

KMS
810
D53
1970

provided by the Library of Congress
Public Law 480 Program

70-962119

شرح القانون المدني

أصول النزاع

الدكتور

حسن علي الزنون

أستاذ القانون المتكامل

بكلية القانون والسياسة

مطبعة المعارف - بغداد

١٩٧٠



شرح القانون المدني
AL-DHANNŪN, HASAN 'ALĪ.
=

أصول الالتزام

UṢŪL AL-ILTIZĀM.

الدكتور

حسن علي الذنون

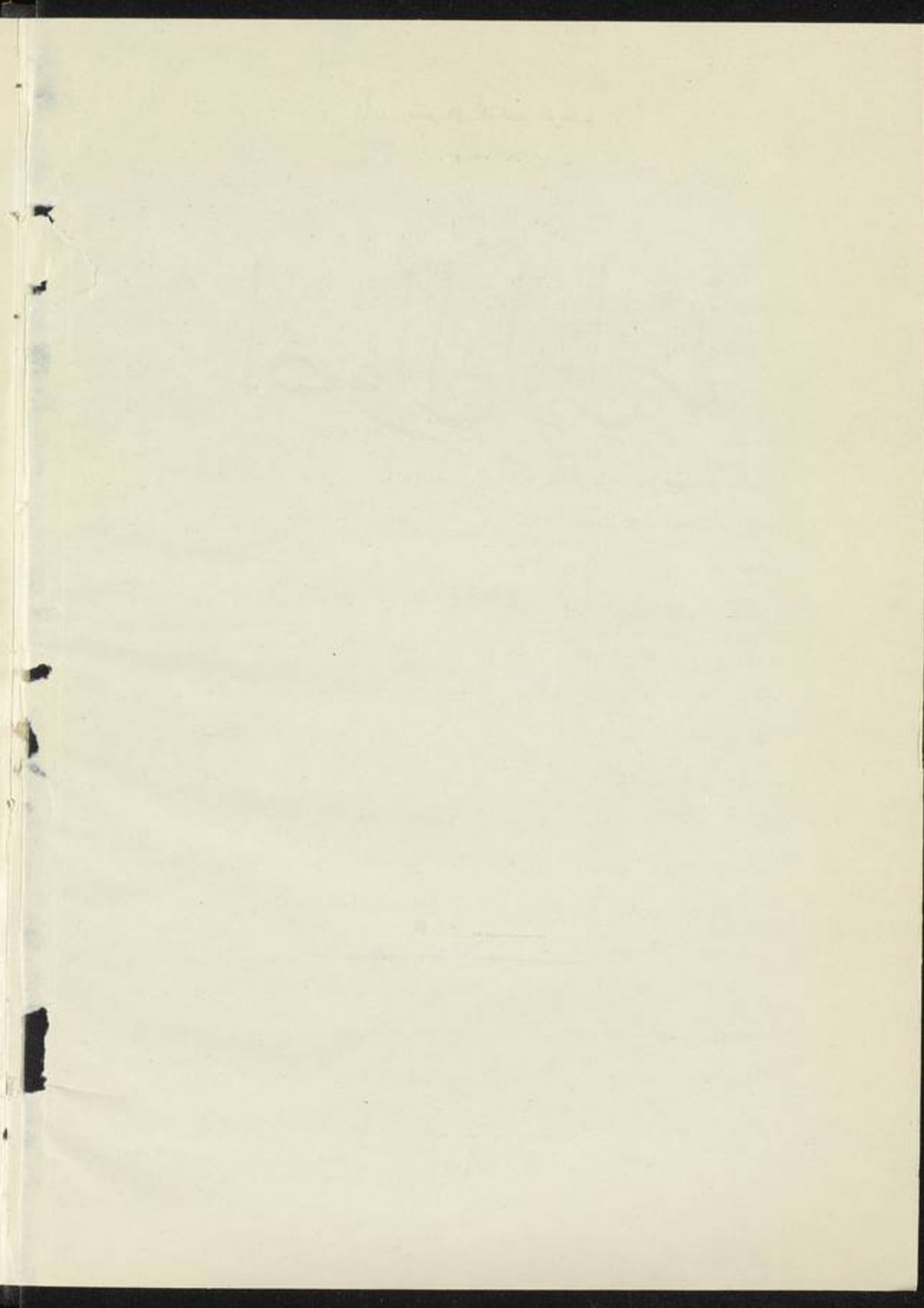
استاذ القانون المدني

بكلية القانون والسياسة



طبعة المعارف - بغداد

١٩٧٠



بسم الله الرحمن الرحيم

- وبه استعين -

المقدمة

اصول هذا الكتاب محاضرات كنت قد القيتها على طلبة قسم القانون في جامعة بغداد والجامعة المستنصرية ، دفعتها مؤخرا الى المطبعة لتم الاستفادة منها .

ويلاحظ القارىء الكريم اننى جريت فى هذا المؤلف على نمط يختلف بعض الشيء عما ألفه شراح القانون المدني وخاصة من كتبوا منهم فى موضوع الالتزام . واظن ان العلة فى هذا السلوك واضحة اذ لم يعد خافيا على رجال القانون عامة والقانون المدني خاصة ان للقانون المدني العراقى طابعة الخاص الذى يميزه عن معظم التشريعات المدنية الغربية منها والعربية على حد سواء ، فهو محاولة موفقة الى حد بعيد لصب النظم والمبادئ القانونية الاسلامية فى اطار تشريعى حديث ، ومن هنا اختلف تشريعنا المدنى فى مضمونه وفى مصطلحاته عن التقنينات المدنية الاخرى ، ويكفى للتأكد من ذلك ان تلقى نظرة سريعة على نصوص تشريعنا المخصصة للعقد او للعمل غير المشروع او للكسب دون سبب ، على سبيل المثال لا الحصر ، فستجد ان كثيرا من الاحكام التى انطوت عليها هذه النصوص اما لا وجود لمثلها فى التشريعات المدنية الاخرى او مختلفة كثيرا او قليلا عما هو معروف ومقرر فى تلك التشريعات ، فهذه صيغ معينة للتعبير عن الارادة ، وهذه وسائل معينة كذلك لهذا التعبير (المادتان ٧٨ - ٧٩) . وهذا مجلس للعقد يجزنا الكلام عنه الى بحث فكرة اخرى مقاربة هى فكرة خيار المجلس ، وهذا تنظيم خاص للعقود الصحيحة والعقود الباطلة لا يأتلف فى كثير من احكامه مع ما هو مقرر فى القوانين المدنية الاخرى ، وتلك صور خاصة للاعمال المضارة من اتلاف وغصب ، وغير ذلك كثير تجده فى ثنايا هذا المؤلف .

وقد كان من الطبيعي ان يكون لهذا الاختلاف اثره لدى شراح
القانون العراقي ، ولعل هذا المؤلف الذي اقدمه لك يبرز هذا الطابع الخاص
لقانوننا المدني بشكل واضح لا خفاء فيه ولا غموض .

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يلاحظ القارئ انني تجنبت الخوض
في الجدل النظري المحض الذي لا يعود عليه بفائدة عملية ، وانني وضعت
نصب عيني هدفا معينا هو ان يكون هذا المؤلف على ايجازه جامعا وافيا بكل
ما يحتاجه دارس القانون .

فان كنت قد وفقت فذلك ما ابغي وذلك فضل الله ، وان كنت قد قصرت
فالعصمة لله وحده عليه توكلت واليه انيب .

حسن علي الذنون

- باب تمهيدي -

اولا - (الحق العيني والحق الشخصي وخصائص كل منهما) :

١ - يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الاشخاص في المجتمع .

وقد جرى الفقهاء على تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص .
ويراد بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الدولة وتنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السلطة أو السيادة العامة .

اما القانون الخاص فيراد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الافراد والاشخاص المعنوية الخاصة .

فمناط التفرقة بين هذين الفرعين من فروع القانون هو وجود الدولة (بصفتها صاحبة السلطة أو السيادة) أو عدم وجودها طرفا في العلاقة القانونية .

٢ - ويعتبر القانون المدني الاصل الذي تشعبت منه سائر فروع القانون الخاص الاخرى كالقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل .
ويمكن تعريف القانون المدني بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الاشخاص عدا تلك التي ينظمها فرع آخر من فروع القانون الخاص (كالقانون التجارى وقانون العمل مثلا) .

وينقسم القانون المدني الى قسمين اساسيين هما : الاحوال الشخصية ، والاحوال العينية .

اما الاحوال الشخصية فهي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الفرد باسرتة .

وأما الاحوال العينية فهي مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الفرد
بغيره من الأفراد من حيث المال اى انها الروابط المالية ولهذا تسمى احيانا
بالمعاملات • ولا يزال القانون المدني العراقي قاصرا على المعاملات دون الاحوال
الشخصية لعدة اسباب واعتبارات تاريخية ودينية ومذهبية • فلأحوال
الشخصية قانون خاص هو القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون
رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ ، ودراسة احكام هذا القانون تخرج عن نطاق
دراسة الالتزام •

٣ - ويمكن تعريف الاحوال العينية بأنها : القواعد القانونية التي تنظم
سلطة الفرد على الشيء •

وهذه السلطة اما أن تكون مباشرة واما أن تكون غير مباشرة ، فاذا
كانت سلطة الفرد على المال مباشرة سمي حقه هذا حقا عينيا ، واذا كانت
سلطته على الشيء غير مباشرة سمي حقه هذا حقا شخصيا •

هذا الحق الشخصي هو الالتزام نفسه ، اذا نظرت اليه من جهة الدائن
سميته حقا ، واذا نظرت اليه من جهة المدين سميته التزاما •

فالتعبير بلفظ (الالتزام) ولفظ (الدين) يؤدي نفس المعنى الذي
يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة
(٦٩) من قانوننا المدني •

٤ - التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي :- يفهم مما تقدم ان
الحق العيني سلطة معينة يعطيها القانون لشخص على شيء معين ، وان الحق
الشخصي سلطة مقررة لشخص قبل شخص آخر تخول الاول (ويسمى
الدائن) بأن يلزم الثاني (ويسمى المدين) باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو
بالامتناع عن عمل (م ١/٦٩) •

فالحق الشخصي وان كان يشبه الحق العيني بأنه سلطة على شيء الا

انه يختلف عنه في انه (أى الحق الشخصي) لا ينصب على هذا الشيء بصورة مباشرة بل هو سلطة ضد شخص آخر تلزمه بأداء معين (Prestation) . فمحل الحق الشخصي عمله يلزم المدين ولهذا كان لا بد فيه من نشوء علاقة أو رابطة بين طرفين ، صاحب الحق وهو الدائن ومن عليه القيام بالعمل وهو المدين .

اما الحق العيني فقد قلنا انه سلطة (مباشرة) بين شخص وشيء ، ولهذا فانت لا تجد فيه هذه العلاقة أو الرابطة ، فلصاحب الحق العيني أن يستعمل حقه ويستأدى مضمونه دون حاجة الى وساطة اى شخص آخر . ولهذا قالوا ان الحق العيني (حق فى شيء Jus in Re) اما الحق الشخصي (فحق على شيء Jus Ad Rem) ولهذا السبب نفسه انفرد الحق العيني بأن لصاحبه حق تتبع الشيء الذى انصب عليه حقه فى يد أى شخص انتقلت اليه ملكيته .

٥ - تقريب الحقين العيني والشخصي :- على الرغم من ان التفرقة بين الحقين العيني والشخصي تفرقة تقليدية مستقرة الا ان بعض الفقهاء حاولوا هدمها أو التسيك في فائدتها على الأقل ، فذهب فريق منهم الى تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، وهؤلاء هم انصار المذهب الشخصي ، وذهب فريق آخر الى تقريب الحق الشخصي من الحق العيني وهؤلاء هم انصار المذهب المادي .

٦ - المذهب الشخصي :- يرى انصار هذا المذهب (وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير بلانيول Planiol) ان الحق العيني كالحق الشخصي رابطة بين شخصين ، صاحب الحق (وهو الدائن به) والناس كافة (وهم المدينون بعدم التعرض لصاحب الحق فى حقه) ومعنى هذا ان كلاً من الحقين ليس الا رابطة قانونية لها طرف موجب ، وطرف سالب ، ومحل .
فاذا أخذنا حق الملكية مثالا على هذا فان اصحاب هذا الرأى يقولون :

ان الدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة ، والمحل هو الشيء المملوك .
وإذا كان هناك اختلاف بين الحقين فانما هو اختلاف في مدى الالتزام
لا في طبيعة الحق ، فالملتزم في الحق العيني هم الناس كافة ، والالتزامهم هذا
الالتزام سلبي على الدوام يتمثل في عدم التعرض لصاحب الحق في حقه .
اما الملتزم في الحق الشخصي فهو شخص معين بالذات أو اشخاص
معينون ، وقد يكون التزامهم هذا سلبيا احيانا وإيجابيا احيانا اخرى .
٧ - نقد الرأي المتقدم : يمكن تلخيص اوجه النقد التي وجهت الى
هذا الرأي فيما يلي :-

أ - ان الواجب الملقى على الناس كافة بعدم التعرض لصاحب الحق
العيني في حقه ليس التزاما بالمعنى القانوني الفني بل هو (واجب) عام
تمليه ضرورة احترام القانون والنظام ، ولا يمكن احتسابه عنصرا موجبا أو
سالبا من عناصر الذمة المالية على كل حال .

ب - ان هذا الواجب العام متوفر كذلك في الحق الشخصي ، اذ
يلتزم الناس كافة باحترام الحق الشخصي كما يلتزمون باحترام الحق
العيني ، ولكن الحق الشخصي فيه الى جانب هذا الواجب العام (واجب)
محدد يقع على شخص أو اشخاص معينين . وهذه تفرقة جوهرية بين
الحقين غفل عنها انصار المذهب الشخصي .

ج - انه لا يتصور تكليف الناس كافة باحترام حق معين الا اذا كانت
جميع عناصر هذا الحق قد اكتملت من قبل ، فهذا الواجب العام الذي
يقابل الحق العيني ليس ركنا فيه ولا عنصرا من عناصره ولا يتوقف على
وجوده نشوء هذا الحق العيني ، فقد نشأ هذا الحق العيني قبل قيام هذا
الواجب العام .

٨ - المذهب المادي :- يرى انصار هذا المذهب (وعلى رأسهم الفقهاء

الفرنسيان سالي ولامير) ان الحق الشخصي كالحق العيني ، عنصر من عناصر الذمة المالية • فليس المهم في الحق اطرافه بل محله •

واذن يكون الحق الشخصي شبيهاً أو قريباً من الحق العيني لأن كلاهما يمثل قيمة مادية ، يجوز التصرف فيها ، فلا فرق بين دين لي في ذمة فلان قدره مائة دينار وبين مائة دينار نقد في يدي ، ولا معنى للفرقة بين الحقيين لمجرد ان الحق الشخصي سلطة لشخص قبل آخر وان الحق العيني سلطة لشخص على شيء ، فالعبرة بكون هذه السلطة أو تلك ذات قيمة مادية •

٩ - نقد الرأي المتقدم :- مهما يكن من أهمية هذا المذهب وفوائده العملية والنظرية ، الا انه يغفل عنصراً عاماً من عناصر الحق الشخصي هو كونه رابطة بين شخصين أو أكثر ، فالحق الشخصي رابطة بين طرفين وهو في الوقت نفسه رابطة بين ذمتين فليس من المستساغ تغليب احدى هاتين الرابطين على الاخرى •

يخلص مما تقدم ان التفرقة بين الحقيين العيني والشخصي لا تزال قائمة على الرغم من محاولات الفقهاء •

وقد أقر المشرع العراقي هذه التفرقة عندما عرف الحق العيني بأنه « سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين » (م ١/٦٧) وعرف الحق الشخصي بأنه « رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل » (م ١/٦٩) •

بل ان التنظيم القانون المدني العراقي برمته قائم على تبني هذه التفرقة ، اذ انه يتألف (بعد الباب التمهيدي) من قسمين : اولهما للحقوق الشخصية ، وثانيهما للحقوق العينية •

ثانيا - اهمية نظرية الالتزام وتطورها :

١٠ - للنظرية العامة للالتزام أهمية كبرى من الناحيتين النظرية والعملية ، فجميع الروابط القانونية التي تنشأ بين الناس يمكن ردها الى فكرة الالتزام ، وفي ثانيا هذه النظرية تستقر القواعد القانونية لعلم القانون بأجمعه ولهذا لم يبالغ الفقيه (تارد) عندما قال : نظرية الالتزام من القانون بمثابة نظرية القيمة من علم الاقتصاد السياسي •

ولما كانت مباحث هذه النظرية أكثر ابواب القانون اغراقا في التجريد وبعداً عن الجزئيات العملية لهذا فقد اكتسبت هذه النظرية شيئا غير قليل من الثبات والاستقرار جعلنا نتلقاها بدون تحوير كبير من الرومان •

الا ان هذا القول لا يعني ان نظرية الالتزام نظرية جامدة غير متطورة. فانه مهما قبل في ثبات هذه النظرية واغراقها في التجريد وسموها عن الجزئيات واعتمادها على المنطق والتدليل العقلي ، فان ذلك لا ينفي انها قواعد قانونية تهدف الى تنظيم علاقات المجتمع ، وما دامت هذه العلاقات متطورة. فلا بد من تطور القواعد القانونية التي تنظمها والا اصبحت هذه القواعد بمعزل عن المجتمع وفقدت كل قيمة لها واحترام •

لهذا كله نقول انه وان كان الاطار العام لنظرية الالتزام ثابتا غير متغير في معظم جوانبه ، الا ان كثيرا من (محتويات) هذا الاطار العام وجزئياته متطورة تغيرت تحت ضغط ظروف وعوامل متعددة خلقية واجتماعية وسياسية واقتصادية •

١١ - أثر العوامل الخلقية :- كان للعوامل الخلقية أثر بارز في تطوير نظرية الالتزام فاذا كانت الصياغة الفنية لقواعد هذه النظرية واسسها مدينة لفقهاء القانون الروماني قبل غيرهم الا ان أثر علماء القانون الكنسي في تكوين (نظرية العقد) وتطويرها مما لا سبيل الى انكاره أو الغض من قيمته •

فهم الذين حرروا العقد من شكلته الرومانية الجامدة ، وهم الذين ركزوا دعائم مبدأ حرية التعاقد وسلطان الارادة ، وهم الذين وضعوا قاعدة (لا عهد لمن لا يرعى العهد) التي بنى عليها الفقهاء المحدثون نظرية فسخ العقود الملزمة للجانبين والدفع بعدم التنفيذ •

ورجال الكنيسة هم الذين وضعوا القاعدة العامة التي اصبحت بفضلهم من بديهيات علم القانون ، واعني بها قاعدة كل خطأ يلزم فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، اذ لم تكن هذه القاعدة معروفة بهذا الشكل العام عند الرومان بل انهم كانوا يقضون بالتعويض عن بعض الاخطاء دون بعضها الآخر ، ولم يصلوا ابدا الى وضع قاعدة عامة في المسؤولية المدنية على نحو ما فعل فقهاء القانون الكنسي •

ولا أريد أن أستقصي جميع الاوضاع والنظم القانونية التي كانت العوامل الخلقية أهم باعث على خلقها أو على تطويرها ، وانما اكتفي هنا بضرب بعض الامثلة •

ففكرة الالتزام الطبيعي ، ومبدأ حسن النية ، ونظرية اساءة استعمال الحق ، أو التعسف في استعماله ، وفكرة النظام العام ، كل هذه افكار ومبادئ • كان للعوامل الخلقية الفضل الاول في تطويرها أو اقرارها وتثبيت دعائمها •

١٢ - اثر العوامل الاقتصادية :- كانت حالة العالم الاقتصادية الى القرن الثامن عشر بل والى وقت طويل بعد بداية القرن التاسع عشر ، لا تختلف كثيرا عن حالته على عهد الرومان فكانت العقارات اهم مظاهر الثروة ، وكان المثل الروماني (المنقول شيء تافه) لا يزال صحيحا ، وكانت عمليات التبادل قليلة محدودة ، حيث كانت كل من الصناعة والتجارة لا تزال فردية تجرى على نطاق ضيق محدود •

الا انه فى نهاية القرن التاسع عشر وجدت الاختراعات والاكتشافات الصناعية وتقدمت وسائل المواصلات وتركزت رؤوس الاموال وتعددت المعاملات وازداد حجمها اضعافا مضاعفة •

وكان من اثر هذا كله ان تغيرت اوضاع وقواعد قانونية معروفة من قبل واستجدت اوضاع قانونية لم يعرف لها نظير من قبل •

فالعقود الجماعية ، وعقود الازعان ، والعقد الموجه ، والعقد الجبرى ، وفكرة تحمل التبعة او المسؤولية الشئيه ، ونظرية الظروف الطارئة ، وفكرة وقف تنفيذ العقد ، افكار لم تكن معروفة او معترفا بها من قبل •

ونظرية الغبن اخذت تتسع فى القوانين الوضعية الحديثة فاصبحت نظرية عامة تشمل عقود المعاوضات جميعا ، والاشتراط لمصلحة الغير ولو انه كان معروفا منذ عهد الرومان الا انه فى وضعه الراهن لايمت الى ما كان عليه ايام الرومان الا بصلة التسمية وحدها وانكشفت قواعد الاعلان واشهار التصرفات فى نواح واتسعت فى نواح اخرى وهكذا •

١٣ - اثر العوامل السياسية والاجتماعية : - بينما كانت الدولة قديما لا تتدخل بين الافراد فى معاملاتهم الا نادرا ، اتسع نطاق النشاط الحكومى الآن اتساعا جعل وظيفة الدولة فى العصر الحاضر لاتمت بصلة الى وظيفتها فى العصور القديمة ، فبدلا من اكتفاء الدولة بحفظ الامن وتوزيع العدل كما كانت تفعل فى الماضى أصبحت الآن تتولى امورا كثيرة ما كانت تخطر على بال اوسع الحكام خيالا فى العصور السابقة ، فاصبحت تنظم العلم والصحة والملبس ، والمأكل بل وحتى الملذات والملاهى كما اصبح التنظيم الحديث لبعض العقود القديمة تنظيما اجباريا فلم يتردد المشرع فى العهود الاخيرة فى جعل كبير من القواعد المتعلقة بمدة الايجار ، ومقدار الاجرة ، وحق المؤجر فى اخلاء العين المؤجرة ، من القواعد الآمرة التى لا تجوز مخالفتها ، وبعد ان كان النظام السائد هو نظام العقد الحر ، اصبحنا امام

كثير من امثلة العقد الموجه او العقد المفروض - الاجبارى - والامثلة
المتقدمة بعد هذا واضحة لا تحتاج الى مزيد من البيان فى كتاب موجز مثل
هذا الذى بين يديك •

ثالثا - خصائص الالتزام :

نستطيع تلخيص خصائص الالتزام فيما يلى :-

١٤ - اولا :- ينبغى ان يكون محل الالتزام (ذا قيمة مادية) :- ومعنى
هذا ان قواعد نظرية الالتزام لا تنطبق الا على الواجبات القانونية التى يمكن
تقديرها بالنقود^(١) ، وعلى هذا فان واجب الخدمة العسكرية ، والتصويت
فى الانتخابات السياسية ، وواجبات الاسرة ، (كواجب طاعة الزوجة زوجها،
والابناء آباءهم) كلها واجبات لا تعتبر (التزاما) بالمعنى الفنى الدقيق الذى
تعالجه نظرية الالتزام •

وإذا كان من المسلم به فى الوقت الحاضر ان محل الالتزام يجب ان
يكون ذا قيمة مادية فان الفضل الاكبر فى ذلك يعود الى الفقيه الالماني الكبير
« اهرنج » وبيان ذلك : انه ثار حول اشتراط هذه الصفة فى محل الالتزام
نزاع شديد فى الفقه الالماني بمناسبة فتوى طلبت من الفقيه اهرنج فى قضية
تلخص وقائعها فيما يلى :-

تأسست جمعية سويسرية تعمل على ترقية وسائل النقل بالسكة الحديد
وتحسينها وقد اشترطت هذه الجمعية على شركة سويسرية ان تقوم بمد
سكة حديد فى جهات معينة ، وقد حاولت الشركة التخلص من التزامها هذا
بحجة انتفاء المصلحة المادية لاعضاء الجمعية ، لانهم عندما حصلوا على هذا
التعهد من جانب الشركة لم تكن لهم اية مصلحة مادية من ورائه وانما كانوا

(١) انظر : اسماعيل غانم المصادر - ص ١٥ - ، عبدالحى حجازي

ج ١ ص ٢٢ ط ١٩٥٤ • بهجت بدوي ص ٢٥ •

يعملون على تحقيق مصلحة عامة هي النهوض بوسائل النقل فمصلحتهم
اذن مجرد مصلحة ادبية .

وقد افتي الاستاذ (اهرنج) بالزام الشركة بتعهدها وبأن هناك التزاما
قانونيا ولو كانت مصلحة الدائن مصلحة ادبية .

وكان لهذه الفتوى اثر كبير في الفقه المدني فقد اصبح الرأى السائد
بعدها هو ذلك الرأى الذى يفرق بين الاداء وبين مصلحة الدائن من هذا
الاداء .

اما الاداء بحد ذاته فينبغي ان يكون ذا قيمة مادية ، واما مصلحة الدائن
من هذا الاداء فلا يشترط فيها ان تكون مادية بل يجوز ان تكون
مصلحة ادبية او معنوية او انسانية .

وبهذا نستطيع تفسير ما ذهب اليه المشرع العراقي من جواز الاشتراط
لمصلحة الغير اذا كانت للمشترط مصلحة مادية (او ادبية) (م ١٥٢ / ١)
على اننى اود ان الفت النظر في هذا الصدد الى ان تحديد (مالية) الاداء امر
يختلف باختلاف الزمان والمكان فقد يصبح الاداء ذا قيمة مادية بعد ان لم
يكن كذلك من قبل مثال ذلك قراءة القرآن ، فقد كانت قراءة القرآن عملا
تعبديا محضا ليست له قيمة مادية وبالتالي لايجوز ان يكون محلا للالتزام ،
وعلى هذا افتي فقهاؤنا الاقدمون بعدم جواز الاستئجار على تعليم القرآن او
على اتخاذ قراءته موردا للرزق ، ثم تغيرت الظروف بعد ذلك وشاع استحقاق
الاجرة على قراءة القرآن وتعليمه ووقف فريق من الناس حياتهم على الكسب
من هذا الطريق او ذلك ، ولهذا تغيرت الفتوى واجاز الفقهاء الاستئجار على
تعليم القرآن أو قراءته ، وبهذا أصبح هذا الاداء ذا قيمة مادية بعد ان لم يكن
كذلك في العصور الاولى للاسلام (٢) .

(٢) انظر مثلا : المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٣٧ ، الاختيار ج ٢

١٥ - ثانياً :- وحيث ان للالتزام قيمة مادية فهو يقبل الانتقال بين
الاحياء وبسبب الموت .

اما انتقاله بين الاحياء فقد ينتقل من طرفه السالب ، من مدين الى
مدين . وقد ينتقل من طرفه الموجب من دائن الى دائن .

والصورة الاولى هي حوالة الدين ، والصورة الثانية هي حوالة الحق .
واما انتقاله بسبب الموت فيكون عن طريق الوصية او الميراث (٣) .

وانتقال الالتزام بالميراث امر مختلف فيه باختلاف النظم والشرائع .
فالشرائع اللاتينية تسلم بانتقال الدين - او الالتزام - من المدين الى ورثته
لانها تعتبر شخصية الوارث مكملة لشخصية المورث وامتدادا لها .

واما الشريعة الاسلامية الغراء والشرائع الجرمانية فانها لا تعتبر
الوارث امتدادا لشخصية المورث فيما يتعلق بديونه بل انها تقضى بانتهاء
شخصية المورث وتصفية امواله وسداد ديونه اولاً ، فاذا بقي بعد ذلك نبيء
فانها تنقل هذا الفائض الى ورثته ، واذا لم تف اموال المورث بوفاء ديونه
كلها فان فائض الديون ينقضي ولا ينتقل الى الورثة تطبيقاً للقاعدة الشهيرة
التي تحكم هذا الموضوع وهي قاعدة : لا تركة الا بعد سداد دين .

١٦ - ثالثاً :- الالتزام رابطة مؤقتة :- فمر امر عارضى وشأن العارضى
الزوال كما يقول المناطقة ، وبهذا يختلف الالتزام عن (الواجب العام) الذى
يقابل الحقوق العامة ، فان هذا الواجب العام ملازم لطبيعة المجتمع يبقى
مادام المجتمع باقياً ، فعلى كل فرد فى المجتمع واجب عام هو احترام حقوق
الآخرين وعدم الاعتداء عليها ، هذا الواجب العام دائم متجدد لا يزول ولا
ينقضى ما بقى المجتمع قائماً .

اما الالتزام فهو رابطة خاصة تنطوى على معنى التكليف ولا يجوز ان

(٣) أو عن طريق الانتقال اذا ترك المتوفى أرضاً له عليها حق التصرف .

يبقى هذا التكليف قائما ابدا والا كان نوعا من انواع الرق او العبودية •

رابعا - انواع الالتزام :

يختلف نوع الالتزام باختلاف الزاوية او الجهة التي تنظر اليه من خلالها • فهو ينقسم من حيث مصدره الى التزامات ارادية والتزامات غير ارادية • وينقسم من حيث مضمونه او محله الى : التزامات سلبية والتزامات ايجابية والى التزامات فورية والتزامات مستمرة ، والى التزامات بوسيلة والتزامات بنتيجة •

ولا نريد في موجز كهذا ان نعرض لكل أقسام الالتزام وأنواعه وانما نعرض منها تلك الصور أو الانواع التي نرى ان لا غنى عن عرضها الآن ليسهل على القارىء فهم ما سيأتي من الابحاث والمواضيع •

١٧ - اولا - الالتزام السلبي والالتزام الايجابي :

الالتزام السلبي هو الالتزام الذى يكون محله امتناع المدين عن القيام بعمل كان يحق له القيام به لولا وجود هذا الالتزام • مثال ذلك : ان يبيع شخص محله التجاري الى مشتر يشترط عليه عدم ممارسة نفس النوع من التجارة فى المنطقة التى يقع فيها هذا المحل المبيع • ومثله ايضا : ان يتفق شخص مع آخر على ان يورد له بضاعة معينة ويشترط عليه عدم توريد نفس البضاعة الى اى تاجر آخر فى منطقة معينة (كالجمهورية العراقية او منطقة الخليج العربي) •

والالتزام الايجابي : هو الالتزام الذى يكون محله قيام المدين باعطاء او بعمل • اما الالتزام (بالاعطاء) فيراد به الالتزام بنقل الملكية او اى حق عينى آخر : مثال ذلك : التزام بائع الشئ المنقول المعين بالنوع بنقل ملكية ما باعه الى المشتري •

واما الالتزام بالقيام بعمل فهو ان يقوم المدين لمصلحة الدائن بعمل من

الاعمال كأن يقوم ببناء دار او بنقل بضاعة ، او باحياء حفلة غنائية •

فائدة هذا التقسيم : تظهر فائدة هذا التقسيم في ناحيتين هما :

• الاعذار والجزاء

اما من حيث الاعذار فانه لا بد من اعذار المدين بالتزام ايجابي حسي .
يعتبر متأخرا في التنفيذ تأخرا يرتب عليه القانون آثارا معينة • اما المدين
بالتزام سلبي فلا حاجة الى اعذاره لان مجرد مخالفة هذا الالتزام يعتبر بحد
ذاته امتناعا عن التنفيذ يرتب عليه القانون آثاره • وقد نص المشرع العراقي
على هذا الحكم في المادة (٢٥٨) منه •

واما من حيث الجزاء فان القاعدة العامة في هذا الصدد هي انه اذا
أخل المدين بالتزامه السلبي فانه يتعرض في الغالب الى جزاء (غير مباشر) هو
دفع التعويض لانه يصعب (عادة) تصور امكان تنفيذ هذا النوع من الالتزام
تنفيذا عينيا قهريا لما في هذا التنفيذ من ارهاق بالمدين وتدخل صارخ في
حريته الشخصية ، هذه هي القاعدة العامة في مثل هذا النوع من الالتزام
ومع ذلك فقد يتصور امكان التنفيذ العيني في بعض صور الالتزام السلبي
وذلك في كل الحالات التي لا يلحق فيها هذا التنفيذ العيني اذى بشخص
المدين او تدخلا في حريته الشخصية مثال ذلك : اذا تعهد شخص نحو آخر
بعدم اقامة ابنية على بقعة معينة من الارض او بعدم فتح مطلات على مسافة
معينة او على ارتفاع معين ، ثم اخل بهذا الالتزام بأن شيد الابنية او فصح
المطلات فانه يجوز للدائن في هذه الحالة ان يطلب من المحكمة الحكم بازالة
ما وقع مخالفا للالتزام (٢٥٢م) •

• هذا هو جزاء الاخلال بالالتزام السلبي •

أما في الالتزامات الايجابية فان القاعدة العامة هي انه يجوز للدائن اذا
ما أخل المدين بالتزامه هذا ، ان يقوم هو بتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا على حساب

المدين وذلك بعد استئذان المحكمة في الحالات العادية غير العاجلة او من غير استئذنها في الحالات المستعجلة (م/٢٥٠) •

١٨ - ثانيا - الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة :

الالتزام الفوري هو الالتزام الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه • مثال ذلك بيع الشيء الذي ينفذ دفعة واحدة ، حتى لو تم التنفيذ بعد اجل ، كما اذا اشترت كتابا تسلمته بعد نقد الثمن مباشرة او اشترت مقدارا من الحنطة على ان تسلمها بعد اسبوع او شهر •

واما الالتزامات المستمرة فهي الالتزامات التي لا تقاس بحسب طبيعتها الا بالزمن مثال ذلك الالتزام الذي ينصب على الانتفاع او على الخدمات • فمستأجر الدار لمدة سنة مثلا له الحق في ان يتنفع بهذه الدار لمدة سنة وعلى المؤجر التزام بتمكنين هذا المستأجر من الانتفاع لهذه المدة وبعبارة اخرى ان يقدم له (سنة من الانتفاع) مقابل الاجرة ، ولهذا قال فقهاء الشريعة الاسلامية ان الاجارة (بيع) المنفعة •

فالزمن هنا عنصر اساسي لا يمكن قياس المنفعة بدونه فهو يؤدي بالنسبة للمنفعة نفس الوظيفة التي يؤديها الكيل بالنسبة للمكيلات والوزن بالنسبة للموزونات والعدد بالنسبة للمعدودات وسوف نعود الى بيان فائدة هذا التقسيم عند الكلام عن اقسام العقود (٤) •

١٩ - ثالثا - الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة :

قد يلتزم المدين احيانا بتحقيق نتيجة معينة كأن يتعهد شخص ببناء دار معينة خلال ستة اشهر ، او يتعهد مؤجر بتمكنين مستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة سنتين ، او يتعهد امين النقل بنقل بضاعة الى مكان معين • وهذا هو الالتزام بنتيجة (او هو الالتزام المحدد) •

(٤) انظر ما سيجيء في الفقرة ٢٧ •

وقد يقتصر التزام المدين على مجرد اتباع قدر معين من الحيطة والحذر
فى سلوكه مع الغير كالتزام الطبيب نحو مريضه ، والتزام المحامى نحو
موكله ، ويسمى هذا النوع من الالتزام بالالتزام بوسيلة •

اهمية هذا التقسيم : لهذا التقسيم فائدة عظمى تتصل بعبء الالبات
وبيان ذلك : -

القاعدة العامة فى الالبات ان (البينة على من ادعى واليمين على من انكر)
فعلى من يدعى مسؤولية شخص آخر ان يثبت اركان هذه المسؤولية « وهي
الخطأ والضرر وعلاقة السببية » •

ففيما يتعلق باثبات المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالتزام بنتيجة
(كما فى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، او بنقل حق عينى ، او بتسليم
شىء ، او بالقيام بعمل معين) يكتفى من الدائن ان يثبت ان النتيجة التى روى
اليها من انشاء الرابطة القانونية لم تتحقق ، اى يكتفى منه أن يثبت ان مدينه
لم يقم بالوفاء او بنقل الحق العينى او بتسليم ما تعهد بتسليمه او بعمل ما
تعهد القيام به •

فاذا ادعى مدينه انه قام بتنفيذ التزامه كان عليه (اى على هذا المدين)
اثبات ما يدعيه ، فاذا عجز عن الالبات عد مقصرا ، ومعنى هذا ان المشرع
يفترض ان مجرد عدم تنفيذ الالتزام بنتيجة يعزى الى خطأ المدين ولايسمح
لهذا المدين بالتخلص من المسؤولية بأن يثبت انه بذل ما فى وسعه لكنه
بالرغم من ذلك لم يفلح فى تحقيق النتيجة التى قصد اليها الدائن من انشاء
هذه الرابطة القانونية • وعلى المدين اذا اراد درء المسؤولية عنه ان ينفى علاقة
السببية بين الضرر الذى اصاب الدائن والخطأ الذى ارتكبه ، وذلك بأن
يثبت ان القوة القاهرة (او الحادث الفجائى) او خطأ الدائن هو الذى حال
بينه وبين تحقيق النتيجة •

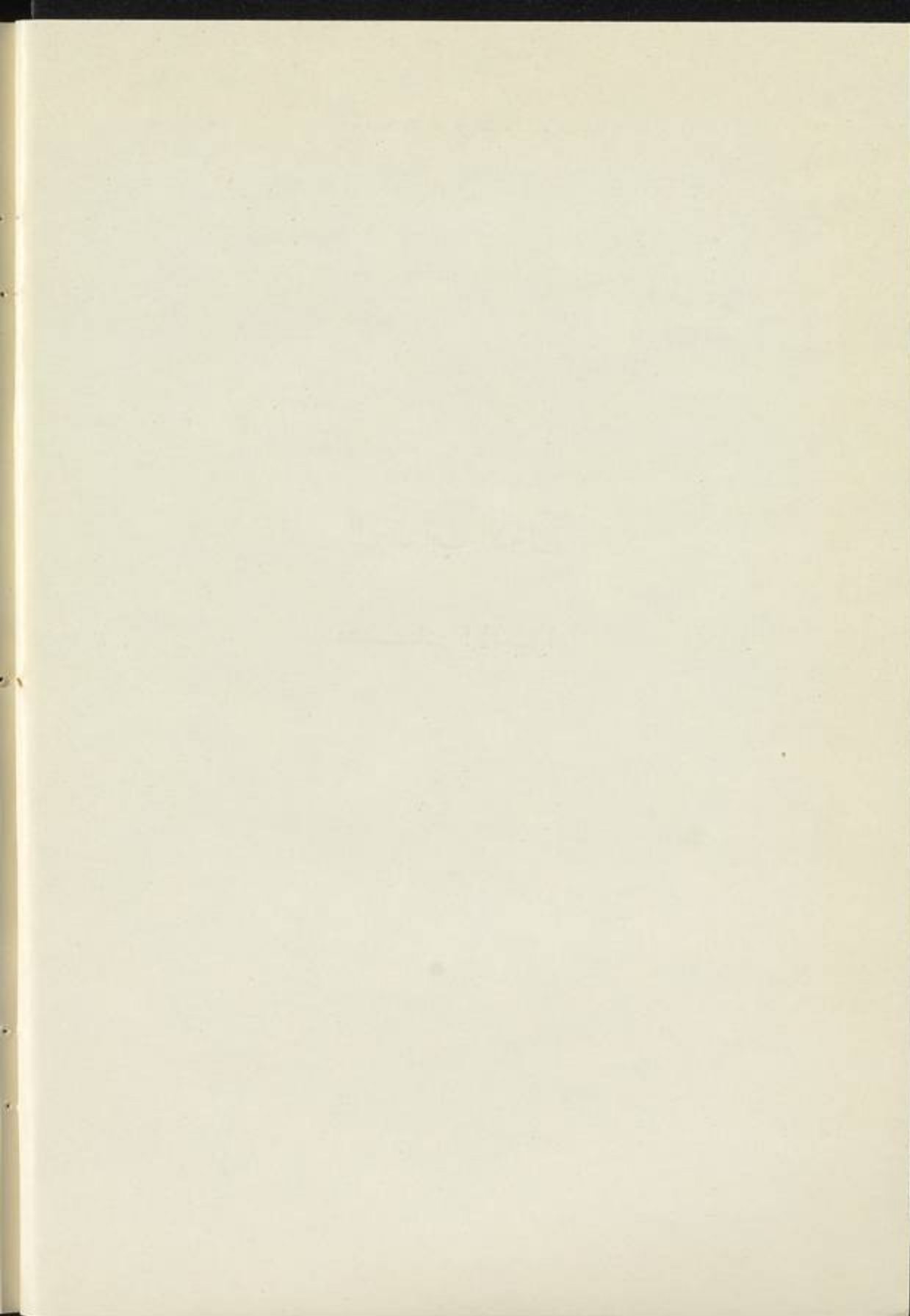
اما اذا كان التزام المدين التزاما بوسيلة (اى التزاما يبذل قدر معين من الحيطة والعناية) فان عبء الاثبات يلقى على عاتق الدائن الذى يلتزم - اذا اراد مساءلة مدينه - بان يثبت ان هذا المدين لم يبذل القدر المطلوب من العناية وانه نفذ التزامه بتهور واهمال ، فالطبيب الذى يتعاقد مع مريضه على علاجه ليلتزم بشفاؤه ، والمحامى الذى يتعاقد مع موكله لا يلتزم (عادة) بكسب الدعوى لان شفاء المريض لا يتوقف على جهود الطبيب فحسب بل تدخل فى ذلك عدة اعتبارات وعوامل لا دخل للطبيب فيها كمناعة المريض ومقاومته ونوع المرض الخ .. وكذلك كسب الدعوى فانه فوق تقدير المحامى مهما بلغت كفاءته ومهارته ، فالتزام كل من الطبيب والمحامى فى المثليين السالفين هو التزام يبذل عناية خاصة •

ومتى كان موضوع العقد التزاما من هذا النوع فانه لا يكفى من الدائن أن يثبت وجود الالتزام وعدم تحقق النتيجة التى رعى اليها ، بل عليه ان يثبت الى جانب ذلك ان المدين قد اخل بتنفيذ التزامه ، ولا يثبت هذا الاخلال الا اذا اثبت الدائن ان مدينه لم يبذل (العناية) المطلوبة •

وختاما أحب أن الفت النظر الى أن هذا التقسيم للالتزام - اى تقسيم الالتزام الى التزام بنتيجة والتزام بوسيلة - قاصر على الالتزامات التى يكون محلها قياما بعمل دون غيرها من صور الالتزامات الاخرى •

الكتاب الاول

مصادر الألتزام



- تمهيد وتقسيم -

٢٠ - يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني الذي انشأ الالتزام .
فالالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع ، والتزام من يتلف مال الغير بالتعويض سببه الفعل الضار (او العمل غير المشروع) والتزام الاب بالانفاق على اولاده سببه نص القانون ، والتزام من تسلم ما لا حق له فيه برد ما تسلمه سببه تحريم القانون للكسب دون سبب على حساب الغير ، والتزام من وعد بتقديم جائزة لاول خريجي قسم القانون في الجامعة المستنصرية سببه ارادة هذا الواعد المنفردة .

ولدراسة مصادر الالتزام ناحية تاريخية لانهما في هذا المؤلف الموجز ، وانما نكتفي هنا بدراسة هذه المصادر كما وردت في التشريع العراقي (ومعظم التشريعات الحديثة) فقد حصر المشرع العراقي هذه المصادر في المصادر الخمسة التالية :-

- ١ - العقد .
- ٢ - الارادة المنفردة .
- ٣ - العمل غير المشروع .
- ٤ - الكسب دون سبب .
- ٥ - القانون .

واذا امعنا النظر في هذه المصادر الخمسة فاننا نستطيع تقسيمها الى مجموعتين من المصادر هما :

Acte Juridique

١ - التصرف القائي

Fait Juridique

٢ - الواقعة القانونية

ويراد بالتصرف القانوني : الارادة التي توجه الى احداث اثر قانوني معين ، وهذا التصرف (او العمل) القانوني اما ان يكون نتيجة اتحاد ارادتين

وهذا هو العقد ، واما أن يكون نتيجة ارادة واحدة وهذه هى الارادة المنفردة •

ويراد بالواقعة القانونية : - الواقعة المادية - التى قد تقع باختيار الانسان او بغير اختياره - التى يرتب القانون عليها أثراً بصرف النظر عن اتجاه الارادة لاحداث هذا الاثر او عدم اتجاهها اليه •

وتشمل الواقعة القانونية من مصادر الالتزام المتقدمة : العمل غير المشروع ، والكسب دون سبب ، والقانون •

ويلاحظ ان فقهاء الشريعة الاسلامية يستعملون فى كثير من المناسبات - تعبير : التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، ويريدون بالاولى - اى - بالتصرفات القولية - ما يريد فقهاء القانون الوضعي بتعبير (التصرف القانوني) •

ويريدون بالثانية (اى التصرفات الفعلية) ما نريده الآن بتعبير (الواقعة القانونية) •

بعد هذه الكلمة التمهيدية تتولى دراسة مصادر الالتزام مصدراً بعد آخر على النحو المتقدم ، ونخصص لكل مصدر منها باباً •

الباب الأول

العقد

Le Contrat

٢١ - تعريف وتمهيد : - العقد كما يعرفه المشرع العراقي عبارة عن « ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه » (٧٣م) مقتبسة من المادة ٢٦٢ مرشد الحيران) •
ويفهم من هذا التعريف :

١ - ان العقد ارادتان متحدتان مرتبطتان لا ارادة واحدة • ولعل من الخير ان يحرص المشرع العراقي ، وقد استمد تعريفه للعقد من الفقه الاسلامي ، على تأكيد الفرق بين العقد والارادة المنفردة ، ذلك ان كثيرا من فقهاء الشريعة عندما يبينون الاحكام العامة للعقود ويفصلون قواعدها الاساسية يستعملون كلمة العقد ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية سواء اكانت نتيجة اتفاق بين طرفين ام كانت نتيجة ارادة شخص واحد ، اراد ان يلزم نفسه بالتزام شرعي خاص • ولهذا اراد المشرع العراقي بالتعريف المتقدم ان يستبعد هذا المعنى ويحصر العقد في نطاقه الفني المتعارف عليه في الفقه المدني فيقتصره على الالتزامات الناشئة على اتحد ارادتين •

٢ - ان المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني ، فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية ، بل من حيث انه يثبت أثره في المعقود عليه اي انه يغير المحل من حالة الى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية

التي اشترنا اليها^(١) .

ولعل من المناسب ان نشير هنا الى ان كثيراً من فقهاء القانون المدني يفرقون بين التعهد او الاتفاق (Convention) من جهة وبين العقد (Contrat) من جهة اخرى . فعندهم ان الاتفاق او التعهد عبارة عن اتحاد ارادتين او اكثر على محل ذي فائدة قانونية فائز الاتفاق اما ان يكون :
انشاء التزام ، أو نقله أو تعديله أو انهاء .

اما العقد فهد اتحاد ارادتين على نشاء التزام او نقله . فنسبة العقد الى التعهد كنسبة النوع الى الجنس ، فالعقد صورة من صور التعهد اي ان كل عقد تعهد وليس كل تعهد عقداً .

وقد اخذ الفقهاء بهذه التفرقة جريا وراء الفقيه الفرنسي الشهير (بوتيه) . وليس لهذه التفرقة في الواقع اي فائدة عملية على خلاف ما يزعم انصارها .

وسوف نتولى بحث العقد على النحو التالي :

١ - اركان العقد

٢ - آثار العقد

٣ - انحلال العقد

ونفرد لكل موضوع من هذه الموضوعات فصلا خاصا .
الا اننا نقدم للكلام عن العقد بفصل تمهيدي نبحث فيه : أنواع العقود ،
ومبدأ حرية التعاقد او سلطان الارادة .

(١) انظر مصادر الحق ح ١ ص ٧٧ .

فصل تمهيدى

المبحث الاول

تقسيم العقود

٢٢ - بحث تقسيم العقود بحث فقهى لا تشريعى ، لهذا نجد ان التشريعات الحديثة تجنبت الخوض فى بيان تقسيم العقود •

ويظهر من استقضاء نصوص القانون المدنى العراقى انه تبنى تقسيما خاصا للعقود ينسجم مع النزعة الموضوعية التى اقتبسها من الفقه الاسلامى فقد صنف العقود من حيث طبيعة اثرها على العقود عليه • وعلى هذا الاساس قسم العقود الى الاصناف الخمسة التالية :-

١ - العقود التى تقع على الملكية - التملكات : وهى البيع ، والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح •

٢ - العقود الواردة على الانتفاع : وهى : الايجار (بما تشتمل عليه من صور خاصة هي : ايجار الاراضى الزراعية والمساقاة والمغارة والتزام البساتين وايجار وسائل النقل) والاعارة •

٣ - العقود الواردة على العمل : وهى عقد المقاولة والاستصناع والتزام المرافق العامة • وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة •

٤ - العقود الاحتمالية : وهى : المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين •

٥ - عقد الكفالة •

ومع هذا فاننا سنعرض فى هذا البحث الى تقسيمات اخرى للعقود لما فى ذلك من فائدة عملية ونظرية •

فالعقود من حيث تكوينها تقسم الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود

عينية ومن حيث أثرها الى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد
والى عقود معاوضة وعقود تبرع •

ومن حيث طبيعتها : الى عقود محددة وعقود احتمالية والى عقود
فورية وعقود مستمرة او زمنية •

واذا كنا سنقتصر على التقسيمات السابقة فان هذا لا يعني ان ليس
للعقد تقسيمات اخرى فهناك العقد البسيط والعقد المختلط او المركب
وهناك العقد المدني والعقد الادارى وهناك العقد المسمى والعقد غير
المسمى وهناك عقود مساومة وعقود اذعان ••• الخ •

العقد الرضائي

هو العقد الذى يتم باتحاد القبول بالايجاب ، فالرضا وحده هو ركن
العقد ، والاصل فى العقود ان تكون رضائية •

العقد الشكلي

هو العقد الذى يحتاج الى جانب الرضا الى شكلية خاصة تنبه المتعاقد
الى خطورة التصرف او تحمي الغير • مثال العقد الشكلي : العقود التى ترد
على نقل ملكية العقار او على ترتيب اى حق عيني عقارى ومثاله ايضا التوكيل
بالخصومة •

العقد العيني

هو العقد الذى لا بد لانعقاده ، الى جانب الرضا من القبض والتسليم
واذا كان الفقه المدني الحديث يميل الى التخلص من فكرة عينية العقود التى
انحدرت الى التقنيات المدنية من الرومان فانه ينبغي علينا ان لا نساير هذا
الاتجاه الذى لا يتفق مع مسلك التشريع العراقى فتشريعا فى هذا متأثر الى
حد بعيد بالفقه الاسلامى الذى يتوسع فى عينية العقود توسعا ظاهرا ملموسا
وعلى هذا نجد ان التشريع العراقى يجعل من هبة المنقول ومن القرض ومن

شركة المضاربة ومن الودیعة ومن العارية ومن رهن الحیازة عقودا عینیة حیث
نص صراحة علی انها لاتتم الا بالقبض - انظر المواد ٦٠٣ ، ٦٦١ ، ٦٨٤ ،
١٣٢٢ ، ٩٥١ ، ٨٤٧ •

وفائدة هذا التقسیم ظاهرة فبمعرفة طبیعة العقد نعرف ما اذا كان هذا
العقد منعقدا او غیر منعقد •

٢٤ - ثانيا - العقد الملزم للجانبین والعقد الملزم لجانب واحد •

العقد الملزم للجانبین هو العقد الذی ینشأ التزامات متبادلة بین
الطرفین ولذا تصح تسمیته بالعقد المتبادل فكل من طرفیه دائن للثانی ومدين
له فالبايع دائن للمشتري بالثمن ومدين له بالمبيع والمشتري دائن للبايع
بالمبيع مدين له بالثمن ومثله الاجارة والشركة والوكالة المأجورة •

والعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذی یولد التزاما علی احد
الطرفین فقط فأحد المتعاقدين دائن غیر مدين وثانیهما مدين غیر دائن كالهبة
والوكالة بغير اجر والكفالة • ویستطیع المتعاقدان ان یجملا من العقد الملزم
لجانب واحد بطبیعته عقدا ملزما للجانبین فالهبة المشروطة او المقترنة بعوض
والودیعة باجر والوكالة باجر عقود ملزمة للجانبین باتفاق الطرفین •

فائدة هذا التقسیم :

١ - یحرر العقد الملزم للجانبین بنسخ بعدد اطرافه • اما العقد الملزم
لجانب واحد فیحرر بنسخة واحدة تكون ید الدائن اذ لا فائدة للمدين من
الاحتفاظ بمحرر یدنا علیه •

٢ - فی العقد الملزم للجانبین اذا امتنع احد الطرفین عن تنفيذ التزامه
او أحل به فللطرف الآخر ان یطلب من المحكمة فسخ العقد وحل الرابطة
التعاقدیة ولا یتصور الفسخ فی العقد الملزم لجانب واحد •

٣ - اذا لم یقم أحد طرفی العقد الملزم للجانبین بتنفيذ التزامه ولم یکن

مستعداً للتنفيذ وطالب مع هذا الطرف الاخر بالتنفيذ فان هذا الطرف يدفع المطالبة بدفع يسمى (الدفع بعدم التنفيذ) • وهذا الدفع غير متصور فى العقد الملزم لجانب واحد •

٤ - فى العقود الملزمة للجانبين يقع تحمل تبعه الهلاك على المدين بالالتزام الذى استحاله تنفيذه لهلاكه نتيجة سبب اجنبى • وتحمل التبعة يقع فى العقود الملزمة لجانب واحد على الدائن لا المدين • ووضح ما تقدم بالمثالين التاليين :

اذا هلكت العين المبيعة لسبب اجنبى قبل تسليمها الى المشتري هلكت على البائع ، وهو المدين بالعين لا على المشتري وهو الدائن بها •
واذا هلكت العين المودعة او المعارة نتيجة سبب اجنبى هلكت على المودع او المعير وكل منها دائن بردها ولا يتحمل الوديع او المستعير تبعه هذا الهلاك •

٢٥ - ثالثا - عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما اعطاه • او هو العقد الذى تتقابل فيه المنافع المادية للطرفين • كالبيع والاجارة والشركة والوكالة باجر والقرض بفائدة وهكذا •

وعقد التبرع : هو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما اعطاه • او هو العقد الذى يتعهد فيه احد الطرفين بتقديم منفعة مجانية للآخر •
فاذا كان من شأن هذا التعهد ان ينقص من ذمته المالية سمي هبة ،
واذا لم ينقص من ذمته المالية سمي تبرعا كالكفالة والعارية والوديعة •
فائدة التقسيم :

١ - حيث ان التبرعات ضارة بالتبرع ضررا محضا لهذا فقد اشترط المشرع فيمن يبرمها درجة من الاهلية اعلى من الدرجة التى اشترطها فيمن

يبرم عقدا من عقود المعاوضة وسنزيد المسألة ايضا عند الكلام عن
الاهلية .

٢ - تكون مسؤولية المتبرع : وهو شخص متفضل - اخف عادة من
مسؤولية المتبرع بعوض وسنزيد هذه المسألة ايضا عند الكلام عن
المسؤولية التعاقدية .

٣ - تلعب شخصية المتعاقد دورا جوهريا في عقود التبرع فيؤدي
الغلط في شخص المتعاقد الى جعل العقد موقوفا . اما في عقود المعاوضة
فالاصل فيها لا أثر لشخصية المتعاقدين على صحة العقد الا اذا قامت هذه
العقود على الثقة والائتمان كالشركة والوكالة بأجر او قامت على اساس في
المتعاقد من مؤهلات او مزايا فنية كالتعاقد مع طبيب ، أو رسام أو مغن .

٤ - الطعن في العقد عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات ايسر
على المدعي في عقود التبرع منه في عقود المعاوضات اذ انه لا يحتاج في
النوع الاول (اى عقود التبرع) الى اثبات عس المتبرع ولا الى تواطىء
المتبرع له . وهو يحتاج الى اثبات هذا وذلك في عقود المعاوضة .

٥ - قصر المشرع الالتزام بالضمان على عقود المعاوضة فالبايع
والمؤجر يضمنان التعوض والعيوب الخفية اما الواهب فلا يضمن الاستحقاق
الا اذا تعمد اخفاء سببه ولا يضمن العيوب الخفية الا اذا تعمد اخفاء سببها
كذلك (المادتان ٦١٤ و ٦١٥) .

٢٦ - رابعا - العقود المحددة والعقود الاحتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذي تتحدد فيه التزامات الطرفين وحقوقهما
مباشرة عند ابرام العقد ، فيستطيع كل من الطرفين تقدير الالتزام الذي
يرتبه العقد عليه والحق الذي يكسبه اياه ، كالباع بضمن معين والايجار
والشركة والقرض بفائدة الخ .

والعقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يستطيع فيه الطرفان المتعاقدان تحديد مركزهما المالي عند ابرام العقد اذ يترك امر نشوء الالتزام او تحديده مدها معلقا على حادثة مستقبلية فالمجازفة والقمار هي روح العقد الاحتمالي والفيصل الذي يميزه عن العقد المحدد فالتأمين بصورة المختلفة والمقامرة والرهان وترتيب ايراد مدى الحياة عقود غير محددة او احتمالية .

اهمية التقسيم : لا يمكن الطعن في العقد الاحتمالي بالغبن على خلاف العقد المحدد .

٢٧ - خامسا - العقد الفوري والعقد الزمني (او المستمر) .

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه وبعبارة اخرى هو العقد الذي لا يكون الزمن فيه مقياسا لتقدير الالتزامات والحقوق الناشئة عنه وانما تقاس بمقياس آخر كالطول او الوزن او العدد او الحجم او المساحة ... الخ .

ولا يمنع من اعتبار العقد فوريا تعيين أجل او آجال عدة لتنفيذ التزامات احد طرفيه او التزامات كلا الطرفين فمثلا عقد البيع المعين فيه أجل للتسليم او لنقل ملكية المبيع او لدفع الثمن دفعة واحدة او اقساطا عدة في آجال مختلفة يعتبر عقدا فوريا لان هذه الآجال ليست عنصرا جوهريا لتحديد موضوع العقد وقياسه وانما هي عنصر عرضي يقتصر أثره على تنفيذ العقد فقط (١) .

والعقد الزمني : هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا من عناصره وبعبارة اخرى هو العقد الذي يكون الزمن فيه مقياسا لتحديد التزامات وحقوق اطرافه . كعقد الاجارة وعقد العمل فانهما عقدان

(١) اصول الالتزامات - سليمان مرقص ص ٧٧ .

لا يقاسن عادة بغير الزمن • على ان هناك من الاشياء ما يتحدد في المكان، فيكون حقيقة مكانية لكن المتعاقدين يتفقان على تكرار ادائه مدة من الزمن. لسد حاجة تكرر فهو في ذاته يقاس بالمكان ولكن المتعاقدين اتفقا على ان يقاس بالزمان •

مثل هذا عقد التوريد يلتزم به احد المتعاقدين ان يورد للمتعاقد الآخر شيئا معيناً يتكرر مدة من الزمن فمحل العقد هنا (وهو الشيء المعين المتفق على توريده) يقاس في ذاته بالمكان ولكن المتعاقدين اتفقا على ان يتكرر مرات عدة من الزمن فجعله يقاس (كالمفعة والعمل) بالزمان لا بالمكان • وهكذا نجد ان العقد الزمني ينقسم الى عقد ذي تنفيذ مستمر كعقد الايجار وعقد العمل والى عقد ذي تنفيذ دوري كعقد التوريد وعقد الايراد المؤبد او الايراد المرتب مدى الحياة (٢) •

فائدة التقسيم :

- (١) للفسخ أثر رجعي في العقد الفوري ، وليس له مثل هذا الاثر في العقد المستمر •
- (٢) المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هي العقود الزمنية - لا العقود الفورية •
- (٣) وكذلك تنحصر فكرة وقف تنفيذ العقد التي هي نتيجة قوة قاهرة - مؤقتة في العقود الزمنية دون العقود الفورية •
- (٤) الاصل ان الاعذار واجب في العقود الفورية • اما في العقود الزمنية - فلا ضرورة له لان المفروض ان كل تأخير ضار لانه يفوت وقتا لا يمكن أن يعود •

(٢) استاذنا السنهوري - الوسيط ج ١ ط ٢ ص ١٧٩ •

المبحث الثاني

مبدأ سلطان الارادة

(Autonomie de la Volonté)

٢٨ - يقصد بهذا المبدأ امران :

- ١ - ان الارادة وحدها تكفي لانشاء العقد او العمل القانوني -
ويسمى هذا المبدأ بمبدأ كفاية الارادة •
- ٢ - ان الارادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على العقد او العمل
القانوني •

وإذا كان هذا المبدأ بشقيه يبدو من بديهيات علم القانون الآن الا انه لا يرقى الى ابعد من القانون الكنسي ، فقد كانت مبادئ هذا القانون التي تتصل اتصالا وثيقا بالدين وبالاخلاق تسبغ على الموعد المقطوع قوة ملزمة وتعد النكول عنه جريمة دينية ومدنية •

وقد استبدل فقهاء القرن الثامن عشر بالاساس الديني لهذا المبدأ اساسا جديدا مستمدا من نظرياتهم السياسية والاقتصادية والفلسفية التي اصطبغت كلها بالمذهب الفردي ، وهكذا فقد ازدهر المبدأ عندهم واتسعت آفاقه وغلا انصاره في ذلك غلوا شديدا فاخذوا يعممون تطبيق هذا المبدأ على جميع مصادر الالتزامات تعاقدية كانت او غير تعاقدية بل وعلى كسب الحقوق العينية كذلك • مما لا مجال الى تفصيله في هذا المؤلف الموجز •

وقد كان من أثر اكتشاف المخترعات الحديثة ان قامت صناعات كبيرة وتأسست شركات ضخمة وتركزت رؤوس الاموال واختل التوازن الاقتصادي بين الافراد واتسعت الهوة بين الطبقات فسادت المذاهب الاشتراكية التي تنظر الى مصلحة المجموع قبل مصلحة الفرد وهكذا أخذ هذا المبدأ يرتد ويتقلص وينكمش نتيجة لتدخل الدولة من أجل المحافظة

على التوازن بين المراكز المختلفة وحماية الضعفاء من تسف الاقوياء واستغلالهم ، فرضت القيود على ارادة رب العمل في ابرام العقود وفيما يجوز له ان يفرضه على العامل من شروط وفي حقه في انهاء العقد ، وقيدت ارادة ذوي الاملاك في تأجيرها وفي تحديد الاجرة وفي انهاء العقد ، والزم الدائون المرتهنون بقبول الوفاء على أقساط ، وحدد سعر الفائدة بحد لا يجوز مجاوزته واجيز للمحكمة اعادة التوازن المالي للعقد اذا اختل نتيجة ظروف غير متوقعة وفرضت شكلية خاصة على بعض العقود . وكل هذه القيود حدود تحد من طغيان مبدأ سلطان الارادة لمصلحة المجموع ، وعلى هذا فاننا لا نغلو كثيرا اذا قلنا بان العقد أصبح في الوقت الحاضر في كثير من الدول النامية (عقدا موجها) لسلطان الارادة فيه دور ضيق محدود .

٢٩- يبدو من كل ما تقدم ان مبدأ سلطان الارادة وكفايتها أصبح عرضة لكثير من القيود والحدود ، وفيما يلي أهم هذه القيود .

(١) لعل (الشكلية) التي فرضها القانون لانعقاد بعض العقود وهي أقدم هذه القيود ، فهناك كما سبق القول ، عقود شكلية راعى المشرع في اشتراط الشكلية فيها عدة اعتبارات تمت بمجموعها الى الصالح العام ، ولعل المشرع العراقي لا زال ينظر الى الثروة العقارية نظرة خاصة . فقد جعل العقود التي تنصب على العقار التنقل ملكيته او لترتب عليه أي حق عيني عقوداً شكلية لا تنعقد الا باتباع الاجراءات المقررة في القانون (وهي تسجيلها في دائرة الطابو) .

(٢) وفكرة العقود العينية قيد ثان على هذا المبدأ . وقد سبق القول بان المشرع العراقي توسع كثيرا في الاخذ بفكرة العقود العينية متأثرا في

(٣) انظر على سبيل المثال المواد : ٩٠ ، ٩١ ، ٥٠٨ ، ٦٠٢ ، ١١٢٦ ، ١٢٠٢ ، ١٢٨٦ ، ١٣٢٤ ، ١٣٧٨ .

ذلك بالفقه الاسلامي ، فمن العقود العينية في التشريع العراقي : هبة
المنقول فهي لا تتم الا بالقبض (م/٦٠٣) ومنها شركة المضاربة التي اشترط
المشرع فيها تسليم رأس المال الى المضارب (م/٦٦١) ومنها عقد القرض فهو
لا ينعقد الا بالقبض (م/٦٨١) ومنها عقد الاعارة (م/٨٤٧) ومنها عقد
الوديعة (م/٩٥١) ومنها عقد الرهن الحيازي (م/١٣٢٢) .

(٣) ومن القيود الخطيرة على مبدأ حرية التعاقد وسلطان الارادة
وكفايتها قيد النظام العام والآداب . فقد نصت المادة (٧٥) على تحريم
الاتفاقات التي تخالف النظام العام او الآداب دون ان تعتمد الى تحديد مفهوم
هذه الفكرة . وبهذا صارت فكرة النظام العام والآداب اداة طيعة مرنة في
يد الفقه والقضاء يواجهان بها حاجات المجتمع وتطوراته . فبينما نجد ان
فكرة النظام العام فيما يتصل بقواعد الآداب تضيق على مر الزمن نجد ان
فكرة النظام العام فيما يتصل بقواعد الآداب تسع اتساعاً هائلاً ، فقد أصبحت الدولة
تدخل في انتاج السلع وتبادلها وفي الخدمات التي تقدم الى الجمهور ،
وتضع لذلك قوانين وأنظمة تعتبر كثير من قواعدنا آمرة تتصل بفكرة
النظام العام .

(٤) واذا كان من مقتضى مبدأ سلطان الارادة ان الناس احرار في
أن يتعاقدوا وفي ان لا يتعاقدوا فقد أصبحت هذه النتيجة بدورها مقيدة
غير مطلقة . ولعل ابرز الامثلة على هذا القيد (عقد التأمين الالزامي) ،
وتمديد عقد الاجارة بقوة القانون ، وفقاً لقانون مراقبة ايجار العقار^(٤) .

(٥) كان من أثر ازدياد تدخل الدولة لحماية الجانب الضعيف ان
كثرت العقود النموذجية ، وهي عقود منظمة من قبل ، تعتبر كثير من
قواعدنا قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها ، وهكذا تصبح هذه العقود بعيدة

(٤) انظر مثلاً قانون مراقبة ايجار العقار رقم ٦ لسنة ١٩٥٨
وتعديلاته .

عن تناول قاعدة حرية التعاقد وسلطان الارادة ، واكتفي في هذا الصدد
بأن اشير الى عقد العمل الجماعي او المشترك •

واكتفي في هذا الفصل التمهيدي بما تقدم انتقل بعده الى بحث اركان

العقد •

الفصل الأول

- اركان العقد -

٣٠ - قلنا فيما تقدم ان العقد عبارة عن اتحاد ارادتين اتحادا يظهر اثره فى المعقود عليه (م/٧٣) •

ويفهم من هذا التعريف انه لا بد لانعقاد العقد من توافق تراضي الطرفين ومن ان ينصب هذا التراضي على محل قابل لترتيب اثر العقد عليه •

ولما كان التراضي تعبيراً عن ارادتين واتحادهما ، ولما كانت الارادة التى تصدر عن الانسان العاقل المدرك لا تصدر الا لغاية او دافع معين لهذا يكون السبب ركناً آخر من اركان انعقاد العقد •

وعلى هذا نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : اولها للتراضي ، وثانيها للمحل ، وثالثها للسبب •

- المبحث الاول -

التراضي

(Le Consentement)

٣١ - التراضي لغة اتحاد ارادتين أو اكثر على امر معين • والتراضي قانوناً اتحاد ارادتين أو اكثر على أحداث اثر قانونى •
فالتراضي يفترض اعلاناً عن ارادة ، واعلاناً عن ارادة اخرى مقابلة ، واتحاداً بين هاتين الارادتين •

وقد لا يصل المتعاقدان الى مرحلة العقد البات الا بعد المرور بمرحلة

تمهيدية هي مرحلة الاتفاق الابتدائي والعربون احيانا .
ولا يكفي وجود التراضي بل يجب ان يكون هذا التراضي صحيحا
غير مشوب بعيب وهو لا يكون كذلك الا اذا صدر من ذى اهلية ولم تكن
ارادة احد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضاء وهى الاكراه ، والغلط
والتغريب مع الغبن ، والاستغلال .

وعلى هذا فاننا نقسم هذا المبحث الى اربعة مطالب :

- اولها : للاعلان عن الارادة .
- وثانيها : لاتحاد الارادتين .
- وثالثها : للمرحلة التمهيدية فى التعاقد .
- ورابعها : للاهلية وعيوب الرضا .

— المطلب الاول —

الاعلان عن الارادة

٣٢ — اذا بقيت الارادة كامنة مستقرة فى الذهن فان علم القانون
لا يعبأ بها ، بل لا بد لذلك من افصاح عنها ومن ظهورها للعالم الخارجى ،
ومن ان تكون هذه الارادة قد انصرفت الى احداث اثر قانوني .

فالارادة الهازلة والارادة التى تصدر على سبيل المجاملة لا قدرة لها
على احداث هذا الاثر القانوني . ومن ثم لا يعبأ بها علم القانون مثال ذلك
ان يظهر شخص اعجابه بربطة عنقك أو سبحتك فتقول له (تفضل) .

٣٣ — والتعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا .
ويراد بالتعبير الصريح التعبير الذى تدل اداته على المعنى المقصود
مباشرة ، بحيث ينتفى معها اى احتمال آخر .

وقد يكون ضمنيا اذا كانت اداته لاتدل بذاتها على المعنى المقصود

ولكن ظروف الحال هي التي تصرفها الى هذا المعنى ، مثال ذلك ان يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار ، فان هذا العمل يدل دلالة ضمنية على رغبته في تجديد هذه الاجارة ، فاذا علم المؤجر بذلك وسكت دل سكوته دلالة ضمنية كذلك على قبوله ، وهكذا تتجدد الاجارة بايجاب وقبول ضمنيين •

وطرق التعبير عن الارادة بصورة عامة هي : اللفظ ، والكتابة ، والاشارة والتعاطى ، وای موقف آخر لايدل على الرضا • وبهذا قضت المادة (٧٩) بنصها على انه « كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكتابة ، وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، وباتخاذ اى مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي •

وتتولى شرح كل وسيلة من هذه الوسائل بايجاز شديد فتقول •

٣٤ - اللفظ :- اول طرق التعبير عن الارادة هو اللفظ الموضوع لذلك • وقد نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٧٧) على انه « يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اريد بهما الحال » • ونص في المادة (٧٨) على ان « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد المتعاقدين » •

تعرض هاتان المادتان لما يسمى (بصيغة العقد) في الفقه الاسلامي • فقد عنى فقهاء الشريعة الاسلامية بهذه المسألة عناية خاصة واولوها اهمية كبيرة في مؤلفاتهم الفقهية على اختلاف مذاهبهم •

والصيغة التي يؤثرها فقهاء الشريعة لانعقاد العقد هي صيغة الماضي ، لانها هي المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية الحاسمة

التي تجاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة الى دور الجزم والقطع والبت والحسم . فهذه الصيغة تفيد تحقق معناها وثبوته بالفعل ، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية .

ولهذا نقول انه لما كانت هذه الصيغة تتمحض للحال فإنه يؤخذ فيها بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة^(١) .

واما بالنسبة لصيغة الامر وصيغة المضارع فقد يراد بهما الحال وقد يراد بهما الاستقبال ومن ثم لا يؤخذ في هاتين الصيغتين بالارادة الظاهرة وانما يجب الرجوع الى النية اى الى الارادة الباطنة .

واما صيغة الاستقبال فهي قاطعة الدلالة في انها تتمحض للاستقبال ولهذا لا ينعقد بها العقد ، ويؤخذ في هذه الصيغة بالارادة الظاهرة لوضوحها ولا يؤخذ فيها بالارادة الباطنة اى بالنية .

هذا هو موقف فقهاء الشريعة الاسلامية - عامة - من صيغة الاستقبال وبغير هذا اخذ المشرع العراقي ، فقد سبق ان قلنا ان المشرع العراقي ، جعل هذه الصيغة اداة سالحة لانشاء وعد ملزم اذا انصرفت الى ذلك نية المتعاقدين (م / ٧٨) وواضح ان المشرع العراقي يأخذ في هذه الصيغة بالارادة الباطنة لا بالارادة الظاهرة على ما يذهب اليه أغلب فقهاء الشريعة .

٣٥ - الكتابة : ومثل الالفاظ في دلالتها ، الكتابة . فالكتاب كالخطاب كما يقول الفقهاء فلو ارسل شخص ايجابا في كتاب الى شخص آخر وبلغ الكتاب هذا الاخير ، ففهم ما فيه واعلن قبوله في مجلس بلوغ الكتاب انعقد العقد . وواضح انه يجوز أن يكون التعبير بالكتابة شاملا لسلك من

(١) استاذنا السنهوري - مصادر الحق - ص ٨٥ ومابعدها .

الايجاب والقبول ، بل ان هذا هو الغالب الشائع فى الحياة العملية فى الوقت الحاضر .

٣٦ - الاشارة : وكما ينعقد العقد بالقول وبالكتابة ، ينعقد كذلك بالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس (م/٧٩) وقد خرج المشرع العراقى فى هذا على ما يذهب اليه فقهاء المذهب الحنفى وجمهرة الفقهاء الذين يذهبون الى ان الاشارة لا تغنى عن العبارة الا من غير القادر على الكلام ، واخذ بما يذهب اليه فقهاء المذهب الملكى لانه يساير مقتضيات التعامل وحاجات العصر .

٣٧ - المبادلة الفعلية : وهى ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية (بالتعاطي) . ويختلف موقف المذاهب الاسلامية بالنسبة لانعقاد العقد بالمعاطة اختلافا كبيرا لاسيلا الى شرحه فى مؤلف موجز كهذا ، ولكننى اكنفى بالقول بان بعض هذه المذاهب لا يجيز انعقاد العقد بالمعاطة فى الاشياء النفسية وفى الاشياء الحقيرة على حد سواء ، وان بعضها الآخر يجيز التعاقد عن طريق المعاطة فى الاشياء الخسيسة دون الاشياء النفسية وان فريقا ثالثا يجيز التعاقد بالمعاطة فى الاشياء جميعا دون تمييز بين نفسيها وحقيرها . وبهذا الرأى اخذ المشرع العراقى (٢) .

٣٨ - اى موقف آخر يدل على الرضا : اذ يصح التعبير عن الارادة باتخاذ اى موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على المعنى المقصود ، كوقوف سيارات الاجرة الخاصة او العامة فى الاماكن المخصصة لها ،

(٢) انظر : الاموال ونظرية العقد - للمرحوم محمد يوسف موسى . ص ٢٧٠ وما بعدها ، مصادر الحق ح ١ ص ١٠٨ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ح ٣ ص ٩ ، نهاية المحتاج للرملي ح ٣ ص ٤ ، المغنى ح ٤ ص ٤ ، مفتاح الكرامة ح ٤ ص ١٥١ ، منهاج الصالحين ح ٢ ص ١١ وغيرها من كتب الفقه .

وكوضع ميزان او آلة لتوزيع سلع معينة (عن طريق وضع قطعة معينة من النقود في ثقب الآلة المخصص لذلك) ، وكعرض البضائع في واجهات المحلات مع بيان اثمانها (م/١٨٠) •

٣٩ - بقي السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن الارادة • ولما كان السكوت لا يصلح ان يكون وسيلة للتعبير عن الايجاب ، وانما هو يصلح ، في حالات خاصة ، وسيلة للتعبير عن القبول لهذا فاننا نرجى • الكلام عنه الى حين الكلام عن اتحاد الارادتين •

٤٠ - قلنا ان التعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، واود ان الفت النظر هنا الى انه ليست هناك معايير دقيقة لتحديد الوسائل التي يكون التعبير بها عن الارادة صريحا وتلك التي يكون التعبير عن الارادة بها ضمنيا •

ويكفي ان ابين هنا انه يراد بالتعبير الضمني التعبير بوسيلة لا تدل بذاتها مباشرة على المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح هذا المعنى المقصود ، مثال ذلك ان يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الاجارة ، أو أن يقوم الدائن بتسليم سند الدين الى مدينه ، أو أن يبيع شخص بضاعة معينة عرض عليه شراؤها •

٤١ - الارادة الظاهرة والارادة الباطنة : - قلنا ان القانون لا يعتد بالارادة ما دامت خفية كامنة في النفس ، بل لابد لذلك من الاعلان أو التعبير عنها • وقد تكون الارادة المعلن عنها هي نفس الارادة الكامنة المستقرة ظهرت الى العالم الخارجى ، ويستوى في هذه الحالة الاخذ بالارادة الظاهرة او بالارادة الباطنة ما دامت الارادتان متطابقتين •

وقد تختلف الارادة المعلن عنها عن الارادة الباطنة المستقرة فى الذهن ، وهنا تثار مشكلة الاخذ بهذه الارادة أو بتلك ما دامت كل منهما تختلف عن الاخرى •

فبأى الإرادتين ينعقد العقد؟ يختلف الفقهاء فى هذه المسألة بين فريق يغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة، وفريق آخر يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة.

٤٢ - (١) نظرية الإرادة الباطنة: يذهب انصار المدرسة اللاتينية الى الاخذ بالإرادة الباطنة او الحقيقية وتغليبها على الإرادة الظاهرة. وذلك لانهم يقولون ان التعبير عن الإرادة ما هو الا الوسيلة التى تظهر الإرادة الى العالم الخارجى، او هو المظهر المادى للإرادة، فهو عبارة عن اللباس الذى ترتديه الإرادة لتخرج به المجتمع. وكما ان العبرة ليست بالرداء بل بشخص من يرتديه فكذلك يكون التعويل على الإرادة التى قصد المتعاقد التعبير عنها لاعلى التعبير فى ذاته. اى ان التعبير لا تكون له قيمة ولا يجوز أن يترتب عليه أثر الا بالقدر الذى يطابق به الإرادة الباطنة. بحيث لو ثبت اختلافه عنها لم يجز التعويل عليه ووجب اطراحه. وقد ساد هذا الرأى فى التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات الأخرى التى نقلت عنه، واعتمده الفقه طوال القرن الماضى (٣).

٤٣ - (٢) نظرية الإرادة الظاهرة: - تعرضت نظرية الإرادة الباطنة منذ اواخر القرن الماضى الى نقد شديد وخاصة من قبل الفقهاء الالمان، فعندهم ان الإرادة الباطنة أمر كامن فى النفس لايجوز ان يكون لها اثر فى القانون، فالإرادة التى تنتج اثرا قانونيا هى الإرادة فى مظهرها الاجتماعى لا فى مكمنها وهى تختلج فى الضمير، ولا تأخذ الإرادة هذا المظهر الاجتماعى الا بالتعبير عنها، فالعبرة اذن بهذا التعبير اذ هو الشيء الذى يستطيع القانون ان يحيط به وان يترتب عليه احكامه. وفى هذا استقرار للتعامل وطمأنينة لمن يسكن بحق الى ما يظهر امامه من ارادة

(٣) سليمان مرقس - اصول الالتزامات ص ٩٦.

لا يستطيع التعرف عليها الا من طريق الاعلان عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية اخرى غير التي تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية . لانه اذا اختلفت هذه المظاهر عن تلك الارادة الباطنة الخفية واطمان المتعاقد الى ما اعلن اليه فسوف يترتب على الاعتداد بالارادة الباطنة دون غيرها أن يتمتع انعقاد العقد وان يضار المتعاقد الذى اطمأن اطمئنانا مشروعاً الى مظهر قائم هو كل ما امكنه الاطلاع عليه والاحاطة به (٤) .

والمهم عند هؤلاء الفقهاء الالمان الا يقتصر دور الارادة على عمل نفسى بل ان تبرز الى العالم المادى المحسوس فى علامة ظاهرة هي التي نقف عندها ونقدر الارادة بقدرها . وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للارادة بأن يكون مجرد دليل عليها يقبل اثبات العكس اذا تبين من الظروف ان التعبير الخارجى لا يتفق مع الارادة الداخلية، فهم لو اکتفوا بذلك لانفقوا مم انصار نظرية الارادة الباطنة ، ولكنهم يذهبون الى مدى ابعد من هذا ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الاصلى للارادة فيجب الوقوف عنده ، فلا يسمح لشخص يدعى انه اضمح غير ما اظهر ما دام قد اراد هذا التعبير الذى اختاره لارادته (٥) .

واكتفى فى بيان هاتين الفكرتين بما تقدم لانهما ليستا الا فكرتين عمليتين نظريتين ليس لهما خطر كبير فى التطبيق العلمى ، يضاف الى ذلك ان ايأ من هاتين الفكرتين لا تستقل بالسيادة فى اى قانون وضعى ، فالتشريعات الحديثة تستبعد اولاهما لاغرافها فى الفردية، وتستبعد ثانيتهما لاغرافها فى المادية ، ونكتفى فى هذا الصدد باقرار حلول عملية معتدلة

(٤) بهجت بدوى - اصول الالتزامات ص ٨٨ .

(٥) السنهورى - الوجيز ص ٥٤ .

تحاول في صياغتها ان تتجنب قدر الامكان ، ما تضمنه كلاهما من نتائج ضارة •

وهذا هو موقف التشريع العراقي بالذات فقد سبق ان قلنا انه يأخذ في هذه المسألة بالارادة الظاهرة متى كانت صيغة العقد قد جاءت بصيغة الماضي ، وانه يأخذ بالارادة الباطنة متى جاءت صيغة العقد بصيغة المضارع او الامر ، او الاستقبال ، لان الصيغة في الحالة الاولى قاطعة الدلالة على الحال ، ولانها ليست كذلك في حالتى المضارع والامر فقد يراد بهذه الصيغة او تلك الحال وقد يراد بها الاستقبال فاحتاج الامر الى الاخذ بنية المتعاقدين اى بارادتهما الحقيقية او الباطنة • اما صيغة الاستقبال فانها وان كانت قاطعة في دلالتها على الاستقبال الا ان المشرع العراقي رأى لضرورات عملية الخروج عن القاعدة العامة في هذا الصدد والاخذ في هذه الصيغة بالارادة الباطنة لا بالارادة الظاهرة ، وقد سبق الكلام عن هذا فيما تقدم •

٤٣ - هذا واود ان الفت النظر الى ان ما تقرره المادة (١٥٥) بنصها على ان العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني ، لا يعنى ان المشرع العراقي هنا يأخذ بالارادة الباطنة ، وكل ما ارد المشرع تقريره في هذه المادة هو انه لا يجوز للقاضي ، وهو يتصدى لتفسير العقد ، أن يقف عند حرفية النص وانما ينبغي عليه ان يبحث عن النية المشتركة للطرفين ، وهو في بحثه عن هذه النية انما يستخلصها من العبارات والصيغ المستعملة لا من ضمير المتعاقدين وخفايا نفسه • والواقع اننا الى رجعنا الى شرح الفقهاء لهذه القاعدة نجد ان لا علاقة لها ابدأ بفكرة الارادة الباطنة او الظاهرة وانما تتصل بمسألة (تكيف) العقد • ولهذا قالوا في شرحها :- اذا قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذا الدرهم فقال بعثك •• ينقد بيعاً اعتباراً باللفظ ، وسلماً اعتباراً بالمعنى ، ومنها قال بعثك بلا ثمن او لا ثمن لي عليك فقال قبلت فليس بيعاً وفي انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى •

ومنها اذا قال بعثك ان شئت ، اذا نظرنا الى المعنى صح فانه لو لم يشأ لم يشتر وهو الاصح وان نظرنا الى لفظ التعليق بطل ، ومنها قال استأجرتك لتعهد نخلي بكذا من ثمرتها تعتبر مساقاة - ومنها جريان حكم الرهن فى البيع وفاء ، ومنها لو قال وهبتك هذه الدابة بثوبك كان بيعاً بالاجماع ، ومنها الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة ، ومنها الهبة بشرط العوض بيع^(٦) وهكذا ترى ان لا علاقة لهذه المادة بالارادة الباطنة والارادة الظاهرة كما يوهم نصها .

- التعبير الصادر من النائب -

(النيابة وتعاقد الانسان مع نفسه)

اولا : النيابة

٤٤ - ان مبدأ القوة الملزمة للعقد واقتضار آثاره على اطرافه لا يمنع أياً من الطرفين من ان يحل محله شخصاً آخر فى إبرام العقد .
فالنيابة هى حلول ارادة شخص محل ارادة شخص آخر فى التعبير عن الارادة . والنيابة بهذا المعنى فكرة حديثة فالاصل فى القانون الرومانى عدم جواز النيابة لأن آثار التصرف القانونى عند الرومان كانت تترتب فى ذمة من اشترك فيه ولا تعداه الى من لم يكن طرفاً فيه حتى لو كان من اشترك فى التصرف يتعامل لحساب هذا الاخير . ثم اضطر الرومان تحت ضغط الحاجات العملية وبوسائل مصطنعة ، الى تقرير مبدأ النيابة فى حالات استثنائية لا مجال الى شرحها هنا^(٧) .

ومن الجدير بالذكر فى هذا المجال ان نلاحظ ان الفقه الاسلامى

(٦) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٨ ، سليم باز على المجلة ص ١٩ ، مصادر الحق ح ٦ ص ٣٢ - ٣٣ .
(٧) انظر الوجيز فى لقانون الرومانى لصوفى ابي طالب ص ٣٠٨ وما بعدها .

ارتقى في هذا الصدد ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه وببز
القانون الروماني أشواط بعيد (٨) .

وقد تنشأ النيابة عن عقد بين طرفيها ، كما في نيابة الوكيل عن موكله ،
ومدير الشركة عن الشركة ، وهذه هي النيابة الاتفاقية - أو الوكالة .

وقد تنشأ عن نص القانون كما هي الحالة في نيابة الاولياء وقد تنشأ
عن حكم من المحكمة كما هي الحال في نيابة الوصي المنصوب والقيم
والمصفي القضائي والحارس القضائي .

وتتولى الآن بحث النيابة في فرعين أولهما لشروطها وثانيهما لأنارها .

- الفرع الاول -

- شروط النيابة -

يشترط في النيابة توافر شروط ثلاثة هي :-

- ١ - حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل .
- ٢ - ان تجري ارادة النائب في الحدود المرسومة لها .
- ٣ - ان يتعاقد النائب باسم الاصيل لا باسمه .

٤٥ - الشرط الاول : حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل :- وهذا
الشرط هو المعيار الذي يتميز به النائب عن الرسول . فليس لارادة الرسول
دور مباشر في ابرام العقد وانما يقتصر عمله على (حمل) ارادة الغير وتوصيلها
الى من وجهت اليه ، دون ان تكون له سلطة تحويلها ، فالرسول انما يقوم
بمجرد (نقل) ارادة أحد طرفي العقد وتوصيلها الى الطرف الآخر ،

(٨) انظر بحث النيابة في الفقه الاسلامي - مصادر الحق ح ٦
ص ٢١٩ وما بعدها .

فالرسول ليس الا مجرد وسيلة مادية يقوم بحمل الخطاب أو البرقية أو الرسالة الشفهية . ولهذا صح في الرسول ان يكون عديم الارادة أو ناقصها (صيباً مميزاً أو غير مميز) ، ما دام قادراً على حمل ارادة الغير وتبليغها للطرف الآخر .

اما النائب فإنه يعبر عن ارادته الخاصة لا عن ارادة الاصيل ، فهو الذي يتولى ابرام العقد . فاذا كان النائب والمتعاقد الآخر موجودين في مكان واحد اعتبر التعاقد قد تم بين حاضرين على خلاف الرسول اذ يعتبر التعاقد بين غائبين ولو كان الرسول والطرف الآخر في مكان واحد .

ولما كان النائب يعبر عن ارادته الخاصة لهذا فان عيوب الرضا ينظر فيها الى ارادة هذا النائب لا الى ارادة الاصيل ، فاذا شاب ارادة النائب اكرام أو غلط أو تغرير مع غيب كان العقد معيباً حتى لو كانت ارادة الاصيل سليمة لم يشبها عيب من العيوب المتقدمة .

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة الا انها ليست مطلقة اذ ينبغي ان لا يغيب عن الازهان انه وان كانت ارادة النائب هي الارادة التي يتم بها التعاقد عن طريق النيابة الا ان ارادة الاصيل هي التي رسمت حدود هذه الارادة واتجاهها وحددت مضمونها . وعلى هذا فانه اذا كان ثمة عيب من عيوب الارادة يتعلق (بالتعليمات) التي اصدرها الاصيل الى النائب وجب الاعتداد بارادة الاصيل وكان العقد موقوفاً حتى لو كانت ارادة النائب خالية من كل عيب .

مثال ذلك : ان يكلف موكل وكيله بشراء شيء معين بالذات حدده له (كسواء سجادة أو سيارة معينة) وكان الموكل على علم بصفات هذه العين وما فيها من عيوب ، فاذا قام الوكيل بشراء هذه العين في حدود الثمن الذي قيده به الموكل فانه لا يجوز لهذا الموكل ان يرجع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية بحجة ان ارادة الوكيل كانت مشوبة بغلط ،

«وكانت العبرة هنا بإرادة الاصيل لا بإرادة النائب ، وإرادة الاصيل في هذا المثال سليمة غير مشوبة بعيب من العيوب .»

وإذا كان النائب انما يعبر عن ارادته الخاصة فإنه ليس من الضروري مع ذلك أن تكون لهذا النائب الاهلية القانونية للالتزام بالعقد الذي يبرمه ، لأن آثار هذا العقد ترجع الى الاصيل لا اليه . الا انه يشترط في النائب أن يكون اهلاً لاصدار ارادة مستقلة مميزة ، فالصبي غير المميز والمجنون لا يجوز لاي منهما أن يكون نائباً عن الغير .»

هذا ويلاحظ انه اذا كان النائب ناقص اهلية (ولا يتصور هذا الفرض إلا في حالة النيابة الاتفاقية اذ لا يجوز ان يكون النائب القانوني أو القضائي قاصراً) فإنه يجوز لهذا النائب ان يطعن في عقد الوكالة وينقضه لأنه يكون عقداً موقوفاً بالنسبة اليه .»

٤٦ - الشرط الثاني :- عدم تجاوز النائب حدود نيابته :- اذا كان النائب يعبر عن ارادته الخاصة فإنه لا يملك أن يحل ارادته محل ارادة الاصيل الا في حدود نيابته ، فارادته ليست حرة طليقة من كل قيد وانما لها حدود لا تستطيع مجاوزتها ومصدر النيابة هو الذي يحدد هذه الحدود ، فعقد الوكالة هو الذي يحدد سلطات الوكيل وحدود وكالته ، ويتولى القانون تحديد سلطات الولي ، وتتولى المحكمة تحديد سلطات الوصي المنصوب والقيم والمصفي والحارس القضائي .»

فإذا تجاوز النائب هذه الحدود فقد صفته كنائب وأصبح الاصيل (أجنبياً) بالنسبة للتصرف الذي قام به ، فلا يسري هذا التصرف على الاصيل ، ولكن هذا الاصيل يستطيع (اقرار) هذا التصرف وعندئذ يعتبر سارياً بالنسبة له من وقت ابرام العقد لا من وقت الاقرار عملاً بفكرة الاثر الرجعي للاقرار ، وهذا هو معنى قول فقهاء الشريعة : الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .» واذا كانت القاعدة أن مجاوزة النائب لحدود

نيابته تجعل الاصيل (غيراً) بالنسبة للتصرف الذي قام به هذا النائب ، فان القضاء يقرر أحياناً ان النيابة تنتج آثارها كاملة بالنسبة للاصيل حتى ولو تجاوز النائب حدود نيابته وذلك حماية لاستقرار المعاملات والثقة المتبادلة ، وأخذاً بفكرة (الوكالة الظاهرة) ولكنه يشترط في هذه الحالة أن يكون (الغير) الذي تعامل معه النائب حسن النية .

هذا ويلاحظ أخيراً ان المشرع نفسه أجاز للوكيل الخروج عن حدود وكالته ومع ذلك اعتبره نائباً عن الموكل حتى فيما جاوز به حدود وكالته وجعل العقد سارياً بالنسبة الى الموكل فيما كان داخلاً في حدود الوكالة وفيما كان خارجاً عنها على السواء ، فقد نصت المادة (٩٣٣) على انه « على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة . على انه لا حرج عليه اذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المتعذر عليه اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات . وعلى الوكيل في هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة » . (٩)

٤٧ - الشرط الثالث :- تعاقد النائب باسم الاصيل :- يشترط ان يكون تعامل النائب مع الغير باسم الاصيل ، ولحساب الاصيل ، وهذا الشرط هو فيصل التفرقة بين النائب وبين صاحب الاسم المستعار، فصاحب الاسم المستعار وان كان يتعاقد لحساب غيره الا انه يقوم بذلك باسمه الخاص ويبقى الاصيل محتفياً وراء اسم هذا الشخص .

والاصل ان يعلن النائب وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلاً . على ان هذا الاعلان ليس ضرورياً اذا كان الغير يعلم ، او من

(٩) انظر شرح هذه المادة في : الوسيط حـ ١/٧ ص ٤٥٤ وما بعدها .

المفروض أن يعلم ان هذا الشخص اذا تعاقد انما يتعاقد لحساب الاصيل لا لحسابه الخاص ، او اذا كان يستوى عند هذا الغير ان يتعامل مع الاصيل او مع النائب . وبهذا المعنى تقضى المادة (٩٤٣) من القانون المدني بأنه « اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه ، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوى عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل . . . » فاذا اشترى شخص عيناً من محل تجارى وكان فى هذا الشراء وكيلاً عن الغير ولكنه لم يعلن لصاحب المحل عن وكالته هذه ، ثم ظهر فى المبيع عيب خفي ، كان للاصيل ان يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية وليس لهذا البائع ان يدفع رجوعه بأنه لم يكن يعلم بأن من اشترى منه وكيل عن غيره .

— الفرع الثاني —

— آثار النيابة —

فى النيابة اشخاص ثلاثة هم : النائب ، والغير الذى تعاقد معه النائب ، والاصيل ، فتكلم عن علاقة النائب بالغير ، ثم عن علاقة النائب بالاصيل ، واخيراً عن علاقة الاصيل بالغير .

٤٨ - اولاً : علاقة النائب بالغير :- تنشط شخصية النائب او ارادته الى حين ابرام العقد ثم تزول او تخفى بعده . فلا يكتسب النائب أى حق من حقوق العقد ، ولا يلتزم بأى التزام من التزاماته .

وعلى هذا لا يستطيع النائب - بدون توكيل خاص من الاصيل - مقاضاة الغير او مطالبته بالتنفيذ او بالفسخ اذا امتنع عن التنفيذ او أخل به . وكذلك الحال بالنسبة الى الغير فهو بدوره لا يستطيع مقاضاة النائب ومطالبته بالتنفيذ او بالتعويض الناشئ عند الاخلال بالالتزام التعاقدى .

٤٩ - ثانياً : علاقة النائب بالاصيل :- يحدد هذه العلاقة المصدر الذي نشأت عنه النيابة . ففي النيابة الاتفاقية (الوكالة) يحدد عقد الوكالة هذه العلاقة ومدى حقوق والتزامات كل من الموكل والوكيل . وتتولى القانون تحديد هذه العلاقة بالنسبة للولي (والوصي والقيم) وتتولى المحكمة تحديدها بالنسبة للحارس القضائي والمصفي القضائي .

٥٠ - ثالثاً : علاقة الاصيل بالغير : تنشأ علاقة مباشرة بين الاصيل والغير ، وتحدد هذه العلاقة طبيعة العمل القانوني الذي قام به النائب نيابة عن الاصيل ، فاذا وكلت شخصاً ببيع سيارتك في حدود مبلغ معين فباعها في نطاق هذه الحدود ، فان شخصية هذا النائب تخفي مباشرة بعد ابرام عقد البيع وينصرف أثر العقد اليك ، فتكون انت البائع والغير الذي تعامل معه النائب هو المشتري ويحكم عقد البيع العلاقة بينك وبين هذا الغير المشتري .

(تعاقد الانسان مع نفسه)

٥١ - قلنا انه ليس هناك ما يمنع من ان تحل ارادة شخص محل ارادة شخص آخر في ابرام تصرف قانوني ، وتؤدي بنا هذه القاعدة الى انه من المتصور أن يكون الانسان اصيلاً عن نفسه نائباً عن الغير ، أو أن يكون نائباً عن كل من طرفي العقد ، وفي كلتا الحالتين يبدو كأن العقد قد ابرم بارادة واحدة ذات شقين أو وصفين ، وهذا ما يسمى في الفقه الغربي بتعاقد الانسان مع نفسه .

ويبدو ان لتعاقد الانسان مع نفسه صورتين : اولاهما النيابة عن أحد طرفي العقد ، وثانيتهما النيابة عن طرفي العقد . وتتولى بحث كل من هاتين الصورتين .

٥١ - الصورة الاولى : النيابة عن أحد طرفي العقد :- وفي هذه

الصورة يكون الشخص اصيلا عن نفسه نائباً عن الغير .

وفي هذه الصورة نفترض محاباة الانسان لنفسه وايتارها على حساب الآخر لهذا فالاصل في هذه الصورة المنع الا اذا أجازته الاصيل أو نص القانون على خلاف ذلك .

• واجازة الاصيل للتصرف لا تثير اشكالا .

اما نص القانون فمثاله نص المادة (٥٨٨) التي تجيز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده ، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير لا فاحش . (والجد كالاب في الحكم) • ومثاله ايضا نص المادة (٥٩٠) التي تجيز للوصي المختار من قبل الاب أو الجد ، أن يبيع مال نفسه لليتيم وان يشتري مال اليتيم لنفسه على أن يكون في ذلك (خير) لليتيم ، وبعد الحصول على اذن من المحكمة .

ومعنى (الخيرية) أن يبيع مالاً لليتيم بأقل من قيمته أو أن يشتري

مال اليتيم بأكثر من قيمته •

ومثال الاصل الذي يجرى فيه المنع ، تصرف الوصي المنصوب أو القيم في مال المحجوز عليه ، فهذا التصرف باطل سواء أكان في ذلك خير للمحجوز أم لا (م/٥٨٩) ومثاله ايضا ما نصت عليه المادة (٥٩٢) من منع الوكلاء من شراء الاموال الموكلين ببيعها ومنع مديري الشركات ومن في حكمهم ، والموظفين ، من شراء هذه الاموال ، ومنع وكلاء التفاليس والحراس والمصفين من شراء اموال التفليسة أو أموال المدين المعسر ، ومنع موظفي الشركات من شراء الاموال التي يصفونها ... على أن الشراء في هذه الاحوال يصح اذا أجازته من تم البيع لحسابه متى كان وقت الاجازة حائزاً للاهلية الواجبة ، وبعبارة اخرى فان المشرع لم يقرر بطلان هذه العقود وانما جعلها عقوداً موقوفة .

٥٢ - الصورة الثانية : النيابة عن طرفي العقد :- اذا كنا قد افترضنا محاباة النائب نفسه على حساب الاصيل فان هذا الافتراض يكون بعيدا عن الواقع عندما يتعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن كل من طرفي العقد .
ولهذا فاننا نميل الى القول بأن الاصل في هذه الحالة هو الجواز الا اذا نص القانون على خلاف ذلك والا اذا تناقضت مصلحة الطرفين تناقضا تاما (كعقد الصلح مثلا) . ولا نرى مجالا لتطبيق احكام القانون المدني المصري في هذه المسألة فهذا القانون يحتوى على مادة صريحة في منع التعاقد في هذه الصورة هي المادة (١٠٨) ولا مقابل لهذه المادة في التشريع العراقي .

- المطلب الثاني -

- اتحاد الارادتين -

٥٣ - تقسم الكلام عن اتحاد الارادتين الى فرعين :

- اولهما - للتعاقد بين حاضرين .
- وثانيهما - للتعاقد بين غائبين .

- الفرع الاول -

التعاقد بين حاضرين

٥٤ - حتى يتم التعاقد بين حاضرين لابد من صدور (ايجاب) من احدهما ثم صدور (قبول) من الآخر .

وقد نصت المادة (٧٧) على أن « أى لفظ صدر اولاً فهو ايجاب والثاني قبول » . وقد تعمد المشرع العراقي تأكيد ان الايجاب هو الارادة التي تصدر اولاً من اى من طرفي العقد دفعا لما قد يحدث من التباس ، اذ تذهب بعض المذاهب الاسلامية الى أن الايجاب هو الارادة التي تصدر ممن يكون منه التمليك وان تأخرت ، وان القبول هو الارادة التي تصدر ممن يصير

له الملك وان تقدمت ، فقطع المشرع العراقي الخلاف بالنص المتقدم •
٥٥ - وقد لا يصل الانسان الى العزم على ابرام العقد فجأة ، بل
الغالب أن يمهد لذلك تمهيدا قد يقصر وقد يطول في بعض الاحيان ، ولهذا
فان الايجاب قد يمر بمراحل تمهيدية قبل أن يصل الى مرحلة الايجاب
البات •

وأول هذه المراحل التمهيدية هي مرحلة (المفاوضات) التي يراد بها
استطلاع رأى الطرف الآخر ، فالتفاوض مجرد دعوة الى التعاقد وليس
ايجابا ، مثال ذلك وضع لاقية على محل أو منزل بأنه (معد للايجار)
ومثاله عرض البضائع في واجهات المحلات دون بيان سعرها ، والاعلان
عنها في الصحف أو التلفزيون أو غيرها من وسائل الدعاية والاعلان •
وواضح ان لكل من طرفي المفاوضات حق العدول عنها وقطعها في اى
وقت ، على انه اذا اقترن العدول بخطأ يترتب عليه ضرر بالطرف الآخر
فان من عدل يلزم بتعويض من لحق به ضرر من جراء هذا العدول المقترن
بالخطأ على أساس الفعل الضار لا على أساس العقد ، اى ان المسؤولية في
هذه الحالة تكون مسئولية تقصيرية لا مسئولية عقدية •

٥٦ - وقد يخرج الانسان من دور المفاوضات الى دور (الايجاب
المعلق) ويقصد بالايجاب المعلق الايجاب الذى يحتفظ فيه الموجب ببعض
التحفظات ، كحق تعديل الثمن تبعا لسعر السوق ، وحق تعليق ابرام العقد
على عدم نفاذ البضاعة ، وهذا الايجاب المعلق بدوره غير ملزم ، فلمن اصدره
أن يعدل عنه ، كما يعدل المفاوضات عن المفاوضات •

فاذا اجتاز الايجاب هاتين المرحلتين (وليس من الضروري أن يمر
بهما أو باحدهما) فقد وصل الى مرحلة الايجاب البات •
وهو عبارة عن ارادة أعلن عنها صاحبها وضمنها العناصر الاساسية
للعقد • وهذا هو الايجاب الذى يقصده المشرع عند الاطلاق •

٥٧ - مجلس العقد :- تنص المادة (٨٢) 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 » •

يفهم من هذا النص امران : اولهما انه ليس للايجاب (كقاعدة عامة) قوة ملزمة • فلمن صدر منه الايجاب ان يرجع عن ايجابه قبل القبول ولا مسئولية عليه في ذلك •

وثانيهما - ان هذه المادة تشير الى ما يسمى (مجلس العقد) • ومجلس العقد فكرة اسلامية لاقت عناية كبيرة من الفقهاء وأثارت بينهم خلافات طويلة في تحديدها وتفسيرها •

والغرض من هذه الفكرة تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الايجاب حتى يتمكن من عرض عليه الايجاب من المتعاقدين من أن يتدبر أمره فيقبل الايجاب أو يرفضه •

يمكننا أن نقول - دون الدخول في التفاصيل - ان المذاهب الاسلامية تقف من هذه الفكرة موقفين ، فتذهب بعض المذاهب الى انه لا بد أن يحدد الطرف الذي وجه اليه الايجاب موقفه من هذا الايجاب (فوراً) وذلك بأن يقبله أو يرفضه • ولما كان هذا النظر ينطوي على كثير من الحرج قد يوقع الناس في مأزق كثيرة بتسرعهم في اصدار القبول ، لهذا رأيت هذه المذاهب دفع هذا الحرج بتبني فكرة (خيار المجلس) ومقتضى هذه الفكرة أن يسمح لكل من المتعاقدين بحق الرجوع ما دام في مجلس العقد •

فنحن هنا امام عقد توافرت له اركانها واتحد فيه القبول بالايجاب ، ولكنه عقد غير لازم لكل من الطرفين فلكل منهما حق الرجوع عنه ، ويستدل هذا الفريق على رأيهم هذا بقوله (ص) « البيعان بالخيار ما لم

يتفرقا أو يقول احدهما للآخر اختر » •

والى هذا الرأى يذهب الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية •

ويذهب فريق آخر (الحنفية والمالكية) الى انه لا تشترط الفورية فى القبول ، بل لابد من منح من وجه اليه الايجاب فسحة من الوقت لاعمال الرأى والتفكير • ولكنه متى فكر وقدر وقرر فقد الزم بقوله ولا يجوز له الرجوع بعد ذلك • فلا يأخذ هذا الفريق بفكرة (خيار المجلس) وانما يأخذ بفكرة (مجلس العقد) وبهذا الرأى أخذ المشرع العراقي •
هكذا نجد ان من يقول بوجوب فورية القبول يثبت للمتعاقدين (خيار المجلس) حتى يتمكن من التدبر طيلة هذا المجلس ، فما فاتهما بالفورية يعوضانه بهذا الخيار •

اما الحنفية والمالكية فانهم يجيزون تراخي القبول الى نهاية المجلس وبهذا يتسع الوقت للمتعاقدين فى التدبر ، فما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخي القبول •

٥٨ - الايجاب الملزم : قلنا انه ليست للايجاب قوة ملزمة قبل أن يقترن به القبول واذا كانت هذه هي القاعدة العامة فان المادة (٨٤) تقرر مع ذلك انه « اذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بايجابه الى أن ينقضي هذا الميعاد » وواضح ان القوة الملزمة للايجاب فى هذه الحالة انما تقوم على الارادة المنفردة للموجب ، ولم نعد بعد هذا النص فى حاجة الى تلمس الاساس القانوني الذى تقوم عليه هذه القوة الملزمة فى فكرة العقد السابق ، أو المسؤولية التصيرية •

٥٩ - اقتران القبول بالايجاب :- اذا صدر هذا الايجاب البات فان من وجه اليه لابد وان يختار بين امور ثلاثة : فهو اما أن يقبل الايجاب صراحة أو ، دلالة ، واما أن يرفضه كذلك ، واما أن يقبل بعضه ويرفض بعضه الآخر •

اما في الحالة الاولى فالامر واضح فقد انعقد العقد باتحاد القبول
بالايجاب وبهذا قضت المادة (٨٥) بنصها على انه « اذا اوجب أحد العاقدين
يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب » على انه
ليس من الضروري لبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية
بل يكفي لانعقاده الاتفاق على مسائله ومحتوياته الجوهرية هذا ما لم يتفق
الطرفان على عدم انعقاد العقد الا بعد الاتفاق على كل شروطه ومحتوياته ،
جوهرية كانت أو تفصيلية وبهذا قضت الفقرة الثانية من المادة (٨٦) بنصها
على انه « واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا
بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد
عند عدم الاتفاق على هذه المسائل ، فيعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على
هذه المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة
الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة » • واما في الحالة الثانية
فالامر واضح كذلك فاذا رفض الايجاب فقد سقط •

واما في الحالة الثالثة فحكمها سقوط الايجاب كذلك واعتبار القبول
المخالف ايجابا جديدا لابد لانعقاد العقد من صدور قبول جديد مطابق له ،
فاذا عرضت على شخص شراء ساعة بمبلغ قدره عشرون دينارا تدفع بعد
ثلاثة أشهر فقبل بيعها بنفس الثمن على أن يدفع الثمن فوراً ، فقد سقط
ايجابك واعتبرت الارادة الصادرة من مالك الساعة ايجابا جديدا لا يتم
العقد الا بعد أن يصدر عنك قبول مطابق لهذا الايجاب الجديد •

٦٠ - بعض صور القبول :- ونعرض الآن بعض الصور الخاصة في
القبول واعني بها : (١) السكوت وقيمته كوسيلة من وسائل التعبير عن
القبول •

(٢) القبول في عقود المزارد (أو المناقصة) •

(٣) القبول في عقود الازعان •

٦١ - اولا : السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن القبول : يجب استبعاد السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن الايجاب فلا يصح أن يكون السكوت ايجابا على الاطلاق .

ولكن هل يصح أن يكون السكوت قبولا ؟

تقضي المادة (٨١) من القانون المدني العراقي بأنه :

« ١ - لا ينسب الى ساكت قول : ولكن السكوت في معرض الحاجة

الى البيان يعتبر قبولا .

٢ - ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يستلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط » .

وواضح من هذا النص ان السكوت - كقاعدة عامة - لا يصلح أن يكون قبولا ، وان السكوت الذي يعتبر كذلك هو ما اطلق عليه المشرع العراقي اسم « السكوت في معرض الحاجة » أو هو ما يسمى في فقه القانون المدني « السكوت المسبب » قد حاول بعض الفقهاء بيان الحالات التي يعتبر فيها السكوت مسببا نظرا للظروف الملازمة التي تحيط به (١٠) . وقد أورد المشرع العراقي حالات خاصة للسكوت الملازم أو المسبب ذكرها على سبيل التمثيل لا الحصر وهي :

(١) اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل ، مثل ذلك ان شخصا اشترى كميات كبيرة من الفحم من انكثرا ثم نشبت الحرب فأخبره المصنع بأنه يستحيل عليه ارسال ما يطلب بعد أن

(١٠) انظر اشباه ابن نجيم ص ٧٨ ، واشباه السيوطي ص ٩٧-٩٨

ومصادر الحق لاستاذنا السنهوري ج١ ص ١٢٩ - ١٣٤ .

منعت الحكومة الانكليزية تصدير الفحم ، فسكت ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذه تعهده ، قضت المحكمة ان سكوت المشتري قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد • ومثاله : ان صاحب مطعم اعتاد شراء المواد اللازمة لمطعمه من تاجر معين ، ارسل لهذا التاجر يطلب كمية من تلك المواد - سكت التاجر ، اعتبرت المحكمة سكوته قبولاً •

(٢) اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه : مثال ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من ان الشخص الذي يصدر منه ايجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة يعتبر مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو المزاد على من كفله دن حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة لأن السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً •

(٣) سكوت المشتري الذي يتسلم البضائع التي اشتراها يعتبر قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط كأن تشمل القائمة على دفع الثمن في مكان اقامة البائع •

٦٢ - ثانياً - القبول في عقود المزاد (أو المناقصة) : تقضي المادة (٨٩) بانه « لا يتم العقد في المزادات الا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو باقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد » •

فقد لا يتم العقد عن طريق الممارسة اى التفاوض بين الطرفين وانما يتم عن طريق المزايدة (المناقصة) مثال العقود التي تتم عن طريق المزايدة بيع العقار أو المنقول المحجوز عليه ، وايجار دور الحكومة أو الاوقاف ، ومثال العقود التي تتم بطريق المناقصة المقاولات التي تعلن عنها الحكومة لانشاء طريق أو مصنع أو اقامة سد أو جسر أو ما شاكل ذلك •

وأود أن الفت النظر الى ان طرح الشيء أو العمل في المزاد (أو المناقصة) لا يعتبر ايجاباً وانما هو دعوة الى التعاقد ، وان التقدم بالعطاء أو

عرض ثمن معين هو الايجاب ، واما القبول فلا يتم الا برسو المزاد (أو المناقصة) •

والايجاب الذى يتمثل فى تقديم العطاء ايجاب ملزم اذ يكون فى الغالب محدد المدة صراحة فقد جرت الحكومة فى مقاولاتها على النص على وجوب بقاء الايجاب قائما مدة محددة (ثلاثة أو اربعة أشهر مثلا) بل ان هذا الايجاب يعتبر ملزما حتى لو لم تحدد له المدة بنص صريح ذلك انه يعتبر فى هذه الحالة محددًا بمدة ضمنية تستخلص من ظروف الحال : هي المدة التي يتمكن فيها الطرف الآخر من جمع العطاءات وفتحها وتدقيقها من قبل اللجان أو الهيئات الخاصة لذلك •

وقد نص المشرع على أن هذا الايجاب (وهو التقدم بالسعر أو بالعطاء) يسقط بعطاء آخر أزيد منه (أو انقص منه فى حالة المناقصة) حتى ولو كان هذا العطاء الاخير باطلا ذلك انه فضلا عن ان الايجاب الملزم يسقط بانتهاء المهلة الضمنية فان مجرد اتجاه القائم بالمزاد (أو المناقصة) الى عطاء آخر دون التثبت من صحته ينطوى على رفض العطاءات الاخرى وبالتالي سقوطها ومتى سقط العطاء فانه لا يعود ثانية لأن الساقط لا يعود كما يقول الفقهاء •

٦٣ - ثالثا - القبول فى عقود الاذعان : يسمى الفرنسيون هذا النوع من العقود (عقود الانضمام) Contrats d'adhesion وقد آثر الاستاذ الجليل الدكتور السنهورى أن تسمى فى العربية (بعقود الاذعان) لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار فى القبول وقد راجت هذه التسمية فى لغة القانون فقهاً وقضاء وتشريعا •

وعقد الاذعان هو العقد الذى ينحصر فيه قبول احد الطرفين بالتسليم بمشروع عقد ذى نظام مقرر وضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه ، اذا كان

محله سلعة أو مرفقا ضروريا يحتكره الموجب احتكارا قانونيا أو فعليا أو
يسيطر عليه سيطرة تجعل المنافسة فيه محدودة النطاق •

٦٤ - وقد انكر بعض الفقهاء على هذه العقود صفتها التعاقدية وذهبوا
الى انه ليس لها من العقد سوى الاسم وانها قاصرة على ارادة منفردة تملئ
قانونها لا على فرد معين ولكن على مجموعة غير محددة من الافراد ، ولهذا
يجب أن تفسر كما يفسر القانون ، فلا نهتم بما اعتقده أو أرادته العامل
الذي أذعن للشروط العامة للالتزام في هذا المصنع أو ذلك ولا بارادة المسافر
الذي يقطع بطاقة سفر بالقطار أو بالطائرة ولكن علينا أن نهتم اولا وقبل
كل شيء بأن تكون هذه الوثائق العامة في صالح المجموعة التي وجهت اليها •

٦٥ - على أن فقهاء القانون المدني لا يسلمون بهذا الرأي ويذهبون
الى أن عقود الاذعان عقود حقيقية لا يقدر فيها عدم المساواة الفعلية بين
طرفيها ، فالاذعان في هذه العقود هو الرضا بعينه ، وليست المساومة ولا
النقاش شرطا في العقد ، فلا يتحتم في العقد أن تكون شروطه من عمل
طرفين على نفس الدرجة من الحرية والمساواة ، ومهما قيل في أن أحد
الطرفين ضعيف امام الطرف الآخر فان هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة
قانونية ، وعلاج هذا التفاوت الاقتصادي لا يكون بانكار صفة العقد على عقد
حقيقي ولا بتمكين القاضي من تفسير العقد كما يشاء بحجة حماية الجانب
الضعيف فضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل ان العلاج الناجح هو
تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ، يضاف الى ذلك ان
تشبيه عقود الاذعان باللوائح لا وجه له لأن اللائحة تنطبق على جمهور
الناس دون حاجة الى قبولهم اما عقود الاذعان فلا تنشأ الا بهذا القبول ،
واخيرا فاننا نستطيع القول بأن عقود الاذعان تنطوي على ضمانات للمدع
لا نجد لها مثيلا في غيرها من العقود ، فهذا الايجاب الذي يصدره أحد
الطرفين يتسم بالعموم والدوام والانتظام ، ولهذا كانت شروطه واحدة

بالنسبة للجميع وفي هذه العمومية والدوام ما يكفي لاثبات ان الموجب يتعرض بتوسع لكل الشروط التي يريد أن يتعاقد بها وبذلك تقل فرص الغلط والتدليس ، ثم ان الشروط في كثير من هذه العقود تكون محل موافقة ادارية سابقة ولا ريب ان الادارة سوف لا تدع مجالا لأى شرط تعسفي ومعنى كل هذا ان عقود الاذعان تبدو أقل خطورة من عقد نوقس بحرية بين الطرفين •

٦٦ - خصائص عقود الاذعان :

ستطيع اجمال خصائص عقود الاذعان فيما يلي :

١ - يكون الايجاب في عقود الاذعان (عاما) فهو ليس ايجابا موجها الى شخص معين وانما هو ايجاب موجه الى الجمهور كافة أو الى فريق غير محدد من الجمهور •

٢ - يتخذ الايجاب (قالباً نموذجياً واحداً) لا يختلف من شخص لآخر ويكون غالباً في صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة أكثرها لمصلحة الموجب •

٣ - يكون الايجاب (لمدة طويلة) فلا يمكن أن يقال ان شروط الايجاب في هذه العقود تظل قائمة مدة من الزمن تكفي للاجابة عليها ، واطهر ما يبدو فيه طول مدة الايجاب ذلك الايجاب الذي يصدر من شخص يتمتع باحتكار قانوني (مصلحة الكهرباء ، اسالة الماء ، التليفونات ، سكك الحديد ... الخ) فهو يحدد اسعاره وشروطه على أساس تعريفه تخضع لموافقة السلطات العامة وليس له تعديل هذه الاسعار والشروط الا بموافقة جديدة من هذه السلطة ومثل هذه الموافقة لا ينتظر صدورها الا بعد مضي مدة طويلة •

٤ - القبول في عقود الاذعان تسليم بالشروط التي وضعها الموجب وهذا ما أكدته المشرع في المادة (١/١٦٧) •

٦٧ - سلطة القاضي في التدخل في عقود الاذعان :

كانت المسألة الاساسية التي أثارها عقود الاذعان - قبل تنظيمها تنظيميا تشريعا - هي معرفة الجهة التي تتولى حماية الطرف الضعيف فيها وهل هي المشرع أو القضاء ومعرفة طريقة هذه الحماية ووسائلها *

فيذهب انصار النظرية العقدية (اى اولئك الفقهاء الذين يعتبرون عقود الاذعان عقودا كسائر انواع العقود الاخرى) الى أن هذه الحماية يجب أن تكون من اختصاص المشرع لا القاضي ، وقد ساد رأيهم هذا فقد تولى المشرع نفسه هذه الحماية ونص على وسائلها في المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي ولهذه الحماية وسيلتان أو مظهران هما :

أ - تكون الشروط التعسفية التي قد ينطوى عليها عقد الاذعان محلا لتقدير القاضي :

فله أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ، وقد جعل المشرع قاعدة اعمال هذه الوسيلة قاعدة آمرة لا تجوز مخالفتها اذ بغير ذلك يفقد النص أهميته ومجال تطبيقه * وتقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا منوط بالقاضي ولا تملك محكمة التمييز التعقيب على هذا التقدير ، فاذا ما كشف القاضي شرطا تعسفيا في عقد اذعان كان له أن يعد له بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المدعن منه (شرط عدم قابلية بطاقة السفر بالقطار للتحويل مثلا) *

ب - يكون تفسير العبارات الغامضة في هذه العقود لمصلحة الطرف المدعن دائما كان أو مدينا * فاذا كان هناك بين القواعد العامة قاعدة تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين (١٦٦) فإن مجال تطبيق هذه القاعدة هي عقود المساومة التي يقف فيها كل من الطرفين موقف الند من الطرف الآخر * اما في عقود الاذعان فليس الامر كذلك فأحد الطرفين يملئ

ارادته على الطرف الآخر وينفرد بوضع (مشروع) العقد ، فإذا كانت هذه الشروط والصيغ التي أملاها غامضة مبهمة كان ذلك دليلاً على تقصيره وخطأه بل وعلى سوء نيته ، فيفسر الغموض في مصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل عباراته واضحة لا لبس فيها • وعلى هذا الأساس قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأن الضمان المعطى لصاحب المشروع بالنسبة للحوادث التي تقع لمستخدميه أثناء أعمال الطلاء أو تركيب الزجاج ، يمتد إلى الحوادث التي تصيب هؤلاء العمال أثناء هدم حاجز من الألواح إذا ثبت أن هذا العمل كان إعداداً وتهيئة لأعمال الطلاء •

وقضت إحدى المحاكم المصرية : بأن الشك في عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له إذ أن المؤمن الذي حرر العقد كان يمكنه أن يتلافى كل غموض في تحديد مدى الخطر المؤمن ضده ، وهكذا فقد رفضت المحكمة تشبيه الخطأ الجسيم بالغش وقضت بالتعويض لشخص قاد السيارة وهو في حالة سكر بالرغم من أن عقد التأمين ينفي المسؤولية عن الشركة إذا كانت الأضرار ناشئة عن (غش) المؤمن له (١١) •

— الفرع الثاني —

التعاقد بين غائبين

٦٨ — ليس في قواعد القانون العامة ما يحول دون انعقاد بين غائبين فجميع العقود يمكن إبرامها عن طريق المراسلة ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك •

ويقترض التعاقد بين غائبين تدخل وسيط لا يصلح إرادة أحد الطرفين

(١١) انظر لتفصيلات أخرى في مذكراتنا لطلبة الماجستير ص ٨٦—

حتى تتحد بارادة الطرف الآخر سواء كان هذا الوسيط انسانا (لا يكون نائبا) أو وسيلة ميكانيكية أو طيراً زاجلا •

وفیصل التفرقة بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو وجود فترة زمنية بين (صدور القبول وعلم الموجب به) •

٦٩ - ووجود هذه الفترة يدعونا الى التساؤل عن أمرين • أولهما :- متى ينقصد العقد • وثانيهما اين ينقصد العقد • وبعبارة اخرى يدعونا الى تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه • فهذا تاجر يقيم في بغداد ارسل ايجابا باتاً الى عميل له في الموصل يعرض عليه ابرام صفقة معينة ، وصل الخطاب الى العميل فحرر رسالة بالقبول ، ثم وضع الرسالة في صندوق البريد ، ثم وصلت الرسالة الى الموجب ، ثم فتحها واطلع على محتوياتها •

هل يعتبر العقد قد تم وانقصد عند تحرير العميل الرسالة التي أعلن فيها عن قبوله ؟ أم يعتبر قد تم عند وضع الرسالة في صندوق البريد وتصديرها الى الموجب ؟ أم يعتبر قد انعقد عند وصول الرسالة الى الموجب المقيم في بغداد ؟ ام أن انعقاد العقد يتراخى حتى يفتح الموجب هذه الرسالة ويطلع على محتوياتها •

تلك هي النظريات الاربع التي تتراوح بينها مذاهب الفقهاء • وتسمى النظرية الاولى (نظرية اعلان القبول) وتسمى الثانية (نظرية تصدير القبول) وتسمى الثالثة (نظرية تسلم القبول) وتسمى الرابعة (نظرية العلم بالقبول) ونجمل القول في هذه النظريات وفي موقف المشرع العراقي منها في النقاط التالية :-

٧٠ - ١ - نظرية اعلان القبول :

يقول أنصار هذه النظرية انها تتفق مع القواعد العامة فالعقد عبارة عن اتحاد ارادتين على احداث أثر قانوني وقد تم ذلك بمجرد اعلان القبول

فضلا عن انها تنفق كذلك مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل ، اذ يستطيع القابل بمجرد اعلان قبوله ان يطمئن الى انعقاد العقد فينبى تعامله مع الغير على هذا الاساس •

ولكن يؤخذ على هذه النظرية انها تجعل الموجب تحت رحمة القابل أو انها تجعل انعقاد العقد أو عدم انعقاده معلقا على مشيئة القابل و ارادته المنفردة ، اذ يستطيع هذا القابل أن يعدل عن قبوله أو أن يسحبه ، فهذا القبول فى الواقع ليس أكثر من قبول ذهني لم يتحقق له الوجود الاجتماعي •

٧١ - ب - نظرية تصدير القبول :

تتفق هذه النظرية مع النظرية الاولى فى جوهرها أي انها تجعل انعقاد العقد منوطا بالاعلان عن القبول ولكنها تشترط فى هذا الاعلان ان يكون نهائية وهو لن يكون كذلك الا اذا خرج من يد القابل بأن بعث به فعلا الى الموجب بحيث لا يملك استرداده وذلك بالقائه فى صندوق البريد أو تسليمه لعامل البرق ، أو تبليغه لرسول ينطلق به الى الموجب •

ويؤخذ على هذه النظرية ان العقد اما ان يكون منعقدا قبل تصدير القبول أو غير منعقد فاذا كان غير منعقد فليس من المنطق ان يزيده التصدير أية قيمة قانونية يضاف الى ذلك ان ارسال الخطاب بالبريد لا يمنع من استرداده قبل وصوله الى المرسل اليه •

٧٢ - ج - نظرية تسلّم القبول :

يرى أنصار هذه النظرية ان العقد لا يتم الا اذا تسلّم الموجب القبول ففي هذه الحالة فقط يصبح القبول نهائيا لا يستطيع القابل الرجوع عنه • ففي هذا الوقت يتم العقد سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم به ، على أن وصول القبول الى الموجب قرينة على علم هذا الموجب به •

ونرى من ذلك ان نظرية تسلّم القبول تتأرجح بين نظرتي التصدير والعلم فهي بين أن تكون قد أخذت بنظرية التصدير مستأنية حتى يصل

القبول الى الموجب وبين أن تكون قد أخذت بنظرية العلم متمجلة اذ تجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم (١٢) .

٧٣ - د - نظرية العلم بالقبول :

يرى أنصار هذه النظرية ان العقد لا يتم الا بعلم الموجب بقبول من وجه الايجاب اليه . وتميز هذه النظرية بميزتين : اولاهما انها نظرية منطقية تتفق مع القواعد العامة ذلك ان الايجاب تعبير (استثاري) يقصد به الموجب اثارة الطرف الآخر للتعاقد ، فكان من حق هذا الموجب ان يعلم برد الفعل المترتب على ايجابه .

وثانيتهما انها نظرية تتفق مع ما يقتضيه العمل اذ انها تبعث على الاستقرار في المعاملات .

ولكن الاخذ بهذه النظرية على اطلاقها يؤدي بنا الى الوقوع في عكس المحذور الذي وقع فيه أنصار النظرية الاولى (نظرية اعلان القبول) وأعني بذلك انها تجعل القابل تحت رحمة الموجب فالعلم بالقبول أمر تستحيل معرفته غالباً على غير الموجب نفسه .

وقد تفادى المشرع العراقي (والتشريعات الحديثة) هذا العيب اذ جعل من مجرد وصول القبول قرينة على العلم به ولكنه جعل هذه القرينة قرينة بسيطة غير قاطعة يجوز اثبات عكسها ، وهذا ما تصرح به المادة (٨٧) التي تنص على انه « ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك » . ٢ - ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما .

(١٢) السنهوري - الوجيز ص ٨١ .

٧٤ - وبعد هذا اود ان الفت النظر الى النقاط التالية :-

(١) أخذ كل من التقنين العراقي والمصري بنظرية العلم بالقبول ، وهي النظرية التي يميل اليها معظم فقهاء القانوني المدني (٨٧ عراقي ٩٧ مصري) •

(٢) أخذ كل من التقنينين السوري واللبناني بنظرية اعلان القبول ، وقد اضطر المشرع السوري الى مجازاة المشرع اللبناني في هذه المسألة نظراً لكثرة المعاملات التجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين حتى لا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي الى عرقلة التجارة والاضرار بحقوق المتعاقدين •

(٣) ان تحديد زمان العقد يؤدي الى تحديد مكان انعقاده وهذا اوضح من ان يحتاج الى شرح او مثال •

(٤) ان المشرع العراقي (ومثله المشرع المصري) جعل من تسلم الموجب القبول قرينة على العلم به وجعل هذه القرينة القانونية قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس •

(٥) ولما كان الضابط الذي يميز بين التعاقد بين غائبين وبين التعاقد بين حاضرين هو وجود فترة زمنية تفصل بين (صدور القبول وعلم الموجب به) في حالة التعاقد بين غائبين وعدم وجودها في حالة التعاقد بين حاضرين ، ولما كانت هذه الفترة الزمنية لا وجود لها في حالة التعاقد عن طريق التلفون او أية طريقة مماثلة لهذا قرر المشرع اعتبار التعاقد عن طريق التلفون كأنه تعاقد تم بين حاضرين من حيث الزمان ، وبين غائبين من حيث المكان (م ٨٨) •

(٦) ان تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه على النحو السالف ليس مسن

النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفه سواء كان هذا الاتفاق
صريحاً او ضمناً .

المطلب الثالث

- مرحلة تمهيدية في التعاقد -

قد تسبق العقد مرحلة تمهيدية تؤدي - على وجه محقق او غير
محقق - الى هذه المرحلة النهائية أى الى ابرام العقد ، وابرز صور هذه
المرحلة التمهيدية هي : الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي ، والعربون .

٧٥ - اولاً : الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي :- قلنا ان المشرع
العراقي نص في المادة (٧٨) منه على ان « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى
الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد
المتعاقدين » . وهذا هو الوعد بالتعاقد .

والوعد بالتعاقد ليس نادر الوقوع في الحياة العملية فقد يتوقع
شخص حاجته في المستقبل الى ارض بجوار مصنعه او منزله ولكن لا يستطيع
شراءها فوراً فيكفي بالتعاقد مع صاحب هذه الارض على أن يتعهد هذا بيعها
له اذا ابدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، وقد تعتمد بعض شركات البناء
العقارية ، رغبة منها في تسهيل تأجير مبانيها ، الى وضع شرط في عقد
الايجار يتضمن وعداً ببيع العين المستأجرة الى المستأجرين في نهاية مدة
الايجار اذا ما دفع المستأجر بانتظام الاجرة المتفق عليها وهي في معظم
الاحيان اكثر من اجر المثل ، وقد يقع الوعد بالعقد في البيوع التي تحصل
بالمزاد لسبب من الاسباب يمنعك من ان تتقدم بنفسك للمزايدة (او المناقصة)
وتتفق معي على اني انا الذي اتقدم لذلك وتحصل مني على وعد بأن ابيعك العين
او جزءاً منها اذا ما رسا مزادها على . والامثلة كثيرة نكتفي بما تقدم .
ويتضح من الامثلة المتقدمة ان الوعد بالعقد اكثر من ايجاب لانه

يتألف في الواقع من ايجاب وقبول فهو عقد لا مجرد ايجاب •

٧٦ - وقد يكون الوعد بالعقد ملزما لجانب واحد مثال ذلك ان اعدك ببيع سيارتي هذه بمبلغ قدره خمسمائة دينار اذا قبلت شراءها خلال شهر فتقبل هذا الوعد • هذا الوعد ملزم لي غير ملزم بالنسبة لك •

وقد يكون الوعد بالعقد ملزما للجانبين مثال ذلك ان اعدك ببيع سيارتي بمبلغ خمسمائة دينار اذا قبلت شراءها خلال شهر وتعديني بشرائها بهذا الثمن خلال هذه المدة وهذا الوعد الملزم للجانبين هو (العقد الابتدائي) وهو في مثلنا المتقدم عقد بيع ، فلماذا اذن لجأ الطرفان الى تسميته وعدا وهما في الواقع يبرمان بيعا تاما؟ يرجع السبب في ذلك الى اعتبارات عملية محضة فقد يرى المشتري ، بعد ان تقيد البائع بالبيع وتقيد هو بالشراء ، ان يبحث عن حالة المبيع ، وقد يريد تدبير الثمن حتى اذا ما دبره ابرم البيع النهائي •

ويترتب على العقد الابتدائي نفس الآثار التي تترتب على العقد النهائي ، فاذا كان العقد الابتدائي بيعا التزم البائع بنقل الملكية وتسليم العين الى المشتري وبالضمانات (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) والتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع •

ولكن الذي يميز البيع الابتدائي عن البيع النهائي ان كل هذه الالتزامات لا يقصد تنفيذها في الحال بل تبقى موقوفة الى حين تحرير البيع النهائي • ويزيد البيع الابتدائي من آثاره انه ينشئ التزاما في ذمة كل من الطرفين هو (ابرام البيع النهائي في الوعد المتفق عليه) وهذا التزام بعمل •

فاذا ابرم العقد النهائي - وليكن بيعا مثلا - فسخ البيع النهائي البيع الابتدائي وحل محله ، ويكون تاريخ العقد هو تاريخ البيع النهائي ولا عبرة

بتاريخ البيع الابتدائي^(١٣) • هذا عن العقد الابتدائي وآثاره •

اما عن آثار الوعد بالتعاقد فانه يجب لبيانها التمييز بين مرحلتين :

٧٧ - الاولى : قبل ظهور رغبة الموعود له ، (اتعهد بأن ابيعك سيارتي بمبلغ قدره (٥٠٠) دينار اذا قبلت خلال شهر) لم يمض الشهر ولم تعلن عن رغبتك بعد •

لا يكسبك هذا الوعد الا حقوقا شخصية هي عبارة عن التزامي بعدم الرجوع في وعدى والتقيد به انتظارا لموقفك وهواك • وعلى هذا تبقى السيارة مملوكة لي فاذا احترقت تحملت انا تبعه هذا الهلاك، واذا كنت التزم بالتقيد بوعدى فان هذا الالتزام ينطوى كذلك على التزام سلبي هو امتناعي عن القيام بأى عمل يحول دون ابرام العقد اذا ما رغبت فى ابرامه ، فاذا اخللت بهذا الالتزام وجب على التعويض والمسئولية هنا مسئولية عقدية لا تقصيرية •

٧٨ - المرحلة الثانية : بعد ظهور رغبة الموعود له :- اذا لم يظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها سقط الوعد ، اما اذا اظهرها صراحة او ضمنا فقد تم العقد النهائي من وقت اظهار هذه الرغبة وترتبت عليه كل آثاره •

هذا ويلاحظ انه لما كان الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد لا يلزم الموعود له بشئ ، فانه لا يشترط لصحته ان يكون هذا الموعود له تام الاهلية وقت ابرام هذا الوعد وانما تشترط هذه الاهلية عند ابرام العقد النهائي • ويلاحظ كذلك انه اذا فرض القانون شكلا معينيا فلا بد من مراعاة هذا الشكل فى الاتفاق الابتدائي وفى الوعد بالتعاقد •

(١٣) السنهوري - الوجيز ص ٨٩ - ٩٠ •

ويلاحظ اخيرا ان فكرة العينية التي اضافها القانون على بعض العقود تنافي مع فكرة الوعد بالتعاقد ومع العقد الابتدائي فلا عبرة بالوعد بالتعاقد في عقد القرض مثلا *

٧٩ - ثانيا - العربون :

تقضى المادة (٩٢) بأنه - « ١ - يعتبر دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك * ٢ - فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفا » *

يفهم من هذا النص ان القاعدة العامة في التشريع العراقي ان دفع العربون يعتبر دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يجوز لاي من الطرفين العدول عنه فذلك هو ما استقر عليه العرف في العراق *

ومع هذا فان هذه القاعدة ليست آمرة اذ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على اعتبار العربون جزاء للعدول عن العقد ، وفي هذه الحالة اما ان لا يتم العدول عن العقد وعندئذ يعتبر دفع العربون تنفيذا جزئيا لهذا العقد ، واما ان يعدل احد الطرفين عن هذا العقد فاذا كان الذي عدل عن العقد هو الطرف الذي قام بدفع العربون وجب عليه تركه وضاع عليه *

وإذا كان الذي عدل هو الطرف الذي تسلم العربون وجب عليه رد العربون مضاعفا ويكون العربون في حالة العدول عن العقد التزاما بدليا لالتزام اصلي هو محل العقد ، ومن هنا اختلف العربون عن الشرط الجزائي الذي لا يعدو ان يكون تعويضا اتفق عليه الطرفان المتعاقدان في العقد *

ولما كان الشرط الجزائي (تعويضا) فانه لا يكون مستحقا الا اذا

لحق الطرف الآخر ضرر بخلاف العربون فهو بعيد عن فكرة التعويض اذ يعتبر مقابلاً لحق العدول سواء لحق الطرف الآخر ضرر او لم يلحقه ضرر .

كما ان حق العدول (وبالتالي ترك العربون او رده مضاعفا) متروك لمحض ارادة المتعاقد فليس للمتعاقد الآخر ان يرفضه ويطلب بالمضى في العقد وتنفيذه ، بخلاف الشرط الجزائي الذي لا يمكن فرضه على المتعاقد ما دام التنفيذ العيني ممكنا اذ لا يجوز لاحد المتعاقدين ان يتخلص من التزاماته التعاقدية مقابل دفع الشرط الجزائي للطرف الآخر .

ولما كان الشرط الجزائي (تعويضا) فانه لا يستحق كقاعدة عامة الا بعد اعذار المدين ولا محل لمثل هذا الاعذار لاستحقاق العربون .

واخيرا فانه لما كان الشرط الجزائي (تعويضا قدره الطرفان تقديرا جزائياً) فانه يكون محلا لتقدير القاضي على خلاف العربون اذ لا يجوز للقاضي التدخل في مقداره زيادة او انقاصا .

المطلب الرابع

صحة التراضي

- ٨٠ - انتهينا فيما تقدم من بحث الرضا كركن من اركان العقد .
- ولا يكفي في هذا الصدد مجرد وجود التراضي بل يجب ان يكون هذا التراضي صحيحا . ولا يكون الرضا صحيحا الا اذا صدر من ذي اهلية ، وسلم من العيوب .
- وعلى هذا فاننا نقسم الكلام في هذا المطلب الى فرعين : اولهما للاهلية ، وثانيهما لعيوب الرضا .

المطلب الاول

الاهلية

(LA Capacité)

- ٨١ - تعرف الاهلية بانها : صلاحية الانسان لان تكون له حقوق وعليه التزامات ، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات وبعبارة اخرى صلاحيته لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتد به .
- ويطلق على النوع الاول من الاهلية (أى صلاحية الانسان لان تكون له حقوق وعليه التزامات) اهلية الوجوب .
- ويطلق على النوع الثاني من الاهلية (أى صلاحية الانسان لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به) اهلية الاداء .

٨٢ - اولا - اهلية الوجوب :

مناط هذه الاهلية هو الذمة المالية، والذمة صفة شرعية يسبغها المشرع على كل شخص منذ ولادته الى حين وفاته ، ولذا يمكن القول بأن اهلية الوجوب بمثابة الظل للانسان توجد حيث يوجد وتبقى ملازمة له الى حين وفاته ومع هذا فقد قرر فقهاء الشريعة ان للجنين فى بطن امه اهلية وجوب، ولكنها اهلية وجوب ناقصة من وجهين : اولهما انها قاصرة على اثبات الحقوق له دون الزامه بأى التزام لان الالتزام يقتضى صدور عمل ارادى او عمل مادى يرتب هذا الالتزام وكلاهما غير متصور صدوره من الجنين .

وثانيهما : ان اهلية الجنين بالنسبة لصلاحيته لاكتساب الحقوق قاصرة على تلك الحقوق التي لا يحتاج اكتسابها الى صدور عمل ارادى اى الحقوق التي تنشأ عن القانون أو عن الارادة المنفردة للغير ، وعلى هذا يصح أن يكتسب الجنين حقا عن طريق الميراث ، وعن طريق الوصية ، وعن طريق الوقف ، لأن هذه الحقوق يرتبها القانون أو ارادة الموصي أو الواقف المنفردة .

هذا من جهة ومن جهة اخرى فقد اضطر فقهاء الشريعة الاسلامية الى الابقاء على اهلية الوجوب بالنسبة للمتوفي حتى تصفى تركته وتوزع ديونه وذلك لأن الاصل في الشريعة الاسلامية ان لا تركة الا بعد سداد دين فاذا قلنا بانتفاء اهلية الوجوب بمجرد الوفاة وكان على التركة ديون ينبغي سدادها وتصفية التركة منها كان معنى هذا ان تبقى التركة فترة في الزمن (هي الفترة الواقعة بين الوفاة وبين انتقال التركة الى الورثة) سائبة لا مالك لها وفي التصوير المتقدم ذكره تجنب لهذه الحالة التي لا تقرها الشريعة اذ لا سائبة في الاسلام .

وفهم مما تقدم ان اهلية الوجوب في الواقع هي الشخص ذاته منظورا اليه من الناحية القانونية ولا أثر لهذه الاهلية على انشاء العقود لهذا تكفي منها بما تقدم .

٨٣ - ثانيا - اهلية الاداء :

وهي كما قلنا صلاحية الانسان لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا .

ومناطق هذه الاهلية هو (التمييز) فهي تدور معه وجودا وعدما ، تكمل اذا كمل ، وتنقص حيث ينقص ، وتنعدم حيث ينعدم . ويتأثر تمييز الانسان بأثر طبيعي عام هو السن التي يمر بها في مراحل عمره ، كما قد يتأثر بأثر عرضي طارئ هو العوارض العقلية . وتتولي فيما يلي شرح هذه المؤثرات الطبيعية كانت أو عرضية .

اما السن التي يمر بها الانسان من حيث اهليته فهي ثلاثة ادوار :

٨٤ - الدور الاول :

من حين الولادة الى تمام السابعة من العمر :- والصغير في هذا الدور عديم التمييز وبالتالي فهو عديم اهلية الاداء . وانعدام تمييز الصغير

فى هذا الدور ىنصرف الى التصرفات القانونية لا الى الوقائع المادية ، فالصغير الذى لم يكمل السابعة من عمره لا ىستطيع معرفة العقود الضارة به أو العقود النافعة له • فلا ىصح منه تصرف من التصرفات القولية ، فتصرفاته جميعا باطلة وان أذن له ولىه فى ذلك (م/٩٦) لأن الاذن (اجازة) والاجازة لا تلحق العقد الباطل • وتثبت الولاية على مال هذا الصغير لولىه ثم لوصيه •

وولى الصغير هو الاب ثم الجد الصحيح اذا لم يكن الاب قد اختار وصيا عليه ثم وصى الجد المختار فان لم يوجد أحد من هؤلاء قامت المحكمة بنصب وصى عليه •

وللولى التصرف فى مال الصغير بمثل القيمة أو بغيره لا فاحش هذا اذا كان مستور الحال ، اما اذا عرف بسوء التصرف فللمحكمة ان تقيد من ولايته أو أن تسلبه هذه الولاية (م/١٠٣) •

اما بالنسبة للوصى فان المشرع يفرق فى هذا الصدد بين عقود الادارة وبين عقود التصرف •

اما عقود الادارة (كالايجار اذا لم تزد مدته عن ثلاث سنوات ، واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية ، وبيع المنقول الذى يسرع اليه التلف) فان للوصى مباشرتها نيابة عن الصغير وتكون صحيحة نافذة ولو كانت بغيره يسير •

اما عقود التصرف (كالبيع فى غير ما ذكر ، والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود) فانها لا تصح الا بأذن من المحكمة وبالطريقة التى تحددها (م/١٠٥) •

٨٥ - الدور الثانى :

من بعد تمام السابعة الى بلوغ سن الرشد (١٨ سنة) :- وفى هذا

الدور يتمتع الصغير بتمييز ناقص وبالتالي بأهلية أداء ناقصة • وبيان ذلك :
ان التصرفات فى هذا المجال تنقسم الى ثلاثة أقسام :

اولها : تصرفات نافعة نفعاً محضاً (كقبول الهبات والوصايا) وللصغير
اجراء هذه التصرفات وتكون صحيحة دون حاجة الى اذن الولي أو الوصي •
وثانيها : تصرفات ضارة ضرراً محضاً (كالهبة أو الوصية أو التبرعات
عامة) وليس للصغير اجراء هذه التصرفات فان باشرها كانت باطلة وان اذن
له الولي أو الوصي فى ذلك ولا يستطيع الولي أو الوصي اجازة هذا
التصرف لأنه تصرف باطل والاجازة لا تلحق هذا النوع من التصرفات •
وثالثها : تصرف دائر بين النفع والضرر (كالبيع والشراء وغيرهما من
عقود المعاوضات) وتكون هذه التصرفات التي يباشرها الصغير (موقوفة)
على اجازة الولي أو الوصي •

٨٦ - الصبي المأذون :

وهو الصغير الذى اكمل الخامسة عشرة من عمره ولم يكمل الثامنة
عشرة • اذ يجوز للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم هذا الصغير مقدارا
من ماله ويأذن له فى التجارة فيه تجربة له وتمريناً ، كما يجوز للمحكمة
أن تأذن لهذا الصغير عند امتناع الولي • وسواء أكان الاذن للصغير بطلب
من الولي أم بقرار صادر من المحكمة بالرغم من الولي فان الاذن فى كلتا
الحالتين يعتبر صادراً من (المحكمة ذاتها) فلا يبطل بموت الولي ولا بموت
القاضي الذى اصدر قرار الاذن •

وحكم التصرفات التي يجريها هذا الصغير المأذون (فيما اذن فيه)
هو حكم التصرفات الصادرة من البالغ الرشيد • ولكن يلاحظ ان هذه
التصرفات يجب أن تكون (اتجاراً) لا هبة أو تبرعاً ولا ينصرف لفظ
التجارة هنا الى الاعمال التجارية خاصة وانما هو ينصرف الى كل عقود
المعاوضة تجارية كانت أو مدنية •

٨٧ - الدور الثالث :

بعد تمام الثامنة عشرة :- وفي هذا الدور يكتمل تمييز الانسان فكتكمل له أهلية الاداء وعلى هذا فانه يستطيع مباشرة جميع انواع التصرفات سواء كانت نافعة محضا أو دائرة بين نفع وضرر ، أو ضارة ضررا محضا ، هذا الا اذا اعترى قواه العقلية عارض من العوارض التي تؤدي الى انعدام تمييزه أو اضعافه . وهذه العوارض هي :-

٨٨ - ١ - الجنون :

وهو آفة تصيب قوى الانسان العقلية فتعدم تمييزه وبالتالي تفقده اهلية الاداء فيكون حكم تصرفات المجنون هو حكم تصرفات الصغير غير المميز اى انها تكون باطلة سواء كانت ضارة به ضررا محضا أو دائرة بين نفع وضرر أو نافعة له نفعاً محضاً .

٨٩ - ٢ - العته :

وهو فى رأينا عارض (يضعف) القوة العقلية ولا يعدهما ومع هذا فان بعض كتب الفقه والفتاوى تفرض ان العته قسم مقابل للجنون قد يصحبه التمييز احيانا وقد لا يصحبه^(١٤) . وفي هذا يقول بعض الاساتذة « وكلا هاذين العارضين - اى الجنون والعته - يذهب بسلامة الادراك وتقدير الامور تقديرا صحيحا ، والعته قد يكون معه تمييز فيكون المعنوه مميزا وقد يكون غير مميز ، اما المجنون فانه لا يكون مميزا »^(١٥) اما نحن فانا لا نخلط بين الجنون من ناحية والعته من ناحية اخرى ، فالجنون عارض (يعدم) قوى الانسان العقلية ، والعته عارض (يضعف) قوى الانسان

(١٤) انظر : اصول البزدوى ج ٤ ص ٢٧٤ ، الاهلية وعوارضها لاستاذنا الجليل المرحوم احمد ابراهيم ص ٢٦ ، تبين الحقائق للزليعي ج ٥ ص ١٩١ ، المعاملات للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ص ٢٤٧ .
(١٥) اصول الفقه - للاستاذ (ابو زهرة) ص ٣٢٥ .

العقلية ولهذا الحق المجنون بالصبي غير المميز والحق المعتوه بالصبي المميز •
والحق المعتوه بالصبي المميز يؤدي الى صحة تصرفاته النافعة له نفعاً
محضاً والى بطلان تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً والى وقف تصرفاته
الدائرة بين النفع والضرر •

والمجنون والمعتوه محجوران لذاتهما اى بدون حاجة الى صدور حكم
من المحكمة بالحجر ، ولا بد للطعن فى التصرف بسبب العته من قيام العته
وقت صدور هذا التصرف ويجوز اثبات حالة العته بجميع طرق الاثبات بما
فيها البينة والقرائن •

٩٠ - ٣ - السفه :

وهو تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والحكمة ، حتى ولو كان
ذلك الانفاق فى سبيل الخير •

ولا يجيز الامام ابو حنيفة الحجر على السفه لأن فى ذلك اهداراً
لآدميته ولأن انفاق المال وان عاد الى السفه يضرر فانه لا يضر المجتمع
بل يفيد ، فالسفيه خير للمجتمع من البخيل الذى يكتز المال ويمنع من
التداول ويحرم المجموع من الافادة منه ولأنه لا يجوز الحفاظ على الادنى
وهو المال باهدار الاعلى وهو الاهلية •

وبرأى الجمهور والصاحبين أخذ المشرع العراقي فأجاز الحجر على
السفيه ولكنه اجاز له الوصية بثلث ماله (م ١٠٩ / ٢) •

وقد أناط المشرع الولاية على مال السفه بالمحكمة أو وصيها فقط
وسلبها من الاب والجد أو وصيها ، والعلة فى هذا الحكم ظاهرة •

والسفيه غير محجور لذاته ، وبعبارة اخرى لا يعتبر السفه محجوراً
عليه بمجرد قيام حالة السفه بل لابد لذلك من صدور حكم من المحكمة
بالحجر عليه ، والعلة فى ذلك ان الحجر على السفه من المسائل المجتهد

فيها والقضاء هو الذي يملك ترجيح أحد الرأيين ، هذا من جهة ومن جهة اخرى فان السفه صفة للانسان تكشف عنها تصرفاته فان كانت منافية لمقتضى العقل والتدبير دلت على سفهه والا دلت على رشده والقول الفصل في الحكم على هذه التصرفات للقضاء .

• وحكم تصرفات السفه كحكم تصرفات الصبي المميز .

٩١ - ٤ - الففلة :

هي في الواقع عدم تمرس أو خبرة الشخص في التصرفات ، فلا يهتدي ذو الففلة الى معرفة التصرف الربح من الخاسر فيغبن في المعاملات السلامة نيته .

ويعامل الامام ابو حنيفة ذا الففلة معاملة السفه فلا يجيز الحجر عليه ، وبغير هذا أخذ المشرع العراقي فقد نص على ان ذا الففلة حكمه حكم السفه (م / ١١٠) وقد عرفنا ان حكم تصرفات السفه الذي تحجر عليه المحكمة كحكم تصرفات الصبي المميز .

٩٢ - حالة خاصة :

العاهة الجسمية المزوجة :

تنص المادة (١٠٤) على انه « اذا كان الشخص اصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصي » .

فقد أخذ المشرع العراقي بما ذهبت اليه بعض التقينات من أن الشخص المحتاج الى المساعدة محدود الاهلية وان كان الواقع من الامر أن هذا الشخص كامل الاهلية . وقد أحسن المشرع العراقي فيما فعل ، فهذا الشخص على كل حال عاجز عن التعبير عن ارادته لهذا فان المصلحة تقضي بنصب وصي عليه وتحديد تصرفات هذا الوصي في الامور أو التصرفات

التي ترى المحكمة ان من المصلحة قصر تدخل الوصي فيها (ويسمى هذا الوصي احيانا المساعد القضائي) .

الفرع الثاني

عيوب الرضا

٩٣ - ينبغي أن تكون الارادة التي تصلح لابرام عقد مميزة مدركة وأن تكون حرة مبصرة .

وقد بحثنا فيما تقدم العوارض التي تلحق التمييز .

ونبحث الآن العيوب أو العوارض التي تلحق الحرية والابصار . وهذه العيوب هي وفقا للقانون العراقي ما يلي :

(١) الاكراه . (٢) الغلط . (٣) التفرير مع الغبن . (٤) الاستغلال .

اولا : الاكراه

(LA VIOLENCE)

٩٤ - تعرف المادة (١١٢) الاكراه بأنه اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ، وتقسمه الى ملجئ وغير ملجئ ، وتقول ان الاكراه يكون ملجئا اذا كان تهديدا بخطر جسيم محقق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايداء شديد أو اتلاف خطير في المال . ويكون غير ملجئ اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب احوال الناس .

والتعريف المتقدم للاكراه تعريف لغوي خير منه أن يعرف الاكراه بأنه ضغط غير مشروع على ارادة شخص يدفعه الى التعاقد أو هو اجبار شخص على أن يبرم عقدا دون رضاه .

وقبل الكلام عن عناصر الاكراه وأثره نبين معنى كلمتين يرددهما

فقهاء الشريعة للفرقة بين الاكراه الملجئ والاكراه غير الملجئ وهما :
الاختيار والرضا .

فالاختيار في هذا الصدد معناه ترجيح فعل الشيء على تركه ، والرضا هو الارتياح الى فعل الشيء . فالاكراه الملجئ يفسد الاختيار ويعدم الرضا ، والاكراه غير الملجئ يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار .

٩٥ - عناصر الاكراه :

للاكراه عنصران : مادي وهو الضغط الواقع على الارادة . ومعنوي وهو الرهبة التي يبعثها الاكراه في نفس المكره فتدفعه الى التعاقد .

٩٦ - العنصر الاول :

استعمال وسائل ضغط تهدد بخطر جسيم محقق :
وهذه الوسائل اما أن تكون حسية أي تقع على النفس أو المال أو الولد أو السمعة . . . كالضرب والقتل واتلاف عضو من الاعضاء وحرق المال وخطف الولد واما أن تكون نفسية (كالتهديد) بالضرب أو القتل أو حرق المال أو خطف الولد ، ولا فرق بين وسائل الضغط المادية والنفسية في توافر الاكراه .

والعبرة بهذا العنصر ليست (بوسيلة) الضغط وانما العبرة (بالغاية) التي يرمي اليها المكره من استعمال هذه الوسيلة فاذا كانت الغاية مشروعة لم يتحقق الاكراه سواء أكانت الوسيلة مشروعة أم غير مشروعة ، فاذا كانت الغاية التي يرمي اليها من استعمال وسيلة الضغط غير مشروعة فقد يتحقق الاكراه حتى لو كانت الوسيلة مشروعة .

ولتوضيح ما تقدم أعرض الصور التالية :

١ - وسيلة مشروعة للوصول الى غاية مشروعة :

مثال ذلك أن يهدد دائن مدينه التاجر الذي توقف عن دفع ديونه

المستحقة برفع الدعوى عليه وطلب اشهار افلاسه ، فيدفع التاجر المدين
دينه خوفا من اشهار افلاسه - لا اكراه والوفاء صحيح .

٢ - وسيلة غير مشروعة للوصول الى غاية مشروعة :

مثال ذلك ان يهدد المودع الوديع بالاعتداء عليه أو اتلاف ماله اذا هو
لم يرد اليه العين المودعة ، أو أن تهدد امرأة عاشرت رجلا فترة من الزمن
بالتشهير به عند خطيبته اذا هو لم يدفع اليها مبلغا من المال يعوضها به عن
الضرر الذي لحقها أو أن يهدد المؤجر المستأجر بالاعتداء عليه اذا هو لم
يدفع القسط المستحق ، وفي كل هذه الامثلة لا يتحقق الاكراه ويكون
العمل القانوني صحيحا وغاية الامر انه اذا لحق الطرف الكره ضرر من
هذه الوسائل غير المشروعة فانه يستطيع مطالبة من استعمل هذه الوسائل
بالتعويض استنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية .

٣ - وسيلة مشروعة للوصول الى غاية غير مشروعة :

مثال ذلك أن يهدد زوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها اذا لم تنزل
له عن مال لها عنده ، ومثاله أن يستغل الدائن ضيق يد مدينه لبيتز ما يزيد
كثيرا على ما له في ذمته . وفي هذه الحالة يتحقق الاكراه .

٤ - وسيلة غير مشروعة للوصول الى غاية غير مشروعة :

وفيها يتحقق الاكراه كذلك مثال ذلك أن يهدد صاحب دار جاره
الذي يملك قطعة ارض تفصل الدار عن الشارع بحرق ماله أو الاعتداء
عليه أو على ولده اذا هو لم يبيع له قطعة الارض هذه فيبيعها خوفا مما هدد
به ، فعقد البيع هنا معيب (موقوف) بسبب هذا الاكراه .

٩٧ - ممن تصدر وسائل الاكراه :

الاصل أن تصدر وسائل الاكراه من أحد المتعاقدين ، ولكن قد
تصدر احيانا من غير المتعاقدين فما أثرها على العقد في هذه الحالة ؟

لما كنا نعالج الاكراه كعيب من عيوب الرضا لهذا كان المنطق القانوني يقضي باعتباره عيبا من عيوبه سواء صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير •

الا ان الاخذ بهذا المنطق القانوني على اطلاقه يؤدي احيانا الى زعزعة المعاملات وعدم استقرارها فاذا صدر الاكراه من غير المتعاقد ولم يكن يعلم به أو يفرض حتما انه يعلم به وقلنا مع ذلك بإمكان الطعن في العقد ، ادى ذلك الى عدم استقرار المعاملات وتحطيم الثقة • ولهذا فان القاعدة في هذا الصدد انه لا يكون الاكراه الصادر من الغير عيبا من عيوب الرضا الا اذا كان المتعاقد يعلم به أو كان في استطاعته أن يعلم به ، اما في غير هذه الحالات فلا أثر للاكراه وليس للمتعاقد المكره الا الرجوع على من استعمل وسائل الاكراه بالتعويض تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية •

٩٨ - حالة الضرورة :

قد تنتزع رضا المتعاقد ظروف خارجية توافرت صدفة واقتصر عمل المتعاقد على الافادة منها واستغلالها • مثال ذلك أن يتعرض طفل للفرق ويتقدم شخص لانقاذه مقابل تعهد من ابيه أو امه باعطائه مبلغا جسيما من المال ، أو أن يصاب شخص يقيم في محل ليس فيه غير طيب واحد ، بالتهاب الزائدة ، فيستغل الطيب هذا الظرف للحصول على أجر باهظ مقابل اجراء العملية •

في هذه الحالات وما مائلها يتوفر الاكراه ما دام المتعاقد على علم بهذه الظروف وقد استغلها •

٩٩ - على من يقع الضغط ؟ :-

قد يقع الضغط على المتعاقد نفسه أو على الغير • ولا تثير الحالة الاولى أية مشكلة فقد توفر الاكراه •

اما اذا وقع الضغط على غير المتعاقد فانه يعتبر اكراها اذا وقع على أشخاص معينين حددتهم الفقرة الثانية من المادة (١١٢) وهم: الوالدان، والزوج،

وذو الرحم المحرم • ولفظ الزوج مشترك يطلق على الزوج والزوجة ،
وذو الرحم المحرم هو الذي لا يحل ايقاع الزواج بينه وبين المكره •

وعلى هذا لا يجوز الطعن في العقد الذي أبرم تحت تأثير التهديد
بايقاع الاذى على خطيبة أو صديق عزيز ، ويجوز الطعن فيه اذا وقع هذا
التهديد على خال أو خالة أو عم أو عمة بصرف النظر عن المودة أو المحبة
التي يكنها الشخص لهذا أو ذاك •

١٠٠ - الشوكة والنفوذ الادبي :

القاعدة العامة ان الشوكة أو النفوذ الادبي لا يعتبر اكرها يبيح
الطعن في العقد فليس للطالب أن يطعن في العقد الذي أبرمه مع استاذ
بالاكره بحجة ما للاستاذ عليه من (نفوذ ادبي) ومثل هذا يقال بالنسبة
للعقد الذي يبرمه رجل شديد التدين مع رئيس ديني •

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة الا ان المشرع لاحظ ان الزوج ذو
شوكة وسلطان على زوجته له عليها حق الطاعة والتأديب ، ولاحظ انه قد
يسى استعمال هذه السلطة فيعمد الى ضرب زوجته أو الى منعها من زيارة
اهلها لا تأديباً لها وانما ابتغاء جر مغنم لا حق له فيه ولهذا نص في المادة
(١١٦) على أن « الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا اكرها بالضرب مثلاً
أو منعها عن اهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من
المهر » (١٦) فشوكة الزوج على زوجته ليست بذاتها اكرها ولكن اذا استغل
الزوج هذه الشوكة للوصول الى غرض غير مشروع كان هذا اكرها وهذا
ما قررته المادة المتقدمة •

١٠١ - العنصر الثاني : رهبة جسيمة تدفع الى التعاقد :-

ينبغي لتحقق الاكره أن تكون وسائل الضغط قد احدثت في نفس
المتعاقد رهبة دفعته الى التعاقد •

(١٦) منقولة من الشطر الاخير للمادة (٢٩٤) مرشد الحيران •

فالرغبة هي التي تفسد الإرادة وتجعلها تسير على غير اختيار ولهذا كانت هذه الرغبة - لا وسائل الضغط - هي العنصر الأساسي البارز في الاكراه .

ويجب أن تكون هذه الرغبة (جسيمة ومحدقة) حتى تؤدي الى النتيجة التي رمى اليها المكره ، وهي ابرام العقد .

ومعيار تقدير جسامه الرغبة والخطر معيار شخصي ذاتي وفي هذا تقول المادة (١١٤) : « يختلف الاكراه باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثيرهم وتألمهم من العجز والضرب ككرة وقلة وشدة وضعف » وعلى هذا فإنه ينبغي على القاضي ، وهو ينظر في تقدير جسامه الخطر ، ان ينظر الى شخص المتعاقد الذي وقع عليه الضغط لا الى وسيلة الضغط بحد ذاتها . فيأخذ : جنس المتعاقد (ذكرا أو انثى) وسنه ، وحالته الصحية ، والعقلية والنفسية والاجتماعية ، بنظر الاعتبار . بل ينبغي عليه فوق ذلك أن يراعي الظروف الخارجية المحيطة به زمانية كانت أو مكانية .

فتهديد الرجل قد لا يحدث نفس الرغبة التي يحدثها تهديد الانثى وتهديد الشخص المعافى السليم لا يحدث نفس الاثر الذي يحدثه تهديد الشخص المريض العليل ، وتهديد الشخص نهارا لا يحدث نفس الاثر لو وقع هذا التهديد نفسه ليلا ، وتهديد الشخص في مكان عامر بالسكان لا يحدث نفس الاثر لو وقع هذا التهديد في مكان قفر ناء عن الناس ، وتهديد شخص قوي الاعصاب لا يحدث نفس الاثر الذي يحدثه تهديد شخص جبان عصبي المزاج وهكذا .

ويشترط في هذه الرغبة كذلك أن تكون (محدقة) أي (حالة) ولا يهم بعد هذا أن يكون (الخطر) نفسه حالا أو مستقبلا .

ثانيا الغلط

(L'ERREUR)

١٠٢ - يعرف الغلط تعريفا لغويا بأنه وهم يقوم في النفس فيحملها على توهم غير الواقع .

ويعرف قانونا بأنه وهم يقوم في النفس فيحملها على ابرام العقد .
ولما كان الفقه الاسلامي ذا نزعة موضوعية ظاهرة لذلك استعصى على الغلط ان يجد فيه مكانا يلم شعثه ويجمع شتاته، فتبعثت نظرية الغلط في جوانبه فهنا خيار الوصف وهناك خيار العيب ، ويتقدم ذلك خيار الرؤية . فالغلط في الفقه الاسلامي أقل عيوب الارادة بروزاً اذ هو اكثر العيوب نزعة ذاتية^(١٧) .

وللغلط في الفقه الوضعي نظريتان قديمة وحديثة تعرضهما تباعاً ثم نبين موقف التشريع العراقي منهما :

١٠٣ - النظرية القديمة للغلط :

الغلط في هذه النظرية انواع ثلاثة هي :

١ - غلط يمنع انعقاد العقد اي يجعله باطلا (بطلانا مطلقا) وله ثلاث صور :

أ - غلط في ماهية العقد : كأن يسلمك شخص عينا على انها عارية فتمتد انه وهبك أياها .

ب - غلط في محل العقد : كأن يبيعك شخص كيسا من الحنطة فاذا به كيس شعير أو تشتري زوجا من الارانب فاذا به زوج من خنازير غينيا .

ج - غلط في السبب : كأن تنفذ وصية كان الموصي قد رجع فيها ، أو تتخارج مع شخص يتبين انه غير وارث أو لا حق له في الانتقال .

(١٧) استاذنا السنهوري - مصادر الحق ج ٢ ص ١١١ - ١١٢ .

٢ - غلط لا اثر له على العقد : وله خمس صور :

أ - غلط في صفة غير جوهرية للشيء : كالغلط في لون السيارة أو نوع الورق المطبوع عليه الكتاب .

ب - غلط في شخص المتعاقد اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار : كالغلط في شخص البائع أو المشتري .

ج - غلط في الباعث : كأن تشتري أناثا لقرب زواجك فتفسخ الخطوبة .

د - غلط في القيمة : كأن تباع مخطوطا بثمان بخس لأنك تجهل قيمته .

هـ - الغلط المادى والغلط فى الحساب : والغلط المادى غلط فى الكتابة أو فى الحساب كأن يكتب السعر (٣٠٠) فلس وهو فى الواقع (٣٠٠٠) فلس أو أن يدون تحت مجموع مشترياتك من محل مبلغ ٣/٧٥٠ ديناراً وهو فى الواقع (٣٧/٥٠٠) .

٣ - غلط يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا : وله ثلاث صور :

أ - غلط فى مادة الشيء أو صفة من صفاته الجوهرية : مثال الغلط فى مادة الشيء ان تشتري ساعة على انها من ذهب فاذا بها من معدن مطلي بالذهب ، ومثال الغلط فى صفة جوهرية للشيء أن تشتري شيئاً على انه أثري فاذا هو نسخة مقلدة وليست أثرية ، أو أن تشتري قماشاً على انه قابل للغسيل فاذا هو ليس كذلك ، أو أن تشتري ارضاً على انها متصل بشارع عرضه خمسة امار ثم يتبين ان الشارع لا وجود له وان الارض محصورة لا منفذ لها الى الطريق العام ، أو أن تشتري كمية من الحنطة العجيبة فاذا بها حنطة (قند هارية) . . .

ب - غلط فى شخص المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى

العقد : كأن تهب مبلغا من النقود الى فقير تعتقد انه قريب لك فاذا هو غريب عنك ، أو أن تتعاقد مع شخص على انه طيب أو مهندس أو محام أو فنان ، فاذا هو ليس كذلك •

ج - غلط في صفة السبب : قلنا ان الغلط في سبب الالتزام يجعل العقد غير منعقد اى باطلا بطلانا مطلقا • ولكن قد يقع الغلط لا على حقيقة السبب أو وجوده وانما على (صفة القانونية) فيكون العقد في هذه الحالة قابلا للإبطال اى باطلا بطلانا نسبيا •

مثال ذلك : أن يلتزم شخص تجاه آخر بتجديد التزام سابق يعتقد انه ملزم بالوفاء به ، ثم يتبين له ان الالتزام السابق ليس الا التزاما طبيعيا لا يجبر على الوفاء به •

فالغلط في هذه الحالة واقع على (صفة) السبب لا على (وجوده) •

١٠٤ - النظرية الحديثة في الغلط :

تستبعد هذه النظرية - التي اقام القضاء كيانها وحدد معالمها - النوع الاول من انواع الغلط (اى الغلط المانع الذى يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا) لأن هذا النوع من الغلط (يعدم) الارادة ولا يقتصر على أن يصيها بعيب •

ثم هي بعد ذلك تكسر الحواجز التي أقامتها النظرية التقليدية بين النوعين الثاني والثالث من انواع الغلط ، وتجعل معيار الغلط الذى يعيب العقد هو (الغلط الدافع) أى انه ينبغي لتحديد تأثير الغلط على العقد أن نسأل السؤال التالى : لو أن المتعاقد الذى وقع فى غلط اكتشف هذا الغلط قبل التعاقد هل كان يتمتع عن ابرام العقد أو انه كان يمضي فيه بالرغم من هذا الغلط ؟ فان كان الجواب بأن المتعاقد لم يكن ليتعاقد لو انه تبين الغلط الذى وقع فيه قبل ابرام العقد ، كان هذا الغلط معيبا للعقد لأنه يكون فى هذه الحالة غلطا دافعا الى التعاقد •

اما اذا كان الجواب بأن المتعاقد كان يمضي في ابرام العقد حتى لو
تبين له الغلط قبل ابرام العقد فإن الغلط في هذه الحالة لا يكون عيبا في
الارادة وذلك لأنه غلط غير دافع .

وبتطبيق هذا المعيار على انواع الغلط المقدمة فاننا قد نصل الى نتائج
لا تتفق مع تلك التي وصلنا اليها بتطبيق النظرية التقليدية .

١٠٥ - فقد قلنا ان النظرية التقليدية تجعل الغلط في (مادة الشيء)
سببا يبيز الطعن في العقد بالابطال ، ومع هذا فان النظرية الحديثة قد
لا تقيم وزنا لهذا الغلط ولا تعتبره عيبا من عيوب الرضا ، مثال ذلك أن
يشتري شخص شيئا على انه أثري وهو يعتقد في الوقت نفسه انه مصنوع
من ذهب ، فإذا به مصنوع من البرونز ، فالغلط هنا وان وقع في (مادة
الشيء) لا يعتبر غلطا جوهريا يعيب العقد ما دام الشيء الذي اشتراه هو
الشيء الاثري الذي قصد ، ولا يعنيه بعد ذلك ان كان من ذهب أو من
معدن آخر .

وقلنا من ناحية اخرى ان النظرية التقليدية لا تجعل الغلط في القيمة
عيبا من عيوب الارادة ولا تعتد به ، ومع هذا فان الغلط في القيمة قد يكون
(غلطا دافعا) وبالتالي عيبا يبيز الطعن في العقد بالابطال وفقا للنظرية
الحديثة مثال ذلك ان يبيع شخص سهما بقيمته الفعلية وهو يجهل ان هذا
السهم قد ربح جائزة كبيرة ومثال ذلك ايضا ما قضت به احدى المحاكم
المصرية من انه يجوز لصاحب البضاعة أن يطلب ابطال عقد النقل في قضية
اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة
اما بحساب الوزن أو بحساب الحجم طبقا لما يختاره صاحب السفينة ، فطلب
صاحب السفينة أن يكون النقل بحساب الحجم ، وتبين ان حساب الحجم
يزيد على حساب الوزن ثمانية اضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يعلم ذلك
بدليل انه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة اخرى على سعر يقل كثيرا عن

السعر الذى يطالب به (١٨) .

وقلنا من ناحية ثالثة ان النظرية التقليدية لا تعدد بالغلط فى الباعث ، ومع هذا فقد يكون الغلط فى الباعث سببا لابطال العقد فى النظرية الحديثة متى كان هذا الغلط دافعا الى التعاقد مثال ذلك : أن يبيع شخص شيئا وهو يعتقد انه مريض مرض الموت ثم يشفى ، يستطيع هذا الشخص أن يظن فى العقد بالغلط فى الباعث لأنه انما تعاقد مدفوعا باعتقاده انه فى مرض الموت وما كان ليبيع لو علم انه سيشفى .

١٠٦ - اتصال التعاقد الآخر بالغلط :

لما كان الغلط قد تحول طبقا للنظرية الحديثة - الى معيار ذاتي نفسي ، بعد ان كان وفقا للنظرية القديمة معيارا ماديا ، فقد تحتم ألا ينفرد به المتعاقد الذى وقع فى الغلط دون أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه . والا تززع التعامل ولم ينضبط . اذ لا يأمن اى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن اليه قد انهار بادعاء صاحبه انه وقع فى غلط لا علم للطرف الآخر به .

ومن ثم كان الواجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط حتى ينضبط التعامل . فهذا المتعاقد الآخر ينبغي أن يكون اما مشتركا فى الغلط ، واما أن يكون غير مشترك فيه ولكنه يعلم أو يستطيع أن يعلم به . ففي هذه الحالات لا يدع المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، للمتعاقد الآخر سببا للزعم بأنه فوجئ . بطلب ابطال العقد ، فقد ثبت ان هذا المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الحالة الاولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بابطال العقد ، وهو فى الحالة الثانية سىء النية وابطال العقد جزاء حق لسوء نيته ، وهو

(١٨) نقلا عن الوسيط ص ٣٢٤ .

في الحالة الثالثة مقصر وتعويض التصير ابطال العقد ، اما اذا كان المتعاقد الآخر غير مشترك في الغلط ولا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه فالعقد صحيح ولا عبرة بالغلط الفردي الذي وقع فيه المتعاقد الاول ، وهنا نكون قد ضحينا بزيادة المتعاقد الحقيقية في سبيل استقرار المعاملات وأقمنا العقد على أساس من الارادة الظاهرة لا الارادة الباطنة^(١٩) .

١٠٧ - الغلط في التشريع العراقي :

حاول المشرع العراقي التوفيق بين الفقه الاسلامي وبين الفقه المدني في الغلط وانت تجد في نصوص هذا القانون ملامح واضحة من النظرية التقليدية للغلط كما تجد فيها بعض ملامح الفقه الاسلامي بارزة ظاهرة .
فقد عالج المشرع العراقي الغلط في اربع مواد (١١٧ - ١٢٠) عرض في الاولى منها للغلط في المحل وللغلط في الصفة الجوهرية فنص على انه (اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه . وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد) وواضح ان الحالة الاولى تمنع انعقاد العقد ، والحالة الثانية (فوات الوصف المرغوب فيه) تجعل العقد موقوفا . والنص بجملته مقتبس من الفقه الاسلامي (٣١٠ مجلة ، ٣٠١ مرشد الحيران)
وكلنا الحالتين تتفقان مع النظرية القديمة في الغلط .

وقد أخذ فقهاء الشريعة في تحديد (الوصف المرغوب فيه) بمعيار مادي موضوعي فقرروا ان تقدير الصفات المرغوب فيها أمر لا يرجع الى ارادة المتعاقد ونيته بل الى التجار وأهل الخبرة والى العرف . فمن اشترى بقرة للحرث وكان يريد لها غير حلوب ولكنه لم يشترط هذه الصفة صراحة

(١٩) مصادر الحق ج ٢ ص ١٠٧ .

في العقد ثم تبين له بعد ابرام العقد انها غير حلوب لايجوز له الطعن فسي
العقد بالغلط لانه لاعبرة بالتحفظ الذهني كما هو مقرر عند فقهاء القانون
المدني كذلك .

وتعرض المادة (١١٨) لثلاث صور من الغلط هي : الغلط في الصفات
الجوهرية للشيء ، والغلط في شخص المتعاقد او صفة من صفاته اذا كانت تلك
الصفة او تلك الذات هي السبب الوحيد او السبب الرئيسي في التعاقد ، والغلط
في امور تبسح نزاهة المعاملات اعتبارها عناصر ضرورية للتعاقد . اما عن
الغلط في الصفات الجوهرية ، فقد اخذ المشرع العراقي فيها بالمعيار الذاتي ،
لان الصفة الجوهرية للشيء يحددها - نظر المتعاقدين - واعتبارهما الخاص ،
على ان الاخذ بالمعيار الذاتي يقتضي ان يكون المعيار متعلقا بحالة نفسية قد
يدق الكشف عنها في بعض الاحيان . لذلك اتخذ القانون قرينة موضوعية
لتم عن هذه الحالة النفسية ففرض بان صفة الشيء تكون جوهرية ليس
فحسب اذا اعتبرها المتعاقدان كذلك وفقا لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل
ايضا اذا وجب ان يكونا قد اعتبرها كذلك وفقا لما لابس العقد من ظروف
ولما ينبغي في التعامل من حسن نية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب
ان يسود التعامل حسن النية يهديان القاضي الى تعرف نية المتعاقدين : فاذا
اشترى شخص من تاجر في الاثاث قطعة ظنها اثرية ثم اتضح انها ليست كذلك فمن
حق المشتري ان يقيم من واقعة انه تعامل مع تاجر في الاثاث قرينة على نيته
وفي ان يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الاخر وان يتمسك
بما ينبغي ان يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه ان يتحقق من
الصفة الاثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر الاثاث بل كان الواجب
على هذا ان ينه المشتري الى ان القطعة ليست اثرية لو كان عالما بذلك (٢) .

(٢٠) الوسيط ص ٣٢٠ .

واما عن الغلط في ذات التعاقد او صفته : فانه لا يعرض الا فسى
العقود التي تراعي فيها شخصية التعاقد • والمهم في هذه الصورة تحديد هذه
العقود • يجب ان نستبعد اولا الاعمال القانونية التي تتعلق بالحقوق غير
المالية كالزواج فالغلط في شخص الزوج او الزوجة غلط معيب بلا ريب •
اما في نطاق التصرفات المالية فنقول ان القاعدة فيها ان عقود المعاوضات
لاتراعي فيها شخصية التعاقد وهي تعتبر في عقود التبرعات • على ان هذه
القاعدة ليست صحيحة على اطلاقها : فهناك عقود تبرع لا تراعي فيها شخصية
التعاقد كالتبرع للمؤسسات او الوقف على الفقراء او الهدايا التي تقدم في
مناسبات الافراح •

وهناك عقود معاوضة تراعي فيها شخصية التعاقد كالتعاقد مع اصحاب
المهن الحرة (الطبيب والمهندس والمحامي والرسام والمغنى الخ •) وكالعقود
التي تقوم على فكرة الثقة المتبادلة كالشركة والتأمين ، والكفالة ، والوعدة
والمزارعة والمغارسة •

ولهذا يجب ان يترك تحديد هذه العقود او تلك الى القضاء يبحث كل
حالة على حدة ويستخلص من طبيعة العقد وملابساته وارادة المتعاقدين متى
تكون شخصية التعاقد او صفته محل اعتبار ومتى لا تكون كذلك •

واما عن الغلط في الامور التي تبيح نزاهة المعاملات اعتباره عنصرا
ضروريا لصحة العقد فانه يدخل في هذه الصورة من صور الغلط ، الغلط
في القيمة والغلط في الباعث فمن باع سندا بقيمته العادية وهو يجهل انه
كان قد ربح جائزة ، ومن اشترى حصانا ظنا منه ان حصانه قد نفق ثم تبين
انه لم يموت ، يستطيع ان يتمسك بالغلط (اذا توافرت شروطه الاخرى التي
تقضي بعلم الطرف الاخر به) تطبيقا لهذه الصورة • وواضح ان المشرع
العراقي يأخذ في هذه الحالة بالنظرية الحديثة للغلط ، وان هذه الصورة
تكاد تحيط بكل حالات الغلط المتقدمة ولهذا فقد حذف لجنة مراجعة القانون
المصري هذا النص من ذلك التشريع •

ثالثا - التفرير مع الغبن

تمهيد :-

تقرر التشريعات الغربية ومعظم تشريعات الدول العربية ، الى جانب الاكراه والغلط عيين آخرين من عيوب الرضا هما التدليس (التفرير) والغبن ولكن المشرع العراقي خالف هذه التشريعات وجرى على نهج الفقه الاسلامي في اشتراط اقتران الغبن بالتفرير حتى يعتبر عيبا من عيوب الرضا ، فالغبن وحده لا يمنع من نفاذ العقد ما دام لم يصحبه تفرير (م/١٢٤م) ونحن نسير على غرار التشريع العراقي في هذا الموضوع فنضرب صفحا عن بحث كل من التدليس والتفرير في الفقه الاجنبي .

١٠٨ - التفرير :

هو الخداع لغة ، وهو قانونا اغراء المتعاقد وخديعته ليقدم على التعاقد . ظانا انه في مصلحته والحقيقة خلاف ذلك .

والتفرير نوعان : فعلى وقولى

فالاول - هو استعمال طرق احتيال مادية لتفرير المتعاقد وانتزاع رضاه ، كصبغ الثوب ، او السيارة حتى تبدو جديدة ، وكوضع طبقة عليا جيدة من البضاعة ، وكجمع اللبن في الضرع حتى يبدو الحيوان كثير الحليب (المصراة) وكزيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع بالمزايدة زيادة غير حقيقية ليشتريها شخص حسن النية باكثر من ثمنها الحقيقي (النجش) .

وحكم التفرير الفعلى عند فقهاء الشريعة انه يجعل العقد غير لازم أى انه يعطى للمغرور حق فسخ العقد عملا بخيار فوات الوصف او بخيار (التفرير) . والثاني (التفرير القولى) وهو مبالغته صاحب السلعة في وصفها وبيان محاسن ليست فيها . وهذا النوع وان كان منها عن شرعا الا انه لا يؤثر على صحة العقد الا اذا صحبه غبن .

والقاعدة ان مجرد الكذب لا يعتبر تفريرا قوليا . الا ان الفقه الاسلامي

يعرف عقودا تقوم على الامانة والصدق فمجرد الكذب فيها تغرير بل ان
السكوت وعدم البيان يعتبر تغريرا كذلك . وقد مثل المشرع العراقي لهذه
العقود (بالمرايحة والتولية ، والاشراك ، والوضعية) والمرايحة بيع
السلعة بالثمن الذى اشترت به مع ربح معين ، وعكسها الوضعية والتولية
بيع السلعة بما اشترت به ، والاشراك هو المشاركة فى السلعة او المال على
اساس الثمن الذى اشترى به .

ومن أمثلة عقود الامانة كذلك التأمين على الحياة ، فمن كتم عن
شركة التأمين اصابته السابقة بامراض خطيرة عد كتمانته تغريرا .

١٠٩ - الغبن :

هو عدم التعادل بين ما يأخذه الانسان وما يعطيه ، فهو غابن اذا اخذ
اكثر مما اعطى مغبون اذا اعطى اكثر مما اخذ .

والغبن كالتغريير نوعان : يسير وفاحش

فاليسير هو الذى يتسامح فيه عادة ولا يمكن تجنبه فى المعاملات وهذا
الغبن بالاجماع ليس عيبا من عيوب الرضا بل هو من باب التساهل الذى
ناتى الرسول (ص) على فاعله حيث قال (ان الله يحب الرجل سهل البيع
سهل الشراء) او ما فى معناه .

والغبن الفاحش هو الذى لا يتسامح فيه عادة . وقد اختلف الفقهاء
فى تعيين ضابطه ومقداره فاخذ بعضهم بمعيار مادية يحدد قيمة الشيء وفقا
لقانون العرض والطلب ثم يحدد بعد ذلك درجة الغبن ومقدار نسبتها ،
ولكنهم اختلفوا فى تحديد هذه النسبة وتراوحوا بين الثلث وربع العشر ،
والغالب عندهم ان الغبن الفاحش ما زادت نسبته عن (الخمس) اى خمس
القيمة .

واخذ بعضهم بمعيار مادية أكثر مرونة ، فعندهم ان الغبن
الفاحش مالا يدخل فى تقويم المقومين مثال ذلك اشترت سيارة بالف دينار

وادعت الغبن فعرض الامر على المقومين (وهم اهل الخبرة) فقدرها احدهم بـ (٩٠٠ دينار) وقدرها ثان بـ (١١٠٠ دينار) وقدرها ثالث بـ (٨٠٠ دينار) .
لاغبن في هذه الحالة لان الثمن دخل في تقويم المقومين (وقس على هذا)
وذهب فريق من الفقهاء الى ان الغبن الفاحش هو مالا يتغابن فيه الناس عادة
ويترك تقديره الى العرف والعادة (٢١) .

١١٠ - وقد اختلف فقهاء الشريعة في اثر الغبن الفاحش على العقد :
فذهب بعضهم الى انه لا اثر لهذا الغبن على العقد مطلقا سواء صاحبه تغرير
اولا ، لقوله (ص) « دعوا الناس في غفلاتهم يرزق بعضهم بعضا » والى هذا
ذهب الشافعي .

وذهب آخرون الى ان هذا الغبن وحده - وان لم يقترن به تغرير -
يفسد العقد لان المغبون أصابه ضرر ، والضرر يزال .

وذهب فريق ثالث الى ان هذا الغبن لا يؤثر على العقد الا اذا صاحبه
تغرير وهذا هو الرأي الغالب وبه أخذ المشرع العراقي كقاعدة عامة
استثنى منها بعض حالات جعل مجرد الغبن الفاحش فيها سببا لابطال العقد
(لا مجرد وقفه) وهذه الحالات هي :-

- ١ - اذا كان المغبون محجورا .
 - ٢ - اذا كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة .
 - ٣ - اذا كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الوقف (م / ١٢٤ / ٢) .
- كما اقر في الفقرة الثالثة استثناء عكسيا نص فيه على انه لا يجوز
الطعن بالغبن في العقد الذي يتم بطريق المزايدة العلنية .

(٢١) انظر : الموجبات للمحصاني ج ٢ ص ١٨٦ ، تحرير
المجلة - لكاشف الغطاء ج ٢ ص ١٠١ مؤلفي : مصادر الالتزام
ص ١٠٦ - ١٠٧ .

رابعاً - الاستغلال

(L'EXPLOITATION)

١١١ - تقرر المادة (١٢٥) انه « اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته ، أو طيشه ، أو هواه أو عدم خبرته ، أو ضعف ادراكه ، فلحقه من تعاقدته غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ، ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول ، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه» (٢٢) .

ويورد استاذنا السنهوري امثلة تطبيقية بارزة من القضاء المصري للاستغلال فيقول (كثيراً ما يعتمد رجل طاعن في السن الى الزواج من امرأة لاتزال في مقتبل العمل ، وليس من النادر ان تعتمد الزوجة الى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى فتسكتبه من العقود لنفسها واولادها ما تشاء . وقد تتزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى فيعمد الزوج الى استغلال الزوجة وابتزاز اموالها عن طريق عقود يملها عليها ، وقد تشتري الزوجة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجها جديد فيطلقها الزوج لقاء مبلغ طائل من المال ، وقد يلقي الطيش والنزق بشاب وراث مالا كثيراً في أيدي المرايين والمستغلين فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون في ذلك نزقه الشديد وطيشه البين . فالاستغلال ليس بالامر النادر بل هو شيء يقع في الحياة واذا وقع كان القضاء في أشد الحاجة الى نص يعالج به ما يعرض له من الاقضية في ذلك» (٢٣) .

واذا كان المشرع قد عد الاستغلال عيباً رابعاً من عيوب الارادة فليس معنى هذا انه عيب مستقل تمام الاستقلال عن العيوب الاخرى .

(٢٢) مقتبسة من المادة ١٣٨ الماني .

(٢٣) الوسيط ص ٣٩٨ .

فهو يقترب من الاكراه ، وان لم يكن اكراها ، كما في حالة الهوى ، وهو يقترب من الغلط أو من التغرير مع الغبن ، وان لم يكن واحدا منهما ، كما في حالة الطيش او عدم الخبرة أو ضعف لادراك .

بعد هذه الكلمة التمهيدية نتكلم في عناصر الاستغلال وفي جزائه

القانوني .

اولا - عناصر الاستغلال :

للاستغلال عنصران مادي (وهذا هو الغبن الفاحش) ومعنوي (وهو استغلال أحد المتعاقدين للآخر) :

١١٢ - العنصر المادي :

وهو كما قلت هذا الغبن الفاحش الذي لحق الطرف الضعيف . ولمعرفة توفر هذا العنصر أو عدم توفره ينبغي مقارنة قيمة كل من الادائين ، مع أخذ القيمة الشخصية للاداء المقابل بعين الاعتبار . فاذا فرضنا ان شخصا لديه مجموعة من المسدسات ينقصها مسدس معين فانه قد يدفع في سبيل شرائه اضعاف ثمنه ومع هذا لا يعتبر العنصر المادي متوافرا في هذا المثل لأن قيمة المسدس عند المشتري تعادل الثمن الذي دفعه لا قيمة المسدس وفقا لقانون العرض والطلب .

وتقدير جسامته الاختلال أو الغبن الفاحش منوط بالقاضي ، وهو اذ يفصل في هذه المسألة يفصل في مسألة واقع فلا رقابة لمحكمة التمييز عليه . وقد يعطي المشرع احيانا بعض توجيهات للقاضي يسترشد بها في تقدير جسامته عدم التعادل كما هو الحال في المساعدة والانقاذ البحريين ، اذ يراعي القاضي عند تقدير المكافأة الفائزة التي تحققت ، والمجهودات التي بذلت ، والخطر الذي كان يتهدد السفينة ، وعدد ركابها ، وما تحمل من بضائع ، والوقت الذي استغرقته عملية الانقاذ ، والمصاريف أو الخسائر التي بذلت أو وقعت . . . الخ .

١١٣ :- العنصر النفسى :

وهو استغلال ضعف معين فى التعاقد •
فلهذا العنصر جانبان فهو من ناحية المستغل (نية الاستغلال) وهو
من ناحية المستغل (حالة الضعف) •
اما عن نية الاستغلال فاعني بها أن تكون لدى (المستغل) نية الافادة
من حالة الضعف التي تحيط بالطرف الآخر •
واما عن حالة الضعف فيلاحظ ان المشرع العراقي حددها بالحالات
الآتية :-

١١٤ - أ - الحاجة :

(وهي الضائقة) التي تدفع الانسان للحصول على الشيء مشال ذلك
احتياج مريض الى اجراء عملية عند طبيب معين واستغلال الطبيب لهذه
الحاجة •

وليس من الضروري أن تقترن (الحاجة) (بالفقر) فقد يكون
المحتاج غنيا مشال ذلك أن (يحتاج) مالك دار عامرة لا حديقة لها الى شراء
ارض مجاورة لاتخاذها حديقة لداره فيستغل مالك الارض هذه الحاجة •

١١٥ - ب - الطيش :

وهو عبارة عن نزق وخفة وتسرع وسوء تدبير ، فالطيش ليس سفها
اذ قد يقدم الانسان العادى على عمل طائش فى لحظة من لحظات التحمس
والاستفزاز • ولا يشترط فى الطيش أن يكون مستمرا ، فالشخص الذى
يتنازل عن تعويض جسيم دون مبالاة بخطورة الضرر الذى لحقه طمعا فى
الحصول على مبلغ نقدى زهيد شخص طائش وان لم يكن معروفا بذلك
فى شؤونه الاخرى •

١١٦ - ج - الهوى :

وهو الرغبة الشديدة التي تدفع الانسان للحصول على شخص أو

شيء مقابل أى ثمن ولعل من أبرز أمثلة الهوى ما فعلته إحدى الثريات التي وقعت فى حب ممثل مشهور فقد اختلعت نفسها من زوجها - للزواج من هذا الممثل - بمبلغ جسيم قدره خمسون الف دينار .

١١٧ - د - عدم الخبرة : اى عدم التمرس فى الصفقات .

فقد أراد المشرع بهذه الحالة حماية (الغنيم) (وهو الجاهل بالامور الذى يقدم على الامر دون نظر ولا فكر)^(٢٤) وبهذا يقترب عدم الخبرة من الطيش من ناحية ومن الغفلة من ناحية اخرى .

ولكن الغفلة وهن فى القوى العقلية وعدم الخبرة ليس كذلك .

وفى حالة الطيش يكون الادراك غير السليم لنتائج العتد نتيجة لارادة مبصرة ، اما فى حالة عدم الخبرة فان هذا الادراك غير السليم ناشئ عن معرفة غير تامة بشؤون الحياة فعديم الخبرة لا يستطيع رؤية النتائج المترتبة على تصرفاته .

ولعل من أوضح الامثلة على عدم الخبرة ما يعرف فى الفقه الاسلامي بتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادى .

١١٨ - ه - ضعف الادراك :

وهو عبارة عن حالة السفه أو الغفلة (الواقعية) وبيان ذلك : ان المشرع وان كان قد رسم طريقا خاصا لحماية كل من السفه وذى الغفلة الا أن هذه الحماية غير كاملة . فقد قلنا ان كلا من السفه وذى الغفلة غير محجور لذاته وانه لا يعتبر محجورا الا بعد صدور قرار من المحكمة بذلك ، وعلان هذا القرار بالطرق القانونية المقررة (م ٩٥) .

ويترب على هذا ان جميع التصرفات التي تصدر من السفه أو ذى الغفلة قبل الحجر عليه من قبل المحكمة تعتبر صحيحة نافذة ، فأراد المشرع

(٢٤) انظر المعجم الوسيط - والمحيط للفيروز ابادي .

بالحالة المتقدمة حماية كل هؤلاء من الاضرار التي تلحق بهم من هذه التصرفات عن طريق فكرة الاستغلال .

فمثل هذه التصرفات التي تصدر من السفیه أو ذی الغفلة قبل الحجر عليه لا يمكن الطعن فيها الا عن طريق الاستغلال متى توافرت عناصره .

١١٩ - ٢ - جزء الاستغلال :

يفرق المشرع في هذا الصدد بين عقود المعاوضات من جهة وبين عقود التبرعات من جهة اخرى .

١ - عقود المعاوضة (رفع الغبن)

تعطى المادة (١٢٥) لمن كان ضحية الاستغلال طلب رفع الغبن الفاحش عنه الى الحد المعقول . وهذا الحل أفضل كثيرا من الحل الذي أقرته بعض القوانين^(٢٥) وهو ابطال العقد بالنسبة لمن كان ضحية الاستغلال يتفق حكم المشرع العراقي مع مصلحته ، ذلك ان ابطال العقد يحرم هذا المتعاقد من المنفعة التي كان يحصل عليها من ابرام العقد ، ويكفي أن نضع امام أعيننا حالة (الاحتياج) اذ يكون لابطال العقد في هذه الحالة اسوأ العواقب ما دامت حالة الاحتياج قائمة .

والحكم عادل كذلك بالنسبة للمستغل ، وهو يتفق كذلك مع مصلحة الغير حيث يجد في ظلالة حماية لا يجدها في ظلال الابطال .

ويرفع القاضي الغبن اما بزيادة التزامات المستغل ، واما بانقاص التزامات المستغل (المعبون) ، ولا يلتزم القاضي في هذا الصدد أن يجعل التزامات الطرفين (متعادلة) وانما يكفي في ذلك أن يزيل (الغبن الفاحش) وهو اذ يفصل في هذه المسألة يفصل في مسألة وقائع لا رقابة لمحكمة التمييز فيها .

(٢٥) المادة ١٢٨ (الماني) .

ب - عقود التبرع : (نقض العقد)

يعتبر العقد في هذه الحالة (غير لازم) بالنسبة للطرف الضعيف فله نقضه •

و ينبغي في كلتا الحالتين رفع دعوى الغبن في خلال سنة من (وقت إبرام العقد) • ومدة السنة هنا (مدة سقوط) لا مدة تقادم •

واحتم الكلام في الاستغلال عن موقف الفقه الاسلامي منه •

نستطيع أن نلمس (بعض) معالم نظرية الاستغلال في كتب الفقه الاسلامي •

فقد قرر بعض فقهاء الشريعة ان « بيع المضطر وشراؤه فاسد ، وهو أن يضطر الرجل الى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع الا بأكثر من ثمنها بكثير » وواضح ان هذا النص ليس الا صورة من صور (استغلال الحاجة) •

وقرروا كذلك « خيار الغبن يثبت في صورة تغير البائع المشتري بأن كان المشتري غنيا لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه معتراً بقوله ، فله خيار الغبن » وهذا مثال لاستغلال حالة الجهل أو عدم الخبرة • واكتفي بما تقدم في الكلام عن الغبن ، وبه ينتهي الكلام عن الركن الاول من اركان العقد ، وهو الرضا ، انتقل بعده الى الركن الثاني وهو المحل •

المبحث الثاني

المحل :- L'objet

١٢٠ - تقضي المادة (١٢٦) بأنه « لا بد لكل التزام ينشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ، ويصح أن يكون المحل مالا عيناً كان أو منفعة أو أي حق مالي آخر ، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً

عن عمل * * (المادة ٣٠٢ مرشد الحيران) *

يفهم من هذا النص ان المحل ركن في (الالتزام) لا في العقد ، وكان المنطق القانوني المجرد يقضي بدراسة المحل كركن في الالتزام لا في العقد ، ولكن لما كان المحل في الالتزامات غير العقدية يحدده القانون ، لهذا فان الاهمية العملية لدراسة المحل لا تظهر الا في الالتزامات الناشئة عن العقد ، وهذا ما جعلنا ننحرف عن الدقة العلمية بعض الشيء ونبحث المحل - وكذلك السبب - كركن من اركان انعقاد العقد *

ومحل العقد هو الشيء الذي يلتزم به المدين أو هو (المعقود عليه) *

وينحصر الكلام عن المحل ، بعد تعريفه ، في بيان شروطه *

شروط المحل

يشترط في المحل توافر الشروط الثلاثة التالية :-

١ - أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود *

٢ - أن يكون معينا أو قابلا للتعين *

٣ - أن يكون قابلا للتعامل *

الشرط الاول :- شرط الوجود (او الامكان) : قلنا ان محل

الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين ، وعرفنا من قبل ان هذا المحل اما

أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل ، واما أن يكون (اعطاء شيء) أي نقل

ملكية أو أي حق عيني آخر *

١٢١ - أ - فإذا كان المحل عملاً أو امتناعاً عن عمل فإن مظهر

وجوده هو (امكان) القيام به *

وعلى هذا يشترط في هذا العمل أو الامتناع أن يكون (ممكناً) اذ

لا التزام بمستحيل كما يقال * وبهذا قضت المادة (١٢٧) بنصها على انه

* ١ - اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلا *

٢ - اما اذا كان مستحيلا على المدين دون أن تكون الاستحالة فى ذاتها
مطلقة صح العقد والزم المدين لعدم وفائه بالتزامه » •

يفهم من هذا النص ان الاستحالة نوعان : مطلقة ونسبية •

ويراد بالاستحالة المطلقة أن يكون العمل أو الامتناع مما لا يستطيع

أحد القيام به •

وقد ترجع هذه الاستحالة الى طبيعة الالتزام فى ذاته ، كأن يتعهد
شخص بعبور المحيط بسباحة ، أو بعدم التنفس ساعة كاملة مقابل مبلغ من
المال • وقد ترجع الاستحالة المطلقة الى نص القانون : كأن يتعهد محام
برفع استئناف فى دعوى لا تقبله ، أو بعد فوات مواعده •

ولا يراد بالاستحالة المطلقة عدم امكان تصور وجود المحل ، بل يكفي
أن يكون المحل مستحيل التنفيذ بالنسبة للناس كافة (وقت ابرام العقد) •
فالالتزام بالصعود الى المريخ أو بيع عين موقوفة وفقاً خيراً باطل لاستحالة
المحل ، وان كان من الجائز تحققه بعد ذلك نتيجة تقدم المخترعات والوسائل
العلمية أو نتيجة صدور قانون بحل الاوقاف كلها ذريها وخيرها •

ويقصد بالاستحالة النسبية أن يكون تنفيذ محل الالتزام غير ممكن
بالنسبة للمدين لا بالنسبة للناس كافة ، مثال ذلك أن يتعهد شخص غير
فنان برسم صورة زيتية لآخر ، أو ان يتعهد باحياء حفلة غنائية أو تصليح
آلة ميكانيكية • ولا أثر لهذه الاستحالة على العقد ، فينقذ العقد صحيحاً
ملزماً وتترتب عليه جميع آثاره ويحكم على المدين بالتنفيذ العيني القهرى
أو بالتعويض على حسب الاحوال ، وعلى هذا الاساس حكمت محكمة
باريس على رسام شهير كان قد تعهد برسم صورة معينة ، بالتعويض بالرغم
من ادعائه بأنه لم يعد يملك (الايحاء) الذى يمكنه من تنفيذ ما تعهد به (٢٦) •

(٢٦) مازور دروس فى القانون المدني ج ٢ ص ١٩٤ •

١٢٢ - ب واما اذا كان محل الالتزام اعطاء (Dare) اى نقل ملكية أو أى حق عيني آخر ، فاننا نفرق فى هذه الحالة بين فرضين :

اولهما : أن ينصرف قصد المتعاقدين الى التعامل فى شيء موجود فى الحال ، وفى هذا الفرض يشترط فى المحل أن يكون موجودا وقت التعاقد ، فاذا لم يكن موجودا وقت التعاقد كان العقد باطلا حتى ولو كان وجود الشيء فى المستقبل أمرا محتملا . فاذا باع شخص من آخر نتاج حيوان على انه موجود فعلا ، وتبين بعد ذلك ان النتاج لم يولد ، فالبيع باطل ولا يصح العقد حتى لو ولد النتاج بعد التعاقد .

وثانيهما : أن ينصرف قصد المتعاقدين الى التعامل فى شيء ، ان لم يكن موجودا فى الحال فهو ممكن الوجود فى المستقبل ، وفى هذا الفرض لا يشترط فى المحل أن يكون موجودا وقت التعاقد ، بل ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشيء موجودا ما دام ممكن الوجود فى المستقبل . ففي المثل المتقدم اذا لم يقصد المتعاقدان التعامل فى نتاج موجود فعلا يصح العقد حتى لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد ما دام انه يولد بعد ذلك (٢٧) .

١٢٣ - التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة :- واذا كانت القاعدة العامة هي جواز التعامل فى الاشياء المستقبلية ، الا ان المشرع أورد عليها استثناءا خطيرا فى الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) التي قضت بأن « التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل » . وهذه الفقرة مقتبسة من التشريع الفرنسي (٢/١١٣٠) الذى ورثها بدوره عن القانون الرومانى ، ويشمل المنع فى هذه الحالة جميع ضروب التصرفات سواء صدرت من المورث أو من الوارث ، وسواء وقع التصرف على كل التركة أو على جزء شائع فيها أو على مال معين منها باعتباره عنصرا من عناصرها ، وسواء صدر التصرف

(٢٧) مصادر الحق ج ٣ ص ٧ - ٨ .

من المورث نفسه أو من وارث محتمل • فلا يجوز للمورث أن يتصرف حال حياته في تركته المستقبلية (بأن يبيع جميع تركته بما في ذلك امواله وديونه الحاضرة والمستقبلية) كما لا يجوز له أن يتفق مع وارث محتمل على اعطائه نصيبا من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعي ، كما لا يجوز له أن يتفق مع اجنبي على اعطائه نصيبا من التركة يأخذه بعد موته • فالمورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذلك الا عن طريق الوصية • وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في انها يجوز الرجوع فيها الى حين موت الموصي ، وفي انها لا تجوز الا في حدود الثلث (٢٨) •

وإذا باع الوارث المحتمل الى وارث محتمل آخر أو الى اجنبي ما سيرته من أبيه كان البيع باطلا لأنه انصب على عين داخلية في تركة مستقبلية • وكالبيع الهبة والاجارة وتقديم جزء من التركة كبديل صلح أو كنصيب في شركة •

١٢٤ - موقف الفقه الاسلامي :- قلنا ان القاعدة في القانون المدني العراقي هي جواز أن يكون محل العقد شيئا مستقبلا •

وهذه القاعدة تخالف ما يجري عليه جمهور فقهاء الشريعة • فعندهم ان القاعدة العامة هي عدم جواز أن يكون محل العقد شيئا مستقبلا ، الا اذا ورد النص على خلاف ذلك كما هي الحالة في بيع (السَّلَم) •

على أن بعض الفقهاء أجازوا التصرف في الاشياء المستقبلية ، الا اذا انطوى هذا التصرف على غرر فاحش ، وفي هذا المعنى يقول الفقيه الكبير (ابن القيم) « ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) ولا في كلام أحد من الصحابة ان بيع المردوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام • وانما في السنة النهي عن بيع بعض الاشياء التي هي معدومة كما فيها النهي عن بيع

(٢٨) المرجع السابق ص ١٠ •

بعض الاشياء الموجودة ، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود ، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر ، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما ، كييع العبد الآبق والبعير الشارد وان كان موجودا ، اذ موجب البيع تسليم المبيع فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار فإنه لا يكون الا بوكس ، فان امكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع وان لم يمكنه ذلك قمره البائع . وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهى عنه للغرر لا للعدم ، كما اذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته ، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله (٢٩) . وعلى هذا الاساس أجاز المشرع بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده ، ومعلوم ان العقد هنا يرد على موجود ومعدوم .

١٢٥ - الشرط الثاني - تعيين المحل :

تقضي المادة (١٢٨) بأنه « ١ - يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء أكان تعيينه بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت التعاقد ، أو ببيان الاوصاف المميزة له ، مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف . ٢ - على انه يكفي أن يكون المحل معلوما عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر . ٣ - فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل » .

سبق ان قلنا ان محل الالتزام اما ان يكون عملا او امتناعا عن عمل ، واما ان يكون نقل ملكية او اى حق عيني آخر .

فاذا كان محل الالتزام عملا او امتناعا عن عمل وجب ان يكون هذا

(٢٩) اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٨ - الطبعة المنيرية .

او ذاك معنا او قابلا للتعين على الاقل ، فلا يصح التعاقد مع مقاول على بناء منزل الا اذا حددت اوصاف هذا المنزل ومحتوياته صراحة او ضمنا •

وإذا كان محل الالتزام اعطاءً (اى نقل ملكية او اى حق عيني آخر) فان تعيين المحل يختلف باختلاف طبيعته ، فاذا كان المحل شيئاً من الاشياء المثلية ، فيجب ذكر الجنس والنوع والمقدار ، كأن تقول ابيعك عشرين قطارا من الحنطة العجيبة •

ويلاحظ ان الاشياء المثلية اذا عينت بظروف من الزمان او المكان قسام ذلك مقام تعيين مقدارها ، فالالتزام بتوريد (الفحم) اللازم لمطعم او حمام في مدة معينة ، والالتزام بتوريد غذاء لمستشفى او قسم داخلي في مدة معينة كذلك ، او بتقديم علف لحصان في مدة معينة ايضا التزام صحيح بالرغم من عدم ذكر المقدار صراحة لان المقدار هنا (قابل للتحديد) •

وإذا كانت الاشياء المثلية تتفاوت من حيث الجودة وجب تعيين درجة جودتها فان لم تعين الزم المدين بتقديم صنف متوسط •

وإذا كان المحل شيئاً معيناً بالذات فاننا نفرق هنا بين ما اذا كان هذا المحل موجوداً في مجلس العقد او كان غائباً عن مجلس العقد •

فاذا كان الشيء موجوداً فان العلم به يكون بالاشارة اليه • وان كان غير موجود فان العلم به يكون بوصفه (ابيعك سيارتى البيجو - موديل - ٠٠٠٠ الخ) •

وفي هذه الحالة الاخيرة يكون للمتعاقدين الذى تعامل على شيء لم يره (خيار الرؤية) فى بعض العقود وهى عند فقهاء الشريعة (البيع والاجارة ، والقسمة ، والصلح)^(٣٠) ولا يسعنا فى هذا المؤلف المقتضب شرح معنى هذا الخيار واساسه القانونى او الشرعى ، ونطاقه من حيث الاشخاص ومن حيث

(٣٠) انظر المادتين ٥١٧ و ٧٣٣ •

١٢٦ - **الشرط الثالث :- قابلية المحل للتعامل :** تقضى المادة (١٣٠) بأنه
 « ١ - يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام
 او للآداب والا كان العقد باطلا ٢ - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص
 الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة
 بالانتقال ، والاجراءات اللازمة للتصرف فى الوقف وفى العقار ، والتصرف
 فى مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبرى ،
 وسائر القوانين التى تصدر لحاجة المستهلكين فى الظروف الاستثنائية » .
 ويفهم من هذا النص انه يشترط فى المحل ان يكون مشروعا غير
 ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام ولا للآداب والا كان العقد باطلا .
 والاشياء التى تخرج عن نطاق التعامل نوعان : اشياء تخرج عن
 التعامل لانها بطبيعتها تأبى ان تكون محلا لحيازة احد ، واشياء يخرجها
 القانون عن التعامل .

مثال الاولى :

الاشياء المشتركة التى يشترك الناس جميعا فى الاتفاع بها كأشعة
 الشمس والهواء والماء الجارى فى الانهار ... الخ . الا انه يلاحظ
 بالنسبة لهذه الاشياء انه اذا احرزت منها مقادير معينة لغرض معين اصبحت
 داخلة فى داخلة فى نطاق التعامل (كالهواء المضغوط وماء الشرب الجارى
 فى الانابيب او الماء الخام كذلك) .

ومثال الثانية :

تركة الانسان الذى لا يزال على قيد الحياة كما تقدم بيان ذلك
 واموال الدولة العامة بالنسبة لبعض التصرفات التى تتعارض مع فكرة

تخصيصها للانتفاع العام ، واموال الوقف الخيري وبعض المواد والجواهر
السامة وانواع معينة من الاسلحة ... الخ .

١٢٧ - النظام العام :

وقد يكون المحل غير مشروع لمخالفته للنظام العام فما هو المقصود
بالنظام العام ؟ ان الافكار العامة الشائعة التي تتجافى طبيعتها عن ان تنحصر
في حدود ضيقة هي اكثر الافكار استعصاء على التعريف ونفورا منه .
وفكرة النظام العام مثال حي على ما نقول .
وعلى كل حال فان فكرة النظام العام فكرة مرنة متغيرة بتغير الزمان
والمكان وهي في تغيرها هذا تعكس وجهة نظر المجتمع الى القانون ووظيفته
والى الدولة ومهمتها ، فحيث يسود المذهب الفردي تضيق هذه الفكرة ،
وتتسع دائرتها عندما تسود المذاهب الاشتراكية وهي على كل حال منفذ
واسع ينفذ منه القاضي لتفسير القواعد القانونية وتشكيلها بما ينسجم مع
النظم والقواعد الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية السائدة فى
المجتمع .

بعد هذه الكلمة الموجزة فى التعريف بالفكرة نضرب لها بعض
الامثلة ونقصرها على القانون المدني ما تعلق منه بالاحوال الشخصية وما
تعلق منه بالاحوال العينية .

١٢٨ - ١ - مسائل الاهلية وعلاقات الاسرة :

تظهر فكرة النظام فى هذه المسائل ظهورا قويا واضحا فالحالة المدنية
التي يثبتها القانون للشخص تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على
تغيير الجنسية دون اتباع الاجراءات الخاصة بذلك ، ولايجوز الاتفاق على
تغيير الموطن او الاسم ولا يستطيع البالغ سن الرشد ان يتفق مع آخر
على اعتباره ناقص اهلية او عديمها ولا على اعتبار ناقص الاهلية او عديمها
كامل الاهلية .

وفي نطاق علاقات الاسرة : لايجوز الاتفاق بين الزوجين على تعديل
الاثار الجوهرية لعقد الزواج فاتفق الزوجين على تنازل الزوج عن حقه
في القوامة او في الطاعة او في الطلاق باطل ، والقواعد التي تنظم السلطة
الابوية تعتبر من النظام العام وكذلك القواعد المتعلقة بالنفقة والمدة
والحضانة وقواعد الانتقال بالنسبة للاراضي الاميرية .

١٢٩ - ب - الحقوق العينية :

تعتبر القواعد الاساسية التي تنظم حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه
من النظام العام : فشرط عدم التصرف باطل الا اذا كان مؤقنا ومبينا على
مصلحة جديدة مشروعة ، واتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة تزيد
عن خمس سنوات باطل (م١٠٧٠) والاتفاق على غلق الرهن باطل (١٣٠١)
وغلق الرهن هو الاتفاق الذي يعطى للمرتهن حق تملك المرهون بالدين
او بأى ثمن عند عدم دفع المدين الراهن الدين في موعده المحدد . وتقسيم
الاموال الى منقول وعقار من النظام العام والارتفاق تكليف لعقار على عقار
فالاتفاق على انشاء حق ارتفاق شخصي باطل .

١٣٠ - ج - الالتزامات :

الاتفاق على عدم التمسك بالظروف الطارئة باطل (٢/١٤٦) والاتفاق
على تقاضي فوائد تزيد عن ٧٪ فيما جاوز هذا الحد باطل (١٧٢م) والاتفاق
على نزع سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي باطل (١٧٠) والاتفاق
على اعفاء احد المتعاقدين من مسؤوليته العقدية حتى ولو كانت نتيجة غش
أو خطأ جسيم باطل (٢٥٩) . والاتفاق على اسقاط حق العامل في فسخ
عقد العمل لمدة تزيد عن خمس سنوات باطل (٩٠٢) والامثلة كثيرة نكتفي
منها بما تقدم .

١٣١ - واخيرا يجب ان لا يكون المحل مخالفا للاداب فالاتفاقات التي
تنصب على بيوت الدعارة اذا كان من شأنها انشاء او استغلال او ادارة هذه

اليوت او الخدمة والعمل فيها والاتفاقات التي تنصب على انشاء علاقات جنسية غير مشروعة والاتفاقات التي يراد منها تشجيع المقامرة اتفاقات باطلة لمخالفتها للاداب • وبهذا ينتهي الكلام عن المحل ، ننتقل بعده الى بحث الركن الثالث ، وهو السبب •

المبحث الثالث

السبب (La Cause)

١٣٢ : تقضى المادة (١٣٢) بأنه « ١ - يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع او مخالف للنظام العام او للآداب ٢ - ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك • ٣ - اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك » •

ويمكن تعريف السبب بأنه : الغرض المباشر من التعاقد ، ولهذا قال الفقهاء ان السبب هو جواب من يسأل لم التزم المدين؟ وذلك في مقابلة المحل الذي هو جواب من يسأل : بم التزم المدين •

ولكن المدين يقصد بالتزامه غايتين : احدهما غاية قريبة والآخرى غاية بعيدة • مثال ذلك ان المشتري يلتزم نحو البائع بدفع الثمن ، والغاية القريبة من وراء التزامه هذا هي الحصول على العين المبيعة ، اما الغاية البعيدة فقد تكون ، السكن او الايجار او الاستغلال التجارى •

فأى من هاتين الغايتين هي سبب الالتزام ؟

تجيب النظرية التقليدية على هذا السؤال بان سبب الالتزام هو (الغرض المباشر) او الغاية القريبة التي قصد اليها المتعاقد ، اما الغرض غير المباشر أو الغاية البعيدة فتسميها (الباعث) وهي لا تعدد بها بأى وجه من الوجوه •

أما النظرية الحديثة فأنها تذهب الى ان سبب الالتزام هو (الباعث الدافع) على النحو الذى سنوضحه عند شرح هاتين النظريتين .

١٣٣ - اولا : النظرية التقليدية فى السبب :-

تميز هذه النظرية بين ثلاثة انواع من السبب على النحو التالى :-

١ - السبب المنشئ : وتريد به (مصدر) الالتزام من عقد او ارادة منفردة او عمل غير مشروع . . ولا يعيننا هذا المفهوم هنا فستبعده .

٢ - السبب الدافع : وهو (الباعث) الذى دفع الملتزم الى ترتيب الالتزام فى ذمته فمن يشتري سيارة قد يكون الباعث له على شرائها استخدامه الخاص ، او استخدامها سيارة اجرة ، او استخدامها لنقل بضائع او مستخدمى محله او مصنعه ، او تقديمها هدية لولده او ابنته . وهكذا يظهر ان (الباعث) امر خفي غير منضبط ، لايمكن التعرف عليه بمجرد معرفة العقد ولهذا قال انصار هذه النظرية انه لا اثر لهذا (الباعث) على العقد .

٣ - السبب القصدى :- وهو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه وهذا المفهوم للسبب هو وحده الذى تقف عند هذه النظرية ، وتعتبره ركنا من اركان الالتزام .

أ - ففي العقود الملزمة للجانبين : سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الاخر فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية ، وقس على هذا عقود المعاوضة الاخرى كالاجارة ، والمقاوله ، والوكالة المأجورة وغيرها .

ب - وفي العقود الملزمة لجانب واحد :-
اذا كان العقد عينيا (كالعارية ، والوديعة ، والقرض بدون فائدة)

يكون سبب التزام التعاقد هو (تسلمه) محل العقد ، فسبب التزام «المستعير»
برد العين المعارة هو سبق (تسلمه) هذه العين وهكذا •

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد رضائياً ، كالوعد بالبيع أو بالشراء
أو بالاجارة فالسبب هو (اتمام) العقد النهائي •

ج - وفي عقود التبرع : سبب الالتزام هو (نية التبرع) ذاتها
بغض النظر عن الباعث الذي دفع اليه •

١٣٤ - نقد النظرية :

لاقت هذه النظرية (بل وفكرة السبب بوجه عام) خصومة شديدة
من عدد كبير من اعلام الفقه^(٣٢) ، وقد تزعم الفقيه الفرنسى الكبير
(بلانيول) قيادة الحملة ضد فكرة السبب هذه ، فهو يرى انها خاطئة من
جهة وعديمة الجدوى من جهة اخرى ، اما ان الفكرة خاطئة ، فذلك :-

١ - ان القول بان التزام كل من الطرفين فى العقود الملزمة
للجانين سبب لالتزام الطرف الآخر قول ياباه المنطق ، اذ انه يقتضى ان
يسبق احدهما الاخر ، فلا يجوز عقلا ولا منطقاً ان (يعاصر) السبب
المسبب ، ولا بد من ان يسبق اولهما الثانى •

يضاف الى هذا ان الاخذ بهذه النظرية يؤدي الى نتائج غير مقبولة
فاذا فرض ان احد الالتزامين المتقابلين لم ينفذ فان منطق النظرية يؤدي
الى القول ببقاء الالتزام الثانى لان سبب التزام احد الطرفين كما تقول
النظرية ، هو (التزام) الطرف الاخر لاتنفيذه ، وعلى ذلك يتصور ان
يبقى الالتزام ولو لم ينفذ الالتزام المقابل •

٢ - والقول بان سبب الالتزام فى العقود العينية الملزمة لجانب واحد

(٣٢) منهم على سبيل المثال : ارنست ، ولوران ، وبارتان ،
وبوردي ، وبارد ، ودامان ، وهيك ، وبلانيول وغيرهم •

هو (التسليم) قول غير صحيح فالتسليم ركن فى العقد لا يتصور قيام العقد بدونه • فالنظرية القديمة هنا تخلط السبب بالمصدر •

٣- والقول بان السبب فى عقود التبرع هو (نية التبرع) لامعنى له ، لانه اذا ثبت ان المتبرع رضى ان يتبرع فرضاؤه يتضمن حتما (نية التبرع) فاذا تبين ان هذه النية منعدمة فذلك لا يكون الا لان (الرضا) بالتبرع منعدم ، فتبطل الهبة لانعدام (الرضا) لا لانعدام السبب •

واما ان فكرة السبب عديمة الجدوى وغير ذات فائدة ، فذلك لانه يمكن التوصل الى ابطال العقود التى تهدف هذه النظرية الى ابطالها دون حاجة الى الاستعانة بها فى ذلك •

فالعقد العينى يكون باطلا اذا لم يقترن بالتسليم لا لانعدام سببه كما تقول هذه النظرية بل لانعدام ركن من اركانه •

وتبطل عقود التبرعات اذا انعدمت نية التبرع لا لانعدام سببها ، بل لان التبرع دون نية التبرع لا يكون تعهداً جدياً يقصد به احداث أثر قانونى وبالتالي يكون باطلا لانعدام ركن الرضا •

واما فى العقود الملزمة للجانبين فاننا نستطيع التوصل الى ابطال العقود التى يريد انصار نظرية السبب هذه ابطالها دون الاستعانة بهذه النظرية وانما يكفى فى ذلك ان نستعين بفكرة المحل من جهة وفكرة (ارتباط) الالتزامات المتقابلة من ناحية اخرى •

فاذا دفع شخص مبلغا من المال لآخر لقاء ارتكاب جريمة فالعقد باطل لعدم مشروعية المحل واذا تعهد شخص بدفع مبلغ من المال لآخر لقاء امتناعه عن ارتكاب جريمة فالعقد باطل كذلك لانعدام المحل لان الامتناع عن ارتكاب جريمة (واجب عام) لا يصلح ان يكون محلا لالتزام بالمعنى المفهوم فى نطاق القانون المدنى •

وإذا كان التزام احد الطرفين باطلا لانعدام محله او استحالته أو عدم مشروعيته أستتبع ذلك بطلان التزام الطرف الاخر لوجود (ارتباط) بين الالتزامين لايسمح بان يقوم احدهما دون الاخر .

١٣٥ - دفاع الاستاذ (كابيتان) عن نظرية السبب :-

قام الاستاذ كابيتان بدراسة ممتعة لنظرية السبب وكان من ابرز المدافعين عنها ، ولكنه اضطر الى تحويرها لتفادي حملات الخصوم عليها وليسهل بعد ذلك الاحتفاظ بها والابقاء عليها .

فهو يرى ان السبب في العقود الملزمة للجانبين ليس هو (التزام) الطرف الاخر وانما هو (تنفيذ) ذلك الالتزام . فلا يقتصر اثر السبب على الوقت الذي تتحد فيه الارادتان ويتولد الالتزام وانما يبقى هذا الامر ما دام الالتزام المقابل لم ينفذ تنفيذا كاملا . وهذا التحوير هو الذي يفسر جواز فسخ العقد وثبوت الحق في الدفع بعدم التنفيذ ، كما يفسر انفساخ العقد بقوة القانون عند هلاك محل احد الالتزامين او صيرورته مستحيلا بسبب اجنبى يطرأ بعد انعقاد العقد .

ويذهب الاستاذ كابيتان الى ان السبب في العقود العينية الملزمة لجانب واحد هو (تسليم العين) وفي هذا يتفق مع انصار النظرية التقليدية للسبب .

ويرد على الخصوم بقوله ان هذه العقود بطبيعتها عقود رضائية تتم باتحاد الارادتين فمصدر التزام المقرض أو المستعير أو الدائن المرتهن رهنا حيازيا هو عقد القرض او العارية او رهن الحيازة وسبب التزامه بالرد هو (تسلمه) للعين المعارة او المرهونة او المبلغ المقرض .

واما عقود التبرع فانه يرى ان سبب الالتزام فيها هو (نية التبرع) ولا ينبغي ان نخلط بين النية والرضا . فأرادة المتبرع يمكن تحليلها الى

عنصرين اولهما رغبته فى ان يلتزم - وهذا هو الرضا • وثانيهما نيته فى ان يكون التزامه هذا من غير مقابل وهذا هو نية التبرع - وهو بعينه سبب الالتزام •

وهذان العنصران يمكن ان ينفصلا فاذا كتب شخص لآخر سندا بدين فان الرضا يكون ثابتا لا محالة ، فاذا استطاع ان يثبت ان هذا الدين لاسبب له (ورقة مجاملة مثلا) امكن تصور وجود الرضا دون وجود السبب (اى نية التبرع) ، ولكن كابتان خلط فى عقود التبرعات بين (السبب) و (الباعث) حين جعل الباعث شرطا للتبرع مثال ذلك : ان يتبرع شخص بمبلغ معين من النقود على أن تنشأ به مدرسة او ملجأ للايتام، اعتبر كابتان أن انشاء المدرسة او الملجأ سبب للتبرع فاذا لم تنشأ جاز فسخ الهبة •

١٣٦ :- نظرية القضاء - نظرية الباعث الدافع

حطم القضاء الحاجز الذى تقيمه النظرية التقليدية (ونظرية كابتان) بين السبب والباعث ولكنه وقف من هذه البواعث الكثيرة عند ابرزها واقواها وهو (الباعث الدافع) •

وعلى هذا الاساس استطاع القضاء ابطال عقد البيع اذا كان غرض المشتري اعداد المنزل للقمار او للدعارة وابطال عقد القرض اذا كان غرض المقرض تمكين المقرض من المقامرة او من ادارة محل يدار للدعارة •• الخ • وابطال تبرع الخليل لخليلته اذا كان غرضه استمرار العلاقة غير المشروعة •

ولكن يصح هنا ان تساءل متى يكون هذا الباعث الدافع سببا للالتزام تتوقف عليه صحته او بطلانه ؟ هل انه يبطل العقد حتى ولو كان الطرف الاخر يجهله ؟ أم انه يشترط علم الطرف الاخر به ؟ ام انه يشترط ان يكون الطرف الاخر مساهما فى الباعث ام يجب ان يكون هذا الباعث متفقا عليه بين الطرفين ؟ واضرب مثلا لتوضيح هذه المراتب او الفروض الاربعة •

شخص يقترض نقودا من اخر ليقامر بها • قد يجهل المقرض غرض المقرض من أخذ النقود ، وفي هذه الحالة لا يعتد بالبائع • وقد يكون المقرض صديقا للمقرض عالما بغرضه دون ان يقصد تمكينه من المقامرة ، وهذه هي مرتبة العلم • وقد يكون المقرض مرابيا يستثمر ماله في اقراض المقامرين ، فيكون قد قصد تمكين المقرض من المقامرة • وهذه هي مرتبة المساهمة ، وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر معه المقرض ، وهذه هي مرتبة الاتفاق • فأى مرتبة من هذه المراتب يتطلبها القانون حتى يعتد بالبائع؟

نقول انه لا يجوز بداهة ان يعتد بالبائع الذي دفع احد المتعاقدين الى التعاقد اذا كان البائع مجهولا من التعاقد الاخر ، والا استطاع اى متعاقد ان يتخلص من التزاماته بدعوى ان البائع له على التعاقد من شأنه ان يجعل العقد باطلا ، ولهذا فقد استقر القضاء الفرنسى ، تحقيقا لاستقرار التعامل ، على اشتراط علم الطرف الآخر به سواء اكان فى مجال عقود المعاوضة أم فى مجال عقود التبرع •

١٣٧ :- تقدير نظرية السبب وموقف المشرع العراقى منها :- الواقع ان فكرة السبب ليست بالفكرة المنزهة عن التجريح والنقد ولاهى بالفكرة التى اجمعت التقينات على الاخذ بها ، فالقانون الالمانى مثلا لا يعترف للسبب بوجود مستقل خارج عن دائرة التعبير عن الارادة ، فللمتعاقدين ان يضمنا هذا التعبير ما يريدان من بواعث ودوافع فتصبح جرداً من التعبير عن الارادة يعتد بها بالقدر الذى يعتد بالتعبير نفسه ، فاذا جردا التعبير من سببه بأن اقتصرنا على التعبير عن الالتزام فى ذاته دون ذكر لسببه او للدافع فأن الالتزام يكون على هذا النحو التزاما مجردا ولا يعتد بهذا الباعث أو السبب المزعوم •

ويقف المذهبان الحنفى والشافعى من فكرة السبب موقفا يشبه موقف

القانون الألماني منه ففي هاذين المذهبين لا يعتد بالبائع أو السبب الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة فان لم يتضمنه التعبير فلا يعتد به ، وفي هذا يقول الامام الشافعي « واصل ما اذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا ففى الظاهر لم أبطله ، ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، واكره لهما النية اذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . وكما أكره للرجل ان يشتري السيف على ان يقتل به ، ولا يحرم على البائع ان يبيعه ممن يراه انه يقتل به ظلما لانه قد لا يقتل به ولا افسد هذا البيع ، وكما اكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد عليه البيع اذا باعه اياه لانه باعه حلالا وقد يمكن الا يجعله خمرا ابدا ، وفي صاحب السيف الا يقتل به احدا ابدا ، (٣٣) .

أما المذهبان المالكي والحنبلي - ومثلهما المذهب الجعفري - فان فكرة السبب فيها اقرب الى الفقه اللاتيني فالسبب فى هذه المذاهب هو البائع على التعاقد ويعتد به سواء ذكر فى العقد أو لم يذكر مادام معلوما من الطرف الآخر ، وعلى هذا لا يجوز فى هذه المذاهب بيع ارض بقصد بناء كنيس عليها ، او بيع خشب بقصد صنع صليب منه ، او بيع السلاح لقطاع الطرق او لاهل الحرب ، او بيع العنب لمن يعصره خمراً .

أما عن موقف المشرع العراقي من نظرية السبب فيلاحظ أن النص ذكر السبب دون أن يعين هل المراد به المعنى الضيق الذى تفهمه النظرية التقليدية أو المعنى الواسع (أى البائع الدافع) المفهوم للنظرية الحديثة . وقد عمد المشرع العراقي الى هذا الضرب من الصياغة المرنة حتى يأخذ القضاء العراقي بكل من النظريتين ، فيفهم السبب اولاً بالمعنى الذى تفهمه النظرية التقليدية ثم يفهمه ثانية بالمعنى الواسع المفهوم فى النظرية

ويبدو ان القضاء العراقي لا يزال مترددا بين هاتين النظريتين ، مع ميل واضح الى الاخذ بالنظرية الحديثة ، فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز في هذا المعنى مايلي « الصحيح في القانون ان السبب هو الباعث على التعاقد ، ولا يعتد بالباعث الا اذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين ، فاذا كان الباعث الذي دفع المشتري الى التعاقد غير مشروع ولا يعلمه البائع فلا يعتد به ، ويكون العقد صحيحا اعتبارا بالارادة الظاهرة ، ، ، ، ، وكل عقد كان صحيحا في ظاهره لا يبطل بتهمة ولا بعبارة بين المتعاقدين خصوصا اذا كان لا يستخلص هذا الباحث من طبيعة الارض المبيعة ، اذ انها تصلح لأغراض أخرى غير انشاء المباني . ولا يبحث عن السبب خارج العقد بل يكون العقد صحيحا بحسب الارادة الظاهرة ودون تجاوزها الى البحث عن النوايا الخفية ، ، ، ، فلا يعتد بالباعث الذي دفع الشركة المميزة الى التعاقد ما دام هذا الباعث مجهولا من الشركة البائعة ، والا استطاع كل متعاقد ان يتخلص من التزامه بدعوى الباعث له على التعاقد وهو أمر مستكن في خفايا الضمير ، ، ، ، ، (١)»

١٣٨ - اثبات السبب : تنص المادة (١٣٢) في فقرتها الثانية والثالثة على انه يفترض في كل التزام ان له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقد الدليل على غير ذلك . ٣٠ - اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، . فاذا لم يذكر السبب في العقد افترض القانون وجوده ، والقرينة

(٣٤) المذكرة لايضاحية - ملاحظات رئيس اللجنة على المادة ١٣٢ -

نقلا عن الاستاذ سلمان البيات ج ١ ص ١٢٥ .

(٣٥) ٩٦٧/ح/٦٥٤ - مجلة القضاء - كانون ثاني - مارت ١٩٦٨

ص ٦٦ .

هنا بسيطة قابلة لاثبات العكس • ويجوز اثبات هذا العكس بكافة طرق
الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن حتى ولو تجاوزت قيمة الدين عشرة
دنانير لان الثابت بقريئة بسيطة يجوز فيه بكافة طرق الاثبات •

واذا ذكر السبب في العقد اعتبر أنه هو السبب الحقيقي حتى يقوم
الدليل على خلاف ذلك • فاذا ادعى المتعاقد ان السبب المذكور غير حقيقي
(أى انه سبب صوري) وجب عليه اثبات ذلك بالطرق المقررة قانونا فلا
يجوز اثبات ما يخالف الثابت بالكتابة الا بالكتابة وكذلك الحال بالنسبة
للاتزام الذي تزيد قيمته على عشرة دنانير •

اما اذا ادعى بأن السبب الحقيقي غير مشروع فله ان يثبت ذلك
بجميع طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن ، حتى ولو كان السبب الصوري
مكوبا ، ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لان اخفاء عدم المشروعية غش يجوز
اثباته بجميع الطرق •

المبحث الرابع

اوصاف العقد

نظرية البطلان

اولا :- في الفقه الغربي

١٣٩ - قلنا ان للعقد اركاناً ثلاثة : الرضا ، والمحل ، والسبب
(والشكلية في العقود الشكلية والعينية في العقود العينية) •

فاذا انعدم ركن من هذه الاركان ، أو اختل المحل ، أو السبب ،
كان العقد باطلا (أو باطلا بطلانا مطلقا كما يقولون) •

واذا توافرت للعقد اركانه ، ولكن اختل ركن الرضا كان العقد قابلا
للابطال (أو باطلا بطلانا نسبيا) •

١٤٠ - ١ - العقد الباطل (بطلانا مطلقا) •

ليس لهذا العقد وجود قانوني كعقد ، وعلى هذا :-

١ - لا تلحقه الاجازة ، لان الاجازة (تصحيح) عقد معيب ، والعقد الباطل (منعدم) وتصحيح المعدوم غير متصور . ولكن هذا العقد (يعمل من جديد) بعد تجنب سبب البطلان .

٢ - وكان المنطق يقضي بعدم سقوط البطلان بالتقادم ، لان العدم لا ينقلب وجودا مهما طال الزمن ولكن مصالحة المجتمع قضت بالفرقة بين (دعوى) البطلان وهي تسقط بمضي المدة ، وبين (الدفع) بالبطلان ، وهو لا يسقط بمضي المدة .

فاذا اعطى شخص لآخر (سجادة) لسبب غير مشروع (رشوة مثلا) وسلمها اليه ، ومضت على ذلك مدة تزيد على (١٥) سنة فليس له رفع دعوى لاسترداد السجادة بحجة بطلان السبب . اما اذا لم يكن قد سلم السجادة ورفع الطرف الآخر دعوى يطالبه فيها بتسليمها فان من حقه ان يتمسك بالبطلان (لدفع) هذه الدعوى .

٣ - ولكل من الطرفين ، وخلفهما العام ، وخلفهما الخاص ، ودائتيهما ان يتمسك بالبطلان ، وللقاضي ان يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أى من الطرفين .

٤ - وبالرغم من أن العقد الباطل منعدم وليس له وجود قانوني ، الا أنه قد ينتج بعض الآثار ، باعتباره (واقعة قانونية) احيانا وباعتباره (عملا أو تصرفا قانونيا) احيانا اخرى . والآثار التي ينتجها العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية ليست هي الاثر الاصلى الذي يترتب على العقد وانما هي أثر عرضي يترتب على العقد باعتباره واقعة مادية . أما الآثار التي ينشئها العقد باعتباره تصرفا قانونيا فهي آثار أصلية ينتجها العقد باعتباره عقدا ، وذلك في حالات استثنائية حماية لحسن النية واستقرار التعامل .

ومن أمثلة الآثار العرضية التي تنشأ عن العقد الباطل تلك الآثار التي تنشأ عن عقد الزواج غير الصحيح (كالزواج بالمحارم مثلاً) ، فإذا صحب هذا العقد واقعة الدخول ترتبت عليه بعض الآثار العرضية كوجوب العدة ، ووجوب المهر ، وثبوت النسب ، وسقوط الحد .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل تلك الآثار التي تنشأ عملاً بفكرة انتقاص العقد او بفكرة تحوله .

١٤١ - انتقاص العقد Réduction du Contrat :

تقضى المادة (١٣٩) بأنه « اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً» . ويفهم من هذا النص ان المقصود بفكرة انتقاص العقد هو تجزئته في حالة ما اذا انصب على محل بعضه قابل لترتب أثر العقد عليه وبعضه ليس كذلك ، وفكرة انتقاص العقد فكرة معروفة في الفقه الاسلامي يقررونها بكل صراحة ووضوح ، فابن نجيم الحنفي يقول في هذا المعنى : اذا سمي للمهر ما يحل وما يحرم كأن تزوجها على عشرة دراهم وذن من الخمر ، فلها العشرة وبطل الخمر ، واذا جمع في البيع وقف وملك لا يسري الفساد الى الملك ، واذا شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام فانه يصح في الثلاثة ويبطل فيما زاد ، ومنها الوصية فلو أوصى لأجنبي دورات فللأجنبي نصفها وبطلت بالنسبة للوارث (٣٦) .

ومن أمثلة انتقاص العقد في التشريع العراقي الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة سبع سنوات فإنه يصح لمدة خمس سنوات ويبطل فيما زاد ، والقرض بفائدة قدرها ١٠٪ / يصح الى ٧٪ / ويبطل فيما جاوز ذلك ، واتفاق العامل مع

(٣٦) الاشباه والنظائر ص ١١٤ .

رب العمل على عدم ترك العمل قبل مدة قدرها تسع سنين يصح الى حد
خمس سنوات ويبطل فيما زاد عن ذلك (٣٧) .

هذا ويلاحظ ان فكرة انتقاص العقد لا تطبق اذا لم يكن العقد قابلا
للتجزئة ، اما لطبيعة المحل أو لانصراف نية المتعاقدين الى انه ما كان ليتم
بير الشق الباطل ، فاذا اشترى شخص عربة مع حصانها بمبلغ معين ، ثم
تبين ان الحصانين (أو أحدهما) كان قد نفق قبل ابرام العقد فالعقد باطل
ولا يجوز هنا اعمال فكرة انتقاص العقد لعدم قابلية هذا العقد للتجزئة .

١٤٢ - تحول العقد Conversion du Contrat :

تقضي المادة (١٤٠) بأنه « اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان
عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه ،
اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد » . وهذه
هي فكرة تحول العقد ومعناها كما يتضح من النص انه اذا انطوى التصرف
الباطل على عناصر تصرف آخر فانه يتحول الى هذا التصرف الاخير اذا تبين
ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد الاخير . وقد عرف
فقهاء الشريعة فكرة تحول العقد ، كما عرفوا فكرة انتقاص العقد ،
فهذا هو الفقيه ابن رجب الحنبلي يقرر في قواعده انه اذا
أعاره شيئا واشترط عليه العوض صح وانقلب العقد الى قرض
فيملكه بالقبض ، واذا قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك كان قرضا
واذا أجره الارض بثلث ما يخرج منها كان اجاره باطلة وتحول العقد الى
مزارعة (٣٨) .

١٤٣ - شروط تحول العقد : يشترط لتطبيق فكرة تحول العقد

شروط ثلاثة هي :

(٣٧) انظر المواد : ١٧٢ ، ٩٠٢ ، ١٠٧٠ .

(٣٨) قواعده ابن رجب ص ٤٩ .

١ - بطلان العقد الاصلى برمته : فاذا لم يكن العقد الاصلى باطلا فانه يجب احترامه ، واذا اقتصر البطلان على جزء منه ، عملنا فكرة انتقاص العقد لا تحوله .

٢ - أن يشمل التصرف الاصلى الباطل على عناصر التصرف الآخر الذى نريد التحول اليه : مثال ذلك أن أبيعك سيارتي بدينارين ، فهذا الثمن التافه حكمه حكم الثمن المنعدم ، والثمن ركن فى عقد البيع ، فيبطل البيع وينقلب العقد الى هبة منقول اذا كنت قد سلمت السيارة اليك .

٣ - احتمال انصراف ارادة المتعاقدين الى التصرف الآخر الذى نريد تحويل العقد الاصلى اليه : اى اننا تساءل هنا : لو كان المتعاقدان وقت ابرام التصرف الاصلى قد علما ببطلانه أكان من المحتمل أن يريدوا هذا التصرف الآخر ؟ فاذا كان هذا محتملا تحول العقد ، والا بطل .

فالتحول يقوم على ارادة مفروضة لا على ارادة حقيقية ، ويستطيع القاضى الكشف عن هذه الارادة المفروضة بالقرائن القضائية فيمكن أن يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره ، أو من استمرار تنفيذهما العقد الاصلى ان نيتهما المحتملة قد انصرفت الى التحول ، حتى لو نازع أحدهما فى ذلك بعدئذ .

١٤٤ - أمثلة على تحول العقد :

١ - الكميالة (البوليصة) التى لم تستوف الشكل القانونى ، تتحول الى سند دين عادى (انظر م ٣٨٨ تجارى) .

٢ - تعهد الشخص بأن يجعل غيره وارثا بجزء شائع فى التركة باطل ، لكنه يتحول الى وصية صحيحة .

٣ - المحرر الرسمي الذى يفقد صفة الرسمية (لعدم اختصاص الكاتب العدل مثلا) يتحول الى محرر عرفى مادام موقعا من قبل الطرفين .

٤ - البيع بضمن تافه - يتحول الى هبة اذا كان قد انصب على منقول

• جرى تسليمه •

٥ - تحول القسمة الباطلة لنقص اهلية احد المتقاسمين الى قسمة (مهابة) اذا كان ناقص الاهلية (مأذونا) لأن قسمة المهابة تدخل في اعمال الادارة التي يسمح للمأذون بها بخلاف قسمة الاعيان التي تعتبر من اعمال التصرف •

١٤٥ - واما الآثار الجوهرية : فهي آثار يرتبها المشرع على العقد

الباطل حماية لحسن النية واستقرار المعاملات ومن الامثلة على ذلك :

- ١ - اذا لم تستوف الشركة الشكل القانوني وقعت باطلة الا انه لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان على الغير حسنى النية • فالمعاملات التي تمت قبل أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان تبقى صحيحة (م ٦٢٨) •
- ٢ - العقد الصوري وان لم يكن له وجود في نظر القانون بين المتعاقدين وخلفهما العام ، الا أن للخلف الخاص وللدائنين ، اذا كانوا حسنى النية ، التمسك به اذا كانت مصلحتهم في ذلك (المادة ١٤٧) •
- ٣ - الوفاء للدائن الظاهر صحيح مبرىء للذمة (م ٣٨٤) على أن يكون الموفي حسن النية •

١٤٦ - ٢ - العقد القابل للإبطال (البطلان النسبي)

يمر هذا العقد بمرحلتين : الاولى قبل أن يتقرر مصيره النهائي بالإبطال أو الاجازة ويأخذ في هذه المرحلة حكم العقد الصحيح فيتسج اثاره كاملة •

والثانية : بعد أن يتقرر مصيره : فاذا أجاز أو سقط التمسك بالبطلان بالتقادم فقد ثبتت اثاره واعتبر صحيحا منذ انشائه • واذا ابطل زالت جميع اثاره بأثر رجعي واعتبر باطلا من أصله • ويترتب على ما تقدم :-

١ - ان العقد القابل للابطال تلحقه الاجازة لانه عقد معيب ولأن الاجازة (تصليح) لما لحقه من عيب • ويلاحظ ان الاجازة عمل ارادى يصدر من جانب واحد لا حاجة فيه الى القبول ، وتصدر الاجازة ممن تقرر البطلان لمصلحته ، بعد زوال السبب الذى من أجله جعل العقد قابلا للابطال (بعد البلوغ ، أو زوال الاكراه ، أو انكشاف الغلط الخ ...) •

وقد تكون الاجازة صريحة أو ضمنية مثال الاجازة الضمنية : تصرف المشتري القاصر (بعد البلوغ) فى المبيع ، تنفيذ العقد من جانب من له حق التمسك بالبطلان وهو عالم بأنه يملك هذا الحق ، بناء المشتري على الارض التي اشتراها بعقد قابل للابطال ، سماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لو كيله بالاستمرار فى الادارة ، استئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذى باعه وهو قاصر الخ • • والاجازة لا تزيل الا العيب الذى قصدت (تصليحه) أو ازالته فاذا تنازل القاصر بعد بلوغه سن الرشد عن دعوى ابطال العقد لنقص اهليته ، جاز له أن يطعن فيه بالغلط أو بالغبن مثلا •

٢ - تسقط دعوى الابطال أو الدفع به بالتقادم : وتختلف هذه المدة باختلاف القوانين (الفرنسى عشر سنين ، المصرى ثلاث سنين ، السويسرى والامانى سنة واحدة) •

٣ - لا يتمسك بالبطلان النسبى الا الطرف الذى تقرر البطلان لمصلحته ، اما دائنو هذا المتعاقد وخلفه العام وخلفه الخاص فليس لهم حق مباشر فى التمسك بالبطلان وانما يجوز لهم ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة ولا يستطيع الطرف الآخر أن يتمسك بالبطلان ، ولا تستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها •

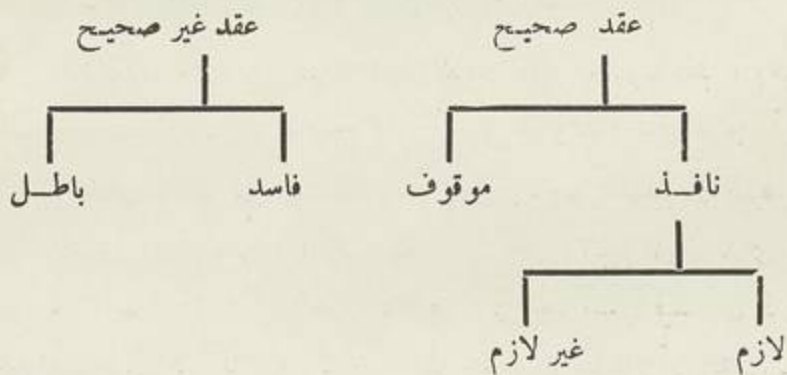
ثانيا : اوصاف العقد فى الفقه الاسلامى وفى القانون المدنى العراقى :-

١٤٧ - العقد عند فقهاء الشريعة قسمان ، صحيح ، وغير صحيح •

- والعقد الصحيح نافذ ، وموقوف
 - والعقد النافذ لازم وغير لازم
 - والعقد غير الصحيح (عند الحنفية) فاسد وباطل
- وعلى هذا يكون العقد خمسة اقسام تدرج (هبوطا) على النحو الآتي :-

- ١ - عقد صحيح لازم
- ٢ - عقد صحيح غير لازم
- ٣ - عقد صحيح موقوف
- ٤ - عقد فاسد
- ٥ - عقد باطل

وللتوضيح نضع الرسم التالي :



- ونبدأ بيان كل عقد من هذه العقود (بترتيب عكسي)

١٤٨ - أولا - العقد الباطل - للعقد عناصر سبعة هي :

- ١ - تطابق الايجاب والقبول •
- ٢ - اتحاد مجلس العقد •
- ٣ - تعدد العاقد •
- ٤ - التمييز - أو العقل •
- ٥ - محل مقدور السليم •
- ٦ - محل معين أو قابل للتعين •
- ٧ - محل قابل للتعامل - أي مال متقوم •

فإذا توافرت له هذه العناصر كان العقد صحيحا • اما اذا تخلف عنصر منها فان العقد يكون باطلا أو غير منعقد •

والعقد الباطل ليس له وجود شرعي فلا ينتج أثرا وإذا نفذه اطرافه وجب الرد وإعادة الحال الى ما كانت عليه ، ويتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة وعلى القاضي تقرير بطلانه من تلقاء نفسه •

ولما كان العقد الباطل منعما فان الاجازة لا تلحقه ، ولا يجوز فقهاء الشريعة سقوط البطلان بالتقادم (دعوى كان أو دفعا) •

وإذا كان العقد الباطل منعما شرعا كعقد ، فان له وجودا فعليا • وهو بهذه الصفة قد يرتب بعض الاثار كما رأينا في الزواج الباطل • على أن الفقه الاسلامي يرتب على العقد الباطل الذي يصحبه التسليم أو القبض انتقال الضمان الى القابض فإذا سلم البائع بعقد باطل ، المبيع الى المشتري ، فقد انتقل الضمان الى هذا الاخير ، فاذا هلك في يده ضمن قيمته ان كان قيميا أو مثله ان كان مثليا • ولا يقر الفقه الغربي - على الرأي الغالب - هذا الاثر للعقد الباطل •

ويعرف الفقه الاسلامي فكرتي تحول العقد وانتقاصه على نحو لا يكاد يختلف عنهما في الفقه الغربي كما سبق القول •

اذا توافرت للعقد عناصره السبعة المتقدمة كان صحيحا . واذا تخلف منها عنصر أو أكثر كان العقد باطلا .

واذا توافرت هذه العناصر ولكن اختلف وصف فيها كان العقد فاسدا عند الحنفية . وتطابق الارادتين ، واتحاد المجلس ، وتعدد العاقدين عناصر لا تحتاج الى وصف .

اما التمييز فيجب أن يوصف بخلوه من الاكراه ، فاذا شابه هذا الوصف (الاكراه) كان العقد فاسدا . وكذلك الحال بالنسبة الى تسليم المحل وتعيينه ، فاذا كان المحل مقدور التسليم ولكن فى تسليمه ضرر ، أو كان غير معين تعيينا كافيا نافيا للجهالة أو كان فى وجوده غرر كان العقد فاسدا كذلك .

اما صلاحية المحل للتعامل فيقتضي أن لا يقترن به شرط فاسد ، وأن يكون خاليا من الربا فان كان كذلك كان العقد فاسدا .

ومن هذا يتبين أن العقد يكون فاسدا لاسباب خمسة هي :-

- ١ - الاكراه .
- ٢ - الغرر .
- ٣ - الضرر الذى يصحب التسليم .
- ٤ - الشرط الفاسد .
- ٥ - الربا (٣٩) .

ولهذا عرف فقهاء المذهب الحنفي العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعا بأصله دون وصفه .

ومن مقتضى شرعية أصله أن له وجودا شرعيا لا مجرد وجود مادي ،

(٣٩) مصادر الحق ج ٤ ص ١٣٧ .

وعلى هذا قالوا ان القبض ينقل ملكية المبيع في البيع الفاسد ، ولكنهم مع هذا الزموا المشتري بدفع قيمة المبيع لا ثمنه المتفق عليه ، واذا هلك المبيع يبعأ فاسداً في يد المشتري ضمنه بقيمته ان كان قيماً وبمثله ان كان مثلياً .

ومن مقتضى عدم شرعية وصفه ان الشارع يكرهه ويأمر بفسخه ، فلكل من المتعاقدين وللقاضى (فسخ) هذا العقد الفاسد . ولما كان المشرع العراقي - وجمهور فقهاء الشريعة - لم يأخذوا بفكرة الفساد ، لهذا فانني أكتفي في الكلام عن العقد الفاسد بما تقدم (٤٠) .

١٥٠ - ثالثاً - العقد الموقوف :

هو العقد الصادر من شخص لا يملك ولاية انشائه ، والعقد الذي يمس حقاً من حقوق الغير .

وللعقد الموقوف عند من يأخذ به من فقهاء الشريعة اربع صور هي :

- ١ - العقد الصادر من ناقص اهلية
 - ٢ - العقد الصادر من الفضولى
 - ٣ - التصرف فى العين المؤجرة
 - ٤ - التصرف فى العين المرهونة
- وهؤلاء لا يملكون ولاية انشاء العقد .
والعقد هنا يمس حقاً من حقوق الغير .

والعقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح لتوفر ركن العقد فيه (وهو الرضا) ولأن محل العقد يقبل بطبيعته ترتب الحكم عليه ولم يشبه أى خلل فى اوصافه ولأن الولاية شرط للنفاذ لا للصحة . ولأن الاثر ورد بصحة هذا النوع من العقود ، فقد عهد الرسول (ص) الى أحد الصحابة بشراء الضحية بدينار فاشتري الشاة ، ثم باعها بدينارين ، ثم

(٤٠) انظر تفصيلات ذلك فى المرجع السالف .

اشترى شاة اخرى وعاد بالشاة وبالدينار فأقره الرسول (ص) على تصرفه
ودعا له ، ولو كان تصرفه باطلا لما أقره الرسول عليه (٤١) .

والعقد الموقوف في الفقه الاسلامي يحتل المكان الذي يحتله القابل
للابطال في الفقه الغربي . ولكنه صورة عكسية منه .

فالعقد القابل للابطال صحيح منتج لكل آثاره حتى يبطل .

والعقد الموقوف لا ينتج أثراً حتى ينفذ بالاجازة . فهو عقد في حالة

سببات قد يفوق منه اذا أجزى ، وقد يموت قبل أن يفوق اذا لم يجز .

ولا ريب ان النظام الاسلامي في العقد الموقوف يفضل النظام الغربي
في العقد القابل للابطال فان عدم نفاذ تصرفات ناقص الاهلية قبل أن تلحقها
الاجازة خير من انفاذها ثم ابطالها بعد ذلك . والقول بأن تصرف الفضولى
موقوف على اجازة المالك واضح ومنطقي على خلاف الامر في الفقه
الغربي ، فمثل هذا التصرف ذو وجهين هو قابل للابطال بالنسبة للمشتري
الذى يشترى عينا لا يملكها البائع ، وهو (غير سار) في حق المالك
الحقيقي . ولما كان المشتري يملك ابطال هذا العقد فان يملك اجازته كذلك
ومع هذا يبقى العقد (غير سار) في حق المالك الاصلى . وواضح ان الاخذ
بفكرة العقد الموقوف تجنبنا كل هذه التناقضات .

وكل ما يلاحظ على العقد الموقوف في الفقه الاسلامي عدم تحديد
مدة لبقاء هذا العقد مشلولاً وتقرير مصيره بعدها اما الى موته أو الى زوال
شالله وترتيب الآثار القانونية عليه .

١٥١ - رابعاً - العقد الصحيح غير اللازم : (ويعبر عنه فقهاء المذهب الحنفي

بالعقد الجائز) .

هو العقد الصحيح الذى يستطيع أحد طرفيه أو كلاهما فسخه .

(٤١) يرى الشافعي ان العقد الموقوف باطل .

وهذا الحق (أى حق الفسخ) اما أن يرجع الى طبيعة العقد واما أن يرجع الى خيار من الخيارات مثال الاول : الوكالة ، والوديعة ، والعارية ، ومثال الثاني العقد الذى يلحقه خيار الرؤية ، أو خيار الشرط ، أو خيار التعيين ، أو خيار العيب الخ

١٥٢ - خامسا - العقد الصحيح اللازم :

وهو العقد الصحيح الذى ترتبت عليه كل آثاره والذى لا يستطيع أحد الطرفين أن يستقل بفسخه ، كالبيع والاجارة ، والصلح ، والحوالة .
وواضح ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا اقصى ذروتها وستكلم عن آثار هذا العقد فى الفصل التالى .

١٥٣ - موقف المشرع العراقي من نظرية البطلان - لا يتسع مجال هذا المؤلف الموجز لبيان تفصيلي عن موقف المشرع العراقي من نظرية البطلان فاكفني بتلخيصها على النحو الآتي :-

١ - لم يأخذ المشرع العراقي بنظرية البطلان من الفقه الغربي وانما أقر نظرية الفقه الاسلامي فيه .

٢ - لم يأخذ المشرع العراقي بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد ساوى - كقاعدة عامة - بين فاسد العقد وباطله . فقد نصت المادة (١٣٧) على أن (العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته ، أو وصفا باعتبار بعض الاوصاف الخارجة عنه) .

٣ - كان على المشرع العراقي بعد هذا أن يقرر مصير بعض صور العقد الفاسد فالحق العقد الفاسد بسبب الاكراه بالعقد الصحيح الموقوف تسوية للاكراه بغيره من عيوب الرضا ، والحق العقد الفاسد بسبب (الشرط الفاسد) بالعقد الصحيح ما دام هذا الشرط غير مخالف للنظام العام ولا للاداب عملا بالقاعدة العامة التى اقرها فى حرية التعاقد وسلطان

الارادة • وكذلك الحق العقد الفاسد بسبب الربا بالعقد الصحيح لان
المشروع العراقي اجاز الربا صراحة (المادة ١٧١) اما العقد الفاسد بسبب
الغرر الذي يلحق وجود المحل فقد الحقه بالعقد الباطل وكذلك العقد
الفاسد لجهالة المحل او عدم تعيينه تعيينا كافيا نافيا للجهالة •

٤ - حدد المشروع العراقي مدة ثلاثة اشهر لتقرير مصير العقد الموقوف
فقد نص على وجوب استعمال خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر
تبدأ بالنسبة لنقص الاهلية من تاريخ بلوغ سن الرشد او من الوقت الذي
يعلم فيه الولي بصدور العقد وتبدأ بالنسبة للاكراه او الغلط او التغيرير من
الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف التغيرير وتبدأ
بالنسبة لتصرف الفضولي من تاريخ علم المالك بصدور العقد فاذا لم ينقض
العقد خلال هذه المدة اعتبر نافذا (م ١٣٦) •

اقتران الشرط بالعقد

١٥٤ - تنص المادة (١٣١) على انه « ١ - يجوز ان يقرن العقد بشرط
يؤكد مقتضاه ، او يلائمه ، او يكون جاريا به العرف والعادة • ٢ - كما
يجوز ان يقرن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا
قانونا أو مخالفا للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن
الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا » •

واود قبل شرح هذه المادة ان الفت النظر الى وجوب التفرقة بين
تعليق العقد على شرط وبين اقتران العقد بالشرط •

فالعقد المعلق على شرط هو ما علق - وجودا او زوالا - على امر
آخر ، كأن يقول شخص لآخر استأجر دارك هذه بمبلغ قدره (٣٠٠) دينار
في السنة اذا نقلت الى مدينة بغداد ، او ان يقول له ان كان فلان مدينا لك
بألف دينار فأنا كفيل •

واما الشرط الذى يقترن بالعقد فهو شرط يضاف الى العقد ليغير بعض أحكامه العامة مثال ذلك ان يقول شخص لآخر أبيعك داري هذه بمبلغ قدره ٠٠٠ على ان اظل ساكنا فيها ستة اشهر • وهذا النوع من الشروط هو الذى تتولى بحثه فى هذا المقام •

١٥٥ - لم يتفق فقهاء الشريعة على تحديد مدى حرية المتعاقدين فى اضافة ما يشأون من شروط للعقد ، فهناك مذهب ضيق الى ابعد الحدود ، هو مذهب اهل الظاهر ، وهناك مذهب للحنفية و اخر للشافعية ، الذين لايكادون يفترون فى الاسس والاصول عن الاحناف ، ثم هناك مذهب للمالكية الذى وسعوا على الناس اكثر من الاحناف ، وهناك اخيرا مذهب للحنابلة والامامية الذين جروا فى التوسع والتيسير الى آخر الشوط •

١٥٦ - اما أهل الظاهر فالاصل فى العقود وأحكامها وما يقترن بها من شروط عندهم هو الحظر وعدم الاباحة ، وعلى هذا فانهم لم يصححوا لا عقدا ولا شرطا الا ما ثبت جوازه بنص او اجماع ، فان لم يثبت بهذا او ذاك فهو باطل فالبطالان عندهم يلحق فى هذه الحالة كلا من العقد والشرط •

١٥٧ - واما اصحاب المذهب الحنفي فانهم يقسمون الشروط التى تقترن بالعقد الى ثلاثة اقسام : صحيحة وفسادة وباطلة •
والشرط الصحيح :-

١ - هو الشرط الذى كان موافقا لمقتضى العقد كأن يشترط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع •

٢ - او الشرط الذى يؤكد مقتضى العقد كاشتراط البائع اخذ كفيل او رهن •

٣ - او الشرط الذى جاء به النص كاشتراط خيار الشرط •

٤ - او الشرط الذى جرى به العرف كسواء ساعة او تلفزيون او

تلاجة بشرط ان يتعهد البائع بالاصلاح مدة معينة •

والشرط الفاسد : هو الشرط الذى لم يأت به نص ، ولم يجز عليه عرف ، وليس من مقتضى العقد او مما يؤكد ، (وفيه منفعة) لاحد المتعاقدين او لاجنبي •

مثال ذلك : ان تبيع سيارتك لشخص وتشرط عليه ان تستعملها شهرا بعد البيع ، او ان تبيعه ارضا وتشرط عليه ان تزرعها سنة ، او ان تشتري حنطة على ان يطحنها البائع •

وحكم هذا الشرط الفاسد انه يفسد العقد ، وعلة الفساد هي (تعدد الصفقة) فالعقد الذى يقترن به هذا الشرط يصبح فى الواقع (صفقتين فى صفقة) وقد نهى عنه الرسول (ص) •

والشرط الباطل : هو الشرط الذى لم يأت به نص ، ولا جرى به العرف ، وليس من مقتضى العقد أو مما يؤكد ، (وليس فيه منفعة) لاحد مثل ذلك ان تبيع دارك لشخص وتشرط عليه عدم سكنها مدة معينة ، او ان تبيع سيارتك وتشرط على المشتري الا يستعملها يوما كل اسبوع ، وحكم هذا الشرط انه لغو لا قيمة له ولا اثر على العقد اذ يبقى العقد صحيحا ويلغو الشرط •

ولا يكاد المذهب الشافعى يخرج عن هذا الاطار العام الذى رسمه فقهاء المذهب الحنفى للشروط التى تقترن بالعقد •

١٥٧ - اما المالكية فان الشرط الصحيح عندهم اوسع بكثير من الشروط الصحيحة فى المذهب الحنفى فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفى هذا يتفق المذهبان • ويصحح المالكية كل شرط (لا يناقض مقتضى العقد) وفى هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب ابي حنيفة • اذ يدخل فى حكم الصحة عند مالك : الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى جرى به

التعامل ، وهما صحيحان كذلك فى مذهب ابى حنيفة ، ويصحح مالك كذلك الشرط الذى فيه منفعة لاحد العاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه او يلائمه مادام الشرط لا يناقض مقتضى العقد ، ومثل هذا الشرط فاسد عند ابى حنيفة كما تقدم بيانه .

فيصح فى المذهب المالكى (دون المذهب الحنفى) ان يشترط البائع على المشتري عتق العبد المبيع ، او وقف الارض المبيعة ، او ان يبيع الدار ويشترط سكانها مدة معقولة ، او ان يشتري الحنطة ويشترط على البائع طحنها وغير ذلك من الشروط التى فيها منفعة معقولة لاحد المتعاقدين .

١٥٨ - ولعل ابعد تطور للفقهاء الاسلامى فى مسألة اقتصران الشرط بالعقد كان فى المذهبين الحنبلي والجعفرى . اذ يجيز فقهاء هذين المذهبين كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين فى العقد الا فى حالتين :

١ - ان يكون الشرط مخالفا للمقصود من العقد كأن يشترط البائع على المشتري الا يبيع ما اشتراه او الا يؤجره .

٢ - اذا كان الشرط يناقض الشرع فيحل الحرام او يحرم الحلال ، مثال ذلك ان يبيع شخص عبدا لمن يريد شراؤه لعتقه ويشترط على هذا المشتري ان يكون الولاء له (اى للبائع) لان هذا الشرط يناقض ما ورد عن الرسول (ص) من ان الولاء لمن اعتق . فالاصل فى هذين المذهبين ان المسلمين عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا كما سبقت الاشارة الى ذلك .

١٥٩ - موقف المشروع العراقى من الشرط المقترن بالعقد : - لقد ساير المشرع العراقى التطور الفقهي فى هذه المسألة بالذات الى غايته القصوى ، ونص على اباحة الشروط المقترنة بالعقد اباحة عامة الا اذا كانت مخالفة للقانون او للنظام العام او للاداب ، وقضى فى هذه الحالة الاخيرة

بإبطال الشرط وحده والبقاء على العقد صحيحا ، الا اذا كان الشرط هو
الدافع الى التعاقد فيبطل العقد كذلك ، فاذا وهب شخص مبلغا من المال او
عينا من الاعيان لفتاة على شرط ان تتزوج من ابنه فالشرط باطل لمخالفته
للنظام العام وفي هذه الحالة يبطل الشرط والعقد معا لان الشرط كان هو
الدافع الى التعاقد (انظر المادة ١٣١) •

الباب الثاني

- آثار العقد -

١٦٠ - تمهيد وتقسيم : - بحث المشرع العراقي آثار العقد في المواد (١٤٢ - ١٧٦) • وقسم هذا البحث الى ثلاثة اقسام : اولها للاثر الملزم للعقد بين المتعاقدين ، وثانيها لتفسير العقد ، وثالثها للمسئولية التعاقدية (او ضمان العقد) •

ونحن نتابع التشريع العراقي في هذا النهج ، فنقسم الكلام في هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

- اولها : للاثر الملزم للعقد بين المتعاقدين
- وثانيها : لتفسير العقد
- وثالثها : للمسئولية التعاقدية (ضمان العقد) •

المبحث الاول

- الأثر الملزم للعقد بين المتعاقدين -

١٦١ - القاعدة العامة ان العقد لا ينصرف اثره الى غير المتعاقدين ، ولا يقصد بالمتعاقدين هنا من باسرا العقد بأنفسهما او بطريق الانابة او النيابة عنهما ، بل يقصد بهما الى جانب هؤلاء خلفهما العام ، وقد ينصرف اثر العقد الى الخلف الخاص في بعض الحالات ، كما يتأثر دائنو المتعاقد بما يبرمه مدينتهم من عقود بطريق غير مباشر لتأثير هذه العقود على ذمة المتعاقد المدين التي تعتبر ضمانا عاما لدائنيه •

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة فان اثر العقد قد ينصرف احيانا الى الغير على سبيل الاستثناء منها •

وعلى هذا فاننا نقسم الكلام فى هذا المبحث الى مطلبين اولهما لشرح القاعدة العامة فى نسبية اثر العقود ، وثانيهما لشرح بعض الاستثناءات التى ترد على هذه القاعدة العامة .

- المطلب الاول -

القاعدة العامة

- نسبية أثر العقد -

١٦٢ - تقضى المادة (١٤٥) بأنه « ايا كان المحل الذى يرد عليه العقد فان المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه » . وهذه المادة تشير الى القاعدة القانونية الشهيرة قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فاذا ابرم العقد صحيحا نافذا فقد اصبح قانون المتعاقدين يلتزمان به كما لو كان قانونا ، وعلى المحكمة احترامه وتطبيقه كما تلتزم باحترام القانون وتطبيقه .

ويترتب على هذه القاعدة انه لا يجوز لاحد العاقدين ان يتصل مما التزم به فى العقد ولا ان يغير أو يعدل مضمونه الا بمقتضى نص فى القانون او بالتراضى مع المتعاقد الآخر (١/١٤٦) . كما يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١/١٥٠) ويترتب على هذا انه اذا باع شخص محلا تجاريا لآخر فان البائع يلتزم بالامتناع عن منافسة المشتري منافسة يتتزع بها عملاء المتجر المبيع ، ويلتزم العامل الذى يشتغل فى مصنع بعدم افشاء اسرار هذا المصنع ، ويكون ما يستنبطه العامل من اختراعات اثناء عمله من حق رب العمل اذا كانت طبيعة الاعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه افراغ جهده فى الابتداء ، او اذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدي اليه العامل من اختراعات ، على انه يلاحظ فى هذا المثال انه اذا كانت للاختراع اهمية اقتصادية جدية فانه يجوز للعامل ان يطالب (بمقابل) خاص يقدر

وفقا لمقتضيات العدالة (م/٩١٢) .

ويترتب على هذا ايضا - اى على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية - ان الوزارة لا تعتبر موفية بالتزامها تجاه طالب البعثة مثلا اذا هى عينته (مستخدما) لا موظفا ويحق لهذا الطالب التحلل من التزامه تجاه الوزارة ورفض هذا الاستخدام دون ان تترتب عليه او على كفيله اية مسؤولية .

ومن صور تنفيذ العقد بحسن نية تعاون كل من الطرفين المتعاقدين وذلك بأن يخطر احدهما الآخر بما يجد من ظروف وحوادث اثناء تنفيذ العقد ليتمكنه من درئها او تقليل خطرهما . فعلى المدين اخطار الدائن بالقوة القاهرة التى تؤخر التنفيذ ، وعلى المؤمن له ان يخطر شركة التأمين بالحوادث التى تزيد اخطار التأمين ، وعلى مكتب الاستعلامات الذى يقدم المعلومات المطلوبة للعميل عن شخص معين ان يبادر باخطاره بالمعلومات المختلفة التى تصله او يحصل عليها ، وعلى الشركة التى تتعهد بصيانة المصعد الكهربائى ان تخطر المالك بالاصلاحات التى يقتضيها الاستعمال ، وعلى المستأجر ان يخطر المالك بأن العين المؤجرة على وشك السقوط (٢) .

١٦٣ - ولا يقتصر اثر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (٢/١٥٠) . ويترتب على هذا ان بيع البقرة الحلوب لاجل اللبن يشمل كذلك بيعها الرضيع ، وبيع الدار يشمل حديقتها ، وبيع الارض يشمل ما عليها من اشجار (م/٥٣٧) . وان من باع سيارته يلتزم بتسليم اوراقها الخاصة ، وادواتها الاحتياطية واطارها الخامس ، ويلتزم من باع متجرا بأن يسلم للمشتري سجلات المحل التى تبين ما له من حقوق وما

(١) محكمة التمييز ٢٠٢/ج/٥٨ . سلمان بيات ح ١ ص ١٤٧ .

(٢) المرجوم بهجت بدوى اصول الالتزامات ص ٣٩٢ .

عليه من ديون ، وما يتصل به من عملاء ، وان يسلم للمشتري كذلك عقد اجارة المحل ، وان لا يرفع التلفون المنصوب فيه .

١٦٤ - **العقد الصوري** :- تقضي المادة (١٤٧) بأنه « ١ - اذا ابرم عقد صوري فلدائتي المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسنى النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستر ، ٢ - واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستر كانت الأفضلية للأولين » .

وتقضى المادة (١٤٨) بأنه « ١ - يكون العقد المستر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم » ٢ - واذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته » .

وتقضى المادة (١٤٩) بأنه « لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو » .

تعرض هذه المواد الثلاث للصورية (Simulation) وتبين انواعها وحكمها بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام وخلفهما الخاص واثنينها ، ولشرحها نقول :

يمكن تعريف الصورية بأنها عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين^(٣) .

وقد تكون الصورية (مطلقة) بأن يكون العقد الصوري لا وجود له في الواقع مثال ذلك ان يتهرب المدين من حجز امواله من قبل دائنيه فيقوم ببيع هذه الاموال بيعا صوريا لصديق او قريب ، والغالب في مثل هذه الحالة

(٣) مازو ح ٢ ص ٧١٨ .

ان يحتاط البائع لنفسه فيأخذ من المشتري اقرارا كتابيا بصورية البيع يسمى
(ورقة الضد) •

وقد تكون الصورية (نسبية) تقتصر على نوع العقد لا وجوده
كهبته في صورة بيع ، أو بيع في صورة هبة ، أو اقرار بدين قرض والواقع
انه رشوة •

١٦٥ - حكم الصورية :- يختلف حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين
عنه بالنسبة للغير •

أ - اما بالنسبة للمتعاقدين (وكالمتعاقدين خلفهما العام) فان العقد
الظاهر لا وجود له وانما العبرة بالعقد المستتر او بالواقع الحقيقي على
حسب الاحوال • فاذا بعثك عينا وكان البيع صوريا فلا وجود للبيع بيننا ،
وابقى مالكا للعين استطيع التصرف فيها وبيعها لمن أشاء ، ولا تملك العين
المبيعة بهذا العقد الصوري •

وإذا كانت الصورية نسبية فالعبرة بين الطرفين بالعقد الحقيقي المستتر
لا بالعقد الصوري الظاهر ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨) التي سبق
ذكرها •

ويقع عبء اثبات الصورية على من يدعيه لانه يدعى خلاف الظاهر ،
وعليه اتباع القواعد العامة في الاثبات ، ويترتب على هذا انه لايجوز اثبات
الصورية الا بالكتابة (او ما يقوم مقامها) اذا زادت قيمة الالتزام عن عشرة
دنانير ، كما لايجوز اثبات الصورية الا بالكتابة (او ما يقوم مقامها) حتى
لوم لم تزيد قيمة الالتزام عن عشرة دنانير اذا كان العقد الظاهر مكتوبا ، لانه
لايجوز نقص الدليل الكتابي بدليل اضعف منه (المادة ٤٨٩/١) •

ب - واما حكم الصورية بالنسبة للغير (والغير هنا هم الخلف الخاص
والدائنون العاديون) فان لهم اذا كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد

المستتر او بالعقد الصورى على حسب ما تقضى مصلحتهم ، وعلى هذا فان لدائني البائع ، اذا كان عقد البيع هذا صوريا ، ان يتمسكوا بالعقد الحقيقي المستتر وان يثبتوا صورية عقد البيع حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة بيعا صوريا ، ولدائني المشتري ان يتمسكوا بالعقد الصورى لنفس الغرض •

ومن هنا يقع التعارض بين مصلحة الغير الذى يتمسك بالعقد الصورى ومصلحة الغير الذى يتمسك بالعقد الحقيقي ، ولا بد من تغليب احدى المصلحتين وتوضيحية المصلحة الاخرى • وقد حسم المشرع أى خلاف فى هذا الفرض فقضى بتغليب مصلحة من يتمسك بالعقد الصورى الظاهر لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل •

ويستطيع الغير اثبات صورية العقد بجميع طرق الاثبات بما فيها البيئة والقرائن ، لانهم لما كانوا اجانب عن العقد لم يكن فى امكانهم وقت تحريره بين المتعاقدين الحصول على دليل كتابي بصوريته • كما يستطيع الغير التمسك بالصورية سواء كان حقه سابقا على التصرف الصورى أو لاحقا له ما دام حقه خاليا من النزاع وذلك على خلاف ما هو مقرر فى دعوى عدم نفاذ التصرفات^(٤) ، ولا يحتج على الغير الذى يتمسك بالعقد الصورى بورقة تثبت التقابل من الصفقة حتى لو كانت هذه الورقة تحمل تاريخا ثابتا لان ثبوت التاريخ لا يعنى الاشهار ولذلك يبقى الغير حسن النية ومن حقه التمسك بالعقد الصورى^(٥) • وختاما أود ان الفت النظر الى ان المادة (١٤٩) من قانوننا المدني لا تجيز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيل هذه التصرفات فى دائرة الطابو •

(٤) محكمة النقض المصرية ٩٦٥/١٢/٩ - مجموعة ابو شادى ص ٦١٨ •
(٥) نقض مصرى ٩٤٩/١٠٢/١ - مجموعة احكام النقض س ١ ص ٤٨ •

١٦٦ - قلنا ان العقد شريعة المتعاقدين ، فاذا كان العقد لازما فإنه لا يجوز لأى من الطرفين أن ينفرد بتعديله او الغائه ، الا اذا كان القانون أو الاتفاق او طبيعة العقد تسمح بذلك . وعلى القاضى تطبيق احكام العقد واحترام نصوصه وعدم التدخل لتعديله او الغائه الا اذا اصطدم مع قاعدة قانونية أمرت من النظام العام . واذا كانت هذه هي القاعدة العامة فان لها استثناءات معينة نخص حالة واحدة منها بالشرح وهي حالة الظروف الطارئة .

نظرية الظروف الطارئة

(Théorie de L'imprévision)

١٦٧ - تقضى المادة (١٤٦) فى فقرتها الثانية بما يلي « على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

ويلاحظ ان نظرية الظروف الطارئة ليست على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) او كان لاحقا له (وهي حالة الظرف الطارئى) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالتزام ، فقد يكون سببا فى رفع الغبن ، أو فى انقاص الالتزام المرهق .

ويلاحظ ثانيا ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة تخرج بالقاضى عن حدوده المألوفة اذ لا يقتصر دوره فيها على مجرد تفسير العقد وتطبيقه بل يجاوز ذلك الى تعديله .

ويرجع الفضل في لفت النظر الى هذه النظرية الى فقهاء الحواشي ، وكان من الطبيعي ان تأخذ مكانا ملحوظا في التشريعات المستمدة من اصل ديني فنأدى بها فقهاء القانون الكنسي ، ولكنها اخذت تضعف امام طغيان مبدأ سلطان الارادة ، حتى لم نعد نجد لها ظلاً في القانون الفرنسي المفرق في الروح الفردية .

على ان هذه النظرية اذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص ، فقد ازدهرت في القانون الدولي العام اولا ثم انتقلت منه الى القانون الاداري . وكانت الحرب العالمية الاولى هي المناسبة التي وافت مجلس الدولة الفرنسي للاخذ بها في قضية معروفة (قضية شركة غاز مدينة بوردو) . وقد تلقفت القوانين المدنية الحديثة هذه النظرية عن القانون الاداري فقهه وقضائه .

بعد هذه الكلمة التمهيدية تناول الكلام عن النظرية ذاتها على النحو الآتي :-

- ١ - العقود التي تطبق عليها النظرية .
- ٢ - شروط تطبيق النظرية .
- ٣ - آثار الظرف الطارئ .

١٦٨ - اولا : العقود التي تنطبق عليها النظرية :- يرى بعض الفقهاء ان مجال تطبيق هذه النظرية قاصر على (عقود المدة) سواء اكانت مستمرة التنفيذ (كعقد الايجار) او دورية التنفيذ (كعقد التوريد) لان تطبيق هذه النظرية على العقود التي لا يكون التأجيل من طبيعتها بل بقصد التيسير على المدين سلاح ذو حدين اذ انه يدفع الدائن دائما الى التمسك بالحصول على حقه كاملا وفوراً وبذلك يحرم المدين من الاستفادة من رغبة الدائن في التيسير عليه .

وقد أصبح هذا الرأي مهجوراً الآن والرأي السائد فقهاً وقضاء هو ان نظرية الظروف الطارئة تطبق على كل عقد (يفصل بين ابرامه وبين تمام تنفيذه فاصل زمني طويل يسمح بحدوث طارئ غير متوقع) وبعبارة اخرى تطبق هذه النظرية على جميع العقود (المتراحية التنفيذ) بصرف النظر عما اذا كانت بحسب طبيعتها مستمرة او فورية .

ولكنني أود ان الفت النظر الى ان هذه النظرية لا تشمل (عقود الغرر) اي (العقود الاحتمالية) لان طبيعة هذه العقود لا تتسجم مع فكرة تدخل القضاء لاعادة التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين .

١٦٩ - ثانيا : شروط تطبيق النظرية : يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) انه يشترط لتطبيق النظرية توافر الشروط التالية :-

- ١ - ان تحدث بعد ابرام العقد (حوادث استثنائية عامة) .
- ٢ - ان تكون هذه الحوادث (غير متوقعة) .
- ٣ - ان تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً .

١٧٠ - الشرط الاول : ان تطرأ بعد ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه (حوادث استثنائية عامة) أي انه يشترط في الحادث توافر صفتين : ان يكون (استثنائياً) وان يكون (عاماً) ويراد بالصفة الاولى ان يكون الحادث مما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للامور أي أن يكون بعيداً عما افه الناس واعتادوه . كزلازل ، أو وباء ، أو حرب أو جراد ، أو فرض تسعيرة جبرية ، أو الغاء تسعيرة كانت مفروضة وقت ابرام العقد أو ارتفاع في الاسعار ، أو هبوط فاحش فيها الخ .

ويراد بالصفة الثانية ان لا يكون هذا الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين بل ان يشمل اثره عدداً كبيراً من الناس ، كأهل بلد او اقليم معين او طائفة منهم كالزراع او تجار اللحوم وعلى هذا الاساس قضت المحاكم العراقية بان انتشار الحمى القلاعية الذي حدث عام ١٩٥٨ بشكل وبائي يعتبر ظرفاً

طارئا بالنسبة لتمهيدى توريد اللحوم فى المنطقتين الوسطى والجنوبية من العراق دون المنطقة الشمالية وذلك لما ثبت لديها ان هاتين المنطقتين تعتمدان فى هذه السلعة على ما تورد لهما المنطقة الشمالية وان هذا التوريد اصبح مستحيلا نتيجة منع الحكومة وانه ترتب على هذا المنع ارتفاع باهظ فى اسعار اللحوم فى هاتين المنطقتين •

ويلاحظ ان المشرع العراقى لم يشترط توافر صفة (العموم) فى الحادث الاستثنائى فى بعض التطبيقات الخاصة لنظرية الظروف الطارئة . مثال ذلك ما جاء فى المادة (١ / ٧٩٢) التى تقضى بانه « اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا احدثت ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الامر او فى اثناء سريانه مرهقا ... » •

ويلاحظ ان هذا التطبيق التشريعى خرج على النص العام من وجهين فهو لم يشترط ان يكون هذا الحادث الاستثنائى (عاما) وهو من ناحية اخرى اجاز (فسخ) عقد الايجار بخلاف النص العام الذى يقتصر على (انقاص الالتزام المرهق) •

١٧١ - الشرط الثانى : ان يكون هذا الحادث الاستثنائى العام (غير متوقع) وعندى ان هذا الشرط تزيد لا ضرورة له ، فما دنا قد اشترطنا فى الحادث ان يكون (استثنائيا) فان هذا ينطوى حتما على اشتراط ان يكون الحادث (غير متوقع) فكل حادث لا يكون استثنائيا الا اذا كان غير متوقع •

وما دام الحادث الاستثنائى غير متوقع فانه يستوي فيه ان يكون حادثا طبيعيا او اقتصاديا او من عمل الانسان او من عمل الحكومة • وعلى هذا يجوز اعتبار قانون الاصلاح الزراعى حادثا استثنائيا عاما وبالتالى مجبلا

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهذا ما قضت به محكمة التمييز بهيئتها العامة (٦) .

والضابط في معرفة ما اذا كان الحادث (متوقعا) او (غير متوقع) ضابط موضوعي بمعنى ان الحادث يعتبر غير متوقع اذا لم يكن في امكان (الرجل العادى) توقعه والقول بغير هذا المعيار يتنافى مع الاساس الذى اقيمت عليه نظرية الظروف الطارئة اذ من المعروف ان اساس هذه النظرية هو (العدالة) والاخذ بالمعيار الشخصي يتنافى مع العدالة اذ من شأنه ان يكافىء المهمل غير المتبصر على اهماله وعدم تبصره ويعاقب الحريص المتبصر على حرصه وتبصره .

ومن الواضح انه يشترط في هذا الحادث غير المتوقع ان يكون (مما لا يمكن دفعه) لانه اذا كان في امكان المدين دفع هذا الحادث وتوقى اثاره فلم يفعل كان مخطئا لا يستحق الحماية التى تقررها هذه النظرية فلو ان موردا تأخر في تنفيذ التزامه حتى قامت حرب الشرق الاوسط التى اغلقت قناة السويس على اثرها فاضطر الى شحن البضاعة عن طريق رأس الرجاء الصالح وكبد ذلك مصاريف اضافية طائلة فليس له ان يستند الى هذه النظرية ليلقى على الطرف الاخر قسما من هذه الخسارة .

١٧٢ - الشرط الثالث : ان يصبح تنفيذ التزام المدين (مرهقا) فالظرف الطارىء لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا - كما تفعل القوة القاهرة - وانما يجعله مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة .

وارهاق المدين يحدد بالنسبة الى الصفقة التى ابرم في شأنها العقد دون نظر الى فقر المدين او غناه .

ولكن يحدث في العمل ان يمارس المتعاقد مع الادارة بوجه خاص ،

(٦) فى ١٧/٦/١٩٦٧ .

عدة أنواع من النشاط يقوم بينها اتصال يختلف قوة وضعفاً بحسب الاحوال، فكيف يقدر الارهاق في هذه الحالات؟ تتبع في هذه الحالات القواعد التالية:-

١ - يجب ان يوضع في الاعتبار عند تقدير الارهاق ، جميع اوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد والتي يقوم بينها اتصال وثيق بحيث يمكن اعتبارها فرعاً من الالتزام الاصلى فى العقد . فاذا كان العقد عقد امتياز مثلاً ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم فى شركة التزام اخرى مماثلة فيجب عند تقدير الارهاق ان يحسب ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من ارباح الشركة الاخرى كما يجب ان يدخل فى الحساب حصيلة ما تبعه من منتجات ثانوية تصل بموضوع الاستغلال الاصلى .

٢ - اذا كان المتعاقد يمارس اوجها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد (ماء تقى ، وماء خام مثلاً) فيجب عند تقدير الارهاق اخذ جميع هذه الاعمال بعين الاعتبار .

٣ - اذا كان المتعاقد يمارس اوجها متعددة من النشاط لاعلاقة لها بالعقد فلا تدخل هذه الاعمال فى حساب الارهاق .

٤ - لا يدخل فى حساب الخسائر الارباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارىء .

١٧٣ - هل ينبغى على المتعاقد اذا توافرت الشروط السالفة-الاحتجاج بالظروف الطارىء وقت حدوث هذا الظرف واثناء تنفيذ العقد؟ او ان له ان يحتج بهذه الفكرة حتى بعد تمام التنفيذ؟ .

تؤكد محكمة القضاء الادارى المصرية ان للمتعاقد الحق فى التمسك بالظروف الطارئة حتى بعد وفائه بالتزامه التعاقدى . ولكن محكمة النقض والابرام المصرية تسير فى غير هذا الاتجاه وتقرر انه متى نفذ الالتزام فقد انقضى ولم يعد هناك محل لتطبيق النظرية ، وقد سارت محكمة تمييز العراق على

هذا النوال اخيرا فاشترطت لتطبيق الظروف الطارئة ان يتمسك بها المتعاقد والعقد لا يزال في دور لتنفيذ .

وعندي ان هذا الاتجاه منتقد للاسباب التالية :-

أ - ان نظرية الظروف الطارئة من صنع القضاء الادارى وخلقها ولم يزد دور المشرع المدني على تبني الفكرة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسى ولم يشترط مجلس الدولة (سواء فى فرنسا او مصر) مثل هذا الشرط فى اى حكم له .

ب - ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة ، وليس من العدالة ان يحرم المتعاقد الذى تحمل الارهاق امثالا لعقده واحتراما للالتزاماته من الاحتماء بهذه النظرية وان نغدى هذه الحماية على المتعاقد المشاكس الذى امتنع عن التنفيذ .

ج - يبدو ان كلا من محكمة النقض والابرام المصرية ، ومحكمة التمييز عندنا تأثرت فيما قضت به بالمادة (٢٦٩) من القانون البولونى ، (وهى المصدر الذى اقتبست منه المادتان المصرية والعراقية) الا ان هناك فارقا كبيرا فى صياغة المادة البولونية من جهة والمادتين المصرية والعراقية من جهة اخرى . فالمادة البولونية تعطى للقاضي عند توافر الطرف الطارىء سلطة (تعيين طريقة التنفيذ ، او تحديد مقداره او فسخ العقد) وواضح ان تعيين طريقة التنفيذ « او » تحديد مقداره « او » فسخ العقد « لا يتصور الا اذا كان العقد لازال فى دور التنفيذ .

اما المشرع العراقى فإنه يعطى للقاضي سلطة « انقاص الالتزام المهرق أو رده الى الحد المعقول « و » انقاص الالتزام « أو » رده الى الحد المعقول « متصور اثناء التنفيذ كما هو متصور بعد تمام التنفيذ .

١٧٤ - ثالثا : - آثار الطرف الطارىء :- اذا توافرت الشروط السالفة

جاز للمحكمة « انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول الذي تقتضي به
العدالة » .

فلا يجوز الاستناد الى هذه الفكرة لطلب (فسخ) العقد ، لأن هذه
الفكرة كما تقدم تقوم على اساس من العدالة ، واعطاء المدين حق الفسخ
يتنافى مع العدالة لأنه يحمل الدائن وحده عبء الظرف الطارىء * وعلى
المتعاقد الذى يتمسك بالظرف الطارىء ان يستمر فى تنفيذ التزاماته رغم
هذا الظرف فاذا توقف عرض نفسه للجزاءات المنصوص عليها فى العقد ،
ولم يعد جديرا بالحماية التى تقرها هذه الفكرة ، وبهذا قضت محكمة
التمييز فقد جاء فى حكم لها « لما كانت المادة ٢/١٤٦ مدني تجيز للقضاء اذا
طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها
ان تنفيذ الالتزام التعاقدى صار مرهقا للمدين ويهدده
بخسارة فادحة ، ان ينقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت
العدالة ذلك * ومفهوم هذا ان يستمر المتعاقد الذى يشكو الارهاق فى تنفيذ
التزامه لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الارهاق ، فاذا امتنع
وتوقف عن تنفيذ التزامه التعاقدى كله او بعضه فلا يستفيد من نظرية
الظروف الطارئة ولا يحق له المطالبة بالتعويض ، لان الهدف الرئيسى
لنظرية هو مساعدة المتعاقد على مواصلة تنفيذ التزامه التعاقدى وتخفيف
الاضرار التى انزلتها به الظروف الطارئة بسبب تنفيذه التزامه التعاقدى
وذلك بشرط استمراره على تنفيذ هذا الالتزام» (٧) .

١٧٥ - قلنا ان اثر الطرف الطارىء هو (انقاص) الالتزام المرهق
الى الحد المعقول ولكن كيف يقوم القاضى بعملية (الانقاص) هذه *

نقرر فى هذا الصدد القواعد الثلاث التالية :-

(٧) حكمها المرقم ١٢٢٩/ح/١٩٦٧ الصادر فى ٢٧-١-١٩٦٨ -
منشور فى مجلة القان المقارن ص ٢١٨ ، ع ٢٢٥ .

القاعدة الاولى :

يتحمل المدين وحده الخسائر المألوفة المتوقعة فلا تدخل هذه الخسائر في حساب الارهاق ، وقد سارت المحاكم العراقية « بناء على مشورة غرفة التجارة » على ان الخسارة المألوفة هي الخسارة التي لا يتجاوز مقدارها ٥٪ من الصفقة .

القاعدة الثانية :

يشارك الطرفان المتعاقدان في تحمل نتائج الطرف الطارىء (بعد ان يستقل المدين وحده بتحمل الخسارة المألوفة كما سبق القول) .
وتسير المحاكم عندنا على ان معنى (الاشترك) هنا هو قسمة الارهاق مناصفة بين الطرفين .

مثال ذلك :- تعاقد شخص مع وزارة الدفاع على ان يورد لقطعة من قطعات الجيش كمية من اللحم قدرها (٥٠) طنا بسعر الكيلوا (٢٠٠) فلس ، ارتفعت الاسعار قبل بدء التنفيذ الى ٣٥٠ فلسا للطن .

مجموع سعر الصفقة = ١٠٠٠٠ دينار

ارتفع السـي ١٧٥٠٠ دينار

مقدار الارهاق (الخسارة) ٧٥٠٠ دينار اي ٧٥٪ من الصفقة .

يخصم منه ٥٪ (وهو الخسارة المتوقعة) والباقي وقدره (٧٠٪)
أي ٧٠٠٠ دينار يوزع مناصفة . وعلى هذا تقضى المحكمة برفع سعر الكيلوا الى (٢٧٠) فلسا .

القاعدة الثالثة :

يدور حكم القاضى بانقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول مع الطرف الطارىء وجودا وعدما ، فاذا زال الطرف الطارىء زال معه الانقاص ورجع العقد الى ما كان عليه أصلا ، واذا اشتد الطرف الطارىء أو خفت

حدثه فليس هناك ما يمنع القاضى من اعادة النظر فى التعديل الذى قضى به زيادة او نقصا .

وختاما اود ان الفت النظر الى ان قواعد نظرية الظروف الطارئة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

اثر العقد بالنسبة للخلف

١٧٥ - قلنا انه ليس معنى قاعدة نسبية العقود ان يقتصر أثرها على من كان طرفا فيها بطريق الاصاله أو بطريق النيابة ، بل ان أثرها ينصرف كذلك الى الخلف العام وقد ينصرف الى الخلف الخاص .

ونعنى بالخلف هنا من تلقى حقاً من غيره ، وهو نوعان : خلف عام وخلف خاص . وتتولى الآن بحث انصراف أثر العقد الى الخلف عاماً كان او خاصاً .

اولا : اثر العقد بالنسبة للخلف العام

١٧٦ - الخلف العام هو من يخلف السلف فى ذمته المالية كلها او فى جزء شائع فيها . فالوارث الوحيد ، والوارث مع غيره ، وأصحاب حق الانتقال ، والموصى له بجزء شائع فى التركة ، كالربع او الخمس ، خلف عام .

ولا تظهر الخلافة العامة الا بسبب الوفاة ، لانها تفترض انحلال ذمة السلف المالية وانتقالها ولا يكون ذلك الا بعد الوفاة .

١٧٧ - وتقتضى الفقرة الاولى من المادة (١٤٢) بأنه « ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام » .

يفهم من هذا النص ان القاعدة العامة فى التشريع العراقي هي

انصراف أثر العقد الى الخلف العام ، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يحد منها - كما يقول النص ، القواعد المتعلقة بالميراث ، وطبيعة العقد أو التعامل ، ونص القانون •

١٧٨ - اما عن قواعد الميراث فقد أراد المشرع بها الاشارة الى القاعدة المعروفة « لا تركة الا بعد سداد دين » • ومقتضى هذه القاعدة وجوب التفرقة بين الحقوق الناشئة عن العقد وبين الديون او الالتزامات المترتبة عنه •

اما بالنسبة للحقوق فالاصل فيها انها تنتقل الى الوارث بعد موت مورثه ، فاذا باع شخص عيناً بثمن مؤجل مات قبل قبضه انتقل الحق في الثمن الى الوارث واذا فرض ان البائع كان قد أخذ بالثمن رهناً فان حق الرهن ينتقل مع حق الثمن الى الوارث •

واذا كان هذا هو الاصل بالنسبة لانتقال الحقوق في الفقه الاسلامي فانه ترد عليه استثناءات ترجع الى طبيعة الحق •

فلا تنتقل الى الوارث (الحقوق غير المالية) كحق الحضانة ، وحق الولاية على النفس ، كما لا تنتقل الى الوارث الحقوق المالية المتعلقة بشخص المورث ، كدين النفقة وحق اجازة تصرف الفضولي ، وحق نقض الاشتراط لمصلحة الغير • ولا تنتقل الى الوارث - عند اصحاب المذهب الحنفي - الحقوق المتصلة بمشيئة المدين واراوته ، كالخيارات وحق الاخذ بالشفعة ، ولكنهم استنوا من ذلك خيار العيب ، وخيار التعيين وخيار فوات الوصف • وقالوا ان هذه الخيارات الثلاثة تثبت للوارث (ابتداء) لا بطريق الوراثية او الخلافة ، لان هذه الخيارات تثبت لعلل تحققت في العين ذاتها ، وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين الى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة •

وتذهب معظم المذاهب الاخرى الى القول بوراثه الخيارات وحق
الشفعة لقوله (ص) « من ترك مالاّ او حقاً فلورثته » •

ومع هذا فان المرع العراقي قضى بعدم انتقال الحق فى الاجل الذى
كان يملكه المورث الى الوارث (٢٩٦) وقضى بعدم وراثته خيار الشرط
(٥١٢) وبعدم وراثه خيار الرؤية (٥٢٣) •

هذا بالنسبة للحقوق أما بالنسبة للديون فان قاعدة لا تركه الا بعد
سداد دين تمنع انتقالها الى الوارث ، وانما تصبح التركة هي المسئولة عن
سداد هذا الدين • فاذا اشترى المورث داراً ومات قبل دفع ثمنها فان الثمن
يبقى ديناً فى التركة ولا ينتقل الى ذمة الوارث •

١٧٩ - واما عن طبيعة العقد أو التعامل فنقول ان هناك عقوداً تراعى
فيها شخصية المتعاقد ، فاذا مات هذا المتعاقد فقد انتهى العقد ولا ينصرف
أثره الى الخلف العام فاذا ابرم عقد مع طبيب أو مهندس ، أو محام ، أو
فنان ، ثم مات قبل التنفيذ فقد انقضى العقد ولم ينصرف أثره الى خلفه العام •
وقد يتفق المؤجر والمستأجر على انتهاء عقد الايجار بموت أحد العقادين •

١٨٠ - واما عن نص القانون فمثاله ما قضت به المادة (٦٤٦) من انقضاء
الشركة بموت أحد الشركاء ، ومثاله ايضا ما قضت به المادة (٩٢٣) من
انقضاء عقد العمل بموت العامل ، وما قضت به المادة (٩٤٦) من انتهاء الوكالة
بموت الموكل أو بموت الوكيل ، وما قضت به المادة (١٢٥٧) من انقضاء حق
المنفعة بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين لها •

١٨١ - على ان القانون اذا كان قد أطلق يد الانسان فى التصرف فى
أمواله حال حياته بجميع أنواع التصرفات ، فانه حمى الورثة من بعض
التصرفات التي لا يريد بها المورث الا الاضرار بهم ، او التي يفترض فيها
القانون هذه النية •

فالوصية - وهي عبارة عن هبة مضافة الى ما بعد الموت - لا تكلف الموصى حال حياته شيئاً فقد يوصي الانسان بجميع أمواله لآخر ولا يضار من هذا التصرف غير الوارث ، ولهذا قيد المشرع هذا النوع من التصرف بما لا يزيد عن ثلث تركته فان زاد عن هذا القدر اعتبر المشرع الخلف العام بالنسبة لهذا القدر الزائد (من الغير) فلا تسري في حقه هذه الزيادة •

وإذا احس لانسان بدنو أجله لم يعد للمال قيمة لديه ، فلا يعد أن يقدم على تصرف ضار بورثته أو ببعضهم على الأقل ، ولهذا نظر المشرع الى تعريفات المريض مرض الموت نظرة شك وريبة فالحق هذه التصرفات (الناقلة للملكية) بالوصية ، كما الحق بها كذلك ابراء المريض مرض الموت مدينياً له (م/١١١٩) •

ثانياً : اثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

١٨٢ - الخلف الخاص هو من تلقى من سلفه حقا (فى شيء) معين بالذات ، سواء كان هذا الشيء مادياً أو معنوياً • وبعبارة اخرى الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه (ملكياً شيء معين بالذات أو حقا عينياً على هذا الشيء) والشيء المعين الذي يتلقاه هذا الخلف الخاص قد يكون هو ذاته حقا عينياً ، وقد يكون حقا شخصياً •

فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشيء المبيع (وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة) وكذلك الموهوب له بالنسبة للواهب والموصى له بعين معينة بالنسبة للموصى •

وصاحب حق المنفعة خلف خاص بالنسبة لمن تلقى منه هذا الحق (وهذا استخلاف فى حق عيني واقع على عين معينة) والمحال له خلف خاص بالنسبة للمحيل (وهذا استخلاف فى ملكية حق شخصي) •

١٨٣ - وتقضي الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) بأنه « اذا انشأ العقد

التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل الى خلف خاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من (مستلزماته) وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه .

وفهم من هذا النص انه لا بد لانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص من توافر الشروط التالية :-

١ - ان يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل الى الخلف وهذا شرط بديهي فلا شأن للخلف بالعقود التي يبرمها السلف والتي لا صلة لها بالشيء المستخلف فيه ، فاذا باعك شخص عينا فلا شأن لك بعقد قرض عقده البائع من قبل أو عقد اجارة ابرمه على عين اخرى .

٢ - أن يكون العقد الذي ابرمه السلف (سابقاً) على انتقال الشيء الى الخلف الخاص لانه اذا كان العقد (تالياً) لانتقال الشيء الى الخلف فانه يكون قد صدر ممن لا ولاية له في التعاقد ، فلا ينصرف أثره الى الخلف . فاذا بعثك سيارتي ثم قمت بعد البيع برهنها أو تأجيرها أو اعارتها فلا ينصرف أثر أي من هذه العقود اليك لانك بالنسبة لها من (الغير) فلا يسري أثرها عليك .

٣ - أن يعلم الخلف بالعقد السابق الذي ابرمه سلفه ، والمراد بالعلم هنا العلم الحقيقي لا امكان العلم أو العلم المفترض . ولكن يلاحظ ان التسجيل في الحقوق العينية العقارية يعني عن العلم . ويقع عبء اثبات العلم على عاتق المتعاقد مع السلف ، وهو يستطيع اثباته بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن .

٤ - أن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبته عقد السلف من (مستلزمات) الشيء الذي انتقل الى الخلف .

• ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء اذا كان (مكملا) له •

• ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء اذا كان (محددا) له •

ذلك ان الحقوق المكملة للشيء تعتبر من توابعه والتابع يتبع الاصل ،
ولان الالتزامات التي (تحدد) الشيء تبين مدى حقوق السلف عليه فهي
تنقل الى الخلف تطبيقا لقاعدة ان الانسان لان يستطيع ان ينقل الى غيره من
الحقوق أكثر مما يملك أو كما يقول فقهاء الشريعة فاقد الشيء لا يعطيه •
والآن نضرب بعض الامثلة لهذه الحقوق والالتزامات •

١٨٣ - الحقوق المكملة للشيء :

١ - أمن شخص على داره ضد الحريق - ثم باع هذه الدار ، يستفيد
المشتري من الحقوق الناشئة عن عقد التأمين لانها من (مكملات) الشيء
ويتنقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين •

٢ - حصل صاحب متجر من آخر على تعهد بعدم المنافسة ، باع الاول
محله ينتقل الى المشتري حق عدم المنافسة لانه من (مكملات) الشيء •

٣ - اشترى شخص عينا ثم باعها لمشتري ثان ، ينتقل الى هذا المشتري
الثاني حق المشتري الاول في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق أو
ضمان العيوب الخفية لان هذه الحقوق من (مكملات) الشيء •

١٨٤ - ولا تعتبر حقوقا مكملة للشيء ، وبالتالي لا تنتقل الى الخلف الخاص :

١ - الحقوق التي ليس من شأنها تقوية الشيء أو درء الخطر عنه ،
كما اذا كان السلف قد تعاقد مع مقاول لاقامة بناء على الارض التي انتقلت
الى الخلف ، وكما اذا كان صاحب السيارة البائع قد استأجر (كراجا)
تأوي اليه السيارة •

٢ - حقوق السلف التي كانت شخصيته محل اعتبار في انشائها ،
مثال ذلك أن يشتري طبيب قطعة أرض يقيم عليها مستشفى متنقلا ويتعاقد

مع مخزن أدوية على توريد أدوية معينة لهذا المستشفى ، فإذا نقل الطبيب المستشفى وباع قطعة الأرض فإن حقه قبل مخزن الأدوية لا ينتقل الى مشتري الأرض ، لأن هذا الحق متصل بمصالح الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي بيعت .

١٨٥ - الالتزامات المحددة للشيء ، وبالتالي تنتقل الى الخلف الخاص :-

١ - التزم صاحب متجر بعدم فتح متجره لمدة معينة لعدم منافسة صاحب متجر آخر ، باع الملتزم متجره ، ينتقل التزامه الى المشتري لأنه من (محددات) الشيء .

٢ - باعت الحكومة قطعة من الأراضي ، واشترطت على المشتري أنها إذا نزع ملكيتها للمنفعة العامة في خلال مدة معينة فإنها لا تلتزم إلا برد الثمن ، فإذا باع أحد المشتريين القطعة التي اشتراها انتقل هذا الالتزام الى هذا المشتري الثاني باعتباره خلفاً خاصاً لأنه من (محددات) الشيء .

٣ - اشترى شخص قطعة أرض من شركة اشترطت عليه عدم مجاوزة البناء لارتفاع معين أو عدم إقامة منشآت عليها لغير السكن ، باع المشتري هذه القطعة الى آخر ينتقل هذا الالتزام الى المشتري الأخير لأنه من (محددات) الشيء . (لاحظ هنا ان من الأسهل تخريب التزام المشتري الثاني بالقول بان الحق المقرر على قطعة الأرض هو حق ارتفاق سالب مقرر على هذه القطعة لمصلحة جميع عقارات المنطقة ومعروف ان الحق العيني لصيق بالشيء ينتقل بانتقاله دون حاجة الى الاستعانة بفكرة الاستخلاف - وانظر المادة ١٢٧٤) .

٤ - التزم صاحب دار مجاورة لكنيسة بعدم إقامة حفلات راقصة فيها ، باع المالك داره قضت المحاكم الفرنسية بانتقال هذا الالتزام الى المشتري لأنها اعتبرته من (محددات) الشيء .

الالتزامات لا تعتبر محددة للشيء فلا تنتقل الى الخلف الخاص :-

التزام صاحب الأرض الذي اتفق مع مقاول على البناء عليها لا ينتقل

الى الخلف ، وكذلك الحال بالنسبة لالتزام بائع السيارة اذا كان قد استأجر
(كراجا) لها •

التعهد عن الغير

١٨٦ - نصت المادة (١٥١) على انه « اذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فانه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه ، ويجب عليه ان يعوض من تعاقده معه اذا رفض الغير ان يلتزم ، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر الدائن ٢٠ - اما اذا قبل الغير الوعد فان اقراره لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ، ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة أن يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد » •

ويفهم مما تقدم ان التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة في نسبية آثار العقود وعدم انصرافها الى الغير ، واذا كان بعض الفقهاء قد جرى على بحث التعهد عن الغير عند الكلام عن انصراف أثر العقد الى غير المتعاقدين فان مرد ذلك الى الوهم الذي تثيره صياغة المادة (١١١٩) من القانون الفرنسي •

وللتعهد عن الغير في الحياة العملية صور متعددة ، فهذا شريك يبيع العين المشاعة ويتعهد للمشتري بالحصول على اقرار شريكه للبيع ، وهذا وكيل يرى من المصلحة مجاوزة حدود وكالته ولكنه لا يستطيع الحصول على اذن الموكل بذلك ، فيتعاقد باسمه ويتعهد بقبول الموكل ، وهؤلاء ملاك على الشيوع يريدون قسمة العين قسمة رضائية وفيهم غائب فيتعهدون لمن يخشى عدم اقرار الشريك الغائب بالحصول على هذا الاقرار وهكذا •

١٨٧ - ونلخص أحكام التعهد عن الغير فيما يلي :-

١ - يتعاقد الشخص باسمه لا باسم الغير : ومن هنا اختلف التعهد

عن الغير عن الوكالة وعن الفضالة •

٢ - لا يلزم المتعهد الغير ، وانما يلزم نفسه ، والتزامه هو الحصول على اقرار الغير للتعهد فالاصل في التزام المتعهد ان يكون التزاما (بنتيجة) هي الحصول على اقرار الغير ولا مانع - في رأينا - من أن يكون التزامه (بوسيلة) وذلك بان يتعهد بان يبذل جهده لحمل الغير على القبول ، وتقول محكمة النقض والابرام المصرية ان هذا التعهد يلقي على المتعهد « سعيا متواصلا وجهدا مستمرا لكي يدلل على حسن نيته في تنفيذ تعهده ، وانه كان جادا فيما أخذه على عاتقه ولم يكن هازلا فيه وانه جد في سعيه أن يحصل على هذه الموافقة » (٨) •

٣ - ينقضي التزام المتعهد بأقرار الغير للتعهد ، ولا يسأل بعد هذا عن عدم تنفيذ الغير أو اخلاله بالتنفيذ ، الا اذا تعهد بذلك وفي هذه الحالة يعامل معاملة الكفيل •

٤ - اقرار الغير للتعهد عمل ارادى صادر من جانب واحد ، لا يشترط فيه شكل خاص الا اذا اشترط القانون ذلك كما في الهبة والرهن الرسمي وبيع العقار •

٥ - ليس للاقرار أثر رجعي وذلك دفعا للاضرار بحقوق الغير ، فاذا تعهد (أ) ان (ب) يبيع منقولاً يملكه الى (ج) ولكن (ب) باع المنقول الى (د) ثم قبل التعهد الصادر من (أ) فان (ب) يكون قد باع المنقول مرتين الاولى الى (د) والثانية الى (ج) • فاذا أخذنا بفكرة الاثر الرجعي للقبول أضر هذا بالمشتري (د) اذ يتأخر عن المشتري (ج) • ودفعنا لهذا الاضرار فقد نص القانون على عدم استناد الاقرار الى الماضي •

(٨) القضية رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٠ - وانظر نقدا لهذا الرأي - الدكتور الحكيم ط ١ ص ٣١١ •

ومع هذا فإنه يكون للاقرار أثر رجعي اذا انصرف الى ذلك قصد الغير صراحة أو دلالة ، مثال ذلك : ملاك على الشيوخ بينهم قاصر ، تصرفوا في المال المشاع وتعهدوا عن القاصر ، بلغ القاصر سن الرشد وأقر التعهد ، من المفهوم ضمنا ان القاصر هنا قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي يستند الى وقت تصرف الشركاء .

٦ - اذا رفض الغير التعهد حقت المسؤولية على المتعهد ، فيلتزم بتعويض من تعاقد معه عما لحقه من ضرر، ومع هذا فإن هذا المتعهد يستطيع التخلص من التعويض اذا قام بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به عن الغير ، اذا كان ذلك لا يضر بالدائن المتعاقد معه ، اى اذا لم تكن شخصية الغير محل اعتبار في التعهد .

المطلب الثانى

استثناءات من القاعدة العامة

انصراف أثر العقد الى الغير

قد تقضي قواعد العدالة واستقرار المعاملات بالخروج على نسبية أثر العقد وسحب هذا الاثر الى الغير . ولهذا الاستثناء صورتان :

(١) الدعوى المباشرة .

(٢) الاشتراط لمصلحة الغير .

وستكلم عن الدعوى المباشرة عند بحث الدعوى غير المباشرة فى الجزء الثانى من هذا المؤلف .

ونحصر الكلام فى هذا المطلب فى الاشتراط لمصلحة الغير .

الاشتراط لمصلحة الغير

Stipulation Pour Autrui

١٨٨ - أمن شخص على حياته لمصلحة ورثته أو زوجته أو شخص

عزيز لديه اذا مات قبل مدة معينة •

واهب يشترط على الموهوب له دفع ايراد مرتب مدى الحياة لشخص

• معين

يؤمن مرسل البضاعة عليها لمصلحة المرسل اليه •

• صاحب مصنع يؤمن لمصلحة عماله عما يصيبهم من ضرر أثناء العمل •

• صاحب سيارة يؤمن ضد مسؤليته المدنية لمصلحة ضحاياه •

تشرط الحكومة على مصلحة الكهرباء أو اسالة الماء أو التلفونات

شروطا لمصلحة الجمهور كتحديد حد أعلى لاسعار الوحدة أو تخفيض

السعر الخ •••

هذه وأمثالها صور للاشتراط لمصلحة الغير • ويلاحظ منها ان ابرز

صور الاشتراط لمصلحة الغير يكون في عقود التأمين ، والاحتكار والتزام

المرافق العامة والمقاولات •

ويتبين من الامثلة المتقدمة ان هناك ثلاثة أشخاص في الاشتراط هم :-

(١) المشترط وهو من قام بترتيب الحق •

(٢) المتعهد - وهو من التزم بهذا الالتزام •

(٣) المنتفع - وهو من انشئ هذا الحق لمصلحته أى المستفيد منه •

ونبحث أولاً شروط الاشتراط ثم أحكامه •

أولاً : شروط الاشتراط

للاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة شروط هي

١٨٩ - (١) تعاقد المشترط باسمه الخاص : وفى هذا يقول صدر

المادة (١٥٢) « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه الخاص » • فاذا تعاقد

المشترط باسم المنتفع خضع عقده لاحكام النيابة أو الفضالة على حسب

• الاحوال

ففي النيابة يتعاقد النائب مع الغير (باسم الاصيل) وفي الاشتراط
يتعاقد المشتراط باسمه الخاص .

ومثل هذا الفرق موجود بين الاشتراط وبين الفضالة ، يضاف الى
ذلك ان المشتراط يستطيع ان يطالب (المتعهد) بتنفيذ التزامه نحو المنتفع
لان له مصلحة شخصية في ذلك ، أما الفضولي فلا يملك هذا الحق لانتهاء
المصلحة .

١٩٠ - (٢) ان يشترط على المتعهد **حقا مباشرا للمنتفع** : وهذه هي
الصفة الجوهرية للاشتراط كاستثناء على قاعدة نسبية العقود . ويترتب على
هذا الشرط انه اذا كان المشتراط قد اشترط الحق لنفسه او لثم حوله بعد
ذلك الى الغير فان هذا العمل لا يعتبر اشتراطا وانما هو حوالة حق .
ويترتب عليه كذلك ان الاستخلاف على الحقوق (سواء أكان الخلف عاما
أم خاصا) لا يدخل في صور الاشتراط لان الحق في الاستخلاف (ينتقل)
من سلف الى خلف . أما في الاشتراط فان الحق ينشأ (ابتداء) لمصلحة
الغير .

١٩١ - (٣) ان تكون للمشتراط (مصلحة) شخصية : ولا يشترط
في هذه المصلحة ان تكون مادية بل يجوز أن تكون أدبية (م ١٥٢ / ١) .
والواقع ان المصلحة الادبية أكثر ظهورا في التطبيق العملي من المصلحة
المادية ، فالحكومة التي تشترط على الشركة المحكرة شروطا لمصلحة
الجمهور والشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده ، ومن
يقدم هبة ويشترط على الموهوب له شيئا لمصلحة الفقراء أو لاعمال البر ،
والام التي تشترط على مطلقها ترتيب ايراد للابن دون ان تلتزم الام قبل
الاب بشيء ، كل هؤلاء تدفعهم الى الاشتراط مصلحة ادبية لا مصلحة مادية .

ثانيا - أحكام الاشتراط :

في الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات هي :-

١٩٢ - (١) علاقة المشتري والمتعهد : تحكم هذه العلاقة طبيعة العقد المبرم بين الطرفين فقد يكون العقد المبرم بينهما عقدا ملزما للجانبين ، فيلتزم كل منهما بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها هذا العقد . مثل ذلك :- أن يبيع شخص عينا لآخر مقابل ثمن يدفع بعضه للبائع ويدفع بعضه الآخر للغير على شكل ايراد مرتب مدى الحياة ، المشتري هنا بائع يلتزم بما يلتزم به البائع - من نقل ملكية وتسليم وضمانات - والمتعهد هنا مشتري يلتزم بما يلتزم به المشتري من دفع الثمن على النحو المتفق عليه - أى انه يلتزم بدفع بعض الثمن الى البائع وبعضه الآخر الى الغير على شكل أقساط من ايراد مرتب مدى الحياة . ولما كان للمشتري مصلحة من هذا الاشتراط فقد أعطته حق مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه قبل المنتفع عن طريق دعوى مباشرة لانه طرف في العقد . واذا امتنع المتعهد عن تنفيذ التزامه فانه يجوز للمشتري ان يمتنع بدروه عن التنفيذ ، كما يجوز له ان يطلب فسخ العقد ، كما يحق له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه ولحق المنتفع من جراء عدم التنفيذ أو الاخلال به .

١٩٣ - (٢) علاقة المشتري بالمنتفع : قد يريد المشتري من وراء الاشتراط التبرع للمنتفع ، وقد يريد أن يعاوضه .
فاذا أراد التبرع له كان عقده هبة غير مباشرة يشترط فيها أن يكون اشتراط أهلا للتبرع ، ويجوز له الرجوع فيها عند وجود سبب من أسباب الرجوع وعدم وجود المانع (انظر المواد ٦٢١ - ٦٢٣) .

أما اذا كان المشتري لا يريد التبرع فان العلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الاول من الثاني ، فقد يريد المشتري من عملية الاشتراط الوفاء بدين عليه للمنتفع وفي هذه الحالة تطبق أحكام الوفاء ، وقد يريد اقراض المنتفع عن طريق الاشتراط وفي هذه الحالة تطبق احكام القرض وهكذا .

١٩٤ - (٣) علاقة المنتفع بالمتعهد: وهذه العلاقة أهم ما فى الاشتراط. لمصلحة الغير لانها هى التى تسبغ عليه طابعه الخاص كاستثناء من قاعدة نسبية أثر العقود وعدم انصرافه الى غير العاقدين ، اذ ينشأ عن هذه العلاقة التى تقوم بين المنتفع وبين المشترط (حق مباشر) للمنتفع مصدره عقد الاشتراط ، وهنا يبرز خروج الاشتراط على قاعدة نسبية أثر العقود .

فالمنتفع (وهو لم يكن طرفا فى عقد الاشتراط بل قد يكون غير موجود أصلا وقت الاشتراط) يكتسب حقا مباشرا من هذا العقد يعطيه حق مطالبة المتعهد بتنفيذ تعهده ، وحق مطالبته بالتعويض عند عدم تنفيذ الالتزام أو الاخلال به . وقد أجهد الفقهاء أنفسهم فى تبرير هذا الاستثناء وردده الى القواعد العامة التى فيها .

فقال بعضهم بنظرية (الايجاب) ومؤدى هذه النظرية انه عندما يشترط المشترط حقا لمصلحة المنتفع ينعقد عقدان متلاحقان ، أولهما العقد المبرم بين المشترط والمتعهد ، ويترتب على هذا العقد نشوء الحق (للمشترط) ثم ينعقد بعد هذا عقد ثان بين المشترط والمنتفع ينقل هذا الحق الى المنتفع . ولا يمكن قبول هذه النظرية ، لانها تؤدي الى عدم ثبوت حق المنتفع حتى يصدر عنه القبول فاذا سقط الايجاب المعروض عليه بموت المشترط مثلا لم يعد فى الامكان نشوء هذا الحق ، فى حين ان قواعد الاشتراط لا تحول دون نشوء حق المنتفع بعد وفاة المشترط بل انها تزيد تأكيدا اذ لا يمكن بعد وفاة المشترط نقض حق المنتفع .

وقال بعضهم بنظرية (الفضالة) لان المشترط ليس الا فضوليا يبرم العقد لمصلحة المنتفع وقد سبق ان قلنا ان بين الفضالة وبين الاشتراط فرقا جوهريا اذ يشترط فى الفضالة أن لا تكون للفضولي مصلحة والمصلحة شرط لا بد منه فى الاشتراط .

وذهب فريق ثالث الى ان حق المنتفع يرجع الى (الارادة المنفردة)

للمتعهد ، وهذا القول بدوره غير صحيح فالارادة المنفردة لا تصلح ، كقاعدة عامة ، لانشاء التزام الا في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك وليس الاشتراط لمصلحة الغير من بين هذه الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون .

وذهب فريق رابع الى الاستعانة بفكرة (حوالة الحق) وهذا الرأي بدوره غير صحيح لان المنتفع لا يتلقى حقه عن المشرط ولا يعتبر خلفا له فيه ، وانما هو تلقاه من العقد مباشرة .

والواقع انه لا معنى مطلقا لهذه الجهود التي يبذلها الفقهاء لتأصيل الحق المباشر للمنتفع فقد نشأ هذا الحق (استثناء) من قاعدة نسبية أنسر العقد ، وليس من المنطق رد الاستثناء الى (القواعد العامة) .

فاذا ثبت هذا فاننا نستطيع حصر المميزات التي يمتاز بها حق المنتفع فيما يلي :-

(١) انه حق مباشر :- تلقاه المنتفع من عقد الاشتراط ولم ينتقل اليه من المشرط . ويرتب على هذه الصفة النتائج الآتية :-

أ - لا يستطيع دائنو المشرط الانتفاع من هذا الحق بعد وفاته بل يخلص للمنتفع وحده ، ويرتب على هذا انه لو أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم مات ، فانه لا يجوز لدائني التركة ان ينفذوا على حق الاولاد قبل شركة التأمين ، لان هذا الحق لم يكن أبدا من (تركة) المتوفى ولهذا فانه لا يطبق على هذا الحق قواعد الميراث بل تطبق عليه قواعد الشركة .

ب - لا يجوز لدائني المشرط حال حياته أن ينفذوا على الحق الذي اشترطه للمنتفع ولا ان يستعملوا حق مدينهم (المشرط) في نقض الحق ، لان حق النقض حق شخصي متصل بارادة المشرط ومشيئته (م / ١٥٣) .

(٢) انه حق فلق - أى قابل للنقض :- فحق المنتفع قابل للنقض من جانب المشترط الى أن يظهر المنتفع رغبته بالاستفادة من الاشرط (١/١٥٣) •

ويتم النقص بعمل ارادى صادر من جانب واحد (هو المشترط) ولا يشترط فيه شكل خاص فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا • مثال النقص الضمني أن يحول المشترط الحق من المنتفع الى شخص آخر ، ومثاله أيضا أن يطالب المشترط المتعهد بتسديد الالتزام لمصلحته هو (أى لمصلحة المشترط نفسه) •

ويوجه المشترط النقص الى المتعهد أو المنتفع ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائما بالنقص حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع • ولا ينقطع حق النقص الا اذا صدر اقرار من المنتفع أى الامن وقت أن يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشرط •

وحق النقص حق لصيق بشخصية المشترط لانه يرجع الى اعتبارات شخصية خاصة به ، فلا يجوز لاحد غيره ان يستعمله سواء أكان دائما أم وارثا • ولهذا قلنا ان حق المنتفع يثبت ويستقر نهائيا بوفاء المشترط •

واذا كان المشرع يعطي للمشرط حق نقض حق المنتفع فانه يشترط فى ذلك ان لا يكون هذا النقص مخالفا لما يقتضيه العقد (١/١٥٣) وعلى هذا لا يستطيع مرسل البضاعة الذى قام بالتأمين عليها لمصلحة المرسل اليه نقض هذا الاشرط لانه يخالف طبيعة العقد ، ولا يستطيع ذلك الذى باع عينا له واشترط على المشتري سداد دين أحد دائنيه من ثمنها نقض الاشرط ، ولا يستطيع المشترط الذى باع عقارا مرهونا واشترط على المشتري دفع الثمن للدائن المرتهن نقض الاشرط لتعلقه بمصلحة كل من الدائن المرتهن والمشتري •

(٣) حق مستمده من العقد : ويترتب على هذا ان حق المنتفع يتبع هذا العقد من حيث وجوده وزواله فاذا كان عقد الاشتراط باطلا لم ينشأ الحق واذا فسخ العقد لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه فقد زال حق المنتفع ويستطيع المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بكل الدفوع الناشئة عن العقد كما لو كان عقد الاشتراط مشوبا باكراه أو غلط أو تغرير مع غبن واقع على المتعهد .

(٤) حق المنتفع الناشئ عن العقد : لا يجعل هذا المنتفع طرفا فيه ، فالمنتفع بالرغم من ذلك (اجنبي) عن العقد . ويترتب على هذا :-

أ - لا تعتبر الاحكام الصادرة في النزاع بين المشتري والمتعهد في صدد العقد حجة على المنتفع فلا تكتسب في مواجهته قوة الشيء المقتضى فيه .
ب - اذا عدل العقد فلا يعتبر هذا التعديل حجة على المنتفع الا اذا كان له تاريخ ثابت .

ج - لا يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالمقاصة بدين له قبل المشتري .

د - يجوز للمنتفع اثبات حقه بجميع طرق الاثبات لانه ليس طرفا في العقد .

المبحث الثاني

تفسير العقد

اذا طرح نزاع بشأن عقد من العقود تعين على القاضي أن يبحث أولا عن انعقاد العقد أو عدم انعقاده ، فاذا تبين له ان العقد ابرم صحيحا تعين عليه أن ينتقل الى بحث نقطة اخرى وهي هل سبق تنفيذ الالتزام التعاقدى من قبل وهل كان التنفيذ كاملا أم جزئيا ، وهل كان التنفيذ في صورته متفقا مع حسن النية وشروط العقد .

فاذا انصب النزاع على تفسير بعض محتويات العقد وشروطه وتحديد

نطاقه كان على القاضي أن يستجلى هذا الغموض بالرجوع الى قواعد التفسير
التي وضع المشرع بعضها والتي نجملها فيما يلي :-

١٩٥ - (١) **العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني :**
على ان الاصل في الكلام الحقيقة اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز
(م ١٥٥٥) • معنى هذا انه يحتم على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة
للمتعاقدين وان لا يقف عند ظاهر الالفاظ وحرافية النصوص • فاذا أعطى
المتعاقدان العقد وصفا معينا بعبارات والفاظ واضحة فان القاضي غير ملزم
بالتقيد بهذا الوصف ويترتب على هذا ان الهبة بشرط العوض تعتبر بيعا
وان الحوالة بشرط عدم براءة ذمة الاصيل تعتبر كفالة ، وان الوكالة
المضافة الى ما بعد الموت تعتبر ايضاء وقد سبق أن عرضنا علاقة هذه القاعدة
بالارادة الظاهرة والارادة الباطنة فلا نعود الى ذلك مرة اخرى •

١٩٦ - (٢) **تترك الحقيقة بدلالة العادة :** ويمثل الفقهاء لهذه القاعدة
بمن قال لآخر كل من هذه الشجرة فأكل من (ثمرها) فلا ضمان عليه •
ومثلوا لها كذلك بقولهم ان الاقرار المعلق على شرط باطل ولكن اذا علق
بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس حمل على الاقرار بالدين
المؤجل مثال ذلك : اذا قال أحد لآخر اذا وصلت الى المحل الفلاني فاني
مدين لك بكذا كان اقراره باطلا ولو قال ان أتى الشهر الفلاني فاني مدين
لك بكذا يحمل على الاقرار بالدين المؤجل لاقتضاء العادة ذلك •

١٩٧ - (٣) **الحقيقة أقوى من المجاز :** فلا يصار الى المجاز الا اذا
تعذرت الحقيقة فاذا قال وقفت دارى هذه على أولادى ثم على الفقراء ولم
يكن له غير أحفاد صرف المعنى اليهم لان (الأولاد) حقيقة في أولاد الصلب
مجاز في الاحفاد • ولو قالت وهبتك نفسى بمائة دينار حمل قولها (وهبتك)
على المعنى المجازي وهو زوجتك •

١٩٨ - (٤) **لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح :** فلو قبض

المشتري الذي لم يدفع الثمن المبيع في مجلس العقد ولم ينهه البائع كان هذا دليلاً على صحة القبض والتنازل عن حق الحبس ، ولكن لو ان البائع كان قد اشترط عدم تسليم المبيع قبل دفع الثمن ، فان له استرداده لان الاذن بالقبض (دلالة) سقط بالنهي الصريح . ولو دخل شخص دكانا عرضت فيه بضائع لسوم النظر فاذا أخذ شيئاً منها نظره للشراء فسقط من يده وانكسر فلا ضمان عليه لان عرض البضاعة لسوم النظر دلالة على الاذن بأخذه للنظر فيه بقصد الشراء . ولكن لو نهى صاحب الدكان عن أخذ الشيء فأخذه بعد النهي فانكسر في يده لزمه الضمان . لان الاذن الضمني سقط بالنهي الصريح ، والتصريح أقوى من الدلالة .

١٩٩ - (٥) أعمال الكلام اولى من اهماله لكن اذا تعذر الكلام يهمل :

مثال الشق الاول أقر شخص لآخر بألف دينار ولم يبين سببها ثم أقر له بألف ، يطالب بالالفين ولا يقبل منه قوله انهما دين واحد .

ومثال الشق الثاني : قالت اخت لاختها بعد وفاة أبيهما لك الثلثان ولي

الثالث وكانت التركة أرضاً أميرية مفوضة مثلاً ، يهمل كلامها لانه يتعذر اعماله لمخالفته لاحكام القانون .

٢٠٠ - (٦) المعروف يفسر ما غمض من العقد ويكمل نصه : وفي

هذا المعنى بقول المشرع العراقي المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والتعيين

بالعرف كالتعيين بالنص ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، والعادة

محكمة . واستعمال الناس حجة يجب العمل بها ... الخ^(٩) ... وهي

نصوص معادة يعنى عنها نص واحد واضح .

وعلى هذا قضت المحاكم المصرية بأنه اذا أبرم شخصان شركة مضاربة

دون تحديد حصة كل منهما في الأرباح فيكون لصاحب رأس المال الثلثان

(٩) انظر المواد ١٦٣ - ١٦٥ .

وللمضارب الثلث آخذا بعرف تلك البلاد • ويلتزم من يبيع سيارة بتسليم
الاوراق المتعلقة بها الى المشتري ويلتزم من يبيع جريدة بأن يسلم للمشتري
كشفا بأسماء المشتركين وقائمة بمدفوعاتهم • ويلتزم من ينزل في فندق
راق بدفع ١٠٪ من قيمة حسابه للخدمة ولو لم يجر الاتفاق على ذلك •
ومن تطبيقات هذه القاعدة اعتبار الغائب المفقود الذي أكمل التسعين من
عمره ميتا لان الغالب ان الانسان لا يعيش أكثر من ذلك •

٢٠١ - (٧) يفسر الشك في مصلحة المدين : (م ١٦٦) اذا لم
يستطيع القاضى ، باستعمال وسائل التفسير المتقدمة ، اجلاء المعنى الحقيقي للعقد
وللكشف عن نية الطرفين وجب تفسير الشك في مصلحة المدين ، فاذا كان
لشخص على آخر عدة ديون من جنس واحد وكانت كلها حالة ، ثم قام
المدين بالوفاء واختلف الطرفان في تحديد جهة الدين فيعتبر قول المدين
في تحديد هذه الجهة ومعنى هذا انه اذا كان أحد الدينين بفائدة والثاني
بدون فائدة اعتبر الوفاء بالنسبة للدين الاول واذا كان أحدهما مضمونا
بكفالة أو رهن والثاني غير مضمون اعتبر الوفاء كذلك بالنسبة للدين
الاول •

هذا ويلاحظ ان المشرع أورد في الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧)
استثناء على هذه القاعدة حيث قضى بأنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات
الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن دائما كان أو مدينا
وقد سبقت الإشارة الى هذا عند بحث عقود الاذعان •

المبحث الثالث

المسئولية التعاقدية

- ضمان العقد -

٢٠٢ - تمهيد :- المسئولية التعاقدية هي الجزاء الذى يرتبه القانون
على اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدى ، ولهذا فان قيام المسئولية التعاقدية

يفترض أن هناك عقدا صحيحا لم يقم المدين بتنفيذه • فالاصل ان على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه اختيارا ، فاذا لم يفعل كان للدائن أن يلجأ الى القضاء للحصول على التنفيذ العيني القهري متى كان ذلك ممكنا فاذا لم يكن هذا التنفيذ العيني ممكنا ، أو كان ممكنا ولكن الدائن طالب بالتعويض ولم يبد المدين استعدادا للتنفيذ العيني حكم القاضي على المدين بالتعويض ، وهذه المسؤولية عن التعويض هي المسؤولية العقدية^(١٠) •

ويثير بحث المسؤولية المدنية في الفقه وفي القضاء مشاكل عديدة على جانب كبير من الأهمية لا نعرض لها في هذا المبحث الذي نقصره على بحث أركان المسؤولية العقدية وأسباب الاعفاء منها •

الفرع الاول

أركان المسؤولية العقدية

للمسؤولية العقدية - كما للمسؤولية التقصيرية - أركان ثلاثة هي :
الخطأ والضرر وعلاقة السببية التي تربط الضرر بالخطأ •
يضاف الى ذلك شرط رابع في بعض الحالات هو (الاعذار) والاعذار عبارة عن تنبيه المدين الى انه متأخر في التنفيذ تأخرا يلقي عليه بعض الآثار القانونية وقد سبقت الإشارة الى ذلك عند بيان انواع الالتزام وسنعود الى تفصيل الكلام عن الاعذار عند الكلام عن آثار الالتزام في الجزء الثاني من هذا المؤلف •

الركن الاول : الخطأ

٢٠٣ :- الخطأ هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به •
وقد كان الفقهاء الاقدمون يأخذون بفكرة (تدرج الخطأ) فيقسمونه الى ثلاث درجات :-

(١٠) السنهوري - المصادر ج ٦ ص ١١٩ •

خطاً جسيماً : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الرجل المهمل
• ويلحق هذا الخطأ الجسيم بالغش أو العمد •

وخطاً يسيراً : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل المعتاد •

وخطاً تافهاً : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل الحريص الحازم •
وكان أنصار هذه النظرية يقسمون العقد - في هذا المجال الى ثلاثة
أنواع :-

(١) عقد لمنفعة الدائن وحده : مثاله عقد الوديعة والوكالة غير
المأجورة وفي هذا العقد لا يسأل المدين الا عن الخطأ الجسيم لانه لا يتتفع
بالعقد أصلاً •

(٢) عقد لمنفعة الطرفين : كالايجار مثلاً • وفيه يسأل المدين عن
الخطأ اليسير الذي يتحتم على أوساط الناس عدم الوقوع فيه •

(٣) وعقد لمنفعة المدين وحده : كالعارية ، وفيه يسأل المدين حتى
عن الخطأ التافه ما دام العقد قد تمخض لمنفعته وحده •

وإذا كان الفقه الحديث قد هجر هذه الفكرة منذ أمد ليس بالقصير
فإنك لا تزال تلمح بعض تطبيقات لها في ثنايا القانون المدني العراقي •

مثال ذلك : انه اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي (أى الشرط
الجزائي) فإنه يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة هذا الشرط اذا أثبت
ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً (م ١٧٠) •

ومثاله انه يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد
القانونية اذا اثبت ان الضرر الذي جاوز هذه الفوائد كان نتيجة غش المدين
أو خطأً الجسيم (م ١٧٣) •

ومثاله جواز الاتفاق على اعفاء من المسؤولية التعاقدية الا التي تنشأ
عن غش المدين أو خطأً الجسيم (٢٥٩) •

ومثاله : ان الشريك المنتدب لادارة الشركة يلتزم ببذل قدر من العناية هو غايته بشئونه الخاصة ، الا اذا كان منتدبا للادارة باجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (٦٤١) •

والامثلة كثيرة ليس هنا محل حصرها واحصائها^(١١) •

٢٠٤ :- اثبات الخطأ : يفرق الفقه الحديث في هذا الصدد بين الالتزام بنتيجة وبين الالتزام بوسيلة •

وقد سبق أن بينا ان الالتزام بنتيجة هو ذلك الالتزام الذى يلتزم فيه المدين بتحقيق نتيجة معينة بصرف النظر عن الوسائل أو العناية التى يبذلها فى هذا السبيل كالالتزام البائع والتزام المشتري ، والتزام المؤجر ، والتزام المستأجر •

وبينا ان الالتزام بوسيلة هو ذلك الالتزام الذى يلتزم المدين به ببذل قدر معين من العناية ، بصرف النظر عن تحقق النتيجة المرجوة أو عدم تحققها كالتزام الطبيب نحو مريضه ، والتزام المحامي قبل موكله والتزام الوديع بالنسبة للمحافظة على العين المودعة •

أما النوع الاول من الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة فان على الدائن الذى يريد مساءلة مدينه أن يثبت أولا صحة الرابطة التعاقدية التى تربطه بالمدين (أى أن يثبت وجود العقد) وان المدين لم يحقق له الغاية التى التزم بتحقيقها ، وبعدها يفترض القانون ان عدم تحقق الغاية أو النتيجة كان بسبب خطأ المدين • أى ان الخطأ هنا (مفروض) بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة ، ولكنه مفروض فرضا بسيطا قابلا لاثبات العكس ، فيستطيع أن يتخلص من المسؤولية اذا هو اثبت ان عدم تحقق الغاية كان نتيجة (سبب

(١١) انظر كذلك على سبيل المثال المواد ٥٥٦ ، ٦١٦ ، ٨٥٠ ، ٩٥٣ ، ١٢٥٢ ، ٠٠٠ الخ

أجنبي) أى بسبب خطأ الدائن أو خطأ شخص يسأل الدائن عنه ، أو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي •

مثال ذلك :- إذا رفع شخص دعوى أثبت فيها انه كان قد اشترى عينا من المدعى عليه وانه لم يتم تسليمها له ، ولهذا فإنه يطالب بفسخ العقد مع التعويض • افترض المشرع ان هذا البائع لم يتم تسليم العين المبيعة في الموعد المحدد لذلك نتيجة (خطأ) منه ، ولكن هذا الافتراض بسيط ، فإذا أراد البائع التخلص من المسؤولية كان عليه نفي هذه القرينة بأن يثبت انه لم يتم تسليم العين المبيعة لان المشتري لم يقم بدفع الثمن المعجل ، أو بسبب قوة قاهرة كتأخر وصول الباخرة أو انقطاع وسائل المواصلات •••

أما النوع الثاني من الالتزام وهو (الالتزام بوسيلة) فان على الدائن الذى يريد مساءلة مدينه أن يثبت العقد أولاً ، وان يثبت ان المدين (أخطأ) في تنفيذ التزامه اى انه لم يقم (ببذل العناية الواجبة) • فعلى المريض الذى الذى أجرى له طبيب عملية جراحية غير ناجحة اذا أراد مساءلة الطبيب ، أن يثبت ان العملية لم تنجح وسبب له بعض المضاعفات ، وان يثبت ان عدم نجاح العملية يرجع الى عدم بذل الطبيب للعناية الواجبة • أى أن يثبت على الطبيب اهمالاً معيناً أو انحرافاً عن اصول الصنعة •

الركن الثاني : الضرر

٢٠٥ - الضرر وهو الاذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له •

والضرر هو روح المسؤولية وعلتها التى تدور معها وجوداً وعدمًا • فلا تعويض اذا لم يلحق الدائن ضرر مهما كانت درجة جسامته الخأ • ومبحث الضرر، متشعب طويل ، تقتصر منه الآن على بحث : انواعه ، ومدى التعويض عنه ، واثباته • أما المسائل الاخرى فسنعرض لها عند

الكلام عن العمل غير المشروع (المسؤولية التصيرية) .

٢٠٦ - **أولا أنواع الضرر** - ينقسم الضرر من حيث طبيعته الى ضرر مادي وضرر أدبي .

فالأول - هو الضرر الذي يلحق بمال الانسان أو جسمه .

والثاني - هو الضرر الذي يلحق الانسان في احساسه أو شعوره أو كرامته ، أو شرفه .

والقاعدة التي تبناها المشرع العراقي ان التعويض عن الضرر الادبي قصر على المسؤولية التصيرية وحدها ، فلا تعويض عن الضرر الادبي في نطاق المسؤولية العقدية .

والضرر المادي بدوره نوعان : مباشر ، وغير مباشر .

فالضرر المباشر هو ذلك الضرر الذي يرتبط بالخطأ رابطة نتيجة بسبب وبعبارة اخرى هو الضرر المتصل بالخطأ اتصالاً مباشراً .

والضرر غير المباشر : هو ذلك الضرر الذي لم يكن نتيجة مباشرة للخطأ وبعبارة اخرى هو الضرر الذي فصل بينه وبين الخطأ سبب أجنبي قطع رابطة السببية .

وينقسم الضرر المباشر بدوره الى نوعين : متوقع وغير متوقع .

فالضرر المباشر المتوقع : هو ذلك الضرر الذي كان نتيجة طبيعية مألوفة للخطأ وبعبارة اخرى هو الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به على حد تعبير المشرع العراقي (٢/١٦٩) .

والضرر المباشر غير المتوقع : هو ذلك الضرر الذي لا يعتبر نتيجة طبيعية مألوفة للخطأ .

ونأتي بمثال لهذه الانواع من الاضرار المادية : يستأجر شخص من آخر آلة حصاد فيخل المؤجر بالتزامه بالامتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه ،

فيضطر المستأجر الى استئجار ماكنة حصاد اخرى مشابهة باجرة تزيد عن الاجر الذى استأجر به الماكنة الاولى ، ويتسبب اخلال المؤجر بتنفيذ التزامه في تلف بعض المحاصيل لتأخر جنيها ثم يتلف ما بقى من المحصول بسبب حريق أو فيضان أو مطر غزير يكتسحه •

الفرق بين الاجرتين : ضرر مباشر متوقع •

وتلف بعض المحاصيل بسبب تأخر جنيها : ضرر مباشر غير متوقع •

وتلف ما بقى من المحصول بسبب الحريق أو الغرق : ضرر غير

مباشر •

٢٠٧ - والقاعدة في مدى التعويض في نطاق المسؤولية التعاقدية : ان المدين لا يلزم الا بالتعويض عن الضرر المادى المباشر المتوقع • الا اذا صدر عنه غش أو خطأ جسيم فانه يسأل عندئذ عن التعويض عن الضرر المباشر ، متوقعا كان أو غير متوقع ، ذلك ان المسؤولية العقدية تقوم على العقد فارادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها ، وقد افترض القانون ان هذه الارادة قد انصرفت الى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه ، ويكون هذا الافتراض بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار الضرر المتوقع ، ولكن لما كان هذا الشرط باطلا في حالتى غش المدين وخطأه الجسيم ، اصبح المدين فى هاتين الحالتين ملتزما بالتعويض عن كل الضرر المباشر متوقعا كان او غير متوقع (١٢) •

الركن الثالث : رابطة السببية

٢٠٨ - وهى تلك الصلة التى تربط الضرر بالخطأ رابطة سبب بنتيجة

اي تلك الرابطة التى تجعل الضرر نتيجة للخطأ ، فاذا انعدمت هذه الرابطة

(١) استاذنا السنهورى : الوجيز ص ٢٦٣ •

انتفت المسؤولية لانعدام ركن من اركانها •

مثال ذلك : يستأجر شخص سيارة لنقل بضائع قابلة للكسر يرتبها صاحبها ترتيبا غير سليم ، ويرسل المؤجر سائقا غير ماهر او سائقا يسوق باكثر من السرعة المعتادة فتتكسر البضاعة ، لاسؤولية في هذا المثال على المؤجر لان البضاعة ستتكسر حتما مهما كانت مهارة السائق او بطؤه في السير •

ومثاله ايضا : ان يهمل المحامي في رفع الاستئناف حتى ينتهي الموعد المحدد ثم يتبين ان الدعوى من الدعاوى التي لايجوز استئنافها وذلك لان المبلغ المطالب به في الدعوى خمسمائة دينار وان الدعاوى التي يجوز استئنافها هي الدعاوى التي (يزيد) فيها المبلغ المطالب به عن خمسمائة دينار (انظر المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد) ففي هذا المثال كذلك تتنفي المسؤولية ولايسأل المحامي عن التعويض •

وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ مفروضة فرضا قانونيا بسيطا قابلا لاثبات العكس ، فعلى المدين الذي يدعي عدم وجود هذه الرابطة ان يقيم الدليل على ذلك وهذا ما قضى به المشرع العراقي في المادة ١٦٨ التي تنص على انه « اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه » •

الفرع الثاني

اسباب الاعفاء من المسؤولية العقدية

للاعفاء من المسؤولية التعاقدية سببان : اولهما اتفاقات الاعفاء ، وثانيهما السبب الاجنبي ، والسبب الاول يستبعد المسؤولية بالرغم من توافر اركانها ، ولكن السبب الاجنبي يستبعدها لعدم توفر ركن من اركانها هو رابطة السببية •

كانت اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية مثار خلاف بين الفقهاء وقد قطع المشرع العراقي هذا الخلاف برأى صريح ففرض في الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) بجواز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا التي تنشأ عن غشه او خطأه الجسيم، ومع ذلك اجاز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

وتطبيقاً لهذا النص قضى الشارع بانه يجوز للبائع والمشتري ان يتفقا على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو اسقاطه ، ولكن الشرط الذي يسقط به ضمان الاستحقاق يكون باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق . (٥٥٦) وقضى بجواز الاتفاق على اسقاط ضمان العيب الخفي الا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء هذا العيب (٥٦٨) .

ويلاحظ ان الشطر الاخير من المادة (٢٥٩) قضى بجواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير حتى ولو صدر عنهم غش او خطأ جسيم . وعلى هذا يجوز للمقاول ان يشترط عدم مسؤوليته عن اعمال المقاول الفرعي أو عن أعمال عماله أو مستخدميه أيأ كان الخطأ الصادر منهم . ويجوز للمستأجر ان يشترط عدم مسؤوليته عن اعمال المستأجر من الباطن ايا كان الخطأ الصادر منه . وهكذا .

٢١٠ - ثانياً - السبب الاجنبي :

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

وحالات السبب الاجنبي هي :-

١ - خطأ الدائن ، او خطأ من يسأل الدائن عنه :

فإذا امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة في موعده المحدد ، ثم تبين انه

لم يسلم العين لاز المشتري تأخر في دفع الثمن الحال فلا مسؤولية عليه
لان امتناعه او تأخره في التسليم انما كان امتناعا او تأخرا مشروعا - اى انه
استعمال لحق الحبس - وعلى هذا تقاس الامثلة الاخرى •

ب - القوة القاهرة او الحادث الفجائي :

وهو امر خارج عن ارادة المدين غير متوقع واذا وقع فلا يمكن دفعه
ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا • فالفرق واضح بين القوة القاهرة او الحادث
الفجائي من جهة وبين الظرف الطارىء من جهة اخرى فذاك يجعل تنفيذ
الالتزام (مستحيلا) وهذا يجعله (مرهقا) وقد تقدم بيان ذلك •

فاذا تعهد رسام بعمل صورة زيتية لآخر فقطعت يده نتيجة حادث
واستحال عليه تنفيذ الالتزام فلا مسؤولية عليه واذا تعهد شخص بانارة حي
من بلدة بالكهرباء ثم اعطت الحكومة امتياز البلد الى شركة احتكار او الى
مصلحة اخرى فلا مسؤولية عن عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه • واذا تعهد
شخص بتصدير عشرين الف طن من الحنطة الى تاجر في مصر فلا مسؤولية
عليه اذا منعت الحكومة التصدير والامثلة واضحة •

واود ان الفت النظر الى ان المشرع العراقي يستعمل احيانا لفظ
- القوة القاهرة - (انظر على سبيل المثال م ١٧٩) ويستعمل احيانا اخرى
لفظ - الحادث الفجائي - (انظر مثلا م ٢٥٩ / ١) ويردف احيانا لفظ (الافة
السماوية) الى تعبير - الحادث الفجائي والقوة القاهرة (م ٢١١) •

الفصل الثالث

انحلال العقد

٢١١ - تمهيد :-

نفرق بين انقضاء العقد (Extinction du Contrat) وبين انحلاله (Dissolution) فالعقد ينقضي بتنفيذه اى بوفاء المدين بالتزامه على النحو المتفق عليه .

اما الانحلال فيراد به انقضاء العقد مبسرا ، اى انحلال الرابطة التعاقدية قبل التنفيذ او قبل انقضاء مدة العقد الزمنى .
وينحل العقد بالفسخ (والاقالة) وبالالغاء ، وبالرجوع . ونخصص لكل منها مبحثا .

المبحث الاول

- الفسخ والاقالة -

٢١٢ - اذا كان هناك عقد ملزم للجانبين وأخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد جزاء لعدم التنفيذ ، أو أن يطالب بالتعويض ولكن لا على اساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والتمسك بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هى المسؤولية العقدية . ومن هنا تظهر الصلة بين الفسخ وبين المسؤولية العقدية . فكلاهما جزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . ولكن يلاحظ ان المسؤولية العقدية لا تنهض الا اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه او اخلاله بالتنفيذ نتيجة خطأ ، اما الفسخ فانه يبقى مفتوحا امام المتعاقد سواء اكان عدم التنفيذ نتيجة خطأ ام نتيجة قوة قاهرة . ولهذا كان الفسخ بالنسبة للدائن

ضمانا يحافظ به على حقوقه بعد ان اصبحت عرضة للضياع .
وتولى الآن بحث الفسخ بحثا موجزا قاصرا على انواعه ، وشروطه
وآثاره .

اولا - أنواع الفسخ

الفسخ انواع ثلاثة : قضائي ، وقانوني ، واتفاقي .

٢١٣ - الفسخ القضائي :- وهو الفسخ الذي يتم عن طريق حكم
من المحكمة بحل الرابطة التعاقدية . وهو الاصل العام في الفسخ لان
الاصل في المنازعات أن يناط الفصل فيها الى القضاء .

وهذا النوع من الفسخ غير ملزم لا للدائن ولا للمدين ولا للقاضي .
اما انه غير ملزم للدائن فذلك لان للدائن اذا اخل مدينه بتنفيذ
التزامه ، ان يختار بين الفسخ وبين التنفيذ العيني ان كان ممكنا ، او ان
يختار بين الفسخ وبين التنفيذ بطريق التعويض ان لم يكن التنفيذ العيني
ممكنا .

فاذا اختار الدائن الفسخ وجب عليه اعداد المدين اولا (كقاعدة
عامة) ثم عليه بعد ذلك رفع دعوى الفسخ ، فاذا رفع هذه الدعوى كان
له مع ذلك ان يعدل عنها الى طلب التنفيذ العيني او التنفيذ بطريق
التعويض ما دام الحكم النهائي لم يصدر بعد . واما انه غير ملزم للمدين
فذلك لان المدين يستطيع ، حتى بعد ان يرفع الدائن دعوى الفسخ ، ان
يتوقى الفسخ اذا هو عرض على القاضي استعداده للتنفيذ وذلك قبل ان
ينطق القاضي بالحكم ، واما انه غير ملزم للقاضي فذلك لان القاضي يملك
سلطة تقديرية واسعة يستطيع بها انقاذ العقد ، فيستطيع بمقتضى سلطته
هذه منح المدين (مهلة قضائية - او نظرة ميسرة) يستطيع المدين خلالها
الوفاء بالتزاماته ، كما يستطيع القاضي رفض طلب الفسخ اذا تبين له ان

الجزء الذى لم يوف به المدين ضئيل الأهمية اذا قيس بالنسبة للالتزام الاصلى (المادة ١٧٧) وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرام المصرية بانه « متى كان العقد لا يحوي شرطاً فاسخاً صريحاً فان الدائن اذا استعمل خياره فى طلب فسخ العقد •• لعدم وفاء المدين التزامه ، فان المحكمة لا تلتزم فى هذه الحالة بالحكم بالفسخ ، بل ان الامر فى ذلك يرجع الى تقديرها ، وهى فيما تقرره من كفاية اسباب الفسخ او عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت فى ذلك الى اسباب سائغة ، كما ان للمدين ان يتوقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى » (١) •

٢١٤ - الفسخ القانونى (الانفساخ) :- يفسخ العقد من تلقاء نفسه - اى بقوة القانون اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه سواء اكانت الاستحالة لسبب اجنبى لا يدل عليه ام كانت راجعة الى خطأ منه ، وبهذا قضت الفقرة الاولى من المادة (١٧٩) بنصها على انه « اذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقد ، سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة » •

وإذا كان ما ذهب اليه استاذنا السنهورى من ان الانفساخ بقوة القانون لا يكون الا اذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب اجنبى لا يد للمدين فيه ، صحيحاً بالنسبة للقانون المدنى المصرى ، فانى ارى امام صراحة النص العراقى عدم الاخذ بهذا الرأى عندنا ، وتعميم حالة الانفساخ على استحالة التنفيذ مطلقاً سواء اكانت راجعة الى سبب اجنبى أم الى خطأ يعزى الى المدين ، وكل ما فى الامر هو انتفاء التعويض فى الحالة الاولى ووجوبه فى الحالة الثانية •

(١) نقض ٢٥-٣-١٩٦٥ - مجموعة ابو شادي ص ٧٦٦ •

فلا تلازم بين الفسخ وبين التعويض ، فقد يفسخ العقد دون تعويض ، وقد يفسخ مع التعويض ، ولا محل عندنا للاخذ بما يأخذ به القانون الالماني من عدم جواز الجمع بين الفسخ وبين التعويض فليس في نصوص القانون المدني العراقي ما يشعر بتبني هذه الفكرة (٢) .

٢١٥ - تحمل التبعة :- يثير الفسخ القانوني ما يسمى في الفقه بفكرة (تحمل التبعة) اي على من تقع تبعة استحالة التنفيذ ؟ .

والقاعدة في هذا ان المدين الذي استحال عليه تنفيذ الالتزام هو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ الا اذا كانت يده على الشيء يد امانة فتكون على المتعاقد الآخر (اي على الدائن) . فاذا استحال على البائع تسليم المبيع او نقل ملكيته لهلاكه بعد ابرام العقد تحمل هذا البائع تبعة الهلاك ولا يرجع على المشتري بشيء ويرد اليه الثمن ان كان قد تسلمه . ولا يتحمل الوديع او المستعير تبعة هلاك العين المودعة او المعارة اذا كان الهلاك بسبب اجنبي لا يعزى الى خطأ اي منهما لان يدهما على العين يد امانة لا يد ضمان كما هو الحال بالنسبة للبائع .

٢١٦ - الفسخ الاتفاقي : للفسخ الاتفاقي صورتان : **الاقالة** و**شرط الفسخ الصريح** .

٢١٧ - أ - **الاقالة** : وهي صورة خاصة من صور الفسخ الاتفاقي ومعناها لغة (الرفع) او (الازالة) فيقال (اقال الله عثرتك) اي ازالها وورد عن الرسول (ص) انه قال (من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة) وتختلف الاقالة عن شرط الفسخ في انها لا يجوز ان تكون (مقارنة) للعقد . وتختلف عنه كذلك في ان شرط الفسخ الصريح يفترض اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه اما الاقالة فلا وجود فيها

(٢) انظر خلاف ذلك : السنهوري الوسيط ص ٨٢٠ ، الحكيم ط ٢ ص ٣٧٥ .

مثل هذا الافتراض •

والمهم في الاقالة تحديد طبيعتها • وليبان ذلك اضرب المثال الاتي :

اشترى شخص من آخر عينا ونقل اليه ملكيتها وتسلم الثمن فلو ان المتعاقدين بدلتهما الرجوع عن الصفقة واتفقا على ان يسترد البائع العين والمشتري الثمن فهل يعتبر تصرفهما هذا فسخا للعقد الاول ام انه يعتبر عقد بيع جديد صار البائع الاول فيه مشتريا ، والمشتري بائعا ؟

اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة الاقالة الى ثلاثة آراء :

١ - فذهب فريق الى انها عقد جديد لا فسخ للعقد الاول

(المالكية - واهل الظاهر) •

٢ - وذهب فريق ثان الى ان الاقالة فسخ للعقد في حق المتعاقدين

وبالنسبة الى الغير سواء اكانت الاقالة قبل القبض ام بعده وسواء وقعت بلفظ الفسخ او بلفظ الاقالة • لانها لو كانت بيعا لوجب ان يكون للمتبايعين نقصان الثمن وزيادته والتأجيل والتعجيل ، فلما قلنا ان الاقالة لا يصح فيها شيء من ذلك دل على انها ليست بيعا • وايضا لو كانت بيعا لم تصح في السلم قبل القبض وقد ثبت صحتها • وهذا ما يذهب اليه الشيعة الامامية^(٣) ، والحنابلة^(٤) •

٣ - وذهب فريق ثالث الى ان الاقالة عمل قانوني ذو طبيعة مزدوجة

فهى عقد جديد بالنسبة الى الغير ، فسخ في حق المتعاقدين ، والى هذا

ذهب الحنفية وبه اخذ المشرع العراقي (انظر م ١٨٣) •

ويترتب على الاخذ بهذا الرأي نتائج عملية عديدة نمثل لها بما يلي :-

(٣) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٧٦٧ •

(٤) انظر المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢٥ •

أ - إذا باع شخص عقارا لآخر وتنازل الشفيع عن الاخذ بحقه في الشفعة (أو سقط حقه لمضي مدته) ثم تقايل المتبايعان البيع فان للشفيع الحق في طلب الشفعة لان هذا العمل (الاقالة) بالنسبة له عقد بيع جديد يعود به حقه في طلب الشفعة .

ب - اذا باع المشتري العين المبيعة الى شخص آخر ثم تقايل هذا البيع وبعد ذلك اطلع المشتري الاول على عيب قديم كان في العين المبيعة وهى في يد البائع الاول ليس له ردها اليه والرجوع عليه بالتعويض . لان الاقالة التى تمت بين المشتري الاول وبين المشتري الثانى تعتبر بالنسبة للبائع الاول عقدا جديدا فكأن المشتري الاول اشترى العين ممن باعها له (اى من المشتري الثانى الذى اشترها منه) .

ج - اذا باع الموهوب له العين الموهوبة ثم تقايل ، سقط حق الواهب فى الرجوع لان الموهوب له يعتبر مشتريا للعين الموهوبة من هذا الذى باعها له .

د - لو اشترى شيئا وقبضه قبل دفع الثمن ثم باعه لاجنبى ، ثم تقايل البيع معه ، فانه يصح بيعه للبائع الاول بأقل من الثمن ولا يعتبر هذا البيع من البيوع المنهى عنها لانها تنطوى على شبهة ربا . ذلك لأن البائع الاول (اجنبى) بالنسبة للاقالة فكأن المشتري الاول اشترى العين من الاجنبى الذى باعها له ثم باعها بدوره الى البائع الاول بأقل من الثمن وذلك جائز .

وفى كتب الفقه الاسلامى تفصيلات كثيرة معقدة لا ارى فائدة من التعرض لها واكتفى بما تقدم .

٢١٨ - ب - شرط الفسخ الصريح : قد لا يطمئن المتعاقد الى كفاية الحكم الذى تقرره المادة (١٧٧) والذى يجيز فسخ العقد عند اخلال احد

الطرفين بتنفيذ التزاماته ، فيشترط صراحة فسخ العقد لعدم التنفيذ او للاخلال به . ولهذا الشرط صور مختلفة نلخصها فيما يلي :-

١ - قد يكفي المتعاقدان بالنص على انه « اذا أحل الطرف الآخر بالتزامه فان العقد يعتبر مفسوخا » يذهب معظم الفقهاء الى أن مثل هذا الشرط لا يغير من طبيعة الفسخ ولا يغني عن رفع الدعوى واستصدار حكم به ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية فليس هو الا مجرد ترديد او تأكيد للقاعدة العامة الواردة في المادة (١٧٧) .

٢ - وقد يتفقان على ان اخلال احدهما بتنفيذ التزاماته يجعل العقد « مفسوخا من تلقاء نفسه » ويفسر هذا الشرط في أغلب الاحوال على انه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع معه ان يمنح المدين مهلة للتنفيذ ، ولا يملك حق رد طلب الفسخ ولكن هذا الشرط لا يغني عن (الاعذار) ولا عن رفع الدعوى للمطالبة بالفسخ وصدور حكم به اي ان الحكم في هذه الحالة يعتبر منشئا للفسخ لا مقرر له كما هي القاعدة العامة في الاحكام .

٣ - النص على ان العقد « يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار » وحكم هذه الحالة هو نفس حكم الحالة السالفة مع فارق واحد هو انه يجوز للمتعاقد طلب الفسخ دون حاجة الى اعذار المدين . ولكن لا بد فيه من رفع الدعوى وصدور الحكم بالفسخ .

٤ - واخيرا قد يتفق المتعاقدان على ان العقد « يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار او الى حكم قضائي » . وفي هذه الحالة يعتبر العقد منفسوخا بمجرد اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه ولكن هذا الشرط لا يعتبر تنازلا من الدائن عن حقه في الخيار بين الابقاء على العقد وطلب التنفيذ العيني وبين طلب فسخه ، والا كان معنى هذا الشرط ان تضع

الدائن تحت رحمة المدين الذي يستطيع في كل وقت التخلص من الرابطة التعاقدية بمجرد اخلاله بالتنفيذ وهو امر غير مقبول .

وإذا احتاج الدائن الذي تمسك بالفسخ الى رفع الدعوى فانما يكون ذلك لمجرد الفصل في النزاع القائم وليقول القضاء كلمته فيه . وحكم المحكمة في هذه الحالة (مقرر) للفسخ لا منشىء له فقد وقع الفسخ بمجرد الاخلال وتمسك الدائن بالفسخ .

٢١٩ - ثانيا - شروط الفسخ : يشترط في الفسخ عامة الشروط

التالية :-

١ - عقد ملزم للجانبين - فقد قلنا عند الكلام عن اقسام العقود انه في هذه العقود وحدها تتقابل التزامات الطرفين فاذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر ان يطالب تحلله من هذه الرابطة التعاقدية عن طريق فسخها اى حلها . اما في العقود الملزمة لجانب واحد والتي يكون فيها احد الطرفين مدينا فقط والثاني دائما فقط فانه اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزاماته فلا يعقل ان يطالب الطرف الآخر (وهو دائن فقط) فسخ العقد اذ لا مصلحة له في التحلل من العقد بل مصلحته في التمسك به .

٢ - عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته :- فقد قلنا ان الفسخ (جزاء) لاخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية . وعلى هذا يشترط فيمن يطالب بالفسخ ان يثبت عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته فاذا اراد البائع الفسخ فعليه ان يثبت ان المشتري لم يدفع الثمن الحال ، كله او بعضه واذا اراد المشتري الفسخ فان عليه أن يثبت ان البائع لم ينقل اليه ملكية المبيع ، او لم يسلمه اليه ، او انه اخل بالتزامه بضمان التعرض او بضمان الاستحقاق او بضمان العيوب الخفية .

٣ - ان يكون طالب الفسخ قد اوفى بالتزاماته :- وعلى هذا فانه لا يجوز

للمشتري مثلا ان يطلب الفسخ بحجة ان البائع لم يقم بتسليم العين المبيعة اذا تبين ان المشتري نفسه تأخر في دفع الثمن وان البائع حبس العين لذلك ، فالامتناع المشروع عن التنفيذ لا يجيز طلب الطرف الثاني للفسخ .

٤ - أن يكون من يطالب بالفسخ قادرا على اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ويترتب على هذا انه اذا كان المشتري قد تسلم بعض المبيع وتصرف فيه فانه لا يجوز له طلب الفسخ بل له ان يطالب بالوفاء بالباقي عينا او عن طريق التعويض . فاذا اشترى مقاول كمية من السمنت او من الطابوق سلم اليه قسم منها فاستعمله في اعمال المقولة ثم أحل المتعهد بتسليم الجزء الباقي فانه لا يجوز له طلب الفسخ .

٢٢٠ - ثالثا - آثار الفسخ : القاعدة العامة : عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت ابرام العقد وهذه القاعدة العامة تشمل انواع الفسخ جميعا ومعنى هذه القاعدة ان العقد ينحل اصلا من وقت ابرامه لا من وقت فسخه وهو ما يطلق عليه اسم (الاثر الرجعي) للفسخ . وهذا الاثر الرجعي لا يقتصر على العلاقة بين المتعاقدين وانما ينصرف الى الغير . بعد هذه الكلمة العامة نلخص آثار الفسخ بالنسبة للتعاقدين ، وبالنسبة للغير .

٢٢١ - ١ - اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فاذا كان العقد يباع بوفسخ :-

- ١ - الزم المشتري برد العين المبيعة اذا كان قد تسلمها .
- ٢ - والزم برد الزوائد والثمار (سواء أكانت طبيعية أم صناعية) .

٣ - والزم بتعويض ما أحدثه فى المبيع من تلف (ما لم يكن التلف نتيجة طبيعية حدثت بمجرد مرور الزمن) •

٤ - واذا كان الفسخ نتيجة خطأ المشتري وتقصيره الزم كذلك بتعويض المشتري عن مصاريف دعوى الفسخ وعمّا لحقه من ضرر وما فاته من ربح •

والزم البائع :-

١ - برد ما قبضه من الثمن •

٢ - برد المصاريف التي أنفقها المشتري لحفظ العين وصيانتها ولكنه لا يلزم برد المصاريف الكمالية التي أنفقها المشتري الا اذا كان الفسخ نتيجة لخطأ البائع •

٣ - برد فوائد ما قبضه من الثمن لانه لا يجوز له ان يجمع بين ثمار المبيع وبين ثمار الثمن (أى الفوائد) •

٤ - بمصاريف العقد ومصاريف دعوى الفسخ اذا كان سبب الفسخ خطأ البائع •

٥ - بتعويض المشتري عن الخسارة التي لحقته والربح الذى فاته اذا كان الفسخ نتيجة خطأ البائع •

٢٢٢- ب - آثار الفسخ بالنسبة الى الغير: القاعدة العامة :- فاقد الشيء

لا يعطيه او لا يستطيع الانسان ان ينقل لغيره من الحقوق ما لا يملك •
ويترتب على هذا انه اذا كان العقد بيعا وفسخ ، اعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع فى أى وقت من الاوقات واعتبرت ملكية البائع للعين مستمرة لم تنقطع ابدأ ، وعلى هذا تعود العين المبيعة الى البائع خالية من كل الحقوق التي رتبها المشتري عليها لمصلحة اى شخص آخر ، فاذا كان المشتري قد ياعها لشخص آخر أو رهنها لديه أو رتب عليها حق ارتفاق أو انتفاع مثلا

عادت العين الى البائع خالية من كل هذه الحقوق لانها تعتبر نتيجة لفكرة
الائثر الرجعي للفسخ صادرة من غير مالك .

ولكن لهذه القاعدة بضعة استثناءات قررها المشرع حماية لحقوق الغير
حسن النية ، منها :-

١ - قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية : مثال ذلك انه اذا اشترى
شخص منقولاً تسلمه ودفع جزءاً من ثمنه ، ثم باعه قبل أن يسدد باقي
الثمن ثم تعذر عليه الوفاء بما بقي من الثمن أو امتنع عن ايفائه ، ففي هذا
المثال تقف قاعدة الحيازة في المنقول حائلاً دون القاعدة المتقدمة بل انها
تقف حائلاً دون الفسخ كله اذ لا يستطيع البائع الاول في هذه الحالة الا
المطالبة بالتنفيذ العيني القهري للحصول على ما بقي له من ثمن المبيع .

٢ - قاعدة : من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض (أو ما يعبر عنه
فقهاء الشريعة الاسلامية بقولهم : من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه
مردود عليه) .

مثال ذلك : اذا فايض شخص آخر قطعة أرض بقطعة اخرى مضافا
اليها ألف دينار ، تدفع بعد مضي ستة أشهر ، ورهن الاول قطعه عند شخص
ثالث ثم أحل المقايض الآخر بالتزامه بدفع الالف دينار ، فانه لا يجوز للراهن
أن يطالب بفسخ عقد البيع (المقايضة) لانه يكون قد تعرض للرهن الذي
قرره لمصلحة الدائن المرتهن ، ومن التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ،
فليس امامه في هذه الحالة الا المطالبة بالتنفيذ العيني القهري .

٣ - التسجيل : فمن كسب حقاً عينياً على عقار ، وكان حسن النية ،
وكان هذا الحق قد سجل قبل التأشير برفع دعوى الفسخ في السجل
العقاري لا يتأثر حقه بفسخ عقد من قرر له هذا الحق العيني ، ويعود العقار
الى المتعاقد الآخر مثقلاً بهذا الحق العيني وليس لهذه الحالة ذكر في
التشريع العراقي .

المبحث الثاني

الالغاء - والرجوع

٢٢٣ - اولا - الالغاء : هو نوع خاص من الفسخ مجاله العقود المستمرة . ويتميز الالغاء عن الفسخ بصورة عامة بما يلي :-

١ - الالغاء ليس له أثر رجعي خلافا للفسخ ذلك لاننا قلنا ان (الزمن) عنصر أساسي في العقود المستمرة يقاس به العقد ، وما انقضى من الزمن لا يمكن ارجاعه . ويترتب على هذا ان الالغاء (قطع) للعقد وليس (ازالة او رفعاً له) من أصله . فاذا كان العقد اجارة والغي فلا يؤثر هذا الالغاء الا على الفترة التالية له ويبقى العقد سليماً في الفترة السابقة للالغاء يرتب كل آثاره .

٢ - قد يكون الالغاء في بعض صورهِ بعيداً عن فكرة (الجزاء) أي انه ليس من الضروري أن يكون الالغاء في كل الاحوال نتيجة لاخلال المتعاقد الآخر بالتزامه بل يكون (الالغاء) حقاً يمارسه المتعاقد منبعا من طبيعة العقد وذلك في العقود الصحيحة النافذة (غير اللازمة) مثال ذلك عقد العارية اذ يجوز للمستعير (الغاء) العقد ورد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة (٨٦١) ويجوز للمعير الغاء العارية واسترداد العين المعارة اذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة أو اذا أعسر بعد العارية أو كان معسرا قبلها ولكنه لم يعلم بذلك الا بعد ابرام عقد العارية (٨٦٢) . ومثاله عقد الوكالة اذ يجوز للوكيل الغاء الوكالة والتخلي عنها كما يجوز عزل الوكيل وانهاء وكالته (الا اذا تعلق بالوكالة حق الغير حيث لا يجوز العزل في هذه الحالة الا بموافقة هذا الغير) (م ٩٤٧) .

ومثاله عقد الوديعة اذ يجوز لكل من المودع والوديعة انهاؤها في كل

وقت (م ٩٦٩) .

٢٢٤ - ثانيا - الرجوع : وهو حالة خاصة من احوال انحلال العقد مقصورة على الهبة ودراسة الرجوع بصورة مفصلة محلها عقد الهبة ولكننا نوجز الكلام فيه الآن فنقول :-

أ - القاعدة العامة في التشريع العراقي عدم جواز الرجوع في الهبة الا برضاء الموهوب له (م ٦٢٠) وهذا هو رأي الامام مالك والشافعي ورواية عن أحمد بن حنبل .

ب - يجيز المشرع للواهب (استثناء) الرجوع في الهبة رغما عن الواهب اذا توفر سبب من أسباب الرجوع ولم يعرض مانع من الموانع . وأسباب الرجوع هي :-

(١) الجحود : كأن يصدر من الموهوب له نحو الواهب عمل يعتبر جريمة لا عذر له فيها (جرائم الاهمال لا تعتبر سببا للرجوع) وقد تقع الجريمة على شخص الواهب كالجرح أو الضرب وقد تقع على شعوره واحساسه كالقذف والسب .

وليس من الضروري ان يتخذ الجحود صورة (الجريمة) بل يكفي أن يكون (اخلايا خطيرا نحو الواهب) أي انكارا شديدا للجميل ، كالاهانة البالغة مثلا .

(٢) عجز الواهب عن الانفاق على نفسه أو على من تلزمه النفقة عليهم . وهذه الحالة المقتبسة من التقنين السويسري تملئها قواعد العدالة .

(٣) طروء ولد للواهب أو أن يكون له ولد وقت الهبة يظنه ميتا فاذا هو حي ويشترط لتطبيق الصورة الاولى أن لا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، وان يولد له ولد بعدها يبقى حيا الى حين الرجوع . (والولد لفظ مشترك للابن والبنت) .

(٤) عدم تنفيذ الموهوب له لما اشترط عليه في العقد : فالهبة

المشروطة عقد ملزم للجانبين والرجوع هنا فسخ عادي في حقيقته •

(٥) قتل الموهوب له للواهب عمدا : وفي هذه الحالة يكون للورثة

حق ابطال الهبة •

والى هنا ينتهي الكلام عن انحلال العقد وبه ينتهي الكلام عن المصدر

الاول من مصادر الالتزام انتقل بعده الى المصدر الثاني وهو الارادة

المنفردة •

الباب الثاني

الارادة المنفردة

L'engagement Unilateral De Volonte'e

٢٢٥ - تقضي المادة (١٨٤) بأنه « ١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك » ٢٠ - ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » *

يتبين من النص السالف ان القاعدة العامة التي أقرها المشرع العراقي هي ان الارادة المنفردة لا تكفي لانشاء الالتزام فاذا انشأته كان هذا هو الاستثناء *

وفي هذه الحالات الاستثنائية الخاصة يسري على هذا الالتزام ما يسري على العقد من أحكام عدا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين * وعلى هذا ينبغي ان تتوافر فيمن تصدر عنه هذه الارادة اهلية الالتزام بالوعد ، وان تسلم ارادته من العيوب ، وان يكون لالتزامه محل تتوافر فيه شروط الصحة التي سبق بيانها ، وان يكون لالتزامه سبب غير ممنوع قانونا ولا مخالف للنظام العام أو للآداب *

٢٢٦ - واذا كانت الارادة المنفردة لا تصلح كقاعدة عامة لانشاء الالتزام الا انها تصلح لاحداث آثار قانونية تمثل لها بما يلي :-

- ١ - الوصية : فهي ارادة منفردة تنشأ للموصى له حقا ، عينيا أو شخصيا ، ولكن هذا الاثر لا يبدأ الا بعد وفاة الموصى *
- ٢ - الاشتراط لمصلحة الغير :- فقد عرفنا ان للمشترط - كقاعدة عامة - نقض حق المنتفع ويتم هذا النقض بعمل ارادي منفرد ، وان للمنتفع

ان يقر الحق الذى اشترطه له المشترط وذلك بان يعلن عن رغبته فى الاستفادة من الاشتراط ، واققراره او اعلانه هذا انما يكون بارادة منفردة •
٣ - النزول عن الحق العيني :- كحق الارتفاق أو الرهن ، يتم بارادة منفردة •

٤ - واجازة العقد الموقوف تتم كذلك بارادة منفردة •

٥ - والغاء بعض العقود - وهي العقود غير اللازمة - كالوكالة والوديعة والعارية يكون بارادة منفردة •

٦ - واقرار الغير لعمل الفضولي يتم بارادة منفردة تجعل العقد الذى أبرمه الفضولي ساريا فى حق هذا الغير •

٢٢٧ - واذا كانت القاعدة العامة فى تشريعنا المدني هي ان الارادة المنفردة لا تكفي لانشاء الالتزام الا ان لهذه القاعدة استثناءات تستطيع فيها الارادة المنفردة خلق الالتزام ، وهذه الاستثناءات هي : (١) الايجاب الملزم (٢) الوعد بجائزة ، (٣) تحرير العقار •

اما عن الايجاب الملزم فقد قلنا ان المادة (٨٤) تقضي بأنه اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بايحابه الى أن ينقضي هذا الميعاد ، وقلنا ان التزام الموجب هذا يستند الى الارادة المنفردة ، واننا لم نعد بعد هذا النص فى حاجة الى تلمس أي تبرير آخر لنشوء هذا الالتزام^(١) • فنحيل الى ما قلناه فى هذا الصدد •

واما عن تحرير العقار ، فان الفقرة الثالثة من المادة (١٣٠٨) تلزم

(١) يرى استاذنا السنهورى ان كل التزام تنشئه الارادة المنفردة لا يبد ان يرد فى نص قانونى فالالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فى القانون المدني هي التزامات قانونية ، ومصدرها المباشر هو القانون - الوسيط ج١ ط٢ ص ١٤٥٤ - ١٤٥٥ •

حائز هذا العقار اذا اراد تحريره مما عليه من الرهون ان يذكر في الاعلان الذى يوجهه الى الدائنين انه مستعد للوفاء بديونهم المسجلة الى القدر الذى قوم به العقار . فاذا تم الاعلان فقد التزم الحائز بعدم الرجوع عنه طيلة المدة التي يجيز القانون للدائنين ان يظهرها ورغبتهم خلالها (وهي ثلاثون يوما من تبليغ آخر اعلان) وواضح ان مصدر التزام الحائز فى هذه الحالة هو ارادته المنفردة (٢) .

وتولى الآن بحث الصورة المتبقية للارادة المنفردة وهي الوعد بجائزة (او الجمالة) .

٢٢٨ - الوعد بجائزة (الجعل) :- تقضى المادة (١٨٥) بأن « ، - من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل ، التزم باعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى الوعد . ٢ - واذا لم يحدد الواعد اجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده على ألا يؤثر ذلك فى حق من قام بالعمل قبل الرجوع فى الوعد . ٣ - وتسقط دعوى المطالبة بالجعل اذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان العدول » .

ومثال الوعد بجائزة (جعل) ان يعد شخص بجائزة لمن يعثر له على شيء ضائع او يرشده عن شخص مفقود ، او يكشف عن غوامض جريمة او يقبض على مجرم ، أو يضع أفضل بحث علمي فى موضوع معين ، أو أفضل تصميم لجسر أو بناية أو مشروع ، أو يكشف دواء جديدا لآبادة دودة القطن أو يكشف علاجاً لمرض مستعصم كالسرطان . ويشترط لتطبيق المادة (١٨٥) المتقدمة توافر الشروط التالية :-

١ - وجود وعد جدي صادر من ذي أهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الارادة .

(٢) زميلنا الاستاذ محمد طه البشير - ص ١٠٢ .

٢ - ان يوجه هذا الوعد الى (الجمهور) بوسيلة من وسائل الاعلان العلنية ، فاذا وجه الى شخص معين فانه يعتبر ايجابيا لا وعدا بجائزة ، وتسري عليه أحكام الايجاب . وقد يكون الاعلان عن هذا الوعد بالنشر فى الصحف أو الاعلان فى الاذاعة أو التلفزيون ، أو بتوزيع نشرات ، أو بالمناداة فى الطرق .

(٣) أن يكون سبب الوعد (قياما بعمل) وعلى هذا لا يعتبر وعدا بجائزة أن يعد شخص باعطاء مبلغ من المال لكل طفل يولد فى يوم معين ، او لارملة أول شهيد فى حرب .

فاذا توافرت الشروط المتقدمة فقد تحقق الوعد بجائزة ويستوي بعد هذا ان تكون هذه الجائزة مادية ك مبلغ معين من المال ، أو أدبية كمنح وسام .

٢٢٩ - احكام الوعد بجائزة :- يجب التفريق فى هذا الصدد بين ما اذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما اذا كان قد ترك المدة دون تحديد :-

١ - فاذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده : كأن تعلن الحكومة عن جائزة معينة لمن يضع أحسن تصميم لجسر معلق أو لمحطة كهربائية أو لسد أو خزان خلال مدة قدرها ستة أشهر ، فى هذا المثل يلتزم الواعد بوعده دون ان يكون له حق العدول عنه خلال المدة المحددة ، فاذا انقضت المدة دون ان يقوم أحد بالعمل المطلوب فقد تحلل الواعد من وعده نهائيا حتى لو انجز العمل بعد ذلك ، اما لو تم العمل قبل انقضاء المدة فقد التزم الواعد بوعده حتى لو كان من قام بالعمل لا يعلم بصدور الوعد أو كان قد قام بالعمل قبل الاعلان عن الوعد اذ فى هذه الحالة الاخيرة يصبح دائما للواعد بالجائزة من تاريخ الاعلان عنها .

٢ - واما اذا لم يحدد الواعد لوعده مدة : فانه يلتزم بوعده الصادر منه ولكن له أن يعدل عنه وفقا للاوضاع التي صدر بها أي انه يجب أن يتم العدول عن الوعد كما تم الاعلان عنه ، علنا عن طريق النشر في الصحف أو الاذاعة أو التلفزيون أو لصق اعلانات ••

ولا تخلو الحال في هذه الفترة التي تضي بين اعلان الوعد وبين العدول عنه من أحد فروض ثلاثة :-

أولها :- اذا لم يكن قد بدىء بالعمل تحلل الواعد نهائيا من نتائج وعده •

ثانيها : اذا تم العمل المطلوب قبل العدول عن الوعد التزم الواعد وأصبحت الجائزة واجبة الاداء حتى لو كان من قام بالعمل قد اتمه دون نظر الى الجائزة او دون علم بها • على انه يجب ان يلاحظ انه ينبغي رفع الدعوى للمطالبة بالجائزة في هذه الحالة خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان العدول ، والمدة هنا مدة سقوط لا مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع ، وقد أراد المشرع بتحديد هذه المدة لسقوط الدعوى قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الواعد بعد اعلان العدول •

ثالثها :- اذا كان قد بدىء بالتنفيذ دون ان يبلغ مرحلة الانجاز - وفي هذا الفرض يلتزم الواعد بان يرد الى من بدأ بالعمل ما أنفقه في حدود قيمة الجائزة الموعود بها لا على اساس الوعد الذي سقط بالعدول عنه بل على أساس العمل الضار أي وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية • ويلاحظ اخيرا ان هناك بعض المسائل التفصيلية التي لم يعرض لها قانوننا المدني مكتفيا في شأنها بتطبيق القواعد العامة ، من هذه المسائل التفصيلية ما اذا قام بالعمل الذي اعلنت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد ففي هذه الحالة

تكون الجائزة للاسبق منهم ، فاذا تعدد المنفذون فى وقت واحد قسمت
الجائزة بينهم • ومنها اذا تعاون عدد من الاشخاص فى تحقيق العمل الذى
بذلت الجائزة من أجله ففي هذه الحالة يجب على الواعد أن يقسم الجائزة
بينهم على أساس تقدير عادل قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب فى تحقيق
هذه النتيجة (٣) •

(٣) انظر المرحوم استاذنا كامل مرسى - الالتزامات ج ٢ ص ١٧ •

الباب الثالث

المصدر الثالث

- العمل غير المشروع -

(المسؤولية التقصيرية)

كلمة تمهيدية

٢٢٩ - لا نبالغ اذا قلنا ان التطور الذي حدث في المسؤولية التقصيرية لم يحدث مثله في أي نظام قانوني آخر - في نطاق القانون الخاص - .
فقد زادت أهمية المسؤولية التقصيرية زيادة مضطردة بحيث أصبحت تشغل أهمية لا تقل عن أهمية نظرية العقد بكاملها . ويرجع سبب ازدياد أهمية المسؤولية التقصيرية الى ازدياد نشاط الافراد من جهة والى تطور المجتمع من الناحية الاقتصادية والاجتماعية من جهة اخرى ، وخاصة لظهور المخترعات الحديثة والمصانع والآلات الميكانيكية التي تعرض الانسان لشتى المخاطر مما دفع الفرد الى التمسك بسلامته والدفاع عن ماله ضد كل نشاط يضرهما .

كثرت الحوادث وكثر معها اتجاه المصابين الى القضاء مطالبين بالتعويض عن الاضرار ، واقترن كل هذا بتطور خطير من الناحية الاجتماعية اذ انتكست المبادئ الفردية وأخذت المبادئ الاشتراكية في الازدهار، وهي تصاحب عادة استقرار النظم الديمقراطية، والديمقراطية كما هو معروف تعطف على الجانب الضعيف من الاكثرية اى من العدد الاكبر الذى يختار المشرعين والحكومات ، ولا شك ان الكثرة ليسوا هم اصحاب السيارات والمعامل بل هم المصابون بحوادثها .

وكان على القضاء - في الدول ذات القوانين الوضعية المتقدمة - ان يسعى الى تلبية هؤلاء المصابين الى الحماية التي اصبحوا في أمس الحاجة اليها ، فعكف على معالجة ما في قوانين بلاده من نصوص قليلة بمختلف طرق التفسير وساعده الفقه على ذلك ، كما ساعدتهما جميعا قلة المواد وعموم نصوصها •

وقد كان الاتجاه الذي سارت المسؤولية التصيرية في طريقه ولم تحد عنه ابدا هو : ضمان ائصال التعويض الى المصاب بأيسر طريق وضمن طريق • وقد تدرع الفقه والقضاء للوصول الى هذه الغاية بوسائل شتى اهمها :-

١ - تسهيل اثبات الخطأ للمصاب •

٢ - ثم افتراض ذلك الخطأ في جانب من تسبب في الاصابة مع اباحة نفي قرينة هذا الخطأ المفروض في جانب هذا الاخير •

٣ - ثم خطأ الفقه والقضاء بعد ذلك (وخاصة في فرنسا) خطوة اخرى فافتراض الخطأ فرضا غير قابل لاثبات العكس •

٤ - ولم تقف محاولات الفقه والقضاء في ارضاء المصاب عند هذا الحد بل سارت الى آخر الشوط في هذا المضمار فقد حاول بعض الفقهاء هدم الاساس التقليدي للمسؤولية وهو (الخطأ) وان يستبدل به اساسا اصح للمصاب هو (الخطر) *Risque* فهم يقولون بوجود التعويض على كل شخص خلق بنشاطه خطرا تسبب عنه ضرر للغير ولو كان ذلك بغير خطأ من جانبه ، بل ولو كان ذلك بخطأ المصاب نفسه ، او بقوة قاهرة •

٥ - بل لقد تعدى نطاق المسؤولية التصيرية دائرة الخروج عن الحق بظهور نظرية (التعسف في استعمال الحق) • فأصبح الانسان مسؤولا عما يحدث من اضرار حتى اذا بقي ضمن الحدود (المادية) لنطاق حقه •

ولعل من اسباب تطور المسؤولية التقصيرية واتساع نطاقها وازدياد
مشاكلها ودعاواها ازدياد حرص الناس على ألا يصيبهم ضرر في اشخاصهم
واموالهم • فقد دفعتهم كثرة الحوادث وشدة تعرضهم لها الى عدم الاذعان
لفكرة القدر والتمسك بحقهم أو بما يزعمون انه حقهم في تعويض أى
ضرر مادي أو ادبي وهكذا اصبحنا نرى الرجل الذى تزل قدمه فيسقط
في بهو محل عام ، أو يصطدم اثناء سيره فى الطريق بقطعة خشب موضوعة
امام بناية فى دور الانشاء أو تتعرض سيارته لللاذى من جراء ما تقوم به
الامانة أو مصلحة المجارى من اعمال ، أقول نرى هذا الرجل لا يستكين
فيجلس نادبا حظه ، وانما نراه يهرع الى القضاء ملقيا المسؤولية على من
تسبب فى الحاق الضرر به ومطالبيا اياه بالتعويض •

انتقل بعد هذه الكلمة التمهيدية الى فصل تمهيدى اعرض فيه تاريخ
المسؤولية التقصيرية ، والتمييز بينها وبين المسؤولية الجنائية من جهة وبينها
وبين المسؤولية العقدية من جهة اخرى ، واخيرا اعرض فكرة الخيرة (أو
الجمع) بين المسئولين العقدية والتقصيرية •

فصل تمهيدى

المبحث الاول

- تاريخ المسؤولية التقصيرية -

٢٣٠ - كل فعل ضار يستتبع ، فى المجتمعات البدائية ، رد فعل مماثلا له ، وهذه هي فكرة التآر التي عرفتها الانسانية البدائية ، ولم يكن للتآر فى أول الامر حدود ، ثم تدخلت السلطة المركزية فنظمت (القصاص) واجازت للمضروب أن يلحق بالفاعل مثل الاذى الذى اصابه (السن بالسن والعين بالعين) .

تم استعوض عن القصاص بالدية التي كانت اختيارية فى اول الامر ثم صارت الزامية ومحددة القيمة مقدما .

ولما ظهر للمجتمع أن بعض الجرائم لا يقتصر ضررها على الافراد بل يجاوزهم الى المجتمع نفسه رؤي أن لا يكفي من المجرم بأداء الدية للمضروب وان تفرض عليه فوق ذلك (عقوبة) باسم المجتمع ، وأدى هذا الى تعديل النظر فى حق المضروب فى الدية ، فأصبحت الدية تعتبر (تعويضا) أو ترضية للمصاب ، وهكذا نشأ حق التعويض على انقراض حق التآر ، ونشأت المسؤولية المدنية فى احضان المسؤولية الجنائية^(١) .

وبعد هذا أعرض تاريخ المسؤولية فى بعض التشريعات القديمة عرضا فى غاية الايجاز .

٢٣١ - **اولا :- فى القانون الرومانى :-** لم يكن هذا القانون يشتمل على نص عام يقرر المسؤولية المدنية (تعاقدية أو تقصيرية) على كل من احدث

(١) الدكتور سليمان مرقس - محاضرات فى المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الاول - الاحكام العامة ص ٥ - ٦ .

ضرراً بالغير • فقد تضمن قانون الالواح الاثني عشر بيان جرائم معينة
تعتبر الدية فيها اختيارية ، وجرائم اخرى تعتبر فيها الدية اجبارية •

وقد شعر فقهاء الرومان بهذا النقص التشريعي ودعوا الى معالجته
وقد افلحت جهودهم بصدور قانون (اكيليا) الذي يعتبر خطوة لا بأس بها
في سبيل المسؤولية التقصيرية ، ولكنه مع ذلك بعيد عن وضع قاعدة عامة
تقرر مساءلة كل من أحدث ضرراً بالغير عن تعويض هذا الضرر ، فقد
عالج هذا القانون صوراً خاصة من الفعل الضار هي الاضرار التي تقع على
العبيد أو الحيوانات المملوكة للغير وعلى الاشياء المادية •

ويلاحظ على المسؤولية التقصيرية عند الرومان انها كانت تصطبغ
بصبغة مادية بحيث فكانت بعيدة عن فكرة الخطأ • فكل من أصاب الغير
بضرر يلزم بالتعويض سواء اكان مخطئاً أم غير مخطئ •

وفي أواخر عهد الجمهورية تدخلت قواعد الاخلاق في نطاق
المسؤولية التقصيرية بوجه خاص ، فرأى الفقهاء ان الطفل غير المميز والمجنون
لا يكونان مسئولين عن افعالهما الضارة لأنه لم يصدر عنهما فعل (سيء)
وبعبارة اخرى لم يصدر عنهما (خطأ) وهكذا دخلت فكرة الخطأ تحت
تأثير عوامل خلقية بالرغم من أن قانون اكيليا لم يشر الى هذه الفكرة مطلقاً •

٢٣٢ - ثانياً : في القانون الفرنسي القديم - اهم ما استحدثه القانون
الفرنسي القديم في هذا المجال هو وضع حكم عام يقضى بالتعويض عن كل
خطأ يسبب ضرراً للغير ، سواء اكان هذا الخطأ متعمداً أم كان نتيجة اهمال
أو خفة أو طيش أو جهل ، وقد وضع هذا الحكم الفقيه الفرنسي (دوما)
أحد اعلام الفقهاء انذاك •

ويلاحظ ان فقهاء القانون الفرنسي القديم فرقوا تمام التفرقة بين
المسؤولية التقصيرية وبين المسؤولية التعاقدية ، وانهم أخذوا في المسؤولية
العقدية بفكرة تدرج الخطأ التي سبقت الاشارة اليها •

٢٣٣ - ثالثا : فى القانون الحديث :- لم يخص التشريع الفرنسى الذى وضع فى مطلع القرن الماضى (١٨٠٤) للمسئولية التقصيرية غير خمس مواد (١٣٨٢ - ١٣٨٦) كان فى الامكان اختصارها الى اربع بالاستغناء عن المادة (١٣٨٣) التى تنص على مساءلة الانسان عن كل اهمال أو نقص فى الحيلة .

وقد تضمن القانون الفرنسى نصا عاما يقضى بمسئولية كل شخص سبب فعله الخاطيء الاضرار بالغير (١٣٨٢) وبنيت المسئولية فى هذا القانون على ركن الخطأ .

اما القانون المصرى القديم فلم يخص للمسئولية التقصيرية سوى المواد (١٥١ - ١٥٣ - اهلى - ٢١٢ - ٢١٥ مختلط) وخصص لها التشريع المصرى الحالى ست عشرة مادة (١٦٣ - ١٧٨) . وخصص لها المشرع اللبنانى المواد (١٢١ - ١٣٩) والسورى المواد (١٦٤ - ١٧٩) واليبي المواد (١٦٦ - ١٨١) .

٢٣٤ - رابعا : فى التشريع العراقى :- خصص المشرع العراقى للمسئولية التقصيرية (٤٧) مادة هي (المواد ١٨٦ - ٢٣٢) . والسبب فى كثرة المواد فى التشريع العراقى هذه الكثرة الهائلة التى لا نجد لها مثيلا فى كل التقنيات المدنية المعاصرة ، هو رغبة المشرع العراقى فى التوفيق بين أحكام الفقه الاسلامى من ناحية وبين احكام التشريعات الوضعية من ناحية اخرى ، وقد جره هذا الموقف الى نقل كثير من المبادئ العامة ومن الاحكام التطبيقية المختلفة التى وردت فى كتب الفقه الاسلامى عامة وفى مجلة الاحكام العدلية خاصة ، ومعظم هذه الاحكام التطبيقية جزئيات تغنى عنها القواعد العامة أو هى مبادئ عامة لا تصلح أن تكون تشريعات وان صلحت أن تكون اساسا للتشريع . واضرب هنا بعض الامثلة لما تقدم . فمن ذلك المواد ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ المتعلقة بالاتلاف ، فبعد أن قرر المشرع

في المادة ١٨٦ ان اتلاف مال الغير أو انقاص قيمته يكون سببا في الضمان اذا كان الاتلاف نتيجة تعمد أو تعد (خطأ) • عاد في المواد المشار اليها فأورد تطبيقات جزئية لهذه القاعدة ما كان ينبغي لمشرع أن يوردها ، فقد قررت المادة (١٨٧) ان هدم عقار الغير سبب للتعويض ، وقررت المادة (١٨٨) ان قطع اشجار الغير سبب للضمان كذلك ، وقررت المادة (١٨٩) انه اذا غر أحد ضمن الضرر وضربت مثالا لذلك بأنه لو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعة فاني أذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق أن يطالبوه بضمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى !!؟

وقررت المادة (١٩٠) انه اذا اتلف أحد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما اتلف واما اذا أتلّفه بأذن مالكة فلا يضمن •

وواضح ان كل هذه المواد حشو لا فائدة فيه ولا قيمة له وهو نقص تشريعي ينبغي تلافيه عند اول نظر في تعديل قانوننا المدني •
واكتفي من الامثلة بما تقدم وأحيل الى نصوص قانوننا المدني في هذا الموضوع فان عيبها الظاهر لا يكاد يخفى على أحد •

المبحث الثاني

التمييز بين المسؤولية التقصيرية وبين المسؤولية الجنائية

والمسؤولية العقدية

٢٣٥ - اولا : التمييز بين المسؤولية التقصيرية وبين المسؤولية

الجنائية :-

قلنا ان المسؤولية التقصيرية هي عبارة عن الزام من أحدث ضررا غير

مشروع بالغير (بتعويض) هذا الضرر •

اما المسؤولية الجنائية فهي عبارة عن (الجزاء) الذي يوقع على كل

من يرتكب عملا ينهي عنه قانون العقوبات أو يمتنع عن القيام بما يأمر به
هذا القانون .

ونستطيع بعد هذا تلخيص الفروق بين المسئولتين الجنائية والتقصيرية
فيما يلي :-

١ - تقوم المسئولية الجنائية على فكرة الضرر الذي يصيب المجتمع ،
اما المسئولية المدنية فتقوم على فكرة الضرر الذي يصيب الفرد .

٢ - ومن هنا كان الجزاء في المسئولية الجنائية (عقوبة) توقع باسم
المجتمع ، اما في المسئولية المدنية فهو (تعويض) يراد به رفع الضرر
واصلاحه .

٣ - دعوى المسئولية الجنائية من حق المجتمع ، تيرها وتتولاها النيابة
العامة ، وتختص بها محاكم الجزاء ، اما في المسئولية المدنية فالدعوى يملكها
المضار وحده وتختص بها في الاصل المحاكم المدنية .

٤ - لا يجوز الصلح ولا التنازل عن المسئولية الجنائية ، لانها حق
المجتمع^(٢) ، ويجوز ذلك في المسئولية المدنية لأن الحق فيها خاص بالفرد .

٥ - القاعدة في المسئولية الجنائية ان « لا عقوبة بلا جريمة ولا
جريمة بلا نص » اما في المسئولية المدنية فانها تنهض كلما ارتكب انسان
عملا أحدث ضررا غير مشروع بالغير دون حاجة الى حصر هذه الاعمال .

٦ - النية ركن لقيام المسئولية الجنائية ، وهي ليست بشرط في
المسئولية المدنية فاکثر ما يكون الخطأ المدني اهمالا لا عمدا^(٣) .

(٢) عدا بعض الجرائم قليلة الاهمية .

(٣) لاحظ اننا قد نستعمل احيانا تعبير المسئولية المدنية ، ونريد
بها المسئولية التقصيرية .

٢٣٦ - العمل الواحد قد تترتب عليه المسئوليتان : ليس من الغريب

ولا من النادر ان يترتب على الفعل الواحد الحاق ضرر بالمجتمع من جهة
وبالفرد من جهة اخرى ، فجرائم الرشوة ، والتزوير ، وتعطيل المواصلات ،
والقتل والسرقة كلها اعمال تلحق ضررا بالمجتمع وضررا آخر بالفرد
الذي كان ضحية لها .

وفى هذه المنطقة المشتركة تتأثر أحكام المسئولية المدنية بأحكام
المسئولية الجنائية فى النواحي الآتية :-

١ - اذا ترتب على الفعل الواحد مسئولية جنائية ومدنية ، ورفعت
الدعوى الجنائية امام محاكم الجزاء والدعوى المدنية امام المحاكم المدنية فإنه
يجب تطبيق القاعدة المعروفة التي تقضي بان الجنائي يوقف المدني
Le Criminel tient Le Civil en etat اى انه يتعين على القاضى
المدنى ان يتوقف عن الفصل فى الدعوى المدنية حتى يفصل القاضى الجنائى
فى الدعوى العمومية .

هذا ويلاحظ انه يجوز فى هذه الحالة اقامة الدعوى المدنية امام
المحكمة الجنائية تبعا للدعوى العمومية وعندئذ تقضى المحكمة بالعقوبة
وبالتعويض .

٢ - اذا صدر حكم نهائى من محكمة الجزاء فى الدعوى الجنائية
وجب على القاضى المدني ان يتقيد بما اثبتته هذا الحكم من وقائع ، لكنه
لا يتقيد بالتكييف القانونى لهذه الوقائع بمعنى ان احكام القاضى الجنائى
تكون بما اثبتته من وقائع حجة على القاضى المدني .

فاذا قضى القاضى الجنائى بالادانة وجب على القاضى المدني التقيد بذلك ،
والقضاء بالتعويض ، واذا قضى القاضى الجنائى بالبراءة لعدم ثبوت الوقائع
المنسوبة الى المتهم ، فليس للقاضى المدني ان يحكم بثبوتها والحكم على المدعى
عليه بالتعويض .

اما اذا قصت محكمة الجزاء بالبراءة استنادا الى ان الاهمال الذي ارتكبه المتهم لا يصل الى درجة الاهمال الجنائي او استنادا الى موت المتهم ، او لوجود مانع من موانع العقاب فان ذلك لا يمنع القاضي المدني من اثبات المسؤولية المدنية والحكم بالتعويض .

٢٢٧ - ثانيا : التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

- وتحديد نطاق كل منهما -

الفروق بين المسئوليتين :- ان التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية بالرغم مما وجه اليه من نقد من دعاة وحدة الخطأ ووحدة المسؤولية ، لا يزال هو التقسيم الاساسي الذي يقرره معظم الفقهاء وتسير عليه احكام القضاء .

فالاختلاف بين المسئوليتين لا يقتصر على اختلاف نطاق كل منهما ، ولكنه يتجاوز الى فروق جسيمة في القواعد وفي التنظيم نلخصها فيما يلي :-

١ - مدى التعويض :- عرفنا فيما سلف من القول عن المسؤولية العقدية ان المتعاقد المسئول يسأل عن تعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول ، وانه لا يسأل عن تعويض الضرر المباشر غير المتوقع الا اذا صدر عنه غش او خطأ جسيم (م ١٦٩ / ٣) .

اما في المسؤولية التقصيرية فان المدين يسأل عن تعويض الضرر المباشر متوقفاً كان او غير متوقع بصرف النظر عن درجة الخطأ الصادر منه او عن جسامته .

٢ - الاعذار :- لا محل للاعذار في المسؤولية التقصيرية لان طبيعة الامور تقضي بذلك ، اما في المسؤولية التعاقدية فالاعذار - كقاعدة عامة - واجب لمساءلة المدين عن التعويض .

٣ - التضامن :- اذا تعدد المسئولون في المسؤولية التقصيرية التزموا

بالتعويض على سبيل التضامن ، اما فى المسئولية التعاقدية فالقاعدة ان لا تضامن بين المدينين الا اذا نص القانون أو جرى الاتفاق على ذلك لان التضامن لا يفترض (م ٣٢٠) •

٤ - الاهلية :- يكفى لقيام المسئولية التقصيرية سن التمييز عادة: اما فى المسئولية العقدية فيشترط فيها الاهلية الكاملة (سن الرشد) •
٥ - اتفاقات الاعفاء من المسئولية :- فهى جائزة فى المسئولية العقدية الا اذا صدر عن المدين غش او خطأ جسيم ، اما فى المسئولية التقصيرية فتبطل هذه الاتفاقات •

٦ - التقادم :- فدعوى التعويض عن المسئولية التقصيرية تسقط بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المتضرر بوقوع الضرر وبالشخص الذى احدثه ، وهى تسقط على كل حال بمضى (١٥) سنة من يوم وقوع العمل الضار (م ٢٣٢) اما المسئولية العقدية فهى تقادم بمضى (١٥) سنة •
٧ - الاثبات :- يقال عادة ان عبء اثبات المسئولية العقدية أسير من عبء اثبات المسئولية التقصيرية ، ففى الاولى لا يلتزم الدائن - عادة - الا باثبات العقد ، وعدم تنفيذ المدين فيفترض القانون بعد ذلك ان المدين (مخطئ) ومسئول ، اما فى المسئولية التقصيرية فان على الدائن ان يثبت الى جانب الضرر الذى لحقه ، الخطأ الذى ارتكبه المسئول اى ان يثبت ان المدين قد خرق التزامه القانونى العام بعدم الاضرار بالغير اضراراً غير مشروع •

٢٣٨ - هذا ملخص بالفروق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، وبالرغم من كل هذه الفروق فان هناك فريقاً من الفقهاء (على رأسهم الاستاذ بلانول) يذهبون الى (وحدة المسئولية) والى انه ليست هناك فروق أساسية جوهرية بينهما فالفروق المتقدمة فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق فى التحليل •

اما عن الاهلية فهي شرط في العقد لا في المسؤولية العقدية ، فلو
ابرم العقد صحيحا وزالت اهلية المتعاقد بقي ملزما بالعقد وبقيت
مسئولته قائمة .

واما عن الاعذار فانه لا يختلف باختلاف المسؤولية وانما يختلف
باختلاف طبيعة الالتزام فهو غير لازم في الالتزامات السلبية (الامتناع عن
عمل) بصرف النظر عن مصدر هذه الالتزامات عقدا كان او فعلا ضارا .
واما عن التضامن فانه فرق غير ملازم لطبيعة المسؤولية وانما فرق مبني
على نص القانون . واما عن الالبات ، فانه لا يختلف باختلاف نوع المسؤولية
وانما هو يختلف باختلاف (نوع الالتزام) ففي الالتزام بعمل يقع عبء
الالبات على المدين الذي يلتزم بان يثبت بانه قام بهذا العمل حتى يتخلص
من المسؤولية ، وفي الالتزام السلبي (الامتناع عن العمل) يقع عبء الالبات
على الدائن الذي يلتزم بان يثبت ان المدين قد اخل بالتزامه ، لا فرق في هذا
بين ان تكون المسؤولية عقدية او تقصيرية .

هذا ومما لا ريب فيه انه بالرغم من محاولات انصار (وحدة المسؤولية
المدنية) تبقى هناك فروق واضحة عميقة بين المسئولتين تتصل باتفاقات
الاعفاء وبالتقادم وبمدى الضرر الواجب التعويض عنه ، وهي فروق تبرر
التمييز بينهما وتحديد نطاق كل منهما .

٢٣٩ - تحديد نطاق كل من المسئولتين :- ينبغي لقيام المسؤولية
العقدية توافر شرطين هما :-

١ - وجود عقد صحيح بين الطرفين .

٢ - ان يكون الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام ناشئ من العقد .

الشرط الاول :-

٢٤٠ - وجود العقد : ينبغي لقيام المسؤولية العقدية ان يكون
هناك عقد صحيح بين الطرفين واذا كان هذا الشرط واضحا في اغلب

الحالات ، الا ان هناك بعض الاحوال التي قد تدعو الى شيء من البحث والنظر ونجتزىء منها بالحالات التالية :

١ - **النقل المجاني** : لا يمكن وضع حكم واحد يشمل كل حالات النقل المجاني ولكن يمكن وضع معيار هو انه اذا تحقق من قصد المتعاقدين انهما قصدا خلق (التزامات مدنية) فلا شك في اننا في صدد (عقد) نقل .

ويترتب على هذا انه اذا دعا صديق صديقه الى نزهة في سيارته فمن المعقول ان الداعي لم يقصد بدعوته ان يلتزم قانونا وان من دعى يفهم ذلك - فلا عقد بينهما . ولو دعا شخص اخر لنقله مجانا الى مكان ما ، وكان يعلم ان وصوله اليه في ميعاد معين يتوقف عليه نتائج خطيرة فلا شك ان الداعي قصد ان يتقيد بتلك الدعوة وان من دعى فهم ذلك - (فينهما عقد) ، ونقل الاشخاص صغيرى السن مجانا بالقطار أو السيارات العامة عقد نقل لاشك فيه .

ب - **الخطبة** : الرأى الراجح فقها وقضاء ان الخطبة ليست عقدا ولهذا لا يترتب على مجرد العدول عنها اية مسئولية (عقدية او تقصيرية) وانما تنشأ المسئولية عن الضرر الحادث عن العدول متى كان هذا الضرر مستقلا عن مجرد عدم حصول الزواج ، وهنا تكون المسئولية تقصيرية لا عقدية (٤) .

ج - **العناية الطبية** : اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافا بينا فذهب بعضهم (السنهورى فى الموجز ، مصطفى مرعى) الى انها مسئولية تقصيرية ، وذهب بعضهم الاخر الى انها مسئولية عقدية لانها تنشأ عن اخلال الطبيب بالقيام بالعلاج الذى التزم به بمجرد قبوله مباشرة العلاج ، وقد

(٤) يذهب الاستاذ (سافاتييه) فى مؤلفه المعروف عن المسئولية الى ان الخطبة عقد وان سلطة العدول لا تتنافى مع طبيعة هذا العقد ، فمتى تعسف احد الطرفين وفسخ - عقد - الخطبة فى وقت لائق ترتبت على ذلك مسئولية عقدية .

استقر هذا الرأي الان فقهاء وقضاء (استاذنا الدكتور وديع فرج ، السنهوري
في الوسيط ، حسن الابراشي في رسالته عن مسؤولية الاطباء والجراحين ،
ابو ستيت ، سليمان مرقس الخ) .

د - المسابقات والحفلات العامة : كمسابقة كرة القدم ، أو المصارعة ،
او الملاكمة الخ . الراجع بالنسبة الى المسابقات ان المسؤولية عقدية فيبين
المتسابقين ومنظمى المسابقة عقد لا شك في ذلك وبين المتسابقين انفسهم عقد
ضمني التزموا بموجبه بمراعاة قواعد واصول اللعبة ، فاذا خرجوا عليها
اخلوا بالتزام عقدي ونشأت مسؤولية عقدية .

اما عن تنظيم الحفلات ودعوة الاشخاص اليها مجاناً (حفلة دعاية
انتخابية مثلاً ، او احتفاء بالاسراء او بالمولد النبوي) فيطبق بشأنها ما قلناه
بشأن عقد النقل المجاني .

هـ - المسؤولية في المرحلة اللاحقة للعقد : قد يبدو من الغريب بحث
هذه الحالة فما دام العقد قد انتهى فإى مبرر يسمح لنا ببحث المسؤولية
الناشئة بعده ، ويرتفع هذا التساؤل اذا عرفنا ان هناك بعض الحالات التي
يبقى فيها التعاقد (بالرغم من انتهاء العقد) ملزماً نحو الاخر بسلك معين
ناشئ عن العقد الذى انقضى . مثال ذلك ان ينتهي عقد العامل فيترك عمله
ويلتحق بعمل آخر ، انه يلتزم في هذه الحالة بان يحتفظ باسرار رب العمل
الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد (م ٩٠٩/هـ) . فاذا اخل
بهذا الالتزام فما هي طبيعة مسؤوليته ، يذهب استاذنا المرحوم الدكتور وديع
فرج الى ان المسؤولية هنا تقصيرية وارى ان المسؤولية عقدية لانها نشأت
عن اخلال بالتزام ناشئ عن العقد ظل حياً حتى بعد انقضاء العقد الذى
نشأ عنه .

و - الارادة المنفردة : ما هي طبيعة المسؤولية الناشئة عن الاخلال
بالتزام مصدره الارادة المنفردة ؟ يكفي ان اقول ، دون الخوض في

التفصيلات ان المسؤولية هنا مسئولية عقدية لان المادة (٢/١٨٤) تقضى بان تعامل الارادة المفردة معاملة العقد الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين ، ومن هذه الاحكام التسوية بين نوعي المسؤولية الناشئة عنهما .
هذا ويلاحظ انه متى تحدد نطاق المسؤولية العقدية فقد تحدد نطاق المسؤولية التقصيرية فكل مسئولية لا تنشأ عن اخلال بالتزام ارادى (عقد او ارادة مفردة) مسئولية تقصيرية .

٢٤١ - الشرط الثاني :- الاخلال بالتزام ناشئ عن العقد : لا يكفي وجود عقد بين الطرفين لقيام المسؤولية العقدية وانما ينبغى ان يكون الاخلال الذى ارتكبه أحد المتعاقدين قد انصب على التزام ناشئ من العقد نفسه ، فاذا اعتدى البائع على المشتري بالضرب ، او اعتدى المؤجر على المستأجر المماثل فالمسئولية لا عقدية .

وإذا كان هذا الشرط - كسابقه - يبدو واضحاً في معظم الحالات الا انه قد يدق في حالات اخرى نعرض اهمها فيما يلى (وكلها تتصل بالتزام ضمان السلامة) .

٢٤٢ - التزام ضمان سلامة الاشخاص :-

١ - عقد النقل :- هل يلتزم الناقل بسلامة الشخص المنقول بموجب عقد النقل او انه يلتزم بذلك طبقاً لقواعد العمل غير المشروع .
الاهمية العملية للفرقة تظهر في عدة امور (سبقت الاشارة اليها عند مقارنة المسئوليتين العقدية والتقصيرية) .

جرى القضاء الفرنسى الى عام ١٩١١ على اعتبار امين النقل غير ملتزم بسلامة الركاب بموجب عقده فمسئوليته تقصيرية لا عقدية ، ثم عدل عن هذا الرأى بعد التاريخ المذكور .

اما القضاء المصرى فقد تذبذب بين هاتين الفكرتين مرارا عديدة حتى

استقر على اعتبار المسؤولية عقدية (عدا مسؤولية الناقل مجاناً) • ولا ريب عندى بوجوب القول بالمسؤولية العقدية فى هذه الحالة تجنيا للمصاب المضار من تحمل عبء اثبات خطأ امين النقل والقاء عبء نفي الخطأ على عاتق امين النقل • فاذا وجد مسافر بالقطار وقد سقط على شريط السكة الحديد فانا لا نطلب منه ان يثبت ان وقوعه كان نتيجة خطأ من سكة الحديد ، وانما نحن نفترض هذا الخطأ افتراضاً ونلقى المسؤولية على مصلحة السكك الا اذا اثبتت السبب الاجنبى (خطأ المصاب ، القوة القاهرة ، الحادث الفجائى) •

ب - عقد العمل : لم يعد هناك ريب فى ان مسؤولية رب العمل عن ضمان سلامة عماله مسؤولية عقدية لان التزام ضمان السلامة التزام تنص عليه عقود العمل وقوانين العمل (م ٩١٣) •

ج - عقد التعليم : هل تلتزم المدرسة الى جانب تعليم التلميذ بسلامته وعلى اى اساس ؟ ارى ان الفرق بين التلميذ الداخلى والخارجى •
فبالنسبة للاول يمكن القول بوجود التزام بسلامة الاشخاص مصدره العقد ، ولكن الالتزام هنا التزام (بوسيلة) لا بنتيجة فكل ما يطلب من المدرسة هو ان تبذل مقدارا معيناً من اليقظة والحذر فى المحافظة على التلميذ •

ولا يمكن - كقاعدة عامة - القول بوجود مثل هذا الالتزام بالنسبة للطلاب الخارجى الا فى حالات معينة كالسفرات او الرحلات التى تنظمها المدرسة •

د - دخول الملاعب والحمامات العامة - الغالب ان هناك التزاما بالسلامة فيلتزم صاحب الملعب العام بالتعويض عن الاضرار التى تلحق بسلامة الزبائن من جراء سقوطهم من المراجيح أو القطارات الكهربائية الخ •

والالتزام هنا التزام بوسيلة يلزم المدين بمراعاة الحذر واليقظة لتأمين سلامة زبائنه •

ثالثاً : الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية

٢٤٣ - تعرض هذه الفكرة في حالة ما اذا وقع فعل واحد ضار هو في الوقت نفسه اخلال بالتزام تعاقدى واخلال بالتزام قانونى عام - فتحقق فيه شروط كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية •

ولا تعنى هذه الفكرة امكان المطالبة بالتعويض على اساس المسئولية العقدية ، ثم المطالبة به مرة اخرى على اساس المسئولية التقصيرية فهذا ما لم يقل به احد من الفقهاء •

ولكن هل يتصور (الجمع) بين المسئوليتين بمعنى ان تترك للمصاب ان يختار الاصلح له من قواعد كل من المسئوليتين فينتفع مثلاً بما تهيئه له المسئولية العقدية من سهولة الاثبات ويلجأ في الوقت نفسه الى قواعد المسئولية التقصيرية ليصل الى الحكم بالتضامن على مدينه والى الخلاص من شرط الاعذار والى نيل التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ؟ •

يرفض الفقهاء هذا الامر لما يجره من الفوضى في قواعد كل من المسئوليتين ، وهى قواعد حددها المشرع بنصوص افردتها لكل نوع منهما • تبقى بعد هذا (الخيرة) بين المسئوليتين اى ان يتمسك بالمسئولية التى يراها اصلح له او ان تفتح امامه دعوى المسئولية التقصيرية اذا سدت في وجهه دعوى المسئولية العقدية لوجود اتفاق صحيح بالاعفاء من هذه المسئولية •

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة الى فريقين •

٢٤٤ - يرى الفريق الاول جواز (الخيرة) ويدلل على رأيه بالحجج

التالية :-

١ - ان وجود الانسان فى المجتمع يفرض عليه واجبات. اذا هو لم يقضها كان مخطئا فاذا ارتبط الانسان بعقد فان واجبه كعاقب يضاف الى واجباته كأسان ويكون عليه نوعان من الواجبات فاذا اتفق طرفا العقد على دفع مسؤولية احدهما اذا خالف العقد فى ناحية من نواحيه فان هذا الاتفاق لا يتناول الا الواجبات التعاقدية اما الواجبات المفروضة على الانسان كفرد فى المجتمع فلا يشملها الاعفاء ومن ثم يسأل عنها الانسان مسؤولية تقصيرية .

٢ - ان قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها او استبعادها .

٣ - اكثر ما تكون الشروط المانعة من المسؤولية العقدية فى عقود الاذعان وهى عقود يتغلب فيها متعاقد على اخر تغلبا جعل الفقه والقضاء يفض من قيمة هذه العقود ومن شروطها وخاصة التسفية منها وهذا الشرط مثال صارخ لهذا التعسف .

٢٤٥ - ويرفض معظم الفقهاء فكرة جواز الخيرة او الجمع ويردون على اصحاب الرأى الاول بقولهم .

١ - لا يعتبر (الواجب) القانونى العام بعدم الاضرار بالغير (التزاما) بالمعنى القانونى انه اذ لا يوجد (الالتزام) الا (عند الاضرار) بالغير ، فنستطيع القول انه قبل التعاقد لا تربط المتعاقدين الا قواعد المسؤولية التقصيرية فهذه المسؤولية بالنسبة للمتعاقدين مسئولية (احتياطية) لا توجد الا متى ما لم يكن هناك تنظيم تعاقدى بينهما .

٢ - اذا سلمنا بان قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام - وهى كذلك بالفعل - كان معنى هذا عدم جواز التلاعب فى نطاقها ، ونطاق المسؤولية التقصيرية ينحصر فى الاخلال بالتزام (سلبى) هو عدم الاضرار بالغير اضرارا غير مشروع . والقول بان قواعد المسؤولية التقصيرية تشمل

حالات المسؤولية التعاقدية يتنافى مع ما سبق لانه يؤدي الى توسيع دائرة المسؤولية التقصيرية لتشمل الالتزامات (الايجابية) كما تشمل الالتزامات السلبية .

٣ - ان القول بجواز الجمع أو الخيرة بين المسئولتين هدم للعقد ولبدأ سلطان الارادة ، والا فماذا يبقى للعقد اذا امكن الالتجاء للمسئولية التقصيرية ؟ . وما هي قيمة النصوص القانونية التي تجيز اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية اذا فتحنا على التعاقد باب الخيرة بين المسئولتين ؟ لقد قال الفقيه الفرنسي الاستاذ (بران Brun) بحق (ان نظرية الخيرة بين المسئولتين عنصر من عناصر الفوضى يجب رفضه دون تردد) .

وانتقل بعد هذه المقدمة الى بحث المسؤولية التقصيرية ذاتها ، فاقسم البحث الى فصلين اولهما : للمسئولية عن الاعمال الشخصية ، وثانيهما : للمسئولية عن عمل الغير وعن الاشياء .

الفصل الاول

المسئولية عن الاعمال الشخصية

تمهيد وتقسيم :-

أقسم الكلام في هذا الفصل الى مبحثين ، اخصص أولهما لبيان القواعد العامة في هذا النوع من انواع المسئولية التقصيرية ، واتولى في ثانيهما بحث تطبيقات خاصة له في التشريع العراقي .

- المبحث الاول

القواعد العامة في مسئولية الانسان عن أفعاله

واقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

- أولها : لاركان المسئولية .
- وثانيها : لاحكامها .
- وثالثها : للاتفاقات الخاصة واثرها في تعديل احكام هذه المسئولية .

- المطلب الاول

اركان المسئولية

للمسئولية التقصيرية ، كما للمسئولية العقدية ، اركان ثلاثة هي :
ضرر يصيب الدائن (المضر) وخطأ من المدين ، ورابطة سببية بين الخطأ والضرر ونخصص لكل منها فرعاً .

- الفرع الاول -

- الضرر -

٢٤٦ - الضرر هو الاذى الذي يصيب حقاً او مصلحة مشروعة لانسان سواء اتصلت بجسمه او ماله او عاطفته او شرفه او اعتباره .

ولما كانت المسؤولية المدنية تقوم على فكرة الضرر غير المشروع الذي يلحق الفرد ، وكان الجزاء فيها عبارة عن (تعويض) هذا الضرر أو اصلاحه لهذا كان الضرر هو المحور الذي تدور مع المسؤولية التصيرية وجودا وعندما فاذا اتقى الضرر فقد انتفت المسؤولية مهما كانت درجة جسامته الخطأ ، فلو ان شخصا شرع في قتل آخر بان أطلق عليه عيارا ناريا ولم يصبه فإنه لا يسأل مدنيا لانتفاء الضرر .

والضرر كما عرفنا نوعان : مادي وأدبي . والاول ما يلحق خسارة مالية بالمصاب والثاني ما ليس كذلك ، فالمساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية عن طريق الاتلاف أو الغصب ، ضرر مادي ، وكذلك المساس بصحة الانسان وسلامة جسمه .

والمساس بشرف الشخص واعتباره ومركزه ، عن طريق السب أو القذف مثلا ضرر أدبي . واذا كان التشريع العراقي لا يأخذ بالتعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية فإنه أخذ به صراحة في المسؤولية التصيرية . فقد نصت المادة (٢٠٥) على انه :-

« ١ - يتناول التعويض الضرر الادبي كذلك ، فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولاً عن التعويض . ٢ - ويجوز أن يقضي بالتعويض للازواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب . ٣ - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي » .

وقد أغنانا هذا النص عن استعراض آراء الفقهاء في هذا الموضوع .
وأكفي في هذا الصدد بالإشارة الى الملاحظات التالية :-

١ - التعويض عن الضرر الادبي قاصر على المسؤولية التصيرية دون المسؤولية العقدية .

٢ - التعويض عن الضرر الادبي حق متصل بشخص الدائن المضار لا ينتقل الى الغير فلا يجوز لدائني المضار ان يستعملوا باسمه الدعوى غير المباشرة للمطالبة بهذا النوع من التعويض . ولا ينفصل هذا الحق عن شخص صاحبه الا بعد تحديد مقداره قضاء أو اتفاقا .

٣ - قد يكون التعويض عن الضرر الادبي (أديبا) كذلك . مثال ذلك نشر الحكم القاضي بادانة المدعى عليه في الصحف أو دفع مبلغ رمزي تافه (خمسين فلسا) أو الاكتفاء بالحكم على المدعى عليه بالمصروفات .

٤ - اذا ترتب على الضرر الادبي موت المصاب (كقتل طفل ، أو مجنون أو عاجز مشلول . انتقل حق التعويض الى (الازواج والاقربين من الاسرة) أما الازواج فأمرهم واضح ولكن من هم (الاقربون) ؟ . عندي ان (الاقربين) هم (ورثة المتوفي) أو من تلزمه النفقة عليهم . فلو قتل طفل وكان له أب ، وأم ، وأخ ، وجدة ، وابن عم ، انحصر حق التعويض في الاب والام . ولو قتل طفل وكان له اخوان احدهما يخالفه في الديانة فلا حق في التعويض لهذا الاخ . لان اختلاف الدين مانع من موانع الارث ... الخ (١) .

والضرر من ناحية اخرى : مباشر وغير مباشر .

ولا تعويض مطلقا عن الضرر غير المباشر - كما عرفنا عند بحث المسؤولية العقدية .

والضرر المباشر : متوقع وغير متوقع : ويسأل المدين في المسؤولية التصديرية عن التعويض عن الضرر المباشر متوقعا كان أو غير متوقع .

(١) انظر مقالا للدكتور عبدالرزاق عبدالوهاب عن تعويض الضرر الادبي - في مجلة القضاء عدد ٢ سنة ٢٤ - (١٩٦٩) .

شروط الضرر : يشترط في الضرر الذي ينبغي التعويض عنه توافر

شراطين :

١ - ان يكون محققا :- أي انه يجب التأكد من أن طالب التعويض قد لحقه اذى من فعل الفاعل ، ويترتب على هذا انه لو تأخر المسجل في تسجيل الرهن فلا مسئولية عليه اذا تبين ان العقار مستغرق برهون سابقة • ولو أطلق شخص على آخر عيارا ناريا فأخطأه فلا يسأل الفاعل عن التعويض لانتفاء الضرر •

ولا يعني تحقق الضرر وقوعه في الحال ، بل يكفي ان يصبح (مؤكد الوجود) ولو تراخى وقوعه الى زمن مستقبل • وعلى هذا اذا اصاب شخص ولم تعرف درجة اصابته فانه يجوز للقاضي ان يحكم بالتعويض عن الضرر الواقع في الحال ويحفظ حق المصاب في الرجوع على الفاعل فيما لو ساءت حالته بعد ذلك •

الضرر المحتمل :- هو ضرر غير مؤكد الوقوع ، والقاعدة فيه عدم التعويض عنه الا بعد وقوعه فاذا ضرب شخص حاملا على بطنها ضربا يحتمل معه اجهاضها فان ذلك لا يبيح لها المطالبة سلفا بالتعويض عن الاجهاض • فاذا أجهضت فقد تحقق الضرر وحق التعويض • واذا مزق شخص بطاقة يانصيب فانه لا يسأل عن التعويض بمقدار الجائزة الاولى لهذا اليانصيب لان هذا الضرر ضرر احتمالي •

وقد يدق التمييز أحيانا بين الضرر المستقبل وبين الضرر الاحتمالي وذلك في حالة الحرمان من الفرصة •

فاذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه وعلى هذا قضت المحاكم بانه اذا كان حرمان مالك الحصان من جائزة السباق لا يعدو ان يكون ضررا احتماليا فان حرمانه من فرصة الاشتراك فيه ضرر محقق ، وبأن قتل الخطيب ضرر محقق بالمخطوبة وان كان

زواجه بها احتماليا . هذا ويلاحظ ان على المحكمة عند اصدار قرارها بالتعويض ان تعين عناصر الضرر الذي قضت بالتعويض عنه فان لم تفعل كان قضاؤها معيبا وعرضة للنقض وبهذا قضت محكمة النقض والابرام المصرية فقالت ان « تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتعويض بصورة مجملة دون ان يبين كنه عناصر الضرر فانه يكون قد عابه البطلان لقصور أسبابه مما يستوجب نقضه » . وقضت بهذا المعنى كذلك بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد أشار بصدد بيان الضرر المطالب بالتعويض عنه الى ما تكبدته المدعية - قبل العدول عن خطبتها - من نفقات ومصاريف تجهيز دون ان يعنى بايضاح نوع تلك النفقات ومقدارها والدليل على ثبوتها أو يتقصى الضرر الذي أصابها ، فان الحكم يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه » . وقضت محكمة التمييز عندنا انه اذا حصر المدعي الضرر بجبهة معينة فلا يجوز له بعد ذلك ان يجاوزها للمطالبة بأضرار اخرى فقد جاء في حكم لها « وجد ان المميز عليه كان قد أقام الدعوى على المميز مطالبا أياه بالاضرار التي لحقت بالجمعية والتي قدرها بعشرة دنانير في اليوم ، مع أجور الحمامة ، ولما استوضحت منه المحكمة عن تفصيل هذه الاضرار ومصدرها حصرها في جهتين الاولى بدلات الاجارة ، والثانية اتعاب الحمامة ولما كان بدل الاجارة لمقر الجمعية هو (٣٥٠) دينارا فيكون بدل الايجار اليومي دينارا واحدا تقريبا وللایام الستة التي جرى غلق الجمعية خلالها ستة دنانير .

وقد سبق للمحكمة ان حكمت بأجور الحمامة لوكيل الجمعية . .

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض - ص

٠ ٩٤٤

وحيث ان المميز قد حصر دعواه بمبلغ الجهتين المذكورتين (أى بدل الاجارة
واتعاب الحمامة) فلا يجوز الحكم له بما يخالف ذلك من اضرار اخرى ••
والا تعين نقض الحكم (٣) •

٢ - ان يصيب حقا أو مصلحة مالية مشروعة :- فاذا وقع الضرر على
مصلحة لا تتناولها حماية القانون فلا تعويض ، وعلى هذا لا يستحق
المقتصب الذى لا يؤهله وضع يده للاحتماء بدعوى من دعاوى وضع اليد
أى تعويض اذا ما انتزعت منه العين من قبل المالك أو من قبل غاصب آخر •
ولا تستحق الخليفة تعويضا عن قتل خليلها ، ومن الامثلة كذلك (قضية
مدارس النحو فى جلوستر) وتتلخص فى أن معلمين فى المدينة رفعا
دعوى على معلم آخر فتح مدرسة فى البلدة فالحق بهما ضررا تمثل فى
هبوط دخلهما ، قضت المحاكم برد الدعوى لان الضرر لم يقع بدون حق
من جهة ولانه لم ينصب على مصلحة أو حق مكتسب وانما على مجرد أمل
لا يحميه القانون • على انه يجب أن لا يغيب عن الاذهان انه لا يشترط فى
الضرر الذى يلزم الانسان بالتعويض عنه أن ينصب على (حق) بل يكفي
أن يصيب (مصلحة مالية مشروعة) ويترتب على هذا انه اذا ثبت ان القليل
كان يعيل أحدا من أقاربه أو ممن يلوذ بهدون أن يلزمه القانون بالانفاق
عليه فانه يحق لهذا القريب أو اللائد أن يطالب بالتعويض عما لحقه من
ضرر أصاب مصلحته المالية المشروعة ، وكذلك الحال فى قتل الخطيب فانه
يعطى للخطيبة الحق فى المطالبة بالتعويض بمقدار ما كلفتها الخطبة من
نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة اتمام الزواج •

(٣) قضاء محكمة التمييز لسنة ١٩٦٤ ص - ٨٨ •

الفرع الثاني

الخطأ

٢٤٨ - كلمة تمهيدية :- يثير ركن الخطأ كثيراً من المشاكل والابحاث . ونقطة البداية في هذه المشاكل كلها هي تعريف الخطأ أو تحديد معناه وعناصره .

فقد عرفه البعض بأنه العمل الضار غير المشروع . وهذا التعريف كتعريف الماء بالماء لا يقدمنا أية خطوة في تحديد معنى الخطأ . وعرفه الاستاذ (بلانويل) بأنه :- الاخلال بالتزام سابق ، ثم هو يحصر هذه الالتزامات فيما يلي :-

١ - الامتناع عن استعمال العنف ضد الاشخاص والاموال .

٢ - الامتناع عن الغش .

٣ - الامتناع عن كل عمل يتطلب قدراً معيناً من القوة أو المهارة اذا لم يكن القائم بهذا العمل مالكا لهذا القدر .

٤ - مراقبة الاشياء الخطرة التي في حيازة الشخص ومراقبة الاشخاص الذين هم تحت رعايته .

وهذا التحديد بدوره غير جامع اذ يخرج عنه مثلاً التعسف في استعمال الحق . فضلاً عن انه ليس تعريفاً وانما هو تقسيم لانواع الخطأ . وعرفه الاستاذ (ايمانويل ليفي) بأنه الاخلال بالثقة المشروعة ، أي ثقة الشخص في نفسه وثقة الغير فيه ، فعلى كل شخص أن يوفق فيما يصدر عنه من اعمال بين ثقته في نفسه حتى لا يركن الى الكسل ، وبين ثقة الناس فيه بعدم اضرار هذا النشاط بهم . فالشخص ما بين الاقدام والاحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ولا يتعارض مع ثقة الناس فيه ، فاذا هو انحرف عن هذا الطريق فقد عد مخطئاً وحققت عليه المسؤولية .

وعيب هذا التعريف انه أقرب الى النظر الفلسفي منه الى التعريف
فهو لا يضع اى ضابط محدد لبيان هذا الطريق الوسط ويتترك ذلك الى
القضاء .

ويذهب الاستاذ (جوسران) الى أن فكرة الخطأ ذات شقين اولهما
يرجع الى الدائن اذ يجب أن تكون المطالبة مبنية على أساس الاعتداء على
حق له . ولكلمة (الحق) هنا معنى واسع عام يشمل حق الانسان فى
سلامة نفسه واعتباره وحرية وشرفه وماله ومصالحته المشروعة اى انه
يتناول الحقوق العامة والحقوق المدنية . وثانيهما يرجع الى المدين فيجب
أن لا يكون فى مقدوره أن يدفع مطالبة الدائن بحق أقوى من الحق الذى
يزعم بأن المدين اعتدى عليه ، مثال ذلك أن يقدم شخص بين يدي القضاء
رسالة كدليل من الادلة (ولو كان فيها مساس بكرامة الغير أو كانت تحتوى
على سر من الاسرار) أو أن يؤرخ شخص حياة شخص حديث الوفاة
فيتعرض لاختلافه العامة والخاصة ، أو أن تنشر الصحف محاضر جلسات
المحاكم أو المجالس النيابية ، فى كل هذه الامثلة لا تنهض المسؤولية لأن
المدعي عليه يستطيع أن يدفع دعوى المدعي بالتمسك بحق أقوى من حق
الدائن (١) .

٢٤٩ - وقد استقر الفقه والقضاء على أن الخطأ فى المسؤولية التقصيرية
هو عبارة عن اخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز أو ادراك .
فللخطأ عنصران مادى هو الاخلال ، ومعنوى هو التمييز أو الادراك .
٢٥٠ - **العنصر الاول : الاخلال** - او التعدى : - والتعدى قد يكون
عمدياً وقد يكون غير عمدى ، والمسألة الهامة هنا هي تحديد مقياس التعدى
وهل هو شخصي أم مادى ؟ .

(٤) انظر فى هذه التعاريف مؤلفنا ص ٢٩٠ - ٢٩٢ الوسيط .
ص ٨٨٠ ، الحكيم ص ٤٢٦ والمراجع المشار اليها فيها .

معنى للمعيار الشخصي : اننا اذا أردنا أن نحكم على الفعل الضار وهل هو اخلال أو تعد فاننا ننظر الى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل ، فاذا كان الشخص يقظا جدا حاسبناه على أقل هفوة أو انحراف ، اما اذا كان ذلك الشخص دون مستوى الرجل العادى فاننا لا نحاسبه على الانحراف أو الاخلال الا اذا كان هذا الاخلال كبيرا لا يصدر من أمثاله •

وواضح ان هذا المعيار الشخصي اذا كان عادلا بالنسبة للفاعل فانه ظالم بالنسبة لمن وقع عليه الضرر لانه يحرمه من التعويض فى بعض الحالات لمجرد ان المعتدى كان أقل من مستوى الرجل العادى • هذا بالاضافة الى انه يقتضينا تحليل شخصية المعتدى والدخول فى خفايا نفسه ، وهو أمر شاق لا يسهل الوصول اليه •

ومعنى المعيار المادى : أن لا ننظر الى شخص من وقع الفعل منه بل ننظر الى (شخص مجرد) هو شخص من نفس طائفة من وقع منه الفعل فى نفس ظروفه الخارجية لا الداخلية •

فاذا كان من وقع منه الفعل (سائقا) فاننا فى سبيل الحكم على الفعل وهل يعتبر (خطأ) نقرض (سائقا) عاديا نقارن مسلكه (المحتمل) بمسلك الفاعل فاذا كان مسلك الفاعل كمسلك هذا السائق العادى أو أكثر حيطة منه فلا خطأ ، وان كان دونه وأقل منه يقظة وحيطة فهو مخطئ • وأريد بالظروف الخارجية ظروف الزمان والمكان : فاذا كان السائق مثلا يسير فى الليل ، أو فى شارع مزدحم ، أو فى صباح كثيف الضباب ، أو فى ارض زلقة أو أثناء سقوط مطر ، فانه ينبغي أخذ كل هذه الظروف الزمانية والمكانية بنظر الاعتبار •

اما الظروف الداخلية ، ككون السائق ضعيف البصر ، أو عصبي المزاج ، أو بطيء التفكير الخ فلا يعتمد بها •

٢٥١ - **العنصر الثاني للخطأ : التمييز أو الادراك :-** لا يكفي لقيام الخطأ توفر عنصره المادى وحده أو مجرد وقوع الاخلال أو التعدي على حق الغير بل لا بد الى جانب ذلك من امكان (لوم) الشخص على عمله ، واللوم يقتضي أن يكون الشخص (مميزاً) يستطيع التفرقة بين ما هو خطأ وما هو صواب ولهذا نص القانون المدني المصرى على ضرورة توافر التمييز فى مرتكب الفعل الضار حتى تمكن مساءلته عن التعويض (م ١٦٤) وكذلك فعل التقنين السورى (١٦٥) والتقنين الليبي (م ١٦٧) والتقنين اللبناني (١٢٢) *

اما المشرع العراقى فقد شد عن هذه التقنيات متأثراً فى ذلك بالفقه الاسلامى ، ففضى بمسئولية عديم التمييز وجعل مسئوليته مسئولية أصيلة لا احتياطية ، كما هو الحال فى قوانين البلاد العربية . فيرجع المضار على عديم التمييز ان كان له مال ، فان لم يكن له مال رجع بالتعويض على الولى أو الوصي أو القيم . ولكن المشرع العراقى جعل مسئولية عدم التمييز أو من يوب عنه مسئولية مخففة لا تبلغ حد التعويض الكامل ، فقد الزم القاضى بأن يأخذ مركز الخصوم بعين الاعتبار وفى ذلك تخفيف للمسئولية بلا ريب وهذا ما تقضى به المادة (١٩١) بنصها على انه :-

« ١ - اذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله * ٢- واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبياً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر * ٣- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم ، * وسنعود الى شرح أكثر تفصيلاً لهذه المادة *

الخطأ في الفقه الاسلامي وفي التشريع العراقي

٢٥٢ - اولا - الخطأ في الفقه الاسلامي :- لا يقيم الفقه الاسلامي

- كقاعدة عامة - وزنا للخطأ في نطاق الاعمال الضارة ، وهو يفرق في هذا

الصدد بين المباشرة وبين التسبب .

اما في المباشرة فقد قالوا ان « المباشر ضامن وان لم يتعمد » اي انه لا حاجة لمساءلة المباشر الى صدور خطأ منه بل انه يسأل عن كل (فعل) سبب ضررا للغير وهكذا ابتعدت المسؤولية في هذا الضرب من ضروب الضرر عن فكرة الخطأ ابتعادا تاما .

ويستند فقهاء الشريعة فيما يذهبون اليه الى ما ورد عن الرسول (ص) انه صلوات الله وسلامه عليه اهدى اليه طعام في قصعة فضربت أم المؤمنين عائشة (رض) القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي (ص) « طعام بطعام وأناء بأناء » .

ولهذا قال الفقهاء ان العين اذا كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والاتلاف بكل حال ، وان لم تكن مضمونة - كالعين المعسرة والمستأجرة والمودعة - لم يجب ضمانها بالتلف وانما وجب بالاتلاف - وقالوا اذا حكم الحاكم على الشخص بمال واستوفاه ثم تبين ان الشهود فساق أو كاذبون وجب ضمان المال على المحكوم له فان كان معسرا فللمضار (المحكوم عليه) مطالبة الامام بالتعويض أو مطالبة الحاكم .

وقالوا انه لو دفع الملتقط اللقطة الى واصفها ثم أقام غيره البينة على انها له فان كان قد دفعها بحكم الحاكم فلا ضمان عليه وان كان بدونه فوجهان أحدهما لا ضمان لوجوب الدفع ، والثاني عليه الضمان ... ثم يرجع به (أي بالضمان) على الواصف . وقالوا ان كل فعل يحصل به التلف موجب للضمان ولم يشترطوا لذلك سوى أن يكون الملتف (من أهل الضمان) أي ذا أهلية وجوب ، ولهذا قالوا انه لو انقلب شخص حديث

الولادة على مال آخر فأتلفه لزمه الضمان . ومن هذا ما قضى به امير المؤمنين عمر الفاروق رضى الله عنه في حادثة تلخص في أن رجلا كان يقود أعمى فوقما في بئر فخر البصير اولاً ثم وقع الاعمى فوقه فقتله ، فقضى الفاروق بعقل البصير على الاعمى (٥) .

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فقد أضافوا الحكم الى المباشر ، ولهذا قالوا لو دفع شخص غيره في بئر حفرها ثالث متعديان فالضمان على الدافع لأنه هو المباشر .

واختلفوا في تحديد المباشر والتسبب ، فلو حل شخص رباط دابة أو فتح قفص طائر فهربت الدابة أو طار الطير ، فقا قال بعض الفقهاء بعدم الضمان الا بالتعدي لأن هذا العمل يعتبر (تسبياً) في الاتلاف والتسبب لا يضمن الا بالتعدي ، وقال بعضهم الآخر بالضمان ولو من دون تعد لأن هذا التسبب كالمباشرة ، اذ لو لم يفتح القفص أو لم يفك الرباط لما امكنهما الذهاب فوجب الضمان (٦) .

٢٥٣ - ولا بد في الضمان بالتسبب من توافر امور ثلاثة هي :-

(١) التعدي - اى الخطأ - ويتفرع على هذا انه لو حفر شخص بئراً في غير ملكه وبلا اذن المالك فوقع فيه انسان ضمن ، ولا ضمان اذا كان البئر في ارضه أو كان حفره باذن المالك .

(٢) تحقق السببية بين الفعل والضرر - وذلك بأن يكون الفعل

(٥) انظر اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٧ - الطبعة المنيرية .

(٦) انظر الخلاف للطوسى (جعفرى) ج ٢ ص ١٧٣ - ١٧٤ ، تحرير العلامة الحلى (جعفرى) طبع حجر ج ٢ ص ١٣٨ ، قواعد ابن رجب (حنبلى) ص ٢١٨ ، البدائع للكاسانى (حنفى) ج ٧ ص ١٦٨ ، المهذب للشيرازى (شافعى) ج ١ ص ٣٨١ ، بدايية المجتهد (مالكى) ج ٢ ص ٣١١

مما يؤدي الى وقوع الضرر عادة • ويتفرع على هذا ان من حفر قناة صغيرة لا يموت ما يقع فيها عادة ، ووقع فيها انسان أو حيوان ومات لا ضمان •

(٣) الا يقطع سببية الفعل للضرر بسبب اجنبي • ويتفرع على هذا ان من حفر بئرا في ملك غيره ورمى انسان نفسه فيه أو أوقعه غير الحافر قد ضمان على الحافر لانقطاع معنى السببية بين فعل المتسبب وبين الضرر (٧) •

٢٥٤ - ثانيا - الخطأ في التشريع العراقي :- ابقى المشرع العراقي على التفرقة بين المباشرة والتسبب ولكنها تفرقة ظاهرية ليست لها ثمره او فائدة عملية ، حيث اشترط في كل من المباشر والمتسبب (التعمد او التعدي) (١/١٨٦) ويعتبر هذا التحوير نكسة تقف امام التقدم الهائل الذي وصل اليه الفقه الاسلامي في هذا الموضوع ، وهو تقدم لم تصل اليه معظم التشريعات في العالم الحديث الى الآن ، اذ لا زالت فكرة المخاطر المستحدثة (او المسؤولية الشيئية) أمينة تجول في اذهان الفقهاء ورجال القانون •

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب وكان كل منهما متعمدا فان القانون المدني العراقي يجعلهما مسئولين على سبيل التضامن ، اما الفقه الاسلامي فانه يلقي عبء المسؤولية على المباشر وحده دون المتسبب ، ولا ريب عندي ان هذا التحوير الذي أقره المشرع العراقي ادعى الى تحقيق العدالة والى ضمان مصلحة المصاب او المضار •

- حالات انعدام الخطأ -

٢٥٥ - تمهيد :- قلنا ان الخطأ يتألف من عنصرين : مادي - وهو فعل التعدي ، ومعنوي وهو الادراك او التمييز على النحو الذي بسطناه فيما تقدم •

(٧) الاسلام عقيدة وشريعة - للاستاذ الامام الشيخ محمود شلتوت ص ٤٢٥ •

ومع هذا فان هناك حالات ثلاثا تنفي فيها المسؤولية - لانتفاء الخطأ - بالرغم من توافر هذين العنصرين • وهذه الحالات هي : حالة الضرورة ، وحالة الدفاع الشرعي ، وحالة تنفيذ أمر رئيس واجب الطاعة • وفيما يلي شرح موجز لهذه الحالات •

٢٥٦ - الحالة الاولى : حالة الضرورة :- تقضي المادة (٢١٣) بأنه

١ - يختار اهون الشرين ، فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف • ولكن الاضطراب لا يبطل حق الغير ابطالا كلياً • ٢ - فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً ،^(٨) •

والمقصود بالضرورة في هذا المجال ان يجد شخص نفسه في حالة يتهده فيها خطر جسيم عليه او على غيره ولا يجد وسيلة للخلاص من هذا الخطر او تفاديه الا بفعل يسبب ضرراً للغير • مثال ذلك ان يجد الربان سفينته وقد اشرفت على الغرق وان لا مناص لنجاتها ونجاة من فيها من القاء بعض حمولتها في الماء ، ومثاله ايضا هذا السائق الذي يفاجأ بشخص يلقي نفسه امام سيارته فينحرف بها ليصعد على الرصيف ويحطم بعض واجهات محل تجارى • ومثاله كذلك هذا الجائع الذي لا يجد ما يأكله فيعتمد الى اغتصاب رغيف يسد به رمقه •

٢٥٧ - ويشترط لتوفر حالة الضرورة :-

- (١) ان يكون هناك خطر حال يهدد نفس المضطر ، او غيره ، او يهدد مال المضطر او مال غيره •
- (٢) ان يكون مصدر هذا الخطر الحال اجنبياً لا دخل فيه لمن سبب

(٨) انظر المادة (٦٣) من قانون العقوبات الجديد •

الضرر او لمن وقع الضرر عليه ، وعلى هذا فليس لمن تحرش بحيوان شرس
فقتله ان يحتمي بحالة الضرورة هذه للمطالبة بتخفيف مسؤوليته .

(٣) ان يكون الخطر المراد تفاديه اكبر من الضرر الناشئ عن
حالة الضرورة ، اما اذا كان الضرر المراد تفاديه مساويا للضرر الواقع او
دونه في الجسامة كان الشخص مسئولاً مسئولاً كاملة لا مسئولية مخففة .
ويترتب على هذا انه ليس لمن ازهق روح انسان تفاديا لاتلاف مال أو حيوان
أن يحتمي بحالة الضرورة ، وليس لمن اتلف مال غيره لانتفاذ ماله أن يحتمي
بها كذلك الا اذا كان المال المتلف زهيدا بالقياس الى ماله الذي انتفذه .

٢٥٨ - مسئولية مخففة :- على ان حالة الضرورة لا تعفي من المسؤولية
المدنية فلاضطرار كما يقول الفقهاء لا يبطل حق الغير ، ولكن المحكمة
تأخذ حالة الضرورة بعين الاعتبار فتقضي بتعويض (مناسب) ، ومعنى هذا
انها تخفف من مسؤولية المضطر ولا تعفيه منها اعفاءً تاماً ، وهذا الحكم يتفق
مع ما يقرره المذهب الحنفي بوجه خاص فقد قال الاحناف ان من قتل جملاً
صائلاً يضمن وان كان في قتله مضطراً ، وان من أكل طعام غيره لدفع
مخضمة يضمن ، وان من ضحى بمال الغير للنجاة من الغرق يضمن .

٢٥٩ - الحالة الثانية : حالة الدفاع الشرعي :- تقضي المادة (٢١٢)
بأن « ١ - الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها ٢٠ - فمن
أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير
مسئول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، والا أصبح ملزماً بتعويض
تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وتقضي المادة (٤٢) من قانون العقوبات
الجديد (٩) بأنه « لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي ،
ويوجد هذا الحق اذا توافرت الشروط الآتية :- ١ - اذا واجه المدافع خطر

حال من جريمة على النفس أو على المال ، أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة * ٢ - أن يتعذر الالتجاء الى السلطة العامة الالتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب * ٣ - أن لا يكون أمامه وسيلة اخرى لدفع هذا الخطر ، ويستوي في قيام هذا الحق أن يكون التهديد بالخطر موجهاً الى نفس المدافع او ماله أو موجهاً الى نفس الغير أو ماله * .

وفهم من هذين النصين أن كلا من قانون العقوبات والقانون المدني قد أباح للفرد حق الدفاع الشرعي لرد ما قد يقع عليه من اعتداء في ظروف معينة وبشروط معينة * ويقوم هذا الحق على الموازنة بين مصلحتين متعارضتين : مصلحة المدافع ومصلحة المعتدي وتفضيل مصلحة الاول على مصلحة الثاني * .

ويشترط لقيام حق الدفاع الشرعي توافر الشروط التالية :-

(١) ان يكون هناك خطر حال على نفس الشخص أو على نفس غيره ، وعلى هذا لا ينشأ حق الدفاع الشرعي اذا لم يكن الخطر (حالاً) بل خطراً مستقبلاً ، اذ يتسع الوقت في هذه الحالة الاخيرة لمن وقع عليه التهديد بالخطر ان يلتجئ الى السلطة العامة للحيلولة دون وقوع هذا الاعتداء * .

ويجب أن يكون الخطر واقعاً على (النفس) سواء أكانت نفس الشخص ام نفس غيره ، ويلاحظ في هذا الصدد ان تشريعنا المدني لم يكن موفقاً في حصر الاعتداء الذي يبيح حق الدفاع الشرعي بالاعتداء الواقع على النفس ، وكان الاجدر به أن يحذو في هذه المسألة حذو القانون المدني المصري مثلاً ، الذي يبيح هذا الحق سواء وقع الاعتداء على النفس أو على المال ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن قانون العقوبات يبيح هذا استعمال هذا الحق في كلتا الحالتين بل انه يبيح الدفاع الشرعي عن المال حتى ولو أدى الى قتل المعتدي في بعض الحالات (١٠) * .

(١٠) انظر المادة ٤٤ من قانون العقوبات الجديد * .

(٢) أن يكون هذا الخطر (عملاً غير مشروع) فالقاء الشرطة القبض على لص لا يعتبر اعتداءً غير مشروع فمقاومة هذا القبض لا تعتبر دفاعاً شرعياً •

(٣) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط :
فإن تجاوز الشخص هذا القدر اعتبر متعدياً وأصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة ، وقاسم الطرف الآخر تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما ، وفي هذه الصورة يقضي للمضروب بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره القاضي وفقاً لقواعد الخطأ المشترك •

على انه يجب أن يلاحظ في هذا الصدد أن كون المدافع قد تجاوز حدود حق الدفاع أو لم يتجاوزها مسألة يرجع فيها الى نفس القواعد والضوابط التي وضعها فقهاء القانون الجنائي في هذا الصدد ، ويلاحظ من ناحية أخرى انه لا يشترط التماثل بين وسيلة الدفاع وبين ما وقع من اعتداء وبهذا المعنى قضت محكمة النقض والابرام المصرية « ان التماثل في الاعتداء ليس شرطاً من شروط الدفاع الشرعي ، بل ان للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التي يراها لازمة لرد الاعتداء والتي تختلف باختلاف الظروف ، فإذا كان الواضح ان الطاعن وآخر هوجماً ، وضرب الآخر ضرباً كان من المحتمل أن تنشأ عنه جراح بالغة فلا شك ان الطاعن كان له أن يدافع عن هذا الآخر بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التي تيسر له استعمالها ولو كان ذلك باستعمال السلاح الناري » •

ويلاحظ مما تقدم ان كلا من حالة الضرورة وحالة الدفاع الشرعي تفترض وجود خطر حال ولكنهما تختلفان في أن الأذى الذي يحدثه المدافع بغيره يقع على شخص (معتد) في حين ان الضرر الذي يقع في حالة الضرورة يقع على شخص (بريء) • ولهذا أعفى المدافع في حالة الدفاع الشرعي من المسؤولية كلها ولم يعف المضطر الا اعفاء جزئياً •

وقد وضع بعض فقهاء الشريعة قاعدة واضحة في هذا الصدد فقالوا ان
 « من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه ، وان أتلفه لدفع أذاه به ضمنه » •
 والاولى هي حالة الدفاع الشرعي والثانية هي حالة الضرورة • وفرعوا
 على هذا : انه لو صال عليه حيوان فدفعه عنه بالقتل لم يضمنه ، ولو قتل
 حيوانا لغيره في مخصصة ليحيي به نفسه ضمنه ، وانه لو أشرفت سفينة على
 الغرق فألقى متاع غيره ليخففه ضمنه ، ولو سقط عليه متاع غيره فخشى
 أن يهلكه فدفعه فوق في الماء لم يضمنه ، وانه لو صال عليه حيوان في احرامه
 فقتله دفاعا عن نفسه لم يضمنه ، ولو اضطر فقتله في المخصصة ليحيي به
 نفسه ضمنه (١١) •

٢٦٠ - الحالة الثالثة : حالة تنفيذ امر من رئيس تجب طاعته :-
 نصت المادة (٢١٥) على انه « ١ - يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن
 مجبرا ، على أن الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجئ وحده
 ٢ - ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي أضر بالغير
 اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة
 عليه أو يعتقد انها واجبة عليه • وعلى من أحدث الضرر ان يثبت انه كان
 يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه بأن يقيم الدليل على انه راعى في ذلك
 جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة » •

والمادة في شقها الاول تضع المسؤولية على عاتق الفاعل لا الأمر الا اذا
 كان الفاعل مجبرا بأن اتخذ الامر صورة الاكراه الملجئ على النحو الذي
 بيناه عند الكلام عن الاكراه ، وتطبيقا لذلك قال فقهاء الشريعة :- اذا أمر
 انسانا بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لان الامر لم يصح ، وفي كل
 موضوع لا يصح الامر لا يجب الضمان على الأمر • واذا قال رجل لآخر

(١١) قواعد ابن رجب ص ٣٦ •

أخرق ثوب فلان فخرقه فالضمان على الذى خرق لا على الأمر ، ولو ان
بالغا أمر صبيا بتخريق ثوب انسان أو بقتل دابته فالضمان فى مال الصبي
ثم يرجع به على الأمر ، وكذا لو أمره بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبي
الدية ، ثم ترجع على عاقلة الأمر ، علم الصبي بفساد الامر أو لم يعلم (١٢) •

والمادة فى شقها الثانى تتناول حالة الموظف العام الذى يقوم بفعل ضار
تنفيذا لأمر صادر اليه من رئيسه سواء أكان هذا الامر واجب الطاعة
أم اعتقد الموظف المأمور انه كذلك وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ،
وهي ترفع المسؤولية عن هذا الموظف المأمور •

ويلاحظ انه يشترط لتطبيق هذا النص أن يكون كل من الأمر والمأمور
موظفا عاما ، ويترتب على هذا انه لا يجوز للمستخدم فى محل تجاري أو
للعامل أو للأبن أو للزوجة الاستناد الى هذا النص للتخلص من المسؤولية
عن أفعالهم الضارة التي وقعت منهم بناء على أمر صادر من رب العمل أو من
الاب أو من الزوج •

والاساس القانوني للاعفاء من المسؤولية فى هذه الحالة هو ان اطاعة
القانون من أسباب الاباحة التي لا يعتبر فيها الفعل (خطأ) وبالتالي
لا تنهض المسؤولية جنائية كانت أو مدنية •

على انه يجب لانتفاء المسؤولية ان يراد بالتصرف تحقيق مصلحة عامة
فى الحدود التي رسمها القانون لذلك ، فاذا انصرف غرض الموظف فيما
ينفذه أو فيما يأمر به الى غير الصالح العام أو خرج عن حدود القانون فقد
انعدمت الغاية من الاباحة وحققت عليه المسؤولية ، ويترتب على هذا انه اذا
أمر عمدة بعض الخفراء باطلاق النار على اناس كانوا يتشاجرون مع أهل
بلده فأطلقوا عليهم النار وأصابوا بعضهم فإن المسؤولية المدنية تنهض كاملة

(١٢) مجمع الضمانات - ١٥٦ - ١٥٧ •

قبل الخضراء لان اطاعة أمر العمدة في هذا المثال جاء مخالفا لنص القانون
الذي يفرض عليهم مراعاة جانب الحيطة والحذر والاعتقاد المبني على أسباب
معقولة بأن الامر الصادر اليهم واجب الطاعة والتنفيذ •

واكفي في هذا بما تقدم واحيل في مسائله التفصيلية الى شروح
قانون العقوبات •

الفرع الثالث

رابطة السببية

٢٦١ - وهي تلك الرابطة التي تربط الخطأ بالضرر ارتباط سبب
بنتيجة أي انها الرابطة التي تجعل الضرر نتيجة للخطأ •

ورابطة السببية بهذا المعنى ركن في المسؤولية المدنية بنوعها - عقدية
وتقصيرية - حتى عند اولئك الفقهاء الذين يأخذون بالمسؤولية الشببية أو
المادية التي لا تقيم وزنا للخطأ وتلزم كل من قام بفعل ضار بتعويض المضر
عما لحقه من ضرر ، فعند هؤلاء الفقهاء لا بد من وجود رابطة بين (الفعل
الضار) وبين (الضرر) فاذا انتفت هذه الرابطة انتفت المسؤولية •

وعلى هذا فإن من يقود سيارة بغير رخصة (اجازة) ثم يدهس
شخصا ظهر امامه فجأة لا يعتبر مسئولاً بالرغم من وقوع الضرر وصدور
الخطأ من الفاعل (السياقة بدون رخصة) لعد توفر رابطة السببية • واذا
وضع شخص سما لآخر وقبل تناوله (أو بعده مباشرة) أطلق عليه آخر
عيارا فقتله فلا مسؤولية (مدنية) على واضع السم • ولا يسأل من يدير
مستودعا للاخشاب بدون ترخيص أو اجازة من الجهات المختصة ، اذا شب
حريق في مستودعه امتد أذاه الى الغير اذا ثبت أن هذا الحريق كان نتيجة
سبب أجنبي (كصاعقة أو مس في الاسلاك الكهربائية الخارجية أو فعل
فاعل مجهول) •

ورابطة السببية تستدعي بحث مسألتين هامتين هما : تعدد الاخطاء ،
وتعدد الاضرار •

اولا - تعدد الاخطاء :- وقد يطلق عليها احيانا تعدد الاسباب •
ولهذه الحالة ثلاث صور : فقد يجتمع خطأ الفاعل وخطأ المصاب
وقد يجتمع خطأ الفاعل وخطأ الغير ، وقد يجتمع خطأ الفاعل والقوة
القاهرة •

٢٦٢ - (١) اجتماع خطأ الفاعل وخطأ المصاب :- ونلخص القواعد
المقررة في هذا الصدد فيما يلي :-

القاعدة الاولى - اذا كان خطأ المصاب هو السبب الوحيد في وقوع
الضرر فلا مسؤولية ، ويتفرع على هذا انه :- لا حق لورثة الزاني المقتول
في المطالبة بالتعويض ، ولا تعويض كذلك لمن يركب على (رفوف) السيارة
أو سلم الترام اذا سقط ، ولا تعويض في حالة ما اذا رمى شخص نفسه امام
سيارة مسرعة بقصد الانتحار •

القاعدة الثانية - لا تعويض اذا استهدف المضرور للضرر برضائه
في الحالات التي يصح فيها هذا الرضا ، ويترتب على هذا ان لا تعويض عن
الاضرار التي تلحق من يساهم في الالعب الخطرة (كسباق السيارات ،
أو المصارعة ، أو الملاكمة ، أو المبارزة) •

القاعدة الثالثة - اذا كان المضرور قد لحقه الضرر بسبب تدخله لمنع
الاذى عن الغير ، فانه يحق له المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر مثال ذلك :
اذا تدخل انسان لوقف جواد جمع من سائقه فنتج عن تدخله ضرر لشخصه
فان من يكون مسؤولا عن الحادثة فيما لو وقع الضرر على الغير ، يكون
مسؤولا ايضا عن الضرر الذي أصاب هذا الشخص الذي تدخل لكبح جماح
الحصان ، وليس للمسئول ان يدفع المسؤولية عنه بدعوى ان هذا الشخص
قد (أخطأ) بتدخله في الحادثة اذا كان هذا التدخل قد حصل بقصد القيام
بعمل انساني •

القاعدة الرابعة - اذا استغرق خطأ الفاعل خطأ المصاب فقد حقت

المسئولية كاملة ، مثال ذلك :

ان يعتمد سائق سيارة دهس شخص أصم يعبر الطريق من غير

المكان المعد للعبور أو يعتمد دهس شخص أعمى يعبر الطريق دون قائد •

القاعدة الخامسة :

اذا استغرق خطأ المصاب خطأ الفاعل فلا مسئولية مثال ذلك :-

ان يلقي شخص بنفسه أمام سيارة مسرعة ، أو أن يتسلل شخص الى

عربة يقع سائقها في خطأ فيصاب المتسلل •

القاعدة السادسة :

اذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر وزعت المسئولية بنسبة

الخطأين : وتحديد هذه النسبة مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع

دون رقابة لمحكمة التمييز عليه ، مثال ذلك : ان تدهس سيارة مسرعة شخصا

يعبر الطريق وهو مشغول بقراءة جريدة ، أو أن يصيب شخص آخر بجرح

فيهمل المصاب في معالجة نفسه ، وقد قامت محكمة النقض والابرام المصرية

بتوزيع المسئولية بين من يعبر الشارع دون تحفظ وبين السائق المسرع

بنسبة ٢ : ١ ، وعودت المصاب بمائة جنيه من أصل ثلاثمائة جنيه طالب

بها عما لحقه من ضرر •

٢٦٣ - (٢) اجتماع خطأ الفاعل وخطأ الغير :- ونلخص القواعد

المقررة في هذا الصدد فيما يلي :-

القاعدة الاولى :

اذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في احداث الضرر فلا مسئولية ،

سواء عرفت شخصيته أو لم تعرف ، وسواء كان اهلا لتحمل المسئولية أو لم

يكن كذلك ويترتب على هذا انه اذا تسببت سيارة حريق في جفول حصان

فأحدث ضرراً يمال إنسان أو شخصه فلا مسئولية على صاحب الحصان ، ولا مسئولية كذلك على مديرية الاطفاء .

القاعدة الثانية :

إذا استغرق خطأ الغير خطأ الفاعل فلا مسئولية على الفاعل وإنما تقع المسئولية على الغير ويترتب على هذا انه اذا طارد سائق سيارة اخرى فاضطر سائق السيارة الاخيرة الى الانحراف عنه فأتلف مال انسان فلا مسئولية عليه وإنما تقع المسئولية على المطارد .

القاعدة الثالثة :

إذا استغرق خطأ الفاعل خطأ الغير فقد حقت المسئولية كاملة .
مثال ذلك : ان يوقف شخص سيارته في مكان منحدر دون سحب الموقف (البريك) فيدفعها شخص فتتحدر لتحثت ضرراً يمال إنسان أو نفسه ، في هذا المثال تكون المسئولية على من قام بدفع السيارة لا على مالكيها الذي أوقفها في المكان المنحدر دون سحب الموقف وذلك لان خطأ من قام بدفعها كبير يستغرق خطأ مالكيها .

القاعدة الرابعة :

إذا تعاون خطأ الفاعل وخطأ الغير في احداث الضرر دون ان يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، فقد حقت المسئولية كاملة عليهما معا ، ويلزمان في هذه الحالة بالتعويض على سبيل التضامن فللمصاب ان يرجع على أي منهما بكل التعويض .

مثال ذلك :- ان تصطدم سيارتان كل من سائقيها مخطيء فيصاب عابر سبيل . يستطيع المصاب ان يرجع على أي منهما بالتعويض .

٢٦٤ - (٣) اجتماع خطأ الفاعل والقوة القاهرة :- يسأل الفاعل عن التعويض الكامل تطبيقاً لفكرة (تعادل أو تكافؤ الاسباب) السائدة الآن فقها وقضاء .

مثال ذلك :- مصاب بمرض القلب يضربه شخص ضربة خفيفة
تودي بحياته ، أو مريض بالسكر يجرحه شخص جرحا بسيطا يقضي عليه ،
أو يضرب شخص آخر على رأسه وكان عظم رأس المصاب ضعيفا لاسباب
مرضية أو خلقية فتؤدي الضربة الى كسر جمجمته .. الخ . في كل هذه
الامثلة تنهض المسؤولية كاملة على الفاعل .

٢٦٥ - ثانيا - تعدد الاضرار : أو تسلسل النتائج :- عالجا فيما
تقدم تعدد أو تسلسل الاسباب حيث افترضنا وقوع ضرر واحد نتيجة أسباب
أو أخطاء متعددة ، اما في هذه الحالة فتعالج الحالة المتقابلة حيث نفترض
وحدة السبب أو الفعل الضار مع تعدد الاضرار التي ترتبت على هذا الفعل .
وقد قلنا عند الكلام عن المسؤولية العقدية ان التعويض في المسؤولية
المدنية (تقصيرية كانت أو عقدية) لا يشمل غير الضرر المباشر ، وان لا
تعويض عن الضرر غير المباشر في كل من نوعي المسؤولية المدنية ، وان
التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر متوقعا كان أو غير
متوقع ، كما انه يشمل الضرر الادبي الى جانب الضرر المادي .

والمسألة الهامة في هذا الصدد هي تحديد المقصود (بالضرر المباشر) .
فلو أتلف مزارع مضخة جاره فترتب على ذلك تعطيل ري المزروعات
حتى ماتت وأدى هذا بدوره الى توقف المزارع عن سداد ديونه والى ايقاع
الحجز على أمواله وبيعها بثمان بخس فأى هذا الاضرار يعتبر مباشرا وأيها
يعتبر غير مباشر ؟ .

لقد وضعت المادة (٢٠٧) من القانون المدني معيارا للكشف عن الضرر
المباشر هو نفس المعيار الذي قرره محكمة الاستئناف المختلطة بمصر عام
١٩٢٨ والذي اعتمده استاذنا الجليل الدكتور السنهوري ، فقد قررت المادة
السابقة :-

١ - تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .

٢ - ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الاجر .

فالضرر المباشر هو الضرر الذي يعتبر « نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع » وبعبارة اخرى هو الضرر الذي لم يكن في وسع المصاب أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وإذا طبقنا هذا المعيار على المثال الذي ضربناه امكننا ان نعتبر تلف مضخة الري وتلف المزروعات لتعطل ريها ضررا مباشرا الاول ضرر مباشر متوقع والثاني ضرر مباشر غير متوقع ويسأل الفاعل عن تعويض كل من هذين النوعين من الضرر المباشر^(١٣) .

وتطبيقا لفكرة التعويض عن الضرر المباشر وعدم التعويض عن الضرر غير المباشر قال فقهاء الشريعة لو سقط حائط انسان على حائط آخر فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله ضمن صاحب الحائط الاول لان تسبب حائطه لم ينقطع ، ولو عثر انسان بتراب الحائط الثاني فكسرت رجله لا يضمن الاول لان التفريغ ليس عليه ، ولا الثاني الا اذا علم بسقوط حائطه ولم ينقل ترابه في مدة معقولة^(١٤) .

٢٦٦ - واود أن ألفت النظر في هذا الصدد الى المبدأ الهام الذي قرره الفقرة الثانية من المادة (٢٠٧) المتقدمة ، فقد قررت هذه الفقرة ان

(١٣) انظر الاستاذ الدكتور الحكيم - حيث يعتبر تلف المزروعات ضررا غير مباشر لا يسأل الفاعل عنه ص ٤٦٣ .

(١٤) الاستاذ الامام الشيخ شلتوت - المرجع السابق ص ٤٢٨ .

التعويض يشمل منافع الاعيان كما يشمل الاعيان بذاتها ، وقررت من جهة اخرى مبدأ جواز الجمع بين الاجر والضمان وذلك على خلاف ما يقرره معظم فقهاء الشريعة فى هذا الصدد .

اذ يشترط فى الضمان فى الفقه الاسلامي أن يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل (الا فى حالات استثنائية محدودة) .

ومن باب أولى لا تعويض فى الفقه الاسلامي عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن ربح فاته ، فلو ضمن دارا دفع قيمتها ولا يدفع ما خسرته الدائن (صاحب الدار) من الانتفاع بها مدة من الزمن ولا ما فاته من كسب لو باعها بقيمتها واشترى صفقة رابحة . ولعل السبب الذى أدى الى تضيق فكرة الضرر فى الفقه الاسلامي هو القاعدتان المشهورتان :-

١ - الخراج بالضمان و ٢ - الاجر والضمان لا يجتمعان .

اما عن القاعدة الاولى فقد قال الفقهاء فيها : ان الخراج اسم للغلة مثل كسب العبد واجرة الدابة ونحو ذلك ، وأصل هذه القاعدة حديث روي عن الرسول (ص) وفى بعض طرقه ذكر السبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا وأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل (البائع) يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال الرسول (ص) الخراج بالضمان . واما عن القاعدة الثانية (وأعني بها قاعدة الاجر والضمان لا يجتمعان) فقد قال الفقهاء ان علتها هي أن الضامن يكون مالكا للمضمون بالضمان فلا يلزم بدفع اجرة ما يملكه ، فاذا استأجر شخص دابة الى مكان معين فليس له مجاوزة هذا المكان فان فعل كان هلاك الدابة عليه أي تكون الدابة فى ضمانته حتى يسلمها الى صاحبها ، فلو تلفت فى الطريق ضمنها ولا يلزم بدفع الاجرة . واذا غصب انسان حصانا لآخر واستعمله فى الحراثة فحل ونقصت قيمته كان لصاحبه تضمين الغاصب

ما نقص من قيمته ولكن ليس له طلب الاجرة •

وقد يصل القياس في هذه القاعدة الى حد الغرابة ولذلك يعدل عنه الى الاستحسان فاذا استأجر شخص عينا لغرض معين فاستعملها لغرض آخر فالقياس انه يضمن ولا أجر عليه لأن الاجر والضمان لا يجتمعان ، فاذا فرض ان العين لم يصعب ضرر من استعمالها في الغرض الآخر فانه لا يضمن شيئاً ولا يجب عليه الاجر ، ولذلك قيل انه يجب الاجر في هذه الحالة استحساناً لا قياساً •

٢٦٧ - ولما كانت هذه النظرة الى المنافع نظرة صناعية محضة وهي نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية فقد وسع الفقه الحنفي منها قليلاً باستثناءات هي :-

اذا كان المال مال وقف او مال صغير او كان مالا معددا للاستغلال ، فيلزم من يستولى على هذا المال ضمان المنفعة أى أجر المثل ، وقد سار التقنين المدني العراقي في مراحل التطور الى غايتها واصبح يضاھي الفقه الغربي في تقويم المنافع ووجوب التعويض عنها في المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، وجعل التعويض يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان هذا نتيجة طبيعية لاختلال المدين بالتزامه أى متى كان الضرر نتيجة مباشرة للخطأ (انظر بالنسبة للمسئولية العقدية الفقرة الثانية من المادة (١٦٩) وبالنسبة للمسئولية التقصيرية المادة (٢٠٧) المتقدمة) (١٥) •

(١٥) مصادر الحق ج ٦ ص ١٨١ - ١٩٠ •

المطلب الثاني

- احكام المسؤولية التقصيرية -

عن الاعمال الشخصية

تمهيد - اذا توافرت اركان المسؤولية الثلاثة التي سبق بيانها حق للمضار ان يلتجىء الى القضاء للمطالبة بتعويضه عما لحقه من ضرر والزم مرتكب الفعل الضار بهذا التعويض *

وعلى هذا نلخص احكام المسؤولية التقصيرية فى هاتين المسألتين :
وهما : دعوى التعويض والتعويض نفسه *

اولا - دعوى المسؤولية

٢٦٨ - ١ - المدعى :

لا تقبل دعوى المسؤولية الا ممن اصابه ضرر نشأ عن عمل غير مشروع تطبيقا للقاعدة المعروفة فى قانون المرافعات وهى قاعدة (لا دعوى من غير مصلحة) *

فالمدعى هو المضار او من ينوب عنه كالوكيل والوصى والقيم ، واذا تعدد المضرورون جاز لكل منهم ان يرفع دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه ، ولهم أن يرفعوا دعوى واحدة مشتركة يقدر فيها القاضي لكل منهم التعويض الذى يستحقه ، واذا كان التعويض عن ضرر مادى فان الحق فى التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل الى خلفه (عاما كان أو خاصا) كما يستطيع دائن المضرور أن يطالب به بأسم مدينه عن طريق الدعوى غير المبشرة *

اما اذا كان التعويض عن ضرر ادبى فان هذا الحق لا ينتقل الى الخلف الا بعد تقديره قضاء أو اتفاقا كما سبق القول *

٢٦٩ - ٢ - المدعى عليه :

هو من ارتكب الفعل الضار (أو من يكون مسؤولاً عنه كالولي أو الوصي أو القيم المتبوع على النحو الذي سنبينه فيما بعد) .

وإذا كان مرتكب الفعل الضار عدة اشخاص جاز للمدعي إقامة الدعوى عليهم جميعاً أو على أى منهم للمطالبة بكل التعويض لانهم يكونون مسؤولين على سبيل التضامن .

٢٧٠ - ٣ - مدة تقادم الدعوى :

تسقط دعوى التعويض عن العمل الضار بمضى ثلاث سنوات من الوقت الذي وقع فيه الضرر إذا علم المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ، وهي تسقط على كل حال بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير الممنوع (م ٢٣٢) . ويترتب على هذا انه لو اتلف مجهول مال انسان ولم تعلم هويته الا بعد مضي ست سنوات فان الدعوى لا تقادم الا بعد مضي ثلاث سنوات من يوم معرفة شخصية الفاعل (أى بعد مضي تسع سنوات من تاريخ وقوع الاتلاف) ولو عرفت شخصية الفاعل بعد مضي اربع عشرة سنة فان الدعوى تقادم بعد مضي سنة واحدة .

٢٧١ - ٤ - عبء الاثبات :

الاصل ان عبء الاثبات على المدعي ، ففي المسؤولية التقصيرية عسّن الافعال الشخصية يقع عبء الاثبات على المدعي ، فعليه اثبات توفر عناصر المسؤولية (من خطأ وضرر ورابطة سببية) . ولما كانت هذه العناصر وقائع مادية لهذا جاز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن .

وليس أيسر على مدعي التعويض من اثبات الضرر فاثبات الضرر - مادياً كان أو أدبياً - أمر سهل ميسور ، ولكن الصعوبة في اثبات ركن الخطأ ، وقد يسر القضاء الجنائي للمدعي هذا الاثبات فاذا كان القضاء الجنائي قد سبق القضاء المدني الى الفصل في نسبة الخطأ الى الفاعل فان حكمه يؤثر حتماً في سير

الدعوى المدنية • والخص فيما يلي أثر الاحكام الجنائية في دعوى التعويض •

١ - احكام الادانة : تقضى المادة (٥٠٤) بأنه « لا يرتبط الحاكم المدني بالحكم الجزائي الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا » • وتقضى المادة (٢/٢٠٦) بأنه « تبث المحكمة فى المسؤولية المدنية وفى مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية او الحكم الصادر من محكمة الجزاء » •

فالمادة الاولى صريحة فى ان (الوقائع) التى فصل فيها القاضى الجنائي تكون لها حجية مطلقة على الناس كافة ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية • والمادة الثانية صريحة كذلك فى ان (تكييف) القاضى الجنائي للوقائع المؤثرة فى الحكم لا يعتبر حجة على القاضى المدني •

ويترتب على هذا : انه اذا صدر حكم بادانة الفاعل كان هذا الحكم دليلا قاطعا على توفر ركن الخطأ ، فلولا ما اصدر القاضى الجنائي حكم الادانة فيتقيد القاضى المدني فى حكمه بوجود الخطأ •

وإذا كان الضرر ركنا من اركان الجريمة تقيد به القاضى المدني كذلك اذ لم يصدر حكم الادانة الا بعد ان تبث للقاضى الجنائي وقوع الضرر ، فلا يملك القاضى المدني مناقشة واقعة حدوثه •

اما اذا لم يكن الضرر ركنا من اركان الجريمة او كان احتمال وقوعه وحده كافيا لقيامها ، كان تعرض القاضى الجنائي له تزييدا فلا يتقيد به القاضى المدني • والغالب ان يشير الحكم الجنائي الى شخص المصاب بالضرر ، ولا تقيد هذه الاشارة للقاضى المدني الا اذا كان شخص المصاب ذا أثر فى وجود الجريمة وتحقق اركانها •

ففى جرائم القتل والجرح والضرب يجب على القاضى ان يعين شخص المصاب ويكون هذا التعيين ملزما للقاضى المدني •

اما في جريمة السرقة مثلا فان تعيين المجنى عليه لا يعتبر من البيانات
الجوهرية ، لان السرقة تنهض قانونا باختلاس منقول مملوك للغير اياً كانت
شخصية هذا الغير او اسمه •

ولهذا يجوز للقاضي المدني ان يرفض دعوى التعويض المقامة من
المجنى عليه الذي ورد اسمه في الحكم الجنائي الصادر في السرقة ، متى
تبين ان المجنى عليه هذا غير مالك للمال المسروق •

ب - احكام البراءة : اذا استند حكم البراءة الى نفي وقوع الحادث
او الى نفي وقوعه من المتهم بالذات كان هذا الحكم حجة على القاضي المدني •
اما اذا استند حكم البراءة الى ان الوقائع التي ثبتت لا يمكن تكييفها
من الناحية الجنائية بانها خطأ معاقب عليه لم يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف
الجنائي • ويترتب على هذا ان حكم البراءة لانعدام القصد الجنائي في
جريمة البلاغ الكاذب لا يحول دون الحكم بالتعويض اذا تبين للقضاء المدني
أن المبلغ فيما بلغه كان متسرعا تسرعا يدل على رعونة او طيش ، واذا برى •
شخص من تهمة قتل عمد فان الحكم ببراءته لا يحول دون الحكم بالزامه
بالتعويض ، اذا ثبت للقضاء المدني ان القتل قد نشأ عن خطأ تصح نسبته
للمتهم • واذا اسند الى شخص انه قتل عمدا بغير حق حيوانا لآخر فان
براءته من التهمة لا تمنع القاضي المدني من الحكم عليه بالتعويض متى كان
سبب القتل خطأ وقع منه • واذا اسند الى حارس على اشياء محجوزة تهمة
الاختلاس وتبين للقاضي الجنائي ان المتهم لم يرتكب جريمة الاختلاس
وان المحجوزات قد تلفت في محل حجزها فان الحكم بالبراءة لهذا السبب
لا يمنع القاضي المدني من الزام الحارس بقيمة المحجوزات اذا كان تلفها
راجعا الى خطأ منه في المحافظة عليها •

ثانيا - التعويض

٢٧٢ - التعويض جزاء المسؤولية المدنية ، أو هو وسيلة القضاء لمحو

الضرر او تخفيف وطأته • وهو بهذا يختلف عن (العقوبة) اختلافا واضحا ، فالغاية من العقوبة زجر المخطئ ، وتأديبه ، والغاية من التعويض جبر الضرر واصلاحه ، ولهذا كان لجسامة الخطأ أثر كبير على مقدار العقوبة وكان التعويض يدور مع الضرر ولا أثر لمقدار الخطأ عليه • وعلى هذا قررت محكمة التمييز « ان التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقابا على الخصم الآخر او مصدر ربح للمتضرر وانما هو لجبر الضرر » (١٦) • ومعنى هذا انه يتكافأ التعويض مع الضرر فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه • والضرر هنا هو ما لحق المزار من خسارة وما فاته من كسب على ان يكون هذا وذاك نتيجة طبيعية للعمل الضار كما سبق القول •

فالتعويض عن اتلاف مال منقول او عقار يشمل قيمة تكاليف اصلاحه ، والمنفعة التي حرم منها صاحب المال من يوم التلف الى يوم الاصلاح • والتعويض عن اصابة في الجسم تشمل مصاريف العلاج وما ضاع على المصاب من كسب وما فاسده من آلام سببتها له الاصابة • والاصل في التعويض ان يكون مبلغا من المال يساوي ما لحق المزار من ضرر ، ومع ذلك يجوز أن يكون التعويض عينيا في بعض الفروض ، فاذا بنى شخص حائطا يمنع به الضوء عن جاره فانه يجوز للقاضي ان يأمر بهدم الحائط وهذا هو التعويض العيني •

ويجوز في حالات الضرر الادبي ان يتخذ التعويض صورة نشر الحكم في الجرائد ، فاذا تبين ان هذا النشر فيه تعويض كف للضرر الادبي فلا محل للحكم بتعويض مالي آخر •

والتعويض النقدي اما ان يكون مبلغا من المال يدفع للمصاب دفعة واحدة أو على أقساط واما أن يكون ايرادا مرتبا مدى الحياة ، والقاضي هو

(١٦) قرار رقم ٢٠٨٦/ح/٩٥٦ - مجلة القضاء ١٩٥٧ ص ٢٣٩ •

الذى يقدر طريقة التعويض التى يرى انها اكفل لجبر الضرر ، وعلى هذا نصت المادة (٢٠٩) بقولها « ١ - تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح ان يكون التعويض اقساطا او ايرادا مرتبا ، ويجوز فى هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأمينا ٢ - ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة ، تبعا للظروف وبناء على طاب المتضرر ، ان تأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل فى المثليات وذلك على سبيل التعويض » •

٢٧٣ - وقت تقدير التعويض :- بعض الفقهاء الى أن تقدير مقدار الضرر يكون وقت وقوعه فإذا اتلف شخص مالا لآخر فقدم المتلف الى محكمة الجزاء وقضت المحكمة بادانته بعد ستة اشهر ، ثم رفع المضرور دعوى مسئولية المدنية امام المحكمة المدنية وكانت قيمة المال المتلف قد تغيرت فلا عبرة بهذا التغير •

والراجح لدى الفقهاء ان العبرة بتقدير التعويض بيوم الحكم لا بيوم وقوع الفعل الضار ويترتب على هذا انه لو صدمت سيارة شخصا فكسرت ساقه ثم تطور الكسر فاصبح عاهة مستديمة يوم النطق بالحكم فانه يجب ادخال هذا التغير فى حساب تقدير التعويض وبهذا المعنى قضت محكمة النقض والابرار المصرية بان المضرور من أى عمل غير مشروع له ان يطالب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب او ما تفاقم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم • ولكن يجب ان يلاحظ هنا انه اذا كان من حق المضار ان يطالب بالاضرار المتزايدة الى يوم النطق بالحكم فانه ليس من حقه المطالبة بها اذا كانت هذه الزيادة ترجع الى اهماله وخطأه • وتطبيقا لهذا قضت احدى المحاكم بانه يجب على المصاب فى جسمه ان يأخذ باسباب العناية والعلاج وليس له اذا قصر فى ذلك ان يرجع على من اصابه بتعويض الضرر متى كان بعض هذا الضرر راجعا الى تقصيره فى العناية بنفسه •

وعلى المالك الذى يتصدع ملكه بفعل جاره ان يبادر الى تثبيت حالته والى العمل على اصلاح التصدع فاذا لم يتم بذلك وترك الضرر يتزايد اعتبر مقصرا يحاسب عليه عند تقدير ما يستحقه من تعويض (١٧) .

المطلب الثالث

اتفاقات الاعفاء واثرها فى تعديل احكام المسؤولية

تمهيد :- المسؤولية المدنية خطر يهدد كل من احدث بالغير ضررا غير مشروع ، او هي سيف مصلت فوق رأسه يود ان يتخلص منه وبعده عن نفسه ، وقد يسلك الفاعل للوصول الى هذه السبيل أحد طريقين : اولهما : اشتراط الاعفاء من المسؤولية ، وثانيهما التأمين من المسؤولية . ونوجز القول فى كل من هاتين الوسيلتين .

٢٧٤ - اولا - اشتراط الاعفاء من المسؤولية :- هناك حالات يستطيع فيها الانسان ان يقدر مقدما من هم الاشخاص الذين يحتمل ان يصيبهم ضرر من نشاط معين يصدر عنه فيتفق معهم على اعفائه من المسؤولية عن هذا الضرر، فليس هناك ما يمنع شخصا يريد انشاء مصنع يقدر انه سيسبب لجيرانه مضايقات تفوق مضايقات الجوار العادية او المألوفة من أن يتفق مع هؤلاء الجيران على أن يتحملوا هذه المضايقات مقابل مبلغ معين من المال ، وليس هناك ما يمنع شركتين للسيارات تسير سياراتهما فى خط واحد من الاتفاق على ان لا تطالب احدهما الاخرى بتعويض عن أى ضرر يقع عليها ، وليس هناك ما يمنع مربى ابقار من أن يتفق مع جيرانه على تحمل الاضرار الناجمة من ذلك مقابل مبلغ معين من المال يدفعه لهم كل شهر

(١٧) انظر تفصيلات اخرى عن هذا الموضوع فى : المسؤولية المدنية - مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية حسن عكوش ، المسؤولية المدنية - سليمان مرقس ، الوسيط للاستاذ السنهورى ، المسؤولية المدنية - حسين عامر .

وهكذا • وحكم هذه الاتفاقات التي تعفى من المسؤولية التقصيرية او تحدد او تخفف منها انها باطلة لان المشرع عد قواعد المسؤولية التقصيرية من قواعد النظام العام ، فقد قضت المادة (٣/٢٥٩) بأنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع •

واذا كان النص المتقدم قاصرا على ابطال (الاعفاء) من المسؤولية التقصيرية ، فان القضاء جرى على ابطال كل شرط يقضى بتحديد هذه المسؤولية او بالتخفيف منها سواء كان التخفيف بانقاص مدى التعويض او بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي او بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسؤولية (١٨) •

٢٧٥ - ثانيا - التامين من المسؤولية - التامين من المسؤولية عبارة عن عقد بين المؤمن والمؤمن له ، يلتزم المؤمن بمقتضاه تعويض المضر عن الاضرار التي الحقها به المؤمن له •

وواضح ان التامين من المسؤولية يشبه اتفاقات الاعفاء منها في ان الضرر متى وقع فان المسئول عنه ليس هو الذي يتحمل عبء التعويض ، وانما يلقيه على عاتق المؤمن او على عاتق المصاب نفسه •

ولكن الفرق ظاهر بين التامين من المسؤولية وبين الاعفاء منها ، اذ بينما يحصل الدائن (المضر) على التعويض في الحالة الاولى ، يحرم منه في الحالة الثانية ، ولهذا جاز التامين من المسؤولية التقصيرية وبطل الاعفاء منها •

٢٧٦ - والتامين من المسؤولية نظام من شأنه ان يزيد من ضمانات المصاب للحصول على التعويض ، ولهذا عمد المشرعون الى تشجيعه لما فيه من مصلحة ظاهرة تعود على المصاب بل وعلى الجماعة كلها ، فانتشار التامين

(١٨) السنهوري : الوجيز ص ٣٩٦ •

يحدث نوعاً من التوازن الاقتصادي في المجتمع ، فلا يحدث افتقار غير مشروع يختل معه توازن الذمم المالية دون مبرر اقتصادي كما هو الحال في اتفاقات الاعفاء من المسؤولية .

وقد ازدادت أهمية التأمين ضد المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات لزيادة عدد هذه السيارات وزيادة هائلة وتعرضها ارواح المارة واجسامهم لمخاطر عديدة متزايدة . ولهذا عمدت كثير من الدول الى فرض التأمين الالزامي عن حوادث هذه السيارات ، وعلى هذا اصدر المشرع العراقي القانون رقم (٢٠٥) لسنة ١٩٦٤ ، فرض فيه التأمين من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات .

وقد حددت مادته الاولى ما يقصد بالسيارة بحيث جعلت المقصود منها « جميع وسائل النقل البري والمكائن المتحركة والمزودة بمحرك يعمل بوقود » واستنتت المادة (١٦) من هذا القانون سيارات القوات المسلحة (بما فيها الشرطة والكمارك والسكك الحديدية والموانئ والغابات والنفط) من الخضوع لاحكام هذا القانون لان من المؤمل ان تبادر الجهات المسؤولة الى انشاء صندوق خاص يعوض منه المتضررون من استعمال هذه السيارات (على حد تعبير المذكرة الايضاحية - او الاسباب الموجبة - لهذا القانون) .

واشترط المشرع في وثيقة التأمين ان تغطي المسؤولية الناشئة عن الوفاة أو أية اصابة (بدنية) تلحق بأي شخص ، علماً بأن المؤمن لا يلتزم بتغطية المسؤولية الناشئة عن زوجة صاحب السيارة او ابويه او اولاده اذا كانوا من ركاب السيارة وقت وقوع الحادث ، كما لا تشمل الاضرار التي تلحق مستخدم مالك السيارة أثناء قيامهم بواجبات خدمتهم او بمناسبة قيامهم بذلك (المادة ٥) .

٢٧٧ - واود ان الفت النظر في هذا الصدد الى الامور التالية :-

١ - ان قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات لا يغطي سوى الاضرار (الجسمية) أى الاضرار التى تلحق الاغيار فى ارواحهم او اجسامهم دون اموالهم ، اذ لم يحن الوقت من الناحية التأمينية والاجتماعية لتغطية الاضرار المادية كما تقول المذكرة الايضاحية لهذا القانون .

٢ - ان المشرع لم يحدد مبلغاً للتأمين يقف عنده وعلى هذا فان وثيقة التأمين ستغطي جميع الاضرار مهما بلغت ، اذ ان الاضرار الجسمية التى يمكن أن تصيب الآخرين فى ارواحهم وأجسامهم لا يمكن تقديرها مسبقاً .

٣ - اعطى المشرع للمضروب دعوى مباشرة قبل المؤمن فتفادى بذلك مخاطر الدعوى غير المباشرة وسيئاتها ، لان الدعوى غير المباشرة تعجز بطبيعتها عن ان تهىء للمصاب الحماية الكافية ذلك ان حصيلة هذه الدعوى غير المباشرة تمر اولاً بئمة المؤمن له ، وعلى هذا يتعرض المصاب لمزاحمة دائمي هذا المؤمن له ، هذا من جهة ومن جهة اخرى لان المؤمن يستطيع فى حالة الدعوى غير المباشرة ان يتمسك قبل المصاب بكافة الدفعات التى يستطيع التمسك بها قبل المؤمن له . وحيث ان القانون المذكور اعطى للمضار دعوى مباشرة قبل المؤمن ، لهذا فان المؤمن لا يستطيع ان يتمسك ضد المضار بالدفعات التى كان له ان يتمسك بها قبل المؤمن له (م ٨) .

٤ - جعل القانون مدة تقادم دعوى المصاب (او ورثته فى حالة الوفاة) نفس المدة المنصوص عليها فى المادة (٩٩٠) من القانون المدني ، أى ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى نشأت عنها الدعوى اذا علم (ذوو الشأن) بوقوع هذا الحادث ، فان لم يعلموا بوقوعه الا فى وقت متأخر فمدة التقادم ثلاث سنوات من يوم العلم على ان لا تزيد فى جميع الاحوال عن (١٥) سنة .

٥ - اخذ المشرع بحلول المؤمن (فى حدود ما دفعه للمتضرر) محل هذا الاخير فى حقوقه تجاه الغير المسئول (م / ١٠) .

المبحث الثاني

تطبيقات خاصة للمسئولية التقصيرية

عن الاعمال الشخصية (فى التشريع العراقى)

تمهيد :- تتولى فى هذا البحث شرح مسائل ثلاث هي : اساءة استعمال الحق ، والانلاف ، والغصب • ونعقد لكل منها فرعاً خاصاً •

الفرع الاول

اساءة استعمال الحق

Abus du droit

٢٧٨ - كلمة تمهيدية :- كان الفقهاء الاقدمون يفرقون ، فى هذا المجال ، بين الحق وبين الرخصة ، ويقصرون دائرة المسئولية على اساءة استعمال الرخص دون اساءة استعمال الحق • فمن يقود سيارة فى طريق عام يلزم باتخاذ الحيطة اللازمة لمنع الاذى عنم يصادفهم فى هذا الطريق ، اما المالك الذى يحفر حفرة فى ارضه او يقيم عليها بناءً فلا يسأل عما يصيب الملاك المجاورين من اضرار الا اذا جاوز الحفر او البناء حدود ارضه ، فيسأل عندئذ لا عن (اساءة) استعمال حقه وانما عن (مجاوزة) حدود هذا الحق •

ولكن هذه النظرة التى تنسجم مع الافكار الفردية لا تنسجم مع المذاهب الاشتراكية التى سادت فى العصور الحديثة ، والتي لم تعد تنظر الى الحقوق باعتبارها سلطة مطلقة ، بل اصبحت الحقوق جميعاً عبارة عن وظائف اجتماعية يحميها القانون ما دامت وسيلة صالحة لتحقيق هذه الغاية فاذا لم تعد كذلك رفع القانون عنها حمايته •

وفى هذا المعنى يقول الفقيه الفرنسى الكبير (جوسران) « ان الحقوق وليدة الجماعة بها توجد ولاجلها تسبغ عليها الحماية ، وليس لهذه

الحقوق من أهداف الاتك الاهداف التي ترمى الجماعة الى تحقيقها ،
فالحقوق ليست مطلقة بل انها نسبية يجب استعمالها وفقا لروح الجماعة
ومصلحتها والا حادت عن الطريق السوى وكان صاحبها الذي تعسف
فى استعمالها مسئولاً عن هذا الاستعمال المتعسف « (١٩) . ويقول الاساتذة
(مازو) ان التعسف فى استعمال الحق خطأ سواء أكان بأهمال أم بنية
الاضرار بالغير . (٢٠)

٢٧٩ - على انه يجب أن لا يفهم مما تقدم ان نظرية اساءة استعمال
الحق ، أو التعسف فى استعماله ، نظرية اجمع الفقه والقضاء على الاخذ
بها ، اذ لم تسلّم هذه النظرية من خصوم شنوا عليها حملات عنيفة ، وأظهر
عن ناصب النظرية العداة هو الفقيه الفرنسى الكبير (بلانيول Planiol) .
فعنده ان عدم صحة النظرية واضح من عنوانها فالحق والتعسف ضدان
لا يجتمعان ، فمتى وجد الحق انقضى التعسف ، ومتى وجد التعسف فقد
انقضى الحق ، وهو يردد فى هذا المعنى العبارة التالية « ينتهى الحق حيث
يبدأ التعسف فى استعماله ، ولا يمكن أن يكون هناك تعسف فى استعمال
الحق لسبب لا يدحض هو ان العمل الواحد لا يمكن أن يكون فى وقت
واحد متفقا مع القانون ومخالفا له » . ويقول انه لما كان الخطأ عملاً مخالفا
للقانون (غير مشروع) فان معنى ذلك انه اذا أباح لى القانون القيام بعمل
معين فاننى لا أكون مخطئاً عندما أقوم بهذا العمل ، واذا كان لى حق
الامتناع عن عمل معين فاننى لا أكون مخطئاً كذلك اذا امتنعت عن هذا
العمل ، وعلى هذا فاننى لا أكون مسئولاً تجاه الغير عن أى ضرر مهما كانت
جسامته اذا نشأ عن هذا العمل أو الامتناع الذى أباحه لى القانون . ثم

(١٩) جوسران - مؤلفه - التعسف من استعمال الحق .

(٢٠) مازو - دروس فى القانون المدنى ج ٢ ف ٤٥٥ ، المسئولية المدنية

ج ١ ف ٥٣٩ .

يمضى قائلا : الواقع ان الحقوق لم تكن أبدا مطلقة ، وانما هي محددة في نطاق معين ، وعند الخروج على هذا النطاق يصبح العمل مخالفا للقانون ، فليس هناك اذن تعسف في استعمال حق وانما هناك تجاوز لنطاق الحق وخروج عن هذا النطاق . (٢١)

٢٨٠ - ويرد أنصار النظرية على الاستاذ بلايول بقولهم : حقيقة انه لا يصح أن يكون العمل متفقا مع القانون ومخالفا له ، ولكن يصح مع ذلك أن يكون العمل الواحد متفقا مع حدود الحق ويكون في الوقت نفسه مخالفا للقانون ، لان فكرة التعسف تفترض فعلا لا يخرج عن حدود الحق فيكون مشروعاً في ذاته ولكنه يعتبر مع ذلك غير مشروع لانحراف في غرضه ، فالملك الذي يبني (في ملكه) جدارا يرتفع الى حد كبير فيمنع الضوء والهواء عن جاره لا يخرج عن حدود حقه فقد بني الجدار (في ملكه) ولكنه يعتبر متعسفا في استعمال هذا الحق .

٢٨١ - ونجد مثل هذا الموقف المتعارض في الفقه الاسلامي ، اذ لم يتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على الاخذ بهذه النظرية ، حيث يقف منها المذهب الظاهري موقف المناوي ، اذ يقول فقيهم ابن حزم : ان لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب ، أو أن يهدمه ان شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ أو نافذ ويقال لجاره ابن في ملكك ما تستر به على نفسك ، الا انه يمنع من الاطلاع فقط . ويرد على المعارضين الذين يحتجون بحديث « لا ضرر ولا ضرار » بأن هذا الحديث لا يصح لانه انما جاء مرسلا أو من طريق فيها زهير بن ثابت وهو ضعيف هذا من جهة ومن جهة اخرى فانه على فرض التسليم بصحة هذا الحديث فان ذلك لا ينهض دليلا لهم بل هو دليل عليهم لانه لا ضرر أعظم من

(٢١) بلايول - شرح القانون المدني ج ٢ ف ٨٧١ .

أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر
حقاً . وعلى هذا يبيِّن ابن حزم لكل أحد أن يعلى بنيانه ما شاء ولو منع
جازه الريح والشمس لأنه لم يباشر منعه بغير ما ابيح له ، ولكل أحد أن
يبني في ملكه ما شاء من حمام أو فرن أو رحي أو غير ذلك إذ لم يأت
نص بالمنع من شيء من ذلك (٢٢) .

وظاهر ان هذا الرأي ينسجم مع المذاهب الفردية بل انه يغلو في
هذا القول باطلاق الحقوق ، الى أبعد مما يذهب اليه أشد فقهاء هذه
المذاهب تطرفاً .

وتذهب جمهرة فقهاء الشريعة الى الاخذ بهذه الفكرة استنادا الى
روح الشريعة والى قاعدة لا ضرر ولا ضرار وانه يدفع الضرر الفاحش
بأى وجه كان .

وقد اخذ المشرع العراقي بهذه النظرية ونص عليها في بابه التمهيدى
لانه اراد ان يجعلها نظرية عامة تشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية
جميعاً . فقد جعل المشرع من التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيرياً
على فاعله مسئولية تعويض ما ينجم عنه من ضرر . واود بهذه المناسبة
ان ابيه الى ان للخطأ هنا طبيعة خاصة ، فهو خطأ يتصل بروح الحق وغايته
الاجتماعية ولهذا اطلق البعض على هذا الخطأ تعبير الخطأ
الاجتماعى (Faute Sociale) يتحقق بالانحراف عن الغاية الاجتماعية
للحق (٢٣) .

٢٨٠ - بعد ان قضى المشرع العراقي فى المادة (٦) بأن « الجواز
الشرعى ينافى الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن

(٢٢) المحلى - ج ٨ - مسألة ١٣٥٥ و ١٣٥٧ .

(٢٣) انظر - حسن كيره - المدخل الى القانون ص ٧٢٢ .

ما ينشأ عن ذلك من الضرر ، عباد فنص في المادة السابعة على أن

• ١ - من استعمال حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان •

٢ - ويصح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير •

ب - إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة

الأهمية بحيث لا تناسب مطلقاً مع ما يصيب من ضرر بسببها •

ج - إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير

مشروعة •

وتتولى بحث كل حالة من هذه الحالات الثلاث :

٢٨١ - أولاً : **قصد الأضرار بالغير** :- وظاهر أن هذه الصورة

للتعسف تأخذ بالمعيار النفسي ، فاستعمال الحق لمجرد الأضرار بالغير

أظهر حالات التعسف ، ولهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف وأكثرها

شيوفاً في الشرائع المختلفة لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم للنكاية بالآخرين

والأضرار بهم •

ومن التطبيقات القضائية لهذه الحالة : المالك الذي يقوم بعمل

حفرة في أرضه لمجرد منع وصول الماء إلى أرض جاره • والشخص

الذي يقيم في ملكه مدخنة لمجرد الأضرار بالجار • والشخص الذي

يحيط أرضه المجاورة للمطار بأسلاك شائكة وقطع ضخمة من الخشب

لعرقله هبوط الطائرات ، ومالك الطاحونة القائمة إلى جوار طاحونة أخرى

إذا رفع فجأة أبواب الأحواض من غير مقتضى الحاجز الماء عن طاحونة

جاره وتعطيلها عن العمل ، والشخص الذي يعير اسمه إلى إحدى الشركات

حتى تختلط البضائع التي تنتجها ببضاعة شركة أخرى تحمل اسماً يتفق

مع اسمه أو يشابهه ، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه جداراً يصل

ارتفاعه الى الطبقة الثالثة من عقار جاره بحيث يحجب النور عن الغرف
المواجهة له اذا لم يكن له من اقامة هذا الجدار منفعة حقيقية ، وقد
قضت محكمة النقض والابرام البلجيكية بازالة اعلان من النور في قضية
تتلخص وقائعها في انه كان هناك محلان تجاريان كبيران في بقعة مزدحمة
آهلة بالسكان ، اقام احد المحلين اعلانا من النور فأقام الاخر على الفور
اعلانا مشابها له تماما حجب الاعلان الاول عن انظار الخارجين من محطة
تقع بالقرب من المحلين •

هذا ويلاحظ ان التعسف في هذه الحالة يتحقق حتى لو عاد
استعمال الحق على صاحبه بمنفعة ، اذا كانت هذه المنفعة عارضة غير
مقصودة ، فلمالك الذي يغرس اشجارا عالية كيفية في ارضه لمجرد حجب
الضوء او الرؤية عن جاره يعتبر متعسفا في استعمال حقه حتى لو عادت
هذه الاشجار على الارض بالنفع ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا في
ذاته وانما كان المقصود هو حجب الضوء او الرؤية عن الجار (٢٤) •
ويجب على المضرور ان يثبت ان صاحب الحق لم يقصد من وراء استعمال
حقه غير الحاق الضرر به • واذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير
امرا عسيرا فان القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل
مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحب الحق على بنية من ذلك •
فاقامة جدار عال يطلبه صاحبه باللون الاسود لمجرد حجب الضوء والنور
عن جاره دليل على توافر هذه النية وعلى ان صاحب الجدار لم يقصد من
اقامته وطلائه بهذا اللون سوى الحاق الضرر بجاره •

٢٨٢ - ثانيا :- رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا :- لا يكفي
ان تكون لصاحب الحق مصلحة مشروعة من وراء استعماله حقه لكي

(٢٤) السنهوري ص ٩٥٧ - حسن كيره - ص ٧٣٢ •

يدراً عن نفسه شبهة التعسف في استعمال هذا الحق ، وانما ينبغي ان تكون هذه المصلحة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر ينجم عن استعمال هذا الحق ، فاذا كانت هذه المصلحة ضئيلة القيمة بالنسبة للضرر الذي يلحق الغير من وراء استعمال الحق فقد حقت المسؤولية وتوافر سوء استعمال الحق ، وواضح جدا ان المعيار في هذه الحالة معيار موضوعي لا عبرة فيه للبائع النفسى الذى يدفع الانسان الى استعمال حقه ، وهذه الصورة هي ابرز ما في نظرية التعسف في استعمال الحق من نزعة اجتماعية ظاهرة ، اذ يجب ان نوازن فيها بين المصلحة التي يرمى اليها من يستعمل حقه وبين الضرر الذى يلحق بالغير من جراء هذا الاستعمال ، فتى انعدم التوازن بين المصلحة والضرر بان زاد الضرر على المصلحة زيادة كبيرة فقد حقت المسؤولية .

ومن الامثلة القضائية على هذه الصورة : ان يقيم شخص جدارا عاليا في ارضه لمنع السابلة من المرور او القاء اوساخ فيها ، فيحجب هذا الجدار النور والشمس عن سكان عمارة مجاورة ، ومثالها ان لا تستعمل مصلحة السكك الحديدية او مصلحة الموانىء حقا في بيع البضاعة التي لا يرضى المرسل اليه بتسليمها وانما تخزنها في مخازنها الى ان تبلغ رسوم التخزين اضعاف ثمنها . ومثالها : ان يعلم شخص ان ارضه ليست قوية التماسك ومع ذلك يقيم عليها مخزنا للحجارة فيهبط مستوى الارض ويسبب تشققا او خلافا في دار مجاورة .

وقد طبق المشرع هذه الحالة في بعض نصوصه من ذلك نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٩٢) الذى يقضى بأنه « ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » ومنها نص المادة (١٢٨٤) الذى يقضى بان « لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه اذا فقد الارتفاق كل

منفعة للعقار المرتفق او لم يبق له غير فائدة محدودة لا تناسب مع الاعباء
الواقعة على العقار المرتفق به » •

٢٨٣ - ثالثا : تحقيق مصلحة غير مشروعة :- لا يكفي أن تكون
المصلحة التي يرمى صاحب الحق الى تحقيقها كبيرة وهامة وانما ينبغي
ان تكون فوق ذلك مشروعه يقرها القانون • فمن يستعمل حقه لتحقيق
مصلحة غير مشروعة يعتبر متعسفا في استعمال حقه مهما عظمت هذه
المصلحة •

ومن صور هذه الحالة : ان يفصل رب العمل عاملا لمجرد انتمائه
الى نقابة من نقابات العمال ، او ان يبيع مصنع منتجاته بسعر يقل كثيرا عن
تكاليف انتاجها لمجرد الاضرار بمصنع آخر ينتج بضاعة مماثلة وحتى
يستقل بالسوق دون منافس ، ومنها أن تفصل الادارة موظفا ارضاء
لفرض شخصي او شهوة حزبية ، او ان يقوم مالك باقتناء عدد من الكلاب
الشرسة أو اطلاق المذيع ليل نهار ، أو أن يقيم حفلات صاحبته لحمل
المستأجرين على اخلاء مساكنهم •

الفرع الثاني

- الاتلاف -

٢٨٤ - خصص المشرع العراقي للاتلاف ست مواد (هي المواد
١٨٦ - ١٩١) وعندى ان كل هذه المواد ، ومثلها المواد المخصصة
للعصب ، زائدة وخير منها وضع قاعدة عامة شاملة تغني عن هذه النصوص
التي تعالج حالات تفصيلا جزئية • وقد دافع استاذنا الجليل الدكتور
السنهوري عن الخطة التي جرى عليها المشرع العراقي في هذا الصدد
بقوله « تفاوت القوانين في صياغة النصوص التشريعية الخاصة بالعمل
غير المشروع فالقوانين اللاتينية ، وعلى رأسها القانون الفرنسي ، يورد

نصاً عاماً يضع قاعدة شاملة تقضى بأن كل خطأ يحدث ضرراً للغير يلزم صاحبه بالتعويض . أما القانون الانكليزي فلا يورد قاعدة عامة بل يذكر في تفصيل واسهاب الاعمال غير المشروعة التي توجب التعويض ويذكرها عملاً عملاً على وجه التحديد حتى قيل ان القانون الانكليزي لا يعرف العمل غير المشروع ولكن يعرف الاعمال غير المشروعة . والقانون الالماني اختار الى حد ما ، طريقة القانون الانكليزي وعدل عن طريق القوانين اللاتينية ، وهذا أحدث تطور في التشريع ومن حسن الحظ ان الفقه الاسلامي يجارى هذا التطور الحديث ، فهو لم يضع قاعدة عامة شاملة بل اورد حالات معينة فيها يكون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام . وقد جرى المشروع الفقه الاسلامي في ذلك وفي مجاراته هذه قد جرى في الوقت نفسه التطور الحديث للتشريع ، (٢٥) .

والواقع ان وجهة النظر التي ابدتها استاذنا الجليل للجنة وضع القانوني المدني العراقي غير مقنعة وانما أريد بها مساندة الفقه الاسلامي في هذا الموضوع ، وعندنا ان التقنيات اللاتينية في هذه الناحية ارقى في صياغتها التشريعية من التقنين الالماني ، فهذا التقنين بدلاً من ان يضع مبدأ تنطوي في عمومها جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشخصي ، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام ، وهو منهج اخلق بنظام قانوني يقوم على احكام القضاء وعلى التطبيق في المسائل التفريعية منه بتقنين يقصد به الى تقرير مبادئ عامة . ولهذه العلة اعرضت عنه ذات التقنيات التي درجت على استلها التقنين الالماني ، كالتقنين الالتزامات السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولونسي (٢٦) .

(٢٥) نقلاً عن الاستاذ سلمان بيات ج ١ ص ٢٤٠ .

(٢٦) مجموعة الافعال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢ ص ٣٥٠ .

ومهما يكن من أمر فاننا لا نرى بدأ من شرح موجز للنصوص،
التي اوردها تشريعنا لهذه الصور الخاصة من صور المسؤولية عن الاعمال.
الشخصية فنقول :-

٢٨٥ - تقضى المادة (١٨٦) بأنه « اذا اُتلف احد مال غيره او انقص
قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا اذا كان في احدائه هذا الضرر قد
تعمد او تعدى • ٢ - واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدى
منهما ، فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان » •

يتبين من هذه المادة ان الاتلاف قد يكون مباشرة وقد يكون تسببا
اي غير مباشر ، فالاتلاف المباشر هو الاتلاف المتصل مباشرة بالشئ من
غير ان يفصل بين فعل المباشر وبين التلف فعل او حادث آخر ، والاتلاف
تسببا يكون بعمل يقع على شئ فيقضى الى تلف شئ آخر •

واتلاف الشئ هو اخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة مطلوبة
منه عادة • وعلى هذا فان من قطع حبل قنديل معلق فسقط القنديل وانكسر
يعتبر بالنسبة لتلف الحبل مباشرا وبالنسبة لكسر القنديل متسببا •

وقد سبق ان بينا ان فقهاء الشريعة يفرقون بين الاتلاف مباشرة
والاتلاف تسببا فيجعلون الاول موجبا للضمان دون حاجة الى اشتراط
التعمد او التعدى ، ولا يجعلون الثاني موجبا للضمان الا بالتعمد او التعدى •
وواضح ان النص المتقدم لم يأخذ بما استقر عليه جمهور فقهاء
الشريعة فقد اشترط التعمد او التعدى (اي الخطأ) لضمان الاتلاف سواء
اكان الاتلاف مباشرة ام تسببا •

ويقول استاذنا السنهورى في تعليه هذا التحوير « هذه مسألة
من اهم المسائل التي يراد تحويرها في الفقه الاسلامي ، فالاتلاف ، مباشرا
كان أو تسببا ينبغي أن يراعى فيه توافر ركني التعمد أو التعدى ، لان هذا

هو أساس المسؤولية • ويمكن أن يقال بوجه عام ان تأسيس المسؤولية عن العمل غير المشروع مر على ثلاث مراحل ، ففي المرحلة الاولى نجد التفكير على شئ من السذاجة فيقال ان الائتلاف اذا كان مباشرا يستوجب التعويض للعمل في ذاته دون نظر الى ركن التعدي • ثم تعقدت الفكرة في المرحلة الثانية واشترط ركن التعدي ، وفي المرحلة الثالثة ، وهذه لا تكون الا في البلاد التي بلغت شوطا بعيدا في الصناعة ، تتعد الفكرة تعقيدا اكبر فيقال ان الائتلاف موجب للتعويض في ذاته دون نظر الى التعدي وليس معنى هذا اننا رجعنا الى المرحلة الاولى كما يظهر ذلك لاول وهلة ، فان الفكرة في المرحلة الاولى قائمة على مباشرة العمل المتلف اما الفكرة في المرحلة الثالثة فقائمة على القاعدة التي تقضى بان الغرم بالغنم ، وستان ما بين الاساسين • فالمطلوب الآن من المشرع العراقي أن يتخطى المرحلة الاولى الى المرحلة الثانية دون ان يتجاوزها الى المرحلة الثالثة • فهي مرحلة لا يزال هناك وقت طويل قبل ان نصل اليها في العراق وفي مصر وفسى كل بلد آخر لم تبلغ فيها الصناعة الشأن الذي نراه الآن في ألمانيا مثلا^(٢٧) •

واستنادا الى ما قرره المشرع العراقي من اشتراط التعمد او التعدي لضمان الائتلاف ، قرر انه اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن التعمد أو المتعدي منهما ، ولما كان المشرع العراقي قد أخذ بفكرة التضامن عند تعدد المسؤولين في المسؤولية التصيرية فانه قرر انه اذا كان كل من المباشر والمتسبب مسئولاً لتعمده أو تعديه ، فانهما يكونان مسئولين على سبيل التضامن •

٢٨٦ - وقررت المادة (١٨٧) انه « اذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار ان شاء ترك انقاضه للمهادم وضمنه قيمته مبنيا

(٢٧) انظر الاستاذ سلمان بيات ج ١ ص ٢٤١ •

مع التعويض عن الأضرار الأخرى ، وان شاء حط من قيمته مينا قيمة الانقراض واخذ هو الانقراض وضمن الهادم القيمة الباقية مع التعويض عن الأضرار الأخرى ، وانه اذا أعاد الهادم بناء ما هدمه كما كان فانه يبرأ من الضمان اذا عوض المالك عن الأضرار الأخرى •

وقررت المادة (١٨٨) انه اذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون وجه حق فصاحبها مخير ان شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى ، وترك الأشجار المقطوعة لمن قطعها ، وان شاء حط من قيمة الأشجار قائمة قيمتها وهي مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى^(٢٨) • وتقرر المادة (١٨٩) بأنه اذا غر أحد آخر ضمن الضرر ، فلو قال شخص لاهل السوق هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعة فاني اذنته بالتجارة ، ثم ظهر بعد ذلك ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بشمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى (م ٦٥٨ من المجلة) • وتقرر المادة (١٩٠) بأنه اذا اُتلف احد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما اُتلف اما اذا اُتلفه بأذن مالكة فلا ضمان عليه •

وتقرر المادة (١٩١) مسئولية الصبي المميز أو غير المميز ومن في حكمهما عن ائتلاف مال الغير ، وانه اذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر اذا كان صبياً غير مميز او مجنوناً ، فإنه يجوز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بالتعويض على ان يكون لهذا حق الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر ، وعلى أن تراعى المحكمة عند تقدير التعويض العادل مركز الخصوم ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك •

(٢٨) انظر م ٩٢٠ مجلة ، وانظر ص ١٥٠ مجمع الضمانات

الفرع الثالث

- الغصب -

٢٨٧ - خصص المشرع العراقي للغصب عشر مواد هي المواد (١٩٢ - ٢٠١) • والغصب لغة : اخذ الشيء ظلما ، قال تعالى « وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا » •

والغصب قانونا : أخذ مال متقوم ، محترم ، مملوك للغير ، بطريق التعدي ، على وجه يزيل يده عن العين • واشترط الامام ابو حنيفة وابو يوسف (رض) كون المغصوب قابلا للنقل وبالتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط الامام محمد ذلك وتظهر نمرة الخلاف في غصب العقار ، فعندهما ان العقار لا يغصب لعدم امكان نقله وتحويله ، وعنده يغصب العقار كما يغصب المنقول وبهذا يقول الامام الشافعي ، وبه اخذ المشرع العراقي •

وحكم الغصب لزوم رد الشيء المغصوب عينا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا ، وان صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك وان شاء طلب اليه رده في مكان غصبه ، وتكون مصاريف نقل العين المغصوبة ومثونة ردها على الغاصب مع الزامه بالتعويض عن الاضرار الاخرى التي لحقت صاحب هذه العين (م ١٩٢) •

هذا اذا كانت العين المنصوبة قائمة ، اما اذا كانت قد هلكت او استهلكت فانها تكون مضمونة على الغاصب فيكون ضامنا لقيمتها ان كانت قيمة ومثلها ان كانت مثلية • وقد اختلف الفقهاء في زمان تحديد قيمة العين وهل يكون ذلك وقت الغصب أو وقت الخصومة (٢٩) •

(٢٩) انظر على سبيل المثال : المغنى ج ٥ ص ٢٥٦ وما بعدها ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٢٣ ، ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ •

اما التغييرات التي تطرأ على العين المغصوبة فتلخص احكامها فيمايلي :-
٢٨٨ :- ١ - اذا تغيرت العين المغصوبة عند الغاصب وكان هذا
التغير بسبب اجنبى فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع
التعويض عن الاضرار الاخرى ، وان شاء ترك المغصوب ورجع على
الغاصب بالضمان *

ويترتب على هذا انه اذا كان المغصوب عبناً فصار زيبياً ، أو رطباً
فصار تمرأ ، فان المالك بالخيار ان شاء أخذ الزبيب أو التمر ، ورجع
على الغاصب بالتعويض ، وان شاء تركها للغاصب ورجع عليه بالضمان *

٢٨٩ - ٢ - اذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه
من ماله ، فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد
المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى ، وان شاء ترك المغصوب ورجع على
الغاصب بالضمان *

ويترتب على هذا : انه لو كان المغصوب سيارة فصبغها الغاصب أو
أصلحها ، أو لو كان المغصوب داراً فأضاف اليها بعض الابنية ، أو لو كان
المغصوب أرضاً فحفر فيها قناة ، فأن للمغصوب منه الخيار بين أن يسترد
المال المغصوب مع رد قيمة الزيادة التي قام بها الغاصب ، وبين أن يترك العين
المغصوبة للغاصب ويرجع عليه بالضمان *

ويلاحظ في هذه الحالة انه لا يجوز للغاصب (حبس) العين المغصوبة
الى أن يسترد من المالك قيمة ما أحدثه فيها من زيادات وذلك لان حق
الحبس وسيلة من وسائل الحماية التي أعطاها القانون للدائنين لضمان
الحصول على حقوقهم ، والغاصب غير جدير بهذه الحماية لان التزامه برد
العين المغصوبة ناشئ عن عمل غير مشروع (انظر المادة ٢٨١) *

٢٩٠ - ٣ - اذا غير الغاصب العين المغصوبة تغييراً كلياً بحيث فقدت

ذاتيتها وتغير اسمها فإنه يملك هذه العين المصوبة ولا يكون للمصوب منه الا الرجوع عليه بالتعويض ، ويترتب على هذا انه اذا قام الغاصب بذبح الشاة أو تقطيعها ، أو بطحن الحنطة ، أو بذرها في الارض ، أو بخبز الدقيق ، أو بجعل الحديد سيفاً والنحاس آنية واللبن حائطاً والقطن غزلاً والعب عصيراً والزيت زيتوناً فإنه يملك العين المصوبة ويضمن للغاصب مثله أو قيمته على حسب الاحوال ، ويجوز للغاصب أن يطلب بيع هذه العين واستيفاء حقه من ثمنها ويكون في استيفاء حقه هذا مقدماً على سائر الغرماء كما يذهب الى ذلك الامام أبو يوسف ، اما الامام أبو حنيفة فيرى انه يكون في هذه الحالة كسائر الغرماء .

٢٩١ - ٤ - اذا تناقصت قيمة العين المصوبة بيد الغاصب ، فليس للمصوب منه الا ان يقبلها كما هي دون اخلال بحقه في التعويض عن الاضرار الاخرى ، اما اذا كان نقصان قيمة العين المصوبة بسبب استعمال الغاصب أو فعله فإنه يكون ملزماً بضمان هذا النقصان (المادة ١٩٥) .

ويترتب على هذا : انه اذا كان المصوب حيواناً فهزل ، أو سيارة فنقصت قيمتها بسبب فتح باب الاستيراد أو تخفيض الرسوم أو بسبب استعمال الغاصب لها ، فإنه ليس امام المصوب منه في هذه الحالة الا استرداد العين المصوبة ثم يرجع على الغاصب بعد ذلك بالتعويض الذي يشمل نقصان قيمة العين وفوات الانتفاع بها من يوم غصبها الى حين استردادها .

٢٩٢ - **زوائد المصوب** : اعتبر المشرع العراقي زوائد العين المصوبة (مفصوبة) الحاقاً لها بالاصل ، وهذا على خلاف ما يذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي ، فعندهم ان زوائد العين المصوبة (أمانة) في يد الغاصب متصلة كانت أو منفصلة وذلك لان الغصب لم يرد عليها لانها طرأت بعده .

هذا ملخص بأحكام التغييرات التي تطرأ على العين المصوبة .

٢٩٣ - ثم قرر المشرع العراقي في المادة (١٩٧) انه « اذا كان المصوب

عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجرة مثله ، واذا تلف العقار أو
طراً على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان » •
واود ان ألفت النظر في هذه المادة الى مسألتين :

اولاهما : ان المشرع العراقي أخذ بجواز غصب العقار كما يغصب
المنقول خلافاً لما يذهب اليه الفقه الحنفي وذلك لان الغصب في التشريع
العراقي عبارة عن اثبات اليد على مال الغير بدون اذنه ، وهو أمر متصور
في العقار وفي المنقول على حد سواء ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك •

وثانيتهما : ان المشرع العراقي لم يأخذ بقاعدة « الاجر والضمان
لا يجتمعان » • وعلى هذا الزمت المادة المتقدمة الغاصب برد العقار وتعويض
صاحبه بأجر مثله من يوم الغصب الى يوم الرد ، هذا مع
تعويض ما قد يكون قد حدث في العقار من تلف أو نقص في القيمة
ولو كان ذلك ناشئاً من غير تعد من الغاصب لان مجرد
الغصب تعد أو خطأ يلزمه بالضمان •

٢٩٤ - وتعالج المادتان (١٩٨ و ١٩٩) مدى مسؤولية غاصب الغاصب ،
فتقرر الاولى منهما أن « ١ - غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب ، فاذا
غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده ، فالمغصوب
منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني ، وله
أن يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني ، فاذا ضمن الغاصب
الاول كان لهذا أن يرجع على الثاني ، واذا ضمن الغاصب الثاني فليس له
أن يرجع على الاول • ٢ - كذلك اذا أتلف أحد المال المغصوب الذي هو
في يد الغاصب فإن المغصوب منه يكون بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو
يرجع على المتلف ، وان شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على
الغاصب •

وأود أن ألفت النظر هنا الى ان الاساس القانوني الذي يبيح للغاصب

الاول الرجوع على الغاصب الثاني بالتعويض في حالة ما اذا رجع المالك على الغاصب الاول بالضمان ، هو تملك العين المغصوبة بالضمان • ومعنى هذا انه اذا رجع المالك على الغاصب الاول بالضمان واستوفاه منه فقد أصبح هذا الغاصب مالكا للعين المغصوبة في مقابل هذا الضمان الذي دفعه ، فكأن الغاصب الثاني قد غصبه شيئا مملوكا له (أي للغاصب الاول) فحق لهذا الغاصب أن يرجع على الغاصب الثاني بالتعويض •

وتملك الغاصب بالضمان يرتد بأثر رجعي الى يوم حدوث الغصب لا من يوم دفع الضمان ، وفي هذا يقول صاحب البدائع « وقت ثبوت الملك هو وقت وجود الغصب ، لان الملك في الضمان يستند الى وقت وجود الغصب » (٣٠) • ويقول الزيلعي « والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستنداً الى وقت وجود السبب وهو الغصب » (٣١) •

وتقرر المادة الثانية منهما (المادة ١٩٩) انه « اذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول يبرأ وحده واذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو والاول » والمادة واضحة لا تحتاج الى شرح •

٢٩٥ - وتقرر المادة (٢٠٠) انه « اذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لاحكام القانون » • فإذا باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها لشخص آخر ، أو قدمها بدل صلح ، وتلفت العين عند المشتري أو الموهوب له أو الخصم المتصلح معه ، كان الغاصب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن الذي

(٣٠) ج ٧ ص ١٥٢ •

(٣١) ج ٥ ص ٢٢٥ •

تصرف له الغاصب .

فإذا رجع المصوب منه على الغاصب بالضمان فقد ملك هذا الغاصب العين المصوبة من وقت الغصب كما سبق القول وبهذا التصوير القانوني يصبح تصرف هذا الغاصب صحيحاً نافذاً .

اما اذا رجع المصوب منه على من تصرف له الغاصب فان هذا يرجع على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد التي قررها القانون لذلك ، فاذا كان التصرف بيعاً طبقت في هذا الصدد أحكام المواد (٥٥٠ - ٥٥٧) أما اذا كان التصرف هبة فأتانا نطبق أحكام المادتين (٦١٤ - ٦١٥) .

٢٩٦ - وتقرر المادة (٢٠١) ان « الحال الذي هو مساوٍ للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب ، فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب ، وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدد يكون ضامناً » .

تشير هذه المادة الى ما يسمى في الفقه الاسلامي بيد الامانة ويد الضمان ، وتحول احدهما الى الاخرى ، ويقرر المشرع في هذا الصدد ان اليد تكون يد ضمان اذا حاز صاحب اليد شيئاً يقصد تملكه ، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا يقصد تملكه بل بأعبائه نائباً عن المالك ، ويقرر أن يد الامانة تنقلب الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير اذنه (المادة ٤٢٧) .

هذا هو معنى يد الامانة ويد الضمان ، وواضح ان فائدة التفرقة بين يد الضمان ويد الامانة تظهر في تحمل تبعه الهلاك فمن كانت يده على الشيء يد ضمان يتحمل تبعه الهلاك ولو كان هذا الهلاك بقوة قاهرة ، وليس الامر كذلك بالنسبة لمن تكون يده على الشيء يد امانة فإنه لا يضمن هلاك هذا الشيء الا اذا كان الهلاك ناشئاً عن خطأ منه .

وواضح كذلك ان النية هنا تلعب دوراً كبيراً في تكييف صفة اليد
فقد قلبها من يد أمانة الى يد ضمان أو بالعكس ، مثال ذلك أن يد الملتقط
قد تعتبر يد أمانة أو يد ضمان تبعاً لنيته من الالتقاط فإذا كان يريد من التقاط
الشيء الاستئثار به واستخلافه لنفسه فيده يد ضمان ، وإذا كان يريد من
وراء ذلك حفظ العين وردها الى مالكها فيده يد أمانة ، ولو انه التقطها
لردها ثم بدا له أن يستأثر بها لنفسه فقد انقلبت يده التي كانت يد أمانة
أولاً الى يد ضمان .

واكتفي بهذا القدر في الغصب ، وبه ينتهي الكلام عن مسؤولية
الانسان عن أعماله الشخصية ، انتقل بعده الى بحث مسؤولية الانسان عن
عمل الغير وعن الأشياء .

الفصل الثاني

مسئولية الانسان عن عمل الغير وعن الاشياء

تمهيد وتقسيم :- اقسام الكلام في هذا الفصل الى مبحثين :

- أولهما : لمسئولية الانسان عن عمل الغير
- وثانيهما : لمسئولية الانسان عن الاشياء

وافرع كل مبحث الى فرعين : فأتناول في المبحث الاول الكلام عن
مسئولية الانسان عن عمل الغير ، ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعه •
وأتناول في المبحث الثاني : الكلام عن مسؤولية الانسان عن فعل الحيوان
ومسئوليته عن الاشياء غير الحية •

المبحث الاول

مسئولية الانسان عن عمل الغير

الفرع الاول

مسئولية الانسان عن عمل الغير

٢٩٧ - تقضي المادة (٢١٨) بأنه « ١ - يكون الاب ثم الجسد ملزماً
بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير • ٢ - ويستطيع الاب والجسد التخلص
من المسؤولية اذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان واقعا حتى
لو قام بهذا الواجب » •

هذه هي المادة التي خصصها المشرع العراقي لمسئولية الانسان عن
عمل الغير تحت رعايته •

وفيما يلي شرح موجز لهذه المادة •

٢٩٨ - اولاً : الاشخاص المسئولون : يلقى النص المتقدم عبء المسئولية على عاتق (الاب والجد) حصراً ، وفي هذا يختلف التشريع العراقي عن التشريع المصري - مثلاً - فهذا التشريع الاخير يلقي المسئولية على « كل من يجب عليه فانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية » (م / ١٧٣ / ١) .

ويبدو لي أن اختلاف النص في هذين التشريعين اختلاف مقصود يجب أن يؤدي الى اختلاف في الحكم ، فقد راعى المشرع العراقي في صياغة هذا النص انه سبق أن قرر مسئولية الصغير عن فعله الضار وجعل من هذه المسئولية مسئولية أصلية لا مسئولية احتياطية كما هي الحالة في التشريع المصري (انظر المادة ١٩١ عراقي و ١٦٤ مصري) .

فلما سهل المشرع العراقي مسئولية المباشر ولو كان غير مميز أو مجنوناً استغنى عن مساءلة غيره عنه الا في أضيق الحدود . ومعنى هذا انه ينبغي عدم التوسع في تفسير هذا النص ، وتحديد المسئولية بالاب والجد وحدهما ، وذلك لان هذا الضرب من ضروب المسئولية ضرب استثنائي لا يجوز التوسع فيه .

وأود أن ألفت النظر في هذا الصدد الى ان المسئولية التي يعالجها نص المادة (٢١٨) تختلف عن المسئولية التي تقدم الكلام عنها عند شرح المادة (١٩١) من القانون المدني . فقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة الاخيرة على انه « اذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ، ان كان صيباً غير مميز أو مجنوناً ، جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر » .

والخلاف الاساسي بين النصين ان المسئولية الاحتياطية التي يلقيها نص المادة (١٩١) على عاتق الولي أو الوصي أو القيم بعيدة عن فكرة الخطأ أو

التقصير في الرقابة ، ولهذا أعطى المشرع لهؤلاء حق الرجوع على من وقع منه الضرر وجعل المسؤولية هنا مسؤولية مخففة غير كاملة ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة بأن على المحكمة ان تراعي عند تقدير التعويض (مركز الخصوم) • أما المسؤولية التي تبعتها المادة (٢١٨) فأنها مسؤولية قائمة على فكرة الخطأ المفترض وهو التقصير في الرقابة •

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يختلف النصاب في تحديد المسؤول عن عمل الصغير فهو في المادة (١٩١) أوسع نطاقاً منه في المادة (٢١٨) اذ يشمل في الاولى : الولي أو القيم أو الوصي ، وهو في الثانية قاصر على الأب والجد •

٢٩٩ - ثانيا : شروط المسؤولية :- يشترط في هذه المسؤولية

شرطان :

١ - أن يكون المشمول بالرعاية (صغيراً) :- ولم يحدد المشرع العراقي صراحة المقصود بالصغير ، فهل يريد به من لم يبلغ سن الرشد (١٨ سنة) أم يريد به بلوغ سن الخامسة عشرة وهي السن التي حددها فقهاء الشريعة الاسلامية لزوال الولاية على النفس ؟ •

لم يكن التشريع المصري القديم يحدد سناً معينة تقف عندها مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته ولهذا اختلف الفقه والقضاء في تحديد هذه السن ، فنزعت بعض المحاكم الى أن القصر في هذا المجال مرتبط بالولاية على النفس ، وهذه الولاية تنتهي ببلوغ الصغير الخامسة عشرة من عمره ، وقد جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية الكلية في هذا المعنى ما يلي « ان مسؤولية الاب عن ابنه تنتهي متى بلغ الابن من السن خمس عشرة سنة •••• حيث ان الولاية على الصغير قسمان ولاية على النفس وولاية على المال ، ولا شك في أن رعاية الصغير والمحافظة عليه تدخلان في باب الولاية على النفس ولا شأن لها بالولاية على المال ••••• وحيث ان قوانين المجالس الحسينية لم

تعرض الا للولاية على المال محددة سن بلوغ الرشد بشمانية عشرة سنة
 أولاً ثم أخيراً بأحدى وعشرين سنة ، اما الولاية على النفس فلم تشملها
 هذه القوانين ، وقد نصت المادة (٢٩) من قانون المجالس الحسينية الصادر
 فى سنة ١٩٣١ على أن الولاية على المال تنتهي متى بلغ القاصر من العمر
 احدى وعشرين سنة ميلادية ، وهذا صريح فى ان الولاية على النفس غير
 خاضعة لنص هذه المادة ، وانه امام عدم التعرض لها يجب الرجوع حتماً
 لاحكام الشريعة الاسلامية الفراء ، وحيث ان المادة (٤٩٥) من قانون الاحوال
 الشخصية لقدري باشا نصت على أن بلوغ الغلام بالحلم والبنت بالحيض فان
 لم تظهر هذه العلامات يحكم ببلوغهما اذا بلغا من السن خمس عشرة سنة .
 من كل ما تقدم يتضح جلياً ان الصغير لا يكون تحت رعاية الاب متى
 تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، (١) .

وقد أخذت محكمة النقض والابرام المصرية بهذا الرأي فقضت فى
 حكم لها بأن « الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الوالد مسئولاً عن ابنه بعد ان
 كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من
 تسع عشرة سنة ، واذا قال ان الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ احدى
 وعشرين سنة يكون قد أخطأ ، لان الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية
 على النفس وينتهي باتهاؤها ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال ، (٢) .

وقد قطع المشرع المصري كل خلاف فى هذه المسألة حيث قضى
 باعتبار الشخص قاصراً وفى حاجة الى الرقابة اذا هو لم يكمل الخامسة
 عشرة من عمره (م / ١٧٣ / ٢) .

هذا هو الحكم فى التشريع المصري قديمه وحديثه ، فما هو الحكم

(١) عكوش - ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

(٢) نقلا عن سليمان مرقس ح ٢ ص ٢١ - ٢٢ .

في التشريع العراقي ؟ •

لقد كان اتجاه كل من الفقه والقضاء المصري مائلاً أمام واضعي
تصوص التشريع العراقي ، ومع هذا فقد آثروا السكوت عن تحديد سن
معينة للصغر ، ولا بد وأن يفسر سكوت المشرع العراقي على انه أراد به مخالفة
القانون المصري وما كان يجرى عليه القضاء المصري كذلك ، ولهذا فإن
الرأي عندي أن المقصود بالصغير في هذه الصدد هو من لم يبلغ سن الرشد
أي ان كل لم يكمل الثامنة عشرة من عمره يعتبر صغيراً بالمعنى الذي أراده
المشرع في المادة المقدمة •

وبلاحظ ان المشرع العراقي لم يشترط لقيام هذا النوع من أنواع
المسؤولية اتحاد المسكن (أو المساكنة) لان اغفاله لهذا الشرط وعدم الاشارة
اليه دليل على انه أراد الاستغناء عنه ، فسلطة الرقابة التي تكون للاب أو
الجد على الصغير تكفي وحدها لمسأله عن أفعال هذا الصغير الضارة اذا
توافرت شروطها •

٢ - صدور عمل غير مشروع من الصغير :- ومعنى هذا انه ينبغي
لمسألة الراعي عن أفعال من هم تحت رعايته ان يرتكب المشمول بالرعاية
فعلاً يتوافر فيه العنصر الموضوعي الخطأ (وهو التعدي) • أي أن يصدر
من هذا الصغير فعل يعتبر اخلاقاً بواجب أو انحرافاً عن مسلك الرجل
العادي ، بصرف النظر عن توافر عنصر الادراك أو التمييز أو عدم توافره •
فقد راعى المشرع أن مسؤولية متولي الرقابة لا تقوم على أساس الخطأ الذي
يرتكبه المشمول بالرعاية وانما هي تقوم على أساس خطأ متولي الرقابة في
هذه الرقابة ، فلا يستقيم مع المنطق ولا مع حاجات المجتمع أن تعلق مسؤولية
الراعي في جميع الاحوال على وقوع خطأ من المشمول بالرعاية ، ولكن
المشرع راعى من ناحية اخرى انه لا تصح مساءلة الراعي عن كل فعل
يقع من المرعى ولهذا اكنفى في تحديد هذه الافعال بتلك التي يتوفر فيها

العنصر الموضوعي للخطأ وهو التعدي دون حاجة الى العنصر النفسي له وهو التمييز (٣) .

٣٠٠ - أساس المسؤولية :- تقوم مسؤولية الشخص عنم هم تحت رعايته على اساس خطأ مفترض ، هو اخلال من له الرعاية (ابا او جدا) بواجب الرقابة الملقى على عاتقه فمتى قام الصغير بعمل غير مشروع احدث ضرراً بالغير افتراضا ان من له الرقابة عليه من أب أو جد ، قد قصر في واجبه هذا ، وان هذا التقصير هو الذى ادى الى ارتكاب الصغير لهذا العمل الضار غير المشروع ، ولهذا قال بعض الفقهاء ان مسؤولية الشخص عنم هم تحت رعايته ليست فى الواقع مسؤولية الشخص عن فعل الغير وانما هي مسؤولية الشخص عن فعله الشخصى الخاطىء هو تقصيره فى الرعاية او الرقابة .

٣٠١ - طريقة التخلص من هذه المسؤولية :- تقضى المادة (٢١٨) فى فقرتها الثانية بأنه « يستطيع الاب او الجد التخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » .
يتبين من هذا النص ان مسؤولية الاب او الجد وان قامت على خطأ مفترض الا أن الافتراض هنا افتراض قانونى بسيط قابل لاثبات العكس .
وعلى هذا يستطيع الاب او الجد ان يتخلص من المسؤولية اذا قام بنفي هذه القرينة وذلك بأن يثبت انه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وانه اتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع الصغير من الاضرار بالغير ، وانه لم يسيء تربية ولده او صغيره . وتقدير كل هذه الامور من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع دون أن تكون لمحكمة التمييز رقابة عليها . ولهذا قضت محكمة النقض والابرام المصرية فى حكم لها جاء فيه « ان مسؤولية المكلف بالرقابة لا تنتقض الا اذا اثبت انه قام بواجب

(٣) سليمان مرقس - مسؤولية الراعى المفترضة ص ٢١٤ - المسؤولية المدنية فى التقنينات العربية ح ٢ ص ٣٥ .

الرقابة أو أثبت ان الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب، واذ نفت محكمة الموضوع، في حدود سلطتها التقديرية، كلا الامرين باسباب سائغة تؤدي الى النتيجة التي انتهت اليها فأنها لا تكون قد خالفت القانون، (٤) .

على انه يجب أن يلاحظ ان مقدار العناية التي ينبغي على من له الرقابة ان يبذلها في مراعاة الصغير يختلف باختلاف سن الصغير وحالته من جهة، وباختلاف الظروف المكانية والزمانية من جهة اخرى .
فكلما كبر الصغير وقارب سن الرشد كلما خف مقدار الرقابة او العناية التي يحتاج اليها كقاعدة عامة، واذا كان الصغير مريضا أو عصبي المزاج اقتضت حالته هذه بذل مقدار اكبر من الرقابة .

واما عن اثر الظروف الزماني والمكاني على مقدار الرقابة التي ينبغي على الراعي بذلها فمثاله ما قضت به احدى المحاكم الفرنسية من مساءلة من له الرقابة عن اعمال الصغير اذا هو تركه يركب الدراجة ليلا وهو في سن لا يبلغ معها النضج اللازم لذلك، وما قضت به كذلك من عدم مساءلة الاب الذي يترك اطفاله في الريف يذهبون وحدهم الى المدرسة، ومساءلته اذا هو ترك هؤلاء الاولاد يذهبون وحدهم الى المدرسة في المدينة (٥) .

هذا هو الطريق الاول الذي رسمه المشرع لمن له الرعاية على الصغير للتخلص من مسؤوليته . اما الطريق الثاني فقد اشارت اليه كذلك الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) التي سبق بيانها بقولها « او ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » . وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرار المصرية بأنه « اذا تبين من واقعة الدعوى ان الحادث الذي وقع كان مفاجئا اثناء عبث المجنى عليه هو والمتهم وهما صديقان، وقد بلغ المتهم ثمانية عشر

(٤) نقض مصرية ٩٦٣/٦/٢٠ - مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٩٥١ -

(٥) سليمان مرقس - مسئولية الراعي المفترضة ص ١١٠ .

عاماً ، فلم يكن حدوثه راجعاً الى نقص فى الرقابة من جانب الطاعن على ابنه المتهم ، ومع ذلك قضى الحكم بمسائلة الطاعن مديناً على أساس الخطأ المفترض ، وان المتهم ما دام قاصراً فان رقابة وليه يجب ان تستمر بصورة تمنعه من ايقاع الضرر بغيره والا التزم بتعويض هذا الضرر - فإنه يكون مخطئاً فى تطبيق القانون « (٦) » .

الفرع الثانى

- مسئولية المتبرع عن أعمال تابعه -

٣٠٢ - النص : تقضى المادة (٢١٩) بأن « ١ - الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التى تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسئولون عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدمتهم .
٢ - ويستطيع المخدمون ان يتخلص من المسئولية اذا اثبت انه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر او ان الضرر كان لا يبد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » .

وتولى شرح هذه المادة بيان شروط هذا النوع من انواع المسئولية ، وتحديد من تقع عليه هذه المسئولية واخيراً بيان اساسها وطريقة التخلص منها .

٣٠٣ - أولاً : شروط هذه المسئولية :- تتحقق هذه المسئولية اذا كانت بين من ارتكب الفعل الضار وبين من يراد الرجوع عليه بالتعويض علاقة تبعية ، وكان هذا الفعل الضار (خطأ) وكان ارتكاب هذا الفعل الضار قد وقع اثناء قيام التابع بخدمة المتبوع .

(٦) نقض جنائى فى ٦-٧-٩٥٧ - نقلا عن السنهورى الوسيط ط ٢ ص ١١٤٠ هامش .

يتبين مما تقدم ان لهذا النوع من المسؤولية شروطاً ثلاثة هي : وجود علاقة
التبعية ، وصدور فعل خاطئ ، من التابع وان يكون هذا الفعل قد صدر اثناء
قيام التابع بخدمة المتبوع ، وتتولى شرح كل شرط من هذه الشروط
الثلاثة بايجاز .

٣٠٤ - الشرط الاول : علاقة التبعية :- ومعنى علاقة التبعية في
هذا الصدد أن يعمل التابع لحساب المتبوع وأن يكون للمتبوع على هذا
التابع حق الرقابة والتوجيه واصدار الاوامر ومحاسبته على الخروج عليها .
ولا يشترط لقيام علاقة التبعية وجود عقد بين المتبوع والتابع ، بل
هي لا تستلزم ان يكون التابع مأجوراً فقد تكون الخدمة التي يؤديها التابع
للمتبوع بمقابل او بغير مقابل ، كما لا يشترط ان تكون سلطة الرقابة
والتوجيه مستمرة بل قد تكون مؤقتة أو عرضية ، فالعبرة اذن بأن تكون
للمتبوع على التابع سلطة التوجيه والرقابة ولا يهم بعد ذلك اطالت مدة قيام
هذه السلطة أم قصرت (٧) .

وقد تردد الفقه والقضاء طويلاً في شرط الاختيار ، اى هل ينبغي
لقيام علاقة التبعية ان يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه ام ان المسؤولية
تنهض حتى لو لم يكن هذا المتبوع حراً في اختيار تابعيه ؟ فقد كان الفقه
والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ويعتبران خطأ المتبوع
المفترض هو خطأ في الاختيار (٨) . ولكن هذه الفكرة اصبحت مهجورة
فقهاً وقضاء الآن ، وقد نص المشرع المصري صراحة على قيام رابطة التبعية
ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة
(١٧٤) من هذا القانون بأنه « تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في
اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة في رقابته وتوجيهه » . وينبغي تطبيق

(٧) نقض مصرى ١٥/٢/٩٤٣ - المجموعة الجنائية ٦ ص ١٥٥ .

(٨) السنهورى - الوسيط ص ١١٤٧ .

هذا الحكم في التشريع العراقي ، ويترتب على هذا ان وزارة الدفاع تسأل عن الاضرار التي يحدثها سواقها من الجنود المكلفين ولو لم تكن حرة في اختيارهم ، وتسأل الوزارات عن اعمال موظفيها ومستخدميها ولو لم تكن هي التي قامت بتعيينهم بل عينهم مجلس الخدمة مثلا .

وليس من الضروري لقيام علاقة التبعية ان يكون للمتبوع حق فصل التابع فقد لا يكون امر فصل التابع راجعا الى المتبوع ومع ذلك تثبت مسؤولية هذا المتبوع اذا توافرت شروطها كما هو الحال بالنسبة للمجندين تجنيدا الزاميا او كما هو الحال بالنسبة لمن يخصص لخدمة شخص او مشروع معين من قبل هيئة من الهيئات (٩) .

فمناطق علاقة التبعية اذن هو ان يكون للمتبوع على تابعه سلطة فعلية تمكنه من رقابته وتوجيهه واصدار الاوامر اليه . فاذا انتفت هذه السلطة انتفت علاقة التبعية . ويترتب على هذا ان المقاول لا يعتبر - عادة - تابعا لرب العمل ، لان المقاول مستقل في عمله عن صاحب العمل له كل الحرية في اتخاذ ما يراه للوصول بالمقولة الى النهاية المشترطة عليه في العقد .

وليس من الضروري ان يكون المتبوع ملما باصول عمل التابع ، بل يكفي ان تكون له على التابع سلطة ادارية تمكنه من اصدار الاوامر ومن الرقابة والتوجيه ويترتب على هذا ان صاحب المستشفى الخاص يكون مسئولا عن خطأ الطبيب الذي يعمل في المستشفى حتى لو لم يكن صاحب المستشفى طبييا .

٣٠٥ - الشرط الثاني - خطأ التابع :- مسؤولية التابع هي الاساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع ، فاذا انتفت مسؤولية التابع فقد انهار هذا الاساس ولم يكن المتبوع مسئولا ، وعلى هذا لا مسؤولية على البلدية او

(٩) استاذنا المرحوم كامل مرسي ص ٢٤١ .

أمانة العاصمة إذا تسبب خفير في إصابة لص هارب لم يكن إليه سبيل الا
اطلاق النار عليه .

وقد تكون اوامر المتبوع وتعليماته صريحة واضحة ومع هذا ينفذها
التابع تنفيذا سيئا يحدث ضررا بالغير ، فهل يسأل المتبوع عن هذا الضرر ؟
تقضى المحاكم في مصر وفرنسا بذلك ويوافقها الفقهاء فيما تذهب اليه ،
وعلى هذا الاساس اذا ثبت ان موظفا ارتكب جريمة مدفوعا بعامل الرغبة
في ارضاء الحكومة القائمة وانه لم يكن مدفوعا بعامل شخصي وانما قام
بذلك لما آتسه من الرضا عن نتائج عمله وما يؤدي اليه من الحط من كرامة
الاشخاص لانهم من الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، فان الحكومة تكون
مسئولة مع الموظف عن تعويض الضرر .

واذا امر مدير شركة فراشه بمنع دخول احد المراجعين فاعتدى
الفراش على هذا المراجع بالضرب كانت الشركة مسؤولة عن التعويض
(الى جانب مسؤولية الفراش ومسؤولية مدير الشركة) .

٣٠٦ - الشرط الثالث: - ان يقع الخطأ اثناء تادية التابع لوظيفته :-

قد يصدر من التابع خطأ اثناء قيامه بوظيفته ، وقد يصدر منه خطأ لا علاقة
له بهذه الوظيفة ، وقد يصدر منه خطأ (بمناسبة) تادية الوظيفة .

اما الخطأ الذي يصدر من التابع اثناء تادية الوظيفة فهو خطأ لا يثير
خلافاً ويجعل المتبوع مسؤولاً عن نتائجه اذا توافرت الشروط الاخرى
للمسؤولية . فاذا اعتدى جابى المصلحة على الركاب ، او زادت الممرضة
(الليزول) زيادة سببت حروقا للمريض ، او اعتدى موظف على مراجع ،
فقد حقت مسؤولية المتبوع .

ولا خلاف كذلك في الخطأ الذي لا علاقة له بالوظيفة فهو خطأ
لا يسأل المتبوع عنه ، فلو ارسل موظف فراشا لعمل رسمي ، او لو خرج
موزع البريد لعمله ، فتشاجر هذا أو ذاك في الطريق فلا مسؤولية على

المتبوع ، واذا سرق عامل فى متجر دارا فلا مسئولية على المؤسسة التجارية
التي يعمل عندها .

واخيرا قد يصدر الخطأ من التابع (بمناسبة) تأدية الوظيفة ، فهل
يكون المتبوع مسئولا عن نتائج هذا الخطأ ؟ .

قلنا ان المسئولية التقصيرية ، وخاصة تلك التي تقوم على خطأ مفروض
كما هي الحال فى مسئولية المتبوع عن افعال تابعه ، قد تطورت بتأثير تطور
الافكار الاقتصادية وبخاصة سيادة المذاهب الاشتراكية ، واتجه الفقه والقضاء
الى العمل على اىصال التعويض الى المصاب بأيسر طريق وأضمنه ، ولهذا
فقد ذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة ، وذهب القضاء معهما الى
مسائلة المتبوع فى هذه الحالة ، بل انهم ذهبوا الى ابعده ذلك فقد قضت
المحاكم بمسئولية المتبوع عن افعال تابعه حتى لو لم تكن لها علاقة بتأدية
وظيفته متى كانت هذه الوظيفة هي التي (سهلت) للتابع ارتكاب الفعل
الضار .

وعلى هذا الاساس قضت المحاكم المصرية بأن مسئولية السيد مدينا
عن اخطاء خادمه تقوم قانونا على ما يفترض فى حق المتبوع من الخطأ
والتقصير فى اختيار تابعه او فى رقابته عليه ، واذن فلا يشترط وقوع تحريض
منه او صدور عمل ايجابى آخر بل ان مسئوليته تتحقق ولو كان غائبا او
غير عالم بما وقع من تابعه .

وقضت بأنه اذا زار (كونستابل) بعض اصدقائه وعبث بمسدسه
دون أن يتحقق من خلوه من الرصاص فلحقهم ضرر فإنه لا مفر
للوارة من المسئولية .

وقضت بأنه : اذا كان المتهم قد تسلم بندقيته الاميرية فى وقت محدد
فأنه يعتبر منذ لحظة تسلمها يؤدي عملا من اعمال وظيفته فاذا تشاجر بعدها.

واستخدم السلاح الذى معه فان هذا يبرر قانونا الزام وزارة الداخلية بتعويض الضرر الذى لحق المجنى عليه .

وقضت بأنه متى كان الثابت ان التابع مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى ، وان الوزارة سلمته لمتقضيات وظيفته سلاحا ناريا ... وانه ذهب حاملا هذا السلاح الى حفلة عرس دعى اليها وهناك اطلق السلاح اظهارا لمشاعره الخاصة فأصاب احد الحاضرين فان وزارة الداخلية تكون مسئولة عن الاضرار التى احدثها تابعها بعمله هذا غير المشروع (١٠) .

ومهما يكن من صواب هذا الاتجاه وملاءمته لتيار المذاهب الاشتراكية فإنه لا يمكن الاخذ به فى التشريع العراقى الذى قصر مسؤولية المتبوع على اخطاء تابعه التى تقع (اثناء) تأدية الوظيفة اذ يجرى نص العبارة الاخيرة للفقرة الاولى من المادة (٢١٩) على النحو الاتى « اذا كان الضرر ناشئا عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم » .

٣٠٧ - **ثانيا :- على من تقع المسؤولية :-** توسعت بعض التشريعات - بل معظمها - فى تحديد من تقع عليه هذه المسؤولية فجعله كل (متبوع) . وعلى هذا تقضى المادة (١٧٤) من القانون المدنى المصرى بأنه « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته او بسببها ... » (١١) . ولكن المشرع العراقى لم يسر على هذا النهج القويم وانما حدد من تقع عليه المسؤولية بأنه « الحكومة ، والبلديات ، والمؤسسات الاخرى التى تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية » .

(١٠) القانون المدنى - المصرى - معلقا على نصوصه - أحمد محمد ابراهيم ص ١٦٤ - ١٦٥ .

(١١) انظر كذلك المادة ٣/١٣٨٤ فرنسى ، ١٧٥ سورى ، ١٧٧ ليبى ، ١٢٧ لبنانى .

اما الحكومة والبلديات فأمرها واضح ، ويريد المشرع بالمؤسسات التي تقوم بخدمة عامة ما يطلق عليه فقهاء القانون الادارى اسم المرفق العام أو المرفق ذى النفع العام ، والمقصود بالشخص (الذى يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية) كل شخص حقيقى او معنوى يستغل مؤسسة من هذه المؤسسات فيشمل الافراد والشركات التي تقوم بمشروعات تجارية او صناعية ايا كان عدد الافراد الذين تستخدمهم لذلك ، ولكن النص لا يتناول الشركات والافراد القائمين بنشاط غير صناعى ولا تجارى ، ولا يشمل الافراد الذين يستخدمون غيرهم لمعاونتهم فى نشاطهم الخاص تجاريا كان او صناعيا ما دام هؤلاء الافراد لم ينشئوا (مؤسسة) لها كيان خاص .

وعلى هذا لا يسأل الانسان عن اخطاء سكرتيره او خادمه او سائق سيارته او طباخه ... خلافا لما هو مقرر فى القوانين الاخرى التي اشترت اليها فيما تقدم .

واود ان الفت النظر فى هذا الصدد الى ان قانون التأمين الالزامى عن حوادث السيارات سد ثغرة فى هذا النقص التشريعى عندما اعطى للمضروب دعوى مباشرة قبل المؤمن ، ولكن ينبغي ان يغرب عن الازهان ان هذه المعالجة ناقصة فهي قاصرة على حوادث السيارات اولا فلا تشمل الاضرار التي تقع عن غير طريق السيارات ثم هى بعد ذلك قاصرة على الاضرار التي تقع على النفس ولا تشمل الاضرار التي تقع على المال وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

٣٠٨ - ثالثا : أساس المسؤولية وطريق التخلص منها :- مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه مسؤولية مبنية على فكرة الخطأ فى الرقابة والتوجيه . وتذهب معظم القوانين الحديثة الى ان قرينة الخطأ المفروض قرينة قانونية قاطعه غير قابلة لاثبات العكس ، مما حدا ببعض الفقهاء الى تأصيلها

على فكرة (الضمان) او فكرة (تحمل التبعة) وبعبارة اخرى على قاعدة (الغرم بالغنم)^(١٢) . وعلى هذا لا يستطيع المتبوع فى هذه القوانين التخلص من المسؤولية الا اذا اثبت السبب الاجنبى (القوة القاهرة او الحادث الفجائى او خطأ المصاب او خطأ الغير) .

ولا يمكن الاخذ بهذا الرأى فى التشريع العراقى ، فقرينة الخطأ فى جانب المتبوع فى تشريعنا قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ، اذ يستطيع المتبوع ان يتخلص من المسؤولية اذا هو اثبت انه « بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر او ان الضرر كان واقعا حتى لو بذل هذه العناية » هذا بالاضافة الى انتفاء المسؤولية عنه اذا هو اثبت السبب الاجنبى .

ويقدر قاضى الموضوع القدر الذى بذله المتبوع من العناية لمنع وقوع الضرر وهل يكفى لاعفائه من المسؤولية ، وهو فى قضائه هذا يفصل فى مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة التمييز عليه . وعلى هذا قضت محكمة التمييز بأنه « بالنظر لشهادة شهود المميّزة فان الاضرار التى لحقت جدار دارها كانت قد حصلت فى اليوم الاول من انفجار انبوب الماء العائد الى الميّمز عليها - لجنة اسالة الماء والكهرباء فى الموصل - وعند اخبار اللجنة بالحادث ارسلت موظفيها واصلحو الخلل الحاصل حالا ، لذلك تكون اللجنة غير مسؤولة عن الضرر الذى اصاب جدار المميّزة لانها بذلت ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر لدى اخبارها بالحادث » .

وقضت بأنه « بالنظر الى احكام المادة ٢١٩ من القانون المدنى التى استند اليها الحكم المميّمز فان الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التى تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية ، مسئولون عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم ويظهر

(١٢) استاذنا المرحوم - كامل مرسى - ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

من سير المحاكمة واقوال الطرفين ان الضرر الواقع وهو موت حماره لاحتكاكه بعمود الكهرباء المكهرب بنتيجة حدوث خلل فى العازل لم يكن قد نشأ عن تعد وقع من احد موظفى لجنة الماء والكهرباء ، كما ان هذا الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل مستخدمو الكهرباء ما ينبغى من العناية حيث لم يكن هذا الخلل ظاهرا قبل وقوع الحادث ، وكان على صاحب الحمار ان يعنى بحماره بمنعه من التقرب والاحتكاك بعمود الكهرباء - لذا يصبح الحكم المميز القاضى برد الدعوى موافقا للقانون « (١٣) » .

وعندى ان كلا من الحكيمين منتقد ، فمبادرة لجنة الماء والكهرباء الى اصلاح خلل الانابيب لا يتفانى مع صدور خطأ منها سابق على عملية الاصلاح ولا يدل اصلاح هذا الخلل على اكثر من (وقف) زيادة الضرر او تزايديه . والقول بأن الخلل الذى اصاب العازل لم ينشأ عن تعد من احد موظفى اللجنة قول غير سليم فهو لا يستقيم الا اذا صرفنا كلمة تعد الى (تعمد) وواضح انه لا يشترط لقيام هذه المسؤولية صدور فعل متعمد من من التابع بل يكفى لقيامها (اهمال) هذا التابع وعندى ان الخلل الذى يعترى عازل الاسلاك الرئيسية يدل بحد ذاته على اهمال موظفى اللجنة المذكورة .

٣٠٩ - رجوع المسئول عن عمل الغير على من أحدث الضرر :- تقضى المادة (٢٢٠) بأن « للمسئول عند عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه » .

فاذا ترتبت مسئولة الشخص عند عمل الغير (صغيرا كان او تابعا) فقد انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب الى كل منهما . اولهما محدث الضرر ، وهو يسأل عن خطأ ثابت يقام الدليل عليه .

(١٣) القضاء المدنى - للاستاذ البيات ح ١ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

وثانيتها : المسئول عن محدث الضرر ، وهو المكلف بالرعاية فى حالة ما اذا كان محدث الضرر صغيرا او المتبوع فى حالة ما اذا كان محدث الضرر تابعا ، ومسئولية كل من الراعى والمتبوع قائمة على اساس مسؤولية الصغير او التابع .

فاذا رجع المضرور على من احدث الضرر واستوفى منه التعويض فقد انتهت المشكلة ووقفت المسألة عند هذا الحد .

ولكن المضرور يؤثر غالبا الرجوع على المتبوع لانه اكثر ملاءة ويسرا وكذلك الحال بالنسبة الى الصغير فان المضرار يجد نفسه فى معظم الحالات امام صغير لا يملك شيئا يستوفى منه حقه فيرجع على من له الرقابة على هذا الصغير ، فاذا قام هذا المدين او ذاك (اى من له الرعاية والمتبوع) باداء التعويض كان له ان يقتضيه ممن احدث الضرر .

ويلاحظ فى هذا الصدد انه اذا اشترك المسئول مع من احدث الضرر فى الخطأ فانه لا يرجع عليه بكل التعويض بل يقسم بينهما على نحو ما سبق بيانه لاننا تكون فى هذا الفرض فى صدد مسئولين متعددين واذا تعدد المسئولون فى المسؤولية التقصيرية كانوا مسئولين على سبيل التضامن فاذا استوفى المضرار حقه قسمت المسؤولية بينهم على قدر وجسامته خطأ كل منهم فاذا لم يتيسر تحديد قسط كل منهم فى المسؤولية وزع التعويض عليهم بالتساوى (المادة ٢١٧ المشار اليها آنفا) .

فاذا امر متبوع تابعه بارتكاب العمل المضرار كان شريكا معه فى الخطأ وتحمل كل منهما نصيبا من المسؤولية ، وكذلك الحال عندما يأمر مدير شركة احد موظفيها او مستخدميها بالاعتداء على زبون .

المبحث الثاني

- المسئولية عن فعل الحيوان وعن الاشياء -

تمهيد وتقسيم :- نقسم الكلام فى هذا المبحث الى فرعين نخصص اولهما المسئولية الانسان عن فعل الحيوان ، ونبحث فى الثانى مسئولية الانسان عن الاشياء غير الحية .

الفرع الاول

- المسئولية عن فعل الحيوان -

٣١٠ - نصت المادة (٢٢١) على ان « جناية العجماء جبار ، فالضرر الذى يحدثه الحيوان لا يضمه صاحبه الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر » .

تقرر المادة المتقدمة فى صدرها ان « جناية العجماء جبار » وهذا حديث عن الرسول (ص) (١٤) . ومعنى جبار هدر .

وظاهر الحديث ان جناية البهائم غير مضمونة ، ولكن الصحيح انها تكون غير مضمونة اذا فعلت ذلك بنفسها ومن غير تقصير من صاحبها ، ذلك ان مسئولية الانسان عن فعل الحيوان لا تنهض الا على اساس خطأ ثابت اى الا اذا اثبت المضار ان صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ، كما ورد فى النص المتقدم .

٣١١ - وتقضى المادة (٢٢٢) بانه « ١ - اذا اضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا . ٢ - ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما احدثاه من الضرر اذا تقدم اليه احد من اهل محلته او

(١٤) لفظ الحديث : العجماء جرمها جبار .

قريبته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه ، او كان يعلم او ينبغي ان يعلم بعيب الحيوان » •

تعرض المادة المتقدمة صوراً لخطأ صاحب الحيوان تجعله مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها هذا الحيوان بالغير ، فهذا الذي يرى حيواناً له وهو يحدث ضرراً بمال الغير فلا يمنعه من ذلك مخطيء ولا ريب ، وهذا الذي لا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع اذى كلبه العقور او ثوره النطوح مخطيء بلا ريب وخاصة اذا كان علم بحالة كلبه او ثوره من احد من اهل محلته او قريبته ، او كان ينبغي ان يعلم بحالة الحيوان الذي يقتنيه او يربيه •

٣١٢ - وتقضى المادة (٢٢٣) بأنه « ١ - اذا ادخل شخص دابة في ملك غير بدون اذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكباً او سائقاً او قائداً ، موجوداً عندها او غير موجود • ٢ - اما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن ، الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة • ٣ - وكذلك لو ادخل الدابة في ملك غيره باذنه لا يضمن ضررها الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر » •

قلنا ان مسؤولية الانسان عن فعل الحيوان تقوم على فكرة الخطأ الثابت في جانب صاحب الحيوان ، فمتى كان صاحب الحيوان مخطئاً فقد حقت عليه المسؤولية فاذا انعدم الخطأ من جانبه فقد انتفت المسؤولية •

وتعرض المادة المتقدمة في فقرتها الاولى لصورة من صور الخطأ الايجابي يكون معها صاحب الحيوان مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان وهي صورة ما اذا قام صاحب الحيوان بادخال حيوانه في ملك الغير (بدون اذن) فأحدث هذا الحيوان ضرراً سواء في ذلك أكان الضرر قد لحق المالك أم لحق شخصاً آخر مستأجراً أو صاحب حق منفعة مثلاً ،

وسواء كان صاحب الحيوان راكبا أو قائدا أو سائقا موجودا وقت حدوث الضرر أو غير موجود •

وتقرر المادة المتقدمة في فقرتها الثانية انه اذا انفلتت الدابة من تلقاء نفسها فدخلت ملك الغير وأحدثت ضررا فان صاحبها لا يكون مسئولا بمجرد انفلاتها وحدوث الضرر وانما ينبغي على المضار أن يثبت ان صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة • وهذا الذي تقضى به هذه الفقرة يتفق مع ما ذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي وهو ما كانت تقضى به المادة (٩٣١) من المجلة •

وأرى أن يؤخذ في تطبيق هذه الفقرة بما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة • فقد فرق الجمهور بين انفلات الدابة ليلا وانفلاتها نهارا فقالوا بمسئولية صاحبها في الحالة الاولى وبعدم مساءلته في الحالة الثانية • اذ انهم ذهبوا الى ان حفظ الدابة واجب على صاحبها في الليل ، فمجرد انفلاتها ليلا يعتبر بحد ذاته خطأ يسأل صاحب الحيوان عن تعويض الضرر الذي نتج عنه والخطأ هنا مفروض لا حاجة بالمضار الى اقامة الدليل عليه بل انهم ذهبوا الى انه خطأ مفروض فرضا قاطعا غير قابل لاثبات العكس فلا يستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسئولية في هذه الحالة الا اذا أثبت السبب الاجنبي (القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، أو خطأ الغير ، أو خطأ المضار نفسه) •

ويستند الجمهور في هذا الى ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال : ان حفظ الماشية بالليل على أهلها وان على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل • (١٥) وان ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا (اى بستانا) فأفسدت فيه فقضى الرسول صلوات الله عليه ان على أهل الحوائط (اى

(١٥) انظر نيل الاوطار ح ٥ ص ٣٤٢ •

البساتين) حفظها بالنهار وان ما أفسدت فيه المواشى فى الليل مضمون على أصحابها • وقصة داود وسليمان (اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) دليل قوى يؤيد ما ذهب اليه جمهور الفقهاء لان (النفس) هو الرعي ليلا عند علماء اللغة •

٣١٣ - وتقضى المادة (٢٢٤) بأنه « ١ - لا يضمن المار بحيوانه فى الطريق العام راكبا أو قائدا أو سائقا ، الضرر الذى لا يمكن التحرز منه ، فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان • ٢ - أما الضرر الذى يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمه يدها أو رأسها فيضمنه الا اذا أثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه » • (انظر المادة ٩٣٢ من المجلة) • ولشرح هذه المادة نقول :

لكل انسان حق المرور فى الطريق العام بنفسه وبما معه من حيوان ولهذا فانه لا يكون مسئولا الا اذا صدر منه أثناء المرور خطأ أو تقصير ، ويعتبر خطأ الضرر الذى يمكن التحرز منه كالضرر الذى تحدثه الدابة يدها أو برأسها أو فمها ، ولا يعتبر كذلك الضرر الذى لا يمكن التحرز منه كالضرر الناشئ عن رجل الدابة أو ذيلها • فالغبار أو الطين الذى تثيره الدابة خلال مشيها لا يمكن التحرز منه فلا مسؤولية عنه ، والحصى الصغير الذى يتناثر من تحت أرجل الدابة لا يمكن التحرز منه كذلك فلا مسؤولية عما يحدثه من ضرر ، وقد روى عن الرسول (ص) انه قال « الرجل جبار » ولهذا قال الفقهاء ان الحيوان اذا أصاب يده أو رجله حصة صغيرة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقت عين انسان أو أفسدت ثوبه لم يضمن • (١٦)

٣١٤ - على انه اذا كان المرور فى الطريق العام حقا مباحا للناس

(١٦) مجمع الضمانات ص ١٨٥ •

كافة فان (ايقاف) الدابة فى طريق الناس أو ربطها فيه يعتبر خطأ يجعل صاحبها مسؤولا عما تحدثه من أضرار بالغير ، وكذلك الحال لو أهمل الانسان فى حفظ الحيوان وتركه يتسرب الى الطريق العام ، وهذا ما تعالجه المادة (٢٢٥) بنصها على انه « ١ - لو اوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها فى الطريق العام فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها فى كل الاحوال . ٢ - ويضمن الضرر كذلك من سبب الدابة فى الطريق العام أو تركها تتسرب اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها » . وقالوا ان ايقاف الدابة على باب المسجد بمنزلة ايقافها فى الطريق العام يجعل صاحبها مسؤولا عن الضرر الذى تحدثه بالغير هذا الا اذا كان عند باب المسجد موقف خاص للدواب . (١٧)

٣١٥ - وتقضى المادة (٢٢٦) بأنه « ١ - اذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الاول بدون اذنه فلا ضمان ، واذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها . ٢ - واذا ربط شخصان دابتهما فى محل لهما حق الربط فيه فأضرت احدى الدابتين الاخرى فلا ضمان الا اذا اثبت صاحب الدابة التى اصابها الضرر ان الاخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر . ٣ - واذا ربط شخصان دابتهما فى محل ليس لهما فيه حق الربط واضرت دابة الرابط او لا دابة الرابط مؤخرًا فلا ضمان ، واذا كان الامر بالعكس لزم الضمان » (انظر المواد ١٩٣٨ - ١٩٤٠ من المحلة) . والمادة بعد هذا واضحة ولم يكن المشرع فى حاجة الى ايرادها لان احكامها لا تعدو ان تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة .

شروط المسؤولية : يشترط مسئولية الانسان عن فعل الحيوان توافر شرطين هما ان يحدث الحيوان ضررا بالغير ، وان يعزى الى صاحب

(١٧) المرجع السابق ص ١٨٦ .

الحيوان خطأ • وتولى شرح كل من هذين الشرطين بايجاز •

٣١٦ - الشرط الاول : ان يحدث الحيوان ضرراً بالغير :- ومعنى هذا انه يجب ان يكون الضرر ناشئاً عن (فعل) الحيوان اى ان يكون الحيوان قد قام بدور ايجابي في احداث هذا الضرر ، أما اذا حدث الضرر دون ان يصدر من الحيوان اى عمل ايجابي فلا مسئولية على صاحبه كما اذا ارتطم شخص بالحيوان •

على ان العمل الايجابي الذى نشترط صدوره من الحيوان لايعنى ضرورالاتصالالمادىالمباشرينجسمالحيوان وبينالمضار ، بل يكفى ان يكون دور الحيوان هو السبب الايجابي لاحداثالضرر ، فلو هرب حيوان مفترس من قفص (سيرك) فاصاب الذعر المتفرجين فجرح بعضهم او كسرت رجله او يده بسبب الهرج والفوضى الناجمة عن حالة الذعر هذه فقد تحقق هذا الشرط •

فاذا توافر هذا الدور الايجابي للحيوان فقد تحقق هذا الشرط بصرف النظر عن الضرر الذى احده فاذا دهس حيوان شخصاً فجرحه او قتله ، واذا اتلف الحيوان مالا للغير ولو كان هذا المال حيواناً مثله ، واذا عض كلب شخصاً فاحدث به ضرراً ، واذا انتقل مرض معد من حيوان مريض فكل هذه تعتبر اضراراً يسأل عنها صاحب الحيوان (١٨) •

٣١٧ - الشرط الثانى : خطأ صاحب الحيوان :- لا يسأل صاحب الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر الا اذا كان مخطئاً في حراسة هذا الحيوان ورقابته ومنع اذاه •

وقد اخذت التقنيات الاجنبية بفكرة الخطأ المفروض ولكنها وقفت من فكرة الافتراض هذه مواقف مختلفة فاخذ بعضها بفكرة الخطأ المفروض فرضاً قانونياً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس فيبيح لحارس الحيوان التخلص من

(١٨) الوسيط ص (١٢٠٠) •

المسؤولية اذا هو اقام الدليل على انه التزم الحيطة الواجبة لمنع وقوع الضرر ،
واخذ بعضها الآخر بفكرة الخطأ المفروض فرضاً قاطعاً غير قابل لاثبات
العكس وعلى هذا لا يستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسؤولية الا اذا
أثبت ان وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

اما بالنسبة للتشريع العراقي فالاصل فيه ان مسؤولية صاحب الحيوان
عن اضرار هذا الحيوان لا تقوم على اساس من الخطأ المفترض وانما تقوم
على أساس الخطأ الثابت فلا يسأل صاحب الحيوان - كقاعدة عامة - الا اذا ثبت
المضار انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ومع هذا فقد اخذ
المشرع العراقي في صورة من الصور بفكرة الخطأ المفروض فرضاً بسيطاً
حيث قضى في الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) بمسئالة صاحب الحيوان عن
الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة او لطمة يدها او رأسها ،
والقى عليه ، اذا ما اراد التخلص من المسؤولية ، عبء اثبات انه بذل ما
ينبغي عليه بذله من عناية وحيطة لمنع وقوع الضرر . كما اخذ في صورة
من الصور بفكرة الخطأ المفروض فرضاً قاطعاً غير قابل لاثبات العكس هي
الصورة التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة (٢٢٥) فقد جعلت مجرد
ايقاف الدابة في الطريق العام او ربطها فيه خطأ يجعل صاحبها مسؤولاً في
كل الاحوال عن الاضرار التي تحدثها بالغير .

٣١٨ - على من تقع المسؤولية : - يعبر المشرع العراقي عن المسئول
عن فعل الحيوان بأنه (صاحب الحيوان) فماذا بهذا التعبير ؟ .

صاحب الحيوان في التشريع العراقي هو من كانت له على الحيوان
(السيطرة المادية) مالكا كان او غير مالك ، وارى ان لامحل في الفقه
العراقي للاخذ بما يذهب اليه فقهاء الغرب من ان مناط المسؤولية عن فعل
الحيوان هي (الحراسة) ولا محل مطلقاً لمتابعة هذا الجهد الذي بذله فقهاء
الغرب في تقسيم الحراسة الى حراسة فعلية وحراسة قانونية وهو جهد وصل
يهم الى حد التهافت . ويكفي في هذا الصدد ان نقرر ان المسؤولية في

التشريع العراقي تقع ، كما سبق ، على ذلك الذي تكون له على الحيوان سيطرة فعلية تمكنه من توجيهه وقيادته ورقابته ، وليس من الضروري ان تكون هذه السيطرة دائما للمالك ، فقد تنفصل الملكية عن السيطرة المادية كما في حالة المنتفع ، والمستعير ، والمستأجر ، والمرتهن رهنا حيازيا ، كما انه ليس من الضروري ان تكون هذه السيطرة المادية مشروعة فالسارق والمغتصب مسؤولان عن اضرار الحيوان المسروق او المغتصب لما لهما عليه من سيطرة مادية وان كانت غير مشروعة .

٣١٩ - طريق التخلص من المسؤولية : تتوقف طريقة التخلص من المسؤولية على الاساس الذي تقوم عليه ، ففي التشريعات التي تقوم فيها هذه المسؤولية على اساس الخطأ المفروض فرضا قاطعا غير قابل لاثبات العكس لاسيما الى صاحب الحيوان للتخلص من المسؤولية الا اذا اثبتت السبب الاجنبي ، وفي التشريعات التي تؤسس هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفروض فرضا بسيطا قابلا لاثبات العكس يستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسؤولية اذا هو تمكن من نفي قرينة الخطأ هذه وبديهي انه يستطيع ان يتخلص منها كذلك اذا اثبت السبب الاجنبي .

اما في التشريعات التي تأخذ في هذا النوع من المسؤولية بفكرة الخطأ الثابت فان صاحب الحيوان يتخلص من المسؤولية اذا عجز المضار عن اثبات نسبة الخطأ اليه ، فضلا عن انه يتخلص من المسؤولية اذا اثبت السبب الاجنبي .

الفرع الثاني

- المسؤولية عن الاشياء غير الحية -

نقسم الكلام عن الاشياء غير الحية الى قسمين :

اولهما : للمسؤولية عن البناء •

وثانيهما : للمسؤولية عن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة في

حراستها •

أولا :- المسؤولية عن البناء

٣٢٠ - نصت المادة (٢٢٩) على انه « ١ - لو سقط بناء واورث الغير ضررا ، فان كان البناء مائلا للانهدام او فيه عيب ادى الى سقوطه ، وكان صاحبه قد نبه الى ذلك او كان يعلم بحالة البناء او ينبغي ان يعلم بها وجب الضمان • ٢ - ويجوز لمن كان مهتدا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه • » ونصت المادة (٢٣٠) على ان « كل من يقيم في مسكن يكون مسؤولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى او يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت انه اتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوع الضرر •

يتبين مما تقدم ان للمسؤولية عن البناء صورتين الاولى مسؤولية المالك عن تهدم البناء ، والثانية مسؤولية الساكن عما يلقى او يسقط من المسكن •

٣٢١ - الصورة الاولى : المسؤولية عن تهدم البناء :- لا بد في هذه الصورة من صور المسؤولية من تحديد المعنى المقصود بالبناء اولا ، فقول • يقصد بالبناء كل ما كان مكونا من تجميع مواد متى اتصلت بالارض صلة قرار وثبتت فيها سواء اكانت معدة لسكن الانسان او لايواء الحيوان او ليخزن الاشياء ، ام لم تكن معدة لغرض من هذه الاغراض

وعلى هذا تعتبر (بناء) فى مفهوم المادة السالفة : دون السكن والاصطبلات ، والمخازن ، والمعامل ، والخزانات ، والقناطر ، والجسور والانفاق ، والمحالج والمطاحن ، والانابيب التى توصل المياه او الغاز ، واسلاك الكهرباء المثبتة فى الجدران ، والتماثيل والنصب وما شاكل ذلك . ولكن يلاحظ فى هذا الصدد ان العقار بالتخصيص لا يعتبر بناء ، وعلى هذا لا يعتبر بناء السيارة المخصصة لخدمة مصنع او محالج مثلا .

٣٢٢ - من هو المسئول ؟ - والمسئول عن الضرر الذى يحدثه تهدم البناء (صاحب البناء) سواء اكان هو الذى يستفيد منه ام لم يكن ، وسواء اكان انتفاعه بالبناء مباشرة ام عن طريق غير مباشر كالتأجير .

والاصل ان (صاحب البناء) هو مالكة كما اشارت الى ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩) المتقدمة ، ومع هذا فانه ليس من الضرورى ان يكون صاحب البناء هو المالك فى جميع الاحوال ، وانما تقع المسؤولية على من تكون له السيطرة الفعلية على البناء ويكون فى نفس الوقت مكلفا بحكم القانون ، بحفظ البناء وصيائه . ويترتب على هذا ان المتصرف فى الارض الاميرية يعتبر (صاحب) الابنية التى يقيمها على هذه الارض للاغراض الزراعية فيكون مسئولا عن تدهمها طبقا لاحكام المادة المتقدمة (انظر المادة ١١٦٩) . وليس الامر كذلك بالنسبة للمنتفع فانه لا يعتبر (صاحب) البناء الذى انصب عليه حقه لانه وان كان يسيطر على هذا البناء سيطرة فعلية الا ان القانون لا يلقى عليه عبء اصلاح العين وصيائها فهذه تكاليف جسيمة تبقى على عاتق مالك هذه العين وبالتالي يكون المالك لا المنتفع هو المسئول عن تهدم هذا البناء (انظر المادة ١٢٥٥ / ٢) .

٣٢٣ - ويشترط لقيام هذا الضرب من ضروب المسؤولية ان يكون الضرر ناشئا عن تهدم البناء ، كسقوط شبك على المارة او سقوط البياض او اسلاك الكهرباء ، او انهيار حائط ، او شرفة . ولا يهم بعد هذا ان يكون التهدم

كلية او جزئيا كما لا يهمل ان يكون البناء قديما او حديثا فسقوط بعض اجزاء
البناء الجديد يعتبر تهديما يسأل عنه مالك البناء ، الا انه اذا حدث هذا السقوط
وقت الانشاء وخلال عمليات البناء فان المسؤولية تقع على المقاول لا على
المالك .

هذا ويلاحظ ان النص المتقدم (المادة ٢٢٩) الذي يجعل المالك
مسئولا عن تهديم البناء يفرق بين حالتين : الاولى حالة ما اذا كان التهديم
ناشئا عن ميل البناء الى الانهدام ، وفي هذه الحالة يكون المالك مسئولا عن
الاضرار التي يحدثها انهدام هذا البناء المائل بمجرد وقوع هذا الضرر
والمسؤولية هنا مسؤولية مبنية على خطأ مفروض فرضا قاطعا غير قابل
لاثبات العكس .

والثانية حالة ما اذا كان التهديم ناشئا عن عيب في البناء ، وفي هذه
الحالة لاتنهض المسؤولية الا على اساس خطأ ثابت في جانب المالك بأن كان
يعلم بالعيب او كان ينبغي عليه ان يعلم به ، او كان قد نبه الى ذلك . وعليه
يستطيع المالك ان يتخلص من المسؤولية في هذه الحالة اذا استطاع ان يفي
علمه بالعيب وانه لم يكن في امكانه ان يعلم به (كما لو كان البناء دارا اهديت
اليه حديثا) ولم ينبه الى ذلك العيب .

هذا تفسير قد يحتمله النص المتقدم اذا صرفنا عبارة (وكان صاحبه
قد نبه الى ذلك . . الخ الى جملة (او فيه عيب ادى الى سقوطه) . وقد
يفسر النص المتقدم على انه لا يفرق بين ما اذا كان التهديم ناشئا عن ميل
البناء او كان بسبب ما فيه من عيب (١٩) .

٣٢٤ - توقي الضرر قبل حدوثه :- اجازت الفقرة الثانية من المادة
(٢٢٩) لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ مايلزم

(١٩) انظر في هذين الرايين : مؤلفنا مصادر الالتزام - سليمان مرقس -
المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - ص ٢٤٩ هامش .

من التدابير لدرء هذا الخطر ، فان لم يحم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حساب هذا المالك ، وقد احتذى تشريعنا فى هذا الحكم حذو بعض التشريعات الحديثة^(٢٠) والحكم بعد هذا واضح .

٣٢٥ - الصورة الثانية :- مسئولية الساكن عما يلقى أو يسقط من المسكن . قلنا ان المادة (٢٣٠) تلقى المسئولية على كل من يقيم فى مسكن عما يحدث للغير من ضرر بسبب ما يلقى او ما يسقط من هذا المسكن . وهكذا يبدو ان هذه الصورة تختلف عن الصورة الاولى من صور المسئولية عن البناء فى انها أى هذه الصورة الثانية - خاصة بما يلقى او يسقط من المسكن ، فلا علاقة للضرر هنا بعيب البناء او تدمره كما هو الامر فى الصورة الاولى ، وتختلف عنها كذلك فى ان هذه الصورة الثانية خاصة بنوع معين من انواع البناء هو المسكن فهى لاتشمل من المباني الا ما يصدق عليه اسم (المسكن) .

على انه لايشترط لقيام هذه الصورة من صور المسئولية عن اضرار البناء ان يكون المسكن (متزلا) فقد يكون كذلك وقد يكون (خاناً) او فندقاً او اى بناء آخر يعد لاقامة الانسان فيه .

ويلاحظ ان الضرر الذى يحدث بالمار مما يلقى من المسكن او مما يسقط منه يسأل عنه الساكن ولا صعوبة فى تحديد المسئول اذا كان الساكن واحداً ، فاذا تعدد الساكنون كانوا مسئولين كلهم على سبيل التضامن ، وبناء على هذا يسأل افراد الاسرة كلهم من زوج وزوجة واولاد واقارب يقيمون معهم عادة ، اما بالنسبة للساكن العرضى (كالضيف او نزيل الفندق) فان المسئولية هنا تلقى على رب الاسرة او صاحب الفندق ويكون الخطأ مفروضاً فى جانبه فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس يستطيع التخلص منه اذا هو

(٢٠) المادة (٥٩) سويسرى ، ٢/١٥١ بولونى ، ٩٨ تونس ، ٩٠ مغربى ، ١٧٧ مصرى ، ١٧٨ سورى .

استطاع تحديد الفاعل ، كما يلاحظ على هذه الصورة من صور المسؤولية انها قائمة على خطأ مفروض فرضاً بسيطاً قابلاً لإثبات العكس فيستطيع الساكن التخلص من المسؤولية اذا هو أثبت السبب الاجنبي (٢١) .

ثانياً : - المسؤولية عن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة

• في حراستها

٣٢٦ - نصت المادة (٢٣١) على ان « كل من كانت تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر مالم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة » .

ولا بد لتحقيق هذه المسؤولية من توافر شرطين :-

٣٢٧ - أولهما :- أن تكون الآلة أو الشيء تحت تصرف الشخص :-

والمقصود بالتصرف هنا هو السيطرة الفعلية كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن فعل الحيوان • فالمنتفع والدائن المرتهن والمستعير والمستأجر والوديع والحائز (سواء اكان حسن النية ام سيئها كالسارق والمغتصب) يكون مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه الآلة او الشيء ما دامت له السيطرة الفعلية عليه • وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرام الفرنسية بان سارق السيارة يكون مسؤولاً عما تسببه السيارة من ضرر للغير (٢٢) .

ولا يعتبر التابع عادة حارساً للشيء لان سيطرته عليه لا تكون لحساب نفسه وانما لحساب متبوعه ، وفي هذا تقول محكمة النقض والابرام المصرية « حارس الاشياء الذي يفترض الخطأ في جانبه على مقتضى نص

(٢١) انظر مازو - ج ١ ف ٩٦٣ ص ١٠١٦ - ١٠١٧ .

(٢٢) حكمها في ٩٤١/١٢/٢ .

المادة (١٧٨) من القانون المدني (المادة ٢٣١ من القانون العراقي) هو ذلك الشخص الطبيعي او المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصدا واستقلالاً ، ولا تنتقل الحراسة منه الى تابعه المنوط به استعمال الشيء ، لانه وان كان للتابع السيطرة المادية على الشيء وقت استعماله الا انه اذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته فإنه يكون خاضعاً للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوي للحراسة ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشيء كما لو كان هو الذي يستعمله ، ذلك ان العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على اساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية لحساب نفسه . فاذا كانت الوزارة الطاعنة هي المالكة للطائرة وقد اعدتها لتدريب طلبة كلية الطيران وعهدت الى مورت المطعون ضدها ، وهو تابعها ، بمهة تدريبهم واختبارهم ، فان الحراسة على الطائرة تكون وقت وقوع الحادث معقودة للطاعنة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية عليها . . . وبالتالي تكون الطاعنة مسئولة عن الضرر الذي لحق به مسئولية مبنية على خطأ مفترض طبقاً للمادة (١٧٨ - ٢٣١ عراقي (٢٣) .

٣٢٨ - وثانيهما : أن يحدث الضرر بفعل الشيء :- ومعنى هذا انه ينبغي ان يكون للشيء دور ايجابي في احداث الضرر ، فلو اصطدم اعمى بسيارة واقفة او آلة موضوعة في المكان المعد له فاصيب بضرر فلا تتحقق هذه المسئولية .

على انه لا يشترط لتحقيق هذا الشرط ان يكون الشيء قد اتصل بالجسم او بالمال الذي لحقه الضرر فقد يحدث الشيء ضرراً دون ان يكون

(٢٣) مجموعة أحكام محكمة النقض - أبو شادي - ص ٩٥١ - وانظر جملة أحكام لمحكمة التمييز في مؤلف الاستاذ سلمان بيات المشار اليه سابقاً ص ٣٠٧ وما بعدها .

له بالمضرور او بالمال اتصال مباشر ، مثال ذلك انفجار محرك او مادة مفرقة يلحق ضرراً بشخص او مال ، ومثاله انه اذا اراد شخص من السابلة تلافى سيارة مسرعة فزلقت قدمه واصابه ضرر فان الضرر يعتبر راجعاً الى فعل السيارة بالرغم من انها لم تتصل بالمضرور اتصالاً مادياً مباشراً .

٣٢٩ - **الاشياء التي يشملها النص** :- يشمل النص المتقدم نوعين من الاشياء هما الآلات الميكانيكية ، والاشياء التي تحتاج عناية خاصة للوقاية من ضررها .

اما الآلات الميكانيكية فيراد بها الآلات التي تدار بقوة دافعة سواء أكانت تلك القوة هي الكهرباء ، او الغاز ، او البخار ، او البنزين او النفط ، او الهواء او الفحم او الماء المتدفق .

واما الاشياء الاخرى التي تحتاج الى عناية خاصة للوقاية من ضررها فهي الاشياء التي تحتاج الى مثل هذه العناية او الحراسة لما يلازمها او يكمن فيها من خطر وذلك كالاسلحة النارية والآلات الحادة الجارحة ، والمواد الكيماوية ، والمفرقات ، والسموم ، والواح الزجاج .

٣٣٠ - **أساس المسؤولية وطريقة التخلص منها** :- تقوم المسؤولية في هذه الحالة على الخطأ في الحراسة ، وقد ذهبت معظم التشريعات المدنية الى ان الخطأ هنا مقترض فلا يكلف المضرور الا باثبات ان الضرر قد حدث بفعل شيء من الاشياء التي يتناولها النص ، والخطأ المفروض هنا مفروض فرضاً قانونياً قاطعاً لا يقبل اثبات العكس ، فليس لحارس الشيء ان يثبت انه لم يرتكب اي خطأ ولا تنتفي مسؤوليته الا اذا استطاع اثبات السبب الاجنبي أي الا اذا أثبت ان الضرر قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المصاب نفسه أو خطأ الغير الذين لا يسأل عنهم حارس الشيء .

هذا بالنسبة لموقف معظم التشريعات الاجنبية ، أما المشرع العراقي فإنه لم يمتص في هذه المسؤولية الى الشوط الذي وصلت اليه هذه التقنيات ،

فقد رأى أن يراعى أحوال العراق فى مرحلته الراهنة وهو لا يزال فى اول سلم التصنيع ، وعلى هذا جعل أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفروض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس •

وهكذا أصبح فى امكان من تكون هذه الآلات الميكانيكية أو الاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة تحت تصرفه أن يتخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ هذه أو باثبات السبب الاجنبي ، هو ينفي قرينة الخطأ اذا أقام الدليل على انه بذل ما ينبغي عليه بذله من العناية فى منع وقوع الضرر •

الباب الرابع

المصدر الرابع

الكسب دون سبب - أو الاثراء بلا سبب

"L' Enrichissement Sans Cause"

٣٣١ : - تمهيد وتقسيم :- اذا كانت قواعد العدالة تقضى بالزام من أحدث ضرراً بالغير بتعويض هذا الضرر فإنها تقضى كذلك بالزام من أترى على حساب غيره دون وجه حق بأن يرد اليه قيمة هذا الاثراء في حدود ما افتقر به ذلك الغير . ولهذا فقد عاصرت فكرة الاثراء بلا سبب نظرية العمل الضار وكانت معه من المصادر الاولى التي عرفها القانون (١) . وعلى هذا الاساس قضت المادة (٢٤٣) من التشريع المدني العراقي بأن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد » ، فقد صاغت هذه المادة المبدأ العام لفكرة الكسب دون سبب بعد ان أوردت المواد السابقة عليها (المواد ٢٣٣ - ٢٤٢) تطبيقات خاصة لها .

ولا أريد في هذا المؤلف الوجيز بحث تطور هذه الفكرة ، ولا حظها في التشريعات الوضعية قديمها وحديثها ، ولا موقف الفقه الاسلامي منها ، فقد يطول هذا البحث ويرهق القارئ والطالب دون كبير فائدة ، ولهذا أكتفي في هذا الصدد ببحث نظرية الاثراء بلا سبب (الكسب دون سبب) بوجه عام ، ثم أتولى بحث تطبيقات خاصة لها وفقاً لما نص عليه المشرع العراقي ، وأعقد لكل من هذين البحثين فصلاً خاصاً به .

(١) الوسيط ص ١٣٤٧ .

الفصل الأول

النظرية العامة للكسب دون سبب

نقسم الكلام عن النظرية العامة للكسب دون سبب الى مبحثين أولهما شروط النظرية وثانيهما لاحكامها .

المبحث الاول

- شروط النظرية -

يشترط لتطبيق نظرية الاثراء بلا سبب توفر شروط ثلاثة هي :-

- ١ - اثراء المدين .
- ٢ - افتقار الدائن .
- ٣ - أن لا يكون لاثراء المدين سبب قانوني .

٣٣٢ - الشرط الاول : اثراء المدين :- العلة في الزام المدين بتعويض الدائن هي اثراؤه على حساب هذا الدائن دون سبب ، أي أن يكون المدين قد حصل على منفعة لها قيمة مالية .

وقد يكون هذا الاثراء ايجابياً كما قد يكون سلبياً ، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر . والاثراء الايجابي هو أن يدخل ذمة المدين شيء أو قيمة تزيد عناصرها الموجبة . مثال ذلك أن يكسب المدين عن طريق الالتصاق ملكية بناء أقامه على أرضه أو أن يقوم من رسا عليه المزداد بتحسينات في العين التي رسا مزادها عليه ثم تنزع هذه العين من يده ، أو أن ينتفع شخص بسكنى منزل دون عقد ايجار ، أو أن يستفيد من تصميم وضعه مهندس دون عقد كذلك ، أو أن يستفيد من وساطة سمسار اذا تمت الصفقة بعد ذلك بعيداً عن هذا السمسار .

والاثراء السلبي عبارة عن انقاص العناصر السالبة في ذمة المدين ،

مثال ذلك ان يوفى شخص ديناً على المثري ، أو أن يقوم المستأجر بأجراء ترميمات في العين المؤجرة هي من واجبات المؤجر •

ومن صور الاثراء السلبي تجنيب المثري خسارة محققة مثال ذلك أن يتلف شخص متاعه لاطفاء حريق شب في دار جاره ، أو أن يلتقى ربان السفينة بعض ما تحمل لانقاذها أو لانقاذ بقية ما تحمل من بضائع •

والاثراء المباشر هو الذي يحصل مباشرة بفعل المفتقر كالبناء على أرض الغير أو زراعتها ، أو سكنى دار الغير دون عقد ايجار ، أو استخدام أدوات الغير في بناء منزل للمثري •

اما الاثراء غير المباشر فهو الاثراء الذي يحصل بتدخل شخص أجنبي ، سواء أكان فعل الأجنبي عملاً مادياً كأن يبني شخص بأدوات الغير على أرض الغير ، أم كان عملاً قانونياً كما لو عهد مشتري الأرض الى مقاول ببناء منزل عليها ثم فسخ بعد ذلك عقد البيع ، فإنه يكون للمقاول حق الرجوع على البائع بدعوى الاثراء الذي تحقق بتدخل المشتري (١) •

والاصل في الاثراء ان يكون مادياً ولكنه قد يكون (معنوياً) كالمربي أو المعلم فإنه يزيد في ثروة تلميذه العقلية ، فاذا لم يؤد له والد التلميذ ، مثلاً ، مقابل تعليمه كان له أن يقيم دعوى الاثراء بلا سبب ، وكالطبيب الذي يشفي مريضاً دون سابق اتفاق بينهما ، وكالمحامي الذي يحصل على حكم براءة المتهم •

ولا تشترط في المثري اهلية خاصة فهو ملزم حتى ولو كان مجنوناً أو طفلاً غير مميز (المادة ٢٤٣) • والعبرة بحدوث الاثراء ودخوله في ذمة المدين المثري في أي وقت من الاوقات اذ يبقى هذا المثري ملزماً بالتعويض حتى ولو زال هذا الاثراء فيما بعد (م/٢٤٣) •

(١) انور سلطان ص ٦٢٧ •

٣٣٣ - الشرط الثاني : افتقار الدائن - يقابل هذا الشرط الشرط الاول ، اذ ينبغي أن يكون هناك اغتناء من جانب المدين وافتقار في جانب الدائن وأن يكون هذا الافتقار نتيجة لذلك الاغتناء .

فإذا لم يترتب على اغتناء المدين افتقار الدائن فلا دعوى ولا تعويض ، مثال ذلك أن يقوم شخص بإنشاء دار فخمة أو مصنع أو حديقة أو ملعب أو ملهى في منطقة من المناطق فيفيد جيرانه عرضاً بأن ترتفع أسعار أراضيهم بعض الشيء ، ففي هذا المثال لا يجوز لهذا الشخص الرجوع على أصحاب الأراضي المجاورة بقيمة ما ائروا به لان هذا الاثراء لم يقابله افتقار من جانبه .

والافتقار ، كالاغتناء ، ايجابي وسلبى ، وهو كذلك مادي ومعنوي . مثال الافتقار الايجابي ذلك الذى يبني على أرض الغير بناء بمواد مملوكة له فإنه يفترق بقيمة هذه المواد ، ومثال الافتقار السلبي فوات المنفعة كأن يسكن شخص دار آخر اغتصاباً أو دون عقد ، وكان يستعمل مخرج سينمائي قصة مؤلف دون الاتفاق معه أو يستعمل (سيناريو) وضعه سناريسست دون اتفاق بينهما كذلك . ومثال الافتقار المعنوي أن يفيد متجر من خبرة انسان وصلاته التجارية الواسعة فالشخص الذى نفع المتجر بهذه الخبرة والصلات التجارية لم يفترق افتقاراً مادياً بل معنوياً^(٢) .

ويضرب الفقهاء للافتقار المعنوي أمثلة اخرى منها ضياع الجهد والخبرة على الطبيب فى معالجة المريض ، وضياع الوقت والجهد على المعلم فى تثقيف الطالب ، وعلى المحامي فى مراعاة شؤون المتهم أو المدين . والواقع انه يمكن اعتبار هذه الحالات من حالات الافتقار افتقاراً مادياً لا معنوياً ما دامت للخبرة والجهد والوقت قيمة مادية .

(٢) السنهورى ص ١٢٨١ .

٣٣٤ - على انه لا يكفي حدوث اغتناء في جهة وافتقار في جهة اخرى بل يجب أن يكون هذا الافتقار سبباً لذلك الاغتناء ، وبعبارة اخرى ينبغي قيام رابطة سببية بين الاغتناء والافتقار تجعل الاول سبباً والثاني نتيجة .
ولكن لرابطة السببية هنا معنى أوسع وأكثر مرونة منه في المسئولية المدنية ، فقد عرفنا عند الكلام عن المسئولية المدنية ان تدخل الغير ، والحادث الفجائي أو القوة القاهرة ، أو خطأ المدعى تقطع رابطة السببية تلك . ولكن الامر يختلف في الاثراء بلا سبب ، فتدخل الغير والحادث الفجائي أو القوة القاهرة ، وخطأ المفتقر لا تقطع رابطة السببية بين الاغتناء والافتقار وبالتالي لا تحرم المفتقر من الرجوع بالتعويض على المثري .

فتدخل ربان السفينة الذي يلقي بعض الامتعة لانقاذ بعضها الآخر ، وحمل الريح ثوبا لشخص والقائه في اناء فيه صبغ لآخر ، وبناء شخص بمواد من عنده على أرض يعلم انها مملوكة ، كل هذه الامثلة وما شاكلها لا تقطع رابطة السببية بين الاغتناء وبين الافتقار . ومعنى هذا انه عند تعدد أسباب الاثراء فأننا نأخذ بفكرة (السبب المنتج) والسبب المنتج هو السبب الذي يؤدي الى نتيجة معينة وفقا للسير الطبيعي للامور ، فاذا تبين ان الافتقار كان هو السبب المنتج للاثراء فقد تحققت رابطة السببية كما في الامثلة المتقدمة واذا انعدمت الصلة بين الاثراء والافتقار فقد انعدمت رابطة السببية كما لو نفق حصاني قبل السباق فخلا الجو لحصانك وربح الجائزة الاولى (٣) .

٣٣٥ - **الشرط الثالث : انعدام السبب :** اي ان يكون للاثراء ولا للافتقار سبب مشروع .

ويراد بالسبب في هذا المجال السبب المنشئ ، أي المصدر الذي الزم المفتقر بالافتقار وأعطى للمثري حقا في الاثراء .

(٣) انظر السنهوري ص ١٢٨٢ ، مرقس ص ٧٣٠ .

فإذا كان للافتقار أو للائراء سبب مشروع يسوغه من عقد أو ارادة منفردة أو حكم قانوني امتنع تطبيق فكرة الاثراء بلا سبب ، وبهذا المعنى قضت محكمة النقض والابرام المصرية فى حكم لها جاء فيه « ان وضع الاطيان المبيعة تحت التحفظ بمظنة انها من أموال اسرة محمد علي ليس الا حادثا طارئا يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة مؤقتة وبزوال هذا الطارىء تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ومن ثم فلا يكون لذلك الطارىء من أثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة بين الطرفين ، فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعو أن استقرت العلاقة بين الطرفين بابرام العقد النهائي مطالبين المشتري بشمار المبيع على انها من حقهم فأن استنادهم فى الدعوى الى قاعدة الاثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون ، ذلك ان الحق فى هذه الثمار اثر من آثار عقد البيع وهى للمشتري من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها اثناء بلا سبب » (٤) وفتت بأنه « متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الاثراء على حساب الغير فان هذه القاعدة هى مصدر للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد » (٥) .

ويترتب على هذا انه لو استطاع عامل أن يستنبط بعض المخترعات أثناء عمله وعاد هذا الاختراع على صاحب المصنع أو المعمل بفائدة كبيرة وبيع عظيم ، فان العامل لا يستطيع الرجوع على صاحب المصنع أو المعمل بدعوى الاثراء لان عقد العمل يمنعه من ذلك ، فقد نص القانون المدني على ان الاختراع الذى يوفق اليه العامل فى أثناء خدمته أو بمناسبةها يكون حقا خالصا لرب العمل ما دامت طبيعة الاعمال التى عهد بها الى العامل تقتضى

(٤) مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٢٨ - ٢٨٩ .

(٥) مجموعة عمر ح٤ ص ٤٣٦ .

منه افراغ جهده فى الابتداع (م ٩١٢) .

صحيح ان الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة تعطى للعامل ، اذا كان الاختراع الذى وفق اليه ذا أهمية اقتصادية جدية ، حق مطالبة رب العمل بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة ، الا ان حقه هذا لا يستند الى فكرة الاثراء بلا سبب وانما هو يستند الى سبب خاص هو هذا الحكم الذى تنص عليه المادة وهو يمنع من الرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب (٦) .

ويترب على شرط انعدام السبب هذا انه اذا اشترط المؤجر ان يمتلك عند نهاية الايجار التحسينات التى يدخلها المستأجر على العين المؤجرة ، امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لان عقد الايجار يمنعه من هذا الرجوع . ويترب عليه كذلك انه اذا أمن شخص على منزله ضد الحريق فاحترق المنزل فأعدت شركة التأمين بناءه تفيذا لعقد التأمين ، كان اثناء صاحب المنزل بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن اعيد بناؤه وقيمته وهو فى حالته الاصلية سببه عقد التأمين ، فلا ترجع عليه شركة التأمين بدعوى الاثراء .

وانه اذا تمسك المدين بتقادم الدين فقضى ببراءة ذمته فإنه لا يجوز للدائن أن يلجأ الى قواعد الاثراء لان انقضاء دين المدين دون وفاء له سبب قانوني هو التقادم .

المبحث الثانى

احكام الكسب دون سبب

اذا توافرت الشروط المتقدمة وجب على المثرى تعويض المفقتر ، فالتعويض اذن هو جزاء الاثراء بلا سبب . ودعوى الاثراء هى السبيل للوصول الى هذا الجزاء .

(٦) انظر الوسيط ص ١٢٨٨ وما بعدها .

وبحث كلا من التعويض والدعوى بايجاز .

٣٣٦ - **أولاً :- التعويض :-** القاعدة في هذا الصدد ان المشرى يلتزم بتعويض المفتقر بمقدار الأقل من قيمتى الاثراء والافتقار ، فقد نصت المادة (٢٤٣) على الزام كل من أثرى على حساب الغير دون سبب بتعويضه « فى حدود ما كسبه » .

والواقع ان التعويض لا يمكن أن يكون الا بمقدار أقل القيمتين ، فهو لا يجوز ان يزيد على خسارة المفتقر والا كان هذا المفتقر بدوره مشرياً على حساب غيره دون سبب ، كما لا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار اثراء المشرى لاننا لا نحاسب المشرى على خطأ ارتكبه وانما نحاسبه على ما عاد عليه من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسب (٧) .

ويقدر الاثراء وقت حصوله لا وقت رفع الدعوى ولا وقت النطق بالحكم ، ويترتب على هذا انه لو بنى شخص بمواد مملوكة له بناء على أرض الغير فزادت قيمة الارض بمقدار الف دينار فان الاثراء يقدر بألف دينار ، ولا يهم بعد ذلك أن يزيد هذا الاثراء أو ان ينقص أو ان يزول كله نتيجة احتراق البناء أو سقوطه بفيضان أو زلزال مثلاً . ويترتب عليه كذلك انه لو كان الاثراء مبلغاً من النقود دخل ذمة المشرى فان قيمة الاثراء هو مقدار النقود من الناحية العددية دون نظر الى ما قد يطرأ على قيمتها من ارتفاع أو هبوط ، ولا تدخل فى تقدير الاثراء فى هذه الحالة الاخيرة فوائد هذه النقود التى قبضها المشرى دون حق لاننا قلنا ان مقدار الاثراء يقدر بوقت حصوله ولم تكن الفوائد مستحقة وقت حصول الاثراء وانما هى تستحق بعد ذلك من تاريخ المطالبة القضائية بها وفقاً للقواعد العامة (المادة ١٧١) .

(٧) الوسيط ص ١٣٣١ .

هذا عن الاثراء ووقت تقديره ، أما الافتقار فإنه لا يقدر وقت حدوثه ولا وقت رفع الدعوى ، لكنه يقدر وقت صدور الحكم ، لان الافتقار فى دعوى الاثراء يقابل الضرر فى دعوى المسؤولية المدنية ، فلا يمكن تقديره نهائياً الا وقت صدور الحكم . وفى هذا المعنى يقول استاذنا السنهاورى « ان طبيعة الاثراء تسمح بتقديره تقديراً نهائياً وقت وقوعه فهو يدخل فى مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيتحدد بذلك مقداره ، ولذلك تكون العبرة فى تقديره بوقت تحققه ، والمثرى ، وقد أصبح مالكاً له ، يتحمل غرمه ويكسب غنمه فى نقصه أو فى زيادته . »

اما الافتقار ، فكالضرر ، لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديراً نهائياً الا وقت صدور الحكم ، ذلك لانه يخرج من مال المقتقر على وجه غير محقق ، ولا يستطيع ان يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المقتقر ما دام الافتقار قابلاً للتغير الا فى الوقت الذى ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة ، وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلاً للتغير ولكن قوة الشيء المقضى فيه هي التي تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته (٨) .

وإذا قضى القاضي بالتعويض على النحو المتقدم فقد أصبح مقدار التعويض المحكوم به ديناً عادياً فى ذمة المثرى فيتعرض المقتقر الى احتمال مزاحمة بقية دائني هذا المثرى له .

٣٣٧ - ثانياً : دعوى الاثراء : - المدعى فى دعوى الاثراء هو المقتقر أو نائبه أو خلفه ، سواء أكان هذا الخلف عاماً أم خاصاً (كالمحال له) .
ولا تشترط فى المدعي اهلية خاصة ، فقد يكون كامل الاهلية أو ناقصها أو عديمها كالصبي غير المميز أو المجنون .

(٨) المرجع السالف ص ١٣٣٨ . وانظر عكس هذا الراى - سليمان مرقس - اصول الالتزامات ص ٧٥٦ - ٧٥٧ .

والمدعى عليه هو المثري ، ويقوم مقامه نائبه وخلفه (مع ملاحظة قاعدة أن لا تركة الا بعد سداد دين) •

ولا يشترط في المدعى عليه - كما لا يشترط في المدعي - اهلية خاصة ، فقد يكون المدعى عليه غير مميز كما صرحت بذلك المادة (٢٤٣) وذلك لان مصدر التزام المثري هو واقعة قانونية وليس عملاً قانونياً •

وتقضي المادة (٢٤٤) بأنه « لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع ، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم نشأ فيه حق الرجوع » •

يتبين من النص المتقدم أن المشرع العراقي سار في تقادم دعوى الكسب دون سبب على النحو الذي سار عليه في تقادم دعوى المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع ، والمادة بعد هذا واضحة ، وقد سبق شرحها عند الكلام عن تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية •

وأود أن ألفت النظر الى انه لم يعد ضرورياً البحث عن أساس تستند اليه دعوى الكسب دون سبب فقد جعل القانون من هذا الكسب مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام ، فالدعوى اذن تستند الى هذا المصدر نفسه وليس الى فضالة (كاملة أو ناقصة) ولا الى عمل غير مشروع ولا الى فكرة تحمل التبعة •

كما لم يعد هناك مجال ايضاً للقول بأن دعوى الكسب دون سبب دعوى احتياطية فهي دعوى اصلية شأنها في هذا شأن كل دعوى تستند الى مصدر أو سبب قانوني • ويترتب على هذا انه اذا غصب شخص مال الغير وانتفع به فترة من الزمن فان المغصوب منه بالخيار بين الرجوع على الغاصب بدعوى العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية) وبين الرجوع عليه

بدعوى الكسب دون سبب (٩) •

كما لم يعد المشرع يشترط لرفع دعوى الكسب دون سبب أن يكون
الاثراء لا يزال قائماً الى وقت رفع الدعوى ، فقد نص المشرع صراحة على
قبول هذه الدعوى ولو زال الاثراء بعد ذلك أي قبل رفع الدعوى (م/٢٤٣) •

(٩) انظر السنهوري ص ١٣٠٥ - ١٣٠٦ ، وقارن حشمت ابو ستيت
ص ٥٧٦ ، وعبد المنعم الصدة ص ٥٩٦ ، والدكتور الناهي •
(محاضرات فى الكسب دون سبب والفضالة) ص ١٢٢ •

الفصل الثاني

تطبيقات فكرة الكسب دون سبب

عالج المشرع العراقي صورتين من صور الكسب دون سبب هما :
المدفوع دون حق ، وقضاء دين الغير ، ونخصص لكل منهما مبحثاً .

المبحث الاول

- المدفوع دون حق -

٣٣٨ - النصوص : - تقضى المادة (٢٣٣) بأن « ١ - من دفع شيئاً ظاناً انه واجب عليه فتيين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق . ٢ - واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فإنه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية ، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية اذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعدٍ منه » .

وتقضى المادة (٢٣٤) بأنه « ١ - اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزماً الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية . ٢ - وكذلك اذا أبطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد ما كسبه بسبب تنفيذ العقد » .

وتقضى المادة (٢٣٥) بأنه « ١ - اذا وفى المدين التزاماً لم يحن أجله ظاناً انه قد حل فله استرداد ما دفع . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر ،

فإذا كان الالتزام الذي لم يحن أجله نقوداً لزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل . *

هذه هي المواد الثلاث التي خصصها المشرع العراقي للمدفوع دون حق . وتتولى شرحها بإيجاز على النحو التالي :-

الفرع الاول

شروط المدفوع دون حق

يشترط لتطبيق هذه الفكرة شرطان هما أن يكون المدفوع شيئاً غير واجب ، وأن يكون الدفع نتيجة غلط :

٣٣٩ - الشرط الاول :- أن يكون المدفوع شيئاً غير واجب في الذمة :
فقد يقوم شخص بوفاء دين لا وجود له . مثال ذلك أن يفي أحد المدينين المتضامين ديناً كان قد أوفى به أحدهم من قبل ، أو أن يقوم أحد الورثة بتنفيذ وصية المورث ثم يتبين انها باطلة أو أن الموحي كان قد رجع عنها . *

وقد يقوم الانسان بوفاء دين كان موجوداً ولكنه زال قبل الوفاء أو بعده وكان لزواله أثر رجعي ، مثال ذلك أن يفي شخص دين اجرة بعد مضي أكثر من خمس سنوات على استحقاقه وهو لا يعلم ان هذا الدين يسقط خلال هذه المدة . ومثاله ان يستأجر شخص دارك لمدة سنة اذا نقل الى بغداد خلال الشهر الحالي ويقوم بدفع القسط الاول ثم لا يتم نقله خلال هذه المدة أو يلغى أمر نقله . *

وقد يفي الانسان بدين محقق الوجود ولكنه غير مستحق الاداء ، فإذا أوفى شخص بدين عليه لم يحن أجله بعد فإنه يكون قد دفع ديناً غير مستحق ويجوز له استرداد ما دفع . وقد يقوم الانسان بتسليم شيء يعتقد انه ملزم بتسليمه ثم يتبين له ان هذا التسليم غير واجب عليه مثال ذلك ان يسلم الوارث العين التي كانت مودعة عند مورثه ثم يتبين له ان مورثه كان قد اشتراها من المودع . *

٣٤٠ - الشرط الثاني : أن يكون الدفع نتيجة غلط :- واذا كان هذا

الشرط محل خلاف بين الفقهاء فقد قطع فيه المشرع العراقي برأي صريح
عندما نص على أن « من دفع شيئاً ظاناً انه واجب عليه » .

ويترتب على هذا ان ذلك الذي يفى بدين سقط بمضي المدة وهو عالم

بذلك لا يحق له الرجوع على المدين بشيء .

والمفروض ان الذي يدفع شيئاً غير واجب عليه انما يدفعه نتيجة غلط ،

وانه لم يكن يعلم انه غير ملزم بالدفع ، ولهذا فإن الغلط الذي يشوب الدفع

في هذه الحالة غلط مفروض لا يكلف الدافع باقامة الدليل عليه ، ولكن

القرينة هنا قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس . فيجوز للمدفع له أن يقيم

الدليل على ان الدافع كان يعلم وقت الدفع انه لم يكن ملزماً بما دفع وان

سبيل التبرع أو الاعارة مثلاً على انه قد يفى الانسان

بشيء وهو عالم انه غير ملزم بذلك ومع ذلك

يجوز له الرجوع بما أوفى به وذلك في حالة ما اذا كان

الوفاء او الدفع قد وقع نتيجة اكراه . ومن ناحية اخرى قد لا يجوز للموفى

الذي أوفى وهو غير عالم انه غير ملزم بالوفاء ، ان يرجع بما دفعه اذا كان

الموفى له قد تجرد من سند الدين نتيجة لهذا الوفاء (المادة ١٨٤ من القانون

المصري) واذا كان المشرع العراقي لم ينص على هذه الحالة الاخيرة الا انه

ينبغي الاخذ بها لموافقته للعدالة وللقواعد العامة .

ولعل من أبرز الامثلة على الوفاء الذي يقع نتيجة اكراه ويبح للموفى

الرجوع بدعوى استرداد ما دفع دون حق ما قضت به محكمة التمييز بهيئتها

العامة ، فقد جاء في حكمها « لدى التدقيق والمداولة من قبل هذه المحكمة

المنعقدة بهيئتها العامة تبين ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ، حيث

قد ثبت عدم وجود الملك المستوفى عنه المبلغ موضوع الدعوى كضريبة عليه .

وحيث ان محل تطبيق المادتين ١٣ و ١٧ من قانون ضريبة الاملاك انما هو

إذا كان في التقدير ضرر بين أو غبن يدعيهما صاحب الملك لا عدم وجود الملك أصلاً ، فإذا كان الملك غير موجود وأجرى تقدير على شخص غير مالك فسواء اعترض أو لم يعترض فلا يجوز أن يكون ملزماً بأمضاء هذا التقدير ، وإذا دفع مبلغاً ظاناً أنه كان واجباً عليه وتبين بعد ذلك عدم وجوبه فله استرداد المبلغ المدفوع استناداً إلى المادة (٢٣٣) من القانون المدني (١) .

ويلاحظ أن الغلط في القانون كالغلط في الوقائع يبيح للدافع استرداد ما دفع . مثال ذلك أن يتوفى شخص ويترك بنتاً وأخاً له ، فتتصلح البنت مع عمها على أن تدفع له مبلغاً من المال مقابل تنازله عن حقه في التركة ، ثم يتبين لها أن ما تركه أبوها المتوفى عبارة عن عقارات مفوضة بالطابو (أو ممنوحة باللزمة) وأن عمها ليس من أصحاب حق الانتقال معها ، ومثاله أيضاً أن يتخارج إنسان مع امرأة أبيه فيدفع لها ألف دينار لأنه يعتقد أنها ترث الربع لعدم وجود ولد لأبيه المتوفى منها ، ثم يتبين له أنها لا ترث غير الثمن لأن الولد الذي ينقص نصيبها من الربع إلى الثمن هو (ولد المتوفى) لا ولدها هي .

الفرع الثاني

- أحكام المدفوع دون حق -

يختلف مدى التزام من تسلم غير المستحق بحسب ما إذا كان هذا المتسلم حسن النية أو سيئها .

٣٤١ - أولاً : المدفوع له حسن النية :- ومعنى حسن النية هنا أن من تسلم الشيء يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له . والأصل هو حسن نية المدفوع له وعلى الدافع أن يثبت العكس بأن يقيم الدليل على سوء نية المدفوع

(١) القضاء المدني - للاستاذ البيات ج ١ ص ٣١٧ .

له ، وهو يستطيع اثبات هذه الواقعة المادية بجميع طرق الاثبات بما فيها
اليينة والقرائن •

ويلتزم المدفوع له حسن النية برد ما تسلمه ، فاذا كان الشيء الذي
تسلمه نقوداً أو أشياء مثلية وجب عليه رد القدر الذي تسلمه دون نظر لتغير
سعر النقد أو المثليات التي تسلمها • اما الثمرات والفوائد فإنه لا يلتزم
بردها ما دام حسن النية لانه تملكها بالقبض ، وهو لا يلتزم بردها الا اذا
أصبح سيء النية ومن هذا التاريخ فقط • كما انه يلتزم برد الثمرات والفوائد
على كل حال من تاريخ رفع الدعوى عليه لان مطالبته قضائياً برد ما تسلمه
يفترض سوء نيته •

واذا كان الشيء الذي تسلمه المدفوع له من الاشياء المعينة بالذات فإنه
يلتزم برده بالذات ما دام قائماً في يده ، فاذا هلك الشيء قضاءً وقدرًا فقد
انقضى التزام المسلم ، اما اذا كان الهلاك نتيجة خطأ أو تقصير فان المسلم
يلتزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف •

واذا كان الشيء قد خرج من يد من تسلمه لتصرفه فيه فإن كان
التصرف بحسن نية وكان من قبيل المعاوضات (بيعاً أو مقايضة ، أو بدل
صلح) فلمن دفع الشيء حق الرجوع اما على من تسلم الشيء منه ويلتزم
هذا برد العوض الذي قبضه ولا يلتزم برد الشيء عيناً واما على المتصرف له
اذا استطاع المالك استرداد العين بدعوى الاستحقاق ، اما اذا كان المتصرف له
قد كسب العين بسبب آخر كالتقادم أو الحيازة بحسن نية في المنقول فإن
الموفى أو الدافع لا يستطيع الرجوع عليه بشيء وانما يقتصر حقه في الرجوع
على من تسلم العين منه وذلك بمقدار ما قبضه من عوض بدلها كما سبق
القول •

اما اذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه الى الغير على سبيل التبرع
وكان هذا الغير يستطيع التمسك قبل الدفع بسبب آخر من أسباب اكتساب

الملكية (كالحيازة فى المنقول أو التقدّم فى العقار) فلا يستطيع الدافع الرجوع عليه بشيء كما لا يستطيع الرجوع على من تسلّم غير المستحق ، وهذا الحكم الذى تملّيه القواعد العامة يتجافى مع قواعد العدالة وكان من الافضل ان يعطى الدافع حق الرجوع على من صدر له التبرع تطبيقاً لفكرة دفع المغارم اولى من جلب المصالح •

٣٤٢ - ثانياً :- المدفوع له سىء النية :- والمقصود بسوء النية هنا هو أن يعلم القابض انه يقبض ما لا حق له فيه • وتقضى المادة (٢٣٣) فى فقرتها الثانية بأنه « اذا كان من تسلّم غير المستحق سىء النية وقت التسلم أو بعده فإنه يلتزم ايضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلّم غير المستحق او من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية » • يتبين من هذا النص ان المدفوع له سىء النية يلتزم أولاً برد ما تسلمه دون حق ويلتزم ثانياً برد ثمار الشيء وفوائده •

فهو يلتزم أولاً برد العين التي تسلمها فاذا هلكت أو ضاعت ، ولو من غير تقصير ، لزمه الضمان أى التزم برد المثل ان كان الشيء مثلياً والقيمة ان كان الشيء قيمياً وذلك من غير حاجة الى اعذار لانه تسلّم شيئاً يعلم أن لا حق له فى تسلمه (الفقرة ج من المادة ٢٥٨) •

ومعنى هذا ان المدفوع له سىء النية يكون مسؤولاً عن هلاك العين حتى لو كان هلاكها بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسؤولية الا اذا أثبت ان الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد مستحقه كما تقضى بذلك المسادة (١١٦٨) •

فاذا كان المدفوع له سىء النية قد تصرف فى الشيء الذى تسلمه دون حق فإن الحكم لا يختلف عما سبق بيانه فى صدد المدفوع له حسن النية اذا انتقلت العين من يد الى اخرى معاوضة أو تبرعاً ذلك أن الغير فى علاقته

بالدفاع لا يتأثر بنية المدفوع له حسنة كانت هذه النية أو سيئة (٢) .

ويلتزم المدفوع له شيء النية ثانياً برد الثمار والفوائد من وقت تسلم الشيء أو من الوقت الذي أصبح فيه شيء النية على حسب الاحوال ، وهذا تطبيق للقواعد العامة لان الحائز شيء النية لا يكون له حق في الثمرات (م ١١٦٦) فاذا كان المقبوض مبلغاً من النقود فإنه يلتزم برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر في القانون (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية) .

٣٤٣ - حالتان خاصتان :-

أ - الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الاجل :- قلنا ان المادة (٢٣٥) تعطي في فقرتها الاولى لمن وفى ديناً لم يحل أجله بعد حق استرداد ما دفع وهذا تطبيق لقواعد المدفوع دون حق ، ولكنها تعود فتقرر في فقرتها الثانية « على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر ، فاذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل » .

فاذا كان الاصل ان الوفاء بدين مؤجل قبل حلول أجله يعطي للمدين حق استرداد ما دفع الا ان المشرع نص على انه يجوز للدائن أن يتوقى ذلك بالاقصار على رد ما أفاده من عملية الوفاء المعجل ، وتضرب المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري مثالا على هذا فتقول « اذا اعتقد مقاول خطأ انه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر وتحمل بسبب ذلك مصاريف اضافية فإنه يحق له أن يطالب الدائن (رب العمل) الذي تسلم البناء ولا يريد رده ، بأقل القيمتين قيمة النفقات الاضافية التي

(٢) الوسيط ص ١٣٧٣ .

تحملها أو قيمة ايراد البناء فى الشهور الستة • واذا كان الدين الذى وفى قبل حلول الاجل نقوداً ولم يردها الدائن للمدين على أن تؤدى اليه ثانية عند حلول الاجل ، كان للمدين أن يطالب بما يغل هذا المبلغ من فائدة بحسب السعر المتفق عليه او بحسب السعر المقرر فى القانون اذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن وذلك عن المدة الباقية لحلول الاجل « (٣) » •

ب - الوفاء لناقص الاهلية :- كان منطق القواعد القانونية يقضى بعدم تأثير اهلية المثرى على مدى التزامه بالرد لانه لا يلتزم ارادياً • ولكن المشرع خرج على هذه القواعد ففضى فى المادة (٢٣٤) بأنه « ١ - اذا كان من تسلم غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزماً الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية • ٢ - وكذلك اذا ابطال عقد ناقص الاهلية فلا يرد الا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد » •

ومعنى هذا النص ان ناقص الاهلية الذى تسلم شيئاً غير مستحق له لا يكون ملزماً الا برد ما كسبه والمقصود بالكسب هنا المنفعة التى عادت على ناقص الاهلية مادية كانت او ادية •

ويترب على هذا انه اذا تسلم ناقص الاهلية عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو ضاعت بغير خطأ منه فانه لا يلزم برده أى شئ حتى لو كان سيء النية ، وكذلك الحكم فيما اذا تبرع بها للغير • اما اذا هلكت بخطأه وتقصيره فانه يكون مسئولاً عن هلاكها لا طبقاً لقواعد رد غير المستحق وانما طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية •

واذا كان ما تسلمه ناقص الاهلية مبلغاً من النقود انفقه فى الملاهي او فى المقامرة او فى المخدرات فانه لا يلزم برده شئ •

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ح ٢ ص ٤٥٢ •

المبحث الثاني

- قضاء دين الغير -

٣٤٤ - عالج المشرع العراقي هذه الصورة من صور الكسب دون سبب في المواد (٢٣٦ - ٢٣٩) ويفهم من النصوص ان المشرع يفرق بين فرضين : اولهما : قضاء دين الغير بأمر من هذا المدين ، وثانيهما قضاء دين الغير دون امر من المدين .

٣٤٥ - **أولا : قضاء دين الغير بأمر من المدين :-** تقضى المادة (٢٣٦) بأنه « اذا امر احد غيره بقضاء دينه رجع المأمور على الأوامر بما اداه عنه وقام مقام الدائن الاصلي في مطالبته سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط » . والمادة واضحة ولكنني اود ان الفت النظر الى ان الوفاء هنا وفاء مع الحلول فقد حل الموفى محل الدائن بحكم القانون (م ٣٧٩ فقرة د) وتقضى المادة (٢٣٧) بأنه « اذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم ان الأمر قضى الدين بنفسه الى دائته والمأمور دفعه اليه ايضا ، فللمأمور ان يرجع بما دفعه على الأمر ان كان قد سبقه في قضاء الدين ، وان كان الأمر هو الذي قضى الدين اولا فللمأمور ان يرجع على القابض او على الأمر » . وعلّة هذا النص واضحة فان اداء المأمور الدين في الحالة الاولى قضى دين الأمر فحق للمأمور الرجوع عليه ، واما في الحالة الثانية فان المأمور يرجع على كسل من الأمر والقابض ، يرجع على الأمر بناء على اذاته في الوفاء ، ويرجع على القابض الذي استوفى حقه مرتين بدعوى قبض غير المستحق (٤) .

٣٤٦ - **ثانيا :-** قضاء دين الغير دون أمر من المدين : - تقضى المادة (٢٣٩) بأنه « اذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه

(٤) انظر الدكتور صلاح الناهي - محاضرات في الكسب دون سبب - ص ١٧١ .

بلا امره ، الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة من دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع * . فالقاعدة العامة التي تقررها المادة المتقدمة ان من قضى دين غيره دون أمر عد متبرعا ولا رجوع له بشيء على هذا المدين ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة فقد اوردت عليها المادة القيدن التاليين :

أ - اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في وفاء الدين : ويترتب على هذا ان المدين المتضامن مع غيره اذا قام بوفاء الدين كله فإنه لا يعتبر متبرعا عن بقية المدينين المتضامين معه ، وانه اذا أراد دائن مرتهن متقدم بيع العين المرهونة استيفاء لدينه وكان البيع سيتم في وقت غير ملائم من شأنه أن يخس قيمة العين مما قد يضيع على دائن مرتهن متأخر حقه أو بعض حقه ، فقام هذا الدائن المرتهن المتأخر بوفاء دين الدائن المرتهن المتقدم فإنه لا يعتبر متبرعا وله ان يرجع على المدين بما اوفاه * . وانه اذا اوفى احد الورثة او الموصى له من مال نفسه الدين الذي على المورث او الموصى فإنه يرجع على التركة ولا يعد متبرعا لان له مصلحة في الدفع هي تخليص التركة من الدين ليتسنى له الحصول على حقه في التركة او في الوصية (٥) .

وعلى هذا الاساس قضت محكمة التمييز بأنه اذا دفع مشتري سيارة الاقساط المستحقة من ثمنها للشركة البائعة لتوقف البائع عن الدفع كان له حق الرجوع عليه وعلى كفيله لان للمشتري مصلحة ظاهرة من الدفع هي التخلص من حجز الشركة الدائنة على سيارته (٦) .

ب - اذا تبين من الظروف ان من دفع لم تكن عنده نية التبرع :-

(٥) المرجوم الاستاذ العميد منير القاضي - محاضرات في القانون المدني العراقي - ص ٤٨ .

(٦) ٢٧٣/ح/٥٧ - الاستاذ البيات ص ٣٢٢ .

وعلى هذا الاساس قضت محكمة التمييز ان من يشتري دارا بعقد غير مسجل
ويقوم بالانفاق على تعميرها واصلاحها لا يقوم بذلك بنية التبرع فيكون له
الرجوع على مالك هذه الدار بما انفقه •

ومثاله ايضا ان يبرم شخص عقدا عرفيا او رسميا غير مسجل لشراء
عقار ثم يقوم بسداد ديون البائع المتعلقة بهذا العقار (كدين النجار او مجهز
الطابوق أو الصباغ) ثم لا يتم العقد بأن يمتنع المالك عن تسجيله ، ففي
هذا المثال تدل ظروف الحال على ان الموفى لم يرد التبرع وبالتالي يكون له
حق الرجوع •

المفضل الخامس

- القانون -

٣٤٧ - نصت المادة (٢٤٥) على ان « الالتزامات التي تنشأ مباشرة من

القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي انشأتها » .

يلاحظ ان القانون مصدر عام لجميع الروابط القانونية سواء نشأت

عن عقد او عن ارادة منفردة او عن عمل غير مشروع او عن كسب دون

سبب ، فلا يعتبر الحق حقا الا اذا اعترف له القانون بهذه الصفة وقرر له

دعوى تحميه .

واذا بحث الفقهاء القانون كمصدر خاص من مصادر الالتزام فانهم

يقصدون بذلك اعتباره مصدرا مباشرا لطائفة من الالتزامات لا يجمع بينها

جامع ولا ترد الى اى مصدر من المصادر الاربعة التي سبق الكلام عنها .

وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالا عن ارادة ذوى الشأن

فهى لا تقتضى فيهم اهلية خاصة شأنها شأن الالتزامات غير الارادية .

ومن امثلة الالتزامات القانونية الالتزام بالنفقة ، والتزامات الجوار ،

والتزامات الولى او الوصى او القيم ، والالتزام بأداء الضرائب .

والالتزامات القانونية تسع وتعدد صورها فى الدول الاشتراكية

وتضيق صورها فى الدول الرأسمالية ، وتخرج دراسة الالتزامات القانونية

عن نطاق دراسة الالتزامات لتدخل فى دراسات اخرى خاصة تحيل اليها .

ونكتفى بهذا القدر فى مصادر الالتزام وبه يتم هذا الجزء .

والحمد لله أولا وآخرا

- فهرس -

- مقدمة
- باب تمهيدى
- اولا : الحق العيني والحق الشخصي وخصائص كل منهما ٣- ١
- التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ٤
- تقريب الحقين العيني والشخصي ٥
- المذهب الشخصي ٧- ٦
- المذهب المادى ٩- ٨
- ثانيا : اهمية نظرية الالتزام وتطورها : ١٣- ١٠
- اثر العوامل : الخلقية ، والاقتصادية والسياسية والاجتماعية .
- ثالثا : خصائص الالتزام . ١٦- ١٤
- محل ذو قيمة مادية ، رابطة قابلة للانتقال ، رابطة مؤقتة .
- رابعا : انواع الالتزام ١٩- ١٧
- الالتزام السلبي والالتزام الايجابى
- الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة .
- الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة .
- الكتاب الاول -
- مصادر الالتزام -
- ٢٠ تمهيد وتقسيم
- الباب الاول -
- العقيد -
- ٢١ تعريف وتمهيد :

فصل تمهيدى

المبحث الاول : تقسيم العقود

- ٢٣ اولاً : العقد الرضائي والشكلي والعيني
٢٤ ثانياً : العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
٢٥ ثالثاً - عقود المعاوضة وعقود التبرع
٢٦ رابعاً : العقود المحددة والعقود الاحتمالية
٢٧ خامساً : العقد الفورى والعقد المستمر

المبحث الثانى

مبدأ سلطان الارادة

- ٢٨ ماذا يقصد بهذا المبدأ
٢٩ القيود التى تحد منه

- الفصل الاول -

- ٣٠ - اركان العقد -

المبحث الاول

التراضى

- ٣٢- ٣٣ المطلب الاول : الاعلان عن الارادة وطرقه
٣٤ اللفظ
٣٥ الكتابة
٣٦ الاشارة
٣٧ المبادلة او التعاطى
٣٨ اى موقف آخر يدل على الرضا
٤١- ٤٣ الارادة الظاهرة والارادة الباطنة
التعبير الصادر من النائب

النيابة

(النيابة وتعاقد الانسان مع نفسه)

اولا : النيابة

الفرع الاول : شروط النيابة

- ٤٥ حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل
- ٤٦ عدم تجاوز الحدود المرسومة لها
- ٤٧ تعاقد النائب باسم الاصيل
- ٤٨ - ٥٠ الفرع الثاني : آثار النيابة :
- علاقة النائب بالغير
- علاقة النائب بالاصيل
- علاقة الاصيل بالغير
- ٥١ - ٥٢ ثانيا : تعاقد الانسان مع نفسه
- المطلب الثاني : اتحاد الارادتين :
- الفرع الاول - التعاقد بين حاضرين :
- ٥٤ - ٥٦ المراحل التي يمر بها الايجاب -
- مجلس العقد وخيار المجلس والتفرقة بينهما وموقف
- ٥٧ المشرع العراقي
- ٥٨ الايجاب الملزم
- ٥٩ اقتران القبول بالايجاب
- بعض صور القبول :
- ٦١ ١ - السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن القبول
- ٦٢ ٢ - القبول في عقود المزاو (او المناقصة)
- ٦٣ - ٦٧ ٣ - القبول في عقود الازعان

النبذة

طبيعة هذه العقود وخصائصها وسلطة القاضي

في التدخل فيها

- الفرع الثاني : التعاقد بين غائبين
٦٨ - ٦٩
نظرية اعلان القبول
٧٠
نظرية تصدير القبول
٧١
نظرية تسلم القبول
٧٢
نظرية العلم بالقبول
٧٣
- المطلب الثالث : مرحلة تمهيدية في التعاقد :-
١ - الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي
٧٥ - ٧٨
٢ - العربون
٧٩
- المطلب الرابع : صحة التراضي •
الفرع الاول : الاهلية
اهلية الوجوب ، واهلية الاداء وعوارض اهلية الاداء
الفرع الثاني : عيوب الرضا
٨١ - ٩٢
- ١ - الاكراه
٩٤ - ١٠١
أنواعه ، عناصره ،
٢ - الغلط :
١٠١ - ١٠٧
- النظرية القديمة والنظرية الحديثة في الغلط
موقف المشرع العراقي
- ٣ - التغرير مع الغبن
١٠٨ - ١١٠
٤ - الاستغلال
١١١ - ١١٩
معناه ، عناصره ، جزاؤه

النبذة

المبحث الثاني

- المحلل -

تعريفه ، وشروطه :

- ١ - شرط الامكان او الوجود ١٢٤-١٢١
٢ - شرط التعيين ١٢٥
٣ - قابلية المحل للتعامل ١٢٦
فكرة النظام العام وتطبيقاتها ١٣١-١٢٧

المبحث الثالث

- السبب -

- تعريفه ١٣٢
النظرية التقليدية في السبب ١٣٥-١٣٣
نقدها ودفاع الاستاذ كايبتان عنها
نظرية القضاء - الباعث الدافع ١٣٦
موقف الفقه الاسلامي والتشريع العراقي منها ١٣٧
اثبات السبب ١٣٨

المبحث الرابع

- اوصاف العقد -

- نظرية البطلان -

اولا : في الفقه الغربي *

- العقد الباطل بطلانا مطلقا ، حالته ، آثاره . ١٤٥-١٤٠
فكرة انتقاص العقد ، وتحوله .
العقد الباطل بطلانا نسبيا : ١٤٦

ثانيا : في الفقه الاسلامي وموقف التشريع العراقي ١٥٣-١٤٧

النبذة	
١٥٩-١٥٤	اقتران الشرط بالعقد
	الفصل الثاني
	- آثار العقد -
	- المبحث الأول -
١٦١	الآثر الملزم للعقد بين المتعاقدين
١٦٢	المطلب الأول : نسبية اثر العقد
١٦٦-١٦٤	العقد الصوري
١٧٤-١٦٧	نظرية الظروف الطارئة
١٧٥	اثر العقد بالنسبة للخلف
١٨١-١٧٦	الخلف العام
١٨٥-١٨٢	الخلف الخاص
١٨٧-١٨٦	التعهد عن الغير
	المطلب الثاني : الظرف أثر العقد الى الغير
١٩٤-١٨٨	الاشتراط لمصلحة الغير
	شروطه وأحكامه
	المبحث الثاني
٢٠١-١٩٥	تفسير العقد
	المبحث الثالث
	المسئولية العقدية (ضمان العقد)
	الفرع الأول :- اركان المسئولية :
٢٠٤-٢٠٣	١ - الخطأ
٢٠٧-٢٠٥	٢ - الضرر
٢٠٨	٣ - رابطة السببية

النبذة

الفرع الثاني : اسباب الاعفاء من المسؤولية العقدية :

- ٢٠٩ - ١ - اتفاقات الاعفاء
٢١٠ - ٢ - السبب الاجنبي

الفصل الثالث

- انحلال العقد -

المبحث الاول

الفسخ والاقالة

- ٢١٨-٢١٣ - ١ - انواع الفسخ
٢١٩ - ٢ - شروط الفسخ
٢٢٢-٢٢٠ - ٣ - آثار الفسخ

المبحث الثاني

الالغاء والرجوع

- ٢٢٣ - اولا : الالغاء
٢٢٤ - ثانيا : الرجوع

الباب الثاني

- الارادة المنفردة -

- ٢٢٨ - الوعد بجائزة (الجعل)

الباب الثالث

- العمل غير المشروع -

- ٢٢٩ - كلمة تمهيدية

فصل تمهيدى

المبحث الاول

- ٢٣٤-٢٣٠ - تاريخ المسؤولية التقصيرية

- ١ - فى القانون الرومانى
- ٢ - فى القانون الفرنسى القديم
- ٣ - فى القانون الحديث
- ٤ - فى التشريع العراقى

المبحث الثانى

التمييز بين المسئولية التقصيرية والجنايية والعقدية

- اولا : التمييز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية
٢٣٦-٢٣٥
- ثانيا : التمييز بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية
وتحديد نطاق كل منهما
٢٤٢-٢٣٧
- ثالثا : الخبرة بين المسئولتين العقدية والتقصيرية
٢٤٥-٢٤٣

الفصل الاول

المسئولية عن الاعمال الشخصية

المبحث الاول

القواعد العامة فى مسئولية الانسان عن افعاله

المطلب الاول : اركان المسئولية :

- الفرع الاول : الضرر
٢٤٧-٢٤٦
- الفرع الثانى : الخطأ ، تعريفه
وعناصره ، وحالات انعدامه
٢٦٠-٢٤٨
- الفرع الثالث - رابطة السببية
٢٦٧-٢٦١

تعدد الاخطاء وتعدد الاضرار

المطلب الثانى : احكام المسئولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية

- اولا : دعوى المسئولية
٢٧١-٢٦٨
- ثانيا : التعويض
٢٧٣-٢٧٢

التبذة

المطلب الثالث : اتفاقات الاعفاء واثرها في تدبيل احكام

المسئولية

٢٧٤

اولا : شرط الاعفاء من المسئولية

٢٧٧-٢٧٥

ثانيا : التأمين من المسئولية

المبحث الثاني

تطبيقات خاصة لمسئولية الانسان عن أعماله الخاصة

٢٨٣-٢٧٨

الفرع الاول : اساءة استعمال الحق

٢٨٦-٢٨٤

الفرع الثاني : الاتلاف

٢٩٦-٢٨٧

الفرع الثالث : الغصب

الفصل الثاني

مسئولية الانسان عن عمل الغير وعن الأشياء

المبحث الاول

مسئولية الانسان عن عمل الغير

٣٠١-٢٩٧

الفرع الاول : مسئولية الانسان عن عمل الغير تحت رعايته

٣٠٣

الفرع الثاني : مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه

شروط المسئولية

٣٠٧

على من تقع المسئولية

٣٠٨

اساس المسئولية وطريقة التخلص منها

٣٠٩

رجوع المسئول عن عمل الغير من احدات الضرر

المبحث الثاني

٣١٩-٣١٠

الفرع الاول : المسئولية عن فعل الحيوان

شروطها وعلى من تقع واساسها وطريقة التخلص منها

النبذة

٣٣٠-٣٢٠

الفرع الثاني : المسئولية عن الاشياء غير الحية

صورها ، شروطها ، اساسها طريقة التخلص منها •

الباب الرابع

المصدر الرابع - الكسب دون سبب

٣٣١

تمهيد وتقسيم

الفصل الاول

النظرية العامة للكسب دون سبب

٣٣٥-٣٣٢

المبحث الاول : شروط النظرية

٣٣٧-٣٣٦

المبحث الثاني : احكامها

الفصل الثاني

تطبيقات فكرة الكسب دون سبب

٣٣٨

المبحث الاول : المدفوع دون حق

٣٤٠-٣٣٩

الفرع الاول : شروطه

٣٤٣-٣٤١

الفرع الثاني : احكامه

٣٤٦-٣٤٤

المبحث الثاني : قضاء دين الغير

الباب الخامس

٣٤٧

القانون

الخطأ والصواب

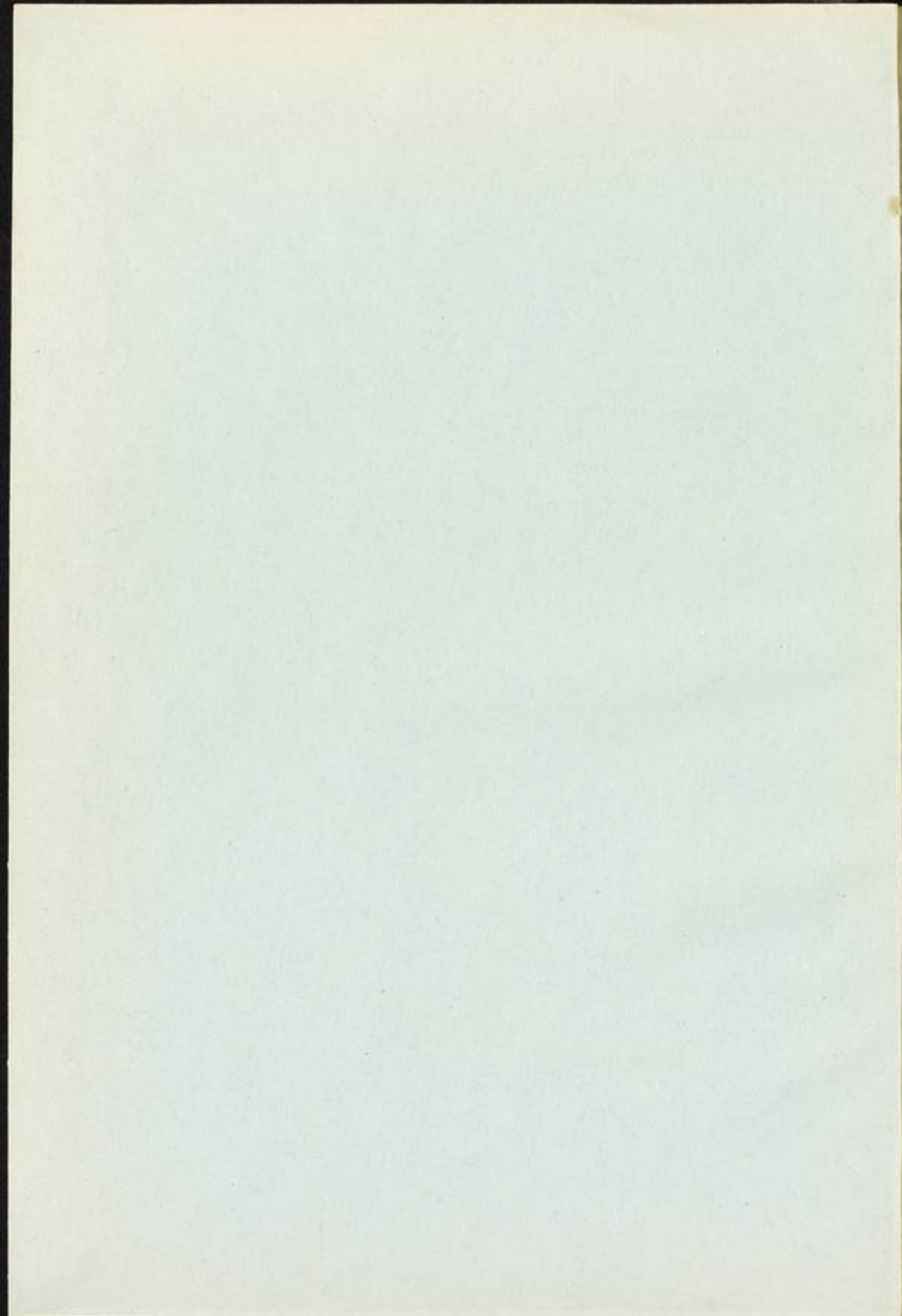
الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٩	١٩	القائي	القانوني
٣٢	١٢	الآداب	الاقتصاد
٣٦	٧	لا يدل	يدل
٣٨	٧	الملكي	المالكي
٤١	١٣	مم	مع
٤٢	١٩	الى رجعنا	اذا رجعنا
٤٥	٨	غالبين	غائبين
٤٥	١٠	لالى	لا الى
٥٧	٩	دن	دون
٩٢	١٢	الويعه	الوديعه
١٢٨	١٥	ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والتمسك بتنفيذه عن طريق التعويض	ت حذف

• وهناك بعض الاخطاء الطفيفة التي لا تخفى على القارىء .

1000/103
1970/2/10







Cornell University Library
KF 3186.D53

Usul al-iltizam :



3 1924 025 057 229

lib.fern



Cornell Law School Library

