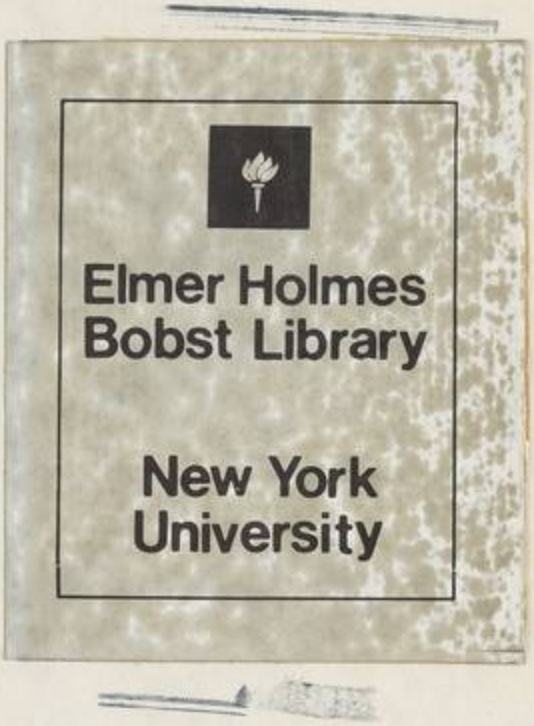
الموجز
في
شرح القانون المدني
الجزء الأول
في
مصادر الالتزام
مع المقارنة بالفقه الإسلامي

تأليف
عبدالمجيد الحكيم
(دكتور في القانون)
استاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة بغداد
عميد كلية الحقوق وكالة سابقا

طبعة ثانية
منقحة ومضاف اليها أحكام محكمة تمييز العراق
١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م
شركة الطبع والنشر الاهلية ذ٠ م٠ م ـ بغداد

BOBST LIBRARY
3 1142 02840 8188



al-Ḥakīm, ʿAbd al-Majīd

الموجز
في
شرح القانون المدني

الجزء الأول

v. 1

في

al-Mūjaz fī sharḥ al-Qanūn al-madanī

مصادر الالتزام

مع المقارنة بالفقه الإسلامي

تأليف

عبدالمجيد الحكيم

(دكتور في القانون)

استاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة بغداد

عميد كلية الحقوق وكالة سابقا

طبعة ثانية

منقحة ومضاف اليها أحكام محكمة تمييز العراق

١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م

شركة الطبع والنشر الاهلية ذ٠ م٠ م ـ بغداد

NEW YORK UNIVERSITY LIBRARIES
NEAR EAST LIBRARY

Near East
JQ
1825
.I7
.H3
v.1
c.1

4-5-67 ع

اني رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا في يومه الا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذان لكان أجمل • وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر •

العماد الاصفهاني

مقدمة الطبعة الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله علـى محمد وعـلى آله واصحابه اجمعين ، وبعد .

لا يخفى ما لنظرية الالتزام من أهمية بالغة فى دراسة القانون. فهي منه بمثابة العمود الفقري من جسم الكائن الحي ، تمسك هيكله ، وتقيم قواعده، وينبسط سلطانها على جميع نواحيه . وهي الاصل فى تفسير امهات المسائل فى ميدان القانون الخاص ، بل القانون العام . لذلك لم يكن للمتفقـه فى علم القانون بد من دراستها وادراك مداليلها والرجوع الى اصولها ، وبقدر تمكنه من ذلك يقاس ادراكه القانوني وتكوينه الفقهي .

وقد بدأت قبيل ثورة الرابع عشر من تموز الخالدة تأليف كتاب لطلبـة السنة الثانية فى كلية الحقوق ، يلم شتات هذه النظرية ويوضح احكامهـا ومبانيها . الا ان السنة الاولى من التدريس اظهرت توسعا فى الكتـاب لا يساعد على اكمال المنهج فى سنة دراسية واحدة ، لذلك رأيت ان اوجزه فى كتاب اخر ، على ان لا يخل الايجاز بوضوح الشرح ولا بترابط اجـزاء الموضوع ، ويساعد فى الوقت نفسه على اكمال المنهج فى السنة الدراسية. وهذا الكتاب هو الذي بين ايديكم الان ، وقد اثرت ان اسمية « الموجز » . اما

الكتاب الاول ، فساستمر فيه حتى انتهى منه بعون الله، وسأسميه «الوسيط»، وسيكون ، ان شاء الله ، مرجعا لا بأس به للحكام والمحامين ، وللمشتغلين بالقضايا الحقوقية بصورة عامة .

هذا ومن الله تعالى ارجو التوفيق فى انجاز هذا العمل ، وكل عمل ، على خير الوجوه واحسنها ، انه سميع مجيب ، وهو من وراء القصد .

مقدمة الطبعة الثانية

هذه هي الطبعة الثانية لمصادر الالتزام اضعها بين يدي المشتغلين بالامور الحقوقية بصورة عامة ، وبين يدي اخواني طلبة كلية الحقوق بصورة خاصة . والشيء الذي تزيد به هذه الطبعة على سابقتها هو اني حاولت ان اظهر فيها القضاء العراقي جهد الامكان . ولم يكن هذا بالامر اليسير في الطبعة الاولى لعدم وجود مجموعات تضم احكام هذا القضاء يمكن الرجوع اليها . ولكن ظهور كتاب « القضاء المدني العراقي » للاستاذ سلمان بيات ذلل هذه الصعوبة الى حد كبير . وهو جهد يشكر عليه مؤلفه . ومما ساعدني في هذا الصدد ايضا مجموعة من قرارات محكمة التمييز زودني بها الاستاذ محمد شفيق العاني رئيس محكمة التمييز ، فله مني الشكر .

ومما يجب الاشارة اليه هنا امران :

الاول ـ اننا متخلفون في هذا الصدد الى درجة كبيرة ، بالنسبة الاقطار الاخرى . فالباحث لا يجد امامه احكام القضاء مصنفة في مجموعات منتظمة يمكن الرجوع اليها ، كما عليه الحال في بقية الدول . وهذا التخلف يجب معالجته معالجة جدية وسريعة . فلا يصح ان نبقى على هذه الدرجة من التخلف والعالم يسير بخطى واسعة في هذا المضمار . وقد علمت انه قد أسس مؤخرا في محكمة التمييز مكتب فني مهمته سد النقص الذي نشعر به في هذا الميدان . فنرجو ان يكون تأسيس هذا المكتب فاتحة خير ، وان ينجح في مهمته .

الثاني ـ ان من يتصفح احكام المحاكم العراقية يصاب بخيبة امل

كبيرة . فهو لا يجد فيها تلك المناقشات العلمية للمبادىء القانونية التي يجدها فى أحكام المحاكم فى الدول الاخرى كمصر وفرنسا . وهو يفتقد فيها حتى التعليل الذي يجب ان تعلل به الاحكام القضائية . ومما هو ادهى من ذلك وأمر ان اغلب الاحكام لا تذكر فيها المحكمة المادة القانونية التي تستند اليها فى حكمها . وهذا ما يجعل عمل الباحث عسيرا جدا . هذا بالاضافة الى ملاحظة أحكام متعارضة لمحكمة التمييز فى قضايا متشابهة ، مما يدل على ان هذه المحكمة غير مستقرة على مبدأ معين فى هذه الاحكام .

هذا واني لم اقصد مما تقدم الاساءة الى سمعة القضاء العراقي . بل ، على العكس من ذلك ، انما قصدت تنبيه الحكام بصورة عامة ، واعضاء محكمة التمييز بصورة خاصة ، الى هذا النقص الذي يشعر به كل مشتغل بالامور الحقوقية والقانونية ، وذلك ليعملوا على سده فى المستقبل .

هذا ومن الله تعالى نرجو التوفيق والسداد وان يجعل عملنا خالصا لوجهه ، فهو من وراء القصد وهو نعم المولى ونعم النصير .

المؤلف

بغداد فى ٢٣ جمادى الاولى ١٣٨٢ هـ
١١ تشرين الاول ١٩٦٣ م

كلمة تمهيدية

في التعريف بالالتزام

١ ـ تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني

أقسام القانون المدني

١ ـ ينقسم القانون المدنى الذى ينظم العلاقات بين الافراد ، الى قسمين رئيسين : الاحوال الشخصية والمعاملات .

فقواعد الاحوال الشخصية تنظم علاقة الفرد باسرته ، من زواج وطلاق ونفقة ووصية وميراث ، الخ .. وقواعد المعاملات تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المـــال .

والمال اذا نقل من لغة الاقتصاد الى لغة القانون سمى حقا ، والحق مصلحة يحميها القانون . وهو اما عينى او شخصى . وهناك نوع ثالث من الحقوق يسمى بالحق الادبى او حق الابتكار .

(١) الحق العيني
(DROIT REEL)

٢ ـ والحق العينى عبارة عن سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص على شىء معين بالذات .

أنواع الحق العيني : حق عيني أصلي وحق عيني تبعي

٣ ـ والحق العينى نوعان اصلى وتبعى . والحق العينى الاصلى حق قائم بنفسه وله وجود مستقل ، ومثاله حق الملكية وحق الارتفاق .
والحق العيني التبعي حق غير قائم بنفسه وليس له وجود مستقل ، فهو تابع لحق شخصى . ومثاله حق الرهن .

(ب) ـ الحق الشخصي

(DROIT PERSONNEL)

٤ ـ ينشأ من تعامل الافراد في المجتمع روابط قانونية بينهم ،وبمقتضى هذه الروابط يكون بعض الافراد ملزما بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل لمنفعة افراد اخرين • فالرابطة القانونية لها اركان ، وهذه الاركان هي:طرفا الرابطة ومحلها •

٥ ـ وطرفا الرابطة القانونية هما :

١ ـ الشخص الملزم بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل ، ويسمى المدين•

٢ ـ صاحب الحق في مطالبة الطرف الاخر بالقيام بالعمل او بالامتناع عن عمل ، ويسمى الدائن •

٣ ـ اما محل الرابطة القانونية ، فهو ما يجب ان يقوم به او يمتنع عنه المدين • وهذا المحل هو التزام على المدين وحق شخصي للدائن • فالحق الشخصي والالتزام هما اذن محل الرابطة القانونية •

٦ ـ وينطبق هذا التحليل على جميع الروابط القانونية ، بصرف النظر عن المصدر الذي انشأها • فالبائع ملزم بتسليم المبيع والمشتري صاحب حق شخصي بتسلمه ، والمشترى ملزم بدفع الثمن والبائع صاحب حق شخصي في اقتضائه • والذي يحدث ضررا لاخر ملزم بتعويض هذا الضرر ،والمتضرر صاحب حق شخصي في الحصول على مبلغ التعويض•والقريب الغني ملزم قانونا بالنفقة على قريبه الفقير ، وهذا القريب الفقير صاحب حق شخصي بمبلغ النفقة ، وهكذا الخ ...(١)

التمييز بين الحق الشخصي والالتزام

٧ ـ يتضح مما تقدم ان الحق الشخصي والالتزام هما محل الرابطة القانونية • فاذا نظرنا الى هذا المحل من ناحيته السلبية ، أي من ناحية

---

(١) الاستاذ مصطفى الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري، ف٣٥ ، ٣٦

المدين ، سميناه التزاما ، واذا نظرنا اليه من ناحيته الايجابية ، أي من ناحية الدائن ، سميناه حقا شخصيا • فالحق الشـــخصي يبقى اذن متميزا من الالتزام فهما وجهان مختلفان لشيء واحد هو محل الرابطة القانونية ، ولا يمكننا ان نعتبرهما شيئا واحدا •

٨ ــ ومع ذلك ، نرى الفقهاء الغربيين ، يتبعهم فى ذلك الفقها المصريون واغلب الفقهاء فى بقية البلدان العربية ، نراهم يخلطون بين الحق الشخصى والالتزام ويعتبرونهما شيئا واحدا لانهما طرفا الرابطة القانونية التي يجتمع فيها الحق الشخصي والالتزام ، ويجمعون بينهما فى تعريف واحد ، فيقولون: « الحق الشخصى هو الالتزام » او «الحق الشخصى والالتزام شىء واحد» ....الخ(١) • وهناك فرق آخر بين الحق الشـــخصي والالتزام هـــو ان الحق الشخصى ينتقل بالميراث اما الالتزام فلا ينتقل •

القانون المدني العراقي

٩ ــ وقد اتبع القانون المدنى العراقى هذا الرأي • فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٦٩) منه على انه : « يؤدي التعبير بلفظ «التزام» وبلفظ « الدين » نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ « الحق الشخصي » • ومعنى هذا النص ان الحق الشخصى والالتزام مترادفان فى المعنى والمفهوم •

ونحن لانرى هـــذا النص موفقا • فالحق الشخصى ، كمـــا قلنا قبـــل قليل ، ليس هو الالتزام ذاته ، بل هو واياه وجهان مختلفان لشيء واحد هو محل الرابطة القانونية ، فبينهما تقابل وتلازم فى الوجود مع اتحادفى الموضوع فلا يتصور وجود احدهما دون وجود الاخر • فلا يتصـــور وجـــود حق شخصى لاحد دون التزام بحمله على شخص اخر، كما لايتصور قيام التزام على شخص بشيء مادون وجود حق فى ذلك الشيء لاخر • ولكن هذا التقابل

---

(١) تراجع هذه التعاريف في كتابنا « الوسيط » ، ص ١٩ ، مع المراجع المشار اليها في الهوامش •

والتلازم فى لوجود والاتحاد فى الموضوع لايجعل منهما شيئا واحدا • هذا بالاضافة الى ماسبق ان قلناه من ان الحق الشخصي ينتقل بالميراث امـــا الالتزام فلا ينتقل •

مهاجمة تقسيم الحق الى شخصى وعيني

١٠ ــ يرقى تقسيم الحقوق الى عينيه وشخصية الى زمن الرومان ، ولا يزال التمييز بين هذين النوعين من الحقوق من المسائل الرئيسة فى القانون المدنى • وقد انتقد بعض الفقهاء هذا التمييز • وهؤلاء الفقهاء فريقـان : فريق يقرب الحق العينى من الحق الشخصى ، وفريق ، على العكس ، يقرب الحق الشخصى من الحق العينى • ونرى حجج كل من الفريقين على حدة •

١ ــ تقريب الحق العيني من الحق الشخصى

١١ ــ يذهب الفريق الاول ،وعلى رأسهم پلانيول،الى ان الحق العينى كالحق الشخصى رابطة بين شخصين ، لان القانون انما ينظم الروابط بين الاشخاص•ولا يمكن ان يقال عن الحق العينى انه رابطة بين الشخص والشىء لان الروابط القانونية انما تكون بين الاشخاص • فيتفق فى هذه الناحيـة اذن الحق العينى والحق الشخصى • ويضيف انصار هذا الرأي الى ذلك شبها اخر بين الحق العينى والحق الشخصى ، فيقولون ان الحـق العينى يشتمل مثل الحق الشخصى على ثلاثة عناصر : محل الحق والدائن والمدين • انما الفرق بينهما فى مدى الالتزام الذى ينشئه كل منهما ، وفى محله (أي محل الالتزام) ، وهذه فروق غير جوهرية مادامت لاتمس طبيعة الحقين • اما عن مدى الالتزام ، فالمدين فى الحق الشخصى معين بذاته ، فى حـــين ان المدين فى الحق العينى هو الناس كافة ، فهو حق شـخصى عـام من حيث المدين (PASSIVEMENT UNIVERSEL) اماعن محل الالتزام فهو فى الحق العينى التزام بامتناع دائما ، فالناس كافة ملزمون بعـدم التعرض لصاحب الحق ، فى حين ان محل الالتزام فى الحق الشخصى قد يكون عملا وقد يكون امتناعا عن العمل •

الرد على هذا الراي

١٢ ــ هذا مايقول به الفريق الاول ، وهم يرمون من وراء ذلك الى هدم التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى وادماج الاول فى الثانى باعتبار الحقوق روابط بين الاشخاص دائما • ويرد على هذا الرأي بان الحق العينى ليس رابطة بين الشخص والشيء ، فالروابط لاتكون الا بين الاشخاص ، ولكنه سلطة لشخص على شيء •

اما القول بان الحق العينى هو حق شخصى عام من حيث المدين ، ففيه مغالطة عند التعمق فى النظر • فهو يقول بوجود الالتزام حيث لا التزام • فالالتزام الذى يقول به ليس الا الواجب العام المفروض على جميع الناس بعدم التعرض لصاحب الحق العيني • وهذا الواجب العام ليس مقتصرا على الحق العيني ، بل هو ثابت للحق الشخصي ايضا ويلتزم الناس كافة باحترامه ، واذا اخل احدهم بهذا الواجب الزم بالتعويض • فاذا حرض احد مثلا المدين على عدم تنفيذ التزامه كان مسؤولا عن تعويض الدائن عن الضرر الذى يصيبه نتيجة ذلك•وهذا الواجب العام الذى يقول به انصار تقريب الحق العينى من الحق الشخصى موجود كذلك بالنسبة للحقوق غير المالية ، او مجرد الرخص ، كحق الانسان فى الترشيح للانتخابات وحقه فى التوظف او فى الزواج ، الخ •• ، فلا يجوز لاحد ان يتعرض للانسان فى ممارسته لهذا النوع من الحقوق • فهل يمكن القول بان هذا النوع من الحقوق يوجد رابطة بين مجموع الناس وبين صاحب الحق؟الجواب البديهى عن هذا السؤال بالنفى • ذلك ان واجب الناس بعدم التعرض لهذه الحقوق ناشىء عن وجوب احترامهم للقانون •

٢ ــ تقريب الحق الشخصى من الحق العيني

١٣ ــ وذهب الفريق الثاني ، وعلى رأسهم الاستاذان سالي ولامبير الى ان الحق الشخصى هو كالحق العينى عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف

به صاحبه كل انواع التصرفات • فيبرز انصار هذا الرأي فى الحق الشخصى اهمية محله كقيمة مالية منفصلة عن شخص الدائن وعن شخص المدين يمكن ان ترد عليها كل التصرفات التى ترد على الحق العينى ، وبذلك يتقرب الحق الشخصي من الحق العيني • وهذا هو المذهب المادي فى الالتزام ، وسنعود اليه بعد قليل •

كان حظ هذا المذهب من الانتشار اكبر من حظ سابقه • فهو يساير التطور القانوني الحديث ويفي بحاجات كثيرة اهمها تسهيل التعامل بالقيم المالية • ولكنه بالرغم من انتشاره ومسايرته للتطور القانونى ، لايهدم التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى • فمع انه يمكن النظر الى الحق الشخصى نظرة مادية باعتبار محله لا باعتبار اشخاصه ، ويكون فى ذلك تقريب بينه وبين الحق العينى ، الا انه يبقى هناك فرق جوهرى بين الحقين • فالدائن فى الحق العينى يستعمل حقه مباشرة على العين محل الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي الذي ليس للدائن فيه الا سلطة غير مباشرة على الشىء محل الحق ، وهو لايستعمل هذه السلطة الا بواسطة المدين •

بقاء التمييز بين الحقين قائما

١٤ــ بالرغم من الجهود التى بذلها كل من الفريقين ، لايزال التمييز بين الحقين قائما ومحتفظا باهميته • فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشىء ، والحق الشخصى رابطة بين شخصين • والشىء المهم فى الحق العينى هو تحديد محله ، اما فى الحق الشخصى فالشىء المهم فيه هو تحديد المدين ويختلف الحق الشخصى عن الحق العينى من امر جوهري هو ان الدائن يباشر سلطته على الشىء محل حقه بواسطة مدينه ، بينما هو يمارسها فى الحق العيني مباشرة بدون هذا التوسط •

اهمية التمييز بين الحقين

١٥ ــ يترتب على التمييز بين الحقين بعض النتائج ، نوجز اهما فى مايلى:

١ ـ لما كان الحق العينى سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء فى يد أي شخص انتقلت اليه • وهذا مايسمى بحـــق التتبع (DROIT DE SUITE)

٢ ـ ولصاحب الحق العينى كذلك ان يتقدم على الدائنين الشخصيين فى اقتضاء حقه من الشيء ، وهذا ما يسمى بحق التقدم (DROIT DE PRFERENCE)

١٦ ـ وعلى اساس التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ينقسم القانون المدنى الخاص بالمعاملات الى قسمين رئيسين هما : قســـم الحقوق الشخصية وقسم الحقوق العينية • ولا شأن لنا بالقسم الثانى فى هذا الكتاب بل سيكون كلامنا مقتصرا على الحقوق الشخصية ، ومن قسم الحقوق الشخصية سنقتصر على بحث النظرية العامة للالتزام فقط •

(ج) ـ الحق الادبي أو حق الابتكار

١٧ـ ادى تطور المجتمعات من النواحى الاقتصادية والثقافية والصناعية والعلمية الى ظهور نوع من الحقوق لايمكن ادراجه مع الحقوق العينية لانه ليس بسلطة لشخص على شيء، ولا مع الحقوق الشخصية لانه لايعطى صاحبه الحق فى ان يطلب من شخص اخر القيام بعمل أو الامتناع عن عمل• مثال ذلك المخترع والمؤلف وكل مبتكر لاثر فنى او صناعى فى ما ابتكره او اكتشفه• فهولاء لهم حق الاحتفاظ بثمرة مجهودهم الفكرى ونسبة ما اوجدوه اليهم واحتكار المنفعة المالية التى يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه • هذا الحق يسمى بالحق الادبى او حق الابتكار •

٢ ـ هل الالتزام رابطة بين شخصين أم علاقة بين ذمتين

المذهبان الشخصى والمادي في الالتزام

١٨ ـ كان الالتزام فى القانون الرومانى عبارة عن رابطة قانونية بين الدائن والمدين • وقد كانت هذه الرابطة فى بداية الامر تعطى الدائـــن سلطة واسعة على جسم المدين ، بحيث كان فى استطاعته أن يتصرف به وان يسترقه ، بل ويقتله • فكان الحق الشخصى فى ذلك الوقت لايختلف كثيرا

عن الحق العينى • فكان عبارة عن سلطة ، كل ما فى الامر أن هذه السلطة كانت ترد فى الحق العينى على مال معين بينما هى فى الحق الشخصى كانت ترد على شخص المدين • ولكن هذه السلطة تلطفت حتى أصبحت قاصرة على التنفيذ البدنى بحبس المدين ليستوفى الدائن منه دينه • ولم يصل الامر الى قصر حق الدائن على التنفيذ على مال المدين الا بعد تطور طويل (١) • فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصرا موجبا فى ذمة الدائن وعنصرا سالبا فى ذمة المدين •

ولا يزال هذان المظهران للالتزام باقيين الى اليوم• وقد تأثر بهما الفقه والقوانين الحديثة وانقسموا قسمين: قسم يعطي الاهمية الى الناحية الشخصية فى الالتزام وهذا هو المذهب الشخصى فى الالتزام ، وهو مذهب القوانين المستمدة من القانون الرومانى وعلى رأسها القانون الفرنسى • وقسم يعطى الاهمية الى الناحية المادية فى الالتزام ، أي الى محله ، وهذا هو المذهب المادى فى الالتزام ، وهو مذهب القانون الالمانى الحديث •

المذهب الشخصى في الالتزام (THEORIE SUBJECTIVE)

١٩ ــ يرى المذهب الشخصى أن أهم شىء فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين • ويظهر أثر هذا المذهب فى التعريف الذى يعطيه أنصاره للالتزام • فيعرفه الاستاذ بلانيول مثلا بأنه : « رابطة قانونية بين شخصين يكون بمقتضاها لاحدهما ، وهو الدائن ، الحق فى تقاضى شىء معين من الاخر ، وهو المدين » •

وزعيم هذا المذهب هو الفقيه الالماني ساڤيني الذي كان يرى فى الالتزام سيادة الدائن على المدين • وتظهر هذه السيادة HERRSCHAFT (٢) فى

---

(١) لم تعترف الشريعة الاسلامية بأي حق للدائن على جسم مدينه ، حتى ولم تجز حبس المدين المعسر • وكل ما اعطت الدائن من حق انما هو في التنفيذ على أموال مدينه • وهذا ما لم تصل اليه القوانين الغربية الا بعد تطور دام قرونا طويلة •

(٢) من HERR أي سيد •

تقييد حرية المدين لمصلحة الدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق ، ولكنه رق مخفف • والملكية والالتزام فى نظر سافيني شيئان من طبيعة واحدة ولا يختلفان الا فى الدرجة ، ففى الملكية يكون الخضوع كليا ، أما فى الالتزام فانه جزئي ، ولكنه موجود فى الحالتين •

المذهب المادي في الالتزام (THEORIE OBJECTIVE)

٢٠ ــ لم تنجح نظرية سافيني فى المانيا ، وقد قام فى وجهها فقهاء المان أمثال جيركه (GIERKE) وكوهلر (KOHLER) وأبوا أن تستمر فى الفقه الالمانى ، بعد ان عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية الاصل •

والشىء الجوهري فى الفكرة الجرمانية فى الالتزام أنها لاتقف عند الرابطة الشخصية بل تنظر الى محل الالتزام وهو العنصر الاساسى ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، فيصبح الالتزام عنصرا ماليا أكثر منه رابطة بين شخصين • فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ويصبح قيمة مالية يمكن أن ترد عليها كل أنواع التصرفات •

هذا هو المذهب المادي فى الالتزام ، لم يقتصر على المانيا وحدها ، فقد جاهد الفقيه الفرنسى الكبير سالي كثيرا لنشره فى فرنسا ، ولكنه لم يفلح فى ذلك بسبب تأثر القانون الفرنسى بالقانون الرومانى تأثرا كبيرا •

عنصرا المديونية والمسؤولية في الالتزام

٢١ ــ يميز الفقهاء الالمان بين عنصرين أساسيين فى الالتزام ، هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية •

فعنصر المديونية (SCHULD) يتضمن ناحية الوجوب فى الالتزام • فهو واجب قانوني يقوم به شخص لآخر • فالمديونية اذن رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء • وهي لاتتضمن عامل الاجبار على الوفاء •

أما عنصر المسؤولية (HAFTUNG) فيتضمن ناحية الاجبار ، الاجبار على تنفيذ الالتزام عند عدم قيام المدين بتنفيذه طوعا •

٢٢ ــ والاصل ان يجتمع عنصرا المديونية والمسؤولية فى كل التزام فيكون المدين مدينا ومسؤولا فى وقت واحد . فيكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن اجباره على ذلك.ولكن قد يتوافر أحد هذين العنصرين دون الآخر . فقد يتوافر عنصر المديونية ويتخلف عنصر المسؤولية ، وفى هذه الحالة يكون الشخص مدينا ولكن لايمكن اجباره على الوفاء . وهذه الحالة تقرب من الالتزام الطبيعي فى القوانين اللاتينية (١) . وقد يتوافر عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية ، فيكون هناك شخص آخر هو المسؤول عن الوفاء اذا لم يقم به المدين الاصلى ، ويمكن اجباره على ذلك . ومثاله الكفيل ، فالكفيل ليس هو المدين ، ذلك ان عنصر المديونية غير متوافر بالنسبة اليه ، ولكن يمكن اجباره على الوفاء اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عند الاستحقاق (٢) .

النتائج العملية للمذهب المادي

٢٣ ــ النتائج العملية التى يمكن الحصول عليها من تطبيق المذهب المادى على غاية من الاهمية والخطورة . فالنظر الى الالتزام على أنه قيمة مالية يمكن التصرف بها يزيد من سرعة المعاملات ، وهذا مايتطلبه التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة التى اشتدت فيها حركة الانتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة .

---

(١) الالتزام الطبيعي هو الذي لا يمكن الاجبار على تنفيذه . وسنعود اليه فيما بعد .

(٢) ويعرف الفقهاء المسلمون مثل هذه التفرقة التى يقول بها الفقهاء الالمان بين عنصري المديونية والمسؤولية . فهم يفرقون بين « الدين » و « المطالبة » ويقولون بان الحق المجرد ، أو الدين المجرد ، قد يكون لشخص أو على شخص ، بينما المطالبة تكون على أو لشخص آخر (الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، رسالة الدكتوراه ، ف ١٩٢) . فيذهب محمد بن الحسن الشيباني ، تلميذ ابى حنيفة ، في حوالة الدين الى ان المطالبة وحدها تنتقل الى المحال عليه دون الدين ، فيبقى الدين دون المطالبة في ذمة المدين (الجزء الثاني من كتابنا هذا ، ف٥٠٥) .

وقد انتشر هذا المذهب فى اوربا انتشارا واسعا • ومما ساعد على انتشاره النتائج العملية التى يؤدي اليها • ومن هذه النتائج :

أولا ــ ان فصل أشخاص الالتزام عن محله واعتباره قيمة مالية جعل فى الامكان تغيير أشخاص الالتزام مع بقاء محله قائما • فامكن بذلك أن يتحول من دائن الى دائن (حوالة الحق) ، ومن مدين الى مدين (حوالة الدين) • وهذا لاغنى عنه فى المعاملات والتجارة الحديثة •

ثانيا ــ لما كانت العبرة فى الالتزام بمحله لا بأشخاصه ، فقد أصبح فى الامكان انشاء الالتزام دون دائن وقت نشوئه ، فيستند الالتزام الى المدين وحده ، أما الدائن فيتحدد عند تنفيذ الالتزام • وقد ساعد هذا التحليل على تفسير الكثير من المسائل القانونية التى لايمكن تفسيرها باتباع المذهب الشخصى • فمن هذه المسائل :

١ ــ التزام المدين بارادته المنفردة • فقد أصبح من الممكن الالتزام بالارادة المنفردة لدائن غير معين • ومثاله الوعد بجعل أو جائزة لمن يقوم بعمل معين ، كالعثور على شيء ضائع او اكتشاف دواء لمرض ما أو اختراع آلة لغرض علمي • مثل هذا الامر أصبح ضروريا فى الوقت الحاضر الذي يقوم على الاختراعات والاكتشافات العلمية ، لانه هو الذى يشجع العلماء والمخترعين ويدفعهم الى الابداع والابتكار • ولا يمكننا الوصول الى ذلك اذا اقتصرنا على المذهب الشخصي الذي يستلزم وجود طرفى الالتزام كليهما عند نشوء الالتزام •

٢ ــ الاشتراط لمصلحة الغير • فاذا امن شخص على حياته لمصلحة من سيولد من أولاده ، فالالتزام ينشأ دون ان يوجد دائن • ولا يمكننا تفسير مثل هذا الالتزام الا وفقا للمذهب المادى •

٣ ــ السند لحامله • فموقع السند يلتزم لدائن غير معين وقت اصدار السند • وهنا ايضا لايمكننا تفسير هذا الالتزام الا بواسطة المذهب المادى •

٣ ــ اختيار تعريف للالتزام وللحق الشخصى

٢٤ ــ بعد هذه النظرة العامة للالتزام نستطيع ان نختار تعريفا له •

وخير تعريف هو مايكون جامعا مانعا : يجمع تحته جميع افراد المعرف ، ويمنع غير افراد المعرف من الدخول تحت التعريف . وقد سبق ان انتقدنا اعتبار الفقهاء للالتزام وللحق الشخصى شيئا واحدا ، وقلنا ان كلا منهما يمثل جانبا من الرابطة القانونية يختلف عن الجانب الذى يمثله الاخر. لذلك فاننا نرى وجوب تعريف الالتزام والحق الشخصى بتعريفين مختلفين . وخير تعريف يمكن ان نعطيه للحق الشخصى هو الذى يبرز حالة الدائنية ، وخير تعريف للالتزام هو الذى يبرز حالة المديونية . وعليه فاننا نقترح التعريفين التاليين لكل من الالتزام والحق الشخصى :

تعريف الالتزام

الالتزام حالة قانونية يكون فيها على الشخص ان يقوم بعمل او يمتنع عن القيام بعمل .

تعريف الحق الشخصى

الحق الشخصى حالة قانونية يكون فيها للشخص ان يطلب من غيره القيام بعمل او الامتناع عن عمل .

ونحن لانزعم العصمة لهذين التعريفين ولا الكمال من العيوب ، بل نرجو ان نفتح بهما الطريق لمن يأتي بعدنا ليعيد فيهما النظر ، حتى يصقلهما النقد والتحوير فيستقرا على الشكل الذى يوضح حقيقة كل من الحق الشخصى والالتزام .

٤ ـ تقسيم نظرية الالتزام

٢٥ ـ جرت عادة الكتاب على معالجة نظرية الالتزام فى قسمين رئيسين :

القسم الاول ـ ويبحث فيه مصادر الالتزام المنشئة له فى نظر القانون والفقه . وهذه المصادر هى : العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والكسب دون سبب ، والقانون .

القسم الثانى ـ ويبحث فيه الاحوال التى تعترى الالتزام بعد نشوئه . وهذا القسم يسمى فى اصطلاح الفقهاء بـ « احكام الالتزام » او « الالتزام فى حد ذاته » ، اي الالتزام مجردا بصرف النظر عن مصدره الذى انشأه واوجده . فيبحث فيه الاحكام التى تنطبق على جميع انواع الالتزامات بصرف النظر عن مصدرها .

والمسائل التى يبحثها الفقهاء فى هذا القسم هى :

١ ـ تنفيذ الالتزام ، من تنفيذ عينى وبمقابل ، والوسائل المؤدية اليه

٢ ـ اوصاف الالتزام ، وهي الاجل والشرط .

٣ ـ انتقال الالتزام ، ويبحث فيه حوالة الحق وحوالة الدين .

٤ ـ انقضاء الالتزام ، ويبحث فيه الطرق التى ينقضى بها الالتزام .

٥ ـ اثبات الالتزام ، وهذا القسم وان كان لايدخل فى القواعد الموضوعية لنظرية الالتزام ، الا ان عادة الفقهاء قد جرت على بحثه مع احكام الالتزام

ونحن سنتبع هذا التقسيم فى دراستنا ، فنقسم البحث الى قسمين ، نخصص الاول لمصادر الالتزام ، والثانى لاحكامه .

مصادر الالتزام

SOURCES DES OBLIGATIONS

مقـــدمة

في ترتيب مصادر الالتزام

تعريف مصدر الالتزام

٢٦ ــ مصدر الالتزام هو العمل القانونى او الواقعة القانونية التى انشأت الالتزام • فالتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشترى بدفع الثمن مصدرهما عقد البيع ، والتزام المؤجر بتسليم المأجور والتزام المستأجر بدفع الاجرة مصدرهما عقد الايجار ، والتزام من احدث ضررا لغيره بفعلـــه بتعويض الضرر هو العمل الضار ، وهكذا ..

الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٢٧ ــ كان الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام ، والذى اخـذ بـــه القانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ ، يقسم مصادر الالتزام الى خمسة : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة ، والقانون •

فالعقد هو اتفاق ارادتين على انشاء التزام • مثال ذلك عقد البيع ، فهو ينشىء على عاتق البائع التزاما بتسليم المبيع وعلى عاتق المشترى التزامـا بدفـــع الثمن •

وشبه العقد عرفته المادة (١٣٧١) من القانون المدنى الفرنسى بانه عمل ارادى مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، واحيانا التزام متبـــادل بين الطرفين • ومثال شبه العقد عمل الفضولى • فالفضولى يقـوم باختيـاره بعمل لمصلحة شخص اخر دون اتفاق سابق معه ، كالجار الذى يقوم بترميم دار جاره الايله للسقوط • هذا التدخل من جانب الفضولى ينشىء عـلى عاتقه التزاما بالاستمرار فى العمل حتى نهايته ، وبتقديم حساب عنه • وقد ينشىء هذا العمل على عاتق الجار الغائب (رب العمل) التزامان بان يعوض الفضولي عما صرفه من المصروفات الضرورية والنافعة ، وبان ينفذ ماعقده من التزامات فى سبيل القيام بمهمته (م ١٣٧٥ مدني فرنسي) •

والجريمة هي العمل الضار الذي يأتيه فاعه متعمدا بقصد الاضرار بالغير، فيلتزم بتعويض الضرر الذي احدثه . ومثاله اتلاف مال الغير عمدا .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها فى انه غير مصحوب بنية الاضرار ، بل يأتيه فاعله عن اهمال وعدم احتياط فيلتزم بتعويض الضرر كما فى الجريمة . ومثاله ان يقود الانسان سيارة بسرعة غير معتادة فيدعس شخصا .

والقانون يكون ايضا مصدرا للالتزام فى حالات معينة ينص هو عليها . مثال ذلك التزامات أفراد الاسرة بعضهم نحو بعض ، كالتزام الاب بالانفاق على اولاده ، والغنى من افراد الاسرة على الفقير منهم ، وغير ذلك . وكذلك يفرض القانون بعض الالتزامات على الجار نحو جاره .

هذه هى مصادر الالتزام حسب الترتيب التقليدى . وقد اتفق الفقهاء فى العصر الحاضر على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم لم يتفقوا على الترتيب الذى يجب الاخذ به . الا ان هناك مبلا فى القوانين المدنية الحديثة ، وخاصة اللاتينية منها ، الى الاخذ بترتيب حديث لمصادر الالتزام .

ونرى اولا الانتقادات الموجهة الى الترتيب التقليدى ، ثم الترتيب الحديث الذي اخذ به القانون المدني العراقي .

١ ـ الانتقادات الموجهة للترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٣٨ ـ تتلخص الانتقادات الموجهة الى الترتيب التقليدي فى اثنين :

اولا ـ انه غير صحيح من الناحية التاريخية ، فهو يرجع الى القانون الرومانى ولكن هذا القانون لم يقل به .

ثانيا ـ انه تقسيم يعوزه المنطق

ونرى كلا من هذين الانتقادين على حدة .

النقد الاول ـ الترتيب التقليدي غير صحيح من الناحية التاريخية

٢٩ ـ كان القانون الرومانى فى عهده المدرسى يرجع الالتزامات الى نوعين من المصادر : العقد(CONTRACTUS) والجريمة (DELICTA) وكانت هناك مصادر اخرى للالتزامات لاتنشأ عن عقد ولا عن جريمة ولا يجمع بينهما جامع ، ولم يحاول القانون الروماني ترتيبها ، فسماها الفقهاء الرومان بـ « الاسباب المختلفة » (VARIAE CAUSARUM FIGURAE)

وقد لاحظ الفقيه الرومانى كايوس ان هذه الاسباب المختلفة للالتزام تتضمن اعمالا مشروعة واعمالا غير مشروعة • فوضع الالتزامات الناشئة عن الاعمال المشروعة بجانب العقود المعروفة بحجة انها تتفق معها فى الحكم والاثر ، وعبر عن ذلك بقوله : ان المدين يلتزم كما لو كان قد تعاقد ، أي ان الالتزام فى هذه الحالة شبيه بالالتزام الناشىء عن عقد • وكذلك فعل بالنسبة لبعض الالتزامات التى تنشأ عن افعال غير مشروعة والتى لاتدخل ضمن الجرائم المعروفة ، فوضعها بجانب الالتزامات الناشئة عن الجرائم المعروفة ، وعبر عن ذلك بقوله : ان المدين يلتزم كما لو كان قد ارتكب جريمة • ولم يكن كايوس يقصد من هذا التقريب ان هذه الالتزامات تشبه الالتزامات الناشئة عن العقود او الالتزامات الناشئة عن الجرائم من حيث المصدر ، بل من حيث الحكم والاثر فقط •

هذا هو التقسيم الذى ادخله كايوس على المصادر المختلفة للالتزامات وقد تأثر به جستنيان فى نظمه ، فنص على ان الالتزامات تنشأ اما من عقد ، او مايشبه العقد ، او من جريمة ، او مايشبه الجريمة •

على ان كلا من كايوس وجستنيان لم يستعمل تعبيري «مايشبه العقد» و « مايشبه الجريمة » بالمعنى الذى استعملهما فيه الفقهاء التقليديون ومن بعدهم پوتييه الذى اخذ عنه القانون المدنى الفرنسى •

القانون الفرنسي القديم

٣٠ ــ اما ترتيب مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى القديم ، فقد كان تحويرا مستمرا للنظرية الرومانية حتى خرجت عن المعنى الذى كان يقصده كايوس ومن بعده جستنيان • ولم يلبث التعبيران الرومانيان « ما يشبه العقد » و « مايشبه الجريمة » ان اصبحا « شبه عقد » و « شبه جريمة » • ولكن هذا التحوير فى التعبير لم يصحبه تغيير فى المعنى فى بادىء الامر ، واقتصر على اللفظ فقط •

وفى عهد اصحاب الحواشى ، او المفسرين (GLOSSATEURS) [1] انتهى التحوير فى اللفظ الى تغيير فى المعنى • فبعد ان كانت تلك الالتزامات شبيهة بالالتزامات الناشئة عن العقد وبالالتزامات الناشئة عن جريمة ، اصبحت ناشئة عن شبه عقد وشبه جريمة ، أي ان التشابه بعد ان كان فى الحكم والاثر فقط اصبح فى المصدر • وهكذا اصبحت مصادر الالتزام فى عهد اصحاب الحواشى خمسة : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة ، والقانون • وعن هولاء المفسرين نقل پوتييه ترتيبه لمصادر الالتزام ، وعن پوتييه اخذ قانون نابليون الصادر سنة ١٨٠٤ •

وهكذا يستنتج خصوم الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام انه غير صحيح من الناحية التاريخية • فالقانون الرومانى لم يقل به ، وانما جاء هذا التقسيم نتيجة خطأ فى تفسير النصوص الرومانية ، مهد له التحوير الذى جرى فى عهد اصحاب الحواشى ومن جاء بعدهم •

النقد الثاني ـ الترتيب التقليدي يعوزه المنطق

٣١ ــ ان اهم الانتقادات التى وجهت الى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام من حيث بعده عن المنطق هو اعتباره شبه العقد مصدرا مستقلا

---

(١) أصحاب الحواش ، أو المفسرون ، هم الذين كانوا يأخذون نصوص القانون الروماني ويعلقون عليها في الحاشية ، كما يفعل بالنسبة للكتب المقدسة •

للالتزام ، وكذلك تقسيمه العمل غير المشروع الى جريمة وشبه جريمة .

وقد انتقد فقهاء فرنسيون كثيرون الترتيب الذى جاء به القانون المدنى الفرنسى لمصادر الالتزام ، الا ان هذه الانتقادات لم تزعزع الاساس الذى يقوم عليه هذا الترتيب الا عند ما حمل عليه الاستاذ پلانيول «١» . وينصب نقد پلانيول على تقسيم العمل غير المشروع الى جريمة وشبه جريمة بحسب وجود او عدم وجود نية أحداث الضرر ، وعلى اعتبار شبه العقد مصدرا مستقلا للالتزام .

٣٢ــ ففيما يتعلق بتقسيم العمل غير المشروع الى جريمة وشبه جريمة بحسب وجود نية أحداث الضرر او عدم وجودها ، يرى پلانيول ان ذلك لاأهمية له ، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث مداه . فشبه الجريمة ينشىء التزاما كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملا فى الحالتين ، ولا فرق بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع كما فى المسؤولية التعاقدية .

٣٣ ــ وفيما يتعلق بشبه العقد ، لايرى پلانيول فائدة من اعتباره مصدرا للالتزام ، وهو فوق ذلك تعبير مضلل . فاصحاب الترتيب التقليدى يزعمون انه عمل ارادى مشروع ، والحقيقة انه لاهو عمل ارادى ولا هو عمل مشروع .

اما ان « شبه العقد » ليس بعمل ارادى ، فيظهر من ان الالتزام الناشىء منه ليس وليد الارادة من أي وجه ــ بله توافق الارادتين «٢» ــ بل قد ينشأ هذا الالتزام رغم اردة المدين ، لذلك لايشترط توافر الاهلية فيه بينما يشترط توافرها فى المتعاقد الذى لاينشأ الالتزام الا بارادته ، واذا كنا

---

(١) في مقال له في المجلة الانتقادية ، سنة ١٩٠٤ ، ص ٢٢٤ وما بعدها. كذلك في كتابه ، ج٢ ، ف ٨٠٦ وما بعدها .

(٢) بله ، بفتح فسكون ففتح ، معناها هنا كيف . راجع البستان ، كلمة « بله » ، كذلك القاموس المحيط ، فصل الباء ، باء الهاء ، كلمة « بله » .

فى شبه العقد قد نصادف عملا ارادیا فى بادىء الامر ، كما اذا اقام شخص بناء على ارض الغير ، وهذا من شأنه ان ينشىء التزاما فى ذمة صاحب الارض بان يرد ما اغتنى به على حساب صاحب البناء ، فليس هذا العمل الارادى هو الذى انشأ الالتزام ، وليس من صدرت منه هذه الارادة هو المدين ، بل المدين هو الشخص الاخر الذى لم يصدر منه اية ارادة ، وهو صاحب الارض الذى فوجىء بالبناء مقاما على ارضه دون ارادته .

واما ان « شبه العقد » ليس بعمل مشروع ، فيظهر اذا تعمقنا فى تحليل الالتزام الذى ينشأ عن شبه العقد ، فاننا نقف عادة فى اول الطريق عند العمل الذى يبدأ به « شبه العقد » وهذا العمل مشروع دون شك ، فمن يدفع دينا غير موجود او يقيم بناء على ارض الغير لايقوم باعمال غير مشروعة .ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشىء الالتزام ، فالمدين ليس هو الشخص الذي دفع الدين او أقام البناء ، ومعروف ان سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لابشخص الدائن ، والا اصبح الشخص مدينا بسبب لايتصل بشخصه هو بل من عمل غيره ، وهذا لا يجوز . فاذا اردنا ان تعرف سبب الالتزام ملتمسين اياه متصلا بشخص المدين ، وجدنا هذا السبب ، فى الحالتين المتقدمتين وفى الحالات الاخرى ، يرجع الى اغتناء المدين دون سبب على حساب الدائن ، نيجب عليه ان يرد للدائن ما اغتنى به على حسابه . فالاغتناء دون حق اذن هو مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع .

ومن ذلك يتبين ان « شبه العقد » لاهو عمل ارادى ، ولا عمل مشروع كما يزعمون .

٢ ـ الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٣٤ ـ وقد ادت الانتقادات الموجهة للترتيب التقليدى لمصادر الالتزام الى ظهور تقسيمات اخرى ، اهمها تقسيمان . الاول يرجع هذه المصادر الى اثنين : الارادة والقانون . والثانى يرجعها الى خمسة : العقد ، والارادة

المنفردة ، والعمل الضار ، والاثراء غير المشروع ، والقانون . وهذا التقسيم الثانى هو الذى اخذت به القوانين الحديثة ، ومنها القانون المدنى العراقى .

ونستعرض التقسيم الثنائي اولا لنخلص منه الى التقسيم الخماسى الذى يعتبر التقسيم الحديث .

أ) ـ التقسيم الثنائي لمصادر الالتزام

٣٥ ـ يرد بعض الفقهاء مصادر الالتزام الى اثنين : الارادة والقانون . واول من قال بهذا التقسيم هو الفقيه الفرنسى توليبه ، ولكن الذى جلاه هو بلانيول ، فاصبح ينسب اليه .

ويرد بلانيول الالتزامات الناشئة عن شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة الى القانون . وهو يرى ان الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست الا التزامات جزائية قامت بسبب الاخلال بالتزامات قانونية . ففى شبه العقد يثري شخص على حساب غيره فيخل بالتزام قانوني هو ان لايثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الاخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو رد ما اثرى به . وفى الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، بخطأه العمد او شبه العمد ، ضررا للغير ، فيخل بالتزام قانونى هو الا يضر الغير بخطأه ، وينشأ عن الاخلال بهذا الالتزام القانونى التزام جزائي هو تعويض الضرر الذى احدثه .

٣٦ ـ ويوخذ على رأي بلانيول انه لايلقى ضوءً كافيا على ترتيب مصادر الالتزام . فنحن نكاد نكون بعد نظرية بلانيول ، كما يقول الاستاذ السنهورى ، كما كنا قبلها لم نتقدم خطوة كبيرة الى الامام . فهى اقرب الى التعليل منها الى التحليل ، لانها توضح علة وجود الالتزامات اكثر مما تبين مصدر نشوئها .

ب) ـ التقسيم الخماسى لمصادر الالتزام

٣٧ ـ والتقسيم الذى اخذت به القوانين المدنية الحديثة هو التقسيم

الخماسى لمصادر الالتزام • وبمقتضى هذا التقسيم تكون مصادر الالتزام كما يلى : العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل الضار ، والاثراء بلا سبب ، والقانون • وقد اخذ القانون المدنى العراقي بهذا التقسيم •

ويلاحظ بهذه المناسبة ان القوانين الحديثة التى اخذت بالتقسيم الخماسى الحديث ، ومنها القانون المدنى العراقى ، لا تورد فى نص خاص هذه المصادر مرتبة الترتيب الخماسي المتقدم ذكره ، كما فعل القانون المدني الفرنسي ، بل يستخلص هذا الترتيب من التبويب الذي اتبعته هذه التقنينات •

رأي الاستاذ السنهوري في ترتيب مصادر الالتزامات والحقوق(١)

٣٨ ــ وللاستاذ السنهورى رأي يرد مصادر الالتزامات والحقوق الى اصل منطقى واحد • ولا بأس من الاشارة اليه هنا • ويتلخص رأيه فى ان السبب الذى يوجد علاقة قانونية او يوثر فيها هو امر يجد فيحدث تعديلا فى العلاقات الموجودة ، هذا الامر هو الواقعة القانونية • وهذه الواقعة أما ان تكون راجعة لارادة الانسان ، او لا ترجع لهذه الارادة بان تكون من عمل انسان مفقود الارادة ، او من عمل الطبيعة ذاتها • ومثال الوقائع التى ترجع الى عمل الطبيعة هبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الارض حول نفسها وحول الشمس الخ •• كل هذه وقائع تقع فتحدث اثارا قانونية •

والوقائع التي ترجع لارادة الانسان اكثرها اعمال مادية ، يريدصاحبها او لا يريد ان يحدث بها اثرا فى الروابط القانونية الموجودة • فهو يأكل

---

(١) لم نقصد من ذكر رأي الاستاذ السنهوري في هذا الباب مجرد الاشارة اليه ، وانما نرمي الى ان يستظهر الطالب الفرق بين الوقائع القانونية المختلفة ، وخاصة الفرق بين العمل القانوني والعمل المادي • وقد كان بسط الاستاذ السنهوري لهذه المسائل على نحو من الدقة والوضوح لا نجده في الكتب القانونية الاخرى • لذلك اثرنا ذكره هنا •

ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويجاملهم وهو لا يريد من وراء ذلك ان يؤثر فى علاقاته القانونية. ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون ان تتجه ارادته الى شيء من ذلك . فاذا أكل شيئا لا يملكه أصبح مسؤولا عن تعويض المالك ، واذا مشى دون حيطة فاتلف شيئا وجب عليه ان يعوض عما اتلفه واذا جامل الغير فقام ببعض شؤونهم فقد يجد نفسه ملزما باتمام ما بدأه ويكون دائنا لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ انه فى الوقائع المتقدمة قد قام شخص باعمال مادية اختيارية ، اراد النتائج التي تترتب عليها فى بعض الفروض ولكنه فى أكثر الفروض لم يرد شيئا من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لارادة الانسان ما ليس باعمال مادية، بل هي أعمال ارادية . والعمل الارادي هنا هو عمل الارادة المحضة تتجه الى أحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالا قانونية تمييزا لها من الاعمال المادية . ومن هذه الاعمال ما يرجع لارادة الشخص منفردا كالوصية والوقف والوعد بجائزة (الجعالة) ، ويسمى هذا بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن هذه لاعمال القانونية ما يرجع لارادة الشخص مقرونة بارادة شخص اخر ، وهذا هو العقد .

نستخلص مما تقدم ان الوقائع هي مصادر الروابط القانونية ، والوقائع أما ان تكون طبيعية او اختيارية . والوقائع الاختيارية اما ان تكون اعمالا مادية او اعمالا قانونية . والاعمال القانونية اما ان تكون صادرة من جانب واحد أو من الجانبين . والقانون من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذي يحدد الآثار التي تترتب على الوقائع والاعمال جميعا .

ويلاحظ فى هذا الترتيب انه يتدرج من الاعم الى الاخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الاعمال المادية والاعمال القانونية . والاعمال القانونية تشمل الاعمال الصادرة من جانب واحد والاعمال الصادرة من الجانبين .

تطبيق هذا الترتيب على مصادر الالتزام

٣٩ ــ يرتب القانون على الوقائع الطبيعية ، كالجوار والقرابة ، التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي ، لذلك يصح اسناد هذه الالتزامات الى القانون مباشرة ، فيكون هو مصدرها أما الاعمال القانونية ، فلئن كان القانون هو مصدر الالتزامات التي تنشأ عنها ، الا انه مصدر غير مباشر ، والمصدر المباشر هو ذات العمل القانوني ، سواء كان صادرا من جانب واحد أو من الجانبين .

بقيت الاعمال المادية ، وهذه قسمان ، القسم الاول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق ، فيلتزم المدين ان يعوض الدائن ما أصابه من الضرر ، وهذا الالتزام مصدره غير المباشر هو القانون ، ومصدره المباشر هو العمل المادي الضار . والقسم الثاني أعمال مشروعة تصدر من الدائن فتغني المدين دون سبب ، فيلزم المدين ان يرد للدائن ما اغتنى به على حسابه ، وهذا الالتزام مصدره غير المباشر هو القانون ، ومصدره المباشر هو العمل المادي . وخلاصة القول ان الاعمال المادية تكون مشروعة او غير مشروعة . فالمشروعة تصدر من الدائن فتغنى المدين دون سبب ، وغير المشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق ، فيرد من اغتنى بقدر ما اغتنى ، ويعوض من افتقر بقدر ما افتقر ، وهذا ما يقتضيه العدل قبل ان يقره القانون .

واذا اردنا من ناحية اخرى ان ندخل مصادر الالتزامات المعروفة (العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل الضار والاثراء بلا سبب ، والقانون) فى هذا الترتيب ، وجدنا العقد والارادة المنفردة تتضمنها الاعمال القانونية ، وهذه يقابلها الاعمال المادية ويدخل فيها العمل الضار والاثراء بلا سبب ، وكل من الاعمال القانونية والاعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية وهذه هي التي تنسب الى القانون(١) .

---

(١) يراجع تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية وحقوق الاسرة وروابط القانون العام ، نظرية العقد ، ف ٧٢ ــ ٧٥ . الموجز ، ف ١٧ ــ ١٩ . الوسيط ، ف ٣٢ ــ ٣٤ .

موقف الفقه الاسلامي من ترتيب مصادر الالتزام

٤٠ ــ يجمع الفقهاء المسلمون مصادر الالتزام تحت عنوان واحد هو التصرفات الشرعية . والتصرف الشرعي فى الاصطلاح الفقهي هو كل عمل ينتج اثرا شرعيا . والاثر الشرعي يشمل بلغة القانون المدني انشاء الالتزام ونقله وتعديله وانقضاءه ، وبعبارة اخرى ظهور حالة قانونية جديدة او انقضاء حالة قانونية قائمة .

والتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية . فالقولية تشمل الانشاءات والاسقاطات . والانشاءات أما ان تتم من جانب واحد وتسمى عندئذ بـ « الايقاعات » ، كالوقف والنذر والوصية والجعالة ، ويقابلها فى القوانين المدنية العمل القانوني الصادر من جانب واحد ، واما ان تتم من جانبين وتسمى عندئذ بـ « العقود » . والاسقاطات هي التي تؤدي الى انهاء حالة قانونية قائمة ، كالابراء من الدين والعتق . اما التصرفات الفعلية فهي التي تكون سببا للضمان ، كغصب مال الغير أو اتلافه . فالغصب ينشىء على عاتق الغاصب الزاما برد ما غصب عينا ، او بدفع قيمته اذا تعذر الرد عينا . والاتلاف ينشىء كذلك الزاما على عاتق المتلف بتعويض صاحب المال عن قيمة ماله .

٤١ ــ ونلاحظ بهذه المناسبة الشبه الكبير بين التقسيم الذي يقول به الفقهاء المسلمون والتقسيم الذي يقول به الاستاذ السنهوري ، فالاستاذ السنهوري يرد جميع الالتزامات الى مصدر واحد هو الواقعة القانونية ثم يقسم الوقائع القانونية الى طبيعية واختيارية ، والوقائع الاختيارية الى أعمال مادية واعمال قانونية ، والاعمال القانونية الى اعمال قانونية صادرة من جانب واحد وأعمال قانونية صادرة من الجانبين . والفقهاء المسلمون قالوا بهذا الترتيب كذلك ، مع اختلاف فى التسمية . فهم يردون جميع الالتزامات الى مصدر واحد هو التصرف الشرعي . والتصرف الشرعي أما قولى أو فعلي ، والتصرف القولي يشمل الانشاءات والاسقاطات . والانشاءات

تشمل العقود والايقاعات ، أي الاعمال القانونية الصادرة من جانب واحد والاعمال القانونية الصادرة من الجانبين • والتصرف الفعلي يقابل الاعمال المادية التي يقول بها الاستاذ السنهوري •

خطة البحث

٤٢ ــ سنتبع فى بحثنا لمصادر الالتزام التقسيم الذي اخذ به القانون المدني العراقي • فنقسم البحث الى خمسة أبواب ، نخصص الاول للعقد، والثاني للارادة المنفردة ، والثالث للعمل الضار ، وا لرابع للكسب دون سبب ، والخامس للقانون •

الباب الاول

العقد

LE CONTRAT

تمهيـــد

٤٣ ــ دراسة العقد تقتضى معرفة أمور ثلاثة : ١ ــ ما هية العقـد ٢ ــ دور الارادة فى انشاء العقد وايجاده ، وفى تحديد الاثار التي تترتب عليه • ٣ ــ انواع العقود • ونرى كلا من هذه الامور على حدة •

أولا ــ تعريف العقد وماهيته

٤٤ ــ عرفت المادة (٨٣) مـن القانون المدني العـراقي العقـد بانه : « ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره فى المعقود عليه»(١) • وهذا التعريف مأخوذ عن الفقه الاسلامي نقلا عن المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران لقدري باشا •

ويعرف فقهاء القانون المدني الوضعي العقد بانه : « اتفاق ارادتين على انشاء التزام او نقله » • وبهذه المناسبة يفرق بعضهم بين العقد والاتفاق، ويعتبرون الاتفاق أعم من العقد ، ويعتبرون الاتفاق جنسا والعقد نوعا له • فالاتفاق هو « اتفاق ارادتين على انشاء التزام او نقله او تعديله او انهائه»• فمثال الاتفاق على انشاء التزام عقد البيع الذي ينشىء التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري • ومثال الاتفاق على نقل الالتزام الحوالة ، فهي تنقل الحق او الدين من دائن الى دائن ومن مدين الى مدين • ومثـال الاتفاق على تعديل الالتزام الاتفاق على اضافة اجل الى الالتزام او تعليقه

---

(١) يلاحظ على هـذا التعريف أنه معيب من ناحيـة الصيـاغة ، ففيـه حشو كان بأمكان المشرع ان يتجنبه • فقد كان بأمكانه حذف عبارة «•• الصادر من أحد العاقدين •• بقبول الآخر ••» والاكتفاء بالقبول : « العقد هو ارتباط الايجاب بالقبـول ••» • لان الايجاب والقبول ليسـا الا تعبيرا عن الارادة ، والتعبير عن الارادة لا يمكن ان يصدر الا من الانسـان الذى يروم الدخول في علاقة تعاقدية •

على شرط . ومثال الاتفاق على انهاء الالتزام الوفاء الذي ينهي الدين . اما العقد فهو اتفاق على انشاء التزام او نقله فقط .

ولكن ليس لهذه التفرقة اهمية عملية ، لذلك لم تأخذ بها غالبية الفقهاء، وكذلك فعلت القوانين المدنية الحديثة .

ضرورة الاتفاق على احداث أثر قانوني

٤٥ ــ والشيء المهم فى العقد هو اتجاه الارادتين الى احداث اثر قانوني . فاذا لم تتجه الارادتان الى ذلك فلا تكون امام عقد . فقديدعو شخص فى نطاق المجاملات الاجتماعية صديقا له الى وليمة او الى سهرة ويقبل الصديق الدعوة ولا يريد الطرفان من هذا الاتفاق ان ينشئا التزاما قانونيا فيما بينهما . فاذا تخلف المدعو او عدل الداعى ، فلا تترتب على ذلك مسؤولية على عاتق من لم يف بما وعد . وكذلك اذا وعد الاب ابنه بجائزة اذا نجح فى الامتحان ، فانه لم يرد بوعده هذا ان يوجد رابطة قانونية . وكذلك اذا وجد شخص شخصا جريحا او مدعوسا فى الطريق العام فنقله الى أقرب مستشفى لاسعافه ، فان ارادته لم تتجه الى أحداث اثر قانوني ، أي انه لم يقصد الالتزام بدفع اجور الاسعاف والمعالجة الى المستشفى .

ولكن قد يقصد الشخص ان يلتزم بتقديم الطعام او باعطاء الجائزة او بدفع اجور العلاج والاسعافات ، وتتبين ارادته من الظروف . فاذا اتفقت شركة مع مستخدم لها على ان يذهب الى جهة نائية فى مهمة عهدت بها اليه ، وتعهدت ان تقدم له الطعام فى اثناء رحلته ، فان هذا ذو اثر قانوني ، وهو ملزم للشركة . وكذلك اذا وعد شخص باعطاء جائزة لمن يكون الاول فى امتحان ما ، فانه اراد بهذا الوعد احداث اثر قانوني ، ويكون عندئذ ملزما بدفع مبلغ الجائزة للفائز الاول . وكذلك اذا اخذ شخص قريبا له مريضا الى احد المستشفيات لاجراء الفحص عليه ومعالجته،

وتفاوض هو بنفسه مع ادارة المستشفى حول تكاليف العلاج ، فانه بذلك يكون قد اراد ان يحدث اثرا قانونيا ، أي ان يكون ملزما بدفع هذه التكاليف .

تحديد منطقة العقد

٤٦ ــ لا يكفي ان تتجه ارادة الطرفين الى احداث اثر قانوني ليكون هناك عقد ، بل يجب ان يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص . فالمعاهدة اتفاق بين دولة واخرى ، وتعيين شخص في وظيفة عامة اتفاق بين هذا الشخص والحكومة ، والنيابة في المجالس النيابية والبلدية ومجالس الادارة اتفاق بين النائب وناخبيه . ولكن هذه الاتفاقات جميعا ليست عقودا ، فهي تقع في نطاق القانون العام : الدولي ، والاداري والدستوري .

ولا يكفي ان يقع الاتفاق في نطاق القانون الخاص لكي يعتبر عقدا، بل يجب ان يقع في دائرة المعاملات المالية . فالزواج اتفاق بين الزوج والزوجة، ولكنه ليس بعقد ، بالرغم من وقوعه في نطاق القانون الخاص ، لان القانون هو الذي يرتب اثاره لا ارادة الزوجين .

وقد حاول بعض فقهاء القانون العام الاقتناص من منطقة العقود بتحديد جديد ، فحصروا منطقة العقد في الاتفاق الذي يتفاوض الطرفان في شروطه على قدم المساواة بقصد التوفيق بين مصالح متضاربة ، والذي يكون الغرض منه مجرد انشاء التزامات(١) . بحيث اذا تخلف احد هذه الشروط لم يصبح الاتفاق عقدا ولو اتخذ صورة العقد ، فالعبرة بالموضوع لا بالصورة . لذلك فهم لا يطلقون وصف العقد على العقود التي تجمع بين مصالح متوافقة كما في عقد الشركة ، ولا على العقود التي تنظم اوضاعا

---

(١) بحث فقهاء القانون العام العقد ، مع انه يقع في دائرة القانون الخاص، بمناسبة الكلام عن العمل القانوني . وهذا الموضوع يبحث في القانون العام والقانون الخاص على السواء .

مستقرة كعقد العمل الجماعي وتصالح الدائنين مع المدين المفلس . وغاية هؤلاء الفقهاء من وراء ذلك هي ان تفسر هذه الاتفاقات لا كما يفسر العقد، بل كما تفسر القاعدة القانونية ، أي وفقا لمقتضى الظروف ولما تقضى به المصلحة العامة . ولكن هذا الرأي لم يسد لدى فقهاء القانون الخاص .

ثانيا ـ دور الارادة في انشاء العقد وتكوينه وفي تحديد الاثار المترتبة عليه

٤٧ ـ لا بد لتحديد دور الارادة فى انشاء العقد وتكوينه وتحديد اثاره من الجواب عن السؤالين التاليين :

١ ـ هل تستطيع ارادة المتعاقدين ان تنشىء عقدا اوالتزاما دون اللجوء الى شكلية ما ، وبعبارة اخرى هل يكفي الرضاء المجرد لنشوء العقد؟

٢ ـ هل الارادة حرة فى ان ترتب ما تشاء من الاثار على العقود التي تبرمها ، أم ان هناك حدودا يجب ان تقف عندها ؟

الجواب عن السؤال الاول يتعلق بمبدأ « الرضائية فى العقود » ، والجواب عن السؤال الثاني يتعلق بمبدأ « سلطان الارادة » . وقد جرت عادة غالبية الكتاب على بحث هذين الموضوعين تحت عنوان واحد هو : مبدأ سلطان الارادة . ولكننا نرى اكثر منطقية واكثر ايضاحا فصل هذين الموضوعين ومعالجتهما تحت عنوان اخر هو « دور الارادة فى انشاء العقد وتكوينه وفى تحديد الاثار المترتبة عليه » . ونعالج كلا من هذين الموضوعين على حدة . وسنختم البحث بكلمة موجزة عن موقف الفقه الاسلامي من هاتين المسألتين .

١ ـ مبدأ الرضائية في العقود (LE CONSENSUALISME)

٤٨ ـ مرت الارادة من حيث حريتها وكفايتها لانشاء العقود بعدة ادوار . فقد كانت هذه الحرية ضيقة فى القانون الروماني ، فقد كان يجب صب الاتفاقات التي تتم بين الافراد فى اشكال وقوالب معينة لتنتج

آثارها . اما مجرد اتفاق شخصين ، فكان لا ينتج اثرا قانونيا ولاينشىء عقدا ولا التزاما . ولكن مقتضيات الحياة والحاجة الى كثرة التبادل والسرعة فى المعاملات أدت الى تخفيف هذه الشكليات واتتصار الارادة فى أربعة عقود مهمة هي : البيع ، والاجارة ، والشركة ، والوكالة . وقداستمر انتصار الارادة فى اتفاقات اخرى امر القضاة والاباطرة بتنفيذها . ولكن القانون الروماني لم يعترف فى أي عصر من عصوره بمبدأ الرضائية فى العقود كمبدأ عام ، بل ظلت الشكليات ، بعد ان خفت وتلطفت ، هي التي تنشىء العقد بقدر يختلف قوة وضعفا ، حسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات .

٤٩ ــ وقد استمر تطور العقود نحو الرضائية فى القرون الوسطى حتى نهاية القرن الثاني عشر ، حيث اخذت الشكليات تتحور متجهة الى التناقص بينما اخذ دور الارادة فى ايجاد العقود يقوى شيئا فشيئا حتى تحررت الارادة نهائيا من الشكلية واصبحت قادرة على انشاء العقد وتكوينه بمجردها . وقد ساعد على هذا التطور عدة عوامل ، اهمها القانون الكنسي والمبادىء الدينية التي دعا اليها واهمها وجوب احترام العهد .

٢ ــ مبدأ سلطان الارادة (AUTONOMIE DE LA VOLONTE)

راي انصار المبدأ

٥٠ ــ كان من نتائج الشكليات التي فرضها القانون الروماني على الارادة ان تولد رد فعل شديد ضد كل قيد يرد على هذه الارادة . فظهر مذهب يقول باعطاء الارادة الحرية التامة والسلطان المطلق فى تحديد الاثار التى تراها مناسبة ، وبعدم وجود حدود تحدها الا حدود المصلحة العامة . فما دامت لا تتعرض للمصلحة العامة فى تعاقدها فهي حرة فى التصرف كما

تشاء . وقد غالى انصار هذا المبدأ (وهم انصار المبدأ الفردى) فى تأييدهم لحرية الارادة وسلطانها فى ترتيب ماتشاء من الاثار ، وتجاوزوا حدود المعقول . فقد حاولوا ان يقيموا كل احكام القانون على الارادة ، فقالوا ان سلطان الارادة ليس مقصورا على توليد الالتزامات وحدها ، بل هو ايضا يولد كل الحقوق الاخرى . فالملكية مبنية على حرية الارادة ، بل هى الارادة فى مظهرها المادى الملموس . وحقوق الاسرة مبنية على عقد الزواج ، أي على الارادة . والميراث مبنى على وصية مفترضة . وطرق التنفيذ الاجبارى ذاتها ترتكز على الارادة الحرة ، فهى طرق ، وان كانت اجبارية ، قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . وحتى العقوبة الجنائية مبنية على الارادة الحرة ، فالمجرم حين خرج على المجتمع قد ارتضى مقدما ان يناله الجزاء . والمجتمع البشرى ذاته يقوم على العقد الاجتماعى الذى نادى به جان جاك روسو ، وما العقد الاجتماعي الا اتفاق الارادات الحرة .

انتقادات خصوم مبدأ سلطان الارادة ـ انتكاس المبدأ

٥١ ـ ولما كان لكل فعل رد فعل ، فقد ترتب على مغالاة انصار المذهب الفردى ان ظهر مذهب ينادى بوجوب عدم اعطاء الارادة الحرية التامة فى ترتيب ماتشاء من الاثار ، بل بوجوب تقييدها الى اقصى الحدود . وقد كان رد الفعل هذا نتيجة للتطور الاقتصادى الذى مر به المجتمع الاوربى ، كما كان انتشار رأي انصار مبدأ سلطان الارادة نتيجة لهذه العوامل الاقتصادية والسياسية ذاتها التي مر بها هذا المجتمع . فبعد ان قامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة وظهرت طبقة العمال ، اختل التوازن الاقتصادى بين القوى الاجتماعية ، فادى ذلك الى ظهور المذاهب الاشتراكية فى وجه المذهب الفردى الذى نادى به الفيزيوقراط ، والى قيام مذهب التضامن الاجتماعى ، الذى يعتبر المجتمع هو الغاية ، فى وجه المذهب الفردى الذى يعتبر الفرد هو الغاية . وقد كان من نتائج

ظهور الروح الاشتراكية ومبدأالتضامن الاجتماعى ان انتكص مبدأ سلطان الارادة • ذلك ان هذه المذاهب هاجمت المبدأ باعتباره تطبيقا للاساس الذى يقوم عليه المذهب الفردى •

وقد غالى خصوم المبدأ فى نقده ومهاجمته مغالاة المتطرفين فى الانتصار له • فوصل بهم الامر الى حد ان نفوا المبدأ اطلاقا حتى من دائرة العقد • فقالوا ان العقود لاتستمد قوتها مما للارادة من سلطان بل من اعتبارات اجتماعية ترجع الى الثبات والاستقرار الواجب توافرهما فى المعاملات ، والثقة التى يولدها التعاقد فى نفوس المتعاقدين • وما العقد الا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعى وتوجيه الارادة الى هذا التضامن ، وليس الغرض منه تحقيق ما للارادة من سلطان •

رأي المعتدلين ـ انتعاش مبدأ سلطان الارادة من جديد ـ

٥٢ ـ وفى غمرة هذه المجادلات القلمية بين انصار مبدأ سلطان الارادة وخصومه ظهر مذهب معتدل هو الذى وضع الامور فى نصابها • ويرى المعتدلون الرجوع الى سلطان الارادة كمبدأ عام ، ولكن فى حدود معينة •

فبعد النظر واستعراض مختلف فروع القانون وانواع العلاقات القانونية نرى الارادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام • فالروابط التى يحكمها هذا القانون انما يحددها المشرع مستهديا فى ذلك بالمصلحة العامة ولا تقوم ارادة الفرد بأي دور فى هذا المجال • فاذا انتقلنا الى ميدان القانون الخاص ، وجدنا دور الارادة فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ضئيلا اذا قيس بدورها فى المعاملات المالية • فعقد الزواج مصدره ارادة الزوجين ، ولكن اثاره يحددها القانون وفقا لمصلحة الاسرة والمجتمع • وكذلك بقية روابط الاسرة ليست الارادة مصدرا لها • اما فى دائرة المعاملات المالية فان دور الارادة يتوسع تدريجيا • فهو فى الحقوق العينية اضعف منه فى الحقوق الشخصية • فالحقوق العينية وان كانت الارادة مصدرا للكثير منها ، انما هى حقوق محصورة لاتستطيع الارادة ان تخلق شيئا جديدا فيها ،

ولا تحديد مداها واثارها الا نادرا ، فالقانون هو الذى يتولى ذلك فى الغالب . اما فى ميدان الحقوق الشخصية والالتزامات ، وبعبارة اخرى فى ميدان التصرفات القانونية ، فميدان الارادة واسع . ومع ذلك فهى ليست المصدر الوحيد لهذه الحقوق والالتزامات . فيوجد الى جانبها مصادر اخرى لا تقل عنها أهمية ، كالعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون.

على انه حتى فى ميدان التصرفات القانونية التى تلعب الارادة فيها دورا كبيرا ، فان دور الارادة فى ترتيب احكام هذه التصرفات فى تقلص مستمر . فهى محدودة بحدود النظام العام والاداب . بل ان دور الارادة يضعف حتى فى حدود النظام العام والاداب ، وذلك فى بعض العقود التي تضع نظما ثابتة للطوائف والجماعات ، كما فى الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التى تنتمى اليها ولا تعتد فى تنظيمها بارادة كل فرد من افرادها . وهناك ايضا العقود الجماعية ، كعقد العمل الجماعى ، وصلح اغلبية الدائنين مع المدين المفلس ، ونرى فيها الاقلية تخضع لارادة الاغلبية . وتوجد كذلك قيود على حرية الارادة ترجع لاختلال التوازن الاقتصادى وانتصار القانون للجانب الضعيف ، كما فى تشريع العمال وفى عقود الاذعان وفى نظرية الاستغلال ، وهى نظرية تتوسع تدرجا فى القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود «(1)» .

وقد دفعت هذه القيود بعض الفقهاء الى القول بان العقد الحر — أي الذي مصدره الارادة الحرة — يميل الى ان يصبح عقدا موجها (2) CONTRAT DIRIGE

وقد تدخل القضاء من جانبه فى هذا المضمار وقام بدور فعال فى الحد من سلطان الارادة وجعل يتسبق الشارع كلما احس بوجه الضرر فى تطبيق مبدأ سلطان الارادة على علاته ، واستعان بقواعد النظام العام

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ف ٤٥ ، ص ١٤٩

(٢) جوسران ، ج٢ ، ف ١٥ مكرر

والاداب على تقييد حرية الافراد وعلى تحقيق جانب من المساواة الفعلية «١» .

كما انه (أي القضاء) باستعماله وسائل فنية اخرى استطاع ان يغير ويحد من اثر الارادة الفعلية للافراد ، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد ليضيف اليه التزاما لم يفكر فيه الطرفان، كالتزام ضمان سلامة المسافر في عقد النقل ، وتارة ينتقص مما اتفق عليه العاقدان، كما فعل في الشرط الجزائي(٢) هذه هي ، بصورة عامة ، الصورة التي انتهى اليها مبدأ سلطان الارادة . ومنها نرى ان هذا المبدأ لم يعد له ذلك السلطان الواسع الذى اعترف له به انصار المذهب الفردى والفيزيوقراط ، ولم تعد الارادة قادرة على كل شيء . نعم ظلت القاعدة العامة هي ان الارادة حرة في القيام بما تشاء من التصرفات القانونية وان ترتب عليها ماتشاء من الاثار . ولكن هذه الحرية ليست مطلقة . انها حرية لها حدود يجب ان لاتتجاوزها ، وعليها قيود يجب ان تراعيها في نشاطها . تلك الحدود وهذه القيود يفرضها المشرع مراعيا في ذلك تحقيق العدالة ومراعاة المصلحة العامة «٣» .

موقف الفقه الاسلامي من مبدأ الرضائية في العقود ومبدأ سلطان الارادة

٥٣ ــ ان التطور الذى رأيناه في الفكر القانوني الغربي فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في العقود ومبدأ سلطان الارادة ، هذا التطور يقترب في مسيره نحو الاحكام التي قررها الفقهاء المسلمون من أول يوم بدأوا فيه تفكيرهم القانوني .

ففيما يتعلق بمبدأ الرضائية ، يقرر الفقهاء المسلمون ان الارادة تلتزم

---

(١) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، ف ٤٢ ، ص ٦٧ ــ ٦٨

(٢) الدكتور احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ط٢ ، ف٤٥، ص ٤٨ .

(٣) للتوسع في دور الارادة في انشاء العقود وترتيب الاثار عليها ، يراجع كتابنا « الوسيط » ص ٦٩ ــ ٨٤ .

وتلزم بمجرد صدورها واقترانها بارادة اخرى على الوجه المشروع . ونقطة الابتداء فى مايقرره الفقهاء المسلمون فى هذا الصدد هى الاية الكريمة : « اوفوا بالعقود » .

وفيما يتعلق بمبدأ سلطان الارادة ، سبق أن رأينا تطور الفقه الغربى فى هذه المسألة يصل الى الاعتراف للارادة بالحرية فى انشاء العقود وفى ترتيب الاثار عليها . ولكن هذه الحرية محدودة بالحدود التى يرسمها القانون ومقيدة بالقيود التى يفرضها عليها . وهذا ايضا مايقرره الفقهاء المسلمون .

والحدود التى يرسمها القانون للارادة فى القوانين الحديثة هى عدم جواز مخالفة العقد للنصوص القانونية الامرة ولقواعد النظام العام والاداب . فعلى المتعاقدين ان لايتجاوزا هذه الحدود ، والا كان العقد باطلا . وهذا القيد يفرضه الفقهاء المسلمون كذلك ، مع ملاحظة ان قواعد النظام العام والاداب فى الفقه الاسلامى هى جزء من القانون ، أي من الشريعة . فاذا اراد الفقيه المسلم ان يبطل عقدا لمخالفته للنظام العام او للاداب ، فانه لايعلل ذلك بمخالفة العقد للنظام العام والاداب ، بل بمخالفته للشريعة .

ونقطة الابتداء فى الاحكام التى يقررها الفقهاء المسلمون فى هذا الباب هى الحديث الشريف : «المومنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا » . والشرط الذى يحرم الحلال او يحل الحرام انما هو شرط مخالف للقانون . وقد جمع هذا الحديث خلاصة التطور الذى مر به الفكر القانونى الغربى في خلال اكثر من عشرين قرنا . فقد سبق ان رأينا هذا الفقه يصل فى تطوره الى قاعدة واستثناء . فالقاعدة هى ان الارادة حرة فى ان تنشىء ما تشاء من العقود وان ترتب عليها ما تشاء من الآثار ، والاستثناء هو ان الارادة يجب ان لا تخالف القانون والنظام العام فى العقود والتصرفات التي تجريها . وهذا ما جمعه الحديث المتقدم . فالشق

الاول منه وهو : « المؤمنون عند شروطهم » يفيد ان الافراد احرار فى ان ينشئوا ما يشاؤون من العقود والاتفاقات ، والشق الثاني ، وهو : «الا شرطا احل حراما أو حرام حلالا» يفيد ان حرية الافراد ليست مطلقة فى هذا الباب ، بل يجب ان لا تحل حراما ولا تحرم حلالا ، وهذا معناه فى الفقه الغربي ان الافراد يجب ان لا يخالفوا فى اتفاقاتهم القانون ولا النظام العام والاداب(١) .

ثالثا ـ انواع العقود

٥٤ ـ تنقسم العقود الى أنواع متعددة ، وتختلف هذه الانواع باختلاف الزاوية التي ينظر اليها منها .

فاذا نظر اليها من حيث الانعقاد ، فهي اما رضائية اوشكليةأوعينية.

واذا نظر اليها من حيث الاثر ، فهي اما ملزمة لجانب واحد أو ملزمة للجانبين .

واذا نظر اليها من حيث المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد من المتعاقد الاخر ، فهي أما عقود معاوضة او عقود بتبرع .

واذا نظر اليها من حيث الطبيعة ، فهي اما عقود محددة او عقود احتمالية ، واما عقود فورية التنفيذ او عقود مستمرة التنفيذ .

واذا نظر اليها من حيث تنظيم المشرع لها ، فهي اما عقود مسماة أو عقود غير مسماة .

هذا ويمكن تقسيم العقود تقسيماتاخرى كثيرة تختلف باختلاف الغرض الذي يرمي التقسيم الى اظهاره . وسوف نقتصر فى بحثنا على التقسيمات التالية :

١ ـ العقود الرضائية ، والعقود الشكلية ، والعقود العينية .

٢ ـ العقود الملزمة لجانب واحد ، والعقود الملزمة للجانبين .

٣ ـ عقود المعاوضة ، وعقود التبرع .

---

(١) للاطلاع على نصوص فقهية متعلقة بمبدأ الرضائية وبمبدأ سلطان الارادة ، يراجع كتابنا « الوسيط » ص ٨٤ ـ ٨٩ .

٤ ــ العقود الفورية التنفيذ ، والعقود المستمرة التنفيذ .
٥ ــ العقود المحددة ، والعقود الاحتمالية .

ويجب ان يلاحظ ان هذه التقسيمات (والتقسيمات التي لم نذكرها) متداخلة . فالعقد الواحد يمكن ان يقع فى عدة تقسيمات ، تبعا للغرض الذي يقصد اليه التقسيم . ومن الممكن ان يشترك عقدان فى اكثر من تقسيم واحد ، ولكنهما يجب ان يختلفا فى أحد هذه التقسيمات على الاقل . فالبيع والاجارة مثلا عقدان رضائيان ، ملزمان للجانبين ، من عقود المعاوضة ، ومن العقود المحددة ، ومن العقود المسماة ، الا ان عقد البيع عقد فوري التنفيذ والاجارة عقد مستمر التنفيذ .

التقسيم الاول ــ العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

العقد الرضائي (CONTRAT CONSENSUEL)

٥٥ ــ العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده ارتباط الايجاب بالقبول على الوجه المشروع . فالتراضى وحده يكفي لانشائه وتكوينه والاصل فى العقود فى القوانين الحديثة ان تكون رضائية ، الا اذا نص القانون أو اتفق المتعاقدان على غير ذلك . واكثر العقود رضائية ، فالبيع والاجارة والشركة ، الخ ... كلها عقود رضائية .

هذا ويجب عدم الخلط بين الشكل الذي يفرضه القانون لاثبات العقد والشكل الذي يفرضه لتكوينه . فلا يمنع العقد من ان يكون رضائيا اشتراط القانون شكلا معينا لاثباته ، ما دام التراضى وحده يكفي لانعقاده . فالقانون يشترط الكتابة لاثبات ما زاد على عشرة دنانير ، ومع ذلك فالعقود التي تنشىء التزامات تزيد على هذا المبلغ لا تعتبر عقودا شكلية .

العقد الشكلي CONTRAT FORMEL

٥٦ ــ والعقد الشكلي هو العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد تراضى الطرفين ، بل لا بد من اتباع شكل يعينه القانون الى جانب هذا

التراضي • مثال ذلك العقود الواردة على ملكية العقار ، فلا تتم هذه العقود اذا لم تسجل فى دائرة الطابو • والغاية من الشكلية التي يفرضها القانون فى بعض الاحيان هي تنبيه المتعاقدين الى خطورة الامر الذي يقدمان عليه ، او حماية الغير •

العقد العيني CONTRAT REEL

٥٧ ــ والعقد العيني هو الذي لا يكفي لتمامه مجرد تراضى الطرفين، بل لا بد من تسليم العين محل العقد ايضا • وقد اعتبر القانون المدني العراقي عقود الاعارة وهبة المنقول والرهن الحيازي والوديعة عقودا عينية(١) •

التقسيم الثاني ــ العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين

العقد الملزم للجانبين CONTRAT SYNALLAGMATIQUE, BILATERAL

٥٨ ــ العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشىء التزامات على عاتق كل من المتعاقدين ، ويسمى كذلك بالعقد التبادلي • وفى هذا العقد يكون كل من المتعاقدين فى الوقت نفسه دائنا للاخر ومدينا له •مثال ذلك عقد البيع وعقد الاجارة • فالبائع دائن للمشتري بالثمن ومدين له بتسليم المبيع ، والمشتري دائن للبائع بالشيء المبيع ومدين له بالثمن • وفى الاجارة المؤجر دائن للمستأجر بالاجرة ومدين له بتسليم العين المؤجرة • وهكذا فى بقية العقود •

العقد الملزم لجانب واحد (CONTRAT UNILATERAL)

٥٩ ــ والعقد الملزم لجانب واحد هو الذي لا ينشىء التزاما الا على

---

(١) وقد اعتبر القانون المدني المصري الجديد هذه العقود عقودا رضائية، ما عدا هبة المنقول أو الهبة اليدوية ، فهذه قد تكون عقدا شكليا اذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقدا عينيا اذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ مدني مصري ، السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، ف ٤٩ أبو ستيت ، ف ٥٤) •

عاتق أحد المتعاقدين فقط ، فيكون هذا المتعاقد مدينا غير دائن ، ويكون المتعاقد الاخر دائنا غير مدين • مثال ذلك الوديعة بدون اجر ، فالمودع لديه يلتزم بحفظ الشيء المودع عنده وبرده الى المودع ، دون ان يلتزم المودع بشيء في مقابل ذلك • ومثال ذلك ايضا الكفالة ، فالكفيل ملزم باداء مبلغ الدين اذا لم يقم المكفول بالوفاء عند الاستحقاق ، اما المكفول له فلا يلتزم بشيء تجاه الكفيل في مقابل ذلك •

العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانوني الصادر من جانب واحد

٦٠ ــ ونلفت النظر هنا الى وجوب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانوني الصادر من جانب واحد • فالعقد الملزم لجانب واحد CONTRAT UNILATERAL عقد كسائر العقود ، فلا يتم الا بوجود عاقدين وارتباط الايجاب بالقبول وفقا للقواعد العامة في انشاء العقد وتكوينه • اما العمل القانوني الصادر من جانب واحد ACTE JURIDIQUE UNILATERAL) فهو يتم بارادة واحدة ، ومثاله الوصية والجعالة (الوعد بجائزة) • فالتعبير « من جانب واحد » اذا اذا أضيف الى العقد فانه ينصرف الى الاثر لا الى التكوين ، واذا اضيف الى العمل القانوني فانه ينصرف الى تكوينه لا الى اثره •

اهمية هذا التقسيم

٦١ ــ ولتقسيم العقود الى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد اهمية كبيرة ترجع الى التقابل بين الالتزامات التي ينشؤها العقد الملزم للجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد • وهذا التقابل يؤدي الى نتائج مهمة من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية •

١ ــ من الناحية الشكلية

٦٢ ــ فمن الناحية الشكلية اذا كان العقد ملزما للجانبين وحرر لاثباته محرر ، فيجب ان يكون بيد كل طرف من اطرافه نسخة من العقد

الاصلي تحمل تواقيع جميع اطرافه . اما اذا كان العقد ملزما لجانب واحد فيكفى ان يكون لدى الدائن فقط نسخة من المحرر الذي يثبته ، اما المدين فلا فائدة من حصوله على محرر يثبت دينا عليه .

٢ ـ من الناحية الموضوعية

٦٣ ـ اما من الناحية الموضوعية ، فيمكن رد النتائج التي تترتب على التقابل بين الالتزامات الى فكرة تنفيذ العقد ، او بالاحرى الى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . فتنفيذ العقد الملزم لجانب واحد لا يثير صعوبة ما ، ففيه يكون أحد الطرفين دائنا غير مدين ، والثاني مدينا غير دائن وعليه وحده يقع عبء التنفيذ . اما فى العقد الملزم للجانبين ، فالامر يختلف . فكل من المتعاقدين دائن ومدين فى الوقت نفسه ، فاذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه فان ذلك يدعو الى التساؤل لمعرفة ما اذا كان له الحق فى مطالبة المتعاقد الثاني بتنفيذ التزامه . فاذا امتنع البائع مثلا عن تسليم المبيع ، فهل يستطيع مطالبة المشتري بدفع الثمن ؟ واذا كان المشتري قد دفع الثمن وامتنع البائع عن تسليم المبيع ، فهل يستطيع مطالبته برد الثمن ؟

ان التقابل الموجود بين التزامات كل من المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد جعل بينهما فروقا مهمة ، نذكر أهمها فيما يلي :

١ ـ فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد ليتحلل من التزامه هو كذلك . وهذا الحق فى طلب الفسخ المعطى للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين يسمى بالشرط الفاسخ الضمني . أما فى العقود الملزمة لجانب واحد ، كالوديعة ، فلا يتصور فيها الفسخ ، وذلك لانتفاء الغاية التي من اجلها قرر الفسخ . فالغاية من الفسخ ، كما قلنا ، هي ان يتحلل المتعاقد من التزامه ، ولما لم يكن عليه التزام ما ، فليس أمامه الا ان يطالب المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه .

٢ ــ فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وطالب الآخر بتنفيذ التزامه ، كان لهذا أن يرد دعواه ويدفع بوجوب قيامه هو (المدعى) بتنفيذ التزامه اولا .. وهذا الدفع يسمى بالدفع بعدم التنفيذ(١) أما فى العقود الملزمة لجانب واحد ، فلا يتصور هذا الدفع، لان المتعاقد الاخر غير ملزم بشىء .

٣ ــ فى العقود الملزمة للجانبين اذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته ، فان التزامه ينقضى وتبرأ ذمته ، وينقضى فى الوقت نفسه الالتزام المقابل الذي يقع على عاتق المتعاقد الآخر ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه . وبذلك يتحمل المتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه تبعة هذه الاستحالة . ويعبر عن ذلك بأن تبعة الهلاك تقع على المدين فى الالتزام الذي استحال تنفيذه ، أما فى العقود الملزمة لجانب واحد ، فلا يمكن أن يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام الا الدائن ، اذا كانت هذه الاستحالة لقوة قاهرة . فاذا كانت يد الانسان على شىء يد أمانة (كالشىء المعار أو المودع أو المؤجر) وهلك هذا الشىء بدون خطأ منه فالذي يتحمل تبعة الهلاك هو الدائن ، أي المودع أو المعير أو المؤجر(٢).

التقسيم الثالث ــ عقود المعاوضة وعقود التبرع

عقد المعاوضة CONTRAT A TITRE ONEREUX

٦٤ ــ عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما يعطى ويعطي مقابلا لما يأخذ . مثال ذلك عقدا البيع والايجار . فالبيع يعتبر عقد معاوضة بالنسبة لكل من البائع والمشتري ، فالبائع يعطي المبيع فى مقابل أخذ الثمن ، والمشتري يدفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع .

---

(١) باللاتينية : Exceptio non adimpleti contractus

(٢) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة «٩٥٠» من القانون المدني بقولها : « والامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك سواء كان السبب يمكن التحرز منه أم لا وانما يضمنها اذا هلكت بتعد أو تقصير منه » .

والمؤجر يسمح للمستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة فى مقابل أخذ الاجرة ، والمستأجر يدفع الاجرة فى مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة .

٦٥ ــ والمهم فى الشيء الذي يأخذه المتعاقد فى عقد المعاوضة مقابلا لما يعطيه هو أن يكون ذا قيمة مالية تدخل فى ذمته المالية فتزيدها عنصرا موجبا جديدا . وعلى ذلك فاننا نرى ، خلافا لبقية الفقهاء ، أن عقد الكفالة ليس بعقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له ، بل هو عقد تبعي يقصد به ضمان وفاء الدين الذي للدائن على المدين المكفول . فالدائن لا يأخذ من الكفيل شيئا يمثل قيمة مالية تدخل فى ذمته المالية . اما الكفالة التي يحصل عليها فلا تضيف الى ذمته المالية عنصرا جديدا ، وذلك لانه فى حالة اضطرار الكفيل الى الوفاء بدلا من المدين الاصلي فهو انما يحصل على ماله بذمة مدينه المكفول . فهي عبارة عن ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين الاصلي فى الوفاء . وهو لا يعتبر عقد تبرع بالنسبة للكفيل لان نية التبرع غير موجودة لديه . فهو اذا أدى عن المدين كان له الرجوع عليه بما أداه .

عقد التبرع CONTRAT A TITRE GRATUIT

٦٦ ــ وعقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطى ولا يعطي مقابلا لما أخذ . مثال ذلك العارية والهبة بدون عوض ، وعقود القرض والوديعة والوكالة اذا كانت بدون مقابل . فالعارية عقد تبرع بالنسبة للمعير لانه لا يأخذ شيئا من المستعير فى مقابل تركه يستعمل الشيء المعار ، وهو كذلك بالنسبة للمستعير لانه لا يعطي المعير شيئا فى انتفاعه بالشيء المعار . وكذلك الهبة بدون عوض ، والقرض والوديعة والوكالة اذا كانت هذه العقود بدون مقابل .

أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع

٦٧ ــ يترتب على التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع نتائج مهمة ، نذكر أهمها فيما يلي :

١ ــ تختلف المسؤولية التعاقدية فى عقود المعاوضة عنها فى عقود التبرع ، فهي أما أن تكون أخف منها أو اشد . فمسؤولية المتبرع اخف عادة من مسؤولية المعاوض ، كما أن مسؤولية المتبرع له أشد من مسؤولية المعاوض . فمسؤولية المودع لديه أخف من مسؤولية الاجير بحفظ الشيء ، ومسؤولية المستعير فى المحافظة على الشيء أشد من مسؤولية الاجير . ففي هذه العقود الثلاثة ، الوديعة والعارية والاجارة ، القاعدة العامة فى المسؤولية التعاقدية هي مسؤولية الاجير . وهذه المسؤولية يمكن أن تخف اذا كان المتعاقد متبرعا ، كما فى الوديعة ، فالوديع يتبرع بحفظ الوديعة ، ويمكن أن تشتد اذا كان المتعاقد يتلقى التبرع ، كما فى العارية ، فالمستعير يتلقى التبرع . أما الاجير ، فهو يحفظ الشيء فى مقابل اجرة، فمسؤوليته أشد من مسؤولية الوديع ، لان هذا يحفظ الشيء بدون مقابل ، وأخف من مسؤولية المستعير ، لان هذا ينتفع بالشيء المعار بدون مقابل .

٢ ــ شخص المتعاقد محل اعتبار دائما فى عقود التبرع ، أما فى عقود المعاوضة فالاصل فيها أن شخص المتعاقد ليس محل اعتبار الا فى بعض العقود . ويترتب على ذلك ان الغلط فى شخص المتعاقد يؤثر دائما فى عقود التبرع فيعيبها ، أما فى عقود المعاوضة فالغلط لا يعيبها الا اذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار .

٣ ــ لما كان المال يخرج من ذمة الشخص بدون مقابل فى عقود التبرع ، فان ذلك يؤثر على حقوق دائني المتبرع ، لان التبرع يضعف ذمته المالية ، مما قد يترتب عليه عدم تمكنهم من استيفاء حقوقهم لذلك كان الطعن فى عقود التبرع عن طريق دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه (الدعوى البولصية) أسهل من الطعن فى عقود المعاوضة . فلايشترط توافر ركن الغش فى عقود التبرع لامكان الطعن فيها ، أما فى عقود المعاوضة فيشترط توافر ركن الغش لامكان الطعن . والغش فى الدعوى

البولصية هو نية الاضرار بالدائنين . وسنرى ذلك فى أحكام الالتزام ، عند دراستنا لهذه الدعوى .

كيفية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع

٦٨ ـ لما كان للتمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هذه الاهمية، فمن الضروري وضع معيار يمكننا به التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع . ويستعين القاضي فى ذلك بمعيارين : معيار نفسى ومعيار اقتصادي .

فالمعيار النفسي يقوم فى البحث عن نية التبرع . فاذا توافرت هذه النية فالعقد عقد تبرع ، والا فهو اما ان يكون باطلا لنقص فى محله ، أو أن يكون عقد معاوضة العوض فيه خدمة سبق أن قدمها المتبرع له الى المتبرع . مثال ذلك ما اذا كان شخص قد قام بخدمة صديق له فى أثناء مرضه ، وبعد ان شفي الصديق وهبه مبلغا من المال أو شيئا آخر كسيارة مثلا. فالواهب فى هذا المثل لا يحصل على مقابل مادي لما أعطاه، ولكن مع ذلك فان هذه الهبة لا تعتبر عقد تبرع . ذلك لان الواهب عندما وهب انما أخذ بنظر الاعتبار الخدمة السابقة التي قدمها له صديقه . لذلك لا يكفي لاعتبار العقد عقد تبرع توافر نية التبرع ، بل يجب النظر الى الدافع الذي دفع الشخص الى القيام بالعمل القانوني(١) .

---

(١) يمكن مراجعة هذه المسائل مفصلة في : جوسران ، البواعث في الاعمال القانونية ، ف ٢٩٠ ـ ٢٩٧ .

وهناك أمثلة كثيرة على عقود ظاهرها تبرع وحقيقتها معاوضة ، تبعا لنية المتعاقدين أو للدافع الذي دفع المتبرع الى التبرع ، وقد اعتبرها القضاء عقود معاوضة . ونذكر من هذه الامثلة ما يلي :

١ ـ وهبت بلدية مارسيليا للامبراطور نابليون الثالث قطعة أرض ليبني عليها قصرا ، وبعد سقوط الامبراطورية وموته ارادت البلدية استرداد الارض، فقضت محكمة استئناف اكس بان العقد ليس هبة في الواقع بل هو عقد معاوضة ، وقد قصدت البلدية من هبتها الارض للامبراطور ان يبني عليها

أما المعيار الاقتصادي ، فيقوم على الموازنة بين ما يعطيه كل من المتعاقدين وما يحصل عليه . فلا يكفي وصف العقد بانه بيع لاعتباره معاوضة اذا كان ما يدفعه المشتري الى البائع شيئا زهيدا جدا بالنسبة الى قيمة المبيع . فاذا باع شخص دارا قيمتها ثلاثة الاف دينار بمائة دينار ، فلا يمكن اعتبار هذا العقد بيعا ، بل هو هبة فى صورة بيع . فالعقد فى ظاهرة بيع وفى حقيقته هبة(١) .

التقسيم الرابع ـ العقود الفورية التنفيذ والعقود المستمرة التنفيذ

العقد الفوري التنفيذ

٦٩ ـ العقد الفوري التنفيذ هو العقد الذي تتحدد فيه التزامات الطرفين المتعاقدين بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول، ولايكون الزمن عنصرا فى تنفيذه ، حتى لو كان هذا التنفيذ يجب ان يتم على دفعات متعددة .

فعقد البيع عقد فوري التنفيذ وان كان الثمن مؤجلا او يدفع على شكل أقساط ، وحتى اذا كان المبيع لا يسلم فى الحال بل بعد مدة من الزمان.

قصرا ، فيعود ذلك بالفائدة على المدينة من وراء اقامة الامبراطور فيها من وقت لآخر .

٢ ـ باع رجل في كوبيك أرضا من شركة من شركات السكك الحديدية لتمد عليها خطا من خطوطها ، وكان البيع بثمن صوري والعقد عرفيا . فطعن الرجل بعد ذلك في العقد باعتباره هبة لم تعمل في عقد رسمي . ولكن المحكمة لم تأخذ بذلك واعتبرت العقد معاوضة ، لان الرجل لما اعطى الارض للشركة لم يكن في نيته التبرع لها بالارض ، بل كان يقصد من وراء ذلك ان ترتفع قيمة اراضيه المجاورة بسبب وجود خط للسكك الحديدية بجوارها .

(١) ولا يهم الشكل الذي يخلعه المتعاقدان على التصرف . فاتباع الشكليات التى يأمر بها القانون لا يجعل من عقد التبرع عقد معاوضة ، ولا من عقد المعاوضة عقد تبرع . ويعبر عن ذلك في الفقه الفرنسى بالمثل المشهور : بدلة الراهب لا تجعل من لابسها راهبا . (L'habit ne fait pas le moine)

وذلك لان التزامات كل من البائع والمشتري تتحدد تحددا تاما بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ، فالبائع ملزم بتسليم المبيع ، والمشترى ملزم بدفع الثمن • ففي حالة تأجيل الثمن لا يكون للزمن دخل فى تحديد الثمن، بل هو عنصر عرضي ، وعندما يحل الاجل يكون التنفيذ فوريا • فالاجل انما ضرب لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد مقدار الثمن • وقد يقتضى صنع الشيء مدة من الزمن ومع ذلك يبقى العقد فوري التنفيذ • فاذا اتفق شخص مع عامل احذية على صنع حذاء له ، فان صنع الحذاء يستغرق مدة من الزمن ، ولكن هذا الزمن لا يتدخل فى تحديد التزام العامل ، فهو عنصر عرضي لا جوهري •

يتبين مما تقدم ان العقد الفوري التنفيذ يتحدد محله مستقلا عن الزمن ، وان الزمن اذا تدخل فانما يتدخل لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المعقود عليه ، فيكون عنصرا عرضيا لا جوهريا •

العقد المستمر التنفيذ

٧٠ ــ والعقد المستمر التنفيذ هو الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، ويراد (أي الزمن) لذاته ، وبه يتحدد المعقود عليه • ذلك لان الغاية التي يراد الوصول اليها عن طريق العقد لايمكن ان تتحقق الا بالزمن ، كما فى عقدي الايجار والعمل • فلا يتصور ان يستطيع المؤجر لمدة سنة ، او ان يستطيع العامل المستأجر لمدة شهر ، لا يتصور ان يتم تنفيذ التزام هذا او ذاك بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ، بل لابد من استمرار التنفيذ سنة بكاملها فى الايجار ، وشهرا كاملا فى عقد العمل • فالمنفعة لايمكن تقديرها الا بمدة معينة من الزمان • والعمل اذا نظر اليه فى ذاته فلا يمكن تصوره الا مقترنا بالزمن(١) •

---

(١) أما اذا نظر اليه في نتيجته ، أي الى الشيء الذي ينتجه العمل ، فانه يكون حقيقة مكانية •

العقد المستمر التنفيذ نتيجة لاتفاق الطرفين

٧١ ــ وهناك نوع من العقود الفورية التنفيذ بطبيعتها ، ولكن المتعاقدين يتفقان على اعتبارها مستمرة التنفيذ . مثال ذلك عقد التوريد يلتزم به احد المتعاقدين ان يورد للاخر شيئا معينا لمدة من الزمن ، كالتعهد بتوريد اطعمة لمستشفى لمدة شهر مثلا . فالمعقود عليه ــ وهو الشيء الذي اتفق على توريده ــ يمكن ان ينفذ تنفيذا فوريا ، بان يسلم المتعهد دفعة واحدة الاطعمة التي تعهد بتوريدها فى خلال شهر ، ولكن المتعاقدين اتفقا على ان يكون التنفيذ فى خلال شهر ، فجعلا مقياسه الزمان ، وبذلك اصبح الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذه ، مثل عقدي الايجار والعمل سواء بسواء. ولكن الفرق بين عقدي الايجار والعمل وبين عقد التوريد هو ان المعقود عليه فى الايجار وعقد العمل يقاس بالزمن بطبيعته ، اما فى عقد التوريد فالمعقود عليه يقاس بالزمن نتيجة لاتفاق الطرفين . ويسمى الفقهاء هذا العقد بالعقد ذي التنفيذ الدوري . اما الايجار فيسمونه بالعقد ذي التنفيذ المستمر . ويجمعون الاثنين تحت عنوان اخر هو ، عقد المدة ، او العقد الزمني ، او العقد ذو الالتزام الممتد(١) . وهذا النوع من العقود لا يزال فى مستهل تطوره الفقهي ، فلم يمض على معالجته من قبل الفقهاء مدة كافية من الزمن ، لذلك فتسميته لم تستقر بعد نهائيا فى الفقه .

أهمية هذا التقسيم

٧٢ ــ الصفة الجوهرية فى العقد المستمر التنفيذ هي ان الزمن عنصر جوهري فيه. فتنفيذه يكون مقترنا بالزمن، وبقدر ما يمضى من الزمن يكون العقد قد نفذ فى جزء منه يتناسب والمدة المحددة. للتنفيذ والزمن الذي يمضي لا يعود . فاذا حدد لتنفيذ العقد سنة مثلا ومضت ستة اشهر ، فالعقد

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٦٥ ، ص١٦٧ . أبو ستيت ، ف٦٩ . تراجع كذلك رسالة الدكتور عبد الحي حجازي وعنوانها : نظرية عقد المدة ــ العقد المستمر والدوري التنفيذ .

يكون قد نفذ فى نصفه . فاذا اريد لسبب من الاسباب الرجوع فى العقد فان ذلك يكون مستحيلا ، وذلك لان الفترة التي نفذ فيها العقد قد مضت ولن تعود ، والجزء الذي تم تنفيذه اصبح نهائيا لا يمكن الرجوع فيه . وهذا ما لا يقع فى العقد الفوري التنفيذ ، لان الزمن ليس عنصرا جوهريا فى تنفيذه ، واذا نفذ فى جزء منه فالرجوع فيما تم تنفيذه ممكن. ويترتب على هذا الفرق الجوهري بين العقد المستمر التنفيذ والعقد الفوري التنفيذ النتائج التالية :

١ ــ ينسحب اثر الفسخ فى العقود الفورية التنفيذ الى الماضي ، اما فى العقود المستمرة التنفيذ فلا ينسحب الى الماضي ، بل يحدث اثره بالنسبة للمستقبل فقط ، ذلك لان ما نفذ لا يمكن اعادته .

٢ ــ اذا اوقف تنفيذ العقد لسبب من الاسباب فان هذا الوقف لا يؤثر فى التزامات المتعاقدين فى العقد الفوري التنفيذ ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة من حيث الكم . اما فى العقد المستمر التنفيذ فان وقف تنفيذه يترتب عليه نقص في كمته وزوال جزء منه ، بل قد يترتب عليه انتهاؤه اذا كانت المدة التي اوقف التنفيذ فى خلالها تساوي المدة المتفق عليها فى العقد .

٣ ــ الاعذار(١) شرط لاستحقاق التعويض عن التأخر فى التنفيذ فى العقد الفوري التنفيذ فى أغلب الاحيان ، اما فى العقد المستمر التنفيذ فهو غير ضروري ، وذلك لان الزمن عنصر جوهري فى التنفيذ ، والزمن الذي يمضى لا يمكن تداركه ، فلا فائدة من الاعذار .

٤ ــ لما كان تنفيذ العقد المستمر التنفيذ انما يتم مع الزمن فاحتمال تغير الظروف فى خلال مدة التنفيذ يكون كبيرا . وعليه فان مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو فى العقود المستمرة التنفيذ . اما فى

---

(١) الاعذار هو تنبيه المدين الى أنه متأخر في تنفيذ التزامه ، وان هذا التأخر يترتب عليه الزامه بتعويض الضرر الناشىء عن ذلك . واعذار المدين يكون بانذاره ، وهذا معنى المثل الشائع : « قد اعذر من انذر » . والانذار يكون بواسطة الكتاب العدول .

العقود الفورية التنفيذ ، فلا تنطبق هذه النظرية الا اذا كان تنفيذها (العقود) مؤجلا .

التقسيم الخامس ـ العقود المحددة والعقود الاحتمالية

العقد المحدد

٧٣ ـ العقد المحدد هو العقد الذي يتحدد فيه مركز المتعاقدين المالي عند العقد. فيستطيع كل منهما ان يعرف وقت العقد مقدار ما اخذ ومقدار ما اعطى . فالبيع عقد محدد لان كلا من الثمن والمبيع معين ، وكذلك الايجار وعقد العمل ، الخ ..

العقد الاحتمالي

٧٤ ـ والعقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يمكن فيه تحديد المركز المالي لكل من المتعاقدين وقت العقد . فالمتعاقد لا يستطيع عند التعاقد ان يعرف بالضبط القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى ، ولا يتحدد ذلك الا فى المستقبل تبعا لحدوث امر غير محقق الوقوع ، كعقد التأمين والمقامرة وبيع الثمار قبل ظهورها او انعقادها ، أو امر محقق الوقوع ولكن لا يعرف وقت حصوله ، كالبيع بثمن هو ايراد مرتب مدى الحياة .

أهمية هذا التقسيم

٧٥ ـ وتظهر اهمية هذا التقسيم من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فهي محدودة ، وتكاد تنحصر فى ان الغبن يؤثر فى العقود المحددة ولا يؤثر فى العقود الاحتمالية ، ذلك ان الاساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو الغبن الاحتمالي الذي يتحمله احد المتعاقدين .

خطة البحث

٧٦ ـ عالج القانون المدني العراقي العقد فى ثلاثة فصول ، تكلم فى الاول عن اركان العقد ، وفى الثاني عن آثاره ، وفى الثالث عن انحلاله . وسنتبعه فى مسلكه هذا ، فنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول ايضا ، وذلك على النحو المتقدم .

الفصل الاول

اركان العقد

اركان العقد في القانون المدني العراقي

٧٧ ــ لم يحدد القانون المدني العراقي اركان العقد في نص معين ، ولكن من الامور التي عالجها تحت عنوان « اركان العقد » تتبين ان هذه الاركان ثلاثة : التراضي ، والمحل ، والسبب .

فالتراضي هو ارادة المتعاقدين في انشاء العقد والالتزام باثاره .

والمحل هو الامر الذي يثبت عليه أثر العقد .

أما السبب ، فلم يعرفه القانون المدني ، وقد اقتبسه من القانون المدني الفرنسي الذي لم يعرفه بدوره . وسيكون لنا كلام عنه في حينه .

هذه هي اركان العقد التي نص عليها القانون المدني . ولكن قديشترط القانون احيانا بعض الشكليات لانعقاد العقد ، فيجب عندئذ استيفاء هذه الشكليات . وقد يشترط التسليم لتمام العقد ، فيجب في هذه الحالة القيام بهذا التسليم لكي يتم العقد .

وقد تكلم القانون المدني ، بعد الكلام عن اركان العقد ، عن جزاء تخلف أحد هذه الاركان ، وهو بطلان العقد . فلا بد لنا من الكلام عن البطلان بعد الانتهاء من الكلام عن الاركان .

وعليه فاننا نقسم هذا الفصل الى اربعة فروع ، نخصص الاول للتراضي ، والثاني للمحل ، والثالث للسبب ، والرابع للبطلان .

الفرع الاول

التراضى

(LE CONSENTEMENT)

٧٨ ــ التراضى ، من الناحية القانونية ، عبارة عن اتفاق ارادتين على احداث اثر قانوني ، أي عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول • ووجود التراضى يكفي لوجود العقد ، مع وجود الاركان الاخرى بالطبع ، ولكنه لا يكفي لصحته • فلكي يكون العقد صحيحا يجب ان تكون كل من الاراتين صحيحة غير مشوبة بعيب • وعليه فاننا نقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نخصص الاول لوجود التراضى ، والثاني لصحته •

المبحث الاول

وجود التراضى

٧٩ ــ يتحقق التراضي بمطابقة القبول للايجاب ، وبعبارة اخرى بتوافق ارادتي العاقدين • ولتحقق ذلك لابد من قيام كل من العاقدين بالتعبير عن ارادته ، ومن حصول التوافق بين الارادتين • والاصل ان يقوم المتعاقد بنفسه بالتعبير عن ارادته ، ولكن قد لا يصدر هذا التعبير من المتعاقد نفسه بل من شخص اخر ينوب عنه • وهذا ما يسمى بالنيابة فى التعاقد • يخلص لنا مما تقدم انه لا بد للتحقق من وجود التراضى من التحقق من صدور التعبير عن الارادة من قبل كل من المتعاقدين او من ينوب عنهما ، ومن حصول التوافق بين الارادتين •

ولكن بالرغم من تحقق صدور التعبير عن ارادة كل من المتعاقدين ومن التوافق بين الارادتين ، قد يكون العقد فى مرحلة تمهيدية ولا يكون باتا • ويتحقق ذلك فى الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون • وهذا ما نبحثه بعد الامور الثلاثة المتقدمة •

وعليه فسنقسم هذا المبحث الى اربعة مطالب كما يلي :

المطلب الاول ــ التعبير عن الارادة .

المطلب الثاني ــ توافق الارادتين .

المطلب الثالث ــ النيابة فى التعاقد .

المطلب الرابع ــ مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الوعد بالتعاقد ، والاتفاق الابتدائي ، والعربون .

المطلب الاول

التعبير عن الارادة

(DECLARATION DE LA VOLONTE)

الارادة وطرق التعبير عنها

٨٠ ــ يجب التمييز بين الارادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها . فالارادة الكامنة فى النفس يمكن تعريفها بانها عمل نفسي ينعقد به العزم على امر معين . والارادة ما دامت كامنة فى النفس فالقانون لا يعبأ بها حتى يعبر عنها صاحبها باحد طرق التعبير وتظهر الى العالم الخارجي .

وقبل ان نتكلم عن كيفية التعبير عن الارادة ، لابدمن از نشير الى ان الارادة التي يأخذها القانون بنظر الاعتبار انما هي الارادة التي تتجه الى احداث اثر قانوني ، وقد سبق ان رأينا ذلك . فاذا لم تتجه الارادة الى أحداث هذا الاثر فلا يعبأ بها القانون ، كالارادة غير الجدية . مثال ذلك الارادة الصادرة على سبيل المزاح او الهزل . وكذلك الارادة الصادرة من شخص فى حالة سكر بين ، والارادة المعلقة على شرط المشيئة(١) ، والارادة الصادرة على سبيل المجاملة كمن يدعو صديقا الى وليمة او الى الركوب فى

---

(١) كأن يقول شخص لآخر : أبيعك داري اذا شئت ، أو اذا رأيت في ذلك مصلحة لي .

سيارته • الارادة فى هذه الصور جميعا لا يأخذها القانون بنظر الاعتبار لانها لم تتجه الى احداث اثر قانوني •

ونبحث في التعبير عن الارادة المسألتين التاليتين :

١ ــ كيف يكون التعبير عن الارادة •

٢ ــ ما الحكم اذا اختلف المظهر الخارجي للارادة عن الارادة الحقيقية الكامنة فى النفس ، العبرة بما يدل عليه المظهر الخارجي ام بالارادة الحقيقية ، وبعبارة اخرى العبرة بالارادة الظاهرة ام بالارادة الباطنة ؟

المسألة الاولى ــ كيفية التعبير عن الارادة

٨١ ــ التعبير عن الارادة يكون بالايجاب والقبول ، وهما كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد • وأي لفظ صدر اولا فهو ايجاب والثاني قبول (م٧٧ مدني) •

والقاعدة العامة فى هذا الباب ان الايجاب والقبول لا يخضعان ، وفقا لمبدأ الرضائية فى العقود ، لشكلية ما • فيستطيع المتعاقد ان يعبر عن ارادته بالطريقة التي تروقه ، ما لم يقض القانون او اتفاق الطرفين بغير ذلك • فيمكن ان يكون التعبير عن الارادة باللفظ والكتابة والاشارة ، وقد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال مجالا للشك فى دلالته على الارادة (م ٧٩ مدني) • والتعبير عن الارادة قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا • ونرى كلا منهما على حدة •

التعبير الصريح

٨٢ ــ يكون التعبير صريحا اذا كانت المظاهر التي اتبعت فيه قد قصد بها الكشف عن الارادة ، أي احاطة الغير علما بها ، وكانت هذه المظاهر تفيد المعنى المقصود منها حسب المألوف بين الناس • والتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بايراد الالفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الارادة ، وهذا هو الاصل فى التعاقد • والكلام قد يوجه باللسان مباشرة الى المتعاقد الاخر ، وقد يوجه عن طريق الواسطة كالمكالمة التليفونية

وكايفاد رسول يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة ايا كان شكلها ، عرفية كانت او رسمية ، فى شكل رسالة أو نشرة او اعلان فى الصحف والمجلات او يوزع باليد ، موقعا كان عليها او غير موقع ، مكتوبة باليد او مطبوعة ، او باية طريقة اخرى . وقد يكون التعبير الصريح بالاشارة المتعارف عليها بين الناس ، كاشارة الاخرس أو أية اشارة اخرى جرى العرف عليها ، كحركة الرأس الى الاسفل دلالة على القبول وحركته الى الاعلى او افقيا دلالة على الرفض،وكحركة الكتفين دلالة على الرفض كذلك . وقد يكون التعبير الصريح باتخاذ أي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود ، كعرض البضائع فى المحلات التجارية مع بيان اثمانها ، ووقوف السيارات فى المواقف المخصصة لها ، ووضع الآلات الميكانيكية المخصصة لتأدية غرض معين ، كميزان او آلة لبيع علب السيكاير او طوابع البريد او اشياء اخرى . كل هذا يعتبر تعبيرا صريحا عن الارادة . والغالب فى التعبير الصريح ان يكون صادرامن الموجب ، أي ان يكون ايجابا .

ولكن اذا قام شك فى اعتبار التعبير الصادر من الشخص ايجابا ،فيجب عدم اعتباره ايجابا ، بل دعوة الى التفاوض (م٨٠) .

التعبير الضمني

٨٣ ــ ويكون التعبير ضمنيا اذا كان التصرف الذي قام به الشخص لايدل بذاته على ارادته ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره الا بافتراض وجود هذه الارادة . مثال ذلك ما اذا سأل شخص بائع فواكه عن سعر البرتقال فأجابه البائع ولكن السائل لم يتكلم بل أكل عددا منه . فى هذا المثل لم يعلن السائل عن رغبته فى شراء البرتقال ، ولكن عمله لا يمكن تفسيره الا بافتراض وجود ارادته فى القبول . ومثال ذلك ايضا ما اذا نص فى عقد الايجار على انه اذا لم يقم احد الطرفين بانذار الاخر برغبته فى انهاء العقد بمدة معينة قبل انقضاء الايجار ، فانه يعتبر قد جدد لمدة مساوية للمدة

الاولى . فاذا لم يقم أي من الطرفين بانذار الطرف الاخر فى المدة المعينة ، فان ذلك لا يمكن تفسيره الا على انه قبول بتجديد العقد . والغالب فى التعبير الضمني ان يكون قبولا لايجاب معروض .

أحوال يشترط فيها التعبير الصريح

٨٤ ـ والتعبير الصريح اقوى فى دلالته من التعبير الضمني(١) ، لذلك يشترط فى حالات معينة ان يكون التعبير عن الارادة صريحا . والغاية من اشتراط التعبير الصريح فى هذه الحالات هي تنبيه المتعاقد الى خطورة الامر الذي يريد الاقدام عليه . فمن ذلك ما ينص عليه القانون من ان التضامن ما بين المدينين لايفترض بل لابد من النص عليه صراحة . ومن ذلك ايضا ان المحيل فى حوالة الحق لا يضمن يسار المحال عليه الا اذا نص على ذلك صراحة . وهناك حالات اخرى كثيرة مبعثرة فى ثنايا القانون تدرس فى محلها منه .

المسالة الثانية ـ الارادة الظاهرة والارادة الباطنة

٨٥ ـ اذا حدث واخطأ الشخص فى التعبير عن ارادته فعبر عن شيء ولكن ارادته الحقيقية كانت تريد شيئا اخر ، وبعبارة اخرى اذا اخطأ التعبير فى الافصاح عن الارادة الحقيقية، اي اذا اختلفت الارادة الظاهرة عن الارادة الباطنة ، فبايهما نأخذ بالارادة الظاهرة ام بالارادة الباطنة ؟ مثال ذلك التاجر الذى يخطىء فى وضع اسعار البضائع فيضع البطاقة التى تحمل سعر البضاعة القطنية على البضاعة الحريرية ، والبضاعة القطنية ارخص بطبيعة الحال من البضاعة الحريرية ، فيتقدم اليه مشتر بالثمن المكتوب على البضاعة الحريرية الذى هو أقل من سعرها الحقيقى . ومثال ذلك ايضا الشخص الذى يذهب الى معرض لبيع السيارات فيقع اختياره على سيارة معينة ، ولكنه عند الاتفاق يخطىء فيشير الى سيارة اخرى . فى هذين

---

(١) ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم : «دلالة التصريح أقوى من دلالة الاقتضاء» .

المثلين اتجهت ارادة الشخص الى شيء ولكن التعبير خانه فاتجه الى شيء اخر ، فبأي الامرين نأخذ ، بما ارادته الارادة الحقيقية ام بما دل عليه التعبير عنها ؟ هناك اتجاهان فى القوانين الحديثة ، اتجاه يميل الى تغليب الارادة الباطنة على الارادة الظاهرة ، واتجاه ، على العكس ، يميل الى تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة • وقبل ان نرى مزايا وعيوب كل من الارادتين ، نبادر الى القول بان ايا من القوانين لم ينحز انحيازا تاما الى احدى الارادتين دون الاخرى ، بل لايعدو الامر ان يكون تغليبا لاحدى الارادتين على الاخرى •

نظرية الارادة الباطنة VOLONTE INTERNE

٨٦ ــ ومؤدى نظرية الارادة الباطنة انه ، لتحديد مدى التزام المتعاقد ، يجب البحث عن الارادة التى انطوت عليها نفسه ، لانها هى الارادة التى اتجهت الى احداث الاثر القانونى • اما مظهر التعبير عنها فليس الا قرينة عليها • فاذا عبر هذا المظهر عنها تعبيرا صادقا كان بها ، والا فالعبرة بالارادة الحقيقية التى انطوت عليها نفس المتعاقد ولا عبرة بالمظهر ، لان المظهر ليس الا وسيلة للوصول الى الارادة الحقيقية • واذا تعذر الوصول الى معرفة هذه الارادة الحقيقية فعلى القاضى ان يصل اليها عن طريق الافتراض •

وقد قيل فى تأييد الاخذ بالارادة الباطنة ان الاخذ بها يتفق مع مبدأ سلطان الارادة • فما دامت ارادة الشخص الحقيقية قد اتجهت فى التعاقد الى شيء معين فيجب احترامها • ولكن يرد على ذلك بان الاخذ بالارادة الباطنة يعرض المعاملات لعدم الاستقرار ، فلا اسهل على المتعاقد الذى يريد التحلل من التزامه من الادعاء بان ارادته الحقيقية قد اتجهت الى شيء اخر غير الشيء الذى وقع عليه العقد •

ويأخذ بنظرية الارادة الباطنة هذه القوانين اللاتينية ، وعلى رأسها القانون الفرنسى • وقد كانت سائدة فى المانيا قبل صدور القانون المدنى الالمانى •

نظرية الارادة الظاهرة (أو الاعلان عن الارادة)

VOLANTE EXTERNE, DECLARATION DE LA VOLONTE

٨٧ ــ ويأخذ بهذه النظرية القوانين الجرمانية ، وعلى رأسها القانون المدنى الالمانى • ومؤدى هذه النظرية ان الارادة لايعتد بها فى مظهرهـــا النفسى ، بل فى مظهرها الاجتماعى • فالارادة التى لم تظهر الى العالم الخارجى لايجوز ان يكون لها اثر فى دائرة العلاقات القانونية ، فهى شىء كامـن فى النفس • والارادة التى تنتج اثرا قانونيا انمـا هى الارادة التى اتخـذت مظهرا اجتماعيا معينا بالتعبير عنها لا الارادة الكامنـة فى النفس • فالعبرة بهذا التعبير الذى هو شىء مادى محسوس يستطيع القانون ان يحيط بـه وان يرتب عليه مايشاء من احكام ، دون حاجة الى البحث فيمـا انطـوت عليه النفس فى اعماقها ، ويستطيع المتعاقد كذلك ان يدركه ، فيطمئن اليـه الناس فى معاملاتهم وعقودهم • وفى ذلك مافيه من استقرار للمعامـــلات وعدم تعرضها للاضطراب • فالمتعاقد عند مايتعاقد انما يطمئن الى التعبير الذى يصـــدر من المتعاقد الاخر • وقد قيل فى الرد على هذه الحجج ان الاخذ بالارادة للظاهرة يخالف مبدأ سلطان الارادة ، فهـو يؤدى الـى الزام الانسان بامر لم يرد ان يلتزم به •

٨٨ ــ ولكن انصار نظرية الارادة الظاهرة اذا كانوا لايعتـدون الا بهذه الارادة الا انهم لايهملون الارادة الباطنة اهمالا تاما «١» • فهـــم يشترطون ان يكون وراء المظهر الخارجى الذى تأخذه الارادة ارادة كامنة ، ولكن هذه الارادة تكون مقتصرة على ارادة التعبير volonte de la declaration لا ارادة الاثر القانوني volonte de l'effet ، بمعنى ان الشـخص الذى تصدر منه عبارة معينة او فعل معين ، او يتخذ موقفا معينا من شـأنه ان ينتج اثرا قانونيا ، هذا الشخص يجب ان يفعل ذلك وهو يريـد هـذا المظهر المادى الذى يقوم به • فاذا كان القانون لايرتب اثرا على ارادته فلا

---

(١) كما ان انصار الارادة الباطنة لا يهملون الارادة الظاهرة اهمالا تاما ، بل يعتبرونها دليلا على الارادة الباطنة •

عبرة بالمظهر الذى يتخذه فى التعبير عن هذه الارادة • مثال ذلك الطفل والمجنون ، فهما لايتمتعان بارادة يمكن ان تلزمهما قانونا ، لذلك لايصح ان يقال انهما ارادا ايجاد هذا المظهر • ولكن انصار الارادة الظاهرة يقفون عند هذا الحد ، فلا يشترطون ـ كما يشترط انصار الارادة الباطنة ـ ان يكون من صدر عنه هذا المظهر الخارجى ، واراد ان يصدر عنه ، قد انصرفت ارادته الداخلية ايضا الى احداث هذا الاثر القانونى الذى يكون من شأن هذا المظهر ان يحدثه (١) • بل ان الاخذ بالارادة الظاهرة لم يمنع القانون المدنى الالمانى ، وهو على رأس القوانين ذات النزعة المادية ، من ان يقرر الغلط فى بعض الحالات ، ومن ان يتطلب فى تفسير العقد الاخذ بالارادة الحقيقية وان كانت محكومة بمعايير مادية (٢) •

التقريب بين النظريتين من الناحية العملية

٨٩ ـ الفرق بين النظريتين من الناحية النظرية بيّن واضح ، فنظرية الارادة الباطنة تعتبر الاثر القانونى نتيجة للارادة النفسية ، اما المظهر الخارجى فليس اكثر من دليل عليها • اما نظرية الارادة الظاهرة فتعتبر الاثر القانونى نتيجة للتعبير عن الارادة ، لانتيجة للارادة نفسها • وهذا التعبير ليس مجرد دليل عليها ، بل هو الجسم الذى تتكون منه الارادة • ولكن بالرغم من هذا الفرق بين النظريتين من الناحية النظرية ، الا انهما تتقاربان من الناحية العملية ، بحيث يكاد الفرق بينهما يتلاشى • ففى كلتا النظريتين نقف عند المظهر الخارجى للارادة : فى نظرية الارادة الظاهرة باعتبار هذا المظهر هو الذى ينتج الاثر القانونى ، وفى نظرية الارادة الباطنة باعتبار هذا المظهر دليلا على الارادة الحقيقية • ولا تظهر اهمية عملية بين النظريتين

---

(١) دريه ، تفسير الاعمال القانونية ، ص ٣٥٤ ، نقلا عن السنهوري الوسيط ، ص ١٨١ ، هامش رقم ١ ، كذلك نظرية العقد ، ص ١٧١ •

(٢) أبو ستيت ، ف ٨٨ ، ص ٨٦ ـ ٨٧ ، مع المراجع المشار اليها في هامش ص ٨٧ •

الا فى حالة ما اذا امكن تقديم دليل على ان الارادة الظاهرة تختلف عن الارادة الباطنة ، ولكن تقديم هذا الدليل امر صعب فى اغلب الاحيان .

وحتى فى الحالات القليلة التى يمكن فيها تقديم الدليل على اختلاف الارادة الظاهرة عن الارادة الباطنة ، يبقى الفرق بين النظريتين ضيئلا جدا من الناحية العملية . فنظرية الارادة الباطنة اذا اعتدت بالارادة النفسية واهملت مظهر التعبير عنها ، الا انها لاتترك هذا المظهر الخارجى دون اثر قانونى . فالمتعاقد الذى يدعى ان ارادته الظاهرة قد خالفت ارادته الباطنة ويريد ابطال العقد على هذا الاساس يكون قد تسبب فى احداث ضرر للمتعاقد الاخر،لان هذا المتعاقد كان قد اطمأن الى المظهر الذى اتخذه المتعاقد الاخر فى التعبير عن ارادته ، فيجب عليه ــ على المتعاقد الذى يدعى ان ارادته الظاهرة قد خالفت ارادته الباطنة ــ ان يعوض المتعاقد الاخر عن الضرر الذى اصابه ، وذلك حماية للثقة المشروعة بين الناس.فتكون النتيجة العملية ان المظهر الخارجى ينتج اثرا فى كلتا النظرتين : فى نظرية الارادة الظاهرة على اساس ان المظهر هو الذى ينتج الاثر القانونى ، وفى نظرية الارادة الباطنة على اساس ان هذا المظهر الخداع ــ وهو عمل ضار ــ قد فوت على من اطمأن اليه الاثر الذي كان يقصده ، فيجب تعويضه عن فواته. وقد يقرر القضاء ان خير تعويض يقضى به هو اعتبار العقد قائما . وهكذا نصل من الناحية العملية الى نتائج متقاربة بين النظريتين(١).

---

(١) ويلاحظ الاستاذ السنهوري أنه مهما يكن من أمر التقريب بين النظريتين ، فلا تزال بينهما فروق تقتضى التمييز بينهما . فنظرية الارادة الظاهرة تنظر الى الارادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الارادة الباطنة فتنظر الى الارادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (الاولى) عند تفسير العقد اذا أخذ القاضى بمبدأ الارادة الظاهرة فهو لا يكون ملزما ان يتحسس الارادة الداخلية فيما تجنه (أي تنطوي عليه) سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الارادة ، فيفسره تفسيرا اجتماعيا لا نفسيا ، مستندا في ذلك الى العرف الجاري والى المألوف في التعامل . (الثانية) اذا أخذ القاضى بمبدأ الارادة الظاهرة فان مسألة

موقف الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

من نظريتي الارادة الظاهرة والارادة الباطنة

٩٠ ـ والفقه الاسلامي لم ينحز انحيازا تاما الى احدى النظريتين دون الاخرى. فالفقهاء المسلمون يعرفون العقد بانه «ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يثبت اثره فى المعقود عليه» ، وهذا اخذ بالارادة الظاهرة . فما الايجاب والقبول الا تعبير عن الارادة النفسية ، او الارادة الباطنة ، وقد يصدق هذا التعبير وقد يخطىء فى اظهار الارادة على حقيقتها . ولكن هذا الحكم يخفف منه قاعدة فقهية اخرى هي : « العبرة فى العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني » . ومعنى هذه القاعدة انه اذا لم تدل الالفاظ على ارادة المتعاقدين الحقيقية ، فالعبرة بما قصد اليه المتعاقدان لا بما دل عليه اللفظ . ويعلل الفقهاء المسلمون ذلك بان الالفاظ ليست الا اداة لاظهار قصد الانسان ، فاذا لم تظهر هذا القصد على حقيقته فلا عبرة بها ، وانما العبرة بما قصد اليه العاقدان . وهذا اخذ صريح بالارادة الباطنة .

وقد اقتفى القانون المدني العراقي فى ذلك اثر الفقه الاسلامي ولم يأخذ باحدى النظريتين دون الاخرى . فقد سبق ان رأينا تعريفه للعقد المستمد من الفقه الاسلامي فى المادة (٧٣) . وقد نص كذلك فى الفقرة الاولى من المادة (١٥٥) على قاعدة « العبرة فى العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني » .

تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة التمييز ما دام الغرض ليس تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما اذا كان التفسير يتجه الى بحث الارادة الباطنة ، فهذه مسألة وقائع لقاضى الموضوع فيها الرأي الاعلى (نظرية العقد ، ص ١٧٧ ، الوسيط ، ص ١٨٢ ، هامش) .

المطلب الثاني
توافق الارادتين

٩١ ــ رأينا فى المطلب السابق كيف يكون التعبير عن الارادة . ولكن التعبير عن ارادة واحدة لايكفي لانشاء العقد وتكوينه ، بل لابدمن التعبير عن ارادة اخرى موافقة للاولى ومطابقةلها. هاتان الارادتان تسميان الايجاب والقبول والارادة التي يعلن عنها اولا هي الايجاب ، والتي يعلن عنها ثانيا هي القبول . لذلك لا بد من البحث فى كيفية صدور الايجاب ، وفى مطابقة القبول له وارتباطه به .

ولكن قد يصدر الايجاب والقبول والعاقدان يجمعهما مجلس واحد ، وهذا هو التعاقد بين حاضرين ، وقد يصدران والعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد ، وهذا هو التعاقد بين غائبين . وعليه فاننا نقسم هذا المطلب الى مقصدين ، نخصص الاول للتعاقد بين حاضرين ، والثاني للتعاقد بين غائبين.

المقصد الاول ــ التعاقد بين حاضرين

٩٢ ــ سبق ان قلنا انه لا بد لتمام العقد من صدور ايجاب من احد العاقدين ، يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الاخر . وعليه فاننا نقسم هذا المقصد الى فقرتين ، نخصص الاولى لصدور الايجاب ، والثانية لاقتران القبول به .

الفقرة الاولى ــ صدور الايجاب

٩٣ ــ الاصل ان الانسان لا يقدم على التعاقد فجأة ، بل لابد ان يعمل الفكر ويتفاوض مع المتعاقد الاخر قبل ان يعلن موافقته النهائية على التعاقد(١) . فالايجاب يمر اذن بمراحل قبل ان يصبح باتا جاهزا لاقتران

---

(١) وهناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها العقود المألوفة في الحياة اليومية ، كمن يأكل في مطعم ، او ينزل في فندق ، او يشتري صحيفة . وكذلك العقود التى تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية وهي تقتضى سرعة في البت والتعامل . وكذلك عقود الاذعان ، وهى تتميز بايجاب في بادىء الامر يعقبه اذعان من المتعاقد الاخر أو قبول لابد منه (السنهوري ، الوسيط ، ص ٢٠٦ ، هامش) . وكذلك شراء بضاعة في مخزن مكتوب عليها ثمنها ، والركوب في السيارات العمومية ، الخ ..

القبول به • وعليه يجب معرفة هذه المراحل • ثم ان الايجاب بعد ان يمر بهذه المراحل ويعلن عنه الموجب ، هل يكون ملزما لمن صدر عنه بمجرد صدوره ، أم ان الموجب يستطيع الرجوع فيه ما دام لم يقترن به القبول• وهذا ما يسمى بـ « القوة الملزمة للايجاب » • وعليه فسنبحث هنا مسألتين: ١ ــ المراحل التي يمر بها الايجاب ، ٢ ــ القوة الملزمة للايجاب •

المسألة الاولى ـ المراحل التي يمر بها الايجاب

العرض والمفاوضة والايجاب المعلق والايجاب البات

٩٤ ــ يسبق التعاقد عادة عرض يتقدم به أحد الطرفين للاخر ، يعقبه مفاوضات قد تطول وقد تقصر • والاصل ان هذه المفاوضات غير ملزمة ولا يترتب على قطعها اية مسؤولية ، الا اذا اقترن قطعها بخطأ سبب للطرف الآخر ضررا ، فيسأل من قطعها عندئذ وتكون مسؤوليته تقصيرية لا تعاقدية(١) •

فاذا انتهت المفاوضات وتوصل الطرفان الى الاتفاق على جميع الامور فقد يحتفظ احد الطرفين لنفسه ببعض التحفظات ولا يصدر ايجابا باتا ، بل يحتفظ لنفسه بحق الرجوع او بحق اجراء بعض التعديلات على الشروط التي اتفق عليها • والايجاب فى هذه الحالة يسمى بالايجاب المعلق ، وهو غير ملزم لمن صدر عنه ، ويستطيع صاحبه الرجوع عنه متى شاء على ان لا يكون هذا الرجوع مقترنا بخطأ يسبب ضررا للطرف الاخر •

فاذا اجتاز الايجاب هذه المراحل اصبح باتا • وتقرير ما اذا كان الايجاب باتا مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع ، ولا يكون حكمه فى ذلك خاضعا لرقابة محكمة التمييز •

التمييز بين الايجاب البات وما يسبقه من مراحل

٩٥ ــ يدق احيانا التمييز بين الايجاب الباب والمراحل السابقة عليه•

---

(١) المسؤولية التقصيرية هي التي تنشأ من الفعل الضار ، أما المسؤولية التعاقدية فهي التي تنشأ من الاخلال بتنفيذ العقد •

فالايجاب البات يتضمن ارادة الموجب في احداث اثر قانوني ، وهذا ما يصعب البت فيه غالبا ، وخاصة في العرض الموجه الى الجمهور (OFFRE AU PUBLIC) . وهذا ما يحدث عادة في الاعلان في الصحف أو في نشرات خاصة توزع على الناس . مثال ذلك ان تعلن شركة عن حاجتها الى موظف ذي مؤهلات معينة ، او ان يعلن شخص عن رغبته في شراء مخطوط معين ، او ان يعلن شخص عن بيع بضاعة او تحفة اثرية لديه الخ.. في مثل هذه الحالات اذا لم يكن الاعلان او النشرة مشتملا على ثمن الشيء أو راتب الموظف ، فلا صعوبة في الامر ، اذ لا يعدو الامر ان يكون مجرد اعلان وترغيب ، أي دعوة الى المفاوضة والتعاقد . ولكن اذا تضمن الاعلان او النشرة الثمن او الراتب ، فهل يعتبر ايجابا باتا ؟ اذا كان هذا العرض موجها الى شخص معين امكن اعتباره ايجابا باتا ، ولكن العرض الموجه الى الجمهور يختلف عن العرض الموجه الى شخص معين ، فهو يتضمن دائما تحفظا ضمنيا يجعله بعيدا عن الايجاب البات .

فالشخص الذي يعلن عن رغبته في شراء نسخة من مخطوط معين لايمكن ان يجبر على شراء اية نسخة تعرض عليه ، والشركة التي تعلن عن حاجتها لموظف ذي كفاءة معينة براتب معين لا يمكن ان تجبر على قبول أي شخص يتقدم اليها . فما دام العرض الموجه للجمهور يتضمن مثل هذا التحفظ الضمني فانه يفقد صفة الايجاب البات ويكون مجرد دعوة الى التعاقد .

وتطبيقا لذلك قضت المحاكم بان ارسال شركة التأمين شروط التأمين ونسخة من العقد الى أحد الاشخاص لايتضمن ايجابا من جانب الشركة بل دعوة الى التعاقد ، لان عقد التأمين انما يقوم على اعتبارات شخصية لابد من ان تتثبت منها الشركة بداءة(١) .

وقد سبق ان رأينا ان عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر ايجابا . وتقضي الفقرة الثانية من المادة (٨٠) من القانون المدني بأنه : « أما النشر

---

(١) أبو ستيت ، ص ٩٢ .

والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للافراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا بل دعوة الى التفاوض » .

يتبين مما تقدم ان معيار التمييز بين الايجاب البات ومايسبقه هو وجود أو عدم وجود النية الجازمة فى أحداث الاثر القانوني . فان وجدت هذه النية كنا أمام ايجاب بات ، والا فأمام دعوة الى التعاقد .

٩٦ ــ وتظهر أهمية التمييز بين الايجاب البات وبين الدعوة الى التعاقد فى حالة صدور القبول . فاذا صادف القبول ايجابا باتا فقد تم العقد . أما اذا صادف مجرد دعوة الى التعاقد فلا تكون امام عقد بل امام المراحل السابقة عليه .

المسألة الثانية ــ القوة الملزمة للايجاب

٩٧ ــ اذا اجتاز الايجاب مرحلة المفاوضات وصدر ايجابات باتا ، فهل يكون ملزما للموجب قبل اقتران القبول به ، أم ان الموجب يستطيع الرجوع فيه قبل هذا الاقتران ؟ ميز القانون المدني العراقي فى هذا الصدد بين حالتين: حالة ما اذا لم يحدد الموجب ميعادا للقبول، وحالة ما اذا حدد ميعادا للقبول، ويكون الايجاب فى الحالة الاولى قائما غير ملزم ، وفى الحالة الثانية قائما ملزما . ونرى كلا منهما على حدة .

الحالة الاولى ــ الايجاب القائم غير الملزم

٩٨ ــ اذا صدر الايجاب ولم يعين الموجب أجلا او ميعادا للقبول ، فانه لا يكون ملزما للموجب قبل اقتران القبول به . وهذا الحكم يتفق ومبدأ سلطان الارادة ، فما دام القبول لم يقترن بالايجاب فليس هناك اتفاق ارادتين ، وعليه يستطيع الموجوب الرجوع فيه . فاذا رجع ثم قبل الطرف الاخر ، فلا عبرة بقبوله . وقد نصت المادة (٨٢) من القانون المدني فى هذا الباب على ما يلي : « المتعاقدان 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» .
ويلاحظ على هذه المادة عدم الدقة فى التعبير . فهي تعطي الخيار للمتعاقدين بعد الايجاب وقبل القبول،وهذا غير صحيح.فالخيار فى هذه الحالة لايكون الا للموجب فقط ، ذلك ان الطرف الآخر قبل ان يقبل لاينشأ عـــنى عاتقه التزام ، وخيار الرجوع انما يعطى لمن نشأ على عاتقه التزام ليتحلـل منه (١) . لذلك فقـد كان على واضعي هذه المادة أن يصوغوها على النحو التالي : « الموجب بالخيار قبل صدور القبول ... » .

الحالة الثانية ـ الايجاب القائم الملزم

٩٩ ـ اذا صدر الايجاب باتا وحدد الموجب مدة للطرف الاخر ليقبل فى خلالها أو يرفض فانه يكون ملزما بالبقاء على ايجابه حتى نهاية المـدة التي حددها . فاذا عدل عن ايجابه ثم صدر القبول فى خلال المدة المحددة ، فلا عبرة بعدوله ويتم العقد ويكون كل من المتعاقدين ملزما بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد على عاتقه . واساس التزام الموجب بالبقاء على ايجابه هو الارادة المنفردة بنص القانون (م ٨٤ مدني) .

سـقوط الايجاب

١٠٠ ـ يسقط الايجاب ، ملزما كان أو غير ملزم ، اذا رده الموجب له . وهناك حالات خاصة بسقوط كل من الايجابين .

---

(١) هذه المادة مأخوذة عن المادتين « ١٨٢ ، ١٨٣ » من مجلة الاحكام العدلية . وهما مأخوذتان بدورهما من الحديث الشريف : « البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار» والخيار الذي يقرره هذا الحديث هو خيار المجلس . وخيار المجلس معناه ان يكون لكل من البائع والمشتري ، بعد تمام البيع ، ان يرجع عن العقد ، الا اذا افترقا أو خير احدهما الآخر بقوله : اختر ، فيقول امضيت البيع أو ما في معناه . فهذا الحديث انما اعطى خيار المجلس لكل من البائع والمشتري بعد تمام البيع ، أي بعد اقتران القبول بالايجاب ولم يعطه قبل ذلك . أما القانون المدني العراقي ، ومن قبله المجلة فقد اعطيا الخيار لكل من العاقدين قبل القبول ، وهذا غير صحيح كما قلنا في المتن (راجع كتابنا ، الوسيط ، ص ١٣٨ ـ ١٤١) .

١ ـ الايجاب غير الملزم

١٠١ ـ فالايجاب غير الملزم يسقط بالامور التالية :

١ ـ أن يرجع عنه الموجب قبل قبول الطرف الآخر .

٢ ـ اذا صدر من احد المتعاقدين قول او فعل يدل على الاعراض ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك (م ٨٢) . فاذا صدر الايجاب وقبل صدور القبول قام أحد المتعاقدين لقضاء حاجة ، أو تكلم المتعاقدان فى امر خارج عن العقد ، او انشغل احدهما بما يدل على الاعراض عن امر العقد ، فان ذلك يؤدي الى سقوط الايجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك .

٣ ـ تكرار الايجاب قبل القبول (م ٨٣) . فاذا قال البائع : بعتك هذا بمائة دينار ، وقبل قبول الطرف الثاني قال : بعتك اياه بمائة وخمسة ، أو بخمسة وتسعين دينارا . فى هذه الحالة يبطل الايجاب الاول ويحل محله الايجاب الثانى .

٢ ـ الايجاب الملزم

١٠٢ ـ ويسقط الايجاب الملزم بالامور التالية :

١ ـ اذا أنقضى الميعاد الذي حدده الموجب دون ان يصدر قبول من الطرف الآخـــر .

٢ ـ اذا رفض الموجب له الايجاب قبل انقضاء المدة . ولا عبرة بالقبول الذي يقع بعد ذلك . ويعتبر اجراء تعديل على الايجاب رفضا له . فاذا باع شخص سيارة بمبلغ الف دينار ومنح المشتري مدة للقبول قدرها ثلاثة أيام ، وقبل انقضاء المدة قال المشتري اشتريت السيارة بتسعمائة دينار ، فـان تعديله هذا للايجاب يعتبر رفضا له فيسقط . فاذا قبل الســيارة بعـد ذلك بألف دينار فلا عبرة بقبوله لان الايجاب يكون قد سقط .

١٠٣ ـ ويجب ان يلاحظ ان القبول اذا صدر بعد سقوط الايجاب فانه يعتبر بمثابة ايجاب جديد ، فاذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد .

الفقرة الثانية ـ اقتران القبول بالايجاب

١٠٤ ـ القبول شق العقد الثانى ، وهو تعبير عن الارادة ، فيتبع فيه الطرق التى رأيناها من تعبير صريح وتعبير ضمنى .

ويشترط لينتج القبول أثره الشرطان التاليان :

١ ـ اتحاد مجلس الايجاب والقبول حقيقة أو حكما .

٢ ـ مطابقة القبول للايجاب وعدم مخالفته له لا كلا ولا جزءً . ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الاول ـ اتحاد المجلس

١٠٥ ـ ويقصد باتحاد المجلس أن يصدر القبول والايجاب لايزال قائما . وقد اختلف الفقهاء فى المدة التى يجب أن يصدر القبول فى خلالها ليتحد المجلس.فذهب فقهاء الشافعية والمالكية الى وجوب القبول الفوري . واجاز فقهاء الشيعة والحنفية صدور القبول حتى نهاية المجلس مادام لم يصدر من أحد العاقدين ما يدل على الاعراض ولم يفترقا . وهذا الرأي أكثر منطقيه من الرأي الاول ، ولا يؤدي الى ضيق فى المعاملات . فاشتراط القبول الفوري يؤدي الى سقوط الايجاب فى اكثر الحالات مادام الموجب له لم يعلن قبوله فى الحال ، وفى ذلك ما فيه من الحرج وعدم اعطاء الوقت الكافى للموجب له للتفكير والتروي . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأي الاخير (م ٨٢) .

الشرط الثاني ـ مطابقة القبول للايجاب

١٠٦ ـ لابد لتمام العقد من مطابقة القبول للايجاب مطابقة تامة (م٨٥) . فاذا قال البائع بعتك هذا بـ (١٠٠) وقال المشتري قبلته بـ (٩٥) ، فلا يكون القبول قد طابق الايجاب بل يعتبر رفضا له ، فيسقط الايجاب . ومن صور مخالفة القبول للايجاب تقييد القابل للايجاب.فاذا قال البائع بعتك هذا بـ (١٠٠) تدفع فورا ، فقال المشتري قبلت على أن تدفع اقساطا فالقبول لايكون قد طابق الايجاب.وقد اختلف الفقهاءفى حالة ما اذا زاد القابل على ما

أوجبه الموجب ، مثال ذلك ما اذا قال البائع : بعتك هذا بـ (١٠٠) وقال المشتري قبلته بـ (١١٠) • فذهب البعض الى ان القبول قد خالف الايجاب ويعتبر ايجابا جديدا من المشتري ، فلا بد من قبول البائع له• وذهب آخرون الى ان القبول لا يعتبر قد خالف الايجاب ، والى ان العقد ينعقد بما اجبه البائع •

١٠٧ ــ ولا يشترط لمطابقة القبول للايجاب اتفاق المتعاقدين على جميع الجزئيات ، بل يكفي اتفاقهما على المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها • ومثال الاتفاق على المسائل الجوهرية ما اذا اتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة وعلى مدة الايجار وعلى مقدار الاجرة وبقية الامور الجوهرية ، ولكنهما اختلفا فيما بعد فى من منهما يدفع رسم الحراسة أو أجرة العداد الكهربائي ، وهذه فى العادة مبالغ زهيدة فاذا لم يتفق الطرفان مقدما على مثل هذه المسائل الصغيرة ، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل ، فالعقد يعتبر قد تم • فاذا قام بينهما خلاف بشأن هذه المسائل فالمحكمة هي التي تفصل فى النزاع مستعينة فى ذلك بطبيعة الموضوع•واذا كان هناك نص قانوني خاص يفصل فى هذه المسائل فعلى المحكمة ان تطبقه ، والا فانها تستعين بالعرف وقواعد العدالة (م ٨٦) •

هل يصلح السكوت قبولا

١٠٨ ــ اذا صدر الايجاب باتا من الموجب ولكن الموجب له لزم جانب الصمت فلم يقبل ولم يرفض ، فهل يعتبر قد قبل فانعقد العقد ، أو رفض فسقط الايجاب ؟ قبل ان نجيب عن هذا السؤال ننبه الى وجوب عدم الخلط بين التعبير الضمني عن الارادة وبين مجرد السكوت • فالتعبير الضمني وضع ايجابي يستخلص من ظروف ايجابية ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي • وقد يتضمن التعبير الضمني ايجابا وقد يتضمن قبولا ، أما السكوت فلا يمكن أن يتضمن ايجابا ، بل هو وضع قد يصدر ممن وجه اليه الايجاب• والاصل فى السكوت الا يفيد شيئا ، لانه عدم والعدم لا ينتج الا العدم

ويعبر الفقهاء عن هذه القاعدة بقولهم : «لاينسب الى ساكت قوله»(١)٠ فالذي يلزم جانب الصمت لا يمكن ان نقول عنه انه أفاد شيئا ٠ ولكن هذه القاعدة لا تسري على اطلاقها ، فقد يفيد السكوت الرضى والقبول اذا لابسته بعض الظروف ٠ ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم : « السكوت فى معرض الحاجة بيان » ٠ وقد نقل القانون المدني العراقي فى المادة (٨١) منه كلا من الاصل والاستثناء الوارد عليه ٠ ونرى الاصل أولا ، ثم الاستثناء ٠

الاصل ـ لا ينسب الى ساكت قول

١٠٩ ـ قلنا فيما تقدم ان من يلزم جانب الصمت ولا ينطق لايقال عنه انه تكلم ٠ فاذا تعلق الامر بالتعاقد وسكت من وجه اليه الايجاب فالاصل انه يرفض الايجاب الموجه اليه ٠ وتطبيقا لهذه القاعدة نصت المادة (٨٥٠) من المجلة على ان : « سكوت المعير لا يعد قبولا فلو طلب شخص من آخر اعارة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء ثم اخذه المستعير كان غاصبا » ٠ فسكوت المعير لا يعني قبوله الاعارة ٠

وتطبيقا لهذه القاعدة قضت المحاكم الفرنسية بان الناشر الذي يرسل الى شخص مجلة دورية دون ان يكون بينهما اتفاق سابق ، لايحق له ان يعتبر هذا الشخص قد اشترك فى هذه المجلة حتى لو ذكر ان عدم الرد يعتبر قبولا للاشتراك وقضت المحاكم الفرنسية كذلك بان مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهما فى شركة معينة ويخبره فيه انه سجل فى حسابه قيمة الاسهم التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب بالاسهم المذكورة ٠ وقضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة فى دائرتها التجارية فى حكم لها صادر فى ٦ كانون الاول ١٩٢٦ بان

---

(١) تنسب هذه القاعدة الى الامام الشافعي رحمه الله ، وقد نقلها عنه السيوطي في «الاشباه والنظائر في الفروع» (ص ١٢٧) ٠ ونقلها غير السيوطي كذلك ، وعنهم نقلتها مجلة الاحكام العدلية ثم القانون المدني العراقي ٠

سكوت المشترى اكثر من ثمانية ايام دون ان يرد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطا فى صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة اسابيع عديدة لايعتبر رضاء من المشتري ، بل يجب ان يكون رضاؤه واضحا جليا بعد هذه المفاوضات الطويلة(١) .

الاستثناء ـ السكوت في معرض الحاجة بيان

١١٠ ـ اذا سكت من وجه اليه الايجاب ، ولكن ظروف الحال كانت توجب عليه ان يفصح عن ارادته بالقبول او الرفض ، فالشارع يعتبر سكوته دليلا على موافقته وقبوله . وقد عبر القانون المدني العراقي عن ذلك بقوله فى المادة (٨١) : « ... ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا » .

الحالات التي يعتبر السكوت فيها قبولا

١١١ ـ وقد نصت المادة (٨١) من القانون المدني على ثلاث حالات يعتبر السكوت فيها قبولا . وهذه الحالات هي :

١ ـ اذا كان هناك تعامل سابق واتصل الايجاب بهذا التعامل .

مثال ذلك ما اذا اعتاد تاجر مفرد ان يشترى بضائعه من تاجر جملة وجرت العادة بينهما على ان يكتب تاجر المفرد بما يحتاج اليه الى تاجر الجملة فيقوم هذا بارسال المطلوب فى الحال . فاذا كتب تاجر المفرد الى تاجر الجملة وسكت هذا ، فان سكوته يعتبر قبولا بارسال البضاعة . وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بانه اذا اعتاد صاحب مطعم شراء المواد اللازمة لمطعمه من تاجر معين ، وارسل لهذا التاجر يطلب كمية من تلك المواد فسكت التاجر ، فان سكوته يعتبر قبولا .

٢ ـ ان يتمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه .

فاذا كان الايجاب نافعا نفعا محضا لمن وجه اليه وسكت هذا ، كان معنى سكوته القبول . مثال ذلك الهبة التي لا تشترط فيها الرسمية ، وعارية

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٢٢١ هامش رقم ٢ .

الاستعمال التي تعرض على المستعير فيلزم الصمت . وتطبيقا لهذه القاعدة قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى مصر فى حكم لها صادر فى ١٣ شباط ١٨٩٦ بان الشخص الذي يصدر منه ايجاب بضمان اخر يريد استئجار عين من الحكومة يعد مقيدا بمجرد رسو المزاد على من كفله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، اذ السكوت فى هذه الحالة يعتبر قبولا(١) .

٣ ــ اذا تسلم المشترى البضائع التي اشتراها وسكت ، فان سكوته يعتبر قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط .

فاذا نص فى القائمة على وجوب وفاء الثمن فى محل اقامة البائع ، أو حدد ميعادا يسقط بانقضائه حق المشترى فى التقدم بأي اعتراض على هذه الصفقة ، او نص على ان المحكمة المختصة بفصل المنازعات التي تنشأ من العقد هي المحكمة التي يوجد البائع فى دائرة اختصاصها ، وسكت المشتري، فان سكوته يعتبر قبولا لهذه الشروط(٢) .

القبول في عقود الاذعان

تعريف عقود الاذعان

١١٢ ــ الاصل ان المتعاقدين لا يبرمان العقد الا بعد مفاوضات ومناقشات فى شروطه ، فلا يقدم احدهما على الدخول فى العلاقة التعاقدية الا بعد التأكد من وجود مصلحة له فى ذلك . ولكن التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة ادى الى ظهور طبقتين من التاس : طبقة قوية اقتصاديا ، وطبقة ضعيفة اقتصاديا . وقد نتج عن ذلك ظهور نوع من العقود يعقد

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢٤ ، هامش رقم ١ . كذلك نظرية العقد ، ص ١٦٢ ، هامش رقم ٣ .

(٢) وهناك مسائل اختلف الفقهاء في حكمها لاختلافهم في تصنيفها وفيما اذا كانت القاعدة التى تنطبق عليها هي قاعدة «لا ينسب الى ساكت قول» او قاعدة « السكوت في معرض الحاجة بيان » . ومن أهم هذه المسائل مسالة بيع مال الغير بحضور صاحبه وسكوته ، ومسالة سكوت الفتاة في الزواج (يراجع تفصيل ذلك في كتابنا الوسيط ، ص ١٥٢ ــ ١٥٤) .

بين افراد هاتين الطبقتين لا يستطيع فيها الضعيف اقتصاديا ان يناقش شروط العقد ، بل عليه ان يقبله كما يعرضه عليه المتعاقد الاخر ، وهو القوى اقتصاديا ، لانه محتاج اليه فى حياته اليومية • والطرف الضعيف اقتصاديا حر من الناحية النظرية فى التعاقد وعدمه ، ولكن حريته تنحصر فى قبول العقد برمته او رفضه برمته • ولكن لما كانت هذه العقود تتصل بسلع وخدمات لا غنى للفرد عنها فى حياته اليومية ، كالتعاقد مع مصالح الماء والكهرباء والبريد والتلفون ، ومع شركات النقل البرية والبحرية والجوية ، الخ •••• فالشخص الذي يريد الحصول على هذه السلع والخدمات مضطر الى قبول ما يعرضه عليه الطرف القوي اقتصاديا ،وبالشكل الذي يعرضه عليه • فقبوله ليس فى الحقيقة قبولا حرا ، بل هو مجرد اذعان لارادة الطرف الاخر • ومن هنا جاءت تسمية هذه العقود بـ « عقود الاذعان »(١) • ولكن يجب ان يلاحظ من الان ان هذا النوع من الاضطرار ليس هو الاكراه المعروف كعيب من عيوب الارادة ، بل هو اكراه متصل بعوامل اقتصادية لا بعوامل نفسية •

خصائص عقود الاذعان

١١٣ ــ وتتميز عقود الاذعان بالخصائص التالية :

١ ــ يتعلق العقد بسلع وخدمات لا يمكن الاستغناء عنها فى الحياة اليومية ، فهي تتعلق باحد المرافق العامة •

٢ ــ يحتكر الموجب بيع هذه السلع او تقديم هذه الخدمات احتكارا

---

(١) وتسمى هذه العقود في الفرنسية بـ « عقود الانضمام » (CONTRATS D'ADHESION) ، لان من يقبل العقد انما ينضم اليه دون ان يناقش شروطه • وقد ترجم الاستاذ السنهوري هذه التسمية بـ « عقود الاذعان » لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول • وقد لاقت هذه التسمية رواجا في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت الى القوانين المدنية العربية ، ومنها القانون المدني العراقي •

قانونيا او فعليا ، او على الاقل هو يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

٣ ــ يكون الايجاب مطبوعا فى الغالب ومعقدا يعسر فهمه على الشخص المتوسط .

٤ ــ يصدر الايجاب الى الناس كافة وبشروط واحدة وبصورة مستمرة .

٥ ــ يحتوي العقد على شروط اكثرها فى مصلحة الموجب ، فبعضها يخفف من مسؤوليته ، وبعضها يشدد من مسؤولية المذعن .

١١٤ ــ والامثلة على عقود الاذعان كثيرة فى الحياة اليومية . فاذا أراد الانسان الحصول على الماء او الكهرباء او التلفون ، واذا أراد السفر بالطائرة أو الباخرة أو القطار ، فان عليه ان يوقع عقدا محررا ومكتوبا مقدما من قبل محتكر هذه السلع والخدمات . وكذلك عقد العمل فى المصانع الكبرى محرر مقدما على صورة عقد اذعان . والقبول فى كل هذه العقود انما هو اذعان من القابل لارادة الموجب ، فالموجب يعرض ايجابه فى شكل نهائي لا يقبل فيه مناقشة ، ولا يسع الطرف الآخر الا أن يقبل ، فهو مضطر الى القبول لحاجته الى الماء والكهرباء والتلفون والسفر والعمل ، الخ ....

ولكن لا يعتبر الشراء من المخازن الكبيرة التي تضع على بضائعها اسعارا لا تقبل فيها مناقشة ، لا يعتبر الشراء من هذه المخازن عقد اذعان ، ذلك لان هذه المخازن لا تحتكر بيع سلعة أو تقديم خدمة تعتبر من المرافق العامة .

وقد نصت على هذه الصفة فى عقود الاذعان الفقرة الاولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني بقولها : « القبول فى عقود الاذعان ينحصر فى مجرد التسليم بشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة » .

طبيعة عقود الاذعان

١١٥ ــ بالنظر لهذه الصفة فى عقود الاذعان ، التي تجعل القابل يذعن

لارادة الموجب ، فقد انقسم الفقهاء بشأنها فريقين : فريق ينكر صفة العقد على هذه العقود ، وهؤلاء هم فقهاء القانون العام . وفريق يذهب الى ان هذه العقود هي عقود حقيقية كسائر العقود ، وهؤلاء هم فقهاء القانون الخاص.

١ ـ فقهاء القانون العام

١١٦ ـ فقهاء القانون العام ينكرون صفة العقد على هذه العقود لانعدام الارادة الحرة المبصرة فيها ، بينما هذه الارادة امر ضروري فى كل عقد حقيقي . ويذهب هذا الفريق من الفقهاء الى القول بان هذه العقود انما تنشأ عن ارادة منفردة هي ارادة الموجب ، والى انها فى الحقيقة قوانين او لوائح تضعها الشركات التي تحتكر المنفعة العامة وتفرض على الناس اتباعها. وهم يرمون من وراء هذا القول الى وجوب تفسير هذه العقود كما تفسر القوانين ، والى وجوب مراعاة مقتضيات العدالة وحسن النية فى تطبيقها والى وجوب النظر الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت هذه العقود لتنظيمها . وما دام عقد الاذعان ينظم منفعة عامة فيجب مراقبة هذه المنفعة من حيث توجيهها لكي لا تحيد عن الغرض منها .

٢ ـ فقهاء القانون الخاص

١١٧ ـ وفقهاء القانون الخاص يذهبون الى ان عقود الاذعان انما هي عقود حقيقية تتم باتفاق ارادتين ، ولا فرق بينها وبين غيرها من العقود. أما ما يقال من ان احد المتعاقدين ضعيف امام الاخر ، فهذا لا يمكن توقيه ولا اثر له فى طبيعة العقد ولا يسوغ تدخل القضاء لحماية الجانب الضعيف ما دام لم يستغل ، والذي يبرر التدخل انما هو استغلال الضعف لا الضعف ذاته . وعلاج الامر لا يكون بانكار صفة العقد على عقد حقيقي تم بتوافق ارادتين، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء ويهوى بحجة حماية الجانب الضعيف فتضطرب المعاملات وتعم الفوضى ، بل ان العلاج الناجع انما يكون بتقوية الجانب الضعيف منعا للجانب القوي من استغلاله له ، ويكون

ذلك باحدى وسيلتين او بهما معا : الوسيلة الاولى اقتصادية ، فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والوسيلة الثانية تشريعية ، فيتدخل المشرع ، لا القاضي ، لينظم هذه العقود ويضع لها حدودا يحمى بها الجانب الضعيف ، وتكون هذه الحماية واضحة محدودة ، وهي تفضل كثيرا حماية القضاء ، حيث يختلف القضاة فى التفسير ويتباين اجتهادهم ، فلا تستقر المعاملات على اساس ثابت(١) .

موقف القضاء الفرنسى والمصري من عقود الاذعان

١١٨ ــ لم يتأثر القضاء فى مصر وفرنسا برأي الفريق الاول من الفقهاء، وهو يأخذ على العموم برأي الفريق الثاني ويرى ان عقود الاذعان عقود

---

(١) جورج ريبير ، القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية ، ط ٤ ، ف ٥٥ ــ ٦٠ . كتابنا الوسيط ، ف١٨٢ ــ ١٨٤ . السنهوري ، نظرية العقد ، ف ٢٨٣ . الوسيط ، ف ١١٧ .

ويظهر ان المحاكم العراقية لم تفهم معنى عقود الاذعان . فصارت تفسر منح المجلس البلدي اجازة بناء على أنه عقد اذعان . فقد طلب شخص من المجلس البلدي في الموصل السماح له ببناء الخربة العائدة له فوافق المجلس البلدي على الطلب على ان يؤخذ من صاحبه تعهد لدى كاتب عدل الموصل بالتنازل عن ثمن البناء عند تطبيق الاستقامات واستملاك الخربة المذكورة . وقد عرضت القضية على محكمة بداءة الموصل فذهبت في حكم لها تحت رقم ١٠١٣/حقوقية/٦٠ الموصل الى ان تنازل صاحب الخربة عن ثمن الابنية لغرض حصوله على اجازة البناء انما يعتبر اذعانا منه لتعسف البلدية في الحقوق الممنوحة لها . وقد عللت المحكمة رأيها هذا بان منح اجازات البناء من أعمال البلديات لذا فهي تعتبر محتكرة لها احتكارا بموجب القوانين والانظمة وصاحب الخربة لا يستطيع البناء ما لم يستحصل به اجازة . لهذا فتنازله عن ثمن الابنية لغرض حصوله على اجازة البناء انما يعتبر اذعانا منه لتعسف البلدية ... وقد اعفت المحكمة صاحب البناء من الشرط الذي اشترطه عليه المجلس البلدي وصدقت محكمة التمييز الحكم . ويلاحظ هنا بصورة واضحة ان منح اجازة بناء من قبل البلدية ليس بعقد بل هو عمل اداري محض . وقد لجأت المحكمة الى تكييفه بعقد اذعان لتخلص طالب الاجازة من الشرط الذي اشترطه عليه المجلس البلدي .

حقيقية تنشأ من توافق الارادتين كسائر العقود • ولكن موقفه هذا لم يمنعه من ان يتوسل بالوسائل القانونية العامة لحماية جمهور المستهلكين من تعسف المحتكرين • فهو يفسر هذه العقود ، كقاعدة عامة ، من وراء البحث عن نية المتعاقدين ، ويحترم شروط العقد ، ولو كانت مطبوعة ، متى تبين ان الطرف الاخر كان يعلم بها ، او كان يمكنه ان يعلم بها وقت التعاقد • ولكنه سلك طرقا مختلفة لحماية الجانب الضعيف • فهو تارة يتلمس عيبا فى الرضاء الصادر منه ـ غشا او غلطا ـ دون ان يجعل من مجرد الاذعان فى مقام الاكراه • وتارة يبطل شروطا تعسفية باعتبارها مخالفة للنظام العام، كما فى شرط الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية•وهو يقضي حينا اخر بعدم سريان الشروط التي لم يكن القابل يعلم بها عند التعاقد وقد طبق ذلك على لائحة المصنع بالنسبة للعامل وعلى الاعلان الذي تعلقه الفنادق فى الغرف باعفاء ادارة الفندق من المسؤولية عن ضياع الامتعة والاشياء التي لا تودع لديها • وهو يقضى ايضا بان الشروط المكتوبة باليد والمضافة الى العقد المطبوع تنسخ الشروط المطبوعة اذا تعارضت معها باعتبارها لاحقة عليها • وهو يقضي كذلك بان الشروط المطبوعة تنسخها الارادة الضمنية اللاحقة ، فالنص فى عقد التأمين على ان المؤمن يدفع

وفي قضية اخرى كيفت محكمة بداءة بغداد في حكم لها برقم ٦٦٩/ حقوقية/٥٤ بغداد عقدا مبرما بين مدير مصرف الرافدين وشخص آخر على الخدمة في المصرف لمدة خمس سنوات ، كيفت المحكمة هذا العقد بانه عقد اذعان • ومن الواضح هنا أيضا ان هذا العقد ليس بعقد اذعان •

وفي قضية اخرى كيفت محكمة بداءة تكريت اعطاء المعبر الى متعهد بانه عقد اذعان (٥٤/حقوقية/٥٨) •

ومن الواضح هنا أيضا ان هذا العقد ليس بعقد اذعان • ومن الطريف حقا ان تقول محكمة التمييز بان هذا العقد ليس بعقد اذعان ولكنه من عقود المعاوضة • كان عقد الاذعان ليس بعقد معاوضة !!! (تراجع هذه الاحكام واحكام اخرى في : القضاء المدني العراقي للاستاذ سلمان بيات ، ج ١ ، ص ١٨٠ ـ ١٨٢) •

الاقساط فى محل الشركة تنسخه العادة التي تجري عليها الشركة فى ارسال الجابي الى محل المؤمنين لتحصيل الاقساط على اعتبار ان هذه العادة تعبر عن ارادة ضمنية للطرفين • وهو يفسر الشك فى مصلحة المذعن لانه هو المدين ، وذلك وفقا للقاعدة العامة بان الشك يفسر لمصلحة المدين(١) •

عقود الاذعان في القانون المدني العراقي

١١٩ ــ وقد نص القانون المدني العراقي على حماية الجانب الضعيف فى عقود الاذعان ، وليس فى ما قرره الا تطبيق لما سار عليه القضاء فى فرنسا ومصر بهذا الخصوص• فقداجازت الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) للمحكمة ان تعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها هذه العقود او ان تعفى الطرف المذعن منها ، وفى ذلك حماية للمستهلكين من الشروط التعسفية التي تفرضها شركات الاحتكار • وتقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا يعود الى القاضي اذا كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي اخذ به ، ولا يخضع فى ذلك الى رقابة محكمة التمييز • وليس على القاضي من حدود فى ذلك الا ما تقتضيه العدالة • واذا اتفق المتعاقدان عى نزع هذه السلطة من القاضي فاتفاقهما باطل لمخالفته للنظام العام •

ولم تجز الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧) المتقدمة ان يكون تفسير العبارات الغامضة ضارا بالمذعن ولو كان دائنا ، وفى هذا خروج على القواعد العامة فى التفسير • فالاصل ان الشك يفسر لمصلحة المدين ، ولكن لما كانت عقود الاذعان تقوم على استغلال حاجة المذعن ، فالمشرع لم يجز ان يكون تفسيرها ضارا به •

القبول في عقود المزاد(٢)

١٢٠ ــ هناك عقود لا تتم عن طريق المفاوضة بين الطرفين ، بل عن

---

(١) نظرية العقد ، ف ٢٨٤ ، ص ٢٨٦ ــ ٢٨٨ • بدوي ، ف ١٤٣ • كتابنا ، الوسيط ، ف ١٨٥ •

(٢) يستوى في ذلك ان يجرى العقد عن طريق المزايدة أو المناقصة •

طريق المزايدة او المناقصة . فكيرا ما تعلن دائرة الاوقاف عن تأجير املاك تحت يدها عن طريق المزايدة العلنية ، وكثيرا ما نقرأ فى الصحف عن بيع اثاث بيتية واشياء اخرى بالمزاد العلني . وعلى العكس من ذلك قد تعلن الدوائر الحكومية عن وجود أشغال لديها تريد اعطاءها الى احد المتعهدين عن طريق المناقصة العلنية ، او تعلن عن حاجتها الى بعض الاشياء او الاطعمة وتريد ان تعهد الى احد المتعهدين فى تزويدها بها ، وذلك عن طريق المناقصة العلنية.

والذي يعنينا فى هذه العقود هو ان نعرف متى يتم الايجاب ومتى يتم القبول . قد يتبادر الى الذهن ان العطاء الذي يبدأ به المكلف بالمزاد (المنادى) هو الايجاب ، والتقدم بعطاء اخر من احد المشتركين بالمزايدة او المناقصة هو القبول . ولكن هذا غير صحيح . فالعطاء الذي يتقدم به المنادى انما هو دعوة الى التعاقد ، والايجاب هو العطاء الذي يتقدم به احد المشتركين بالمزايدة او المناقصة . اما القبول فلا يتم الا برسو المزايدة او المناقصة على الشخص الاخير . ولما كان الايجاب هو العطاء الذي يتقدم به أحد المشتركين بالمزايدة او المناقصة فانه يسقط بعطاء ازيد او انقص منه من قبل شخص اخر ، ولو كان هذا العطاء باطلا لسبب من الاسباب ، كما لو كان من تقدم به (بالعطاء) ممنوعا من الاشتراك بالمزايدة او المناقصة لانه موظف فى الدائرة التي تجري المزايدة او المناقصة، أو لانه الحاكم الذي ينظر فى النزاع الذي تتعلق به المزايدة او المناقصة . ويسقط الايجاب كذلك باقفال المزايدة او المناقصة دون ان ترسو على احد.

وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٨٩) من القانون المدني بقولها : « لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد منه ولو وقع باطلا او باقفال المزايدة دون ان ترسو على احد . هذا مع عدم الاخلال بالاحكام الواردة فى القوانين الاخرى » . ويلاحظ على هذه المادة انها نصت على حالة المزايدة فقط ، وكان يجب ان تنص على حالة المناقصة كذلك ، فحكم العقد واحد فى كلتا الحالتين .

القسم الثاني ـ التعاقد بين غائبين

١٢١ ـ يكون التعاقد بين غائبين اذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد. ويتم ذلك بواسطة رسالة او برقية او بواسطة رسول يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة .

ويعتبر التعاقد قد تم بين غائبين اذا فصل فاصل زماني بين صدور القبول وعلم الموجب به ، وهذا بعكس التعاقد بين حاضرين حيث لا يفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به اية فترة زمنية . ويمكن ان يصدر الايجاب والمتعاقدان فى مجلس واحد ، ولكن عندما يصدر القبول لا يكون المتعاقدان فى مجلس واحد ، فيطبق عندئذ حكم التعاقد بين غائبين . ويتحقق ذلك اذا حدد الموجب ميعادا للقبول وافترق المتعاقدان ، ثم ارسل الموجب له القبول باحدى الوسائل التي رأيناها : رسالة ، او برقية ، او رسول(١) .

المشاكل التي يثيرها التعاقد بين غائبين : تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

١٢٢ ـ ويثير التعاقد بين غائبين مشكلتين هما تحديد زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده. ان الزمان الذى يتم فيه العقد هو الذى يحدد مكانه . فاذا قلنا ان العقد يتم وقت صدور القبول فانه (العقد) يتم فى المكان الذى

---

(١) يذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى ان التعاقد يعتبر بين غائبين «اذا اتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله» (الوسيط ، ف١٢٠، ص٢٣٨) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ في ما يذهب اليه . ذلك ان من صدر منه القبول اذا جاء بنفسه يبلغ الموجب قبوله فلا يوجدعندئذ فاصل زماني بين صدور القبول وعلم الموجب به ، وبالتالى لا تثور امامنا المشاكل التى يثيرها التعاقد بين غائبين . من الممكن ان يقول الاستاذ ان هناك فترة من الزمان قد مرت بين قبول القابل وبين تبليغه هذا القبول الى الموجب. ولكننا نقول ان هذا القبول ما دام لم يظهر الى العالم الخارجي فلا يأخذه القانون بنظر الاعتبار ، لانه لا يعدو ان يكون ارادة كامنة في النفس لا يرتب القانون عليها اثرا ما . وقد سبق ان رأينا ذلك في التعبير عن الارادة .

يوجد فيه القابل ، واذا قلنا انه يتم وقت علم الموجب بالقبول فانه يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب (١) .

ولتحديد زمان انعقاد العقد انقسمت الاراء فى الفقه والقضاء والتشريع . وتتراوح هذه الاراء بين نظريتين اساسيتين هما نظرية اعلان القبول ونظرية العلم بالقبول . ويتفرع عن كل من هاتين النظريتين نظريتان اخريان .

١٢٣ ـ فنظرية اعلان القبول تذهب الى ان العقد ينعقد بمجرد صدور القبول ، وذلك يتفق مع القواعد العامة . فما دام العقد يتم بتوافق ارادتين ، فهو يتم بمجرد اعلان من وجه اليه الايجاب قبوله لهذا الايجاب.

ويتفرع عن هذه النظرية نظرية اخرى لاتكتفى بمجرد اعلان القبول بل تشترط ان يكون هذا الاعلان نهائيا لايمكن الرجوع فيه . ويكون ذلك بخروج القبول من حوزة القابل ، بان يضعه فى صندوق البريد او يسلمه الى دائرة البرق فتبعث به برقيا ، او يبلغه لرسول ينطلق به الى الموجب . وهذه النظرية تسمى بنظرية « تصدير القبول » .

١٢٤ ـ وتذهب نظرية العلم بالقبول الى ضرورة علم الموجب حقيقة بالقبول . ذلك انه لايكفى لتكوين العقد وجود ارادتين ، بل يجب الى جانب ذلك اقتران الارادتين بان يعلم الطرفان بتوافقهما ، وذلك يتم اذا علم الموجب بقبول القابل .

ويتفرع عن هذه النظرية نظرية اخرى لاتشترط العلم الحقيقى بالقبول ، بل تكتفي بتسلم القبول من قبل الموجب ، وتعتبر هذا التسلم قرينة على علم الموجب بالقبول ولو لم يعلم به فعلا . وهذه النظرية تسمى بنظرية «تسلم القبول» ، وهي تسد النقص الموجود فى نظرية تصدير القبول .

---

(١) ولكن قد يختلف زمن انعقاد العقد عن مكان انعقاده ، وذلك يتحقق في التعاقد بالتلفون . ففي هذه الحالة لا يفصل بين صدور القبول وبين علم الموجب به فاصل زماني،وعليه فهو بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان . أما من حيث المكان ، فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين ، فتطبق عليه قواعد التعاقد بين غائبين .

اذ ان مجرد تصدير القبول لا يكفي لعلم الموجب به فقد يضيع فى الطريق ، ويستطيع القابل ان يسترده من دائرة البريد قبل وصوله الى الموجب .

النتائج التي تترتب على الاخذ بنظرية دون اخرى

١٢٥ ــ يترتب على الاخذ باحدى النظريتين دون الاخرى نتائج مهمه . منها انتقال الملكية اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ، فاذا اخذنا بنظرية اعلان القبول فان هذه الملكية تنتقل بمجرد صدور القبول ، واذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول فانها لاتنتقل حتى يعلم الموجب بالقبول .ويترتب على انتقال الملكية انتقال تبعه الهلاك والثمار التى ينتجها الشىء المبيع الى المشتري . ومن هذه النتائج اختلاف القانون الذي يحكم العقد. فالاصل فى هذا الباب ان القانون الذي يحكم العقد هو قانون البلد الذي تم فيه العقد . فاذا أخذنا بنظرية الاعلان عن القبول فالقانون الذى يحكم العقد هو قانون البلد الذي يوجد فيه القابل ، واذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول فالقانون الذي يحكمه هو قانون البلد الذي يوجد فيه الموجب . وهناك نتائج أخرى تترتب على الاخذ باحدى النظريتين دون الاخرى ، نعرض عن ذكرها هنا (١) .

القانون المدني العراقي

١٢٦ ــ وقد أخذ القانون المدني العراقى بنظرية العلم بالقبول ، ولكنه اعتبر تسلم القبول دليلا على العلم به . فقد نصت المادة (٨٧) منه على أنه : « ١ ــ يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم فى المكان والزمان الذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني بغير ذلك . ٢ ــ ويكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان الذين وصل اليه فيهما » .

---

(١) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ف ١٨٨ ــ ٢٠١ . السنهوري . الوسيط ، ف١٢٢ وما بعدها . نظرية العقد ، ف٣٠٦ وما بعدها . بدوي ، ف ٦٩ وما بعدها .

التعاقد بالتلفون

١٢٧ ــ يعتبر التعاقد بالتلفون بين حاضرين بالنسبة للزمان لان كلا من المتعاقدين يسمع كلام الآخر ، وبين غائبين بالنسبة للمكان لان الموجب والقابل يوجدان فى مكانين مختلفين (م ٨٨) .

المطلب الثالث

النيابة في التعاقد

(LA REPRESENTATION)

١٢٨ ــ قد يقوم شخص بتصرف أو عمل قانوني ولكن آثار هذا التصرف أو العمل تضاف الى شخص اخر ، فتنتقل الى هذا الشخص الحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف . ويتحقق ذلك اذا كان من قام بالعمل القانوني نائبا عن الشخص الذي تنصرف اليه آثار هذا العمل . ويسمى الشخص الذي تضاف اليه آثار العمل القانوني بالاصيل . فيمكننا تعريف النيابة اذن بأنها « حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل فى انشاء عمل قانونى مع اضافة اثر هذا العمل الى شخص الاصيل لا الى شخص النائب » .

والنيابة قد تكون ضرورية ونافعة فى الحياة العملية . فقد لايحق للشخص التعاقد لنقص فى اهليته فيقوم نائبه ، الذي هو الولي أو الوصى أو القيم ، بالاعمال القانونية نيابة عنه . وقد لايستطيع الشخص اجراء العقد بنفسه لبعده عن الجهة التى يجب ان يتم فيها العقد ، او لعدم وجود متسع من الوقت لديه ، أو لعدم خبرته ، فيوكل غيره فى اجراء التصرف القانوني الذي يريد اجراءه .

أنواع النيابة ومصدرها

١٢٩ ــ اذا نظرنا الى النيابه من حيث حدود سلطة النائب ، فهي اما قانونية أو اتفاقية . فاذا كان القانون هو الذى يتولى تحديد هذه السلطة

فالنيابة قانونية • مثال ذلك الولي والوصى والحارس القضائي ، فكل من هؤلاء ينوب عن غيره فى اجراء الاعمال القانونية ، والذي يرسم حدود سلطاتهم انما هو القانون • وعليه فهم نائبون قانونيون • واذا كان الاتفاق هو الذي يرسم حدود سلطة النائب فالنيابة اتفاقية • مثال ذلك الوكالة ، فالاتفاق هو الذي يرسم حدود سلطة الوكيل •

١٣٠ ــ واذا نظرنا الى النيابة من حيث مصدرها ، أي من حيث الجهة التى تقيم النائب ، فهي اما قانونية أو قضائية أو اتفاقية • فالقانون قد يقيم النائب كما فى الولى • فهو الذي ينص على ان الاب أو الجد يكون وليا على الصغير ، فهو اذن نائب عنه بحكم القانون ، فنيابته قانونية • وقد يقوم القضاء بتعيين النائب ، كما فى الوصى والقيم والحارس القضائي،فنيابة هؤلاء قضائية • وقد يكون الاتفاق هو الذى يقيم النائب ، كما فى الوكالة • فالاتفاق بين الاصيل والوكيل هو الذى يجعل الوكيل ينوب عن الاصيل ، فنيابة الوكيل اتفاقية •

النيابة والوكالة

١٣١ ــ كثيرا ما يقع الخلط بين النيابة والوكالة ، لذلك يجب التمييز بينهما • فالنيابة ، كما عرفناها ، هى حلول ارادة شخص محل ارادة اخر فى اجراء عمل قانونى ، اما الوكالة فهى اتفاق بين شخصين على ان يحل احدهما محل الاخر فى اجراء عمل قانونى ، فهى اذن احد مصادر النيابة • وعليه فلما كان كل من النيابة والوكالة شيئا يختلف عن الاخر فمن الممكن ان توجد نيابة دون وكالة ، ويتحقق ذلك فى النيابة القانونية ، كما فى حالة الولى والوصى والقيم الخ ••• فكل من هؤلاء نائب لا وكيل • ومن الممكن ان توجد وكالة دون نيابة ، ويتحقق ذلك فى الاسم المستعار ، وذلك بان يتفق شخص مع اخر على ان يعقد هذا الاخير عقدا باسمه هو على ان يقوم بعد ذلك بنقل حقوق العقد اليه •

تطور فكرة النيابة

١٣٢ ـ بالنظر للشكليات المعقدة التى كان يجب اتباعها فى القانون الرومانى لانشاء العقود والالتزامات ، لم يعترف هذا القانون بالنيابة . فكان المتعاقد لايعرف الا الشخص الذى تعاقد معه ، وكانت الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد تترتب بينه وبين من تعاقد معه . اما انتقال اثر العمل القانونى الى الاصيل فكان يتم بعد ذلك بعملية قانونية ثانية ينقل بها النائب الحقوق التى اكتسبها بالعقد الى الموكل وينزل له عن الدعوى الناشئة عن العقد ضد المدين ، وكان فى الوقت نفسه يجعل الموكل كفيلا له تجاه المتعاقد الاخر . وقد كان لهذا النظام محاذيره ، فهو يعرض كلا من الموكل والوكيل لخطر اعسار الاخر ، بالاضافة الى ما فى ذلك من تعقيد .

ثم خطا القانون الرومانى خطوه الى الامام فاعترف لمن تعاقد مع الوكيل ، فى بعض الحالات ، بدعوى ضد الموكل ، ولكن مع استبقاء الوكيل ملزما كذلك «١» .

ثم خطت القوانين الحديثة الخطوة النهائية فاقرت انصراف اثار التصرف الى الاصيل لا الى النائب .

فكرة النيابة في الفقه الاسلامي

١٣٣ـ لم يتكلم الفقهاء المسلمون عن النيابة ، ولكنهم تكلموا عن الولاية على المال التى هى صورة من صور النيابة القانونية ، وعن الوكالة التى هى نيابة اتفاقية . فالولاية على المال ، كما يعرفها الفقهاء المسلمون ، هى تنفيذ القول على الغير شاء او ابى .

ومن المقارنةوالموازنه بين تعريف القانونالمدنىللنيابة وبين تعريف الفقهاء

---

(١) أما ان يصبح الشخص دائنا بواسطة غيره ، فهذا ما لم يعترف به القانون الروماني (الا في حالات خاصة ، منها النيابة القانونية) ، بل بقى الوكيل هو الدائن للغير ، فيستوفى منه الدين ثم يقدم حسابا للموكل بعد ذلك فيصبح مدينا له .

المسلمين ، نجد تعريف الاولين ينظر الى النيابة فى كنهها كما يتناولها فى اثرها وحكمها ، اما الفقهاء المسلمون فيهتمون بنفاذ اثر الارادة على الغير (١) . وقد قرر اغلب الفقهاء ان حقوق العقد فى الوكالة تعود للاصيل لا للوكيل ، وهذا ما لم يتوصل اليه القانون الرومانى حتى فى اخر مرحلة من مراحل تطـــــوره .

القانون المدني العراقي

١٣٤ ــ لم يتضمن القانون المدنى العراقى احكاما فى النظرية العامة للنيابة ، كما فعل القانون المدنى المصرى الجديد وبقية التقنينات الحديثة . لهذا ففكرة النيابة فى القانون المدنى العراقى ترتبط اوثق ارتباط بعقد الوكالة . ولكن نظرية الوكالة تقصر عن ان تتسع لحكم حالات النيابة القانونية . ولكن يلاحظ من ناحية اخرى ان القانون المدنى قد نظم حكم بيع الولى والوصى والقيم ماله للصغير او المحجور (م ٥٨٨ ــ ٥٩٠) .

وهذا التشتت فى أحكام النيابة فى القانون المدني العراقي وعدم اجتماعها فى نصوص تقرر نظرية عامة نقص يجب على المشرع ان يتلافاه ، خاصة وقد افرد القانون المدنى المصرى نصوصا خاصة لنظرية النيابة . ووجود نصوص تقرر نظرية عامة للنيابة امر ضرورى لحماية الغير الحسن النية الذى يتعاقد مع النائب . وحسن النية هنا يقوم بجهل هذا الغير لانقضاء النيابة .

تقسيم البحث

١٣٥ ــ بعد هذه الكلمة الموجزة عن النيابة وتطورها ، نتناول البحث فى شروطها واحكامها . فاذا ما انتهينا من ذلك عالجنا حالة خاصة فى النيابه يجمع فيها شخص واحد طرفى العقد فى شخصه ، وهذه هى حالة تعاقد الشخص مع نفســه .

اولا ــ شروط النيابة

١٣٦ ــ لا بد لتحقق النيابة من توافر الشروط الثلاثة التالية :

---

(١) الدكتور محمود سعد الدين الشريف ، ف ١٣٠ .

١ ــ ان تحل ارادة النائب محل ارادة الاصيل .
٢ ــ ان يتعاقد النائب باسم الاصيل ، لا باسمه هو .
٣ ــ ان لا يتجاوز النائب الحدود المرسومة لنيابته

الشرط الاول ــ حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل

١٣٧ ــ النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل ، لذلك يجب ان تكون له ارادة مستقلة عن ارادة الاصيل . ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ ــ ينظر فى عيوب الرضاء الى ارادة النائب لا الى ارادة الاصيل . فاذا شاب ارادة النائب احد العيوب التى سنراها كان العقد موقوفا فى القانون المدنى العراقى وقابلا للابطال فى القوانين المدنية الوضعية . وكذلك اذا صدر تدليس او اكراه من النائب عاب ارادة من تعاقد معه ، فانه يؤثر فى صحة العقد .

واذا وقع التدليس او الاكراه من الاصيل فانه يؤثر فى صحة العقد ، لان التدليس والاكراه حتى اذا وقعا على احد المتعاقدين من الغير فانهما يؤثران فى صحة العقد . فاذا وقعا من الاصيل فهما يؤثران من باب اولى ، لان الاصيل طرف فى العقد .

٢ ــ لما كان النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل ، فان هذا يقتضى كذلك ان تتلمس حسن النية وسوءها لدى النائب لا لدى الاصيل .

الاهلية

١٣٨ ــ وفيمن تشترط الاهلية ، فى النائب ام فى الاصيل ؟ للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية .

ففى النيابة الاتفاقية لا بد من توافر الاهلية لدى الاصيل ، اما النائب فكل ما يشترط فيه هو ان يكون قادرا على التعبير عن ارادة خاصة به . فيمكن ان يكون الوكيل قاصرا بشرط ان يكون مميزا ، ويمكن ان يكون محجورا عليه .

اما فى النيابة القانونية ، فالاهلية ، على العكس من النيابة الاتفاقية ، يجب ان تتوافر فى النائب • اما الاصيل فهو غير اهل دائما ، لذلك يقيم القانون عنه نائبا • فالولى او الوصى او القيم الذين يقيمهم المشرع نوابا عن الصغير او المحجور ، لابد ان يتمتعوا بالاهلية اللازمة للتعاقد ، والا كانوا هم في حاجة الى من ينوب عنهم •

النائب والرسول

١٣٩ ــ ويجب التمييز فى هذا الصدد بين النائب REPRESENTANT والرسول MESSAGER • فالنائب يعبر عن ارادته هو ، اما الرسول فلا يعبر الا عن ارادة الاصيل • ويترتب على هذا الفرق ان الرسول يمكن ان يكون صبيا غير مميز او مجنونا ما دام يقدر ماديا على نقل ارادة الاصيل الى المتعاقد الاخر • وتكون العبرة بارادة الاصيل لا بارادة الرسول ، وفى عيوب الرضاء لا ينظر الى ارادة الرسول وانما الى ارادة الاصيل ، وهذا عكس ما رأيناه بالنسبة للنائب• والتعاقد اذا تم وجمع النائب والمتعاقد الاخر مجلس واحد فالتعاقد يعتبر قد تم بين حاضرين ، اما التعاقد برسول فهو تعاقد بين غائبين دائما •

الشرط الثاني ــ تعاقد النائب باسم الاصيل لا باسمه هو

١٤٠ ــ ولا بد لتحقق النيابة من تعاقد النائب باسم الاصيل ولحسابه ، لا باسمه هو • ولا يكفى لتحقق النيابة ان يقصد النائب التعاقد باسم الاصيل ولحسابه ، بل يجب ان يتحقق هذا القصد لدى من يتعاقد مع النائب ايضا • فاذا كان النائب يتعاقد باسم الاصيل ، ولكن الغير قصد ان يتعاقد معه فى شخصه هو ، فالنيابة لاتتحقق والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لانه لا يتعاقد لنفسه ، ولا مع الاصيل لان الغير لم يقصد التعاقد معه •

النيابة والاسم المستعار

١٤١ ــ يكون هناك اسم مستعار اذا تعاقد الوكيل باسمه هو لا باسم

الموكل ، فينصرف اثر العقد اليه ثم يقوم بعد ذلك بنقل حقوق العقد الى الاصيل ، فلا تظهر شخصية الاصيل فى التعاقد . وللاسم المستعار فوائد كثيرة فى الحياة العملية . فقد تقضى مصلحة الانسان باخفاء اسمه عمن يريد التعاقد معه لسبب من الاسباب ، فيوكل شخصا يتعاقد باسمه هو (باسم الوكيل) ولحساب الموكل ، ثم يقوم هذا الشخص بنقل ماحصل عليه من العقد الى الموكل . مثال ذلك ما اذا اراد شخص شراء دار جاره ، ولكن الجار لا يريد بيع داره منه ، فيوكل شخصا يشترى الدار من الجار باسمه هو ثم ينقلها بعد ذلك اليه .

الشرط الثالث ـ عدم مجاوزة النائب حدود نيابته

١٤٢ ـ ولكى يضاف اثر التصرف الى الاصيل ، يجب ان لا يجاوز النائب حدود نيابته عند اجراء التصرف . وحدود النيابة يحددها القانون فى النيابة القانونية والاتفاق فى النيابة الاتفاقية . فاذا جاوز النائب هذه الحدود زالت عنه صفة النيابة واصبح الاصيل اجنبيا عن العقد ، فلا يضاف أثره اليه الا اذا اقره . فينفذ عندئذ بحقه تطبيقا لقاعدة « الاجازة اللاحقة كالوكالة سابقة » .

استثناء

١٤٣ ـ ولكن رعاية استقرار المعاملات وحماية حسن النية بين الناس قد تقضى احيانا بانصراف اثر التصرف الى الاصيل ولو لم تكن هناك نيابة . ويقع ذلك فى الحالات التالية :

١ ـ اذا انقضت النيابة لسبب من الاسباب ، كموت الاصيل او عزل الموكل الوكيل ، وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد هذا الانقضاء .

٢ ـ اذا كان من تعاقد مع النائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاوزة النائب حدود نيابته ، وكانت لديه اسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بان النائب قد تعاقد فى حدود نيابته . مثال ذلك ان يكون النائب قد منح نيابة

مستمرة ، كعملاء التأمين ومديرى ووكلاء الشركات ووكلاء الدوائر ، وان يكون العمل الذى قام به يدخل عادة فى حدود نيابته .

٣ ــ اذا كان من المتعذر على الوكيل ان يخبر الموكل بمجاوزته حدود وكالته وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات . وعليه فى هذه الحالة ان يبادر الى ابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة (م ٩٣٣) .

ثانيا ــ أحكام النيابة

١٤٤ ــ ينشأ من التعاقد نيابة عن الغير علاقات ثلاث يجب بحثهـــا وهى : ١ ــ علاقة النائب بالغير الذى تعاقد معه ٢٠ ــ علاقة النائب بالاصيل ٣ ــ علاقة الاصيل بالغـير .

١ ــ علاقة النائب بالغير

١٤٥ ــ لما كان النائب يعمل باسم الاصيل ، فاثر العقد ينصرف الى هذا الاخير لا الى النائب . فتختفى شخصية النائب بعد ابرام العقد اختفاءً تاما ، وتنشأ علاقة مباشرة بين الاصيل والغير الذي تعاقد مع النائب . ويترتب على ذلك ان النائب لا يكسب حقا من العقد الذي عقده ولا يلتزم بالتزام . فلا يستطيع ان يطالب الغير الذى تعاقد معه بتنفيذ التزاماته ، الا اذا ثبتت له النيابة فى تنفيذ العقد كما ثبتت له فى ابرامه . ولا يستطيع الغير الذي تعاقد مع النائب كذلك ان يطالب النائب بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، وانما له ان يطالب الاصيل فقـط .

٢ ــ علاقة النائب بالاصيل

١٤٦ ــ يحدد هذه العلاقة المصدر الذي رسم حدود النيابة . فعقـد الوكالة هو الذي يحدد العلاقة بين الوكيل والموكل . والقانون هو الذي يحدد العلاقة بين الولى او الوصى او القيم وبين القاصر او المحجور .

٣ ــ علاقة الاصيل بالغير

١٤٧ ــ الاصيل والغير هما المتعاقدان الاصليان ، واليهما تضـاف اثار

العقد . فبمجرد ابرام العقد تختفي شخصية النائب وتنشأ علاقةمباشرة بين الاصيل والغير ، فتنتقل اليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد .

ثالثا ـ تعاقد الشخص مع نفسه
CONTRAT AVEC Soi-Même

١٤٨ ـ لما كنا قد سلمنا بامكان حلول ارادة شخص محل ارادة شخص اخر فى التعاقد فمن الممكن ان تحل هذه الارادة محل ارادتى شخصين فى ابرام العقد ، فينوب عن كلا طرفى العقد او يتعاقد اصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الاخر . مثال ذلك ان يوكل شخص اخر ببيع سيارة فيشتريها الوكيل لنفسه ، او يوكل شخص اخر ببيع سيارة ويوكل شخص اخر هذا الشخص نفسه بشراء سيارة فيشترى سيارة الاول للثانى . فالوكيل قد اجرى العقد فى كلتا الحالتين بالتعاقد مع نفسه ، فكان اصيلا عن نفسه ووكيلا عن البائع فى الحالة الاولى ، ووكيلا عن كل من البائع والمشتري فى الحالة الثانية .

التكييف القانوني لتعاقد الشخص مع نفسه

١٤٩ ـ وقد اختلف الفقهاء فى صحة تعاقد الشخص مع نفسه لمخالفته للقواعد العامة فى التعاقد التي تشترط توافق ارادتين ، مع انه لا يوجد فيه الا ارادة واحدة هى ارادة الوكيل . فذهب فريق الى عدم جوازه ، محتجا بالقواعد العامة فى النيابة التي تقضى بان النائب انما يعبر عن ارادته هولاعن ارادة الاصيل ، فنكون فى الحقيقة امام ارادة واحدة لا ارادتين . وذهب اخرون الى جوازه معللين ذلك بانا فى الحقيقة امام عقد كباقى العقود توافق فيه الايجاب والقبول ، ولكن النائب هو الذي يعبر عن كل منهما (من الايجاب والقبول) . ويعلله اخرون بان النائب يقرب بين ذمتى المتعاقدين ، وهذا التقريب يقع بارادته المنفردة . وهذه الارادة المنفردة هى التى تحدث الاثر القانونى وتنشىء الالتزامات فى ذمة كل من النائب والاصيل او فى ذمة كل من الاصيلين .

الحالات التي يجوز فيها تعاقد الشخص مع نفسه

١٥٠ ــ ويختلف حكم تعاقد الشخص مع نفسه فى حالة النيابة عن أحد طرفى العقد عنه فى حالة النيابة عن كلا طرفى العقد • ونرى كلا من ذلك على حدة •

الحالة الاولى ــ النيابة عن أحد طرفى العقد

١٥١ ــ الاصل ان الانسان مجبول على حب نفسه وتفضيل مصلحته اذا تعارضت مع مصلحة الاخرين • فاذا جمع فى شخصه كلا طرفى العقد وكان أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الاخر ، فان خطر تفضيله مصلحته على مصلحة الطرف الاخر يكون محققا • ذلك ان الانسان اذا اراد ان يشتري شيئا فانه يحاول ان يشتريه بأقل ثمن ممكن ، واذا اراد ان يبيع شيئا فانه يحاول ان يبيعه باعلى ثمن ممكن • لذلك فالاصل فى هذه الحالة عدم الجواز الا اذا أجازه الاصيل • وهذا مانصت عليه المادة (٩٥٢) من القانون المدنى بقولها : « ١ ــ ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم بيعها وليس لمديري الشركات ومن فى حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها أو التى يكون بيعها على يدهم • وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر • وليس لمصفي الشركات والتركات أن يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها • وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه (١) ٢٠ ــ على ان الشراء فى الاحوال المنصوص عليها فى الفقرة السابقة يصح اذا اجازه من تم البيع لحسابه متى كان وقت الاجازة حائزا للاهلية الواجبة • اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد تحمل المشترى الاول

(١) يلاحظ على هذه الفقرة ركاكة الصياغة وكثرة التكرار • فهي تكرر كلمة «ليس» ست مرات • وقد كان باستطاعة واضع هذه المادة ان يستعمل هذه الكلمة مرة واحدة ، ثم يعطف الاشخاص الذين تعددهم بعضهم على بعض •

مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع » ، وهذه المادة لا تجيز للوكلاء ومن فى حكمهم ان يشتروا الاموال الموكلين ببيعها ، وتجعل العقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه . وهناك مواد اخرى تقرر المبدأ نفسه بالنسبة للوصي المنصوب والقيم فيما يتعلق بشراء مال المحجور لانفسهم ، وهي المواد (٥٩٠ و ١٢٨٩)

استثناء

١٥٢ — ويستثنى من المنع المتقدم الاب والجد ، فيجوز لهما شراء مال الولد لنفسيهما بغبن يسير لافاحش (م ٥٨٨). ويستثنى كذلك الوصى المختار ولكن بشرط الحصول على اذن من المحكمة وان يكون فى ذلك مصلحة لليتيم . والمصلحة هي ان يشتري مال اليتيم بأكثر من ثمن المثل ، أو يبيعه ماله بأقل من ثمن المثل (م ٥٩٠).

الحالة الثانية ـ النيابة عن كلا طرفى العقد

١٥٣ — لا يوجد فى هذه الحالة خطر محاباة النائب نفسه ، فليس له مصلحة شخصية فى ابرام العقد ، فهو ليس بطرف فيه بل نائب عن طرفيه ، فهو أقرب الى أن يكون حكما منه نائبا . ولكن قد يقال ان مصلحة المتعاقدين لا تتوافر لها الضمانات الكافية لحمايتها ، لان الاصل ان الانسان يساوم قبل ابرام العقد حتى يحصل على أفضل الشروط ، فيبيع بأعلى ثمن

ثم ان المادة بعد ان تنتهي من ذكر الاشخاص الممنوعين من شراء الاموال المكلفين هم ببيعها تعود فتكرر المنع ، فتقول : «وليس لواحدمن هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه». وهذا تكرار تنبو عنه الصياغة القانونية الفنية . وقد كان بالامكان صياغة هذه الفقرة على النحو التالى : «ليس للوكلاء ، ولا لمديري الشركات ومن في حكمهم ، ولا للموظفين ، ولا لوكلاء التفاليس ، ولا للحراس المصفين، ولا لمصفي الشركات والتركات ، ولا للسماسرة ، ولا للخبراء ان يشتروا الاموال التى يتم بيعها على يدهم ، لا بأنفسهم ولا باسم مستعار ، ولو كان ذلك بطريق المزاد العلني» . وننبه هنا الى أنه كان يمكن الاستغناء عن ذكر كل هؤلاء الاشخاص بنص يقرر مبدأ عاما في منع النائب من شراء الاموال التى يقوم ببيعها للاصيل والتي يقع بيعها على يديه الا اذا اجاز الاصيل ذلك .

ويشتري بأقل ثمن ، وهذا ما لا يتحقق اذا كان الشخص نائبا عن كلا طرفى العقد . وهذا اعتراض وجيه . لذلك فالاصل فى هذا النوع عدم الجواز الا اذا أجازه من عقد لمصلحته أو قضت به قواعد التجارة . فمثال ما تقضى به قواعد التجارة القاعدة التى تقضى بأنه يجوز للوكيل بالعمولة التعامل باسم طرفى العقد وفقا لقواعد القانون التجاري(١) . ولم ينص القانون المدني على هذه الحالة ، لذلك لابد من الرجوع الى قواعد القانون التجاري والى العرف التجاري ، والعادة المتبعة بين التجار ، فالمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

المطلب الرابع

مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٥٤ ـ سرنا فى المطالب السابقة مع عملية التعاقد حتى مرحلتها النهائية وهي ارتباط الايجاب بالقبول وظهور العقد الى الوجود . ولكن قد يصل المتعاقدان الى هذه المرحلة ويقفان عندها من غير ان يبرما العقد ابراما نهائيا، بل يؤجلان ذلك الى فترة لاحقة . فقد لا يستطيع احدهما أن يبرم العقد فى الحال فيحتفظ لنفسه بحق ابرامه فى خلال فترة معينة ، وهذا ما يسمى بالوعد بالتعاقد ، ويكون ملزما لجانب واحد . وقد لا يستطيع كلا العاقدين ابرام

---

(١) يقول الدكتور حسن علي الذنون في هذا الصدد بانه لايجوز للشخص ابرام العقد نيابة عن الطرفين اذا تناقضت مصلحتها تناقضا جوهريا . ويضرب مثلا لذلك فيقول : «فلا يجوز للمحامي ان يكون وكيلا عن خصمين في قضية واحدة» (مصادر الالتزام ، سنة ١٩٤٦ ، ص٥٩) . ونحن نرى ان المثل الذي يضربه الدكتور غير صحيح . ففي حالة الخصمين لا نكون أمام تعاقد الشخص مع نفسه ، بل أمام دعوى فيها مدع ومدعى عليه . واذا لم نجز للمحامي التوكل عن كلا الخصمين ، فذلك لانه لا يمكنه ان يجمع في شخصه بين صفة المدعى والمدعى عليه في دعوى واحدة ، لان ذلك يؤدي الى التناقض ، والتناقض يمنع سماع الدعوى .

العقد فى الحال ، فيحتفظ كل منهما لنفسه بالحق فى ابرامه فى خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالاتفاق الابتدائي ، ويكون ملزما للجانبين .

وقد يتفق المتعاقدان على كل الامور ويبرمان العقد فى الحال ويدفع أحدهما الى الآخر مبلغا من المال يسمى بـ « العربون » ، ولكنهما يتفقان على ان يكون لكل منهما الرجوع عن العقد ، على ان يدفع من يريد الرجوع الى الطرف الآخر ما يساوي مبلغ العربون .

ونعالج الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي أولا ثم العربون .

أولا ـ الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

الوعد بالتعاقد

١٥٥ ـ الامثلة على الوعد بالتعاقد كثيرة متنوعة فى الحياة العملية . فقد يريد شخص اقامة مصنع ويتوقع أن يحتاج الى الارض المجاورة لمصنعه فى المستقبل ، فيتفق مع صاحب الارض على بيعها له اذا احتاج اليها فى خلال مدة معينة ، فيلتزم صاحب الارض ببيعها له دون ان يلتزم هو بشيء . وقد يروم تاجر ابرام صفقة تجارية ولكنه يتوقع أن يحتاج الى المال فيتفق مع صديق أو مع مصرف على اقراضه المبلغ المطلوب ، فيلتزم الصديق أو المصرف (١) باقراضه المبلغ المتفق عليه اذا هو ابدى رغبته فى ذلك .

الاتفاق الابتدائي

١٥٦ ـ والامثلة على الاتفاق الابتدائي كثيرة كذلك فى الحياة العملية . فقد يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فى الحال . فقد يتطلب الامر نفقات كثيرة غير متوافرة لديهما ، أو أجراء كشوف من قبل مهندسين ، أو مسح الاراضى من قبل مساحين ، او غير ذلك ، فيوقعان اتفاقا ابتدائيا يتعهد فيه كل منهما باتمام العقد النهائي فى خلال مدة ينص عليها فى الاتفاق .

---

(١) يكون الوعد بالاقراض في حالة المصرف بفتح حساب جار بالمبلغ المطلوب ، ويعبر عنه أيضا بـ « فتح اعتماد » .

شروط الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٥٧ ــ لا بد لنشوء الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي ولزومهما من الاتفاق على الامور الجوهرية كالمبيع والثمن والعين المؤجرة والاجرة ، وعلى المدة التي يجب ابرام العقد الموعود به أو العقد النهائي فى خلالها • ولا بد كذلك من استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون اذا كان العقد شكليا ، كالتسجيل فى دائرة الطابو • فاذا كان القانون يشترط شكلية معينة لاجراء العقد الاصلي ، فيجب القيام بهذه الشكلية بالنسبة للوعد بهذا العقد وللاتفاق الابتدائي الوارد عليه •

الاهلية وعيوب الارادة

١٥٨ ــ لما كان كل من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي عقدا ، فيترتب على ذلك وجوب توافر الاهلية اللازمة للتعاقد فى كلا المتعاقدين • ولكن اشتراط هذه الاهلية يختلف فى الوعد بالتعاقد عنه الاتفاق الابتدائي •

فالوعد بالتعاقد لما كان ملزما لجانب واحد فقط ، فالاهلية يجب ان تتوافر فى الواعد حين الوعد فقط لا حين ابرام العقد النهائي ،وذلك لانه انما يلتزم فى هذه اللحظة،اما اتمام العقد النهائي فيتعلق على ارادة الموعود له • اما الموعود له فيجب ان تتوافر فيه الاهلية عند ابرام العقد النهائي لانه يلتزم فى هذه اللحظة • وعيوب الارادة تقدر بالنسبة للموعود له عند ابرام العقد النهائي ، وذلك للسبب نفسه •

اما الاتفاق الابتدائي ، فلما كان ملزما للجانبين فالاهلية يجب ان تتوافر فى كلا العاقدين • ويكفى ان تتوافر فيهما عند الاتفاق الابتدائي أو عند ابرام العقد النهائي • فاذا توافرت عند الاتفاق الابتدائي ثم طرأ عليها نقص ، فان هذا النقص لا يؤثر على صحة الاتفاق الابتدائي لانه عقد بكل معنى الكلمة ، وقد تم باتفاق الارادتين • واذا لم تتوافر عند الاتفاق الابتدائي ولكنها توافرت عند ابرام العقد النهائي ، فان ابرام العقد النهائي يعتبر اجازة للاتفاق الابتدائي • وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة

الاولى من المادة (١٣٤) من القانون المدنى بقولها : « اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه ». ويصدق هذا القول بالنسبة لعيوب الارادة .

حكم الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٥٩ ــ يختلف حكم الوعد بالتعاقد فى الفترة السابقة على ابداء الموعود له رغبته فى ابرام العقد بعد ابدائه هذه الرغبة . وفى الاتفاق الابتدائي يختلف الحكم فى الفترة السابقة على حلول الميعاد المعين لابرام العقد النهائي عنه بعد حلول هذا الميعاد . ونعالج كلا من ذلك على حدة .

١ ــ الفترة السابقة على ابداء الرغبة او حلول الميعاد

١٦٠ ــ ينشىء الوعد بالتعاقد فى هذه الفترة حقا شخصيا للموعود له بابرام العقد اذا ابدى رغبته فى ذلك ، وكذلك الاتفاق الابتدائي فهو ينشىء حقا شخصيا لكل من المتعاقدين بابرام العقد النهائي اذا اراد هو ، والتزاما على عاتق كل منهما بابرام العقد النهائي اذا ابدى الطرف الاخر رغبته . ولا يترتب على أي من الوعد بالتعاقد او الاتفاق الابتدائي انتقال حق عينى ، فلا تخرج العين من ملك صاحبها . ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ ــ يستطيع مالك العين ان يتصرف بها قبل ابرام العقد النهائي . ويسرى هذا التصرف بحق الطرف الاخر ، فتنتقل العين الى المشترى الجديد . وليس للطرف الاخر فى هذه الحالة الا الرجوع بالتعويض .

٢ ــ لما كانت العين تبقى فى ملك الواعد فاذا هلكت فانها تهلك عليه ، وذلك تطبيقا لقاعدة « الشىء يهلك على مالكه » . وفى هذه الحالة ينقضى التزام الواعد لاستحالة تنفيذ الالتزام لقوة قاهرة .

٢ ــ الفترة اللاحقة لابداء الرغبة ولحلول الميعاد

١٦١ ــ اذا انتهت المدة المحددة للموعود له فى الوعد بالتعاقد لابداء

رغبته ولم يبد رغبته بابرام العقد سقط الوعد • اما اذا ابدى رغبتـــه فالعقد يتم بمجرد ابداء الرغبة ، ولا حاجة لقبول جديد من قبـل الواعد • ويعتبر التعاقد قد تم من حين ابداء الرغبة لا من حين الوعد ، أي لايتم العقد باثر رجعـــى •

وفى الاتفاق الابتدائي ، اذا حل الميعاد المحدد لابرام العقد النهائي اصبح الاتفاق الابتدائي عقدا باتا يجب على كل من المتعاقدين تنفيذه • واذا امتنع أحدهما عن التنفيذ امكن اللجوء الى القضاء لاجباره على ذلك • واذا لـم يبد أي من المتعاقدين رغبته فى تنفيذ العقد اعتبر ذلك اقالة منهما للعقـد (م ١٨١) •

ثانيا ـ العربون(١)

١٦٢ ـ قد يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية ويبرمـــان العقد ويدفع احدهما الى الاخر مبلغا من المال يسمى بالعربون • والغرض الذى يرمى اليه المتعاقدان من دفع هذا المبلغ هو احد امرين :

١ ـ ان يحتفظ كل منهما بحقه فى العدول عن العقد ، على ان يتحمل ما يساوى مبلغ العربون يدفعه للطرف الاخر •

٢ ـ التأكيد بان العقد اصبح باتا لا يجوز الرجوع عنه ، واعتبار دفع العربـــون تنفيذا جزئيا من قبل دافعه •

وقد تراوحت القوانين المدنية بين هاتين الدلالتين • فالقوانين اللاتينية والقوانين التي اقتبست منها اخذت بالدلالة الاولى ، أي بدلالة امكـــان العدول • والقوانين الجرمانية والقوانين التى اقتبست منها اخذت بالدلالة الثانية ، أي بدلالة البتات وعدم امكان العدول • ولكن كـــلا مـــن هاتين

---

(١) العربون (بضم فسكون) ، ويقال أيضـــا : عربون (بفتحتين ، على وزن حلزون) ، ويقال أيضا : عربان (على وزن قربان) ، هو ما عقد به البيع من الثمن • وعربنه عربنة ، اعطاه العربون • وقال الاصمعي : العربون اعجمى معرب ، جمعها عرابين (راجع : البســتان ، كلمـة عربان ، كذلك القاموس المحيط ، فصل العين ، باب النون ، كلمة عربون) •

الطائفتين من القوانين تجيز الاتفاق على خلاف ذلك . فاذا تبين من اتفاق المتعاقدين او من الظروف ان المقصود من العربون هو عكس ما يفترضه القانون فيجب تنفيذ ما اراده المتعاقدان .

١٦٣ ــ وقد اخذ القانون المدني العراقي بما تذهب اليه القوانين الجرمانية فاعتبر دفع العربون دليلا على تمام العقد وعدم جواز الرجوع فيه الا اذا اتفق على غير ذلك. فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما العدول عنه . فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وان عدل من قبضه وجب عليه رده مضاعفا (م ٩٢) .

١٦٤ ــ ويجب ان يلاحظ ان المتعاقد الذي يعدل عن العقد يلزم بدفع مبلغ العربون الى المتعاقد الاخر ولو لم يترتب على عدوله أي ضرر لهذا المتعاقد . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي . فالشرط الجزائي كالعربون مبلغ يحدده المتعاقدان سلفا كجزاء لعدم تنفيذ العقد ، ولكنه يختلف عنه في انه يشترط للحكم به ان يترتب ضرر للمتعاقد الاخر نتيجة عدم تنفيذ العقد . فاذا لم يقع ضرر فالمحكمة لاتقضي به . واذا كان مقدار الضرر اقل من المبلغ المقدر في الشرط الجزائي فالمحكمة تقضي بمقدار الضرر الذي وقع لا بالمبلغ المقدر في الشرط الجزائي . وسنرى ذلك عند كلامنا عن الشرط الجزائي .

المبحث الثاني
صحة التراضي

١٦٥ ــ تكلمنا في المبحث السابق عن وجود التراضي . وقد سبق ان عرفنا التراضي بانه اتفاق ارادتين ، فتتبعنا الارادة من حين نشوئها الى حين التقائها بارادة اخرى . فبدأنا معها وهي امر نفسي ، وسرنا معها وهي تخرج من طور الامر النفسي لتأخذ مظهرا اجتماعيا وذلك بالتعبير عنها باحد طرق التعبير ، وانتهينا معها وهي تلتقي بالارادة الاخرى لتنشئا العقد وتظهراه الى التعبير، وانتهينا معها وهي تلتقي بالارادة الاخرى لتنشئا العقد وتظهراه الى الوجود . وقد سبق ان قلنا بان وجود التراضي وحده لايكفي لوجود العقد ، بل لا بد من ان يكون هذا التراضي صحيحا . وهو لا يكون

كذلك الا اذا صدرت الارادة من شخص يتمتع بالاهلية اللازمة لصدور العمل القانونى منه ، وكانت (أي الارادة) سليمة من العيوب .

وعليه فاننا نبحث هنا مسألتين ، هما الاهلية وعيوب الارادة ، ويكون ذلك فى مطلبين .

المطلب الاول

الاهلية

LA CAPACITE

١٦٦ ــ يميز الفقهاء بين نوعين من الاهلية : اهلية الوجوب ، واهلية الاداء . ونرى كلا منهما على حدة .

١ ــ اهلية الوجوب

١٦٧ ــ يعرف الاصوليون اهلية الوجوب بانها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . ويعرفها فقهاء القانون المدنى الوضعى بانها صلاحية الشخص ليكون له حقوق وعليه التزامات(١) . واهلية الوجوب بالمعنى المتقدم وصف فى الشخص الذى يأخذه القانون بنظر الاعتبار "SUJET DE DROIT" ، والشخص الذي يأخذه القانون بنظر الاعتبار اما ان يكون طبيعيا او معنويا . فالشخص الطبيعى هو الانسان . والشخص المعنوى ، ويقال له ايضا شخص حكمى واعتبارى ، اما ان يكون مجموعة من الاشخاص يهدفون الى غاية معينة وقد اصبح لهذه المجموعة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الاشخاص المكونين لها ، كالشركات والجمعيات والنقابات والنوادى الخ .. او ان يكون مجموعة من الاموال مخصصة لغاية معينة ، كالاوقاف والمؤسسات . فالقانون انما ينظر الى الشخص ، طبيعيا كان أو معنويا ، من حيث صلاحيته لوجوب الحقوق له وعليه . وتثبت هذه الصلاحية للانسان وهو جنين فى بطن امه الى ما بعد موته وتصفية تركته وتسديد ديونه .

---

(١) بونكاز ، ملحق بودري لاكانتنري وبارد ، ج٤ ، ف٣١٢ ، ص٥٩٣ .

١٦٨ ــ ويجب ان يلاحظ ان الحقوق التى تثبت على الانسان بمقتضى أهلية الوجوب لا تنشأ الا نتيجة للتصرفات الفعلية لا القولية . وبعبارة اخرى ، لا يكون الانسان مسؤولا بمقتضى اهلية الوجوب الا مسؤولية تقصيرية . اما المسؤولية التعاقدية ، فلا يتعرض لها الا عن طريق اهلية الاداء .

١٦٩ ــ وأهلية الوجوب لا يمكن ان تنعدم فى الوقت الحاضر ، وهي تدور مع الشخصية وجودا وعدما . فاذا وجدت الشخصية وجدت اهلية الوجوب ، واذا انعدمت الشخصية فلا يمكن عندئذ ان يكون الكلام بصدد اهلية الوجوب ، لان هذه الاهلية ، كما عرفناها ، انما هى وصف فى الشخص الذي يأخذه القانون بنظر الاعتبار ، فاذا زال الشخص من عالم الوجود زال معه هذا الوصف . وعليه فاننا لا نرى صحيحا ما يقول به بعض الفقهاء من انه « اذا انعدمت اهلية الوجوب ، انعدمت الشخصية معها » (١) . فهم يعلقون انعدام الشخصية على انعدام اهلية الوجوب ، فى حين ان انعدام اهلية الوجوب هو الذي يجب ان يعلق على انعدام الشخصية . ويضرب هؤلاء الفقهاء لذلك مثلا بالجنين يولد ميتا ، وبالميت بعد سداد ديونه ، وبالشركة بعد تصفيتها . ولكننا بتحليل هذه الامثلة نجد ان انعدام اهلية الوجوب انما ترتب على انعدام الشخصية. فالجنين الذى يولد ميتا انما انعدمت شخصيته بولادته ميتا ، فانعدمت بذلك اهلية الوجوب التى كان القانون يعترف له بها . فهو ما دام فى بطن امه فالقانون يفترضه حيا ، وما دام يفترضه حيا فهو يعترف له باهلية الوجوب ، ولو كانت هذه الاهلية محدودة. فاذا ولد ميتا فقد زال الافتراض القانوني بحياته ، وبناء عليه تزول اهلية الوجوب التي كان القانون يعترف له بها . ويصدق هذا القول بالنسبة للميت بعد سداد ديونه ، وللشركة بعد

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص٢٦٧ ، نظرية العقد ، ص٣١٦ . الدكتور حسن علي الذنون ، ف ٧٥ ، ص ٧٣ .

تصفيتها. فاذا مات الانسان وكانت عليه ديون ، فالقانون يفترض استمرار شخصيته حتى تسدد هذه الديون ، وبناء عليه فهو يعترف باستمرار أهلية الوجوب له حتى ينتهى تسديد هذه الديون ، أي يعترف له باهلية الوجوب فى خلال المدة التي يعترف فيها باستمرار شخصيته . فاذا سددت الديون لم يبق هناك ذمة مشغولة ، أي ان شخصيته تكون قد انقضت ،وبناء عليه تزول اهلية الوجوب التي اعترف بها القانون لشخصية الميت . والامر كذلك بالنسبة للشركة. فالقانون انما يعترف لها باهلية الوجوب مادامت تتمتع بالشخصية المعنوية ، فاذا صفيت فقدت شخصيتها المعنوية ، وفقدت تبعا لذلك اهلية الوجوب التي كان القانون يعترف لها بها .

٢ ـ أهلية الاداء

١٧٠ ـ اهلية الاداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها . وبعبارة اخرى هي صلاحية الشخص لانشاء التصرفات القولية على وجه يعتد به شرعا ، وبلغة القانون المدني الوضعي هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا. وبهذا تختلف اهلية الاداء عن أهلية الوجوب. فاهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه ، أما أهلية الاداء فهي صلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها . ويترتب على ذلك امكان تمتع الشخص باهلية الوجوب فقط او بكلتا الاهليتين . فاذا كان فى استطاعته استعمال الحقوق التي يتمتع بها فقد توافرت له كل من أهلية الوجوب وأهلية الاداء ، واذا لم يكن فى استطاعته استعمال هذه الحقوق فانه يتمتع باهلية الوجوب دون اهلية الاداء . والذي يعنينا فى دراستنا انما هو اهلية الاداء لا اهلية الوجوب . وعليه فاذا اطلقنا كلمة الاهلية فاننا لا نعنى بها من الان فصاعدا الا اهلية الاداء .

أقسام العقود بالنسبة لاهلية الاداء

١٧١ ـ وأهلية الاداء تتدرج ، واساس تدرجها بالنسبة للشخص

الطبيعي هو التمييز ، وهي تدور معه وجودا وعدما وتماما ونقصا . فاذا أنعدم التمييز انعدمت اهلية الاداء واذا كان التمييز ناقصا كانت الاهلية ناقصة ، واذا كان تاما كانت الاهلية تامة . وتظهر أهمية هذا التمييز بالنسبة للعقود التي يستطيع الانسان ان يبرمها . وتنقسم العقود من حيث الاهلية الى ثلاثة أقسام :

١ ــ عقود نافعة نفعا محضا ، وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع له . ومثالها الهبة بالنسبة للموهوب له ، والعارية بالنسبة للمستعير ، والوديعة بدون اجر بالنسبة للمودع ، الخ ..

٢ ــ عقود ضارة ضررا محضا ، وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع . ومثالها الهبة بالنسبة للواهب ، والعارية بالنسبة للمعير ، الخ ...

٣ ــ عقود دائرة بين النفع والضرر ، وهي عقود المعاوضة بصورة عامة . وهذه العقود على نوعين : أ ــ عقود يقصد بها استغلال الشيء واستثماره ، وتسمى عقود الادارة ، ومثالها عقد الايجار بالنسبة للمؤجر . ب ــ عقود ترد على ملكية العين ذاتها ، وتسمى عقود التصرف . ومثالها البيع ، والمقايضة ، والرهن ، والشركة ، الخ ..

فمن كانت اهليته كاملة استطاع مباشرة هذه العقود جميعا . ومن كانت اهليته ناقصة وهذا هو الصبي المميز ، استطاع مباشرة العقود النافعة نفعا محضا فقط ، أما العقود الضارة ضررا محضا فلا يستطيع مباشرتها ، واما العقود الدائرة بين النفع والضرر فانها تكون موقوفة على اجازة وليه . وقد تكون اهلية الاداء منعدمة انعداما تاما ، وذلك فى حالة الصبي غير المميز والمجنون ، فهما غير اهل لمباشرة أي نوع من انواع العقود المذكورة اعلاه ، وكل تصرف يصدر منهما يكون باطلا .

العوامل التي تتأثر بها الاهلية

١٧٢ ــ الاصل فى الانسان الاهلية ، اما نقص الاهلية وعدم الصلاحية

---

(١) أما بالنسبة للشخص المعنوي فالقانون الذي يمنحه الشخصية المعنوية هو الذي يحدد مدى الاهلية التي يعترف له بها .

لاجراء التصرفات القانونية فهو الاستثناء . ونقص الاهلية اما ان يكون طبيعيا اصليا او طارئا . ونقص الاهلية الطبيعي او الاصلي يرجع الى السن، وهو يدور ، كما سبق ان قلنا ، مع التمييز وجودا وعدما . ونقص الاهلية الطارىء يعود الى امور تقع فتؤدي الى اختلال فى القوى العقلية ، أي في التمييز ، وهذه الامور تسمى بعوارض الاهلية . وعليه فاننا نبحث تأثر الاهلية بالسن أولا ، وتأثرها بغير السن ، أي بعوارض الاهلية ، ثانيا .

أولا ـ تاثر الاهلية بالسن

الادوار الطبيعية في حياة الانسان

١٧٣ ـ يمر الانسان فى حياته بثلاثة أدوار : ١ ـ من حين ولادته الى سن التمييز ، ويكون فى هذا الدور صبيا غير مميز . ٢ـ من سن التمييز الى سن البلوغ ، ويكون فى هذه السن صبيا مميزا . ٣ ـ ما بعد البلوغ وهذا هو سن الرشد . وتختلف اهليته فى كل دور من هذه الادوار عنها فى الدور الاخر . ونرى كلا من هذه الادوار على حدة .

الدور الاول ـ الصبي غير المميز

١٧٤ ـ سن التمييز سبع سنوات كاملة (م ٢/٩٧) . فقبل هذه السن يكون الانسان عديم التمييز ، وبالتالي عديم الاهلية ، فلا يستطيع اجراء أي نوع من أنواع العقود ولو كان العقد نافعا نفعا محضا . وكل تصرف يجريه يكون باطلا وان اذن له وليه (م ٩٧) .

الولاية على مال الصغير

١٧٥ ـ ولما كان الصغير غير المميز غير اهل لصدور التصرف القولي منه فلابد ان يكون هناك من ينوب عنه فى ذلك . والذي ينوب عنه هو وليه ثم وصيه . وولى الصغير ابوه ثم وصى ابيه ثم جده ثم المحكمة أو الوصى الذي نصبته المحكمة (م١٠٢) .

حدود سلطة الولي والوصي

١٧٦ ـ الولاية اقوى من الوصاية ، لذلك فحدود سلطة الولى أوسع

من حدود سلطة الوصى • فالولي يستطيع التصرف فى مال الصغير بدون اذن المحكمة ولو كان فى هذا التصرف غبن يسير لا فاحش (م ١٠٣)• أما الوصى فله مباشرة عقود الادارة فقط ولو كانت بغبن يسير • اما عقود التصرف فليس له مباشرتها الا باذن المحكمة وبالطريقة التي تحددها (م١٠٥)•

الدور الثاني ـ الصبي المميز

١٧٧ ـ تبدأ سن التمييز من اول يوم من السنة الثامنة الى بلوغ سن الرشد ، وهي ثماني عشرة سنة كاملة (م١٠٦) • ويتمتع الصبي المميز بأهلية اداء محدودة بالتصرفات النافعة نفعا محضا ، فتكون هذه التصرفات صحيحة اذا صدرت منه ولو لم يجزها وليه او لم يأذن بها • فيستطيع ان يقبل هبة ، أو ابراء من دين ، او عارية ، الخ •• اما التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يحق له اجراؤها ولو اذن له وليه • فلا يستطيع هبة امواله ، ولا اعارتها • اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولى فى الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً (م ٩٧)•

الاذن للصغير في ممارسة التجارة

١٧٨ ـ اذا اكمل الصغير الخامسة عشرة من عمره جاز للولي بترخيص من المحكمة ان يسلمه مقدارا من ماله ويأذن له فى ممارسة التجارة لتجربته • والصغير المأذون يعتبر بمنزلة البالغ سن الرشد بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الاذن ، فيتمتع باهلية اداء كاملة فى حدود التصرفات المأذن فيها • واذا رأى الولى ان الصغير لا يحسن التجارة فله ان يحجره ويبطل الاذن• ولكن الحجر يجب ان يتم على الوجه الذي اذنه فيه• واذا امتنع الولي عن الاذن للصغير فللمحكمة ان تأذن له وليس للولى عندئذ ان يحجر عليه بعد ذلك • واذا رأت المحكمة ضرورة فلها بعد الاذن ان تعيد الحجر على الصغير (م ٩٨ ـ ١٠١) •

الدور الثالث ـ سن الرشد

١٧٩ ـ وسن الرشد ثماني عشرة سنة ، تبدأ من اليوم الاول من

السنة التاسعة عشرة . فاذا بلغ الانسان هذه السن عاقلا رشيدا ، ولم يحكم عليه باستمرار الولاية او الوصاية لجنون او عته او غفلة او سفه ، فانه يصبح كامل الاهلية . فيستطيع التصرف باموله بالطريقة التى يراها مناسبة ، ويستطيع ممارسة جميع انواع العقود التى رأيناها : العقود النافعة نفعا محضا ، والعقود الضارة ضررا محضا ، والعقود الدائرة بين النفع والضرر . ثم

ثانيا ـ عوارض الاهلية

١٨٠ ـ سبق ان رأينا ان الاهلية تدور مع التمييز وجودا وعدما وتماما ونقصا . فاذا كان التمييز تاما كانت الاهلية تامة ، واذا كان ناقصا كانت ناقصة ، واذا كان معدوما كانت معدومة . وقد يحدث ان يبلغ الانسان سن الرشد تام التمييز ولكن يطرأ على تمييزه ما يخل به ، فتختل تبعا لذلك أهليته. والعوارض التي تصيب التمييز فتؤثر على الاهلية اربعة : الجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه .

١٨١ ـ وهناك حالة قد تطرأ على الانسان ولا تخل بتمييزه ، ولكنها تمنعه من التعبير عن ارادته. فى هذه الحالة تعين له المحكمة وصيا. وقد نصت على هذه الحالة المادة (١٠٤) من القانون المدنى بقولها : « اذا كان الشخص اصم ابكم ، او اعمى اصم ، او اعمى ابكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة ان تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصي» .

١٨٢ ـ وهناك حالات قد تطرأ فلا تؤثر على تمييز الانسان ولا فى قدرته على التعبير عن ارادته ، ولكنها تمنعه ماديا من ادارة شؤونه ، فتنصب له المحكمة قيما . وهذه الحالات هي حالة الغائب غيبة منقطعة ، وحالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية . وتعالج هذه الحالات عند دراسة قانون ادارة اموال القاصرين والغائبين والمحجورين .

ونعالج هنا عوارض الاهلية التى تؤثر على التمييز فقط ، وهى : الجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه .

الجنـون

١٨٣ ــ لم يعرف القانون المدنى الجنون ، واكتفى بالحاق المجنـون بالصغير • وهو عديم الاهلية كالصبى غير المميز • والمجنـون كالصغير محجور لذاته (م ٩٤) ، فلا حاجة لصدور حكم بالحجر عليه • والمجنون المطبق فى حـكم الصغير غير المميز ، فجميع تصرفاته باطلة • اما المجنـون غير المطبق فتصرفاته فى حالة افاقته كتصرفات العاقل (م ١٠٨) •

هذا ولما كان المجنون فى حكم الصغير ، ولما كان محجورا لذاته ، فان وليه الطبيعى ، وهو ابوه او جده ، هو الذى يتولى اموره • فاذا لم يوجد له اب ولا جد نصبت المحكمة له وصيا •

العتـه

١٨٤ ــ لم يعرف القانون المدنى العته كذلك ، واعتبر المعتوه محجورا لذاته كالصغير والمجنون • ولكنه اعتبره كالصبى المميز (م ١٠٧) • وعليه فانه يتمتع باهلية اداء ناقصة ، ويستطيع القيام بالتصرفات التى يستطيع الصبى المميز القيام بها • وتنطبق عليه بصورة عامة الاحكام التى رأيناها بالنسبة للصبى المميز من الاذن له فى ممارسة التجارة واعادة الحجر عليه الخ ••

السـفه

١٨٥ ــ لم يعرف القانون المدنى السفه كذلك • وقد عرفت المـادة (٩٤٦) من المجلة السفيه بانه « الذى يصرف ماله فى غير موضعه ويبـذر فى مصارفه ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف • واللذين لايزالون يغفلون فى اخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضا من السفهاء » •

ولم يعتبر القانون المدنى السفيه محجورا لذاته ، بل اوجب الحجر عليه • وسبب الحجر هو محافظة اموال السفيه • لذلك لم تجز المجلة الحجر على الفاسق بمجرد فسقه ، مالم يبذر ويسرف فى ماله (م ٩٦٣) •

وقد اختلف الفقهاء المسلمون فى جواز الحجر على السفيه • فلم يجـور ابو حنيفة الحجر عليه ، لان الحجر تصرف على النفس واهـــدار لادميـة السفيه ، والنفس اعظم خطرا من المال • واجازه باقى الفقهاء ، وان اختلفوا فى وجوب حكم الحاكم • وبهذا الرأي الاخير اخذ القانون المدنى العراقى والقوانين المدنية الحديثة •

١٨٦ ــ واذا حجر على السفيه اصبح فى حكم الصبى المميز ، فيصبح من الضرورى الحصول على اذن وليه للقيام بالتصرفات الدائرة بين النفـع والضرر • ولكن تصرفاته الصادره قبل صدور الحكم بالحجر عليه تبقـى صحيحة،الا اذا وقعت غشا بطريق التواطوء مع من تعامل معه توقعا للحجر • واذا عاد السفيه الى رشده رفعت المحكمة الحجر عنه •

الغفـــلة

١٨٧ ــ لم يعرف القانون المدنى الغفلة كذلك • ويعرف ذو الغفلـة عادة بانه الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة المفيدة فيغبن فى المعامـلات لسلامة نيته • وقد اعتبرته المادة (١١٠) من القانون المدنى فى حكم السفيه • فينطبق عليه كل ما قلناه بخصوص السفيه •

المطلب الثاني

عيوب الارادة

(VICES DU CONSENTEMENT)

تمهيد وتقسيم

١٨٨ ــ تتصل نظرية عيوب الارادة بنظرية سلطان الارادة اتصـالا وثيقا • فالاصل فى الالتزامات التعاقدية ان الانسان لا يلزم الا بما ارتضاه ، أي بما اتصرفت اليه ارادته • ولاجل ان تنشىء الارادة هذه الالتزامـات ، يجب ان تكون حرة مبصرة سليمة من كل عيب قد يشوبها •

وقد عالج القانون المدنى العراقى عيوب الارادة على الترتيب التالى :

الاكراه ، فالغلط ، فالتغرير مع الغبن ، فالاستغلال • وسنتبع نحن ايضا هذا الترتيب فنعالج كلا من هذه العيوب فى مقصد مستقل •

المقصد الاول ـ الاكراه(١)

LA VIOLENCE

تمهيد وتعريف

١٨٩ ـ يشوب الاكراه الارادة فى حريتها واختيارها • فهو يحدث رهبة او خوفا فى نفس المكره يدفعه الى قبول التعاقد • والذى يسلب الارادة حريتها واختيارها ليس هو الوسائل المادية المستعملة فى الاكراه ، بل الخوف الذى تحدثه هذه الوسائل فى نفس المتعاقد •

ويعرف فقهاء القانون المدني الوضعي الاكراه بأنه : « ضغط غير مشروع CONTRAINTE ILLEGITIME يقع على ارادة الشخص فيحمله على التعاقد » • وعرفته الفقرة الاولى من المادة (١١٢) من القانون المدني بأنه : « اجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه » • ومن المقارنة والموازنة بين التعريفين نجد تعريف القانون المدنى العراقى أعم من تعريف فقهاء القانون المدني الوضعي • فهو يعرفه بأنه اجبار الشخص على أن يعمل عملا ، والعمل يشمل التصرفات القولية والفعلية • أما تعريف فقهاء القانون المدنى الوضعي فلا يشمل الا التصرفات القولية •

موقف الفقه الاسلامي من الاكراه

١٩٠ ـ والاكراه فى الفقه الاسلامي يؤثر فى صحة التصرفات القولية ، وهو أهم عيوب الرضاء • ويفرد له الفقهاء كتابا خاصا يسمونه : « كتاب الاكراه » ، يعالجون فيه شروطه واثاره بالنسبة للتصرفات والعبادات •

ويستند الفقهاء المسلمون فى اعطاء احكامهم فى الاكراه الى الآيات والاحاديث الواردة فى هذا الباب • فالآيات المتعلقة بالاكراه كثيرة ، منها :

---

(١) للتوسع يراجع كتابنا ، الوسيط ، ص٢٢٤ ـ ٢٤٤ ، مع المراجع المشار اليها في هامش ص ٢٢٤ •

« لا اكراه فى الدين » (١) ، ، و « الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان » (٢)، ومنها : « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا » (٣) . وقال رسول الله صلى الله عليه وآله : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (٤) ، والمراد رفع أحكامه اي الآثار المترتبة عليه .

١٩١ ــ وقد اختلف الفقهاء المسلمون فى أنواع الاكراه ، وفى أثره على العقود . فذهب فقهاء المذهب الحنفي الى رأي ، وذهب فقهاء المذاهب الاخرى الى رأي آخر .

١٩٢ ــ ففقهاء المذهب الحنفي يقسمون الاكراه الى نوعين : ملجىء ، وغير ملجىء . فالاكراه الملجىء هو ما كان بالتهديد باتلاف نفس أو عضو أو بضرب مبرح ونحوه مما يخاف منه تلف نفس أو عضو ، أو باتلاف كل المال ، أو بحبس أو قيد مديدين ، أو بعمل مهين لذي جاه . وهذا النوع من الاكراه يعدم الرضاء ويفسد الاختيار . والاكراه غير الملجىء يكون بالتهديد بالحبس والقيد غير المديدين ، وبالضرب غير المتلف ، وبكل ما يوجب غما او ألما يسيرا . وهذا النوع من الاكراه يعدم الرضاء ، ولكنه لا يفسد الاختيار ، وهو يختلف باختلاف الناس . وقد أخذ القانون المدني العراقى بهذا التقسيم للاكراه ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة (١١٢) على أنه : « يكون الاكراه ملجئا اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايذاء شديد أو اتلاف خطير فى المال .

---

(١) البقرة (٢) ، آية ٢٥٦ .
(٢) النحل (١٦) ، آية ١٠٦ .
(٣) النور (٢٤) ، آية ٣٧ .
(٤) روى هذا الحديث كثيرون . وقد روى بالالفاظ التالية : « ان الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . اخرجه ابن ماجه والطبراني ، والحاكم ، وغيرهم (راجع : الجامع الصغير ، ج١ ، رقم ١٧٠٥ و ٤٤٦١ . كذلك الدكتور صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج٢ ، ص ١٦٤ ، هامش رقم ٣) .

ويكون غير ملجىء اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب احوال الناس » .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي فى اثر الاكراه ، فذهب ابو حنيفة الى أنه يفسد العقد ، وذهب زفر بن الهذيل ، من كبار اصحاب أبى حنيفة ، الى أنه يجعل العقد غير نافذ ، أو موقوفا . والفرق بين العقدين ان الاول عقد موجود وعلى من تقرر الفساد لمصلحته أن يفسخه ، أما الثانى فلا ينفذ فى حق من تقرر الوقف لمصلته الا اذا أجازه .

١٩٣ ــ ولم يأخذ فقهاء بقية المذاهب بهذا التفصيل فى نوعى الاكراه وحكمه . فذهب فقهاء الشيعة والشافعية الى أن سائر التصرفات القولية المحمول عليها بالاكراه باطلة ، ولم يميزوا بين الاكراه الملجىء والاكراه غير الملجىء .

عدم أهمية التمييز بين الاكراه الملجىء والاكراه غير الملجى

١٩٤ ــ هذا وليست هناك أهمية عملية للتمييز بين الاكراه الملجىء والاكراه غير الملجىء بالنسبة للتصرفات القولية . فالاثر الذي يترتب على الاكراه واحد ، حتى فى الفقه الحنفي ، سواء أكان الاكراه ملجئا أم غير ملجىء . لذلك لم يكن المشرع العراقي موفقا في تمييزه الاكراه الملجىء من الاكراه غير الملجىء ، فهو لم يذكر فرقا فى الاثر الذي يترتب على كل منهما . فقد نصت المادة (١١٥) على أنه : « من اكره اكراها معتبرا باحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » . وبناء عليه يكون العقد موقوفا ، سواء أكان الاكراه ملجئا أم غير ملجىء .

شروط الاكراه

١٩٥ ــ لا بد لتحقق الاكراه من توافر الشرطين التاليين :

١ ــ أن تستعمل وسيلة من وسائل الاكراه .

٢ ــ ان تهدد هذه الوسيلة بخطر يحدث خوفا أو رهبة فى نفس الشخص ، فيحمله ذلك على قبول التعاقد .

فيجب اذن معرفة ماهية الوسائل المستعملة فى الاكراه ، وماهية الخطر الذى يحمل على التعاقد • وهذا ما نراه فيما يلى :

أ ـ ماهية الوسائل المستعملة في الاكراه

١٩٦ ـ العبرة فى تحقق الاكراه بعدم مشروعية الغرض الذي يراد الوصول اليه أولا ، وبعدم مشروعية الوسيلة المستعملة فيه ثانيا • فاذا كان الغرض غير مشروع والوسيلة غير مشروعة فالاكراه متحقق • واذا كان الغرض مشروعا والوسيلة مشروعة فلا اكراه • واذا كان الغرض غير مشروع والوسيلة مشروعة فالاكراه متحقق • أما اذا كان الغرض مشروعا والوسيلة غير مشروعة فقد يتحقق الاكراه وقد لا يتحقق • ونرى كلا من هذه الصور على حدة •

١ ـ وسيلة غير مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع : الاكراه متحقق

١٩٧ ـ ومثال الوسيلة غير المشروعة للوصول الى غرض غير مشروع تهديد شخص بقتله ، أو باحراق داره ، أو بشن حملة صحفية عليه ، أو بخطف ولده ، الخ ••• اذا لم يتعهد بدفع مبلغ من النقود ، أو لم يبع داره • كل هذه وسائل غير مشروعة قصد بها الوصول الى غرض غير مشروع ، فالاكراه متحقق فيها ، ويكون العقد الذي أبرمه المكره موقوفا على اجازته بعد زوال الاكراه •

٢ ـ وسيلة مشروعة للوصول الى غرض مشروع : لا اكراه

١٩٨ ـ واذا كانت الوسيلة مشروعة فى ذاتها وأريد بها الوصول الى غرض مشروع فالاكراه لا يتحقق ، وبالتالى يكون العقد صحيحا • مثال ذلك ان يهدد دائن مدينه باقامة الدعوى عليه للحصول على ماله بذمته اذا لم يدفعه له فى الحال • فيضطر المدين الى بيع داره أو بيع بضاعة بسعر رخيص لسداد الدين • فى هذا المثل لا يستطيع المدين ان يطلب

ابطال بيع الدار او بيع البضاعة بحجة أنه باع مكرها ، ذلك ان الوسيلة التى استعملت فى الضغط على ارادته كانت وسيلة مشروعة ، ولم يقصد الدائن من ورائها الا الوصول الى حقه ، وهذا غرض مشروع (١) • ومثال ذلك أيضا أن تهدد مصلحة التلفونات ، أو الماء ، أو الكهرباء ، الخ ••• المشترك بقطع اتصال تلفونه ، أو بقطع التيار الكهربائي ، أو بقطع الماء عنه ، اذا لم يسدد ما بذمته من اجور • فى هذه الامثلة الاكراه غير متحقق كذلك لمشروعية الغرض والوسيلة •

٣ ـ وسيلة مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع : الاكراه متحقق

١٩٩ ـ وقد تكون الوسيلة المستعملة فى الاكراه مشروعة ، ولكن الغرض الذي يرمي اليه المكره غير مشروع ، فيتحقق الاكراه لعدم مشروعية الغرض • مثال ذلك أن يكون لشخص على آخر دين مستحق الاداء ولا يوجد لدى المدين ما يكفي لوفاء الدين ، فيهدده الدائن باشهار افلاسه اذا لم يكتب له سندا بمبلغ لا حق له به ، فيكتب المدين هذا السند تجنبا لاشهار افلاسه • فى هذا المثل ، اشهار افلاس التاجر اذا توقف عن اداء

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز المصرية (الدائرة المدنية) في حكم لها صادر في ٢ حزيران ١٩٣٢ بان المادة (١٣٥) مدني (قديم ، وتقابل المادة ١٢٧ جديد) وان لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الاكراه المبطل للمشارطات ، الا ان ذلك مفهوم بداهة ، اذ ان الاعمال المشروعة قانونا لايمكن ان يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها • وكون الاعمال التي وقع فيها الاكراه مشروعه أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لانه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون • فاذا صدر حكم على مستأجر باخلاء العين المستأجرة ، وترتب على المشروع في تنفيذ هذا الحكم ان استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بان عقد الاجارة قد شابه من تنفيذ الحكم اكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحا منتجا لكل اثاره (المحاماة ، ١٣ ، رقم٦٢ ، ص١٥٧ • مجموعة عمر ، ج٢ ، رقم ٥٥ ص١٢٠ •ـ الوسيط ، ص٣٤٢ ـ هامش • نظرية العقد ، ص ٤٢٦ ، هامش رقم ٣) •

ديونه التجارية أمر ينص عليه القانون ، فهو أمر مشروع • ولكن تهديد المدين به اذا لم يكتب سندا يتعهد فيه بدفع مبلغ هو غير مدين به امر غير مشروع ، فيتحقق الاكراه (١) •

٤ ـ وسيلة غير مشروعة للوصول الى غرض مشروع : قد يتحقق الاكراه

٢٠٠ ـ وقد يلجأ الانسان الى وسيلة غير مشروعة للوصول الى غرض مشروع • مثال ذلك أن تهدد امرأة عاشرت رجلا مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبته اذا لم يوقع لها تعهدا بمبلغ يعوضها عما يصيبها من ضرر بسبب تركه اياها • فى هذا المثل ، بالرغم من ان الوسيلة التى التجأت اليها المرأة غير مشروعة ، الا ان الغرض الذى ارادت الوصول اليه مشروع ، وعليه فالتعهد صحيح (٢) • اما اذا ارادت المرأة ان تستغل هذا السر لتحصل من الرجل على تعهد بدفع مبلغ كبير يتجاوز ما يحق لها من تعويض ، فالغرض يكون عندئذ غير مشروع والوسيلة غير مشروعة كذلك ، وبناء عليه يتحقق الاكراه • ويجوز ايضا ان يحصل الشخص بطريق التهديد على سند لحق له او على ضمان لهذا الحق او على الاقرار بالتزام طبيعى وتحويله الى التزام مدنى ، ما دام الغرض الذى يريد الوصول اليه مشروعا ، وما دام لا يحصل على اكثر من حقه (٣) ، فالسند او الاقرار الذى يحصل عليه صحيح ولا يمكن ابطاله للاكراه • واجازة الوسيلة غير المشروعة فى مثل هذه

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في ٣١ كانون الثاني ١٨٩٦ بانه اذا هدد رب العمل مستخدمه بالتبليغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضى له تعهدا بان لا يعمل في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلا للاكراه ، لانه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل •

(٢) وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية في حكم لها صادر في ١٧تشرين الثاني ١٩٢٥ بانه يجوز استعمال الاكراه للوصول الى حق ، أو لتادية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة •

(٣) ديموك ، ج١ ، ف٣١٧ ، ٢٩٨، نقلا عن الوسيط ، ص٣٤٣، هامش •

الحالات انما هو تطبيق لقاعدة « الغاية تبرر الواسطة » ، وهى فى الوقت نفسه تبيح للشخص ان يستقضى حقه بنفسه .

٢٠١ ــ ولكن اذا جاز استعمال الوسيلة غير المشروعة للوصول الى غرض مشروع ، فان ذلك يجب ان لا يصل الى حد ارتكاب جريمة جنائية . فاذا كان لشخص على اخر مبلغ من النقود وهدده بقتله او بحرق منزله او بخطف ابنه اذا لم يعطه سندا بالمبلغ ، فان هذا التعهد يكون باطلا للاكراه . ويذهب الاستاذ السنهورى الى انه اذا كان الغرض مشروعا فان المتعاقد المكره اذا استعمل حقه فى ابطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذى اريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا منه تعسفا فى استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينيا ، فيمنع المتعاقد المكره من طلب ابطال العقد . ويترتب على ذلك ان العقد يبقى لا على اساس من الارادة الحقيقية ، بل على اساس من الارادة الظاهرة (١) . وهذا الرأي وجيه وعادل جدا .

حالة الضرورة

٢٠٢ ــ وقد يكون الانسان فى حالة تضطره الى التعاقد ، فهل يمكنه ان يطلب ابطال العقد على اعتبار انه كان مضطرا الى التعاقد ؟ الاصل فى هذا الباب ان مجرد الاضطرار الى التعاقد لا يعتبر اكراها . فالتطور الاقتصادى للمجتمعات الحديثة جعل الانسان مضطرا الى التعاقد فى كثير الاحيان وسلبه كل اختيار ، وخاصة فى عقود الاذعان . ولا يكون الاضطرار بمنزلة الاكراه الا اذا استغله شخص اخر وهو عالم بحالة الضرورة التى يوجد فيها المتعاقد (٢) . فاذا استغل شخص ظروفا صعبة يمر بها اخر وفرض عليه التعهد بدفع مبلغ كبير لا يتناسب والخدمة التى يقدمها له ، فان هذا

---

(١) الوسيط ، ص ٣٤٣ ، هامش .

(٢) لالمان ، حالة الضرورة في المسائل المدنية ، رسالة للدكتوراه، باريس ١٩٢٢ ، نقلا عن بولانجيه ، ج٢ ، ف ٣٤٣ .

التعهد يكون قد تم بفعل الاكراه • مثال ذلك الطبيب الذى يرفض اجراء عملية جراحية اذا لم يقبض مبلغا اكبر بكثير من المبلغ الذى يدفع فى مثل هذه الحالات • ومثال ذلك ايضا ان تطلب سفينة مشرفة على الغرق من سفينة اخرى انقاذها ، فيفرض ربان هذه السفينة على ربان السفينة المشرفة على الغرق التعهد بدفع مبلغ جسيم لا يتناسب والعمل الذى يقوم به لانقاذ السفينة من الغرق • ومثال ذلك ايضا ان يرى صاحب سيارة اشخاصا تائهين فى الصحراء ويرفض نقلهم الا اذا قبض مبلغا جسيما • فى جميع هذه الحالات لم يستعمل المتعاقد وسيلة ما لاكراه المتعاقد الاخر على ابرام العقد، ولكن الظروف وضعته فى مركز يستطيع معه ان يستغل الظروف الصعبة التى يمر بها هذا المتعاقد فيفرض عليه التزاما باهظا • وعليه فالاكراه متحقق فى هذه الصور جميعا (١) •

الاكراه الصادر من اجنبي

٢٠٣ ــ وما الحكم اذا صدر الاكراه لا من المتعاقد الاخر بل من شخص اجنبى عن العقد ؟ لم ينص القانون المدنى العراقى على هذه الحالة • والقاعدة العامة فى هذا الباب هى ان الاكراه يفسد الرضاء ، سواء اصدر من المتعاقد الاخر اوم من اجنبى • ولكن صدوره من اجنبى عن العقد لا يجعل العقد موقوفا الا اذا كان المتعاقد الاخر يعلم ، او كان من المفروض حتما ان يعلم به • فاذا لم يكن يعلم به فلا يمكن مؤاخذته لانه حسن النية ولم

---

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز الفرنسية في حكم لها صادر في ١٧ آذار ١٩٢٣ بانه : «اذا اضطر مستأجر الى قبول الزيادة الفاحشة التي فرضها عليه المالك ، ثم رفع أمره الى القضاء لينظر في هذه الزيادة الفاحشة ، وعلل قبوله بازمة المساكن التى كانت فاشية في ذلك العهد وعدم وجود محلات ينتقل اليها ، فان قبول المستأجر الزيادة في هذه الحالة غير مبني على رضاء صحيح ، لان انتهاز فرصة أزمة المساكن لاكراه المستأجر على قبول الزيادة يعيب رضاء المستأجر ، وللمحاكم النظر من جديد في تعديل الايجار وتخفيفه الى الحد المناسب» (محاماة ،ق٤ ، ص٢٩٥ ، رقم ٩٢٤٦ كذلك نظرية العقد ، ص ٤٣٩ ، هامش رقم ٢) •

يرتكب خطأ ما. فاذا اراد المتعاقد المكره ان يبطل العقد للاكراه جاز للمتعاقد الاخر الحسن النية ان يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض يقضى به فى هذه الحالة هو استبقاء العقد صحيحا . فيقوم فى هذه الصورة لا على اساس من الارادة الحقيقية، بل على اساس من التعويض ، أي الارادة الظاهرة . ولكن يجب ان يلاحظ اننا اذا استبقينا العقد صحيحا فى هذه الصورة فليس معنى ذلك ان يضيع حق المتعاقد المكره ، فله ان يرجع بالتعويض على المكره على اساس المسؤولية التقصرية(١) .

ب ـ ماهية الخطر الذي يحمل على التعاقد

الاكراه المادي والاكراه المعنوي

٢٠٤ ـ والاكراه المفسد للارادة نوعان : مادى ومعنوى . فالاكراه المادى VIOLENCE PHYSIQUE ، ويقال له اكراه حسى ايضا ، هو الذى يقع على الجسم فيحدث الما ماديا ، كالضرب والتعذيب وقلع الاظافر ، وهو قليل الوقوع فى المجتمعات المتحضرة . والاكراه المعنوى VIOLENCE MORALE ، ويقال له اكراه نفسى ايضا ، وهو الذى يكون بالتهديد بايقاع الاذى لا بايقاعه فعلا . يستوى في ذلك ان يكون الخطر المهدد به مما يصيب النفس او المال او الشرف . وهو معنوى او نفسى لما يحدثه فى نفس الشخص ومعنوياته من خوف واضطراب يحمله على الرضاء بابرام العقد . وهذا النوع من الاكراه هو الاكثر وقوعا فى الحياة العملية .

وليس هناك فرق فى الحكم بين الاكراه المادى والاكراه المعنوى ، فكلاهما يفسد الرضاء ويجعل العقد موقوفا .

خطر جسيم محدق

٢٠٥ ـ يشترط ليكون هناك اكراه يصيب الارادة ان يكون الخطر المهدد به على قدر من الجسامة بحيث يؤثر فى نفس الشخص فيحمله على

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٢٠٠ ، ص ٣٥٢ . أبو ستيت ، ف ١٨٦ . بدوي ، ف ٨٩ .

التعاقد • ولكن ما هى الدرجة التى يجب ان يكون عليها الخطر لكى يعتبر جسيما؟يعتبر الخطر جسيما اذا كان التهديد به قد اثر فى نفس المكره فحمله على قبول التعاقد • وقد كان القانون الرومانى يشترط فى الاكراه ان يؤثر فى نفس « اشجع الرجال » - L'homme le Plus Courageux Courageux Hominem Chnstantissimum

ولكن هذا المعيار قاس وجامد ، فاستبدل به القانون الفرنسى معيار « الرجل المعتاد » L'homme raisonnable وهذا المعيار يسمى بالمعيار المادى فى الاكراه ، ولكنه معيار جامد ، فاضاف له معيارا نفسيا بقوله فى المادة (١١١٢) : «وينظر فى ذلك الى الجنس والسن والحالة» فجمع بذلك معيارين متعارضين فى مادة واحدة •

والحقيقة ان الناس ليسوا سواء من هذه الناحية • فما يؤثر على الجاهل لا يؤثر على المثقف ، وما يؤثر على القروى الساذج لا يؤثر على المتحضر ، وما يؤثر على الشخص الضعيف قد لا يؤثر على الشخص القوى، وما يؤثر على المرأة قد لا يؤثر على الرجل ، وما يؤثر على الغبى لا يؤثر على الذكى ، وما يؤثر على الشخص العصبى المزاج قد لا يؤثر على الشخص الطبيعي المزاج ، وهكذا ••• ثم ان الشخص نفسه قد تختلف حالته النفسية فى ظروف عنها فى اخرى•فقد يمكن التأثير عليه فى الليل اكثر منه فى النهار ، وفى الصحراء اكثر منه فى المدينة • فالزمان ، والمكان ، والثقافة ، والجنس ، والسن ، والقوة ، والضعف ، كل ذلك يؤثر فى تكييف جسامة الخطر فى نفس المتعاقد(١) • فالعبرة اذن بحالة المكره النفسية ، وهذا ما يسمى بالمعيار النفسى فى الاكراه •

٢٠٦ ــ ويشترط فى الخطر كذلك ان يكون « محدقا » أي على وشك الوقوع (م١٢٢/٢) • فاذا لم يكن محدقا ، بل يتراخى وقوعه الى فترة يتمكن معها المكره من اتخاذ الاحتياطات لمنع وقوعه ، كأخبار الشرطة أو

---

(١) جوسران ، ج٢ ، ف ٨٤ • اوبري ورو ، ج٤ ، ص ٤٤٠ • نظرية العقد ، ف ٤١٤ •

الاستنجاد باهله وعشيرته وذويه او بالهرب من المكان الذى يوجد فيه المكره الخ .. ، فلا يكون عندئذ من شأنه ان يوقع الخوف او الرهبة فى نفس المكره . وتقدير ما اذا كان الخطر محدقا مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه فى ذلك .

معيار جسامة الاكراه في الفقه الاسلامي

٢٠٧ ــ والفقهاء المسلمون فى غالبيتهم العظمى يأخذون بالمعيار النفسى فى الاكراه الذى يختلف باختلاف الناس . فقد روى عن القاضى شريح أنه قال : «القيد كره ، والوعيد كره ، والضرب كره ، والسجن كره» . وصرح السرخسى فى الضرب والحبس بانه ليس فيهما حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه ، « لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم » . فالاكراه فى ذلك عنده « يختلف باختلاف احوال الناس » ، لهذا جعل « موكولا الى رأي القاضى ليبنى ذلك على حال من ابتلى به »(١) . مثاله : « من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا فى حقه اكراها ، اذ هو اشد له من الم الضرب . ومن كان رذيلا فلا يغتم الا يضرب مؤلم او بحبس شديد »(٢) .

القانون المدني العراقي

٢٠٨ ــ وقد اقتفى القانون المدنى اثر الفقه الاسلامى فاخذ بالمعيار النفسى . فقد نصت المادة (١١٤) منه على انه : « ويختلف الاكراه باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا » .

---

(١) المبسوط ، ج ٢٤ ، ص ٥١ ــ ٥٢ ، المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ . ويلاحظ ان هذا النص يطبق ما نقول به في الوقت الحاضر من ترك مسائل الوقائع لتقدير القاضى .

(٢) مجمع الانهر ، ج٢ ، ص ٤٣٠ . المحمصاني ، الموضع المذكور أعلاه . وقد قيل في أمثال العرب : « العبد يقرع بالعصا والحر تكفيه الاشارة أو الملامة » .

الشوكة والنفوذ الادبي

٢٠٧ ــ قد يكون لشخص على اخر شوكة او نفوذ ادبى ، كالاب على اولاده ، والزوج على زوجته ، والاستاذ على تلاميذه ، والرئيس الدينى على اتباعه • وقد يكون للاولاد على والديهم نفوذ نتيجة للحنو والعاطفة التي لدى الاب او الام على اولادهما • فاذا تعاقد الشخص تحت تأثير هذه الشوكة او النفوذ الادبى او تحت تأثير عاطفة الحنو ، فهل يستطيع الطعن بالعقد للاكراه ؟ ان مجرد وجود الشوكة او النفوذ الادبى او الحنو والعاطفة لا يكفى لتحقق الاكراه ما دام الغرض من استعماله هو الوصول الى غرض مشروع • اما اذا قصد منه الوصول الى غرض غير مشروع فالاكراه متحقق(١) •

شوكة الزوج على زوجته

٢١٠ ــ تنص المادة (١١٦) من القانون المدنى على ان : « الزوج ذو شوكة على زوجته فاذا اكرهها بالضرب مثلا او منعها عن اهلها لتهب له مهرها فوهبته له ، لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر » • والحالة التى تنص عليها هذه الماده هى احدى حالات استعمال الشوكه او النفوذ الادبى للتأثير

---

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة استئناف اسيوط في حكم لها صادر في ٨ أيار ١٩٢٩ بان « المورثة التي تنقض ما ابرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتتجرد تجردا يكاد يكون تاما من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لابعادها عن اقاربها ابعادا تاما ، واحاطها بخصومها الالداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لاحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والاجراءات المتناقضة على انها كانت ضعيفة الارادة مسلوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطا جعلها تنقاد لارادته وتتصرف وفقا لما يمليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها • فالوقفية التي تصدرها في هذه الظروف عن اطيان سبق لها الايصاء بها لبعض اقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظرا وتفوض له التصرفات في الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقا للمواد ١٢٨ ، ١٣٣ ، ١٣٦ ، من القانون المدني لانعدام رضائها وقت التصرف » (المحاماة ، ٩ ، رقم ٤٧٧ ، ص ٦٨١ • السنهوري ، الوسيط ، ص ٣٤٦ ، هامش رقم ١) •

على الشخص وحمله على قبول التعاقد . ويجب عدم قصر مظهر شـــوكه الزوج على زوجته على الوسائل التى ذكرتها الماده ، وهى الضرب والمنع عن الاهل . فالاكراه يتحقق اذا هدد الزوج زوجته بطلاقها مثلا ، او بهجرها ، او بالزواج من امرأة اخرى ، او بغير ذلك من الوسائل . والبت فى تحقق الاكراه لدى الزوجه مسأله وقائع ترجع لتقدير القاضى ولارقابه لمحكمـه التمييز عليه فى ذلك . ومن ناحية اخرى ، لا يشترط ان يســتعمل الزوج شوكته لاكراه زوجته على هبته مهرها فقط ، فقد يستعمل هـــذه الشوكة لاكراهها على التنازل لـــه عن دين لها فى ذمته ، او عن اموال اخرى منقولة او غير منقولة ، كـأن تعطيه حليها ليبيعها ، او تنقل له ملكية اموال غـير منقـــولة .

الخطر يقع على غير المكره

٢١١ ــ وهل يشترط لتحقق الاكراه ان يهـدد الخطر المتعاقد نفسه ، او يكفى ان يهدد شخصا اخر عزيزا عليه ؟ تقضي الفقرة الثانيه من المـادة (١١٢) من القانون المدنى بانه : « والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الزوج او ذى رحم محرم ... يعتبر اكراها » . ولكن الاتجاه فى القوانين الحديثة يميل الى عدم ذكر اشخاص معينين ، والى الاكتفاء بوقـــوع الضرر على المتعاقد نفسه او على شخص عزيز عليه . وقد اكتفت الفقرة الثانيـــة من المادة (١٢٧) من القانون المدنى المصرى الجـديد بالقول : « .. ان خطرا جسيما يهدده هو او غيره ... » . وهذا اكثر منطقية ، لانه ليس مـــن الضروري ان يكون الاشخاص الذين تعددهم الماده العراقيه هـــم اعـز الناس على الشخص . فهناك الخطيب والخطيبة ، وهناك كثير من الاصدقاء والاقارب من غير ذوى المحارم ، من ينزلهم الانسان فى نفسه اكثر من منزلة والديه ومحارمه . والاولى ان يترك ذلك الى تقدير القاضى . ويـجب ان يلاحظ ان تعبير « الزوج » يشمل الزوج والزوجة .

المقصد الثاني ـ الغلط(١)

L'ERREUR

٢١٢ ـ يمكن تعريف الغلط من الناحية اللغوية بانه حالة تقوم فى النفس فتحملها على توهم غير الواقع • وغير الواقع اما ان يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها ، او واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها(٢) • وهذا التعريف يشمل الغلط كجنس • اما الغلط كعيب يشوب الارادة فى التعاقد ، فيعرفه بعض الفقهاء بانه « قصور الغرض المباشر من التعهد عن اجابة الحافز أي الباعث الدافع الى التعاقد »(٣) • ويعرفه الفقيه الفرنسى سالي بانه « عدم توافق الارادة الحقيقية ، أي الباطنة ، مع الارادة المعبر عنها ، أي الظاهرة »(٤) •

النظريتان التقليدية والحديثة في الغلط

٢١٣ ـ هناك نظرية تقليدية تقسم الغلط الى ثلاثة اقسام : غلط يمنع العقد من الانعقاد فيجعله باطلا بطلانا مطلقا ، وغلط يجعله باطلا بطلانا نسبيا ، وغلط لا اثر له فى صحة العقد • وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة ، وحلت محلها نظرية اخرى هى النظرية الحديثة • والنظرية الحديثة لاتأخذ الغلط بنظر الاعتبار الا اذا وقع على أمر كان هو الدافع الرئيس(٥) الى

---

(١) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٢٤٤ ـ ٢٩٦ ، مع المراجع المشار اليها في هامش ص ٢٤٤ •

(٢) السنهوري ، الوسيط ، ف ١٦٢ •

(٣) بدوي ، ص ١٧٩ •

(٤) سالي ، الاعلان عن الارادة ، ص ١١ ، نقلا عن جوسران ، البواعث في الاعمال القانونية ، ف ٣٠ •

(٥) جرت العادة على القول : « رئيسي » باضافة ياء النسبة الى « رئيس » للدلالة على الامر المهم • والصحيح ان يقال « رئيس » بدون ياء النسبة • فيقال مثلا : « الاعضاء الرئيسة في البدن » ، وهي التي تتوقف الحياة على سلامتها ، ولا يقال « الاعضاء الرئيسية » (راجع : البستان ، كلمة « رئيس » كذلك القاموس المحيط ، فصل الراء ، باب السين ، كلمة « رأس » •

التعاقد • فالفرق بينها وبين النظرية التقليدية انها تستعمل معيارا لتقدير الغلط ، اما النظرية التقليدية فتستعمل قاعدة ، والمعيار مرن ، اما القاعدة فجامدة •

ونبحث النظرية التقليدية اولا ، ثم النظرية الحديثة ، تتبع ذلك ببحث الغلط فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى العراقى • ويكون ذلك فى ثلاث فقرات متتابعة •

الفقرة الاولى ـ النظرية التقليدية

ثلاثة انواع من الغلط

٢١٤ ـ تقسم النظرية التقليدية الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد الى ثلاثة انواع : ا ـ غلط يبطل العقد بطلانا مطلقا • ب ـ غلط يبطل العقد بطلانا نسبيا • ج ـ غلط لا اثر له على صحة العقد •

ا ـ غلط يبطل العقد بطلانا مطلقا

٢١٥ ـ والغلط الذى يبطل العقد بطلانا مطلقا هو الذى يعدم الرضاء ، ويسمى بالغلط المانع Erreur obstacle وله ثلاث صور

١ ـ غلط فى ماهية العقد • مثال ذلك ان يسلم شخص الى اخر شيئا على انه بيع ، فيتسلمه الاخر على انه هبة • فى هذه الحالة لا يكون هناك بيع ولا هبة ، ويستطيع كل من الطرفين الغاء العقد للغلط •

٢ ـ غلط فى وجود المحل او فى ذاتيته • مثال ذلك ان يبيع شخص سيارة ثم يتبين انها كانت قد احترقت قبل البيع • ومثال ذلك ايضا ان يشترى شخص صورة على انها من صنع رسام معين فيظهر انها من صنع اخر • هذا النوع من الغلط يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا او غير موجود ، لان ارادتى المتعاقدين لم تتوافقا على شىء واحد •

٣ ـ غلط فى سبب الالتزام • مثال ذلك ان يعتقد وارث ان مورثه كان قد اوصى لشخص بمبلغ من المال ، فيعطى الموصى له تعهدا له بالمبلغ الموصى

به ، ثم يتبين ان الوصية باطلة . فى هذا المثل ، التعهد الذي اعطاه الوارث باطل لوقوع الغلط على سبب الالتزام(١) .

ب ـ غلط يبطل العقد بطلانا نسبيا

٢١٦ ـ والغلط الذي يبطل العقد بطلانا نسبيا هو الذي يفسد الرضاء دون ان يعدمه. وهذا النوع من الغلط له صورتان نص عليهما القانون المدني الفرنسي ، وصورة ثالثة يعطيها الفقهاء :

١ ـ غلط فى مادة الشيء محل العقد . والمثل الذي يعطى على هذه الصورة هو الذي ضربه پوتييه ، وهو ما اذا اشترى شخص « شمعدانا » أو « ثريا » من فضة ، فاذا به من نحاس مطلى بالفضة . والعقد في هذه الحالة باطل بطلانا نسبيا لمصلحة المشترى ، فيستطيع ان يطلب ابطال العقد للغلط .

٢ ـ غلط فى شخص المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . مثال ذلك ان يتفق مريض مع طبيب على اجراء عملية جراحية معتقدا انه الجراح الشهير فلان ، فاذا به طبيب اخر يحمل الاسم نفسه . ومثال ذلك ايضا ان يهب شخص لاخر مبلغا من المال معتقدا انه قريب له ، فاذا به شخص اخر .

٣ ـ ويضيف بعض الفقهاء صورة ثالثة لم ينص عليها القانون المدني الفرنسي ، وهي حالة الغلط فى صحة السبب او القوة الملزمة له Efficacité de la cause مثال ذلك ان يعتقد شخص انه مدين لاخر بالتزام مدني فيوقع له سندا بالمبلغ ، ثم يتبين ان الالتزام كان طبيعيا لا مدنيا(٢).

---

(١) الالتزام باطل في هذا المثل لا للغلط في سبب الالتزام ، بل لعدم وجود المحل . وسنرى ذلك عند كلامنا عن السبب .

(٢) جوسران ، ج٢ ، ف ٦٣ ، البواعث ، ف ٣٤ ، ص ٤٩ . اوبري ورو ج٤ ، ص ٤٣٦ ، هامش رقم ٥ .

ج ـ غلط لا يؤثر في صحة العقد

٢١٧ ـ وفى غير الحالات المتقدمة لا يؤثر الغلط فى صحة العقد . فهو لا يؤثر فى صحة العقد فى الصور التالية :

١ ـ الغلط فى صفة غير جوهرية فى الشيء محل العقد . مثال ذلك ان يشتري شخص كتابا معتقدا ان عدد صفحاته او عدد اسطر كل صفحةهو كذا ، ثم يتبين ان عدد الصفحات او عدد الاسطر اقل مما كان يعتقد .

٢ ـ الغلط فى قيمة الشيء محل العقد . مثال ذلك ان يشتري شخص سيارة معتقدا انها تساوي الف دينار ، فاذا بها لا تساوي اكثر من ثمانمائة.

٣ ـ الغلط فى شخص المتعاقد اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار .مثال ذلك ان يبيع شخص سيارته معتقدا ان المشتري هو فلان ، فاذا به شخص اخر. شخص المشتري لا اهمية له فى هذا المثال ، لانه يستوي لدى البائع ان يبيع سيارته من زيد أو من عمرو(١) ، وانما الذي يهمه هو قبض الثمن.

٤ ـ الغلط فى الباعث الذي دفع الى التعاقد . مثال ذلك ان يشتري موظف سيارة معتقدا انه سيرفع الى درجة اعلا ، ثم لا يرفع ويبقى فى درجته. ومثال ذلك ايضا ان يستأجر موظف دارا فى مدينة معتقدا انه سينقل اليها ثم لاينقل اليها . هذه الصور من الغلط لا تؤثر على صحة العقد كذلك .

الفقرة الثانية ـ النظرية الحديثة في الغلط

٢١٨ ـ تلك صورة موجزة لنظرية الغلط فى شكلها التقليدي ، اخذها شراح القانون المدني الفرنسي عن پوتييه ، وپوتييه كان قد اخذها عن شراح القانون الفرنسي القديم ، وتمتد فى جذورها الى القانون الروماني.

---

(١) جرت العادة على القول : باع الشيء لفلان : والصحيح : باع الشيء من فلان . لان الاصل ان يقال : باع زيد عمرا حصانا . وقد تدخل « من » على المفعول الاول ، فيقال : باعه من السلطان ، أي سعى به اليه ووشى به (راجع : البستان ، كلمة باعه . القاموس المحيط ، فصل الباء ، باب العين ، كلمة باعه) .

وقد تعرضت فى شكلها هذا لنقد شديد من الشراح المحدثين . واهم الانتقادات التي وجهت اليها انها لا تأخذ نية المتعاقدين بنظر الاعتبار ، ولا تعبأ بالغرض الذي انصرفت اليه هذه النية عند ابرام العقد ، والذي يتعين بالرجوع الى الظروف المحيطة بالتعاقد . وقد هجر الفقه والقضاء هذه النظرية الى نظرية حديثة فى الغلط .

استبعاد الغلط الذي يبطل العقد بطلانا مطلقا وهدم التمييز بين الغلط الذي يبطل العقد بطلانا نسبيا والغلط الذي لا أثر له على صحة العقد .

٢١٩ ــ والنظرية الحديثة لا تأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط . فهي تستغنى عن النوع الاول ، وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلا بطلانامطلقا ، وتهدم الحاجز بين الغلط الذي يبطل العقد بطلانا نسبيا والغلط الذي لاأثر له فى صحة العقد .

فالغلط الذي يقع فى ماهية العقد ، او فى وجود المحل او ذاتيته ، أو فى سبب الالتزام ، يمنع نشوء العقد لا للغلط فى ذاته ، بل لان ارادتي العاقدين لم تتوافقا ، والعقد لايتم الا بتوافق ارادتين . فهذا النوع من الغلط لايدخل اذن فى نظرية الغلط ، بل فى نظرية انعقاد العقد أو انشائه . فاذا لم تتوافق الارادتان على ماهية العقد او على محله أو سببه ، فالعقد لا ينشأ ولا يظهر الى الوجود . ولسنا بحاجة الى نظرية الغلط للقول بعدم وجود العقد ، أو ببطلانه بطلانا مطلقا .

والنظرية الحديثة تهدم ، من جهة اخرى ، التمييز بين النوعين الاخرين من الغلط الذين تقول بهما النظرية التقليدية ، وهما الغلط الذي يبطل العقد بطلانا نسبيا ، والغلط الذي لا يؤثر فى صحة العقد .

معيار الغلط الدافع في الحالات الاخرى من الغلط

٢٢٠ ــ وتذهب النظرية الحديثة الى ان العبرة بالغلط اذا كان جوهريا، أو كما يقول جوسران ، اذا كان هو الباعث الدافع الى انشاء العمل القانوني

LE MOBILE DéT ERMINANT DE L'ACTE JURIDIQUE (١) فلا تعود

هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط فى صحة العقد واخرى لا يؤثر فيها ، بل تهدم هذه القواعدء الجامدة ويزول الحاجز بين حالة واخرى ، ونستبدل معيارا بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثرا فى صحة العقد متى كان هو الدافع الى التعاقد ، وذلك فى جميع الحالات ، ناظرين الى كل حالة على حدة ، وفقا لملابساتها وظروفها الخاصة . فاذا اتفق شخص مع طبيب على اجراء عملية جراحية معتقدا أنه الجراح الشهير فلان ، ثم تبين انه ليس ذلك الجراح بل طبيب اخر يحمل الاسم نفسه ، فانه يكون قد وقع فى غلط جوهري فى شخص المتعاقد . واذا أجر شخص منزله لامرأة يعتقد ان سلوكها لا غبار عليه ، ثم تبين انها تحترف البغاء ، حتى لو لم تكن تباشر مهنتها فى المنزل ، فانه يكون قد وقع فى غلط فى صفه جوهرية من صفات المتعاقد . وفى قضية بيعت فيها قطعة أرض لبناء مدرسة عليها ، ثم اتضح ان الغاية من شراء الارض ، وهي بناء المدرسة ، لايمكن تحقيقها لرفض الادارة اعطاء الاجازة بالبناء لان مساحة الارض أقل من الحد الادنى اللازم لانشاء المدرسة . قضت محكمة اورليان فى حكم لها صادر فى ١٨ كانون الثاني ١٨٩٥ بأن البيع قابل للابطال للغلط فى مادة الشيء ، وذلك لان من الواضح ، كما تقول المحكمة ، ان فتح المدرسة كان « الشرط الدافع الى التعاقد »(٢) . وفى مصر ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر فى ٧ كانون الثاني ١٨٩٢ بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة باستغلال وبيع أراض كانت تعتقد أنها لا تحتوي الا على كميات صغيرة جدا من الملح يعتبر باطلا اذا تبين ان هذه الاراضي تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة ، وجني أرباح من وراء هذا

---

(١) وقد أخذت المادة (٣٢) من القانون المدني لروسيا السوفييتية ، والمادة (٢٣) من قانون الالتزامات السويسري بهذا الغلط الجوهري (جوسران ، البواعث ، الموضع المذكور أعلاه) .

(٢) جوسران ، البواعث ، ص ٧٩ - ٨٠

الاستغلال ، لا سيما ان استغلال الملح فى مصر محتكر ، ولا يجوز الترخيص بـه للافـراد(١) .

٢٢١ ــ يتبين مما تقدم ان المعيار الذي تأخذ به النظرية الحديثة فى الغلط ، وهو معيار نفسى لا مادي ، ما هو فى الواقع الا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الارادة. فما دامت ارادة المتعاقد هي التي تنشيء الرابطة القانونية فيجب الاخذ بها كما هي ، والنظر الى ما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من عيوب الرضاء(٢) .

اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر

٢٢٢ ــ هذا ولا بد للمتعاقد الذي يريد ابطال العقد للغلط من أن يثبت أمرين : (اولا) وجود هذا الغلط ، وانه هو الذي دفعه الى التعاقد. (ثانيا) ان هذا الغلط قد اشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو اذا لم يكن قد اشترك فيه فقد علم به ، أو كان يستطيع أن يعلم به(٣). فاذا اشترى شخص شيئا معتقدا أنه أثري ثم تبين أنه ليس كذلك وأراد ابطال العقد للغلط ، فيجب عليه أن يثبت أنه ما كان ليشترى الشيء لو كان يعلم بحقيقته ، ثم يثبت الى جانب ذلك ان المتعاقد الاخر كان يعتقد مثله أن الشيء أثري ، أي أنه كان مشتركا معه فى الغلط ، أو كان يعلم بحقيقة الامر ولم يشترك فى الغلط ، ولكنه كان يعلم أو كان يستطيع ان يعلم ، باعتقاده ان الشـيء اثري . ويثبت علمـه أو استطاعته العلم بذلك ، اذا لم يكن قد اخبره صراحة انه يشتري الشيء على انه اثري ، من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن الذي دفعه الى درجة لا تجعل درجة الشيء المقلد متناسبة مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذهـا البائع لنفسه ببيع الاشياء الاثرية ، وغير ذلك من القرائن .

---

(١) نظرية العقد ، ص ٣٦٥ ، هامش رقم ٣ .
(٢) المرجع السابق ، ف ٣٥٥ ، ص ٣٦٤ .
(٣) المرجع السابق ، ص ٣٨٢ ، هامش رقم ١ .

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون

٢٢٣ ــ كل ما قلناه لحد الان يتعلق بالغلط فى الواقع • فما حكم الغلط فى القانون ؟ الامثلة على ذلك كثيرة : شخص يبيع حصته فى تركة معتقدا انها السدس فاذا بها الثلث ، رجل يهب مطلقته مالا معتقدا انها لاتزال فى عصمته وهو يجهل ان الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانقضاء العدة وانه لا بد من عقد جديد لتعود الى عصمته ، شخص يقرض مالا بفائدة تتجاوز الحد الذي يسمح به القانون جاهلا ان القانون لا يجيز استيفاء فائدة تزيد على هذا الحد • فما حكم هذا النوع من الغلط ، وهل نطبق عليه القواعد العامة التي رأيناها فى النظرية الحديثة من ان الغلط اذا وقع على امر كان هو الباعث الدافع الى التعاقد فانه يجعل العقد قابلا للابطال ؟ للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين النصوص القانونية الامرة والنصوص القانونية المفسرة •

١ ــ النصوص القانونية الامرة

٢٢٤ ــ النصوص القانونية الامرة هي النصوص التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وكل اتفاق على ما يخالفها باطل لمخالفته للنظام العام• فاذا وقع الغلط على نص من هذه النصوص فانه لا يجعل العقد قابلاللابطال، لانه يصطدم بقاعدة « لا يفترض فى احد انه يجهل القانون » Nul n'est censé ignorer la loi ، وهو اما ان يبطل العقد بطلانا مطلقا أو لا يكون له اثر على صحته • فالشخص الذي يقرض مالا بفائدة تزيد على الحد القانوني لا يقبل منه انه كان يجهل هذا الحكم وانه لو علم به لما اقرض ، ولا يجاب الى طلبه بابطال العقد ، بل تقتصر المحكمة على انقاص سعر الفائدة المتفق عليه الى الحد القانوني • ذلك ان النص القانوني الذي يحدد سعر الفائدة هو من النصوص القانونية الامرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها • وعليه فالاتفاق على سعر اعلى من السعر القانوني فى الفائدة يكون باطلا، اما العقد نفسه فيكون صحيحا • اما بيع شيء ممنوع

قانونا فباطل بطلانا مطلقا ، ولا يقبل من احد المتبايعين القول بعدم العلم بمنع الشيء محل العقد • ويدخل ضمن النصوص القانونية الامرة نصوص القوانين الجنائية • فلا يقبل ممن ارتكب جريمة الادعاء بانه كان يجهل ان القانون يمنع العمل الذي قام به •

٢ ـ النصوص القانونية المفسرة

٢٢٥ ـ والنصوص القانونية المفسرة هي النصوص التي تكمل وتفسر ارادة المتعاقدين ، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولا يعتبر مثل هذا الاتفاق باطلا لان هذه النصوص لا تعتبر من النظام العام • فيستطيع الوارث الطعن فى البيع الذي صدر منه لحصته فى التركة بالغلط فى القانون ، لانه كان يجهل ان القانون يحدد حصته بالثلث لا بالسدس ، وكذلك يستطيع الشخص الذي وهب مطلقته مبلغا من المال جاهلا ان الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانقضاء العدة وانه لا بد من عقد جديد لتعود الى عصمته •

الفقرة الثالثة ـ نظرية الغلط في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

٢٢٦ ـ لا يعالج الفقهاء المسلمون الغلط تحت عنوان الغلط ، بل هم يتكلمون عن الخطأ والجهل والنسيان • وهم ان لم يعالجوا الغلط بصورة عامة كعيب من عيوب الرضاء الا أنهم نظروا اليه من ناحية الجهل النافى للنية الحقيقية ، واعتبروه سببا لابطال التصرفات فى كثير من الاحوال والمسائل(١) • وقد عالج القانون المدني العراقي الغلط فى الشيء ، والغلط فى الشخص ، والغلط فى العناصر الضرورية للتعاقد • ونحن نتبعه فى ذلك ، فنعالج كل صورة من هذه الصور على حدة(٢) •

---

(١) المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ •

(٢) للتوسع في نظرية الغلط في الفقه الاسلامي يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٢٧٦ ـ ٢٩٦ • كذلك مصادر الحق في الفقه الاسلامي للاستاذ السنهوري ، ج٢ ، ص ١١١ ـ ١٥٦ •

اولا ـ الغلط في الشيء

٢٢٧ ـ يميز الفقهاء المسلمون فى الغلط فى الشيء محل العقدبين حالتين: (الاولى) ان يختلف جنس المعقود عليه عن المسمى فى العقد ، وهذا هو الغلط المانع الذي رأيناه فى النظرية التقليدية • وهو يبطل العقد كذلك فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي • (الثانية) أن يتحد الجنس ، ولكن يتخلف وصف مرغوب فيه • وهذا هو الغلط فى الباعث الدافع الذي رأيناه فى النظرية الحديثة ، وهو يجعل العقد موقوفا فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي • ونرى كلا من هاتين الحالتين على حدة •

١ ـ اختلاف الجنس ـ العقد باطل

٢٢٨ ـ اذا وقع غلط فى جنس المعقود عليه ، بأن اعتقد أحد العاقدين ان المعقود عليه من جنس معين فاذا به من جنس آخر فان هذا الغلط يمنع انعقاد العقد لانعدام المحل ، أي يكون العقد باطلا • مثال ذلك ان يبيع فصا على أنه ياقوت أو ماس فاذا هو زجاج ، او يبيع حنطة فاذا هي رز • وفى هذا المعنى جاء فى بدائع الصنائع (١): « وعلى هذا يخرج اذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فاذا هو زجاج ، أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج ، او قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فاذا هو مروي ، أو قال بعتك هذا الثوب على انه مروي فاذا هو هروي ، لا ينعقد البيع فى هذه المواضع لان المبيع معدوم » • وجاء فى المادة (٢٠٨) من المجلة فى هذا المعنى ما يلي : « اذا باع شيئا وبين جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع • فلو باع زجاجا على أنه ألماس بطل البيع »• وذهب بعض الفقهاء الى ان هذا النوع من اختلاف الجنس يجعل العقد فاسدا لا باطلا • فالقائلون بالبطلان يعتبرون البيع وقع على معدوم ، وبيع المعدوم باطل • والقائلون بالفساد ـ وهو اختيار الكرخي ـ يعللون ذلك بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والاشارة الى غيره ، ومن باع وأشار

---

(١) ج٥ ، ص ١٣٩ ـ ١٤٠ ، نقلا عن مصادر الحق ، ص ١١٦ •

الى غيره يصير كأنه باع بشرط ان يسلم غيره ، وذلك فاسد(١) .

القانون المدني العراقي

٢٢٩ ــ وقد أخذ القانون المدني العراقي بالرأي الذي يعتبر العقد باطلا . فنص فى المادة (١١٧) على أنه : « ١ــ اذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ... ٢ــ فاذا بيع هذا القص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع ... » .

اتحاد الجنس والتفاوت الفاحش بين حقيقة المعقود عليه وما اراده المتعاقد

٢٣٠ ــ ويلحق بعض الفقهاء باختلاف الجنس حالة ما اذا اتحد الجنس ولكن كان هناك تفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد ، ويعتبر هذا النوع من التفاوت مانعا لانعقاد العقد . وقد جاء فى البدائع (الموضع المذكور اعلاه) فى هذا المعنى ما يلي : « ... وكذا لو باع دارا على ان بناءها آجر فاذا هو لبن لا ينعقد ، لانهما يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين . وكذا لو باع ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو مصبوغ بزعفران ، لا ينعقد لان العصفر مع الزعفران يختلفان فى اللون اختلافا فاحشا » .

مقارنة بالفقه الغربي

٢٣١ ــ يتبين مما تقدم ان الغلط فى الشيء فى الفقه الاسلامي أوسع منه فى الفقه الغربي . فهو يكون مانعا حتى لو اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فى المنفعة . اما فى الفقه الغربي ، فقد يتفاحش التفاوت فى المنفعة ، بل قد يختلف الجنس ــ يشتري شيئا من فضة فاذا به من « برونز » ــ ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد ، ويقتصر على جعله قابلا للابطال(٢) .

---

(١) الفتاوي الخانية ، ج٢ ، ص ١٣٤ ، نقلا عن مصادر الحق ، ص ١١٤ ــ ١١٥ .

(٢) مصادر الحق ، ص ١١٧ .

ب ـ فوات وصف مرغوب فيه ـ العقد موقوف

٢٣٢ ـ واذا اتحد الجنس ولكن تخلف وصف مرغوب فيه ، فان هذا لا يمنع نشوء العقد ، فينعقد صحيحا نافـذا ، ولكنه يكـون موقوفا ، على اجازة المشتري • وهذا ما يسمى بخيار الوصف •

وفى هذا المعنى جاء فى الفتاوى الهندية (ج ٣ ، ص ١٤٠ـ١٤١) : « ولو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي معز جاز البيع ويخير المشتري• ولو اشترى بعيرا على انه خراسى فلم يجده خراسيا كان له ان يرده •••• وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا أنه يخالفه فى الصفة فالعقد جائز وللمشتري الخيار اذا رآه ، كما لو اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فاذا هو اصفر » • وجاء فى فتح القدير (ج٥ ، ص ٢٠١) : « ولو باعه فصا ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير » •

وبهذا الحكم اخذ القانون المدني العراقي ، فنص فى المادة (١١٧) على انه « ١ـ ••• وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغـوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد• ٢ـ ••• ولو بيع هذا الفص ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر، او بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على اجازة المشتري » ونص فى الفقرة الاولى من المادة (١١٨) على انـه : « لا عبرة بالظن البين خطأه • فلا ينفذ العقد : ١ ـ اذا وقع غلط فى صفة للشيء تكون جوهرية فى نظر احد العاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي فى التعامل من حسن النية » •

مقارنة بالفقه الغربي

٢٣٣ ـ من المقارنة والموازنة بين الوصف المرغوب فيه فى الفقه الاسلامي والصفة الجوهرية فى الفقه الغربي ، نجد الصفة الجوهرية اوسع من الوصف المرغوب فيه، فكل وصف مرغوب فيه يمكن ان يندرج تحت الصفة الجوهرية وهي تستغرقه وتمتد فى بعض تطبيقاتها الى منطقة الغلط المانع الذي يؤدي

الى بطلان العقد • اما الوصف المرغوب فيه فان فواته لا يؤدي الى اكثر من جعل العقد موقوفا(١)• مثال ذلك شراء صورة على انها من صنع رسام معين فاذا هي من صنع غيره • نحن هنا امام غلط فى صفة جوهرية بمقتضى النظرية الحديثة وغلط مانع بمقتضى النظرية التقليدية ، وهو يجعل العقد ، بمقتضى هذه النظرية الاخيرة باطلا بطلانا مطلقا • اما فى الفقه الاسلامي فنحن امام اتحاد الجنس وتخلف وصف مرغوب فيه ، وهذا يجعل العقد موقوفا ، اي قابلا للابطال فى الفقه الغربي • وبذلك تكون الصفة الجوهرية ، فى بعض تطبيقاتها في الفقه الغربي ، اوسع من الوصف المرغوب فيه فى الفقه الاسلامي •

٢٣٤ ــ ومن المقارنة والموازنة بين اختلاف الجنس فى الفقه الاسلامي والغلط فى الشيء فى الفقه الغربي ، نجد اختلاف الجنس ــ وكذلك اتحاد الجنس مع التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما اراده العاقد بالنسبة لبعض الفقهاء ــ ابلغ اثرا من الغلط فى الشيء • فاختلاف الجنس فى الفقه الاسلامي يجعل العقد باطلا ، أي انه يكون غلطا ما نعا ، او فاسدا بالنسبة لبعض الفقهاء • اما فى الفقه الغربي ، فاختلاف الجنس ، او اتحاده مع التفاوت الفاحش ، فقد لا يكون اكثر من غلط فى صفة جوهرية ، فيقتصر على جعل العقد قابلا للابطال(٢) • مثال ذلك شراء شمعدان من فضة فاذا هو من البرونز المطلي بالفضة • فى هذه الحالة نكون أمام غلط فى صفة جوهرية بمقتضى النظرية الحديثة وغلط فى مادة الشيء محل العقد بمقتضى النظرية التقليدية ، وهو فى كلتا النظريتين ، يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا • اما فى الفقه اسلامي فنكون امام اختلاف الجنس ، وهذا يجعل العقد باطلا • وبذلك يكون اختلاف الجنس فى الفقه الاسلامي ابلغ اثرا من الفقه الغربي •

ثانيا ــ الغلط في الشخص

٢٣٥ ــ رأينا عند دراستنا لنظرية الغلط فى الفه الغربي ان الغلط فى

---

(١) مصادر الحق ، ص ١٢٠ •

(٢) المرجع السابق ، لموضع لمذكور أعلاه •

شخص المتعاقد لا يؤثر على صحة العقد الا اذا كانت شخصيته محل اعتبار، وهذا ما يقرره الفقهاء المسلمون . واهمية هذا النوع من الغلط تظهر بصورة خاصة فى الشفعة ، حيث يكون لشخص المشترى اعتبار فى الاخذ بها . وتظهر هذه الاهمية كذلك فى الوكالة واجارة الظئر ، حيث يعتد بالصفات الجوهرية فى الوكيل والظئر .

ففيما يتعلق بالشفعة ، جاء فى المبسوط للسرخسى (ج١٤ ، ص ١٠٥) : « ولو اخبر الشفيع ان المشترى فلان فقال سلمت له ، فاذا المشترى غيره ، فهو على شفعته ، لما بينا ان الناس يتفاوتون فى المجاورة ، فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضاء بمجاورة غيره . وهذا التقييد منه مفيد ، كأنه قال ان كان المشترى فلان فقد سلمت له الشفعة ، فاذا تبين ان المشترى غيره فهو على حقه » . وجاء فى البحر الرائق (ج ٨،ص١٤٤) : « وان قيل له ان المشترى فلان فسلم ، ثم ظهر انه غيره ، فله الشفعة ، لتفاوت الناس فى الاخلاق ، فمنهم من يرغب فى معاشرته ومنهم من يتجنب مخافة شره . فالتسليم فى حق البعض لا يكون تسليما فى حق غيره » .

وفيما يتعلق باجارة الظئر جاء فى المبسوط (ج١٥ ، ص ١١٩ ،ص ١٢١ــ١٢٢) : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد . وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فان اللبن فى حكم جزء من عينها ، لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ،ويظهر اثر ذلك فى الرضيع لما للغذاء من الاثر . ونظيره ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا ترضع لكم سيئة الخلق .. واذا اراد اهل الصبي ان يخرجوا الظئر قبل الاجل فليس لهم ذلك الا من عذر ، لان العقد لازم من الجانبين .الا ان الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه فى بابه . ثم لهم العذر فى ذلك الا يأخذ الصبي من لبنها ، فيفوت ما هو المقصود ، ولا عذر ابين من ذلك . وكذلك اذا تهيأ لبنها ، لان ذلك يضر بالصبي عادة ، فالحاجة الى دفع الضرر عنه عذر فى فسخ الاجارة ... وكذلك ان كانت سارقة ، فانهم يخافون على متاعهم ان كانت فى بيتهم ، وعلى متاع الصبي

وحليه اذا كان معها . وكذلك ان كانت فاجرة بينا فجورها ، فيخافون على أنفسهم،وهذا عذر ، لانها تشتغل بالفجور ، وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي ، وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها » . هـذا النص يثبت بوضوح ان ثبوت صفة غير مرغوب فيها ، او فوات وصف مرغوب فيه يثبت خيار الفسخ . والفقهاء يعللون الفسخ تارة بفوات الوصف المرغوب فيه ، وطورا بالعذر . ولكن الواضح فى جميع هذه الاحوال ان الفسخ انما يقوم فى اساسه على غلط فى الشخص(١) .

القانون المدني العراقي

٢٣٦ ــ وقد اخذ القانون المدني العراقي بما يقرره الفقهاء المسلمون من عدم نفاذ العقد للغلط فى شخص المتعاقد او فى صفة جوهرية فيه اذا كانت شخصيته أو الصفة الجوهرية هي الباعث الدافع الى التعاقد ، وصاغ من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فقد نص فى الفقرة الثانية من المادة (١١٨) على انه « لا عبرة بالظن البين خطأه . فلا ينفذ العقد ...

٢ ــ اذا وقع غلط فى ذات المتعاقد او فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او الرئيسي الى التعاقد » .

ثالثا ــ الغلط في العناصر الضرورية للتعاقد

٢٣٧ ــ تقضي الفقرة الثالثة من المادة (١١٨) من القانون المدني بانه : « لا عبرة بالظن البين خطأه . فلا ينفذ العقد.. ٣ــ اذا وقع غلط فى امور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد » . هذا النص عام ، وقد استحدثه المشرع العراقي ليشمل الغلط فى القيمة والغلط فى الدافع . واذا رجعنا الى محاضر لجنة مشروع القانون المدني وجدنا الاستاذ السنهوري يضرب مثلين لتوضيح هذا الحكم . فهو يقول بان « الغلط قد يكون فى قيمة الشيء ، كما اذا باع شخص سندا بقيمته العادية معتقدا انه لم يربح (اليانصيب) ثم يتبين انه

(١) مصادر الحق ، ص ١٤١ ــ ١٤٢ .

قد ربح . وكذلك قد يكون فى الدافع على التعاقد ، كما اذا اشترى شخص سيارة تحت اعتقاد خاطىء ان سيارته الاصلية قد فقدت فتبين انها لم تفقد. وعلى كل حال يتعين فى كل هذه الامثلة ان يكون المتعاقد الاخر قد وقع فى نفس الغلط او يكون على الاقل عالما به »(١) .

المقصد الثالث ـ التغرير مع الغبن(٢)

٢٣٨ ـ يعتبر القانون المدني الفرنسي ، والقوانين المستمدة منه ، التدليس والغبن عيبين مستقلين من عيوب الرضاء . وقد اعتبر القانون المدني المصري الجديد التدليس وحده عيبا من عيوب الرضاء . ويعبر الفقهاء المسلمون عن التدليس بالتغرير . وقد خالف القانون المدني العراقي القوانين الغربية والقانون المدني المصري الجديد فى ذلك، فلم يعتبر التغرير لوحده، ولا الغبن لوحده عيبا مستقلا من عيوب ارضاء ، بل اعتبرهما اذا اجتمعا عيبا واحدا . فلم يعتبر التغرير عيبا مفسدا للرضاء الا اذا نشأ عنه غبن ، ولا الغبن، فى الاصل ، عيبا الا اذا نشأ عن تغرير . وقد اقتفى المشرع العراقي فى ذلك اثر الفقه الاسلامي فى بعض مذاهبه .

ونعالج التدليس فى الفقه الغربي أولا ، ثم التغرير مع الغبن فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، وذلك فى فقرتين متتابعتين .

الفقرة الاولى ـ التدليس في الفقه الغربي
LE DOL

تعريف

٢٣٩ ـ يعرف التدليس عادة بانه كل حيلة او خدعة تستعمل لحمل شخص على ابرام عقد .وقد نص القانون المدني الفرنسي فى المادة (١١١٦)

---

(١) محاضر لجنة مشروع القانون المدني العراقي ، الاجتماع السادس المنعقد في ١٣ نيسان ١٩٤٣ ، ص ٣٣ . نقلا عن الدكتور محمود سعدالدين الشريف ، ص ١٦٦ ـ ١٦٧ . كذلك الاستاذ سلمان بيات .

(٢) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٢٩٦ ـ ٣٤٩ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ٢ ، ص ٢٩٦ .

منه على ان « يعتبر التدليس سببا لبطلان العقد اذا كانت الطرق الاحتيالية المستعملة من قبل احدالمتعاقدين على درجة من الجسامة بحيث يكون من الواضح انه لولاها لما تعاقد » .

التدليس والغش

٢٤٠ ــ يميز الفقهاء بين التدليس DOL والغش FRAUDE ويذهبون الى ان التدليس هو الحيل والطرق المستعملة من قبل احدالمتعاقدين ضد الاخر عند انشاء العقد وتكوينه . اما الغش فلا علاقة له بانشاء العقد، فقد يقع خارج دائرة التعاقد وقد يقع عند تنفيذ العقد ، وهو عبارة عن حيل وخدع تستعمل للاضرار بغير المتعاقد ، كالمدين الذي يبيع امواله او يهبها ليمنعها من الوقوع فى قبضة دائنيه ، والغش هنا هو نية الاضرار بالدائنين.

٢٤١ ــ وللتدليس نظرية تقليدية ورثها القانون المدني الفرنسي عن القانون الفرنسي القديم ، وتمتد بجذورها الى القانون الروماني . وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة ، مما جعل التقنينات الحديثة تتخلى عن النص على التدليس كعيب مستقل من عيوب الارادة ، والاكتفاء فى ذلك بنظرية الغلط .

ونستعرض النظرية التقليدية فى التدليس اولا ، والانتقادات الموجهة اليها وكيف يمكن الاستغناء عنها بنظرية الغلط ثانيا .

أولا ــ النظرية التقليدية في التدليس

شروط التدليس

٢٤٢ ــ يستفاد من نص المادة (١١١٦) من القانون المدني الفرنسى ان الشروط اللازم توافرها لتحقق التدليس هي :

١ ــ ان تستعمل طرق احتيالية MANOEUVRES

٢ ــ ان تحمل هذه الطرق على التعاقد .

٣ ــ ان تصدر من احد المتعاقدين .

ونرى كلا من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول ـ استعمال طرق احتيالية

عنصران : مادي ومعنوي

٢٤٣ ـ لا بد للحكم بوجود طرق احتالية من توافر عنصرين : عنصر مادى وهو الحيل او الطرق والوسائل المادية التى تستعمل للتأثير فى ارادة الشخص وحمله على التعاقد ، وعنصر معنوى وهو سوء النية • وسوء النية هنا هو قصد الوصول الى غرض غير مشروع •

ونرى كلا من هذين العنصرين على حـــدة •

١ ـ العنصر المادي : الحيل

٢٤٤ ـ والحيل المستعملة لحمل الناس على القيام بالاعمال القانونية كثيرة متنوعة لا يمكن حصرها ، وهى تختلف باختلاف الناس واختـــلاف الخادع والمخدوع ، ذاك بحسب دهائه وهذا بحسب ذكائه وغبائه • فيجب اذن ان ينظر الى كل حالة على حدة •

ومن الحيل التى يلجأ اليها المحتالون والمدلسون عادة الظهور بمظهر الثراء الواسع ،وانتحال اسم شخصية كبيرة،واستعمال وسائل الدعاية والنشر لاسباغ مظاهر كاذبة على شركات او جمعيات او معاهـد او مدارس ، وتزويـــر المستندات ، الخ ••• ويذكر لنا سيسرون حادثة شهيرة جرت فى زمانـه • فقد دعى « پيثيوس » ، ممول سيراكوزه ، الشريف CHEVALIER « كانيوس » لاستضافته فى قصره • ولكي يدفعـــه الى شراء القصر ، جمع عددا كبيرا من صيادى السمك فى المياه القريبة من القصر ، مما جعـل الضيف يعتقد بوجود كميات هائلة من السمك فى هذه المياه ، فاشترى القصر بثمن مرتفع جدا(١) • وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بان عقـــد التأمين الذى يتقدم فيه للكشف الطبى شخص اخر غير المؤمن ، يكون باطلا للتدليس • وقضت كذلك فى حكم اخر بانه اذا اظهر الدائن ما من شأنه ايهام

(١) نقلا عن پلانيول وريپير وبولانجيه ، ج٢ ، ف ٢٢٣ •

الكفيل بقيام المدين بتعهداته ، فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الايهام ، فالتجديد قابل للابطال(١) .

الكذب المجرد من الحيل واعطاء البيانات الكاذبة

٢٤٥ ــ وقد يكفى مجرد الكذب لتحقق التدليس اذا كان قد اثر فى ارادة الشخص فحمله على التعاقد . مثال ذلك ان يؤمن شخص على حياته ويذكر لشركه التأمين انه لم يصب بمرض ما سابقا مع انه كان قد اصيب فى الحقيقة . ومثال ذلك ايضا ان يؤمن شخص على نفسه ويذكر لشركة التأمين انه مزارع مع انه بحار ، وذلك ليخفى عن الشركة الاخطار التى تنجم عن مهنته .

ويجب ان يلاحظ ان العبرة فى التدليس ليست بالحيل المستعملة فيه ، بل بالحالة النفسية التى قامت لدى المدلس عليه نتيجة الكذب الذى لجأ اليه المدلس فاخفى به الحقيقة عليه . ففى الامثلة المتقدمة والمستقاة من القضاء ، لم يستعمل المدلس حيلة ما ، بل لجأ الى اعطاء بيانات كاذبة اثرت فى نفس المتعاقد فحملته على التعاقد .

مجرد الكتمان Réticence

٢٤٦ ــ وقد يكون مجرد السكوت وكتمان امر من الامور كافيا لتحقق التدليس . فاذا كان هناك امر من الامور يجب بيانه واطلاع المتعاقد الاخر عليه ، لان اطلاعه عليه يؤثر فى رضائه وقبوله الدخول فى الرابطة التعاقدية بحيث لو علم به لما اقدم على التعاقد ، فى مثل هذه الحالة على المتعاقد ان يخبر المتعاقد الاخر بهذا الامر ، واذا كتمه عنه اعتبر ذلك تدليسا منه . من ذلك ما تقضى به المادة(٣٤٨)من القانون التجارى الفرنسى من ان كل كتمان او بيان غير صحيح من قبل المؤمن له Assuré يكون سببا لابطال العقد(٢)

---

(١) تراجع هذه الاحكام وغيرها في السنهوري ، الوسيط ، ص ٣٢١ ، هامش رقم ١ . كذلك نظرية العقد ، ص ٣٩٣ ، هامش رقم ١ .

(٢) جورج ريبير ، القانون التجاري البحري ، ط٣ ، ج٣ ، ف ٢٤١٤ وما بعدها ، نقلا عن كتابه « القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية » ، ص ٨٩ .

ومن ذلك ما تقضى به الفقرة الاولى من المادة (٩٨٧) من القانون المدني من انه : « يجوز للمؤمن ان يطلب فسخ العقد اذا تعمد المؤمن له كتمان امر او قدم عن عمد بيانا كاذبا وكان من وراء ذلك ان يتغير موضوع الخطر او تقل اهميته فى نظر المؤمن ... » • وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر فى ٢٣ اذار ١٩٢٧ بان كتمان المؤمن على بضائعه ان هذه البضائع (وهى مأكولات محفوظة) هى من المخزونات القديمة للجيش الانكليزي يعد تدليسا ، لانه يؤثر فى تقدير التبعة التى تتحملها شركة التأمين(١) •

٢ ـ العنصر المعنوي : سوء النية

٢٤٧ ـ وسوء النية يتحقق اذا قصد من وراء الحيل المستعملة فى التدليس تضليل المتعاقد للوصول الى غرض غير مشروع ، وهذا ما رأيناه فى الامثلة المتقدمة • اما اذا كان الغرض من استعمال هذه الوسائل مشروعا فلا يتحقق التدليس • فالمبالغة فى اطراء السلعة لا يعد تدليسا ولو بلغ حد الكذب • ولا يعتبر تدليسا كذلك عرض البضاعة بصورة جذابة ومغرية ولو دفع الناس الى شرائها ، لان القصد لم يكن تضليل الناس بل استهواءهم ليرغبوا فى الشراء • ولكن هذا لا يمنع المتعاقد الاخر من الوقوع فى الغلط ، ويكون العقد عندئذ قابلا للابطال للغلط ، اذا توافرت شروطه •

٢٤٨ ـ وقد توجد نية التضليل ، ولكن الغرض الذى يراد الوصول اليه مشروع • مثال ذلك ان يكون لشخص على اخر دين وليس لديه بينة ، فيستعمل كل الحيل الممكنة للحصول منه على اقرار بالدين • فى هذه الحالة لا يستطيع المدين الرجوع عن الاقرار الذى اعطاه بالرغم من استعمال التدليس للحصول على هذا الاقرار ، وذلك لان الغرض الذى قصد المدلس الوصول اليه كان مشروعا ، الا وهو الوصول الى حقه • وهذا يقابل ما رايناه في الاكراه من استعمال وسيله غير مشروعة للوصول الى غرض مشروع •

---

(١) نقلا عن نظرية العقد ، ص ٣٩٨ ، هامش رقم ١ •

الشرط الثاني ـ التدليس هو الدافع الى التعاقد

٢٤٩ ـ لا يكفى لتحقق التدليس مجرد استعمال الحيل لتضليل المتعاقد بقصد الوصول الى غرض غير مشروع ، بل يجب ان تكون الحالة النفسية التى ولدتها هذه الحيل هى التى دفعت الشخص الى قبول التعاقد ، وبعبارة اخرى يجب ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد • وتقدير ما اذا كان التدليس هو الدافع الى التعاقد مسألة وقائع تترك لقاضي الموضوع • والقاضى يستعين فى تقديره بمعيار نفسى لا مادى • فينظر الى كل حالة على حدة ، ويسترشد فى ذلك بما جرى عليه العرف ، وبطبيعة العقد ، والعلاقات السابقة بين الطرفين والثقة المتبادلة بينهما(١) ، وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب وذكورة وانوثة ، الخ .....

التدليس الدافع والتدليس غير الدافع

٢٥٠ ـ يميز الفقهاء بين التدليس الدافع DOL PRINCIPAL هو رأيناه فيما تقدم ، والتدليس غير الدفع DOL INCIDENT وهو لا يحمل على التعاقد بل يغرى بقبول شروط ابهظ ، ويؤدى الى الاخلال بالتوازن الاقتصادى الذى يجب توافره فى العقد • وهذا النوع من التدليس لا يبطل العقد لانه ليس هو الذي دفع المتعاقد الى التعاقد ، ولان المتعاقد الذى تعاقد تحت تأثيره ما كان ليحجم عن التعاقد حتى لو لم يستعمل هذا النوع من التدليس • ويقتصر الامر فى هذه الحالة على اعطاء المتعاقد ضحية التدليس دعوى تعويض يسترد بها الزيادة التى دفعها بسبب التدليس • مثال ذلك ان يبرز بائع عقار للمشترى عقود ايجار صورية ، ليوهمه ان ريع العقار مرتفع فيدفع فيه ثمنا مرتفعا • ومثال ذلك ايضا ان يذكر صاحب مصنع لمن يريد ان يشترى المصنع تقديرا مبالغا فيه للقوة المحركة للمصنع ، فيدفع المشترى ثمنا اكبر من ثمن المصنع الحقيقى • فى هذه الامثلة ، اذا حمل البائع بتدليسه المشترى على دفع ثمن مرتفع ، كان للمشترى ان يطلب تعويضا

(١) ريبير ، القاعدة الخلقية ، ف ٤٨ ، ص ٨٨ •

من البائع ، وهو الزيادة ، التى دفعها فى الثمن ، والتى ماكان ليدفعها لو علم بحقيقة الامر(١) . والمسؤولية هنا تقصيرية تقوم على الخطأ ، الذى هو التدليس .

وينتقد بعض الفقهاء هذا التمييز بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع ، لانه لا يمكن فى اغلب الاحيان معرفة ما اذا كان التدليس هو الذى حمل على التعاقد (تدليس دافع) او ان اثره اقتصر على قبول التعاقد بشروط ابهظ (تدليس غير دافع) .

الشرط الثالث ـ صدور التدليس من المتعاقد الآخر

٢٥١ ـ اشترطت المادة (١١١٦) من القانون المدنى الفرنسى لتحقق التدليس ان تصدر الحيل والوسائل المستعملة فيه من احد المتعاقدين ضد الاخر ، فاذا صدرت من شخص ثالث فلا يكون لها اثر فى صحة العقد . وقد خالف المشرع الفرنسى فى هذا الباب القاعدة التى اتبعها بالنسبة للاكراه ، فهو لم يشترط لتحقق الاكراه ان يصدر من احد المتعاقدين ضد الاخر . وهذه القاعدة غير منطقية ، ولا يمكن تبريرها الا بتأثر القانون الفرنسي بالقانون الرومانى . فقد كان التدليس فى هذا القانون جريمة معاقبا عليها . ولما كانت العقوبة لا توقع الا ضد مرتكب الجريمة ، وفقا لمبدأ شخصية العقوبة ، فلم يكن بالامكان اقامة الدعوى الا ضد من قام بالتدليس . ولما انتقل التدليس الى نطاق القانون المدنى كعيب من عيوب الرضاء ، بقى محافظا على الصفة

---

(١) جوسران ، ج٢ ، ف ٩٥ ، ص ٥٤ . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٢ ف٢٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في ٣١ كانون الاول ١٩٢٩ بان بائع السند بثمن مقسط اذا لم يستوف الاقساط الواجبة الدفع ، وأنذر المشتري بفسخ البيع بعد ان ربح السند الجائزة الكبرى ، وحمل بذلك المشتري ، بعد ان اوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على ان يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا الغش ، يكون قد أرتكب تدليسا غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل بغير غش (نقلا عن نظرية العقد ، ص ٤٠٢ : هامش رقم ٣) .

الشخصية للجزاء المترتب عليه • لذلك لم يمنح القاضى الرومانى دعوى التدليس الا ضد مرتكبه • فاذا لم يكن صادرا من احد المتعاقدين فلا اثر له فى صحة العقد ، ويستطيع المتعاقد المدلس عليه ان يقيم الدعوى على من دلس عليه ، ولا رجوع له على المتعاقد الاخر ، ويبقى العقد صحيحا •

٢٥٢ ــ وقد عمل القضاء ، ومعه الفقه ، على تضييق نطاق هذا الشرط وحصره فى اضيق الحدود • فلم يميز بين التدليس الصادر من احد المتعاقدين والتدليس الصادر من الغير فى الاعمال والتصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد(١) • واعتبر التدليس من نائب احد المتعاقدين كأنه صادر من الاصيل • واعتبر التدليس الصادر من الغير اذا كان هذا الغير متواطئا مع المتعاقد الاخر ، اعتبر هذا التدليس كافيا للابطال(٢) • وذهب بعض الفقهاء الى ان التدليس اذا كان صادرا من الغير وكان المتعاقد الاخر يعلم به(٣) ، او كان فى استطاعته ان يعلم به ولو لم يعلم به فعلا(٤) ، فان ذلك يكفى لاعتبار المتعاقد الاخر مشتركا فيه • وهذا الرأي يتفق مع ما اخذت به القوانين الحديثة(٥) •

---

(١) أوبري ورو ، ص ٤٤٣ ، هامش رقم ٢٦ • ڤيفورياتو ، العقد في المشروع الفرنسى الايطالي ، ص ٢٧٧ •

(٢) پلانيول وريپير وبولانجيه ، ف ٢٣٠ • اوبري رو ، ص ٤٤٤ •

(٣) اوبرى ورو ، ص ٤٤٣ ــ ٤٤٤ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ٢٧ ، ص ٤٤٤ •

(٤) بودري وبارد ، ج١ ، ف ١٠٩ ، ص ١٥٠ ، هامش رقم ٢ ، نقلا عن نظرية العقد ، ص ٤١٣ •

(٥) فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من القانون المدني الالماني على أنه اذا كان الغير هو صاحب الطرق الاحتيالية المقصود بها الغش ، وكان اعلان الارادة موجها الى شخص آخر ، فان اعلان الارادة لا يكون قابلا للبطلان الا اذا علم هذا الشخص الآخر ، أو كان يجب حتما ان يعلم بهذه الطرق الاحتيالية (ڤيفورياتو ، ف ٩٧) •

ونصت الفقرة الثانية من المادة (٢٨) من قانون الالتزامات السويسري على ان المتعاقد الذي وقع في تدليس صادر من الغير يبقى ملزما ، ما لم يكن

ثانيا ـ نقد النظرية التقليدية في التدليس

الاستغناء بالنظرية الحديثة للغلط عن نظرية مستقلة للتدليس

امتزاج التدليس بالغلط

٢٥٣ ـ التدليس انما يعيب الرضاء لما يولده فى نفس الشخص من حالة غلط تدفعه الى التعاقد • فالعقد يكون قابلا للابطال للغلط الناشىء عن التدليس لا للتدليس فى ذاته • ولكن اذا اخذنا بالنظرية التقليدية للغلط فاننا نجد حالات لا يمكن ابطال العقد فيها للغلط ويمكن ابطاله للتدليس • فقد سبق ان رأينا فى النظرية التقليدية للغلط ان الغلط فى القيمة والغلط فى الباعث لا اثر لهما على صحة العقد • ولكن اذا كان هذان النوعان من الغلط نتيجة تدليس صادر من احد المتعاقدين فمن الممكن عندئذ ابطال العقد للتدليس لا للغلط • ولكن يجب ان يلاحظ هنا ان ابطال العقد لا يكون للتدليس فى ذاته ، بل للغلط الذى اوجده التدليس ، فليس الغلط فى ذاته ، وفقا للنظرية التقليدية ، كافيا لابطال العقد • فاقترانه بالتدليس هو الذى يساعد على ابطال العقد • وبذلك تكون دائرة التدليس اوسع من دائرة الغلط بمعناه التقليدى ، فالغلط بهذا المعنى لا يغنى عن التدليس •

النظرية الحديثة في الغلط تغنى عن نظرية مستقلة في التدليس

٢٥٤ ـ ويذهب الاستاذ السنهورى(١) الى اننا اذا اخذنا بالنظرية الحديثة

المتعاقد الآخر قد علم ، أو كان يجب ان يعلم ، بالتدليس عند ابرام العقد (شنايدروفيك ، ص ٧٣) •

ونصت المادة (٢١) من المشروع الفرنسى الايطالي على ان التدليس يكون سببا في ابطال العقد اذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين ، أو من شخص آخر وبعلم أحد المتعاقدين ، جسيمة بحيث لولا هذه الحيل لما أقدم على التعاقد (ڤيفورياتو ، ف ٩٥) •

ونرى من النصوص المتقدمة ان القوانين الحديثة لا تزال تستبقى التمييز بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين والتدليس الصادر من الغير ، ولكنها تضعف من هذا التمييز الى حد كبير باعتبارها التدليس الصادر من الغير سببا في ابطال العقد اذا علم المتعاقد الآخر بالتدليس ، أو كان يجب ان يعلم به •

(١) نظرية العقد ، ف ٣٩٣ وما بعدها • الوسيط ، ف١٨٥ وما بعدها •

للغلط فانها تغنينا عن اللجوء الى نظرية التدليس لابطال العقد . ذلك ان الغلط بمقتضى النظرية الحديثة انما هو الغلط الدافع الى التعاقد. والتدليس لا يمكن ان يكون سببا لا بطال العقد الا اذا دفع الشخص الى التعاقد ، أي الا اذا اوجد عنده غلطا دافعا الى التعاقد . وفى هذه الحالة يمكن ابطال العقد للغلط الدافع بمقتضى النظرية الحديثة ، ولو كان هذا الغلط واقعا على القيمة او الباعث والذي لا تأخذه النظرية التقليدية بنظر الاعتبار . وهكذا فان كل عقد يبطل للتدليس يمكن ابطاله للغلط بمعناه الحديث . وعليه فان نظرية الغلط الحديثة تغنى عن نظرية التدليس(١) .

الفقرة الثانية ـ التغرير مع الغبن في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

٢٥٥ ـ سبق ان مر بنا ان القانون المدني العراقي لم يعتبر التدليس لوحده عيبا مستقلا من عيوب الرضاء الا اذا انشأ عنه غبن ، كما لم يعتبر الغبن لوحده ، فى الاصل ، عيبا مستقلا من عيوب الرضاء ، الا اذا نشأ عن تغرير . وفى هذا القول تفصيل نراه فيما يلي . ونعالج التغرير اولا ، ومن ثم الغبن .

اولا ـ التغرير

٢٥٦ ـ التغرير لغة الخداع ، وفى باب المعاملات هو ايهام الشخص بما يرغبه فى التعاقد . وهو نوعان : فعلي وقولي .

١ ـ التغرير الفعلي

٢٥٧ ـ يكون التغرير الفعلي بفعل من المتعاقد فى المعقود عليه يظهره به احسن مما هو على حقيقته ، فيدفع ذلك المتعاقد الاخر الى التعاقد تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح الذي اسبغه صاحب السلعة على سلعته .

---

(١) وقد اغفلت بعض القوانين المدنية الحديثة ، كالقانون البرتغالي والقانون النمساوي ، ذكر التدليس كعيب من عيوب الرضاء . فالتدليس في هذين القانونين لا يعيب الرضاء الا من حيث ما يوقعه من الغلط في نفس المتعاقد (القانون البرتغالي) ، أو اذا ولد في نفس المتعاقد غلطا جوهريا دفعه الى التعاقد (القانون النمساوي) .

والامثلة على هذا النوع من التدليس تزخر بها الكتب الفقهية • منها صبغ الثوب القديم ليظهر جديدا ، ومنها حبس ماء الرحى تخييلا لكثرته ، ومنها تسويد شعر الجارية لاخفاء بياضه ، او تجعيده لاخفاء سبطته ، او تحمير وجهها لتغطية صفرته ، فتبدو اجمل مما هي ليزيد المشترى فى ثمنها •

٢٥٨ ــ ونقطة الابتداء فى الاحكام التي يقررها الفقهاء المسلمون فى هذا الباب هي حديث الشاة المصراة • والمصراة من التصرية ، والتصرية ربط ضرع الناقة او البقرة او الشاة القليلة اللبن زمنا حتى يحفل ضرعها ويمتلىء ايهاما بكثرة لبنها ، ثم عرضها للبيع ، فاذا رآها المشترى استغزر لبنها واغتر بها واشتراها بتأثير هذا التغرير • وقد نهى رسول الله صلى الله عليه واله عن هذا النوع من التغرير بقوله : « لا تصروا الابل والغنم • فمن ابتاعها بعد ، فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ، ان شاء امسك وان شاء ردها وصاع تمر »(١) •

٢٥٩ ــ ويقابل التغرير الفعلي التدليس باستعمال طرق احتيالية الذي رأيناه فى الفقه الغربي • ففي كل منهما يعمداحدالمتعاقدين الى طرق ووسائل يقصد بها التأثير على المتعاقد الاخر ليحمله على التعاقد •

٢ ــ التغرير القولي

٢٦٠ ــ والتغرير القولي يكون بالقول ، أي بمجرد الكذب • والكذب المكون للتدليس قد يكون باعطاء بيانات كاذبة فى عقود تقوم فى اساسها على صحة هذه البيانات • وهذه العقود هي انواع من البيع يسميها الفقهاء المسلمون « بياعات الامانة » • وقد يكون التغرير القولي باستغلال الثقة التي يضعها احد المتعاقدين فى الاخر ، وهذا يكون فى بيع الاسترسال • وقد يكون هذا النوع من التغرير باستغلال احد المتعاقدين جهل الاخر بالاسعار وبامور البيع والشراء ، ويحصل ذلك فى متلقى الركبان والسلع • وهنالك صور اخرى من التغرير لا تقوم على شيء مما قدمنا ، بل تؤدي الى تحميل

(١) روى هذا الحديث كثيرون وبطرق مختلفة • ومن رواته الامام مالك في الموطا ، وأبو داوود في سننه ، ومسلم والبخاري في صحيحيهما •

المغرور ضررا يترتب عليه تقرير مسؤولية الغار التقصيرية او التعاقدية .ولم يتطرق القانون المدني العراقي الا الى بياعات الامانة . ونقول فيما يلي كلمة موجزة عنها(١) .

بياعات الامانة

٢٦١ ــ تقوم هذه الانواع من عقد البيع على صدق البائع فى اخباره عن حقيقة الثمن الذي قام به المبيع عليه . والمشترى انما يطمئن الى هـذا الاخبار ويقدم على الشراء على اساسه . فهو اما ان يشترى الشيء من البائع بالثمن الذي قام عليه مع اضافة شيء من الربح اليه ، ويسمى البيع فى هذه الحالة « مرابحة » . واما ان يشتريه منه بالثمن الذي قام به عليه مع انقاص شيء من هذا الثمن ، ويسمى البيع فى هذه الحالة «وضيعة» او «مواضعة». وأما أن يشتريه بالثمن الذي قام به على البائع بدون زيادة ولا نقصان ، ويسمى البيع فى هذه الحالة « تولية » . واما ان يشارك المشترى البائع فى جزء من المبيع بما يقابله من الثمن ، ويسمى فى هذه الحالة « اشراكا » . فالمشتري فى هذه الصور جميعا انما يقدم على الشراء بعد أن يقدر الامور على ضوء الثمن الذي يخبره به البائع . فاذا كان البائع كاذبا فى اخبـاره اعتبر ذلك منه تغريرا قوليا موجبا لنقض العقد .

٢٦٢ ــ وقد اعتبر القانون المدنى العراقى العقد موقوفـا على اجازة العاقد المغبون اذا نشأ عن التغرير غبن فاحش ، واعتبر عدم البيان فى عقود الامانة تغريرا . فقد نصت المادة (١٢١) على انـه : « اذا غرر أحـد المتعاقدين بالاخر وتحقق ان فى العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا عـلى اجازة العاقـد المغبون ...

ويعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الامانة التى يجب التحرز فيهـا عن الشبهة بالبيان كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة » .

---

(١) للتوسع في ذلك ، يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٣٢٣ ــ ٣٣٦ .

التغرير عن طريق الكتمان

٢٦٣ ــ يعرف الفقهاء المسلمون التغرير عن طريق الكتمان كذلك . ففيما عدا بياعات الامانة ، أذا أخفى البائع عيبا فى المبيع كان ذلك كتمانا يعطى المشتري حق نقض البيع . ويسمى بعض الفقهاء هذا الاخفاء أو الكتمان بالتدليس ، فيقولون ان البائع قد دلس العيب على المشتري . ويعتبره اخرون تغريرا كالتصرية(١) .

التغرير الصادر من الغير

٢٦٤ ــ ويعتد الفقهاء المسلمون بالتغرير ولو كان صادرا من غير العاقد ، اذا كان هذا العاقد متواطئا مع الغير الذي صدر منه التغرير . ومن صور التغرير الصادر من الغير ان يقول الشخص أمام التجار هذا ابني أو عبدي قد اذنت له فبايعوه ، ثم يظهر ابن الغير او عبد الغير ، فانهم يرجعون على الغار وهو اجنبى عن العقد . ومثال التغرير الصادر من الغير كذلك النجش ، وهو تواطؤ شخص مع بائع سلعة يبيعها بالمزايدة على أن يغالي فى المزايدة حتى يبلغ السلعة اكثر من قيمتها . ومثاله كذلك التغرير الصادر

---

(١) وفي هذا المعنى جاء في المهذب (ج ١ ، ص ٢٨٣ ــ ٢٨٤) : ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز ان يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عقبه بن عامر رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : المسلم اخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له . فان علم غير المالك بالعيب لزمه ان يبين ذلك لمن يشتريه ، لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار واثلة بن الاسقع ، فلما خرجت بها ادركنا عقبة بن عامر فقال هل بين لك ما فيها ، قلت وما فيها انها لسمينة ظاهرة الصحة ، فقال : اردت بها سفرا أم اردت بها لحما ؟ قلت اردت عليها الحج ، قال ان بخفها نقبا . قال صاحبها اصلحك الله ما تريد الى هذا ان تفسد علي ؟ قال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لاحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه . فان باع ولم يبين العيب صح البيع ، لان النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية » . ويستخلص من هذا النص ان البيع يصح ولكن يثبت به خيار التدليس .

من الدلال ، وفى هذه الحالة يفترض ان المتعاقد الاخر ـ البائع غالبا ـ كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، لان الدلال امينه • وعليه فالتغرير الصادر من الدلال يعتبر كأنه صادر من البائع نفسه ، ويثبت به الخيار للمشترى •

٢٦٥ ـ ولم يعتبر القانون المدنى العراقى ـ مقتفيا فى ذلك أثر الفقه الاسلامى ـ التغرير الصادر من الغير عيبا من عيوب الارادة الا اذا كان العاقد الاخر يعلم ، أو كان من السهل عليه أن يعلم ، بهذا التدليس وقت ابرام العقد • وقد نصت على ذلك المادة (١٢٢) بقولها : « اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا أثبت العاقد المغبون ان العاقد الاخر كان يعلم او كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد » •

حكم التغرير في القانون المدني العراقي

٢٦٦ ـ لم يعتبر القانون المدنى العراقى العقد موقوفا للتغرير الا اذا نشأ عنه غبن فاحش وكان المتعاقد الاخر يعلم بالتغرير ، او كان من السهل عليه أن يعلم به • وفيما عدا ذلك يرجع المتعاقد بالتعويض عن الغبن الذي أصابه فقط • وهذا يستفاد من المفهوم المخالف للمادة (١٢٣) منه • فقد نصت هذه المادة على انه : « يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذا فى جميع هذه الاحوال » • ومن قراءة هذه المادة تتبين ان موانع الرد ، أي نقض العقد للتغرير هي :

١ ـ ان يكون الغبن يسيرا •

٢ ـ عدم علم العاقد الاخر بالتغرير اذا كان الغبن فاحشا ، او عدم استطاعته العلم به •

٣ ــ استهلاك الشيء قبل العلم بالغبن ، كأن يكون المبيع طعاما ويأكله المشتري قبل ان يعلم بالغبن .

٤ ــ هلاك الشيء ، كأن يكون سيارة وتحترق قبل العلم بالغبن .

٥ ــ حدوث عيب او تغيير جوهري فى الشيء . مثال العيب أن يكون المبيع سيارة ويقع لها حادث اصطدام قبل العلم بالغبن . ومثال التغيير الجوهري ان يكون المبيع حنطة فيطحنها المشتري ، او طحينا فيخبزه ، أو قماشا فيفصله ملابس ، كل ذلك قبل العلم بالغبن .

فى هذه الحالات جميعا لا يستطيع المشتري طلب نقض البيع ورد المبيع واسترداد ما دفع من الثمن ، ويقتصر حقه على طلب تعويض عن الغبن الذي لحقه نتيجة للتغرير .

انتقال دعوى التغرير الى الورثة

٢٦٧ ــ فى الحالات التى يكون العقد فيها موقوفا على اجازة العاقد المغبون نتيجة للتغرير ، اذا مات هذا العاقد انتقلت دعوى التغرير لوارثه . وهذا ما نصت عليه المادة (١٢١) من القانون المدني فى شطرها الاخير بقولها : « فاذا مات من غرر بغبن فاحش انتقلت دعوى التغرير لوارثه » .

ثانيا ــ الغبن
LA LéSION

تعريف

٢٦٨ ــ يعرف فقهاء القانون المدنى الوضعي الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه ، أو بأنه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه(١) . ويعرفه الفقهاء المسلمون بأنه تمليك المال بأكثر من قيمته ، وفى ذلك غبن للمشتري ، أو تملكه بأقل من قيمته ، وفى ذلك غبن للبائع .

٢٦٩ ــ ومن التعريف المتقدم يمكننا استخلاص الملاحظات التالية :

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ، ف ٢٦٠ . جوسران ، ج٢ ، ف ١٠١ مكرر . البواعث ، ف ٩٦ .

١ ــ لا يتصور الغبن الا فى عقود المعاوضة المحددة • فعقود التبرع لا محل للكلام فيها عن الغبن ، اذ ان احد المتعاقدين يعطي فيها ولا يأخذ ، والاخر يأخذ ولا يعطي • أما العقود الاحتمالية فتقوم بطبيعتها على الغبن المحتمل الذى قد يقع على احد المتعاقدين •

٢ ــ لمعرفة وجود الغبن ، ينظر الى التعادل بين التزامات الطرفين عند ابرام العقد • فاذا كان هذا التعادل موجودا فى هذا الوقت ثم اختل بعد ذلك فلا غبن •

٣ ــ لا يمكن الاحتراز من الغبن فى المعاملات ، فيندر أن نجد فى عقد معاوضة تعادلا تاما بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه • لذلك لا بد من التسامح فيه الى حد ما ، وهذا ما يقول به الفقهاء المسلمون ، فهم يقسمون الغبن الى قسمين : فاحش لا يتسامح فيه ، ويسير يتسامح فيه •

موقف الفقه الاسلامي من الغبن

٢٧٠ ــ وقد عنيت الشريعة الاسلامية بمحاربة الغبن فى اهم صوره ، وهي الربا • فقد نص القرآن الكريم صراحة على تحريمه ، فجاء فى الآيتين (٢٧٥ ، ٢٧٦) من سورة البقرة : « وأحل الله البيع وحرم الربا •• يمحق الله الربا ويربى الصدقات » • وقد تعقبه الفقهاء المسلمون فى جميع مظانه ، وأهمها القرض والصرف • ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن الاحتكار لما يؤدى اليه من تحكم افراد قليلين فى أرزاق الامة كلها(١) •

(١) وفي هذا يقول ابن خلدون في مقدمته (ص ٣٩٧) : « ومما اشتهر عند ذوي البصر والتجربة في الامصار ان احتكار الزرع لتحين أوقات الغلاء مشؤوم ، وأنه يعود على فائدته بالتلف والخسران • وسببه ، والله اعلم ، ان الناس ، لحاجتهم الى الاقوات ، مضطرون الى ما يبذلون فيها من المال اضطرارا ، فتبقى النفوس متعلقة به • وفي تعلق النفوس بمالها سر كبير في وباله على من يأخذه مجانا ، ولعله الذي اعتبره الشارع في أخذ أموال الناس بالباطل • وهذا وان لم يكن مجانا فالنفوس متعلقة به لاعطائه ضرورة من غير سعة في العذر ، فهو كالمكره • وما عدا الاقوات والمأكولات من المبيعات لا اضطرار للناس اليها وانما يبعثهم عليها التفنن في الشهوات فلا يبذلون أموالهم فيها الا

فقد روي عنه عليه السلام أنه قال : « لا يحتكر الا خاطىء » ، وكذلك : «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» • وروي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال : « لا حكرة فى سوقنا »(١) : وقد عالج الفقهاء المسلمون الغبن فى جميع العقود كبياعات الامانة ، والاسترسال ، وتلقى الركبان ، والنجش وعالجوا كذلك الغبن اذا كان ناشئا عن تغرير • وقد سبق ان رأينا كل ذلك •

مقدار الغبن الذي يعطى المتعاقد المغبون الخيار

٢٧١ ــ يقسم الفقهاء المسلمون الغبن الى قسمين : يسير وفاحش • والغبن اليسير هو الذي لا يمكن تجنبه فى المعاملات • ومن المجمع عليه بين الفقهاء ان هذا النوع من الغبن يتسامح فيه ، ولا يعطي المتعاقد المغبون خيار الغبن • فهو من باب التسامح فى المعاملات الذى حض عليه الرسول عليه السلام واثنى على فاعله بقوله: «ان الله يحب الرجل سهل البيع سهل الشراء» •

اما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء فى تحديد مقداره • وهناك معياران لتحديده ، وكلا المعيارين مادى • فالمعيار الاول ينظر الى قيمة الشيء ويحدد

باختيار وحرص ، ولا يبقى لهم تعلق بما اعطوه • فلهذا يكون من عرف بالاحتكار تجتمع القوى النفسانية على متابعته لما يأخذه من أموالهم ، فيفسد ربحه • والله تعالى أعلم » •

(١) وفي هذا يقول علي بن أبي طالب عليه السلام في عهده الى الاشتر حين ولاه مصر واعمالها : « ثم التجار وذوي الصناعات فاستوصى واوص بهم خيرا ••• واعلم مع ذلك ان في كثير منهم ضيقا فاحشا وشحا قبيحاً واحتكارا للمنافع وتحكما في البياعات وذلك باب مضرة للعامة وعيب على الولاية ، فامنع الاحتكار فان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) نهي عنه • وليكن البيع والشراء سمحا بموازين عدل وأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع ، فمن قارف حكرة بعد نهيك فنكل وعاقب في غير اسراف فان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فعل ذلك » •

الضيق عسر المعاملة • والبيع السمح ما كان فيه تساهل في بعض الثمن ، وفي الخبر «السماح رباح» أي المساهلة في الاشياء تربح صاحبها •

يراجع عهد الامام علي عليه السلام في شرح نهج البلاغة ، وفي « تحف العقول عن آل الرسول » (ص ١٢٦ ــ ١٤٩) •

نسبة معينة بين هذه القيمة وبين الثمن الذى دفعه المتعاقد • فاذا زاد الثمن على هذا الحد او نقص عنه فقد تحقق الغبن • وتتراوح تقديرات الفقهاء فى هذا الباب بين الثلث وربع العشر (٥ر٢٪) • والمعيار الثانى يحدد الغبن الفاحش بما لا يدخل فى تقويم المقومين ، فاذا دخل فى تقويمهم فهو يسير لا فاحش • مثال ذلك ما اذا باع شخص سيارة بالف دينار ، ثم ادعى احد العاقدين انه غبن فى البيع غبنا فاحشا • فى هذه الحالة يطلب الى اهل الخبرة تقدير قيمة السيارة • فاذا اتفقوا جميعا على تقدير قيمتها باكثر من الف دينار فقد غبن البائع غبنا فاحشا ، واذا اتفقوا جميعا على تقدير قيمتها باقل من الف دينار فقد غبن المشترى غبنا فاحشا • واذا قدرها بعضهم باكثر من الف والبعض الاخر باقل فالغبن يسير لا فاحش ، وهو الذى يتسامح فيه عادة ، كما سبق القول •

القانون المدني العراقي

٢٧٢ ــ ولم يجعل القانون المدنى العراقى العقد موقوفا لمجرد الغبن ، بل اشترط ان يكون الغبن ناشئا عن تغرير • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١٢٤) على ان : « مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن(١) لم يصحبه تغرير»(٢) •

استثناء

٢٧٣ ــ على ان القانون المدنى العراقى استثنى من القاعدة المتقدمة حالات معينة اعتبر مجرد الغبن فيها كافيا لجعل العقد باطلا ، ولو لم يصحبه تغرير • وهذه الحالات هي التي يكون المغبون فيها محجورا او وقفا أو

(١) كلمة « الغبن » الثانية هذه حشو ، وكان يمكن الاستغناء عنها •

(٢) وفي هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق في حكم لها صادر في ١٧ــ٥ــ٥٨ • « بان المدعين يطلبون فسخ البيع لوجود غبن فاحش في قيمة السهام المبيعة العائدة لهم من الملك الموضوع البحث في الدعوى ، وحيث لم يقترن هذا البيع بالتغرير لذلك لم تتوفر الشرائط القانونية في الطلب • فبالنظر لذلك وللاسباب الواردة في الحكم المميز ظهر ان الحكم المذكور ــ القاضى برد الدعوى ــ موافق للقانون » • (نقلا عن المرجع السابق) •

مال الدولة (م ١٢٤) . والحكمة من ذلك هى ان هؤلاء الاشخاص لا يستطيعون الدفاع عن انفسهم فى العقود التى تبرم لمصلحتهم ، فيطمع فيهم الطامعون عادة . لذلك فالجزاء الذى فرضه فى هذه الحالات اشد من التوقف ، فقد اعتبر العقد باطلا لا موقوفا . وقد اقتفى المشرع العراقى فى ذلك اثر الفقهاء المسلمين .

ولم يحدد القانون المدنى مقدار الغبن الفاحش ، لذلك يجب ان تترك هذه المسألة الى تقدير المحكمة واجتهادها .

عدم اعتبار الغبن في العقود التي تتم بطريق المزايدة

٢٧٤ ـ وقد نص القانون المدنى العراقى على حالة لا يؤخذ الغبن فيها بنظر الاعتبار ، وهى حالة العقد الذى يتم بطريق المزايدة (م ١٢٤/٣) . والسبب فى ذلك هو عدم امكان حصول الغبن فى هذا النوع من التعاقد . فالتنافس موجود بين المزايدين ، وكل يدفع ما يراه مساويا لما يريد الحصول عليه . اما اذا حصل تواطؤ بين احد الاشخاص وبين صاحب السلعة على ان يزيد فى الثمن ليرفعه فقط ، فعندئذ تكون امام صورة من صور التغرير الصادر من غير المتعاقد والذى يعلم به هذا المتعاقد ، وهذه الصورة هى بيع النجش . وفى هذه الحالة يمكن للمتعاقد المغبون ان يطلب فسخ العقد للغبن الناشىء عن التغرير .

المقصد الرابع ـ الاستغلال
(L'EXPLOITAION)

تمهيد

٢٧٥ ـ سبق ان قلنا ان القانون المدنى العراقى لم يعتبر الغبن ، فى الاصل ، عيبا من عيوب الارادة الا اذا نشأ عن تغرير ، واستثنى من ذلك المحجور والوقف ومال الدولة . ولكن تقع فى الحياة العملية حالات يستغل فيها شخص ضعفا خاصا فى شخص اخر ، كعدم خبرته ، او ضعف ادراكه ، او هواه ، الخ .. فيجعله يتصرف لمصلحته تصرفا ضارا به . ونحن اذا طبقنا القواعد العامة التى رأيناها فى عيوب الارادة لم تسعفنا فى مديد

المساعدة الى هذا المتعاقد المغبون . فهو لم يقع فى احدى حالات الغلط التى رأيناها والتى تجعل العقد موقوفا ، ولم يكرهه الطرف الاخر على القيام بالتصرف ، ولا لجأ الى التغرير به لحمله عليه . وكل ماهنالك ان هذا الشخص استغل حالة ضعف لدى الشخص الاخر فابرم معه عقدا غبنه فيه غبنا فاحشا ، او جعله يتصرف لمصلحته بدون مقابل ، مما يلحق به وباشخاص اخرين ضررا فاحشا .

٢٧٦ ــ هذه الحالة تسمى بـ « الاستغلال » فى الفقه الغربى ، وقد اقتبسها القانون المدنى العراقى من القوانين المدنية الحديثة التى اعتبرت الاستغلال عيبا من عيوب الرضاء ، فنص فى المادة (١٢٥) على انه : « اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او 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 » . ولفهم هذه المادة ، يجب ان نعرف متى يتحقق الاستغلال ، والجزاء الذى يترتب عليه ، وهذا يقتضينا معرفة عناصر الاستغلال . ونعالج كلا من عناصر الاستغلال والجزاء الذى يترتب عليه على حدة .

أولا ــ عناصر الاستغلال

عنصران : مادي ومعنوي

٢٧٧ ــ لا بد لتحقق الاستغلال من تحقق امرين : ١ ــ غبن فاحش ، وهذا هو العنصر المادي أو الموضوعي فى الاستغلال ٢٠ ــ استغلال ضعف فى نفس الشخص ، وهذا هو العنصر المعنوى أو النفسى . ونرى كلا من هذين العنصرين على انفراد .

١ ــ العنصر المادي أو الموضوعي : الغبن الفاحش

٢٧٨ ــ سبق ان رأينا معيارين للغبن الفاحش فى الفقه الاسلامى . الاول يحدد الغبن بنسبة معينة من قيمة الشىء . وتتراوح تقديرات الفقهاء بشأنه بين الثلث وربع العشر (٥ر٢٪) . والثانى يحدده بما لا يدخل فى تقويم

المقومين • وسبق ان رأينا كذلك أن القانون المدنى العراقى لم يحدد الغبن الفاحش بحد معين ، لذلك يجب الاخذ بالمعيار الثانى الذى يصبح كذلك مسألة وقائع تخضع لتقدير المحكمة •

وسبق ان رأينا ان الغبن انما يتصور فى عقود المعاوضة المحددة ، أما العقود الاحتمالية فتقوم بطبيعتها على الغبن الاحتمالى • أما فيما يتعلق بالتبرعات فلا يمكن ان يكون الكلام فيها عن الغبن ، وذلك لعدم وجود عوضين • فأحد الطرفين يأخذ ولا يعطي ، والاخر يعطي ولا يأخذ • فما دامت نية التبرع قد توافرت عند المتبرع فلا يمكن أن يكون الكلام عندئذ عن الغبن ، لان المتبرع قد قبل ان يعطى شيئا من دون مقابل ، فلا يتصور عندئذ اختلال التعادل بين التزامات الطرفين • فاذا أردنا ابطال التبرعات للاستغلال ، فان ذلك لا يكون عن طريق الغبن الفاحش،بل عن طرق أخرى• لذلك نحن نرى ان واضعى القانون المدنىالعراقى لم يكونوا موفقين عندما تكلموا عن التبرعات مباشرة بعد الكلام عن الغبن الفاحش فى التعاقد• ثم ان الاستغلال اذا وقع فى التبرعات فهو لا يتحقق باستغلال الحاجة أو الطيش أو عدم الخبرة أو ضعف الادراك ، بل باستغلال الميل والهوى ، كما سنرى فيما بعد •

٢ ـ العنصر المعنوي أو النفسى : استغلال الضعف

٢٧٩ ـ ويتوافر العنصر المعنوي باستغلال احد الطرفين حاجة ، أو طيشا ، أو هوى ، أو عدم خبرة ، أو ضعف ادراك ، لدى المتعاقد الاخر •

٢٨٠ ـ واستغلال الحاجة يقرب من استغلال حالة الضرورة التى رأيناها فى الاكراه • مثال ذلك ان يكون شخص بحاجة ملحة الى النقود فيعرض سيارته للبيع فيستغل المشتري حاجة البائع الى المال واضطراره الى بيع سيارته فيدفع له ثمنا أقل بكثير من قيمتها الحقيقية ، فيضطر البائع الى القبول لحاجته الملحة الى المال •

٢٨١ ـ والطيش هو النزق وفقدان التفكير السليم وعدم التفكير بعواقب الامور•وهو يحصل غالبا عند الشباب الذين يرثون فجأة مالا كثيرا

ولم يكونوا قد ربوا تربية صحيحة ، فينغمرون فى الملذات ويركضون وراء اشباع الشهوات ، فتكون النتيجة حاجتهم المستمرة الى المال ، فيتلقفهم المرابون والمتصيدون الذين يعيشون على أمثال هؤلاء الناس ، فيشترون منهم ما قيمته الف بمائة ، ويبيعونهم ما قيمته مائة بألف . ويتصف الطائش عادة بالخفة والتسرع ، فيغبن غبنا فاحشا .

واذا أردنا ان نقرب هذه الحالة من الاستغلال من عيوب الارادة الاخرى وجدناها تقرب من حالة التغرير مع الغبن .

٢٨٢ ــ أما الهوى ، فهو ميل النفس الى شيء واشتهاؤها اياه . وأغلب الحالات التى يستغل فيها الهوى تقع بين أفراد من جنسين مختلفين ، وخاصة الازواج والزوجات اذا كان بينهم تفاوت كبير فى السن ، فيستولى الشاب منهما على الكبير بالسن ويستغل ميله اليه وهواه اياه فيحمله على التنازل له عن امواله وعقاراته ويجرده من اكثر ما يملك ، فيلحق ذلك ضررا كبيرا به وبافراد عائلته الاخرين(١) . واذا اردنا ان نقرب هذه الحالة من الاستغلال من عيوب الارادة الاخرى وجدناها تقرب من حالة التعاقد تحت ضغط الاكراه .

(١) وقد لخص الاستاذ السنهوري هذه الحالة من الاستغلال بقوله : « فكثيراً ما يعمد رجل طاعن في السن الى الزواج من امرأة لا تزال في مقتبل عمرها ، وليس من النادر ان تعمد الزوجة الى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتستكتبه من العقود لنفسها ولاولادها ما تشاء . وقد تتزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعمد الزوج الى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليها عليها . وقد تشترى امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجا جديدا ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ من المال » .

وفي قضية كانت الزوجة تريد ان يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف وحصل من زوجته على مال وسندات ومنزل وعقد توكيل وعقد ايجار بما تناهز قيمته خمسين الفا من الجنيهات ، ثم طلقها . ولما طعنت الزوجة في هذا التصرف قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بان ما اعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطرار عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها ، وان الرأي الصواب الذي يتحقق به العدل (أي تطبيقا لقواعد العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات الى

٢٨٣ ــ أما عدم الخبرة وضعف الادراك ، فهما حالتان يكون الشخص فيهما غير قادر على تمييز الجيد من الردىء فيستغل شخص آخر هذا النقص فيه ويبرم معه عقدا يغبنه فيه غبنا فاحشا. مثال ذلك: شخص يريد ان يشتري سيارة وهو لاخبرة له بأمور السيارات ، فيذهب الى بائع سيارات فيستغل البائع عدم خبرته بأمور السيارات ويبيعه سيارة رديئة يغبنه فيها غبنا فاحشا .

واذا أردنا ان نقرب هذه الحالة من الاستغلال من عيوب الارادة الاخرى وجدناها تقرب من حالة التغرير مع الغبن ومن حالة تدليس العيب .

عبء الاثبات

٢٨٤ ــ يقع عبء اثبات الاستغلال على عاتق المتعاقد المغبون لانه هو المدعي . وتقرير وقوع الاستغلال من عدمه مسألة وقائع تخضع لسلطة المحكمة التقديرية .

علاقة الاستغلال بعيوب الارادة

٢٨٥ ــ تتبين من استعراض صور الاستغلال التي نص عليها القانون المدني ان الاستغلال ليس عيبا مستقلا من عيوب الرضاء . فقد رأينا عند استعراضنا لهذه الصور ان حالة استغلال الحاجة تقرب من حالة استغلال الضرورة ، وحالة استغلال الطيش تقرب من حالة التغرير مع الغبن ، وحالة استغلال الهوى تقرب من حالة الاكراه ، وحالة استغلال عدم الخبرة وضعف الادراك تقرب من التغرير مع الغبن . لذلك لم يفرد القانون المدني العراقي للاستغلال عنوانا خاصا ، بل عالجه تحت عنوان التغرير مع الغبن .

ولكن التغرير والغبن والاكراه في حالة الاستغلال عيوب لا تتميز تميزا كافيا حتى يقام الدليل عليها ، بل هي عيوب مفترضة ، ويكفي في افتراضها

الحد المناسب . وقد نقضت محكمة التمييز المصرية هذا الحكم على أساس ان بدل الخلع في الشريعة الاسلامية يجب ان يكون مقترنا بصيغة الطلاق وان المسألة على كل حال يجب ان تحال على القضاء الشرعي للفصل فيها . وقد اعيدت القضية الى محكمة الاستئناف ، ولكن الخصوم لم يروا السير في الدعوى الشرعية التي قضت محكمة التمييز ان تقف الدعوى المدنية بسببها ، واتفقوا على تسوية النزاع بينهم (الوسيط ، ص ٣٦٦ ، هامش رقم ٢) .

ان يقام الدليل على الاستغلال بعنصرية المادي والمعنوي أو النفسى(١) .

ثانيا ـ جزاء الاستغلال

دعـويان

٢٨٦ ـ يميز القانون المدنى العراقى فى الجـزاء الـذي يـترتب على الاستغلال بين عقود المعاوضات والتبرعات . فاذا استغل شـخص فى عقد معاوضة ولحقه غبن فاحش نتيجة هذا الاستغلال جاز له فى خلال سـنة من وقت ابرام العقد ان يقيم الدعوى امام القضاء طالبا رفع الغبن عنه الى الحد المعقول واذا كان التصرف تبرعا جاز له أن ينقضه فى خلال سـنة أيضا .

ويجب أن يلاحظ أن مدة السنة التى يجب ان تقام الدعوى فى خلالها هي ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم . والفرق بين الميعادين هو ان ميعاد السقوط لا ينقطع ولا يقف،بخلاف ميعاد التقادم فهو قابل للانقطاع والوقف.والحكمة من جعل ميعاد رفع الدعوى فى الاستغلال قصيرا وجعله ميعاد سقوط لا ينقطع ولا يقف هي الرغبة فى حسم النزاع بشأن العقود التى يداخلها الاستغلال . فلا يبقى مصير العقد معلقا مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفى هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل(١) .

هل يمكن نقض التبرعات للغبن الفاحش

٢٨٧ ـ يجدر بنا أن نتوقف هنا برهة لنرى هل من الدقة القول بنقض التبرعات للغبن الفاحش . سبق ان قلنا ان الغبن لا يتصور فى التبرعات ، وذلك لان احد الطرفين يعطي ولا يأخذ وهو قاصد الى ذلك . فليس هناك التزامات متقابلة يمكن ان يختل التعادل بينها ، مع ان هذا الاختلال ركـن لا يتحقق الغبن بدونه . فاذا انعدم الغبن فكيف نستطيع نقض التصـرف للاستغلال ، مع ان القانون يشترط صراحة ان ينتج عن الاسـتغلال غـبن فاحش !! اننا نرى ان استعمال تعبير (ضرر جسيم) أدق فى المعنى وافضل

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٢٠٨ ، ص ٢٧٠ .
(٢) المرجع السابق ، ف ٢٠٩ ، ص ٢٧١ .

من تعبير (غبن فاحش) • ذلك ان الضرر أعم من الغبن ، فكل غبن ضرر ولا عكس •

والغبن لا يكون الا فى دائرة العقود ، اما الضرر فيكون خارج دائرة العقد(١) • لذلك كان من اللازم على المشرع العراقي ان يفرد فقرة خاصة للتبرعات، ينص فيها على جواز نقض هذه التبرعات اذا كانت صادرة نتيجة استغلال الهوى أو العاطفة ، وتنتج عنها ضرر جسيم • ونقترح لذلك النص التالي : « اذا استغل شخص فى هواه أو عاطفته فحمله ذلك على التبرع بأمواله فلحقه من ذلك ضرر جسيم ، جاز له أن ينقض التصرف فى خلال سنة من صدوره »(٢) •

الاستغلال في الفقه الاسلامي

٢٨٨ ــ وقد عالج الفقهاء المسلمون الاستغلال عند كلامهم عن التغرير مع الغبن ، وعن بيع المضطر وشرائه • وفى هذا المعنى جاء فى غمز عيون البصائر للحموي (ج ٢ ، ص ١٩٥) : «خيار الغبن يثبت فى صورة الوكيل والوصى، وفى صورة تغرير البائع المشتري ، بأن كان المشتري غبيا لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا الثمن فانه يساويه ، فاشتراه مغترا بقوله ، فله خيار الغبن» • وجاء فى ابن عابدين (ج ٤ ، ص ١٤٦) : «بيع المضطر وشراؤه

(١) وقد يصيب الانسان ضرر نتيجة عقد ابرمه ولا يصيبه غبن • مثال ذلك ان يشتري تاجر بضاعة فتهبط الاسعار فيخسر • ولكن الضرر في هذا المثال لم ينشأ عن العقد ذاته ، بل عن ظروف اخرى •

(٢) يلاحظ اننا اضفنا كلمة « عاطفة » الى النص المقترح ، وذلك لجعل النص ينطبق على غير الاشخاص الذين هم من جنسين مختلفين • ذلك ان الهوى ، كما سبق ان قلنا ، انما يكون بين اشخاص من جنسين مختلفين ، أما العاطفة فتكون بين الاصول والفروع وبين الاخوة وباقي الاقارب • ومن الممكن ان يكون لدى شخص نحو احد اولاده عاطفة حب أقوى من عاطفته نحو بقية أولاده ، فيستغل الولد هذه العاطفة من أبيه فيجعله يسجل باسمه أكثر أمواله فيصيبه (أي الوالد) ضرر جسيم • ويحدث ان يكون لدى أخ نحو اخته أو لدى اخت نحو اخيها عاطفة حب قوية فيستغلها الطرف الآخر ويجعله يهبه أكثر أمواله ، فيصيبه نتيجة ذلك ضرر جسيم •

فاسد . وهو ان يضطر الرجل الى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع الا باكثر من ثمنها بكثير . وكذلك فى الشراء منه ، اذا لم يرض المشترى بشرائه دون ثمن المثل بغبن فاحش . ومثاله ما لو الزم القاضى ببيع ماله لايفاء دينه ، أو الزم الذمي ببيع مصحف ، ونحو ذلك ...»(١) .

٢٨٩ ــ بهذا ننتهي من الكلام عن التراضي وهــو الركن الاول من اركان العقد . وننتقل الان الى الكلام عن الركن الثاني ، وهو المحل .

الفرع الثانى

المحل(٢)

(L'OBJET)

٢٩٠ ــ اختلف الفقهاء فى اعتبار المحل ركنا فى العقد أو فى الالتــزام. فذهب بعضهم الى اعتباره ركنا فى الالتزام ، وذهب آخرون الى اعتباره ركنا فى العقد. والظاهر ان القانون المدني العراقي قد تأثر بالرأي الاول . فقــد نص فى المادة (١٢٦) على أنه : «لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلا لحكمه » . وقد جانب القانون المدني بذلك الدقة العلمية، ووقع فى تعارض بين العنوان الذي يخصصه للموضوع وما يتكلم عنه فى هذه المادة . فهو عندما تكلم عن العقد، قد خصص الفرع الاول لاركان العقد ، وتكلم تحت هذا العنوان عن التراضى ، وهو ما رأيناه فى الفرع السابق ، ولكنه عندما وصل الى المحل نراه يشترطه فى الالتزام لا فى العقد .

الشروط اللازم توافرها في المحل

٢٩١ ــ وسواء اعتبرنا المحل ركنا فى الالتزام أم فى العقد ، فلا بد من توافر شروط معينة فيه ليكون العقد صحيحا منتجا لاثاره . وهذه الشروط هي :

---

(١) نقلا عن مصادر الحق ، ص ١٥١ ــ ١٥٢ .

(٢) للتوسع ، يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٣٦١ ــ ٤١٩ .

١ ــ ان يكون موجودا أو ممكنا .

٢ ــ أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

٣ ــ ان يكون قابلا للتعامل فيه ، او مشروعا . ونعالج كلا من هذه الشروط فى مبحث مستقل .

المبحث الاول
المحل الموجود والمحل الممكن

الوجود والامكان .

٢٩٢ ــ اذا ورد العقد على شيء فيجب ان يكون هذا الشيء موجودا ، واذا ورد على عمل او امتناع عن عمل فيجب ان يكون العمل او الامتناع ممكنا . ونعالج كلا من المحل الموجود والمحل الممكن فى مطلب مستقل .

المطلب الاول
المحل الموجود

معنى الوجود

٢٩٣ ــ يقصد بالمحل الموجود ان يكون موجودا عند ابرام العقد ، او ممكن الوجود فى المستقبل . ولكل من هاتين الحالتين حكمها الخاص .

١ ــ المحل الوجود عند ابرام العقد

٢٩٤ ــ اذا قصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود عند ابرام العقد ثم تبين ان هذا الشيء غير موجود ، فالعقد لا ينعقد ولا ينشأ التزام على عاتق أي منهما . والشيء غير الموجود اما ان لا يكون قد وجد اصلا ، أو كان موجودا ولكنه هلك قبل العقد . مثال الاول ان يظن تاجر ان عنده فى مخزنه بضاعة معينة فيبيعها ، ثم يتبين عدم وجود هذه البضاعة فى مخزنه اصلا . ومثال ذلك ايضا ان يبيع شخص حصته فى تركة ، ثم يتبين انه ليس بوارث . ومثال الثاني ان يكون لدى شخص حصان ويبيعه ، ثم يتبين انه كان قد نفق قبل العقد .

اما اذا كان المحل موجودا عند العقد ثم تلف بعد ذلك ، فان ذلك لا

يؤثر على العقد . فالعقد يتكون وينشأ الالتزام على عاتق البائع بتسليم المبيع وعلى عاتق المشتري بدفع الثمن ، ولكن هذه الالتزامات تنقضي لهلاك المبيع ، فالهلاك على البائع قبل التسليم .

٢ ـ الشيء المستقبل

٢٩٥ ـ وقد لا يكون الشيء الذي ورد عليه العقد موجودا عند التعاقد ولكنه ممكن الوجود في المستقبل ، وهذا هو التعامل في الاشياء المستقبلة. وقد اجاز القانون المدني العراقي هذا النوع من التعامل في الفقرة الاولى من المادة (١٢٩) . فقد نصت هذه المادة على انه : «يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر » . وقد خالف القانون المدني العراقي بذلك ما يذهب اليه اغلب الفقهاء المسلمين(١) . فبيع المعدوم باطل لدى اغلبية الفقهاء المسلمين ، حتى لو كان المبيع ممكن الوجود او محقق الوجود في المستقبل ، وذلك لمنع الغرر .

وهذا النوع من البيوع مفيد في الحياة العملية . فيستطيع الانسان ان يشتري الحاصلات قبل ظهورها اذا حددت تحديدا نافيا للجهالة والغرر .

استثناء ـ عدم جواز التعامل على تركة مستقبلة

٢٩٦ ـ وقد استثنى القانون المدني من التعامل على الاشياء المستقبلة التركة المستقبلة ، فلم يجز التعامل عليها ، واعتبر كل تعامل يرد عليها باطلا (م١٢٩ـ٢) .

وهذه القاعدة مقتبسة عن القانون الفرنسي ، وهي ترقى بجذورها الى القانون الروماني . فقد كان هذا القانون يمنع هذا النوع من التعامل لمخالفته للاداب وللنظام العام . فمن يتعامل في تركه انسان لا يزال

---

(١) نقول اغلب الفقهاء ، ولا نقول كلهم ، لان هناك من يقول ، كابن القيم الجوزية ، بجواز التعامل في الشيء المستقبل اذا امتنع الغرر . مثال ذلك ان يبيع شخص محصول ارضه قبل ان ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدد جزافا (السنهوري ، الوسيط ، ص ٣٧٧ ، هامش رقم ١) .

على قيد الحياة انما يضارب على موته ، وقد يغريه-ذلك بالتعجيل بموت المورث. فالمصلحة التي كان القانون الروماني يهدف الى حمايتها انما هي مصلحة المورث ، فاذا تم التعامل برضاء المورث فان هذا القانون كان يجيزه . اما القوانين الحديثة فتنظر الى مصلحة كل من المورث والوارث. ذلك ان من يتعامل فى ما سيرثه يكون فى الغالب نزقا طائشا يبدد مايقع بيده من مال ، ولا يكتفى بتبديد ما عنده ، بل يبدد ايضا ما يتوقع ان يرثه ،وهو فى ذلك يقع فريسة المرابين . لذلك فمنعه من التصرف بما سيرثه انما تقرر لمصلحته هو ايضا . والبطلان هنا مطلق والعقد لا يصح ولو رضى المورث بذلك .

٢٩٧ ــ والتركة هي مجموع ما للانسان من حقوق وما عليه من ديون عند موته . والتعامل الذي يمنعه القانون هو الذي يقع على التركة المستقبلة فى مجموعها ، او على جزء منها ، او على عين معينة فيها كحصان او سيارة مثلا . ويسرى حكم التركة المستقبلة على المال الذي يؤول الى الشخص عن طريق الوصية . فلا يجوز للموصى له ان يتصرف بالموصى به قبل موت الموصى .

المطلب الثاني
المحل الممكن

٢٩٨ ــ اذا ورد العقد على عمل او امتناع عن عمل فان هذا العمل او الامتناع يجب ان يكون ممكنا . فاذا كان مستحيلا فالعقد لا ينعقد، او باطل . ويعبر عن ذلك فى اللغة القانونية الفرنسية بعبارة « لا التزام بمستحيل » (A L'IMPOSSIBLE NUL N'EST TENU)

والاستحالة اما مطلقة او نسبية ، واما ان ترجع الى طبيعة المحل او الى القانون . ونقول كلمة موجزة عن كل نوع من هذه الانواع .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية

٢٩٩ ــ تكون الاستحالة مطلقة اذا لم يكن فى مقدور الناس كافة

القيام بالعمل الذي ورد عليه العقد . فهي ترجع الى استحالة الشيء في ذاته ، لا الى استحالته بالنسبة للمتعاقد . وتسمى الاستحالة فى هذه الحالة بالاستحالة الموضوعية (IMPOSSIBILITé OBJECTIVE) أي التي تعود الى المحل فى ذاته . ومثالها ان يتعهد شخص بان يعبر المحيط سباحة ، او ان يمس السماء باصبعه ، او ان يبقى يوما كاملا تحت الماء .

ويكفى لاعتبار الاستحالة مطلقة ان لا يكون فى المستطاع القيام بالعمل بالنسبة للتقدم العلمي عند ابرام العقد ، ولو اصبح القيام به ممكنا بعد ذلك . مثال ذلك التعهد بالذهاب الى القمر او المريخ او احد الكواكب السيارة ، او احياء ميت . فى هذه الامثلة يعتبر المحل مستحيلا بالنسبة للتقدم العلمي عند ابرام العقد ، ولكن ذلك لا يمنع من ان يتمكن البشر من اختراع جهاز يوصل الى القمر ـ كما هو جار فى عصرنا الحاضر ـ وكذلك لا يمنع ذلك من ان يتوصل الاطباء فى المستقبل الى احياء الميت فى خلال فترة معينة من توقف قلبه عن الحركة . وفى هذه الحالة لا يصبح العمل مستحيلا استحالة مطلقة ، بل استحالة نسبية .

٣٠٠ ـ وتكون الاستحالة نسبية اذا لم يكن فى مستطاع المدين فقط القيام بما تعهد به ، وتسمى فى هذه الحالة بالاستحالة الشخصية IMPOSSIBILITé SUBJECTIVE . ومثالها ان يتعهد شخص بالقيام بعمل فني يستحيل عليه القيام به ، ولكنه لا يستحيل على غيره . هذا النوع من الاستحالة لا يمنع العقد من الانعقاد ، ولا الالتزام من النشوء على عاتق المدين . ولكن لما كان المدين لا يستطيع تنفيذ التزامه فان هذا الالتزام ينقضى ، الا انه يجب عليه ان يعوض الدائن عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم التنفيذ .

الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية

٣٠١ ـ والاستحالة الطبيعية هي ما قدمناه . اما الاستحالة القانونية فهي التي ترجع الى نص القانون . مثال ذلك ان يتعهد محام برفع استئناف انقضت مدته . فى هذا المثال لا يمكن رفع الاستئناف بعد انقضاء المدة المحددة لرفعه ،

والسبب فى ذلك يرجع الى القانون لا الى طبيعة الشيء • فالقانون يمنع الاستئناف اذا قدم بعد مضى المدة المحدد لذلك •

٣٠٢ ــ وحكم الاستحالة القانونية كحكم الاستحالة الطبيعية المطلقة • فهي تمنع العقد من الانعقاد اذا كانت سابقة عليه ، وبالتالي لا ينشأ التزام على عاتق المدين • اما اذا كانت لاحقة له ، فاذا لم تكن بخطأ المدين فالالتزام ينقضى بدون تعويض للدائن ، واذا كانت بخطأ المدين فالالتزام ينقضى كذلك ، ولكن يجب على المدين ان يعوض الدائن عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم التنفيذ • مثال ذلك ان يتعهد محام برفع استئناف لم تنقض مدته بعد ، ثم تمر المدة المحددة لرفع الاستئناف بدون ان يرفعه • فاذا كان عدم رفع الاستئناف باهمال المحامي فعليه تعويض موكله ، واذا لم يكن نتيجة اهماله وتقصيره ، بان كان مريضا طريح الفراش مثلا ، فالتزامه برفع الاستئناف ينقضى ولا يجب عليه التعويض •

المحل الممكن في الفقه الاسلامي

٣٠٣ ــ ويشترط الفقهاء المسلمون فى المحل ان يكون ممكنا كذلك ، ويعبرون عن ذلك بقولهم بانه يجب ان يكون مقدور التسليم • وهم يميزون كذلك بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، ويعتبرون الاولى دون الثانية مانعة لانعقاد العقد • ومثال الاستحالة المطلقة اباق العبد ، فان اباقه يجعل تسليمه مستحيلا استحالة مطلقة • ولكن قد تصبح هذه الاستحالة نسبية بالنسبة لمشتري العبد فقط • فاذا جاء شخص الى مولى العبد وقال له ان عبدك عند فلان فبعه منى وانا اقبضه ، فهنا الاستحالة نسبية لان القدرة على القبض ثابتة بزعم المشترى ، ومن ثم ينعقد العقد موقوفا على القبض • ومثال الاستحالة المطلقة كذلك بيع الطير الذي كان فى يده فطار ، وبيع السمكة التي اخذها ثم القاها فى حظيرة اذا كان لا يمكنه اخذها بدون الاصطياد •

المبحث الثاني
المحل المعين والمحل القابل للتعيين

٣٠٤ ـ المحل من اركان العقد التي يمنع تخلفها انعقاده . ولاجل ان لا يعتبر متخلفا لا يكفي ان يكون موجودا وممكنا ، بل يجب ان يكون معلوما من المتعاقدين. وهو لا يكون كذلك الا اذا كان معينا وقت العقد ، او قابلا للتعيين بحيث يكون معلوما من المتعاقدين علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع .

ولا يعدو المحل ان يكون عينا معينة بالذات ، او شيئا معينا بنوعه ، او عملا او امتناعا عن عمل . ونرى كيف يتعين المحل فى كل صورة من هذه الصور .

١ ـ تعيين المحل اذا كان عينا معينة بالذات

٣٠٥ ـ اذا ورد العقد على عين معينة بالذات فان هذه العين يجب تعيينها وتحديد اوصافها تحديدا كافيا يجعلها معلومة من المتعاقدين علما نافيا للجهالة الفاحشة . مثال ذلك ما اذا باع شخص سيارة ، فيجب عليه ان يبين نوعها وتاريخ صنعها . واذا كان لدى البائع اكثر من سيارة من نوع واحد ، فيجب ان يبين كذلك رقمها الذي يميزها من غيرها من السيارات. واذا كان المبيع ارضا فيجب ان يبين موقعها وحدودها ومساحتها . واذا كان المبيع موجودا فى مجلس العقد كفى لتعيينه الا شارة اليه .

٢ ـ تعيين المحل اذا كان شيئا معينا بنوعه

٣٠٦ ـ واذا لم يكن المحل شيئا معينا بالذات ، بل معينا بنوعه فقط فيجب ان يعين مقداره ووصفه . مثال ذلك اذا كان المبيع تمرا ، فيجب ان يبين نوع التمر وكميته ، بان يقال مائة طن من التمر الزهدي او الحلاوي . فاذا لم تحدد الكمية ، فالعقد يجب ان يتضمن ما يستطاع تحديدها به . فاذا تعهد متعهد بتوريد حليب لمستشفى مثلا فالكمية اللازمة من الحليب وان لم تحدد فى العقد ، الا انها قابلة للتحديد وفقا لحاجات المستشفى .

واذا ذكرت فى العقد جميع الامور اللازمة لتعيين المحل ولكن لم يذكر

درجة جودته ولم يمكن استخلاص هذه الجودة من ظروف التعاقد ، فى هذه الحالة يكون الصنف من النوع المتوسط ، فلا يكون من النوع الجيد لئلا يغبن البائع ، ولا من النوع الردىء لئلا يغبن المشترى . مثال ذلك ما اذا باع شخص مائة طن من الحنطة دون ان يبين النوع في العقد ، ولم يمكن استخلاصه من ظروف التعاقد ، فى هذه الحالة يلزم البائع بتسليم حنطة من النوع المتوسط .

٣ ـ تعيين المحل اذا كان عملا او امتناعا عن عمل

٣٠٧ ـ واذا كان المحل عملا او امتناعا عن عمل فالعمل او الامتناع يجب ان يكون معينا . فلا يكفي ان يتعهد مقاول باقامة بناء ، بل يجب ان يعين نوع البناء ، هل هو دار ، او مدرسة ، او مخزن ، الخ.. فاذا لم يبين ذلك فى العقد فلا يعتبر المحل محددا تحديدا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع ، وبالتالي يكون العقد باطلا .

ولكن قد يمكن تعيين المحل من ظروف التعاقد ، كما اذا تعهد شخص ببناء دار لصديق من دون تحديد سعتها وعدد غرفها وبقية مرافقها ، ولكنه كان يعرف عدد افراد عائلة صديقه ومقدار حاجتهم الى الغرف والمرافق . وكذلك الامر اذا تعهد مقاول ببناء مدرسة لاطفال قرية صغيرة ، او ببناء مستشفى لهذه القرية . فى هذه الامثلة يمكن تعيين العمل من ظروف الحال. فالمقاول الذي تعهد ببناء دار لصديقه وكان يعلم ان عدد افراد عائلته عشرة مثلا ، لا يمكن ان يبني له دارا فيها غرفتان فقط ، وبالعكس اذا كان عدد أفراد العائلة اربعة مثلا فان رب العائلة لا يستطيع ان يطلب من المتعهد ان يبني له دارا فيها عشر غرف مثلا . وكذلك المقاول الذي تعهد ببناء مدرسة او مستشفى لقرية صغيرة لايتجاوز عدد نفوسها الفي نسمة ،لا يمكن ان يطلب منه بناء مدرسة تتسع لالف تلميذ ، او بناء مستشفى يتسع لخمسمائة سرير .

٣٠٨ ـ واذا كان المحل امتناعا عن عمل فان نوع العمل الذي يجب ان يمتنع عنه المدين يجب ان يعين وكذلك المدة التي يجب ان لا يمارس العمل

فى خلالها ، والمنطقة التي يجب ان لا يمارس العمل فيها . فاذا تعهد صانع احذية لصانع احذية اخر بعدم منافسته فى المنطقة التي يعمل فيها لمدة سنتين مثلا واراد المتعهد ان يفتح مخزنا لبيع الملابس فلا يكون قد اخل بتعهده ، ولا يكون قد اخل بتعهده كذلك اذا باع الاحذية فى خارج المنطقة المتفق عليها ، او فى المنطقة ولكن بعد انقضاء السنتين.

عدم الحاجة الى تعريف المحل اذا كان معلوما عند العاقدين

٣٠٩ــ الا انه اذا كان المحل معلوما لدى العاقدين فلا حاجة لكل ما ذكرنا من معلومات . فاذا كان لشخص سيارة ، ولم يكن عنده غيرها ، واراد ان يبيعها وكان المشترى قد راها وكان يعلم ان البائع ليس عنده غيرها ، فى هذه الحالة يكون المحل ، أي السيارة ، معلوما من المشتري علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع .

المبحث الثالث

المحل القابل للتعامل فيه

DANS LE COMMERCE

عدم قابلية المحل للتعامل فيه

٣١٠ ــ قد يكون الشيء موجودا ومعينا وممكنا ومع ذلك لا يصلح محلا للتعامل . وعدم قابليته للتعامل اما ان يرجع الى طبيعته ، او الى الغرض الذى خصص له ، او الى القانون . ونرى كلا من ذلك على حدة .

عدم القابلية للتعامل الراجع الى طبيعة الشيء

٣١١ ــ فقد يرجع عدم قابلية الشيء للتعامل الى طبيعة هذا الشيء . فالشمس ، والهواء ، والانهار ، والبحار ، كل هذه اشياء موجودة ومعينة ولكنها لا يمكن ان تكون محلا للتعامل . وعدم قابلية هذه الاشياء للتعامل يرجع الى استحالتها ، او الى عدم استطاعة احد الاستبداد بحيازتها . فالشمس لا يمكن تسليمها ، والبحر ، والهواء ، الخ .. لا يمكن لاحد ان يستبد بحيازتها . ولكن قد يصبح التعامل بهذه الاشياء ممكنا من

بعض الوجوه ، فمياه الانهار تؤخذ وتباع ، والهواء قد يضغط فى اوعية خاصة ويباع ، وهكذا .. وقد يرجع هذا النوع من عدم القابلية للتعامل الى كون الشيء مباحا ، اى لا مالك له ، كالطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والغزال فى الصحراء ، الخ .. فهذه الاشياء لا مالك لها ، فلا يجوز ان تكون محلا للتعاقد . ولكن اذا اصطادها شخص فعندئذ يمكن التعامل فيها وتصلح ان تكون محلا للتعاقد .

عدم القابلية للتعامل الراجع الى الغرض الذي خصص له الشيء

٣١٢ ــ وقد يرجع عدم قابلية الشيء للتعامل الى تعارض هذا التعامل مع الغرض الذى خصص له هذا الشيء.. فالاملاك العامة Domaine Public المخصصة للمنفعة العامة ، كالشوارع ، والطرق العامة ، والمتاحف ، والمعسكرات ، وشواطىء الانهار والبحار ، الخ .. لا يجوز ان تكون محلا لتعامل يخرجها عن الغرض الذى خصصت له . والتعامل الذى يخرجها عن هذا الغرض هو التعامل الذي يرد على رقبتها ، كالبيع والهبة والرهن . فلا يجوز بيع الشوارع ، والطرق العامة ، ولا الجسور ، ولا المعسكرات ، ولا رهنها ، ولا هبتها . لان هذه التصرفات تخرج الشيء عن الغرض الذى خصص له . ويسرى هذا الحكم على الوقف الخيري خاصة ، فهو مخصص لغرض معين وهذه التصرفات تخرجه عن هذا الغرض(١) .

٣١٣ ــ اما اذا كان التصرف لا يخرج الشيء عن الغرض الذى خصص

---

(١) اما الوقف الذري ، فلا يجوز بيعه في جميع المذاهب الاسلامية ولو وصل الى الخراب . بخلاف فقه الشيعة الذي يجيز بيعه وتوزيع ثمنه على المستحقين في حالات خاصة ، منها اذا وصل الى درجة لا يمكن معها الانتفاع به . وقد جاء في كتاب المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري (ص ١٦٥) ما يلي : « ومما انفردت الامامية به القول بان الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه . وان ارباب الوقف اذا دعتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة » يراجع كذلك العروة الوثقى ، ج٢ ص ٢٥٣ وما بعدها . وقد أخذ القانونان المصري والعراقي بهذا الرأي واجازا تصفية الاوقاف الذرية .

له فانه يكون جائزا • ويتحقق ذلك فى اعمال الادارة التى يقصد بها استغلال الشىء • فيجوز للدولة الترخيص لاصحاب المقاهى فى وضع الكراسى على ارصفة الشوارع ، ولاصحاب الدكاكين والمخازن باخراج واجهات لدكاكينهم ومخازنهم • ويجوز كذلك الترخيص باقامة حمامات او اكشاك (جراديغ) على شواطىء الانهار والبحيرات والبحار • ويجوز كذلك تأجير الاموال الموقـــــوفة •

عدم القابلية للتعامل الراجع الى القانون

٣١٤ ــ وقد يرجع عدم قابلية الشىء للتعامل لا الى طبيعة الشىء ولا الى تعارض التعامل فيه مع الغرض الذى خصص له ، بل الى القانـون • فالقانون يخرج احيانا بعض الاشياء من التعامل • فقد سبق ان رأينـــا القانون يمنع التعامل بالتركة المستقبلة (م ١٢٩) • ويمنع قانون الاثـار القديمة التعامل بهذه الاثار • ويمنع القانون التعامل بالمخدرات واشـياء اخـــرى ينص عليهـــا •

٣١٥ ــ والمشرع عندما يخرج شيئا من التعامل انما يدفعه الى ذلك اعتبارات ترجع الى المصلحة العامة • ولكن المصلحة العامة لها معنى واسع لا يمكن حصره ، وبالتالى لا يمكن تعيين الامور التى تعتبر من المصلحـة العامة والنص عليها عند اصدر القانون • والمشرع عندما لا يستطيع تحديد المصلحة العامة التى يريد حمايتها يضع نصا عاما يقضى بوجوب عـــدم مخالفة محل العقد للنظام العام والاداب (م ١/١٣٠) • ولكن يجب تحديد معنى النظام العام والاداب ليمكن تقرير ما اذا كان الشىء الذى ورد عليه العقد مخالفا لهمـا ام لا ، وليمكن بالتالى اعتبار العقد صحيحا او باطلا • وهذا ما نتولاه فيمـــا يلى :

النظام العـام والاداب

L'ORDRE PUBLIC ET LES BONNES MOEURS

٣١٦ ــ قد لا يوجد بين مواضيع علم القانون فكرة تستعصى عـلى التعريف كفكرة النظام العام والاداب • وقد ذهبت جميع الجهـود التـى

بذلت لتعريفها ادراج الرياح • فقد عرفت النصوص المتعلقة بالنظام العام بانها : « تلك النصوص التى لا يمكن للافراد ان يتجنبوا الخضوع لها او ان يعدلوا منها فى الاتفاقات التى يعقدونها فيما بينهم • تلك هى النصوص القانونية الامرة »(١) • وعرفت محكمة التمييز البلجيكية النظام العام فى حكم لها صادر فى ١٣ نيسان ١٨٩٣ بانه : « ما يعتبره القانون جوهريا ويحيطه بحماية خاصة » • ويعرف الاستاذ جوليودى لا موراندير ، عميد كلية حقوق باريس السابق ، فكرة النظام العام بانها : « الفكرة التى تعبر عن ضرورة النظام والسلام فى داخل الدولة » • ويعرف القضاء الانكليزي النظام العام من الناحية السلبية بقوله : « كل ما يضر بمصالح الجمهور فهو مخالف للنظام العام » • ويعرف الاستاذ دى باج القانون الذى يعتبر من النظام العام بانه : « القانون الذى يمس المصالح الجوهرية للدولة او للمجتمع،اوهو الذى يحدد فى القانون الخاص الاسس القانونية الجوهرية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والخلقي لمجتمع معين »(٢)• ويعرف الاستاذ السنهورى القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام بانها : « التي تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد »(٣) • وهناك تعاريف اخرى كثيرة نعرض عن ذكرها ونكتفى بما تقدم(٤) •

٣١٧ ــ والشىء الذى يمكن ان نستمده من التعاريف المتقدمة هو ان قواعد النظام العام انما هى تلك القواعد التى تمس المصالح العليا للمجتمع ، اجتماعية كانت هذه المصالح او اقتصادية او سياسية ، والتى تعلو على مصالح الافراد • فلا يجوز للافراد ان يخالفوها فى الاتفاقات التى يعقدونها فيما بينهم ، حتى لو حققت لهم هذه الاتفاقات مصلحة خاصة ، اذ يضحى بالمصلحة الخاصة فى سبيل المصلحةالعامة • ولكن يلاحظ ان المصلحة العليا

(١) بارتان ، مبادىء القانون الدولي الخاص ، ص ٩١ •
(٢) شرح القانون المدني البلجيكي ، ج١ ، ص ٨٧ •
(٣) نظرية العقد ، ف ٤٧٣ • الوسيط ، ف ٢٢٨ •
(٤) تراجع هذه التعاريف وتعاريف اخرى في فيليب مالوري ، النظام العام والعقد ، رسالة للدكتوراه ، باريس ١٩٥٣ ، ص ٢٦١ ــ ٢٦٣ •

للمجتمع ، او المصلحة العامة ، ليس لها مفهوم ثابت ولا حـدود معينـة . فمفهوم النظام العام شيء نسبى ، تضيق دائرته وتتسع تبعا لدرجة تطـور المجتمع ولتغلب بعض المذاهب الاجتماعية والاقتصادية فيه ، وهى ايضـا تختلف باختلاف الزمان والمكان . فما كان يعتبر قبل قرن من الزمان مخالفا للنظام العام لا يعتبر اليوم مخالفا له . فالرق والتهريب والاتجار بالمخدرات لم يكن كل ذلك يعتبر مخالفا للنظام العام فى القرن التاسع عشر ، اما اليوم فهذه الامور تعتبر مخالفة له . ويختلف مفهوم النظام العام باختلاف المكان كذلك ، فما يعتبر مخالفا للنظام العام فى بلد ما قد لا يعتبر كذلك فى بلد اخر . فظهور النساء عاريات على المسابح العامة مثلا لا يعتبر مخالفا للنظام العام فى كثير من البلدان ، وهو يعتبر مخالفا للنظام العام فى بلدان اخرى . وتعدد الزوجات لايعتبر مخالفا للنظام العام فى بلد يطبق الشريعة الاسلامية، بينما يعتبر مخالفا له فى اوروبا . وعلى العكس من ذلك ، تعتبر العلاقـة الجنسية غير المشروعة بين الرجل والمرأة فى الاقطار الاسلامية والشرقيـة مخالفة للنظام العام وتوجب عقوبة شديدة ، وهى لا تعتبر كذلك فى الاقطار الاوربية ، بل ينظمها القانون ويعترف بالولد الذى ينتج عن هذه العلاقة ، ويسميه بالولد الطبيعى (ENFANT NATUREL)

تاثر فكرة النظام العام بالمذهب الفردية

٣١٨ ــ واذا تغلبت المذاهب الفردية فى مجتمع ضاقت دائرة النظـام العام . فهذه المذاهب تنادى بحرية الفرد وسلطان الارادة ، وتمنع الدولـة من التدخل فى كثير من الشؤون وتقصر واجبها على حفظ النظام فى الداخل والدفاع عن البلاد ضد الخطر الخارجى . فلا تتقدم الدولة لمسـاعدة الضعيف ، ولا تمنع القوى من استغلاله لـه .

تاثر فكرة النظام العام بالمذاهب الاشتراكية ومذهب التضامن الاجتماعي

٣١٩ ــ وعلى العكس من ذلك اذا سادت المذاهب الاشتراكية ومذهب التضامن الاجتماعى ، فان دائرة النظام العام تتوسع وتتدخل الدولة فى كثير من الشؤون التى كانت تتركها للافراد . فتتقدم لحماية الضعيف وتمنـع

القوى من استغلاله له . بل ان فكرة النظام العام في مجتمع شيوعي ، حيث تملك الدولة كل وسائل الانتاج وحيث يضمحل دور الافراد في التعاقد فيما بينهم ، تتجسد في حماية الدولة من الضرر الذي قد يصيبها نتيجة للعقود التي تبرمها(١) . وهكذا نرى ان النظام العام شيء نسبي خاضع لقانون التطور ، فيختلف من زمان الى زمان ومن مكان الى مكان ، تضيق دائرته وتتسع تبعا لاختلاف البلاد ولاختلاف درجة تطور كل بلد . فلا يمكن وضع قواعد ثابتة يمكن بواسطتها تحديد معنى النظام العام تحديدا يمكن تطبيقه في كل زمان وفي كل مكان . وكل ما يمكن عمله هو الاستعانة بمعيار « المصلحة العامة » . وتطبيق هذا المعيار في زمان ومكان معينين يؤدي الى نتائج غير التي نصل اليها اذا طبقناه في ظروف اخرى .

الآداب

٣٢٠ ــ وليس تعريف الاداب وحصرها في دائرة معينة باسهل من تعريف

---

(١) وهذا ما أخذ به القانون المدني السوفييتي . فقد نصت المادة (٣٠) منه ، وهي التي تقابل المواد التي تتكلم عن النظام العام في قوانين البلاد الاخرى ، نصت هذه المادة على أنه : « يعتبر باطلا كل عمل قانوني قصد به الوصول الى غاية مخالفة للقانون ، أو التحايل على القانون Tourner La Loi ويعتبر باطلا كذلك العمل القانوني الذي يهدف بصورة واضحة الى الاضرار بالدولة » . وقد استندت المحاكم السوفييتية الى هذه المادة لابطال العقود التي تبرمها الدولة وتغبن فيها . فقد قضت المحكمة العليا للاتحاد السوفييتي في حكم لها صادر سنة ١٩٢٥ (رقم ٦٥) بان « من الضروري لتطبيق المادة (٣٠) من القانون المدني ان يكون العقد ضارا بالدولة بصورة واضحة » . وقضت هذه المحكمة في حكم آخر (رقم ١٩٢٥/١٧٢) بان « البطلان الذي تنص عليه المادة (٣٠) لا يمكن الحكم به الا اذا ثبت ان العقد كان عند ابرامه موجها ضد مصالح الدولة » (تراجع هذه الاحكام وأحكام اخرى كثيرة في ايليا شفيش وتاجر ونولد ، المبسوط في القانون المدني والتجاري السوفييتي ، ج١ ، ص ٧٦ ــ ٨٥) . ويلاحظ ان ما تقرره المادة (٣٠) المتقدمة من القانون المدني السوفييتي ، وما تذهب اليه المحاكم السوفييتية ، هو ما يقول به الفقهاء المسلمون منذ قرون طويلة . فقد سبق ان رأيناهم يقررون بطلان العقد للغبن اذا كان المغبون بيت المال ، أي الدولة . وقد أخذ القانون المدني العراقي بذلك في الفقرة الثانية من المادة (١٢٤) .

النظام العام • ولكن يمكن تعريفها بانها القواعد التى جرى المجتمع على اتباعها وتواضع عليها الناس واصبحت جزءً من عادات المجتمع وتقاليده بحيث اصبح الافراد يرون انفسهم ملزمين باتباعها • وتذهب غالبية الفقهاء الى ان للدين اثراً كبيراً فى توسع دائرة الاداب ، والى انه « كلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقى وزاد التشدد فيه »(١) ، والى أن القانون لم ينم لمدة طويلة الا فى احضان الدين • فقد لوحظ لدى اليونانيين القدماء ان القواعد التى كانت تفرضها الدولة لم يكن ينظر اليها الاعلى أنها قواعد خلقية القصد منها تأمين سعادة المجتمع(٢) • ومن ذلك نرى ان القواعد الخلقية والاداب فى مجتمع معين انما هى حصيلة عوامل مختلفة • فالعادات والتقاليد والعرف ، والى جانب ذلك كما يقول الاستاذ السنهورى(٣) ، بل بالصميم منه ، ميزان انسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الالهام البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الادبى الذى يخضع الناس له ، ولو لم يأمرهم القانون بذلك •

معيار الآداب

٣٢١ — ويترتب على ذلك ان معيار الاداب معيار اجتماعى متطور ، يختلف من مجتمع الى مجتمع • فهو يتسع فى مجتمع متدين محافظ ، وتتسع

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٤٠٠ • ويذهب فقهاء آخرون الى العكس من ذلك • فهم يرون ان الاداب لا تتحدد بمقتضى مثل اعلى ديني أو فلسفي ، بل بالوقائع والرأي العام • ويستنتج هذا الفريق من الفقهاء من ذلك ان الرأي العام هو نفسه الذي ينشىء القواعد الخلقية ، والى ان فعلا من الافعال يعتبر صحيحا اذا لم يشجبه الرأي العام ، حتى لو كان بذاته مستقبحا (ديموك الالتزامات ، ج٢ ، ف ٧٧٣ مكرر ، ص ٥٩٨ ، نقلا عن ريبير ، القاعدة الخلقية ف ٣٨ ، ص ٧١) •

(٢) وقد لوحظ العكس في روما ، فان نمو قواعد قانونية مستقلة عن القواعد الخلقية كان ملحوظا أكثر من نمو القواعد القانونية في احضان الدين والقواعد الخلقية •

(٣) الوسيط ، ص ٤٠٠ •

تبعا لذلك دائرة الاداب، بحيث يعتبر المجتمع كثيرا من الافعال مخالفا للاداب، ويضيق فى مجتمع ترك الدين وراءه ظهريا ونبذ كثيرا من عاداته وتقاليده ، بحيث لاينظر المجتمع الى كثير من الافعال على انها مخالفة للاداب . وهو فى مجتمع شيوعى يختلف تماما عنه فى مجتمع رأسمالى. وفى هذا يقول فيليب مالورى : « فالاداب فى المجتمع الشيوعى ليست حدا ادنى من المبادىء الخلقية يجب على الانسان ان يمتثل لها ، كما هو الحال فى بلد بورجوازي ، بل هى خلق الدولة الاشتراكية : وهى لا تتمثل بقائمة من النواهي ، بل لها تعبير وضعى ، وهى بالنسبة للمواطن السوفييتى قائمة بحقوقه وواجباته المدنية . وتختلف الاداب بالمعنى السوفيتى عنها بالمعنى الذي تقصده (فى بلد بورجوازي أو رأسمالى) : فهى هناك وسيلة كفاح ، وبالتعبير الذى يستعمله فيشنكى ، هى وسيلة يقصد بها الوصول الى غرض معين ، هذا الغرض هو الثورة البولشفية ، بينما الاداب بالمعنى الذى نفهمه نحن انما هي غاية بنفسها ، ولا تهدف الى تحسين حالة الفرد »(١) .

٣٢٢ ــ نرى مما تقدم ان النظام العام والاداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلفية فتؤثر فى القانون وتكسبه المرونة التى تجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الذي يحكمه . ويلاحظ ان المعيار الذي ينظر به الى النظام العام فى توسع مستمر ، فتوسعت تبعا لذلك دائرته. فصار ينظر الى كثير من الامور

---

(١) وفي ذلك يقول لينين : « الاخلاق هي كل ما يصلح لهدم المجتمع المستغل الهرم ولتوحيد جميع العمال حول الطبقة العاملة Prolétariat التي يبنيها المجتمع الشيوعي الجديد . والخلق الشيوعي هو ذلك الخلق الذي يصلح لنضال العمال ضد مستغليهم » (نقلا عن فيشينسكي ، قانون الدولة السوفييتية ، بالانكليزية ، ص ٦٤٥ ، مذكور في فيليب مالوري ، النظام العام والعقد ، ف ٣٣) . ويحدد فيشينسكي هذا الخلق السوفييتي بانه : (حقد لا يهدا) Haine implacable ضد اعداء الثورة ، كفاح ضد اعداء الشعب ، ضد جواسيس تروتسكي وبخارين والانحرافيين الآخرين . تلك هي أهم مبادىء الخلق الشيوعي (المرجع السابق) .

على انها من النظام العام، بعد ان كانت خارج دائرته . وقد سبق ان قلنا أنه حيث يسود مذهب التضامن الاجتماعي والمبادىء الاشتراكية فان دائرة النظام العام تتوسع ويدخل فيها كثير من الامور التي لم تكن معتبرة من النظام العام . ويلاحظ من جهة اخرى ان كثيرا من القواعد الخلقية صارت تدخل فى دائرة النظام العام ، وصارت القوانين الوضعية تنص على كثير من هـذه القواعد وتعتبرها من النظام العام ولا تجيز الاتفاق على ما يخالفها . وهذا ما دعى بعض الفقهاء الى تسمية العصر الذي نعيش فيه بعصر تغلغل المبادىء الاشتراكية والخلقية فى القانون Socialisation et Moralisatcn Du Droit

أما الاداب ، فبالرغم من انها تدخل فى دائرة النظام العام ، الا ان هناك امورا ينظر اليها على انها مخالفة للاداب . واغلب هذه الامور تتعلق بالمسائل والعلاقات الجنسية غير المشروعة . والملاحظ ان دائرة هذه الافعال فى ضمور مستمر . فهناك أمور كثيرة كان ينظر اليها على انها مخالفة للاداب ، ولكن تغير النظر اليها فصارت لا تعتبر مخالفة لها، كالعرى، والعلاقات الجنسية غير المشروعة بين الرجل والمرأة، وظهور النساء متبرجات فى الشوارع، الخ ..(١) وعلى كل حال فان تقدير ذلك يعود للقاضى ، وهو ينظر الى الوقائع بالمنظار السائد فى البلد الذي يقضي فيه ، ويفسرها التفسير الملائم لروح العصر الذي يعيش فيه . فهو يكاد يكون مشرعا فى هذا الباب ، بل هو مشرع مقيـد بدائرة النظام العام والاداب كما يفهمها المجتمع الذي يعيش فيه .

الافكار التي تسود النظام العام والآداب

٣٢٣ ــ نرى مما تقدم ان هناك فكرتين تسودان النظام العام والآداب فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور ، وهما :

---

(١) يلاحظ اننا نفرق بين القواعد الخلقية والآداب . فالقواعد الخلقية هي القواعد التى تأمر بالتعاون ومساعدة الانسان لاخيه الانسان وعدم استغلاله اياه ، الخ .. ومصدر هذه القواعد هو علم الاخلاق الذي يستمد مبادئه من الفكر الانسـاني السليم الذي يدعو الى اقامة مجتمـع صـالح يعيش افراده متعاونين متضامنين . أما الآداب ، فهي ، كمـا قلنا في المتن ، القواعد التي تتعلق غالبا بالمسائل الجنسية ، ومصدرها انما هو العرف والدين .

١ ــ فكرة المعيار • فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة ، ومعيار الآداب هو الناموس الادبى ، وهما معياران ماديان أو موضوعيان ، لا شخصانيان •

٢ ــ فكرة النسبية • فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والاداب لا فى أمة معينة ، وفى جيل معين(١) •

٣٢٤ ــ ولما كان تحديد فكرة النظام العام والآداب من الناحية النظرية على هذه الدرجة من الصعوبة ، فان ايراد تطبيقات عملية لها هو خير سبيل لتحديد المراد منها • ونستعرض فيما يلى أمثلة لاتفاقات تخالف النظام العام ولاخرى تخالف الاداب ، منظورا اليها بمنظار العصر الذى نعيش فيه •

أولا ــ اتفاقات تخالف النظام العام

روابط القانون العام وروابط القانون الخاص

٣٢٥ ــ ذهب بعض الفقهاء الى حصر النظام العام فى دائرة القانون العام • ولكن هذا الرأي لم يكتب له النجاح • وذهب اخرون الى التمييز فى القانون الخاص بين روابط الاحوال الشخصية والمعاملات المالية ، والى اعتبار الاولى دون الثانيه من النظام العام • وهذه المحاولة لم يكتب لها النجاح كذلك ، اذ ان كلا من روابط الاحوال الشخصية والمعاملات المالية يحقق مصلحة عامة •

١ ــ قواعد القانون العام

٣٢٦ ــ ينظم القانون العام علاقات الافراد بالهيئات العامة ، وعلاقات الهيئات العامة بعضها ببعض • وهذا التنظيم انما ينظر فيه الى المصلحة العامة • لذلك فجميع قواعد القانون العام تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها •

ويشمل القانون العام القانون الدستوري ، والقانون الاداري ، والقوانين المالية ، وقوانين المرافعات ، والقوانين الجنائية •

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٤٠١ •

٣٢٧ ــ أهم المسائل التى تعالجها الدساتير والتى يمكن ان تكون محلا لاتفاقات مخالفة للنظام العام هي حق الترشيح والانتخاب والحريات العامة بمختلف صورهـــا •

فلا يجوز النزول عن حق الترشيح ، وكل اتفاق ينزل بموجبه مرشح عن ترشيحه لآخر باطل لمخالفته للنظام العام • وكذلك يكون باطلا الاتفاق الذي يلتزم بموجبه ناخب باعطاء صوته لمرشح معين،بمقابل او بدون مقابل•

ولا يجوز كذلك النزول عن الحرية الشخصية ، ولا التعهد بالخدمة مدى الحياة ، سواء أكان مدى حياة الخادم ام مدى حياة المخدوم •

وحرية الزواج من النظام العام كذلك • فاذا تعهد شخص بعدم الزواج مطلقا كان هذا التعهد فى الغالب باطلا • ولكن قد يكون التعهد صحيحا فى بعض الاحيان ، كما اذا تعهدت زوجة ان لا تتزوج بعد وفاته وكان لهـا من زوجها اولاد يريد الزوج ان يكفل لهم رعاية امهم بعد موته • فى هذه الحالة اذا تزوجت المرأة فالزواج لا يكون باطلا جزاء للاخلال بالاتفاق ، بل يبقى صحيحا وتدفع المرأة تعويضا لعدم تنفيذها التزامها • ويغلب ان يكون الجزاء فى مثل هذه الحالة حرمان المتعهد من هبة أو وصية اعطيت له ، أو من راتب خصص لـــه •

وحرية العمل من النظام العام ، ولكل شخص الحرية الكاملة فى اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له ، وفى القيام بما يشاء من انواع التجارة ، ولا يجوزان يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بذلك•والقاعدة التى انتهى اليها القضاء فى هذا الخصوص هي أنه اذا تعهد شخص بعدم العمل فى تجارة معينة أو بعدم الالتحاق بعمل معين وكان هذا التعهد معقولا لا تعسف فيه RAISONNABLE فانه يكون صحيحا • ولا يكون هناك تعسف اذا كان التعهد لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة ، حتى لوكان هذا التعهد مطلقا من كل قيد زمانى او مكانى ، ويكون التعهد باطلا اذا زاد على الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة ، حتى لو قيد بالزمان والمكان • فالعبرة

اذن بمعقولية التعهد لا بتقييده(١) (م ٩١٠و٩١١/٢) مدنى .

القانون الاداري

٣٢٨ ــ وأهم المسائل التى تتعلق بالقانون الاداري هي الوظائف العامة . فكل اتفاق يرد على هذه الوظائف باطل.فالاتفاق الذي يتعهد بموجبه شخص بتعيين آخر فى وظيفة باطل ، والاتفاق الذي يتعهد بموجبه موظف بالاستقالة من وظيفته ليتركها شاغرة لكي يستطيع شخص اخر الحصول عليها باطل كذلك لمخالفته للنظام العام .

وكما لا يجوز أن تكون الوظيفة العامة محلا للمساومة والتعامل ، كذلك لايجوز أن يكون قيام الموظف بواجبات وظيفته ، وبصورة عامة سير المصالح العمومية ، محلا للتعامل . فلا يجوز للموظف أن يأخذ مقابلا لقيامه بواجبات وظيفته ، وكل اتفاق بهذا الخصوص باطل لمخالفته للنظام العام .

القوانين المالية

٣٢٩ ــ والقوانين التى تمس مالية الدولة تعتبر من النظام العام كذلك ، وكل اتفاق على ما يخالفها باطل.فالشرط الذي يفرض فيه الدائن على المدين الوفاء بالذهب أو بعملة اجنبية ــ وهو ما يسمى بشرط الذهب او بشرط الوفاء بعملة اجنبية ــ هذا الشرط باطل لان القانون يفرض السعر الالزامي للعملة الورقية.واذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع ضريبة

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر في حكم لها صادر في ٧ نيسان ١٩٢٠ بانه يجوز للمخدوم ، بقصد حماية مصالحه المشروعة ، ان يشترط على الخادم الا يمارس مهنته في دائرة معينة عند انتهاء مدة خدمته ، ولكن يجب ان يكون هذا الشرط معقولا تبعا للظروف . فالشرط الذي يحظر على الخادم الذي يقدم من الخارج ان يمارس مهنته في مصر شرط تعسفي غير مشروع . وقضت في حكم آخر لها صادر في ٧ كانون الاول ١٩٢١ بان كل عقد يقيد من حرية العمل يجب ان يقدر طبقا للظروف المتعلقة به ، فاذا كان تحديد القيد من حيث المكان بالبلاد المصرية يعتبر تحديدا واسعا غير مشروع بالنسبة لتاجر صغير ، فقد يكون تحديدا معقولا بالنسبة لتاجر كبير من تجار الصادرات والواردات (نظرية العقد ، ص ٥٠٣ ، هامش رقم ١ ، مع المراجع المشار اليها في هذا الهامش) .

الملك فان هذا الاتفاق لا يلزم مصلحة الضرائب،ويكون الملزم بدفع الضريبة امامها هو المؤجر ، ولهذا الاخير ان يقاضى المستأجر بالمبلغ اذا لم يدفعه •

قوانين المرافعات

٣٣٠ ــ وقوانين المرافعات هي القوانين التى تنظم التقاضى أمام المحاكم ، وتعين اختصاص المحاكم بالنسبة للمكان وبالنسبة للدعاوى التي تستطيع النظر فيها (الاختصاص النوعي) • وهذه القوانين من النظام العام كذلك ، وكل اتفاق على ما يخالفها باطل • فالاتفاق على رفع دعوى شرعية امام محكمة مدنية ، أو على رفع دعوى صلحية أمام محكمة بداية أو محكمة استئناف ، الخ ••• كل ذلك باطل لان الاختصاص النوعي للمحاكم من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه •

القوانين الجنائية

٣٣١ ــ والقوانين الجنائية فى القمة بالنسبة للقوانين التى تعتبر من النظام العام ، وكل اتفاق على مايخالفها باطل • فيعتبر باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة ، او على عدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال ، او على عدم التبليغ عن جريمة فى مقابل مبلغ من المال •

٢ ــ قواعد القانون الخاص

٣٣٢ ــ ينقسم القانون الخاص الى قسمين كبيرين : الاحوال الشخصية والمعاملات المالية • ونرى فيما يلى أمثلة لاتفاقات تخالف كلا من هذين القسمين •

الاحوال الشخصية

٣٣٣ ــ أكثر قواعد الاحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة فهو من النظام العام ، وكل اتفاق على ما يخالفه باطل • وقواعد الاحوال الشخصية تحكم حالة الشخص المدنية ، واهليته ، وعلاقته بأفراد اسرته • وعليه فكل اتفاق يرد على أحد هذه الامور باطل•فلا يجوز الاتفاق على تغيير الجنسية، أو الموطن ، أو النسب • ولا يجوز كذلك ان ينزل الشخص عن مركزه فى

أسرته ، كأن ينزل عن بنوته لابيه أو يصطلح على هذه البنوة . ولا يجوز كذلك الاتفاق على تعديل الاهلية، فلا يجوز الاتفاق على اعتبار ناقص الاهلية كاملها ، ولا على اعتبار كامل الاهلية ناقصها . ولا يجوز كذلك الاتفاق بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته فى الطاعة والامانة الزوجية ، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها فى النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم ان ينزل عن حقه فى الطلاق .

المعاملات الماليـة

٣٣٤ ـ وكثير من احكام المعاملات المالية يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه . فمن هذه الاحكام ما يرمى الى تأمين تداول المال واستثماره على احسن الوجوه . فللمالك ان يتصرف فى ما يملكـه عينا ومنفعة واستغلالا (م ١٠٤٨ مدنى) ، والشرط الذى يمنعه من ذلك باطل الا اذا كان مؤقتا ومبنيا على مصلحة مشروعة . ولا يجبر المالك على البقاء فى الشيوع لاكثر من خمس سنوات ، والاتفاق على البقاء اكثر من ذلك لا يكون نافذا الا لمدة خمس سنين (م ١٠٧٠ مدنى) .

ومن هذه الاحكام ما يرمى الى حماية الجانب الضعيف . فمن ذلك عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة يجاوز الحد الاعلى الذى ينص عليه القانون. ويقع باطلا كذلك الاتفاق الذي ينزل به العامل عن التعويض الذي يفرضه له القانون عند اصابته في اثناء العمل .

ومن هذه الاحكام ما يرمى الى حماية الغير ، واهمها الاحكام المتعلقة باشهار التصرف فى العقار . فكل تصرف يرد على ملكية العقار يـجب ان يسجل فى دائرة الطابو ، وكل اتفاق يقع خارج هذه الدائرة لا يكون له اثر.

ثانيا ـ اتفاقات تخالف الآداب

٣٣٥ ـ اكثر الاتفاقات مخالفة للاداب هى الاتفاقات المتعلقة بالعلاقات الجنسية غير المشروعة وباستغلال دور البغاء ، وبديون المقامرة والرهان .

العلاقات الجنسية غير المشروعة

٣٣٦ ـ يبطل القضاء الاتفاقات التى يقصد منها ايجاد علاقات جنسية

غير مشروعة ، او تسهيلها ، او اعادتها ، او استمرارها ، وذلك لمخالفتها للاداب . اما اذا كان القصد من الاتفاق التعويض عن الضرر الذى اصاب المرأة بسبب قطع هذه العلاقة ، فالقضاء يعتبره صحيحا ويعتبره اعترافا بالتزام طبيعى .

دور البغاء

٣٣٧ ــ ويبطل القضاء كذلك كل اتفاق يتعلق باستغلال دور البغاء لمخالفته للاداب ، ولو كانت هذه الدور قد حصلت على الترخيص الادارى فهو يبطل بيع البيت الذى يدار للبغاء، وايجاره ، وشراء اثاث ومفروشات له ، واستئجار اشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وانشاء شركة لاستغلاله، واقراض مال للاعانة على ادارته . وفى قضية اشترى فيها القائم على ادارة احدى هذه الدور كمية من الشمبانيا لاستهلاكها فى هذه الدار ، وعند الاستحقاق رفض الوفاء محتجا بان الالتزام كان مخالفا للاداب . عرضت القضية على محكمة السين التجارية فقضت فى حكم لها صادر فى ٥ ايار ١٨٨٨ بقبول هذه الحجة وبطلان الالتزام(١) .

المقامرة والرهان

٣٣٨ ــ ويبطل القضاء كذلك العقود التى يقصد بها تشجيع المقامرة لمخالفتها للاداب . فهو يبطل القرض الذي يقصد به تمكين اللاعب من الاستمرار فى اللعب . ويبطل كذلك بيع دار تدار للقمار وايجارها وكل العقود التى ترد عليها بقصد استغلالها للمقامرة . وقد عالج القانون المدنى العراقى المقامرة والرهان مع العقود الاحتمالية، واعتبر باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان (م ١/٩٧٥) ، واجاز لمن خسر فيها ان يسترد ما دفعه

---

(١) رسالتنا ، دور السبب في تكوين العقد وانشائه في القانون المقارن ، ص ٨٤ . كذلك كتابنا الوسيط ، ص ٤٠٤ ، وسنرى عند دراستنا للسبب ان العقد باطل في مثل هذه الحالة لمخالفة الباعث للاداب وعلم الطرف الآخر به .

فى خلال سنة من الوقت الذى ادى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٢/٩٧٥)(١) .

ولكنه استثنى من ذلك « للرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الالعاب الرياضية ... واوراق النصيب »(٢) (م ٩٧٦) .

امثلة اخرى لاتفاقات تخالف الآداب

٣٣٩ ـ وهناك امثلة اخرى لاتفاقات يبطلها القضاء لمخالفتها للاداب . من ذلك عقد الهتاف CONTRAT DE CLAQUE وهو العقد الذي بعقد بين صاحب مسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة CLAQUE على التصفيق والترويج لما يعرض على المسرح . وقد كان القضاء يبطل هذا النوع من الاتفاقات فى بادىء الامر لان من شأنه ان يخدع الجمهور ويضلله بترويج كاذب . ولكنه رجع عن هذا الرأي وصار يعتبر الاتفاق صحيحا لان هؤلاء الهتافة يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم الفنانين والممثلين ومساعدتهم فى التغلب على اضطرابهم . ثم انه (القضاء) لم يعد يرى بأسا فى ترك الجمهور يحمى نفسه بنفسه من غش هؤلاء الهتافة وتضليلهم .

ومن العقود التى يبطلها القضاء كذلك العقود التى يقصد بها التأثير على السير الطبيعى للانتخابات . ففى أثناء حملة انتخابية قدم صاحب مقهى مشروبات للناخبين لحساب احد المرشحين ، وذلك ليحصل هذا المرشح على اكبر عدد من الاصوات . ولما انتهت الحملة الانتخابة رفض المرشح ان يدفع ثمن ما استهلكه الناخبون من مشروبات محتجا بان التزامه قام على سبب غير مشروع . عرضت القضية على محكمة تارب فقضت فى حكم لها صادر فى ١٤ اذار ١٨٩٩ بقبول هذه الحجة ورد الدعوى ، وقالت فى حيثيات

---

(١) لا ندري كيف كان العهد المباد يسمح ببقاء سباق الخيل مع وجود المادة (٩٧٥) من القانون المدنى التي شرعها حكام ذلك العهد انفسهم .

(٢) يلاحظ على هذه المادة ركاكة الصياغة ، فهي قد فصلت بين الفعل والفاعل بكلمتين . فبدلا من قولها : « الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون .. » ، كان الافضل ان تقول : « الرهان الذي يعقده المتبارون فيما بينهم .. » ثم ان كلمة « شخصيا » زائدة ولا تضيف معنى جديدا الى النص .

حكمها ان ما كان يقصده الطرفان من تقديم المشروبات انما هو مساعدة المرشح في الحصول على اصوات الناخبين الذين اشتركوا فى الشرب ، وبناء عليه فان سبب الالتزام الذى يطالب صاحب المقهى بتنفيذه كان غير مشروع لمخالفته للقوانين والنظام العام والاداب(١) .

المحل القابل للتعامل فيه في الفقه الاسلامي

٣٤٠ ــ يشترط الفقهاء المسلمون فى المحل الشروط نفسها التى رأيناها فى الفقه الغربى . ولكنهم فيما يتعلق بالنظام العام والاداب لا يميزون بين هذين الامرين وبين القانون او الشرع . ففكرة النظام العام والاداب تمتزج عندهم بالقانون ، ويكون الشيء فى جميع هذه الحالات مخالفا للشرع ، أي محرما او حراما .

ثم ان فكرة النظام العام والاداب تتصل اتصالا وثيقا بالشروط التى قد يقترن بها العقد ، فلا بد من معالجتها على حدة .

ونرى عدم قابلية الشيء للتعامل فيه اولا ، ثم الشروط المقترنة بالعقد.

أولا ــ عدم قابلية المال للتعامل فيه

٣٤١ ــ يشترط الفقهاء المسلمون فى الشيء ليصلح محلا للتعاقد ان يكون مالا ، متقوما ، مملوكا ملكا فعليا .

فاذا لم يكن مالا فلا يمكن التعامل فيه . والمال هو الشيء الذى يمكن الانتفاع به ، فاذا لم يمكن الانتفاع به فلا يكون مالا ، وبالتالى لا يصلح محلا للتعاقد . ويرجع فى تحديد ما اذا كان الشيء يمكن الانتفاع به الى العرف .

واذا لم يكن المال متقوما فلا يصلح محلا للتعامل . والمال المتقوم هو الشيء الذى له قيمة فى نظر الشارع . والمال غير المتقوم هو الذى حرم الشارع استعماله ، كالخمر والخنزير والميتة . ولكن اذا حرم الشارع شيئا

---

(١) رسالتنا ، ص ٨٥ ، كذلك كتابنا الوسيط ، ص ٤٠٦ .

فانه هذا الشيء يفقد ماليته بالنسبة للمسلم فقط ، اما بالنسبة لغير المسلم الذى يجيز له دينه استعماله فيبقى مالا متقوما .

واذا لم يكن المال مملوكا ملكا فعليا فلا يصلح للتعامل كذلك . ويترتب على ذلك عدم جواز التعامل بالمباحات قبل احرازها ، كالسمك فى الماء والطير فى الهواء .

٣٤٢ ـ ويشترط الفقهاء المسلمون كذلك فى المال ليصلح محلا للتعاقد ان يكون طلقا . والمراد بالطلقية ان لا يكون فيه مانع من التصرف . ويترتب على ذلك عدم جواز بيع المسجد والوقف . ويقابل هذا الشرط ما يشترطه الفقهاء الغربيون من ضرورة عدم تعارض التعامل بالشيء مع الغرض الذى خصص له الشيء .

النظام العام والآداب

٣٤٣ ـ وهناك حالات يبطل فيها الفقهاء المسلمون العقد يمكن اعتبارها تطبيقا لفكرة النظام العام والاداب . فمن ذلك عدم جواز بيع الات اللهو والالات المعدة للقمار ، وعدم جواز اجارة الاماء للزنى ، وعدم جواز الاجارة على الغناء والنوح والملاهى .

ويشترط الفقهاء المسلمون فى الاجارة كذلك ان لا يكون العمل واجبا على الاجير قبل العقد ، ولا منهيا عنه . ويترتب على ذلك عدم جواز استئجار أم الصبى لارضاعه اذا كانت فى عصمة الزوج أو فى عدته ، لان الارضاع مستحق عليها ديانه . ويترتب على ذلك ايضا عدم جواز الاجارة على قتل الغير او ضربه(١) .

ثانيا ـ الشروط المقترنة بالعقد

٣٤٤ ـ سبق ان رأينا الحديث النبوى الشريف : « المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطا احل حراما او حرم حلالا » . وهناك حديث اخر يقول:

---

(١) للتوسع في ذلك ، وللاطلاع على نصوص فقهية في هذا الموضوع ، يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٤٠٦ ـ ٤١٣ .

« كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل »(١) . ومفاد هذين الحديثين وجود نوعين من الشروط التى يمكن ان تقترن بالعقد : نوع يصح اشتراطه ، ونوع لا يصح اشتراطه .

وقد اختلف الفقهاء بشأن هذه الشروط . فذهب بعضهم الى ان الاصل فى الشروط العقديه هو التقييد او المنع ، وهذا الفريق من الفقهاء تمسك بنظرية مقتضى العقد . وذهب اخرون الى ان الاصل فى هذه الشروط هو الاطلاق او الاباحة .

القانون المدني العراقي

٣٤٥ ــ وقد اخذ القانون المدنى العراقى بما يذهب اليه الفريق الثانى، فنص فى المادة (١٣١) على انه : « ١ ــ يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة ٢٠ ــ كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للاداب . والا لغا الشرط وصح العقد ، مالم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا » . وهذه المادة ، كما يتضح من قراءتها ، مأخوذة عن الفقهين الاسلامي والغربي .

٣٤٦ ــ فالفقرة الاولى تجيز الشرط اذا كان يؤكد مقتضى العقد او يلائمه او جرى به العرف والعادة .

---

(١) كلمة « كتاب » الواردة في الحديث مصدر من « كتب » بمعنى اوجب وشرع ، أي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه ، وذلك بان يكون الشرط منافيا لقواعد الشريعة أو مقاصدها .

وليس معنى « كتاب الله » هنا القران الكريم ، لان القران انما بين أصول الشريعة ولم يتضمن تفصيل الشروط العقدية المقبولة والممنوعة . هكذا فسره العلماء المحققون . واستعمال الكتاب بالمعنى المتقدم كثير في لسان الشرع . من ذلك قوله تعالى : «ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا» وقوله تعالى في عدم جواز نكاح المرأة المعتدة : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » أي حتى تنتهي العدة التي فرضها الشارع على المرأة بانحلال النكاح السابق (الاستاذ مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ص ٢٣٦) .

فمثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد ان يشترط البائع دفع الثمن نقدا ، او ان يشترط المشترى تسلم المبيع فى الحال . فتعجيل الثمن وتسليم المبيع فى الحال من مقتضى عقد البيع ، فاشتراطه يأتى مؤكدا لـه .

ومثال الشرط الملائم لمقتضى العقد ان يبيع بثمن مؤجل ويشترط على المشترى ان يعطيه كفيلا او رهنا بالثمن . فهذا الشرط ملائم لمقتضى العقد ، لانه يوثق استيفاء الثمن .

ومثال الشرط الذى جرى به العرف والعادة ان يشترط المشترى قيام البائع بايصال المبيع الى محل المشترى(١) ، او بتصليح الالة او السيارة اذا حصل بها خلل .

٣٤٧ ـ والفقرة الثانية تجيز ان يكون فى الشرط نفع لاحد العاقدين او للغير ، وبذلك حسمت خلافا بين الفقهاء ، فقد ذهب بعضهم الى ان هذا الشرط يفسد العقد . ومثال هذا الشرط ان يبيع داره ويشترط السكنى فيها لمدة ما ، لنفسه او لغيره .

وفيما يتعلق بالشرط المخالف للقانون او للنظام العام او الاداب ، تفرق هذه الفقرة بين حالة ما اذا كان الشرط هو الدافع الى التعاقد ، وحالة ما اذا لم يكن كذلك . ففى الحالة الاولى يبطل العقد والشرط ، ومثاله ان يهب امرأة مبلغا من المال على ان تعاشره معاشرة غير مشروعة ، أو على أن تستمر فى هذه العلاقة . فى هذه الحالة الشرط مخالف للاداب وكان هو الدافع الى التعاقد ، وعليه يبطل هو والعقد . ومثال الثانى أن يبيع داره ويشترط على المشترى ان يتخذها محلا للعب القمار أو البغاء مثلا . والشرط فى هذا المثال مخالف للاداب ، ولكنه ليس هو الدافع الى

---

(١) وقد بدأ هذا النوع من البيع ينتشر ، خاصة لدى المخازن التي تبيع الحاجيات المنزلية . وجرى العرف كذلك على ان يقوم بائع اجهزة التلفزيون ، أو الثلاجات أو الغسالات الكهربائية ، أو غير ذلك ، بايصال هذه الاشياء الى محل المشتري .

التعاقد ، فيلغو هو ويصح العقد(١) .

٣٤٨ ــ بهذا ننتهي من الكلام عن الركن الثاني من اركان العقد وهو المحل،وننتقل الآن الى الكلام عن الركن الثالث والاخير وهو السبب .

الفرع الثالث

السبب(٢)

(LA CAUSE)

٣٤٩ ــ خصص القانون المدنى العراقى مادة واحدة للكلام عن السبب ، هى المادة (١٣٢) التى نصت على ما يلى :

« ١ ــ يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب ، او لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام او للاداب .

٢ ــ ويفترض فى كل التزام ان له سببا مشروعا ، ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

---

(١) وفي قضية اخذ شخص من زوج ابنته تعهدا بدفع مبلغ من المال اذا طلق زوجته ، وحصل الطلاق فاقام والد البنت الدعوى فردت المحكمة دعواه لمخالفة التعهد للنظام العام ، ولان من ملك بالعقد حل النكاح ملك الطلاق فلا يلزم بالضمان من أجله ، سيما ، كما تقول المحكمة ، وان المدعى عليه ليس طرفا في العقد الذي احل للمدعى عليه النكاح وخوله الطلاق . وقد ايدت محكمة التمييز في حكم لها بتاريخ ٧ـ٧ـ٥٨ هذا الحكم وقالت في حكمها : « فاستحصال المدعى تعهدا من المدعى عليه باداء المبلغ المدعى به متى طلق المدعى عليه ابنته لا يجعل هذا ملزما شرعا أو قانونا بتعهده ، لذلك قرر رد طعن المميز وتصديق الحكم المميز » .

(٢) بعض المراجع : رسالتنا : مع المراجع المشار اليها فيها . نظرية العقد ، ف ٥٠٧ وما بعدها . الوسيط للاستاذ السنهوري ، ف ٢٤٢ وما بعدها . كتابنا الوسيط ، ص ٤١٩ ــ ٤٦٨ . وفيما يتعلق بالفقه الاسلامي يراجع مصادر الحق ، ج٤ .

٣ ـ اما اذا ذكر السبب فى العقد فيعتبر انه(١) هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك » .

ونظرية السبب هذه اخذها القانون المدنى العراقى عن القانون المدنى الفرنسى، اذ ليس لها اصل بالشكل الذى نص عليها به فى الفقه الاسلامى . وعليه فلابد لمعرفة المراد بالسبب من الرجوع الى ما هو مقرر فى هذا القانون .

٣٥٠ ـ نصت المادة (١١٠٨) من القانون المدنى الفرنسى على الشروط اللازم توافرها لصحة العقود ، ومن بين هذه الشروط نصت على ضرورة توافر « سبب مشروع فى الالتزام » Cause licite dans l'obligation ونصت المادة (١١٣١) من هذا القانون على ان « الالتزام لايكون له أي أثر اذا لم يكن له سبب، SANS CAUSE ، او كان قائما على سبب موهوم FAUSSE CAUE او على سبب غير مشروع Cause illicite

٣٥١ ـ ولم يعرف القانون المدنى الفرنسى السبب فاختلف الفقه والقضاء فى تحديد معناه ، فادى الى قيام نظريتين : الاولى تنظر اليه باعتباره شيئا ماديا او ركنا ماديا OBJECTIF يجب توافره فى كل عقد . والثانية تنظر اليه على انه امر نفسى ، أو ظاهرة نفسية SUBJECTIF يجب توافره لصحة العقد .

٣٥٢ ـ والسبب بمقتضى النظرية الاولى هو الغرض المباشر الذى يقصد المتعاقد الوصول اليه ، وهو بهذا المعنى المحرك او الدافع الى الالتزام لا الى العقد (RESSORT DE L'OBLIGATION) . وهو بالاضافة الى ذلك جزء متمم للعقد ، فهو ركن من اركانه وجزء داخلى Intrinsèque وشىء واحد لا يتغير INVARIABLE فى النوع الواحد من العقود ، ويستخلص حتما من نوع العقد وطبيعة الالتزام . وهكذا نصل بمقتضى هذه النظرية الى ان سبب التزام احد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الاخر ،

(١) يلاحظ ركاكة الصياغة على هذه الفقرة . فكلمة « أنه » زائدة هنا ، وكان يمكن الاكتفاء بالقول : « فيعتبر هو السبب .. » .

لانه الغرض المباشر او الغاية المباشرة (BUT DIRIECT ET IMMDéIAT) التي يقصد المتعاقد الوصول اليها من وراء تعاقده .

وهذه النظرية تسمى بالنظرية التقليدية ، والفقهاء الذين يقولون بها يسمون بالفقهاء التقليدين ، لانهم جروا فى ذلك على ما كان يقول به فقهاء القانون الفرنسى القديم .

٣٥٣ ـ والسبب بمقتضى النظرية الثانية معناه الغرض غير المباشر او الغاية البعيدة (BUT INDIRECT ET MéDIAT, BUT LOINTAIN) التي يقصد المتعاقد الوصول اليها . فهو ليس ركنا فى العقد ولا جزءً متمما له ، بل هو شيء خارج عنه (EXTRINSèQUE) . والسبب بمقتضى هذه النظرية ، خلافا للنظرية السابقة ، متغير (VARIABLE) ، ويختلف لا باختلاف انواع العقود فحسب ، بل باختلاف اشخاص المتعاقدين ايضا . وهو بهذا المعنى الهدف البعيد او « الباعث الدافع Motif impulsif et déterminanant الذى يحمل على التعاقد .

وهذه النظرية تسمى بالنظرية الحديثة ، وهى من صنع القضاء الفرنسى ، وتسمى ايضا بنظرية « الباعث الدافع » . وانصار هذه النظرية فى ازدياد مضطرد .

٣٥٤ ـ ومما يجب ملاحظته ان كلا من النظريتين التقليدية والحديثة تعتبر السبب بمعنى الغاية او الغرض الذى يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء تعاقده ، وهو ما يسمى بالسبب القصدى او الغائي(١) cause finale ولكن النظريتين تبتعدان عن بعضهما عند تحديد معنى هذا السبب القصدي . فبمقتضى النظرية الاولى ، السبب القصدي فى عقد من العقود هو الشيء الذي أراد المتعاقد الحصول عليه من وراء تعاقده ، وبعبارة اخرى محل التزام المتعاقد الآخر . وبمقتضى النظرية الحديثة ، السبب القصدي ليس هو الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول اليه من وراء تعاقده ، وبعبارة

(١) نسبه الى غاية .

اخرى ليس هو محل التزام المتعاقد الآخر ، بل هو الغاية البعيدة التى يروم الوصول اليها عن طريق محل التزام المتعاقد الآخر • فالنظرية الحديثة تذهب اذن أبعد من محل الالتزام لتكشف عن الغرض الذي يريد المتعاقد تحقيقه عن طريق هذا المحل ، وهي تسمى هذا الغـرض بـ « الباعث » • ولكـن لما كانت البواعث كثيرة متنوعة فهى لا تأخذ بنظر الاعتبار الا الباعث الذي لعب الدور الرئيس فى حمل الشخص على التعاقد ، وتسميه فى هذه الحالة بـ « الباعث الدافع » • هذا الباعث هو سبب الالتزام بمقتضى النظريـــة الحديثـــة •

الفقه الاسلامي

٣٥٥ ــ ولم يتكلم الفقهاء المسلمون عن السبب كركن من أركان العقد ، ولكن من مجموع أقوالهم فى هذا الباب،ومن الشروط التى يشترطونها فى محل العقد،يمكننا ان نقول أنهم يتفقون والنظرية الحديثة فى هذا الصدد •

خطة البحث

٣٥٦ ــ ونقسم الكلام فى السبب الى اربعة مباحث ، نتكلم فى الاول عن النظرية التقليدية ، وفى الثانى عن النظرية الحديثة ، وفى الثالث عن نظرية السبب فى الفقه الاسلامى ، ونخصص الاخير لتحديد معنى الســـبب فى القانون المدنى العراقى على ضوء النظريات الثلاث التى سنراها •

المبحث الاول

النظرية التقليدية في السبب

٣٥٧ ــ سبق ان قلنا ان النظرية التقليدية فسرت السبب تفسيرا ماديا ، فاعتبرته شيئا ماديا داخلا فى العقد وركنا فيه • وقد تعرضت فى شكلها هذا لانتقادات شديدة زعزعتها عن الاساس الذي كانت تقوم عليه،وقام فى وجهها خصوم أشداء ناصبوها العداء ونادوا بعدم فائدتها وبضرورة الغاء فـكرة السبب نهائيا من دائرة القانون،وقالوا بامكان الاكتفاء بفكرة ارتباط الرضى

بالمحل والاستغناء بها عن فكرة السبب • ويسمى هذا الفريق من الفقهاء بخصوم السبب أو « اللاسببيين » ANTI - CAUSALISTES .

ولكن لما كان لكل فعل رد فعل ، فقد أدى هذا الهجوم على فكرة السبب الى قيام فريق آخر من الفقهاء فى الدفاع عنها دفاعا لايقل حماسا عن حماس خصومها فى مهاجمتها • ويسمى هذا الفريق من الفقهاء بانصار السبب أو « السببيين » CAUSALISTES

٣٥٨ ــ ونقسم هذا المبحث الى اربعة مطالب ، نخصص الاول لتحديد معنى السبب بمقتضى النظرية التقليدية ، والثانى للشروط اللازم توافرها فى السبب ليكون صحيحا منتجا لاثاره والثالث لانتقادات خصوم السبب ، والرابع والاخير لدفاع انصاره •

المطلب الاول

تحديد معنى السبب

أنواع ثلاثة من السبب

٣٥٩ ــ تميز النظرية التقليدية بين ثلاثة أنواع من السبب : السبب المنشىء ، والسبب القصدي ، والسبب الدافع •

١ ــ السبب المنشىء CAUSE EFFICIENTE

٣٦٠ ــ ويقصد بالسبب المنشىء المصدر الذي اوجد الالتزام ، من عقد، أو ارادة منفردة ، أو كسب دون سبب ، او قانون • والسبب بهذا المعنى لا علاقة له بالسبب كركن من اركان العقد ، فيجب استبعاده اذن •

٢ ــ السبب القصدي CAUSE FINALE

٣٦١ ــ والسبب القصدى هو الغرض المباشر أو الغاية المباشرة التى يقصد المتعاقد الوصول اليها من وراء التزامه • والسبب بهذا المعنى هو الذي تقصده النظرية التقليدية وتقف عنده •

هذه هي القاعدة فى النظرية التقليدية • ويرتب الفقهاء التقليديون على

ذلك ان الاسباب تختلف باختلاف الالتزامات،وانه لمعرفة سبب الالتزام يجب ان تتساءل فى كل حالة عن الغرض المباشر الذي قصد المتعاقد الوصول اليه من وراء التزامه • والجواب الذي نصل اليه هو سبب الالتزام • فسبب الالتزام هو الجواب عن السؤال التالى : لماذا أوجب أحد المتعاقدين على نفسه التزاما لمصلحة المتعاقد الاخر CUR PROMISIT ؟ ولكن الجواب عن هذا السؤال يختلف باختـــلاف العقود •

ولتحديد السبب فى مختلف انواع العقود تقسم النظرية التقليدية العقود الى طوائف ثلاث : عقود ملزمة للجانبين ، وعقود ملزمة لجانب واحد،وعقود تبرع ، وتبحث عن السبب فى كل منها • ونحن نسير معها فى ذلك •

العقود الملزمة للجانبين

٣٦٢ ــ ففى العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الاخر • ففى عقد البيع مثلا الغرض المباشر الذي قصد البائع الوصول اليه هو الحصول على الثمن ،والغرض المباشر الذي قصد المشتري الوصول اليه هو الحصول على المبيع • وعليه فسبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع • وتنطبق هذه القاعدة على جميع العقود الملزمة للجـــانبين •

العقود الملزمة لجانب واحد •

٣٦٣ ــ وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، اذا كان العقد عينيا فان سبب التزام المدين هو الواقعة التى تنشىء العقد ، أي التسليم ، ففى العاريـــة الغرض المباشر الذى يروم المستعير الوصول اليه هو الحصول على الشىء المعار ، وبحصوله على هذا الشيء يتحقق السبب الذي التزم من اجله بـــرد العين المعارة • واذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقدا رضائيا ، كما فى الوعد بالتعاقد ، فان سبب الالتزام هو ابرام العقد النهائي ، وهو الغرض المباشر

الذي قصد الواعد الوصول اليه ، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق .

عقود التبرع

٣٦٤ ـ وفى عقود التبرع سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ANIMUS DONANDI فالغرض المباشر الذي قصد المتبرع الوصول اليه هو اما ان يهب شيئا ، او أن يقدم خدمة مجانية ، أو جميلا ، للمتبرع له .

٣ ـ السبب الدافع CAUSE IMPULSIVE ET DéTRMINANTE

٣٦٥ ـ والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الى التعاقد ويسمي بعض الفقهاء التقليديين السبب بهذا المعنى بالباعث على التعاقد CUR CONTRAXIT ويميز بينه وبين الباعث على الالتزام ، الذي هو السبب القصدي .

الفرق بين الباعث والسبب

٣٦٦ ـ ويختلف السبب عن الباعث فى الامور الثلاثة التالية :

١ ـ الباعث ليس شيئا داخليا فى العقد، بل هو امر خارج عنه ولا يذكر فيه ، ولا يستخلص حتما من نوع العقد . اما السبب ، فعلى العكس من ذلك ، هو امر داخلى فى العقد ، ويستخلص حتما من نوع العقد .

٢ ـ الباعث شيء خاص بالمتعاقد SUBJECTIF ويختلف من شخص الى آخر ، ولا يمكن معرفته الا بالرجوع الى نواياه . أما السبب فهو شيء مادي ، أو موضوعي ، فى العقد OBJECTIF ، ولا يختلف باختلاف الاشخاص ولا باختلاف نوايا كل شخص .

٣ ـ الباعث شيء متغير يختلف من عقد الى عقد ، وفى العقد الواحد يختلف من شخص الى شخص . اما السبب فشيء ثابت غير متغير فى النوع الواحد من العقود ، ولا بتغير البواعث والدوافع .

ولتوضيح هذه الفروق نأخذ عقد البيع . ففى هذا العقد مثلا ، سواء ابرم من قبل زيد أو من قبل عمرو ، سبب الالتزام واحد لا يتغير . سبب

التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وسبب التـزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع . أما الباعث فلا يمكن معرفته . فالباعث الذي دفع المشتري لشراء الدار قد يكون رغبته فى أن يسكنها،أو فى ان يتخذها محلا لعمله،أو فى ان يجعل منها محلا للعب القمار، أو دارا للبغاء ، الخ .. وكذلك الباعث الذى دفع البائع الى بيع داره قـد يكون وفاء دين،او القيام بسفرة ، أو شراء سيارة ، الخ .. وهكذا تتنوع البواعث وتختلف باختلاف الاشـــخاص .

أهمية التمييز بين السبب والباعث

٣٦٧ ــ وللتمييز بين السبب والباعث أهمية كبرى ، ذلك ان السبب يؤثر على وجود الالتزام وصحته ، اما الباعث فلا أثر له على شيء من ذلك. ثم ان القانون يعتبر العقد باطلا اذا لم يكن هناك سبب أو كان هناك سبب غير صحيح او سبب غير مشروع ، بينما الغلط فى الباعث لا أثر له عـلى صحة العقـد ، وكذلك الباعث غير المشروع لا أثر له على صحة العقد .

المطلب الثاني
الشروط اللازم توافرها في السبب

شـــرطان

٣٦٨ ــ سبق أن رأينا المادة (١١٣١) من القانون المدنى الفرنسى تنص على ان الالتزام لا يكون له اثر اذا لم يكن قائما على سبب ، او كان قائما على سبب غير صحيح او موهوم او على سبب غير مشروع . وتحدد المادة (١١٣٣) من هذا القانون الحالات التى يكون فيها السبب غـير مشروع ، فتقضى بانه : « يكون السبب غير مشروع اذا حرمه القانون ، او كان مخالفا للاداب او للنظام العام » . ومن هاتين المادتين يتبين لنا ان الشررط اللازم توافرها فى السبب هى شرطان : ان يكون موجودا ، وان يكون مشروعا .

الشرط الاول ـ وجود السبب(١)

٣٦٩ ـ تشترط النظرية التقليدية فى السبب ان يكون موجودا ، فاذا لم يكن موجودا فالعقد باطل • ويعتبر السبب غير موجود فى الامثلة التالية :

١ ـ اذا اشترى شخص شيئا ثم تبين ان هذا الشيء كان قد هلك قبل البيع • فى هذا المثال سبب التزام المشترى ، وهو المبيع ، غير موجود ، فالعقد باطل • وقياسا على هذه الحالة يبطل القضاء بيع عقار في مقابل دخل مدى الحياة يقل عن ريع العقار •

٢ ـ وارث يعتقد ان المورث كان قد اوصى لشخص بمبلغ من المال فيعطيه تعهدا بالمبلغ ، ثم يتبين ان الوصية باطلة • فسبب التعهد فى هذا المثل ، وهو الوصية ، غير موجود • ومثال ذلك ايضا ان يتخارج وارث مع شخص معتقدا انه وارث ويعطيه مبلغا من المال ، ثم يتبين ان هذا الشخص ليس بوارث •

٣ ـ ويكون السبب غير موجود كذلك فى سند المجاملة Effet de Complaisance وصورته ان يكون شخص فى حاجة الى النقود فيلجأ الى صديق ليقرضه ما يحتاج اليه ، ولكن هذا الصديق ليس لديه المال الكافى ، فيمضى له سندا بالمبلغ الذى يريده ويأخذ الصديق هذا السند ويخصمه فى السوق ، وعند استحقاق الدين يقوم الدائن الصوري بدفع المبلغ الى صديقه الذي يقوم بدوره بدفعه الى حامل السند الاخير • فى هذا المثال ، الصديق الذي وقع السند ليس مدينا فى الحقيقة ، واذا طالبه صديقه

---

(١) يقسم بعض الفقهاء هذا الشرط الى شرطين ، يتكلم في الاول عن وجود السبب وفي الثاني عن صحته • ويمثلون للاول بحالة ما اذا كان المتعاقدان على بينة من عدم وجود السبب ، وللثاني بالسبب الموهوم • والحقيقة ان السبب الموهوم والسبب غير الموجود شيء واحد ولا فرق بينهما سوى قيام حالة غلط على وجود السبب في الثانية دون الاولى ، أما النتيجة فواحدة •

بالمبلغ فانه يستطيع ان يدفع مطالبته ببطلان السند لانعدام السبب • ولكنه لا يستطيع توجيه هذا الدفع ضد حامل السند اذا كان حسن النية •

٤ ــ اذا عقد شخص قرضا ووقع الاقرار بالمديونية قبل ان يقبض مبلغ القرض ثم لم يقبضه • فى هذه الحالة يكون الاقرار باطلا لانعدام السبب •

الشرط الثاني ـ مشروعية السبب

٣٧٠ ــ يكون السبب مشروعا اذا لم يكن مخالفا للقانون ولا للنظام العام والاداب • ولما كان السبب بمقتض النظرية التقليدية هو محل الالتزام المقابل ، فان ما قلناه فى تحديد مشروعية محل العقد يصح لتحديد مشروعية السبب • ولكن قد يحدث ان يكون محل الالتزام مشروعا ولكن سببه غير مشروع • ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، نذكر منها ما يلي :

١ ــ اذا تعهد شخص لاخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود، فان التزام الشخص الاخر بدفع المبلغ محله مشروع ولكن سببه ، وهو التزام الشخص الاول بارتكاب الجريمة ، غير مشروع • فالالتزام فى هذه الحالة باطل لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب •

٢ ــ اذا تعهد شخص لاخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فان محل التزام كل من المتعاقدين مشروع ، اذ هما عبارة عن عدم ارتكاب جريمة ودفع مبلغ من النقود ، ولكن سببهما غير مشروع • اذ ان سبب التزام الاول بدفع مبلغ من النقود هو امتناع الثاني عن ارتكاب جريمة ، وهذا سبب غير مشروع • وسبب التزام الثاني بعدم ارتكاب الجريمة هو التزام الاول بدفع مبلغ من النقود ، وهذا ايضا سبب غير مشروع(١) •

٣ ــ يبطل الفقهاء الاتفاقات الواردة على استغلال دور البغاء ، وكذلك الالتزام بدفع مبلغ من النقود لانشاء علاقات جنسية غير مشروعة او للاستمرار فى هذه العلاقات ، وذلك لمخالفة السبب فى هذه العقود للاداب•

(١) يبطل الفقهاء المسلمون العقد في هذه الحالة لا لعدم مشروعية

المطلب الثالث

الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية

٣٧١ ــ ان اول من جاهر من الفقهاء بانتقاد النظرية التقليدية فى السبب هو الفقيه البلجيكي ارنست ، الاستاذ فى جامعة ليبج ، وذلك فى مقال نشره فى سنة ١٨٢٦ بعنوان : هل السبب شرط جوهري لصحة العقود(١) وقد طلب ارنست فى مقاله هذا حذف نظرية السبب من القانون لعدم فائدتها ولكونها مصدرا للخلط والاضطراب. وقد تعرض رأي ارنست هذا لانتقاد شديد من الفقهاء البلجيكيين حتى جاء لوران واعلن ان نظرية السبب التى جاءت فى القانون المدنى ليست N'EST PAS JURIDIQUE وان القانون قد اخطأ بتمييزه بين السبب والمحل واعتباره السبب شرطا رابعا لصحة العقود(٢) . اما فى فرنسا ، فلم ينتبه الفقهاء لرأي ارنست ، وقد كان ظهور كتاب لوران نذيرا ببداية الحملات التى تعرضت لها النظرية التقليدية فيما بعد . وقد كانت رسائل الدكتوراه هى المنبر الذى توجه منه الانتقادات الى نظرية السبب ، حتى جاء الفقيه الفرنسى هيك HUC

السبب ولا لعدم مشروعية المحل ، بل بالشروط التى يشترطونها في المحل . فهم يشترطون في المعقود عليه ان لا يكون واجبا على المتعاقد ولا منهيا عنه . ويعللون ذلك بانه اذا كان واجبا عليه فلا يستطيع تركه ، واذا كان منهيا عنه فلا يستطيع القيام به . فاذا لم يتوافر هذان الشرطان فالعقد باطل ، واذا بطل العقد لم ينشأ التزام على عاتق أي من المتعاقدين ، لانه « يعتبر في صحة المعاملة على العمل كون فعله وتركه تحت سلطنة المتعاقد واختياره .. فاذا كان الالتزام بما التزم به واجبا فمعناه ان كل واحد من المتعاقدين ليس مالكا لالتزامه الذي ملك صاحبه .. واذا كان المتعاقد عليه منهياً عنه فان المتعاقد لا يقدر على القيام به » (الحاج شيخ موسى الخوانساري ، منية الطالب في حاشية المكاسب ، ج١ ، ص ٦٤ . رسالتنا ، ص ٣٣٨ـ٣٣٩) .

(١) وذلك فى مجلة La bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste

(٢) لوران ، ج١٦ ، ف ١١١ .

وافسح لها مكانا فى مؤلفه الصادر سنة ١٨٩٤ فى شرح القانون المدنى الفرنسى .

ولكن الحملة على نظرية السبب لم تلفت النظر بوجه خاص الا عندما انحاز بلانيول الى خصوم السبب ، حيث تبعه اخرون .

نقد بلانيل لنظرية السبب

٣٧٢ ـ ويمكن تلخيص الانتقادات الموجهة لنظرية السبب بالانتقادات التي وجهها اليها بلانيول(١) . وتتلخص هذه الانتقادات فى ان نظرية السبب غير صحيحة FAUSSE وفى انها غير ذات فائدة INUTILE ونرى كلا من هذين الانتقادين بشىء من التفصيل .

١ ـ نظرية السبب غير صحيحة

٣٧٣ ـ يستعرض بلانيول النظرية التقليدية فى العقود الملزمة للجانبين ، والعقود العينية ، والتبرعات ، ويرى ان النظرية غير صحيحة فى حالتين على الاقل .

فالنظرية التقليدية تقول ان سبب الالتزام فى العقد الملزم للجانبين هو الالتزام المقابل . ويرد بلانيول على هذا القول بان فيه استحالة منطقية . ذلك ان الالتزامين ينشآن فى وقت واحد ومن عقد واحد،فلا يمكن ان يكون احدهما سببا للاخر ، فالاثر ، والمؤثر ، او السبب والنتيجة ، لا يمكن ان يكونا متعاصرين

Un effet et sa cause ne peuvent être exactement contemporains

لاننا اذا سلمنا بذلك صرنا فى حلقة مفرغة ، ذلك ان كلا من الالتزامين اذا كان أثرا للاخر فان معنى ذلك ان ايا منهما لا يمكن ان ينشأ . وعليه فالفكرة بذاتها غير صحيحة .

وفيما يتعلق بالعقود العينية ، تقول النظرية التقليدية ان سبب الالتزام فى هذه العقود هو تسليم العين . ويرد بلانيول على ذلك بان التسليم انما

(١) ج٢ ، سنة ١٩٠٢ ، ف ١٠٣٧ وما بعدها

هو المصدر الذى كون العقد فانشأ الالتزام ، فلولا هذا التسليم لما تم العقد فيختلط السبب هنا بالمصدر ويصبحان شيئا واحدا .

وفيما يتعلق بالتبرعات ، تقول النظرية التقليدية ان السبب فى هذه العقود هو نية التبرع . ويرد پلانيول على هذا القول بانه لا معنى له ، اذ ما قيمة نية التبرع اذا جردناها من البواعث التى دفعت اليها !!

٢ ـ نظرية السبب غير ذات فائدة

٣٧٤ ـ اما ان نظرية السبب غير ذات فائدة ، فيعلله پلانيول باننا نستطيع الاستغناء عنها باشياء اخرى ، وخاصة بالمحل .

ففى العقود الملزمة للجانبين نستطيع ابطال العقد بفكرة المحل وبفكرة الارتباط بين الالتزامين ونستغنى بذلك عن فكرة السبب فيكفى ان نقول ان الالتزامين المتقابلين مرتبطان ببعضهما بحيث يتوقف مصير احدهما على مصير الاخر . ففى الحالات التى تبطل فيها النظرية التقليدية العقد لانعدام السبب او لعدم مشروعيته نستطيع ابطال العقد لانعدام المحل او لعدم مشروعيته . ففى حالة بيع شىء غير موجود ، يقول انصار السبب ان التزام البائع باطل لتخلف المحل ، والتزام المشترى باطل لتخلف السبب لان التزام البائع الذى يجب أن يقوم مقامه لم ينشأ . ويرد پلانيول على ذلك باننا نستطيع ابطال العقد فى هذه الحالة بالقول بان التزام المشترى كان معلقا على شرط ، هذا الشرط هو ان يلتزم البائع تجاهه ، وحيث ان هذا الالتزام غير موجود فان التزامه لا يمكن ان ينشأ ، بحيث ان التزامات الطرفين تنهار فى وقت واحد . ويصح هذا القول فى حالة ما اذا كان محل احد الالتزامين غير مشروع .

وانعدام السبب فى العقود العينية ليس الا انعدام العقد ذاته . فالوديع والمقترض لا يلتزمان برد شيء اذا لم يتسلما الشيء المودع او الشيء المقرض . فالالتزام فى هذه الحالة لم ينشأ لان العقد لم ينشأ . وعليه فلسنا بحاجة الى نظرية السبب لابطال العقد فى هذه الحالة .

وبالنسبة لعقود التبرع ، يقول بلانيول انه يكفى ان ينص القانون على بطلانها اذا كان الباعث عليها غير مشروع،او مخالفا للنظام العام والاداب .

ويستنتج بلانيول مما تقدم ان نظرية السبب يمكن ان تلغى نهائيا وتحذف النصوص المتعلقة بها من القانون ، دون ان يؤدى ذلك الى أي اضطراب .

٣٧٤ مكرر ـ تلك هي ، فى خطوطها الرئيسة ، الانتقادات الموجهة لنظرية السبب فى شكلها التقليدي(١) . ونرى الان الدفاع عنها من قبل انصارها .

---

(١) وهناك انتقادات اخرى وجهت للنظرية التقليدية ، منها ان السبب لا يقوم بدوره في وقت واحد بالنسبة لجميع أنواع العقود . فهو في عقود التبرع يسبق نشوء العقد ، وفي العقود العينية يمتزج بهذا النشوء ، وفي العقود الملزمة للجانبين يكون نتيجة له . فهو في الحالة الاولى يحرك الرضاء ، وفي الثانية يكون واياه شيئا واحدا الى درجة لا يميز بعض الفقهاء بينهما ، وفي الثالثة لا يتدخل الا بعد تمام العقد ولتفسير عملية التعاقد(جوسران ، البواعث ، ص ١٥٩) .

ومن هذه الانتقادات أيضا ان هذه النظرية ضيقة ، ذلك انها لا تأخذ بنظر الاعتبار البواعث التي دفعت الى التعاقد . « فمن بين البواعث العديدة التي دفعت المتعاقدين الى التعاقد لا تهتم النظرية التقليدية الا بتلك التي تتعلق بالغاية المباشرة التى قصدها المتعاقدان ، تاركة بذلك عددا أكبر من البواعث التي تختلف من شخص الى آخر ، والتي تتغير بتغير الظروف التي صاحبت التعاقد » (المرجع السابق ، ف ١٢٠) .

واخذ على نظرية السبب كذلك انها مصدر للغلط والخلط الذي يمكن ان ينشا ، والذي نشا فعلا ، عن المعاني المختلفة التي تحتملها كلمة «سبب» (بيشون ، دراسة انتقادية لفكرة السبب في عقود المعاوضة ، رسالة للدكتوراه ، باريس ، ١٩١٤ ، ص ٤٨) .

وانتقدت المادة (١١٠٨) من القانون المدني الفرنسى كذلك لقولها : « سبب في الالتزام . . » ، والسبب انما يكون في العقد لا في الالتزام (ارتير ، في السبب ، رسالة للدكتوراه ، باريس ١٨٧٨ ، ص ١٣٧) .

وهناك انتقادات اخرى نعرض عن ذكرها هنا .

المطلب الرابع
الدفاع عن نظرية السبب

دفاع كابيتان

٣٧٥ ـ يمكن تلخيص الدفاع عن نظرية السبب بنظرية الاستاذ كابيتان الذي يمكن ان يقال عنه بحق انه عميد انصار السبب . وقد دافع كابيتان عن النظرية التقليدية دفاعا بليغا فى كتابه المعروف بـ « السبب » . ولكنه لم يدافع عن هذه النظرية بالحالة التى كانت عليها ، بل بعد ان ادخل عليها تعديلات جوهرية . ونحن نتابعه فى دفاعه وفى التعديلات التى ادخلها عليها .

٣٧٦ ـ يبدأ كابيتان نظريته بتعريف السبب بانه « الغرض من العقد » . وهذا الغرض يكون جزءً متمما أو ركنا فى الاعلان عن الارادة المنشئة للالتزام . ثم يعرف الباعث بانه « الدافع البعيد » Raison contingent وهو أمر شخصانى SUBIECTIF يدفع الى التعاقد ولا يكون جزءً من اتفاق الارادتين . والذى يميز بين الغرض (الذى يذهب كابيتان الى انه هو السبب) وبين الباعث هو ان الباعث يتعلق عادة بالماضى وهو الذى يدفع المتعاقد الى التعاقد ،أما الغرض فلا يمكن الوصول اليه الا فى المستقبل، أو فى اللحظة التى يتم فيها العقد لا قبلها(١) .

٣٧٧ ـ وللتدليل على أن السبب ركن فى الالتزام ، وانه بهذا الوصف يتمشى مع المنطق القانونى ، يستعرض كابيتان انواع العقود ليحدد السبب فى كل منها . ومصدر الالتزام العقدى أما أن يكون عقدا ملزما للجانبين ،

---

(١) ومع ذلك فليس من الصحيح دائما ان الباعث هو أمر سابق . فالباعث في حالة شراء دار لجعلها محلا للعب القمار يقترب من الغاية أو الغرض ، بل يمكن القول بانه غاية ثانية أو غرض ثان . ولكنه يبقى مع ذلك خارج حدود العقد ، ما لم ينص عليه المتعاقدان (السبب ، طبعة ١٩٢٣ ، ص ١٢ ، هامش رقم ١) .

أو عقدا ملزما لجانب واحد ، أو عقد تبرع • ونسير مع كابيتان فى استعراضه لهـــذه العقود لنرى كيف يحدد السبب فى كل منها •

١ ـ العقد الملزم للجانبين :

٣٧٨ ـ يقول كابيتان ان سبب الالتزام فى العقد الملزم للجانبين ليس وجود الالتزام المقابل بل تنفيذه • فالسبب الذي يدفع الانسان لبيع شيء ليس هو التزام المشتري بدفع الثمن،بل حصوله فعلا على هذا الثمن،والسبب الذي يجعل المشترى يقبل الالتزام بدفع الثمن ليس هو التزام البائع بتسليم المبيع ، بل حصوله فعلا على هذا الشيء وانتفاعه به • وهذا،كمانرى،تعديل جوهري يدخله كابيتان على النظرية التقليدية فهناك فرق بينوجود الالتزام وتنفيـــذه(١) •

٣٧٩ ـ ورب قائل يقول انه ليس من الضرورى ان يعلق المتعاقد دائما تنفيذ التزامه على تحقق الغاية التى يقصدها من وراء العقد،فقديقبلغالبا أن ينفذ التزامه قبل الطرف الآخر • ففي البيع بثمن مؤجل مثلا يقبل البائع أن يسلم الشيء المبيعقبل أن يحصل على الثمن•فهو يقبل أن يحل مؤقتاالرابطة التى تربط التزامه بالغاية أو الغرض الذى يقصد الوصول اليه • على هذا الاعتراض يرد كابيتان بقوله ان الغاية تبقى دائما العامـــل الحاســـم LE FACTEUR DéCISIF فى التعاقد • وسواء احصل تنفيذ العقد من قبل الطرفين فى وقت واحد ام بصورة متتابعة،فان ذلك لا يغير من الامر شيئا •

٣٨٠ ـ بهذا التعديل يدرأ كابيتان النقد الذى يوجه الى النظريـــة التقليدية فى العقود الملزمة للجانبين ، والذى يتلخص فى أن السبب فى هذه العقود لا يتمشى مع المنطق ، لان الشيء الواحد لا يمكن أن يكون سببا ومسببا فى وقت واحد ، وفى أن السبب غير ضروري فى هذه العقود لانه يمكن الاستغناء عنه بالمحـــل •

---

(١) ويقول كابيتان أنه لم يأت بشيء جديد في ما يقوله ، وان ما يقول به قـد قال به قبـله « لابيـه » ، ونجده كذلك في أحكام قضائيـة كثيرة (ص ٤٣) •

٣٨١ ــ فعلى الانتقاد الاول،وهوان الشيء الواحد لايمكن أن يكون سببا ومسببا فى وقت واحد،يرد كابيتان كما يلى : أولا ــ ان سبب الالتزام انما هو تنفيذ الالتزام المقابل لاوجوده ، وعليه فلا يكون الشيء سببا ومسببا فى وقت واحد • ثانيا ــ ان هذا الانتقاد يقوم على الخلط بين السبب المنشيء والسبب القصدي • فالنظرية التقليدية عندما تقول ان سبب الالتزام انماهو الالتزام المقابل لاتقصد بذلك السبب المنشيء ، بل السبب القصدي ، أي الغاية أو الغرض الذي قصد المتعاقد الوصول اليه من وراء تعاقده • واذا فهمنا السبب بهذا المعنى سهل علينا أن نفهم أن الغرض الذي قصد اليه احد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر ، فكل من المتعاقدين قد التزم لكي يلتزم الآخر ، وليس فى هذا خروج على المنطق •

٣٨٢ ــ وفيما يتعلق بالانتقاد الثانى ، وهو الخلط بين المحل والسبب، يقول كابيتان ان هذا غير صحيح ، ففى العقود الملزمة للجانبين يبقى محل الالتزام متميزا من سببه • فمحل الالتزام هو ما التزم به المدين ، اما سببه فهو وجود الالتزام المقابل أو تنفيذه ، ولا يمكن القول بأن هذين الشيئين المتميزين يختلطان بحيث يصبحان شيئا واحدا • ولتأييد رأيه هذا يورد كابيتان مثلا مستمدا من القضاء • فقد عرضت القضية التالية امام القضاء : اتفق جماعة من القصابين والبقالين فيما بينهم على عدم فتح محلاتهم بعد ظهر يوم الاحد من كل اسبوع ، ونصوا فى الاتفاق على مبلغ ، كشرط جزائي ، يدفعه من يخالف منهم الاتفاق • باع احدهم محله ولم يشترط على المشترى عدم فتح المحل بعد ظهر يوم الاحد من كل اسبوع ، فلم يراع هذا الاخير الاتفاق ، فأقام بعض اطراف الاتفاق الدعوى على الباقين طالبا فسخ العقد لان سبب الالتزام قد انعدم ، فقضت محكمة ديجون فى حكم لها صادر فى ١٥ كانون الثانى ١٩٠٨ بفسخ العقد • فى هذا المثال ، كما يقول كابيتان ، يتضح الفرق بين محل الالتزام وسببه • فمحل التزام كل قصاب أو بقال هو عدم فتح محله فى وقت معين ، أما سببه فهو عدم فتح الآخرين لمتاجرهم فى هذا الوقت •

٣٨٣ ــ أما ما يقوله بلانيول من أنه فى العقود الملزمة للجانبين يمكن الاستغناء عن السبب بالرضى والمحل ، فيرد عليه كابيتان بأن هذا غير صحيح أيضا ، لانه يؤدي الى استقلال كل من الالتزامين عن الآخر ، اذ يمكن أن يبقى أحد الالتز امين قائما ولو استحال تنفيذ الالتزام المقابل. ففى البيع مثلا يجب القول بأن المشترى يبقى ملزما بدفع الثمن ولو لم يسلمه البائع الشىء المبيع . وفى الايجار ، يجب القول بأن المستأجر يبقى ملزما بدفع الاجرة حتى نهاية المدة المتفق عليها ولو هلكت العين المؤجرة لسبب خارج عن ارادته . فى هذه الامثلة لايمكننا بالاستناد الى نظرية المحل وحدها ان نهدم التزام المشترى أو المستأجر،ولا نستطيع ذلك الا بالالتجاء الى نظرية السبب فهى التى توجد الارتباط مابين الالتزامين المتقابلين ، وتجعل كل التزام سببا للاخر . فاذا لم يمكن هدم التزام المشترى أو المستأجر بالاستناد الى نظرية المحل ، أمكن هدمه بالاستناد الى نظرية السبب ، لانه مرتبط بالتزام غير قائم ، وهو الذى استحال تنفيذه ، وهذا الارتباط يهدمه لان المرتبط بالمعدوم معدوم . وقد رأينا عند الكلام عن مشروعية السبب بعض القروض التى يكون الالتزام فيها غير قائم لعدم مشروعية سببه ، وان كان محله مشروعا .

السبب وتنفيذ العقد :

٣٨٤ ــ ويرى كابيتان أن أثر السبب لا يقتصر على الوقت الذى يتم فيه العقد وينشأ الالتزام ، بل يستمر ما دام الالتزام لم ينفذ تنفيذا كاملا . ذلك ان الالتزام لا يمكن ان يحيا الا اذ ظل مستندا الى سببه ، وبذلك يختلف عن الرضى والاهلية . اذ يكفى ان يتوافر الرضى والاهلية عند ابرام العقد ، ولا يهم بعد ذلك ان يتخلف أحدهما كما لو حجر على المدين لجنون او عته أو سفه ، فان هذا لا يمنع من أن يظل الالتزام التعاقدى صحيحا ، ولكن الامر يختلف بالنسبة للسبب ، فلكى يبقى الالتزام التعاقدي صحيحا بعد ابرامه وملزما للمدين لابد من تحقق الغرض الذي رمى اليه بتعاقده .

٣٨٥ ــ ويستنتج كابيتان مما تقدم اننا بدون الاستعانة بنظرية السبب لانستطيع أن نبرر الامور الثلاثة التالية : الدفع بعدم التنفيذ ، وفسخ العقد لعدم التنفيذ ، وتحمل التبعة .

١ ــ الدفع بعدم التنفيذ

٣٨٦ ــ ففيما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ ، الاصل فى العقود الملزمة للجانبين وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها فى وقت واحد ، فذلك هو الغرض الذى يرمى اليه المتعاقد من وراء تعاقده . فاذا طالب أحد المتعاقدين الاخر بتنفيذ التزامه فعليه أن يثبت أن هذا التنفيذ لايؤدى الى نتيجة تخالف ما قصده المتعاقد الآخر من العقد ، وذلك بأن يثبت ان الغرض الذى كان يرمى اليه هذا المتعاقد قد سبق تحققه من قبل لانه قام من جانبه بتنفيذ التزامه ، أو أن هذا الغرض سيتحقق لانه مستعد للقيام بهذا التنفيذ . فان لم يثبت ذلك جاز للمتعاقد الاخر أن يدفع طلب خصمه بدفع يسمى بـ « الدفع بعدم التنفيذ » ، ويطلب منه أن يقوم هو أولا بتنفيذ التزامه . أما أساس هذا الدفع ، فيقول كابيتان اننا لا يمكن أن نجده الا فى نظرية السبب . اذ لايمكن اجبار المتعاقد على التنفيذ اذا كان هذا التنفيذ يتعارض والغرض الذى كان يقصد اليه من وراء تعاقده .

٢ ــ الفسخ لعدم التنفيذ :

٣٨٧ ــ وفيما يتعلق بالفسخ لعدم التنفيذ ، اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للاخر أن يرفع الدعوى طالبا حل الرابطة التعاقدية ، مع التعويض اذا كان له محل . وهنا أيضا يجد كابيتان السند القانونى لطلب الفسخ فى نظرية السبب . فلما كان أحد المتعاقدين لايريد تنفيذ التزامه فبقاء التزام الآخر قائما يتعارض والغرض الذى كان يرمى اليه من وراء تعاقده .

٣ ــ تحمل التبعة

٣٨٨ ــ وفيما يتعلق بتحمل التبعة ، اذا استحال على احد المتعاقدين

تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته ، فالرابطة التعاقدية تنحل ويسقط التزام المتعاقد الاخر ، وذلك لان الغرض الذي قصد اليه هذا المتعاقد من وراء تعاقده لم يعد تحققه ممكنا • أما اذا كان قد نفذ التزامه ، فانه يسترد ما دفعه • وهذه النتيجة لا يمكن أن نصل اليها الا عن طريق نظرية السبب

نتيجة :

٣٨٩ ـ ويستنتج كابيتان من كل ما تقدم ان الالتزام لا يمكن فصله عن سببه ، ليس فقط عند نشوئه ، بل من حين نشوئه الى حين انقضائه • فالسبب هو السند الضروري الذي لاغنى عنه للالتزام(١) • ومن ذلك يتضح ان نظرية السبب فى العقود الملزمة للجانبين ليست بعيدة عن المنطق ولا عديمة الفائدة ، كما يزعم خصومها(٢) •

٢ ـ العقود العينية :

٣٩٠ ـ ويرى كابيتان ان السبب فى العقود العينية هو التسليم ، فهو يرى ان سبب الالتزام فى العارية والرهن الحيازي هو تسليم العين للمستعير وللدائن المرتهن ، وهو فى هذا يتفق مع النظرية التقليدية•ويرد كابيتان على الاعتراض الذى يوجهه خصوم النظرية من انها تخلط فى هذا بين السبب المنشىء والسبب القصدى بأن هذا الاعتراض يقوم على فهم خاطىء لطبيعة العارية والرهن الحيازي • فهذان العقدان ليسا عقودا عينية ملزمة لجانب واحد ، بل هى عقود رضائية ملزمة للجانبين • فالتسليم اذا كان ضروريا فى هذين العقدين فليس من الضرورى أن يجعل منهما عقودا عينية ، والا لصح ذلك بالنسبة لكل عقد يقوم فيه أحد المتعاقدين بتسليم شىء الى الاخر ، كاجارة العقارات والمنقولات فاذا اتفق المقرض والمقترض على الشىء محل القرض وعلى مدة القرض ، فلا شيء يمنع العقد من ان ينشأ فى الحال ، فيلتزم المقرض بتسليم المبلغ المتفق عليه الى المقترض كما يلتزم المؤجر بتسليم

(١) المرجع السابق ، ف ٧ • رسالتنا ، ص ٦٤ ـ ٦٨ •
(٢) المرجع السابق ، ف ٢٦ ـ ٣٢ • رسالتنا ، ص ٦٩ ـ ٧١ •

العين المؤجرة الى المستأجر بمجرد الاتفاق على العين المؤجرة وعلى الاجرة • أما التزام المقترض برد مبلغ القرض فينشأ عند تسلمه المبلغ • وكذلك الامر بالنسبة للرهن الحيازي •

هذا بالنسبة لالتزام المقترض والتزام المستعير•أما بالنسبة لالتزام المقرض والتزام المعير،فالسبب مزدوج•فهو أولا الرغبة فى اسداء جميل الى المقترض أو المستعير ، وهو أيضا ارادة المقرض أو المعير باسترداد الشيء المقرض أو المعار عند حلول الاجل • أما اذا كان القرض بفائدة ، فسبب التزام المقرض لا يكون عندئذ الرغبة باسداء جميل ، بل هو تنفيذ التعهد بدفع الفوائد •

٣٩١ ــ أما بالنسبة للوديعة ، فيسلم كابيتان بأنها بطبيعتها عقد عينى ملزم لجانب واحد • ويرى ان سبب التزام الوديع ليس هو تسلم الشيء المودع،اذ أن ذلك يؤدى الى الخلط بين السبب المنشىء والسبب القصدى ، بل هو رغبة الوديع فى اسداء جميل للمودع •

٣ ــ التبرعات :

٣٩٢ ــ وفى عقود التبرع سبب الالتزام هو نية التبرع ANIMUS DONANDI وللرد على اعتراض خصوم السبب بأن نية التبرع تختلط بالرضاء ، يحلل كابيتان ارادة الواهب الى عنصرين : العنصر الاول هو ارادته فى أن يلتزم ، وهذا هو الرضاء • والعنصر الثانى هو ارادته فى أن يكون هذا الالتزام بدون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب ، وهو يتميز من الرضاء • لذلك فالمتبرع له الذى يدعى انه دائن بالمتبرع به يجب عليه ان يثبت ليس واقعة التعهد فقط ، أي الرضاء ، بل سببها أيضا ، أي نية التبرع • وبعبارة اخرى يجب على المتبرع له أن يثبت أن المتبرع قد التزم تجاهه بدون مقابل على سبيل التبرع •

السبب والباعث في التبرع

٣٩٣ ــ ويميز كابيتان فى هذا الصدد بين السبب والباعث • فالباعث أمر داخلى أو نفسى ، يبقى خارج دائرة التعاقد ولا يكون له أثر فى تكوين العقد•

فقد يكون الحب ، أو الصداقة ، أو الاعتراف بالجميل ، الخ .. اما السبب فهـــو نيـــة التبرع .

التبرع المقرون بشرط :

٣٩٤ ــ واذا كان التبرع مقرونا بشرط ، كمن يهب مالا لجمعيـــه ويشترط عليها أن تنشىء مستشفى أو ملجأ مثلا ، فى هذه الحالة لا يكون السبب نية التبرع ، بل الغرض الذى قصد الواهب الوصول اليه ، وهـو انشاء المستشفى أو الملجأ فى المثال المتقدم . وفى هذه الحالة لا يختلـــط السبب بالبواعث التى دفعت المتبرع الى االتبرع فهـــذه البواعث تبقى أمرا نفسيا وتختلف من شخص الى اخر،ولا تكون جزء من العمل القانونى.

الوصـــــية :

٣٩٥ ــ وفى الوصية حيث لا يوجد الا ارادة الموصى ، يذهب كابيتان الى أن السبب هو نفسه السبب الذى رأيناه فى الهبة ، أي نية التبـــرع ، ولكن كابيتان يسلم فى هذه الحالة بأن السبب يختلط بالباعث بحيث يصبح من العسير التمييز بينهمـــا .

حجة اخرى :

٣٩٦ ــ تلك هي ، فى خطوطها الرئيسة ، نظرية كابيتان فى الدفاع عن السبب . ويضيف بعض الفقهاء الى دفاع كابيتان ان هـــذه النظريـــة هى التى تساعدنا على التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع . فما دامت هذه النظرية تحدد سبب التزام أحد المتعاقدين بالتزام الاخر ، أو بالتزام سابق ، مدنى أو طبيعى ، ففى الحالات التى يوجد فيها مثل هذا الالتـــزام نكون امام عقد معاوضة ، وفى الحالات الاخرى نكون امام عقد تبرع(١) .

مقارنة وموازنة بين نظرية كابيتان والنظرية التقليدية :

٣٩٧ ــ بعد ان بسطنا نظرية كابيتان فى الدفاع عن السبب ، ينبغى أن نقف قليلا لنرى الى أي مدى حافظ على النظرية التقليدية فى دفاعه عنها ،

(١) جوسران ، البواعث ، ف ١١٧ . رسالتنا ، ص ٧٥ .

وما هى التعديلات التى أدخلها عليها • فهو يتفق معها فى الحقيقة من نواح ويختلف عنها من نواح أخـــرى •

٣٩٨ ــ فهو يتفق مع النظرية التقليدية فى امرين جوهريين :

١ ــ فى التمييز بين السبب والباعث • فالباعث أمر نفسى لا يدخل فى اتفاق المتعاقدين ، أما السبب فجزء من هذا الاتفاق وركن من اركان العقـــد •

٢ ــ فى الاخذ بمعيار مادى فى تحديد السبب • فكل ما اتفق عليه المتعاقدان ، وكل ما يفهم ضمنا من هذا الاتفاق على أنه الغرض الذى يسعى اليه المتعاقد ، يكون هو الســـبب • فهو محدود بدائـرة التعاقـــد CHAMP CONTRACTUEL ، فلا نبحث عنه فى خفايا الضمير كما نفعل بالنسبة للباعث•وهو لا يتغير فى النوع الواحد من العقود • ففى البيع مثلا سبب التزام البائع هو الحصول على الثمن ، وسبب التزام المشترى هو الحصول على المبيع • ولا يتغير هذا السبب بتغير الاشخاص فى عقد البيع •

٣٩٩ ــ ويختلف كابيتان عن النظرية التقليدية فى أمرين اخرين :

١ ــ فى تحديده السبب فى بعض العقود بغير ما تحدده به النظريـة التقليدية • فقد رأيناه يحدد السبب فى العقود الملزمةللجانبين بتنفيذالالتزام المقابل ، لا بوجوده كما تذهب اليه النظرية التقليدية • وكذلك فى عقـــد الوديعة يحدد السبب بنية التبرع عند الوديع لا بتسليم الشىء ، خـــلافا للنظريـــة التقليديـــة •

٢ ــ فى الاعتداد بالباعث فى بعض الفروض الى حد خلطه بالسبب • ففى التبرعات المقترنة بشرط ، رأينا كابيتان يعتبر الشرط هو السبب • وفى الوصايا كذلك هو يخلط بين الباعث والسبب بحيث يصعب التمييز بينهما •

المبحث الثاني
النظرية الحديثة في السبب
(نظرية القضـــاء)

٤٠٠ ــ لم تؤثر المناقشات التي رأيناها بين أنصار السبب وخصومه

على اتجاه القضاء • فقد سار هذا لا يلوي على شيء مشيدا نظرية خاصة به،هي التي تسمى بالنظرية الحديثة • وفي نظرية القضاء هذه تحتل البواعث، التي أهملتها النظرية التقليدية اهمالا تاما ، مكانا مهما جدا • وقد اخذ القضاء الباعث بنظر الاعتبار اذا كان هو الذي دفع المتعاقد الى التعاقد ، وسماه بالسبب الدافع CAUSE IMPULSIVE ET DETERMINANTE بحيث أن نظرية القضاء هذه تحمل اسم « نظرية السبب الدافع » • ويسمى القضاء هذا السبب بـ «الباعث» • ولكن لما كانت البواعث كثيرة، فهو يعتد بالباعث الرئيس منها ويسميه بالباعث الدافع MOTIF IMPULSIF ET DéTERMINANT • ولكن اذا كان القضاء قد شيد نظرية السبب الدافع هذه ، الا أنه لم يعرف السبب • فهو تارة يكتفي بالقول بأن السبب موهوم ، وطورا بأنه غير مشروع ، وأحيانا بأن الالتزام بدون سبب •

ولتحديد نظرية القضاء هذه ، نطبقها على التبرعات اولا ، وعلى عقود المعاوضة ثانيا •

أولا ـ التبرعات
LES LIBERALITES

٤٠١ ـ سبق ان رأينا النظرية التقليدية تذهب الى أن السبب في التبرعات انما هو نية التبرع • وهذه النية بذاتها لا يمكن وصفها بأنها غير مشروعة ، وعليه فلا يتصور أن يكون هناك تبرع باطل لسبب غير مشروع • لذلك لم يقف القضاء عند نية التبرع هذه في تحديد معنى السبب ، بل نظر الى ما وراءها وبحث عن الدافع الحقيقي الذي جعل المتبرع يقبل التجرد عن ما له بدون مقابل ، فاذا رأى هذا الدافع غير مشروع أبطل التبرع • ويسمى القضاء هذا الباعث ، كما سبق أن قلنا بالباعث الدافع •

وتطبيقات القضاء على هذا المبدأ كثيرة متنوعة ، ونذكر أهمها فيما يلي :

١ ـ التبرع لولد غير شرعي :

٤٠٢ـ تحدد المادة(٩٠٨)من القانون المدنى الفرنسى نصيب ولد الزنا(١) ENFANT ADULTéRIN وولد زنا المحارم ENFANT INCESTUEUX فى مال أبويه ، تبرعا أو وصية ، بحدود ضيقة جدا • فاذا تجاوز التبرع الحد الذى يسمح به القانون وجب انقاصه الى هذا الحد • هذا اذا كان نسب الولد من أبيه ثابتا قانونا • ولكن المادة (٣٣٥) من القانون نفسه تمنع الاعتراف بولد الزنا وبولد زنا المحارم ، والمادة (٣٤٢) تمنع سماع الدعوى لاثبات هذا النسب • ويترتب على هاتين المادتين أن نسب ولد الزنا وولد زنا المحارم من أبويه لايمكن أن يثبت قانونا ، فيكون كل منهما اجنبيا بالنسبة للاخر من الناحية القانونية(٢) • وبناء عليه يجوز ان يتجاوز التبرع الحد الذي يحدده القانون • ولكن اذا ظهر للقضاء أن الباعث على التبرع هبة أو وصية ، انما هو وجود هذا النوع من النسب،فانه يبطل التبرع لعدم مشروعية سببه ، وذلك تطبيقا للمواد (١١٣١و١١٣٣) من القانون المدني

---

(١) يختلف معنى الزنا في القوانين الغربية عنه في الشريعة الاسلامية • فلا يعتبر الشخص زانيا في القوانين الغربية اذا كانت له علاقة غير مشروعة مع شخص من الجنس الآخر الا اذا كان محصنا • فان لم يكن محصنا فلا يعتبر زانيا ، ويعترف القانون بالولد الذي يولد نتيجة هذه العلاقة ويسميه بالولد الطبيعي Enfant naturel • وقد سبق ان رأينا ذلك عند الكلام عن النظام العام •

أما في الشريعة الاسلامية فيعتبر الشخص زانيا بمجرد دخوله في علاقة جنسية غير مشروعة مع شخص آخر ، سواء كان محصنا أو غير محصن • ولكن عقوبة المحصن أشد من عقوبة غير المحصن •

(٢) ترينا المواد (٩٠٨ و٣٣٥ و٣٤٢) من القانون المدني الفرنسى كيف ان هناك نقصا فطريا في أحكام القوانين الوضعية • فبينما لا تجيز المادة (٩٠٨) من هذا القانون أن يتجاوز نصيب ولد الزنا أو ولد زنا المحارم في مال أبويه حدا معينا ، اذا بالمواد (٣٣٥ و٣٤٢) لا تجيز الاعتراف بهذا النسب ولا اثباته قضاء • فالنتيجة التى نصل اليها هي ان المادة (٩٠٨) لا حاجة بها ، لان هذا النسب لا يمكن ان يثبت بأي حال من الاحوال •

الفرنسي • وهذا خلط واضح بين السبب والباعث • فالسبب ، كما رأيناه في النظرية التقليدية ، انما هو نية التبرع المجردة ، وهذه النية لا يمكن ان تكون بذاتها غير مشروعة • أما الباعث فهو العامل النفسي الذي يحرك الشخص ويدفعه الى التبرع •

٢ ـ تبرع الخليل لخليلته وبالعكس :

٤٠٣ ـ لا يمنع القانون الفرنسي تبرع الخليل لخليلته ولا تبرع الخليلة لخليلها ، ويعتبر القضاء هذا التبرع صحيحا • ولكن اذ تبين للقضاء أن الباعث على هذا التبرع كان ايجاد هذه العلاقة غير الشريفة او استبقاءها او اعادتها ، فانه يبطلها استنادا الى المواد (١١٣١ و ١١٣٣) كذلك ، وذلك لعدم مشروعية سببها• وهنا أيضا اذا أراد القضاء الاقتصار على معنى السبب في النظرية التقليدية لما استطاع ابطال هذه التبرعات ، لان سببها بمقتضى هذه النظرية هو نية التبرع المجردة ، وهذه النية لا يتصور فيها ان تكون غير مشروعة • ولكنه ببحثه عن الباعث الدافع الى التبرع واعتباره اياه هو السبب استطاع ان يبطل هذا النوع من التبرعات •

ولكن اذا كان الباعث على التبرع ليس انشاء علاقة غير شريفة او استبقاءها او اعادتها، بل تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية ، فالقضاء يعتبره مشروعا ويجيز التبرع ويعتبره وفاء لالتزام طبيعي • وقد سبق ان رأينا ذلك عند كلامنا عن المحل المخالف للاداب •

٣ ـ تبرع الزوج لزوجته لحملها على الانفصال عنه انفصالا وديا :

٤٠٤ ـ ينظم القانون الفرنسي حالة ينفصل فيها الزوجان عن بعضهما مع بقاء رابطة الزوجية بينهما قائمة ، وتسمى هذه الحالة بـ«الانفصال بالابدان» SéPARATION PAR CORPS ولا يتم هذا الانفصال الا بعد اتباع اجراءات قضائية خاصة • وقد ينفصل الزوجان عن بعضهما بدون اتباع الاجراءات المطلوبة، وهذا يسمى بالانفصال الفعلي SéPARATION DE FAIT وقد يتبرع

الزوج لزوجته ليحملها على الانفصال عنه بصورة ودية، وهذا يسمى بالانفصال الودي SéPARATION AMIABLE • فى هذه الحالة يبطل القضاء هذا التبرع استنادا الى المواد (١١٣١ و ١١٣٣) كذلك ، وذلك لمخالفة سبب التبرع للنظام العام• ومن الواضح هنا أيضا أن القضاء ما كان ليستطيع ابطال هذا التبرع اذا أخذ السبب بالمعنى الذي تذهب اليه النظرية التقليدية • ولكنه ببحثه عن الباعث على التبرع واعتباره اياه هو السبب استطاع ان يلين من جمود النظرية التقليدية ، وان يبطل التبرع فى مثل هذه الحالات(١)•

ثانيا ـ عقود المعاوضة

٤٠٥ ـ أهم تطبيقات القضاء لنظريته فى دائرة عقود المعاوضة كانت فى العقود المتعلقة باستغلال دور البغاء ، وفى العقود التي يقصد بها التأثير على السير الطبيعي للانتخابات ، وفى عقد القرض• ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه العقود لتوضيح نظرية القضاء فى هذا الخصوص •

١ ـ العقود المتعلقة باستغلال دور البغاء :

٤٠٦ ـ يبطل القضاء العقود المبرمة بين مستغلي هذه الدور وعملائهم، والعقود المتعلقة بايجار هذه الدور ، وبشراء أثاث لها ، وباجارة الاشخاص الذين يعملون فيها وبادارتها ، وذلك لمخالفة السبب فى هذه العقود للاداب، لانها تهدف الى غرض مخالف للاداب • وقد سبق ان رأينا عند كلامنا عن المحل المخالف للاداب مثلا على هذه العقود أبطل فيه القضاء العقد • ذلك هو مثل المشرف على احدى هذه الدور الذي اشترى كمية من الشمبانيا لتقديمها فى الدار ، والذي رفض الوفاء عند الاستحقاق محتجا ببطلان التزامه لمخالفة سببه للاداب• وقد رأينا القضاء يقبل هذه الحجة ويبطل العقد• وهنا أيضا اذا أخذنا السبب بالمعنى الذي تقول به النظرية التقليدية لما أمكن ابطال العقد• ذلك ان سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم الشمبانيا

(١) رسالتنا ، ص ٧٩ ـ ٨٣ •

وسبب التزام البائع بتسليم الشمبانيا هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وهو مشروع فى كلتا الحالتين • وكذلك اذا أخذنا السبب بالمعنى الذي يقول به كابيتان فاننا لا نستطيع ابطال العقد، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن فى نظرية كابيتان هو تسليم البائع الشمبانيا ، وهذا سبب مشروع • ولكن القضاء لم يستطع قبول هذه النتائج، لذلك لم يقف عند المعنى الذي تعطيه النظرية التقليدية ، ولا عند المعنى الذي يعطيه كابيتان ، وبحث عن الباعث الدافع للتعاقد ، فلما وجده مخالفا للاداب ابطل العقد •

٢ ـ العقود التي تؤثر على السير الطبيعي للانتخابات

٤٠٧ ـ فى هذا النوع من العقود يتعمق القضاء كثيرا فى البحث عن الباعث الدافع الى التعاقد ، فاذا وجده غير مشروع ابطل العقد • وقدسبق أن رأينا مثالاعلى ذلك عند الكلام عن المحل، ذلك هو مثل صاحب المقهى الذى قدم المشروبات للناخبين في اثناء حملة انتخابية لحساب احد المرشحين• وعند انتهاء الحملة وفشل المرشح ، رفض هذا الدفع محتجا ببطلان التزامه لمخالفة سببه للنظام العام • وقد رأينا القضاء يقبل هذه الحجة ويبطل العقد لمخالفة سبب الالتزام للقانون والنظام العام والآداب فى وقت واحد• وهنا ايضاماكان القضاء ليستطيع ابطال العقد لو اقتصر على معنى السبب فى النظرية التقليدية أو فى نظرية كابيتان • فهو ببحثه عن الباعث على تقديم المشروبات وجده رشوة الناخبين ليصوتوا للمرشح ، وهذا مخالف للقانون وللنظام العام • وعليه حكم ببطلان العقد •

٣ ـ عقد القرض :

٤٠٨ ـ ويبطل القضاء عقد القرض كذلك اذا كان الباعث عليه غير مشروع • وفي قضية اقترضت امرأة متزوجه مبلغا من المال لتهرب مع عشيقها ، ابطل القضاء عقد القرض لان الغرض منه كان مساعدة امرأة متزوجة على الفرار مع عشيقها • ويبطل القضاء عقد القرض كذلك اذا كان القصد منه مساعدة شخص على لعب القمار •

موقف الفقه من النظرية الحديثة في السبب

٤٠٩ ــ يميل الفقه الحديث الى الاخذ بالنظرية الحديثة وتوسيعها وصياغة نظرية عامة منها تنطبق على جميع التصرفات القانونية . ولسنا هنا بصدد ذكر جميع الفقهاء الذين يأخذون بالنظرية الحديثة ، ولكننا نذكر على سبيل المثال بعضا منهم واقوالهم فى ذلك .

٤١٠ ــ سبق أن قلنا ان كلا من النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تنظر الى السبب على انه الغرض أو القصد BUT من التعاقد . ولكنهما تختلفان بعد ذلك . فالنظرية التقليدية تنظر اليه باعتباره الغرض المباشر أو الغاية المباشرة BUT DIRECT ET IMMéDIAT . والنظرية الحديثة تنظر اليه باعتباره الغرض غير المباشر او الغاية غير المباشرة BUT INDIRECT ET MéDIAT اي الغرض البعيد او الغاية البعيدة التي يروم المتعاقد الوصول اليها من وراء التعاقد . وقلنا كذلك ان السبب بهذا المعنى الاخير انما هو الباعث الدافع الى التعاقد .

والفقهاء المحدثون (انصار النظرية الحديثة) بعضهم يتكلم رأسا عن القصد أو الغاية أو الغرض ويترك نهائيا استعمال كلمة « سبب » ، والبعض الاخر يبقى متمسكا بكلمة « سبب » فيتكلم عن السبب ويقصد به « الباعث » .

٤١١ ــ واول من بيّن من الفقهاء الدور الذى يلعبه القصد فى التصرفات القانونية هو ، على ما نعلم ، الفقيه الالماني الكبير اهرنج فى كتابه « القصد فى القانون » ZWECK IM RECHT فهو يقول فى هذا الصدد (ص٢٩١) : « لا شيء يوجد فى دائرة القانون الا بالقصد وبمقتضى هذا القصد،والحق كله انما هو من خلق القصد » . وهذا ما يقول به الفقهاء المسلمون ، كما سنرى ذلك فى محله .

٤١٢ ــ ويحتج بعض الفقهاء على استعمال القانون لكلمة « سبب » . وفى هذا يقول ديگى(١) : « كان من الافضل استعمال كلمة « غاية » أو

(١) القانون الدستوري ، ط ٣ ، ج١ ، ص ٣٨٥ .

« قصد » بدلا من كلمة « سبب » ، هذه الكلمة التى تؤدى الى الخلط لانها تفيد فى الوقت نفسه السبب المنشىء والسبب القصدي» .

٤١٣ ــ وفى هذا المعنى يقول جوسران :(١) « .. وكما أن العقد نفسه يكون صحيحا أو باطلا أو قابلا للابطال،حسبما اذا كانت ارادةالطرفين أو ارادة أحدهما مدفوعة بهذا الدافع النفسى أو ذاك ، وحسبما اذا كان (العقد) ثمرة هذه الارادة أو تلك ، وحسبما اذا كان (العقد) متجها الى هذه الغاية المحرمة أو تلك الغاية المشروعة ، كذلك الحقوق فانها يجب أن تستعمل ضمن نطاق معين ووفقا لروحها . وكذلك التصرفات القانونية التى يضعها المشرع تحت تصرف الافراد ليلجأوا اليها فى معاملاتهم ، يجب أن تستعمل عن بينة وحسن A BON ESCIENT وان تكون مدفوعة بدوافع مقبولة وأن تهدف الى غاية مشروعة .. ان القصد هو الذى يخلق الحق ، وان الغرض الذى يرمى اليه هو الذى يبرر الوسائل المستعملة فى الوصول اليه » وسنرى ان هذا هو عينه ما يقول به الفقهاء المسلمون .

علم المتعاقد الاخر بالباعث غير المشروع

٤١٤ ــ واذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين الى التعاقد مخالفا للقانون أو للنظام العام أو للاداب ، فان بعض الفقهاء يكتفى بعلم المتعاقد الاخر بهذا الباعث لابطال العقد ، ولا يكتفي اخرون بالعلم بل يشترطون أن يدخل الباعث فى اتفاق الطرفين . أما القضاء فيكتفى بعلم المتعاقد بالباعث غير المشروع لدى المتعاقد الاخر.ورأي القضاء هذا يحقق استقرار المعاملات اكثر من الرأي الذى يشترط دخول الباعث غير المشروع فى اتفاق المتعاقدين.

أما فى التبرعات ، فينظر الى الباعث لدى المتبرع فقط . فاذا كان غير مشروع بطل التبرع .

مقارنة وموازنة بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة :

٤١٥ ــ نستنتج مما تقدم أن السبب فى النظرية الحديثة ، الذى هو

---

(١) البواعث ، ص ١ ــ ٢ من توطئة الكتاب .

الباعث ، يختلف اختلافا كليا عن السبب فى النظرية التقليدية. فالباعث أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . فالسبب معياره مادى OBJECTIF وهو ركن فى العقد ، ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود ولا بتغير المتعاقدين . أما الباعث فمعياره شخصانى SUBJECTIF ، وهو خارج عن العقد ، ويتغير فى النوع الواحد من العقود وبتغير المتعاقدين .

المبحث الثالث

نظرية السبب في الفقه الاسلامي

القصود في العقود

٤١٦ ــ لم يعالج الفقهاء المسلمون السبب كركن من اركان العقد ، ولكنهم تكلموا عنه باسهاب فى اصول الفقه . وهو يحتل فى هذا العلم مكانا مهما ، ويتسع ليشمل جميع أعمال الانسان ، من تصرفات قولية وفعلية .

ولكن الفقهاء المسلمين اهتموا من جهة اخرى اهتماما عظيما بقصد الانسان ونيته عند قيامه بعمل من الاعمال ، ورتبوا على هذه الاعمال من النتائج بحسب النية التى صاحبت القيام بها. وقد تكلموا عن النية أو القصد فى التصرفات القولية تحت عنوان : «القصود فى العقود» ، وذهبوا الى أن قصد المتعاقد اذا كان مشروعا فالعقد صحيح ، والا فالعقد باطل .

٤١٧ ــ ونقطة الابتداء فى كل ما قرره الفقهاء فى هذا الباب هى الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » . واقوالهم فى هذا الباب اكثر من أن يتسع المجال لذكرها كلها هنا . لذلك فسنقتصر على ذكر بعضها هنا على سبيل المثال .

فمن ذلك ما يقوله الشاطبى فى كتابه « الموافقات فى اصول الشريعة » (ج ٢ ، ص ٣٢٣) «ان الاعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة فى التصرفات من العبادات والعادات» . ويقول كذلك (ص ٣٣١) : « قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده موافقا لقصده فى التشريع . والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة . اذ قد مر انها موضوعة لمصالح العباد على الاطلاق

والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك فى افعاله ، وأن لايقصد خلاف ما قصـــد الشـارع » .

ومن ذلك ايضا ما يقوله ابن القيم الجوزيه فى « اعلام الموقـعين » (ج٣،ص٨٢) : «ان القصد روح العقد ومصححه ومبطله» . ويقول ايضا (ص ٩٦ ــ ٩٨):« فالنية روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها .. ان العامل ليس له من عمله الا مانواه . وهذا يعم العبادات والمعاملات والايمان والنذور وسائر العقود والافعال » .

ومن ذلك ايضا ما يقوله اخوانسارى فى «منية الطالب» (ج١،ص١٠) . «ان الصحة والفساد والحلية والحرمة دائران مدار قصد المحلل والمحرم » . ويقول ايضا (ص ٢٥) : « .. وبالجملة ، تبعية العقد للقصد انما هى لاجل صحة ذلك العقد ، بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه . فلا يعقـل الحـكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه » .

٤١٧ مكرر ــ وظاهر من هذه النصوص ان ما يسميه الفقهاء المسلمون بالقصد تسميه النظرية الحديثة فى السبب بالباعث . فالنظرية الحـديثة تسير اذن نحو ما قرره الفقهاء المسلمون ، ولكنها لم تبلغ بعد الشأو الذى وصل اليه هؤلاء الفقهاء. فهم قد صاغوا من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع أفعال الانسان ، بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعبادات وغير ذلك من الامور. ونحن نعتقد أن أنصار النظرية الحديثة من الفقهاء ، أمثال اهرنك وجوسران ، لو اطلعوا على ما يقوله الفقهاء المسلمون فى هذا الباب لابدعوا فيما يقولونه ايما ابداع ، ولصاغوا منه نظرية متماسكة الاجزاء تسيطر على القانـــون باجمعه .

علم المتعاقد الآخر بالقصد غير المشروع

٤١٨ ــ ولكن اذا اشترط الفقهاء المسلمون لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من وراء تعاقده مشروعا ، الا أنهم اختلفوا فى ضرورة علم المتعاقد بالقصد غير المشروع لدى المتعاقد الاخر ، كما اختلف الفقهاء الغربيون فى

ذلك • فذهب بعضهم الى أن القصد غير المشروع اذا لم يكن ظاهرا فى العقد، أي اذا لم يدخل فى اتفاق الطرفين ، فالعقد صحيح ، ولو علم المتعاقد الاخر بهذا القصد غير المشروع • وذهب اخرون الى أن القصد غير المشروع اذا لم يكن ظاهرا فى العقد ولكن علم به المتعاقد الاخر ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، فالعقد باطل • ولكنهم اتفقوا جميعا على بطلان العقد اذا كان القصد غير المشروع ظاهرا فى العقد ، أي داخلا فى اتفاق الطرفين • وتقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول للقصد غير المشروع الظاهر فى العقد ، والثانى للقصد غير المشروع غير الظاهر فى العقد ، ولكن علم به المتعاقد الاخر أو كان فى استطاعته أن يعلم به •

المطلب الاول

القصد غير المشروع ظاهر في العقد

كيف يظهر القصد غير المشروع :

٤١٩ ــ يظهر القصد غير المشروع عادة اذا نص عليه فى العقد • وقد لا ينص عليه فى العقد ولكن يمكن معرفته من طبيعة المحل • ونذكر فيما يلى نصوصا خاصة بكل من هاتين الحالتين •

الحالة الاولى ــ القصد غير المشروع منصوص عليه في العقد :

٤٢٠ ــ سبق ان رأينا قول الشاطبى بان الشارع قصد من المكلف أن يكون قصده موافقا لقصده فى التشريع • فاذا قصد المتعاقد من تعاقده الوصول الى غرض ينهى عنه الشارع فالعقد باطل • فمن الامور التى نهى عنها الشارع : اللهو ، والغناء ، وشرب الخمر ، والزنا ، الخ •• فاذا كان القصد من العقد القيام بأحد الامور المنهى عنها ونص على هذا القصد فى العقد ، فالعقد باطل •

٤٢١ ــ فمن ذلك ما جاء فى الكاسانى (ج ٥، ص ١٦٠) : « لو اشترى قمرية على انها تصوت ، او طيرا على انه يجىء من مكان بعيد ، او كبشا على

انه نطاح ، او ديكا على انه مقاتل ، فالبيع فاسد عند ابى حنيفة» . ويعلل الكاسانى هذا الفساد بعلتين :

١ ــ ان هذا الشرط فيه غرر ، والغرر ممنوع شرعا ، والوقوف عليه غير ممكن لانه لا يحتمل الجبر عليـــه .

٢ ــ ان الصفات المشروطة يتلهى بها عادة ، والتلهى محظور . فالمشترى فى المثال المتقدم لم يكن قصده موافقا لقصد الشارع فى التشريع ، اذ كان قصده اللهو ، واللهو منهى عنه . لذلك فالبيع فاســد .

٤٢٢ ــ ومن ذلك ايضا العنب والخشب . فهما شيئان مباحان ، والتعامل بهما مباح . ولكن اذا قصد من التعامل فيهما الوصول الى غاية محرمة ، كعمل الخمر أو صنع الاصنام والصلبان ، فالبيع باطل . فقد جاء فى الخوانساري (ص ١٠) : « اذا قصد فى المعاملة غاية محرمة كبيع العنب بشرط أن يعمله خمرا ، أو بيع الخشب بشرط أن يعمله صليبا أو صنما . لا اشكال فى حرمة هذه المعاملة وفسادها لكون الاكل فى مقابلها اكلا للمال بالباطل » .

٤٢٣ ــ ومن ذلك ايضا عقد الايجار . فاذا قصــد من هذا العقد غاية محرمة فالعقد باطل . وفى هذا المعنى جاء فى مفتاح الكرامة (ج ٤ ، ص ٣٩ ، متن) : « وليس للمسلم منع الذمى المستأجر داره من بيع الخمر فيها سرا . ولو اجره لذلك حرم » . وجاء فى تذكرة الفقهاء للحلى (ج ٨ ، ص ١٨٦ ــ ١٨٨) : « اجارة السفن والمساكن للمحرمات حرام » .

الحالة الثانية القصد غير المشروع مستفاد من طبيعة المحل :

٤٢٤ ــ وقد لا ينص على القصد غير المشروع فى العقد ، بل يستفاد من طبيعة المحل . فى هذه الحالة يعتبر القصد كما لو كان قد نص عليه فى العقد ، ويبطل العقد تبعا لذلك . من ذلك الات اللهو كالبربط ، والطبل ، والمزمار ، والدف ، ونحوها ، فمادة هذه الاشياء ليست محرمة ، ولكن الصورة التى جعلت فيها جعلتها تستعمل فى غاية محرمة ، ولكن مع ذلك يمكن الانتفاع بها بوجه اخر . لذلك نجد ابا يوسف ومحمد يخالفان استاذهما أبا حنيفــة فى

جواز بيع هذه الاشياء . فأبو حنيفة يجوز بيعها ولكنه يعتبره مكروها ، وابو يوسف ومحمد يبطلانه . وفى هذا المعنى جاء فى الكاسانى (ج٥ ، ص ١٤٤) : « ويجوز بيع الآت الملاهى من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره . وعند ابى يوسف ومحمد لا يعقد بيع هذه الاشياء لانها الات معدة للتلهى بها ، موضوعة للفسق والفساد ، فلا تكون أموالا فلا يجوز بيعها » .

المطلب الثاني

القصد غير المشروع غير ظاهر في العقد ولكن علم به المتعاقد الآخر

٤٢٥ ــ واذا لم يكن القصد غير المشروع ظاهرا فى العقد ، بان لم يكن منصوصا عليه فى العقد ولا مستفادا من طبيعة المحل ، ولكن علم به المتعاقد الاخر أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، فقد انقسم الفقهاء بشأنه فريقين: فريق يجيز العقد ، و هؤلاء هم فقهاء الحنفية والشافعية والزيدية . وفريق يبطل العقد ، وهؤلاء هم فقهاء الشيعة والمالكية والحنابلة ، وفقهاء مذاهب اخرى منقرضة . وتتكلم عن كل فريق من هؤلاء فى مقصد مستقبل .

المقصد الاول

القصد غير المشروع في فقه الحنفية والشافعية والزيدية

٤٢٦ ــ القاعدة فى هذه المذاهب الثلاثة هى التالية : القصد غير المشروع لا يؤخذ بنظر الاعتبار الا اذا نص عليه فى العقد واصبح جزءاً من الصيغة ، أي اتفاق الارادتين . فاذا لم يعلن فى العقد فالعقد صحيح ، ولا يبحث فيما وراء الظاهر لمعرفة هذا القصد غير المشروع .

وفى هذا المعنى جاء فى كتاب الام للامام الشافعى رحمه الله (ج ٣ ، ص ٦٥) : « أصل ما اذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم ابطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، واكره لهما النية اذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . وكما اكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ظلما ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه انه يقتل به ظلما

لانه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع • وكما اكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه انه يعصره خمرا ولا أفسد البيع اذا باعه اياه لانه باعه حلالا وقد يمكن ان لا يجعله خمرا ابدا • وفى صاحب السيف أن لا يقتل به أحدا ابدا • وكما افسد نكاح المتعة ، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوى أن لا يمسكها الا يوما أو اقل أو اكثر لم افسد النكاح ، انما أفسده أبدا بالعقد الفاسد » • وهذا النص يبين بوضوح أن الامام الشافعي يقف عند الارادة الظاهرة ولا يتخطاها للبحث عن البواعث التى دفعت المتعاقد الى التعاقد • فالقصد غير المشروع غير ظاهر فى العقد فهو غير منصوص عليه فيه ولا يستفاد من طبيعة المحل ، وعليه فالامام الشافعى يعتبر العقد صحيحا • فليس من المؤكد توافر القصد غير المشروع لدى المتعاقد الاخر ، اذ يمكن أن يستعمل الشىء المبيع فى الحلال وفى الحرام(١) •

المقصد الثاني

القصد غير المشروع فى فقه الشيعة والمالكية والحنابلة

٤٢٧ ــ واذا لم يكن القصد غير المشروع ظاهرا فى العقد ولكن علم به المتعاقد الآخر ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، ففقهاء الشيعة والمالكية والحنابلة يبطلون العقد • ونذكر فيما يلي بعض النصوص لبيان ذلك •

ففى الفقه المالكى جاء فى الحطاب (ج٤ ، ص٢٦٧) : « بيع العنب لمن يعصره خمرا ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها ، غير جائز » •

وفى فقه الشيعة جاء فى الخوانسارى (ص ١٣) : « كل فعل لا يقع الحرام به بل يتوقف على امور اخر ، كبيع العنب ممن يجعله خمرا ، فهذا لا يندرج تحت الاعانة على الاثم الا اذا قصد البايع به توصل المشترى بالعنب الى التخمير • فان الشراء الذى هو مقدمة الحرام وان لم يكن بحرام ، الا أن البايع حيث قصد من بيعه كون المشترى متمكنا من التخمير فيندرج فى

(١) للاطلاع على نصوص في الفقه الحنفي وفي الفقه الزيدي ، يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٤٥٦ ــ ٤٥٨ • كذلك رسالتنا ، ص ٣٩٧ ــ ٤٠٤

الاعانة على الاثم . ثم انه قد يستدل بحرمه بيع العنب ممن يعلم انه يعمله خمرا بان دفع المنكر واجب ، ولا يتم ذلك الا بترك البيع فيجب تركه ، فيحرم فعله » . ويلاحظ على هذا النص انه يبدأ باعطاء قاعدة عامة لامسألة من المسائل . فهو لا يبدأ كالنص السابق بالقول ببطلان بيع العصير ممن يتخذه خمرا ، بل بالقول : « كل فعل .. » . وهذا تعميم يساعد كثيراعلى وضع قاعدة عامة تنطبق على حالات كثيرة(١) .

المبحث الرابع

تحديد معنى السبب في القانون المدني العراقي

٤٢٨ ــ بعد هذا الاستعراض لنظرية السبب فى الفقه والقضاء الفرنسيين وفى الفقه الاسلامى ، نعود الى القانون المدنى العراقى لنرى النظرية التى يمكن الاخذ بها فى تفسير نصوصه المتعلقة بالسبب .

٤٢٩ ــ سبق أن قلنا ان القانون المدني نص فى الفقرة الاولى من المادة (١٣٢) على بطلان العقد « اذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام أو للآداب » ، ولكنه لم يحدد معنى السبب فى هذه المادة . ونحن نرى ان المشرع العراقى لم يحسن صنعا بذلك . فهو ما دام قد أخذ هذه النظرية عن القانون الفرنسى ، وما دامت هذه المسألة مختلفا فيها أشد الاختلاف بين الفقهاء الفرنسيين ، بحيث انهم لم يتوصلوا حتى الآن الى الاتفاق على معنى معين لكلمة « سبب » بالرغم من مرور اكثر من قرن ونصف على صدور القانون المدنى الفرنسى ، وازاء هذا الاختلاف الشديد والفوضى

(١) يذهب الدكتور شفيق شحاته الى ان الفقهاء المسلمين لم يأخذوا بالباعث . فهو يقول في هذا الصدد : «والواقع ان الدافع أو الباعث لم يعتبر ابدا عند الفقهاء ، حتى انهم قالوا ان البيع يصح ولو ان الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ج١ ، ص ٨٩) . ولكن النصوص التي استعرضناها فيما تقدم لا تساعدنا على قبول هذا الرأي .

الفكرية التى احدثتها كلمة «سبب» الواردة فى القانون المدنى الفرنسى فقد كان من اللازم على المشرع العراقى أن يحدد موقفه ويبين المعنى الذى يختاره لهذه الكلمة ، خاصة وهو قد عرّف كثيرا من المسائل فى القانون المدنى ؟ وذلك لنتجنب البلبلة والاضطراب الذين حدثا فى الفقه الفرنسي بسبب غموض معنى هذه الكلمة وتعدد المعانى التى تحتملها .

٤٣٠ ــ يقول العلامة السنهورى ، واضع القانون المدنى العراقى ان النظرية التى اعتنقتها القوانين المدنية العربية والتى منها القانون المدنى العراقى انما هى النظرية الحديثة فى السبب ، أي النظرية التى تعتبر لسبب بمعنى الباعث(١) . ولكن ألا يحق لنا أن نتساءل لماذا اذن الابقاء على التسمية الواردة فى القانون المدنى الفرنسى ، لماذا ينص القانون على السبب ويقصد به الباعث؟ألم يكن من الافضل اطلاق الاسماء الحقيقية على مسمياتها منعا لتشعب الآراء فى التفسير ولذهاب المحاكم مذاهب شتى فى الفهم ، وما يؤدى اليه ذلك من الاضطراب فى الفكر القانونى وعدم استقرار المعاملات!!

لقد رأينا من الفقهاء الفرنسيين من يحتج على استعمال كلمة «سبب» ويطلب حذفها واستعمال كلمة « باعث » بدلا منها،أفلسنا اولى منهم بذلك، أفلم يكن من اللازم علينا أن نستفيد من تجاربهم ونبدأ من حيث انتهوا !!

٤٣١ ــ ثم ان رأي الاستاذ السنهورى فى ان السبب معناه الباعث لا يمكن قبوله على اطلاقه . ذلك ان الفقرة الاولى من المادة (١٣٢) تنص على بطلان العقد « اذا التزم المتعاقد دون سبب » وكلمة «سبب» فى هذه الجملة لايمكن فهمها على انها الباعث ، فالباعث أمر نفسى وخارج عن العقد ، وقد لايعلم به المتعاقد الآخر،فكيف نستطيع أن نبطل العقد فى هذه الحالة!! ان كلمة«سبب»هنا لايمكن فهمها الا بالمعنى الذى تعطيه النظرية التقليدية.

٤٣٢ ــ وقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة (١٣٦) ، وهى المقابلة للمادة (١٣٢)مدني عراقي،على انه:«اذا لم يكن للالتزام سبب ..كان

(١) مصادر الحق ، ج٤ ، ص ٢٨ .

العقد باطلا » ويقول الاستاذ فى صدد هذه المادة : « ان المقصود بالسبب هنا انما هو الباعث الدافع الى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد ، وهو امر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث» . فاذا كان الامر كذلك فالالتزام دون سبب معناه الالتزام دون باعث . ولكن هذا المعنى ، كما قلنا قبل قليل ، لايمكن قبوله . اذ كيف يتصور ان يقدم شخص على الالتزام ، أو بالاصح على التعاقد ، دون أن يكون لديه باعث يدفعه الى ذلك!؟وحتى لو امكن ذلك فماذنب المتعاقد الآخر وما هو الخطأ الذى ارتكبه فيفاجأ ببطلان العقد !؟ ثم ان الاستاذ السنهورى يقول فى هذا الصدد : «ولا بد فى القانون الجديد أيضا من أن يكون السبب معلوما من المتعاقد الآخر ، فاذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين الى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته ان يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحا ، ويقوم لا على الارادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الارادة الظاهرة ، شأن العقد الذى يقوم على ارادة معيبة بغلط أو تدليس أو اكراه ولايعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولايستطيع أن يعلم به»(١) . وهذا القول ينطبق بالنسبة للالتزام دون سبب اذا أخذنا السبب بمعنى الباعث . فاذا التزم شخص دون باعث فان ذلك لا يمكن أن يكون سببا لابطال العقد حتى لو علم الطرف الآخر بعدم وجود باعث لدى من يتعاقد معه . لذلك نكرر هنا ما قلناه قبل قليل من أن السبب هنا لايمكن أن يفهم الا بمعنى النظرية التقليدية أو نظرية كابيتان . وهذا مثل آخر على الالتباس الذى يمكن أن يؤدى اليه استعمال القانون لكلمة « سبب » فى هذا الصدد(٢) .

---

(١) الوسيط ، ف ٢٨٩ ، ص ٤٧٣ .

(٢) والحقيقة ان الاستاذ السنهوري يذهب الى ما نذهب اليه من ان السبب هنا لا يمكن ان يفهم الا بمعنى النظرية التقليدية . لذلك فهو ينتقد صياغة المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري التي وضعها هو نفسه . فهو يقول في هذا الصدد : « على ان هناك مآخذين على القانون الجديد ، تجمعا في

٤٣٣ ــ ثم اننا رأينا الفقهاء المسلمين يشيدون نظرية متينة فى الباعث عند كلامهم عن القصود فى العقود، ويذهبون أبعد مما ذهب اليه القضاء الفرنسى واضع نظرية الباعث ، ويبطلون العقد كلما لاح لهم أن المتعاقد كان يقصد غرضا غير مشروع من وراء تعاقده ، أي كلما كان الباعث له على التصرف غير مشروع .لذلك ، ولما كان الاستاذ السنهورى يذهب الى أن النظرية التى اعتنقتها القوانين المدنية العربية فى السبب،ومنها القانون المدنى العراقى ،هى النظرية الحديثة،أي نظرية الباعث ،أفما كان من الاجدر أخذ هذه النظرية من الفقه الاسلامى رأسا ،خاصةوان النظرية التى يمكن صياغتها من النصوص التى استعرضناها أوسع بكثير من نظرية القضاء الفرنسى . ثم اننا لا نكون من جهة اخرى قد اهملنا هذه الثروة الفقهية العظيمة التى بين أيدينا وذهبنا نتلمس ما فى أيدي الغرب .

٤٣٤ ــ لكل ما تقدم ، فاننا نقترح أن يكون نص الفقرة الاولى من المادة(١٣٦)من القانون المدنى على النحو التالى:«يبطل العقد اذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين الى التعاقد مخالفا للقانون أو للنظام العام والآداب، وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث أو كان فى استطاعته أن يعلم به»(١) . اننا بهذا النص نضع الامور فى نصابها ،ونسمى الاشياء باسمائها الحقيقية ،

العبارة التي صدرت بها المادة (١٣٦) . فقد جاء في صدر هذه المادة « اذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب الى الالتزام ، وكان الاولى ان ينسب الى العقد اذ هو متلازم مع الارادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال ان يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دمنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل ارادة لابد ان يكون لهاباعث الا اذا صدرت من غير ذي تمييز ، والعبارة التى ننتقدها اليق بالنظرية التقليدية ، ففي هذه النظرية ينسب السبب الى الالتزام ويتصور ان يكون غير موجود . ولكن لا يجوز ان يفهم من ذلك ان القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فان الاعمال التحضيرية صريحة في أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة » (الوسيط ، ف ٢٩٤) .

(١) رسالتنا ، ص ٤٥٠ ــ ٤٥٢ .

وتتجنب ما يمكن ان يقع من التباس فى فهم كلمة « سبب »(١) .

اثبات السبب

٤٣٥ ــ تقضى الفقرة الثانية من المادة (١٣٢) من القانون المدنى بانه : « ويفترض فى كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد،مالم يقم الدليلعلى غير ذلك» . وتقضي الفقرة الثالثة من المادة نفسها بانه : « اما اذا ذكر سبب فى العقد فيعتبرانه(٢) هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك » . وتعالج أولى هاتين الفقرتين حالة ما اذا لم يكن السبب مذكورا فى العقد ، وتعالج ثانيتها حالة ما اذا كان السبب مذكورا فى العقد . وقبل أن تتطرق الى هاتين الحالتين ننبه الى أن السبب هنا معناه المصدر الذى أوجد الالتزام ، وان العقد معناه المحرر الذى يثبت الالتزام .

١ ــ السبب غير مذكور فى العقد

٤٣٦ ــ اذا اعترف شخص فى محرر بانه مدين لآخر بشىء ولم يذكر سبب التزامه ، أي مصدره ، فالقانون يفترض وجود سبب مشروع لهذا الالتزام . ولكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فهي قابلة لاثبات العكس . فاذا ادعى المدين عدم وجود سبب لالتزامه ، أو ان السبب كان غير مشروع ، فهو المكلف باثبات ذلك .

واذا ادعى المدين أن سبب الالتزام كان غير مشروع واثبت ذلك ، فعليه أن يثبت ايضا علم الدائن بهذا السبب . وله أن يثبت هذا العلم بجميع الطرق لانه واقعة مادية(٣) .

---

(١) ان هذا النص وان لم يكن من الممكن ولا من المستحسن ادخاله فى الوقت الحاضر فى صلب القانون المدني ، الا اننا نضعه أمام رجال القانون والمشرعين ليؤخذ بنظر الاعتبار عند الشروع بوضع قانون مدني موحد لجميع البلاد العربية ، واننا لعلى يقين من ان هذا اليوم ليس ببعيد .

(٢) كلمة « انه » هذه زائدة وكان فى الامكان الاستغناء عنها .

(٣) يقول الاستاذ السنهوري فى هذا الصدد ما يلي : « اذا ادعى المدين ان للعقد سببا غير مشروع ... » (الوسيط ، ف ٢٩٦ ، ص

٢ ـ السبب مذكور في العقد

٤٣٧ ـ اذا ذكر فى العقد سبب للالتزام فالقانون يفترض هنا كذلك ان هذا السبب هو السبب الحقيقي لالتزام المدين . ولكن هذه القرينة ، كسابقتها ، قابلة لاثبات العكس . فاذا ادعى المدين ان السبب المذكور فى العقد ليس هو السبب الحقيقي بل سبب صوري ، أو انه سبب غير مشروع، فعليه يقع عبء اثبات ذلك .

فاذا أدعى المدين صورية السبب المذكور فى العقد وكانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة دنانير ، فى هذه الحالة يجب ان يثبت ذلك بالكتابة ، وذلك تطبيقا للفقرة الاولى من المادة (٤٨٨) من القانون المدني التي تقضى بانه: « اذا كان الالتزام التعاقدي فى غير الامور التجارية تزيد قيمته على عشرة دنانير أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة فى اثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك» . وتشترط الكتابة كذلك حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة دنانير اذا كان السبب الصوري مكتوبا ، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة (أ) من المادة (٤٨٩) القاضية بانه : «لا يجوز الاثبات بالشهادة فى الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي » .

واذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد غير مشروع ، فله ان يثبت ذلك بجميع الطرق كالشهادة ، والنكول عن اليمين ، والقرائن القانونية (م ٥٠٢ ـ ٥٠٤ مدني) ، والقرائن القضائية (م ٥٠٥ مدني)، حتى لو كان السبب الصوري مكتوبا ، وحتى لو تجاوز مبلغ الدين عشرة دنانير . وذلك لان المراد اثباته هنا انما هو أمر مخالف للقانون ، والامر المخالف للقانون يجوز اثباته بكل الطرق .

---

٤٨٥) . ونحن نرى أن هذا القول لا يستقيم والنصوص القانونية . فالنص المصري يقول : « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد ... » . والظاهر ان الاستاذ عندما قال ذلك كان يفكر بالباعث الذي هو سبب العقد .

موقف القضاء العراقي من نظرية السبب

٤٣٨ ــ والظاهر ان المحاكم العراقية تفهم السبب بالمعنى الذي تحدده به النظرية التقليدية . فقد جاء فى حكم لمحكمة تمييز العراق صادر فى ٢٠ــ٢ــ٥٦ « ان تعهد المدعى عليه بدفع المبلغ اذا تخلف عن المراجعة الى محكمة المواد الشخصية لتحصيل الاذن بالنكاح واصدار أعلام الزواج، وحيث قد تبين ان زوج المدعية كان قد طلقها لهذا لم يبق مجال لقيام المتعهد بما تعهد به . وبالنتيجة لايلزم بدفع التعويض المشروط . لذلك قرر نقض الحكم » .

وفى قضية اخرى استعمل شخصان المجاري العائدة لشخص اخر واستثمرا الاراضي التي تحت اجارته واخذا الفلاحين العائدين له واوقفا الماكنات التي نصبها للزراعة خلافا للتعهد ، وقد تعهدا بتحمل التعويض ، وقدره ٢٠٠٠ دينار ، بموجب التزام تحريري وقعاه امام قائمقام قضاء تكريت . اقام هذا الشخص الدعوى مطالبا بالمبلغ فردت المحكمة دعواه وصدقت محكمة التمييز الحكم . وقد قالت محكمة التمييز فى حكمها مايلي: « ان التعويض الذي يطالب به المميز يستند حسب زعمه الى التزام تحريري وقعه المميز عليهما امام قائمقام قضاء تكريت ، وحيث ان مثل هذا الالتزام لا يترتب عليه اية مسؤولية مدنية ولا يسأل موقعاه عما التزما به لانه التزام بدون سبب . لذا يكون القرار الصادر برد الدعوى موافقا للقانون ... ». ومن الواضح ان السبب الذي تقصده محكمة التمييز فى الحكمين المتقدمين هو المقابل او العوض ، اي التزام الطرف الاخر .

وفيما يتعلق بالسبب المخالف للنظام العام جاء فى حكم لمحكمة التمييز صادر فى ٤ــ٣ــ٥٩ : « ان سبب الدين المبين فى السند الكمبيال جاء مخالفا للنظام العام وكان على المحكمة ان تحكم برد الدعوى المقامة بالاستناد الى المادة ١٣٢ مدني ــ لذا قرر نقض الحكم » (لم يذكر الحكم ، مع الاسف، سبب الدين المبين فى السند الكمبيال) .

وفيما يتعلق بالالتزام دون سبب ، حصل فى قضية ان اقر شخص طريح الفراش بصك لدى الكاتب العدل يتضمن مشغولية ذمته لزوجته بعشرين الف دينار ، فاقام ورثاه الدعوى طالبين ابطال السند لان قصد مورثهما كان حرمانهما من التركة ، ومستندين فى ذلك الى ان ظاهر الحال يكذب انشغال ذمة مورثهما لزوجته لانها فقيرة الحال • فردت المحكمة دعواهما وصدقت محكمة التمييز الحكم بحكم لها صادر بتاريخ ٢٥ــ٤ــ٦٠ • وقد جاء فى حيثيات محكمة التمييز ما يلي : « ان الادعاء يحوم حول ابطال سند مصدق لدى كاتب العدل ، ومن المعلوم ان ماهو مذكور من سبب فى هذا العقد يعتبر انه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على مايخالف ذلك عملا بحكم الفقرة ٣ من المادة ١٣٢ مدني وهو ايضا لا يعتبر باطلا لانه لم يكن التزاما دون سبب او كان سببه ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او الاداب • ثم ان المميزين هما الخلف العام للمدين المتعاقد مورثهم فرايم ، لهذا فاثر هذا العقد ينصرف اليهما بقدر انصرافه الى مورثهم فرايم • هذا وان سند الدين المشار اليه آنفا لايخلو مضمونه من احد امرين : اولهما ــ الاقرار صراحة امام كاتب العدل بوقوع التسليم والتسلم امامه ، وثانيهما الاقرار بالدين دون وقوع التسليم والتسلم امام كاتب العدل • ففي الحالة الاولى لا تسمع دعوى الكذب فى الاقرار (المادة ٢٤ من قانون الكتاب العدول رقم ٦٥ لسنة ٣٨) وفى الثانية تسمع • ولما كان هذا السند قد تم تنظيمه بصورة قانونية واودع للتنفيذ دون اعتراض لهذا تصبح النقاط التي اثارها المميزون فى استدعاء دعواهم غير واردة ويصبح القرار الصادر موافقا للقانون» •

٤٣٨ مكرر ــ الى هنا ننتهي من الكلام عن السبب، وبذلك ننتهي من الكلام عن اركان العقد • وننتقل الآن الى الكلام عن جزاء عدم توافر أركان العقد كاملة ومستوفية لشرائطها ، وهذا الجزاء هو البطلان •

الفرع الرابع

بطلان العقد(١)

NULLITE DU CONTRAT

٤٣٩ ــ تكلمنا فى الفروع الثلاثة المتقدمة عن انعقاد العقد ، ورأينا الاركان اللازم توافرها ليتم هذا الانعقاد ، وهي: التراضى،والمحل، والسبب، والشكل فى بعض الاحيان. وجزاء تخلف احد هذه الاركان او عدم توافر الشروط اللازمة فىأحدها ، وهوالرضاء ، هو بطلان العقد . وبطلان العقد هو انعدام أثره فيما بين المتعاقدين ، وبالنسبة للغير تبعا لذلك . ونظرية البطلان تختلف ، فى الفقه الغربي،اختلافا جوهريا عنهافى الفقه الاسلامي . وقد استمد القانون المدني العراقي أحكام البطلان من الفقه الاسلامي ، خلافا لبقية البلدان العربية التي أخذت هذه النظرية عن الفقه الغربي .

ونقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نخصص الاول لنظرية البطلان فى الفقه الغربي ، والثاني لنظرية البطلان فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي .

المبحث الاول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

التقسيم الثنائي للبطلان : البطلان المطلق والبطلان النسبي

٤٤٠ ــ سبق أن رأينا أن أركان العقد ثلاثة : التراضى ، والمحل ، والسبب . وسبق أنقلنا بأنه لا بد من توافر هذه الاركان لنشوء العقد ، فاذا تخلف أحدها لم ينشأ . وسبق ان قلنا كذلك بانه يشترط فى الرضاء ، بالاضافة الى توافره ، ان يكون صحيحا ، وذلك بأن يصدر من شخص كامل

(١) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٤٦٩ ــ ٥٢٨ ، مع المراجع المشار اليها في هامش ص ٤٦٩ .

الاهلية وأن لا يكون مشوبا بأحد العيوب التي رأيناها. فاذا صدر من ناقص الاهلية أو شابه عيب ، فالعقد ينشأ ولكنه لا يكون ملزما لناقص الاهلية ولا لمن شاب رضاءه عيب . ونتيجة لاشتراط توافر هذه الاركان والشروط ، رتب الفقه الفرنسي على تخلف أحدها بطلان العقد ، وقسم هذا البطلان الى نوعين : مطلق ونسبي :

البطلان المطلق

٤٤١ ـ فيكون البطلان مطلقا اذا تخلف أحد اركان العقد . فاذا لم يكن هناك محل أو سبب كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . وكذلك الامر اذا لم يكن هناك رضاء، بان خالف القبول الايجاب ، أو صدر بعد سقوط الايجاب، أو صدر على سبيل المزاح ، أو من صبي غير مميز ، أو من مجنون ، الخ.. ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا كذلك اذا اشترط القانون شكلية معينة ولم تستوف هذه الشكلية . في جميع هذه الصور تخلف ركن من الاركان اللازمة لانعقاد العقد فلم ينعقد ، فهو باطل بطلانا مطلقا. والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا يمكن اجازته ، ولا يصح بالتقادم ، ويمكن ان يتمسك به كل من له مصلحة في ذلك . وهو لا ينتج ، في الاصل ، أي أثر ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير .

البطلان النسبي

٤٤٢ ـ ويكون البطلان نسبيا اذا توافرت للعقد أركانه من رضى ومحل وسبب ، ولكن اختل ركن الرضاء ، بان صدر من ناقص الاهلية أو شابه عيب أفسده . والعقد في هذه الحالة موجود قانونا وينتج آثاره كاملة حتى يطلب من تقرر البطلان لمصلحته ابطاله . فاذا أعلن البطلان قضاء ، أو اتفق عليه الطرفان ، زال العقد بأثر رجعي الى حين ابرامه واعتبر كأن لم يكن من ذلك الوقت ، ويجب عندئذ اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فمن لم ينفذ من الطرفين التزامه لا يجبر على تنفيذه ، ومن نفذ كان له أن يسترد ما دفعه .

التقسيم الثلاثي للبطلان : الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي

٤٤٣ ــ ذلك هو موجز للتقسيم الثنائي للبطلان الذي كان يقول به فقهاء القانون الفرنسي القديم ، والذى يرقى بجذوره الى القانون الرومانى . غير أن بعض الفقهاء ، ومعهم القضاء فى ذلك ، اضافوا الى النوعين المتقدمين من البطلان نوعا ثالثا هو الانعدام Inexistence . ويذهب هذا الفريق من الفقهاء الى انه اذا تخلف أحد أركان العقد فالعقد منعدم ، واذا اختل المحل أو السبب ، بأن كان المحل مستحيلا أو غير معين أو غير مشروع ، أو كان السبب غير مشروع ، فالعقد باطل بطلانا مطلقا . أما اذا اختل ركن الرضاء فالعقد باطل بطلانا نسبيا .

٤٤٤ ــ والسبب الذى دعا هذا الفريق من الفقهاء الى التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق هو حدوث حالات يكون العقد فيها باطلا بطلانا مطلقا ولكن القانون لم ينص عليها . وأهم هذه الحالات حدثت بمناسبة عقد الزواج . فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن لا بطلان فى هذا العقد بدون نص ، صيانة له من التزعزع والاضطراب . ولكن القانون لم يتعرض لحالة ما اذا تم عقد الزواج بين شخصين من جنس واحد . فما العمل والفقه والقضاء كانا قد قررا أن لا بطلان بدون نص ؟ هنا تفتق ذهن بعض الفقهاء ووجد فى فكرة الانعدام مخرجا من المأزق الذي وجدوا أنفسهم فيه ، مخرجا يوفق بين القاعدة التى قرروها من أنه لا بطلان بدون نص وبين مقتضيات الحال ، فقالوا أن العقد منعدم فى مثل هذه الحالات . ومن عقد الزواج امتدت فكرة الانعدام الى العقود الاخرى ، وصار يقول بها جمهرة كبيرة من الفقهاء أمثال اوبرى ، ورو ، وبودرى لاكانتنرى ، وبارد وبونكاز ، وجوسران ، الخ .. بحيث صار يطلق على هذه النظرية اسم النظرية التقليدية بالرغم من أنها من صنع فقهاء القرن التاسع عشر ، ويذهب أنصار هذه النظرية الى أن عدم مراعاة الشكليات التى يتطلبها القانون يجعل العقد منعدما كذلك ، لا باطلا بطلانا

مطلقا • وهم يقصدون بالشكلية فى هذا الباب الشكلية التى يشترطها القانون كركن من أركان العقـد(١) •

الانتقادا ت الموجهة للتقسيم الثلاثي للبطلان :

٤٤٥ ــ وقد تعرضت النظرية التقليدية هذه الى انتقاد شديد من قبل غالبية الفقهاء •وأهم الانتقادات التى وجهت الى هذا التقسيم نوعان : نوع يرمى الى هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق وجعل الاثنين فى مرتبة واحدة ، فهو لا يرى فى هذا التمييز فائدة تذكر ، ونوع يرمى الى تنويع حالات البطلان وتعددها دون التقيد بالمراتب الثلاث التى تقول بها النظرية التقليدية ، فهو يـرى ان التقسيم الثـلاثي ضيق • ونرى كلا من ذلـك عـلى حـــدة •

الانتقاد الاول ــ عدم فائدة التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق :

٤٤٦ ــ ففيما يتعلق بالانتقاد الاول ، قيل ان التمييز بـين الانعـدام والبطلان المطلق لا يتفق والمنطق ، وليست له فائدة عملية •

أما أنه لايتفق والمنطق ، فلأن العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني ، فهو يستوي والعقد المنعدم فى الانعدام• ولا يمكن ان يقال بأن العقد المنعدم أشد انعداما من العقد الباطل بطلانا مطلقا ، لان العـــدم لا تفاوت فيـــه •

وأما أن التمييز ليس له فائدة عملية فذلك ظاهر من استعراض أحكام كل من النوعين • ففى كليهما لا ينتج العقد أثرا قانونيا ، وكل منهما يتمسك به من له مصلحة فى التمسك به ، وللمحكمة أن تحكم به من تلقـاء نفسها D'OFFICE ، ولا تلحق الاجازة أيا منهما ، ولا يسقطان بالتقادم(١) •

الانتقاد الثاني ــ ضيق التقسيم الثلاثي :

٤٤٧ ــ وفيما يتعلق بالانتقاد الثانى ، قيل ان التقسيم الثلاثي ضيق

---

(١) بونكاز ، ج٣ ، ف ٤ •

(١) نظرية العقد ، ف ٥٧٣ ، مع المراجع المشار اليهـا في هوامش رقم ١ و٢ ، ص ٦٠١ •

لا يتسع لكل الحاجات. ويقول أصحاب هذا الرأي أن القانون حدد شروطا للعقد لكي ينتج آثارا معينة ، وكل شرط من هذه الشروط انما يتطلبه القانون لمواجهة غرض معين. فاذا اختل شرط كان العقد باطلا ، ولكن هذا البطلان يختلف عن بطلان يترتب على اختلال شرط آخر . فيتعدد البطلان ويتنوع تبعا للاغراض التي توخاها القانون. فكلما فات على القانون غرضه من تطلب شرط معين ، فان اختلال هذا الشرط يؤدى الى أن العقد لا ينتج من الآثار ما يقابل هذا الشرط ، ولكن ذلك لا يمنع من أن ينتج العقد آثاره الاخرى التى توافرت الشروط المقابلة لها. اذ ليس هناك ما يحتم أن تكون آثار العقد غير قابلة للتجزئة ، يرتبط بعضها بالبعض الآخر . فقد تنعدم بعض هذه الآثار فلا يمنع ذلك من وجود الباقى . وهكذا يكون البطلان على مراتب مختلفة متنوعة ، ويكون معناه أن العقد لا ينتج أثرا أو آثار معينة ، طبقا للغرض الذى توخاه القانون . وهذا ما يعطى نظرية البطلان قسطا وافرا من المرونة(١) . ولكن هذا الرأي لم يكتب له النجاح ولم يأخذ به القضاء .

---

(١) دروكول ، النظرية العامة للبطلان ، رسالة للدكتوراه ، اكس ١٩٠٢ ، ص ٢٠٦ وما بعدها . جاپيو ، بطلان العقود ، رسالة للدكتوراه ، ديجون ، ١٩٠٩ ، ص ١٥١ و١٥٤ . نقلا عن نظرية العقد ، ف ٥٧٤ . بونكاز ، ف ٢٧ وما بعدها .

ويذهب الاستاذ السنهوري الى أنه ليس هناك الا مرتبة واحدة من البطلان ، هي مرتبة البطلان المطلق . ذلك ان العقد الباطل بطلانا نسبيا يمر على مرحلتين : (المرحلة الاولى) قبل ان يتعين مصيره بالاجازة او بالابطال، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا . (والمرحلة الثانية) يلقى فيها أحد المصيرين : (١) فاما ان تلحقه الاجازة او يتم فى شانه التقادم ، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشئا لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . (٢) وأما ان يتقرر بطلانه ، فينعدم وجوده القانوني انعداما تاما وتزول جميع الآثار القانونية التي انشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا . فالعقد الباطل بطلانا نسبيا ، كما نرى ، لا يعدو في مآله أن يكون عقدا صحيحا اذا لحقته الاجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقد باطلا بطلانا مطلقا اذا تقرر

تمييز البطلان مما يشابهه من الاوضاع :

٤٤٨ ــ هناك أوضاع قانونية تقرب من البطلان ينبغي التمييز بينها وبينه قبل دراسة البطلان فى ذاته • ونذكر من هذه الاوضاع اثنين ١ ــ عدم سريان العقد فى حق الغير • ٢ ــ فسخ العقد وانفساخه •

١ ــ البطلان وعدم سريان العقد في حق الغير

٤٤٩ ــ البطلان ، كما نعلم ، هو انعدام أثر العقد فيما بين المتعاقدين ، وبالنسبة للغير تبعا لذلك • وقد سبق أن رأينا أسبابه ، وهي تخلف أحد اركانه فى البطلان المطلق ، واختلال الرضاء فى البطلان النسبي • ولكن قد تتوافر للعقد أركانه،ويصدر الرضاء من أهله سليما غير مشوب بعيب،وينتج العقد تبعا لذلك آثاره كاملة فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى فى حق الغير • والامثلة على ذلك كثيرة ، منها : البيع فى مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة • وكذلك العقد الذى يبرمه المدين المعسر اضرارا بحقوق دائنيه صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسري فى حق الدائنين اذا طعنوا فيه بالدعوى البولصية • وكذلك العقد غير المصدق من مرجع رسمي صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يمكن الاحتجاج به على الغير • وكذلك بيع الفضولى لا يسري فى حق المالك الاصلى(١) •

٢ ــ البطلان وفسخ العقد وانفساخه

٤٥٠ ــ يشبه فسخ العقد البطلان من حيث ان كلا منهما يؤدى الى

بطلانه • فهو أما عقد صحيح على الدوام ، وأما عقد باطل بطلانا منذ البداية• والواقع من الامر ان البطلان النسبي ليس شيئامستقلا يقوم الى جانب البطلان المطلق ، وما هو الا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول امره فى النهاية الى الصحة التامة أو الى البطلان المطلق . ومن ثم ليس هناك الا نوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق ، فيندمج فيه البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام » • (الوسيط ، ف ٣٠٠ ، ص ٤٩١) •

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٢ ، ف ٨٠٥ • الوسيط ، ف٢٩٩ •

زوال العقد ، ولكنه يختلف عنه فى أن سببه لاحق لابرام العقد . ففى حالة الفسخ،أو الانفساخ ، ينشأ العقد صحيحا متوافرة اركانه ومستوفاة شروط صحته ، ولكنه يزول لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيسقط التزام الآخر ، فيفسخ العقد أو ينفسخ بأثر رجعى الى وقت نشوئه.لذلك لايكون الفسخ الا فى العقود الملزمة للجانبين . ففي كل عقد ملزم للجانبين ، كالبيع والايجار ، اذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه،فلم يسلم البائع المبيع مثلا أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة ، كان للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فاذا حكم القاضي بالفسخ ، تحلل العاقد الآخر من التزامه : المشترى من دفع الثمن،والمستأجر من دفع الاجرة .ولا بد فى فسخ العقد من صدور حكم به فالحكم منشىء للفسخ.وفى هذا يتفق الفسخ مع البطلان النسبي فى أن كلا منهما يجب أن يصدر به حكم قضائي وفى أن الحكم القضائي يكون منشئا لكل منهما .ولكنه يختلف عنه فى أن القاضى يتمتع بسلطة تقديريةفى الحكم به (بالفسخ) ، فقد يرى أن لايحكم به وأن يعطي العاقد المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه.أما البطلان النسبي ، فلا يتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى الحكم به بل لا بد أن يقضى بالابطال متى طلب العاقد ذو المصلحة ذلك .

وينفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون اذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلا لسبب اجنبي،فعند ذلك يسقط هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه ، ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الاول ، فينحل العقد من هذا الطريق ، ويعتبر منفسخا بدون حاجة الى الحكم الا للكشف عن أن العقد قد انفسخ ، لا لانشاء هذا الفسخ(١) .

خطة البحث

٤٥١ ــ بعد هذه المقدمة الموجزة عن البطلان فى الفقه الغربي ، نبحثه فى مطلبين ، نتكلم فى الاول عن الآثار التى قد تترتب على العقد الباطل ، وفى الثاني عن احكام العقد الباطل .

---

(١) بلانيول وبولانجيه ، ف ٨٠٦ . مصادر الحق ، ج٤ ، ص ١٠٢ ــ ١٠٣ . الوسيط ، الموضع المذكور اعلاه .

المطلب الاول

الآثار التي قد تترتب على العقد الباطل

البطلان المطلق NULLITé ABSOLUE

٤٥٢ ــ سبق أن مر بنا ان العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجودقانونى ولا ينتج أثرا باعتباره عقدا قصد اليه المتعاقدان ، فهو عدم والعدم لا ينتج الا العدم • ولكنه اذا كان عدما باعتباره عملا قانونيا أو تصرفا قانونيا Acte juridique ، الا انه ليس كذلك باعتباره عملا ما ديا Act matériel أو واقعة قانونية Fait juridque • فهو بهذه المثابة قد تترتب عليه بعض الآثار العرضية لا الاصلية • وقد ينتج العقد الباطل آثاره الاصلية باعتباره عقدا ، ولكن ذلك لا يكون الا استثناءً ولاعتبارات ترجع الى ضرورة استقرار المعاملات ووجوب حماية حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس •

البطلان النسبي NULLITé RELATIVE

٤٥٣ ــ العقد الباطل بطلانا نسبيا يعتبر قبل ابطاله عقدا صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، فهو والعقد الصحيح بمنزلة سواء • ولكنه بعد تقرير بطلانه ينعدم وجوده القانونى انعداما تاما بأثر رجعى الى حين نشوئه، فتزول الآثار القانونية التى أنشأها ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا • فهو يمر على مرحلتين • ١ ــ قبل تقرير بطلانه ، ويعتبر فى هذه المرحلة عقدا صحيحا بكل معنى الكلمة • ٢ ــ بعد تقرير بطلانه ، ويعتبر فى هذه المرحلة باطلا بطلانا مطلقا • فالبطلان النسبى ، كما نرى ، ليس حالة مستقلة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان(١) • وعليه فاذا أطلقنا كلمة « باطل » بعد كلمة « عقد » ، فاننا نقصد بذلك العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا نسبيا بعد تقرير بطلانه •

ولكن اذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا يعتبر بعد تقرير بطلانه منعدما

---

(١) نظرية العقد ، ص ٦١٨ ، هامش رقم ١ • الوسيط ، ف ٣٠٠ ص ٤٩١ •

بأثر رجعي الى حين نشوئه ، الا انه قد يترتب عليه بعض الآثار العرضية. وقد ينتج آثاره الاصلية استثناءً ، كالعقد الباطل بطلانا مطلقا .

الآثار العرضية والآثار الاصلية

٤٥٤ ــ والآثار التى قد تترتب على العقد الباطل أما أن تكون هى الآثار الاصلية التى ينتجها لو كان صحيحا ، أو آثارا أخرى عرضية تترتب عليه باعتباره عملا ماديا أو واقعة قانونية . ونبحث كلا من هذه الآثار فى مقصد مستقل .

المقصد الاول

الآثار العرضية للعقد الباطل

امثلة على بعض الآثار

٤٥٥ ــ قد يترتب على العقد الباطل بعض الآثار باعتباره عملا ماديا أو واقعة قانونية لا الآثار التى ينتجها باعتباره عملا قانونيا قصد اليه الطرفان. من ذلك الزواج الفاسد ، فهو فى الشريعة الاسلامية لا ينتج آثاره الاصلية، كحل التمتع ، ووجوب النفقة ، والتوارث بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثارا عرضية كوجوب العدة ، ووجوب المهر بعد الدخول ، وثبوت النسب احتياطا ، وسقوط الحد. وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقدا ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثرا ، ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية ، أي تترتب على الدخول المستند الى عقد النكاح الفاسد . فاذا وقع أن رجلا وامرأة اتصلا ببعضهما كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلى ، والبنوة ثابتة بطبيعة الاشياء ، والمهر واجب كتعويض عن الدخول ، وسقوط الحد للشبهة لالقيام رابطة الزوجية .

٤٥٦ ــ ومن أهم الآثار العرضية التى ينتجها العقد الباطل اثران يستخلصان من نظريتين معروفتين، هما نظرية انتقاص العقد ، ونظرية تحول العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما(١) .

(١) وهناك نظرية اخرى قال بها الفقيه الالماني اهرنج ، هي نظرية الخطأ

نظرية تحول العقد

CONVERSION DU CONTRAT

ونظرية انتقاص العقد

RéDUCTION DU CONTRAT

٤٥٧ ــ قد يكون التصرف أو العمل القانوني باطلا ، ولكنه يحتوي بالرغم من بطلانه على عناصر تصرف قانوني آخر ، فيتحول التصرف الذى قصد اليه العاقدان ، وهو التصرف الباطل ، الى التصرف الذى توافرت عناصره ، وهو التصرف الصحيح • وبذلك يكون التصرف الباطل قدانتج أثرا قانونيـــا •

هذا هو ملخص نظرية تحول العمل القانونى ، وهي من النظـريات الالمانية التى صاغها الفقهاء الالمان فى القرن التاسع عشر ، وأخذ بها القانون

عند تكوين العقد Culpa in contrahendo ومؤدي هذه النظرية ان العقد **اذا كان باطلا فانه يكون قد اوجد مظهرا تعاقديا ، وان المتعاقد الذي تسبب ،** ولو بحسن نية ، في ايجاد هذا المظهر التعـاقدي الذي اطمـأن اليه المتعاقد الآخر ، بالرغم من بطلان العقـد الذي قام عليه هـذا المظهر ، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر بسبب اطمئنانه الى العقد ، بحيث يرجع الى الحالة التى كان يصير اليها لو لم يتعاقد • ويضرب اهرنج لذلك المثل التالى : متجر في مدينة كولونيا ابرق الى مصرف في مدينـة فرانكفورت ان يبيع لحسابه عددا معينا من السندات • ولكن لفظ « يبيع » بالالمانية Verkaufen وقع فيه خطـأ مادي وحذف منه المقطع الاول Ver فأصبح kaufen وهذ االلفظ معناه يشتري • فكان من ذلك ان اشترى المصرف لعميله بدلا من أن يبيع ، ونزل سعر السندات بعد ذلك ، فبلغت الخسارة مبلغا جسيما •

أما اساس هذا التعويض ، فيقول اهرنج أنه اخلال بالتزام تعاقدي • والعقد الذي اخل المدين بتنفيذه هو عقد ضـمني يفترض انعقاد بين الطرفين يلتزم بمقتضاه من يتقدم للتعاقد ان يضمن للاخر صحة العقد ، فاذا لم يتحقق ذلك وأبطل العقد كان المتعاقد الذي جاء سبب البطلان من جانبه قد اخل بالتزامه التعاقدي الناشىء من عقد الضمان المشار اليه ، وبناء عليه يلزم بالتعويض •

ولكن القانون المدني العراقى لم يأخذ بهذه النظرية ، وكذلك القـانون المدني المصري • لذلك نكتفي في شأنها بهذا القدر •

المدني الالماني فى المادة (١٤٠) منه(١)•

امثلة على تحول العمل القانوني

٤٥٨ ــ والامثلة على تحول العمل القانونى الباطل الى آخر صحيح كثيرة ، نذكر منها ما يلى :

١ ــ عقد البيع الثابت بورقة رسمية اذا ذكر فيه ثمن تافه الى درجة لا يصلح معها أن يكون ثمنا باطل باعتباره بيعا ، ولكنه يتحول االى هبة صحيحة • فاذا باع شخص سيارة قيمتها الف دينار بعقد مصدق من الكاتب العدل ، وذكر فى العقد أن ثمن السيارة هو عشرة دنانير ، الثمن فى هذا المثل تافه جدا بحيث لا يصلح أن يكون ثمنا حقيقيا ، والثمن التافه يعتبر بحكم الثمن غير الموجود• يترتب على ذلك أن العقد يعتبر باطلا بوصفه بيعا • ولكن اركان الهبة متوافرة ، فالتصرف جرى بورقة مصدقة من الكاتب العدل ، فيتحول عقد البيع الباطل الى هبة صحيحة •

٢ ــ الكمبيالة التى لم تستوف الشكل اللازم قانونا باطلة باعتبارها كمبيالة ، ولكنها تتحول الى سند دين عادى صحيح وفقا لاحكام القانون التجاري •

٣ ــ الاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص تعهدا لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثا له باطل لان الشريعة الاسلامية لا تعرف عقد اقامة الوارث Institution d'héritier ، ولكنه يتحول الى وصية يجوز الرجوع فيها •

شروط تحول التصرف القانوني

٤٥٩ ــ ويشترط لتحول التصرف القانونى الباطل الى آخر صحيح الشروط الثلاثية التالية : ١ ــ بطلان التصرف الاصلى• ٢ ــ تضمنه لعناصر

---

(١) وتنص هذه المادة على أنه : « اذا كان العمل القانوني الباطل يفى بشروط عمل قانوني آخر ، فهذا العمل الاخير هو الذي يؤخذ به اذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان » •

تصرف آخر • ٣ ــ انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى هـــذا التصرف الآخر • ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه الشروط •

الشرط الاول ــ بطلان التصرف الاصلي

٤٦٠ ــ فيجب أن يكون التصرف الاصلى باطلا • ويقصد بالتصرف الباطل هنا التصرف الباطل بطلانا مطلقا ، أو الباطل بطلانا نسبيا بعد أن تقرر بطلانه فأصبح باطلا مطلقا • فلا يتحول التصرف الصحيـح ، ولا التصرف الباطل فى شـــق منه ، الى تصرف آخر •

فاذا كان التصرف الاصلى صحيحا فلا يتحول الى تصرف آخر كـان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الاول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر • فالهبة الصحيحة التي تتضمن عناصرالوصية، لا تتحول الى وصية ، ولو تبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصيـــة عـلى الهبة •

انتقاص العقد

٤٦١ ــ واذا لم يكن التصرف الاصلى باطلا بأكمله بل فى شق منـه وكان التصرف قابلا للانقسام ،فلا يتحول التصرف بل ينتقص • فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا • مثال ذلك بيع شىء لا يجوز التعامل فيه وشىء يجوز التعامل فيه بعقد واحد ، فالبيع باطل بالنسبة للشىء الذى لا يجوز التعامل فيه وصحيح بالنسبة للشىء الآخر ، ويدفع المشترى ما يقابل هذا الشىء من الثمن ، الا اذا أثبت من يطعن فى البيع كله ان العقد ما كان ليتم فى الشىء الذي يجوز التعامل فيه دون الآخر،ففي هذه الحالة يبطل البيع كله•ومثال ذلك ايضا قسمة اعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك ، فتقع القسمة باطلة بالنسبة للموقوف وتبقى صحيحة بالنسبة للملوك ، الا اذا أثبت من يطعن فى القسمة كلها انها ما كانت لتتم فى المملوك دون الموقوف•ومثال ذلك أيضا الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات ، والاتفاق على

فوائد تزيد على الحد الذي يسمح به القانون ، ففي هذه الحالات تنقص مدة البقاء فى الشيوع الى خمس سنوات ، وتنقص الفوائد الى الحد الذي يسمح به القانون .

واذا كان التصرف الاصلي باطلا فى شق منه ولم يكن قابلا للانقسام فى هذه الحالة يبطل بأكمله . وقد يكون هناك محل لتحوله الى تصرف آخر صحيح .

الشرط الثاني ـ تضمن التصرف الاصلي لعناصر تصرف آخر صحيح .

٥٦٢ ـ ويجب كذلك أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول اليه دون أن يضاف الى هذا التصرف عنصر جديد. فاذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول . مثال ذلك ان يشتري شخص فصاً من صائغ على انه ياقوت فاذا هو زجاج، فالعقد لا يتحول الى بيع يقع على خاتم أو سوار أو غير ذلك من الحلى، حتى لوثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما ان الفص ليس بياقوت . ومثال ذلك أيضا بيع شيء كان قد هلك قبل البيع ، فلا يجوز احلال شيء آخر محل المبيع الهالك .

الشرط الثالث ـ انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الآخر

٥٦٣ ـ ومعنى هذا الشرط ان المتعاقدين لو علما ببطلان التصرف الاصلي لارادا التصرف الاخر. فارادتهما الواقعية انصرفت الى التصرف الاصلي وارادتهما المحتملة أو الغاية التي قصدا اليها Volonté téléo'ogique انصرفت الى التصرف الآخر . فهناك غاية اقتصادية But économique يريد المتعاقدان الوصول اليها ، وقد اختارا لذلك طريقا قانونيا تبين بطلانه، فأن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي الى الغاية الاقتصادية نفسها ، فمن الممكن القول بأنهما لو علما ببطلان الطريق القانوني الذي اتبعاه لارادا هذا الطريق القانوني الصحيح ما دام يؤدي الى الغاية الاقتصادية التي قصداها . فالعبرة اذن بالغاية الاقتصادية لا بالوسيلة القانونية . والقاضي يستخلص من التصرف الباطل ـ باعتباره واقعة مادية ـ عناصر تصرف صحيح

انصرفت اليه الارادة المحتملة للمتعاقدين ، فيقيم هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ويجعل منه أثرا عرضيا له .

القانون المدني العراقي

٤٦٤ ــ وقد أخذ القانون المدني العراقي بكل من نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد . ففيما يتعلق بانتقاص العقد، نص فى المادة (١٣٩) على أنه : « اذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا»(١) . وفيما يتعلق بتحول العقد نص فى المادة (١٤٠) على انه : « اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان

---

(١) وفي قضية باع شخص اثاث الفرن ومنفعته باعتباره ماجورا له والاجازة الخاصة بالفرن وتعهد بان يحول للمشترين منفعة المأجور من مالكه الاصلي في خلال عشرة أيام من تاريخ العقد وان يتنازل عن الاجازة الممنوحة له من قبل مديرية الاعاشة العامة وتسجيلها باسميهما ، وفي حالة اخلاله بالتعهد المذكور الزم نفسه بدفع تعويض قدره مائة دينار بدون انذار . وقد أحل البائع بالتعهد وظهر أنه لا يملك منفعة الفرن المذكور ولم يستطع تحويل الاجازة باسم المشترين بسبب الغاء اجازته من قبل مديرية الاعاشة العامة ، فاقام المشتريان الدعوى معتبرين ان العقد أصبح منفسخا بحكم الاتفاقية المذكورة وطلبا الزام البائع باعادة ما قبضه مع التعويض والفائدة القانونية فردت المحكمة الدعوى ، فنقضت محكمة التمييز الحكم فى ١٤ــ٧ــ٥٧. وقد جاء فى قرارها ما يلى :

« ان العقد موضوع البحث تضمن شرطا وهو نقل الاجازة لاسم المميزين وفي حالة عدم نقلها فيعتبر العقد منفسخا ، لهذا وحيث ان المميز عليه يعترف بعدم نقل الاجازة لاسم المميزين لهذا فكان على المحكمة ان تحكم بالزام المدعى عليه المميز عليه باعادة البدل الذى استلمه منهما ، واذ ان نقل الاجازة ليس في مقدور المتعاقد لهذا يكون شرط التضمين باطلا ، أما استلام ادوات الدكان المعترف بها حتى اذا صح فلا يضفي على العقد وصف الصحة باعتبار ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا وذلك وفق المادة ١٣٩ مدني ، وكان على المحكمة ان تفهم المدعى عليه ان يطالب باسترجاعها ، فعليه قرر نقض الحكم المميز ... » ..

عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتها تنصرف الى ابرام هذا العقد(١) .

المقصـــد الثاني

الآثار الاصلية للعقد الباطل

٤٦٥ ــ قد ينتج العقد الباطل آثاره الاصلية باعتباره تصرفا قانونيا قصد اليه الطرفان ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الحال بالنسبة للآثـار العرضية ، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . والامثلة عـلى ذلك كثيرة ، منها ما ينص عليه القانون التجاري من أنه اذا كانت الشركة باطلـة وقضي ببطلانها ، فان تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجري وفقا لشروط الشركة التي قضي ببطلانها. وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الاصلية كما لو كان عقدا صحيحا .

ومن ذلك أيضا امتناع التمسك بالبطلان قبل الخلف الخاص(٢) . مثال ذلك ان يشتري شخص عينا بعقد باطل ثم يبيعها من ثالث . فاذا حكم ببطلان العقد الاول فالمفروض ان العقد الثاني يبطل بدوره استنادا الى قاعدة «المبنى على الباطل باطل » . ولكن من المسلم به ان المشتري بالعقد الباطل لا يستطيع ان يتمسك بهذا البطلان قبل من اشترى منه هو ، وذلك تطبيقا لقاعدة « من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض » .

ومن ذلك أيضا العقد الصوري ، فهو باطل لا أثر له فيما بين أطرافه، ولكن لا يمكن التمسك به قبل الغير حسن النية .

ومن ذلك ايضا تطبيقات المبدأ القائل : « الخطأ الشائع يقوم مقـام القانون » Error commuie facit jus التي منها تصرفات الوارث الظاهر

---

(١) يلاحظ ركاكة الصياغة على هذه المادة ، فهي تقول : «اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما ..» ، وخير من هذه العبارة العبارة التالية : «اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت .. » .

(٢) الخلف الخاص هو من يخلف الشخص فى عين معينة ، كالمشتري والمرتهن .

Héritier apparent . فاذا وضع شخص يده على تركة متوفى باعتباره وارثا وتصرف باموال التركة ، ثم تبين انه ليس بوارث ، في هذه الحالة تبقى التصرفات التي أجراها صحيحة .

علة ترتيب هذه الآثار :

٤٦٦ ــ والعلة التي من اجلها يرتب الشارع على العقد الباطل آثاره الاصلية أحيانا ويجعله هو والعقد الصحيح بمنزلة واحدة ، فيخرج بذلك على القواعد العامة التي تقضي بان العقد الباطل لا يكون له أثر ، هي أن هذه الحالات يلعب الظاهر فيها دورا كبيرا ، لا سيما اذا اقترن بحسن النية ، فيطمئن اليه الناس فى معاملاتهم ويتعاملون على أساسه . فاذا أبطلنا العقود التي ابرمت على أساس من هذا الظاهر وهدمنا الآثار التي ترتبت عليها ، اضطربت المعاملات ولم يعد الناس يطمئنون الى التعامل مع بعضهم ، لذلك يتقدم المشرع لحماية المعاملات التي قامت على أساس من هذا الظاهر الذي اطمأن اليه الناس وتعاملوا استنادا اليه، حتى لو كان (الظاهر) مخالفا للحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها .

المطلب الثاني
أحكام العقد الباطل

البطلان المطلق والبطلان النسبي :

٤٦٧ ــ سبق أن مر بنا ان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم، والعدم لا ينتج الا العدم. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد صحيح منتج لجميع آثاره القانونية حتى يقضى بابطاله . فاذا تقرر بطلانه زالت الآثار التي نشأت عنه بأثر رجعي الى وقت ابرامه ، وأصبح كأن لم يكن منذ ذلك التاريخ .

ويترتب على هذا الفرق بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا نسبيا النتائج التالية :

١ ــ لما كان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدما ، فهو لا يحتاج الى حكم يقرر بطلانه، واذا رفع أمره الى القضاء فلكل من المتعاقدين ولكل من له

مصلحة ان يتمسك بالبطلان، كما للمحكمة ان تقرر البطلان من تلقاء نفسها. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فلما كان عقدا صحيحا منتجا لآثاره قبل ان يتقرر ابطاله، لذلك لا بد من ان يصدر حكم يقرر هذا الابطال ، ولا يستطيع التمسك به الا من تقرر لمصلحته .

٢ ــ لما كان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدما، فلا يمكن أن تلحقه الاجازة ولا يزول بطلانه بالتقادم . اما العقد الباطل بطلانا نسبيا فتزيل عيبه الاجازة ويزول بطلانه بالتقادم .

ونبحث المسائل الثلاث المتقدمة : الاجازة ، والتقادم ، وتقرير البطلان، في ثلاثة مقاصد متتالية .

المقصد الاول

اجازة العقد الباطل

CONFIRAMATIOIN DU CONTRAT NUL

١ ــ العقد الباطل بطلانا مطلقا

٤٦٨ ــ العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يمكن ان تلحقه الاجازة لانه عدم، والعدم لا يصير وجودا بالاجازة . ولكن اذا لم يمكن اجازة العقد الباطل بطلانا مطلقا ، الا انه يمكن عمله من جديد Refection وفرق بين اجازة العقد وعمله من جديد. فالاجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المجيز، وتقع بأثر رجعي يرقى الى وقت انشاء العقد المجاز. اما عمل العقد من جديد فهو عمل قانوني من جانبين، أي عقد بكل معنى الكلمة . فلابد له من توافق الارادتين ، ولا يستند العقد الجديد بأثره الى الماضي ، بل يكون تاريخه من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولا بد لنشوئه صحيحا من توافر الاركان اللازمة لانعقاد العقد ، ومن توافر الشروط اللازمة في هذه الاركان. وبالاضافة الى كل ذلك يجب ان يتجنب الطرفان السبب الذي أدى الى بطلان العقد الاول .

٢ ــ العقد الباطل بطلانا نسبيا

٤٦٩ ــ لما كان العقد الباطل بطلانا نسبيا عقدا صحيحا منتجا لآثاره قبل

ابطاله ، أي عقدا موجودا ولكنه مهدد بالزوال ، فالاجازة تلحقه ، واذا لحقته الاجازة استقر نهائيا .

ولما كانت الاجازة عملا قانونيا من جانب واحد فهي لاتحتاج الى قبول، فهي تلزم بمجرد صدورها ولا يمكن الرجوع فيها بحجة ان القبول لم يصدر بعد .

من الذى تصدر منه الاجازة :

٤٧٠ ـ والذي يملك اجازة العقد الباطل انما هو المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته .ولما كان سبب البطلان النسبي يرجع الى فسادالرضاء ، لصدوره من ناقص الاهلية أو لانه كان مشوبا بعيب ، فالذي تصدر منه الاجازة انما هو ناقص الاهلية او من شاب رضاءه عيب. ذلكان الاجازة عبارة عن نزول عن التمسك بالبطلان ، ولا ينزل عن حق الا من يملكه .

شروط صحة الاجازة :

٤٧١ ـ ويشترط لصحة الاجازة زوال السبب الذي من أجله قرر القانون البطلان. فاذا كان هذ السبب نقص الاهلية فالمجيز يجبان يكون كامل الاهلية عند الاجازة ، واذا كان عيبا من عيوب الرضاء فهذا العيب يجب ان يكون قد زال ، فيرتفع الاكراه وينكشف الغلط والتدليس . فاذا صدرت الاجازة وكان سبب البطلان لا يزال باقيا ، فهي بدورها تكون باطلة بطلانا نسبيا .

الاجازة الصريحة والاجازة الضمنية :

٤٧٢ ـ والاجازة اما ان تكون صريحة او ضمنية ، ويعبر القانون المدني العراقي عن ذلك بقوله : « اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة ..» (م ١/١٣٦) . ولا يشترط القانون المدني العراقي فى الاجازة الصريحة شكلية ما ، بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي يشترط فيها أن تشتمل على بعض البيانات (م ١٣٣٨) .

والاجازة الضمنية تستنتج من قيام من له حق الاجازة بتصرف يدل على اجازته، كتنفيذالعقد ، أو اتيانه عملا ماديا يدل على نزوله عن التمسك

بالبطلان كبنائه على الارض التي اشتراها(١) ، واستعماله الشيء الذي اشتراه كما لو كان سيارة واستعملها ، وتصرفه بالشيء تصرفا لايمكن تفسيره الا على انه اجازة كما لو اشترى قاصر عينا وبعد البلوغ تصرف بها تصرف المالك بما يملكه ، كما لو باع العين او رهنها او وهبها(٢) الخ.. وكما لو باع قاصر عينا وبعد البلوغ تعامل مع من اشترى منه العين على انه هو المالك(٣) .

أثر الاجازة :

٤٧٣ ــ وأثر الاجازة انها تزيل العيب الذي كان يشوب العقد فيجعله باطلا بطلانا نسبيا ، فينقلب صحيحا مستقرا بعد ان كان مهددا بالزوال . والاجازة تصحح العقد باثر رجعي ، فيعتبر العقد صحيحا من وقت ابرامه لا من وقت الاجازة . ولكن هذا الاثر الرجعي للاجازة لا يكون الا فيما بين المتعاقدين ولا يؤثر على الحقوق التي اكتسبها الغير على الشيء محل العقد.

---

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في ١٣ أيار ١٩١٣ بان « استيلاء الشريك على الجزء المقرر الذي وقع في نصيبه بعد القسمة ، وقيامه فيه بالاعمال التى يقوم بها المالك في ملكه ، بعد ان كشف العيب الذي شاب عقد القسمة ، يعتبر اجازة ضمنية للعقد» . وقضت كذلك في حكم آخر صادر في ١٦ كانون الاول ١٩١٥ بان «استيلاء القاصر بعد بلوغه على ريع وثمرات الجزء المقرر الذى وقع في نصيبه في قسمة تمت دون مراعاة الاجراءات القانونية وقت ان كان قاصرا ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال، يعتبر اجازة ضمنية للقسمة الباطلة» (نظرية العقد ، ص ٦٧٠ ، هامش رقم ١ . الوسيط هامش رقم ٣) .

(٢) وفي هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في ٢٧ نيسان ١٩٢٦ بان «تصرف البائع في بيع باطل في الثمن يعتبر اجازة للبيع» . وقضت كذلك فى حكم آخر صادر فى ٢٧ كانون الثاني ١٩١٠ بان «سماح القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، لوكيله بالاستمرار في الادارة ، يعتبر اجازة ضمنية لعقد الوكالة » (المراجع السابقة) .

(٣) وفى هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف الاهلية فى مصر فى حكم لها صادر في ٢٥ تشرين الثاني ١٩٠٨ بانه : «يعتبر اجازة ضمنية للبيع استئجار القاصر للعقار الذي باعه وهو قاصر » (المراجع السابقة) .

فلو باع قاصر مثلا عينا ، وبعد بلوغه سن الرشد لم يتمسك بالبطلان ولكنه رهن العين ثم اجاز البيع الذي صدر منه وهو قاصر ، فاجازته للبيع لا تؤثر على حق الدائن المرتهن وتنتقل العين الى المشتري مثقلة بحق الرهن،فلايكون للاجازة اثر رجعي بالنسبة للدائن المرتهن ، والا وقع الرهن باطلا.واذا كان العقد الذي صدر من القاصر هو الرهن والعقد الذي صدر منه بعد بلوغه سن الرشد هو البيع ، فالبيع ينتقل الى المشتري خاليا من الرهن ، ويبطل الرهن الذي كان القاصر قد عقده قبل بلوغه. واذا كان كل من العقد الذي أبرم أثناء القصر والعقد الذي أبرم بعد البلوغ بيعا أو رهنا ، فالمشتري الثاني او المرتهن الثاني هو الذي يفضل على المشتري الاول او المرتهن الاول .

ويقتصر اثر الاجازة على ازالة العيب الذي قصد ازالته ، فاذا كانت هناك عيوب اخرى فالعقد يبقى باطلا بطلانا نسبيا او قابلا للابطال من جهة تلك العيوب. فاذا ابرم قاصر عقدا وكان مكرها على ابرامه واجاز بعد بلوغه عيب نقص الاهلية ، بقي له الحق فى طلب ابطال العقد للاكراه .

المقصد الثاني

اثر التقادم على البطلان

معنى التقادم :

٤٧٤ ـ التقادم معناه مرور مدة من الزمان يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق. فالذي يسقط بالتقادم انما هو حق اقامة الدعوى للمطالبة بالحق، لا الحق المطالب به ذاته .لذلك يقال ان الالتزام الذي لا يطالب بتنفيذه حتى تمر عليه مدة التقادم لا يعود فى الامكان اقامة الدعوى للمطالبة به ، فيصبح التزاما طبيعيا .

الحكمة من تقرير التقادم :

٤٧٥ ـ وقد قيل فى تبرير التقادم انه ضروري لاستقرار المعاملات فلولاه لدخل الناس فى منازعات لانهاية لها،ولتعرضت الاوضاع التي استقرت

زمنا طويلا واطمأن اليها الناس فى معاملاتهم الى الاضطراب . لذلك يجب احترام هذه الاوضاع ،وذلك عن طريق اسقاط حق المطالبة بالحق بعد مضي مدة معينة على تركه .

٤٧٦ ــ وأثر التقادم يختلف بالنسبة للبطلان المطلق عنه بالنسبة للبطلان النسبي . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ــ البطلان المطلق

دعوى البطلان :

٤٧٧ ــ سبق ان قلنا ان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم ، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الزمن . وقد كان من مقتضى هذا القول ان لا يكون للتقادم أثر على هذا العقد ، فيمكن سماع الدعوى بشأنه مهما مر من الزمن على ابرام العقد . وهذا هو ما كان متبعا فى فرنسا حتى سنة ١٨٧٩ حيث صدر قرار لمحكمة التمييز الفرنسية قررت فيه ان دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمس عشرة سنة من حين العقد . ويترتب على ذلك ان العقد اذا كان باطلا وتم التقابض ومضت خمس عشرة سنة ثم رفع البائع دعوى استرداد المبيع بحجة بطلان البيع ، فان دعواه لا يمكن سماعها لاقامتها بعد مضي مدة التقادم .

الدفع بالبطلان :

٤٧٨ ــ وعلى العكس من دعوى البطلان الدفع بالبطلان ،فهو لا يسقط بالتقادم ويمكن رد الدعوى به مهما مر على العقد من زمن . ذلك انه لما كان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدما فهو يبقى عدما مهما طال عليه الزمن . فاذا باع شخص شيئا وكان البيع باطلا بطلانا مطلقا ولم يسلم الشيء المبيع ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ثم أقام المشتري عليه الدعوى مطالبا اياه بتسليم المبيع ، فانه يستطيع ان يرد الدعوى بالدفع ببطلان البيع .

٢ ــ البطلان النسبي

سقوط الدعوى والدفع بالتقادم :

٤٧٩ ــ سبق ان مر بنا ان البطلان النسبي مقرر لمصلحة ناقص الاهلية

ولمصلحة المتعاقدالذي شاب رضاءه عيب ، ولا يستطيع ان يتمسك او يدفع به الا من تقرر لمصلحته . وعليه فطلب ابطال العقد الباطل بطلانا نسبيا ، وكذلك الدفع ببطلانه ، انما هو حق يستطيع صاحبه ان يستعمله وان لا يستعمله . والقانون يحدد مدة لاستعمال هذا الحق ، فاذا لم يستعملهمن تقرر لمصلحته فى خلال هذه المدة اعتبر ذلك اجازة ضمنية منه للعقد ولم يعد فى امكانه طلب ابطاله عن طريق الدعوى، ولا التمسك به على سبيل الدفع اذا طولب بتنفيذ التزاماته . فاذا باع قاصر مثلا عينا ، وبعد بلوغه سن الرشد لم يطلب ابطال العقدحتى مضت المدة المحددة لذلك ،لم يعدفى امكانه ان يقيم الدعوى لابطال العقد. وكذلك اذا لم يسلم القاصر فى المثال المتقدم العين التي باعها وبلغ سن الرشد ولم يطلب ابطال العقد حتى انقضت المدة التي يحددها القانون لذلك، ثم طالبه المشتري بتسليم العين التي اشتراها منه، فانه لايستطيع الدفع ببطلان العقد. وما قلناه فيما تقدم بالنسبة لنقص الاهلية ينطبق بالنسبة لعيوب الارادة . فاذا باع شخص شيئا وكان رضاؤه معيبا بغلط او اكراه او تدليس، فانه يستطيع ان يرفع الدعوى فى خلال مدة معينة من انكشاف الغلط او التدليس ،أو زوال الاكراه ويطلب ابطال العقد للعيب الذي شاب ارادته. فاذا مضت هذه المدة ولم يطلب ذلك، اعتبر ذلك اجازة ضمنية منه للعقد ولم يعد بامكانه ان يطلب ابطال العقد واسترداد ما دفع اذا كان قد نفذ العقد . واذا لم يكن قد نفذ العقد وطالبه المتعاقد الاخر بالتنفيذ ، فانه لا يستطيع ان يدفع ببطلان العقد .

أثر سقوط البطلان بالتقادم :

٤٨٠ ــ اذا مضت مدة التقادم وسقط حق التمسك بالبطلان ، دعوى كان او دفعا ، زال البطلان واستقر الوجود القانوني للعقد بعد ان كان مهددا بالزوال واصبح العقد فى حكم المجاز ، ويثبت وجوده من حين ابرامه، فللتقادم أثر رجعي. ولكن هناك فرق بين عقد لحقته الاجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد مر بنا ان الاجازة لا تضر بحقوق الغير

المكتسبة. اما فى حالة زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . فاذا باع قاصر عينا مثلا وبعد بلوغه سن الرشد لم يتمسك بالبطلان ومضت على ذلك المدة المحددة للتقادم ، فالبطلان يزول ويعتبر البيع صحيحا من وقت صدوره . فلو فرض ان البائع بعد ان بلغ سن الرشد وقبل اكتمال مدة التقادم رتب على العين حقا عينيا آخر ، كحق انتفاع او حق ارتفاق ، فان ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بهذا الحق العيني ، وهذا عكس ما تقرر فى الاجازة(١) .

الفرق بين تقادم دعوى البطلان المطلق وتقادم دعوى البطلان النسبي

٤٨١ ــ ويلاحظ ان هناك فرقا جوهريا بين تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل بطلانا مطلقا وتقادمها فى العقد الباطل بطلانا نسبيا ، او القابل للابطال . فقد سبق ان رأينا ان تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقلب العقد صحيحا، بل يبقى العقد باطلا، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقادمها . اما تقادم دعوى البطلان فى العقد القابل للابطال فيقلب العقد صحيحا منذ البداية كما رأينا ، ويبقى العقد مرتبا لجميع آثاره بوجه بات(٢) .

القانون المدني العراقي :

٤٨٢ ــ لم ينص القانون المدني العراقي على مدة لا يجوز بعدها اقامة دعوى البطلان ،بخلاف القانون المدنى المصري الذي نص على سقوطها بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد . ولكنه(القانون المدني العراقي) نص من جهة اخرى فى المادة (٤٢٩) ، التى تتكلم عن مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، على أن: «الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لاتسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة». وهذه المادة تتضمن نصا عاما يمنع سماع الدعوى على المنكر لحق

(١) نظرية العقد ، ف ٦٢٨ . أبو ستيت ، ف ٢٦٩ .
(٢) السنهوري الوسيط ، ف ٣٢١ ، ص ٥٢٣ .

شخصي اذا تركت الدعوى بدون عذر شرعى مدة خمس عشرة سنة.ولكن هل تنطبق هذه المادة بالنسبة لدعوى البطلان؟الا نرى ذلك،لان هذه المادة تمنع سماع الدعوى على المنكر لحق ثابت فى الذمة ، وهذا مالا يتوافر فى دعوى البطلان . ذلك أن موضوع هذه الدعوى ينصب على المطالبة بابطال عقد لم تتوافر له أركان انعقاده ،لا على المطالبة بحق ثابت فى الذمة. وعليه فاننا نرى أن دعوى البطلان لا تتقادم فى القانون المدنى العراقي ، ويمكن اقامتها بعد مضى اكثر من خمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد .

العقد الموقف :

٤٨٣ ــ هذا بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا . اما بالنسبة للعقد الباطل بطلانا نسبيا فلم ياخذ به القانون المدني العراقي واخذ بنظرية العقد الموقوف عن الفقه الاسلامي . وهو قد نص بالنسبة لهذا العقد على مدة يجب استعمال خيار الاجازة او النقض فى خلالها ، هذه المدة هي ثلاثة اشهر (م ٢/١٣٦) . ولكنه رفع هذه المدة الى سنة اذا كان العيب الذي شاب الارادة هو الاستغلال (م١٢٥) . ولكن المدة فى هذه الحالة الاخيرة لم تقرر لاجازة العقد او نقضه ، بل لرفع الغبن الى الحد المعقول اذا كان العقد معاوضة ولنقضه اذا كان تبرعا .

المقصد الثالث

تقرير البطلان

٤٨٤ ــ نبحث فى هذا المقصد ثلاث مسائل : ١ــ من الذي يتمسك بالبطلان . ٢ ــ كيف يتقرر البطلان . ٣ ــ أثر تقرير البطلان .

١ ــ من الذي يتمسك بالبطلان

البطلان المطلق

٤٨٥ ــ لما كان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدما ، فلا يكون أي من المتعاقدين ملزما بتنفيذه ، ولا حاجة لصدور حكم يقرر ذلك . ويستطيع

التمسك ببطلان العقد كل من المتعاقدين وكل من له مصلحة فى ذلك. والمراد بالمصلحة هنا كل حق يتأثر بصحة العقد وبطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة دون قيام هذا الحق لا يكفي لامكان التمسك بالبطلان. فلا يجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة فى التخلص من جوار المشتري . ولا يحق كذلك لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له . ولكن اذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، فعندئذ يجوز له التمسك بالبطلان . فيستطيع كل من المتعاقدين ، ودائنيهما وخلفهما الخاص والعام ، التمسك ببطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا . واذا عرض النزاع بشأنه على المحكمة فانها تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها D'office ، ولو لم يطلب منها أحد المتعاقدين ذلك.

البطلان النسبي

٤٨٦ ــ أما العقد الباطل بطلانا نسبيا ، فلما كان عقدا صحيحا منتجا لآثاره حتى يقضى بابطاله، ولما كان مقررا لمصلحة أحد المتعاقدين دون الاخر فالمتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته هو وحده الذي يستطيع التمسك بالبطلان ، دون المتعاقد الآخر. ولا يستطيع دائنو المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، ولا خلفه الخاص والعام ، أن يطلبوا ابطال العقد بمقتضى حق مباشر لهم. ولكنهم يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه فى طلب ابطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة . وسنرى ذلك عند دراستنا لاحكام الالتزام . ولا تستطيع المحكمة كذلك أن تقضي بابطال العقد من تلقاء نفسها اذا لم يطلب منها ذلك من تقرر البطلان لمصلحته .

٢ ــ كيف يتقرر البطلان

البطلان المطلق

٤٨٧ ــ لما كان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدما فلا حاجة لصدور حكم بابطاله ، ولا حاجة لمن له مصلحة فى البطلان أن يرفع الدعوى بذلك أمام القضاء. واذا رفع أحد المتعاقدين الدعوى على الاخر طالبا تنفيذ العقد ، كان

لهذا أن يدفع الدعوى ببطلان العقد. ولكن قد تقضي الضرورة برفع الدعوى للحصول على حكم ببطلان البيع ، وذلك يتحقق فى حالة ما اذا كان أحد المتعاقدين قد نفذ العقد وأراد أن يسترد ما سلمه للطرف الآخر .

البطلان النسبي

٤٨٨ ـ اما العقد الباطل بطلانا نسبيا، فلما كان عقدا صحيحا حتى يتقرر ابطاله ، فلا يتقرر هذا البطلان الا بالتراضي أو بحكم القاضي . واذا رفع الامر الى القضاء وتأكد القاضي من وجود سبب البطلان ، فعليه أن يحكم بابطال العقد ، ولا يتمتع بسلطة تقديرية فى هذا الموضوع .

٣ ـ أثر تقرير البطلان

٤٨٩ ـ سبق أن رأينا ان العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم، والعدم لا ينتج الا العدم، وكذلك العقد الباطل بطلانا نسبيا بعد ابطاله يصبح فى حكم العقد الباطل بطلانا مطلقا. وعليه فلا يترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ولا على العقد الباطل بطلانا نسبيا بعد ابطاله ، أي أثر لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، وذلك باستثناء الآثار العرضية والاصلية التي سبق أن رأيناها .

ونرى أثر تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين أولا ، وأثره بالنسبة للغير ثانيا .

أولا ـ أثر تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين :

زوال كل أثر للعقد :

٤٩٠ ـ اذا حكمت المحكمة ببطلان العقد أو بابطاله زال كل أثر له بأثر رجعي الى وقت ابرامه، ويجب عندئذ اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. واذا كان هناك مجال للحكم بالتعويض فالمحكمة تحكم به ولكن على اساس المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية . فاذا لم يكن أحد الطرفين قد نفذ التزامه فلا صعوبة فى الامر ، ذلك ان أثر البطلان انما يكون فى عدم امكان اجبار أحد الطرفين على تنفيذ العقد . واذا حصل

التنفيذ من قبل أحد الطرفين ، أو من قبلهما معاً ، فعندئذ يجب على كل منهما أن يرد للآخر ما تسلمه منه .

فاذا كان العقد الذي حكمت المحكمة ببطلانه أو ابطاله بيعامثلا ، فعلا المشتري ان يرجع المبيع الى البائع وعلى البائع ان يرجع الثمن الى المشتري. والمشتري يرد المبيع مع ثمراته التي حصلت من وقت المطالبة القضائية اذا كان حسن النية ، وفى مقابل ذلك يرد البائع الثمن مع فوائده من وقت المطالبة القضائية كذلك اذا كان حسن النية . واذا كان العقد من العقود المستمرة ، كالايجار ، فلا يمكن ارجاع الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وعليه يجب على الطرف الذي انتفع بالشيء قبل تقرير البطلان أن يعوض الطرف الآخر عن المنفعة التي حصل عليها . فالمستأجر مثلا يجب عليه أن يعوض المؤجر عن المنفعة التي استوفاها قبل تقرير البطلان . والتعويض يقدر باجرة المثل لا بالاجرة المتفق عليها فى العقد . وأساس التعويض هو استرداد ما دفع دون حق (م٢٣٣ مدني).

٤٩١ ــ واذا أصبح ارجاع الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد مستحيلا،كما اذا هلك المبيع فى يد المشتري،فى هذه الحالة يجب التمييز بين حالة ما اذا كان الهلاك بخطأ المشتري او بدون خطأه. فاذا كان بخطأه فعليه تعويض البائع.ويكون التعويض برد قيمة المبيع وقت هلاكه.واذا لم يكن بخطأه بل لقوة قاهرة،أي ان المشتري كان حسن النية لاعتقاده بصحة العقد وبانه انما كان يتسلم ما هو مستحق له،فلا يلزم بالتعويض .ولكنه اذا كان قد استفاد من المبيع الهالك فانه يرد ما يقابل المنفعة التي حصل عليها منه. ويرد كذلك بقايا الشيء الهالك اذا كان هناك بقايا (م١٣٨ مدني).

استثناء : البطلان المطلق لعدم المشروعية والبطلان النسبي لنقص الاهلية :

٤٩٢ ــ هناك حالتان خاصتان لكل منهما حكمها الخاص خلافا للقواعد المتقدمة ، وهما البطلان المطلق لعدم المشروعية ، والبطلان النسبى لنقص الاهلية . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

١ ـ البطلان المطلق لعدم المشروعية :

٤٩٣ ـ اذا كان العقد باطلا وكان سبب بطلانه يرجع الى القصد السيء الذي دفع المتعاقدين او احدهما الى التعاقد وسلم أحد المتعاقدين الى الاخر شيئا تنفيذا للعقد ، فان من مقتضى القواعد المتقدمة ومن منطق البطلان أن يكون فى استطاعة المتعاقد الذي سلم الآخر شيئا ان يسترد ما سلمه. الا أن الامر ليس بهذه البساطة .

فهناك قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة التي تتفق مع القواعد العامة فى البطلان،وكان الفقيه الروماني بولص يميز فى هذه الحالة بين ثلاث فرضيات : أ ـ أن يكون القصد السيء مشتركابين الطرفينب ـ أن يكون القصد السيء موجودا لدى من قام بالتسليم فقط . ج ـ أن يكون القصد السيء موجودا لدى من تسلم الشيء فقط . ونرى كلا من هذه الفرضيات على حدة .

أ ـ القصد السيء مشترك بين الطرفين :

٤٩٤ ـ فاذا كان القصد السيء مشتركا بين كلا طرفى العقد ، فان كلا منهما يكون آثما فلا يجوز له أن يستردمادفعه ، لاننا اذا أجزنا لهالاسترداد فاننا نكون قد ساعدناه على الاستفادة من اثمه ، أو غشه وتدليسه . مثال ذلك القاضي الذي يأخذ مبلغا من المال ليصدر حكما غير عادل ، وكذلك السارق أو الزاني الذي يدفع مبلغا من المال لمن فاجأه وهو يرتكب الجريمة لئلا يبلغ عنه ، وكذلك من يدفع مبلغا من المال لآخر ليدفعه لارتكاب عمل مخالف للقانون أو الاداب . فى جميع هذه الحالات ، وفى الحالات المشابهة لها ، لا يسمح لمن دفع المال أن يسترده لانه مشترك فى الاثم ، وكذلك اذا قام أحد الطرفين بالعمل غير المشروع قبل أن يتسلم المبلغ الموعود به وطالب بالمبلغ فان طلبه يرد ،وذلك للعلة نفسها.وهناك قاعدتان رومانيتان تطبقان فى مثل هذه الحالات،الاولى تقضى بأنه اذا تساوى الطرفان فى الاثم، فضل الطرف الذي فى حيازته الشيء . ويعبر عن هذه القاعدة باللاتينية :

In paril causa turpitudinis melior est causa possidentis

والقاعدة الثانية تقضى بأنه لا يجوز أن يستفيد الانسان من اثمه هو ، أو من غشه وتدليسه ، ويعبر عن هذه القاعدة باللاتينية :
Nemo auditor propriam turpitudinem allegans.

ب ـ القصد السيء موجود لدى من قام بالتسليم فقط :

٤٩٥ ـ واذا كان القصد السيء موجودا لدى من قام بالتسليم فقط، فان رفض طلبه بالاسترداد يكون من باب أولى ، لان الاثم آت من جانبه فقط ، ولم يشترك معه الطرف الآخر • والمثل الذي يعطي فى هذه الحالة هو الذي يضربه الفقيه الروماني اولپيان ، وهو مثل الشخص الذي يدفع مبلغا من المال الى البغي فى مقابل الاتصال غير المشروع بها ، فانه ، حسب رأي الفقيه الرومانى ، هو الذي ارتكب العمل غير المشروع ، أما البغي فانها تمارس مهنتها •

ج ـ القصد السيء موجود لدى من تسلم فقط :

٤٩٦ ـ واذا كان القصد السيء موجودا لدى من تسلم الشيء فقط ، جاز لمن قام بالتسليم أن يسترد ما دفعه لانه لم يرتكب اثما • مثال ذلك ما اذا دفع شخص مبلغا من المال لآخر ليمنعه من ارتكاب جريمة ، أو أي عمل آخر مخالف للقانون أو للآداب • فى هذا المثال كان قصد من دفع المبلغ منع وقوع العمل المخالف للقانون ، وليس فى هذا القصد اثم ما ، والاثم كله موجود فى جانب من أخذ المبلغ ليمتنع عن ارتكاب الاثم • لذلك يجوز الاسترداد •

٤٩٧ ـ أما فى فرنسا ، فقد أخذ الفقهاء فى باديء الامر بالقاعدة المتقدمة بالرغم من ان القانون الفرنسى لم ينص عليها • ولكن الفقهاء المحدثين صاروا يتخلون عنها محتجين لذلك بأن القانون لم ينص عليها ، وبأن المادة (١١٣١) من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن الالتزام الذي يقوم على سبب غير مشروع لا يكون له أي أثر ، فاذا منعنا الاسترداد فاننا نكون قد أعطينا

أثرا لهذا الالتزام ، وذلك باحتفاظ من تسلم الشيء بما تسلمه . ويذهب هذا الفريق من الفقهاء الى أن الرد واجب فى جميع الحالات. أما القضاء فقد طبق القاعدة فى بادي الامر ، ولكنه أخذ يتحول عنها وأصبح لا يطبقها الا بالنسبة للعقود المخالفة للآداب(١) .

وفى مصر لايزال القضاء المصري يحترم القاعدة(٢) ولم يخرج عليها الا فى حالات قليلة .

٤٩٨ ــ وقد أخذت التشريعات الحديثة بالقاعدة الرومانية التي لاتجيز الاسترداد لمن كان مشتركا فى الاثم . وذهب القانون المدنى البرتغالى

---

(١) رسالتنا ، ص ٤٧ ــ ٤٩ ، ص ٢٢٣ ــ ٢٢٧ ، مع المراجع المشار اليها هناك . جورج ريبير ، القاعدة الخلقية ، ف ١٠٤ ــ ١١٠ .

(٢) من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الاهلية فى حكم لها صادر في ١٨ نيسان ١٩١١ بانه اذا ظهر للمحكمة ان العقد باطل لعدم مشروعية سببه وجب عليها الا تساعد ايا من طرفى العقد ، بل تترك الحالة على ما هى عليه، بمعنى انها لا تأمر بتنفيذ ما لم ينفذ ولا باعادة ما تنفذ من التعهد بمقتضى العقد، وعلى ذلك اذا كان هذا العقد الباطل عقد بيع وحصل تسليم جزء من الارض المبيعة بقي هذا الجزء مع المشتري ويبقى مالم يسلم مع البائع. وقضت محكمة الموسكى الجزئية في حكم لها صادر في ٢٥ شباط ١٩٠٣ بانه ليس لمن يتعاقد على ما فيه مخالفة للقانون ان يلتجىء الى القانون للتوصل الى حماية عمله ، فمن استأجر انسانا ليعمل له عملا ممنوعا عليه قانونا ، ودفع له اجرة نظير ذلك العمل ، ليس له ان يلتجىء الى المحكمة لتحكم له برد الاجرة بسبب ان المأجور لم يقم بذلك العمل ، كما لو كلف بعضهم احدى القوابل بمعالجة نسائية ممنوعة عليها بمقتضى اللوائح ، فليس له ان يطالبها برد الاجرة على زعم انها لم تتم المعالجة. وقضت محكمة دمنهور الجزئية فى حكم لها صادر في ٥ آذار ١٩٢٤ بانه يعتبر باطلا لبنائه على سبب غير مشروع الاتفاق على اجر نظير تمكين شخص من الانتفاع برخصة ادارة قهوة لشخص اخر ، لان الرخص التي تصدرها الحكومة بادارة القهاوي هي رخص شخصية لا تعطى الا بعد التحقق من توافر شروط مخصوصة فى طالب الرخصة ، واذا دفع المنتفع بالرخصة مبلغا الى صاحب الرخصة نظير انتفاعه بالرخصة ، فلايصح له استرداد مادفعه لان العقود التي تبني على اساس غير مشروع كما لا يصح المطالبة بتنفيذها ، كذلك لايصح رد مادفع من منفذها بمطلق حريته، والقانون بتحريمها حرم على المحاكم النظر فيها بتاتا سواء من جهة من عقدت لمصلحته او المتعهد بتنفيذها ، وكان فى وسع المدعي الا يقوم بالدفع (نظرية العقد ، ص ٦٥٥ ، هامش رقم ٣) .

الى أن المال الذي لا يسترد لا يبقى مع الطرف الآخر ، بل يكون ملكا للخزينة تنفقه فى أغراض خيرية . وذهب القانون المدني السوفييتي الى هذا الرأي ايضا،فقضى فى المواد (١٤٧ ، ٤٠٢) بأنه فى العقود المخالفة للقانون أو التي تؤدي الى الاضرار بمصالح الدولة ، ليس لاحد الطرفين ان يطالب الاخر برد مادفعه اليه بمقتضى العقد ، وبأن الاثراء غير المشروع، أوبدون سبب ، تأخذه الدولة.(١) ونحن نرى ان الرأي الذي اخذ به القانونان البرتغالى والسوفيتي خير الآراء وأعدلها،اذ يجب حرمان من قصد الوصول الى غرض غير مشروع عن طريق العقود من الحصول على ثمرة اثمة والوصول الى غرضه جزاء له على قصده غير المشروع ، ومنعا لغيره ممن قد تسول لهم انفسهم ذلك . وهذا الرأي سبق ان قال به بعض الفقهاء المسلمين . من ذلك ما جاء فى المدونة الكبرى للامام المالك بن انس (ج ١١ ، ص ٦٨) : « .. (قلت) أرأيت لو ان مسلما آجر نفسه من نصرانى يرعى له الخنازير فرعاها فأراد اجارته (قال) قال مالك فى النصراني يبيع من المسلم خمرا ان النصرانى يضرب على بيعه الخمر من المسلم اذا كان النصرانى يعرف أنه مسلم فباعه وهو يعرف أنه مسلم أدبا للنصرانى (قال) وأرى أن يؤخذ الثمن من النصراني فيتصدق به على المساكين أدبا للنصراني ويكسر الخمر فى يد المسلم (قال ابن القاسم) وأنا أرى أن تؤخذ الاجارة من هذا النصراني ويتصدق بها على المساكين ولا يعطاها هذا المسلم أدبا لهذا المسلم ولان الاجارة أيضا لا تحل لهذا المسلم اذا كانت من رعيه الخنازير» . وهذا النص يرينا بوضوح كيف ان الامام مالكا وابن القاسم يذهبان الى عدم ترك ما دفع (الثمن أو الاجرة) فى يد المتعاقد الآثم ، والى عدم تركه لدى المتعاقد الاثم الذي كان يجب عليه أن يدفعه الى المتعاقد الآخر ولم يدفعه . ومع ذلك نرى أن ما أخذ به القانونان البرتغالي والسوفييتي يتفق مع ماقال

(١) ايليا شيفيش وتاجر وتولد ، المرجع المذكور سابقا، ج١ ،ص٨٢ ، ج٢ ، ف٨ فالديمير كزوفسكي ، القانون المدني السوفييتي ، المرجع المذكور سابقا ، ج١ ، ص ٤٢٦ـ٤٣٠ .

به الامام مالك من عدم ترك ثمن الاثم بيد المتعاقد الآثم ، بل تأخذه الدولة وينفق فى الاغراض الخيرية كما يقول القانون البرتغالي ، أو على المساكين كما يقول الامام مالك. ثم ان الامام مالكا ذهب أبعد مما ذهب اليه القانونان البرتغالي والسوفييتي ، فقال بمعاقبة المتعاقد فى المثل المتقدم . ونرى مما تقدم ان الفكر القانوني الغربي ، حتى الثوري منه ، يسير فى تطوره نحو ما قرره الفقهاء المسلمون منذ قرون طويلة . وهذا ما يجب أن يدفعنا الى اعارة هذا الفقه أهمية عظيمة ، والى دراسته دراسة موضوعية عميقة مع مقارنته بالفقه الغربي دائما .

٢ ـ البطلان النسبي لنقص الاهلية :

٤٩٩ ـ لما كانت الاهلية من شروط صحة العقد ، فناقص الاهلية اذا أبرم عقدا فانه لا يكون ملزما بتنفيذه ، واذا كان قد تسلم شيئا تنفيذا لهذا العقد فعليه ان يرده . فاذا كان شيئا وأتلفه ، أو نقودا وصرفها ، فانه يرد الى الطرف الآخر مقدار المنفعة التي حصل عليها من الشيء ، وهذا الحكم متفق عليه فى الفقه الاسلامى وفى الفقه الغربى . وقد نص القانون المدني العراقي على هذا الحكم فى الفقرة الثالثة من المادة (١٣٨) التي تقضى بأنه : «ومع ذلك لايلزم ناقص الاهلية اذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . وقد نص القانون المدنى العراقي على هذا الحكم مرة اخرى عند الكلام عن المدفوع دون حق. فقد نصت المادة (٢٣٤) على أنه : (١ ـ اذا كان من تسلم غير المستحق ناقص الاهلية فلايكون ملزما الابرد ما كسب حتى لو كان سيء النية. ٢ـ وكذلك اذا أبطل عقد ناقص فلا يرد الا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد» . ويلاحظ أن الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة عن تكرار للفقرة الثالثة من المادة (١٣٨) .

ثانيا ـ اثر تقرير البطلان بالنسبة للغير :

٥٠٠ ـ اذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له ، لا فيما بين المتعاقدين فقط ، بل بالنسبة للغير أيضا . فاذا باع شخص عينا ثم رتب المشتري عليها

حقا عينيا ، كرهن أو حق ارتفاق مثلا ، أو باعها ، ثم تقرر بطلان العقد ، فالبائع الاول يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري ، ويستردها كذلك من المشتري الثاني .

السند القانوني :

٥٠١ ــ هناك قاعدتان قانونيتان يستند اليهما انصراف أثر تقرير البطلان الى الغير . تقضي الاولى بأنه اذا زال حق الشخص على شيء زال تبعا لذلك حق من تلقى عنه هذا الشيء . وتقضي الثانية بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك ، ويعبر عن ذلك أيضا بان فاقد الشيء لا يعطيه .

٥٠٢ ــ وهناك بعض الاستثناءات على القاعدة المتقدمة ، هي عبارة عن الحالات التي لا يتأثر فيها حق الغير بفسخ العقد . وسنرى هذه الحالات عند كلامنا عن الفسخ

المبحث الثاني
نظرية البطلان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

العقد الصحيح والعقد غير الصحيح :

٥٠٣ ــ يكون العقد صحيحا في الفقه الاسلامي اذا صدر من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه . وهو يكون كذلك اذا توافرت له اركانه مستوفية شرائطها اللازمة . فاذا تخلف ركن ، او لم يستوف أحد الاركان شرائطه اللازمة ، فالعقد غير صحيح . والعقد غير الصحيح في جميع المذاهب الاسلامية ، ماعدا المذهب الحنفي ، درجة واحدة ويقال له «العقد الباطل» . أما في الفقه الحنفي ، فالعقد غير الصحيح على درجتين : باطل وفاسد . فهو باطل اذا لم تتوافر له جميع أركانه ، ويقال له غير مشروع بأصله . وهو فاسد اذا توافرت له اركانه ولكن حدث خلل في أحد الاركان ، بان لم

يستوف هذا الركن شرائطه اللازمة ، ويقال للعقد فى هذه الحالة بأنه « مشروع بأصله لا بوصفه » .

٥٠٤ ـ والعقد الصحيح ينقسم بدوره الى قسمين . فهو لا يمكن تنفيذه اذا صدر من شخص لا يملك الولاية على نوع التصرف لنقص فى أهليته ، أو من شخص ليس له ولاية على محل العقد ، ويقال للعقد فى هذه الحالة « غير نافذ » أو « موقوف » . فاذا صدر ممن يملك الولاية على نوع التصرف وعلى محل العقد كان نافذا . والعقد النافذ اذا كان يمكن الرجوع فيه بارادة أي من العاقدين المنفردة ، أو بارادة أحدهما فقط ، فانه يكون غير ملزم للعاقد الذي يستطيع الرجوع عنه بارادته المنفردة ، ويقال له فى هذه الحالة «غير لازم» . وهذان النوعان من العقد الصحيح ، الموقوف والنافذ غير اللازم ، وان لم يكن محل بحثهما فى نظرية البطلان ، الا أننا سنبحثهما هنا ، وذلك لان الاثر الذي يترتب عليهما هو عدم امكان تنفيذهما فى الحال ، ولان القانون المدني العراقي قد بحثهما سوية فى موضع واحد .

٥٠٥ ـ فاذا لم يمكن لاحد العاقدين الرجوع عن العقد بارادته المنفردة كان العقد نافذا لازما ، وهو فى الذروة من العقود الصحيحة .

٥٠٦ ـ يخلص لنا مما تقدم ، ان هناك أربعة أنواع من العقود تتطلب البحث : العقد الباطل ، والعقد الفاسد ، والعقد الموقوف ، والعقد غير اللازم ، ونعالج كلا منهما في مطلب مستقل . أما العقد النافذ اللازم ، فليس هنا مكان بحثه ، بل عند الكلام عن آثار العقد ، فهو يرتب آثاره كاملة .

المطلب الاول

العقد الباطل

١ ـ اسباب البطلان

٥٠٧ ـ سبق أن رأينا تعريف العقد فى الفقه الاسلامي بأنه « ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه» . ومن هذا التعريف

نستطيع أن نتبين أسباب بطلان العقد . وهذه الاسباب اما ان تتعلق بصيغة العقد أو بالعاقدين أو بالمحل .

٥٠٨ ــ ففيما يتعلق بالصيغة ، يعتبرها بعض الفقهاء ركن العقد الوحيد،لتضمنها العاقدين والمعقود عليه . وهي تتكون من الايجاب والقبول الذين لا بد فيهما من ان يرتبطا. ولا بد لارتباطهما من تحقق الشرطين التاليين: ١ ــ مطابقة القبول للايجاب. ٢ ــ اتحاد مجلس العقد . وقد سبق الكلام عن هذين العنصرين بالتفصيل .

٥٠٩ ــ وفيما يتعلق بالعاقدين ، سبق ان رأينا ان العاقد يجب أن يكون أهلا لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا،أي ان يكون متمتعا بأهلية الاداء . وسبق أن رأينا كذلك أن أهلية الاداء هذه تدور مع التمييز وجودا وعدما . والتمييز ينعدم لدى الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه . ومن ثم يجب ان يتمتع العاقد بالتمييز . ثم ان هناك شرطا آخر لابد منه لتحقق عملية التعاقد ، وهو تعدد العاقد . فلا بد فى الايجاب والقبول من صدورهما من شخصين مختلفين .

٥١٠ ــ وفيما يتعلق بالمعقود عليه ، سبق أن رأينا الشروط التي يشترطها الفقهاء المسلمون فيه . وهذه الشروط هي أن يكون : ١ ــ مقدور التسليم ، بأن يكون موجودا أو ممكنا . ٢ ــ معينا أو قابلا للتعيين . ٣ ــ قابلا للتعامل فيه ، بأن يكون مالا متقوما مملوكا ملكا فعليا .

٥١١ ــ تلك هي الشروط التي لا بد من توافرها لنشوء العقد ١ ــ مطابقة القبول للايجاب . ٢ ــ اتحاد المجلس . ٣ ــ تعدد العاقد ٤ ــ التمييز . ٥ ــ محل قابل لحكم العقد ، أي مقدور التسليم، ومعين أو قابل للتعيين ، وقابل للتعامل فيه . ويسمى الفقهاء هذه العناصر بشرائط الانعقاد . فهم يعتبرون الصيغة ، او الايجاب والقبول ، ركنا ، والامور المتقدمة شرائط فيها.فاذا تخلف احدهذه العناصر لم ينعقد العقدوكان باطلا.

وعليه فاننا نستطيع ان نحدد أسباب بطلان العقد بتخلف احدالعناصر

المتقدمة . فاذا لم يطابق القبول الايجاب ، او لم يتحد مجلس العقد،أو لم يكن هناك عاقدان ، او كان احد العاقدين فاقدا للتمييز، بان كان صبياغير مميز أو مجنونا او معتوها او سكرانا لا يعرف ما يقول ، او لم يكن المعقود عليه قابلا لحكم العقد، بان كان غير مقدور التسليم او غير معين وغير قابل للتعيين أو غير قابل للتعامل فيه، فلا عقد. أي ان العقد يكون فى جميع هذه الحالات باطلا .

٢ ـ حكم العقد الباطل

٥١٢ ـ العقد الباطل لا يترتب عليه حكمه الشرعي ، فهو عدم والعدم لاينتج الا العدم . ولكن قد تترتب على العقد الباطل بعض الآثار باعتباره واقعة مادية لا تصرفا شرعيا . ثم ان العقد اذا كان باطلا فى شق منه وصحيحا فى الشق الآخر ، فان هناك مجالا لاخذ الشق الصحيح فقط بنظر الاعتبار واسقاط الشق الباطل ، وهذا ما يسمى بانتقاص العقد فى الفقه الغربي. وعليه فاننا نبحث عدم ترتب الحكم الشرعي على العقد الباطل أولا، والآثار التي قد تترتب عليه باعتباره واقعة مادية ثانيا، وانتقاص العقد ثالثا واخيرا .

أولا ـ عدم ترتب الحكم الشرعي على العقد الباطل

٥١٣ ـ العقد الباطل لا وجود شرعي له ، فهو عدم والعدم لا ينتج الا العدم ، وعليه فهو لا ينتج أثره الذي يرتبه الشارع عليه . فلا يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذه. واذا سلم احد العاقدين شيئا الى الاخر تنفيذا للعقد كان له ان يسترد ما سلمه ، ويجب عندئذ اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد . ولما كان العقد الباطل عدما فلا يمكن ان تلحقه الاجازة ،لان الاجازة لا تلحق الا العقد الموجود القابل لانتاج اثره الشرعي . وهو لايحتاج الى فسخ ، ويمكن لكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه . واذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذه فلا حاجة لاقامة الدعوى للحصول على حكم بفسخه،فاذا اقام احد المتعاقدين او خلفه الدعوى على المتعاقد الاخر مطالبا اياه بتنفيذ العقد، كان لهذا ان يدفع ببطلانه. واذا قبض احد المتعاقدين من الاخر عينا

وكان لهذه العين منفعة واستوفاها فعليه ان يعوض الطرف الاخر عنها(١).

ثانيا ـ الاثار التي قد تترتب على العقد الباطل باعتباره واقعة مادية

٥١٤ ـ والعقد الباطل اذا لم يترتب عليه حكمه باعتباره،تصرفا شرعيا قصد اليه المتعاقدان، الا انه قد يترتب عليه بعض الآثار اذا قام احد المتعاقدين، او كلاهما ،بتنفيذه وهذه الآثار لا تترتب على العقد الباطل باعتباره تصرفا شرعيا، بل على الوقائع المادية التي قام بها المتعاقدان تنفيذا للعقد . وأهم هذه الآثار هي التي تترتب على عقد النكاح اذا أعقبه الدخول ، وانتقال الضمان الى المشتري. ونستعرض كلا من هذه الآثار على حدة .

١ ـ عقـــد النـكاح

٥١٥ ـ النكاح الباطل او الفاسد ليس له وجود شرعي فلا يترتب عليه حكمه الشرعي من حل الاستمتاع ووجوب النفقة والتوارث . ولكن سبق ان مر بنا ان الزواج الباطل اذا اقترن بالدخول فان بعض الآثار تترتب على واقعة الدخول المقترنة به . وهـذه الاثار هي : سـقوط الحد ، وثبـوت النسب ، ووجوب العدة ، واستحقاق المهر(٢) .

٢ ـ انتقال الضمان الى المشتري :

٥١٦ ـ اذا سلم البائع فى البيع الباطل المبيع الـى المشتري فعلى المشتري ان يرد ما تسلمه الى البائع . ولكن قبل الرد ، هل تكون يده على المال يد ضمان او يد امانة ، وبعبارة اخرى اذا هلك المبيع فمن يتحمل تبعة هلاكه ، البائع او المشتري ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك :

---

(١) للاطلاع على نصوص فقهية فى هذا الموضوع يراجع كتابنـا الوسيط ص ٥١١ .

(٢) وفى هذا المعنى جاء فى البدائع (ج٥ ، ص ٣٣٥) : « واما النكاح الفاسد ، فلا حكم له قبل الدخول . واما بعد الدخول ، فيتعلق به احكام. منها ثبوت النسب ،ومنهاوجوب العدة، وهو حكم الدخول فى الحقيقة. ومنها وجوب المهر . والاصل فيه ان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، لانعدام محله اعني محل حكمه وهو الملك» (نقلا عن غرر مصادر الحق ، ص١٤٩).

فذهب بعضهم الى ان يد القابض فى البيع الباطل يدامانة، لانه لماكان البيع لاوجود شرعي له فلايبقى امامنا الا واقعة التسليم التي بمقتضاها وضع المشتري يده على مال البائع باذنه. وبهذا الرأي اخذت المجلة ، فنصت فى المادة (٣٧٠) على ان : «البيع الباطل لايفيد الحكم اصلا . فاذا قبض المشتري المبيع باذن البائع فى البيع الباطل كان المبيع امانة عند المشتري. فلو هلك بلا تعد لا يضمنه » .

وذهب آخرون الى ان يد المشتري يد ضمان لان التسليم كان لتحقيق مصلحة له ، فيضمن اذا تلف عنده ولو بلا تعد ولا تقصير منه . ويقيس هذا الفريق من الفقهاء المقبوض بالبيع الباطل على المقبوض على سوم الشراء الذي يسلم فيه البائع شيئا الى من يريد شراء هذا الشيء على ان يشتريه اذا أعجبه. وفى هذا المعنى جاء فى «المكاسب» للانصاري (ص١٠١): « ولو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان عليه الضمان ».

ثالثا ـ انتقاض العقد

٥١٧ ـ يعرف الفقه الاسلامي فكرة انتقاض العقد فى حالة البطلان كما يعرفها الفقه الغربي. فقد جاء فى «المكاسب» المتقدم الذكر (ص ١٥١) : « لو باع ما يقبل التملك وما لايقبله ، كالخمر والخنزير ، صفقة بثمن واحد، صح فى المملوك عندنا .. قال فى التذكرة: وليس عندي بعيدا الحكم بالبطلان فيما اذا علم المشتري حرمة الاخر او كونه مما لا ينقل اليه » . وفى الفقه المالكي جاء فى القوانين الفقهية لابن جزي(١) : «اذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام ، كالعقد على سلعة وخمر او خنزير او غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة . وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن . ولو باع الرجل ملكه وملك غيره فى صفقة واحدة ، صح البيع فيهما ولزمه فى ملكه، ووقف اللزوم فى ملك غيره على اجازته ». يتبين من النصين المتقدمين ان البيع فى فقه الشيعة وفى الفقه المالكي اذا كان صحيحا فى شق منه وباطلا فى

(١) الطبعة الثانية ، ١٣٧٧ هـ ، ١٩٥٨ م ، ص ١٩١

الشق الاخر، ففقهاء هذين المذهبين يذهبون الى رأيين : رأي يبطل الصفقة كلها ورأي يبقى الشق الصحيح بما يقابله من الثمن • وتأخذ بقية المذاهب الفقهية بفكرة الانتقاص مع اختلاف فيما بينها فى التفاصيل • ونكتفي بالنصين المتقدمين لتوضيح الفكرة • وقد سبق ان رأينا القانون المدني العراقي يأخذ فى المادة (١٣٩) بفكرة انتقاص العقد •

العقد الباطل فى القانون المدني العراقي :

٥١٨ ــ أخذ القانون المدني العراقي فكرة العقد الباطل من الفقه الاسلامي • فقد نص فى المادة (١٣٧) على ان :

«١ ــ العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجة •

٢ ــ فيكون العقد باطلا اذا كان فى ركنه خلل ، كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلا للتعاقد ، او يكون المحل غير قابل لحكم العقد ، او يكون السبب غير مشروع •

٣ ــ ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض أوصافه ، كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة ، او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون » •

ونص فى المادة (١٣٨) على ان :

«١ ــ العقد الباطل لاينعقد(١) ولا يفيد الحكم اصلا •

٢ ــ فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها قبل العقد• فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل •

٣ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد » •

---

(١) تعبير « لا ينعقد » غير دقيق . فهو فعل و« العقد الباطل» فاعل له ، مما قد يستفاد منه ان العقد الباطل موجود قبل الانعقاد لان الفاعل يسبق وقوع الفعل فى وجوده لانه هو الذي يقوم به . ثم ان النص يتكلم عن حكم العقد الباطل فلا داعى للكلام عن انعقاده فيه ، فكان الافضل عدم ذكر الفعل «لا ينعقد» والقول : « العقد الباطل لا يفيد الحكم الخ.. ».

(الموجز ج١ــ١٨)

وظاهر ان اولى هاتين المادتين تتكلم عن اسباب بطلان العقد ، وثانيهما تتكلم عن حكم العقد الباطل .

المطلب الثاني
العقد الفاسد(١)

اسباب الفساد :

٥١٩ ــ سبق ان رأينا ان نظرية الفساد نظرية خاصة بالفقه الحنفي،فهو الفقه الوحيد الذي يقرر مرحلة متوسطة بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وهي مرحلة العقد الفاسد . اما فى باقي المذاهب ، فالعقد اما صحيح ، وهو الذي توافرت له اركانه مستوفية شرائطها اللازمة، واما باطل اوفاسد ،وهو الذي لم تتوافر له اركانه كاملة او حصل خلل فى احدها .

والذي جعل فقهاء المذهب الحنفي يقررون مرحلة الفساد هذه بين مرحلتي الصحة والبطلان ، هو انهم لاحظوا ان المخالفات التي تؤدي الى عدم صحة العقد ليست على درجة واحدة من الخطورة ، فبعضها يقع على ناحية أساسية ، وبعضها يقع على ناحية ثانوية ، فنوعوا الجزاء الذي يترتب على كل نوع من هذه المخالفات واعتبروا المخالفة التي تقع على ناحية اساسية مبطلة للعقد ، والمخالفة التي تقع على ناحية ثانوية مفسدة له . لذلك فهم يعرفون العقد الفاسد بانه « المشروع باصله لا بوصفه» .

ومهما يكن من الامر ، فان اسباب الفساد كثيرة متنوعة ، بعضها خاص بكل عقد على حدة وبعضها عام يشمل جميع انواع العقود . واهم الاسباب التي تؤدي الى فساد العقود بصورة عامة هي : الاكراه ، والغرر ، والجهالة الفاحشة ، والشرط الفاسد .

موقف القانون المدني العراقي من العقد الفاسد :

٥٢٠ ــ ولم يأخذ القانون المدني العراقي بنظرية العقد الفاسد ،والحق

(١) للتوسع فى العقد الفاسد، يراجع كتابنا الوسيط، ص ٥١٤ــ٥٢٠.

الحالات التي يكون العقد فيها فاسدا بالعقد الباطل. فقد نص فى المادة (١٣٧) على ان :

« ١ ــ العقد الباطل هو مالايصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجة .

٢ ــ .....

٣ ــ ويكون باطلا أيضا اذا اختلت بعض اوصافه ، كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة ، او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون » .

فالفقرة الاولى من هذه المادة تعتبر العقدالذي لا يصح بوصفه باطلا. وهذا هو العقد الفاسد الذي رأيناه فى الفقه الحنفي. والفقرة الثالثةتقضى ببطلان العقد فى احدى الحالات التي يعتبره الفقه الحنفي فيها فاسدا ، الا وهي الجهالة الفاحشة .

المطلب الثالث

العقد الموقوف

١ ــ اسباب التوقف

سببان :

٥٢١ ــ سبق ان مر بنا ان العقد يكون موقوفا اذا كان العاقد لايملك الولاية علىنوع التصرف او على المال ، والعقد ينشأ صحيحا فى هاتين الحالتين ولكن لا يمكن تنفيذه فى الحال ، بليجب اجازته من قبل من يملك الاجازة . فهو موقوف اذن على الاجازة . ويرجع عدم الولاية على نوع التصرف الى نقص الاهلية.وقد سبق ان رأينا الحالات التي يكون الانسان فيها ناقص الاهلية. ويعتبر زفر بن الهذيل تصرف المكره موقوفا كذلك،لان ارادته ناقصة كارادة ناقص الاهلية ، وقد سبق ان رأينا ذلك عند الكلام عن الاكراه . ويرجع عدم الولاية على المال الى عدم الملك او تعلق حق الغير . ويتمثل الاول بتصرف الفضولي ، وتصرف النائب اذا جاوز حدود

نيابته ، فانه يكون فضوليا فيما جاوز حدود النيابة • ويتمثل الثاني في بيع مالك العين المؤجرة او المرهونة لهذه العين ، وبيع المريض مرض الموت اذا كان في البيع محاباة جاوزت الثلث • هذا وحالات العقد الموقوف كثيرة متنوعة ، والامثلة المتقدمة انما ذكر ناها على سبيل المثال لا الحصر •

٢ ـ حكم العقد الموقوف

ا ـ العقد الموقوف لنقص الاهلية :

٥٢٢ ـ سبق ان رأينا ان ناقص الاهلية لا يملك اجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر • فاذا قام باحد هذه التصرفات كان تصرفه موقوفا على اجازة من له حق الاجازة من ولي او وصي او قيم ، فان اجازه نفذ بأثر رجعي الى حين صدوره ، وان لم يجزه انعدم واصبح هو والتصرف الباطل بمنزلة سواء • ويملك ناقص الاهلية اجازة التصرف بنفسه وذلك بعد زوال نقص اهليته •

ب ـ العقد الموقوف لعدم الملك : تصرف الفضولي :

٥٢٣ ـ سبق ان مر بنا ان العقد الموقوف لعدم الملك هو الذي يبرمه الفضولي• والفضولي هو الشخص الذي يتدخل في شؤون الغير دون توكيل ولا نيابة، وبذلك يختلف في الفقه الاسلامي عنه في الفقه الغربي • فالفضولي في الفقه الغربي هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة لغيره تفضلا منه ، فيرجع عليه بما أنفق في ذلك • وتدخل الفضولي في شؤون الغير انما يكون عن طريق التصرفات القولية ، كالبيع والشراء والايجار والهبة والعارية والقرض ، الخ •• واهمية تصرف الفضولي تظهر بصورة خاصة في حالتي البيع والشراء •

فحكم بيع الفضولي انه موقوف على اجازة المالك ، مثله في ذلك مثل البيع الصادر من ناقص الاهلية • فيكون للتصرف وجود قانوني ولكن يوقف أثره ، فلا تنتقل ملكية المبيع الى المشتري ، ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن •

شروط صحة الاجازة :

٥٢٤ ــ تصدر الاجازة من المالك، ويجب لصحتها توافر الشروط التالية:

١ ــ قيام الاطراف الثلاثة : البائع والمشتري والمالك ، وقت صدور الاجازة • فلو مات احدهم قبل صدور الاجازة من المالك فلا تصح الاجازة، ولا يقوم الورثة مقام من مات • وفى هذا المعنى جاء فى فتح القدير (ج٥، ٣١٢ــ٣١٣) : « ولو هلك المالك ، لا ينفذ باجازة الوارث •• وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف ، فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا ، لانه لا فائدة فى نقض القسمة ثم الاعادة • وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز باجازة ورثته ، وهو القياس ، والاستحسان مقدم » •

٢ ــ قيام المبيع ، وكذلك الثمن اذا كان عينا • فلو هلك قبل اجازة المالك ، فلا تصح الاجازة • فاذا هلك فى يد المالك هلك عليه• واذا هلك بعد التسليم ، فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الفضولي وان شاء ضمن المشتري •

٣ ــ ان يكون للتصرف مجيز وقت صدوره • فاذا باع الفضولي مال القاصر او المحجور بغبن فاحش ، لم يكن للبيع مجيز وقت صدوره لان المحجور لا يستطيع القيام بهذا التصرف ، ولا يستطيع الوصى كذلك ولا القيم القيام به • ومن ثم لا يستطيع احد القيام به ، فلا تلحقه الاجازة •

حكم الاجازة :

٥٢٥ ــ والاجازة اذا صدرت مستجمعة لشرائطها على النحو المتقدم، نفذ البيع باثر رجعي الى وقت صدوره ، واصبح الفضولي بحكم الوكيل، فـ « الاجازة اللاحقة وكالة سابقة » •

ج ــ العقد الموقوف لتعلق حق الغير : بيع المرهون والمستاجر وتصرف المريض مرض الموت :

٥٢٦ ــ فى حالة بيع المرهون او المستأجر وتصرف المريض مرض الموت

نكون امام حالتين قانونيتين مختلفتين فى الحكم : الاولى كون البـــائع او المريض مالكا لما يبيعه او يتصرف به ، وهذه الحالة تقتضي نفاذ التصرف. والثانية تعلق حق الغير بالشيء المبيع او المتصرف به ، وهذه الحالة تقتضي عدم نفاذ البيع او التصرف. لذلك لا يكون البيع او التصرف نافذا فى حق من تعلق حقه بالشيء ، وذلك تطبيقا للقاعدة الكلية القاضية بانه : « اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع » (م٤٦ مجلة) . ومن ثم فلابد فى هذه الحالات وامثالها من اجازة الغير الذي تعلق حق بالشيء . والغير فى الحالات المتقدمة هو المرتهن ، والمستأجر والورثة .

العقد الموقوف فى القانون المدني العراقي :

٥٢٧ ــ عالج القانون المدني العراقي العقد الموقوف فى المواد (١٣٤ــ ١٣٦) . وقد توسع فى منطقة هذا العقد ، فجعلها تشمل نقص الاهلية وعيوب الارادة وعدم الولاية على المعقود عليه فى وقت واحد . وقد تكلم فى المادة (١٣٤) عن العقد الموقوف لنقص الاهلية أو لاحد عيوب الارادة ، وفى المادة (١٣٥) عن عقد الفضولي ، وفى المادة (١٤٦) عن الاجازة . ونستعرض كلا من هــذه المــواد على حــدة .

العقد الموقوف لنقص الاهلية

٥٢٨ ــ نصت المادة (١٣٤) عــــلى أنه :

« ١ ــ اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه او غلط أو تغرير ، جاز للمتعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير ، كما أن له ان يجيزه . فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي . فان هلكت العين فى يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها .

٢ ــ وللعاقد المكره أو المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الاخر وان شاء ضمن المجبر أو الغار . فان ضمن المجبر او الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر . ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور ان

قبض البدل مكرها أو مغرورا وهلك فى يده بلا تعد منه » .

فالفقرة الاولى من هذه المادة تجيز لناقص الاهلية وللمكره ولمن وقع فى الغلط أو ذهب ضحية التدليس،أن ينقض العقد وان يجيزه. فاذا اختار النقض كان له أن يسترد العين من العاقد الآخر اذا كانت لاتزال فى يده،وأن يستردها من الاشخاص الذين انتقلت اليهم اذا كانت قـــد خرجت من يد المتعاقد الاخر .

والفقرة الثانية من المادة المتقدمة تعطي العاقد المكره أو المغرور الخيار فى تضمين العاقد الآخر أو المجبر أو الغار .فاذا اختار تضمين المجبرأو الغار كان لهذين أن يرجعا بما ضمناه على العاقد الآخر . واذا كان العاقـــد المكره أو المغرور قد قبض البدل مكرها أو مغرورا وهلك فى يده بلا تعد منه فـــلا يضمنـــه .

ونلاحظ أخيرا على المادة المتقدمة ما يلي :

١ ــ انها اعتبرت العقد موقوفا للتغرير فقط ، وكان من اللازم أن تنص على اقترانه بالغبن الفاحش . فالقانون المدني العراقي ، كما سـبق أن رأينا ، لم يعتبر التغرير وحده عيبا من عيوب الارادة .

٢ ــ انها اعتبرت عقد المكره موقوفا ، وبذلك أخذت برأي زفر ولم تأخذ برأي ابي حنيفة الذي يعتبره فاسدا ، ولا برأي فقهاء المذاهب الاخرى الذين يعتبرونه باطلا .

عقـد الفضولي :

٥٢٩ ــ وتكلمت المادة (١٣٥) عن تصرف الفضولي ، فنصت عـلى مـــا يـــلي :

«١ ــ من تصرف فى ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجـــازة المالـــك .

٢ ــ فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر .

٣ ــ واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ، واذا كان العاقد الاخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه.فان هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالما انه فضولي فلا رجـــوع له عليـــه بشىء منه .

٤ ــ واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت فى يده بلا تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فاذا اختار تضمين أحدهما ســـقط حقه فى تضمين الآخر » .

فالفقرة الاولى اعتبرت تصرف الفضولى موقوفا على اجازة المالك . وبذلك لم تأخذ بالرأي الذي يعتبره باطـــلا .

والفقرة الثانية اعتبرت اجازة المالك لتصرف الفضولي توكيلا،فيكون هذا وكيلا عن المالك فى التصرف ، فيجوز للمالك أن يطالبه بالبدل ان كان قـــد قبضـــه .

والفقرة الثالثة تبطل تصرف الفضولي اذا لم يجزه المالك.ويترتب على ذلك أن العاقد الآخر اذا كان قد أدى البدل للفضولي فان له أن يرجع عليه به.فاذا وجده هالكا ينظر : فاذا كان الهلاك بتعد من الفضولي فانه يضمنه، واذا لم يكن بتعد منه ينظر ثانية : فاذا كان العاقد الآخر قـد أدى البـدل الى الفضولي وهو عالم بانه فضولي فلا رجوع له عليه بشىء، واذا لم يكن عالما فله الرجوع عليه به .

وتتكلم الفقرة الرابعة عن ضمان العين المعقود عليها من قبل الفضولي. فاذا سلمها الفضولي الى العاقد الآخر وهلكت فى يد هذا الاخير بدون تعد منه، كان للمالك ان يضمن أيا شاء من الفضولي والعاقد الآخر. فاذا أختار تضمين أحدهما سقط حقه فى تضمين الآخر . ولكن هذه الفقرة لم تنص على حالة هلاك العين بيد العاقد الآخر وبتعد منه . فهل يبقى خيار المالك في تضمين أي شاء من الفضولي والعاقد الآخر،او ينحصر حقه فى مطالبة العاقد الآخر فقط ؟ نحن نرى أن خيار المالك يجب ان يبقى،لان الفضولي قـد

يكون املأ من العاقد الآخر . ولكن اذا ضمن المالك الفضولي فان لهذا الاخير ان يرجع على العاقد الاخر بما ضمنه .

الاجـــازة :

٥٣٠ ــ وتكلمت المادة (١٣٦) عن الاجازة ، والمـدة التي يجب أن تستعمل فيها ، ومبدأ سريانها ، فنصت على أن :

«١ ــ اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة،وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد.ويشترط فى صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد. ولايشترط قيام العاقدين او المالك الاصلي أو المعقود عليه وقت الاجازة.

٢ ــ ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة اشهر.فاذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذا .

٣ ــ ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد . واذا كان سبب التوقف الاكراه أو الغلط أو التغرير ، فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير(١). واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالـــك بصـــدور العقد » .

فالفقرة الاولى من هذه المادة تتكلم عن كيفية الاجازة واستنادها الى الماضى ، وشروط صحتهـا .

فالاجازة تكون صراحة أو دلالة.والاجازة الصريحة تكون بالقول، بأن يقول المالك أجزت العقد أو ما فى معناه . والاجازة دلالة ، أو الاجازة الضمنية ، تستنتج من تصرفات المالك ، كأن يشتري العين من العاقد الآخر أو يســتأجرها منه .

والاجازة تتم بأثر رجعي يستند الى وقت ابرام العقد.وهذا هو تطبيق

(١) يلاحظ تكرار كلمة «فيه» فى النص ثلاث مرات ، وكان يمكن الاكتفاء بواحـــدة .

قاعدة «الاجازة اللاحقة وكالة سابقة» ويترتب على ذلك أن جميع الزوائد او الثمار الحاصلة فى العين المبيعة من وقت ابرام العقد الى وقت الاجازة تكون للعاقد الآخر .

ولم تشترط هذه الفقرة لصحة الاجازة الا قيام من يملكها وقت صدور العقد فقط . وبذلك لم تشترط الشروط التي يتطلبها الفقه الحنفي عامة من قيام العاقدين والمالك الاصلي والمبيع ، والتي سبق أن رأيناها .

وتحدد الفقرة الثانية من المادة المتقدمة المدة التي يجب أن يستعمل فيها من توقف العقد لمصلحته خياره فى النقض والاجازة بمدة قصيرة جدا ، وتجعلها ثلاثة أشهر . وقد اخذ المشرع بنظر الاعتبار فى جعله المدة قصيرة الى هذا الحد استقرار المعاملات وصيانتها من التزعزع والاضطراب .

وتحدد الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة مبدأ سريان المدة التي يمكن ان يستعمل فى خلالها خيار الاجازة او النقض . ويختلف هذا المبدأ بالنسبة لناقص الاهلية عنه بالنسبة للمتعاقد الذي شاب ارادته عيب وبالنسبة لتصرف الفضولي . فاذا كان سبب توقف العقد هو نقص الاهلية فالمدة تبدأ من حين زوال نقص الاهلية ، واذا كان عيبا من عيوب الارادة فانها تبدأ من حين زوال العيب ، واذا كان السبب عدم الملك فانها تبدأ من حين علم المالك بتصرف الفضولي .

المطلب الرابع
العقد النافذ غير اللازم

٥٣١ ــ اذا توافرت للعقد اركانه مستوفية شروط صحتها ، وذلك بأن صدر من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه ولم يشب ارادة احد العاقدين عيب يفسدها ، فقد انعقد صحيحا نافذا وترتبت عليه آثاره الشرعية .

٥٣٢ ــ والاصل فى العقد الصحيح النافذ الا يستطيع أحد العاقدين الرجوع عنه بارادته المنفردة . الا أن هناك عقودا تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها

أي من العاقدين دون توقف على رضاء الآخر،كالوكالة والوديعة والعارية والرهن الخ .. وهناك عقود يكون فيها لاحد العاقدين فقط ان يرجع عنها بارادته المنفردة ، ويكون ذلك عندما يكون لاحد العاقدين خيار الرجوع . والخيارات كثيرة متنوعة ، أهمها خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب . فاذا كان العقد قابلا لان يرجع فيه احد العاقدين بارادته المنفردة أما لان طبيعته تقتضى ذلك أو لان فيه احد الخيارات المتقدمة،فانه يكون صحيحا نافذا ولكنه غير لازم . فهو عقد نافذ لانه انعقد صحيحا منتجا لاثاره التي قررها الشارع. وهو غير لازم لان أحد العاقدين يستطيع أن يرجع فيه ويستقل بفسخه ، فهو غـــير لازم لـــه .

٥٣٣ ــ ولم يعالج القانون المدني العراقي عدم لزوم العقدفى نظريةعامة، بل عالج الخيارات فى نصوص متفرقة ومبعثرة.لذلك فسوف لانعالجها هنا ، ونكتفى بما تقدم عنها ، على أن نعالجها فى مواضعها الخاصة من القانون .

٥٣٣ ــ مكرر ــ بهذا ننتهي من الكلام عن البطلان ، وهو الجزاء الذي يترتب على عدم توافر اركان العقد فاذا سلم العقد مما يـؤدي الى بطلانه كان صحيحا منتجا لاثاره . فما هي هذه الاثار ؟ هذا ما نراه في الفصل القـــادم .

الفصل الثانى

آثار العقد

تمهيد ـ نسبية آثار العقد من حيث الاشخاص ومن حيث المضمون :

٥٣٤ ـ تكلمنا فى الفصل السابق فى انعقاد العقد ، فبينا الاركان اللازم توافرها لهذا الانعقاد والشروط اللازم توافرها فى كل ركن لينشأ العقد صحيحا منتجا لآثاره ، كما بينا الجزاء الذي يترتب على تخلف أحد هذه الاركان او تلك الشروط ، الا هو بطلان العقد او توقفه او عدم نفاذه .

فاذا توافرت للعقد أركانه مستوفية شرائطها اللازمة ، ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ أو غير لازم ، فقد انعقد صحيحا نافذا وأنتج أثره وهو انشاء الالتزامات على عاتق اطرافه ، واصبحت له قوة ملزمة وأمكن اجبار العاقدين على تنفيذ ما ورد فيه.ولكن لابد لامكان هذا التنفيذ من تحديد أطراف العقد أولا ، ومضمونه ثانيا . فالاصل فى هذا الباب أن أثر العقد لا ينصرف الى غير العاقدين ،ويعبر عن ذلك بالقول بأن أثر العقد نسبي من حيث الاشخاص . والاصل كذلك أن العاقد لايمكن أن يلزم بما لم يتضمنه العقد،ويعبر عن ذلك بالقول بان أثر العقد نسبي من حيث المضمون.فأثر العقد نسبي اذن من حيث الاشخاص ومن حيث المضمون .

ونبحث كلا من هذين الشقين من القاعدة فى فرع مستقل .

الفرع الاول

أثر العقد من حيث الاشخاص

العـــاقدان والغير :

٥٣٥ ـ لا بد لتحديد الاشخاص الذين ينصرف اليهم أثر العقد من تحديد المتعاقدين ، فأثر العقد لا ينصرف فى الاصل الا اليهما . ولكن قد ينصرف أثر العقد الى غير المتعاقدين استثناء . ونبحث كلا من أثر العقد بالنسبة للعاقدين وأثره بالنسبة لغير العاقدين فى مبحث مستقل .

المبحث الاول

أثر العقـد بالنسـبة للمتعاقدين(١)

تحديد معنى المتعاقدين

٥٣٦ ــ يجب التوسع فى فهم معنى « المتعاقدين » ، فهو لا يشمل بالضرورة كل من قام بابرام العقد،ولا يقتصر بالضرورة على من يعتبر طرفا فى العقد . فالنائب هو الذي يبرم العقد ولكنه لايعتبر طرفا فيه ، فأثر العقد انما ينصرف الاصيل لا اليه . وأثر العقد لا يقتصر حتما على من يعتبر طرفا فى العقد ، بل يشمله ويشمل أشخاصا آخرين . والاشخاص الذين تنوشهم آثار عقد لم يكونوا طرفا فيه أما ان تنوشهم لانهم يخلفون العاقد فى ذمته كلها أو فى جزء شائع منها وهؤلاء هم الخلف العام ، أو لانهم يخلفونه فى عين معينة أو شيء معين وهؤلاء هم الخلف الخاص ، أو لانهم يخلفونه فى حق شخصى وهؤلاء هم الدائنـــون العاديون .

يخلص لنا مما تقدم ان كلمة (المتعاقدين) تشمل بالاضافة الى العاقدين نفسيهما خلفهما العام وخلفهما الخاص ودائنيهما العاديين . وسنبحث هنـا أثر العقد بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص فقط. أما العاقدان نفساهما فلا يحتاجان الى ايضاح.وأما الدائنون العاديون فسنبحث أثر العقد بالنسبة لهم فى أحكام الالتزام ، وذلك عند الكلام عن الضمان العام للدائنـين الذي هو ذمـة المدين الماليـة .

ونعالج كلا من الخلف العام والخلف الخاص فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

الخلف العـام

AYANT CAUSE UNIVERSEL

انصراف اثر العقد الى الخلف العام :

٥٣٧ ــ سبق أن مر بنا ان الخلف العام هو من يخلف غيره فى ذمته

---

(١) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٥٣٠ـ٥٣٩ ، مع المراجع المشار اليها في هامش صفحة ٥٣٠ .

المالية كلها أو فى جزء شائع منها،وهذا يشمل الوارث والموصى له بكل التركة أو بجزء شائع منها كالثلث والربع(١) . والخلف العام يحل محـــل سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية ، فمن الطبيعى اذن أن يتأثر بالعقود التي كان سلفه قد أبرمها. فاذا باع شخص عينا ولم يتسلم ثمنها ثم توفي فان حقه فى المطالبة بالثمن ينتقل الى الوارث والى الموصى له بجزء شائع من التركة أو بالتركة كلها ، وكذلك اذا اشترى شخص شيئا ولم يتسلمه ثم مات فان حقه فى المطالبة بالمبيع ينتقل الى الوارث والى الموصى له بكل التركة أو بجزء شائع منها . وقد نصت على الحكم المتقدم الفقرة الاولى من المادة (١٤٢) مـن القانون المدني بقولها:(ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام..)(٢).

مدى انصراف اثر العقد الى الخلف العام :

٥٣٨ ــ ولكن ما هو مدى تأثر الخلف العام بالعقود التي يبرمها سلفه ، وبعبارة اخرى هل تنصرف اليه آثار العقود التي أبرمها سلفه من الناحيتين الايجابية والسلبية فيكتسب الحقوق ويلزم بالديون والالتزامات الناشئة عنها؟

يتوقف الجواب عن هذا السؤال على التصوير القانوني لشخصية الوارث . ففى القوانين اللاتينية التى تستمد أصولها من القانون الرومانى ، كالقانون الفرنسي،تعتبر شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث،فيكتسب الحقوق التي لمورثه ويلتزم بالالتزامات التي عليه . أما الشريعة الاسلامية فلا تأخذ بهذا التصوير ولا تعتبر شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث،فهو لا

---

(١) يطلق تعبير «خلف عام Ayant cause universel احيانا على الوارث اذا كان وحيدا وعلى الموصى له بكل التركة ، فى الحالات التي يجوز فيها ذلك . أما الوارث مع غيره والموصى له بجزء شائع من التركة ، فيقـال له « خلف بسبب عام» Ayant cause à titre universel ولكن الحكم واحد بالنسبة للاثنين الذلك اطلقنا على الكل تعبير « خلف عام».

(٢) وقد قضت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ٣٠-١-٥٨ بان : « ... الوارث والمورث بحكم الشخص الواحد فاذا ترتب حق للمورث ولم يستوفه حال حياته ولم يسقط بوجه قانوني فينتقل الحق للورثـــة بنسبة انصبائهم ... ».

يلزم بديون مورثه ، أما حقوقه فتنتقل اليه مع التركة ، وذلك استنادا الى الحديث الشريف : (لاتركة الا بعد سداد الديون) . ومعنى ذلك أن الشخص اذا مات وعليه ديون فان هذه الديون توفى من التركة اولا وقبل شيء ، فاذا بقي شيء بعد ذلك ذهب الى الورثة. فالقاعدة بالنسبة للخلف العام اذن أن تنتقل اليه حقوق سلفه دون أن يلزم بديونه والتزاماته ، ولكنه لايتلقى تلك الحقوق الا بعد سداد الديون التي كانت على سلفه. وهذا مانصت عنيه الفقرة الاولى من المادة (١٤٢) المتقدمة بعد النص على القاعدة العامة فى انصراف أثر العقد الى الخلف العام ، وذلك بقولها (.. دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالمـــيراث ..) .

مدى انتقال الحقوق الى الخلف العـام

٥٣٩ ــ اما وقد عرفنا ان الخلف العام يتأثر بعقود سلفه من الناحية الموجبة فقط ، فتنتقل اليه الحقوق دون الالتزامات ، فقد بقي أن نعرف نوع الحقوق التي تنتقل اليه. فقد سبق أن رأينا ان الحقوق أنواع ، منها مايمثل قيمة مالية تضاف الى ذمة الشخص ، وهذا النوع لاشك فى انتقاله الى الخلف العام ، ومنها ما يعتبر مجرد حقوق شخصية أو رخص يتوقف استعمالها على ارادة الشخص كطلب الشفعة واستعمال أحد الخيارات التي يتوقف على استعمالها ابرام عقد أو نقضه ، كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب ، الخ .. فهل ينتقل هذا النوع من الحقوق الى الخلف العام ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك. ويدور خلافهم حول منطوق حديث عن الرسول عليه السلام ، فيروي البعض انه قال : (من ترك مالا فلورثته) ويروى آخرون انه قال : (من ترك مالا أو حقا فلورثته). وقد ترتب على هذا اختلاف المذاهب فى القول بوراثة الحقوق أو عدم وراثتها . فيرى الحنفية أن المنافع والحقوق الشخصية لا تنتقل الى الورثة ، ويعللون رأيهم هذا بان المنافع أعراض لا بقاء لها فهي تتجدد بتجدد الزمن وتحدث بحدوث أجزائه وتتغير بتغير أوقاتها ، لذلك لا يمكن احرازها ، وما لا يمكن احرازه لا يعد مالا يتصور فيه امـكان

التوارث . لان التوارث من جهة انما يكون فيما يتركه المتوفى من مال أو حق مالي له حكم المال ، ولانه من جهة اخرى لا يتأتى الا فيما يكون له وجود محقق عند الموت ويستمر الى ما بعد الموت ويكون ملك المورث عليه باقيا الى آخر لحظة من حياته ثم يعقبه مباشرة ملك ورثته فيتعاقب الملكان على شيء واحد . ولما كانت المنافع انما تتجدد على حكم ملك صاحب العين ثم تنتقل ملكيتها الى المستأجر بحكم العقد ، ولما كان العقد يعتبر متجددا بتجددها وينعقد ساعة فساعة بحدوثها ، لهذا كله قال فقهاء المذهب الحنفي بعدم امكان وراثة المنافع وانفساخ عقد الاجارة بموت أحد العاقدين .

ولا يورث فقهاء المذهب الحنفي الحقوق الشخصية ، أي المتعلقة بارادة صاحب الحق فيها كحق الشفعة وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار العيب وذلك لانهم قالوا أن هذه الحقوق ليست فى حقيقتها الارضى العاقد أو عدم رضاه ، والرضى مشيئة وارادة وهما لا تورثان لانهما حالتان خاصتان بالمورث نفسه تذهبان بموته . ولكنهم مع هذا استثنوا خيار العيب وقالوا انه يثبت للوارث ابتداءً لا بطريق الوراثة عن المورث بل بناء على أن سبب ثبوته وتحققه يتصل بالوارث بعد الوفاة اتصاله بمورثه قبل الوفاة ، ذلك أن خيار العيب يثبت للوارث نتيجة لضياع بعض ماله لان المبيع المعيب أقل ثمنا من المبيع الخـــالي من العيب .

وتذهب المذاهب الثلاثة الاخرى ومذهب الشيعة الامامية الى القول بوراثة الحقوق جميعا . فحق الشفعة والخيارات بأنواعها تنتقل الى الورثة بناء على الحديث (من ترك مالا أو حقا فلورثته) . وهذه المذاهب هـي التي يتفق حكمها مع القانون المـــدني الفرنسي(١) .

---

(١) الشيخ علي الخفيف ، مقال له عن الذمة المالية فى الشريعة الاسلامية : تلخيص حامد فهمي ، نقلا عن الدكتور حسن علي الذنون : « النظرية العامة للفسخ فى الفقه الاسلامي » ، رسالة للدكتوراه ، القاهرة ١٩٤٦م ـ ١٣٦٤هـ ، ص ١١٨ و ١٢٩ ـ ١٣٠ . كذلك كتابه : « النظرية العامة للالتزام » ج ١ ، ١٩٤٦ ، ص ١٥٣ ـ ١٥٤ ، بتصرف يسير .

اســـــتثناء :

٥٤٠ ــ على ان قاعدة انصراف أثر العقد الى الخلف العام ليست مطلقة ، فهناك حالات لاينصرف فيها أثر العقد اليه • وفى الحالات التى لاتنصرف فيها آثار العقد الى الخلف العام أما أن لاتنصرف اليه مع بقائه خلفا عاما، أو لا تنصرف اليه باعتباره من الغير • ونرى كلا من هاتين الحالتين على حدة •

١ ــ عدم انصراف اثر العقد الى الخلف العام مع بقائه خلفا عاما :

٥٤١ ــ هناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد الى الخلف العام مع بقائه خلفا عاما • وعدم انصراف أثر العقد الى الخلف العام فى هذه الحالات أما أن يرجع الى اتفاق المتعاقدين ، او الى طبيعة الحق ، أو الى شـخصية المتعاقد لان شخصيته كانت محل اعتبار عند ابرام العقد •

١ ــ فقد يتفق المتعاقدان على أن أثر العقد لاينصرف الى الورثة، وهذا الاتفاق صحيح اذا لم يكن مخالفا للقانون ولا النظام العام والاداب • مثال ذلك ما اذا اتفق المؤجر والمستأجر على انتهاء العقد بموت المستأجر ، فلا يستطيع ورثته الانتفاع بالعين المؤجـرة •

٢ ــ وقد تأبى طبيعة الحق ، أو طبيعة التعامل ، انتقاله الى الورثة ، كحق الانتفاع ، والايراد المرتب مدى الحياة • فاذا حصل شخص بعقد على حق انتفاع فان هذا الحق لا ينتقل الى ورثته بعد موته لان طبيعته القانونية تقضى بانقضائه بموت صاحبه • وكذلك الامر اذا حصل شخص بعقد على ايراد مرتب مدى الحياة ، فان هذا الايراد ينقضى بموت صاحبه ولا ينتقل الى الورثة لان طبيعته القانونية والمادية تقضى بذلك •

٣ ــ ولا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام كذلك اذا كانت شخصية المتعاقد محـل اعتبـار فى العقـد •

وقد نصت على الحالات المتقدمة الفقرة الاولى من المادة (١٤٢) من القانون المدنى بقولها : (••• ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام) •

(الموجز ج ١ ــ ١٩)

٢ ـ عدم انصراف اثر التصرف الى الخلف العام باعتباره من الغير :

٥٤٢ ـ هناك حالات يعتبر المشرع فيها الورثة من الغير لا خلفا عاما للمورث، فلا تسرى فى حقهم تصرفات مورثهم • والغرض الذي يقصد اليه المشرع من وراء ذلك انما هو حماية الورثة من تصرفات مورثهم التى يقصد بها الاضرار بهم• ذلك ان المشرع قد فرض للورثة حقوقا فى تركة مورثهم يتلقونها منه مباشرة (أي من المشرع) لا عن طريق الاستخلاف (أي بوصفهم خلفا عاما)• فاذا أراد المورث الاضرار بهذه الحقوق عن طريق تصرفات يجريها فان المشرع يرد عليه قصده ولا يعتبر هذه التصرفات سارية فى حق الورثة •

وحقوق الورثة انما تثبت بموت مورثهم ، فأول التصرفات التي يمكن للمورث أن يضر بها بورثته هو الوصية • وقد أجاز المشرع للشخص أن يتصرف بثلث ماله عن طريق الوصية ، أما الثلثان الاخران فهما حق الورثة الذي يتلقونه بحكم الشارع • فاذا أوصى المورث بأكثر من ثلث تركته فان وصيته لا تنفذ فى حق الورثة الا فى حدود الثلث(١)•

٥٤٣ ـ ولكن اذا أحس الانسان بدنو أجله لم يعد للمال قيمة فى نظره، ويسهل التأثير عليه ، وقد يعمد الى تبذير أمواله بتصرفات ضارة وهو لا يخشى المستقبل لان الاجل سوف لا يطول به فيقع فريسة الفقر ، فيهبها او يقفها أو يبيعها بالغبن الفاحش قاصدا محاباة المشتري • وهذا ما يحدث عادة اذا كان الانسان فى مرض موته(٢)• والذي يتضرر من كل ذلك انما هم ورثته،

(١) اختلف الفقهاء فى جواز الوصية لوارث . فغالبيتهم لا تجيزها استنادا الى حديث « لا وصية لوارث» ، ويجيزها فقهاء الشيعة والظاهرية لان هذا الحديث لم يثبت عندهم .

(٢) وقد عرفت المجلة فى المادة (١٥٩٥) مرض الموت بانه « المرض الذي يخاف فيه الموت فى الاكثر ، والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة فى داره ان كان من الاناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، صاحب فراش كان او لم يكن . وان امتد مرضه دائما على حال ومضى عليه سنة يكون (الصحيح: يكن) فى حكم الصحيح وتكون (الصحيح : تكن) تصرفاته كتصرفات الصحيح ، مالم يشتد مرضه ويتغير حاله .ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله بعد حاله اعتبارا من وقت التغير الى الوفاة مرض موت» .

فهم سيحرمون من الحقوق التي فرضها لهم الشارع • هنا يتقدم الشارع لحمايتهم من تصرفات مورثهم ، ويعتبر هذه التصرفات غير سارية فى حقهم فلا تنفذ فى حقهم الا فى حدود ثلث التركة(١) •

٥٤٤ — ويلحق بعض الفقهاء بالتصرفات المتقدمة الابراء والكفالة • فاذا أبرأ المريض مرض الموت مدينا له من دينه فلا يسري هذا الابراء فى حق الورثة الا فى حدود ثلث التركة ، لان الابراء بحكم الهبة • وكذلك اذا كفل المريض شخصا فالكفالة لا تسري بحق الورثة الا فى حدود ثلث التركة ، لان الكفالة فى مرض الموت بحكم الوصية •

---

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة مصر الكلية الاهلية فى حكم لها صادر فى ١٦ نيسان ١٩٣٠ بأن « الورثة ينقلبون الى طبقة الغير ، ويصبحون فى حل من التمسك بحقوق لهم ، فيما اذا امدهم الشارع بهذه الحقوق المعينة فى حالة مرض الموت والوصية . وفى غير هاتين الحالتين تعتبر تصرفات مورثهم نافذة عليهم ، سواء سجلت او لم تسجل ، وسواء تجرد بها المورث من كل ما يملك او لم يتجرد الا من بعض ما يملك ، اذ له وهو فى حال حياته وفى غير مرض الموت وفى غير الايصاء لوارث او لاجنبي ان يتصرف فى جميع ماله، وليس للوارث بعد وفاة مورثه حق الاعتراض على تصرفات مورثه وحق القول بأنها تصرفات عملت اضرارا به ، ما دام ان الوارث لا يتحقق له حق الارث والمورث على قيد الحياة ، ولا يتحقق له ذلك الا عند الوفاة وما يظهر من مال المتوفى . اما قبل ذلك فلا ، الا فى حالتي مرض الموت والايصاء » (المحاماة ١١ ، رقم ٣٧٨ ، نقلا عن نظرية العقد ، ص ٧٣٦ : هامش رقم ٢)

ويقول الاستاذ السنهوري فى هذا الصدد : « اذا باع المورث عينا وهو فى مرض موته لوارث او لغير وارث ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة فان البيع لا يسري فى حق الورثة فيما يزيد على الثلث الا اذا اجازوه ..» (الوسيط ، ص ٥٤٤) . ونحن لا نرى هذا القول صحيحا على اطلاقه، اذ لابد لعدم سريان البيع فى حق الورثة الا فى حدود ثلث التركة من ان يكون فى البيع محاباة. فاذا لم يكن فيه محاباة فانه صحيح ونافذ فى حق الورثة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣٩٤) من المجلة . فقد نصت هذه المادة على انه: (اذا باع المريض فى مرض موته شيئا لاجنبي بثمن المثل صح بيعه..).

المطلب الثاني

الخلف الخاص(١)

AYANT CAUSE A TITRE PARTICULIER

تحديد الخلف الخاص :

٥٤٥ ــ سبق أن قلنا ان الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا آخر على هذا الشيء . والشيء الذي يتلقاه الخلف ، أو يتلقى حقا عينيا آخر عليه ، قد يكون دينا وقد يكون عينا .

فالمشتري خلف خاص للبائع فى الشيء المبيع ، وهو يخلفه فى عين معينة بالذات . وكذلك الموهوب له والموصى له بعين معينة ، فهما خلف خاص للواهب وللموصى لانهما يخلفانهما فى ملكية شيء معين بالذات . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهو يخلفه فى حق عيني ، غير حق الملكية ، على عين معينة بالذات ، وكذلك المرتهن يخلف الراهن فى حق عيني ، غير حق الملكية ، على عين معينة بالذات .

والمحال له يخلف المحيل فى الحق المحال به ، وهو يخلفه فى دين لا فى عين ، أي فى حق شخصى . وقد يقع الاستخلاف فى حق عيني على حق شخصى ، ومثاله رهن الدين . فالمرتهن لدين يخلف صاحب الدين فى الدين . ولما كان الرهن من الحقوق العينية والدين من الحقوق الشخصية فالاستخلاف يقع فى حق عيني على حق شخصي .

مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه :

٥٤٦ ــ أما وقد عرفنا الخلف الخاص ، فقد بقى ان نعرف مدى تأثره بتصرفات سلفه . الفرق الجوهري بين الخلف العام والخلف الخاص هو أن الخلف العام يخلف سلفه فى ذمته المالية كلها أو فى جزء شائع منها ، اذلك ينصرف اليه أثر جميع التصرفات التي قام بها سلفه ، ما عدا

---

(١) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٥٣٩ــ٥٥٦ ، مع المراجع المشار اليها فى هامش رقم ٢ ، ص ٥٣٩ .

الحالات التي ينص فيها القانون على عدم سريان أثر التصرف اليه • فاذا كان السلف قد باع شيئا او اشترى ، او اقرض او اقترض ، اوقام بأي تصرف آخر ، فهذه التصرفات جميعها تسرى فى حق الخلف العام ويلزم باحترامها • اما الخلف الخاص فهو لا يخلف سلفه الا فى شيء معين، لذلك فهو لايتأثر من تصرفات سلفه الا بتلك التي تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه • فاذا اشترى شخص شيئا واصبح خلفا خاصا للبائع ، او وهب شخص لشخص شيئا وأصبح الموهوب له خلفا خاصا للواهب ، فلاينصرف الى المشتري ولا الى الموهوب له أثر قرض عقده البائع او الواهب ، حتى لو كان تاريخ القرض سابقا على البيع او الهبة مما جعل العين المبيعة او الموهوبة تدخل فى الضمان العام لدائني المقرض او الواهب الذي هو ذمته المالية • فى مثل هذا القرض لا يتأثر المشتري ولا الموهوب له بالقرض الذي عقده سلفه ، ولا ينتقل اليهما شيء ولو نسبي من التزام سلفهما الناشيء عن عقد القرض • فهما يأخذان العين المبيعة او الموهوبة خالصة لهما ما دام لم يترتب عليها حق عيني ضمانا للدين الناشيء فى ذمة سلفهما •

فالقاعدة اذن أن الخلف الخاص لا يتأثر بتصرفات سلفه اذا لم تتعلق بالعين التي يخلفه فيها ، ولكنه يتأثر بالتصرفات الصادرة منه اذا كانت تتعلق بالعين التي انتقلت اليه وكان تاريخها سابقا على انتقال العين اليه • فاذا رهن شخص شيئا ثم باعه ، فانه ينتقل الى المشتري مثقلا بحق الرهن • فلا بد اذن لانصراف أثر التصرف الى الخلف الخاص من توافر الشرطين التاليين:

١ ــ أن يكون التصرف متعلقا بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص •

٢ ــ وان يكون التصرف قد صدر من السلف قبل انتقال الشيء الى الخلف(١) •

شروط انتقال أثر تصرفات السلف الى الخلف الخاص

٥٤٧ ــ ولكن هل يتأثر الخلف الخاص بجميع التصرفات الصادرة من

(١) فيجب اذن ان يكون التصرف ثابت التاريخ وسابقا على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء الى الخلف .

سلفه والمتعلقة بالعين التي انتقلت اليه ؟ مثال ذلك شخص يؤمن على منزله من الحريق ثم يبيعه ، فهل ينتقل الى المشتري حق البائع فى التأمين ؟ صاحب دار يتعهد لجاره بهدم جدار فى أرضه يحجب النور عن الجار ثم يبيع داره ، فهل ينتقل الى المشتري الالتزام بهدم الجدار ؟ شخص يشتري متجرا ويشترط على البائع عدم فتح متجر لمنافسته ثم يبيع المتجر ، فهل ينتقل الى المشتري الثاني الحق فى عدم المنافسة ؟ شخص يشتري أرضا ويشترط عليه البائع ان يكون البناء على نحو معين ثم يبيع المشتري الارض ، فهل ينتقل الى المشتري الثانى الالتزام بالبناء على النحو المتفق عليه ؟ صاحب معمل يبيع معمله ويشترط على المشتري استبقاء العمال الذين يشتغلون فى المعمل وعدم فسخ عقودهم ثم يبيع المشتري المعمل ، فهل ينتقل الى المشتري الثانى التزام المشتري الاول باستبقاء العمال وعدم فسخ عقودهم ؟

أجابت عن هذا السؤال الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني بقولها (اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه) • فهذه المادة تشترط شرطين لانتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص وهما :

١ ــ أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء •

٢ ــ أن يعلم الخلف الخاص بها وقت انتقال الشيء اليه •

ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة •

الشرط الاول ــ الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء :

٥٤٨ ــ لتحديد الحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء يمكننا وضع المعيار التالى : تعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء اذا كانت مكملة له ، وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء اذا كانت

محددة له(١) • ولكن متى يعتبر الحق من مكملات الشيء ، ومتى يعتبر الالتزام من محدداته ؟ هذا ما نراه فيما يلي :

١ ــ الحقوق المكملة للشيء :

٥٤٩ ــ يعتبر الحق من مكملات الشيء اذا كان من شأنه أن يقويه أو يدرأ ضررا عنه ، او يزيد فى قيمته أو منافعه دون أن يجري منه مجرى الاوصاف أو الملحقات • وهو يعتبر كذلك فى الصور التالية :

١ ــ اذا أمن شخص مثلا على منزله من الحريق ودفع أقساط التأمين لمدة سنة وبعد بضعة أشهر باعه ، فان حقه فى الحصول على مبلغ التأمين ، اذا احترق المنزل ، ينتقل الى المشتري ، وذلك لان من شأن هذا الحق أن يدرأ ضررا عن المنزل • هذا ما لم تكن شخصية المؤمن له محل اعتبار فى العقد •

٢ ــ واذا اشترى شخص متجرا واشترط على البائع عدم فتح متجر آخر لمنافسته ثم باع المتجر ، فان حقه فى عدم المنافسة ينتقل الى المشتري الثاني ، وذلك لان من شأن هذا الحق أن يدرأ ضررا عن المتجر وأن يزيد فى قيمته ومنافعه(٢) •

٣ ــ ويذهب القضاء الى ان لمشتري المتجر الحق فى مطالبة المستخدمين بتنفيذ عقد العمل الذي عقدوه مع المالك السابق للمتجر باعتبار هذا الحق قد انتقل اليه بشرائه المتجر ، ما لم يتبين أن شخصية صاحب المتجر كانت محل اعتبار لدى المستخدم عند العقد • وهذا الحق

---

(١) وقد استخلص الاستاذ السنهوري هذا المعيار من روح التشريع ومن القواعد العامة ومن طبيعة المسألة (نظرية العقد ، ف ٤٠٧ وما بعدها الوسيط ، ف ٣٥١ وما بعدها) .

(٢) يقيم بعض الفقهاء انتقال الحقوق على هذا النحو على أساس من حوالة ضمنية من السلف الى الخلف (تراجع الآراء المختلفة حول هذا التكييف فى لبارنيير ، اثر العقود المنشئة للالتزامات والمتعلقة بالعين محل التصرف بالنسبة للخلف الخاص ، مقال فى مجلة القانون المدني الفصلية ، سنة ١٩٢٤، ف ٧ ،وخاصة ص ٥٠٦ــ٥٠٨).

الذي يعترف به القضاء لمشتري المتجر من شأنه أن يزيد فى قيمة المتجر ومنافعه .

الحقوق غير المكملة للشيء :

٥٥٠ ـ واذا كان الحق لا يعتبر مكملا للشيء فلا ينتقل الى الخلف الخاص . وهو يعتبر كذلك فى الصور التالية :

١ ـ اذا تعاقد صاحب أرض مع مقاول على بناء دار على الارض ثم باع الارض ، فحقه قبل المقاول لا ينتقل الى المشتري لانه لا يعتبر ممكلا للارض ، فليس من شأنه أن يقوي ملكية الارض ولا أن يدرأ عنها ضرراً ، ولا يزيد فى قيمتها ومنافعها .

وكذلك الحكم اذا استأجر صاحب سيارة محلا تأوي اليه السيارة (كراج) ، فاذا باع السيارة فحقه فى وضع السيارة فى الكراج لا ينتقل الى المشتري ، ولا يستطيع هذا الاخير مطالبة صاحب الكراج بحق المستأجر فى وضع السيارة فى الكراج(١) .

٢ ـ اذا كانت شخصية السلف محل اعتبار فى العقد . فاذا تعهد مقاول لجمعية خيرية ببناء مستشفى على أرض تملكها الجمعية لقاء مبلغ معين ثم باعت الجمعية الارض ، فحقها قبل المقاول لا ينتقل الى مشتري الارض لان شخصية الجمعية كانت محل اعتبار عند تعهد المقاول ببناء المستشفى .

٢ ـ الالتزامات المحددة للشيء :

٥٥١ ـ ولا بد لانتقال الالتزام الى الخلف الخاص من أن يكون محددا للشيء . وهو يعتبر كذلك فى الصور التالية :

---

(١) واذا باع صاحب أرض قسما من أرضه من صاحب مصنع لتوليد الكهرباء واتفق معه على أن يبيعه الوحدة الكهربائية بسعر مخفض لبقية الارض لمدة عشر سنين ثم باع القسم الباقي من الارض ، فهل ينتقل حقه فى الحصول على الوحدة الكهربائية بسعر مخفض الى المشتري ؟ اختلفت الآراء فى ذلك ، فذهب البعض الى انتقاله والبعض الآخر الى عدم انتقاله (تراجع هذه الاراء بالتفصيل فى لپانيير ، ف٧ ـ ١٠ : ص ٥٠٣ ـ ٥١٢) .

١ ــ التزام السلف باستعمال ملكه على نحو معين • فاذا اشترى شخص قطعة أرض مقسمة الى قطع لبناء الدور واشترط عليه البائع أن يكون البناء على نحو معين ، او أن لا يبنى عليها نوعا معينا من البناء ، كمقهى أو ملهى مثلا ، ثم باع المشتري قطعة الارض ، فالتزامه بالبناء على النحو المتفق عليه أو بعدم بناء مقهى أو ملهى ينتقل الى المشتري •

٢ ــ التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك • وفى هذا المعنى قضت محكمة دويه فى فرنسا فى حكم لها صادر فى ١٢ آذار ١٩٠٠ بأن التزام صاحب دار مجاورة لكنيسة بعدم اقامته هو وخلفائه على الدوام والاستمرار حفلات راقصة فيها ينتقل الى مشتري الدار(١) • وفى قضية اشترى فيها شخص أرضا من شركة تعمل فى استخراج المعادن ، اشترطت عليه الشركة ان لا يرجع عليها بالتعويض اذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الاعمال • قضت محكمة التمييز الفرنسية فى حكم لها صادر فى ١٢ كانون الاول ١٨٩٩ بأن هذا الشرط يسري أثره الى الخلف الخاص لانه يفرض عليه قيدا يحد من حقوقه كمالك • وفى قضية قسم فيها شخص عقاراته على أولاده فى أثناء حياته ، وكان أحد هذه العقارات يتمتع بحق الشرب(٢) على عقار مجاور • وقد اشترط الاب فى وصيته على الولد الذي كان العقار من نصيبه ان يسمح لاخوته باخذ الماء من العقار المجاور الذي له حق الشرب • فلما مات الاب باع الولد صاحب حق الارتفاق العقار ولم يشترط على المشتري أن يسمح لاخوته بأخذ الماء من العقار المجاور الذي له عليه حق الشرب • قضت محكمة التمييز الفرنسية فى حكم لها صادر فى ٢٩ حزيران ١٨٨١ بسريان أثر الشرط الذي اشترطه الاب فى وصيته على المشتري والزامه بالسماح لاخوة البائع بأخذ الماء • وقد طبقت المحكمة فى حكمها

---

(١) وقد وصفت المحكمة التزام السلف بحق ارتفاق مقرر لمصلحة الكنيسة ، وبذلك ينتقل وفقا لقاعدة انتقال الحقوق العينية مع العقار المقررة لمصلحته .

(٢) وهو حق اخذ الماء من أرض الجار .

قاعدة ان الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره من الحقوق أكثر مما يملك(١) .

الالتزامات غير المحددة للشيء :

٥٥٢ ـ واذا كان الالتزام غير محدد للشيء فلا ينتقل الى الخلف الخاص . وهو يعتبر كذلك فى الصور التالية :

١ ـ اذا لم يكن من شأنه أن يلزم السلف باستعمال ملكه على نحو معين ، ولا أن يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك . فاذا اتفق أصحاب مهنة معينة على عدم فتح محلاتهم بعد ظهر يوم الاحد من كل اسبوع ثم باع أحدهم محله ، فالتزامه بعدم فتح محله لا ينتقل الى المشتري(٢) . وفى قضية اتفق فيها اتحاد اصحاب المناجم مع اتحاد عمال المناجم على أن تدفع الشركات صاحبة الامتياز الى عمالها أجورا اضافية،ثم باعت احدى الشركات جزء من امتيازها ورفض المشتري دفع الاجور الاضافية . قضت محكمة التمييز الفرنسية فى حكم لها صادر فى ١٥ كانون الثانى ١٩١٨ بعدم التزام المشتري بدفع الاجور الاضافية .

وفى مثال صاحب الارض الذي اتفق مع مقاول على بناء دار على الارض، اذا باع صاحب الارض أرضه فكما أن حقه بالزام المقاول ببناء الدار لا ينتقل الى المشتري ، فالتزامه بالسماح للمقاول ببناء الدار لا ينتقل اليه كذلك .

وفى مثال صاحب السيارة الذي اتفق مع صاحب (الكراج) على وضع السيارة فى الكراج،فكما أن حق صاحب السيارة فى وضع سيارته فى الكراج لا ينتقل الى مشتري السيارة ، لا ينتقل اليه (الى المشتري) كذلك التزام بائع السيارة بدفع اجرة الكراج ولو لم يضع السيارة فيه(٣) .

---

(١) تراجع هذه الاحكام واحكام اخرى كثيرة لبارنير ، ف ١٥ـ٢٢، ص ٥٢٧ ـ ٥٤٧ .

(٢) وقد سبق ان رأينا المحاكم تقضي بذلك فى نظرية السبب .

(٣) ويمكن القول بوجه عام انه اذا لم ينتقل الحق ، فان الالتزام هو ايضا لا ينتقل (الوسيط ، ص ٥٥٢ ، هامش رقم ٢) .

٢ ــ اذا كانت شخصية السلف محل اعتبار أو روعيت فيه صفة خاصة عند نشوء الالتزام ، فالالتزام لا ينتقل كذلك الى الخلف الخاص • فاذا باع شخص حصة شائعة فى دار من معمار واشترط عليه أن يتعهد الدار بالتعمير كلما احتاجت الدار الى ذلك ثم باع المعمار حصته فى الدار من شخص ثالث فالتزامه بتعمير الدار لا ينتقل الى المشتري لان الالتزام كان مبنيا على صفة خاصة فى المعمار • ولا يمكن القول كذلك ببقاء الالتزام فى ذمة المعمار بعد بيعه حصته ، لان المفهوم من الظروف أنه يبقى ملتزما بتعمير الدار فى خلال المدة التي يبقى فيها شريكا فيها ، والا لكان التزاما أبديا ، وهذا لايجوز •

ملاحظة على المعيار المتقدم :

٥٥٣ ــ ومما يجب ملاحظته ان المعيار الذي أخذنا به فى تقرير متى يعتبر الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء، والذي وضعه الاستاذ السنهوري ، ليس مطلقا • ففي أغلب الاحيان يدق الامر ويصعب تحديد ما اذا كان الحق من مكملات الشيء وما اذا كان الالتزام من محدداته • لذلك نرى أحكام المحاكم الفرنسية متضاربة فى هذا الشأن، فبعضها يذهب الى رأي والبعض الآخر يذهب الى رأي معاكس(١) • لذلك فالامثلة التي ضربناها تقصر عن اعطاء قاعدة عامة ، ولا بد من ترك هذه المسألة الى اجتهاد المحاكم ، مستعينة فى ذلك بهذه الامثلة •

الشرط الثاني ــ علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات :

٥٥٤ ــ تشترط الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني لانتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص ، بالاضافة الى كون هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء، علم الخلف الخاص بها وقت انتقال الشيء اليه• وهذا الشرط لا أهمية له الا بالنسبة لانتقال الالتزام• ذلك أن الالتزام

(١) تراجع الاحكام الكثيرة المذكورة فى هذا الصدد فى مقال لپارنيير المشار اليه اعلاه .

لا يمكن أن ينشأ فى ذمة الانسان الا بارادته أو بنص القانون • وما دمنا فى صدد التصرفات القولية،أي الالتزامات التي مصدرها الارادة ،فلابد من علم الخلف الخاص بالالتزامات لانتقالها اليه • أما بالنسبة لانتقال الحقوق فعلم الخلف الخاص بها لا أهمية له ، والمهم انما هو علم المدين اذا كانت شخصية الدائن (أي السلف) محل اعتبار فى العقد •

ويجب العلم اليقيني ، ولا يكفي استطاعة العلم • ويعتبر تسجيل الحقوق العينية العقارية فى دائرة الطابو علما كافيا •

المبحث الثاني

اثر العقد بالنسبة لغير المتعاقدين

تحديد غير المتعاقدين : فريقان

٥٥٥ ــ رأينا فى المبحث السابق ان اثر العقد لا ينصرف الى غير المتعاقدين وقلنا ان معنى«المتعاقدين»يشمل المتعاقدين نفسيهما وخلفهما العام والخاص ودائنيهما العاديين •فالخلف العام يتأثر بتصرفات سلفه لانه يخلفه فى ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها • والخلف الخاص يتأثر بتصرفات سلفه لانه يخلفه فى عين معينة بالذت ، وهو لا يتأثر من هذه التصرفات الا بتلك المتعلقة بالعين التي يخلفه فيها • والدائن العادى يتأثر بتصرفات سلفه لانه يخلفه فى حق شخصى،فهو يتأثر بتصرفات سلفه بقدر ماتزيد هذه التصرفات أو تنقص من ذمة السلف التي هي الضمان العام للدائنين • فاذا اردنا ان تحدد الغير الذي لا ينصرف اليه أثر العقد ، فانه يكون أحد شخصين :

١ ــ فهو اما ان يكون احد الاشخاص الذين يدخلون فى طائفة الخلف والدائنين ولكن لا ينصرف اليه اثر العقد استثناءً •

٢ ــ واما ان لا يدخل فى طائفة الاشخاص المتقدمين ، فيكون اجنبيا تماما عن العقد Penitns extranei

ونحدد كلا من هذين الفريقين على حدة •

الفريق الاول ـ الخلف والدائنون فى حالات استثنائية

٥٥٦ ـ لا يسرى أثر العقود التي يبرمها الشخص فى حق خلفه ودائنيه استثناءً فى حالات يغلب فيا سوء النية لديه ، وذلك جزاءً من الشارع للسلف على سوء نيته ، فالقصد السيء يرد على أهله . والقصد السيء هنا هو نية الاضرار بالخلف والدائنين . واذا لم يكن هناك نية الاضرار ، وهذا يحدث فى حالة ما اذا كان السلف قد رتب حقوقا للعين التي انتقلت الى الخلف ولم تكن هذه الحقوق من مكملات العين ، فالخلف هو الذي لا يستطيع التمسك بعقد السلف ، فلا يسري هذا العقد بحقه ويعتبر هو من الغير بالنسبة له .

وطريقة الاضرار تختلف بالنسبة لكل فريق عنه بالنسبة لغيره. ونرى كلا منهم على حدة .

١ ـ الخلف العام

٥٥٧ ـ فبالنسبة للخلف العام ، لما كان انتقال المال اليه من سلفه لا يتم الا بالموت ، فمن الطبيعى ان تكون التصرفات التي يقصد بها السلف الاضرار بخلفه مضافة الى ما بعد الموت . وهذا ما يحدث فى الوصية فالانسان اذا اراد الاضرار بورثته عمد الى الايصاء بجميع أمواله لاجنبي . ولكن الشارع توقع مثل هذه الحالات ووضع لها علاجا ، فلم يجز للانسان أن يوصى بأكثر من ثلث ماله . فاذا أوصى بأكثر من الثلث لم تنفذ الوصية فى حق الورثة الا فى الثلث ، وكان الورثة من الغير بالنسبة لما زاد على ذلك .

ويأخذ حكم الوصية البيع مع المحاباة والهبة والوقف فى مرض الموت . فاذا شعر الانسان بدنو أجله لم يعد للمال قيمة فى نظره ، وقد يعمد الى الاضرار بورثته باخراج أمواله من ذمته فيبيعها أو يهبها أو يقفها . فاذا باع الانسان شيئا من أمواله وهو فى مرض موته وكان فى البيع محاباة ، او وهبها ، او وقفها فهذه التصرفات لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز الثلث ، ويكونون هم من الغير بالنسبة لها(١) .

(١) تراجع الفقرات ٥٤٢ ـ ٥٤٤ من هذا الكتاب . ويقع عبء اثبات

٢ ـ الخلف الخاص :

٥٥٨ ـ ولما كان الخلف الخاص يخلف سلفه فى عين معينة بالذات ، فالاضرار به يكون عن طريق التصرف بهذه العين لاكثر من شخص . والتصرف أما أن يرد فى الحالتين على ملكية العين ، أو يرد فى الاولى منشئا لها حقا أو عليها التزاما وفى الثانية على ملكيتها .

٥٥٩ ـ فاذا ورد العقد فى الحالتين على ملكية العين فضل السابق فى التاريخ ، واعتبر العقد اللاحق غير نافذ فى حق من انتقلت اليه العين بمقتضى العقد السابق فى التاريخ ، واعتبر هذا من الغير بالنسبة للعقد اللاحق فى التاريخ . واذا تساوى العقدان فى التاريخ فضل الخلف الذي تسلم الشيء ، واعتبر العقد الاخر غير نافذ فى حقه ، واعتبر هو من الغير بالنسبة لهذا العقد.واذا لم يحصل تسليم تساوى الخلفان فى قوة سببهما ولا يفضل أحدهما على الاخر(١) . وعندئذ يمكنهما الرجوع على السلف بالتعويض وفقا للقواعد العامة فى المسؤولية التعاقدية التي سنراها.فاذا باع زيد مثلا سيارته مرتين ، مرة من عمرو ومرة من بكر ، فاذا كان تاريخ العقد الذي اشترى به عمرو السيارة سابقا فى التاريخ على العقد الذى اشتراها به بكر ، فعقده هو الذي يفضل ولا ينفذ فى حقه العقد الذي اشترى به بكر السيارة ، ويعتبر هو من الغير بالنسبة لهذا العقد(٢) . واذا تساوى تاريخ كل من العقدين ، فاذا كان أحد المشتريين قد تسلم السيارة فانه يفضل على الآخر،ويعتبر عندئذ من الغير بالنسبة للعقد الآخر،واذا يتسلم أي منهما السيارة فانهما يتساويان فى قوة سببهما ، ويعتبر عقد كل منهما نافذا

وقوع التصرف فى مرض الموت على عاتق الورثة ، فهم الطرف المدعي في القضية ، والقاعدة ان البينة على المدعى .

(١) هذا بالنسبة للمنقول . اما بالنسبة للعقار فالتسجيل فى دائرة الطابو يمنع وقوع مثل هذه الفرضيات .

(٢) يجب أن يلاحظ ان هذه القواعد لاتنطبق الا اذا لم يقع التسليم . فاذا تسلم المشتري بالعقد اللاحق فى التاريخ السيارة وكان حسن النية، اي يجهل وجود العقد الاول ، فانه يتملك السيارة وفقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (م ١١٦٣\١).

فى حق الآخر ، ولا يفضل أحدهما فى الاستئثار بالسيارة . وفى هذه الحالة يمكنهما الرجوع على البائع بالتعويض وفقا للقواعد العامة فى المسؤولية التعاقدية .

٥٦٠ ــ واذا أنشأ العقد الاول حقا للعين المنتقلة الى الخلف أو التزاما عليها ونقل الثاني ملكيتها ، طبقنا القواعد التي رأيناها عند الكلام عن انتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص. وقد سبق ان رأينا القانون يشترط شرطين لانتقال هذه الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص ، أي لسريان أثر العقد الذي أبرمه سلفه اليه، أولهما أن تكون هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء، وثانيهما علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات. فاذا اختل أحد هذين الشرطين لم ينفذ العقد الذي انشأ هذه الحقوق والالتزامات فى حق الخلف الخاص ، واعتبر هذا الاخير من الغير بالنسبة له ، فاذا لم تكن الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء على النحو الذي سبق أن حددناه ، بأن لم تكن الحقوق من مكملات الشيء ولم تكن الالتزامات من محدداته ، فانها لا تنتقل الى الخلف الخاص ولا ينفذ العقد الذي أنشأها فى حقه ، ويعتبر هو من الغير بالنسبة له(١) . وكذلك الامر اذا لم يعلم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات فانها لا تنتقل اليه ولا ينفذ العقد الذي أنشأها فى حقه ، ويعتبر هو من الغير بالنسبة له .

٣ ــ الدائنون العاديون

٥٦١ ــ والدائنون العاديون يخلفون مدينهم فى حق شخصى ، والذي يضمن لهم الحصول على حقهم هو العناصر الموجبة الموجودة فى ذمة مدينهم. فالطريقة التي يستطيع بها المدين الاضرار بدائنيه هي اخراج العناصر الموجبة من ذمته وزيادة العناصر السالبة فيها، فيعمد الى هبة أمواله أو بيعها بأبخس الاثمان او عقد قروض صورية بحيث يزاحم الدائنون الصوريون الدائن

(١) واثبات كون الحق من مكملات الشيء يقع على عاتق الخلف، واثبات كون الالتزام من محدداته يقع على عاتق الغير .

الحقيقي فيتقاسمون واياه العناصر الموجبة الموجودة فى ذمةمدينه،فلايحصل على كل حقه فى هذه الحالة لاتعتبر العقود التي ابرمها المدين بقصد الاضرار بدائنه نافذة فى حق الدائن ، ويستطيع الدائن اقامة الدعوى لاعلان عدم نفاذ هذه العقود فى حقه • وتسمى هذه الدعوى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه(١) •

الفريق الثاني ـ الغير الاجنبي اصلا عن العقد Penitus Extranei

٥٦٢ ـ اما الغير الاجنبى اصلا عن العقد ، وهو الذي لم يكن طرفا فى العقد ولا خلفا ولا دائنا لاحد طرفيه ، فلا ينصرف أثر العقد اليه • فهو لا يستفيد منه ولا يضار به ، فلا يكتسب حقا ولا يلتزم بالتزام • وهذا شىء طبيعي ، فما دام لم يكن طرفا فى العقد ولا خلفا ولادائنا لاحد طرفيه فمن المنطق ومن العدل أن لا ينصرف اليه أثر العقد • زيد اشترى دار عمرو، ما شأني انا فى ذلك؟! قد يكون العقد صحيحا وقد يكون باطلا ، وقد يكون موقوفا وقد يكون نافذا ، وقد تنتقل الملكية اذا سجل البيع فى دائرةالطابو وقد لا تنتقل اذا لم يسجل • كل ذلك لا علاقة لي به ولا ينوشني شىء من أثره ، ما دام هذا الاثر ناشئا عن العقد ، فانا اعتبر من الغير الاجنبى أصلا عن العقد• وكذلك الصلح الواقع بين أحد الورثة وبين شخص على حق متنازع عليه بين هذا الشخص وبين المورث ، هذا الصلح لا يسرى فى حق بقية الورثة ، ويعتبر هولاء من الغير بالنسبة لهذا الصلح • وكذلك العقود التى يبرمها الحائز للعقار لا تسرى فى حق مالك العقار ، ويعتبر هذا من الغير بالنسبة لها(٢) • واذا تصرف احد الشركاء بالعين المملوكة

---

(١) وتسمى هذه الدعوى ايضا بالدعوى البولصية Action pulienne نسبة الى القاضي الروماني پولص ، ولكن هذه النسبة ، وما اذا كانت هذه الدعوى مستعملة فى القانون الروماني ، اصبح محل شك منذ اوائل القرن الحالي. وسنعود الى هذه الدعوى واحكامها بالتفصيل عند دراستنا لاحكام الالتزام .

(٢) كولان وكابيتان ، ج٢ ، ف١٢١ .

على الشيوع لم يقيد هذا التصرف بقية الشركاء الا فى حدود عمل الفضولي، واذا باع شخص مال غيره ، فالبيع لا يسرى فى حق المالك .

اســـــتثناء(١)

٥٦٣ ــ على أن قاعدة عدم انصراف أثر العقد الى الغير ليست مطلقة، اذ ترد عليها بعض الاستثناءات . وهذه الاستثناءات اما ان ترجع الى اعتبارات من العدالة او الى ضرورة استقرار المعاملات بين الناس ، وقد تبررهـــا اعتبـــارات أخـرى .

١ ــ فالعدالة قد تقضى بان يكون للغير الذي هو اجنبى عن العقد دعوى مباشرة ضد احد المتعاقدين ، هي دعوى احد المتعاقدين ضد الآخر . فمن ذلك ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة (٧٧٦) من القانون المدني من ان المستأجر الثاني (المستأجر من الباطن) « يكون ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاول وقت أن ينذره المؤجر.. » . فالمؤجر يرجع بدعوى مباشرة على المستأجر الثاني (المستأجر من الباطن) ، هي دعوى المستأجر الاصلي فى عقد الايجار ضد من استأجر منه (المستأجر الثاني أو من الباطن) ، مع ان المؤجر لم يكن طرفا فى العقد الذي تم بين المستأجر الاول والمستأجر الثاني . ومن ذلك ايضا ما تقضى به الفقـرة الاولى من المادة (٨٨٣) من القانون المدنى من حق المقاول الثاني (المقاول من الباطن) والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول فى تنفيذ العمل فى مطالبة رب العمل مباشرة بمالهم فى ذمة المقاول الاول، بشرط ان لايجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى . فـرب العمل لم يكن طرفا فى العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد معه هو وبـين المقاول الثاني ولا فى العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد معه هـو وبين العمال الذين تعاقدوا مع هذا المقاول ، ومع ذلك فلهـولاء (المقـــاول

(١) يراجع بصورة خاصة مقال سافاتييه المشار اليه اعلاه : « مبدأ نسبية اثر العقود المزعوم » فى مجلة القانون المدني الفصلية ، سنة ١٩٣٤ ، ص ٥٢٥ ــ ٥٤٥ .

الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول) دعوى مباشرة ضده ، هي دعواهم ضد المقاول الاول • وهناك حالات اخرى للدعوى المباشرة نعرض عن ذكرها هنا لاننا سنعود اليها فى احكام الالتزام •

٢ ــ وقد تقضى ضرورة استقرار المعاملات بانصراف أثر العقد الى شخص لم يكن طرفا فيه • من ذلك تصرفات الوارث الظاهر ، فهي ملزمة للوارث الحقيقي مع انه لم يكن طرفا فيها • ومن ذلك أيضا الوفاء للدائن الظاهر يكون صحيحا اذا تم بحسن نية(١) •

٣ ــ وهناك اعتبارات اخرى قد تقضى بانصراف أثر العقد الى شخص لم يكن طرفا فيه • من ذلك ما يقضى به القانون التجاري فى حالة افلاس التاجر من أنه اذا اتفقت أغلبية الدائنين التي تملك نسبة معينة من الديون على الصلح مع المفلس (Concordat) فان هذا الاتفاق يلزم الاقلية التي لم ترض بهذا الصلح ولم تكن طرفا فيه(٢) • ومن ذلك أيضا عقد العمل الجامع "Contrat collectif de traval" الذي يعقد بين اتحادات ارباب الاعمال واتحادات العمال ، فهو يتضمن قواعد منظمة لشروط العمل تنفذ فى حق من لم يشترك فى العقد او يمثل فيه من أرباب الاعمال أو من العمال •

ولكن الاستثناءات المتقدمة ظاهرية اكثر منها حقيقية

٥٦٤ ــ ولكننا اذا امعنا النظر فى الاستثناءات المتقدمة لم نجدها استثناءات حقيقية ، ذلك ان الاثر الذي انصرف الى الغير فيها لم يكن الاثر الذي قصده المتعاقدان عند التعاقد بل قضى به القانون لاعتبارات مختلفة ،

---

(١) وهذا ما تقضى به المادة (٣٨٤) من القانون المدني . فقد نصت هذه المادة على انه : « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء او تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرا كالوارث الظاهر » .

(٢) ولكن يلاحظ هنا انه لم يترتب على هذا الصلح نشوء التزامات فى ذمة الغير ، الذي هو الاقلية . وكل ما يترتب عليه هو انقاص الحقوق التي للاقلية على المفلس (بدوي ، ص ٣٣٧) .

ولا دخل لارادة المتعاقدين فى انصرافه الى الغير • وبحثنا هنا انما يدور لتقرير ما اذا كان فى استطاعة شخصين يبرمان عقدا بينهما أن يجعلا أثر هذا العقد ينصرف الى شخص ثالث أجنبى تماما عن العقد • وللجواب عن ذلك لا بد من التمييز بين الالتزامات والحقوق التي ينشئها العقد • فمثال الاولى ما اذا أبرم زيد عقدا مع عمرو وتعهد فى العقد بأن يجعل شخصا ثالثا يقوم بعمل معين ، وهذا ما يسمى بالتعهد عن الغير • ومثال الثانية ما اذا أبرم زيد عقدا مع عمرو واشترط فى العقد حقا لشخص ثالث ، وهذا ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير • فهل يلزم الشخص الثالث فى الحالة الاولى بما تعهد به زيد عنه ، وهل يكتسب فى الحالة الثانية الحق الذي اشترطه له ؟ يمكن القول بوجه عام ان القانون الحديث وصل فى تطوره الى الاعتراف بالاشتراط لمصلحة الغير دون التعهد عن الغير • فهو يجيز أن ينشىء المتعاقدان حقا للغير بارادتهما ، ولكنه لا يجيز لهما ان ينشئا التزاما فى ذمته • فهو يقر الاشتراط لمصلحة الغير دون التعهد عن الغير(١) •

القانون المدني العراقي :

٥٦٥ ــ وقد اخذ القانون المدني العراقي بما وصل اليه التطور القانوني فى هذا الصدد ، فأقر الاشتراط لمصلحة الغير دون التعهد عن الغير • ففيما يتعلق بالتعهد عن الغير ، نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥١) منه على انه : « اذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فانه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه •• » • وفيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير ، نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥٢) على انه « يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير •• » يتبين لنا من هذين النصين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو الاستثناء الوحيد لقاعدة عدم انصراف أثر

---

(١) والغريب فى الامر ان هذا التطور وصل الى اقرار الاشتراط لمصلحة الغير دون التعهد عن الغير ، مع ان قبول الغير او اقراره ضروري فى كلتا الحالتين . ولكن الذي قد يبرر ذلك هو ان نشوء الالتزام فى ذمة الانسان اكثر خطورة من نشوء الحق له .

العقد الى غير المتعاقدين ، اما التعهد عن الغير فهو تطبيق للقاعدة لا استثناء لها • ذلك ان الغير فى التعهد عن الغير لم يلتزم بما تعهد به المتعاقد عنه ، أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فانه (أي الغير) قد كسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه • وقد جمع القانون المدني المصري الجديد القاعدتين المتقدمتين فى مادة واحدة هي المادة (١٥٢) • فقد نصت هذه المادة على أنه « لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا » • وهذه الصياغة امتن من صياغة النص العراقي ، فهي قد جمعت فى مادة واحدة ما وصل اليه التطور القانوني فيما يتعلق بكل من التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير •

ونبحث كلا من التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير فى مطلب مستقل •

المطلب الاول

التعهد عن الغير(١)

PROMESSE DE PORTE FORT

تعريف وامثلة :

٥٦٦ ــ يكون هناك تعهد عن الغير اذا تعهد شخص نحو اخر بان يجعل شخصا ثالثا يقبل القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، والا عوضه عن ذلك • ويقصد بالتعهد عن الغير فى الغالب تسهيل ابرام عقد أو اجراء معاملة لا يستطيع أحد اطرافها اعطاء رضائه لقصر أو غيبة أو حجر ، فيجري غيره العقد ويتعهد لمن تعاقد معه بانه (أي الغير الذي تعهد عنه) سيقر العقد عند بلوغه أو رجوعه من غيبته أو رفع الحجر عنه •

والامثلة على التعهد عن الغير كثيرة فى الحياة العملية • فالوكيل الذى يتجاوز حدود وكالته ولا يستطيع الحصول على اجازة موكله لهذا التجاوز

(١) للتوسع يراجع كتابنا الوسيط ، ص ٥٦٨ ــ ٥٨١ ، مع المراجع المشار اليها فى هامش صفحة ٥٦٨ .

لبعده عن محل العقد ، يتعهد للطرف الثاني بان يجعل الموكل يقر العقد . وحكم الفضولي فى ذلك حكم الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته . ومثال ذلك أيضا ان يكون هناك شريكان على الشيوع احدهما غائب ويحصل للحاضر صفقة رابحة فى العين ولكنه لا يستطيع بيعها وحده لوجوب موافقة شريكه على البيع ، فيبيعها ويتعهد للمشتري بالحصول على موافقة شريكه على البيع عند حضوره . ومثال ذلك أيضا ان يكون هناك شركاء على الشيوع وبينهم قاصر أو غائب أو محجور ويريدون قسمتها فيما بينهم فيتردد احدهم خوفا من عدم موافقة القاصر عند بلوغه أو الغائب عند حضوره أو المحجور عند رفع الحجر عنه ، فيتعهد له الباقون بالحصول على اقرار القاصر او الغائب أو المحجور للقسمة فى الوقت اللازم . ومثال ذلك أيضا أن يودع شخص سيارة فى معرض لبيعها ،فيحصل مشتر ولكنه يشترط لشرائها ان تضمن لمدة معينة ، فيتعهد له صاحب المعرض بالحصول على ان الضمان من صاحب السيارة . ومثال ذلك أيضا أن يكون هناك حق متنازع عليه بين شخصين ويموت احدهما ، فيتصالح احد ورثة المتوفى مع الطرف الاخر فى النزاع ويتعهد له فى الوقت نفسه بالحصول على اقرار بقية الورثة لهذا الصلح(١) . ومثال ذلك أيضا ما اذا باع شخص داره وتعهد للمشتري بان يجعل جاره يقطع بعض الاشجار التي تحجب عنه المنظر(٢) . ويمكن ان يكون محل التعهد حمل الغير على الامتناع عن عمل(٣) .

صور التعهد عن الغير :

٥٦٧ ــ من الامثلة المتقدمة للتعهد عن الغير تتبين انه يقع فى صورتين. فالمتعهد اما ان يكون طرفا فى العقد ومتعهدا عن شخص ثالث فى الوقت نفسه، أو أجنبيا عن العقد تماما . مثال الصورة الاولى الشريك الذى يبيع العين المشاعة ويتعهد للمشتري بالحصول على اجازة شريكه للبيع ، والشركاء

(١) كولان وكاپيتان ، ج٢ ، ف ١٤٠
(٢) والتون ، ج ٢ ، ص ٥١
(٣) پلانيول وريپير واسمان ، ج٦ ، ص ٦٢

على الشيوع الذين يريدون قسمة العين المشاعة وبينهم غائب أو قاصر أو محجور فيتردد بعضهم فى اجراء القسمة خوفا من عدم اقرار الشريك الغائب أو القاصر أو المحجور لها ، فيتعهد له الباقون بالحصول على هذا الاقرار • ومثال الصورة الثانية الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ويتعهد لمن يتعاقد معه بالحصول على اجازة الموكل ، وصاحب معرض بيع السيارات الذي يتعهد للمشتري بالحصول على الضمان الذي يريده من صاحب السيارة •

شروط التعهد عن الغير وتمييزه مما يشتبه به من اوضاع

٥٦٨ ــ يتبين مما تقدم انه لا بد لتحقق التعهد عن الغير من توافر الشروط الثلاثة التالية :

اولا ــ ان يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه • وبذلك يختلف التعهد عن الغير عن الوكالة والفضالة • فالوكيل يعمل باسم الاصيل ولحسابه،وبعد ان يبرم العقد يصبح اجنبيا عنه (عن العقد)،وكذلك الفضولي ، فهو يعمل باسم رب العمل ولمصلحته ويلزمه بقدر الفائدة التي عادت عليه من عمله • اما المتعهد عن الغير ، فهو يعمل باسمه الخاص واليه ينصرف أثر العقد •

ثانيا ــ ان يقصد المتعهد الزام نفسه بتعهده لا الزام الغير • فاذا قصد الزام الغير كان العقد باطلا لاستحالة المحل • اذ لا يمكن قانونا ان يلزم الانسان من عقد لم يكن طرفا فيه • فقد سبق أن رأينا ان الالتزام لا ينشأ فى ذمة الانسان الا بارادته أو بنص القانون ، وعليه فالالتزام لا يمكن أن ينشأ فى ذمة الغير الا اذا أقره • والتزام الغير ، كما سنرى ، ليس مصدره العقد الذي أبرمه المتعهد ، بل عقد اخر يتم باقراره لتعهد المتعهد • وبذلك يختلف التعهد عن الغير الاشتراط لمصلحة الغير • فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقا مباشرا يكسبه من العقد ذاته الذي ابرمه هو (أى المشترط) ، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره الى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة •

ثالثا ــ ان يلتزم المتعهد بحمل الغير على اقرار العقد الذي أبرمه لمصلحته، لا على بذل مجهوده لحمله على ذلك • فالتزامه اذن هو التزام بعمل دائما "Obligation de faire" والعمل هو الحصول على قبول الغير الالتزام بما تعهد به • فهو التزام بتحقيق غاية Obligation de résultat لا التزام ببذل عناية Obligation de moyen أي بعمل ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد • فلا يعفيه من المسؤولية الادعاء بانه لم يدخر وسعا فى حمل الغير على قبول التعهد ، حتى لو أساء الغير استعمال حقه فى القبول أو الرفض • فالغير ليس ملزما باقرار التعهد(١) •

٥٦٩ ــ والغير اذا قبل التعهد التزم به • ومحل التزامه قد يكون قياما بعمل أو امتناعا عن عمل ، خلافا لمحل التزام المتعهد الذي هو التزام بعمل دائما • فقد يلتزم الغير بتسليم شيء أو يصنع شيء أو بتصليح آلة أو بالامتناع عن المنافسة ، أما محل التزام المتعهد فهو الحصول على اقرار الغير دائما •

التعهد عن الغير والكفالة :

٥٧٠ ــ واذا قبل الغير التعهد انقضى التزام المتعهد وأصبح الغير هو

---

(١) دي باج ، ف ٧٣٣ ، ص ٦٠٥. بلانيول وريبير واسمان ف.٥ يذهب الدكتور حسن علي الذنون الى ان التزام المتعهد قد يكون التزاما بوسيلة ، وذلك «عندما يرتب المتعهد على نفسه التزاما بان « يعمل جهده على حمل الغير على القبول » (مصادر الالتزام ، ١٣٦٥ هـ ــ ١٩٤٦ م، ص ١٦٩) . ونحن لا نتفق مع الدكتور فى ما يذهب اليه ، فجوهر التعهد عن الغير هو فى الحصول على التزامه بما التزم به المتعهد ، لا على بذل الجهد للحصول عليه . فالغير ليس ملزما باقرار التعهد ، ومن المحتمل ان لا ينجح المتعهد فى مسعاه. ثم ان تعبير « التعهد عن الغير » يفيد الالتزام بالحصول على اقرار الغير للتعهد ، فاذا قلنا ان ذمة المتعهد تبرأ اذا بذل مسعاه ولو لم ينجح فيه لم نكن عندئذ امام تعهد عن الغير ، بل امام وساطة يتعهد فيها الوسيط ببذل مساعيه الحميدة Bons offices ولا يتعهد عن الغير . ثم ان هذه المسألة متفق عليها فقها وقضاء ، ولم نر فى المراجع التي بين ايدينا رايا واحدا يذهب الى غير ذلك .

الملتزم • فالمتعهد لا يضمن قيام الغير بتنفيذ التزامه • وفى هذا يختلف التعهد عن الغير عن الكفالة • فالكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ولا يضمن ايجاده ، أما المتعهد عن الغير فيضمن ايجاد الالتزام فى ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه • ثم ان الكفيل اذا دفع الدين فانه يرجع به على المدين ، أما المتعهد عن الغير فاذا دفع تعويضا لعدم الحصول على اقرار الغير فلا يرجع عليه (على الغير) بشـــىء •

حكم التعهد عن الغير :

٥٧١ ــ الغير ليس ملزما بقبول التعهد•فهو حر فى اقراره أو رفضه ، فالتعهد لم يلزمه بشىء كما رأينا • فهو يبقى أجنبيا تماما عن العقد ، فــلا ينصرف أثره اليه وذلك تطبيقا للقواعد العامة فى عدم انصراف أثر العقــد الى غـــير المتعاقدين •

ويختلف حكم التعهد عن الغير فى حالة اقرار الغير للتعهد عنه فى حالة رفضه • ونرى كلا من ذلك عـــلى حـــدة •

اولا ــ اقرار الغير للتعهـــد

RATIFICATION

شـكل الاقـرار :

٥٧٢ ــ ليس لاقرار الغير للتعهد شكل خاص أو عبارات معينة،الا فى العقود المتعلقة بملكية العقار فهذه يجب تسجيلها فى دائرة الطابو ، ويكفي فيه كل ما يدل على نية الغير فى الاقرار • وهو قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا • فالصريح يكون بلفظ أقررت التعهد أو قبلته ، أو ماشاكل ذلك من العبارات • والضمنى يستنتج من تصرف يصدر من الغير ولا يمـكن تفسيره الا على أنه اقرار ، كما اذا نفذ الالتزام الذي تعهد به المتعهد أو بدأ تنفيذه بأن سلم الشىء الذي تعهد المتعهد بأن يجعله يبيعه ، أو تسلم الثمن، أو بدأ صنع الشىء أو اقامة البناء الذي تعهد المتعهد بان يجعله يصنعه أو يقيمـــه •

والاقرار عمل قانونى فلا بد لصحتـــه من توافر الاهلية اللازمة فى من يصدر عنـــه .

أثر الاقـــرار :

٥٧٣ ــ اذا أقر الغير التعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد وبين الغير . والايجاب فى هذا العقد هو العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه ، أما القبول فهو اقرار الغير للتعهد . ويختلف العقد الجديد عن العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه (مع المتعهد) من حيث اطرافه ومن حيث الالتزامات التي ينشئها ومن حيث تاريخه . فمن حيث أطرافه ، هناك طرف مشترك فى العقدين هو من تعاقد مع المتعهد . أما الطرف الاخر فمختلف وهو المتعهد فى العقد الاول والغير فى العقد الثاني .

ومن حيث الالتزامات ، العقد الاول ينشىء فى ذمة المتعهد التزامـــا بتحقيق غاية هي حمل الغير على اقرار التعهد ، والعقد الثاني ينشىء التزاما فى ذمة الغير يختلف عن الالتزام الذي انشأه العقد الاول فى ذمة المتعهد . فمحل التزام المتعهد ، كما سبق القول هو الحصول على اقرار الغير للتعهد فقط ، أما محل التزام الغير فقد يكون قياما بعمل أو امتناعا عن عمل . وقد ســـبق أن رأينا ذلك .

ومن حيث التاريخ ، العقد الاول يتم عند الاتفاق بين المتعهد ومن تعاقد معه ، أما العقد الثاني فيتم عند صدور اقرار الغير للتعهد.فليس للقبول اذن أثر رجعي ، الا اذا تبين ان الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد . وهذا مانصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة (١٥١) من القانون المدني بقولها : « أما اذا أقر الغير الوعد فان اقراره لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صـــراحة أو دلالة أن يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعـــد » . فاذا كانت هناك سيارة مملوكة لشخصين وباعها أحدهما متعهدا فى الـــوقت نفســـه بالحصول على اقرار شريكه للبيع ثم أقر الشريك البيع ، فالمفهوم ضمنا انه

قصد أن يكون لاقراره أثر رجعي • بعكس ما اذا تعهد شخص لاخر بأن يجعل شخصا ثالثا يبيعه مائة طن من الحنطة مثلا وأقر الشخص الثالث التعهد فاقراره ينتج أثره من وقت صدوره لا من وقت التعهد ، فيكون السعر على أساس السعر السائد وقت صدور الاقرار ، الا اذا قصد صراحة أو دلالة أن يستند اقراره الى اليوم الذي صدر فيه •

عدم تأثير الاقرار على حقوق الغير

٥٧٤ ــ واذا قصد الغير أن يكون لاقراره أثر رجعى فذلك لا يؤثر على حقوق الغير الذي كسب على الشيء حقا يؤثر فيه الاثر الرجعي • فاذا تعهد زيد بان يجعل عمرا يبيع سيارته من بكر ، ولكن عمرا باع السيارة من خالد ثم أقر التعهد الصادر من زيد ، فى هذه الحالة يكون عمرو قد باع السيارة مرتين ، مرة من خالد ومرة من بكر • فاذا حدث قبوله بأثر رجعي فانه يضر بخالد لانه يتأخر عن بكر • لذلك لا يكون للقبول أثر رجعي بالنسبة لخالد ، فيتقدم على بكر(١) • أما اذا كان المبيع عقارا فالعقد الذي يسجل أولا فى دائرة الطابو هو الذي يفضل على غيره •

نتيجة : التعهد عن الغير ليس استثناء لقاعدة عدم انصراف اثر العقد الى غير المتعاقدين ، بل تطبيق لها

٥٧٥ ــ ولما كان الالتزام لا ينشأ فى ذمة الغير الا من العقد الثاني الذي يتم باقراره (اقرار الغير) ، فالتعهد عن الغير لا يكون استثناءً من قاعدة عدم انصراف أثر العقد الى غير المتعاقدين بل تطبيق لها• فالغير لم يلزم بالعقد الاول الذي لم يكن طرفا فيه ، بل التزم بالعقد الثاني الذي انعقد باقراره فاصبح طرفا فيه • وبالتزام الغير بالعقد الثاني يكون المتعهد قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد وتبرأ ذمته • هذا ما لم يكن المتعهد كفيلا ، فيبقى التزامه بضمان تنفيذ الغير لالتزامه ، ولكن هذا الضمان مصدره عقد الكفالة لا التعهد عن الغير ، وهذان عقدان متميزان الواحد من الاخر • ولما

(١) وقد سبق ان رأينا ذلك عند كلامنا عن الخلف الخاص .

كان هذا الالتزام ناشئا من العقد فكل من المتعهد والغير يكون قد نفذ الالتزام الناشيء فى ذمته من العقد الذي كان طرفا فيه ، وبذلك تكون قاعدة عدم انصراف أثر العقد الى الغير قد انطبقت ولم يستثن منها شيء .

ثانيا ـ رفض الغير للتعهد

عدم مسؤولية الغير :

٥٧٦ ـ سبق أن مر بنا ان الغير ليس ملزما باقرار التعهد، فهو يتمتع بالحرية المطلقة فى الاقرار والرفض . ولا يترتب عليه فى حالة الرفض أية مسؤولية ، فالتعهد لم ينشيء له حقا ولا عليه التزاما ، الا اذا أمكن لمن تعاقد مع المتعهد أن يرجع عليه (على الغير) بمقتضى قواعد الاثراء دون سبب ، كما اذا باع المتعهد شيئا وتعهد للمشتري بالحصول على اقرار المالك للبيع ، واتفق المشتري نفقات للمحافظة على الشيء وصيانته من الهلاك ، ثم رفض المالك اقرار البيع واسترد الشيء . فى هذه الحالة يرجع من تعاقد مع المتعهد عليه (على الغير) بالنفقات التي انفقها لحفظ الشيء وصيانته وفقا للقواعد العامة فى الاثراء دون سبب التي سنراها فيما بعد . ولكن الرجوع فى هذه الحالة لم يثبت بمقتضى العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه ، والذى ظل هو أجنبيا عنه ، بل من تطبيق قواعد قانونية أخرى هي قواعد الاثراء دون سبب ، أو الكسب دون سبب كما يسميها القانون المدني العراقي .

مسؤولية المتعهد :

٥٧٧ ـ واذا رفض الغير اقرار التعهد تحققت مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه ويجب عليه تعويضه ، لانه يكون قد أخل بالتزامه . ويكون التعويض وفقا للقواعد العامة فى المسؤولية التعاقدية التي سنراها فيما بعد . ولكن المتعهد يستطيع التخلص من المسؤولية اذا أثبت ان عدم اقرار الغير راجع الى سبب أجنبي خارج عن ارادته . ولا يعتبر مجرد رفض الغير سببا أجنبيا ، فالتزامه فى الواقع انما هو فى اقناع الغير والتغلب على ما

يدعـــوه الى عـــدم الاقرار(١) .

٥٧٨ ــ واذا رفض الغير اقرار التعهد وتحققت مسؤولية المتعهد فـلا يمكن اجباره على تنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير أن يقبله ، ذلك لانه لم يلتزم الا بحمل الغير على اقرار التعهد لاعلى تنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير اقراره ، فلا يمكن اجباره على تنفيذ التزام لم يلتزم به . وعليه فالتزامه يتحول الى تعويض وفقا للقواعد العامة التي تقضى بان الالتزام يتحـــول الى تعويض اذا استحال تنفيذه عينـا .

٥٧٩ ــ وقد نصت على الاحكام المتقدمة الفقرة الاولى من المادة (١٥١) من القانون المدني بقولها : « اذا وعد شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر فانه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعـــوض من تعاقد معه اذا رفض الغير أن يلتزم ويجوز له أن يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك فى استطاعته من غير ان يضـــر الدائن » .

المطلب الثاني

الاشـــتراط لمصلحة الغير

LA STIPULATION POUR AUTRUI

تعـــريف :

٥٨٠ ــ يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير اذا ابرم شخصان عقـدا واشترط أحدهما فيه على الاخر حقا لشخص ثالث يستمده من العقـــد مباشرة ، فلا يمر فى ذمة المشترط . فالاشتراط لمصلحة الغير ، كما نرى ،

(١) ولكن اذا اصبح الغير فى حالة لا يستطيع معها ان يقبل قبولا صحيحا بعد ان كان يستطيع ذلك عند التعهد عنه ، بان حجر عليه او مات ، فان ذلك يعتبر سببا اجنبيا كافيا لاعفاء المتعهد من المسؤولية . وقد قضت محكمة بداية السين فى حكم لها صادر ، ٢٩ نيسان ١٩٢٤ بعدم التعويض اذا رفض الغير اقرار التعهد وكان الاقرار غير ذي فائدة (بلانيول وريبير واسمان ، ج٦ ص ٦٩، هامش رقم ١) .

عمل قانونى يتم بين شخصين ، ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة اشخاص ، هم العاقدان والشخص الثالث الذي اشترط له الحق ، والذي يسمى بالمنتفع . ومن ذلك نرى ان الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقى لقاعدة نسبية أثر العقود وعدم انصراف هذا الاثر الى غير المتعاقدين . فالمنتفع يستمد الحق مباشرة من عقد لم يكن طرفا فيه .

تطبيقات عملية للاشتراط لمصلحة الغير

٥٨١ ـ وللاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات كثيرة فى الحياة العملية ، أهمها عقود التأمين والاحتكار والنقل ، والهبة المقترنة بشرط .

فعقد التأمين له صور عديدة ، أهمها التأمين على الحياة. فالشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته واولاده ، الاحياء أو من سيولد منهم، انما يشترط باسمه فى عقد يبرمه هو لمصلحة أشخاص اجانب عن العقد ، فيكسب هؤلاء الاشخاص حقا مباشرا من العقد الذي أبرمه الزوج أو الاب مع شخص اخر . ومن صور عقد التأمين كذلك التأمين الذي يعقده صاحب المصنع لمصلحة عماله لتعويضهم عن الضرر الذي قد يصيبهم في أثناء العمل.

وفى عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة تمنح الحكومة احد الاشخاص احتكار تقديم خدمة من الخدمات أو سلعة من السلع أو تصدير بعض الحاصلات ، كالتمور مثلا ، وتشترط عليه شروطا فى مصلحة الجمهور كاشتراط حد اعلى لاجور النقل أو لسعر الشىء الذي يبيعه المحتكر ولا يجوز تجاوزه،أو اشتراط حد ادنى للسعر الذي يشتري به محتكر التصدير الحاصلات التي حصل على احتكار تصديرها . فى هذه الحالات ، وأمثالها ، يوجد اشتراط لمصلحة الغير الذي هو الجمهور ، ويكسب كل فرد من افراد الجمهور حقا مباشرا قبل المحتكر يستطيع بمقتضاه أن يطلب منه تنفيذ الشروط التى اشترطتها الحكومة لمصلحته(١) .

وفى عقد النقل يكتسب المرسل اليه حقا مباشرا من عقد النقل المبرم

(١) وقد نصت المادة (٨٩٢) من القانون المدني على ان : « ملتزم المرفق

بين المرسل والناقل ، فيستطيع مطالبة الناقل بتنفيذ الشروط الواردة فى عقد النقل .

وفى الهبة المقترنة بشرط يشترط الواهب على الموهوب له القيام بعمل لمنفعة شخص ثالث ، فيكتسب هذا الشخص حقا مباشرا من عقد الهبة قبل الموهوب له ويستطيع مطالبته بتنفيذ الشروط الواردة لمصلحته فى عقد الهبة . مثال ذلك ما اذا وهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية واشترط عليها بناء مستشفى يعالج فيه الناس مجانا . فى هذه الحالة يكون الواهب قد اشترط لمصلحة الجمهور ، ويستطيع كل فرد من افراد الجمهور مطالبة الجمعية ببناء المستشفى .

٥٨٢ ــ ويلاحظ فى بعض صور الاشتراط لمصلحة الغير ان الدائن (الذي هو المنتفع) غير معين أو غير موجود عند العقد ، ولكن يمكن تعيينه أو سيوجد عند تنفيذ الالتزام ، كما فى التأمين لمصلحة العمال أو لمصلحة الاولاد الذين سيولدون . وهذا يتفق والمذهب المادى فى الالتزام الذي لا يشترط وجود الدائن عند نشوء الالتزام ، بل يكفي عنده وجود المدين ما دام الدائن سيوجد عند تنفيذ الالتزام .

خطة البحث :

٥٨٣ ــ ولا بد لفهم الاشتراط لمصلحة الغير من معرفة الشروط اللازم توافرها لتحققه ، وأحكامه . ونرى كلا من هذين الامرين فى مقصد مستقل .

المقصد الاول

شروط الاشتراط لمصلحة الغير

٥٨٤ ــ تقضي الفقرة الاولى من المادة (١٥٢) من القانون المدنى بانه :

العام ملزم بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بان يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للاجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين » .

« يجوز للشخص اذ يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يعقدها لمصلحة الغير اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » • ومن قراءة هذا النص يتبين لنا انه لابد لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير من توافر الشروط الثلاثة التاليـــة :

١ ــ أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع •

٢ ــ أن يشترط حقا مباشرا للمنتفع •

٣ ــ أن تكون للمشترط مصلحة شخصية فى تنفيذ الالتزامات التي اشـــترطها •

ونرى كلا من هذه الشروط على حـــدة •

الشـــرط الاول ــ تعاقد المشترط باسمه الخاص

٥٨٥ ــ يجب لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص ، ومعنى ذلك أن يكون المنتفع أجنبيا تماما عن العقد • وفى هـذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن كل من النيابة والفضالة •

فالنائب يتعاقد باسم الاصيل لا باسمه هو ، والاصيل هو الطرف فى العقد لا النائب • أما المشترط لمصلحة الغير فيتعاقد باسمه هـو لا باسـم المنتفع ، وهـو الطرف فى العقد لا المنتفع •

والفضولي يتعاقد باسم رب العمل وينوب عنه اذا توافرت شـروط الفضالة•واذا أقر رب العمل عمل الفضولي انقلب هذا وكيلا•أما المشترط فلا ينوب عن المنتفع ، بل يتعاقد باسـمه هو • وفرق اخر بين الفضـولي والمشترط لمصلحة الغير هو أنه لما كان الفضولي يعمل باسم رب العمـــل ولمصلحته فالقانون يلزمه بالاستمرار فى العمل الذي بدأه ، أما المشترط فلما كان يتعاقد باسمه هو فيجوز له الرجوع فى الاشتراط الذي اشـــترطه لمصلحة المنتفع ونقض حق هذا الاخير واضافته الى نفسه أو الى شخص اخر•

الشرط الثاني ــ اشتراط حق مباشر للمنتفع

٥٨٦ ــ ويجب كذلك لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير أن يتلقى المنتفع

الحق مباشرة من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد • فاذا لم يتلقه عن العقد بل عن المشترط لم نكن أمام اشتراط لمصلحة الغير • فاذا أمن صاحب سيارة على مسؤوليته من الاضرار التي قد يحدثها للغير في أثناء السياقة فهو يعقد عقدا لا اشتراط فيه لمصلحة الغير ، لانه انما يشترط لمصلحته هو لا لمصلحة من سيصاب • واذا استفاد المتضرر من مبلغ التعويض الذي يحصل عليه المؤمن له من شركة التأمين فهو لا يتلقى هذا التعويض عن عقد التأمين مباشرة بل عن طريق المؤمن له ، فلا يكون له دعوى مباشرة قبل شركة التأمين بل هو يستعمل دعوى المؤمن له ضد الشركة • وكذلك الامر اذا استأجر رب اسرة دارا ، فأفراد الاسرة يستفيدون من عقد الايجار المبرم بين رب الاسرة وبين صاحب الدار ، ولكن ليس هناك اشتراط لمصلحة الغير ، فهم لا يكتسبون حقا مباشرا تجاه صاحب الدار(١) • وكذلك الامر اذا اكتسب الشخص حقا ثم حوله الى شخص ثالث فلا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير • فاذا باع شخص سيارته ثم حول الثمن الى شخص ثالث فلا نكون امام اشتراط لمصلحة الغير ، بل يكون أمامنا عقدان : عقد البيع الذي اكتسب به البائع الحق ، وعقد الحوالة الذى أحال به البائع الثمن الى الشخص الثالث(٢) •

الشرط الثالث ـ مصلحة شخصية للمشترط :

٥٨٧ ـ ويشترط اخيرا لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون للمشترط مصلحة شخصية فى حصول المنتفع على الحق الذي اشترطه لمصلحته• فلما كان المشترط يتعاقد باسمه الخاص فلابد ان يكون له من وراء ذلك مصلحة شخصية ، والا كان عمله عبثا يصان العاقل عنه • وفى هذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضالة • فالفضولي يجب ان لا يكون له مصلحة من وراء قيامه بالعمل لمصلحة رب العمل • وتظهر أهمية هذا

(١) دي پاج ، ج ٢ ، ص ٥٦٠ .
(٢) السنهوري ، الوسيط ، ف ٣٧٥ ، ص ٥٧٥ .

الشرط عند تنفيذ العقد • فالفضولي لا يستطيع مطالبة من تعاقد معه بتنفيذ العقد ولا طلب فسخ العقد لعدم التنفيذ ، أما المشترط فيستطيع ذلك •

واذا وجدت المصلحة تحقق الشرط ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية ، بل يكفي ان تكون أدبية • والمصلحة الادبية هي التي تقوم على مجرد القرابة أو العاطفة أو الاحسان ، كالاشتراط لمصلحة الزوجة أو الاولاد او الفقراء •

عدم ضرورة قيام المشترط بدور شخصى فى العقد

٥٨٨ ــ ولا يشترط لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط دور شخصى فى العقد ، فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ولو لم يتعهد المشترط بشىء ولاحصل على شىء ما دام له (للمشترط)مصلحة فى حصول المنتفع على الحق الذي اشترطه لمصلحته • فيصح ان يتعهد شخص نحو مطلقته بأن ينفق على ابنهما حتى ينهي دراسته ، ويكون فى هذا التعهد اشتراط لمصلحة الغير مع أن الام لم تلزم بشىء ولم تشترط لنفسها حقا ، ولكن لها مصلحة شخصية فى تنفيذ تعهد الاب ، وهي مصلحة ادبية لانها تقوم على عاطفة الامومة • ويكون هناك اشتراط لمصلحة الغير أيضا اذا منحت الحكومة احتكارا لاحد الاشخاص ثم اشترطت عليه فى اتفاق لاحق شروطا لمصلحة الجمهور وقبل المحتكر هذه الشروط بدون مقابل ، مع ان الحكومة فى هذا المثل (المشترط) لم يكن لها دور شخصي فى العقد •

المقصد الثاني

احكام الاشتراط لمصلحة الغير

علاقات ثلاث :

٥٨٩ ــ سبق أن رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة أشخاص المشترط والمتعهد والمنتفع • ومن اثار الاشتراط لمصلحة الغير ان تنشأ علاقات بين هؤلاء الاشخاص الثلاثة ، ولا بد لمعرفة أحكامه من دراسة هذه

العلاقات التي تنشأ بين أطرافه • وهذه العلاقات تنشأ بين المشترط والمتعهد أولا ، وبين المتعهد والمنتفع ثانيا • أما العلاقة بين المشترط والمنتفع فلا تظهر فى العقد المبرم بين المشترط والمتعهد •

ونرى كلا من هذه العلاقات على حدة •

اولا ـ العلاقة بين المشترط والمتعهد

العقد المبرم بين المشترط والمتعهد هو الذي يحدد هذه العلاقة

٥٩٠ ـ يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد المبرم بينهما ، أو العمل القانوني الذي صدر من المشترط (كالوصية) • فاذا كان هذا العقد ملزما للجانبين ، كعقد التأمين وعقد النقل مثلا ، كان لكل من المشترط والمتعهد ان يطالب الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد • واذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته كان للاخر أن يطلب فسخ العقد وحل الرابطة التعاقدية • واذا طالب أحدهما الاخر بالتنفيذ كان لهذا ان يدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ • فاذا كان العقد المبرم بين المشترط والمتعهد عقد تأمين لمصلحة لاولاد مثلا ، فى هذه الحالة يجب على المشترط ان يدفع أقساط التأمين فى مواعيدها ، فاذا لم يدفعها كان للشركة أن تطالبه بها • ويجب عليه كذلك أن يزود الشركة بالمعلومات التي ينص عقد التأمين على وجوب اخطار لشركة بها عند حدوثها • ويجب على شركة التأمين من جهة اخرى أن تدفع الى الاولاد مبلغ التأمين المتفق عليه اذا مات الاب في خلال المدة لمتفق عليها •

مراقبة المشترط المتعهد فى تنفيذ التزامه

٥٩١ ـ ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى قيام المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع فله ان يراقب هذا التنفيذ • فله ان يطالبه بالتنفيذ ، واذا امتنع عنه كان له ان يقيم عليه الدعوى لاجباره عليه • وقد يحتفظ المشترط لنفسه ، دون المنتفع ، بالحق فى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه تجاه المنتفع ، فلا يستطيع المنتفع عندئذ مطالبة المتعهد بهذا التنفيذ • مثال ذلك

ما اذا منحت الحكومة امتيازا لاحدى الشركات واشترطت عليها شروطا لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها ، دون الجمهور ، بالحق فى مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط • وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد ان الحق فى هذه المطالبة ثابت للمنتفع وحده (م ٣/١٥٣) • مثال ذلك فى عقد النقل ، فمرسل البضاعة بعد ان يسلمها للناقل ويرسل اورق الشحن الى المرسل اليه يقوم هذا الاخير بمطالبة الناقل بتسليم البضاعة ، وبالتعويض اذا تضررت البضاعة في أثناء النقل •

ثانيا ـ العلاقة بين المشترط والمنتفع

٥٩٢ ـ لا تظهر العلاقة بين المشترط والمنتفع فى العقد المبرم بين المشترط والمتعهد ، ولكن لا يخلو الامر من ان يكون المشترط قد اشترط الحق للمنتفع على سبيل المعاوضة أو على سبيل التبرع •

فاذا اراد المشترط التبرع للمنتفع طبقت على اشتراطه أحكام الهبة ، وهي هبة غير مباشرة • فيجب ان تتوافر فى المشترط أهلية الاداء الكاملة •

ويستطيع المشترط الرجوع فى هبته وفقا للقواعد العامة فى هذا الباب • فيستطيع ان ينقض حق المنتفع حتى بعد ان يعلن هذا الاخير رغبته فى الاستفادة من الحق الذي اشترطه له المشترط • واذا صدر الاشتراط والمشترط فى مرض موته اخذت الهبة حكم الوصية •

واذا لم يقصد المشترط التبرع للمنتفع فهو أما ان يقصد وفاء دين عليه له أو اقراضه بفائدة • واذا كان القرض بدون فائدة اعتبر الاشتراط تبرعا بالنسبة للفوائد ، أما بالنسبة لمبلغ القرض فقصد المشترط هو تقديم خدمة للمنتفع •

ثالثا ـ العلاقة بين المتعهد والمنتفع

٥٩٣ ـ وعلاقة المتعهد بالمنتفع أهم العلاقات التي تنشأ عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد ، اذ يظهر فيها بوضوح الخروج على قاعدة نسبية أثر العقود وعدم انصراف هذا الاثر الى غير المتعاقدين • فالغير ، وهو

المنتفع ، يكسب حقا شخصيا مباشرا Droit Propre قبل المتعهد من عقد لم يكن هو طرفا فيه . وهذا مالم يكن ممكنا فى القانون الروماني لاعتبارات ترجع للصياغة القانونية فى هذا القانون . وقد نصت على هذا الحق الفقرة الثانية من المادة (١٥٢) بقولها : « ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب لغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

القواعد التي تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع

٥٩٤ ـ ويحكم علاقة المتعهد بالمنتفع القواعد الثلاث التالية :

١ ـ يكتسب المنتفع الحق تجاه المتعهد عن العقد مباشرة .

٢ ـ لا يمر حق المنتفع فى ذمة المشترط .

٣ ـ المنتفع ليس طرفا فى العقد الذي يستمد الحق منه .

ويترتب على كل من هذه القواعد بعض النتائج نراها فيما يلي :

١ ـ ما يترتب من النتائج على ان المنتفع يكتسب الحق عن العقد مباشرة

٥٩٥ ـ يترتب على ان المنتفع يكتسب الحق عن العقد مباشرة النتائج التالية :

١ ـ يستطيع المتعهد ان يدفع تجاه المنتفع بالدفوع التي يستطيع ان يدفع بها تجاه المشترط . فاذا كان العقد المبرم بين المشترط والمتعهد باطلا فالمتعهد يستطيع ان يدفع تجاه المنتفع ببطلان العقد . واذا لم يقم المشترط بتنفيذ التزاماته تجاه المتعهد وطالب المنتفع المتعهد بتنفيذ التزامه كان لهذا الاخير أن يرد مطالبته بالدفع بعدم التنفيذ . وكذلك الامر اذا كان رضاء المتعهد قد شابه عيب ، أو كان هناك ما يجيز فسخ العقد ، فالمتعهد يستطيع أن يتمسك بكل ذلك تجاه المنتفع . وقد نصت على ذلك العبارة الاخيرة من الفقرة الثانية من المادة (١٥٢) المتقدمة بقولها : « .. وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفوع التي تنشأ عن العقد » .

٢ ـ يثبت حق المنتفع من وقت ابرام العقد بين المشترط والمتعهد لا

من وقت اظهاره رغبته فى الاستفادة من الاشتراط ، ذلك ان الذي يكسبه الحق ليس هو اعلانه رغبته بل العقد المبرم بين المشترط والمتعهد . ويترتب على ذلك ان المشترط اذا فقد أهليته بعد ابرام العقد فان ذلك لا يمنع المنتفع من اعلان رغبته ومن أن يكون هذا الاعلان صحيحا منتجا لاثاره .

٣ ــ يحدد العقد المبرم بين المشترط والمتعهد مدى حق المنتفع فى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه . فيجوز أن يتفق المشترط والمتعهد على أن يكون للمشترط وحده ، دون المنتفع ، حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه . وقد سبق ان رأينا مثلا على ذلك فى حالة منح الحكومة امتيازا واشتراطها شروطا لمصلحة الجمهور مع احتفاظها لنفسها ، دون افراد الجمهور ، بحق مطالبة صاحب الامتياز بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك قد يتبين من العقد ان الحق فى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه ثابت للمنتفع وحده ، دون المشترط ، كما فى عقد النقل . وقد سبق ان رأينا ذلك .

٢ ــ ما يترتب من النتائج على ان حق المنتفع لا يمر فى ذمة المشترط.

٥٩٦ ــ ويترتب على ان حق المنتفع لا يمر فى ذمة المشترط النتائج التالية :

١ ــ لا يدخل حق المنتفع حال حياة المشترط فى الضمان العام لدائني هذا الاخير ، الذي هو ذمته المالية . فلا يستطيع دائنو المشترط التنفيذ على الحق .

٢ ــ لا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الميراث ، فلا يدخل هذا الحق فى تركة المشترط . ويترتب على ذلك ان دائني المشترط لا يستطيعون ان يطلبوا ادخال حق المنتفع فى التركة تطبيقا لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » . فاذا أمن شخص على حياته لمصلحة اولاده ثم مات ، فالاولاد لا يتلقون الحق من أبيهم عن طريق الميراث ، بل هو حقهم المباشر تجاه شركة التأمين . فيأخذ الاولاد الحق خالصا لهم ولا يدفعون منه شيئا لوفاء ديون أبيهم .

٣ ـ ما يترتب من النتائج على ان المنتفع ليس طرفا فى العقد الذي يستمد منه الحق :

٥٩٧ ـ ويترتب على ان المنتفع ليس طرفا فى العقد الذي يستمد منه الحق النتائج التالية :

١ ـ يجب على المنتفع اظهار رغبته فى الاستفادة من الحق الذي اشترطه له المشترط ، وذلك لئلا يثبت له حق بدون رضاه • واعلان المنتفع رغبته فى الاستفادة من الحق ليس اجازة ولا قبولا لا يجاب معروض عليه من المتعهد او المشترط ، بل هو تثبيت لحقه • فاذا أبدى رغبته ثبت له الحق من وقت العقد لا من وقت اعلان الرغبة •

واعلان الرغبة عمل قانوني صادر من جانب واحد ولا يشترط فيه شكل خاص ، فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ويمكن ان يوجه الى أي من المشترط أو المتعهد ، ولكن لا بد من اعلام المتعهد به ليكون ساريا في حقه •

واذا رفض المنتفع الحق انصرف (الحق) الى المشترط اذا كان حيا ، والى ورثته حين الوفاة ، لا حين الرفض ، اذا كان ميتا •

٢ ـ لما لم يكن المنتفع طرفا فى العقد الذي يستمد منه الحق ، فحقه يكون قابلا للنقض قبل ان يعلن رغبته فى الاستفاده منه • وحق النقض يثبت للمشترط ، وهو من الحقوق المتعلقه بشخص الانسان • فلا يستطيع دائنوه ولا ورثته استعمال حقه فى نقض الاشتراط (م ١/١٥٣) • ويترتب على ذلك أن حق المنتفع يصبح غير قابل للنقض بوفاة المشترط ، ولكن ذلك لايمنع المنتفع من رفض الحق الذى اشترطه له المشترط(١) •

ونقض الحق عمل قانونى صادر من جانب واحد وليس له شكل خاص ، ويمكن أن يوجه الى أي من المتعهد والمنتفع ، ولكن لا بد من اعلان المتعهد به لكي لا ينفذ التزامه قبل المنتفع •

(١) ابو ستيت ، ف ٣٢٤ ، ص ٣٠٠ ـ ٣٠١ •

والنقض قد يكون صريحا وقد يكون ضمينا . مثال النقض الضمنى ان يحول لمشترط الحق من المنتفع الى شخص اخر . ومثاله ايضا ان يطلب المشترط من لمتعهد تنفيذ العقد لمصلحته هو (اي المشترط) .

واذا نقض المشترط الحق جاز له أن يحل منتفعا آخر محل المنتفع الاول. ويثبت الحق للمنتفع الجديد من حين العقد لا من حين نقض الاشتراط. واذا نقض المشترط الحق ولم يوجهه الى منتفع اخر ولم يبرىء ذمه المتعهد منه انصرف أثره اليه هو من حين العقد لا من حين نقض الاشتراط. ويترتب على ذلك ان ينقلب الاشتراط الى عقد عادى لاينصرف اثره الا الى المتعاقدين (م ١٥٣/٢) . مثال ذلك ما اذا باع شخص شيئا واشترط على المشتري دفع مبلغ من المال الى شخص معين، وقبل ان يعلن هذا الشخص رغبته فى الانتفاع من الحق الذى اشترطه له البائع نقض هذا الاخير الحق ، فاذا لم يحوله لشخص اخر انصرف اليه واصبح العقد بيعا عاديا لا اشتراط فيه . ومثال ذلك ايضا ما اذا ارسل شخص بضاعة الى اخر ، وقبل ان يتسلمها المرسل اليه طلب المرسل من الناقل عدم تسليم البضاعة الى المرسل اليه . فاذا لم يطلب منه تسليم البضاعة الى شخص اخر انصرف اثر عقد النقل اليه واصبح عقدا عاديا لا اشتراط فيه .

قيد

٥٩٨ ــ ولكن حق المشترط فى نقض حق المنتفع ليس مطلقا ، فقد ورد عليه قيد فى العباره الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة (١٥٣) وهو ان لايكون هذا النقض مخالفا لما يقتضيه العقد. مثال ذلك ما اذا كان حق المنتفع هبة من المشترط لا يجوز فيها الرجوع(١) . ومثال ذلك أيضا ما اذا منحت الحكومه امتيازا واشترطت على صاحب الامتياز شروطا لمصلحة الجمهور

(١) وقد ذكر هذا المثل امام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٢ ص٣١٥. السنهوري ، الوسيط ، ص ٥٨٧) .

فالحكومة لاتستطيع بعد ذلك ان تنقض الحقوق التى ثبتت للجمهور بمقتضى الاشتراط ، لان ذلك مخالف لما يقتضيه العقد .

الاساس القانوني لحق المنتفع

٥٩٩ ـ بالنظر لشذوذ الاشتراط لمصلحة الغير ومخالفته للقواعد العامة فى التعاقد ، فقد ذهب الفقهاء مذاهب شتى فى تحديد الاساس لقانونى لحق المنتفع الذى يستمده من عقد لم يكن طرفا فيه ، ووضعوا فى ذلك عدة نظريات . ونقول فيما يلى كلمة موجزه عن اهم هذه النظريات .

١ ـ نظرية الايجاب او العقد الجديد

٦٠٠ ـ فقد ذهب البعض الى ان المنتفع يستمد حقه من عقد جديد الايجاب فيه هو العقد المبرم بين المشترط والمتعهد . ويؤخذ على هذا الرأي انه يؤدي الى نتائج لا يمكن قبولها . فهو يؤدي الى أن حق المنتفع لايثبت من حين العقد بل من حين اعلانه رغبته ، والى ان المنتفع لا يستطيع اعلان رغبته بعد موت المشترط فموته يسقط الايجاب المعروض عليه . ويؤدي الاخذ بهذا الرأي أيضا الى ان حق المنتفع يمر فى ذمة المشترط أولا ، مما يترتب عليه أن دائني المشترط يستطيعون التنفيذ عليه قبل اعلان المنتفع رغبته فى الاستفادة من الحق . كل هذه النتائج هي عكس ما رأيناه سابقا ، لذلك لم يكتب لهذه النظرية النجاح .

٢ ـ نظرية الفضالة

٦٠١ ـ وذهب آخرون الى أن مصدر حق المنتفع هو الفضالة . فالمشترط انما يقوم بدور الفضولى ، والمنتفع باعلانه رغبته فى الانتفاع من الاشتراط يكون قد أقر عمل الفضولى ، ويسري أثر هذا الاقرار الى وقت العقد المبرم بين المشترط والمتعهد تطبيقا لقاعدة « الاجازة اللاحقة وكالة سابقة» ، ويصبح المتعهد مدينا مباشرا للمنتفع كما لو كان قد تعاقد معه . ويستطيع المنتفع أن يقر العقد (أي أن يعلن رغبته) حتى بعد موت المشترط .

ويرد على هذه النظرية أن هناك فرقا بين الفضولي المشترط لمصلحة الغير ، فالفضولي انما يتعاقد باسم رب العمل أما المشترط لمصلحة الغير فيتعاقد باسمه الخاص ويشترط حقا للغير . وفرق آخر بين الفضولى والمشترط هو أن المشترط يستطيع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته ويستطيع أن ينقض حق المنتفع قبل اعلانه رغبته . أما الفضولى فلا يستطيع ذلك .

٣ ـ نظرية الحوالة

٦٠٢ ـ وذهب فريق ثالث الى أن المشترط قد كسب الحق لنفسه أولا ثم حوله الى المنتفع . ويرد على هذا الرأي بأنه يؤدي الى أن حق المنتفع يمر فى ذمة المشترط قبل ان يستقر فى ذمة المنتفع ، مع ما يترتب على ذلك من نتائج . وهذا مخالف لما رأيناه فيما تقدم .

٤ ـ نظرية الارادة المنفردة

٦٠٣ ـ وذهب فريق رابع الى أن مصدر حق المنتفع هو ارادة المتعهد المنفردة المستندة الى العقد المبرم بينه وبين المشترط . فهو قد التزم بارادته المنفردة تجاه المنتفع . ويرد على هذا القول بأن الارادة المنفردة لا تكفي لانشاء الالتزام الا فى الحالات التى ينص عليها القانون ، وهذه الحالات مذكورة فى القانون على سبيل الحصر ، كالوعد بجائزة والايجاب الملزم . ويرد على هذا الرأي أيضا بأنه لا يفسر حق المشترط فى نقض حق المنتفع قبل اعلان هذا الاخير رغبته فى الاستفادة منه ، ولا يفسر كذلك كيف يستطيع المتعهد أن يتمسك تجاه المنتفع بالدفوع التى يستطيع التمسك بها تجاه المشترط .

٥ ـ النظرية الحديثة

٦٠٤ ـ وعيب النظريات المتقدمة جميعا أنها تقف امام القاعدة التقليدية الموروثة عن القانون الرومانى والقاضية بأن أثر العقود يقتصر على عاقديها ولا يمكن أن يستفيد منها من لم يكن طرفا فيها . ولكن الاعتبارات التى جعلت القانون الرومانى يجمد على هذه القاعدة هي الشكليات التى كانت

سائدة فيه . أما الآن وقد أصبحت جميع العقود رضائية فلم يعد هناك مجال لكل هذه المحاولات ، فيمكننا القول بأن حق المنتفع ينشأ عن الاشتراط مباشرة ، وذلك استثناء من قاعدة نسبية أثر العقود .

الفرع الثاني

أثر العقد من حيث المضمون

الاثر النسبي للعقد من حيث المضمون

٦٠٥ ـ ليس أثر العقد نسبيا من حيث أطرافه فقط ، فهو نسبي من حيث مضمونه أيضا . ومن مقتضى نسبيته من حيث مضمونه أن المتعاقدين يلتزمان بما ورد فيه ولا يلتزمان بأكثر مما ورد فيه . وعليه فلا بد لمعرفة مقدار ما يلتزم به كل من العاقدين ، من تحديد مضمون العقد .

جزاء الاخلال بتنفيذ العقد : المسؤولية التعاقدية

٦٠٦ ـ ولكن اذا تحدد مضمون العقد وتحددت التزامات كل من المتعاقدين فما هو جزاء اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ؟ الجزاء هو تقرير مسؤولية هذا المتعاقد . ويقال للمسؤولية هنا « المسؤولية التعاقدية » .

٦٠٧ ـ يخلص لنا مما تقدم أن هناك أمرين يتطلبان البحث ، وهما : ١ ـ تحديد مضمون العقد ، ٢ ـ المسؤولية التعاقدية . ونعالج كلا من هذين الامرين في مبحث مستقل .

المبحث الاول

تحديد مضمون العقد

تفسير العقد وتحديد نطاقه والزام المتعاقدين بتنفيذه

٦٠٨ ـ اذا عرض العقد على القاضي وأراد تحديد مضمونه فقد يجده بحاجة الى تفسير ، فيجب أن يفسره . ثم انه لبيان مدى الالتزامات التي انشأها العقد يجب على القاضي أن يحدد نطاقه (نطاق العقد) .

فاذا ما تحدد مضمون العقد نهائيا فعلى المتعاقد أن ينفذه طبقا لما اشتمل عليه ، ولا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للاسباب التى يقررها القانون .ولا يجوز للقاضى كذلك ، بحجة العدالة ،أن يزيد أو ينقص فيه . ذلك ان العقد بعد ان يتحدد مضمونه يلزم المتعاقدين كما يلزم القانون الافراد . وهذا ما يعبر عنه بقاعدة : « العقد شريعة المتعاقدين » .

يخلص لنا مما تقدم ان هناك ثلاث مسائل تتطلب البحث ، وهي : ١ ــ تفسير العقد ، ٢ ــ تحديد نطاق العقد ، ٣ ــ التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين . ونبحث كلا من هذه المسائل فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

تفسير العقد(١)

تفسير العقد ومبدأ سلطان الارادة

٦٠٩ ــ يتصل تفسير العقد بمبدأ سلطان الارادة اتصالا وثيقا . فالقاضى عند تفسيره للعقد انما يبحث عن نية المتعاقدين . وهناك اتجاهان فى القوانين فى هذا الصدد ، أحدهما يميل الى تغليب الارادة الظاهرة والآخر يميل الى تغليب الارادة الباطنة. وقد سبق أن رأينا عند بحثنا للارادة الظاهرة والارادة الباطنة أنه لا يوجد قانون يأخذ باحدى الارادتين دون الاخرى ، فلا يعدو الامر أن يكون تغليبا لاحدى الارادتين على الاخرى .

وأول ما يبدأ به القاضى عند تفسيره للعقد هو محاولة تحديد مضمونه على ضوء الارادة الظاهرة ، أي التعبير عن الارادة أو العبارات التى استعملها العاقدان فى ابرام العقد . فاذا أعسر عليه الامر التجأ الى الارادة الباطنة،اي الى ما قصده المتعاقدان من الالفاظ التى استعملاها فى التعبير عن ارادتهما . وبعبارة أخرى يلجأ القاضى الى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

(١) يراجع بصورة خاصة : ادواردي شالاتاي ، دراسات فى تفسير الاتفاقات بروكسل باريس ، ١٩٤٧

٦١٠ ــ وهناك قواعد عامة يسترشد بها القاضي في تفسير العقد، وقد خصص القانون المدني العراقي لهذه المسألة ثلاث عشرة مادة (المواد ١٥٥ــ ١٦٧) لم تخل من التكرار . ونذكر فيما يلي بعض هذه القواعد .

القاعدة الاولى ــ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني (١/١٥٥م)

٦١١ ــ ومعنى هذه القاعدة انه يجب على القاضي ان يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين فلا يقف عند المعنى الحرفي للالفاظ التي استعملاها فاذا باع شخص شيئا قيمته ثلاثة آلاف دينار بمائة دينار فالعقد هبة بالرغم من ان المتعاقدين استعملا لفظ بيع ، وتطبق على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع . فيستطيع الواهب أن يرجع في هبته وفقا للقواعد العامة في هذا الباب ، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع بأن العقد بيع وانه سلم الثمن الى البائع وذلك لان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني(١) .

القاعدة الثانية ــ اعمال الكلام اولى من اهماله (م ١٥٨)

٦١٢ ــ ومعنى هذه لقاعدة أن اللفظ الذي استعمله العاقدان اذا احتمل معنيين وجب حمله على أكثرهما أثرا . ويكمل هذه القاعدة قاعدتان أخريان ، وهما : « الاصل في الكلام الحقيقة » و « اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز » (٢/١٥٥) . مثال ذلك ما لو أمن شخص على حياته لمصلحة ولده ولم يكن له ولد من صلبه بل ولد ولد . فاذا أردنا أن نأخذ بالمعنى الحرفي لكلمة « ولد » المستعملة في عقد التأمين لكان معنى ذلك أن لا يستفيد من هذا العقد اي شخص . ولكن كلمة « ولد » الواردة في عقد

---

(١) وفي هذا المعنى تقول محكمة تمييز العراقي في حكم لها صادر في ٢٣ــ٢ــ٦٠ . « ... فاستعمال الطرفين المتخاصمين في عقد البيع الخارجي كلمة «بيع» او «فراغ» لا يخرج الارض من صنفها المبين في قيود الطابو . ثم ان العبرة للمقاصد لا للالفاظ ، وورود كلمة «بيع» في العقد الخارجي لا تعني (الصحيح: لا يعني) ان المبيع ملك صرف .. » .

التأمين تنصرف مجازا الى ولد الولد ، وعليه فاننا نصرف كلمة «ولد» الواردة في عقد التأمين الى ولد الولد ، وبذلك نكون قد أعملنا الكلام ولم نهمله(١) .

القاعدة الثالثة ـ العادة محكمة (م١/١٦٤)

٦١٣ ـ ومعنى هذه القاعدة أن المتعاقدين اذا لم ينصا على امر من الامور فالعادة ، أو العرف ، هو الذي يرجع اليه للفصل في الامر المتنازع فيه . فاذا اشترى شخص الف طن من التمر مثلا ولم يذكر الطرفان على من تقع أجرة وزن التمر وتحميله في سيارات النقل ، على البائع أم على المشتري ، في هذه الحالة يرجع الى العرف وهو الذي يقرر ذلك . ويكمل هذه القاعدة قواعد أخرى نص عليها القانون المدني ، منها : « المعروف عرفا كالمشروط شرطا . و لتعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ، و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » و « استعمال الناس حجة يجب العمل بها »(٢) .

٦١٤ ـ ويجب أن يلاحظ في هذا الصدد أن العادة انما يؤخذ بها اذا كانت معروفة ومنتشرة . وهذا ما تعبر عنه قاعدة « انما تعتبر العادة اذا أطردت أو غلبت » ، وقاعدة « العبرة للغالب الشائع لا النادر » (م ١٦٥) . فاذا لم تكن العادة على درجة من الانتشار بحيث تكون معروفة من أصحاب المهنة فلا يؤخذ بها .

القاعدة الرابعة ـ عبارات العقد يفسر بعضها بعضا

٦١٥ ـ ومعنى هذه القاعدة ان عبارات العقد يجب أن تؤخذ ككل . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في ١٥ نيسان ١٩٣٠ بانه عند الشك يجب تفسير العقد بما يجعله ينتج اثرا قانونيا ، فلو وصف العقد بانه شركة لكان باطلا لصدوره من حارس قضائي لا يملكه ولاحتوائه على «شرط الاسد» ، ولو وصف بانه ايجار لكان صحيحا ، وجب تفسيره على انه ايجار حتى يصح (نقلا عن نظرية العقد ، ص ٩٤٠ ، هامش رقم ١) .

(٢) وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة التمييز صادر في ٨ـ٦ـ٥٩ ما يلي : « .. ان ما يصرف على غسل الميت وتكفينه يجب ان يتم وفق المعروف ، وهذا لا يتحقق الا بدلالة خبراء .. » .

باعتبارها جزء لا يتجزأ من كل هو العقد • فقد تكون هناك عبارة مطلقة تحددها عبارة سابقة أو لاحقة(١) • ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بالقول: « لخاص يقيد لعام» • مثال ذلك ما اذا باع شخص أثاث بيته ، ثم حدد هذه الأثاث بأشياء معينة فى عبارة أخرى • فهذه العبارة تخصص العبارة الاولى بالاشياء التى ذكرت فيها •

القاعدة الخامسة ـ الشك يفسر لمصلحة المدين

٦١٦ ـ ولا يلجأ القاضى الى هذ القاعدة الا اذا عجز عن تبين نية المتعاقدين • وهو بلجوئه اليها يضع حدا للشك عن طريق افتراض قانوني وضعه لمشرع • وتبنى هذه لقاعدة على قاعدة « الاصل براءة الذمة » ، وتبنى أيضا على أن النية المعقولة للملتزم هي فى أن يلتزم الى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين ارادة الدائن وارادة المدين الا فى حدود هذا المدى الضيق(٢) • وقد خرج المشرع العراقى على هذه القاعدة فى عقود الاذعان • فقد سبق ان رأينا الفقرة لثالثة من المادة (١٦٧) من القانون المدني لا تجيز تفسير العبارات الغامضة فى هذه العقود تفسيرا ضار بمصلحة المذعن ولو كان دائنا •

٦١٧ ـ تلك هي أهم القواعد العامة فى تفسير العقد ذكرناها على سبيل المثال لا لحصر • فهناك قواعد عامة أخرى فى الموضوع لم نتطرق اليها اكتفاء بالقواعد المتقدمة •

---

(١) نظرية العقد ، ف ٨٣٥

( ) السابق ، ف ٨٣٩

وقد قضت محكمة طنطا الاهلية بانه اذا اتضح من عبارات العقد مايوجب الشك فى قصد المتعاقدين من جهة اعتباره عقد رهن او عقد بيع وفائي تعين تأويل العقد على الوجه الاخف ضررا وهو ارادة الرهن ، ولو لم يحصل تسليم العين المرهونة للمرتهن . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه اذا كان المدين ملتزما بانشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية انشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين ان يتبع ما هو ايسر له واخف مؤونة (المرجع السابق ص ٩٤٨ ، هامش رقم ٢) .

المطلب الثاني

تحديد نطاق العقد

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وبيان كيفية تنفيذه

٦١٨ ــ اذا انتهى القاضى من تفسير العقد واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين انتقل الى تحديد نطاق العقد . وتحديد نطاق العقد يقتضى بيان كيفية تنفيذه وتحديد ما يعتبر من مستلزماته .

كيفية تنفيذ العقد

٦١٩ ــ تقضى الفقرة الاولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني بأنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية» . وهذا النص يجعل حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس أساسا فى تنفيذ العقد . والحقيقة ان مبدأ حسن النية اصبح مبدأ عاما يسود تنفيذ جميع العقود . فقد زالت العقود ذات التنفيذ الحرفى (DE DROIT STRICT) التى كانت معروفة فى القانون الرومانى ، والتى لم يكن فيها مجال لتطبيق هذا المبدأ . ويقضى هذا النص أيضا بتطبيق العقد « طبقا لما اشتمل عليه » أي طبقا لما اتفق عليه المتعاقدان . ويصل القاضى الى معرفة ما اشتمل عليه العقد عن طريق القواعد العامة فى التفسير التي رأيناها ، وعن طريق تحديد نطاق العقد الذى نراه فيما يلى .

العوامل التي يسترشد بها القاضي فى تحديد نطاق العقد

٦٢٠ ــ ولا يقتصر القاضى على الزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ، بل يضيف اليه ما يعتبر من مستلزماته(١) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدنى على العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد بقولها : « ولا يقتصر العقد على الزام

(١) وقد توسع القضاء الفرنسي فى تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد ، فافترض وجود التزام على عاتق الناقل بايصال الشخص سليما الى محله .

المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » • فالامور التى يسترشد بها القاضى اذن حسب هذا النص هى :

١ ــ القانون ، ٢ ــ العرف ، ٣ ــ العدالة ، ٤ ــ طبيعة الالتزام •

ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل منها •

١ ــ القانون

٦٢١ ــ ويقصد بالقانون هنا النصوص القانونية المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة • فقد سبق ان رأينا ان القوانين تتضمن دائما نصوصا مفسرة يترك للافراد حرية الامتثال لها ومخالفتها • فاذا لم ينص المتعاقدان على جميع الامور فى العقد وتركا بعض الامور التفصيليه ، فالمفروض انهما ارادا ترك ذلك الى الاحكام القانونية الواردة فى المسائل التى لم ينصا عليها• فالقانون ينص فى كل عقد من العقود على امور جوهريه لابد من الاتفاق عليها فالنصوص القانونيه المكمله والمفسرة تأتى لتكمل ارادتهما وتحددنطاق العقد ، ولتكشف عن ارادتهما اذا لم يكونا قد توقعا مايعرض لهما واعتمدا على هذه النصوص المفسرة • مثال ذلك ما اذا لم ينص المتعاقدان على مكان دفع الثمن او مكان تسليم المبيع او غير ذلك من الامور •

٢ ــ العرف

٦٢٢ ــ ويتدخل العرف غالبا فى تحديد نطاق العقد وما يعتبر من مستلزماته ، ويضاف الى الشروط المألوفة (Clauses de style) ، وهى الشروط التى جرى العرف على ادراجها فى العقد بحيث اصبحت معلومة من المتعاقد ولو لم تدرج فيه • مثال ذلك مايقضى به العرف فى بعض البلدان من اضافة نسبه مئويه الى ما يدفع فى الفنادق والمطاعم والمقاهى ، وهو ما يسمى بالخدمه Service

٣ ــ العدالة

٦٢٣ ــ ومن الامور التى يسترشد بها القاضى فى تحديد ما يعتبر من

مستلزمات العقد العدالة • وكثير من الامور التي تقضى بها العدالة نص عليه القانون بنصوص خاصة • من ذلك البائع ملزم بعدم التعرض للمشترى فى العين المبيعه • ومن ذلك ايضا ان التاجر الذى يبيع متجره يلتزم بعدم منافسة مشتري المتجر بفتح متجر اخر قريب وانتزاع عملائه منه •

٤ ـ طبيعة الالتزام

٦٢٤ ـ وطبيعة الالتزام تحدد فى غالب الاحيان ما يعتبر من مستلزمات العقد • فاذا اباع شخص عقارا فعليه ان يسلم المشترى مفاتيح العقار • وكذلك من يبيع سيارة يجب عليه أن يسلم معها الادوات اللازمة لتشغيلها • وكذلك من يبيع صحيفه او مجلة او اي مطبوع دوري اخر يجب عليه ان يسلم المشتري السجلات الخاصة باسماء المشتركين(١) •

المطلب الثالث

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه

(العقد شريعة المتعاقدين)

٦٢٥ ـ اذا فسر القاضى العقد وحدد نطاقه ، بأن حدد ما يعتبر من مستلزماته وبين كيفية تنفيذه فقد خلصت له قوته الملزمه ويجب عندئذ تنفيذه كما يطبق القانون،فهو قانون المتعاقدين وشريعتهما • فلا يجوز لاحد

---

(١) وفى قضية ارسلت مديرية الموانىء العامة طالب بعثة للدراسة على نفقتها ، واشترطت عليه ان يخدم عندها ضعف المدة التي يدرس فيها واذا رسب او فشل فى الحصول على الشهادة المطلوبة فانه يرجع المصاريف التي تصرف عليه لهذا الغرض . وقد اكمل الطالب الدراسة وعاد الى العراق ولكنه امتنع عن الخدمة فى مديرية الموانىء العامة فاقامت هذه الدعوى عليه مطالبة اياه بدفع ما انفقته عليه فردت محكمة البداءة الدعوى وصدق الحكم استئنافا وتمييزا . وقد جاء فى حكم محكمة التمييز ما يلي : « لدى التدقيق والمداولة ـ وجد ان المديرية المميزة لم تعين الوظيفة ولا راتبها للمميز عليه طالب البعثة ولم تصدر امرا اداريا بذلك ، وحيث ان مخالفة الالتزام واقعة من جانب المديرية المميزة فيكون المميز عليه غير مسؤول عن الضمان المطالب به ..» .

(الموجز ج ١ ـ ٢٢)

أن يعدل فيه ، بأن يضيف اليه التزاما لم يتضمنه أو يعفي من التزم نص عليه ، الا باتفاق الطرفين او لسبب يقرره القانـــون .

٦٢٦ ــ وتنفيذ العقد كتطبيق القانون ، يجب ان يتم بحسن نية . فقد سبق أن مر بنا ان حسن النية هو المبدأ العام الذي يسود جميع العلاقات القانونية . وقد سبق ان رأينا الشريعة الاسلامية تقرر ان «الاعمال بالنيات» وان «المقاصد معتبرة فى التصرفات» . وسبق أن رأينا أيضا الفقرة الاولى من المادة (١٥٠) تقضى بوجوب «تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » . وفى هذا المعنى تقضي المادة (١٤٥) من القانون المدنى بأنه : «أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فان المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه» . وتقضى الفقرة الاولى من المادة (١٤٦) بانه : «اذا نفذ العقد كان لازما . ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص فى القانون او بالتراضى» .

فكـرة التعـاون COLLABORATION

٦٢٧ ــ ومما يتصل أوثق اتصال بمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية فكرة التعاون بين الدائن والمدين فى التنفيذ . وقد اصدرت المحاكم أحكامـــا كثيرة تطبيقـا لهـــذه الفكرة .

٦٢٨ ــ فمن تطبيقات فكرة التعاون هذه ماتقضى به المحاكم من التزام كل من المتعاقدين بان يخطر الاخر بما يجد من حوادث فى اثناء تنفيذ العقد يقع له العلم بها قبل الاخر او دونه ويعنى هذا الاخر العلم بها لتعلقها بتنفيذ العقد . فعلى المدين اخطار الدائن بالقوة القاهرة التى تؤخر التنفيذ . وعلى المؤمن له ان يخطر شركة التأمين بالحوادث التي تزيد اخطار التأمين (Risque) والتى تقتضى دفع قسط اكبر فى مقابل تحمل الشركه تبعة هذه الاخطار . وعلى مشتري السيارة التى ضمن بائعها متانتها لمدة معينة ان يبادر الى اخطار البائع بعدم صلاحها اذا وجدها غير صالحة وذلك ليثبت هذه الحالة . فى مواجهته

٦٢٩ ــ ومن تطبيقات فكرة التعاون كذلك ما تقضى به المحاكم من وجوب

امتناع المتعاقد عن التعسف فى استعمال حقه عند تنفيذ العقد. فاذا نص فى عقد الايجار على أن المستأجر لا يجوز له ان يؤجر العين من الباطن الا اذا اعتمد المؤجر شخص المستأجر من الباطن ، فعلى المؤجر ابداء اسباب رفضه هذا الاعتماد ، وللقاضى مراقبه هـــذه الاســباب(١) .

اســـــتثناء

٦٣٠ ــ ولكن اذا كان العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه ، الا ان القانون اورد استثنائين عـلى هذه القاعـدة . الاول يتعلق بعقود الاذعان ، والثاني يتعلق بالظروف الطارئة . فقد سبق ان رأينا المشرع يجيز للقاضى تعديل الشروط التعسفية التي يفرضها القوي اقتصاديا فى هذه العقود على الضعيف اقتصاديا ، أو الاعفاء منها . وعليه فلا نعـود اليها مرة اخرى . ونرى فيما يلي نظرية الظروف الطارئة .

نظـرية الظـروف الطارئة

THéORIE DE L'IMPRéVISION

٦٣١ ــ تتلخص نظرية الظروف الطارئة فى أنه اذا كان العقد من العقود المستمرة التنفيذ ، أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا ، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان أدت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجودا عند ابرام العقد اختلالا خطيرا وجعلت تنفيذه يهـدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف فى المعاملات الاعتيادية ، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد فى العقد بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيـه العدالـــة .

ونظرية الظروف الطارئة هذه لم يؤخذ بها فى القانون الخاص الا منذ عهد قريب ، وقد انتقلت اليه من القانون العام ، الدولي والاداري . واول من أخذ بها فى القانون الاداري هو مجلس الدولة الفرنسي فى قضيـة غاز بوردو الشهيرة . ولكن القضاء المدني فى فرنسا ومصر لم يساير القضـاء

(١) تراجع تطبيقات اخرى كثيرة لفكرة التعاون فى بدوي، ص٣٩١ــ٣٩٩

الاداري فى اتجاهه هذا وظل متمسكا بقاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » ، ولا يسمح لنفسه بتغيير التزامات المتعاقدين بحجة العدالة • لذلك لم يكن بد من تدخل المشرع • فأخذت القوانين المدنية الحديثة بهذه النظرية ونصت عليها صراحة • وأول القوانين المدنية التي أخذت بالنظرية هو القانون المدنى اليولوني ، ثم القانون المدني الايطالي • واخذ بها ايضا القانون المدني العراقي ،والقوانين المدنية العربية التي وضعها الاستاذ السنهوري •

التمييز بين الظروف الطارئة وما يشابهها من الاوضاع

٦٣٢ ــ ويجب عدم الخلط بين الظروف الطارئة وكل من الاستغلال والاذعان فى عقود الاذعان • فهذان الاخيران يقومان فى مرحلة تكوين العقد ، أما الظروف الطارئة فتقوم عند تنفيذ العقد • وتتفق نظرية الظروف الطارئة مع نظريتى الاستغلال والاذعان فى الجزء الذي تفرضه ، وهو اعادة التوازن الاقتصادي المختل ، ولكنها تختلف عنهما فى الوسيلة التي تتبعها لاعادة هذا التوازن•فنظريتا الاستغلال والاذعان تعيدان التوازن الاقتصادي عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي عند تكوين العقد ، أما نظرية الظروف الطارئة فتعيده عن طريق الاخذ بيد المتعاقد الضعيف عند تنفيذ العقد • على ان اختلال التوازن فى نظرية الظروف الطارئة يرجع الى ظروف لا يد لاي من المتعاقدين فيها ، ومن ثم تتوزع تبعته بينهما • وفى النظريتين الاخريين يرجع اختلال التوازن الى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن(١) •

نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الاسلامي

٦٣٣ ــ ونظرية الظروف الطارئة معروفة فى الفقه الاسلامي ، وخاصة فى عقد الايجار • فالاجارة تنفسخ فى بعض المذاهب للعذر • ففي الفقه الحنفي ينفسخ الايجار للعذر الطارىء • ويعلل فقهاء الحنفية الفسخ فى هذه الحالة بان الحاجة تدعو اليه ، لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٦٣١ــ٦٣٢.

للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التـــزام الضـــرر .

والعذر أما ان يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة فنفر الناس ووقع الجلاء فلا يجب الاجر . وأما ان يرجع للمؤجر ، كان يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة . وكذلك لو اشترى شيئا فاجره ثم اطلع على عيب به فله أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب . وأما أن يرجع العذر للمستأجر ، نحو ان يفلس فيقوم من السوق ، او يريد سفرا ، او ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، أو من الزراعة الى التجارة ، أو ينتقل من حرفة الى حرفة . وكما اذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه مـــن الجري على موجب العقد شرعا ، تنتقض الاجارة من غير نقض ، كما لـــو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الاكله ، أو لقلع السن عند الوجـــع ، فبرأت الاكلة أو زال الوجع ، وقد وضع الفقهاء معيارا مرنا للعذر ، فقال ابن عابدين : « والحاصل ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليـــه الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » . فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، ومـــا يعتبره دون هـــذه وتلك(١) .

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

٦٣٤ ــ تقضي الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني بانه : « 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 أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالـــة

(١) المرجع السابق ، ص ٦٣٣ ، هامش رقم ٢ . كذلك نظرية العقد ، ص ٦٦٩ ، هامش رقم ١ ، مع المراجع المشار اليها هناك .

ذلك • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » • وقد تضمن هـذا النص الشروط اللازم توافرها لتحقق الظروف الطارئة • وهذه الشروط هي :

١ ــ ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ ، أو العقود الفورية التنفيذ ولكن تنفيذه مؤجل•ففي هذين النوعين من العقود يمكن ان يتصور طروء ظروف أو حوادث لم يكن فى الوسع توقعها عند ابرام العقد •

٢ ــ ان تجد بعد العقد ظروف أو حوادث استثنائية عامة • ويقصد بالظروف أو الحوادث العامة ان لاتكون خاصة بالمدين فقط ، كافلاسه أو موته • ومثال الحوادث الاستثنائية العامة اعلان الحرب او قيام ثورة أو تمرد أو عصيان ، وحدوث فيضانات تغرق المزارع والحقول ، وهجوم الجراد الذي يقضي على المحصول الزراعي ، الخ ••

٣ ــ ان لايكون فى الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الاستثنائية عند ابرام العقد • فاذا كان فى الامكان توقعها فلا يبقى مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة•فاذا كان اعلان الحرب أو حدوث الفيضان امرا متوقعا فلا تعتر هذه الحوادث استثنائية ولا يكون هناك بالتالي، مجال لانقاص التزام المدين • ويترتب على هذا الشرط أن الحادث لكي يعتبر ظرفا طارئا يجب ان يكون مما لا يستطاع دفعه ، فاذا كان مما يستطا ع دفعه فيستوي ان يكون متوقعا أو غير متوقع • فاذا تعهد شخص بتوريد اطعمة وحـدث فيضان قطع طرق السيارات ولكن طريق السكك الحديدية بقي مفتوحا ، فلا يعتبر عندئذ ظرفا طارئا لانه يمكن نقل الاطعمة عن طريق السـكك الحـديـدية •

٤ ــ أن تجعل هذه الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا • وفى هذا يختلف الظرف الطارىء عن القوة القاهرة • فهما يشتركان فى ان كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، ولكنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينقضي بذلك التزام المدين ، أما الحادث الطارىء أو الظرف الطارىء فيجعل التنفيذ مرهقا فقط فيبقى التزام المـدين •

معيار الارهاق

٦٣٥ ــ والمعيار الذي تقاس به درجة ارهاق الالتزام للمدين موضوعي ينظر فيه الى الصفقة لا الى شخص المدين ومقدار ثروته • فاذا تعهد شخص بتوريد أطعمة وكانت عنده كميات كبيرة منها ثم ارتفعت الاسعار ارتفاعا فاحشا فالالتزام يكون قد أصبح مرهقا للمتعهد ولا ينظر الى الكميات الكبيرة الموجودة عنده ، لانه اذا لم تكن عنده هذه الكميات لاضطر الى شرائها من السوق •

حكم توافر الشروط المتقدمة

٦٣٦ ــ اذا توافرت الشروط المتقدمة جاز للمحكمة ان «تنقص» الالتزام المرهق الى الحد المعقول • وتعبير « تنقص » الوارد فى النص غير دقيق لانه يشعر بان القاضي غير مطلق اليد فى ازالة الارهاق الذي يصيب المدين نتيجة تنفيذ التزامه ، وخير منه تعبير « تزيل الارهاق » • فالقاضى قد يرى ان الارهاق يزول اذا منح المدين مهلة للتنفيذ ، كما اذا تعهد شخص بتوريد سلعة ثم توقف استيرادها فارتفع سعرها ارتفاعا فاحشا ولكن هذا الارتفاع طارىء لا يلبث أن يزول عند فتح باب الاستيراد من جديد•فاذا رأى القاضي ان منح المدين مهلة لا يلحق بالدائن ضررا جسيما فمن اللازم ان يمنحه هذه المهلة بالرغم من ان النص المتقدم لا يساعد على ذلك • ذلك ان الفقرة الثانية من المادة (٢٤٦) من القانون المدنى تجيز للمدين اذا كان فى التنفيذ العيني ارهاق له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما • فاذا كان المدين يستطيع الا ينفذ الالتزام المرهق بعد دفع تعويض نقدي فمن باب أولى أن يستطيع القاضى منحه مهلة حتى يزول الظرف الطارىء • وقد كان تعبير « تنقص » موجودا فى المشروع النهائي للقانون المدنى المصري ،ولكن لجنة القانون المدني فى مجلس الشيوخ عدلته واستبدلت به تعبير «ترد» وهذا التعبير ، كما نرى اللجنة، أدق من تعبير «تنقص» لانه يتلافى النقص الذي رأيناه ويعطي القاضي حرية اوسع فى ازالة الارهاق الذي يقع على المدين نتيجة تنفيذه لالتزامه •

كيف تنقص المحكمة الالتزام المرهق

٦٣٧ ــ وانقاص الالتزام يراد به تعديله الى الحد المعقول الذي يزيل الارهاق • وهذا يكون أما بزيادة التزامات الدائن أو بانقاص التزامات المدين • ونرى كــلا من ذلك عــــلى حدة •

١ ــ ازالة الارهاق بزيادة التزامات الدائن

٦٣٨ ــ فمثال ازالة الارهاق بزيادة التزامات الدائن ما اذا تعهد متعهد بتوريد كمية من الطحين وكان سعر الطن من الحنطة خمسين دينارا مثلا ، ولكن نظرا لرداءة الحاصل وعدم التمكن من استيراد الحنطة من الخارج ارتفع سعر الطن الى مائة وعشرين دينارا • فى مثل هذه الحالة لم يكن فى وسع المتعاقدين توقع ارتفاع سعر الطن الواحد الى مائه وعشرين دينارا ، وعليه فالقاضي يرفع السعر الى درجة معقولة بحيث لا يجعل أحد الطرفين يتحمل وحده الزيادة غير المتوقعة بل يوزع هذه الزيادة على كلا الطرفين • فاذا كان ارتفاع بسعر الطن من الحنطة الى سبعين دينارا مثلا أمرا متوقعا فالمتعهد هو الذي يتحمل هذا الارتفاع ، أما الباقي ، ومقداره خمسون دينارا ، فيقسمه القاضي على الطرفين ويرفع السعر الى خمسة وســبعين دينارا للطن الواحد • وفى هذه الحالة لا يجبر الدائن على قبول الســعر الجديد ، بل يكون له الخيار بين قبوله وبين فسخ العقــــد •

٢ ــ ازالة الارهاق بانقاص التزامات المدين

٦٣٩ ــ ومثال ازالة الارهاق بانقاص التزامات المدين ما اذا تعهــد المقاول فى المثل المتقدم بتوريد عشرة الاف طن من الحنطة ، ولكن لظروف طارئة قلت كميات الحنطة الموجودة فى الاسواق الى درجة كبيرة بــحيث أصبح من العسير على المتعهد ان يورد الكمية المتفق عليها • فى مثل هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من هذه الكمية المقدار الذي يراه يزيــل الارهاق عن المدين ويرد التزامه الى الحد المعقول(١) •

(١) وقد تسنى للمحاكم العراقية تطبيق نظرية الظروف الطــارئة

عدم جواز الاتفاق على خلاف النص المتقدم

٦٤٠ ــ ونص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) المتقدم من النظام العام وكل اتفاق على خلافه باطل • فاذا اتفق المتعاقدان عند ابرام العقد على انه اذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فلا يجوز له أن يلجأ الى القضاء طالبا حمايته كان الاتفاق باطلا • وهذا ما نصت عليه الفقرة المتقدمة في

تطبيقا واسعا بمناسبة فيضان سنة ١٩٥٤ الذي اغرق مساحات واسعة من الاراضي والمزارع وادى الى ارتفاع الاسعار ارتفاعا كبيرا ، فصدرت احكام قضائية كثيرة تقضي بالتخفيف من التزامات المدين . ففي قضية تعهد شخصان لوزارة الاعمار بانشاء الف دار لاسكان أصحاب الصرائف . وبعد البدء بالعمل حدث فيضان ١٩٥٤ فقامت الحكومة بكسر السداد مما ادى الى ان تكتسح المياه جميع انجازات المتعهدين وتلفت اموالهما المهيأة محليا للاستمرار بالعمل . ومن حينه ارتفعت اسعار المواد الاولية واجرة اليد العاملة الى مستويات فاحشة ، وقد طلب المتعهدان من الدوائر المختصة اعادة النظر في المقاولة ولكن هذه الدوائر رفضت ذلك وطالبت المتعهدين بتنفيذ تعهدهما رغما عن تفاوت الاحوال الاقتصادية واختلافها كليا عنها في فترة اعطاء التعهد . فاقام المتعهدان الدعوى طالبين الحكم بالزام المدعى عليه وزير الاعمار بتعديل شروط المقاولة وذلك بزيادة الاسعار . فاصدرت محكمة بداءة بغداد في القضية المميزة برقم ١٧١٩ــ٥٦ــ بداءة بغداد حكما جاء فيه : « ... تبين ان التفاوت في الاسعار يتمثل بزيادة ٣٣٪ تقريبا اي بزيادة ٧٧٥٨٣\١١٧ دينارا عن مبلغ التعهد .. وان هذه الزيادة ترهق المدين فيما لو استمر على تنفيذ التزامه وتؤدي به الى خسارة غير مألوفة ، مما يدل على ان هذه الظروف ذات صفة غير اعتيادية وغير متوقعة . وقدنسب المدعيان هذه الظروف الى فيضان عام ١٩٥٤ من جهة والى تفاوت الاحوال الاقتصادية من جهة اخرى .

ولدى التدقيق في هاتين النقطتين وجد بان فيضان عام ١٩٥٤ لم يكن متوقعا وانه لم يدخل في مألوف اي من العاقدين عند احالة التعهد حيث طغت مياه النهر وغمرت جميع المنطقة المخصصة لانشاء الدور واكتسحت الانجازات المهيأة محليا بالعمل وقد اغرق مساحات واسعة من الاراضي ، ولذلك فانه يعتبر والحالة هذه حادثا استثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه عند العقد وبذا يكون شرطا من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة . وبالاضافة الى ذلك فقد حصلت ظروف اقتصادية اجتاحت مدينة بغداد فارتفعت بذلك اسعار المواد الانشائية واجور الايدي العاملة ارتفاعا فاحشا نتيجة لارتفاع اسعار الاراضي وغيرها الى اسعار خيالية لم يألفها حتى في ايام الحروب والازمات .

عبارتها الاخيرة . ولكن اذا اتفق المتعاقدان بعد حدوث الظروف الاستثنائية على ان يتحمل المتعهد وحده نتيجة هذه الظروف وكان المتعهد على بينة منها (من هذه الظروف) فالاتفاق صحيح ، ولا يعود بامكان المتعهد اللجوء الى القضاء لازالة الارهاق الذي يصيبه من التنفيذ . ذلك ان الاتفاق فى هذه الحالة لا يحاط بشبهة الضغط على المدين ، فيجوز له أن ينزل عن التمسك بالظرف الطارىء ، وان يتعهد بوفاء التزامه كاملا غير منقوص .

على انه يلاحظ فى هذا الصدد عند الاخذ بهذه النظرية انه يترتب على الحادث الاستثنائي العام الذي تشير اليه المادة (١٤٦ ف٢ مدني) ان يصبح الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وان هذا الارهاق يختلف باختلاف الاشخاص والظروف وان يقدر تقديرا موضوعيا لا يتأثر بما يحيق بالمدين من ظروف مواتية . ومؤدي ذلك ان ينظر الى اثر هذا الحادث الطارىء في الصفقة ذاتها .

ولما كانت هذه الصفقة موضوعة الدعوى ستنزل خسارة محققة قدرها الخبراء بنسبة ٣٣٪ ، اي مبلغ ٧٧٥٨٢\١٧٧ دينارا فان هذا المبلغ جسيم بالنسبة لمبلغ التعهد ، اي للصفقة ذاتها ...

لهذا ارتأت المحكمة توزيع تبعة الحادث الاستثنائي على الطرفين واشراكهما فى الخسارة . اذ ان القاعدة العامة التي يمكن تطبيقها فى هذا الصدد انه لا يسوغ ان ينتقل عبء الطوارىء غير المتوقعة نقلا كاملا عن عاتق المدين الى عاتق الدائن كما لا يجوز تحميل المدين وحده تبعة الطوارىء الاستثنائية . وعليه ولفرض التوازن بين مصلحة الطرفين ولتكون الخسارة الناجمة عن الحادث الطارىء موزعة بين السلطة مانحة الالتزام وبين الملتزم بحيث يعود الى التوازن المالي للعقد شيء من التعادل فقد ارتأت المحكمة ان توزع الخسارة مناصفة بين الطرفين ..» .

وقد صدق الحكم المذكور استئنافا وتمييزا . وجاء فى حيثيات محكمة التمييز ما يلي : « لدى التدقيق والمداولة وجد ان الفيضان لعام ٥٤ انما حدث بعد انعقاد العقد ولم يكن العاقدان آنئذ على علم بهذا الحادث الطارىء، وحيث ان هذا الحدث الطارىء الذي لم يكن فى الحسبان قد اعدم الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة واخل بالتوازن الاقتصادي بين التزامات كل من المتعاقدين فتكون احكام المادة ١٤٦ مدني منطبقة . ولما كانت المحكمة المميز حكمها قد بنت حكمها على اسباب صحيحة وسليمة فقد تقرر تصديقه ..». (تراجع احكام اخرى فى القضاء المدني العراقي للاستاذ سلمان بيات ، ج ١ ص ١٤٨ — ١٦٨) .

المبحث الثاني

المسؤولية التعاقدية

LA RESPONSABILITé CONTRACTUELLE

تمهيـــد

٦٤١ ــ اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الذي أنشأه عليه العقد ولم يمكن اجباره على تنفيذه ، أو اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطأه ، تحققت مسؤوليته وحق للدائن أن يطالبه بالتعويض . وكذلك الحكم اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . والمسؤولية المتحققة فى هذه الحالة تسمى بالمسؤولية التعاقدية لانها ناشئة عن الاخلال بتنفيذ التزام ناشيء عن العقد، وهي تقابل المسؤولية التقصيرية التى تنشأ عن الاضرار بالغير عـن طريق الافعال المادية ، أو كما يقول الفقهاء المسلمون عن طريق الغصب والاتلاف وفى هذا المعنى تقضي المادة (١٦٨) من القانون المدني بانه : « اذا استحال على المدين بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعـدم وفائه بالتزامه(١) ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه . وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم فى تنفيذ التزامه » .

٦٤٢ ــ هذا ويجب أن يلاحظ ان المسؤولية التعاقدية لا تعرض الا اذا رفض المدين تنفيذ التزامه مع قدرته عليه ولم يمكن اجباره على التنفيذ، أو أصبح التنفيذ مستحيلا بخطأه . فاذا كان فى الامكان اجباره على التنفيذ فالكلام لايكون عندئذ بصدد المسؤولية التعاقدية ، بل بصدد التنفيذ العيني القهري ، وهو ما نراه فى أحكام الالتزام .

٦٤٣ ــ والمسائل التي تثيرها المسؤولية التعاقدية مبعثرة فى ثنايـا القانون المدنى . فبعضها يدرس فى مصادر الالتزام ، وبعضها فى أحـكام

---

(١) عبارة « لعدم وفائه بالتزامه » توضيح ليس مكـانه النصـوص القانونية بل الكتب الفقهية والاحكام القضائية .

الالتزام ، وبعضها عند دراسة المسؤولية التعاقدية ، وبعضها عند دراسة المسؤولية التقصيرية •

اركان المسؤولية التعاقدية

٦٤٤ ــ وسنعالج هنا أركان المسؤولية التعاقدية فقط • أما باقى الامور المتعلقة بها فسنعالجها فى أماكنها الخاصة من القانون المدنى ، أما مع المسؤولية التقصيرية أو عند دراسة أحكام الالتزام •

وأركان المسؤولية التعاقدية ثلاثة : خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر • ونعالج كلا من هذه الاركان فى مطلب مستقل • ولكن لاحكام التى نص عليها القانون فى المسؤولية التعاقدية قد تعدل ، فقد تشدد وقد تخفف • وهذا ما نراه فى مطلب رابع وأخير •

المطلب الاول

الخطأ

LA FAUTE

متى يعتبر المدين مخطئا ؟

٦٤٥ ــ يعتبر المدين مخطئا اذا لم يقم بتنفيذ التزامه ، فمجرد عدم قيامه بتنفيذ التزامه يعتبر خطأ يقرر مسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر • يستوي فى ذلك ان يكون عدم تنفيذ الالتزام ناشئا عن عمد أو عن اهمال وتقصير • ولكن متى يعتبر المدين غير قائم بتنفيذ التزامه ؟ لا بد للجواب عن هذا السؤال من التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية •

١ ــ الالتزام بتحقيق غاية OBLIGATION DE RéSULTAT

٦٤٦ ــ ففي الالتزام بتحقيق غاية يعتبر المدين مخلا بتنفيذ التزامه اذا لم يحقق الغاية التى تعهد بتحقيقها • فالتزام البائع فى عقد البيع مثلا هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم المبيع الى المشتري • فاذا لم يقم بذلك اعتبر

مخلا بتنفيذ التزامه ، وتتحقق بالتالى مسؤوليته التعاقدية . وكذلك الالتزام بالامتناع عن عمل محله التزام بتحقيق غاية هي عدم القيام بالعمل . فاذاقام المدين بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه فلا يمكن عندئذ تحقق الغاية التى التزم بتحقيقها ، وبالتالى يعتبر قد أخل بتنفيذ التزامه . وتتقرر مسؤوليته التعاقـــــدية .

٢ ـ الالتـزام ببذل عنـــاية OBLGATION DE MOYEN

٦٤٧ ـ وفى الالتزام ببذل عناية يعتبر المدين قد أخل بتنفيذ التزامه اذا لم يبذل فى تنفيذه العناية اللازمة ، مثال ذلك الطبيب الذي يتعهد بمعالجة مريض ، والمحامي الذي يتعهد بالسير فى الدعوى . فاذا لم يبـذل الطبيب العناية اللازمة فى معالجة المريض ، او لم يبذل المحامي العناية اللازمة للسير فى الدعوى ، فانهما يعتبران مخلين بتنفيذ التزامهما وتتقرر مسـؤليتهمـا التعاقـــدية(١) .

مقدار العناية الذي يجب على المدين ان يبذله فى تنفيذ التزامه

٦٤٨ ـ ولكن ماهو مقدار العناية الذي يجب على المدين أن يبذله فى هذا النوع من الالتزامات لكي لا يعتبر مخلا بتنفيذ التزامه؟ الاصل فى هذا الباب أن على المدين أن يبذل فى تنفيذ التزامه من العناية ما يبذله الرجل المعتـاد أو ما يسـميه القانون المدني الفرنسـى بـ « رب الاســـرة الحريص » BON PèRE DE FAMILLE ، وهذا معيار موضوعي أو مـــادي OBJECTIF لا شخصانى SUBJECTIF . وقد أخذ القانـون المدنى العراقى بهذا المعيار فى المادة (٢٥١) التى نصت على انه : « فى الالتزام بعمل اذا كان مطلوبا من المدين ان يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فان المدين(٢) يكون قد وفى

(١) يذهب بعض الفقهاء الى اننا اذا نظرنا الى الالتزام من ناحية الدائن كان دائما التزاما بتحقيق غاية ، واذا نظرنا اليه من ناحية المدين كان دائمـا التزاما ببذل عناية (بدوي ، ف٢٩٨ ، مع المرجع المشار اليه فى هامش رقم ١، ص ٤٢١) .

(٢) كلمة «المدين» الثانية زائدة ، وكان يجب الاستعاضة عنها بالضمير والقول «فانه» .

بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود » • وهناك نصوص قانونية متعددة تشير الى هذا المعيار • من ذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) من أن « استعمال المستأجر المأجور على خلاف المعتاد تعد • فيضمن الضرر المتولد عنه » • ومن ذلك ايضا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٣٤) من انه اذا كانت الوكالة بأجر « وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » •

٦٤٩ ــ ولكن معيار الرجل المعتاد هذا ليس معيارا مطلقا ينطبق فى جميع حالات الالتزام ببذل عناية ، فقد ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على خلافه وفى هذه الحالة لا يطلب من المدين أكثر من العناية التى يبذلها فى شؤونه الخاصة • وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٥١) المتقدمة بقولها ، « ومع ذلك يكون المدين قد وفي بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية ما اعتاده فى شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك » • فمن ذلك ما تنص عليه الفقرة الاولى من المادة (٩٥٢) من انه « يجب على الوديع أن يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها فى حرز مثلها » • ومن ذلك أيضا ما تقضى به الفقرة الاولى من المادة (٩٣٤) من أنه « اذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى اعماله الخاصة ••• » •

نظرية تدريج الخطأ THéORIE DE LA GRADATION DES FAUTES

٦٥٠ ــ كان فقهاء القانون الفرنسى القديم يقسمون الخطأ التعاقدي الى ثلاث درجات : جسيم ويسير وتافه • فالخطأ الجسيم Culpa lata, Faute lourde هو الخطأ الذي لا يرتكبه أكثر الناس اهمالا ، وهو اقرب مايكون الى العمد ويلحق به • والخطأ اليسير Culpa levis, faute légère هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المتوسط او المعتاد • والخطأ التافه culpa levissima faute, trés légère هو الخطأ الذي

لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص فى أموره.وكان هؤلاء الفقهاء يقسمون العقود كذلك الى ثلاث طوائف : عقد يعقد لمصلحة الدائن وحده، كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين الاعن خطأه الجسيم ،وعقد يعقد لمصلحة كلا المتعاقدين، ويشمل عقود المعاوضة بصورة عامة ، وفيه يسأل المدين عن خطأه اليسير ، وعقد يعقد لمصلحة المدين وحده ، كالعارية ، وفيه يسأل المدين حتى عن خطأه التافه .

٦٥١ ــ وقد هجر الفقه الحديث هذه النظرية وأخذ بفكرة وحدة الخطأ، وكذلك فعلت القوانين المدنية الحديثة.وبالرغم من ان القانون المدنى العراقى قد هجر نظرية تدرج الخطأ هذه ، الا أن لها فيه بعض المظاهر . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٧٠) من أنه : « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » . ومن ذلك أيضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) من أنه « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية أو الاتفاقية اذا أثبت ان الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم » .

اثبات الخطأ

٦٥٢ ــ القاعدة العامة فى الاثبات هي ان البينة على المدعي . ولما كان الدائن هو المدعي فعليه يقع عبء اثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه.وهو يثبت ذلك اذا اثبت وجود العقد وصحته وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، وبعد ذلك يفترض القانون خطأ المدين . ولكن هذا الافتراض غير قاطع فهو قابل لاثبات العكس . فيستطيع المدين أن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه يعود لسبب أجنبي لا يدله فيه ، وعليه يقع عبء اثبات ذلك(١) .

(١) وقد تضاربت احكام المحاكم العراقية فى تطبيقها للمادة (١٦٨) مدني بالنسبة للطلبة الذين يدرسون على نفقة الحكومة ويرسبون فى دراستهم فيفصلون من كلياتهم . فبينما نراها تقرر قاعدة فى قضية معينة اذا بها تقرر العكس فى قضية مشابهة . ففي قضية رسب فيها طالب سنتين متتاليتين

المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير
Responsabilité contractuelle du fait d'autrui

٦٥٣ ـ قد يسأل الانسان أحيانا مسؤولية تعاقدية لا نتيجة خطأ ارتكبه هو بل نتيجة خطأ ارتكبه شخص آخر ، ويحدث ذلك اذا استخدم المتعاقد أشخاصا فى تنفيذ العقد الذي أبرمه . مثال ذلك المقاول يستخدم عمالا فى اقامة البناء الذي تعهد باقامته ، فيكون مسؤولا مسؤولية تعاقدية عن الضرر

فى كلية الهندسة ففصلته الكلية وطالبته بمبلغ الكفالة فاجابتها المحكمة الى طلبها وصدقت محكمة التمييز الطلب. وقد جاء فى حيثيات حكم محكمة التمييز ما يلي : « .. اما قوله بانه لم يخل بشروط العقد ولذا فلا يلزم بالضمان فغير وارد ايضا لانه رسب سنتين متتاليتين فى الصف الثاني من كلية الهندسة ولذلك اخرج من الكلية فيكون قد اخل بالشرط الخامس وملزما بالمبلغ المدعى به فى ورقة التعهد ، كما انه ملزم بالفائض النظامي الذي الزمته به المحكمة لكون المبلغ المحكوم به لم يكن ضمانا بل انه مقابل ما صرفته عليه الكلية فى السنتين الاولى والثانية من مدة دراسته . وعليه ولما تقدم يصبح الحكم المميز موافقا للقانون » (رقم الدعوى ١٦٢٨ ـ صلحية ـ ٥٤ صلح بغداد . تاريخ حكم محكمة التمييز ٢٢ـ١١ـ٥٤) .

وفى قضية رسب فيها طالب فى الصف الاول من الكلية الطبية ففصلته الكلية فاقام وزير الصحة الدعوى عليه وعلى كفيله استنادا الى التعهد بدفع مبلغ الضمان فردت المحكمة الدعوى ، وصدقت محكمة التمييز الحكم. وقد جاء فى حيثيات حكم محكمة التمييز ما يلي : « ان ترتب الضمان على المدعى عليه مشترط فى حالة انقطاع الطالب عن مواصلة الدراسة من نفسه . وحيث ان الانقطاع كان بناء على قرار الكلية بالفصل وعدم السماح له بالاستمرار لذا يكون الحكم الصادر برد الدعوى موافقا للقانون » (رقم الدعوى ٢٠٥٥ـ حقوقية ـ ٥٥ بغداد . تاريخ حكم محكمة التمييز ٢٦ـ٢ـ٥٦) .

وفى قضية اخرى رسب طالب يدرس على نفقة مديرية الموانىء العامة، ففصلته المديرية من البعثة وطالبته بما انفقته عليه فردت المحكمة الدعوى فنقضت محكمة التمييز الحكم . وجاء فى حيثيات حكم محكمة التمييز ما يلي : « ان المحكمة لم تلاحظ المادة الخامسة من المقاولة التي تعطي الحق للمدير العام للموانىء ان يفصل الطالب من البعثة اذا رسب وتضمينه ما انفق عليه ، وحيث تأيد رسوبه فى كافة المحاولات التي قام بها لذلك فيكون من حق دائرة الميناء فصل الطالب وتضمينه المصاريف التي صرفت عليه ولاحاجة لطلب فسخ العقد باعتبار ان العقد قد استنفذ اغراضه برسوب المميز عليه وعليه يكون الحكم المميز ـ القاضي برد الدعوى ـ مخالفا للقانون قرر نقضه واعادة اوراق الدعوى لمحكمتها للتحقق من فصل المميز مدير الموانىء

الذي يحدثه هؤلاء . ومثال ذلك أيضا المستأجر يؤجر الدار الى شخص آخر (مستأجر من الباطن) فيحدث المستأجر الثانى أضرارا فى الدار، فيكون المستأجر الاول مسؤولا مسؤولية تعاقدية عن هذه الاضرار تجاه المؤجر . والاشخاص الذين يسأل عنهم الشخص مسؤولية تعاقدية هم الاشخاص الذين يستخدمهم أو يستعين بهم أو يحلهم محله فى تنفيذ العقد ، وبعبارة أخرى هم الاشخاص الذين يعهد اليهم فى تنفيذ التزامه .

شروط المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

٦٥٤ ــ ولا بد لتحقق المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير من وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر وبين المتضرر ، ومن ان يكون الغير الذي أحدث الضرر قد عهد اليه فى تنفيذ العقد .

القانون المدني العراقي

٦٥٥ ــ لم يضع القانون المدنى العراقى نصا عاما فى المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير ، ولكنه نص عليها بصورة غير مباشرة فى العبارة الاخيرة من الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) . فقد جاء فى هذه العبارة مايلي: « ... ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » . فهذا النص لا يضع قاعدة عامة فى المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير ، ولكن هذه المسؤولية تستفاد ضمنا من مفهومه المخالف . فهو يجيز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من الاشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، ومعنى ذلك انه يسأل تعاقديا عن أفعال هؤلاء الاشخاص

للطالب من البعثة التحقق من رسوبه. فاذا ثبت ذلك تكون دعوى المميز بتضمين المميز عليهما اصالة وكفالة المصاريف التي صرفت على الطالب صحيحة» (رقم الدعوى ١٥١٤\حقوقية\٥٦ بصرة . تاريخ حكم محكمة التمييز ١٣ــ١٠ــ٥٦) تراجع احكا م اخرى فى القضاء المدني ، المرجع السابق ص ١٨٥ وما بعدها

وهكذا نرى ان محكمة تمييز العراق غير مستقرة على راي معين . فهي تنقض اليوم ما ابرمته بالامس .

(الموجز ج ١ ٢٣)

ويجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي قد يرتكبونه عند تنفيذهم للالتزام الذي عهد اليهم فى تنفيذه .

رجوع المتعاقد على الغير

٦٥٦ ـ واذا الزم المتعاقد بتعويض الضرر الذي أحدثه الغير الذي عهد اليه فى تنفيذ التزامه كان له أن يرجع عليه بما دفعه من تعويض الى الطرف الآخر .

الاساس القانوني للمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير

٦٥٧ ـ وقد اختلف فى الاساس القانونى الذي تقوم عليه المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير . فذهب البعض الى أنه تحمل التبعة، وذهب آخرون الى أنه ضمان ضمني Garantie tacite . وهناك من يقيمها على فكرة النيابة ، فالغير قد حل محل المتعاقد فى تنفيذ الالتزام فأصبح نائبا عنه فيما ارتكبه من الخطأ .

المطلب الثاني

الضرر

LE DOMMAGE

٦٥٨ ـ الضرر أهم ركن فى المسؤولية المدنية ، تعاقدية كانت أو تقصيرية ، ومعه تدور المسؤولية وجودا وعدما وشدة وضعفا ، فلامسؤولية حيث لاضرر . وعبء اثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لانه هو الذي يدعيه ، والقاعدة ان البينة على المدعي . ولا يكفي مجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر ، فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن . مثال ذلك ما اذا اشترى شخص سيارة واتفق مع البائع على أن يكون التسليم فى تاريخ معين ، ولكن البائع تأخر فى التسليم بضعة أيام ، فمجرد تأخر البائع فى التسليم فى الميعاد المتفق عليه لا يكفي للقول بوجود

ضرر أصاب المشتري ، بل يجب على هذا الاخير أن يثبت الضرر الذي أصابه من جراء هذا التأخر فى التسليم .

استثناء : محل الالتزام دفع مبلغ من النقود

٦٥٩ ـ ولكن اذا كانت القاعدة ان على الدائن أن يثبت الضرر الحاصل نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزامه ، الا ان القانون اعفاه من ذلك وافترض وجود الضرر افتراضا قاطعا غير قابل لاثبات العكس فى حالةواحدة هي حالة ما اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود . ففي هذه الحالة يلزم القانون المدين بدفع فوائد المبلغ عن المدة التى تأخر فيها عن الدفع . وتسمى الفوائد فى هذه الحالة بـ « الفوائد التأخيرية » (م ١/١٧٣) .

الضرر المادي والضرر الادبي

٦٦٠ ـ والضرر أما أن يكون ماديا يصيب الانسان فى ماله أو جسمه أو فى عنصر من عناصر ذمته المالية ، أو ادبيا يصيبه فى شعوره وعاطفته.مثال ذلك ما اذا تأخر الناقل فى ايصال الشخص فى الوقت المتفق عليه فحرمه بذلك من حضوره زفاف ابنه فى ليلةزواجه ، او من تشييع جنازة شخص عزيز عليه. فالناقل يكون قد أحدث للمتعاقد معه ضررا فى شعوره وعواطفه . ومثال ذلك أيضا ما اذا اتفق مريض مع طبيب على اجراء عملية جراحية ، وتتيجة لاهمال الطبيب حدثت له عاهة مستديمة فى جسمه . فالطبيب يكون قد أحدث للمريض ، بالاضافة الى الضرر المادى ، ضررا يصيبه فى شعوره وعواطفه نتيجة للتشويه الدائم الذي أحدثه له .

٦٦١ ـ ولم يأخذ القانون المدنى العراقى بالتعويض عن هذا النوع من الضرر فى المسؤولية التعاقدية وأخذ به فى المسؤولية التقصيرية.وسنعود اليه هناك .

الضرر المباشر والضرر غير المباشر ، والضرر المتوقع والضرر غير المتوقع

٦٦٢ ـ والضرر المادي أما أن يكون مباشرا او غير مباشر . والضرر المباشر أما أن يكون متوقعا أو غير متوقع . والاصل فى هذا الباب أن المدين

لا يسأل عن الضرر غير المباشر لا فى المسؤولية التعاقدية ولا فى المسؤولية التقصيرية • وفى المسؤولية التعاقدية لا يسأل المدين الا عن الضرر المباشر المتوقع ، الا اذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر غير المتوقع وتلحق مسؤوليته فى هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية • وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدنى بقولها : « فاذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت » • أما فى المسؤولية التقصيرية فيسأل المدين عن الضرر المباشر كله ، متوقعا كان أو غير متوقع •

التمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع

٦٦٣ ــ ولتمييز الضرر المتوقع من الضرر غير المتوقع نسوق المثل التالي : مزارع يتعاقد مع متعهد نقل على نقل حاصلاته الى المدينة لبيعها ولا ينفذ الناقل التزامه بالنقل فيضطر المزارع للبحث عن ناقل اخر ويدفع له أجرا أعلى من الاجر الذي اتفق عليه مع الناقل الاول • ثم أن اسعار المحصولات تكون قد هبطت فى المدينة ، ولو كان الناقل الاول قد نفذ التزامه فى الوقت المتفق عليه لتجنب المزارع الخسارة التي أصابته بسبب هبوط الاسعار • فى هذا المثل الفرق بين الاجرة التي دفعها المزارع الى الناقل الثاني وبين الاجرة التي اتفق عليها مع الناقل الاول هو الضرر المباشر المتوقع ، والخسارة التي أصابته بسبب هبوط الاسعار هي الضرر المباشر غير المتوقع • والناقل الاول لا يكون مسؤولا الا عن الضرر المتوقع ، وهو فرق الاجرة • أما الخسارة التي أصابت المزارع بسبب هبوط الاسعار فلا يسأل عنها الا اذا ارتكب « غشا » أو « خطأ جسيما » فيسأل عندئذ عن تعويض المزارع عن الخسارة التي اصابته بسبب هبوط الاسعار ، اذ تلحق مسؤوليته فى هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية • ومثال الغش او الخطأ

الجسيم ما اذا كان الناقل عالما بان الاسعار ستهبط وتعمد عدم نقل المحصولات فى الوقت المتفق عليه لتحل الخسارة بالمزارع .

الضرر غير المباشر

٦٦٤ ــ أما الضرر غير المباشر فمثاله ما اذا لم يستطع المزارع فى المثل المتقدم ، بسبب الخسارة التي حلت به ، ان يفي بديونه ، فحجز الدائنون على مزرعته ، فادى ذلك الى مرض أبيه وموته ، فادى ذلك الى موت امه حزنا على أبيه ، الخ .. وهكذا يمكن أن تتسلسل الاضرار التي تنتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه . وهذه الاضرار كلها اضرار غير مباشرة ، فلا يسأل عنها المدين .

ضرورة توقع المدين للضرر عند ابرام العقد

٦٦٥ ــ هذا ويجب أن يلاحظ أنه لا بد للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناشىء عن اخلاله بتنفيذ التزامه من أن يكون قد توقع الضرر عند ابرام العقد . فلو ان المدين لم يتوقع الضرر فى هذا الوقت ثم توقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولا عنه لانه لم يلتزم به وقت ابرام العقد(١) . مثال ذلك ما اذا اشترى شخص سيارة واتفق مع البائع على ان يكون التسليم فى تاريخ معين ، ولكنه لم يخبره بانه سيكون بحاجة ماسة الى السيارة فى هذا التاريخ ، وانه اذا لم يحصل عليها فيه فستفوته صفقة أو سيخسر فى أعماله ، فلا يستطيع في هذه الحالة مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة التأخر فى تسليم السيارة . وكذلك المسافر الذي لم يخبر شركة النقل بانه اذا لم يصل فى الموعد المتفق عليه فسيخسر فى تجارته ، لا يستطيع مطالبة شركة النقل بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة التأخر فى الوصول . وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) بقولها : « فاذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد »(٢) .

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٤٥٣ ، ص ٦٨٦ .

(٢) وفى قضية اجر شخص الحانوت العائد له قبل ان يخليه المستاجر

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

LIEN DE CAUSALITé

٦٦٦ ــ لا يكفي لتقرير المسؤولية التعاقدية ان يكون هناك خطأ فى جانب المدين وضرر يصيب الدائن ، بل يجب ان يكون الضرر ناشئا عن خطأ المدين ، أي ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر • فاذا انقطعت علاقة السببية هذه فلا تتقرر مسؤولية المدين • وهي تنقطع اذا تدخل سبب أجنبي بين خطأ المدين والضرر الذي اصاب الدائن • والسبب الاجنبي اما ان يكونقوة قاهرة أوحادثا فجائيا أو فعل الدائن أوفعلشخص ثالث • ففي مثال متعهد النقل الذي تعهد بنقل الحاصلات الزراعية للمزارع، اذا حضر المتعهد مع وسائل النقل فى الوقت المتفق عليه ولكن المزارع لم يكن قد حصد محصوله بعد فانصرف ، فاضطر المزارع بعد ذلك للبحث عن ناقل اخر ودفع له اجرا أعلى من الاجر الذي كان قد اتفق عليه مع الناقل الاول ، فى هذه الحالة لم يكن عدم التنفيذ ناشئا عن خطأ المدين (الناقل)

السابق ، وقد رفض ان يخليه والقانون لا يجبره على الاخلاء ، فاقام المستاجر الثاني الدعوى مطالبا بفسخ العقد والتعويض فدفع المؤجر بان الحانوت اصبح مؤجرا للمستاجر السابق بحكم القانون ، وبالتالي فان تنفيذ التزامه اصبح مستحيلا استحالة قانونية ، فرفضت محكمةالبداءةهذهالحجةوصدقت محكمة التمييز فى هيأتها العامة هذا الحكمفى حكملهاصادرفى ٢ــ١٢ــ٥٥. وقد جاء فى حيثيات قرار محكمة التمييز ما يلي : «... ان المميز قد عرض الحانوت الى الايجار قبل تخليته من المستأجر السابق ، فاستحالة التنفيذ التي يدعيها بسبب ان الحانوت قد اجر الى المستأجر السابق كان هو مصدرها ، وبذلك يكون قد غرر بالمميز عليه ، والتغرير علة قانونية للمسؤولية وموجب للتعويض . وحيث ان المادة ١٦٩ من القانون المدني قد نصت على ان التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب لسبب ضياع الحق عليه او لسبب التاخير فى استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتاخره عن الوفاء به ، وحيث ان المميز لم يف بالالتزام فهو يكون ملتزما بتاديته ما لحق المميز من خسارة وما فاته من كسب ...» .

بل عن خطأ الدائن (المزارع) . ولا يسأل الناقل كذلك عن التعويض اذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجعا لقوة قاهرة ، كأن حدث له حادث اصطدام عطل السيارة عن العمل فارسلها الى التصليح ولم يستطع احضارها فى الوقت المتفق عليه .

عبء الاثبات :

٦٦٧ ـ وعبء اثبات انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق المدين ، فهو الذي يدعى ذلك ، فيطلب منه اثباته وفقا لقاعدة « البينه على المدعى » .وهو لا يستطيع ذلك الا باثبات السبب الاجنبي . وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١٦٨) مدنى بقولها : « اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايدله فيه »(١) .

وسنعود الى الكلام عن السبب الاجنبي فى المسؤوليه التقصيريه ، فهي تشترك مع المسؤوليه التعاقديه فى الاحكام المتعلقة به (اي السبب الاجنبي) .

المطلب الرابع
تعديل أحكام المسؤولية

تخفيف احكام المسؤولية وتشديدها

٦٦٨ ـ ليست القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية التي رأيناها فيما

---

(١) وفى هذا المعنى جاء فى حكم لمحكمة التمييز صادر بتاريخ ١٢ـ٣ـ٥٧ ما يلي : « ان المساحة المبيعة بالنظر لنظام الطرق والابنية لا يجوز افرازها واكمال تسجيلها باسم المشتري كما هو مؤيد بكتاب امانة العاصمة . لهذا يكون قد استحال على المميز عليه القيام باتمام معاملة التسجيل وان تلك الاستحالة ليس للمميز عليه يد فيها . لهذا يكون الحكم المميز القاضي بردالدعوى بخصوص التضمين موافقا للقانون » . وجاء فى حكم اخر صادر فى ١٩ـ٢ـ٥٥ : « بالنظر لكون البائع والمتعهد بالتضمين عند عدم قيامه بالتقرير كان يهوديا اسقطت عنه الجنسية العراقية قبل ان يقوم بالتقرير بدائرة الطابو ، وان ذلك يعتبر مانعا قانونيا منع البائع من القيام بما تعهد به لذلك لا محل للمطالبة بالضمان .. » .

تقدم من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على التعديل من احكامها (احكام المسؤوليه) • ذلك ان المسؤوليه التعاقديه لما كانت نتيجة للاخلال بالتزام ناشىء عن العقد ، ولما كان العقد وليد الارادة فلارادة المتعاقدين الحرية فى التعديل من أحكام المسؤولية اذا كان هذا التعديل فى حدود النظام العام والاداب • وتعديل احكام المسؤوليه اما ان يكون بشرط من المدين يخفف به مسؤوليته ، او بشرط من الدائن يشدد به من مسؤوليه المدين • ونرى كلا من ذلك في مقصد مستقل •

المقصد الاول
الاتفاق على التخفيف من المسؤولية

٦٦٩ — يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذه لالتزامه ،سواءأكان عدمالتنفيذ راجعاالى خطأهأم الى خطأالاشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ العقد • ولكنه لا يجوز له ان يشترط اعفاءه من المسؤولية الناشئه عن غشه او خطأه الجسيم ، اذ تلحق مسؤوليته فى هذه الحالة بالمسؤولية التقصيريه ، وهذه لايجوز الاتفاق على الاعفاء منها • وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) مدني بقولها : « وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم • ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » • ومثال اشتراط التخفيف من المسؤولية التعاقدية ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٥٦٧) من القانون المدنى من جواز اشتراط البائع براءته من العيوب الخفيه • فقد نصت هذه الفقرة على انه : « اذا اشترط البائع براءته من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب ... » •فالاصل ان البائع يضمن العيوب الخفية الموجودة فى المبيع قبل البيع،ولكن يجوزلهان يخفف من هذا الضمان فيشترط عدم مسؤوليته عن هذه العيوب(١) • ومن ذلك ايضا ان البائع

(١) واذا كان شرط الاعفاء من المسؤولية صحيحا ، الا ان القضاء فى

يضمن استحقاق المبيع ، ولكن يجوز له ان يشترط انقاص هذا الضمان أو اسقاطه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٥٥٦) مدني بقولها : « يجوز للتعاقدين ان يزيدا فى ضمان الاستحقاق ، وان ينقصا منه ، وان يسقطا هذا الضمان » .

عدم جواز الاعفاء من المسؤولية عن الغش والخطا الجسيم

٦٧٠ ــ ولكن اذا جاز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية التى تترتب على عدم تنفيذ التزامه الا ان هذا الاتفاق لا يجوز ان يصل الى حداعفائه من المسؤوليه الناشئه عن غشه او خطأه الجسيم . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانيه من المادة (٢٥٩) المتقدمه . فمن تطبيقات ذلك مانصت عليه الفقرة الثالثه من المادة (٥٥٦) من انه : «ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق » . فتعمد البائع اخفاء حق المستحق يعتبر غشا أو خطأ جسيما ، فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منه . ومن تطبيقات ذلك ايضا ان البائع اذا اشترط براءته من عيوب الخفية ولكنه تعمد اخفاء هذه العيوب فالشرط باطل . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانيه من المادة (٥٦٨) بقولها : « على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب » .

واذا اشترط المدين عدم مسؤوليته عن غشه او خطأه الجسيم فالشرط باطل والعقد صحيح .

المقصد الثاني

الاتفاق على التشديد من المسؤولية

٦٧١ ــ وكما يجوز للمدين ان يشترط التخفيف من مسؤوليته او اعفاءه منها ، يجوز للدائن ان يشترط التشديد من مسؤولية المدين فيجعله

فرنسا ومصر يعتبر هذا الشرط باطلا فى عقد النقل ، فهو لا يجيزه حتى عن الخطا اليسير . وقد حرم قانون رابييه Loi rabier الصادر فى فرنسا سنة ١٩٠٥ شرط الاعفاء من المسؤولية فى عقد النقل البري .

مسؤولا حتى عن خطأه التافه ، بل حتى عن السبب الاجنبى الذي لا يد له فيه. وفى هذه الحالة يقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن. وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٢٥٩) مدني بقولها : « ويجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة » . مثال ذلك ماإذا عهد شخص الى شركة نقل بنقل اثاثه واشترط عليها ان تكون مسؤولا عن تلف الاثاث حتى لو تلفت بسبب اجنبي لايدلها فيه ، كصاعقه تقع على السيارة التي تحمل الاثاث فتحرق الجميع ، السيارة والاثاث . مثل هـذا الشرط صحيح، واذا تلفت الاثاث لسبب اجنبي لايد للشركة فيه فانها تضمن قيمتها.

الفصل الثالث

انحلال العقـد

DISSOLUTION DU CONTRAT

تمهيـــد :

٦٧٢ ــ اذا نشأ العقد صحيحا نافذا لازما وجب تنفيذه • والتنفيذ هو الطريق الطبيعي لزوال الرابطه التعاقديه وبه ينقضي العقد•ولكن قد تطرأ امور تؤدي الى زوال العقد قبل البدء بتنفيذه أو قبل اتمام تنفيذه • وهذه الامور أما ان تحدث أثرها بالاستناد الى الماضي أو بالنسبة للمستقبل فقط• وزوال اثر العقد بالاستناد الى الماضي يكون فى العقود الفوريه التنفيذ ، ويسمى بالفسخ (Résolution) • اما زوال اثره بالنسبه للمستقبل فقط فيكون فى العقود المستمرة التنفيذ ، ويسمى بالانهاء Résiliation ولكن القانون المدني العراقي عالج هذه الحالة مـع الفسخ ، بالرغم من وجـــود هـــذا الفرق بينهمـــا •

الالغـاء بارادة منفردة

٦٧٣ ــ وقد يجعل القانون لاحد العاقدين ، أو لكل منهما ، أن يستقل بوضع حد للرابطه التعاقديه •وزوال اثر العقدفى هذه الحالة يسمى بـ «الالغاء بارادة منفردة» • وقد نص القانون على العقود التي يمكن الغاؤها بارادة منفردة • فمن هذه العقود الوكالة فيجوز للموكل ان يعزل الوكيل ، كما يجوز للوكيل ان يعزل نفسه (م ١/٩٤٧) • ومن هذه العقود ايضا العاريه، فيجوز للمعير ان يطلب انهاء العاريه اذا لم تحدد مدة الاعارة باية طريقـه (م ١/٨٦١) • كما يجوز له ان يطلب انهاءها فى حالات معينه (م٨٦٢) • ويجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة اذا لم يكن ذلك ضارا بالمعير (م ٢/٨٦١) • ومن هذه العقود ايضا الوديعه ، فلكل من المودع والوديع ان يطلب رد الوديعه متى شاء (م ١/٩٦٩) • وهناك عقود اخرى

يمكن الغاؤها بارادة احد المتعاقدين المنفردة لا محل لذكرها هنا . ويقال لهذه العقود في الفقه الاسلامي « غير لازمه » .

هل الدفع بعدم التنفيذ طريق من طرق انحلال العقد

٦٧٤ ــ يعالج بعض الفقهاء الدفع بعدم التنفيذ فى الفصل الذي يخصصونه لانحلال العقد . ولكننا لانرى ذلك يتفق والمنطق،ذلك ان الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي الى زوال العقد من غير تنفيذ ، بل على العكس من ذلك ، الى زواله بالانقضاء ، اي بتنفيذ الالتزامات التي انشأها . فاذا طالب المشتري البائع مثلا بتسليم المبيع ولم يكن هو قد دفع الثمن ودفع البائع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ ، فهذا الدفع لا يؤدي الى فسخ العقد ، بل يدفع المشتري الى تنفيذ التزامه بدفع الثمن ، فيقوم البائع بتسليم المبيع . وهذا هو الطريق الطبيعي لزوال العقد بتنفيذ الالتزامات التي انشأها ، اي بالانقضاء لا بالانحلال .

القانون المدني العراقي

٦٧٥ ــ ولم يعالج القانون المدنى العراقي الدفع بعدم التنفيذ فى الفصل الذي خصصه لانحلال العقد ، وحسنا فعل ، بل عالجه مع حق الحبس فى الفصل الذي خصصه للوسائل الى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين . وسنسير ، نحن ايضا ، على نهج القانون المدني العراقي فلا نعالجه هنا بل نتركه الى محله الذي عالجه فيه .

٦٧٦ ــ وقد عالج القانون المدني العراقي فى الفصل الذي خصصه لانحلال العقد كلا من الفسخ والاقالة . ونحن نتبعه فى ذلك ، فنعالج كلا منهما فى فرع مستقبل .

الفرع الاول

فسخ العقد

RESOLUTION DU CONTRAT

تمهيـــد :

٦٧٧ — ينشيء العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة على عاتق كل من المتعاقدين فيصبح كل منهما دائنا ومدينا فى وقت واحد وينشـيء فى الوقت نفسه ارتباطا بين هذه الالتزامات وهـذا الارتبـاط يـؤدي الى القول بانه اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالمتعاقد الاخر لايجبر على تنفيذ التزامه هو أيضا ، ويستطيع هذا المتعاقد ، اذا لم يطلب التنفيذ العيني ، ان يطلب فسخ العقد وحل الرابطه التعاقديه واعفاءه من تنفيـذ التزامه . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني بقولها : « فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد للاخر جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يـطلب الفسخ مع التعويض ان كان لـــه مقتض » .

اساس حق الفسخ وتطوره التاريخي

٦٧٨ — ولم تعترف القوانين المدنيه بحق الفسخ فى صورته هذه الا بعد تطور طويل . فلم يكن القانون الروماني يعترف به ، فهو لم يـكن يربط بين الالتزامات الناشئه عن العقد الملزم للجانبين . فقد كان هذا العقد ينشيء التزامات مستقله بعضها عن بعض ولاتربط بينها فكرة الارتباط التي يوجدها العقد الملزم للجانبين فى القوانين المدنيه الحديثه . ففى عقد البيع مثـــلا كان التزام البائع بتسليم المبيع مستقلا عن التزام المشتري بدفع الثمن . فاذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لم يكن أمام الآخر الا أن يجبره على التنفيذ ، ولم يكن فى استطاعته ان يطلب فسخ العقد والتحلل من التزامه .

ولكن بعد ان مر القانون الروماني بمرحلة من التطور أصبح عقد البيع فيه رضائيا وأدخل فيه شرط يعطي البائع الحق فى طلب فسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن • وانتقل هذا الشرط فى خلال القرون الوسطى الى القانون الفرنسى القديم ، فكان فقهاء هذا القانون يقولون بجواز الفسخ ولو لم يوجد شرط صريح فى العقد ، ولكن الفسخ لا يتم الا بحكم قضائي • وقد أقر القانون المدني الفرنسي فى المادة (١١٨٤) منه حق الفسخ هذا ، ولكنه كان متأثرا بالصياغة الرومانية فعلله بوجود شرط فاسخ ضمني Condition résolutoire sous - entendue بدلا من الشرط الفاسخ الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني • وهو بذلك أراد أن يقرر القاعدة التى تقضى بجواز فسخ العقد اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه • أما ذكر الشرط الفاسخ الضمني فقد انتقل اليه من فقهاء القانون الفرنسى القديم الذين كانوا يفترضون هذا الشرط ليحل محل الشرط الفاسخ الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني •

٦٧٩ ــ ولا يؤيد الفقه الحديث نظرية الشرط الفاسخ الضمنى هذه فى تفسير حق الفسخ • ولكن الفقهاء لم يتفقوا على رأي فى تفسير هذا الحق• فذهب أنصار نظرية السبب الى انها هي التى تصلح أساسا لحق الفسخ ، ذلك لان عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يفوت على المتعاقد الآخر الغرض الذي قصد اليه من وراء تعاقده• وأقام آخرون هذا الحق على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، Interdépendance فطبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر «فيبدو أمرا طبيعيا عادلا انه اذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما بذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ»(١) • ونحن نميل الى هذا الرأي فقد سبق أن بينا رأينا عند الكلام عن نظرية السبب وقلنا ان هذه النظرية فى شكلها التقليدي غير

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٤٦٣ ، ص ٦٩٦.

صحيحة ، وان الفقه الحديث صار يعرض عنها ويرى امكان الاستغناء عنها بفكرة الرضى والمحل .

خطة البحث

٦٨٠ ـ وتتكلم عن الفسخ فى ثلاثة مباحث ، نخصص الاول لشروطه والثانى لانواعه ، والثالث لاثره .

المبحث الاول

شروط الفسخ

٦٨١ ـ تقضي الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني بانه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للاخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتض » ومن هذا النص يتبين انه لامكان طلب الفسخ يجب توافر الشروط الثلاثة التالية :

١ ـ أن يكون العقد ملزما للجانبين .

٢ ـ أن لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .

٣ ـ أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه . وهذا الشرط لم ينص عليه القانون ، ولكن تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ .

ونرى كلا من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول ـ عقد ملزم للجانبين

٦٨٢ ـ لا بد لامكان طلب الفسخ من أن يكون العقد ملزما للجانبين، فهذا النوع من العقود فقط ينشىء التزامات متقابلة على عاتق كلا طرفى العقد ، والاخلال بتنفيذ التزام أحد الطرفين ، كما سبق القول هو الذي يبرر حق الفسخ . أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيها الفسخ ، ذلك أن أحد الطرفين فيها مدين غير دائن ، وعليه فلا يستطيع أن

يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر فيخل بتنفيذه فيبرر ذلك طلب الفسخ ، والطرف الثاني دائن غير مدين ، وهذا لا مصلحة له فى طلب الفسخ بل يستطيع أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه وان يجبره على ذلك ، والا طالبه بالتعويض ، وهو يستطيع كذلك أن ينهي التزام الطرف الآخر بارادته المنفردة . مثال ذلك الكفالة ، فهي عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل . فالكفيل لا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لان المكفول له غير ملزم تجاهه بشىء ، والمكفول له لا مصلحة له فى طلب الفسخ بل يستطيع أن يطالب الكفيل بتنفيذ التزامه ، ويستطيع كذلك أن ينهي التزام الكفيل بارادته المنفردة ، وذلك باعفائه من الكفالة .

الشرط الثاني ـ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٦٨٣ ـ لا بد لامكان الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب الفسخ ويجعله مقبولا أمام القضاء ، فمما يخالف طبيعة العقود الملزمه للجانبين وعقود المعاوضه أن لا ينفذ أحد العاقدين ما وجب عليه بالعقد مع بقاء الآخر ملزما بالتنفيذ . ولكن يجب أن يلاحظ ان الذي يبرر الفسخ انما هو عدم التنفيذ الناشىء عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي ، اذ يصبح تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة مستحيلا لسبب لا يد للمدين فيه فينفسخ العقد بحكم القانون ، وهذا ما سنراه عند الكلام عن الفسخ بحكم القانون . فلا بد اذن أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى خطأ المدين لا الى سبب أجنبي ، وذلك بأن يكون التنفيذ العيني قد اصبح مستحيلا بفعله ، او لا يزال ممكنا ولكنه لا يريد القيام به ولا يمكن اجباره عليه . وفى هذه الحالة تتحقق مسؤولية المدين التعاقدية ويستطيع الدائن أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ، بالاضافة الى طلب فسخ العقد .

عدم التنفيذ الجزئي

٦٨٤ ـ ويبرر الفسخ كذلك عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جزئيا ،

أو تنفيذه اياه تنفيذا معيبا . ولكن القاضى يستطيع فى هذه الحالة استعمال سلطته التقديرية فيجيب طلب الفسخ او يرفضه ، او يكتفى باعطاء المدين مهلة للتمكن من اكمال التنفيذ .

الشرط الثالث ـ استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه

٦٨٥ ـ لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، بل يجب أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه من جانبه هو وقادرا عليه . فاذا لم يكن هو نفسه قد نفذ التزامه فلا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، لان هذا المتعاقد يستطيع أن يدفع تجاهه عندئذ بالدفع بعدم التنفيذ .

ويجب أيضا أن يكون طالب الفسخ قادرا على تنفيذ التزامه . فاذا استحال عليه التنفيذ انفسخ العقد بحكم القانون .

ويجب أيضا أن يكون طالب الفسخ قادرا على اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد ، فهذا هو أثر الفسخ كما سنرى . فاذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا بمقتضى العقد فيجب أن يكون قادرا على رده ، فاذا لم يكن قادرا عليه فلا يجاب الى طلبه . فاذا باع الشيء الذي تسلمه بمقتضى العقد امتنع عليه طلب الفسخ لانه لا يستطيع انتزاع الشيء من المشتري ليرده الى من تعاقد معه لانه ملزم بالضمان تجاه من اشترى الشيء منه ، فالقاعدة فى هذا الباب أن « من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض » .

المبحث الثاني
أنواع الفسخ

٦٨٦ ـ الفسخ أما أن يتم بحكم قضائي ، أو نتيجة شرط يتفق فيه المتعاقدان مقدما على أنه اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد ينفسخ أو يعتبر مفسوخا وهذا هو الفسخ بحكم الاتفاق ، أو يتم بحكم القانون ،

ويسمى فى هذه الحالة بالانفساخ • ونعالج كلا من ذلك فى مطلب مستقل•

المطلب الاول
الفسخ بحكم القضاء

٦٨٧ ــ الاصل فى الفسخ أن يتم بحكم قضائي ، وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التى تحدث بين الافراد • فالقاضى حكم محايد لا يميل الى أحد المتنازعين دون الآخر ، وقوله هو الذي يفصل النزاع بين الخصوم •

الاعذار

٦٨٨ ــ ولكن لا بد للمتعاقد الذي يريد أن يتجه الى القضاء طالبا الفسخ لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ من أن يطلب من هذا المتعاقد القيام بتنفيذ التزامه وينبهه الى انه اذا لم يقم بالتنفيذ فانه سيطلب الفسخ• وتنبيه المدين يكون باعذاره • والاعذار يكون بانذار المدين • وهذا معنى المثل الشائع قد اعذر من انذر • والانذار يتم بواسطة الكاتب العدل• وقد نصت على ضرورة الاعذار الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) المتقدمة • ولكن لا حاجة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا •

الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ

٦٨٩ ــ واذا أقام الدائن الدعوى طالبا الفسخ فانه لا يلزم بالاستمرار على طلبه ، فهو يستطيع أن يعدل عنه قبل الحكم الى طلب التنفيذ • وكذلك الامر اذا رفع دعوى التنفيذ فانه يستطيع أن يعدل عن طلبه ويطلب فسخ العقد • كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين • ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب أحدهما نزولا عن طلب الاخر •

٦٩٠ ــ ويستطيع المدين أن يتجنب الحكم عليه بالفسخ بقيامه بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم عليه به • وفى هذه الحالة تحكم المحكمة عليه بالتعويض لتأخره فى التنفيذ اذا طلب الدائن ذلك وكان هناك ضرر •

سلطة المحكمة التقديرية

٦٩١ ــ اذا عرض طلب الفسخ على القاضي فهو غير ملزم بالحكم به، بل يتمتع بسلطة تقديرية فى ذلك • فقد يقضى به اذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم به ويمنح المدين نظرة الميسرة ، أي أجلا لتنفيذ التزامه اذا كان ما نفذه جزءا كبيرا بالنسبة للباقي • وقد نصت على هـذا الحكم الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) المتقدمة نفسها بقولها : « ••• على انه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام فى جملته » • والقاضى فى كل ذلك انما يستوحي قراره من الظروف المحيطة بالقضيـة • فاذا رأى المدين سيء النية فى عدم تنفيذه لالتزامه ، أومهملا فى تنفيذه اهمـالا واضحا بالرغم من اعذار الدائن له قبل رفع الدعوى ، فذلـك مما يحمله على الحكم بالفسخ • وعلى العكس من ذلك اذا رأى المدين حسن النيـة وان عدم تنفيذه لالتزامه انما يعود لظروف خارجة عن ارادته ، أو أن ما لم ينفذه قليل الاهمية بالنسبة للالتزام فى جملته ، أو ان الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة هذا التأخر ، فذلك مما يحمله على رفض الحكم بالفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة • ولا يمنع القاضى من رفض الحكم بالفسخ ومنـح المدين نظرة الميسرة كون الدائن قد اعذر المدين قبل رفع الدعوى • فهـو يتمتع فى هذا الباب بسلطة تقديرية ، وسلطته التقديرية هذه لا تخضـع لرقابة محكمـة التمييز •

٦٩٢ ــ واذا منح القاضى المدين نظرة الميسرة فعليه (على المـدين) القيام بتنفيذ التزامه فى غضونها ، وليس له ان يتعداها • ولكن اذا لم يستطع المدين ان ينفذ التزامه في خلالها ، وكانت الظروف التي برزت منحه نظرة الميسرة لاتزال موجودة ، فهل تستطيع المحكمه منحه مهلة اخرى • لايوجد نص في القانون يمنع ذلك وعليه فان ذلك يجب ان يترك الى تقدير المحكمة•

المطلب الثاني

الفسخ بحكم الاتفاق

٦٩٣ ــ قد يتوقع المتعاقدان عند ابرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه ، فيتفقان مقدما بشرط فى صلب العقد على أنه اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد ينفسخ أو يعتبر مفسوخا من غير حاجة الى حكم قضائي أو الى اعذار • وهذا الشرط صحيح ، وقد أجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني بقولها : « يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه • وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته » •

تدرج الاتفاق على الفسخ

٦٩٤ ــ والشرط الذي يتفق المتعاقدان بمقتضاه مقدما على اعتبار العقد مفسوخا قابل للتدرج • فهما قد يتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخا اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه • وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط فيتفقان على ان العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه • وقد يزيدان أيضا فى قوة الشرط فيتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه ومن غير حاجة الى حكم • وقد يبلغان الذروة فى زيادة قوة الشرط فيتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا اعذار • ونرى حكم كل من هذه الشروط على حدة •

١ ــ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا

٦٩٥ ــ اذا اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالغالب فى مثل هذا الشرط أن يراد به تأكيد القاعدة العامة فى الفسخ لعدم التنفيذ ، اذ يصعب الجزم بأنهما أرادا تحتيم الفسخ • وعليه فهذا الشرط لا يمنع من تطبيق الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) المتقدمة

ومن ثم فهو لا يغني عن الاعذار ، ولا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ • وهو لا يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فيستطيع هـذا أن يرفض الحكم بالفسخ ، وان ينظر المدين الى اجل(١) •

٢ ـ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

٦٩٦ ـ واذا اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه فهذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى ولا عن الاعذار ، ولكنه يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يملك الا الحكم بالفسخ • ولكنه (الشرط) لا يسلب الدائن حقه فى طلب التنفيذ اذا شاء • والحكم الذي يصـدر بالفسخ يكون منشـئا للفسخ لا مقررا أو كاشـفا له •

وقد طبقت المادة (٥٨٢) من القانون المدني العراقي هذا الحـكم فى عقد البيع ، فقالت : « اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن فى الميعاد المحدد كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر الا اذا نص فى العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره • وفى كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنح المشتري أي أجل » • وهذه المادة منقولة حرفيا عن المادة (١٦٥٦) من القانـون المـدني الفرنسـي(٢) •

---

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ١٢ كانون الثاني ١٩٥٠ بان الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجـرد حصول الاخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . ولما كانت عبارة الشرط الواردة فى نهاية عقـد الصلـح ، ونصها «اذا اخلت المشترية بشروط هذا الصلح او احداها فيكون البيع لاغيا» لا تفيد المعنى الذي يذهب اليه الطاعنان ، بل ما هي الا ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين (نقلا عن السنهوري ، الوسيط ، ص ٧١٦ ، هامش رقم ٢) .

(٢) يذهب الدكتور حسن علي الذنون فى هذا الصدد الى ان « المدين يستطيع ، حتى بعد انذاره ، وقبل صدور الحكم بالفسخ ان يفي بالتزامـه لان الدائن الذي يقوم بانذار المدين يفصح فى الحقيقة عن نيته فى طلب التنفيذ فيجب ان يترك للمدين فترة كافية لتنفيذ التزامه اذ لايعقل ان العمل الذي يلزمه بالتنفيذ (وهو الانذار) يحرمه مباشرة من تنفيذ ما طلب منه اداؤه »

٣ ـ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم

٦٩٧ ـ واذا اتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم كان معنى هذا الشرط انه اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم ينشىء الفسخ. ولكن اذا نازع المدين الدائن فى ادعائه وادعى أنه قد نفذ التزامه ، فى هذه الحالة يجب رفع الدعوى ، ولكن الحكم الذي يصدر يقتصر على تقرير ما اذا كان المدين قد نفذ التزامه أم لا . فاذا قرر أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ . ويكون الحكم مقررا (اي كاشفا) للفسخ لا منشئا له .

ولكن هذا الشرط لا يعفي من الاعذار . فلا بد للدائن ، اذا اراد أعمال الشرط ، من أعذار المدين . فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من الاعذار انفسخ العقد من تلقاء نفسه . ولكن اذا أعذر الدائن المدين ولم يقم هذا بتنفيذ التزامه فذلك لا يمنعه من طلب التنفيذ ، بل يبقى له الخيار بين الفسخ وطلب التنفيذ .

٤ ـ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا اعذار

٦٩٨ ـ واقصى ما يصل اليه المتعاقدان فى هذا الباب هو اشتراط أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا

(مصادر الالتزام ، ١٣٦٥ هـ ـ ١٩٤٦ م ، ص ٢٠٧) . ونحن لانتفق مع الدكتور فى مايذهب اليه . فاقامة الدائن الدعوى معناه ان الاعذار لم يجد فى حمل المدين على تنفيذ التزامه . وفى هذه الحالة لا يمكن اجبار الدائن على قبول الوفاء الذي يقوم به المدين . ونحن نرى ان المادة (٥٨٢) من القانون المدني المذكورة فى المتن خير دليل على ذلك . فهي تجيز للمشتري ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد المحدد « مادام لم يعذر» . ومن المفهوم المخالف لهذه العبارة نستنتج انه اذا اعذر المشتري فلا يعود بامكانه ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد المحدد . وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز الفرنسية فى حكم لها صادر فى ٥١ ايار ١٩٢٨ بانه : « وبعد الاعذار يكون على الدائن ان يرفع دعوى الفسخ ، فاذا ما رفعت الدعوى فعلى القاضي حتما ان ينطق بالفسخ ، ولا يقبل من المدين ان يقوم بالتزامه بعد الاعذار » (نقلا عن نظرية العقد ، ص ٦٩٥ ، هامش رقم ٣).

أعذار • وهذا الشرط يعفى الدائن من أعذار المدين ومن رفع الدعوى للحصول على حكم بالفسخ • واذا اضطر (الدائن) الى رفع الدعوى فالحكم الذي يصدر يقتصر على التحقق من توافر شروط الفسخ • فاذا ادعى المدين انه قد نفذ التزامه وأثبت ذلك فالقاضى يحكم ببقاء العقد(١)• واذا ثبت للقاضي توافر شروط الفسخ فعليه ان يحكم به• والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون مقررا له لا منشئا • ولكن هذا الشرط ، كما فى الحالة السابقة ، لايمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ ، والا كان معناه وضعه تحت رحمة المدين • اذ لا يكون على هذا الاخير ، اذا أراد فسخ العقد ، الا أن يمتنع عن تنفيذ التزامه فينفسخ العقد ، وهذا ما لايمكن قبوله •

المطلب الثالث

الفسخ بحكم القانون

(الانفساخ)

٦٩٩ ــ اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ، ولا حاجة للجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ ، الا اذا حدث نزاع فى وقوع الاستحالة لسبب أجنبي • ففي هذه الحالة يجب اللجوء الى القضاء للحصول على

---

(١) وللمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب اعماله . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا فى قضية اشترط فيها الدائن انه اذا امتنع المصرف من صرف « الشيك » المحول اليه، كان العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون انذار ، فامتنع المصرف عن صرف «الشيك» لبعض اجراءات شكلية ، وقد ثبت ان مقابل الوفاء موجود فى المصرف وان المدين عرض على الدائن ان يدفع له قيمة « الشيك » او ان يعطيه « شيك اخر » ، فرفض الدائن وابى الا اعتبار العقد مفسوخا . وقد قضت المحكمة بان الدائن متعنت فى تقديره ، وان العقد لم ينفسخ بل لا يزال قائما (٢٣ كانون الاول ١٩٢٠ ، نقلا عن السنهوري ، الوسيط ، ص ٧١٩ ، هامش . كذلك نظرية العقد ص ٦٩٧ ، هامش رقم ١) .

حكم يقرر ذلك . ولا يلزم المدين فى هذه الحالة بأي تعويض . وقدنصت على حالة الانفساخ هذه الفقرة الاولى من المادة (١٧٩) مدني بقولها : « اذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقدسواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه » . ويلاحظ على هذا النص انه يعالج حالتين من حالات استحالة تنفيذ الالتزام كان يجب التمييز بينهما ، وهما حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين وحالة استحالة التنفيذ الراجعة لسبب أجنبي . ففي هذه الحالة الاخيرة فقط ينفسخ العقد وينقضى التزام المدين بدون تعويض(١). أما اذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين فالعقد لا ينفسخ بل يتأكد وتتقرر مسؤولية المدين التعاقدية ويلزم بالتعويض لعدم قيامه بتنفيذ التزامه.

تبعة الهلاك

٧٠٠ ــ وينبغي التوقف قليلا عند استحالة التنفيذ لسبب اجنبي لمعرفة من الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة : الدائن ام المدين . فاذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي وانقضى هذا الالتزام وبرئت ذمته فهل يبقى المتعاقد الآخر ملزما بتنفيذ التزامه ، او ينقضى التزامه هو ايضا وتبرأ ذمته ؟ اذا قلنا ان المتعاقد الاخر يبقى ملزما بتنفيذ التزامه فان معنى ذلك أن تبعة الهلاك يتحملها هو ، ويقال هو فى هذه الحالة ان تبعة الهلاك تقع على الدائن ، لانه هو الدائن بمحل التزام المتعاقد الاخر . واذا قلنا ان التزام المتعاقد الاخر ينقضي هو أيضا وتبرأ ذمته فان معنى ذلك ان المتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه هو الذي يتحمل تبعة استحالة

---

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ١٩ــ٢ــ٥٥ بانه : « بالنظر لكون البائع والمتعهد بالتضمين عند عدم قيامه بالتقرير كان يهوديا اسقطت عنه الجنسية العراقية قبل ان يقوم بالتقرير بدائرة الطابو وان ذلك يعتبر مانعا قانونيا منع البائع من القيام بما تعهد به لذلك لا محل للمطالبة بالضمان ..» (نقلا عن القضاء المدني ،المرجع السابق، ص ٢٢٥) . وقد سبق ان راينا هذا الحكم عند الكلام عن استحالة التنفيذ لسبب اجنبي (ف٦٦٧) .

التنفيذ ، ويقال فى هذه الحالة ان تبعة الهلاك تقع على المدين لان المتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه هو المدين بهذا الالتزام • ذهبنا فى الطبعة الاولى لهذا الكتاب الى القول بان تبعة الهلاك فى العقد الملزم لجانب واحد تقع على الدائن وعلى المدين فى العقد الملزم للجانبين • وقد رجعنا الان عن هذا الرأي ، ونرى ، لتحديد من يتحمل تبعة الهلاك ، وضع القاعدتين التاليتين : القاعدة الاولى : اذا استحال على المتعاقد فى عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة • القاعدة الثانية : اذا كانت يد الشخص على الشيء يد امانة فهو لا يتحمل تبعة هلاك الشيء ، واذا كانت يده يد ضمان فهو الذي يتحمل تبعة هلاكه • ونقول كلمة موجزة عن كل من هاتين القاعدتين •

القاعدة الاولى

٧٠١ ــ اذا استحال على المتعاقد فى عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة • يستوي فى ذلك ان يكون محل الالتزام قياما بعمل او تسليم شيء • فاذا تعهد شخص بصنع شيء واستحال عليه صنعه ، او تعهد بنقل شيء واستحال عليه نقله ، فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة • وكذلك اذا كان محل الالتزام تسليم شيء واستحال على المدين تسليمه ، بان هلك ، فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة • فالمبيع اذا هلك بيد البائع هلك عليه • وفى عقد الاجارة اذا هلكت العين المؤجرة فالتزام المستأجر بدفع الاجرة ينقضي ، اي ان المؤجر هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لانه استحال عليه تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة • لذلك فاننا نرى ان عبارة الفقرة الاولى من المادة (١٧٩) مدني غير كافية • فهي تنص على انه : « اذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقد ..» • فهي تنص على هلاك المعقود عليه وهو فى يد صاحبه ، وهذا غير ضروري • ففي عقد الايجار ، وهو عقد معاوضة ، يتحمل المؤجر تبعة هلاك العين المؤجرة ولو هلكت بيد المستأجر •

القـاعدة الثانية

٧٠٢ ــ اذا كانت يد الشخص على الشيء يد امانة وهلك الشيء فهو لا يتحمل تبعة هذا الهلاك • فالمستأجر والوديع والمستعير ، يدهم على الشيء يد امانة فاذا هلك الشيء المؤجر او المودع او المستعار فهم لا يتحملون تبعة هذه الاستحالة • والغاصب يده على الشيء يد ضمان فهو الذي يتحمل تبعة هلاكه ، ولو هلك بلا تعد ولا تقصير منه •

المبحث الثالث

آثار الفسخ

زوال حكم العقـد باثر رجعي

٧٠٣ ــ الاثر الذي يترتب على الفسخ واحـد وهـو زوال حكـم العقد باثر رجعي الى حين نشوئه واعتباره كأن لم يكن وجواز الرجوع فى ما نفذ منه قبل الفسخ ، يستوي فى ذلك ان يكون الفسخ بحكم القانون او بحكم الاتفاق او بحكم القضاء • ويسري هذا الحكم فيما بين المتعاقدين كما يسري بالنسبة للغير • ونرى كلا من ذلك على حدة •

١ ــ اثر الفسـخ فيما بين المتعاقدين : ارجاع المتعاقدين الى الحالة التـي كانا عليها قبل العقد

٧٠٤ ــ يترتب على الفسخ وجوب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد • فمن تسلم منهما شيئا فعليه رده ، ومن لم ينفذ التزامـه لا يجبر على تنفيذه • وقد نصت على ذلك المادة (١٨٠) من القانون المدني بقولها : « اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد عـلى الاعيان المالية او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه • فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب وان كان قد سلم يسترد • فاذا اسـتحال رده يحكـم بالضمان » • ففي عقد البيع ، مثلا ، اذا تسلم المشتري المبيع ثم فسخ العقد فعليـه رده الى البائع ، واذا كان البائع قد تسلم الثمن فعليه رده الى المشتري •

وجوب رد الثمرات

٧٠٥ ــ ولما كان أثر الفسخ زوال حكم العقد باثر رجعي الى حين نشوئه ، فالمشتري لا يعتبر قد تملك المبيع ابدا ، والبائع لا يعتبر قد تملك الثمن أبدا. ويترتب على ذلك ان المشتري يجب عليه ان يرد المبيع مع ثمراته التي انتجها قبل الفسخ . فاذا كان المبيع اشجارا وقطف المشتري ثمارها فعليه رد هذه الثمار الى البائع ان كانت موجودة ، ورد قيمتها اذا كان قد استهلكها . ويترتب على ذلك أيضا ان البائع يجب عليه رد الثمن مع فوائده القانونية . وأساس التزام كل من البائع والمشتري برد ما تسلمه هو الكسب دون سبب ، فاذا فسخ العقد لم يبق هناك سبب لاحتفاظ كل من المتعاقدين بثمرات الشيء الذي كان قد تسلمه تنفيذا للعقد .

الحكم بالتعويض

٧٠٦ ــ واذا حكمت المحكمة بالفسخ بناء على خطأ احد المتعاقدين حكمت على هذا المتعاقد بالتعويض . وهذا ما سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) مدني تنص عليه بقولها : « فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له مقتض .. » . ويشمل التعويض ما أصاب الدائن من ضرر بسبب فسخ العقد وما أنفقه فى الدعوى للحصول على الحكم بالفسخ .

ويحكم بالتعويض ايضا على المتعاقد الذي يستحيل عليه رد ما قبضه. وهذا ما أشارت اليه العبارة الاخيرة من المادة (١٨٠) التي سبق ان رأيناها، وذلك بقولها : « .. فاذا استحال رده يحكم بالتعويض » .

٢ ــ اثر الفسخ بالنسبة للغير : زوال الحقوق التي رتبها العاقد على العين قبل الفسخ

٧٠٧ ــ وزوال حكم العقد باثر رجعي الى حين نشوئه يسري فى حق الغير أيضا . فيترتب على ان المشتري يعتبر كأن لم يملك المبيع أبدا زوال

الحقوق التي رتبها على المبيع قبل الفسخ وعندئذ يسترد البائع العين خالية من أي حق عليها . فاذا باع شخص عينا وباعها المشتري من شخص ثالث أو رتب عليها احد الحقوق العينية ، كحق انتفاع او حق ارتفاق مثلا ، ثم فسخ العقد ، فالبائع يسترد العين من المشتري الثاني اذا كان المشتري الاول قد باعها ، ويستردها من المشتري الاول خالية من الحقوق العينية التي رتبها عليهـــا .

الاساس القـانوني

٧٠٨ ــ والاساس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو ان المشتري لما كان يعتبر كأن لم يملـك هذه العين ابدا ، فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ يعتبر صادرا من غير مالك فلا ينفذ فى حق المالك الاصلي . ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلـك بقولهم : « فاقد الشيء لا يعطيه » ، كما يعبر عنه فقهاء القـانون المـدني الوضعي بالقول : « لا يستطيع الانسان ان ينقل الى غيره من الحقوق أكثر مما يملك » ، وبالقول : « اذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى عنه هذا الشيء » .

اســـتثناء

٧٠٩ ــ الا ان القاعـدة المتقـدمة غير مطلقـة ، فهنـاك بعض الاستثناءات لها . واهم هذه الاستثناءات أثنان : الاول يتعلق بعقود الادارة المبرمة بحسن نية ، والثاني يتعلق بقاعدة «الحيازة فى المنقول سندالملكية» .

٧١٠ ــ ففيما يتعلق بالاستثناء الاول ، اذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستأجر حسن النية والعقد ثابت التأريخ ثم فسخ العقد ، فعقد الايجار يبقى ولا يفسخ ، ولا يستطيع البائع ان يسترد العين مـن يد المستأجر قبل انتهاء الايجار .

٧١١ ــ وفيما يتعلق بالاستثناء الثاني ، اذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشتري ثم باعه من شخص اخر حسن النية وسلمه اياه ثم فسخ العقـد ،

فالبائع الاول لا يستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني . وقد نصت على ذلك المادة (١١٦٣) من القانون المدني بقولها : « ١ ــ من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا فى حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد ٢ ــ والحيازة بذاتها قرينة على توافرحسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . وهذه المادة تعتبر مجرد الحيازة قرينة على حسن نية الحائز . فاذا ادعى صاحب الشيء سوء نية الحائز فعليه اثبات ذلك .

أثر الفسخ فى العقود المستمرة التنفيذ

٧١٢ ــ سبق ان رأينا فى تقسيم العقود ان الزمن فى العقود المستمرة التنفيذ ، كعقد الايجار وعقد العمل ، عنصر جوهري يتحدد به تنفيذ العقد ، وأنه بقدر ما يمر من الزمن يعتبر العقد قد نفذ فى جزء منه .ويترتب على ذلك ان الفسخ فى هذا النوع من العقود لا يمكن ان يقع باثر رجعي، اذ لا يمكن اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ذلك ان الزمن الذي يمر لا يمكن رجوعه . وعليه فالفسخ لا ينتج أثرا بالنسبة للماضى ، بل بالنسبة للمستقبل فقط . لذلك لا يسمى حل هذا النوع من العقود فسخا ، بل « الغاء » ولكن القانون المدني العراقي استعمل ، بالرغم من ذلك ، تعبير «فسخ» بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ والعقود المستمرة التنفيذ على السواء (م١٧٧/٢) .

الفرع الثاني

الاقالــة

تعريف الاقالة وشروطها

٧١٣ ــ يجوز ان يتفق المتعاقدان على الغاء العقد وارجاع الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرامه ورد ما سلم الى صاحبه . وهذا الاتفاق صحيح ويسمى « الاقالة » . وقد نصت على الاقالة المادة (١٨١) من القانون المدني

بقولها : « للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما » . والاقالة عقد كسائر العقود ، فلا بد فيها من توافر الشروط العامة لتكوين العقد . وهي ايضا فسخ اتفاقي ، فلا بد من توافر شروط الفسخ فيها وهي امكان ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فاذا تعذر ذلك لم تعد الاقالة ممكنة . وقد نصت على ذلك المادة (١٨٢) مدني بقولها : « ١ــ يلزم ان يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة. ٢ ــ ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائما وموجودا فى يدالمشتري ، ولوكان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة بقدر حصته من الثمن . اما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة»(١) .

الطبيعة القانونية للاقالة

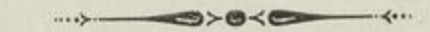
٧١٤ ــ وينبغى ، بهذه المناسبة ، ان نتوقف قليلا لنتساءل عن الطبيعة القانونية للاقالة ، هل هي فسخ ام عقد جديد ؟ فاذا باع شخص سيارة مثلا وسلمها الى المشتري ثم اتفقا على الاقالة ورد المشتري السيارة الى البائع ورد البائع الثمن الى المشتري ،فهل يعتبر هذا العمل فسخا للبيع الاول ام عقدا جديدا باع به المشتري السيارة من البائع ؟ هناك ثلاثة اراء فى المسألة. الاول يعتبر الاقالة عقدا جديدا لا فسخا للعقد الاول ، والثاني يعتبرها فسخا اتفاقيا ، والثالث يعتبرهما فسخا فيما بين المتعاقدين وعقدا جديدا بالنسبة للغير . وبالرأي الاخير اخذ القانون المدني العراقي (م١٨٣) . ويترتب على هذا التكييف للاقالة بعض النتائج ، نذكر اهمها فيما يلي :

١ ــ لما كانت الاقالة عقدا جديدا بالنسبة للغير فالشفعة تثبت اذا كان المبيع عقارا . فاذا باع شخص داره ولم يطلب جاره الشفعة ، ثم اتفق البائع والمشتري على الاقالة فللجار ان يطلب الدار بالشفعة .

(١) وقد جاء فى حكم لمحكمة التمييز صادر فى ١٤ــ٦ــ٦٠ : « ان الاتفاق على ايقاف العمل واجراء الحساب دليل على الاقالة ..».

٢ ــ لا تحدث الاقالة باثر رجعي بالنسبة للغير ، فتبقى الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الاقالة ولا تزول . فاذا كان المبيع ارضا مثلا ورتب عليها المشتري حقا عينيا ، كحق مرور او حق شرب مثلا ، ثم حصلت الاقالة ، فالبائع يسترد الدار مثقلة بالحق العيني الذي رتبه المشتري عليها.

٧١٥ ــ بهذا ننتهي من الكلام عن المصدر الاول من مصادر الالتزام، وهو العقد . وننتقل الان الى المصدر الثاني وهو الارادة المنفردة .



الباب الثانى

الارادة المنفردة

LA VOLONTE UNILATERALE

تمهيـــــد

مدى قدرة الارادة المنفردة على انشاء الحق الشخصى والالتزام(١) .

٧١٦ ــ الارادة المنفردة عمـل قانـوني صادر مـن جـانب واحـد acte juridique unilatéral . وهي بهذا الوصف تستطيع ان تحدث بعض الاثار القانونية . وقد سبق ان رأينا بعض هذه الاثار ، كالايجـاب الملزم واجازة العقد الموقوف . ومن الممكن ان تكون الارادة المنفردة كذلك سببا فى كسب الحقوق العينية كما فى الوصية ، وسببا فى سقوطها كمـا فى النزول عن حق ارتفاق او رهن . ويمكن للارادة المنفردة ايضا ان تنهـي رابطة ناشئة عن عقد كما فى الوديعة والعارية والوكالة ، فيستطيع كل من المودع والوديع والمعير والمستعير ان ينهي عقد الايداع او عقد العارية اذا لم تكن قد حددت مدة لذلك. ويستطيع الموكل ان يعزل الوكيل ، كمايستطيع الوكيل ان يعزل نفسه . ويمكن للارادة المنفردة ايضا ان تسـقط الحق الشخصي عن طريق الابراء (م ٤٢٠ مدني) .

٧١٧ ــ ولكن هل تستطيع الارادة المنفردة ان تنشىء الحق الشخصى والالتزام ؟ للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين حالتين :

١ ــ انشاء الحق الشخصى لمن صدرت عنه الارادة ، او انشاء الالتزام على عاتق الغير ، وهذا غير ممكن . فلا يستطيع الانسان ان ينشىء لنفسه حقا على عاتق الغير بارادته المنفردة .

٢ ــ انشاء الحق الشخصى لغير من صدرت عنه الارادة ، او الالتزام على عاتق من صدرت عنه الارادة . وقد اختلفت الاراء فى ذلك . وهنـاك نظريتان فى هذا الصدد ، احداهما فرنسية والثانية المانية .

---

(١) يراجع فى نظرية الارادة المنفردة من المراجع العربية بصورة خاصة نظرية العقد ، ف ١٨٠ــ١٩٦ . الوسيط للاستاذ السنهوري، ف٩٠٦ــ٩١٥. بدوي ، ف ٧٥ــ٨١ . ابو ستيت ، ف ٣٩٧ــ٤٠٦ .

النظرية الفرنسية

٧١٨ ــ فتذهب النظرية الفرنسية الى ان الارادة المنفردة لا يمكنها ان تنشىء التزاما ، والى ان الالتزام الذي ينشأ عن عمل قانوني لا يكون مصدره الا توافق الارادتين ، اي عقدا • وقد ورث القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة عن القانون الفرنسي القديم ، وهي ترقى بجذورها الى القانون الروماني •

النظرية الالمانية

٧١٩ ــ وتذهب النظرية الالمانية الى ان فى استطاعة الارادة المنفردة ان تنشىء التزاما على عاتق صاحبها • فمن يتعاقد انما يلتزم بالارادةالصادرة منه لا بتوافق هذه الارادة مع ارادة المتعاقد الاخر • ويترتب على ذلك ان الايجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الايجاب ان يرجع عنه • وقد كسبت هذه النظرية أنصارا لها فى فرنسا كسالي وورمز وغيرهما ، واخذت بها بعض القوانين الحديثة كالمشروع الفرنسي الايطالي ، حيث اعتبرت المادة (٦٠) منه الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام •

حجج انصار النظرية الالمانية

٧٢٠ ــ ويستند انصار النظرية الالمانية فى تأييد نظريتهم الى الحجج التالية :

١ ــ انها تساعد على تفسير كثير من الاوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الارادة المنفردة ، كالوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير والايجاب الملزم والسند لحامله • فالشخص الذي يعلن عن جائزة لمن يعثر على شيء ضائع او يقوم بعمل معين يكون ملزما تجاه من يعثر على الشيء او يقوم بالعمل ، وأساس التزامه هو ارادته المنفردة • والتزام المتعهد نحو المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن ان يكون اساسه كذلك الا ارادته المنفردة • وكذلك الحال فى الايجاب الملزم ، فاذا أوجب أحد المتعاقدين وحدد مدة للاخر ليقبل فى خلالها او يرفض كان ملزما بالبقاء على ايجابه فى خلال المدة ، وأساس التزامه هو ارادته المنفردة •

وينطبق ما تقدم على السند لحامله ، فساحب السند يلتزم نحو الحامل الاخير اذا كان حسن النية ولو لم يكن قد قصد الالتزام ، او ضاع منه السند اوسرق منه(١) .

٢ ــ من الصعب ان تتوافق ارادتان توافقا تاما ، ولا يمكن التثبت من توافقهما الا اذا تعاصرتا فى لحظة واحدة ، وهذا مستحيل فى التعاقد بالمراسلة . وهو ايضا مستحيل حتى اذا وجد المتعاقدان فى مجلس واحد ، فان أحدهما لابد ان يسبق الاخر فى اظهار ارادته وهذا هو الايجاب ، ثم يتلوه الاخر فيظهر القبول . فالايجاب والقبول يتعاقبان ، فاذا اردنا التأكد من انهما يتعاصران فيتوافقان فلابد من ان نفترض ان من صدر منه الايجاب قد ثبت على ايجابه ولم يعدل عنه حتى اقتران القبول به ، وهذا محض افتراض نأخذ به كما نأخذ بارادة مفترضة نزعم انها هي الارادة الباطنة .

٣ ــ اذا لم يكن فى استطاعة المدين ان يلزم نفسه الزاما صحيحا بمحض ارادته ، فكيف يلتزم باقتران ارادة اخرى بارادته ، وهي ارادة

---

(١) نحن نرى ان حجة انصار الارادة المنفردة غير حاسمة بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير والسند لحامله . فقد سبق ان رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير ان مصدر حق المنتفع ليس ارادة المتعهد المنفردة ، بل العقد المبرم بين المشترط والمتعهد . اما فى السند لحامله فيذهب انصار نظرية الارادة المنفردة الى ان الساحب اذا كتب السند لحامله ولم يسلمه لاحد ثم ضاع السند او سرق منه فتبادلته الايدي الى ان وقع فى يد شخص حسن النية فانه (الساحب) يكون ملزما تجاه الحامل حسن النية ، ومصدر التزامه هو ارادته المنفردة ، فبغير ذلك لا يمكننا تفسير هذا الالتزام . ونحن لا نتفق مع هؤلاء الفقهاء فيما يذهبون اليه ، ونرى ان مصدر التزام الساحب ليس ارادته المنفردة بل القانون . ذلك ان الساحب لم تنصرف ارادته الى احداث اثر قانوني اي الالتزام بوفاء مبلغ السند الى الحامل الاخير ، وهذا ، كما نعلم ، شرط جوهري لا بد من توافره فى الارادة لامكان الزامها بما اعلنت عنه . ولكن القانون لاعتبارات ترجع الى استقرار المعاملات ، يلزم الساحب بوفاء مبلغ السند الى الحامل الاخير اذا كان حسن النية . فنكون فى الحقيقة امام الزام لا التزام ، اي امام حالة وجوب مصدرها القانون لا الارادة (راجع مايقرب من هذا الراي بدوي ، ف ٧٧ ، ص ١٢٠) .

أجنبية عنه ، وقد عجز عن ان يلتزم بارادته هو ؟ لاشك فى ان القوة الملزمة للعقد قد سبقتها القوة الملزمة للارادة المنفردة .

ويضيف أنصار نظرية الارادة المنفردة الى ذلك قولهم بانه ليس فى المنطق القانوني ما يمنع التزام الانسان بارادته المنفردة ، فهو حر فى ان يقيد نفسه فى الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل ان سلطان الارادة هنا اشد نفاذا منه فى نظرية توافق الارادتين ، اذ تصبح الارادة المنفردة قادرة وحدها على انشاء الالتزام ، وهذا اقصى ما يصل اليه سلطانها . اما القول بوجوب توافق الارادتين فبقية من بقايا الاشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الارادة . فقديما كانت الارادة لا تنشىء اثرا قانونيا الا اذا اقترنت بأشكال معقدة ، ثم اندثرت هذه الاشكال حتى لم يبق منها اليوم الا النادر ، واصبحت الارادة هي التي تنشىء الاثر القانوني الذي تتجه اليه. فالواجب ان نصل فى هذا التطور الى غايته المنطقية ، وان نقول بان للارادة السلطان حتى لو لم تقترن بارادة اخرى .

اعتراض انصار النظرية الفرنسية على النظرية الالمانية

٧٢١ ــ ويرد انصار النظرية الفرنسية على الحجج التي يوردها انصار النظرية الالمانية بما يلي :

١ ــ ان نظرية الارادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح ، لانه اذا أمكن ان نفهم التزام المدين بارادته المنفردة ، فلا يمكن ان نفهم كيف ان الدائن يصبح دائنا دون ارادته . فاذا قيل ان المدين يلتزم لغير دائن فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ واذا قيل بضرورة ارادة الدائن لكي يصبح دائنا فهذا هو توافق الارادتين ، ومنه ينشأ العقد .

٢ ــ اذا قيل ان للارادة المنفردة القدرة على انشاء الالتزام فيجب القول أيضا بان لها القدرة على قضاء هذا الالتزام . وبذلك يصبح التزام من التزم بارادته المنفردة معلقا على محض ارادته فلا يكون له قيمة .

٣ ــ ان نظرية الارادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهي

تفترض دائما ان احد المتعاقدين قد وزن الامر قبل التعاقد وبت فيه بقرار نهائي واعلن طفرة عن ارادته ولم يكن امام الطرف الاخر الا القبول او الرفض ، مع ان الامر غير ذلك . فالذي يقع فى العمل ان المتعاقدين يتفاوضان وما يزالان فى اخذ ورد ولا يستقل احدهما بالامر دون الاخر ، وكل ارادة تؤثر في الاخرى وتعدل من اتجاهها حتى تتوافق الارادتان ، وعند ذلك يتم العقد .

رد انصار النظرية الالمانية على اعتراضات انصار النظرية الفرنسيه

٧٢٢ ــ ويرد انصار النظرية الالمانية على اعتراضات انصار النظرية الفرنسية بما يلي :

١ ــ القول بان الدين يوجد من غير دائن لا يمكن الاعتراض به على النظرية الالمانية لان هذه النظرية تنظر الى الالتزام نظرة مادية باعتباره قيمة مالية اكثر منه باعتباره رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر امكان تصور دين بغير دائن ما دام المدين موجودا عند نشوء الدين وما دام الدائن يوجد عند تنفيذ الدين ، ولو لم يوجد قبل ذلك .

٢ ــ اما القول بانه اذا امكن الارادة المنفردة ان تنشىء التزاما كان بامكانها ان تقضيه ففيه خلط بين أثر الارادة فى العالم النفسي واثرها فى الروابط الاجتماعية . فالارادة اذا اعلنت وعلم بها الغير فاطمأن اليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، ويجب عندئذ احترام الحالة التي أوجدتها ، ولا يجوز بعد ذلك العدول عنها اذا ترتب على هذا العدول الاخلال بالثقة المشروعة التي ولدتها . فالارادة المنفردة اذا أنشأت التزاما بمفردها فهي قد لا تستطيع ان تحله بمفردها اذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل .

٣ ــ أما القول بان العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الارادتان وتؤثر احداهما فى الاخرى فهذا صحيح من الناحية النفسية ، اما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن ان نميز مرحلة تنتهي عندها هذه المفاوضات ويدخل الايجاب دوره النهائي ويصبح ايجابا باتا ، ولا شك فى ان هذا الايجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل ان يصبح كذلك ، ومن أهم هذه

العوامل ارادة الطرف الاخر ، ولكن لا شك ايضا فى انه بعد ان اصبح ايجابا صار منسوبا الى ارادة من صدر عنه ما دام قد ارتضاه فى النهاية ، وعند ذلك تتحقق النظرية الالمانية ويكون احد الطرفين قد تقدم بارادة نهائية ليس للطرف الاخر الا اقرارها • هذا الى ان هناك حالات كثيرة تقع فى العمل يتقدم فيها احد الطرفين بايجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، من ذلك ما يجري فى عقود الاذعان •

تقدير النظريتين

٧٢٣ ــ ذلك عرض موجز لحجج كل من انصار وخصوم الارادة المنفردة • واذا اردنا ان ننظر الى كل من النظريتين نظرة موضوعية وجدنا النظرية الفرنسية ترفض الاخذ بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام رفضا باتا ، أما النظرية الالمانية فيؤدي الاخذ بها الى القضاء على العقد كمصدر للالتزام لتحل محله الارادة المنفردة مصدرا لكل التزام ارادي • ولا شك فى ان فى كل من النظريتين شيئا من عدم الصحة ، فلا يخلو اعتبار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام من الفائدة • فهي تساعد على تفسير بعض الاوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الارادة المنفردة ، كالوعد بجائزة والايجاب الملزم • اما ما تؤدي اليه النظرية الالمانية من القضاء على العقد كمصدر للالتزام او احلال الارادة المنفردة محله ، فهذا مالا يمكن التسليم به بأي حال من الاحوال • فالواجب اذن ان يبقى كل من العقد والارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، العقد باعتباره المصدر الاول والارادة المنفردة باعتبارها مصدرا ثانويا يقتصر على الحالات التي يكون فيها ثمة فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها • وهذا هو الاتجاه فى التشريعات الحديثة • فهي لم تأخذ باحدى النظريتين دون الاخرى ، بل جمعت بينهما واعتبرت العقد هو الاصل فى انشاء الالتزام ، ثم بينت بعد ذلك الى أي حد يمكن الاخذ بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام • وخير مثال على ذلك القانون الالماني

نفسه ، فهو لم يجعل الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، بل أخذ بها استثناء في حالات ذكرها على سبيل الحصر في نصوص قانونية خاصة(١) .

القانون المدني العراقي

٧٢٤ ــ وقد حذا القانون المدني العراقي حذو القانون المدني الالماني فلم يعتبر الارادة المنفردة مصدرا مستقلا للالتزام بالرغم من تخصيصه فصلا خاصا لها كالعقد سواء بسواء ، وهذا ما قد يؤخذ عليه كعيب في التبويب . فبينما هو يخصص للارادة المنفردة فصلا خاصا يأتي بعد الفصل المخصص للعقد ، اذا به لا يعتبرها مصدرا مستقلا للالتزام(٢) . وقد عالج القانون المدني العراقي الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في مادتين ، هما المواد (١٨٤/١٨٥) ، نص في الاولى على ان الارادة المنفردة لا تلزم صاحبها الا في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك ، ونص في الثانية على أحد تطبيقات الارادة المنفردة كمصدر للالتزام وهو الوعد بجعل ، او الجعالة.

وتتكلم عن الارادة المنفردة في فصلين ، نحاول في الاول ان نعرف متى تلزم الارادة صاحبها ، ونعالج في الثاني الجعالة .

---

(١) فقد نص في المادة (٣٠٥) على ان انشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون الا بعقد ، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد يعتبر الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، مثلها في ذلك مثل العقد ، ولكن عدل عن ذلك عند المراجعة النهائية للمشروع ، ولم تعتبر مصدرا للالتزام الا في حالات استثنائية ، وبمقتضى نص قانوني خاص. ويستنتج الاستاذ السنهوري من هذا العدول ان الارادة المنفردة لم تعد مصدرا للالتزام ، وان الالتزامات الناشئة عنها انما مصدرها المباشر هو القانون . ونتيجة لذلك ينتقد الاستاذ السنهوري تبويب القانون ويرى ضرورة حذف لفصل المعقود للارادة المنفردة وادماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام . وهذا ما سار عليه في تبويب كتابه « الوسيط » (الوسيط ، ف ٩٠٨ ، ص١٢٩٣) .

الفصل الاول

متى تلزم الارادة المنفردة صاحبها

٧٢٥ ــ تقضى المادة (١٨٤) مدني بانه : « ١ ــ لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا فى الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك . ٢ ــ ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين » وتتكلم الفقرة الاولى من هذه المادة عن الحالات التي تلزم الارادة المنفردة فيها صاحبها ، اما الفقرة الثانية فتتكلم عن الاحكام التي تطبق عليها . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ــ الحالات التي تلزم فيها الارادة المنفردة صاحبها

٧٢٦ ــ لا تلزم الارادة المنفردة ، بمقتضى الفقرة الاولى من المادة المتقدمة ، صاحبها الا فى الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك(١) . والحالات التي ينص فيها القانون على اعتبار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام هي : الايجاب الملزم ، وانشاء المؤسسات ، وتطهير العقار المرهون رهنا تأمينيا ، والوعد بجائزة . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ــ الايجاب الملزم

٧٢٧ ــ فالايجاب الملزم نصت عليه المادة (٨٤) من القانون المدني بقولها : « اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بايجابه الى ان ينقضى هذا الميعاد » . وقد سبق ان رأينا ذلك عند كلامنا عن الايجاب .

٢ ــ انشاء المؤسسات

٧٢٨ ــ وانشاء المؤسسات نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٥٢)

---

(١) وقد جاء فى حكم لمحكمة التمييز صادر فى ٤ ــ ٢ ــ ٥٩ ما يلي : « ظهر من سير المرافعات ان المميز المدعى عليه بصفته مختار القرية وعد المميز عليه المدعي بتسليم الشعير الذي اتلفه الرعاة بعداستحصاله منهم . وحيث ان الوعد المجرد لا يترتب عليه حكم كان على المحكمة ان ترد الدعوى وتخير المدعي باقامتها على من قام باتلاف الزرع .. ».

مدني بقولها : « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمي او بوصيه» • فارادة المنشىء المنفردة هي التي توجد المؤسسة • وهذه الارادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها أما فى حياته ، أو بعد موته بوصية • ثم يلتزم المنشىء بارادته المنفردة أيضاان ينقل الى المؤسسة التي انشأها ملكيـة ماتعهـد من المال الذي خصصه لها • ومن ثم نرى الارادة المنفردة هنا توجد شخصاً معنويا ، وتنشىء التزاما نحو هذا الشخص المعنـوي(١) •

والمؤسسة نظام استحدثه القانون المدني العراقى ليحل محل نظـام الوقف • وهي عبارة عن مال مخصص لغرض معين •

٣ ــ تحرير العقار المرهون رهنا تامينيا

٧٢٩ ــ وعلى تحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٠٨) بقولها : « وعليه (الحائز للعقار) أن يذكـر فى نفس الاعلان(٢) أنه مستعد أن يوفى الديون المسجلة الى القدر الذي قـوم به العقار • وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض فى اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة » • ومعنى هذا النص أن الحائز للعقار المرهون رهنا تأمينيا يلتزم بارادته المنفردة بايفاء الديون المقيدة الى القدر الذي يراه يسـاوي قيمة العقار • وينشأ الالتزام على عاتقه بمجرد اعلانه رغبته فى تحرير العقار من الديون المرهون فيها ، وذلك بتوجيهه الى الدائنين اعلانات نصت على محتوياتها الفقرة الثانية من المادة (١٣٠٨) المتقدمة نفسها •

٤ ــ الوعد بجائزة

٧٣٠ ــ وقد عالجت المادة (١٨٥) مدني الوعد بجائزة ، وسنعود اليه فى الفصل الثانى من هذا البـاب •

ثانيا ــ الاحكام التي تطبق على الارادة المنفردة

٧٣١ ــ تقضى الفقرة الثانية من المادة (١٨٤) بتطبيق أحكام العقـد

(١) السنهوري ، الوسيط، ص١٢٩٣ . كذلك نظرية العقد، ف١٩٣ــ١٩٤ .
(٢) الصحيح : « فى الاعلان نفسه » .

على الارادة المنفردة ، الا ما تعلق منها بضرورة توافق ارادتين متطابقتين • ومعنى هذا النص أنه لا بد لتنتج الارادة المنفردة أثرها من أن تتوافر لها الشروط والاركان العامة التى رأيناها فى العقد من رضى ومحل وسبب،عدا ما يتعلق منها بتوافق الارادتين • فيجب أن يتوافر لها محل مشروع مستوف للشروط التى رأيناها فى محل العقد • ويجب أن يتمتع صاحب الارادة بالاهلية اللازمة ، أي أن يكون متمتعا بأهلية الاداء الكاملة وان يكون رضاؤه صحيحا غير مشوب بأحد العيوب التي رأيناها • ويجب كذلك أن يتوافر لها سبب ، أي باعث مشروع • فيجب أن لا يكون قصد صاحب الارادة الوصول من وراء التزامه الى غرض غير مشروع •

أما ما يتعلق بتوافق الارادتين فلا يشترط توافره ، بل هو مستبعد بطبيعة الاشياء • فلسنا فى صدد عقد فنشترط توافق الارادتين ، بل فى صدد ارادة منفردة ، وهذه ليست بحاجة الى ارادة أخرى لتنشىء أثرها وهو الالتزام •

الفصل الثانى

الوعد بجعل (الجعالة)

PROMESSE DE RéCOMPENSE

٧٣٢ ــ أهم تطبيق أورده القانون المدنى العراقى للارادة المنفـــردة كمصدر الالتزام هو الوعد بجعل أو بجائزة • وقد نص على ذلك فى المادة (١٨٥) بقوله : « من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم باعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى وعد »(١) • ومثـال الوعد بجعل أن يعلن شخص ، طبيعي أو معنوي ، عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين كاكتشاف دواء لمرض ، أو العثور على شيء ضائع • فمن قـام بالعمل استحق الجعل أو الجائزة ولو لم يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل •

الجعالة فى الفقـه الاسـلامي

٧٣٣ ــ والوعد بجعل معروف فى الفقه الاسلامى ، ويعالجه الفقهـاء المسلمون فى كتاب خاص هو كتاب « الجعالة » • ونقطة الابتداء فى مايقرره الفقهاء المسلمون فى هذا الباب هى ما ورد فى ســـورة يوســف عليـه السلام : « قالوا واقبلوا عليهم ما ذا تفقدون ؟ قالوا نفقد صواع الملك ، ولمن جـــاء به حمـل بعير وأنا بـه زعيم » ، أي كفيل • وقـد اختلف الفقهاء المســلمون فى تكييف الجعـالة وفى قوتهـا الملزمة ، وليس هنـا مجال بحث خلافهم فى ذلـــك •

---

(١) كلمة «وعد» هذه يجب ان تكون معرفة بالالف واللام ، وذلك لانها جاءت فى أول الكلام فاصبحت معرفة ، اذ لايوجد وعد آخر غير الوعد الذي جاء فى اول النص . وقد تجنب القانون المدني المصري ذلك ، فجاء فى الفقـرة الاولى من المادة (١٦٢) منه : « من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عـن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة . . » فجاءت كل من كلمتي « وعد » و « جائزة » معرفتين بعد ان كانتا نكرتين .

شروط الوعد بجعل

٧٣٤ ــ ويجب لتحقق الوعد بجعل توافر الشروط التالية :

١ ــ أن تتوافر فى الواعد وفى العمل الموعود بجعل من أجل القيام به الشروط العامة التى رأيناها فى الارادة المنفردة •

فيجب ان يكون الواعد متمتعا بأهلية الاداء الكاملة ، وان تكون ارادته سليمة غير مشوبة بأحد عيوب الارادة ، وان تتجه الى غرض مشروع ، أي أن يكون الباعث لها على الالتزام مشروعا •

ويجب أخيرا أن يكون الواعد جادا فى وعده(١) •

٢ ــ أن توجه الارادة الى الجمهور لا الى شخص معين • وهذا الشرط هو الذي يميز الارادة المنفردة من العقد • فهي اذا وجهت الى شخص معين أو الى أشخاص معينين لم تعد وعدا ، بل تصبح عندئذ ايجابا يجب اقتران القبول به ، فتصبح عندئذ عقدا لا ارادة منفردة • ولم يشترط القانون المدنى هذا الشرط ، ولكنه مفهوم ضمنا من تطبيق القواعد العامة •

٣ ــ أن توجه الارادة بطريق علني ، كالاعلان فى الصحف والنشرات والراديو والتلفزيون •

٤ ــ أن يتضمن الاعلان امرين : أولا ــ جائزة معينة يلتزم الواعد باعطائها • ثانيا ــ عملا معينا يقوم به الفائز لاستحقاق الجعل أو الجائزة •

---

(١) نشرت الصحف مرة ان احدى الشركات الامريكية التي تنتج سلعة معينة اعلنت عن جائزة لمن يجمع عددا معينا من علب هذه السلعة ، والجائزة هي بطاقة سفر الى المريخ ذهابا وايابا . ولم تكن الشركة تتوقع ان يكون هناك شخص يصل به الولع الى حد ان يجمع هذا العدد من العلب. ولكن تقدم لها فى اليوم التالي شخص ومعه هذا العدد من العلب ، فوجدت الشركة نفسها فى مأزق . فطلبت من موظفيها ان يبحثوا عن محل يحمل هذا الاسم . وبعد البحث والتنقيب عثر على قرية صغيرة فى المانيا تحمل هذا الاسم ، فاعطت الشركة الشخص بطاقة سفر الى هذه القرية ذهابا وايابا . ولا شك فى ان هذه القضية لو عرضت على القضاء لقضى ببطلان الوعد لان الواعد لم يكن جادا فى وعده ذلك ان محل الجائزة التي وعد بها مستحيل .

احكـام الوعد بجعـــل

٧٣٥ ــ اذا توافرت الشروط المتقدمة انتجت الارادة المنفردة للواعد أثرها ونشأ الالتزام على عاتقه . وقد ميز القانون المدني العراقي في هــذا الصدد بين حالة ما اذا حدد الواعد أجلا للقيام بالعمل وحالة ما اذا لم يحدد. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨٥) المتقدمة على ما يلي : « واذا لــم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على أن لا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد » . ونرى حكم كل من هاتين الحالتــين على حـــدة .

١ ــ الوعد حددت له مدة

٧٣٦ ــ اذا حدد الواعد مدة لوعده اشترط أن يتم العمل في خلالها التزم بالبقاء على وعده في خلال هذه المدة . فاذا انقضت المدة من غير أن يقوم أحد بالعمل تحلل الواعد من التزامه . واذا قام أحد بالعمل في خلال المدة أصبح دائنا للواعد بمبلغ الجعل ، سواء أكان يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل أم لم يكن يعلم به ، وسواء أقام بالعمل قبل الاعلان عن الجعــل أم بعـــده .

٢ ــ الوعد لم تحدد له مـدة

٧٣٧ ــ واذا لم يحدد الواعد مدة يجب القيام بالعمل في خلالها فله أن يرجع ما دام لم يقم أحد بالعمل . ولكن يجب أن يتم الرجوع بالطريقة التي أعلن بها الوعد . واذا قام أحد بالعمل قبل الرجوع استحق الجعــل ولو لم يكن عالما بالوعد عند قيامه به ، وحتى لو قام به قبل الوعد .

٧٣٨ ــ وما الحكم اذا كان أحد قد بدأ العمل وقبل أن يتمــه رجع الواعد في وعده ، فهل له أن يرجع على الواعد بشيء وعلى أي أســاس ؟ يذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى أن لمن بدأ في تنفيذ العمل ولم يتمه أن يرجع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، أي العمل

الضار. ونحن لا نتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه على اطلاقه، بل نرى وجوب التمييز بين حالة ما اذا كان من بدأ تنفيذ العمل قد بـــدأه استنادا الى الوعد ، وحالة ما اذا لم يكن قد أخذ الوعد بنظر الاعتبار أو لم يعلم به عند قيامه بالعمل . ففي الحالة الاولى فقط يمكننا القول بأنه يستحق التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الرجوع ، وذلك بالرغم من أن القانون لم ينص على ذلك . ففي هذه الحالة يكون من بدأ العمل قد انفق نفقات في سبيل انجازه آملا من وراء ذلك الحصول على الجائزة ، ورجوع الواعد يضيع عليه النفقات التي انفقها في سبيل ذلك . ورجوع من قام بالعمل يكون بما أنفقه على أن لا يتجاوز مبلغ الجعل . أما اذا لم يكن من قام بالعمل قـد أخذ الوعد بنظر الاعتبار ، أو لم يكن قد علم به ، فلا يستطيع الرجـوع بالتعويض وذلك لعدم وجود ضرر يستطيع الادعاء بتحمله في سبيل القيام بالعمل ، فهو عندما قام بالعمل لم يقم به بقصد الحصول على مقابل .

سقوط دعوى المطالبة بالجعل

٧٢٩ ــ تقضي الفقرة الثالثة من المادة (١٨٥) مدني بسقوط دعوى المطالبة بالجعل اذا لم ترفع في خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان العدول . فاذا لم يحدد الواعد مدة وعدل عن وعده ولكن قام شخص بالعمل قبل العدول فلهذا الشخص ان يرجع على الواعد في خلال ستة اشهر من تاريخ اعـلان العدول . والمدة الواردة في النص مدة ســـقوط . " Déchéance " لامدة تقادم ، فلا تتوقف ولا تنقطع . والسبب في جعل المدة قصيرة الى هذا الحد وفي جعلها مدة سقوط لا مدة تقادم هي رغبة المشرع في وضـع حد للمنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الوعد وصعوبة الاثبات .

تقادم دعوى المطالبة بالجعل في غير الحالة المتقدمة

٧٤٠ ــ ومدة الستة أشهر التي تسقط بعدها دعوى المطالبة بالجعل انما تكون في حالة ما اذا لم يحدد الواعد مدة للقيام بالعمل وعدل عن وعده

ولكن قام شخص بالعمل قبل عدوله . والنص المتقدم صريح فى ذلك ، فهو يقول : « ... خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان العدول » . أما اذا حدد الواعد مدة وقام شخص بالعمل فى خلالها ، أو لم يحدد مدة ولم يعدل عن وعده وقام شخص بالعمل المطلوب ، فالجعل يصبح دينا فى ذمة الواعد،أي حقا شخصيا لمن قام بالعمل . وفى هذه الحالة لا تسري عليه مدة الستة أشهر المنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة (١٨٥) المتقدمة ، بل تسري عليه القواعد العامة فى التقادم ، فلا تسقط دعوى المطالبة به الا بمضى خمس عشرة سنة من حين القيام بالعمل فى حالة تحديد مدة (م٤٢٩) . اما فى حالة عدم تحديد مدة وعدم الرجوع فيمكن سماع الدعوى مهما مر من الزمن.

٧٤١ ــ الى هنا ننتهي من الكلام عن المصدر الثاني من مصادر الالتزام ، وهو الارادة المنفردة . وننتقل الان الى الكلام عن المصدر الثالث وهو العمل غير المشروع .

الباب الثالث

العمل غير المشروع

(المسؤولية التقصيرية)

l'ACTE ILLICITE

LA RESPONSABILITé DéLICTUELLE

تمهيـــــد

أنـواع المسـؤولية

٧٤٢ ــ قد يترتب على نشـاط الفرد فى المجتمع أن يقرر القانـون مسؤوليته • وأحكام هذه المسؤولية اما أن يقررها القانون الجنائي ، وهذه هي المسؤولية الجنائية ، أو القانون المدنى ، وهذه هي المسؤولية المدنية ، وهي التي تهمنا هنا • والمسؤولية المدنية اما ان تنشأ عن الاخلال بالتـزام ناشىء عن عقد وهذه هي المسؤولية التعاقدية وقد سبق ان رأيناها ، او عن فعل يحدث ضررا للغير ، وهذه هي المسؤولية التقصيرية ، ويسميها بعض الفقهاء بالمسؤولية الفعلية لانها تنشأ عن فعل يحدث ضررا للغير • ولكن تعبير «مسؤولية تقصيرية » جرى على ألسنة الفقهاء وفى أحكام المحاكم واكتسب معنى خاصا بحيث صار يقابل تعبير « مسؤولية تعاقدية » • وعليه فسنجري على ما جرى عليه الفقه والقضاء ونستعمل تعبير المسؤولية التقصـيرية • ويسمى الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسؤولية بالضمان وهذه التسميه ادق لانها تتعلق بالناحية المالية ، بينما تعبير « مسؤوليه » تبرز فيه ناحية محاسبة الشخص من ناحية الجزاء لا من الناحية المالية • ويستعمل الفقهاء المسلمون في هذا الصدد تعبيري « ضمان العقد » و « ضمان الفعل » وهما يقابلان تعبيري « مسؤوليه تعاقديه » و « مسؤوليه تقصيرية » •وهنـاك من الفقهاء الفرنسيين من يحبذ استعمال كلمه « ضمان » (garantie) بدلا من كلمه « مسؤوليه »(١) •

٧٤٣ ــ ولا بد لنا فى هذه الكلمة التمهيدية من تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية • وهذا يقتضينا التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية أولا ، وفى نطاق المسؤولية المدنية التمييز بين المسؤولية التعاقديةوالمسؤولية التقصيرية ثانيا • ولا بد لنا فى هذه الكلمة التمهيدية ايضا من القاء نظرة

(١) سانكتليت . فى « المسؤولية والضمان » ، نقلا عن عن مازو ، ج١، ط ٢ ،ف ٩٦. كذلك دي باج ، ج٢ ، ف٩٠٤

على تطور المسؤولية التقصيرية ، فقواعدها تختلف فى الـــوقت الحاضر اختلافا كبيرا عما كانت عليه فى القرن الماضى وفى القانون الرومانى .

وعليه فسنبحث فى هذه الكلمة التمهدية المسائل الثلاث التالية :

١ ــ التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية .

٢ ــ التمييز بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية .

٣ ــ تطـــور المســؤولية التقصيرية .

أولا ــ التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

الفرق بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

٧٤٤ ــ أهم ما يميز المسؤولية الجنائية من المسؤولية المدنية هو الاساس الذي تقوم عليه كل منهما . فأساس المسؤولية الجنائية هو الضرر الذي يصيب المجتمع ، أما أساس المسؤولية المدنية فهو الضرر الذي يصيب الفرد. ويترتب على هذا الفرق بـين المسؤوليتين بعض النتائج ، نذكـر أهمها فيمـــا يلي :

١ ــ الجزاء فى المسؤولية الجنائية عقوبة يوقعها المجتمع على المسؤول أما الجزاء فى المسؤولية المدنية فتعويض نقدي يستوفى من مال المسؤول . ويترتب على ذلك أن الافعال التى يعاقب عليها المجتمع يجب أن تذكر على سبيل الحصر مع العقوبة التي يفرضها المجتمع على كل فعل ، فلا جريمة ولا عقاب الا بنص . أما الافعال التى توجب المسؤولية المدنية فلا حاجة لذكرها، فكل فعل يحدث ضررا للغير يوجب التعويض .

٢ ــ لما كانت المسؤولية الجنائية تقوم عـلى الضرر الـــذي يصيب المجتمع ، فالذي يطالب بالجزاء فى هذه المسؤولية انما هو المجتمع ممثلا فى الادعاء العام . أما المسؤولية المدنية فلما كانت تقوم على الضرر الـذي يصيب الفرد ، فالذي يطالب بالجزاء انما هو المضرور نفسه .

٣ ــ لما كان الجزاء فى المسؤولية الجنائية من حق المجتمع فلا يجوز الصلح عنه . ولا يملك اسقاطه ولا النزول عنه الا المجتمع ممثلا فى المشرع.

فالمشرع هو وحده الذي يستطيع اسقاط العقوبة أو النزول عنها . أما الجزاء فى المسؤولية المدنية فيجوز الصلح فيه والنزول عنه لانه حق للفرد .

٤ ــ لما كان الجزاء فى المسؤولية الجنائية عقوبة يوقعها المجتمع ، فهذه العقوبة يجب أن تتناسب مع خطورة الفعل الذي قام به الشخص.أما فى المسؤولية المدنية فينظر الى مقدار الضرر لاالى درجة الخطأ الذي أحدث الضرر ، فكل الضرر يجب تعويضه مهما كان الخطأ بسيطا(١). فالذي يؤخذ بنظر الاعتبار فى المسؤولية الجنائية انما هو درجة خطورة الفعل لا مقدار الضرر ، فقد لا يقع ضرر ومع ذلك توقع العقوبة ، كما فى جرائم الشروع اذا لم يحدث ضرر . اما الذي يؤخذ بنظر الاعتبار فى المسؤولية المدنية فهو ، على العكس ، مقدار الضرر لا درجة خطورة الفعل الذي أدى الى الضرر . فاذا لم يقع ضرر فلا مسؤولية ، اي لا ضمان ولو كان الخطأ على درجة كبيرة من الجسامة .

العمل الواحد قد تترتب عليه كلتا المسؤوليتين او احداهما فقط

٧٤٥ ــ وبالرغم من أن الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية يختلف عن الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية ، الا أن ذلك لا يمنع من أن يترتب على الفعل الواحد كلتا المسؤوليتين . فالقتل والجرح والسرقة ، كل هذه الافعال تحدث فى الوقت نفسه ضررا للمجتمع وللفرد ، فيترتب عليها كل من المسؤوليتين المدنية والجنائية .

ويمكن أيضا ان يترتب على الفعل الواحد احدى المسؤوليتين دون الاخرى . ففي جرائم الشروع اذا لم يقع ضرر ومخالفات المرور والتآمر على سلامة الدولة وحمل السلاح من غير اجازة ، تتحقق المسؤولية الجنائية دون المدنية . وفى اتلاف مال الغير والمنافسة غير المشروعة وعدم تنفيذ عقد(٢) ، تتحقق المسؤولية المدنية ، اي الضمان ، دون الجنائية .

---

(١) دي باج ، ج ٢ ، ص ٧٥١ .

(٢) عندما يعالج بعض الفقهاء هذا الموضوع ويتطرقون الى اعطاء امثلة لاعمال تتحقق فيها المسؤولية المدنية فقط نراهم يضربون لها امثلة باعمال

تأثير المسؤولية الجنائية فى المسؤولية المدنية فى حالة اجتماعهما

٧٤٦ ـ المسؤولية الجنائية أقوى من المسؤولية المدنية لانها حق المجتمع وهذه حق الفرد. فاذا ترتب على الفعل الواحد كلتا المسؤوليتين أثرت الاولى فى الثانية ، وخضعت الثانية لنتيجة الحكم الذي يصدر فى الاولى . ويظهر تأثير المسؤولية الجنائية فى المسؤولية المدنية من النواحي التالية :

١ـ من حيث قوة الشيء المقضى والمحكوم فيه Force de la chose jugée

فاذا نظرت المحكمة الجنائية فى الدعوى وأصدرت حكمها فيها فعلى المحكمة المدنية أن تأخذ هذا الحكم بنظر الاعتبار من حيث ثبوت الوقائع لا من حيث التكييف القانونى لهذه الوقائع . فاذا قررت المحكمة الجنائية براءة المتهم من الافعال المنسوبة اليه فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تحكم عليه بتعويض لثبوت هذه الافعال. وعلى العكس من ذلك، اذا حكمت المحكمة الجنائية بادانة المتهم فعلى المحكمة المدنية أن تحكم عليه بالتعويض ، ولا يجوز لها الامتناع عن الحكم بحجة عدم ثبوت الوقائع المنسوبة اليه . والسبب فى التزام المحكمة المدنية بما تثبته المحكمة الجنائية من وقائع هو الحجية المطلقة للحكم الجنائي تجاه الكافة ، ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية ، وضرورة احترام الاحكام الجنائية. فبدون ذلك لا يمكن الاطمئنان الى الاحكام التى تصدرها محاكم الجزاء . فمن غير المستساغ أن تدين محكمة الجزاء المتهم ثم تأتى المحكمة المدنية فتعلن براءته ، أو بالعكس ، بعد ان تعلن المحكمة براءة المتهم تأتى المحكمة المدنية فتدينه(١) .

تتحقق فيها المسؤولية التقصيرية ولا يضربون امثلة باعمال تتحقق فيها المسؤولية التعاقدية (السنهوري ، الوسيط ، ف ٥٠٧ . ابو ستيت ، ف ٤٠٨ ، ص ٣٧٣) . ونحن نرى ضرورة اعطاء امثلة لاعمال تتحقق فيها المسؤولية التقصيرية ولاخرى تتحقق فيها المسؤولية التعاقدية . فالمسؤولية المدنية تشمل كلا من هذين النوعين من المسؤولية .

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ٣١ كانون الثاني ١٩٤٤ بانه يجب ان يكون للحكم الجنائي الصادر بالادانة حجيته امام المحاكم المدنية فى الدعوى التي يكون اساسها ذات الفعل موضوع

←

أما من حيث التكييف القانونى للوقائع التى تثبتها المحكمة الجنائية فلا تتقيد به المحكمة المدنية اذا حكمت المحكمة الجنائية بالبراءة • فيجوز لها أن تكيف هذه الوقائع تكييفا آخر من أجل الحكم بالتعويض • فاذا حكم حاكم الجزاء ببراءة سائق سيارة من تهمة القتل خطأ لان الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه،فلا يتقيدالقاضى المدنى بهذا التكييف الجنائي،بل عليه أن يلتزم التكييف المدني وهو يختلف عن التكييف الاول ، فالخطأ المدني هنا مفترض فى جانب السائق ، ويحكم القاضى المدني بالتعويض على السائق الذي حكم القاضى الجنائي ببراءته(١) • وكذلك الامر اذا كانت الدعوى الجنائية قد سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من ايقاع العقوبة لان السارق ابن للمجني عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل ، فان ذلك لا يمنع القاضى المدني من الحكم بالمسؤولية المدنية(٢) •

الدعوى التي صدر فيها ، وذلك منعا من ان يجيء الحكم المدني على خلاف الحكم الجنائي. فانه ليس من المقبول فى النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من اجل جريمة وقعت منه ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضى بان الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، فى حين ان الشارع قد احاط الاجراءات امام المحاكم الجنائية ـ لتعلقها بارواح الناس وحرياتهم واعراضهم ـ بضمانات اكفل باظهار الحقيقة ، مما مقتضاه ان يكون الحكم متى صدر بالادانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأي حال اعادة النظر فى موضوعه . واذن فاذا قضت المحكمة المدنية للمدعى بتثبيت ملكيته للاطيان المتنازع عليها ، وبنت قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيته اياها استنادا الى عقد بيع سبق الحكم جنائيا بادانته فى تهمة تزويره ، فانها لا تكون قد خالفت القانون (مجموعة عمر ، رقم ٩٠، ص ٢٤٥ ، نقلا عن السنهوري ، الوسيط ، ص ٩٤٧ ، هامش) .

وقضت المحكمة نفسها كذلك فى حكم اخر صادر فى ١٢ كانون الثاني ١٩٣٩ بانه اذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتا دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التي يرفعها بصفة فرعية من كان مدعيا بالحق المدني فى وجه المتمسك بالعقد الذي كان متهما فى الدعوى الجنائية (مجموعة عمر ، ٢ ، ص ٤٤٦ ، نقلا عن المرجع السابق، ص ٩٤٨ ، هامش).

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٩٥١ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٥٠٨ ، ص ٧٤٨ . ابو ستيت ، ص ٣٧٥ .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٠٦) من القانون المدنى بقولها : « وتبت المحكمة فى المسؤولية المدنية وفى مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية او بالحكم الصادر من محكمة الجزاء»(١) .

٢ ــ من حيث الاختصاص . فاذا ترتب على الفعل الواحد كلتا المسؤوليتين الجنائية والمدنية فيمكن رفع الدعوى المدنية أمام محكمة الجزاء ، لان الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

٣ ــ من حيث وقف الدعوى المدنية . فاذا رفعت دعوى التعويض أمام المحكمة المدنية ثم رفعت الدعوى الجنائية أمام محكمة الجزاء فعلى المحكمة المدنية أن تقف السير فى الدعوى حتى صدور الحكم من محكمة الجزاء ، وذلك لان الدعوى المدنية تتبع الدعوى الجنائية ، فهذه توقفها Le criminel tient le civil en état

٤ ــ تقضي المادة (١٧٢) من القانون المدني المصري الجديد ، وكذلك بعض القوانين المدنية الاخرى ، بان دعوى التعويض المدنية لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية . فاذا ترتب على الفعل الواحد كل من الدعويين المدنية والجنائية ، فعدم تقادم الدعوى الجزائية يمنع تقادم الدعوى المدنية . أما فى القانون المدني العراقي فلا يوجد مثل هذا النص . ولكن المادة (٢٣٢) منه تقضي بعدم سماع الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ، وبعدم سماع الدعوى فى جميع الاحوال بعد

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز فى حكم لها صادر فى ١٨ــ١ــ٦١ بان «الفقرة الثانية من المادة (٢٠٦) مدني قد اعطت للمحاكم المدنية حق البت فى المسؤولية المدنية وفى مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية او بالحكم الصادر من محكمة الجزاء ، ولما كانت دعوى المدعي هي عبارة عن مطالبته بما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب الاعتداء الواقع عليه فكان على المحكمة ان تنظر فى الدعوى وتكلف المميز باثباتها بطرق الاثبات القانونية وتبت فيها حسبما يتظاهرلها ..».

انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع • وعليه فأمام المتضرر من عمل تترتب عليه كلتا المسؤوليتين الجزائية والمدنية ثلاث سنوات لاقامة الدعوى المدنية اذا كان يعلم بحدوث الضرر وبالشخص الـــذي أحدثه ، وخمس عشرة سنة اذا لم يكن يعلم بذلك • أما الدعوى الجزائية فتنقضي بالمدة التي ينص عليها القانون الجنائي •

ثانيا ـ التمييز بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية •

٧٤٧ ـ المسؤولية التعاقدية هي الجزاء على الاخلال بالتزام ناشىء عن العقد ، أما المسؤولية التقصيرية فهي الجزاء على الاخلال بالزام ، أي بواجب يفرضه القانون على الكافة بعدم الاضرار بالغير(١) • وقد دفع هذا الاختلاف فى الاساس الذي تقوم عليه كل من المسؤوليتين بعض الفقهاء الى تسمية الاخلال بالتزام ناشيء عن العقدبالضمان GARANTIE ، وقصر كلمة « مسؤولية » على الاخلال بالواجب العام الذي يفرضه القانون على الكافة بعدم الاضرار بالغير ، أي على المسؤولية التقصيرية • ويضيف هذا الفريق من الفقهاء الى ذلك قولهم ان كلمة «مسؤولية» انما هي تعبيرجديد فى اللغة القانونية لم يكن معروفا فى القانون القديم(٢) • وهذا مايقول به الفقهاء المسلمون • فهم لا يتكلمون عن المسؤولية التعاقدية بل عن «ضمان العقد » • وبهذا أيضا أخذ القانون المدني العراقي • فهو عندما تكلم عن المسؤولية التعاقدية أضاف بين قوسين عبارة « ضمان العقد » • ولكن كان على واضعي هذا القانون ان يأخذوا العنوان من الفقه الاسلامي فينصـــوا على « ضمان العقد » ويضعوا تحته وبـــين قوسين تعبير « مســؤولية تعاقدية » • وذلك لما سبق ان قلناه (ف ٧٤٢) من ان تعبير الفقه الاسلامي ادق من تعبير الفقه الغربي • هذا بالاضافة الى ان المصدور الاول الذي

(١) وهذا ما تضمنه الحديث الشريف : « لا ضرر ولا ضرار » .
(٢) دي پاج ، ج٢ ، ف ٩٠٤ . سانكتليت ، فى المسؤولية والضمان، نقلا عن مازو ، ج١ ، ط ٢ ، ف ٩٦.

استمد منه القانون المدني العراقي احكامه هو الفقه الاسلامي ، فيجب ان تكون مصطلحاته مستمدة من هذا الفقه بقدر الامكان .

٧٤٨ ـ ونبحث فى التمييز بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية المسائل الثلاث التالية :

١ ـ أوجه الشبه والخلاف بينهما .

٢ ـ متى تكون المسؤولية تعاقدية ومتى تكون تقصيرية .

٣ ـ مسألة الخيرة بينهما .

١ ـ او الشبه والخلاف بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية

ازدواج المسؤولية او وحدتها

٧٤٩ ـ كان الفقهاء فى القرن التاسع عشر يذهبون الى أن المسؤولية التعاقدية تختلف عن المسؤولية التقصيرية ، والى أن بينهما فروقا جوهرية . ولكن ، منذ أواخر القرن التاسع عشر نفسه ، بدأ اتجاه معاكس يذهب الى أن المسؤولية واحدة والى أن الفروق التي يقول بها أنصار ازدواج المسؤولية ليست على درجة من الاهمية والخطورة بحيث تبرر الفصل بين المسؤوليتين . ويدلي كل من أنصار ازدواج المسؤولية وأنصار وحدتها بحجج نوجز أهمها فيما يلي :

أ ـ حجج انصار ازدواج المسؤولية

٧٥٠ ـ يمكن اجمال الفروق التي يقول بها أنصار ازدواج المسؤولية تأييدا لنظريتهم من النواحي التالية :

١ ـ من حيث الاهلية : فيشترط توافر أهلية الرشد لتحقق المسؤولية التعاقدية فى أكثر العقود. أما فى المسؤولية التقصيرية فيكفي التمييز لتحققها.

٢ ـ من حيث الاثبات : فيقال عادة أن عبء الاثبات فى المسؤولية التعاقدية يقع على المدين ، فما على الدائن الا أن يثبت وجود العقد وصحته مع الادعاء بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه . وما على المدين ، للتخلص من المسؤولية ، الا أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه . أما فى المسؤولية التقصيرية

فعبء الاثبات يقع على عاتق الدائن ، فهو الذي يثبت ارتكاب المدين للعمل غير المشروع وخرقه بذلك للواجب الذي يفرضه القانون بعدم الاضرار بالغير .

٣ ــ من حيث الاعذار : يقال عادة ان الاعذار ضروري لتحقق المسؤولية التعاقدية . أما فى المسؤولية التقصيرية فلا ضرورة له .

٤ ــ من حيث مدى التعويض : يقتصر التعويض فى المسؤولية التعاقدية على الضرر المباشر المتوقع فقط . أما فى المسؤولية التقصيرية فيشمل الضرر المباشر كله ، متوقعا كان أو غير متوقع .

٥ ــ من حيث التضامن : فلا يفترض التضامن فى المسؤولية التعاقدية ، بل يجب النص عليه صراحة . أما فى المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ ــ من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية : فيجوز هذا الاتفاق فى المسؤولية التعاقدية ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية .

ب ــ حجج انصار وحدة المسؤولية

٧٥١ ــ ويذهب أنصار وحدة المسؤولية الى عدم وجود فرق بين المسؤوليتين ، لا من حيث الاساس الذي تقوم عليه كل منهما ولا من حيث النتيجة . فكل منهما جزاء للاخلال بالتزام سابق : المسؤولية التعاقدية جزاء للاخلال بالتزام ناشىء عن عقد ، والمسؤولية التقصيرية جزاء للاخلال بالزام، أو واجب يفرضه القانون . فأساس المسؤولية أو سببها واحد وهو الاخلال بتنفيذ التزام ، يستوي فى ذلك أن يكون مصدر هذا الالتزام العقد أو القانون ، ويجب التعويض فى كلتا الحالتين . فالمسؤوليتان تتحدان اذن فى الاساس الي تقومان عليه وفى النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ولا يبقى عندئذ مجال للتمييز بينهما .

الرد على حجج انصار ازدواج المسؤولية

٧٥٢ ــ أما الحجج التي يدلي بها أنصار ازدواج المسؤولية ، فيرد

عليها أنصـــار وحـدة المسـؤولية كما يلي :

١ ــ من حيث الاهلية : فما يقول به أنصار ازدواج المسؤولية مـن ضرورة توافر أهلية الرشد لتحقق المسؤولية التعاقدية وكفاية التمييز لتحقق المسؤولية التقصيرية غير صحيح • فالاهلية لا تشترط لتحقق أي مـن المسؤوليتين • انما هى تشترط عنـد ابرام العقد ، ولا يهم اذا فقـدت بعد ذلك • فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي تحققت مسـؤوليته التعاقدية حتى لو زالت أهليته بعد أن كان أهلا • وهو لا يتخلص مـن المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي • أما فى المسؤولية التقصيرية فلا محل للكلام عن الاهلية ، وليس صحيحا أن يقال ان أهلية التمييز واجبة فى هذه المسؤولية • والصحيح انه يشترط ارتكاب الخطأ لتحقق هذه المسؤولية • ونسبة الخطأ الى المسؤول تقتضى أن يكون مميزا • فالتمييز ضروري اذن لامكان نسـبة الخطأ الى المسـؤول •

٢ ــ من حيث الاثبات : وما يقول به أنصار نظرية ازدواج المسؤولية من ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدين فى المسؤولية التعاقدية وعلى عاتق الدائن فى المسؤولية التقصيرية غير صحيح أيضا • والصحيح هو وجوب النظر الى محل التزام المدين الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير مسؤوليته • فاذا كان هذا المحل قياما بعمل فعبء اثباته يقع على عاتق المدين ، واذا كان امتناعا عن عمل فالعبء يقـع علـى الدائن • ذلـك ان القـاعدة العـامة فى الاثبات هي ان البينة على من ادعى • فاذا كان محل التزام المدين قياما بعمل فهو الذي يدعى قيامه به فعليه يقع عبء اثباته • واذا كان امتناعا عن عمل فالدائن هو الذي يدعى قيام المدين بالعمل الـذي كـان يجب عليه الامتناع عن القيام به ، فعليه يقع عبء اثباته • يتبين من ذلـك ان عبء الاثبات لا علاقة له بنوع المسؤولية ، بل بمحل التزام المدين وما اذا كان قياما بعمل او امتناعا عن عمل • ففي المسؤولية التعاقدية قد يكون عبء على الدائن او علـى المـدين حسـبما اذا كان محـل التـزام المـدين عمـلا أو امتناعا عن عمل • أما فى المسؤولية التقصيرية ، فلما كان محل الالتزام

امتناعا عن عمل ــ الامتناع عن الاضرار بالغير ــ فعبء الاثبات يقع على عاتق الدائن(١) .

٣ ــ من حيث الاعذار : وأما ما يقال من ان الاعذار ضروري لتحقق المسؤولية التعاقدية وغير ضروري لتحقق المسؤولية التقصيرية فغير صحيح أيضا . والصحيح ان الاعذار ضروري فى الالتزام بقيام بعمل وغير ضروري فى الالتزام بامتناع عن عمل . ولما كان محل التزام المدين فى المسؤولية التقصيرية امتناعا عن عمل دائما فلا ضرورة للاعذار . أما فى المسؤولية التعاقدية فهو لا يشترط أيضا اذا كان محل التزام المدين امتناعا عن عمل . فالعبرة هنا أيضا بما اذا كان محل التزام المدين عملا أو امتناعا عن عمل ، لا بما اذا كانت المسؤولية تعاقدية أو تقصيرية .

٤ ــ من حيث مدى التعويض : والسبب فى ان التعويض فى المسؤولية التعاقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشرا هو ان هذا الضرر لم يدخل فى حساب المتعاقدين لانهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ ــ من حيث التضامن : والسبب فى ان التضامن ينص عليه القانون فى المسؤولية التقصيرية هو ان الخطأ هو السبب فى الضرر ، فاذا ارتكب الخطأ أكثر من شخص كان خطأ كل منهم هو السبب فى حدوث الضرر فيجب عليه التعويض كاملا ، ومن ثم يلزمهم القانون بالتضامن فى تعويض الضرر .

٦ ــ من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية : والسبب فى عدم جواز هذا الاتفاق فى المسؤولية التقصيرية هو أن القانون هو الذي قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهي من النظام العام(١) .

---

(١) ولكن فى نطاق المسؤولية التعاقدية وفى الالتزام بعمل يجب التمييز بين ما اذا كان محل التزام المدين تحقيق غاية او بذل عناية . ففي الالتزام بتحقيق غاية يقع عبء الاثبات على عاتق المدين ، اذ هو الذي يجب عليه ان يثبت انه حقق الغاية التي التزم بتحقيقها . اما فى الالتزام ببذل عناية فعبء الاثبات يقع على عاتق الدائن ، اذ هو الذي يدعي ان المدين لم يبذل العناية اللازمة وعليه يقع عبء اثبات ذلك (قارن ابو ستيت ، ص٣٧٩ ، هامش).

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٥١١ .

الفروق الحقيقية بين المسؤوليتين

٧٥٣ ـ لاشك فى أن كلا من أنصار ازدواج المسؤولية وانصار وحدتها قد بالغ فى رأيه ، ولكننا اذا أمعنا النظر فى المسؤوليتين وجدناهما تتفقان من جهة وتختلفان من جهة اخرى • تتفقان فى أنهما جزاء للاخلال بالتزام سابق ، ولكنهما تختلفان فى مصدر هذا الالتزام • فمصدر الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير المسؤولية التعاقدية هو العقد ، ومصدر الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير المسؤولية التقصيرية هو القانون، اذ هو الواجب العام الذي يفرضه القانون على الجميع بعدم الاضرار بالغير • ويترتب على هذا الاختلاف فى مصدر الالتزام فروق جوهرية بين المسؤوليتين •

فما دام الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير المسؤولية التعاقدية مصدره العقد ، فهذا العقد نفسه هو الذي يحدد مدى الالتزام ، ومدى مسؤولية المدين عند اخلاله به ، أي مدى التعويض• فعندما حدد المتعاقدان مدى التعويض لم يدخل فى حسابهما الضرر غير المتوقع ، فلم تتصرف ارادتهما الى التعويض عنه ، وعليه فالتعويض عن الضرر فى المسؤولية التعاقدية لا يشمل الضرر غير المتوقع • ثم ان طرفى العقد اذا تعددا ، فالعقد نفسه هو الذي يحدد مسؤولية افراد كل طرف عند اخلاله بتنفيذ التزامه ، فاذا اراد طرفا العقد التضامن بين افراد كل طرف فى تنفيذ التزامهم فعليهم أن ينصوا عليه ، ومن ثم فالتضامن لا يفترض فى المسؤولية التعاقدية • ويصدق ما تقدم بالنسبة للاعفاء الاتفاقى من المسؤولية • فلما كانت ارادة الطرفين هي التي تحدد مدى التزام كل منهما ، فلهذه الارادة ان تعفى احدهما من المسؤولية عند اخلاله بتنفيذ التزامه •

أما فى المسؤولية التقصيرية فالامر يختلف • فما دام مصدر الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير هذه المسؤولية هو القانون ، فارادة الطرفين لم تقم بدور فى تقرير شىء مما تقدم • فهي لم تتدخل لتحديد مدى

مسؤولية المدين ، ومن ثم يجب التعويض عن الضرر كله ، ولو كان غير متوقع ، ما دام نتيجة مباشرة للفعل الضار ، فهو الاصل فى التعويض . ثم ان اشتراك أكثر من شخص فى احداث ضرر يجعلهم متسببين فيه ، فيجب على كل منهم تعويضه كاملا ، ومن هنا قام التضامن بين المدينين فى هذه المسؤولية . ثم ان القانون لما كان هو مصدر الالتزام الذي أخل به المدين فى المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الناتجة عن الاخلال به . فالقانون هو الذي يعفي منه فى حالات ينص عليها.

تلك هي الفروق الحقيقية بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية ، ترجع فى أساسها الى مصدر الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير كل منهما.هو العقد فى المسؤولية التعاقدية والقانون فى المسؤولية التقصيرية(١).

٢ ــ متى تكون المسؤولية تعاقدية ومتى تكون تقصيرية ؟(١)

٧٥٤ ــ أما وقد تبين لنا وجود فروق جوهرية بين المسؤوليتين التعاقدية

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥١٢ . ابو ستيت ، ف ٤١٣

(٢) يعالج الفقهاء هذا الموضوع تحت عنوان : « تحديد نطاق كل من المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية » ، ولكنهم عندما يعالجون الموضوع يشترطون لتحديد نطاق المسؤولية التعاقدية شرطين هما وجود عقد صحيح ونشوء الضرر من عدم تنفيذ هذا العقد . فمن ذلك ما يقوله الاستاذ الكبير السنهوري : « اما المسؤولية التعاقدية فيحدد نطاقها شرطان : اولهما ان يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثاني ان يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد » (الوسيط ، ف ٥١٣) . ومن ذلك ايضا ما يقوله الاستاذان هنري وليون مازو فى كتابهما (المسؤولية المدنية) ، فهما عندما يتكلمان عن نطاق المسؤولية التعاقدية يشترطان الشرطين المتقدمين نفسيهما (ج١ ، ط ٢ ، ص ١١٧ وما بعدها) . ونحن لانرى هذه الطريقة فى النظر صحيحة . فوجود عقد صحيح بين الدائن والمدين وكون الضرر ناتجا عن عدم تنفيذ هذا العقد ليسا شرطين لتحديد نطاق المسؤولية التعاقدية ، بل لتكون المسؤولية تعاقدية . فاذا توافر الشرطان المتقدمان فالمسؤولية تعاقدية ، والا فهي تقصيرية . فهذان الشرطان انما يجب توافرهما لتكون المسؤولية تعاقدية ، لا لتحديد نطاق هذه المسؤولية . لهذا السبب فقد جعلنا عنوان هذا الموضوع : « متى تكون المسؤولية تعاقدية ومتى تكون تقصيرية » . ويظهر ان الدكتور احمد حشمت ابو ستيت قد شعر بعض الشيء بالتعارض الموجود بين العنوان وما يعالج تحت العنوان ، ولكنه لم يستطع

والتقصيرية ، فقد أصبح من اللازم أن نعرف متى تكون المسؤولية تعاقدية ومتى تكون تقصيرية • تكون المسؤولية تقصيرية اذا ارتكب شخص خطأ أحدث ضررا للغير ، وهذا لا يثير صعوبة • وتكون تعاقدية اذا توافر الشرطان التاليان :١ــ وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمتضرر• ٢ ــ ضرر ناتج عن الاخلال بتنفيذ التزام ناشىء عن هذا العقد • ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة •

الشرط الاول ــ وجود عقد صحيح بين المسؤول والمتضرر

٧٥٥ ــ لا بد لاعتبار المسؤولية تعاقدية من وجود عقد بين المتضرر والمسؤول عن الضرر • فاذا لم يكن هناك عقد فالمسؤولية تقصيرية • فاذا دعا شخص صديقا الى تناول الطعام ، أو اذا خطب رجل امرأة ، فلا يوجد عقد واذا تحققت المسؤولية فلا تكون الا تقصيرية • فاذا تعمد الداعى الاخلال بالدعوى اضرارا بصديقه ، او عدل الخاطب عن الخطبة اضرارا بالخطيبة ، فالمسؤولية فى كل ذلك تقصيرية لا تعاقدية • كل ذلك لا صعوبة فيه • ولكن ثارت بعض الصعوبات بالنسبة للنقل المجاني • فقد كانت المحاكم تذهب الى ان مسؤولية الناقل تعاقدية ولو لم يستوف اجرة

التخلص من العنوان . فبينما هو يقول تحت العنوان المتقدم:« وقد يبدو لاول وهلة ان تحديد نطاق كل المسؤوليتين غاية فى السهولة ، اذ المسؤولية العقدية تفترض وجود عقد واخلالا بالتزام متولد منه فى حين ان المسؤولية التقصيرية تقوم بين شخصين لا تربط بينهما رابطة .. » ، فبينما هو يقول ذلك اذا به يقول بعد قليل : « وحتى تكون المسؤولية عقدية يجب توافر الشرطين التاليين :..» . (ف٤١٤) . وظاهر ان هذا القول يختلف عن القول الذي سبقه فهو فى المرة الاولى يعتبر وجود العقد والاخلال بالتزام متولد منه شرطين لتحديد نطاق المسؤولية العقدية ، اما فى المرة الثانية فهو يعتبرهما شرطين لتكون المسؤولية عقدية ، وهذا هو الوضع الصحيح للمسالة. والحقيقة اننا لم نستطيع ان نفهم مايقصده هؤلاء الفقهاء بالضبط بكلمة «نطاق» . فالاستاذ السنهوري يقول مثلا : « نطاق المسؤولية التقصيرية حدوده واضحة. فان هذه المسؤولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر..». فارتكاب الخطأ الذي يصيب الغير بضرر ، كما يقول الاستاذ ، شرط لتحقق المسؤولية التقصيرية ، ونحن نتفق معه فى ذلك . ولكن هل يا ترى تحقق المسؤولية التقصيرية معناه تحديد نطاقها ؟ لا نرى ذلك .

من الشخص المنقول . فاذا دعى شخص صديقا لركوب السيارة معه وأخطأ في قيادة السيارة فاحدث ذلك ضررا للصديق فمسؤوليته التعاقدية هي التي تتحقق . ولكنها (المحاكم) عدلت عن هذا الاتجاه وصارت تذهب الى أن مسؤولية الناقل في هذه الحالة تقصيرية لا تعاقدية(١) .

الشرط الثاني ـ الاخلال بالتزام ناشىء عن العقد

٧٥٦ ـ ويجب أيضا ، لتكون المسؤولية تعاقدية ، أن يكون الضرر ناتجا عن الاخلال بتنفيذ التزام ناشىء عن العقد . فاذا لم يكن هناك علاقة بين الضرر وبين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد فالمسؤولية تقصيرية . فاذا تسبب مدين بمبلغ من النقود باهماله باحراق دار دائنه المقرض فمسؤوليته التقصيرية هي التي تتحقق ، فليس هناك علاقة بين الفعل الذي أحدث الضرر وبين العقد(١) . وكذلك اذا حدثت مشادة بين المؤجر والمستأجر فاعتدى أحدهما على الاخر ، فمسؤولية المعتدي تقصيرية لا تعاقدية(٢) .

فلا بد اذن لتحديد المسؤولية التعاقدية من تحديد الالتزامات التي ينشئها العقد . وهذا ما يقوم به القضاء متبعا القواعد العامة في التفسير التي سبق أن رأيناها . ولكن قد يدق الامر أحيانا ويصعب تقرير

---

(١) واذا لم يستوف الناقل اجرة عن الشخص المنقول ولكن كان نقله اياه بمناسبة عقد اخر ، فالمحاكم تذهب الى ان مسؤولية الناقل في هذه الحالة تعاقدية لا تقصيرية . مثال ذلك ما تفعله شركات النقل من عدم استيفاء اجرة عن الاطفال اذا لم يتجاوزوا سنا معينة . فالشركة لم تنقل الطفل الا بمناسبة نقل الشخص الذي يصحب الطفل ، فمسؤولية الشركة تعاقدية . ومثال ذلك ايضا ما تفعله الفنادق الكبرى من تخصيص سيارات لنقل النزلاء الى المطارات ومحطات السكك الحديدية مجانا. ولكنها لم تفعل ذلك الابمناسبة عقد النزول في الفندق ، وعليه فمسؤوليتها تعاقدية . ومن ذلك ايضا ماتفعله الشركات الكبرى والمصانع من نقل عمالها ومستخدميها مجانا الى محل عملهم . ولكنها لم تنقلهم كذلك الا بمناسبة عقد العمل .

(١) ديموك ، الالتزامات ـ ، ج ٥ ، ف ١٢٤٣ ، نقلا عن مازو ، ف١٤٥ .

(٢) ابو ستيت ، ف ٤١٦ .

ما اذا كان الضرر قد حدث نتيجة للاخلال بتنفيذ التزام ناشىء عن العقد . وهذا ما يحصل عادة عند تنفيذ الالتزامات التبعية لا الاصلية . وهـذا ما حدث فى عقد نقل الاشخاص بالنسبة لسلامة المسافر . فهل يلتزم الناقـل بايصال المسافر سليما معافى الى محلـه ، أي هل يضمن سـلامته حتى وصوله الى محله ، أو بايصاله فقط ؟ كان القضاء الفرنسي يذهب الى أن الناقل لا يلتزم الا بايصال المسافر الى محله فقط ، ولا يضمن سلامته . ولكن تطور وسائل النقل وكثرة وقوع الحوادث والاضرار الناتجة عنهـا جعل القضاء يعدل عن رأيه هذا ويعتبر الناقل مسؤولا عن سلامة المسافر حتى وصوله . فاذا حدث فى الطريق حادث أدى الى الاضـرار بالمسـافر فالناقل يكون مسؤولا مسؤولية تعاقدية لا تقصيرية . هذا الالتزام لـم ينص عليه القانون ، بل هو من خلق القضاء . وهناك حالات أخـرى افترض القضاء فيها وجود هذا الالتزام بضمان السلامة ، كعقد التعليم والعقود المبرمة بين أصحاب الفنادق والنزلاء(١) .

٣ ـ الخيرة بين المسؤوليتين

٧٥٧ ـ أما وقد عرفنا الفرق بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية ومتى تتحقق كل منهما ، فقد بقى أن نعرف فى حالة ما اذا ترتب على الفعل الواحد كل من المسؤوليتين فهل للدائن الخيار بينهما(٢) ، فيرجع بالدعوى التي يراها أصلح له ؟ أو اذا سدت فى وجهه المسؤولية التعاقدية فـهل يسـتطيع الرجوع بمقتضى المسؤولية التقصيرية ؟ انقسـم الفقه والقضاء

(١) مازو ، ف ١٥٢ ـ ١٥٩ .

(٢) أما الجمع بين المسؤوليتين فغير جائز فى اية صورة من صوره . فلا يستطيع الدائن الرجوع مرتين ، مرة بمقتضى المسؤوليةالتعاقدية ومرةبمقتضى المسؤولية التقصيرية للحصول على التعويض مرتين . ولايستطيع الدائن كذلك الجمع بين مزايا كل من المسؤوليتين ، فيرجع بمقتضى المسؤولية التعاقدية من ناحية الاثبات وبمقتضى المسؤولية التقصيرية من النواحي الاخرى ، كالتعويض والتضامن وعدم جواز الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية التقصيرية . ولايستطيع الدائن اخيرا الرجوع بمقتضى احدى المسؤوليتين اذا فشل فى لاخرى .

فى هذا الصدد الى فريقين ، فريق يجيز الخيرة وفريق يرفضها • ونرى فيما يلي حجج كل من الفريقـــين •

حجج انصار الخيرة

٧٥٨ ــ فالذين يجيزون الخيرة يحتجون بانه ما دامت شروط كل مـن المسؤوليتين قد توافرت فليس في نصوص القانون ما يمنع الدائن مـــن اقامة الدعوى التي يريدها • واذا كان فى العقد شرط عدم المسـؤوليـة فهذا الشرط لا يمنع الرجـوع بدعوى المسؤولية التقصيرية ، لان هذه المسؤولية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على استبعادها •

حجج خصـوم الخيرة

٧٥٩ ــ والذين لا يجيزون الخيرة يقصرون حق الدائن على الرجوع بمقتضى المسؤولية التعاقدية فقط • وحجتهم فى ذلك أن العلاقة بين الدائن والمدين ما كانت لتنشأ لولا العقد ، وعليه فهذه العلاقة يجب أن يحكمهـا العقد المبرم بينهما فقط • ويضيف هذا الفريق الى ذلك قولهم: «ان الالتزام العقدي الذي صار المدين مسؤولا عن عدم تنفيذه لم يكن قبل العقـــد التزاما فى ذمته • فلو فرض انه لم يقم به قبل ابرام العقد لما كان مسؤولا عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لان العقد لما يبرم ، ولا مسؤولية تقصـيرية اذ لا خطأ فى عدم قيامه بامر لم يلتزم به • فاذا ابرم العقد قام الالتزام فى الحدود التي رسمها هذا العقد ، وهي حدود لا تترتب عليها الا المسؤولية العقدية وليس للدائن ان يلجأ الى المسؤولية التقصيرية ، اذ هي تفترض ان المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غـــير العقـــد »(١) •

٧٦٠ ــ ولكن أنصار الخيرة انقسموا فيما بينهم فى حالة ما اذا كان عدم

(١) السنهوري الوسيط ، ص ٧٦١ . وقد كان الاستاذ السنهوري من أنصار الخيرة (الموجز ، ف ٣٠١) . ولكنه رجع عن رأيه وصـار من أنصـار عدم الخيرة .

تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي ناشئا عن جريمة جنائية ، كما اذا سرق الناقل البضاعة المعهود اليه فى نقلها • فذهب فريق الى جواز الخيرة فى هذه الحالة(١) • وذهب اخر الى عدم جوازها حتى فى هذه الحالة ، ولكن هذا الفريق يجيز للدائن أن يحمل دعوى المسؤولية التعاقدية أمام محكمة الجزاء كمدع بالحق المدني(١) •

ثالثا ـ تطور المسؤولية التقصيرية

التوسع المستمر فى المسؤولية

٧٦١ ـ اذا نظرنا الى تاريخ المسؤولية التقصيرية وجدناه عبارة عن توسع مستمر فى هذه المسؤولية • فمن قانون الثأر والقصاص الذي تختلط فيه المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية ، الى الدية التى تختلط فيها فكرة العقوبة بفكرة التعويض ، الى انفصال المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية ، الى تقرير المسؤولية فى حالات معينة،الى توسع تدريجي فى هذه الحالات ، الى وضع قاعدة عامة فى المسؤولية تقوم على فكرة الخطأ الثابت ، أي الذي يجب اثباته ، الى فكرة الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس ، الى الخطأ المفترض افتراضا قاطعا لا يقبل اثبات العكس ، الى افتراض المسؤولية وتحمل التبعة Risque

ونلقي فيما يلي نظرة سريعة على هذا التطور منذ القانون الروماني الى عصرنا الحاضر •

القانون الاروماني

٧٦٢ ـ لم تكن المسؤولية الجنائية فى القانون الروماني متميزة من المسؤولية المدنية ، وكان القانون السائد فيه هو قانون الثأر والقصاص ثم تطور الامر وأخذت تظهر فكرة الدية التي تختلط فيها فكرة العقوبة بفكرة

---

(١) لالو ، ط ٤ ، ف ٦٢٣ . اوبرى ورو ، ج ٦ ، ط٥ ف٤٤٦،هامش ٧، نقلا عن مازو ،ص ٢٢٢ . السنهوري ، الوسيط ، الموضع المذكور أعلاه ..

(٢) مازو ، ف ٢٠١ـ٢٠٧ .

التعويض . ولما قويت شوكة الدولة وفرضت سلطانها وأصبح ايقاع العقوبة من حق الدولة وحدها انفصلت المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية واقتصر حق المتضرر على المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر .

٧٦٣ — ولم يكن فى القانون الروماني قاعدة عامة تقرر مسؤولية من يحدث ضررا بتعويض هذا الضرر ، بل كان هناك قانون اكويليا Lex Aquilia الذي ينص على عدد من الجرائم على سبيل الحصر.لذلك لم تكن فكرة المسؤولية التقصيرية فى القانون الروماني تقوم على فكرة الخطأ . فكل من ارتكب احد الافعال التي ينص عليها قانون اكويليا يلزم بتعويض الضرر ، خاطئا كان او لم يكن . ومع ذلك اخذت فكرة الخطأ تظهر شيئا فشيئا ، وخاصة فى الاعمال التدليسية . ولكن يمكن القول بصورة عامة ان القانون الروماني لم يصل ، حتى فى اخر مراحل تطوره ، الى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضررا يوجب التعويض.

القانون الفرنسي القديم

٧٦٤ — وقد استمر تطور الفكر القانوني فى هذا الخصوص فى القانون الفرنسي القديم ، ولعبت تعاليم الكنيسة دورا مهما فى هذا التطور حتى جاء الفقيه الفرنسي الكبير دوما Domat ، أحد اعلام الفقه فى القانون الفرنسي القديم ، ووضع القاعدة العامة فى هذا الباب والتي تقضي بان الانسان يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يحدثه للغير بخطأه او باهماله وعدم تبصره . فهو يقول فى هذا الباب فى كتابه «القوانين المدنية»: « كل الخسائر والاضرار التي تقع بفعل شخص ما ، حتى لو رجع الفعل الى عدم التبصر او الخفة او الجهل بما يجب معرفته ، او اي خطأ اخر مشابه مهما كان بسيطا ، يجب ان يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره او خطأه سببا فى وقوعها . ذلك لان ما قام به كان خطأ ، حتى لو لم يقصد الاضرار»(١) . وهكذا ظهرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.

(١) نقلا عن مازو ، ف ٣٦، ص.٤٠ .

القانون المدني الفرنسي

٧٦٥ ـ وقد اخذ القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ القاعدة التي صاغها دوما ونص عليها فى المواد (١٣٨٢ و ١٣٨٣) • فقد نصت أولى هاتين المادتين على ان « كل فعل يحدث ضررا للغير يلزم من وقع الضرر بخطأه بتعويضه » ، ونصت ثانيتهما على ان : « يكون الانسان مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فقط ، بل باهماله او عدم تبصره أيضا» • وقد نصت المواد (١٣٨٤ ـ ١٣٨٦) على المسؤولية عن فعل الغير وعن الاشياء، مقيمة اياها على فكرة الخطأ •

تطور المسؤولية التقصيرية منذ القانون المدني الفرنسي حتى الوقت الحاضر

٧٦٦ ـ ولم تكن المسؤولية التقصيرية تشغل مكانا بارزا فى الكتب الفقهية والاحكام القضائية حتى اواخر القرن التاسع عشر ، حيث اقيمت الصناعات الضخمة وما نشأ عنها من تعرض الناس ، وخاصة العمال ، للاخطار ، وحيث انتشرت المذاهب الاشتراكية وما تنادى به من الدفاع عن الطبقة الضعيفة •

ومنذ أواخر القرن التاسع عشر تطورت المسؤولية التقصيرية تطورا سريعا وعميقا • فقد كانت تقوم على فكرة الخطأ الثابت ، أي الذي يجب اثباته • فكان لا بد للحكم بالتعويض من اثبات خطأ محدث الضرر وعلاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر • ثم تطورت الفكرة التي تقوم عليها المسؤولية من فكرة الخطأ الثابت الى فكرة الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس • فصار الاصل ان يعتبر محدث الضرر خاطئا ، ولكن لتجنب الحكم عليه بالتعويض يسمح له ان يثبت عدم ارتكابه خطأ ، ثم قطعت المسؤولية مرحلة اخرى فى تطورها ، فصارت تقوم على فكرة الخطأ المفترض افتراضا قاطعا غير قابل لاثبات العكس • فاذا احدث شخص ضررا فالقانون يفترض انه ارتكب خطأ ولا يسمح له ان يثبت انه لم يرتكب خطأ ما ، ولا يعفيه من المسؤولية الا اثبات السبب الاجنبي • ثم خطت

المسؤولية الخطوة الاخيرة فى تطورها ، فصارت تقوم بدون خطأ ، وهذا هو تحمل التبعة Risque ، وهو ما تقول به الشريعة الاسلامية والفقهاء المسلمون • وتسمى المسؤولية فى هذه الحالة بالمسؤولية الموضوعية Responsabilité objective ، وهي تقابل المسؤولية الشخصية Responsabilité subjctive التي تقوم على فكرة الخطأ • وقد طبقت المسؤولية الموضوعية هذه بصورة خاصة فى المصانع وما شابهها ، حيث توجد الآلة التي يتعرض الانسان بسببها للخطر • والقاعدة التي بنيت عليها هذه المسؤولية هي قاعدة « الغرم بالغنم » • فمن يغنم ثمرة شيء هو الذي يتحمل غرمه •

القضـــاء

٧٦٧ ــ تلك خلاصة تطور المسؤولية التقصيرية فى الفقه والتشريع • أما القضاء الفرنسي ، فلم يسلم بالمسؤولية الموضوعية ، بل يشترط الخطأ دائما لتقرير مسؤولية الفاعل • ولكنه صار يفترض الخطأ فى حالات كثيرة، فوصل الى النتائج العملية التي يقول بها أنصار المسؤولية الموضوعية، أي تحمل التبعة •

المسؤولية التقصيرية فى الفقه الاسلامي

٧٦٨ ــ لم يضع الفقهاء المسلمون نظرية عامة للعمل غير المشروع والمسؤولية التقصيرية ، كما لم يفعلوا ذلك بالنسبة للعقد والمسؤولية التعاقدية ، وذلك لان اجتهادهم لم يكن وليد النظريات بل وليد القضايا العملية والمسائل الحقيقية والفرضية التي عرضت لهم ، ولكنهم تكلموا عن التصرفات الفعلية التي هي الاعتداء على حقوق الغير • والاعتداء له صور مختلفة • فهو اما ان يقع على النفس او على المال ، ويسمى فى الحالة الاولى بـ « الجناية » وفى الحالة الثانية بـ « الغصب والاتلاف » • والجزاء فى جميع هذه الصور هو الضمان ، اي وجوب التعويض • ومن استعراض اقوال الفقهاء فى الجناية على النفس وفى الغصب والاتلاف نستطيع ان نضع

قاعدة عامة هي ان كل عمل ضار يوجب الضمان ، اي مسؤولية فاعلة بتعويض الضرر .

الضمان فى الجناية على النفس

٧٦٩ ــ ففيما يتعلق بالضمان فى الجناية على النفس ، هناك الدية والارش وحكومة العدل . فالدية هي ما يؤدي من المال بدلا من النفس. والارش هو ما يدفع فى الجناية على ما دون النفس ، وهو جزء من الدية. فاذا تعدد العضو الذي يمكن فيه المماثلة واصيب بعض منه فالدية تجب بنسبة ما أصيب ، وتسمى فى هذه الحالة بـ « الارش » . مثال ذلك يجب نصف الدية فى العين الواحدة وربعها فى احد اشفار العين الاربعة ، وهكذا. أما حكومة العدل فتكون فى ما لا يجب فيه قصاص ولا دية ولا ارش،أي فى الجناية على مالايمكن فيهالمماثلة ، عمدا كان او غير عمد ، ويترك تقدير الجزاء للقاضي . وهذا معنى حكومة العدل . وقد توسع الفقهاء المسلمون فى حكومة العدل وجعلوا منها مبدأ عاما يقضى بان العمل الضار الذي يصيب النفس فى ما لا يمكن فيه المماثلة (ويدخل فى هذا أكثر الشجاج والجراح) ، عمدا كان او غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضى.

الضمان فى الغصب والاتلاف

٧٧٠ ــ وفيما يتعلق بالغصب ، يوجب الفقهاء المسلمون على الغاصب رد المغصوب عينا . واذا تلف المغصوب ، ولو بغير خطأ من الغاصب، كان هذا ضامنا(١) . وهم يقررون ايضا مسؤولية المتلف ويعتبرونه ضامنا ويلزمونه بالتعويض .

---

(١) وقد اختلف الفقهاء فى تعريف الغصب . فعرفه بعضهم بانه : « اثبات اليد على ملك الغير بدون اذنه » ، فيجري الغصب بمقتضى هذا التعريف فى المنقول والعقار والمنافع ، كما تعتبر زوائد المغصوب مغصوبة . وعرفه اخرون بانه : « ازالة يد محقة واثبات يد مبطلة » ، فيجري الغصب بمقتضى هذا التعريف على المنقول والعقار فقط ولا يجري على المنافع ، فلا تعتبر منافع المغصوب مغصوبة . وعرفه اخرون بانه : « ازالة يد محقة واثبات

والاتلاف اما ان يكون مباشرة او تسببا • فالاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات من غير ان يتخلل بين فعل المباشر وبين التلف فعل اخر، كما لو كسر احد آنية او وضع النار في شيء فاحترق • ويكون الاتلاف تسببا اذا تخلل بين الفعل والتلف امر اخر يفضي اليه ويكون هو السبب في التلف ، اما الفعل الذي ادى مباشرة الى التلف فيكون علة في التلف• مثال ذلك ما لو قطع احد حبل قنديل فسقط على الارض فتهشم • فتهشم القنديل لم يحصل من فعل القطع مباشرة ، وليس القطع علة التهشم ، بل العلة اصطدامه بالارض التي هي جسم صلب • فلو ان القنديل سقط في حوض ماء او على فراش وثير لما تهشم • ومثال ذلك ايضا ما اذا حفر احد بئرا في الطريق العام ثم جاء شخص فالقى حيوان اخر في هذه البئر • فحافر البئر يكون متسببا في الاتلاف ، وملقي الحيوان يكون مباشرا فيه • والقاعدة في الفقه الاسلامي ان المباشر ضامن وان لم يتعمد او يتعمد ، وان المتسبب لا يضمن الا اذا كان متعمدا او متعديا •

القانون المدني العراقي

٧٧١ ــ وقد اخذ المشرع العراقي التبويب في المسؤولية التقصيرية ، وفي القانون المدني كله ، عن الفقه الغربي ، اما الاحكام الموضوعية فأخذها عن الفقه الاسلامي • ولكنه خرج على ما يقرره هذا الفقه من اشتراط التعمد او التعدي لتقرير ضمان المتلف •فهو قد قسم الكلام في العمل غير المشروع الى فرعين ، عالج في الاول المسؤولية عن الافعال الشخصية ، فتكلم عن الاعمال غير المشروعة التي تقع على المال من اتلاف وغصب ، وعن الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس • وعالج في الفرع الثاني المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الاشياء ، فتكلم عن مسؤولية الاب والجد عن

يد مبطلة بفعل في المغصوب كنقله مثلا » ، فلا يجري الغصب بمقتضى هذا التعريف الا في المنقول ولا يجري في العقار ولا في المنافع . وقد اختار القانون المدني العراقي الراي الاول ، فاوجب على غاصب العقار رده مع اجر مثله (م١٩٧) ، ومعنى ذلك انه اعتبر الغصب يجري في العقار والمنافع واعتبر زوائد المغصوب مغصوبة كذلك (م ١٩٦) .

الضرر الذي يحدثه الصغير ، وعن مسؤولية الدولة والبلديات والمؤسسات عن الاضرار التي يحدثها الموظفون والمستخدمون الذين يعملون فيها . وفي المسؤولية عن الاشياء تكلم عن الضرر الذي يحدثه الحيوان وعن الضرر الذي يحدثه البناء والآلات الميكانيكية .

خطة البحث

٧٧٢ — ونسير على النهج الذي اتبعه القانون المدني العراقي في التبويب الذي اخذ به ، فنقسم هذا الباب الى فصلين ، نخصص الاول للمسؤولية عن الاعمال الشخصية والثاني للمسؤولية عن عمل الغير وعن الاشياء

الفصل الاول

المسؤولية عن الاعمال الشخصية

RESPONSABILITé DU FAIT PERSONNEL

٧٧٣ — خصص القانون المدني العراقي للمسؤولية عن الاعمال الشخصية اثنتين وثلاثين مادة (مواد ١٨٦—٢١٧) ، عالج فيها الاعمال غير المشروعة التي تقع على المال والاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس، واعقب ذلك باحكام مشتركة للاعمال غير المشروعة . وقد استمد القانون المدني الاحكام التي اوردها في هذا الباب من مرشد الحيران ومجلة الاحكام العدلية . ويلاحظ على هذه الاحكام ان واضعها لم يحاول ان يصوغ منها نظرية عامة تربط بينها .

٧٧٤ — وللمسؤولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية اركان يجب توافرها لتحققها . فاذا ما توافرت هذه الاركان ترتب عليها حكمها ، وهو وجوب التعويض(١) . ونرى كلا من الاركان وحكم توافرها ،أي التعويض، في فرع مستقل . ولكن احكام المسؤولية قد تعدل تشديدا ، او تخفيفا ،او الغاءً ، بمقتضى اتفاق او نص في القانون . وهذا ما نراه في فرع ثالث واخير.

(١) جرت عادة الفقهاء والقوانين المدنية على استعمال تعبير « آثار

الفرع الاول

أركان المسؤولية التقصيرية

اركان ثلاثة

٧٧٥ ــ للمسؤولية التقصيرية ، كالمسؤولية التعاقدية ، اركان ثلاثة لابد من توافرها لتحققها • وهذه الاركان هي : خطأ ، وضرر، وعلاقةسببية بين الخطأ والضرر • ونرى كلا من هذه الاركان فى مبحث مستقل •

المبحث الاول

الخطـــأ

LA FAUTE

٧٧٦ ــ الخطأ اهم اركان المسؤولية فى الفقه الغربي وادقها ، فاذا انعدم فلا مسؤولية • فالقاعدة العامة فى هذا الفقه ان لا مسؤولية حيث لا خطأ • وقد ذهب الفقهاء مذاهب شتى فى تحديده ، ولم يتفقوا على تعريف جامع مانع له• ولاجل تقريبه الى الاذهان نحاول ان نحدد فكرة الخطأ أولا ، ثم نستعرض تطبيقات لهذه الفكرة ثانيا • ويكون ذلك فى مطلبين متتابعين •

المسؤولية » ، كما جرت على استعمال تعبير « آثار الالتزام » ، ونحن لانرى هذين التعبيرين دقيقين . فالمسؤولية ، كما هو الحال بالنسبة للالتزام ، عبارة عن حالة قانونية ترد الى واقعة معينة ، فهي اثر لتلك الواقعة وتلك الواقعة مؤثر . ووجوب التعويض ليس اثرا للمسؤولية ، بل حكم لها ، وبعبارة ادق حكم لتوافر اركانها . وهذا الحكم يضاف ايضا الى الواقعة القانونية التي اوجدت المسؤولية ، اي الحالة القانونية ، واوجدته معها فى وقت واحد . لذلك فقد تجنبنا استعمال تعبير « آثار المسؤولية » واستعملنا بدلا منه تعبير « حكم توافر اركان المسؤولية » .

المطلب الاول
تحديد فكرة الخطأ

تعريف الخطأ

٧٧٧ ــ لم يتفق الفقهاء ، كما قلنا ، على تعريف جامع مانع للخطأ . فذهب بعضهم الى انه العمل المخالف للقانون . ويؤخذ على هذا التعريف انه لا يحدد الخطأ ، فيجب ان نعرف ما هي الاعمال الضارة المخالفة للقانون . فالقانون لم ينص الا على عدد قليل منها .

وذهب الأستاذ بلانيول(١) الى انه اخلال بالتزام سابق ، وفى هذا تشبه المسؤولية التقصيرية المسؤولية التعاقدية من حيث قيام كل منهما على الاخلال بالتزام سابق . ولتحديد ماهية الالتزامات التي يعتبر الاخلال بها خطأ موجبا للمسؤولية التقصيرية ، يحاول بلانيول حصرها باربعة : ١ ــ الامتناع عن العنف نحو الاشياء والاشخاص . ٢ ــ الامتناع عن الغش ٣٠ ــ الامتناع عن أي عمل لم تتهيأ له درجة معينة من قوة أو مهارة. ٤ ــ اليقظة فى تأدية واجب الرقابة على الاشياء التي قد ينتج عنها بعض الاخطار ، وعلى الاشخاص الذين هم تحت الحراسة (المجانين ، والاطفال، الخ ..) . ويؤخذ على هذا الرأي انه ، كسابقه ، لا يحدد الخطأ بل يقسم أنواعه .

وذهب الاستاذ عمانوئيل ليفي الى أن الخطأ هو استغلال الثقة المشروعة Confiance légitime trompée . ومؤدى هذا الرأي ان هناك قدرا معقولا من الثقة يجب أن يتوافر للانسان فى نفسه وفى الاخرين. فحيث يكون الانسان فى حاجة الى الثقة بالاخرين عندما يقدم على عمل فالاخرون يكونون مسؤولين تجاهه ، فمن حقه ان يقدم على العمل من غير

(١) ج٢ ، ف ٨٦٣. دراسات عن المسؤولية المدنية ، مقال فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ، سنة ١٩٠٥ ، ص ٢٨٣ وما بعدها ، نقلا عن مازو ج١ ف ٢٩٢ــ٢٩٣ .

أن يتوقع أن يصيبه الاخرون بضرر • وحيث يكون الانسان فى حاجة الى الثقة بنفسه فهو لا يكون مسؤولا تجاه الاخرين ، فمن حقه أن يقدم على العمل من غير أن يتوقع الاضرار بالغير•ولتوضيح رأيه هذا يقول عمانوئيل ليفي ان الطبيب لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للمريض لانه فى حاجة الى الثقة بنفسه عندما يعالج المريض•فهو اذا كان يخشى المسؤولية لما أقدم على المعالجة • ويرد الاستاذان مازو على هذا المثل أولا بانه يدخل فى نطاق المسؤولية التعاقدية لا التقصيرية ، وثانيا بان المريض يستطيع بدوره أن يتمسك بما يقول به الاستاذ ليفي ويقول بانه هو أيضا كان فى حاجة الى الثقة بالطبيب عند معالجته • وهكذا يؤول الامر الى دراسة سلوك كل من المتضرر ومحدث الضرر(١) •

وحاول فقهاء اخرون وضع تعريفات اخرى للخطأ ، كالاعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء أو لا يستطيع أن يعارضه بحق أقوى منه ، وكالاخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب • وعيب هذه التعريفات جميعا عدم التحديد • فهي ، كسابقاتها ، لا تعطي تعريفا محددا للخطأ ، بل تضع عبارات عامة تحتاج بدورها الى التعريف والتحديد •

الخطا هو الاخلال بواجب قانوني بعدم الاضرار بالغير

٧٧٨ ــ والرأى الراجح فقهاء وقضاء فى الوقت الحاضر يذهب الى تحديد الخطأ فى المسؤولية التقصيرية بانه اخلال بالتزام سابق • وهذا الالتزام هو الواجب الذي يفرضه القانون على كل فرد بعدم الاضرار بالاخرين • والالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية دائما • والعناية المطلوبة هنا هي اتخاذ الحيطة اللازمة لتجنب الاضرار بالغير ، وبذلك يختلف الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير المسؤولية التقصيرية عن الالتزام الذي يؤدي الاخلال به الى تقرير

(١) المرجع السابق ، ف ٣٩٤ .

المسؤولية التعاقدية • فهو فى هذه الحالة قد يكون التزاما بتحقيق غاية أو التزاما ببذل عناية •

الخطأ السلبي

٧٧٩ ـ ولا يشترط فى الخطأ أن يكون عملا ايجابيا ، فيمكن ان يكون امتناعا عن عمل • كما اذا لم يضىء سائق سيارة مصابيح سيارته ليلا فأدى ذلك الى وقوع اصطدام وحدوث ضرر • فعدم اضاءة المصابيح امتناع عن عمل ، أو عدم قيام بعمل ، ولكنه مع ذلك يكون خطأ يحاسب عليه السائق •

متى يعتبر الامتناع خطا

٧٨٠ ـ ويجري النقاش بين الفقهاء لمعرفة متى يعتبر الامتناع عن عمل خطأ موجبا للمسؤولية التقصيرية • من المتفق عليه فى هذا الباب انه اذا كان القانون يأمر بالفعل الذي امتنع عنه محدث الضرر فالمسؤولية تتقرر ، كما فى المثل المتقدم • فالقانون يأمر باضاءة مصابيح السيارات عند السير بها ليلا • ولكن ما الحكم اذا لم يكن هناك نص قانوني يوجب القيام بعمل ؟ مثال ذلك ما اذا رأى شخص طفلا يوشك على الغرق ولم يتقدم لانقاذه مع انه يجيد السباحة • فهل تتقرر مسؤولية هذا الشخص ؟ حسم القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٤٥ هذا الامر بنص خاص ، فاعتبر مجرد الامتناع عن مد يد المعونة الى شخص معرض للخطر دون ان يتعرض من يراه لخطر ما ، اعتبر مجرد ذلك جريمة • ويمثل هذا النص مرحلة من مراحل تطور القواعد الخلقية الى قواعد قانونية • ولكن اذا لم يوجد مثل هذا النص فالرأي الراجح ان المسؤولية لا تتقرر •

معيار جسامة الخطا

٧٨١ ـ ولكن هل كل فعل يحدث ضررا يوجب المسؤولية ام لا بد من توافر بعض الشروط فيه ليكون كذلك ، كضرورة كونه مصحوبا بنية الاضرار أو على درجة من الجسامة ؟ ولتوضيح ذلك نضرب

المثلين التاليين : تاجر يفتح متجرا بجانب تاجر اخر فينصرف اليه عملاء التاجر القديم ، فيصيب هذا الاخير من جراء ذلك ضرر كبير • شخصان يتسابقان للحصول على جائزة فيسبق أحدهما الاخر ويفوز دونه بالجائزة. ففي هذين المثلين نجد عملا يصدر من شخص فيحدث ضررا لاخر • ولكن هذا العمل لا يوجب مسؤولية من قام به ، وعليه فهو لا يعتبر خطأ •

فكيف يمكننا اذن أن نعرف متى يعتبر الفعل خطأ موجبا للمسؤولية التقصيرية ؟

ركنا الخطأ

٧٨٢ — يجيب الفقهاء عن ذلك بالقول بانه لكي يعتبر الفعل خطأ موجبا لمسؤولية فاعله ، يجب أن يتوافر فيه الركنان التاليان : ١ — التعدي، وهذا هو الركن المادي • ٢ — الادراك ، وهذا هو الركن المعنوي • ونرى كلا من هذين الركنين على حدة •

الركن الاول — التعدي Culpabilité

٧٨٣ — يقوم ركن التعدي في أن تصرف الشخص لا يقره عليه القانون • ويمكن النظر الى تصرف الشخص في هذا الصدد من ناحيتين : ايجابية وسلبية • فمن الناحية الايجابية يكون الانسان متعديا عند قيامه بعمل مادي اذا تجاوز الحدود التي كان يجب عليه التزامها عند قيامه بالعمل، كالسائق الذي يسير بسرعة كبيرة فيدعس شخصا • فقد كان عليه ان لا يتجاوز السرعة التي يحددها القانون • ومن الناحية السلبية يكون الانسان متعديا اذا قصر في القيام بعمل مادي ، كالسائق الذي لا يضيء مصابيح السيارة ليلا فيؤدي ذلك الى وقوع اصطدام وحدوث ضرر •

ولكن متى يعتبر الانسان متجاوزا ، اي متعديا ، ومتى يعتبر مقصرا ؟ هناك معياران لتحديد ذلك ، أحدهما شخصي او ذاتي ، والثاني موضوعي او مجرد •

١ — المعيار الشخصي او الذاتي Appréciation in concreto

٧٨٤ — فالمعيار الشخصي أو الذاتي ينظر الى الفعل من خلال شخص

الفاعل • وبمقتضى هذا المعيار ننظر الى شخص محدث الضرر وسلوكه لنرى هل هو شخص عادي ، فان كان كذلك حاسبناه كما نحاسب الشخص العادي • وان كان مستواه أعلى من مستوى الشخص العادي تشددنا معه وحاسبناه على أمور لا نحاسب عليها من هو دونه مستوى • وان كان مستواه دون مستوى الشخص العادي تساهلنا معه ولم نحاسبه كما نحاسب الشخص العادي • وقد قيل فى تأييد هذا المعيار انه معيار عادل لانه يقيس المسؤولية بمقياس من فطنة الشخص وذكائه ويقظته • ولكن يؤخذ عليه انه معيار غير منضبط ولا واف بالغرض • فهو ينظر الى الفعل من خلال شخص الفاعل وفطنته وذكائه ويقظته ، وهذه أمور خفية لا يمكن التعرف عليها بسهولة • ثم أنه (المعيار) يختلف من شخص الى اخر ، وهذا ما يزيد عمل القاضي صعوبة • ثم أن الشخص الذي وقع عليه الضرر لا يهمه كل ذلك • فسواء أكان من أحدث الضرر شخصا عاديا ام فوق مستوى الشخص العادي ام دون مستواه فذلك يجب ان لا يؤثر على حق المضرور فى الحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه • فالتعويض جزاء مدني ينظر فيه الى الضرر قبل أن ينظر الى محدثه ، بعكس الجزاء الجنائي الذي ينظر فيه الى شخص المجرم قبل أن ينظر الى الجريمة • لذلك لم ينتشر هذا المعيار ولم يصادف نجاحا يذكر •

٢ ـ المعيار الموضوعي او المجرد Appréciation in abstracto

٧٨٥ ـ وينظر المعيار الموضوعي الى شخص يمثل الشخص العادي أو المتوسط من الناس والذي لا هو خارق الذكاء ولا بالغ الغباء ، وهو ما يسمى برب الاسرة الحريص Bon père de famille ثم يقيس سلوك محدث الضرر به • فاذا لم يخرج عن سلوك هذا الشخص فهو لم يتعد ولا تتقرر مسؤوليته ، واذا خرج فى سلوكه عن سلوك الشخص المتوسط فقد ثبت خطأه وتحققت مسؤوليته ، ويستوي

بعد ذلك ان يكون ذكيا أو غبيا ، حريصا أو مهملا • وقد قيل فى تأييد هذا المعيار انه يجنبنا البحث فيما وراء الظاهر للكشف عن خبايا النفس وما تخفي الصدور • فهو معيار واحد بالنسبة لجميع الناس ولا يختلف تطبيقه من شخص الى اخر • وبذلك يصبح الخطأ شيئا اجتماعيا لا ظاهرة نفسية ، فتستقر الاوضاع وتنضبط الروابط القانونية •

ولا يخفى ما فى هذا المعيار من تسليم بتحمل التبعة Risque فالشخص الذى لا يصل فى سلوكه الى مستوى الشخص المتوسط يتحمل نتيجة ذلك ويصبح مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للغير • وهذا المعيار يفرض على الناس أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ اواسطهم فمن علا عن الوسط ، كما يقول الاستاذ السنهوري(١) ، كان علوه غنما ، ومن نزل عنه كان نزوله غرما •

الاعتداد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية

٧٨٦ ــ ولكن هذا الشخص المتوسط الذي اتخذناه مقياسا ليس شخصا مثاليا يعيش فى برج عاجي فى معزل عن المجتمع • انه شخص واقعى يحيا الحياة التي نحياها ويتأثر بالظروف المحيطة به كما نتأثر نحن • فاذا أردنا ان نقيس سلوك محدث الضرر بسلوكه فعلينا أن نفترضه فى الظروف التي وجد فيها محدث الضرر • وهذه الظروف على نوعين : ظروف داخلية Circonstaces internes • وهي التي تتعلق بشخص الفاعل ، كالسن والصحة والمرض والثقافة والحالة العصبية ، الخ •• ، وظروف خارجية Circoustances Externes التي تتعلق بالزمان والمكان • فالنوع الاول من هذه الظروف لا نأخذه بنظر الاعتبار ، ويجب على محدث الضرر ان لا يخرج عن سلوك الشخص المتوسط عند احداث الضرر مهما كانت حالته • فاذا كان سائق السيارة مصابا بمرض عصبي مثلا ولا يستطيع أن يضبط أعصابه فلا يؤخذ ذلك بنظر الاعتبار ، ويطلب من السائق أن يسوق

(١) الوسيط ، ف ٥٢٨ ، ص ٧٨٢ .

كما يسوق الشخص الصحيح البنية المسيطر على أعصابه .

أما الظروف الخارجية فتؤخذ بنظر الاعتبار . فاذا ساق شخص سيارة بسرعة مائة كيلو متر فى الساعة مثلا ودعس شخصا فلا نقول هل يسوق الشخص المتوسط بمثل هذه السرعة . نمثل هذه السرعة يمكن وصفها فى القرن التاسع عشر بانها جنونية ، أما اليوم فى سنة ١٩٦٠ ، فهي ليست بالكبيرة بالنسبة للتقدم العلمي . ثم اننا يجب أن نعرف أين كان السير ، داخل المدنية أم خارجها . واذا كان داخل المدنية فهل كان فى محل مزدحم أم فى شارع عريض خال من المارة . واذا كان خارج المدنية فهل كان الطريق مبلطا أم غير مبلط ومملوءً بالحفر ، وهل كان الوقت ليلا أم نهارا ، وهل كان محل الحادث ملتقى طرق . هذه الظروف يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار ، فنقول مثلا : لو افترضنا ان الشخص المتوسط كان فى محل محدث الضرر فهل كان يسوق بسرعة مائة كيلو متر فى الساعة فى داخل المدنية وفى شارع مكتظ بالناس ؟ والجواب الذي نصل اليه هو الذي يقرر ما اذا كان محدث الضرر خاطئا عند احداثه الضرر أم لا . واذا كان السير في خارج المدينة والطريق غير مبلط ومملوءً بالحفر ، أو كان محل الحادث ملتقى طرق ، فنتساءل فيما اذا كان الشخص العادي يسوق بمثل هذه السرعة فى مثل هذا الطريق او عند الاقتراب من ملتقى طرق .

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نعرف التعدي بالتعريف الذي وضعه الاساتذة مازو(١) بانه : « سلوك معيب لا يأتيه شخص متبصر وجد فى الظروف الخارجية نفسها التي وجد فيها محدث الضرر » . وهذا الشخص المتبصر ، كما سبق أن قلنا ، ليس واحدا لا يتغير . فهو يختلف باختلاف ظروف الزمان والمكان .

عبء الاثبات

٧٨٧ ـ تقوم المسؤولية عن الاعمال الشخصية على الخطأ الثابت ، أي

(١) ف ٤٣٩ ، ص ٤٣٢ .

الذي يجب اثباته . ولما كانت القاعدة ان البينة على المدعي فعبء الاثبات يقع على عاتق الدائن ، وهو الشخص الذي يدعي حصول ضرر له نتيجة فعل صادر من اخر ، الذي هو المدين . وما يجب عليه اثباته هنا هو اخلال محدث الضرر بالواجب الذي يفرضه القانون بعدم الاضرار بالغير . فيثبت عدم اتخاذه الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر،أي يثبت ركن التعدي بالمعنى الذي حددناه فيما تقدم ، وبذلك يكون قد أثبت انحراف سلوك محدث الضرر عن سلوك الشخص العادي أو المتوسط الذي رأيناه .

حالات لا يعتبر الفعل الضار فيها خطأ موجبا للمسؤولية

٧٨٨ ــ واذا أثبت المتضرر خطأ محدث الضرر بالمعنى المتقدم فقد ثبتت مسؤولية هذا الاخير ويجب عليه التعويض.ولكن هناك حالات لايعتبر القانون فيها الفعل الضار خطأ موجبا للمسؤولية ، بل يعتبره عملا مباحا . فاذا أثبت محدث الضرر انه كان فى أحدى هذه الحالات فلا يجب عليه التعويض . وهذه الحالات تنص عليها قوانين العقوبات عادة ، وهي حالة الدفاع الشرعي ، وحالة تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته . وهناك حالة ثالثة تكون مسؤولية الفاعل فيها مخففة فلا يحكم عليه بالتعويض كاملا ، وهي حالة الضرورة . وقد نص القانون المدني على هذه الحالات فى المواد (٢١٢ ــ ٢١٥) . ونستعرض فيما يلي بايجاز كلا منها على حدة .

اولا ــ الدفاع الشرعي Etat de légitime défense

٧٨٩ ــ تنص المادة (٢١٢) من القانون المدني على ما يلي : « ١ ــ الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها . ٢ ــ فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز فى ذلك القدر الضروري ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وأول ما يلاحظ على هذه المادة أنها اباحت الدفاع الشرعي عن النفس فقط ، وكان من اللازم ان تبيحه عن

المال أيضا . وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري فى المادة (١٦٦) بقوله: « .. وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن ماله ، أو عن نفس الغير أو مالـــه .. » .

شروط الدفاع الشرعي

٧٩٠ ــ والذي يترتب على الدفاع الشرعى هو اعتبار الفعل مباحا وعدم تقرير مسؤولية الدافع . ولكن لا بد لتحقق الدفاع الشرعى من توافر الشـــروط الثلاثة التاليـــة :

١ ــ ان يكون هناك خطر حال على النفس . ويقصد بالنفس هنـــا نفس الدافع أو نفس شخص اخر.ولكن هل يشترط فى هذا الشخص الاخر أن تربطه بالدافع صلة قرابة او اية علاقة اجتماعية اخرى ؟ يذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى ان هذا الشخص يجب ان يكون عزيزا على الدافع الى درجة كبيرة(١) . ونحن لانتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه ونرى ان الدفاع عن أي شخص ، ولو لم يكن عزيزا على الدافع ، يعتبر دفاعا شرعيا يرفع المسؤولية . وحجتنا فى ذلك أولا ان النص مطلق ، والمطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصـــا أو دلالة . وليس فى النص ما يقيـــد الشخص الذي يدافع عنه الانسان بان يكون عزيزا عليه الى درجة كبيرة . ثم انه اذا رأى شخص اخر يرتكب جريمة ، قتل مثلا ، فمنعه باصابته اصابة أحدثت له ضررا ، فهل نحاسب هذا الشخص على منعه ارتكاب الجريمة ونحكم عليه بالتعويض ؟! ان مثل هذا الشخص يجب ان يكافأ ، لا انيحكم عليـــه بالتعويض .

٢ ــ أن يكون ايقاع الخطر عملا غير مشروع ، فاذا كان مشروعا فلا تجوز مقاومته . فاذا صدر امر بالقاء القبض على شخص وجـــاء رجـــال الشرطة لاحضاره فلا يجوز له مقاومتهم بحجة الدفاع الشرعي عن نفسه .

٣ ــ الا يجاوز الدافع القدر اللازم لدرءالخطر عن نفسه ، فاذا جاوزه

---

(١) الوسيط ، ص ٧٨٨ .

كان متعديا ويجب عليه التعويض . ولكن اذا تقررت مسؤولية الدافع لمجاوزته القدر اللازم لدرء الخطر عن نفسه فانها تكون مسؤولية مخففة ، وتراعى فى التعويض الذي يحكم عليه به مقتضيات العدالة ، وذلك لان الخطأ من جانبه يقابله خطأ من جانب المعتدي .

فاذا توافرت الشروط المتقدمة اعتبر الشخص فى حالة دفاع شرعي ، واعتبر الفعل الذي قام به مباحا لا تترتب عليه المسؤولية . وذلك مصداقا لقوله تعالى : «ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(١).

ثانيا ـ تنفيذ امر صادر من رئيس تجب طاعته

٧٩١ ـ تنص المادة (٢١٥) من القانون المدني على ما يلي : « ١ ـ يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الامر ما لم يكن مجبرا . على ان الاجبار المعتبر فى التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجىء وحده. ٢ ـ ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي أضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه او يعتقد انها واجبة . وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه بان يقيم الدليل على انه راعى فى ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة » . وقد عالجت هذه المادة حالة ما اذا تلقى الانسان أمرا بالقيام بعمل يترتب عليه ضرر للغير وميزت بين حالة ما اذا كانت طاعة الآمر واجبة وحالة ما اذا لم تكن هذه الطاعة واجبة .

٧٩٢ ـ فالفقرة الاولى من المادة تتكلم عن حالة قيام شخص بفعل بناء على أمر صدر اليه من شخص اخر ، وتضيف الفعل اليه لا الى الآمر ما لم يكن الامر مجبرا . فاذا أمر شخص اخر بهدم جدار فهدمه فالمسؤول عن الهدم هو الهادم لا الآمر ، الا اذا اجبره الآمر على الهدم . والاجبار يتم باستعمال احد طرق الاكراه . ولكن لا يعتبر كل اكراه سببا لرفع المسؤولية عن الفاعل والقائها على الآمر ، بل الاكراه الملجيء وحده هو

(١) البقرة ، ١٩٤ .

الذي يعتبر سببا لذلك(١). وقد سبق ان رأينا معنى الاكراه الملجيء في حينه.

٧٩٣ ـ وتضيف الفقرة الثانية الى ماتقدم ان الموظف العام لا يكون مسؤولا اذا قام بعمل تنفيذا لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه او يعتقد انها واجبة . ولا يكفي ان تكون طاعة الرئيس واجبة على المرؤوس ، او اعتقاد هذا الاخير انها واجبة ، بل يجب ان يكون الفعل المأمور به مشروعا . فاذا لم يكن مشروعا فلا يعفى الموظف من المسؤولية . ويجب على الموظف ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه . وهو يثبت ذلك اذا اثبت انه راعى جانب الحيطة عند قيامه بالعمل ، وانه كانت لديه أسباب معقولة تحمله على الاعتقاد بمشروعية العمل . ويرجع تقدير هذه الاسباب لمحكمة الموضوع . فاذا أمر المفتش الصحي مثلا المستخدمين الذين معه باتلاف بعض الاطعمة المعروضة في السوق لتفسخها وخطرها على الصحة العامة فاتلفوها فلا مسؤولية عليهم. وكذلك اذا أمر مهندس البلدية العمال الذين معه بهدم جدار مائل للانهدام فهدموه فلا مسؤولية عليهم . واذا لم يكن العمل المأمور به مشروعا فلا تجب طاعة الرئيس(١) ، واذا قام قام به الموظف كان مسؤولا عن التعويض، فاذا أمر رئيس دائرة أحد الموظفين أو المستخدمين او الفراشين مثلا بضرب أحد المراجعين لم يجز له ضربه ، واذا ضربه كان مسؤولا عن التعويض .

---

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق في حكم لها صادر في ١٢ـ١١ـ٥٩ بان « المميز عليه يعترف باستدعاء دعواه بان الشركة هي التي قامت بالحفريات وازالت المزروعات الشتوية العائدة له فسببت له الاضرار المدعى بها المقدرة باستدعاء الدعوى بثلاثمائة دينار وان المحكمة الزمت المميزة بالمبلغ المدعى به دون ملاحظة احكام المادة ٢١٥ مدني المتضمنة اضافة الفعل الى الفاعل لا الآمر مالم يكن مجبرا ، وان الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجيء وحده . وحيث لم تتوفر شروط الاكراه الملجيء فكان ينبغي على المحكمة ان تلاحظ ذلك وترد دعوى المدعى عن وزارة الاعمار من جهة الخصومة . فذهابها الى خلاف ذلك غير صواب . وعليه قرر نقض الحكم» .

(١) وفي هذا المعنى يقول الحديث الشريف : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .

مشروعية الاوامر الصادرة باطلاق النار على المتظاهرين او بضرب المتهمين

٧٩٤ ــ والبحث فى ضرورة مشروعية العمل الصادر من المرؤوس يجرنا الى البحث فى مشروعية الاوامر الصادرة باطلاق النار على المتظاهرين لتفريقهم ، او بضرب المتهمين وتعذيبهم للحصول على معلومات منهم .

ففيما يتعلق بالامر الاول ، لاشك فى ان اطلاق الرصاص على اناس لا يحملون سلاحا امر غير مشروع ويلزم مرتكبه بتعويض الضرر الناشيء عنه ، بالاضافة الى مسؤوليته الجنائية . ولكن تثور الصعوبة بالنسبة للمرؤوسين الذين يتلقون الاوامر باطلاق النار ، فهل بامكانهم عصيان الاوامر الصادرة اليهم بحجة ان العمل الذي يؤمرون به غير مشروع؟ الحقيقة ان الجواب عن هذا السؤال امر من الصعوبة بمكان، ولانستطيع اعطاء رأي جازم فى الموضوع نظرا للصفة العسكرية التي لافراد الشرطة والجيش الذين يؤمرون بتنفيذ هذه الاوامر ، وما تقتضيه هذه الصفة من طاعة وعدم مناقشة . والاولى ان يترك ذلك لمحكمة الموضوع .

وفيما يتعلق بضرب المتهمين وتعذيبهم ، فهذا أمر غير مشروع ولا يجوز طاعته مطلقا ، واذا أطاع المرؤوس الامر الصادر اليه بالضرب او التعذيب كان مسؤولا عن تعويض الضرر هو ورئيسه(١) ، بالاضافة الى مسؤوليتهم الجنائية .

حكم توافر الشروط المتقدمة

٤٩٥ ــ فاذا توافرت الشروط المتقدمة ، بان أثبت الموظف انه كان يعتقد وجوب طاعة الرئيس ومشروعية العمل ، ومراعاته جانب الحيطة، كان تنفيذ الموظف لامر رئيسه امرا مشروعا لا يوجب مسؤوليته . ولكن ذلك لا يعفي الرئيس من المسؤولية . وهذا الحكم يمكن الوصول اليه بتطبيق المعيار الموضوعي او المجرد الذي سبق ان رأيناه ، أي معيار الرجل

(١) وفى هذا المعنى يقول الحديث الشريف : « لا تضربوا المسلمين فتذلوهم » . ويقول احد مفكري الغرب : « ان امة تضرب ابناءها لا تستحق الحياة » .

العادي او المتوسط • فالشخص المتوسط اذا وجد فى الظروف التي حددتها الشروط المتقدمة فهو لا يجد بدا من تنفيذ أمر رئيسه • وعليه فالموظف لا يكون قد انحرف عن سلوك الشخص المتوسط او العادي ، وبالتالي لا يكون متعديا ولا تتقرر مسؤوليته •

ثالثا ـ حالة الضرورة

٧٩٦ ـ وحالة الضرورة هي الحالة التي يضطر فيها الشخص الى احداث ضرر قليل لتجنب ضرر كبير • وفى هذه الحالة يلزم بتعويض مناسب تقدره المحكمة ، لا بالتعويض كله • وقد نص القانون المدني على صورتين لهذه الحالة ، الاولى احداث ضرر قليل لتجنب ضرر كبير ، والثانية تحمل الضرر الخاص لدرء ضرر عام • ونرى كلا من هاتين الصورتين على حدة •

الصورة الاولى ـ احداث ضرر قليل لتجنب ضرر كبير

٧٩٧ ـ نصت على هذه الصورة المادة (٢١٣) بقولها : « ١ ـ يختار أهون الشرين• فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف • ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كليا • ٢ ـ فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لايكون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبا » • فاذا اضطر الانسان الى احداث ضرر للغير لتجنب ضرر أكبر لم يلزم بالتعويض كاملا ، بل بتعويض مناسب تقدره المحكمة •

ويجب لانطباق النص المتقدم ان يزيد الضرر الذي يراد تفاديه كثيرا على الضرر الذي يحدث • مثال ذلك ما اذا اضطر سائق سيارة لاتلاف مال فى الطريق لتجنب دعس شخص(١) • فالضرر الذي يتأتى من دعس الشخص

(١) يضرب الاستاذ منير القاضي لهذه الحالة مثلا بالشخص الذي دعته الضرورة الى قتل حيوان مملوك للغير انقاذا لنفسه من خطره (ملتقى البحرين، ص ٣٢٧) ... ونحن لا نرى هذا المثل ينطبق على الحالة التي نحن بصددها، بل على حالة الدفاع الشرعي ، وبالتالي يعفى قاتل الحيوان من التعويض نهائيا .

اكبر بكثير من الضرر الذي ينتج عن اتلاف المال ، فيحكم على السائق بتعويض مناسب تقدره المحكمة(١) . اما اذا كان الخطر المراد تجنبه مساويا للضرر الذي احدث او أقل منه فلا يعفي محدثه من المسؤولية الكاملة ومن الحكم عليه بتعويض كامل . فاذا اضطر الانسان الى التضحية اما بماله او بمال غيره المساوي لماله فى القيمة فعليه ان يضحي بماله ، واذا ضحى بمال غيره كان ضامنا ويجب عليه التعويض كاملا .

قيد ـ عدم التعرض للضرر الاكبر بخطأ المسؤول

٧٩٨ ـ ويجب ان يلاحظ ان التعرض للضرر الاكبر يجب الا يكون قد حدث بخطأ المسؤول ، والا الزم بالتعويض كاملا . فاذا كان سائق السيارة قد اضطر بخطأه الى اتلاف مال فى سبيل تجنب دعس شخص ، فانه يكون مسؤولا مسؤولية كاملة ويحكم عليه بالتعويض كاملا(٢) .

---

(١) الحق ان تبرير هذا الحكم امر من الصعوبة بمكان . فما ذنب الشخص الذي اوقع عليه غيره ضررا ليجنب نفسه او غيره ضررا اكبر ، ماذنب هذا الشخص ليتحمل جزءا من هذا الضرر !!! الحقيقة ان العدالة تقضي بتحميل هذا الضرر الشخص الذي تجنب الضرر الاكبر ، فهو قد استفاد بتجنبه هذا الضرر ، فيجب ان يتحمل الضرر الاخف . فكون محدث الضرر قد اضطر الى احداثه ولا يدله فى هذا الاضطرار لا يقتضي اعفاءه من جزء من التعويض . وهذا ما تقضى به قاعدة « الاضطرار لا يبطل حق الغير » التي يقول بها الفقهاء المسلمون والواردة فى الفقرة الاولى من المادة (٢١٣) المذكورة فى المتن ، وكذلك قواعد الكسب دون سبب .

(٢) وقد طبقت محكمة تمييز العراق المادة (٢١٣) من القانون المدني بمناسبة فيضان سنة ١٩٥٤ . ففي هذه السنة حدث فيضان لم يسبق له مثيل وتعرضت مدينة بغداد للغرق ، وحفظا لها من ذلك قامت السلطات المختصة بكسر السداد ، فادى ذلك الى غرق مزارع وبساتين كثيرة وتضرر اصحابها . فاقام هؤلاء الدعوى على الحكومة مطالبين بالتعويض مستندين فى ذلك الى المادة (٢١٣) مدني المذكورة فى المتن . ولكن محكمة البداءة ردت هذه الدعاوى مستندة الى المادة (٢١١) من القانون المدني التي تعفي محدث الضرر من التعويض اذا اثبت ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له ، معتبرة الفيضان سببا اجنبيا الجا الحكومة الى كسر السداد . فنقضت محكمة التمييز هذه الاحكام . وقد جاء فى حيثيات احد هذه الاحكام ما يلي: « ولدى التدقيق والمداولة ـ وجد ان المحكمة استندت الى المادة (٢١١) من

الصورة الثانية ـ تحمل الضرر الخاص لدرء ضرر عام

٧٩٩ ـ والصورة الثانية لحالة الضرورة التي نص عليها القانون المدني هي الاضطرار الى احداث ضرر خاص لدرء ضرر عام . وقد نصت على هذه الحالة المادة (٢١٤) بقولها : « يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام . ٢ ـ فاذا هدم احد دارا بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق فى المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الامر لم يلزمه الضمان وان كان هدمها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب » ونحن لا نتفق مع النص فى ما يذهب اليه من الحكم على من هدم الدار بتعويض مناسب اذا كان قد هدم الدار من تلقاء نفسه ما دام قد ترتب على هذا الهدم انقطاع الحريق . بل نرى، على العكس من ذلك ، وجوب مكافأة هذا الشخص وتعويضه عن العمل الذي قام به والمجهود الذي بذله فى سبيل اطفاء الحريق ومنع سريانه الى الدور المجاورة . فهو بوقفه الحريق يكون قد أدى خدمة كبيرة للدولة ولاصحاب الدور التي كانت معرضة للحريق . اما صاحب الدار التي هدمت فيرجع بالتعويض على أصحاب الدور التي استفادت من الهدم يتجنب الحريق وفقا لقواعد الكسب دون سبب .

الركن الثاني ـ الادراك Imputabilité, discernecent

٨٠٠ ـ الرأي السائد فقها وقضاءً يذهب الى ان الادراك او التمييز شرط أساسي لايتحقق الخطأ بدونه . فالصبي غير المميز والمجنون والسكران

القانون المدني واعتبرت ان الضرر المدعى به نشأ عن سبب اجنبي لايد للمدعى عليه فيه . فى حين ان الثابت ان كسر السد واغراق اراضي المميز وقع بعمل يد الموظفين الذي يعتبر المدعى عليه وزير المالية ممثلا لهم . والحادثة المبينة فى المادة (٢١١) تنطبق على الحادثة فيما اذا انكسرت السداد بنتيجة ضغط المياه لا بايدي الموظفين وحسب الاوامر الصادرة اليهم . لذلك فالمادة (٢١١) مدني لاتنطبق على الحادثة ، انما المادة التي تنطبق هي المادة (٢١٣) منه القائلة (فمن سبب ضررا وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا عن الضرر الذي سببه..). لهذا كان على المحكمة ان تدخل فى اساس الدعوى وتستمع الى وسائل اثبات المميز عن المبلغ وتجري الكشف وتقوم بجميع الاجراءات القانونية الخاصة بثبوت الدعوى ثم تقرر التعويض الذي تراه مناسبا حسب احكام المادة المذكورة . وعليه قرر نقض الحكم .. وصدر بالاتفاق ـ ٢٤ـ١ـ٥٦» .

والمعتوه ومن فى حكمهم لا يمكن ان تتقرر مسؤوليتهم التقصيرية . فما دامت هذه المسؤولية تقوم على الخطأ ، فيجب ان يدرك من يراد تقرير مسؤوليته ماهية الفعل الذي يقدم عليه والضرر الذي يترتب عليه للغير . وهذه القاعدة استقرت عليها تقاليد القانون الروماني واستمرت عبر القرون الوسطى حيث اخذ بها القانون الفرنسي القديم ثم القانون المدني الفرنسي والقوانين المستمدة منه .

٨٠١ ــ ولكن هذه النظرية لم تسلم من النقد. فقد لاحظ بعض الفقهاء مافى عدم تقرير مسؤولية هؤلاء الاشخاص من جرح للعدالة . فقد يكون عديم التمييز غنيا والمضرور فقيرا . وأزاء هذا النقد لجأ انصار النظرية الى تعديل نظريتهم ، فقالوا ان الادراك من الامور الداخلية التي لا تؤخذ بنظر الاعتبار كعامل السن والجنس والصحة والمرض ، الخ.. وبالتالى لا يشترط الادراك او التمييز لتحقق الخطأ . وهم بقولهم هذا يقتربون من النظرية المادية التي تنظر فى المسؤولية الى الضرر لا الى الخطأ . فسواء كان محدث الضرر خاطئا او غير خاطىء فهو يلزم بالتعويض . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . ويضيف انصار هذه النظرية الى ذلك قولهم ان غير المميز اذا لم يكن قادرا على ارتكاب الخطأ فهو يستطيع احداث الضرر . فالانسان يجب ان يتحمل تبعة اعماله . فاذا احدث ضررا للغير نتيجة هذه الاعمال فعليه تعويضه ، ولا ينظر الى حالته عند احداث الضرر . فهو يجب ان يتحمل نتيجة أعماله ، مميزا كان او غير مميز ، مجنونا او عاقلا، سكرانا او صاحيا .

فكرة الخطا فى الفقه الاسلامي

٨٠٢ ــ والفقه الاسلامي لا يأخذ بفكرة الخطأ فى التصرفات الفعلية. فسواء كان محدث الضرر متعديا او غير متعد وسواء كان مميزا او غير مميز ، فهو ضامن لفعله ، اي يسأل عن تعويض الضرر الذي يحدثه . فمن القواعد المقررة فى هذا الباب ان « المباشر ضامن وان لم يتعمد او يتعد ».

فاذا زلت قدم شخص وسقط على الارض وبسقوطه اتلف مالا لآخر كان ضامنا • وذهب بعض الفقهاء الى حد القول بأنه اذا سقط طفل حين ولادته على شيء وأتلفه فهو ضامن ، والتعويض يدفع من ماله اذا كان له مال ، فان لم يكن له مال ينتظر الى ان يكون له مال •

٨٠٣ ـ والقاعدة فى هذا الفقه ايضا ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا أضيف الحكم الى المباشر وهو الذي يلزم بالضمان • فاذا حفر شخص حفرة فى الطريق العام بدون اذن ولي الامر وجاء شخص والقى فيها مالا لآخر فاتلفه فالضمان على من القى المال لانه هو المباشر ، أما الحافر فمتسبب ولا يضاف اليه الحكم فلا يلزم بالتعويض • واذا اجتمع مباشران او متسببان الزم كل منهما بنصيبه من الضمان بلا تكافل بينهما ، فكل نفس بما كسبت رهينة ولا سبب للتكافل •

٨٠٤ ـ والقاعدة فى الفقه الاسلامي أيضا ان المباشر ضامن ولو لم يتعمد او يتعد ، اما المتسبب فلا يضمن الا بالتعمد او التعدي • فاذا حفر شخص حفرة فى الطريق العام بدون اذن ولى الامر فسقط فيها مال آخر فتضرر كان متسببا فى الاتلاف ضامنا للضرر ، لانه كان متعديا فى فعله الذي حصل الضرر بسببه • واذا لم يكن المتسبب متعديا فلا ضمان عليه • فاذا حفر أحد حفرة فى ملكه فسقط فيها حيوان او انسان فتضرر لم يضمن لانه لم يكن متعديا بالحفر ، فهو قد حفر فى ملكه • والمقصود بالتعدي فى هذا الباب هو ان يجري الفعل بدون وجه حق • واذا كان المتسبب متعمدا كان ضامنا ولو لم يكن متعديا • فاذا حفر احد خندقا فى ملكه بقصد الاضرار بماشية الغير فتضررت كان ضامنا لتعمده الاضرار ولو يكن متعديا فى فعله•

التقصير وعدم التحرز

٨٠٥ ـ ويعرف الفقه الاسلامي فكرة الخطأ السلبي ويسميه بـ « التقصير » أو « عدم التحرز » • مثال ذلك ما لو سلم أحد ولده الى سباح ليعلمه السباحة فغرق الولد كان السباح مسؤولا • وسبب ذلك انه تسلم

الولد ليحتاط فى حفظه ، فغرقه دليل التقصير فى المحافظة الواجبة والتفريط فى الانتباه المطلوب(١) • ومثال ذلك ايضا ما اذا ساق رجل دابة فوقع سرجها أو لجامها أو شيء اخر من ادواتها التي تحمل عليهاواصابهذا الشيء انسانا فمات ، فالسائق ضامن « لان الوقوع بتقصير منه ، وهو ترك الشد والاحكام فيه »(٢) • وتقابل هذه الحالات فى الفقه الغربي حالة الخطأ المفترض افتراضا قاطعا لا يقبل اثبات العكس ، والتي سنراها فى محلها •

فكرة الخطا فى القانون المدني العراقي

٨٠٦ ــ وقد استمد القانون المدني العراقي أحكام الضمان من الفقه الاسلامي ، ولكن بعد ان ادخل عليها تحويرا عميقا • فقد رأينا فيما تقدم ان القاعدة فى هذا الفقه هي أنه « اذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم الى المباشر ، وان « المتسبب لا يضمن الا بالتعمد او التعدي» • ورأينا أيضا ان فكرة الخطأ غير مأخوذ بها فى هذا الفقه ، فعديم التمييز يسأل عن الضرر الذي يحدثه • والتحوير الذي ادخله القانون المدني العراقي على هذه القواعد هو اشتراطه التعمد او التعدي لتقرير المسؤولية ، وتقريره كذلك فى حالة اجتماع المباشر والمتسبب اضافة الحكم الى المتعمد او المتعدي منهما وتكافلهما فى الضمان اذا ضمنا معا • وقد نصت على هذا الحكم المادة (١٨٦) بقولها : « ١ ــ اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا اذا كان فى احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى • ٢ ــ واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما ، فلو ضمنا معا كانا متكافلين » • ويترتب على هذا النص عكس الاحكام التي رأيناها فيما تقدم • فاذا حفر احد حفرة فى الطريق العام بدون اذن السلطة المختصة وجاء اخر والقى فيها مال غيره فأتلفه كان الضمان على الاثنين: الحافر

(١) المغني ، ج ٩ ، ص ٥٧٧ . الوجيز ، ج ٢ ، ص ١٤٩ ، نقلا عن الدكتور صبحي المحمصاني ، ج ١ ، ص ٢٠١ .

(٢) الفتاوى الخيرية ، ج٢ ص ١٩٧ ، نقلا عن المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه .

والملقي ، الحافر لانه متعد والملقي لانه متعمد . ويكونان متكافلين فى الضمان . ويترتب على النص المتقدم ايضا ان شخصا اذا زلت قدمه فسقط، وبسقوطه اتلف مالا لا يكون ضامنا لانه لم يكن متعمدا ولا متعديا عند سقوطه .

ونحن لا نميل الى ما ذهب اليه القانون المدني العراقي من اشتراط التعمد او التعدي لتقرير الضمان ، ونميل الى ما يقرره الفقهاء المسلمون من تقرير الضمان على المباشر مطلقا ولو لم يكن متعمدا ولا متعديا ، لانه يحقق العدالة أكثر من الرأي الذي ذهب اليه هذا القانون . هذا بالاضافة الى انه الرأي الذي تقول به نظرية تحمل التبعة التي أخذت تنتشر فى الفقه الغربي . فاذا أحدث شخص ضررا لآخر فعليه تعويض هذا الضرر ، ولو لم يكن متعمدا ولا متعديا . فاذا قيل ما ذنب هذا الشخص فنحمله نتيجة فعل لم يرده وانما وقع رغم ارادته قلنا وما ذنب المتضرر فنحمله ضررا لا يد له فيه . والحقيقة ان امامنا ضررا وذمتين يجب ان تتحمل احداهما هذا الضرر ، فأي الذمتين اولى بتحمله ؟ العدل والمنطق يقضيان بان الشخص الذي كان المناسبة لوقوع الضرر هو الذي يجب ان يتحمله ، لانه لولاه لما وقع .

مسؤولية الصبي غير البالغ فى القانون المدني العراقي

٨٠٧ ــ واذا كان القانون المدني العراقي قد خرج على ما يقرره الفقهاء المسلمون باشتراطه التعمد او التعدي لتقرير الضمان ، الا أنه لم يخرج على ما يقرره هؤلاء الفقهاء بالنسبة للصبي غير البالغ . فهو يقرر مسؤوليته مطلقا ، ولا يشترط لذلك التعمد او التعدي . وقد نصت على ذلك المادة (١٩١) بقولها : « ١ ــ اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله . ٢ــ واذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز اومجنون(١) جاز للمحكمة

(١) الصحيح « مجنونا » ، لانها معطوفة على كلمة منصوبة وهي « صبيا » .

ان تلزم الولي او القيم او الوصي • بمبلغ التعويض • على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر • ٣ ــ ٠٠٠ » • وهذه المادة تقرر مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها مطلقا • ولكن المشرع بتقريره هذا الحكم وقع فى شيء من عدم المنطق • فبينما هو لا يقرر مسؤولية البالغ الا اذا كان متعمدا او متعديا ، اذا به يقرر مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها من غير ان يشترط هذا الشرط ، فيكون بذلك قد عامل الرجل البالغ الكامل الاهلية معاملة أخف من معاملة عديم الاهلية او ناقصها •

واذا تقررت مسؤولية الصبي ومن فى حكمه ، فالتعويض يدفع من ماله ان كان له مال • فان لم يكن له مال الزم الولي او الوصى او القيم بمبلغ التعويض ، على ان يكون له ان يرجع به على محدث الضرر •

المطلب الثاني

تطبيقات لفكرة الخطأ

الخروج عن الحق والتعسف فى استعمال الحق

٨٠٨ ــ يرتكب الانسان الخطأ عند استعماله لحق من حقوقه او لرخصة منحه القانون اياها • وقد كان الرأي السائد فقها وقضاء حتى أواخر القرن التاسع عشر ان الانسان لا يعتبر خاطئا الا اذا خرج عن حدود الحق او الرخصة • فاذا لم يخرج عن حدود الحق ولكنه أساء استعماله فلا يعتبر ذلك خطأ منه • ولكن تطور الفكر القانوني فى هذا الصدد منذ أواخر القرن التاسع عشر حتى الوقت الحاضر ، واصبحت القاعدة ان الانسان يجب ان يستعمل حقه استعمالا سائغا مشروعا وان لايسيء استعماله • فاذا أساء استعماله تقررت مسؤوليته ولو لم يخرج عن حدود الحق • فلم يعد الحق تلك السلطة المطلقة ، بل وظيفة اجتماعية • فاذا أساء الانسان استعمال حقه ونشأ عن ذلك ضرر للغير تقررت مسؤوليته والزم بتعويض الضرر • وهذه هي نظرية التعسف فى استعمال الحق •

ونرى الخروج عن الحق أولا ، ثم التعسف فى استعماله •

أولا ـ الخروج عن حدود الحق

٨٠٩ ـ والامثلة على الخروج عن حدود الحق او الرخصة كثيرة متنوعة فى الحياة العملية • من ذلك ما يحدث عند سياقه السيارات وغيرها من وسائط النقل • فاذا خرج السائق عن الحدود المرسومة عند سياقته وأحدث ضررا تقررت مسؤوليته ويجب عليه التعويض • ومن ذلك أيضا المنافسة غير المشروعة التي تحدث بين التجار والشركات ، كتقليد العلامات الفارقة ، واتخاذ اسم مشابه لاسم شركة أخرى او تاجر آخر • ففي هذه الصور جميعا يقع ضرر نتيجة الخروج عن حدود الرخصة او الحق الذي منحه القانون للافراد ، فتتقرر مسؤولية الفاعل ويجب عليه التعويض •

ثانيا ـ التعسف فى استعمال الحق

ABUS DE DROIT

التطور التاريخي لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٨١٠ ـ نظرية التعسف فى استعمال الحق من النظريات القديمة ، فقد كانت معروفة فى القانون الروماني ، ومنه انتقلت الى القانون الفرنسي القديم • ولكنها انكمشت وتقلصت فى القرون الوسطى بسبب سيادة المذهب الفردي Individualisme والمذهب الحر ، وما تنادي به هذه المذاهب من حرية الفرد واعتبار حقوقه حقوقا مطلقة مقدسة ، وما تذهب اليه من ان الفرد هو الغاية فى المجتمع • وقد تأثرت الثورة الفرنسية بهذه المذاهب فجاء القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ مشبعا بالروح الفردية ، فلم يضع حدودا أو قيودا على حرية الفرد فى استعماله لحقوقه • وقد بقي الحال على هذا النحو ، لا نرى أثرا لنظرية التعسف فى استعمال الحق لا فى الفقه ولا فى القضاء ولا فى التشريع ، ما عدا بعض الاحكام القضائية التي لاتكاد تظهر الا ويتصدى لها الفقهاء بالنقد والتجريح • فيثبط ذلك من عزيمة القضاء ويجعله يحجم ويتردد فى الاخذ بهذه النظرية •

٨١١ ـ ولكن تطور الحياة من النواحي الاجتماعية والاقتصادية

والسياسية ، واختراع الآلة وانشاء المصانع والمعامل ، كل ذلك ادى الى ظهور النظرية من جديد وانتشارها منذ أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين • والذي أخذ المبادأة فى ذلك هو القضاء ، يساعده فى ذلك الفقه • فكتب كثير من الفقهاء فى التعسف فى استعمال الحق • وقد سار فى الطليعة الفقيهان الفرنسيان الكبيران سالي Saleilles وجوسران • وقد كان لجوسران قصب السبق فى هذا الميدان ، فقد ألف سنة ١٩٠٥ كتابا سماه «التعسف فى استعمال الحقوق » ، جمع فيه أحكام القضاء التي تتعلق بهذا الموضوع ونسقها وعلق عليها جميعا واستخلص منها نظرية عامة على غرار نظرية اساءة استعمال السلطة ، او استعمال السلطة فى غير الغرض الذي منحت من أجله Détournement de pouvoir ، والتي عرفها القانون الاداري من قبل • ثم الف كتابا اخر سنة ١٩٢٧ سماه « فى روح الحقوق وفى نسبيتها ــ النظرية المسماة بنظرية التعسف فى استعمال الحق »

De l'esprit des droits et de leur relatvité - théorie dite de l'abus des droits

وقد كان هذا الكتاب أهم المؤلفات فى الموضوع وأكثرها وضوحا •

الانتقادات الموجهة لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٨١٢ ــ غير ان النظرية لم تسلم من خصوم ناصبوها العداء ،وعلى رأس هؤلاء الخصوم كان الاستاذ پلانيول • ويتلخص نقد پلانيول فى أن هناك تناقضا واضحا فى تسمية النظرية ، فالحق والتعسف لا يجتمعان • فاذا وجد الحق ارتفع التعسف ، واذا وجد التعسف انتفى الحق • فهو يقول فى هذا الصدد : «ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف فى استعماله• ولا يمكن ان يكون هناك تعسف فى استعمال حق ما، لسبب لا يمكن ان يدحض وهو ان العمل الواحد لا يمكن ان يكون فى وقت واحد موافقا للقانون ومخالفا للقانون » • ويؤخذ على هذا النقد انه نقد شكلي لانه يقر بالمسؤولية فى حالات يكون فيها تعسف فى استعمال الحق ، ولكنه يسميها خروجا عن الحق • فالحكم واحد ولكن التسمية تختلف •

٨١٣ ــ وقد وجه الى النظرية نقد آخر مؤداه انها تخول القاضي سلطة واسعة فى البحث عن الدوافع الشخصية وفى تحديد الهدف الاجتماعي الذي تقرر الحق من أجله • ويرد على هذا النقد بأن المعايير الشخصية كثيرة وان القاضي يطبقها دائما فى القضايا التي تعرض له ، فيبحث عن حسن النية وسوئها ، وعن الغلط الدافع للتعاقد ، وعن السبب ، او الباعث للتعاقد ، وعن الغش والتواطؤ ، وما الى ذلك(١) •

استقرار النظرية وثباتها

٨١٤ ــ ومهما يكن من أمر هذه الانتقادات ، فلم يكن من شأنها أن تمنع النظرية من الثبات والاستقرار • وقد انتشرت انتشارا واسعا ، وأخذ بها المشرع الفرنسي نفسه فى مناسبات كثيرة ، واخذت بها القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المدني العراقي •

نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الاسلامي

٨١٥ ــ ونظرية التعسف فى استعمال الحق معروفة فى الفقه الاسلامي، ولها جذورها العميقة فيه • وقد وصلت صياغتها فى هذا الفقه درجة من الكمال تضارع احدث ما توصلت اليه التشريعات الحديثة ، ان لم تفقها • وهذا ما دعى واضعي القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري الى استمداد احكام هذه النظرية من الفقه الاسلامي لا من الفقه الغربي •

وقد استمد الفقهاء المسلمون الاحكام التي قرروها فى هذا الباب مما تأمر به الشريعة الغراء من البر والاحسان والرحمة ، وما تنهى عنه من التعسف وتعتبره خطيئة مخالفة للدين والاخلاق • وقد ورد النهي عن التعسف صراحة فى القرآن الكريم فى أكثر من موضع • فمن ذلك ما ورد بالنسبة لحق الايصاء وتقييده ، فقد جاء فى سورة النساء (آية ١٢) : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار ، وصية من الله والله عليم حليم » •

---

(١) السنهوري ، الموجز ، ف ٣٢٤ . كذلك الوسيط ، ص ٨٣٩ ، هامش رقم ١ .

٨١٦ ــ وقد استمد القانون المدني العراقي ، كما قلنا ، احكام نظرية التعسف فى استعمال الحق من الفقه الاسلامي واولاها عناية خاصة ، فأوردها فى الباب التمهيدي كنظرية عامة تنطبق على جميع التصرفات ، لا كتطبيق من تطبيقات الخطأ فى المسؤولية التقصيرية .

٨١٧ ــ وقد عالج القانون المدني نظرية التعسف فى استعمال الحق فى المادتين (٦ و ٧) ، فأورد فى المادة (٦) القاعدة العامة فى استعمال الحقوق وعدم ضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر اذا كان استعمال الحق جائزا . ونص فى المادة (٧) على الضمان اذا كان استعمال الحق غير جائز ،وعلى الحالات التي يعتبر استعمال الحق فيها غير جائز .

فقد نصت المادة (٦) على أن : « الجواز الشرعي ينافى الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر » .وهذه المادة واضحة لا تحتاج الى شرح .

ونصت المادة (٧) على ان « ١ ــ من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان . ٢ ــ ويصبح استعمال الحق غير جائز فى الاحوال الآتية : أ ــ اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب ــ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج ــ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة » . ومن قراءة هذه المادة نرى ان استعمال الحق يعتبر غير جائز فى الحالات التالية :

١ ــ اذا قصد باستعمال الحق الاضرار بالغير .

٢ ــ اذا كانت المصالح التي يرمي استعمال الحق الى تحقيقها قليلة جدا بالنسبة للضرر الذي يسببه هذا الاستعمال للغير .

٣ ــ اذا كانت المصالح التي يرمي اليها هذا الاستعمال غير مشروعة .

ونرى كلا من هذه الحالات على حدة .

الحالة الاولى ـ استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير

٨١٨ ـ ومثال استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ما اذا بنى شخص جدارا فى بيته او غرس اشجارا فى حديقته ولم يكن له من وراء ذلك اية منفعة ، وانما قصد حجب النور عن جاره • ومثال ذلك ايضا ما اذا أقام شخص مدخنة فى داره بقصد الاضرار بجاره ، ولم يكن له من وراء اقامة المدخنة اية منفعة •

٨١٩ ـ ولكن ما الحكم اذا لم يقم دليل قاطع على وجود القصد فى احداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك ، وهذا فرض كثير الوقوع فى الحياة العملية • يرى بعض الفقهاء انانعدام المصلحة انعداما تاما يعتبر قرينه على قصد احداث الضرر ، كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية • ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس(١)•

الحالة الثانية ـ تحقيق مصلحة قليلة مقابل ضرر كبير يصيب الغير

٨٢٠ ـ والذي يحصل على منفعة قليلة من استعمال حقه فى مقابل ضرر كبير يصيب الغير يكون ولا شك متعسفا فى استعماله لهذا الحق • ومثال المصلحة القليلة التي يرمى استعمال الحق الى تحقيقها بحيث لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير بسببها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٩٢) من القانون المدني من أنه : « ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوي اذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط » • ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة (١٠٦٠) من أن : « لكل مالك انيسور ملكه على ان لا يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور » • فاذا كان لشخص قطعة أرض فيها عين ماء ، وكان للعقار المجاور لهذه الارض حق الشرب على هذه العين ، وأراد صاحب الارض تسوير أرضه فذلك يؤدي الى منع صاحب العقار المجاور من اخذ الماء من العين ، وعليه يمنع

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٥٦٠ ، ص ٨٤٥ •

صاحب الارض من تسويرها تسويرا تاما ، ويجب عليه ان يترك لصاحب العقار المجاور منفذا لاخذ الماء من العين .

هذا وتقرير ما اذا كانت المصلحة التي يراد تحقيقها قليلة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير مسألة وقائع يتمتع فيها قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة .

الحالة الثالثة ـ تحقيق مصلحة غير مشروعة

٨٢١ ـ ومثال المصلحة غير المشروعة التي يرمي استعمال الحق الى تحقيقها المنافسة غير المشروعة . فالمصنع الذي يبيع بضائعه بسعر يقل كثيرا عن تكاليف الانتاج للاضرار بمصنع آخر يكون متعسفا فى استعمال حقه فى بيع بضاعته بالسعر الذي يوافقه . وكذلك التاجر الذي يشتري البضاعة الموجودة فى السوق كلها ، لاحتكارها ورفع اسعارها ، يكون متعسفا فى استعمال حقه فى المتاجرة . ومن الامثلة على تحقيق مصلحة غير مشروعة ايضا فصل عامل لانه انتمى الى نقابة من نقابات العمال ، وفصل موظف ارضاء لغرض شخصى او لشهوة حزبية . فرب العمل يكون متعسفا بفصله العامل ، ورئيس الدائرة يكون متعسفا بفصله الموظف . ومن القضايا التي عرضت على القضاء وأصدر فيها حكما قضية مالك وضع فى ملكه المجاور لمطار اسلاكا مرتفعة جدا بقصد ارباك الطائرات واعاقتها عن النزول فى المطار ، وذلك ليحمل شركة الطيران على شراء ارضه بثمن مرتفع . قضت المحكمة بان المالك متعسف فى استعماله حق ملكيته .

القضاء العراقي

٨٢١ مكرر ـ وقد تسنى للقضاء العراقي تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى مناسبات مختلفة . فمن تطبيقاته لقاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان » الواردة فى المادة (٦) مدني وعدم ضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر اذا استعمل الحق استعمالا جائزا ما قررته محكمة التمييز فى قضية اجر فيها صاحب ملهى الملهى الى شخص اخر ، ولكن حدث بعد ذلك ان

سحب وزير الشؤون الاجتماعية اجازة الملهى واغلقه نهائيا وعطلته البلدية، فاقام المستأجر الدعوى على المؤجر طالبا فسخ الايجار الى نهاية العقد وعلى وزير الشؤون الاجتماعية مطالبا بالتعويض عن الاضرار التي اصابته بسبب سحب الاجازة لانه (اي الوزير) لم يكن محقا بسحبها ، فاجابته المحكمة الى طلبه وصدقت محكمة الاستئناف الحكم ، ولكن محكمة التمييز نقضته فى حكم لها صادر فى ٩ــ٥ــ٥٧ وقد جاء فى حيثيات حكم محكمة التمييز مايلي: «لدى التدقيق والمداولة وجد ان سبب الدعوى فى التضمين عن الاعمال غير المشروعة يستند الى التغرير اولا والى التعدي ثانيا • وحيث لم يصدر من المميز اي تغرير انما اعطيت الاجازة له بناء على طلبه ومراجعته ، كما ان المميز كان قد اصدر امره فى سحب الاجازة بناء على نشوء حوادث متعددة بسبب الملهى مما سبب الاخلال بالامن • واذ ان سحب الاجازة هي(١) ضمن صلاحية المميز القانونية وانه قام بها خدمة للمصلحة العامة ولم يكن قيامه فيها بتعسف فلا يعد متعديا ، ومن ثم فلا محل لتضمين خزينة الدولة الاضرار التي يدعي المميز حدوثها بسبب الاجراء الاداري المذكور • ولهذا يكون الحكم المميز مخالفا للقانون قرر نقضه ــ وصدر بالاكثرية » •

وفى قضية اخرى تعهدت شركة بان تستورد لوزارة الصحة عشرة ملايين حبة والفي كيلو من مادة مسحوق الاسپرين ، وقد استوردتها فعلا وسلمتها لمديرية المذخر الطبي بناء على طلب وزير الصحة ، الا انه (اي الوزير)قرر اتلافها بحجة عدم مطابقتها للمواصفات • فطلبت اليه اعادتها لتصديرها الى البلد الذي استوردت منه الا انه اتلفها دون وجه حق • فاقامت الشركة الدعوى مطالبة بقيمتها مضافا اليها الرسم الكمركي وتحميله المصاريف ، فردت المحكمة الدعوى وصدق الحكم استئنافا وتمييزا • وقد جاء فى حيثيات حكم محكمة التمييز ما يلي : « ان المادة ٣٣ من قانون الصيدلة تجيز لوزير

(١) الصحيح : (هو)

الصحة اتلاف الادوية اذا ثبت عدم قابليتها للاستعمال بنتيجة التحليل، وقد استعمل الوزير صلاحيته القانونية. وحيث ان الجواز الشرعي ينافي الضمان، وحيث ان المفروض في استعمال المصحح ضده (وزير الصحة) صلاحيته القانونية هو حسن النية ، ولم تقم الادلة على سوء النية ، فيكون طلب التصحيح الواقع غير مستند الى سبب من اسباب التصحيح القانونية . لذلك تقرر رده ١٧-٣-٥٧ »(١) . وفي قضية اخرى استغنى المصرف الزراعي عن خدمات موظف ثم اقام عليه دعوى بدائية مدعيا بانه بدد اموال المصرف وردت الدعوى . ثم ردد المصرف هذا الادعاء امام لجنة التنسيق التي قررت فصله، ثم اساء المصرف الى سمعة الموظف لدى مراقب الحسابات العام ووزارة المالية ومجلس الوزراء وفيما نشرته الصحف المحلية ورددته المجالس مما سبب له اضرارا مادية وادبية تجاوزت الخمسة الاف دينار ، فطلب الحكم على المدير العام للمصرف اضافة الى وظيفته بالمبلغ المذكور فردت المحكمة دعواه وصدقت محكمة التمييز الحكم في ١٦-١٠-٦٠ . وقد قالت محكمة التمييز في حكمها ما يلي : « .. ان استعمال المميز عليه حقه القانوني بحسن نية لا يستلزم مؤاخذته عما لحق المميز من ضرر في حالة وقوع ذلك الضرر» .

٨٢١- مكرر ١ - ومن تطبيقات القضاء العراقي للمادة (٧) مدني التي اوجبت الضمان اذا كان استعمال الحق غير جائز ما قررته محكمة التمييز

---

(١) هذا الحكم محل نظر ويصعب جدا تبريره . فما دامت الشركة التي استوردت الادوية قد طلبت اعادتها لتصديرها الى البلد الذي استوردت منه ، فاتلاف وزير الصحة لها لم يبق له مبرر . اما المادة (٣٣) من قانون الصيدلة التي تجيز لوزير الصحة اتلاف الادوية اذا ثبت عدم قابليتها للاستعمال بنتيجة التحليل ، والتي استندت اليها المحكمة في قرارها ، فهي اجازت ذلك لمنع الاخطار الناجمة عن استعمالها نتيجة بيعها في الصيدليات . اما والامر يتعلق باستيراد ادوية لحساب وزارة الصحة ، ولما ظهر عدم مطابقتها للمواصفات طلبت الشركة المستوردة اعادتها اليها لاعادة تصديرها الى البلد الذي استوردت منه ، فالمادة (٣٣) من قانون الصيدلة لا تنطبق عندئذ ، ويكون قرار وزير الصحة باتلافها لا سند له من القانون ، وكان على المحكمة ان تحكم للشركة بالتعويض .

فى قضية اراد فيها احد المحامين السفر الى خارج العراق لحضور مؤتمر المحامين العرب المنعقد فى القاهرة واتم المعاملات اللازمة لسفره ولكنه منع من السفر دون سبب او مبرر قانوني • فاقام الدعوى على وزير الداخلية ومدير شرطة السفر والجنسية بمنع معارضتهما له بالسفر والزامهما بمبلغ ١٢٠ دينارا من اصل الف دينار عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه من جراء ذلك وتحميلهما المصاريف ، فردت المحكمة دعواه ، فميزه فنقضت محكمة التمييز الحكم • وقد علت محكمة التمييز حكمها كما يلي : « •• ان المميز كان قد اقام الدعوى على المميز عليهما بمنع معارضتهما له فى السفر الى خارج العراق وتعويض ما اصابه من الضرر ماديا وادبيا بسبب القرار المتخذ بمنعه عن السفر بالمقدار الذي قدره • وقد تبين ان الفقرة أمن المادة ٨ من قانون الباسبورت قد نصت على انه : « •• اذا تراآى من الضروري لمصلحة العدل او لاسباب اخرى استثنائية الا يؤذن لشخص ما ان يغادر العراق ••• » • وفى فقرتها الثانية قد اوجبت على مدير الباسبورت ان يرفع تقريرا عن كل قضية تنطبق عليها الفقرة أمن هذه المادة الى وزير الداخلية فورا • فهاتان الفقرتان من هذه المادة قد اوجبتا تحقق شرطين الاول ان يكون سبب المنع يجب ان يصل الى درجة الخطورة ، والثاني ان يرفع مدير الباسبورت تقريرا الى وزير الداخلية فورا عن كل قضية تنطبق عليها الفقرة أ ليرى هل ان سبب المنع بلغ درجة الضرورة باعتباره الرئيس المشرف على اعمال مدير الباسبورت • ولم تجد المحكمة لا فى اضبارة الدعوى ولا فى الاضبارة المجلوبة من وزارة الداخلية اي سبب للمنع الواقع ضد المميز عن السفر الى خارج العراق • وحيث ان القضاء له الولاية على تطبيق القوانين ليحول دون التعسف فى استعمال الحقوق ، وحيث لم تحقق محكمة الموضوع عن الاسباب التي ادت الى منع المميز من السفر الى خارج العراق، فيكون الحكم المميز مخالفا لاحكام القانون ••• » •

وفى قضية اخرى تجاوز صاحب ارض على ارض جاره بمقدار تسعة

امتار وبنى عليها مخزنا للمياه ، فاقام صاحب الأرض المتجاوز عليها الدعوى طالبا رفع التجاوز وتسليم المساحة المتجاوز عليها خالية من الشواغل فردت المحكمة الدعوى معللة حكمها بان مطالبة المغصوب منه باسترجاع المغصوب تعسف فى استعمال الحق ، فنقضت محكمة التمييز الحكم وقررت رفع التجاوز ، وقالت فى حكمها : « .. ان نظرية التعسف باستعمال الحق ما هي الا صورة من صور الخطأ التقصيري ولا يمكن عكسها على المغصوب منه صاحب الحق واحترام عمل الغصب » . ولكن محكمة الموضوع اصرت على حكمها فعرضت القضية على الهيئة العامة لمحكمة التمييز فنقضت الحكم ايضا . وجاء فى حيثيات حكمها ما يلي : « .. ان تطبيق المادة (٧) من القانون المدني رهين بالتثبت من نية التجاوز . فاذا كان التجاوز متعمدا ومقصودا ابتداء فلا يحق للمتجاوز التمسك بنص هذه المادة . واذا كان التجاوز قد وقع نتيجة خطأ غير مقصود او بسبب وجود محل خفاء بالنسبة للمتجاوز فيكون جائزا للمتجاوز التمسك بهذه المادة .. » .

صاحب الارض من تسويرها تسويرا تاما ، ويجب عليه ان يترك لصاحب العقار المجاور منفذا لاخذ الماء من العين .

هذا وتقرير ما اذا كانت المصلحة التي يراد تحقيقها قليلة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير مسألة وقائع يتمتع فيها قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة .

المبحث الثاني

الضرر

LE DOMMAGE, LE PRéJUDICE

٨٢٢ ــ الضرر اهم اركان المسؤولية وجوهرها ، تقصيرية كانت او تعاقدية ، فلا مسؤولية حيث لا ضرر . فهو الذي يعطي الحق فى التعويض وهو الذي يبرر الحكم به لا الخطأ . فلا يكفي ان يكون هناك خطأ لتقرير المسؤولية ، بل يجب ان ينشأ عن الخطأ ضرر . فاذا حاول سائق سيارة دعس

شخص فى الشارع ولكنه لم يفلح ولم يصبه بضرر ، فلا يحكم عليه بالتعويض لعدم وجود ضرر يعوض عنه .

الضرر المادي والضرر الادبي

٨٢٣ ـ والضرر نوعان : مادي وادبي فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص فى ماله او نفسه ، او فى حق من حقوقه ، او فى مصلحة مشروعة له، وبعبارة اخرى هو الذي يصيب الانسان فى حق من حقوقه المالية. والضرر الادبي هو الذي يصيبه فى شعوره وعاطفته ، او فى كرامته أو شرفه او عرضه او مركزه الاجتماعي ، او غير ذلك من الامور ذات الاهمية المعنوية او الادبية ، وبعبارة اخرى هو الذي يصيب الانسان فى حق غير مالي .

ونعالج كلا من هذين النوعين من الضرر فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

الضرر المادي

LE DOMMAGE MATéRIEL

شروط الضرر

٨٢٤ ـ لما كان الضرر اهم اركان المسؤولية فالفقهاء يولونه أهمية كبيرة ويضعون له شروطا يشترطون تحققها فيه لامكان الحكم بالتعويض . وهذه الشروط هي : ١ ـ ان يكون محققا . ٢ ـ ان يصيب حقا او مصلحة مالية مشروعة . ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

الشروط الاول ـ ان يكون الضرر محققا Certain

٨٢٥ ـ يشترط فى الضرر ، لامكان الحكم بالتعويض ، ان يكون محققا(١). وهو يكون كذلك اذا وقع فعلا ، وهذا هو الضرر الحال ، او كان من المؤكد وقوعه فى المستقبل ، وهذا هو الضرر المستقبل .

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ١٢ـ٦ـ٥٦ بان « السبب الذي تستند اليه المميزة فى مطالبة التضمين هو

فمثال الضرر الحال اتلاف مال لآخر او اصابته بجرح او بعاهة • ومثاله ايضا التشهير بتاجر بقصد الاساءة الى سمعته لينصرف عنه زبائنه •

ومثال الضرر المستقبل ما اذا اطلق شخص النار على اخر قاصدا قتله ولكنه لم يصب منه مقتلا بل جرحه فقط ، فادخل المصاب الى المستشفى • ولكن الاطباء لم يستطيعوا تقدير الضرر النهائي فى الحال ، فقد يقتضى الامر بتر عضو او اجراء عملية جراحية ، وقد تحدث مضاعفات للاصابة قد تؤدي الى عاهة مستديمة ، مما لا يمكن تحديده فى الحال • فى مثل هذه الحالات يقدر القاضي تعويضا عن الضرر الحال ويؤجل الحكم عن الضرر المستقبل الى حين التمكن من معرفة الحالة النهائية للمصاب • وقد لا يكون الضرر المستقبل متوقعا عند اصدار الحكم بالتعويض فلا يدخل فى حساب القاضي، ولكنه ينكشف فيما بعد ، كما اذا كف بصر المصاب او مات نتيجة الاصابة• فى هذه الحالة يجوز للمتضرر ، او لورثته ، اقامة دعوى جديدة للمطالبة بتعويض عما استجد من ضرر لم يدخل فى حساب القاضي •

الضرر المحتمل Préjudice éventuel

٨٢٦ ــ هذا ويجب عدم الخلط بين الضرر المستقبل والضرر المحتمل، أي غير محقق الوقوع • مثال ذلك ما اذا تسبب شخص فى قتل آخر وكان القتيل قد اعتاد التبرع لاحدى الجمعيات الخيرية ، فهذه الجمعية لاتستطيع المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة موت الشخص الذي كان يتبرع لها • ذلك ان الضرر الذي اصابها لم يكن محققا • فالقتيل لم يكن ملزما بالتبرع لها ، وكان من الممكن ان يقطع تبرعه عنها •

الحرمان من فرصة Perte de chance

٨٢٧ ــ ويتساءل الفقهاء عن حكم الحرمان من فرصة وهل يوجب التعويض ام لا • مثال ذلك ما اذا تسبب شخص بخطأه فى تأخير طالب عن

احجام طالبي الزواج من خطبتها لاشاعة زواجها من المميز عليه وقد بقي هذا الزعم فى مجال الخيال . وحيث ان التعويض يحكم به لتلافي ضرر محقق ولم يتأيد ذلك فيكون الحكم القاضي برد دعوى المميزة موافقا للقانون » .

الوصول الى قاعة الامتحان فى الوقت المحدد فحرم من الامتحان • ومثال ذلك ايضا ما اذا أهمل محام فى رفع استئناف حتى انقضت المدة المحددة لذلك• فالضرر فى هذه الامثلة محقق ، وهو تفويت فرصة الاشتراك فى الامتحان على الطالب وتفويت فرصة الاستئناف على الموكل ، ولكن تقديره امر من الصعوبة بمكان • اذ كيف يقدر فى مثل هذه الحالات ، هل يقدر على اساس نجاح الطالب فى الامتحان وعلى اساس النجاح فى الاستئناف ؟ ولكن النجاح فى ذلك ليس بالامر الاكيد • والشيء الاكيد هو ان المسؤول قد فوت على الطالب فرصة الاشتراك فى الامتحان ، وعلى الموكل فرصة استئناف الحكم • كما ان الرسوب ، من الجهة الاخرى ورد الاستئناف ليس بالامر الاكيد • وعلى كل حال فتقرير ذلك مسألة وقائع تترك لقاضي الموضوع ، وهو الذي يقضى بتعويض عادل فى مثل هذه الحالات(١) •

الشرط الثاني ـ ان يصيب الضرر حقا او مصلحة مالية مشروعة

٨٢٨ ـ ويشترط لاستحقاق التعويض ايضا ان يصيب الضرر حقا او مصلحة مالية مشروعة • فمثال الحق ما رأيناه فى الضرر المادي من اعتداء على النفس او المال او السمعة او ما شابه ذلك من الامور • فكل ذلك اعتداء على حق الانسان فى الحياة وفى سلامة جسمه والمحافظة على ماله وصيانة سمعته وشرفه وعرضه •

وقد لا يصيب الضرر المادي الشخص مباشرة ، بل تتيجة اصابة شخص اخر ، وهذا ما يحدث عادة فى القتل وفى الاصابات التي تقعد الانسان عن العمل •فاذا قتل شخص او اصيب اصابة اقعدته عن العمل فالضرر يكون قد اصابه ويجب التعويض عنه ، وينتقل الحق فى التعويض الى ورثته • ولكن موت الشخص يصيب الاشخاص الذين كان يعيلهم بضرر نتيجة

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية فى حكم لها صادر فى ٢٣ تشرين الثاني ١٩٣٠ بان يحكم للطالب الذي يحرم دون حق من الامتحان بعدم اعطائه الفرص التي اباحها القانون ، بتعويض مناسب (السنهوري ، الوسيط ، ص ٨٦٣ ، هامش رقم ١)

فقدهم المعيل . وكذلك الامر اذا اصيب اصابة أقعدته عن العمل ، فلا يعود بامكانه اعالة الاشخاص الذين كان يعيلهم . فى مثل هـذه الحـالة يحـق للاشخاص الذين اصابهم ضرر نتيجة موت المصاب او عجزه عـن العمل ، والذين كانت نفقتهم واجبة عليه ، ان يطالبوا بتعويض عما اصـابهم مـن ضـرر .

الاضرار بمصلحة مالية مشروعة

٨٢٩ ــ وقد لا يصيب الضرر حقا بل مجرد مصلحة مالية ، فهل يوجب ذلك التعويض ؟ مثال المصلحة المالية ما اذا كان المتوفى ، او الشخص الذي أصيب اصابة أعجزته عن العمل ، يعيل أحد اقاربه الذين لا تجب نفقتهم فعليه . فهذا الشخص لا يتمتع بحق مكتسب فى النفقة ، ولكن له مصلحة مالية فى استمرار حياة المتوفى ، او فى استمرار قدرته على العمل . الرأي الراجح فقها وقضاء ان مثل هذا الشخص اذا اثبت ان المتوفى او المقعد عن العمل كان يعيله فعلا وعلى نحو مستمر ، وان فرصة استمراره فى اعالته فى المسـتقبل كانت أكيدة ، مثل هذا الشخص يستحق التعويض . ويترك تقـدير ذلك لقاضي الموضوع ، فهو الذي يقدر الضرر الحقيقي الذي اصاب المتضرر .

٨٣٠ ــ ويجب ان يلاحظ ان المصلحة المالية التي يجوز التعويض عن الاضرار بها يجب ان تكون مشـروعة . فاذا لم تكـن كـذلك فـلا يجب التعويض عنها ، لان القانون لا يعتـرف بهـا فيجـوز للخطيبـة ان تطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة فقدهـا خطيبها لان مصلحتها هنـا مشروعة ، أما الخليلة فلا يجوز لها ان تطلب تعويضا عن فقـد خليلها لان علاقتها به غير مشروعة ، ومن ثم فمصلحتها غير مشروعة(١) .

(١) مازو ، ج ١ ف ٢٧٨ــ٢٨٤ . يذهب الاستاذ السنهوري الى ان الولد الطبيعي والابوين الطبيعين يجوز لهم المطالبة بالتعـويض « لان العـلاقة فيما بينهم ، وان كانت قد نشـأت عن علاقة غير مشـروعة ، هي فى ذاتهـا مشروعة » (الوسيط ، ف ٥٧٣ ، ص ٨٥٨) . ونحن لانتفق مع الاسـتاذ فيما يذهب اليه . فاذا كان ذلك جائزا فى بلد اوربي كفرنسـا (مازو ، ف ٢٨٥ــ٢٩١) ، الا انه غير جائز فى بلد الشريعة الاسلامية هي السائدة فيـه ،

المطلب الثاني
الضرر الادبي
LE DOMMAGE MORAL

٨٣١ ــ الضرر الادبي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص فى حق من حقوقه المالية ، بل فى شعوره وعواطفه ، او فى شرفه ، او فى عرضه، أو فى كرامته ، او فى سمعته ومركزه الاجتماعي • ولم يتفق الفقهاء على وجوب التعويض عن الضرر الادبي • فذهب قسم قليل منهم الى عدم وجوبه ، وحجتهم فى ذلك ان هذا النوع من الضرر لا يمكن تقديره بمبلغ من المال ، فضلا عما فى ذلك من وضع لشعور الانسان وعواطفه وكرامته وشرفه ، وغير ذلك من الامور ذات القيمة المعنوية ، موضع السلع تباع ليقبض بدلها ثمنا بخسا دراهم معدودات • ويرد أنصار التعويض عن الضرر الادبي على ذلك بأنه اذا لم يكن من الممكن اصلاح الضرر الادبي فالحكم بتعويض مالي يكون على الاقل مواسيا • فهو اذا لم يزل ألم المصاب ، فهو بلا شك يخفف منه • أما ما يقال من صعوبة تقدير التعويض ، فهذا أمر آخر لا علاقة له بوجوب التعويض ، ويجب ان لا يؤثر على حق المتضرر فى الحصول على تعويض لما أصابه من ضرر أدبي • ثم ان تقدير التعويض تقديرا تاما أمر صعب حتى فى الضرر المادي ، ومع ذلك فهذه الصعوبة لم تمنع من الحكم به • ويضيف أنصار التعويض عن الضرر الادبي الى ذلك قولهم ان رفض التعويض يجعل محدث الضرر بمنجاة من كل مسؤولية ، وهذا ما لا يمكن قبوله •

الضرر الادبي فى الفقه الاسلامي

٨٣٢ ــ وفكرة التعويض عن الضرر الادبي موجودة فى الفقه الاسلامي • فقد روي عن محمد بن الحسن الشيباني ، تلميذ ابي حنيفة ، فى الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر « تجب حكومة العدل

كمصر والعراق . فالقانون والشريعة فى هذه البلاد لا يعترفان بأية علاقة غير ناشئة عن الزواج .

بقدر ما لحقه من الالم»(١) • وهذا هو ما يقول به الفقه الغربي من التعويض عن الضرر الادبي الذي ينشأ عما يشعر به الانسان من الالم النفسي ولو لم يكن ناشئا عن اذى مادي • ومعنى حكومة العدل ان يترك تقدير التعويض للقاضي •

القانون المدني العراقي

٨٣٣ ــ ومهما يكن من أمر المناقشات بين أنصار التعويض عن الضرر الادبي وخصومه ، فقد قطع القانون المدني العراقي برأي فى هذه المسألة واخذ بفكرة التعويض عن هذا النوع من الضرر • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٠٥) منه على ان : « يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك • فكل تعد على الغير فى حريته او فى عرضه او فى شرفه او فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعي او فى اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن التعويض » •

الاشخاص الذين يحق لهم طلب التعويض عن الضرر الادبي

٨٣٤ ــ ويتناقش الفقهاء فى تحديد الاشخاص الذين يحق لهم طلب التعويض عن الضرر الادبي • وقد حدد القانون المدني العراقي هؤلاء الاشخاص فى الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) المتقدمة بقوله : « ويجوز ان يقضى بالتعويض للازواج وللاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب » • ولا يثير هذا النص صعوبة بالنسبة للازواج ، لان لفظ « زوج » يشمل الزوج والزوجة • ولكنه قد يثير بعض الصعوبة فى تحديد المقصود بـ « الاقربين من الاسرة » • فمن هم هؤلاء الاقربون من الاسرة ؟ حدد القانون المدني المصري فى الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) منه الاشخاص الذين يحق لهم طلب التعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب بالازواج و « الاقارب الى الدرجة الثانية » • أما فى العراق فما دام القانون لم يحدد الاقارب بدرجة معينة فاننا نرى ترك هذه المسألة الى

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٦ ، ص ٨١ .

اجتهاد قاضى الموضوع ، فهو خير من يستطيع تقدير ذلك • فقد يكـــون أقرب الناس الى الشخص أقلهم تأثرا بموته •

انتقال التعويض عن الضرر الادبي

٨٣٥ ــ تقضي الفقرة الثالثة من المادة (٣٠٥) مـدني بانـه : « ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفـاق او حكم نهائي » • ومعنى ذلك ان التعويض عـن الضـرر الادبي لا يصبـح قيمة مالية تضاف الى ذمة المتضرر الا اذا اتفق عليه او صـدر فيه حكـم نهائي • ويترتب على ذلك انه اذا مات من له الحق فى التعويض عـن الضرر الادبي قبل الاتفاق على مقدار التعويض او صدور حكم فيه يحدد مقداره ، فالحق فى المطالبة به لا ينتقل الى ورثته • وهـذا بعكس التعـويض عـن الضرر المادي الذي يمثل قيمة مالية تضاف الى ذمة المتضرر قبل الحكـم به او الاتفاق على مقداره ، فينتقل الى الورثة •

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطـأ والضرر

LIEN DE CAUSALITé

علاقة السببية ركن مستقل فى المسؤولية

٨٣٦ ــ لا يكفي لتحقق المسؤولية ان يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب ان يكون الضرر ناشئا عن الخطأ ، اي ان تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، فيكون الخطأ سببا والضرر مسببا • فاذا انعدمت علاقة السـببية انعدمت ، تبعا لذلك المسؤولية • فلا يمكن ان يطالب الانسان بتعويض عن ضرر لم يكن هو السبب فى حدوثه •

وعلاقة السببية بهذا المعنى تكون فى المسؤولية ركنا مستقلا عن ركني الخطأ والضرر • فيمكن ان توجد علاقة سببية بدون خطأ • مثال ذلك مـا اذا لم يكن الفعل الذي أحدث الضرر خطأ • فالذي يمنع تقرير المسؤولية

فى هذه الحالة ليس انعدام علاقة السببية ، بل انعدام الخطأ • ويمكن ان يوجد خطأ بدون علاقة سببية مثال ذلك ما اذا دس شخص السم لاخر قاصدا قتله ، وقبل ان يسري السم فى جسمه جاء شخص ثالث واطلق عليه النار فارداه قتيلا • ففي هذا المثل لم يكن دس السم هو السبب فى الوفاة بل اطلاق النار ، فتكون علاقة السببية قد انقطعت وبالتالي لا يكون من دس السم مسؤولا عن الوفاة(١) • ومثال توافر الخطأ دون علاقة السببية ايضا ما اذا ساق شخص سيارة بسرعة تتجاوز الحد المقرر فى انظمة المرور ، ولكن جاء شخص وألقى بنفسه تحت عجلات السيارة قاصدا الانتحار فمات • فى هذا المثل يوجد خطأ ، وهو السياقة بسرعة تتجاوز الحد الذي يسمح به القانون ، ويوجد ضرر وهو الوفاة ، ولكن الضرر لم يكن نتيجة لخطأ السائق ، بل نتيجة خطأ اخر هو خطأ المضرور ، فلا تتقرر مسؤولية السائق•

انعدام السببية

٨٣٧ ــ تنعدم رابطة السببية بين الخطأ والضرر اذا تدخل سبب أجنبي فاحدث هو الضرر وجب خطأ المدين • وتنعدم ايضا اذا لم يكن الضرر نتيجة مباشرة للخطأ ، أي اذا كان الضرر غير مباشر • فرابطة السببية تنعدم اذن فى الحالتين التاليتين :

١ ــ قيام السبب لاجنبي •

٢ ــ اذا لم يكن الضرر نتيجة مباشرة للخطأ •

ونرى كلا من هاتين الحالتين فى مطلب مستقل

المطلب الاول

انعدام السببية لقيام السبب الاجنبي

٨٣٨ ــ تقضي المادة (٢١١) من القانون المدني بانه:« اذا أثبت الشخص

(١) مارتو ، علاقة السببية فى المسؤولية المدنية ، رسالة للدكتوراه ، اكس ١٩١٤ ، نقلا عن مازو ، ج٢ ، ف١٤٢٦ ، ص ٣٢٨ .

ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . وقد مثلت هذه المادة للسبب الاجنبي بالامور التالية : الآفة السماوية ، والحادث الفجائي ، والقوة القاهرة ، وفعل الغير ، وخطأ المتضرر . فاذا تدخل أحد هذه الامور في أحداث الضرر فانه يقطع علاقة السببية ، فلا تتقرر بالتالي مسؤولية محدث الضرر .

ونرى كلا من هذه الامور على حدة .

اولا ـ الآفة السماوية

٨٣٩ ـ أخذ القانون المدني العراقي تعبير « آفة سماوية » عن الفقه الاسلامي . ومثال الآفة السماوية الصواعق والزلازل والبراكين والامطار . فاذ هطلت أمطار غزيرة ادت الى انهيار جدار على دار مجاورة فأحدث فيها ضررا ، فصاحب الجدار المنهار لا يسأل عن تعويض الضرر الذي حصل لجاره ، وذلك لان الانهيار لم يكن نتيجة خطأه بل نتيجة آفة سماوية . ومثال الآفة السماوية ايضا الصواعق . فاذا وقعت صاعقة على دار فاحدثت فيها حريقا امتد الى الدور المجاورة ، فصاحب الدار التي وقعت عليها الصاعقة لا يسأل عن تعويض الاضرار التي حدثت لاصحاب الدور المجاورة، وذلك لان الحريق لم يقع بخطأه بل نتيجة آفة سماوية .

ثانيا ـ القوة القاهرة والحادث الفجائي
LA FORCE MAJEUR ET LE CAS FORTUIT

٨٤٠ ـ وتعبير « قوة قاهرة » و « حادث فجائي » اخذه القانون المدني العراقي عن القانون المدني الفرنسي . وهما تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع، يقع فيكون السبب في حصول الضرر . فمثال القوة القاهرة نشوب حرب أو ثورة او عصيان ، والقصف بالقنابل ، سواء أكان القصف من البر أو البحر او الجو او بواسطة الصواريخ الموجهة او غير ذلك من الوسائل .

ومثال الحادث الفجائي انفجار آلة • ومثاله ايضا ما اذا كان شخص يسوق سيارة ليلا ، وفجأة أضاء سائق سيارة أخرى أضواء سيارته فتسلطت على وجه سائق السيارة الاولى فأدى ذلك الى فقدانه السيطرة على عجلة القيادة فأدى ذلك الى وقوع اصطدام وحدوث ضرر • فتسليط الاضواء القوية فجأة على سائق السيارة كان حادثا فجائيا ادى الى فقدان السائق سيطرته على عجلة القيادة وحدوث الاصطدام ، فيعفى السائق من المسؤولية(١) •

٨٤١ ــ وقد حاول بعض الفقهاء التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي والقول انهما شيئان مختلفان ، ولكنهم لم يتفقوا على معيار للتمييز بينهما • فذهب بعضهم الى ان القوة القاهرة هي حادث خارجي Evenement extérieur كالصواعق والبراكين،والى ان الحادث الفجائي هو حادث داخلي كانفجار آلة فى مصنع وخروج قطار عن السكة ، ورتبوا على ذلك قصر الاعفاء من المسؤولية على القوة القاهرة دون الحادث الفجائي • وذهب اخرون الى ان القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه ، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه • وذهب اخرون الى معايير اخرى فى التمييز ، ولكن الرأي الراجح هو ان القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد وان أثرهما واحد •

أثر القوة القاهرة والحادث الفجائي

٨٤٢ ــ وأثر القوة القاهرة والحادث الفجائي واحد فى المسؤوليتين ، التقصيرية والتعاقدية • فأثرهما فى المسؤولية التقصيرية انهما تعفيان من الضمان ، اي من تعويض الضرر • وأثرهما بالنسبة للمسؤولية التعاقدية انهما تعفيان المدين من تنفيذ التزامه • وهذا الاعفاء اما ان يكون نهائيا ،

(١) ومع ذلك لم تعتبر بعض المحاكم الفرنسية تسليط اضواء السيارة فى مثل هذه الحالة حادثا فجائيا ، لان السائق ، كما تذهب اليه هذه المحاكم ، كان فى استطاعته ان يتفادى الاصطدام بالتقليل من سرعة السيارة .

(الموجز ج ١ ــ ٣٠)

وذلك اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ، أو مؤقتا وذلك اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لفترة معينة فقط .

ثالثا فعل الغير
LE FAIT D'UN TIERS

٨٤٣ ـ وقد يتدخل فعل الغير فى احداث الضرر ويجب خطأ المسؤول فيقطع بذلك علاقة السببية . ولكن فعل الغير هذا ، لكي يعدم رابطة السببية ، يجب ان يكون خطأ يستغرق خطأ المسؤول . فاذا لم يكن كذلك فانه يكون استعمالا لحق ، وبالتالي لا يقطع رابطة السببية ولا يعفي من المسؤولية . فاذا اراد شخص ان يهدم داره ليبنيها من جديد ، ولكن جاره يتضرر من هدم الدار ، فلا يمكن ان تقرر مسؤولية صاحب الدار ونطالبه بتعويض عن الضرر الذي يصيب جاره بسبب هدم الدار . وقد كان الاولى بواضعي القانون المدني العراقي ان يستعملوا تعبير « خطأ الغير » بدلا من تعبير « فعل الغير » . ومثال « فعل الغير » الذي يعتبر سببا اجنبيا يعدم رابطة السببية فيعفي من المسؤولية ما اذا لم يضىء سائق سيارة مصابيح سيارته وهو يسير بها ليلا ، ثم جات سيارة اخرى من الخلف يسوقها شخص ثمل فصدمت السيارة الاولى من الوراء ، فأدى ذلك الى ان تدعس هذه السيارة شخصا فتحدث له ضررا . ففي هذا المثل ارتكب سائق السيارة الاولى خطأ بعدم اضاءته مصابيح سيارته ، وهذا الخطأ يوجب مسؤوليته اذا نشأ عنه ضرر للغير . ولكن سائق السيارة الثانية ارتكب خطأ أكبر استغرق خطأ سائق السيارة الاولى ، وهو الذي ادى الى حدوث الضرر . فى هذه الحالة لا يلزم سائق السيارة الاولى بالتعويض ، بل يلزم به سائق السيارة الثانية لانه المسؤول عن وقوع الضرر(١) .

(١) يجب ان يلاحظ ان الغير الذي يشترك خطاه فى احداث الضرر يجب ان لا يكون احد الاشخاص الذين يسأل عنهم محدث الضرر ، والذين سنراهم فيما بعد . فاذا كان احد هؤلاء الاشخاص ، فان مسؤولية محدث الضرر تتقرر ولكن لا على اساس المسؤولية عن الاعمال الشخصية ، بل على اساس المسؤولية عن فعل الغير (مازو ، ج ٢ ، ف ١٦٤٠) .

اشتراك خطأ المسؤول وخطأ الغير فى احداث الضرر : تعدد المسؤولين

٨٤٤ ــ وقد يشترك خطأ المسؤول وخطأ الغير فى احداث الضرر ، بحيث انه لولا أحد الخطأين لما حصل الضرر • وتسمى هذه الحالة بحالة تعدد المسؤولين ، ويكون الجميع مسؤولين عن تعويض الضرر بالتضامن ، ويستطيع المضرور الرجوع على أي منهم بكل التعويض ويكون لمن دفع التعويض كاملا ان يرجع على الباقين كل بما يصيبه من التعويض • ومثال اشتراك خطأ الغير وخطأ المسؤول فى احداث الضرر ما اذا سار سائق سيارة على الجهة اليسرى من الشارع مخالفا بذلك أنظمة المرور ، وهذا خطأ يقرر مسؤوليته الجنائية والمدنية ، وفى هذه الاثناء جاءت سيارة اخرى تسير بسرعة كبيرة مخالفة بذلك انظمة المرور ايضا ، ولاجل ان يتفادى سائق السيارة الاولى الاصطدام بالسيارة الثانية طلع على الرصيف ، وبطلوعه دعس شخصا فأحدث له ضررا • فى هذا المثل ارتكب سائق السيارة الاولى خطأ بسيره على الجهة اليسرى من الشارع ، وارتكب سائق السيارة الثانية أيضا خطأ بسيره بسرعة كبيرة تتجاوز الحد الذي تسمح به أنظمة المرور • والضرر الذي حدث لا يمكن عزوه الى أحد الخطأين دون الاخر ، فلولا خطأ سائق السيارة الاولى بسيره على الجهة اليسرى لما حدث الضرر ، اذ لما اضطر الى الطلوع على الرصيف • ولكن لولا خطأ سائق السيارة الثانية بسيره بسرعة كبيرة لما حدث الضرر ايضا ، اذ لما أضطر سائق السيارة الاولى الى الطلوع على الرصيف • فى هذه الحالة وامثالها تتقرر مسؤولية كل من ارتكب خطأ ، ويحكم على الجميع بالتعويض • فاذا أمكن تعيين مقدار جسامة كل خطأ حكم على مرتكبه بجزء من التعويض يتناسب ومقدار خطأه ، واذا لم يمكن تعيين مقدار جسامة كل خطأ قسم مبلغ التعويض على الجميع بصورة متساوية • ويكون جميع المسؤولين ملزمين بدفع مبلغ التعويض بالتضامن ، فيستطيع المتضرر

الرجوع على أي منهم بكل المبلغ ، ويكون لمن دفع مبلغ التعويض كله ان يرجع على الباقين كل بنسبة ما يصيبه منه (م٢١٧).

رابعا ـ خطأ المتضرر

FAUT DE LA VICTIME

٨٤٥ ـ وقد يشترك خطأ المتضرر وخطأ المسؤول فى احداث الضرر . وهنا يتصور ثلاثة احتمالات : أ ـ ان يستغرق خطأ المتضرر خطأ المسؤول. ب ـ ان يستغرق خطأ المسؤول خطأ المتضرر . ج ـ ان يشترك خطأ كل من المتضرر والمسؤول فى احداث الضرر . ونرى كلا من هذه الاحتمالات على حدة .

أ ـ استغراق خطأ المتضرر خطأ المسؤول

٨٤٦ ـ اذا استغرق خطأ المتضرر خطأ المسؤول انقطعت علاقة السببية بين خطأ هذا الاخير وبين الضرر وانتفت مسؤوليته ، ولا يلزم بتعويض الضرر . مثال ذلك ما اذا كان شخص يقود سيارة بسرعة كبيرة تتجاوز ما تسمح به أنظمة المرور ، وهذه مخالفة تكون خطأ يوجب مسؤولية السائق، وجاء شخص والقى بنفسه تحت عجلات السيارة قاصدا الانتحار تخلصا من الحياة . فالمتضرر هنا يكون قد ارتكب خطأ استغرق خطأ السائق . فالضرر الذي يحدث لهذا الشخص لم يكن نتيجة خطأ السائق ، بل نتيجة خطأه هو . وعليه تنعدم رابطة السببية بين خطأ السائق والضرر ، فلا تتقرر مسؤوليته . فلا يستطيع المتضرر ، اذا بقي حيا ، ولا ورثته ، اذا مات ، المطالبة بتعويض عن الضرر الذي حدث .

وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بان المسافر الذي يركب على سلم الترام خلافا لما تقضي به اللوائح والتعليمات لا حق له قبل شركة الترام اذا سقط فاصابه ضرر .

وقضت محكمة التمييز المصرية بانه لا حق لورثة الزاني المقتول فى

المطالبة بأي تعويض مدني ، لان القتيل قد عرض نفسه بطوعه واختياره لخطر القتل .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بان المرأة التي تسلم نفسها لرجل يعاشرها عشرة الازواج دون ان يعقد عليها قد ارتكبت خطأ فاحشا يسقط حقها فى ان ترجع على من عاشرها او على ورثته من بعده بأي تعويض(١) .

ب ـ استغراق خطأ المسؤول خطأ المتضرر

٨٤٧ ـ واذا استغرق خطأ المسؤول خطأ المتضرر تقررت مسؤوليته والزم بالتعويض كاملا . مثال ذلك ما اذا رأى سائق سيارة خصما له يعبر الشارع فى غير المكان المعد لذلك فتعمد ان يدعسه . فعبور الشارع فى غير المكان المعد لذلك خطأ ، ولكن تعمد السائق الدعس خطأ اكبر منه ويستغرقه فنقف عنده ولا ننظر الى خطأ المتضرر ، لان السائق اراد ان يجعل من خطأ خصمه وسيلة يحقق بها غرضه ، وهو قتل الخصم . وعليه تتقرر مسؤولية السائق كاملة ويلزم بالتعويض كاملا .

ج ـ اشتراك خطأ المسؤول وخطأ المتضرر فى احداث الضرر

٨٤٨ ـ واذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الاخر ، بل اشترك معه فى احداث الضرر ، فالمسؤولية تتوزع بين محدث الضرر والمتضرر . فاذا أمكن تعيين مقدار جسامة كل من خطأ المسؤول وخطأ المتضرر حكم على المسؤول بنسبة جسامة خطأه ، والا وزعت المسؤولية بينهما بالتساوي وحكم على المسؤول بنصف مبلغ التعويض . مثال ذلك ما اذا اراد شخص عبور الشارع وهو مشغول بقراءة صحيفة او كتاب ، بينما حركة المرور على اشدها ، فدعسته سيارة وأحدثت له ضررا . فى هذا المثل ، قراءة صحيفة او كتاب فى اثناء عبور الشارع ، وبينما حركة المرور على اشدها ، يكون خطأ . فاذا دعست سيارة هذا الشخص فلا يكون ذلك بخطأ السائق وحده،

(١) نقلا عن مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية فى القانون المدني المصري، ١٣٥٥ ـ ١٩٣٦ . ف ١٣٦ .

بل اشترك معه خطأ المتضرر • فمن واجب من يعبر الشارع ان يكون منتبها أشد الانتباه ، والا اضطر سواق السيارات ان يسيروا الهويناء خوفا من وقوع حوادث الدعس ، وهذا يؤدي الى عرقلة الحياة اليومية التي صارت تقوم على السرعة فى كل شيء • ولكن مسؤولية سائق السيارة لا تنتفي فى مثل هذه الحالة ، اذ يجب عليه ان يكون منتبها اشد الانتباه هو ايضا عندما يسوق سيارته ، وذلك تجنبا لوقوع حوادث الاصطدام والدعس وحفظا لارواح الناس من ان تزهق نتيجة رعونة السواق وعدم انتباههم • والا لم يعد بامكان الناس ان يطمئنوا على ارواحهم وهم يعبرون الشوارع • وعليه تكون المسؤولية مشتركة بين محدث الضرر والمتضرر ، ويحكم على محدث الضرر بجزء من التعويض يتناسب وجسامة خطأه • فان لم يمكن تحديد مقدار جسامة كل من خطأ المسؤول وخطأ المتضرر وزعت المسؤولية عليهما بالتساوي وحكم على المسؤول بنصف التعويض(١)•

---

(١) وفى هذه المعنى قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ٢٥ كانون الاول ١٩٢٠ بانه :

« حيث انه مع ثبوت خطا المجنى عليه والسائق معا ، فمن اللازم معرفة ايهما الاكثر خطا .

وحيث ان الثابت بالحكم ان المجنى عليه كان يريد اجتياز الشارع بالعرض . والطبع البشري يجري بان من يحاول هذا الاجتياز يجب ان يكون شديد الاحتياط لنفسه ، وهذا الاحتياط من حق قادة المركبات والسيارات ان يعولوا عليه والا لتعطلت حركة مرور عرباتهم وسياراتهم . وكانوا مضطرين للسير الهوينا على مثال ما يسير الراجلون ، حتى لا يصدموا من يجتاز عرض الطريق غير محتاط ، ولكن هذا السير لايتفق والاحوال الاجتماعية والاقتصادية الحاضرة .

وحيث ان المجنى عليه ، وهو اول من يجب عليه بطبيعته الاحتياط لنفسه ، قد اهمل فى حق نفسه ...

وحيث ان خطأ السائق مهما قل لا يخليه من المسؤولية المدنية التي هي وحدها المنظور فيها الان .

وحيث انه يتعين على هذه المحكمة مع ثبوت اشتراك الخطأ بين المجنى عليه والسائق اخذا بما اثبت بذات الحكم المطعون فيه ، ان تقدر التعويض الواجب الحكم به على السائق متخذة مبلغ الثلاثمائة جنيه التي قدرها الطاعنون فى طعنهم اساسا .

وحيث ان الذي تراه المحكمة هو ان خطأ المجنى عليه يمكن بغير مجازفة

تقصير المتضرر فى العناية والعلاج

٨٤٩ ــ وطالب التعويض يعتبر مركبا خطأ يحاسب عليه ويخفض من حقه فى التعويض اذا كان قد أهمل فى اتخاذ الاجراءات اللازمة لمحو الضرر او لمنع تزايده(١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر فى ١٠ حزيران ١٨٩٧ بان المصاب فى جسمه يجب عليه ان يأخذ باسباب العناية والعلاج . وليس له اذا قصر فى ذلك ان يرجع على من اصابه بتعويض الضرر كله ، متى كان بعض هذا الضرر راجعا الى تقصيره فى عنايته بنفسه(٢) .

رضاء المتضرر بالضرر

٨٥٠ ــ هناك حالات يرضى فيها المضرور بالضرر ، فما اثر هذا الرضاء على مسؤولية محدث الضرر ؟ مثال ذلك ان يشترك الشخص فى

تقديره بضعفي خطأ السائق ، فيكون السائق اذن ملزما بماية جنيه يدفعها هو ومخدومه متضامنين » . (المجموعة الرسمية ، السنة الثانية والثلاثون ، ص ١٩٠ ، حكم رقم ٨٥ . نقلا عن المرجع السابق ، ص ١٣٦ــ١٣٧) .

(١) ديموك ، ج ٤ ، ف ٤٦٣ ، ٨٠٠ ، نقلا عن المرجع السابق ، ف ١٤٠ ، ص ١٣٨ .

(٢) وتطبيقا للمبدأ نفسه قضت محكمة الاستئناف الاهلية فى حكم لها صادر فى ٢٢ تشرين الاول ١٩١٤ بما يأتي : « حدث حادث لقطار تسبب عنه تلف آلات حديدية كانت مشحونة فيه ، ومسلم ان هذا الحادث حصل بخطأ مصلحة السكة الحديدية ، وانها هي المسؤولة عنه ، انما وقع خلاف بينها وبين صاحب تلك الآلات فى قيمة التلف الذي اصابها ، وبسبب هذا الخلاف بقيت الآلات بالمحطة معرضة للجو ورطوبة الأرض حتى تلفت تماما واصبحت عديمة القيمة بالمرة ، فحكمت المحكمة بان المصلحة وحدها ليست مسؤولة عن كل التلف الذي اعقب وقوع الحادثة بل ان صاحب الآلات مشترك معها فى المسؤولية ، لانه كان من الواجب على كل من المصلحة وصاحب هذه الآلات رفع دعوى مستعجلة بطلب اثبات حالتها ومن بعد ذلك يستلمها صاحبها . اما انه لم ترفع دعوى اثبات حالة ، فكل من المصلحة وصاحب الآلات مخطىء فى عدم رفعها وتكون المسؤولية مشتركة بينهما وعلى كل واحد منهما تحمل نصف الضرر » . (شرائع ، ٢ ، عدد ٥١ ، ص ١٧ . نقلا عن المرجع السابق ، ص١٣٨ــ١٣٩) .

مصارعة او ملاكمة ، او فى مباراة لكرة القدم ، أو يركب سيارة سباق ، او سيارة سائقها ثمل ، او يقبل اجراء عملية جراحية له .

الاصل فى هذا الباب ان رضاء المتضرر ليس من شأنه ان يزيل عن فعل المسؤول صفة الخطأ ، فيبقى هذا مسؤولا عن الضرر الذي احدثه . ولكن قد يعتبر رضاء المضرور بالضرر خطأ منه ، وفى هذه الحالة تخف مسؤولية محدث الضرر ، كما فى حالة اشتراك خطأ المتضرر وخطأ المسؤول فى احداث الضرر . فينظر فى كل حالة هل كان المضرور خاطئا عندما رضي بالضرر وهو يكون كذلك فى اغلب الاحيان . فمن رضى ان يركب سيارة يسوقها ثمل ، يكون قد رضي بالضرر ويعد رضاؤه هذا خطأ من شأنه ان يخفف من مسؤولية السائق . ومن رضي باجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصح الطبيب له بعدم اجرائها يكون قد رضي بالضرر ، ورضاؤه خطأ يخفف من مسؤولية الطبيب . وقد يصل رضاء المضرور بالضرر فى بعض الحالات حدا من الجسامة بحيث يستغرق خطأ محدث الضرر ، فتنتفى مسؤولية هذا الاخير لانعدام رابطة السببية . مثال ذلك صاحب السفينة الذي يرضى عن بينة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه لا يرجع بشيء على صاحب المهربات . وقضت هذه المحكمة كذلك بان المرأة البالغة سن الرشد غير الغرة اذا انقادت عن شهوة الى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض(١) .

شروط انعدام السببية للسبب الاجنبي او تعدد الاسباب

٨٥١ ــ ويشترط لانعدام السببية فى الحالات المتقدمة ان يكون السبب الاجنبي ، اي الآفة السماوية او القوة القاهرة او الحادث الفجائي او خطأ الغير او خطأ المتضرر ، غير ممكن التوقع ولا الدفع . فاذا كان ممكن التوقع او الدفع فلا يقطع رابطة السببية وتتقرر مسؤولية محدث الضرر ويلزم بالتعويض . فاذا كانت الامطار او الحرب او الفيضانات ،

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٨٥ ــ ٨٨٦ .

مثلا ، متوقعة ، فلا تكون سببا اجنبيا يعفي محدث الضرر من التعويض . ولا تعفي هذه الامور من التعويض كذلك اذا كانت ممكنة الدفع . فاذا هطلت امطار غزيرة غير متوقعة وتجمعت فى سطح الدار ، وكان صاحب الدار يستطيع تصريف هذه المياه بواسطة الميازيب ولكنه لم يفعل ذلك حتى انهدمت الدار فأحدثت ضررا للاخرين ، فمسؤوليته تتقرر ويلزم بالتعويض. لانه بالرغم من ان الامطار كانت غير متوقعة ، الا انه كان بامكانه دفعها ولم يفعل ، وهذا يكون خطأ يوجب مسؤوليته التقصيرية .

المطلب الثاني
انعدام السببية لان الخطأ لم يكن السبب المباشر في احداث الضرر

(الضرر غير المباشـــر)

التمييز بين هذه الحالة والحالة السابقة

٨٥٢ ــ تختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة فى ان الضرر فى الحالة السابقة واحد ولكن الاسباب تعددت . وهذه الاسباب هي خطأ المسؤول مجتمعا بالافة السماوية أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر . أما فى الحالة التي نحن بصددها ، فالسبب واحد ولكن الاضرار تعددت وتعاقبت وتنتج بعضها عن بعض . ففي هذه الحالة يكون بعض هذه الاضرار ناشئا مباشرة عن الخطأ ، وهذا هو الضرر المباشر وهو ما رأيناه فى المطلب السابق ، وبعضها الاخر لا يكون ناشئا عن الخطأ مباشرة ، وهذا هو الضرر غير المباشر . والقاعدة فى هذا الباب ان مرتكب الخطأ يسأل عن الضرر المباشر فقط ، ولا يسأل عن الضرر غير المباشر .

٨٥٣ ــ فمثال الضرر غير المباشر ما اذا اتلف مزارع مضخة جاره ، فترتب على ذلك ان الجار لم يستطع ان يروي مزروعاته فماتت ، فترتب على ذلك عدم استطاعته الوفاء بديونه فحجز الدائنون على المزرعة فباعوها

بثمن بخس ، فترتب على ذلك ان مات أبوه من الغم ، الخ ... فالضرر المباشر فى هذا المثل هو التلف الذي أصاب المضخة ، أما الاضرار الاخرى فغير مباشرة(١) .

معيار التمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر

٨٥٤ ــ ويعتبر الضرر مباشرا اذا كان نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول . وهذا يستفاد من الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧) ، التى نصت على ان : « تقدر المحكمة التعويض فى جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع » . فالضرر المباشر اذن هو ما كان نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول . ولكن متى يعتبر الضرر نتيجة طبيعية للخطأ ؟ وضعت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر فى ٧ حزيران ١٩٢٨ معيارا لذلك ، فعرفت الضرر المباشر بأنه الضرر الذي لم يكن فى وسع المصاب أن يتوقاه ببذل جهد معقول(١) . وقد أخذ القانون المدنى المصري الجديد بهذا المعيار فى المادة (٢٢١) منه . فهو بعد ان نص على أن الضرر يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، أضاف : « ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا

---

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى مصر فى حكم لها صادر فى ٢٢ تشرين الاول سنة ١٩١٤ بانه « اذا تلفت الات وابورى بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الالات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المسبب مباشرة عن الحادث ، كان يقال ان هذا الوابور كان معدا للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الالات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان ايضا متعهدا بان يروي لاصحاب الاطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم انه لم ينتفع ايضا بالارض التي حفر فيها وبالارض التي اعدها لوضع الوابور الخ الخ ، وان المصلحة مسؤولة عن تعويض كل هذه الاضرار » (الشرائع ٢ ، رقم ٢\٥١ ، ص ٢٤٧ . السنهوري ، الوسيط ، ص ٩٠٩ . ابو ستيت ، ص ٤٥٣ هامش رقم ١ . الدكتور سليمان مرقس ، الفعل الضار ، ط ٢ ، ص ١٠٩) .

(١) سليمان مرقس ، المرجع المذكور اعلاه .

لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . ونحن اذا طبقنا هذا المعيار على مثال المزارع الذي أتلف مضخة جاره رأينا اتلاف المضخة ضررا مباشرا ، لانه لم يكن فى استطاعة صاحب المضخة منع اتلافها ببذل جهد معقول ، فلو كان ذلك فى استطاعته لما قصر فيه . أما بالنسبة لهلاك المزروعات فالضرر غير مباشر . لان المزارع كان فى استطاعته أن يمنع هذا الهلاك ببذل جهد معقول . فقد كان بامكانه مثلا أن يستأجر مهندسا أو عاملا فنيا لاصلاحها ، أو أن يشتري أو يستأجر مضخة أخرى . وكذلك الامر بالنسبة للاضرار الاخرى الناشئة عن هذا الضرر ، فهي تعتبر أضرارا غير مباشرة فلا يسأل عنها الشخص الذي أتلف المضخة .

الفرع الثاني

حكم توافر أركان المسؤولية

(وجوب التعويض)

٨٥٥ ــ اذا توافرت أركان المسؤولية ، من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، ترتب عليها حكمها وهو وجوب التعويض . ويبحث الفقهاء فى مطولاتهم بهذه المناسبة الطريق الذي يجب اتباعه للحصول على التعويض ، وهو دعوى المسؤولية . ولكن هذا الموضوع أقرب الى قانون المرافعات منه الى القانون المدنى ، لذلك فلا نتطرق اليه ، ونقتصر على معالجة موضوع التعويض فقط .

وأهم المسائل التي يثيرها تعويض الضرر مسألتان : كيفية التعويض، وتقديره . ونرى كلا منهما فى مبحث مستقل .

المبحث الاول
كيفية التعويض

طـــرق التعـــويض
MODES DE RéPARATION

٨٥٦ ــ أحســـن تعويض يحصل عليه المتضرر هو اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل احداث الضرر • ولكن قد يصبح من غير الممكن اعـادة الحال الى ما كانت عليه ، وفى هذه الحالة يحكم للمتضرر بمبلغ من النقود• ويسمى التعويض فى هذه الحالة بالتعويض النقدي • وقد لا يطلب المتضرر مبلغا من المال كتعويض عن الضرر الذي أصابه ، بل يكتفي بتعويض رمزي، وهذا ما يسمى بالتعويض الادبي • ونرى كلا من هذه الطرق فى التعويض على حدة • ثم ان المتضرر قد يفتح أمامه طريقان للتعويض ، فهـل يستطيع الحصول على التعويض مرتين ؟ وهذا ما نراه بعد طرق التعويض •

١ ــ التعـويض النقـدي

٨٥٧ ــ تقضى الفقرة الاولى من المادة (٢٠٩) من القانون المدني بأن : « تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويـض أقساطا أو ايرادا مرتبا•ويجوز فى هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأمينا» • ويترك هذا النص اختيار طريقة التعويض للمحكمة ، ويبين فى الوقت نفسه كيفية التعويض النقدي الذي يغلب الحكم به فى دعـــاوى المســؤولية التقصيرية • وهذا النوع من التعويض أما أن يكون مبلغا مقدرا جزافا ، أو على صورة ايراد مرتب لمدة معينة ، او ايراد مرتب مدى الحياة •

والتعويض فى الصورة الاولى يحكم به اذا كان الضرر يمكن تقديره عند اصدار الحكم • كما اذا أتلف شخص شيئا لاخر ، فالتعويض يكون بالحكم عـــلى المتلف بقيمة الشـــيء •

ويحكم بالتعويض على صورة مرتب لمدة معينة اذا أحدث شخص لاخر

عجزا عن العمل ، ففي هذه الحالة تحكم المحكمة على المسؤول بالتعويض على صورة مرتب حتى يبرأ المتضرر من اصابته ويتمكن من العمل من جديد .

ويحكم بالتعويض على صورة ايراد مرتب مدى الحياة اذا أحدثت الاصابة عجزا دائما عن العمل ، كليا كان العجز او جزئيا . وفى هذه الحالة والحالة السابقة يجوز للمحكمة أن تلزم المدين بتقديم تأمين يكفل قيامه بدفع المرتب فى مواعيده المعينة . ومثال التأمين أن يعطي رهنا على دار يملكها ، او يقدم كفيلا يكفل قيامه بدفع المرتب فى مواعيده المعينة .

٢ ـ التعويض باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الضرر

٨٥٨ ـ تقضى الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) المتقدمة بأنه : «... على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه أو أن تحكم باداء أمر معين أو برد المثل فى المثليات وذلك على سبيل التعويض » . وتتكلم هذه الفقرة عن التعويض باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الضرر . ويسمى الفقهاء هذا النوع من التعويض بالتعويض العيني لانه يزيل الضرر عينا ويعيد الحال الى ما كانت عليه قبل الضرر . فمن صور هذا النوع من التعويض ما نصت عليه المادة (٤١) من القانون المدني من ان : « لكل من نازعه الغير فى استعمال لقبه بلا مبرر ، ولكل من انتحل الغير لقبه ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض اذا لحقه ضرر من ذلك » . فوقف التعرض للقب انما هو تعويض باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعرض للقب . ومن صور هذا النوع من التعرض ايضا ما تقضى به المادة (١٠٨٤) من أنه : « اذا هدم صاحب السفل سفله تعديا يجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك » . فاذا كان هناك بناء يتكون من علو مملوك لشخص وسفل مملوك لآخر وهدم صاحب السفل سفله من دون أن تكون له حاجة فى ذلك بل للاضرار بصاحب العلو ، فمسؤولية صاحب السفل تتقرر ويلزم بالتعويض . والتعويض يكون باجباره على اعادة بناء السفل . فاذا امتنع عن ذلك باعه القاضى على من يتعهد باعادة بنائه . وهذا هو التعويض العيني ، اي التعويض باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل احداث

الضرر • ومن صور ذلك ايضا ما اذا أقام شخص مدخنة فى داره ووضعها بصورة تؤذي جاره بما يخرج منها من هباب ودخان • فى هذه الحالة يحكم على صاحب المدخنة برفعها ووضعها بصورة لا يتأذى منها الجار • ومن صور ذلك أيضا ما اذا أقام شخص جدارا فى داره ولم يقصد من وراء ذلك سوى حجب النور والهواء عن جاره• فى هذه الحالة يحكم على صاحب الجدار بهدمه • ومن صور ذلك أيضا ما نصت عليه المادة المتقدمة من « رد المثل فى المثليات » • فاذا غصب شخص من آخر كمية من المثليات ، كالحنطة والشعير والتمر ، الخ ••• ، جاز للمحكمة أن تحكم عليه برد كمية تساوي الكمية التى غصبها •

ومما يجب ملاحظته فى هذا الباب أن القاضى ليس ملزما بالحكم بالتعويض العيني • ولكن يتعين عليه أن يقضى به اذا كان ممكنا وطالب به الدائن أو تقدم به المدين(١) •

٣ ـ التعويض الادبي

٨٥٩ ـ وقد لا يطلب المتضرر تعويضا نقديا ، بل يكتفي بتعويض أدبي • ويحدث ذلك فى حوادث التشهير والافتراء والقذف • فاذا كتب صحفي مقالا فى صحيفة قذف فيه أو افترى على شخص اخر ، وأقام هذا الدعوى مطالبا بالتعويض عما لحقه من ضرر فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى من جراء نشر المقال ، فقد يكتفي هذا الشخص بنشر الحكم الذي يدين الصحفي فى الصحف ولا يطلب مبلغا من المال كتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة نشر المقال •

اجتماع طريقين فى التعويض

٨٦٠ ـ قد ينفتح أمام المضرور طريقان للتعويض فهل يستطيع الحصول على التعويض مرتين ؟ مثال ذلك ما اذا أمن شخص على نفسه أو على ماله لدى احدى شركات التأمين وأحدث له شخص ضررا • فى هذه الحالة يوجد

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٦٤٣ ، ص ٩٦٧ •

أمامه مسؤولان يستطيع الرجوع عليهما بالتعويض : شركة التأمين بمقتضى عقد التأمين ، ومحدث الضرر بمقتضى المسؤولية التقصيرية • فهل يستطيع المتضرر فى هذا المثل الرجوع بالتعويض على كل من شركة التأمين ومحدث الضرر ؟ ظل الفقه والقضاء مدة طويلة ، متبعين فى ذلك پوتييه ، يرفضان الجمع بين الرجوع بالتعويض على محدث الضرر وعلى شركة التأمين ، ولكنهما رجعا عن هذا الرأي ، وصار القضاء ، تؤيده فى ذلك غالبية الفقهاء، يجيز الجمع ، سواء كان الضرر قد أصاب النفس أو المال • ولكن القانون الصادر فى ١٣ تموز سنة ١٩٣٠ فرق بين التأمين على الاشياء والتأمين على الاشخاص ، فأجاز الجمع فى الحالة الثانية ولم يجزه فى الاولى ، بل نص على حلول شركة التأمين محل المتضرر فى الرجوع على المسؤول بمقدار مبلغ التأمين الذي دفعته • ولا يمكن الاعتراض هنا بأن المتضرر يكون قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، فهو ، كما سبق القول ، انما يرجع على شركة التأمين بمقتضى عقد التأمين والمبلغ الذي يحصل عليه منها انما هو مقابل لاقساط التأمين التى دفعها لها ، أما رجوعه على محدث الضرر فيكون على أساس الفعل الضار • فلا يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد •

وقد أخذ القانون المدنى العراقى بهذا الرأي ، فنص فى المادة (٩٩٨) على انه : « فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسؤول عن هذا الحادث » •

المبحث الثاني

تقدير التعويض

(éVALUATION DES DOMMAGES - INTéRêTS)

٨٦١ ــ اذا اختار القاضى طريقة التعويض بقي عليه أن يحدد مقداره • والاصل فى هذا الباب ان التعويض يجب أن يشمل كل ما أصاب

المتضرر من ضرر ، وان لا يتجاوز مقدار هذا الضرر ، يستوي فى ذلك أن يكون التعويض عينيا ، أي باعادة الحال الى ما كانت عليه ، أو نقديا ، ويستوي فى ذلك أيضا أن يكون الضرر ماديا أو أدبيا • ويشمل التعويض الضرر المباشر كله ، متوقعا كان أو غير متوقع ، بعكس الحال فى المسؤولية التعاقدية حيث لا يشمل التعويض الا الضرر المتوقع ، الا اذا صدر من المدين غش أو خطأ جسيم ، فيسأل عندئذ عن الضرر غير المتوقع لان مسؤوليته تلحق فى هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية •

وقد نصت المادة (٢٠٧) من القانون المدنى على أن « 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 ــ ويدخل فى تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان • ويجوز أن يشتمل الضمان على الاجر » • ومن قراءة هذه المادة يتبين لنا أن المحكمة فى تقديرها للتعويض يجب أن تأخذ أمرين بنظر الاعتبار ، وهما : ١ ــ الضرر الذي أصاب المتضرر • ٢ ــ الكسب الذي فاته •

والضرر الذي يصيب المتضرر لا يثير تقديره صعوبة • فاذا اتلف شخص حصانا لآخر ، أو سيارة له ، حكمت عليه المحكمة بقيمة الحصان أو السيارة •

أما الكسب الذي يفوت المتضرر ، فمثاله ما اذا اشترى تاجر بضاعة واتفق مع تاجر آخر على أن يبيعه اياها مرابحة ثم تسبب شخص ثالث باتلاف البضاعة • فالثمن الذي اشترى به التاجر البضاعة هو الضرر الذي أصابه ، ومقدار الربح الذي اتفق عليه هو الكسب الذي فاته •

الحرمان من منافع الاعيان

٨٦٢ ــ وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المتقدمة صراحة على أن يشمل التعويض الحرمان من منافع الاعيان(١) • وبذلك خالفت ما يذهب اليه

(١) وفى قضية هدم رئيس بلدية راوندوز عرصة دكان عائدة لدائرة الاوقاف وجعله شارعا دون ان يقوم بالمراسيم القانونية لاستملاكه ، فاقام

الفقه الحنفي من أن منافع المغصوب غير مضمونة ، وما تنص عليه المادة (٤٧٢) من المجلة من عدم ضمان منافع المال غير المعد للاستغلال . فاذا سرق شخص سيارة ولم تكن هذه السيارة معدة للاستغلال فهو لا يضمن منافعها بمقتضى الفقه الحنفي والمجلة ، أي لا يدفع لصاحب السيارة تعويضا عن المدة التى حرمه فيها من سيارته . أما فى القانون المدني العراقى ، فهو يضمن منفعتها ويجب عليه تعويض صاحبها عن المدة التى احتجز فيها سيارته . والتعويض فى هذه الحالة يقدر باجرة سيارة مشابهة للسيارة المغصوبة، وذلك عن المدة التى بقيت فيها السيارة بيد الغاصب .

الظروف الملابسة التي من شانها ان تؤثر فى تقدير التعويض

٨٦٣ ــ تقضى المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري الجديد بأن القاضى يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور « مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة » . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المدنى العراقى . ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التى تلابس المسؤول . فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور وما قد أفاده

مأمور اوقاف اربيل اضافة لوظيفته الدعوى على رئيس البلدية اضافة لوظيفته مطالبا بتعويض قدره (٢٠٠) دينار عن الاضرار الحاصلة بالملك المذكور وباجر المثل لمدة سنتين اعتبارا من تاريخ الهدم لان المدعى عليه تسبب فى فوات المنفعة لهذه المدة. فحكمت له المحكمة بعشرين دينارا عن قيمة الانقاض قائمة وردت الدعوى بالزيادة فميز مأمور الاوقاف الحكم فصدقت محكمة التمييز فى حكم لها صادر فى ١٥ــ٦ــ٥٦ الفقرة الحكمية المتعلقة بالعشرين دينارا ، ونقضت الحكم بالنسبة للباقي . وقد جاء فى حكم محكمة التمييز ما يلي : « ... ان دعوى المدعى تضمنت طلب الحكم بالاضرار الناتجة من الهدم ، وهي عبارة عن قيمة البناء قائما مضافا الى ذلك طلب الضرر عن فوات المنفعة وهو حرمان الدائرة من اجر الدكان فيما لو بقي وتسبب المدعى عليه فى الحرمان وذلك منذ تاريخ الهدم الى حين اقامة الدعوى . وحيث ان المحكمة حكمت بمبلغ عشرين دينارا عن قيمة الانقاض قائمة ، وحكمها فى ذلك يعتبر صحيحا ، لذا قررت تصديق هذه الفقرة الحكمية . وبما انها لم تحكم بفوات المنفعة لذا قرر نقض الحكم من هذه الجهة فقط واعادته لمحكمته لاجراء المحاكمة والسير فى القضية وفقا لما تتطلبه الاصول القانونية ... ».

(الموجز ج ١ ــ ٣١)

بسبب التعويض ، كل هذا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره للتعويض • أما الظروف التى تحيط بالمسؤول وجسامة الخطأ الذي صدر منه ، فلايدخل فى الحساب ، على خلاف فى الرأي بالنسبة الى جسامة الخطأ(١) •

فمثال الظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور ما اذا كان ضعيف البنية ، مما يجعله معرضا لضرر أكبر من الضرر الذي يتعرض له السليم • ومثال ذلك أيضا ما اذا كان مصابا بمرض النزيف الدموي ، مما يجعله يفقد نتيجة جرح بسيط ، كمية من الدم اكبر من الكمية التي يفقدها الشخص غير المصاب بهذا المرض • ومن كان مريضا « بالسكر » ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب السليم(٢) • كل هذه الظروف ، وأمثالها ، تدخل فى اعتبار القاضى عند تقديره للتعويض •

أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسؤول فلا تدخل فى اعتبار القاضى عند تقديره للتعويض • فلا ينظر الى حالته المالية وما اذا كان غنيا أو فقيرا • فلا يزيد فى التعويض اذا كان غنيا،ولا ينقص منه اذا كان فقيرا • ولا ينظر القاضى أيضا الى جسامة خطأ المسؤول • فسواء أكان الخطأ جسيما أم يسيرا ام تافها ، فالتعويض يجب ان يحكم به كاملا ، ولا يكون لجسامة الخطأ تأثير على تقدير التعويض • وفى هذا يختلف الجزاء الجنائي الذي ينظر فيه الى جسامة الخطأ عن الجزاء المدني الذي ينظر فيه الى جسامة الضرر •

الفرع الثالث

تعديل أحكام المسؤولية

التعديل الاتفاقي والاعفاء القانوني والتامين من المسؤولية

٨٦٤ ــ تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية أما أن يكون نتيجة اتفاق، فيتفق الطرفان على تعديل أحكامها التى رأيناها وذلك قبل تحققها ، أو

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٦٤٨ •
(٢) المرجع السابق ، ص ٩٧٢ •

نتيجة تأمين المسؤول على مسؤوليته المحتملة قبل تحققها ، أو بحكم القانون. والقانون اذا عدل من أحكام المسؤولية فهو انما يفعل ذلك للتخفيف منها او للاعفاء منها نهائيا • وقد سبق أن رأينا الحالات التى يعفي القانون فيها من المسؤولية ، وهي : الدفاع الشرعى ، وتنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته ، وحالة الضرورة ، وبقي أن نرى التعديل الاتفاقى لاحكام المسؤولية، والتأمين على المسؤولية • وهذا ما نعالجه فى مبحثين متتابعين •

المبحث الاول

التعديل الاتفاقي لاحكام المسؤولية

٨٦٥ ــ قد يبدو أمرا غريبا أن يتفق شخصان لا تربط بينهما رابطة على ما قد يتعرض له أحدهما من مسؤولية تجاه الآخر • فاذا كان ذلك متصورا فى المسؤولية التعاقدية حيث يجمع العقد بين المسؤول والمضرور قبل تحقق المسؤولية ، فانه بعيد الاحتمال فى المسؤولية التقصيرية ، اذ لا يجمع بين المسؤول والمضرور جامع ولا يعرف أحدهما الآخر قبل وقوع الضرر • ولكن الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية اذا كان نادرا فى العمل، الا انه غير مستحيل • فقد يكون الانسان فى وضع يعرف معه الاشخاص الذين قد يأتيه الضرر من جانبهم فيتفق معهم على تشديد مسؤوليتهم ، وقد يعرف الاشخاص الذين قد يحدث هو لهم ضررا فيتفق معهم على تخفيف مسؤوليته أو الاعفاء منها • فالجار يمكن أن يحدث ضررا لجاره ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية عند تحققها • وأصحاب الحيوانات التي توضع فى مكان واحد يتعرضون للمسؤولية نتيجة احداث بعض الحيوانات ضررا لغيرها ، فيتصور اتفاق أصحاب هذه الحيوانات على تعديل أحكام المسؤولية التي قد يتعرض لها أحدهم نتيجة ذلك •

والاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية أما أن تشدد من هذه المسؤولية أو تخفف أو تعفي منها • ونرى كلا من هذه الاتفاقات على حدة •

اولا ـ الاتفاق على التشديد من المسؤولية

٨٦٦ ـ ومثال الاتفاق على تشديد المسؤولية ما اذا اتفق شخصان على أن يتحمل أحدهما نتيجة السبب الاجنبى ، فيكون مسؤولا حتى لو حدث الضرر لسبب أجنبى لا يد له فيه والذي يعفيه القانون فيه من المسؤولية . مثال ذلك ما اذا دعا شخص صديقا لركوب السيارة معه ، ففي هذه الحالة اذا ارتكب السائق خطأ فى أثناء السياقة واحدث ضررا لصديقه فمسؤوليته التقصيرية ، لا التعاقدية ، هي التي تتقرر . فاذا تدخل سبب أجنبي وقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفت مسؤولية السائق ويعفى من التعويض . ولكن اذا تعهد صاحب السيارة لصديقه بان يكون مسؤولا عن كل ضرر قد يصيبه ولو حدث لسبب أجنبي فانه يكون مسؤولا عن التعويض ، وبذلك يكون الطرفان قد اتفقا على التشديد من أحكام المسؤولية التقصيرية للسائق . وقد أجازت العبارة الاخيرة من المادة (٢١١) من القانون المدني هذا النوع من الاتفاقات . فهي بعد أن أعفت المسؤول من التعويض اذا أثبت ان الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه أضافت : « .. ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٥٩) أيضا على جواز تحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة بقولها : « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة » .

ثانيا ـ الاتفاق على التخفيف من المسؤولية او الاعفاء منها

٨٦٧ ـ ومثال الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الاعفاء منها ما اذا اتفق جار مع جاره على عدم مسؤوليته عن أي ضرر قد يصيبه من المدخنة الموضوعة فى بيته . ومثال ذلك أيضا ما اذا اتفق صاحب مصنع مع أصحاب الاملاك المجاورة على عدم مسؤوليته عن الاضرار التى قد تصيبهم من وجود المصنع . ومثال ذلك أيضا ما اذا اتفق صاحب مزرعة مع اصحاب المزارع المجاورة على عدم مسؤوليته عن الاضرار التي قد تحدثها فى مزارعهم

الارانب الموجودة فى مزرعته • ومثال ذلك أيضا ما اذا دعا شخص صديقا له لركوب السيارة معه واشترط عليه أن لا يكون مسؤولا عن أي ضرر قد يصيبه نتيجة ركوبه فى السيارة مهما كان الخطأ الذي يرتكبه جسيما • الاتفاق فى الصور المتقدمة ورد على الاعفاء من المسؤولية • وقد يكون الاتفاق على دفع مبلغ اجمالي مهما كانت جسامة الضرر الذي قد يحدث ، وبذلك يكون الاتفاق قد ورد على التخفيف من المسؤولية •

حكم هذا النوع من الاتفاقات

٨٦٨ ــ ويمكن التساؤل عن حكم هذا النوع من الاتفاقات ، وهل هو صحيح ام باطل • الفقهاء فى هذا الصدد فريقان : فريق لا يجيزه ويعتبره باطلا لان قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ويؤيد القضاء هذا الفريق • وفريق يجيزه فى حدود معينة الا اذا كان الضرر ناشئا عن عمد أو خطأ جسيم ، أو كان واقعا على النفس لا على المال ، لان شخص الانسان فوق كل اتفاق ، فعندئذ يكون الاتفاق باطلا ويجب الحكم بالتعويض • ويؤيد هذا الفريق رأيه بالقول بان قواعد المسؤولية التقصيرية ليست من النظام العام اذا كانت تتعلق بالخطأ اليسير(١)•

القانون المدني العراقي

٨٦٩ ــ وقد أخذ القانون المدني العراقي بما يذهب اليه الفريق الاول ، فنص فى الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) على انه : « ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع » •

المبحث الثاني

التأمين من المسؤولية

الفرق بين التامين من المسؤولية وشرط الاعفاء منها

٨٧٠ ــ يتفق التأمين من المسؤولية مع شرط الاعفاء من المسؤولية فى

(١) مازو ، ج٣ ، ف ٢٥٧١ ــ ٢٥٧٦ .

انه ، كشرط الاعفاء ، يعفي المسؤول من التعويض ، ولكنه يختلف عنه فى انه ينقل عبء التعويض من عاتق المسؤول (المؤمن له) الى عاتق المؤمن (شركة التأمين) ، أما شرط الاعفاء فاذا كان صحيحا فهو يعفى المسؤول من التعويض و يحرم المتضرر من الحصول على أي تعويض ، فهو الذي يتحمله نهائيا .

والتأمين من المسؤولية جائز وواسع الانتشار فى الحياة العملية . فيجوز أن يؤمن الشخص من المسؤولية التي قد يتعرض لها ، تعاقدية كانت او تقصيرية ، وبالنسبة لكل انواع الخطأ ، ماعدا الخطأ العمد فهذا لا يمكن التأمين منه . فلا يجوز للانسان ان يؤمن مثلا على مسؤوليته الناشئة عن احراق مال الغير عمدا .

رجوع المتضرر على المؤمن

٨٧١ ــ ويترتب على عقد التأمين ان المؤمن له (المسؤول) اذا أحدث ضررا فالتعويض الواجب دفعه عن هذا الضرر يقع على عاتق المؤمن (شركة التأمين) . وهنا يثور السؤال التالي : هل يستطيع المتضرر الرجوع على المؤمن بدعوى مباشرة ، أو هو يرجع عليه بدعوى المؤمن له ؟ اذا قلنا بالرأي الاول كان معنى ذلك انه يستقل بمبلغ التعويض ولا يشاركه فيه دائنو المسؤول ، وعندئذ نكون امام اشتراط لمصلحة الغير . واذا قلنا بالرأي الثاني كان معنى ذلك ان يتعرض لمنافسة دائني المسؤول ومشاركتهم اياه بمبلغ التعويض ، لان المبلغ يمر عندئذ فى ذمته (ذمة المسؤول) .

القانون المدني العراقي

٨٧٢ ــ وقد أخذ القانون المدني العراقي بالرأي الاول ، فنص فى المادة (١٠٠٦) على انه : « لا يجوز للمؤمن ان يدفع لغير المتضرر مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المتضرر لم يعوض عن الضرر الذي أصابه » . ومعنى هذا النص ان المتضرر يستطيع الرجوع على المؤمن بدعوى مباشرة ، فيستقل بمبلغ التعويض ولا يشاركه فيه دائنو المؤمن له .

الفصل الثانى

المسؤولية عن عمل الغير وعن الاشياء

مسؤولية تقوم على خطا مفترض

٨٧٣ ــ تكلمنا فى الفصل السابق عن المسؤولية عن الاعمال الشخصية، وهي تقوم على خطأ يجب اثباته • وفى هذا الفصل نتكلم عن المسؤولية عن عمل الغير وعن الاشياء ، وهي تقوم على خطأ مفترض ، أي يفترض القانون وجوده • والغاية التي قصد اليها المشرع من افتراض الخطأ فى هذه الحالات هي ان يسهل على المتضرر الحصول على التعويض • ولكن الافتراض القانوني هنا ليس واحدا بالنسبة لجميع حالات المسؤولية ، فهو يختلف شدة وضعفا من حالة الى أخرى ويصل أحيانا الى حد تقرير المسؤولية بدون خطأ ، أي تحمل التبعة •

وقد قسم القانون المدني العراقي الكلام على هذه المسؤولية الى قسمين ، خصص الاول للمسؤولية عن عمل الغير ، والثاني للمسؤولية عن الاشياء • ونحن نتبعه فى ذلك ، فنعالج كلا من هذين الموضوعين فى فرع مستقل •

الفرع الاول

المسؤولية عن عمل الغير

حالات المسؤولية

٨٧٤ ــ يسأل الشخص عن عمل غيره فى حالتين :

١ ــ اذا كان الغير فى رعايته وكان فى حاجة الى رقابة ، فيكون الشخص مسؤولا عن الاعمال الصادرة من هذا الغير •

٢ ــ اذا كان الغير تابعا للشخص ، فيكون الشخص مسؤولا عن أعمال تابعه • ونعالج كلا من هاتين الحالتين فى مبحث مستقل •

المبحث الاول

مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته

٨٧٥ ــ تقضي المادة (٢١٨) من القانون المدني بان : « ١ ــ يكون الاب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير • ٢ ــ ويستطيع الاب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذ الواجب » • هــذا هــو النص الوحيد الذي عالج به القانون المدني العراقي مسؤولية الشخص عمن هــم فى رعايته • والمسائل التي تثيرها مسؤولية الشخص عمن هم فى رعايته هي تحديد الاشخاص المسؤولين عن الصغير ، وشروط المسؤولية وأساسها •

ونرى كلا من ذلــك فى مطلب مســتقل

المطلب الاول

الاشخاص المسؤولون عن الصغير

٨٧٦ ــ تنص الفقرة الاولى من المادة (٢١٨) مدني المتقدمة عــلى أن المسؤول عن الضرر الذي يحدثه الصغير هو الاب ثم الجد • وهذا النص معيب ، فهو يقصر عن أن يشمل جميع الاشخاص الذين يتولون الرقابة على الصغير وجميع الاشخاص الذين هم في رعاية غــيرهم •

٨٧٧ ــ فتحديد المسؤول بالاب والجد يدعو الى التساؤل عن الحكم فى حالة ما اذا كان الصغير فى رعاية غير الاب أو الجد ، كالوصي والام • فقبل أن يبلغ الصغير السابعة من عمره يكون فى حضانة أمه ، وقد يكون فى حضانتها بناء على اتفاق بينها وبين الاب • فهل يكون هؤلاء مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه الصغير ؟ ثم ان تحديد المسؤول عن الصغير بالاب والجد يدعو الى التساؤل عن الحكم بالنسبة للمجنون والمعتوه ، فهل ينطبق عليهما وصف «الصغير» ولو تجاوزا سن البلوغ ؟ سبق أن رأينا فى الاهلية أن القانون قد الحق المجنون والمعتوه بالصغير غير المميز بالنسبة للمعاملات،

فهل يسري هذا الحكم بالنسبة للاعمال الضارة التي قد تصدر منهما ؟ ثم انه اذا لم يكن للمجنون والمعتوه اب ولا جد وعين لهما قيم ، فهل يسأل هذا عن الاضرار التي قد يحدثانها ؟ يذهب بعض الشراح الى وجوب التوسع فى تفسير النص المتقدم بحيث يشمل الوصي والقيم • ونحن لا نتفق مع هذا الفريق فيما يذهب اليه ، بالرغم من وجاهة الاعتبارات التي يقدمها • ذلك ان هذا النوع من المسؤولية قد جاء على خلاف القواعد العامة التي تشترط اثبات الخطأ لتقرير المسؤولية ، فهو يقوم على خطأ مفترض ، وما جاء مخالفا للقواعد العامة لا يجوز التوسع فى تفسيره • فمن القواعد المقررة فى هذا الباب ان « ما جاء على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » • وعليه فاننا نرى عدم جواز التوسع فى تفسير النص المتقدم وجعله يشمل غير الاب والجد •

٨٧٧ مكرر ــ ولكن اذا كنا لا نستطيع التوسع فى تفسير النص لجعله يشمل غير الاب والجد من وصي او قيم ، وغير الصغير من مجنون ومن فى حكمه ، وتقرير مسؤوليتهم عن الضرر الذي يحدثه هؤلاء ، الا اننا نستطيع ان نلزم هؤلاء بدفع التعويض اذا تعذر الحصول عليه من أموال الصغير ، وذلك استنادا الى المادة (١٩١) مدني • فقد سبق ان رأينا هذه المادة تنص على انه : « ١ ــ اذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله • ٢ ــ واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر اذا كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمه ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض • على ان يكون لهذا الرجوع بمادفعه على من وقع منه الضرر » • فالفقرة الاولى من هذه المادة تنص على الصبي المميز او غير المميز او من في حكمهما ، ويمكننا ان نعتبر المجنون والمعتوه فى حكمهما لتوافر العلة وهي نقص التمييز او انعدامه • والفقرة الثانية تنص على الزام الولي او الوصي او القيم بمبلغ التعويض اذا تعذر الحصول

عليه من اموال من وقع منه الضرر • ولكن يلاحظ على هذه الفقرة انها نصت على انه اذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر « اذا كان صبيا غير مميز او مجنون » ، ولم تطلق النص كما جاء في الفقرة الاولى • فهي لم تنص على الصبي المميز ، ولا على من في حكم الصبي المميز او غير المميز • فهل يستنتج من ذلك ان المشرع اراد عدم الزام الولي او الوصي او القيم اذا كان محدث الضرر صبيا مميزا أو من في حكمه او حكم المجنون ؟ لا نرى ذلك • لان المشرع عندما الزم هؤلاء بدفع التعويض انما اراد ان يحفظ حق المضرور في الحصول على التعويض، وهذه الحكمة متوافره بالنسبة لكل الاشخاص الذين نصت عليهم الفقرة الاولى •

٨٧٧ مكرر ١ ــ ويلاحظ من ناحية اخرى ان المادة (٢٢٠) مدني قد اعطت المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه • ومعنى ذلك ان الاب والجد اذا الزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير بمقتضى المادة (٢١٨) فانهما يستطيعان الرجوع عليه بما ضمناه • فتكون النتيجة ان الفقرة الاولى من المادة (٢١٨) اصبحت زائدة وتغنينا عنها المادة (١٩١) ، لان حق الاب والجد في الرجوع على الصغير بما ضمناه مقرر في كلتا المادتين • فسواء الزما بدفع التعويض ابتداء او لعدم كفاية اموال الصغير ، فهما يرجعان عليه بما ضمناه •

الفتاة القاصر اذا تزوجت

٨٧٨ ــ ثم ان تحديد المسؤول عن الصغير بالاب والجد يدعو الى التساؤل أيضا عن الحكم بالنسبة للفتاة القاصر اذا تزوجت ، فمن الذي يسأل عنها ، أبوها وجدها ام زوجها ؟ اننا لا نستطيع القول بمسؤوليه الاب والجد لان الفتاة تخرج بالزواج من رعايتهما الى رعاية زوجها • ولا نستطيع ايضا القول بمسؤولية الزوج لان القانون لم ينص عليه ، ولا نستطيع قياسه على الاب والجد لان هذا النوع من المسؤولية ، كما قلنا قبل قليل ، قد جاء على خلاف القياس ، وما جاء على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه •

٨٧٩ ــ وقد تجنب القانون المدني المصري ما وقع فيه القانون المدني العراقي من اضطراب بنص يقرر قاعدة عامة فى هذا الباب • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٣) منه على ان : « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع • ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » •

المطلب الثاني

شروط المسؤولية وأساسها

شرطان

٨٨٠ ــ يشترط لتحقق مسؤولية الشخص عمن هم فى رعايته توافر الشرطين التاليين :

١ ــ أن يتولى المسؤول الرقابة على القاصر •

٢ ــ أن يصدر ممن هو تحت الرعاية عمل غير مشروع

ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة •

الشرط الاول ــ تولي الرقابة على القاصر

٨٨١ ــ لا بد لمساءلة الاب أو الجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير من ان تكون له الرقابة عليه • وتتحقق الرقابة اذا كان الصغير يسكن مع وليه المسؤول عنه فى دار واحدة • وقد نصت على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي بقولها : « يكون الاب والام ، بعد وفاة الزوج ، مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه أولادهما القاصرون الساكنون معهم » • والكلام فى الرقابة والمساكنة يقتضي معرفة الولاية على النفس فى الشريعة الاسلامية • والولاية على النفس فى هذه الشريعة تنقضي ببلوغ القاصر خمس عشرة سنة ، بعكس الولاية على المال

التي تستمر الى بلوغ سن الرشد التي هي ثماني عشرة سنة فى القانون المدني العراقي • فاذا بلغ الصغير خمس عشرة سنة وانفصل عن وليه (أبيه أو جده) واتخذ له مسكنا مستقلا فهل يبقى الولي مسؤولا عنه ؟ القانون المدني العراقي ساكت فى هذا الصدد ، وهو لم يشترط سكنى القاصر مع وليه لمساءلة هذا الاخير عنه • والظاهر ان واضعي هذا القانون لم يريدوا الاخذ بما هو مقرر فى الفقه الاسلامي من انقضاء الولاية على النفس ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة ، ولم يشترطوا سكنى القاصر مع وليه • فهم لو أرادوا ذلك لنصوا عليه صراحة • وهذا ما فعله القانون المدني المصري الجديد • فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) منه على انه : « ويعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته •• » •

انتقال الرقابة على القاصر من وليه الى شخص اخر

٨٨٢ ــ وقد يخرج القاصر من رعاية أبيه أو جده الى رعاية شخص اخر ، فتنتقل الرقابة عليه ، تبعا لذلك ، الى هذا الشخص • مثال ذلك ما اذا دخل القاصر مدرسة ، أو تطوع فى الجيش ، أو اشتغل عند صاحب مهنة ليتعلم مهنته • يذهب الفقه والقضاء والتشريع فى فرنسا ومصر الى أن الرقابة على القاصر تنتقل فى مثل هذه الحالات من وليه الى الشخص المشرف عليه • فمدير المدرسة والمعلم ، وامر المعسكر ، وصاحب المهنة ، هم الذين يسألون عنه عند وجوده تحت رقابتهم • أما القانون المدني العراقي فساكت فى هذا الصدد ، فهل يمكننا الاخذ بما هو مقرر فى هذا الصدد فى مصر وفرنسا ؟ لانرى ذلك لسببين : الاول ــ لان هذا النوع من المسؤولية، كما سبق أن قلنا ، قد جاء على خلاف القياس ، وما جاء على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه • الثاني ــ لان القانون المدني العراقي استمد أحكامه فى هذا الباب ، وفى أغلب الابواب ، من الفقه الاسلامي • والاصل فى هذا الفقه ان الانسان لايسأل الا عن فعله هو ، ولا يسأل عن فعل غيره ،

ف « لاتزر وازرة أخرى » و « كل نفس بما كسبت رهينة » • فالقاصر ، ولو كان غير مميز ،هو الذي يسأل عن الضرر الذي يحدثه للغير ويدفع مبلغ التعويض من ماله اذا كان له مال ، وان لم يكن له مال ينتظر حتى يصير عنده مال • فاذا جاء القانون المدني العراقي وقرر مسؤولية الاب والجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير فما ذلك الا ليضمن للمتضرر الحصول على التعويض ، فالغالب ان لا يكون للقاصر من المال ما يستطيع به أن يعوض الضرر الذي أحدثه للغير • لذلك فقد أعطى هذا القانون المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه (م٢٢٠) •

الشرط الثاني ـ صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرعاية

٨٨٣ ـ ولا بد أيضا لمساءلة الاب أو الجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير من صدور عمل غير مشروع من الصغير ، أي يجب أن يكون القاصر فى وضع بحيث انه لو كان بالغا لتقررت مسؤوليته • فاذا ساق سيارة ودعس شخصا فاحدث له ضررا فمسؤوليته تتقرر اذا كان بالغا ، فتتقرر مسؤوليته هنا أيضا ، ولكن الذي يسأل عنه فى هذه الحالة هو وليه ، أي أبوه أو جده •

اساس المسؤولية وطريق التخلص منها

٨٨٤ ـ أساس مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته فى الفقه الغربي هو الخطأ المفترض القابل لاثبات العكس • فيستطيع ولي الصغير ، أو متولي الرقابة عليه ، ان يتخلص من المسؤولية بنفي الخطأ او بنفي علاقة السببية • والخطأ المفترض فى جانب المسؤول عن القاصر هو عدم القيام بواجب الرقابة • ويعتبر اخلالا بهذا الواجب عدم تربية الصغير تربية حسنة• ويستطيع متولى الرقابة على الصغير أن ينفي الخطأ عن نفسه بان يثبت انه قام بواجب الرقابة وانه لم يقصر فيه ولكن الضرر وقع بالرغم من ذلك • وقد أخذ القانون المدني العراقي بذلك ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) على انه : « ويستطيع الاب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية اذا

أثبت انه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » • وتقرير ما اذا كان الاب أو الجد قد قام بواجب الرقابة أم لا مسألة وقائع تترك لتقدير القاضي ، فهو خير حكم فى هذا الموضوع •

المبحث الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

RESPONSABILITé DU COMMETTANT DU FAIT DE SON PRéPOSé

٨٨٥ ــ تنص المادة (٢١٩) من القانون المدني على ان « ١ ــ الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدمتهم • ٢ ــ ويستطيع المخدوم ان يتخلص من المسؤولية اذا أثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » • وتقرر هذه المادة مسؤولية الشخص عن الاضرار التي يحدثها الاشخاص التابعون له والتي تقع منهم فى أثناء قيامهم بعملهم •

ونبحث مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فى مطلبين ، نخصص الاول لشروطها والثاني لاساسها •

المطلب الاول

شروط مسؤولية المتبوع

شروط ثلاثة

٨٨٦ ــ لا بد لتقرير مسؤولية المتبوع من توافر الشروط الثلاثة التالية : ١ ــ وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع • ٢ ــ صدور خطأ

من التابع • ٣ ـ صدور الخطأ فى أثناء قيام التابع بعمله • ونرى كلا من هـــذه الشـــروط على حـــدة •

الشرط الاول ـ علاقة تبعية Lien de préposition

٨٨٧ ـ تتحقق علاقة التبعية اذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية تخوله رقابته وتوجيهه واصدار الاوامر اليه • والفقرة الاولى من المـادة (٢١٩) المتقدمة لم تتكلم عن علاقة التبعية ، بل حددت بعض الاشخاص • فهي تقول : «الحكومة والبلديات والمؤسسات الصناعية أو التجارية ••» • وهذا نقص فى النص ، فلا يدخل فيه كثير من الاشخاص الذين يعملـون فى خدمة غيرهم ، كالخادم والطباخ وسائق السيارة ومربية الاطفال • الخ•• قد يقال ان كلمة « مخدوم » الواردة فى الفقرة الثانية من المـادة (٢١٩) المتقدمة يمكن ان تنصرف الى الاشخاص الذين لم تنص عليهم الفقـــرة الاولى ، وذلك عن طريق التوسع فى التفسير • ولكن يرد على ذلك بان الفقرة الثانية هذه انما جاءت مكملة للفقرة الاولى ولبيان الطريق الذين يستطيع الاشخاص المذكورون فى الفقرة الاولى اتباعه للتخلص من المسؤولية ، فلا يمكن أن تنصرف اليهم • ويمكننا أن نضيف الى ذلك ما سبق أن قلنـاه من ان القانون المدني العراقي اعتمد فى الدرجة الاولى على الفقه الاسلامي كمصدر له • والقاعدة فى هذا الفقه ان الانسان لا يسأل عن فعل غيره ، فلا تزر وازرة وزر أخرى وكل نفس بما كسبت رهينة•فلا يمكننا،والحالة هذه ان نتوسع فى تفسير النص بحيث نجعله يشمل اشخاصا لم يذكرهم صراحة•

٨٨٨ ـ ومهما يكن من الامر فان علاقة التبعية تتحقق بثبوت السلطة الفعلية للمتبوع فى توجية التابع ورقابته واصدار الاوامر اليه ، ولا يهـم بعد ذلك مصدر هذه السلطة وما اذا كان المتبوع يتمتع بحرية اختيار التابع أم لا • فيكفي ان تكون هذه السلطة أدبية(١) • فالبلدية تسأل عن أعمال

(١) وقد كان الفقه والقضاء يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، فاذا انعدم الاختيار لم تتقرر المسؤولية . فقـد قضت محكمة استئناف اسيوط فى حكم لها صادر فى ٢٤ـ١ـ١٩٢٨ بعدم مسؤولية الحكومة عن حادث

موظفيها مع انهم يعينون من قبل السلطة المركزية ، فهي لا تتمتع بحرية فى اختيارهم • ومن المتفق عليه فقها وقضاء فى فرنسا ومصر أن الزوج اذا سمح لزوجته أن تقود السيارة ، والاب اذا سمح لابنه بذلك ، فانهما يكونان مسؤولين عن الاضرار التي تحدثها الزوجة أو يحدثها الابن فى أثناء السياقة ، يحتفظ كل من الاب والزوج برقابة وتوجيه الابن والزوجة •

٨٨٩ ــ وأغلب حالات التبعية تنشأ عن عقد بين التابع والمتبوع ، كما فى المصانع والمتاجر والخدمة فى البيوت ، الخ •• فالعامل فى المصنع يكون تابعا لصاحب المصنع ، والمستخدم فى المتجر يكون تابعا لصاحب المتجر ، والخادم فى البيت يكون تابعا لمخدومه ، وسائق السيارة يكون تابعا لصاحب السيارة ، وهكذا •• ففي جميع هذه الحالات يتمتع المتبوع بسلطة فعلية فى توجيه التابع ورقابته • فهو يستطيع ان يصدر اليه الاوامر بالعمل أو بعدم العمل ، او بالعمل على نحو معين • وعلاقة التبعية تتحقق ولو كان العقد الذي أوجدها باطلا ، فالمسؤولية هنا تقصيرية لا تعاقدية •

ولم يتطرق القانون المدني العراقي الى رابطة التبعية هذه ، بينما نص عليها القانون المدني المصري صراحة • فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧٤) من هذا القانون على انه : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه » •

وقع من احد جنود الجيش . وقد جاء فى حكمها ما يأتي :

«وحيث ان الخدمة العسكرية هي تكليف واجب على كل مصري، والعسكري بادائه تلك الخدمة انما يؤدي واجبا وطنيا ولا يشغل وظيفة من الوظائف ، فليس العسكري خادما ولا تعتبر الحكومة بالنسبة للعساكر الملحقين بالخدمة العسكرية فى مقام السيد بالنسبة لخادمه ولا يعتبر العساكر نائبين عنها » .

« وحيث فضلا عن ذلك فان الحكومة ليس لها حرية اختيار العساكر لانهم يجندون حتما متى توفرت فيهم شروط التجنيد بصرف النظر عن كفاءتهم العلمية او الاخلاقية » (محاماة ، س ٨ ، ص ٥٠٧ ، حكم رقم ٣٣٣ ، نقلا عن مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، ف ١٩٦) .

الشرط الثاني ـ خطأ التابع

٨٩٠ ـ ولا بد لتقرير مسؤولية المتبوع من تحقق مسؤولية التابع أولا • ولا بد لتحقق مسؤولية هذا الاخير من توافر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية • فاذا لم يكن الفعل الذي صدر من التابع خطأ لم تتقرر مسؤوليته ، ولا تتقرر بالتالي مسؤولية المتبوع • فاذا كان التابع فى حالة دفاع شرعي مثلا عند احداث الضرر فلا تتقرر مسؤوليته ، ولا تتقرر بالتالي مسؤولية متبوعه •

الشرط ـ الثالث ـ صدور الخطأ فى أثناء العمل

٨٩١ ـ ويشترط أيضا لتقرير مسؤولية المتبوع أن يرتكب التابع الخطأ فى أثناء قيامه بعمله • فاذا ارتكبه فى وقت اخر لم تتحقق مسؤولية المتبوع ويكون التابع وحده هو المسؤول • وعلة هذا الشرط ان صدور الخطأ من التابع فى أثناء قيامه بعمله يدل على تقصير من جانب المتبوع فى مراقبة التابع وعلى سوء اختياره له ، فاذا وقع الخطأ فى غير وقت العمل انتفى افتراض التقصير وسوء الاختيار •

فمثال الخطأ الذي يقع فى أثناء العمل ما اذا أهمل سائق سيارة مصلحة نقل الركاب فدعس شخصا ، أو تشاجر الجابي مع أحد الركاب وضربه فأحدث له ضررا • ومثال ذلك أيضا أن يخطىء مهندسو أمانة العاصمة أو وزارة الاشغال أو وزارة المواصلات فى وضع الخرائط والتصاميم فينتج عن ذلك ضرر لاصحاب العلاقة•ومثال ذلك أيضا أن يتشاجر مستخدم فى أحد المخازن التجارية مع أحد العملاء فيعتدي عليه بالضرب • ومثال ذلك أيضا أن يسلم صاحب سيارة سيارته الى معلم لتصليحها ، وفى أثناء تجربتها يحدث العامل ضررا للغير • ومثال ذلك أيضا أن تخطىء الممرضة فتعطى المريض سما بدل الدواء • ومثال أيضا أن يختلس ساعي البريد الخطاب المكلف بايصاله الى المرسل اليه • ويستوي فى الامثلة المتقدمة

أن يقع الخطأ بعلم المتبوع أو بدون علمه ، وان يكون المتبوع ملما باصول الفن والمهنة أو غير ملم .

هل يشترط في الخطأ ان يكون ايجابيا ؟

٨٩١ مكرر ـ تلزم الفقر الاولى من المادة (٢١٩) المتقدمة الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى الخ .. عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم « اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدمتهم » . وهذا النص معيب لانه يشمل الخطأ الايجابي فقط ولا يشمل الخطأ السلبي ، اي التقصير . وهذا ما اخذت به المحاكم العراقية . ففي قضية اقام شخص الدعوى على لجنة اسالة الماء مطالبا بالتعويض عن الضرر الحاصل لداره نتيجة انكسار مواسير المياه فحكمت له المحكمه به ، ولكن محكمة التميز نقضت الحكم في ٢٧ـ٧ـ٥٤ . وقد جاء في حكمها مايلي : « .. ان الزام لجنة اسالة الماء بالاضرار الناشئه عن مثل هذه الامور لا يصح الا اذا ثبت ان حصول الضرر كان قد نشأ من تعمد او تعد وقع من قبل مستخدمي الدائرة المذكورة كما نصت على ذلك المادة (٢١٩) من القانون المدني .. » . فمواسير المياه وان لم تكن قد انكسرت نتيجة تعمد او تعد من مستخدمي الدائرة، الا ان الانكسار قد وقع حتما نتيجة التقصير في المحافظة والصيانة. ويمكننا ان نصل الى تقرير مسؤولية لجنة اسالة الماء في القضية المتقدمة بتطبيق المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (٢١٩) مدني نفسها . فهذه الفقرة تسمح للمخدوم ان يتخلص من المسؤوليه اذا اثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر . ومعنى هذا النص ان ينفي المخدوم التقصير من جانبه . وهذا مالم تطلبه المحكمه من لجنة اسالة الماء . فكان على المحكمه ان تطلب من لجنة اسالة الماء ان تثبت بذلها ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر ، اي ان تثبت عدم وجود التقصير في جانبها .

والظاهر ان محكمة التمييز قد انتبهت الى هذه الناحية فصارت في احكامها اللاحقه ، تعتبر التقصير موجبا للمسؤوليه . فهي تقول في حكم

لها صادر في ١٣ ــ ١١ ــ ٥٦ : « ... اما حصول العيب في الانابيب من محل اتصالها بالانبوب الرئيسي فلا تعني (الصحيح : لا يعني) الا تقصيرا فى عملية الاتصال ، وان موظفي المميز هم الذين يقومون بهذه العملية ولا يسمحون لغيرهم بالتدخل فيها . لذلك فالدائرة مسؤولة عن نتائج اعمال موظفيها غير الفنيه ... » .

الاشخاص الذين تسأل عنهم الدولة

٨٩٢ ــ واشتراط صدور الخطأ فى أثناء القيام بالعمل يقتضي معرفة الاشخاص الذين تسأل عنهم الدولة . والاصل فى هذا الباب ان الدولة تسأل عن الاضرار التي يحدثها الاشخاص الذين يعملون لمصلحتها ، سواء كانوا موظفين أو مستخدمين على الملاك الدائم أو مستخدمين على الملاك المؤقت او باجور يومية ، وسواء اكانوا مدنيين ام عسكريين . فما دامت هناك علاقة تبعية بين الشخص والحكومة فالدولة تسأل عن الضرر الذي يحدثه هذا الشخص فى أثناء القيام بالعمل المكلف به . ولكن الدولة لا تسأل عن أعمال القضاة ، لعدم وجود علاقة تبعية بينهم وبين الحكومة . فالسلطة القضائية مستقلة استقلالا تاما عن السلطة التنفيذية ولا تخضع لها من حيث قيامها بواجبها ، فهي لا تتلقى منها التعليمات والاوامر كما هو الحال بالنسبة للموظفين الاخرين . وليس امام المتضرر الا اتباع طريق الشكوى على الحكام الذي نصت عليه المواد (٢٥٥) وما بعدها من قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

تطبيقات قضائية

٨٩٣ ــ وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة جنايات المنصورة فى مصر فى حكم لها صادر فى ١٩٠٠/٥/٢٣ بانه اذا ثبت ان موظفا ارتكب جريمة مدفوعا بعامل الرغبة فى ارضاء الحكومة القائمة وقت ارتكابه الجريمة ، وانه لم يكن مدفوعا بعامل شخصي كبغض أو كراهية أو انتقام ، وثبت أن ما أتاه انما أتاه تحت تأثير تلك الرغبة ونزوعا الى تحقيقها لما آنسه من الرضاء عن نتائج عمله وما يؤدي اليه من الحط من كرامة الاشخاص لانهم من

الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، فان الحكومة تكون مسؤولة مع الموظف عن تعويض الضرر الناشـــىء عن جرمـــه(١) .

وقضت محكمة استئناف مصر فى حكم لها صادر فى ١٩٢٨/٢/٢٧ بان الحكومة تسأل عن خطأ عسكري قبض على شخص اشتبه فيه واوسعه ضربا حتى مات متأثرا بجراحه . وقد استندت المحكمة فى حكمها الى انه من المتفق عليه فقها وقضاء انه بمجرد ان يكون الفعل الضار ، مهما كانت طبيعته ، متصلا مباشرة بالوظيفة الموكولة الى التابع وقد وقع أثناء تأديـة عمله ، فان السيد يكون مسؤولا ولا يهم بعد ذلك أن يكون العمل قـد وقع عن سوء استعمال للوظيفة ، أو أن يكون التابع قد أغفل أوامر سيده أو خالفهـــا(١) .

الخطـأ الشخصي والخطأ المصلحي

٨٩٤ ــ ويفرق فقهاء القانون الاداري فى فرنسا بالنسبة للخطأ الذي يرتكبه الموظف بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي . فالخطـأ المصلحي Faute de service هو الذي يرتكبه الموظف فى أثناء قيامه بعمل لايتعلق بوظيفته ، وهـو يوجب مسؤولية الدولـة . والخطـأ الشخصي Faute personnelle هو الذي يرتكبه الموظف فى أثناء قيامه بعمل لا يتعلق بوظيفته ، كما اذا ذهب لقضاء حاجة وفى هذه الاثناء تشاجر مـع شخص فضربه وأحدث له ضررا ، وهو لا يوجب مسؤولية الدولة بل مســؤولية الموظف الشخصية . والتمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي مـن المسائل التي تدرس فى القانون الاداري فلا نتطرق اليـه هنـا .

ارتكاب الخطأ بسـبب الوظيفة

٨٩٥ ــ من المسائل التي ثار النقاش حولها حالة ما اذا صـدر الخطأ

(١) محاماة ، س ١١ ، رقم ٢١٤ ، ص ٣٧٨ ، نقلا عن مصطفى مرعي، من ٢١٠ .

(١) محاماة ، س ٨ ، ص ٨٦٦ ، حكم رقم ٥٢١ ، نقلا عـن المرجـع السابق ، ص ٢١١ .

من التابع لا فى أثناء عمله ، بل بسبب عمله . ومن القضايا التي عرضت على القضاء فى هذا الخصوص القضايا التالية .

١ ــ ذهب ضابط شرطة فى مهمة رسمية ، وفى طريقه مر لزيارة أحد أقاربه . وفى هذه الاثناء عبث بمسدسه فانطلقت منه رصاصة أصابت مقتلا من صبي كان بجانبه .

٢ ــ فراش فى مدرسة يعتقد ان الناظر (المدير) يضطهده ، فترصدله واقترب من باب سيارته متظاهرا بانه يفتح له بابها بوصفه رئيسا له وقتله بسكين كان قد أعدها لهذا الغرض .

٣ ــ سائق أحدى السيارات العامة يعتدي على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة اجبارية .

فى الامثلة المتقدمة لم يقع الخطأ من التابع فى أثناء قيامه بوظيفته ، بل بسبب وظيفته . فضابط الشرطة لولا وظيفته لما تسلم المسدس ، والفراش ما كان يستطيع اغتيال المدير لولا تقدمه الى باب السيارة باعتباره فراشا ، وسائق السيارة لولا عمله لما اعتدى على الراكب . وقد قرر القضاء المصري فى الحالات المتقدمة جميعا مسؤولية المتبوع (الذي هو الحكومة) عن الاضرار التي احدثها تابعه ، بالرغم من ان التابع لم يرتكب الخطأ فى أثناء قيامه بعمله بل بسبب عمله أو وظيفته . فليس من عمل ضابط الشرطة أن يزور أقاربه فيعبث بالمسدس ، ولا من عمل الفراش أن يفتح باب السيارة للمدير ، وسائق السيارة ما كان ليفكر فى الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق(١) . وقد جاء القانون المدني المصري الجديد مقرا لهذا القضاء ، فنص فى الفقرة الاولى من المادة (١٧٤) على أن : « يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته او بسببها » .

(١) يراجع فى ذلك : السنهوري ، الوسيط ، ف ٦٨٤ . مصطفى مرعى ف ٢٢٢ ومابعدها . سليمان مرقس ، الفعل الضار ، ف ١٣٠ وما بعدها .

٨٩٦ ــ ولم يأخذ القانون المدني العراقي بما أخذ به القانون المدني المصري من مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه التي تصدر منه بسبب قيامه بعمله • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢١٩) منه على انه : « ... اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدمته » •

المطلب الثاني

أساس مسؤولية المتبوع

٨٩٧ ــ هناك عدة نظريات فى بيان الاساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه • وأهم هذه النظريات ثلاث : نظرية الخطأ المفترض ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الضمان •

١ ــ نظرية الخطأ المفترض

٨٩٨ ــ فنظرية الخطأ المفترض تقيم مسؤولية المتبوع على أساس من الخطأ فى اختيار التابع ، أو رقابته وتوجيهه ، أو فى كلا الامرين • والافتراض هنا قاطع لا يقبل اثبات العكس •

٢ ــ نظرية تحمل التبعة

٨٩٩ ــ ونظرية تحمل التبعة تقيم المسؤولية على أساس الغرم بالغنم • فما دام المتبوع ينتفع من عمل التابع فيجب أن يتحمل النتائج التي تترتب على هذا العمل • ويرد على هذه النظرية من ناحيتين :

أولا ــ اذا كانت مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، فلا داعى لاشتراط الخطأ فى جانب التابع ، فهذا النوع من المسؤولية لا يشترط الخطأ لتحققه • ولكن هذا الرد محل نظر • فاشتراط الخطأ في جانب التابع انما هو لتقرير مسؤوليته • فاذا تقررت هذه المسؤوليه انتقلت الى عاتق المتبوع على اساس الغرم بالغنم •

ثانيا ــ اذا كانت مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة لما كان له

أن يرجع على التابع ، لانه انما يتحمل نتيجة نشاط يستفيد منه هو ، مع أن القانون يعطيه الحق فى هذا الرجـــوع •

٢ ــ نظـرية الضمـان

٩٠٠ ــ ونظرية الضمان تذهب الى ان المتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من خطأ يسبب ضررا للغير ، ما دام المتبوع يتمتع بحق الرقابة والتوجيه على التابع ، وما دام الخطأ الذي ارتكبه التابع قد وقع منه فى أثناء قيامه بعمله • ومصدر الكفالة هنا القانون لا الاتفاق • والمتبوع كفيل للتابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجـــع عـــــلى التابـــــع(١) •

٩٠١ ــ ونحن نرى ان مصدر مسؤولية المتبوع هو نص القانون • فالقانون ، كما نعلم ، مصدر من مصادر الالتزام • وقد قرر المشرع مسؤولية المتبوع مدفوعا باعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعى ، وغايته من ذلك التيسير على المتضرر فى الحصول على التعويض عـــن الضـــرر الذي أصابه ، فالمتبوع أمـــلأ دائما من التابع ، ولكنه لم يحمله نهائيـــا مبلـــغ التعويض بل اجاز له الرجوع على التابع بمـــــا ضمنه •

التخلص مـــن المســـؤولية

٩٠٢ ــ تجيز الفقرة الثانية من المادة (٢١٩) للمخدوم أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر ، أو ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية • وهذه بعد مسألة وقائع تترك لتقدير القاضي ، فهو الذي يستطيع ان يقرر ما اذا كان الضرر واقعا حتما بالرغم من العناية التي بذلها المخدوم • وقد سبق أن رأينا هذا الجواز بالنســـبة للاب والجـــــد •

رجـوع المتبوع على التابع

٩٠٣ ــ سبق أن رأينا المادة (٢٢٠) تجيز للمسؤول عن عمل الغير أن

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ١٠٤٧ .

يرجع عليه بما ضمنه • فاذا دفع المتبوع مبلغ التعويض كان له أن يرجع به على التابع • ولا حاجة بالمتبوع لاثبات خطأ التابع لان هذا الخطأ كان قد اثبته المتضرر • ولكن قد يكون التابع مسؤولا نحو المتضرر على اساس من خطأ مفترض في جانبه ، كما اذا كان معلما فى مدرسة ولم يستطع أن ينفي الخطأ المفترض فى جانبه • فى مثل هذه الحالة يكون على الحكومة (المتبوع) أن تقيم الدليل على خطأ المعلم ، ذلك ان افتراض الخطأ انما هو فى علاقة التابع والمتضرر لا فى علاقة التابع بالمتبوع •

الفرع الثانى

المسؤولية عن الاشياء

حالات ثلاث

٩٠٤ ــ تشمل مسؤولية الانسان عن الاشياء مسؤوليته عن الضرر الذي يحدثه الحيوان الذي تحت يده ، وعن الضرر الذي ينجم عن انهدام البناء العائد له ، وعن الضرر الذي تحدثه الالات الميكانيكية التي يقودها أو يشغلها • ويجمع هذه الحالات الثلاث من حالات المسؤولية جامع واحد هو فكرة الخطأ فى الحراسة • فكل من الشخص الذي يوجد الحيوان تحت يده ومالك البناء والشخص الذي يشغل الالات الميكانيكية أو يقودها ، كل من هؤلاء يعتبر حارسا • والخطأ فى الحراسة هو ان لا يولي الحارس الشيء الذي تحت حراسته القدر اللازم من اليقظة والعناية ، فيحدث الشيء ضررا •

المسؤولية عما يحدث فى الطريق العام

٩٠٥ ــ وقد بحث القانون المدني العراقي مع هذه الحالات الثلاث من المسؤولية المسؤولية عما يحدث فى الطريق العام ، كما لو سقط حمل عن ظهر حمال فأحدث ضررا ، أو طارت شرارة من دكان حداد فأصابت

ثياب شخص مار فى الطريق ، أو وضع انسان شيئا ، كالحجارة أو أدوات العمارة ، فى الطريق العام بلا اذن من الجهة المختصة فأحدث ضررا (مواد ٢٢٧ و ٢٢٨) . وظاهر ان المسؤولية التي تنشأ عن أحد هذه الامور تدخل فى المسؤولية عن الافعال الشخصية ، فتنطبق عليها القواعد العامة التي رأيناها فى هذا الباب . وعليه فلا تتطرق اليها هنا .

ونعالج كلا من مسؤولية الانسان عن الحيوان ، وعن البناء ، وعن الالات الميكانيكية ، فى مبحث مستقل .

المبحث الاول

المسؤولية عن الحيوان

٩٠٦ ــ تختلف المسؤولية عن الحيوان فى الفقه الغربي عنها فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي . ونعالج كلا منهما فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

المسؤولية عن الحيوان في الفقه الغربي

الاشخاص الذين تقع عليهم المسؤولية

٩٠٧ ــ المسؤول عن الضرر الذي يحدثه الحوان فى الفقه الغربي هو حارسه ، وتدور المسؤولية فى هذا الصدد مع الحراسة وجودا وعدما . ولكن متى يعتبر الشخص حارسا للحيوان ؟ تطور الفقه والقضاء فى هذا الصدد . فذهبا في باديء الامر الى ان المقصود بالحراسة هنا هو الحراسة المادية ، أي السلطة الفعلية على الحيوان . ولكن أخذ على هذا الرأي انه يجعل التابع ، كالسائس والخادم ، هو الحارس ، فتنتفي مسؤولية صاحب الحيوان ، فعدلا عن هذا الرأي وذهبا الى ان المقصود بالحراسة انما هو الحراسة القانونية ، وهي الحق الذي يعطيه القانون فى السيطرة على الحيوان وتوجيهه ورقابته ، فلا يشترط فيها الحيازة المادية . وقد أخذ على هذا الرأي انه يجعل مالك الحيوان مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه الحيوان حتى

لو كان فى يد سارق ، فالحق فى السيطرة على الحيوان انما يعطيه القانون لمالك الحيوان لا لسارقه • لذلك ذهبت محكمة التمييز الفرنسية بدوائرها المجتمعة فى حكم لها صادر فى ٢ كانون الاول ١٩٤١ الى أن حارس الشىء انما هو من يستعمل الشيء بنفسه او بواسطة تابع له الاستعمال الذي تتطلبه ممارسة مهنته • ويترتب على ذلك أن حارس الحيوان ليس هو مالكه حتما ، فالسارق يعتبر هو حارس الحيوان ، وكذلك المستأجر والمستعير • والمهم هنا أن تخرج السلطة الفعلية فى توجيه الحيوان ورقابته من يد المالك ، سواء بارادته ، كما فى حالة المستعير والمستأجر ، أو رغم ارادته ، كما فى حالة السارق •

الراعي والطبيب البيطري

٩٠٨ ــ وقد اختلفت الاراء بالنسبة للراعي والطبيب البيطري أو البيطار ، فهل تعتبر الحراسة قد انتقلت اليهم من المالك ام يعتبر المالك قد احتفظ بها لنفسه؟ الرأي الراجح يذهب الى ان الحراسة تبقى بيد المالك فهو يحتفظ بسيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه الى أحد هؤلاء ، وهم يعتبرون بمنزلة التابع بالنسبة له • ولكن ذلك لا يمنع من انتقال السيطرة الفعلية الى التابع فى بعض الحالات • مثال ذلك ما اذا سلم صاحب الحصان حصانه الى أحد فرسان السباق (جوكي) ليجري به فى السباق • فالسيطرة الفعلية على الحصان تنتقل الى الفارس من وقت امساكه بزمام الحصان ، فيصبح هو الحارس والمسؤول عما يحدثه الحصان من ضرر ويكون المالك مسؤولا مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه • وهذه بعد مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع •

الحيوانات التي يسأل عنها الانسان

٩٠٩ ــ والحيوانات التي يسأل عنها الانسان هي الحيوانات الحية المملوكة ، داجنة كانت أو غير داجنة ، مفترسة أو غير مفترسة ، صغيرة أو كبيرة ، اليفه أو غير اليفه • فاذا كانت ميتة فلا يسأل عنها أحد ، الا اذا كانت فى حراسة شخص وكانت حراستها تتطلب عناية خاصة • واذا لم تكن مملوكة

فلا يسأل عنها أحد أيضا . فالجراد والعصافير والطيور التى تهاجر اذا أحدثت ضررا فلا يسأل أحد عن هذا الضرر . وكذلك الامر اذا كان فى أرض شخص حيوانات مفترسة ، كالصقر والنمر والثعلب ، وافترست حيوانات داجنة موجودة فى أرض مجاورة ، فصاحب الارض الاولى لا يسأل عن الضرر .

٩١٠ ــ وقد يدق الامر أحيانا فيصعب تقدير ما اذا كانت مسؤولية الشخص مسؤولية عن الحيوان أو عن شىء غير حي أو عن فعله الشخصى . فاذا وضع شخص حيوانا ميتا ، كحية ميتة مثلا ، فى مخدع آخر أو فى جيبه ، وما أن رأى هذا الشخص الحية حتى استولى عليه الرعب وقام بحركة أحدثت له ضررا . فمسؤولية واضع الحية هنا هل هي مسؤولية عن الحيوان ام عن شىء غير حي ام عن فعله الشخصى ؟ ما دمنا نشترط للمسؤولية عن الحيوان أن يكون الحيوان حيا فمن الصعب أن نقرر مسؤولية واضع الحية على أساس المسؤولية عن الحيوان . ولكن مما لا شك فيه أن القدر المتيقن من المسؤولية متوافر ، وهو المسؤولية عن العمل الشخصى . والفرق بين هذه المسؤولية والمسؤولية عن الحيوان انها تقوم على أساس من الخطأ الثابت ، أي الذي يجب اثباته ، أما المسؤولية عن الحيوان فتقوم على أساس من الخطأ المفترض . ومما لا شك فيه أن وضع الحيوان الميت فى المكان الذي وضع فيه يعتبر فى ذاته خطأ يوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر .

اساس المسؤولية

٩١١ ــ يذهب أنصار المسؤولية المادية التى لا تشترط الخطأ لتقرير المسؤولية الى أن أساس المسؤولية عن الحيوان هو مبدأ تحمل التبعة ، أي قاعدة « الغرم بالغنم » . ولكن أخذ على هذا الرأي أنه يؤدي الى اعتبار المنتفع بالحيوان هو المسؤول لا الحارس . فاذا أعار شخص حصانه الى صديق ولكنه احتفظ بالحراسة على الحصان وأحدث الحصان ضررا ، فالذي

يسأل بمقتضى هذه النظرية هو المستعير لا مالك الحصان ، وهذا يتعارض مع نظرية الحراسة التي رأيناها • وأخذ على هذا الرأي أيضا أنه يؤدي الى عدم امكان التخلص من المسؤولية باثبات السبب الاجنبي • لذلك ذهب رأي آخر الى القول بأن المسؤولية هنا تقوم على الخطأ المفترض • والخطأ في هذه الحالة هو الخطأ في الحراسة ، والافتراض هنا قاطع لا يقبل اثبات العكس ، فالضرر لم ينشأ الا لافلات الزمام من يد الحارس ، وافلات الزمام في ذاته خطأ فلا يمكن نفيه • ولا يعود امام الحارس من طريق للتخلص من المسؤولية الا اثبات السبب الاجنبي •

المطلب الثاني

المسؤولية عن الحيوان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

(جناية العجماء)

جناية العجماء جبار

٩١٢ ــ من القواعد الكلية المقررة في الفقه الاسلامي أن « جناية العجماء جبار» • ومعنى الجناية الضرر،ومعنى العجماء البهيمة التي لاتتكلم، ومعنى جبار هدر • فيكون معنى القاعدة المتقدمة ان الضرر الذي تحدثه البهيمة ، أي الحيوان ، يكون هدرا لا تعويض فيه • وهذه القاعدة مأخوذة عن الحديث الشريف : « العجماء جبار أو جرحها جبار(١) » • وقد أخذ القانون المدني العراقي القاعدة المتقدمة ونص عليها في المادة (٢٢١) بقوله : « جناية العجماء جبار ، فالضرر الذي أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه ••• » •

---

(١) ورد هذا الحديث من طرق كثيرة . فجاء في موطا الامام مالك ، وفي اختلاف الحديث للامام الشافعي ، وفي مسند أحمد بن حنبل ، وفي صحيحي مسلم والبخاري ، وفي مصابيح السنة للبغوي ، وفي نيل الاوطار للشوكاني ، وفي الجامع الصغير للسيوطي ، وفي كتب اخرى .

قيد : عدم التقصير وعدم التعدي

٩١٣ ــ الا ان القاعدة المتقدمة ليست مطلقة ، فهي مقيدة بعدم التقصير وعدم التعدي على النحو الذي سبق ان رأيناه • وهناك حديث آخر مقيد لها • فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه واله أنه قال : « من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن(١) » • وروي عنه عليه السلام انه قضى على أهل الاموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشى حفظها بالليل ، وان ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها(٢) • وفى هذا يقول الامام الشافعي رحمه الله « على ان ما أصابت العجماء من جرح وغيره فى حال جبار وفى حال غير جبار •• وفى هذا دليل على أنه اذا كان على أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت ، فاذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئا مما أصابت(٣) » • وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا أيضا ، فنص فى المادة (٢٢١) المتقدمة نفسها مباشرة بعد النص على القاعدة الكلية على أنه : « •• الا اذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر »(٤) •

شروط الضمان

٩١٤ ــ ومن مجموع أقوال الفقهاء فى هذا الباب تستنتج انهم يشترطون بعض الشروط لتقرير الضمان عن جناية الحيوان • وهذه الشروط هي أن يكون الضرر الذي أحدثه الحيوان قد وقع تعديا أو تقصيرا • وهم قد اختلفوا اختلافا كبيرا فى تقرير متى يعتبر الضرر قد وقع نتيجة تقصير أو

(١) اخرجه البيهقي والدار قطني ، كما جاء فى نيل الاوطار ، ج٥ ، ط ٢ ، ص ٣٤٢ ــ ٣٤٣ .

(٢) اختلاف الحديث ، بهامش كتاب الام للامام الشافعي ، ج٧ ، ط١ ، سنة ١٣٢٥ هجرية ص ٤٠٢ .

(٣) نيل الاوطار ، ج٥ ، ص ٣٤٣ــ٣٤٤ .

(٤) وفى هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ٨ــ٥ــ٥٨ بانه : « لم يصدر من المدعى عليه اي تقصير يوجب مسؤوليته ومن ثم الضمان المدعى به عليه .. ».

نتيجة تعد . ونحن نسير فى شرحنا مع الرأي الذي اختاره القانون المدني العراقى . ونرى التعدي أولا ، ثم التقصير .

التعـــدي

٩١٥ ــ يكون هناك تعد اذا كان الفعل الذي تنتج عنه الضرر لا يجوز القيام به . فمن ذلك ما تقضى به الفقرة الاولى من المادة (٢٢٣) مدني من أنه: « اذا ادخل شخص دابة فى ملك غيره بدون اذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكبا أو سائقا أو قائدا ، موجودا عندها أو غير موجود » . فادخال الدابة فى ملك الغير بدون اذنه غير جائز ، فهو تعد . ومن ذلك أيضا ما تقضي به الفقرة الاولى من المادة (٢٢٥) من انه : « لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة او ربطها فى الطريق العام فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها فى كل الاحوال » . فايقاف الدابة فى الطريق العام فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب غير جائز فهو تعد ، فيتحقق الضمان . فاذا كان الفعل جائزا فلا يعتبر تعديا ، وبالتالي فلا ضمان . فمن ذلك ما تقضي به الفقرة الاولى من المادة (٢٢٤) من انه « لا يضمن المار بحيوانه فى الطريق العام ، راكبا أو قائدا أو سائقا ، الضرر الذي لا يمكن التحرز منه . فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان » . فمرور الانسان بحيوانه فى الطريق العام أمر جائز مباح ، فاذا ترتب عليه ضرر لا يمكن التحرز منه ، كالغبار أو الطين الذي ينتشر من رجل الدابة فيلوث ثياب الغير ، فلا ضمان لعدم التعدي . ويقاس على ذلك ماتحدثه السيارات المارة في الطريق العام من غبار او طين يلوث ثياب الغير .

التقصـــير

٩١٦ ــ يكون هناك تقصير اذا لم يقم الانسان بعمل كان يجب عليه القيام به . فاذا نشأ عن ذلك ضرر كان ضامنا . فمن ذلك ما تقضي به الفقرة الاولى من المادة (٢٢٢) من أنه : « اذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا » . فرؤية صاحب الحيوان حيوانه يضر بمال

الغير وعدم منعه اياه يعتبر تقصيرا منه يوجب عليه الضمان • ومن ذلك أيضا ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) المتقدمة من انه : « ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر اذا تقدم اليه أحد من أهل محلته أو قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي ان يعلم بعيب الحيوان » • ففي هذه الحالة أيضا يوجد تقصير من صاحب الحيوان اذا طلب اليه الناس المحافظة عليه لمنع أذاه ، أو كان هو يعلم أو ينبغى أن يعلم بالضرر الذي يحدثه حيوانه ، ولم يحافظ عليه • والحالتان المتقدمتان تقابلان ما رأيناه فى الفقه الغربي من المسؤولية التي تقوم على الخطأ المفترض افتراضا قاطعا لا يقبل اثبات العكس •

٩١٧ ــ ومن صور التقصير أيضا ما نصت عليه الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (٢٢٣) من أنه : « ٢ ــ أما لو انفلتت (الدابة) بنفسها ودخلت فى ملك الغير وأحدثت ضررا فصاحبها لا يضمن الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطه الكافية لمنع تسرب الدابة • ٣ ــ وكذلك لو أدخل الدابة فى ملك غيره باذنه لا يضمن ضررها الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر » • فاولى هاتين الفقرتين لا تعتبر صاحب الدابة ضامنا اذا انفلتت دابته بنفسها وأحدثت ضررا الا اذا أثبت المتضرر انه (أي صاحب الدابة) لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة • والفقرة الثانية لا تعتبر صاحب الدابة ضامنا للضرر الذي تحدثه الدابة فى ملك الغير اذا أدخلها فيه باذنه ، الا اذا أثبت المتضرر ان صاحب الدابة لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر • وهاتان الحالتان تقابلان ما رأيناه فى الفقه الغربي من المسؤولية التي تقوم على الخطأ الذي يجب اثباته •

٩١٨ ــ ومن صور التقصير أيضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) ، التي تتكلم عن المار بحيوانه فى الطريق العام ، من انه : « أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه الا اذا أثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه » • وهذه الحالة تقابل

ما رأيناه فى الفقه الغربي من المسؤولية القائمة على خطأ مفترض افتراضا بسيطا قابلا لاثبات العكس • فالمار بحيوانه فى الطريق العام يجب أن يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر الذي يمكن التحرز منه ، فاذا وقع هذا الضرر من الحيوان اعتبره الشارع ضامنا لعدم اتخاذه الحيطة الكافية لمنع وقوعه • ولكنه (الشارع) أجاز له أن يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر •

اجتماع التقصير والتعدي

٩١٩ ــ وقد يجتمع التقصير والتعدي فى وقت واحد فتتقرر المسؤولية من باب أولى • فمن ذلك ما نصت عله الفقرة الاولى من المادة (٢٢٦)من انه: « اذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الاول بدون اذنه فلا ضمان•واذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها » • فصاحب الدابة اذا ربطها فى ملك غيره بدون اذن يكون متعديا ، فاذا أحدثت ضررا كان ضامنا • ثم أنه اذا وبطها ولم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر كان مقصرا ، ومن ثم يجب الضمان • وهذه الحالة تقابل ما رأيناه فى الفقه الغربي من المسؤولية القائمة على خطأ مفترض افتراضا قاطعا لا يقبل اثبات العكس • فصاحب الدابة يكون ضامنا حتى لو أثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ، فينفي عن نفسه التقصير ، لانه يكون عندئذ ضامنا من جهة التعدي • فربطه دابته فى ملك الغير بدون اذنه يكون تعديا موجبا للضمان•

على من يجب الضمان فى جناية الحيوان

٩٢٠ ــ اذا دققنا النظر فى الصور المتقدمة وجدنا الضمان لا يشترط فيه أن يقع على المالك ، بل على المصاحب للحيوان ، من راكب أو قائد أو سائق ، وبعبارة أخرى على من له اليد على الحيوان • وبصورة عامة ، كل من كان واضعا يده على الحيوان ، سواء أكان مالكا أم وكيلا للمالك أم مستعيرا أم وديعا أم مستأجرا أم راعيا أم أجيرا أم غاصبا ، كل من هؤلاء

يعتبر ضامنا لجناية الحيوان فى الاحوال التي توجب ذلك ، لان الضمان يجب باليد لا بالملك(١) .

واذا قارنا فكرة اليد هذه بما رأيناه فى الفقه الغربي وجدناها تشابه فكرة الحراسة على النحو الذي ذهبت اليه محكمة التمييز الفرنسية في اخر حكم بها . فواضع اليد على الحيوان فى الفقه الاسلامي يشابه حارسه فى الفقه الغربي(٢) .

المبحث الثاني

المسؤولية عن البناء

RESPONSABILITé DU FAIT DES BATIMENTS

تعريف البناء

٩٢١ ــ البناء هو كل ما شيدته يد الانسان من مواد البناء ، كالطابوق والحديد والخشب وما شاكل ذلك ، ليتصل بالارض اتصال

---

(١) المغني ، ج ٥ ، ص ٤٥٥ـ٤٥٦ . جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص١١٩ . شرح النووي على صحيح مسلم ، ج ١١ ص ٢٢٥ ، نقلا عن المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥ .

(٢) ويبدو أن محكمة تمييز العراق متأثرة بالفقه الفرنسي ، فى هذا الصدد ، اكثر من الفقه الاسلامي . فهي تستعمل تعبير «حارس» و «حراسة» بالرغم من ان القانون المدني العراقي لم يستعمل هذه المصطلحات . فهي تقول فى حكم لها صادر فى ٢٥ـ٣ـ٥٦ ما يلي : « ان مالك الحيوان هو فى الاصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذي يملك زمامه بيده . لذلك فهو المعتبر حارسا ، ويكون مسؤولا عما يحدثه الحيوان من ضرر ، مالم يثبت الحارس الذي هو المالك فى هذه القضية ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبي لا يد فيه واذا رجع المضرور على المالك فليس له ان يثبت انه هو الحارس بل المالك هو الذي عليه ان يثبت انه لم يكن حارس الحيوان وقت احداثه الضرر . واذا افلت زمام الحيوان من يد المالك بان ضل او تسرب كان هذا خطأ فى الحراسة ، ويكون مسؤولا عما يحدثه الحيوان من ضرر » . ونحن نرى انه كان الاولى بمحكمة التمييز أن تستعمل تعبير « اليد » بدلا من تعبير « حارس » و « حراسة » . ففكرة اليد ، بالاضافة الى انها تعبير فقهي اسلامي ، ادق من فكرة الحراسة لما تشعر به من وجود السيطرة الفعلية على الشيء .

قرار ، يستوي فى ذلك أن يكون معدا للسكنى أو لايواء الحيوان أو لخزن الاشياء أو لغير ذلك من الاغراض ، ويستوي فى ذلك أيضا أن يكون فوق الارض ، كالدور والعمارات والقلاع والحصون والثكنات والمخازن والجسور والسدود والنصب التذكارية والتماثيل الثابتة على الارض ، الخ.. أو فى باطنها ، كالمجاري وأنابيب المياه والغاز ونحوها . ونرى المسؤولية عن البناء في الفقه الغربي اولا ثم في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

المطلب الاول

الفقه الغربي

الاشخاص المسؤولون واساس المسؤولية

٩٢٢ ــ تعتبر المادة (١٣٨٦) من القانون المدنى الفرنسى مالك البناء مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه انهدام البناء اذا كان الانهدام ناشئا عن نقص فى صيانته Défauf d'entretien أو عيب فى انشائه Vice de construction والرأي الراجح فى فرنسا ان المسؤولية تقع على المالك لمجرد كونه مالكا . وعبء الاثبات هنا يقع على عاتق المتضرر ، فعليه أن يثبت ، بالاضافة الى الضرر الذي أصابه ، عدم صيانة البناء أو العيب فى انشائه ، وبعد ذلك يفترض القانون خطأ المالك افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ولو كان عدم الصيانة أو العيب فى البناء راجعا الى المالكين السابقين . ولا يستطيع المالك أن يدفع المسؤولية عن نفسه الا اذا أثبت أن الانهدام راجع الى قوة قاهرة ، كصاعقة أو حريق .

٩٢٣ ــ ولكن القاء عبء اثبات عدم الصيانة أو العيب فى البناء على عاتق المتضرر يبهظ كاهل هذا الاخير ، فهو قلما يستطيع اثبات هذه الامور. لذلك خففت القوانين الحديثة من هذه الشدة ، فذهب القانون المدني البولوني (م١٥١) والمشروع الفرنسي الايطالى (م٨٣) الى تقرير مسؤولية حائز البناء عن الاضرار التي تنشأ من انهدامه كله أو بعضه ، ما لم يثبت ان

الانهدام لا يرجع الى عيب فى تشييد البناء ولا الى نقص فى صيانته ، فنقلت بذلك عبء الاثبات من عاتق المتضرر الى عاتق حائز البناء . وأساس المسؤولية هنا هو الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس .

٩٢٤ ــ وقد جعل القانون المدني المصري الجديد المسؤولية على حارس البناء لا مالكه ، فنص فى الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) على أن : « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه » . والمسؤولية ، هنا أيضا ، تقوم على أساس من الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس . ويذهب الاستاذ السنهوري الى أن الحراسة هنا تتحدد على النحو الذي تتحدد به فى حراسة الحيوان ، « فحارس البناء هو من له السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون مكلفا بحفظه وتعهده بالصيانة والاستيثاق بانه ليس قديما ولا معيبا بحيث يتهدد الناس بالخطر ، ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ، ولا المنتفع ، ولا الحائز »(١) .

المطلب الثاني

الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي

الفقه الاسلامي

٩٢٥ ــ والفقهاء المسلمون يتكلمون عن الحائط المائل للانهدام . وهم يميزون فى هذا الصدد بين حالتين : الاولى أن يكون الحائط مائلا ابتداءً ، والثانية أن يكون مستقيما ويميل بعد بنائه . ونرى حكم كل من هاتين الحالتين على حدة .

(١) الوسيط ، ف ٧١٣ .

١ ـ الحائط المائل ابتـــداء

٩٢٦ ـ فمن بنى حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك الغير ابتـداءً ، أي مائلا من وقت بنائه ، فلا خلاف بين الفقهاء فى انه يكون مسؤولا عمـا يحدثه سقوط هذا الحائط من الضرر • ويفسر ذلك ان البناء كان فيـــه عيب منذ الابتداء ، وكان فيه تعد على حقوق الاخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه • فليس لاحد أن ينتفع « بالبناء فى هواء ملك غيره أو هـواء مشترك (ولا أن) يعرضه للوقوع فى غير ملكه ، فاشبه مالو نصب فيـه منجلا يصيد به »(١) • ويجري هذا الحكم بوجه عـام على جميع الابنيـة المائلة أو الخارجة الى الطريق ، كاشراع الجناح ، أي « الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليـــه »(٢) ، ونحـــوه •

٢ ـ ميـلان الحائط بعد بنـائه

٩٢٧ ـ أما لو بنى أحد حائطا مسـتقيما ثم مال بعد حين ، فقـــد اختلف الفقهاء فى حكمه وذهبوا مذاهب ثـــلاثة :

فالمذهب الاول يقول بعدم الضمان فى جميع الاحـوال ، أي سـواء طولب صاحب الحائط بهدمه او لم يطالب ، وهو قول الامام الشافعي وابى سعيد الاصطخري • وسبب عدم الضمان أن صاحب الحائط « بناه فى ملكه ووقع من غير فعله ، فأشبه ما اذا وقع من غـــير ميل »(٣) •

والمذهب الثاني يقول بمسؤولية صاحب الحائط عما يتلفـه بسقوطه فى جميع الاحوال حتى وان لم يطالب بنقضه أو هدمه • وقـد قال بذلك ابن ابي ليلى وابو ثور واسحاق وبعض أصحاب الامام أحمد بن حنبل • وحجتهم فى ذلك هي ان صاحب الحائط « متعد بتركه مائلا فيضمن ما تلف

(١) المغني ، ج ٩ ، ص ٥٧١ ، نقلا عن المحمصاني ، المرجـع السـابق ص ٢٤٩ .

(٢) دور الحكام ، ج٢ ، ص ١١١ . الوجيز ، ج٢ ، ص ١٥٠ ، نقلا عن المرجع السابق ، الموضع المذكور اعـلاه .

(٣) المهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص٢٠٧ .

به ، كما لو كان بناه مائلا الى ذلك ابتداءً »(١) .

وبين هذين المذهبين مذهب ثالث وسط ، وهو مذهب جمهور الفقهاء. وقد روي هذا المذهب عن الامام علي بن ابي طالب عليه السلام وعن القاضي شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين . ويشترط هذا المذهب لاجل الضمان ان يتقدم احد اصحاب العلاقة ويطالب المالك بهدم الحائط قبل سقوطه . فعليه لو سقط الحائط قبل المطالبة وأتلف انسانا او مالا أو أضر بهما فلا ضمان على مالكه . والضمان عند وجوبه يقع على صاحب الحائط ، والتقدم يجب ان يكون اليه ، و « لا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمرتهن ، لان ليس لهم ولاية النقض »(٢) .

٩٢٨ ــ واذا قارنا بين هذه المذاهب الثلاثة وجدنا المذهب الاول ، الذي يقول بعدم الضمان مطلقا ، ضعيفا لا يوافق العدل ولا المصلحة ، ولا يمكن الاخذ به فى الوقت الحاضر ، والمذهب الثالث ، الذي يشترط تقدم احد أصحاب العلاقة الى المالك ، فيه تخفيف على اصحاب البنايات لانه لا يوجب مسؤوليتهم الا اذا كان تقصيرهم ظاهرا للعيان ومعروفا الى حد يجعل الناس يوصونهم بالانتباه ومنع الضرر ، لان التقدم اليهم فى هدم مايخشى وقوعه « ينعدم به معنى العذر فى حقهم ، وهو الجهل بميل الحائط»(٣) . أما المذهب الثاني الذي يوجب الضمان بدون مطالبة سابقة بالهدم ، فهو أشد المذاهب الاسلامية على أصحاب الابنية الخطرة، وهو يوجب عليهم هم الانتباه الى امورهم التي يخشى حصول الضرر منها ، لا تكليف الناس بالانتباه عنهم ومطالبتهم بازالة هذا الضرر(٤) .

القانون المدني العراقي

٩٢٩ ــ وقد أخذ القانون المدني العراقي بالمذهبين الثاني والثالث

---

(١) المغني ، ج ٩ ، ص ٥٧٢ .
(٢) بدائع ، ج ٧ ، ص ٢٨٤ . الهداية ، ج٤ ، ص ١٥٩ ، نقلا عن المحمصاني ، ص ٢٥١ .
(٣) المبسوط ، ج٢٧ ، ص ٩ .
(٤) المحمصاني ، ص ٢٥٢ .

وجمع بينهما . فهو من جهة قد اشترط تنبيه صاحب البناء الى ميلان البناء أو الى العيب الذي أدى الى سقوطه ، وهو من جهة اخرى لم يشترط هذا التنبيه اذا كان صاحب البناء يعلم بحالة البناء او كان ينبغي ان يعلم بها .

وقد نصت على ذلك المادة (٢٢٩) منه بقولها : « لو سقط بناء وأورث الغير ضررا ، فان كان البناء مائلا للانهدام او فيه عيب أدى الى سقوطه وكان صاحبه قد نبه الى ذلك ، او كان يعلم بحالة البناء او ينبغي ان يعلم بها وجب الضمان »(١) .

شروط المسؤولية

٩٣٠ ــ ولا بد لتحقق مسؤولية صاحب البناء عن الضرر الناجم عن انهدام البناء من توافر الشرطين التاليين :

١ ــ أن يكون الضرر ناشئا عن انهدام البناء او سقوطه ، كليا كان الانهدام او جزئيا . يستوي فى ذلك ان يكون البناء قديما او جديدا . ويجب ان يكون الانهدام او السقوط راجعا الى ميلان البناء او الى عيب فيه . فان كان راجعا لسبب أجنبي فلا تتحقق المسؤولية . كما اذا انهدم نتيجة للقصف بالقنابل او لوقوع صاعقة او حدوث زلازل ، او لغير ذلك من الاسباب ، كما اذا حدث حريق وكان البناء اكثره من الخشب فادى ذلك الى احتراق بعض الاعمدة وسقوط السقوف وحدوث ضرر نتيجة لذلك .

٢ ــ ان يكون الانهدام او السقوط ناشئا عن اهمال المالك فى صيانة البناء . ويتحقق الاهمال فى حالتين : الاولى اذا كان البناء مائلا الى

---

(١) وتطبيقا لهذا النص قضت محكمة التمييز فى حكم لها صادر فى ١١ــ٦ــ٥٦ بان « المميز عليه المدعى كان قد اجر من المدعى عليه المقهى الموقوفة ، ولما لاحظ المدعي جدارها مائلا قام بتنبيه المدعى عليه لاصلاحه ، فلم يقم بما يجب عليه رغم مرور مدة كافية ، وهذا ما ادى الى سقوط الجدار الذي سبب اتلاف الاموال المدعى بها بنتيجة تقصير المدعى عليه واهماله كما نصت على ذلك المادة (٢٢٩) من القانون المدني . وحيث قد ثبت ذلك بالمستمسكات المبرزة والشهادات المتممة التي اقتنعت المحكمة بصحتها ، فيصبح الحكم المميز صحيحا » .

الانهدام • والثانية اذا كان فى البناء عيب ادى الى سقوطه وكان المالك يعلم، او ينبغى ان يعلم بذلك ، ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر • واذا لم يكن يعلم وجب تنبيهه الى ذلك • فاذا نبه ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر فعليه الضمان •

اســـاس المسؤولية

٩٣١ ــ تقوم مسؤولة صاحب البناء فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي على أساس من التقصير • فاذا كان صاحب البناء يعلم او ينبغي ان يعلم بحالة البناء ، او لم يكن يعلـم ولكنـه نبـه الـى ذلك ، ولم يتخـذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر فانه يكون مقصرا • والتقصير ، كمـا سبق ان رأينا ، أحد أسباب الضمان فى الفقه الاســلامي • ولا يســتطيع صاحب البناء التخلص من المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي • وتقابل هذه الحالة من الضمان فى الفقه الاسلامي حالة المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض افتراضا قاطعا لا يقبل اثبات العكس فى الفقه الغربي •

امكان الحصول على اذن المحكمة لاتخاذ التدابير لدرء الخطر •

٩٣٢ ــ تقضي الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩) المتقدمة بأنه : « ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم مـن التدابير لدرء الخطر • فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن مـن المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير » • وهذا الحكم مأخوذ من الفقه الاسلامي أيضا • وظاهر انه قد حشر حشرا فى هذه المادة ، فلا علاقة بين ما يتكلـم عنه وبين ما تتكلم عنه الفقرة الاولى من المادة • فبينما تتكلم الفقرة الاولى عن المسؤولية عن انهدام البناء ، اذا بالفقرة الثانية تتكلم عن امكان اللجـوء الى المحكمة للحصول على اذنها فى اتخاذ التدابير لدرء الخطر اذا لم يقـم صاحب البناء باتخاذها • وهذا الامر لا علاقة له بالمسؤولية عن انهـــدام البنـــــاء •

المسؤولية عما يلقى او يسقط من المسكن

٩٣٣ ــ تكلم القانون المدني العراقي مع المسؤولية عن سقوط البناء عن المسؤولية عما يلقي او يسقط من المسكن • فقد نصت 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 » • فالساكن فى مسكن مهما كانت صفته ، مالكا او مستأجرا او مرتهنا او منتفعا او مستعيرا الخ ••• يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدث من القاء شيء او سقوطه من المسكن ، كالقاء الاوساخ والمياه القذرة وغير ذلك من الاشياء التي يقصد الساكن التخلص منها فيلقيها فى الطريق العام • ومثال ذلك أيضا ما اذا وضع أحد جرة ماء فى الصيف على حائط السطح لتبريد الماء فسقطت على مار فى الطريق فأحدثت له ضررا •

٩٣٤ ــ وأساس المسؤولية هنا هو التقصير أيضا • فالذي يلقى شيئا من مسكنه او يترك شيئا يسقط من المسكن ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر يكون مقصرا • ولكنه يستطيع التخلص من المسؤولية بان يثبت انه اتخذ الاحتياطات الكافية لمنع وقوع الضرر ، ولكن الضرر وقع بالرغم من ذلك • وهذه بعد مسألة وقائع تترك لتقدير قاضي الموضوع ، فهو الذي يستطيع ان يقرر ما اذا كانت الاحتياطات التي اتخذها المدعى عليه كافية لمنع وقوع الضرر • وتقابل هذه الحالة من الضمان فى الفقه الاسلامي المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض افتراضا بسيطا قابلا لاثبات العكس فى الفقه الغربي •

المبحث الثالث

المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاشياء الاخرى

تمهيد ــ تطور هذا النوع من المسؤولية فى القانون الفرنسي

٩٣٥ ــ عالج القانون المدني الفرنسي المسؤولية عن فعل الغير وعن الاشياء غير الحية Choses inanimées فى المواد (١٣٨٤ ــ ١٣٨٦)

فتكلم فى المادة (١٣٨٤) عن مسؤولية الانسان عن الاشخاص « ... وعن الاشياء التي تحت حراسته » On est responsable ... des choses que l'on a sous sa garde ، وتكلم فى المادة (١٣٨٥) عن مسؤولية الانسان عن الحيوان وفى المادة (١٣٨٦) عن مسؤولية الانسان عن البناء . وقد ذهب الفقه والقضاء فى خلال القسم الاكبر من القرن التاسع عشر الى ان العبارة الاخيرة الواردة فى المادة (١٣٨٤) ، والمذكورة اعلاه ، لا تعنى شيئا خاصا ، بل هي عبارة عن تمهيد للمادتين (١٣٨٥ و ١٣٨٦) اللتين تتكلمان عن المسؤولية عن الحيوان وعن البناء ، والى انها مفسرة بهاتين المادتين . فكانت النتيجة ان الضرر الذي يحدث للانسان لا بفعل الحيوان او البناء ، بل بفعل شيء آخر ، يكون خاضعا للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية التي تقضي بوجوب اثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية . وقد كان هذا التفسير معقولا ومقبولا عند صدور القانون المدني الفرنسي سنة (١٨٠٤) وفى خلال العقود السبعة او الثمانية الاولى من القرن التاسع عشر ، حيث لم تكن الآلة قد انتشرت ذلك الانتشار الواسع وحيث لم تكن الصناعة الضخمة قد انشئت . ولكن ظهور الآلة واستعمالها ونشوء الصناعة الضخمة ، واستخدام الانسان للقوى الطبيعية الهائلة العمياء ، كان له ثمن ، وثمن باهظ جدا . فهو قد ادى الى وقوع ضحايا كثيرة ، وكان الانسان نفسه اول هذه الضحايا ، وخاصة فى حوادث السيارات . ولكن لما كان الفقه والقضاء قد قررا ان المسؤولية غير الناشئة عن البناء او الحيوان تخضع للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية ، أي يجب لتقريرها اثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، فقد كان من المستحيل تقريبا على من اصابته الآلة بضرر ان يحصل على تعويض ، لانه كان يجب عليه ان يثبت خطأ صاحب الآلة ،وهذا الامر لم يكن المتضرر يصل اليه الا نادرا جدا . فكانت النتيجة ان الذي يتحمل الضرر فى النهاية هو المتضرر ، اي العامل او الشخص الضعيف اقتصاديا . ولكن هذه النتيجة تخالف العدالة وتجرحها . لذلك لم يكن هناك بد من

ايجاد وسيلة لاغاثة المضرور وتأمين حصوله على التعويض • استعمل القضاء طرقا مختلفة للوصول الى بغيته • فصار ، من جهة ، يتشدد مع صاحب الآلة فى وجوب اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع ضررها ووجوب التحقق من سلامتها ، وصار ، من جهة اخرى ، يتساهل مع المتضرر فى اثبات خطأ المدعى عليه • وقد ذهب القضاء ابعد من ذلك فى بعض الحالات، فاعتبر مسؤولية المدعى عليه عقدية ، وذلك ليعفي المتضرر من اثبات الخطأ ، وهذا ما فعله فى عقد نقل الاشخاص • ولكن هذه الوسائل لم تكن كافية ، فقد بقي المتضرر فى اغلب الاحيان غير قادر على الحصول على التعويض لعدم تمكنه من اثبات خطأ المدعى عليه بالرغم من التسهيلات التي قدمها له القضاء • حاول القضاء ان يأتي لمساعدة المتضرر عن طريق آخر فتوسع فى تفسير كلمة « بناء » الواردة فى المادة (١٣٨٦) من القانون المدني، فاعتبر الشجرة والالة بناء ، واعتبر العقار بالتخصيص بناءً ايضا ، فاعتبر المصعد وما شابهه بناءً • ولكن هذا التفسير يجافى المنطق والمعقول ، فلا يمكن القول بان الشجرة أو الآلة او المصعد بناء • ثم ان هذا التفسير لم يكف لتأمين التعويض للمتضرر لانه يقتضي اثبات عيب فى البناء او نقص فى صيانته ، وهذا ما لم يكن بالامر الهين فى اغلب الاحيان • بعد ان اعيت الوسائل المتقدمة القضاء فى الوصول الى هدفه ، وهو تأمين التعويض للمتضرر ، انتبه الى الفقرة الاخيرة من المادة (١٣٨٤) التي تجعل الانسان مسؤولا عن الضرر الذي يحدث بفعل الاشياء التي تحت حراسته فوجد فيها ضالته المنشودة وعدل عن الوسائل التي اتبعها سابقا ، واقام عليها نظرية جديدة هي مسؤولية الانسان عن الاشياء غير الحية والتي لا تعتبر بناء • وقد تمكن القضاء بنظريته الجديدة هذه ان يؤمن الحماية الكاملة لضحايا الآلة ، وذلك باعتباره حارس الشيء مسؤولا عن الاضرار التي تقع بفعل ذلك الشيء • وهكذا بعد ان كانت العبارة الاخيرة من المادة (١٣٨٤) مهملة لا ينتبه لها احد ، صارت نصا مهما تسري فيه الحياة ويطبقه

القضاء يوميا على الاف القضايا التي تعرض عليه . والحقيقة ان التطور الذي مرت به المسؤولية عن الاشياء غير الحية كان تطورا سريعا وخطيرا قل ان نجد بين نظريات القانون نظرية تطورت بمثل سرعته وخطورته ، وان كان القضاء قد ذهب فى تفسيره للعبارة الاخيرة من المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي الى غير ما كان يقصده واضعو هذا القانون سنة (١٨٠٤) ، فكان قضاؤه فى هذا الخصوص قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير . ويشفع له فى ذلك أنه كان مضطرا لمواجهة الحاجات الاجتماعية والتطور الاقتصادي الذي كان يسير بخطى واسعة ، وخاصة فى اواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين(١) .

الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية والاشياء التي يسأل عنها الانسان

٩٣٦ ــ وقد كان القضاء يقيم المسؤولية فى بادىء الامر على أساس من الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس . ولكن كثرة الحوادث وكثرة الاضرار الناشئة عنها جعلته يعدل عن هذا الاساس الى الخطأ المفترض افتراضا غير قابل لاثبات العكس .

٩٣٧ ــ أما الاشياء التي يسأل عنها الانسان ، فقد كان القضاء يذهب فى بادىء الامر الى أنها الاشياء المنقولة ، ثم أدخل فيها العقار اذا لم يكن بناء ، لانه اذا كان بناء كان محكوما بالمادة (١٣٨٦) . وبالنسبة للاشياء المنقولة تطور القضاء أيضا . فقد كان يذهب فى بادىء الامر الى انها الاشياء التي لا يحركها عمل الانسان ، فاذا كان يحركها عمل الانسان ، كالسيارة والدراجة ونحوهما ، فلا تدخل فى نطاق المسؤولية عن الاشياء بل تحكمها القواعد العامة التي تتطلب اثبات الخطأ ولكن هذا الرأي أدى الى عدم حصول المتضرر على التعويض فى أغلب الاحيان ، فعدل عن رأيه الاول وعمم القاعدة الى السيارات ونحوها . ثم صار (القضاء) يميز بين الشيء الخطر وفيه يكون الخطأ مفترضا ، والشيء غير الخطر وفيه

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ١٠٨١ .

يجب اثبات الخطأ • ثم تخلى عن هذه التفرقة وأصبح نطاق الخطأ يشمل كل شيء تحت حراسة الانسان • وأساس المسؤولية هنا هو الخطأ في الحراسة Faute dans la garde وهو خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس •

القانون المدني العراقي

٩٣٨ ــ وقد حسم القانون المدني العراقي الخلاف في هذا الصدد ، فنص صراحة على الالات الميكانيكية والاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها • فقد نصت المادة (٢٣١) منه على أن : « كل من كان تحت تصرفه الات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولا عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر • هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » •

ويقصد بالالات الميكانيكية الالات التي تسيرها القوة الدافعة ايا كان مصدرها ، كالكهرباء والبخار والطاقة الذرية والمياه الساقطة (الشلالات) والمحروقات كالنفط ومشتقاته والفحم • ومثال الالات الميكانيكية السيارات والطائرات والقاطرات والسفن البخارية والات الحراثة والمضخات ، الخ ••• اما الاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، والوارد ذكرها في النص المتقدم ، فمثالها اسلاك الكهرباء(١) ، وانابيب الماء(٢) والمواد المتفجرة ، كالقنابل والمفرقعات

(١) وقد قررت المحاكم العراقية مسؤولية مصلحة الكهرباء عن الاضرار الناتجة عن هذه الاسلاك . ففي قضية توفيت امراة مصعوقة بنتيجة انقطاع سلك كهربائي لشركة التنوير والقوة الكهربائية المحدودة ببغداد . وقد ظهر من التحقيق الابتدائي الذي قامت به سلطات التحقيق ان انقطاع ذلك السلك كان بسبب قدمه ، وان الوفاة كانت بنتيجة تقصير الشركة ، فحكمت محكمة جزاء بغداد للورثة بالتعويض وصدقت محكمة التمييز الحكم في ٣١ــ١ــ٩٥٦. وفي قضية اخرى مات شخص مصعوقا بالتيار الكهربائي من جراء ملامسة الاسلاك التي وضعتها مصلحة كهرباء الكاظمية بقرب الدار التي يسكنها بصورة غير فنية فاقام ابو المتوفى الدعوى على مدير مشروع الكهرباء اضافة الى وظيفته مطالبا بالتعويض فحكمت له المحكمة به ، وصدقت محكمة التمييز الحكم في

والبارود ، والمواد السريعة الالتهاب كالبنزين والكحول ، والاسلحة النارية وغير النارية ، وغير ذلك . وقد لا يكون الشيء في ذاته خطرا يتطلب عناية خاصة ، ولكن الظروف والملابسات التى تحيط به تجعله خطرا . فالشجرة فى مكانها مثلا شيء غير خطر ولا يحتاج الى عناية خاصة ، ولكن اذا اقتلعتها الريح ورمت بها فى عرض الطريق فانها تصبح شيئا خطرا قد يحدث ضررا للغير . وعلى كل حال فتقدير ذلك مسألة وقائع تعود الى قاضي الموضوع .

شرط المسؤولية

٩٣٩ ـ يشترط لتحقق المسؤولية عن الالات الميكانيكية والاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها الشرطان التاليان :

١ ـ أن تكون الالة أو الشيء تحت تصرف شخص .

٢ ـ أن يقع الضرر بفعل الالة .

ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الاول ـ ان تكون الآلة او الشيء تحت تصرف شخص

٩٤٠ ـ تحدد المادة (٢٣١) المسؤول عن الالات الميكانيكية والاشياء الاخرى بانه من كانت هذه الاشياء « تحت تصرفه » ، وحدده القانون المدني المصري بانه : « من تولى حراسة هذه الاشياء » . وتعبير القانون المدني العراقي أقرب الى فكرة اليد بالنسبة للحيوان فى الفقه الاسلامي .

١٠ـ٤ـ٥٦ . وقد جاء فى حكم محكمة التمييز ما يلي : « ... ان عدم اتخاذ الحيطة لمنع وقوع الضرر ظاهر بعدم تغليف الاسلاك وبعدها على مقربة يسيرة من الدار . لذا يصبح الحكم الصادر بالتعويض موافقا للقانون ... » .

(٢) وقد حكمت المحاكم العراقية بالتعويض على لجان اسالة الماء نتيجة انسياب الماء من الانابيب الممدودة تحت الارض ، ولكنها (المحاكم) لا تذكر فى احكامها النص القانوني الذي تستند اليه . وقد جاء فى احداحكام محكمة التمييز الصادرة فى هذا الصدد ما يلي : « ... ان عدم مراقبة الانابيب الموضوعة فى الطرق العامة وتركها تحدث الاضرار لاصحاب الدور هو نوع من التعدي الموجب للتضمين ... » (١١ـ٣ـ١٩٥٦) .

وقد سبق أن رأينا فكرة اليد فى هذا الفقه تقرب من فكرة الحراسة فى الفقه الغربي • وينطبق ما قلناه هناك بالنسبة للالات الميكانيكية والاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها • فالاصل أن مالك الشيء او الالة هو الذي له اليد عليه ، اي حارسه او المتصرف فيه • ولكن اليد قد تخرج من المالك وتنتقل الى شخص اخر ، فيكون الشيء تحت تصرف هذا الشخص فيكون هو المسؤول عنه •

٩٤١ ــ وقد لا يستعمل صاحب اليد الشيء بنفسه ، ومع ذلك يبقى الشيء تحت تصرفه ، اي تبقى يده عليه ولا تزول • مثال ذلك ما اذا سلم صاحب السيارة عجلة القيادة الى ابنه او زوجته او سائقه • ففي هذه الحالة ، وامثالها ، تبقى السيارة تحت تصرف صاحبها بالرغم من ان عجلة القيادة انتقلت الى يد شخص اخر ، وذلك لانه يحتفظ بالسيطرة الفعلية فى توجيه السائق ورقابته • أما اذا اخذ السائق او احد التابعين السيارة بدون علم صاحبها وذهب بها لقضاء مصالحه الخاصة فانه يعتبر هو المتصرف بالسيارة ، او حارسها ، فالسيطرة الفعلية على السيارة تكون قد انتقلت اليه • ولكن ذلك لا يمنع من تقرير مسؤولية المالك عن الضرر الذي يحدثه السائق على أساس مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه ، وتطبق عندئذ القواعد العامة التي رأيناها فى هذا الباب •

٩٤٢ ــ ولكن ما الحكم اذا سرق السيارة لص واحدث بها ضررا ؟ ينظر ، فان كان السارق قد تمكن من سرقة السيارة بسبب اهمال صاحبها ، كأن تركها مفتوحة وفيها مفتاح الحركة ، فان صاحبها يكون مقصرا ويسأل عن التعويض • فيستطيع المتضرر الرجوع على كل من صاحب السيارة واللص الذي سرقها • واذا دفع صاحب السيارة التعويض كان له ان يرجع به على السارق ، واذا دفع السارق التعويض فلا رجوع له على أحد • اما اذا لم تحدث السرقة بسبب اهمال صاحبها ، بان سد ابوابها سدا محكما واحتفظ بمفاتيحها معه ولكن السارق استعمل مفاتيح مصطنعة لسرقتها ، فالمسؤولية تقع على عاتق السارق وحده •

الشرط الثاني ـ وقوع الضرر بفعل الالة او الشيء

٩٤٣ ـ ولا بد لتحقق المسؤولية كذلك من وقوع الضرر بفعل الشيء. ويعتبر الضرر قد وقع بفعل الشيء اذا تدخل الشيء ، او الالة ، فى احداث الضرر تدخلا ايجابيا Intervention avtive • فاذا كان دور الشيء سلبيا ، وهذا ما يسمى بالتدخل السلبي Intervention passive فلا يعتبر الضرر قد وقع بفعله • فاذا كانت سيارة او دراجة واقفة فى مكانها الطبيعي وجاء شخص واصطدم بها فحدث له ضرر ، فان دور السيارة او الدراجة فى احداث الضرر كان سلبيا ولا يكون الضرر قد حدث بفعلها • اما اذا كانت السيارة أو الدراجة ، او أي شيء اخر ، موضوعا فى غير موضعه الطبيعي وحدث الضرر ففي هذه الحالة يكون الشيء قد تدخل تدخلا ايجابيا فى احداث الضرر ويعتبر الضرر قد وقع بفعله •

عدم ضرورة الاتصال المادي المباشر

٩٤٤ ـ ولا يشترط لاعتبار الضرر واقعا بفعل الشيء ان يكون هناك اتصال مادي مباشر بين الشيء وبين المضرور • فاذا استعمل سائق سيارة آلة التنبيه على حين غفلة وبقوة ففزع مار فى الطريق وقام بحركة احدثت له ضررا فالضرر يعتبر واقعا بفعل الشيء • وكذلك الامر اذا وقفت سيارة فجأة ، بدون اعطاء الاشارة ، فاضطر سائق سيارة يسير خلفها الى الانحراف تجنبا للاصطدام فوقع فى حفرة او خندق • فى هذه الصور وامثالها يعتبر الشيء قد تدخل تدخلا ايجابيا فى احداث الضرر ولو لم يقع تماس او اتصال مباشر بينه وبين الشيء او الشخص الذي أصابه ضرر •

اساس المسؤولية والتخلص منها

٩٤٥ ـ تقوم المسؤولية عن الالات الميكانيكية والاشياء الاخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها فى الفقه الغربي على اساس من الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس • وقد اخذ القانون المدني العراقي هذا النوع من المسؤولية عن الفقه الغربي فلا اصل لها فى الفقه الاسلامي،

فلم تكن الالة قد استعملت ليضع لها الفقهاء المسلمون الاحكام الخاصة بها • واذا اردنا البقاء فى نطاق التعبير الفقهي الاسلامي قلنا ان اساس المسؤولية هنا هو التقصير والتعدي ، فيستطيع من كان الشيء تحت تصرفه ان يثبت انه لم يكن متعديا ولا مقصرا فى المحافظة على الشيء ، وانه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر • ويستطيع التخلص من المسؤولية ايضا باثبات السبب الاجنبي •

تقادم دعوى التعويض فى المسؤولية التقصيرية

٩٤٦ ــ تقضي المادة (٢٣٢) مدني بانه : « لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أيا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه • ولا تسمع الدعوى فى جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » • وبمقتضى هذا النص يكون امام المتضرر مدتان يستطيع اقامة الدعوى فى خلال اقصرهما :

١ ــ ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه • فاذا لم يكن اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر هو اليوم الذي عرف فيه الشخص الذي أحدث الضرر ، فالمدة تبدأ من حين معرفة هذا الاخير •

٢ ــ خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع • فاذا وقع العمل غير المشروع وبعد مرور اربع عشرة سنة علم المتضرر بوقوع الضرر ، بقي أمامه سنة واحدة لاقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض •

٩٤٧ ــ الى هنا ننتهي من الكلام عن المصدر الثالث من مصادر الالتزام ، وهو العمل الضار • وننتقل الان الى الكلام عن المصدر الرابع ، وهو الكسب دون سبب •

الباب الرابع

الكسب دون سبب

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

تمهيـــد

تعـــريف

٩٤٨ ــ يكون هناك كسب دون سبب اذا اغتنت ذمة شخص بسبب افتقار ذمة اخر ولم يكن هناك مايبرر هذا الاغتناء فى نظر الشرع والقانون(١). والكسب دون سبب بهذا المعنى مصدر من مصادر الالتزام ، او الالزام ، أي حالة الوجوب التي مصدرها القانون . فالقانون يلزم الشـخص الذي اغتنى ، او أثرى ، على حساب غيره برد ما اغتنى به . وهو يستلهم فى ذلك قواعد العدالة ، فالعدالة تأبى ان يثرى شخص على حساب اخر من غير ان يكون لهذا الاثراء سبب مشروع .

---

(١) يعرف الدكتور حسن علي الذنون الكسب دون سبب بأنه: «الدعوى التي يستطيع بها شخص تسبب فى اثراء الغير على حسابه دون ان يكون ملتزما قانونا بهذا الاثراء ، من استرداد الاثراء الذي تسبب فيه » . وقد جاء هـذا التعريف حرفيا فى كتاب الاستاذ فريد فتيان (مصادر الالتزام ، ١٩٥٦ــ١٩٥٧، ص ٣٤٧) . ومن الواضح ان هذا التعريف لا ينطبق على الكسب دون سبب، بل على الدعوى التي يقيمها المفتقر على المثري لاسترداد ما اثرى به هذا الاخير، وهذان شيئان مختلفان . فالكسب دون سبب شيء والدعوى التي يقيمهـا المفتقر لاسترداد ما اثرى به المثرى شيء اخر . ثم ان التعريف المتقدم يفيد ان سبب الاثراء هو فعل الدائن فقط ، مع انه ، كما سنرى ، قد يكون فعل المدين او فعل الطبيعة او فعل الغير او حكم القانون . وقد ورد ما يشابه التعريف الذي يقول به الاستاذ الذنون فى بودرى لاكانتنرى وبارد (ج١٥،ص٥٠٢) فهذان الفقيهان عندما يتكلمان عن الاثراء بلا سبب على حساب الغير يمهدان لذلك بالكلام عن الدعوى التي تستعمل من قبل الفضولي لاسترداد ما انفقه ، ومن قبل من دفع شيئا غير واجب عليه لاسترداد ما دفعـه ، واسـمها (Action de in rem verso) . وهما يعرفان هـذه الدعوى بأنهـا : « الدعوى التي يقيمها شخص لاسترداد مبلغ الاثراء الذي حصل على حسابه بدون سبب قانوني فى ذمة المدعى عليه » . وظاهر من هذا التعريف ان هذين الفقيهين لا يقصدان منه الكسب دون سبب ، بل الدعوى التي تقام لاسترداد هذا الكســب .

تطور فكـرة الكسب دون سبب

٩٤٩ ــ وقد مرت فكرة الكسب دون سبب بتطور استغرق قرونـا طويلة قبل ان تصبح مبدأ قائما بذاته • ونلقى فيما يلي نظر سريعة عـلى هذا التطور منذ القانون الروماني حتى العصر الحاضر •

القـانون الرومـاني

٩٥٠ ــ عرف القانون الروماني الكسب دون سبب كمصدر للالتزام بجانب العمل غير المشروع ، او الجريمة • ولكن اذا كان هذا القانون قـد اعترف بالكسب دون سبب مصدرا للالتزام الا انه لم يعترف به كقاعدة كلية تنطبق على جزئياتها المختلفة ، بل اعترف بجزئيات هي عبارة عن تطبيقـات للمبدأ ، ولم يحاول ان يجمع هذه الجزئيات ويصوغ منها نظرية عامة •

القـانون الفرنسي القديم

٩٥١ ــ وقد استمر الحال على هذا النحو فى القانون الفرنسي القديم حتى اواخر القرن التاسع عشر • فلم يعترف هذا القـانون بالكسـب دون سبب كمبدأ عام ، بل فى حالات معينة هي عبارة عن تطبيقـات للمبـدأ ، كما كان عليه الحال فى القانون الروماني • وقد عالج پوتييه بعض تطبيقات المبدأ باعتبارها نوعا من الفضالة ، ولكنه سماها فضـالة ناقصة أو شـاذة Gestion d'attaires anormale لاختلال ركن من أركانها • وهذه هي حالة ما اذا تولى شخص شؤون غيره معتقدا انه يدير شؤون نفسه ، او فعل ذلك رغم ارادة رب العمل •

القانون المدني الفرنسـي

٩٥٢ ــ ولم ينص القانون المدني الفرنسي الصادر سنة (١٨٠٤) على قاعدة عامة فى الاثراء دون سبب ، بل اشتمل على بعض التطبيقات لهذه القاعدة أهمها الفضالة ، ودفع غير الواجب ، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والغراس فى أرض الغير •

وقد ترتب على عدم وجود نص فى القانون يقرر القاعدة العامـة فى

الكسب دون سبب ، وعلى سيادة طريقه الشرح على المتون التي تقف عند النصوص التشريعية ولا تنحرف عنها ، ان انكر الفقه والقضاء وجود المبدأ ذاته انكارا تاما ، واقتصرا على تطبيق النصوص المتفرقة على الحالات التي نص عليها القانون دون ان يحاولا الربط بينها • ولكن القضاء الفرنسي بدأ ، فى النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، يقول بما قال به پوتييه، فاعترف بقاعدة الاثراء بلا سبب على انها نوع من الفضالة الناقصة التي اختل ركن من أركانها ، وخاصة ركن القصد فى تولي شؤون الغير •

ولكن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت ان ظهر عدم كفايتها لاستيعاب التطبيقات المختلفة لفكرة الاثراء بلا سبب ، فلم يعد هناك بد من الاعتراف بالفكرة كمبدأ قائم بذاته مستقل عن نظرية الفضالة • وقد قام بذلك الفقيهان الفرنسيان اوبري ورو ، فاعترفا بالمبدأ مصدرا مستقلا للالتزام قائما على قواعد العدالة ، وذهبا الى ان النصوص التشريعية الواردة فى هذا الباب انما هي تطبيقات لهذا المبدأ جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر • وقد تبعتهما محكمة التمييز الفرنسية فى ذلك فى حكم لها صادر فى ١٥ حزيران ١٨٩٢ ، وما لبثت ان استقرت فى اتجاهها واطردت احكامها فى هذا الخصوص • ولكن يلاحظ ان الفقيهين الفرنسيين اذا كانا قد اعترفا بمبدأ الاثراء دون سبب ، الا انهما لم يعترفا به الا مقيدا بقيدين ، اولهما ان دعوى الاثراء دون سبب هي دعوى احتياطية Acfion subsidiare لا يجوز اللجوء اليها الا اذا سدت الطرق القانونية الاخرى فى وجه الدائن، وثانيهما ضرورة قيام الاثراء عند اقامة الدعوى •

الفقه الاسلامي

٩٥٣ ــ والفقهاء المعاصرون فريقان فى صدد الفقه الاسلامي ، فريق يذهب الى ان هذا الفقه لم يأخذ بالاثراء دون سبب مصدرا للالتزام ، والثاني يذهب الى عكس هذا الرأي • وعلى رأس الفريق الاول الاستاذ الكبير السنهوري • فهو يقول فى هذا الصدد : « أما الاثراء بلا سبب

كمصدر للالتزام فبابه ضيق فى الشريعة الاسلامية ، كما هو ضيق فى القانون الانكليزي .. ولكن الشريعة الاسلامية لا تعترف بالاثراء بلا سبب مصدرا للالتزام كقاعدة عامة(١) . وقد شايعه فى رأيه هذا بعض الفقهاء . وقال بالرأي الثاني الدكتور صبحي المحمصاني(٢) ، وايده الدكتور صلاح الدين الناهي(٣) . والادلة التي يقدمها هذا الفريق لا تدع مجالا للشك فى اعتبار الفقه الاسلامي للكسب دون سبب مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام ، وان لم يسمه بهذا الاسم .

٩٥٤ ــ ونقطة الابتداء فى ما يقرره الفقهاء المسلمون فى ذلك هي الايات والاحاديث الواردة فى هذا الباب . فمن ذلك قوله تعالى : «لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم»(٤). ومن ذلك أيضا قوله : « ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا »(٥) . ومن ذلك ايضا : « يا ايها الذين امنو اتقوا الله وذروا ما بقي من الربى ان كنتم مؤمنين »(٦) . ومن ذلك ايضا : « كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون »(٧) . والاحاديث الواردة فى هذا الباب كثيرة . منها قوله صلى الله عليه واله : « لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا ، وان أخذعصا صاحبه فليردها عليه»(٨). ومنها قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترده »(٩) . وعلى

(١) نظرية العقد ، ف ٦٧ ، ص ٦٩ــ٧٠ . الوسيط ، ف ٧٤٤ ، ص ١١٠٨ .
(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، ج ١ ، ص ٩٣ .
(٣) محاضرات فى القانون المدني العراقي ، القيت على طلبة معهد الدراسات العربية العالية التابع لجامعة الدول العربية فى القاهرة ، ص ١٤ وما بعدها .
(٤) النساء (٤) ، آية ٢٩ .
(٥) النساء ، آية ٩ .
(٦) البقرة (٢) ، آية ٢٧٨ .
(٧) المطففين (٨٣) ، آية ١٤ .
(٨) رواه السيوطي عن احمد وابى داود والترمذي والحاكم (الفتح الكبير ، ج ٣ ، ص ٣٥٠) ، نقلا عن المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .
(٩) رواه السيوطي عن احمد واصحاب السنين والحاكم (الجامع الصغير ، ج ٢ ، رقم ٥٤٥٥) ، نقلا عن المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه .

هذه الادلة بنيت القاعدة الكلية : « لا يجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي » ، والتي نصت عليها المجلة فى المادة (٩٧) منها .

تطبيقات مباشرة لمبدأ الكسب دون سبب فى الفقه الاسلامي

٩٥٥ ــ ومن الاقوال التي يمكن ان تعتبر تطبيقا لفكرة الكسب دون سبب ما يذهب اليه الفقهاء من انه اذا حفر شخص قبرا فى موضع يباح له الحفر فيه فى غير ملكه فدفن غيره فيه فالقبر لاينبش ، ولكن يضمن الدافن قيمة حفر القبر . وهذا تطبيق واضح لفكرة الكسب دون سبب ، فالدافن قد اغتنى من عمل الحافر بدون مبرر شرعي ، أي انه اغتنى بسبب افتقار صاحب القبر ، فيجب عليه الضمان . ومن ذلك ايضا ما يقرره الفقهاء فى حالة تعرض سفينة للغرق من انه اذا اتفق الركاب على القاء بعض الامتعة فالغرم على عدد الرؤوس لانها لحفظ الانفس . وذهب بعض الفقهاء الى ان المركب يدخل أيضا فى قيمة المطروح ، لانه مما سلم بسبب الطرح . وهذا مثل يوضح فكرة الكسب دون سبب . فطرح أمتعة بعض من فى المركب يستفيد منه الاخرون ، لذلك يقسم على الجميع لكي لا يكون من لم يطرح متاعه قد اغتنى على حساب افتقار غيره . ومن ذلك ايضا ما يقرره الفقهاء فى باب رهن المستعار من انه اذا استعار شخص مال غيره ليرهنه فى دين عليه ، فاذا هلك الرهن كان عليه قيمته للمعير مع ان العارية ، فى الاصل ، أمانة غير مضمونة بالهلاك . وهم يعللون ذلك بانه لما كان الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين فهلاكه يسقط به الدين فيستفيد المستعير بذلك ، لذلك يجب عليه تعويض المعير بقدر ما سقط عنه من الدين . وكذلك الحكم اذا وفى المعير الدين لافتكاك ماله(١) .

القانون المدني العراقي

٩٥٦ ــ وقد عالج القانون المدني العراقي الكسب دون سبب فى ثلاثة فروع ، تكلم فى الاول عن المدفوع دون حق ، وفى الثاني عن قضاء دين الغير ، وفى الثالث عن « احوال اخرى فى الكسب دون سبب » . وقد

(١) للاطلاع على امثلة اخرى يراجع الناهي ، المرجع السابق ، ص ٢٨ــ٦٤ .

نصت المادة الاخيرة من هذا الفرع ، وهي المادة (٢٤٣) ، على القاعدة العامة فى الكسب دون سبب بقولها : « كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم فى حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب . ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد » . وهذا السلوك من جانب المشرع العراقي مجاف للمنطق . فهو قد جاء بالقاعدة العامة فى الكسب دون سبب فى اخر الفصل الذي خصصه لهذا الموضوع ، وكان المنطق يقضي بان يضعها فى صدر الفصل ثم يتكلم عن المدفوع دون حق وقضاء دين الغير والحالات الاخرى كتطبيقات للقاعدة . قديقال فى تبرير مسلك المشرع العراقي هذا انه اتبع فى ذلك طريقة الفقهاء المسلمين ، فهم يعالجون القضايا دائما باحكام جزئية يعطونها فى « مسائل » يفترضونها ، وهو (المشرع العراقي) قد اتبعهم فى ذلك فنص اولا على تطبيقات الكسب دون سبب ثم اردف بالقاعدة العامة فى المادة (٢٤٣) ، وذلك لتشمل الحالات التي لا تقع فى نطاق الحالات التي عالجها مقدما . ويمكن الرد على ذلك بان النهج العام الذي اتبعه المشرع العراقى فى وضع قانونه المدنى هو الجمع بين الصياغة الغربية والاحكام الموضوعية التى قررها الفقهاء المسلمون . وقد كان هذا النهج يقضي بايراد القاعدة العامة أولا ، ثم المسائل التفصيلية كتطبيقات لهذه القاعدة العامة . وهذه التطبيقات انما تورد على سبيل المثال لا الحصر ، وذلك لتشمل القاعدة العامة امورا غير التي نص عليها القانون .

خطة البحث

٩٥٧ ــ ومهما يكن من أمر الطريقة التى اتبعها القانون المدنى العراقى ، فاننا نبحث الكسب دون سبب فى نظرية عامة أولا ، نرى فيها الشروط اللازم توافرها لتحققه والحكم الذي يترتب على توافر هذه الشروط والاساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب . فاذا انتهينا من ذلك استعرضنا التطبيقات التى اوردها القانون المدنى العراقى للكسب دون سبب . ويكون ذلك فى فصلين متتابعين .

الفصل الاول

النظرية العامة للكسب دون سبب

٩٥٨ ــ هناك شروط لا بد من توافرها لتحقق الكسب دون سبب ، فيجب معرفتها • وبعد معرفة هذه الشروط يجب معرفة الحكم الذي يترتب على الكسب دون سبب• فاذا ما انتهينا من ذلك بقى أن نعرف الاساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب • ونعالج كلا من ذلك فى فرع مستقل•

الفرع الاول

شروط الكسب دون سبب

شروط اربعة

٩٥٩ ــ يجب لتحقق الكسب دون سبب توافر الشروط الاربعة التالية : ١ــ اثراء فى جانب المدين • ٢ــ افتقار فى جانب الدائن • ٣ــ علاقة سببية بين الاثراء والافتقار • ٤ ــ عدم وجود سبب قانونى للاثراء • ونبحث كلا من هذه الشروط فى مبحث مستقل •

المبحث الاول

اثراء المدين

ENRICHISSEMENT DU DéBITEUR

معنى الاثراء وصوره

٩٦٠ ــ الاثراء هو الشرط الاول من الشروط اللازم توافرها لتحقق الكسب دون سبب ولقبول الدعوى بشأنه ، ويقصد به كل منفعة يمكن تقديرها بالنقود • والمنفعة أما أن تكون مادية أو معنوية • والمنفعة المادية أما أن تكون باضافة عنصر موجب الى ذمة المثري ويسمى الاثراء فى هذه الحالة

بالاثراء الايجابى ، أو بانقاص عنصر سالب منها ويسمى الاثراء فى هذه الحالة بالاثراء السلبي • ونرى كلا من ذلك على حـــدة •

الاثراء الايجابي

٩٦١ ــ يتحقق الاثراء الايجابي اذا دخلت ذمة المثري قيمة ماليـــة فزادتها من الناحية الايجابية ، كما اذا عمر شخص دار آخر • فالمســتأجر ، مثلا ، اذا أجرى ترميمات ضرورية فى العين المؤجرة كان ما أنفقة اقيمة مالية دخلت ذمة المؤجر فزادتها من الناحية الايجابيـــة •

ويتحقق الاثراء الايجابى أيضا اذا انتفع المثري من عين تعود للمفتقر ، أو من عمله • فمثال الانتفاع من عين ما اذا سكن شخص دار آخر أواستعمل سيارته بدون عقد سابق • ومثال الانتفاع من عمل المفتقر ما اذا وضع مؤلف قصة وأخرج منها مخرج فلما سينمائيا ، وما اذا نظم شاعر قصيدة وغناهـا مغن ، وذلك بدون عقـــد سابق بينهمـــا(١) •

الاثراء الســـلبي

٩٦٢ ــ ويتحقق الاثراء السلبي بانقاص عنصر سالب من ذمة المثري • مثال ذلك وفاء دين الغير • فاذا دفع شخص دين غيره فالمدين يكون قد أثرى عن طريق انقاص عنصر ســـالب من ذمته وهو الدين •

الاثراء المباشر والاثراء غير المباشر

٩٦٣ ــ والاثراء قد يكون مباشرا وقد يكون غـير مباشر • فالاثراء المباشر يتحقق بادخال عنصر موجب الى ذمة المثري أو بانقاص عنصر سالب منها ، وهو ما رأيناه فيما تقدم • أما الاثراء غير المباشر فيتحقق اذا تحمل

---

(١) يضرب الاستاذ السنهوري لانتفاع المثري من عمل المفتقر مثـلا « الخطيبة تعمل لخطيبها دون اجر ثم لايتم الزواج » . ونحن نرى ان الخطيبة تستطيع الرجوع على خطيبها بدعـوى الكسـب دون سبب حتىلو تم الزواج. فالزواج ليس سببا قانونيا لاستحقاق الزوج ثمرة عمل زوجته ، فذمة الزوجة فى الشريعة الاسلامية منفصلة انفصالا تاما عن ذمة زوجها .

المفتقر ضررا جنب به المثري خسارة أكيدة • مثال ذلك ربان السفنة التى تشرف على الغرق يلقى بعض الامتعة فى البحر لانقاذ السفينة • فأصحاب الامتعة التى القيت فى البحر تحملوا ضررا ، وأصحاب الامتعة التى لم تلق تجنبوا خسارة اكيدة • ومثال ذلك أيضا ما اذا شبت النار فى مكان وتقدم شخص فاتلف متاعا له فى سبيل اطفائها وأطفأها • فيكون هذا الشخص قد تحمل ضررا،بينما تجنب صاحب المحل الذي شبت فيه النار خسارة اكيدة • ومثال ذلك أيضا ما اذا استأجر شخص أرضا زراعية واشترى بثمن مؤجل سمادا سمد الارض ثم حجز دائنوه على الزرع • فى هذا المثل بائع السماد تحمل ضررا ، بينما دائنو المستأجر قد أثروا اثراء غير مباشر • فهم قد حجزوا على الزرع بعد ان استفاد من السماد •

الاثراء المعنوى

٩٦٤ ــ وقد لا يكون الاثراء عن طريق منفعة مادية ، وهو ما رأيناه فيما تقدم ، بل عن طريق منفعة معنوية • وهذا النوع من المنفعة يتحقق بالاستفادة من ثمار الفكر الانسانى ، كالاستاذ يعلم التلميذ ، والطبيب يصف الدواء ، والمحامي يعطي الاستشارة القانونية ، الخ ••• فالتلميذ والمريض وطالب الاستشارة يثري اثراء معنويا عن طريق الاستفادة من علم الاستاذ أو الطبيب أو المحامى • ولم يتفق الفقهاء على اعتبار هذا النوع من المنافع اثراء• وقد أثير فى وجهه ما أثير فى وجه الضرر الادبي وامكان التعويض عنه من اعتراضات • ولكن الراجح فقها وقضاء هو صلاحية المنفعة المعنوية ، أو الاثراء المعنوي اساسا لدعوى الكسب دون سبب •

المبحث الثاني

افتقار الدائن

APPAUVRISSENT DU CRéANCIER

ضرورة تحقق الافتقار

٩٦٥ ــ ولابد لتحقق الكسب دون سبب من افتقار يصيب الدائن ،

فهو الذي يجعل الدعوى مقبولة • ويتحقق الافتقار بالطريقة التى يتحقق بها الاثراء • فهو قد يكون ايجابيا وقد يكون سلبيا ، وقد يكون ماديا وقد يكون معنويا • ونرى كلا من هذه الصور على حدة •

الافتقار الايجابي والافتقار السلبي

٩٦٦ ــ يكون هناك افتقار ايجابى عندما يوجد اثراء ايجابى • وهو يتحقق عادة اذا قام المفتقر بالانفاق لمصلحة المثري ، كما اذا قام جار بتعمير دار جاره الآيلة الى السقوط • وقد يتحقق الافتقار الايجابي عندما يكون هناك اثراء سلبي ، كما اذا دفع شخص دين غيره • فالدافع يفتقر من الناحية الايجابية بخروج عنصر موجب من ذمته ، اما المدفوع عنه فيثري من الناحية السلبية وذلك بانقاص عنصر سالب من ذمته •

٩٦٧ ــ ويتحقق الافتقار السلبي اذا فقد المفتقر قيمة منفعة او عمل كان من حقه ان يحصل عليها ، كما اذا سكن شخص دار آخر دون عقد سابق بينهما ، فيفتقر صاحب الدار بمقدار قيمة المنفعة التي حصل عليها المثري • ومثال ذلك أيضا ما اذا نظم شاعر قصيدة فغناها مغن ، أو وضع مؤلف قصة فأخرج منها مخرج فلما سينمائية • فالشاعر والمؤلف يكونان قد افتقرا افتقارا سلبيا •

ويلاحظ ان الافتقار السلبي يقابله اثراء ايجابي • فالافتقار بالنسبة لصاحب الدار وللشاعر وللمؤلف انما هو افتقار سلبي ، ولكن الاثراء الذي يقابله ، بالنسبة لمن سكن الدار وللمغني والمخرج ، كان اثراءا ايجابيا •

الافتقار المادي والافتقار المعنوي

٩٦٨ ــ والافتقار قد يكون ماديا ، وهو ما رأيناه فيما تقدم ، وقد يكون معنويا • والافتقار المعنوي يتحقق عندما يكون هناك اثراء معنوي• فالاستاذ الذي يعلم التلميذ ، والطبيب الذي يصف الدواء ، والمحامي الذي يعطي الاستشارة القانونية ، كل من هؤلاء يفتقر افتقارا معنويا •

هل يمكن ان يكون الافتقار غير مباشر

٩٦٩ ــ يذهب الاستاذ السنهوري الى ان الافتقار قد يكون غير

مباشر . فهو يقول : « ... وكل افتقار غير مباشر يقابله اثراء غير مباشر »، ويوضح ذلك بقوله : « ذلك ان القيمة المالية اذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر الى مال المثري فان كلا من الاثراء والافتقار يكون مباشرا فى هذه الحالة . واذا انتقلت القيمة المالية بتدخل اجنبي ، تدخلا ماديا او تدخلا قانونيا ، فكل من الاثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الامثلة على كل ذلك»(١) . واذا رجعنا الى الامثلة التي يضربها الاستاذ على الاثراء غير المباشر وجدناها التالية : ربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل الى البحر لانقاذ الباقي من الغرق ، وفرقة اطفاء الحريق تتلف متاعا للغير حتى تتمكن من اطفاء الحريق، والمغتصب يبنى بمواد غيره فى الارض المغتصبة،ومن يشتري سيارةثم يدفعها الى « ميكانيكي » لاصلاحها وينفسخ عقد بيع السيارة فيرجع الميكانيكي ، وهو المفتقر ، بمصروفات الاصلاح على البائع ، وهو المثري. وكذلكمستأجر الارض الزراعية يشتري سمادا للارض من تاجر دون ان يدفع ثمنه فاذا حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت بالسماد جاز للتاجر وهو المفتقر ان يرجع على المالك وهو المثري بقدر ما عاد به على الزراعة من نفع فى حدود الثمن(٢) . ونحن اذا دققنا فى الامثلة المتقدمة لم نجد فيها مثالا واحدا يمكن أن يقال عنه ان الافتقار فيه غير مباشر . فالراكب فى السفينة الذي القى الربان بمتاعه فى البحر لانقاذ السفينة من الغرق افتقر افتقارا مباشرا ، وكذلك الشخص الذي اتلفت فرقة اطفاء الحريق متاعه لتتمكن من اطفاء الحريق ، وصاحب المواد التي غصبها شخص وبنى بها فى أرض غيره ، كل من هؤلاء افتقر افتقارا مباشرا لان هناك قيمة مالية خرجت من ذمته مباشرة ، فالافتقار كان مباشرا بالنسبة لهم . وكذلك الامر بالنسبة للميكانيكي الذي صلح السيارة ، ولبائع السماد الذي باعه من مستأجر الارض الزراعية الذي حجز المالك على زراعته ، كل منهما افتقر افتقارا مباشرا . فالميكانيكي فقد قيمة عمله ، وتاجر السماد فقد قيمة السماد ، وهذا

(١) المرجع السابق ، ف ٧٦١ .
(٢) الوسيط ، ف ٧٦٧ .

افتقار مباشر . وعليه فاننا نرى ، خلافا للاستاذ السنهوري ، ان الافتقار لا يمكن ان يكون غير مباشر . اما ما يقوله الاستاذ السنهوري من انه : « اذا انتقلت القيمة المالية بتدخل اجنبي ، تدخلا ماديا او تدخلا قانونيا ، فكل من الاثراء والافتقار غير مباشر » ، فنحن نرى انه لا يصح الا بالنسبة للاثراء ، ذلك ان الاثراء في الصور المتقدمة انما يتحقق لاستفادة المثري بصورة غير مباشرة من افتقار المفتقر المباشر . فهو قد سلم له متاعه وقد كان من الممكن ان يلقى في البحر كما القى متاع غيره ، وهو قد عادت اليه سيارته بعد اصلاحها ، وهو قد حجز على الزرع بعد ان استفاد من السماد، الخ .. اما افتقار المفتقر فقد كان مباشرا . فهو قد فقد متاعه ، او عمله ، أو سماده ، الخ ..

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الافتقار والاثراء

LIEN DE CAUSALITé ENTRE L'êNRICHISSEMENT ET L'APP-AUVRISSEMENT

٩٧٠ ــ لا يكفي لتحقق الكسب دون سبب ان يفتقر شخص ويثري اخر ، بل يجب لذلك ايضا ان يكون اثراء المثري ناتجا عن افتقار المفتقر . والغالب ان ينشأ كل من الافتقار والاثراء من واقعة واحدة ، كما في الامثلة التي رأيناها فيما تقدم . ففي حالة القاء رب السفينة المشرفة على الغرق امتعة بعض الاشخاص ينشأ الافتقار والاثراء من واقعة الالقاء . وكذلك الامر في حالة مخرج السينما الذي يخرج فلما سينمائيا من قصة الفها مؤلف ، ينشأ كل من الافتقار والاثراء من واقعة الاخراج . وفي دفع دين الغير كذلك ينشأ كل من الافتقار والاثراء من واقعة الدفع . ولكن ذلك ليس بالامر الضروري ، وكل ما يجب توافره هو ان الاثراء ما كان ليتحقق لولا الافتقار . وعلى كل حال يعود تقدير ذلك الى قاضي الموضوع ، والفصل فيه يعتبر مسألة وقائع لا مسألة قانون .

كيف تتحقق علاقة السببية ؟

٩٧١ ــ وعلاقة السببية اما ان تتحقق نتيجة عمل المفتقر ، او نتيجة عمل المثري ، او نتيجة عمل الغير ، او بفعل الطبيعة .

فمثال علاقة السببية التي تتحقق نتيجة عمل المفتقر ما اذا بنى شخص في أرض غيره بمواد عائدة له (للباني) ، او ترافع محام في دعوى موكله ، أو انفق الوديع نفقات لحفظ العين المودعة من الهلاك ، او دفع شخص دين غيره .

ومثال علاقة السببية التي تتحقق نتيجة عمل المثري ما اذا غنى مغن قصيدة نظمها شاعر ، او اخرج مخرج فلما سينمائيا من رواية وضعها مؤلف.

ومثال علاقة السببية التي تتحقق بفعل الغير ما اذا بنى شخص في أرض غيره بمواد غير مملوكة له ، او أشترى مستأجر أرض زراعية سمادا ولم يدفع ثمنه ثم أبطل عقد ايجاره او فسخ واخرج من الارض .

ومثال الاثراء الذي يتحقق بفعل الطبيعة ما اذا حول النهر مجراه فاقتطع قطعة من أرض والصقها بارض أخرى عائدة لشخص اخر ، او حملت الريح ثوبا لشخص فالقته في اناء فيه صبغ لاخر فانصبغ .

حصول الاثراء بسبب قيام شخص بعمل لمصلحة نفسه هو

٩٧٢ ــ وما الحكم اذا حصل شخص على منفعة بسبب قيام اخر بعمل لمصلحة نفسه هو ؟ مثال ذلك ما اذا بنى شخص بيتا وعمل حوله حديقة كبيرة استفاد منها أصحاب الدور المجاورة فارتفعت قيمتها . فهل يستطيع صاحب الدار الرجوع على اصحاب هذه الدور على أساس الكسب دون سبب ؟ الجواب عن ذلك يكون بالسلب لاننا لا نكون في هذه الحالة امام كسب دون سبب ، ذلك ان صاحب البيت انما قام بانشاء الحديقة لمصلحته هو ، اما المنفعة التي عادت على اصحاب الدور فقد جاءت عرضا ولم تترتب على افتقار صاحب البيت .

ارتفاع قيمة الاراضي والاملاك بسبب قيام الحكومة بالمشاريع العامة

٩٧٣ ــ ولكن اذا قامت الحكومة ببعض المشاريع العامة ، كفتح

طريق أ و بناء سد او جسر ، وادى ذلك الى ارتفاع قيمة الاراضي والاملاك المجاورة ، فللحكومة ان تطالب اصحاب هذه الاراضي والاملاك بالزيادة التي طرأت على قيمة أراضيهم واملاكهم(١) . ذلك ان هذه الزيادة لم تحدث نتيجة عمل قام به اصحاب هذه الاراضي والاملاك ، بل نتيجة قيام الدولة بالمشاريع العامة التي يشترك فى دفع نفقاتها افراد الامة جميعا . فليس من العدل ان يستبد بها بعض الافراد فقط ، بل يجب ان تستفيد منها الامة كلها وذلك بفرض ضريبة على الاراضي والاملاك التي ارتفعت قيمتها. والقاعدة العادلة فى هذا الباب هي ان قيمة الشيء انما تتحدد بمقدار العمل الذي بذل فى انتاجه ، واصحاب هذه الاراضي والاملاك لم يقوموا بعمل ما.

المبحث الرابع

عدم وجود سبب

ABSENCE DE CAUSE

٩٧٤ ــ لا يكفى لتحقق الكسب دون سبب ان يثرى شخص بسبب افتقار اخر ، بل يجب ان لا يكون هناك سبب مشروع يجيز للمثري الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها بسبب افتقار المفتقر . ولكن ما المقصود بالسبب هنا؟ اختلف الفقهاء فى ذلك ، فأعطاه بعضهم معنى اقتصاديا فقال انه المقابل او العوض ، واعطاه اخرون معنى ادبيا فقال ان هناك كسبا دون سبب اذا لم يكن من العدل ان يحتفظ المثري بما استفاده على حساب غيره من غير ان يعوض المفتقر . لذلك يسمى هذا الفريق الكسب دون سبب بـ « الكسب غير العادل Enrichissement injuste (1) .ولكن هذه المعاني كلها تقصر عن تحديد السبب تحديدا كافيا . ولا يمكن ان يفهم السبب فى هذا الصدد الا بمعنى السبب المنشيء Cause efficiente ، أي المصدر المنشيء لحق المثري فى

(١) وهذه الزيادة تسمى فى الاقتصاد السياسي بـ « فائض القيمة ».
(٢) جورج ريبير ، القاعدة الخلقية ، ف ١٤٧ ، وخاصة ص ٢٦٨ . وللاطلاع على الاراء الاخرى فى تحديد السبب فى الكسب دون سبب ، تراجع الفقرات ١٣٧–١٤١ .

الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها(١) • ومصدر هذا الحق اما ان يكون الارادة المنفردة ، او العقد ، او القانون •

فمثال الارادة المنفردة كسب مشروع يجيز للمثري الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها الوصية • فالموصى له يثري بقيمة الموصى به والورثة يفتقرون بمقدار هذه القيمة ، ولكنهم لا يستطيعون الرجوع على الموصى له بما أثرى به وذلك لوجود سبب مشروع لحصوله على الموصى به ، الا وهو الوصية •

ومثال العقد ما اذا أمن شخص على داره من الحريق واحترقت الدار ثم قامت شركة التأمين باعادة بنائها تنفيذا لعقد التأمين • فصاحب الدار فى هذه الحالة يكون قد أثرى بمقدار الفرق بين قيمة داره قبل الحريق وقيمتها بعد اعادة بنائها ، ولكن هذا الاثراء له سبب وهو عقد التأمين ، فلا تستطيع الشركة الرجوع عليه بدعوى الكسب دون سبب • ومثاله ايضا ما اذا اشترط المؤجر ان يتملك عند نهاية الايجار التحسينات التي يدخلها المستأجر فى العين المؤجرة ، فالمستأجر لا يستطيع الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لان عقد الايجار هنا سبب قانوني يمنع من هذا الرجوع(٢)•

ومثال القانون ما اذا اصيب موظف فى اثناء قيامه بوظيفته اصابة اوجبت له الحصول على تعويض بصورة مرتب مدى الحياة ، فالحكومة لا تستطيع الرجوع عليه بدعوى الكسب دون سبب بحجة انه لم يمض فى الخدمة المدة اللازمة لاستحقاق التقاعد ، ذلك لانه انما حصل على المرتب بمقتضى القانون • فالقانون هنا هو السبب او المصدر لحق الموظف فى الحصول على المرتب(٣) • ومثال ذلك أيضا التقادم • فاذا مرت المدة التي تمنع الدائن من اقامة الدعوى على المدين للحصول على ماله بذمته فهو لا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الكسب دون سبب ، ذلك ان المدين انما

---

(١) رسالتنا ، ص ١٨٢ .
(٢) السنهوري ، الوسيط ، ص ١١٤٠ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١١٤٤ .

يحتفظ بما كان مدينا به بحكم القانون . فالقانون هو الذي يمنع الدائن من اقامة الدعوى على المدين للحصول على ماله بذمته .

الفرع الثاني
حكم الكسب دون سبب

٩٧٥ ــ اذا توافرت الاركان المتقدمة للكسب دون سبب وجب على المثري ان يعوض المفتقر . ومصدر الوجوب هنا هو القانون ، فهو الذي يلزم المثري بتعويض المفتقر . ولا تشترط اهلية خاصة فى المثري ولا فى المفتقر . ولكن اذا كان المثري ناقص الاهلية وكان مصدر الاثراء عقدا فهو لا يلزم الا برد ما يقابل المنفعة التي حصل عليها . واذا لم يحصل على منفعة ما ، بان بذر ما تسلمه ، فلا يلزم برد شيء . وقد سبق ان رأينا ذلك.

مقدار التعويض

٩٧٦ ــ والتعويض يكون بالاقل من قيمة الافتقار وقيمة الاثراء ، وذلك تطبيقا للقاعدة القاضية بانه لا يجوز للمفتقر ان يطالب باكثر مما افتقر به ، كما لا يلزم المثري بان يرد أكثر مما أثرى به . فاذا انفق شخص خمسمائة دينار على تعمير دار جاره ولكن قيمة الدار ارتفعت بمقدار ثمانمائة ، فصاحب الدار يدفع خمسمائة دينار فقط . وعلى العكس من ذلك ، اذا انفق الجار ثمانمائة دينار ولكن قيمة الدار ارتفعت بمقدار خمسمائة ، فصاحب الدار يدفع خمسمائة فقط .

كيف يقدر الاثراء والافتقار ؟

٩٧٧ ــ يقدر كل من الاثراء والافتقار بالنقد . فاذا كان الاثراء قد تحقق بدخول مبلغ من النقود فى ذمة المثري ، فمقداره يساوي هذا المبلغ . واذا كان الاثراء سلبيا ، كما اذا دفع المفتقر دينا على المثري ، فمقداره يساوي المبلغ الذي دفعه المفتقر . واذا كان الاثراء منفعة او عملا حصل عليه المثري ، كأن يكون المثري قد سكن دارا للمفتقر بدون عقد او انتفع

من عمل قام به المفتقر ، فمقداره يساوي اجرة المثل للدار واجرة مثل العمل بالنسبة للعمل ، اي قيمة مثله(١) .

الاثراء بالالتصاق

٩٧٨ ــ واذا حدث الاثراء بالتصاق ملك شخص بملك شخص اخر ، كما اذا حول النهر مجراه وفصل قطعة ارض والصقها بارض اخرى عائدة لمالك اخر ، فاذا كان الملك لا يقبل الفصل بدون ضرر تملك صاحب الملك الاكثر قيمة الملك الاقل قيمة ودفع قيمته الى صاحبه . وقد ضرب القانون المدني العراقي لذلك مثلا بالدجاجة تبتلع لؤلؤة عائدة لشخص اخر،فصاحب اللؤلؤة يتملك الدجاجة ويدفع قيمتها لصاحبها . وقد نصت على ذلك المادة (٢٤٢) بقولها : « ١ ــ لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدرا بملك غيره اتصالا لا يقبل الفصل دون ضرر على احد المالكين تبع الاقل فى القيمة الاكثر بعد دفع قيمته . ٢ ــ فلو سقط من شخص لؤلؤة فالتقطتها دجاجة فصاحب اللؤلؤة يأخذ الدجاجة ويعطى قيمتها » .

الوقت الذي يقدر فيه الاثراء

٩٧٩ ــ والاثراء يقدر فى الوقت الذي تحقق فيه ، لا فى وقت رفع الدعوى ولا فى وقت اصدار الحكم ، حتى لو زال او نقص او ازداد بعد تحققه . فاذا كان مقداره عند تحققه الف دينار ولكنه اصبح ثمانمائة عند رفع الدعوى وزال تماما عند اصدار الحكم ، فالمحكمة تقدره بالف وتحكم على المثري بان يعوض المفتقر بهذا المبلغ . وكذلك الامر اذا ازداد

(١) وفى قضية طالب المدعيان وزير الدفاع اضافة لوظيفته باجر مثل عن اشغال الجيش العراقي اراضي معسكر الرشيد الواقعة فى الكرادةالشرقية دون عقد فحكمت المحكمة بالزام المدعى عليه بتاديته للمدعيين اجر المثل على اعتبار سعر المتر ، فنقضت محكمة التمييز الحكم وقالت فى حكمها ، الصادر فى ١٢ــ٣ــ٥٩ : « ... اما عن تقدير اجر المثل فبالنظر لكون الارض معدة للزراعة كان يجب على المحكمة اجراء التقدير على أساس المساحة المشغولة لا المتر ... ».

مقدار الاثراء بعد تحققه ، لارتفاع الاسعار مثلا ، فالمقدار الذي تحكم به المحكمة هو مقدار الاثراء عند تحققه . فاذ كان مقداره عند تحققه الف دينار ولكنه أصبح الفين عند اصدار الحكم ، فالمحكمة تقدره بالف وتحكم بهذا المبلغ .

الوقت الذي يقدر فيه الافتقار

٩٨٠ ــ وقد اختلف الفقهاء فى الوقت الذي يقدر فيه الافتقار ، فذهب بعضهم الى وجوب تقديره عند حدوثه لان الالتزام بالتعويض انما ينشأ فى ذمة المثري فى هذا الوقت . ونحن نرى وجوب التمييز بين الضرر الذي يتحمله المفتقر فى جسمه والضرر الذي يتحمله فى ماله . فاذا كان المفتقر قد تحمل ضررا فى جسمه لدفع ضرر عن المثري ، كما اذا عرض نفسه للخطر لانقاذ المثري من حريق او غرق فأصيب نتيجة ذلك باضرار فى جسمه ، فتقدير هذا الضرر يجب ان يتم عند اصدار الحكم على النحو الذي رأيناه فى المسؤولية التقصيرية . أما اذا كان المفتقر قد تحمل الضرر فى ماله فتقدير الافتقار يجب ان يتم عند تحققه لا عند اصدار الحكم . ذلك ان الافتقار فى هذه الحالة يكون قد تحقق بخروج قيمة مالية من ذمة المفتقر ، فتقدير هذه القيمة يجب ان يتم عند خروجها من الذمة . فاذا سكن شخص دار اخر بدون عقد فالاثراء يقدر باجرة مثل الدار للمدة التي سكنها فيها ، واذا القى ربان سفينة امتعة بعض الاشخاص فى البحر انقاذا للسفينة من الغرق قدرنا قيمة هذه البضاعة عند القائها ، واذا دفع احد دين غيره قدرنا افتقاره بقيمة ما دفعه عند دفعه ولا ننظر الى ارتفاع الاسعار او انخفاضها بعد ذلك .

سقوط دعوى الكسب دون سبب

٩٨١ ــ تقضي المادة (٢٤٤) مدني بان : « لا تسمع دعوى الكسب دون سبب فى جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه فى الرجوع . ولا تسمع الدعوى كذلك بعد

انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع » . وهذه المادة تنص على مدتين يمكن اقامة دعوى الكسب دون سبب فى خلال أقصرهما : الاولى ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه فى الرجوع والثانية خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع . فاذا نشأ حق الرجوع ولم يعلم به الدائن الا بعد اربع عشرة سنة بقى امامه سنة واحدة لاقامة الدعوى .

الفرع الثالث

الاساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب

٩٨٢ ــ سبق ان قلنا ان القانون المدني الفرنسي لم ينص على قاعدة عامة فى الكسب دون سبب ، بل نص على بعض تطبيقاتها . وقد أدى ذلك الى اختلاف الفقهاء فى الاساس الذي تقوم عليه هذه التطبيقات. وقد وضعت فى ذلك عدة نظريات أهمها ثلاث : الاولى تردها الى نظرية الفضالة ، والثانية الى نظرية العمل غير المشروع ، والثالثة الى نظرية تحمل التبعة . ولكن لم تنجح أي من هذه النظريات فى ما قصدت اليه . والتعليل المقبول حاليا لدى أغلبية الفقهاء هو ان الكسب الكسب دون سبب مبدأ قائم بذاته يستند رأسا الى قواعد العدالة . ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه النظريات .

١ ــ نظرية الفضالة

٩٨٣ ــ ذهب بعض فقهاء القرن التاسع عشر الى القول بان الكسب دون سبب انما هو نوع من الفضالة ، ولكنها فضالة شاذة او ناقصة Gestion d'atfaires imparfaite ou anoramale أو شبه فضالة quasi - gestion d'atfaires وسبب شذوذها او نقصها ان الفضولي يجب ان يقصد القيام بحاجة ضرورية وعاجلة لغيره دون ان يكون مضطرا

الى ذلك ، وهذا غير متوافر فى الكسب دو سبب • فقد لا يقصد المفتقر الا ادارة شؤونه الخاصة ولكن يترتب على ذلك اثراء الغير ، فيجب على المثري ان يعوض المفتقر •

٩٨٤ ــ وقد قيل فى الرد على هذا الرأي ما يلي :

١ ــ ان هناك فرقا جوهريا بين الفضالة والكسب دون سبب • فالفضالة تقوم على قصد الفضولي ونيته فى ادارة شؤون الغير فمعيارها شخصي او ذاتي subjectif ، أما فى الكسب دون سبب فلا يشترط مثل هذا القصد فى المفتقر فمعياره مادي او موضوعي Objectif

٢ ــ يختلف التعويض الذي يجب على رب العمل ان يدفعه الى الفضولي عن التعويض الذي يجب على المثري ان يدفعه الى المفتقر • فرب العمل يعوض الفضولي عن النفقات النافعة او الضرورية التي أنفقها ، اما المثري فيعوض المفتقر بالاقل من الاثراء والافتقار •

٣ ــ توجد الفضالة بين الفضولي ورب العمل نوعا من العلاقة الدائمة، أما نظرية الكسب دون سبب فيقتصر دورها على اعادة التوازن المختل بين ذمتين بصورة مخالفة للعدالة •

٤ ــ لا يلزم المفتقر بشيء تجاه المثري ، اما الفضولي فيجب عليه تقديم الحساب لرب العمل(١) •

٥ ــ ويضيف الاستاذ السنهوري الى ذلك انه اذا اريد ان تكون احدى النظريتين تطبيقا للاخرى ، فالاولى ان تكون نظرية الفضالة ــ فى الاصل الذي يبنى عليه رجوع الفضولي لا فى مدى هذا الرجوع ــ هي التطبيق لنظرية الاثراء بلا سبب(٢) •

٢ ــ نظرية العمل غير المشروع

٩٨٥ ــ وقد حاول فقهاء اخرون ، وعلى رأسهم پلانيول ، إقامة نظرية الكسب دون سبب على اساس من العمل غير المشروع ، فقالوا ان

(١) جوسران ، ج ٢ ، ف ٥٦٤ .
(٢) الوسيط ، ف ٧٥٢ ، ص ١١١٨ .

الاثراء على حساب الغير عمل غير مشروع . وعليه فمن اثرى على حساب غيره لا يجوز له ان يستبقى هذا الاثراء والا ارتكب خطأ يسأل عنه مسؤولية تقصيرية .

٩٨٦ ـ وقد قيل فى الرد على هذا الرأي ما يلي :

١ ـ ان مصدر التزام المثري دون سبب هو واقعة الاثراء . وهذه الواقعة لا يشترط فيها ان تقترن بخطأ من المثري ، ولا هي فى ذاتها تعد خطأ من المثري حتى يمكن وصفها بانها عمل غير مشروع . وغير المشروع انما هو النتيجة التي أدت اليها الواقعة لا الواقعة ذاتها(١) .

٢ ـ ان هناك فرقا بين الكسب دن سبب والمسؤولية التقصيرية من حيث مدى التعويض . فالمتضرر فى المسؤولية التقصيرية يحصل على تعويض تام للضرر الذي أصابه ، اما المفتقر فى الكسب دون سبب فلا يحصل الا على الاقل مما افتقر به ومما أثرى به المثري ، فهو قد يحصل على أقل مما افتقر به(٢) .

٣ ـ نظرية تحمل التبعة

٩٨٧ ـ وذهب الاستاذان ريبير وتيسير(٣) الى ان نظرية الاثراء بلا سبب ما هي الا الوجه الاخر لنظرية تحمل التبعة . فهذه النظرية تقرر ان من كان نشاطه مصدرا لغرم تحمل تبعته . ونظرية الاثراء تقرر ان من كان نشاطه مصدرا لغنم جنى فائدته . فنشاط المفتقر ـ عملا كان او مالا ـ كان مصدرا لنقل قيمة مالية الى ذمة المثري ، فيجب ان يسترد هذه القيمة لانها من خلقه اذ هي نتيجة نشاطه . والغنم المستحدث Le profit créé ليس الا الوجه الاخر للغرم المستحدث Le risque créé

(١) المرجع السابق ، ف ٧٥٣ ، ص ١١١٩ .
(٢) جوسران ، المرجع السابق ، ف ٥٦٥ .
(٣) المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة ١٩٠٤ ، ص ٧٢٧ ، نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٧٥٤ .

٩٨٨ ــ وقد قيل فى الرد على هذا الرأي انه تعوزه الدقة. فهو لو صح لترتب عليه ان كل شخص يثري من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى به لا بادنى القيمتين فحسب ، ولاصبح شرط الافتقار غير ضروري ، مع انه ضروري كما سبق ان رأينا(١) .

٤ ــ الكسب دون سبب مبدأ قائم بذاته يستند مباشرة الى قواعد العدالة

٩٨٩ ــ والرأي المقبول حاليا لدى اغلب الفقهاء هو ان مبدأ الكسب دون سبب مبدأ قائم بذاته ولا يتفرع عن غيره . وهو مصدر مستقل من مصادر الالتزام ، وليس ملحقا بالفضالة ولا بالعمل غير المشروع ولا بتحمل التبعة . وهو يستند مباشرة الى قواعد العدالة التي هي المصدر الاول لكل القواعد القانونية . فالعدالة تقضى بانه اذا أثرى شخص بسبب افتقار اخر ولم يكن عند المفتقر نية التبرع ، ولا كان بين المفتقر والمثرى عقد يبرر ذلك، ولا كان المفتقر ملزما قانونا بذلك ، فعلى المثري ان يعوض المفتقر عن افتقاره .

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٧٥٤ ، ص ١١٠ . وقد رجع الاستاذ ريبير عن هذا الراي واسند مبدأ الكسب دون سبب الى قواعد الاخلاق راسا (القاعدة الخلقية ، ف ١٤٧ ، وخاصة ص ٢٦٨ــ٢٦٩) .

الفصل الثانى

تطبيقات القانون المدني العراقي

لنظرية الكسب دون سبب

٩٩٠ ــ لم يعالج القانون المدني العراقي الكسب دون سبب فى نظرية عامة ، بل قسم الفصل الذي خصصه لذلك الى ثلاثة فروع ، تكلم فى الاول عن المدفوع دون حق ، وفى الثاني عن قضاء دين الغير ، وفى الثالث عن « احوال اخرى فى الكسب دون سبب » . وقد ذكر فى هذه الاحوال استعمال مال الغير بلا اذن صاحبه ، واستخدام الصغير بدون اذن وليه ، وخروج ملك شخص واتصاله بملك غيره اتصالا لا يمكن فصله عنه دون ضرر ، وقد سبق ان رأينا هذه الحالة الاخيرة . وقد اورد القانون المدني فى اخر هذا الفرع النص الذي يضع القاعدة العامة فى الكسب دون سبب ، وذلك فى المادة (٢٤٣) . فقد نصت هذه المادة على ان : « كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم فى حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد » . ومن الواضح ان مكان هذا النص هو صدر الفصل المخصص للكسب دون سبب لا اخره . وقد سبق ان رأينا ذلك .

٩٩١ ــ واهم التطبيقات التي اوردها القانون المدني العراقي لنظرية الكسب دون سبب هو المدفوع دون حق ، وقضاء دين الغير . اما الفضالة فلم يعتبرها مصدرا للالتزام ، وذلك جريا وراء الفقه الاسلامي الذي يعتبر الفضولي متبرعا ولا يجيز له الرجوع بما انفق . وعليه فسوف لا نعالجها نحن ايضا .

ونعالج كلا من المدفوع دون حق وقضاء دين الغير فى فرع مستقل .

الفرع الاول

المدفوع دون حق

٩٢٢ ــ خصص القانون المدني العراقي للمدفوع دون حق ثلاث مواد ، هي المواد (٢٣٣ــ٢٣٥) • فعالج فى المادة (٢٣٣) النظرية العامة للمدفوع دون حق ، وتكلم فى المادة (٢٣٤) عن حكم المدفوع دون حق اذا كان من تسلمه ناقص الاهلية ، وتكلم فى المادة (٢٣٥) عن حالة ما اذا كان الدافع مدينا ولكن الدين لم يكن قد حل أجله بعد •

٩٢٣ ــ ولا بد ليكون هناك مدفوع دون حق من شروط يجب توافرها ، فيجب معرفة هذه الشروط • فاذا ما تحققنا من توافر هذه الشروط بقى ان نعرف الحكم الذي يترتب عليها • ونرى كلا من ذلك فى مبحث مستقل •

المبحث الاول

شروط المدفوع دون حق

شرطان

٩٢٤ ــ نصت على هذه الشروط الفقرة الاولى من المادة (٢٣٣) بقولها: « من دفع شيئا ظانا انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق » • ومن قراءة هذا النص نرى ان الشروط اللازم توافرها ليكون هناك مدفوع دون حق هي الشرطان التاليان :

١ ــ ان يكون المدفوع غير واجب فى الذمة •

٢ ــ ان يكون الدفع قد وقع نتيجة غلط الدافع •

ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة •

الشرط الاول ــ المدفوع غير واجب فى الذمة

٩٢٥ ــ لا بد لقبول دعوى استرداد ما دفع دون حق من ان يكون

الدافع غير ملزم بالدفع ، والا كان الدفع بحق ولا يمكن استرداد المدفوع. ويكون المدفوع غير واجب فى الذمة فى الصور الاربع التالية : ١ ــ اذا كان الدافع غير مدين اصلا . ٢ ــ اذا كان الدافع مدينا ولكن الدين لم يكن مستحق الاداء ، او كان معلقا على شرط ولم يكن الشرط قد تحقق . ٣ ــ اذا كان الدافع مدينا ولكن الدين كان قد انقضى قبل الوفاء. ٤ ــ اذا كان الدافع مدينا والدين مستحق الوفاء عند الاداء ولكن سبب الدين زال بعد الوفاء . ونرى كلا من هذه الصور على حدة .

١ ــ الدافع غير ملزم بالدفع اصلا

٩٩٦ ــ فاذا ظن شخص انه مدين لاخر ووفى ما يظنه واجبا عليه ثم تبين له خطأ ظنه كان له ان يسترد ما دفعه(١) . مثال ذلك ان يظن الوارث ان مورثه كان قد أوصى لشخص بمبلغ معين فيدفعه له ، ثم يتبين ان الموصى لم يوص بالمبلغ او انه كان قد رجع عن وصيته . ومثال ذلك ايضا ما اذا كان هناك شخصان مدينان لشخص ثالث سوية ، فقام احدهما بالوفاء ثم قام الاخر به غير عالم بوفاء صاحبه .

---

(١) وفى هذا المعنى جاء فى قرار لديوان التدوين القانوني : « ان ارباب العمل غير ملزمين بدفع الاشتراكات عن مستخدميهم بعد بلوغهم السن التي حددها القانون ، فاذا وقع ان دفع رب العمل هذه الاشتراكات بعد السن التي حددها القانون ، كان ذلك منه (دفعا بدون حق) ويستحق استرداده وفقا للفقرة الاولى من المادة (٢٣٣) مدني » (رقم القرار ل١٠٨ــ٢٠ فى ١٩ــ٦ــ٥٨ القضاء المدني العراقي ، ص ٣١٧) .

وفى هذا المعنى ايضا جاء فى حكم محكمة التمييز المنعقدة بهيأتها العامة بتاريخ ١١ــ٦ــ٥٦ ما يلي : « ... اذا كان الملك غير موجود واجري تقدير على شخص غير مالك الملك فسواء اعترض عليه او لم يعترض فلا يجوز ان يكون ملزما بامضاء هذا التقدير ، واذا دفع مبلغا ضانا (الصحيح : ظانا) انه كان واجبا عليه دفعه وتبين بعد ذلك عدم وجوبه فله استرداد المبلغ المدفوع من متسلمه بغير حق نزولا عند قاعدة ... لا عبرة للتوهم .. واستنادا الى المادة ٢٣٣ من القانون المدني القائلة بان من دفع شيئا ضانا انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .. وحيث ان استلام الجهة المالية المبلغ موضوع البحث كان بغير وجه حق لعدم وجود ملك للمميز عليهم بهذا التسلسل والمحل ، فيكون من حقهم الادعاء باسترداده من الجهة المذكورة ...» .

٢ ـ الدين لم يحل اجله بعد او معلق على شرط

٩٩٧ ـ ويكون المدفوع قد دفع دون حق ايضا اذا كان الدافع مدينا فعلا ووفى الدين ثم تبين ان الدين لم يحل اجله . وقد اشارت الى هـذه الصورة الفقرة الاولى من المادة (٢٣٥) بقولها : « اذا وفى المدين التزاما لم يحل أجله ظانا انه قد حل أجله فله استرداد ما دفع » . وكذلك الامـر اذا كان الدين معلقا على شرط ولم يكن الشرط قد تحقق ، وكان الدافع يجهل عدم تحققه .

٣ ـ زوال سبب الدين بعد الوفاء

٩٩٨ ـ واذا كان الدافع مدينا والدين مستحقا عند الدفع ، ولكـن سبب الدين زال بعد الوفاء فان ما دفع لا يعود له سبب ويكون بقاؤه لدى من تسلمه دون حق فيجب رده . مثال ذلك ما اذا اشترى شخص شيئا دفع ثمنه ثم فسخ البيع واسترد البائع المبيع ، فان سبب الدفع ، وهو عقد البيع، قد زال ، وبزواله لم يعد هناك سبب لاحتفاظ البائع بالمبلغ الذي قبضه مـن المشتري ، فيجب عليه رده .

٤ ـ انقضاء الدين قبـل الوفـاء

٩٩٩ ـ وقد يكون الموفى مدينا ولكن الدين كان قد انقضى قبـل الوفاء . فى مثل هذه الحالة لا يعود هناك سبب للوفاء الثانى . مثال ذلك ما اذا كان الدائن قد أبرأ المدين ، أو أن الدين كان قد انقضى بالمقاصة .

الشرط الثاني ـ غلط يشوب الدفع

١٠٠٠ ـ يشترط ليكون هناك مدفوع دون حق ان يكون الدفع قدتم نتيجة غلط وقع فيه الدافع . وهذا ما عبرت عنه الفقـرة الاولى من المادة (٢٣٣) بقولها « ... ظانا انه واجب عليه ... » . فاذا تـحقق الغلـط استوى بعد ذلك أن يكون الدافع قد وقع فيه من تلقاء نفسه أو أوقعه فيه المدفوع له عن طريق التدليس.ويستوى كذلك ان يكون الغلط فى الوقائع

أو فى القانون ، وتطبق عندئذ القواعد العامة التي رأيناها فى الغلط . فاذا لم يكن الدفع قد تم نتيجة غلط الدافع ، بل دفع الدافع وهو عالم بعدم وجوب ما يدفعه فى ذمته ، فلا يستطيع الرجوع على المدفوع له بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فاذا وهب شخص لشخص شيئا وأراد الرجوع فى هبته فانه لا يستطيع مطالبة الموهوب له برد ما تسلمه على أساس استرداد ما دفع حق ، بل يستطيع اللجوء الى طريق الرجوع فى الهبة ، وتطبق عندئذ القواعد العامة فى ذلك . أما المدفوع له فلا يشترط فيه أن يكون قد وقع فى الغلط هو أيضا ، بل يجوز ان يكون عالما بان ما يتسلمه لاحق له فيه .

حالات لا يشترط فيها الغلط لوجوب الرد

١٠٠١ ــ وهناك حالات لا يشترط فيها الغلط لاعتبار الدفع قد تم دون حق . مثال ذلك ما اذا تم الدفع نتيجة اكراه . فالدفع فى هذه الحالة يكون باطلا ولا ينقل ملكية المدفوع الى المدفوع له . ومثال ذلك أيضا ما اذا وفى المدين الدين ولكنه فقد المخالصة التي أخذها من الدائن فاضطر للوفاء مرة ثانية ، ثم عثر على المخالصة ، فانه يستطيع المطالبة باسترداد ما دفعه مرة ثانية عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق .

المبحث الثاني
أحكام المدفوع دون حق

وجوب الرد

١٠٠٢ ــ اذا توافر الشرطان السالفان وجب على من تسلم الشيء أن يرده ، يستوي فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيئها . ويجب على المدفوع له أن يرد كذلك زوائد المدفوع وثماره . ولكن مايجب رده يختلف باختلاف ما اذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها(١) . ونرى كلا من ذلك على حدة .

(١) وتقدير ما اذا المدفوع له حسن النية او سيئها مسالة وقائع لارقابة لمحكمة التمييز عليها . وقد قضت محكمة التمييز المصرية فى هذا المعنى فى حكم

الحالة الاولى ـ المدفوع له حسن النية

١٠٠٣ ـ المقصود بحسن النية هنا هو اعتقاد المدفوع له عند القبض انه انما يتسلم ما هو مستحق له . والاصل هو حسن النية ، فيفترض فى المدفوع له انه حسن النية واذا ادعى الدافع سوء نية المدفوع له فعليه اثبات ذلك . وهذا ما يستفاد من الفقرة الاولى من المادة (١١٤٨) مدنى التي نصت على انه : « يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير . وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك » . ويمكن اثبات سوء النية بجميع طرق الاثبات لانه واقعة مادية .

ويختلف الحكم بالنسبة للمدفوع له الحسن النية فى حالة ما اذا كان ماتسلمه نقودا أو أشياء مثلية عنه فى حالة ما اذا كان عينا معينة بالذات . ونرى كلا من هاتين الحالتين على حدة .

١ ـ المدفوع نقود او اشياء مثلية

١٠٠٤ ـ فاذا كان ما تسلمه المدفوع له نقودا أو أشياء مثلية ، كتمر أو رز ، أصبح ما تسلمه دينا فى ذمته ويجب عليه رده اذا كان لا يزال موجودا فى يده . واذا استهلكه أو هلك بخطأه فعليه رد مثله . ولا ينظر فى ذلك الى ارتفاع أو هبوط الاسعار ، لان الاثراء ، كما سبق ان رأينا ، يقدر عند تحققه لا عند اقامة الدعوى ولا عند اصدار الحكم .

ولا يلزم المدفوع له برد الفوائد ما دام حسن النية . وتجب عليه هذه الفوائد من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية ، أو من حين اقامة الدعوى . اذ يفترض سوء نيته من حين مطالبته قضاء برد ما قبضه دون حق .

لها صادر فى ١٩ تشرين الثاني ١٩٣١ بما يأتي : « تعتبر مسالة حسن نية واضع اليد على العقار مسالة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فاذا قضت المحكمة باعفاء المشتري من ريع الارض التي اشتراها الى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على انه كان حسن النية الى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك» (مجموعة عمر ، ١ ، رقم ٤ ، ص ١٣ ، نقلا عن السنهوري ، الوسيط ، ص ١٢٠٨ . هامش رقم ١) .

٢ ـ المدفوع عين معينة بالذات

١٠٠٥ ـ واذا كان المدفوع عينا معينة بالذات كحصان أو سيارة أو دار ، لم تنتقل الملكية الى المدفوع له ، ويجب عليه رد ما قبضه عينا اذا كان لا يزال موجودا فى يده . واذا كان قد استهلكه أو هلك بخطأه فعليه رد قيمته عند استهلاكه أو هلاكه . أما اذا هلك بسبب أجنبي فلا يلزم الا برد بقاياه ان كان هناك بقايا . فاذا كان قد باع هذه البقايا ، أو استعملها وانتفع بها ، كما اذا كان الشيء سيارة وتلفت وباع المدفوع له بقاياها أو استعمل هذه البقايا لسيارته فعليه فى هذه الحالة أن يرد الثمن الذي قبضه أو قيمة الاشياء التى استعملها لسيارته .

واذا انتفع المدفوع له بالشيء ، بأن كان سيارة واستعملها أو دارا وسكنها ، فلا يجب عليه دفع بقيمة المنفعة التي حصل عليها .

حكم الثمار والمصروفات

١٠٠٦ ـ واذا كانت العين تنتج ثمرات فالمدفوع له يتملك هذه الثمرات بالقبض ولا يلزم برد شيء منها . وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦٥) من القانون المدنى بقولها : « يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته » . غير ان المدفوع له الحسن النية اذاأصبح سيء النية فانه يلزم برد هذه الثمار وقيمة المنافع من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . وعلى كل حال هو يلزم بردها من يوم اقامة الدعوى عليه ، لان سوء نيته يفترض فى هذه الحالة من هذا التاريخ . ولكن يجوز له فى هذه الحالة أن يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار . وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦٦) من القانون المدني بقولها : « يكون الحائز سيء النية مسؤولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتي قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار » .

١٠٠٧ ـ واذا أنفق المدفوع له الحسن النية نفقات ضرورية لحفظ العين كان له أن يستردها ، أما النفقات الكمالية فلا يسترد منها شيئا (م ١١٦٧) .

خروج العين من يد المدفوع له

١٠٠٨ ــ واذا خرجت العين من يد المدفوع له فان كان خروجها بعوض فعليه أن يرد الى الدافع ما قبضه عوضا عن العين أو أن يحول له حقه فى المطالبة به كأن يكون قد باعه ولم يقبض الثمن • وان كان خروجها بغير عوض لم يجب عليه شيء •

١٠٠٩ ــ ولكن اذا لم يجب على المدفوع له شيء تجاه الدافع ، اي اذا كان خروج العين من يده بغير عوض ، أفلا يكون بامكان الدافع الرجوع على من تلقى العين عن المدفوع له ؟ القانون ساكت فى هذا الصدد • ولكن لا يخلو الحال من أحد أمرين : فالعين المدفوعة اما ان تكون منقولا أو عقارا • فاذا كانت منقولا وكان من تلقاها عن الدافع حسن النية فانه يتملكها طبقا لقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » (م ١١٦٣) ، ولا يمكن الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق • واذا كانت عقارا وتم التسجيل فى دائرة الطابو فالملكية تنتقل كذلك ولا يمكن الرجوع على المدفوع له بدعوى الاستحقاق • اما اذا كان المدفوع عقارا غير مسجل بدائرة الطابو ولم تمض مدة التقادم فالظاهر ان الدافع يستطيع الرجوع على من تلقى العين من المدفوع له بدعوى الاستحقاق ، وهي دعوى عينية لا شخصية •

الحالة الثانية ــ المدفوع له سيء النية

١٠١٠ ــ والمقصود بسوء النية هنا هو علم المدفوع له عند القبض انه انما يتسلم ما ليس له بحق • واذا كان المدفوع له سيء النية فان النتائج التى تترتب هى عكس ما رأيناه فيما تقدم •

فاذا كان المدفوع نقودا أو أشياء مثلية فعلى المدفوع له ردها اذا كانت لا تزال فى يده • واذا هلكت ، ولو بغير خطأه فعليه رد قيمتها • وينظر فى ذلك الى ارتفاع وهبوط الاسعار فيجب رد القيمة عند أعلى حد وصلت اليه • وكذلك الحكم اذا كان المدفوع عينا معينة بالذات •

واذا كان المدفوع عينا معينة بالذات وانتفع بها المدفوع له فعليه رد قيمة المنفعة التى حصل عليها • وكذلك الحكم اذا كانت العين تنتج ثمارا

وقبضها المدفوع له واستهلكها ، فيجب عليه رد قيمتها عند أعلى حد وصلت اليـــه .

وقد نصت على الاحكام المتقدمة الفقرة الثانية من المادة (٢٣٣) بقولها : « واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم فانه يلزم أيضا برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . وفى كل الاحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه» . ولكن اذا كان الشيء سيهلك ولو كان باقيا بيد الدافع فلا يحكم على المدفوع له بالضمان . وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦٨) مدني بقولها : « اذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء(١) ، الا اذا أثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه » . وهذا الحكم لا يمكن تبريره . فالحائز سيء النية يده يد ضمان فهو الذي يجب ان يتحمل تبعة الهلاك ولو كان الشيء سيهلك حتما ولو كان باقيا فى يد من يستحقه .

الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الاجل

١٠١١ ــ واذا كان الدافع مدينا للمدفوع له ولكن الدين لم يحل اجله ، وقام الدافع بالوفاء جاهلا عدم حلول اجل الدين ، فى هذه الحالة يجوز له ان يسترد ما دفعه . ولكن يجوز للدائن ، من ناحية اخرى ان يقتصر على رد ما استفاده بسبب هذا الوفاء المعجل على ألا يزيد ما يرده على الضرر الذي أصاب المدين . فاذا كان محل الدين مبلغا من النقود فعلى الدائن ان يرد للمدين فائدته بالسعر القانوني او الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل (م ٢٣٥) .

---

(١) كان الافضل استعمال تعبير « سبب اجنبي » بدلا من « حادث مفاجيء» ، وذلك ليكون نص هذه المادة منسجما مع النصوص التي رايناها فى المسؤوليتين ، التقصيرية والتعاقدية .

المدفوع له ناقص الاهلية

١٠١٢ ــ تقضي المادة (٢٣٤) مدني بأنه: « ١ ــ اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزما الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية. ٢ ــ وكذلك اذا أبطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد الا ماكسبه بسبب تنفيذ العقد » . ومعنى هذا النص ان المدفوع له بغير حق اذا كان ناقص الاهلية فانه لا يلزم الا برد قيمة المنفعة التي حصل عليها من الشيء الذي قبضه . فاذا لم يحصل على أية منفعة ، وذلك بان استهلك ما قبضه او أنفقه على ملذاته ولم يكسب منه شيئا ، فلا يلزم برد شيء . وكذلك الحكم اذا أبرم ناقص الاهلية عقدا وتسلم شيئا تنفيذا لهذا العقد وأنفقه فى ما لا يعود عليه بمنفعة ثم أبطل العقد ، فانه لا يلزم برد شيء .

ويقع عبء اثبات تحقق كسب لناقص الاهلية على عاتق الدافع لانه هو المدعي ، وذلك تطبيقا لقاعدة « البينة على المدعي » .

الفرع الثاني

قضاء دين الغير

١٠١٣ ــ والتطبيق الثاني لنظرية الكسب دون سبب الذي أورده القانون المدني العراقي هو قضاء دين الغير . والقاعدة العامة فى هذا الباب هي ان من قضى دين غيره بلا أمره لا رجوع له عليه بشيء ويكون متبرعا ، الا اذا كان مضطرا الى ذلك او لم يكن عنده نية التبرع . ويتحقق الاضطرار اذا كان لمن قضى الدين مصلحة لا تتحقق الا بقضاء الدين. وقد نص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة ، ولكن الغريب فى الامر انه اوردها بعد ذكر الحالات التي يكون فيها لمن قضى الدين ان يرجع على المدين وذلك كما فعل فى الكسب دون سبب . وقد كان المنطق يقضى بذكر هذه القاعدة اولا، ثم ذكر الحالات التي يكون فيها لمن قضى الدين ان يرجع على المدين وذلك كاستثناءات للقاعدة . وقد نصت على القاعدة المتقدمة المادة (٣٩) مدني

بقولها : « اذا قضى احد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواءقبل او لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره(١) الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة فى دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع » .

الحالات التي يكون فيها لمن قضى دين الغير الرجوع على المدين

١٠١٤ ــ تستفاد الحالات التي يكون فيها لمن قضى دين الغير الرجوع على المدين من المادة (٢٣٩) المتقدمة . وهذه الحالات هي :

١ ــ اذا كان قضاء الدين قد تم بامر المدين .

٢ ــ اذا كان للدافع مصلحة فى قضاء الدين .

٣ ــ اذا لم يكن عند الدافع نية التبرع .

ونرى كلا من هذه الحالات على حدة .

الحالة الاولى ــ قضاء الدين بامر المدين

١٠١٥ ــ نصت على هذه الحالة المادة (٢٣٦) بقولها : « اذا أمر أحد غيره بقضاء دينه رجع المأمور على الامر بما اداه عنه وقام مقام الدائن الاصلي فى مطالبته سواء اشترط الرجوع عليه او لم يشترط » . فاذا أمر أحد اخر بايفاء دين ووفاه المأمور كان له الرجوع على الامر بما أداه ولو لم يشترط الرجوع عليه . ولهذا الحكم ثلاث علل : احداها ان المأمور قام بوفاء شيء واجب على الامر فكان الامر كاسبا بلا سبب بطريق سلبي .

---

(١) عبارة « بلا امره » هنا تكرار لا لزوم له ، وكان يمكن الاستغناء عنها .

وتطبيقا للنص المتقدم قضت محكمة التمييز فى حكم لها صادر فى ٦ــ٧ــ٥٥ « بان المدعي كان قد دفع المبلغ المدعى به عن دين الغير من تلقاء نفسه ، فما يتمسك به لاسترجاع ما دفعه عن الغير لا يلتفت اليه لان المدعى عليه قد قد قبض حقا له واجب الاداء موثقا بكمبيالات ابرزت فى الدعوى » . وجاء فى حكم اخر صادر فى ٥ــ٤ــ٦٠ : « ان المبلغ المدعى به الذي زعم المدعى بانه قام بصرفه على اخته وبنتها كنفقة بدون ان يستحصل اذنا او امرا بالصرف من المدعى عليه الزوج . وحيث لا يحق للمدعي الرجوع على المدعى عليه كان على المحكمة ان تحكم برد الدعوى » .

والثانية ، ان المامور بدفعه الدين الى الدائن ملك الدين وحل محل الدائن، فاصبح هو الدائن للامر فله مطالبته . والثالثة،ان الامر بالايفاء أنابه للمأمور. والعلتان الاخيرتان تستوجبان حق رجوع المأمور على الامر سواء اشترط الرجوع عليه ام لم يشترط(١) .

١٠١٦ ــ ومثل الامر بايفاء الدين الامر بالانفاق على نفس الامر ،او على عياله ، فان المأمور اذا صدع بالامر يرجع على الامر ، لانه ادى عنه شيئا واجبا عليه لانه هو المكلف بالنفقة قانونا ، فكان الامر كاسبا بلا سبب. ويرجع المأمور بما صرف محددا بالقدر المعروف صرفه فى مثل ذلك . ولا يرجع بما زاد على ذلك ، لان ما زاد على المعروف غير مأمور به لانه غير واجب على الامر ، فكان الصارف متبرعا . ومثله الامر باقامة منشئات للامر كبناء دار ، وتأسيس مصنع ونصب مضخة لسقى أرضه ، ونحو ذلك. فالمأمور اذا قام بما أمر به كان له الرجوع على الامر بما صرف فى حدود القدر المعروف صرفه فى مثل تلك المنشئات ، ولا يرجع بما زاد على ذلك(٢).

١٠١٧ ــ واذا أمر احد آخر بقضاء دينه ثم قام كل من الامر والمأمور بقضاء الدين ، فاذا كان المأمور هو الذي دفع اولا كان له ان يرجع على الآمر بما دفعه للدائن . واذا كان الآمر هو الذي دفع اولا كان للمأمور ان يرجع على كل من الآمر والدائن (م٢٣٧) . هذا اذا لم يكن المأمور عالما بقضاء الآمر الدين . فاذا كان عالما بذلك لم يبق له الا الرجوع على الدائن ، وذلك لان الامر لما كان يقتضى الوكالة ، فان هذه الوكالة تكون قد انقضت بقيام الآمر بالدفع وعلم المأمور بهذا الدفع .

الحالة الثانية ــ اذا كان للدافع مصلحة فى قضاء الدين

١٠١٨ ــ واذا كان للدافع مصلحة فى قضاء الدين فله الرجوع على الامر . وتتحقق المصلحة فى الصور التالية :

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، محاضرات فى القانون المدني العراقي ، ص٤٦ كذلك ملتقى البحرين ، ص ٣٥٧ .

(٢) المرجعان السابقان .

أ ــ اذا أوفى احد الورثة او الوصى من مال نفسه الدين الذي على المورث لاحد ، فانه يرجع على التركة ولا يعد متبرعا ، ولو كان الايفاء قد وقع بلا أمر من سائر الورثة .

ب ــ لو نفذ الوصى من مال نفسه وصية الميت فانه يرجع على التركة بما نفذ ولا يعد متبرعا ، ولو وقع التنفيذ بلا أمر من احد .

ج ــ لو انفق الوصي من مال نفسه على الصغير الذي تحت وصايته لعدم وجود مال حاضر للصغير ، فانه يرجع على الصغير بما انفق عليه بالمعروف . فيستوفيه من ماله عند حصوله ، او منه بعد بلوغه .

فالدفع فى هذه الامثلة انما وقع لمصلحة الدافع . وهي فى المثال الاول تخليص التركة من الدين ، ليتسنى له الحصول على حصته من التركة ، اذ لا ارث الا بعد وفاء الدين . ومصلحته فى المثالين الاخيرين تحقيق قيامه بمقتضى ما عهد به اليه من أمر الوصاية(١) .

الحالة الثالثة ــ انتفاء نية التبرع

١٠١٩ ــ واذا تبين من الظروف ان الدافع لم تكن عنده نية التبرع فله أن يرجع على المدين(٢) . وقد نصت على أحدى الحالات التي تنتفى فيها نية التبرع المادة (٢٣٨) ، وهي تتعلق بافتكاك الرهن المستعار . فاذا

---

(١) المرجعان السابقان .

ومن صور انتفاء نية التبرع ايضا ما جاء فى حكم لمحكمة التمييز صادر فى ٢٠ــ١١ــ٦٠ : « ... ان دفعه للدين كان لوجود مصلحة له فى هذا الدفع وهي التخلص من قيام الدائن بحجز السيارة . وعلى ذلك فلا يكون متبرعا لعدم ظهور نية التبرع لديه ... ».

(٢) وفى هذا جاء فى حكم لمحكمة تمييز العراق صادر فى ٢٦ــ١٢ــ٥٩: « بان المميز المدعي اشترى الدار من المميز عليها المدعى عليها خارج دائرة الطابو وقام بتعميرها والصرف عليها من ماله الخاص . وحيث ان الصرف المذكور لم يجر بنية التبرع فيكون له الحق بالرجوع على المدعى عليهما بما صرفه وكان على المحكمة ان تسأل المدعى عليهما عن المبالغ المصروفة . واذا لم يتفق الطرفان على ذلك تجري الكشف وتقدر مقدار المبالغ المصروفة على التعمير بواسطة خبير ثم تبت فى الدعوى » .

رهن شخص ماله فى دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون فان نية التبرع منتفية ، وعليه فله ان يرجع بما قضاه على المدين .

وتنتفي نية التبرع أيضا فى حالة الوكيل بالشراء اذا دفع الثمن الى البائع بلا أمر من موكله . فهو مطالب بالثمن بحكم القانون ، فهو مجبر على الدفع فلا مكان لنية التبرع ، بل الامر مقدر ضمنا(١) .

ملاحظة على النصوص التشريعية

١٠٢٠ ــ ذكر المشرع العراقي حالة انتفاء نية التبرع فى العبارة الاخيرة من المادة (٢٣٩) بعد الكلام عن جود مصلحة للدافع فى دفع الدين ، واورد هذه المادة بعد المواد التي تتكلم عن قضاء دين الغير وافتكاك المال المرهون، وهذا مخالف للمنطق . فانتفاء نية التبرع انما هو الاصل فى رجوع من قضى دين الغير على المدين ، اما الحالات الاخرى ــ قضاء الدين بامر المدين وافتكاك الرهن ووجود مصلحة للدافع ــ فليست الا تطبيقات لهذا الاصل. وعليه فنص المادة (٢٣٩) كان يجب ان يسبق نص المادة (٢٣٦) ، فيضع القاعدة العامة فى عدم رجوع الدافع مع الاستثناء الذي هو انتفاء نية التبرع ، ثم تأتي المواد الاخرى بتطبيقات لانتفاء نية التبرع . وبذلك يستقيم التفكير القانوني ، ويسود فيه المنطق ، ويسهل الالمام بالقاعدة مع مستثنياتها .

١٠٢١ ــ ننتهي بذلك من الكلام عن الكسب دون سبب ، وهو المصدر الرابع من مصادر الالتزام . وننتقل الان الى المصدر الخامس والاخير ، وهو القانون .

---

(١) المرجعان السابقان .

الباب الخامس

القانون

LA LOI

القانون كمصدر مباشر للالتزام

١٠٢٢ ــ تقضي المادة (٢٤٥) من القانون المدني بأن : « الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها» . وهذه هي المادة الوحيدة التي خصصها القانون المدني للقانون كمصدر للالتزام ، اي لحالة الوجوب التي يكون القانون مصدرها المباشر .

١٠٢٣ ــ ويجب ان يلاحظ بهذه المناسبة ان القانون هو مصدر القوة الملزمة لجميع الروابط القانونية ، سواء نشأت عن عقد او ارادة منفردة او عمل ضار او كسب دون سبب . فهو اذا لم يخلع على الرابطة قوة ملزمة فانها لا تكون رابطة قانونية ولا يمكن الاجبار على تنفيذ محتواها . فاذا دعى شخص صديقا له الى وليمة واخلف دعوته فلا يمكن اجباره على اقامة الوليمة ، وذلك لان القانون لم يعط العلاقة الناشئة عن هذه الدعوة القوة الملزمة . وعلى العكس من ذلك ، قد ينزع القانون عن علاقة قانونية ملزمة صفة الالزام فلا تعود ملزمة ولا يعود فى الامكان الاجبار على تنفيذ محتواها . ويحدث ذلك اذا تحول الالتزام المدني الى التزام طبيعي . أما القول بان القانون هو مصدر « الالتزام » فمعناه ان القانون هو الذي ينشىء « الالتزام » ويحدد مداه ، ولا يمكن رده « الالتزام » الى احد المصادر الاخرى التي رأيناها .

١٠٢٤ ــ والقانون لا ينشىء الزاما على عاتق الافراد اعتباطا ، بل يكون مدفوعا فى ذلك باعتبارات اجتماعية واقتصادية تقوم على التضامن الاجتماعي . مثال ذلك النفقة بين الاقارب والاصول والفروع ، فالقانون يلزم الموسر من أفراد الاسرة بالانفاق على المحتاج منهم ، والدافع له على ذلك هو اعتبارات اجتماعية تهدف الى تحقيق التضامن الاجتماعي بين أفراد الاسرة . ومثال ذلك ايضا الضرائب التي يفرضها القانون ، فهو عند ما يفرضها يكون مدفوعا باعتبارات اقتصادية ومالية تهدف الى تحقيق التضامن الاجتماعي بين افراد المجتمع . ومثال ذلك ايضا حقوق الجوار ،

فالقانون يلزم الجار بعدم الاضرار بجاره ، ويوجب عليه ان يسمح لـــه بالمرور بنفسه او بامرار الماء لمزرعته او لتصريفه ، وهذه هي حقوق المرور والمجرى والمسيل والشرب • ومثال ذلك ايضا حقوق العمال عـلى صاحب العمل بتعويضهم عن الاضرار التي تصيبهم بسبب العمل •

١٠٢٥ ــ والملاحظ فى المجتمعات الحديثة ان تدخل المشرع فى حياة الافراد آخذ بالازدياد ، وهو يزداد اكثر كلما انتقل المجتمع من النظـــام الرأسمالي الى النظام الاشتراكي ، فيفرض عليهم « التزامات » لمصلحة المجتمع منظورا اليه ككل • وهو فى ذلك انما يكون مدفوعا باعتبـارات تقوم على التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع • والحقيقة ان الحياة فى المجتمع تفرض على الفرد ضريبة هي ان يهدف فى كل اعماله الـى تأمين مصلحة المجتمع وسعادته ، فاذا تحققت سعادة المجتمع تحققت سعادته هو ايضا لانه فرد من افراده • وبقدر تطور المجتمع نحو النظام الاشـتراكي تنعكس هذه الحقيقة على حالة التشريع ، فيصدر المشرع من القوانين ما يفرض « التزامات » مباشرة على الافراد لمصلحة المجتمع ويلزمهم بتنفيذها• اما اولئك الذين لا يهمهم الا تأمين مصالحهم الخاصة على حساب مصلحـة المجتمع ولا يهمهم الا سعادتهم ولو شقى الاخرون ، فلن يكـون لهـم فى المستقبل مكان فى المجتمع • وما عليهم عنـدئذ الا ان يعيشوا فى ابـراج عاجية او يهاجروا الى الجزيرة التي هاجر اليها روبنسون كروزو ويعيشوا فيها كما عاش •

تم الجزء الاول بحمد الله
ويليه الجزء الثـاني بعونه
فى
احكـام الالتزام

تم طبع هذا الكتاب فى ١٤ تشرين الاول ١٩٦٣

فهرس مجمل
لمحتويات الكتاب

الموضـــوع	الصفحة
كلمة تمهيدية في التعريف بالالتزام	١
١ ــ تحديد مركز نظرية الالتزام فى القانون المدني	١
٢ ــ هل الالتزام رابطة بين شخصين ام علاقة بين ذمتين	٧
٣ ــ اختيار تعريف للالتزام وللحق الشخصي	١١
٤ ــ تقسيم نظرية الالتزام	١٢
مصـــادر الالتزام	
مقدمة فى ترتيب مصادر الالتزام	١٥
الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام	١٥
الانتقادات الموجهة للترتيب التقليدي لمصادر الالتزام	١٦
الترتيب الحديث لمصادر الالتزام	٢٠
رأي الاستاذ السنهوري فى ترتيب مصادر الالتزام	٢٢
موقف الفقه الاسلامي من ترتيب مصادر الالتزام	٢٥
الباب الاول	
العقـــد	
تمهيـــــد	٢٨
اولا ــ تعريف العقد وما هيته	٢٨
ثانيا ــ دور الارادة فى انشاء العقد وتكوينه وفى تحديد الآثار المترتبة عليه	٣١
١ ــ مبدأ الرضائية فى العقود	٣١
٢ ــ مبدأ سلطان الارادة	٣٢

الموضـــوع	الصفحة
ثالثا ـ انواع العقود	٣٨
الفصل الاول	
أركان العقد	
الفرع الاول ـ التراضى	
المبحث الاول ـ وجود التراضى	٥٣
المطلب الاول ـ التعبير عن الارادة	٥٤
المطلب الثاني ـ توافق الارادتين	٦٣
المقصد الاول ـ التعاقد بين حاضرين	٦٣
المقصد الثاني ـ التعـاقد بين غائبين	٨١
المطلب الثالث ـ النيابة فى التعاقد	٨٤
اولا ـ شـــروط النيابـــة	٨٧
ثانيـا ـ احكـــام النيـــابة	٩١
ثالثا ـ تعاقد الشخص مع نفســه	٩٢
المطلب الرابع ـ مرحلة تمهيدية فى التعاقد	٩٥
اولا ـ الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٩٦
ثانيا ـ العربون	٩٩
المبحث الثاني ـ صحة التراضى	١٠٠
المطلب الاول ـ الاهلية	١٠١
١ ـ اهلية الوجوب	
٢ ـ اهليـــة الاداء	١٠٣
العوامل التي تتأثر بها الاهلية	١٠٤
أولا ـ تأثر الاهلية بالسن	١٠٥
ثانيا ـ عوارض الاهلية	١٠٧

الموضـــوع	الصفحة

المطلب الثاني ـ عيوب الارادة ١٠٩

المقصـد الاول ـ الاكراه ١١٠

أ ـ ماهية الوسائل المستعملة فى الاكراه ١١٣

ب ـ ماهية الخطر الذي يحمل على التعاقد ١١٨

المقصد الثاني ـ الغلط ١٢٣

الفقرة الاولى ـ النظرية التقليدية ١٢٤

الفقرة الثانية ـ النظرية الحديثة ١٢٦

الفقرة الثالثة ـ نظرية الغلط فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ١٣١

أولا ـ الغلط فى الشيء ١٣٢

ثانيا ـ الغلط فى الشخص ١٣٥

ثالثا ـ الغلط فى العناصر الضرورية للتعاقد ١٣٧

المقصد الثالث ـ التغرير مع الغبن

الفقرة الاولى ـ التدليس فى الفقه الغربي ١٣٨

الفقرة الثانية ـ التغرير مع الغبن فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ١٤٧

المقصد الرابع ـ الاسـتغلال ١٥٦

الفرع الثاني ـ المحل

المبحث الاول ـ المحل الموجود والمحل الممكن ١٦٤

المطلب الاول ـ المحل الموجود ١٦٤

المطلب الثاني ـ المحل الممكن ١٦٦

المبحث الثاني ـ المحـل المعين والمحل القابل للتعيين ١٦٩

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الثالث ـ المحل القابل للتعامل فيه	١٧١
الفرع الثالث ـ السبب	١٩١
المبحث الاول ـ النظرية التقليدية	١٩٤
المطلب الاول ـ تحديد معنى السبب	١٩٥
المطلب الثاني ـ الشروط اللازم توافرها فى السبب	١٩٨
المطلب الثالث ـ الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية	٢٠١
المطلب الرابع ـ الدفاع عن نظرية السبب	٢٠٥
المبحث الثاني ـ النظرية الحديثة (نظرية القضاء)	٢١٣
المبحث الثالث ـ نظرية السبب في الفقه الاسلامي	٢٢١
القصود فى العقود	٢٢١
المطلب الاول ـ القصد غير المشروع ظاهر فى العقد	٢٢٣
المطلب الثاني ـ القصد غير المشروع غير ظاهر فىالعقد ولكن علم به المتعاقد الآخر	٢٢٥
المقصد الاول ـ القصد غير المشروع فى فقه الحنفية والشافعية والزيدية	٢٢٥
المقصد الثاني ـ القصد غير المشروع فى فقه الشيعة والمالكية والحنابلة	٢٢٦
المبحث الرابع ـ تحديد معنى السبب في القانون المدني العراقي	٢٢٧
الفرع الرابع ـ بطلان العقد	٢٣٥
المبحث الاول ـ نظرية البطلان في الفقه الغربي	

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الاول ـ الآثار التي قد تترتب على العقد الباطل	٢٤٢
المقصد الاول ـ الآثار العرضية للعقد الباطل	٢٤٣
المقصد الثاني ـ الآثار الاصلية للعقد الباطل	٢٤٩
المطلب الثاني ـ أحكام العقد الباطل	٢٥٠
المقصد الاول ـ اجازة العقد الباطل	٢٥١
المقصد الثاني ـ اثر التقادم على البطلان	٢٥٤
المقصد الثالث ـ تقرير البطلان	٢٥٨
المبحث الثاني ـ نظرية البطلان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي	٢٦٧
المطلب الاول ـ العقد الباطل	٢٦٨
المطلب الثاني ـ العقد الفاسد	٢٧٤
المطلب الثالث ـ العقد الموقوف	٢٧٥
المطلب الرابع ـ العقد النافذ غير اللازم	٢٨٢
الفصل الثاني آثار العقـــد	
الفرع الاول ـ أثر العقد من حيث الاشخاص	٢٨٤
المبحث الاول ـ أثر العقـــد بالنســـبة للمتعاقدين	٢٨٥
المطلب الاول ـ الخلف العام	٢٨٥
المطلب الثاني ـ الخلف الخاص	٢٩٢
المبحث الثاني ـ أثر العقـد بالنسـبة لغير المتعاقدين	٣٠٠
المطلب الاول ـ التعهد عن الغير	٣٠٨

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الثاني ـ الاشتراط لمصلحة الغير	٣١٦
المقصد الاول ـ شروط الاشتراط لمصلحة الغير	٣١٨
المقصد الثاني ـ احكام الاشتراط لمصلحة الغير	٣٢١
الفرع الثاني ـ أثر العقد من حيث المضمون	٣٣٠
المبحث الاول ـ تحديد مضمون العقد	
المطلب الاول ـ تفسير العقد	٣٣١
المطلب الثاني ـ تحديد نطاق العقد	٣٣٥
المطلب الثالث ـ التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه (العقد شريعة المتعاقدين)	٣٣٧
نظرية الظروف الطارئة	٣٣٩
المبحث الثاني ـ المسؤولية التعاقدية	٣٤٧
المطلب الاول ـ الخطأ	٣٤٨
المطلب الثاني ـ الضرر	٣٥٤
المطلب الثالث ـ علاقة السببية بين الخطأ والضرر	٣٥٨
المطلب الرابع ـ تعديل احكام المسؤولية	٣٥٩
المقصد الاول ـ الاتفاق على التخفيف من المسؤولية	٣٦٠
المقصد الثاني ـ الاتفاق على التشديد من المسؤولية	٣٦١
الفصل الثالث	
انحلال العقد	
الفرع الاول ـ فسخ العقد	٣٦٥
المبحث الاول ـ شروط الفسخ	٣٦٧
المبحث الثاني ـ أنواع الفسخ	٣٦٩
المطلب الاول ـ الفسخ بحكم القضاء	٣٧٠

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الثاني ـ الفسخ بحكم الاتفاق	٣٧٢
المطلب الثالث ـ الفسخ بحكم القانون (الانفساخ)	٣٧٥
المبحث الثالث ـ اثار الفسخ	٣٧٨
الفرع الثاني ـ الاقالة	
الباب الثاني	
الارادة المنفردة	
تمهيـــد ـ مدى قدرة الارادة المنفردة على انشـــاء الحق الشـخصى والالتزام	٣٨٥
الفصل الاول	
متى تلزم الارادة المنفردة صاحبها	٣٩٢
أولا ـ الحـالات التي تلزم فيهـــا الارادة المنفردة صاحبها	٣٩٢
ثانيا ـ الاحـكام التي تطبـــق على الارادة المنفردة	٣٩٣
الفصل الثاني	
الوعد بجعل (الجعالة)	
الباب الثالث	
العمل غير المشروع	
(المسـؤولية التقصيرية)	
تمهيد ـ أنواع المسؤولية	٤٠١
أولا ـ التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية	٤٠٢
ثانيا ـ التمييز بين المسـؤولية التعـاقدية والمسـؤولية التقصيرية	٤٠٧

الموضـــوع	الصفحة

ثالثا ـ تطور المسؤولية التقصيرية ٤١٨

الفصل الاول

المسؤولية عن الاعمال الشخصية

الفرع الاول ـ أركان المسؤولية التقصيرية ٤٢٥

المبحث الاول ـ الخطأ ٤٢٥

المطلب الاول ـ تحديد فكرة الخطأ ٤٢٦

الركن الاول ـ التعدي

حالات لا يعتبر الفعل الضار فيها خطأ موجبا للمسؤولية التقصيريـــة ٤٣٣

اولا ـ الدفاع الشرعي ٤٣٣

ثانيا ـ تنفيذ امر من رئيس تجبر طاعته ٤٣٥

ثالثا ـ حالة الضرورة ٤٣٨

الركن الثاني ـ الادراك ٤٤٠

فكرة الخطأ فى الفقه الاسلامي ٤٤١

فكرة الخطأ فى القانون المدني العراقي ٤٤٣

مسؤولية الصبي غير البالغ فى القانون المدني العراقي ٤٤٤

المطلب الثاني ـ تطبيقات لفكرة الخطأ ٤٤٥

اولا ـ الخروج عن حدود الحق ٤٤٦

ثانيا ـ التعسف فى استعمال الحق ٤٤٦

الفقـــه الاســـلامي ٤٤٨

القانون المدني العراقي ٤٤٩

القضـــاء العـــراقي ٤٥١

المبحث الثاني ـ الضرر ٤٥٥

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الاول ـ الضرر المادي	٤٥٦
المطلب الثاني ـ الضرر الادبي	٤٦٠
المبحث الثالث ـ علاقـة السببية بين الخطـأ والضرر	٤٦٢
المطلب الاول ـ انعدام السببية لقيام السبب الاجنبي	٤٦٣
أولا ـ الآفة السماوية	٤٦٤
ثانيا ـ القوة القاهرة والحادث الفجائي	٤٦٤
ثالثا ـ فعل الغير	٤٦٦
رابعا ـ خطأ المتضرر	٤٦٨
المطلب الثاني ـ انعدام السببية لان الخطا لم ين السبب المباشر فى أحداث الضرر (الضرر غـير المباشـر)	٤٧٤
الفرع الثاني ـ حكم توافر اركان المسؤولية (وجوب التعويض)	٤٧٥
المبحث الاول ـ كيفية التعويض	٤٧٦
المبحث الثاني ـ تقدير التعويض	٤٧٩
الفرع الثالث ـ تعديل أحكام المسؤولية	٤٨٢
المبحث الاول ـ التعـديل الاتفـاقي لاحكام المسؤولية	٤٨٣
المبحث الثاني ـ التأمين من المسؤولية	٤٨٥
الفصـل الثاني المسؤولية عن عمل الغير وعن الاشياء	
الفرع الاول ـ المسؤولية عن عمل الغير	٤٨٧
المبحث الاول ـ مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته	٤٨٨

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الاول ـ الاشخاص المسؤولون عن الصغير	٤٨٨
المطلب الثاني ـ شروط المسؤولية واساسها	٤٩١
المبحث الثاني ـ مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه	٤٩٤
المطلب الاول ـ شروط مسؤولية المتبوع	٤٩٤
المطلب الثاني ـ اساس مسؤولية المتبوع	٥٠٢
الفرع الثاني ـ المسؤولية عن الاشياء	٥٠٤
المبحث الاول ـ المسؤولية عن الحيوان	٥٠٥
المطلب الاول ـ المسؤولية عن الحيوان فى الفقه الغربي	٥٠٥
المطلب الثاني ـ المسؤولية عن الحيوان فى الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي	٥٠٨
المبحث الثاني ـ المسؤولية عن البناء	٥١٣
المطلب الاول ـ الفقه الغربي	٥١٤
المطلب الثاني ـ الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي	٥١٥
المبحث الثالث ـ المسؤولية عن الالات الميكانيكية والاشياء الاخرى	٥٢٠
الباب الرابع	
الكسب دون سبب	٥٣٠
الفصل الاول	
النظرية العامة للكسب دون سبب	
الفرع الاول ـ شروط الكسب دون سبب	٥٣٦
المبحث الاول ـ اثراء المدين	٥٣٦
المبحث الثاني ـ افتقار الدائن	٥٣٨
المبحث الثالث ـ علاقة السببية بين الافتقار والاثراء	٥٤١

الموضـــوع	الصفحة

المبحث الرابع ـ عدم وجود سبب

الفرع الثاني ـ حكم الكسب دون سبب ٥٤٥

الفرع الثالث ـ الاساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب ٥٤٨

الفصل الثاني

تطبيقات القانون المدني العراقي لنظرية الكسب دون سبب

الفرع الاول ـ المدفوع دون حق ٥٥٣

المبحث الاول ـ شروط المدفوع دون حق ٥٥٣

المبحث الثاني ـ أحكام المدفوع دون حق ٥٥٦

الفرع الثاني ـ قضاء دين الغير ٥٦١

الباب الخامس

القانون ٥٦٦

الفهرست ٥٦٩

جدول الخطأ والصواب

سطر	صفحة	خطأ	صواب
٢١	٦	من	في
٢	٧	انتقلت	انتقل
٢٢	١٥	التزامان	التزاما
١٥	٢٠	تعرف	نعرف
١٥	٢٠	ملتمسين	متلمسين
١٧	٢٠	ينجب	فيجب
٢٠	٢٨	بالقبول	بالقول
٣	٢٩	الفقاء	الفقهاء
٢٠	٢٩	هذا	هذا التعهد
١٤	٣٦	موقت	موقف
٢٠	٤٤	وهو	وهي
٢٠	٤٤	في	فى مقابل
١٢	٤٦	وهبه	وهب له
٦	٤٧	ظاهرة	ظاهره
١٤	٥٠	كمته	كميته
٢٣	٦٤	باب	**بات**
٣	٦٧	تضاف العبارة التالية بعد كلمة « صحيح »	لانه لايكون هناك متعاقدان قبل القبول ، بل موجب فقط .
٤	٧٠	اجبه	اوجبه
١	٨٠	فكيرا	فكثيرا
١	٨١	القسم	المقصد

سطر	صفحة	خطأ	صواب
١٢	٩٧	الاتفاق	فى الاتفاق
٣	٩٨	انه	ان
٢٥	١٠٠	يحذف السطر	
١٨	١٠٦	المأذن	المأذون
١	١٠٩	يجور	يجوز
٢٢	١٠٩	اتصرفت	انصرفت
٧	١٢٢	على هبته	على ان تهب له
٤	١٢٨	مطلقته	لمطلقته
١١	١٣١	مطلقته	لمطلقته
٦	١٥٢	فيطحهنا	فيطحنها
١٠	١٥٥	الا اخر	الآخر
٢٠	١٦٤	تاجن	تاجر
٢٠	١٦٥	لي	الى
٢	١٦٧	ذته	ذاته
١٧	١٧٣	اصدر	اصدار
١٧	١٧٥	بالمذهب	بالمذاهب
١١	١٧٨	فيشنكي	فيشينسكي
١٢	١٨١	تعهدت زوجة	تعهد زوجه لزوجها
٣	١٨٦	للرهان	الرهان
١	١٨٨	فانه	فان
١٧	١٩٠	امرأة	لامرأة
١١	١٩٢	CAUE	CAUSE
١٢	١٩٢	فادى الى	فادى ذلك الى
٥	١٩٣	التقليدين	التقليديين

سطر	صفحة	خطأ	صواب
٢٢	٢٠٠	القضقاء	القضاء
٩	٢٠١	ليست	ليست قانونية
٤	٢٥٥	يعقـد	يتعقد
٨	٢٣١	ثانيتها	ثانيتهما
١٤	٢٣٣	محكمة	محكمه
٧	٢٣٤	محكمة التميز	حكم محكمة التميز
١٠	٢٤٣	بعض الاثار	بعض هذه الآثار
٢٤	٢٤٤	انعقـاد	انعقاده
٢١	٢٤٩	COMMNIE	COMMUNIS
٦	٢٥٤	فالبيع	فالمبيع
٢٠	٢٥٥	يبقى	يبقى
٨	٢٥٨	الموقف	الموقوف
٣	٢٦٥	١٥٤٧	١٤٧
٨	٢٦٥	اثمة	اثمه
٢٣	٢٦٥	ومع	ومن
٧	٢٧٨	حق	حقـه
١٤	٢٧٨	١٤٦	١٣٦
٢	٢٨٠	عليه	عليه به
٨	٢٨٤	الا هو	الا وهو
١٩	٢٨٨	الحيارات	الخيارات
١٨	٢٩٧	له	له عليـه
الاخير	٢٩٧	المال	المـاء
١٩	٣٠٠	تحدد	نحـدد
١٣	٣٠٦	TRAVAL	TRAVAIL

سطر	صفحة	خطأ	صواب
٢٢	٣١٠	الاشتراط	عن الاشتراط
١٢	٣١١	يصنع	بضع
٢٢	٣٣٢	العراقي	العراق
٩	٣٣٥	اشتمل	اشتمل عليه
	٣٣٦	يضاف السطر التالي بعد السطر ١٢ : عليها لنشوء العقد، كالمبيع والثمن وعلى امور ثانوية اذا لم ينص المتعاقدان	
١٤	٣٤٢	تعتر	تعتبر
١٣	٣٤٤	بسعر	سعر
٨	٣٥٢	الطلب	الحكم
٢٣	٣٥٢	استنفذ	استنقد
٢١	٣٥٣	التحقق	لتحقق
١٤	٣٥٥	حضوره	حضور
٦	٣٥٧	ابية	ابيه
١٣	٣٦١	عيوب	العيوب
٥	٣٦٢	مسؤولا	مسؤولة
١١	٣٦٩	انفسح	انفسخ
١٧	٣٧٦	ويقال هو	ويقال
١٧	٣٨٢	ويعتبرهما	ويعتبرها
٢٣	٤٠٧	المصدور	المصدر
٨	٤٠٨	او	اوجه
٢٢	٤٠٩	الي	الذي
٢٤	٤١٠	بالدعوى	عبء الاثبات
١٢	٤١٤	يؤدي	بالدعوة

سطر	صفحة	خطأ	صواب
٥	٤٢٢	يودي	يؤدى
٢٧	٤٣٩	مسندة	مستندة
	٤٥٥	يحذف السطران ١٤ و١٥	
٤	٤٦٨	FAUT	FAUTE
١٩	٤٧٧	التعرض	التعويض
٥	٤٩٦	يحتفظ	اذ يحتفظ
٤	٤٩٨	الفقر	الفقرة
٥	٥١٣	بها	لهـا
٢٣	٥١٣	لا يد	لا يد له
١٧	٥١٩	التدبير	التدابير
١٦	٥٢٢	عيت	اعيت
٨	٥٣٨	سمد	سمد به
٣	٥٤٤	كسب	كسبب
٢٤	٥٥٦	اذا	اذا كان

0386

تم طبع هذا الكتاب فى ١٤ تشرين الاول ١٩٦٣

PD-35496
5-17
CC

Date Due

Demco 38-297

للمؤلف

دور الارادة في انشاء العقد	رسالة للدكتوراه (بالفرنسية)
الموجز في شرح القانون المدني ـ الجزء الثاني في أحكام الالتزام	تحت الطبع
الوسيط في شرح القانون المدني	تحت الطبع