**جامعة الأنبار**

**كلية القانون والعلوم السياسية**

# الموجز في شرح القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل)

**أ.م.د. عبد الباسط جاسم محمد**

**المحاضرة الثانية**

# الباب الأول

# العقد

**يعرف العقد** بأنه: تطابق ارادتين او أكثر على ترتيب أثار قانونية سواء أكانت هذه الاثار تتضمن انشاء التزام، أم نقله، ام إنهائه أم تعديله، ولا فائدة –في الحقيقة–من تمييز العقد عن الاتفاق؛ ذلك انَّ كل عقد اتفاق والعكس غير صحيح، ويرى الفقه الفرنسي أنَّ العقد: انشاء التزام، والاتفاق تعديل ونقل وانهاء الالتزام.

وتعرف المادة (73) مدني عراقي[1]،أنَّ (العقد ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في العقود علية).

وهنا ينبغي ملاحظة ما يأتي:

1–العقد يقتضي تطابق ارادتين أو أكثر، وبالتالي فإنَّ الإرادة المنفردة مستقلة عن العقد في القانون المدني العراقي، على العكس من الفقه الإسلامي، فعندما يطلق تعبير العقد فيه، فأنه يراد به العقد والإرادة المنفردة

2–يطابق القانون المدني العراقي، الفقه الإسلامي، في النظر الى النزعة الموضوعية للعقد من حيث أثر التعاقد في الشيء المعقود عليه، وليس النزعة الشخصية للعقد، السائدة في الفقه اللاتيني، ومفادها أنَّ العقد ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين.

---

([1]) وهي مطابقة لنص المادة (262) من مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان، محمد قدري باشا.

**تحديد منطقة العقد:**

ليس كل اتفاق يراد به احداث أثر قانوني هو عقد، بل العقد فقط الاتفاق الذي يكون:

أ–في دائرة المعاملات المالية.

ب–في نطاق القانون الخاص.

وبذلك يخرج عن معنى العقد:

المعاهدة: التي هي اتفاق بين دولتين أو أكثر على إحداث أثر أو آثار قانونية.

النيابة البرلمانية: التي هي اتفاق بين النائب وناخبيه.

الوظيفة العامة: التي هي علاقة عقدية بين الموظف والدولة... فجميع هذه الاتفاقات تقع في نطاق القانون العام.

## مبدأ سلطان الإرادة:

يعني مبدأ سلطان الإرادة أنَّ الناس ولدوا أحرارا ومتساوون في الحقوق والواجبات، لذا فإنَّ لهم حرية ابرام ما شاءوا من التصرفات القانونية، شرط عدم الاضرار بالغير، أما القهر الاجتماعي المتمثل بـ(القانون) فلا يجب أنْ يتدخل الا في اضيق الحدود، لغرض حماية النظام العام والآداب، ما يعني ان الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد، ويقتصر دور القانون على تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه الطرفان استناداً لقاعدة ((العقد شريعة المتعاقدين)) (المادة 1/146 مدني عراقي).

**يترتب على مبدأ سلطان الإرادة نتيجتان:**

**الأولى:** حرية التعاقد: الافراد احرار في ابرام ما شاءوا من العقود وتضمينها ما شاءوا من الشروط، استناداً لما تتفق عليه الإرادة، ولا يجوز للقانون ان يقيد هذه الحرية الا استثناء لحماية النظام العام والآداب.

**الثانية:** احترام الإرادة التعاقدية: يعني أنَّ ما اتفق عليه الطرفان يجب أنْ ينفذ كما اتفقا تماماً، ولا يجوز تعديل او وقف تنفيذ الالتزام الا باتفاق جديد بين الطرفين، ولهذا فإنَّه لا يجوز للقانون أو للقاضي التدخل في تعديل او إيقاف العقد.

غير أنَّ **مبدأ سلطان الإرادة منتقد من جهتين:**

**الأولى:** انه ينظر الى مصلحة الفرد فقط دون الجماعة فيتجاهل فكرة التضامن الاجتماعي.

**الثانية:** تقتضي العدالة تدخل القاضي او القانون لغرض تحقيق التوازن العقدي كلما أختلَّ لسبب ما، كما هو الحال في حالة الظروف الطارئة.

## مدى سلطان الإرادة في العقود:

أكثر ما يبرز دور الإرادة بموجب (مبدأ سلطان الإرادة) في المعاملات المالية فقط؛ لان الإرادة فيها تحدد الحقوق والالتزامات واثار العقد ولا يرد عليها سوى قيود النظام العام والآداب، في حين يضعف دور الإرادة (سلطان الإرادة) في كل من:

1-الأحوال الشخصية: فمع ان الإرادة هي أساس عقد الزواج، الذي هو أساس الأحوال الشخصية، إلاَّ اثار الزواج يحددها الشرع والقانون وفقاً لمصلحة الاسرة والمجتمع.

2-عقود الطوائف والجماعات: مثل عقد العمل الجماعي، عقد الصلح مع المدين المفلس، وفيها تخضع إرادة الأقلية لإرادة وقرار الأغلبية.

3-العقود التي يختل فيها التوازن الاقتصادي بسبب الظروف الطارئة: إذ تسمح النصوص القانونية للقاضي تعديل التزامات الطرفين بقصد رفع الإرهاق عن المدين (المادة 1/146 مدني عراقي)

4-العقود التي يراعي فيها المشرع الطرف الضعيف: مثل عقود الإذعان، تشريعات العمال، ونظرية الاستغلال.

## أنواع العقود:

1-العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني.

2-العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين.

3-عقد المعاوضة وعقد التبرع.

4-العقد المحدد والعقد الاحتمالي.

5-العقد الفوري والعقد المستمر.

## أولاً: العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني:

العقد الرضائي: هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي او توافق الارادتين دون حاجة الى أي إجراء آخر، والرضائية هي القاعدة العامة للعقود في القانون المدني العراقي.

أما العقد الشكلي: فهو العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي، بل يجب ان يتخذ هذا التراضي، الشكل الذي أوجبه القانون، والذي هو غالباً محرر رسمي، مثل عقد الرهن التأميني (المادة 1286 مدني عراقي)، و(المادة 3 تسجيل عقاري عراقي) التي تقضي بأنّ: التصرف العقاري لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة.

والتصرف العقاري: كل تصرف قانوني من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق.

والشكل هنا ركن رابع في العقد الشكلي الذي ينص القانون على أنه لا ينعقد غلاً باستيفاء الشكل المطلوب قانوناً، لأنَّ هناك عقوداً رضائية بالأصل، وإنما يتطلب القانون الشكلية (أي الكتابة) لغرض اثباتها لا لغرض انعقادها، مثل عقد القرض الذي يزيد عن خمسين ألف دينار، فهو بالأصل عقد رضائي، لكنَّ القانون يوجب الشكلية لإثباته عن طريق الكتابة لا لانعقاده.

العقد العيني: هو العقد الذي يعدُّ تسليم محله أي قبض المعقود عليه ركناً فيه، فلا ينعقد العقد العيني بمجرد التراضي، بل يجب تسليم العين موضوع العقد مثل عقد القرض، هبة المنقول، الوديعة، العارية.

يشار إلى أنَّ الفقه اللاتيني (الأوروبي) يميل الى عدم التوسع في عينية العقود على العكس من الفقه الإسلامي.

## ثانياً: العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

العقد الملزم لجانبين (أو العقد التبادلي): هو العقد الذي ينشئ منذ أبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه، فيكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر في الوقت ذاته، كما هو الحال في عقود البيع، الايجار، المقاولة.

أما العقد الملزم لجانب واحد: فهو العقد الذي ينشئ منذ أبرامه التزامات في ذمة أحد عاقديه دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائناً فقط، والآخر مديناً فقط، كما هو الحال في عقود العارية، فالمعير لا يلتزم بشيء، بينما المستعير يلتزم بالحفاظ على الشيء المعار ورده إلى مالكه بانتهاء الإعارة.

اهم النتائج المترتبة على التمييز بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، هي:

1–في العقد الملزم لجانبين هناك ترابط بين التزامات طرفي العقد، فاذا لم ينفذ أي طرف التزامه جاز للطرف الآخر ان يتمسك بعدم التنفيذ ثم يطلب الفسخ، بينما في العقود الملزمة لجانب واحد لا توجد التزامات متقابلة، ومن ثمَّ لا ترابط بينها، وبالتالي لا يجري عليها الفسخ.

2–في العقد الملزم لجانبين تكون التزامات كل طرف سبب التزامات الطرف الآخر وفقا للنظرية التقليدية في ركن السبب، اما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد إلاَّ التزام على عاتق طرف واحد دون الآخر، ولا يمكن أنْ يقال إنه يعدُّ سبباً للالتزام الطرف الآخر.

3–في العقد الملزم لجانبين، إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين انقضى الالتزام وانفسخ العقد، ولا يحدث ذلك في العقد الملزم لجانب واحد.

## ثالثاً: عقود المعاوضة وعقود التبرع:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطيه مثل عقد البيع، ولا يشترط أخذ المقابل من المتعاقد الاخر بل يمكن أخذه من غيره، كما هو الحال في عقد الكفالة، إذ أن المكفول لصالحه يأخذ الكفالة من الكفيل لضمان تنفيذ المكفول الذي تعاقد معه التزاماته التعاقدية... فيصبح لدينا عقد معاوضة فيه عوض ولو من الغير، وهو عقد ملزم لجانبين، ويكون لدينا عقد معاوضة لطرف واحد فقط وتبرعاً بالنسبة للطرف الآخر مثل الكفيل دون مقابل الذي يعد متبرعاً بكفالته لغيره.

أما عقد التبرع: فهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطيه، أو لا يعطي مقابلاً لما أخذه مثل عقد العارية الذي يعدُّ تبرعاً بالنسبة للمعير، وكذلك الهبة دون عوض، القرض، الوديعة، الوكالة دون مقابل.

فالعقود الملزمة لجانبين: منها ما هو عقد معاوضة كالإيجار، ومنها ما هو تبرع كالعارية.

وكذلك العقود الملزمة لجانب واحد: منها ما هو عقد معاوضة كالكفالة بأجر، ومنها ما هو تبرع كالوديعة.

أهم نتائج التمييز بين بين عقد المعاوضة وعقد التبرع:

1–ضمان المتبرع (كالواهب في عقد الهبة) أخف من ضمان المعاوض (كالبائع في عقد البيع)؛ ذلك أنَّ الواهب لا يضمن العيب الخفي والاستحقاق الكلي أو الجزئي، في حين يضمنهما البائع ولو كان حسن النية لا يعلم بهما.

2-مسؤولية المتبرع (كالمودع عنده) أخف من مسؤولية المعاوض (كالمستأجر)، ومسؤولية المتبرع له (كالمستعير) اشد من مسؤولية المعاوض (كالمستأجر).

3-الغلط في شخص المتعاقد يؤثر في عقد التبرع ولا يؤثر في عقد المعاوضة، الا إذا كان شخصيته محل اعتبار كعقد الشركة وعقد المزارعة.

4-الطعن بالدعوى البوليصية (وهي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه)، لا يحتاج الى إثبات سوء النية في عقود التبرع لأنه مفترض بحكم القانون، مثل هبة المدين شيئاً من ماله تجيز للدائن الطعن بعدم النفاذ دون حاجة لأثبات سوء النية، لكن عقود المعاوضة (كعقد البيع) لا بد من اثبات سوء النية للحكم بعدم نفاذ التصرف.

**خامساً: العقد المحدد والعقد الاحتمالي:**

العقد المحدد: هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد، وقت تمام العقد، المقدار الذي يأخذ والمقدار الذي يعطي، ولو كان المقداران غير متعادلين كما هو الحال في عقد البيع.

أما العقد الاحتمالي: فهو العقد الذي لا يستطيع أي من المتعاقدين ان يحدد، وقت تمام العقد، المقدار الذي يأخذ والمقدار الذي يعطي، مثل البيع بثمن هو راتب مستمر مدى الحياة؛ فمع أنَّ المبيع محدد بدقة، إلاَّ أن الثمن مجهول، إذ قد يكون راتب شهر واحد، وقد يكون راتب عشرين عاماً، أو أكثر أو أقل، تبعاً لمقدار حياة (أي عمر) الشخص، كذلك فإنَّ عقد التأمين من العقود الاحتمالية، وعقد بيع دار قبل إكمالها، وبيع الزروع قبل نباتها.

النتائج القانونية المترتبة على تقسيم العقد إلى محدد واحتمالي:

1-يقوم العقد المحتمل على عنصر الاحتمال، وهو الذي يقتضي عدم التوازن بين التزامات الطرفين، لكنْ متى تبين ان الاحتمال لا وجود له، كان العقد باطلاً، مثل التأمين على حياة شخص تبين وفاته قبل ابرام عقد التأمين، أو بيع منزل بثمن يدفع لشخص تبين وفاته قبل البيع.

2-لا يتأثر العقد الاحتمالي بالغبن (وهو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه)؛ لأنه يقوم اساساً على الاحتمال وعدم التعادل في الحقوق والالتزامات.

3-في الغالب، لا ينظر القانون إلى العقود الاحتمالية بارتياح، لذلك لا يجيز بعضها، مثل عقود المقامرة والرهان (المادة 975 مدني عراقي).

**سادساً: العقد الفوري والعقد المستمر:**

العقد الفوري: هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، ويتم تنفيذ التزاماته فوراً في الحال، كالبيع الذي يبقى فورياً ولو اتفق الطرفان على تأجيل دفع الثمن.

أما العقد المستمر (أو الزمني أو عقد المدة): فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، وهو على نوعين: مستمر التنفيذ كعقد الإيجار، ودوري التنفيذ كعقد التجهيز أو التوريد.

أهم نتائج التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر:

1-أثر الفسخ الرجعي الى وقت الابرام يكون في العقد الفوري، دون العقد المستمر الذي يعد ما نُفِّذ منه صحيحاً ولو فسخ العقد، وعند ذاك يسمى الفسخ إنهاءً.

2-يشرط للمطالبة بالتعويض عند عدم تنفيذ العقد الفوري، الاعذار، وهو يكون بتوجيه إنذار عن طريق الكاتب بالعدل، يدعو فيه المنذر (بكسر الذال) المنذر إليه، إلى تنفيذ التزامه، وليس ذلك شرطاً في العقد المستمر، لأنه من غير الممكن تنفيذ الجزء الذي فات منه، وبالتالي لا ضرورة للإعذار.

3-العقد المستمر هو النطاق الطبيعي لعمل نظرية الظروف الطارئة؛ كون تلك الظروف يمكن ان تستجد أو تطرأ اثناء التنفيذ المستمر للعقد، ولا مكان لتطبيق النظرية على العقد الفوري الا إذا كان تنفيذه مؤجلاً.

لذا يجب ملاحظة أمرين مهمين هنا، هما:

1-إنَّ العقود الملزمة للجانبين بعضها عقود معاوضة كالإيجار، وبعضها عقود تبرع كالعارية، وكذلك العقود الملزمة لجانب واحد، بعضها معاوضة كالكفالة وبعضها تبرع كالوديعة.

2-مسؤولية المستفيد في عقد التبرع (وهو المتبرع له) أشدُّ من مسؤولية المعاوض، فمثلاً مسؤولية المستعير أشد من مسؤولية المستأجر، كون الأخير يدفع عوضاً عن انتفاعه من الايجار، والمستعير لا... كما أنَّ مسؤولية المتبرع (أو ضمان المتبرع) كالواهب مثلاً، أخف من مسؤولية المعاوض، فمسؤولية المعير أخف من مسؤولية المؤجر، لأنَّ المؤجر يأخذ عوضاً والمعير لا.