BOBST LIBRARY
3 1142 02840 8121



GENERAL UNIVERSITY
LIBRARY

Provided by the Library of Congress
Public Law 480 Program

70-962119

شرح القانون المدني

أصول الالتزام

الدكتور
حسن علي الذنون
استاذ القانون المدني
بكلية القانون والسياسة

مطبعة المعارف ـ بغداد
١٩٧٠

شرح القانون المدني

al-Dhannun, Ḥasan ʿAlī.

أصول الالتزام

/Uṣūl al-iltizām./

الدكتور
حسن علي الذنون
أستاذ القانون المدني
بكلية القانون والسياسة

مطبعة المعارف - بغداد
١٩٧٠

Near East
JQ
1825
.I7
.D45
c.1

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 لتعم الاستفادة منها .

ويلاحظ القارىء الكريم انني جريت في هذا المؤلف على نمط يختلف بعض الشيء عما ألفه شراح القانون المدني وخاصة من كتبوا منهم في موضوع الالتزام . واظن ان العلة في هذا السلوك واضحة اذ لم يعد خافيا على رجال القانون عامة والقانون المدني خاصة ان للقانون المدني العراقي طابعة الخاص الذي يميزه عن معظم التشريعات المدنية الغربية منها والعربية على حد سواء ، فهو محاولة موفقة الى حد بعيد لصب النظم والمبادىء القانونية الاسلامية في اطار تشريعي حديث ، ومن هنا اختلف تشريعنا المدني في مضمونه وفي مصطلحاته عن التقنينات المدنية الاخرى ، ويكفي للتأكد من ذلك ان تلقي 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 التي انطوت عليها هذه النصوص اما لا وجود لمثلها في التشريعات المدنية الاخرى او مختلفة كثيرا او قليلا عما هو معروف ومقرر في تلك التشريعات ، فهذه صيغ معينة للتعبير عن الارادة ، وهذه وسائل معينة كذلك لهذا التعبير (المادتان ٧٨ ـ ٧٩) . وهذا مجلس للعقد يجرنا الكلام عنه الى بحث فكرة اخرى مقاربة هي فكرة خيار المجلس ، وهذا تنظيم خاص للعقود الصحيحة والعقود الباطلة لا يأتلف في كثير من احكامه مع ما هو مقرر في القوانين المدنية الاخرى ، وتلك صور خاصة للاعمال الضارة من اتلاف وغصب ، وغير ذلك كثير تجده في ثنايا هذا المؤلف .

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

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يلاحظ القارىء انني تجنبت الخوض في الجدل النظري المحض الذي لا يعود عليه بفائدة عملية ، واني 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 أبغي وذلك فضل الله ، وان كنت قد قصرت فالعصمة لله وحده عليه توكلت واليه انيب .

حسن علي الذنون

ـ باب تمهيدي ـ

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

١ ـ يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الاشخاص فى 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 فى العلاقة القانونية .

٢ ـ ويعتبر القانون المدني الاصل الذى 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 باسرته .

وأما الاحوال العينية فهي مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الفـــرد بغيره من الافراد من حيث المال اى انها الروابط المالية ولهذا تسمى احيـانا بالمعاملات • ولا يزال القانون المدني العراقي قاصرا على المعاملات دون الاحوال الشخصية لعدة اسباب واعتبارات تاريخية ودينيـــة ومذهبيـة • فللأحوال الشخصية قانون خاص هو القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ ، ودراسة احكام هـــذا القانون تخرج عن نطـاق دراسة الالتزام •

٣ ـ 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) وبلفظ (الدين) يؤدي نفس المعنى الذى يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) كما جاء فى الفقرة الثالثة من المـادة (٦٩) من قانوننا المدني •

٤ ـ التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي :ـ 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 فى انه (أى الحق الشخصي) لا ينصب على هـذا الشيء بصورة مباشرة بل هو سلطة ضد شخص آخر تلزمه بأداء معين (Prestation) . فمحل الحق الشخصي عمل به يلزم المدين ولهذا كان لابد 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 ـ تقريب الحقين العيني والشخصي :ـ على الرغم من ان التفرقة بين الحقين العيني والشخصي تفرقة تقليدية مستقرة الا ان بعض الفقهاء حاولوا هدمها أو التشكيك فى فائدتها على الاقل ، 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 ـ المذهب الشخصي :ـ يرى انصار هـذا 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 هـذا 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 .

واذا كان هناك اختلاف بين الحقين فانما هو اختلاف فى مدى الالتزام لا فى طبيعة الحق ، فالملتزم فى الحق العيني هم الناس كافة ، والتزامهم هذا التزام سلبي على الدوام يتمثل فى عدم التعرض لصاحب الحق فى حقه .

اما الملتزم فى الحق الشخصي فهو شخص معين بالذات أو اشخاص معينون ، وقد يكون التزامهم هذا سلبيا احيانا وايجابيا احيانا اخرى .

٧ ـ نقد الرأى المتقدم : يمكن تلخيص اوجه النقد التي وجهت الى هذا الرأى فيما يلى :ـ

أ ـ ان الواجب الملقى على الناس كافة بعدم التعرض لصاحب الحق العيني فى 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 ـ ان هذا الواجب العام متوفر كذلك فى 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 .

جـ ـ انه لا يتصور تكليف الناس كافة باحترام حق معين الا اذا كانت جميع عناصر هذا الحق قد اكتملت من قبل ، فهذا الواجب العام الذى 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 ـ المذهب المادى :ـ يرى انصار هذا المذهب (وعلى رأسهم الفقيهان

الفرنسيان سالى ولامبير) ان الحق الشخصي كالحـق العيني ، عنصر من عناصر الذمة المالية . فليس المهم فى الحق اطرافه بل محله .

واذن يكون الحق الشخصي شبيها أو قريبا من الحق العيني لأن كلاً منهما يمثل قيمة مادية ، يجوز التصرف فيها ، فلا فرق بين دين لي فى ذمة فلان قدره مائة دينار وبين مائة دينار نقد فى يدي ، ولا معنى للتفرقة بين الحقين 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 ـ نقد الرأى المتقدم :ـ مهما يكن من أهمية هذا المذهب وفوائده العملية والنظرية ، الا انه يغفل عنصرا هاما من عناصر الحق الشخصي هو كونه رابطة بين شخصين أو أكثر ، فالحق الشخصي رابطة بين طرفين وهو فى الوقت نفسه رابطة بين ذمتين فليس من المستساغ تغليب احدى هاتين الرابطتين على الاخرى .

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

وقد أقر المشرع العراقى 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 يمتنع عن عمل » (م ١/٦٩) .

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

ثانيا ـ اهمية نظرية الالتزام وتطورها :

١٠ ـ للنظرية العامة للالتزام أهمية كبرى من الناحيتين النظرية والعملية ، فجميع الروابط القانونية التي تنشأ بين الناس يمكن ردها الى فكرة الالتزام ، وفى ثنايا 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 اكثر ابواب القانون اغراقا فى 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 قيل فى ثبات هذه النظرية واغراقها فى 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 فلابد 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 فى معظم جوانبه ، الا ان كثيرا من (محتويات) هذا الاطار العام وجزئياته متطورة تغيرت تحت ضغط ظروف وعوامل متعددة خلقية واجتماعية وسياسية واقتصادية .

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

فهم الذين حرروا العقد من شكليته 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 الناشيء 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 فى المسئولية 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 فى استعماله ، وفكرة النظام العام ، كل هذه افكار ومبادىء كان للعوامل الخلقية الفضل الاول فى تطويرها أو اقرارها وتثبيت دعائمها .

١٢ ـ اثر العوامل الاقتصادية :ـ 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 الرومانى (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 وتعـــددت 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 الاذعان ، والعقد الموجه ، والعقد الجبرى ، وفكرة تحمل التبعة او المسؤولية الشيئية ، ونظرية الظروف الطارئة ، وفكرة وقف تنفيذ العقد ، افكار لم تكن معروفة او معترفا بها من قبل .

ونظرية الغبن اخذت تتسع فى القوانين الوضعية الحديثة فاصبحـت 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 وانكمشت قواعد الاعـلان واشـهار التصرفات فى نواح واتسعت فى نواح اخرى وهكذا .

١٣ ـ اثر العوامل السياسية والاجتماعية : ـ 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 العـدل كمـا كانت تفعل فى الماضي أصبحت الآن تتولى امـورا كثـيرة 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 كثير من القواعد المتعلقة بمدة الايجار ، ومقدار الاجرة ، وحق المؤجر فى اخلاء العين المؤجرة ، من القواعد الآمرة التي لا تجـوز مخالفتها ، وبعد ان كان النظام السائد هو نظام العقد الحر ، اصبحنا امـــام

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

ثالثا ـ خصائص الالتزام :

نستطيع تلخيص خصائص الالتزام فيمايلى :ـ

١٤ ـ اولا :ـ ينبغى ان يكون محل الالتزام (ذا قيمة مادية) :ـ 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 الفني الدقيق الذي تعالجه نظرية الالتزام •

واذا كان من المسلم به فى الوقت الحاضر ان محل الالتزام يجب ان يكون ذا قيمة مادية فان الفضل الاكبر فى ذلك يعود الى الفقيه الالمانى 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 تتلخص وقائعها فيمايلى :ـ

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 ـ ص ١٥ ـ ، عبدالحي حجازي جـ ١ ص ٢٢ ط ١٩٥٤ • بهجت بدوي ص ٢٥ •

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

وقد افتى 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 الأداء 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 (أو أدبية) (م ١/١٥٢) على اننى اود ان الفت النظر فى 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 وبالتالى لايجوز ان يكون محلا لالتزام ، وعلى هذا افتى 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 ذاك ، ولهذا تغيرت الفتوى واجاز الفقهاء الاستئجار على تعليم القرآن أو قراءته ، وبهذا أصبح هذا الاداء ذا قيمة مادية بعد ان لم يكن كذلك فى العصور الاولى للاسلام[٢] .

---

(٢) انظر مثلا : المبسوط للسرخسي جـ ١٦ ص ٣٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ٥٩ ـ ٦٠ .

١٥ ـ ثانيا :ـ 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 هى حوالة الدين ، والصورة الثانية هى 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 ـ او الالتزام ـ 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 اولا ، فاذا بقى بعد ذلك شىء فانها تنقل هذا الفائض الى ورثته ، واذا لم تف اموال المورث بوفاء ديونه كلها فان فائض الديون ينقضي ولا ينتقل الى الورثة تطبيقا للقاعدة الشهيرة التي تحكم هذا الموضوع وهي قاعدة : لا تركة الا بعد سداد دين .

١٦ ـ ثالثا :ـ الالتزام رابطة مؤقتة :ـ فهو امر عارضى وشأن العارض الزوال كمايقول المناطقة ، وبهذا يختلف الالتزام عن (الواجب العام) الذى يقابل الحقوق العامة ، فان هذا الواجب العام ملازم لطبيعة المجتمع يبقى مادام المجتمع باقيا ، فعلى كل فرد فى المجتمع واجب عام هو احترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها ، هذا الواجب العام دائم متجدد لايزول ولا ينقضي ما بقى المجتمع قائما .

اما الالتزام فهو رابطة خاصة تنطوى على معنى التكليف ولايجوز ان

---

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

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

رابعا ـ انواع الالتزام :

يختلف نوع الالتزام باختلاف الزاوية او الجهة التى 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 فى 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 ـ اولا ـ الالتزام السلبي والالتزام الايجابي :

الالتزام السلبى 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 عيني آخر : مثال ذلك : التزام بائع الشيء المنقول المعين بالنوع بنقل ملكية ما باعه الى المشترى •

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 فى ناحيتين همـــا : الاعذار والجزاء .

اما من حيث الاعذار فانه لابد من اعذار المدين بالتزام ايجابى حتى يعتبر متأخرا فى التنفيذ تأخرا يرتب عليه القانون آثارا معينة . اما المدين بالتزام سلبى فلا حاجة الى اعذاره لان مجرد مخالفة هذا الالتزام يعتبر بحد ذاته امتناعا عن التنفيذ يرتب عليه القانون آثاره . وقد نص المشرع العراقى على هذا الحكم فى المادة (٢٥٨) منه .

واما من حيث الجزاء فان القاعدة العامة فى هذا الصدد هى انه اذا أخل المدين بالتزامه السلبي فانه يتعرض فى الغالب الى جزاء (غير مباشر) هو دفع التعويض لانه يصعب (عادة) تصور امكان تنفيذ هذا النوع من الالتزام تنفيذا عينيا قهريا لما فى هذا التنفيذ من ارهاق بالمدين وتدخل صارخ فـى حريته الشخصية ، هذه هى القاعدة العامة فى مثل هذا النوع من الالتزام ومع ذلك فقد يتصور امكان التنفيذ العينى فى بعض صور الالتزام السلبى وذلك فى كل الحالات التى لا يلحق فيها هذا التنفيذ العينى اذى بشخص المدين او تدخلا فى حريته الشخصية مثال ذلك : اذا تعهد شخص نحو آخر بعدم اقامة أبنية على بقعة معينة من الارض او بعدم فتح مطلات على مسافة معينة او على ارتفاع معين ، ثم اخل بهذا الالتزام بأن شيد الابنية او فتـــح المطلات فانه يجوز للدائن فى هذه الحالة ان يطلب من المحكمة الحكم بازالة ما وقع مخالفا للالتزام (م٢٥٢) .

هذا هو جزاء الاخلال بالالتزام السلبي .

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

المدين وذلك بعد استئذان المحكمة فى الحالات العادية غير العاجلة او من غير استئذانها فى الحالات المستعجلة (م/٢٥٠) .

١٨ ـ ثانيا ـ الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة :

الالتزام الفورى هو الالتزام الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه. مثال ذلك بيع الشىء الذى ينفذ دفعة واحدة ، حتى لو تم التنفيذ بعد اجل ، كما اذا اشتريت كتابا تسلمته بعد نقد الثمن مباشرة او اشتريت مقدارا من الحنطة على ان تتسلمها بعد اسبوع او شهر .

واما الالتزامات المستمرة فهى الالتزامات التى لا تقاس بحسب طبيعتها الا بالزمن مثال ذلك الالتزام الذى ينصب على الانتفاع او على الخدمات . فمستأجر الدار لمدة سنة مثلا له الحق فى ان ينتفع بهذه الدار لمدة سنة وعلى المؤجر التزام بتمكين 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 لايمكن قياس المنفعة بدونه فهو يؤدى بالنسبة للمنفعة نفس الوظيفة التى يؤديها الكيل بالنسبة للمكيلات والوزن بالنسبة للموزونات والعدد بالنسبة للمعدودات وسوف نعود الى بيان فائدة هذا التقسيم عند الكلام عن اقسام العقود(٤) .

١٩ ـ ثالثا ـ الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة :

قد يلتزم المدين احيانا بتحقيق نتيجة معينة كأن يتعهد شخص ببناء دار معينة خلال ستة اشهر ، او يتعهد مؤجر بتمكين 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 سيجىء فى الفقرة ٢٧ .

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

اهمية هذا التقسيم : لهذا التقسيم فائدة عظمى تتصل بعبء الاثبات وبيان ذلك : ـ

القاعدة العامة في الاثبات 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 المسؤلية الناشئة عن الاخلال بالتزام بنتيجة (كما في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، او بنقل حق عيني ، او بتسليم شيء ، اوبالقيام بعمل معين) يكتفي من الدائن ان يثبت ان النتيجة التي رمى اليها من انشاء الرابطة القانونية لم تتحقق ، اي يكتفي منه أن يثبت ان مدينه لم يقم بالوفاء او بنقل الحق العيني او بتسليم ما تعهد بتسليمه او بعمل ما تعهد القيام به .

فاذا ادعى مدينه انه قام بتنفيذ التزامه كان عليه (اي على هذا المدين) اثبات ما يدعيه ، فاذا عجز عن الاثبات 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 في وسعه لكنه بالرغم من ذلك لم يفلح في تحقيق النتيجة التي قصد اليها الدائن من انشاء هذه الرابطة القانونية . وعلى المدين اذا اراد درء المسؤولية عنه ان ينفي علاقة السببيه بين الضرر الذي اصاب الدائن والخطأ الذي ارتكبه ، وذلك بأن يثبت ان القوة القاهرة (او الحادث الفجائي) او خطأ الدائن هو الذي حال بينه وبين تحقيق النتيجة .

اما اذا كان التزام المدين التزاما بوسيلة (اى التزاما ببذل قدر معين من الحيطة والعناية) فان عبء الاثبات يلقى على عاتق الدائن الذى يلتزم ـ اذا اراد مساءلة مدينه ـ بان يثبت ان هذا المدين لم يبذل القدر المطلوب من العناية وانه نفذ التزامه بتهور واهمال ، فالطبيب الذى يتعاقد مع مريضه على علاجه لايلتزم بشفائه ، 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 المثلين السالفين هو التزام ببذل عناية خاصة .

ومتى كان موضوع العقد التزاما من هذا النوع فانه لا يكتفى من الدائن أن يثبت وجود الالتزام وعدم تحقق النتيجة التى رمى 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 ـ اى تقسيم الالتزام الى التزام بنتيجة والتزام بوسيلة ـ قاصر على الالتزامات التي يكون محلها قياما بعمل دون غيرها من صور الالتزامات الاخرى .

الـكتاب الاول

مصـــادر الألتـزام

ـ تمهيد وتقسيم ـ

٢٠ ـ يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني الذى انشأ الالتزام • فالتزام المشترى بدفع الثمن مصدره عقد البيع ، والتزام من يتلف مال الغير بالتعويض سببه الفعل الضار (او العمل غير المشروع) والتزام الاب بالانفاق على أولاده 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 فى الجامعة المستنصرية سببه ارادة هذا الواعد المنفردة •

ولدراسة مصادر الالتزام ناحية تاريخية لاتهمنا فى هذا المؤلف الموجز ، وانما نكتفى هنا بدراسة هذه المصادر كما وردت فى التشريع العراقي (ومعظم التشريعات الحديثة) فقد حصر المشرع العراقى هذه المصادر فى المصادر الخمسة التالية :ـ

١ ـ العقد •
٢ ـ الارادة المنفردة •
٣ ـ العمل غير المشروع •
٤ ـ الكسب دون سبب •
٥ ـ القانون •

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

١ ـ التصرف القانى Acte Juridique

٢ ـ الواقعة القانونية Fait Juridique

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

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

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

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

ويلاحظ ان فقهاء الشريعة الاسلامية يستعملون فى كثير من المناسبات تعبير : التصرفات القولية والتصرفات الفعليـة ، ويريـــدون بالاولى ـ اى بالتصرفات القولية ـ ما يريده فقهاء القانون الوضعي بتعبـــير (التصرف القانوني) •

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

بعـــد هـذه الكلمـة التمهيدية تتـولى دراســـة مصادر الالتـزام مصدراً بعد آخر على النحو المتقدم ، ونخصص لكل مصدر منها باباً •

الباب الأول

العقـــد

Le Contrat

٢١ ـ تعريف وتمهيد : ـ العقد كما يعرفه المشرع العراقي عبارة عن « ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه » (م٧٣) مقتبسة من المادة ٢٦٢ مرشد الحيران) .

ويفهم من هذا التعريف :

١ ـ 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 قواعدهـــا الاساسية يستعملون كلمة العقد ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعيـــة سواء اكانت نتيجة اتفاق بين طرفين ام كانت نتيجة ارادة شخص واحد ، اراد ان يلزم نفسه بالتزام شرعي خاص . ولهذا اراد المشرع العراقـــي بالتعريف المتقدم ان يستبعد هذا المعنى ويحصر العقد في نطاقـــه الفني المتعارف عليه في الفقه المدني فيقصره على الالتزامات الناشئة على اتحـــاد ارادتين .

٢ ـ ان المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقـه الاسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني ، فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لا من حيث انه ينشيء 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

التى اشرنا اليها[1] .

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 ذى فائدة قانونية فاثر الاتفاق اما ان يكون : انشاء التزام ، أو نقله أو تعديله أو انهاءه .

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

وقد اخذ الفقهاء بهذه التفرقة جريا وراء الفقيه الفرنسى الشهير (بوتييه) . وليس لهذه التفرقة فى الواقع اى فائدة عملية على خلاف ما يزعم انصارها .

وسوف نتولى بحث العقد على النحو التالى :

١ ـ اركان العقد

٢ ـ آثـار العقد

٣ ـ 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 حـ ١ ص ٧٧ .

فصل تمهيدى

المبحث الاول

تقسيم العقود

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

ويظهر من استقصاء 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 المعقود عليه • وعلى هذا الاساس قسم العقود الى الاصناف الخمسة التالية :ـ

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

٢ ـ العقود الواردة على الانتفاع : وهي : الايجار (بما تشتمل عليه من صور خاصة هي : ايجار الاراضي الزراعية والمساقاة والمغارسة والتزام البساتين وايجار وسائط النقل) والاعارة •

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

٤ ـ العقود الاحتمالية : وهي : المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين •

٥ ـ 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 عقـــود فورية وعقود مستمرة او زمنية .

واذ اكنا سنقتصر على التقسيمات السابقة فان هذا لا يعنـــي ان ليس للعقـد تقسيمات اخرى فهناك العقـد البسيط والعقـد المختلط او المركب وهناك العقد المدني والعقد الادارى وهناك العقد المسمى والعقـــد 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 تنبـه 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 لابد لانعقاده ، الى جانب الرضا من القبض والتسليم واذا كان الفقه المدني الحديث يميل الى التخلص من فكرة عينية العقود التى انحدرت الى التقنينات المدنية من الرومان فانه ينبغى علينا ان لا نساير هـــذا الاتجاه الذى لا يتفق مع مسلك التشريع العراقى فتشريعنا 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 الوديعة ومن العارية ومن رهن الحيازة عقودا عينية حيث نص صراحة على انها لاتتم الا بالقبض ـ انظر المواد ٦٠٣ ، ٦٦١ ، ٦٨٤ ، ٨٤٧ ، ٩٥١ ، ١٣٢٢) .

وفائدة هذا التقسيم ظاهرة فبمعرفة طبيعة العقد نعرف ما اذا كان هذا العقد منعقدا او غير منعقد .

٢٤ ـ ثانيا ـ العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد .

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذى ينشىء التزامات متبادلة بين الطرفين ولذا تصح تسميته بالعقد المتبادل فكل من طرفيه دائن للثاني ومدين له فالبائع دائن للمشترى بالثمن ومدين له بالمبيع والمشترى دائن للبائع بالمبيع مدين له بالثمن ومثله الاجارة والشركة والوكالة المأجورة .

والعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذى يولد التزاما على احد الطرفين فقط فأحد المتعاقدين دائن غير مدين وثانيهما مدين غير دائن كالهبة والوكالة بغير اجر والكفالة . ويستطيع المتعاقدان ان يجعلا من العقد الملزم لجانب واحد بطبيعته عقدا ملزما للجانبين فالهبة المشروطة او المقترنة بعوض والوديعة باجر والوكالة باجر عقود ملزمة للجانبين باتفاق الطرفين .

فائدة هذا التقسيم :

١ ـ يحرر العقد الملزم للجانبين بنسخ بعدد اطرافه . اما العقد الملزم لجانب واحد فيحرر بنسخة واحدة تكون بيد الدائن اذ لا فائدة للمدين من الاحتفاظ بمحرر يقرر دينا عليه .

٢ ـ فى العقد الملزم للجانبين اذا امتنع احد الطرفين عن تنفيذ التزامه او أخل به فللطرف الآخر ان يطلب من المحكمة فسخ العقد وحل الرابطة التعاقدية ولا يتصور الفسخ فى العقد الملزم لجانب واحد .

٣ ـ اذا لم يقم أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ولم يكن

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

٤ ــ فى العقود الملزمة للجانبين يقع تحمل تبعة الهلاك على المديـــن بالالتزام الذى استحال تنفيذه لهلاكه نتيجة سبب اجنبي • وتحمل التبعـة يقع فى العقود الملزمة لجانب واحد على الدائن لا المدين • واوضح ما تقدم بالمثالين التاليين :

اذا هلكت العين المبيعة لسبب اجنبي قبل تسليمها الى المشترى هلكت على البائع ، وهو المدين بالعين لا على المشتري وهو الدائن بها •

واذا هلكت العين المودعة او المعارة نتيجة سبب اجنبى هلكت عـــلى المودع او المعير وكل منها دائن بردها ولايتحمل الوديع او المستعير تبعة هذا الهـــلاك •

٢٥ ــ ثالثا ــ عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة : هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لمـا 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 للاخر •

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 ــ حيث ان التبرعات ضارة بالمتبرع ضررا محضا لهذا فقد اشترط المشرع فيمن يبرمها درجة من الاهلية اعلى من الدرجة التى اشترطها فيمن

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

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

٣ ـ تلعب شخصية المتعاقد دورا جوهريا فى عقود التبرع فيؤدي الغلط فى شخص المتعاقد الى جعل العقد موقوفا . اما فى 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 فى المتعاقد من مؤهلات او مزايا فنية كالتعاقد مع طبيب ، أو رسام أو مغنٍ .

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

٥ ـ قصر المشرع الالتزام بالضمان على عقود المعاوضة فالبائع 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) .

٣٦ ـ رابعا ـ العقود المحددة والعقود الاحتمالية :

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

والعقد الاحتمالى هو العقد الذى لا يستطيع فيه الطرفان المتعاقدان تحديد مركزهما المالي عند ابرام العقد اذ يترك امر نشوء الالتزم اوتحديد مداه معلقا على حادثة مستقبلة فالمجازفة والقمار هي روح العقد الاحتمالي والفيصل الذي يميزه عن العقد المحدد فالتأمين بصوره المختلفة والمقامرة والرهان وترتيب ايراد مدى الحياة عقود غير محددة او احتمالية .

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

٢٧ ـ خامسا ـ العقد الفوري والعقد الزمني (أو المستمر) .

العقد الفورى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه وبعبارة اخرى هو العقد الذى 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 فى آجال مختلفة يعتبر عقدا فوريا لان هذه الآجال ليست عنصرا جوهريا لتحديدموضوع العقد وقياسه وانما هي عنصر عرضي يقتصر أثره على تنفيذ العقد فقط[1] .

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

---

(١) اصول الالتزامات ـ سليمان مرقص ص ٧٧ .

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

مثل هذا عقد التوريد يلتزم به احد المتعاقدين ان يورد للمتعاقد الآخر شيئا معينا يتكرر مدة من الزمن فمحل العقد هنا (وهو الشيء المعين المتفق على توريده) يقاس فى ذاته بالمكان ولكن المتعاقدين اتفقا على ان يتكرر مرات عدة من الزمن فجعلاه يقاس (كالمنفعة والعمل) بالزمان لا بالمكان•

وهكذا نجد ان العقد الزمني ينقسم الى عقد ذى تنفيذ مستمر كعقد الايجار وعقد العمل والى عقد ذى تنفيذ دورى كعقد التوريد وعقد الايراد المؤبد او الايراد المرتب مدى الحياة[٢] •

فائدة التقسيم :

(١) للفسخ أثر رجعي فى العقد الفورى ، وليس له مثل هذا الاثر فى العقد المستمر •

(٢) المجال الطبيعي لتطبيق نظريـة الظروف الطارئة هي العقود الزمنية لا العقود الفورية •

(٣) وكذلك تنحصر فكرة وقف تنفيذ العقد التي هي نتيجة قوة قاهرة مؤقتة فى العقود الزمنية دون العقود الفورية •

(٤) الاصل ان الاعذار واجب فى العقود الفورية • اما فى العقود الزمنية فلا ضرورة لـه لان المفروض ان كل تأخير ضار لانـه يفوت وقتا لا يمكن أن يعود •

---

(٢) استاذنا السنهوري ـ الوسيط جـ ١ ط ٢ ص١٧٩ •

المبحث الثـــاني

مبدأ سلطان الارادة

(Autonomie de la Volonté)

٢٨ – يقصد بهذا المبدأ امران :

١ – ان الارادة وحدهـا تكفي لانشاء العقد او العمـل القانوني – ويسمى هذا المبدأ بمبدأ كفاية الارادة .

٢ – ان الارادة حرة فى تعيين الآثار التى تترتب على العقد او العمل القانوني .

واذا كان هذا المبدأ بشقيه يبدو من بديهيات علم القانون الآن الا انه لا يرقى الى ابعد من القانون الكنسى ، فقد كانت مبادىء 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 لهـــذا المبدأ اساسا جديدا مستمدا من نظرياتهم السياسية والاقتصادية والفلسفية التي اصطبغت كلها بالمذهب الفردى ، وهكذا فقد ازدهر المبدأ عندهم واتسعت آفاقه وغلا انصاره فى 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 فى هذا المؤلف الموجز .

وقد كان من أثر اكتشاف المخترعات الحديثة ان قامت صناعات كبيرة وتأسست شـركات ضخمة وتركزت رؤوس الاموال واختـــل التوازن الاقتصـادى بين الافـراد واتسعت الهوة بين الطبقـات فسـادت 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 تعسف الاقوياء واستغلالهم ، ففرضت القيود على ارادة رب العمل فى ابرام العقود وفيما يجوز له ان يفرضه على العامل من شروط وفى حقه فى انهاء العقد ، وقيدت ارادة ذوي الاملاك فى تأجيرها وفى تحديد الاجرة وفى انهاء العقد ، والزم الدائنون 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 فى الوقت الحاضر فى 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 فى 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 لتنقل ملكيته او لترتب عليه أي حق عيني عقوداً شكلية لا تنعقد الا باتباع الاجراءات المقررة فى القانون (وهي تسجيلها فى دائرة الطابو) •

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

---

(٣) انظر على سبيل المثال المواد : ٩٠ ، ٩١ ، ٥٠٨ ، ٦٠٢ ، ١١٢٦ ، ١٢٠٣ ، ١٢٨٦ ، ١٣٢٤ ، ١٣٧٨ •

ذلك بالفقه الاسلامي ، فمن العقود العينية فى 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 تعمد الى تحديد مفهوم هذه الفكرة . وبهذا صارت فكرة النظام العام والآداب اداة طيعة مرنة فى 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 تتسع اتساعاً هائلاً ، فقد أصبحت الدولة تتدخل فى انتاج السلع وتبادلها وفى الخدمات التي تقدم الى الجمهور ، وتضع لذلك قوانين وأنظمة تعتبر كثير من قواعدها آمرة تتصل بفكرة النظام العام .

(٤) واذا كان من مقتضى مبدأ سلطان الارادة ان الناس احرار فى أن يتعاقدوا وفى ان لا يتعاقدوا فقد اصبحت هذه النتيجة بدورها مقيدة غير مطلقة . ولعل ابرز الامثلة على هذا القيد (عقد التأمين الالزامي) ، وتمديد عقد الاجارة بقوة القانون ، وفقا 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 قواعدها قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها ، وهكذا تصبح هذه العقود بعيدة

---

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

عن متناول قاعدة حرية التعاقد وسلطان الارادة ، واكتفي فى هذا الصدد بأن اشير الى عقد العمل الجماعي او المشترك .

واكتفي فى هذا الفصل التمهيدي بما تقدم انتقل بعده الى بحث اركان العقـد .

الفصل الأول

ـ اركـان العقـــد ـ

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

ويفهم من هذا التعريف انه لابد لانعقاد العقد من توافـــر تراضي الطرفين ومن ان ينصب هذا التراضي على محل قابل لترتيب اثـر العقد عليه .

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

وعلى هذا نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : اولهـــا للتراضي ، وثانيها للمحل ، وثالثها للسبب .

ـ المبحث الاول ـ

التراضي

(Le Consentement)

٣١ ـ التراضي لغة اتحاد ارادتين أو اكثر على امر معين . والتراضي قانونا اتحاد ارادتين او اكثر على أحداث اثر قانونى .

فالتراضي يفترض اعلانا عن ارادة ، واعلانا عن ارادة اخرى مقابلة ، واتحادا بين هاتين الارادتين .

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

تمهيدية هى مرحلة الاتفاق الابتدائي والعربون احيانا .

ولا يكفى 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 والتغرير 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 .

ـ المطلب الاول ـ

الاعـــلان عن الارادة

٣٢ ـ اذا بقيت الارادة كامنة مستقرة فى الذهن فان علم القـانون لا يعبأ بها ، بل لابد 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 لهـا على احداث هذا الاثر القانونى . ومن ثم لا يعبأ بها علم القانون مثال ذلك ان يظهر شخص اعجابه بربطة عنقك أو سبحتك فتقول له (تفضل) .

٣٣ ـ والتعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا .

ويراد بالتعبير الصريح التعبير الذى تدل اداته على المعنى المقصـود مباشرة ، بحيث ينتفى معها اى احتمال آخر .

وقد يكون ضمنيا اذا كانت اداته لاتدل بذاتها على المعنى المقصـــود

ولكن ظروف الحال هى التى تصرفها الى هذا المعنى ، مثال ذلك ان يبقى المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار ، فان هذا العمل يدل دلالة ضمنية على رغبته فى 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 هى : اللفظ ، والكتابة ، والاشارة والتعاطى ، واى موقف آخر لايدل على الرضا . وبهذا قضت المادة (٧٩) بنصها على انه « كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة ، وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، وباتخاذ اى مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على التراضي .

ونتولى شرح كل وسيلة من هذه الوسائل بايجاز شديد فنقول .

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

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

والصيغة التى يؤثرها فقهاء الشريعة لانعقاد العقد هى صيغة الماضي ، لانها هى المظهر الواضح للتعبير عن الارادة فى مرحلتها النهائية الحاسمة

التى جاوزت 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 تتمخض للحال فأنه يؤخذ فيها بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة[1] .

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

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

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

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

---

(١) استاذنا السنهورى ـ مصادر الحق حـ١ ص٨٥ ومابعدها .

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

٣٦ ـ 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 المالكى لانه يساير مقتضيات التعامل وحاجات العصر .

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

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

---

(٢) انظر : الاموال ونظرية العقد ـ للمرحوم محمد يوسف موسى ص٢٧٠ وما بعدها ، مصادر الحق حـ١ ص ١٠٨ وما بعدها ، الفتاوى الهندية حـ٣ ص٩ ، نهاية المحتاج للرملي حـ٣ ص٤ ، المغنى حـ٤ ص٤ ، مفتاح الكرامة حـ٤ ص١٥١ ، منهاج الصالحين حـ٢ ص١١ وغيرها من كتب الفقه .

وكوضع ميزان او آلة لتوزيع سلع معينة (عن طريق وضع قطعة معينة من النقود فى ثقب الآلة المخصص لذلك) ، وكعرض البضائع فى واجهات المحلات مع بيان اثمانها (م/٨٠ف١) .

٣٩ ـ بقى السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن الارادة . ولما كان السكوت لا يصلح ان يكون وسيلة للتعبير عن الايجاب ، وانما هو يصلح ، فى حالات خاصة ، وسيلة للتعبير عن القبول لهذا فاننا نرجىء الكلام عنه الى حين الكلام عن اتحاد الارادتين .

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

ويكفى ان ابين هنا انه يراد بالتعبير الضمنى التعبير بوسيلة لا تدل بذاتها مباشرة على المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح هذا المعنى المقصود ، مثال ذلك أن يبقى المستأجر فى 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 ـ الارادة الظاهرة والارادة الباطنة : ـ قلنا ان القانون لا يعتد بالارادة ما دامت خفية كامنة فى النفس ، بل لابد لذلك من الاعلان أو التعبير عنها . وقد تكون الارادة المعلن عنها هى نفس الارادة الكامنة المستقرة ظهرت الى العالم الخارجى ، ويستوى فى هذه الحالة الاخذ بالارادة الظاهرة او بالارادة الباطنة ما دامت الارادتان متطابقتين .

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

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

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

٤٣ – (٢) نظرية الارادة الظاهرة :– تعرضت نظرية الارادة الباطنة منذ اواخر القرن الماضى الى نقد شديد وخاصة من قبل الفقهاء الالمان ، فعندهم ان الارادة الباطنة أمر كامن فى النفس لايجوز ان يكون لها اثر فى القانون ، فالارادة التى تنتج اثرا قانونيا هى الارادة فى مظهرها الاجتماعي لا فى مكمنها وهى تختلج فى الضمير ، ولا تأخذ الارادة هذا المظهر الاجتماعى الا بالتعبير عنها ، فالعبرة اذن بهذا التعبير اذ هو الشىء الذى يستطيع القانون ان يحيط به وان يرتب 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 ينطوى على نية اخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية • لانه اذا اختلفت هذه المظاهر عن تلك الارادة الباطنة الخفية واطمأن المتعاقد الى ما اعلن اليه فسوف يترتب على الاعتداد بالارادة الباطنة دون غيرها أن يمتنع انعقاد العقد وان يضار المتعاقد الذى اطمأن اطمئنانا مشروعا 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 الخارجي لا يتفق مع الارادة الداخلية، فهم لو اكتفوا بذلك لاتفقوا مم انصار نظرية الارادة الباطنة ، ولكنهم يذهبون الى مدى ابعد من هذا ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الاصلى للارادة فيجب الوقوف عنده ، فلا يسمح لشخص يدعى انه اضمر غير ما اظهر ما دام قد أراد 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 العلمي ، يضاف الى ذلك ان ايـاً من هاتين الفكرتين لا تستقل بالسيادة فى اى قانون وضعي ، فالتشريعات الحديثة تستبعد اولاهما لاغراقها فى الفردية، وتستبعد ثانيتهما لاغراقها فى المادية ، ونكتفي فى هذا الصدد باقرار حلول عملية معتدلة

---

(٤) بهجت بدوى ـ اصول الالتزامات ص ٨٨ •

(٥) السنهورى ـ الوجيز ص ٥٤ •

تحاول فى صياغتها ان تتجنب قدر الامكان ، ما تتضمنه كلتاهما من نتائج ضارة .

وهذا هو موقف التشريع العراقي بالذات فقد سبق ان قلنا انه يأخذ فى هذه المسألة بالارادة الظاهرة متى كانت صيغة العقد قد جاءت بصيغة الماضى ، وانه يأخذ بالارادة الباطنة متى جاءت صيغة العقد بصيغة المضارع او الامر او الاستقبال ، لان الصيغة فى الحالة الاولى قاطعة الدلالة على الحال ، ولانها ليست كذلك فى 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 فى دلالتها على الاستقبال الا ان المشرع العراقي رأى لضرورات عملية الخروج عن القاعدة العامة فى هذا الصدد والاخذ فى هذه الصيغة بالارادة الباطنة لا بالارادة الظاهرة ، وقد سبق الكلام عن هذا فيما تقدم .

٤٣ ـ هذا واود ان الفت النظر الى ان ما تقرره المادة (١٥٥) بنصها على ان العبرة فى العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني ، لا يعنى ان المشرع العراقي هنا يأخذ بالارادة الباطنة ، وكل ما ارد المشرع تقريره فى 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 فى بحثه عن هذه النية انما يستخلصها من العبارات والصيغ المستعملة لا من ضمير المتعاقد وخفايا نفسه . والواقع اننا الى رجعنا الى شرح الفقهاء لهذه القاعدة نجد ان لا علاقة لها ابداً بفكرة الارادة الباطنة او الظاهرة وانما تتصل بمسألة (تكييف) العقد . ولهذا قالوا فى شرحها :ـ اذا قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذا الدرهم فقال بعتك .. ينعقد بيعا اعتبارا باللفظ ، وسلماً اعتباراً بالمعنى ، ومنها قال بعتك بلا ثمن او لا ثمن لي عليك فقال قبلت فليس بيعاً وفى انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى .

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

ـ التعبير الصادر من النائب ـ

(النيابة وتعاقد الانسان مع نفسه)

اولا : النيـــابة

٤٤ ـ ان مبدأ القوة الملزمة للعقد واقتصار آثاره على اطرافه لا يمنع أياً من الطرفين من ان يحل محله شخصا آخر فى ابرام العقد .

فالنيابة هى حلول ارادة شخص محل ارادة شخص آخر فى التعبير عن الارادة . والنيابة بهذا المعنى فكرة حديثة فالاصل فى القانون الروماني عدم جواز النيابة لأن آثار التصرف القانوني عند الرومان كانت تترتب فى ذمة من اشترك فيه ولا تتعداه الى من لم يكن طرفاً فيه حتى لو كان مـن 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 الاسلامي

---

(٦) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٨ ، سليم باز على المجلـة ص١٩ ، مصادر الحق حـ ٦ ص ٣٢ ـ ٣٣ .

(٧) انظر الوجيز فى لقانون الرومانى لصوفى ابي طالب ص ٣٠٨ وما بعدها .

ارتقى فى هذا الصدد ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي فى تقدمه ويبز القانون الروماني أشواطا بعيد(٨) .

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

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

ونتولى الآن بحث النيابة فى فرعين أولهما لشروطها وثانيهما لآثارها .

ـ الفرع الاول ـ

ـ شروط النيابة ـ

يشترط فى النيابة توافر شروط ثلاثة هي :ـ

١ ـ حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل .

٢ ـ ان تجري ارادة النائب فى الحدود المرسومة لها .

٣ ـ ان يتعاقد النائب باسم الاصيل لا باسمه .

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

---

(٨) انظر بحث النيابة فى الفقه الاسلامى ـ مصادر الحق حـ ٦ ص٢١٩ وما بعدها .

فالرسول ليس الا مجـــرد وسيلة ماديـة يقـوم بحمـــل الخطـاب أو البرقية أو الرسالة الشفهية • ولهذا صح فى الرسول ان يكون عديم الارادة أو ناقصها (صبياً مميزاً أو غير مميز) ، ما دام قادراً على حمل ارادة الغير وتبليغها للطرف الآخر •

اما النائب فأنه يعبر عن ارادته الخاصة لا عن ارادة الاصيل ، فهو الذى يتولى ابرام العقد • فاذا كان النائب والمتعاقد الآخـر موجودين فى مكان واحد اعتبر التعاقد قد تم بين حاضرين على خلاف الرسول اذ يعتبـر التعاقد بين غالبين ولو كان الرسول والطرف الآخر فى مكان واحد •

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

واذا كانت هذه هي القاعدة العامة الا انها ليست مطلقة اذ ينبغي ان لا يغيب عن الاذهان 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 ثمـة عيب من عيوب الارادة يتعلق (بالتعليمات) التي اصدرها الاصيل الى النائب وجب الاعتداد بارادة الاصيل وكان العقـد موقوفاً حتى لـو كانت ارادة النائب خالية من كل عيب •

مثال ذلك : ان يكلف موكل وكيله بشراء شيء معين بالذات حدده له (كشراء سجادة أو سيارة معينة) وكان الموكل على علم بصفات هـذه العـين وما فيها من عيـوب ، فاذا قام الوكيل بشراء هذه العين فى حـدود الثمن الذى 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 بارادة الاصيل لا بارادة النائب ، وارادة الاصيل فى هذا المثال سليمة غير مشوبة بعيب من العيوب •

واذا كان النائب انما يعبر عن ارادته الخاصة فأنه ليس من الضروري مع ذلك أن تكون لهذا النائب الاهلية القانونية للالتزام بالعقد الذى يبرمه ، لان آثار هذا العقد ترجع الى الاصيل لا اليه • الا انه يشترط فى النائب أن يكون اهلا 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 فى حالة النيابة الاتفاقية اذ لا يجوز ان يكون النائب القانوني أو القضائي قاصراً) فانه يجوز لهذا النائب ان يطعن فى عقد الوكالة وينقضه لانه يكون عقداً موقوفاً بالنسبة اليه •

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

فاذا تجاوز النائب هذه الحدود فقد صفته كنائب وأصبح الاصيل (أجنبياً) بالنسبة للتصرف الذى 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 عملا 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 الذى 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 فى هذه الحالة أن يكون (الغير) الذى 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 داخلا فى 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 فى 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 فى هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة » .(٩)

٤٧ ـ الشرط الثالث :ـ تعاقد النائب باسم الاصيل :ـ 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 مختفيا وراء اسم هذا الشخص .

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

---

(٩) انظر شرح هذه المادة فى : الوسيط حـ١/٧ ص ٤٥٤ وما بعدها .

المفروض أن يعلم ان هذا الشخص اذ يتعاقد 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 •

ـ الفرع الثاني ـ

ـ آثار النيابة ـ

فى النيابة اشخاص ثلاثة هم : النائب ، والغير الذى تعاقد معه النائب ، والاصيل ، فنتكلم عن علاقة النائب بالغير ، ثم عن علاقة النائب بالاصيل ، واخيرا عن علاقة الاصيل بالغير •

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

وعلى هذا لا يستطيع النائب ـ بدون توكيل خاص من الاصيل ـ 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 الناشىء عند الاخلال بالالتزام التعاقدى •

٤٩ ـ ثانياً : علاقة النائب بالاصيل :ـ يحدد هذه العلاقة المصدر الذى نشأت عنـــه النيابة • ففي النيـابة الاتفاقية (الوكالة) يحدد عقـد الوكالة هذه العلاقة ومدى حقوق والتزامات كل من الموكل والوكيل • ويتولى القانون تحديد هذه العلاقة بالنسبة للولي (والوصي والقيم) وتتولى المحكمة تحديدها بالنسبة للحارس القضائي والمصفي القضائي •

٥٠ ـ ثالثا : علاقة الاصيل بالغير : تنشأ علاقة مباشرة بين الاصيل والغير ، وتحدد هذه العلاقة طبيعة العمل القانوني الذى قام به النائب نيابة عن الاصيل ، فاذا وكلت شخصا ببيع سيارتك فى حدود مبلغ معين فباعها فى نطاق هذه الحدود ، فان شخصية هذا النائب تختفي مباشرة بعد ابرام عقد البيع وينصرف أثر العقد اليك ، فتكون انت البائع والغير الذى تعامل معه النائب هو المشتري ويحكم عقد البيع العلاقة بينك وبين هـــذا الغـير المشتري •

(تعاقد الانسان مع نفســه)

٥١ ـ قلنا انه ليس هناك ما يمنع من ان تحل ارادة شخص محـل ارادة شخص آخر فى ابرام تصرف قانوني ، وتؤدي بنا هذه القاعدة الى انه من المتصور أن يكون الانسان اصيلا عن نفسه نائبا عن الغير ، أو أن يكون نائبا عن كل من طرفي العقـد ، وفى كلتا الحالتين يبدو كأن العقـد قد ابرم بارادة واحدة ذا تشقين أو وصفين ، وهذا ما يسمى فى الفقـــه الغربي بتعاقد الانسان مع نفسه •

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

٥١ ـ الصورة الاولى : النيابة عن أحد طرفي العقد :ـ وفى هـذه الصورة يكون الشخص اصيلا عن نفسه نائبا عن الغير .

وفى هذه الصورة نفترض محاباة الانسان لنفسه وايثارها على حساب الآخر لهذا فالاصل فى هذه الصورة المنع الا اذا أجازه الاصيل أو نص القانون على خلاف ذلك .

واجازة الاصيل للتصرف لا تثير اشكالا .

اما نص القانون فمثاله نص المادة (٥٨٨) التي تجيز للأب الذى له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده ، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير لا فاحش . (والجد كالاب فى 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 فى 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 الذى يجرى فيه المنع ، تصرف الوصي المنصوب أو القيم فى مال المحجوز عليه ، فهذا التصرف باطل سواء أكان فى ذلك خير للمحجور أم لا (م/٥٨٩) ومثاله ايضا ما نصت عليه المادة (٥٩٢) من منع الوكلاء من شراء الاموال الموكلين ببيعها ومنع مديرى الشركات ومن فى 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 فى هذه الاحوال يصح اذا أجازه 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 ـ الصورة الثانية : النيابة عن طرفي العقد :ـ 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 فى 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 المصرى فى هذه المسألة فهذا القانون يحتوى على مادة صريحة فى منع التعاقد فى هذه الصورة هي المادة (١٠٨) ولا مقابل لهذه المادة فى التشريع العراقي .

ـ المطلب الثاني ـ

ـ اتحاد الارادتين ـ

٥٣ ـ نقسم الكلام عن اتحاد الارادتين الى فرعين :

اولهما ـ للتعاقد بين حاضرين .

وثانيهما ـ للتعاقد بين غائبين .

ـ الفرع الاول ـ

التعاقد بين حاضرين

٥٤ ـ 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 اولا فهو ايجاب والثاني قبول » . وقد تعمد المشرع العراقي تأكيد ان الايجاب هو الارادة التي تصدر اولا 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 ـ وقد لا يصل الانسان الى العزم على ابرام العقد فجأة ، بل الغالب أن يمهد لذلك تمهيدا قد يقصر وقد يطول فى 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 لافتة على محل أو منزل بأنه (معد للايجار) ومثاله عرض البضائع فى واجهات المحلات دون بيان سعرها ، والاعلان عنها فى الصحف أو التلفزيون أو غيرها من وسائل الدعاية والاعلان .

وواضح ان لكل من طرفي المفاوضة حق العدول عنها وقطعها فى 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 المسئولية فى هذه الحالة تكون مسئولية تقصيرية لا مسئولية عقدية .

٥٦ ـ 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 نفاد البضاعة ، وهذا الايجاب المعلق بدوره غير ملزم ، فلمن اصدره أن يعدل عنه ، كما يعدل المفاوض عن المفاوضات .

فاذا اجتاز الايجاب هاتين المرحلتين (وليس من الضرورى أن يمر بهما أو باحداهما) 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 ـ مجلس العقد :ـ 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 فى ذلك •

وثانيهما ـ ان هذه المادة تشير الى ما يسمى (مجلس العقد) •

ومجلس العقد فكرة اسلامية لاقت عناية كبيرة من الفقهاء وأثارت بينهم خلافات طويلة فى 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 ـ دون الدخول فى التفاصيل ـ ان المذاهب الاسلامية تقف من هذه الفكرة موقفين ، فتذهب بعض المذاهب الى انه لابد أن يحدد الطرف الذى وجه اليه الايجاب موقفه من هذا الايجاب (فوراً) وذلك بأن يقبله أو يرفضه • ولما كان هذا النظر ينطوى على كثير من الحرج قد يوقع الناس فى مآزق كثيرة بتسرعهم فى اصدار القبول ، لهذا رأت هذه المذاهب دفع هذا الحرج بتبني فكرة (خيار المجلس) ومقتضى هذه الفكرة أن يسمح لكل من المتعاقدين بحق الرجوع ما داما فى مجلس العقد •

فنحن هنا امام عقد توافرت له اركانه 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 بقبوله 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 للتعاقدين (خيار المجلس) حتى يتمكنا 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 ـ 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 المسئولية التقصيرية .

٥٩ ـ اقتران القبول بالايجاب :ـ 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 فى الحالة الاولى فالامر واضح فقد انعقد العقد باتحاد القبـــول 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 الضرورى لابرام 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 فى 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 لطبيعـة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة » • واما فى الحالة الثانيـــة فالامر واضح كذلك فاذا رفض الايجاب فقد سقط •

واما فى 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 بعـد ثلاثة أشهر فقبل بيعها بنفس الثمن على أن يدفع الثمن فوراً ، فقد سقط ايجابك واعتبرت الارادة الصادرة من مالك الساعة ايجابا جـديدا لا يتم العقد الا بعد أن يصدر عنك قبول مطابق لهذا الايجاب الجديد •

٦٠ ـ بعض صور القبول :ـ ونعرض الآن بعض الصور الخاصة فى القبول واعني بها : (١) السكوت وقيمتـه كوسيلة من وسائل التعبـير عن القبول •

(٢) القبول فى عقود المزاد (أو المناقصة) •

(٣) القبول فى عقود الاذعان •

٦١ ـ 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 ـ لا ينسب الى ساكت قول : ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا .

٢ ـ 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 المشترى بعد أن يستلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط » .

وواضح من هذا النص ان السكوت ـ كقاعدة عامة ـ لا يصلح أن يكون قبولا ، وان السكوت الذى يعتبر كذلك هو ما اطلق عليه المشرع العراقي اسم « السكوت فى معرض الحاجة » أو هو ما يسمى فى فقه القانون المدني « السكوت المسبب » قد حاول بعض الفقهاء بيان الحالات التي يعتبر فيها السكوت مسببا نظرا للظروف الملابسة التي تحيط به[١٠] .

وقد أورد المشرع العراقي حالات خاصة للسكوت الملابس 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 انكلترا ثم نشبت الحرب فأخبره المصنع بأنه يستحيل عليه ارسال ما يطلب بعد أن

---

(١٠) انظر اشباه ابن نجيم ص ٧٨ ، واشباه السيوطي ص ٩٧ـ٩٨ ومصادر الحق لاستاذنا السنهوري جـ١ ص ١٢٩ ـ ١٣٤ .

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

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

(٣) سكوت المشترى الذى يتسلم البضائع التي اشتراها يعتبر قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط كأن تشتمل القائمة على دفع الثمن فى مكان اقامة البائع •

٦٢ ـ ثانيا ـ القبول فى عقود المزاد (أو المناقصة) : تقضي المادة (٨٩) بانه « لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلا 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 فى المزاد (أو المناقصة) لا يعتبر ايجابا 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 العطـــاء 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 محددا بمدة ضمنية تستخلص من ظروف الحـال : 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 التقـــدم 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 الايجـــاب الملزم يسقط بانتهاء المهلة الضمنية فان مجـرد اتجـاه القـائم بالمـزاد (أو المناقصة) الى عطاء آخر دون التثبت من صحته ينطوى على رفض العطاءات الاخرى وبالتالى سقوطها ومتى سقط العطاء فانه لا يعود ثانية لأن الساقط لا يعود كما يقول الفقهاء .

٦٣ ـ ثالثا ـ القبول فى عقود الاذعان : يسمى الفرنسيون هذا النوع من العقود (عقود الانضمام) Contrats d'adhesion وقـــد آثر الاستاذ الجليل الدكتور السنهورى أن تسمى فى العربية (بعقود الاذعان) لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار فى القبول وقد راجت هـــذه 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 ـ وقد انكر بعض الفقهاء على هذه العقود صفتها التعاقدية وذهبوا الى انه ليس لها من العقد سوى الاسم وانها قاصرة على ارادة منفردة تملي قانونها لا على فرد معين ولكن على مجموعة غير محددة من الافراد ، ولهذا يجب أن تفسر كما يفسر القانون ، فلا نهتم بما اعتقده أو أراده العامل الذى أذعن للشروط العامة للالتزام فى هذا المصنع أ ذاك ولا بارادة المسافر الذى يقطع بطاقة سفر بالقطار أو بالطائرة ولكن علينا أن نهتم اولا وقبل كل شيء بأن تكون هذه الوثائق العامة فى صالح المجموعة التي وجهت اليها .

٦٥ ـ على أن فقهاء القانون المدني لا يسلمون بهذا الرأى ويذهبون الى أن عقود الاذعان عقود حقيقية لا يقدح فيها عدم المساواة الفعلية بين طرفيها ، فالاذعان فى هذه العقود هو الرضا بعينه ، وليست المساومة ولا النقاش شرطا فى العقد ، فلا يتحتم فى العقد أن تكون شروطه من عمل طرفين على نفس الدرجة من الحرية والمساواة ، ومهما قيل فى أن أحد الطرفين ضعيف امام الطرف الآخر فان هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج هذا التفاوت الاقتصادى لا يكون بانكار صفة العقد على عقد حقيقي ولا بتمكين القاضي من تفسير العقد كما يشاء بحجة حماية الجانب الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل ان العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى ، 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 تنطوى على ضمانات للمذعن لا نجد لها مثيلا فى غيرها من العقود ، فهذا الايجاب الذى يصدره أحد الطرفين يتسم بالعموم والدوام والانتظام ، ولهذا كانت شروطه واحدة

بالنسبة للجميع وفى 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 فى 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 نوقش بحرية بين الطرفين .

٦٦ ـ خصائص عقود الاذعان :

نستطيع اجمال خصائص عقود الاذعان فيما يلى :

١ ـ يكون الايجاب فى 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 ـ يتخذ الايجاب (قالبا نموذجيا واحدا) لا يختلف من شخص لآخر ويكون غالبا فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة اكثرها لمصلحة الموجب .

٣ ـ يكون الايجاب (لمدة طويلة) فلا يمكن أن يقال ان شروط الايجاب فى هذه العقود تظل قائمة مدة من الزمن تكفي للاجابة عليها ، واظهر ما يبدو فيه طول مدة الايجاب ذلك الايجاب الذى يصدر من شخص يتمتع باحتكار قانوني (مصلحة الكهرباء ، اسالة الماء ، التلفونات ، سكك الحديد ... الخ) فهو يحدد اسعاره وشروطه على أساس تعريفة 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 ـ القبول فى عقود الاذعان تسليم بالشروط التي وضعها الموجب وهذا ما أكده المشرع فى المادة (١/١٦٧) .

٦٧ ـ سلطة القاضي فى التدخل فى عقود الاذعان :

كانت المسألة الاساسية التي أثارتها عقود الاذعان ـ قبل تنظيمها تنظيما تشريعيا ـ 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 فى المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي ولهذه الحماية وسيلتان أو مظهران هما :

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

فله أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي 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 فى عقد اذعان كان له أن يعد له بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه (شرط عدم قابلية بطاقة السفر بالقطار للتحويل مثلا) .

ب ـ يكون تفسير العبارات الغامضة فى هذه العقود لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا . فاذا كان هناك بين القواعد العامة قاعدة تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين (١٦٦) فان مجال تطبيق هذه القاعدة هي عقود المساومة التي يقف فيها كل من الطرفين موقف الند من الطرف الآخر . اما فى عقود الاذعان فليس الامر كذلك فأحد الطرفين يملي

ارادته على الطرف الآخر وينفرد بوضع (مشروع) العقد ، فاذا كانت هذه الشروط والصيغ التي أملاها غامضة مبهمة كان ذلك دليلا على تقصيره وخطأه بل وعلى سوء نيته ، فيفسر الغموض فى مصلحة المدين اذ كان فى مقدور الدائن أن يجعل عباراته واضحة لا لبس فيها • وعلى هذا الاساس قضت احدى المحاكم الفرنسية بأن الضمان المعطى لصاحب المشروع بالنسبة للحوادث التى تقع لمستخدميه أثناء اعمال الطلاء أو تركيب الزجاج ، يمتد الى الحوادث التي تصيب هؤلاء العمال اثناء هدم حاجز من الالواح اذا ثبت ان هذا العمل كان اعدادا وتهيئة لاعمال الطلاء •

وقضت احدى المحاكم المصرية : بأن الشك فى عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له اذ أن المؤمن الذى حرر العقد كان يمكنه أن يتلافى كل غموض فى تحديد مدى الخطر المؤمن ضده ، وهكذا فقد رفضت المحكمة تشبيه الخطأ الجسيم بالغش وقضت بالتعويض لشخص قاد السيارة وهو فى حالة سكر بالرغم من ان عقد التأمين ينفي المسئولية عن الشركة اذا كانت الاضرار ناشئة عن (غش) المؤمن له[١١] •

ـ الفرع الثاني ـ

التعاقد بين غائبين

٦٨ ـ ليس فى قواعد القانون العامة ما يحول دون انعقاد بين غائبين فجميع العقود يمكن ابرامها عن طريق المراسلة ، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك •

ويفترض التعاقد بين غائبين تدخل وسيط لايصال ارادة أحد الطرفين

---

(١١) انظر لتفصيلات اخرى فى مذكراتنا لطلبة الماجستير ص٨٦ـ ٩٨ •

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

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

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

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

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 فى هذه النظريات وفى موقف المشرع العراقي منها فى النقاط التالية :ـ

٧٠ ـ أ ـ نظرية اعلان القبول :

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

فضلا عن انها تتفق كذلك مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل ، اذ يستطيع القابل بمجرد اعلان قبوله ان يطمئن الى انعقاد العقد فيبني 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 وارادته المنفردة ، اذ يستطيع هذا القابل أن يعدل عن قبوله أو أن يسحبه ، فهذا القبول في الواقع ليس أكثر من قبول ذهني لم يتحقق له الوجود الاجتماعي .

٧١ ـ ب ـ نظرية تصدير القبول :

تتفق هذه النظرية مع النظرية الاولى في جوهرها أي انها تجعل انعقاد العقد منوطا بالاعلان عن القبول ولكنها تشترط في 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 في 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 ـ ج ـ نظرية تسلم القبول :

يرى أنصار هذه النظرية ان العقد لا يتم الا اذا تسلم 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 تسلم القبول تتأرجح بين نظريتي التصدير والعلم فهي بين أن تكون قد أخذت بنظرية التصدير مستأنية حتى يصل

القبول الى الموجب وبين أن تكون قد أخذت بنظرية العلم متعجلة اذ تجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم[١٢] .

٧٣ ـ د ـ نظرية العلم بالقبول :

يرى أنصار هذه النظرية ان العقد لا يتم الا بعلم الموجب بقبول من وجه الايجاب اليه . وتتميز 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 فى المعاملات .

ولكن الاخذ بهذه النظرية على اطلاقها يؤدي بنا الى الوقوع فى عكس المحذور الذى وقع فيه أنصار النظرية الاولى (نظرية اعلان القبول) وأعني بذلك انها تجعل القابل تحت رحمة الموجب فالعلم بالقبول أمر تستحيل معرفته غالبا 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 ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك . ٢ ـ ويكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما » .

---

(١٢) السنهوري ـ الوجيز ص ٨١ .

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

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

(٢) أخذ كل من التقنينين السورى واللبناني بنظرية اعلان القبول ، وقد اضطر المشرع السورى الى مجاراة المشرع اللبناني فى هذه المسألة نظراً لكثرة المعاملات التجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية فى هـــذا الموضوع بين البلدين حتى لا يقع تنـازع بين قانونيهمـا يؤدى الى عرقلة التجـــارة والاضرار بحقوق المتعاقدين .

(٣) ان تحديد زمان العقد يؤدى 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 الذى يميز بين التعاقد بين غائبين وبين التعاقد بين حاضرين هو وجود فترة زمنية تفصـل بين (صدور القبول وعلـم الموجب به) فى حالة التعاقد بين غائبين وعدم وجودها فى حالة التعاقد بين حاضرين ، ولما كانت هذه الفترة الزمنية لا وجود لها فى حالـة التعاقد عن طريق التلفون او أية طريقة مماثلة لهذا قرر المشـــرع 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 مـن

النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفه سواء كان هـذا الاتفاق صريحا او ضمنيا .

المطلب الثالث

ـ مرحلة تمهيدية فى التعاقد ـ

قد تسبق العقد مرحلة تمهيديـة تؤدى ـ عـلى وجه محقق او غير محقق ـ الى هذه المرحلة النهائية أى الى ابرام العقد ، وابرز صور هـذه المرحلة التمهيدية هي : الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي ، والعربون .

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

والوعد بالتعاقد ليس نـادر الوقوع فى الحيـاة العملية فقـد يتوقع شخص حاجته فىالمستقبل الىارض بجوار مصنعه او منزله ولكن لايستطيع شراءها فورا فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الارض علىأن يتعهد هذا ببيعها له اذا ابدى رغبته فى الشراء فى مدة معينة ، وقد تعمد بعض شركات البناء العقارية ، رغبة منها فى تسهيل تأجير مبانيها ، الى وضع شرط فى عقـد الايجار يتضمن وعدا ببيع العين المستأجرة الى المستأجرين فى نهاية مـدة الايجار اذا ما دفع المستأجر بانتظام الاجـرة المتفق عليها وهي فى معظم الاحيان اكثر من اجر المثل ، وقد يقع الوعد بالعقد فى البيوع التى تحصل بالمزاد لسبب من الاسباب يمنعك منان تتقدم بنفسك للمزايدة (او المناقصة) وتتفقمعي على انني انا الذى اتقدم لذلك وتحصل مني على وعد بأن ابيعك العين او جزءا منها اذا ما رسا مزادها على . والامثلة كثيرة نكتفي بما تقدم .

ويتضح من الامثـلة المتقـدمة ان الوعـد بالعقد اكثر من ايجاب لانه

يتألف فى الواقع من ايجاب وقبول فهو عقد لا مجرد ايجاب .

٧٦ ـ 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 وتعدني بشرائها بهذا الثمن خلال هذه المدة وهذا الوعد الملزم للجانبين هو (العقد الابتدائي) وهو فى مثالنا المتقدم عقد بيع ، فلماذا اذن لجأ الطرفان الى تسميته وعدا وهما فى الواقع يبرمان بيعا تاما ؟ يرجع السبب فى ذلك الى اعتبارات عملية محضة فقد يرى المشترى ، 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 المشترى وبالضمانات (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) والتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع .

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

فاذا ابرم العقد النهائي ـ وليكن بيعا مثلا ـ 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 ـ 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 وعدي والتقيد به انتظارا لموقفك وهواك . وعلى هذا تبقى السيارة مملوكة لي فاذا احترقت تحملت انا تبعة هذا الهلاك، واذا كنت التزم بالتقيد بوعدي فان هذا الالتزام ينطوي كذلك على التزام سلبي هو امتناعي عن القيام بأي عمل يحول دون ابرام العقد اذا ما رغبت في ابرامه ، فاذا اخللت بهذا الالتزام وجب على التعويض والمسئولية هنا مسئولية عقدية لا تقصيرية .

٧٨ ـ المرحلة الثانية : بعد ظهور رغبة الموعود له :ـ 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 بشيء 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 معينا فلا بد من مراعاة هذا الشكل في الاتفاق الابتدائي وفي الوعد بالتعاقد .

---

(١٣) السنهوري ـ الوجيز ص ٨٩ ـ ٩٠ .

ويلاحظ اخيرا ان فكرة العينية التي اضفاها القانون على بعض العقود تتنافى مع فكرة الوعد بالتعاقد ومع العقد الابتدائي فلا عبرة بالوعد بالتعاقد في عقد القرض مثلا .

٧٩ ـ ثانيا ـ العربون :

تقضي المادة (٩٢) بأنه ـ « ١ ـ يعتبر دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ ـ 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 لاى 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 جزاءاً 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 الذى عدل عن العقد هو الطرف الذى قام بدفع العربون وجب عليه تركه وضاع عليه .

واذا كان الذى عدل هو الطرف الذى تسلم العربون وجب عليه رد العربون مضاعفا ويكون العربون في حالة العدول عن العقد التزاما بديلا لالتزام اصلي هو محل العقد ، ومن هنا اختلف العربون عن الشرط الجزائي الذى 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 ويطالب بالمضي 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 جزافياً) فانه يكون محلا لتقدير القاضي على خلاف العربون اذ لا يجوز للقاضي التدخل في مقداره زيادة او انقاصا .

المطلب الرابع

صحة التراضي

٨٠ ـ 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 ـ تعرف الاهلية بانها : صلاحية الانسان لان تكون لـه حقوق وعليه التزامات ، وصلاحيته لاستعمال هـذه 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 ـ اولا ـ 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 اهليـة 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، ولـكنها اهلية وجوب ناقصة من وجهين : اولهما انهـا قاصرة عـلى 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 اهليـة الجنين بالنسبة لصلاحيته لاكتساب الحقـوق قاصرة على تلك الحقوق التي لا يحتاج اكتسابها الى صدور عمل ارادى اى الحقوق التي تنشأ عن القانون أو عن الارادة المنفردة للغير ، وعلى هـذا يصح أن يكتسب الجنين حقا عن طريق الميراث ، وعن طريق الوصية ، وعن طريق الوقف ، لأن هذه الحقوق يرتبهـا القـانون 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 فى الشريعة الاسلامية ان لا تركة الا بعد سداد دين فاذا قلنا بانتقاء اهلية الوجوب بمجرد الوفاة وكان على التركة ديون ينبغي سدادها وتصفية التركة منها كان معنى هذا ان تبقى التركة فترة فى الزمن (هي الفترة الواقعة بين الوفاة وبين انتقال التركة الى الورثة) سائبة لا مالك لها وفى التصوير المتقدم ذكره تجنب لهذه الحالة التي لا تقرها الشريعة اذ لا سائبة فى الاسلام .

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

٨٣ ـ ثانيا ـ اهلية الاداء :

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

ومناط 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 فى مراحل عمره ، كما قد يتأثر بأثر عرضي طارىء هو العوارض العقلية . ونتولي فيما يلي شرح هذه المؤثرات طبيعية كانت أو عرضية .

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

٨٤ ـ الدور الاول :

من حين الولادة الى تمام السابعة من العمر :ـ والصغير فى هذا الدور عديم التمييز وبالتالى فهو عديم اهلية الاداء . وانعدام تمييز الصغير

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

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

وللولي التصرف فى مال الصغير بمثل القيمة أو بغبن يسير 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 للوصي فان المشرع يفرق فى هذا الصدد بين عقود الادارة وبين عقود التصرف •

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

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

٨٥ ـ الدور الثاني :

من بعد تمام السابعة الى بلوغ سن الرشد (١٨ سنة) :ـ وفى هـذا

الدور يتمتع الصغير بتمييز ناقص وبالتالى بأهلية أداء ناقصة • وبيان ذلك :

ان التصرفات فى هذا المجال تنقسم الى ثلاثة أقسام :

اولها : تصرفات نافعة نفعا محضا (كقبول الهبات والوصايا) وللصغير اجراء هذه التصرفات وتكون صحيحة دون حاجة الى اذن الولي أو الوصي •

وثانيها : تصرفات ضارة ضررا محضا (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 ـ 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 وتمرينا ، 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 صادرا 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 (اتجارا) لا هبة أو تبرعا ولا ينصرف لفظ التجارة هنا الى الاعمال التجارية خاصة وانما هو ينصرف الى كل عقود المعاوضة تجارية كانت أو مدنية •

٨٧ ـ الدور الثالث :

بعد تمام الثامنة عشرة :ـ وفى هـذا الدور يكتمل تمييز الانسان فتكتمل 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 تؤدى الى انعدام تمييزه أو اضعافه • وهذه العوارض هي :ـ

٨٨ ـ ١ ـ الجنون :

وهو آفة تصيب قوى الانسان العقلية فتعدم تمييزه وبالتالى 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 نفعا محضا •

٨٩ ـ ٢ ـ العتـــه :

وهو فى رأينا عارض (يضعف) القوة العقلية ولا يعدمها ومع هـذا فان بعض كتب الفقه والفتاوى تفرض ان العته قسم مقابل للجنون قد يصحبه التمييز احيانا وقد لا يصحبه(١٤) • وفى هذا يقول بعض الاساتذة « وكلا هاذين العارضين ـ اى الجنون والعته ـ يذهب بسلامة الادراك وتقـدير الامور تقديرا صحيحا ، والعته قد يكون معه تمييز فيكون المعتوه مميزا وقد يكون غير مميـز ، اما المجنون فانه لا يكون مميـزا »(١٥) اما نحن فاننـا لا نخلط بين الجنون من ناحية والعته من ناحية اخرى ، فالجنون عارض (يعدم) قوى الانسان العقلية ، والعتـه عارض (يضعف) قوى الانسان

---

(١٤) انظر : اصول البزدوى جـ ٤ ص ٢٧٤ ، الاهلية وعوارضهـا لاستاذنا الجليل المرحوم احمد ابراهيم ص ٢٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٥ ص ١٩١ ، المعاملات للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ص ٢٤٧ •

(١٥) اصول الفقه ـ للاستاذ (ابو زهرة) ص ٣٢٥ •

العقلية ولهذا الحق المجنون بالصبي غير المميز والحق المعتوه بالصبي المميز .

والحاق المعتوه بالصبي المميز يؤدي الى صحة تصرفاته النافعة له نفعا محضا والى بطلان تصرفاته الضارة به ضررا محضا والى وقف تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر .

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

٩٠ ـ ٣ ـ السفه :

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

ولا يجيز الامام ابو حنيفة الحجر على السفيه لأن فى ذلك اهداراً لآدميته ولأن انفاق المال وان عاد على السفيه بضرر فانه لا يضر المجتمع بل يفيده ، فالسفيه خير للمجتمع من البخيل الذى يكنز المال ويمنعه من التداول ويحرم المجموع من الافادة منه ولأنه لا يجوز الحفاظ على الادنى وهو المال باهدار الاعلى وهو الاهلية .

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

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

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

فيها والقضاء هو الذى 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 فى الحكم على هذه التصرفات للقضاء •

وحكم تصرفات السفيه كحكم تصرفات الصبي المميز •

٩١ ـ ٤ ـ الغفلة :

هي فى الواقع عدم تمرس أو خبـــرة الشخص فى التصرفات ، فلا يهتدي ذو الغفلة الى معرفة التصرف الرابح من الخاسر فيغبن فى المعاملات لسلامة نيته •

ويعامل الامام ابو حنيفة ذا الغفلة معاملة السفيه فلا يجيـز الحجر عليه ، وبغير هذا أخذ المشرع العراقي فقد نص على ان ذا الغفلة حكمه حكم السفيه (م/١١٠) وقد عرفنا ان حكم تصرفات السفيه الذى تحجر عليـه المحكمة كحكم تصرفات الصبي المميز •

٩٢ ـ حالة خاصة :

العاهة الجسمية المزدوجة :

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

فقد أخذ المشرع العراقي بمـا ذهبت اليـــه بعض التقنينات 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 فى الامور أو التصرفات

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

الفرع الثاني

عيوب الرضا

٩٣ ـ 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 الحـرية والابصار . وهذه العيوب هي وفقا للقانون العراقي ما يلي :

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

اولا : الاكراه

(LA VIOLENCE)

٩٤ ـ تعرف المادة (١١٢) الاكراه بأنه اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ، وتقسمه الى ملجىء وغير ملجىء وتقـول ان الاكراه يكون ملجئا اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايذاء شديد أو اتلاف خطير في المال . ويكون غير ملجىء 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 اجبـار شخص على أن يبرم عقدا دون رضاه .

وقبل الكلام عن عناصر الاكراه وأثره نبين معنى كلمتين يرددهما

فقهاء الشريعة للتفرقة بين الاكراه الملجىء والاكراه غير الملجىء وهما : الاختيار والرضا .

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

٩٥ ـ عناصر الاكراه :

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

٩٦ ـ العنصر الاول :

استعمال وسائل ضغط تهدد بخطر جسيم محدق :

وهذه الوسائل اما أن تكون حسية أى 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 فى 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 استعمل وسيلة الضغط غير مشروعة فقد يتحقق الاكراه حتى لو كانت الوسيلة مشروعة .

ولتوضيح ما تقدم أعرض الصور التالية :

١ ـ وسلية مشروعة للوصول الى غاية مشروعة :

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

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

٢ ـ 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 الذى لحقها أو أن يهدد المؤجر المستأجر بالاعتداء عليه اذا هو لم يدفع القسط المستحق ، وفى 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 هـذه الوسائل بالتعويض استنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية .

٣ ـ 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 ليبتز ما يزيد كثيرا على ما له فى ذمته . وفى هذه الحالة يتحقق الاكراه .

٤ ـ وسيلة غير مشروعة للوصول الى غاية غير مشروعة :

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

٩٧ ـ ممن تصدر وسائل الاكراه :

الاصل أن تصدر وسائل الاكراه من أحد المتعاقدين ، ولكن قـد تصدر احيانا من غير المتعاقد فما أثرها على العقد فى 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 بامكان الطعن فى العقد ، ادى ذلك الى عدم استقرار المعاملات وتحطيم الثقة • ولهذا فان القاعدة فى هذا الصدد انه لا يكون الاكراه الصادر من الغير عيبا من عيوب الرضا الا اذا كان المتعاقد يعلم به أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، اما فى غير هذه الحالات فلا أثر للاكراه وليس للمتعاقد المكره الا الرجوع على من استعمل وسائل الاكراه بالتعويض تطبيقا لقواعد المسئولية التقصيرية •

٩٨ ـ حالة الضرورة :

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

فى هذه الحالات وما ماثلها يتوفر الاكراه ما دام المتعاقد على علم بهذه الظروف وقد استغلها •

٩٩ ـ على من يقع الضغط ؟ :ـ

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 الذى لا يحل ايقاع الزواج بينه وبين المكره •

وعلى هذا لا يجوز الطعن فى العقد الذى ابرم 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 ـ الشوكة والنفوذ الادبي :

القاعدة العامة ان الشوكة أو النفوذ الادبي لا يعتبر اكراها يبيح الطعن فى العقد فليس للطالب أن يطعن فى العقد الذى أبرمه مع استاذه بالاكراه بحجة ما للاستاذ عليه من (نفوذ ادبي) ومثل هذا يقال بالنسبة للعقد الذى يبرمه رجل شديد التدين مع رئيس ديني •

واذا كانت هذه هي القاعدة العامة الا ان المشرع لاحظ ان الزوج ذو شوكة وسلطان على زوجته له عليها حق الطاعة والتأديب ، ولاحظ انه قد يسىء 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 فى المادة (١١٦) على أن « الزوج ذو شوكة على زوجته فاذا اكرهها بالضرب مثلا أو منعها عن اهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر »[١٦] فشوكة الزوج على زوجته ليست بذاتها اكراها ولكن اذا استغل الزوج هذه الشوكة للوصول الى غرض غير مشروع كان هذا اكراها وهذا ما قررته المادة المتقدمة •

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

ينبغي لتحقق الاكراه أن تكون وسائل الضغط قد احدثت فى نفس المتعاقد رهبة دفعته الى التعاقد •

---

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

فالرهبة هي التي تفسد الارادة وتجعلها تسير على غير اختيار ولهذا كانت هذه الرهبة ـ لا وسائل الضغط ـ هي العنصر الاساسي البارز فى الاكراه .

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

ومعيار تقدير جسامة الرهبة والخطر معيار شخصى ذاتي وفى هذا تقول المادة (١١٤) : « يختلف الاكراه باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا » وعلى هذا فانه ينبغي على القاضي ، وهو ينظر فى تقدير جسامة الخطر ، ان ينظر الى شخص المتعاقد الذى 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 الرهبة التي يحدثها تهديد الانثى وتهديد الشخص المعافى السليم لا يحدث نفس الاثر الذى يحدثه تهديد الشخص المريض العليل ، وتهديد الشخص نهارا لا يحدث نفس الاثر لو وقع هذا التهديد نفسه ليلا ، وتهديد الشخص فى مكان عامر بالسكان لا يحدث نفس الاثر لو وقع هذا التهديد فى مكان قفر ناء عن الناس ، وتهديد شخص قوي الاعصاب لا يحدث نفس الاثر الذى يحدثه تهديد شخص جبان عصبي المزاج وهكذا .

ويشترط فى هذه الرهبة كذلك أن تكون (محدقة) أى (حالة) ولا يهم بعد هذا أن يكون (الخطر) نفسه حالا أو مستقبلا .

ثانيا الغلط

(L'ERREUR)

١٠٢ ـ يعرف الغلط تعريفا لغويا بأنه وهم يقوم فى النفس فيحملها على توهم غير الواقع •

ويعرف قانونا بأنه وهم يقوم فى 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، فتبعثرت نظرية الغلط في جوانبه فهنا خيار الوصف وهناك خيار العيب ، ويتقدم ذلك خيار الرؤية• فالغلط فى الفقه الاسلامي أقل عيوب الارادة بروزاً اذ هـو اكثر العيوب نزعة ذاتية(١٧) •

وللغلط فى الفقه الوضعي نظريتان قديمة وحديثة نعرضهما تباعا ثم نبين موقف التشريع العراقي منهما :

١٠٣ ـ النظرية القديمة للغلط :

الغلط فى هذه النظرية انواع ثلاثة هي :

١ ـ غلط يمنع انعقاد العقد اي يجعله باطلا (بطلانا مطلقا) ولـه ثـلاث صور :

أ ـ غلط فى ماهية العقد : كأن يسلمك شخص عينا على انها عاريـة فتعتقد انه وهبك أياها •

ب ـ غلط فى محل العقد : كأن يبيعك شخص كيسا من الحنطة فاذا به كيس شعير أو تشتري زوجا من الارانب فاذا به زوج من خنازير غينيا •

جـ ـ غلط فى السبب : كأن تنفذ وصية كان الموصي قد رجع فيها ، أو تتخارج مع شخص يتبين انه غير وارث أو لا حق له فى الانتقال •

---

(١٧) استاذنا السنهوري ـ مصادر الحق جـ ٢ ص ١١١ ـ ١١٢ •

٢ ـ **غلط لا أثر له على العقد :** وله خمس صور :

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

ب ـ غلط فى شخص المتعاقد اذا لم تكن شخصيته محـــل اعتبار : كالغلط فى شخص البائع أو المشتري .

جـ ـ غلط فى الباعث : كأن تشتري أثاثا لقـــرب زواجك فتفسخ الخطوبة .

د ـ غلط فى القيمة : كأن تبيع مخطوطا بثمن بخس لأنك تجهـــل قيمتـه .

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

٣ ـ **غلط يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا :** وله ثلاث صور :

أ ـ 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 شيئا على انـــه أثري فاذا هو نسخة مقلدة وليست أثرية ، أو أن تشتري قماشا على انـــه قابل للغسيل فاذا هـو ليس كـذلك ، أو أن تشتري ارضا على انها تتصل بشارع عرضه خمسة امتار ثم يتبين ان الشارع لا وجود له وان الارض محصورة لا منفذ لها الى الطريق العام ، أو أن تشتري كمية من الحنطـة العجيبة فاذا بها حنطة (قند هارية) ...

ب ـ غلط فى شخص المتعاقد اذا كانت شخصيته محـــل 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 طبيب أو مهندس أو محام أو فنان ، فاذا هو ليس كذلك •

جـ ـ غلط فى صفة السبب : قلنا ان الغلط فى سبب الالتزام يجعل العقد غير منعقد اى باطلا بطلانا مطلقا • ولكن قد يقع الغلط لا على حقيقة السبب أو وجوده وانما على (صفته القانونية) فيكون العقد فى هذه الحالة قابلا للابطال 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 فى هذه الحالة واقع على (صفة) السبب لا على (وجوده) •

١٠٤ ـ النظرية الحديثة فى الغلط :

تستبعد هذه النظرية ـ التي اقام القضاء كيانها وحدد معالمها ـ 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 يصيبها 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 يمتنع 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 فى ابرام العقد حتى لو تبين له الغلط قبل ابرام العقد فان الغلط فى 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 ـ فقد قلنا ان النظرية التقليدية تجعل الغلط فى (مادة الشيء) سببا يجيز الطعن فى 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 فى الوقت نفسه انه مصنوع من ذهب ، فاذا به مصنوع من البرونز ، فالغلط هنا وان وقع فى (مادة الشيء) لا يعتبر غلطا جوهريا يعيب العقد ما دام الشيء الذى اشتراه هو الشيء الاثري الذى قصده ، ولا يعنيه بعد ذلك ان كان من ذهب أو من معدن آخر .

وقلنا من ناحية اخرى ان النظرية التقليدية لا تجعل الغلط فى القيمة عيبا من عيوب الارادة ولا تعتد به ، ومع هذا فان الغلط فى القيمة قد يكون (غلطا دافعا) وبالتالى عيبا يجيز الطعن فى 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 فى 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 تعتد 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 يطعن فى العقد بالغلط فى الباعث لأنه انما تعاقد مدفوعا باعتقاده انه فى مرض الموت وما كان ليبيع لو علم انه سيشفي .

١٠٦ ـ اتصال المتعاقد الآخر بالغلط :

لما كان الغلط قد تحول طبقا للنظرية الحديثة ـ 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 تزعزع 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 فوجىء 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 سيء النية وابطال العقد جزاء حق لسوء نيته ، وهو

---

(١٨) نقلاً عن الوسيط ص ٣٢٤ .

فى الحالة الثالثة مقصر وتعويض التقصير ابطال العقد ، اما اذا كان المتعاقد الآخر غير مشترك فى الغلط ولا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه فالعقد صحيح ولا عبرة بالغلط الفردي الذى وقع فيه المتعاقد الاول ، وهنا نكون قد ضحينا بارادة المتعاقد الحقيقية فى سبيل استقرار المعاملا توأقمنا العقد على أساس من الارادة الظاهرة لا الارادة الباطنة[١٩] .

١٠٧ ـ الغلط فى التشريع العراقي :

حاول المشرع العراقي التوفيق بين الفقه الاسلامي وبين الفقه المدني فى الغلط وانت تجد فى نصوص هذا القانون ملامح واضحة من النظرية التقليدية للغلط كما تجد فيها بعض ملامح الفقه الاسلامي بارزة ظاهرة . فقد عالج المشرع العراقي الغلط فى اربع مواد (١١٧ ـ ١٢٠) عرض فى الاولى منها للغلط فى المحل وللغلط فى الصفة الجوهرية فنص على انه (اذا وقع غلط فى 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 انـــه 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 الفقـه الاسلامي (٣١٠ مجلة ، ٣٠١ مرشد الحيران) وكلتا الحالتين تتفقان مع النظرية القديمة فى الغلط .

وقد أخذ فقهاء الشريعة فى تحديد (الوصف المرغوب فيه) بمعيـار مادى 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 يريدها غير حلوب ولكنه لم يشترط هذه الصفة صراحة

---

(١٩) مصادر الحق جـ ٢ ص ١٠٧ .

في العقد ثم تبين له بعد ابرام العقد انها غير حلوب لايجوز له الطعن في 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 تبيح نزاهة المعاملات اعتبارها عناصر ضرورية للتعاقد . اما عن الغلط في الصفات الجوهرية ، فقد اخذ المشرع العراقي فيها بالمعيار الذاتي ، لان الصفة الجوهرية للشيء يحددها ـ نظر المتعاقدين ـ 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 لتنم عن هذه الحالة النفسية فقضى بان صفة الشيء تكون جوهرية ليس فحسب اذا اعتبرها المتعاقدان كذلك وفقا لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل ايضا اذا وجب ان يكونا قد اعتبراها 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 المشترى 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 ينبه المشترى الى ان القطعة ليست اثرية لو كان عالما بذلك[٢] .

---

(٢٠) الوسيط ص ٣٢٠ .

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

وهناك عقود معاوضة تراعي فيها شخصية المتعاقد كالتعاقد مع اصحاب المهن الحرة (الطبيب والمهندس والمحامي والرسام والمغنى الخ •) وكالعقود التى تقوم على فكرة الثقة المتبادلة كالشركة والتأمين ، والكفالة ، والوديعة 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 المتعاقد او صفته محل اعتبار ومتى لا تكون كذلك •

واما عن الغلط فى الامور التى تبيح نزاهة المعاملات اعتباره عنصرا ضروريا لصحة العقد فانه يدخل فى هذه الصورة من صور الغلط ، الغلط فى القيمة والغلط فى 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 يمت، يستطيع ان يتمسك بالغلط (اذا توافرت شروطه الاخرى التى تقضي بعلم الطرف الاخر به) تطبيقا لهذه الصورة • وواضح ان المشرع العراقى يأخذ فى هذه الحالة بالنظرية الحديثة للغلط ، وان هذه الصورة تكاد تحيط بكل حالات الغلط المتقدمة ولهذا فقد حذفت لجنة مراجعة القانون المصرى هذا النص من ذلك التشريع •

ثالثا ـ التغـرير مع الغبن

تمهيد :ـ

تقرر التشريعات الغربية ومعظم تشريعات الدول العربية ، الى جانب الاكراه والغلط عيبين آخرين من عيوب الرضا هما التدليس (التغرير) والغبن ولكن المشرع العراقي خالف هذه التشريعات وجرى على نهج الفقه الاسلامي فى اشتراط اقتران الغبن بالتغرير حتى يعتبر عيبا من عيوب الرضا ، فالغبن وحده لايمنع من نفاذ العقد ما دام لم يصحبه تغرير (م١٢٤/١) ونحن نسير على غرار التشريع العراقى فى هذا الموضوع فنضرب صفحا عن بحث كل من التدليس والتغرير فى الفقه الاجنبي •

١٠٨ ـ التغـرير :

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

والتغرير نوعان : فعلى وقولى

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

وحكم التغرير الفعلى عند فقهاء الشريعة انه يجعل العقد غير لازم أى انه يعطى للمغرور حق فسخ العقد عملا بخيار فوات الوصف او بخيار (التغرير) • والثاني (التغرير القولى) وهو مبالغة صاحب السلعة فى وصفها وبيان محاسن ليست فيها • وهذا النوع وان كان منهيا عنه شرعا الا انه لا يؤثر على صحة العقد الا اذا صحبه غبن •

والقاعدة ان مجرد الكذب لا يعتبر تغريرا قوليا • الا ان الفقه الاسلامى

يعرف عقودا تقوم على الامانة والصدق فمجرد الكذب فيها تغرير بل ان السكوت وعدم البيان يعتبر تغريرا كذلك • وقد مثل المشرع العراقي لهذه العقود (بالمرابحة والتولية ، والاشراك ، والوضعية) والمرابحة بيع السلعة بالثمن الذى أشتريت به مع ربح معين ، وعكسها الوضيعة والتولية بيع السلعة بما اشتريت 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 كتمانه تغريرا •

١٠٩ ـ الغبن :

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

والغبن كالتغرير 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 اثنى 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 مادى 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 مادى أكثر مرونة ، فعندهم ان الغبن الفاحش مالا يدخل فى تقويم المقومين مثال ذلك اشتريت سيارة بالف دينار

وادعيت الغبن فعرض الامر على المقومين (وهم اهل الخبرة) فقدرها احدهم بـ (٩٠٠ دينار) وقدرها ثان بـ (١١٠٠ دينار) وقدرها ثالث بـ(٨٠٠) دينار• لاغبن فى هذه الحالة لان الثمن دخل فى 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 ـ وقد اختلف فقهاء الشريعة فى اثر الغبن الفاحش على العقد : فذهب بعضهم الى انه لا أثر لهذا الغبن على العقد مطلقا سواء صاحبه تغرير اولا ، لقوله (ص) « دعوا الناس فى غفلاتهم يرزق بعضهم بعضا » والى هذا ذهب الشافعي •

وذهب آخرون الى ان هذا الغبن وحده ـ وان لم يقترن به تغرير ـ 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 الرأى الغالب وبه أخذ المشرع العراقي كقاعدة عامة استثنى منها بعض حالات جعل مجرد الغبن الفاحش فيها سببا لابطال العقد (لا مجرد وقفه) وهذه الحالات هى :ـ

١ ـ اذا كان المغبون محجورا •

٢ ـ اذا كان المال الذى حصل فيه الغبن مال الدولة •

٣ ـ اذا كان المال الذى حصل فيه الغبن مال الوقف (م١٢٤/٢) •

كما اقر فى الفقرة الثالثة استثناء عكسيا نص فيه على انه لا يجوز الطعن بالغبن فى العقد الذى يتم بطريق المزايدة العلنية •

---

(٢١) انظر : الموجبات للمحمصاني جـ ٢ ص ١٨٦ ، تحرير المجلة ـ لكاشف الغطاء جـ ٢ ص ١٠١ مؤلفي : مصادر الالتزام ص ١٠٦ ـ ١٠٧ •

رابعا ـ الاستغلال

(L'EXPLOITATION)

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

ويورد استاذنا السنهورى امثلة تطبيقية بارزة من القضاء المصرى للاستغلال فيقول (كثيرا ما يعمد رجل طاعن فى السن الى الزواج من امرأة لاتزال فى مقتبل العمل ، وليس من النادر ان تعمد الزوجة الى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى فتستكبته من العقود لنفسها واولادها ما تشاء . وقد تتزوج أمرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى فيعمد الزوج الى استغلال الزوجة وابتزاز اموالها عن طريق عقود يمليها عليها ، وقد تشترى الزوجة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجا جديد فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال ، وقد يلقى الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيرا فى أيدي المرابين والمستغلين فيستكبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيشه البين . فالاستغلال ليس بالامر النادر بل هو شيء يقع فى الحياة واذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة الى نص يعالج به ما يعرض له من الاقضية فى ذلك »(٢٣) .

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

---

(٢٢) مقتبسة من المادة ١٣٨ المانى .

(٢٣) الوسيط ص ٣٩٨ .

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

بعد هذه الكلمة التمهيدية نتكلم فى عناصر الاستغلال وفى جزائه القانوني .

اولا ـ عناصر الاستغلال :

للاستغلال عنصران مادى (وهذا هو الغبن الفاحش) ومعنوى (وهو استغلال أحد المتعاقدين للآخر) :

١١٢ ـ العنصر المادى :

وهو كما قلت هذا الغبن الفاحش الذى 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 فى سبيل شرائه اضعاف ثمنه ومع هذا لا يعتبر العنصر المادى متوافرا فى هذا المثل لأن قيمة المسدس عند المشترى تعادل الثمن الذى دفعه لا قيمة المسدس وفقا لقانون العرض والطلب .

وتقدير جسامة الاختلال أو الغبن الفاحش منوط بالقاضي ، وهو اذ يفصل فى هذه المسألة يفصل فى مسألة واقع فلا رقابة لمحكمة التمييز عليه .

وقد يعطي المشرع احيانا بعض توجيهات للقاضي يسترشد بها فى تقدير جسامة عدم التعادل كما هو الحال فى المساعدة والانقاذ البحريين ، اذ يراعي القاضي عند تقدير المكافأة الفائدة التي تحققت ، والمجهودات التي بذلت ، والخطر الذى كان يتهدد السفينة ، وعدد ركابها ، وما تحمل من بضائع ، والوقت الذى استغرقته عملية الانقاذ ، والمصاريف أو الخسائر التي بذلت أو وقعت ... الخ .

١١٣ :ـ العنصر النفسى :

وهو استغلال ضعف معين فى المتعاقد •

فلهذا العنصر جانبان فهو من ناحية المستغل (نية الاستغلال) وهو من ناحية المستغل (حالة الضعف) •

اما عن نية الاستغلال فاعني بها أن تكون لدى (المستغِل) نية الافادة من حالة الضعف التي تحيط بالطرف الآخر •

واما عن حالة الضعف فيلاحظ ان المشرع العراقي حددها بالحالات الآتيـة :ـ

١١٤ ـ أ ـ الحاجة :

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

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

١١٥ ـ ب ـ 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 ـ جـ ـ الهوى :

وهو الرغبة الشديدة التي تدفع الانسان للحصول على شخص أو

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

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

فقد أراد المشرع بهذه الحالة حماية (الغشيم) (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 العقد نتيجة لارادة مبصرة ، اما فى حالة عدم الخبرة فان هذا الادراك غير السليم ناشيء 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 ـ هـ ـ ضعف الادراك :

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

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

---

(٢٤) انظر المعجم الوسيط ـ والمحيط للفيروز ابادي .

بالحالة المتقدمة حماية كل هؤلاء من الاضرار التي تلحق بهم من هـــذه التصرفات عن طريق فكرة الاستغلال •

فمثل هذه التصرفات التي تصدر من السفيه أو ذى الغفلة قبل الحجر عليه لا يمكن الطعن فيها الا عن طريق الاستغلال متى توافرت عناصره •

١١٩ ـ ٢ ـ جزاء الاستغلال :

يفرق المشرع فى هذا الصدد بين عقود المعاوضات من جهة وبين عقود التبرعات من جهة اخرى •

أ ـ عقود المعاوضة (رفع الغبن)

تعطى المادة (١٢٥) لمن كان ضحية الاستغلال طلب رفع الغبن الفاحش عنه الى الحد المعقول • وهذا الحل أفضل كثيرا من الحـــل الذى أقرته بعض القوانين[٢٥] وهو ابطال العقد فبالنسبة لمـن 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 فى هذه الحالة اسـوأ العواقب ما دامت حالة الاحتياج قائمة •

والحكم عادل كذلك بالنسبة للمستغل ، وهو يتفق كذلك مع مصلحة الغير حيث يجد فى ظلاله حماية لا يجدها فى ظلال الابطال •

ويرفع القاضي الغبـن اما بزيادة التـزامات المستغل ، واما بانقـاص التزامات المستغل (المغبون) ، ولا يلتزم القاضي فى هذا الصدد أن يجعل التزامات الطرفين (متعادلة) وانما يكفي فى ذلك أن يزيل (الغبن الفاحش) وهو اذ يفصل فى هذه المسألة يفصل فى مسألة وقائع لا رقابة لمحكمـــة التمييز فيها •

---

(٢٥) المادة ١٣٨ (المانى) •

ب ـ عقود التبرع : (نقض العقد)

يعتبر العقد فى هذه الحالة (غير لازم) بالنسبة للطرف الضعيف فله نقضه .

وينبغي فى كلتا الحالتين رفع دعوى الغبن فى خلال سنة من (وقت ابرام العقد) . ومدة السنة هنا (مدة سقوط) لا مدة تقادم .

واختم الكلام فى الاستغلال عن موقف الفقه الاسلامي منه .

نستطيع أن نتلمس (بعض) معالم نظرية الاستغلال فى 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 ..... فى صورة تغرير البائع المشتري بأن كان المشتري غبيا لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه مغتراً بقوله ، فله خيار الغبن » وهذا مثال لاستغلال حالة الجهل أو عدم الخبرة . واكتفي بما تقدم فى الكلام عن الغبن ، وبه ينتهي الكلام عن الركن الاول من اركان العقد ، وهو الرضا ، انتقل بعده الى الركن الثاني وهو المحل .

المبحث الثاني

المحل :ـ L'objet

١٢٠ ـ تقضي المادة (١٢٦) بأنه « لابد لكل التزام ينشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلا لحكمه ، ويصح أن يكون المحل مالا عيناً كان أو منفعة أو أى حق مالي آخر ، كما يصح أن يكون عملا أو امتناعا

عن عمل » • (المادة ٣٠٢ مرشد الحيران) •

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

ومحل العقد هو الشيء الذى يلتزم به المدين أو هو (المعقود عليه) •

وينحصر الكلام عن المحل ، بعد تعريفه ، فى بيان شروطه •

شروط المحل

يشترط فى المحل توافر الشروط الثلاثة التالية :ـ

١ ـ أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود •

٢ ـ أن يكون معينا أو قابلا للتعيين •

٣ ـ أن يكون قابلا للتعامل •

الشرط الاول ـ: شرط الوجود (او الامكان) : قلنا ان محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم به المدين ، وعرفنا من قبل ان هذا المحل اما أن يكون عملا أو امتناعا عن عمل ، واما أن يكون (اعطاء شيء) أى نقل ملكية أو أى حق عيني آخر •

١٢١ ـ أ ـ فاذا كان المحل عملا أو امتناعا عن عمل فان مظهر وجوده هو (امكان) القيام به •

وعلى هذا يشترط فى هذا العمل أو الامتناع أن يكون (ممكناً) اذ لا التزام بمستحيل كما يقال • وبهذا قضت المادة (١٢٧) بنصها على انه « ١ ـ اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا •

٢ ـ اما اذا كان مستحيلا على المدين دون أن تكون الاستحالة فى ذاتهـا 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 ذاتـه ، كأن يتعهد شخص بعبور المحيط سباحة ، أو بعدم التنفس ساعة كاملة مقابل مبلغ من المال • وقد ترجع الاستحالة المطلقة الى نص القانون : كأن يتعهد محـام برفع استئناف فى دعوى لا تقبله ، أو بعد فوات موعده •

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 ببيع عين موقوفة وقفا خيريا باطل لاستحالة المحل ، وان كان من الجائز تحققه بعد ذلك نتيجة تقدم المخترعات والوسائل العلمية أو نتيجة صدور قانون بحل الاوقاف كلها ذريها وخيريها •

ويقصد بالاستحالة النسبية أن يكون تنفيذ محل الالتزام غير ممكن بالنسبة للمدين لا بالنسبة للناس كافة ، مثال ذلك أن يتعهد شخص غـير فنان برسم صورة زيتية لآخر ، أو ان يتعهد باحياء حفلة غنائية أو تصليح آلة ميكانيكية • ولا أثر لهذه الاستحالة على العقد ، فينعقد العقد صحيحاً ملزما وتترتب عليه جميع آثاره ويحكم عـلى المدين بالتنفيذ العيني القهرى أو بالتعويض عـلى حسب الاحوال ، وعلى هـذا 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 جـ 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 شىء 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 الشىء 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 شىء ، 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 الشىء 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 المستقبلة ، 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 الروماني ، 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 جـ ٣ ص ٧ – ٨ .

من المورث نفسه أو من وارث محتمل. فلا يجوز للمورث أن يتصرف حال حياته فى تركته المستقبلة (بأن يبيع جميع تركته بما فى ذلك امواله وديونه الحاضرة والمستقبلة) 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 ذاك الا عن طريق الوصية . وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل فى انها يجوز الرجوع فيها الى حين موت الموصي ، وفى انها لا تجوز الا فى حدود الثلث[٢٨] .

واذا باع الوارث المحتمل الى وارث محتمل آخر أو الى اجنبي ما سيرثه من أبيه كان البيع باطلا لأنه انصب على عين داخلة فى تركة مستقبلة . وكالبيع الهبة والاجارة وتقديم جزء من التركة كبدل صلح أو كنصيب فى شركة .

١٢٤ ـ موقف الفقه الاسلامي :ـ قلنا ان القاعدة فى 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 فى بيع (السَّلَم) .

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

---

(٢٨) المرجع السابق ص ١٠ .

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

١٢٥ ـ الشرط الثاني ـ تعيين المحل :

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

سبق ان قلنا ا نمحل 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 هـذا

---

(٢٩) اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٨ ـ الطبعة المنيرية •

او ذاك معينا او قابلا للتعيين على الاقل ، فلا يصح التعاقد مع مقاول على بناء منزل الا اذا حددت اوصاف هذا المنزل ومحتوياته صراحة او ضمنا .

واذا كان محل الالتزام اعطاءاً (اى نقل ملكية او اى حق عينى آخر) فان تعيين المحل يختلف باختلاف طبيعته ، فاذا كان المحل شيئاً من الاشياء المثلية ، فيجب ذكر الجنس والنوع والمقدار ، كأن تقول ابيعك عشرين قنطارا من الحنطة العجيبة .

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

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

واذا كان المحل شيئاً معينا بالذات فاننا نفرق هنا بين ما اذا كان هذا المحل موجودا فى مجلس العقد او كان غائبا عن مجلس العقد .

فاذا كان الشىء موجودا فان العلم به يكون بالاشارة اليه . وان كان غير موجود فان العلم به يكون بوصفه (ابيعك سيارتى البيجو ـ موديل ـ ...الخ) .

وفى هذه الحالة الاخيرة يكون للمتعاقد الذى تعامل على شىء 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 الشرعي ، ونطاقه من حيث الاشخاص ومن حيث

---

(٣٠) انظر المادتين ٥١٧ و ٧٣٣ .

العقود[٣١] .

١٢٦ ـ الشرط الثالث :ـ قابلية المحل للتعامل : تقضى المادة (١٣٠) بانه « ١ ـ يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلا ٢ ـ 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 للاداب 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 الانتفاع 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

---

(٣١) انظر رسالتنا ص ١٥٠ ـ ١٥٦ .

تخصصيها للانتفاع العام ، واموال الوقف الخيرى وبعض المواد والجواهر السامة وانواع معينة من الاسلحة ... الخ .

١٢٧ ـ النظام العام :

وقد يكون المحل غير مشروع لمخالفته للنظام العام فما هو المقصود بالنظام العام ؟ ان الافكار العامة الشائعة التى تتجافى طبيعتها عن ان تنحصر فى حدود ضيقة هى 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 وهى فى تغيرها هذا تعكس وجهة نظر المجتمع الى القانون ووظيفته والى الدولة ومهمتها ، فحيث يسود المذهب الفردى تضيق هذه الفكرة ، وتتسع دائرتها عندما تسود المذاهب الاشتراكية وهى 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 ـ أ ـ مسائل الاهلية وعلاقات الاسرة :

تظهر فكرة النظام فى هذه المسائل ظهورا قويا واضحا فالحالة المدنية التى 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 .

وفى نطاق علاقات الاسرة : لايجوز الاتفاق بين الزوجين على تعديل الاثار الجوهرية لعقد الزواج فاتفاق الزوجين على تنازل الزوج عن حقه فى القوامة او فى الطاعة او فى الطلاق باطل ، والقواعد التى تنظم السلطة الابوية تعتبر من النظام العام وكذلك القواعد المتعلقة بالنفقة والعدة والحضانة وقواعد الانتقال بالنسبة للاراضي الاميرية •

١٢٩ ـ ب ـ الحقوق العينية :

تعتبر القواعد الاساسية التى تنظم حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه من النظام العام : فشرط عدم التصرف باطل الا اذا كان مؤقتا ومبنيا على مصلحة جدية مشروعة ، واتفاق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات باطل (م١٠٧٠) والاتفاق على غلق الرهن باطل (١٣٠١) وغلق الرهن هو الاتفاق الذى يعطى للمرتهن حق تملك المرهون بالدين او بأى ثمن عند عدم دفع المدين الراهن الدين فى موعده المحدد • وتقسيم الاموال الى منقول وعقار من النظام العام والارتفاق تكليف لعقار على عقار فالاتفاق على انشاء حق ارتفاق شخصي باطل •

١٣٠ ـ جـ ـ الالتزامات :

الاتفاق على عدم التمسك بالظروف الطارئة باطل (٢/١٤٦) والاتفاق على تقاضي فوائد تزيد عن ٧٪ فيما جاوز هذا الحد باطل (م١٧٢) والاتفاق على نزع سلطة القاضي فى 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 فى فسخ عقد العمل لمدة تزيد عن خمس سنوات باطل (٩٠٢) والامثلة كثيرة نكتفي منها بما تقدم •

١٣١ ـ واخيرا يجب ان لايكون المحل مخالفا للاداب فالاتفاقات التى تنصب على بيوت الدعارة اذا كان من شأنها انشاء او استغلال او ادارة هذه

البيوت او الخدمة والعمل فيها والاتفاقات التى تنصب على انشاء علاقات جنسية غير مشروعة والاتفاقات التى 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 ـ يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع او مخالف للنظام العام او للآداب ٢ ـ ويفترض فى كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك • ٣ ـ اما اذا ذكر سبب فى العقد فيعتبر انه هو السبب الحقيقى 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 فى مقابلة المحل الذى هو جواب من يسأل : بمَ التزم المدين •

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

فأى من هاتين الغايتين هى سبب الالتزام ؟

تجيب النظرية التقليدية على هذا السؤال بان سبب الالتزام هو (الغرض المباشر) او الغاية القريبة التى قصد اليها المتعاقد ، اما الغرض غير المباشر أو الغاية البعيدة فتسميها (الباعث) وهى لا تعتد 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 ـ اولا : النظرية التقليدية فى السبب :ـ

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

١ ـ السبب المنشىء : وتريد به (مصدر) الالتزام من عقد او ارادة منفردة او عمل غير مشروع •• ولا يعنينا هذا المفهوم هنا فنستبعده •

٢ ـ السبب الدافع : وهو (الباعث) الذى دفع الملتزم الى ترتيب الالتزام فى ذمته فمن يشترى 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 ـ السبب القصدى :ـ 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 ـ ففي العقود الملزمة للجانبين : سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الاخر فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشترى بدفع الثمن ، وسبب التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية ، وقس على هذا عقود المعاوضة الاخرى كالاجارة ، والمقاولة ، والوكالة المأجورة وغيرها •

ب ـ وفى العقود الملزمة لجانب واحد :ـ

اذا كان العقد عينيا (كالعارية ، والوديعة ، والقرض بدون فائدة)

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

واذا كان العقد الملزم لجانب واحد رضائيا ، كالوعد بالبيع او بالشراء او بالاجارة فالسبب هو (اتمام) العقد النهائي .

ج ـ وفى عقود التبرع : سبب الالتزام هو (نية التبرع) ذاتها بغض النظر عن الباعث الذى دفع اليه .

١٣٤ ـ 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 :ـ

١ ـ ان القول بان التزام كل من الطرفين فى العقود الملزمة للجانبين سبب لالتزام الطرف الآخر قول يأباه المنطق ، اذ انه يقتضي ان يسبق احدهما الاخر ، فلا يجوز عقلا ولا منطقا ان (يعاصر) السبب المسبب ، ولابد من ان يسبق اولهما الثاني .

يضاف الى هذا ان الاخذ بهذه النظرية يؤدى الى نتائج غير مقبولة فاذا فرض ان احد الالتزامين المتقابلين لم ينفذ فان منطق النظرية يؤدى 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 ـ 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 ـ 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) بالتبـــرع منعدم ، فتبطل الهبة لانعدام (الرضا) لا لانعدام السبب •

واما انفكرة 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 جديا يقصد به احداث أثـــر قانونى وبالتالى 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 لاخر لقاء ارتكاب جريمة فالعقد باطل لعدم مشروعية المحل واذا تعهد شخص بدفع مبلغ من المال لاخر لقاء امتناعه عن ارتكاب جريمة فالعقد باطل كذلك لانعدام المحل لان الامتناع عـــن ارتكاب جريمة (واجب عام) لايصلح ان يكون محلا لالتزام بالمعنى المفهوم فى نطاق القانون المدنى •

واذا 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 ـ دفاع الاستاذ (كابيتان) عن نظرية السبب :ـ

قام الاستاذ كابيتان بدراسة ممتعة لنظرية السبب وكان من ابـــرز المدافعين عنها ، ولكنه اضطر الى تحويرها لتفادى حملات الخصوم عليهـا وليسهل بعد ذلك الاحتفاظ بها والابقاء عليها •

فهو يرى ان السبب فى العقود الملزمة للجانبين ليس هـــو (التزام) الطرف الآخر وانما هو (تنفيذ) ذلك الالتزام • فلا يقتصر اثر السبب على الوقت الذى تتحد فيه الارادتان ويتولد الالتزام وانما يبقى هذا الاثر مـــا دام الالتزام المقابل لـم ينفذ تنفيذا كاملا • وهذا التحوير هو الذى يفسر جواز فسخ العقد وثبوت الحق فى الدفع بعدم التنفيذ ، كما يفسر انفســاخ العقد بقوة القانون عند هلاك محل احـد الالتزامين او صيرورته مستحيلا بسبب اجنبى يطرأ بعد انعقاد العقد •

ويذهب الاستاذ كابيتان الى ان السبب فى العقود العينية الملزمة لجانب واحد هو (تسليم العين) وفى هذا يتفق مع انصار النظرية التقليـــديـــة للسبب •

ويرد على الخصوم بقوله ان هذه العقود بطبيعتها عقود رضائية تتـم باتحاد الارادتين فمصدر التزام المقترض 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 المقترض •

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

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

وهذان العنصران يمكن ان ينفصلا فاذا كتب شخص لاخر 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 كابيتان 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 كابيتان أن انشاء المدرسة او الملجأ سبب للتبرع فاذا لم تنشأ جاز فسخ الهبة •

١٣٦ :ـ نظرية القضاء ـ نظرية الباعث الدافع

حطم القضاء الحاجز الذى تقيمه النظرية التقليدية (ونظرية كابيتان) 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 المشترى اعداد المنزل للقمار او للدعارة وابطال عقد القرض اذا كان غرض المقرض تمكين المقترض من المقامرة او من ادارة محل يدار للدعارة •• الخ • وابطال تبرع الخليل لخليلته اذا كان غرضه استمرار العلاقة غير المشروعة •

ولكن يصح هنا ان نتساءل 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 المقترض من أخذ النقود ، وفى هذه الحالة لا يعتد بالباعث • وقد يكون المقرض صديقا للمقرض عالما بغرضه دون ان يقصد تمكينه من المقامرة ، وهذه هى مرتبة العلم • وقد يكون المقرض مرابيا يستثمر ماله فى اقراض المقامرين ، فيكون قد قصد تمكين المقترض من المقامرة • وهذه هى مرتبة المساهمة ، وقد يكون المقترض هو الشخص الآخر الذى يقامر معه المقترض ، وهذه هى مرتبة الاتفاق • فأى مرتبة من هذه المراتب يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث؟

نقول انه لا يجوز بداهة ان يعتد بالباعث الذى دفع احد المتعاقدين الى التعاقد اذا كان الباعث مجهولا من المتعاقد الاخر ، والا استطاع اى متعاقد ان يتخلص من التزاماته بدعوى ان الباعث 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 :ـ تقدير نظرية السبب وموقف المشرع العراقى منها :ـ الواقع ان فكرة السبب ليست بالفكرة المنزهة عن التجريح والنقد ولاهى بالفكرة التى اجمعت التقنينات 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 جزءاً من التعبير عن الارادة يعتد بها بالقدر الذى يعتد بالتعبير نفسه ، فاذا جردا التعبير من سببه بأن اقتصرا 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 الالماني منه ففى هاذين المذهبين لا يعتد بالباعث أو السبب الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة فان لم يتضمنه التعبير فلا يعتد به ، وفى هـــذا يقول الامام الشافعى « واصل ما اذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا فـــى 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 يشترى 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 باعـه اياه لانه باعه حلالا وقد يمكن الا يجعله خمرا ابدا ، وفى صاحب السيف الا يقتل به احدا ابدا »(٣٣) •

أما المذهبان المالكى والحنبلى ـ ومثلهما المذهب الجعفرى ـ فان فكرة السبب فيها اقرب الى الفقه اللاتينى فالسبب فى هذه المذاهب هو الباعث على التعاقد ويعتد به سواء ذكر فى العقد أو لم يذكر مادام معلوما من الطـرف الآخر ، وعلى هذا لايجوز فى هذه المذاهب بيع ارض بقصد بنـــاء 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 العراقى من نظرية السبب فيلاحظ أن النص ذكر السبب دون أن يعين هل المراد به المعنى الضيق الذى تفهمه النظرية التقليدية أو المعنى الواسع (أى الباعث الدافع) المفهوم للنظرية الحديثة • وقد عمد المشرع العراقى الى هذا الضرب من الصياغة المرنة حتى يأخـــذ القضاء العراقى بكل من النظريتين ، فيفهم السبب اولا بالمعنى الذى تفهمه النظرية التقليدية ثـم يفهمه ثانية بالمعنى الواسع المفهوم فـى النظريـــة

---

(٣٣) الام جـ ٣ ص ٦٥ •

الحديثة(٣٤) .

ويبدو ان القضاء العراقى لايزال مترددا بين هاتين النظرتين ، مع ميل واضح الى الاخذ بالنظرية الحديثة ، فقد جاء فى حكم لمحكمة التمييز فى هذا المعنى مايلى « الصحيح فى القانون ان السبب هو الباعث على التعاقد ، ولا يعتد بالباعث الا اذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين ، فاذا كان الباعث الذى دفع المشترى الى التعاقد غير مشروع ولا يعلمه البائع فلا يعتد به ، ويكون العقد صحيحا اعتبارا بالارادة الظاهرة ، .... وكل عقد كان صحيحا فى ظاهره لا يبطل بتهمة ولا بعبارة بين المتعاقدين خصوصا اذا كان لا يستخلص هذا الباحث من طبيعة الارض المبيعة ، اذ انها تصلح لاغراض 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 الذى 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 فى خفايا الضمير .... »(١)

١٣٨ ـ اثبات السبب : تنص المادة (١٣٢) فى فقرتيها الثانية والثالثة على انه يفترض فى كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٣ ـ اما اذا ذكر سبب فى العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك » .

فاذا لم يذكر السبب فى العقد افترض القانون وجوده ، والقرينة

---

(٣٤) المذكرة الايضاحية ـ ملاحظات رئيس اللجنة على المادة ١٣٢ ـ نقلا عن الاستاذ سلمان البيات ج ١ ص ١٢٥ .

(٣٥) ٦٥٤/ح/٩٦٧ ـ مجلة القضاء ـ كانون ثاني ـ مارت ١٩٦٨ ص ٦٦ .

هنا بسيطة قابلة لاثبات العكس • ويجوز اثبات هـذا العكس بكافة طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن حتى ولو جاوزت قيمة الدين عشـرة دنانير لان الثابت بقرينة بسيطة يجوز نفيه بكافة طرق الاثبات •

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

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

المبحث الرابع

اوصـــاف العقـــد
نظـــرية البطـــلان
اولا :ـ فى الفقه الغربى

١٣٩ ـ قلنـا ان للعقد اركانا ثلاثـة : الرضـا ، والمحل ، والسبب (والشكلية فى العقود الشكلية والعينية فى العقود العينية) •

فاذا انعدم ركن من هذه الاركان ، أو اختل المحـل ، 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 ـ ١ ـ العقد الباطل (بطلانا مطلقا) •

ليس لهذا العقد وجود قانوني كعقد ، وعلى هذا :ـ

١ ـ 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 ـ وكان المنطق يقضي بعدم سقوط البطلان بالتقادم ، لان العدم لا ينقلب وجودا مهما طال الزمن ولكن مصلحة المجتمع قضت بالتفرقة 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 بالطلان (لدفع) هذه الدعوى •

٣ ـ ولكل من الطرفين ، وخلفهما العام ، وخلفهما الخاص ، ودائنيهما ان يتمسك بالبطلان ، وللقاضى ان يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أى من الطرفين •

٤ ـ 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 التى ينتجها العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية ليست هي الاثر الاصلى الذى 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 فى حالات استثنائية حماية لحسن النية واستقرار التعامل •

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

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

١٤١ ـ انتقاص العقد Réduction du Contrat :

تقضى المادة (١٣٩) بأنه « اذا كان العقد فى شق منه باطلاً فهـذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أمـا الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا» .

ويفهم من هذا النص ان المقصود بفكرة انتقاص العقد هو تجزئته فى حالة ما اذا انصب على محل بعضه قابل لترتب أثر العقد عليه وبعضه ليس كذلك ، وفكرة انتقاص العقد فكرة معروفة فى الفقه الاسلامي يقررونها بكل صراحة ووضوح ، فابن نجيم الحنفي يقول فى هذا المعنى : اذا سمى للمهر ما يحل وما يحرم كأن تزوجها على عشرة دراهم ودن من الخمر ، فلهـا العشرة وبطل الخمر ، واذا جمـع فى البيع وقف وملك لا يسري الفساد الى الملك ، واذا شرط الخيار فى البيع أكثر من ثلاثة أيام فانه يصح فى الثلاثة ويبطل فيما زاد ، ومنها الوصية فلو أوصى لأجنبي دورات فللاجنبي نصفها وبطلت بالنسبة للوارث(٣٦) .

ومن أمثلة انتقاص العقد فى التشريع العراقي الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة سبع سنوات فأنه 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 حصانيها 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 ـ تحول العقد Conversion du Contrat:

تقضي المادة (١٤٠) بأنه « اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى 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 فى 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 ـ شروط تحول العقد : يشترط لتطبيق فكرة تحول العقد شروط ثلاثة هي :

---

(٣٧) انظر المواد : ١٧٢ ، ٩٠٢ ، ١٠٧٠ .
(٣٨) قواعد ابن رجب ص ٤٩ .

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

٢ ـ أن يشمل التصرف الاصلى الباطل على عناصر التصرف الآخر الذى نريد التحول اليه : مثال ذلك أن أبيعك سيارتي بدينارين ، فهـذا 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 ـ احتمال انصراف ارادة المتعاقدين الى التصرف الآخر الذى نريد تحويل العقد الاصلي اليه : اى اننا نتساءل هنا : لو كان المتعاقدان وقت ابرام التصرف الاصلى قد علما ببطلانه أكان من المحتمل أن يريدا 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 ـ أمثلة على تحول العقد :

١ ـ الكمبيالة (البوليصة) التي لم تستوف الشكل القانوني ، تتحول الى سند دين عادى (انظر م ٣٨٨ تجارى) .

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

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

٤ ـ البيع بثمن تافه ـ يتحول الى هبة اذا كان قد انصب على منقول جرى تسليمه •

٥ ـ تتحول القسمة الباطلة لنقص اهلية احد المتقاسمين الى قسمة (مهايأة) اذا كان ناقص الاهلية (مأذونا) لأن قسمة المهايأة تدخل فى اعمال الادارة التي يسمح للمأذون بها بخلاف قسمة الاعيان التي تعتبر من اعمال التصرف •

١٤٥ ـ واما الآثار الجوهرية : فهي آثار يرتبها المشرع على العقد الباطل حماية لحسن النية واستقرار المعاملات ومن الامثلة على ذلك :

١ ـ 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 ـ العقد الصورى وان لم يكن له وجود فى نظر القانون بين المتعاقدين وخلفهما العام ، الا أن للخلف الخاص وللدائنين ، اذا كانوا حسني النية ، التمسك به اذا كانت مصلحتهم فى ذلك (المادة ١٤٧) •

٣ ـ الوفاء للدائن الظاهر صحيح مبرىء للذمة (م ٣٨٤) على أن يكون الموفي حسن النية •

١٤٦ ـ ٢ ـ العقد القابل للابطال (البطلان النسبي)

يمر هذا العقد بمرحلتين : الاولى قبل أن يتقرر مصيره النهائي بالابطال أو الاجازة ويأخذ فى هذه المرحلة حكم العقد الصحيح فينتج اثارة كاملة •

والثانية : بعد أن يتقرر مصيره : فاذا أجيز 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 :ـ

١ ـ ان العقد القابل للابطال تلحقه الاجازة لانه عقـــد 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 المشترى القاصر (بعد البلوغ) فى المبيع ، تنفيذ العقد من جانب من له حق التمسك بالبطلان وهو عالم بأنه يملك هذا الحق ، بناء المشترى على الارض التي اشتراها بعقد قابل للابطال ، سماح القاصر بعـــد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار فى الادارة ، استئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذى باعه وهو قاصر الخ •• والاجازة لا تزيل الا العيب الذى قصـــدت (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 ـ تسقط دعوى الابطال أو الدفع به بالتقادم : وتختلف هذه المدة باختلاف القوانين (الفرنسى عشر سنين ، المصرى ثلاث سنين ، السويسرى والالمانى سنة واحدة) •

٣ ـ لا يتمسك بالبطلان النسبي الا الطرف الذى تقـــرر 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 بالبطـــلان ، ولا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها •

ثانيا : أوصاف العقد فى الفقه الاسلامي وفى القانون المدني العراقى :ـ

١٤٧ ـ 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 تتدرج (هبوطا) على النحو الآتي :ـ

١ ـ عقد صحيح لازم •

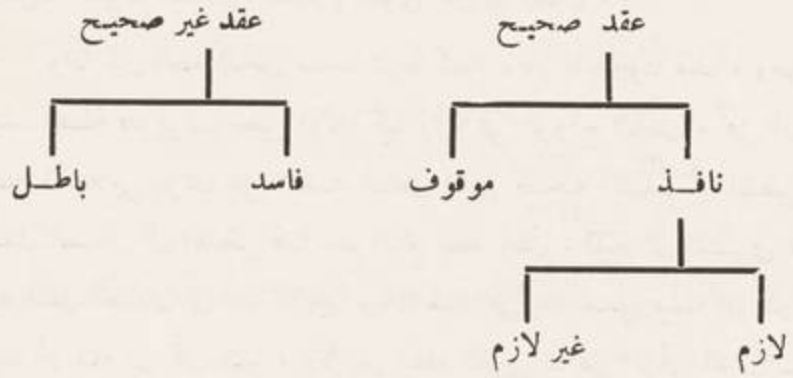
٢ ـ عقد صحيح غير لازم •

٣ ـ عقد صحيح موقوف •

٤ ـ عقد فاسد •

٥ ـ عقد باطل •

وللتوضيح نضع الرسم التالى :



ونبدأ ببيان كل عقد من هذه العقود (بترتيب عكسي) •

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

١ ـ تطابق الايجاب والقبول •

٢ ـ اتحاد مجلس العقد •

٣ ـ تعدد العاقد •

٤ ـ التميز ـ أو العقل •

٥ ـ محل مقدور السليم •

٦ ـ محل معين أو قابل للتعيين •

٧ ـ محل قابل للتعامل ـ اى مال متقوم •

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

والعقد الباطل ليس له وجود شرعي فلا ينتج أثراً واذا نفذه اطرافه وجب الرد واعادة الحال الى ما كانت عليه ، ويتمسك بالبطـلان كل ذى مصلحة وعلى القاضي تقرير بطلانه من تلقاء نفسه •

ولما كان العقد الباطل منعدما فان الاجازة لا تلحقه ، ولا يجيز فقهـاء الشريعة سقوط البطلان بالتقادم (دعوى كان أو دفعاً) •

واذا كان العقد الباطل منعدما شرعا كعقد ، فان له وجودا فعليا • وهو بهذه الصفة قد يرتب بعض الاثار كما رأينا فى الزواج الباطل • على أن الفقه الاسلامي يرتب على العقـد الباطل الذى يصحبه التسليم أو القبض انتقال الضمان الى القابض فاذا سلم البائع بعقد باطل ، المبيع الى المشترى ، فقد انتقل الضمان الى هذا الاخير ، فاذا هلك فى يده ضمن قيمته ان كان قيميا أو مثله ان كان مثليا • ولا يقر الفقه الغربي ـ على الرأى الغالب ـ هذا الاثر للعقد الباطل •

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

١٤٩ ـ ثانيا ـ العقد الفاسد (فى الفقه الحنفي) .

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

واذا توافرت هذه العناصر ولكن اختل 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 هـذا 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 تعينا 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 :ـ

١ ـ الاكـراه .

٢ ـ الغـرر .

٣ ـ الضرر الذى يصحب التسليم .

٤ ـ الشرط الفاسد .

٥ ـ الربـا[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 مادى ،

---

(٣٩) مصادر الحق جـ ٤ ص ١٣٧ .

وعلى هذا قالوا ان القبض ينقل ملكية المبيع فى البيع الفاسد ، ولكنهم مع هذا الزموا المشتري بدفع قيمة المبيع لا ثمنه المتفق عليه ، واذا هلك المبيع بيعا فاسداً فى يد المشترى ضمنه بقيمته ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا .

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

١٥٠ ـ ثالثا ـ العقد الموقوف :

هو العقد الصادر من شخص لا يملك ولاية انشائه ، والعقد الذى يمس حقا من حقوق الغير .

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

١ ـ العقد الصادر من ناقص اهلية
٢ ـ العقد الصادر من الفضولى
٣ ـ التصرف فى العين المؤجرة
٤ ـ التصرف فى العين المرهونة

وهؤلاء لا يملكون ولاية انشاء العقد . والعقد هنا يمس حقا 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 فاشترى 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 فى الفقه الاسلامي يحتل المكان الذي يحتله القابل للابطال فى 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 فى حالة سبات قد يفيق منه اذا أجيز ، وقد يموت قبل أن يفيق اذا لم يجز .

ولا ريب ان النظام الاسلامي فى العقد الموقوف يفضل النظام الغربي فى 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 فى الفقه الغربي ، فمثل هذا التصرف ذو وجهين هو قابل للابطال بالنسبة للمشترى الذى يشترى عينا لا يملكها البائع ، وهو (غير سار) فى حق المالك الحقيقي . ولما كان المشترى يملك ابطال هذا العقد فان يملك اجازته كذلك ومع هذا يبقى العقد (غير سار) فى حق المالك الاصلى . وواضح ان الاخذ بفكرة العقد الموقوف تجنبنا كل هذه التناقضات .

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

١٥١ ـ رابعا ـ 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 ـ خامسا ـ 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 وسنتكلم عن آثار هذا العقد فى الفصل التالى .

١٥٣ ـ موقف المشرع العراقي من نظرية البطلان ـ لا يتسع مجال هذا المؤلف الموجز لبيان تفصيلى عن موقف المشرع العراقي من نظرية البطلان فاكتفي بتلخيصها على النحو الآتي :ـ

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

٢ ـ لم يأخذ المشرع العراقي بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد ساوى ـ كقاعدة عامة ـ 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 ـ 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 بالعقـــد الصحيح لان المشرع العراقي اجاز الربا صراحة (المادة ١٧١) اما العقد الفاسد بسبب الغرر الذى يلحق وجود المحل فقد الحقه بالعقد الباطل وكذلك العقـــد الفاسد لجهالة المحل او عدم تعيينه تعيينا كافيا نافيا للجهالة •

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

اقتران الشرط بالعقد

١٥٤ ـ تنص المادة (١٣١) على انه « ١ ـ يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه ، او يلائمه ، او يكون جاريا به العرف والعادة • ٢ ـ كمـــا يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعـا 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 بـــين تعليق العقد على شرط وبين اقتران العقد بالشرط •

فالعقد المعلق على شرط هو ما علق ـ وجودا او زوالا ـ على امـــر آخر ، كأن يقول شخص لاخر استأجر دارك هذه بمبلغ قدره (٣٠٠) دينار في السنة اذا نقلت الى مدينة بغداد ، او ان يقول له ان كان فلان مدينا لـك 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 ... على ان اظل ساكنا فيها ستة اشهر . وهذا النوع من الشروط هو الذى تتولى بحثه فى هذا المقام .

١٥٥ ـ 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 واخر للشافعية ، الذين لايكادون يفترقون 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 ـ 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 فالبطلان عندهم يلحق فى هذه الحالة كلا من العقد والشرط .

١٥٧ ـ واما اصحاب المذهب الحنفي فانهم يقسمون الشروط التى تقترن بالعقد الى ثلاثة اقسام : صحيحة وفاسدة وباطلة .

والشرط الصحيح :ـ

١ ـ هو الشرط الذى كان موافقا لمقتضى العقد كأن يشترط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل تسلم المبيع .

٢ ـ او الشرط الذى يؤكد مقتضى العقد كأشتراط البائع اخذ كفيل او رهن .

٣ ـ او الشرط الذى جاء به النص كاشتراط خيار الشرط .

٤ ـ او الشرط الذى جرى به العرف كشراء ساعة او تلفزيون او

ثلاجة بشرط ان يتعهد البائع بالاصلاح مدة معينة •

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

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

وحكم هذا الشرط الفاسد انه يفسد العقد ، وعلة الفساد هى (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 يؤكده ، (وليس فيه منفعة) لاحد مثل ذلك ان تبيع دارك لشخص وتشترط عليه عدم سكناها مدة معينة ، او ان تبيع سيارتك وتشترط على المشترى 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 الحنفي للشروط التى تقترن بالعقد •

١٥٧ ـ 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 (لايناقض مقتضى العقد) وفي 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 ابي حنيفة كما تقدم بيانه .

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

١٥٨ – ولعل ابعد تطور للفقه الاسلامى فى مسألة اقتران 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 المشترى 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 شراءه لعتقه ويشترط على هذا المشترى 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 العراقي من الشرط المقترن بالعقد : – لقد ساير المشرع العراقي 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

بابطال الشرط وحده والابقاء 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 وفى هذه الحالة يبطل الشرط والعقد معا لان الشرط كان هو الدافع الى التعاقد (انظر المادة ١٣١) .

الباب الثاني

ـ آثار العقد ـ

١٦٠ ـ تمهيد وتقسيم : ـ بحث المشرع العراقي آثار العقد في المواد (١٤٢ ـ 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

ـ الآثر الملزم للعقد بين المتعاقدين ـ

١٦١ ـ القاعدة العامة ان العقد لا ينصرف اثره الى غير المتعاقدين ، ولا يقصد بالمتعاقدين هنا من باشرا 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 مدينهم من عقود بطريق غير مباشر لتأثير هذه العقود على ذمة المتعاقد المدين التي تعتبر ضمانا عاما لدائنيه •

واذا 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 .

ـ المطلب الاول ـ

القـــاعدة العـــامة

ـ نسبية أثر العقد ـ

١٦٢ ـ 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 لايجوز لاحد العاقدين ان يتنصل 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 لاخر فان البائع يلتـــزم بالامتناع عن منافسة المشترى منافسة ينتزع بها عملاء المتجر المبيع ، ويلتزم العامل الذى يشتغل فى مصنع بعدم افشاء اسرار هذا المصنع ، ويكون مـــا يستنبطه العامل من اختراعات اثناء عمله من حق رب العمل اذا كانت طبيعة الاعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه افراغ جهده فى الابتداع ، 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 ـ اى على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية ـ 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 ليمكنه من درئها او تقليل خطرها . 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 ـ 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 تبيعها 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 للمشترى سجلات المحل التى تبين ما له من حقوق وما

---

(١) محكمة التمييز ٢٠٢/ج/٥٨ . سلمان بيات حـ ١ ص ١٤٧ .
(٢) المرحوم بهجت بدوى اصول الالتزامات ص ٣٩٢ .

عليه من ديون ، وما يتصل به من عملاء ، وان يسلم للمشترى كذلك عقد اجارة المحل ، وان لايرفع التلفون المنصوب فيه .

١٦٤ ـ **العقد الصورى :ـ** تقضي المادة (١٤٧) بانه « ١ ـ اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسنى النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما ان لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر ، ٢ ـ واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للاولين » .

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

وتقضى المادة (١٤٩) بأنه « لايجوز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها فى دائرة الطابو » .

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

يمكن تعريف الصورية بأنها عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانونى الحقيقى للمتعاقدين[٣] .

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

---

(٣) مازو حـ ٢ ص ٧١٨ .

ان يحتاط البائع لنفسه فيأخذ من المشترى اقرارا كتابيا بصورية البيع يسمى (ورقة الضد) .

وقد تكون الصورية (نسبية) تقتصر على نوع العقد لا وجـــوده كهبة فى صورة بيع ، أو بيع فى صورة هبة ، او اقرار بدين قرض والواقع انه رشوة .

١٦٥ ـ حكم الصورية :ـ يختلف حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين عنه بالنسبة للغير .

أ ـ اما بالنسبة للمتعاقدين (وكالمتعاقدين خلفهما العام) فان العقد الظاهر لا وجود له وانما العبرة بالعقد المستتر او بالواقع الحقيقى عـــلى حسب الاحوال . فاذا بعتك عينا وكان البيع صوريا فلا وجود للبيع بيننا ، وابقى مالكا للعين استطيع التصرف فيها وبيعها لمن أشـاء ، ولا تتملك العين المبيعة بهذا العقد الصورى .

واذا كانت الصورية نسبية فالعبرة بين الطرفين بالعقد الحقيقي المستتر لا بالعقد الصورى الظاهر ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨) التى سبق ذكرها .

ويقع عبء اثبات الصورية على من يدعيه لانه يدعى خلاف الظاهر ، وعليه اتباع القواعد العامة فى 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 تزد قيمة الالتزام عن عشرة دنانير اذا كان العقد الظاهر مكتوبا ، لانه لايجوز نقض الدليل الكتابى بدليل اضعف منه (المادة ٤٨٩/١) .

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

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 المشترى 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 وتضحية 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 البينة 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 الصوري 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 التقايل 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 ـ مجموعة ابو شادى ص ٦١٨ .

(٥) نقض مصرى ٩٤٩/١٠٢/١ ـ مجموعة احكام النقض س ١ ص ٤٨ .

١٦٦ ـ قلنا ان العقد شريعة المتعاقدين ، فاذا كان العقد لازما فأنه 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 آمرة من النظام العام • واذا كانت هذه هي القاعدة العامة فان لها استثناءات معينة تخص حالة واحدة منها بالشرح وهي حالة الظروف الطارئة •

نظرية الظروف الطارئة

(Théorie de L'imprévision)

١٦٧ ـ 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 التعاقدي 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 الطارئ) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالزام ، فقد يكون سببا فى رفع الغبن ، أو في انقاص الالتزام المرهق •

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

ويرجع الفضل فى لفت النظر الى هذه النظرية الى فقهاء الحواشى ، وكان من الطبيعي ان تأخذ مكانا ملحوظا فى التشريعات المستمدة من اصل ديني فنادى بها فقهاء القانون الكنسى ، ولكنها اخذت تضعف امام طغيان مبدأ سلطان الارادة ، حتى لم نعد نجد لها ظلاً فى القانون الفرنسى المغرق فى الروح الفردية .

على ان هذه النظرية اذا كانت قد اندثرت فى القانون الخاص ، فقد ازدهرت فى القانون الدولى العام اولا ثم انتقلت منه الى القانون الادارى .

وكانت الحرب العالمية الاولى هي المناسبة التى وافت مجلس الدولة الفرنسى للاخذ بها فى قضية معروفة (قضية شركة غاز مدينة بوردو) .

وقد تلقفت القوانين المدنية الحديثة هذه النظرية عن القانون الادارى فقهه وقضائه .

بعد هذه الكلمة التمهيدية نتناول الكلام عن النظرية ذاتها على النحو الآتي :ـ

١ ـ العقود التى تطبق عليها النظرية .
٢ ـ شروط تطبيق النظرية .
٣ ـ آثار الظرف الطارىء .

١٦٨ ـ اولا : **العقـــود التى تنطبق عليها النظرية :ـ** يرى بعض الفقهاء ان مجال تطبيق هذه النظرية قاصر على (عقود المدة) سواء اكانت مستمرة التنفيذ (كعقد الايجار) أو دورية التنفيذ (كعقد التوريد) لان تطبيق هذه النظرية على العقود التى 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 فى التيسير عليه .

وقد اصبح هذا الرأى مهجورا الآن والرأى السائد فقهاً وقضاء هو ان نظرية الظروف الطارئة تطبق على كل عقد (يفصل بين ابرامه وبين تمام تنفيذه فاصل زمني طويل يسمح بحدوث طارىء غير متوقع) وبعبارة اخرى تطبق هذه النظرية على جميع العقود (**المتراخية التنفيذ**) بصرف النظر عما اذا كانت بحسب طبيعتها مستمرة او فورية •

ولكنني أود ان الفت النظر الى ان هـــذه النظرية لا تشمل (عقود الغرر) اى (العقود الاحتمالية) لان طبيعة هذه العقود لا تنسجم مع فكرة تدخل القضاء لاعادة التوازن الاقتصادى بين التزامات الطرفين •

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

١ ـ ان تحدث بعد ابرام العقد (حوادث استثنائية عامة) •

٢ ـ ان تكون هذه الحوادث (غير متوقعة) •

٣ ـ ان تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً •

١٧٠ ـ الشرط الاول : ان تطرأ بعد ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه (حوادث استثنائية عامة) أي انه يشترط فى الحادث توافر صفتين : ان يكون (استثنائيـا) وان يكون (عامـا) ويراد بالصفـة الاولى ان يكون الحـــادث ممـا لا يتفق مع الســـير الطبيعي العـــادي للامور أي أن يكون بعيـدا عما الفه النـاس واعتـادوه • كزلزال ، أو وباء ، أو حرب أو جراد ، أو فرض تسعيرة جبـرية ، أو الغاء تسـعيرة كانت مفروضـة وقت ابرام العقد أو أرتفاع فى الاسعار ، أو هبوط فاحش فيها الخ •

ويراد بالصفة الثانية ان لا يكون هذا الحادث الاستثنائى خاصا بالمدين بل ان يشمل اثره عددا كبيرا من الناس ، كأهل بلد او اقليم معين او طائفة منهم كالزراع او تجار اللحوم وعلى هذا الاساس قضت المحاكم العراقيـــة بان انتشار الحمى القلاعية الذى حدث عام ١٩٥٨ بشكل وبائي يعتبر ظرفا

طارئا بالنسبة لمتعهدى توريد اللحوم فى المنطقتين الوسطى والجنوبية من العراق دون المنطقة الشمالية وذلك لما ثبت لديها ان هاتين المنطقتين تعتمدان فى هذه السلعة على ما تورده 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 الاستثنائي فى بعض التطبيقات الخاصة لنظرية الظروف الطارئة مثال ذلك ماجاء فى المادة (٧٩٢/١) التى تقضي 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 التشريعي 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 ـ الشرط الثانى : ان يكون هذا الحادث الاستثنائى العام (غير متوقع) وعندى ان هذا الشرط تزيد لا ضرورة له ، فما دمنا 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 الاستثنائي 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 الزراعي حادثا استثنائيا عاما وبالتالى مجالا

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 العادي) توقعه والقول بغير هذا المعيار يتنافى مع الاساس الذي اقيمت عليه نظرية الظروف الطارئة اذ من المعروف ان اساس هذه النظرية هو (العدالة) والاخذ بالمعيار الشخصي يتنافى مع العدالة اذ من شأنه ان يكافيء 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 لايمكن دفعه) لانه اذا كان في امكان المدين دفع هذا الحادث وتوقي اثاره فلم يفعل كان مخطئا لا يستحق الحماية التي تقررها هذه النظرية فلو ان موردا تأخر في تنفيذ التزامه حتى قامت حرب الشرق الاوسط التي اغلقت قناة السويس على اثرها فاضطر الى شحن البضاعة عن طريق رأس الرجاء الصالح وكبده ذلك مصاريف اضافية طائلة فليس له ان يستند الى هذه النظرية ليلقي على الطرف الاخر قسما من هذه الخسارة .

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

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

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

---

(٦) في ١٩٦٧/٦/١٧ .

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

١ ـ يجب ان يوضع فى الاعتبار عند تقدير الارهاق ، جميع اوجه النشاط التى يمارسها المتعاقد والتى يقوم بينها اتصال وثيق بحيث يمكن اعتبارها فرعا من الالتزام الاصلى فى العقد • فاذا كان العقد عقد امتياز مثلا ، 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 تبيعه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الاستغلال الاصلي •

٢ ـ اذا كان المتعاقد يمارس اوجها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد (ماء نقي ، وماء خام مثلا) فيجب عند تقدير الارهاق اخذ جميع هذه الاعمال بعين الاعتبار •

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

٤ ـ لايدخل فى حساب الخسائر الارباح التى حققها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارىء •

١٧٣ ـ هل ينبغي على المتعاقد اذا توافرت الشروط السالفة ـ 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 التعاقدي • 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 المنوال اخيرا فاشترطت لتطبيق الظروف الطارئة ان يتمسك بها المتعاقد والعقد لايزال فى دور لتنفيذ .

وعندي ان هذا الاتجاه منتقد للاسباب التالية :ـ

أ ـ ان نظرية الظروف الطارئة من صنع القضاء الادارى وخلقه 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 ـ ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة ، وليس من العدالة ان يحرم المتعاقد الذى تحمل الارهاق امتثالا لعقده واحتراما لالتزاماته من الاحتماء بهذه النظرية وان تغدق هذه الحماية على المتعاقد المشاكس الذى امتنع عن التنفيذ .

ج ـ 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 الظرف الطارىء سلطة (تعيين طريقة التنفيذ ، او تحديد مقداره او فسخ العقد) وواضح ان تعيين طريقة التنفيذ «او» تحديد مقداره « او » فسخ العقد « لايتصور الا اذا كان العقد لازال فى دور التنفيذ .

اما المشرع العراقي فأنه يعطي للقاضي سلطة « انقاص الالتزام المرهق أو رده الى الحد المعقول «و» انقاص الالتزام «أو» رده الى الحد المعقول » متصور اثناء التنفيذ كما هو متصور بعد تمام التنفيذ .

١٧٤ ـ ثالثا : ـ آثار الظرف الطارىء :ـ اذا توافرت الشروط السالفة

جاز للمحكمة « انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول الذى تقضي 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 تقررها هذه الفكرة ، وبهذا قضت محكمة التمييز فقد جاء فى حكم لها « لما كانت المادة ٢/١٤٦ مدني تجيز للقضاء اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي 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 ولايحق له المطالبة بالتعويض ، لان الهدف الرئيسي للنظرية 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 ـ قلنا ان اثر الطرف الطارىء هو (انقاص) الالتزام المرهق الى الحد المعقول ولكن كيف يقوم القاضي بعملية (الانقاص) هذه .

نقرر فى هذا الصدد القواعد الثلاث التالية :ـ

---

(٧) حكمها المرقم ١٢٢٩/ح/١٩٦٧ الصادر فى ٢٧ـ١ـ١٩٦٨ ـ منشور فى مجلة القان المقارن ص٢١٨ ، ع٢س٢ .

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 لايتجاوز مقدارهـا ٥٪ من الصفقة .

القاعدة الثانية :

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

مثال ذلك :ـ 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
ارتفـع الـى ١٧٥٠٠ دينار
مقدار الارهاق (الخسارة) ٧٥٠٠ دينار اى ٧٥٪ من الصفقة .

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

القاعدة الثالثة :

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

حدته 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 ـ قلنا انه ليس معنى قاعدة نسبية العقود ان يقتصر أثرها على من كان طرفا فيها بطريق الاصالة 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 • ونتولى الآن بحث انصراف أثر العقد الى الخلف عاماً كان او خاصا •

اولا : اثر العقد بالنسبة للخلف العام

١٧٦ ـ 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 ـ وتقضى 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 ـ كما يقول النص ، القواعد المتعلقة بالميراث ، وطبيعة العقد أو التعامل ، ونص القانون .

١٧٨ ـ اما عن قواعد الميراث فقد أراد المشرع بها الاشارة الى القاعدة المعروفة « لا تركة الا بعد سداد دين » . ومقتضى هـذه القاعدة وجوب التفرقة بين الحقوق الناشئة عن العقـد وبين الديون او الالتزامات المترتبة عنـــه .

اما بالنسبة للحقوق فالاصل فيها انهـــا تنتقل الى الوارث بعد موت مورثه ، فاذا باع شخص عيناً بثمن مؤجل مات قبل قبضه انتقل الحق فى 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 فى 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 وحقاجازة تصرف الفضولي ، وحق نقض الاشتراط لمصلحة الغير . ولا تنتقل الى الوارث ـ عنـد اصحاب المذهب الحنفي ـ الحقوق المتصلة بمشيئة المدين وارادته ، كالخيارات وحق الاخذ بالشفعة ، ولكنهم استثنوا من ذلك خيار العيب ، وخيار التعيين وخيار فوات الوصف. وقالوا ان هذه الخيارات الثلاثة تثبت للوارث (ابتداء) لا بطريق الوراثة او الخلافة ، لان هذه الخيارات تثبت لعلل تحققت فى العين ذاتها ، وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين الى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة .

وتذهب معظم المذاهب الاخرى الى القول بوراثة الخيارات وحق الشفعة لقوله (ص) « من ترك مالاً او حقاً فلورثته » .

ومع هذا فان المشرع العراقي قضى بعدم انتقال الحق في الاجل الذي كان يملكه المورث الى الوارث (٢٩٦) وقضى بعدم وراثه خيار الشرط (٥١٢) وبعدم وراثة خيار الرؤية (٥٢٣) .

هذا بالنسبة للحقوق أما بالنسبة للديون فان قاعدة لا تركة 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 في التركة ولا ينتقل الى ذمة الوارث .

١٧٩ ـ 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 العاقدين .

١٨٠ ـ 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 ـ على ان القانون اذا كان قد أطلق يد الانسان في التصرف في 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 ـ وهي عبارة عن هبة مضافة الى ما بعد الموت ـ 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 فى حقه هذه الزيادة .

واذا احس لانسان بدنو أجله لم يعد للمال قيمة لديه ، فلا يبعد أن يقدم على تصرف ضار بورثته أو ببعضهم على الاقل ، ولهذا نظر المشرع الى تعرفات المريض مرض الموت نظرة شك وريبة فالحق هذه التصرفات (الناقلة للملكية) بالوصية ، كما الحق بها كذلك ابراء المريض مرض الموت مديناً له (م/١١١٩) .

ثانيا : اثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

١٨٢ ـ الخلف الخاص هو من تلقى من سلفه حقا (فى شيء) معين بالذات ، سواء كان هذا الشيء ماديا أو معنويا . وبعبارة اخرى الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه (ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء) والشيء المعين الذي يتلقاه هذا الخلف الخاص قد يكون هو ذاته حقا عينيا ، وقد يكون حقا شخصيا .

فالمشتري 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 ـ وتقضي الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) بأنه « اذا انشأ العقد

التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل الى خلف خاص فان هـذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى الخلف فى الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من (مستلزماته) وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه » .

ويفهم من هذا النص انه لا بد لانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص من توافر الشروط التالية :ـ

١ ـ ان يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذى 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 ـ أن يكون العقد الذى ابرمه السلف (سابقا) على انتقال الشيء الى الخلف الخاص لانه اذا كان العقد (تاليا) لانتقال الشيء الى الخلف فانه يكون قد صدر ممن لا ولاية له فى التعاقد ، فلا ينصرف أثره الى الخلف . فاذا بعتك 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 ـ أن يعلم الخلف بالعقد السابق الذي أبرمه سلفه ، والمراد بالعلم هنا العلم الحقيقي لا امكان العلم أو العلم المفترض . ولكن يلاحظ ان التسجيل فى الحقوق العينية العقارية يغني عن العلم . ويقع عبء اثبات العلم على عاتق المتعاقد مع السلف ، وهو يستطيع اثباته بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن .

٤ ـ أن يكون الحق أو الالتزام الذى رتبه عقد السلف من (مستلزمات) الشيء الذى 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 تنتقل 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 ـ الحقوق المكملة للشيء :

١ ـ أمن شخص على داره ضد الحريق ـ ثم باع هذه الدار ، يستفيد المشتري من الحقوق الناشئة عن عقد التأمين لانها من (مكملات) الشيء وينتقل تبعا لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين .

٢ ـ حصل صاحب متجر من آخر على تعهد بعدم المنافسة ، باع الاول محلة ينتقل الى المشتري حق عدم المنافسة لانه من (مكملات) الشيء .

٣ ـ اشترى شخص عينا ثم باعها لمشتر ثان ، ينتقل الى هذا المشتري الثاني حق المشتري الاول فى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية لان هذه الحقوق من (مكملات) الشيء .

١٨٤ ـ ولاتعتبر حقوقا مكملة للشيء ، وبالتالى لاتنتقل الى الخلف الخاص :

١ ـ 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 ـ حقوق السلف التي كانت شخصيته محل اعتبار فى انشائها ، مثال ذلك أن يشتري طبيب قطعة أرض يقيم عليها مستشفى متنقلا ويتعاقد

مع مخزن أدوية على توريد أدوية معينة لهذا المستشفى ، فاذا نقل الطبيب المستشفى وباع قطعة الارض فان حقه قبل مخزن الادوية لا ينتقل الى مشتري الارض ، لان هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالارض التي بيعت .

١٨٥ ـ الالتزامات المحددة للشيء ، وبالتالى تنتقل الى الخلف الخاص :ـ

١ ـ التزم صاحب متجر بعدم فتح متجره لمدة معينة لعدم منافسة صاحب متجر آخر ، باع الملتزم متجره ، ينتقل التزامه الى المشتري لانه من (محددات) الشيء .

٢ ـ باعت الحكومة قطعا من الاراضي ، واشترطت على المشترين انها اذا نزعت ملكيتها للمنفعة العامة فى خلال مدة معينة فانها لا تلتزم الا برد الثمن ، فاذا باع أحد المشترين القطعة التي اشتراها انتقل هذا الالتزام الى هذا المشتري الثاني باعتباره خلفاً خاصا لانه من (محددات) الشيء .

٣ ـ اشترى شخص قطعة أرض من شركة اشترطت عليه عدم مجاوزة البناء لارتفاع معين أو عدم اقامة منشئات عليها لغير السكن ، باع المشتري هذه القطعة الى آخر ينتقل هذا الالتزام الى المشتري الاخير لانه من (محددات) الشيء (لاحظ هنا ان من الاسهل تخريج التزام المشتري الثاني بالقول بان الحق المقرر على قطعة الارض 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 ـ وانظر المادة ١٢٧٤) .

٤ ـ التزم صاحب دار مجاورة لكنيسة بعدم اقامة حفلات راقصة فيها ، باع المالك داره قضت المحاكم الفرنسية بانتقال هذا الالتزام الى المشتري لانها اعتبرته من (محددات) الشيء .

التزامات لا تعتبر محددة للشيء فلا تنتقل الى الخلف الخاص :ـ

التزام صاحب الارض الذى اتفق مع مقاول على البناء عليها لا ينتقل

الى الخلف ، وكذلك الحال بالنسبة لالتزام بائع السيارة اذا كان قد استأجر (كراجا) لها .

التعهد عن الغـــير

١٨٦ ـ 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 تعاقد معه اذا رفض الغير ان يلتزم ، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به اذا كان ذلك فى استطاعته من غير أن يضر الدائن . ٢ ـ 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 الذى صدر فيه الوعد » .

ويفهم مما تقدم ان التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة فى 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 الذى تثيره صياغة المادة (١١١٩) من القانون الفرنسي .

وللتعهـــد عن الغـير فى الحياة العملية صور متعددة ، فهـذا 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 ـ ونلخص أحكام التعهد عن الغير فيما يلي :ـ

١ ـ يتعاقد الشخص باسمه لا باسم الغير : ومن هنا اختلف التعهد

عن الغير عن الوكالة وعن الفضالة .

٢ ـ لا يلزم المتعهد الغير ، وانما يلزم نفسه ، والتزامه هو الحصول على اقرار الغير للتعهد فالاصل فى التزام المتعهد ان يكون التزاما (بنتيجة) هي الحصول على اقرار الغير ولا مانع ـ فى رأينا ـ من أن يكون التزامه (بوسيلة) وذلك بان يتعهد بان يبذل جهده لحمل الغير على القبول ، وتقول محكمة النقض والابرام المصرية ان هذا التعهد يلقى على المتعهد « سعيا متواصلا وجهدا مستمرا لكي يدلل على حسن نيته فى تنفيذ تعهده ، وانه كان جادا فيما أخذه على عاتقه ولم يكن هازلا فيه وانه جد فى سعيه أن يحصل على هذه الموافقة »(٨) .

٣ ـ ينقضي التزام المتعهد باقرار الغير للمتعهد ، ولا يسأل بعد هذا عن عدم تنفيذ الغير أو اخلاله بالتنفيذ ، الا اذا تعهد بذلك وفى هذه الحالة يعامل معاملة الكفيل .

٤ ـ اقرار الغير للتعهد عمل ارادى صادر من جانب واحد ، لا يشترط فيه شكل خاص الا اذا اشترط القانون ذلك كما فى الهبة والرهن الرسمي وبيع العقار .

٥ ـ ليس للاقرار أثر رجعي وذلك دفعا للاضرار بحقوق الغير ، فاذا تعهد (أ) ان (ب) يبيع منقولا يملكه الى (جـ) ولكن (ب) باع المنقول الى (د) ثم قبل التعهد الصادر من (أ) فان (ب) يكون قد باع المنقول مرتين الاولى الى (د) والثانية الى (جـ) . فاذا أخذنا بفكرة الاثر الرجعي للقبول أضر هذا بالمشترى (د) اذ يتأخر عن المشترى (جـ) . ودفعا لهذا الاضرار فقد نص القانون على عدم استناد الاقرار الى الماضى .

---

(٨) القضية رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٠ ـ وانظر نقدا لهذا الرأى ـ الدكتور الحكيم ط١ ص٣١١ .

ومع هذا فانه يكون للاقرار أثر رجعى اذا انصرف الى ذلك قصد الغير صراحة أو دلالة ، مثال ذلك : ملاك على الشيوع بينهم قاصر ، تصرفوا فى 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 ـ اذا رفض الغير التعهد حقت المسئولية على المتعهد ، فيلتزم بتعويض من تعاقد معه عما لحقه من ضرر، ومع هذا فان هذا المتعهد يستطيع التخلص من التعويض اذا قام بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به عن الغير ، اذا كان ذلك لا يضر بالدائن المتعاقد معه ، اى اذا لم تكن شخصية الغير محل اعتبار فى 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 .

وسنتكلم 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 ـ 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 مسئوليته المدنية لمصلحة ضحاياه .

تشترط 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 فى عقود التأمين ، والاحتكار والتزام المرافق العامة والمقاولات .

ويتبين من الأمثلة المتقدمة ان هناك ثلاثة أشخاص فى الاشتراط هم :ـ

(١) المشترط وهو من قام بترتيب الحق .

(٢) المتعهد ـ وهو من التزم بهذا الالتزام .

(٣) المنتفع ـ وهو من انشىء هذا الحق لمصلحته أى المستفيد منه .

ونبحث أولا شروط الاشتراط ثم أحكامه .

أولا : شروط الاشتراط

للاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة شروط هى

١٨٩ ـ (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) وفى الاشتراط يتعاقد المشترط باسمه الخاص •

ومثل هذا الفرق موجود بين الاشتراط وبين الفضالة ، يضاف الى ذلك ان المشترط يستطيع ان يطالب (المتعهد) بتنفيذ التزامه نحو المنتفع لان له مصلحة شخصية فى ذلك ، أما الفضولي فلا يملك هذا الحق لانتفاء المصلحة •

١٩٠ ـ (٢) ان يشترط على المتعهد **حقا مباشرا للمنتفع :** وهذه هى الصفة الجوهرية للاشتراط كاستثناء على قاعدة نسبية العقود • ويترتب على هذا الشرط انه اذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه اولا ثم 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 فى صور الاشتراط لان الحق فى الاستخلاف (ينتقل) من سلف الى خلف • أما فى الاشتراط فان الحق ينشأ (ابتداء) لمصلحة الغير •

١٩١ ـ (٣) ان تكون للمشترط (**مصلحة**) شخصية : ولا يشترط فى هذه المصلحة ان تكون مادية بل يجوز أن تكون أدبية (م ١٥٢/١)• والواقع ان المصلحة الادبية أكثر ظهورا فى التطبيق العملي من المصلحة المادية ، فالحكومة التى تشترط على الشركة المحتكرة شروطا لمصلحة الجمهور والشخص الذى يؤمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده ، ومن يقدم هبة ويشترط على الموهوب له شيئا لمصلحة الفقراء أو لاعمال البر ، والام التى تشترط على مطلقها ترتيب ايراد للابن دون ان تلتزم الام قبل الاب بشىء ، كل هؤلاء تدفعهم الى الاشتراط مصلحة ادبية لا مصلحة مادية•

ثانيا ـ أحكام الاشتراط :

فى الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات هى :ـ

١٩٢ ـ (١) **علاقة المشترط والمتعهد :** تحكم هذه العلاقة طبيعة العقد المبرم بين الطرفين فقد يكون العقد المبرم بينهما عقدا ملزما للجانبين ، فيلتزم كل منهما بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها هذا العقد • مثل ذلك :ـ أن يبيع شخص عينا لآخر مقابل ثمن يدفع بعضه للبائع ويدفع بعضه الآخر للغير على شكل ايراد مرتب مدى الحياة ، المشترط هنا بائع يلتزم بما يلتزم به البائع ـ من نقل ملكية وتسليم وضمانات ـ والمتعهد هنا مشتر يلتزم بما يلتزم به المشتري من دفع الثمن على النحو المتفق عليه ـ أى انه يلتزم بدفع بعض الثمن الى البائع وبعضه الآخر الى الغير على شكل أقساط من ايراد مرتب مدى الحياة • ولما كان للمشترط مصلحة من هذا الاشتراط فقد أعطته حق مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه قبل المنتفع عن طريق دعوى مباشرة لانه طرف فى العقد • واذا امتنع المتعهد عن تنفيذ التزامه فانه يجوز للمشترط ان يمتنع بدوره عن التنفيذ ، كما يجوز له ان يطلب فسخ العقد ، كما يحق له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذى لحقه ولحق المنتفع من جراء عدم التنفيذ أو الاخلال به •

١٩٣ ـ (٢) **علاقة المشترط بالمنتفع :** قد يريد المشترط من وراء الاشتراط التبرع للمنتفع ، وقد يريد أن يعاوضه •

فاذا أراد التبرع له كان عقده هبة غير مباشرة يشترط فيها أن يكون المشترط أهلا للتبرع ، ويجوز له الرجوع فيها عند وجود سبب من أسباب الرجوع وعدم وجود المانع (انظر المواد ٦٢١ ـ ٦٢٣) •

أما اذا كان المشترط لا يريد التبرع فان العلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الاول من الثانى ، فقد يريد المشترط من عملية الاشتراط الوفاء بدين عليه للمنتفع وفى هذه الحالة تطبق أحكام الوفاء ، وقد يريد اقراض المنتفع عن طريق الاشتراط وفى هذه الحالة تطبق احكام القرض وهكذا •

١٩٤ ـ (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 ورده الى القواعد العامة التى الفوها .

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 تزيده 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 لابد 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 فى الحالات التى ينص فيها القانون على ذلك وليس الاشتراط لمصلحة الغير من بين هذه الحالات الاستثنائية التى نص عليها القانون .

وذهب فريق رابع الى الاستعانة بفكرة (حوالة الحق) وهذا الرأى بدوره غير صحيح لان المنتفع لا يتلقى حقه عن المشترط ولا يعتبر خلفا له فيه ، وانما هو تلقاه من العقد مباشرة .

والواقع انه لا معنى مطلقا لهذه الجهود التى يبذلها الفقهاء لتأصيل الحق المباشر للمنتفع فقد نشأ هذا الحق (استثناء) من قاعدة نسبية أثر العقد ، وليس من المنطق رد الاستثناء الى (القواعد العامة) .

فاذا ثبت هذا فاننا نستطيع حصر المميزات التى يمتاز بها حق المنتفع فيما يلي :ـ

(١) **انه حق مباشر :ـ** تلقاه المنتفع من عقد الاشتراط ولم ينتقل اليه من المشترط . ويترتب على هذه الصفة النتائج الآتية :ـ

أ ـ لا يستطيع دائنو المشترط الانتفاع من هذا الحق بعد وفاته بل يخلص للمنتفع وحده ، ويترتب 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 ـ لا يجوز لدائني المشترط حال حياته أن ينفذوا على الحق الذى اشترطه للمنتفع ولا ان يستعملوا حق مدينهم (المشترط) في نقض الحق ، لان حق النقض حق شخصي متصل بارادة المشترط ومشيئته (م ١٥٣/) .

(٢) **انه حق قلق ـ أى قابل للنقض :ـ** فحق المنتفع قابل للنقض من جانب المشترط الى أن يظهر المنتفع رغبته بالاستفادة من الاشتراط (١/١٥٣) .

ويتم النقض بعمل ارادى صادر من جانب واحد (هو المشترط) ولا يشترط فيه شكل خاص فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . مثال النقض الضمني أن يحول المشترط الحق من المنتفع الى شخص آخر ، ومثاله أيضا أن يطالب المشترط المتعهد بتسديد الالتزام لمصلحته هو (أي لمصلحة المشترط نفسه) .

ويوجه المشترط النقض الى المتعهد أو المنتفع ، ولكن يجب أعلان المتعهد دائما بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع .

ولا ينقطع حق النقض الا اذا صدر اقرار من المنتفع أى الا من وقت أن يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط .

وحق النقض حق لصيق بشخصية المشترط لانه يرجع الى اعتبارات شخصية خاصة به ، فلا يجوز لاحد غيره ان يستعمله سواء أكان دائنا أم وارثا . ولهذا قلنا ان حق المنتفع يثبت ويستقر نهائيا بوفاة المشترط .

واذا كان المشرع يعطي للمشترط حق نقض حق المنتفع فانه يشترط في ذلك ان لا يكون هذا النقض مخالفا لما يقتضيه العقد (١/١٥٣) وعلى هذا لا يستطيع مرسل البضاعة الذى قام بالتأمين عليها لمصلحة المرسل اليه نقض هذا الاشتراط لانه يخالف طبيعة العقد ، ولا يستطيع ذلك الذى باع عينا له واشترط على المشتري سداد دين أحد دائنيه من ثمنها نقض الاشتراط ، ولا يستطيع المشترط الذى باع عقارا مرهونا واشترط على المشتري دفع الثمن للدائن المرتهن نقض الاشتراط لتعلقه بمصلحة كل من الدائن المرتهن والمشتري .

(٣) **حق مستمد 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 الناشىء عن العقد** : لا يجعل هذا المنتفع طرفا فيه ، فالمنتفع بالرغم من ذلك (اجنبي) عن العقد . ويترتب على هذا :ـ

أ ـ لا تعتبر الاحكام الصادرة فى النزاع بين المشترط والمتعهد فى صدد العقد حجة على المنتفع فلا تكتسب في مواجهته قوة الشىء المقتضى فيه .

ب ـ اذا عدل العقد فلا يعتبر هذا التعديل حجة على المنتفع الا اذا كان له تاريخ ثابت .

جـ ـ لا يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالمقاصة بدين له قبل المشترط .

د ـ يجوز للمنتفع اثبات حقه بجميع طرق الاثبات لانه ليس طرفا فى العقد .

المبحث الثاني

تفسير العقد

اذا طرح نزاع بشأن عقد من العقود تعين على القاضى أن يبحث أولا عن انعقاد العقد أو عدم انعقاده ، فاذا تبين له ان العقد ابرم صحيحا تعين عليه أن ينتقل الى بحث نقطة اخرى وهى هل سبق تنفيذ الالتزام التعاقدى من قبل وهل كان التنفيذ كاملا أم جزئيا ، وهل كان التنفيذ فى صورتيه متفقا مع حسن النية وشروط العقد .

فاذا انصب النزاع على تفسير بعض محتويات العقد وشروطه وتحديد

نطاقه كان على القاضى أن يستجلى هذا الغموض بالرجوع الى قواعد التفسير التى وضع المشرع بعضها والتى نجملها فيما يلى :ـ

١٩٥ ـ (١) **العبرة فى العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني :** على ان الاصل فى الكلام الحقيقة اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز (م ١٥٥٥) • معنى هذا انه يحتم على القاضى أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وان لا يقف عند ظاهر الالفاظ وحرفية النصوص • فاذا أعطى المتعاقدان العقد وصفا معينا بعبارات والفاظ واضحة فان القاضى غير ملـزم بالتقيد بهذا الوصف ويترتب على هذا ان الهبة بشرط العوض تعتبر بيعـا وان الحوالة بشرط عدم براءة ذمة الاصيل تعتبر كفالة ، وان الوكـالـة المضافة الى ما بعد الموت تعتبر ايصاء وقد سبق أن عرضنا علاقة هذه القاعدة بالارادة الظاهرة والارادة الباطنة فلا نعود الى ذلك مرة اخرى •

١٩٦ ـ (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 فى عرف الناس حمل عـلى الاقـرار بالديـن المؤجل مثال ذلك : اذا قال أحد لآخر اذا وصلت الى المحل الفلاني فانى مدين لك بكذا كان اقراره باطلا ولو قال ان أتى الشهر الفلاني فانى مدين لك بكذا يحمل على الاقرار بالدين المؤجل لاقتضاء العادة ذلك •

١٩٧ ـ (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 المعني اليهم لان (الاولاد) حقيقة فى أولاد الصلب مجاز فى الاحفاد • ولو قالت وهبتك نفسى بمأة دينار حمل قولها (وهبتك) على المعنى المجازي وهو زوجتك •

١٩٨ ـ (٤) **لا عبرة بالدلالـة فى مقابلة التصريح :** فلـو قبض

المشتري الذى لم يدفع الثمن المبيع فى مجلس العقد ولم ينهه البائع كان هذا دليلا 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 شيئا منها لنظره 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 فى يده لزمه الضمان • لان الاذن الضمنى سقط بالنهي الصريح ، والتصريح أقوى من الدلالة •

١٩٩ ـ (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 لاخيها بعد وفاة أبيهما لك الثلثان ولي الثلث وكانت التركة أرضا أميرية مفوضة مثلا ، يمهل كلامها لانه يتعذر اعماله لمخالفته لاحكام القانون •

٢٠٠ ـ (٦) **المعروف يفسر ما غمض من العقد ويكمل نقصه :** وفى هذا المعنى يقول المشرع العراقي المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، والعادة محكمة • واستعمال الناس حجة يجب العمل بها ••• الخ[٩] ••• وهي نصوص معادة يغنى عنها نص واحد واضح •

وعلى هذا قضت المحاكم المصرية بأنه اذا أبرم شخصان شركة مضاربة دون تحديد حصة كل منهما فى الارباح فيكون لصاحب رأس المال الثلثان

---

(٩) انظر المواد ١٦٣ ـ ١٦٥ •

وللمضارب الثلث آخذا بعرف تلك البلاد • ويلتزم من يبيع سيارة بتسليم الاوراق المتعلقة بها الى المشترى ويلتزم من يبيع جريدة بأن يسلم للمشترى كشفا بأسماء المشتركين وقائمة بمدفوعاتهم • ويلتزم من ينزل فى فندق راق بدفع ١٠٪ من قيمة حسابه للخدمة ولو لم يجر الاتفاق على ذلك • ومن تطبيقات هذه القاعدة اعتبار الغائب المفقود الذى أكمل التسعين من عمره ميتا لان الغالب ان الانسان لا يعيش أكثر من ذلك •

٢٠١ ـ (٧) **يفسر الشك فى مصلحة المدين :** (م ١٦٦) اذا لم يستطع القاضى، باستعمال وسائل التفسير المتقدمة ، اجلاء المعنى الحقيقي للعقد وللكشف عن نية الطرفين وجب تفسير الشك فى مصلحة المدين ، فاذا كان لشخص على آخر عدة ديون من جنس واحد وكانت كلها حالة ، ثم قام المدين بالوفاء واختلف الطرفان فى تحديد جهة الدين فيعتبر قول المدين فى 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 والثانى 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 دائنا كان أو مدينا وقد سبقت الاشارة الى هذا عند بحث عقود الاذعان •

المبحث الثالث

المسئولية التعاقدية

ـ ضمان العقد ـ

٢٠٢ ـ تمهيد :ـ المسئولية التعاقدية هى 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 استعداده للتنفيذ العيني حكم القاضى على المدين بالتعويض ، وهذه المسئولية عن التعويض هى المسئولية العقدية(١٠) .

ويثير بحث المسئولية المدنية فى الفقه وفى القضاء مشاكل عديدة على جانب كبير من الاهمية لا نعرض لها فى هذا المبحث الذى نقصره على بحث أركان المسئولية العقدية وأسباب الاعفاء منها .

الفرع الاول

أركان المسئولية العقديــة

للمسئولية العقدية ـ كما للمسئولية التقصيرية ـ أركان ثلاثة هى : الخطأ والضرر وعلاقة السببية التى 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 الاشارة الى ذلك عند بيان انواع الالتزام وسنعود الى تفصيل الكلام عن الاعذار عند الكلام عن آثار الالتزام فى الجزء الثانى من هذا المؤلف .

الركـن الاول : الخطـأ

٢٠٣ :ـ الخطأ هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به .

وقد كان الفقهاء الاقدمون يأخذون بفكرة (تدرج الخطأ) فيقسمونه الى ثلاث درجات :ـ

---

(١٠) السنهورى ـ المصادر جـ ٦ ص ١١٩ .

خطأ جسيم : وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الرجل المهمل ويلحق هذا الخطأ الجسيم بالغش أو العمد .

وخطأ يسير : وهو الخطأ الذى الذى لا يرتكبه الرجل المعتاد .

وخطأ تافه : وهو الخطأ الذى لا يرتكبه الرجل الحريص الحازم .

وكان أنصار هذه النظرية يقسمون العقد ـ فى هذا المجال الى ثلاثة أنواع :ـ

(١) عقد لمنفعة الدائن وحده : مثاله عقد الوديعة والوكالة غير المأجورة وفي هذا العقد لا يسأل المدين الا عن الخطأ الجسيم لانه لا ينتفع بالعقد أصلا .

(٢) عقد لمنفعة الطرفين : كالايجار مثلا . وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير الذى يتحتم على أوساط الناس عدم الوقوع فيه .

(٣) وعقد لمنعة المدين وحده : كالعارية ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه ما دام العقد قد تمخض لمنفعته وحده .

واذا كان الفقه الحديث قد هجر هذه الفكرة منذ أمد ليس بالقصير فانك لا تزال تلمح بعض تطبيقات لها فى ثنايا القانون المدني العراقى .

مثال ذلك : انه اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي (أى الشرط الجزائي) فانه يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة هذا الشرط اذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ١٧٠) .

ومثاله انه يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية اذا اثبت ان الضرر الذى جاوز هذه الفوائد كان نتيجة غش المدين أو خطأه الجسيم (م ١٧٣) .

ومثاله جواز الاتفاق على اعفاء من المسؤولية التعاقدية الا التي تنشأ عن غش المدين أو خطأه الجسيم (٢٥٩) .

ومثاله : ان الشريك المنتدب لادارة الشركة يلتزم ببذل قـــدر من العناية هو عنايته بشئونه الخاصة ، الا اذا كان منتدبا للادارة باجر فلا يجوز له أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (٦٤١) .

والامثلة كثيرة ليس هنا محل حصرها واحصائها[١١] .

٢٠٤ :ـ اثبات الخطأ : يفرق الفقه الحديث فى هـذا الصدد بـين 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 كالتزام البائع والتزام المشترى ، والتزام المؤجر ، والتزام المستأجر .

وبينا ان الالتزام بوسيلة هو ذلك الالتزام الذى يلتزم المدين به ببذل قدر معين من العناية ، بصرف النظر عن تحقق النتيجـة المرجوة أو عـدم 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 المسئولية اذا هو اثبت ان عدم تحقق الغاية كان نتيجة (سبب

---

(١١) انظر كذلك على سبيل المثـال المواد ٥٥٦ ، ٦١٦ ، ٨٥٠ ، ٩٥٣ ، ١٢٥٢ ... الخ

أجنبي) أى بسبب خطأ الدائن أو خطأ شخص يسأل الدائن عنه ، أو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي .

مثال ذلك :ـ اذا رفع شخص دعوى أثبت فيها انه كان قد اشترى عينا من المدعى عليه وانه لم يقم بتسليمها له ، ولهذا فانه يطالب بفسخ العقد مع التعويض . افترض المشرع ان هذا البائع لم يقم بتسليم العين المبيعة في الموعد المحدد لذلك نتيجة (خطأ) منه ، ولكن هذا الافتراض بسيط ، فاذا أراد البائع التخلص من المسئولية كان عليه نفي هذه القرينة بأن يثبت انه لم يقم بتسليم العين المبيعة لان المشترى 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 أولا ، 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 وسببت له بعض المضاعفات ، وان يثبت ان عدم نجاح العملية يرجع الى عدم بذل الطبيب للعناية الواجبة . أى أن يثبت على الطبيب اهمالا معينا أو انحرافا عن اصول الصنعة .

الركن الثاني : الضـرر

٢٠٥ ـ الضرر وهو الاذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له .

والضرر هو روح المسئولية وعلتها التى تدور معها وجودا وعدما . فلا تعويض اذا لم يلحق الدائن ضرر مهما كانت درجة جسامة الخأ .

ومبحث الضرر، متشعب طويل ، نقتصر منه الآن على بحث : انواعه ، ومدى التعويض عنه ، واثباته . أما المسائل الاخرى فسنعرض لهـا عنـد

الكلام عن العمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية) .

٢٠٦ – أولا أنواع الضرر – ينقسم الضرر من حيث طبيعته الى ضرر مادى وضرر أدبي .

فالاول – هو الضرر الذى يلحق بمال الانسان أو جسمه .

والثاني – هو الضرر الذى يلحق الانسان فى احساسه أو شعوره أو كرامته ، أو شرفه .

والقاعدة التي تبناها المشرع العراقي ان التعويض عن الضرر الادبي قاصر على المسئولية التقصيرية وحدها ، فلا تعويض عن الضرر الادبى في نطاق المسئولية العقدية .

والضرر المادى بدوره نوعان : مباشر ، وغير مباشر .

فالضرر المباشر هو ذلك الضرر الذى ارتبط بالخطأ رابطة نتيجة بسبب وبعبارة اخرى هو الضرر المتصل بالخطأ اتصالا مباشرا .

والضرر غير المباشر : هو ذلك الضرر الذى لم يكن نتيجة مباشرة للخطأ وبعبارة اخرى هو الضرر الذى فصل بينه وبين الخطأ سبب أجنبي قطع رابطة السببية .

وينقسم الضرر المباشر بدوره الى نوعين : متوقع وغير متوقع .

فالضرر المباشر المتوقع : هو ذلك الضرر الذى كان نتيجة طبيعية مألوفة للخطأ وبعبارة اخرى هو الضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به على حد تعبير المشرع العراقى (١٦٩/٢) .

والضرر المباشر غير المتوقع : هو ذلك الضرر الذى 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 ـ والقاعدة في مدى التعويض فى نطاق المسئولية 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 المسئولية 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 المسئولية 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 ـ وهى تلك الصلة التى تربط الضرر بالخطأ رابطة سبب بنتيجة اى 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 فتنكسر البضاعة ، لامسئولية فى هذا المثال على المؤجر لان البضاعة ستنكسر حتما مهما كانت مهارة السائق او بطؤه فى السير .

ومثاله ايضا : ان يهمل المحامي فى رفع الاستئناف حتى ينتهى الموعد المحدد ثم يتبين ان الدعوى من الدعاوى التى لايجوز استئنافها وذلك لان المبلغ المطالب به فى الدعوى خمسماية دينار وان الدعاوى التى يجوز استئنافها هى الدعاوى التى (يزيد) فيها المبلغ المطالب به عن خمسماية دينار (انظر المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد) ففى هذا المثال كذلك تنتفي المسؤلية ولايسأل المحامي عن التعويض .

وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ مفروضة فرضا قانونيا بسيطا قابلا لاثبات العكس ، فعلى المدين الذى يدعي عدم وجود هذه الرابطة ان يقيم الدليل على ذلك وهذا ما قضى به المشرع العراقى فى المادة ١٦٨ التى 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 .

٢٠٩ ـ اولا اتفاقات الاعفاء :

كانت اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية مثار خلاف بين الفقهاء وقد قطع المشرع العراقى هذا الخلاف برأى صريح فقضى فى الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) بجواز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا التى تنشأ عن غشه او خطأه الجسيم، ومع ذلك اجاز للمدين ان يشترط عدم مسؤليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذى يقع من اشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه •

وتطبيقا لهذا النص قضى الشارع بانه يجوز للبائع والمشترى ان يتفقا على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو اسقاطه ، ولكن الشرط الذى 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 مسؤليته عن اعمال المقاول الفرعي أو عن أعمال عماله أو مستخدميه أياً كان الخطأ الصادر منهم • ويجوز للمستأجر ان يشترط عدم مسؤليته عن اعمال المستأجر من الباطن ايا كان الخطأ الصادر منه • وهكذا •

٢١٠ ـ ثانيا ـ السبب الاجنبي :

ويقصد به الحادث الذى قطع رابطة السببية بين خطأ المدين وبين الضرر ، او الحادث الذى يرتفع به خطأ المدين •

وحالات السبب الاجنبي هى :ـ

أ ـ خطأ الدائن ، او خطأ من يسأل الدائن عنه :

فاذا امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة فى موعده المحدد ، ثم تبين انه

لم يسلم العين لاز المشترى تأخر فى دفع الثمن الحال فلا مسؤولية عليه لان امتناعه او تأخره فى التسليم انما كان امتناعا او تأخرا مشروعا ـ اى انه استعمال لحق الحبس ـ وعلى هذا تقاس الامثلة الاخرى •

ب ـ 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 الفجائى 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 لاخر فقطعت يده نتيجة حادث واستحال عليه تنفيذ الالتزام فلا مسئولية 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 فى مصر فلا مسؤلية عليه اذا منعت الحكومة التصدير والامثلة واضحة •

واود ان الفت النظر الى ان المشرع العراقي يستعمل احيانا لفظ ـ القوة القاهرة ـ (انظر على سبيل المثال م١٧٩) ويستعمل احيانا اخرى لفظ ـ الحادث الفجائى ـ (انظر مثلا م٢٥٩/١) ويردف احيانا لفظ (الافة السماوية) الى تعبير ـ الحادث الفجائي والقوة القاهرة (م ٢١١) •

الفصل الثالث

انحـــلال العقـــــد

٢١١ ـ تمهيد :ـ

نفرق بـــين انقضـاء العقـــد (Extinction du Contrat) وبين انحلاله (Dissolution) فالعقد ينقضي بتنفيذه اى بوفاء المديـــن بالتزامه على النحو المتفق عليه •

اما الانحلال فيراد بـه انقضاء العقد انقضاء مبتسـرا ، اى انحـــلال الرابطة التعاقدية قبل التنفيذ او قبل انقضاء مدة العقد الزمنى •

وينحل العقد بالفسخ (والاقالة) وبالالغاء ، وبالرجوع • ونخصص لكل منها مبحثا •

المبحث الاول

ـ الفسخ والاقالة ـ

٢١٢ ـ اذا كان هناك عقد ملزم للجانبين وأخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد جزاء لعـدم التنفيذ ، أو أن يطالب بالتعويض ولكن لا على اساس فســخ العقـد بل على أساس استبقائه والتمسك بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهـذه هى المسـئولية العقدية • ومن هنا تظهر الصلة بين الفسخ وبين المسئولية العقدية • فكلاهما جزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى • ولكن يلاحظ ان المسئوليـة العقدية لا تنهض الا اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه او اخلاله بالتنفيذ نتيجة خطأ ، اما الفسخ فانه يبقى مفتوحا امام المتعاقد سواء اكان عـــدم التنفيذ نتيجة خطأ ام نتيجة قوة قاهرة • ولهذا كان الفسخ بالنسبة للدائن

ضمانا يحافظ بـه على حقوقه بعد ان اصبحت عرضة للضياع •

ونتولى الآن بحث الفسخ بحثا موجزا قاصرا على انواعه ، وشروطه وآثـاره •

اولا ـ أنواع الفسخ

الفسخ انواع ثلاثة : قضائى ، وقانونى ، واتفاقى •

٢١٣ ـ الفسخ القضائى :ـ وهو الفسخ الذى يتم عن طريق حـكم من المحكمة بحل الرابطة التعاقدية • وهو الاصل العام فى الفسـخ لان الاصل فى المنازعات أن يناط الفصل فيها الى القضاء •

وهذا النوع من الفسخ غير ملزم لا للدائن ولا للمدين ولا للقاضى •

اما انه غير ملزم للدائن فذلك لان للدائن اذا اخـل مدينـه بتنفيذ التزامه ، ان يختار بين الفسخ وبين التنفيذ العينى ان كان ممكنا ، او ان يختار بين الفسخ وبين التنفيذ بطريق التعويض ان لم يكن التنفيذ العينى ممكنـا •

فاذا اختار الدائن الفسخ وجب عليه اعذار المدين اولا (كقاعـدة عامـة) ثم عليه بعد ذلك رفع دعوى الفسخ ، فاذا رفع هذه الدعوى كان لـه مع ذلك ان يعدل عنهـا الى طلب التنفيـذ العينى او التنفيذ بطـريق التعويض ما دام الحكم النهائى 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 القاضى استعداده للتنفيذ وذلك قبـل ان ينطق القاضى بالحكم ، واما انه غير ملزم للقاضى فذلك لان القاضى يملك سلطة تقديرية واسعة يستطيع بها انقاذ العقد ، فيستطيع بمقتضى سلطتـه هذه منح المدين (مهلة قضائية ـ او نظرة ميسرة) يستطيع المدين خلالها الوفاء بالتزاماته ، كما يستطيع القاضى رفض طلب الفسخ اذا تبين لـه ان

الجزء الذى لم يوف بـه المدين ضئيل الاهمية اذا قيس بالنسبة للالتـزام الاصـلى (المـادة ١٧٧) وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرام المصرية بانه « متى كان العقد لا يحوي شرطا فاسخا صريحا فان الدائن اذا استعمل خياره فى طلب فسخ العقد •• لعدم وفاء المدين التزامه ، فـان المحكمة لا تلتزم فى هذه الحالة بالحكم بالفسخ ، بل ان الامر فى ذلـك يرجع الى تقديرها ، وهى فيما تقرره من كفاية اسباب الفسخ او عـدم 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 »[1] •

٢١٤ ـ الفسخ القانونى (الانفساخ) :ـ ينفسخ العقد من تلقـاء نفسه ـ اى بقوة القانون اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه سواء اكانت الاستحالة لسبب اجنبى لا يدله فيه ام كانت راجعة الى خطأ منه ، وبهـذا 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 بقـوة قـاهرة » •

واذا كان ما ذهب اليه استاذنا السنهورى من ان الانفسـاخ بقـوة القانون لا يكون الا اذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب اجنبى لا يـد للمدين فيه ، صحيحا بالنسبة للقانون المدني المصرى ، فانني أرى امام صراحة النص العراقى عدم الاخذ بهذا الرأى عندنا ، وتعميم حالة الانفساخ على استحالة التنفيذ مطلقا سواء أكانت راجعة الى سبب اجنبي أم الى خطأ يعزى الى المدين ، وكل ما فى الامر هو انتفاء التعويض فى الحالة الاولى ووجوبه فى الحالة الثانية •

---

(١) نقض ٢٥ـ٣ـ١٩٦٥ ـ مجموعة ابو شادي ص٧٦٦ •

فلا تلازم بين الفسخ وبين التعويض ، فقد ينفسخ العقد دون تعويض ، وقد ينفسخ مع التعويض ، ولا محل عندنا للاخذ بما يأخذ به القانون الالمانى من عدم جواز الجمع بين الفسخ وبين التعويض فليس فى نصوص القانون المدنى العراقى ما يشعر بتبنى هذه الفكرة[٢] .

٢١٥ ـ تحمل التبعة :ـ يثير الفسخ القانونى ما يسمى فى الفقه بفكرة (تحمل التبعة) اى على من تقع تبعة استحالة التنفيذ ؟ .

والقاعدة فى هذا ان المدين الذى استحال عليه تنفيذ الالتزام هو **الذى** يتحمل تبعة استحالة التنفيذ الا اذا كانت يده على الشىء يد أمانة فتكون على المتعاقد الآخر (اى على الدائن) . فاذا استحال على البائع تسليم المبيع او نقل ملكيته لهلاكه بعد ابرام العقد تحمل هذا البائع تبعة الهلاك ولا يرجع على المشترى بشىء 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 اى منهما لان يدهما على العين يد أمانة لا يد ضمان كما هو الحال بالنسبة للبائع .

٢١٦ ـ الفسخ الاتفاقى : للفسخ الاتفاقى صورتان : **الاقالة وشرط الفسخ الصريح .**

٢١٧ ـ أ ـ الاقالة : وهى صورة خاصة من صور الفسخ الاتفاقى ومعناها لغة (الرفع) او (الازالة) فيقال (اقال الله عثرتك) اى ازالها وورد عن الرسول (ص) انه قال (من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة) وتختلف الاقالة عن شرط الفسخ فى انها لا يجوز ان تكون (مقارنة) للعقد . وتختلف عنه كذلك فى ان شرط الفسخ الصريح يفترض اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه اما الاقالة فلا وجود فيها

---

(٢) انظر خلاف ذلك : السنهورى الوسيط ص ٨٢٠ ، الحكيم ط٢ ص٣٧٥ .

لمثل هذا الافتراض .

والمهم فى الاقالة تحديد طبيعتها . ولبيان ذلك اضرب المثال الاتى :

اشترى شخص من آخر عينا ونقل اليه ملكيتها وتسلم الثمن فلو ان المتعاقدين بدالهما الرجوع عن الصفقة واتفقا على ان يسترد البائع العين والمشترى الثمن فهل يعتبر تصرفهما هذا فسخا للعقد الاول ام انه يعتبر عقد بيع جديد صار البائع الاول فيه مشتريا ، والمشترى بائعا ؟

اختلف الفقهاء فى تكييف طبيعة الاقالة الى ثلاثة آراء :

١ ـ فذهب فريق الى انها عقد جديد لا فسخ للعقد الاول (المالكية ـ واهل الظاهر) .

٢ ـ وذهب فريق ثان الى ان الاقالة فسخ للعقد فى 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 شىء من ذلك دل على انها ليست بيعا . وايضا لو كانت بيعا لم تصح فى السلم قبل القبض وقد ثبت صحتها . وهذا ما يذهب اليه الشيعة الامامية[٣] ، والحنابلة[٤] .

٣ ـ وذهب فريق ثالث الى ان الاقالة عمل قانونى ذو طبيعة مزدوجة فهى عقد جديد بالنسبة الى الغير ، فسخ فى حق المتعاقدين ، والى هذا ذهب الحنفية وبه اخذ المشرع العراقى (انظر م ١٨٣) .

ويترتب على الاخذ بهذا الرأى نتائج عملية عديدة نمثل لها بما يلى:ـ

---

(٣) مفتاح الكرامة حـ٥ ص٧٦٧ .

(٤) انظر المغنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٢٥ .

أ ـ اذا 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 ـ اذا باع المشتري العين المبيعة الى شخص آخر ثم تقايلا هذا البيع وبعد ذلك اطلع المشترى الاول على عيب قديم كان في العين المبيعة وهي في يد البائع الاول ليس له ردها اليه والرجوع عليه بالتعويض . لان الاقالة التي تمت بين المشترى الاول وبين المشترى الثاني تعتبر بالنسبة للبائع الاول عقدا جديدا فكأن المشترى الاول اشترى العين ممن باعها له (اى من المشترى الثاني الذى اشتراها منه) .

جـ ـ اذا باع الموهوب له العين الموهوبة ثم تقايلا ، سقط حق الواهب في الرجوع لان الموهوب له يعتبر مشتريا للعين الموهوبة من هذا الذى باعها له .

د ـ لو اشترى شيئا وقبضه قبل دفع الثمن ثم باعه لاجنبى ، ثم تقايل البيع معه ، فانه يصح بيعه للبائع الاول باقل من الثمن ولا يعتبر هذا البيع من البيوع المنهى عنها لانها تنطوى على شبهة ربا . ذلك لأن البائع الاول (اجنبى) بالنسبة للاقالة فكأن المشترى الاول اشترى العين من الاجنبى الذى باعها له ثم باعها بدوره الى البائع الاول بأقل من الثمن وذلك جائز .

وفي كتب الفقه الاسلامى تفصيلات كثيرة معقدة لا ارى فائدة من التعرض لها واكتفى بما تقدم .

٢١٨ ـ ب ـ 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 بـــه • ولهذا الشرط صور مختلفة نلخصها فيما يلى :ـ

١ ـ قد يكتفي المتعاقدان بالنص على انه « اذا أخل الطـرف الآخر بالتزامه فان العقد يعتبر مفسوخا » يذهب معظم الفقهاء الى أن مثل هـــذا الشرط لا يغير من طبيعة الفسخ ولا يغنى عن رفع الدعوى واستصدار حكم بـه ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية فليس هو الا مجرد ترديد او تأكيد للقاعدة العامة الواردة فى المادة (١٧٧) •

٢ ـ وقد يتفقان على ان اخلال احدهما بتنفيذ التزاماته يجعل العقد « مفسوخا من تلقاء نفسه » ويفسر هذا الشرط فى أغلب الاحـوال على انه يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يستطيع معه ان يمنح المدين مهلـــة للتنفيذ ، ولا يملك حق رد طلب الفسخ ولكن هذا الشرط لا يغنى عـن (الاعذار) ولا عن رفع الدعوى للمطالبة بالفسخ وصدور حكم بـه اى ان الحكم فى هذه الحالة يعتبر منشئا للفسخ لا مقررا له كما هى القاعدة العامة فى الاحكـام •

٣ ـ 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 لابد فيه من رفع الدعوى وصدور الحكم بالفسخ •

٤ ـ واخيرا قد يتفق المتعاقدان على ان العقد « يعتبر مفسوخا مـن تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار او الى حكم قضائى » • وفى هذه الحالـة يعتبر العقد منفسخا بمجرد اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه ولكن هذا الشرط لا يعتبر تنازلا من الدائن عن حقه فى الخيار بين الابقاء على العقد وطلب التنفيذ العينى وبين طلب فسخه ، والا كان معنى هذا الشرط ان نضـــع

الدائن تحت رحمة المدين الذى يستطيع فى كل وقت التخلص من الرابطة التعاقدية بمجرد اخلاله بالتنفيذ وهو امر غير مقبول •

واذا احتاج الدائن الذى تمسك بالفسخ الى رفع الدعوى فانما يكون ذلك لمجرد الفصل فى النزاع القائم وليقول القضاء كلمته فيه • وحكم المحكمة فى هذه الحالة (مقرر) للفسخ لا منشىء له فقد وقع الفسخ بمجرد الاخلال وتمسك الدائن بالفسخ •

٢١٩ ـ ثانيا ـ شروط الفسخ : يشترط فى الفسخ عامة الشروط التاليـة :ـ

١ ـ عقد ملزم للجانبين ـ فقد قلنا عند الكلام عن اقسام العقود انه فى هذه العقود وحدها تتقابل التزامات الطرفين فاذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر ان يطلب تحلله من هذه الرابطة التعاقدية عن طريق فسخها اى حلها • اما فى العقود الملزمة لجانب واحد والتي يكون فيها احد الطرفين مدينا فقط والثاني دائنا فقط فانه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته فلا يعقل ان يطلب الطرف الآخر (وهو دائن فقط) فسخ العقد اذ لا مصلحة له فى التحلل من العقد بل مصلحته فى التمسك به •

٢ ـ عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته :ـ 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 المشترى لم يدفع الثمن الحال ، كله او بعضه واذا أراد المشترى 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 ـ ان يكون طالب الفسخ قد اوفى بالتزاماته :ـ وعلى هذا فانه لايجوز

للمشترى مثلا ان يطلب الفسخ بحجة ان البائع لم يقم بتسليم العين المبيعة اذا تبين ان المشتري نفسه تأخر فى دفع الثمن وان البائع حبس العين لذلك ، فالامتناع المشروع عن التنفيذ لا يجيز طلب الطرف الثاني للفسخ •

٤ ـ أن يكون من يطالب بالفسخ قادرا على اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ويترتب على هذا انه اذا كان المشترى 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 فى اعمال المقاولة ثم أخل المتعهد بتسليم الجزء الباقي فانه لا يجوز له طلب الفسخ •

٢٢٠ ـ ثالثا ـ آثار الفسخ : القاعة العامة : عودة المتعاقدين الى الحالة التى 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 الرجعى لا يقتصر على العلاقة بين المتعاقدين وانما ينصرف الى الغير •

بعد هذه الكلمة العامة نلخص آثار الفسخ بالنسبة للتعاقدين ، وبالنسبة للغير •

٢٢١ ـ أ ـ اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد • فاذا كان العقد بيعا وفسخ :ـ

١ ـ الزم المشترى برد العين المبيعة اذا كان قد تسلمها •

٢ ـ والزم برد الزوائد والثمار (سواء أكانت طبيعية أم صناعية)•

٣ ـ والزم بتعويض ما أحدثه فى المبيع من تلف (ما لم يكن التلف نتيجة طبيعية حدثت بمجرد مرور الزمن) •

٤ ـ واذا كان الفسخ نتيجة خطأ المشترى وتقصيره الزم كذلك بتعويض المشترى عن مصاريف دعوى الفسخ وعما لحقه من ضرر وما فاته من ربح •

والزم البائع :ـ

١ ـ برد ما قبضه من الثمن •

٢ ـ برد المصاريف التي أنفقها المشتري لحفظ العين وصيانتها ولكنه لا يلزم برد المصاريف الكمالية التى انفقها المشترى الا اذا كان الفسخ نتيجة لخطأ البائع •

٣ ـ برد فوائد ما قبضه من الثمن لانه لا يجوز له ان يجمع بين ثمار المبيع وبين ثمار الثمن (أى الفوائد) •

٤ ـ بمصاريف العقد ومصاريف دعوى الفسخ اذا كان سبب الفسخ خطأ البائع •

٥ ـ بتعويض المشترى عن الخسارة التى لحقته والربح الذى فاته اذا كان الفسخ نتيجة خطأ البائع •

٢٢٢ـ ب ـ آثار الفسخ بالنسبة الى الغير: القاعدة العامة :ـ فاقد الشىء لا يعطيه او لا يستطيع الانسان ان ينقل لغيره من الحقوق ما لا يملك • ويترتب على هذا انه اذا كان العقد بيعا وفسخ ، اعتبر المشترى كأنه لم يملك المبيع فى أى وقت من الاوقات واعتبرت ملكية البائع للعين مستمرة لم تنقطع ابداً ، وعلى هذا تعود العين المبيعة الى البائع خالية من كل الحقوق التى رتبها المشترى عليها لمصلحة اى شخص آخر ، فاذا كان المشتري قد باعها 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 الاثر الرجعي للفسخ صادرة من غير مالك .

ولكن لهذه القاعدة بضعة استثناءات قررها المشرع حماية لحقوق الغير حسن النية ، منها :ـ

١ ـ قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية : مثال ذلك انه اذا اشترى شخص منقولا تسلمه ودفع جزءا 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 فى المنقول حائلا دون القاعدة المتقدمة بل انها تقف حائلا دون الفسخ كله اذ لا يستطيع البائع الاول فى هذه الحالة الا المطالبة بالتنفيذ العيني القهري للحصول على ما بقي له من ثمن المبيع .

٢ ـ قاعدة : من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض (أو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية بقولهم : من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) .

مثال ذلك : اذا قايض شخص آخر قطعة أرض بقطعة اخرى مضافا اليها ألف دينار ، تدفع بعد مضي ستة أشهر ، ورهن الاول قطعته عند شخص ثالث ثم أخل المقايض الآخر بالتزامه بدفع الالف دينار ، فانه لا يجوز للراهن أن يطالب بفسخ عقد البيع (المقايضة) لانه يكون قد تعرض للرهن الذى قرره لمصلحة الدائن المرتهن ، ومن التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ، فليس امامه فى هذه الحالة الا المطالبة بالتنفيذ العيني القهري .

٣ ـ التسجيل : فمن كسب حقا عينيا على عقار ، وكان حسن النية ، وكان هذا الحق قد سجل قبل التأشير برفع دعوى الفسخ فى السجل العقاري لا يتأثر حقه بفسخ عقد من قرر له هذا الحق العيني ، ويعود العقار الى المتعاقد الآخر مثقلا بهذا الحق العيني وليس لهذه الحالة ذكر فى التشريع العراقي .

المبحث الثانى

الالغـــاء ـ والرجـــوع

٢٢٣ ـ اولا ـ الالغـــاء : هو نوع خاص من الفسخ مجاله العقـــود المستمرة • ويتميز الالغاء عن الفسخ بصورة عامة بما يلي :ـ

١ ـ الالغاء ليس له أثر رجعي خلافا للفسخ ذلك لاننا قلنا ان (الزمن) عنصر أساسي فى العقود المستمرة يقاس به العقد ، وما انقضى من الزمن لا يمكن ارجاعه • ويترتب على هذا ان الالغاء (قطع) للعقد وليس (ازالة او رفعا له) من أصله • فاذا كان العقد اجارة والغي فلا يؤثر هذا الالغاء الا على الفترة التالية له ويبقى العقد سليما فى الفترة السابقة للالغاء يرتب كل آثاره •

٢ ـ قد يكون الالغاء فى بعض صوره بعيدا عن فكرة (الجزاء) أي انه ليس من الضروري أن يكون الالغاء فى كل الاحوال نتيجة لاخـلال المتعاقد الآخر بالتزامه بل يكون (الالغاء) حقا يمارسه المتعاقد منبعثا من طبيعة العقد وذلك فى العقود الصحيحة النافذة (غير اللازمة) مثال ذلك عقد العارية اذ يجوز للمستعير (الغاء) العقد ورد الشيء المعار قبل انتهـاء 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 فى هذه الحالة الا بموافقة هذا الغير) (م ٩٤٧) •

ومثاله عقد الوديعة اذ يجوز لكل من المودع والوديع انهاؤها فى كل وقت (م ٩٦٩) •

٢٢٤ ـ ثانيا ـ الرجـــوع : وهو حالة خاصة من احـوال انحـلال العقد مقصورة على الهبة ودراسة الرجوع بصورة مفصلة محلها عقد الهبة ولكننا نوجز الكلام فيه الآن فنقول :ـ

أ ـ القاعدة العامة فى التشريع العراقي عدم جواز الرجوع فى الهبة الا برضاء الموهوب له (م ٦٢٠) وهذا هو رأي الامام مالك والشافعي ورواية عن أحمد بن حنبل •

ب ـ يجيز المشرع للواهب (استثناء) الرجوع فى الهبـة رغما عن الواهب اذا توفر سبب من أسباب الرجوع ولم يعرض مانع من الموانع • وأسباب الرجوع هي :ـ

(١) الجحود : كأن يصدر من الموهوب له نحو الواهب عمل يعتبـر جريمة لا عذر له فيها (جرائم الاهمال لا تعتبر سببا للرجوع) وقد تقع الجريمة على شخص الواهب كالجرح أو الضرب وقد تقـع على شـعوره واحساسه كالقذف والسب •

وليس من الضروري ان يتخذ الجحود صورة (الجريمة) بل يكتفي أن يكون (اخلالا خطيرا نحو الواهب) أي انكارا شديدا للجميل ، كالاهانة البالغة مثلا •

(٢) عجز الواهب عن الانفاق على نفسه أو على من تلزمه النفقـــة عليهم • وهذه الحالة المقتبسة من التقنين السويسري تمليها قواعد العدالة •

(٣) طروء ولد للواهب أو أن يكون له ولد وقت الهبة يظنه ميتا فاذا هو حي ويشترط لتطبيق الصـورة الاولى أن لا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، وان يولد له ولد بعدها يبقى حيا الى حين الرجوع • (والولد لفظ مشترك للابن والبنت) •

(٤) عـــدم تنفيـذ الموهوب له لمـا اشترط عليه فى العقد : فالهبة

المشروطة عقد ملزم للجانبين والرجوع هنا فسخ عادي فى حقيقته •

(٥) قتل الموهوب له للواهب عمدا : وفى 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 وهـــو الارادة المنفردة •

الباب الثاني

الارادة المنفردة

L'engagement Unilateral De Volonte'e

٢٢٥ ـ تقضي المادة (١٨٤) بأنه « ١ ـ لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا فى الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك • ٢ ـ 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 •

وفى 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 ـ واذا كانت الارادة المنفردة لا تصلح كقاعدة عامة لانشاء الالتزام الا انها تصلح لاحداث آثار قانونية نمثل لها بما يلي :ـ

١ ـ الوصية : فهي ارادة منفردة تنشىء للموصى له حقا ، عينيا أو شخصيا ، ولكن هذا الاثر لا يبدأ الا بعد وفاة الموصى •

٢ ـ الاشتراط لمصلحة الغير :ـ فقد عرفنا ان للمشترط ـ كقاعدة عامة ـ 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 ، واقراره او اعلانه هذا انما يكون بارادة منفردة •

٣ ـ النزول عن الحق العيني :ـ كحق الارتفاق أو الرهن ، يتم بارادة منفردة •

٤ ـ واجازة العقد الموقوف تتم كذلك بارادة منفردة •

٥ ـ والغاء بعض العقود ـ وهي العقود غير اللازمة ـ كالوكالة والوديعة والعارية يكون بارادة منفردة •

٦ ـ واقرار الغير لعمل الفضولي يتم بارادة منفردة تجعل العقد الذى أبرمه الفضولي ساريا فى حق هذا الغير •

٢٢٧ ـ 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 بايجابه 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 هذ الالتزام[1] • 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 لابد ان يرد فى نص قانونى فالالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فى القانون المدنى هى التزامات قانونية ، ومصدرها المباشر هو القانون ـ الوسيط جـ١ ط٢ ص١٤٥٤ ـ ١٤٥٥ •

حائز هذا العقار اذا أراد تحريره مما عليه من الرهون ان يذكر فى 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 يظهروا رغبتهم خلالها (وهي ثلاثون يوما من تبليغ آخر اعلان) وواضح ان مصدر التزام الحائز فى هذه الحالة هو ارادته المنفردة[٢] •

ونتولى الآن بحث الصورة المتبقية للارادة المنفردة وهي الوعد بجائزة (او الجعالة) •

٢٢٨ ـ الوعد بجائزة (الجعل) :ـ تقضى المادة (١٨٥) بأن « ١ ـ من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل ، التزم باعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى الوعد • ٢ ـ 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 ـ 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 يكتشف دواءا جديدا لابادة دودة القطن أو يكتشف علاجا لمرض مستعص كالسرطان • ويشترط لتطبيق المادة (١٨٥) المتقدمة توافر الشروط التالية :ـ

١ ـ وجود وعد جدي صادر من ذي أهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الارادة •

---

(٢) زميلنا الاستاذ محمد طه البشير ـ ص ١٠٢ •

٢ ـ ان يوجه هذا الوعد الى (الجمهور) بوسيلة من وسائل الاعلان العلنية ، فاذا وجه الى شخص معين فانه يعتبر ايجابا 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 كمبلغ معين من المال ، أو أدبية كمنح وسام •

٢٢٩ ـ احكام الوعد بجائزة :ـ يجب التفريق فى هذا الصدد بين ما اذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما اذا كان قد ترك المدة دون تحديد :ـ

١ ـ 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 دائنا للواعد بالجائزة من تاريخ الاعلان عنها •

٢ ـ 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 فى الصحف أو الاذاعة أو التلفزيون أو لصق اعلانات ..

ولا تخلو الحال فى هذه الفترة التي تمضي بين اعلان الوعد وبين العدول عنه من أحد فروض ثلاثة :ـ

أولها :ـ 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 فى 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 :ـ اذا كان قد بدىء بالتنفيذ دون ان يبلغ مرحلة الانجاز ـ وفى هذا الفرض يلتزم الواعد بان يرد الى من بدأ بالعمل ما أنفقه فى حدود قيمة الجائزة الموعود بها لا على اساس الوعد الذى سقط بالعدول عنه بل على أساس العمل الضار أى وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية . ويلاحظ اخيرا ان هناك بعض المسائل التفصيلية التي لم يعرض لها قانوننا المدني مكتفيا فى شأنها بتطبيق القواعد العامة ، من هذه المسائل التفصيلية ما اذا قام بالعمل الذى اعلنت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد ففي هذه الحالة

تكون الجائزة للاسبق منهم ، فاذا تعدد المنفذون فى وقت واحـد 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 ـ الالتزامات جـ٢ ص ١٧ •

الباب الثالث

المصدر الثالث

- العمل غير المشروع -
(المسئولية التقصيرية)

كلمة تمهيدية

٢٢٩ - لا نبالغ اذا قلنا ان التطور الذى حدث فى المسئولية التقصيرية لم يحدث مثله فى أي نظام قانوني آخر - فى نطاق القانون الخاص - •

فقد زادت أهمية المسئولية التقصيرية زيادة مضطردة بحيث أصبحت تشغل أهمية لا تقل عن أهمية نظرية العقد بكاملها • ويرجع سبب ازدياد أهمية المسئولية 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 المبادىء الفردية وأخذت المبادىء الاشتراكية فى 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 ـ فى الدول ذات القوانين الوضعية المتقدمة ـ ان يسعى الى تلبية هؤلاء المصابين الى الحماية التي اصبحوا فى أمس الحاجة اليها ، فعكف على معالجة ما فى قوانين بلاده من نصوص قليلة بمختلف طرق التفسير وساعده الفقه على ذلك ، كما ساعدتهما جميعا قلة المواد وعموم نصوصها •

وقد كان الاتجاه الذى سارت المسئولية التقصيرية فى طريقه ولم تحد عنه ابدا هو : ضمان ايصال التعويض الى المصاب بأيسر طريق واضمن طريق • وقد تذرع الفقه والقضاء للوصول الى هذه الغاية بوسائل شتى اهمها :ـ

١ ـ تسهيل اثبات الخطأ للمصاب •

٢ ـ ثم افتراض ذلك الخطأ فى جانب من تسبب فى الاصابة مع اباحة نفي قرنية هذا الخطأ المفروض فى جانب هذا الاخير •

٣ ـ ثم خطا الفقه والقضاء بعد ذلك (وخاصة فى فرنسا) خطوة اخرى فافترض الخطأ فرضا غير قابل لاثبات العكس •

٤ ـ ولم تقف محاولات الفقه والقضاء فى ارضاء المصاب عند هذا الحد بل سارت الى آخر الشوط فى هذا المضمار فقد حاول بعض الفقهاء هدم الاساس التقليدى للمسئولية وهو (الخطأ) وان يستبدل به اساسا اصلح للمصاب هو (الخطر) Risque فهم يقولون بوجوب 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 ـ بل لقد تعدى نطاق المسئولية التقصيرية دائرة الخروج عن الحق بظهور نظرية (التعسف فى استعمال الحق) • فأصبح الانسان مسئولا عما يحدث من اضرار حتى اذا بقى ضمن الحدود (المادية) لنطاق حقه •

ولعل من اسباب تطور المسؤولية التقصيرية واتساع نطاقها وازدياد مشاكلها ودعاواها ازدياد حرص الناس على ألا يصيبهم ضرر فى اشخاصهم واموالهم • فقد دفعتهم كثرة الحوادث وشدة تعرضهم لها الى عدم الاذعان لفكرة القدر والتمسك بحقهم أو بما يزعمون انه حقهم فى تعويض أى ضرر مادى أو ادبي وهكذا اصبحنا نرى الرجل الذى تزل قدمه فيسقط فى بهو محل عام ، أو يصطدم اثناء سيره فى الطريق بقطعة خشب موضوعة امام بناية فى دور الانشاء أو تتعرض سيارته للاذى من جراء ما تقوم بـــه الامانة أو مصلحة المجارى من اعمال ، أقول نرى هذا الرجل لا يستكين فيجلس نادبا حظه ، وانما نراه يهرع الى القضاء ملقيا المسئولية على من تسبب فى الحاق الضرر به ومطالبا اياه بالتعويض •

انتقل بعد هذه الكلمة التمهيدية الى فصل تمهيدى اعرض فيه تاريخ المسئولية التقصيرية ، والتمييز بينها وبين المسئولية الجنائية من جهة وبينهـا وبين المسئولية العقدية من جهة اخرى ، واخيرا اعرض فكرة الخيرة (أو الجمع) بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية •

فصل تمهيدى

المبحث الاول

ـ تاريخ المسئولية التقصيرية ـ

٢٣٠ ـ كل فعل ضار يستتبع ، فى المجتمعات البدائية ، رد فعل مماثلا له ، وهذه هي فكرة الثأر التي عرفتها الانسانية البدائية ، ولم يكن للثأر فى أول الامر حدود ، ثم تدخلت السلطة المركزية فنظمت (القصاص) واجازت للمضرور أن يلحق بالفاعل مثل الاذى الذى اصابه (السن بالسن والعين بالعين ..) .

ثم استعيض 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 يكتفي من المجـــرم بأداء الديـة للمضرور وان تفرض عليه فوق ذلك (عقوبة) باسم المجتمع ، وأدى هذا الى تعديل النظر فى حق المضرور فى الدية ، فأصبحت الدية تعتبر (تعويضا) أو ترضية للمصاب ، وهكذا نشأ حق التعويض على انقاض حـق الثـأر ، ونشأت المسئولية المدنية فى احضان المسئولية الجنائية[1] .

وبعد هذا أعرض تاريخ المسئولية فى بعض التشريعات القديمة عرضا فى غاية الايجاز .

٢٣١ ـ اولا :ـ فى القانون الرومانى :ـ لم يكن هذا القانون يشتمل على نص عام يقرر المسئولية المدنية (تعاقدية أو تقصيرية) على كل من احدث

---

(١) الدكتور سليمان مرقس ـ محاضرات فى المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الاول ـ الاحكام العامة ص ٥ ـ ٦ .

ضررا بالغير • فقد تضمن قانون الالواح الاثنى 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) الذى يعتبر خطوة لا بأس بها فى سبيل المسئولية التقصيرية ، ولكنه مع ذلك بعيد عن وضع قاعدة عامة تقرر مساءلة كل من أحدث ضررا بالغير عن تعويض هذا الضرر ، فقد عالج هذا القانون صورا خاصة من الفعل الضار هى الاضرار التي تقع على العبيد أو الحيوانات المملوكة للغير وعلى الاشياء المادية •

ويلاحظ على المسئولية التقصيرية عند الرومان انها كانت تصطبغ بصبغة مادية بحتة فكانت بعيدة عن فكرة الخطأ • فكل من أصاب الغير بضرر يلزم بالتعويض سواء اكان مخطئا أم غير مخطىء •

وفى أواخر عهد الجمهورية تدخلت قواعد الاخلاق فى نطاق المسئولية التقصيرية بوجه خاص ، فرأى الفقهاء انالطفلغير المميز والمجنون لا يكونان مسئولين عن افعالهما الضارة لأنه لم يصدر عنهما فعل (سىء) وبعبارة اخرى لم يصدر عنهما (خطأ) وهكذا دخلت فكرة الخطأ تحت تأثير عوامل خلقية بالرغم من أن قانون اكيليا لم يشر الى هذه الفكرة مطلقا •

٢٣٢ ـ ثانيا : فى القانون الفرنسى القديم ـ اهم ما استحدثه القانون الفرنسى القديم فى هذا المجال هو وضع حكم عام يقضى بالتعويض عن كل خطأ يسبب ضررا للغير ، سواء أكان هذا الخطأ متعمدا أم كان نتيجة اهمال أو خفة أو طيش أو جهل ، وقد وضع هذا الحكم الفقيه الفرنسى (دوما) أحد أعلام الفقهاء انذاك •

ويلاحظ ان فقهاء القانون الفرنسى القديم فرقوا تمام التفرقة بين المسئولية التقصيرية وبين المسئولية التعاقدية ، وانهم أخذوا فى المسئولية العقدية بفكرة تدرج الخطأ التي سبقت الاشارة اليها •

٢٣٣ ـ ثالثا : فى القانون الحديث :ـ لم يخصص التشريع الفرنسى الذى وضع فى مطلع القرن الماضى (١٨٠٤) للمسئولية التقصيرية غير خمس مواد (١٣٨٢ ـ ١٣٨٦) كان فى الامكان اختصارها الى اربع بالاستغناء عن المادة (١٣٨٣) التي تنص على مساءلة الانسان عن كل اهمال أو نقص فى الحيطة .

وقد تضمن القانون الفرنسى نصا عاما يقضى بمسئولية كل شخص سبب فعله الخاطىء الاضرار بالغير (١٣٨٢) وبنيت المسئولية فى هذا القانون على ركن الخطأ .

اما القانون المصرى القديم فلم يخصص للمسئولية التقصيرية سوى المواد (١٥١ ـ ١٥٣ ـ اهلى ـ ٢١٢ ـ ٢١٥ مختلط) وخصص لها التشريع المصرى الحالى ست عشرة مادة (١٦٣ ـ ١٧٨) . وخصص لها المشرع اللبناني المواد (١٢١ ـ ١٣٩) والسورى المواد (١٦٤ ـ ١٧٩) والليبي المواد (١٦٦ ـ ١٨١) .

٢٣٤ ـ رابعا : فى التشريع العراقى :ـ خصص المشرع العراقى للمسئولية التقصيرية (٤٧) مادة هي (المواد ١٨٦ ـ ٢٣٢) . والسبب فى كثرة المواد فى التشريع العراقى هذه الكثرة الهائلة التي لا نجد لها مثيلا فى كل التقنينات المدنية المعاصرة ، هو رغبة المشرع العراقي فى التوفيق بين أحكام الفقه الاسلامى من ناحية وبين احكام التشريعات الوضعية من ناحية اخرى ، وقد جره هذا الموقف الى نقل كثير من المبادىء العامة ومن الاحكام التطبيقية المختلفة التي وردت فى كتب الفقه الاسلامي عامة وفى مجلة الاحكام العدلية خاصة ، ومعظم هذه الاحكام التطبيقية جزئيات تغنى عنها القواعد العامة أو هى مبادىء عامة لا تصلح أن تكون تشريعات وان صلحت أن تكون اساسا للتشريع . واضرب هنا بعض الامثلة لما تقدم . فمن ذلك المواد ١٨٧ ، ١٨٨ و ١٨٩ ، ١٩٠ المتعلقة بالاتلاف ، فبعد أن قرر المشرع

فى المادة ١٨٦ ان اتلاف مال الغير أو انقاص قيمته يكون سببا فى الضمان اذا كان الاتلاف نتيجة تعمد أو تعد (خطأ) • عاد فى 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 فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الاضرار الاخرى ؟!!

وقررت المادة (١٩٠) انه اذا اتلف أحد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما اتلف واما اذا أتلفه بأذن مالكه فلا يضمن •

وواضح ان كل هذه المواد حشو لا فائدة فيه ولا قيمة له وهو نقص تشريعي ينبغي تلافيه عند اول نظر فى تعديل قانوننا المدني •

واكتفي من الامثلة بما تقدم وأحيل الى نصوص قانوننا المدني فى هذا الموضوع فان عيبها الظاهر لا يكاد يخفى على أحد •

المبحث الثانى

التمييز بين المسئولية التقصيرية وبين المسئولية الجنائية والمسئولية العقدية

٢٣٥ ـ اولا : التمييز بين المسئولية التقصيرية وبين المسئولية الجنائية :ـ

قلنا ان المسئولية التقصيرية هي عبارة عن الزام من أحدث ضررا غير مشروع بالغير (بتعويض) هذا الضرر •

اما المسئولية الجنائية فهي عبارة عن (الجزاء) الذى يوقع على كل

من يرتكب عملا ينهي عنه قانون العقوبات أو يمتنع عن القيام بما يأمر بـه هذا القانون .

ونستطيع بعد هذا تلخيص الفروق بين المسئوليتين الجنائية والتقصيرية فيما يلى :ـ

١ ـ تقوم المسئولية الجنائية على فكرة الضرر الذى يصيب المجتمع ، اما المسئولية المدنية فتقوم على فكرة الضرر الذى يصيب الفرد .

٢ ـ ومن هنا كان الجزاء فى المسئولية الجنائية (عقوبة) توقع باسم المجتمع ، اما فى المسئولية المدنية فهـو (تعويض) يراد بـه رفع الضرر واصلاحه .

٣ ـ دعوى المسئولية الجنائية من حق المجتمع ، تثيرها وتتولاها النيابة العامة ، وتختص بها محاكم الجزاء ، اما فى المسئولية المدنية فالدعوى يملكها المضار وحده وتختص بها فى الاصل المحاكم المدنية .

٤ ـ لا يجوز الصلح ولا التنازل عن المسئولية الجنائية ، لانها حق المجتمع[٢] ، ويجوز ذلك فى المسئولية المدنية لأن الحق فيها خاص بالفرد .

٥ ـ القاعدة فى المسئولية الجنائية ان « لا عقـوبة بلا جريمـة ولا جريمة بلا نص » اما فى المسئولية المدنية فانها تنهض كلما ارتكب انسان عملا أحدث ضررا غير مشروع بالغير دون حاجة الى حصر هذه الاعمال .

٦ ـ النية ركن لقيام المسئوليـة الجنائيـة ، وهى ليست بشرط فى المسئولية المدنية فاكثر ما يكون الخطأ المدنى اهمالا لا عمدا[٣] .

---

(٢) عدا بعض الجرائم قليلة الاهمية .

(٣) لاحظ اننا قد نستعمل احيانا تعبير المسؤولية المدنية ، ونريـد بها المسؤولية التقصيرية .

٢٣٦ ـ 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 الذى كان ضحية لها .

وفى هذه المنطقة المشتركة تتأثر أحكام المسئولية المدنية بأحكام المسئولية الجنائية فى النواحى الاتية :ـ

١ ـ اذا ترتب على الفعل الواحد مسئولية جنائية ومدنية ، ورفعت الدعوى الجنائية امام محاكم الجزاء والدعوى المدنية امام المحاكم المدنية فأنه 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 ـ اذا صدر حكم نهائى من محكمة الجزاء فى الدعوى الجنائية وجب على القاضى المدنى ان يتقيد بما اثبته هذا الحكم من وقائع ، لكنه لا يتقيد بالتكييف القانونى لهذه الوقائع بمعنى ان احكام القاضى الجنائى تكون بما اثبته من وقائع حجة على القاضى المدنى .

فاذا قضى القاضي الجنائي بالادانة وجب على القاضي المدني التقيد بذلك ، والقضاء بالتعويض ، واذا قضى القاضى الجنائى بالبراءة لعدم ثبوت الوقائع المنسوبة الى المتهم ، فليس للقاضى المدنى ان يحكم بثبوتها والحكم على المدعى عليه بالتعويض .

اما اذا قضت محكمة الجزاء بالبراءة استنادا الى ان الاهمال الذى ارتكبه المتهم لا يصل الى درجة الاهمال الجنائى او استنادا الى موت المتهم ، او لوجود مانع من موانع العقاب فان ذلك لا يمنع القاضى المدنى من اثبات المسئولية المدنية والحكم بالتعويض .

٢٣٧ ـ ثانيا : **التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . ـ وتحديد نطاق كل منهما ـ**

الفروق بين المسئوليتين :ـ ان التقسيم الثنائى للمسئولية المدنية بالرغم مما وجه اليه من نقد من دعاة وحدة الخطأ ووحدة المسئولية ، لا يزال هو التقسيم الاساسى الذى يقرره معظم الفقهاء وتسير عليه احكام القضاء .

فالاختلاف بين المسئوليتين لا يقتصر على اختلاف نطاق كل منهما ، ولكنه يتجاوزه الى فروق جسيمة فى القواعد وفى التنظيم نلخصها فيما يلى :ـ

١ ـ مدى التعويض :ـ عرفنا فيما سلف من القول عن المسئولية 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 فى المسئولية التقصرية فان المدين يسأل عن تعويض الضرر المباشر متوقعا كان او غير متوقع بصرف النظر عن درجة الخطأ الصادر منه او عن جسامته .

٢ ـ الاعذار :ـ لا محل للاعذار فى المسئولية التقصيرية لان طبيعة الامور تقضي بذلك ، اما فى المسئولية التعاقدية فالاعذار ـ كقاعدة عامة ـ واجب لمساءلة المدين عن التعويض .

٣ ـ التضامن :ـ اذا تعدد المسئولون فى المسئولية 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 ـ الاهلية :ـ يكفى لقيام المسئولية التقصيرية سن التمييز عادة اما فى المسئولية العقدية فيشترط فيها الاهلية الكاملة (سن الرشد) .

٥ ـ اتفاقات الاعفاء من المسئولية :ـ فهى جائزة فى المسئولية العقدية الا اذا صدر عن المدين غش او خطأ جسيم ، اما فى المسئولية التقصيرية فتبطل هذه الاتفاقات .

٦ ـ التقادم :ـ 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 تتقادم بمضى (١٥) سنة .

٧ ـ الاثبات :ـ يقال عادة ان عبء اثبات المسئولية العقدية أيسر من عبء اثبات المسئولية التقصيرية ، ففى الاولى لا يلتزم الدائن ـ عادة ـ الا باثبات العقد ، وعدم تنفيذ المدين فيفترض القانون بعد ذلك ان المدين (مخطىء) 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 اضرارا غير مشروع .

٢٣٨ ـ هذا ملخص بالفروق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، وبالرغم من كل هذه الفروق فان هناك فريقا من الفقهاء (على رأسهم الاستاذ بلانيول) 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 فهى شرط فى العقد لا فى المسئولية العقدية ، فلو ابرم العقد صحيحا وزالت اهلية المتعاهد بقى ملزما بالعقد وبقيت مسئوليته قائمة .

واما عن الاعذار فانه لا يختلف باختلاف المسئولية وانما يختلف باختلاف طبيعة الالتزام فهو غير لازم فى الالتزامات السلبية (الامتناع عن عمل) بصرف النظر عن مصدر هذه الالتزامات عقدا كان او فعلا ضارا .

واما عن التضامن فانه فرق غير ملازم لطبيعة المسئولية وانما فرق مبنى على نص القانون . واما عن الاثبات ، فانه لا يختلف باختلاف نوع المسئولية وانما هو يختلف باختلاف (نوع الالتزام) ففى الالتزام بعمل يقع عبء الاثبات على المدين الذى يلتزم بان يثبت بانه قام بهذا العمل حتى يتخلص من المسئولية ، وفى الالتزام السلبى (الامتناع عن العمل) يقع عبء الاثبات على الدائن الذى يلتزم بان يثبت ان المدين قد اخل بالتزامه ،لا فرق فى هذا بين ان تكون المسئولية عقدية او تقصيرية .

هذا ومما لا ريب فيه انه بالرغم من محاولات انصار (وحدة المسئولية المدنية) تبقى هناك فروق واضحة عميقة بين المسئوليتين تتصل باتفاقات الاعفاء وبالتقادم وبمدى الضرر الواجب التعويض عنه ، وهى فروق تبرر التمييز بينهما وتحديد نطاق كل منهما .

٢٣٩ ـ تحديد نطاق كل من المسئوليتين :ـ ينبغى لقيام المسئولية العقدية توافر شرطين هما :ـ

١ ـ وجود عقد صحيح بين الطرفين .

٢ ـ ان يكون الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام ناشىء من العقد .

الشرط الاول :ـ

٢٤٠ ـ وجود العقد : ينبغى لقيام المسئولية العقدية ان يكون هناك عقد صحيح بين الطرفين واذا كان هذا الشرط واضحا فى اغلب

الحالات ، الا ان هناك بعض الاحوال التى قد تدعو الى شىء من البحث والنظر ونجتزىء منها بالحالات التالية :

١ ـ النقل المجانى : لا يمكن وضع حكم واحد يشمل كل حالات النقل المجانى ولكن يمكن وضع معيار هو انه اذا تحقق من قصد المتعاقدين انهما قصدا خلق (التزامات مدنية) فلا شك فى اننا فى صدد (عقد) نقل .

ويترتب على هذا انه اذا دعا صديق صديقه الى نزهة فى سيارته فمن المعقول ان الداعى لم يقصد بدعوته ان يلتزم قانونا وان من دعى يفهم ذلك ـ فلا عقد بينهما . ولو دعا شخص اخر لنقله مجانا الى مكان ما ، وكان يعلم ان وصوله اليه فى ميعاد معين يتوقف عليه نتائج خطيرة فلا شك ان الداعى قصد ان يتقيد بتلك الدعوة وان من دعى فهم ذلك ـ (فبينهما عقد) ، ونقل الاشخاص صغيرى السن مجانا بالقطار أو السيارات العامة عقد نقل لاشك فيه .

ب ـ 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) .

جـ ـ العناية الطبية : اختلف الفقهاء فى 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 ـ عقد ـ الخطبة فى وقت لائق ترتبت على ذلك مسؤولية عقدية .

استقر هذا الرأى الان فقهاء وقضاء (استاذنا الدكتور وديع فرج ، السنهورى فى الوسيط ، حسن الابراشى فى رسالته عن مسئولية الاطباء والجراحين ، ابو ستيت ، سليمان مرقس الخ) .

د ـ المسابقات والحفلات العامة : كمسابقة كرة القدم ، أو المصارعة ، او الملاكمة الخ . الراجح بالنسبة الى المسابقات ان المسؤولية عقدية فبين المتسابقين ومنظمى المسابقة عقد لا شك فى ذلك وبين المتسابقين انفسهم عقد ضمني التزموا بموجبه بمراعاة قواعد واصول اللعبة ، فاذا خرجوا عليها اخلوا بالتزام عقدى ونشأت مسئولية عقدية .

اما عن تنظيم الحفلات ودعوة الاشخاص اليها مجانا (حفلة دعاية انتخابية مثلا ، او احتفاء بالاسراء او بالمولد النبوى) فيطبق بشأنها ما قلناه بشأن عقد النقل المجانى .

هـ ـ المسئولية فى المرحلة اللاحقة للعقد : قد يبدو من الغريب بحث هذه الحالة فما دام العقد قد انتهى فاى مبرر يسمح لنا ببحث المسئولية الناشئة بعده ، ويرتفع هذا التساؤل اذا عرفنا ان هناك بعض الحالات التى يبقى فيها المتعاقد (بالرغم من انتهاء العقد) ملزما نحو الاخر بسلوك معين ناشىء عن العقد الذى انقضى . مثال ذلك ان ينتهي عقد العامل فيترك عمله ويلتحق بعمل آخر ، انه يلتزم فى هذه الحالة بان يحتفظ باسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد (م ٩٠٩/هـ) . فاذا اخل بهذا الالتزام فما هي طبيعة مسئوليته ، يذهب استاذنا المرحوم الدكتور وديع فرج الى ان المسئولية هنا تقصيرية وارى ان المسئولية عقدية لانها نشأت عن اخلال بالتزام ناشىء عن العقد ظل حيا حتى بعد انقضاء العقد الذى نشأ عنه .

و ـ الارادة المنفردة : ما هى طبيعة المسئولية الناشئة عن الاخلال بالتزام مصدره الارادة المنفردة ؟ يكفى ان اقول ، دون الخوض فى

التفصيلات ان المسئولية هنا مسئولية عقدية لان المادة (٢/١٨٤) تقضى بان تعامل الارادة المنفردة معاملة العقد الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين ، ومن هذه الاحكام التسوية بين نوعي المسئولية الناشئة عنهما .

هذا ويلاحظ انه متى تحدد نطاق المسؤولية العقدية فقد تحدد نطاق المسئولية التقصيرية فكل مسئولية لا تنشأ عن اخلال بالتزام ارادى (عقد او ارادة منفردة) مسئولية تقصيرية .

٢٤١ ـ الشرط الثاني :ـ الاخلال بالتزام ناشىء عن العقد : لا يكفي وجود عقد بين الطرفين لقيام المسئولية العقدية وانما ينبغى ان يكون الاخلال الذى ارتكبه أحد المتعاقدين قد انصب على التزام ناشىء من العقد نفسه ، فاذا اعتدى البائع على المشترى بالضرب ، او اعتدى المؤجر على المستأجر المماطل فالمسئولية لا عقدية .

واذا كان هذا الشرط ـ كسابقه ـ يبدو واضحا فى معظم الحالات الا انه قد يدق فى حالات اخرى نعرض اهمها فيما يلى (وكلها تتصل بالتزام ضمان السلامة) .

٢٤٢ ـ التزام ضمان سلامة الاشخاص :ـ

أ ـ عقد النقل :ـ هل يلتزم الناقل بسلامة الشخص المنقول بموجب عقد النقل او انه يلتزم بذلك طبقا لقواعد العمل غير المشروع .

الاهمية العملية للتفرقة تظهر فى 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 المسئولية عقدية (عدا مسئولية الناقل مجانا) • ولا ريب عندى بوجوب القول بالمسئولية العقدية فى هذه الحالة تجنيبا للمصاب المضار من تحمل عبء اثبات خطأ امين النقل والقاء عبء نفى الخطأ على عاتق امين النقل • فاذا وجد مسافر بالقطار وقد سقط على شريط السكة الحديد فاننا لا نطلب منه ان يثبت ان وقوعه كان نتيجة خطأ من سكة الحديد ، وانما نحن نفترض هذا الخطأ افتراضا ونلقى المسئولية على مصلحة السكك الا اذا اثبتت السبب الاجنبى (خطأ المصاب ، القوة القاهرة ، الحادث الفجائي) •

ب ـ عقد العمل : لم يعد هناك ريب فى ان مسئولية رب العمل عن ضمان سلامة عماله مسئولية عقدية لان التزام ضمان السلامة التزام تنص عليه عقود العمل وقوانين العمل (م ٩١٣) •

ج ـ عقد التعليم : هل تلتزم المدرسة الى جانب تعليم التلميذ بسلامته وعلى اى اساس ؟ ارى ان نفرق 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 معينا من اليقظة والحذر فى المحافظة على التلميذ •

ولا يمكن ـ كقاعدة عامة ـ القول بوجود مثل هذا الالتزام بالنسبة للطالب الخارجى الا فى حالات معينة كالسفرات او الرحلات التى تنظمها المدرسة) •

د ـ دخول الملاعب والحمامات العامة ـ الغالب ان هناك التزاما بالسلامة فيلتزم صاحب الملعب العام بالتعويض عن الاضرار التي تلحق بسلامة الزبائن من جراء سقوطهم من المراجيح أو القطارات الكهربائية الخ •

والالتزام هنا التزام بوسيلة يلزم المدين بمراعاة الحذر واليقظة لتأمين سلامة زبائنه .

ثالثا : الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية

٢٤٣ ـ تعرض هذه الفكرة فى حالة ما اذا وقع فعل واحد ضار هو فى الوقت نفسه اخلال بالتزام تعاقدى واخلال بالتزام قانونى عام ـ فتتحقق 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 مثلا بما تهيئه له المسئولية العقدية من سهولة الاثبات ويلجأ فى 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 فى قواعد كل من المسئوليتين ، وهى قواعد حددها المشرع بنصوص افردها 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 فى وجهه دعوى المسئولية العقدية لوجود اتفاق صحيح بالاعفاء من هذه المسئولية .

وقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة الى فريقين .

٢٤٤ ـ يرى الفريق الاول جواز (الخيرة) ويدلل على رأيه بالحجج التالية :ـ

١ ـ ان وجود الانسان فى المجتمع يفرض عليه واجبات اذا هو لم يقضها كان مخطئا فاذا ارتبط الانسان بعقد فان واجبه كعاقد يضاف الى واجباته كأنسان ويكون عليه نوعان من الواجبات فاذا اتفق طرفا العقد على دفع مسئولية احدهما اذا خالف العقد فى ناحية من نواحية فان هذا الاتفاق لا يتناول الا الواجبات التعاقدية اما الواجبات المفروضة على الانسان كفرد فى المجتمع فلا يشملها الاعفاء ومن ثم يسأل عنها الانسان مسؤلية تقصيرية •

٢ ـ ان قواعد المسئولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها او استبعادها •

٣ ـ اكثر ما تكون الشروط المانعة من المسئولية العقدية فى عقود الاذعان وهى عقود يتغلب فيها متعاقد على اخر تغلبا جعل الفقه والقضاء يغض من قيمة هذه العقود ومن شروطها وخاصة التعسفية منها وهذا الشرط مثال صارخ لهذا التعسف •

٢٤٥ ـ ويرفض معظم الفقهاء فكرة جواز الخيرة او الجمع ويردون على اصحاب الرأى الاول بقولهم •

١ ـ 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 المسئولية التقصيرية فهذه المسئولية بالنسبة للمتعاقدين مسئولية (احتياطية) لا توجد الا متى ما لم يكن هناك تنظيم تعاقدى بينهما •

٢ ـ اذا سلمنا بان قواعد المسئولية التقصيرية من النظام العام ـ وهى كذلك بالفعل ـ كان معنى هذا عدم جواز التلاعب فى نطاقها ، ونطاق المسئولية التقصيرية ينحصر فى الاخلال بالتزام (سلبى) هو عدم الاضرار بالغير اضرارا غير مشروع • والقول بان قواعد المسئولية التقصيرية تشمل

حالات المسئولية التعاقدية يتنافى مع ما سبق لانه يؤدى الى توسيع دائرة المسئولية التقصيرية لتشمل الالتزامات (الايجابية) كما تشمل الالتزامات السلبية .

٣ ـ ان القول بجواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين هدم للعقد ولمبدأ سلطان الارادة ، والا فماذا يبقى للعقد اذا امكن الالتجاء للمسئولية التقصيرية ؟ . وما هي قيمة النصوص القانونية التي تجيز اتفاقات الاعفاء من المسئولية العقدية اذا فتحنا على المتعاقد باب الخيرة بين المسئوليتين ؟ لقد قال الفقيه الفرنسى الاستاذ (بران Brun) بحق (ان نظرية الخيرة بين المسئوليتين عنصر من عناصر الفوضى يجب رفضه دون تردد) .

وانتقل بعد هذه المقدمة الى بحث المسئولية 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 :ـ

أقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين ، اخصص أولهما لبيان القواعد العامة فى هذا النوع من انواع المسئولية التقصيرية ، واتولى فى ثانيهما بحث تطبيقات خاصة له فى التشريع العراقي •

ـ المبحث الاول

القواعد العامة في مسئولية الانسان عن أفعاله

واقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

أولها : لاركان المسئولية •

وثانيها : لاحكامها •

وثالثها : للاتفاقات الخاصة واثرها فى تعديل احكام هذه المسئولية •

ـ المطلب الاول

اركـــان المسئوليـة

للمسئولية التقصيرية ، كما للمسئولية العقدية ، اركان ثلاثـة هى : ضرر يصيب الدائن (المضار) وخطأ من المدين ، ورابطة سببية بين الخطأ والضرر ونخصص لكل منها فرعا •

ـ الفرع الاول ـ

ـ الضـــــرر ـ

٢٤٦ ـ الضرر هو الاذى الذى يصيب حقا او مصلحة مشروعة لانسان سواء اتصلت بجسمه او ماله او عاطفته او شرفه او اعتباره •

ولما كانت المسئولية المدنية تقوم على فكرة الضرر غير المشروع الذى يلحق الفرد ، وكان الجزاء فيها عبارة عن (تعويض) هذا الضرر أو اصلاحه لهذا كان الضرر هو المحور الذى تدور مع المسئولية التقصيرية وجودا وعدما فاذا انتفى الضرر فقد انتفت المسئولية مهما كانت درجة جسامة الخطأ ، فلو ان شخصا شرع فى قتل آخر بان أطلق عليه عيارا ناريا ولم يصبه فأنه 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 فى المسئولية العقدية فأنه أخذ به صراحة فى المسئولية التقصيرية . فقد نصت المادة (٢٠٥) على انه :ـ

« ١ ـ يتناول التعويض الضرر الادبي كذلك ، فكل تعد على الغير فى حريته او فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعي أو فى اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولا عن التعويض . ٢ ـ ويجوز أن يقضي بالتعويض للازواج وللاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب . ٣ ـ 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 فى هذا الموضوع .

وأكتفي فى هذا الصدد بالاشارة الى الملاحظات التالية :ـ

١ ـ التعويض عن الضرر الادبي قاصر على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية .

٢ ـ 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 ـ قد يكون التعويض عن الضرر الادبي (أدبيا) كذلك • مثال ذلك نشر الحكم القاضي بادانة المدعى عليه فى الصحف أو دفع مبلغ رمزي تافه (خمسين فلسا) أو الاكتفاء بالحكم على المدعى عليه بالمصروفات •

٤ ـ 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 فى الاب والام • ولو قتل طفل وكان له اخوان احدهما يخالفه فى الديانة فلا حق فى التعويض لهذا الاخ • لان اختلاف الدين مانع من موانع الارث ••• الخ[1] •

والضرر من ناحية اخرى : مباشر وغير مباشر •

ولا تعويض مطلقا عن الضرر غير المباشر ـ كما عرفنا عند بحث المسئولية العقدية •

والضرر المباشر : متوقع وغير متوقع : ويسأل المدين فى المسئولية التقصيرية عن التعويض عن الضرر المباشر متوقعا كان أو غير متوقع •

---

(١) انظر مقالا للدكتور عبدالرزاق عبدالوهاب عن تعويض الضرر الادبى ـ فى مجلة القضاء عدد ٢ سنة ٢٤ ـ (١٩٦٩) •

شروط الضرر : يشترط فى الضرر الذى ينبغي التعويض عنه توافر شرطين :

١ ـ ان يكون محققا :ـ أي انه يجب التأكد من أن طالب التعويض قد لحقه اذى من فعل الفاعل ، ويترتب على هذا انه لو تأخر المسجل فى 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 فى الحال ، بل يكفي ان يصبح (مؤكد الوجود) ولو تراخى وقوعه الى زمن مستقبل • وعلى هذا اذا اصيب شخص ولم تعرف درجة اصابته فانه يجوز للقاضي ان يحكم بالتعويض عن الضرر الواقع فى الحال ويحفظ حق المصاب فى الرجوع على الفاعل فيما لو ساءت حالته بعد ذلك •

الضرر المحتمل :ـ 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 فى حالة الحرمان من الفرصة •

فاذا كانت الفرصة أمرا محتملا فأن 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 الذى 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 فى 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 ـ قبل العدول عن خطبتها ـ من نفقات ومصاريف تجهيز دون ان يعنى بايضاح نوع تلك النفقات ومقدارها والدليل على ثبوتها أو يتقصى الضرر الذى أصابها ، فان الحكم يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه » • وقضت محكمة التمييز عندنا انه اذا حصر المدعي الضرر بجهة معينة فلا يجوز له بعد ذلك ان يجاوزها للمطالبة بأضرار اخرى فقد جاء فى حكم لها « وجد ان المميز عليه كان قد أقام الدعوى على المميز مطالبا أياه بالاضرار التي لحقت بالجمعية والتى قدرها بعشرة دنانير فى اليوم ، مع أجور المحاماة ، ولما استوضحت منه المحكمة عن تفصيل هذه الاضرار ومصدرها حصرها فى جهتين الاولى بدلات الاجارة ، والثانية اتعاب المحاماة ولما كان بدل الاجارة لمقر الجمعية هو (٣٥٠) دينارا فيكون بدل الايجار اليومي دينارا واحدا تقريبا وللايام الستة التي جرى غلق الجمعية خلالها ستة دنانير •

وقد سبق للمحكمة ان حكمت بأجور المحاماة لوكيل الجمعية ••

---

(٢) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة النقض ـ ص ٩٤٤ •

وحيث ان المميز قد حصر دعواه بمبلغ الجهتين المذكورتين (أى بدل الاجارة واتعاب المحاماة) فلا يجوز الحكم له بما يخالف ذلك من اضرار اخرى .. والا تعين نقض الحكم[٣] .

٢ ـ ان يصيب حقا أو مصلحة مالية مشروعة :ـ فاذا وقع الضرر على مصلحة لا تتناولها حماية القانون فلا تعويض ، وعلى هذا لا يستحق المغتصب 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 الخليلة 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 القتيل كان يعيل أحدا من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالانفاق عليه فانه يحق لهذا القريب أو اللائذ أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر أصاب مصلحته المالية المشروعة ، وكذلك الحال فى قتل الخطيب فانه يعطي 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 ـ ٨٨ .

الفرع الثاني

الخطـــأ

٢٤٨ ـ كلمة تمهيدية :ـ يثير ركن الخطـأ كثـيرا من المشاكل والابحاث • ونقطة البداية فى هذه المشاكل كلهـا هي تعريف الخطأ أو تحديد معناه وعناصره •

فقد عرفه البعض بأنه العمل الضار غير المشروع • وهـذا التعريف كتعريف الماء بالماء لا يقدمنا أية خطوة فى تحديد معنى الخطأ •

وعرفه الاستاذ (بلانيول) بانه :ـ الاخلال بالتزام سابق ، ثم هـو يحصر هذه الالتزامات فيما يلى :ـ

١ ـ الامتناع عن استعمال العنف ضد الاشخاص والاموال •

٢ ـ الامتناع عن الغش •

٣ ـ الامتناع عن كل عمل يتطلب قدرا معينا من القوة أو المهارة اذا لم يكن القائم بهذا العمل مالكا لهذا القدر •

٤ ـ مراقبة الاشياء الخطرة التي فى حيـازة الشخص ومراقبـــة الاشخاص الذين هم تحت رعايته •

وهذا التحديد بدوره غير جامع اذ يخرج عنـه مثـــلا التعسف فى استعمال الحق • فضلا عن انه ليس تعريفا وانما هو تقسيم لانواع الخطأ •

وعرفه الاستاذ (ايمانويل ليفي) بأنه الاخلال بالثقة المشروعة ، أى ثقة الشخص فى نفسه وثقة الغير فيه ، فعلى كل شخص أن يوفق فيمـــا يصدر عنه من اعمال بين ثقته فى نفسه حتى لا يركن الى الكسل ، وبين ثقة الناس فيه بعدم اضرار هذا النشاط بهم • فالشخص ما بين الاقـــدام والاحجام يشق لنفسه طريقا وسطا يساير ثقته بنفسه ولا يتعارض مع ثقة الناس فيه ، فاذا هو انحرف عن هذا الطريق فقد عد مخطئا وحقت عليـه المسئولية •

وعيب هذا التعريف انه أقرب الى النظر الفلسفي منه الى التعريف، فهو لا يضع اى ضابط محدد لبيان هذا الطريق الوسط ويتـــرك ذلك الى القضاء .

ويذهب الاستاذ (جوسران) الى أن فكرة الخطأ ذات شقين اولهما يرجع الى الدائن اذ يجب أن تكون المطالبة مبنية على أساس الاعتـداء على حق له . ولكلمة (الحق) هنا معنى واسع عـــام يشمل حق الانسان فى سلامة نفسه واعتبـاره وحريته وشرفه وماله ومصلحته المشروعة اى انـه يتناول الحقوق العامة والحقوق المدنية . وثانيهما يرجع الى المدين فيجب أن لا يكون فى مقدوره أن يدفع مطالبة الدائن بحق اقوى من الحق الذى يزعم بأن المدين اعتدى عليه ، مثال ذلك أن يقدم شخص بين يدى 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 الوفـــاة فيتعرض لاخلاقه العامة والخاصة ، أو أن تنشر الصحف محاضر جلسات المحاكم أو المجالس النيابية ، فى كل هذه الامثـــلة لا تنهض المسئولية لأن المدعي عليه يستطيع أن يدفع دعوى المدعي بالتمسك بحق أقوى من حق الدائن[1] .

٢٤٩ ـ وقد استقر الفقه والقضاء على أن الخطأ فى المسئولية التقصيرية هو عبارة عن اخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييـــز أو ادراك . فللخطأ عنصران مادى هو الاخلال ، ومعنوى هو التمييز أو الادراك .

٢٥٠ ـ **العنصر الاول : الاخلال ـ** او التعدى : ـ والتعدى قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدى ، والمسألة الهامة هنا هي تحديد مقياس التعدى وهل هو شخصي أم مادي ؟.

---

(٤) انظر فى هـذه التعاريف مؤلفنا ص ٢٩٠ ـ ٢٩٢ الوسـيط. 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 الذى 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 المتعدي 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) نفترض (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 مخطىء . 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 يعتد بها .

٢٥١ ـ العنصر الثاني للخطأ : التمييز أو الادراك :ـ لا يكفي لقيام الخطأ توفر عنصره المادى وحده أو مجرد وقوع الاخلال أو التعدي على حق الغير بل لابد الى جانب ذلك من امكان (لوم) الشخص على عمله ، واللوم يقتضي أن يكون الشخص (مميزا) يستطيع التفرقة بين ماهو خطأ وما هو صواب ولهذا نص القانون المدني المصرى على ضرورة توافر التمييز فى مرتكب الفعـــل الضار حتى تمكن مساءلته عن التعويض (م ١٦٤) وكذلك فعل التقنين السورى (١٦٥) والتقنين الليبي (م ١٦٧) والتقنـين اللبناني (١٢٢) .

اما المشرع العراقي فقد شذ عن هذه التقنينات متأثرا فى ذلك بالفقـه الاسلامي ، فقضى 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 الولي أو الوصي أو القيم . ولكن المشرع العراقي جعل مسئولية عدم التمييز أو من ينوب عنه مسئولية مخففة لا تبلغ حد التعويض الكامل ، فقد الزم القاضي بأن يأخذ مركز الخصوم بعين الاعتبار وفى ذلك تخفيف للمسئولية بلا ريب وهـذا ما تقضي به المادة (١٩١) بنصها على انه :ـ

« ١ ـ اذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله . ٢ـ واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز أو مجنونا جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر . ٣ـ عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي فى ذلك مركز الخصوم » . وسنعود الى شرح أكثر تفصيلا لهذه المادة .

الخطأ فى الفقه الاسلامى وفى التشريع العراقى

٢٥٢ ـ اولا ـ الخطأ فى الفقه الاسلامى :ـ لا يقيم الفقه الاسلامى ـ كقاعدة عامة ـ وزنا للخطأ فى نطاق الاعمال الضارة ، وهو يفرق فى هذا الصدد بين المباشرة وبين التسبب .

اما فى المباشرة فقد قالوا ان « المباشر ضامن وان لم يتعمد » اى انه لا حاجة لمساءلة المباشر الى صدور خطأ منه بل انه يسأل عن كل (فعل) سبب ضررا للغير وهكذا ابتعدت المسئولية فى 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 فى 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 ـ كالعين المعارة والمستأجرة والمودعة ـ لم يجب ضمانها بالتلف وانما وجب بالاتلاف ـ 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 (أى بالضمان) على الواصف . وقالوا ان كل فعل يحصل به التلف موجب للضمان ولم يشترطوا لذلك سوى أن يكون المتلف (من أهل الضمان) أى 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 فى حادثة تتلخص فى أن رجلا كان يقود أعمى فوقعا في بئر فخر البصير اولا ثم وقع الاعمى فوقه فقتله ، فقضى الفاروق بعقل البصير على الاعمى(٥) .

واذا اجتمع المباشر والمتسبب فقد أضافوا الحكم الى المباشر ، ولهذا قالوا لو دفع شخص غيره فى بئر حفرها ثالث متعديان فالضمان على الدافع لأنه هو المباشر .

واختلفوا فى 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 (تسببا) فى الاتلاف والمتسبب 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 ـ ولابد فى الضمان بالتسبب من توافر امور ثلاثة هى :ـ

(١) التعدي ـ اى الخطأ ـ ويتفرع على هذا انه لو حفر شخص بئرا فى غير ملكه وبلا اذن المالك فوقع فيه انسان ضمن ، ولا ضمان اذا كان البئر فى ارضه أو كان حفره باذن المالك .

(٢) تحقق السببية بين الفعل والضرر ـ وذلك بأن يكون الفعل

---

(٥) انظر اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧ ـ الطبعة المنيرية .

(٦) انظر الخلاف للطوسى (جعفرى) جـ ٢ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ ، تحرير العلامة الحلى (جعفرى) طبع حجر جـ ٢ ص ١٣٨ ، قواعد ابن رجب (حنبلى) ص ٢١٨ ، البدائع للكاسانى (حنفى) جـ ٧ ص ١٦٨ ، المهذب للشيرازى (شافعى) جـ ١ ص ٣٨١ ، بداية المجتهد (مالكى) جـ 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 سبب اجنبي • ويتفرع على هذا ان من حفر بئرا فى ملك غيره ورمى انسان نفسه فيه أو أوقعه غير الحافر فذ ضمان على الحافر لانقطاع معنى السببية بين فعل المتسب وبين الضرر(٧) •

٢٥٤ ـ ثانيا ـ الخطأ فى التشريع العراقى :ـ ابقى المشرع العراقى على التفرقة بين المباشرة والتسبب ولكنها تفرقة ظاهرية ليست لها ثمرة او فائدة عملية ، حيث اشترط فى كل من المباشر والمتسبب (التعمد او التعدى) (١/١٨٦) ويعتبر هذا التحوير نكسة تقف امام التقدم الهائل الذى وصل اليه الفقه الاسلامي فى هـذا الموضوع ، وهو تقدم لم تصل اليـــه معظم التشريعات فى العالم الحديث الى الآن ، اذ لا زالت فكرة المخاطر المستحدثة (او المسئولية الشيئية) أمينة تجول فى اذهان الفقهاء ورجال القانون •

واذا اجتمع المباشر والمتسبب وكان كل منهما متعديا فان القانون المدني العراقي يجعلهما مسئولين على سبيل التضامن ، اما الفقـه الاسلامي فانـه يلقى عبء المسئولية على المباشر وحده دون المتسبب ، ولا ريب عندى ان هذا التحوير الذى أقره المشرع العراقي ادعى الى تحقيق العدالـــة والى ضمان مصلحة المصاب او المضار •

ـ حالات انعدام الخطـــأ ـ

٢٥٥ ـ تمهيد :ـ قلنا ان الخطأ يتألف من عنصرين : مادى ـ وهو فعل التعدى ، ومعنوى وهو الادراك او التميز على النحو الذى بسطناه فيما تقدم •

---

(٧) الاسلام عقيدة وشريعة ـ للاستاذ الامام الشيخ محمـــــود شلتوت ص ٤٢٥ •

ومع هذا فان هناك حالات ثلاثا تنتفي فيها المسئولية ـ لانتفاء الخطأ ـ 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 ـ الحالة الاولى : حالة الضرورة :ـ تقضي المادة (٢١٣) بأنه « ١ ـ يختار اهون الشرين ، فاذا تعارضت مفسدتان روعى اعظمها ضرراً ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف • ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كلياً • ٢ ـ فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذى سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى تراه المحكمة مناسبا »[٨] •

والمقصود بالضرورة فى هذا المجال ان يجد شخص نفسه فى حالة يتهدده فيها خطر جسيم عليه او على غيره ولا يجد وسيلة للخلاص من هذا الخطر او تفاديه الا بفعل يسبب ضررا للغير • مثال ذلك ان يجد الربان سفينته وقد اشرفت على الغرق وان لا مناص لنجاتها ونجاة من فيها من القاء بعض حمولتها فى الماء ، ومثاله ايضا هذا السائق الذى يفاجأ بشخص يلقي نفسه امام سيارته فينحرف بها ليصعد على الرصيف ويحطم بعض واجهات محل تجارى • ومثاله كذلك هذا الجائع الذى لا يجد ما يأكله فيعمد الى اغتصاب رغيف يسد به رمقه •

٢٥٧ ـ ويشترط لتوفر حالة الضرورة :ـ

(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 أجنبيا 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 مسئوليته .

(٣) ان يكون الخطر المراد تفاديه اكبر من الضرر الناشىء عن حالة الضرورة ، اما اذا كان الضرر المراد تفاديه مساويا للضرر الواقع او دونه فى الجسامة كان الشخص مسئولا مسئولية 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 لانقاذ ماله أن يحتمي بها كذلك الا اذا كان المال المتلف زهيدا بالقياس الى ماله الذى انقذه .

٢٥٨ ـ مسئولية مخففة :ـ على ان حالة الضرورة لا تعفي من المسئولية المدنية فالاضطرار كما يقول الفقهاء لا يبطل حق الغير ، ولكن المحكمة تأخذ حالة الضرورة بعين الاعتبار فتقضي بتعويض (مناسب) ، ومعنى هذا انها تخفف من مسئولية المضطر ولا تعفيه منها اعفاءاً تاماً ، وهذا الحكم يتفق مع ما يقرره المذهب الحنفي بوجه خاص فقد قال الاحناف ان من قتل جملا صائلا يضمن وان كان فى قتله مضطراً ، وان من أكل طعام غيره لدفع مخمصة يضمن ، وان من ضحى بمال الغير للنجاة من الغرق يضمن .

٢٥٩ ـ الحالة الثانية : حالة الدفاع الشرعى :ـ تقضي المادة (٢١٢) بأن « ١ ـ الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها . ٢ ـ فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول على الا يجاوز فى 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 استعمالا لحق الدفاع الشرعي ، ويوجد هذا الحق اذا توافرت الشروط الآتية :ـ ١ ـ اذا واجه المدافع خطر

---

(٩) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

حال من جريمة على النفس أو على المال ، أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة • ٢ ـ أن يتعذر الالتجاء الى السلطة العامة لاتقاء هذا الخطر فى الوقت المناسب • ٣ ـ أن لا يكون أمامه وسيلة اخرى لدفع هذا الخطر ، ويستوي فى قيام هذا الحق أن يكون التهديد بالخطر موجهاً الى نفس المدافع او ماله أو موجهاً الى نفس الغير أو ماله » •

ويفهم من هذين النصين أن كلا من قانون العقوبات والقانون المدني قد أباح للفرد حق الدفاع الشرعي لرد ما قد يقع عليه من اعتداء فى 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 :ـ

(١) ان يكون هناك خطر حال على نفس الشخص أو على نفس غيره ، وعلى هذا لا ينشأ حق الدفاع الشرعي اذا لم يكن الخطر (حالا) بل خطرا مستقبلا ، اذ يتسع الوقت فى هذه الحالة الاخيرة لمن وقع عليه التهديد بالخطر ان يلتجىء الى السلطة العامة للحيلولة دون وقوع هذا الاعتداء •

ويجب أن يكون الخطر واقعاً على (النفس) سواء أكانت نفس الشخص ام نفس غيره ، ويلاحظ فى هذا الصدد ان تشريعنا المدني لم يكن موفقاً فى حصر الاعتداء الذى يبيح حق الدفاع الشرعي بالاعتداء الواقع على النفس ، وكان الاجدر به أن يحذو فى هذه المسألة حذو القانون المدني المصري مثلا ، الذى يبيح هذا الحق سواء وقع الاعتداء على النفس أو على المال ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن قانون العقوبات يبيح هذا استعمال هذا الحق فى كلتا الحالتين بل انه يبيح الدفاع الشرعي عن المال حتى ولو أدى الى قتل المعتدي فى بعض الحالات(١٠) •

---

(١٠) انظر المادة ٤٤ من قانون العقوبات الجديد •

(٢) أن يكون هذا الخطر (عملا غير مشروع) فالقاء الشرطة القبض على لص لا يعتبرا اعتداءاً غير مشروع فمقاومة هذا القبض لا تعتبر دفاعاً شرعياً .

(٣) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو افراط : فان تجاوز الشخص هذا القدر اعتبر متعدياً وأصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة ، وقاسم الطرف الآخر تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما ، وفى هذه الصورة يقضي للمضرور بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره القاضي وفقاً لقواعد الخطأ المشترك .

على انه يجب أن يلاحظ فى 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 فى هذا الصدد ، ويلاحظ من ناحية اخرى انه لا يشترط التماثل بين وسيلة الدفاع وبين ما وقع من اعتداء وبهذا المعنى قضت محكمة النقض والابرام المصرية « ان التماثل فى الاعتداء ليس شرطا من شروط الدفاع الشرعي ، بل ان للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التي يراها لازمة لرد الاعتداء والتي تختلف باختلاف الظروف ، فاذا كان الواضح ان الطاعن وآخر هوجما ، وضرب الآخر ضربا 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 فى أن الاذى الذى يحدثه المدافع بغيره يقع على شخص (معتد) فى حين ان الضرر الذى يقع فى حالة الضرورة يقع على شخص (بريء) . ولهذا أعفى المدافع فى حالة الدفاع الشرعي من المسئولية كلها ولم يعف المضطر الا اعفاء جزئيا .

وقد وضع بعض فقهاء الشريعة قاعدة واضحة فى هذا الصدد فقالوا ان « من أتلف شيئا 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 فى مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه ، وانه لو أشرفت سفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففه ضمنه ، ولو سقط عليه متاع غيره فخشى أن يهلكه فدفعه فوقع فى الماء لم يضمنه ، وانه لو صال عليه حيوان فى احرامه فقتله دفاعا عن نفسه لم يضمنه ، ولو اضطر فقتله فى المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه(١١) .

٢٦٠ ـ الحالة الثالثة : حالة تنفيذ أمر من رئيس تجب طاعتـه :ـ

نصت المادة (٢١٥) على انه « ١ ـ يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا ، على أن الاجبار المعتبر فى التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجىء وحده ٢ ـ ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى 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 الذى أتاه بأن يقيم الدليل على انه راعى فى ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة » .

والمادة فى شقها الاول تضع المسئولية على عاتق الفاعل لا الآمر الا اذا كان الفاعل مجبرا بأن اتخذ الامر صورة الاكراه الملجىء على النحو الذى بيناه عند الكلام عن الاكراه ، وتطبيقا لذلك قال فقهاء الشريعة :ـ اذا أمر انساناً بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لان الامر لم يصح ، وفى كل موضوع لا يصح الامر لا يجب الضمان على الآمر . واذا قال رجل لآخر

---

(١١) قواعد ابن رجب ص ٣٦ .

اخرق ثوب فلان فخرقه فالضمان على الذى خرق لا على الآمر ، ولو ان بالغا أمر صبيا بتخريق ثوب انسان أو بقتل دابته فالضمان فى مال الصبي ثم يرجع به على الآمر ، وكذا لو أمره بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبي الدية ، ثم ترجع على عاقلة الآمر ، علم الصبي بفساد الامر أو لم يعلم[١٢] .

والمادة فى شقها الثاني 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 المسئولية عن هذا الموظف المأمور .

ويلاحظ انه يشترط لتطبيق هذا النص أن يكون كل من الآمر 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 المسئولية عن أفعالهم الضارة التي وقعت منهم بناء على أمر صادر من رب العمل أو من الاب أو من الزوج .

والاساس القانوني للاعفاء من المسئولية فى هذه الحالة هو ان اطاعة القانون من أسباب الاباحة التي لا يعتبر فيها الفعل (خطأ) وبالتالي لا تنهض المسئولية جنائية كانت أو مدنية .

على انه يجب لانتفاء المسئولية 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 وحقت عليه المسئولية ، ويترتب على هذا انه اذا أمر عمدة بعض الخفراء باطلاق النار على اناس كانوا يتشاجرون مع أهل بلده فأطلقوا عليهم النار وأصابوا بعضهم فأن المسئولية المدنية تنهض كاملة

---

(١٢) مجمع الضمانات ـ ١٥٦ ـ ١٥٧ .

قبل الخفراء لان اطاعة أمر العمدة فى هذا المثال جاء مخالفا لنص القانون الذى يفرض عليهم مراعاة جانب الحيطة والحذر والاعتقاد المبني على أسباب معقولة بأن الامر الصادر اليهم واجب الطاعة والتنفيذ •

واكتفي فى هذا بما تقدم واحيـل فى مسائله التفصيلية الى شروح قانون العقوبات •

الفرع الثالث

رابطـــة السببية

٢٦١ ـ وهي تلك الرابطة التي تربط الخطأ بالضرر ارتباط سبب بنتيجة أي انها الرابطة التي تجعل الضرر نتيجة للخطأ •

ورابطة السببية بهذا المعنى ركن فى المسئولية المدنية بنوعيها ـ عقدية وتقصيرية ـ حتى عند اولئك الفقهاء الذين يأخذون بالمسئولية الشيئية أو المادية التي لا تقيم وزنا للخطأ وتلزم كل من قام بفعل ضار بتعويض المضار عما لحقه من ضرر ، فعند هؤلاء الفقهاء لابد من وجود رابطة بين (الفعل الضار) وبين (الضرر) فاذا انتفت هذه الرابطة انتفت المسئولية •

وعلى هذا فأن من يقود سيارة بغير رخصـة (اجـازة) ثم يدهس شخصا ظهر امامه فجأة لا يعتبر مسئولا 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 مسئولية (مدنية) على واضع السم • ولا يسأل من يدير مستودعا للاخشاب بدون ترخيص أو اجازة من الجهات المختصة ، اذا شب حريق فى مستودعه امتد أذاه الى الغير اذا ثبت أن هذا الحريق كان نتيجة سبب أجنبي (كصاعقة أو مس فى الاسلاك الكهربائية الخارجية أو فعل فاعل مجهول) •

ورابطة السببية تستدعي بحث مسألتين هامتين هما : تعدد الاخطاء ، وتعدد الاضرار •

اولا ـ تعدد الاخطاء :ـ 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 ـ (١) اجتماع خطأ الفاعل وخطأ المصاب :ـ ونلخص القواعد المقررة فى هذا الصدد فيما يلي :ـ

القاعدة الاولى ـ اذا كان خطأ المصاب هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر فلا مسئولية ، ويتفرع على هذا انه :ـ لا حق لورثة الزاني المقتول فى المطالبة بالتعويض ، ولا تعويض كذلك لمن يركب على (رفوف) السيارة أو سلم الترام اذا سقط ، ولا تعويض فى حالة ما اذا رمى شخص نفسه امام سيارة مسرعة بقصد الانتحار •

القاعدة الثانية ـ لا تعويض اذا استهدف المضرور للضرر برضائه فى الحالات التي يصح فيها هذا الرضا ، ويترتب على هذا ان لا تعويض عن الاضرار التي تلحق من يساهم فى الالعاب الخطرة (كسباق السيارات ، أو المصارعة ، أو الملاكمة ، أو المبارزة) •

القاعدة الثالثة ـ 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 جمح من سائقه فنتج عن تدخله ضرر لشخصه فأن من يكون مسئولا عن الحادثة فيما لو وقع الضرر على الغير ، يكون مسئولا ايضا عن الضرر الذى أصاب هذا الشخص الذى تدخل لكبح جماح الحصان ، وليس للمسئول ان يدفع المسئولية عنه بدعوى ان هذا الشخص قد (أخطأ) بتدخله فى الحادثة اذا كان هذا التدخل قد حصل بقصد القيام بعمل انساني •

القاعدة الرابعة ـ اذا استغرق خطأ الفاعل خطأ المصاب فقد حقت المسئولية كاملة ، مثال ذلك :

ان يتعمد سائق سيارة دهس شخص أصم يعبر الطريق من غير المكان المعد للعبور أو يتعمد دهس شخص أعمى يعبر الطريق دون قائد .

القاعدة الخامسة :

اذا استغرق خطأ المصاب خطأ الفاعل فلا مسئولية مثال ذلك :ـ

ان يلقي شخص بنفسه أمام سيارة مسرعة ، أو أن يتسلل شخص الى عربة يقع سائقها فى 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 فى معالجة نفسه ، وقد قامت محكمة النقض والابرام المصرية بتوزيع المسئولية بين من يعبر الشارع دون تحفظ وبين السائق المسرع بنسبة ٢ : ١ ، وعوضت المصاب بمائة جنيه من أصل ثلاثماية جنيه طالب بها عما لحقه من ضرر .

٢٦٣ ـ (٢) اجتماع خطأ الفاعل وخطأ الغير :ـ ونلخص القواعد المقررة فى هذا الصدد فيما يلي :ـ

القاعدة الاولى :

اذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد فى 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 فى جفول حصان

فأحدث ضررا بمال انسان أو شخصه فلا مسئولية على صاحب الحصان ، ولا مسئولية كذلك على مديرية الاطفاء .

القاعدة الثانية :

اذا استغرق خطأ الغير خطأ الفاعل فلا مسئولية على الفاعل وانما 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 وانما تقع المسئولية على المطارد .

القاعدة الثالثة :

اذا استغرق خطأ الفاعل خطأ الغير فقد حقت المسئولية كاملة .

مثال ذلك : ان يوقف شخص سيارته فى مكان منحدر دون سحب الموقف (البريك) فيدفعها شخص فتنحدر لتحدث ضررا بمال انسان أو نفسه ، فى هذا المثال تكون المسئولية على من قام بدفع السيارة لا على مالكها الذى أرقفها فى المكان المنحدر دون سحب الموقف وذلك لان خطأ من قام بدفعها كبير يستغرق خطأ مالكها .

القاعدة الرابعة :

اذا تعاون خطأ الفاعل وخطأ الغير فى احداث الضرر دون ان يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، فقد حقت المسئولية كاملة عليهما معا ، ويلزمان فى هذه الحالة بالتعويض على سبيل التضامن فللمصاب ان يرجع على أي منهما بكل التعويض .

مثال ذلك :ـ ان تصطدم سيارتان كل من سائقيها مخطىء فيصاب عابر سبيل . يستطيع المصاب ان يرجع على أي منهما بالتعويض .

٢٦٤ ـ (٣) اجتماع خطأ الفاعل والقوة القاهرة :ـ يسأل الفاعل عن التعويض الكامل تطبيقا لفكرة (تعادل أو تكافىء الاسباب) السائدة الآن فقها وقضاء .

مثال ذلك :ـ 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 . فى كل هذه الامثلة تنهض المسئولية كاملة على الفاعل .

٢٦٥ ـ ثانيا ـ تعدد الاضرار : أو تسلسل النتائج :ـ عالجنا فيما تقدم تعدد أو تسلسل الاسباب حيث افترضنا وقوع ضرر واحد نتيجة أسباب أو أخطاء متعددة ، اما فى هذه الحالة فتعالج الحالة المقابلة حيث نفترض وحدة السبب أو الفعل الضار مع تعدد الاضرار التي ترتبت على هذا الفعل .

وقد قلنا عند الكلام عن المسئولية العقدية ان التعويض فى المسئولية المدنية (تقصيرية كانت أو عقدية) لا يشمل غير الضرر المباشر ، وان لا تعويض عن الضرر غير المباشر فى كل من نوعي المسئولية المدنية ، وان التعويض فى المسئولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر متوقعا كان أو غير متوقع ، كما انه يشمل الضرر الادبي الى جانب الضرر المادي .

والمسألة الهامة فى 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 بثمن بخس فأي هذا الاضرار يعتبر مباشرا وأيها يعتبر غير مباشر ؟ .

لقد وضعت المادة (٢٠٧) من القانون المدني معيارا للكشف عن الضرر المباشر هو نفس المعيار الذى قررته محكمة الاستئناف المختلطة بمصر عام ١٩٢٨ والذى اعتمده استاذنا الجليل الدكتور السنهوري ، فقد قررت المادة السالفة :ـ

١ ـ تقدر المحكمة التعويض فى جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .

٢ ـ ويدخل فى تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الاجر .

فالضرر المباشر هو الضرر الذى يعتبر « **نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع** » وبعبارة اخرى هو الضرر الذى لم يكن فى وسع المصاب أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

واذا طبقنا هذا المعيار على المثال الذى 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 فى مدة معقولة(١٤) .

٢٦٦ ـ واود أن ألفت النظر فى هذا الصدد الى المبدأ الهام الذى قررته الفقرة الثانية من المادة (٢٠٧) المتقدمة ، فقد قررت هذه الفقرة ان

---

(١٣) انظر الاستاذ الدكتور الحكيم ـ حيث يعتبر تلف المزروعات ضررا غير مباشر لا يسأل الفاعل عنه ص ٤٦٣ .

(١٤) الاستاذ الامام الشيخ شلتوت ـ 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 خسره 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 تضييق فكرة الضرر فى الفقه الاسلامي هو القاعدتان المشهورتان :ـ

١ ـ الخراج بالضمان و ٢ ـ 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 ضمانة حتى يسلمها الى صاحبها ، فلو تلفت فى الطريق ضمنها ولا يلزم بدفع الاجرة . واذا غصب انسان حصانا لآخر واستعمله فى الحراثة فنحل ونقصت قيمته كان لصاحبه تضمين الغاصب

ما نقص من قيمته ولكن ليس له طلب الاجرة .

وقد يصل القياس فى 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 يصبها ضرر من استعمالها فى الغرض الآخر فانه لا يضمن شيئا ولا يجب عليه الاجر ، ولذلك قيل انه يجب الاجر فى هذه الحالة استحسانا لا قياسا .

٢٦٧ ـ ولما كانت هذه النظرة الى المنافع نظرة صناعية محضة وهي نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية فقد وسع الفقه الحنفي منها قليلا باستثناءات هي :ـ

اذا كان المال مال وقف او مال صغير او كان مالا معدا للاستغلال ، فيلزم من يستولى على هذا المال ضمان المنفعة أى أجر المثل ، وقد سار التقنين المدني العراقي فى مراحل التطور الى غايتها واصبح يضاهي الفقه الغربي فى تقويم المنافع ووجوب التعويض عنها فى المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، وجعل التعويض يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان هذا نتيجة طبيعية لاخلال 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 جـ ٦ ص ١٨١ ـ ١٩٠ .

المطلب الثاني

ـ احكام المسئولية التقصيرية ـ

عن الاعمـــال الشخصية

تمهيد ـ اذا توافرت اركان المسئولية الثلاثة التى سبق بيانها حـــق للمضار ان يلتجىء الى القضاء للمطالبة بتعويضه عما لحقه من ضرر والزم مرتكب الفعل الضار بهذا التعويض •

وعلى هذا نلخص احكـام المسئولية التقصيرية فى هـاتين المسألتين : وهما : دعوى التعويض والتعويض نفسه •

اولا ـ دعوى المسئولية

٢٦٨ ـ ١ ـ المدعي :

لا تقبل دعوى المسئوليـة الا ممن اصابه ضرر نشأ عن عمل غـــير مشروع تطبيقا للقاعدة المعروفة فى قانون المرافعات وهي قاعدة (لا دعوى من غير مصلحة) •

فالمدعي 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 مدينـه عن طريق الدعوى غير المبشرة •

اما اذا كان التعويض عن ضرر ادبي فان هـــذا الحق لا ينتقل الى الخلف الا بعد تقديره قضاء أو اتفاقا كما سبق القول •

٢٦٩ ـ ٢ ـ المدعى عليه :

هو من ارتكب الفعل الضار (أو من يكون مسئولا عنه كالولي أو الوصي أو القيم المتبوع على النحو الذى سنبينه فيما بعد) .

واذا كان مرتكب الفعل الضار عدة اشخاص جاز للمدعي اقامة الدعوى عليهم جميعا أو على اى منهم للمطالبة بكل التعويض لانهم يكونون مسئولين على سبيل التضامن .

٢٧٠ ـ ٣ ـ مدة تقادم الدعوى :

تسقط دعوى التعويض عن العمل الضار بمضى ثلاث سنوات من الوقت الذى وقع فيه الضرر اذا علم المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذى احدثه ، وهي تسقط على كل حال بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ٢٣٢) . ويترتب على هذا انه لو اتلف مجهول مال انسان ولم تعلم هويته الا بعد مضى ست سنوات فان الدعوى لا تتقادم الا بعد مضى ثلاث سنوات من يوم معرفة شخصية الفاعل (أى بعد مضى تسع سنوات من تاريخ وقوع الاتلاف) ولو عرفت شخصية الفاعل بعد مضى اربع عشرة سنة فان الدعوى تتقادم بعد مضى سنة واحدة .

٢٧١ ـ ٤ ـ عبء الاثبات :

الاصل ان عبء الاثبات على المدعي ، ففي المسئولية التقصيرية عن الافعال الشخصية يقع عبء الاثبات على المدعى ، فعليه اثبات توفر عناصر المسئولية (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 ـ مادياً كان أو أدبيا ـ 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 فى نسبة الخطأ الى الفاعل فان حكمه يؤثر حتما فى سير

الدعوى المدنية • والخص فيما يلي أثر الاحكام الجنائية فى دعوى التعويض •

أ ـ احكام الادانة : تقضي 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 « تبت المحكمة فى المسئولية المدنية وفى مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسئولية 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 ، فلولاه لما اصدر القاضى الجنائي حكم الادانة فيتقيد القاضى المدني فى حكمه بوجود الخطأ •

واذا كان الضرر ركنا من اركان الجريمة تقيد به القاضى المدني كذلك اذ لم يصدر حكم الادانة الا بعد ان ثبت للقاضى الجنائي وقوع الضرر ، فلا يملك القاضى المدني مناقشة واقعة حدوثه •

اما اذا لم يكن الضرر ركنا من اركان الجريمة اوكان احتمال وقوعه وحده كافيا لقيامها ،كان تعرض القاضى الجنائي له تزيدا فلا يتقيد به القاضى المدني • والغالب ان يشير الحكم الجنائي الى شخص المصاب بالضرر ، ولا تقيد هذه الاشارة القاضى المدني الا اذا كان شخص المصاب ذا أثر فى وجود الجريمة وتحقق اركانها •

ففي جرائم القتل والجرح والضرب يجب على القاضى ان يعين شخص المصاب ويكون هذا التعيين ملزما للقاضى المدني •

اما فى جريمة السرقة مثلا فان تعيين المجنى عليه لا يعتبر من البيانات الجوهرية ، لان السرقة تنهض قانونا باختلاس منقول مملوك للغير أياً كانت شخصية هذا الغير او اسمه .

ولهذا يجوز للقاضى المدني ان يرفض دعوى التعويض المقامة من المجنى عليه الذى ورد اسمه فى الحكم الجنائي الصادر فى السرقة ، متى تبين ان المجنى عليه هذا غير مالك للمال المسروق .

ب ـ احكام البراءة : اذا استند حكم البراءة الى نفي وقوع الحادث او الى نفي وقوعه من المتهم بالذات كان هذا الحكم حجة على القاضى المدني .

اما اذا استند حكم البراءة الى ان الوقائع التي ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بانها خطأ معاقب عليه لم يتقيد القاضى المدني بهذا التكييف الجنائي . ويترتب على هذا ان حكم البراءة لانعدام القصد الجنائي فى 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 برىء شخص من تهمة قتل عمد فان الحكم ببرائته 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 القاضى المدني من الحكم عليه بالتعويض متى كان سبب القتل خطأ وقع منه . واذا اسند الى حارس على اشياء محجوزة تهمة الاختلاس وتبين للقاضى الجنائي ان المتهم لم يرتكب جريمة الاختلاس وان المحجوزات قد تلفت فى محل حجزها فان الحكم بالبراءة لهذا السبب لا يمنع القاضى المدني من الزام الحارس بقيمة المحجوزات اذا كان تلفها راجعا الى خطأ منه فى المحافظة عليها .

ثانيا ـ التعويض

٢٧٢ ـ التعويض جزاء المسئولية المدنية ، أو هو وسيلة القضاء لمحو

الضرر او تخفيف وطأته • وهو بهـذا يختلف عن (العقوبة) اختلافا واضحا ، فالغاية من العقوبة زجر المخطىء وتأديبه ، والغاية من التعويض جبر الضرر واصلاحه ، ولهـذا 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 الذى 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 المضار 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 فى الجسم تشمل مصاريف العلاج وما ضاع على المصاب من كسب وما قاساه من آلام سببتها له الاصابة • والاصل فى التعويض ان يكون مبلغا من المال يساوى ما لحق المضار من ضرر ، ومع ذلك يجوز أن يكون التعويض عينيا فى بعض الفروض ، فاذا بنى شخص حائطا يمنع به الضوء عن جاره فانه يجوز للقاضى ان يأمر بهدم الحائط وهذا هو التعويض العيني •

ويجوز فى حالات الضرر الادبي ان يتخذ التعويض صورة نشر الحكم فى الجرائد ، فاذا تبين ان هذا النشر فيه تعويض كاف للضرر الادبي فلا محل للحكم بتعويض مالي آخر •

والتعويض النقدى اما ان يكون مبلغا من المال يدفع للمصاب دفعة واحدة أو على أقساط واما أن يكون ايرادا مرتبا مدى الحياة ، والقاضى هو

---

(١٦) قرار رقم ٢٠٨٦/ح/٩٥٦ ـ مجلة القضاء ١٩٥٧ ص ٢٣٩ •

الذى يقدر طريقة التعويض التى يرى انها اكفل لجبر الضرر ، وعلى هذا نصت المادة (٢٠٩) بقولها « ١ ـ تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح ان يكون التعويض اقساطا او ايرادا مرتبا ، ويجوز فى هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأمينا ٢ ـ ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة ، تبعا للظروف وبناء على طلب 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 ـ وقت تقدير التعويض :ـ بعض الفقهاء الى أن تقدير مقدار الضرر يكون وقت وقوعه فاذا 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 والابرام 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 يقم بذلك وترك الضرر يتزايد اعتبر مقصرا يحاسب عليه عند تقدير ما يستحقه من تعويض(١٧) .

المطلب الثالث

اتفاقات الاعفاء وأثرها فى تعديل احكام المسئولية

تمهيد :ـ المسئولية المدنية خطر يهدد كل من احدث بالغير ضررا غير مشروع ، او هي سيف مصلت فوق رأسه يود ان يتخلص منه ويبعده عن نفسه ، وقد يسلك الفاعل للوصول الى هذه السبيل أحد طريقين : اولهما : اشتراط الاعفاء من المسئولية ، وثانيهما التأمين من المسئولية . ونوجز القول فى كل من هاتين الوسيلتين .

٢٧٤ ـ اولا ـ اشتراط الاعفاء من المسئولية :ـ 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 المسئولية 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 احداهما الاخرى بتعويض عن أى ضرر يقع عليها ، وليس هناك ما يمنع مربي 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 : المسئولية المدنية ـ مصطفى مرعي ، المسئولية المدنية حسن عكوش ، المسئولية المدنية ـ سليمان مرقس ، الوسيط للاستاذ السنهورى ، المسئولية المدنية ـ حسين عامر .

وهكذا • وحكم هذه الاتفاقات التى تعفى من المسئولية التقصيرية او تحدد او تخفف منها انها باطلة لان المشرع عد قواعد المسئولية التقصيرية من قواعد النظام العام ، فقد قضت المادة (٣/٢٥٩) بأنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » •

واذا كان النص المتقدم قاصرا على ابطال (الاعفاء) من المسئولية التقصيرية ، فان القضاء جرى على ابطال كل شرط يقضى بتحديد هذه المسئولية او بالتخفيف منها سواء كان التخفيف بانقاص مدى التعويض او بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي او بتقصير المدة التى ترفع فيها دعوى المسئولية(١٨) •

٢٧٥ ـ ثانيا ـ التأمين من المسئولية ـ التأمين من المسئولية عبارة عن عقد بين المؤمن والمؤمن له ، يلتزم المؤمن بمقتضاه تعويض المضار عن الاضرار التى الحقها به المؤمن له •

وواضح ان التأمين من المسئولية يشبه اتفاقات الاعفاء منها فى ان الضرر متى وقع فان المسئول عنه ليس هو الذى يتحمل عبء التعويض ، وانما يلقيه على عاتق المؤمن او على عاتق المصاب نفسه •

ولكن الفرق ظاهر بين التأمين من المسئولية وبين الاعفاء منها ، اذ بينما يحصل الدائن (المضار) على التعويض فى الحالة الاولى ، يحرم منه فى الحالة الثانية ، ولهذا جاز التأمين من المسئولية التقصيرية وبطل الاعفاء منها •

٢٧٦ ـ والتأمين من المسئولية 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 التأمين

---

(١٨) السنهورى : الوجيز ص ٣٩٦ •

يحدث نوعا من التوازن الاقتصادى فى المجتمع ، فلا يحدث افتقار غير مشروع يختل معه توازن الذمم المالية دون مبرر اقتصادى كما هو الحال فى اتفاقات الاعفاء من المسئولية .

وقد ازدادت اهمية التأمين ضد المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات لزيادة عدد هذه السيارات زيادة هائلة وتعريضها 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 المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات .

وقد حددت مادته الاولى ما يقصد بالسيارة بحيث جعلت المقصود منها « جميع وسائط النقل البرى والمكائن المتنقلة والمزودة بمحرك يعمل بوقود » واستثنت المادة (١٦) من هذا القانون سيارات القوات المسلحة (بما فيها الشرطة والكمارك والسكك الحديد والموانىء والغابات والنفط) من الخضوع لاحكام هذا القانون لان من المؤمل ان تبادر الجهات المسئولة الى انشاء صندوق خاص يعوض منه المتضررون من استعمال هذه السيارات (على حد تعبير المذكرة الايضاحية ـ او الاسباب الموجبة ـ لهذا القانون).

واشترط المشرع فى وثيقة التأمين ان تغطى المسئولية الناشئة عن الوفاة أو أية اصابة (بدنية) تلحق بأى شخص ، علما بأن المؤمن لا يلتزم بتغطية المسئولية الناشئة عن زوجة صاحب السيارة او ابويه او اولاده اذا كانوا من ركاب السيارة وقت وقوع الحادث ، كما لا تشمل الاضرار التى تلحق مستخدمي مالك السيارة أثناء قيامهم بواجبات خدمتهم او بمناسبة قيامهم بذلك (المادة ٥) .

٢٧٧ ـ واود ان الفت النظر فى هذا الصدد الى الامور التالية :ـ

١ ـ ان قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات لا يغطى 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 ـ ان المشرع لم يحدد مبلغا للتأمين يقف عنده وعلى هذا فان وثيقة التأمين ستغطى جميع الاضرار مهما بلغت ، اذ ان الاضرار الجسمية التي يمكن أن تصيب الآخرين فى أرواحهم وأجسامهم لا يمكن تقديرها مسبقاً .

٣ ـ اعطى المشرع للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن فتفادى بذلك مخاطر الدعوى غير المباشرة وسيئآتها ، لان الدعوى غير المباشرة تعجز بطبيعتها عن ان تهيء للمصاب الحماية الكافية ذلك ان حصيلة هذه الدعوى غير المباشرة تمر اولاً بذمة المؤمن له ، وعلى هذا يتعرض المصاب لمزاحمة دائني هذا المؤمن له ، هذا من جهة ومن جهة اخرى لان المؤمن يستطيع فى حالة الدعوى غير المباشرة ان يتمسك قبل المصاب بكافة الدفوع 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 بالدفوع التى كان له ان يتمسك بها قبل المؤمن له (م ٨) .

٤ ـ 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 التي 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 ـ 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 :ـ نتولى فى هـذا البحث شرح مسائل ثلاث هـي : اساءة استعمال الحق ، والاتلاف ، والغصب • ونعقد لكل منها فرعاً خاصا •

الفرع الاول

اساءة استعمال الحق

Abus du droit

٢٧٨ ـ كلمة تمهيدية :ـ 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 عمن يصادفهم فى هذا الطريق ، اما المالك الذى يحفر حفرة فى ارضه او يقيم عليها بنـــاءاً فلا يسأل عما يصيب الملاك المجاورين من اضرار الا اذا جاوز الحفر او البناء حـــدود أرضه ، فيسأل عندئذ لا عن (اساءة) استعمال حقه وانما عن (مجاوزة) حدود هذا الحق •

ولكن هذه النظرة التى تنسجم مع الافكار الفردية لا تنسجم مـــع المذاهب الاشتراكية التي سادت فى العصور الحديثة ، والتي لم تعد تنظر الى الحقوق باعتبارها سلطة مطلقة ، بل اصبحت الحقوق جميعا عبارة عن وظائف اجتماعية يحميها القانون ما دامت وسلية صالحة لتحقيق هـــذه الغاية فاذا لم تعد كذلك رفع القانون عنها حمايته •

وفى هـــذا المعنى يقول الفقيه الفرنسى الـكبير (جوسران) « ان الحقوق وليدة الجماعة بها توجد ولاجلها تسبغ عليها الحماية ، وليس لهذه

الحقوق من أهداف الا تلك الاهداف التى ترمى الجماعة الى تحقيقهـا ، فالحقوق ليست مطلقة بل انها نسبية يجب استعمالها وفقا لروح الجماعـة ومصلحتها والا حادت عن الطريق السوى وكان صاحبها الذى تعسف فى استعمالها مسئولا عن هذا الاستعمال المتعسف »[١٩] . ويقول الاساتذة (مازو) ان التعسف فى استعمال الحق خطأ سواء أكان بأهمـال أم بنيـة الاضرار بالغير .[٢٠]

٢٧٩ ـ 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 تسلم هذه النظرية من خصوم شنوا عليها حملات عنيفة ، وأظهر من نا صب النظرية العداء هو الفقيه الفرنسي الكبير (بلانيول Planiol) . فعنده ان عدم صحة النظرية واضح من عنوانها فالحق والتعسف ضـدان 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 عملا مخالفا للقانون (غير مشروع) فان معنى ذلك انه اذا أباح لى القانون القيام بعمل معين فانني لا أكون مخطئا عندما أقوم بهذا العمـل ، واذا كـان لى حـق الامتناع عن عمل معين فانني لا أكون مخطئا كذلك اذا امتنعت عن هـذا العمل ، وعلى هذا فانني لا أكون مسئولا تجاه الغير عن أى ضرر مهما كانت جسامته اذا نشأ عن هذا العمل أو الامتناع الذى أباحه لى القانون . ثم

---

(١٩) جوسران ـ مؤلفه ـ التعسف من استعمال الحق .

(٢٠) مازو ـ دروس فى القانون المدنى جـ ٢ ف ٤٥٥ ، المسئولية المدنية جـ ١ ف ٥٣٩ .

يمضى قائلا : الواقع ان الحقوق لم تكن أبدا مطلقة ، وانما هى محددة فى نطاق معين ، وعند الخروج على هذا النطاق يصبح العمل مخالفا للقانون ، فليس هناك اذن تعسف فى استعمال حق وانما هناك تجاوز لنطاق الحق وخروج عن هذا النطاق .(٢١)

٢٨٠ ـ ويرد أنصار النظرية على الاستاذ بلانيول 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 فى الوقت نفسه مخالفا للقانون ، لان فكرة التعسف تفترض فعلا لا يخرج عن حدود الحق فيكون مشروعا فى ذاته ولكنه يعتبر مع ذلك غير مشروع لانحراف فى غرضه ، فالمالك الذى يبنى (فى ملكه) جدارا يرتفع الى حد كبير فيمنع الضوء والهواء عن جاره لا يخرج عن حدود حقه فقد بنى الجدار (فى ملكه) ولكنه يعتبر متعسفا فى استعمال هذا الحق .

٢٨١ ـ ونجد مثل هذا الموقف المتعارض فى الفقه الاسلامى ، اذ لم يتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على الاخذ بهذه النظرية ، حيث يقف منها المذهب الظاهرى موقف المناوىء ، اذ يقول فقيههم ابن حزم : ان لكل أحد أن يفتح ما شاء فى حائطه من كوة أو باب ، أو أن يهدمه ان شاء فى دار جاره أو فى درب غير نافذ أو نافذ ويقال لجاره ابن فى 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) بلانيول ـ شرح القانون المدني جـ ٢ ف ٨٧١ .

أن يمنع المرء من التصرف فى مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا • وعلى هذا يجيز ابن حزم لكل أحد أن يعلى بنيانه ما شاء ولو منع جاره الريح والشمس لانه لم يباشر منعه بغير ما ابيح له ، ولكل أحد أن يبنى فى ملكه ما شاء من حمام أو فرن أو رحى أو غير ذلك اذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك(٢٢) •

وظاهر ان هذا الرأى ينسجم مع المذاهب الفردية بل انه يغلو فى هذا القول باطلاق الحقوق ، الى أبعد مما يذهب اليه أشد فقهاء هذه المذاهب تطرفا •

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 العراقى بهذه النظرية ونص عليها فى بابه التمهيدى لانه اراد ان يجعلها نظرية عامة تشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعا • فقد جعل المشرع من التعسف فى استعمال الحق خطأ تقصيريا على فاعله مسئولية تعويض ما ينجم عنه من ضرر • واود بهذه المناسبة ان انبه الى ان للخطأ هنا طبيعة خاصة ، فهو خطأ يتصل بروح الحق وغايته الاجتماعية ولهذا اطلق البعض على هذا الخطأ تعبير الخطأ الاجتماعى (Faute Sociale) يتحق بالانحراف عن الغاية الاجتماعية للحق(٢٣) •

٢٨٠ ـ بعد ان قضى المشرع العراقى فى المادة (٦) بأن « الجواز الشرعى ينافى الضمان فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن

---

(٢٢) المحلى ـ ج ٨ ـ مسالة ١٣٥٥ و ١٣٥٧ •
(٢٣) انظر ـ حسن كيره ـ المدخل الى القانون ص ٧٢٢ •

ما ينشأ عن ذلك من الضرر » عـاد فنص فى المـادة السابعـة على أن :

« ١ ـ من استعمل حقـه استعمالا غـير جـائز وجب عليـه الضمان .

٢ ـ ويصبح استعمال الحق غير جائز فى الاحوال الآتية :

أ ـ اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير .

ب ـ اذا كانت المصالح التى يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب من ضرر بسببها .

جـ ـ اذا كانت المصالح التى يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة » .

ونتولى بحث كل حالة من هذه الحالات الثلاث :

٢٨١ ـ اولا : **قصـد الاضرار بالغـير :ـ** وظاهـر ان هـذه الصورة للتعسف تأخذ بالمعيار النفسى ، فاستعمال الحق لمجرد الاضرار بالغـير اظهر حالات التعسف ، ولهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف واكثرها شيوعا فى الشرائع المختلفة لكثرة تسخير الافراد حقوقهم للنكاية بالاخرين والاضرار بهـم .

ومن التطبيقات القضائية لهذه الحالة : المالك الذى يقوم بعمـل حفرة فى ارضه لمجرد منع وصول الماء الى ارض جـاره . والشـخص الذى يقيم فى ملكه مدخنة لمجرد الاضرار بالجـار . والشـخص الذى يحيط ارضه المجاورة للمطار باسلاك شائكة وقطع ضخمة من الخشـب لعرقلة هبوط الطائرات ، ومالك الطاحونة القائمة الى جوار طاحونة اخرى اذا رفع فجأة ابواب الاحواض من غير مقتض الا حجز المـاء عن طاحونة جاره وتعطيلها عن العمل ، والشخص الذى يغير اسمه الى احدى الشركات حتى تختلط البضائع التى تنتجها ببضاعة شركة اخرى تحمل اسما يتفق مع اسمه أو يشابهه ، والمالك الذى يقيم على حدود ملكه جداراً يصـل

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 فى قضية تتلخص وقائعها فى انه كان هناك محلان تجاريان كبيران فى 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 فى هذه الحالة يتحقق حتى لو عاد استعمال الحق على صاحبه بمنفعة ، اذا كانت هذه المنفعة عارضة غير مقصودة ، فالمالك الذى يغرس اشجارا عالية كثيفة فى ارضه لمجرد حجب الضوء او الرؤية عن جاره يعتبر متعسفا فى استعمال حقه حتى لو عادت هذه الاشجار على الارض بالنفع ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا فى 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 عالٍ يطليه 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 ـ ثانيا :ـ **رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيراً :ـ** لا يكفي ان تكون لصاحب الحق مصلحة مشروعة من وراء استعماله حقه لكى

---

(٢٤) السنهوري ص ٩٥٧ ـ حسن كيره ـ ص ٧٣٢ .

يدرأ عن نفسه شبهة التعسف فى استعمال هذا الحق ، وانما ينبغى ان تكون هذه المصلحة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر ينجم عن استعمال هذا الحق ، فاذا كانت هذه المصلحة ضئيلة القيمة بالنسبة للضرر الذى يلحق الغير من وراء استعمال الحق فقد حقت المسئولية وتوافر سوء استعمال الحق ، وواضح جدا ان المعيار فى هذه الحالة معيار موضوعى لا عبرة فيه للباعث النفسى الذى يدفع الانسان الى استعمال حقه ، وهذه الصورة هى ابرز ما فى نظرية التعسف فى استعمال الحق من نزعة اجتماعية ظاهرة ، اذ يجب ان نوازن فيها بين المصلحة التى يرمى اليها من يستعمل حقه وبين الضرر الذى يلحق بالغير من جراء هذا الاستعمال ، فمتى انعدم التوازن بين المصلحة والضرر بان زاد الضرر على المصلحة زيادة كبيرة فقد حقت المسئولية .

ومن الامثلة القضائية على هذه الصورة : ان يقيم شخص جدارا عاليا فى ارضه لمنع السابلة من المرور او القاء اوساخ فيها ، فيحجب هذا الجدار النور والشمس عن سكان عمارة مجاورة ، ومثالها ان لا تستعمل مصلحة السكك الحديد او مصلحة الموانىء حقها فى بيع البضاعة التى لا يرضى المرسل اليه بتسلمها وانما تخزنها فى 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 خللا فى دار مجاورة .

وقد طبق المشرع هذه الحالة فى 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 تتناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » .

٢٨٣ ـ ثالثا : **تحقيق مصلحة غير مشروعة :ـ** لا يكفى أن تكون المصلحة التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها كبيرة وهامة وانما ينبغى ان تكون فوق ذلك مشروعه يقرها القانون . فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعتبر متعسفا فى 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 لغرض شخصى او شهوة حزبية ، او ان يقوم مالك باقتناء عدد من الكلاب الشرسة أو اطلاق المذياع ليل نهار ، أو أن يقيم حفلات صاخبة لحمل المستأجرين على اخلاء مساكنهم .

الفرع الثاني

ـ الاتلاف ـ

٢٨٤ ـ خصص المشرع العراقى للاتلاف ست مواد (هى المواد ١٨٦ ـ ١٩١) وعندى ان كل هذه المواد ، ومثلها المواد المخصصة للغصب ، زائدة وخير منها وضع قاعدة عامة شاملة تغنى عن هذه النصوص التى تعالج حالات تفصيلة جزئية . وقد دافع استاذنا الجليل الدكتور السنهورى عن الخطة التى جرى عليها المشرع العراقى فى هذا الصدد بقوله « تتفاوت القوانين فى صياغة النصوص التشريعية الخاصة بالعمل غير المشروع فالقوانين اللاتينية ، وعلى رأسها القانون الفرنسى ، يورد

نصا عامـا يضع قاعدة شاملة تقضى بأن كل خطأ يحدث ضررا للغير يلزم صاحبه بالتعويض • اما القانون الانكليزى فلا يورد قاعدة عامة بل يذكر فى تفصيل واسهاب الاعمال غير المشروعة التى توجب التعويض ويذكرها عملا عملا على وجـه التحديد حتى قيـل ان القانون الانكليزى لا يعرف العمل غير المشروع ولكن يعرف الاعمال غير المشروعة • والقانون الالمانى اختار الى حد ما ، طريقة القانون الانكليزى وعدل عـن طريق القوانين اللاتينية ، وهذا أحدث تطور فى التشريع ومن حسن الحظ ان الفقه الاسلامى يجارى هذا التطور الحديث ، فهو لم يضع قاعدة عامة شاملة بـل اورد حالات معينة فيها يكون العمل غير المشروع مصدرا للالتزام • وقد جارى المشروع الفقه الاسلامى فى ذلك وفى مجاراته هذه قد جارى فى الوقت نفسه التطور الحديث للتشريع » (٢٥) •

والواقع ان وجهة النظر التى ابداها استاذنا الجليل للجنة وضـع القانوني المدني العراقى غير مقنعة وانما أريد بها مسايرة الفقـه الاسلامى فى هذا الموضوع ، وعندنا ان التقنينات اللاتينية فى هذه الناحية ارقى فى صياغتها التشريعية من التقنين الالمانى ، فهذا التقنين بدلا من ان يضع مبدأ تنطوى فى عمومه جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشخصى ، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العـام ، وهو منهج اخلق بنظام قانونى يقـوم على احكام القضـاء وعلى التطبيق فى المسائل التفريعية منه بتقنين يقصد به الى تقرير مبادىء عامة • ولهذه العلة اعرضت عنه ذات التقنينات التى درجت على استلهام التقنين الالمانى ، كتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين المساوى المعدل والتقنين البولونـى (٢٦) •

---

(٢٥) نقلا عن الاستاذ سلمان بيات جـ ١ ص ٢٤٠ •

(٢٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصري، جـ٢ ص ٣٥٠ -

ومهما يكن من أمر فاننا لا نرى بداً من شرح موجز للنصوص التى اوردها تشريعنا لهذه الصور الخاصة من صور المسئولية عن الاعمال الشخصية فنقول :ـ

٢٨٥ ـ تقضى المادة (١٨٦) بأنه « اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا اذا كان فى احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى • ٢ ـ واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدى منهما ، فلو ضمنا معا كانا متكافلين فى الضمان » •

يتبين من هذه المادة ان الاتلاف قد يكون مباشرة وقد يكون تسببا اى غير مباشر ، فالاتلاف المباشر هو الاتلاف المتصل مباشرة بالشىء من غير ان يفصل بين فعل المباشر وبين التلف فعل او حادث آخر ، والاتلاف تسببا يكون بعمل يقع على شىء فيقضى الى تلف شى آخر •

واتلاف الشىء 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 ، ولايجعلون الثانى موجبا للضمان الا بالتعمد او التعدى•

وواضح ان النص المتقدم لم يأخذ بما استقر عليه جمهور فقهاء الشريعة فقد اشترط التعمد او التعدى (اى الخطأ) لضمان الاتلاف سواء اكان الاتلاف مباشرة ام تسببا •

ويقول استاذنا السنهورى فى تعليل هذا التحوير « هذه مسألة من اهم المسائل التى يراد تحويرها فى الفقه الاسلامى ، فالاتلاف ، مباشرا كان أو تسببا ينبغي أن يراعى فيه توافر ركني التعمد أو التعدى ، لان هذا

هو أساس المسئولية • ويمكن أن يقال بوجه عام ان تأسيس المسئولية عن العمل غير المشروع مر على ثلاث مراحل ، ففي المرحلة الاولى نجد التفكير على شئ من السذاجة فيقال ان الاتلاف اذا كان مباشرا يستوجب التعويض للعمل فى ذاته دون نظر الى ركن التعدى • ثم تعقدت الفكرة فى المرحلة الثانية واشترط ركن التعدى ، وفى المرحلة الثالثة ، وهذه لا تكون الا فى البلاد التى بلغت شوطا بعيدا فى الصناعة ، تتعقد الفكرة تعقيدا اكبر فيقال ان الاتلاف موجب للتعويض فى ذاته دون نظر الى التعدى وليس معنى هذا اننا رجعنا الى المرحلة الاولى كما يظهر ذلك لاول وهلة ، فان الفكرة فى المرحلة الاولى قائمة على مباشرة العمل المتلف اما الفكرة فى المرحلة الثالثة فقائمة على القاعدة التى تقضى بان الغرم بالغنم ، وشتان مابين الاساسين • فالمطلوب الآن من المشرع العراقي أن يتخطى المرحلة الاولى الى المرحلة الثانية دون ان يتجاوزها الى المرحلة الثالثة • فهى مرحلة لا يزال هناك وقت طويل قبل ان نصل اليها فى العراق وفى مصر وفى كل بلد آخر لم تبلغ فيها الصناعة الشأن الذى نراه الآن فى المانيا مثلا[٢٧] •

واستنادا الى ما قرره المشرع العراقى من اشتراط التعمد او التعدى لضمان الاتلاف ، قرر انه اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهما ، ولما كان المشرع العراقي قد أخذ بفكرة التضامن عند تعدد المسئولين فى المسئولية التقصيرية فانه قرر انه اذا كان كل من المباشر والمتسبب مسئولا لتعمده أو تعديه ، فانهما يكونان مسئولين على سبيل التضامن •

٢٨٦ ـ وقررت المادة (١٨٧) انه « اذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنيا

---

(٢٧) انظر الاستاذ سلمان بيات جـ ١ ص ٢٤١ •

مع التعويض عن الاضرار الاخرى ، وان شاء حط من قيمته مبينا قيمة الانقاض واخذ هو الانقاض وضمن الهادم القيمة الباقية مع التعويض عن الاضرار الاخرى ، وانه اذا أعاد الهادم بناء ما هدمه كما كان فانه يبرأ من الضمان اذا عوض المالك عن الاضرار الاخرى .

وقررت المادة (١٨٨) انه اذا قطع أحد الاشجار التي فى روضة غيره بدون وجه حق فصاحبها مخير ان شاء أخذ قيمة الاشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الاخرى ، وترك الاشجار المقطوعة لمن قطعها ، وان شاء حط من قيمة الاشجار قائمة قيمتها وهى مقطوعة واخذ المبلغ الباقى والاشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الاخرى[٢٨] . وتقرر المادة (١٨٩) بأنه اذا غر أحد آخر ضمن الضرر ، فلو قال شخص لاهل السوق هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعة فانى اذنته بالتجارة ، ثم ظهر بعد ذلك ان الصبى ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التى باعوها للصبى وبالتعويض عن الاضرار الاخرى (م ٦٥٨ من المجلة) .

وتقرر المادة (١٩٠) بأنه اذا اتلف احد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما اتلف اما اذا اتلفه بأذن مالكه فلا ضمان عليه .

وتقرر المادة (١٩١) مسئولية الصبي المميز أو غير المميز ومن فى حكمهما عن اتلاف مال الغير ، وانه اذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر اذا كان صبيا غير مميز او مجنونا ، فأنه يجوز للمحكمة ان تلزم الولى او القيم او الوصى 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 الاشارة الى ذلك .

---

(٢٨) انظر م ٩٢٠ مجلة ، وانظر ص ١٥٠ مجمع الضمانات .

الفرع الثالث

ـ الغصب ـ

٢٨٧ ـ خصص المشرع العراقي للغصب عشر مواد هي المواد (١٩٢ ـ 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 الامامان ابو حنيفة وابو يوسف (رض) كون المغصوب قابلا للنقل وبالتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط الامام محمد ذلك وتظهر ثمرة 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 ومئونة ردها على الغاصب مع الزامه بالتعويض عن الاضرار الاخرى التي لحقت صاحب هذه العين (م ١٩٢) .

هذا اذا كانت العين المغصوبة قائمة ، اما اذا كانت قد هلكت او استهلكت فانها تكون مضمونة على الغاصب فيكون ضامنا لقيمتها ان كانت قيمية ولمثلها 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 : المغني جـ ٥ ص ٢٥٦ وما بعدها ، الزيلعي جـ ٥ ص ٢٢٣ ، ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٠ .

اما التغييرات التى تطرأ على العين المغصوبة فتلخص احكامها فيمايلى:ـ

٢٨٨ :ـ ١ ـ 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 عنباً فصار زبيباً ، أو رطباً فصار تمراً ، فان المالك بالخيار ان شاء أخذ الزبيب أو التمر ، ورجع على الغاصب بالتعويض ، وان شاء تركها للغاصب ورجع عليه بالضمان •

٢٨٩ ـ ٢ ـ 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 فى 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 ناشيء عن عمل غير مشروع (انظر المادة ٢٨١) •

٢٩٠ ـ ٣ ـ اذا غير الغاصب العين المغصوبة تغيراً كلياً بحيث فقدت

ذاتيتها وتغير اسمها فأنه يتملك هذه العين المغصوبة ولا يكون للمغصوب منه الا الرجوع عليه بالتعويض ، ويترتب على هذا انه اذا قام الغاصب بذبح الشاة أو تقطيعها ، أو بطحن الحنطة ، أو بذرها فى الارض ، أو بخبز الدقيق ، أو بجعل الحديد سيفاً والنحاس آنية واللبن حائطاً والقطن غزلا والعنب عصيراً والزيت زيتوناً فأنه يتملك العين المغصوبة ويضمن للغاصب مثله أو قيمته على حسب الاحوال ، ويجوز للغاصب أن يطلب بيع هذه العين واستيفاء حقه من ثمنها ويكون فى استيفاء حقه هذا مقدماً على سائر الغرماء كما يذهب الى ذلك الامام أبو يوسف ، اما الامام أبو حنيفة فيرى انه يكون فى هذه الحالة كسائر الغرماء .

٢٩١ ـ ٤ ـ اذا تناقصت قيمة العين المغصوبة بيد الغاصب ، فليس للمغصوب منه الا ان يقبلها كما هي دون اخلال بحقه فى التعويض عن الاضرار الاخرى ، اما اذا كان نقصان قيمة العين المغصوبة بسبب استعمال الغاصب أو فعله فأنه يكون ملزماً بضمان هذا النقصان (المادة ١٩٥) .

ويترتب على هذا : انه اذا كان المغصوب حيواناً فهزل ، أو سيارة فنقصت قيمتها بسبب فتح باب الاستيراد أو تخفيض الرسوم أو بسبب استعمال الغاصب لها ، فأنه ليس امام المغصوب منه فى هذه الحالة الا استرداد العين المغصوبة ثم يرجع على الغاصب بعد ذلك بالتعويض الذى يشمل نقصان قيمة العين وفوات الانتفاع بها من يوم غصبها الى حين استردادها .

٢٩٢ ـ **زوائد المغصوب** : اعتبر المشرع العراقى زوائدالعين المغصوبة (مغصوبة) الحاقاً لها بالاصل ، وهذا على خلاف ما يذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي ، فعندهم ان زوائد العين المغصوبة (أمانة) فى يد الغاصب متصلة كانت أو منفصلة وذلك لان الغصب لم يرد عليها لانها طرأت بعده .

هذا ملخص بأحكام التغيرات التي تطرأ على العين المغصوبة .

٢٩٣ ـ ثم قرر المشرع العراقي فى المادة (١٩٧) انه « اذا كان المغصوب

عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجرة مثله ، واذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان » .

واود ان ألفت النظر فى هذه المادة الى مسألتين :

اولاهما : ان المشرع العراقي أخذ بجواز غصب العقار كما يغصب المنقول خلافاً لما يذهب اليه الفقه الحنفي وذلك لان الغصب فى التشريع العراقي عبارة عن اثبات اليد على مال الغير بدون اذنه ، وهو أمر متصور فى العقار وفى 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 فى العقار من تلف أو نقص فى القيمة ولو كان ذلك ناشئاً من غير تعد من الغاصب لان مجرد الغصب تعد أو خطأ يلزمه بالضمان .

٢٩٤ ـ وتعالج المادتان (١٩٨ و ١٩٩) مدى مسئولية غاصب الغاصب ، فتقرر الاولى منهما أن « ١ ـ غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب ، فاذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف فى يده ، فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثانى ، وله أن يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثانى ، فاذا ضمن الغاصب الاول كان لهذا أن يرجع على الثاني ، واذا ضمن الغاصب الثاني فليس له أن يرجع على الاول . ٢ـ كذلك اذا أتلف أحد المال المغصوب الذى هو فى يد الغاصب فأن المغصوب منه يكون بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف ، وان شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب .

وأود أن الفت النظر هنا الى ان الاساس القانوني الذى 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 مالكاً للعين المغصوبة في مقابل هذا الضمان الذى دفعه ، فكأن الغاصب الثاني قد غصبه شيئاً مملوكاً 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 ـ وتقرر المادة (٢٠٠) انه « اذا تصرف الغاصب في المال المغصب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلا 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 » •

فاذا باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها لشخص آخر ، أو قدمها بدل صلح ، وتلفت العين عند المشتري أو الموهوب له أو الخصم المتصالح معه ، كان الغاصب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن الذى

---

(٣٠) جـ ٧ ص ١٥٢ •
(٣١) جـ ٥ ص ٢٢٥ •

تصرف له الغاصب .

فاذا رجع المغصوب منه على الغاصب بالضمان فقد ملك هذا الغاصب العين المغصوبة من وقت الغصب كما سبق القول وبهذا التصوير القانوني يصبح تصرف هذا الغاصب صحيحاً نافذاً .

اما اذا رجع المغصوب منه على من تصرف له الغاصب فان هذا يرجع على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد التي قررها القانون لذلك ، فاذا كان التصرف بيعاً طبقت فى هذا الصدد أحكام المواد (٥٥٠ ـ ٥٥٧) أما اذا كان التصرف هبة فأننا نطبق أحكام المادتين (٦١٤ ـ ٦١٥) .

٢٩٦ ـ وتقرر المادة (٢٠١) ان « الحال الذى هو مساوٍ للغصب فى ازالة التصرف حكمه حكم الغصب ، فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون فى حكم الغاصب ، وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة فى يده بلا تعد يكون ضامناً » .

تشير هذه المادة الى ما يسمى فى الفقه الاسلامي بيد الامانة ويد الضمان ، وتحول احداهما الى الاخرى ، ويقرر المشرع فى هذا الصدد ان اليد تكون يد ضمان اذا حاز صاحب اليد شيئا يقصد تملكه ، وتكون يد أمانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بأعتباره 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 فى تحمل تبعة الهلاك فمن كانت يده على الشيء يد ضمان يتحمل تبعة الهلاك ولو كان هذا الهلاك بقوة قاهرة ، وليس الامر كذلك بالنسبة لمن تكون يده على الشيء يد أمانة فأنه لا يضمن هلاك هذا الشيء الا اذا كان الهلاك ناشئاً عن خطأ منه .

وواضح كذلك ان النية هنا تلعب دوراً كبيراً فى تكييف صفة اليد فقد تقلبها من يد أمانة الى يد ضمان أو بالعكس ، مثال ذلك أن يد الملتقط قد تعتبر يد أمانة أو يد ضمان تبعاً لنيته من الالتقاط فاذا كان يريد من التقاط الشيء الاستئثار به واستخلاصه لنفسه فيده يد ضمان ، واذا 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 أولا الى يد ضمان .

واكتفي بهذا القدر فى الغصب ، وبه ينتهي الكلام عن مسئولية الانسان عن أعماله الشخصية ، انتقل بعده الى بحث مسئولية الانسان عن عمل الغير وعن الاشياء .

الفصل الثاني

مسئولية الانسان عن عمل الغير وعن الاشياء

تمهيد وتقسيم :ـ اقسم 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 عمن هم تحت رعايته ، ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .

وأتناول في المبحث الثاني : الكلام عن مسئولية الانسان عن فعل الحيوان ومسئوليته عن الاشياء غير الحية .

المبحث الاول

مسئولية الانسان عن عمل الغير

الفرع الاول

مسئولية الانسان عن عمل الغير

٢٩٧ ـ تقضي المادة (٢١٨) بأنه « ١ ـ يكون الاب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير . ٢ ـ ويستطيع الاب والجد التخلص من المسئولية 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 عمن هم تحت رعايته .

وفيما يلي شرح موجز لهذه المادة .

٢٩٨ ـ اولا : الاشخاص المسئولون : يلقى النص المتقدم عبء المسئولية على عاتق (الاب والجد) حصراً ، وفي هذا يختلف التشريع العراقي عن التشريع المصري ـ مثلا ـ فهذا التشريع الاخير يلقي المسئولية على « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية » (م/١/١٧٣) .

ويبدو لي أن اختلاف النص في هذين التشريعين اختلاف مقصود يجب أن يؤي 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 صبياً غير مميز أو مجنوناً ، جاز للمحكمة أن تلزم الولي أوالقيم 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 فى الرقابة ، ولهذا أعطى المشرع لهؤلاء حق الرجوع على من وقع منه الضرر وجعل المسئولية هنا مسئولية مخففة غير كاملة ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة بأن على المحكمة ان تراعي عند تقدير التعويض (مركز الخصوم) • أما المسئولية التي تبحثها المادة (٢١٨) فأنها مسئولية قائمة على فكرة الخطأ المفترض وهو التقصير فى الرقابة •

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يختلف النصان فى تحديد المسئول عن عمل الصغير فهو فى المادة (١٩١) أوسع نطاقاً منه فى المادة (٢١٨) اذ يشمل فى الاولى : الولي أو القيم أو الوصي ، وهو فى الثانية قاصر على الاب والجد •

٢٩٩ ـ **ثانيا : شروط المسئولية :ـ** يشترط فى هذه المسئولية شرطان :

١ ـ أن يكون المشمول بالرعاية (صغيراً) :ـ 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 مسئولية الراعي عمن هم تحت رعايته ولهذا اختلف الفقه والقضاء فى تحديد هذه السن ، فذهبت بعض المحاكم الى أن القصر فى هذا المجال مرتبط بالولاية على النفس ، وهذه الولاية تنتهي ببلوغ الصغير الخامسة عشرة من عمره ، وقد جاء فى حكم لمحكمة الاسكندرية الكلية فى هذا المعنى ما يلي « ان مسئولية 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 فى أن رعاية الصغير والمحافظة عليه تدخلان فى باب الولاية على النفس ولا شأن لها بالولاية على المال •••• وحيث ان قوانين المجالس الحسبية لم

تتعرض الا للولاية على المال محددة سن بلوغ الرشد بثمانية عشرة سنة أولا ثم أخيراً بأحدى وعشرين سنة ، اما الولاية على النفس فلم تشملها هذه القوانين ، وقد نصت المادة (٢٩) من قانون المجالس الحسبية 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 الغراء ، 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 »[1] .

وقد أخذت محكمة النقض والابرام المصرية بهذا الرأي فقضت فى حكم لها بأن « الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الوالد مسئولا عن ابنه بعد ان كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، واذ قال ان الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ احدى وعشرين سنة يكون قد أخطأ ، لان الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهي بانتهائها ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال »[2].

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 ـ ص ٢٤١ ـ ٢٤٢ .
(٢) نقلا عن سليمان مرقس حـ٢ ص ٢١ ـ ٢٢ .

فى التشريع العراقي ؟ .

لقد كان اتجاه كل من الفقه والقضاء المصري مائلا أمام واضعي نصوص التشريع العراقي ، ومع هذا فقد آثروا السكوت عن تحديد سن معينة للصغر ، ولابد وأن يفسر سكوت المشرع العراقي على انه أراد به مخالفة القانون المصري وما كان يجرى عليه القضاء المصري كذلك ، ولهذا فأن الرأي عندي أن المقصود بالصغير فى هذه الصدد هو من لم يبلغ سن الرشد أى ان كل لم يكمل الثامنة عشرة من عمره يعتبر صغيراً بالمعنى الذى أراده المشرع فى المادة المتقدمة .

ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يشترط لقيام هذا النوع من أنواع المسئولية 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 لمساءلته عن أفعال هذا الصغير الضارة اذا توافرت شروطها .

٢ ـ صدور عمل غير مشروع من الصغير :ـ ومعنى هذا انه ينبغي لمساءلة الراعي عن أفعال من هم تحت رعايته ان يرتكب المشمول بالرعاية فعلا يتوافر فيه العنصر الموضوعي الخطأ (وهو التعدى) . أى أن يصدر من هذا الصغير فعل يعتبر اخلالا بواجب أو انحرافاً عن مسلك الرجل العادي ، بصرف النظر عن توافر عنصر الادراك أو التمييز أو عدم توافره . فقد راعى المشرع أن مسئولية متولي الرقابة لا تقوم على أساس الخطأ الذى يرتكبه المشمول بالرعاية وانما هي تقوم على أساس خطأ متولي الرقابة فى هذه الرقابة ، فلا يستقيم مع المنطق ولا مع حاجات المجتمع أن تعلق مسئولية الراعي فى 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 اكتفى فى تحديد هذه الافعال بتلك التي يتوفر فيها

العنصر الموضوعي للخطأ وهو التعدي دون حاجة الى العنصر النفسي له وهو التمييز[٣] .

٣٠٠ ـ **أساس المسئولية :ـ** تقوم مسئولية الشخص عمن 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 افترضنا ان من له الرقابة عليه من أب أو جد ، قد قصر فى واجبه هذا ، وان هذا التقصير هو الذى ادى الى ارتكاب الصغير لهذا العمل الضار غير المشروع ، ولهذا قال بعض الفقهاء ان مسئولية الشخص عمن هم تحت رعايته ليست فى الواقع مسئولية الشخص عن فعل الغير وانما هي مسئولية الشخص عن فعله الشخصى الخاطىء هو تقصيره فى الرعاية او الرقابة .

٣٠١ ـ **طريقة التخلص من هذه المسئولية :ـ** تقضى المادة (٢١٨) فى فقرتها الثانية بأنه « يستطيع الاب او الجد التخلص من المسئولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » .

يتبين من هذا النص ان مسئولية 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 المسئولية اذا قام بنفي هذه القرنية وذلك بأن يثبت انه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وانه اتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع الصغير من الاضرار بالغير ، وانه لم يسىء 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 مسئولية المكلف بالرقابة لا تنتقض الا اذا اثبت انه قام بواجب

---

(٣) سليمان مرقس ـ مسئولية الراعى المفترضة ص ٢١٤ ـ المسئولية المدنية فى التقنينات العربية حـ٢ ص ٣٥ .

الرقابة أوأثبت انالضرر كان لابد واقعا ولوقام بهذا الواجب، واذ نفت محكمة الموضوع ، فى حدود سلطتها التقديرية ، كلا الامرين باسباب سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها فأنها لا تكون قد خالفت القانون »[٤] .

على انه يجب أن يلاحظ ان مقـــدار العنـاية التي ينبغي على من له الرقابة ان يبذلها فى 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 الرقابـة 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 الظرف الزمانى والمكانى على مقدار الرقابـة التى ينبغى 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 فى سـن لايبلغ معها النضج اللازم لذلك، وما قضت به كذلك من عدم مساءلة الاب الذى يترك اطفاله فى الريف يذهبون وحدهم الى المدرسة ، ومساءلتـه اذا هو ترك هؤلاء الاولاد يذهبون وحدهم الى المدرسة فى المدينة[٥] .

هذا هو الطريق الاول الذى رسمه المشرع لمن له الرعاية على الصغير للتخلص مسئوليته . اما الطريق الثانى فقد اشارت اليه كذلك الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) التى سبق بيانها بقولها « او ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » . وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرام المصرية بأنه « اذا تبين من واقعة الدعوى ان الحادث الذى وقع كان مفاجئا اثناء عبث المجنى عليه هو والمتهم وهما صديقان ، وقد بلغ المتهم ثمانية عشر

---

(٤) نقض مصرية ٢٠/٦/٩٦٣ ـ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٩٥١.
(٥) سليمان مرقس ـ مسئولية الراعى المفترضة ص ١١٠ .

عاما ، فلم يكن حدوثه راجعا الى نقص فى الرقابة من جانب الطاعن على ابنه المتهم ، ومع ذلك قضى الحكم بمساءلة الطاعن مدنياً على أساس الخطأ المفترض ، وان المتهم ما دام قاصرا فان رقابة وليه يجب ان تستمر بصورة تمنعه من ايقاع الضرر بغيره والا التزم بتعويض هذا الضرر ـ فأنه يكون مخطئا فى تطبيق القانون »(٦) .

الفرع الثاني

ـ مسئولية المتبرع عن أعمال تابعه ـ

٣٠٢ ـ **النص** : تقضى المادة (٢١٩) بأن « ١ ـ 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 ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدمتهم .

٢ ـ ويستطيع المخدوم ان يتخلص من المسئولية اذا اثبت انه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر او ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » .

وتتولى شرح هذه المادة ببيان شروط هذا النوع من انواع المسئولية ، وتحديد من تقع عليه هذه المسئولية واخيرا ببيان اساسها وطريقة التخلص منها .

٣٠٣ ـ **أولا : شروط هذه المسئولية :ـ** 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 جنائي فى ٦ـ٧ـ٩٥٧ ـ نقلا عن السنهورى الوسيط ط٢ ص ١١٤٠ هامش .

يتبين مما تقدم ان لهذا النوع من المسئولية شروطا ثلاثة هى : وجود علاقة التبعية ، وصدور فعل خاطىء من التابع وان يكون هذا الفعل قد صدر اثناء قيام التابع بخدمة المتبوع ، ونتولى شرح كل شرط من هذه الشروط الثلاثة بايجاز .

٣٠٤ ـ **الشرط الاول : علاقة التبعية :ـ** ومعنى علاقة التبعية فى 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 هى لا تستلزم ان يكون التابع مأجورا فقد تكون الخدمة التى 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 طويلا فى شرط الاختيار ، اى هل ينبغى لقيام علاقة التبعية ان يكون المتبوع حرا فى اختيار تابعه ام ان المسئولية تنهض حتى لو لم يكن هذا المتبوع حراً فى اختيار تابعيه ؟. فقد كان الفقه والقضاء قديما يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ فى الاختيار(٨) . ولكن هذه الفكرة اصبحت مهجورة فقهاً وقضاء الآن ، وقد نص المشرع المصرى صراحة على قيام رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة (١٧٤) من هذا القانون بأنه « تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فى رقابته وتوجيهه » . وينبغى تطبيق

---

(٧) نقض مصرى ١٥/٢/٩٤٣ ـ المجموعة الجنائية ٦ ص ١٥٥ .
(٨) السنهورى ـ الوسيط ص ١١٤٧ .

هذا الحكم فى التشريع العراقى ، ويترتب على هذا ان وزارة الدفاع تسأل عن الاضرار التي يحدثها سواقها من الجنود المكلفين ولو لم تكن حرة فى اختيارهم ، وتسأل الوزارات عن اعمال موظفيها ومستخدميها ولو لم تكن هى التى قامت بتعيينهم بل عينهم مجلس الخدمة مثلا .

وليس من الضرورى لقيام علاقة التبعية ان يكون للمتبوع حق فصل التابع فقد لا يكون امر فصل التابع راجعا الى المتبوع ومع ذلك تثبت مسئولية 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 هيأة من الهيئات(٩) .

فمناط 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 ـ عادة ـ تابعا لرب العمل ، لان المقاول مستقل فى عمله عن صاحب العمل له كل الحرية فى اتخاذ ما يراه للوصول بالمقاولة الى النهاية المشترطة عليه فى العقد .

وليس من الضرورى ان يكون المتبوع ملما باصول عمل التابع ، بل يكفى 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 الذى يعمل فى المستشفى حتى لو لم يكن صاحب المستشفى طبيبا .

٣٠٥ ـ **الشرط الثانى ـ خطأ التابع :ـ** مسئولية التابع هى الاساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع ، فاذا انتفت مسئولية التابع فقد انهار هذا الاساس ولم يكن المتبوع مسئولا ، وعلى هذا لا مسئولية على البلدية او

---

(٩) استاذنا المرحوم كامل مرسى ص ٢٤١ .

أمانة العاصمة اذا تسبب خفير فى اصابة لص هارب لم يكن اليه 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 فى مصر وفرنسا بذلك ويوافقها الفقهاء فيما تذهب اليه ، وعلى هذا الاساس اذا ثبت ان موظفا ارتكب جريمة مدفوعا بعامل الرغبة فى ارضاء الحكومة القائمة وانه لم يكن مدفوعا بعامل شخصى وانما قام بذلك لما آنسه من الرضا عن نتائج عمله وما يؤدى 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 مسئولة عن التعويض (الى جانب مسئولية الفراش ومسئولية مدير الشركة) .

٣٠٦ ـ **الشرط الثالث: ـ ان يقع الخطأ أثناء تادية التابع لوظيفته :ـ** قد يصدر من التابع خطأ اثناء قيامه بوظيفته ، وقد يصدر منه خطأ لا علاقة له بهذه الوظيفة ، وقد يصدر منه خطأ (بمناسبة) تأدية الوظيفة .

اما الخطأ الذى يصدر من التابع اثناء تأدية الوظيفة فهو خطأ لا يثير خلافا ويجعل المتبوع مسئولا عن نتائجه اذا توافرت الشروط الاخرى للمسئولية . فاذا أعتدى جابى المصلحة على الركاب ، او زادت الممرضة (الليزول) زيادة سببت حروقا للمريض ، او اعتدى موظف على مراجع ، فقد حقت مسئولية المتبوع .

ولا خلاف كذلك فى الخطأ الذى لا علاقة له بالوظيفة فهو خطأ لا يسأل المتبوع عنه ، فلو ارسل موظف فراشا لعمل رسمى ، او لو خرج موزع البريد لعمله ، فتشاجر هذا أو ذاك فى الطريق فلا مسئولية على

المتبوع ، واذا سرق عامل فى متجر دارا فلا مسئولية على المؤسسة التجارية التى 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 التى 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 ايصال التعويض الى المصاب بأيسر طريق وأضمنه ، ولهذا فقد ذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة ، وذهب القضاء معهما الى مساءلة المتبوع فى هذه الحالة ، بل انهم ذهبوا الى ابعد ذلك فقد قضت المحاكم بمسئولية المتبوع عن افعال تابعه حتى لو لم تكن لها علاقة بتأدية وظيفته متى كانت هذه الوظيفة هى التى (سهلت) للتابع ارتكاب الفعل الضار .

وعلى هذا الاساس قضت المحاكم المصرية بأن مسئولية السيد مدنياً عن اخطاء خادمه تقوم قانونا على ما يفترض فى حق المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار تابعه او فى رقابته عليه ، واذن فلايشترط وقوع تحريض منه او صدور عمل ايجابى آخر بل ان مسئوليته تتحق 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 ... فأنه لا مفر للوزارة من المسئولية .

وقضت بأنه : اذا كان المتهم قد تسلم بندقيته الاميرية فى وقت محدد فأنه يعتبر منذ لحظة تسلمها يؤدى عملا من اعمال وظيفته فاذا تشاجر بعدها

واستخدم السلاح الذى معه فان هـذا يبرر قانونا الزام وزارة الداخليـة بتعويض الضرر الذى لحق المجنى عليه .

وقضت بأنه متى كان الثابت ان التابع مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى ، وان الوزارة سـلمته لمقتضيات وظيفـته سـلاحا ناريا ... وانه ذهب حاملا هذا السلاح الى حفلة عرس دعى اليها وهنـاك اطلق السلاح اظهارا لمشاعره الخاصة فأصاب احد الحاضـرين فان وزارة الداخلية تكون مسئولة عن الاضرار التى احدثها تابعها بعمله هذا غـير المشروع[١٠] .

ومهما يكن من صواب هذا الاتجاه وملاءمته لتيار المذاهب الاشتراكية فأنه لا يمكن الاخذ به فى التشريع العراقى الذى قصر مسئولية المتبوع على اخطاء تابعه التى تقع (اثناء) تأدية الوظيفة اذ يجرى نص العبارة الاخيرة للفقرة الاولى من المادة (٢١٩) على النحو الاتى « اذا كـان الضـرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم » .

٣٠٧ ـ **ثانيا :ـ على من تقع المسئولية :ـ** توسعت بعض التشريعات ـ بل معظمها ـ فى تحديد من تقع عليه هذه المسئولية فجعله كل (متبوع) . وعلى هذا تقضى المادة (١٧٤) من القانون المدنى المصـرى بأنـه « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كـان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته او بسببها .. »[١١] . ولكن المشرع العراقى لم يسر على هذا النهج القويم وانمـا حـدد من تقـع عليـه المسئولية بأنـه « الحكومة ، والبلديات ، والمؤسسات الاخرى التى تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية » .

---

(١٠) القانون المدنى ـ المصرى ـ معلقا على نصوصه ـ أحمد محمد ابراهيم ص ١٦٤ ـ ١٦٥ .

(١١) انظر كذلك المادة ٣/١٣٨٤ فرنسى ، ١٧٥ سورى ، ١٧٧ ليبى ، ١٢٧ لبنانى .

اما الحكومة والبلديات فأمرها واضح ، ويريد المشرع بالمؤسسات التى 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 التى 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 التى اشرت 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 للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن ، ولكن ينبغى ان يغرب عن الاذهان ان هذه المعالجة ناقصة فهى قاصرة على حوادث السيارات اولا فلا تشمل الاضرار التى تقع عن غير طريق السيارات ثم هى بعد ذلك قاصرة على الاضرار التى تقع على النفس ولا تشمل الاضرار التى تقع على المال وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

٣٠٨ ـ **ثالثا : أساس المسئولية وطريق التخلص منها :ـ** مسئولية المتبوع عن افعال تابعه مسئولية 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 المسئولية 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 المسئولية 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 المسئولية عنه اذا هو اثبت السبب الاجنبى .

ويقدر قاضى الموضوع القدر الذى بذله المتبوع من العناية لمنع وقوع الضرر وهل يكفى لاعفائه من المسئولية ، وهو فى قضائه هذا يفصل فى مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة التمييز عليه . وعلى هذا قضت محكمة التمييز بأنه « بالنظر لشهادة شهود المميزة فان الاضرار التى لحقت جدار دارها كانت قد حصلت فى اليوم الاول من انفجار انبوب الماء العائد الى المميز عليها ـ لجنة اسالة الماء والكهرباء فى الموصل ـ وعند اخبار اللجنة بالحادث ارسلت موظفيها واصلحوا الخلل الحاصل حالا ، لذلك تكون اللجنة غير مسئولة عن الضرر الذى اصاب جدار المميزة 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 المميز 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 ـ كامل مرسى ـ ص ٢٦٦ ـ 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 ـ لذا يصبح الحكم المميز القاضى برد الدعوى موافقا للقانون »[١٣] .

وعندى ان كلا من الحكمين منتقد ، فمبادرة لجنة الماء والكهرباء الى اصلاح خلل الانابيب لا يتنافى مع صدور خطأ منها سابق على عملية الاصلاح ولا يدل اصلاح هذا الخلل على اكثر من (وقف) زيادة الضرر او تزايده . 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 المسئولية 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 ـ **رجوع المسئول عن عمل الغير على من أحدث الضرر :ـ** 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 ـ للاستاذ البيات حـ١ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦ .

وثانيهما : 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 مسئولية الصغير او التـــابع .

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 المضار 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 لـه الرعايـة 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 متعـددين واذا تعـــدد المسئولون فى المسئولية التقصيرية كانوا مسئولين على سبيل التضامن فاذا استوفى المضار حقه قسمت المسئولية بينهم على قدر وجسامة خطأ كـل منهم فـاذا لم يتيسر تحديد قسط كل منهم فى المسئولية وزع التعويض عليهم بالتساوى (المادة ٢١٧ المشار اليها آنفـا) .

فاذا امر متبوع تابعه بارتكاب العمل الضار كان شريكا معه فى الخطأ وتحمل كل منهما نصيبا من المسئولية ، وكذلك الحال عندمـا يأمر مـدير شركة احد موظفيها او مستخدميها بالاعتداء على زبون .

المبحث الثاني

ـ المسئولية عن فعل الحيوان وعن الاشياء ـ

تمهيد وتقسيم :ـ 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

ـ المسئولية عن فعل الحيوان ـ

٣١٠ ـ نصت المادة (٢٢١) على ان « جناية العجماء جبار ، فالضرر الذى يحدثه الحيوان لا يضمنه 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 ـ وتقضى المادة (٢٢٢) بأنه « ١ ـ اذا اضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا . ٢ ـ ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما احدثاه من الضرر اذا تقدم اليه احد من اهل محلته او

---

(١٤) لفظ الحديث : العجماء جرحها جبار .

قرينه بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه ، او كان يعلم او ينبغى ان يعلم بعيب الحيوان » .

تعرض المادة المتقدمة صورا لخطأ صاحب الحيوان تجعله مسئولا عن الاضرار التى يحدثها هذا الحيوان بالغير ، فهذا الذى يرى حيوانا له وهو يحدث ضررا بمال الغير فلا يمنعه من ذلك بخطىء ولا ريب ، وهذا الذى لا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع اذى كلبه العقور او ثوره النطوح مخطىء بلا ريب وخاصة اذا كان علم بحالة كلبه او ثوره من احد من اهل محلته او قريته ، او كان ينبغى ان يعلم بحالة الحيوان الذى يقتنيه او يربيه .

٣١٢ – وتقضى المادة (٢٢٣) بأنه « ١ – اذا ادخل شخص دابة فى ملك غير بدون اذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكبا او سائقا او قائدا ، موجودا عندها او غير موجود . ٢ – اما لو انفلتت بنفسها ودخلت فى ملك الغير وأحدثت ضررا فصاحبها لا يضمن ، الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة . ٣ – وكذلك لو أدخل الدابة فى ملك غيره باذنه لا يضمن ضررها الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر » .

قلنا ان مسئولية الانسان عن فعل الحيوان تقوم على فكرة الخطأ الثابت فى جانب صاحب الحيوان ، فمتى كان صاحب الحيوان مخطئا فقد حقت عليه المسئولية فاذا انعدم الخطأ من جانبه فقد انتفت المسئولية .

وتعرض المادة المتقدمة فى فقرتها الاولى لصورة من صور الخطأ الايجابي يكون معها صاحب الحيوان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه الحيوان وهى صورة ما اذا قام صاحب الحيوان بادخال حيوانه فى ملك الغير (بدون اذن) فأحدث هذا الحيوان ضررا سواء فى ذلك أكان الضرر قد لحق المالك أم لحق شخصا آخر مستأجرا أو صاحب حق منفعة مثلا ،

وسواء كان صاحب الحيوان راكبا أو قائدا أو سائقا موجودا وقت حدوث الضرر أو غير موجود .

وتقرر المادة المتقدمة فى 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 الذى تقضى به هذه الفقرة يتفق مع ما ذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي وهو ما كانت تقضى به المادة (٩٣١) من المجلة .

وأرى أن يؤخذ فى تطبيق هذه الفقرة بما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة . فقد فرق الجمهور بين انفلات الدابة ليلا وانفلاتها نهارا فقالوا بمسئولية صاحبها فى الحالة الاولى وبعدم مساءلته فى الحالة الثانية . اذ انهم ذهبوا الى ان حفظ الدابة واجب على صاحبها فى الليل ، فمجرد انفلاتها ليلا يعتبر بحد ذاته خطأ يسأل صاحب الحيوان عن تعويض الضرر الذى 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 فى هذه الحالة الا اذا أثبت السبب الاجنبى (القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، أو خطأ الغير ، أو خطأ المضار نفسه) .

ويستند الجمهور فى 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 (أى

---

(١٥) انظر نيل الاوطار حـ٥ 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 (النفش) هـو الرعي ليلا عند علماء اللغة •

٣١٣ ـ وتقضى المادة (٢٢٤) بأنه « ١ ـ 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 فـلا ضمـان • ٢ ـ أما الضرر الذى يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدهـا أو رأسها فيضمنه الا اذا أثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنـع وقـوعـه » • (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 تقصـير ، ويعتبر خطأ الضرر الذى يمكن التحرز منه كالضرر الذى تحدثه الدابـة بيدها أو برأسها أو فمها ، ولا يعتبر كذلك الضرر الذى لا يمكن التحرز منه كالضرر الناشىء عن رجل الدابة أو ذيلها • فالغبار أو الطين الذى تثيره الدابة خلا لمشيها لا يمكن التحرز منه فلا مسئولية عنه ، والحصى الصغير الذى يتناثر من تحت أرجل الدابة لا يمكن التحرز منه كذلك فلا مسئولية عما يحدثه من ضرر ، وقد روى عن الرسول (ص) انه قال « الرجل جبار » ولهذا قال الفقهاء ان الحيوان اذا أصاب بيده أو رجله حصاة صغيرة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأت عين انسـان أو أفسدت ثوبه لم يضمن •(١٦)

٣١٤ ـ 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 مسئولا 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 ـ لو اوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها فى الطريق العام فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها فى كل الاحوال . ٢ ـ ويضمن الضرر كذلك من سيب 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 مسئولا عن الضرر الذى تحدثه بالغير هذا الا اذا كان عند باب المسجد موقف خاص للدواب .(١٧)

٣١٥ ـ وتقضى المادة (٢٢٦) بأنه « ١ ـ اذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الاول بدون اذنه فلا ضمان ، واذا اضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها . ٢ ـ واذا ربط شخصان دابتيهما فى محل لهما حق الربط فيه فاضرت احدى الدابتين الاخرى فلا ضمان الا اذا اثبت صاحب الدابة التى اصابها الضرر ان الاخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر . ٣ ـ واذا ربط شخصان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق الربط واضرت دابة الرابط اولا دابة الرابط مؤخرا فلا ضمان ، واذا كان الامر بالعكس لزم الضمان » (انظر المواد ١٩٣٨ ـ ١٩٤٠ من المجلة) . والمادة بعد هذا واضحة ولم يكن المشرع فى حاجة الى ايرادها لان احكامها لا تعدو ان تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة .

شروط المسئولية : 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 • وتتولى شرح كل من هذين الشرطين بايجاز •

٣١٦ ـ الشرط الاول : ان يحدث الحيوان ضررا بالغير :ـ ومعنى هذا انه يجب ان يكون الضرر ناشئا عن (فعل) الحيوان اى ان يكون الحيوان قد قام بدور ايجابي فى احداث هذا الضرر ، أما اذا حدث الضرر دون ان يصدر من الحيوان اى عمل ايجابى فلا مسئولية على صاحبه كما اذا ارتطم شخص بالحيوان •

على ان العمل الايجابى الذى نشترط صدوره من الحيوان لايعنى ضرورالاتصال المادى المباشر بين جسم الحيوان وبين المضار ، بل يكفى ان يكون دور الحيوان هو السبب الايجابى لاحداث الضرر ، 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 الايجابى للحيوان فقد تحقق هذا الشرط بصرف النظر عن الضرر الذى احدثه فاذا دهس حيوان شخصا فجرحه او قتله ، واذا اتلف الحيوان مالا للغير ولو كان هذا المال حيوانا مثله ، واذا عض كلب شخصا فاحدث به ضررا ، واذا انتقل مرض معد من حيوان مريض فكل هذه تعتبر اضرارا يسأل عنها صاحب الحيوان(١٨) •

٣١٧ ـ الشرط الثانى : خطأ صاحب الحيوان :ـ لا يسأل صاحب الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر الا اذا كان مخطئاً فى حراسة هذا الحيوان ورقابته ومنع اذاه •

وقد اخذت التقنينات الاجنبية بفكرة الخطأ المفروض ولكنها وقفت من فكرة الافتراض هذه مواقف مختلفة فاخذ بعضها بفكرة الخطأ المفروض فرضا قانونيا بسيطا قابلا 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 فرضا قاطعا 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 العراقى 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 ـ كقاعدة عامة ـ الا اذا ثبت المضار انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ومع هذا فقد اخذ المشرع العراقى فى صورة من الصور بفكرة الخطأ المفروض فرضا بسيطا حيث قضى فى الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) بمساءلة صاحب الحيوان عن الضرر الذى يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة او لطمة يدها او رأسها ، والقى عليه ، اذا ما اراد التخلص من المسؤولية ، عبء اثبات انه بذل ما ينبغى عليه بذله من عناية وحيطة لمنع وقوع الضرر . كما اخذ فى صورة من الصور بفكرة الخطأ المفروض فرضا قاطعا غير قابل لاثبات العكس هى الصورة التى نصت عليها الفقرة الاولى من المادة (٢٢٥) فقد جعلت مجرد ايقاف الدابة فى الطريق العام او ربطها فيه خطأ يجعل صاحبها مسؤولا فى كل الاحوال عن الاضرار التى تحدثها بالغير .

٣١٨ ـ **على من تقع المسئولية :** ـ يعبر المشرع العراقى عن المسئول عن فعل الحيوان بأنه (صاحب الحيوان)فماذا بهذا التعبير ؟ .

صاحب الحيوان فى التشريع العراقى هو من كانت له على الحيوان (السيطرة المادية) مالكا كان او غير مالك ، وارى ان لامحل فى الفقه العراقي للاخذ بما يذهب اليه فقهاء الغرب من ان مناط المسؤولية عن فعل الحيوان هى (الحراسة) ولا محل مطلقا لمتابعة هذا الجهد الذى بذله فقهاء الغرب فى تقسيم الحراسة الى حراسة فعلية وحراسة قانونية وهو جهد وصل بهم الى حد التهافت . ويكفى فى هذا الصدد ان نقرر ان المسؤولية فى

التشريع العراقي تقع ، كما سبق ، على ذلك الذى تكون له على الحيوان سيطرة فعلية تمكنه من توجيهه وقيادته ورقابته ، وليس من الضرورى ان تكون هذه السيطرة دائما للمالك ، فقد تنفصل الملكية عن السيطرة المادية كما فى حالة المنتفع ، والمستعير ، والمستأجر ، والمرتهن رهنا حيازيا ، كما انه ليس من الضرورى ان تكون هذه السيطرة المادية مشروعة فالسارق والمغتصب مسؤلان عن اضرار الحيوان المسروق او المغتصب لما لهما عليه من سيطرة مادية وان كانت غير مشروعة .

٣١٩ ـ **طريق التخلص من المسئولية :** تتوقف طريقة التخلص من المسؤولية على الاساس الذى تقوم عليه ، ففى التشريعات التى تقوم فيها هذه المسؤولية على اساس الخطأ المفروض فرضا قاطعا غير قابل لاثبات العكس لاسبيل الى صاحب الحيوان للتخلص من المسؤولية الا اذا اثبت السبب الاجنبى ، وفى التشريعات التى تؤسس هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفروض فرضا بسيطا قابلا لاثبات العكس يستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسؤولية اذا هو تمكن من نفى قرنية الخطأ هذه وبديهى انه يستطيع ان يتخلص منها كذلك اذا اثبت السبب الاجنبى .

اما فى التشريعات التى تأخذ فى 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 الاجنبى .

الفرع الثاني

ـ المسئولية عن الاشياء غير الحية ـ

نقسم الكلام عن الاشياء غير الحية الى قسمين :

اولهما : للمسؤولية عن البناء •

وثانيهما : للمسؤولية عن الاشياء التى تتطلب عناية خاصة فى حراستها •

اولا :ـ المسئولية عن البناء

٣٢٠ ـ نصت المادة (٢٢٩) على انه « ١ ـ 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 ينبغى ان يعلم بها وجب الضمان • ٢ ـ ويجوز لمن كان مهددا 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 فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » • ونصت المادة (٢٣٠) على ان « كل من يقيم فى مسكن يكون مسؤولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى او يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر •

يتبين مما تقدم ان للمسؤولية عن البناء صورتين الاولى مسئولية المالك عن تهدم البناء ، والثانية مسؤولية الساكن عما يلقى او يسقط من المسكن •

٣٢١ ـ **الصورة الاولى : المسئولية عن تهدم البناء :ـ** لابد فى هذه الصورة من صور المسؤولية من تحديد المعنى المقصود بالبناء اولا ، فنقول •

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 لخزن 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 محلج 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 مالكه 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 وصيانته • ويترتب على هذا ان المتصرف فى الارض الاميرية يعتبر (صاحب) الابنية التى يقيمها على هذه الارض للاغراض الزراعية فيكون مسئولا عن تهدمها طبقا لاحكام المادة المتقدمة (انظر المادة ١١٦٩) • وليس الامر كذلك بالنسبة للمنتفع فأنه 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 وصيانتها فهذه تكاليف جسيمة تبقى على عاتق مالك هذه العين وبالتالى يكون المالك لا المنتفع هو المسؤول عن تهدم هذا البناء (انظر المادة ١٢٥٥/٢) •

٣٢٣ – ويشترط لقيام هذا الضرب من ضروب المسؤولية ان يكون الضرر ناشئا عن تهدم البناء ، كسقوط شباك على المارة او سقوط البياض او أسلاك الكهرباء ، أوانهيار حائط ، أو شرفة • ولا يهم بعد هذا أن يكون التهدم

كليا او جزئيا كما لايهم ان يكون البناء قديما او حديثا فسقوط بعض اجزاء البناء الجديد يعتبر تهدما 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) الذى يجعل المالك مسئولا عن تهدم البناء يفرق بين حالتين : الاولى حالة ما اذا كان التهدم ناشئاً عن ميل البناء الى الانهدام ، وفى هذه الحالة يكون المالك مسئولا عن الاضرار التى 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 التهدم ناشئا عن عيب فى البناء ، وفى هذه الحالة لاتنهض المسؤولية الا على اساس خطأ ثابت فى جانب المالك بأن كان يعلم بالعيب او كان ينبغى عليه ان يعلم به ، او كان قد نبه الى ذلك . وعليه يستطيع المالك ان يتخلص من المسؤولية فى هذه الحالة اذا استطاع ان ينفى علمه بالعيب وانه لم يكن فى 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 التهدم ناشئاً عن ميل البناء او كان بسبب ما فيه من عيب[١٩] .

٣٢٤ ـ **توقى الضرر قبل حدوثه :ـ** اجازت الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩) لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ مايلزم

---

(١٩) انظر فى هذين الرايين : مؤلفنا مصادر الالتزام ـ سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية حـ٢ ص ١٤٩ هامش .

من التدابير لدرء هذا الخطر ، فان لم يقم 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 ـ **الصورة الثانية :ـ 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 المسؤولية عن البناء فى انها أى هذه الصورة الثانية ـ خاصة بما يلقى او يسقط من المسكن ، فلا علاقة للضرر هنا بعيب البناء او تهدمه 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 المبانى الا ما يصدق عليه اسم (المسكن) .

على انه لايشترط لقيام هذه الصورة من صور المسؤولية عن اضرار البناء ان يكون المسكن (منزلا) فقد يكون كذلك وقد يكون (خانا) او فندقا 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 المسؤولية هنا تلقى على رب الاسرة او صاحب الفندق ويكون الخطأ مفروضا فى جانبه فرضا بسيطا قابلا 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 قابلا لاثبات العكس فيستطيع الساكن التخلص من المسؤولية اذا هو أثبت السبب الاجنبي[٢١] .

ثانيا : ـ المسئولية عن الاشياء التى تتطلب عناية خاصة فى حراستها .

٣٢٦ ـ نصت المادة (٢٣١) على ان « كل من كانت تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، يكون مسؤولا عما تحدثه من ضرر مالم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة » .

ولابد لتحقق هذه المسئولية من توافر شرطين :ـ

٣٢٧ ـ أولهما :ـ **أن تكون الآلة أو الشيء تحت تصرف الشخص :ـ**

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 مسئولا عن الضرر الذى تحدثه الآلة او الشيء ما دامت له السيطرة الفعلية عليه . وعلى هذا الاساس قضت محكمة النقض والابرام الفرنسية بان سارق السيارة يكون مسؤولا عما تسببه السيارة من ضرر للغير[٢٢] .

ولا يعتبر التابع عادة حارسا للشيء لان سيطرته عليه لاتكون لحساب نفسه وانما لحساب متبوعه ، وفى هذا تقول محكمة النقض والابرام المصرية « حارس الاشياء الذى يفترض الخطأ فى جانبه على مقتضى نص

---

(٢١) انظر مازو ـ حـ١ ف ٩٦٣ ص ١٠١٦ ـ ١٠١٧ .

(٢٢) حكمها فى ٩٤١/١٢/٢ .

المادة (١٧٨) من القانون المدنى (المادة ٢٣١ من القانون العراقى) هو ذلك الشخص الطبيعى او المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشىء قصدا واستقلالا ، ولا تنتقل الحراسة منه الى تابعه المنوط به استعمال الشىء ، لانه وان كان للتابع السيطرة المادية على الشىء وقت استعماله الا انه اذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته فأنه يكون خاضعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوى للحراسة ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشىء كما لو كان هو الذى يستعمله ، ذلك ان العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على اساس الخطأ المفترض هى بسيطرة الشخص على الشىء سيطرة فعلية لحساب نفسه • فاذا كانت الوزارة الطاعنة هى المالكة للطائرة وقد اعدتها لتدريب طلبة كلية الطيران وعهدت الى مورث المطعون ضدها ، وهو تابعها ، بمهة تدريبهم واختبارهم ، فان الحراسة على الطائرة تكون وقت وقوع الحادث معقودة للطاعنة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية عليها •• وبالتالى تكون الطاعنة مسئولة عن الضرر الذى لحق به مسئولية مبنية على خطأ مفترض طبقا للمادة (١٧٨ ـ ٢٣١ عراقى [٢٣]) •

٣٢٨ ـ **وثانيهما : أن يحدث الضرر بفعل الشىء :ـ** ومعنى هذا انه ينبغي ان يكون للشىء دور ايجابي فى احداث الضرر ، فلو اصطدم اعمى بسيارة واقفة او آلة موضوعة فى المكان المعد له فاصيب بضرر فلا تتحقق هذه المسئولية •

على انه لا يشترط لتحقق هذا الشرط ان يكون الشىء قد اتصل بالجسم او بالمال الذى لحقه الضرر فقد يحدث الشىء ضررا دون ان يكون

---

(٢٣) مجموعة أحكام محكمة النقض ـ أبو شادى ـ ص ٩٥١ ـ وانظر جملة أحكام لمحكمة التمييز فى مؤلف الاستاذ سلمان بيات المشار اليه سابقا ص ٣٠٧ وما بعدها •

له بالمضرور او بالمال اتصال مباشر ، مثال ذلك انفجار محرك او مادة مفرقعة يلحق ضررا بشخص او مال ، ومثاله انه اذا اراد شخص من السابلة تلافي سيارة مسرعة فزلفت قدمه واصابه ضرر فان الضرر يعتبر راجعا الى فعل السيارة بالرغم من انها لم تتصل بالمضرور اتصالا ماديا مباشراً .

٣٢٩ ـ **الاشياء التى يشملها النص :ـ** يشمل النص المتقدم نوعين من الاشياء هما الآلات الميكانيكية ، والاشياء التى تحتاج عناية خاصة للوقاية من ضررها .

اما الآلات الميكانيكية فيراد بها الآلات التى 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 التى تحتاج الى عناية خاصة للوقاية من ضررها فهي الاشياء التى تحتاج الى مثل هذه العناية او الحراسة لما يلازمها او يكمن فيها من خطر وذلك كالاسلحة النارية والآلات الحادة الجارحة ، والمواد الكيماوية ، والمفرقعات ، والسموم ، والواح الزجاج .

٣٣٠ ـ **اساس المسئولية وطريقة التخلص منها :ـ** تقوم المسئولية فى هذه الحالة على الخطأ فى الحراسة ، وقد ذهبت معظم التشريعات المدنية الى ان الخطأ هنا مفترض فلا يكلف المضرور الا باثبات ان الضرر قد حدث بفعل شيء من الاشياء التى يتناولها النص ، والخطأ المفروض هنا مفروض فرضا قانونيا قاطعا لا يقبل اثبات العكس ، فليس لحارس الشيء ان يثبت انه لم يرتكب اى خطأ ولا تنتفي مسئوليته 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 فأنه لم يمض فى هذه المسئولية الى الشوط الذى وصلت اليه هذه التقنينات ،

فقد رأى أن يراعى أحوال العراق فى مرحلته الراهنة وهو لا يزال فى اول سلم التصنيع ، وعلى هذا جعل أساس هذه المسئولية هو الخطأ المفروض فرضاً بسيطاً قابلا لاثبات العكس .

وهكذا أصبح فى امكان من تكون هذه الآلات الميكانيكية أو الاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة تحت تصرفه أن يتخلص من المسئولية 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 ـ أو الاثراء بلا سبب

"L' Enrichissement Sans Cause"

٣٣١ : ـ **تمهيد وتقسيم :ـ** اذا كانت قواعد العدالة تقضى بالزام من أحدث ضرراً بالغير بتعويض هذا الضرر فأنها تقضي كذلك بالزام من أثرى على حساب غيره دون وجه حق بأن يرد اليه قيمة هذا الاثراء فى 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 فى 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 ـ ٢٤٢) تطبيقات خاصة لها .

ولا أريد فى هذا المؤلف الوجيز بحث تطور هذه الفكرة ، ولاحظها فى التشريعات الوضعية قديمها وحديثها ، ولا موقف الفقه الاسلامي منها ، فقد يطول هذا البحث ويرهق القارىء والطالب دون كبير فائدة ، ولهذا أكتفي فى 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 فصلا 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

ـ شروط النظرية ـ

يشترط لتطبيق نظرية الاثراء بلا سبب توفر شروط ثلاثة هي :ـ

١ ـ اثراء المدين •
٢ ـ افتقار الدائن •
٣ ـ أن لا يكون لاثراء المدين سبب قانوني •

٣٣٢ ـ **الشرط الاول : اثراء المدين :ـ** العلة فى 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 المزاد بتحسينات فى 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 فى ذمة المدين ،

مثال ذلك ان يوفى شخص ديناً على المشري ، أو أن يقوم المستأجر باجراء ترميمات فى العين المؤجرة هي من واجبات المؤجر .

ومن صور الاثراء السلبي تجنيب المشري خسارة محققة مثال ذلك أن يتلف شخص متاعه لاطفاء حريق شب فى دار جاره ، أو أن يلقى ربان السفينة بعض ما تحمل لانقاذها أو لانقاذ بقية ما تحمل من بضائع .

والاثراء المباشر هو الذى يحصل مباشرة بفعل المفتقر كالبناء على أرض الغير أو زراعتها ، أو سكنى دار الغير دون عقد ايجار ، أو استخدام أدوات الغير فى بناء منزل للمشري .

اما الاثراء غير المباشر فهو الاثراء الذى يحصل بتدخل شخص أجنبي ، سواء أكان فعل الاجنبي عملا مادياً كأن يبني شخص بأدوات الغير على أرض الغير ، أم كان عملا قانونياً كما لو عهد مشتري الارض الى مقاول ببناء منزل عليها ثم فسخ بعد ذلك عقد البيع ، فأنه يكون للمقاول حق الرجوع على البائع بدعوى الاثراء الذى تحقق بتدخل المشتري[1] .

والاصل فى الاثراء ان يكون مادياً ولكنه قد يكون (معنوياً) كالمربي أو المعلم فأنه يزيد فى ثروة تلميذه العقلية ، فاذا لم يؤد له والد التلميذ ، مثلا ، مقابل تعليمه كان له أن يقيم دعوى الاثراء بلا سبب ، وكالطبيب الذى يشفي مريضاً دون سابق اتفاق بينهما ، وكالمحامي الذى يحصل على حكم ببراءة المتهم .

ولا تشترط فى المشري اهلية خاصة فهو ملزم حتى ولو كان مجنوناً أو طفلا غير مميز (المادة ٢٤٣) . والعبرة بحدوث الاثراء ودخوله فى ذمة المدين المشري فى أي وقت من الاوقات اذ يبقى هذا المشري ملزماً بالتعويض حتى ولو زال هذا الاثراء فيما بعد (م/٢٤٣) .

---

(١) انور سلطان ص ٦٣٧ .

٣٣٣ ـ **الشرط الثاني : افتقار الدائن :ـ** يقابل هذا الشرط الشرط الاول ، اذ ينبغي أن يكون هناك اغتناء من جانب المدين وافتقار فى جانب الدائن وأن يكون هذا الافتقار نتيجة لذلك الاغتناء .

فاذا لم يترتب على اغتناء المدين افتقار الدائن فلا دعوى ولا تعويض ، مثال ذلك أن يقوم شخص بانشاء دار فخمة أو مصنع أو حديقة أو ملعب أو ملهى فى منطقة من المناطق فيفيد جيرانه عرضاً بأن ترتفع أسعار أراضيهم بعض الشيء ، ففي هذا المثال لا يجوز لهذا الشخص الرجوع على أصحاب الاراضي المجاورة بقيمة ما اثروا به لان هذا الاثراء لم يقابله افتقار من جانبه .

والافتقار ، كالاغتناء ، ايجابي وسلبي ، وهو كذلك مادي ومعنوي . مثال الافتقار الايجابي ذلك الذى يبني على أرض الغير بناء بمواد مملوكة له فأنه يفتقر بقيمة هذه المواد ، ومثال الافتقار السلبي فوات المنفعة كأن يسكن شخص دار آخر اغتصاباً أو دون عقد ، وكأن يستعمل مخرج سينمائي قصة مؤلف دون الاتفاق معه أو يستعمل (سيناريو) وضعه سناريست 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 يفتقر 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 شئون 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 ـ على انه لا يكفي حدوث اغتناء فى جهة وافتقار فى 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 فى 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 فى الاثراء بلا سبب ، فتدخل الغير والحادث الفجائي أو القوة القاهرة ، وخطأ المفتقر لا تقطع رابطة السببية بين الاغتناء والافتقار وبالتالى لا تحرم المفتقر من الرجوع بالتعويض على المثري •

فتدخل ربان السفينة الذى يلقى بعض الامتعة لانقاذ بعضها الآخر ، وحمل الريح ثوبا لشخص والقائه فى 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 الذى يؤدى الى نتيجة معينة وفقا للسير الطبيعي للامور ، فاذا تبين ان الافتقار كان هو السبب المنتج للاثراء فقد تحققت رابطة السببية كما فى الامثلة المتقدمة واذا انعدمت الصلة بين الاثراء والافتقار فقد انعدمت رابطة السببية كما لو نفق حصانى قبل السباق فخلا الجو لحصانك وربح الجائزة الاولى[٣] •

٣٣٥ ـ **الشرط الثالث : انعدام السبب :** اى ان يكون للاثراء ولا للافتقار سبب مشروع •

ويراد بالسبب فى هذا المجال السبب المنشىء ، أى المصدر الذى الزم المفتقر بالافتقار وأعطى للمثري حقا فى الاثراء •

---

(٣) انظر السنهورى ص ١٢٨٢ ، مرقس ص ٧٣٠ •

فاذا كان للافتقار أو للاثراء 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 مؤقته .... 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 ، فاذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعو أن استقرت العلاقة بين الطرفين بابرام العقد النهائي مطالبين المشترى بثمار 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 للمشترى من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها اثراء بلا سبب »[٤] وقفت 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 وربح عظيم ، فان العامل لا يستطيع الرجوع على صاحب المصنع أو المعمل بدعوى الاثراء لان عقد العمل يمنعه من ذلك ، فقد نص القانون المدنى على ان الاختراع الذى يوفق اليه العامل فى أثناء خدمته أو بمناسبتها يكون حقا خالصا لرب العمل ما دامت طبيعة الاعمال التي عهد بها الى العامل تقتضي

---

(٤) مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٢٨ ـ ٢٨٩ .
(٥) مجموعة عمر حـ٤ 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 وفقا 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) .

ويترتب 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 . ويترتب عليه كذلك انه اذا أمن شخص على منزله ضد الحريق فاحترق المنزل فأعادت شركة التأمين بناءه تنفيذا لعقد التأمين ، كان اثراء 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 فأنه لا يجوز للدائن أن يلجأ الى قواعد الاثراء لان انقضاء دين المدين دون وفاء له سبب قانوني هو التقادم .

المبحث الثاني

أحكام الكسب دون سبب

اذا توافرت الشروط المتقدمة وجب على المثرى تعويض المفتقر ، فالتعويض اذن هو جزاء الاثراء بلا سبب . ودعوى الاثراء هى السبيل للوصول الى هذا الجزاء .

---

(٦) انظر الوسيط ص ١٢٨٨ وما بعدها .

ونبحث كلا من التعويض والدعوى بايجاز .

٣٣٦ – **أولا :– التعويض :–** القاعدة فى هذا الصدد ان المثرى يلتزم بتعويض المفتقر بمقدار الاقل 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 مثريا على حساب غيره دون سبب ، كما لا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار اثراء المثرى لاننا لا نحاسب المثرى 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 مثلا . ويترتب عليه كذلك انه لو كان الاثراء مبلغا من النقود دخل ذمة المثرى 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 المثرى 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 وفقا للقواعد العامة (المادة ١٧١) .

---

(٧) الوسيط ص ١٣٣١ .

هذا عن الاثراء ووقت تقديره ، أما الافتقار فأنه لا يقدر وقت حدوثه ولا وقت رفع الدعوى ، لكنه يقدر وقت **صدور الحكم** ، لان الافتقار فى دعوى الاثراء يقابل الضرر فى دعوى المسئولية المدنية ، فلا يمكن تقديره نهائيا الا وقت صدور الحكم • وفى هذا المعنى يقول استاذنا السنهوري « ان طبيعة الاثراء تسمح بتقديره تقديرا نهائيا وقت وقوعه فهو يدخل فى مال المثرى ويصبح جزءا 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 المفتقر على وجه غير محقق ، ولا يستطاع ان يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المفتقر ما دام الافتقار قابلا 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 قابلا للتغير ولكن قوة الشيء المقضى فيه هي التي تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته» (٨) •

واذا قضى القاضي بالتعويض على النحو المتقدم فقد أصبح مقدار التعويض المحكوم به ديناً عادياً فى ذمة المثري فيتعرض المفتقر الى احتمال مزاحمة بقية دائني هذا المثري له •

٣٣٧ ـ **ثانيا : دعوى الاثراء :** ـ المدعى فى دعوى الاثراء هو المفتقر 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 الرأى ـ سليمان مرقس ـ اصول الالتزامات ص ٧٥٦ ـ ٧٥٧ •

والمدعى عليه هو المثري ، ويقوم مقامه نائبه وخلفه (مع ملاحظة قاعدة أن لا تركة الا بعد سداد دين) .

ولا يشترط فى المدعى عليه ـ كما لا يشترط فى المدعي ـ اهلية خاصة ، فقد يكون المدعى عليه غير مميز كما صرحت بذلك المادة (٢٤٣) وذلك لان مصدر التزام المثري هو واقعة قانونية وليس عملا قانونياً .

وتقضي المادة (٢٤٤) بأنه « لا تسمع دعوى الكسب دون سبب فى جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الدائن بحقه فى الرجوع ، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى نشأ فيه حق الرجوع » .

يتبين من النص المتقدم أن المشرع العراقي سار فى تقادم دعوى الكسب دون سبب على النحو الذى سار عليه فى تقادم دعوى المسئولية الناشئة عن العمل غير المشروع ، والمادة بعد هذا واضحة ، وقد سبق شرحها عند الكلام عن تقادم دعوى المسئولية 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 مستقلا 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 فى 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 (المسئولية 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 ـ ١٣٠٦ ، وقارن حشمت ابو ستيت ص ٥٧٦ ، وعبد المنعم الصدة ص ٥٩٦ ، والدكتور الناهي . (محاضرات في الكسب دون سبب والفضالة) ص ١٣٢ .

الفصل الثانى

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

ـ المدفوع دون حق ـ

٣٣٨ ـ **النصوص :** ـ تقضى المادة (٢٣٣) بأن « ١ ـ من دفع شيئا ظاناً انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق • ٢ ـ واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فأنه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية ، وفى كل الاحوال يلزم برد ما استفاده او كان يستطيع ان يسفيده من يوم رفع الدعوى • ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية اذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعدٍ منه » •

وتقضي المادة (٢٣٤) بأنه « ١ ـ اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزماً الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية • ٢ ـ وكذلك اذا أبطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد ما كسبه بسبب تنفيذ العقد » •

وتقضي المادة (٢٣٥) بأنه « ١ ـ اذا وفى المدين التزاماً لم يحن أجله ظاناً انه قد حل فله استرداد ما دفع • ٢ ـ على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر ،

فاذا كان الالتزام الذى لم يحن أجله نقوداً الزم 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 . ونتولى شرحها بايجاز على النحو التالي :ـ

الفرع الاول

شروط المدفوع دون حق

يشترط لتطبيق هذه الفكرة شرطان هما أن يكون المدفوع شيئاً غير واجب ، وأن يكون الدفع نتيجة غلط :

٣٣٩ ـ **الشرط الاول :ـ أن يكون المدفوع شيئا غير واجب فى الذمة :** فقد يقوم شخص بوفاء دين لا وجود له . مثال ذلك أن يفي أحد المدينين المتضامنين ديناً كان قد أوفى به أحدهم من قبل ، أو أن يقوم أحد الورثة بتنفيذ وصية المورث ثم يتبين انها باطلة أو أن الموصي 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 ، فاذا أوفى شخص بدين عليه لم يحن أجله بعد فأنه 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 ـ **الشرط الثانى : أن يكون الدفع نتيجة غلط :ـ** 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 الذى يفي بدين سقط بمضي المدة وهو عالم بذلك لا يحق له الرجوع على المدين بشيء .

والمفروض ان الذى يدفع شيئاً غير واجب عليه انما يدفعه نتيجة غلط ، وانه لم يكن يعلم انه غير ملزم بالدفع ، ولهذا فأن الغلط الذى يشوب الدفع فى هذه الحالة غلط مفروض لا يكلف الدافع باقامة الدليل عليه ، ولكن القرينة هنا قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس . فيجوز للمدفوع له أن يقيم الدليل على ان الدافع كان يعلم وقت الدفع انه لم يكن ملزماً بما دفع وانه سبيل التبرع أو الاعارة مثلا على انه قد يفي الانسان بشيء وهو عالم انه غير ملزم بذلك ومع ذلك يجوز له الرجوع بما أوفى به وذلك فى حالة ما اذا كان الوفاء او الدفع قد وقع نتيجة اكراه . ومن ناحية اخرى قد لا يجوز للموفى الذى 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 لموافقتها للعدالة وللقواعد العامة .

ولعل من أبرز الامثلة على الوفاء الذى يقع نتيجة اكراه ويبيح للموفي الرجوع بدعوى استرداد ما دفع دون حق ما قضت به محكمة التمييز بهيئتها العامة ، فقد جاء فى 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

اذا كان فى التقدير ضرر بين أو غبن يدعيهما صاحب الملك لا عدم وجود الملك اصلا ، فاذا كان الملك غير موجود واجرى تقدير على شخص غير مالك فسواء اعترض او لم يعترض فلا يجوز ان يكون ملزماً بأمضاء هذا التقدير ، واذا دفع مبلغاً ظاناً انه كان واجباً عليه وتبين بعد ذلك عدم وجوبه فله استرداد المبلغ المدفوع .... استناداً الى المادة (٢٣٣) من القانون المدني ... »[١] .

ويلاحظ ان الغلط فى القانون كالغلط في الوقائع يجيز للمدفع استرداد ما دفع . مثال ذلك ان يتوفى شخص ويترك بنتاً وأخاً له ، فتتصالح البنت مع عمها على ان تدفع له مبلغاً من المال مقابل تنازله عن حقه فى التركة ، ثم يتبين لها أن ما تركه أبوها المتوفى عبارة عن عقارات مفوضة بالطابو (أو ممنوحة باللزمة) وان عمها ليس من أصحاب حق الانتقال معها ، ومثاله ايضاً ان يتخارج انسان مع امرأة أبيه فيدفع لها ألف دينار لانه يعتقد انها ترث الربع لعدم وجود ولد لابيه المتوفى منها ، ثم يتبين له انها لا ترث غير الثمن لان الولد الذى ينقص نصيبها من الربع الى الثمن هو (ولد المتوفى) لا ولدها هي .

الفرع الثاني

ـ احكام المدفوع دون حق ـ

يختلف مدى التزام من تسلم غير المستحق بحسب ما اذا كان هذا المتسلم حسن النية أو سيئها .

٣٤١ ـ **اولا : المدفوع له حسن النية :ـ** ومعنى حسن النية هنا ان من تسلم الشيء يعتقد انه تسلم ما هو مستحق له . والاصل هو حسن نية المدفوع له وعلى الدافع أن يثبت العكس بأن يقيم الدليل على سوء نية المدفوع

---

(١) القضاء المدني ـ للاستاذ البيات حـ١ ص ٣١٧ .

له ، وهو يستطيع اثبات هذه الواقعة المادية بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن .

ويلتزم المدفوع له حسن النية برد ما تسلمه ، فاذا كان الشيء الذى تسلمه نقوداً أو أشياء مثلية وجب عليه رد القدر الذى تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد أو المثليات التي تسلمها . اما الثمرات والفوائد فأنه 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 الذى تسلمه المدفوع له من الاشياء المعينة بالذات فأنه يلتزم برده بالذات ما دام قائماً فى يده ، فاذا هلك الشيء قضاءاً وقدراً فقد انقضى التزام المتسلم ، اما اذا كان الهلاك نتيجة خطأ أو تقصير فان المتسلم يلتزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف .

واذا كان الشيء قد خرج من يد من تسلمه لتصرفه فيه فأن 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 الذى 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 فى المنقول فأن الموفى أو الدافع لا يستطيع الرجوع عليه بشيء وانما يقتصر حقه فى 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 التقادم فى العقار) فلا يستطيع الدافع الرجوع عليه بشىء كما لا يستطيع الرجوع على من تسلم غير المستحق ، وهذا الحكم الذى تمليه 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 ـ **ثانيا :ـ المدفوع له سىء النية :ـ** والمقصود بسوء النية هنا هو أن يعلم القابض انه يقبض ما لا حق له فيه . وتقضي المادة (٢٣٣) فى فقرتها الثانية بأنه « اذا كان من تسلم غير المستحق سىء النية وقت التسلم أو بعده فأنه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشىء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق او من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية » .

يتبين من هذا النص ان المدفوع له سىء النية يلتزم أولا برد ما تسلمه دون حق ويلتزم ثانياً برد ثمار الشىء وفوائده .

فهو يلتزم أولا برد العين التي تسلمها فاذا هلكت أو ضاعت ، ولو من غير تقصير ، لزمه الضمان أي التزم برد المثل ان كان الشيء مثلياً والقيمة ان كان الشىء قيمياً وذلك من غير حاجة الى اعذار لانه تسلم شيئاً يعلم أن لا حق له فى تسلمه (الفقرة ج من المادة ٢٥٨) .

ومعنى هذا ان المدفوع له سىء النية يكون مسئولا عن هلاك العين حتى لو كان هلاكها بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسئولية الا اذا أثبت ان الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد مستحقه كما تقضي بذلك المادة (١١٦٨) .

فاذا كان المدفوع له سىء النية قد تصرف فى الشي الذى تسلمه دون حق فأن 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

بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له حسنة كانت هذه النية أو سيئة[٢] .

ويلتزم المدفوع له سيء النية ثانياً برد الثمار والفوائد من وقت تسلم الشيء أو من الوقت الذى أصبح فيه سيء النية على حسب الاحوال ، وهذا تطبيق للقواعد العامة لان الحائز سيء النية لا يكون له حق فى الثمرات (م ١١٦٦) فاذا كان المقبوض مبلغاً من النقود فأنه يلتزم برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر فى القانون (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) .

٣٤٣ ـ **حالتان خاصتان :ـ**

أ ـ الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الاجل :ـ قلنا ان المادة (٢٣٥) تعطي فى فقرتها الاولى لمن وفى ديناً لم يحل أجله بعد حق استرداد ما دفع وهذا تطبيق لقواعد المدفوع دون حق ، ولكنها تعود فتقرر فى فقرتها الثانية « على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر ، فاذا كان الالتزام الذى 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 بالاقتصار على رد ما أفاده من عملية الوفاء المعجل ، وتضرب المذكرة 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 فأنه يحق له أن يطالب الدائن (رب العمل) الذى 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 ـ الوفاء لناقص الاهلية :ـ كان منطق القواعد القانونية يقضى بعدم تأثير اهلية المثرى على مدى التزامه بالرد لانه لا يلتزم ارادياً • ولكن المشرع خرج على هذه القواعد فقضى فى المادة (٢٣٤) بأنه « ١ ـ اذا كان من تسلم غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزما الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية • ٢ ـ وكذلك اذا ابطل 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 ملزما الا برد ما كسبه والمقصود بالكسب هنا المنفعة التى عادت على ناقص الاهلية مادية كانت او ادبية •

ويترتب على هذا انه اذا تسلم ناقص الاهلية عينا معنية بالذات فهلكت العين أو ضاعت بغير خطأ منه فانه لا يلزم برد أي شي حتى لو كان سيء النية ، وكذلك الحكم فيما اذا تبرع بها للغير • اما اذا هلكت بخطأه وتقصيره فانه يكون مسئولا عن هلاكها لا طبقا لقواعد رد غير المستحق وانما طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية •

واذا كان ما تسلمه ناقص الاهلية مبلغا من النقود انفقه فى الملاهى او فى المقامرة او فى المخدرات فانه لا يلزم برد شيء •

---

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية حـ ٢ ص ٤٥٢ •

المبحث الثاني

ـ قضاء دين الغير ـ

٣٤٤ ـ عالج المشرع العراقى هذه الصورة من صور الكسب دون سبب فى المواد (٢٣٦ ـ 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 ـ **أولا : قضاء دين الغير بأمر من المدين :ـ** تقضى المادة (٢٣٦) بأنه « اذا امر احد غيره بقضاء دينه رجع المأمور على الآمر بما اداه عنه وقام مقام الدائن الاصلي فى مطالبته سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط » . والمادة واضحة ولكننى اود ان الفت النظر الى ان الوفاء هنا وفاء مع الحلول فقد حل الموفى محل الدائن بحكم القانون (م ٣٧٩ فقرة د) وتقضي المادة (٢٣٧) بأنه « اذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم ان الآمر قضى الدين بنفسه الى دائنه والمأمور دفعه اليه ايضا ، فللمأمور ان يرجع بما دفعه على الآمر ان كان قد سبقه فى قضاء الدين ، وان كان الآمر هو الذى قضى الدين اولا فللمأمور ان يرجع على القابض او على الآمر » . وعلة هذا النص واضحة فان اداء المأمور الدين فى الحالة الاولى قضى دين الآمر فحق للمأمور الرجوع عليه ، واما فى الحالة الثانية فان المأمور يرجع على كل من الآمر والقابض ، يرجع على الآمر بناء على اذانته فى الوفاء ، ويرجع على على القابض الذى استوفى حقه مرتين بدعوى قبض غير المستحق(٤) .

٣٤٦ ـ **ثانيا :ـ قضاء دين الغير دون أمر من المدين : ـ** 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 الناهى ـ محاضرات فى الكسب دون سبب ـ ص ١٧١ .

بلا امره ، الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة من دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع » . فالقاعدة العامة التى 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 القيدين التاليين :

أ ـ اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة فى وفاء الدين : ويترتب على هذا ان المدين المتضامن مع غيره اذا قام بوفاء الدين كله فأنه لا يعتبر متبرعاً عن بقية المدينين المتضامنين معه ، وانه اذا أراد دائن مرتهن متقدم بيع العين المرهونة استيفاء لدينه وكان البيع سيتم فى وقت غير ملائم من شأنه أن يبخس قيمة العين مما قد يضيع على دائن مرتهن متأخر حقه أو بعض حقه ، فقام هذا الدائن المرتهن المتأخر بوفاء دين الدائن المرتهن المتقدم فانه لا يعتبر متبرعا وله ان يرجع على المدين بما اوفاه . وانه اذا اوفى احد الورثة او الموصى له من مال نفسه الدين الذى على المورث او الموصى فانه يرجع على التركة ولا يعد متبرعا لان له مصلحة فى الدفع هى تخليص التركة من الدين ليتسنى له الحصول على حقه فى التركة او فى الوصية(٥) .

وعلى هذا الاساس قضت محكمة التمييز بأنه اذا دفع مشترى سيارة الاقساط المستحقة من ثمنها للشركة البائعة لتوقف البائع عن الدفع كان له حق الرجوع عليه وعلى كفيله لان للمشترى مصلحة ظاهرة من الدفع هى التخلص من حجز الشركة الدائنة على سيارته(٦) .

ب ـ اذا تبين من الظروف ان من دفع لم تكن عنده نية التبرع :ـ

---

(٥) المرحوم الاستاذ العميد منير القاضى ـ محاضرات فى القانون المدنى العراقى ـ ص ٤٨ .

(٦) ٢٧٣/ح/٥٧ ـ 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 لـه 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) ثـم لا يتم العقد بأن يمتنع المالك عن تسجيله ، ففي هذا المثال تدل ظروف الحال على ان الموفى لم يرد التبرع وبالتالى يكون له حق الرجوع •

الفصل الخامس

ـ القانون ـ

٣٤٧ ـ نصت المادة (٢٤٥) على ان « الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى 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 التى 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 تتسع وتتعدد صورها فى الدول الاشتراكية وتضيق صورها فى الدول الرأسمالية ، وتخرج دراسة الالتزامات القانونية عن نطاق دراسة الالتزامات لتدخل فى دراسات اخرى خاصة نحيل اليها .

ونكتفى بهذا القدر فى مصادر الالتزام وبه يتم هذا الجزء .

والحمد لله أولا وآخرا

ـ فهرس ـ

مقدمـــــة

باب تمهيدى

اولا : الحق العيني والحق الشخصي وخصائص كل منهما ١ ـ٣

التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ٤

تقريب الحقين العيني والشخصي ٥

المذهب الشخصي ٦ ـ٧

المذهب المـادى ٨ ـ٩

ثانيا : اهمية نظرية الالتزام وتطورها : ١٠ ـ١٣

اثر العوامـل : الخلقيـة ، والاقتصـادية والسياســية والاجتماعية .

ثالثـا : خصائص الالتزام . ١٤ ـ١٦

محل ذو قيمة مادية ، رابطة قابلة للانتقال، رابطة مؤقتة.

رابعا : انواع الالتزام ١٧ ـ١٩

الالتزام السلبى والالتزام الايجابى .

الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة .

الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة .

ـ الكتـاب الاول ـ

ـ مصادر الالتزام ـ

تمهيد وتقسيم ٢٠

ـ الباب الاول ـ

ـ العقـــــد ـ

تعريف وتمهيد : ٢١

فصل تمهيدى

المبحث الاول : تقسيم العقود

اولا : العقد الرضائي والشكلي والعيني ٢٣
ثانيـا : العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ٢٤
ثالثـا ـ عقود المعاوضة وعقود التبرع ٢٥
رابعا : العقود المحددة والعقود الاحتمالية ٢٦
خامسا : العقد الفورى والعقد المستمر ٢٧

المبحث الثـانى

مبدأ سلطان الارادة

ماذا يقصد بهذا المبدأ ٢٨
القيود التى تحد منه ٢٩

ـ الفصـل الاول ـ

ـ اركان العقـد ـ ٣٠

المبحث الاول

التراضي

المطلب الاول : الاعلان عن الارادة وطرقه ٣٢ ـ٣٣
اللفـظ ٣٤
الكتابـة ٣٥
الاشـارة ٣٦
المبادلة او التعاطى ٣٧
اى موقف آخر يدل على الرضا ٣٨
الارادة الظاهرة والارادة الباطنة ٤١ ـ٤٣
التعبير الصادر من النائب

(النيابة وتعاقد الانسان مع نفسه)

اولا : النيابـــة

الفرع الاول : شروط النيابة

حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل ٤٥

عدم تجاوز الحدود المرسومة لها ٤٦

تعاقد النائب باسم الاصيل ٤٧

الفرع الثانى : آثار النيابـة : ٤٨ ـ٥٠

علاقة النائب بالغير

علاقة النائب بالاصيل

علاقة الاصيل بالغير

ثانيـا : تعاقد الانسان مع نفسه ٥١ ـ٥٢

المطلب الثانى : اتحاد الارادتين :

الفرع الاول ـ التعاقد بين حاضرين :

المراحل التى يمر بها الايجاب ـ ٥٤ ـ٥٦

مجلس العقد وخيار المجلس والتفرقة بينهما وموقف

المشرع العراقى ٥٧

الايجاب الملزم ٥٨

اقتران القبول بالايجاب ٥٩

بعض صور القبول :

١ ـ السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن القبول ٦١

٢ ـ القبول فى عقود المزاد (او المناقصة) ٦٢

٣ ـ القبول فى عقود الاذعان ٦٣ ـ٦٧

النبـــذة

طبيعة هذه العقود وخصائصها وسلطة القاضى
فى التدخـل فيهـا

الفرع الثانى : 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 فى التعاقد :ـ
١ ـ الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى ٧٥ -٧٨
٢ ـ العـربون ٧٩

المطلب الرابع : صحة التراضي .
الفرع الاول : الاهليـة ٨١ -٩٢
اهلية الوجوب ، واهلية الاداء وعوارض اهلية الاداء
الفرع الثانى : عيوب الرضا
١ ـ الاكـراه ٩٤ -١٠١
أنواعه ، عناصره ،
٢ ـ الغـلط : ١٠١-١٠٧

النظرية القديمة والنظرية الحديثة فى الغلط
موقف المشرع العراقى

٣ ـ التغرير مع الغبن ١٠٨-١١٠
٤ ـ الاسـتغلال ١١١-١١٩
معناه ، عناصره ، جزاؤه

النبـــذة

المبحث الثـــانى

ـ المحـــــــل ـ

تعريفه ، وشروطه :

١ ـ شرط الامكان او الوجود ١٢١-١٢٤

٢ ـ شرط التعيين ١٢٥

٣ ـ قابلية المحل للتعامل ١٢٦

فكرة النظام العام وتطبيقاتها ١٢٧-١٣١

المبحث الثالث

ـ السبب ـ

تعريفـــه ١٣٢

النظرية التقلدية فى السبب ١٣٣-١٣٥

نقدها ودفاع الاستاذ كابيتان عنها

نظرية القضاء ـ الباعث الدافـع ١٣٦

موقف الفقه الاسلامى والتشريع العراقى منها ١٣٧

اثبـات السبب ١٣٨

المبحث الرابع

ـ اوصاف العقـد ـ

ـ نظرية البطـلان ـ

اولا : فى الفقـه الغربي •

العقد الباطل بطلانا مطلقا ، حالته ، آثاره • ١٤٠-١٤٥

فكرة انتقاص العقـد ، وتحوله •

العقد الباب الباطل بطلانا نسبيا : ١٤٦

ثانيـا : فى الفقه الاسلامى وموقف التشريع العراقى ١٤٧-١٥٣

النبـــذة
اقتران الشرط بالعقد ١٥٤-١٥٩
الفصـل الثـانى
ـ آثار العقـد ـ
ـ المبحث الاول ـ
الاثر الملزم للعقد بين المتعاقدين ١٦١
المطب الاول : نسبية اثر العقد ١٦٢
العقد الصورى ١٦٤-١٦٦
نظرية الظروف الطارئة ١٦٧-١٧٤
اثر العقد بالنسبة للخلف ١٧٥
الخلف العـام ١٧٦-١٨١
الخلف الخاص ١٨٢-١٨٥
التعهد عن الغير ١٨٦-١٨٧
المطلب الثانى : الظرف أثر العقد الى الغير
الاشتراط لمصلحة الغير ١٨٨-١٩٤
شروطه وأحكامـه
المبحث الثـانى
تفسـير العقـــد ١٩٥-٢٠١
المبحث الثـالث
المسئولية العقدية (ضمان العقد)
الفرع الاول :ـ اركان المسئولية :
١ ـ الخطـأ ٢٠٣-٢٠٤
٢ ـ الضـرر ٢٠٥-٢٠٧
٣ ـ رابطة السببية ٢٠٨

النبـــذة

الفرع الثانى : اسباب الاعفاء من المسئولية العقدية :

١ ـ اتفاقات الاعفاء ٢٠٩

٢ ـ السبب الاجنبى ٢١٠

الفصل الثـالث

ـ انحلال العقـد ـ

المبحث الاول

الفسخ والاقالـة

١ ـ انواع الفسخ ٢١٣-٢١٨

٢ ـ شروط الفسخ ٢١٩

٣ ـ آثار الفسخ ٢٢٠-٢٢٢

المبحث الثـانى

الالغـاء والرجوع

اولا : الالغـاء ٢٢٣

ثانيا : الرجوع ٢٢٤

البـاب الثـانى

ـ الارادة المنفردة ـ

الوعد بجائزة (الجعل) ٢٢٨

الباب الثالث

ـ العمل غير المشروع ـ

كلمـة تمهيدية ٢٢٩

فصل تمهيـدى

المبحث الاول

تاريخ المسئولية التقصيرية ٢٣٠-٢٣٤

النبـــذة

١ ـ فى القانون الرومانى
٢ ـ فى القانون الفرنسى القديم
٣ ـ فى القانون الحديث
٤ ـ فى التشريع العراقى

المبحث الثـانى

التميز بين المسئولية التقصيرية والجنائية والعقديـة

اولا : التميز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية ٢٣٥-٢٣٦

ثانيا : التميز بين المسئولية التقصيرية والمسئوليـة العقديـة
وتحديد نطاق كل منهما ٢٣٧-٢٤٢

ثالثا : الخبرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيريه ٢٤٣-٢٤٥

الفصل الاول

المسئولية عن الاعمال الشخصية

المبحث الاول

القواعد العامة فى مسئولية الانسان عن افعاله

المطلب الاول : اركان المسئولية :

الفرع الاول : الضـرر ٢٤٦-٢٤٧

الفرع الثانى : الخطأ ، تعريفه
وعناصره ، وحالات انعدامه ٢٤٨-٢٦٠

الفرع الثالث ـ رابطة السببية ٢٦١-٢٦٧
تعدد الاخطاء وتعدد الاضرار

المطلب الثانى : احكام المسئولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية

اولا : دعوى المسئولية ٢٦٨-٢٧١

ثانيا : التعويض ٢٧٢-٢٧٣

النبـــذة
المطلب الثالث : اتفاقات الاعفاء واثرها فى تعديـل احكـام المسئولية
اولا : شرط الاعفاء من المسئولية ٢٧٤
ثانيا : التأمين من المسئولية ٢٧٥-٢٧٧

المبحث الثـانى
تطبيقات خاصة لمسئولية الانسان عن أعماله الخاصة
الفرع الاول : اساءة استعمال الحق ٢٧٨-٢٨٣
الفرع الثانى : الاتلاف ٢٨٤-٢٨٦
الفرع الثالث : الغصب ٢٨٧-٢٩٦

الفصل الثـانى
مسئولية الانسان عن عمل الغير وعن الاشياء
المبحث الاول
مسئولية الانسان عن عمل الغير
الفرع الاول : مسئولية الانسان عمن هم تحت رعايته ٢٩٧-٣٠١
الفرع الثانى : مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه ٣٠٣

شـروط المسئولية
على من تقع المسئولية ٣٠٧
اساس المسئولية وطريقة التخلص منها ٣٠٨
رجوع المسئول عن عمل الغير من احداث الضرر ٣٠٩

المبحث الثـانى
الفرع الاول : المسئولية عن فعل الحيوان ٣١٠-٣١٩
شروطها وعلى من تقع واساسها وطريقة التخلص منها

النبـــذة

الفرع الثانى : المسئولية عن الاشياء غير الحية ٣٢٠-٣٣٠

صورها ، شروطها ، اساسها طريقة التخلص منها .

الباب الرابع

المصدر الرابع ـ الكسب دون سبب

تمهيد وتقسيم ٣٣١

الفصل الاول

النظرية العامة للكسب دون سبب

المبحث الاول : شروط النظرية ٣٣٢-٣٣٥

المبحث الثانى : احكامهـا ٣٣٦-٣٣٧

الفصل الثـانى

تطبيقات فكرة الكسب دون سبب

المبحث الاول : المدفوع دون حق ٣٣٨

الفرع الاول : شـروطه ٣٣٩-٣٤٠

الفرع الثانى : احكامـه ٣٤١-٣٤٣

المبحث الثانى : قضاء دين الغير ٣٤٤-٣٤٦

الباب الخامس

القـــانون ٣٤٧

الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٩	١٩	القاني	القانوني
٣٢	١٢	الآداب	الاقتصاد
٣٦	٧	لا يدل	يدل
٣٨	٧	الملكي	المالكي
٤١	١٣	مـم	مـع
٤٢	١٩	الى رجعنا	اذا رجعنا
٤٥	٨	غالبين	غائبين
٤٥	١٠	لالى	لا الى
٥٧	٩	دن	دون
٩٢	١٢	الويعة	الوديعة
١٢٨	١٥	ولكن لا عـلى أسـاس فسخ العقد بل عـلى أساس استبقائه والتمسك بتنفيـذه عن طـريق التعويض	تحذف

وهناك بعض الاخطاء الطفيفة التي لا تخفى على القارىء .

۱۵۰۰/۱۰۳
۱۹۷۰/۲/۱۵

Date Due

Demco 38-297

NYU - BOBST
31142 02840 8121
JQ1825.I7 D45
Usul al-ifitzam, sharh al-qanu