عدم التسليم وبين خطأ المدين البائع.

2)القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :-

والقوة القاهرة عبارة من أمر غير متوقع خارج عن إرادة المدين تجعل من تنفيذ ألتزامه مستحيلأ لا مرهقأ كما في الظرف الطاريء فأن ألتزام رسام برسم لوحة ثم قطعت يده فلا مسؤولية عليه , وقد أستخدم المشرع العراقي لفظ القوة القاهرة ثم استخدم لفظ الحادث الفجائي كلفظ مرادف ثم أقتبس لفظ الافة السماوية من الفقه الاسلامي.

وقد حاول الفقه الفرنسي التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي من حيث المعنى اذ قالوا أن القوة القاهرة أمر خارج عن الشيء أم الحادث الفجائي فهو أمر غير متوقع من داخل الشيء فإصطدام سيارة الناقل بسيارة أخرى قوة القاهرة لأن الاحتدام أمر من خارج السيارة هو حادث فجائي جاء من داخلها.

## المحاضرة الثانية عشرة ((أنحلال العقد))

يجب التمييز ابتداءً بين أنحلال العقد وأنقضائه فأنقضاء العقد يعني إنتهائه بصورة طبيعية بتنفيذه أو بإنتهائه مدته أما أنحلال العقد فيقصد به إنتهاء العقد نهاية غير طبيعية أو مبتسرة أما بعدم تنفيذه أو قبل نهاية مدته.

### -أسباب أنحلال العقد

ينحل العقد بالفسخ والاقالة وبالالغاء وبالرجوع:

### 1-الفسخ والاقالة

الفسخ يعني أزاله العقد بعد أبرامه كأزالة عقد البيع بعد التعاقد لأسباب تتعلق بعدم تنفيذ المتعاقد لألتزاماته فيحق للمتعاقد الاخر طلب فسخ العقد مع التعويض وهنا تظهر المسؤولية العقدية كجزاء عن عدم تنفيذ العقد لكن المسؤولية العقدية لا تتحقق الا بصدور خطأ من المتعاقد أما الفسخ فلا يشترط الخطأ.

### -أنواع الفسخ

للفسخ ثلاثة أنواع :-

**أولاً:الفسخ القضائي :** ويعني صدور حكم من المحكمة بحل الرابطة التعاقدية وهو الاصل العام في الفسخ لأن القضاء هو مناط الفصل في المنازعات .

لكن يلاحظ هنا أن للمتعاقدين وللمحكمة سلطات واسعة في أيقاع الفسخ من عدمه فللدائن عدم طلب الفسخ وطلب الحكم بالتنفيذ العيني الجبري اذا كان ممكناً وله العدول عن ذلك وطلب التعويض وللمدين الفسخ اذا عرض التنفيذ للدائن كما أن المحكمة تملك سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ فلها العدول عن الفسخ وأعطاء المدين الممتنع عن التنفيذ مهلة لتنفيذ ألتزامه ( مهلة قضائية أو نظرة ميسرة) يستطيع المدين خلالها تنفيذ ألتزامه وللقاضي رفض طلب فسخ العقد اذا تبين له أن الجزء الذي لم ينفذه المدين من ألتزامه ضئيل لا يتناسب مع قيمة الألتزام الكلية.

### **ثانياً: الفسخ القانوني ( الانفساخ):**

وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون اذا أستحال على المدين تنفيذ ألتزامه سواء كانت الأستحالة لسبب أجنبي لا يد له فيه أم كانت راجعة الى خطأ منه حسب نص (ف 1 م 179 مدني عراقي) ويرى الفقه المصري أستناداً الى نصوص القانون المدني المصري أن الانفساخ القانوني لا يكون الا اذا كانت أستحالة التنفيذ لسبب أجنبي أما في القانوني العراقي فأن الانفساخ القانوني ينهض في حالة كون الأستحالة لسبب أجنبي أم لخطأ المدين وكل ما في الامر أنتقاء التعويض في الحالة الاولى ووجوبه في الحالة الثانية ,أذاً لا تلازم بين الفسخ والتعويض فقد يفسخ العقد بدون تعويض وقد يفسخ مع التعويض في حين أن القانون الالمانى لم يجز الجمع بين الفسخ والتعويض .

\*أما عن تبعة الاستحالة فمن يتحملها المدين أم الدائن فالجواب يختلف باختلاف يد المدين فيما إذا كانت يد ضمان أم يد أمانه فالقاعدة العامة أنه إذا أضحال تنفيذ الالتزام أنفسخ العقد وتحمل المدين وحدة تبعة ذلك إذا كانت يده يد ضمان أي عندما يكون يقبض الشيء وهو ضامن له كما في عقد البيع فيد البائع على المبيع يد ضمان أي يضمنه للمشتري فإذا هلك قبل تسليمه للاخير تحمل البائع تبعة الهلاك وأنفساخ العقد , أما إذا كانت يد المدين يد أمانه كما في الوديعه والعاريه فالمودع لديه والمستعير يقبض الشيء دون أن يضمنه للمتعاقد الاخر فهو بمثابة أمانة عنده فإذا هلك لقوة قاهرة أنفسخ العقد دون أن يتحمل المدين هنا أي تبعة الا إذا كان الهلاك بخطأ منه .

**ثالثاً: الفسخ الاتفاقي :** للفسخ الاتفاقي صورتان هما الأقالة والشرط الصريح الفاسد :-

(1) الأقالة : الأقالة لغة الازاله وهي تعني اتفاق الطرفين بعد التعاقد على إزالة العقد المبرم بينهما سواء أخل المتعاقد بالتزامه أم لا بخلاف الشرط الفاسخ الذي لا يقع إلا إذا أخل المتعاقد بالتزامه.

فمثلا هنا بائع السيارة يسلم المبيع للمشتري ويقبض الثمن ثم بعد ذلك يتفقون على أقالة البيع بأن يعيد المشتري السيارة للبائع ويسترد الثمن.

فتثور هنا مسألة الطبيعة القانونية للأقالة , فهل تعتبر فسخ للعقد أم عقد جديد يكون فيه المشتري بائع والبائع مشتري , هناك ثلاث آراء قيلت في تكييف الأقالة :-

1-الرأي الاول يذهب الى أنها عقد جديد لا فسخ للعقد الاول وهو مذهب المالكية وأهل الظاهر وفي هذه الحالة تعقيد للمسألة فيجب على عقد البيع الجديد كما في المثال السابق أن يختلف في شروط عن العقد الاصلي فيجب أن يختلف الثمن الذي اشترى به المشتري السيارة عن الثمن الذي يقال به العقد فقد يقل وقد يكثر وفي هذا ضرر لأحد المتعاقدين.

2-الرأي الثاني وهو رأي الشيعة الامامية ورأي الحنابلة ويذهب الى أن الاقاله فسخ في حق المتعاقدين وفي حق الغير وليست بعقد جديد فلو أنها عقد بيع جديد كما في المثال المشار اليه فيجب أن تختلف شروطه وفي الاقاله لا تختلف هذه الشروط ولو كانت الاقاله بيع فأنها لم تصح في السلم القبض لكنها صحيحة قبل ذلك, وأذا كان من شأن هذا الرأي أن يحفظ حقوق المتعاقدين ألا أنه يضر بالغير فلو فرضنا أن المشتري عندما اشترى السيارة باعها للمشتري ثاني ثم وقعت الاقاله بين المشتري الاول والبائع ولو قلنا أنها بحق الغير فسخ فيزول العقد بأثر رجعي من وقت التعاقد ولما عد المشتري الاول مالكا للسيارة قط وبذلك يكون عقد البيع الثاني صادر ممن لا يملك حق التصرف فيبطل حق المشتري الثاني الذي عد من الغير بالنسبة للاقالة.

3- الرأي الثالث وهو رأي الحنفية وهو ما أخذ له القانون المدني العراقي في المادة(183) الذي يعتبر الاقاله عمل قانوني مزدوج فهي في حق المتعاقدين فسخ فلا يتضرروا منها ولا يشترط اختلاف شروط الاقاله عن العقد الاصلي وبحق الغير (المشتري الثاني في المثال السابق) عقد جديد فلا يتعرض حقه للخطر ويعد المشتري الاول مالكا لسلطة التصرف لهذا الغير وبالتالي لا يزول حقه.

والتطبيقات على هذه الاثار القانونية لهذا التكيف متعددة نذكر منها :-

1) لو باع شخص عقار لآخر وأسقط شفيع البائع حقه في الشفعة ثم عاد البائع والمشتري وفسخ عقد البيع فإذا كان للمشتري شفعاء فمن حقهم الأخذ بالشفعة لأن الاقالة بحقهم تصرف بالبيع جديد لا فسخ.

2) لو باع شخص لآخر سيارة ثم قام المشتري ببيعها مرة ثانية ثم تقابل المشتري الاول والثاني العقد واكتشف المشتري الاول عيب قديم من عهد البيع الاول في السيارة فليس من حقه الرجوع به على البائع الاول لأنه يعد من الغير بالنسبة للاقالة بين المشتري الاول والثاني فتكون بحقه عقد جديد.

3) إذا وهب شخص لآخر سيارة ثم قام الموهوب له ببيعها لشخص آخر ثم ما لبث أن تقابلا العقد سقط حق الواهب في الرجوع عن الهبه لأنها بحقه عقد جديد اشترى الموهوب له السيارة فيه عن الشخص الذي باعها له .

4) لو قال شخص لآخر اشترى سيارتك بمليون دينار لكن الثمن غير موجود عندي حالياً أي بئمن مؤجل وأبيعها لك بنصف مليون تدفعها نقداً فالتصرف باطل لأن فيه شبهة الربا لكن لو أن المشتري باع السيارة لمشتري ثاني ثم تقابل معه العقد وأستعاد السيارة فقام ببيعها للبائع الاول الذي اشترىها منه بنصف المليون فإن بيعه هنا بعد اقالة البيع مع المشتري الثاني صحيح ولا شبه للربا فيه لأن البائع الاول اجنبي عن الاقالة التي تم فتكون بحقه عقد جديد.

## 2- الشرط الصريح الفاسخ

وهذا الشرط يعد صورة من صور الفسخ الاتفاقي عن طريق اتفاق المتعاقدين بأن خلال أحد المتعاقدين بالتزاماته يبيح للطرف الاخر فسخ العقد .

أذ قد لا يكفي حكم المادة ( 177 مدني عراقي) التي تقتضي بفسخ العقد عند خلال أحد المتعاقدين بالتزاماته في طمئنت المتعاقد فيعمد الى اشتراط حقه بالفسخ عند الاخلال حتى يضمن حقه .

-وللشروط الفاسخ أربعة مراتب :-

\*المرتبة الاولى : اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخاً عند خلال أحد المتعاقدين بالتزامه .  
وهذه الصورة أقل درجات الاتفاق فهي مجرد ترديد لما ورد في حكم المادة (177 مدني) فلا تسلب القاضي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ , ولا تعني عن رفع الدعوى والاعذار وصدور الحكم وأن صدر الحكم بالفسخ عد منشئاً للفسخ .

\*المرتبة الثانية : اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه , وهذه الصورة تسلب القاضي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ فلا يستطيع رفض طلب الفسخ أو منح المدين مهلة للوفاء , لكن هذه الصورة لا تعني عن رفع الدعوى وعن صدور الحكم بالفسخ ولا عن الاعذار والحكم الذي يصدر بالفسخ يعد منشئاً له .



\*المرتبة الثالثة : اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة للاعذار أي أعذار المدين وتبنيه الى عدم التنفيذ, وحكم هذه الصورة حكم الصورة الثانية غير أنها تغني عن الاعذار فلا بد من رفع دعوى و صدور حكم بالفسخ الذي يعد منشئاً له أيضاً.

\*المرتبة الرابعة : اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة للاعذار وللحكم القضائي , وفي هذه الصورة يفسخ العقد بمجرد أخلال المتعاقد بالتزامه دون حاجة للاعذار ولرفع دعوى وأن رفعت هذه الدعوى فأنها لمجرد الفصل في النزاع ليس ألا والحكم الذي يصدر بالفسخ خلافاً للحالات السابقة يعد كاشفاً للفسخ ومقررأ له وأن كانت هذه الصورة هي أقوى درجات الاتفاق ألا أنها لا تحرم الدائن من حقه في النزول عن الفسخ.

### شروط الفسخ

للفسخ أربعة شروط :-

- 1- أن يكون العقد ملزم لجانبين أي ملزم للدائن والمدين لأنه إذا أخل المدين بالتزامه فمن مصلحة الدائن طلب الفسخ للحفاظ على حقوقه أما إذا كان العقد ملزم لجانب واحد وهو المدين كعقد القرض بدون الفائدة الملزم للمقترض فقط فإنه ليس من مصلحة المقرض الدائن طلب فسخ القرض لأن ذلك يضيع حقوقه.
- 2- أن يخل المتعاقد الاخر بتنفيذ التزاماته , فحتى يطلب الدائن الفسخ فيجب أن يخل المدين بالتزاماته فإذا لم يثبت أخلاله لا يكون للدائن طلب الفسخ والتصل من العقد, فلا يجوز للبائع طلب الفسخ إلا اذا أمتنع المشتري عن رفع دعوى .
- 3- أن يكون طالب الفسخ قد أوفى بالتزاماته أو أنه مستعداً على الاقل لتنفيذ هذه الالتزامات فلا يحق للبائع طلب الفسخ لعدم دفع المشتري للثمن إذا كان هو لم يسلمه المبيع, بينما يكون له الفسخ إذا كان قد سلم المبيع أو أبدى استعداداه على تسليمه.
- 4- ان يكون طلب الفسخ قادراً على إعادة الحال الى ما ماكانت عليه قبل التعاقد بأن يكون بمقدوره إعادة ما كان قد نفذه المدين من التزامات أم إذا لم يكن بمقدوره ذلك كالمقاول الذي يتعاقد مع معمل السمنت فيستلم منه نصف الكمية ثم يمتنع المعمل عن تسليم الباقي وكان المقاول قد استخدم الكمية المستلمة في البناء فإنه لا يستطيع طلب الفسخ إذ لا يمكنه أعاده ما أستلمه للمعمل المدين فلا يكون له طلب الفسخ إلا إذا كانت الكمية المستلمة من السمنت لازالت بيد المقاول .

### آثار الفسخ

أذا وقع الفسخ يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فلا يعد كل متعاقد مالكا لما أخذه ليس من وقت الفسخ وإنما بأثر رجعي من وقت التعاقد , وهذا هو أثر الفسخ بحق الغي .

\*فبالنسبة لأثر الفسخ بحق المتعاقدين :-

يعاد المتعاقدين الى ما كان عليه قبل أبرام العقد, فلو فسخ عقد البيع فعلى البائع أن يعيد الثمن الى المشتري وجميع فوائده وجميع المصاريف التي أنفقها المشتري لحفظ المبيع ما عدا المصاريف الكماليه

الزائدة فلا يلزم بردها المشتري إلا إذا كان الفسخ بخطأه وإذا كان كذلك رد للمشتري أيضاً مصاريف دعوى الفسخ وعلى المشتري أن يعيد المبيع الى البائع زائداً ثماره وأن يعطيه تعويض عما أحدثه عن تلف في المبيع وأن يرد له مصاريف دعوى الفسخ إذا كان الفسخ نتيجة خطأ المشتري .

\*أثر الفسخ بالنسبة للغير :-

يزول العقد بأثر رجعي من وقت التعاقد فتعتبر ملكية البائع مستمرة ولم تنقطع ولا يعد المشتري مالكاً قط للمبيع فتزول جميع موارثته من حقوق على المبيع للغير أن كان باعه لهذا الغير أو رهنه له , لكن هناك استثناءات على هذا الاثر الرجعي:

-الاستثناءات على زوال العقد بأثر رجعي :-

قد لا يزول العقد بحق الغير حماية له فيبقى مالكاً لما رتبته له المشتري من حقوق على المبيع وذلك في ثلاث حالات :

1)قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية :-

من باع منقول للمشتري ولم يقبض كل الثمن ثم أمتنع المشتري عن تسديد الباقي وقام ببيع المنقول فإن هذا المشتري الثاني يتمسك بتملك المنقول بالحيازة فيقف حقه هذا حائلاً دون زوال العقد بأثر رجعي بل أن حقه يمنع الفسخ كلياً فليس للبائع الا طلب التنفيذ الجبري للحصول على باقي الثمن .

2)من ألتم بالضمان أمتنع عليه التعرض :-

فمن قايض شخص اخر بقطعة أرض زائد ألف دينار تدفع بعد فترة وقام المقايض الاول برهن قطعه عند شخص ثالث ثم أخل المقايض الثاني بدفع الالف دينار فليس للمقايض الاول طلب الفسخ لأنه ألتم بوجه المرتهن بالضمان فإذا طلب فسخ المقايضة يكون قد تعرض له ومن التزم بالضمان أمتنع عليه التعرض فلا يكون له سوى المطالبة بالتنفيذ الجبري للحصول على الالف دينار.

3)التسجيل:

فمن كسب حق عيني على عقار اشتراه شخص من آخر وقام صاحب الحق العيني بتسجيله فإن فسخ مشتري العقار عقد البيع مع مالك العقار البائع يعود للعقار للبائع لكن منقول بهذا الحق العيني المرتب لشخص ثالث لأنه لا يزول بالفسخ:

## 2-الالغاء

الالغاء هو الحالة الثانية من حالات انحلال العقد بعد الفسخ ويكون مجاله في أنواع معينة من العقود هي العقود المستمرة والعقود ذات الطبيعة الخاصة التي تستلزم الالغاء الذي يتميز عن الفسخ بما يأتي :

1- ليس للإلغاء اثر رجعي لا سيما في العقود المستمرة مثل عقد الايجار لأنه هنا قطع للعقد بالنسبة للمستقبل فقط ولا يعود للماضي فإذا أستمر عقد الايجار لمدة شهرين ثم قام الطرفان بإلغائه فأن الإلغاء يكون للمستقبل فقط ولا يعاد الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فلا يلزم برد ما كان قد أخذه من أجره من المستأجر .

2- الإلغاء في بعض صورته يبتعد عن فكرة الجزاء فلا يكون جزاءً عن اخلال المتعاقد بالتزاماته وانما ممارسة طبيعة من قبل الدائن لحقه في الإلغاء المستمدة من طبيعة بعض العقود مثل عقد الوكالة والعاريه والوديعة إذ بإمكان الموكل الغاء الوكالة في أي وقت وأن لم يخل الوكيل بالتزاماته.

### 3-الرجوع

والرجوع الحالة الثالثة من حالات انحلال العقد خاص بالهبة فقط فالقاعدة العامة حسب المادة (620) مدني عراقي) لا يجوز للواهب الرجوع عن الهبة الا برضاء الموهوب له وهو رأي الامام مالك والشافعي ورواية عم أحمد بن حنبل , لكن المشرع العراقي أعطى الواهب حق الرجوع عن الهبة رغم معارضة الموهوب له وذلك في حالات استثنائية عند توافر أسباب الرجوع وأنتفاء موانع الرد , وأسباب الرجوع هي:

(1) جود الموهوب له :- كأن يصدر منه ما يعد جريمة كالضرب أو الجرح يقعان على شخص الواهب أو جريمة تمس كرامته كالقذف والسب وقد لا يرقى لمستوى الجريمة بل يكفي أن يكون أخلاً خطيراً نحو الواهب كالأهانة البالغة .

(2)عجز الواهب عن الاتفاق على نفسه أو على من يلتزم بالاتفاق عليهم وهذه الحالة مقتبسة من القانون السويسري تملئها العدالة .

(3)طروء ولد للواهب بعد الهبة أو أن يكون له ولد وقت الهبة يظنه ميتاً فإذا هو حي .

(4)عدم تنفيذ الموهوب له لما أشرط عليه في العقد : فالهبة المشروطة عقد ملزم للجانبين والرجوع فيها فسخ عادي.

(5)قتل المزهوب له للواهب عمداً : فيكون حق أبطال الهبة هنا للورة .



## المحاضرة الثالثة عشرة ((المصدر الثاني للالتزام/الإرادة المنفردة))

في العقد كمصدر أول من مصادر الالتزام تتوافق إرادتين لأنشاء هذا الالتزام أما في الإرادة المنفردة فيعني ان الإرادة لوحدها تكفي لأنشاء الالتزام وحسب نص المادة (184مدني عراقي)فأن الإرادة لا تكفي وحدها لأنشاء الالتزامات إلا في حالات استثنائية ينص عليها القانون ويطبق عليها في هذه الاستثناءات ما يطبق على العقد إلا ما تعلق بتوافق الإرادتين فيجب أن يكون صاحب الإرادة لأنشاء الالتزام ويجب أن تخلوا إرادته من العيوب ويجب توافر المحل والسبب لدى الإرادة.

أن القانون يرتب على الإرادة المنفردة بعض الآثار القانونية ويجعلها صالحة لترتيب هذه الآثار دون حق أنشاء الالتزامات إلا في حالات استثنائية, ومن هذه الآثار ترتيب حق للغير عن طريق الوصية, نقض حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير, النزول عن الحق العيني وأجازة العقد الموقوف وإلغاء بعض العقود كعقد الوكالة وأقرار عمل الفضولي .

\*الحالات الاستثنائية التي نص القانون فيها على صلاحية الإرادة المنفردة لأنشاء الالتزام :

(1)الإيجاب الملزم : إذا حدد الموجب لإيجابه مدة صريحة أو ضمنية ألتمزم في البقاء على إيجابه طيلة هذه المدة ومصدر التزامه الإرادة المنفردة.

(2)تحرير العقار المرهون : من حق حائز العقار المرهون أن يقوم بتحريره حتى تخلص له ملكيته وعليه القيام بأجراءات التحرير ومن ذلك إعلان يوجه الى الدائنين بأن الحائز مستعد للوفاء بديونهم فإذا تم الاعلان ألتمزم الحائز بعدم الرجوع عنه طيلة المدة المحددة لذلك في القانون وهي(30)يوم ومصدر التزامه الإرادة المنفردة.

(3)انتشار المؤسسة: وهي المؤسسة تنشأ بأرادة المؤسس المنفردة يخصص بموجبها مالا معيناً لغرض معين .

(4)الوعد بجائزة ( أو الجعالة كما يسميها الفقه الاسلامي ):-

ومثال الوعد بجائزة أن يعد شخص بجائزة لمن يعثر له على شيء ضائع,أذ تنص المادة(185 مدني عراقي) على (1- من وعد بجعل يعطيه , لمن يقوم بعمل ألتمزم بأعطاء لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى الوعد. 2-وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على ألا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد. 3- وتسقط دعوى المطالبة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تأريخ إعلان العدول).

\*شروط الوعد بجائزة

1-وجود وعد جدي صادر من ذي أهليه غير مشوب بعيب في الإرادة.

2-أن يوجه الوعد الى الجمهور بوسيلة من وسائل الاعلان المرئية أو المقروءة او المسموعة أما إذا وجه الى شخص معين إيجاباً لا وعداً.

3- أن يكون سبب الوعد قيام بعمل كالمبحث عن مفقود فلا يكون وعداً بجائزة الوعد الصادر من شخص يدفع مبلغ معين لكل طفل يولد في يوم معين.

فإذا توفرت هذه الشروط صحة الوعد بالجائزة سواء كانت الجائزة مادية كمبلغ معين أو أدبية كمنح وسام.

#### \*أحكام الوعد بالجائزة :-

قد يحدد الواعد مدة لوعده وقد لا يحدد مدة:

أولاً – تحديد مدة للوعد : إذا حدد الواعد مدة لوعده ألتزم بعدم الرجوع عن الوعد طيلة المدة المحددة فإذا قام أحد بالعمل قبل انتهاء المدة استحق الجائزة حتى لو من قام بالعمل لا يعلم بصدور الوعد وحتى لو قام بالعمل قبل صدور الوعد أما إذا أنتهت المدة دون أن يقوم أحد بالعمل فقد تحلل الواعد من وعده نهائياً حتى لو أنجز العمل بعد ذلك .

ثانياً – عدم تحديد مدة للوعد : وفي هذه الحالة للواعد الرجوع عن وعده لكن يجب أن يكون الرجوع بنفس طريقة إعلان الوعد , فإذا رجع الواعد ولم يقم أحد بالعمل تحلل الواعد من وعده أما إذا قام أحد بالعمل قيل رجوع الواعد أستحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها وعليه رفع الدعوى للمطالبة بها (6) أشهر من تاريخ العدول وهي مدة سقوط لا يجري عليها وقف ولا انقطاع , أما إذا قام أحد بجزء من العمل ثم رجع الواعد عن وعده ألتزم الواعد بأن يرد لهذا الشخص ما أنفقه في العمل بمحدود الجائزة الموعود بها لا على أساس الوعد وإنما على أساس الاثراء بلا سبب. وفي الفقه الاسلامي أحكام أخرى لم ينص عليها القانون العراقي منها إذا قام بالعمل عدة أشخاص أستحق الاسبق منهم الجائزة وإذا تعدد المنفذون للعمل قسمت الجائزة بينهم.

## المحاضرة الرابعة عشرة ((المصدر الثالث للالتزام/المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)-مدخل عام

تمهيد :

من تسبب بفعله الخاطي في أصابة الغير بضرر صار مسؤولاً عن تعويض هذا الغير ومصدر التزامه بالتعويض هنا هو الفعل الضار الذي ارتكبه وجزاء ما ارتكبه من فعل هو المسؤولية التقصيرية .

ويلاحظ على قواعد هذه المسؤولية أنها شهدت تطوراً كبيراً ومستمراً نتيجة تطور الحياة الاقتصادية وظهور المخترعات وإزدياد الحوادث التي تسبب للناس الضرر وبناءً على هذه التطورات تدخلت التشريعات لحماية المصابين بهذه الحوادث ومن أوجه هذه الحماية تيسير اثبات الخطأ في جانب مسبب الضرر وفي مرحلة ثانية أفترضت هذه التشريعات الخطأ فرضاً يقبل اثبات العكس ومن ثم افترضته فرضاً لا يقبل اثبات العكس وفي تطور لاحق أخذت المحاكم وبعض التشريعات إقامة المسؤولية على أساس (الضرر) أو (الخطر) حتى لو لم يصدر خطأ من الشخص فكل من يمارس نشاطاً من الممكن أن يصيب الغير بضرر يسأل عن تعويضه حتى لو لم يصدر منه خطأ.

ولو تلمسنا أصولاً تاريخية لهذه المسؤولية لوجدنا أن المجتمعات البدائية عرفت فكرة الثأر الذي لم تكن له حدود تنظمه الا بعد أن تدخلت السلطة التنظيمية ليكون بقدر الضرر, ثم أستعيض عنه لاحقاً بالديه, وفي شريعتنا الاسلامية للمضروور الحق بالقصاص ثم بالديه ولو العدول عنهما والعفو عن الجاني أذ يقول الله تعالى ((ولا تقتلوا النفس التي حرم الله ألا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطان فلا يسرف في القتل أنه كان منصوراً)).

وقد ظهر للسلطات أن بعض الجرائم لا تشكل اعتداء على حق الفرد فحسب تشكل اعتداءً على المجتمع فلم يعد يكتفي من المضروور الدية بل فرضت عليه عقوبة بأسم المجتمع وأصبحت الدية تدفع كتعويض للمصاب ومن هنا نشأت المسؤولية المدنية (التقصيرية) في أحضان المسؤولية الجنائية وبالنسبة للقانون الروماني لم يتضمن مبدأ عام يقرر المسؤولية عقدية كانت أم تقصيرية لكن في تطور لاحق صدرت قوانين رومانية تنظم بعض الصورة الخاصة من الفعل الضار وكانت المسؤولية فيها بعيدة عن فكرة الخطأ, التي لم يعرفها القانون الروماني الا بعد تدخل قواعد الاخلاق وأصبح الفقهاء يرفعون المسؤولية عن الصغير المجنون لأنهما لا يملكان الادراك اللازم لصدور الفعل الخاطيء. ثم جاء القانون الفرنسي القديم ليضع مبدأ عاماً يقرر المسؤولية عن الاضرار وأصبح هذا القانون يفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ويأخذون بفكرة تدرج الخطأ التي سبقت الاشارة اليها. ثم جاء قانون نابليون لينظم المسؤولية التقصيرية (بخمس مواد) أقام المسؤولية من خلالها على أساس الخطأ.

وقد خصص القانوني المدني المصري لهذه المسؤولية (16) مادة قانونية وخصص لها القانون السوري الليبي (15) ماده واللبناني (18) مادة أما القانون العراقي فقد خصص لها 47 مادة قانونية من المادة ( 186) الى المادة (232) أراد بذلك المشرع التوفيق بين الفقه الاسلامي وبين أحكام التشريعات الوضعية معظم هذه المواد كتطبيقات لصور المسؤولية أقتبست من الفقه الاسلامي كان بالامكان عدم أيرادها

والاكتفاء بالمبادئ العامة فمثلاً في المادة (186) يضع مبدأ عام في الاتلاف ثم يأتي في المواد (من 187 ال 190) ليذكر تطبيقات للاتلاف ما كان ينبغي ذكرها .  
\*وستقوم بدراسة التعبير بين المسؤولية التقصيرية والجنائية من جهة والتمييز بين المسؤولية التقصيرية والعقدية من جهة اخرى ونعرض لفكرة الخيرة والجمع بين هاتين المسؤوليتين , ومن ثم نقوم بدراسة أنواع هذه المسؤولية.

## الفصل الاول

### التمييز بين المسؤولية التقصيرية وبين المسؤولية الجنائية والعقدية

أولاً - تمييز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية الجنائية :-  
المسؤولية التقصيرية هي أحد الوجهين للمسؤولية المدنية حيث تشكل المسؤولية العقدية الوجه الثاني , والمسؤولية التقصيرية هي الجزاء على من ارتكب فعل ضار بحق الغير يمثل بألزام مسبب الضرر بتعويض .  
أما المسؤولية الجنائية فهي الجزاء الذي يقع على كل من يرتكب عمل يجرمه قانون العقوبات .  
\*الفرق بينهما :-

- 1) تقوم المسؤولية التقصيرية على فكرة الضرر الذي يصيب الفرد بينما تقوم المسؤولية الجنائية على فكرة الضرر الذي يصيب المجتمع .
- 2) جزاء المسؤولية التقصيرية تعويض أما جزاء المسؤولية الجنائية فهو عقوبة توقع بأسم المجتمع .
- 3) دعوى المسؤولية الجنائية من حق المجتمع تنظرها محاكم الجزاء, أما دعوى المسؤولية التقصيرية فهي من حق المضرور وتنظرها المحاكم المدنية.
- 4) بما أن المسؤولية التقصيرية من حق الفرد فيجوز التنازل عنها أما المسؤولية الجنائية فمن حق المجتمع الذي لا يجوز التنازل عنه.
- 5) القاعدة في المسؤولية الجنائية ( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ) فجميع الاعمال المكونة لهذه المسؤولية وردت في قانون العقوبات على سبيل , بينما لا يمكن حصر الاعمال المؤدية الى المسؤولية التقصيرية .
- 6) النية ركن في المسؤولية الجنائية دون التقصيرية فغالباً ما تقع الاخيرة والاعمال المسببة لها أهمال لا عمد.

### الفعل الواحد مسبب للمسؤولية التقصيرية و الجنائية

قد يكون الفعل الواحد ماساً بحق المجتمع من جهة فيرتب مسؤولية جنائية وماساً في نفس الوقت بحق الفرد فيرتب المسؤولية التقصيرية كما في القتل والتزوير , وفي هذا المجال نتبع القواعد الآتية:-



1- إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية وكانت الدعوى الجنائية لدى محاكم الجزاء فنطبق قاعدة(الجنائي يوقف المدني) فعلى المحكمة المدنية وقف النظر في الدعوى المدنية لحين صدور قرار محكمة الجزاء في الدعوى الجنائية, لكن ليس هناك ما يمنع من رفع الدعوتين الجنائية و المدنية لدى محكمة الجزاء فيصدر حكماً واحداً بالعقوبة وبالتعويض.

2- إذا صدر حكم نهائي في المحكمة الجنائية فإنه ملزم للقاضي المدني في ما أثبتته من وقائع فقط دون أن يلزم القاضي المدني بالتكييف القانوني لهذه الواقعة .

فلو صدر حكم محكمة الجزاء بالادانته تقيد به القاضي المدني وحكم بالتعويض ولو صدر الحكم بالبراءة تقيد به القاضي المدني فلا يحكم بالتعويض, لكن لو كان الحكم بالبراءة صادراً من القاضي الجنائي لوجود مانع من موانع العقاب فإن القاضي المدني هنا وأن ألتزم بأثبات الواقعة وهي البراءة إلا أنه غير ملزم بتكييف هذه الواقعة فبإمكان القاضي المدني تكييف واقعة البراءة على غير ما كيفها به القاضي الجنائي فيحكم بالمسؤولية التقصيرية وبالتعويض فإذا كانت العقوبة لا توقع لوجود مانع من أيقاعها لدى القاضي الجنائي فإن الفعل لدى القاضي المدني قد يكون ضاراً فيحكم بالمسؤولية عنه.

ثانياً- تمييز المسؤولية التقصيرية عن العقدية :-

تتقسم المسؤولية المدنية الى نوعين تقصيرية وعقدية فثمة فوارق بين هاتين المسؤوليتين ويسمى هذا الاتجاه باتجاه أنصار ثنائية المسؤولية المدنية.

غير أن هناك أتجاهاً اخر لا يرى فرقاً بين نوعي المسؤولية المدنية ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي(بلانيول) ويسمى باتجاه وحدة المسؤولية المدنية.

\*فكرتي وحدة وثنائية المسؤولية المدنية

أ- أتجاه ثنائية المسؤولية المدنية:-

يذهب هذا الاتجاه الى أن هناك فروقاً كثيرة تقتضي التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية وهذه الفروق هي:-

1-مدى التعويض:

في المسؤولية التعويضية لا يعوز المضرور إلا عن الضرر المباشر المتوقع ولا يعوز عن الضرر المباشر غير المتوقع إلا إذا ارتكب المتعاقد المخطيء غش أو خطأ جسيم, أما في المسؤولية التقصيرية فيعوز المضرور عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع بغض النظر عن درجة خطأ مسبب الضرر.

2-الاعذار :-

يشترط الاعذار في بعض الحالات لثبوت المسؤولية العقدية بينما لا يشترط الاعذار في المسؤولية التقصيرية.

### 3-التضامن :

في المسؤولية التقصيرية إذا تعدد المسؤولون ألتموا بالتعويض على سبيل التضامن لكن لا تضامن بين المدنين في المسؤولية العقدية إلا بنص القانون أو بالاتفاق فالتضامن لا يفترض.

### 4-الاهلية :-

يشترط لقيام المسؤولية العقدية سن الرشد بينما يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية سن التمييز.

### 5-اتفاقات الإعفاء من المسؤولية:-

هذه الاتفاقات جائزة في المسؤولية العقدية ما لم يصدر عن المدين غش أو خطأ جسيم , لكنها تكون باطلة في المسؤولية التقصيرية .

### 6-التقادم :-

تسقط دعوى المسؤولية التقصيرية بمرور (3) سنوات من يوم علم المضرور بوقوع الضرر ويشخص من أوقعه وهي تسقط في كل الاحوال بمضي (15)سنة من يوم وقوع الفعل الضار, لكن دعوى المسؤولية العقدية تتقادم في كل الاحوال بمضي (15)سنة.

### 7-الاثبات :

في المسؤولية العقدية الاثبات أسهل من أثبات المسؤولية التقصيرية ففي الاولى يفترض القانون خطأ المدين ومسؤوليته بينما في الثانية أي المسؤولية التقصيرية فعلى الدائن أن يثبت الضرر الذي أصابه زائداً خطأ المسؤول.

### ب- اتجاه وحدة المسؤولية المدنية :-

يرى هذا الاتجاه أن المسؤولية المدنية واحدة وتقسيمها الى نوعين ما هو الا عبث فلا توجد فروق بين هذين النوعين والفروق التي ذكرها أنصار ثنائية المسؤولية هي فروق ظاهرية لا حقيقية , أما عن الاهلية فهي شرط في العقد لا في المسؤولية العقدية فلو أبرم العقد صحيحاً وزالت أهلية المتعاقد بعد ذلك بقى ملتزماً بالعقد وبقت مسؤوليته قائمة,وأما عن الاعذار فإنه يختلف باختلاف طبيعة الالتزام لا باختلاف المسؤولية فهو غير لازم في الألتزامات السلبية الامتناع بعمل سواء كان مصدر هذه الألتزامات العقد أم القانون ويكون لازماً في بعض حالات الألتزامات الايجابية (القيام بالعمل) أما عن التضامن فهو فرق مبني على نص القانون وغير ملازم لطبيعة المسؤولية, أما عن الاثبات فهو لا يختلف أيضاً باختلاف المسؤولية وإنما باختلاف نوع الألتزام ففي الألتزام بعمل على المدين أن يثبت أنه قام بالعمل حتى يتخلص من المسؤولية , أما في الألتزام بالامتناع عن عمل على الدائن أن يثبت قيام المدين بالعمل حتى يسأل عن الأخلال بالألتزامه سواء كان مصدر هذه الألتزامات العقد أم القانون.

\*خلاصة الرأي :أنه رغم محاولة أنصار وحدة المسؤولية فإن هناك فروقاً بين المسؤوليتين من حيث التقادم ومدى التعويض واتفاقات الإعفاء تبرر التفريق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.

### \*تحديد نطاق المسؤوليتين

حيثما يكون هناك عقداً ويكون الضرر ناشيء عن الاخلال بالالتزام ناشيء منه تكوين المسؤولية عقدية, وتبقى خارج هذا الاطار المسؤولية تقصيرية. لكن هناك حالات لايعرف فيما اذا كانت عقد أم لا حتى يقال أن المسؤولية فيها عقدية أم تقصيرية وهناك التزامات لا يعرف فيما اذا كان الاخلال بها أخلاقاً بالعقد فتكون المسؤولية عقدية أم خرقاً للقانون فتكون المسؤولية تقصيرية.

\*الايضاح القانونية التي لا يعرف في ما اذا كانت عقداً أم لا :-

#### 1)النقل المجاني :

المعيار في اعتبار النقل المجاني عقد أم لا قصد المتعاقدين وبالذات الناقل فيما لو كان يريد فعلاً التقيد بالتزامات مدنية أم لا, فمن ينقل صديق مجاناً في نزهة فالناقل هنا بلا شك لم يرغب في التقيد بالتزام مدني فلا يوجد عقد بينهما فأذا ما ألحق بالشخص الذي نقله ضرر يسأل تقصيراً لا عقدياً, أما اذا نقل شخص آخر وكان يعلم بوجود وصوله الى المكان الذي يقصده هذا الشخص في وقت معينه فهو هنا يبدو أنه أراد التقيد بالتزام مدني فيسأل عن عقد وأن كان النقل مجاناً.

#### 2)الخطبة :

الراجح أن الخطبة ليست عقد فالعدول عنها يجعل الخاطب مسؤول تقصيراً لا عقدياً.

#### 3)العلاج الطبي :

قال البعض لا وجود للعقد في العلاج الطبي فيسأل الطبيب تقصيراً بينما قال البعض الاخر ورأيهم الراجح بوجود عقد في العلاج الطبي يجعل الطبيب مسؤولاً عقدياً.

#### 4)المسابقات والحفلات العامة :

بالنسبة للمسابقة كالملاحة فإنه بين المتسابقين ومنظم المسابقة عقد وبين المتسابقين أنفسهم عقد فالمسؤولية عقدية , أما عن دعوة الناس الى الحفلات فلا وجود للعقد هنا فالمسؤولية تقصيرية.

#### 5)الارادة المنفردة :

لقد طبق القانون المدني العراقي على الالتزام الناشيء على الارادة المنفردة أحكام العقد الا ما تعلق بوجب تطابق أرادتين وبالتالي تكون المسؤولية عن الاخلال بهذا الالتزام عقدية.

#### 6)المرحلة اللاحقة على العقد :

هناك التزامات يبقى المدين ملتزم بها حتى بعد انتهاء العقد كالتزام العامل بعد أفشاء أسرار رب العمل بعد انتهاء عقد العمل فلو قام بالأفشاء بها فأن العقد غير موجود فهل يسأل عقدياً أم تقصيراً, قال البعض أن العقد غير موجود فيسأل تقصيراً وقال البعض وهو القول الراجح أن هذا الالتزام وأن كان مستمراً بعد انتهاء العقد فأن مصدره العقد المنتهي فالاخلال به يؤدي الى المسؤولية العقدية .

\*الالتزامات التي أختلف في ما اذا كان الأخلال بها أخلاقاً بالعقد ثم القانون

والالتزامات المقصودة هنا الالتزامات المتعلقة بضمان السلامة, ففي بعض العقود يكون من الواضح أن أصابة المتعاقد بسلامته يكون مخالفة للقانون لا للعقد فيسأل الفاعل تقصيراً لا عقدياً كقيام البائع

بضرب المشتري وجرحه فالبائع يسأل تقصيراً لمخالفته القانون لا عقدياً لمخالفته العقد فالالتزام  
بسلامة المشتري ليس ناشئاً عن العقد.

- لكن هناك بعض الحالات التي ليس من السهل تحديد ذلك فيها منها :-

#### 1- عقد النقل :

ذهب رأي سابق أن الناقل لا يسأل عن سلامة الركاب بموجب العقد وإنما بموجب القانون فإذا تضرر  
الراكب سأل الناقل تقصيراً لا عقدياً ثم في رأي قضائي لاحق أصبحت مسؤولية الناقل عن سلامة  
الركاب عقدية وهو ما يرجحه البعض لأنه هنا يعفي الراكب المضرور من عبء الإثبات ويلقي عبء  
إثبات نفي الخطأ على الناقل.

#### 2- عقد العمل :

لم يعد هناك شك في أن التزام رب العمل بسلامة العمال ألتزام عقدي وأن مسؤوليته عقدية بعد أن  
نصت قوانين العمل وعقود العمل على ذلك..

#### 3- عقد التعليم :

الراجح أن المدرسة تسأل عن سلامة الطلبة الداخليين عقدياً، وعن سلامة الطلبة الخارجيين تقصيراً إلا  
في حالة السفرات التي تنظمها المدرسة فأنها تسأل عن سلامة هؤلاء الطلبة عقدياً.

#### 4- دخول الملاعب والحمامات العامة:-

الغالب أن صاحب الملعب والحمام يسأل عقدياً عن سلامة من يدخل هذا الملعب أو الحمام .

#### الجمع و الخيرة بين المسئوليتين العقدية و التقصيرية

تثور فكرة الجمع والخيرة بين المسئولية العقدية والتقصيرية عندما يكون هناك عقداً بين الطرفين ويكون  
الفعل الصادر من المتعاقد مسبب للمسئولية العقدية والتقصيرية كما لو يخل رب العمل بالتزامه بسلامة  
العامل فيصاب العامل بضرر فالمسئولية هنا عقدية تقصيرية .  
العامل هنا لا يستطيع أن يأخذ تعويضين مرة على أساس المسئولية العقدية ومرة على أساس المسئولية  
التقصيرية فلم يقل أحد بذلك، لكن هل يستطيع الجمع أو التخيير بين المسئوليتين، سنوضح فكرة الجمع  
والخيرة في ما يأتي:-

#### الجمع بين المسئوليتين :-

نقصد بفكرة الجمع أن يقوم المضرور ( العامل في المثال السابق ) بأختيار الاصلح والاسهل له من  
أحكام كلا المسئوليتين عند مطالبة المسئول بالتعويض. فقد عرفنا أنه في نطاق التعويض أن الاخير  
أوسع مدى في المسئولية التقصيرية وأنها لا تحتاج الى أذار ويفترض فيها تضامن بينما يكون  
الإثبات أسهل في المسئولية العقدية، فهل للمضرور أو العامل في المثال السابق الجمع بين هذه الأحكام  
المختلفة في المسئوليتين حتى يحصل على أكبر تعويض وبأسهل طريق؟

يتفق الفقهاء على رفض فكرة الجمع لأنها تجر الى الفوضى والخلط بين قواعد كلا المسئوليتين أي  
نظمها وميزها القانون .

## الخيرة بين المسئولين

يقصد بالخيره هو أن يخير المضرور العامل في المثال السابق في اختيار المسؤولية التي يريد وياها أصلح أي يأخذ المسؤولية التقصيرية ويترك العقدية أو بالعكس أو أن يأخذ بالمسؤولية التقصيرية إذا لم يكن يستطع رفع دعوى المسؤولية العقدية لوجود اتفاق على الاعفاء منها .

اختلف الفقهاء بين جواز الخيرة وعدم جوازها وكما يأتي :-

1-أنصار فكرة الخيرة بين المسؤولية العقدية و التقصيرية :-

يقول بعض الفقهاء بجواز الخيرة بين المسئولين للحجج الآتية:-

أ- أن الانسان في المجتمع محمل بواجبات قانونية أتجاه بقية أفراد المجتمع فأذا كان هذا الانسان متعاقداً تضاف تلك الواجبات القانونية الى الواجبات العقدية وأذا أتفق على الاعفاء من المسؤولية عن مخالفة الواجبات العقدية فهذا الاتفاق لا يتمثل مخالفة الواجبات القانونية فيسأل عنها الانسان تقصيراً حتى مع وجود العقد.  
ب- المسؤولية التقصيرية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على أستبعادها .

ج-أن أغلب شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية هي شروط تعسفية لذا فإن حماية المضرور من هذه الشروط تستدعي فتح باب المسؤولية التقصيرية أمامه.

2-الاتجاه القائل برفض الخيرة بين المسؤولية العقدية و التقصيرية :-

يرفض أغلب الفقهاء فكرة الخيرة للحجج الآتية :-

أ-لا تعتبر الواجبات القانونية الملقاة على الانسان في المجتمع ألتزامات بالمعنى القانوني فلا يوجد الألتزام الا عند الأضرار بالغير فلا توجد قبل التعاقد الا المسؤولية التقصيرية وأذا وجد العقد أختقت المسؤولية التقصيرية فالاخيرة مسؤولة احتياطية لا توجد الا عند عدم وجود العقد.

ب-أن أجازة الخيرة واللجوء الى المسؤولية التقصيرية يهدم العقد برمته ويهدم مبدأ سلطان الارادة فماذا يبقى للعقد بعد ذلك؟وما هي قيمة النصوص التي تجيز الاعفاء من المسؤولية العقدية إذا منحنا المضرور حق الخيرة واللجوء الى المسؤولية التقصيرية ؟

ج-أن القول بأن المسؤولية التقصيرية من النظام العام يعني عدم جواز التلاعب في نطاقها ونطاق المسؤولية التقصيرية هو الأخلال بألتزام سلبي هو عدم الأضرار بالغير وعندما نقول بالخيرة وبأن المسؤولية التقصيرية تشمل حالات المسؤولية العقدية يخل بفكرة النظام العام لأنه يوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية لتشمل أضافة الى الألتزامات السلبية حالات المسؤولية العقدية (الألتزامات الإيجابية).

## المحاضرة الخامسة عشرة ((أنواع المسؤولية التقصيرية/المسئولية عن الاعمال الشخصية))

المسئولية التقصيرية أما :-

1-مسئولية عن الاعمال الشخصية .

2-مسئولية عن عمل الغير .

3-مسئولية عن الاشياء وهي على نوعين :

أ-مسئولية عن الاشياء الحية (الحيوان)

ب-مسئولية عن الاشياء غير الحية (البناء والالات الميكانيكية )

### المبحث الاول – المسئولية عن الاعمال الشخصية

ويقصد بها مسئولية الانسان شخصياً عن الافعال الضارة التي تصدر منه شخصياً.

#### -المطلب الاول \*أركان المسئولية عن الاعمال الشخصية

ضرر يصيب الدائن المضرور, خطأ صادر من المدين رابطة سببيه بين الخطأ والضرر .

#### -أولاً – الضرر

وهو أذى يصيب حقاً أو مصلحة مشروعته للانسان سواء أتصلت بجسمه أو ماله أو شرفه وكرامته ,و الضرر هو المحور الأساسي في المسئولية حيث تدور معه وجود أو عدم اذا أنتقى الضرر أنتقت معه المسئولية مهما كانت جسامة الخطأ كبيرة .

#### 1)أنواع الضرر :

والضرر على أنواع فهو أما مباشر يكون نتيجة مباشرة لخطأ المدين والضرر المباشر قد يكون متوقفاً عندما يكون نتيجة مألوفة وطبيعية للخطأ وقد يكون غير متوقع عندما لا يكون نتيجة مألوفة وطبيعية للخطأ,وقد يكون الضرر غير مباشر عندما لا يكون نتيجة مباشرة للخطأ, وفي المسئولية التقصيرية يعرض المضرور عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع .

والضرر أما مادي أو أدبي ,والضرر المادي يصيب الانسان في جسمه أو ماله,أما الضرر الادبي فيصيب الانسان بشرفه وكرامته وعواطفه كالسب والشتم وفي المسئولية التقصيرية وخلافاً للمسئولية العقدية يعرض المضرور عن الضرر المادي والادبي حسب نص المادة (205 مدني عراقي ).

\*ويلاحظ أن التعويض عن الضرر الادبي (1) حق متصل شخص المضرور فلا يجوز لدائني المضرور استعمال دعوى التعويض بأسمه, فلا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير بموجب م 205\ الا بعد تحديد قيمته اتفاقاً أو قضاءً فقبل ذلك لا يجوز التنازل عن هذا التعويض, (2) وأذا ادعى الفعل الضار الى موت المضرور فإنه يجوز تعويض الازواج والاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي من ألم وحزن بسبب موت المصاب والاقربون حسب الرأي الراجح هم من لهم حق وراثه المجنى عليه ومن النفقه عليهم فالشخص الذي لا يحق له وراثه المجنى عليه لا يستحق هذا التعويض فلو كان للميت أب و أم وأبن عم وأبن خاله أنحصر التعويض بالأم والأب فقط لانهما لهم الارث فقط ويجب ان لا تتوافر في الوارث مانع من موانع الارث حتى لا يحرم من التعويض كأختلاف الدين أخيراً قد يكون التعويض عن الضرر الادبي أدبياً أيضاً مثل نشر الحكم الصادر بحق الفاعل في الصحف .

(2) شروط الضرر :-

للضرر شرطان :

أ- أن يكون الضرر محققاً :

فيجب أن يقع الضرر فعلاً أي أن يصاب به المضرور حقيقة فأذا أطلق شخص النار على آخر ولم يصبه فلا يسأل الفاعل عن التعويض لأنتفاء الضرر .

\*الضرر المستقبلي

ولا يعني تحقق الضرر وقوعه في الحال بل يكفي أن يصبح مؤكداً الوجود ولو تراضى وقوعه الى المستقبل فلو أصيب شخص ولم تعرف درجة أصابته جاز للقاضي الحكم بالتعويض عن الضرر الحال ثم يحفظ حق المضرور في المطالبة بزيادة التعويض إذا زادت درجة أصابته لاحقاً ويسمى هذا الضرر بالضرر المستقبلي فالضرر المستقبلي يعرض عنه.

\*الضرر المحتمل

ويقصد به الضرر الذي قد يقع وقد لا يقع كأن يمزق شخص ورقه اليانصيب لشخص آخر فهذا الشخص صاب الورقة قد يفوز وقد لا يفوز لذا فإن تمزيق ورقته قد يصيبه بضرر وقد لا يصيبه بضرر , والقاعدة العامة أنه لا تعويض عن الضرر الاحتمالي .

\*تقويت الفرصة

في حالة تقويت الفرصة يصعب التفريق بين الضرر المستقبلي والضرر الاحتمال كمن يقوم بقتل الخطيب فإن المخطوبه قد تطالب بتعويض عن فرصة الزواج لأن هذا الخطيب قد يتزوج بها وقد لا يتزوج ولكن هناك فرصة للزواج وبالتالي هل الحرمان من هذه الفرصة يعد ضرراً ؟ التعويض عنه؟ يذهب القضاء الى أن الفرصة كفرصة الزواج هنا أمر محتمل لكن تقويت هذه الفرصة فإنه أمر محقق يجب التعويض عنه لذا قضت المحاكم بأنه إذا كان حرمان مالك الحصان من جائزة السباق هو ضرر احتمالي فإن حرمانه من فرصة الاشتراك في السباق للحصول على الجائزة هو ضرر محقق يعرض

عنه مالك الحصان, على أن يكون القرار الصادر بالتعويض هنا مشتتلاً على تحديد عناصر التعويض والا القرار للنقض.

ب- أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعته :-

\* فيجب أن يصيب الضرر أو لاً حقاً مكتسباً أو مصلحة مالية مشروعته فأذا لم يصب الضرر حقاً وإنما مجرد أمل فلا تعويض عنه كما لو يطالب بعض المعلمين في مدينة ما بتعويضهم من معلم آخر فتح مدرسة في هذه المدينة لما يصيبه من ضرر يتمثل بأنخفاض مستوى دخولهم فما يطالب به المعلمون هنا ليس حقاً مكتسباً وإنما مجرد أمل لا تعويض عنه, كما يكفي أن يمس هذا الضرر مصلحة مشروعته لاحق مكتسب كما في حالة قتل الخطيب فأن للمخطوبه المطالبه بالتعويض لما لها من مصلحة مشروعته متمثلة بما ضاع عليها من نفقات الخطبة وما ضاع عليها من فرصة الزواج.

\* ويجب ثانياً أن يمس الضرر حقاً أو مصلحة يحميها القانون وإلا فلا تعويض عن حق أو مصلحة غير مشروعته لا يحميها القانون كما لو طالب سارق سيارة أستردها منه مالكة الاصلية بالتعويض عن فقدانه السيارة فأن حقه هنا لا يحميه القانون ولا يعوض عنه كما لا تستحق العشيقة تعويض عن قتل العشيقة.

ثانياً - الخطأ:-

\* لقد عرف الخطأ بتعاريف متعددة مثلت مراحل التطور التي مر بها مفهوم الخطأ وقد كانت كل هذه التعريفات ناقصة وغير جامعة فمره عرفه بلانيول بأنه الاخلال بالتزام سابق ثم أورده أمثله لهذه الالتزامات السابقة وكانت هذه الامثلة غير جامعة لكل صور الخطأ وجاءت بعيدة عن فكرة التعريف وأقرب الى فكرة تقسيم الخطأ ثم عرف تعريفاً فلسفياً لا قانونياً بأنه الاخلال بالثقة المشروعته.

\* هلى كل حال أستقر الفقه والقضاء على تعريف أكثر دقة للخطأ وهو أن الخطأ عبارة عن ((الاخلال بالتزام سابق مع أدراك المخل أياه)) أي أن الاخلال يصدر عن تمييز وأدراك.

- (عناصر الخطأ)

من تعريف الخطأ يتبين أنه يتألف من عنصرين الاول مادي وهو الاخلال والثاني معنوي هو التمييز أو الادراك:-

(أ)العنصر المادي (الاخلال أو التعدي)

وهو خرق للالتزام القانوني السابق قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي أما عن معيار الاخلال أو التعدي أي ماهو المعيار الذي يعتبر به هذا الخرق أخلاقاً أو تعدياً؟ هل هو معيار شخصي أو موضوعي مادي.



المعيار الشخصي يأخذ بمستوى مرتكب الفعل الضار وبظروفه الشخصية فإذا كان شخصاً حريصاً وواعياً فكل زلة تصدر منه تعدّ أخلاقاً أما إذا كان قليل الوعي ومهماً فلا يحاسب عن الزلة إلا إذا كانت تمثل خطأ جسيماً وعلى قدر كبير من الجسامه.

وهذا المعيار إذا كان عادلاً بالنسبة للفاعل إلا أنه يضر بالمضروب إذ يجعل حقه متوقفاً على مستوى الفاعل فإن كان عالياً حصل على تعويض وأن كان منخفضاً حرم من التعويض، فضلاً عن أن هذا المعيار ينطوي على صعوبة تتعلق بتحليل شخصية المعتدي والوصول إلى معلوماته ومستواه وهو أمر شاق.

المعيار الموضوعي هذا المعيار لا ينظر إلى شخص مرتكب الفعل بل ينظر إلى شخص مجرد معتاد من نفس طائفة الفاعل وبنفس ظروفه الخارجية دون الداخلية فإذا كان الفعل الذي وقع يصدر من هذا الشخص عد أخلاقاً وإذا كان لا يصدر من من هكذا شخص لا يعدّ أخلاقاً، فإذا كان مرتكب الأخلاقاً سائماً تنتظر المحكمة إلى سائق بنفس هذه الظروف دون أن تأخذ الظروف الداخلية بنظر الاعتبار كأن يكون السائق الفاعل ضعيف البصر أو عصبي المزاج، وبعد ذلك إذا كان الفعل يمكن أن يصدر من هكذا سائق عد الفعل أخلاقاً دون .

#### (ب)العنصر المعنوي ( التمييز أو الادراك )

يجب أن يكون مرتكب الفعل الضار شخصاً مميزاً مدركاً لما أرتكبه من فعل وبخلافه لا يسأل الفاعل أي عندما يكون غير مميز وهذا ما نص عليه المشرع المصري وبعض القوانين العربية، عليه إذا أرتكب شخص غير مميز فعلاً ضاراً في هذه القوانين فلا يسأل بل يسأل من ينوب عنه ألا إذا كان هذا الولي معسراً ففي هذه الحالة نرجع على الصبي غير المميز لأخذ التعويض منه فمسؤولية الصبي غير المميز هنا مسؤولية احتياطية.

أما القانون المدني العراقي فلم يأخذ بهذا الحكم وتأثر بالفقه الاسلامي فنص في المادة (191) على مسؤوليته عديم التمييز وجعلها مسؤولية أصلية لا احتياطية فترجع عليه مباشرة أما إذا كان معسراً ففي هذه الحالة نرجع على من ينوب عنه ولهذا الولي الرجوع فيما بعد على الصبي غير المميز إضافة إلى أن المشرع العراقي جعل مسؤوليته عديم التمييز أصلية لأنه جعلها مخففة أي لا يحكم على عديم التمييز بتعويض كامل وإنما على القاضي بموجب (ف 3م 191) أن يأخذ مركز الخصوم بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.

#### 2-الخطأ في الفقه الاسلامي والقانون العراقي :-

\*الخطأ في الفقه الاسلامي :- يفرق الفقه الاسلامي بهذا بين المباشرة والتسبب :-

وللتمييز بين المباشرة والتسبب نضرب المثال الآتي :-

حضر شخص بئراً في أرض شخص آخر دون وجه حق ثم جاء شخص ثالث فدفع شخصاً في هذا البئر، فالشخص الدافع يسمى مباشراً والشخص حاضر البئر يسمى متسبباً.

وفي الفقه الاسلامي المباشر ضامن أي يسأل عن فعله دون حاجه لصدور خطأ منه أي حتى لو لم يكن متعمداً أما المتسبب فلا يعدّ إلا إذا كان متعمداً كأن يكون حاضر البئر في المثال المذكور قد حفره

دون وجهه حق أما اذا كان حفره بأذن صاحب الارض فلا ضمان عليه لأنه لم يكن متعدياً لذا قال الفقهاء المسلمين أن العين اذا كانت مضمونه بأن كانت تحت يد ضامن كالسارق فإنه يكون ضامناً لها اذا هلكت سواء صدر منه تعدٍ أو لم يصدر أي بالتلف أو بالأتلاف عندما يقوم به الشخص نفسه، أما اذا كانت هذه العين غير مضمونه بأن كانت تحت يد أمانه فأنها لا تكون مضمونه إلا بالأتلاف أي بالتعدي كما في حالة هلاك العين أو المودعة فلا يضمن المستعير والمودع لديه التعويض عن هذا الهلاك إلا اذا صدر تعدٍ الى أتلاف العين لانه هنا متسبب لا يضمن الا بالتعدي خلافاً للحالة الاولى وهي يد الضمان يد السارق فهو يضمن في كل حالات الهلاك لأنه مباشر سواء صدر منه تعدٍ أو لم يصدر.

لكن أختلف الفقهاء المسلمين في تحديد المباشر والمتسبب في بعض الحالات كمن يحل رباط دابه فتهرب فقال بعض الفقهاء أنه متسبب لا يضمن الا بالتعدي وقال البعض أنه مباشر يضمن بالتعدي أو بدونه.

\* وأن أجمع المباشر والمتسبب كما في حالة حفر البئر فأن الحكم في الفقه الاسلامي يضاف الى المباشر فالدافع في حالة البئر هو الضامن لأنه مباشر ولا ضمان على المتسبب وأن كان متعدياً.

\* وبالنسبة للمتسبب فإنه لا يضمن إلا بالتعدي إضافة الى وجوب تحقق الرابطة السببية بين الفعل والضرر وألا يقطعها سبب أجنبي فمن حفر بئر دون حق في أرض غيره وكان البئر صغيراً لا يموت من يقع في عادة ووقع فيها أنسان أو حيوان ومات فلا ضمان على المتسبب لعدم وجود الرابطة السببية بين الفعل والضرر، وأذا حضر شخص بئر بدون حق في أرض الغير من شخص نفسه فيها فلا ضمان على حافر البئر لأنقطاع السببية بين الضرر والفعل.

### \*الخطأ في القانون العراقي

أخذ المشرع العراقي بالتفرقة بين المباشرة والتسبب المادة (186-1مدني عراقي)ولكن جعلها تفرقة ظاهرية إذ أشرت في كل من المباشر والمتسبب التعدي خلافاً للفقه الاسلامي الذي ضمن المباشر دون تعدٍ منه والمتسبب بالتعدي وبذلك يكون خروج المشرع العراقي عن حكم الفقه الاسلامي خروجاً غير موفق لأن حكم الفقه الاسلامي يعتبر تطور كبير في إطار المسؤولية التقصيرية لم تصل اليه معظم التشريعات الحديثة في العالم هذا من جهة من جهة اخرى أجاز المشرع العراقي أجمع المباشر والمتسبب وجعلهما مسؤولين بالتضامن خلافاً للفقه الاسلامي الذي لم يجز أجمع المباشر والمتسبب في الضمان وإنما أضاف الضمان المباشر دون المتسبب, ويوصف خروج المشرع العراقي هنا عن حكم الفقه الاسلامي أنه خروج موفق واكثر تحقيقاً للعدالة وضماناً لحق المضرور لانه سيكون أمامه المباشر والمتسبب معاً عند المطالبة بالتعويض .

### 3-حالات أعدام الخطأ :-

ثمة حالات يكون فيها أخلال بالتزام قانوني صادر عن تمييز وأدراك لكن لا يعتبر هذا الفعل خطأ ولا تتحقق بالتالي المسؤولية وهذه الحالات هي ثلاثة :

أ)حالة الضرورة :- الضرورة عبارة عن حالة تعمل تهديداً بخطر جسيم على شخص أو على غيره تدفعه في سبيل الخلاص منها الى الاضرار بالغير , كربان السفينه الذي تشرف سفينته على الغرق في سبيل انقاذها الى رمي بعض حمولات الركاب حيث تنص المادة (213مدني عراقي)على (1-

يختار أهون الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً ويزال الضرر الأشد بالضرر الاخف ولكن الاضطراب لا يبطل حق الغير كلياً , 2- فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة (مناسباً).

وقد أخذ القانون العراقي هنا بما ذهب اليه الاحناف من جعل مسؤولية المضطر مسبب الضرر مسؤولية مخففة فحالة الضرورة وأن كانت نعدم الخطأ لكن لا تهمل حق الغير الذي تعرض للضرر دون سبب يصدر منه فتقضي له المحكمة لا بتعويض كامل وإنما بتعويض مناسب إذ يقول الحنفية من أكل طعام غيره لأنقاذ نفسه من الجوع ضمن الطعام , ويشترط لحالة الضرورة ما يلي (شروط حالة الضرورة) :-

\* أن يكون هناك خطر حال يهدد نفس المضطر أو غيره أو يهدد هذا الخطر مال المضطر أو غيره .

\* أن يكون مصدر الخطر أجنبياً لا دخل لارادة المضطر فيه أما إذا هو نفسه من خلف حالة الخطر المحقق فيتحمل مسؤولية كاملة , كمن يتحرش بحيوان مفترس ثم يقتله بعد ذلك فهو يتحمل مسؤولية كاملة لأنه هو من تسبب بهيجان الحيوان.

\* أن يكون الخطر المراد تلافيه أكبر من الضرر الذي ألحقه المضطر بالغير حتى تكون مسؤوليته مخففة أما إذا كان ذلك الخطر مساوياً لهذا الضرر أو أقل منه درجة فتكون مسؤولية المضطر كاملة لا مخففة كمن يقتل أنسان لحماية ماله ( الضرر أكبر من الخطر) أو كمن يتلف مال غيره لحماية لماله (الضرر مساوياً للخطر) اللهم ألا اذا كان مال الغير أقل قيمة من مال الضطر.

ب) حالة الدفاع الشرعي :-

من يعتدي على شخص أو مال الغير من حق هذا الشخص المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه وأن يلحق بالمعتدي الضرر وقاية لنفسه أو ماله أو نفس ومال الغير إذ تنص المادة (212 مدني عراقي) على (1- الضرورات تبيح المحظورات ولكن تقدر بقدرها , 2- فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري وألا أصبح ملزماً بتعويض تداعي فيه مقتضيات العدالة) وقد نصت (م 1 \ 42 عقوبات عراقي) على أنه لاجريمة إذا وقعت في حالة الدفاع الشرعي بشرط أن يواجه المدافع خطر مال على النفس أو المال وأن يتعذر عليه الالتجاء الى السلطة العامة للتخلص من الخطر وأن لا يكون أمامه وسيلة أخرى لدفع الخطر سواء كان هذا الخطر موجهاً ضده أو ضد ماله أو ضد نفس أو مال الغير .

ويتضح من موقفا القانونين المدني والجنائي أن من يعتدى عليه فيدافع عن نفسه أو ماله فيصيب المعتدي بضرر لا مسؤولية عليه لأن هذا الحق يقوم على الموازنة بين مصلحتين متعارضتين مصلحة المدافع والمعتدي فتقدم الاولى على الثانية, لكن يلاحظ هنا أن حكم الرفاعي الشرعي لا يعتبر المدافع مسؤول أما في الضرورة يعتبر المضطر مسؤول مسؤولية مخففة والعلة في ذلك أنه في الدفاع الشرعي الخطر يحدثه شخص معتدي والضرر المضاد يقع عليه وهو معتدي ولا حرمة للمعتدي فيعفى المدافع من كل مسؤولية أما في حالة الضرورة فأن المضطر في سبيل حماية نفسه أو ماله يوقع الضرر على شخص ( بريء ) غير معتدي فحرمة حق هذا البريء تقتضي أن يدفع له تعويض مناسب

على هذا يقول الفقه الاسلامي (من أئلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه وأن أئلفه لرفع أذاه به ضمنه) فالحالة الاولى هي الدفاع الشرعي كمن يهجم عليه حيوان شرس فيقتله لم يضمنه , أما الحالة الثانية فهي حالة ضرورة كمن يقتل حيوان غيره لينقذ نفسه من الجوع فإنه يضمنه.

### \*شروط الدفاع الشرعي :-

\*أن يكون هناك خطراً على نفس الشخص أو نفسه غيره هذا موقف القانون المدني العراقي بينما أجاز قانون العقوبات العراقي والقانون المدني المصري استعمال حق الدفاع الشرعي حتى لو وقع الخطر على المال سواء كان حال المدافع أو مال غيره بينما حصر المشرع العراقي المدني حق الدفاع الشرعي في (النفس ويجب أن يكون هذا الخطر حالاً لا مستقبلاً فمن يهدد بضرر مستقبل لا يجوز له اللجوء الى الدفاع الشرعي لأن امامه متسع من الوقت لأبلاغ السلطات العامة عن هذه الجريمة المستقبلية أو الضرر المهدد به .

\*أن يكون هذا الخطر عملاً غير مشروع أما إذا كان مشروعاً فلا يحق للمدافع بالدفاع الشرعي فاللص الذي يقاوم الشرطة التي تريد القبض عليه لا يعتبر دفاع شرعي.

\*أن يكون دفع الخطر بالقدر اللازم للتخلص منه دون تجاوزه فإذا تجاوزه معتدياً وأصبح ملزماً بالتعويض الذي تراعى فيه مقتضيات العدالة أي تكون مسؤوليته مخففة فمن يعتدي على شخص اخر بالضرب البسيط لا يجوز للمعتدي عليه قتل المعتدي فإن فعل ذلك كان مسؤولاً مسؤولية مخففة والموازنة بين الخطر والاعتداء تحسب على نفس القواعد المتبعة في القانون الجنائي التي لا تشترط التماثل بين وسيلة الدفاع وما وقع من اعتداء.

ج)حالة تنفيذ أمر من رئيس تجب طاعته :-

تنص المادة (215 مدني عراقي)على (1-يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الامر ما لم يكن مجبراً على أن الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجيء وحده ,2-ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيسه متى كانت أطاعة هذا الامر وتجبه عليه أو يعتقد أنها واجبة عليه .وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة).

على هذا فالفعل يضاف الى وان قام به لا الى من أمر به كما يقول الفقه الاسلامي بأن من أمر شخص يأخذ مال الغير كأن الاخذ هو المسؤول لا الامر إلا اذا كان الاخذ مكرهاً على الاخذ أكرهاً ملجأ يفسد الاختيار ويعدم الرضا.

أما اذا كان للأمر وجه قانوني بأن يكون صادر لموظف عام من رئيس تجب على المرؤس طاعته فإنه لا مسؤولية على الموظف لأن أطاعة أمر القانون من أسباب الألباحة لكن يشترط لذلك أن يكون كل من الموظف الفاعل والأمر موظفاً عاماً فلا يجوز للعامل في المحل التجاري الذي يصدر له امر من صاحب المتجر بأخذ مال الغير بهذه الحالة لأن العامل وصاحب المحل ليس بموظفين ويجب كذلك أن يكون مصدر الأمر الى الموظف تجب طاعته فعلاً أو كان الموظف يعتقد بأنه رئيس تجب طاعته

حتى لو لم يكن كذلك وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وعدم علمه بعدم وجوب الطاعة مبرراً كما يشترط لأنتفاء المسؤولية أن يراد بتصرف الموظف تحقيق مصلحة عامة لا شخصية وبالحدود التي رسمها القانون فإذا تصرف الموظف لتحقيق مصلحته أو جاوز الحدود القانونية كان مسؤولاً فإذا صدر أمر من البلدية بأزالة التجاوزات على الرصيف من قبل الباعه فقام موظف البلدية بتحطيم محل أحد الباعه لنزاع سابق بينهم فإنه يكون مسؤولاً وإذا قام هذا الموظف بقتل أحد الباعه فهو مسؤول أيضاً لأنه تصرف لمصلحته في الحالة الاولى وتجاوز حدود القانون في الحالة الثانية.

### ثالثاً - الرابطة السببية

ويقصد بالرابطة السببية أن يكون الضرر نتيجة لفعل الفاعل ولخطأه, لكن قد تتعدد الاخطاء وقد تتعدد الاضرار :-

#### 1) تعدد الاخطاء أو تعدد الاسباب

قد يشترك خطأ الفاعل مع خطأ المضرور, وقد يشترك خطأ الفاعل مع خطأ الغير وقد يشترك خطأ الفاعل مع القوة القاهرة :

أ-أجتمع خطأ الفاعل مع خطأ المصاب :-

عندما يكون خطأ المصاب هو السبب الوحيد في وقوع الضرر فلا مسؤولية على الفاعل كمن يقود سيارته مسرعاً فيرمي شخص بنفسه أمام السيارة بقصد الانتحار .

وقد يكون المضرور قد رضي بأحتمال أصابته بالضرر مقدماً فلا مسؤولية على الفاعل كما في المصارعه أو لعبة الملاكمة, وقد يلحق الضرر بالمضرور نتيجة تدخله لمنع الاذى عن الغير فالمسؤول عن الضرر هو من يكون مسؤولاً عن الحادثة التي كادت توقع الضرر بالغير كمن يفلت حصان جامح فيتدخل المضرور لكبح جماحه عن الغير .

وقد يستغرق خطأ الفاعل خطأ المصاب فيتحمل الفاعل المسؤولية كمن يتعهد دهس شخص عبر من غير المناطق المخصصة للعبور, وقد يستغرق خطأ المصاب خطأ الفاعل فلا يتحمل الاخير مسؤولية كمن يلقي بنفسه أمام سائق سيارة يقود بسرعة كبيرة تعقد الانتحار وقد لا يستغرق أي من الخطأين الاخر بل يشتركان معاً في أحداث الضرر كالسائق المخالف الذي يقود سيارته بسرعة كبيرة فيدهس شخص يمر من منطقة غير مخصصة للعبور فيصيبه دون أن يقصد ذلك فهنا يشترك الفاعل والمضرور في المسؤولية فتوزع بينهما بحسب ما يحدده القاضي .

ب)أجتمع خطأ الفاعل مع خطأ الغير :-

إذا كان خطأ الغير هو السبب الوحيد تحمل الغير المسؤولية كأن يتسبب صاحب سيارة متعمداً حصان يحدث ضرراً بأحد المارة فيتحمل صاحب السيارة المسؤولية وحده .

وقد يستغرق خطأ الغير خطأ الفاعل فلا مسؤولية على الفاعل وإنما يتحملها الغير كأن يطارد سائق سيارة أخرى فيضطر الاخير الى الانحراف وأتلاف أموال الناس.

وقد يستغرق خطأ الفاعل خطأ الغير فلا مسؤولية على الغير وإنما يتحملها الفاعل كمن يوقف سيارته في مكان لا يجوز فيه ايقاف المركبات فيأتي شخص ثاني ليدفع السيارة فتصيب شخص من المارة .أما

أذا تعاون كلا الخطأين في أحداث الضرر ولم يستغرق أحدهما الآخر فإن المسؤولية توزع بينهما كلاً حسب درجة خطأه في أحداث الضرر كأن تصطدم سيارتان كلا سائقيها مخطيء فيتضرر أحد المادة.

(ج) اجتماع خطأ الفاعل مع القوة القاهرة :

بموجب نظرية ( تعادل الاسباب ) يتحمل الفاعل مسؤولية كامله عن الضرر حتى مع وجود القوة القاهرة التي ساعدت مع فعله على وقوع الضرر كمن يضرب شخص مصاب بمرض القلب خفيفة تؤدي بحياته.

## 2-تعدد الاضرار :-

هنا تتعدد الاضرار لا الاخطاء فيكون هناك ضرراً مباشراً و آخر غير مباشر والضرر المباشر قد يكون متوقع وغير متوقع، وفي المسؤولية التقصيرية يسأل الفاعل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع خلافاً للمسؤولية العقدية التي لا يسأل فيها المتعاقد الا عن الضرر المباشر المتوقع ولا يسأل عن الضرر المباشر وغير المتوقع ما لم يكن قد ارتكب خطأ جسيماً. وحسب المادة ( 207 مدني عراقي ) فإن الضرر المباشر ما يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع فقوم المحكمة بتقدير تعويض للمضرور بقدر مالحقه من هذا الضرر وما فاتته من كسب .

مثل قانوني

قام شخص بحرق سيارة الاجرة العائدة لجاره فقام هذا الجار بالبحث لمدة يومين عن سيارة أجرة أخرى ليشتريها بسعر أعلى من سعر السيارة الاولى فيتعطل عن العمل لمدة هذين اليومين ثم يصدر قانون خلال هذه المدة يقضي بحضر تجوال المركبات لمدة يومين آخرين .

يسأل من قام بالحريق هنا عن الاضرار الاتية :-

أ-تلف السيارة وشراء سيارة بثمن أعلى لأنه ضرر مباشر متوقع .

ب-تعطل شراء سيارة أخرى لمدة يومين وتوقفه عن العمل (أجرة عمل اليومين) لأنه ضرر مباشر غير متوقع .

أما تعطل العمل ليومين آخرين نتيجة صدور قانون بحظر تجوال المركبات فلا يسأل عنه الفاعل لأنه ضرر غير مباشر .

وعلى هذا الاساس يقول الفقهاء المسلمين أن سقوط شخص على حائط شخص اخر فيسقط الحائط الثاني على شخص ويقتله يجعل من صاحب الحائط الاول لكن لو جاء شخص آخر وعثر بتراب الحائط الثاني فكسرت ساقه لا يضمن صاحب الحائط الاول لانه هو ضرر غير مباشر .

وتصنيف المادة (207 ف2) مدني عراقي حكماً آخر أجازت فيه شمول التعويض الحرمان من منافع الاعيان كما أجازت أن يشمل الاجرة الفائتة وذلك خلافاً للفقهاء الاسلامي الذي لم يجيز في أغلب مذاهبه باستثناء الحنفية أن يشمل الضمان منافع الاعيان والاجر لأن من شروط الضمان في الفقه الاسلامي أن يكون مالاً فلا يدخل فيه المنفعة ولا العمل ولا الربح الفائت، فمن حرق دار آخر ضمن هذه الدار

ولا يضمن لصاحبة قيمة ما كان يمكن أن ينتفع بهذه الدار ولا مافاته من كسب بأن كان يمكن له لو بقيت قائمة بيعها بسعر أعلى .

كما يقول الفقه الاسلامي أن الخراج بالضمان والاجر والضمان لا يجتمعان ومعنى الخراج بالضمان أن خراج أو منفعة الشيء تسقط في مقابل كون هذا الشيء مضمون من قبل الفاعل أذ يروى أن شخص اشترى عبداً وبقي عنده لمدة ثم رده الى صاحبه لوجود عيب فيه ف جاء صاحبه الى الرسول (صلى الله عليه وسلم) وقال له أن المشتري استخدم عبدي وحصل على منافعه واني أريد خراجه فقال الرسول (ص)الخراج بالضمان أي أنه يسقط طالما أن المشتري كان يتحمل تبعه ضمان العبد في حال هلاكه ففي مقابل هذه الخطورة تسقط عنه تبعة دفع الخراج.

ومعنى أن الاجر والضمان لا يجتمعان أن الضامن يكون مالكاً للمضمون بالضمان فلا يلزم بدفع أجرة ما يملكه فمن سرق حصان اخر وأستعمله في الحراثة حتى نحل كان لصاحبه تضييبن السارق ما نقص من قيمته ولكن ليس له طلب أجرة الحراثة لان السارق كان مالكاً للحصان بالضمان أي لو هلك الحصان لكان على السارق دفع قيمته .

لقد وسع الفقه الحنفي من حالات شمول التعويض منافع الأعيان ليأتي المشرع العراقي فيسير على هذا الطريق فيورد نص المادة(207ف2) سالفه الذكر, لتفتح باب التعويض عن منافع الاعيان وعن الاجر على مصراعيه.

## المطلب الثاني { أحكام المسؤولية التقصيرية } عن الاعمال الشخصية

أولاً - دعوى المسؤولية :-

المدعي في المسؤولية هو المضرور أو من ينوب عنه وأذا تعدد المضررون جاز لكل منهم أن يرفع دعوى مستقلة بحقه ولهم رفع دعوى مشتركة واحدة .

المدعى عليه هو مرتكب الفعل الضار أو من يسأل عنه كالولي وأذا تعدد الفاعلون جاز للمضرور رفع دعوى على كل واحد منهم بصورة مستقلة وله مخصصتهم جميعاً بدعوى واحدة.

مدة تقادم الدعوى هي ثلاث سنوات تسقط الدعوى خلالها أن لم ترفع تبدأ من يوم علم المضرور بحدوث الضرر ويشخص من أحدثه وهي تتقادم في كل الاحوال بعد مضي (15) سنة من يوم وقوع الضرر على هذا من دهس شخص بسيارته ولم يتعرف المضرور على هوية السائق الا بعد مضي ثلاث سنوات فإن مدة التقادم (3) سنوات تبدأ بعد نهاية الثلاثة سنوات فتسقط الدعوى بعد مرور (6)سنوات من وقت حصول العمل غير المشرع,أما إذا مرت مدة(12)سنة حتى تعرف المضرور على شخص الفاعل فإنه بقي من (15)سنة مدة التقادم الطويل (3)سنوات وهي نفسها مدة تقادم الدعوى وبالتالي تسقط الدعوى بعد مرور (15)سنة (3+12),أما إذا مرت (14)سنة حتى تعرف المضرور

على هوية الفاعل فإنه بقي من (15) سنة واحدة يستطيع خلالها رفع الدعوى ولا يمكنه ب(3) سنوات لأن مدة التقادم الطويل لم يبق منها إلا سنة .

عب الاثبات يتحملة المدعي (المضروور فعليه أثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهي وقائع مادية يمكن أثباتها بكل طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن وسهل على المدعي اثبات ما أصابه من ضرر لكن يصعب عليه أثبات خطأ. لكن إذا أدى الفعل الضار الى جريمة فإن القضاء الجنائي قد سهل على المدعي أثبات الخطأ أمام القاضي المدني وكالاتي :

#### 1- أحكام الادانة :

حسب نص المادة (504) أن القاضي المدني ملزم بما أثبته القاضي الجنائي من وقائع ولا يلزم بتكليفها ، فإذا أصدر حكم بالادانة عد ذلك دليلاً قاطعاً على توافر الخطأ فيتقيد القاضي المدني بوجود الخطأ ، وإذا كان الضرر لكن من أركان الجريمة تقيد القاضي المدني كذلك بوجوده وإذا لم يكن ركناً كما في حالة جريمة الشروع بالقتل فإن القاضي المدني غير ملزم بوجوده .

وفي جرائم القتل والجروح والضرب على القاضي الجنائي أن يعين شخص المصاب ويكون هذا التعيين ملزماً للقاضي المدني خلافاً لجريمة فإن تعيين صاحب المال المسروق لا يعد جوهرياً في أثبات الجريمة لذا فإن القاضي المدني غير ملزم بالتعيين الذي أورده القاضي الجنائي وله رد دعوى التعويض من قبل المجنى عليه الوارد اسمه في الحكم الجنائي متى تبين أنه غير مالك للمال المسروق.

#### 2- حكم البراءة :

إذا كان حكم البراءة مستنداً الى نفي وقوع الحادث من أو نفي وقوعه من المتهم بالذات تقيد القاضي المدني بهذا الاثبات ، أما إذا أستند هذا الحكم الى أن الواقعة التي ثبتت لا يمكن تكليفها من الناحية الجنائية بأنها فعل معاقب عليه لم يتقيد القاضي المدنب بهذا التكييف ، فإذا برىء شخص من تهمة القتل العمد فإن القاضي المدني من الممكن أن يلزمه بالتعويض إذا ثبت لديه وقوع الجريمة لأهمال لا يرقى لمرتبة الاهمال الجنائي.

#### التعويض :-

هو جزاء مدني وليس له عقوبة لذا فهو لا يتأثر كما العقوبة بجسامة الخطأ وانما يدور مع الضرر وجوداً وعدماً والاصل في التعويض حسب نص المادة (209 مدني عراقي) أن يكون نقدياً يدفع مرة واحدة لكن يجوز أن يدفع احتياطاً للمضروور أو أن يحكم القاضي بجعله ايراد مرتباً يدفع دورياً للمضروور مدى حياته، وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً بأن يأمر القاضي بأعادة الحال الى ما كانت عليه فمن تجاوز على أرض غيره بالبناء يحكم عليه القاضي بهدمه، وقد يكون التعويض العيني يرد المثل في المثليات فمن يسرق من غيره طن من الحنطة يأمر بردها له . وقد يكون التعويض أدبياً في بعض صور الضرر الادبي كان يأمر القاضي من قام بشتم غيره بالاعتذار أو نشر الحكم في الصحف ،

وقت تقدير التعويض : قال البعض أن التقدير يكون بيوم وقوع الضرر ولا عبرة لتغير قيمته بعد هذا اليوم فمن أتلّف سيارة آخر حكم عليه بقيمة هذه السيارة يوم ارتكابه الفعل فإن تغيرت القيمة بالزيادة



يوم صدور الحكم فإن الحكم لا يشملها, وفي هذا الرأي أجحاف بالمضرور لذا فإن الراجح هو أن وقت تقدير التعويض يكون يوم صدور الحكم لا وقت وقوعه فتأخذ الزيادة بحكم الضرر بعين الاعتبار, فمن دهن شخص آخر وسائت حالته الصحية وتضاعفت كسوره عن يوم وقوع الحادث فإن حالته تقدر بيوم صدور الحكم شرط أن لا يتسبب بخطأ في تدهور حالته الصحية كأن لم يأخذ العلاج المناسب .

### شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية

قد يتفق صاحب سيارة مع جاره على أن الاول غير مسؤول لو دهنس في يوم من الايام أحد أطفال الجار, فما حكم هذا الشرط؟ وهل يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية؟ لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية لأنها من النظام العام خلافاً للمسؤولية العقدية ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالأعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع(المادة 259-3مدني عراقي).

ويلاحظ أن المادة المشار إليها نصت على أبطال الشرط الذي يقضي بالاعفاء من المسؤولية بصورة كاملة فما حكم الشرط الذي يخفف من المسؤولية ولا يستبدها بأكملها كأن يحدد التعويض مسبقاً بمبلغ معين؟ جرت أحكام القضاء على أبطال هذه الاتفاقات أيضاً.

### التأمين من المسؤولية

وهو هنا أن يتفق سائق السيارة في المثل السابق مع شركته التأمين على التأمين من مسؤوليته عن الحوادث التي يسببها لجاره أو للغير فقوم شركة التأمين بدفع التعويض للمصاب بدلاً من الفاعل .

فالاتفاقات هنا جائزة لأنها تضمن حق المضرور الذي يحصل على التعويض من شركة ملية مالياً فتحميه من خطر أفلاس الفاعل خلافاً لاتفاق الاعفاء من المسؤولية الذي يحرم المضرور من التعويض لذا كان باطلاً لذا شجعت التشريعات على التأمين ضد المسؤولية ولما كانت أغلب الاضرار تسببها السيارات فقد أصدرت معظم الدول قوانين التأمين الالزامي ضد حوادث السيارات على سائق السيارة مجبراً أن يؤمن ضد الحوادث التي قد تسببها سيارته لمصلحة الغير حفاظاً على أرواح وحقوق أفراد المجتمع وقد أصدر المشرع العراقي قانون التأمين الالزامي ضد المسؤولية عن حوادث السيارات على كل سائق سيارة القيام به والا تعرض للعقوبة وهذا القانون هو القانون رقم (205) لسنة 1964.

## المحاضرة السادسة عشرة ((تطبيقات خاصة للمسؤولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية))

### الفرع الاول التعسف في استعمال الحق

فرق الفقهاء قديماً بين الحق والرخصة , فيقع التعسف على الرخصة دون الحق فمن يقود سيارة في طريق عام عليه إتخاذ الحيطة اللازمة لمنع الاذى عن المارة فهو لديه حرية في القيادة على أن لا يتعسف بهذه الحرية , أو الرخصة , أما المالك فله أن يبني في ملكه ما شاء ولا يسأل عن الاذى الذي يصيب جيرانه من البناء الا اذا جاوز في البناء حدود ارض فيسأل عن تجاوز حدود هذا الحق.

لقد كانت هذه الفكرة تتسجم مع المذاهب الفردية ولا تتسجم مع المذاهب الاشتراكية في العصور الحديثة التي لم تعد تنظر الى الحقوق بأنها سلطة مطلقة بل أصبحت جميعها ذات وظائف اجتماعية فلا يحميها القانون اذا الوظيفة على هذا يسأل صاحب الحق عن التعسف في .

لقد شن الفقيه الفرنسي (بلانيول) إنتقادات عنيفة على النظرية وصل اثبات عدم صحتها بالقول ( ان الحق والتعسف لا يجتمعان ) فالعمل الواحد لا يمكن أن يكون حقاً وتعسفاً في آن واحد أي متفقاً مع القانون ومخالف له نفس الوقت , فأذا أباح لي القانون استعمال حق معين فلا أكون مخطأ اذا استعملت هذا الحق اذا ادى هذا الاستعمال الى الاصدار بالغير , ويرى أن الحقوق ليست مطلقة بل مقيدة بحدود معينة وعند الخروج عن هذا النطاق يصبح العمل مخالف للقانون لمجازة هذا النطاق لا للتعسف في استعمال الحق .

ويرد أنصار نظرية التعسف في استعمال الحق على (بلانيول) بأن العمل لا يكون متفقاً لا يكون ومخالف له مع نفس الوقت بل يكون العمل متفقاً مع حدود الحق مع ذلك يكون مخالف للقانون لأنحرافه عن الغرض المخصص له ففكرة التعسف تقتض فعلاً لا يخرج عن حدود الحق فيكون مشروع في ذاته ولكن يخرج عن الغرض المخصص له فيعتبر غير مشروع, في ملكه يقوم بعمل تنفق مع حدود الحق وهو مشروع لكن عندما يرتفع بالبناء الى حد معين يمنع الضوء والهواء عن جاره فأن يرتكب عمل غير مشروع بتعسفه في استعمال حقه بالبناء في ملكه .

\*لم يتفق الفقهاء في المذاهب الاسلامية على الأخذ بهذه النظرية إذ يعارضها فقهاء الظاهرية فلم يثبت لديهم الحدبث النبوي ( لا ضرر ولا ضرار) عليه من يبني في ملكه بناء فيمنع الضوء والهواء عن جاره فإنه يقوم بعمل مشروع لأنه يتصرف في حدود ملكه، بينما يذهب جميع فقهاء المذاهب الاسلامية الاخرى للأخذ بهذه النظرية.

\*لقد أخذ المشرع العراقي بهذه النظرية في المادة (6مدني عراقي) التي تتضمن على(الحوار الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

وقد نصت (م 7١مدني عراقي) على (1-من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان، 2- و يصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية :-  
أ-إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير .

ب-إذا كانت المصالح التي ترمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب من ضرر بسببها .

ج-إذا كانت المصالح التي التي ترمي هذا الاستعمال الى تحقيقها عبر مشروعه .

\*معايير التعسف وفق (المادة )المشار اليها أو (صور التعسف)

أ-مصدر الاضرار بالغير :

تقوم هذه الصورة على المعيار النفسي فأذا تبين من مصدر صاحب الحق أنه لم يقصد من استعماله سوى الاضرار بالغير فإنه يعد متعسفاً كمن يقوم بحفر حفرة في ملكه لمنع وصول الماء الى أرض جاره حتى لو عاد العمل الى صاحب الحق إذا كان القصد الاصلي هو الاضرار بالغير، لكن اثبات قصد الاضرار أمر عسير فعمد القضاء الى استصلاحه من انتقاء كل مصلحة من استعمال الحق وكان صاحبه على بينة من ذلك، كمن يبني في ملكه جدار عال يطليه باللون الاسود لحجب الضوء عن جاره .

ب-رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً :

لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة من حقه بل يجب أن تفوق هذه المصلحة ما يصيب الغير من ضرر جراء استعمال الحق وتقوم هذه الصورة على معيار موضوعي بعقد الموازنة المصلحة من استعمال الحق والضرر الذي يصيب الغير من الاستعمال فإن زاد الضرر على المصلحة عد صاحب الحق متعسفاً كمن يبني في داره جدار عال لمنع جاره من رمي الاوساخ في داره فيجب بذلك ضوء الشمس عن بقية الدور المجاورة، كما نص المشرع العراقي في (م - 1092مدني) (ليس لصاحب الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إذا كان هذا يضر الجار يستتر ملكه بالحائط).

ج-تحقيق مصلحة غير مشروعه :

لا يكفي من صاحب الحق أن يجني من استعماله مصلحة كبيرة وهامة بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعاً فأذا كانت غير مشروعاً عد متعسفاً في استعمال حقه , كأن يفصل رب العمل عاملاً لمجرد انتمائه الى نقابة من نقابات العمال .

## الفرع الثاني

### (الاتلاف)

الاتلاف هو اخراج الشيء من أن يكون منتقياً به المنفعة المقصودة كهدم المنزل , ولقد عالج القانون المدني العراقي الاتلاف بـ(6) كلها زائدة لا حاجة لها ذا هي تطبيقات للعمل الغير مشروع الذي يقع من شخص الانسان وكان يجدر بالمشرع أن يورد مبدأ عاماً ويبيد عن ذكر التطبيقات, ويدافع عن مسلك المشرع العراقي هذا بأن بعض التشريعات الحديثة كالقانون الانكليزي يعالج المواضيع القانونية بذكر التطبيقات بها دون أن يذكر مبدأ عاماً وهذا هو موقف القانون الالمانى وما كان يسير عليه الفقه الاسلامي فجازى القانون العراقي موقف الفقه الاسلامي بذلك فعالج الاتلاف بالمواد(186-191).

حيث تنص المادة(186)على أن من يتلف مال غير أو ينقص من قيمته مباشرة أو تسبب يكون ضامناً إذا تعدى أو اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعدي منهما ولو ضمناً معاً كانا متضامنين بالضمان.

فالالاتلاف قد يقع مباشرة أو تسبب ويكون مباشرة عندما لا يفصل بين فعل المباشر والتلف شيء أو حادث اخر أما التسبب فيكون بعمل يقع على الشيء يؤدي الى تلف شيء آخر , كمن يقطع حبل المصباح ليسقط , فالفاعل بالنسبة لقطع الحبل يكون مباشر وكسر المصباح يكون متسبب .

وقد سبقت الاشارة الى أن الفقه الاسلامي يجعل المباشر ضامن وأن لم يتعد بينما يشترط التعمد أو التعدي لضمان المتسبب بينما نجد المشرع العراقي قد حور هذا الموقف واشترط لضمان المباشر والمتسبب التعمد والتعدي , ويبرر هذا التحوير بأن المسؤولية هنا مرت بثلاث مراحل :

الاولى توجب الضمان على العمل غير المشروع ذاته دون النظر الى التعدي , والثانية لا توجب الضمان الا اذا توافر في العمل غير المشروع التعمد والتعدي, والثالثة لا تستوجب للضمان صدور فعل ضار وإنما متى وقع الضرر وان لم يكن هناك عمل غير مشروع أو تعدى متى كان هناك سلوك يتوقع أن يتمخض منه هذا الضرر ويكون ذلك في البلدان التي تعتمد على الصناعة والمخترعات الحديثة والمشرع العراقي تعدى المرحلة الاولى الى الثانية دون أن يصل الى الثالثة لعدم اعتماده على الصناعة.

كما أن الفقه الاسلامي لم يجيز اجتماع المباشر والمتسبب في الضمان بل الضمان عنده يضاف الى المباشر خلافاً لما أخذ به القانون العراقي الذي يجعل الضمان على المتعمد أو المعتدي عند اجتماع المباشر والمتسبب وأذا كان كلاهما ضامين ومتضامنين بالمسؤولية.

وقد نصت المادة (187)على أن من هدم عقار غيره بدون حق فأن لصاحب الحق الخيار بأن يترك القاض العقار للهادم ويرجع عليه بقيمة العقار كاملة كما لو كان مبنياً مع تعويضه عن الاضرار

الآخري أو أن يأخذ القاضي عقاره ويضمن القاضي القيمة الباقية مع الأضرار الآخري, أما إذا قام الهادم ببناء العقار فتبرأ ذمته إذا عوض مالك العقار عن الأضرار الآخري .

المادة(188)تطبق ذات الحكم على قطع الأشجار فمن قطع أشجار غيره دون حق فإن لصاحب الأشجار أن يترك الأشجار المقطوعه لمن قام بالقطع ورجع عليه بالتعويض كامل عن قيمة الأشجار كما لو كانت قائمة وله أن يأخذ الأشجار المقطوعه ويرجع بالقيمة الباقية على القاطع مع التعويض عن الأضرار الآخري.

وتنص المادة (189)على أن من غرر بشخص ضمن ما حسابه من ضرر فلو قال شخص لأهل السوق هذا ولدي أذنته بالتجارة فبيعه ثم ظهر أن ليس بولده ضمن لأهل السوق ثمن ما باعوا للصغير من بضاع إضافة للأضرار الآخري وتقرر المادة (190)أن من يتلف مال غيره على زعن أنه ماله ضمن ما اتلف إلا إذا كان قد اتلفه بأذن مالكة .

أما المادة (191)فتقرر مسؤولية الصبي المعير وغير المعير إذ جعلتهما مسؤولين رغم عدم توافر ركن الإدراك في الخطأ وجعلت مسؤوليتهما أصلية إذ ان المضرور يرجح عليها مباشرة لاعلى الولي الا إذا وجد عندهما ما يكفي للتعويض فانه يرجح على الولي إذ تلزمه المحكمة بدفع التعويض للمضرور وللولي أن يرجح لاحقاً على الصبي بما دفعه عنه , لكن القانون جعل مسؤولية الصبي هنا مخففة إذ ان على المحكمة أن تراعي عند تقدير التعويض مركز الخصوم فلا تلزمه بدفع تعويض كامل.

### الفرع الثالث

#### الغصب

الغصب لغة أخذ الشيء ظلماً, وفي الاصطلاح القانوني أخذ مال مملوك للغير بطريق التعدي على وجه يزيل يده عن العين .

وأشترط أبو حنيفة وأبو يوسف (رضي) أن يكون المال المغصوب مال قابل للنقل والتحويل من يد مالكة الى يد أخرى لذا فهم يقصران حكم الغصب على المنقول دون العقار , بينما ذهب الامام محمد والشافعي (رضي) الى عدم اشتراط امكانية النقل والتحويل في المغصوب لذا يطبق الغصب على المنقول القابل للنقل وعلى العقار الغير قابل للنقل وهذا ما أخذ به المشرع العراقي الذي عالج الغصب بعشر مواد (م 192-201 مدني).

\*أحكام الغصب :-

1-على الغاصب رد المال المغصوب عيناً الى صاحبه في مكان الغصب أن كان موجوداً فيه وأذا نقله الغاصب الى مكان آخر جاز للمغصوب منه أن يسترده في هذا المكان وله أن يشترط على الغاصب رده في المكان الذي كان موجوداً فيه وتكون نفقات رد المغصوب الى صاحبه ومؤنته على الغاصب مع الزامه بالتعويض عن الأضرار الآخري التي تلحق المضرور هذا إذا كانت العين المغصوبة قائمة أما إذا هلكت أو استهلكت فإن الغاصب يضمن قيمتها إن كانت قيمية ومثلها إن كانت مثلية(م)192 مدني عراقي).

2- إذا تغيرت العين المغصوبة عند الغاصب وكان التغيير بسبب أجنبي فالمغصوب منه إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وأن شاء ترك المغصوب ورجح على الغاصب بالضمان, فإذا كان المغصوب عنب أو رطب فصار زبيباً وتمرراً فلما لکه أن شاء استرداد الزبيب أو التمر ورجح على الغاصب بالتعويض وإن شاء تركهما للغاصب ورجح عليه بالقيمة .

3- إذا تغير المغصوب بفعل الغاصب بزيادة شيء عليه من ماله كما لو كان المغصوب سيارة فقام الغاب بتصليحها أو صبغها فالمغصوب منه بالخيار إن شاء استرد المغصوب (السيارة) مع رد قيمة الزيادة في قيمها للغاصب أو أن يترك المغصوب (السيارة) للغاصب ويرجح عليه بالضمان ولا يجوز للغاصب هنا حبس العين المغصوبة أو حبس السيارة في المثل المتقدم إلى أن يسترد من المالك قيمة ما أحدثه فيها من زيادة لأن حق الحبس أعطى للدائن كضمان للحصول على حقه والغاصب لا يملك حقاً وغير جدير بهذه الحماية .

4- إذا تغير المغصوب بيد الغاصب تغييراً كلياً كما لو كان المغصوب (شاة) وقام الغاصب بذبحها فإن الغاصب هنا يملك الشاة وليس للمغصوب منه إلا الرجوع عليه بالتعويض ويجوز له مطالبه الغاصب ببيع الشاة حتى يستوفي حقه من ثمنها .

5- إذا تناقصت قيمة المغصوب بيد الغاصب كما لو كان المغصوب شاة فهزلت فعلى المغصوب منه قبولها كما هي وله الرجوع بالتعويض عن الأضرار الأخرى إلا إذا كان هذا التغيير الناقص في القيمة بسبب استعمال الغاصب أو فعله كأن يمتنع عن اطعام الشاة فيكون هنا ملزم بضمان نقصان القيمة (م) 195 مدني عراقي )

6- زوائد المغصوب في القانون العراقي تعتبر مغصوبة الحاقاً لها بالأصل وهو المغصوب خلافاً بالحنفية فعندهم زوائد المغصوب كحليب الشاة امانه بيد الغاصب فإذا ائلف بدون تعدي منه لا يضمه أما في القانون العراقي فإذا ائلف بتعدي أو بدون تعدي ضمنه لأن الحليب هنا يعتبر مغصوب كالشاة فهو في يد الغاصب مغصوب أيضاً يضمه أي كان سبب تلفه .

7- إذا كان المغصوب عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر المثل وإذا تلف أو نقصت قيمته ولو بدون تعدي من الغاصب لزمه الضمان (م) 197 مدني عراقي) والمشرع بهذا النص أخذ بجواز غصب العقار كما مر بنا سابقاً , ولم يأخذ هنا بقاعدة أن (الأجر والضمان لا يجتمعان) بل جمع بينهما عندما لزم الغاصب بضمان قيمته العقار ورد أجره مثله من يوم الغصب إلى يوم الرد مع تعويض المغصوب منه عن تلف العقار أو قيمته ولو كان ذلك سبب أجنبي لأن يده على العقار يد ضمان لا أمانه فمجرد وضع اليد هنا خطأ يلزمه بالضمان .

8- حكم غاصب الغاصب :-

تعالج المادة (198-199) حالة الغصب من الغاصب, فلو غصب شخص سيارة تعود لآخر ثم جاء شخص ثالث فغصبها من الغاصب فبموجب (ف 1م) 198 مدني عراقي) أن غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فصاحب السيارة المغصوب منه ان يشاء رجع بالضمان على الغاصب الاول وأن شاء رجع بالضمان على الغاصب الثاني وله أن يرجع على الاول بجزء من قيمة السيارة ويرجع بالجزء

الثاني على الغاصب الثاني، فإذا رجع صاحب السيارة على الغاصب الاول كان له أي هذا الغاصب الاول الرجوع بما دفعه لصاحب السيارة على الغاصب الثاني أما اذا رجع مالك السيارة على الغاصب الثاني فليس لهذا الغاصب الرجوع على الغاصب الاول شيء ونفس هذا الحكم يطبق على حالة أتلاف المغصوب من قبل شخص ثالث إذ بحسب (ف 2م 198 مدني عراقي) إذا أتلّف شخص المغصوب (السيارة) وهو بيد الغاصب جاز لمالك السيارة الرجوع بالضمان على الغاصب أو من قام بالأتلاف وأذا رجع مالك السيارة على من قام بأتلاف السيارة فليس للاخير الرجوع على الغاصب بشيء.

\*الاساس القانوني لرجوع الغاصب الاول على الغاصب الثاني :-

أذا رجع مالك السيارة بالضمان على الغاصب الاول فإن للغاصب الاول الرجوع على الغاصب الثاني والاساس القانوني لرجوعه هو تملك المغصوب بالضمان فطالما أنه دفع قيمة المغصوب (السيارة) للمالك فإنه يكون قد أشتراها بالضمان ويصبح هو المالك هنا ويكون الغاصب الثاني بحكم الغاصب من المالك فيكون للغاصب الاول (المالك بالضمان) الرجوع على الغاصب الثاني, ويكون تملك الغاصب الاول للمغصوب (السيارة) بالضمان بأثر رجعي من يوم حدوث الغصب لا من وقت دفع الضمان وبالتالي يمتلك جميع ما أنتجته السيارة من وقت الغصب لحين دفع الضمان طالما دفع كل هذه القيمة للمالك.

\*وتقدر المادة (199 مدني عراقي) حكم آخر لهذه الحالة هو أنه لو قام الغاصب الثاني (غاصب من الغاصب) برد المغصوب (السيارة) الى الغاصب الاول الذي أخذ منه السيارة برأت ذمته وحده ولا تبرأ ذمة الغاصب الاول, أما إذا قام الغاصب الثاني برد المغصوب (السيارة) الى المالك الاصلي برأت ذمته وذمة الغاصب الاول.

9-التصرف بالمغصوب :-

حسب نص المادة (200 مدني عراقي) إذا قام الغاصب بالتصرف بالمغصوب معاوضة (كالبيع) أو تبرعاً (كالهبة) كأن يقوم الغاصب ببيع السيارة الى مشتري أو هبتها للغير جاز للمالك (مالك السيارة) الرجوع بالضمان على الغاصب والمتصرف اليه فإن رجع على الغاصب ودفع له الضمان تملك الغاصب المغصوب (السيارة بالضمان) وبالتالي يكون تصرفه ببيع السيارة أو صحيح لأنه صدر من مالك, أما إذا رجع على المتصرف اليه المشتري أو الموهوب له فإن للمتصرف اليه إذا كان مشتري الرجوع على الغاصب بضمان الاستحقاق الخاص بعقد البيع واذا كان موهوب له رجع بضمان الاستحقاق الخاص بعقد الهبة لأنه في هذه الحالة يكون المبيع والموهوب ملكاً لغير المتصرف (الغاصب) فيضمن للمشتري وللموهوب له استحقاقه للمالك.

10-حكم الحال المساوي للغصب :-

تتعرض المادة (201 مدني عراقي) لحكم حالات لا تعد غصباً حقيقياً وانما تشبه الغصب من حيث الاثر بأن تخرج المال من يد صاحبه فتقدر هذه المادة أن الحال والحالات المساويه للغصب من حيث إزالة التصرف من المالك حكمها حكم الغصب, كما في حال الوديعة فأذا أنكر الوديع المودع لديه الشيء ا

لوديعة وادعى أنه مالك حكمه حكم الغاصب فأذا أئلف الشيء بيده سواء بتعدي منه أو بدون تحدي كان ضامناً وهذه المادة تعالج ما يعرف بالفقه الاسلامي (يد الضمان ويد الامامه)فيد الضمان تكون عندما يجوز الشخص الشيء بنية تملكه وبالتالي اذا أئلف أو هلك تحمل هو تبعة الهلاك سواء كان الهلاك بفعل الحائز أو بسبب أجنبي,أما اذا كان يجوز الشيء  تملكه بل بصفته نائباً عن المالك كما في الوديعة فإن المودع لديه الشيء يجوز هذا الشيء بصفته نائباً عن المالك لأبنية تملكه فتكون يده يد أمانه لا ضمان وبالتالي اذا هلك الشيء لا يضمنه الحائز هنا الا اذا تسبب هو بالهلاك أي هلك بتعدي منه,لكن اليد هنا يد الامانه يد المودع لديه تتغير الى يد ضمان اذا غير الحائز نيته بأن لم يعد يجوز الشيء بصفته نائب عن المالك بل بصفته مالك فيكون حكمه حكم الغاصب وتتحول يده الى يد ضمان .

\*والنيه هنا تلعب دور في تكييف اليد بأنها يد ضمان أو يد أمانة فالملتقط الذي يجد اللقطة اذا حازها ليستأثر بملكها  بصفته مالك كانت يده يد ضمان اذا هلكت تحمل الضمان سواء كان الهلاك بتعدي منه أو بدون تعدي,أما اذا أخذ اللقطة لأبنيه تملكها بل بنية حفظها وردها الى المالك فإن يده تكون يد أمانه على اللقطة اذا هلكت لا يتحمل الضمان الا اذا كان الهلاك ناشئاً عن خطأ منه وأن أخذ اللقطة بنية ردها للمالك ثم بعد فترة تحولت نيته الى نية المالك فإن يده تتحول من يد أمانه الى يد ضمان .



## المحاضرة السابعة عشرة ((المسؤولية عن عمل الغير))

مسؤولية الانسان عن عمل الغير أما مسؤولية عن هم تحت رعاية هذا الانسان أو تكون مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه :-

### المطلب الاول

#### مسؤولية الانسان عن هم تحت رعايته

تنص المادة ( 218مدني عراقي) على (1-يكون الاب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير, 2-ويستطيع الاب والجد التخلص من المسؤولية اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب).

1-الاشخاص الذين يتحملون المسؤولية :-

يتحمل هذه المسؤولية (الاب و الجد) حصراً في القانون العراقي خلافاً للقانون المصري الذي ألقى عبء هذه المسؤولية على كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً مراقبة شخص في الرقابة بسبب قصره أو حالته العملية أو الجسمية , وتبرير المشرع العراقي هو أنه أراد أن يحصر المسؤولية عن المسؤول عن الصغير في اضيق حدود بعد ان قرر المسؤولية في (م\191)على الصغير المميز مسؤولية أصلية لا احتياطية كما هو حال القانون المصري فعلى هذا ينبغي عدم التوسع في هذه المسؤولية لأنها استثنائية محصورة بالاب والجد.

\*ويجب ملاحظة أن الفرق بين المسؤولية الاحتياطية المقدره على الولي أو الوصي أو القيم في (م\191)عندما يرجع الضرر على هؤلاء بعد تعذر حصول التعويض من الصغير وبين المسؤولية الاصلية الواردة في(م\218)المشار اليها أن المسؤولية الاولى الاحتياطية لا تقوم على فكرة الخطأ المفترض وهو التقصير في الرقابة , كما أن المسؤولية الاحتياطية المخففة في (م\191)أوسع نطاقاً إذ تشغل الولي أما الوصي أو القيم بينما تنحصر المسؤولية في (م\218)بالاب والجد.

2-شروط المسؤولية :-

أ-أن يكون المشمول بالرعاية صغيراً ولم يحدد المشرع العراقي سن معين لهذا الصغير فهل يريد به من لم يبلغ سن الرشد (18)سنة وهو السن الولاية على المال عند فقهاء الشريعة الاسلامية أم يريد به من لم يبلغ (15)سنة وهي سن الولاية على النفس عند فقهاء الشريعة الاسلامية ؟

لم يحدد القانون المصري القديم هذه السن فأختلف الفقه والقضاء ولكن كان الرأي القضائي البارز هو تحديد سن (15) سنة وهو ما أخذت به محكمة النقض المصري حتى جاء القانون المصري الجديد ليعتبر الشخص قاصراً إذا هو لم يكمل (15) سنة من عمره , وأمام سكوت القانون العراقي فيفسر موقفه بأنه أراد مخالفة القانون المصري وبالتالي فإن الصغير هو من لم يكمل (18) سنة وهو سن الولاية على المال عند الفقهاء والمسلمين .

\*ولم يشترط المشرع العراقي هنا إتحاد المسكن والمساكن بين المسؤول والصغير بل يكون الاب والجد مسؤولان عن أفعال الصغير الضار وإن لم يكونا ساكنين معه .

ب- صدور عمل غير مشروع من الصغير المتحول بالرعاية يكفي أن يتوافر فيه الموضوعي للخطأ وهو التعدي بصرف النظر عن توافر العنصر المعنوي وهو الإدراك والتمييز ذلك ان هذه المسؤولية تقوم على خطأ الرقابة لا خطأ الصغير فلا حاجة أن لصدور خطأ من الصغر المشمول بالرقابة وانما يكفي صدور فعل غير مشروع ينطوي على تعدي وان لم يتوفر التمييز أو الإدراك.

3- اساس المسؤولية : هو الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة الاب والجد اذ يفترض متى صدر فعل ضار من الصغير فإن المسؤول عن مراقبة الصغير قد قصر في رقابته مما ادى الى وقوع الفعل الضار من الصغير, لكن الخطأ المفترض هنا قابل لاثبات العكس بأن يثبت متولي الرقابة أنه قام بواجبه ولم يقصر اذ انه اتخذ الاحتياطات اللازمة لكن الفعل الضار صدر من الصغير ففي هذه الحالة لا يسأل الاب والجد , وتقدير توافر الرقابة وعدم التقصير فيها من المسائل الموضوعية التي يقضي بها قاضي الموضوع دون رقابة محكمة التمييز.

4- طرق التخلص من المسؤولية : هناك طريقتان : -

أ-نفي الخطأ فقد قلنا ان الخطأ متولي الرقابة مفترض فيستطيع التخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة على الصغير ولم يقصر فيه وانه فعل العناية اللازمة لكن الفعل الضار وقع من الصغير , ومقدار العناية الذي على الاب أو الجد القيام به يختلف باختلاف ظروف الصغير الزمانية أو المكانية فكلما كبر الصغير كلما قل واجب العناية وكلما كان الصغير مريضاً او حاد المزاج كلما كبر مقدار العناية .

ب- ان يثبت متولي الرقابة (الاب او الجد) ان الضرر او الفعل الضار كان لا بد واقعاً من الصغير حتى لو قام بواجب الرقابة على اتم وجه .

## 5-الرجوع بالمسؤولية :-

وفق المادة(220 مدني عراقي) ان للمسؤول عن عمل الغير الرجوع على هذا الغير بما ضمنه أي دفعه للمضرور,فاذا لحق صغيراً ضرراً بالغير فأن أما المضرور شخصان أما أن يرجع على متولي الرقابة الاب او الجد أو يرجع على الصغير , لكن في كل الاحوال يختار الرجوع على متولي الرقابة لانه اكثر ملائمة من الناحية المالية من الصغير فأذا رجع على الاب والجد كان للاب او الجد الرجوع على الصغير بما دفعه للمضرور لكن اذا اشتركا معاً أي الاب او الجد اشتركا مع الصغير في الفعل الضار وزعت المسؤولية عليهما بقدر جسامة خطأه فاذا لم يعرف القدر وزعت المسؤولية عليهم بالتساوي (م / 217مدني عراقي ).

### - المطلب الثاني :- مسؤولية المتبوع من اعمال تابعه

تنص المادة(219)من القانون المدني العراقي على (1- الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي بخدمة عامة ,وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدي وقع منهم اثناء قيامهم بخدمتهم ,2-ويستطيع المخدوم ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية ).

أولاً :شروط هذه المسؤولية :- وهي ثلاث شروط :-

#### 1)وجود علاقة التبعية :-

ومعنى علاقة التبعية هنا ان يعمل التابع لحساب المتبوع وان يكون للمتبوع حق الرقابة على التابع وتوجيهه واصدار الاوامر ومحاسبته على مخالفتها,فلا يشترط لعلاقة التبعية هذه وجود عقد بين التابع والمتبوع ولا يشترط فيها ان يكون التابع مأجوراً بل حتى لو كان يعمل دون مقابل لحساب المتبوع ولا يشترط ان تكون سلطة الرقابة والتوجيه مستمرة بل قد تكون مؤقتة او عرضية .

\*لكن هل يشترط لتوافر علاقة التبعية ان يكون للمتبوع سلطة في اختيار التابع حتى يسأل افعاله؟

لقد اشترط الفقه والقضاء قديماً لقيام التبعية ان يتوافر عنصر الاختيار هذا واقام المسؤولية على اساس خطأ المتبوع في اختيار تابعية على اساس الخطأ في الرقابة عليهم , لكن هذه الفكرة اصبحت مهجورة في الوقت الحاضر اذ نص القانون المدني المصري في (م/74)على قيام علاقة التبعية ولو لم يكن للمتبوع الحرية في اختيار تابعيه وبالتالي تسأل وزارة الدفاع عن حوادث السير التي يسببها جنودها المكلفين مع ان ليس له حرية في اختيارهم .

ولا يشترط لقيام علاقة التبعية هذه ان تكون للمبتدع سلطة فصل التابع من عمله بل يبقى مسؤولاً عن عمله حتى لو لم يكن له هذا الحق وحتى لو لم يكن ملحقاً وعارفاً فأصول عمل التابع اذ يسأل صاحب المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب الذي يعمل لديه حتى لو لم يكن صاحب المستشفى طبيباً .

\*اذا مناط علاقة التبعية هو وجود سلطة لدى المتبوع تخوله حق الرقابة والتوجيه على عمل التابع فإذا انتفت سلطة الرقابة والتوجيه أنتفت علاقة التبعية , كما في عقد المقاولة اذ يكون المقاول مستقلاً في عمله ان سلطة رب العمل عن خطأ المقاول لعدم توافر علاقة التبعية بينهما .

## 2) خطأ التابع :

خطأ التابع ومسؤوليته عن هذا الخطأ اساس مسؤولية المتبوع فإذا لم يصدر خطأ من التابع فلا مسؤولية عليه وبالتالي لا مسؤولية على المتبوع ا وان التابع كان موظفاً عاماً صدر منه الفعل اثناء تأدية واجبه كما لو أصاب شرطي لص هارب فلا مسؤولية على التابع وبالتالي لا مسؤولية على المتبوع .

وإذا كانت اوامر المتبوع واضحة وقام التابع بتنفيذها بشكل خاطيء اضر بالغير فإن القضاء في مصر وفرنسا وكذلك الفقه يجمع على تحمل المتبوع المسؤولية عن عمل التابع هذا , كما لو اصدر مدير شركة اصدر امر الى فراشه يمنع دخول احد المراجعين فقام الفراش بضرب المراجع فإن صاحب لشركة يسأل عن عمل الفراش .

## 3) ان يقع الخطأ اثناء تأديه التابع لوظيفته :-

الخطأ الذي يصدر من التابع اما أن يصدر اثناء تأديه الوظيفة , وقد يصدر الخطأ ولا علاقة له بهذه الوظيفة وقد يصدر منه خطأ بمناسبة تأدية الوظيفة .

### أ- الخطأ اثناء تأدية الوظيفة :

كالخطأ الذي يصدر من موظف اتجاه احد المراجعين كأن يضربه مثلاً فهذا الخطأ لا يثير خلافاً فيسأل المتبوع هنا عن خطأ التابع الموظف .

### ب- خطأ لا علاقة له بالوظيفة :

كأن يصدر من ساعي البريد اثناء قيامه بواجبه نزاع او شجار مع احد المارة بالطريق , فهذا خطأ واضح لا يثير خلاف فلا يسأل المتبوع هنا عن خطأ الساعي التابع .

### ج- الخطأ الذي يصدر بمسببه تأديه الوظيفة :

كأي عمل يصدر من الخادم اثناء اجازته دفاعاً عن سيده كأن يقوم هذا الخادم بضرب أو شتم من اساء لسيده , هنا الخطأ لم يقع اثناء تأدية الوظيفة لا يمكن القول ان لاعلاقة له بوظيفة الخدمه بل لو لا وظيفة الخدمة لما صدر من الخادم هذا الخطأ فهو خطأ صدر بمسببه تأدية الوظيفة وهو خطأ يثير بعض الخلاف, اذ يذهب الفقهاء والقضاء لاسيما في مصر الى ان تطور المسؤولية التقصيرية انتشار المذاهب الاشتراكية والسعي لحماية المضرور وتعويضه , فإن هذا الخطأ الصادر من التابع (الخادم) يسأل عنه المتبوع (السيد), بل ذهب الاتجاه المذكور الى اوسع من ذلك فقد مضت المحاكم بمسؤولية المتبوع عن

افعال تابعه حتى لو لم تكن لها علاقة بتأديه وظيفته حتى كانت هذه الوظيفة هي التي سهلت للتابع ارتكاب الفعل .

أما موقف القانون العراقي فهو صريح تنص المادة(219 مدني عراقي) التي قصرت مسؤولية المتبوع عن الاضرار الناشئة عن افعال التابعين اذا وقعت منهم اثناء قيامهم بخدماتهم ,لذا فلا يسأل المتبوع هنا عن الاخطاء الصادره بمناسبة تأدية الوظيفة .

### ثانياً – من يتحمل المسؤولية :-

في القانون المصري يتحمل المسؤولية كل (متبوع) أما في القانون العراقي فقد قصر هذه المسؤولية على بعض المتبوعين وهم :-

1)الحكومة والبلديات وامرها واضح.

2)المؤسسات التي تقوم بخدمة عامة :ويقصد بها المرافق العامة التي ينظمها القانون الاداري .

3)الشخص الذي يشغل احدى المؤسسات الصناعية والتجارية :-

والمقصود بهذا الشخص كل شخص حقيقي او معنوي يشغل من هذه المؤسسات فيشمل الافراد والشركات التي تقوم بمشروعات تجارية أو صناعية ,ولكن لايشمل الافراد والشركات التي تقوم بنشاط غير صناعي أو تجاري ولا يشمل الافراد الذين يستخدمون غيرهم لمعاونتهم في النشاط التجاري أو الصناعي طالما انهم لم ينشئوا مؤسسة ذات كيان خاص ,فلا يسأل الانسان عن خطأ سكرتيره او سائقه .

وهي أما :

- مسؤولية عن فعل الاشياء الحية (الحيوان )
- مسؤولية عن فعل الاشياء الغير حية .

**المطلب الاول :** المسؤولية عن فعل الاشياء الحية (الحيوان) تنص المادة(21مدني عراقي)على أن جناية  أي الحيوان جبال أي مهدورة لا تعويض عنها فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحب الحيوان الا اذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر وهذه المادة بنصها على أن جناية  انما تقدر قاعدة حماية هي حديث الرسول (ص) مفادها أن أي ضرر من الحيوان لا يسأل عنه صاحب الحيوان , لكن المادة تعود بعد ذلك لتجعل صاحب الحيوان مسؤول عن ضرره اذا أثبت أن الضرر وقع من الحيوان بعد ان قصر صاحبه في مراقبته وأنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر وبالتالي فإن مسؤوليته تقوم على اساس خطأ ثابت بأن المضرور هو من يتولى أثبات الخطأ في تقصير صاحب الحيوان واجب العناية .

### أولاً:- صور خطأ صاحب الحيوان :-

وبعد هذه القاعدة العامة يورد المشرع العراقي صور لخطأ صاحب الحيوان

(1م\222ف1)عندما يضر حيوان بما الغير وكان صاحب الحيوان يرضى ذلك ولم يمنع الحيوان من ايقاع هذا الضرر فإن صاحب الحيوان يكون مسؤولاً.

(2م\222ف2)سأل صاحب الثور النطوح والكلب  ما يحدثه هذا النور وللكلب من ضرر بالغير اذا قام شخص من أهل المحله أو القرية تنبيه صاحب هذا الحيوان (الثور او الكلب) بضرورة المحافظة عليه ولم يحافظ عليه أو أن صاحب هذا الحيوان كان يعلم أو  عليه العلم بعيب هذا الكلب أو الثور .

(3م\223ف1)اذا دخل شخص دابه في ملك شخص اخر بدون أذنه فإنه يسأل عن الضرر الذي تسببه للدابة بهذا الشخص أو أي من اتباعه سواء كان صاحب الدابة ركباً أو قائداً وسواء كان موجود وقت الحادث أم لا .

وتجدر الاشارة الى أن حصر المسؤولية بهؤلاء الاشخاص  نقص تشريعي حاول المشرع تلافيه في قانون التأمين الالزامي عن حوادث السيارات عندما اعطى المضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن,فجعل المؤمن مسؤول عن أخطاء المؤمن لهم , لكن ذلك مقصور على حوادث السيارات وعلى الاضرار التي على النفس دون المال حسب هذا القانون .

ثالثاً:- أساس المسؤولية وطريقة التخلص منها :-

أساس المسؤولية هنا هو الخطأ في الرقابة على عمل التابع أي خطأ المتبوع في مراقبة وتوجيه عمل التابع وفي القانون العراقي هذا الخطأ مفترض لمن الافتراض هنا قابل لأثبات العكس أي أن المتبوع يستطيع التخلص من المسؤولية عن اعمال تابعه اذا اثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر من التابع وأن هذا الضرر كان واقعاً حتى لو بذل هذه العناية فضلاً عن انه يتخلص من

المسؤولية اذا أثبت السبب الاجنبي , ويقدر القاضي القدر المطلوبه من العناية اللازمة لمنع وقوع الضرر وهي مسألة موضوعيه لا رقابة لمحكمة التمييز على القاضي فيها .

\*وتجدر الاشارة الى أن بعض القوانين الحديثة جعلت هذه المسؤولية قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس فلا يستطيع المتبوع التخلص من المسؤولية اذا اثبت أنه بذل العناية اللازمة لمنع وقوع الفعل الضار من التابع, فلا يستطيع التخلص من المسؤولية الا اذا أثبت السبب الاجنبي.

رابعاً:-رجوع المتبوع على التابع بالضمان :-

اذا ارتكب التابع فعل ضار بحق الغير فإن المتبوع يسأل عن فعل التابع الضار اذا توافرت الشروط السابقة لمسؤولية المتبوع وبالتالي فإن المضرور يكون أمامه شخصين هما التابع مرتكب الفعل الضار والمتبوع يرجع على أي منهما شاء لكنه يؤثر غالباً الرجوع على المستوى (الحكومة والبلديات مثلاً) لأنها أكثر ملاءة مالية وأكثر ضماناً لدفع التعويض للمضرور فإذا دفع المتبوع التعويض للمضرور فإن للمتبوع حق الرجوع على التابع بما دفعه للمضرور حسب المادة(220مدني عراقي) أما اذا اشترك التابع والمتبوع في إيقاع الضرر بالغير وزعت المسؤولية عليهما حسب جسامه خطأه واذا لم يعرف مقدار جسامه الخطأ وزعت المسؤولية بينهما بالتساوي (م 217مدني عراقي).

(4م) (223ف 2) اذا انفلت الحيوان من تلقاء نفسه ودخل أرض الغير أو ملكه ما حدث الضرر به فإن صاحبه لا يسأل الا اذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع انفلات الدابه.

وحكم الفقه الاسلامي هنا تختلف وكان الاجدر بالمشرع العراقي الاخذ به لأنه أكثر عدالة اذ يفرق الفقه الاسلامي بين انفلات الدابة نهاراً أو ليلاً ويجعل صاحبها مسؤول عن الانفلات الليلي و النهاري لأنه في الليل مجرد انفلات الدابة بعد خطأ حتى ولم يصدر أي تقصير من صاحب الحيوان فخطأه مفترض فرضاً غير قابل لأثبات العكس ولا يستطيع التخلص من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي

لما صح عن الرسول(ص)أنه ألقى عبء حفظ الحوائط(البساتين) ليلاً على أهلها ولقوله تعالى في قصة سليمان وداود (اذ يحكما في الحرف أو نفشت فيه غنم القوم) والنفش هو الرعي ليلاً عن أهل اللغة.

(5م) (223ف 3) لو أدخل شخص دابة في ملك غيره فإنه لا يسأل عن الضرر الذي تسببه هذه الدابة الا اذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

(6م) (224ف 1 ف 2)تعالج هذه المادة بفقرتيها صورة أخرى من صور الضرر الذي يسببه الحيوان ومسؤولية مالكة عنه ففي الفقرة الاولى من هذه المادة تقرر أن الضرر الذي يسببه الحيوان عند مروره بالطريق العام لا يسأل عنه صاحبه سواء كان راكباً أم قائداً له أو سائقاً اذا كان هذا الضرر لا يمكن التحرز منه أي التوقي منه أي ليس بإمكان صاحب الحيوان أن يمنع وقوع هذا الضرر ومثله الضرر الذي يحدثه ذيل الدابة أو رجلها كالغبار أو الطين الذي تثيره الدابة برجلها وتلوث ثياب الغير.

أما الفقرة الثانية فإنها تجعل صاحب الدابة مسؤول عن الضرر الذي يمكن التحرز منه أي يمكن لصاحب الدابه منه وقوع هذا الضرر كمصادمة الدابه أو لطمت يدها أو رأسها فصاحب الدابة مسؤول عن هذه الاضرار اذا كان بإمكانه منعها الا اذا أثبت أنه إتخذ الحيط الكافية لمنع وقوعها .

(7) (م 225 ف 1 ف 2) إذا أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير الأماكن المخصصة لوقوف الدواب فإن مالك الدابة يسأل عن كل الأضرار التي تسببها الدابة في كل الأحوال, فإذا سبب أو أفلت شخص دابة في الطريق العام أو تركها تتسبب بأنه يسأل عما تحدثه من ضرر إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها .

(8) (م 226 ف 1) إذا ربط شخص دابته في ملكه وجاء شخص آخر وربط هو دابة في ملك شخص الأول الى جانب دابته فأضرت دابته صاحب الملك بدابة الشخص الثاني فإن صاحب الملك لا يسأل إذا كان لم يأذن له بالربط أما إذا أضرت دابة الشخص الثاني بدابة صاحب الملك فإن الشخص الثاني قيسأل اذا كان قد ربطها بدون إذن المالك الأول .

(9) (م 226 ف 2) إذا قام شخصان بربط دابتهما في مكان يحق لكلاهما كربط فيه فأضرت إحدى الدابتين بالأخرى فإن لا مسؤولية على صاحب الدابة التي أوقعت الضرر في الدابة الأخرى إلا إذا أثبت صاحب الدابة المضرومة بأن الشخص الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

(10) (م 226 ف 3) إذا شخصان بربط دابتهما في مكان لا يحق لكلاهما الربط فيه فإن الرابط الأول لا يسأل عن الضرر الذي تلحقه دابته بداية الرابط ثانياً لكن الرابط ثانياً يسأل عن الضرر الذي يلحق بدابة الرابط الأول .

ثانياً : شروط المسؤولية وهي شرطان :

1- أن يحدث الحيوان ضرراً بالخير :

أن يقوم الحيوان بدور إيجابي أدى الى أحداث الضرر أما أدى لم يصدر من الحيوان أي دور إيجابي فلا مسؤولية على صاحبه كما لو أرتطم شخص بهذا الحيوان , وهذا الدور الإيجابي من الحيوان قد أتصال مادي مباشر بين جسم الحيوان والمضرر .

كالدس وقد يكون دور الحيوان هو المسبب الإيجابي للضرر دون أتصال مباشر بين جسم والمضرر كما لو هرب الحيوان المفترس من قفص في حديقة حيوان فعمت حالة الفوضى والذعر بين فدهس بعضهم لبعض فإن الضرر هنا .

وقد يكون الضرر من الحيوان مادياً كالجرح والقتل أو أتلاف المال , وقد يكون الضرر عبارة عن انتقال عدوى مرض معدي من حيوان مريض للمضرور .

2- خطأ صاحب الحيوان :

يجب أن يصدر من صاحب الحيوان خطأ في حراسة هذا الحيوان ورقابته ومنع أذاه , وهذا بحث أساس المسؤولية من فعل الحيوان .

ثالثاً: أساس المسؤولية عن فعل الحيوان :-

أخذت التشريعات الاجنبية فكرة الخطأ المفترض فأقامت مسؤولية صاحب الحيوان على هذا الأساس لكن بعض منها أقام هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض قابل لأثبات العكس بأن صاحب الحيوان



يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه إتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر, وبعض منها أقام هذه المسؤولية على اساس الخطأ المفترض غير قابل لأثبات العكس بأن صاحب الحيوان لا يمكنه التخلص من المسؤولية الا إذا أثبت السبب الاجنبي .

\*موقف المشرع العراقي أقام المشرع هذه المسؤولية على أساس (الخطأ الثابت) لا المفترض ومفاد هذا الخطأ أن صاحب الحيوان كقاعدة عامة لايسأل عن الضرر الا اذا أثبت المضرور أن صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر خلافاً للخطأ المفترض الذي يتولى فيه صاحب الحيوان نفسه عبء نفي الخطأ عن نفسه .

هذه هي القاعدة العامة لكن المشرع العراقي أورد استثناءات هي :-  
\*الاستثناءات على الخطأ الثابت :

1-أقام المشرع العراقي مسؤولية صاحب الحيوان على خطأ مفترض فرضاً بسيطاً قابل لأثبات العكس في صورة من صور خطأ صاحب الحيوان وهي صور الضرر الذي يقع من الحيوان ويمكن التحرز منه أي يمكن لصاحب الحيوان منع وقوعه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها ,فصاحب الحيوان هنا يسأل عن هذا الضرر فالخطأ في جانبه مفترض لكن يستطيع التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه إتخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر لكنه رغم ذلك وقع (انظر الصورة 6 المشار اليها سابقاً) الواردة في (م 224\ف 2 مدني عراقي).

2-أقام المشرع العراقي مسؤولية الحيوان على أساس الخطأ المفترض فرضاً قاطعاً غير قابل لأثبات العكس في صورة من صورة خطأ صاحب الحيوان وهي الصورة الواردة في (م225\ف 1 مدني عراقي)عندما يقف صاحب الحيوان دابة في الطريق العام أو يربطها فيه, ذلك بعد خطأ يسأل صاحب الحيوان عنه ولا يستطيع التخلص من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي .

رابعاً:(الشخص الذي يتحمل المسؤولية ) في القانون العراقي الشخص الذي يتحمل المسؤولية على حد تعبيره هو (صاحب) الحيوان والمراد بلفظة صاحب هو من يملك السيطرة الفعلية على الحيوان سواء كان مالكة الاصيلي أم غير المالك,وسواء كان الشخص سيطرة فعلية مشروعته على الحيوان كالمستأجر والمنتفع والمرتهن رهناً حيازياً أو تكون سيطرته غير مشروعته كالسارق مثلاً فهو مسؤول عن أضرار الحيوان الذي سرقه.

أما التشريعات الغربية فتأخذ الحراسة أي يسأل عن ضرر الحيوان من كان حارساً عليه ولا مجال للأخذ بهذه الفكرة .

خامساً : طريق التخلص من المسؤولية :

يختلف طريق التخلص من المسؤولية باختلاف الاساس الذي تقوم عليه ففي القانون العراقي كقاعدة عامة أساس المسؤولية خطأ ثابت يقوم المضرور بأثبات تقصير خطأ صاحب الحيوان ويستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسؤولية إذا عجز المضرور عن اثبات هذا الخطأ أو أن صاحب الحيوان قد أثبت أن سبب الضرر حادث اجنبي لا يد له .

أما في الصورة التي يكون فيها أساس المسؤولية خطأ مفترض قابل لأثبات العكس فإن صاحب الحيوان يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر لكنه وقع .  
أما في الصورة التي يكون فيها أساس المسؤولية خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس فصاحب الحيوان هنا لا يستطيع التخلص من المسؤولية الا اذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه .

120

المطلب الثاني : المسؤولية عن الاشياء غير الحية :

وهذه المسؤولية أما مسؤولية عن :

1-البناء .

2-الاشياء التي تتطلب عناية خاصة في .

أولاً : المسؤولية عن البناء :

تعالج المادتين (229 - 230 مدني عراقي) صورتين للمسؤولية عن البناء بموجب م 229 يسأل صاحب البناء عن سقوط البناء الذي يورث الغير ضرراً سواء كان في البناء عيب أدى الى سقوطه أو كان مائلاً ونيه صاحبه الى ذلك أو كان يعلم وينبغي عليه بحالة البناء .

وتصنيف المادة (229) في فقرة ثانية أن لكل شخص مهدد بضرر يصيبه البناء أن يطلب من مالكة إتخاذ ما يلزم لمنع وقوع الضرر فإذا لم تعم بذلك جاز لهذا الشخص الحصول على اذن من المحكمة لاتخاذ هذه التدابير على حسابه وبموجب (م 230) كل شخص يقيم في مسكن يسأل عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقي أو يسقط من هذا المسكن مالم يثبت أنه إتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

1) الصورة الاولى (المسؤولية عن تهم البناء)

تقدرت هذه المسؤولية بالمادة (229 مدني عراقي ) والبناء هنا حتى يسأل صاحبه عن تهمه كل ما كان مكوناً من تجميع مواد تتصل بالارض صلة قرار وتثبيت سواء كانت معدة لسكن أو الايواء الحيوان أو لخرن الاشياء أو لأي غرض آخر كدور السكن والمخازن والجسور والاتفاق والانابيب التي توصل المياه والغاز وما شاكل ذلك والعقار بالتخصيص هنا لا يعتبر بناءً كالسيارة المخصصة لخدمة مصنع .

أمن يتحمل المسؤولية عن تهم البناء:

يتحملها صاحب البناء سواء كان هو المستفيد منه أم لا وسواء كان انتفاعه بالبناء مباشرة أو بطريق غير مباشر كالمستأجر وصاحب البناء وهو من له السيطرة الفعلية على البناء ويكون متلفاً يحفظ البناء وصيانته، والاصل هو المالك كما تقرر ذلك (المادة 229 ف 2 مدني عراقي) لكن قد يكون المسؤول

غير المالك كالمتصرف بالارض   فيعتبر هذا المتصرف هو صاحب البناء الذي يقيمه على الارض الاميريه للاغراض الزراعية لأنه هو من يتحمل قانوناً عبء حفظه وصيانته فسأل بالتالي عن تدمه , لكن صاحب حق الانتفاع لا يعتبر صاحب البناء الذي ينتفع به لأنه كان سيطر على هذا البناء سيطرة فعلية الا أن القانون لا يلقي عليه عبء اصلاح العين وصيانتها فهذه تكاليف جسيمة تبقى على عاتق المالك من المنتفع فيبقى المالك أذن هو المسؤول عن تهم البناء.

(ب) شروط المسؤولية :

يشترط لقيام هذه المسؤولية أن يكون الضرر ناشئاً عن تهم البناء كسقوط شبك أو سقوط البياض أو أسلاك الكهرباء سواء كان التهم كلياً أو جزئياً وسواء كان البناء حديثاً أو قديماً إلا أن سقوط البناء أثناء عمليات الانشاء يتحملة المقاول لا المالك .

(ج) أساس المسؤولية عن تهم البناء :

تفرق المادة (29 مدني عراقي) في أساس المسؤولية بين حالتين :

الحالة الاولى: اذا كان التهم ناشئاً عن ميل البناء الى الانهدام ففي هذه الحالة تكون المسؤولية قائمة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لأثبات العكس إذ يسأل مالك البناء بمجرد حصول التهم ولا يستطيع التخلص بين المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي .

الحالة الثانية : اذا كان التهم ناشيء عن عيب في البناء فإن أساس المسؤولية هنا خطأ ثابت في جانب مالك البناء على المضرور القيام بأثباته إذا كان المالك قد نبه الى العيب أو أنه كان يعلم به أو كان ينبغي عليه أن يعلم به ولا يستطيع المالك التخلص من المسؤولية الا اذا نفى علمه بالعيب وإنه لم يكن بإمكانه العلم به .

(د) توفي الضرر قبل حدوثه :

أجازت (ف 2 م 1 229 مدني عراقي) لمن كان مهدداً بضرب يصيبه عن البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء هذا الخطر فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير على حساب المالك.

## 2- الصورة الثانية (مسؤولية الساكن عما يلقي أو يسقط من المسكن)

تختلف هذه المسؤولية عن الصورة الاولى (تهدم البناء) إن هذه الصورة لا علاقة لها بتعييب البناء أو أي للسقوط أو تدمه وإنما تقتصر على ما يلقي أو يسقط منه هذا من جهة , من جهة ثانية إن هذه الصورة تقتصر على المسكن ولا تشتمب أنواع البناء الاخرى كما في الصورة الاولى سواء كان هذا المسكن منزلاً أو فندقاً أو أي بناء آخر يقيم فيه الانسان .

\* إذ يسأل الساكن اذا كان وحده في المسكن عن كل ما يصيب الماره من ضرر ينتج عما يلقي أو يسقط من المسكن أما اذا تعدد الساكنون في المنزل فيسألون جميعاً على سبيل التضامن إذ يسأل كل أفراد الاسرة عما يسقط من المنزل ويصيب الغير بالضرر أما بالنسبة للساكن العرضي كالضيف أو النزير في الفندق فيسأل عنهما رب الاسرة أو صاحب الفندق تحديد الفاعل .

\*أساس هذه المسؤولية :-

هو خطأ مفترض قابل لأثبات العكس إذ يستطيع صاحب المسكن أن يثبت أنه اتخذ الحيطة والوقاية اللازمة لمنع وقوع الضرر لكنه مع ذلك وقع أو أذا هو أثبت السبب الاجنبي .

ثانياً :- المسؤولية عن الاشياء التي تتطلب عناية في حراستها :

تتضمن المادة (231 مدني عراقي ) على أن ((كل من كانت تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة))

1-شروط هذه المسؤولية :- وهي شرطان

أ) أن تكون الآله أو الشيء تحت تصرف الشخص أي تحت سيطرته الفعلية كما هو الحال بالنسبة للحيوان فالمنتقع والمرتهن والمستأجر والمستعير والحائز الحسن النيه والسارق يكون مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه الآله أو الشيء ما دامت له السيطرة الفعلية عليه لكن لا يكون التابع عادة ممارساً للشيء لأن سيطرته الفعلية عليه لا تكون لحساب نفسه وإنما لحساب متبوعه فذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية .

وبالتالي يشترط للحراسة هنا أن يسيطر الشخص سيطرة فعلية على الشيء نفسه حتى يكون مسؤولاً عن أضراره .

ب)حدوث الضرر بفعل الشيء :

فلا بد أن يكون للشيء دور ايجابي في إيقاع الضرر فأذا لم يكن له هذا الدور فلا مسؤولية على صاحبه كما لو أحتدم شخص بسيارة فكسرت ساقه .

ولا يشترط بهذا الدور الايجابي أن يتصل الشيء بالجسم والمال دون أن يكون له إتصال مباشر كما لو انفجر محرك سبارة فأضر بالغير أو أنحرف سائق سيارة فأحدث حالة من الرعب بين المارة فأصيب أحدهم جراء التدافع .

2-الاشياء التي تنطبق عليها المسؤولية :-

وهي نوعين من الاشياء:-

أ-الالات الميكانيكية : أي الالات التي تدار بقوة دافعة سواء كانت هذه القوة الكهرباء أم الغاز أو البخار أو الهواء أو الفحم أو الماء المتدفق .

ب-الاشياء الاخرى التي تحتاج الى عناية خاصة : وهي الاشياء التي تحتاج الى هذه العناية لتوقي ما فيها من خطر كالاسلحة النارية والمتفجرات والسموم .

3-أساس المسؤولية وطريقة التخلص منها :

تذهب معظم التشريعات الاجنبية على اعتبار ما قطعت بلدانها من في التصنيع الى جعل أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض فرضاً قاطعاً غير قابل لأثبات العكس فمجرد وقوع الضرر من الالة والشيء يسأل صاحبه ولا يستطيع التخلص من المسؤولية الا اذا أثبت السبب الاجنبي فيقضى مسؤولاً حتى لو أثبت أنه قام بواجب العناية اللازمة بالشيء.

\*أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي

فأنه لم يصل بهذه المسؤولية الى الشوط الذي بلغته التشريعات الاجنبية على اعتبار أن العراق لم يصل الى ما وصلت اليه في مستوى الصناعة والتقنية لذا قام المشرع هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض فرضاً بسيطاً قابل لأثبات العكس فيستطيع صاحب الشيء أثبات أنه اتخذ واجب العناية اللازمة بالشيء أو الاله لمنع وقوع الضرر منها لكن مع ذلك وقع الضرر فلا يسأل في هذه الحالة .

---

## المحاضرة التاسعة عشرة ((المصدر الرابع للالتزام/الاثراء بلا سبب/القواعد العامة))

الاثراء بلا سبب أو (الكسب دون سبب) هو المصدر الرابع من مصادر الالتزام في القانون يلزم من أثرى على حساب غيره أن يرد لهذا الغير قيمة الاثراء في صدور ما أفترق به الغير .

وقد عالج القانون المدني العراقي هذا المصدر في المواد (233-243)قرر فيها مبدأ عام للاثراء بلا سبب ثم أورد له تطبيقات أذ تنص المادة(243)على (كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في صدور ما كسبه بتعويض كسبه فيما بعد).  
ونبحث النظرية للكسب دون سبب وتطبيقات هذه الفكرة في فصلين .

### الفصل الاول

#### النظرية العامة للكسب دون سبب

سنبحث شروط النظرية وأحكامها :-

#### المبحث الاول

##### شروط الاثراء بلا سبب

يشترط في تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب تتوافر شروط ثلاثة هي :-

الثراء المدين, إفتقار الدائن, أن لا يكون الاثراء المدين سبب قانوني .

أولاً: اثراء المدين : وتعني حصول المدين على منفعة لها قيمة مالية والاثراء على انواع فهو أما إيجابي أو سلبي ,مباشر أو غير مباشر, معنوي أو مادي :-

1-الاثراء الايجابي :

وهو أن يدخل في ذمة المدين المالية شيء أو قيمة تزيد عناصرها الموجبة كأن يسكن شخص منزل شخص آخر دون عقد إيجار .

2-الاثراء السلبي :

ويكون بأنقاص عنصر سالب من عناصر الذمة المالية للمثري ,كأن يوفي شخص ديناً في ذمة المشتري وقد يكون الاثراء السلبي بتجنيب المشتري خسارة محققة ,كأن يتلف شخص متاعه لأطفاء حريق شب في دار جاره.

### 3-الاثراء المباشر :

ويحصل بفعل مباشر من قبلا المفترق كأن يقوم الاخير بزراعة أرض المثري .

### 4-الاثراء غير مباشر :

ويحصل بتدخل شخص أجنبي سواء كان فعل الاجنبي مادي كأن يقوم هذا الاجنبي بالبناء على أرض المثري بمواد المفترق قد يكون عمله قانوني كأن يتفق مشتري الارض مع مقاول للبناء عليها ويقوم المقاول بالبناء ثم يفسخ المشتري العقد , فيعد المقاول مفترق وبائع الارض مثري والمشتري أجنبي تم الاثراء بتدخله .

### 5-الاثراء المادي :

وهو حصول المشتري على قيمة مادية مثل البناء أو الزراعة على أرضه .

### 6-الاثراء المعنوي :

ولا يكون بحصول المثري على قيمة مادية بل على منفعة غير مادية كالطبيب الذي يعالج مريض ويشفيه دون اتفاق سابق .

\*وحسب المادة (243مدني عراقي ) فإنه لا يشترط بالمثري أهليه خاصة بل حتى لو كان طفلاً غير مميز,والعبرة بحصول الاثراء في أي وقت كان ,حتى لو زال الاثراء فيما بعد فإن المفترق يستحق التعويض .

### ثانياً :إفترق الدائن :

ويعني أن يقابل اثراء المدين افترق للدائن وان يكون الافترق نتيجة لذلك الاثراء فإن لم يترتب على اغتناء المدين أو أثرائه افترق للدائن فلا يتحقق الاثراء بلا سبب كأن يقوم شخص بفتح مدينة للالعاب في شارع ما فإن البيوت في هذا الشارع ستزداد قيمتها وسيحصلون على اثراء لكن صاحب مدينة الالعاب لا يفترق بشيء فلا يتوافر الاثراء بلا سبب .

والافترق كالاتراء ايجابي وسلبى ومادي ومعنوي ومثل الافترق الايجابي بناء شخص على أرض الغير بمواد مملوكة له فإن الباني ايجاباً أو مثل الافترق السلبي كأن يسكن شخص دار اخر دون عقد فصاحب الدار افترق سلباً بفقدانه منفعة الدار .

ومثل الافترق المعنوي كمن يخدم صاحب متجر وينفعه بمعلومات تساعد على تطوير عمله فإن صاحب المعلومات قد افترق معنوياً لا مادياً عندما زود بمعلوماته صاحب المتجر .

\*ولا يكفي حدوث الافترق والاثراء فلا بد ان يكون الافترق سببه هذا الاثر قيام رابطة السببية بينهما لكن لهذه الرابطة معنى أوسع هنا من معناها في المسؤولية المدنية ففي المسؤولية المدنية حتى انقطعت هذه الرابطة بين الخطأ والضرر سبب اجنبي كالقوة القاهرة وخطأ الغير فإن المسؤولية لا تتحقق أما في الاثر بلا سبب فإن الرابطة السببية بين الاثر والافترق لا تنقطع بالسبب الاجنبي لا بالقوة القاهرة أو

بالحادث الفجائي أو بتدخل الغير فقيام الريح بحمل ثوب شخص والقائه في اثناء شخص لشخص اخر فإن صبغ الثوب يعد اثناء على حساب صاحب الصبغ رغم ان القوة القاهرة وهي الريح هي من حققت هذا الاثراء .

فيكفي اذا ان تكون هناك صلة بين الاثراء والافتقار بأن يكون سبب الاثراء هو الافتقار سواء حصل بسبب أجنبي أم لا , أما اذا انقطعت هذه الصلة بينهما فإن شروط الاثراء بلا سبب لا تتحقق كما لو مات حصان شخص قبل السباق وفسح المجال لفوز حصان الشخص الاخر فإن هذا الفوز هو اثناء لكن لا تربطه صلة بموت حصان الشخص المقابل وافتقاره فلا يستحق صاحب الحصان الميت التعويض .

ثالثاً : إنعدام السبب

ويقصد به السبب المنشئ أو المصدر أي أن لا يكون هناك للاثراء أو الافتقار لسبب أو مصدر مشروع يبرره كالقانون أو العقد أو الإرادة المنفردة فإذا كان القانون أو العقد هما من أعطيا للمثري حق الاثراء فلا يمكن تطبيق الاثراء بلا سبب .

فعندما يتوصل العامل أثناء عمله الى اختراع ما فإن هذا الاختراع من حق رب العمل الذي قد يثري بهذا الاختراع على حساب افتقار العامل لكن العامل لا يستطيع الرجوع عليه لأن القانون أعطى الاختراع لرب العمل وبدر اثرائه على حساب العامل ويلاحظ أنه اذا كان للاختراع قيمة اقتصادية فإن قانون العمل يلزم رب العمل بدفع تعويض مناسب للعامل لا طبقاً للاثراء بلا سبب بل ينص القانون وفق ما تقضي به قواعد العدالة أو قد يتبرع شخص بمبلغ من المال لشخص آخر فإن المتبرع يفتقر الى جانب أثراء المتبرع به ومصدر الاثراء العقد هو ما فلا يحق بعد ذلك للمتبرع الرجوع على المتبرع له بالتعويض .

## المبحث الثاني

- أحكام الاثراء بلا سبب -

يستحق المفتقر التعويض من قبل المثري عن طريق دعوى يرفعها المفتقر وسنبحث التعويض والدعوى :-

أولاً: التعويض :-

تلزم المادة (243 مدني عراقي ) المثري بتعويض المفتقر في حدودها كسبه .

ويكون التعويض بمقدار أقل القيمتين من قيمة الاثراء والافتقار أي أن المفتقر يستحق المقدار الأقل فإذا كان مقدار قيمة الاثراء أقل من الافتقار فإنه يستحق ما يعادل قيمة الاثراء, واذا كانت قيمة الافتقار أقل من الاثراء استحقه ما يعادل قيمة الافتقار , لأن التعويض لا يجوز أن يزيد على خسارة المفتقر والا كان هذا المفتقر بدوره مثرياً على حساب الثري الاول, ولا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار اثناء المثري لأن اثناء المثري لم يتم بخطأ منه فأننا لا نحاسبه على خطأ حتى نلزمه برد زيادة على ما كسبه وانما يلزم برد ما كسبه فقط .



## \*1) وقت تقدير الاثراء :

يقدر الاثراء وقت حصوله لا وقت رفع الدعوى أو النطق بالحكم حتى لو زادت أو قلت قيمته بعد حصوله وقت رفع الدعوى أو الحكم بل حتى لو زال الاثراء نهائياً بعد حصوله , فلو شخص بمواد يملكها على أرض الغير فزادت قيمة الأرض بمقدار ( 100,000 ) دينار فإن الاثراء يقدر وقت حصوله أي بمقدار بـ(100000) حتى لو زادت قيمة الأرض بعد ذلك عن هذا الحد أو قلت أو حتى لو سقط البناء نهائياً وزال الاثراء, كما لو أوفى شخص من آخر فإن الموفي يستحق ما دفعه أي لو دفع ألف دينار استحق هذا الألف الذي أثرى به عنه حتى لو قلت قيمة النقود أو زادت بعد ذلك كما أنه يستحق الألف لأنه هو مقدار الاثراء وقت حصوله ولا يستحق الفوائد بعد وقت حدوث الاثراء فالاثراء يعد وقت حصوله ولا يدخل في حسابه الفوائد التي تستجد بعد ذلك .

## 2) وقت تقدير الافتقار :

يقدر الافتقار خلافاً للثراء وقت النطق بالحكم لا وقت حصوله أو وقت رفع الدعوى لأنه يشبه هنا الضرر في المسؤولية فقيمه قابلة للزيادة أو النقصان بمرور الوقت لذا أنسب وقت لتقديره بحيث يقطع الشك باليقين في مقدا هو وقت صدور الحكم فنحن خلال الحكم يتحدد مقداره نهائياً.

وبعد تقدير قيمة الاثراء وقيمة الافتقار في الوقت المحدد لكل منهما يلزم المشتري بدفع الأقل منهما ويصبح هذا التعويض دين بذمته أي دين عادي يتعرض صاحبه المفتقر الى مزاحمة بقية الدائنين العاديين.

## ثانياً: دعوى التعويض :-

المدعي في دعوى الاثراء أو دعوى الكسب دون سبب هو المفتقر أو نائبه أو خلفه العام (الوارث) أو الخاص (المحال له) ولا تشترط فيه أهليه معينة بل حتى لو كان غير [ ] , أما المدعى عليه فهو المثري أو نائبه أو خلفه العام ولا تشترط فيه أيضاً أهليه معينة حتى لو كان غير مميز .

## مدة تقادم الدعوى :-

مدة تقادم دعوى الاثراء بلا سبب حسب (م 244 مدني عراقي) هي نفس مدة تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية فلا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب بمرور (3) سنة من تأريخ علم المفتقر بحقه الرجوع وهي لا تسمع في كل الاحوال بمرور (15) سنة من تأريخ نشوء حق الرجوع .

\*بعد هذا تجب ملاحظة أن الاثراء بلا سبب يعد مصدرأ مستقلاً من مصادر الالتزام فلا يمكن أن نبحت له عن تبرير أو أساس قانوني آخر (كالفاضاله كامله أو ناقصة) أو (العمل غير المشروع) أو (تحمله التبعة) فهو مصدر مستقل بذاته الى جانب العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والقانون . لكن قد يوجد هذا المصدر مع مصدرأ آخر في نفس الوقت كمن يغتصب دار شخص آخر ويسكن فيها فإن صاحب الدار تضرر من حقه الرجوع على الغاصب بدعوى المسؤولية التقصيرية وله حق الرجوع عليه أيضاً بدعوى الاثراء بلا سبب لأنه أفتقد الى جانب اثراء الغاصب .

## المحاضرة العشرون ((تطبيقات الإثراء بلا سبب))

### الفصل الثاني

#### تطبيقات الإثراء بلا سبب

عالج المشرع العراقي صورتين للإثراء بلا سبب هما (المدفوع دون حق) و(وقضاء دين الغير):-

المبحث الاول : المدفوع دون حق:-

تنص المادة (233مدني عراقي)على(1-من دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .

2-وإذا كان من تسلم غير المستحقسيء النية وقت التسلم أو بعده فإنه يلزم أيضاً برد كل ما استقاده أو كان يستطيع ان يستفيد من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية وفي كل الاحوال يلزم برد كل ما استقاده أو كان يستطيع أن يستقيده من يوم رفع الدعوى ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير [ ] منه ).

وتنص المادة (234مدني عراقي)على (1-أذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الاهليه فلا يكون ملزماً الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية , 2- وكذلك إذا بطل عقد ناقص الاهليه فلا يرد ما كسبه بسبب تنفيذ العقد ) . وتنص المادة(235مدني عراقي)على (1-إذا وفي المدين التزاماً لم يحق أجله ظاناً أنه قد حل فله استرداد ما دفع , 2-على انه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء [ ] في حدود مالحق المدين من ضرر فأذا كان الالتزام الذي لم يحن أجله نقوداً لزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل).

أولاً – شروط المدفوع من حقه :

يجب توافر شرطان لتطبيق فكرة المدفوع دون حق وهما أن يكون المدفوع شيئاً واجب وأن يكون الدفع نتيجة علو :

1-أن يكون المدفوع شيئاً غير واجب في :-

وهو أي الشيء (الدين)أما أن يكون غير موجود أصلاً كقيام الوارث بتنفيذ وصية المورث ثم تبين له في ما بعد أنها كانت باطلة أو أن المورث كان قد رجع عنها .  
وقد يكون الدين موجوداً لكنه زال قبل الوفاء أو بعده وكان لزواله أثر رجعي ان سيتأجر شخص دار لمدة سنة اذا نقل الى بغداد خلال الشهر الحالي ويقوم بدفع القسط الاول ثم يلغي أمر نقله , فله استرداد ما دفعه وقد يكون الدين محقق الوجود لكنه غير مستحق الاداء كأن يوفي شخص بدين عليه وقد يسلم الشخص شيء غير واجب التسليم عليه كأن يسلم الوارث العين التي كانت مودعه عند مورثه ثم يتبين أن مورثه قد اشتراها من صاحبها .

2-أن يكون الدفع نتيجة غلط :-

وكان هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء الا أن المشرع العراقي نص عليه بصراحة عندما قال .

(من دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه) على هذا اذا كان الشخص قد دفع الشيء وهو يعلم انه غير واجب بذمته فلا يحق له الرجوع بدعوى الاثراء الا اذا كان لا يعلم انه يدفع شيء غير واجب في ذمته , والغلط او عدم العلم هنا مفترض لا يكلف الدافع بأقامة الدليل عليه ولكن القرينة هنا بسيطة قابلة لأثبات العكس فيمكن للمدفع له ان يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أن يدفع شيئاً غير واجب في ذمته .

استثناءات على شرط الغلط :-

أمع ذلك قد يكون الدافع يعلم وقت الدفع انه يدفع شيء غير واجب في ذمته لكن يكون له حق الرجوع بما وقع وذلك في حالة

\*الاكراه :- بأن يكون الدافع وقت الدفع أن ما يدفعه غير واجب في ذمته لكن مع ذلك ليس له حق الرجوع وذلك اذا كان المدفوع له قد تجرد من سند الدين نتيجة هذا الوفاء وهذا ما نص عليه القانون المصري ولم ينص القانون العراقي الا انه حكم تمليه قواعد العدالة .

ثانياً - أحكام المدفوع دون حق :-

يختلف مدى التزام المدفوع له برد ما استلمه على حسن أو سوء نية المدفوع له :

(1) المدفوع له حسن النية:

أي أن المدفوع له وقت الدفع لا يعلم أنه يتسلم شيء غير مستحق له وإنما يظنه مستحقاً له والاصل حسن نية المدفوع له وعلى الدافع اذا اراد أن يثبت سوء نية المدفوع له وهو يثبت هنا واقعة عادية يمكن اثباتها بكل طرق الاثبات بما فيها البنية والقرائن .

ويلتزم المدفوع له حسن النية فإنه يلتزم برد ما قبضه فقط دون فوائده أو ثمراته لأنه لا يردها الا اذا أصبح سيء النية ومن التاريخ الذي يصبح فيه سيء النية لكن يلزم برد فوائده أو ثمرات المقبوض من تاريخ رفع الدعوة عليه لأن رفع الدعوة يعني اعلامه بأن ما اخذه كان غير مستحق له فأذا كان ما اخذه نقوداً ردها بنفس المقدار دون اعتبار لتغيير قوتها الشرائية دون ان يرد فوائدها طالما أنه حسن النية, واذا كان الشيء الذي حسن النية مثلياً وجب رد القدرة الذي تسلمه أما اذا كان الشيء معين بالذات فإن حسن النية يد امانه فيلتزم برد الشيء ذاته فأذا هلك دون تقصير منه فلا يدفع شيئاً وكان الهلاك على المالك الا اذا هلك الشيء بتعدي أو تقصير منه فإنه يلتزم برد .

\*واذا كان المدفوع له قد تصرف بالشيء فإنه ينظر اذا كان المدفوع له حسن النية قدر تصرف به معاوضة كالبيع فللدافع هنا حق الرجوع أما على المدفوع له حسن النية الذي يلتزم بأن يرد للدافع ما قبضته من عوض من المتصرف اليه دون ان يلتزم برد الشيء عينياً أو قد يرجع على المتصرف اليه مباشرة ويأخذ الشيء منه بدعوى الاستحقاق, أما اذا كان المتصرف اليه قد كسب ملكية الشيء بسبب اخر غير التصرف كالتقادم والحيازة في المنقول فإن الدافع لا يستطيع الرجوع على المتصرف اليه شيء وفي هذه الحالة ليس امامه الا الرجوع على المدفوع له ويأخذ ما قبضه هذا من عوض من المتصرف اليه .

\*اما اذا كان تصرف المدفوع له من التبرعات ولم يستطع الدافع اخذ الشيء من المنصرف اليه بدعوى الاستحقاق لأنه قد تملكه بسبب اخر غير التصرف كالتقادم والحيازة في المنقول فأن الدافع هنا لا يستطيع الرجوع على المتصرف اليه ولا على المدفوع له بما قبضه وهذا حكم تمليه القواعد العامة لكنه يخالف قواعد العدالة فكان الاولى اعطاء الدافع اذا كان التصرف تبرعاً حق الرجوع على المتبرع له لأن دفع أولى من جلب المصالح.

## (2) المدفوع له سيء النية :

الذي يعلم ان الدافع يدفع له شيء غير مستحق له فعليه ان يرد للدافع ما استقاده من الدفع أي يرد له الشيء زائد فوائده وثماره من وقت سوء نيته واذا كان الشيء معين بالذات وجب عليه رده عيناً مع ثماره واذا هلك فأن يده عليه ضمان وجب عليه رد قيمته سواء كان هلاك بسبب أجنبي أم بتقصير منه اللهم الا اذا أثبت أن الشيء كان سيهلك حتى لو بقي بيد صاحبه .

واذا تصرف المدفوع له سيء النية بالشيء طبقت على المسألة القاعدة الواردة بالحالة الاولى اذا كان المدفوع له حسن النية التي تميز بين التصرف بمعاوضة والتصرف بالتبرع لأن علاقة المتصرف اليه بالدافع لا تتأثر بحسن أو سوء نية المدفوع له المتصرف .

ثالثاً: حالتان خاصتان في المدفوع دون حق : وهما :-

## (1) الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الاجل :

حسب(ف1م 235\مدني عراقي ) اذا قام المدين بتسديد دينه الى الدائن قبل حلول اجل الوفاء أن يسترد هذا الدين الذي دفعه لكن (ف2م 235)تعود لتعطي الدائن حق رجوع المدين عليه بالاسترداد اذا هو قام أي الدائن برد ما استقاد من الوفاء المعجل للمدين بحدود ما الحق الاخير من ضرر, فأذا قام المدين بتسديد الدين قبل حلول أجله وكان مبلغاً من النقود فأن الدائن يلزم بأن يرد للمدين فائدة هذا المبلغ بالسعر القانوني أو الاتفاقي على المدة الباقية لحلول الاجل .

لو كان دين المدين يحل أجله في 1-4-2006 لكن المدين دفع الدين في 1-2-2006م كان ظنه ان الاول من شباط هو تاريخ تسديد الدين فله في هذه الحالة حسب القاعدة العامة أن يسترد مادفعه من دين و للدائن أن يتجنب ذلك فأن يرد ما استقاد من هذا الوفاء للمدين بأن يرد له مقدار الفائدة عن المدة الباقية لحلول الاجل أي من (1\2 الى 1\4) أي يعهد للمدين مقدار الفائدة عن هذه الشهرين واذا قام المقاول بالاستعمال بالبناء لتسليمه الى رب العمل في 1-3-2006 في حين أن الموعد الحقيقي للتسليم هو 1-6 وتكبد جراء الاستعمال نفقات إضافية فأن له مطالبة رب العمل أما بهذه النفقات الاضافية أة بأيراد البيت للمدة المتبقية من 1-3 الى 1-6 وهي ثلاث شهور , الاقل قيمة منها أي يطالبه بالاقل قيمة من النفقات أو الايراد .

## (2) المدفوع له ناقص الاهليه :-

القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب لا تأثير الاهليه المثري على حق الرجوع حتى لو كان غير مميز لكن القانون المدني العراقي خرج على هذه القاعدة في (م 234) فأذا كان المدفوع له ناقص الاهليه فعند رجوع الدافع عليه فإنه لا يلزم الا برد ما انتفع به لا ما قبضه حتى لو كان سيء النية فأذا لم ينتفع

ناقص الاهليه بالشيء كأن يكون قد هلك دون تقصير منه أو أن المدفوع كان مبلغاً من النقود قام بتبذيره فإنه لا يلزم برد شيء للدافع, لأنه لم يكسب شيء أي لم ينفع شيء . وفي كل الاحوال حسب نص(ف 2م\234) اذا أبطل عقد ناقص الاهليه فلا يلزم الا برد ما استفاده من تنفيذ العقد.

### المبحث الثاني : اداء دين الغير

عالج القانون المدني العراقي هذه الصورة في (236-239) وقد فرق بين حالتين :قضاء دين الغير بأمر من المدين, وقضاء دين الغير دون اخر من المدين .

#### أولاً: قضاء دين الغير بأمر من المدين :-

حسب نص المادة (236) من أمر شخص لقضاء دينه رجع المأمور الدافع على المدين الامر بما دفعه عنه ويقوم المأمور الدافع مقام الدائن الاصلي المدفوع له في مطالبة الامر المدين سواء أشتت الرجوع عليه اولم يشترط.

والوفاء هنا يكون وفاء مع الحلول فيحل الموفي محل الدائن بحكم القانون .

\*وحسب المادة (237) اذا أمر المدين شخص اخر بدفع دينه ثم إن المدين دفعه بنفسه إضافة الى ان المأمور قد دفعه فيكون الدين قد دفع مرتين فللمأمور أن يرجع على الامر المدين فيما دفعه عنه اذا كان المأمور قد دفع الدين اولاً ثم تلاه المدين بدفعه لان دفع المأمور أولاً تقضي دين الامر فمن حقه الرجوع عليه , لكن اذا كان المدين الامر هو من دفع اولاً ثم تلاه المأمور بالدفع فأن المأمور هنا يخير ان شاء رجع على القابض وان شاء رجع على الامر , فأن رجع على الامر رجع على اساس الانابه بالوفاء , وان رجع على القابض فإنه يرجع عليه بدعوى قبض غير المستحق.

#### ثانياً: قضاء دين الغير المدين دون امر منه :

حسب المادة (239) مدني عراقي) اذا وقع شخص دين المدين دون امر من هذا المدين سقط الدين على المدين وليس للدافع الرجوع عليه لأنه هنا يعد متبرعاً سواء قبل أو لم يقبل ويستثنى من ذلك حالتين اذا تبين من الظروف ان الدافع له مصلحة من الدفع أو ان ليس لديه نية تبرع :-

\*الاستثناءات على عدم رجوع الدافع على المدين عند عدم وجود امر بالدفع :-

1- اذا تبين من الظروف ان الدافع له مصلحة يالنتفع رغم عدم وجود امر بالدفع من المدين ومثاله أو ان مشتري سيارة كان قد اشتراها من البائع الذي قد اشتراها بدوره من شركة مختصة ولم يدفع البائع كل ثمن السيارة للشركة وطالبت فأن للمشتري من هذا البائع دفع باقي الثمن للشركة ولا يعد متبرعاً

عن البائع رغم عدم صدور امر منه بالدفع لان له مصلحة وهي حتى يخلص السيارة من الحجز فله الرجوع على البائع بما دفع.

2- اذا تبين من الظروف ان الدافع ليس لديه نية تبرع وقت الدفع ومثاله لو أن شخص اشترى بيت من مالكة ولم يسجل العقد بعد وقام المشتري بدفع ما على البيت من ثمن للمقاول الذي بناه ثم بعد ذلك يمتنع مالك البيت عن تسجيله فيحق للمشتري دافع دين المقاول من الرجوع على المالك لانه وقت الدفع لم تكن لديه نية تبرع كما توصي بذلك ظروف القضية.

## الباب الخامس

### (القانون)

المصدر الخامس والاخير من مصادر الالتزام هو القانون حيث تنص (المادة 245)مدني عراقي على أن (الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأها).

يلاحظ أن القانون مصدر عام لكل الالتزامات سواء نشأت عن عقد أو ارادة منفردة أو فعل ضار أو اثر بلا سبب فالحق لا يكون حقاً ما لم يعترف له القانون بهذه الصفة ويقدر حمايته .

ونقصد هنا بالقانون كمصدر عندما يكون مصدراً مباشراً لعدد من الالتزامات ينشأ هو دون أن تربط بينها رابطة دون ان يشترط لمن يتحملها اهليه معينة وتسمى بالالتزامات غير الارادية كالالتزام بدفع الضرائب , وهذه الالتزامات تكثر كلما زاد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية كما هو حال الدول الاشتراكية .

