

الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الوجيز
في
نظرية الالتزام
في القانون المدني العراقي

الأستاذ
الدكتور عبد المجيد الحكيم
عبد الباقي البكري
الأستاذ المساعد محمد طه البشير

الجزء الأول
في
مصادر الالتزام

١٩٨٠

حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مقدمة

نمهد الكلام في مصادر الالتزام بكلمات أربع: الأولى في تعريف الالتزام. والثانية في المذهب الشخصي والمذهب المادي في تصوير الالتزام. الثالثة في أنواع الالتزامات. والرابعة في مصادر الالتزام.

١- التعريف بالالتزام

ينظم القانون المدني علاقات الأفراد المالية والشخصية، فيشمل هذا القانون قسمين رئيسيين.

١- قسم الأحوال الشخصية وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بأسرته. على أنه نظراً للظروف التاريخية الخاصة التي مرت بها البلاد العربية. لا تتعرض التقنيات المدنية فيها إلا للعلاقات المالية، دون روابط الأسرة التي رؤي تركها للشرائع الدينية أو لتشريعات خاصة استمدت قواعدها من الشرائع الدينية.

٢- قسم الأحوال العينية أو المعاملات، ويشمل مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بغيره من حيث المال.

والمال في لغة القانون هو كل حق أي مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد. والحق إما أن يكون عينياً أو حقاً شخصياً.

والحق العيني هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين.

فالحق العيني يتكون من عنصرين صاحب الحق موضوع الحق (الشيء)، ويكون لصاحب الحق بمقتضى هذه السلطة المباشرة الحق في استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه.

أما الحق الشخصي فيقوم على وجود رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين. ويكون للدائن بمقتضى هذه الرابطة الحق في مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالحق الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة: الدائن والمدين وموضوع الحق ويلاحظ أن هذه العلاقة بين الدائن والمدين يطلق عليها لفظ الحق الشخصي وذلك إذا نظرنا إليها من جانب الدائن. كما يطلق عليها لفظ الالتزام وذلك إذا نظرنا إليها من جانب المدين.

وقد اتخذ التقنين المدني العراقي تقسيم الحقوق المالية إلى شخصية وعينة أساساً لتقسيم قواعده. فهو يبدأ بباب تمهيدي يتضمن أحكاماً عامة في القانون وتطبيقه في الزمان والمكان. وفي نظرية الأشخاص، وتقسيمات الأشياء. ثم يلي هذا الباب التمهيدي قسم أول في «الالتزامات أو الحقوق الشخصية»، وهو ينقسم بدوره إلى كتابين: الأول في الالتزامات بوجه عام أي في النظرية العامة للالتزام. ويشمل الكتاب الثاني تطبيق هذه النظرية العامة على بعض العقود التي عُني المشرع بتنظيمها، ويطلق عليها اصطلاح «العقود المسماة»، كعقد البيع والإيجار والمقاوله والوكالة والتأمين والكفالة. أما القسم الثاني من التقنين المدني العراقي فقد خصص للحقوق العينية. وأُفرد فيه الكتاب الأول للحقوق العينية الأصلية أي حق الملكية والحقوق المنفردة عنه كحق الانتفاع وحق الارتفاق. وخصص الكتاب الثاني للحقوق العينية التبعية وهي حق الرهن بنوعية وحقوق الامتياز، وتسمى أيضاً «التأمينات العينية»، إذ هي تنقرر ضماناً أو تأميناً للوفاء بحق شخصي.

أهمية نظرية الالتزام:

جرت العادة على دراسة الحق الشخصي منظوراً إليه من جانب المدين أي دراسة الالتزام وذلك للدور الرئيس الذي يقوم به المدين سواء في وجود الالتزام أو تنفيذه. فمثلاً يمكن تصور وجود الالتزام مع عدم وجود دائن معين وقت نشوء الالتزام، كما في حالة الوعد بجائزة أو حالة تأمين أب لصالح أبنائه الموجودين حالياً ومن سيوحد منهم في المستقبل. فالمدين هنا هو شركة التأمين ولكن الدائن غير محدد وقت نشوء الالتزام ولكنه سيتحدد عند تنفيذ الالتزام.

ولنظرية الالتزام أهمية كبرى في عالم القانون وذلك سواء من الناحية العملية أو العلمية. فهي بالنسبة للقانون عامة والقانون المدني بصفة خاصة أشبه بالعمود الفقري بالنسبة لجسم الإنسان.

فمن الناحية العملية فإن كثيراً من تصرفاتنا اليومية عبارة عن عقود تترتب عليها التزامات. فأنت حين تشتري جريدة أو تتناول طعاماً في مطعم أو سيدة المنزل التي تشتري ما يلزمها من السوق. كل هذه التصرفات تعتبر عقوداً تترتب عليها التزامات. وفي كل يوم تقع حوادث تترتب عليها مسؤولية مدنية. كما أن الدولة الحديثة وخاصة الدولة الاشتراكية تتدخل بالتنظيم في كافة مجالات الحياة وخاصة المجال الاقتصادي مما يفرض الكثير من الالتزامات في شتى المجالات.

أما من الناحية العلمية فإن نظرية الالتزام تعد المجال الحيوي للمنطق القانوني فهي تتميز بعمومية قواعدها ولذلك يجد الفكر حريته غير مقيد بعوامل البيئة أو الزمن كما هو الحال مثلاً بالنسبة للأحوال الشخصية. ولذلك فقد تشابهت المبادئ العامة لنظرية الالتزام في مختلف التشريعات وأصبح في الإمكان توحيد قواعدها في مختلف الدول، بل لقد بذلت في سبيل الله عدة محاولات مثال ذلك مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات ومشروع الالتزامات العالمي المقدم من معهد القانون الخاص والتشريع المقارن في أمريكا سنة ١٩٣٧.

تطور نظرية الالتزام:

بالرغم من قيام نظرية الالتزام على أسس منطقية، إلا أن ذلك لا ينفي أنها تطورت تطوراً كبيراً متأثرة بصفة خاصة بالمذاهب الاجتماعية والعوامل الاقتصادية.

١- فانتشار الأفكار الاشتراكية في العصر الحديث يدفع المشرع إلى التدخل بالتنظيم في كثير من العقود لكي يحمي المصلحة العامة أو الجانب الضعيف في العقد كما هو الشأن مثلاً في عقود الإذعان أو في عقد العمل أو عقد الإيجار. ففي عقد الإذعان مثلاً نجد أن الفرد في حقيقة الأمر ليس حراً في التعاقد أو عدم التعاقد بل هو مجبر على قبول الشروط التي يفرضها الطرف القوي اقتصادياً في العقد. لذلك يتدخل المشرع عادة لحماية الطرف الضعيف في مثل هذه العقود.

ولا يقتصر تدخل المشرع بالتنظيم على مرحلة تكوين العقد، بل يمتد أيضاً إلى مرحلة تنفيذ العقد كما هو الحال فيما يسمى بنظرية الظروف الطارئة. فالفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي تنص على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وبصفة عامة فإن ازدهار المذاهب الاشتراكية أدى إلى ازدياد نطاق الالتزامات غير الإرادية وإلى الانتقاص من شأن الإرادة في مجال الالتزامات الإرادية وذلك نتيجة لتدخل المشرع لفرض كثير من الالتزامات غير الإرادية وإلى تدخله بالتنظيم في مجال العقود.

٢- وللعوامل الاقتصادية أيضاً تأثير كبير في تطور نظرية الالتزامات فالعصر الحديث وهو عصر الآلات الميكانيكية، أدى إلى ظهور نظريات جديدة كإقامة المسؤولية على أساس الخطأ المفروض وتحمل التبعة وإلى نشوء عقود جديدة كعقد العمل الفردي وعقد العمل المشترك وعقد الالتزام المرافق العامة... الخ.

تعريف الالتزام

عرفت المادة ٦٩ من القانون المدني العراقي الحق الشخصي أو الالتزام بأنه «١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل.

٢- ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات. ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين.

٣- ويؤدي التعبير بلفظ «الالتزام»، ولفظ «الدين» نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ «الحق الشخصي».

ويستخلص من هذا التعريف:

١- الالتزام رابطة قانونية: الالتزام رابطة قانونية، أو، في عبارة دقيقة، قيد يرد على إرادة المدين أو حريته. وكان هذا القيد، في أولى مراحل القانون الروماني، مادياً، يقع على شخص المدين، ثم صار، بعد تطور طويل، رابطة قانونية بحتة، لا تتعلق إلا بدمته المالية، وبمقتضاها قهره، — بمعاونة السلطة العامة عند الضرورة — على تنفيذ التزامه. على أن الإيجابار على هذا الوجه، ليس عنصراً في الالتزام، الذي قد يكون طبيعياً لا إجبار فيه. ذلك أن الالتزام كما أوضح الفقه الألماني، يتحلل إلى عنصرين: الدين، وهو الواجب القانوني الذي يفرض على المدين الوفاء بالتزامه، والإيجابار، أو المسؤولية وفقاً لتعبير الفقه المصري الذي يظهر عند عدم الوفاء اختياراً، ويحول للدائن، حينئذ، أن يلجأ إلى التنفيذ القهري لاستيفاء حقه. ولا يتوافر في الالتزام الطبيعي إلا أحسب العنصرين: المديونية دون المسؤولية^(١).

(١) ويميز الفقه الإسلامي بين الدين والمطالبة، فالدين يقابل المديونية والمطالبة تقابل المسؤولية.

٢- الالتزام رابطة شخصية: وقيام هذه الرابطة هو المميز الرئيس للحق الشخصي عن الحق العيني. فالحق الشخصي يفترض رابطة بين شخصين، بين صاحب الحق (الدائن) وبين المدين. أما الحق العيني فهو يفترض صلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء محل الحق. وينبغي على هذا أن صاحب الحق الشخصي، وهو الدائن، لا يستطيع الحصول على محل حقه إلا بتدخل الطرف الآخر في الرابطة القانونية، وهو المدين. فمن يكون دائماً الآخر بمبلغ مائة دينار، مثلاً، لا يمكنه استيفاء هذا المبلغ بالاستيلاء عليه، بسبل لا بد له من مطالبة المدين، ولا يحصل، من ثم على محل الحق إلا بواسطة هذا الأخير، في حين أن صاحب الحق العيني يحصل على حقه مباشرة من الشيء السذي يكون موضوعه دون حاجة إلى تدخل شخصي آخر. فالمالك، مثلاً، ينتفع مباشرة بما يملكه، بكافة وجوه الانتفاع، دون وساطة شخص آخر يرتبط معه بعلاقة قانونية... وهكذا يبدو الحق العيني، على نقيض الحق الشخصي، سلطة مباشرة تستعمل بغير وساطة، وكذلك سلطة مطلقة، فلا تراجمها سلطة أخرى.

٣- الالتزام عبء مالي: والالتزام، أخيراً، عبء مالي، أو، في عبارة أخرى يجب أن يكون محل الالتزام هو قيام المدين بأداء مالي، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء كإعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشيء المبيع، وقد يكون القيام بعمل كإجراء عملية جراحية أو رسم لوحة فنية وقد يكون الامتناع عن عمل، كالامتناع عن افتتاح محل تجاري في مكان معين لعدم منافسة تاجر آخر هو الدائن بهذا الالتزام. وفي جميع الأحوال ينبغي أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية، أي يمكن تقويمه بالنقود. فإذا كان لا يمكن تقويم الأداء بالنقود، لم نكن بصدد التزام بالمعنى الفني الدقيق، وإن كنا تجاه واجب قانوني. وعلى ذلك فإداء الخدمة العسكرية واجب قانوني وليس التزاماً لأنه لا يقوم بالنقود، وكذلك تربية الأطفال وتأديتهم واجب قانوني وليس التزاماً. ويلاحظ أن وجوب أن يكون الأداء مالياً لا يعني بالضرورة أن تكون مصلحة الدائن من هذا الأداء مالية، فالواقع أن مصلحة الدائن من

« ويقع هذا التميز بوجه خاص في الكفالة وفي الحوالة. ومما يجدر بالذكر في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي لا يقل في نزاعه المادية عن الفقه الجرماني. الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوجيز في شرح القانون المدني. نظرية الالتزام بوجه عام، سنة ١٩٦٦، ص ٨ هامش رقم (١).

قيام المدين بالعمل المطلوب منه قد تكون مصلحة أدبية أو معنوية، ورغم ذلك فإن الأداء ذاته يكون مالياً إذ يمكن تقديره بمبلغ من النقود. فإذا تعاقد متفرج مع صاحب مسرح أو سينما على مشاهدة المسرحية أو الفيلم المعروض فإن صاحب المسرح أو السينما يكون مدينًا بالتزام بالمعنى الصحيح وليس بمجرد واجب قانوني، ذلك أنه رغم أن المصلحة التي قصد المتفرج تحقيقها من هذا العقد هي مصلحة أدبية أو معنوية وهي الترفيه عن النفس، فإن الأداء المطلوب وهو عرض المسرحية أو الفيلم عمل يقوم بالنقود أي أنه أداء مالي كذلك الحال بشأن التزام الفنان برسم صورة زيتية، والتزام شركة الملاحة بترتيب رحلات للترفيه والترفيه.

٢- المذهب الشخصي والمذهب المادي في الالتزام

يتنازع نظرية الالتزام مذهبان: أحدهما يغلب العلاقة القائمة بين طرفي الالتزام، وهذا هو المذهب الشخصي. وثانيهما يغلب موضوع الالتزام، وهذا هو المذهب المادي. المذهب الشخصي في الالتزام: تمتد جذور هذا المذهب إلى القانون الروماني. فقد كان الرومان ينظرون إلى الالتزام من ناحيته الشخصية، فيعتبرونه رابطة قانونية بين الدائن والمدين *Juris Vinculum*. وكانت هذه الرابطة تتمثل أول الأمر في صورة سلطة تعطى للدائن على جسم المدين وتصل على حد الإعدام والاسترقاق والتصرف، ثم وقفت عند حد الحبس، وبعد تطور طويل أصبحت قاصرة على التنفيذ على مال المدين. وقد ساد هذا المذهب في الفقه الفرنسي حيث نجد الغالب فيه تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية بين شخصين. وزعيم هذا المذهب من الفقهاء الألماني سافيني *Savigny*. وهو يبالغ فيقيم رأيه على فكرة السيادة، إذ الالتزام عنده عبارة عن سيادة الدائن على المدين أو خضوع المدين للدائن. وهذه السيادة قد ترد على عناصر الطبيعة بصورة كاملة فتكون ملكية، وقد تستغرق حرية شخص آخر فتكون رقاً، وقد تقيد فحسب هذه الحرية فلا تمتد إلا إلى جزء نشاط المدين فتكون التزاماً. فنظرية سافيني هذه لا تقتصر على الالتزام، وإنما تشمل جميع الحقوق. فعنده أن الالتزام والملكية يتفقان في الطبيعة ولا يختلفان إلا في الدرجة. ويتضح من هذا أن النظرية مطبوعة بطابع القانون الروماني إذ بمقتضاها يعتبر الالتزام رابطة شخصية وثيقة، فهو رابطة خضوع أقل درجة من

الرق. ولم يقدر لهذه النظرية أن تلقى نجاحاً في ألمانيا، فقام يناهضها فريق كبير من الفقهاء الذين اعتنقوا المذهب المادي.

المذهب المادي في الالتزام: وقد يكون فقهاء الألمان — وعلى رأسهم جويرك Gierke في القرن التاسع عشر في وجه المذهب الشخصي الروماني الأصل، وغلبوا النظريات الجرمانية بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية. فبينوا أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساس، وتجرده من الرابطة الشخصية، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية. فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية، والمذهب المادي كما نرى، يضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين، فيجعل الالتزام شيئاً مادياً سهل التداول، وهذا من شأنه أن يزيد في سرعة التعامل وفي مرونته. ومن النتائج التي تترتب على هذا المذهب نتيجتان عمليتان هامتان:

النتيجة الأولى: لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه، أصبح من السهل أن تتصور تغير أشخاص الالتزام، ليس من دائن إلى دائن آخر فحسب بل أيضاً من مدين إلى مدين آخر، فيوجد إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين. وهذا ما أقرته التقنيات المشبعة بالمذهب المادي كالتقنين الألماني والتقنين السويسري، وعلى أثرهما سار التقنين العراقي.

النتيجة الثانية: لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهري في الالتزام فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه، فيستند الالتزام إلى المدين وحده، ويكفي أن يوجد الدائن وقت التنفيذ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يتقدم دائن يستوفي من المدين التزامه. وهناك أمثلة كثيرة نرى فيها الالتزام ينشأ في ذمة المدين دون أن يوجد الدائن. من ذلك التزام الواعد بجائزة، وعقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد.

ولا شك في أن المذهب المادي للالتزام يتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة في الوقت الحاضر، ومع سرعة تداول الأموال وتيسير سبل المعاملات. لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التي يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام على أنه لا يجوز في

الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصي. فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين، ولا يزال لشخصية كل من الدائن والمدين أثر كبير في تكوين الالتزام وفي تنفيذه. فالمذهبان الشخصي والمادي يفسران معاً ناحيتي الالتزام. ذلك أن للالتزام نساحيتين، ناحية شخصية يفسرها المذهب الشخصي، وناحية مادية يفسرها المذهب المادي والتقنين المدني العراقي إذا كان قد أخذ من المذهب المادي نتائج عملية هامة، لم يهجر في الوقت ذاته المذهب الشخصي، بل استبقاه في كثير من آثاره.

٣- أنواع الالتزامات

يختلف نوع الالتزام باختلاف الزاوية التي تنظر إليه من خلالها، فهو ينقسم من حيث مصدره إلى التزامات إرادية والتزامات غير إرادية. وينقسم من حيث إمكان إجبار المدين على تنفيذه إلى التزامات مدنية والتزامات طبيعية. وينقسم من حيث مضمونه ومحله إلى التزامات سلبية والتزامات إيجابية. وإلى التزامات فورية والتزامات مستمرة، وإلى التزامات بوسيلة والتزامات بنتيجة.

ولا نريد هنا أن نعرض لكل أقسام الالتزام وأنواعه وإنما نعرض منها تلك الأنواع التي لا غنى عن عرضها ليسهل على الطالب فهم ما سيأتي من المواضيع والأبحاث.

١- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي

الالتزام المدني هو التزام يتحقق فيه عنصرا المديونية والمسؤولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه. أي أنه يمكن تنفيذه جبراً على المدين. وهذا هو الوضع العادي في الالتزام.

أما الالتزام الطبيعي، فإنه التزام قانوني، ولكن لا يتحقق فيه إلا عنصر المديونية فقط، دون عنصر المسؤولية. ولهذا لا يكون للدائن أن يجبر المدين على تنفيذه. أي أنه لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين. ومع ذلك فإنه يكون للمدين أن يقوم بتنفيذه اختياراً. وفي هذه الحالة يعتبر الوفاء الذي يقوم به المدين وفاءً صحيحاً، ولا يعد تبرعاً. كما أنه إذا أوفى باختياره علماً بأنه يوفي بالالتزام الطبيعي، لا يكون له أن يسترد ما أداه. ومن أمثلة الالتزام الطبيعي ما نصت عليه المادة (٣٨٦) من القانون المدني المصري من أنه «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي».

٢- الالتزام السليبي والالتزام الإيجابي

الالتزام السليبي هو الالتزام الذي يكون محله امتناع المدين عن القيام بعمل كان يحق له القيام به لولا وجود هذا الالتزام. مثال ذلك: أن يبيع شخص محله التجساري إلى مشتتر يشترط عليه عدم ممارسة نفس النوع من التجارة في المنطقة التي يقع فيها هذا المحل المبيع. والالتزام الإيجابي هو الالتزام الذي يكون محله قيام المدين بإعطاء أو بعمل. أما الالتزام (بالإعطاء) فيراد به الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر. مثال ذلك. التزام بائع الشيء المنقول المعين بالنوع بنقل ملكية ما باعه إلى المشتري. وأما الالتزام بالقيام بعمل فهو أن يقوم المدين لمصلحة الدائن بعمل من الأعمال كأن يقوم ببناء دار أو بنقل بضاعة أو بإحياء حفلة غنائية.

وفائدة هذا التقسيم تظهر في ناحيتين هما: الإعذار والجزاء.

أما من حيث الإعذار فإنه لا بد من إعذار المدين بالالتزام إيجابي حتى يعتبر متأخراً في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون آثاراً معينة. أما المدين بالالتزام سلبى فلا حاجة إلى إعذاره لأن مجرد مخالفة هذا الالتزام يعتبر بمحد ذاته امتناعاً عن التنفيذ يرتب عليه القانون آثاره، المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي.

وأما من حيث الجزاء فإن القاعدة العامة في هذا الصدد هي أنه إذا أحل المدين بالتزامه السلبى فإنه يتعرض في الغالب إلى جزاء هو دفع التعويض لأنه يصعب إمكان تنفيذ هذا النوع من الالتزام تنفيذاً عينياً قهرياً لما في هذا التنفيذ من إرهاب للمدين وتدخل صارخ في حريته الشخصية.

أما الالتزامات الإيجابية فإن القاعدة العامة هي أن يجوز للدائن إذا ما أحل المدين بالتزامه هذا، أن يقوم بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً على حساب المدين وذلك بعد استئذان المحكمة في الحالات العادية غير العاجلة أو من غير استئذانها في الحالات المستعجلة، المادة (٢٥٠) مدني.

٣- الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة

من الالتزامات ما يمكن بطبيعته أن ينفذ دفعة واحدة فيقال أنه التزام فوري أو غير متتابع. ومثاله التزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع، يتم تنفيذه بعمل واحد دفعة واحدة من جانب البائع ويقال للعقد الذي ينشئ هذا النوع من الالتزامات عقداً فورياً. وقد يستلزم تنفيذ الالتزام القيام بعمل أو أعمال تستطيل على

الزمن بحيث لا يتم التنفيذ بعمل واحد دفعة واحدة. فيقال للالتزام عندئذ أنه التزام متتابع أو مستمر. ويقال للعقد الذي ينشئ هذا النوع من الالتزامات العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة. ويدخل في هذا النوع جميع الالتزامات السلبية أي التي يكون موضوعها امتناعاً عن عمل، ذلك أن الامتناع حالة مستمرة مع الزمن، ومثاله التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته واستعماله الشيء المبيع، والالتزام بعدم المنافسة التجارية كما ويدخل فيه أيضاً الالتزام بعمل مستمر، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين وصيانتها. ومن قبيل الالتزامات المستمرة أو المتتابة أيضاً الالتزامات التي تنفذ بسلسلة من الأعمال، كالتزام شخص بتوريد بضاعة معينة طوال مدة معينة، في مقابل التزام الطرف الآخر بدفع الثمن عن كل توريد.

وهكذا يبدو أن الالتزام الفوري لا يقاس مقداره بمقياس زمني، بل بمقياس مكاني، فتنفيذه لا يستطيل بطبعه ولا يمتد وإنما يتم بفعل واحد وفي لحظة واحدة. ويظل الالتزام فورياً ولو أجل تنفيذه مدة. ذلك أن الزمن لا يتدخل في قياس الالتزام ولا يستغرق التنفيذ وقتاً معيناً لوقوعه وقامه بل إذا حل تم التنفيذ بعمل واحد ودفعة واحدة. فالتزام المشتري بدفع الثمن التزام فوري حتى ولو أجل تنفيذه مدة بعد العقد وكذلك الحال لو قسط الثمن على أقساط لأن الثمن يقاس بكميته ولا يتوقف قياسه وتحديدده على الزمن. وسوف نعود إلى بيان فائدة هذا التقسيم عند الكلام عن أنواع العقود.

٤- الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة

قد يلتزم المدين أحياناً بتحقيق نتيجة معينة كأن يتعهد شخص ببناء دار معينة خلال ستة أشهر، أو يتعهد مؤجر بتمكين مستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة سنتين، أو يتعهد أمين النقل بنقل بضاعة إلى مكان معين وهذا هو الالتزام بنتيجة (أو هو الالتزام المحدد). وقد يقتصر التزام المدين على مجرد اتباع قدر معين من الخطة والحذر في سلوكه مع الغير كالتزام الطبيب نحو مريضه، والتزام المحامي نحو موكله، ويسمى هذا النوع من الالتزام بالالتزام بوسيلة.

ولهذا التقسيم أهميته من حيث أنه إذا كان المدين ملتزماً التزاماً بتحقيق نتيجة ولم يحققها. عد مخططاً، ما لم يثبت هو أن ما منعه كان سبباً أجنبياً. وعلى العكس من ذلك إذا كان ملتزماً بوسيلة، أو ببذل عناية فإنه يلتزم فقط بأن يتخذ الحيلة لمحاولة الوصول إلى النتيجة المطلوبة، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة كان على الدائن أن يثبت أن المدين لم يتخذ الحيلة اللازمة التي التزم بها. فإثبات الإهمال وعدم الحيلة في جانب المدين يقع على الدائن مثل ذلك التزام الناقل، إذ هو يلتزم بتسليم البضائع في المكان والزمان المعينين، وهذا التزام بتحقيق نتيجة. أما التزام الطبيب فهو التزام بوسيلة أو ببذل عناية بقصد الوصول إلى شفاء المريض. وعلى ذلك إذا أثبت الشاحن صاحب البضائع، وهو الدائن أن البضائع لم تصل فإن على المدين لكي يتخلص من المسؤولية أن يثبت أن عدم تنفيذ التزامه يرجع إلى سبب أجنبي. فيثبت الناقل أن الأمر يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى خطأ الدائن نفسه. أما في الحالة الأخرى (حالة الالتزام بوسيلة أو ببذل عناية) فإن على المريض أن يثبت إهمال الطبيب وعدم اتخاذه الحيلة اللازمة.

٥- الالتزامات الشخصية والالتزامات العينية

الالتزامات الشخصية هي التي يلتزم فيها المدين شخصياً، أي تكون ذمته المالية جميعها ضامنة للوفاء بالتزامه. أي أنه يلتزم في جميع أمواله قبل الدائن. فللدائن ضمان عام على أموال المدين في هذه الحالة.

أما الالتزام العيني فإنه يوجد عندما لا يكون المدين ملتزماً شخصياً في مجموع ذمته المالية أي في مجموع ما يملك. ولكن عندما يكون ملتزماً بصفته حائزاً لبعض الأشياء أو الأموال، وفي حدود تلك الأشياء أو الأموال فقط. فالالتزام العيني، لا يختلف عن الالتزام الشخصي من حيث كونه رابطة بين شخصين، ولكنه يختلف عنه في أن المدين في الالتزام الشخصي يكون ملتزماً في جميع ذمته المالية، أما في الالتزام العيني، فإنه لا يسأل إلا في حدود أموال معينة، دون سواها. أي أن المدين لا يسأل خارج نطاق المسال الذي يتعلق به حق الدائن. مثل ذلك في حالة الكفالة، حيث يلتزم شخص قبل الدائن بأن يقوم بالوفاء بالمدين إذا لم يقم المدين به. فقد يتدخل الكفيل لضمان هذا المدين بصفة مطلقة، فتكون ذمة الكفيل ضامنة إلى جانب ذمة المدين. وإذا تخلف المدين عن الوفاء كان الكفيل مسؤولاً في جميع أمواله لأنه ملتزم التزاماً شخصياً قبل الدائن.

أما إذا قام شخص بتخصيص عقار معين من عقاراته ضماناً للوفاء بدين المدين (وهو هنا حالة الكفالة العينية — ويسمى من قدم هذا الضمان بالكفيل العيني) فإنه لا يكون للمدائن إلا التنفيذ على هذا العقار فقط، حتى ولو لم يقف ثمنه بالدين كله. أي أن صاحب العقار لا يسأل في هذه الحالة إلا في حدود العقار فقط. هذا وقد يقصد بالالتزامات العينية، تلك الالتزامات التي تتعلق بشيء معين، بمعنى أنها تقع بالضرورة على عاتق كل من يؤول إليه هذا الشيء، ويلتزم بتنفيذها بدلاً من سلفه.

٦- الالتزامات الأصلية والالتزامات التبعية

يكون الالتزام أصلياً إذا أمكن قيامه مستقلاً دون أن يكون مستنداً إلى التزام آخر. ويكون تبعاً إذا وجد مستنداً إلى التزام أصلي. وعلى ذلك إذا وجد التزامان وكان أحدهما أساساً للآخر كان الأول أصلياً والثاني تبعياً. ويتحقق ذلك بصفة خاصة في حالتين.

الحالة الأولى: يكون فيها الالتزام التبعية نتيجة قانونية للالتزام الآخر. مثال ذلك التزام المدين بالتعويض عن الضرر الناجم من عدم قيامه بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً.

الحالة الثانية: يكون فيها الالتزام التبعية ناشئاً تبعاً لالتزام أصلي وبلاستناد إليه فالالتزام الكفيل هو التزام تبعية، لأنه يتبع الدين الأصلي ولا يقوم إلا بقيامه. وكذلك التزام الشخص بدفع قيمة الشرط الجزائي هو التزام تبعية، لا يقوم إلا إذا قام الالتزام الأصلي.

ولهذا التقسيم أهميته، حيث أن الالتزام التبعية يرتبط بالالتزام الأصلي من حيث قيامه وانقضائه، فهو يدور معه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك.

٤- مصادر الالتزام

المقصود بمصدر الالتزام السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام. فعقد البيع هو مصدر التزام المشتري بدفع الثمن، والعمل غير المشروع هو مصدر التزام المتسبب في ضرر بتعويض من أصيب بالضرر. والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره نص في القانون ويلاحظ أن القوانين الحديثة تتحاشى وضع نص يربط مصادر الالتزام، لأن هذا العمل فقهي بحث يخرج عن دائرة التشريع. وعلى هذا النحو جرى التقنين

المدي عندنا، فلم يضع نصاً خاصاً يقر فيه أي ترتيب لمصادر الالتزام، بل اقتصر على عرضها في فصول متعاقبة، خصصها للعقد، ثم إحدى صور الإرادة المنفردة وهي الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور، والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، والقانون.

وبذلك نجد أن المشرع العراقي قنع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجتهد في ردها إلى أقسام جامعة شاملة في نص خاص، فعمد، نسجاً على منوال أحدث التقنيات إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة. ثم تناول العمل غير المشروع والكسب بلا سبب وانتهى بالالتزامات التي تنشأ مباشرة من نص القانون.

التقسيم العلمي لهذه المصادر

وقد اجتهد الفقه في رد هذه المصادر إلى أساس منطقي فيرى الأستاذ السنهوري أن السبب الذي يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يُجد، هو حدث، أو واقعة، توصف بأنها قانونية لأنه يترتب عليها أثر قانوني^(١).

وقد تكون الواقعة القانونية أمراً إيجابياً أو سلبياً، عملاً أو امتناعاً، كإتيان فعل يضر الغير، أو امتناع المدين عن تنفيذ العقد، فيتولد للدائن الحق في التعويض. والوقائع القانونية إما من صنع الطبيعة، كترول صاعقة تحرق المبيع فينقضي التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن المادة (١٧٩) مدي. وإما من فعل الإنسان، وفي هذه الحالة قد تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً. والعمل المادي قد يكون فعلاً ضاراً فيلتزم مرتكبه بتعويض الضرر أو فعلاً نافعاً فيرد من انتفع قيمة ما أثرى به.

أما العمل القانوني فهو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني، ويطلق عليه أيضاً التصرف القانوني. وقد يكون تصرفاً صادراً من جانبيين أي عقداً، ومثله التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع. وقد يكون تصرفاً صادراً من جانب واحد، أي إرادة منفردة كمن يوجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين، فيلتزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل المادة (١٨٥) مدي.

فالعمل الضار أي العمل غير المشروع، والفعل النافع الذي يولد الإثراء على حساب الغير والتصرف القانوني الصادر من جانبيين أي العقد، أو الصادر من جانب واحد أي

(١) السنهوري، الوجيز في الالتزامات، ص ١٩-٢٢.

الإرادة المنفردة، هي المصادر الأربعة الرئيسية المحركة للروابط القانونية، وتؤدي إلى إنشاء الحقوق أو تعديلها أو انقضائها.

لكن يوجد أيضاً إلى جوار هذه المصادر الأربعة العديد من الوقائع الذي يترتب عليها القانون مباشرة أثراً قانونياً. مثال ذلك واقعة القرابة تولد التزاماً بالنفقة. أو تحرم الزواج بين المحارم، أو تؤدي إلى الميراث عند الوفاة، وواقعة مرور الزمن، إذ قد يترتب عليها اكتساب حق أو انقضاء دين بالتقادم، وواقعة الجوار، فقد جعل منها القانون أساساً لبعض الالتزامات كالاتزامات المتعلقة بالشرب والمجرى والمسيل والمرور وكالاتزامات التي تنشأ بسبب الحائض المشترك وملكية الطليقات، في بناء واحد.

وهذه المصادر يمكن ردها إلى طائفتين: مصادر إرادية وتشمل العقد والإرادة المنفردة، ويطلق عليها اسم التصرف القانوني أو العمل القانوني *acte juridique*، ومصادر غير إرادية وتشمل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، ويطلق عليها اسم الواقعة القانونية *forfait juridique* ويفترق العمل القانوني عن الواقعة القانونية، في أن الأول إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، أما الثانية كواقعة الجوار أو الفعل النافع أو العمل غير المشروع فهي ظرف أو عمل مادي يترتب القانون على وقوعه أثراً قانونياً، سواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا^(١).

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون في كثير من المناسبات تعبير: التصرفات القولية والتصرفات الفعلية. ويريدون بالأولى — أي بالتصرفات القولية — ما يريده فقهاء القانون الوضعي بتعبير التصرف القانوني. ويريدون بالثانية — أي التصرفات الفعلية — ما يريده الآن بتعبير الواقعة القانونية^(٢).

بعد هذه الكلمة التمهيدية نتولى دراسة مصادر الالتزام مصدراً بعد آخر على النحو المتقدم ونخصص لكل مصدر منها باباً.

(١) ويلاحظ أن دور القانون كمصدر من مصادر الالتزامات غير الإرادية يزداد في المجتمعات الاشتراكية نتيجة سياسة تدخل الدولة بالتنظيم في مختلف المجالات وخاصة المجال الاقتصادي.

(٢) الدكتور حسن علي الدنون: النظرية العامة للالتزام. ص ٢٦. طبعة الجامعة المستنصرية ١٩٧٦. الدكتور عبد الحميد الحكييم: الموجز في شرح القانون المدني ج ١. مصادر الالتزام. فترة ٥٤ ص ٣١.

الباب الأول
العقد
Le contrat

تمهيد

تمهد للكلام في العقد بكلمات ثلاث: إحداهما في تعريف العقد، والثانية في ميسدا سلطان الإرادة والثالثة في أنواع العقود.

١. تعريف العقد

يمكن تعريف العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغاؤه. وهذه المثابة يتسع تعريف العقد لكل صور الاتفاقات التي تتناول الالتزام من حيث نشأته أو نقله أو تعديله أو إلغاؤه ولا توجد أهمية عملية للفرقة التي نادى بها بعض الشراح الفرنسيين، بين العقد الذي يقتصر على تلاقي الإرادتين لإنشاء الالتزام، والاتفاق الذي يشمل في عمومها الصور الأخرى لنقل الالتزام وتعديله وإلغاؤه.

وينبغي على هذا التعريف، من ناحية، أن إرادة واحدة لا يمكن أن تكون عقداً بسل يجب، لتكوينه اجتماع إرادتين، ومن ناحية أخرى، ضرورة اتجاه الإرادتين إلى ترتيب أثر قانوني. فإذا لم تتجه الإرادتان إلى إحداث هذا الأثر، — كدعوة صديق لركوب سيارة، أو لوليمة، وقبول هذا الأخير الدعوة — لا يمكن أن يقوم بينهما عقد بالمعنى السذي نقصده.

والعقد كما يعرفه القانون المدني العراقي عبارة عن «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه» المادة (٧٣) مدني، وهي مقتبسة من المادة (٢٦٢) مرشد الحيران. ويفهم من هذا التعريف:

١- أن العقد إرادتان متحدتان مرتبطتان لا إرادة واحدة. ولقد حرص المشرع العراقي، على تأكيد الفرق بين العقد والإرادة المنفردة، ذلك أن كثيراً من فقهاء الشريعة يستعملون كلمة العقد ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية سواء كانت نتيجة اتفاق بين طرفين أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد. ولهذا أراد المشرع العراقي بالتعريف المتقدم أن يخصص العقد في نطاقه الفني فيقصره على الالتزامات الناشئة عن اتحاد إرادتين^(١).

(١) حسن ذنون، النظرية العامة للالتزام، ص ٢٧.

٢- أن المشرع العراقي يأخذ بالترعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي، دون الترعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث أنسه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في الترعة اللاتينية، بل من حيث أنه يثبت أثره في العقود عليه، أي أنه يغير المحل من حالة إلى حالة وهنا تبرز الترعة الموضوعية التي أشرنا إليها^(١).

ت تحديد منطقة العقد

وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية. فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف. ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً، إذ هي تقسع في نطاق القانون العام: الدولي والدستوري والإداري. والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني. ولكن هذه الاتفاقات لا تدعي عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية. فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والإيجار والقرض والعارية والوكالة.

٢- مبدأ سلطان الإرادة

مبدأ سلطان الإرادة نظرية تدخل في نطاق فلسفة القانون، ولكن نظراً لما لها من نتائج عملية هامة فإننا نشير إليها في إيجاز. وهذا المبدأ تلقيناه من فلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بالفردية والآراء الحسرة والتي نبع عنها إعلان حقوق الإنسان. وتتخلص هذه الفلسفة في أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق وهذه الحرية والمساواة تقتضي بأن يسمح لهم بأن يأتوا ما شاءوا من التصرفات بشرط عدم الإضرار بالغير. أما القهر الاجتماعي الذي يتمثل في القانون فيجب ألا يكون إلا في أضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب.

(١) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنيهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. جـ ١، ص ٧٧.

فإرادة الفرد يجب أن تكون حرة لأن الفرد وجد قبل المجتمع، والمجتمع وجد لإسعاد الفرد. وعلى ذلك فيجب ألا يحد القانون من الحرية إلا استثناء.
والنتيجة المنطقية لهذه الفلسفة الفردية الحرة هو أن تعتبر الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد. أما دور القانون فهو تحقيق تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه الطرفان. وهذا ما يعبر عنه بأن «العقد شريعة المتعاقدين» المادة (١٤٦/١) مدني.

نتائج تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

تترتب على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة نتيجتان هامتان:

١- حرية التعاقد: فالأفراد أحرار في أن ينشئوا ما شاءوا من أنواع العقود وأن يضمنوها الشروط التي يرتضونها. فلا يجوز للقانون أن يفرض قيوداً على حرية التعاقد إلا استثناء لحماية النظام العام والآداب.

٢- احترام الإرادة التعاقدية: فما اتفق عليه الطرفان يجب أن ينفذ كما هو وبالضرورة التي أرادها فلا يجوز أن يعدل أو يوقف تنفيذ الالتزام إلا باتفاق جديد بين الطرفين. فلا يجوز للقانون ولا للقاضي أن يتدخل في حياة العقد بالتعديل أو بإيقاف التنفيذ.

وهكذا فإن مبدأ سلطان الإرادة يسيطر على حياة العقد منذ تكوينه حتى تنفيذه.

نقد مبدأ سلطان الإرادة

توجه إلى مبدأ سلطان الإرادة كثير من الانتقادات، وأهمها:

١- أن هذا المبدأ يتجاهل فكرة التضامن الاجتماعي، فهو ينظر إلى مصلحة الفرد وحدها دون مصلحة الجماعة.

٢- عند تنفيذ العقد كثيراً ما تقتضي العدالة أن يتدخل القاضي بل والمشرع نفسه في حياة العقد وخاصة إذا ما أدت الأزمات الاقتصادية إلى احتلال التوازن بين التزامات طرفي العقد مما يقتضي تدخل المشرع أو القاضي بتعديل التزامات المتعاقدين.

ولا يسعني هنا إلا أن أشير إلى الأسس والمبادئ العامة التي جاء بها قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧، والتي تقتضي تغييراً جذرياً في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة مسايرة للتطور الاقتصادي والاجتماعي في القطر من جهة ودعماً للمفاهيم الاشتراكية من جهة أخرى. ومن هذه الأسس ما يأتي: —

١- إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع، المتمثلة في الدولة، على مصلحة الأفراد، المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة، في تنفيذ العلاقات القانونية وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجد أساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي.

٢- تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق. وذلك لما تسببه الشكلية في إبرام العقود من التفريط بالحقوق الخاصة على أن لا يترتب على عدم الاعتداد بها إهدار للمصلحة العامة.

٣- التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وإبطال ما يخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القضاء، بما يحقق هذا التوازن، وذلك تحقيقاً للعدالة ومنعاً للتحكم وغضاً من شوكة سلطان الإرادة في دائرة العلاقات العقدية إذا أضحت مصدراً للاستغلال.

٤- تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية في دائرة العقود. وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإيماناً بواجب الدولة في الرقابة على العلاقات القانونية.

٥- تمكين القضاء من إعادة النظر في مضمون العقد في الحذف أو الإضافة على نحو يكفل إخضاع العقد للنظام العام الذي يعتبر من صميم قواعده تغليب مصلحة القطاع الاشتراكي ومتطلبات التنمية القومية على غيرها من المصالح.

إلى أي حد تسيطر الإرادة على العقود

إذا أردنا أن نحدد دور الإرادة في نطاق القانون الخاص وجدنا أن هذا الدور محدود في مجال الأحوال الشخصية — فإذا كان عقد الزواج، وهو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة، مصدره إرادة المتعاقدين، إلا أن الآثار التي تترتب عليه ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع.

أما في مجال المعاملات المالية فإن الإرادة مصدر لكثير من الحقوق والالتزامات وتحديد آثارها ومع ذلك فإن الإرادة في هذا المجال ترد عليها قيود النظام العام والآداب. كما يضعف أثر الإرادة في العقود التي تضع نظاماً ثابتاً للطوائف والجماعات، كما هو الشأن في عقد العمل الجماعي وعقد الصلح مع المفلس حيث تخضع إرادة الأقلية للأغلبية. كما يلاحظ أن التشريع يضع قيوداً على حرية الإرادة في حالة احتلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة للظروف الطارئة، فيسمح للقاضي بتعديل التزامات الطرفين المتعاقدين بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، المادة (١/١٤٦) مدني. كما أن القانون يراعي في بعض الحالات الجانب الضعيف في العقد كما هو الشأن في تشريع العمال وعقد الإذعان وفي نظرية الاستغلال. فالقانون في الوقت الحاضر يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ولكن يحصره في دائرة معتدلة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

٣- أنواع العقود

العقد، من حيث تكوينه إما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً. وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزماً لجانين أو ملزماً لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع. وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً مستمراً، وإما أن يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً.

العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي، أو في عبارة أخرى، مجرد توافق الإرادتين. والرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي.

والعقد الشكلي هو العقد الذي يجب لقيامه أن يتخذ رضاء العاقدین فيه شكلاً معيناً يحدده القانون. ويكون هذا الشكل، في الغالب، ورقة رسمية، فيسمى عقداً رسمياً، كعقد الرهن التأميني المادة (١٢٨٦) مدني^(١) وإن كان الشكل قد يقتصر

(١) هذا وقد نصت المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٢ لسنة ١٩٧١ في فقرتها الثانية على أنه «لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري». والمقصود بالتصرف العقاري هو كسل تصرف قانوني من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة.

على ورقة مكتوبة، ولو عرفية، كعقد الشركة المادة (٦٢٨) مدني. وأياً كان الشكل الذي يتطلبه القانون فإنه يعتبر ركناً في العقد الشكلي ولا يقوم بدونه. ويجب التمييز بين الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد والطريقة التي يوجبها لإثباته. فالعقد الذي تزيد قيمته على خمسين ديناراً ويجب إثباته بالكتابة^(١)، إنما يظل، رغم هذا، عقداً رضائياً، لأن الكتابة ليست ركناً فيه ولازماً لقيامه، بل مجرد طريقة لإثباته، لا أثر لها على وجوده، وكل ما يترتب على تخلفها صعوبة إثبات العقد، الذي يظل، مع ذلك ممكناً، بالإقرار، مثلاً، أو باليمين بل، إذا وجد ومبدأ ثبوت بالكتابة بالبينة أو القرائن.

والعقد العيني هو العقد الذي يعتبر التسليم ركناً فيه، فلا ينعقد بمجرد التراضي، بل يجب، فضلاً عن التراضي، تسليم العين موضوع العقد.

وإذا كان الفقه المدني الحديث يميل إلى التخلص من فكرة عينية العقود التي انحدرت إلى التقنيات المدنية من الرومان فإنه ينبغي أن لا نساير هذا الاتجاه الذي لا يتفق مع مسلك التشريع العراقي. فتشريعنا في هذا متأثر إلى حد بعيد بالفقه الإسلامي الذي يتوسع في عينية العقود توسعاً ظاهراً، وعلى هذا نجد أن التشريع العراقي يجعل من هبة المنقول والقرض وشركة المضاربة والوديعة والعارية ورهن الحيازة عقوداً عينية حيث نص صراحة على أنها لا تتم إلا بالقبض، المواد (٦٠٣، ٦٦١، ٦٨٤، ٨٤٧، ٩٥١، ١٣٢٢) مدني. وليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على أن العقد لا يتم إلا بقيام أحدهما بتسليم ما تعهد بأدائه. وتسير شركات التأمين أحياناً على أن عقد التأمين لا ينشأ إلا بعد قيام المؤمن له بدفع القسط الأول. وبهذا الاتفاق يصبح العقد عينياً، لأن التسليم يعتبر ركناً في التعاقد.

العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

العقد الملزم للجانبين، أو العقد التبادلي هو العقد الذي ينشأ، منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه، بحيث يكون كل منهما، في ذات الوقت، دائناً ومديناً للآخر. فعقد البيع مثلاً، يرتب، منذ إبرامه، التزامات في ذمة المشتري، أهمها التزامه بدفع الثمن كما يرتب التزامات في ذمة البائع أهمها التزامه بتسليم المبيع.

(١) المادة (٧٧) ثانياً من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

والعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي ينشئ، منذ إبرامه، التزامات في ذمة أحد عاقديه دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائئاً، والآخر مدينأً، فعقد الوديعة، مثلاً لا يترتب التزامات إلا في ذمة المودع لديه وحده، وهي المحافظة على الشيء المودع، ورده (عيناً) عند انتهاء العقد. أما المودع فلا يترتب في ذمته، نحو المودع لديه، التزام ما بمقتضاه.

وللتمييز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد عدة نتائج أهمها:

١- في العقد الملزم للجانبين يوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفي العقد. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزاماته وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد. أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا محل لطلب الفسخ من الطرف الذي لا يلتزم بشيء أو تمسكه بعدم التنفيذ، لأنه لا يتحمل بأي التزام حتى يتحلل منه بالفسخ أو يتمسك بعدم تنفيذه.

٢- في العقود الملزمة للجانبين تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هي سبب التزامات المتعاقد الآخر طبقاً للنظرية التقليدية في السبب. أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فلا يوجد التزام على عاتق أحد الطرفين يمكن اعتباره سبباً لالتزام المتعاقد الآخر.

٣- في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فإنسه ينقضي، وينقضي التزام المتعاقد الآخر، وينفسخ العقد. وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة بجانب واحد.

عقد المعاوضة وعقد التبرع:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلأً لما أعطاه. فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن. وليس من الضروري أن يأخذ المتعاقد المقابل من المتعاقد الآخر وهذا ما يميز عقد المعاوضة عن العقد الملزم للجانبين. فعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول، لأنه أخذ كفالة من المتعاقد الآخر وهو الكفيل في مقابل إعطاء الدين لا للكفيل بل للمدين وهو ليس بطرف في عقد الكفالة. أما بالنسبة إلى الكفيل فعقد الكفالة يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته،

إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ. ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وترعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر^(١).

أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه أو لا يعطي مقابلاً لما أخذه فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشيء المعار، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل الشيء المعار. وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة، إذا كانت العقود الثلاثة الأخيرة دون مقابل، كلها عقود تبرع على النحو الذي قدمناه^(٢). ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار. وبعضها تبرع كالعارية. كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالوديعة دون أجر، وبعضها معاوضة كال كفالة إذا أخذ الكفيل من المدين أجراً على كفالته إياه. وللتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع عدة نتائج أهمها:

١- مسؤولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض، فمسؤولية المودع عنده أيسر من مسؤولية المستأجر كما أن مسؤولية المتبرع له أشد عادة من مسؤولية المعاوض فمسؤولية المستعير أشد من مسؤولية المستأجر. فهذه العقود الثلاثة - الوديعة والإيجار والعارية - تتفاوت فيها مسؤولية المتعاقدين قوة وضعفاً وتدرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده أو يعاوض كالمستأجر، أو يتلقى التبرع كالمستعير.

٢- ضمان المتبرع أخف من ضمان المعاوض. ففي الهبة لا يضمن الواهب الاستحقاق ولا العيب إلا إذا أخفى سببه أو قصد ضمانه أو كانت الهبة بعوض. أما في البيع فيضمن البائع عادة الاستحقاق والعيب، حتى لو كان حسن النية لا يعلم سبب الاستحقاق ولا بوجود العيب.

(١) الوجيز، السنهوري، ص ٤٠. فقرة ٣٧.

(٢) ويجب التمييز في عقود التبرع بين التفضل والهبة. ففي عقد التفضل يقدم المتبرع خدمة مجانية دون أن يتجرد من ملكية الشيء، مثل العارية التي يتبرع فيها المعير بمنفعة الشيء المستعار خلال مدة انعقد فقط، والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله وهو المحافظة على الشيء المودع، والوكالة عقد تفضل لأن الوكيل يتبرع بعمله وهو تنفيذ موضوع الوكالة. ويختلف الأمر في الهبات، حيث يتجرد المتبرع من ملكية المسال الموهوب وينقلها إلى الموهوب له. ويوضح أن عقد الهبة أشد وطأة وخطراً على المتبرع من عقد التفضل.

٣- الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع، وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار كما في الشركة والمزارعة.

٤- يجوز الطعن بالدعوى البولصية في عقود التبرع دون حاجة إلى إثبات سوء نية المتعاقدين، فإذا وهب المدين المعسر شخصاً آخر شيئاً من ماله جاز للدائن الطعن في الهبة ولو كان من الواهب والموهوب له حسن النية. أما في عقود المعاوضة كالباع، فلا بد من إثبات تواطؤ البائع مع المشتري.

العقد المحدد والعقد الاحتمالي: العقد المحدد هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد المقدار الذي أخذ والمقدار الذي أعطى، ولو كان المقداران غير متعادلين. فبيع شيء بثمن معين عقد محدد ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع.

أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد المقدار الذي أخذ أو المقدار الذي أعطى. فالبيع بثمن هو إبراد مرتب مسدى الحياة عقد احتمالي، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع المقدار الذي أعطى لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت المقدار الذي أخذ إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته، والمشتري أيضاً كالبائع يرم عقداً احتمالياً فهو يعرف المقدار الذي أخذ ولكنه لا يعرف المقدار الذي أعطى وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه. ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف. والتميز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي تتجاوز أهميته الاقتصادية أهميته القانونية. على أن هناك بعض نتائج قانونية تترتب على هذا التقسيم.

١- يتأسس العقد الاحتمالي بصفة أصلية على عنصر الاحتمال، وهو الذي تكون فيه فرصة الكسب أو الخسارة أو عدم التوازن بين التزامات الطرفين. فلو اتضح أن هذا الاحتمال لم يكن له وجود عند التعاقد، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً، فالعقد باطل. كما إذا تعاقد شخص على التأمين على حياة آخر اتضح أنه ليس على قيد الحياة، أو إذا باع شخص متراً بإيراد يعطي لشخص ثالث طول حياته، وظهر أن هذا الشخص مات قبل وقوع البيع.

٢- لا يتأثر العقد الاحتمالي، عادة بالغبن، لأن الأساس الذي يقوم عليه هو فكرة الاحتمال، وجواز عدم تعادل التزام أحد المتعاقدين مع التزام الآخر.

٣- لا ينظر المشرع عادة بارتياح إلى العقود الاحتمالية، ولذلك فهو لا يميز بعضها، من هذا ما تقرره المادة (٩٧٥) مدني بقولها «يكون باطلاً كلاً اتفاق خاص بمقامرة أو رهان».

العقد الفوري والعقد المستمر: العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وهو الذي يرد على أداء يمكن تنفيذه في الحال. مثال ذلك عقد البيع الذي يلتزم البائع فيه بنقل ملكية شيء إلى المشتري. ويظل العقد فورياً حتى ولو أجل تسليم الشيء المبيع. أو حتى لو كان الشيء المبيع شيئاً مستقبلاً كثمار حديقة. ولم تنضج بعد، لأن عنصر الزمن في هذين الفرضين لا يلعب دوراً جوهرياً في العقد ولا يؤثر بصفة خاصة في ثمن البيع.

أما العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه مثال ذلك عقد الإيجار أو عقد التوريد. والعقد المستمر من نوعين إما أن يكون مستمر التنفيذ أو أن يكون دوري التنفيذ. ومن أمثلة العقود الزمنية مستمرة التنفيذ، عقد الإيجار، لأن الانتفاع بالشيء لا يتصور إلا ممتداً في الزمان، والأجرة تحسب على أساس المدة. وهو من العقود مستمرة التنفيذ لأن المنفعة تتحقق شيئاً فشيئاً. ومن أمثلة العقود الزمنية دورية التنفيذ، عقد التوريد كالعقد الذي يلتزم بتوريد مواد غذائية لمدرسة أو ناد في فترات دورية منتظمة.

وللتمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر نتائج أهمها:

١- **أثر الفسخ:** للفسخ أثر رجعي. فإذا فسخ العقد، اعتبر كأن لم يكن. وزالت كل الآثار التي رتبها منذ إبرامه. ويترتب على الفسخ، وفقاً لنصوص القانون، هذا الأثر أيضاً كان نوع العقد المفسوخ. ومع ذلك، لا يسلم به الفقه في العقد المستمر، ويجرد فسخه في الأثر الرجعي، بحجة أن ما نفذ منه لا يمكن إعادته.

٢- **ضرورة الإعذار:** إذا كان الإعذار ضرورياً، في أغلب الأحيان، في العقد الفوري، لاستحقاق التعويض عن التأخر في تنفيذه. فإنه لا ضرورة له في العقد المستمر، لأن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المستمر، يجعل تنفيذه غير ممكن، على الأقل بالنسبة لما فات منه.

٣- نظرية الظروف الطارئة: يعتبر العقد المستمر هو النطاق الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، لإمكان تغير الظروف في أثناء سريانه عما كانت عليه وقت إبرامه، أما العقد الفوري فلا يخضع للنظرية إلا إذا كان تنفيذه مؤجلاً^(١).

خطة البحث: عالج القانون المدني العقد في ثلاثة فصول، تكلم في الأول على أركانه، وفي الثاني على آثاره وفي الثالث على انحلاله. وعلى هذا النهج نسير فنتولى شرحها تباعاً.

(١) الدكتور حليمي محمت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، القاهرة سنة ١٩٤٣

الفصل الأول

أركان العقد

العقد يقوم على الإرادة، أي تراضي المتعاقدين. والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة. وهذا هو السبب. فللعقد أذن ركنان: التراضي والسبب. وأما المحل فهو ركن من الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تبرز إلا في الالتزام الناشئ من العقد. وإذن فالمحل يبحث عادة ضمن أركان العقد.

وقد يفرض القانون في التراضي أن يفرغ في شكل مخصوص، وذلك في العقود الشكلية، ومن هنا كان الشكل ركناً من أركان العقد الشكلي.

وقد تكلم القانون المدني، بعد الكلام على أركان العقد، على جزاء تخلف أحد هذه الأركان، وهو بطلان العقد. فلا بد لنا من الكلام على البطلان بعد الانتهاء من الكلام على الأركان.

وعليه فإننا نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، نخصص الأول للتراضي، والثاني للمحل، والثالث للسبب، والرابع للبطلان.

المبحث الأول

التراضي

يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين. وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد، فإنه لا يكفي لصحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن يكون رضاء كل من المتعاقدين صحيحاً غير مشوب بعيب. وعليه فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص أولهما لوجود التراضي، وثانيهما لصحته.

المطلب الأول

وجود التراضي

يجب لوجود التراضي أن توجد إرادة، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، وأن يعبر عنها. ويجب أن توجد كذلك إرادة أخرى مطابقة لها بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين، حتى يقوم العقد. وقد يمر العاقدان بمرحلة تمهد للعقد، كما في الوعد بالعقد، والعربون. وقد يصدر التعبير عن الإرادة في التعاقد من نائب بدلاً من الأصيل.

ومع هذا تتحدد مسائل البحث: ١- وجود الإرادة والتعبير عنها. ٢- تطابق الإرادتين. ٣- الوعد بالتعاقد والعربون. ٤- النيابة في التعاقد.

١- وجود الإرادة والتعبير عنها

وجود الإرادة:

يجب لقيام العقد أن توجد إرادة لدى المتعاقد. فمعدوم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتد بها القانون. كما هي الحال فيمن فقد التمييز لصغر في السن أو جنون، ومن فقد الوعي لسكر أو مرض، ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالتنويم المغناطيسي. وإذا وجدت الإرادة فلا يحفل بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني. فلا عبرة بالإرادة التي لم تنتج إلى إحداث مثل هذا الأثر، كما في أعمال الجاملات، وقبول القيام بخدمة مجانية، والاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تنطوي على نية الالتزام. كذلك لا عبرة بإرادة المازل، وإرادة من يعلق التزامه على محض المشيئة، كأن يقول شخص لآخر أبيعك منزلي إذا أردت. والإرادة الصورية لا يعتد بها بين المتعاقدين. ففي هذه الصور ليست هناك إرادة جدية.

التعبير عن الإرادة:

الإرادة مسألة كامنة في النفس ولا بد من الإفصاح والتعبير عنها حتى يعتد بها قانوناً، فالتعبير هو المظهر الخارجي للمادي للإرادة الكامنة في النفس. وهذا الإفصاح أو التعبير عن الإرادة قد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمنياً. فالقانون لم يشترط مظهراً خاصاً أو شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة إلا في أحوال نادرة^(١).

(١) والقاعدة في التعبير أنه لا يخضع لشكلية ما، وهذا هو مقتضى مبدأ الرضائية. فالتعاقد يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له إلا أنه ترد على هذه القاعدة عدة استثناءات:

١- إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً لإبرام العقد كالرسمية في الرهن مثلاً فلا بد من مراعاة هذا الشكل كوسيلة وحيدة للتعبير.

٢- عندما يشترط القانون الكتابة لإثبات العقد، فإن الكتابة وإن كانت مشترطة لإثبات التعبير لا لوجود التعبير، فإنه من الناحية العملية تعتبر الكتابة قيداً على حرية المتعاقدين في اختيار طريقة التعبير عن الإرادة.». «

والتعبير الصريح عن الإرادة هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس.

وقد يتأدى التعبير الصريح مشافهة باللسان أو بوساطة التليفون أو مخاطبة بالإشارة غير المبهمة من الأخرس أو من غيره إذا تواضع الناس على دلالتها كهز الرأس عمودياً للقبول وهزاً أفقياً أو هز الكتف للرفض أو مكتابة في شكل محرر أو نشرة أو إعلان أو معاطسة باليد، وقد يقع التعبير الصريح بالواسطة بإيفاد رسول لا يكون نائباً.

فإذا وقع التعبير باللفظ وجب أن تستخدم صيغة دالة دلالة قاطعة على إرادة التعاقد في الحال كصيغة الماضي، أما صيغ المضارع والأمر والاستفهام فلائها لا تتمخض للحال وحده، وفقاً للعرف، بل تحتل الحال والاستقبال، كان التعبير بها غير صريح، إذ لا تفسد الغور في التعاقد على وجه اليقين، بل يستفاد هذا المعنى بالرجوع إلى النية^(١).

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه «يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال».

٣- في بعض الحالات يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً مثل ذلك ما تقضي به (الفقرة أ) من المادة ٧٧٨ من القانون المدني العراقي) من أنه في حالة التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن تبرأ دمة المسائر الأول نحو المؤجر إذا رضي المؤجر صراحة بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن. ومثال ذلك أيضاً ما ورد في المادة ٢٩/ثانياً من قانون الإنابات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي تقضي بأن القيود السواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة لا تكون حجة على ما صدرت منه إلا إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً، أو إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته. ٤- إذا اشترط المتعاقدان أن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا صريحاً وفي شكل خاص فإن العقد لا ينعقد إلا إذا روعي هذا الشكل في التعبير عن الإرادة.

(١) جاء في المادة (١٧٠) من مجلة الأحكام العدلية ((ينعقد البيع بصيغة المضارع إذا أريد بهما الحال كسأيع وأشتري. وإذا أريد بهما الاستقبال لا ينعقد)). جاء في البدائع ((أو قال البائع أبيع لك بكذا وقال المشتري اشتريته ونوباً للإيجاب يتم الركن وينعقد وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً فوقع الحاجة إلى التعيين بالنية)) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ج ٥. ص ١٣٣. الطبعة الأولى ١٩١٠. وصيغة الأمر عند الحنفية طلب للإيجاب والقبول وليست إيجاباً أو قبولاً فالتعبير هنا غير واضح.

أما الإشارة المعتبرة فهي الشائعة الاستعمال، ولو جاءت من غير الأخرس، وقد التزم القانون المدني العراقي، في شأنها مذهب مالك فعنده الإشارة من الأخرس ومن غير الأخرس سواء. والتعبير الصريح كما يكون باللفظ والإشارة الشائعة الاستعمال وبالكلمة وبالمبادلة الفعلية، يكون باتخاذ أي موقف آخر لا يحتمل دلالة أي شك، كما لو عرضت بضاعة مبين عليها ثمنها المادة (١/٨٠) من القانون المدني العراقي، أو وضعت آلات أوتوماتيكية في الطريق لبيع بعض السلع أو لوزن الأشخاص، بحيث يستطيع أفراد الجمهور أن يقبلوا الإيجاب بوضع قطعة من النقود في مكان معين، ويحصلوا على السلعة أو الخدمة. وكذلك وقوف السيارات والعربات في الأماكن المعدة لذلك هو تعبير صريح عن إرادة التعاقد إذا استوفى عناصر الإيجاب.

أما التعبير الضمني فهو الإفصاح عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق مع المألوف بين الناس. فتصرف الشخص في شيء عرض عليه أن يشتريه يعد دليلاً على قبوله الشراء، وبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار دليل على أنه يريد تجديد الإيجار.

هل السكوت تعبير عن الإرادة؟ والسكوت موقف سلبي محض لا يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب، لا على وجه صريح وهو ظاهر، ولا على وجه ضمني لكونه عدماً. فالشخص الذي يضع بطاقة بالثمن على سلعة يعرضها للبيع لا يمكن أن يوصف بأنه أوجب من طريق السكوت، فهو ليس بالساکت لأنه اتخذ موقفاً إيجابياً صريحاً، وهو أنه عرض بضاعته وعليها الثمن، فبدلاً من أن يوجب بلسانه نطق بقلمه وهو تدوين الثمن على البطاقة ونطق بيده، وهو عرض السلعة على أنظار الجمهور. فهناك أدن أفعال لا تقل دلالة على الألفاظ في التعبير عن الإرادة. (الفقرة الأولى من المادة ٨٠ من القانون المدني).

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة:

إذا كان التعبير عن الإرادة (أي الإرادة الظاهرة) مطابقاً للإرادة الحقيقية الكامنة في النفس (أي الإرادة الباطنة) فلا صعوبة في الأمر، إذ الأخذ بالإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة يؤدي إلى نفس النتيجة لتطابق الإرادتين. ولكن قد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة كشخص يريد شراء غرفة نوم فيؤشر في كشف مطبوع أمام غرفة طعام، وكالتاجر الذي يضع على بضاعته سعر أقل من السعر الحقيقي. ففي هذه الحالات هل نعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة؟

يذهب الفقه والتشريعات في هذا الصدد مذاهب متعددة.
فطبقاً لما يسمى بنظرية الإرادة الباطنة يكون الاعتداد بالإرادة الحقيقية أي بالإرادة
الباطنة ولكن لما كانت الإرادة الباطنة شيء كامن في النفس فيؤخذ التعبير عنها على أنه
دليل على الإرادة الحقيقية ولكنه دليل يقبل إثبات العكس^(١).

أما نظرية الإرادة الظاهرة فلا تعدد إلا بالإرادة في مظهرها الاجتماعي الملموس الذي
اطمأن إليه المتعاقد وذلك لضمان استقرار التعامل فلا يقبل من أحد المتعاقدين الادعاء بأن
النية التي أضرها تخالف التعبير عن الإرادة.

على أنه رغم هذا الاختلاف النظري بين النظريتين، فإنه من الناحية العملية لا يظهر
الفارق كبيراً إلا إذا قام الدليل على أن التعبير عن الإرادة يخالف الإرادة الحقيقية (الباطنة)
 وإقامة هذا الدليل أمر عسير^(٢). كما وأن أغلب التشريعات لا تأخذ بأي من النظريتين
 بصورة مطلقة، بل تأخذ من كل من النظريتين بقدر.

وسوف نرى عند دراستنا لعيوب الرضا وتفسير العقد أن المشرع العراقي يأخذ تارة
بالإرادة الباطنة وتارة أخرى بالإرادة الظاهرة وذلك كلما اقتضى استقرار التعامل ذلك.

متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره

تقضي المادة (٩١) من التقنين المدني المصري بما يأتي «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في
الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم
يقم الدليل على عكس ذلك». يستفاد من هذا النص أن التعبير عن الإرادة في التعاقد،
سواء كان التعبير إيجابياً أو قبولاً، لا ينتج أثره إلا حين وصوله إلى علم من وجه إليه.

فإذا كان التعبير إيجابياً، وهو العرض البات للتعاقد، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى
علم من وجه إليه. فمنذ هذه اللحظة يصبح صالحاً للقبول.

وإذا كان التعبير قبولاً، فهو لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، أي يتصل
بعلم من ابتداء بالإيجاب. وعندئذ يقرن الإيجاب بالقبول ويتم العقد.

(١) السهرري، الوجيز ص ٥٤.

(٢) الدكتور حلمي بمحت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، القاهرة سنة ١٩٤٣

ويستطيع من مصدر منه الإيجاب العدول عن إيجابه ما دام لم يتصل بعلم من وجه إليه. بل ويستطيع أيضاً الرجوع في إيجابه بعد وصوله ما دام غير ملزم. والإيجاب لا يكون ملزماً إلا خلال فترة معينة يتفق عليها أو تتحدد وفقاً لظروف الحال وطبيعة المعاملة.

ويستطيع القابل أيضاً أن يرجع في قبوله ما دام هذا القبول لم يتصل بعلم الموجب، وعندئذ لا يتعقد العقد. أما إذا اتصل القبول بعلم الموجب، فهنا لا يعتد برجوع القابل، إذ يكون العقد قد انعقد وأصبح ملزماً لا يجوز لأحد طرفيه أن يرجع فيه بإرادة واحدة. ولم يشأ القانون المدني العراقي أن يورد نصاً مقررراً لإنتاج التعبير لأثره على نحو ما ورد في المادة (٩١) من التقنين المدني المصري، وذلك لكونه مطلقاً ولأن القواعد العامة تؤدي إليه في بعض تطبيقاته، ولأنه أثر أن لا يخلط بين الوجود القانوني^(١) للتعبير ولزومه واختار أن يعالج فحسب لزوم هذا التعبير، وفضل أن يتحدث عن هذا اللزوم في مسوطن تمام التعاقد بين الغائبين لأن تعيين تمام التعاقد لا تظهر فائدته إلا بين الغائبين.

من أجل هذا نصت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على ما يأتي «١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك». ٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما».

وصول التعبير قرينة على العلم به: ولا جدال في أن وصول التعبير عن الإيجاب أو القبول إلى من وجه إليه قرينة على علمه به، ولكنها قرينة قانونية غير قاطعة تجوز لمن وجه إليه التعبير، أن يقيم الدليل على أنه لم يعلم بفحواه بالرغم من وصول أداته إليه، فإذا أثبت مثلاً أنه عند وصول الكتاب المتضمن للتعبير عن الإيجاب أو القبول، كان غائباً عن البلاد، أو مريضاً بالمستشفى أو وصلة الكتاب ولكن أحد أفراد أسرته تسلمه ولم يرفعه إليه جاز إسقاط هذه القرينة.

(١) لقد تعرضت المادة (٩١) من التقنين المدني المصري لنقد شديد، لأنها ميزت بين الوجود الفعلي للتعبير ووجوده القانوني. ولزومه وسوت بين مركزي الموجب والقابل في التعبير راجع في تفصيل هذه الانتقادات. شرح القانون المدني العراقي. نظرية الالتزام ج١ للدكتور محمود سعد الدين الشريف، طبعة سنة ١٩٥٥، ص ٩٧ وما بعدها.

أثر الموت أو فقد الأهلية في قيام التعبير عن الإرادة: تنص المادة (٩٢) من التقنين المدني المصري على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدت أهليته، قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

وعلى ذلك فإن التعبير عن الإرادة، سواء كان إيجاباً أم قبولاً، يكون له وجوده الفعلي منذ صدوره فإذا مات من صدر منه أو فقد أهليته، قبل أن ينتج أثره، فإن هذا لا يؤثر في إمكان ترتب أثره إذا ما اتصل بعلم من وجه إليه. فإذا كان هذا التعبير قبولاً صدر عمن شخص، ثم مات هذا الشخص بعد ذلك أو فقد أهليته، أنتج هذا القبول أثره متى اتصل بعلم الموجب. وبذلك يتم العقد وينفذ في مواجهة الورثة أو القيم.

ولكن إذا تبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن شخص من توفي أو فقد أهليته كان محل اعتبار في العقد، فإن العقد لا يتم ولا ينتج التعبير أثره حتى ولو اتصل بعلم من وجه إليه كما لو كان القابل فناناً مثلاً وكانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد.

والقانون المدني العراقي لم يتضمن بين دفتيه نصاً مماثلاً للحكم الوارد في المادة (٩٢) من التقنين المدني المصري فدل ذلك على أنه اختار حكماً مغايراً له، وعلى أنه أراد أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته^(١). ويترتب على ذلك، أنه إذا مات الموجب أو القابل، بعد التعبير عن إرادتهما، وقبل أن يتصل هذا التعبير بعلم من وجه إليه، سقط الإيجاب أو القبول بحسب الأحوال. وكذلك إذا أوجب الموجب وقبل القابل، ثم مات بعد ذلك الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد.

٢- تطابق الإرادتين

المقصود بتطابق الإرادتين، أو التراضي، هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له. إذ أنه يلزم لتمام العقد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين.

(١) وهذا هو مذهب الفانود المدني السوري أيضاً. ويجري التقنين المدني العراقي في هذا المنحى المنسب للمذهب الحنفي. بدائع الصنائع جزء ٥ ص ٢٢٨، جزء ٦ ص ٢٠. وعكس هذا المذهب المالكي.

ويتحقق ذلك بإيجاب يتضمن عرضاً من أحد المتعاقدين، وقبول من جانب الطرف الآخر يفيد الموافقة على العرض، وعندئذ يلزم تطابق الإيجاب والقبول، ويتم العقد باقتران التعبيرين، وفيما يلي نتناول بالبحث ١- الإيجاب. ٢- القبول. ٣- اقتران الإيجاب بالقبول.

الإيجاب

الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة.

فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد. ولذلك يجب أن تتوفر فيه الشروط التي رأيناها فيما يتعلق بوجود الإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها. كما يجب فوق ذلك أن يشتمل على العناصر التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق. وهذه العناصر هي على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التي لا يسد من توافرها لانعقاد العقد. ويضاف إلى هذه الأركان كل شرط آخر يظفر بأهمية خاصة لدى الموجب، حتى لو كان في ذاته أمراً ثانوياً لا أهمية له. فلو أن العقد المراد إبرامه عقد بيع وجب أن يشتمل الإيجاب الصادر في شأنه من البائع يهتم بأمور أخرى تتعلق مثلاً بميعاد التسليم أو مكانه وجب عليه أن يذكر هذه الأمور أيضاً في الإيجاب.

وفي حياتنا اليومية كثيراً ما تظهر الإرادة في التعاقد في صورة عرض بات وقاطع، بحيث لا ينقص تمام العقد إلا اقتران الإيجاب بالقبول. ومثال ذلك شراء بضاعة بالثمن المعروف، أو تناول الطعام بالثمن المكتوب، أو النزول في فندق بالسعر المحدد. على أن هناك عقوداً، ولاسيما المعاملات الهامة، لا تتم في هذه الصورة البسيطة بل يسبق الإيجاب البات مراحل تمهيدية تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعاً إلى مستوى الإيجاب.

١- فقد تبدأ المسألة بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين يريد به أن يستطلع رأي الطرف الآخر ويقف على مدى استعدادده، فإذا تبين أن لديه رغبة في التعاقد دخل معه في مفاوضات قد تطول أو تقصر. وكل ما يدخل في نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التفاوض أو التعاقد، ولا يعتبر إيجاباً صالحاً لأن يقترن به قبول يؤدي إلى قيام العقد. ويعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض أن يعرض

شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه، كأن يعرض شخص متزلاً للبيع دون أن يحدد الثمن، أو يعرض متزلاً للإيجار دون أن يحدد الأجرة^(١).

ومن الحالات التي تثار البحث في شأنها العرض الموجه إلى الجمهور. وقد تناولها التقنين المدني العراقي في المادة (٨٠) مدني فنص على أن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض.

وإذا كانت شخصية التعاقد محل اعتبار فلا يعتبر إيجاباً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركانه بل يكون دعوة إلى التفاوض. كأن يعلن شخص عن حاجته إلى سكرتير خاص يحمل شهادة معينة ويعمل بمرتب معين. أو يعلن شخص عن حاجته إلى شريك يساهم معه في مشروع معين بمبلغ معين. أو ترسل شركة التأمين شروط التأمين ونسخة من العقد إلى أحد الأشخاص، إذ أن هناك مع ذلك اعتبارات يجب أن تراعيها الشركة قبل التعاقد.

٢- وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات إلى إيجاب مصحوب بتحفظات صريحة أو ضمنية كأن يعرض شخص التعاقد بضمن معين مع احتفاظه بحقه في تعديل هذا الثمن تبعاً لتغير الأسعار. إذ يكون إيجابه بالثمن الذي عينه ملحوظاً فيه أن يستغير بتغير الأسعار. وكأن يعرض شخص التعاقد على الجمهور بشأن سلعة يحدد ثمنها وتكون كميتها محدودة، أو بشأن أماكن الجمهور بشأن أماكن في مسرح أو سينما، إذ يكون إيجابه ملحوظاً فيه ضمناً أن الكمية أو الأماكن قد تنفذ ففي مثل هذه الحالات يتفقد الموجب بإيجابه مع مراعاة هذه التحفظات.

٣- فإذا خرج الطرفان من دور المفاوضة، ولم يكن هناك تحفظ، أصبحنا بصدد إيجاب بات. فإذا صادف هذا قبول مطابق تم العقد.

(١) والقانون لا يرتب في الأصل على المفاوضات أثرًا قانونيًا، فكل شخص حر في قطع المفاوضة في أي وقت يريد. على أن العدول عن المفاوضة قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ. والمسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية أساسها العدول في ذاته. بل تكون المسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ. ويكلف من أصيب بالضرر إثبات خطأ الطرف الآخر. كأن يثبت مثلاً أن من قطع التفاوض لم يكن جاداً عند العدول فيها، أو أنه لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب بحيث أضاع عليه صفقة رابحة أخرى. وعندئذ يحق للمضرور المطالبة بالتعويض. والمسألة موضوعية تخضع لظروف الواقع ويقتدرها القاضي على ضوء كل حالة.

الإيجاب في عقود المزايدة: تنص المادة (٨٩) مدني على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو «المزايدة» ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقبال المزايدة دون أن ترسو على أحد. هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى».

والمعلوم أن هناك عقوداً تتم بطريق المزايدة أو المناقصة. مثل البيوع الجبرية التي تتم في المزايدة عن طريق القضاء أو الإرادة. وقد يختار الشخص أن يبيع أو يؤجر بطريق المزايدة، كما تفعل المصالح الحكومية.

ويستفاد من حكم النص المتقدم أن طرح الصفقة للبيع بالمزايدة هو بمثابة دعوة إلى التفاوض. أما الإيجاب فلا يكون إلا بتقديم عطاء، والقبول هو إرساء المزايدة على شخص معين وما دام التقدم يقترون عادة بميعاد ضمني، ويلتزم المتقدم به بالإبقاء عليه خلال هذا الميعاد الضمني الذي يستفاد من ظروف الحال.

وينقضي هذا الميعاد عند التقدم بعطاء أكبر. ولا يمنع سقوط العطاء أن يكون العطاء الأكبر منه باطلاً، كأن يصدر من شخص مجنون أو ممنوع من التعامل بشأن الصفقة المعروضة.

وقد يشترط في إعلان المزايدة أن يكون لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم. وهذا الشرط صحيح. وعندئذ لا يتم إرساء المزايدة إلا باستعمال الخيار المذكور في الإعلان وفي المزايدات التي يلزم فيها التصديق. كما هو شأن المزايدات الحكومية، لا يرسو المزايدة إلا بعد التصديق عليه. ويعتبر التصديق هو القبول بإرساء المزايدة^(١).

القوة الملزمة للإيجاب: نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: «إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد».

مؤدى هذا النص أن اقتران الميعاد بالإيجاب يجعله ملزماً وأساس الالتزام هو الإرادة المنفردة بنص القانون. وقد يستفاد الإلزام من طبيعة الحال وظروف المعاملة فالبيع بشرط التجربة يستلزم تقييد البائع بإيجابه خلال المدة اللازمة

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصفة، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري طبعة ١٩٧١.

للتجربة، أما إذا كان الإيجاب صادراً لغائب وجب على الموجب أن يقيم على إيجابه المدة اللازمة لوصول القبول إليه على افتراض أن القابل سوف يبعث برده دون إبطاء. وغني عن البيان أن الموجب إذا لم يحدد ميعاداً للقبول أو لم يكن هذا الميعاد مستفاداً من طبيعة الحال وظروف المعاملة، فإنه يسوغ له العدول عن إيجابه متى شاء ما دام لم يتلاق بالقبول.

سقوط الإيجاب: يؤخذ مما تقدم أن الإيجاب يسقط بعد لزومه في حالتين: (الأولى) أن يرفض القابل هذا الإيجاب، ولرفض الإيجاب صور سوف نعرض لها. (الثانية) أن تنقضي المدة التي يلزم خلالها الإيجاب. فإذا سقط الإيجاب بانقضاء الميعاد، استتبع هذا اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد^(١).

الإيجاب القائم: وقد يقوم الإيجاب دون أن يكون ملزماً، كالإيجاب الصادر في مجلس العقد، وهو يقابل الإيجاب غير محدد المدة بين الغائبين، في هذه الصورة لا يسقط إلا في ثلاث حالات:

(الأولى) أن يعدل عنه الموجب، قبل انقضاء المجلس.

(الثانية) أن يصدر من أحد المتعاقدين في المجلس قول أو فعل يدل على الإعراض عنه. المادة (٨٢) مدني.

(الثالثة) أن ينفذ المجلس دون أن يقترن الإيجاب بالقبول.

ولا عبرة بالقبول الواقع بعد العدول أو الإعراض أو انقضاء المجلس، الفقرة الأخيرة من المادة (٨٢) مدني، لأن هذا القبول المتأخر لا يصادف تعبيراً يقترن به ولذلك يكون إيجاباً جديداً.

القبول

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب. فهو الإرادة الثانية في العقد. ويشترط في القبول حتى ينتج أثره القانوني أي حتى ينعقد به العقد ما يأتي:

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ - ص ٣٦.

- ١- يجب، كما هي الحال في الإيجاب، أن تتوفر فيه الشروط التي رأيناها فيما يتعلق بوجود الإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها.
- ٢- ويجب أن يصدر القبول والإيجاب ما يزال قائماً. فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة. وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد. أما إذا كانت المدة التي حددت للإيجاب قد انتهت، أو كان المجلس قد انقضى، أو كان الإيجاب قد سقط لسبب غير هذين من أسباب السقوط التي عرفناها، فإن القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجاباً جديداً يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه.
- ٣- يجب أن يأتي القبول مطابقةً للإيجاب مطابقة تامة. فإذا تضمن القبول أي تعديل للإيجاب في مسألة جوهرية أو ثانوية فإن العقد لا ينعقد.

ولكن قد يحدث أن يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد ويحتفظان بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولا يشترطان أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية في هذا الغرض يعتبر العقد قد تم ما دام الطرفان قد اتفقا على المسائل الجوهرية في العقد وفي حالة قيام خلاف بين الطرفين على المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي بما طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة المادة (٨٦) مدني. ويلاحظ أن القاضي في هذه الحالة يكمل إرادة المتعاقدين ويساهم في إبرام العقد مما يخرج عن حدود مهمة القاضي العادية التي تقتصر على تفسير العقد.

أما إذا تناقش المتعاقدان في المسائل التفصيلية دون الوصول إلى اتفاق وتبين أن نيتهما انصرفت إلى تعليق الاتفاق على الوصول إلى حل بشأنهما فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة.

حرية القبول:

إذا وجه الإيجاب فإن الموجب له لا يتحتم عليه القبول، بل يكون حراً في أن يقبله أو يرفضه. فهذا هو الأصل، غير أن حرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه، إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع.

ومن الأمثلة العملية في هذا الصدد أن هناك طوائف من الأشخاص تستحث الناس على الإيجاب وتدعوهم إليه، كالشجار حينما يوجهون النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار الجاري التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة إلى الجمهور أو الأفراد، وأصحاب الفنادق والمطاعم حينما يفتحون أبوابها لاستقبال التزلاء والزبائن، وأرباب الصناعات الذين يدعون العمال إلى العمل في مصانعهم. فهؤلاء وأمثالهم لا يعتبر العرض من جانبهم في مثل هذه الحالات إيجاباً، بل يكون دعوة إلى التعاقد، فإذا استجاب أحد لهذه الدعوة كانت هذه الاستجابة إيجاباً لا يحق لصاحب الدعوة أن يرفضه لسبب غير مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض. ويترتب على الرفض التعسفي أن يسأل من وجه الدعوة إلى التعاقد، وللقاضي الخيار بين أن يقصر التعويض على مبلغ من المال، أو يصل إلى حد اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك^(١).

حالات خاصة للقبول:

هناك بعض صور خاصة للقبول وسوف نقتصر على بحث حالة السكوت الملايس وحالة القبول في عقود الإذعان.

السكوت الملايس: تنص المادة (٨١) من التقنين المدني العراقي على أنه.

- ١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً.
- ٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

والواقع أن السكوت هو موقف سلبي لا يدل على شيء. ويقال في الشريعة الإسلامية «لا ينسب إلى ساكت قول». وعلى وجه التحقيق فإن السكوت لا يعتبر إيجاباً في أي حال من الأحوال. وكذلك فهو لا يعتبر قبولاً في معظم الأحوال.

(١) المذكورة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٠. السنهوري، الوحي، ص ٧١، هامش

وعلى هذا النحو إذا أرسلت دار النشر صحيفة أو مجلة إلى أحد الأشخاص فلا يعتبر سكوته عن الرد قبولاً منه للاشتراك في هذه المجلة أو الصحيفة.

ومع ذلك فهناك حالات خاصة تحيط بها ظروف ملائمة بالسكوت مما يستدل منه أن السكوت بمثابة قبول للإيجاب. ويسمى السكوت في هذه الحالات بالسكوت الملايس نسبة إلى الظروف التي تلائمه وتحيط به^(١).

وقد نص المشرع على ثلاث صور للسكوت الملايس:

١- إذا تخضع الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، كالهبة توجه إلى شخص فيسكت عن الرد فيحمل سكوته على أنه قبول لها.

٢- إذا وجه تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، فإن السكوت يعتبر في هذه الحالة قبولاً للإيجاب. مثال ذلك تاجر التجزئة الذي يرسل في طلب بضاعة من تاجر الجملة الذي يتعامل معه. ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولاً منه لطلب تاجر التجزئة وينعقد العقد.

٣- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يجعل السكوت عن الرفض قبولاً، فإنسه يعتبر كذلك في حكم القانون. مثال ذلك عميل البنك الذي يتلقى كشفاً بالحساب من البنك فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية، اعتبر ذلك قبولاً منه لهذا الحساب.

القبول في عقود الإذعان

عقد الإذعان هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلقاً بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق.

فعقد التأمين وعقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطيران وعقد اشتراك المياه والنور. تعد عقود إذعان. إذ أن القابل لمثل هذه العقود لا يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع. ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه.

(١) مع ذلك فإن الفقرة الثانية من المادة (٣٤٠) تنص على: "حالة الدين تنقضي بأنه ((٢- إذا قام الخيل أو الخال عليه بإبلاغ الخوالة للمحال له أجلاً معقولاً لقبول الخوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الفسخ اعتبر سكوت المحال له رفضاً للخوالة))."

الخصائص المميزة لعقد الإذعان:

- ١- الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه.
- ٢- العقد يتعلق بسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة الحديثة.
- ٣- الإيجاب يصدر للناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر. ويغلب أن يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا يجوز النقاش فيها، وأكثرها المصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وتارة أخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر.

طبيعة عقود الإذعان:

انقسم الفقه في طبيعة عقود الإذعان، فذهب فريق إلى إنكار صفة العقد على عقود الإذعان إذ العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما القبول في عقد الإذعان فهو إذعان ورضوخ فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه. لذلك يجب تفسيره كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية.

وفريق ثان وهم أغلبية فقهاء القانون المدني يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. فإذا كان أحد الطرفين في مركز ضعف، فهذه ظاهرة قانونية، علاجها أن يتدخل المشرع بتنظيم عقود الإذعان وليس بأن يترك القاضي يغير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الضعيف فتضطرب بذلك المعاملات وتفقد استقرارها.

وقد نظم التقنين المدني العراقي بعض عقود الإذعان مثل عقد الالتزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين ثم أتى بأحكام عامة لتنظيم عقد الإذعان تضمنتها المادة (١٦٧) مدني فنصت على أنه «١- القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة. ٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ٣- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائماً».

يستخلص من هذا النص أن:

- ١- للقاضي أن يعدل أو يعضي الطرف المدعى في عقد الإذعان من الشروط التعسفية.
- ٢- يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقديره للشروط التعسفية، ولم يرسم له المشرع حدوداً في ذلك إلا ما تقضي به قواعد العدالة.
- ٣- أي اتفاق يحرم أو يعدل من السلطة الممنوحة للقاضي بشأن عقد الإذعان يعد اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام.
- ٤- إذا كان الشك يفسر دائماً لمصلحة المدين، فإنه في عقود الإذعان يجب أن يفسر في مصلحة الطرف المدعى، دائماً كان أم مديناً.

اقتراح الإيجاب بالقبول

فرغنا من دراسة الإيجاب والقبول كل منهما على انفراد وعلينا الآن أن نبحث في نقطة التقاء الإرادتين، أو بعبارة أخرى نحدد اللحظة الزمنية التي يتصل فيها الإيجاب بالقبول فينشأ العقد، وفي هذا الصدد تنبغي التفرقة بين فرضين: الأول أن يكون الطرفان في مجلس واحد وهو التعاقد بين حاضرين، والثاني أن تمضي فترة من الزمن بين الإيجاب والقبول لتباعد الطرفين وهو التعاقد بين غائبين.

التعاقد بين حاضرين وهو الذي يسمى أيضاً بالتعاقد في مجلس واحد والمقصود بمجلس العقد أن يكون الطرفان على اتصال مباشر، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به. ويتحقق ذلك عادة باجتماع الطرفين في مكان واحد، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة. وقد يتحقق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين إذا كان بينهما اتصال مباشر يجعل الموجب بعلم بالقبول فور صدوره، وذلك إذا كانا متصلين بطريق التليفون أو بطريق آخر مماثل فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكماً. ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائماً طالما كان الطرفان منشغلين بالتعاقد، وينقضي إذا صرف المتعاقدان، أحدهما أو كليهما، عن التعاقد شاغل آخر حتى لو ظللا يجمعهما مكان واحد.

وتنص المادة (٨٢) مدني على أنه «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس. فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك».

ويستفاد من هذا النص أن الإيجاب غير ملزم، فيملك الموجب العدول عنه أثناء المجلس، ما دام لم يقترب بالقبول. فإذا اقترن به قبول لزم العقد. وتكرار الإيجاب قبل القبول، يبطل الإيجاب الأول، ولا يعتبر إلا الإيجاب الأخير (المادة ٨٣ مدي). لأن تكرار الإيجاب يتزل متزلة العدول عن الإيجاب الأول. كما يظهر من النص المشار إليه أن الموجه إليه الإيجاب حر في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه، وهذا ما يسمى بخيار القبول^(١). وأنه لا يشترط الغور في القبول، لأن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فور الإيجاب ما دام قد صدر قبل أن يصدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض عن التعاقد. وقبل أن ينفض المجلس.

التعاقد بين غائبين: كثيراً ما يتم التعاقد بين غائبين، أي بين شخصين لا يوجدان في مجلس واحد. ويكون ذلك بطريق البريد أو بطريق البرق أو بواسطة رسول.

وهذا ينقضي وقت من الزمن بين صدور القبول وبين علم الموجب بالقبول. ويثور التساؤل عن تحديد وقت انعقاد العقد وهل هو وقت صدور القبول أم وقت علم الموجب به أم غير ذلك. وقد عرفت في هذا الشأن أربع نظريات هي:

١- نظرية الإعلان ومقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب، ففي هذه اللحظة يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد. ويتفق هذا أيضاً مع السرعة في المعاملات وفي التجارة بصفة خاصة. ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. والقبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة لا يحدث أثره إلا من وقت أن يتصل بعلم من وجه إليه لا من وقت إعلانه.

٢- نظرية التصدير ومقتضاها انعقد العقد لا بمجرد إعلان القبول، بل بعد تصديره، أي بعد وضع الخطاب في صندوق البريد. أو تسليم البرقية إلى مكتب الإرسال إلى غير ذلك من أمثلة. وهذه النظرية لا تزيد عن النظرية السابقة إلا في التأكد من

(١) ولم يرد في القانون المدني العراقي ما يشير إلى خيار المجلس، وهو الخيار الذي يقتضيه اعتبار العقد غير لازم ما دام مجلس العقد لم ينفض. هذا الخيار يقول به الشافعية والحنفية ومعه الحنفية كما يمنعه القانون المدني. انظر محاضر الاجتماعات للجنة مشروع القانون المدني العراقي «الكتاب الأول» في النظرية العامة. ص ١٠-١١.

أن القبول قد أصبح باتاً، ويعيها ما يعيب النظرية السابقة. وكذلك فإنها لا تتضمن
أن القبول قد أصبح باتاً إذ من الجائز استرداد الرسالة أو البرقية طالما أنها لم تصل إلى
المرسل إليه، كما يجري على ذلك العمل في معظم البلاد.

٣- نظرية الوصول ومقتضاها يعتمد العقد بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب، بغض
النظر عن علمه بالقبول. والوصول حسب هذه النظرية لا يعدو أن يكون قرينة على
العلم ولذلك فلا يخرج هذه النظرية على النظرية الرابعة وهي نظرية العلم.

٤- تقتضى نظرية العلم فإن العقد لا يعتمد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب، وهذه
النظرية تتفق مع القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت
الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وهو في هذه الحالة الموجب الذي يوجه إليه
القبول.

وقد نص المشرع العراقي على هذا الحكم في المادة (٨٧) مدني التي تقتضي أنه
«١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب
بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون
مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما».

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما
يخالفه كأن يتفق مثلاً أن العقد يتم بمجرد الإعلان عن القبول وقبل وصوله إلى علم
الموجب أو غير ذلك.

ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أهمية كبيرة من الناحية العملية.

فمحدد زمان انعقاد العقد يحدد لنا المسائل التالية:

أ- الوقت الذي يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه إذا كان الإيجاب غير ملزم وكذلك
الوقت الذي يجوز فيه للقابل أن يعدل عن قبوله.

ب- في الدعوى البولصية لا يجوز للدائن أن يطعن في العقد الصادر من مدينه إلا إذا كان
دينه سابقاً على هذا العقد.

ج- في حالة إشهار إفلاس التاجر فإن العقود التي أبرمت في فترة الريية^(١) لا تنفذ في حق
الدائن.

(١) فترة الريية هي الفترة فيما بين توقف التاجر عن دفع دينه وصدر الحكم بإشهار إفلاسه. وفي بعض الحالات
تعد الريية إلى العشرة أيام السابقة على التوقف عن الدفع.

د- تترتب آثار العقد من تأريخ إبرام العقد كانتقال الملكية في منقول معين بالاسماء أو حق المشتري في الثمار.

كما أن لتحديد مكان انعقاد العقد أهمية في تحديد المحكمة المختصة بنظر أي نزاع بين الطرفين. فالقاعدة أن المحكمة المختصة هي المحكمة التي تم في دائرتها العقد. هذه الاعتبارات العملية الهامة تبدو أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

٣- الوعد بالتعاقد والعربون

١- الوعد بالتعاقد (الاتفاق الابتدائي)

التعريف به، أنواعه، أحكامه: الوعد بالتعاقد عقد يلتزم فيه أحد الطرفين (أو كلاهما) بإبرام عقد في المستقبل إذ أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد يتفق عليها. ومن هذا نتبين أن الوعد بالتعاقد عقد، وهو يتم بإيجاب وقبول، ولكنه عقد تمهيدي، يراد من ورائه إبرام العقد الأصلي الموعود في المستقبل، بحيث إذا أبدى الموعود له رغبته تم العقد دون حاجة إلى تدخل إرادة الواعد من جديد. مثل ذلك أن يرغب شخص في شراء منزل يسكنه ولكنه لا يملك ثمنه، فيتفق مع مالكة على أن يبيعه له بثمان معين إذا أبدى رغبته في شرائه خلال مدة يتفق عليها. في هذه الحالة يوجد وعد بالبيع يلتزم المالك بمقتضاه قبل الطرف الآخر. فإذا أبدى هذا الأخير رغبته في الشراء، تم بينهما عقد البيع النهائي ومن هذا نتبين أن الوعد عقد تمهيدي أو مرحلة تمهيدية تسبق إتمام العقد النهائي. هذا الوعد يكون ملزماً لجانب واحد هو الواعد، وهو البائع في الغرض السابق، وهذا هو الوعد بالبيع. وقد يكون وعداً بالشراء يلتزم فيه المشتري بالشراء إذا أبدى البائع رغبته في إتمام العقد النهائي.

لكن يشور الخلاف حول ما إذا كان يمكن أن يوجد وعد متبادل بالتعاقد، حيث يلتزم فيه الجانبان كأن يلتزم البائع بأن يبيع المشتري بالشراء منه، فقد قيل أن هذا يعد عقداً. إذ الوعد المتبادل بإبرام العقد إنما هو العقد ذاته.

ومع ذلك فإننا نرى أن هناك فارقاً بين عقد الوعد الملزم للجانبيين والعقد ذاته، ذلك أنه في حالة عقد الوعد إذا كان كل من الطرفين يلتزم قبل الآخر فإن هذا لا يعني أن العقد الموعود به قد صار نهائياً وذلك لأنه إذا لم يبد كل من الطرفين رغبته في إبرام العقد النهائي خلال المدة المعينة، سقط الوعد. ولا بد من أن يبدى كل منهما رغبته، خلافه لخلالة الوعد الملزم لجانب واحد، إذ يكفي أن يبدى الموعود له فقط رغبته فيستم العقد. واتفاق الطرفين على إمكان إظهار رغبتهما يعني أنهما لم يريد أن يجعلوا من العقد عقداً نهائياً.

وقد أورد القانون المدني العراقي نظرية عامة للعقد بالتعاقد، حيث نص في المادة (٩١) مدني على أن الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. كما نصت هذه المادة على أنه إذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد. وعلى هذا الأساس نعرض لشروط الوعد ثم لآثاره.

شروط الوعد بالتعاقد: الوعد بالتعاقد عقد، ولهذا يلزم توافر الشروط العامة لانعقاد العقد. ولما كان الواعد في حالة الوعد الملزم لجانب واحد، وهو الوضع الغالب كما قدمنا، يلتزم منذ البداية، أي منذ الوعد، فإنه ينبغي أن ينظر إلى هذا الوقت بالنسبة لتحديد عيوب الرضا ونقص الأهلية، خاصة أنه لن يصدر من الواعد أي رضى بعد ذلك. أما بالنسبة للموعود له، فإنه ينظر إلى وقت إبداء رغبته وهو الوقت الذي يصير فيه العقد نهائياً، سواء بالنسبة لعيوب إرادته أم بالنسبة لأهليته في إبرام العقد الموعود به.

ويلزم فضلاً عن توافر الشروط العامة للعقد، أن يتم الاتفاق بين طرفي الوعد على المسائل الجوهرية للعقد به، ففي البيع مثلاً يلزم الاتفاق على المبيع والثمن. كما يلزم الاتفاق على المدة التي يجب أن يبدى الموعود له رغبته خلالها، فالمدة مسن الشروط الجوهرية، وإذا ما تخلف الاتفاق عليها، كان الوعد باطلاً. وإذا ما حدد الطرفان مدة، فإنه يجب أن يعبر الموعود له عن رغبته خلالها وإلا تحلل الواعد من التزامه قبله.

وقد عرض القانون لضرورة مراعاة الشكل في عقد الوعد، إذا كان العقد الموعود بإبرامه من العقود الشكلية. ولهذا يتعين لصحة عقد الوعد أن يتوافر فيه الشكل الذي يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الموعود بإبرامه. والحكمة من هذا واضحة وهي عدم التهرب من الشكل الذي قد يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الأصلي. لأنه لو فرض أن الشكل لم يراع في عقد الوعد ثم نكل الواعد وقاضاه الموعود له طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط الأخرى اللازمة لتمام العقد متوافرة، فإن الحكم متى حاز قسوة الأمر المقضي يقوم مقام العقد.

فإذا كان الشكل قد تخلف استطاع الطرفان بذلك التخلص منه عن طريق عقد الوعد وهو ما يعد تحايلاً على القانون، إذ يتوصل الطرفان بطريقة غير مباشرة إلى التخلص من الشكل الذي قد يستلزمه القانون.

آثار الوعد بالتعاقد: سواء كان الوعد بالتعاقد ملزماً لجانِب واحد أو ملزماً للجانِبين فإنه إذا انعقد صحيحاً يلزم الواعد بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها. لكن لا يترتب عليه أي من آثار العقد الموعود به. فلو أن هناك وعداً بالبيع مثلاً فإنه يلزم الواعد بإبرام عقد البيع إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في ذلك قبل فوات المدة المتفق عليها. لكن لا يترتب على هذا الوعد التزام الواعد بنقل ملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه، ولا التزام المشتري بدفع الثمن، فهذه كلها آثار لا يترتبها إلا عقد البيع النهائي إذا تم.

ويترتب على ذلك أن يظل الواعد في هذا المثل مالِكاً للشيء المعين بالذات المراد بيعه. فإذا هلك الشيء قضاءً وقدرًا تحمل الواعد تبعه هلاكه، لأنه ما يزال هو المالك ولكنه لا يسأل عن الضمان نحو الموعود له ما دام أن الهلاك كان قضاءً وقدرًا^(١).

كما يترتب على ذلك، وهذا هو الأصل، أنه إذا تصرف الواعد في الشيء قبل تمام العقد النهائي سرى هذا التصرف في حق الموعود له، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام الموعود له إذا أظهر رغبته في الشراء إلا أن يرجع بالتعويض على الواعد الذي أخل بوعده.

(١) السنهوري، الوجيز، فقرة رقم ٩٥، ص ٨٨.

ويستطيع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد، فينقله إلى شخص آخر. وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلى ورثته.

هذا هو الوضع الذي ينشأ من الوعد طالما أن المدة المتفق عليها لم تنته بعد ولم يتضح موقف الموعود له. فإذا انتهت هذه المدة دون أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد سقط الوعد، وفي هذه الحالة يزول ما كان يلتزم به أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر، لا فرق في ذلك بين أن يكون الوعد ملزماً لجانِب واحد أو ملزماً للجانِبين. ولا يصح أن نقصر هذا الحكم على الوعد الملزم لجانِب واحد، لأن اتفاق الطرفين في الوعد الملزم للجانِبين على مدة لإبداء الرغبة في التعاقد يعني أن إرادتهما قد اتجهت إلى التحلل من هذا الوعد إذا لم تظهر هذه الرغبة من جانب أي منهما في خلال هذه المدة، كما سبق أن ذكرنا. وكذلك يسقط الوعد إذا كانت المدة لم تنته ولكن الموعود له أعلن عدم رغبته في التعاقد، إذ يكون قد نزل على الحق الذي له قبل الواعد.

أما إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائي يتم ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد، وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي.

فوقت إبداء الرغبة هو الوقت الذي يتم فيه العقد النهائي، وهو بالتالي الوقت الذي ترتب فيه آثار العقد.

وتقول المادة (١٠٢) مدني مصري في هذا الصدد أنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منهما بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد». فإذا أعلن الموعود له رغبته في التعاقد وجب على الواعد أن يقوم بتنفيذ العقد النهائي الذي تم بإعلان هذه الرغبة.

فإذا نازع الواعد في صحة هذا العقد أو امتنع عن تنفيذه كسان للموعود له أن يستصدر حكماً يقوم مقام العقد. وإذا كان العقد الموعود به بيع عقار فإنه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار إلى الموعود له.

غير أنه إذا كان محل العقد الموعود به شيئاً معيناً بالذات وتصرف فيه الواعد إحصائياً منه بوعده فلا يبقى أمام الموعود له في هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض^(١). والمتأمل في هذا النص لا يجد فيه إلا تطبيقاً سليماً للقواعد العامة التي تنظم التنفيذ العيني الجبري، تلك القواعد التي تجبر المدين على تنفيذ ما التزم به تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً المادة (١/٢٤٦) مدني ومن ثم فلا مانع من الأخذ به وإن جاء قانوننا المدني حالياً من نص مماثل له.

٢- العربون:

العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، وذلك للدلالة، إما على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه وإما على أن لكل منهما حق العسول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون. وأكثر ما يحصل ذلك في عقد البيع وعقد الإيجار. والعبارة في معرفة دلالة العربون بحقيقة ما اتجهت إليه إرادة العقادين عند دفعه. وعلى المحكمة أن تستخلص النية الحقيقية للعاقدين في هذا الشأن من ظروف التعاقد إذا لم تكن هذه النية واضحة في شروط العقد.

ولم تتفق القوانين في الدلالة التي تخلعها على العربون. فبعضها يذهب إلى أن العربون يفيد الاحتفاظ بالحق في العسول عن العقد، وهذه هي القوانين اللاتينية القديمة وعلى الأخص القانون الفرنسي (مادة ١٥٩٠) والقانون المدني المصري (مادة ١٠٣). بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه يفيد تأكيد العقد والبت فيه، وهذه هي القوانين الجرمانية وغيرها من القوانين الحديثة كالقانون الألماني (مادة ٣٣٦) وقانون الالتزامات السويسري (مادة ١٥٨).

أما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (٩٢) منه على أنه:

(١) نصت المادة ٣٣٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني في خصوص الوعد ببيع العقار على أنه إذا رفض الواعد تلبية دعوة المشتري الموعود له لتحرير صك البيع النهائي وتسجيله. وجب على المشتري أن يتخذ الإجراءين الآتيين: (١) أن يصرح كتابة قبل انقضاء المدة المنقضية عليها لإبداء الرغبة برغبته في الشراء للبائع ولرئيس المكتب العقاري. (٢) أن يرفع دعواه على الواعد إلى المحكمة خلال الخمسة عشر يوماً التالي لتسليم التقرير بالشراء للحصول على حكم بتسجيل البيع، ويجب إدخال رئيس المكتب العقاري في الدعوى حتى يصدر الحكم في مواجعتها. الدكتور عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام في القانون اللبناني وفي القانون المصري

«١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢- فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً». وبناء على ذلك يعتبر الأصل في القانون المدني العراقي أن دفع العربون عند إبرام العقد يعتبر دليلاً على أن العقد قد أصبح نهائياً لا يجوز الرجوع فيه. فلكل من العاقدين حق مطالبة الآخر بتنفيذه، ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكمالهما ففي عقد البيع مثلاً يعتبر العربون تعجيلاً لجزء من الثمن يجب خصمه من أصل الثمن عند تنفيذ العقد. على أن هذا الأصل يجوز الاتفاق على ما يخالفه فيجوز للطرفين الاتفاق على أن العربون جزاء لحق العدول عن العقد. وفي هذه الحالة إذا عدل من دفع العربون فقده، أما إذا عدل من قبض العربون فعليه أن يرده ويرد مثله للطرف الآخر حتى يكون بذلك قد خسر ما يعادل مقدار العربون جزاء لعدوله عن العقد. ويلاحظ أن من يعدل عن العقد يلزم بدفع العربون كاملاً حتى وإن لم يحصل للمتعاقد الآخر أي ضرر نتيجة لهذا العدول لأن العربون ليس تعويضاً عن ضرر وإنما جزاء لحق العدول. وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً اتفاقياً للتعويض عن الضرر الذي قد يصيب الدائن بسبب إخلال المدين في تنفيذ العقد ولذلك لا يحكم به إذا لم يصب الدائن ضرر محقق ويجوز تخفيضه إذا كان مبالغاً في تقديره مادة (١٧٠) مدني.

٤- النيابة في التعاقد

قد لا يستطيع صاحب الشأن في التصرف القانوني إبرام هذا التصرف بنفسه لظروف تحول دون وجوده في مجلس العقد أو لنقص أهليته أو لأي سبب آخر، وحينئذ ينوب عنه شخص آخر في إبرام التصرف القانوني.

فالنيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني. على أن ينتج هذا التصرف القانوني آثاره في ذمة الأصيل.

ففي عقد البيع مثلاً يجوز أن يبرم هذا العقد نائب عن البائع أو المشتري على آثار عقد البيع وما يترتب من حقوق والتزامات، تضاف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب والنيابة قد تكون اتفاقية، وتحدد سلطة النائب في هذه الحالة بناء على اتفاق بين الأصيل والنائب ويسمى عقد الوكالة.

وقد تكون النيابة قانونية، وتحدد سلطة النائب بمقتضى نص القانون كحالة ولاية الأب على ابنه.

وقد تكون النيابة قضائية، وذلك إذا كان تعيين النائب بحكم قضائي كالوصاية والقوامة والوكالة عن الدائنين في التفليسة وتلحق أحكامها بأحكام النيابة القانونية. والأصل أن النيابة تنصرف إلى التصرفات القانونية دون الأعمال المادية، إلا ما لا يستتبع من التصرفات الأولى للإنابة، فلا يسوغ للإنسان أن ينيب عنه من يخلف اليمين بدلاً منه، فإن ذلك يرجع إلى ذمة الخالف الشخصية.

وقد عرضت القوانين الحديثة كالقانون الألماني، وقانون الالتزامات السويسري، والقانون المدني المصري، للنيابة بوجه عام فبينت شروطها وأحكامها بنصوص مفصلة. أما القانون المدني العراقي فلم ينظم النيابة بنصوص خاصة وإنما وردت فيه نصوص متفرقة أهمها ما ورد في عقد الوكالة^(١). (مع أن الوكالة ليست إلا صورة من صور النيابة) وفي عقود بيع الولي أو الوصي أو القيم أمواله للصغير أو شراء أموال الصغير لنفسه (المواد ٥٨٨ - ٥٩٠ مدني).

وهذا التشتت في أحكام النيابة في القانون المدني العراقي وعدم اجتماعها في نصوص تقرر نظرية عامة نقص يجب على المشرع أن يتلافاه، خاصة وأن وجود مثل هذه النصوص أمر ضروري لحماية الغير الحسن النية الذي يتعاقد مع النائب. ونستعرض فيما يلي شروط النيابة وأحكامها ثم نتطرق إلى حالة تعاقد الشخص مع نفسه.

(١) والوكالة وإن كانت صورة من صور النيابة وأهم تطبيق عملي لها إلا أنه يجب التمييز بينهما لاستقلال كل واحد منهما عن الآخر. فقد توجد النيابة دون الوكالة كما في حالة الفضولي أو الولي أو الوصي فإن كلا منهما يعتبر نائباً بحكم القانون دون وجود عقد وكالة من ناحية أخرى قد تعقد الوكالة دون أن تتضمن النيابة كما في حالة الوكالة المستترة وهي الوكالة التي يتفق فيها على أن الوكيل يعقد عقوداً باسمه خاصة لا باسم الموكل على أن ينقل آثار هذه العقود للموكل فيما بعد.

شروط التعاقد بالنيابة

حتى تتحقق النيابة لا بد من توفر الشروط الثلاثة التالية:

- ١- أن يعبر النائب عن إرادته لا عن إرادة الأصيل.
- ٢- أن يتعامل النائب باسم ولصالح الأصيل لا باسمه.
- ٣- أن يتعامل النائب في حدود السلطات المحددة له.

الشرط الأول: أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.

يقوم النائب بالتعبير عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل أي أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل.

فالنائب يختلف عن الرسول. فالرسول يعتبر حاملاً فقط لإرادة العاقد ويقتصر دوره على نقل التعبير عن إرادة الأصيل، أما النائب فهو يتمتع بحرية التقدير أي بحرية إبرام التصرف القانوني وهو يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل.

على أن الشخص قد يجمع في نفس الوقت صفتي النائب والرسول، وذلك إذا كان الأصيل قد أصدر إليه تعليمات لا يستطيع أن يجيد عنها في أمر من أمور العقد المراد إبرامه، وترك له حرية التقدير في باقي الأمور.

ولما كان النائب يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل فإننا عند البحث عن عيوب الإرادة، التي تجعل العقد موقوفاً، فإننا ننظر إليها في شخص النائب لا في شخص الأصيل. على أنه إذا ساهم الأصيل بقدر ما في إبرام العقد فإننا نبحث أيضاً في عيوب الإرادة في شخص الأصيل في الحدود التي ساهم بها في إبرام العقد.

كذلك يكون تقدير سوء أو حسن النية بالنظر إلى نية النائب لا إلى نية الأصيل. فلو كان النائب سيئ النية وتواطأ مع مدين معسر، فلنأخذ هذا المدين أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البولصية). ولو كان الأصيل حسن النية. وهذا هو ما نصت عليه (المادة ١٠٤/١) من التقنين المدني المصري بقولها «إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً».

في تصورنا أن هذا النص ليس سوى نص مقرر لقواعد عامة يمكن الأخذ بها بالرغم من خلو القانون المدني العراقي من نص مماثل له.

أما فيما يتعلق بالأهلية، فإذا كانت النيابة اتفاقية فلا يشترط في النائب الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني موضوع النيابة، لأن التصرف سينتج آثاره في شخص الأصيل لا في شخص النائب، ولهذا تكفي في النائب أهلية التمييز (المادة ٢/٩٣٠) مدني. أما الأصيل فيجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للتصرف موضوع النيابة. كما يجب أن تتوفر في الأصيل كذلك صلاحية اكتساب الحق الذي يترتب على التصرف موضوع النيابة. فسلامة يجوز مثلاً للقاضي إنابة غيره في شراء حق متنازع عليه إذا كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها (المادة ٥٩٥) مدني.

الشرط الثاني: أن يتعامل النائب باسم الأصيل ولا باسمه.

يعلن النائب في العادة أنه يتعامل باسم ولصالح الأصيل لا باسمه، أو قد يعلم الغير بوجود النيابة علماً حقيقياً أو حكيمياً، كما لو كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير بوجود النيابة. فإذا لم يعلن النائب عن صفته في التعاقد وكان الغير المتعاقد معه يجهل وجود النيابة، فإن آثار التصرف القانوني الذي يبرمه لا تضاف مباشرة إلى الأصيل بل ينتج التصرف آثاره في ذمة النائب، ولهذا الأخير أن يقوم بنقل آثار التصرف إلى الأصيل. ومع ذلك فإن آثار العقد تضاف استثناء إلى الأصيل في حالة عدم إعلان النائب عن صفته وقت التعاقد وذلك في حالتين:

١- إذا كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير المتعاقد بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك، فمن يدخل محلاً تجارياً لشراء شيء يفترض فيه العلم بأن العامل الذي يتولى البيع ليس إلا نائباً عن صاحب العمل.

٢- إذا كان من تعاقد مع النائب يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. فصاحب المحل التجاري الذي يتقدم إليه شخص يستوي عنده أن يكون هذا الشخص أصيلاً أو نائباً عن غيره، ولذا تضاف آثار البيع إلى الأصيل ولو كان صاحب المحل يجهل وجود النيابة.

وهذا الشرط في الواقع قد أرسى قواعده وما يرد عليه من القيسود (المادة ٩٤٣) من القانون المدني العراقي فقد قضت بما يأتي: «إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلًا، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكيل أو كونه

يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل، ولأيهما أن يرجع عليه».

وهذا الحكم لا شك يسري على النائب القانوني أيضاً، لأنه ينطوي على حماية لحقوق المتعاقد حسن النية.

الشرط الثالث: أن يتعامل النائب في حدود السلطات المحددة له.

وتحدد سلطة النائب بمقتضى نص القانون إذا كانت النيابة قانونية. ومقتضى الاتفاق (عقد الوكالة) إذا كانت النيابة اتفاقية.

ولكن ما الحكم إذا جاوز النائب حدود السلطات المخولة له في القانون أو الاتفاق. في هذه الحالة تسقط عنه صفة النيابة، ولا يكون للعقد الذي أبرمه أثر بالنسبة إلى الأصيل. ولا يكون للغير سوى الرجوع على النائب الذي تعاقد معه بالتعويض إذا كان هذا الغير حسن النية وأصابه ضرر من فعل النائب. وقد نصت على ذلك (المادة ٩٤٥) من القانون المدني العراقي بقولها: إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك».

ومع ذلك فإن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناءان:

١- إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت العقد انقضاء النيابة فإن آثار العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل وخلفائه، مثال ذلك إذا عزل الأصيل النائب أو توفي الأصيل ولم يعلم النائب أو لغير بحالة العزل أو الموت، فإن التصرف الذي يبرمه النائب يضاف إلى الأصيل بالرغم من زوال صفة النيابة عن شخص النائب.

وقد طبق القانون المدني العراقي هذا الاستثناء في عقد الوكالة إذ نصت (المادة ٩٤٨) على ما يأتي:

«لا يحتاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبيل علمه بانتهاءها».

ولقد أسس الفقه هذا الحكم على فكرة النيابة الظاهرة لتفادي الإضرار بالغير حسن النية وتوفير الاستقرار والثقة في المعاملات.

٢- إذا كان من المستحيل على الوكيل إخطار الموكل سلفاً باضطراره إلى الخروج على حدود الوكالة، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وفي هذه الحالة على الوكيل أن يبادر إلا إبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة (المادة ٩٣٣) مدني، وغني عن البيان، أن هذا الاستثناء لا يتصور إلا بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية، دون النيابة القانونية، لأن حدود ولاية النائب القانوني يستبد القانون برسمها، وتبيان حدودها، بصورة موضوعية غير متغيرة، والقانون إذا رسم الحدود، لا يتسامح مع من يتعدها.

فإذا حصلت المجاوزة من النائب، من غير نطاق الاستثناءين السالفين، لم ينفذ تصرفه في حق الأصيل، وبقي موقوفاً حتى يميزه، وهذا ما أوضحتته (المادة ٩٤٤) من القانون المدني العراقي بقولها: «١- إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل، ولكنه جاوز في تعاقد حدود الوكالة، أو عمل أحد دون توكيل أصلاً، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته. ٢- ويجوز لهذا التغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يميز فيه التعاقد. فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد، تحلل من العقد». فإذا وقعت الإجازة اعتبر العمل القانوني الموقوف، كأنه تم من وقت التعاقد.

آثار التعاقد بالنيابة

١- العلاقة بين النائب والغير: بعد تمام العقد لا تقوم بين النائب ومن تعاقد معه أي علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد، فلا يستطيع الغير أن يطالب النائب بأي التزام ناشئ عن العقد. ولا يستطيع النائب أن يطالب الغير بتنفيذ العقد إلا إذا كان نائباً عنه في تنفيذ العقد أيضاً كما كان نائباً في إبرامه. وتعتبر النيابة القانونية دائماً شاملة للتنفيذ، إذ المقصود بها رعاية مصلحة الأصيل كالقاصر والمحجور عليه، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان للنائب سلطة مباشرة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الأصيل.

٢- العلاقة بين النائب والأصيل: يحكم هذه العلاقة مصدر النيابة. فإذا كانت النيابة قانونية فيحدد القانون العلاقة بينهما. وإذا كانت نيابة اتفاقية فيحدد هذه العلاقة عقد الوكالة بين الموكل والوكيل.

٣- العلاقة بين الأصيل والغير: تنشأ بينهما علاقة مباشرة، فهما المتعاقدان ويترتب في حقهما آثار التصرف. فيكسب الأصيل ما يترتب على العقد من التزامات.

تعاقد الشخص مع نفسه

مضى سلمنا أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه، أو يكون نائباً عن كل من المتعاقدين. فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه، ولا تكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادته وقد حلت محل إرادتين. مثال الحالة الأولى أن يشتري الوكيل لنفسه الشيء الموكل ببيعه. ومثال الحالة الثانية أن يختار نفس الوكيل فيوكله أحدهما بيع بضاعة معينة ويوكله الثاني بشراء نفس البضاعة فيبرم الوكيل عقد البيع وحده باعتباره وكيلاً عن كل من البائع والمشتري.

ومن الناحية الفنية ليس ثمة ما يحول دون انعقاد في الصورتين ولا يتعارض ذلك مع جوهر العقد بوصف كونه توافق إرادتين وأنه لا بد فيه من طرفين. فرغم أن الذي تسولي العقد شخص واحد، إلا أنه قد عبر عن إرادتين متميزتين - إرادة البيع وإرادة الشراء مثلاً - وهناك شخصان لكل منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تنصرف إليهما آثار هذا العقد^(١).

وإنما الاعتراض الذي يمكن أن يثار هو اعتراض عملي مرجعه تضارب المصالح بين طرفي العقد، فإذا تولاه شخص واحد كان متحكماً في مصلحتين متعارضتين: فإن كان نائباً عن أحد طرفي العقد وأصيلاً عن نفسه، أي تعاقده لنفسه، فإن التعارض يكون بين مصلحته الشخصية ومصلحة الأصيل، وواضح ما في ذلك من خطر على مصلحة الأصيل. وإذا كان نائباً عن طرفي العقد، فهو إما أن يغلب مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر، وإما - وهذا هو أحسن الفرضين - أن يعمل على التوفيق بين المصلحتين، وهذا أقرب إلى المعنى التحكيم منه إلى معنى النيابة^(٢)، إذ أن وظيفة النائب هي أن يعمل على رعاية مصلحة الأصيل والدفاع عنها وتغليبها على مصالح الآخرين في حدود القانون^(٣) وقد اختلفت الشرائع في

(١) السهوري، الوكيل، ص ٦٥، رقم ١-١٠، ديوج، ج١، فقرة ٤٢-٤٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز، بمجموعة الأعمال التحضيرية ج٢، ص ١٠٦.

(٣) الدكتور إسماعيل عزام - في النظم العامة للالتزام - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٦٦ ص ١٧١.

مثل هذا التعاقد بين مبيع ومحرم، فمنها ما يبيحه كالقانون السويسري والقانون الفرنسي، ومنها ما يحرمه كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والتشريعة الإسلامية والقانون العراقي. ولكن الشرائع التي أباحته هذا التعاقد حرمتها في مواطن بخصوصها، والشرائع التي حرمتها أباحته في صور بذاتها.

والشرائع التي سلكت مسلك التحريم، نظرت إلى هذا التعاقد بعين الاقحام والريبة، لأن النائب يقع فيه بين محذورين، رعاية واجبة، مع التضحية بمصلحته، أو تغليب هذه المصلحة على حساب واجبه، كما قدمناه.

وسنقتصر على بحث أحكام القانون المدني العراقي في هذا الشأن في حالة تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير، وفي حالة تعاقد مع نفسه باعتباره نائباً عن المتعاقدين.

١- تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير

تنص (المادة ٥٨٩) من القانون المدني العراقي «لا يجوز للوصي المنسوب أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه للمحجور ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً سواء كان في ذلك خير للمحجور أم لا».

وتقضي (المادة ٥٩١) مدني على أنه «لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه».

كما تنص (المادة ٥٩٢) مدني على أنه «١- ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها، وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على يدهم. وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفيين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر. وليس لمصفي الشركات والتركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها وليس للسماصرة ولا للخسراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها. وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ولو بطريق المزايدة العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه».

٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصبح إذا أجازته من تم البيع لحسابه متى كان وقت الإجازة جائزاً للأهلية الواجبة، أما إذا لم يجزه وبيع المسال من جديد تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة البيع».

ويستفاد من هذه النصوص أن القانون المدني العراقي بوجه عام — لا يجوز للشخص أن يتولى بمفرده إبرام العقد أصالة عن نفسه ونياية عن غيره. فهو إذاً يستريب في هذا التعاقد، ويرى أنه مثار للتهمة.

ولكنه حين يعرق لتعاقد الأب والجد والوصي المختار مع الصغير، يوليهم جانباً من الثقة فيبيح تعاقدهم مع المشمولين بولايتهم في حدود تختلف بين الأب والوصي المختار، فنصت (المادة ٥٨٨) مدني من أنه «١— يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع مال ولده وله أن يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير لا فاحش. ٢— فإن باع مال نفسه لولده أو اشترى مال ولده لنفسه يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد. ٣— والجد كالأب في الحكم».

كما نصت (المادة ١٢٨٩) مدني على أنه «١— يجوز للأب أن يرهن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير وأن يرقن مال ولده لنفسه ويجوز له أيضاً أن يرهن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير وإذا رهنه بدين نفسه فهلك لا يكون ضامناً.

٢— ولا يجوز لغير الأب من الأولياء رهن ماله عند المحجور ولا ارتهان مال المحجور لنفسه وله بإذن من المحكمة رهنه عند أجنبي بدين على الجمهور».

كما نصت (المادة ٥٩٠) من القانون المدني إلى عدم جواز بيع الوصي المختار مال نفسه لليتيم ولا شرائه لنفسه شيئاً من مال اليتيم إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة.

فالأصل — إذاً — في القانون المدني العراقي هو حظر التعاقد مع النفس في هذه الحالة للتهمة فإذا انتفت لوفور شفقة الأب أو للثقة ببعض الأوصياء (الوصي المختار)، اندفعت التهمة فأبيح التعاقد بقيود أوردها القانون لمصلحة القاصر.

٢— تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائباً عن الطرفين

لم يرد في القانون المدني العراقي نص على هذه الحالة. والراجح فقهاً في شأنها أنه ما دام الشخص نفسه قد أوثمن على مصلحة الطرفين وما دام أنه ليس له مصلحة في أن يتحيز لأحد منهما دون الآخر فلا مانع من أن يتعاقد بالنيابة عنهما ويسترشد الشراح لمدعم رأيهم بحكم الشريعة الإسلامية الذي يجوز للأب أن يبيع مال أحد أولاده الصغار إلى ولد آخر ويبيح بيع الوكيل بالعمولة البضائع المسعرة في السوق والأوراق التجارية والمالية المسعرة في السوق والأوراق التجارية والمالية المسعرة في البورصة لمن وكله شرائها.

غير أنه يلاحظ أن حكم الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأب خاص بحالة الأب، فلا يصح القياس عليه والاستناد إليه لتقرير قاعدة عامة وأن تطبيق المبدأ على الوكيل بالعمولة جاء في حالة ينعدم فيها الخطر على مصلحة أي من الطرفين. ولذلك فنحن نميل إلى عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن الطرفين إلا بعد استئذانهما ما لم يوجد نص خاص أو عرف تجاري يقضي بغير ذلك.

ويرجع تحريم التعاقد مع النفس في هذه الصورة، إلى أن النائب يستبد وحده بالتوفيق بين مصلحتين متعارضتين، فيخشى أن يحايي أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر. وهذا على كل حال وضع لا تتوافر فيه البتة الحماية الواجبة لمصلحة أي من الطرفين.

المطلب الثاني

صحة التراضي

إذا كان وجود التراضي يكفي لوجود العقد فإنه لا يكفي لصحته. بل يجب لكسب يعتبر العقد صحيحاً أن يكون صادراً من شخصين يتمتعان بالأهلية اللازمة لعقده وأن يكون رضا كل منهما سليماً أي خالياً من العيوب التي تشوب الرضا. ولذلك سنبحث أولاً الأهلية وثانياً عيوب الرضا.

أولاً - الأهلية

يميز الفقهاء عادة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه، ولهذا ربط علماء الفقه الإسلامي بين أهلية الوجوب والذمة المالية. أما فقهاء القانون الوضعي فقد ربطوا بينها وبين الشخصية القانونية، ولذلك فإنه يتصف بها كل شخص، ولو جنيهاً بشرط أو يولد حياً، ولذلك عدوه أهلاً لاكتساب الحقوق التي لا تفتقر إلى قبول منه، كثبوت نسبه من أبيه وحقه في الميراث، واستحقاقه للوصية، وانتفاعه من اشتراط يعقده الغير لمصلحته^(١)، دون التي تتوقف على هذا القبول كالحبة. أما الالتزامات فلا أهلية له في شأنها، إذ ليست له عبارة وليست عليه ولاية. فإذا ولد الشخص كانت له أهلية وجوب كاملة إلى وقت وفاته، فإذا مات بقيت من وجه حتى تصفى تركته وتسدد ديونه. وإذا انعدمت أهلية الوجوب، انعدمت الشخصية معها.

(١) الدكتور عبد المعطي الخيال «الالتزامات» ص ٩٩، فقرة ٧١. طبعة ١٩٣٨ القاهرة.

أما أهلية الأداء ... وهي التي تعيننا هنا ... فهي صلاحية الشخص لصمدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً. أي أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، كالبيع والإيجار والوصية وغير ذلك من التصرفات. ومناطق هذه الأهلية هو العقل والتمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن فقد التمييز لصغر سنه بأن كان دون السابعة من عمره أو لجنون يذهب بعقله وإدراكه، كان عديم الأهلية. والعبرة بتوافر الأهلية وقت إبرام العقد، فإذا فقد أهليته بعد ذلك، فلا أثر لذلك على صحة العقد ما دامت هذه كانت موجودة وقت انعقاد.

تنقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة:

١- تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التي يشرى من يباشرها دون أن يدفع مقابلًا. وتشمل أعمال الاقتناء، كقبول الهبة.

٢- تصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهي التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلًا. وتشمل أعمال التبرع، كهبة الشخص لماله وإبرائه لمديته.

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر، وهي التي تحتل بأصل وضعها الربح والخسارة. وتشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة ويراد بأعمال التصرف تلك التي تنطوي على تقرير حق عيني للغير على الشيء، كالبيع والرهن بالنسبة إلى الراهن. أما أعمال الإدارة فهي التي ترمي إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع الاستعمال الذي أعد له الشيء من قبل، كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر. فإذا كانت تتضمن تغييراً أساسياً في الشيء أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له كانت من أعمال الإدارة غير المعتادة، كإعادة بناء منزل أو البناء في أرض زراعية لإعدادها للاستغلال الصناعي.

فإذا توافرت لدى الشخص أهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة جميع هذه التصرفات فيكون أهلاً للاقتناء والإدارة والتصرف والتبرع. وإذا كان الشخص عديم الأهلية فإنه لا يصلح لمباشرة أي من هذه التصرفات.

وإذا كان الشخص ناقص الأهلية فإنه يصلح لمباشرة أعمال الاقتناء، ولا يصلح لمباشرة أعمال التبرع، وتخضع مباشرته للأعمال الدائرة بين النفع والضرر لأحكام تكفل حمايته.

وكل شخص أهلاً للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون «المادة ٩٣» مدني. فعبء إثبات عدم الأهلية أو نقصها يقع على عاتق من يدعي ذلك. فإذا نجح كان

له أن يبطل أو ينقص العقد الذي صدر منه، ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أهلية المتعاقد معه. لكن إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية يخفي بها نقص أهليته فمع أنه لا يزال يستطيع طلب إبطال العقد لنقص أهليته، إلا أنه يكون مسؤولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه^(١) ولا يكفي أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد.

وأحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها. كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها.

وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلاً. «المادة ٢/١٣٠» مدني.

ولما كانت الأهلية مناطها التمييز فهي تتأثر بالسن دائماً وقد تتأثر بعوامل أخرى غير السن من شأنها أن تؤثر في التمييز تسمى بعوارض الأهلية.

تأثر الأهلية بالسن:

يمر الإنسان بأدوار طبيعية ثلاثة من وقت أن يولد إلى أن يموت: الدور الأول من وقت ولادته إلى سن التمييز فيكون في هذا الدور صغيراً غير مميز، والدور الثاني من سن التمييز إلى سن البلوغ فيكون في هذا الدور صغيراً مميزاً، والدور الثالث من سن البلوغ إلى وقت الموت فيكون في هذا الدور بالغاً راشداً ما لم تتأثر أهليته بعوارض الأهلية.

١- الصغير غير المميز: سن التمييز هي سبع سنوات كاملة «المادة ٢/٩٧» مدني.

(١) وقد يرى القاضي أن غير تعويض هو إبقاء العقد، إذ أن القواعد العامة تجيز أن يتخذ التعويض هذه الصورة. ومعنى هذا أن إلزام ناقص الأهلية في هذه الحالة بما تعهد به يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي سببه عمله غير المشروع، ولا يكون أساسه العقد. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ص ١٩٦، فقرة ١٤٠.

فكل من لم يبلغها يعتبر فاقدًا للتمييز ومن ثم يكون معلوم الأهلية^(١). وتكون جميع تصرفاته باطلة وإن أذن له وليه «المادة ٩٦»، مدني، أي سواء كانت نافعة أو ضارة أو مترددة بين النفع والضرر، وسواء أذنه الولي أم لم يأذنه، وسواء أحاز الولي أو لم يحجز، فلا يتعقد بيعه، ولا إيجارته، ولا يعتبر قبوله الهبة. وهكذا سائر عقود تصرفاته، ويتولى مباشرة التصرفات عن الصغير مميزاً أو غير مميز وليه أو وصيه في الحدود التي رسمها القانون.

ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة. ولا يحجز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا كان أهلاً لمباشرة هذا الحق في ماله. ويدخل في الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع إلا إذا اشترط المتبرع غير ذلك. ولا يجوز للولي أن يتصرف بمال الصغير إلا بموافقة دائرة رعاية القاصرين وبالطريقة المنصوص عليها في القانون.

وللمحكمة أن تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه. ولها إيقاف الولاية^(٢) متى اعتبر الولي غائباً أو كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة. وتنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه. المواد (٢٧ - ٣٢) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

(١) والصغير غير المميز يعتبر محجوراً لذاته، أي محجوراً بحكم القانون. لقد فرق القانون المدني العراقي بين المحجورين بحكم القانون وهم الصغير أو الجنون أو المعتوه وبين المحجورين بحكم القضاء وهما السفه والغفل. فالأولون محجورون لذاتهم لأن حالتهم معلومة للجميع في الغالب أما السفه والغفل فهما إلى العزل النفسية أقرب من العزل العقلية وليس لهما علاقات واضحة يعرفان بها من جانب الغير فتعين معاملتهما معاملة مختلفة عن وضع الجنون أو المعتوه أو الصغير، لتمييزها بالتمييز، وذلك بإيجاب الحجر عليهما بمعرفة القضاء وإعلان هذا الحجر بالطرق المقررة. وإلى هذا أشارت (المادة ٩٤) مدني حيث قررت «الصغير والجنون والمعتوه محجورون لذاتهم» (المادة ٩٥) مدني إذ قالت «تجوز المحكمة على السفه وذو الغفل ويعلى الحجر بالطرق المقررة».

وهذا الحكم محل نظر. إذ قد يخفي أمر الجنون أو العته على المتعاقد الآخر، إذا كان غير شائع أو كان الجنون هادئاً مثلاً وكان يحصل بالمشروع أن يرعى صالح التعاقد مع أيهما بإيجاب الحجر على الجنون والمعتوه بحكم القضاء على أن يعلى هذا الحجر بالطرق المقررة. فإذن المادة ١١٣ من القانون المدني المصري.

(٢) ويجب التفريق بين الولاية على المال والأهلية لأن الولاية هي صلاحية الشخص التصرف في مال الغير. فسلاً يقال أن الولي له أهلية للتصرف في مال الصغير بل يقال أن له أهلية التصرف في هذا المال. أما الأهلية فصلاحيية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه. السهموري - الوجيز فقرة ١٠٥ - ص ٩٦.

أما وصي الصغير فهو من اختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة، على أن تقدم الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير فإن لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً. ويشترط في الوصي أن يكون عاقلاً بالغاً ذا أهلية كاملة قادراً على ممارسة شؤون الوصاية ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب والشرف أو الناسة بالزاهة، ومن كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش ومن كان بينه أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو بين عائلته خصومة إذا كان يخشى على مصلحة القاصر منها. وتثبت الوصاية المختارة بمحرر كتابي تقرها المحكمة بعد وفاة الأب، ويعتبر الوصي على الجنين وصياً على المولود.

ويعزل الوصي إذا لم يعد أهلاً لممارسة شؤون الوصاية وفقاً لأحكام القانون، وإذا أوصت لجنة المحاسبة في مديرية رعاية القاصرين بعزله. وتنتهي مهمة الوصي ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه، وعزله أو قبول استقالته. وبفقدان أهليته أو ثبوت غيبته، وموته أو بموت الصغير. أو باسترداد الأب ولايته. المواد (٣٤ - ٣٩) من قانون رعاية القاصرين السالف الذكر.

وأود أن ألفت النظر في هذا الصدد إلى أن قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠. فرض العديد من القيود على سلطة الأولياء والأوصياء المختارين أو المنصوبين وذلك حرصاً منه على حقوق انتمائي والقصر وغيرهم من المحجورين ورعاية لأموالهم. وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون يتبين لنا عمق ما أدخله من قيود وتعديلات على أحكام الولاية على المال^(١). فالمادة الحادية والأربعون منه تقضي بأن على السولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصر وله القيام بأعمال الإدارة المعتادة على أن يبذل في كل من ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني. والمادة الثانية والأربعون لا تجيز للسولي أو الوصي أو القيم التبرع من مال القاصر إلا لأداء واجب عائلي إنساني وذلك بموافقة دائرة رعاية القاصرين.

(١) ومهما تكن البواعث على إجراء هذه القيود. فما كان ينبغي في نظرنا أن يصل الأمر إلى حد مساواة الأب. وهو أقرب الناس للصغير وأكثرهم حنواً وشفقة عليه. بولاية غيره من الأولياء فهذا أمر في اعتقادنا غير مقبول ولا مستساغ عقلاً أو شرعاً.

إضافة إلى أن المادة (٤٣) منه تنص على أنه «لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك.

أولاً- جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

ثانياً- التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية.

ثالثاً- الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر.

رابعاً- حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين.

خامساً- إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة والأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الإيجار في أي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد.

سادساً- قبول التبرعات المقترنة بعوض.

سابعاً- التنازل عن التأمينات وإضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الأحكام.

ثامناً- القسمة الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها.

تاسعاً- الأمور الأخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها بموجب التعليمات التي تصدرها لهذا الغرض.

كما أن قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ قد أدخل تعديلات مهمة في هذا الصدد بالنسبة إلى التصرفات العقارية. فقسم التصرفات والأعمال القانونية من حيث الولاية إلى تصرفات نافعة للصغير نفعاً محضاً وأجاز للولي أو الوصي إجرائها بدون إذن من المحكمة المختصة وبالطريقة التي تحددها.

وتصرفات ضارة بالصغير ضرراً محضاً كالهبة والإبراء والإسقاط ولم يسمح لأي منهما (الولي أو الوصي) مباشرتها مطلقاً. راجع (المواد ١٩٤، ١٩٥) من قانون التسجيل العقاري.

٢- الصغير المميز: يعتبر الصغير مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز إلى وقت بلوغه سن الرشد أي الثامنة عشرة.

ولا يقصد بوصفه مميزاً أنه أصاب تمييزاً كاملاً، فهذا معناه بلوغ الرشد، وإنما يقصد بهذا الوصف أن الصغير قد توفرت له بعض أسباب التمييز، فهو لا يزال ناقص العقل، ولذلك ناقص الأهلية.

وتصرفات الصغير المميز على ثلاثة أنواع:

- ١- تصرفات معتبرة (صحيحة ونافذة) سواء أذن بها الولي أم لم يأذن، أجازها أم لم يجزها وهي التي تتضمن النفع المحض له كقبول الهبة والوصية.
 - ٢- تصرفات باطلة ولو أذن بها الولي أو أجازها، وهي التي تتضمن له الضرر المحض، كالهبة والإبراء، والإعارة.
 - ٣- تصرفات موقوفة، وهي التي تدور بين الضرر والنفع، كالبيع والإجازة، أي عقود المعارضة. فإذا صدرت من المميز بعد الإذن فهي نافذة، وإن صدرت قبل الإذن، فهي موقوفة على إجازة وليه أو إجازته هو نفسه بعد أن يصير مأذوناً أو بعد بلوغه. ولكن يشترط لصحة هذه الإجازة أن يكون له ولي خاص أو عام - كالقاضي - حين صدور العقد منه وإلا فلا عبرة بالعقد، ولا بالإجازة بعد العقد. مثال ذلك لو باع الصغير المميز مالا في ديار أجنبية ولم يكن له ولي، فإن الإجازة لهذا العقد بعد بلوغه أو بعد نصب ولي عليه، غير معتبرة. ويلاحظ أن إجازة الولي إنما تعتبر في العقود المذكورة، إذا لم يكن في العقد غبن فاحش لأن العقد الفاحش يصبح ضرراً محضاً.
- الصغير المأذون:**

تنص (المادة ٩٨) مدني على أنه «١- للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربة له. ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً. ٢- وإذا توفى الولي الذي أذن للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل إذنه». كما تنص (المادة ٩٩) مدني على أنه «الصغير المأذون في التصرفات الداخلية تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد».

وتنص (المادة ١٠٠) مدني على أنه «للولي أن يحجر الصغير المأذون ويبطل الإذن ولكن يجب أن يحجره على الوجه الذي أذنه به».

هذا وتنص (المادة ١٠١) مدني على أنه «١- للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك. ٢- وللمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير».

هذه المواد الأربع تبحث في إذن الصغير المميز بالتجارة. وللفقهاء في الإذن نظريتان تذهب أحدهما إلى أنه إسقاط للحجر، فتظهر في الصغير المميز أهلية الأداء، ويكون بحكم البالغ، فيتصرف في أمواله بالتجارة تصرف البالغ بلا تعديد ولا تقييد، والأخرى تذهب إلى أنه توكيل، فالصغير المأذون يعتبر وكيلاً عن وليه في التصرفات المأذون بها، فيتصرف في أمواله تجارة، حسب الإطلاق أو التقييد الذي يصدر به الإذن، لأن التوكيل يقبل التقييد والإطلاق. وقد قبل القانون هذه النظرية صراحة في (المادة ١/٩٨) مدني.

شروط الإذن بالتجارة:

وحق يؤذن للصغير بالتجارة يشترط شروط ثلاثة، (المادة ٩٨) مدني:

١- أن يصدر ترخيص من المحكمة للولي بأن يأذن للصغير. حذراً من سوء نية الولي.

٢- ألا يكون سن الصغير أقل من خمس عشرة سنة.

٣- أن يكون الإذن بادئ الأمر مقصوراً على جزء من أمواله.

ويظهر من فحوى المادة السالفة الذكر أن هذا الجزء من المال يجب ألا يبالغ في مقداره، لأنه يدفع إليه على سبيل التجربة. فإذا تحقق من التجربة رشد المأذون، جاز للمحكمة أن ترخص الولي بأن يأذن للصغير أن يتصرف في جميع أمواله. وإذا ظهر من التجربة عدم رشده، يلغى الولي الإذن، فيرجع الصغير إلى مركزه قبل الإذن.

والإذن يكون صراحة، ويكون دلالة. والإذن الصادر من الولي لا يتأثر بموته أو عزله، فالصغير المأذون بالتجارة يبقى مأذوناً بعد موت الولي الإذن أو عزله (المادة ٢/٩٨) مدني. ولا يعود محجوراً إلا إذا حجره الولي الجديد بإلغاء الإذن السابق. وللولي الإذن أن يحجر على الصغير بعد الإذن، فيلغى إذنه، ولكن يجب أن يحجره على الوجه الذي إذن به (المادة ١٠٠) مدني.

وإذا تعسف الولي فلم يطلب من المحكمة الرخصة، بالإذن للصغير، أو كان مرخصاً من المحكمة ألا أنه امتنع عن الإذن، فللمحكمة أن تأذن للصغير بالتجارة إذا آنت منه رشداً، وليس للولي حجرة بعد إذن المحكمة، بل للمحكمة وحدها أن تعيد عليه الحجر، بإلغاء إذنها (المادة ١٠١) مدني.

والصغير المأذون بمزلة البالغ سن الرشد في التصرفات الداخلة تحت الإذن (المادة ٩٩) مدني التي هي من نوع التجارة أو لوازمها، فتنفذ جميع تصرفاته في تلك الخصومات، كما تنفذ تصرفات البالغ الرشيد، فله البيع والشراء والإجازة والتوكيل والرهن والارتمان، وتأجيل الدين، وإعارة ما يتعارف التجار الإعسار في أمثاله، والمساقاة والمزارعة، والمضاربة، والشركة، والاستقراض وأن يكون مدعياً أو مدعى عليه، واليمين والنكول عن اليمين، والخط من ثمن المبيع المغيب بالقدر المتعارف عند التجار، والإقرار فيما يعود إلى التصرفات المأذون بها فهذه التصرفات والمعاملات كلها لها صلة وثيقة بالتجارة ولكن لا يعتبر إقراره فيما لها علاقة له بالتجارة، كإقراره بالكفالة بالمال أو بالمهر أو الهبة، أو نحو ذلك.

٣- البالغ الرشيد: سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة (المادة ١٠٦) مدني. فإذا بلغ الصغير هذه السن غير مجنون ولا معتوه انتهت الولاية عليه وأصبح كامل الأهلية. أما إذا بلغها مجنوناً أو معتوهاً فتستمر الولاية أو الوصاية عليه بحسب الأحوال. لأن الجنون والعته سببان للحجر بدون توقف على حكم القاضي. فإذا بلغ الصغير السن المشار إليها سفيهاً أو ذا غفلة فإنه يصبح رشيداً ويدفع إليه ماله في الحال، وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك لما قام به من السفه، وجب استصدار حكم بالحجر عليه ويعلن بالطرق المقررة (المادة ٩٥) مدني.

يستفاد مما تقدم أنه بعد بلوغ سن الرشد، قد يعتور أهلية الأداء الكاملة عارض من عوارض الأهلية. هذه العوارض هي التي تنص على ما يلي:

عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية أربعة هي: الجنون والعته والغفلة والسفه. وهي كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز عند الشخص وتأثيرها بالتالي في أهليته. وسنين بإيجاز كل عارض من هذه ونذكر حكمه.

١- الجنون: هو من فقد عقله وانعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأعماله. والجنون المطبق عدم الأهلية لأنه فاقد التمييز فهو في حكم الصغير غير المميز محجور لذاته (المادة ٩٤) مدني، وجميع تصرفاته باطلة. أما الجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرفات العاقل (المادة ١٠٨) مدني.

٢- المعتسوه: هو من ضعفت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل الجنون في الغالب. والمعتوه محجور لذاته (المادة ٩٤) مدني ولكنه في حكم الصغير المميز (المادة ١٠٧) مدني. والعبرة في العته بضعف القوى العقلية الحقيقي فلا يعتبر منها ضعف البنية أو الشلل أو الشيخوخة أو ضعف الذاكرة أو عدم الخبرة في الحساب.

٣- السفه: وهو الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير. ولا بد من صدور قرار من المحكمة بالحجر على السفه وإعلانه بالطرق المقررة (المادة ٩٥) مدني وعندئذ تصبح تصرفاته كتصرفات الصغير المميز. ولكن ولي السفه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه. أما تصرفات الصغير التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور. ومع هذا تصح وصايا الصغير بثلث ماله وإذا اكتسب السفه المحجور رشداً فكنت المحكمة حجره (المادة ١٠٩) مدني.

٤- ذو الغفلة: وهو الذي لا يهتدي عادة إلى التصرفات الراجحة ولا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغيب في المعاملات لسذاجته وسلامة نيته. وذو الغفلة حكمه حكم السفه (المادة ١١٠) مدني^(١).

(١) راجع (المادة ٣٠٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ التي تنص على ما يأتي ((١- للقاضي إشباع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد. أما الخصم في رفع الحجر فهو القيم. ٢- على القاضي استدعاء المطالب حجره لسفه وسماخ أقواله ودفعه فيما يتعلق بحجره. ٣- يتحقق الجنون والعته وتعتبر التعبير عن الإرادة بسبب الضم واليكم أو عرف الشيخوخة بتقدير لجنة طبية رسمية.

موانع الأهلية:

قد تقوم لدى الشخص الكامل الأهلية ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، ولهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعد في مباشرتها. فهذه الظروف ليس من شأنها أن تؤثر في أهلية الشخص، إذ هو كامل الأهلية رغم وجودها وإنما تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية أو تجعل من المتعذر عليه أن ينفرد بمباشرتها.

وموانع الأهلية بهذا المعنى ثلاثة: مانع مادي هو الغيبة، ومانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية، ومانع طبيعي وهو وجود عاهة مزدوجة.

١- الغيبة: الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره. والمفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته. ويتم الإعلان عمن حالة المفقود بقرار من المحكمة، ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية بمقسام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي. ويلغى الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود. وأحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية المسادة (٣٦) مدني إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه، ويكون القيم تحت إشراف مديرية رعاية القاصرين. ويسري على القيم ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص خاص. وعند عدم وجود قيم على المفقود فتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بإدارة أمواله وفقاً لأحكام هذا القانون.

وتحرر أموال المفقود أو الغائب عند تعيين قيم عليه، وتدار أموالهما على غرار أموال الصغير. ولا يباع من الأموال المنقولة العائدة للغائب أو للمفقود إلا ما هو قابل للتلف أو يستوجب الصرف أو المؤونة. ولا يجوز شراء مال باسم الغائب أو المفقود إلا ما يقتضي لإدامة أمواله أو لإدارتها.

وتنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت المفقود أو بحكم من المحكمة المختصة باعتباره ميتاً. وللمحكمة أن تحكم بموت المفقود إذا قام دليل قاطع على وفاته، أو إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده، أو إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده. وعليها في جميع الأحوال أن تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً. قبل أن تحكم بموته.

يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تأريخاً لوفاته. فتقسم تركته المفقود المحكوم بموته على ورثته الموجودين وقت الحكم، وتعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره أو تسلم إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة أو حكماً. وإذا مرت أربع سنوات على إعلان فقدته ولم يتحقق وجوده ولم يكن له وارث ظاهر فعلى دائرة رعاية القاصرين استحصال موافقة وزير العدل لتسجيل أمواله في الحساب المستقل. ولوزير العدل إعادة أموال المفقود إن وجدت أو قيمتها إليه عند حضوره خلال خمس سنوات من تأريخ قراره بتسجيلها بالحساب المستقل. راجع في كل ما تقدم المواد (٨٥-٩٨) من قانون رعاية أموال القاصرين.

وتختص المحكمة الشرعية بالنظر في أحكام الغائب المفقود وكل ما يتعلق بشؤونه. (المادة ٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٢- الحكم بعقوبة جنائية: الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى تأريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها بغير الإيضاء والوقف إلا بإذن من المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية، حسب الأحوال، التي يقع ضمن منطقتها محل إقامته. وتعين المحكمة المذكورة، بناء على طلبه أو بناء على طلب الادعاء العام أو كل ذي مصلحة في ذلك، قيماً لإدارة أمواله ويجوز لها أن تلزم القيم الذي عينته بتقديم كفالة ولها أن تقدر له أجراً ويكون القيم تابعاً لها وتحت رقابتها في كل ما يتعلق بقوامته. وكل عمل أو إدارة أو تصرف متعلق بأموال المحكوم عليه يصدر دون مراعاة ما تقدم يكون موقوفاً على إجازة المحكمة المشار إليها، وترد للمحكوم عليه أمواله عند انتهاء مدة تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر. ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

وكل حكم صادر بعقوبة الإعدام يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى وقت تنفيذ الحكم بطلان كل عمل من أعمال التصرف أو الإدارة، يصدر من خلال الفترة المذكورة عدا الوصية والوقف. وتعين المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية - حسب الأحوال - بناء على طلب الادعاء العام أو كل ذي مصلحة، قيماً على المحكوم عليه. (المادتان ٩٧، ٩٨) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٣- العاهة المزدوجة أو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة: نصت (المادة ١٠٤) مدني على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته حاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي».

والواقع أن مثل هذا الشخص كامل الأهلية والتميز ولذلك يشترط لتطبيق حكم هذه المادة.

أ - اجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث هي الصمم والبكم والعمى.

ب- أن يتعذر على الشخص بسبب ذلك التعبير عن إرادته.

وحماية لمثل هذا الشخص رأى المشرع العراقي، مقتضياً في ذلك بعض التقفيات الحديثة، نصب وصي عليه والأمر في ذلك جوازي بالنسبة للمحكمة ولهذا أن تحدد تصرفات الوصي في الأمور والتصرفات التي ترى تدخله فيها ضرورياً.

ويلاحظ أخيراً أن القوانين والأنظمة الخاصة هي التي تبين الإجراءات التي تتبع في الحجر على المحجورين وإدارة أموالهم والتصرف فيها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة. (المادة ١١١) مدني وينظم هذه الإجراءات في العراق قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

٢- عيوب الرضا

عيوب الرضا في القانون المدني العراقي أربعة هي الإكراه، والغلط، والتغريب مع الغبن والاستغلال. وسنبحث كلاً من العيوب على التوالي.

الإكراه

التعريف بالإكراه وأنواعه: الإكراه كما تعرفه الفقرة الأولى من المادة (١/١١٢) مدني «هو إجبار الشخص بغير حيق على أن يعمل عملاً دون رضاه». ويلاحظ على هذا التعريف أنه مقتبس من الفقه الإسلامي (المادة ٩٤٨، ٩٤٩) من مجلة الأحكام العدلية و(المادة ١٨٦) مرشد الحيران وأنه تعريف لغوي أكثر مما هو

قانوني، كما يلاحظ أن المراد من العمل، ما يعم العمل المادي والعمل القانوني (العقد والإرادة المنفردة). وكان الأجدر بالمشرع أن يعرف بأنه إجبار الشخص على أن يسير عقداً بدون رضاه.

والإكراه في الفقه الحديث ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيعثر في نفسه رهبة تحمله على التعاقد. والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد.

والإكراه يفسد الرضاء ولكنه لا يعدمه، فالمكره إرادته موجودة لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به فاختار أهون الضررين، إلا أن الإرادة التي صدرت منه ليست حرة مختارة. وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجبرى القلم في يده بالتوقيع على التزام، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً لانعدام الرضاء^(١).

والإكراه في القانون المدني العراقي على نوعين إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

و«يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كإتلاف نفس أو عضو وضرب مبرح أو إيذاء شديد، أو إتلاف خطير في المال ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذوي رحم محرم والتهديد بخطر يحدش الشرف يعتبر إكراهاً ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال». (المادة ١١٢/٢، ٣) مدني.

ولا أهمية للتمييز بين الإكراه الملجئ وغير الملجئ إذ لا يمكن وضع فيصل دقيق للفرقة بينهما لأن الأمر يختلف باختلاف أحوال الناس من جهة ولأن (المادة ١١٥) مدني لا ترتب أي اختلاف في الأثر القانوني لهذا التمييز لأنها تنص على أن «من أكرهه إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده». فالعقد يكون موقوفاً سواء كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ.

(١) السنهوري، الوحي، فقرة ١٤٠ ص ١٣٠.

عناصر الإكراه: للإكراه عنصران، (أولاً) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق، وهذا هو العنصر الموضوعي. (ثانياً) رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي. ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة، سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة.

ونستعرض كلاً من هذين العنصرين، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي تصدر منها الإكراه.

أولاً: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق:

قد تكون الوسائل المستعملة في الإكراه مادية كالضرب والتعذيب، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي أو المادي. وقد يكون الإكراه معنوياً أو نفسياً كالتهديد بإلحاق الأذى بالنفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ولا فرق بين هذين النوعين من الإكراه وإن كان الإكراه النفسي هو الأكثر شيوعاً في الحياة.

والإكراه النفسي هو الذي يوقع في نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً يهدد بنفسه أو بماله. وإلى هذا أشارت (المادة ١١٣) من القانون المدني العراقي بقولها «يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به أن لم يفعل الأمر المكره عليه».

فينبغي أن يكون الخطر جسيماً: ومعيار جسامته الخطر هو معيار شخصي محض، يعتد فيه بشخص المكره وظروفه. ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقياً من الناحية الموضوعية. بل يكفي أن يكون من وجهة نظر المكره الخاصة. مثال ذلك التهديد بأعمال السحر قد يعتبر خطراً جسيماً بالنسبة لشخص ريفي وإن كان لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر متعلم.

ويجب أن يكون الخطر محققاً. أي وشيك الوقوع. أما إذا كان الخطر بعيداً بحيث يتمكن المكره من تلافي نتائجه، فلا يؤثر ذلك في إرادته.

كما يجب أن يتعلق هذا الخطر المهدد بالجسم أو بالشرف أو بالمال، كالتهديد بالقتل أو التعذيب أو الخطف أو الحبس أو إتلاف المحصولات الزراعية. إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولا يشترط أن يكون الخطر محققاً بالمكره نفسه أو بماله، بل قد يكون محققاً بشخص آخر عزيز عليه كإبنه أو ولده أو زوجته أو أي شخص قريب أو صديق له.

ونحيل إلى هذا الرأي بالرغم من عدم صراحة الفقرة الثالثة من (المادة ١١٢) مدني والتي تقرر «٣- والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يحدش الشرف يعتبر إكراهاً، ويكون ملحقاً وغير ملجئ حسب أحوال الناس». فالراجح عندي أن التعداد المذكور في هذا النص لم يرد على سبيل الحصر بل ورد على سبيل المثال إذ الجوهري في هذا الشأن أن تنولد في نفس المتعاقد رغبة تحمله على التعاقد وغاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحداً من هؤلاء المذكورين في الفترة أعلاه فامتست قرينة على أن الإكراه متحقق، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذي يهدده أثر في نفس المتعاقد إلى حد الإكراه^(١). وينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر، وكثيراً ما يعمد المحرمون إلى خطف الأولاد ويهددون ذويهم بإحراق الأذى بأولادهم أن لم يمتدوهم بالمال. فهذا التهديد يكشف لتحقق الإكراه. وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر عنه الإكراه، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يحض هذا الأخير عقداً، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد، بأن كان ولده مثلاً^(٢).

ويقع الإكراه عادة بوسائل غير مشروعة لتحقيق غرض غير مشروع كالتهديد بالتشهير بالمكره إذا لم يتعهد بدفع مبلغ من المال. ولكن قد يحدث أن تكون الوسيلة مشروعة والغرض غير مشروع فيتحقق الإكراه كتهديد المودع بالإبلاغ عن جريمة تبديد إذا لم يتعهد المودع لديه بدفع مبلغ يتجاوز المبلغ المودع.

أما إذا كانت الوسيلة مشروعة والغرض مشروع فلا يتحقق الإكراه. كأن يهدد الدائن مدينه بالتنفيذ على أمواله إذا لم يقرر له رهناً على عين معينة، وكان تهدد الزوجة زوجها بأن تحسبه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه.

ويعتبر العقد صحيحاً أيضاً ولو كانت وسائل الإكراه غير مشروعة مسا دام الغرض مشروعاً كما لو هددت امرأة عاشرت رجلاً مدة من الزمن بالتشهير به عند

(١) الدكتور سليمان مرقس، نظرية العقد ص ٢٦٣ طبعة ١٩٥٦، الدكتور عبد المصم فرج الصمد مصادرات الالتزام ص ١٨٨ ص ٢٥٣.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السبيعي، معيار الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٩٣ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠.

خطيئته إذا لم يتعهد لها بمال كتعويض عما أصابها من ضرر بسبب علاقتها السابقة إلا إذا كون الأمر جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات. والشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر كنفوذ الأب على ولده، والزوج على زوجته والوصي على القاصر، والرئيس على المرؤوس، لا يكون وسيلة للإكراه إلا إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع. فالزوج ذو شوكة على زوجته، وله نفوذ أدبي عليها، فإذا وهبته مهرها مثلاً من دون أن يتخذ معها عملاً يؤثر في نفسها الرهبة فتختار أهون الضررين، لا يعتبر في العقد إكراه، ويكون العقد نافذاً. لكن لو أجبرها على ذلك بالضرب مثلاً أو بمنعها من أهلها - وكل من العاملين غير مشروع - فوهبته مهرها، كان العقد معيماً بالإكراه، فهو غير نافذ، فتبقى ذمته مشغولة بالمهر. (المادة ١١٦) مدني.

ثانياً: رهبة تحمل على التعاقد:

ويجب حتى يتحقق الإكراه أن يكون قد بعث في نفس المتعاقد رهبة، وأن تكون هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه.

ولا بد في تقدير الرهبة من النظر إلى حالة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه والظروف التي أحاطت به. فiraعى في ذلك جنس من وقع عليه الإكراه، وسنه، وحالته الصحية، وحالته العقلية، وحالته الاجتماعية. فالأنثى غير الذكر. والصبي الصغير غير الشاب القوي. والشاب القوي غير الهرم البالي. والقروي الساذج غير المدني المتحضر. والعصبي المنافع غير المعتدل الهادئ المزاج. والضعيف غير القوي. والمريض غير المتعافى. والجاهل غير المتعلم. والغبي غير الذكي. ويجب الاعتداد أيضاً، إلى جانب الحالة الشخصية، بالظروف والملابسات. فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس، ولا يحدثه وهو في مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن. وقد يخشى منفرداً مالا يخشاه وهو في جماعة من الناس. وقد يكون الخوف أشد وقعاً في نفسه ليلاً منه نهاراً. فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف حسامة الخطر في نفس المتعاقد، (المادة ١١٤) مدني.

الجهة التي صدر منها الإكراه:

الإكراه، سواء صدر من التعاقد الآخر أو صدر من أجنبي عن العقد، فإنه يفسد الإرادة. وقد نصت (المادة ١٢٨) من التقنين المدني المصري على حكم

الإكراه الواقع من الغير بقولها «إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه».

ولم يأت القانون المدني العراقي بهذا النص، ولكنه لم يقرر شيئاً يدل على أنه أراد مخالفته، ولا أدل على ذلك من أنه جعل للمكره الخيار بين الرجوع بالضمان على المجرير وبين الرجوع على التعاقد الآخر وهو خيار لا يستقيم منطقياً إلا إذا افترضنا في التعاقد الآخر سوء النية أو التقصير، لأنه لو كان يجهل الإكراه الحاصل من الغير، لما جاز الرجوع عليه بالضمان، وهو لا يجوز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا كان العقد قابلاً للنقض بسبب الإكراه كما يستفاد هذا من (المادة ١٣٤) من القانون المدني العراقي.

إذن ليس في القواعد العامة ما يحول دون أن يشترط كما اشترط في التغرير مع الغبن أن يعلم التعاقد الآخر بالإكراه الحاصل من الغير، إذا كان الغير هو مصدر الإكراه. وإذا لم يكن يعلم فلا أقل من أن يثبت علمه المفروض بهذا الإكراه^(١).

وقد يصدر الإكراه، لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف قيسأت مصادفة لا يد لأحد فيها، واقتصر التعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وجد تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد. فإذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر داهم وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مبلغاً باهظاً من المال، وإذا اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ، تحقق الإكراه إذ أن التعاقد الذي استغل هذه الظروف كان على علم بها وقصد استغلالها.

الغلط

تعريفه وتحديد نطاقه:

وهو يقوم في ذهن الشخص بحمله على اعتقاد غير الواقع. ويكون هو الدافع إلى التعاقد. فهو تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف قانوني ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة الأمر كشخص يشتري تمثالاً ويعتقد به أثرى وهو ليس كذلك. والذي نريده هنا نوع معين من الغلط هو الغلط الذي يعيب الإرادة، فرسم السدائرة التي تحضر نطاقه.

(١) الدكتور محمود سعد الدين الشريف - نظرية الالتزام - ج ١ - فترة ٢٠٧ ص ١٩٢.

وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو الغلط المانع، لأنه يعدل الإرادة ولا يقتصر على أن يعيها. وهذا غلط يقع في ماهية العقد كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة، أو في ذاتية المحل كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع أحدهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى. وإلى هذا أشارت (المادة ١١٧) من القانون المدني العراقي بقولها «١- إذا وقع غلط في محل العقد، وكان مسمى وإشاراً إليه، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه...

٢- فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، بطل البيع....».

كما يقع أخيراً في السبب بمعناه التقليدي كما إذا اتفق الورثة مع الوصي له على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة. ففي الأمثلة المتقدمة لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية - ماهية العقد أو المحل أو السبب - فالتراضي غير موجود، ومن ثم وجب استبعاد الغلط المانع من دائرة البحث فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته.

وهناك غلط لا يعدل الإرادة بل ولا يعيها، فيجب كذلك استبعاده من دائرة البحث. وهذا هو الغلط الذي يقع في نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها، أو تفسير الإرادة إذا أساء فهمها من توجهت إليه. وهو غلط لا يقع في تكون الإرادة ذاتها، بل في نقلها أو في تفسيرها بعد تكونها.

ويبقى بعد ذلك الغلط الذي يصيب الإرادة وهو الذي يعيننا هنا ويحسب أن نرسم دائرته. فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها وهو من جهة أخرى لا يعدل الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع^(١).

ويشترط لوجود الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد موقوفاً شرطان:

١- أن يكون الغلط جوهرياً.

٢- أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر.

الشرط الأول: يجب أن يكون الغلط جوهرياً.

الغلط الجوهري هو الغلط الذي يبلغ حداً من الجسامه بحيث يتمتع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (المادة ١١٨) مدني. أو بعبارة أدق يكون الغلط جوهرياً إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد.

(١) السنهوري، الرجيز، فقرة ١٢٠، ص ١١١.

ومعيار الغلط الجوهرى معيار ذاتي. يقتضى أن نبحث عن نية المتعاقد الذي وقع في الغلط لمعرفة الأهمية التي يعلقها على الأمر الذي انصب عليه الغلط. ولما كان من الصعب التعرف على نية المتعاقد الذي وقع في الغلط ومعرفة ما إذا كان الغلط جوهرياً لديه أي دافعاً إلى التعاقد فإن (المادة ١١٨) مدني بفقرتها الثلاث أشارت إلى الأحوال التي يكون الغلط فيها على الأخص جوهرياً.

الحالة الأولى: إذا وقع الغلط في صفة للشيء ونكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

الحالة الثالثة: إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

الحالة الثالثة: إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد السذي يتمسك بالغلط أو يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد. وللغلط في العناصر الضرورية للتعاقد صورتان^(١):

١- غلط في قيمة الشيء. ٢- غلط في الدافع على التعاقد.

ويلاحظ أن أحوال الغلط السالفة الذكر إنما وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وذلك باعتبارها أهم صور للغلط في الحياة العملية، كما يلاحظ أن (المادة ١١٨) مدني تشير في فقرتها الأولى إلى الظروف التي تحيط بالعقد ووجوب توافر حسن النية في التعامل كضوابط موضوعية يمكن الاستعانة بها للتعرف على نية المتعاقدين إذا لم يكن من المستطاع الوصول إلى هذه النية عن طريق آخر. فالشخص الذي يشتري شيئاً من تاجر آثار ويندفع في ذلك ثمناً مرتفعاً ثم يتبين أن ما اشتراه غير أثري في هذه الحالة يمكن الاستدلال من ظروف التعاقد (البائع تاجر آثار والمشتري يدفع شيئاً غالياً للشيء) على أن المشتري حسب الشيء أثرياً وأن هذه الصفة هي التي دفعته إلى التعاقد. ويحسن بنا أن نورد بعض التطبيقات العملية لمعيار الغلط الجوهرى في حالات الغلط المختلفة.

(١) انظر محضر جلسة الاجتماع السادس من اجتماعات لجنة مشروع القانون المدني العراقي وهو الاجتماع

المتعقد في ١٣ من نيسان سنة ١٩٤٣.

الغلط في صفة جوهرية في الشيء

الغلط في صفة جوهرية في الشيء، ليس هو الغلط في ذات الشيء، فهذا هو الغلط المانع الذي يحول دون انعقاد العقد كما سبق أن ذكرنا. وهناك أمثلة كثيرة على غلط في صفة جوهرية للشيء محل العقد مستمدة من القضاء المصري^(١). من هذا أن يبيع أوراق مالية لشركة حكم ببطلانها، يجوز الطعن فيه بالغلط في صفة جوهرية للشيء المبيع ومن هذا شراء تمثال في محل للعاديات على أنه تمثال أثري ويتبين أنه تمثال حديث. ومن هذا شراء قماش على أنه قابل للغسيل ثم يتبين غير ذلك، ومن هذا بيع أرض على أنه يحدها من الناحية الشمالية شارع ثم يتبين أن الأرض محصورة من جميع الجهات. وعلى عكس هذه الأمثلة لا يعتبر غلطاً جوهرياً أن يذكر بيان خطأ في حدود الأرض المبيعة، إذا كانت هذه الأرض قد حددت بطريقة أخرى نافية للجهالة.

الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته

ويقع هذا الغلط في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التسرع والشركة والمزاوعة. فالغلط في شخص الموهوب له أو الشريك أو الزارع أو الوكيل يجوز نقض العقد. وكذلك يجوز الطعن في العقد إذا وقع الغلط في صفة جوهرية في شخص المتعاقد كان يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبة فيه ثم يتضح أنها تحترف الدعارة، أو أن يتعاقد شخص مع أحد الفنانين في شأن عمل يعتقد أنه متخصص فيه ثم يتضح أنه ليس كذلك.

الغلط في قيمة الشيء

كان الفقه التقليدي في فرنسا لا يميز الطعن في العقد بسبب غلط في القيمة. ولكن من المتفق عليه في الفقه الحديث أن الغلط في القيمة إذا كان جوهرياً بالمعنى السابق ذكره فإنه يعتبر عيباً من عيوب الإرادة. ومن أمثلة الغلط في القيمة أن يبيع شخص لوحة زيتية بثمن بخس، وهو مجهل أنها لفنان كبير وقيمتها باهظة أو يبيع سداً بقيمته الفعلية وهو مجهل أن هذا السند ربح جائزة مالية كبيرة.

(١) الدكتور سمير عبد السيد، تناقض - المبادئ الأساسية في نظرية العقد، أحكام الالتزام - مساهمة المعارف، ص ٥١.

الغلط في الباعث

كان الفقه التقليدي في فرنسا لا يعتد كذلك بالغلط في الباعث. على خلاف الفقه الحديث الذي يجعل الغلط في الباعث جوهرياً إذا كان هو الذي أدى إلى إبرام العقد. ومن ذلك مثلاً من يشتري سيارة اعتقاداً منه أنه سيارته قد هلكت ثم يظهر أنها سليمة، أو الموظف الذي يستأجر شقة في مدينة على اعتبار أنه نقل إليها ثم يتبين خطأ اعتقاده.

الغلط في القانسون

والغلط في القانون ليس هو اعتذار بالجهل القانوني يقصد به تلافي تطبيقه فهذا غير جائز إذ المبدأ هو عدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون. ولكن الغلط في القانون يراد به على العكس من ذلك التمسك بتطبيق القانون الذي لو كان المتعاقد يعلم حكمه لما أبرم العقد فهو تمسك بالقانون وليس قهراً منه. والغلط في القانون لا يعتبر من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهرياً بالمعنى السابق ذكره. وهو قد يتعلق بصفة جوهرية في الشيء أو بشخص المتعاقد أو بالقيمة أو بالباعث. ومن الأمثلة على ذلك أن يتعهد شخص بالوفاء بالتزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني. فهذا غلط جوهرية في القانون متعلق بصفة جوهرية في الشيء ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن يهب رجل مالا لمطلقة أنها لا زالت في عصمته، بينما هي في الواقع لم تعد كذلك بانقضاء فترة العدة وصيرورة الطلاق بائناً، فهذا غلط جوهرية يتعلق بصفة من صفات المتعاقد الآخر.

الغلط المسادي

انعقد الاتفاق سواء في النظرية التقليدية أو الحديثة على أن الغلط المادي أو العلي في الحساب وفلتات القلم لا يعد غلطاً جوهرياً يؤثر في نفاذ العقد وإنما يجب تصحيح هذا الغلط وهذا هو ما تقضي به (المادة ١٢٠) من القانون المدني.

الشروط الشاسي: أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر.

نصت (المادة ١١٩) مدني على أنه «لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان مسن السهل عليه أن يتبين وجوده».

فيجب إذن لإمكان التمسك بالغلط، أن يكون مشتركاً بين المتعاقدين، أو يكون المتعاقد الذي لم يقع في الغلط على علم به، أو كان في وسعه أن يعلم به. وهو شرط وضعه المشرع لاستقرار المعاملات، وحماية الثقة المشروعة لمتعاقدي يفاجأ بطلب نقض العقد لغلط لم يكن يعلم عنه شيئاً أو لم يكن في وسعه أن يعلم به.

وإذا كان الغلط مشتركاً، بأن اعتقد المتعاقدان مثلاً أن التحفة عادية فليس للمتعاقد الذي اشترك في الغلط أن يشكو من مطالبة الطرف الآخر بإبطال العقد، لأنه هو أيضاً وقع في الغلط. وإذا كان الغلط فردياً، وكان الطرف الآخر على علم به، فليس له أيضاً أن يتذمر من التمسك بإبطال العقد، إذ أنه سيئ النية كان عالماً بأن المتعاقد الآخر وقع في غلط ولم يوجه نظره إليه.

وإذا كان الطرف الآخر لم يعلم بالغلط ولكن كان في وسعه العلم به، فهو أيضاً في مركز لا يميز له التذمر. فهو مقصر في عدم إدراك أنه يتعاقد مع شخص واقع في الغلط. من ذلك مثلاً أن يبيع تاجر آثار تحفة عادية لشخص يعلم أنه من هواة التحف الأثرية، فهنا التاجر يكون مقصراً إذا لم يعلم أن العميل يريد تحفة أثرية، وأن هذه الصفة جوهرية في نظره.

الغبين مع التغير

لا يعرف القانون المدني العراقي التدليس، بوصفه عيباً مستقلاً عن عيوب الإرادة. ولذلك لم يأت بأحكام خاصة بالتدليس كما فعلت بعض التقنيات التي أغفلت التدليس كعيب من عيوب الرضاء.

فالتغير وحده ليس سبباً من أسباب توقيف العقد في القانون المشار إليه، وكذلك الغبن ولو فاحشاً ليس عيباً من عيوب الرضاء، بل من عيوب العقد في أحوال خاصة (المادة ١٢٤/١) مدني.

وإذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغير كان مانعاً من نفاذ العقد، واعتبر عيباً من عيوب الإرادة في القانون العراقي، يفسد الرضاء كما يفسده الغلط والإكراه^(١).

(١) وهذا الذي تميز به القانون العراقي. قد استقاه من المذهب الحنفي مع تحوير يتعلق بالجزاء، لأن الغبن فيه وإن كان نتيجة غرور وقع على أحد المتعاقدين من الآخر، أو من يعمل له كالدلال، فللمغبون الغير حق فسخ العقد لسوء نية التعاقد الآخر وتضليله، وألا لم يكن له هذا الحق، وهذا هو القول المتيقن به. انظر الأستاذ الشيخ علي الحقيفي. أحكام المعاملات الشرعية ص ١٤٠. طبعة ١٩٥٢ القاهرة - راجع (المادة ٣٥٧) من مجلة الأحكام العدلية.

التفسير

التغريب، هو أن يذكر أحد المتعاقدين للآخر أموراً ترغبه في الإقدام على التعاقد معه، أو أن يقوم بإجراءات فعلية تدفعه إلى التعاقد معه، مثال الأول أن يذكر البائع للمشتري أن البضاعة المعلومة التي يريد بيعها إياه، قد دفع بها فلان كذا مبلغاً وأنه لم يبيعها بذلك المبلغ لقلته، فيزيد على المبلغ ويشترى البضاعة، والواقع أن فلاناً لم يدفع بها ما ذكره البائع. وكذلك إذا بين له أن هذه البضاعة انقطع استيرادها؛ أو أنه سينقطع استيرادها فأمن المشتري بذلك فاشتراها. وكذلك إذا قال المشتري للبائع أن بضاعتك هذه ستكسد قريباً، أو سينخفض ثمنها لكثرة ما ورد منها، أو ما سيرد منها قريباً، فلو عجلت بيعها، فأمن رب البضاعة بذلك فباعها إياه. ومثال ثاني كأن يحضر البائع من يزيد على البضاعة وهو لا يريد شراءها في الحقيقة وإنما يريد ترغيب الناس في شرائها فيندفع شخص بناء على هذا الترغيب فيشتري البضاعة وكذلك إذا شد أحد أخلاف بقرته لتظهر بمظهر البقرة الحلوب، فاشتراها شخص بناء على هذا المظهر. وهكذا كل موقف يقف فيه أحسب المتعاقدين من الآخر مرغباً فيه على التعاقد معه، فيقع التعاقد بناء على الترغيب. والتغريب قد يأتي من غير أحد المتعاقدين، كما في بيع النجش، وهو أن يزيد شخص على بضاعة يقصد رفع ثمنها، وهو لا يريد شراءها، فيغتر بذلك شخص آخر فيشتريها بالزيادة عليه. (والتغريب) هو التدليس في الفقه الحديث، وهو استعمال طرق احتيالية توقع التعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد. فالتدليس ليس هو العيب الذي يعيب الإرادة ولكنه الغلط الذي يثيره التدليس في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد. فالغلط إما أن يكون تلقائياً انزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه وإما أن يكون ناشئاً عن تدليس وفي الحالتين يكون الغلط. هو عيب الإرادة. فالعلاقة وثيقة بين الغلط والتدليس وسنعود إلى بحث هذه العلاقة في نهاية هذا البحث.

الغبس

والغبس، هو عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه. فإذا دفع المشتري مثلاً للبائع ثمناً أقل من القيمة الواقعة للشيء المبيع احتل التعادل، فكان البائع مغبوناً والمشتري غائباً، والعكس بالعكس. والغبس إما يسير

وهو التفاوت بالمقدار الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم، وإما فاحش وهو ما كان خلاف ذلك. وبما أن القانون لم يضع معياراً مادياً لما يتسامح به الناس وما لا يتسامحون به، فيمقتضى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني نستمد ذلك من مبادئ الشريعة الإسلامية. وهي قد حددت الغبن بمقدار خمس القيمة (الواقعية) في العقارات، وعشرها في الحيوانات ونصف عشرها في غير ذلك. وما كان أقل من ذلك فهو غبن يسير. وإنما قلنا القيمة الواقعية، لأن الشريعة لم تأخذ بنظرية القيمة الشخصية — وهي^(١) قيمة الشيء باعتبار المتعاقد — لأنها نظرية غير منضبطة.

ويذهب البعض إلى أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أما الغبن اليسير فهو ما يدخل تحت تقويمهم. فلو بيعت دار بعشرة آلاف دينار، وقومها بعض أهل الخبرة بما يزيد على هذا المبلغ والبعض بما ينقص عنه، كان الغبن فيها يسيراً. أما لو اتفقوا جميعاً على تقويمها بأقل من العشرة آلاف دينار بحيث لم يصعد واحد من أهل الخبرة بقيمتها إلى ثمنها كان في البيع غبن فاحش بالنسبة إلى المشتري^(٢).

شروط الغبن مع التغيرير

نصت الفقرة الأولى من (المادة ١٢١) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: «١ — إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون. فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغيرير لورثته» ونصت (المادة ١٢٢) مدني على أنه «إذا صدر التغيرير من غير المتعاقدين، فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت إبرام العقد». يتضح من هاتين المادتين، ١٢١ - ١٢٢ من القانون المدني العراقي أنه كي يتوقف العقد للغبن مع التغيرير، لا بد من توافر شروط أربعة:

(١) فقد يكون الشيء نافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع إلى ظروفه الشخصية.

(٢) أما لو اتفقوا جميعاً على تقويمها بأكثر من العشرة آلاف دينار بحيث لم يتزل واحد من أهل الخبرة بقيمتها إلى ثمنها كان في البيع غبن فاحش بالنسبة إلى البائع. انظر (المادة ١٦٥) من مجلة الأحكام العدلية فقد جندحت للأخذ بالمعيار الأول.

١ - استعمال طرق احتيالية.

٢ - أن يكون التغيرير هو الدافع إلى التعاقد.

٣ - أن يصدر التغيرير من أحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به أن صدر من الغير.

٤ - أن يقترب التغيرير بالغش الفاحش.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية

يتحلل هذا الشرط إلى عنصرين: عنصر مادي وهو الطرق أو الوسائل الاحتيالية، وعنصر معنوي وهو نية التضليل للوصول لغرض غير مشروع.

العنصر المادي: هو الطرق الاحتيالية أي الأعمال والتصرفات التي تستعمل للتأثير على إرادة المتعاقد. وتتفاوت الطرق الاحتيالية المستخدمة بتفاوت ذكاء المدلس وغباء المدلس عليه. فمن الناس من يصعب خداعه ومنهم من يسهل غشه. فالتطرق الاحتيالية يجب أن تكون كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد. والمعيار هنا معيار ذاتي، ومن أمثلة الطرق الاحتيالية حالة التجمعات والشركات التي تتخذ لنفسها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها، أو الأشخاص الذين يظهرون بمظهر اليسار أو يتخذون لأنفسهم صفات متحلة أو أن يتقدم شخص غير المؤمن عليه لشركة التأمين للكشف الطبي عليه.

ومجرد الكذب لا يكفي لاعتباره طريقاً احتيالياً، كالتاجر الذي يبالغ في مدح بضاعته حتى وإن وصل إلى حد الكذب ما دام ذلك مألوفاً في التعامل. ولكن قد يعتبر الكذب طريقاً احتيالياً إذا وقع على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد. ففي عقد التأمين. يعد الإدلاء ببيانات كاذبة طريقاً احتيالياً، كما لو أدى المؤمن عليه بيانات كاذبة عن مهنته حتى يخفي ما يتعرض له من أخطار، كادعاء بحار بأنه مزارع.

ومجرد الكتمان لا يعد طريقاً احتيالياً لأننا لو فرضنا على المتعاقدين الإدلاء بكل ما لديهم من بيانات لكان في ذلك إخراج شديد لهم. ولكن الكتمان يعد طريقاً احتيالياً إذا كان المتعاقد التزم بسان يقضي بأمر من الأمور أو بمعلومات لها أهميتها في التعاقد سواء أكان مصدر هذا الالتزام القانون أو طبيعة العقد. فإذا كتم أحد المتعاقدين على الآخر واقعة جوهرية ولم يكن في استطاعة المدلس عليه أن يعرفها عن طريق آخر، كان هذا الكتمان تدليلاً. فمثلاً يعد تدليلاً كتمان البائع عن

المشتري المشروع بترع ملكية العقار المباع للمنفعة العامة، ولكن لا يعد تدليساً كتتمان البائع عن المشتري واقعة رهن العقار من قبل، فواقعة الرهن ولو أنها جوهرية في التعاقد إلا أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينها لو أنه احتاط للأمر وكشف عن العقار في دائرة التسجيل العقاري.

والقانون المدني العراقي يذهب إلى أن الكذب أو عدم البيان يصلح أيهما لتكوين التغيرير في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، وهي عقود (المادة ١٢١) مدني والتي تنص «٢- ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المراجعة والتولية والإشراك والوضعية». فليسو كسذب العاقد في الثمن الذي اشترى به المعقود عليه، كان هذا منه تغريراً سواء لجساً في تأييد الكذب إلى طرق احتيالية أو لم يلجأ.

والمراجعة، هي بيع المال أو المشتري بالثمن الذي قام على البائع بزيادة معينة في العقسد ربحاً له. والوضعية، هي بيع المال إلى المشتري بمقدار الثمن الذي كان قد اشتره به. والإشراك، هو إشراك أحد شخصاً آخر فيما اشتره أو فيما يشتره بما قام عليه. فإذا قال له أشركتك بالربع في هذا المال الذي اشترته بمائة دينار. أو قال شخص لآخر أشركني بالنصف فيما تشتريه اليوم من الحنطة فقبل الثاني واتفقا على ذلك كان إشراكاً له بنصف الحنطة.

وهذه العقود تسمى عقود الأمانة، لأن مبنائها على الأمانة بالبائع في مقدار الثمن والتصديق بقوله. فإذا تبين أنه غير صحيح كان خائناً وكان غاراً فإذا تحقق الغبن الفاحش في العقد، أصبح معيماً غير نافذ.

أما **العنصر المعنوي**: فهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع فمبالغة التاجر في وصف بضاعته وانتحاله لها أحسن الأوصاف لا يعد تدليساً لأنه بنية الترويج لبضاعته وليس بنية التضليل. ولا تعد الطرق الاحتيالية تدليساً إلا إذا كانت بهدف الوصول إلى غرض غير مشروع. فلو تبين المودع أن المودع عنده غير أمين، فاستعمل طرقاً احتيالية لكي يحصل من المودع عنده على إقرار بالدين فلا يعد ذلك تدليساً. ولكن يعد تدليساً استعمال الطرق الاحتيالية بقصد تضليل شخص لا يتراز أمواله.

واستظهار وقائع الاحتيال المكونة للتغريير مسألة وقائع يستقل به قاضي الموضوع. أما الفصل فيما إذا كانت هذه الوقائع تعد من الطرق الاحتيالية المكونة للتدليس أو لا تعد كذلك فهو مسألة قانون تفصل فيه محكمة التمييز.

الشرط الثاني: أن يكون التغير هو الدافع إلى التعاقد

يجب أن تبلغ الطرق الاحتمالية حداً من الجسامة بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد. والمسألة مرجعها تقدير قاضي الموضوع يبت فيها وفقاً لحالة المتعاقد الشخصية، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في معاملاتهم. فالمعيار - كما هو في كل عيوب الإرادة - معيار شخصي، يؤخذ فيه بحالة المتعاقد الشخصية بحسب جنسه وسنه وحظه من الثقافة والتجربة. وفي رأي فريق من الفقهاء أنه يجب التفرقة بين التغير الدافع وهو الذي يجعل العقد موقوفاً وبين التغير غير الدافع وهو الذي يغري بقبول شروط أبعث وهذا النوع من التغير غير الدافع لا يكون سبباً في توقيف العقد بل يكون للمتعاقد المغرور أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر. ومثال ذلك أن يقدم بائع العقار عقوداً مزورة لإيهام المشتري بارتفاع ربيع العقار فيدفع المشتري ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي للعقار. والواقع أن هذه التفرقة متقدمة، لأن التغير المعري على المتعاقد بشروط أبعث هو تغيير دفع إلى التعاقد بهذه الشروط، والتغير هنا أيضاً يعيب الإرادة.

الشرط الثالث: أن يصدر التغير من أحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به أن صدر من الغير. الأصل أن التغير يقع من أحد المتعاقدين أو من نائبه. ولكن قد يقع التغير من الغير. ولئن كان التغير الصادر من الغير يعيب رضى التعاقد المغرور إلا أن التمسك به يؤدي إلى الإضرار بالعقد الآخر الذي سيفاجأ بطلب نقص العقد لتغيير لم يصدر منه. وللتوفيق بين مصلحة التعاقد المغرور وحرصاً على استقرار التعامل فإن القانون المدني يجعل العقد موقوفاً. أي غير نافذ إذا صدر التغير من أحد المتعاقدين أو صدر مسن الغير وكان التعاقد الآخر يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التغير. (المادة ١٢٢) مدني.

وإذا كان التغير قد وقع من الغير ولم يكن المتعاقد الذي وقع التغير لجانبه عالماً به ولم يكن من السهل أن يعلم به فإن للعقد المغرور أن يرجع على الغير بالتعويض عن الضرر الناشئ عن وقوعه في حبال التغير تأسيساً على أحكام المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع. وتوكيداً لذلك نصت (المادة ١٢٣) من القانون المدني العراقي على أنه «يرجع التعاقد المغرور بالتعويض.... إذا أصابه غبن فاحش وكان التغير لا يعلم به التعاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به الخ».

الشرط الرابع: أن يقترب التغير بالغبن الفاحش

وأخيراً يشترط لاستعمال خيار النقص أن يحقق بالعقد المغرور غبن فاحش لا يسير وقد حددنا الغبن الفاحش فيما أسلفناه، ويكفي أن يتحقق في العقد بطريق الاستصحاب مع التغير.

والأصل أن مجرد الغبن الفاحش لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغيير. على أنه كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل عليه الغبن الفاحش مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً. ولا يجوز الطعن بالغبن ولو اقترن بتغير في عقد. تم بطريق المزايدة العلنية. لأن المزايدة العلنية تنفي كون الدافع إلى التعاقد هو التغير، كما أنها تصلح دليلاً على أن السعر الذي رست عليه المزايدة هي القيمة الحقيقية للشيء فينتفي كون الغبن واقعاً. (المادة ١٢٤) مدني.

العلاقة بين التغير والغلط

لا يمكن أن تخفي نظرية الغلط في القانون العراقي عن نظرية الغبن مع التغير فهما نظريتان مستقلتان، تكمل كل واحدة منهما الأخرى. فقد يوجد عيب الغلط من غير تغير مقرون بالغبن وبالعكس. وقد يكون للعقد الفاسد رضائه مصلحة في إثبات الغلط المؤثر في العقد من طريق إثبات التدليس. فإثبات التغير أيسر مؤونة عليه من إثبات الغلط لأن هذا أمر نفسي يتعذر في الغالب إثباته. والغلط جزاؤه نقض العقد فقط، ولا محل للتعويض عنه وفقاً للرأي الراجح. أما التغير المقرون بالغبن فجزاؤه نقض العقد كذلك، إلا أن التعويض فيه مكاناً ملحوظاً لكون عملاً غير مشروع في ذاته، ولذلك يجوز المطالبة في صدده بالتعويض ولو لم تكتمل أركان التغير المصحوب بالغبن (المادة ١٢٣) مدني.

استغلال

تقرر المادة (١٢٥) مدني أنه «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل حاجة أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فله حقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى حد المعقول. فإذا كان التصرف الذي صدر تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

وقد اقتبس المشرع العراقي هذه المادة من القانون المدني الألماني (م ١٣٨) وقانون الالتزامات السويسري (م ٢١). وهذه الفكرة مظهر من مظاهر تطور فكرة الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية.

وإذا كان المشرع قد عد الاستغلال عيباً رابعاً من عيوب الإرادة فليس معنى هذا أنه عيب مستقل تمام الاستقلال عن عيوب الإرادة الأخرى. فهو إذا كان لا يدخل تحت أي حيب منها إلا أنه يقترب كثيراً منها فهو يقترب من الإكراه وإن لم يكن إكراهاً كما في حالة الهوى الجامح، كما أنه يقترب من الغلط أو التغيرير مع الغبن وإن لم يكن واحداً منهما، كما في حالة الطيش البين فهو أذن لا يختلف في طبيعته من العيوب الأخرى من حيث تأثيره في الإرادة وإن اختلف عنها من حيث الدرجة.

لكن مثل ذلك الغلط أو الإكراه أو التغيرير مع الغبن في حالات الاستغلال لا يحتاج إلى دليل خاص بل هو مفروض من مجرد إقامة الدليل على توافر عنصري الاستغلال^(١).

عناصر الاستغلال

وللاستغلال، كما يتبين من النص السابق: عنصران، أحدهما موضوعي، وهو اختلال التعادل اختلالاً يؤدي إلى الغبن الفاحش. والآخر نفسي هو استغلال ضعف في نفس المتعاقد.

١- **العنصر الموضوعي:** والقانون المدني العراقي، لم يعتد في تقدير قيمة المعقود عليه بقيمته الشخصية في نظر المتعاقد، بل اعتبر، لتقدير الاختلال، بقيمة الشيء في ذاته، أي أثر المعيار المادي في فهم هذا الاختلال، أي قيمة المعقود عليه الواردة في العقد بالنسبة إلى قيمته الحقيقية.

وأكثر ما يقع الغبن الفاحش في عقود المعاوضة المحددة التي يعرف فيها العاقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ، ولكن ليس ما يمنع من أن يتحقق أيضاً في العقود الاحتمالية إذا اجتمع فيها معنى الإفراط ومعنى استغلال ضعف المتعاقد.

وعقود التبرع لا يمكن أن يتصور فيها اختلال التعادل، ولا الغبن الفاحش، وإن كان يتصور فيها الاستغلال من باب أولي. وإذن فالغبن الفاحش لا يقع إلا في عقود المعاوضة، وليس في صياغة (المادة ١٢٥) ما يشعر بأن المشرع أراد أن يحيد عن هذه المعاني.

(١) السبهي - الوحي - فقرة ١٥٣ ص ١٤٣.

٢- العنصر النفسي: أما العنصر النفسي، فينحصر في أن أحسد العاقدين يريد أن يستغل في العاقد المغبون، حاجة أو طيشاً أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف إدراك. والهوى هو الميل الجارف الذي يضعف الإرادة فتتقاد لحكمه بالاستسلام، فإذا اغتسب شخص فرصة ميل من زوجته إلى الطلاق فاستكتبها ديناً كبيراً لقاء تمكينها من الزواج ممن يحب، كان مستغلاً هوى جاشاً في زوجته فهو لتحقيق هذه الرغبة العارمة. والزوجة الشابة التي تستغل في زوجها الشيخ انعطافاً شديداً نحوها فتستوقعه هبة لصالحها إضراراً بأولاده من زوجته الأولى، تستغل فيه هذا الهوى والانقياد كي تستوفي ما أرادت الحصول عليه منه. أما الطيش فهو لفظة تدل على الترق والخفة، وفيه معنى الاندفاع وعدم تقدير العواقب، فالشاب الثري الغرير، قد تستغل فيه الحاجة إلى الإنفاق عن سعة فيستكتب تصرفات في أمواله يغيب فاحش فهذا هو الطيش وغالباً ما يفترق بعدم الخبرة.

أما ضعف الإدراك، فهو عدم الخبرة وسوء التقدير للأمور، وهو لا يبلغ درجة العته. ولا بد أن ينتهز المستغل ما في العاقد المغبون من طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف إدراك، فيتعاقد معه تعاقدًا يخلق به الغبن الفاحش. وفي التعاقد تحت تأثير الاستغلال يكون رضا المغبون غير كاف، لأنه قد تحكم فيه الهوى، أو ضلله الطيش، أو أفسد رضاه ضعف الإدراك وفقدان الخبرة حتى تعاقد مع من استغل فيه هذا الرضاء المختل. عبء إثبات العنصرين الموضوعي والنفسي يقع على العاقد المغبون. وتقدير توافر العنصر النفسي في الاستغلال مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع.

أما وصف بعض الاستغلال فهو من الأمور التي تبسط عليها محكمة التمييز رقابتها.

جزاء الاستغلال

يستفاد من نص (المادة ١٢٥) مدني السالفة الذكر أن جزاء الاستغلال يختلف في عقود المعاوضات عنه في عقود التصرع. فبالنسبة إلى العقود الأولى لا يجوز للعاقد المغبون إلا أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ويمنع عليه أن يطلب نقض التعاقد وللقاضي إذا رفعت إليه دعوى الإنقاص أن يعمد إلى تعديل أي

من الالتزامات المتقابلة، إما بإنقاص التزامات العاقد المغبون أو بالزيادة في التزامات العاقد المستغل، ولا يشترط أن يعيد التوازن كاملاً إلى العقد بحيث يرفع كل غبن بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش.

أما بالنسبة إلى التبرعات، فللعاقد المغبون أن يطلب في خلال سنة من وقت العقد، والميعاد هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، وبالتالي فهو ليس عرضة لا للوقوف ولا للانقطاع.

المبحث الثاني

المحل

محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن: والمحل إما أن يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ولكل التزام محل أياً كان مصدر هذا الالتزام. ومع ذلك فإن أهمية دراسة محل الالتزام لا تظهر إلا بالنسبة إلى الالتزام الإرادي (العقد أو الإرادة المنفردة)، ذلك أن الالتزامات التي تنشأ عن مصادر غير إرادية فإن القانون يحدد محلها، وهو غالباً دفع مبلغ من النقود. أما الالتزام الإرادي فإن الإرادة هي التي تحدد محله، لذلك وجب أن نحدد الشروط الواجب توافرها في المحل.

شروط المحل:

- ١- يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً.
- ٢- يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.
- ٣- يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً).

الشرط الأول: الوجود أو الإمكان:

(١) محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل يتعلق بشيء معين: إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني كنقل ملكية شيء أو القيام بعمل يتعلق بشيء معين كالالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فيجب في هذه الحالة أن يكون الشيء موضوع الحق أو الذي يتعلق به العمل موجوداً وقت التعاقد. فإذا تبين أن الشيء محل الالتزام غير موجود فإن العقد لا ينعقد. مثال ذلك أن يبيع وارث نصيبه في تركة ثم يتضح أنه محجوب بوارث آخر.

على أنه إذا وجد الشيء وقت التعاقد ولكنه هلك بعد التعاقد، فإن العقد ينعقد ونصبح إزاء استحالة في التنفيذ.

وقد يقصد المتعاقدان على أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً، لا على شيء محتمل الوجود. فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة - حتى ولو أمكن وجوده في المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم. فإن لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً، وقت نشوء الالتزام، جاز أن يقع الالتزام على شيء محتمل الوجود، أي على شيء يوجد في المستقبل.

المحل المستقبل:

نصت (المادة ١٢٩) مدني على أنه «١- يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقست التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر. ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على الحياة باطل».

يتضح من هذا النص أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً، كما في بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت بسعر الوحدة أو بثمن مقدر جرافاً. ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناؤه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء، فهذا بيع شيء مستقبل تحقق الوجود. وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود، كبيع نتاج ماشية قبل وجودها إذ النتاج قد يوجد وقد لا يوجد. ومن الأمثلة العملية للتعامل في الأشياء المستقبلية أن يبيع صاحب مصنع مقدراً معيناً من مصنوعاته قبل أن يبدأ في صنعها، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتم، وأن يزل مفاول عن الأجر في مفاولة لم ترس عليه بعد. على أن القانون قد يحرم الاعتبارات خاصة التعامل مع الشيء المستقبل، كما فعل عندما أبطل هبة الأموال المستقبلية (المادة ٦٠٩) من القانون المدني العراقي، وحرم التعامل في التركة المستقبلية.

التركة المستقبلية:

نصت الفقرة الثانية من (المادة ١٢٩) مدني على «أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل»، فالتعامل في تركة مستقبلية يقع باطلاً لمخالفته للآداب إذا صدر من الوارث، ولمخالفته للنظام العام إذا صدر من المورث نفسه. والتركة المستقبلية هي الذمة الحاضرة لشخص حي ولكن التعامل يتم عليها باعتبارها ذمة. والمثال البارز على ذلك هو أن يبيع الوارث أو يرهن ما سيؤول إليه من ميراث بعد وفاة مورثه. ومثل هذا العقد فيه معنى المضاربة على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب، وفيه أيضاً شبهة وقوع المتصرف تحت استغلال المرايين. والمتصرف يكون باطلاً أيّاً كان نوعه، بيعاً أو إيجاراً أو رهناً أو هبة أو مقايضة أو شركة أو غير ذلك. وهو يبطل أيّاً كان شخص المتصرف إليه سواء كان أجنبياً أو كان وارثاً آخر في نفس التركة. وهو يبطل أيّاً كان شخص المتصرف سواء كان هو الوارث الموصى له أو حتى المورث نفسه.

(٢) محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل: إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكناً، لأنه لا التزام بمستحيل (المادة ١٢٧) مدني. والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة أي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته لا بالنسبة إلى شخص المدين، كما لو تعهد محام برفع استئنافات ميعاده أو تعهد شخص بالامتناع عن عمل سبق وقوعه. ففي هذه الحالات يعد الالتزام باطلاً. أما إذا كانت الاستحالة نسبية أي بالنسبة لشخص المدين فإن الالتزام يعد صحيحاً، وإذا عجز المدين عن القيام بتنفيذ التزامه حكم عليه بالتعويض.

والاستحالة المطلقة كما تكون طبيعية كالالتزام الجراح بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد، قد تكون قانونية كالالتزام المحامي بالطعن بالاستئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف. ولا فرق بين الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية فإن كلا منها يرتب ما سبق ذكره من أحكام.

الشرط الثاني: يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين:

(١) محل الالتزام نقل حق عيني: إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني فيجب أن نفرق بين الأشياء القيمة والمثلية. فإذا كان محل الالتزام من القيمات فيجب أن يكون معيناً تعييناً كافياً يميزه عما عداه، فإن كان محل الالتزام أرضاً فيكون التعيين بالموقع والحدود والمساحة، وإن كان جواً فيكون التعيين بالجنس واللون والسن والنسب.

أما إذا كان الشيء من المثليات (المقدرات) فيجب تعيينه بنوعها ومقدارها كبيع خمسين طناً من الحنطة الكردية. ولكن يكفي أن يكون التعيين بالنوع فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين المقدار كأن يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافي لمدرسة أو مستشفى فإن المقدار يكون في هذه الحالة قابلاً للتعين على أساس عدد تلاميذ المدرسة أو عدد أسرة المستشفى. وإذا لم يذكر في العقد درجة جودة الشيء أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو ظروف التعامل فإن المدين يلتزم بأن يسلم الشيء من صنف متوسط. وإذا كان محل الالتزام موجوداً وقت العقد فيكون تعيينه بالإشارة إليه وهذا أبلغ طرق التعيين أو بالإشارة إلى مكانه الخاص، فإذا كانت حنطة

معلومة لطالب الشراء، في مخزن فقال صاحبها بعثك الخنطة الموجودة في هذا المخزن وقع العقد صحيحاً نافذاً. وكذلك إذا لم تكن معلومة القدر والوصف لطالب الشراء فقال بعثك الخنطة الكائنة في هذا المخزن - وكانت الخنطة موجودة فيه - يقع العقد صحيحاً إلا أنه غير لازم فيجوز فسخه بخيار الرؤية.

على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجهه آخر. كما لو كان لشخص سيارة يعرفها شخص آخر معرفة كافية تعاقد عليها بيعاً من دون أن يذكر أوصافها، استغناء بمعلوماتها عندهما. وقد أشارت (المادة ١٢٨) من القانون المدني العراقي إلى هذه الأحكام حيث قالت «١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كانت تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقدره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

٢- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجهه آخر.

٣- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل».

أما إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فإن المدين يكون ملزماً بقدر عسدها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمة النقود وقت الوفاء أي أثر.

(٢) محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل: إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة، أو أن يشمل العقد على العناصر التي تجعل محل الالتزام قابلاً للتعيين. فإذا تعهد مقاول ببناء مستشفى وجب ذكر مواصفات هذا المبنى أو على الأقل العناصر اللازمة لتحديد هذا المبنى كإقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة.

الشرط الثالث: يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً):

تنص (المادة ٦١) مدني على أنه «١- كل شيء لا يخرج من التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصبح أن يكون مثلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل

بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا تجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية». الأصل أن جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلاً للحقوق المالية أن لم تخرج من التعامل بطبيعتها أم بحكم القانون.

فالأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالماء والهواء لا يستأثر أحد بجزائها فتكون غير قابلة للملك ولا للانتقال من يد إلى أخرى. ولكن قد تزول استحقاقها للتعامل فيها كما يحدث للهواء والماء بعد حصره وإفرازه.

وقد يخرج القانون بعض الأشياء من دائرة التعامل رعاية لمصلحة عامة، إما تحقيقاً للغرض الذي خصصت هذه الأشياء من أجله كالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

ولكن عدم القابلية للتعامل هنا نسبية، فمثلاً يجوز تأجيرها واستعمالها بما لا يتنافى مع الغرض المخصصة له كما هو الشأن في التصريح للمحلات بشغل جزء من الأرضة أو التصريح بإقامة حمامات على الشاطئ.

وقد يهدف المشرع من تحريم التعامل في بعض الأشياء حماية للنظام العام والآداب كتحریم الاتجار في المخدرات والتعامل في تركة مستقبله. ولم يحدد المشرع في نصوص خاصة كل الأشياء المخالفة للنظام العام والآداب بل اكتفى بالنص في (المادة ١٣٠) مدني على أنه «١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العمار، والتصرف في مال المحجور ومال الوقف والدولة. وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية». والنظام العام هو مجموعة القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. لذلك فإن كل اتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب يعد باطلاً.

وفكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع فهي تنحصر في أضيق نطاق في ظل المذاهب الفردية وتتسع في ظل المذاهب الاشتراكية. أما الآداب فهي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها أمة معينة في جيل معين.

وفكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة متطورة فهي تختلف من أمة لأخرى ومن جيل لآخر. فتعدد الزوجات مباح لدينا بينما هو مخالف للنظام العام في بلاد أخرى. والسرقة كان مباحاً من قبل وهو الآن مخالف للآداب، كذلك التأمين على الحياة والوساطة في الزواج كانت مخالفة للآداب فيما مضى ولكنها مقبولة اليوم.

وتعد فكرة النظام العام والآداب المنفذ الذي تدخل فيه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني لتلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين. وعلى القاضي في تطبيقه لفكرة النظام العام والآداب ألا يعول على آرائه ومعتقداته الخاصة وإنما يراعي ما تدين به الجماعة.

هذا ويختلف مدى تعلق القواعد القانونية بالنظام العام بحسب تقسيمها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص. ففي نطاق القانون العام الأصل أن قواعده تتعلق بالنظام العام وتعد أمرة؛ سواء كانت هذه القواعد هي قواعد القانون الدستوري أم القانون الإداري أم القانون المالي أم القانون الجنائي. وتبعاً لذلك لا يصح للأفراد الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد، وإلا وقع مثل هذا الاتفاق باطلاً.

وفي نطاق القانون الخاص، فإنه ينبغي أن يفرق بين القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية وتلك التي تتعلق بالأحوال العينية، أو المعاملات المالية، فبالنسبة إلى الطائفة الأولى الأصل كذلك أنها تتعلق بالنظام العام، ولا يصح الاتفاق على مخالفتها. أما القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية فالأصل أنها لا تتعلق إلا بالمصالح الخاصة للأفراد. ولهذا يصح في الأصل الاتفاق على خلافها. ومع ذلك فإن الاتجاه في الدول المختلفة، وخاصة في ظل المذاهب الاشتراكية يميل إلى التوسع في التدخل بقواعد أمرة في مجال العلاقات الخاصة، وتبعاً لذلك أصبحت القواعد المتعلقة بالنظام العام تتزايد يوم بعد يوم.

المبحث الثالث

السبب

السبب في الالتزام العقدي وثيق الصلة بالإرادة إذ لا يتصور أن تتحرك الإرادة دون سبب. ونظرية السبب هي إحدى النظريات القانونية التي أثارت جدلاً عنيفاً في الفقه واختلفت في شأها الآراء اختلافاً بيناً، فدافع عنها فريق من الفقهاء دفاعاً حاراً وأطلق عليهم السبين وفريق آخر هاجم فكرة السبب ووصل إلى حد إنكارها من أساسها وعدم فائدتها وأطلق عليهم اللاسبين.

ويحسن بنا قبل أن نعرض نظرية السبب أن نحدد معنى السبب. قد يقصد بسبب الالتزام الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام أي مصدر الالتزام كالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع. وهذا هو السبب المنشئ. والسبب بهذا المعنى ليس هو المقصود في لغة القانون، لذلك فهو يخرج عن نطاق بحثنا. وقد يقصد بسبب الالتزام الغرض المباشر الجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وهذا هو السبب القصدي. فمثلاً في عقد البيع يكون السبب القصدي للبائع هو الحصول على الثمن. والسبب القصدي للمشتري هو الحصول على المبيع والسبب بهذا المعنى واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود، فهو عنصر موضوعي نبحث عنه داخل العقد.

ولكن قد يفهم السبب بمعنى آخر، بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد. والباعث الدافع إلى التعاقد هو الغرض البعيد أو غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد. فمثلاً في عقد البيع قد يكون الباعث للبائع هو إنفاق الثمن في أغراض معيشته أو إنفاقه في رحلة أو شراء شيء آخر. والباعث الدافع للمشتري قد يكون الحصول على الشيء المبيع للسكن أو فتح محل للتجارة أو ناد للقمار. فالباعث الدافع إلى التعاقد متغير بالنسبة لكل عقد وبالنسبة لكل متعاقد، إذ هو أمر شخصي يتعلق بنوايا الملتزم وخارج عن العقد. وذلك على خلاف السبب القصدي الثابت في النوع الواحد من العقود ولا يختلف باختلاف شخص الملتزم.

أولاً: النظرية التقليدية للسبب:

تأخذ النظرية التقليدية بالسبب القصدي. فالسبب طبقاً لهذه النظرية واحد لا يستغیر بالنسبة لكل طائفة من العقود.

ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل طرف في العقد هو التزام المتعاقد الآخر. ففي عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

وفي العقود العينية سبب التزام المودع عنده مثلاً برد الوديعة هو سبق تسليم الشيء إليه. وفي التبرعات، سبب التزام المتبرع هو نية التبرع.

فإذا تحدد المقصود بالسبب على النحو السابق ذكره، فإن النظرية التقليدية تشترط لصحة العقد أن يكون السبب موجوداً وأن يكون صحيحاً وأن يكون مشروعاً.

وجود السبب:

شرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء. فالسبب ينبغي أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد وينبغي أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذه. فإذا لم يوجد السبب ابتداءً كان العقد باطلاً، وإذا تحلف السبب بعد ذلك أصبح العقد مهتماً بالزوال.

ومن الأمثلة على عدم وجود السبب وقت إبرام العقد: حالة سندات الجاملة. فالسبب فيها لا يكون موجوداً وبالتالي فإن السند يكون باطلاً. وسند الجاملة هو تعهد بسدين لا وجود له يعطيه المدين للدائن بجاملة له. والدائن يقوم بتحصيل قيمة هذا السند عن طريق خصمه في أحد البنوك. فإذا حل أجل الوفاء به ورجع البنك على المدين بقيمة السند فإن الدائن يكون قد عجل برد هذه القيمة للمدين حتى يوفيهما للبنك. ويلاحظ أنه لا يمكن التمسك ببطلان سند الجاملة في مواجهة حامل السند حسن النية، ولكن يجوز التمسك بذلك في العلاقة بين المدين ودائنه الصوري على أساس عدم وجود السبب.

والسبب ينبغي أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذ العقد، فإذا وجد السبب وقت إبرامه ثم تحلف بعد ذلك فإن ذلك يؤثر في بقاءه. ويظهر ذلك بصفة خاصة في العقود الملزمة للجانبين التي تتميز بثلاثة أمور هي: ١- الدفع بعدم التنفيذ. ٢- الفسخ. ٣- تحمل التبعة.

صحة السبب:

يشترط لصحة العقد أن يكون السبب صحيحاً، والسبب يكون غير صحيح إذا كان موهوماً أو إذا كان صورياً.

مثال السبب الموهوم أن يتم عقد قسمة بين الورثة أو الموصى لهم، ثم يتبين أن الوصية باطلة. في هذه الحالة يبطل عقد التقسيم لأن السبب كان موهوماً وغير صحيح.

أما صورية السبب فهي ليست ذاتها سبباً من أسباب البطلان ما دام يوجد سبب حقيقي صحيح. ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي. فإذا تبين أن هذا السبب هو سبب موهوم فإن العقد يبطل لعدم صحة السبب، وإذا تبين أن السبب الحقيقي موجود ولكنه غير مشروع فإن العقد يبطل لعدم مشروعية السبب.

مشروعية السبب:

السبب المشروع هو السبب الذي لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون. ولا يخالف النظام العام والآداب. والإلزام قد يكون محله مشروعاً ولكن سببه غير مشروع. مثال ذلك التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكاب جريمة من الجرائم. في هذا المثال التزام الطرف الأول محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود. ولكنه سببه غير مشروع هو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة من الجرائم. وفي هذا المثال يبطل العقد لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقدين الأول، وعدم مشروعية المحصل في التزام المتعاقدين الثاني. ومع ذلك فقد يكون المحل مشروعاً بالنسبة للالتزامين معاً بينما السبب هو الذي لا يكون مشروعاً بالنسبة لهما معاً. مثال ذلك الاتفاق على أن يدفع أحد الطرفين مبلغاً من النقود للطرف الآخر مقابل التزام الطرف الآخر بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم. المحل في الالتزام الأول وهو دفع مبلغ من النقود والمحل في الالتزام الثاني وهو عدم ارتكاب الجريمة يعتبر كل منهما مشروعاً. ولكن سبب التزام كل منهما هو الذي يكون غير مشروع وهو الذي يبطل العقد على أساسه، إذ من غير المشروع أن يلتزم شخص بدفع نقود مقابل التزام شخص آخر بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم لأن القانون هو الذي يفرض عدم ارتكاب الجرائم. وكذلك لا يكون مشروعاً أن يلتزم شخص بعدم ارتكاب جريمة من الجرائم ويكون السبب في ذلك هو تعهد شخص آخر بدفع مبلغ من النقود له.

ولقد لاقت النظرية التقليدية نقداً شديداً من بعض الفقهاء وعلى رأسهم بلانيسول فغيب عليها ألماً غير منطقية وألماً غير ذات فائدة. وحاول فريق آخر من الفقهاء وعلى رأسهم كانييتان، الدفاع عن النظرية التقليدية للسبب بعد إدخال بعض التعديلات عليها. وسوف نترك هذه الخلافات الفقهية جانباً ونكتفي بدراسة النظرية الحديثة للسبب التي أخذ بها القضاء.

ثانياً: النظرية الحديثة للسبب (نظرية القضاء):

لمس القضاء وهو يواجه الحياة العملية قصور النظرية التقليدية في مواجهة جميع الحالات التي يجب اعتبار العقد فيها باطلاً.

فالسبب في عقود التبرعات — طبقاً للنظرية التقليدية — هو نية التبرع. والسبب هذا المعنى دائماً مشروع، في حين أن الدافع إلى التبرع قد يكون إنشاء علاقات جنسية غير مشروعة. فإذا أخذنا بالنظرية الحديثة للسبب أي بمعنى الباعث الدافع لأمكن إبطال عقد أهبة في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب.

وفي عقد الإيجار قد يكون الباعث الدافع إلى التعاقد هو إعداد المكان المؤجر للبقاء أو نادياً للقمار. فإذا أخذنا بالنظرية التقليدية للسبب (أي أن التزام كل طرف في العقد يعد سبباً للالتزام المقابل) لكان السبب مشروعاً في هذا العقد، ذلك أن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة والتزام المستأجر بدفع الأجرة ليس فيهما ما يخالف النظام العام أو الآداب. ولكن إذا أخذنا بنظرية إلى إبطال عقد الإيجار في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب، ذلك أن الباعث الدافع إلى التعاقد هنا هو إعداد المكان المؤجر للبقاء أو نادياً للقمار، وهو أمر يخالف النظام العام والآداب.

ولقد أخذ القضاء بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد كسبب في العقد. فأخذ يبحث في التصرفات عن الباعث الرئيسي الدافع إلى إبرام التصرف واشترط أن يكون هذا الباعث مشروعاً وإلا كان التصرف باطلاً.

ولما كان الباعث أمراً شخصياً خارجاً عن نطاق العقد ومتغيراً من شخص لآخر كان لا بد من ضابط في هذا الشأن يضمن استقرار التعامل، بحيث لا يصحح في وسع أي معاهد أن يتدخل من التزاماته بدعوى أن الباعث ليس له عاقل التصرف غير

مشروع في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد الآخر على جهل تام بهذا الباعث. لذلك اشترط القضاء أن يكون الطرف الآخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع على اتصال بهذا الباعث أي كان يعلم به أو من السهل عليه أن يتبينه. فإذا اقترض شخص مبلغاً من المال من شخص آخر وذلك لشراء منزل يدار للقمار فالباعث لدى المقترض غير مشروع. فعقد القرض يعد صحيحاً إذا كان الطرف الآخر (المقترض) يجهل هذا الباعث غير المشروع ويعد العقد باطلاً إذا كان المقترض يعلم بهذا الباعث غير المشروع أو من السهل عليه أن يتبينه.

ثالثاً: نظرية السبب في القانون المدني العراقي:

نص المشروع في المادة (١٣٢) مدني على أنه: ١- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو يخالف للنظام العام أو للأداب. ٢- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع ينسب فيها السبب إلى الالتزام لا إلى العقد، وهذا يتفق أكثر مع النظرية التقليدية في السبب، أما النظرية الحديثة فإن السبب ينسب فيها إلى العقد ذاته فهو الباعث الدافع إلى إبرام هذا العقد.

ويلاحظ على نص المادة أيضاً أن المشرع يفترض فيه أن السبب قد لا يكون موجوداً وهذا الفرض لا يتفق إلا مع النظرية التقليدية في السبب، أما في النظرية الحديثة فإن السبب وهو الباعث لا يتصور إلا أن يكون موجوداً في كل العقود كما سبق أن ذكرنا. ومن هذا يتضح أن المشرع قد أبقى في التقنين المدني على النظرية التقليدية في السبب، وأخذ أيضاً بالنظرية الحديثة. وشرط مشروعية السبب الوارد في نص المادة السالفة الذكر، المقصود به هو مشروعية الباعث.

ومن ثم فإن الرأي الراجح عندي هو أن المشرع أخذ بالنظريتين معاً، النظرية التقليدية وهي نظرية سبب الالتزام، والنظرية الحديثة وهي نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد.

سبب الالتزام:

يشترط المشرع لصحة العقد أن يكون لكل التزام سبب موجود وأن يكون هذا السبب صحيحاً وأن يكون مشروعاً وذلك طبقاً لما سبق بيانه بصدد النظرية التقليدية في السبب. ولكن لا يشترط أن يذكر السبب المشروع في العقد، بل يفترض أن لكل التزام سبباً موجوداً ومشروعاً إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. فإذا أثبت أحد المتعاقدين أن السبب المذكور في العقد هو غير السبب الحقيقي، فإن العقد يبطل ما لم يثبت المتعاقد الآخر أن للالتزام سبباً آخر مشروع غير مذكور في العقد.

سبب العقد:

أخذ المشرع في نفس الوقت بالنظرية الحديثة في السبب، بمعنى الباعث الدافع للتعاقد. ويشترط لصحة العقد أن يكون الباعث إليه مشروعاً على النحو السابق ذكره عند دراسة النظرية الحديثة.

ويلاحظ أن صياغة المشرع لنظرية السبب جاءت معيبة لأنه جمع بين نظريتين لا يمكن التوفيق بينهما، خاصة وأن أحدهما قد قامت على أنقاض الأخرى. وكان الأجدر أن يأخذ المشرع بالنظرية الحديثة فقط كما فعل التقنين المدني الليبي في صياغة مبسطة واضحة، إذ تنص المادة (١٣٦) من هذا التقنين على أنه «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، كان العقد باطلاً». فهذا النص لا يشترط إلا شرطاً واحداً في السبب هو أن يكون مشروعاً. والسبب لا يقصد به إلا معنى واحداً هو الباعث الدافع للتعاقد.

رابعاً: نظرية السبب في الفقه الإسلامي^(١)

لم يضع الفقه الإسلامي، في أي مذهب من مذاهبه، نظرية عامة في السبب. وهو في ذلك إنما يتمشى مع صناعته المألوفة، ولا يصوغ نظريات عامة، بل يسود

(١) انتمدنا في هذا الموضوع بشكل أساسي على ما كتبه العلامة المرحوم الدكتور عبد الرزاق أحمد السسنهوري،

مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٤، ص ٥١-٨١. الدكتور صبحي حمصاني، النظرية العامة للموجبات

والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ٣٥٤-٣٩٣. دار العلم للملايين. الدكتور جمال السنين محمّد

محمّد. سبب الالتزام وشريعته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة. الطبعة الأولى ١٩٦٩- ص ١٩٦-٣٠٢.

من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه، عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل، استخلاص هذه النظرية.

والفقه الإسلامي - تجاه نظرية السبب - يتنازع عاملان متعارضان: فهو أولاً فقه ذو نزعة موضوعية، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها. والفقه ذو النزعة الموضوعية يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب في الفقه ذي النزعة الذاتية. ولكن الفقه الإسلامي من جهة أخرى، فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلفية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها. وبين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الإسلامي. ففي المذهبين الحنفي والشافعي نرى نظرية السبب تختفي تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، فلا يعتد بالسبب أي بالباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به. وفي المذهبين المالكي والحنبلي تتغلب العوامل الأدبية والخلفية والدينية، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة أي ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع.

نظرية السبب في الفقه الحنفي والفقه الشافعي:

السبب بمعنى الباعث لا يبحث عنه خارج العقد، بل يجب أن يكون موجوداً في صيغة العقد ذاتها، داخلاً في دائرة التعاقد وبذلك لا يعتد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة. وقد ذهب الإمام الشافعي إلى ذلك صراحة في قوله في الأم^(١): «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظالماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هنا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أن يعصره خمراً ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً. وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً.

والسبب قد يذكر صراحة في صيغة العقد، فيكشف التعاقد أن بيان واضح عن الباعث السدافع لهما على التعاقد فإن كان هذا الباعث مشروعاً فالعقد صحيح وإن

(١) ح-٣، ص ٦٥.

كان غير مشروع فالعقد باطل. فلا يجوز إجازة الإماء للزنا لنهاية صلى الله عليه وسلم عن مهر البغي وهو أجر الزنى (البدائع ج ٤ ص ١٩٠) كما لا يجوز الاستئجار على الغناء أو الملاهي لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد^(١).

وقد يكون السبب مذكوراً، ضمناً في صيغة العقد، بأن يكون مستخلصاً من طبيعة المحل، فيعتد به لأنه المتعاقدان قد كشفوا ضمناً عن الباعث لهما على التعاقد.

وجاء في البدائع للكاساني^(٢): ويجوز بيع آلات الملاهي من الربط، والطبيل، والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة، لكنه يكره. وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع الأشياء، لأنها آلات معدة بطبيعتها للتلهي موضوعة للفسق والفساد، فاستخلصا بذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد بل هما ذهبا إلى أبعد من ذلك فخلط السبب بالمحل وأنكر على هذه الآلات أن تكون أموالاً، فلا يجوز بيعها. وحرص أبو حنيفة على التمييز ما بين السبب والمحل، فآلات الملاهي عنده أموال لم تسقط ماليتها لجرد أنها تصلح للتلهي فكما تصلح للتلهي تصلح لغيره، فقد تجعل ظروفاً لأشياء، فلما بيعت هذه الأشياء ولم يذكر صراحة في صيغة العقد الباعث على بيعها، ولم يمكن استخلاص هذا الباعث من طبيعة المال لما قدمناه، فقد اعتبر أبو حنيفة الباعث غير متضمن في صيغة العقد لا صراحة ولا ضمناً فلم يعتد به وصحح العقد.

وقد يكون المحل مشروعاً في ذاته ولكن السبب يكون غير مشروع، فيتميز السبب عن المحل. وأظهر تطبيق لذلك هو التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب كاستئجار الأم للإرضاع إذا كان واجباً عليها، فالقيام بواجب محل مشروع والأجرة في ذاتها أمر مشروع ولكن الأجرة على أمر مشروع سببها غير مشروع إذ لا أجرة على واجب.

وهناك عقود لم تتضمن صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث، لا صراحة ولا ضمناً، فلا يبحث عن السبب خارج العقد، ولا يعتد به، بل يكون العقد صحيحاً مستقلاً عن السبب. وقد جاء في مختصر الطحاوي^(٣): «ومن كان له عَصِيرٌ فَلَا

(١) البزقي، ج ٥، ص ١٢٥.

(٢) ج ٢، ص ١٤٤.

(٣) ج ١، ص ١٠٨.

بأس عليه بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذ خمرًا دون أن يخالف ذلك عليه لأن العصور حلال، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها». فهذا يبيع الرجل العصور من العنب إلى مشتر، ولا يذكر في العقد، لا صراحة ولا ضمناً، إن المشتري يقصد من العصور اتخاذه خمرًا، فالبيع صحيح حتى لو تبين أن المشتري قصد اتخاذه خمرًا، ذلك أن الباعث هنا، وإن كان غير مشروع، لم يذكر في العقد، فلا يعتد به.

على أن فكرة المشروعية ليست أمرًا ثابتًا، بل هي قد تختلف فيها الأنظار كاستحجار المسلم لحمل الخمر. ثم هي فكرة تتطور فما كان غير مشروع بالأمس قد يكون مشروعاً اليوم من ذلك الاستحجار على تعليم القرآن فقد انتهى إلى أن أصبح جائزاً ومشروعاً وقد كان قبل ذلك غير مشروع إذ لما أنصرف الناس عن تعليم القرآن ووجب أن يتفرغ له بعض الناس ولو كانوا يتكسبون منه صار مشروعاً وقد كان أخذ الأجر على تعليم القرآن غير جائز عند المتقدمين من الفقهاء.

ويبدو أن الفقه الإسلامي يعرف العقد المجرد في حالات خاصة محدودة. والعقد المجرد هو عقد جرد من سببه فلا يعتد فيه بالسبب. مثل ذلك عقد الكفالة، فالكفيل لا يستطيع أن يحتج على الدائن بما يحتج به على المدين، كما إذا كان أصل الدين غير مشروع كما لو كان ثمن خمر. ويعتبر أن الكفيل قد التزم التزاماً مجرداً عن التزام المدين.

نظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي:

ونظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي، تبدو أقرب إلى نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتيني، فالسبب هو الباعث على التعاقد، ويعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، ما دام يكون معلوماً من الطرف الآخر، فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد. ويذكر ابن القيم في أعلام المسوقين^(١) وجوب الاعتداد بالمقاصد والنيات في العقود فيقول: «وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود في العقود معتبرة، وإنها تؤثر في

صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة. فعصر العنب بنية أن يكون خمرًا معصية ملعون فاعله. وعصره بنية أن يكون خلًا أو دبسًا جائز. وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلمًا حرام باطل لما فيه على الإعانة على الإثم والعدوان، وإذا باعته لمن يعرف أنه يجاهد في سبيل الله فهو طاعة وقربة.

فإذا ذكر السبب، أي الباعث، في العقد، فقد دخل في دائرة التعاقد واعتد به في جميع المذاهب على النحو الذي قدمناه. أما إذا لم يذكر السبب في العقد لا صراحة ولا ضمناً، فإن المذهب الحنبلي يعتد به مع ذلك، كما سبق القول، بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر، وهذا هو المنحى الذي نحاه الفقه اللاتيني الحديث كما أسلفنا.

فإذا كان بائع العصير يعلم أن المشتري سيتخذ العصير خمرًا لم يصح البيع. وقد يستخلص علم البائع من القرائن وظروف الحال، فمن باع عصير عنب إلى شخص يتجر في الخمر فقد قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد اتخاذ العصير خمرًا، فلا يصح العقد، وكبيع عصير العنب بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق أو في الفتنة. فالباعث في كل هذه الأحوال يعتد به حتى ولو لم يذكر في العقد، ما دام الطرف الآخر يعلم به.

وليس من الضروري أن يعلم الطرف الآخر بالباعث، بل يكفي أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم به، وأكثر ما يكون ذلك في الترععات. فإذا أهدى المقرض للمقرض شيئاً قبل الأداء، حمل ذلك على الربا، وينبغي أن يعلم المقرض بذلك الباعث حتى ولو لم يكن يعلم به فعلاً.

وتقرب المذاهب الأخرى غير مذاهب أهل السنة — الزيدية والجعفرية والظاهرية — في نظرية السبب من المذهب الحنبلي.

ففي مذهب الجعفرية، جاء في مفتاح الكرامة للعاملي^(١): «إجارة السفن والمسافرين للمحرمات، وبيع العنب ليعمل خمرًا، الخشب ليعمل صنماً، يكره بيعه على من يعمله من غير شروط».

وفي مذهب الظاهرية، جاء في المحلى لابن حزم^(٢): «ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصى الله به أو فيه وهو مفسوخ أبداً، كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر

(١) - ج ٤، ص ٣٧.

(٢) - ج ٤، ص ٢٩ - ٣٠.

ممن يوقن أنه يعمل به خيراً، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها، وكبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين. وهكذا في كل شيء، لقسول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان).

خامساً: الشروط غير المشروعة في العقد:

تنص المادة (١٣١) مدني على أنه: «١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو لسلآداب. وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً».

المراد في الشرط هنا التقييدي. وهو غير الشرط التعليقي فهذا الأخير من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام^(١). وعلاقة البحث^(٢) في هذا الشرط يبحث الحل والسبب، هسي أن الشرط يرتبط بالحل غالباً، وقد يكون هو الدافع للتعاقد فيكون سبباً. فهو متصل بالحل والسبب. والشرط التقييدي على ثلاثة أنواع:

١- شرط معتبر: يجب الوفاء به مع العقد.

٢- وشرط لغو: فيصح العقد به ويلغو الشرط وحده.

٣- وشرط مبطل للعقد: فيبطل هو والعقد معاً.

والشرط المعتبر ما جاء مؤكداً لمقتضى العقد. مثل أن أبيعك مالاً على شرط أن تدفع الثمن معجلاً، فإن تعجيل الثمن من مقتضى عقد البيع. فاشتراطه جاء مؤكداً له. أو جاء ملائماً لمقتضى العقد، مثل أن أبيعك مالاً بثمن مؤجل على شرط أن تعطيني كفيلاً أو رهناً بالثمن، فإن هذا الشرط ملائم للعقد لأنه يوثق استيفاء الثمن. أو جاء على جري العرف والعادة، مثل أن أدفع قماشاً إلى خياط وأتفق معه

(١) الشرط التقييدي يرد في العقد منصلاً بالعمود عليه غالباً، مثل أن أبيعك الدار على شرط أن أسكنها سنة، وأن أهيك مستغلاً على شرط أن تدفع نصف الغلة إلى المستشفى الفلاني.

(٢) الشرط التعليقي يرد بأحد أدوات الشرط، ويقصد منه تعليق تحقق العقد على تحقق شيء آخر، مثل قولنا إذا ترتب لك دين على زيد فأنا كفيل به. فالكفالة معلقة على ترتب دين لك على زيد.

على أن يخطه حلة على شرط أن يضع البطانة والأزرار والخياط من عنده فإن العرف جار، بأن يضع الخياط هذه الأشياء من عنده، فالشرط قد ورد على جري العرف. ولا فرق في اعتبار مثل هذه الشروط بين ما إذا لم يكن فيها نفع لأحد العاقدين أو الغير، وبين ما إذا كان فيه نفع لأحدهما أو للغير، خلافاً لما ذهب إليه فريق من الفقهاء من اعتبار الشرط النافع لأحد المتعاقدين أو للغير مفسداً للعقد.

والشرط اللغو، ما جاء مخالفاً للنظام العام أو للأدب العام، على أن يكون الشرط هو الدافع إلى التعاقد، مثل أن يهب شخص لآخر مالاً على شرط أن يشتري بجزء منه رقيقاً يخدم في محل معين، أو أن يصرف جزء منه القمار. فالحبة صحيحة والشرط لغو لمخالفته النظام العام في الأول، والأدب العام في الثاني.

والشرط المبطل للعقد، ما جاء مخالفاً للنظام العام والأدب العام وكان هو السبب الدافع للتعاقد، مثل أن يتبرع شخص لامرأة بمال على شرط أن تعاشره معاشرة غير شرعية أو أن تستمر معه على المعاشرة غير المشروعة. فإن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فهو سبب للعقد، وهو سبب مخالف للأدب العام، ومثل هذا السبب يبطل العقد. وبهذا نكون قد درسنا كل أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب. وننتقل الآن إلى دراسة الجزء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد، وهو ما ندرسه في المبحث الرابع والأخير من هذا الفصل.

المبحث الرابع بطلان العقد

العقود الصحيحة والعقود الباطلة:

العقد في القانون العراقي وعند جمهور فقهاء الشريعة قسمان، صحيح وباطل. وينقسم العقد الصحيح إلى موقوف ونافذ. وينقسم النافذ إلى لازم وغير لازم. أما عند الحنفية فالعقد صحيح وفاسد وباطل. وسنبداً ببيان كل عقد من هذه العقود بصورة موجزة.

أولاً: العقد الصحيح:

تنص المادة (١٣٣) مدني على أنه: «١- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه، وله سبب مشروع، وأوصافه سالمة من الخلل. ٢- وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال. تبحث هذه المادة العقد الصحيح النافذ. وقد عرفت أنه العقد المشروع ذاتاً ووصفاً.

ولا يعد مشروعاً ذاتاً ووصفاً إلا إذا توافرت فيه الأمور التالية:

أ- أن يكون صادراً من أهله. بأن يكون العاقد كامل الأهلية. فلو كان معدوماً كسان باطلاً. ولو كان ناقصها، كان موقوفاً على إجازة الولي إذا كان العقد متردداً بسين احتمال النفع والضرر.

ب- وأن يكون مضافاً إلى محل (معقود عليه) قابل لحكمه، أي أن يكون من الأشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم (المادة ٦١) مدني وأن تصلح لظهور أثر العقد فيها. ففي البيع يجب أن يكون مما يتحمل النقل من ذمة إلى ذمة أخرى. وهكسذا في سائر العقود. فيجب في الحل أن يكون مما يلائم حكم العقد الجاري عليه.

جـ- وأن يكون له سبب مشروع. فإذا لم يكن له سبب، أو كان له سبب غير مشروع كان باطلاً.

د- وأن تكون أوصافه سالمة من الخلل. بأن يكون سالماً من عيوب الإرادة - الغلط، والإكراه والتغيير مع الغبن الفاحش - وألا يكون محله مستحيلاً أو مجهولاً أو مخالفاً للنظام أو الآداب، كان باطلاً.

وحكم العقد الصحيح النافذ أن أثره (حكمه) يظهر في المحل (المعقود عليه) في الحال أي عند تمام العقد.

ثانياً - العقد الموقوف:

تنص المادة (١٣٤) مدني على أنه: «١- إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تقرير جاز للعاقـد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تـسـيـين الغلط أو انكشاف التغير كما أن له أن يـجـيزه. فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها. وإن تداولتها الأيدي فإن هلكـت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها. ٢- وللعاقد المكره أو المغرور الخيار إن شاء ضمن العاقد الآخر وإن شاء ضمن المخبر أو الغار. فإن ضمن المخبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر. ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور إن قبض المبلغ مكرهاً أو مغروراً وهلك في يده بلا تعد منه».

أما العقد الموقوف فهو - بمقتضى قواعد الفقه - ما اعتراه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغير مع الغبن، أو كان العاقد محجوراً غير فاقـد للأهلية على ما سبق تفصيله.

وزاد القانون المدني على ذلك تصرف الشخص في ملك غيره (المادة ١٣٥) مدني فجعل عقده موقوفاً^(١).

(١) وفي نـص القانون المدني هذه الحالة حالة النيابة الاتفاقية (الوكالة) التي يتجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة أو إذا عمل أحد دون توكيل أصلاً (المادة ١/٩٤٤) مدني، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يثنى موقوفاً على إجازته.

ووقف العقد معناه عدم إفادة حكمه في الحال. أما حكم العقد الموقوف فهو. إن للعاقدة بعد زوال سبب الوقف. أن ينقض العقد، فيصبح باطلاً من المبدأ. وله أن يبيح له فيصبح نافذاً من المبدأ بأثر رجعي.

وإذا نقض العاقدة العقد، وكان المعقود عليه قائماً قد تداولته الأيدي بالتصرفات فيه، كان له نقض جميع التصرفات واسترداد العين من واضع اليد عليها، بما له من حق عيني، ذلك الحق الذي يثبت لصاحبه تتبع العين أينما وجدها. وإذا كانت هالكة، فللعاقدة في الوقوف للحجر أو الغلط تضمين العاقدة الآخر. وفي الموقوف للإكراه أو التغيير، تضمين العاقدة الآخر أو تضمين الغار أو المكروه. وإذا كان الغار أو المكروه هو نفس العاقدة الآخر يحصر الضمان فيه وحده طبعاً.

وإذا وقع الضمان على الغار أو المكروه، فله الرجوع بما ضمن على العاقدة الآخر، لأنه هو المستفيد من العقد. وهو الذي دخلت العين تحت يده، وأما الثمن إذا هلك في يد العاقدة المكروه أو المغرور، فإن كان قد قبضه مكرهاً أو مغروراً وهلك في يده وبدون تعد منه أو تقصير. فلا ضمان عليه، لأنه أمانة بيده والأمانة لا تضمن بلا تعد أو تقصير من الأمين.

وإذا أردنا رد حالات التوقف في التقنين المدني العراقي إلى أصل عام، لجاز إجمالها في مواطن اختلال الرضاء، سواء نشأ ذلك عن نقص في الأهلية، أو عن عيب في الرضاء لا يضاف إليها إلا تصرف الفضولي في ملك غيره (المادة ١٣٥/١) مدني. ولأهمية هذه الحالة الأخيرة فسنبحثها بشيء من التفصيل.

تصرف الفضولي:

تنص المادة (١٣٥) مدني على أنه: «١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إذن المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً وبطال البطلان الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقدة الآخر. ٣- وإذا لم يبيح المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقدة قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقدة الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقده معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء. فإن اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر».

وهذه المادة أضافت نوعاً آخر للوقوف لمعنى خارج عن مفهوم العقد، وفصلت حكمه. وهذا النوع مستجمع أركان العقد الصحيح النافذ وشروطه، وليس فيه أي خلل لا ذاتاً، ولا صفة. غير أن صدوره جاء من غير المالك للمعقود عليه. فكان موقوفاً على إجازة المالك.

فإذا تصرف أحد في ملك غيره بدون إذن منه تصرفاً قانونياً، كان نفاذ تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، ويسمى هذا المتصرف فضولياً. فإن كان التصرف عقداً كان موقوفاً. وتعد الإجازة توكيلاً للفضولي من حين مباشرة العقد، بأثر رجعي بحكم القانون. فمما قبضه من البديل هو مال الموكل، فعلى الفضولي تسليمه للمالك، وللمالك المطالبة به منه. وإذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل، فعلى الفضولي رد ما قبضه من البديل إلى العاقد الآخر، ولهذا حق الرجوع به على الفضولي، بحكم الكسب بلا سبب. وإذا كان البديل الذي قبضه الفضولي قد هلك في يده بلا تعد منه ولا تقصير، فلا ضمان عليه إن كسان العاقد الآخر يعلم حين الأداء إليه أنه فضولي لأنه يعد حينئذ أمانة بيده، أما إذا كان يعلم ذلك، بل كان يعلم أنه هو المالك فعلى الفضولي الضمان لأن العاقد الآخر إنما دفع إليه ما دفع على نية أنه عوض عن المعقود عليه، فإذا لم يقبض المعوض عنه فله المطالبة بالعوض الذي دفعه.

وإذا كان الفضولي قد سلم المال الذي عقد عليه فضولاً إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك العقد، كان الفضولي بحكم الغاصب، وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب فللمالك مطالبة العاقد الآخر برد ما سلمه إليه. فإن كان قد هلك في يده، كان للمالك تضمين الفضولي أو تضمين العاقد الآخر. ومطالبة أي منهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر به، لأن التضمين تمليك والشيء الواحد لا يملك مستقلاً لكل من شخصين.

من له حق التمسك بخيار الإجازة أو النقص:

ولا يجوز أن يتمسك بخيار الإجازة أو النقص إلا من شرع التوقف لمصلحته، كالمالك في بيع الفضولي، ومن عيب رضاؤه في أحوال الغلط والغبن مع التغريس، والإكراه، والأصيل في حالة تجاوز حدود النيابة، وناقض الأهلية بعد تحقق رشده، أو وليه عند علمه بالعقد الموقوف.

ويبدأ سريان الميعاد الذي يستعمل خلاله خيار الإجازة أو النقص من وقت تبين الغلط أو انكشاف التفرير أو ارتفاع الإكراه، إن كان العقد موقوفاً لهذه العيوب. أما إذا كان موقوفاً لنقص في أهلية أحد العاقدين فإن هذا الميعاد يبدأ من الوقت الذي يزول فيه نقص الأهلية أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد (المادة ١٣٦/٣) مدني. وفي حالة توقف العقد لانعدام الولاية على المعقود عليه يبدأ سريان المدة من اليوم الذي يعمل فيه المالك بصدور العقد (المادة ١٣٦/٣) مدني.

أما في الحالة التي يكون سبب التوقف راجعاً إلى مجاوزة الوكيل حدود وكالته ففسد عاقله القانون المدني بصورة عملية إذ أتاح للغير التعاقد مع الوكيل أن ينهي حالة التوقف المقرر لمصلحة الأصيل بأن حوله في (المادة ٩٤٤/٢) مدني «أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يميز فيه التعاقد. فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد» ومن هنا كان انقضاء الميعاد من دون صدور الإجازة بمثابة نقص للعقد بخلاف القاعدة العامة في الإجازة (المادة ١٣٦/١) مدني.

وإذا اختار من توقف العقد لمصلحته نقص العقد في الميعاد، تحتم على القاضي إجابته إليه خلافاً للفسخ كما سنرى بعد، وحق له استرداد العين حيث وجدها، وإن تداولتها الأيدي بناءً على تصرفات متعاقبة (المادة ١٣٤/١) مدني.

الإجازة:

تنص (المادة ١٣٦) مدني على أنه: «١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتسند إلى الوقت الذي تم فيه العقد. ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة.

٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر. فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً.

٣- ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التفرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التفرير. وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فممن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد.

وينهم من هذا النص أن الإجازة نوعان صريحة، كأن يقول المالك أجزت البيع الذي عقده فلان على مالي الفلاني بالثمن الذي اتفق عليه، أو ما يؤدي هذا المعنى من العبارات. ودلالة فتكون باتخاذ مسلك يستفاد منه التنازل عن خيار الإجازة أو السنقض كان يقبض من له الإجازة البذل، أو أن يتصرف به قبل قبضه، أو نحو ذلك مما يدل على رضاه بالعقد. وعمور مدة الخيار، بالتحديد الذي مر، دون أن يستعمل صاحب الشأن خيار النقض أو الإجازة، تعتبر الرغبة عن النقض في حكم الإجازة الضمنية. وتستند الإجازة إلى الوقت الذي تم فيه العقد، فتعتبر الوكالة المتحصلة من الإجازة مستندة إلى الوقت الذي تم فيه العقد، بأثر رجعي.

وأما شروط صحتها فوجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد. ولا يشترط قيام العاقدين والمعقود عليه والمالك الأصلي وقت صدور الإجازة. كما يجب لكسي تكون الإجازة صحيحة، أن تكون خالية من الشوائب وهي لا تكون كذلك إلا إذا استكمل ناقص الأهلية أهليته أو زال الإكراه، أو تبين الغلط، أو افترض التغير.

ولا بد من أن نوضح أن خيار الإجازة أو النقض يمكن انتقاله إلى ورثة من تقرر له هذا الخيار، وهذا أمر فارق فيه القانون المدني العراقي الفقه الإسلامي، والعللة في هذه القاعدة أن أثر الإجازة أو النقض يستند إلى وقت التعاقد. ولهذا يستوي الأمر، عند استعمال خيار الإجازة أو النقض، بين أن يكون الفضولي ما يزال حياً وقت الإجازة، أو مات، وبين أن يكون العاقد الآخر موجوداً، أو غير موجود. وكذلك لا يسقط الخيار بموت من شرع له بل ينتقل إلى ورثته من بعده (المادة ١٢١) مدني، إذا لم تنقض المسدة التي يجب أن يستعمل الخيار خلالها (المادة ٢/١٣٦) مدني^(١).

(١) ولما كان العقد الموقوف وضعاً شاذاً، لا يعرف منه مصير الشيء المعقود عليه، ويعطل انتفاع أحد العاقدين بما تقرر له من حقوق بالمعقد الموقوف، لم يكن بد من تحديد مدة قصيرة يتبين بانقضائها مصير العقد من حيث النفاذ أو النقض ولهذا نصت (المادة ٢/١٣٦) مدني على أنه: «يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو السنقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد، اعتبر العقد نافذاً».

ثالثاً: العقد الصحيح اللازم:

وهو العقد الصحيح الذي ترتبت عليه كل آثاره والذي لا يستطيع أحد الطرفين أن يستقل بفسخه، كالبيع والإجارة، والصلح، والحوالة. وواضح أن القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا أقصى ذروتها وستكلم عن آثار هذا العقد في الفصل الثاني.

رابعاً: العقد الصحيح غير اللازم:

ويعبر عن فقهاء المذهب الحنفي بالعقد الجائز. وهو العقد الصحيح الذي يستطيع أحد طرفيه أو كلاهما فسخه. وهذا الحق (أي حق الفسخ) إما أن يرجع إلى طبيعة العقد وإما أن يرجع إلى خيار من الخيارات مثال الأول: الوكالة، والوديعة والعارية، ومثال الثاني العقد الذي يلحقه خيار الرؤية، أو خيار الشرط، أو خيار التعيين، أو خيار العيب.

خامساً: العقد الفاسد:

والعقد الفاسد عند الحنفية هو ما شرع بأصله لا بوصفه^(١). فالأصل سالم، والفساد في الأوصاف بسبب هي الشارع، فيراعى في الحكم سلامة الأصل وفساد الوصف، أما الإمام أحمد فيرى أن الشارع إذا هي عن أمر دل ذلك على فساد المنهي عنه سواء أكان المنهي لذات المنهي عنه، أم لوصف ملازم له، أم لوصف مجاور له. والوصف، إذا هي عنه، تعدى إلى الموصوف، لأن الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف، وبذلك يسوول الأمر إلى أن المنهي ينصرف إلى الموصوف، ولذلك لا يكون العقد صحيحاً أو غير صحيح عند الإمام أحمد.

وإذا التزمنا مذهب أبي حنيفة، لتبين لنا، من أحكام انعقد الفاسد فيه، أنه عقد منعقد، ومفيد لحكمه، إذا تقوى بقبض المعقود عليه وإن كان لأحد المتعاقدين، أو كليهما، أو للقاضي أن يفسخه رفعاً للفساد، إلا إذا تعلق حق الغير في المعقود عليه أو هلك المعقود عليه^(٢).

(١) انظر «الفقه الإسلامي في توبه الجديد»، ج ١ في «المدخل الفقه العام إلى الحقوق العينية» الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ٤٥٦ فقرة ٣٧٠ طبعة ١٩٥٢.

(٢) الشيخ أحمد إبراهيم «بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في التشريع الإسلامي» ص ١٦٣ طبعة ١٩٤٥، القاهرة.

وإذا كان ما يسمى بالعقد الفاسد عقداً منعقداً في المذهب الحنفي، تترتب عليه آثاره، فلا علاقة له بنظرية البطلان. ولهذا فقد أحسن التقنين المدني العراقي، إذ لم يأخذ بفكرة العقد الفاسد.

والفساد في العقد، يندرج تحته صور متعددة، فهناك عقود فاسدة بشروطها، وهناك عقود فاسدة لوصف مجاور، وهناك عقود فاسدة، طبقاً لرأي الجمهور، لأنها عقدت بالإكراه، وهناك عقود فاسدة بأوصافها أو لما يلابسها من غرر. والفساد للوصف غير متفق عليه، إذ ذهب الاجتهاد الشافعي إلى أن كل جهالة في العقد (كجهالة المبيع أو جهالة الثمن مثلاً) تورثه بطلاناً كلياً، لأن تعيين المحل والبدل وما يتصل بهما ناحية أساسية في نظره، أما الاجتهاد الحنفي فيرى الجهالة فيهما مما يتعلق بالأوصاف^(١).

لم يأخذ المشرع العراقي بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد ساوى — كقاعدة عامة — بين فاسد العقد وباطله. فقد نصت (المادة ١/١٣٧) على أنه: «العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته، أو وصفاً باعتبار بعض الأوصاف الخارجة عنه». وكان على المشرع العراقي بعد هذا أن يقرر مصير بعض صور العقد الفاسد فالحق العقد الفاسد بسبب الإكراه بالعقد الصحيح الموقوف تسوية للإكراه بغيره من عيوب الرضا، والحق العقد الفاسد بسبب (الشرط الفاسد) بالعقد الصحيح ما دام هذا الشرط غير مخالف للنظام العام ولا للآداب عملاً بالقاعدة العامة التي أقرها في حريسة التعاقد وسلطان الإرادة. وكذلك الحق العقد الفاسد بسبب الربا بالعقد الصحيح لأن المشرع العراقي أجاز الفائدة صراحة في (المادة ١٧١) مدني. أما العقد الفاسد بسبب الغرر الذي يلحق وجود المحل فقد ألحقه بالعقد الباطل وكذلك العقد الفاسد لجهالة المحل أو عدم تعيينه تعييناً كافياً نافياً للجهالة.

سادساً: العقد الباطل:

معنى العقد الباطل وسبب البطلان:

تنص (المادة ١٣٧) مدني على أنه: «١- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية. ٢- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين من ليس أهلاً للتعاقد أو يكون

(١) الحاشية: يتابع الصانع في (الإجارة) جـ ٤ ص ٢٠٧.

المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع. ٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون».

تبحث هذه المادة معنى العقد الباطل وسبب البطلان. وتسمية العقد الباطل عقداً، تسمية مجازية، إذ لا وجود له في الحقيقة والواقع، ولهذا لا أثر له ولا يفيد حكماً. والعقد الباطل هو الذي لا يصح أصلاً، أي بالنظر إلى ذاته، أو لا يصح وصفاً، أي بالنظر إلى أوصافه الخارجية. فأسباب البطلان شيان: إما خلل في ذات العقد ومقوماته أي في ركنه. وإما خلل في أوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته.

فالأول، مثل أن يصدر الإيجاب أو القبول من ليس أهلاً للتعاقد، أو لا يوافق القبول الإيجاب، أو أن يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه، أو أن يكون خالياً عن سبب، أو أن يكون السبب غير مشروع، أو أن يكون المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام. فكل من هذه الأخلال يمس ذات العقد ومقوماته.

والثاني، مثل أن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو ألا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون فيه، كالكتابة في عقد الشركة (المادة ٦٢٨) مدني وعقد المرتسب المقرر مدى الحياة (المادة ٩٧٩) مدني، والتسجيل لدى الكاتب العدل في بيع المكاين أو رهنها، والقبض في العقود العينية، وتسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري.

وبطلان في القانون المدني العراقي ليس مراتب متدرجة، بل هو بطلان واحد وهو ما تسميه بعض التقنيات بالبطلان المطلق. أما نظرية البطلان النسبي فيطرحها القانون المدني العراقي لأن منطقتها لا ينسجم مع صنعة الفقه الإسلامي الذي ألهم القانون العراقي في هذا المجال لأن العقد القابل للبطلان هو عقد صحيح نافذ الأثر وإذا كان كذلك فلا يصح وصفه بالبطلان ولو نسبياً لكونه قائماً ومنتجاً لأحكامه. ومثله لا يتصور كبسف يحتاج إلى الإجازة وهو نافذ لا يعتوره عيب تصحيحه هذه الإجازة.

حكم البطلان:

تنص (المادة ١٤١) مدني على أنه: «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة».

والعقد الباطل منعدم قانوناً فلا ينتج أثراً وليس من اللازم صدور حكم لتقرير هذا البطلان ولمن كان طرفاً فيه أن يرتب أموره على أساس أن العقد غير موجود. فإذا كان العقد الباطل بيعاً، فللبائع أن يتصرف في المعقود عليه، ما دام في حيازته، كما لو كان البيع لم يقع، فله بيعه إلى مشتر ثان وإجراء كافة التصرفات عليه، فإذا قاضاه المشتري الأول مطالباً بتسليم العين كان له أن يدفع الدعوى بالبطلان. أما إذا سلم المبيع للمشتري فلا مندوحة عندئذ من إقامة دعوى البطلان على المشتري ليسترد منه العين التي سلمها بمقتضى العقد الباطل. ويتمسك بالبطلان كل من كسب حقاً في المحل يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد أو بعده. فيتمسك به كل من الطرفين وخلفهما العام والخاص. فيتمسك به المتعاقدان ودائنهما وورثتهما، وكل من كسب حقاً عينياً على العين موضوع العقد الباطل أو حقاً شخصياً بالنسبة لهذه العين.

ففي البيع الباطل يستطيع أن يتمسك بالبطلان البائع والمشتري وورثتهما ودائنهما وشخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً على العين المبيعة كمشتري ثان أو صاحب حق انتفاع أو ارتفاق أو دائن مرتهن. فلكل من هؤلاء مصلحة في بطلان البيع.

وعلى المحكمة أن تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها إذا ما رفع أمره إليها. فلو رفع شخص دعوى تتعلق بعقد من وجه غير البطلان، فعلى المحكمة أن تحكم ببطلان العقد متى ما تحقق لديها سبب البطلان، ولو لم يطلب المدعي الحكم بالبطلان، إذ ليس للمحكمة أن تعتبر ما هو معدوم قانوناً ذا وجود.

ويختلف التمسك بالبطلان في العقود الموقوفة، عن التمسك بالبطلان في العقود الباطلة. فإن العقد الموقوف عقد قائم موجود، ينحصر التمسك بالبطلان فيه بأحد العاقلين دون غيرهما.

والعقود الباطلة لا تلحقها الإجازة لأن المعدوم لا يكون موجوداً بالإجازة فهي لا تلحق غير العقود الموقوفة. فلا يعد العقد الباطل صحيحاً بالإجازة. وكما أن البطلان لا يزول بالإجازة فهو كذلك لا يزول بالتقادم. ولكن قد ينشأ عن تنفيذ العقد حالة مادية تجعل دعوى البطلان غير مجدية فلو اشترى شخص عقاراً غير مسجل بعقد باطل وظل واضعاً يده عليه مدة التقادم المكسب ثم أقام بعد ذلك البائع أو ورثته دعوى البطلان، فلا يجوز للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بشرطها بمرور الزمن لأن البطلان لا يزول بالتقادم.

وإنما يستطيع أن يتمسك باكتساب الملكية بالتقادم المكسب لها. فدعوى البطلان مقبولة ولكنها لا تؤدي إلى ثمرتها المنشودة.

أما الدفع بالبطلان فهو لا يسقط أصلاً بالتقادم لأن الدفوع لا تقادم فإذا لم يسلم البائع العين المبيعة وتقادم الزمن على هذا الوضع ثم رفع المشتري دعوى على البائع بطلب التسليم فللبائع الدفع ببطلان عقد البيع رغماً عن مرور الزمان.

أثر الحكم بالبطلان:

نصت (المادة ١٣٨) مدني على أنه: «١- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً. ٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. ٣- ومع ذلك لا ينزوم ناقص الأهلية إذا أبطال العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد».

يظهر من هذا النص أن العقد الباطل لا ينتج أثراً، ولا يفيد الحكم، لأنه غير منعقد. وإذا بطل العقد وجب إعادة كل شيء إلى أصله، سواء بطل لأنه غير منعقد، أو لأنه قد أبطال بعد أن كان موقوفاً. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وهذه قاعدة عامة. فإذا كان أحد المتعاقدين قد سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد، جاز له استرداده كاملاً. وإذا استحالت إعادة الحالة السابقة، كأن يكون العاقد الآخر في المثال المذكور قد استهلك ما تسلمه، أو هلك في يده، جاز الحكم عليه بالتعويض المعادل لتعود الحالة السابقة ولو معني. بيد أنه يستثنى من هذه القاعدة العامة ما إذا كان سبب البطلان نقص الأهلية، فإن ناقص الأهلية إذا أبطال عقده لنقص أهليته، وكان الطرف الذي سلمه شيئاً تنفيذاً للعقد الذي أبطال بعد ذلك، قد طلب منه استرداد ما سلمه إليه كاملاً، عملاً بالقاعدة العامة، فإنه لا يحكم عليه إلا برد القدر الذي استفاده. عملاً بقاعدة الكسب بلا سبب (الإثراء بلا سبب) ولا تطبق عليه القاعدة العامة، مراعاة لمصلحة ناقص الأهلية. وهذا الرأي منطبق على رأي الإمام محمد في موضوع المسألة نفسها، معللاً عدم الرجوع بما زاد على استفاده ناقص الأهلية، بأن الدافع هو المضيع لماله بالدفع لمسن ليس أهلاً لحفظه، فلا يضمه أكثر مما استفاد مما دفع إليه. والذي يكلف بإثبات القدر الذي استفاده ناقص الأهلية هو الطرف الثاني، ولا يكلف ناقص الأهلية بإثبات أنه لم يستفد لأن الأصل

براءة الذمة، ولأن الإثبات لا يتوجه إلى النفي^(١).

الآثار التي تترتب على العقد الباطل:

الآثار الأصلية والآثار العرضية: في حالات قليلة يترتب القانون على العقد الباطل آثاره الأصلية كما لو كان صحيحاً. وهذه الحالات تتصل دائماً بفكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات. ومن الأمثلة على ذلك عقد الشركة الباطل، فهو ينتج مع ذلك آثاره باعتبار الشركة أمراً واقعاً. ويتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية ويتقاسمون أرباحها طبقاً للشروط المبينة في العقد نفسه.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً العقد الصوري، فهو عقد معدوم في العلاقة بين طرفيه، ولكنه عقد قائم في نظر الغير. ويجوز لأي شخص أن يتعامل مع أحد طرفي العقد على أساس وجود هذا العقد. بل أنه لو تمسك البعض بالعقد الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي فإن الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الصوري.

وفي بعض الحالات الأخرى يترتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرضية باعتباره واقعة مادية وليس باعتباره عقداً. ومن الأمثلة على ذلك عقد الزواج غير الصحيح في الشريعة الإسلامية، فهو لا ينتج آثار الزواج الصحيح في الشريعة الإسلامية كوجوب النفقة وحق التمتع والتوارث. ولكنه ينتج بعض الآثار العرضية كوجوب العدة

(١) وهنا تعرض مسألة دقيقة إذا كان أساس البطلان عدم مشروعية السبب، والقاعدة العامة المستمدة من القانون الروماني أنه إذا سلم أحد العاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً للعقد غير المشروع، لم يكن له أن يسترده، إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته كما لو دفع مبلغاً لآخر نظير تعهد هذا بالكف عن أذاه فله أن يسترد مسا دفعه لأنه لم يصدر منه ما يؤخذ عليه. أما لو كان مشتركاً في عدم المشروعية كمن يدفع رشوة لمنظف أو مبلغاً لامرأة في مقابل اتصاله بها اتصالاً غير مشروع، فليس له أن يطالب باسترداد ما سلمه فكلا المتعاقدين صدر منه ما يشينه، ولهذا فلا يحكم له بالرد. وكذلك بالأولى لو كان المتعاقد قد سلم الشيء ملوثاً أكثر من الآخر، كما لو أعطى شخص امرأة تحترف البغاء ترخيصاً رسمياً مالياً في مقابل اتصاله بها. ويرى بعض الفقهاء أن الاسترداد جائز في جميع الأحوال نزولاً على منطلق البطلان، إلا إذا وحد ضرر أحدهما طالبا الاسترداد بالطرف الآخر. ولكن القضاء في فرنسا ومصر يسير على القاعدة الرومانية ويلتزم التفرقة السليمة تنادي بها هذه القاعدة.

المستعجري .. الوجيز .. فقرة ٢١٥ ص ١٩٨ - ١٩٩.

نتيجة للدخول ووجوب المهر كتعويض عن الدخول وسقوط الحد للشبهة، والبنوة رعاية للولد.

على أن أهم الآثار العرضية التي قد تترتب على عقد باطل هي ما يعرف بانتقاض العقد، أو تحول العقد، وهو ما ندرسه فيما يلي.

١- انتقاض العقد:

تنص (المادة ١٣٩) من القانون المدني العراقي على أنه: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً».

تقرر هذه المادة قبول الحكم الذي أسسته نظرية انتقاض العقود. ومفادها أن العقد إذا تلبس بعدة أمور وكان صحيحاً بالنظر إلى بعضها وباطلاً بالنظر إلى البعض الآخر فإن العقد لا يبطل في الجميع، بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر إليه. ويبقى عقداً مستقلاً صحيحاً بالنظر إلى ما كان صحيحاً فيه، فكأنه جاء من الابتداء عقداً مستقلاً به. عملاً بقاعدة تصحيح العقود قدر الإمكان. فالعقد إذاً لا يبطل بل ينتقص. لكن إذا تبين أن الشق الذي وقع باطلاً لم يكن العقد ليتم بدونه بل هو عنصر منظور إليه، فإنه يكون باطلاً في الجميع لعدم إمكان الفصل بينها.

فلو فرضنا هبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو أن يبعأ وقع على مال مملوك ومسال وقف، أو ورد على عدة أمور وقع العاقد في غلط جوهري بشأن شيء منسها. فإنه لا يصيب البطلان إلا الشق الذي قام فيه سبب البطلان، ويبقى العقد صحيحاً في الباقي، إلا إذا تبين أن هذا الشق عنصر جوهري منظور إليه في العقد لم يكن العقد ليتم بدونه وعبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة الباقي.

ومن الأمثلة على انتقاض العقد أيضاً، تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها إلى ٧٪ وهو الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، وتخفيض مدة الشروع المتفق على البقاء فيها إلى خمس سنوات وهو الحد الأقصى للشروع الإجباري.

والنظرية المضادة لهذه النظرية تجعل العقد وحدة لا تتجزأ، فإذا بطل في البعض بطل في

الكل. وفي كتب الفتاوى في الفقه الإسلامي ما يشايح المقاتلين فبعض الفقهاء ذاهب إلى القول بانتقاص العقد كما يظهر من فتاواه وبعضهم إلى الضد من ذلك كما تنطسق به فتاواه^(١).

٢- تحول العقد:

تنص (المادة ١٤٠) مدني على أنه: «إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقسه آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا نبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ونص عليها القانون المدني الألماني في المادة ١٤٠ منه. أما القانون المدني الفرنسي فلا ينص على هذه النظرية، ومع ذلك فإن حكمها يمكن الأخذ به دون نص تطبيقاً لنظرية التكيف^(٢).

(١) وفكرة انتقاص العقد فكرة معروفة في الفقه الإسلامي يقررونها بكل صراحة ووضوح، فابن نجيم الحنفي يقول في هذا المعنى: إذا سمي للمهر ما يحل وما يحرم كأن تزوجها على عشرة دراهم ودن من الخمر، فلها العشرة وبطل الخمر، وإذا جمع في البيع وقف وملك لا يسرى الفساد إلى الملك، وإذا شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام فإنه يصح في الثلاثة ويبطل فيما زاد، ومنها الوصية فلو أوصى لأجنبي ووارثه فللأجنبي نصفها وبطلت بالنسبة للوارث. الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم. الأشباه والنظائر .. تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل طبعة ١٩٦٨. ص ١١٤ - ١١٥. الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي - الأشباه والنظائر - الطبعة الأخيرة ١٩٥٩. ص ١٠٨.

(٢) ويرى البعض أن نظرية تحول العقد لا تعدو أن تكون تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نظرية تكيف العقد. فمن المعروف أن تكيف العقد أي إعطاء الاسم الصحيح الذي ينطبق عليه بحسب القانون، من صميم عمل القاضي، وهو لا يعتد في ذلك بالاسم الذي يطلقه المتعاقدان على العقد. لأن التكيف مسألة علمية ومسألة قانونية. فإذا أعطى شخص شيئاً يملكه إلى شخص آخر ليبتاع به مدة معينة دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر عارية ولو سماه المتعاقدان إيجاراً. وإذا نقل شخص ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر هبة ولو سماه المتعاقدان بيعاً.

وقد عرف فقهاء الشريعة فكرة تحول العقد، كما عرفوا فكرة انتقاص العقد. فهذا هو الفقيه ابن رجب الحنبلي يقرر في قواعده أنه إذا أعاره شيئاً واشترط عليه العرض صح وانتقل العقد إلى قرض فيملكه بالقبض، وإذا قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك كان قرضاً وإذا أجرة الأرض بثلاث ما يخرج منها كان إجاره باطلاً وتحول العقد إلى مزارعة. الخافض أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي القواعد في الفقه الإسلامي. راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد - طبعة ١٩٧٢ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة.

وتقرر هذه المادة قبول الحكم الذي أسسته نظرية تحول العقد. ومفادها أن العقد إذا وقع باطلاً، ولكن توافرت فيه عناصر عقد آخر، فإنه يتحول إلى هذا العقد الآخر إذا تبين من الظروف أن العاقدين كانت تنصرف نيتهما إلى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصدها. وبعبارة أخرى ينقلب عقداً صحيحاً، لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان، بل من النوع الذي توافرت فيه عناصره. فلتحول العقد ثلاثة شروط:

- ١- أن يكون العقد باطلاً، فإذا كان صحيحاً ثبت غير متحول.
- ٢- أن توافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقيم مقام الأصل.
- ٣- أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لسوئهما تبييناً ما بالعقد الأصل من أسباب البطلان.

وأبرز مثال على ذلك البوليصة التي لا تستوفي الشروط الشكلية المطلوبة لها قانونياً، فإنها تعتبر سنداً إذا توافر فيها شروطها، وإلا فإنها تعتبر سنداً عادياً.

ومن الأمثلة على تحول العقد أيضاً، السند الرسمي الذي يفقد صفة الرسمية (لعدم اختصاص الكاتب العدل مثلاً) يتحول إلى سند عادي ما دام موقعاً من قبل الطرفين، والقسمة الباطلة لنقص أهلية أحد المتقاسمين تتحول إلى قسمة مهايأة، إذا كان ناسقصة الأهلية مأذوناً. لأن قسمة المهايأة تدخل في أعمال الإدارة التي يسمح للمأذون بها بخلاف قسمة الأعيان التي تعتبر من أعمال التصرف. والبيع بثمن تافه يتحول إلى هبة إذا كان قد انصب على منقول جرى تسليمه^(١).

ويلاحظ أن انتقاص العقد يرمي إلى مجرد تفسير إرادة المتعاقدين. أما تحول العقد فليس مجرد تفسير للإرادة بل هو عمل تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقداً جديداً تقيمه لهما، وذلك بناءً على نيتهما المحتملة.

ولا يشبه تحول العقد بانصراف العقد إلى النية الظاهرة أو الباطنة فإن التحول إنما يقع في العقود الباطلة. والثاني يقع في العقود الصحيحة. والتحول يقع بإقامة المحكمة نفسها مقام العاقدين، وانصراف العقد يقع بتفسير نية المتعاقدين.

(١) الدكتور حسن الذنون - المراجع السابق، ص ١٣١.

الفصل الثاني

آثار العقد

تمهيد: نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون

١- إذا نشأ العقد صحيحاً ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ ولا غير لازم أصبحت له قوة ملزمة وأمكن إجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه. ولكي يكون هذا التنفيذ ممكناً يجب تحديد أطراف العقد أولاً، ومضمونه ثانياً، فالأصل في هذا الباب أن أثر العقد لا ينصرف إلى غير المتعاقدين، ويعبر عن ذلك بالقول بأن أثر العقد نسبي من حيث الأشخاص. والأصل كذلك أن المتعاقد لا يلزم بما لم يتضمنه العقد، ويعبر عن ذلك بأن أثر العقد نسبي من حيث المضمون. ونرى كلاً من هذين الشقين من القاعدة في فرع مستقل.

الفرع الأول

أثر العقد من حيث الأشخاص

العاقدان والغير

٢- الأصل أن أثر العقد لا يسري إلا في حق المتعاقدين، ولكن قد يسري هذا الأثر في حق غيرهما استثناء. ونرى كلاً من الأصل والاستثناء في مبحث مستقل.

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

تحديد معنى المتعاقدين

٣- تعبير «متعاقدين» يشمل، بالإضافة إلى المتعاقدين نفسيهما، خلفهما العام وخلفهما الخاص ودائتيهما الحاديين. ونرى هنا أثر العقد بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص.

أما المتعاقدان نفسيهما فلا يحتاجان إلى إيضاح. وأما الدائنون العاديون فسنرى أئسر العقد بالنسبة لهم في أحكام الالتزام عند الكلام على الضمان العام للدائنين الذي هو الذمة المالية للمدين.

المطلب الأول

الخلف العام

سريان أثر العقد في حق الخلف العام

٣- الخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، كالثلاث والرابع والنصف. وهذا يشمل الوارث والموصى له بجزء شائع كالثلاث. والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية، فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي أبرمها سلفه. فإذا باع شخص شيئاً ولم يقبض ثمنه ثم مات فإن حقه في المطالبة بالثمن ينتقل إلى الورثة وإلى الموصى له بجزء شائع من التركة. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٤٢) من القانون المدني بقولها «ينصرف أئسر العفسد إلى المتعاقدين والخلف العام...».

مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

٤- يختلف نأثر الخلف العام بتصرفات سلفه باختلاف التصوير القانوني لشخصية الخلف. ففي القوانين اللاتينية التي تستمد أصولها من القانون الروماني، كالقانون الفرنسي، تعتبر شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث فيكتسب حقوقه ويلتزم بالتزاماته. ولكن الحكم يختلف في الشريعة الإسلامية حيث لا يلزم الوارث بديون مورثه. فهناك حديث شريف يقول «لا تركة إلى بعد سداد الديون». ومعنى ذلك أن الشخص إذا مات وعليه ديون فإن هذه الديون توفي مما تركه من مال أولاً وقبل كل شيء فإذا بقي شيء ذهب إلى الورثة وهو الذي يقال له «تركة»، فالقاعدة بالنسبة للخلف العام إذا أن تنتقل إليه حقوق سلفه دون أن يلتزم بديونه والتزاماته. ولكنه لا يتلقى هذه الحقوق إلا بعد سداد الديون التي كانت على سلفه. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٤٢) المتقدمة بعد النص على القاعدة العامة في انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، وذلك بقولها: «... دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث».

مدى انتقال الحقوق إلى الخلف العام

٥- وقد اختلف الفقهاء المسلمون في أنواع الحقوق التي تنتقل إلى الخلف العام. فذهب بعضهم إلى أن الحقوق التي تنتقل إنما هي الحقوق المالية فقط، وذهب آخرون إلى أن كل أنواع الحقوق تنتقل إلى الخلف العام، الحقوق المالية والحقوق غير المالية. وسبب اختلاف الفقهاء المسلمين في ذلك هو اختلافهم في رواية حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم. فقد روى بعضهم عنه أنه قال: «من ترك مالا فلورثته»، وروى آخرون أنه قال: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته». فالذين ثبتت عندهم الرواية الأولى، وهم الحنفية، ذهبوا إلى أن ما لم يكن مالا أو في حكم الحق المالي لا ينتقل إلى الورثة، ورتبوا على ذلك أن المنافع والحقوق الشخصية لا تنتقل إلى الورثة. والذين ثبتت عندهم الرواية الثانية، وهم غير الحنفية، ذهبوا إلى القول بورثة الحقوق جميعاً، المالية وغير المالية. وهذه المذاهب هي التي يتفق ما تقول به مع ما تأخذ القوانين المدنية الحديثة.

استثناء.

٦- هناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام. وهذه الحالات إما أن لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً عاماً، وإما أن لا ينصرف فيها الأثر لأن الشارع اعتبر الخلف العام من غير المتعاقدين. ونرى كلاً من هاتين الحالتين على حدة.

أ - عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً عاماً

٧- لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام في هذه الحالات إما لأن المتعاقدين اتفقا على ذلك وإما لأن طبيعة الحق تقضي بذلك أو لأن شخصية المتعاقد كانت محل اعتبار عند نشوء الحق.

١- فقد يتفق المتعاقدان على أن لا يسري أثر العقد في حق الورثة، كما إذا اتفق المؤجر والمستأجر على انتهاء عقد الإيجار بموت المستأجر في هذه الحالة لا يستطيع ورثة المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة بعد وفاة مورثهم.

٢- وقد تأبى طبيعة الحق انتقاله إلى الورثة. مثال ذلك حق الانتفاع فهذا الحق تقضي طبيعته بانقضاءه بوفاة صاحبه.

٣- ولا يسري أثر العقد في حق الخلف أيضاً إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار عند التعاقد. مثال ذلك ما إذا وكل شخص محامياً وكالة عامة لمدة معينة ومات المحامي قبل انتهاء المدة وكان له ابن محام هو أيضاً. فلا يستطيع الابن أن يطلب الحلول محل أبيه وإكمال المدة. ذلك أن شخصية الأب كانت محل اعتبار عند التعاقد.

ب - عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام لاعتباره من الغير

٨- هناك حالات اعتبر الشارع الورثة فيها من غير المتعاقدين، لا خلفاً عاماً للمورث، فلا تسري في حقهم تصرفات مورثهم. والسبب الذي دعا المشرع إلى تقرير هذا الحكم هو حماية الورثة من تصرفات مورثهم التي يقصد بها الإضرار بهم. والتصرفات التي يستطيع المورث الإضرار بها بورثته هي الوصية والتبرع في مرض موته. فحدد الشارع حق المورث في الإيصاء بثلاث تركته. فإذا أوصى بأكثر من ذلك لم تنفذ الوصية في حق الورثة إلا إذا أجازوها. وإذا تبرع الإنسان وهو في مرض موته فإن ذلك يعتبر في حكم الوصية ولا ينفذ في حق الورثة ما زاد على ثلث التركة. ويعتبر في حكم التبرع الإبراء والكفالة في مرض الموت.

المطلب الثاني

الخلف الخاص

معنى الخلف الخاص

٩- الخلف الخاص هو من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء. فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً للواهب والمرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن، وهكذا.

مدى تأثير الخلف الخاص بتصرفات سلفه

١٠- يختلف الخلف الخاص عن الخلف العام في أنه يخلف سلفه في شيء معين بالذات، في حين أن الخلف العام يخلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها. فمن الطبيعي إذاً أن لا يتأثر الخلف الخاص بكل تصرفات سلفه، بل يتأثر بالتصرفات الصادرة من سلفه والتي تتعلق بالشيء الذي ينتقل إليه منه. كما يجب أن يكون التصرف صادراً

من سلفه قبل انتقال الشيء إليه. مثال ذلك ما إذا رهن شخص داره عند المصرف العقاري ثم باعها. فالدار تنتقل إلى المشتري وهي مرهونة. وعندئذ يجب لسريان أثر التصرف في حق التخلف الخاص توفر الشرطين التاليين:

- ١- أن يكون التصرف متعلقاً بالشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص.
- ٢- أن يكون التصرف قد صدر من السلف قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

شروط سريان تصرف السلف في حق الخلف الخاص

- ١١- هناك شرطان يجب توفرهما لسريان أثر تصرف السلف في حق الخلف الخاص هما:
 - ١- أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء.
 - ٢- علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات.

وقد نصت على هذين الشرطين الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني بقولها: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه». ونرى كلاً من هذين الشرطين على حدة.

الشرط الأول - الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء

- ١٢- لتحديد الحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء يمكننا وضع المعيار التالي: تعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له، وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له. ولكن متى يعتبر الحق من مكملات الشيء، ومتى يعتبر الالتزام من محدداته؟ هذا ما نراه في ما يلي:

أ - الحقوق المكتملة للشيء

- ١٣- يعتبر الحق من مكملات الشيء إذا كان من شأنه أن يقويه أو أن يدرأ عنه ضرراً أو أن يزيد في قيمته ومنافعه. وهو يعتبر كذلك في الصور التالية:

١- إذا أمن شخص على منزله من الحريق مثلاً ودفع أقساط التأمين لمدة سنة ثم باعه، فإن حقه في الحصول على مبلغ التأمين إذا احترق المنزل ينتقل إلى المشتري وذلك لأن من شأن هذا الحق أن يدرأ ضرراً عن المنزل. هذا ما لم تكن شخصية المؤمن له محل اعتبار في عقد التأمين.

٢- إذا اشترى شخص متجراً واشترط على البائع عدم فتح متجر آخر لمنافسته ثم باع المتجر فإن حقه في عدم المنافسة ينتقل إلى المشتري الثاني، وذلك لأن من شأن هذا الحق أن يدرأ ضرراً عن المتجر وأن يزيد في قيمته ومنافعه.

٣- ويذهب القضاء إلى أن لمشتري المتجر الحق في مطالبة المستخدمين الذين كانوا يعملون في المتجر بتنفيذ عقود العمل التي كانوا قد أبرموها مع المالك السابق للمتجر باعتبار أن هذا الحق قد انتقل إليه (إلى المشتري) بشرائه المتجر، ما لم يبين أن شخصية صاحب المتجر كانت محل اعتبار لدى المستخدم عند العقد. وهذا الحق الذي يعترف به القضاء لمشتري المتجر من شأنه أن يزيد في قيمة المتجر ومنافعه^(١).

الحقوق غير المكتملة للشيء

١٤- وإذا لم يكن الحق مكتملاً للشيء فلا ينتقل إلى الخلف الخاص. وهو لا يعتبر مكتملاً في الصور الآتية:

١- إذا تعاقد صاحب أرض مع مقاول على بناء دار على الأرض ثم باع الأرض، فتحقه قبل المقاول لا ينتقل إلى المشتري لأنه لا يعتبر مكتملاً للأرض.. فليس من شأنه أن يقوى ملكية الأرض ولا أن يدرأ ضرراً عنها ولا أن يزيد في قيمتها أو منافعها.

(١) وقد تسبى المحكمة بداية بعبارة بتطبيق فكرة الخلف الخاص في قضية تلخص وقائعها في أن شخصاً أجر داره ثم بانها. حصل المستأجر على حكم بإخلاء المستأجر للدار، وقد نبين أن المستأجر أحدث أضراراً بالدار فأقام المشتري عليه الدعوى بالتعويض. دفع المستأجر بأن الأضرار حصلت عندما كانت الدار للمالك الأول الذي استأجر منه الدار، وبالتالي فالحق بالمطالبة بالتعويض إنما يعود له (للمالك السابق). رفضت المحكمة هذا الدفع مطبقة في ذلك فكرة حلول الخلف محل السلف. وقد جاء في حكم المحكمة: «... أن المدعي خلف حصاص للمالك السابق، وقد انتقلت إليه جميع الحقوق التي تقيض الملك المذكور والالتزامات المدنية التي عليه حسبما تقرره المرقوم (٢) من المادة (١٣٢) مدني...» (١٢-١-١٩٦٠، مجموعة الأستاذ عبد العزيز السيسهيل. ص ١٦٤-١٦٧).

وكذلك الحكم إذا أستأجر صاحب سيارة محلاً يضع فيه سيارته (كراج)، فإذا باع السيارة فحقه في وضع السيارة لا ينتقل إلى المشتري، ولا يستطيع هذا الأخير مطالبة صاحب الكراج بوضع السيارة بالكراج على أساس أن حق بائع السيارة في وضعها في الكراج قد انتقل إليه.

٢- إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار عند نشوء الحق. مثال ذلك ما إذا تعهد مقاول ببناء مستشفى لجمعية خيرية على أرض تملكها الجمعية ثم باعت الجمعية الأرض، فحقها قبل المقاول ببناء المستشفى بالمبلغ المتفق عليه لا ينتقل إلى مشتري الأرض. ذلك أن شخصية الجمعية كانت محل اعتبار عند تعهد المقاول ببناء المستشفى.

ب - الالتزامات المحددة للشيء

١٥- يعتبر الالتزام محمداً للشيء إذا كان من شأنه أن يلزم السلف باستعمال ملكه على نحو معين أو أن يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك. ونرى كلاً من هاتين الصورتين على حدة.

١- التزام السلف باستعمال ملكه على نحو معين:

فإذا اشترى شخص قطعة أرض في أرض مقسمة إلى قطع لبناء الدور واشترط عليه البائع أن يكون البناء على نحو معين، أو أن يبني نوعاً معيناً من البناء. كمقهى أو ملهى مثلاً. ثم باع المشتري قطعة الأرض. فالنزام بالبناء على النحو المتفق عليه أو بعدم بناء مقهى أو ملهى ينتقل إلى المشتري.

٢- التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك

وفي هذا المعنى قضت محكمة دويه في فرنسا في حكم لها صادر في ١٢ آذار ١٩٠٠ بأن التزام صاحب دار مجاورة لكنيسة بعدم إقامة هو وخلفائه على وجه السدوم والاستمرار حفلات راقصة ينتقل إلى مشتري الدار. وفي قضية اشترى شخص أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن. اشترطت عليه الشركة أن لا يرجع عليها بالتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال. قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في ١٢ كانون الأول ١٨٩٩ بأن هذا الشرط يسري أثره إلى الخلفاء.

الخاص لأنه يفرض عليه قيلاً من حقوقه كمالك. وفي قضية أخرى قسم شخص عقاراته على أولاده في أثناء حياته، وكان أحد هذه العقارات يتمتع بحق الشرب على عقار مجاور. وقد اشترط الأب في وصيته على الولد الذي كان العقار من نصيبه أن يسمح لإخوته بأخذ الماء من العقار المجاور الذي له عليه حق الشرب. فلما مات الأب باع الولد صاحب حق الشرب العقار ولم يشترط على المشتري أن يسمح لإخوته بأخذ الماء لها صادر في ٢٩ حزيران ١٨٨١ بـسريان أثر الشرط الذي اشترطه الأب في وصيته على المشتري والزامه بالسماح لإخوة البائع بأخذ الماء. وقد طبقت المحكمة في حكمها قاعدة «إن الإنسان لا يستطيع أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك» أو «فأفقد الشيء لا يعطيه» كما يعبر عنها الفقهاء المسلمون».

الالتزامات غير المحددة للشيء

١٦- وإذا لم يكن الالتزام محدداً للشيء فلا ينتقل إلى الخلف الخاص. وهو يعتبر كذلك في الصور التالية:

١- إذا لم يكن من شأنه أن يلزم السلف باستعمال ملكه على نحو معين، ولا أن يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك. فإذا اتفق أصحاب مهنة معينة على عدم فتح محلاتهم بعد ظهر يوم الأحد من كل أسبوع ثم باع أحدهم محله، فالزامه بعدم فتح محله لا ينتقل إلى المشتري. وفي قضية اتفق فيها اتحاد أصحاب المناجم مع اتحاد عمال المناجم على أن تدفع الشركات صاحبة الامتياز إلى عمالها أجوراً إضافية، ثم باعست إحدى الشركات جزء من امتيازها ورفض المشتري دفع الأجور الإضافية. قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في ١٥ كانون الثاني ١٩١٨ بعدم التزام المشتري بدفع الأجور الإضافية.

وفي مثال صاحب الأرض الذي اتفق مع مقاول على بناء دار على الأرض، إذا باع صاحب الأرض أرضه فكما أن حقه بالزام المقاول ببناء الدار لا ينتقل إلى المشتري فالزامه بالسماح للمقاول ببناء الدار لا ينتقل كذلك.

وفي مثال صاحب السيارة الذي اتفق مع صاحب (الكراج) على وضع السيارة في الكراج، فكما أن حق صاحب السيارة في وضع سيارته في الكراج لا ينتقل إلى مشتري السيارة لا ينتقل إليه (إلى المشتري) كذلك التزام بائع السيارة بدفع أجرة السيارة ولو لم يضع سيارته في الكراج^(١).

٢- إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار أو روعيت فيه صفة خاصة عند نشوء الالتزام، فالالتزام لا ينتقل كذلك إلى الخلف الخاص. فإذا باع شخص حصة شائعة في دار من معمار واشترط عليه أن يتعهد الدار بالتعمير كلما احتاجت الدار إلى ذلك ثم باع المعمار حصته في الدار من شخص ثالث فالتزامه بتعمير الدار لا ينتقل إلى المشتري. ذلك إن الالتزام كان مبنياً على صفة خاصة في المعمار. ولا يمكن القول كذلك ببقاء الالتزام في ذمة المعمار بعد بيعه حصته، ذلك لأن المفهوم من الظروف أن يبقى ملتزماً بتعمير الدار في خلال المدة التي يبقى فيها شريكاً فيها، وإلا كان التزاماً مؤبدًا، وهذا لا يجوز.

الشرط الثاني — علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات

١٧- تشترط الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) من القانون المدني لانتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص، بالإضافة إلى كون هذه الحقوق والالتزامات مسـ مستلزمات الشيء، علم الخلف الخاص بما عند انتقال الشيء إليه. وهذا الشرط لا أهمية له إلا بالنسبة لانتقال الالتزام. ذلك أن الالتزام لا ينشأ في ذمة الإنسان إلا بإرادته أو بنص القانون. وما دما بصدد التصرفات القولية، أي الالتزامات التي مصدرها الإرادة، فلا بد من علم الخلف الخاص بالالتزامات لانتقالها إليه. أما بالنسبة لانتقال الحقوق فعلم الخلف الخاص بما لا أهمية له، والمهم إنما هو علم المدين إذا كانت شخصية الدائن (أي السلف) محل اعتبار في العقد. والسبب في عدم أهمية علم الخلف بالحقوق ولانتقالها إليه هو أن القانون إنما اشترط هذا الشرط لحماية لمصلحته. وانتقال الحقوق إليه بدون علمه لا يمس هذه الحماية.

ويجب العلم اليقيني. ولا يكفي استطاعة العلم. ويعتبر تسجيل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري علماً كافياً.

(١) ويمكن أن يقال بوجه عام إنه إذا لم ينتقل الحق فالتزام المقابل له لا ينتقل هو أيضاً (السنهوري، الوسيط، ص

المبحث الثاني أثر العقد بالنسبة لغير المتعاقدين

تحديد غير المتعاقدين: فريقان

١٨- رأينا في المبحث السابق أن أثر العقد لا يسري في حق غير المتعاقدين. وقلنا إن معنى «متعاقدين» يشمل المتعاقدين نفسيهما وخلفهما العام والخاص ودائيهما العاديين. فإذا أردنا أن نحدد غير المتعاقدين، أي الشخص الذي لا يسري العقد في حقه فإنه يكون أحد شخصين.

١- فهو إما أن يكون أحد الأشخاص الذين يدخلون في معنى المتعاقدين، أي في طائفة الخلف العام والخاص والدائنين العاديين، ولكن لا يسري العقد في حقه استثناء.

٢- وإما أن لا يدخل في طائفة الأشخاص المتقدمين، فيكون أجنبياً تماماً عن العقد. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

الفريق الأول - الخلف والدائنون في حالات استثنائية

١٩- لا يسري أثر العقود التي يبرمها الإنسان في حق خلفه ودائنيه استثناء في حالات يغلب فيها سوء النية والقصد لديه، وذلك جزاء من الشارع للسلف على سوء نيته وقصده، فالقصد السيئ يرد على أهله، والقصد السيئ هنا هو نية الإضرار بالخلف والدائنين. وطريقة الإضرار تختلف بالنسبة لكل فريق عنه بالنسبة لغيره. ونرى كلاً منهم على حدة.

١- الخلف العام

٢٠- فبالنسبة للخلف العام لما كان انتقال المال إليه من سلفه لا يتم إلا بالموت فالتصرفات التي يقصد بها السلف الإضرار بخلفه هي التي تكون مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يحصل في الوصية. فإذا أراد الإنسان الإضرار بورثته عمد إلى الإيذاء بكل ماله لأجنبي. ولكن الشارع توقع مثل هذه الحالات فلم يجز للإنسان أن يوصي بأكثر من ثلث ماله. فإذا أوصى بأكثر من الثلث لم تنفذ الوصية في حق الورثة إلا في الثلث، وكانوا من الغير بالنسبة لما زاد على الثلث.

ويأخذ حكم الوصية كل تصرف فيه تبرع إذا وقع في مرض الموت، كالهبة والوقف والكفالة والإبراء والبيع والشراء إذا كان فيهما محاباة.

٢- الخلف الخاص

٢١- ولما كان الخلف الخاص يخلف سلفه في عين معينة بالذات فالإضرار به يكون عسرن طريق التصرف بهذه العين لأكثر من شخص. والتصرف إما أن يرد على ملكية العين في الحالين أو أن ينشئ لها حقاً أو عليها التزاماً في الحالة الأولى وينقل ملكيتها في الثانية.

٢٢- فإذا ورد العقد في الحالين على ملكية العين فضل السابق في التاريخ واعتبر العقد اللاحق في التاريخ غير نافذ في حق من انتقلت إليه ملكية العين بالعقد السابق في التاريخ، واعتبر هذا من الغير بالنسبة للعقد اللاحق في التاريخ. وإذا تساوى العقدان في التاريخ فضل الخلف الذي تسلم الشيء، واعتبر العقد الآخر غير نافذ في حقه، واعتبر هو من الغير بالنسبة لهذا العقد. وإذا لم يحصل تسليم شيء تساوى الخلفان في قوة سببهما ولا يفضل أحدهما على الآخر. وعندئذ يرجعان على السلف بالتعويض وفقاً للقواعد العامة التي سنراها في حينه.

٢٣- وإذا نشأ العقد الأول حقاً للعين المنتقلة إلى الخلف أو التزاماً عليها ونقل الثمن ملكيتها، طبقنا القواعد التي رأيناها في انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص. وقد سبق أن رأينا القانون يشترط شرطين لانتقال هذه الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص، أي لسريان أثر العقد الذي أبرمه سلفه في حقه. وهذان الشرطان هما أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء وعلم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات عند انتقال الشيء إليه. فإذا احتل أحد هذين الشرطين فلا يسري العقد في حق الخلف الخاص، ويعتبر هو من الغير بالنسبة للعقد.

٣- الدائنون العاديون

٢٤- والدائنون العاديون يخلفون مدينهم في حق شخصي. والذي يضمن لهم الحصول على حقوقهم إنما هو العناصر الموجبة في ذمة مدينهم. فالطريقة التي يستطيع بها المدين الإضرار بهم هي إخراج هذه العناصر السالبة فيها. فيعمد إلى هبة أمواله أو بيعها بضمن بخس أو عقد قروض صورية بحيث يزاحم الدائنون الصوريون الدائن الحقيقي فيتقاسمون وإياه أموال مدينه فلا يحصل على كل حقه. في هذا الحالة لا تعتبر العقود التي أبرمها المدين بقصد الإضرار بدائنه نافذة في حق هذا الدائن، ويستطيع الدائن إقامة الدعوى لإعلان عدم نفاذ هذه العقود في حقه. ويقال لهذه الدعوى «دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه».

الفريق الثاني - الغير الأجنبي تماماً عن العقد

٢٥- أما الغير الأجنبي تماماً عن العقد، وهو الذي لم يكن طرفاً فيه ولا خلفاً ولا دائناً لأحد طرفيه، فلا يسري العقد في حقه. فهو لا يستفيد منه ولا يضار به، فلا يكتسب حقاً ولا يلتزم بالتزام. فإذا باع شخص داره مثلاً، ولم يسجل عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري فلا يستطيع الجار أن يعترض على ذلك لأنه أجنبي تماماً عن العقد. وكذلك إذا تصالح أحد ورثة الدائن مع المدين فالصلح لا يسري في حق الورثة الآخرين، ويعتبرون هم أجنب بالنسبة للصلح.

استثناء:

٢٦- على أن قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير غير مطلقة، إذ ترد عليها بعض الاستثناءات. وهذا الاستثناءات إما أن ترجع إلى اعتبارات من العدالة أو إلى ضرورة استقرار المعاملات، وقد تبررها اعتبارات أخرى.

١- فالعدالة قد تقضي بأن يكون للغير الذي هو أجنبي تماماً عن العقد دعوى مباشرة ضد أحد المتعاقدين، هي دعوى أحد المتعاقدين ضد الآخر. من ذلك أن للمؤجر أن يرجع على المستأجر من المستأجر (المستأجر من الباطن) بدعوى المستأجر الأول بأن يدفع له (للمؤجر) ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأول مع أن المؤجر لم يكن طرفاً في العقد المبرم بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني. ومن ذلك أيضاً ما يقضي

به القانون من أن للمقاول من المقاول (المقاول من الباطن) والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول في تنفيذ العمل مطالبة رب العمل مباشرة بمآلهم في ذمة المقاول، بشرط أن لا يجاوز القدر الذي يكون مدينأ به للمقاول وقت رفع الدعوى. فسررب العمل لم يكن طرفأ في العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد معه وبين المقاول الثاني ولا في العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد هو معه وبين العمال الذين اشتغلوا لحساب هذا المقاول، ومع ذلك فلهؤلاء (المقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول) دعوى مباشرة ضده، هي دعواهم ضد المقاول الأول. وهناك حالات أخرى للدعوى المباشرة تعرض عن ذكرها على أن نعود إليها في حينه.

٢- وقد تقضي ضرورة استقرار المعاملات بسريان العقد إلى شخص لم يكن طرفأ فيه. من ذلك تصرفات الوارث الظاهر. فهي ملزمة للمورث وللوارث الحقيقي مع أنه لم يكن طرفأ فيها، ومن ذلك أيضاً الوفاء للدائن الظاهر يكون صحيحأ إذا تم بحسن نية.

٣- وهنا اعتبارات أخرى تقضي بسريان العقد في حق شخص لم يكن طرفأ فيه. من ذلك ما يقضي به القانون التجاري في حالة إفلاس التاجر من أنه إذا اتفقت أغلبية من الدائنين تملك نسبة معينة من الديون على الصلح مع المدين المفلس فإن هذا الاتفاق يلزم الأقلية التي لم ترض بهذا الصلح ولو لم تكن طرفأ فيه. ولكن الاستثناءات المتقدمة ظاهرة أكثر منها حقيقية

٢٧- لكننا إذا أمعنا النظر في الاستثناءات المتقدمة فإننا لا نجد لها استثناءات حقيقية. ذلك أن الأثر الذي انصرف إلى الغير لم يكن الأثر الذي قصده المتعاقدان عند التعاقد بل قضى به القانون لاعتبارات مختلفة، ولا دخل لإرادة المتعاقدين في انصرافه إلى الغير. وبحسنا هنا يدور لتقرير ما إذا كان في استطاعة شخصين يبرمان عقداً أن يجعلوا أثر هذا العقد يسري في حق شخص ثالث أجنبي تماماً عنه (عن العقد). وللجواب عن ذلك يجب التمييز بين الالتزامات والحقوق التي ينشؤها العقد. مثال الأولى ما إذا أبرم زيد عقداً مع عمرو وتعهده في العقد بأن يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وهذا يقال له «التعهد عن الغير». ومثال الثانية ما إذا أبرم زيد عقداً مع

عمرو واشترط في العقد حقاً لشخص ثالث، وهذا يقال له «الاشتراط لمصلحة الغير». فهل يلزم الشخص الثالث في الحالة الأولى بما تعهد به زيد عنه، وهل يكتسب في الحالة الثانية الحق الذي اشترطه له؟ القوانين المدنية الحديثة أقرت الاشتراط لمصلحة الغير دون التعهد عن الغير. فهي تجيز أن ينشئ المتعاقدان حقاً للغير بإرادتهما ولكنها لا تجيز لها أن تنشأ التزاماً في ذمته.

ونرى كلاً من التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير في مطلب مستقل.

المطلب الأول

التعهد عن الغير

تعريف وأمثلة

٢٨- يكون هناك تعهد عن الغير إذا تعهد شخص نحو آخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل أو عدم القيام بعمل وإلا عوضه عن ذلك. ويراد من التعهد عن الغير في الغالب تسهيل إبرام عقد أو إجراء معاملة لا يستطيع أحد أطرافها إعطاء رضائه لقصر أو غيبة أو حرج، فيجري غيره العقد ويتعهد لمن تعاقد معه بأنه (أي الغير الذي تعهد عنه) سيقر العقد عند بلوغه أو رجوعه أو رفع الحرج عنه.

والأمثلة على التعهد عن الغير كثيرة في الحياة العملية. من ذلك الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ولا يستطيع الحصول على إجازة موكله لهذا يتجاوز لبعده عن محل العقد، يتعهد للطرف الآخر بأن يجعل الموكل يقر العقد ومن ذلك أيضاً أن يكون هناك حق متنازع فيه بين شخصين ويموت أحدهما فيتصالح أحد ورثة المتوفى مع الطرف الآخر ويتعهد له في الوقت نفسه بالحصول على إقرار بقية الورثة لهذا الصلح. ومن ذلك أيضاً أن يبيع شخص داره ويتعهد للمشتري بأن يجعل جاره يقبل قطع الأشجار التي تحجب عنه المنظر، أو عدم غرس أشجار تحجب عنه المنظر.

شروط التعهد عن الغير وتمييزه مما يشتبه به من أوضاع

٢٩- يجب، لتحقيق التعهد عن الغير، توفر الشروط الثلاثة التالية:

- ١- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وبذلك يختلف التعهد عن الغير عن كل من الوكالة والفضول.
- ٢- أن يقصد المتعهد إلزام نفسه لا إلزام الغير. فإذا قصد إلزام الغير كان العقد باطلاً لاستحالة المحل. فلا يمكن قانوناً أن يلزم الإنسان من عقد لم يكن طرفاً فيه.
- ٣- أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على إقرار التعهد لا على بذل جهده لحمله على ذلك. فالترامه هو التزام بتحقيق غاية هي الحصول على إقرار الغير للتعهد، لا على بذل عناية. فلا يعفيه من المسؤولية أنه لم يدخر وسعاً في حمل الغير على إقرار التعهد، حتى لو أساء الغير استعمال حقه في القبول أو الرفض. فالغير ليس ملزماً بإقرار التعهد.

التعهد عن الغير والكفالة

- ٣٠- يختلف التعهد عن الغير عن الكفالة في أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين بعد أن يكون قد نشأ في ذمته، أما المتعهد عن الغير فيضمن إنشاء الالتزام في ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه. وتختلف الكفالة عن التعهد عن الغير في أن الكفيل إذا وقع الدين فإنه يرجع به على المدين، في حين أن المتعهد عن الغير إذا دفع تعويضاً لعدم الغير للتعهد فإنه لا يرجع على الغير بشيء.

حكم التعهد عن الغير

- ٣١- يختلف حكم التعهد عن الغير في حالة إقرار الغير للتعهد عنه في حالة رفضه. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

أولاً - إقرار الغير للتعهد

- ٣٢- إذا أقر الغير التعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد وبين الغير، الإيجاب في هذا العقد هو العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه والقبول إقرار الغير للتعهد. ويختلف العقد الجديد عن العقد المبرم بين المتعهد وبين من تعاقد معه (مع المتعهد) من حيث أطرافه ومن حيث الالتزامات التي ينشؤها ومن حيث تاريخه.

فمن حيث أطرافه هناك طرف مشترك في العقد هو من تعاقد مع المتعهد أما الطرف الآخر فمختلف، هو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني. ومن حيث الالتزامات. العقد الأول ينشئ في ذمة المتعهد التزاماً بتحقيق غاية هي محل الغير على إقرار التعهد، والعقد الثاني ينشئ التزاماً في ذمة الغير يختلف عن الالتزام الذي أنشأه العقد الأول في ذمة المتعهد. فحمل التزام المتعهد، كما مر بنا، هو الحصول على إقرار الغير للتعهد. أما محل التزام الغير فقد يكون قياماً بعمل وقد يكون عدم القيام بعمل. أي تركاً. وقد تقدم بيان ذلك. ومن حيث التاريخ، العقد الأول يتم عند الاتفاق بين المتعهد وبين من تعاقد معه، أما العقد الثاني فيتم عند إقرار الغير للتعهد، فليس للقبول أثر رجعي إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أو يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد (م ٢/١٥١ مدني).

نتيجة: التعهد عن الغير ليس استثناء لقاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيق لها. ٣٣- يتبين مما تقدم أن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي لم يكن طرفاً فيه بل بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه. وبذلك لا يكون في التعهد عن الغير خروج على قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيق لها.

ثانياً - رفض الغير للتعهد

٣٤- إذا رفض الغير إقرار التعهد تحققت مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه ويجب عليه تعويض لأنه يكون قد أحل بالتزامه. ويكون التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التعاقدية التي سنها في حينه. ويستطيع المتعهد التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن عدم إقرار الغير للتعهد راجع إلى سبب أجنبي لا يسد له فيه. ولا يعتبر مجرد رفض الغير سبباً أجنبياً، ذلك أن محل التزام المتعهد إنما هو إقناع الغير والتغلب على ما يدعوه إلى عدم الإقرار. ويعتبر موت الغير وإيقاع الحجر عليه سبباً أجنبياً يعني المتعهد من التزامه.

المطلب الثاني الاشتراط لمصلحة الغير(*)

تعريف وتمهيد

٣٥- يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير إذا أبرم شخصان عقداً واشترط أحدهما فيه على الآخر حقاً لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة، فلا يمر في ذمة المشتري. فالاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني يتم بين شخصين ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص، هم: العاقدان والشخص الثالث الذي اشترط له الحق، ويقال له المنتفع. أما المتعاقدان فأحدهما يقال له «المشتري» وهو الذي اشترط الحق، والآخر يقال له «المتعهد» وهو الذي التزم بإعطاء الحق للمنتفع.

أمثلة

٣٦- وللاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة في الحياة العملية، أهمها عقود التأمين والامتياز والنقل والهبة المقترنة بشرط. فعقد التأمين له صور عديدة، أهمها التأمين على الحياة. فالشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده، الأحياء ومن سيولد منهم، إنما يشترط باسمه عقد يبرمه هو لمصلحة أشخاص أجانب عن العقد. فيكتسب هؤلاء حقاً مباشراً من عقد التأمين. وفي عقود الامتياز والتزام المرافق العامة تمنح الحكومة أحد الأشخاص احتكار تقديم خدمة من الخدمات أو سلعة من السلع أو تصدير بعض الحاصلات وتشترط عليه شروطاً في مصلحة الجمهور، كاشتراط حد أعلى لأجور النقل أو لسعر الشيء الذي يبيعه. في هذه الحالة يكتسب كل فرد من أفراد الجمهور حقاً مباشراً قبل صاحب الامتياز، أي المحتكر، يستطيع بمقتضاه أن يطالبه بتنفيذ الشروط التي اشترطتها الحكومة لمصلحته. وفي عقد النقل يكتسب المرسل إليه حقاً مباشراً عن العقد المبرم بين المرسل والناقل ويستطيع مطالبة هذا الأخير بتنفيذ الشروط الواردة في عقد النقل.

(*) للتوسع: راجع سعدي البرزنجي «الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الإسلامي» رسالة الماجستير،

وفي الهبة المقترنة بشرط يشترط الواهب على الموهوب له القيام بعمل لمنفعة شخص ثالث، فيكتسب هذا الشخص حقاً مباشراً من عقد الهبة قبل الموهوب له ويستطيع مطالبته بتنفيذ الشروط الواردة لمصلحته في عقد الهبة. مثال ذلك ما إذا وهب شخص مبلغاً من المال لجمعية خيرية واشترط عليها بناء مستشفى يعالج فيه الناس مجاناً.

شروط الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧- هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لقيام الاشتراط لمصلحة الغير، وهي:

- ١- أن يتعاقد المشتري باسمه الخاص لا باسم المنتفع.
- ٢- أن يشترط حقاً مباشراً للمنتفع.
- ٣- أن تكون للمشتري مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات التي اشترطها. ونرى كلاً من هذه الشروط على حدة.

الشرط الأول - تعاقد المشتري باسمه الخاص

٣٨- يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير، أن يتعاقد المشتري باسمه الخاص، ومعنى ذلك أن يكون المنتفع أجنبياً عن العقد. وفي هذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن كل من النيابة والفضول.

الشرط الثاني - اشتراط حق مباشر للمنتفع

٣٩- ويجب كذلك لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير أن يتلقى المنتفع الحق مباشرة عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد. فإذا لم يتلقه عن العقد بل عن المشتري فلا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير. فإذا استأجر رب أسرة داراً فأفراد الأسرة يستفيدون من عقد الإيجار ولكن على أساس من اشتراط لمصلحة الغير.

الشرط الثالث - مصلحة شخصية للمشتري

٤٠- ويجب أخيراً لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشتري مصلحة شخصية في حصول المنتفع على الحق الذي اشترطه لمصلحته. بهذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضول. فالفضولي يجب أن لا يكون له مصلحة من وراء قيامه بالعمل لمصلحة رب العمل. والمصلحة يمكن أن تكون مادية كما يمكن أن تكون أدبية. وهذه الأخيرة تقوم على القرابة أو العاطفة أو الإحسان، كالاشتراط لمصلحة الزوجة والأولاد والفقراء والعلماء.

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٤١- تنشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير علاقات ثلاث، هي: علاقة بين المشرط والمتعهد، وعلاقة بين المشرط والمنتفع، وأخيراً علاقة بين المتعهد والمنتفع. ونرى كلاً من هذه العلاقات على حدة.

أولاً - العلاقة بين المشرط والمتعهد

٤٢- يحكم العلاقة بين المشرط والمتعهد العقد المبرم بينهما أو العمل القانوني الصادر من المشرط (الوصية). فإذا كان هذا العقد ملزماً للجانبين، كعقد التأمين مثلاً، طبقنا القواعد العامة في هذا العقد، وكان لكل من المشرط والمتعهد أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه.

ثانياً - العلاقة بين المشرط والمنتفع

٤٣- لا تظهر العلاقة بين المشرط والمنتفع في العقد المبرم بين المشرط والمتعهد، ولكن لا يخلو الأمر من أن يكون المشرط قد اشترط الحق للمنتفع على سبيل المعاوضة أو على سبيل التبرع.

فإذا أراد المشرط التبرع للمنتفع طبقنا على اشتراطه أحكام الهبة، وهي هبة غير مباشرة. فيجب أن تتوفر في المشرط أهلية الأداء الكاملة. ويستطيع المشرط الرجوع في هبته وفقاً للقواعد العامة في هذا الباب. وإذا لم يقصد المشرط التبرع للمنتفع فهو إما أن يقصد الوفاء بدين له عليه أو إقراضه.

ثالثاً - العلاقة بين المتعهد والمنتفع

٤٤- وعلاقة المتعهد بالمنتفع أهم العلاقات التي تنشأ عن العقد المبرم بين المشرط والمتعهد، ففيها يظهر بوضوح الخروج على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى غير المتعاقدين. فالغير، وهو المنتفع، يكتسب حقاً شخصياً مباشراً قبل المتعهد من عقد لم يكن طرفاً فيه.

القواعد التي تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع

٤٥- تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع القواعد الثلاث التالية:

١- يكتسب المنتفع الحق قبل المتعهد عن العقد مباشرة.

- ٢- لا يمر حق المنتفع في ذمة المشرط.
- ٣- المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق.

نتائج

- ٤٦- ويترتب على كل من هذه القواعد بعض النتائج نراها فيما يأتي:
- ١- ما يترتب من نتائج على أن المنتفع يكتسب الحق عن العقد مباشرة
- ٤٧- يترتب على أن المنتفع يكتسب الحق عن العقد مباشرة النتائج الآتية:
- ١- يستطيع المتعهد أن يدفع تجاه المنتفع بالدفع التي يستطيع أن يدفع بها تجاه المشرط، كبطالان العقد وعدم تنفيذ المشرط لالتزاماته ووجود عيب في رضاء المتعهد، إلخ...
- ٢- يثبت حق المنتفع من حين إبرام العقد بين المشرط والمتعهد لا من حين إظهاره رغبته في الاستفادة من الاشتراط. ويترتب على ذلك أن المشرط إذا فقد أهليته بعد إبرام العقد فإن ذلك لا يمنع المنتفع من إعلان رغبته والاستفادة من الحق.
- ٣- يحدد العقد المبرم بين المشرط والمتعهد مدى حق المنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه.

ما يترتب من نتائج على أن حق المنتفع لا يمر في ذمة المشرط

- ٤٨- ويترتب على أن حق المنتفع لا يمر في ذمة المشرط النتائج التالية:
- ١- لا يدخل حق المنتفع في الضمان العام لدائني المشرط الذي هو ذمته المالية. فلا يستطيع دائنو المشرط الحجز على حق المنتفع.
- ٢- لا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الإرث، فلا يدخل هذا الحق في تركة المشرط. ويترتب على ذلك أن دائني المشرط لا يستطيعون أن يطلبوا إدخال حق المنتفع في تركة المشرط تطبيقاً لقاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون». فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم مات فالأولاد لا يتلقون الحق من أبيهم عن طريق الإرث، بل هو حقهم المباشر تجاه شركة التأمين، فيأخذون الحق خالصاً لهم ولا يدفعون شيئاً للوفاء بديون أبيهم، ويقسم الحق بينهم بالتساوي لا بحسب حصصهم الإرثية. كما أنهم لا يدفعون ضريبة التركات على المبلغ الذي يتلقونه.

- ٣- ما يترتب من نتائج على أن المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق
٤٩- ويترتب على أن المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق النتائج التالية:
١- يجب على المنتفع إظهار رغبته في الاستفادة من الحق الذي اشترطه المشتري، وذلك
لئلا يثبت له حق بدون رضاه.
وإذا كان المنتفع غير معين، كالأشراط لمصلحة الجمهور أو الطلبة، فلا حاجة لإظهار
الرغبة.
وإذا كان المنتفع صغيراً أو محجوراً قام وليه أو وصيه أو القيم عليه بإظهار الرغبة واضعاً
نصيب عينية مصلحة الصغير أو المحجور.
وإذا رفض المنتفع الحق انصرف الحق إلى المشتري إذا كان حياً وإلى ورثته حين الوفاة، لا
حين الرفض إذا كان ميتاً.
٢- لما لم يكن المنتفع طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق فحقه يكون قابلاً للنقض قبل
أن يعلن رغبته في الاستفادة. ويترتب على ذلك أن حق المنتفع يكون غير قابل
لنقض بوفاة المشتري.

الأساس القانوني لحق المنتفع

٥٠- بالنظر لشذوذ الاشتراط لمصلحة الغير ومخالفته للقواعد العامة في التعاقد فقد ذهب
الفقهاء مذاهب شتى في تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه حق المنتفع الذي
يستمد من عقد لم يكن طرفاً فيه، ووضعوا في ذلك عدة نظريات. ونقول فيما يلي
كلمة موجزة عن أهم هذه النظريات.

١- نظرية الإيجاب أو العقد الجديد

٥١- فذهب بعضهم إلى أن المنتفع يستمد حقه من عقد جديد الإيجاب فيه هو العقد
المبرم بين المشتري والمتعهد والقبول هو إظهار المنتفع رغبته في الاستفادة من الحق.
ويؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتائج لا يمكن قبولها. فهو يؤدي إلى أن حق
المنتفع لا يثبت من حين العقد بل من حين إعلانه رغبته، وإلى أن المنتفع لا يستطيع
إعلان رغبته بعد موت المشتري فموت هذا الأخير يؤدي إلى سقوط الإيجاب
المعروض عليه.

٢- نظرية القبول

٥٢- وذهب آخرون إلى أن مصدر حق المتفع هو الفضول. فالمشترط إنما يقوم بدور الفضولي، والمتفع بإعلانه رغبته بقر عمل الفضولي، ويسري هذا الإقرار إلى وقت إبرام العقد تطبيقاً لقاعدة «الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة». ويؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتائج تختلف عما رأيناه في الاشتراط لمصلحة الغير. فالفضولي لا يتعاقد باسمه، في حين أن المشترط يتعاقد باسمه. والفضولي يجب أن لا تكون له مصلحة في حين أن المشترط يجب أن تكون له مصلحة من وراء اشتراط الحق لمتفع.

٣- نظرية الحوالة

٥٣- وذهب فريق ثالث إلى أن المشترط قد كسب الحق لنفسه أولاً ثم حوله إلى المتفع. ويرد على هذا الرأي بأنه يؤدي إلى أن حق المتفع يمر في ذمة المشترط قبل أن يستقر في ذمة المتفع، مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

٤- نظرية الإرادة المنفردة

٥٤- وذهب فريق رابع إلى أن مصدر حق المتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهّد المستندة إلى العقد المبرم بينه وبين المشترط. ويرد على هذا الرأي بأن الإرادة المنفردة لا تكفي لإنشاء الالتزام إلا في الحالات التي نص عليها القانون، ولم ينص القانون على الاشتراط لمصلحة الغير في هذا الباب. ويرد على هذا الرأي أيضاً بأنه لا يفسر حق المشترط في نقض حق المتفع قبل إعلان هذا الأخير رغبته في الاستفادة من الحق، كما يفسر تمسك المتعهّد تجاه المتفع بالدفع التي يستطيع التمسك بها تجاه المشترط.

٥- النظرية الحديثة

٥٥- وعيب النظريات المتقدمة أنها تقف أمام القاعدة التقليدية الموروثة عن القانون الروماني والقاضية بأن أثر العقود يقتصر على عاقيدها ولا يستفيد منها من لم يكن طرفاً فيها. ولكن الاعتبارات التي جعلت القانون الروماني يحمد على هذه القاعدة هي الشكليات التي كانت سائدة فيه. أما الآن وقد أصبح الأصل في العقود هو الرضائية فلم يعد هناك ما يبرر هذه المحاولات فيمكننا القول بأن حق المتفع ينشأ عن الاشتراط مباشرة، استثناء من القاعدة القاضية بأن أثر العقود يقتصر على عاقيدها، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. فالتعاقدان أرادا ذلك فيجب الامتنال لإرادتهما ما دامت لم تحالف القانون ولا النظام العام والأداب. وهذا ما يقول به الفقهاء المسلمون استناداً إلى الحديث

الشريف «المؤمنون عند شروطهم...».

تطبيقات القضاء العراقي لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير

٥٦- وقد تسنى للمحاكم العراقية تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في أكثر من مناسبة. ونذكر فيما يلي أحد الأحكام في هذا الصدد. أبرمت شركة (ع) عقد تأمين مع شركة (ت) للتأمين على سيارة أحد الأشخاص لمدة سنة، وقد أعلن صاحب السيارة (المتنفع) رغبته في الاستفادة من عقد التأمين. بعد ذلك فسخت الشركة (ت) للتأمين العقد الذي أبرمته معها شركة (ع). وأصيبت السيارة بضرر. أقام صاحب السيارة الدعوى أمام محكمة الصلح على كل من شركة (ت) وشركة (ع) دفعت شركة (ت) للتأمين بأنها فسخت العقد المبرم مع شركة (ع) بخصوص التأمين على السيارة. رفضت محكمة الصلح هذا وحكمت على شركة التأمين بالتعويض، مطبقة في ذلك القواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير.

موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط لمصلحة الغير

٥٧- وقد عرف الفقه الإسلامي الاشتراط لمصلحة الغير ووصلت صياغته فيه درجة فاقت ما وصل إليه الفقه الغربي. كما أن مصطلحات الفقهاء المسلمين أدق إلى درجة كبيرة من مصطلحات الفقه الغربي، فهم يسمون المشتراط «شارط» والمتعهد «مشروط عليه» والمتنفع «مشروط له». وتعبير «مشروط عليه» و«مشروط له» أدق من تعبير «متعهد» و«متنفع». ذلك أنها تحصر المعنى في النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير ولا تدع مجالاً لانصراف الذهن إلى معان أخرى.

وفيما يتعلق بجواز الاشتراط لمصلحة الغير جاء في المكاسب للأنصاري^(١): «لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع». وجاء في هذا المعنى في تذكرة الفقهاء للحلي^(٢): «لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو في الحال لزمه الوفاء بالشرط».

وفيما يتعلق بحق المشروط له (المتنفع) في مطالبة المشروط عليه (المتعهد) بتنفيذ التزامه جاء في المكاسب^(٣): «للمشروط له إجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط».

(١) ص ٢٨٤.

(٢) حـ ٧. القسم الثاني. ص ١٦٨.

(٣) ص ٢٨٥.

وفيما يتعلق بتلقي الشروط له (المتنفع) الحق عن العقد مباشرة جاء في المكاسب (الموضع المذكور أعلاه): «أن الشروط له قد ملك الشرط على الشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيحجر على تسليمه».

الفرع الثاني

أثر العقد من حيث المضمون

٥٨- لا يلزم المتعاقد إلا بما تضمنه العقد، ولا يلزم بغير ذلك. وعندئذ يجب تحديد مضمون العقد لإلزام المتعاقدين به. ثم أن العقد إذا تحدد مضمونه ولم ينفذ المتعاقد التزامه فإنه يسأل. والمسؤولية يقال لها «مسؤولية تعاقدية» أو «عقدية» لأنها ناشئة عن الإخلال بالتزام مصدره العقد. يخلص لنا مما تقدم أن هناك مسألتين تحتاجان إلى البحث هما: ١- تحديد مضمون العقد. ٢- المسؤولية التعاقدية. ونرى كلاً من ذلك في مبحث مستقل.

المبحث الأول

تحديد مضمون العقد

تفسير العقد وتحديد نطاقه وإلزام المتعاقدين بتنفيذه

٥٩- هناك ثلاث مسائل تحتاج إلى بحث في تحديد مضمون العقد، هي: ١- تفسير العقد ٢- تحديد نطاق العقد ٣- التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين. ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تفسير العقد

٦٠- أول ما يبدأ به القاضي عند تفسيره للعقد هو محاولة تحديد مضمونه على ضوء الإرادة الظاهرة، أي التعبير عن الإرادة أو العبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد. فإذا أعسر عليه الأمر لجأ إلى الإرادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعملوها في التعبير عن إرادتهما وبعبارة أخرى هو يلجأ إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

القواعد العامة في التفسير

٦١- هناك قواعد عامة وضعها الفقهاء المسلمون يسترشد بها القاضي في تفسير العقد يقال لها قواعد كلية. وقد خصص القانون المدني العراقي ثلاثة عشرة مادة (١٥٥-١٦٧) تضمنت تسع عشرة قاعدة لم تخل من التكرار. ونرى فيما يلي هذه القواعد مع شرح موجز لها، بحسب تسلسلها في القانون المدني.

القاعدة الأولى - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م ١٥٥)

٦٢- وقد مرت بنا هذه القاعدة في أكثر من مناسبة. ومعناها أن الأحكام الشرعية إنما تترتب على ما قصد المتعاقدان إيجاده من العقد، لا على مطلق المعاني التي تفيدها الألفاظ التي استعملوها في التعاقد. من ذلك أن حكم الرهن هو الذي يطبق في بيع الوفاء، وهو البيع بشرط أن المشتري إذا رد الثمن استرد المبيع. فانهقد وإن تم بلفظ البيع، إلا أنه في حقيقته رهن، لذلك جرى عليه حكم الرهن. وهذه القاعدة تتضمن نظرية تحول العقد.

قواعد مكملة

٦٣- ويكمل هذه القاعدة قاعدتان، هما: «الأصل في الكلام الحقيقة» و«إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز». ومعنى ذلك أن العبرة إذا كانت للمقاصد لا للألفاظ إلا أن جانب الألفاظ لا يهمل بالمرة. فما الألفاظ إلا قوالب وضعت فيها المعاني. ولكن هذا الوضع (أي وضع الألفاظ للمعاني) إما أن يكون أصلياً أو مستعاراً. فإذا استعمل اللفظ في المعنى الذي وضع له في الأصل قيل له «حقيقة»، كاستعمال لفظ «رجل» للذكر من بني آدم، و«أسد» للحيوان المعروف بهذا الاسم. وإذا استعمل اللفظ في المجاز لا يجوز إلا لوجود علاقة بين المعنيين، والعلاقة هي الاتصال والمناسبة بين المعنى الموضوع له اللفظ والمعنى المستعمل فيه. مثال ذلك ما إذا قلنا عن رجل شجاع أنه أسد. فاستعمال لفظ «أسد» هنا إنما كان لوجود علاقة بين الاثنين هي الشجاعة. ولكن لا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا مع وجود قرينة مانعة عن إرادة المعنى

الحقيقي. ومن القرائن المانعة عن إرادة المعنى الحقيقي التعتذر، أي كون إرادة المعنى الحقيقي غير ممكنة. مثال ذلك ما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ومات ولم يكن له أولاد من صلبه بل أولاد أولاد أي أحفاد. فإرادة المعنى الحقيقي، أي الأولاد الصليبيين، متعذرة لعدم وجودهم فيصير إلى المجاز وهو الأحفاد. فلفظ «ولد» ينصرف إلى ولد الولد عند عدم وجود الولد الصليبي. وعليه يصرف مبلغ التأمين إليهم.

القاعدة الثانية - تتروك الحقيقة بدلالة العادة (م ١٥٦)

٦٤- تبين هذا القاعدة إحدى القرائن المانعة من إرادة المعنى الحقيقي، وهذه القرينة هي العادة. فالعادة يرجع إليها في التعرف على معاني الألفاظ المستعملة. وقد يكون المعنى الحقيقي مهجوراً بحكم العادة، وعندئذ يصار إلى المعنى المجازي. مثال ذلك تعليق الإقرار. فالإقرار المعلق على شرط باطل، لأن الإقرار إنشائي والإخبار لا يقبل التعليق. فإذا قال شخص آخر: «إذا جاء أبي اليوم فأنا مدين لك بكذا» كان هذا الإقرار باطلاً. ولكن التعليق إذا كان بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس فالإقرار يكون صحيحاً، ويحمل على الإقرار بدين مؤجل. كما إذا قال له: «إذا حل الشهر الفلاني فأنا مدين لك بكذا»، وذلك لأن العادة اقتضت ذلك. وحكم الإقرار المعلق على الموت كحكم الإقرار المعلق بزمان صالح لحلول الأجل، ويحمل عندئذ على الإشهاد بانشغال الدمة لكي لا ينكره الورثة. مثال ذلك ما إذا قال شخص: «إذا مت فإني مدين لفلان بكذا»، فإن هذا الإقرار يحمل على الإشهاد ويثبت به الدين في ذمة المقر ويلزم به في حياته.

القاعدة الثالثة - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م ١٥٧)

٦٥- معنى هذه القاعدة أن التعبير التصريح أقوى من التعبير الضمني. فالفقهاء المسلمون يطلقون على التعبير التصريح «التصريح» وعلى التعبير الضمني «الدلالة». فإذا وجد تعبيران أحدهما تصريح والآخر ضمني فالعبرة للتعبير التصريح لأنه أقوى من التعبير الضمني. مثال ذلك ما إذا عرض شخص بضائع لسوم نظر المشتريين. فالعرض على

هذا النحو يتضمن الإذن دلالة بأخذ الشيء للنظر في شرائه. فإذا أخذ شخص شيئاً لينظر للشراء فيده عليه تكون يد أمانة لأنه يعتبر قد أخذه بإذن صاحبه. فإذا سقط من يده وتلف بدون تعد ولا تقصير فإنه لا يكون ضامناً. ولكن إذا هوى صاحب البضاعة عن أخذ شيء وأخذه فإنه يعتبر قد أخذه بدون إذن صاحبه، فتكون يده يد ضمان. فإذا سقط من يده وتلف، ولو بدون تعد ولا تقصير، فإنه يكون ضامناً. ذلك أن الإذن دلالة، أي الإذن الضمني، قد سقط بالنهي الصريح المعارض له.

حكم التصريح بعد الدلالة

٦٦- وإذا لم يوجد إلا الدلالة، أي التعبير الضمني، عمل بها، ولا عبرة للتصريح، أي التعبير الصريح، إذا جاء بعد ذلك مخالفاً لها مثال ذلك ما إذا باع شخص مال آخر فضولاً (بيع الفضولي)، فإن هذا البيع يكون موقوفاً على إجازة المالك. والإجازة إما أن تكون صراحة أو دلالة، أي ضمنية. فلو طلب المالك الثمن عند علمه بالبيع، أو قبضه، فإنه يكون قد أجاز البيع دلالة. فإذا أراد بعد ذلك نقض البيع فليس له ذلك، ويبقى البيع صحيحاً، ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح».

القاعدة الرابعة — أعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعدر أعمال الكلام يهمل

٦٧- معنى هذه القاعدة أن الكلام، أي اللفظ، يجب حمله على معنى كلما كان ذلك ممكناً، حقيقياً كان المعنى أو مجازياً. فإذا أمن شخص في حياته لمصلحة أولاده ومات ولم يكن له أولاد من صلبه بل أولاد أولاد، أي أحفاد، فهم الذين يستحقون مبلغ التأمين لأنه يمكن حمل الكلام عليهم. وعندئذ نكون قد أعملنا الكلام ولم نهمله. ولكن إذا لم يمكن أعمال الكلام فإنه يهمل. فإذا لم يمكن حمله على معناه الحقيقي ولا على معناه المجازي فلا يكون له أثر. ففي المثال المتقدم إذا لم يكن للمؤمن على حياته أولاد ولا أحفاد فلا يذهب مبلغ التأمين إلى أحد.

القاعدة الخامسة - المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (م ١٦٠).

٦٨- المطلق هو الذي يدل على المسمى من غير قيد زائد على المسمى، كرجل. فإن هذا اللفظ يدل على كل ذكر بالغ من بني آدم. والمقيد هو اللفظ الذي يدل على المسمى مع وجود وصف أو قيد زائد يخصه بأفراد موصوفة بذلك الوصف، ولا يتناول غيره من الأفراد التي تنصف بهذا الوصف، كرجل فقير فلفظ «رجل» قيد هنا ووصف بالفقر. والأصل في هذا الباب أن اللفظ إذا أطلق ولم يقيد بشيء فإنه يجري على إطلاقه. فإذا قال شخص لآخر: أعط طالباً كتاباً وأعطي الكتاب لأي طالب فإنه يكون قد امتثل للأمر. ولكنه إذا قيده بقوله: أعط طالباً مجتهداً كتاباً فلا يجوز له أن يعطي الكتاب لأي طالب كان، بل عليه أن يعطي الكتاب لطالب مجتهد.

كيف يكون التقييد

٦٩- وتقييد المطلق إما أن يكون بالنص، كما في المثال المتقدم، أو بالدلالة. مثال ذلك ما إذا وكل شخص شخصاً في أوائل الشتاء بشراء مدفأة، فإنه يكون قد وكله بشراء المدفأة لفصل الشتاء الذي هم مقبلون عليه. فإذا اشتراها بعد ذلك فلا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل.

القاعدة السادسة - الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (م ١٦١)

٧٠- تتعلق هذه المادة بتعيين محل العقد بذكر أوصافه المميزة له من غيره. فإذا وصف الشيء محل العقد ولم يكن حاضراً في مجلس العقد ثم تبين أنه غير متصف بالأوصاف التي وصف بها فالعقد يكون موقوفاً بالنسبة للمتعاقد الآخر، ويكون هذا المتعاقد بالخيار بين إجازة العقد ونقضه. وإذا وصف الشيء وكان حاضراً في مجلس العقد وتعين بالإشارة والوصف وكان الوصف مغايراً للحقيقة فلا عبرة للوصف وإنما العبرة للحقيقة: فلو قال له: «بعثك هذا الفص الأحمر» وكان الفص أصفراً وهو يراه فلا عبرة لقوله «أحمر»، ولا يكون العقد موقوفاً بالنسبة للمشتري ولا يكون له الخيار.

القاعدة السابعة - السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق (م ١٦٢)

٧١- ومعنى هذه القاعدة أن المجيب بالتصديق عن سؤال يعتبر في حكم المتكلم به. فلو ادعى شخص على آخر بمبلغ من المال، وفي أثناء المحاكمة سأل الحاكم أو القاضي المدعي عليه بقوله: «أن المدعي يقول: أن له عليك كذا فماذا تقول؟» فأجاب المدعي عليه بقوله: «نعم» فإنه (المدعي عليه) يعتبر قد أقر بالمدعى به. فيكون كما أوردنا: «نعم إن له علي كذا».

القاعدة الثامنة - ١- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص
٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ١٦٣)
١- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة

٢- استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ١٦٤)

٧٢- معنى هذه القواعد أن ما جرى عليه الناس والتجار وأصبحوا يراعونه في معاملاتهم من غير نص عليه يعتبر في نظر الشارع كالشرط المنصوص عليه صراحة، ويكون وجوده في المعقود عليه من لوازمه، إلا إذا نص العاقدان صراحةً على خلافه. والأمثلة على ذلك كثيرة. من ذلك ما إذا أعطى شخص قماشاً إلى خياط ليخيطه بدلة، فما يلزم للخياطة من خيوط وأزرار يكون على الخياط، إلا إذا صرح المتعاقدان بخلاف ذلك.

٧٣- وقاعدة «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»، الواردة في الفقرة الثالثة من المادة (١٦٣)، ومعناها أن الأمور الممتنع وقوعها بحسب العادة يعتبر وقوعها ممتنعاً بحسب الشرع والقانون أيضاً، أي بحكم المستحيل: والمعول عليه في الحكم، عندئذٍ، إنما هو العادة ولا ينظر إلى الإمكان الفعلي. مثال ذلك ما إذا أقر شخص بدين عليه لآخر ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره فلا تسمع دعواه بالكذب، ذلك أن إقرار الإنسان كذباً على نفسه بدين لآخر ممتنع بحسب العادة. ولكن يحلف المقر له على أن المقر لم يكن كاذباً في إقراره.

القاعدة التاسعة - إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. والعبرة للغالب الشائع لا

للنادر (م ١٦٥)

٧٤- تبين هاتان القاعدتان الشروط التي يجب توفرها في العادة للأخذ بها. فالعادة، لكي تكون محكمة، يجب أن تكون معروفة وجارية في جميع الأوقات، أي غالبية وشائعة. ذاك أن الأحكام الشرعية إنما تنقرر بالنسبة للغالب الشائع لا للنادر. مثال ذلك أن المفقود إذا بلغ تسعين سنة من عمره فإنه يحكم بوفاته عند بعض الفقهاء. فالغالب أن لا يعيش الإنسان أكثر من ذلك.

القاعدة العاشرة - يفسر الشك في مصلحة المدين (م ١٦٦)

٧٥- هذه القاعدة أخذها القانون المدني العراقي عن الفقه الغربي، ومعناها أن الحاكم أو القاضي إذا لم يستطع أن يزيل الغموض الذي يشوب عبارات العقد وأن يتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يفسره لمصلحة المدين. ويقوم ذلك على أساس من أن النية المعقولة للمدين هي في أن يلتزم إلى أضيق نطاق تختمله عبارات العقد. فهذا هو القدر المتيقن الذي يمكن القول بأن إرادتي المتعاقدين قد اتفقا عليه. وهذه النتيجة يمكن الوصول إليها في الفقه الإسلامي باتباع القواعد العامة في التفسير. ومن الأمثلة التي تضرب على ذلك ما إذا ادعى المشتري وجود عيب في المبيع وطلب رده بخيار العيب وأنكر البائع وجود العيب. عندئذ يعرض المبيع على أهل الخبرة لتقرير ما إذا كان هناك عيب كما يدعي المشتري. فإذا اختلفوا فلا يجاب المشتري إلى طلبه. ذلك أن كون الشيء غير معين في الأصل والعيب طارئ. ولما كان الأصل بقاء ما كان على ما كان فيحكم ببقاء الأصل، وهو عدم وجود العيب، حتى يقام الدليل على خلافه، أي وجود العيب. ولما كان قد قام شك على خلافه، أي على وجود العيب، لاختلاف أهل الخبرة في كون ما يدعيه المشتري عيباً، لذلك يحكم بعدم وجود عيب. وهكذا نكون قد فسرنا الشك لمصلحة المدين الذي هو البائع.

استثناء:

٧٦- وقد خرج القانون المدني على هذه القاعدة في عقود الإذعان. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧) على أنه لا يجوز أن تفسر العبارات الغامضة تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائناً.

القاعدة الحادية عشرة - عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً

٧٧- وهذه القاعدة لم ينص عليها القانون المدني ولكنها من القواعد المهمة في التفسير. ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة بقولهم «الخاص يقيد العام». ومعنى القاعدة أن العقد يجب أن ينظر إليه ككل لا يتجزأ. فلا يجوز عزل عبارة من عباراته والتمسك بها لترتيب الأحكام عليها. فإذا باع شخص أثاث بيته مثلاً، فعبرة «أثاث» عبارة عامة تشمل كل ما في البيت من أثاث. ولكن إذا جاءت عبارة أخرى تحدد الأثاث ولا تذكر من بينه المفروشات فهذه عبارة خاصة تقيد العبارة السابقة. فلا يجوز للمشتري أن يتمسك بالعبارة الأولى ويطلب شمول المفروشات.

المطلب الثاني

تحديد نطاق العقد

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وبيان كيفية تنفيذه

٧٨- يجب أن ينفذ العقد بحسن نية وطبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) مدني بقولها: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». وقد نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد، وهي: القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام.

١- القانون

٧٩- ويقصد بالقانون في هذا الباب النصوص المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة. فإذا لم ينص المتعاقدان على جميع الأمور في العقد وتركوا بعض المسائل التفصيلية فالمفروض أنهما أرادا ترك ذلك إلى الأحكام القانونية الواردة في المسائل التي لم ينصا عليها. فالقانون ينص في كل عقد على أمور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها لينشأ العقد، كالبيع والتمن في عقد البيع، وعلى أمور ثانوية إذا لم ينص المتعاقدان عليها فالنصوص القانونية المكملة والمفسرة تأتي لتكمل إرادتهما وتحدد نطاق العقد ولتكشف عن إرادتهما إذا لم يكونا قد توقعا ما يعرض لهما. مثال ذلك ما إذا لم ينص المتعاقدان على نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن.

٢- العرف

٨٠- ويتدخل العرف غالباً في تحديد نطاق العقد وما يعتبر من مستلزماته، ويضاف إلى الشروط المألوفة، وهي الشروط التي جرى العرف على إدراجها في العقد بحيث أصبحت تعتبر معلومة من المتعاقدين ولو لم تدرج فيه. مثال ذلك ما يقضي به العرف في بعض البلدان من إضافة نسبة مئوية إلى ما يدفع في الفنادق والمطاعم والمقاهي، وهو ما يقال له «الخدمة».

٣- العدالة

٨١- ومن الأمور التي يسترشد بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد العدالة. وكثير من الأمور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون. من ذلك أن البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة. ومن ذلك أيضاً أن التاجر الذي يبيع متجره يجب عليه أن لا ينافس المشتري بفتح متجر آخر قريب من المتجر الذي باعه.

٤- طبيعة الالتزام

٨٢- وطبيعة الالتزام تحدد في الغالب ما يعتبر من مستلزمات العقد. فإذا باع شخص عقاراً فعليه أن يسلم المشتري مفاتيح كل الأبواب الموجودة في العقار. وإذا باع سيارة فعليه أن يسلم معها الأدوات اللازمة لتشغيلها مع المستمسكات المتعلقة بها. ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: «ما يدخل في البيع من غير ذكر».

المطلب الثالث

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه (العقد شريعة المتعاقدين)

٨٣- إذا انتهى القاضي من تفسير العقد وتحديد نطاقه فقد خلصت له قوته الملزمة ويجب على كل من المتعاقدين تنفيذ التزامه بحسن نية وبصورة تنفق وما توجهه الثقة بين الناس، ولا يجوز لأحدهما الرجوع عن العقد ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي بينهما (م ١/١٤٦). وهذا ما تضمنه الحديث الشريف: «المؤمنون عند شروطهم...». كما أن تنفيذ العقد يجب أن يتم بالتعاون بين الدائن والمدين. فيجب أن لا يكون هناك تعسف من أحدهما في استعمال حقه عند تنفيذ العقد. ويعبر عن ذلك بقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين».

استثناء:

٨٤- وقد خرج القانون المدني على قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» مسرتين. الأولى في عقود الإذعان، وقد مرت بنا. والثانية في الظروف الطارئة. وهي ما نراه فيما يلي:

نظرية الظروف الطارئة

٨٥- تلخص نظرية الظروف الطارئة في أن العقد إذا كان من العقود المستمرة التنفيذ، أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند إبرام العقد اختلالاً خطيراً وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام إلى الحد الذي تقتضيه العدالة.

التمييز بين الظروف الطارئة وما يشابهها من أوضاع:

٨٦- ويجب عدم الخلط بين الظروف الطارئة وبين الإذعان في عقود الإذعان وبين الاستغلال فهذان الأخيران يقومان في مرحلة تكوين العقد، أما الظروف الطارئة فتقوم عند تنفيذ العقد. وتتفق نظرية الظروف الطارئة مع نظريتي الاستغلال والإذعان في الجزاء الذي تفرضه وهو إعادة التوازن الاقتصادي المختل، ولكنها تختلف عنهما في الوسيلة التي تتبعها لإعادة هذا التوازن. فنظريتا الاستغلال والإذعان تعيدان التوازن الاقتصادي عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي، أما نظرية الظروف الطارئة فتعيده عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف عند تنفيذ العقد. ولكن لما كان اختلال التوازن الاقتصادي في الظروف الطارئة يرجع إلى ظروف لا يد لأي من المتعاقدين فيها فالتبعة تتوزع بينهما ويشارك في تحمل نتيجة هذه الظروف. أما في النظريتين الآخرين فالاختلال يرجع إلى استغلال القوي للضعيف، ومن ثم يرفع عنه كل ما أصابه من غبن.

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

٨٧- هناك شروط أربعة يجب توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. وهذه الشروط هي:

١- أن يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ، أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه موجلاً، كبيع الثمار على أشجارها بشرط بقائها حتى نضوجها. ففي هذين النوعين من العقود يمكن أن تطرأ ظروف أو حوادث لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد.

٢- أن يجد في أثناء تنفيذ العقد ظروف أو حوادث استثنائية عامة ويقصد بصفة العموم هنا أن لا تكون الحوادث خاصة بالمدين، كموته وإفلاسه. مثال ذلك قيام حرب أو ثورة أو تمرد أو عصيان وحوادث فيضان وهجوم الجراد... الخ.

٣- أن لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الاستثنائية عند إبرام العقد. ويترتب على ذلك أن الحوادث لكي يعتبر طارئاً يجب أن يكون مما لا يستطاع دفعه. فإذا كان في الاستطاعة دفعه فيستوي أن يكون متوقفاً أو غير متوقع.

٤- أن تجعل هذه الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً. وفي هذا يختلف الطرف الطارئ عن القوة القاهرة. فهما يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، ولكنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي بذلك التزام المدين، أما الحادث الطارئ أو الطرف الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فقط، فيبقى التزام المدين.

معيار الإرهاق:

٨٨- والمعيار الذي يقاس به الإرهاق موضوعي ينظر فيه إلى الصفة لا إلى شخص المدين ومقدار ثروته. فإذا تعهد شخص بتوريد أطعمة وكانت عنده كميات كبيرة منها ثم ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً فالالتزام يكون قد أصبح تنفيذه مرهقاً للمتعهد ولا ينظر إلى الكميات الكبيرة الموجودة عنده. ذلك أنه إذا لم تكن عنده هذه الكميات لاضطر إلى شرائها في السوق.

حكم توفر الشروط المتقدمة:

٨٩- إذا توفرت الشروط المتقدمة فللمحكمة أن ترفع الإرهاق عن المدين. وقد عبر القانون المدني العراقي عن ذلك بقوله: «تنقص الالتزام إلى الحد المعقول». وتعبير «ترفع الإرهاق» خير من تعبير «تنقص الالتزام» ذلك أن القاضي قد يرى أن الإرهاق يزول إذا منح المدين مهلة للتنفيذ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سلعة ثم توقف استيرادها فارتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً ولكن هذا الارتفاع طارئ لا يلبث أن يزول عند فتح باب الاستيراد من جديد. فإذا كان منح المدين هذه المهلة لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً فللمحكمة أن تمنحه هذه المهلة.

كيف ترفع المحكمة الإرهاق عن المدين:

٩٠- وترفع المحكمة الإرهاق عن المدين إما بزيادة التزامات الدائن أو بإنقاص التزامات المدين. فزيادة التزامات الدائن تكون بزيادة السعر مثلاً، وإنقاص التزامات المدين تكون بإنقاص الكمية التي تعهد بتوريدها مثلاً.

موقف القضاء العراقي من نظرية الظروف الطارئة:

٩١- وقد تسنى للمحاكم العراقية تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مناسبات كثيرة. فهي قد اعتبرت فيضان سنة ١٩٥٤، الذي كان فيضاً طارئاً غير مألوف، ظرفاً طارئاً. كما اعتبرت ظرفاً طارئاً انحباس الأمطار بصورة مفاجئة، وكذلك الضعف الشديد الطارئ على نظر الطالب، وكذلك صدور قانون الإصلاح الزراعي قبل تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري، والحوادث التي رافقت الاعتداء الإسرائيلي سنة ١٩٦٧، وتوقف الشحن الجوي بين إنكلترا والعراق (تراجع الأحكام الواردة في هذا الباب في مجموعات قضاء محكمة التمييز والنشرة القضائية).

موقف الفقه الإسلامي من نظرية الظروف الطارئة:

٩٢- وقد عرف الفقه الإسلامي نظرية الظروف الطارئة قبل الفقه الغربي بقرون عديدة ولكن بأسماء أخرى، منها: «الفسخ للعذر» و«وضع الجوائح في بيع الثمار»^(١).

المبحث الثاني

المسؤولية التعاقدية

تمهيد:

٩٣- إذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه الذي أنشأه عليه العقد ولم يمكن إجباره على تنفيذه، وكذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطئه فإنه يسأل عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة ذلك. وكذلك الحكم إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. والمسؤولية التي تتحقق في هذه الحالة يقال لها مسؤولية تعاقدية أو عقدية لأنها ناشئة عن الإخلال بالتزام مصدره العقد، وهي تقابل المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن الإضرار بالغير.

أركان المسؤولية التعاقدية:

٩٤- وللمسؤولية التعاقدية أركان ثلاثة: خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. ونرى كلاً من هذه الأركان في مطلب مستقل. ولكن الأحكام التي نص عليها القانون في هذا الباب قد تعدل تشديداً أو تخفيفاً. وهذا ما نراه في مطلب رابع وأخير.

(١) فاضل شاكر الشعبي: نظرية الظروف الطارئة من الناحية الشرعية والقانونية، رسالة ماجستير، بغداد ١٩٦٩.

المطلب الأول

الخطأ

متى يعتبر المدين مخطئاً؟

٩٥- يعتبر المدين مخطئاً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه. فمجرد عدم قيامه بتنفيذ التزامه يعتبر خطأً موجباً لمسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر، يستوي في ذلك أن يكون عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهمال وتقصير. ولكن متى يعتبر المدين غير قائم بتنفيذ التزامه؟ للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية.

١- الالتزام بتحقيق غاية:

٩٦- ففي الالتزام بتحقيق غاية يعتبر المدين محلاً بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية التي التزم بتحقيقها. فالالتزام البائع في عقد البيع مثلاً هو التزم بتحقيق غاية هي تسليم المبيع إلى المشتري. فإذا لم يقم بذلك اعتبر محلاً بتنفيذ التزامه، وتحقق بالتالي مسؤوليته التعاقدية. وكذلك الأمر إذا كان محل التزام المدين عدم القيام بعمل وقام به.

٢- الالتزام ببذل عناية:

٩٧- وفي الالتزام ببذل عناية يعتبر المدين قد أحل بتنفيذ التزامه إذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة. مثال ذلك الطبيب يلتزم بمعالجة المريض، والحامي الذي يلتزم بالسير في الدعوى. فإذا لم يبذل الطبيب العناية اللازمة في معالجة المريض، أو لم يبذل الحامي العناية اللازمة للسير في الدعوى فإنهما يعتبران مخلفين بتنفيذ التزامهما وتتقرر مسؤوليتهما العقدية.

مقدار العناية الذي يجب على المدين أن يبذله في تنفيذ التزامه:

٩٨- وعلى المدين أن يبذل في تنفيذ التزامه العناية التي يبذلها الرجل المتوسط أو المعتاد، فإذا بذل هذا القدر من العناية فإنه يكون قد وفى بالتزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود (م ٢٥١ مدني).

ولكن معيار الرجل المعتاد هذا غير مطلق، فقد ينص القانون على خلافه، وفي هذه الحالة لا يطلب من المدين أن يبذل أكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة. من ذلك أن الوكالة إذا كانت بلا أجر فلا يطلب من الوكيل أن يبذل من العناية أكثر مما يبذله في شؤونه الخاصة (م ١٤٣/ مدني).

نظرية تدرج الخطأ:

٩٩- كان فقهاء القانون الفرنسي القديم يقسمون الخطأ العقدي إلى ثلاث درجات جسيم ويسير وتافه. فالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالاً وهو أقرب إلى العمد ويلحق به. والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس. والخطأ التافه هو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في أموره. وكان هؤلاء الفقهاء يقسمون العقود، تبعاً لذلك، إلى طوائف ثلاث: عقد يعقد لمصلحة الدائن كالوديعة، وفيه نسأل المدين عن خطئه الجسيم فقط، وعقد يعقد لمصلحة كلا المتعاقدين، ويشمل عقود المعاوضة بصورة عامة، وفيه يسأل المدين عن خطئه اليسير، وعقد يعقد لمصلحة المدين وحده، كالعارية، وفيه يسأل المدين عن خطئه التافه.

القانون المدني العراقي:

١٠٠- وبالرغم من أن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ إلا أن لها بعض المظاهر في القانون المدني العراقي. من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٧٠) منه من أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً».

إثبات الخطأ:

١٠١- القاعدة العامة في الإثبات أن البينة على المدعي. ولما كان الدائن هو المدعي فعليه يقع عبء إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. فإذا أثبت ذلك فالقانون يفترض خطأ المدين. ولكن هذا الافتراض غير قاطع. فالمدين يستطيع أن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه لا يعود لخطأ منه بل بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير:

١٠٢- وقد يسأل الإنسان مسؤولية تعاقدية عن خطأ غيره، ويحدث ذلك إذا استخدم المتعاقد أشخاصاً في تنفيذ التزامه. مثال ذلك المقاول الذي يستخدم عمالاً في إقامة البناء الذي التزم بإقامته، فيكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الضرر الذي يحدث هؤلاء.

المطلب الثاني

الضرر

١٠٣- تدور المسؤولية المدنية، عقدية كانت أو تقصيرية، مع الضرر وجوداً وعدمياً وشدة وضعفاً، فلا مسؤولية حيث لا ضرر. وععب إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه. ولا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر، فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن.

استثناء: محل الالتزام دفع مبلغ من النقود:

١٠٤- وقد أعفى القانون الدائن من إثبات الضرر في حالة ما إذا كان محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود. ففي هذه الحالة يلزم القانون المدين بدفع فوائد عن المدة السني تأخر فيها في الدفع. ويقال للفوائد في هذه الحالة «فوائد تأخيرية».

الضرر المادي والضرر الأدبي:

١٠٥- والضرر إما مادي يصيب الإنسان في ماله أو جسمه أو في عنصر من عناصر ذمته المالية، أو أدبي يصيبه في شعوره وعاطفته. مثال ذلك إذا أهمل الطبيب في معالجة المريض فأحدث له عاهة مستديمة، كما لو فقد صوته وكان مغنياً. فالطبيب يكون قد أحدث للمريض، بالإضافة إلى الضرر المادي، ضرراً أدبياً يصيبه في شعوره وعواطفه نتيجة لعدم تمكنه من الغناء بقية حياته.

ولم يأخذ القانون المدني العراقي بالتعويض عن هذا النوع من الضرر في المسؤولية العقدية وأخذ به في المسؤولية التقصيرية.

الضرر المباشر والضرر غير المباشر، والضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:

١٠٦- والضرر المادي إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر، والضرر المباشر إما أن يكون متوقعاً أو غير متوقع. والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن باستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهد معقول. والأصل في هذا الباب أن المدين لا يسأل عن الضرر غير المباشر، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية. وفي المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلا عن الضرر المباشر المتوقع، إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر كله، متوقعاً كان أو غير متوقع، وتلحق مسؤولية في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية. وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدني بقولها: «فإذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل أو كسب يفوت».

التمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:

١٠٧- وللتمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع نسوق المثل التالي:

مزارع يتفق مع ناقل على نقل حاصلاته إلى المدينة ولا ينفذ الناقل التزامه فيضطر المزارع إلى البحث عن ناقل آخر ويدفع له أجراً أعلى. ثم أن أسعار المحصولات تكون قد هبطت، ولو كان الناقل الأول قد نفذ التزامه في الوقت المتفق عليه لما حلت الخسارة بالمزارع بسبب هبوط الأسعار. في هذا المثل الفرق بين الأجرة التي دفعها المزارع إلى الناقل الثاني وبين الأجرة التي اتفق عليها مع الناقل الأول هو الضرر المباشر المتوقع، والخسارة التي أصابته بسبب هبوط الأسعار هي الضرر المباشر غير المتوقع. والناقل الأول لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المتوقع، وهو الفرق في الأجرة. أما الخسارة التي أصابت المزارع بسبب هبوط الأسعار فلا يسأل عنها إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً. فيسأل عندئذ عن تعويض هذه الخسارة. فمسؤوليته تلحق في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية.

ضرورة توقع الضرر عند إبرام العقد:

١٠٨- وما يجب ملاحظته أنه يجب للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إخلاله بتنفيذ التزامه أن يكون قد توقع الضرر عند إبرام العقد. فإذا لم يتوقعه في هذا الوقت وتوقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولاً عنه. مثال ذلك ما إذا اشترى شخص سيارة واتفق مع البائع على أن يكون التسليم في تاريخ معين ولكنه لم يخبره بأنه إذا لم يحصل على السيارة في هذا التاريخ فسيصيبه ضرر وسيكون هو (أي البائع) مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر. في هذه الحالة إذا تأخر البائع في تسليم السيارة فإنه لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المشتري. وعلى العكس من ذلك إذا أخبر المشتري البائع بأنه سيكون مسؤولاً عن الضرر الذي سيبصيه (يصيب المشتري) إذا تأخر في تسليم السيارة.

معيار توقع الضرر:

١٠٩- ومعيار توقع الضرر موضوعي مجرد هو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها العقد ولو لم يتوقعه المدين بالذات وقد نصت على ذلك العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدني بقولها: «... ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل أو كسب يفوت».

المطلب الثاني

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١١٠- لا يكفي لتقرير المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يصيب الدائن، بل يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن خطأ المدين، أي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر. فإذا انقطعت علاقة السببية هذه فلا تقرر مسؤولية المدين. وهي تنقطع إذا تدخل سبب أجنبي بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي أصاب الدائن. والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو فعل شخص ثالث. ففي مثال متعهد النقل الذي تعهد بنقل الحاصلات الزراعية

للمزارع، إذا حضر الناقل مع وسائط النقل في الوقت المتفق عليه ولكن المزارع لم يكن قد حصده محصوله بعد فانصرف (الناقل) فاضطر المزارع بعد ذلك للبحث عن ناقل آخر ودفع أجراً أعلى من الأجر الذي كان قد اتفق عليه مع الناقل الأول، في هذه الحالة لم يكن عدم التنفيذ ناشئاً عن خطأ المدين (الناقل) بل عن فعل الدائن (المزارع). ولا يسأل الناقل كذلك عن التعويض إذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجعاً إلى قوة القاهرة كفيضان قطع الطريق، أو حادث فجائي كاصطدام عطل السيارة عن العمل. يتضح مما تقدم أن السبب الأجنبي لا يقطع علاقة السببية بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي يصيب الدائن، ولكنه ينفي عن عدم التنفيذ صفة الخطأ. فإذا انتفى الخطأ فلا تتقرر مسؤولية المدين لأن أحد أركان هذه المسؤولية يكون قد تخلف.

عبء الإثبات:

١١١- وعبء الإثبات انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، فهو الذي يدعي ذلك فعليه إثباته، فالبيئة على المدعي. وهو لا يستطيع ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي. وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١٦٨) مدني بقولها: «إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يسد له فيه^(١)».

(١) وقد اعتبرت محكمة تمييز العراق سبباً أجنبياً: المرض وإسقاط الجنسية العراقية عن اليهودي قبل قيامه بالتقرير في دائرة التسجيل العقاري وكون المساحة المبيعة من الأرض لا يميز إفرازها بالنظر لنظام الطرق والأبنية.

المطلب الرابع

تعديل أحكام المسؤولية العقدية

تخفيف أحكام المسؤولية وتشديدها:

١١٢- ليست الأحكام العامة للمسؤولية العقدية من النظام العام، فيحوز الاتفاق على التعديل من أحكامها: ذلك أن المسؤولية العقدية لما كانت نتيجة للإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، ولما كان العقد وليد الإرادة فلهذه الإرادة الحرية في التعديل من أحكام المسؤولية إذا كان هذا التعديل في حدود النظام العام والآداب. وتعديل أحكام المسؤولية إما أن يكون بشرط من المدين يخفف من مسؤوليته أو بشرط من الدائن يشدد به مسؤولية المدين. ونرى كلاً من ذلك في مقصد مستقل.

المقصد الأول

الاتفاق على التخفيف من المسؤولية

١١٣- يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذه لالتزامه، سواء أكان ذلك راجعاً إلى خطئه أم إلى خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ولكن لا يجوز له أن يشترط إعفاء من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم (م ٢٥٩ مدني)، مسؤولة في هذه الحالة تلحق بالمسؤولية التقصيرية، وهذه لا يجوز الاتساق على الإعفاء منها. مثال اشتراط التخفيف من المسؤولية العقدية اشتراط البائع براءته من العيوب الخفية (م ١/٥٦٧). فالأصل في هذا الباب أن يضمن البائع العيوب الخفية الموجودة في المبيع. ولكن يجوز له أن يخفف من هذا الضمان فيشترط عدم ضمانه لهذه العيوب. ومن ذلك أيضاً أن البائع ضامن لاستحقاق المبيع ولكن لا يجوز له أن يشترط إنقاص هذا الضمان أو إسقاطه (م ١/٥٥٦).

عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم

٢١٤- ولكن إذا جاز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذ التزامه إلا أن هذا الاتفاق لا يجوز أن يصل إلى حد إعفائه من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم. مثال ذلك تعمد البائع إخفاء العيوب واشترائه البراءة من العيوب الخفية. ومثال ذلك أيضاً تعمد البائع إخفاء حق المستحق واشترائه إسقاط ضمان الاستحقاق. وإذا اشترط المدين عدم مسؤوليته عن غشه أو خطئه الجسيم فالشرط باطل والعقد صحيح (م ٣/٥٥٦).

المقصد الثاني

الاتفاق على التشديد من المسؤولية

١١٥- وكما يجوز للمدين أن يشترط التخفيف من المسؤولية أو إعفائه منها يجوز للدائن أن يشترط التشديد من مسؤولية المدين فيجعله مسؤولاً حتى عن خطئه التافه، بل حتى عن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه (م ١/٢٥٩). وفي هذه الحالة يقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن. مثال ذلك ما إذا اتفق شخص مع شركة نقل على نقل أثائه واشترط عليها أن تكون مسؤوليته عن تلف الأثاث حتى لو كان التلف بسبب أجنبي، كصاعقة تقع على السيارة فتحرقها مع الأثاث الذي فيها. فشركة النقل تكون في هذه الحالة ضامنة لقيمة الأثاث. وهذا ما يحصل عادة في التأمين على البضاعة.

وفي هذا المعنى جاء في كتاب الإجازة للشيخ محمد حسين الأصفهاني (ص ٢٥٨): (إذا اشترط عليه ضمان المتاع كان ضامناً ولو بتلف سماوي. فإن معه لا تأمين، فإنه ضد التأمين، لا أنه أمانة مضمونة).

الفصل الثالث

انحلال العقد

تمهيد:

١١٦- إذا نشأ العقد صحيحاً نافذاً لازماً وجب تنفيذه (م ١٤٦ / ١). والتنفيذ هو الطريق الطبيعي لزوال الرابطة العقدية، وبه ينقضي العقد. ولكن قد تطرأ أمور تؤدي إلى زوال العقد قبل تنفيذه. وهذه الأمور إما أن تحدث أثرها من حين إبرام العقد أو بالنسبة للمستقبل فقط. وزوال أثر العقد من حين إبرامه يكون في العقود الفورية التنفيذ، ويقال له «الفسخ» وزوال أثره بالنسبة للمستقبل فقط يكون في العقود المستمرة التنفيذ ويقال له «إنهاء» أو «إلغاء». ولكن القانون المدني العراقي عالج هذه الحالة مع الفسخ، بالرغم من وجود هذا الفرق بينهما.

الإلغاء بإرادة منفردة:

١١٧- وقد يجعل القانون لأحد العاقدين، أو لكل منهما، أن يستقل بوضع حد للرابطة العقدية. وزوال أثر العقد في هذه الحالة يقال له «إلغاء بإرادة منفردة». وأهم العقود التي أجاز القانون إلغائها بإرادة منفردة هي: الوكالة والوديعة والعارية. وهذه العقود يقال لها في الفقه الإسلامي «غير لازمة من الجانبين». أما الحالات التي يكون فيها لأحد العاقدين فقط أن يستقل بوضع حد للرابطة العقدية فهي الحالات التي يكون فيها لهذا العاقد الخيار. والخيارات كثيرة متنوعة ليس هنا مجال للكلام عليها.

القانون المدني العراقي:

١١٨- وقد عالج القانون المدني العراقي في الفصل الذي خصصه لانحلال العقد كلاً من الفسخ والإقامة. ونحن نتبعه في ذلك ونخصص لكل من ذلك فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول فسخ العقد

تمهيد:

١١٩- ينشئ العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، فيصبح كل منهما دائناً للآخر ومديناً له، كما ينشئ العقد في الوقت نفسه ارتباطاً بين هذه الالتزامات. وهذا الارتباط يؤدي إلى القول بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالمتعاقّد الآخر لا يجبر هو أيضاً على تنفيذ التزامه، ويستطيع هذا المتعاقّد، إذا لم يطلب التنفيذ العيني، أن يطلب فسخ العقد وحل الرابطة الناشئة عن العقد. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) مدني بقولها: «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى».

الأساس الذي يقوم عليه حق الفسخ:

١٢٠- لم تعترف القوانين المدنية الحديثة بالحق في فسخ العقد إلا بعد تطور طويل. فلم يكن القانون الروماني يعترف به لأنه لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين. وقد علل القانون المدني الفرنسي هذا الحق بوجود شرط فاسخ ضمني في العقود الملزمة للجانبين يعطي كلاً من المتعاقدين الحق في طلب فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقّد الآخر بتنفيذ التزامه. ولا يؤيد الفقه الحديث نظرية الشرط الفاسخ الضمني هذه. ولكن الفقهاء اختلفوا في بيان الأساس الذي يقوم عليه. فذهب أنصار النظرية التقليدية في السبب إلى أنها هي التي تصلح لبيان هذا الأساس. ذلك أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يفوت على المتعاقّد الآخر الغرض الذي قصد إليه من وراء العقد. وأقام خصوم السبب هذا الحق على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين. فطبيعة هذه العقود تقضي بأن يكون التزام كسل من المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقّد الآخر «فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف من جانبه تنفيذ ما يلزمه من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ»^(١).

(١) السهوري، الوسيط، جـ ٧، مجلد ٢، ف ٤٦٣.

خطة البحث:

٢٢١- ونتكلم على الفسخ في مباحث ثلاثة، نخصص الأول لشروطه والثاني لأنواعه والثالث لأثره.

المبحث الأول

شروط الفسخ

١٢٢- هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لإمكان طلب الفسخ، وهي:

- ١- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين.
- ٢- أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
- ٣- أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد.

الشرط الأول - عقد ملزم للجانبين:

١٢٣- لا بد لإمكان طلب الفسخ من أن يكون العقد ملزماً للجانبين، فهذا النوع من العقود فقط ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، وإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه هو الذي يرر طلب الفسخ. أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيه الفسخ. ذلك أن أحد طرفي العقد فيها مدين غير دائن. فلا يستطيع أن يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر يحل بتنفيذه فيرر ذلك طلب الفسخ. والطرف الثاني دائن غير مدين، فلا مصلحة له في طلب الفسخ، بل يستطيع أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه وأن يجبره على ذلك، كما يستطيع أن ينهي التزام الطرف الآخر بإرادته المنفردة. مثال ذلك الكفالة. فهي عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل. فالكفيل لا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لأن المكفول له غير ملزم تجاهه بشيء، والمكفول له لا مصلحة له في طلب الفسخ ويستطيع أن يطالب الكفيل بتنفيذ التزامه، كما يستطيع أن ينهي التزام الكفيل بإرادته المنفردة وذلك بإبرائه من الكفالة.

الشرط الثاني - عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه:

١٢٤- إن مما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة، بقاء أحد المتعاقدين ملزماً بتنفيذ التزامه مع عدم قيام الآخر بتنفيذ التزامه. لذلك لا بد لقبول طلب فسخ العقد من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب الفسخ ويجعله مقبولاً أمام القضاء. ولكن يجب أن يلاحظ أن الذي يبرر طلب الفسخ إنما هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي. فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه فالعقد يفسخ بحكم القانون، وهذا ما سنراه في حينه.

الشرط الثالث: استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه وقدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه:

١٢٥- لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بل يجب أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه من جانبه هو. فإذا لم يكن هو قد نفذ التزامه فلا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه لأن هذا المتعاقد يستطيع أن يدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ.

ويجب أيضاً أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد. فهذا هو الأثر الذي يترتب على الفسخ كما سنرى. فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد فيجب أن يكون قادراً على رده. فإذا لم يكن قادراً على ذلك فلا يجاب إلى طلبه. فإذا هلك الشيء في يده فلا يعود بإمكانه أن يرده فلا يستطيع أن يطلب الفسخ. وكذلك الأمر إذا خرج الشيء من يده بتصرف قولي، كما إذا باعه ذلك أنه لا يستطيع انتزاع الشيء من المشتري ليرده إلى من تعاقد معه لأنه ملزم تجاه من اشترى منه الشيء بالضمان. فالأصل في هذا الباب أن «من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض».

المبحث الثاني أنواع الفسخ

١٢٦- الفسخ إما أن يتم بحكم قضائي، أو نتيجة شرط يتفق فيه المتعاقدان مقدماً على أنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً، ويقال له في هذه الحالة الفسخ بحكم الاتفاق. وإما أن يتم بحكم القانون، ويقال له الانفساخ. ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول الفسخ بحكم القضاء

١٢٧- الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي، وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد. فالقاضي حكم محايد لا يميل إلى أحد الخصوم دون الآخر، وقوله هو الذي يفصل النزاع بينهم.

الإعذار:

١٢٨- ولكن لا بد للمتعاقد الذي يريد أن يلتجئ إلى القضاء طالباً فسخ العقد لعدم قيام التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من أن يطلب من هذا التعاقد القيام بتنفيذ التزامه وبينه إلى أنه إذا لم يتم بالتنفيذ فإنه سيطلب الفسخ. وتنبه المدين يكون بإعذاره، والإعذار بإنذاره. وهذا معنى المثل الشائع «قد أعذر من أنذر». الإنذار يتم بواسطة الكاتب العدل. ولكن لا حاجة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ:

١٢٩- هذا والدائن بالخيار بين طلب فسخ العقد وبين طلب إجبار مدينه على تنفيذ التزامه. فإذا أقام الدعوى طالباً الفسخ فإنه يستطيع أن يعدل عن طلبه إلى طلب التنفيذ، وذلك قبل صدور الحكم. وكذلك الأمر إذا رفع دعوى التنفيذ فإنه يستطيع أن يعدل عن طلبه ويطلب الفسخ (م ١٧٧/١).

ويستطيع المدين أن يتجنب الحكم عليه بالفسخ إذا هو بادر إلى تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ. وفي هذه الحالة قد تحكم عليه المحكمة بالتعويض لتأخره في التنفيذ إذا طلب الدائن ذلك وكان هناك ضرر.

سلطة المحكمة التقديرية:

١٣٠- إذا عرض طلب الفسخ على القاضي فهو غير ملزم بالحكم به، بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك. فقد يقضي به إذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم به ويمنح المدين نظرة الميسرة، أي أجلاً لتنفيذ التزامه، إذا كان ما نفذه جزءاً كبيراً بالنسبة للباقي (م ١/١٧٧). والقاضي يستوحي قراره من الظروف المحيطة بالقضية. فإذا رأى أن المدين سيئ النية ومهمّل في تنفيذ التزامه إهمالاً واضحاً بالرغم من إعدار الدائن له فذلك مما يحمله على الحكم بالفسخ. وعلى العكس من ذلك إذا رأى أن المدين حسن النية وأن عدم تنفيذه لالتزامه يعود لظروف خارجة عن إرادته، أو أن ما لم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في مجملته، أو أن الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة هذا التأخر، فذلك مما يحمله على رفض الحكم بالفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة. وإذا منح القاضي المدين نظرة الميسرة فعلى المدين القيام بتنفيذ التزامه في غضونهما، وليس له أن يتعدها. ولكن إذا لم يستطع ذلك وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال قائمة فليس هنا ما يمنع المحكمة من منحه نظرة مرة ثانية.

المطلب الثاني الفسخ بحكم الاتفاق

تدرج الاتفاق على الفسخ:

١٣١- قد يتوقع المتعاقدان عند إبرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان على أنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً وهذا الشرط قابل للتدرج. فالمتعاقدان قد يتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً. وقد يزيدان من قوة الشرط ويتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه. وقد يزيدان من قوة الشرط أيضاً فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم. وقد يبلغان الذروة في زيادة قوة الشرط فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعدار. وهذا الشرط صحيح، وقد أجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني. ونرى حكم كل من هذه الشروط على حدة.

١- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً:

١٣٢- إذا اتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخاً إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه فالغالب في مثل هذا الشرط أن يراد به تأكيد القاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ، إذ يصعب الجزم بأحدهما أرادا تعميم الفسخ. وعليه فهذا الشرط لا يغني عن الإعدار ولا عن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ. كما أن هذا الشرط لا يسلب القاضي سلطته التقديرية. فيستطيع أن يرفض الحكم بالفسخ وأن يمنح المدين أجلاً. والحكم بالفسخ يعتبر منشئاً للفسخ لا كاشفاً له.

٢- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه:

١٣٣- وإذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه فهذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى ولا عن الإعذار ولكنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يملك إلا الحكم بالفسخ. ولكن الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ إذا شاء. والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون منشأً للفسخ لا كاشفاً له كما في الحالة السابقة.

وقد طبقت المادة (٥٨٢) من القانون المدني هذا الحكم في عقد البيع، فنصت على أنه «إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر إلا إذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون إعذاره».

٣- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم:

١٣٤- وإذا اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم كان معنى هذا الشرط أنه إذا أحل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا للحكم ينشئ الفسخ. ولكن إذا نازع المدين الدائن في ادعائه وادعى أنه نفذ التزامه ففي هذه الحالة يجب رفع الدعوى، ولكن الحكم الذي يصدر بالفسخ يقتصر على تقرير ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه أم لا. فإذا قرر أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ. ويكون الحكم مقررًا للفسخ، أي كاشفاً لا منشأً له. ولكن هذا الشرط لا يغني عن الإعذار. فلا بد للدائن، إذا أراد إعمال الشرط، من إعذار المدين. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من إعذاره انفسخ العقد من تلقاء نفسه. ولكن إذا أعذر الدائن المدين ولم يقم هذا بتنفيذ التزامه فذلك لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ. فيبقى له الخيار بين طلب الفسخ وطلب إجبار مدينه على التنفيذ.

٤- الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعدار:

١٣٥- وأقصى ما يصل إليه المتعاقدان في هذا الباب هو اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعدار. وهذا الشرط يعفي الدائن من إعدار المدين ومن إقامة الدعوى للحصول على حكم بالفسخ. وإذا اضطر الدائن إلى إقامة الدعوى فالحكم الذي يصدر يقتصر على التحقيق من توفر شروط الفسخ. فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه وأثبت ذلك فالقاضي يحكم ببقاء العقد^(١). وإذا ثبت للقاضي توفر شروط الفسخ فعليه أن يحكم به. والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون مقررراً لا منشئاً له. ولكن هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلاً من طلب الفسخ، وإلا كان معناه وضعه تحت رحمة المدين. إذ لا يكون على هذا الأخير، إذا أراد فسخ العقد، إلا أن يمتنع عن تنفيذ التزامه فيفسخ العقد، وهذا ما لا يمكن قبوله.

المطلب الثالث

الفسخ بحكم القانون

(الانفساخ)

١٣٦- إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون، ولا حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، إلا إذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب أجنبي، ولا يلزم في هذه الحالة بأي تعويض. وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فالعقد لا يفسخ بل يتأكد ويلزم بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه.

(١) وللمحكمة الرقابة النامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله. وفي قضية اشترط الدائن أنه إذا امتنع المصرف عن صرف (الشيك) المحول إليه كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار. وقد امتنع المصرف عن صرف (الشيك) لبعض إجراءات شكلية. وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه (شيك آخر)، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً. وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر حق الرقابة وقضت بأن الدائن متعنت في تقديره وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (١٩٢٠/١/٢٣)، نقلاً عن السنهوري، الوسيط ص ٧١٩، هامش. كذلك نظرية العقد، ص ٦٩٧، هامش رقم (١).

تبعة الهلاك:

١٣٧- ويثور التساؤل هنا لمعرفة من يتحمل تبعة الاستحالة إذا كانت لسبب أجنبي: الدائن أم المدين. فإذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي وانقضى التزامه وبرئت ذمته فهل يبقى المتعاقد الآخر ملزماً بتنفيذ التزامه أم ينقضي التزامه هو الآخر وتبرأ ذمته؟ إذا قلنا إن المتعاقد الآخر يبقى ملزماً بتنفيذ التزامه فإن معنى ذلك أنه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لأنه هو الدائن بمحل التزام المتعاقد الآخر. وإذا قلنا إن التزامه ينقضي هو أيضاً وتبرأ ذمته فإن معنى ذلك أن المتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه هو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة لأنه هو المدين بالتزام الذي استحال عليه تنفيذ التزامه. وللجواب عن السؤال المتقدم يمكن وضع القاعدتين التاليتين: القاعدة الأولى: إذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل هذه الاستحالة. القاعدة الثانية: إذا كانت يد الشخص على الشيء يد أمانة فهو لا يضمن هلاك الشيء، أي لا يتحمل تبعة هلاكه، وإذا كانت يده يد ضمان فهو الذي يضمن هلاكه، أي يتحمل تبعة هذا الهلاك. ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هاتين القاعدتين.

القاعدة الأولى:

١٣٨- إذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة. ويستوي في ذلك أن يكون محل التزامه قياماً بعمل أو تسليم شيء. فإذا التزم شخص بصنع شيء واستحال عليه صنعه أو التزم بنقل بضاعة واستحال عليه نقلها، فهو الذي يتحمل تبعة ذلك. أي أنه لا يستحق الأجر المتفق عليه. وكذلك الحكم إذا كان محل التزام المدين تسليم شيء واستحال عليه تسليمه، بأن هلك، فهو الذي يتحمل تبعة هذا الهلاك. فالمبيع إذا هلك وهو في يد البائع هلك عليه ولا يلزم المشتري بدفع الثمن.

القاعدة الثانية:

١٣٩- إذا كانت يد الشخص على الشيء يد أمانة وهلك الشيء في يده قضاءً قدرأً، أي بدون تعد ولا تقصير منه، فهو غير ضامن، أي لا يتحمل تبعه الهلاك فالمستأجر والوديع والمستعير يدهم على الشيء يد أمانة، فإذا هلك الشيء المؤجر أو المودع أو المستعار فهم غير ضامين، أي لا يتحملون تبعه هذا الهلاك. والغاصب يده على الشيء المغصوب قضاءً وقدرأً فهو ضامن.

المبحث الثالث آثار الفسخ

زوال حكم العقد بأثر رجعي:

١٤٠- الأثر الذي يترتب على فسخ العقد هو زوال حكم العقد بأثر رجعي إلى حين إبرامه واعتباره كأن لم يكن ووجوب الرجوع في ما نفذ ورد ما قبض قبل الفسخ، يستوي في ذلك أن يكون الفسخ بحكم القانون أو بحكم القضاء أو بحكم الاتفاق. وهذا هو الحكم الذي يترتب أيضاً على نقض العقد الموقوف. ويسري هذا الحكم فيما بين المتعاقدين كما يسري بالنسبة للغير. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

١- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين: الرجوع إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد:

١٤١- يترتب على فسخ العقد وجود رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد. فمن قبض منهما شيئاً فعليه رده، ومن لم ينفذ التزامه لا يسري في تنفيذه (م ١٨٠ مدني). ففي عقد البيع مثلاً، إذا قبض المشتري المبيع ثم فسخ العقد فعليه رده إلى البائع. وإذا كان البائع قد قبض الثمن فعليه رده إلى المشتري.

وجوب رد الثمرات إذا كان القابض سيئ النية:

١٤٢- وما الحكم بالنسبة للثمرات التي ينتجها الشيء قبل رده؟ يميز القانون في هذه الحالة بين القابض السيئ النية والقابض الحسن النية. ومعنى سوء النية أن القابض يعلم، عند القبض، أنه إنما يقبض شيئاً غير مستحق له، كما أن معنى حسن النية أن القابض كان يجهل عند القبض أنه إنما يقبض شيئاً غير مستحق له. فالقابض الحسن النية يملك ما يقبضه من الزوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته (م ١١٦٥ مدني). والقابض السيئ النية عليه أن يرد الزوائد والثمرات التي أنتجها الشيء قبل رده. فإذا كان المبيع أشجاراً مثلاً، وقطف المشتري ثمارها وكان سيئ النية فعليه أن يرد هذه الثمار إذا كانت موجودة، وإذا كان قد استهلكها أو هلكت فعليه أن يرد قيمتها. والبائع إذا قبض الثمن فعليه أن يرده مع فوائده من حين المطالبة القضائية بهذه الفوائد، وأساس الالتزام بالرد هو الكسب دون سبب. ذلك أن العقد إذا فسخ فلا يبقى سبب لاحتفاظ كل من المتعاقدين بثمرات الشيء الذي قبضه.

الحكم بالتعويض:

١٤٣- وإذا حكمت المحكمة بالفسخ بناء على خطأ أحد المتعاقدين حكمت على هذا المتعاقد بالتعويض. كما تحكم بالتعويض على المتعاقد الذي يستحيل عليه رد ما قبضه. ويشمل التعويض ما أصاب الدائن من ضرر بسبب فسخ العقد وما أنفقته في الدعوى للحصول على الحكم بالفسخ.

٢- أثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين: زوال الحقوق التي رتبها القابض على الشيء قبل الفسخ:

١٤٤- وزوال حكم العقد بأثر رجعي إلى حين إبرامه يسري في حق غير المتعاقدين أيضاً. فالمشتري يعتبر كأن لم يكن قد ملك المبيع أبداً. ويترتب على ذلك زوال الحقوق التي رتبها على المبيع قبل الفسخ وعندئذ يسترد البائع المبيع حالياً من أي حق عليه. فإذا رتب المشتري على المبيع، وكان أرضاً، حق انتفاع أو حق ارتفاق ثم فسخ

البيع فالبائع يسترد الأرض من المشتري الثاني، إذا كان المشتري الأول قد باع. كما يستردها من المشتري الأول خالية من الحقوق العينية التي رتبها عليها.

الأساس القانوني:

١٤٥- والأساس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو أن المشتري لما كان يعتبر كأن لم يملك هذه العين أبداً فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ يعتبر صادراً من غير مالك فلا ينفذ في حق المالك الأصلي. ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: «فاقد الشيء لا يعطيه»، كما يعبر عنه الفقهاء الغربيون بقولهم: «لا يستطيع الإنسان أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك». وبالقول: «إذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى عنه هذا الشيء».

استثناء:

١٤٦- هناك استثناءان يردان على القاعدة المتقدمة، الأول يتعلق بعقود الإدارة المبرمة بحسن نية، والثاني يتعلق بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية».

١- عقود الإدارة المبرمة بحسن النية:

١٤٧- ففيما يتعلق بالاستثناء الأول، إذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستأجر حسن النية وكان العقد ثابت التاريخ، فعقد الإيجار يبقى ولا يفسخ، ولا يستطيع البائع أن يسترد العين من المستأجر قبل نهاية عقد الإيجار.

٢- الحيازة في المنقول سند الملكية:

١٤٨- وفيما يتعلق بالاستثناء الثاني: إذا كان المبيع منقولاً وقبضه المشتري ثم باعه وكان المشتري الثاني حسن النية وقبض المبيع ثم فسخ البيع الأول. فالبائع لا يستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني. والسبب في ذلك هو أن المشتري الثاني اطمأن إلى أن الذي يبيعه الشيء، أي المشتري الأول، هو مالك الشيء. فإذا سمحنا للبائع الأول باسترداد الشيء منه فإن هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات (م ١١٦٣ مدني).

أثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ:

١٤٩- الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ لا يمكن أن يقع بأثر رجعي إلى حين إبرام العقد. ذلك أن الزمن عنصر جوهري في هذه العقود وبه يتحدد تنفيذ العقد، ويقدر ما يمر من الزمن يعتبر العقد قد نفذ في جزء منه يتناسب ومقدار الزمن الذي مر، والزمن الذي يمر لا يعود. ويترتب على ذلك عدم إمكان إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد. فالفسخ في هذه العقود لا يحدث أثره إلا بالنسبة للمستقبل فقط. ويترتب على ذلك أن ما ترتب من أثر على هذه العقود يظل قائماً. فالأجرة المستحقة عن المدة السابقة تبقى لها صفة الأجرة لا التعويض، ويضمنها امتياز المؤجر. لكل ذلك لا يسمى بعض الفقهاء حل هذا النوع من العقود فسخاً بل «إلهاً».

الفرع الثاني

الإقالة

تعريف الإقالة وشروطها:

١٥٠- يجوز أن يتفق المتعاقدان على إلغاء العقد وإرجاع الحال إلى ما كانت عليه ورد ما سلم إلى صاحبه. وهذا الاتفاق صحيح ويقال له «الإقالة». والإقالة عقد كسائر العقود، فلا بد منها من توفر الشروط العامة لإنشاء العقد، كما أنها فسخ اتفاقي فلا بد من توفر شروط الفسخ فيها، وهي إمكان إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد (م ١٨١ و ١٨٢).

الطبيعة القانونية للإقالة:

١٥١- وينبغي، في هذه المناسبة، التوقف قليلاً للتساؤل عن الطبيعة القانونية للإقالة، هل هي فسخ أم عقد جديد؟ فإذا باع شخص سيارة مثلاً وسلمها إلى المشتري ثم اتفقا على الإقالة ورد المشتري السيارة إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري، فهل يعتبر ذلك فسخاً للبيع أم عقداً جديداً باع به المشتري السيارة من البائع؟ هناك ثلاثة آراء في هذا الصدد: الأول يعتبر الإقالة عقداً جديداً، والثاني يعتبرها فسخاً اتفاقياً، والثالث يعتبرها فسخاً فيما بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة للغير. وهذا الرأي الأخير هو الذي أخذ به القانون المدني العراقي (م ١٨٣). ويترتب على هذا التكييف للإقالة بعض النتائج، نذكر أهمها فيما يلي:

- ١- لما كانت الإقالة عقداً جديداً بالنسبة للغير فالشفعة تثبت إذا كان البيع عقاراً، في القوانين التي تأخذ بالشفعة في العقار. فإذا باع شخص داره ولم يطلب جاره السدار بالشفعة ثم اتفق البائع والمشتري على الإقالة فللمحار أن يطلب الدار بالشفعة.
- ٢- لا تحدث الإقالة بأثر رجعي بالنسبة للغير، فتبقى الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الإقالة ولا تزول. فإذا كان المبيع أرضاً مثلاً ورتب المشتري عليها حقاً عينياً، كحق مرور أو حق شرب مثلاً، ثم حصلت الإقالة، فالبائع يسترد الدار وهي مثقلة بالحق العيني الذي رتبته المشتري عليها. وكذلك الأمر إذا أجر المشتري السدار قبل الإقالة. فالبائع يسترد الدار وهي مؤجرة^(١).

(١) وقد جاء في حكم محكمة تمييز العراق: «إن الاتفاق على إيقاف العمل وإجراء الحساب دليل على «الإقالة»

(١٤-٦-١٩٦٠). وجاء في حكم آخر «إن إعادة المبيع إلى محل البائع وتركه فيه يعتبر إظهاراً للرغبة وإرادة

المشتري في إقالة عقد البيع، وبعدم إعادة البائع المبيع إلى المشتري وعدم إنذاره له بعدم موافقته على إقالة البيع

أو لزوم استرجاعه يكون قد قبل ضمناً إقالة البيع» (قضاء محكمة التمييز، المجلد الحام، ص ١٩٩-٢٠٠).

الباب الثاني الإرادة المنفردة

تمهيد: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الحق الشخصي والالتزام:

١٥٢- الإرادة المنفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد. وهي بهذا الاعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية، كإيجاب الملمزم وإجازة العقد الموقوف. ومن الممكن أن تكون الإرادة المنفردة سبباً في كسب الحقوق انعينية كما في الوصية، وسبباً في سقوطها كما في الزول عن حق ارتفاق أو رهن. ويمكن للإرادة المنفردة أيضاً أن تنهي رابطة ناشئة عن عقد، كما في الوديعة والعارية والوكالة. فيستطيع كل من المودع والوديع والمعير والمستعير أن ينهي عقد الوديعة أو عقد العارية إذا لم تكن قد حددت مدة لذلك. ويستطيع الموكل أن يعزل الوكيل، كما يستطيع الوكيل أن يعزل نفسه. ويمكن للإرادة المنفردة أيضاً أن تسقط الحق الشخصي عن طريق الإبراء (م ٤٢٠ مدني).

١٥٣- ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي والالتزام؟

للجواب عن هذا السؤال يجب التمييز بين حالتين:

- ١- إنشاء الحق لمن صدرت عنه الإرادة، أو إنشاء الالتزام على عاتق الغير، وهذا غير ممكن. فلا يستطيع الإنسان أن ينشئ لنفسه حقاً على عاتق غيره بإرادته المنفردة.
- ٢- إنشاء الحق الشخصي لغير من صدرت عنه الإرادة، أو الالتزام على عاتق من صدرت عنه الإرادة. وقد اختلفت الآراء في ذلك. وهناك نظريتان في هذا الصدد: فرنسية وألمانية.

النظرية الفرنسية:

١٥٤- فتذهب النظرية الفرنسية إلى أن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشئ التزاماً، وإلى أن الالتزام الذي ينشأ عن عمل أو تصرف قانوني لا يكون مصدره إلا توافق الإرادتين، أي عقداً. وقد ورث القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة عن القسانون الفرنسي القديم، وهي ترقى بحدورها إلى القانون الروماني.

النظرية الألمانية:

١٥٥- وتذهب النظرية الألمانية إلى أن في استطاعة الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً على عاتق صاحبها. فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة عنه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر. ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده يكون ملزماً، فلا يستطيع من صدر عنه الإيجاب أن يرجع عنه.

حجج أنصار النظرية الألمانية:

١٥٦- ويستند أنصار النظرية الألمانية في تأييد نظريتهم إلى الحجج التالية:

١- إنها تساعد في تفسير الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة، كالوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير والإيجاب الملزم والسند الحامله. فالشخص الذي يعلن عن جائزة لمن يعثر على شيء ضائع أو يقوم بعمل معين يكون ملزماً تجاه من يعثر على الشيء أو يقوم بالعمل، وأساس التزامه إرادته المنفردة. والتزام المتعهد نحو المتنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير لا يجد أساسه كذلك إلا في الإرادة المنفردة. والأمر كذلك في الإيجاب الملزم. فإذا أوجب أحد المتعاقدين وحدد مدة للطرف الآخر ليقبل في خلالها أو يرفض كان ملزماً بالبقاء على إيجابه في خلال المدة، وأساس التزامه هو إرادته المنفردة.

وينطبق ما تقدم بالنسبة لسند الحامله. فماحب السند يلتزم نحو الحامل الأخير، إذا كان حسن النية، ولو لم يكن قد قصد الالتزام، أو ضاع منه السند أو سرق منه.

٢- من الصعب أن تتوافق الإرادتان توافقاً تاماً، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة، وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة. وهو مستحيل أيضاً حتى إذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد. ذلك أن أحدهما لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته، وهذا هو الإيجاب، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول. فالإيجاب والقبول يتعاقبان. فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان فلا بد أن نفترض أن من صدر عنه الإيجاب قد ثبت على إيجابه ولم يعدل عنه حتى اقتران القبول به. وهذا محض افتراض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفترضة نزعها هي الإرادة الباطنة. وينتج عن ذلك أن الموجب قد التزم بإيجابه.

٣- إذا لم يكن في استطاعة الإنسان أن يلزم نفسه إلزاماً صحيحاً بمحض إرادته فكيف يلتزم باقتران إرادته بإرادة أخرى، وهي إرادة أجنبية عنه، وهو قد عجز عن أن يلتزم بإرادته هو؟ لا شك في أن القوة الملزمة للعقد قد سبقتها القوة الملزمة للإرادة المنفردة.

٤- ويضيف أنصار الإرادة المنفردة إلى ما تقدم قولهم بأنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع التزام الإنسان بإرادته المنفردة، فهو حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون، بل أن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين، إذ تصبح الإرادة المنفردة وحدها قادرة على إنشاء الالتزام، وهذا أقصى ما يمكن أن يصل إليه سلطانها. أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغائبة أو الشكليات التي كانت تحد من سلطان الإرادة. فقديمًا كانت الإرادة لا تنشئ أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال وشكليات معقدة، ثم اندثرت هذه الشكليات حتى لم يبق منها إلا النادر، وأصبحت الإرادة هي التي تنشئ الأثر القانوني الذي تنحج إليه. فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بإرادة أخرى.

اعتراض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية:

١٥٧- ويرد أنصار النظرية الفرنسية على الحجج التي يوردها أنصار النظرية الألمانية بما يلي:

- ١- إن نظرية الإرادة المنفردة لا تقوم على أساس صحيح. ذلك أنه إذا أمكن أن نفهم التزام الإنسان بإرادته المنفردة فلا نفهم كيف يصبح الإنسان دائماً دون إرادته. فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن فلا معنى لهذا الالتزام ولا قيمة له. وإذا قيل بضرورة إرادة الدائن لكي يصبح دائماً فهذا هو توافق الإرادتين، ومنه ينشأ العقد.
- ٢- إذا قيل أن للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزام فيجب القول أيضاً بأن لها القدرة على إهمائه، وبذلك يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته فلا يكون له قيمة.

٣- إن نظرية الإرادة المنفردة تقوم على فروض غير صحيحة. فهي تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين قد وزن الأمر قبل التعاقد وبت فيه بقرار نهائي وأعلن فجأة عن إرادته ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا القبول أو الرفض، مع أن الأمر ليس كذلك. فالذي يقع في العمل أن المتعاقدين يتفاوضان ويقيان في أخذ ورد ولا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر، وكل إرادة تؤثر في الأخرى وتعديل من اتجاهها حتى تتوافق الإرادتان، وبذلك يتم العقد.

رد أنصار النظرية الألمانية على اعتراضات أنصار النظرية الفرنسية:

١٥٨- ويرد أنصار النظرية الألمانية على اعتراضات أنصار النظرية الفرنسية بما يلي:

١- القول بأن الدين لا يوجد من غير دائن لا يمكن الاعتراض به على النظرية الألمانية لأن هذه النظرية تنظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتباره قيمة مالية أكثر منه باعتباره رابطة شخصية. ويترتب على هذا النظر إمكان تصور دين بغير دائن ما دام المدين موجوداً وما دام الدائن سيوجد عند تنفيذ الالتزام، ولو لم يوجد قبل ذلك.

٢- أما القول بأنه إذا أمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام فيحسب أن يكون بإمكانها أن تقضيه فيه خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية. فالإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير واطمأن إليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، وعندئذ يجب احترام الحالة التي أوجدتها، ولا يجوز بعد ذلك العدول عنها إذا ترتب على هذا العدول إخلال بالثقة المشروعة التي ولدها. فالإرادة المنفردة إذا أنشأت التزاماً بمفردها فهي قد لا تستطيع أن تنهيه بمفردها إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل.

٣- أما القول بأن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر أحدهما في الأخرى فهذا صحيح من الناحية النفسية، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن تميز مرحلة تنتهي عندها المفاوضات ويدخل الإيجاب دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً. ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك.

ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر. ولكن لا شك في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً إلى إرادة من صدر عنه ما دام قد ارتضاه في النهاية. وعندئذ تتحقق النظرية الألمانية ويكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها أو رفضها. هذا وهناك حالات كثيرة تقع في العمل يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب لا تسبقه مفاوضات. من ذلك ما يجري في عقود الإذعان.

تقدير النظريتين:

١٥٩- ذلك عرض موجز لحجج كل من أنصار الإرادة المنفردة وخصومها. ونحن إذا نظرنا إلى النظريتين نظرة موضوعية وجدنا النظرية الفرنسية ترفض الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام رفضاً باتاً، في حين أن الأخذ بالنظرية الألمانية يؤدي إلى القضاء على العقد كمصدر للالتزام لتحل محله الإرادة المنفردة مصدراً لكل التزام إرادي. ولا شك في أن في كل من النظريتين شيئاً من عدم الصواب. فلا يخلو اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام من فائدة. فهي تساعدنا في تفسير بعض الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة: كالوعد بجائزة والإيجاب الملزم. أما ما تؤدي إليه النظرية الألمانية من القضاء على العقد كمصدر للالتزام وإحلال الإرادة المنفردة محله فهذا ما لا يمكن التسليم به فالواجب إذاً أن يبقى كل من العقد والإرادة المنفردة مصدراً للالتزام. العقد باعتباره المصدر الأول والإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً ثانوياً يقتصر على الحالات التي يكون فيها ثمة فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها. وهذا هو الاتجاه في التشريعات الحديثة، ومنسها القانون المدني العراقي. فهي لم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى. وقد عالج القانون المدني العراقي الإرادة المنفردة في مادتين، هما المادتان (١٨٤ و ١٨٥). فنص في الأولى على أن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك، ونص في الثانية على أحد تطبيقات الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، وهو الوعد بجعل أو الجعالة.

ونتكلم على الإرادة المنفردة في فصلين، نحاول في الأول أن نعرف متى تلزم صاحبها، ونرى في الثاني الجعالة.

الفصل الرابع

متى تلتزم الإرادة المنفردة صاحبها

١٥٨- تقضي المادة (١٨٤) مدني بأنه: «١- لا تلتزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. ٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين». ونرى أولاً الحالات التي نص فيها القانون على أن الإرادة المنفردة تلتزم فيها صاحبها، ثم نرى الأحكام التي تطبق عليها.

أولاً- الحالات التي تلتزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها:

١٥٩- الحالات التي تلتزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها هي الإيجاب الملزم وإنشاء المؤسسات وتحرير العقار المرهون وهما تأمينياً والوعد بجائزة.

فالوعد بجائزة يكون ملزماً إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول (م٨٤). وإنشاء المؤسسات يكون بسند رسمي أو بوصية. فإرادة المنشئ المنفردة هي التي تنشئ المؤسسة. وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها في حياته أو بعد مماته بوصية. ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها ومن ثم نرى الإرادة المنفردة هنا تنشئ شخصاً معنوياً وتنشئ التزاماً نحو الشخص (م٥٢ مدني).

وتحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً يكون بإعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بإرادته المنفردة بإيفاء الديون المقيدة إلى القدر الذي يراه يساوي قيمة العقار. وينشأ الالتزام على عاتقه بمجرد إعلانه رغبته في تحرير العقار من الديون المرهون فيها، وذلك بتوجيهه إلى الدائنين إعلانات نصت على محتوياتها المادة (١٣٠٨) من القانون المدني أما الوعد بجائزة فسنعود إليه في الفصل الخامس من هذا الباب.

ثانياً - الأحكام التي تطبق على الإرادة المنفردة:

١٦٠ - تقضي الفقرة الثانية من المادة (١٨٤) مدقق بتطبيق أحكام العقد على الإرادة المنفردة إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين ومعنى هذا أنه لا بد لنتج الإرادة المنفردة أثرها من أن تتوفر لها الشروط والأركان العامة في العقد، من تراض ومحل وسبب، عدا ما تعلق منها بتوافق الإرادتين. فيجب أن يتوفر لها محل مشروع وأن يتمتع صاحب الإرادة بالأهلية اللازمة، أي أهلية الأداء الكاملة، وأن يكون رضاؤه صحيحاً غير مشوب بعيب. كما يجب أن يكون هناك سبب مشروع، أي قصد مشروع يراد تحقيقه.

الفصل الخامس الوعد بجعل (الجعالة)

١٦١- أهم تطبيق أورده القانون المدني العراقي للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام هو الوعد بجعل أو جائزة. وقد نص على ذلك في المادة (١٨٥) بقوله: «من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزام بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد». مثال ذلك أن يعلن شخص عن جائزة يعطيها لمن يقوم معين كالكشف دواء لمرض أو العثور على شيء ضائع. فمن قام بالعمل استحق الجائزة ولو لم يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل.

الجعالة في الفقه الإسلامي:

١٦٢- وقد عالج الفقهاء المسلمون الجعالة معالجة مستفيضة. ونقطة الابتداء عندهم ما جاء في سورة يوسف عليه السلام: «... قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم» أي كفيل.

شروط الوعد بالجعل:

١٦٣- ويجب لتحقيق الوعد بجعل توفر الشروط التالية:

١- أن تتوفر في الواعد وفي العمل الموعود بجعل من أجل القيام به الشروط العامة التي رأيناها في الإرادة المنفردة، كما يجب، بالإضافة إلى ذلك، أن يكون الواعد جاداً في وعده. وهذا الشرط الأخير عبارة عن تطبيق للقواعد العامة في ضرورة انصراف الإرادة إلى إحداث أثر قانوني.

٢- أن توجه الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين. وهذا الشرط هو الذي يميز الإرادة المنفردة من العقد فهي إذا وجهت إلى شخص معين أو إلى أشخاص معينين أصبحت إجباراً يجب الاقتران القبول به. وعندئذ تصبح عقداً لا إرادة منفردة.

٣- أن توجه الإرادة بطريق علني، كالإعلان في الصحف والراديو والتلفزيون.

٤- أن يتضمن الإعلان أمرين: جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها، وعملاً معيناً يجب القيام به لاستحقاق الجعل أو الجائزة.

أحكام الوعد بجعل:

١٦٤- إذا توفرت الشروط المقدمة أنتجت الإرادة المنفردة للواعد أثرها ونشأ الالتزام على عاتقه. وقد ميز القانون المدني العراقي في هذا الصدد بين حالتين: حالة ما إذا حدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل وحالة ما إذا لم يحدد (م ١٨٥) ونرى حكم كل من هاتين الحالتين على حدة.

١- الوعد حددت له مدة:

١٦٥- إذا حدد الواعد مدة لوعدته اشترط أن يتم العمل في خلالها التزم بالبقاء على وعده في خلال هذه المدة، فإذا انقضت المدة من غير أن يقوم أحد بالعمل تحلل الواعد من وعده والتزامه وعندئذ يشبه الوعد الإيجاب الملزم وفي هذه الحالة يمكن أن نسميه «الوعد الملزم» أو «الوعد اللازم».

وإذا قام أحد بالعمل في خلال المدة أصبح دائناً للواعد بمبلغ الجعل، إذا كان الجعل مبلغاً من النقود، سواء بالوعد عند قيامه بالعمل أو لم يعلم وسواء قام بالعمل قبل الإعلان عن الجعل أو بعده.

٢- الوعد لم تحدد له مدة:

١٦٦- وإذا لم يحدد الواعد مدة يجب القيام بالعمل في خلالها فله أن يرجع ما دام لم يتم أحد بالعمل. ولكن الرجوع يجب أن يتم بالطريقة نفسها التي أعلن بها الوعد. وإذا قام أحد بالعمل قبل الرجوع استحق الجعل ولو لم يكن عالماً بالوعد عند قيامه به، وحتى لو قام به قبل الوعد وفي هذه الحالة يشبه الوعد الإيجاب غير الملزم ويمكن أن نسميه «الوعد غير الملزم» أو الوعد غير اللازم.

سقوط دعوى المطالبة بالجعل:

١٦٧- إذا لم يحدد الواعد مدة للعدول وعدل عن وعده ولكن قام شخص بالعمل قبل العدول فلهذا الشخص أن يرجع على الواعد في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول (م ١٨٥/٣) وهذه المدة إنما هي مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا تقف ولا تنقطع.

تقادم دعوى المطالبة بالجعل في غير الحالة المتقدمة:

١٦٨- وإذا حدد الواعد مدة وقام شخص بالعمل في خلالها، وكذلك إذا لم يحدد مدة ويعدل، فالجعل يصبح ديناً في ذمة الواعد، أي حقاً شخصياً لمن قام بالعمل. وفي هذه الحالة تسري عليه القواعد العامة في التقادم فلا تسقط دعوى المطالبة بالجعل إلا بمضي خمس عشرة سنة من حين القيام بالعمل في حالة تحديد مدة (م ٤٢٩) وفي حالة عدم تحديد مدة يمكن سماع الدعوى مهما مر من الزمن. وذلك أن الوعد لا يزال قائماً ولكن إذا لم يكن العمل يعود بفائدة على الواعد مهما مر من الزمن فيجب عندئذ القيام بالعمل من خلال مدة معقولة في حدود الوقت الذي يعود فيه القيام بالعمل بالفائدة على الواعد، كما لو كان الواعد مريضاً وأعلن عن جائزته لمن يكتشف دواء لمرضه ولم يكتشف أحد الدواء إلا بعد موته. وإذا حصل خلاف بشأن هذه المدة فالقضاء هو الذي يتولى تحديدها.

الباب الثالث

العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)

فصل تمهيدي

١- التعريف بالمسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع:

يمارس الإنسان في حياته مختلف ضروب النشاط لإشباع حاجاته ورغباته وهو في نشاطه قد يلحق بغيره ضرراً ينشأ عن فعل مباشره أو يتسبب فيه أو يصدر عنهم تحت رقابته أو عن أشياء تحت حراسته. وقد ينشأ الضرر عن امتناع عن فعل يوجبها القانون. إن القانون يتدخل عندئذ ليرتب جزاءً على من ألحق بغيره ضرراً، وهو جزاء صورة ما يسمى بالمسؤولية. ولكن هذه المسؤولية تتنوع من حيث الصور وتختلف من حيث الطبيعة. فقد يقررها القانون العقابي وقد يربتها بغيره من القوانين. أما الأولى فتسمى المسؤولية الجنائية. وأما المسؤولية التي يقررها القانون المدني أو غيره من القوانين عدا القانون العقابي فتدعى المسؤولية المدنية. ولكن المسؤولية المدنية تبدو بدورها على نوعين. فقد تنشأ عن إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح وتسمى المسؤولية العقدية أو التعاقدية أو تترتب على إخلال بالتزام يفرضه القانون وتدعى المسؤولية عن العمل غير المشروع.

إن المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع تطلق عليها تسميات متعددة منها المسؤولية عن الفعل الضار، والضمان، والمسؤولية التقصيرية. ولكن أكثرها شيوعاً هو المصطلح الأخير وإن لم يكن أدقها. وإذا كان من المستحسن أن نقدم تعريفاً للمسؤولية عن العمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية فإن في وسعنا القول أنها تعني: التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو الأتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون.

٢- نشأة المسؤولية التقصيرية وتطورها:

اختلطت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية في المجتمع البدائي القديم فكان الثأر بادئ الأمر هو الجزاء المترتب على الفعل الضار بياشره المعتدي عليه أو أسرته أو عشيرته دون حدود. ثم تدخلت السلطة لرسم حدوده فنظمت القصاص وألزمت الناس بأن يكون

الجزء نظير الأذى دون أن يجاوزه ثم استعيض عن القصاص بالدية بتأثير من تطور المجتمع فحلت فكرة اقتضاء مبلغ من المال من محدث الضرر محل فكرة الانتقام الفردي. وكانت الدية في بادئ الأمر حسيمة تجاوز قدرها مقدار الضرر. لأنها كانت تضم عنصر تعويض المعتدي عليه لما لحقه من ضرر عنصراً آخر هو تعويض المعتدي عن تنازله عن حقه في أخذ الثأر وما يجره هذا التنازل من تحقير لشأنه في جماعته. وكان أمر تحديد متركها متركاً للطرفين. ثم تدخلت الدولة بعد أن تركزت السلطة في قبضتها فتولت تحديد متركها حسب أنواع الجرائم. وعمدت في الوقت نفسه إلى جعل الدية نظاماً إجبارياً بعد أن كانت اختيارية. ثم قطعت الدولة شوطاً أبعد بعد أن بان لها أن من الجرائم ما لا يقتصر أثره على الأفراد بل يتعداهم إلى المجتمع فقسمت الجرائم إلى نوعين أولهما الجرائم العامة التي تخل بأمن المجتمع ونظامه والتي تتولى السلطة بنفسها توقيع العقوبة على مرتكبيها وثانيهما الجرائم الخاصة التي تقتصر آثارها على المعتدى عليهم وفيها تكون الدية التي تتولى الدولة تحديد مقدارها هي الجزاء. وقد ترتب على التمييز بين العقوبة وبين الدية تغير في طبيعة الدية فبعد أن كانت تنطوي على معنى العقوبة والتعويض معاً أصبحت تعد تعويضاً صرفاً للمعتدى عليه. وعلى هذا النحو نشأت المسؤولية المدنية بادية في صورة تعويض مستقلة عن المسؤولية الجنائية وهو أمر تحقق على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم.

وإذا كان الرومان لم يميزوا تماماً بين المسؤولية المدنية والجنائية^(١)، فقد خلطوا كذلك بين نوعي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ولا صحة لرد تاريخ المسؤولية التقصيرية إليهم. فلم يتضمن القانون الروماني نصاً يقرر قاعدة عامة تقضي بمسؤولية كل من الحق بفعله ضرراً بالغير. ومع ذلك فإن تسرب فكرة الخطأ إلى دائرة المسؤولية عن الأفعال الضارة حدث على يد الرومان وفي أواخر العهد الجمهوري بتأثير من الاعتبارات الخلقية بعد أن كانت هذه المسؤولية تصطبغ بصبغة مادية بعيدة عن فكرة الخطأ فقد رأى الفقهاء وقتئذ أن قواعد الأخلاق لا تجيز مساءلة الصبي غير المميز والمجنون عن أفعالهما الضارة، لأنهما لا يدركان ما يفعلان وبالتالي لا يمكن أن ينسب إليهما فعل سيئ أو عمل خاطئ.

(١) سليمان مرقس شرح القانون المدني. ج ٢. ص ٣٠٤

والحق، أن فضل التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يعود إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم كما ينسب إليهم فضل التمييز بين المسؤوليتين المدنية والجنائية، فقد صاغ الفقيه الفرنسي الكبير دوما في كتابه (القوانين المدنية) قاعدة قضت بما يأتي: ^(١) «كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص نتيجة لعدم التبصر أو الطيش أو الجهالة بما يجب العلم به أو لأي خطأ آخر مماثل أياً كانت درجة ذلك الخطأ يلزم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو أي خطأ آخر صدر عنه سبباً في وقوعها».

وقد اقتبس واضعوا القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ (تقنين نابليون) كما انتهى إليه الفقه الفرنسي القديم من تمييز بين المسؤولية المدنية والجنائية ومن وضع قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية ومن إقامة هذه المسؤولية على عنصر الخطأ. فتضمنت المادة ١٣٨٢ القاعدة العامة لها القاضية بإلزام أي شخص سبب فعله الخاطئ الأضرار بالغير بتعويض الغير عن الضرر الذي تسبب فيه بخطئه ونصت المواد ١٣٨٤-١٣٨٦ على تطبيقات خاصة للمسؤولية التقصيرية تتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير وفعل الحيوان والبناء والأشياء غير الحية الأخرى. وقد اعتمد الفقه والقضاء الفرنسيان على هذه المواد في إقامة نظرية عامة للمسؤولية التقصيرية كانت مصدر أحكام هذه المسؤولية في أكثر القوانين المدنية المعاصرة ومنها أغلب التقنينات المدنية العربية.

إن ما وضعه تقنين نابليون من أحكام للمسؤولية التقصيرية أصابه الكثير من التطور الذي اقتضاه تطور المجتمع المعاصر مادياً وفكرياً فقد كان للتطور الاقتصادي والتعاقد الصناعي وبروز القيم الاشتراكية ونضج الوعي الاجتماعي الأثر البالغ في توجيهه دفعة أحكام المسؤولية التقصيرية إلى طريق العدالة. وهو طريق يقتضي العمل على تيسير حصول المضرور على التعويض عن طريق تخفيف عبء إثبات خطأ مرتكب الفعل الضار الذي ألقاه تقنين نابليون على كاهله أو استبعاد عنصر الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية وقد تذرع كل من التشريع والفقه والقضاء للسير في هذا الطريق بوسائل شتى لأهمها ما يلي:

١- افتراض الخطأ في جانب مرتكب الفعل الذي تسبب في الضرر مع السماح لمن

(١) غني حسون طه. الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص ٤٢٧ نقلاً عن مازو وتونك

افتراض الخطأ في جانبه بنفي قرينة الخطأ المفروض. وبتعبير آخر إقامة المسؤولية التقصيرية على أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

٢- افتراض الخطأ في جانب مرتكب الفعل الضار وعدم السماح له بنفي قرينة الخطأ المفروض أي إقامة المسؤولية على أساس خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس.

٣- استبعاد الخطأ كركن من أركان المسؤولية وإقامتها على عنصر الخطر ومبدأ تحمل التبعة، والاعتداء بالضرر في ترتبها. أي وجوب التعويض على كل شخص خلق بنشاطه خطراً ضرراً للغير.

٤- استبعاد الخطأ كأحد أركان المسؤولية والاعتداء بالضرر وحده وتأسيس المسؤولية على فكرة الضمان.

٥- إقرار مسؤولية الشخص عن أفعاله الضارة وأن ظل ضمن الحدود المادية لحقه دون إثباته قد تقلص نطاقها وأضحت تقف إلى جانبها صور أخرى من المسؤولية عن

الفعل الضار

٣- نطاق المسؤولية التقصيرية:

إن تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية يقتضينا الكلام عن أمرين أولهما التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية وبيان حكم اجتماعهما وثانيهما التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وبيان حكم اختلاطهما.

٤- التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية:

تختلف المسؤوليتان الجنائية والمدنية من حيث الأساس الذي تقوم عليه كل منهما. فالمسؤولية الجنائية تقوم على أساس هو الضرر الذي يصيب المجتمع، أما أساس المسؤولية المدنية فهو الضرر الذي يصيب الفرد.

وتترتب على هذا الفارق الرئيس بين المسؤوليتين وجوه الاختلاف الآتية:

١- الجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة توقع باسم المجتمع على شخص المسؤول أما الجزاء في المسؤولية المدنية فتعويض يستوفى من ماله.

٢- تهدف العقوبة كجزاء جنائي إلى زجر المجرم وردع غيره أما الجزاء المدني فيستهدف إزالة الضرر أو التخفيف منه.

٣- دعوى المسؤولية الجنائية من حق المجتمع ولذلك فإن ممثل المجتمع وهو الادعاء العام أو النيابة العمومية هو الذي يتولى إقامتها. أما دعوى المسؤولية المدنية فمن حق المضرور فهو يملكها ويشيرها.

٤- تختص المحاكم الجزائية بالنظر في دعوى المسؤولية الجنائية أما دعوى المسؤولية المدنية فالأصل أن يكون النظر فيها من اختصاص المحاكم المدنية وإن جاز رفعها أمام محاكم الجزاء تبعاً للدعوى الجنائية.

٥- لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية من حق المجتمع لذلك لا يجوز لممثلته التصالح بشأها أو إسقاطها أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيجوز الصلح فيه أو التنازل عنه لأن الحق في التعويض خاص بالفرد.

٦- الأفعال التي يعاقب عليها المجتمع في دائرة المسؤولية الجنائية يجب أن تذكر على سبيل الحصر وأن تحدد العقوبة المقترنة بكل جريمة فالقاعدة في المسؤولية الجنائية هي أن (لا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص). أما الأفعال غير المشروعة التي توجب المسؤولية المدنية فلا حاجة لحصرها وذلك لأن المسؤولية المدنية تنهض كلما ارتكب الشخص عملاً غير مشروع ألحق بالغير ضرراً.

٧- تتناسب العقوبة في المسؤولية الجنائية مع درجة الخطأ، أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيتناسب مع مقدار الضرر. لأن تحديد العقوبة يتأثر بدرجة خطورة الفعل على أمن المجتمع ونظامه يصرف النظر عن مقدار الضرر وقد توقع العقوبة بالرغم من عدم وجود الضرر كما هو الشأن في جرائم الشروع.

٨- يعتبر القصد الجنائي ركناً لقيام المسؤولية الجنائية فنية مرتكب الفعل يجب أن تتجه إلى إحداث الضرر لكي تقرر مسؤوليته وإن لم يترتب على فعله ضرر. أما المسؤولية المدنية فلا يشترط لقيامها توافر هذه النية.

٩- لما كانت المسؤولية الجنائية تدور مع الخطأ وجوداً وعدماً فإن التمييز يعتبر شرطاً لقيامها، ذلك لأن غير المميز لا يدرك ما يفعل. ومن لا يدرك لا ينسب إليه خطأ. أما المسؤولية المدنية فقد تنقرر وإن لم يكن المسؤول مميزاً.

٥- اجتماع المسؤوليتين المدنية والجنائية وحكمه:

قد تترتب على الفعل الواحد إحدى المسؤوليتين دون الأخرى ففي حمل السلاح دون

إجازة تترتب المسؤولية الجنائية دون المدنية وفي عدم تنفيذ العقد تترتب المسؤولية المدنية دون الجنائية. ومع ذلك يقع كثيراً أن تترتب المسؤوليتان معاً على الفعل الواحد فحسراتم القتل والسرقه والرشوة أفعال تلحق ضرراً بالمجتمع وتصيب الفرد بضرر في الوقت نفسه وعندئذ تنهض المسؤوليتان وتترتب الأحكام التالية:

١- من حيث الاختصاص القضائي:

إذا تترتب المسؤوليتان، جاز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ورفع الدعوى الجزائية أمام محكمة الجزاء، إلا أن من الممكن رفع الدعوى المدنية بناء على طلب المضرور أمام محكمة الجزاء التي تفصل في الدعوى المدنية لتقضي عندئذ عن تحقيق المسؤوليتين بالعقوبة والتعويض معاً. لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية استناداً إلى التسليم بأن حق المجتمع يعلو على حق الفرد.

٢- من حيث تقادم الدعوين:

تقضي بعض القوانين المدنية ومنها القانون المدني المصري بأن الدعوى المدنية لا تسقط بالتقادم إلا عند سقوط الدعوى الجنائية وهو حكم لم ينص عليه القانون المدني العراقي. والحكم في قانوننا وفقاً لنص المادة ٢٣٢ هو عدم سماع الدعوى المدنية بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه وبعدم سماع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع، أما الدعوى الجنائية فتسقط بانقضاء المدة التي نص عليها قانون العقوبات.

٣- من حيث تأثير الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية:

فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام محكمة الجزاء ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وجب على القاضي المدني أن يتوقف عن الفصل في الدعوى المدنية حتى يفصل القاضي محكمة الجزاء في الدعوى الجنائية وذلك إعمالاً لقاعدة مستقرة مفادها أن الجنائي يوقف المدني.

٤- من حيث تأثير الحكم الجنائي في حكم القاضي المدني:

فإذا صدر حكم نهائي من محكمة الجزاء في الدعوى الجنائية كان هذا الحكم حجة على القاضي المدني فيما أثبتته من وقائع دون أن يكون حجة عليه فيما ورد فيه من تكييف قانوني لهذه الوقائع. ومفاد ذلك أن محكمة الجزاء إذا قضت بثبوت الوقائع المسندة إلى المتهم وقررت إدانته وجب على القاضي المدني أن يتقيد بهذا الحكم ويقضي بالتعويض أما إذا قررت براءته لعدم ثبوت الوقائع المسندة إليه فلا يحق للقاضي المدني أن يحكم بثبوتها ويصدر حكمه بالتعويض. ولكن القاضي المدني لا يتقيد بالتكييف القانوني للوقائع التي تثبتها محكمة الجزاء في حكمها. فإذا قضت محكمة الجزاء بالبراءة استناداً إلى وجود موانع العقاب أو تأسيساً على إهمال المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي فإن هذا الحكم بالبراءة لا يحول دون مساءلة المتهم مدنياً والحكم عليه بالتعويض. كسأن يقرر القاضي المدني أن إهمال المتهم وأن لم يرق إلى درجة الخطأ الجنائي المعاقب عليه جنائياً إلا أنه يعتبر خطأ يرتب المسؤولية المدنية.

٥- التمييز بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية:

تقوم بين المسؤوليتين فروق جسيمة كثيرة من حيث الأحكام ومن حيث النطاق نوجزها فيما يأتي:

١- من حيث الأهلية: إذ يشترط توافر الأهلية الكاملة وهي بلوغ سن الرشد دون التعرض لأي عارض من عوارض الأهلية، لتحقيق المسؤولية العقدية في أكثر العقود، أما المسؤولية التقصيرية فيكتفى لترتيبها بالتمييز. ومع ذلك فإن بعض القوانين أقرت تحقق مسؤولية غير المميز عن العمل غير المشروع، سواء صدر عنه شخصياً أو صدر عن فعل تابعه.

٢- من حيث الإعذار: والإعذار هو دعوة المدين من قبل دائته إلى تنفيذ التزامه ووضع قانوناً في حالة التأخر في التنفيذ مما تترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر والإعذار واجب لمساءلة المدين عن التعويض في دائرة المسؤولية العقدية في أغلب الأحوال ولا محل له في دائرة المسؤولية التقصيرية.

٣- من حيث الإثبات: يقال عادة أن عبء الإثبات الملقى على عاتق الدائن في دائرة المسؤولية العقدية أيسر من العبء الملقى على كاهل المضرور في دائرة المسؤولية التقصيرية. ذلك لأن الدائن لا يكلف في نطاق المسؤولية العقدية إلا بإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية على نحو يتفاوت العبء فيه تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدي التزاماً بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية. أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن على الدائن المضرور إثبات الخطأ الذي ارتكبه المسؤول. وهو خرق الواجب الذي يفرضه القانون بعدم الإضرار بالغير. ومع ذلك ينبغي أن يلاحظ ما طرأ على المسؤولية التقصيرية من تطور عميق أصاب ركن الخطأ من حيث إثباته أو من حيث اعتباره ركناً من أركانه.

٤- من حيث مدى التعويض: ذلك لأن المتعاقد المسؤول يسأل عن الضرر المباشر المتوقع الحصول عند التعاقد من حيث نوعه ومقداره فحسب ولا يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع ألا إذا تسبب في حصوله بغشه أو بخبطه الجسيم. أما في دائرة المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يشمل الضرر المباشر كله متوقعاً كان أو غير متوقع.

٥- من حيث التضامن بين المسؤولين: إذا تعدد المسؤولون في دائرة المسؤولية التقصيرية التزموا بالتعويض على سبيل التضامن لأن التضامن فينا بينهم ثابت بنص القانون. أما في دائرة المسؤولية العقدية فإن التضامن بين المسؤولين لا يفترضه القانون وإنما ينبغي لتحقيقه أن ينص عليه القانون.

٦- من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية إذا يعتبر الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية باطلاً: وذلك ما تنص عليه أكثر القوانين لأن قواعد المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام. ويقاس على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية التخفيف منها لاتحاد الحكمة من الحكم في الحالين. أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فحائز إلا عند الاتفاق على الإعفاء منها في حالة ما إذا صدر عن المدين شخصياً غش أو خطأ جسيم.

٧- من حيث التقادم: ذلك لأن دعوى المسؤولية العقدية تسقط بمضي خمس عشرة سنة أما دعوى التعويض في دائرة المسؤولية التقصيرية فتتقادم بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بوقوع الضرر وعن أحدثه، وتسقط في جميع الأحوال بمضي خمسة عشر عاماً من يوم وقوع العمل غير المشروع.

٨- وأما من حيث النطاق: فإن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عند توافر شرطين، فإن لم يتوافرا تحققت المسؤولية العقدية في كل مجال لا تنهض فيه المسؤولية الجنائية: أولهما: وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور. وثانيهما: نشوء الضرر عن إخلال بالتزام ناشئ عن العقد، وقد سبق تفصيلهما في كلامنا على مصادر الالتزام.

٧- موقف الفقه من التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية:

توزع الفقه على اتجاهين متضادين في هذا الصدد، فأكد فريق وجوب التمييز بين المسؤوليتين معتمداً على ما ذكرناه من فروق بينهما من حيث الأحكام والنطاق، ويعرف أصحاب هذا الاتجاه بأنصار ازدواج المسؤولية ويتزعمهم الفقيه الفرنسي بلانيول^(١).

وعمد أنصار وحدة المسؤولية لدعم رأيهم إلى تنفيذ حجج أنصار ازدواج المسؤولية المار ذكرها. فقالوا إن ما ادعاه أنصار ازدواج المسؤولية من قيام فروق بين المسؤوليتين لا يرر التمييز بينهما. ذلك لأنها ليست فروقاً جوهرية تثبت اختلافهما من حيث الطبيعة وإنما هي فروق ظاهرية لا تسوغ التمييز بينهما عند التعمق في تحليلها. ألا أن إمعان النظر في الحجج التي ساقها أصحاب الاتجاهين يكشف عن مغالاة كل منهما في الدفاع عن رأيه. والحق أن بعض ما ساقه أنصار ازدواج المسؤولية من فروق لا ينسب إلى اختلاف المسؤوليتين من حيث الطبيعة وإنما يعزى إلى نوع الالتزام. كما أن ما عمد إليه أنصار وحدة المسؤولية من إنكار جميع الفروق بين المسؤوليتين ينطوي على مبالغة. والرأي الصائب عندنا هو أن هناك ثمة فروق تقوم بين المسؤوليتين مردها اختلافهما من حيث المصدر. فالعقد هو مصدر الالتزام الذي تترتب المسؤولية العقدية عند الإخلال به. والقانون هو مصدر الالتزام بالامتناع عن الإضرار بالغير الذي تنشأ المسؤولية التقصيرية عند مخالفته. ولذلك تختلف المسؤوليتان من حيث النطاق كما تختلفان في بعض الأحكام

(١) بلانيول في شرح القانون المدني ج ٢ - ف ٨٧٣

كمدى التعويض والتقادم واتفاقات الإعفاء من المسؤولية والتضامن.
نخلص مما تقدم إلى القول أن أنصار وحدة المسؤولية لم يفلحوا في هدم التمييز بين
المسؤوليتين بالرغم من وجاهة بعض حججهم. وذلك لقيام بعض الفروق الحقيقية بينهما
من حيث النطاق.

٨- الجمع بين المسؤوليتين والخبرة بينهما^(١):

قد تترتب المسؤوليتان العقدية والتقصيرية على فعل ضار واحد، كأن يقع فعل ضار يعتبر
إخلالاً بالتزام ناشئ عن عقد صحيح، ويعتبر في الوقت نفسه إخلالاً بالتزام قانوني عام،
ويتوافر عند وقوعه شروط المسؤوليتين. إن التساؤل يثور عندئذ حول إمكان الجمع بين
المسؤوليتين أو الخبرة بينهما أو عدم إمكان أي من ذلك وسنتكلم بإيجاز في الأمرين تباعاً.
٩- الجمع بين المسؤوليتين:

يقصد بالجمع بالمسؤوليتين الاستعانة بقواعدهما معاً لاقتضاء التعويض ويتصور الجمع
بينهما في حالات ثلاث: أولاًها: أن يحاسب الدائن مدينه بما معاً كأن يطالب الدائن
بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، ثم يقيم دعوى ثانية للمطالبة بالتعويض على
أساس المسؤولية التقصيرية. وثانيتهما: أن يقيم الدائن دعوى واحدة يختار فيها الأصلح من
أحكامهما ليجمع بين مزاياهما، ولأن المسؤولية العقدية تتميز بتخفيف عبء الإثبات عن
كاهل المدين، أما المسؤولية التقصيرية فتتميز باتساع نطاق التعويض وشموله كلاً من
الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. وثالثة هذه الحالات: أن يقيم الدائن الدعوى مطالباً
فيها بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، ولكنه يخسرها ويريد أن يطالب بالتعويض
وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بدعوى أخرى.

إن الجمع بين المسؤوليتين أمر استقر الفقه والقضاء على منعه في الحالات الثلاث لأن
جواز الجمع في الحالة الأولى يفضي إلى القضاء بتعويض مضاعف.
ولأن الجمع بينهما في الحالة الثانية يؤدي إلى الإخلال بما حددته القاننون لكل من
المسؤوليتين من تنظيم مستقل. ولأن الجمع في الحالة الثالثة يخل بمبدأ الدفع بسبق الفصل

(١) مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية ف ٢٨ سليمان مرقص الفعل الضار ص ٢٤

في قضية اتحدت مع القضية المراد رفع دعوى أخرى بها في الموضوع والسبب والخصوم.

١٠- الخيرة بين المسؤولينتين: يراد بالخيرة بين المسؤولينتين، حق الدائن في اختيار أي من المسؤولينتين العقدية أو التقصيرية للمطالبة بالتعويض عن عدم الوفاء بالتزام عقدي تسبب المدين بخطئه في عدم الوفاء به، والخيرة بين المسؤولينتين أمر يختلف الفقه والقضاء بصده وتوزع الرأي على اتجاهين بشأنها. أحدهما يرى عدم جواز الخيرة بين المسؤولينتين، وثانيهما يقر الخيرة بينهما.

أما الاتجاه الأول فينادي أصحابه بعدم جواز الخيرة ويوجبون على المضرور اختيار إحدى الدعويين، ولكنهم ينقسمون إلى فئتين من حيث تبرير رأيهم، أما الفئة الأولى فتزعم أن قواعد المسؤولية التقصيرية ليست جميعها من النظام العام.

إذا أن أكثرها لا يمس الإخلال به مصلحة المجتمع وإنما يمس مصالح فردية، وإذا تم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالمصالح الفردية فإن العقد يتضمن عندئذ اتفاقاً ضمناً على استبعاد المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات القانونية المماثلة للالتزامات العقدية ولا يدع مجالاً للاستعانة بأحكام المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذه الالتزامات. وأما الفئة الثانية فتري أن قواعد المسؤولية التقصيرية وإن كانت جميعها من النظام العام ألا أنها لا تحكم العلاقات بين أطراف العقد وإنما تحكم علاقات غيرهم، وإلا لما وضع القانون قواعد خاصة بالمسؤولية العقدية. فقواعد المسؤولية التقصيرية لا تعدو أن تكون قواعد احتياطية لا تطبق إلا حينما ينعدم مجال تطبيق المسؤولية العقدية وتنهض المسؤولية العقدية وحدها عند إخلال أحد الطرفين، بعد انعقاد العقد صحيحاً بالتزاماته الناشئة عن العقد.

أما الاتجاه الثاني الذي يضم أنصار الخيرة بين المسؤولينتين والذي يجيز للمضرور الخيار في إقامة إحدى الدعويين العقدية أو التقصيرية وفق رغبته فحجته أن قواعد المسؤولية التقصيرية قواعد تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على استبعادها عند توافر شروط تطبيقها، وأن العقد إذا كان ينظم الروابط بين طرفيه فإنه يضيف التزامات عقدية إلى الالتزامات الأخرى التي فرضها القانون دون أن يعني تنظيمه للالتزامات العقدية استبعاده

الأخذ بالالتزامات القانونية ولذلك إذا لم تسعف أحكام العقد أحد طرفيه للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية لوجود شرط للإعفاء من هذه المسؤولية، فلا مانع إطلاقاً من أن يستعين بقواعد المسؤولية التقصيرية لمقاضاة فاعل الفعل الضار إذا توافرت شروط تطبيقها دون أن يمنع وجود العقد الاستعانة بها.

ونرى أن القول بالخيرة رأى أصوب لسببين: أولهما أن قواعد المسؤولية التقصيرية كافية تعتبر من النظام العام، وأنه ينبغي اللجوء إليها حيثما يتعذر اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ التزام عقدي. ونرى أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يتعدى أثره إعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي وإعفائه من إثبات السبب الأجنبي، وإلا أن الدائن إذا أثبت وجود خطأ تقصيري ينسب إلى المدين تسبب في عدم التنفيذ وقع المدين في نطاق المسؤولية التقصيرية وحكم عليه بالتعويض بمقتضاها. وثانيهما: أن التشبث بمقتضيات العدالة الذي يدعو إليه الوعي الاجتماعي الناضج وتؤكدته القيم الاشتراكية يفضي إلى القول بالخيرة بين المسؤوليتين ضماناً لحصول المضرور على التعويض عن الفعل الضار إذا لم تسعفه قواعد المسؤولية العقدية. والقول بغير ذلك بحجة أن المشرع وضع تنظيماً مستقلاً لكل من المسؤوليتين يؤدي إلى حرمان المتضرر في الحالات التي تتحكم فيها إرادة الطرف القوي في العقد فيحمل الطرف الأخر على قبول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وفي الحالات التي لا يستطيع الدائن فيها إثبات الخطأ العقدي الناشئ عن إخلال بالتزام ببذل عناية ويكون فيها ترتب المسؤولية التقصيرية على الفعل الضار أيسر عبثاً من حيث الإثبات عليه.

١١- المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي:

نص المشرع العراقي على المسؤولية التقصيرية بسبع وأربعين مادة هي المواد (١٨٦-٢٣٢). وقد وزع الكلام فيها على فرعين تناول في أولهما بسط أحكام المسؤولية عن الأعمال الشخصية. وخصص الفرع الثاني لبيان أحكام المسؤولية الناشئة عن عمل الغير وعن الأشياء. ويلاحظ أن المشرع العراقي اقتبس تبويه لأحكام هذه المسؤولية من

الفقه الغربي، ولكنه استمد أكثر أحكامها الموضوعية من الفقه الإسلامي كما يلاحظ أن
المشرع العراقي في اقتباسه الأحكام من الفقه الإسلامي أكثر من اقتباس الأحكام التطبيقية
وساق الأحكام لكثير من الجزئيات التي كان يغني عن بيانها سوق المبادئ والقواعد
العامّة.

وستنقيد في البحث بتبويب القانون المدني، فنقسمه إلى فصلين نفرد أولهما للمسؤولية عن
الأعمال الشخصية ونعقد ثانيهما للمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء.

الفصل السادس

المسؤولية عن الأعمال الشخصية

١٢- أفرد المشرع العراقي للمسؤولية عن الأعمال الشخصية اثنتين وثلاثين مادة (١٨٦م-٢١٧) تكلم فيها على الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال (١٨٦م-٢٠١) وعلى الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس (٢٠٢م-٢٠٣) ثم ساق أحكاماً مشتركة للأعمال غير المشروعة (٢٠٤م). وأعقب ذلك بالكلام في التعويض (٢٠٥م-٢١٠) وفي نفي علاقة السببية (٢١١م) وفي حالات انعدام صفة الخطأ في العمل غير المشروع (٢١٢م-٢١٥) ثم اختتم الفرع الذي خصصه للمسؤولية عن الأعمال الشخصية بالمادة ٢١٧ التي نص فيها على التضامن بين المدينين.

لقد سلك المشرع العراقي مسلكاً يؤخذ عليه في بيان أحكام هذه المسؤولية فهو لم ينهج النهج اللاتيني في بيان أحكامها، وهو نهج تميز بوضع أحكام عامة تصاغ في قواعد مجردة تحيط تنظيمياً بمختلف تطبيقات هذه المسؤولية وانحراف عن نهج كل من القانون الانكليزي والالمانى اللذين تميزا بعدم وضع قاعدة عامة لهذه المسؤولية وإنما بتحديد الأعمال غير المشروعة التي توجب التعويض ولكن دون مغالاة في سوق الأحكام الجزئية وانحراف عن جادة الفقه الإسلامي الذي تميز بالعزوف عن ذكر القواعد العامة وبالاهتمام بالأحكام التطبيقية وذلك بجمعه بين المبدأ وبين الأحكام التطبيقية وبخروجه عن بعض ما استقر في الفقه الإسلامي من أحكام.

إن كلامنا على هذه المسؤولية يتوزع على ثلاثة مباحث نعقد أولها للكلام على أركان هذه المسؤولية. ونخصص ثانيهما للبحث في حكم تحققها وهو التعويض ونفرد ثالثهما للكلام على تعديل أحكامها.

البحث الأول أركان المسؤولية التقصيرية

١٣- نصوص تشريعية:

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي على ما يلي: (إذا أُلِف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى). وقضت المادة ٢٠٢ منه بما يلي (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر). وجاء في المادة ٢٠٤ منه: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض:

إن هذه المواد التي تضمنت قواعد عامة للمسؤولية التقصيرية تشير إلى أن هذه المسؤولية تقوم على أركان ثلاثة هي: الضرر والخطأ وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ ولذلك فإن كلامنا على أركان المسؤولية التقصيرية يقتضيها الكلام على كل من هذه الأركان الثلاثة على التعاقب مفردين لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

الركن الأول: الضرر

١٤- تعريف الضرر:

يعرف الضرر بأنه أذى يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مشروعة له وهو ركن أساس في المسؤولية لأن المسؤولية تعني التزاماً بالتعويض والتعويض يقدر بقدر الضرر وبانتفائه تنتفي المسؤولية ولا تظل محل للتعويض ولا تكون لمدعي المسؤولية مصلحة في إقامة الدعوى.

١٥- نوعا الضرر:

يبدو الضرر على نوعين: أولهما المادي وثانيهما الضرر الأدبي أما الضرر المادي فخسارة تصيب المضرور في ماله كإتلاف مال أو تفويت صفقة أو إحداث إصابة تكبد المصاب نفقات. وأما الضرر الأدبي فهو ما لا يبدو في صورة خسارة مالية وإنما يتبدى في صورة ألم ينتج عن إصابة أو مساس بالشعور ينتج عن إهانة، أو تقييد للحرية ينتج عن حبس دون وجه حق.

١٦- شروط الضرر:

يشترط توافر شروط ثلاثة في الضرر كي يمكن الحكم بالتعويض عنه أولها أن يكون محققاً وثانيها أن يكون مباشراً وثالثها أن يصيب حقاً أو مصلحة مالية مشروعة وستكلم على هذه الشروط الثلاثة تباعاً وبإيجاز.

١٧- الشرط الأول: أن يكون الضرر محققاً وهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً أو كان مستقبلاً إذا كان وجوده مؤكداً وإن تراخى وقوعه إلى زمن لاحق فإذا تعهد شخص بتوريد المواد الغذائية إلى مستشفى شهرياً وتوقف عن التوريد فإن الضرر يكون محققاً وإن وقع مستقبلاً إذا كان لدى إدارة المستشفى من المواد الغذائية ما يكفيها في الحال أو في المستقبل القريب ما دامت ستضطر إلى شراء هذه المواد عند نفاذ ما لديها منها.

وإذا أمكن التعويض عن الضرر المحقق حالاً أو كان مستقبلاً فلا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل^(١) وهو الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلاً فلا يجوز لجهة خيرية أن تطالب من قتل شخصاً اعتاد التبرع لها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء حرمانها من تبرع اعتاد القتل تقديمه إليها لأنه ضرر محتمل.

وقد جرى القضاء الفرنسي والمصري على اعتبار تفويت الفرصة للكسب ضرراً محققاً وليس محتملاً^(٢) كحرمان موظف من دخول امتحان للترقية أو حرمان حصان من الاشتراك في سباق الخيل. ذلك لأن الحرمان في الحالتين لا تنطوي على المساس بالأمل في الفوز وإنما يمس الحق في الفرصة لمحاولة الفوز وتفويت الفرصة ضرر محقق وإن كان الفوز نتيجة محتملة، إلا أن الضرر عندئذ لا يقدر بقدر الكسب الذي فاتت فرصته وإنما يقدر ما يحتمل معه تحقق الكسب في تلك الفرصة.

١٨- الشرط الثاني: أن يكون الضرر مباشراً متوقعاً كان أو غير متوقع والضرر المباشر هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر عن الوفاء به وإليه أشارت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ من قانوننا المدني بقولها: (تقدر المحكمة التعويض في

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١، ص ٨١٢.

(٢) سليمان مرقش، شرح القانون المدني، جـ ٢، ص ٣١٣.

جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع).

وهذا يعني أن ما يمكن التعويض عنه من ضرر هو ما يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير فالنتيجة الطبيعية للإخلال بالالتزام ترادف الضرر المباشر في المعنى وقد أوضحت المادة ٢٤١ من القانون المدني المصري معنى النتيجة الطبيعية: (...). ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد مقول (أما الضرر غير المباشر فلا يجوز التعويض عنه لانقطاع السببية بين الخطأ والضرر عندئذ فلو اعتدى شخص على آخر بالضرب وأصابه بعاهة وحزنت أم المصاب على ابنها فماتت كمدماً فإن ما أصاب الشخص من عاهة وما تكبده من نفقات وما تحمله من تعطل يعتبر ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه ولكن موت الأم يعتبر ضرراً غير مباشراً لا يجوز الحكم بتعويض عنه.

ويلتزم المدين في نطاق المسؤولية التقصيرية بالتعويض عن الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع لأن القانون يلزمه بالتعويض عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.

١٩- الشرط الثالث: أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور أن الضرر الذي يمكن التعويض عنه قد يصيب حقاً للمضرور كأن يحرق شخص دار شخص آخر وقد يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة للمضرور دون أن ترقى إلى مرتبة الحق كأن يقتل شخص رجلاً كان يعيل بعض ذوي قرباه دون أن يكون ملزماً قانوناً بنفقتهم إذا استطاع ذووا القربى ممن كان القتل يعيلهم مقاضاة القاتل لمطالبته بالتعويض عن حرمانهم من الإعالة إذا ثبت أن القتل كان يعيلهم على نحو مستمر وأنه كان سيستمر في الإنفاق عليهم لو بقي حياً.

أما إذا لم ينصب الضرر على حق أو مصلحة مالية مشروعة فلا يجوز التعويض عنه فلا يحكم بالتعويض لغاصب عين انتزعها منه مالكها لانتفاء حق الغاصب ولا يحكم بالتعويض لخليلة قتل خليلها لأن مصلحتها المالية التي تأثرت بقتل الخليل ليست مشروعة.

المطلب الثاني

الركن الثاني: الخطأ

٢٠- تعريف الخطأ التقصيري:

اختلفت الآراء بشأن تحديد معنى الخطأ التقصيري وسيقت له تعريفات كثيرة مختلفة لن نعرض لذكرها وتقييمها وإنما حسبنا أن نذكر منها ما نراه أكثرها دقة واستقراراً في الفقه والقضاء المعاصرين وهو تعريف يقول إن الخطأ التقصيري هو إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك.

إن هذا الالتزام القانوني السابق هو الالتزام باحترام حقوق الكافة وعدم الإضرار بهم وهو التزام ببذل عناية والعناية المطلوبة هي اتخاذ الحيلة والتحلي باليقظة والتبصر في السلوك لتحاشي الإضرار بالغير، وفي ذلك يختلف الالتزام العقدي الذي يفرض الإخلال به إلى المسؤولية العقدية عن الالتزام القانوني الذي يربط الإخلال به المسؤولية التقصيرية ذلك لأن الالتزام القانوني هو التزام ببذل عناية دائماً أما الالتزام العقدي فقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية أن الخطأ التقصيري كما يتضح من التعريف يقوم على ركنين أو يتحلل إلى عنصرين. أولهما: العنصر المادي أو الموضوعي وهو الإخلال أو التعدي. وثانيهما: العنصر المعنوي أو الشخصي وهو الإدراك أو التمييز وستكلم عليهما فيما يلي بإيجاز:

٢١- العنصر المادي: الإخلال أو التعدي

يراد بالتعدي تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه فهو انحراف في السلوك سواء كان الانحراف متعمداً أو غير معتمد والانحراف المتعمد هو ما يقتصرن بقصد الإضرار بالغير أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال وتقصير ويستعان عادة بمعيار موضوعي لتحديد التعدي أو لضبط الانحراف وليس بمعيار شخصي ويراد بالمعيار الشخصي أو الذاتي النظر إلى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار لمعرفة ما إذا كان فعله يعتبر تعدياً أو بتعبير آخر البحث عما إذا كان الفعل الضار الذي وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك إن هذا المعيار يقتضي أن يحاسب الشخص الذي يتميز باليقظة والتبصر على أتفه انحراف في سلوكه وأن لا يحاسب من يكون دون المستوى العادي في اليقظة والحيلة إلا على انحراف بارز في السلوك وإذا كان هذا المعيار يعتبر عادلاً بالنسبة لفاعل الضرر إلا أنه ينطوي على عيبين. أولهما: أنه يقتضي تحليل شخصية

المعتدى وما درج عليه من سلوك وذلك أمر شاق. وثانيهما: أنه مجحف بحق كل من المضرور والفاعل الشديد اليقظة في كثير من الأحوال فهو يهدر حق المضرور إذا كان الفاعل قليل اليقظة وهو يضيق الخناق على الفاعل الشديد اليقظة ويحاسبه على أقل انحراف في السلوك.

أما المعيار الموضوعي أو المجرد في ضبط الانحراف فيعني قياس الانحراف بسلوك شخص معتاد مجرد محاط بنفس ظروف الفاعل دون الاكتراث بشخص من وقع منه الفعل الضار ويراد بالشخص المعتاد شخص من نفس طائفة الفاعل متوسط في جميع الصفات ويراد بالشخص المجرد شخص مجرد من ظروفه الشخصية ونفترض إحاطته بنفس ظروف الفاعل إن هذا الشخص المجرد المعتاد الذي يمثل طائفة الفاعل والسذي يتمتع بمتوسط الصفات فلا هو بالشديد اليقظة الخارق الذكاء وليس هو بالمهمل البليد التفكير هو من يعرف في القانون الفرنسي باسم رب الأسرة الحريص الذي يتخذ سلوكه لقياس الخطأ العقدي متى كان إخلالاً بالتزام بوسيلة أو ببذل عناية كما يعتبر سلوكه معياراً لضبط الخطأ التقصيري.

أما المراد بظروف الفاعل التي يفترض إحاطة الشخص المعتاد بها فقد اختلف الرأي بشأنها وذهب أكثر الفقه وأغلب القضاء إلى القول بأنها الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل^(١) كظرفي الزمان والمكان دون الظروف الداخلية التي تتعلق بشخصه من صحة وثقافة وحالة عصبية وطباع وجنس وسن فإذا كان من وقع منه الفعل الضار سائقاً وأردنا أن نتبين خطأه وجب علينا مقارنة سلوكه بسلوك سائق معتاد تحيطه نفس ظروف الفاعل الخارجية فإذا كان السائق يسير في شارع مزدحم أو في أرض زلقة أو كان يسير ليلاً أو في صباح كثيف الضباب وجب علينا الاعتداد بظرفي المكان والزمان هذين لأنهما من الظروف الخارجية أما إذا كان السائق ضعيف البصر أو بطيء التفكير أو عصبي المزاج أو متقدماً في السن أو أمياً لا يقرأ تعليمات المرور لزمننا عدم الاكتراث بهذه الاعتبارات لأنهما من الظروف الداخلية ووجب علينا أن نتبين ما إذا كان مسلك الفاعل كمسلك السائق المعتاد المحاط بنفس ظروفه الخارجية أو أكثر يقظة وحيطه أو كان دونه يقظة وتبصراً فإن كان مسلكه كمسلك السائق المعتاد أو أكثر يقظة نفينا الخطأ عنه وإن كان مسلكه دون مسلكه دون مسلك السائق المعتاد حيطه وتبصراً اعتبرناه مخطئاً.

(١) وقد رأى ذلك هري وليون مازو وسابريهم أكثر الفقهاء. السنهوري. المرجع السابق ص ٧٨٢.

٢٢- العنصر المعنوي: الإدراك أو التمييز

لما كانت القاعدة القانونية خطاباً يوجه إلى الأشخاص ليلزمهم بانتهاج سلوك معين ولما كان من لا يملك الإدراك لا يجدي معه الخطاب إلا إذا فرض القانون واجباً لا يتطلب من المخاطب إدراكاً ولا يقتضي منه عملاً إرادياً كالالتزام بالضرائب وکالتزام المتبوع غير المميز بضمان أفعال تابعه الضارة فإن الإدراك أو التمييز يعتبر عنصراً أساساً في الخطأ. وقد اعتبر الإدراك أو التمييز عنصراً أساساً في الخطأ منذ انعقد الجمهوري من عهدود القانون الروماني وظل كذلك عبر القرون الوسطى كما استقرت أهميته في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين المتأثرة به وقد ترتب على اعتبار الإدراك عنصراً في الخطأ عدم مسؤولية الصبي غير المميز والمجنون عن أفعالهما الضارة كما ترتب عليه عدم مسؤولية من فقد التمييز بصورة وقتية لأي سبب عارض كالسكر أو تعاضى المخدرات إلا إذا ثبت أن الفاعل قد تسبب بخطئه في حدوث العارض.

غير أن اشتراط التمييز لترتب المسؤولية عن العمل غير المشروع لم يجد تقبلاً من جانب الفقه والقضاء المعاصرين وفي بعض القوانين المدنية الحديثة لما ينتج عنه من مخافة للعدل لا سيما إذا كان فاعل الضرار ملئاً والمصاب معوزاً ولذلك اعتبر جانب من الفقه والقضاء التمييز من الظروف الداخلية التي لا تؤخذ بعين الاعتبار في قيام الخطأ كما سلم كل من القانون الألماني (الغربي) والبولوني وتقنين الالتزامات السويسري بمسؤولية عديم التمييز في الحدود التي يرسمها القانون^(١).

وقد كان من دوافع هذا الاتجاه ظهور المسؤولية المادية ونظرية تحمل التبعة التي جعلت قوام المسؤولية عنصر الضرر واستبعدت الخطأ وما يتعلق به من إدراك وتميز في ترتبها. وجدير بالذكر أن للفقه الإسلامي قصب السبق في هذا المضمار^(٢) فقد تقدم كسل التشريعات بزهاء أربعة عشر قرناً في التسليم بالمسؤولية المادية وفي إقرار مبدأ الغرم بالغنم ولم يأبه بعنصر الخطأ في التصرفات الفعلية فقد جعل مرتكب الفعل الضرار ضامناً عواقب فعله بصرف النظر عن التعمد والتعدي أي عن الإدراك والتمييز فالمباشر وهو من أحدث الضرر ضامن وأن لم يتعمد أو يتعد.

(١) عبد الباقي البكري. تنفيذ الالتزام. ص ١١٤.

(٢) عبد المجيد الحكيم. مصادر الالتزام. ص ٥٠٢.

فالمسؤولية المالية للإنسان تبدأ منذ مولده وبغض النظر عن مراحل حياته وتفاوت إدراكه ومع ذلك فقد أقر الفقه الإسلامي فكرة الخطأ في نطاق ضيق وسماء تقصيراً أو عدم تحرز وتطلبه في حالات الخطأ المفروض غير قابل لإثبات العكس في القوانين المدنية المعاصرة، وعدم التحرز في الفقه الإسلامي يقابل فكرة الخطأ السلبي في القوانين الوضعية فإذا سلم شخص ولده إلى سباح ليعلمه السباحة وغرق الولد أثناء التعلم كان السباح مسؤولاً لأن غرق الولد دليل على تقصير السباح في المحافظة والانتباه وكان عليه أن يتخذ الحيلة الواجبة للمحافظة على الولد وأن يتحرز من غرقه أما المشرع المصري فقد وقف موقفاً وسطاً حيال عنصر الإدراك فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ من تقيينه المدني بما يأتي: (ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم).

ويستفاد من هذا النص أن مسؤولية عدم التمييز في القانون المصري هي مسؤولية احتياطية جوازية مخففة فهي مسؤولية احتياطية لأنها لا تترتب إلا إذا لم يوجد من هو مسؤول عن عدم التمييز أو وجد وانتفت مسؤولية أو تعذر الحصول منه على التعويض وهي مسؤولية جوازية لأن تقدير الحكم بها متروك للمحكمة فلها أن تحكم عليه بالتعويض إذا رأت وضعه المالي يسمح بالحكم ولها أن لا تحكم بالتعويض إذا اقتنعت بخلاف ذلك وهي مسؤولية مخففة لأن القاضي لا يلزم عدم التمييز بالتعويض الكامل وإنما يحكم عليه بتعويض عادل يراعى فيه الحالة المالية لكل من عدم التمييز والمضرور وجسامه الضرر.

٢٣- الخطأ في القانون المدني العراقي:

حاول المشرع العراقي بحارة الفقه الإسلامي في أحكامه وسايه إلى مدى بعيد في تقرير مسؤولية غير البالغ ومن في حكمه كالجنون والمعتوه وقطع شوطاً أبعد مما قطعه المشرع المصري في استبعاد عنصر الإدراك ذلك لأنه لم يشترط التمييز في ترتب الضمان في المادة ١٩١ وإن اشترط التعمد والتعدي لترتبه في المادة ١٨٦ المار ذكرها فقد نصت المادة ١٩١ من القانون المدني العراقي بفقراهما الثلاث على ما يأتي: (١- إذا أُلُف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله، ٢- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز

للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر، ٣- عند تقرير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم).

إن إمعان النظر في نصوص التقنين المدني العراقي التي حكمت المسؤولية عن الأعمال الشخصية يكشف عن أمور ثلاثة هي الآتية:

أولها: أن المشرع العراقي جعل مسؤولية عدم التمييز مسؤولية أصلية وإن كانت مخففة فهي مسؤولية أصلية لأن الصبي غير المميز ومن في حكمه يلزم بالضمان من ماله وإذا تعذر الحصول على التعويض من ماله ودفعه الولي أو القيم أو الوصي أمكن لأي من هؤلاء الرجوع عليه بما دفع ولكنها مسؤولية مخففة لأن على المحكمة عند تقدير التعويض أن تقضي على غير المميز بتعويض عادل تراعي فيه الوضع المالي لكل من عدم التمييز والمضروب كما تراعي فيه جسامة الضرر دون أن يتعين عليها الحكم عليه بتعويض قانوني كامل.

ثانيها: أن المشرع العراقي وقع في تناقض فهو قد اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة ١٨٦ التي جاءت بحكم عام ولكنه حمل عدم التمييز المسؤولية طبقاً للمادة ١٩١ والتعمد هو اقتراف الفعل بقصد الإضرار والتعدي هو صدور الفعل الضار عن إهمال وعدم حيطه وكلاهما يفترضان التمييز في فاعل الضار لأهما يعينان الخطأ والخطأ لا يمكن أن ينسب لعدم التمييز وإذا كان المشرع يشترط الخطأ في المادة ١٨٦ وأحد عنصريه هو الإدراك والتمييز كقاعدة عامة ويحمل عدم التمييز المسؤولية عن فعله الضار غير مكترث بعنصر الخطأ في المادة ١٩١ فإن التناقض يبدو واضحاً في مسلكه فكأنه بمقتضى هذين النصين يكون قد حاسب كامل الأهلية محاسبة أخف من معاملة عدم الأهلية لأنه يتطلب في كامل الأهلية التعمد أو التعدي لثبوت مسؤوليته، ويكتفي بالفعل الضار لترتب مسؤولية عدم التمييز.

إن هذا التناقض يمكن رفعه في رأينا بالجمع بين نصوص القانون المدني العراقي التي عرضت لأحكام المسؤولية التقصيرية ذلك لأن كلاً من المادة ١٨٦ والمادة ٢٠٤ من قانوننا المدني إذا كانت تشترط التعدي لترتب المسؤولية التقصيرية فإن أياً من المادة ١٩١ والمادة ٢٠٢ التي حكمت الأفعال غير المشروعة التي تقع على النفس لم تشترطه ولما كانت المادة ١٩١ تحمل عدم التمييز المسؤولية عن أفعاله الضارة لتسهل عنصر

التمييز كأحد عنصري الخطأ وحيث أن جانباً منة الفقه والقضاء المعاصرين يعتبر التمييز من الظروف الداخلية التي لا تكثر في تحديد الخطأ وبالنظر إلى أننا نتخذ معياراً للخطأ هو الانحراف عن سلوك الرجل المحاط المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية فإن في وسعنا القول إن المشرع العراقي لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية التقصيرية خلافاً لما فعله الفقه الإسلامي لأنه اشترط التعمد أو التعدي للضمان ولكنه أهمل عنصر الإدراك كعنصر من عنصري الخطأ في ترتيبها^(١) وهو عنصر أهمله جانب الفقه والقضاء في ظل القوانين التي تعتبر الخطأ عنصراً جوهراً في تقرير المسؤولية التقصيرية.

ثالثها: أن المشرع العراقي وإن حاول جاهداً مجازاة الفقه الإسلامي في مسلكه وتلقف قواعد ضمان الفعل منه ألا أنه أدخل تحويراً على ما استقر في الفقه الإسلامي من قواعد وهو تحوير يبدو في نواح^(٢) ثلاث أولاً أن المشرع العراقي اشترط التعمد أو التعدي في الضمان خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يشترط أيّاً منهما بالنسبة للمباشر وثانيها أن المشرع العراقي ألزم المتعمد أو المتعدي بالضمان سواء كان مباشراً للفعل الضار أو متسبباً في إحداث الضرر خلافاً للفقه الإسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب وثالثها أن المشرع العراقي أجاز اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامهما في المسؤولية إذ ألزمهما بالضمان معاً خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يجز التكافل بينهما لأنه لم يسلم باجتماعهما نخلص مما سبق بيانه إلى القول إن الخطأ التقصيري وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي هو الإخلال بالتزام قانوني يقتضي اتخاذ الحيلة واليقظة في السلوك ابتغاء عدم الإضرار بالغير ويبدو في صورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية سواء كان إخلالاً متعمداً أو غير متعمد وسواء صدر من مميز أو من عدم التمييز.

٢٤- أنواع الخطأ التقصيري:

إن الخطأ التقصيري يبدو على نوعين هما: الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي أما الخطأ الإيجابي فهو القيام بعمل يحرمه القانون كإتلاف أو قتل وأما الخطأ السلبي فيبدو في صورة امتناع عن عمل أن الامتناع عن عمل الذي يعتبر خطأ سلبياً يبدو بدوره على نوعين

(١) عبد الباقي البكري. محاضرات في المسؤولية عن الاعمال الشخصية غير المشروعة. أقيمت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص ٧٦ - ١٩٧٧. مطبوعة بالرونيو. ص ٤١.

(٢) عبد الباقي البكري. تنفيذ الالتزام. ص ١١٥.

أولهما: امتناع عن عمل يفرضه القانون كامتناع سائق عن إضاءة مصابيح سيارته ليلاً أو امتناع مقاول عن استعمال ضوء ليلاً يشير إلى ما أحدثه من حفرة في طريق عام وثانيهما: امتناع عن عمل تفرضه القيم الخلقية والتضامن الاجتماعي دون أن ينص عليه القانون كامتناع شخص عن مد يد المعونة إلى شخص معرض لخطر كغرق أو حريق أو الموت جوعاً أو عطشاً.

إن الامتناع عن عمل يفرضه القانون ويتصل بنشاط يقوم به الممتنع أمر يجمع الفقه والقضاء على اعتباره خطأ سلبياً يوجب التعويض أما الامتناع عن عمل لا ينص عليه القانون وتفرضه القيم الخلقية والاعتبارات الاجتماعية فأمر يختلف الفقه والقضاء في تكيفه كخطأ سلبى^(١) فقد رأى أنصار الفكر الفردي أن في اعتبار الامتناع عن عمل لا ينص عليه القانون خطأ سلبياً تقييد لحرية الفرد وخروج على منطق القانون ذلك لأن القول به ينطوي على تكليف لا ينص عليه القانون ولا تتحقق فيه علاقة السببية لقيام المسؤولية لأن الامتناع عن فعل عدم ولا يتصور قيام علاقة سببية بين الضرر والعدم ولكن من يتشبع بالقيم الاشتراكية وتتأصل في نفسه المبادئ الخلقية يرى خلاف ذلك فقد رأى جانب من الفقه والقضاء المعاصرين أن الامتناع هذا يعتبر خطأ سلبياً يوجب التعويض وحجته في ذلك أن نصوص القوانين لا يستشف منها التمييز بين الخطأ الإيجابي والسلي لقيام المسؤولية وأن التضامن الاجتماعي وقيم الأخلاق تدعو إلى التوسع في نطاق الالتزامات غير العقدية التي تترتب على الإخلال بها المسؤولية التقصيرية وإن تطرور الأحكام الجنائية بشأن الامتناع عن عمل واعتباره خطأ سلبياً يوجب المسؤولية الجنائية بفضل الوعي الاجتماعي يقتضي القول بترتب المسؤولية المدنية، وإن كفالة الحرية الفردية ينبغي أن تكون في الحدود التي يقتضيها وجود المجتمع الإنساني المنظم.

إننا نرى أن التشريع العراقي وإن لم يتضمن نصاً يقضي بمسؤولية الممتنع عن مد يد المعونة إلى شخص يتعرض للخطر إلا أن القيم الاشتراكية التي تسود مجتمعنا العراقي ومبادئ قيادتنا السياسية التي تهدف إلى إقامة مجتمع عربي اشتراكي يقوم على العدالة والتضامن الاجتماعي تقتضي القول بمسؤولية الممتنع بالرغم من عدم وجود نص قانوني لاسيما وأن الشريعة الإسلامية وهي أحد مصدرين لقانوننا المدني قررت اعتبار الامتناع

(١) مصطفى مرعي. المرجع السابق. ص ٤٠. غني حسون طه. المرجع السابق. ص ٤٤٤.

من أسباب الضمان فقد جاء في المغني لابن قدامة^(١): (إن من اضطر إلى طعام وشراب إلى غيره فطلبه منه فمعنه إياه مع غذاه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه).
إن الإحاطة علماً بركن الخطأ في قانوننا المدني يقتضيها الكلام في موضوعين أولهما حالات انتفاء المسؤولية التقصيرية لانتفاء وصف الخطأ عن الفعل الضار.

الموضوع الأول

حالات انتفاء المسؤولية لانتفاء صفة الخطأ من الفعل الضار

٢٥- قد ينطوي تصرف فاعل الفعل الضار على معنى الإخلال بالالتزام قانوني قد يحمله المسؤولية عن عمله غير المشروع ولكن القانون لا يعتبر الفعل الضار خطأً يوجب التعويض ويرى انعدام صفة الخطأ في عمله والقانون إذ يفعل ذلك إنما يقدر وجود ظرف يرفع عن الفاعل الالتزام القانوني الذي يبدو مخالفاً به وهذا الظرف قد يكون إكراه الإرادة وقد يكون تخويل القانون مرتكب الفعل الضار حقاً يتعارض مع الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير ويفوقه أهمية وانعدام صفة الخطأ في الفعل الضار يفترضه القانون في حالات تنص عليها قوانين العقوبات عادة وتشير إليها القوانين المدنية أحياناً إن التقنين المدني العراقي هذا حذو القوانين الأخرى فنص في المواد (٢١٢-٢١٥) على الحالات التي لا يعتبر فيها الفعل الضار خطأً يوجب المسؤولية وهي حالات ثلاثة نعرض فيما يلي إلى بيانها.

٢٦- الحالة الأولى: حالة الدفاع الشرعي:

نصت المادة ٢١٢ بفقرتها من القانون المدني العراقي على ما يلي: (١- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها. ٢- فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو غيره كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في ذلك القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة). إن هذا النص يشير إلى أن القانون أباح للشخص رد الاعتداء على ما يقع عليه ظروف معينة فإن فعل ذلك فإن فعله لا يعتبر خطأً يوجب مسؤوليته إذا ما توافرت شروط معينة وذلك تأسيساً على الموازنة بين مصالح المدافع والمعتدي وتفضيل الأولى على الثانية لأن المدافع لا يفعل أكثر مما تفعله

(١) نورد النص، الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٩٥

السلطة لو أمكنها مد يد العون إليه في الوقت المناسب ولا يقال عندئذ إن في إباحة هذا الحق للمدافع عودة إلى نظام الانتقام الفردي لأنه لم يفعل غير أنه أحل نفسه محل السلطة العامة وأعانها في منع الاعتداء وحق الدفاع الشرعي حق أقره الفقه الإسلامي وأطلق عليه مصطلح دفع الصائل.

إن إمعان النظر في هذا النص وفيما استقر عليه الفقه والقضاء المعاصران وفيما نصت عليه كثير من التشريعات يقتضي توافر شروط ثلاثة لممارسة حق الدفاع الشرعي وما يترتب عليه من إعفاء من المسؤولية لانتفاء صفة الخطأ عن الفعل الضار الصادر من المدافع وهذه الشروط هي:

١- وجود خطر حال على نفس المدافع أو نفس غيره ويراد بالخطر الأذى البالغ ويراد بالخطر الحال أن يكون على وشك الوقوع بحيث لا يتسنى للمدافع الاحتماء مسن الخطر باللجوء إلى السلطة العامة أو إلى غيره من الأشخاص ولذلك لا يجوز ممارسة حق الدفاع الشرعي إذا تراخى وقوع الخطر إلى المستقبل بحيث يستطيع من يهدده الخطر الاستعانة برجال الأمن أو الاستنجاد بالآخرين ويلاحظ أن المشرع المدني العراقي قصر حق الدفاع الشرعي على حالة الدفاع عن النفس سواء كانت نفس المدافع أو نفس غيره خلافاً لما نص عليه كل من قانون العقوبات العراقي (٤٤٢) والقانون المدني المصري اللذين أباحا الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال سواء كان الخطر موجهاً إلى نفس المدافع أو ماله أو محققاً بنفس غيره أو ماله.

٢- أن يكون إيقاع الخطر عملاً غير مشروع فإن كان إيقاعه عملاً مشروعاً فإن دفعه يعتبر عملاً غير مشروع ولذلك لا تعد مقاومة المجرم لرجال الشرطة عند محاولتهم القبض عليه عملاً مشروعاً يبيح له حق الدفاع لأن محاولة الشرطة إلقاء القبض عليه لا تعتبر اعتداء غير مشروع.

٣- أن يكون الدفاع بالقدر الضروري لدفع الاعتداء متناسباً معه دون تجاوز أو مبالغة فإن تجاوز المدافع القدر الضروري لدرء الخطر اعتبر متعدياً ووقع تحت طائلة القانون ويقاسم عندئذ المعتدي المسؤولية على أساس خطأ مشترك صدر عنهما ويحكم عليه بتعويض تراعى في تقديره مقتضيات العدالة.

٢٧- الحالة الثانية: حالة الضرورة

وحالة الضرورة تبدو في صورتين نص عليهما القانون المدني العراقي أما الصورة الأولى فهي إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف وأما الثانية فهي تحمل ضرر خاص لدرء ضرر عام.

٢٨- الصورة الأولى: إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف

نصت المادة ٢١٣ من القانون المدني العراقي على هذه الصورة بقولها (١) - يختار أهون الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً. ٢- فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً).

إن هذه الصورة تعني حالة شخص يواجهه شخصياً أو يواجهه غيره خطر حال لا يمكن تفاديه إلا بفعل يلحق ضرراً بالغير فيقدم على هذا الفعل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر يفوق في الجسامة الضرر الذي يصيب المضرور وتكون مسؤوليته مخففة تقتصر على الحكم عليه بتعويض مناسب تقدره المحكمة ولكي تقوم حالة الضرورة هذه التي تترتب عليها مسؤولية مخففة ينبغي توافر الشروط الآتية:

١- وجود خطر حال يهدد نفس المضرور أو غيره أو يهدد مال المضرور أو مال غيره فالخطر الذي يواجهه المضرور لا يقتصر على النفس وإنما يتعداها إلى المال وقد لا يواجه المضرور وإنما يهدد غيره.

٢- أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبياً عن كل من المضرور والمضرور ذلك لأن المضرور لو كان مصدر الخطر لتحمل المسؤولية عن الضرر الذي تسبب فيه كاملة كأن يخالف سائق قواعد المرور فيسوق سيارته بسرعة كبيرة ويضطر إلى إتلاف مال في سبيل تجنب دهس شخص لم يخطئ ولأن المضرور لو كان هو مصدر الخطر لاعتبر المضرور في حالة دفاع شرعي تعفيه من المسؤولية كأن يضطر شخص إلى قتل حيوان مفترس إنقاذاً لنفسه من خطره.

٣- أن يكون الضرر المراد تفاديه أكثر جسامة من الضرر الذي يحدثه المضطر. كأن يضطر سائق سيارة إلى إتلاف مال للغير تفادياً لدهس شخص. أما إذا كان الضرر المراد تخاشيه مساوياً للضرر الواقع أو أقل منه جسامة، فإن حالة الضرورة لا تتحقق عندئذ ويتحمل فاعل الفعل الضار المسؤولية كاملة ويحكم عليه بتعويض قسائوني كامل. فليس لمن أتلف مال غيره إنقاذاً لماله أن يحتج بحالة الضرورة متى كان المسال المتلف مساوياً في القيمة لمال المضطر أو يزيد عليه. ولا يحتج بها كذلك من أزهق روح إنسان لإتلاف مال أو قتل حيوان.

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة تحققت حالة الضرورة ويتحمل محدث الضرر مسؤولية مخففة فيحكم عليه بتعويض مناسب يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي أوجبت الضرر إلى ارتكاب الفعل الضار، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً.

٢٩- الصورة الثانية لحالة الضرورة:

تحمل الضرر الخاص لدرء ضرر عام. وهي صورة نصت عليها المادة ٢١٤ من قانوننا المدني. فقد جاء فيها ما يأتي:

(١- يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام. ٢- فإذا هدم أحد داراً بلا إذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق، فإن كان المادم هدمها بأمر أولي الأمر لم يلزمه الضمان وإن كان هدمها من تلقاء نفسه ألزم بتعويض مناسب). إن هذه الصورة تقوم على أساس الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما. فإذا حدث أمر يلحق ضرراً بالمصلحة العامة فلائي شخص حق التدخل لدرء الضرر العام وإن قام بفعل يلحق ضرراً بمصالح فردية. ومع ذلك فإن المسؤولية التي تترتب على فعله تختلف باختلاف مصدر تدخله. فإن أقدم على الفعل الضار بأمر السلطة العامة أعفي من المسؤولية، وإن أقدم عليه من تلقاء نفسه تترتب عليه مسؤولية مخففة وحكم عليه بتعويض مناسب تأخذ المحكمة في تقديره بعين الاعتبار ظروف وبواعث فعله مدى ما حققه تدخله من نفع للمصلحة العامة.

٣٠- تقدير أحكام حالة الضرورة في صورتها

يتضح مما تقدم أن حالتي الدفاع الشرعي والضرورة وإن اشتركتا في وجود خطر حال ينبغي دفعه وإن تم عن طريق الفعل الضار إلا أن ثمة فارقاً يقوم بين الحالتين، هو أن الضرر يصيب شخصاً معتدياً في حالة الدفاع الشرعي ولكنه يصيب شخصاً غير معتد في حالة الضرورة. ولذلك فإن المدافع في حالة الدفاع الشرعي يعفى من المسؤولية ولكنه في حالة الضرورة يتحمل مسؤولية مخففة.

إن إعفاء المدافع في حالة الدفاع الشرعي من المسؤولية أمر تجمع عليه القوانين وإن تفاوتت في تحديد شروط تحقق هذه الحالة، أما تخفيف المسؤولية عن كاهل المضطر فسأمر أثار خلافاً. ونسوق بشأنه الملاحظتين الآتيتين:

أولاهما، أن المشرع العراقي إذا كان قد اقتبس في الفقرة الأولى من المادة ٢١١ قاعدة فقهية إسلامية إلا أنه نقلها نقلاً مشوهاً جاء بحكم يخالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي. فقد نصت هذه الفقرة على ما يأتي: (ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً)، مع أن القاعدة الفقهية تقضي بأن الاضطرار لا يبطل حق الغير. والحكم في الفقه الإسلامي أكثر تماشياً مع العدالة من الحكم الذي يقضى به النص العراقي. فمقتضيات العدالة تقتضي تعويض المضرور عن كل ضرر يلحقه به شخص آخر ولم يكن له دخل في حدوثه. وفي إعفاء فاعل الضار من جزء من التعويض بالرغم من أنه ارتكب الفعل الضار ليتجنب الضرر الأكبر وليستفيد من فعله بتحمل ضرر أخف، وإلقاء الجزء الآخر على عاتق شخص لحقه ضرر مؤكد أمر ينافي العدل.

وثانيتهما، أن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ التي تصدرتها في الفقرة الأولى قاعدة فقهية إسلامية جليلة، حكم يتعارض ومقتضيات التضامن الاجتماعي ومنطق حق الدفاع الشرعي العام الذي تقره القيم الاشتراكية. ذلك لأن القول بترتب مسؤولية مخففة على عاتق شخص تدخل بفعل وأحدث ضرراً خاصاً اتقاء لضرر يصيب المصلحة العامة، أمر تأباه العدالة وتنكره قيم الأخلاق. فهو قد تكبد مجهوداً ونفقات لدفع ضرر عام بدافع من شعوره بالمسؤولية قبل المجتمع، فكيف يجازى لقاء ذلك بتحميله مسؤولية وإن كانت مخففة. وفي رأينا أنه ينبغي إعفاؤه من المسؤولية. وإذا كان هناك ثمة تعويض يجب أن يحكم به لصالح الطرف المضرور فينبغي أن يتحملة من استفاد من الفعل الضار،

كأصحاب الدور المجاورة في حالة الهدم بسبب الحريق وابتغاء عدم انتشاره، أو تتحمله الدولة وقد أسدى لها الفاعل خدمة كبيرة.

٣١- الحالة الثالثة: تنفيذ أمر صادر من رئيس يجب طاعته

نصت على هذه الحالة المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي بقولها: (١- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً، على أن الإكراه المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده. ٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله السذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة عليه. وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة).

لقد تضمنت الفقرة الأولى من هذه المادة قاعدة فقهية إسلامية مفادها أن الفعل الضار يضاف إلى الفاعل لا إلى الأمر. فيتحمل الفاعل الضمان ما لم يكن إكراهاً ملجئاً في دائرة التصرفات الفعلية ليتحمل الأمر الضمان عندئذ. والإكراه الملجئ هو التهديد بخطر حال يصيب النفس أو كل المال، كأن يشهر شخص سلاحاً في وجه آخر ويأمره بارتكاب فعل، ومن مقتضاه سلب حرية الاختيار لدى المكره. أما الإكراه غير الملجئ فهو التهديد بخطر مستقبل يصيب النفس أو بخطر حال أو مستقبل يصيب بعض المال ومن شأنه أن لا يسلب حرية الاختيار. إذ يدع للمكره الاختيار بين ارتكاب الفعل المكره على ارتكابه أو تحمل الأذى الذي ينطوي عليه الإكراه.

أما الفقرة الثانية من المادة المشار إليها فقد رفعت المسؤولية عن الفاعل إذا ارتكب فعلاً ضاراً تنفيذاً لأمر صادر من رئيس يجب طاعته، على أساس أن إطاعة القانون الذي يقتضي بوجوب طاعة الرئيس تكون من أسباب الإباحة التي لا يعتبر فيها الفعل الضار الصادر من الرؤوس خطأ يستوجب أياً من المسؤوليتين الجنائية أو المدنية.

إن انتفاء صفة الخطأ عن الفعل الضار الصادر من الرؤوس، ومسئولته ثم إعفائه من المسؤولية، يقتضي توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون كل من الأمر والمأمور موظفاً عاماً. ويترب على ذلك أنه لا يجوز للابن أو للزوجة أو للمستخدم في محل تجاري أو للوكيل التخلّص من المسؤولية عن أفعالهم

الضارة احتجاجاً بائتمامهم بأوامر صدرت إليهم من الأب أو الزوج أو رب العمل أو الموكل.

- ٢- أن يكون الأمر قد صدر من رئيس تجب طاعته وإن لم يكن الرئيس المباشر.
 - ٣- أن يكون الأمر الصادر إلى المرؤوس أمراً واجب الطاعة أو يعتقد المأمور أن إطاعته واجبة عليه. ويكون الأمر كذلك إذا استهدف تحقيق مصلحة عامة في الحدود التي يرسمها القانون أو اعتقد المأموران الأمر يهدف إلى ذلك. أما إذا كان الأمر الصادر من الرئيس مما لا تجب إطاعته لصدوره عن غرض شخصي أو لخروجه عن حدود القانون، انعدمت الغاية من الإباحة وترتب المسؤولية على المأمور عند ارتكابه الفعل الضار. كأن يأمر الرئيس المرؤوس بضرب المراجعين.
 - ٤- أن يثبت الموظف المأمور أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الصادر من رئيسه ومشروعية العمل الذي أتاها وأن اعتقاده يبنى على أسباب معقولة وأن يقيم الدليل على أنه راعى فيما أقدم عليه من فعل ضار جانب الحيطة والتبصر والحذر.
- فإذا توافرت هذه الشروط رفعت المسؤولية عن الموظف المأمور وتحملها الرئيس الأمر إذا توافرت شروطها في أمره وقد تتحملها الحكومة طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

الموضوع الثاني

تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ في القانون المدني العراقي

٣٢- تمهيد:

تضمن القانون المدني العراقي تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ في موضعين أحدهما في صدر التقنين، وثانيهما في الفصل المعقود للعمل غير المشروع، تناولت ثلاث مسائل. هي: إساءة الحق والإتلاف والغضب. وسنعرض للكلام عليها بإيجاز فيما يلي: مخصصين لكل منها فرعاً.

الفرع الأول

إساءة استعمال الحق

٣٣- التعريف بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن إساءة استعمال الحق:

يراد بهذه المسؤولية، إلزام الشخص الذي يمارس حقاً من حقوقه دون أن يتجاوز حدوده بتعويض الغير عن الضرر الذي ينشأ عن استعمال الحق على نحو ينحرف به عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع ومصلحته.^(١)

ولإساءة استعمال الحق مصطلح مرادف، هو التعسف في استعمال الحق. وقد استقرت له نظرية متكاملة يقرها جانب كبير من القضاء والفقه المعاصرين وكثير من التشريعات الحديثة.

٣٤- معيار إساءة استعمال الحق

تعددت آراء الفقهاء بشأن تحديد معيار إساءة الحق. أي المقياس الذي نلجأ إليه لبيان ما إذا كان تصرف الشخص يعتبر عملاً مشروعاً أو إساءة أو تعسفاً في استعمال حقه. فذهب البعض إلى القول إن المعيار هو نية الإضرار التي دفعت إلى الفعل الضار. وذهب فريق إلى القول إنه انعدام المصلحة المشروعة لصاحب الحق عند استعمال حقه. وذهب آخرون إلى القول إنه الاستعمال غير العادي للحق على نحو يتعارض مع الغرض منه. ورأى جوسران إنه التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق.

إن إساءة الاستعمال لا تقاس في رأينا بنية الإضرار، فهو خطأ سواء صدر عن نية أو عن إهمال. ولا تقاس بانتفاء المصلحة المشروعة، فهو خطأ قد يتوافر بالرغم من وجود المصلحة المشروعة. والحقيقة أن هذا الخطأ يعتبر خطأ ذا طبيعة خاصة لأنه يتعلق بروح الحق وغرضه الاجتماعي. ولذلك وصفه البعض بالخطأ الاجتماعي^(٢) إن المعيار الأصوب في رأينا هو ما ذكرناه في تعريفنا للمسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق، وهو انحراف من يستعمل حقه دون أن يتجاوز حدوده

(١) عبد الباقي البكري. محاضرات في المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المشروعة على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص سنة ٧٦ - ٧٧ مطبوعة بالرونيو، ص ٨٤.

(٢) حسن كبره. المدخل إلى القانون، ص ٧٢٢.

عن الوظيفة أو الغرض الاجتماعي للحق. ولا يقال كنقد لهذا المعيار إنه يؤدي إلى تحكم القضاء وأنه أقرب إلى أن يكون معياراً أساسياً لا قانونياً، لأننا نرى أن تحديد الغرض الاجتماعي للحق لا يعتمد على رأي القاضي الشخصي وإنما تحدده قيم المجتمع ومصلحته وفلسفة ناظم حكمه. ولا أهمية للقول بأنه أقرب إلى أن يكون معياراً سياسياً، ذلك لأن السياسة والقانون متداخلان، والقانون لا يعدو في رأينا، أن يكون وسيلة السلطة للسلوغ أهدافها وتطبيق فلسفتها السياسية.

٣٥- موقف الفقه الإسلامي من نظرية إساءة استعمال الحق

إن إساءة استعمال الحق نظرية أقرها جمهور الفقهاء المسلمين، وتولوا صياغتها على نحو من الدقة والشمول تفوق ما فعله فقهاء القانون. واعتمدوا في تقريرها على روح الشريعة الإسلامية المتشعبة بقيم العدالة ومبادئ التكافل، وعلى الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) وعلى القاعدة الفقهية (درأ المفسد أولى من جلب المنافع) التي يعتبر من تطبيقاتها منع المالك من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه يلحق ضرراً بغيره يفوق في جسامته ما يعود عليه من نفع، وعلى قواعد شرعية أخرى منها: (الضرر يزال شرعاً، والضرورات تقدر بقدرها، وتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام). ومع ذلك فإن الفقه الإسلامي لم يخل من تحصوم لهذه النظرية وفي مقدمتهم فقهاء المذهب الظاهري^(١) السدين صدرت آراؤهم في كثير من المسائل عن نزعة فردية. ومن الفقه الإسلامي استمد هذه النظرية كل من مشرع القانون المدني العراقي والمشرع المصري.

٣٦- نظرية إساءة استعمال الحق في القانون المدني العراقي

أول المشرع العراقي هذه النظرية اهتماماً كبيراً، فنص عليها في الباب التمهيدي من القانون المدني، قاصداً بذلك أن يجعل منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق، شخصية أو عينية أو أموالاً معنوية وهي الحقوق التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان حسب تعبير المشرع العراقي. والنص قاطع في أن المشرع المدني اعتبر إساءة الاستعمال خطأ تقصيرياً يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه.

(١) حسن علي الدينوري أصول الالتزام، ص ٢٦٠.

إن المشرع بعد أن ساق المادة السادسة في الباب التمهيدي من القانون المدني والتي قضت بما يلي: (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر)، عالج نظرية إساءة استعمال الحق في المادة السابعة من القانون، فنص فيها على حكم عام هو الضمان على من يستعمل حقه استعمالاً غير جائز، ثم عدد الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير جائز.

فقد قضت المادة السابعة بما يأتي: (١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة).

إن استعمال الحق يعتبر غير جائز ويترتب الضمان عليه طبقاً لحكم المادة السابعة من قانوننا في حالات ثلاث نتكلم عليها بإيجاز فيما يلي. والضمان كما ذكرنا مصطلح فقهي إسلامي يراد به المسؤولية المدنية، والمسؤولية المترتبة على الاستعمال غير الجائز للحق هي المسؤولية التقصيرية. والتعبير الإسلامي الدقيق للضمان المترتب في هذه الحالات هو ضمان الفعل.

٣٧- الحالة الأولى: إذا قصد باستعمال الحق الإضرار بالغير

فإذا استعمل شخص حقه ولم يقصد باستعماله سوى الإضرار بالغير تحمل مسؤولية فعله الضار. كما لو أقام شخص جداراً لا يحقق له منفعة، وإنما فعل ذلك بقصد الإضرار بجاره بحجب النور والهواء عن الغرف المواجهة للجدار، وكان يقيم شخص مدخنة في داره للإضرار بجاره، وكان يعير شخص اسمه إلى إحدى الشركات بقصد اختلاط البضائع التي تنتجها ببضائع شركة أخرى تحمل نفس اسمه.

إن هذه الحالة تعتد بمعيار نفسي أو ذاتي في تقرير إساءة استعمال الحق وهو قصد الإضرار. ولذلك ينبغي على المضرور إثبات أن الفاعل لم يقصد من استعمال حقه غير الإضرار به. أما إذا لم يتم دليل على قصد الإضرار، فإن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحبه على بينة من ذلك.

٣٨- الحالة الثانية: استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة نقل من حيث الأهمية عن الضرر الذي يصيب الغير بسببها.

لا يكفي ثبوت وجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق لإعفائه من الضمان إذا تسبب استعماله لحقه في ضرر يصيب الغير، وإنما يجب أن تكون هذه المصلحة على قدر من الأهمية يزيد على الضرر اللاحق بالغير كي تكون مبرر استعمال الحق. أما إذا كانت المصلحة المقصودة قليلة القيمة إذا قيس بالضرر الفادح اللاحق بالغير والناشئ عن استعمال الحق اعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه وترتبت مسؤوليته. وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تكون لقاضي الموضوع فيها سلطة تقديرية واسعة. وواضح أن المعيار لتقرير المسؤولية في هذه الحالة معيار موضوعي لا يعتد بالباعث النفسي الدافع إلى استعمال الحق وإنما بالموازنة بين المصلحة والضرر، وهو معيار يبرز النزعة الاجتماعية في نظرية إساءة استعمال الحق.

إن من تطبيقات هذه الحالة التي ورد بها نص تشريعي، ما جاء في المادة ١٠٦٠ من القانون المدني العراقي ونصها ما يلي: (لكل مالك أن يسور ملكه على أن لا يمنع لك من استعمال حق لعقار مجاور)، وما ورد في المادة ١٢٨٤ القاضية بما يأتي: (لصاحب العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق به). وما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩٢ التي نصت على أنه: (ليس للمالك الحائظ أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط).

٣٩- الحالة الثالثة: استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة لا يكفي لتبرير استعمال الحق الذي يلحق بالغير ضرراً، أن تكون لصاحبه مصلحة تفوق الضرر الناشئ من حيث الأهمية، وإنما ينبغي أن تكون هذه المصلحة مشروعة. أما إذا كانت المصلحة التي استهدف استعمال الحق إلى تحقيقها غير مشروعة، ثبتت عندئذ إساءة استعمال الحق وترتب الضمان. ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا خالف حكم نص آمر و كان تحقيقها يخالف مقتضيات النظام العام وقواعد الآداب العامة كان يقوم مالك يسكن عمارة يؤجر شققها بإقامة حفلات صاخبة أو باقتناء حيوانات شرسة لحمل المستأجرين على إحلاء شققهم.

٤٠- ملاحظات حول نص المادة السابعة^(١).

لقد ذكرت المادة حالات ثلاث لإساءة استعمال الحق، اقتبسها المشرع من الفقه الإسلامي، وكان المشرع بما نص عليه موثقاً في إقرار نظرية استعمال الحق التي تقتضي إقرارها القيم الاشتراكية وجميع المبادئ التقدمية. ومع ذلك فإننا نلاحظ على النص بعض المآخذ ونتوق إلى أن يعتمد مشرع القانون المدني الجديد إلى الأخذ بمقترحاتنا لتتلافى قصور نص المادة السابعة. إن مقترحاتنا في هذا الشأن هي:

- ١- لم يميز المشرع العراقي بين إساءة استعمال الحق التي تلحق ضرراً بمصلحة خاصة وبين الإساءة التي تصيب بالضرر مصلحة عامة. ونرى أن الجزاء في الحالة الأولى إذا اقتصر على الضمان، فإن الجزاء في الحالة الثانية ينبغي أن يكون ضماناً وتقييداً للحق، أو سلباً في حالة العودة إلى إساءة استعماله، وذلك إجحالاً للمصلحة العامة.
- ٢- اقتبس المشرع من الفقه الإسلامي حالات ثلاث لإساءة استعمال الحق، وفاته النص على حالة أربعة أقرها الفقه الإسلامي، هي: يكون استعمال الحق غير جائز إذا سلك صاحب الحق سبيلاً إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير، وكان في وسعه سلوك سبيل آخر لا يلحق بالغير ضرراً.
- ٣- إننا نرى وجوب أن يحتاط المشرع في بيان حالات إساءة استعمال الحق، ليحسيء بحكم عام يتدارك ما قد يجد من حالات لم يخط بها التقنين ذكراً. وفي رأينا أنه يحسن بالمشرع أن يذكر، بالإضافة إلى الفقرتين اللتين اقترحنا ذكرهما في النص، فقرة أخرى مفادها: (ويكون استعمال الحق غير جائز في كل حالة أخرى ينحرف بها استعمال الحق عن الغرض الاجتماعي الذي تقرر الحق لتحقيقه).

(١) عبد الباقي البكري. محاضرات في المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المشروعة الدراسات العليا في القانون

الفرع الثاني الإتلاف

٤١- تعريفه وأنواعه

يعرف الإتلاف في الفقه الإسلامي، بأنه إخراج الشيء من مجال الانتفاع به فائدة مطلوبة عادة. ويكون الإتلاف في صورتين. أولاً، الإتلاف مباشرة. وثانياً، الإتلاف تسبياً. والإتلاف مباشرة هو ما يتحقق دون أن يفصل بين التلف وبين فعل المباشر حدث آخر. أما الإتلاف تسبياً فهو ما يقع بفعل يرد على شيء يؤدي إلى تلف شيء آخر. فإذا قطع شخص حبل قنديل فسقط وانكسر، اعتبر قطع الحبل إتلافاً مباشراً، وكسر القنديل إتلافاً تسبياً.

وإذا كان المشرع العراقي قد اقتبس نصوصه في الإتلاف من الفقه الإسلامي، وذكر مصطلحي الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبياً، إلا أنه خالف الفقه الإسلامي بعدم تمييزه بين الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبياً من حيث الحكم^(١) على النحو الذي سبق بيانه.

٤٢- موقف المشرع المدني حيال أحكام الإتلاف وتطبيقاته

خصص المشرع لأحكام الإتلاف ست مواد هي المواد (١٨٦-١٩١). منها أربع مواد هي المواد (١٨٧-١٩٠) اشتملت على أحكام جزئية كان يحسن بالمشرع تجنب ذكرها. وقد جرى المشرع العراقي في فحوه الفقه الإسلامي من حيث الاتجاه إلى سوق الأحكام التفصيلية.

لقد جاءت كل من المادة ١٨٦ التي تصدرت أحكام الإتلاف وسبق شرحها والمادة ١٩١ التي قررت مسؤولية عدم التمييز وسبق تفصيلها، بحكم عام. أما المواد الباقية فقد ساقته أحكاماً تفصيلية، نذكرها فيما يلي دون شرح بقصد الإحاطة بالموضوع، لأنها في عني عن الشرح.

فقد نصت المادة ١٨٧ على ما يأتي: (١- إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق، فصاحب العقار بالخيار، إن شاء ترك أنقاضه للسهام وضممنه قيمته مبنياً مع

(١) عند الباقي البكري. تنفيذ الالتزام. ص ١١٥.

التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء حط من قيمته مبيناً قيمة الانقراض وأخذ هو الانقراض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الأضرار الأخرى. ٢- ولكن إذا بنسب الهادم كما كان أولاً وعوض عن الأضرار الأخرى، فإنه يبرأ من الضمان).

وقضت المادة ١٨٨ بما يأتي: (إذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق، فصاحبها مخير، إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى وترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وإن شاء حط من قيمتها قائمة بقيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى).

وورد في المادة ١٨٩ ما يلي: (إذا غر أحد آخر ضمن الضرر. فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني أذنته بالتجارة، ثم ظهر بعد ذلك أن الصبي ولد غيره، فلاهل السوق أن يطالبوه بضمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى).

وجاء في المادة ١٩٠ ما يلي: (١- إذا أتلّف أحد مال غيره على رغم أنه ماله ضمن ما أتلّف. ٢- أما إذا أتلّفه بإذن مالكة فلا ضمان).

الفرع الثالث

الغصب

٤٣- تعريفه وموقف المشرع العراقي حيال أحكامه

يعرف الغصب لغة بأنه أخذ المال ظلماً، أي دون وجه حق. ويعرف اصطلاحاً، بأنه أخذ مال متقوم مملوك للغير عن طريق التعدي على وجه يزيل يد صاحبه عنه. والغصب قد يرد على مال منقول أو عقار وفقاً لحكم المادة ١٩٧ من قانوننا المدني، وهو حكم استمدته المشرع العراقي من رأي كل من الإمام محمد والشافعي وعند الإمامين، أبي حنيفة وأبي يوسف، أن الغصب لا يرد إلا على المنقول^(١).

(١) حسن علي الذنون. المرجع السابق. ص ٢٧٠.

٤٤- أحكام الغصب

أن في وسعنا تحديد أحكام الغصب فيما يلي:

١- يلتزم الغاصب، طبقاً لحكم المادة ١٩٢ من قانوننا المدني برد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً. وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه، فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب. وتقع على الغاصب مصاريف نقله ورده. كما يلتزم الغاصب بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي تلحق صاحب المغصوب.

٢- أما إذا كان المال المغصوب قد استهلكه الغاصب أو أتلفه أو ضاع منه أو أتلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه، ضمنه الغاصب وفقاً لحكم المادة ١٩٣ من قانوننا. وهو يضمن قيمته إذا كان المال قيماً، ويضمن مثله إذا كان المغصوب مثلياً، يوم الغصب أو يوم الخصومة على اختلاف بين فقهاء المسلمين.

٣- إذا كان المغصوب عقاراً، التزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله، وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان. وذلك ما قضت به المادة ١٩٧ من التقنين المدني العراقي التي أجازت وقوع الغصب على العقار من جهة، ولم تأخذ بالقاعدة الفقهية الإسلامية القاضية بأن: (الأجر والضمان لا يجتمعان) من جهة أخرى.

٤- إذا تصرف الغاصب في المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً. كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون. وذلك ما نصت عليه المادة ٢٠٠ من قانوننا المدني.

٤٥- أحكام التغيرات التي تطرأ على المال المغصوب

إن أحكام التغيرات التي تطرأ على العين المغصوبة هي ما يلي:

١- إذا تغير المغصوب عند الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان (م ١/١٩٤).

٢- وإذا غير الغاصب المال المغموب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغموب له (م ٢/١٩٤). فإذا غصب شخص حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له.

٣- وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغموب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغموب منه مخير، إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغموب عيناً مع التعويضات الأخرى، وإن شاء ترك المغموب ورجع على الغاصب بالضمان (م ٣/١٩٤).

٤- وإذا تناقصت كمية المغموب بعد الغصب فليس للمغموب منه إلا أن يقبله كما هو دون إخلال بحقه في التعويض عن الأضرار الأخرى. أما إذا طرأ على قيمة المغموب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان. وذلك ما قضت به المادة ١٩٥ من قانوننا المدني.

٤٦- حكم زوائد المغموب

قضت المادة ١٩٦ من التقنين المدني العراقي بما يأتي (زوائد المغموب مغموبة مثله، فإذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان). وعمقتضى هذه المادة تعتبر زوائد العين المغموبة، كنتاج أرض أو وليد حيوان، ملحقة بأصلها ومغموبة مثله. وهذا الحكم المستمد من بعض مذاهب الفقه الإسلامي يخالف ما ذهب إليه الفقه الحنفي، وهو أن زوائد العين المغموبة تعتبر أمانة في يد الغاصب ولا يضمونها إلا إذا هلكت بتعديده وتقصيره، وذلك لأنها جاءت بعد الغصب ولا يرد الغصب عليها.

٤٧- مسؤولية غاصب الغاصب

قضت المادة ١٩٨ من قانوننا المدني بما يلي: (١- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب. فإذا غصب أحد المال المغموب وأتلفه في يده فالمغموب منه مخير، إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وله أن يضمن مقدراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني. فإذا ضمن الغاصب الأول، كان لهذا أن يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول. ٢- كذلك إذا أتلف أحد المال المغموب الذي

هو في يد الغاصب، فإن المَغْصُوب منه يكون بالخيار، إن شاء ضمنه وهو يرجع على المتلف، وإن شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب).

ونصت المادة ١٩٩ من قانوننا على ما يلي: (إذا رد غاصب الغاصب المال المَغْصُوب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده، وإذا رده إلى المَغْصُوب منه يبرأ هو الأول).

إن القاعدة الفقهية الإسلامية القاضية بتملك العين المَغْصُوبة بالضمان، هي أساس رجوع الغاصب الأول بالتعويض على الغاصب الثاني متى رجع المالك على الغاصب الأول بالضمان. وذلك ما قضت به المادة ١٩٨ المشار إليها. فإذا رجع المالك على الغاصب الأول بالضمان، تملك هذا الغاصب العين مقابل الضمان، وحق له الرجوع على الغاصب الثاني بما ضمن، لأن الغاصب الثاني يعتبر قد غصب شيئاً من ملكه. وحسبنا بالذكر، أن تملك العين المَغْصُوبة بالضمان يرجع إلى يوم حدوث الغصب لا إلى يوم دفع الضمان.

٤٨ — حكم الحال الذي هو مساو للغصب

اختتم المشرع كلامه على الغصب بنص المادة ٢٠١ التي قضت بما يأتي: (الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب. فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب، وبعد الإنكار إذا أُلْتُفِت الوديعة في يده يكون ضامناً).

إن حكم هذه المادة يقوم على أساس التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان وما يترتب على التمييز بينهما من أثر في تحمل تبعه الهلاك. قيد الأمانة هي يد من حاز الشيء بقصد تملكه كيد الغاصب. ولكن يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد قد حبس الشيء عن صاحبه دون وجه حق أو أخذه دون إذنه. ويعتبر إنكار الوديعة من قبل الوديع حبساً للشيء عن صاحبه دون وجه حق، واستثنائاً بما لنفسه، وسبباً في تحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان. وعندئذٍ يعتبر في حكم الغاصب، ويترتب عليه ضمان الوديعة في يده وإن هلكت بدون تعد أو تقصير منه أو كان هلاكها بسبب قوة قاهرة.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٤٩- تعريف علاقة السببية وأهميتها:

تعني علاقة السببية أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في المسؤولية العقدية وأن يكون نتيجة مباشرة للإخلال بواجبه القانوني في المسؤولية التقصيرية. ولا فرق بين النتيجة الطبيعية والنتيجة المباشرة من حيث المعنى.

وعلاقة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر. فقد يقع الضرر وتنهض علاقة السببية، ومع ذلك قد تنتفي صفة الخطأ عن الفعل الضار. وقد يتوافر كل من الخطأ والضرر ولا تتحقق علاقة السببية بينهما كما لو قاد شخص سيارة دون إجازة سياقة ودهس شخصاً عبر الطريق فجأة ولم يكن في وسعه تفاديه.

٥٠- الصعوبات التي يثيرها تقدير علاقة السببية:

تثير علاقة السببية صعوبة تقديرها أحياناً لسببين. أولهما، تعدد النتائج التي تترتب على سبب واحد. وثانيهما اجتماع عدد من الأسباب في إحداث الضرر.

فإذا تعددت النتائج الناشئة عن خطأ واحد، توافرت علاقة السببية بالنسبة إلى النتائج المباشرة لذلك الخطأ. وتوصف النتائج عندئذ بأنها أضرار مباشرة أما إذا اجتمع عدد من الأسباب على إحداث الضرر، كأن يموت شخص يشكو مرضاً في القلب عند ضربه ضرباً ما كان يقضي على رجل سليم، فإن تقدير مدى توافر علاقة السببية قد يبدق. وقد تعددت النظريات بشأن تحديد السبب الذي يعتبر الضرر نتيجته الطبيعية. وتسريز منها النظريتان الآتيتان:

أولاهما: نظرية تعدد أو تكافئ الأسباب للفقهاء الألماني فون بري. وبمقتضاها ينبغي بحث الأسباب جميعاً كلاً على أفراد ليتحدد منها ما يمكن القول أنه لولا حدوثه لما وقع الضرر. وتتعاذل الأسباب التي تحددت في تسببها في الضرر، وتعتبر أسباباً لحدوثه. وفي ضوء هذه النظرية يعتبر كل من الضرب ومرض القلب، في المثل الذي ضربناه، سبباً للوفاة.

وثانيهما: نظرية السببية الفعالة أو السبب المنتج للفقيه الألماني فون كريس. ومفادها، أنه ينبغي عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي وبين السبب الفعال أو المنتج ليعتد بالثاني وحده. ويعتبر السبب فعالاً أو منتجاً إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة له وإنه كان كافياً لإحداث الضرر. وعمقتنى هذه النظرية يعتبر مرض القلب، في مثلنا، السبب الفعال في الموت.

وإذا كانت النظرية الأولى قد أخذ بها القضاء الفرنسي والمصري فترة طويلة من الزمن إلا أنهما عدلا عنها إلى النظرية الثانية التي تماثل اتجاه الفقه الإسلامي والتي يعول عليها القضاء العراقي^(١).

٥١- إثبات علاقة السببية ونفيها:

يقع عبء إثبات علاقة السببية على مدعي التعويض لأن عليه إثبات أركان المسؤولية. إلا أن إثباتها يكون في الغالب سهلاً عن طريق قرائن الحال، بل وقد تنتفي الحاجة إلى إثباتها لوضوح القرائن في كثير من الحالات. ويتحول العبء عندئذ من الدائن إلى المدين ليقع عليه عبء نفيها. وفي وسع المدين نفيها بطريقتين: أولهما مباشرة، وثانيهما غير مباشرة.

أما الطريق المباشر فهو نفيها عن طريق إثبات أن خطأه التقصيري لم يكن السبب في الضرر الذي أصاب المدعي. وأما الطريق غير المباشر فهو نفيها عن طريق إثبات وجود سبب أجنبي دفع المدين إلى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر، أو أن السبب الأجنبي هو الذي ألحق الضرر مباشرة بالمدعي. ويقصد بالسبب الأجنبي كل فعل أو حادث لا ينسب إلى المدين تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر.

٥٢- انعدام علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي في القانون العراقي وأثره:

أشارت المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي إلى أثر السبب الأجنبي واعدت صورته. فقد نصت على ما يأتي: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

(١) عبد الباقى البكري. محاضرات في المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المتروعة أقيمت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص عام ٧٦-٧٧. مطبوعة بالرونيو ص ٥٨.

ويلاحظ أن المشرع العراقي ذكر الآفة السماوية كسبب أجنبي، مستمداً هذا التعبير من الفقه الإسلامي، قاصداً به كل قوة قاهرة لا تنسب إلى فعل البشر كالزلازل والبراكين والفيضانات والأمطار والعواصف، كما أنه استمد تعبير القوة القاهرة والحادث الفجائي من القانون الفرنسي. والحق، أن هذه المصطلحات الثلاثة، الآفة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي تفيد معنى واحداً، كما يحسن بالمشرع أن يكتفي بذكر أحدها وهو القوة القاهرة. فالآفة السماوية لا تعني سوى القوة القاهرة. والقوة القاهرة والحادث الفجائي تعبران مترادفتان من حيث المعنى والأثر. فكلاهما يعني حدثاً لا دخل لإرادة الإنسان في وقوعه وليس في وسعه توقعه. وكلاهما لا يمكن درأ نتائجه أو تلافي حدوثه. وكلاهما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. وإذا كان هناك من الفقهاء الفرنسيين^(١) من فرق بينهما من حيث المعنى والأثر، فإن النص العراقي قاطع في وحدة أثرهما.

وأثر كل من الآفة السماوية أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي التي يصبح بها تنفيذ الالتزام مستحيلاً في قانوننا، هو إعفاء المدين من الضمان. أي من تعويض الضرر. ويعتبر فعل الغير سبباً أجنبياً إذا أثبت المدعى عليه أن الضرر نتج عن خطأ شخص أجنبي عنه يستغرق خطؤه. وهو يثبت ذلك إذا أفلح في نفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر. وإذا أفلح في ذلك أعفي من المسؤولية ليتحملها الأجنبي. أما إذا اشترك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير في إحداث الضرر، ويثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، كان للضرر سببان واعتبر المدعى عليه والغير مسؤولين بالتضامن تجاه الدائن. ويستطيع الدائن المضرور عندئذ أن يرجع على أي منهما بالتعويض كله. ويستطيع من دفع التعويض جميعه الرجوع على الآخر بقدر نصيبه فيه وتوزع المسؤولية بينهما حسب حسامة خطأيهما. فيحكم على كل منها بجزء من التعويض يتناسب وحسامة خطئه إذا أمكن تحديد حسامة الخطأ المنسوب إلى أي منهما، وإلا قسم التعويض بينهما بالتساوي.

(١) فقد رأى ذلك كل من جوسبران وسالي فيما يتعلق بمواد المصنع والتقل. وعندهما، أن القوة القاهرة تعسني كل حادث خارج عن هذه المشروعات خروجاً مادياً كقوة بركان وأن الحادث الفجائي هو ما يرجع إلى أمر داخلي في الشيء ذاته كأنفجار آلة. وميزا بينهما من حيث الأثر فتقصر الإعفاء من المسؤولية على القسوة القاهرة دون الحادث الفجائي. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٣٦٨.

ويعتبر خطأ المضرور سبباً أجنبياً كذلك إذا أثبت المدعى عليه أن المدعى تسبب بخطئه فيما أصابه من ضرر ولم تثبت علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه وبين الضرر. أما إذا ثبتت، كان للضرر سببان وسميت هذه الحالة بحالة الخطأ المشترك. وعندئذ تسوزع المسؤولية على المضرور والمدعى عليه حسب جسامه خطأ كل منهما، كحالة اصطدام رجلين وإصابة أحدهما نتيجة خطأ صدر عنهما معاً. إلا أن خطأ المصاب إذا كان عمدياً أو كان خطأً جسيماً يستغرق خطأ المدعى عليه، فإنه يرفع المسؤولية عن الأخير، كما لو ألقى شخص نفسه فجأة أمام سيارة مسرعة قاصداً الانتحار. ذلك لأن من ألقى بنفسه أمام السيارة يتحمل وحده وزر عمله ولا مسؤولية على السائق. وبذلك قضت المسادة ٢١٠ من قانوننا المدني بقولها: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سواً مركز المدين).

وحري بالتنويه، أن الحكم الذي تصدره المحكمة بالتعويض يجب أن يتضمن تقدير علاقة السببية بين الخطأ والضرر والتثبت من تحققها، وإلا كان عرضة للنقض من قبل محكمة التمييز.

المبحث الثاني

حكم تحقق المسؤولية التقصيرية: التعويض

٥٣- تقسيم البحث:

إن حكم تحقق هذه المسؤولية هو التعويض. إلا أن الإلمام بهذا الحكم يقتضينا الإشارة إلى دعوى هذه المسؤولية. ولذلك سنوزع هذا المبحث على مطلبين. نتكلم في أولهما على دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث رفعها وإثباتها وتقدمها، ونفرد ثانيهما للكلام على التعويض من حيث أنواعه وتقديره.

المطلب الثاني

دعوى المسؤولية التقصيرية

٥٤- طرفا دعوى المسؤولية التقصيرية:

يقيم دعوى المسؤولية من أصابه الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع أو من ينسب عنه كالتوكيل والولي والوصي والقيم.

وإذا تعدد المضررون جاز لأي منهم إقامة دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وجاز لهم جميعاً رفع دعوى مشتركة للمطالبة بالتعويض الذي يستحقه أي منهم.

وإذا كان التعويض عن ضرر مادي رفع الدعوى المضرور أو خلفه العام أو الخاص أو دائته الذي يستطيع المطالبة بالتعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة. أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي فإن من يرفع الدعوى هو المضرور أو من ينتقل الحق بالمطالبة بالتعويض إليه بعد تقديره قضاءً أو اتفاقاً على النحو الذي سنفصله فيما بعد.

أما من ترفع عليه الدعوى، وهو المدعى عليه، فإنه من يرتكب العمل غير المشروع أو من يسأل عنه قانوناً كالولي أو الوصي أو القيم. وإذا تعدد مرتكبو العمل غير المشروع جاز للمضرور إقامة الدعوى على أي منهم بكل التعويض، كما يجوز له إقامة الدعوى عليهم جميعاً للمطالبة بالتعويض لأنهم يكونون مسؤولين قبله على وجه التضامن، ولأي منهم الرجوع على غيره بعد دفع التعويض كاملاً وفقاً لقواعد الرجوع بالتعويض.

٥٥- إثبات المسؤولية التقصيرية:

إن عبء الإثبات على عاتق المدعي في المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية طبقاً للقاعدة العامة القاضية بأن البينة تكون على المدعي. فعليه أن يثبت تحقق أركان المسؤولية من ضرر وخطأ وعلاقة سببية بينهما. ولما كانت هذه العناصر وقائع مادية فإن للدائن إثباتها بجمع طرق الإثبات.

فعلى الدائن عبء إثبات الخطأ من جانب المدين. وإذا كان القانون يفترض الخطأ أحياناً ولا يكلف الدائن إثباته، فإن ذلك لا يقع في دائرة المسؤولية عن الأعمال الشخصية وإنما يقع في دائرة المسؤولية عن عمل الغير وعن فعل الأشياء.

ويتسنى للمدين نفي خطئه التقصيري ما دام التزامه لا يعدو أن يكون التزاماً ببسند عناية بإثبات قيامه بكل ما يجب عليه من حيطة وحذر، أو بإثبات أن ما يدعيه الدائن من إهماله بعض الحيطة والحذر لم يكن واجباً عليه، أو بإثبات أن إهماله بعض الحيطة والحذر يرجع إلى سبب أجنبي عنه.

٥٦- تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية:

نصت المادة ٢٣٢ من القانون المدني العراقي على حكم تقادم دعوى هذه المسؤولية بقولها: (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أياً كان، بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته. ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع).

إن ما يستفاد من هذا النص من معنى، هو أن هذه الدعوى لا يمكن إقامتها بعد مضي ثلاث سنوات من الوقت الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته. فإن لم يتحقق ذلك فإن الدعوى تسقط بمضي خمس عشرة سنة من تأريخ وقوع الفعل الضار.

ويتربط على ما تقدم، أنه لو أتلّف مجهول مال شخص ولم تعرف هويته إلا بعد مضي سبع سنوات من تأريخ الإتلاف فإن الدعوى لا تسقط بالتقادم إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات من تأريخ معرفة هوية الفاعل. ولو عرفت شخصية الفاعل بعد مضي ثلاثة عشر عاماً من تأريخ وقوع الفعل الضار فإن الدعوى تسقط بالتقادم بعد مضي سنتين من معرفة هويته.

المطلب الثاني

التعويض: أنواعه وتقديره

٥٧- تعريف التعويض:

إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة وأمكن إثباتها ترتب حكمها، وحكمها هو التعويض. ولا حاجة للحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية إلى شترطين آخرين ينبغي توافرها لتحقيق المسؤولية العقدية هما الإعذار وعدم وجود اتفاق للإعفاء من المسؤولية. وفي وسعنا تعريف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار.

إن التعويض هو وسيلة القضاء لجر الضرر، محواً أو تخفيفاً. وهو يسدور مع الضرر وجوداً وعدمياً ولا تأثير للجسامة الخطأ فيه. وينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون أن يزيد عليه أو ينقص عنه. فلا يجوز أن يتجاوز مقدار الضرر كي لا يكون

عقاباً أو مصدر ربح للمضروب. وهو في ذلك يختلف عن العقوبة التي تهدف إلى ردع المخطئ وتأديبه، ويتأثر تقديرها بحسامة الخطأ. وقد تفرض وإن لم يلحق أحداً ضرر ما.

إن التعويض يبدو في صور شتى. فقد يكون نقدياً وقد يكون غير نقدي، وقد يكون تعويضاً عن ضرر مادي وقد يحكم به عن ضرر أدبي. وعلى القضاء في تقديره أن يتأكد من توافر عناصره. وستكلم على كل ذلك تباعاً فيما يلي:

٥٨ — التعويض النقدي وغير النقدي:

الأصل أن يكون التعويض نقدياً، فيفدده القاضي بمبلغ من النقود. وهو التعويض الشائع في دعاوي المسؤولية التقصيرية حتى بالنسبة للضرر الأدبي. ولم يرد في القانون المدني العراقي ما يحول دون جواز التعويض غير النقدي. فقد جاء نص المادة ٢٥٥ التي تصدرت أحكام التنفيذ بطريق التعويض، عاماً لا يشترط في التعويض أن يكون نقدياً. إذ قضت بما يأتي:

(ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون). وجاء نص المادة ٢٠٩ منطبقاً بالحكمة مهمة تعيين طريقة التعويض وكيفية تقديره فقصد نصت على ما يأتي: (١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف. ويصح أن يكون التعويض أقساطاً، أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. ٢- أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات. وذلك على سبيل التعويض).

إن ما يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩، هو أن التعويض قد يكون مقسداً بمبلغ من النقود وقد لا يكون. وهو في الحالة الثانية يبدو في صور ثلاث. أولاً، في صورة الأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه. كأن يحكم المحكمة بهدم حائط بناء شخص فسد على جاره الضوء والهواء. وثانيها، في صورة الحكم بأداء أمر معين. كأن يكون التعويض في صورة نشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في دعوى السب والقذف في الصحف. وثالثها، في صورة رد المثل في المثليات. كأن يحكم على شخص غصب من آخر كمية من المثليات كالحيوب برد كمية تساوي ما غصب.

وينبغي أن يلاحظ، أن الحكم بالتعويض غير النقدي أمر لا يجوز الحكم به إلا بناء على طلب المتضرر. ذلك لأن الأصل في التعويض أن يكون نقدياً إن لم يطلب المضرور سواه. ولكن طلب المضرور الحكم بالتعويض غير النقدي أمر لا يلزم المحكمة. فإذا طلب المضرور منها ذلك، واعترض المدعى عارضاً التعويض النقدي، جاز للمحكمة أن تقدر الأمر وأن تحكم بما تشاء من تعويض نقدي أو غير نقدي.

٥٩- عناصر التعويض:

قضت المادة ٢٠٧ بما يأتي: (١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. ٢- ويدخل في تقدير التعويض، الحرمان من منافع الأعيان، ويجوز أن يشمل الضمان على الأجر). أن المراد بالضرر في المادة ٢٠٧ هو الخسارة التي ذكرها المشرع في المادة ١٦٩ المتعلقة بالمسؤولية العقدية، وأن التعويض في المسؤوليةين يقوم على عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت. ومع ذلك، يجب أن يلاحظ، أن التعويض إذا كان عن ضرر مادي، اشتمل على هذين العنصرين بخلافاً للتعويض عن الضرر الأدبي. ذلك لأن الضرر المادي هو الذي يتحلل إلى عنصرين. أولهما، ما لحق الدائن من خسارة مالية، وثانيهما، ما فاتته من كسب مالي. ويدخل في عنصر الخسارة في نطاق المسؤولية التقصيرية، ما فات المتضرر من منافع الأعيان المقومة بالمال والتي جرده الفعل الضار من الانتفاع منها كحرق دار مؤجرة، وما ضاع عليه من أجر كان يتلقاه قبل نزول الضرر به وعوده عن العمل بعد إصابته. ويبدو عنصر الكسب الفائت في صورة مسا إذا أتلسف شخص سيارة اشتراها بمبلغ معين وحصل على وعد من شخص آخر بشرائها بمبلغ أكبر. فإن على مرتكب الفعل الضار تعويض مالك السيارة عن كل من قيمتها، وهي الخسارة اللاحقة، وما توقعه من ربح عند بيعها بثمان يزيد على ثمن شرائها، وهو الكسب الفائت. أما الضرر الأدبي فلا يتحلل إلى هذين العنصرين، وإنما يعتبر عنصراً قائماً بذاته^(١). وفي حالة وقوعه، تتولى المحكمة تحديد ما ينبغي أن تحكم به من تعويض بحيث يكون ترضية كافية للمضرور. والتعويض عندئذ لن يزيل الضرر الأدبي وإنما يخفف من وقعه كثيراً. وحديد بالذكر، أن على القاضي في تقدير التعويض مراعاة الظروف الملابسة^(٢). وهسي

(١) عبد الباقي البكري. تنفيذ الالتزام. ص ١٣٨.

(٢) السنهوري. الوسيط. ص ٣٩٣.

الظروف الشخصية المحيطة بالمضروب، كحالته الصحية ووضع المالى. فمن يصاب بجرح وكان مريضاً بداء السكر. فإن الضرر الذي يلحقه يجاوز الضرر الذي يصيب شخصاً سليماً إذا ما جرح. ومن يعول عائلة كثيرة الأفراد، يصاب بضرر أكبر من الضرر الذي يصاب به غير المعيل إذا لحقته إصابة أقعدته عن الكسب. أما الظروف الشخصية المحيطة بمرتكب الفعل الضار فلا يعتد بها. لأن الأصل أن لا ينظر في تقدير التعويض إلى حسامة خطأ الفاعل، وإنما إلى حسامة الضرر اللاحق بالمضروب. ومع ذلك، فإن حسامة الخطأ قد تؤثر في شعور القاضي عند تقريره للتعويض، وتكون عنصراً من عناصر تحديد مبدئه. وإذا كان القانون المدني العراقي يخضع من نص يشير إلى تأثير تقدير التعويض بالظروف الملائمة، خلافاً للمشرع المصري الذي نص عليه في المادة ١٧٠ من تقنينه، إلا أن الأخذ به من قبل القضاء العراقي أمر تقتضيه العدالة ولا يتعارض مع القواعد في التعويض.

٦٠- التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي وانتقال الحق فيهما:

يجري التعويض وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي عن كل من الضرر المادي والأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية. فقد قضت المادة ٢٠٥ من تقنيننا المدني بما يلي: (يتساوَل حق التعويض الضرر الأدبي كذلك). والضرر المادي، كما ذكرنا من قبل، هو كل ضرر يمس مصلحة للمضروب ذات قيمة مالية. أما الضرر الأدبي فهو ما لا يمس مالا للمضروب ولكنه يخل بمصلحة غير مالية له. وهو طبقاً لنص المادة ٢٠٥ من قانوننا المدني: كل تعد على الغير في حرته كالحبس دون وجه حق أو في عرضه كالاغتداء والانتهاك، أو في شرفه كالسب والقذف، أو في سمعته كتلوّث السمعة خلقياً أو وظيفياً، أو في اعتباره المالى كالإتهام بالعسر المالى أو الغش أو بالمنافسة غير المشروعة. وهي أوصاف كان يحسن بالمشرع العراقي أن يختصرها في وصفين، هما: الحرية والشرف. لأن كسل أذى يصيب الشخص في سمعته أو عرضه أو مركزه الاجتماعى أو المالى إنما يمس شرفه، والشرف يعنى في رأينا كل الاعتبارات الخلقية التي تحيط بالشخص وتحدد قيمته وموقعه في مجتمعه وفقاً سلوكه وما يتولد عنه من رد فعل عند غيره.

وإذا كان انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي إلى الغير كالورثة والدائنين، دون انتظار لاتفاق أو حكم يحدد مقداره، أمراً لا يختلف فيه القوانين، لأنه حق ذو قيمة مالية، فإن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي أمر أثار اختلافاً في الرأي. وقد أغنتنا المادة

٢٠٥ من قانوننا المدني عن الخسوس في هذا الخلاف بنصها على ما يأتي:
(١- يتناول حق التعويض الضرر الأدي كذلك. فكل تعد على الغير في حرته أو عرضه أو شرفه أو في سعة أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض.

٢- ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدي بسبب موت المصاب. ٣- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي).

إن ما يستفاد من هذا النص، هو أن التعويض عن الضرر الأدي حق يتعلق بشخص الدائن أو المضرور. فلا يثبت له الكيان المالي إلا إذا أقر به المدين أو طالب به الدائن قضاء. ولا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو صدر به حكم نهائي. وبناء على ما تقدم، لا يحق لدائي المضرور أن يستعملوا باسمه الدعوى المباشرة للمطالبة بحق مدينهم في التعويض عن الضرر الأدي، إلا إذا تحدد مقدار التعويض اتفاقاً أو قضاءً، كما أن هذا الحق لا ينتقل قبل تحديده إلى الورثة. ويفهم منه كذلك أن الضرر الأدي إذا نشأ عن موت المصاب، كقتل زوج أو طفل أو مجنون فإن الحق في التعويض ينتقل إلى الزوجين والأقربين من الأسرة الذين لم يتول المشرع العراقي حصرهم، وإنما ترك أمر تحديدهم إلى القضاء. وفي ذلك مساهمة لجادة العدل باقتضائه التحري عن يتألمون حقيقة لموت المصاب بصرف النظر عن درجة القرابة. ذلك لأن الضرر الأدي يبدو في هذه الحالة أماً في الشعور ومساساً بالعواطف. وقد لا يتأثر بموت المصاب أقرب أقربائه وقد يكون من الأبعدين من ذوي قرباه من يبدو أكثر الناس تألماً لموته.

وخلاصة ما تقدم أن التعويض عن الضرر المادي يمثل قيمة مالية تضاف إلى ذمة المضرور، دون حاجة إلى اتفاق بشأن تحديده أو حكم يبين مقداره إلى ورثته. أما التعويض عن الضرر الأدي فلا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد مقداره بمقتضى اتفاق أو بحكم نهائي لأنه لا يصبح ذا قيمة مالية إلا عن طريق هذا التحديد. فإن مات المضرور قبل تحديد التعويض قضاءً أو اتفاقاً سقط الحق في التعويض بضرر أدي لا يستطيعون المطالبة به في حياته وباسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وجدير بالذكر أن موت المصاب يترتب حقين، هما حق في التعويض عن الضرر المادي والحق في التعويض عن الضرر الأدي. أما التعويض عن الضرر المادي فقد حددت المسادة ٢٠٣ من قانوننا المدني من يستحقه بقولها: (في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح

أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرّموا من الإعالة بسبب القتل أو الوفاة). وبمقتضى هذا النص يستحق هذا التعويض من كان له حق النفقة على الميت وكان الميت يعيله فعلاً. أما الضرر الأدبي الناجم عن موت المصاب فينبغي لتحديد من يستحقه التمييز بين ضررين^(١). أولهما، الضرر الذي أصاب المصاب وهو الموت. والحق في التعويض عنه لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا حدد بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي. وثانيهما الضرر الذي يصيب ذوي الميت في شعورهم وعواطفهم. وهو الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ من قانوننا والتي قضت بأن من يستحق التعويض عنه هم أحد الزوجين والأقربين من الأسرة على النحو الذي فصلناه، والذي يتولى القضاء تحديده.

وينبغي أن يلاحظ أن التعويض عن الضرر المادي الذي تقضي به المحكمة لمسن كان الميت يعيلهم يثبت لهم ابتداء وليس عن طريق الإرث، وتتولى توزيعه عليهم حسب ما تنسبه. أما التعويض الذي يضاف إلى ذمة المتضرر ويؤول إلى الورثة، سواء كان تعويضاً عن ضرر مادي أو أدبي تحدد مقداره في حياة المصاب، فإنهم يقتسمونه طبقاً لأحكام الميراث الشرعي.

٦١- وقت تقدير الضرر الذي يحكم بالتعويض عنه:

الأصل في تقدير التعويض أن يحدده القاضي بقدر الضرر وقت تحمله. وذلك ما يقتضيه الغرض من التعويض، وهو رد المضرور إلى الوضع الذي كان يمكن أن يكون فيه ولو لم يخل المدين بالتزامه.

ومع ذلك، قد يتغير الضرر من حيث جسامته في الفترة التي تمتد بين حدوثه وبين النطق بالحكم بالتعويض عنه، ويثور التساؤل عندئذ عما إذا كان يقدر وقت تحمله أو عند الحكم بتغطيته. لقد ذهب أكثر الفقهاء واستقرّ القضاء على الاعتداد بتغير قيمة الضرر، وتقدير التعويض حسب جسامته الضرر يوم الحكم به لا يوم وقوع الفعل الضار^(٢).

وبناء على ما تقدم، ينبغي القول، إن المصاب إذا أصيب بكسر في يده نتج عن عمل غير مشروع، وتفاقم الضرر حتى أصبح عاهة مستديمة، أو خفت خطورته وقت النطق

(١) انظر: السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٨٦٩.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٩٧٥.

بالحكم، وجب على القاضي أن يقيم لذلك وزناً عند إصدار قراره بالتعويض. وإذا كان الضرر لم يتغير في حد ذاته، وإنما أصاب التغير سعر النقد الذي يقدر به أو تغيرت أسعار السوق بوجه عام، فالعبرة بسعر النقد أو بسعر السوق يوم النطق بالحكم. غدير أن المضرور إذا كان قد أصلح الضرر بنفسه ورجع على محدث الضرر بالتعويض، حكم له بما دفعه فعلاً لإصلاح الضرر بصرف النظر عن تغير سعر النقد وقت صدور الحكم. وقد استمر الفقه وجرى القضاء في مصر وفرنسا على هذا الاتجاه الذي ينبغي أن يتقيد القضاء العراقي به.

أما إذا تعذر على القاضي تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت الحكم جاز له أن يتسرك للمضرور الحق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معقولة، وتكون العبرة في تقدير التعويض النهائي بوقت النطق بالحكم به. وعلى ذلك نصت المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي بقولها: (إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير). والأمر بالنسبة لاحتفاظ المضرور بهذا الحق، وبالنسبة لتحديد الفترة التي يمارس فيها هذا الحق متروك لتقدير القضاء، شأنه شأن تقدير التعويض بعد التثبيت من عناصره. وممع ذلك يجب أن يلاحظ، أنه إذا جاز للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر المتزايد إلى وقت النطق بالحكم، فليس من حقه المطالبة به إذا نشأ عن تعمدته وتقصيره. وبذلك قضت المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي بقولها: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه، أو كان قد سواً مركز المدين). والشطر الأخير من المادة يشير إلى حالات يهمل فيها الدائن المضرور القيام بما ينبغي إجراؤه من قبل من كان في وضعه لمنع تزايد الضرر أو نحوه. كأن يهمل المصاب سبل العناية والعلاج ويتفاقم الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه. إذ يجوز للمحكمة عندئذ، أن تنقص من مقدار ما يطالب به من تعويض في ضوء سلطتها التقديرية لما يحيط بالقضية المنظورة من قبلها من ظروف.

المبحث الثالث

تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عن طريق الاتفاق

٦٢- تمهيد:

تعتبر أكثر أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما

يخالفها. فلا يستطيع الأشخاص تعديل أحكام دعواها من حيث الإثبات والتقادم. أما من حيث حكم تحققها وهو التعويض فيجوز إن يحسه وصف يعدل فيه. أن هذا التعديل يتصور وقوعه في حالتين. أولاً، الاتفاق على تعديل أحكامها قبل تسافر أركانها وتحققها. وثانيهما، تأمين المسؤول عن مسؤوليته المحتملة قبل ثبوتها. وستكلم فيما يلي على هاتين الحالتين.

٦٣- الحالة الأولى: الاتفاق على تعديل حكم المسؤولية التقصيرية:

لما كان الاتفاق على تعديل حكم المسؤولية التقصيرية قد يتناول تشديداً أو إعفاءً أو تخفيفاً، لذلك يحسن بنا الإشارة إلى حكم كل من هذه الاتفاقات.

أما عن الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية فأمر جائز. فإذا دعا شخص صديقه لركوب سيارته وتعهده له بأن يكون مسؤولاً عن كل ضرر يصيبه وإن نشأ عن سبب أجنبي، التزم الشخص بحكم الاتفاق ووجب عليه التعويض عن الضرر الذي لحق صديقه بسبب قوة قاهرة. مع أن الأصل أن المسؤولية تنتفي بإثبات السبب الأجنبي، ومنه القوة القاهرة، لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر. إن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لأنه لا ينطوي على ما يحس النظام العام. هذا فضلاً عن جوازه بمقتضى المادة ٢١١ من قانوننا المدني التي قضت بما يأتي: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك). ويستفاد من هذا النص أن الاتفاق يسمح بترتب المسؤولية على الفعل الضار وإن نتج الضرر عن سبب أجنبي.

أما الاتفاق على الإعفاء من حكم المسؤولية التقصيرية فباطل لتعلق أحكامها بالنظام العام. وعلى ذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي بقولها: (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

وأما الاتفاق على التخفيف من حكم المسؤولية فأمر قد يثير خلافاً في الرأي إلا أننا نرى أن لفظ الإعفاء ينبغي أن يفسر بأنه يعني الاستبعاد كما يعني التخفيف، ليكون المقصود بلفظ الإعفاء إعفاء المدين من حكم المسؤولية التقصيرية كلاً أو بعضاً. لأن أحكام هذه المسؤولية بما تقضي به حق المصاب في التعويض تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التضييق منه. كما أن جواز التخفيف من أحكامها يفسح المجال لاقتراف الخطأ التقصيري وارتكاب الفعل الضار، وهو ما يحرمه القانون.

يترتب على ما تقدم، أن اتفاق صاحب المصنع مع أصحاب الأملاك المجاورة على عدم مسؤوليته عما يلحقهم من أضرار يسببها وجود المصنع، أو على عدم مسؤوليته عن غير الضرر الناشئ عن الحريق، أو على تحديد مسؤوليته بدفع مبلغ زهيد محدد سلفاً عن الأضرار التي قد يصيبهم، يعتبر باطلاً.

٦٤- الحالة الثانية: التأمين من المسؤولية:

يقصد بالتأمين من المسؤولية، عقد يبرم بين المسؤول وهو المؤمن له وبين المؤمن وهو شركة التأمين، يلتزم المؤمن بمقتضاه بتعويض الأضرار التي يخلقها المؤمن له بالمضرور. وإذا كان كل من المستوفي على الإعفاء من المسؤولية والتأمين منها يتفقان في إفلات المسؤول من التعويض إلا أنهما يختلفان في أن شرط الإعفاء يعفي المسؤول من التعويض نهائياً، أما التأمين من المسؤولية فإنه ينقل عبء التعويض من عاتق المسؤول إلى كامل المؤمن.

والتأمين من المسؤولية جائز وواسع الانتشار بسبب التطور الاقتصادي ونضج الوعي الاجتماعي. فيجوز أن يؤمن الشخص على نفسه من المسؤولية التي يتعرض لها بالنسبة لكل أنواع الخطأ، عدا الخطأ العمدي. إذ لا يمكن للإنسان التأمين من مسؤولية تنجم عن إقدامه على إلحاق الضرر بالغير عمداً كإتلاف مال للغير قصداً.

ومن الأمثلة على التأمين من المسؤولية. ما أقدم عليه المشرع العراقي من فرض التأمين من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات بمقتضى القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٦٤ الذي ألغي ليحل محله قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ والذي جاء يفضل القانون الملغى من حيث سعة نطاق أحكامه ومسائرها لمقتضيات العدالة إلى مدى أبعد.

ويترتب على عقد التأمين من المسؤولية بصورة عامة، أن المسؤول المؤمن له، إذا أحدث ضرراً فإن ما يجب عليه من تعويض يقع على عاتق المؤمن ولا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المتضرر مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المتضرر لم يعرض عن الضرر الذي أصابه. وعلى ذلك نصت المادة ١٠٠٦ من القانون المدني العراقي.

الفصل السابع المسؤولية عن عمل الغير وعن الأشياء

٦٥- تمجنا في البحث

أفرد المشرع العراقي للعمل غير المشروع الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من تقنيته وقد قسم الكلام فيه إلى فرعين. اختص الفرع الأول بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية. وعقد الفرع الثاني للكلام على المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء. ولذلك يحسن بنا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين. نفرّد أولهما، للمسؤولية عن عمل الغير. ونعقد ثانيهما للمسؤولية عن الأشياء، أسوة بتبويب القانون المدني العراقي.

المبحث الأول المسؤولية عن عمل الغير

٦٦- تمهيد

خصص المشرع العراقي لهذه المسؤولية ثلاث مواد. أفرد مادتين منها، للكلام على حالتين هذه المسؤولية (م ٢١٨ و ٢١٩). وساق في المادة الثالثة (م ٢٢٠) حكماً لهذه المسؤولية في حالتها، وهو حق رجوع المسؤول على مرتكب الفعل الضار بما ضمن. ولذلك فإن البحث في هذه المسؤولية يقتضيها توزيعه على مطلبين نتكلم فيهما على حالتين. نعنون أولهما بمسؤولية الشخص عمن هم في رعايته، ونفرّد ثانيهما لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

المطلب الأول

مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته

٦٧- نصوص تشريعية:

نصت المادة ٢١٨ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١- يكون الأب ثم الجسد، ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير. ٢- ويستطيع الأب أو الجسد أن يتخلص من المسؤولية، إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب).

إن الإحاطة علماً بمسؤولية الراعي عمن هو تحت رعايته يقتضيها الكلام في أمور أربعة، هي: تحديد شخص المسؤول، وبيان كل من شروط هذه المسؤولية وأساسها، وأحكامها. وستكلم فيها تباعاً فيما يأتي.

٦٨- تحديد شخص المسؤول

قصر المشرع العراقي المسؤولية الناشئة عن الإخلال بواجب رقابة من هو في رعاية شخص ما، على الأب والجد (أب الأب) وحدهما. وذلك خلافاً لما قضى به المشرع المصري في المادة ١٧٣ من قاعدة عامة ترتب المسؤولية على كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية والجسمية، كالصغير والمجنون والمعتوه والمصاب بشلل أو يفقد البصر.

والحق، أن المشرع العراقي قصد القضاء بحكم مخالف لما نص عليه المشرع المصري. ذلك لأنه قرر في المادة ١٩١ مسؤولية الصغير مميزاً أو غير مميز ومن في حكمهما عن أفعالهم الضارة، وجعل مسؤوليتهم مسؤولية أصلية، وإن كانت مخففة، خلافاً للقانون المدني المصري الذي جعل مسؤوليتهم مسؤولية احتياطية وجوازية ومخففة، بمقتضى نص المادة ١٦٤ التي سبق ذكرها. ولذلك فإن المشرع العراقي بعد أن قرر مسؤولية المباشر عن الضرر الذي أحدثه، أي كان أدركه، في المادة ١٩١ المار ذكرها، عمد إلى تضيق نطاق المسؤولية عن العمل الضار الصادر ممن هو تحت الرعاية في المادة ٢١٨ وقصرها على الأب والجد وحدهما.

ولما كانت مسؤولية الأب والجد في القانون العراقي مسؤولية استثنائية تقررت بالنص خلافاً للقواعد العامة لأنها تقوم على خطأ مفترض، ولما كان كل ما يجيء مخالفاً للقواعد العامة لا يجوز التوسع في تفسيره ولا يجوز القياس على ما يرد على خلاف القياس، لذلك ينبغي عدم التوسع في تفسير النص العراقي. ومفاد ذلك، أن المسؤولية عن الرعاية تقتصر في قانوننا على الأب والجد وحدهما وفي نطاق الأفعال الضارة الصادرة من الصغير وحده مميزاً كان أو غير مميز. فلا يسأل عن الإخلال بواجب الرقابة غير الأب أو الجد. ولا يسأل من كان راعياً عن الفعل الضار الصادر من غير الصغير، كالمعتوه والمجنون إذا جاوزا سن البلوغ وانتفى عنهما وصف القصر.

نخلص من ذلك إلى القول، إن المضرور يرجع على الأب والجد بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه الصغير بصرف النظر عما إذا كان الصغير يملك مالاً أو لم يكن ذا مال. وهو يرجع عليهما وحدهما بمقتضى المادة ٢١٨ التي تقرر مسؤولية أصلية وإجبارية تقع على عاتقهما.

٦٩- شروط قيام هذه المسؤولية:

لا تقوم هذه المسؤولية إلا عند توافر شرطين أولهما، وجود شخص في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر. وثانيهما، صدور عمل غير مشروع من المشمول بالرعاية.

٧٠- الشرط الأول: وجود شخص في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر

لا تنهض هذه المسؤولية إلا إذا وجد صغير في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر هو الأب أو الجد وارتكب الصغير فعلاً أُلحق بالغير ضرراً. ذلك لأن مناط هذه المسؤولية هو الإخلال بواجب الرقابة على الصغير، لأنها تقوم على أساس خطأ مفترض في جانب الأب أو الجد هو عدم بذل الرقابة اليمتطة على الصغير التي تحول دون إضراره بالغير.

ونسوق على النص العراقي أربع ملاحظات أولاً، أن المشرع العراقي لم يشترط المساكنة، أي الاتحاد المسكن بين الراعي وبين من هو تحت رعايته لقيام مسؤولية الأول. فسواء كان الصغير يسكن مع أبيه أو جده أو كان مستقلاً عنهما في سكنه، فإن سلطة الرقابة تكفي وحدها لثرتب المسؤولية عن الأفعال الضارة الصادرة من الصغير. ثانيتهما، أن المشرع العراقي لم يحدد سناً معينة للصغير، ترتفع مسؤولية الراعي عن أفعال الصغير إذا بلغها. وقد ثار التساؤل حول السن التي تنتهي فيها الرقابة على القاصر في ظل القانون العراقي فهل هي سن زوال الولاية على النفس وهي تمام الخامسة عشرة في الشريعة الإسلامية، أم سن زوال الولاية على المال، وهي تمام الثامنة عشرة، أي بلوغ سن الرشد في القانون المدني العراقي. والراجح فقهاً وقضاً أن مسؤولية الأب أو الجد تظل قائمة حتى يبلغ القاصر سن الرشد^(١). ثالثتها، أن المشرع العراقي، حصر واجب الرقابة في الأب والجد، ولم يجوز انتقاله إلى غيرهما.

أما ملاحظتنا الرابعة فتتصب على أن القانون المدني العراقي قصر مسؤولية الراعي على حالة القصر وحدها، دون أن يمتدّها إلى حالة الرعاية بسبب الحالة العقلية أو الجسمية. وقصرها على الرعاية الواجبة قانوناً دون الرعاية التي تجب بمقتضى الاتفاق. وإذا كان شفيح المشرع العراقي في إغفاله النص على ذلك هو ما ذكرناه من تحميل المباشر المسؤولية عن فعله الضار أيضاً كانت مداركه، إلا أننا لا نرى في ذلك مبرراً لهذا القصور التشريعي. وفي ذلك يكون المشرع المدني العراقي

(١) حسن علي الذنون. المرجع السابق. ص ٢٨١. وتتفق معه في الرأي.

قد خالف المشرع المصري فيما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ بقوله: (كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع).

٧٩- الشرط الثاني لترتب المسؤولية: صدور عمل غير مشروع من المشمول بالرعاية. لا تترتب المسؤولية على الجلد أو الأب وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي، إلا إذا صدر من هو تحت الرعاية عمل غير مشروع يلحق بالغير ضرراً. غير أن مسؤولية الراعي عن الفعل الضار من هو تحت رعايته تثير تساؤلاً عندما يكون المرعي عديم التمييز. لأن عدم التمييز لا ينسب إليه فعل خاطئ، بسبب عدم إدراكه والإدراك أحد عنصرين للخطأ في أكثر القوانين.

لقد برر كثير من الفقهاء مسؤولية الراعي عن فعل عديم التمييز بأحد أمرين^(١). أولهما، أنه على افتراض أن مسؤولية الراعي تعتمد على تحقق الخطأ وهو التعدي، أي الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، دون العنصر النفسي وهو الإدراك، أو التمييز على اعتباره من الظروف الداخلية التي لا يعتد بها. وثانيهما: إن مقتضيات العدالة وحاجات المجتمع تقتضي، لتيسير حصول المضرور على التعويض، أن لا تعلق مسؤولية الراعي على خطأ يصدر من هو تحت الرعاية وإنما ينبغي أن تستند إلى الضرر الذي يحدثه الصغير بفعله.

ومهما كان نصيب هذا التبرير من الوجاهة، إلا أننا نؤيد رأي من ذهب من الفقهاء^(٢)، إلى القول إن مسؤولية الراعي عن الصغير غير المميز مسؤولية ذاتية أصلية، تترتب على الإخلال بواجب الرقابة، وتستند إلى الفعل الضار الصادر من الصغير، دون أن يتوقف ثبوتهما على صدور خطأ من الصغير يقتضي توافر عنصرين أو يكفي بأحدهما. فهي مسؤولية مستقلة لا تستند إلى مسؤولية عديم التمييز.

(١) عبد الباقي البكري. محاضرات ألفيت على طلبة الدراسات العليا في القانون المدني عام ١٩٧٩ في موضوع المسؤولية عن عمل الغير. مطبوعة بالرونيو ص ١١٣.

(٢) السنهوري، الوسيط ج ١، ص ١٠٠٣.

٧٢-أساس مسؤولية الراعي ونفيها.

تقوم مسؤولية الراعي في جميع القوانين التي تقرر هذه المسؤولية ومنها قانوننا على أساس خطأ مفترض في الرعاية، هو إخلال من يجب عليه الرقابة بما ينبغي عليه من واجب القيام به. فإذا صدر عن من هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ألحق به ضرراً، افترض القانون أن من وجبت عليه الرقابة قد قصّر في واجبه، وأن تقصيره أدى إلى ارتكاب الصغير الفعل الضار. وإذا كان الخطأ المفترض في جانب متولي الرعاية أو الرقابة بصورة عامة هو خطأ في الرقابة فإن الخطأ المفترض في جانب الأب والأم، والجد إذا كان الصغير يقيم في كنفه، هو تقصير في رقابة الصغير أو إساءة تربيته أو هما معاً. والخطأ المفترض يعني إعفاء المضرور من إثباته ومن عبء إثبات علاقة السببية بينه وبين الضرر.

و مع ذلك فإن هذا الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة، يبيح القانون نفيه قبل المسؤول. فهو افتراض يقبل إثبات العكس، وقرينة الخطأ المفروض هنا قرينة بسيطة تقبل النفي. ويستطيع المسؤول أن ينفي هذه القرينة بإثبات أنه قام بما ينبغي عليه من واجب الرقابة وأنه اتخذ كل ما يجب عليه من احتياطات لمنع الصغير من الإضرار وأنه لم يسئ تربية الصغير إذا كان أباً أو جداً وهو المسؤول في قانوننا. ويعتبر تقدير كل هذه الأمور من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي دون رقابة لمحكمة التمييز على تقديره. كما يستطيع المسؤول نفي علاقة السببية أن الضرر اللاحق بالغير لا علاقة له بالخطأ المفترض في جانبه. وذلك بإثبات وجود سبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير وبين الخطأ المفروض في جانبه. كأن يثبت أن الضرر وقع بصورة مفاجئة وعلى نحو لا يمكن توقعه أو تحاشيه. إن تخلص الراعي من المسؤولية بهذين الطريقتين، الخطأ ونفي علاقة السببية قد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ بقوله: (ويستطيع الأب أو الجد التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب): والشطر الأول من هذه المادة يعني نفي المسؤولية بنفي قرينة الخطأ، وذلك قيام الراعي بواجب الرقابة المفروض عليه. أما الشطر الثاني منها فيعني نفي المسؤولية بنفي علاقة السببية وذلك بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً وإن قام الراعي بما عليه من واجب الرقابة.

وجدير بالذكر أن مدى الرقابة المفروضة على الراعي والتي يعتبر عدم القيام بها تقصيراً أمر يتأثر بسن من هو تحت الرعاية وبحالته الصحية والنفسية وبظرفي الزمان والمكان اللذين حدث فيهما الفعل الضار.

٢٣- أحكام هذه المسؤولية

تقوم هذه المسؤولية كما بينا على أساس خطأ مفروض في جانب الراعي يقبل إثبات العكس. وإذا لم يفلح الراعي في نفي خطئه المفروض أو نفي علاقة السببية حقه عليه حكمها. هو تعويض المضرور عن الضرر الذي ألحقه به من هو تحت الرعاية بفعله. و مع ذلك، فإن قيام مسؤولية الراعي قد تنهض إلى جانبها مسؤولية من هو تحت الرعاية، وإن كانت الأولى تقوم على أساس خطأ مفترض يقبل إثبات العكس في جميع القوانين التي تقرها، وتقوم الثانية على أساس خطأ ثابت في أكثر القوانين. واجتماع المسؤوليتين متحقق وفقاً لإحكام القانون العراقي، بمقتضى نص المادتين ٢١٨، ١٩١. والحكم بموجب هاتين المادتين، أن للمضرور أن يرجع على الراعي، وهو الأب والجد، بكل التعويض على أساس مسؤولية الراعي عمن هو تحت رعايته. وله أن يرجع على من هو تحت الرعاية سواء كان صبيّاً مميزاً أو غير مميز على أساس خطأ ثابت يستبعد منه عنصر التمييز. فإذا رجع على الراعي كان له حق الرجوع على الصغير بما ضمنه، طبقاً لنص المادة ٢٢٠ من قانوننا المدني، ومفادها: (للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه). أما إذا رجع على الصغير مميزاً أو غير مميز، وتقاضى التعويض من ماله، فلا يحق للصغير الرجوع على الراعي بما دفع، لأن الخطأ الذي أوجب المساءلة هو خطأ الصغير لا خطأ الراعي. أما إذا رجع الصغير وكان غير مميز، وتعدّر الحصول على التعويض العادل من ماله، جاز للمحكمة أن تلزم الولي الراعي وهو الأب أو الجد، بمبلغ التعويض على أن يكون لكل منهما حق الرجوع على الصغير بما دفع، وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ١٩١ من قانوننا المدني.

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

٧٤- نصوص تشريعية

نصت المادة ٢١٩ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١-الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماهم. ٢- ويستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، أو أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية).

وقضت المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري بما يلي: (١-يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه في رفاقته وفي توجيهه). أن هذه النصوص تشير إلى قواعد مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه. ولذلك ينبغي علينا في ضوءها أن نحدد شخص المتبوع أولاً، وأن تبين كلا من شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أساسها، وأحكامها، على التعاقب.

٧٥- تحديد شخص المتبوع المسؤول:

لم يضع المشرع العراقي قاعدة عامة تقرر مسؤولية أي متبوع عن الأفعال الضارة الصادرة من تابعه متى توافرت شروطها. وهو النهج الذي سلكته بعض القوانين المدنية الحديثة ومنها التقنين المصري. ذلك لأنه حدد أشخاص من تقع عليهم مسؤولية المتبوع عن تابعه في الفقرة الأولى من المادة ٢١٩ المشار إليها بأنهم: الحكومة والبلديات. والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص حقيقي أو معنوي يستغل مؤسسة صناعية أو تجارية.

ويعتضى النص العراقي لا يتحمل هذه المسؤولية الأفراد والشركات الذين يستغلون مؤسسات ليست صناعية أو تجارية، كما لا يتحملها الأفراد الذين لا ينشئون مؤسسات وإن مارسوا نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو غيرها. ولذلك فإن الشخص لا يسأل وفقاً

لأحكام قانوننا عن أخطاء خادمة أو سكرتيرة أو طباخة أو سائق سيارته وإن لوحظ أن قانون التأمين الإلزامي عن حوادث السيارات قد سد بعض النقص التشريعي في قانوننا المدني. مسلك المشرع العراقي مسلك معيب معيب أشار إليه قانون إصلاح النظام القانوني، سواء من حيث نطاق هذه المسؤولية أو من حيث أساسها. ومع ذلك فإن شروط قيام هذه المسؤولية التي أستقر في الفقه والقضاء في مصر وفرنسا بعض القوانين، ينطبق أكثرها على هذه المسؤولية في القانون العراقي بالرغم من ضيق نطاقها وقصور أساسها في ضوء نصوصه.

٧٦- شروط قيام هذه المسؤولية:

يقتضي قيام مسؤولية المتبوع عن عمله تابعه، توافر شروط ثلاثة. أولها، قيام علاقة التبعية بين من يراد تحميله المسؤولية وبين من أحدث الضرر. ثانيهما، صدور خطأ من التابع. ثالثها، صدور خطأ أثناء قيام التابع بخدمة منبوعه. وستكلم في هذه الشروط الثلاثة على التعاقب فيما يلي.

٧٧- الشرط الأول: قيام علاقة التبعية بين من يراد الرجوع عليه بالتعويض وبين محدث الضرر.

أن أفضل تحديد لمعنى علاقة التبعية هو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري. فقد قضت بأن رابطة التبعية تقوم وأن لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعة متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه.

إن مفاد هذا النص هو وجوب توافر سلطة فعلية للمتبوع على تابعه، وأن هذه السلطة الفعلية تنصب على رقابة التابع وتوجيهه، كي تتسنى عندئذ مساءلة المتبوع عن أفعاله تابعه الضارة. وبناء على ما تقدم فإن علاقة التبعية تتحقق إذا كانت للمتبوع سلطة فعلية على التابع سواء نشأت عن عقد، وإن كان الغالب أنها تتولد من عقد أو علاقة صاحب المؤسسة بعماله. ومع ذلك فإنها تتوافر وإن عقد العمل باطلاً. وإذا أنشأت عن عقد فلا يشترط أن يكون التابع مأجوراً. إذ يجوز أن يؤدي خدمة للمتبوع بغير مقابل. وقد استقر الرأي فقهاً وقضاء بعد تردد طويل، أنه لا يشترط لقيامها أن يكون المتبوع قد

اختار تابعه. وليس من الضروري كذلك أنه يملك حق فصله. ولا يشترط في هذه السلطة أن تكون شرعية مادام يمارسها فعلاً أو كان في وسعه ممارستها وإن لم يستعملها. فهسي تتحقق وإن كان المتبوع قد اغتصبها أو استمدها من عقد غير مشروع. وينبغي لتوافر علاقة التبعية إن تكون للمتبوع سلطة رقابة وتوجيه تابعه. وذلك يعني أن يكون من حقه أن يصدر إلى التابع الأوامر لتوجيهه وإن كان التوجيه عاماً. وأن يكون له حق محاسبته إذا خرج على أوامره. ويجب أن يلاحظ، أن كلاً من التوجيه والرقابة ينبغي أن يرد على عمل معين يقوم به التابع لحساب متبوعة، ولا يجوز أن يكون توجيهاً مطلقاً. فالابن لا يعتبر تابعاً لأبيه لمجرد القول أن للأب رقابة مطلقة على ولده وإنما لكي يكون تابعاً ينبغي أن يقوم بخدمة معينة لأبيه وأن تكون للأب سلطة فعلية في توجيهه عند القيام بها وفي محاسبته على الإخلال بها. ومع ذلك، فإن حق الرقابة والتوجيه قد ينتقل إلى شخص آخر فتزول السلطة الفعلية من يد من كانت له من قبل، إلى يد من انتقل إليه الحق في الرقابة والتوجيه. كأن يعير شخص سيارته مع سائقها لصديق لفترة شهر. إن طول هذه الفترة ونزول مالك السيارة عن حقه في رقابة وتوجيه سائقه خلالها، يزيل السلطة الفعلية من يد المالك وينقلها إلى المستعير، ليصبح المستعير عندئذ متبوعاً عرضياً ومسؤولاً عن الأفعال الضارة الخاطئة الصادرة من السائق التابع.

وعلى العموم، فإن زوال حق الرقابة والتوجيه يؤدي إلى زوال السلطة الفعلية التي تقوم عليها علاقة التبعية. ولذلك لا يعتبر الطبيب الذي يعمل في المستشفى خاص لحسابه تابعاً لإدارة المستشفى، ولا يعتبر الشركاء تابعين للشركة. كما لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل إذا كان مستقلاً في عمله غير خاضع لتوجيهه ورقابته، وهو يكون كذلك في الغالب. واستقلال المقاول هو ما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل.

وجدير بالذكر، أنه لو استخدم عدد من الأشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك، اعتبروا جميعاً متبوعين بالنسبة إليه، ولو قام شخص بخدمات متفرقة لأشخاص متعددين كان تابعاً لأي منهم في الوقت الذي يقوم بخدمته، إذا توافرت في الحالتين السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه للمتبوع على تابعه.

كما أن مما تجدر الإشارة إليه، أن السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، لا تقتضي وجوب إلمام المتبوع بأصول عمل التابع، أي أنها لا تقضي قدرة المتبوع على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية^(١). إذ تكفي قدرته على الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية. فسائق السيارة تابع لمالكها الذي لا يعرف السياقة، والطبيب في مستشفى خاص يعتبر تابعاً لصاحب المستشفى الذي يعمل الأطباء لحسابه وإن لم يكن الأخير طبيباً. كما أن وجود علاقة التبعية لا تقتضي أن يكون المتبوع بالغاً قادراً على مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه بنفسه من الناحية الإدارية. فقد يكون المتبوع غير مميز^(٢)، ويكفسي عندئذ خضوع التابع لرقابة من ينوب عن المتبوع في الرقابة والتوجيه، كالولي والوصي والقيم.

٧٨- الشرط الثاني لقيام هذه المسؤولية: صدور خطأ من التابع:

إن مسؤولية التابع هي أساس مسؤولية المتبوع، ولذلك يجب لقيام مسؤولية المتبوع تحقق مسؤولية التابع. ومسؤولية التابع لا تتحقق ألا عند توافر أركانها وفي مقدمتها ركن الخطأ، فإن لم يصدر من التابع فعل خاطئ، فإن مسؤوليته لن تتقرر بالتالي لن تتقرر مسؤوليته المتبوع.

إن ترتب مسؤولية المتبوع يعتمد على ثبوت خطأ التابع، مع توافر أركان مسؤوليته الأخرى. سواء كان التابع في سلوك الشخص يجب إثباته، أو كان خطأ مفترضاً قابلاً لإثبات العكس كخطئه في رقابة غيره. أو كان خطأ مفترضاً فرضاً غير قابلاً لإثبات عكسه كخطئه في حراسة حيوان أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة لم يقم بها كما تقتضي بذلك بعض القوانين.

أما إذا ارتكب التابع فعلاً ضاراً ينفي عنه القانون وصف الخطأ كما ولو كان في حالة دفاع شرعي أو حالة ضرورة، أو ارتكب الفعل الضار لأن سبباً أجنبيّاً اضطره إلى ارتكابه انتفت المسؤولية عنه، ورفعت المسؤولية بالتالي عن المتبوع. إن ضرورة صدور الخطأ من التابع لترتب مسؤولية المتبوع أمر أكدته المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة ٢١٩ من القانون المدني باشتراطه، لترتيب هذه المسؤولية، أن يكون الضرر الذي يحدثه المستخدمون ناشئاً عن تعدد منهم وقع منهم أثناء قيامهم بخدماته.

(١) السنهاوري، المرجع السابق. ص ١٠٢٢.

(٢) سليمان مرفس. المرجع السابق. ص ٣٩٨.

٧٩-الشرط الثالث: صدور خطأ التابع أثناء قيامه بخدمة متبوعة:

وهو شرط عبرت عنه القوانين بتعابير مختلفة تؤثر في تحديد مفاده. فقد عبر عنه المشرع العراقي بالقول: (أثناء قيام المستخدمين بخدماهم). وعبر عنه القانون المدني المصري بالقول في الفقرة الأولى من المادة (١٧٤): (في حال تأدية التابع وظيفته أو بسببها).

وذهب جانب من القضاء المصري^(١) إلى إقامة مسؤولية المتبوع على الخطأ الذي يرتكبه التابع أثناء تأدية الوظيفة أو كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيانه وهيأت الفرصة لارتكابه.

والواقع أن تكييف ما إذا كان خطأ التابع يدخل في حدود وظيفته أو يخرج عنها أمر يدق في حالات كثيرة. هذا فضلاً عن أنه أثار خلافاً في الفقه وأدى إلى توسع الفقه والقضاء الفرنسيين في تفسير النص الفرنسي. وعلى العموم فإن من المتصور أن يصدر الخطأ من التابع في حالات أربع. فقد يصدر منه الخطأ أثناء تأديته وظيفته أو بسببها أو بمناسبة وقد يكون خطأ أجنبياً عن الوظيفة لا علاقة له بها.

أما الخطأ الواقع أثناء تأديته الوظيفة أو القيام بالخدمة، وهو التعبير العراقي، فأمر تجمع القوانين على مسؤولية المتبوع عنه إذا توافرت شروط قيامها فإذا صدر الخطأ من التابع أثناء قيامه بعمله أمكن تبرير مسؤولية المتبوع على أي أساس يراد أقامتها عليه، خطأً مفترضا أو تحمل تبعه أو حلاً قانونياً أو ضمناً ويتحمل المتبوع المسؤولية عن الفعل الضار الواقع من التابع وأن لم يعلم به المتبوع أو يأمر به أو لم يأمر به أو كان معارضاً له. وهو يسأل كذلك وإن كان التابع في ارتكابه قد جاوز حدود وظيفته أو أساء استعمالها. وبناء على ما تقدم يسأل مالك السيارة إذا تجاوز سائقه السرعة المقررة في وقت قيامه بعمله فدهس شخصاً. وتسأل مصلحة نقل الركاب عن إهمال سواقها أو جباها أثناء قيامها بوجباتهم، ويسأل المستشفى عن خطأ ممرضة أعطت المريض سمّاً بدلاً الدواء، وتسأل مؤسسة البرق والبريد والهاتف عن تقصير موزع في تسليم رزمة إلى صاحبها فأضاعها أو سرقها. وتسأل المؤسسة التجارية عن خطأ أحد موظفيها أو عمالها بضرب أحد العملاء في أحد مخازنها أو معارضها.

(١) السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٠٣.

كما تجمع القوانين على عدم مسؤولية المتبوع عن خطأ يرتكبه التابع لا علاقة له بالخدمة أو بوظيفته وذلك لانتفاء الأساس الذي تقوم عليه، وهو افتراض الإخلال بواجب الرقابة أو غيره من الأسس. وينتقي الأساس عند انتفاء العلاقة المكانية^(١) والزمانية بين الوظيفة وبين العمل الضار في أكثر الأحوال. فإذا سرق عامل في مصنع داراً فلا مسؤولية على المؤسسة الصناعية التي يتبعها. وإذا قتل الجاني شخصاً خارج أوقات دوامة الرسمي فلا مسؤولية على مصلحة نقل الركاب. ومع أن الأصل أن يعتز الخطأ أجنياً عن الوظيفة إذا كان منقطع الصلة بما من حيث الزمان والمكان. إلا أنه يجوز أن يكون أجنياً عنها وإن وقع في زمان ومكان تأديتها. فلا تكون الحكومة مسؤولة عن فعل موظف استقبل في مكتبه دائماً له فتشاجرا واعتدى الموظف على دائته بالضرب أو أصابه بحرج.

أما الخطأ بمناسبة الوظيفة أو بسببها فأمر يختلف القوانين حياله. والخطأ بمناسبة الوظيفة هو الخطأ الذي تيسر الوظيفة ارتكابه أو تمى الفرصة لوقوعه دون أن تكون الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكابه أو للتفكير في اقتراه. كقيام سائق سيارة حكومة أو مملوكه لشخص بتعقب شخص كان يضرر الحقد له فدهسه، وكعبث شرطي بمسدسه الحكومي في زيارة دار صديق له وانطلاق رصاصة منه أصابت المضيف بمقتل. إن الجريمة في الحالتين قد ارتكبت بمناسبة الوظيفة لا بسببها. أي أن السيارة والمسند هيئتا الفرصة لارتكاب الفعل الضار الخاطئ دون أن تكون السيارة ضرورية لارتكابه أو يكون المسند ضرورياً للتفكير في ارتكابه. ومع أن الدافع إلى هذا الاتجاه كان مقتضيات العدالة والرغبة في ضمان حصول المضرور على التعويض عن أي ضرر يلحقه به خطأ يصدر من التابع مهما كان نصيبه، من الصلة بالوظيفة، إلا أنه عورض لاعتبار قانوني هو انتفاء السببية المباشرة بين الخطأ والضرر. ولذلك ما لبث الفقه والقضاء المصريان أن تراجعوا واستقرا على عدم الاعتداء بالخطأ بمناسبة الوظيفة. أما الخطأ بسبب الوظيفة فأمر يعتد به المدني المصري والفقه والقضاء الفرنسيان، ويقصد به الخطأ الذي يقع في نشاط خسار حدود الوظيفة بالذات ولكنه يعتبر امتداداً لها لارتباطه بها برابطة سببية مباشرة. وتعبير آخر، هو الخطأ الذي تكون الوظيفة سببه المباشر، بحيث لم يكن التابع مستطيعاً ارتكاب الخطأ أو التفكير في ارتكابه، لولاها. ومن تطبيقاته القضاء المصري^(٢)، مسؤولية الحكومة

(١) السنهوري، المرجع السابق. ص ١٠٣٥.

(٢) السنهوري، المرجع السابق. ص ١٠٢٩.

عن جريمة قتل ارتكبتها خفيان كلفها العمدة بحراسة صراف ذاهب إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته، فانقضا عليه في الطريق وقتلاه. ذلك لأن الوظيفة كانت ضرورية لارتكاب الخطأ.

والحكم بمسؤولية مخدوم عن فعل نكادمه الخاطئ الذي تدخل في شجار نشب بين خصم بقصد مساعدته دون أن يهدف إلى القتل، ولكنه عمد إلى ضرب الخصم ضرباً مبرحاً أفضى إلى موته.

ويلاحظ على الخطأ بسبب الوظيفة أنه يقع في حالتين^(١). أولهما، أن يقوم التابع بعمل يجاوز ما تتطلبه وظيفته، كأن يكلف رجل أمن بتفتيش شخص فيسيء معاملته ويتولاه ضرباً. وثانيهما، أن يسيء استعمال وظيفته، كأن يخرج السائق بسيارة يملكها شخص آخر في نزهة رغم القيام بها فيدهس شخص في الطريق.

ومع ذلك، فإن هناك ثمة قيدين يردان على ترتب مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع الواقع بسبب الوظيفة^(٢). أولهما، أن يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصي، كدخول شرطي في فض نزاع ولكنه يطلق الرصاص على أحد الحاضرين اعتقاداً منه بأنه قتل أخاه فيقتله. وثانيهما، أن لا يكون المضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته أو كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك، كأن يدعو سائق سيارة صديقه إلى نزهة دون علم مالكها والصديق يعرف ذلك، فيصاب الصديق بحادث يلحق به ضرراً.

لقد تكلمنا على كل من الخطأ، بمناسبة الوظيفة والخطأ بسببها، وبالرغم من أن القانون المدني لم يعتد بهما، لأننا نحب بمشروع القانون العراقي الجديد أن يضع قاعداً عامة لمسؤولية المتبوع عن تابعه تقضي بمسؤولية كل متبوع عن الفعل الضار الصادر من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببه، بحجارة لمقتضيات العدالة.

والواقع أن نص المادة ٢١٩ جاء صريحاً بعدم الاعتداد بهما فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة (..) إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع من المستخدمين أثناء قيامهم بخدماتهم. فهو لم يقرر مسؤولية المتبوع بعد أن حدد أن حدود شخصه، إلا عن الفعل الضار الصادر عن تعدد أي عن خطأ، يقع من التابع أثناء قيامه بخدماته.

(١) سليمان مرقس. المرجع السابق. ص ٤٠٣.

(٢) سليمان مرقس. المرجع السابق. ص ٤٠٤.

٨٠- أساس مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه وطرق التخلص منها.

اختلفت أحكام التشريعات وتباينت اتجاهات الفقه والقضاء حيال تحديد أساس هذه المسؤولية. وفي وسعنا أن نعدد هذه المسؤولية. وفي وسعنا أن نعدد هذه الأسس فيما يلي^(١):

أولاً - قيام هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس وهو أساس اعتد به كل من التقنيين الألماني (الغربي) وتقنيين الالتزامات السويسري. وبمقتضاه يستطيع المتبوع التخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ في جانبه أو بنفي علاقة السببية بين الضرر وبين خطئه المفترض.

ثانياً - قيامها على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس وهو أقدم جميع الأسس ولقد اعتد به كل من القانون الإنجليزي والفرنسي والمصري، وأكثر القوانين اللاتينية. وإذا كان القانون الإنجليزي ساير منطق هذا الأساس فلم يحجز الإفلات من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ وأجاز الإفلات منها بنفي علاقة السببية إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا ومصر خالفا منطقهما وأجمعا على عدم جواز الإفلات من المسؤولية بنفي علاقة السببية.

ثالثاً - تأسيسها على مبدأ تحمل التبعة. وهو أساس اعتد به التشريع المدني السوفيتي، وناصره جانب من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر وألمانيا. يؤخذ على من أقر هذا الاتجاه أنهم لم يسايروا منطقهم. فهم يحيزون رجوع المتبوع على التابع، وهم يقيمون مسؤولية المتبوع على أساس خطأ التابع. مع أن مبدأ تحمل التبعة لا يعتد بعنصر الخطأ ولا يحيز رجوع من انتفع بنشاط تابعه عليه.

رابعاً - إقامتها على فكرة الضمان. وهو أساس نادى به بعض الفقهاء الفرنسيين والمصريين وبمقتضاه يقفل المتبوع تابعه إذا ارتكب خطأ يلحق بالغير ضرراً ويكون مصدر الضمان أو الكفالة نص القانون وليس الاتفاق. بموجبه يستطيع المتضرر مقاضاة المتبوع ليقضي منه التعويض دون أن يكون للمتبوع حق التجريد. إلا أن له حق الرجوع على التابع إذا نشأ الضرر عن تعمد أو عن خطئه الجسيم.

(١) عبد الباقي البكري. محاضرات في المسؤولية عن عمل الغير. أقيمت على طلبة الدراسات العليا في القانون المدني سنة ١٩٧٩. مطبوعة بالرونو. ص ١٢٨. السنهوري. المرجع السابق. ص ١٠٤٠.

خامساً - إقامتها على فكرة النيابة القانونية. وهو أساس اعتدت به المحاكم الفرنسية والمصرية. ومقتضاه يعتبر التابع نائباً قانونياً عن المتبوع. ويؤخذ على هذا الأساس أن النيابة لا تقوم إلا في دائرة التصرفات القانونية، مع أن الأعمال الصادرة من التابع تكون أعمالاً مادية.

سادساً - تأسيسها على فكرة الحلول القانوني. وهو أساس اعتد به جانب من الفقه الفرنسي. ومقتضاه يعتبر شخص التابع امتداداً لشخصية المتبوع، ويصبحان شخصاً واحداً بحيث يسأل المتبوع عما ارتكبه التابع من خطأ. ويؤخذ على هذا الأساس، تغلب جانب التصور والافتراض فيه على نحو لم يجد تقبلاً من أغلب الفقه والقضاء المعاصرين.

٨١- أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه في القانون المدني العراقي.

وإذا كنا لا نريد الخوض في تفصيل الأسس السابقة ومناقشتها في هذا الكتاب المنهجي الوجيز إلا أنه ينبغي علينا أن نشير إلى الأمرين الآتين. أولهما، أن قانوننا المدني القائم اعتبر أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه خطأً مفروضاً في جانب المدفوع ولكنه خطأ لا يقبل إثبات العكس. فيستطيع المتبوع نفى خطئه كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض وبين الضرر الذي أصاب الغير بفعل تابعه. ثانيهما، إن قانون إصلاح النظام القانوني في العراق^(١) أوصى بإقامة هذه المسؤولية على عنصر الضرر وتأسيساً على فكرة الضمان. بحيث يكون المتبوع مسؤولاً عن أفعال تابعه الضارة، وإن جاز له على التابع إذا نشأ الضرر عن عمد أو خطئه الجسيم.

٨٢- أحكام هذه المسؤولية:

تقتضي المادة ٢٢٠ من القانون المدني العراقي بأن (للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه).

(١) قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧. ص ٣٧.

إن مسؤولية المتبوع تستند إلى مسؤولية التابع وتقف إلى جانبها. فهي لا تترتب إلا عند ثبوت مسؤولية التابع بتوافر أركانها. وعند ترتبها يكون أمام المضرور شخصان يستطيع الرجوع على أي منهما. أحدهما محدث الضرر. ومسؤوليته تقوم على خطأ يجب على المضرور إثباته. ثانيهما، المتبوع ومسؤوليته تقوم طبقاً لأحكام القانون المدني العراقي على خطأ مفترض، ولكن المتبوع يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي خطئه أو بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض وبين الضرر. فإذا رجع المضرور على التابع وتقاضى منه التعويض وقف الأمر عند هذا الحد. أما إذا رجع على المتبوع ولم يستطع الأخير نفي مسؤوليته، وحكم عليه بالتعويض أمكنه الرجوع على التابع بما دفع من تعويض، بمقتضى نص المادة ٢٢٠ من قانوننا. والواقع أن المضرور غالباً ما يرجع على المتبوع دون التابع لأنه الشخص الأكثر يساراً وملاءة. ومع ذلك، فقد لا يحكم للمتبوع بكل ما دفع من تعويض إذا اشترك مع التابع في الخطأ، كان يكون قد أمر تابعه بارتكاب الخطأ أو ساعده في ارتكابه. وعندئذ تقسم المحكمة التعويض بينهما بحسب حصة خطأ كل منهما. فإن لم تستطع تحديد نصيب كل منهما من المسؤولية وزعت التعويض بينهما بالتساوي.

المبحث الثاني المسؤولية عن الأشياء

٨٣- تقسيم البحث.

خصص مشروع القانون المدني العراقي للكلام على المسؤولية عن الأشياء إحدى عشرة مادة (٢٢١-٢٣٢) توزعت على موضوعات أربعة. هي:

مسؤولية الشخص عن الضرر الذي يحدثه فعل الحيوان (٢٢١-٢٢٦)، ومسؤولية الشخص عما يحدثه من ضرر في الطريق العام (٢٢٧-٢٢٨)، ومسؤولية الشخص عن الضرر الذي يحدثه البناء (٢٢٩-٢٣٠)، ومسؤولية الشخص عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الحية الأخرى، كالألات الميكانيكية (٢٣١) إن إمعان النظر في المادتين التي حكم فيها القانون المسؤولية عن الضرر الواقع في الطريق العام، يكشف عن أن هذه المسؤولية لا تمت بصلة إلى المسؤولية عن الأشياء، وإنما تدخل في دائرة المسؤولية عن الأفعال الشخصية وتحكم من قبل القواعد الخاصة بالمسؤولية الأخيرة التي سبق بحثها.

وحسبنا أن نذكر هاتين المادتين للتأكد من ملاحظتنا.

فقد نصت المادة ٢٧٧ على ما يلي: (١- لكل شخص حق المرور في الطريق العام. لكن بشرط السلامة، فلا يضر غيره، ولا يضر في الحالات التي يمكن التحرز عنها. ٢- فلو سقط عن ظهر الحمال حمل كان يمكن التحرز عن سقوطه فأضر بالغير كان الحمال ضامناً. وإذا حرق الشراة التي طارت من دكان الحداد عن ضربه الحديد ثياب شخص كان ماراً في الطريق وكان يمكن التحرز عن ذلك ضمن الحداد ثياب ذلك المار). وقضت المادة ٢٢٨- بما يلي: (ليس لأحد وضع شيء في الطريق العام بلا ترخيص من الجهة المختصة، وإذا فعل ضمن الضرر الذي تولد من هذا الفعل). وبناء على الملاحظة، سنوزع بحثنا في المسؤولية عن الأشياء على الموضوعات الثلاثة الأخرى، ونقسمه إلى ثلاثة مطالب، نخص كل موضوع بمطلب مستقبل.

المطلب الأول

المسؤولية عن الحيوان

٨٤-نصوص تشريعية.

تكلم مشروع القانون المدني العراقي على المسؤولية عن فعل الحيوان في ست مواد ٢٢١-٢٢٦ نذكرها فيما يلي لتبين موقعه حيال هذه المسؤولية من حيث شروطها وأساسها ومن يتحملها. فنصت المادة ٢٢١ على ما يأتي: (جناية العجماء جبار، فالضرر الذي أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) إن هذه المادة تقرر أصلاً مقتبساً من الفقه الإسلامي تأسيساً على الحديث الشريف (العجماء جبار أو جرحها جبار). والجناية تعني الضرر. أما العجماء فهي البهيمة. ومفاد النص، أن القاعدة هي أن الضرر الذي يحدثه الحيوان هدر لا ضمان فيه، وأن صاحب الحيوان لا يضمنه. إلا أن هذه القاعدة تنقيد بأصل آخر، هو ضمان أن الأموال والأنفس مصونة في دار الإسلام أي أن جناية العجماء لا تكون هدراً لا ضمان فيه إذا ثبت أن صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر. لأنه يضمن عندئذ جناية حيوانه. ويفهم من النص أن مسؤولية صاحب الحيوان تقوم على خطأ يجب

على المضرور إثباته في جانب صاحب الحيوان هو عدم اتخاذ الحيلة الكافية لمنع وقوع الضرر. أما المواد الخمس الأخرى فقد أشارت إلى جملة صور لخطأ صاحب الحيوان ترتب عليه المسؤولية عن الضرر الذي يلحقه حيوانه بالغير. فقد جاء في المادة ٢٢٢ ما يلي:

(١- إذا أضر حيوان بمال شخص ولم يمنعه كان ضامناً.

٢- ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه من أهل محله أو قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب الحيوان).

وورد في المادة ٢٢٣ ما يلي: (١- إذا أدخل شخص دابة في ملك غيره بدون إذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكباً أو سائقاً موجوداً عندها أو غير موجود. ٢- أما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً، فصاحبها لا يضمن إلا إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع تسرب الدابة. ٣- وكذلك لو أدخل الدابة في ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها إلا إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوع الضرر).

أما المادة ٢٢٤- فقد نصت بما يأتي: ١- (لا يضمن المار بحيوان في الطريق العام راكباً أو قائداً أو سائقاً الضرر الذي لا يمكن التحرز منه، فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين لوث ثياب الغير فلا ضمان. ٢- أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمه يدها أو رأسها فيضمنه إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوعه).

أما المادة ٢٢٥ فقد نصت على ما يأتي: (١- لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف السدواب ضمن ضررها في كل الأحوال. ٢- ويضمن الضرر كذلك من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع تسربها).

و أخيراً فإن المادة ٢٢٦ عالجت في فقرتها الأولى حالة اجتماع التعدي والتقصير وقضت بترتب المسؤولية على المتعدى دون المقصر. ويقصد بالتعدي القيام بفعل لا يجوز القيام به، وأما التقصير فيعني الامتناع عن فعل يجب القيام به فقد نصت هذه المادة بفقراتها الثلاث على ما يأتي: - إذا أضرت الدابة التي ربطها صاحبها في ملك غيره السبي أتى بها صاحبها وربطها في ملك الأولى بدون إذنه فلا ضمان. وإذا أضرت هذه الدابة

دابة صاحب الملك ضمن صاحبها. ٢- وإذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه فأضررت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيطسة الكافية لمنع هذا الضرر. ٣- وإذا ربط شخصان دابتهما في محل ليس لهما فيه حق الربط وأضررت دابة الرابط أولاً دابة السرايط مؤخراً فلا ضمان. وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان).

إن الإلمام بأحكام المسؤولية عن فعل الحيوان يقتضيها البحث في جملة أمور. نورد هنا فيما يلي:

٨٥- تحديد الحيوان الذي تترتب هذه المسؤولية على ما يحدثه من ضرر.

إن الحيوان الذي تقوم هذه المسؤولية على الضرر الذي يحدثه، هو كل حيوان حيي مملوك. سواء كان داجناً أو غير داجن، وسواء أكان مفترساً أو غير مفترس. أما الحيوان الميت فلا تترتب هذه المسؤولية على ما يحدثه من ضرر إلا إذا كان في يد شخص أو في حراسته وكانت رقاوته أو حراسته تتطلب عناية خاصة لمنع إضراره بالغير^(١). كما إن هذه المسؤولية لا تترتب على الأضرار التي تحدثها الحيوانات الغير مملوكة، كالطير والجراد، وكالحيوانات المفترسة التي تهاجم من أرض، حيوانات داجنة في أرض شخص آخر.

٨٦- من تقع عليه هذه المسؤولية.

تقع هذه المسؤولية على صاحب الحيوان، وفقاً لتعبير المشرع العراقي، وصاحب الحيوان هو من كانت له سيطرة فعلية على الحيوان تمكنه من توجيهه وقيادته ورقابته، سواء كان مالكا للحيوان، أم غير مالك كوكيل المالك أو الوديع أو المستأجر أو الأجير أو الراعي. وسواء كانت سيطرته مشروعة، أو كانت سيطرة غير مشروعة كسيطرة السارق والمغتصب. وقد عبر الفقه الإسلامي بتعبير آخر يجعل المسؤول كل من كان واضعاً يده على الحيوان، لأن ضمان جباية العجماء يجب باليد لا بالملك. ومع أن كلا من المشرع العراقي والفقه الإسلامي، لم يستعمل تعبیر الحارس والحراسة، إلا أن محكمة تمييز العراق استعملتهما^(٢) تأثراً منها بالفقه الفرنسي والتقنين والفقه المصري، وكان

(١) السنهاوري، المرجع السابق. ص ١٠٥٩.

(٢) عبد المجيد الحكيم. مصادر الالتزام. ص ٥٩٨.

الأجدر بها أن تستعمل ما استقر في الفقه الإسلامي أو القانون المدني العراقي من مضطلحات.

٨٧- شرط تحقق هذه المسؤولية

لكي ترتب هذه المسؤولية، ينبغي توافر شرطين. أولهما، أن يحدث الحيوان ضرراً يصيب الغير. وثانيهما، أن ينسب إلى صاحب الحيوان خطأ في توجيهه ورقابته. أما الشرط الأول فمفاده، أن يحدث الضرر بفعل الحيوان، أي بعمل إيجابي يصدر منه كرفس أو عض أو نطح أو دهس. أما إذا حدث الضرر دون قيام الحيوان بعمل إيجابي، فلا تترتب المسؤولية على صاحبه أو حارسه كما لو حدث الضرر نتيجة اصطدام شخص بحيوان. ولا يشترط لقيام هذه المسؤولية حصول تماس مادي مباشر بين الحيوان وبين المضرور، وإنما يكفي أن يكون فعل الحيوان سبباً لإحداث الضرر، كما لو جمح حصان أو هاج ثور أو انفلت حيوان مفترس من قفص في سيرك فأصاب الناس دعر أدى إلى ضرر لحق بهم من جرح أو كسر أو دهس نتج عن تسزاحهم في الفرار. وتترتب المسؤولية على صاحب الحيوان أو حارسه سواء كان الحيوان طليقاً أو كان يمتطيه إنسان مادام الحيوان قد تدخل إيجابياً في إحداث الضرر.

وأما الشرط الثاني فيعني أن مسؤولية صاحب الحيوان أو حارسه لا تترتب إلا إذا نسب خطأ إليه في توجيهه وقيادته ورقابته، سواء كان الخطأ مما يجب إثباته أو كان مفروضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل للنفي، تبعاً لموقف القوانين حيال أساس هذه المسؤولية. ولذلك فإن صاحب الحيوان أو حارسه لا يكون مسؤولاً إذا تسبب المضرور بخطئه في إحداث الضرر كما لو استفز الحيوان فهاج وألحق به ضرراً، ولا يكون مسؤولاً إذا تسبب الغير في نشوء الضرر كما لو ألقى مار في الطريق بحجارة على الحيوان أثارتته فألحق بالغير ضرراً في الحالتين لا ينسب إلى خطأ صاحب الحيوان أو حارسه وإنما لسبب أجنبي.

٨٨- أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها

الأصل في القانون العراقي أن المسؤولية عن فعل الحيوان تقوم على خطأ ثابت، ووفقاً لحكم المادة ٢٢١ وأحكام مواد أخرى تعلقت بالتطبيقات. ومع ذلك فإن بعض مواد قانوننا أشارت إلى صورتين أخريين للخطأ. فقد رتب الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤

والفقرة الثانية من المادة ٢٢٥ المسؤولية على أساس خطأ مفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس. وأقامت كل من المادة ٢٢٢ والفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ والفقرة الثانية ٢٢٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٢٥ والفقرة الأولى من المادة ٢٢٦ المسؤولية على أساس خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس. وقد ذكرنا نصوص هذه المراد في مستهل هذا المطلب.

إن صاحب الحيوان، وفقاً لأحكام قانوننا يستطيع التخلص من المسؤولية تبعاً لطبيعة الخطأ المنسوب إليه فإن كان خطؤه مما يجب إثباته، وجب على المضرور أن يثبت أن صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة لمنع وقوع الضرر. ويستطيع صاحب الحيوان التخلص إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية، أو أثبت أن ما ادعاه المضرور من إهماله بعض الحيطة لم يكن واجباً عليه قانوناً، أو أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي وإذا كان الخطأ الذي يعزى إليه مفروضاً قابلاً لإثبات العكس فإن المضرور يعفى من إثبات خطأ صاحب الحيوان ولكن الأخير يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ في جانبه بإثبات أنه بذل من الحيطة ما يجب بذله أو بنفي مسؤوليته عن طريق إثبات السبب الأجنبي أما إذا كان الخطأ المفروض في جانبه مما لا يقبل إثبات العكس فإنه لا يستطيع الإفلات من المسؤولية إلا عن طريق إثبات السبب الأجنبي كفعل المضرور أو فعل الغير أو القوة القاهرة.

المطلب الثاني

المسؤولية عن البناء

نصت المادة ٢٢٩ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (١- لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً، فإن كان البناء مائلاً للاهتدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها، وجب الضمان. ٢- ويجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لصدور الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه). يفهم من هذه المادة أنها تسوق حكماً للمسؤولية الناشئة عن سقوط البناء بسبب إلى الاهتدام أو بسبب عيب فيه.

وقضت المادة ٢٣٠ بما يأتي: (كل من يقيم في مسكن يكون مسؤولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقي أو يسقط من هذا المسكن، ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع الضرر). ويتضح من هذا النص أنه يعرض للمسؤولية الناشئة عما يسقط أو يلقي من المساكن.

نخلص مما تقدم إلى القول أن المسؤولية عن البناء تبدو في صورتين. أولاً، المسؤولية الناشئة عما يلقي أو يسقط من المسكن. ولذلك يحسن بنا أن نبحث بإيجاز في هاتين الصورتين

٩٠- الصورة الأولى: المسؤولية الناشئة عن الهدام البناء أو سقوطه.

إن الإلمام بهذه الصورة يقتضيها تحديد المقصود بالبناء وبيان من عليه هذه المسؤولية والكلام على شروطها وأساسها وسبل التخلص منها.

٩١- تحديد معنى البناء.

يقصد بالبناء كل ما شيد بيد الإنسان من مواد إنشائية، كحديد وخشب وطابوق وحجر وغيرها، واتصل بالأرض اتصال قرار. ويستوي في ذلك، أن يكون البناء معداً لسكن الإنسان أو إيواء الحيوان أو خزن المواد أو مخصصاً للمنفعة العامة أو لغيرها من الأغراض. كالدور والإسطبلات والمخازن والجسور والتماثيل والمعامل. يستوي كذلك، أن يقوم فوق الأرض كالعمارات والنصب التذكارية، أو أن يستقر في باطنها كالجحاري وأنابيب المياه والغاز. ويستوي أيضاً أن يكون قائماً بذاته كالخزانات أو جزءاً من البناء كأسلاك الكهرباء المثبتة في الجدران والأبواب والشبابيك والمداخن، مع ملاحظة أن العقار بالتخصيص لا يعتبر بناءً.

٩٢- من تقع عليه هذه المسؤولية

إن صاحب البناء هو من يتحمل هذه المسؤولية وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٢٩ من قانوننا المدني. وإذا كان الأصل أن يكون صاحب البناء مالكة، كما أشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة نفسها، ألا أننا نشارك في الرأي من ذهب من الفقهاء^(١)

(١) السهوري، المرجع السابق. ص ١٠٧١. حسن علي الذنون المرجع السابق. ص ٣٠٣.

إلى أن صاحب البناء قد لا يكون هو المالك في جميع الأحوال. فقد يكون المسؤول هو من يتمتع بالسيطرة الفعلية على البناء مقرونة بواجب يفرضه بصيانته وإصلاحه، دون أن يكون مالكة. فالمتصرف في الأرض الأميرية هو صاحب الأبنية المستقرة فيها وهو المسؤول عن تدهورها بالرغم من أن الدولة هي المالك ولها رقبة الأرض.

وعلى العموم، فإن صاحب البناء يكون مسؤولاً عن تدمره أو سقوطه. سواء كان في حيازته أو كان في حيازة شخص آخر كالمستعمر أو الدائن المرهن. وسواء كان ينتفع به بطريق غير مباشرة أو كان ينتفع به بطريق غير مباشرة كتأجيريه أو لم يكن هو المنتفع به كما لو أعاره إلى شخص آخر.

٩٣- شروط تحقيق هذه المسؤولية.

يشترط لتحقيق المسؤولية عن تدمر البناء أو سقوطه شرطان أولهما، نشوء الضرر عن انهدام البناء أو سقوطه لميلانه أو لعب فيه. وثانيهما، إهمال صاحب البناء صيانته، إهمالاً ترتب عليه الانهدام أو السقوط.

أما الشرط الأول فمعناه. أن الضرر الذي يترتب المسؤولية ينبغي أن ينشأ عن انهدام البناء بسبب ميلانه أو بسبب عيب فيه. فإن لم ينشأ عن أي من ذلك، فإن المسؤولية لن ترتب عندئذ. فلا تقوم هذه المسؤولية إذ نشأ السقوط أو الانهدام بسبب صاعقة أو زلزال أو قذف بالقنابل أو حريق شب في البناء. ويستوي لقيام هذه المسؤولية أن يكون البناء قديماً أو جديداً ويستوي كذلك أن يكون الانهدام كلياً أو كان جزئياً كسقوط البناء بأكمله شباك أو انهيار شرفة أو انهدام سقف.

وأما الشرط الثاني فيعني أن الانهدام أو السقوط ينبغي أن ينشأ عن إهمال في الصيانة فإذا كان المالك عالماً أو ينبغي عليه أن يعلم بميلان البناء أو بوجود عيب فيه، أو كان غير عالم بذلك نه إليه، ولم يقم في الحالتين بما ينبغي عليه القيام به لإزالة الميلان ولتلافي العيب، وانهدام البناء كلياً أو جزئياً بسبب ذلك، فإن تراخيه عن القيام بما يجب لتسوقي الضرر يعتبر إهمالاً يترتب عليه المسؤولية دون ريب. وينبغي أن يلاحظ أن الانهدام إذا حدث وقت إنشاء البناء وقبل تمام تسليمه إلى صاحبه فإن المسؤولية تترتب على عساقق المقاول وليس على كاهل صاحب البناء.

٩٤- أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها.

إن إمعان النظر في نص المادة ٢٢٩ يقتضينا التمييز بين حالتين. أولاًهما، إذا كان البناء مائلاً إلى الانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك. وثانيهما، إذا كان صاحب البناء يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بما دون أن ينبه إلى سوء حالته. أما في الحالة الأولى فإن مسؤولية صاحب البناء تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس. لأن تنبيهه من قبل الغير إلى الضرر المتوقع الناشئ عن وضع بنائه وتراجيعه عن القيام بما ينبغي عليه من عمل لتوقي الضرر يعتبر تقصيراً لا يستطيع نفيه. وبالتالي فإن مسؤوليته تقوم على هذا الأساس ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أما في الحالة الثانية، وفيها لا ينبه صاحب البناء إلى ما في بنائه من عيب أو من ميلان إلى الانهدام، ولكننا نفترض أنه يعلم بحالة البناء أو ينبغي عليه أن يعلم بها، فإننا لا نشارك في الرأي من يقول أنها تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس^(١). إذا كيف نفترض أنه يعلم بحالة البناء والعيب فيه قد يكون خفياً عليه. ولا نوافق كذلك من يرى أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس خطأ ثابت ينبغي على المضرور إثباته في جانب صاحب البناء. لأن هذا الرأي يحمل المضرور عبئاً ثقيلاً وقلما يستطيع إثباته. ولذلك فإننا نرى أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

وعمقتضى هذا الرأي، يعفى المضرور من إثبات خطأ صاحب البناء. ولكن الأخير يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي خطئه. أي بإثبات أنه لا يعلم بوضع البناء من ميلان إلى الانهيار أو عيب فيه ولم يكن في إمكانه العلم بحالته.

ويتحقق هذا النفي في حالات كثيرة، كأن يكون صاحب البناء يقيم مضطراً في مكان بعيداً عنه أو كان البناء هدية قدمته إليه في وقت قريب لم يستطع خلاله تبين حالة البناء كما يستطيع أيضاً التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي.

(١) سليمان مرقس. المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية جـ ٢ ص ١٤٩

٩٥- توقي الضرر قبل حدوثه

لقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٩ من قانوننا المدني المار ذكرها، لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ التدابير اللازمة لدرء الخطر فإن لم يقوم المالك بهذه التدابير، جاز لمهدد بالخطر الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذها لمنع الضرر عنه. وهو حكم مستقى من الفقه الإسلامي. ونصت عليه بعض القوانين المدنية العربية كالتقنين المدني والمصري (١٧٧م) والسوري.

وأقرته بعض القوانين العربية كتقنين الالتزامات السويسري في المادة ٥٩. وهو حكم واضح لا يحتاج إلى مزيد من البيان فالمالك وحده هو الذي توجه إليه المطالبة باتخاذ التدابير اللازمة لدرء الضرر، وللمهدد بالخطر اتخاذ هذه التدابير بعد إذن المحكمة على نفقة المالك.

٩٦- الصورة الثانية: المسؤولية الناشئة عما يلقي أو يسقط من المسكن.

وهي المسؤولية التي قضت بها المادة ٢٣٠ من قانوننا المدني العراقي المار ذكرها. ويمقتضاها يسأل كل من يقيم في مسكن عن الضرر الذي نشأ عما يلقي أو يسقط من مسكنه ما لم يثبت أنه اتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوع الضرر. إن الإلزام بهذه المسؤولية يتطلب منا الكلام في الأمور الآتية بإيجاز.

٩٧- من تقع عليه هذه المسؤولية

تترتب هذه المسؤولية على الضرر الناشئ عن نوع من أنواع البناء هو المسكن ويستوي في ذلك أن يكون المسكن داراً أو شقة أو فندقاً أو خاناً. وتنصب هذه المسؤولية على كل من يقيم في مسكن بسبب الأضرار الناشئة عما يلقي أو يسقط منه.

ويستوي في ذلك أيضاً أن يكون الساكن مالكاً أو مستأجراً أو مرتهناً أو مستعيراً. ويسأل الساكن عن الضرر الناشئ عما يسقط به من مسكنه كحجارة ترمى، أو أوساخ ومياه قدرة تلقى، أو أي شيء آخر يسقط أو يلقي من المسكن فيصيب الغير بضرر كحجرة أو خزان ماء أو صندوق أو مريدة هواء. ويكون المسؤول هو الساكن إذا كان منفرداً. وإذا تعدد الساكنون كانوا مسئولين بالتضامن. أم الساكن العرضي كالضيف في المنزل وكالزبل في الفندق فلا يسأل إلا إذا أثبت رب البيت أو صاحب الفندق خطأه، لأن

المسؤولية تقع على رب البيت أو صاحب الفندق ابتداءً وعلى المالك خطأً مفترق فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

٩٨- أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها

تقوم مسؤولية الساكن على أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس بمقتضى المادة ٢٣٠ من قانوننا المدني. فإذا تسبب ما ألقى من المسكن أو ما سقط منه في ضرر لحق بالغير، افترض القانون خطأ الساكن. إلا أن هذا الخطأ يقبل النفي فيستطيع الساكن التخلص من المسؤولية بإثبات أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ولكن الضرر وقع بالرغم من حيطة. كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير. وتقدير ما إذا كانت الحيطة التي اتخذها الساكن لمنع وقوع الضرر كافية مسألة وقائع تترك لقاضي الموضوع للبت فيها دون رقابة من محكمة التمييز على تقديره.

وجدير بالذكر أن هذه الحالة من المسؤولية يقرها الفقه الإسلامي. كما تقرها طائفة من التقنيات المعاصرة كالقانون البولوني والنمساوي والبرازيلي والتشيلي^(١). وقد أقرها القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم من قبل.

المطلب الثالث

المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى

٩٩- نصوص تشريعية

نصت المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها، يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

وقضت المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري بما يلي: (كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية، يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد فيه، هذا مع الإخلال بما يرد في أحكام خاصة).

(١) غني حسن طه. المرجع السابق، ص ٥١٣.

وورد في المادة ٤٥٤ من القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفيتية ما يلي: (يجب على الهيئات والمواطنين الذين يرتبط نشاطهم بخطر كبير لمن يحيط بهم، كهيئات النقل والمشروعات الصناعية وورش البناء وحائزي السيارات، أن يعرضوا الغير المتسبب عن مصدر الخطر الكبير، ما لم يقيموا الدليل على أن الضرر نشأ عن قوة القاهرة أو عن عمد المصاب). يتضح مما تقدم من النصوص مدى التطور العميق الذي طرأ على هذه المسؤولية من حيث أساسها وأحكامها. فقد تدرج أساسها من خطأ ثابت، إلى خطأ مفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، إلى خطأ مفروض فرضاً لا يقبل النفي، إلى مبدأ تحمل التبعية. وذلك بتأثير من تطور الحياة الاقتصادية وتعقد الحياة الصناعية وما رافق ذلك من نضج الوعي الاجتماعي وبروز القيم الاشتراكية ورسوخها بعدئذ في كثير من جوانب الفكر القانوني المعاصر.

إن الإحاطة علماً بهذه الصورة من صور المسؤولية الكلام في جملة أمور هي: تحديد المقصود بالشئ غير الحي الذي يثير ما يثير ما يحدثه من ضرر هذه المسؤولية، وذكر شروطها، وتحديد أساسها وسبل التخلص منها. وسنذكر اهتمامنا على القانون العراقي، ولكننا سنشير في كل ما تقدم بإيجاز القانون المقارن.

١٠٠- تحديد المقصود بالشئ غير الحي الذي تترتب هذه المسؤولية على ما يحدثه من ضرر.

إن الأشياء غير الحية التي تترتب هذه المسؤولية على ما يحدثه من ضرر هي الأشياء غير الحية عدا البناء، الذي يحكم المسؤولية الناشئة عنه نصوص خاصة أشرنا إلى ذكرها في المطلب الثاني. وتبدو الأشياء غير الحية التي تثير هذه المسؤولية على نوعين. أولهما، الآلات الميكانيكية. ثانيهما الأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها. أما الآلات الميكانيكية فهي الأشياء التي تسيرها قوة دافعة أيضاً كان مصدرها، كالكهرباء والبخار والمياه الساقطة والمحروقات والطاقة الذرية واليد. وأما الأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من أضرارها، فكأسلاك الكهرباء وأنابيب المياه والمواد المتفجرة والمواد السريعة كالمفرقات والمواد السريعة الالتصاق كالبتون والأسلحة والآلات الجارحة. ومع ذلك فإن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة أمر متروك إلى قاضي الموضوع لأنه مسألة وقائع لا تخضع في التقدير إلى رقابة محكمة التمييز.

١٠١- من تقع عليه هذه المسؤولية

تقع المسؤولية، وفقاً لحكم المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي، على كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها. إن المقصود بالتصرف هو السيطرة الفعلية على الشيء، على النحو الذي تكلمنا فيه على المسؤولية عن فعل الحيوان، وعلى النحو الذي تعنيه فكرة اليد في الفقه الإسلامي وهي فكرة تماثل فكرة الحراسة في الفقه الغربي. ولذلك فإن الأصل في من يكون الشيء تحت تصرفه هو مالك الآلة الميكانيكية أو الشيء الذي يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره. ومع ذلك فإن السيطرة الفعلية، أو اليد، قد تخرج من المالك إلى غيره، كالمنتفع والمستعير والمستأجر والوديع والدائن والمرتهن ليكون الشخص الأخير هو من يكون الشيء تحت تصرفه ويكون هو المسؤول عنه. وقد تخرج السيطرة الفعلية من المالك إلى حائز بسوء نية كالسارق والمغتصب. وعندئذ يكون الحائز هو المسؤول عما يحدثه الشيء من ضرر للغير. وقد لا يستعمل صاحب اليد، أو صاحب سلطة التصرف الشيء بنفسه وإنما ينيطها بشخص آخر. كما لو أعطى مالك السيارة عجلة القيادة إلى ابنه أو زوجته أو سائقه ومع ذلك فإنه يبقى مسؤولاً عنها لأن السيارة تظل تحت سيطرته الفعلية وإن انتقلت عجلة القيادة منه إلى شخص آخر. أما إذا أخذ السائق أو الابن أو أي تابع السيارة دون إذن مالكها لقضاء مصالح خاصة أو للترهة فإن السيطرة الفعلية تنتقل إليه ويكون هو المسؤول عن الضرر الذي تحدثه.

١٠٢- شروط تحقق المسؤولية

يشترط لتحقيق هذه المسؤولية توافر شرطين. أولهما، أن تكون الآلة أو الشيء تحت تصرف شخص. وثانيهما، أن يقع الضرر بفعل الآلة أو الشيء. أما الشرط الأول فمفاده، أن تكون الآلة تحت تصرف المسؤول. وقد حددنا قبل قليل معنى التصرف بقولنا، أنه السيطرة الفعلية على الشيء. كسيطرة المالك، أو سيطرة من انتقلت إليه اليد بحسن نية كالمستأجر والمستعير، أو سيطرة من انتقلت إليه اليد بسوء نية كسيطرة السارق أو المغتصب. وبأنها تعني السيطرة الفعلية على الشيء، سواء استعمل الشخص الشيء بنفسه، أو استعمله غيره من متفاوت تحديده تبعاً لأحكام القوانين على النحو الذي مر ذكره.

وأما الشرط الثاني فيعني، أن الضرر ينبغي أن يقع بتدخل الآلة أو الشيء غير الحي الآخر تدخلاً إيجابياً^(١). ويقصد بالتدخل الإيجابي أن تكون الآلة الميكانيكية أو الشيء الآخر في وضع يسمح عادة بإحداث الضرر، كأن تكون الآلة في حالة حركة أو يكون الشيء في وضع غير وضعه الطبيعي. أما إذا كان دور الآلة أو الشيء دوراً سلبياً، كأن تكون الآلة في حالة سكون أو يكون الشيء كسيارة أو دراجة في مكانه الطبيعي، وجاء شخص فاصطدم بأي منها وأصابه ضرر، فإن المسؤولية لا تترتب عندئذ على من كانت له السيطرة الفعلية عليها.

وجدير بالذكر، أنه لا يشترط لاعتبار الضرر واقعاً بفعل الشيء غير الحي، أن يكون هناك اتصال مادي مباشر بين المضرور فقد تترتب المسؤولية، وإن لم يكن هناك تماس مادي مباشر بينهما متى كان فعل الشيء سبباً مباشراً لوقوع الضرر. فلو وقفت سيارة فجأة دون إعطاء إشارة واضطر سائق سيارة تسير خلفها إلى الانحراف فوقع في حفرة، أو لو استعمل سائق سيارة آلة التنبيه فجأة فذعر أحد المارة فوقع وكسرت ساقه، فإن الشيء يعتبر قد تدخل إيجابياً في إحداث الضرر وتقوم المسؤولية في جانب من كانت له السيطرة الفعلية عليه.

١٠٣- أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها

تقوم هذه المسؤولية وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي، على فكرة تقصير من كان تصرفه شيء يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره، في عدم اتخاذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر. وهي فكرة الخطأ في الحراسة في القانوني الفرنسي والمصري. يؤكد ذلك أن المشرع العراقي تلقف أحكام هذه المسؤولية من الفقه الغربي عن طريق القانون السدي المصري بالنظر إلى عدم وجود أصل لهذه المسؤولية في الفقه الإسلامي.

ومع أن قوام هذه المسؤولية في قانوننا المدني وفي القانون المصري هو فكرة الخطأ في الحراسة ألا أن أساس هذه المسؤولية يختلف في القانونين.

(١) السنهاوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٠. مازو. ج ٢. ف ١٢١١

فأساس هذه المسؤولية وفقاً لحكم المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي هو خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس. وأساس هذه المسؤولية في القانون المصري (١٧٨م) هو خطأ مفترض فرضاً غير قابل لإثبات العكس.

وعمقتضى حكم قانوننا المدني يستطيع صاحب السيطرة الفعلية على الشيء التخلص من هذه المسؤولية في حالتين أولاهما، إذا نفى قرينة خطئه المفترض بأنه اتخذ الحيطة الكافية وبذل ما ينبغي عليه بذله من العناية لمنع وقوع الضرر. وثانيتهما، إذا أثبت السبب الأجنبي، بأن يثبت أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ الغير. والحق، أن موقف القانون المدني العراقي المتساهل حيال هذه المسؤولية أمر فرضه واقع العراق الاقتصادي والصناعي والفكري يوم وضعه. وبالنظر إلى تغير واقعنا الاقتصادي والفكري، بعد التقدم الصناعي الذي قطعه العراق ورسوخ مبادئ ثورتنا الاشتراكية العربية الديمقراطية النابعة من مبادئ حزب البعث العربي الاشتراكي والهادفة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، فإنه ينبغي إعادة النظر في أساس هذه المسؤولية وأحكامها. وقد استجاب قانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ إلى ذلك بما يأتي: (إقامة المسؤولية غير العقدية في حقل الإنتاج والخدمات الإنتاجية، وفي حالة الضرر الناجيء عن الأشياء الخطيرة بطبيعتها، كالآلات الميكانيكية والقوى الكهربائية والمائية، على عنصر الضرر وحده واستبعاد عنصر الخطأ من أسس المسؤولية، أي أساس تحمل التبعية). وهذه التوصية تلزم مشروع القانون المدني العراقي الجديد بإقامة المسؤولية عن الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء الخطيرة بطبيعتها والتي تقتضي عناية خاصة للوقاية من ضررها على أساس مبدأ تحمل التبعية، الذي لا يمكن المسؤول من الإفلات من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي في الحدود التي يرسمها القانون، ولا يمكنه من الرجوع على أحد فيما يحكم عليه من تعويض، ولا يابه إطلاقاً بعنصر الخطأ سواء كان ثابتاً أو مفوضاً.

الباب الرابع الكسب دون سبب

١٠٤ - تمهيد.

يعرف الكسب دون سبب، و يسمى كذلك بالإثراء بلا سبب أو الاعتناء دون سبب بأنه اغتناء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص آخر دون سبب مشروع. إن بحثنا في الكسب دون سبب كمصدر للالتزام بقضيتنا، أن نوزعه على فصلين. نخصص. أولهما: للكلام على النظرية العامة للكسب دون سبب. ونفرد. ثانيهما: لاستعراض التطبيقات التي أوردها المشرع العراقي لهذه النظرية.

الفصل الثامن

النظرية العامة للكسب دون سبب

١٠٥ - النص عليها وتحديد أساسها.

نصت المادة ٢٤٣ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (كل شخص ولو كان غير مميز يحصل على كسب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد).

إن ما يستفاد من النص العراقي، أن قانوننا المدني اعتبر الكسب دون سبب مصدراً مستقلاً للالتزام، وأن دعواه تعتبر دعوى أصلية وليست احتياطية. إن كلامنا على النظرية العامة للكسب دون سبب، يقتضينا توزيع هذا الفصل على مبحثين نتكلم في أولهما على شروط تطبيق هذه النظرية. ونفرد ثانيهما للكلام على أحكامها.

المبحث الأول

شروط تحقيق الكسب دون سبب

١٠٦ - بيان هذه الشروط

يشترط لتطبيق نظرية الكسب دون سبب توافر شروط أربعة أولها، إثراء المدين. ثانيها، افتقار الدائن. وثالثها، قيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار. ورابعها، أن لا يكون لإثراء المدين سبب قانوني. وستكلم فيما يلي على هذه الشروط بالتعاقب.

١٠٧- الشرط الأول: إثراء المدين

يقصد بإثراء المدين حصوله على منفعة مادية أو معنوية يمكن تقديرها بالنقد. إن إثراء المدين يبدو في صور شتى. فقد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً وقد يكون مباشراً وقد يبدو غير مباشر. وقد يتخذ صورة إثراء مادي أو صورة إثراء معنوي. أما الإثراء الإيجابي فيعني دخول قيمة مالية في ذمة المثرى تزيد من عناصرها الموجبة. كأن يقوم مستأجر بترميمات ضرورية في العين المؤجرة فتكون واجبة على المؤجر. وأما الإثراء السلبي فيتحقق بإنقاص عنصر سالب من ذمة المثرى، كأن يسدد شخص ديناً على المثرى.

ويعتبر الإثراء مباشراً إذا حصل بفعل المفتقر. فنقل بفعله القيمة المالية من ذمته إلى ذمة المثرى أو أنقص بفعله عنصراً سالباً من ذمة المثرى. كالبناء على أرض الغير أو تسديد المفتقر ديناً على المثرى. ويكون إثراءً غير مباشر إذا حصل بتدخل أجنبي سواء قام الأجنبي بعمل مادي أو بعمل قانوني أدى إلى انتقال القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى أو تحمل به المفتقر ضرراً تحاشياً لخسارة مؤكدة تصيب المثرى. كأن يبنى شخص بأدوات شخص آخر على أرض الغير.

ويكون الإثراء مادياً إذا كانت المنفعة التي يحصل عليها المثرى منفعة مادية سواء أضافت عنصراً موجباً إلى عناصر ذمة المثرى أو أنقصت عنصراً سالباً منها، وهو ما تبيناه في الأمثلة السابقة. أما الإثراء المعنوي فيعني حصول المثرى على منفعة معنوية تتمثل في ثمار الفكر الإنساني من تعليم أو استشارة أو علاج أو عمل فني أو خدمات أخرى. كأن يعلم معلم تلميذاً أو يقدم تلميذاً أو يقدم محام استشارة قانونية دون اتفاق بين الطرفين. وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا طويلاً حول إمكان اعتبار الحصول على هذه المنافع إثراءً. إلا أن الرأي الراجح فقهاً وقضاءاً^(١) في الوقت الحاضر يرى هذه المنافع المعنوية وما يترتب عليها من إثراء معنوي أن تكون أساساً لدعوى الكسب دون سبب مادام من الممكن تقديرها بالنقد وما دامت هذه المنافع تثرى الشخص عقلياً أو صحياً أو أدبياً دون سبب قانوني.

١٠٨- الشرط الثاني: افتقار الدائن

ينبغي لتحقيق الكسب دون سبب توافر شرط ثلث هو افتقار يصيب الدائن. ويبدو الافتقار على النحو الذي يبدو فيه الإثراء من صور. فقد يكون افتقاراً إيجابياً أو سلبياً.

(١) السنهوري، المرجع السابق. ص ١١٢٩.

وقد يكون مادياً أو معنوياً. أما الافتقار الإيجابي فيتحقق إذا قام المفتقر بالاتفاق لمصلحة المثري، كأن يبني شخص بناء على أرض الغير بمواد مملوكة له. ويتحقق الافتقار السلبي إذا فقد المفتقر قيمة منفعة كان من حقه الحصول عليها. كأن يسكن شخص دار آخر دون عقد.

وأما الافتقار المباشر وغير المباشر. فيقابلان الإثراء المباشر وغير المباشر فإذا انتقلت القيمة المالية بفعل المفتقر من ماله إلى مال المثري فإن كلاً من الإثراء والافتقار يكون مباشراً. وإذا انتقلت القيمة المالية من ذمة المثري بتدخل أجنبي، سواء كان عمله مادياً أو قانونياً، اعتبر كل من الإثراء والافتقار غير مباشر، كما لو عمدت فرقة إطفاء إلى إتلاف متاع شخص بنية إطفاء حريق شب في دار، وكما لو أقدم مستأجر أرض على شراء سجاد من تاجر لم يدفع ثمنه، ثم حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت بالسجاد. ففي الحالتين يعتبر كل ممن أتلّف متاعه والتاجر مفتقراً، ويصبح كل من صاحب السدار السقي أطفئ الحريق الذي شب فيها والمالك ثرياً. غير مباشر لأهما حصلاً بفعل أجنبي عن كل من المثري والمفتقر.

ويكون الافتقار مادياً إذا انتقلت قيمة مادية من الدائن المفتقر إلى ذمة المدين المثري. ويكون معنوياً إذا بذل الدائن المفتقر جهداً فكرياً انتفع به المثري، كأن يكون جهداً علمياً أو أدبياً أو فنياً. ويقابل الافتقار المادي والمعنوي الإثراء في هاتين الصورتين اللتين ضربنا عليهما الأمثلة فيما نقدم.

١٠٩ - الشرط الثالث: قيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار

لا يكفي لتحقيق الكسب دون سبب حصول إثراء في ذمة وافتقار في ذمة أخرى، وإنما ينبغي أن يكون إثراء المدين ناتجاً عن افتقار الدائن. أما إذا لم يترتب على الإثراء افتقار فلا يتحقق الكسب دون سبب ولا تنهض دعواه. فلو قامت مؤسسة بتشديد دور وأسواق وفنادق أو أقامت ملاعب وملاه في منطقة وأودى ذلك إلى ارتفاع أسعار الأراضي المجاورة، فلا يحق للمؤسسة مطالبة أصحاب هذه الأراضي بقيمة ما أثروا، لأن هذا الإثراء لا يقابله افتقار في جانبها. إن مفاد علاقة السببية هو أن الافتقار يعتبر سبباً والاثراء نتيجته. بحيث يمكن القول أنه لولا الافتقار لما تحقق الإثراء. ويعود تقدير ذلك إلى قاضي الموضوع، لأنه يعتبر مسألة وقائع لا يخضع البت فيها لرقابة محكمة التمييز.

وحديث بالتتويه أن لعلاقة السببية في مجال الكسب دون سبب مفهوم أوسع وأكثر مرونة من مفهومها في نطاق المسؤولية المدنية^(١). ذلك لأن علاقة السببية بين الضرر وبين الخطأ أو الفعل الضار تنقطع بإثبات السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير، وتنتفي عندئذ مسؤولية المدعى عليه، أما في مجال الكسب دون سبب فإين المفتقر لا يحرم من الرجوع على المشرى بالتعويض إذا نشأ الافتقار والإثراء عن سبب أجنبي كقوة قاهرة أو فعل المفتقر أو فعل الغير. بل يصح القول، إن علاقة السببية بين الافتقار والإثراء إنما تتحقق نتيجة عمل المفتقر أو نتيجة عمل المشرى أو بفعل الغير أو بفعل الطبيعة كما لو بنى شخص بمواد مملوكة له على أرض يعلم بأنها للغير أو أخرج مخرج فلماً سينمائياً من رواية وضعها مؤلف دون اتفاق بينهما، أو بنى في أرض غيره بمواد غير مملوكة له، أو حملت الريح ثوباً لشخص وألقته في وعاء فيه صبغ لشخص آخر فانصبغ.

١١٠- الشرط الرابع: عدم وجود سبب قانوني للإثراء

يشترط لتحقيق الكسب دون سبب، عدم وجود سبب مشروع يجيز للمشرى الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها نتيجة افتقار الدائن.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا عليها قديماً في تحديد المقصود بالسبب في هذا المجال، فمنهم من أعطاه معنى اقتصادياً فأجاز الاحتفاظ بالإثراء إذا كان له عوض، ومنهم من أعطاه معنى أدبياً ولم يجز للمشرى الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها إذا كان في الاحتفاظ بها مجافاة للعدل والأخلاق، إلا أن الفقه المعاصر^(٢) يكاد يجمع على أن المراد بالسبب هو السبب المنشئ. أي المصدر القانوني الذي أعطى المشرى الحق في الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها.

إن السبب المنشئ أو المصدر القانوني الذي أعطى للمشرى حقاً في الإثراء، قد يكون عقداً أو منفردة أو نصاً قانونياً. فإذا كان السبب أياً من هذه المصادر، امتنع تطبيق نظرية الكسب دون سبب، وامتنع استيراد المنفعة التي حصل عليها المشرى لوجود سبب مشروع يسوغ الاحتفاظ بها.

(١) حسن علي الذنون المرجع السابق. ٣١٤.

(٢) السنهاوري، المرجع السابق. ص ١١٣٨.

وبناء على ما تقدم، ليس للمستأجر الذي أدخل تحسينات على المأجور الرجوع على المثري بما أثرى إذا اتفق الطرفان في عقد الإيجار على أن يملك المؤجر التحسينات عند انتهاء مدة الإيجار، وليس لشركة تأمين إعادة بناء دار تنفيذاً لعقد تأمين أؤمن بمقتضاه شخص على منزله ضد الحريق الرجوع على مالك الدار بالفرق بين قيمة الدار في حالته الأولى وبين قيمتها المرتفعة بعد إعادة البناء، لأن سبب الإثراء سبب مشروع هو العقد. ولا يحق لورثة موص، الرجوع على الموصي له بقيمة الوصية، وهي قيمة إترائه وافتقارهم، لأن لإثرائه سبب مشروع هو الإرادة المنفردة. وليس لمفتقر الرجوع على من أثرى إذا كان سبب الإثراء حكم القانون. كما لو كسب شخص ملكية مال بالتقادم، أو تمسك مدين بتقادم الدين فردت المحكمة دعوى الدائن. إذ لا يستطيع أي من مدعي ملكية المال في المثل الأول، والدائن في المثل الثاني الرجوع على من أثرى، لأنه يحتفظ بقيمة المنفعة التي حصل عليها بسبب مشروع.

المبحث الثاني

حكم الكسب دون سبب

١١١- جزاء الكسب دون سبب ووسيلة الوصول إليه.

إذا توفرت شروط الكسب دون سبب حق الجزاء، وهو وجوب تعويض المفتقر من قبل المثري. أما وسيلة الوصول إلى هذه الجزاء فهي الدعوى. ودعوى الكسب بلا سبب دعوى أصيلة وليست احتياطية، كما أشرنا إلى ذلك. لأن الكسب دون سبب مصدر مستقل من مصادر الالتزام. إن معالجة أحكام الكسب دون سبب تقتضينا الكلام على دعواه أولاً وعلى جزائه وهو التعويض ثانياً.

المطلب الأول

دعوى الكسب دون سبب

١١٢- إن الكلام على الكسب بلا سبب يتطلب منا البحث الوجيز في جملة أمور. هي: طرفا الدعوى، وععب الإثبات ووسائله، وتقادم الدعوى.

١١٣- طرفا الدعوى

إن طرفي الدعوى هما الدائن المفتقر والمدين المثري ومن ينوب عنهما أو يخلفهما. فالمدعي هو المفتقر أو نائبه أو خلفه عاماً كان أو خاصاً. والمدعى عليه هو المدين المثري ويقوم مقامه نائبه أو خلفه.

. ولا تشترط في كل من المدعى عليه الأهلية الكاملة. فقد يكون أي منهما ناقص الأهلية كالصبي المميز والمعتوه، أو عديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون. وإذا كانت المادة ٢٤٣ من قانوننا المدني المار ذكرها قد نصت على جواز أن يكون المثري المدعى عليه غير مميز، فإن هذا الحكم ينطبق على طرفي الدعوى. لان مصدر الالتزام واقعة قانونية وليس عملاً قانونياً، واشتراط توافر أهلية معينة إنما يكون في دائرة الالتزامات الإرادية فحسب.

١١٤- عبء الإثبات ووسائله:

يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن المقتقر. فعليه أن يثبت تحقق الإثراء في جانب المدين ومقداره. وعليه أن يثبت افتقاره ومقداره وترتب إثراء المدين على افتقاره. وعليه كذلك إثبات عدم وجود سبب قانوني للإثراء، لأن القانون يفترض أن يكون للإثراء سبب مشروع ولذلك لا يكلف المدين المثري بإثبات وجود السبب القانوني. ولما كانت أركان هذه الدعوى جميعاً وقائع مادية، فإن في وسع المدعي المقتقر إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن. ولذلك فهو يستطيع الإثبات بالاستعانة بالمعينة وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود وبتقدير الخبراء وبالقرائن وغيرها من الوسائل المستساغة قانوناً لإثبات الوقائع المادية.

١١٥- تقادم دعوى الكسب بلا سبب

نصت المادة ٢٢٤ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي رجع فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع).

يتبين من هذا النص أن المشرع حدد مدتين يمكن إقامة الدعوى خلال أقصرهما. أما المدة الأولى فهي ثلاث سنوات تبتدئ من اليوم الذي يعلم فيه الدائن المقتقر بحقه في الرجوع بالتعويض على المثري. وثانية هاتين المدتين، مضي خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه حق الرجوع. فإذا علم الدائن بحقه في الرجوع بعد مضي سنة من تحقق الإثراء والافتقار حق له إقامة الدعوى خلال ثلاث سنوات. وإذا نشأ حق الرجوع ولم

يعلم به الدائن المقتقر إلا بعد مضي ثلاث عشرة سنة جاز له أن يقيم الدعوى خلال سنتين فحسب.

المطلب الثاني

جزاء الكسب دون سبب

١١٦- إن التعويض هو جزاء الكسب بلا سبب، وهو ما ينبغي أن يقدمه المثري إلى المقتقر. والكلام على التعويض يقضيها البحث في جملة أمور. هي: مقدار التعويض، وكيفية تقدير كل من الإثراء والافتقار، ووقت تقديرها.

١١٧- مقدار التعويض

إن ما يستفاد من نص المادة ٢٤٣ المار ذكرها هو أن التعويض ينبغي أن يكون في حدود ما كسب المثري، أي يكون بقدر الأقل من القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار. ذلك لأن المقتقر لا يجوز له أن يطالب بأكثر مما خسر وألا لأثرى على حساب غيره دون سبب. ولأن المثري لا يمكن أن يطالب بأكثر مما كسب لأننا لا نحاسبه على خطأ ارتكبه وإنما على ما عاد إليه من كسب. فلو أنفق شخص على هدم وإعادة بناء جدار دار جاره مائة دينار وارتفعت بذلك قيمة الدار مائتي دينار، فإن المثري لا يلزم برد أكثر من مائة دينار، ولو عمر شخص دار جار فأنفق ألف دينار ولكن قيمة الدار ارتفعت بمقدار سبعمائة دينار، فإن المثري وهو صاحب الدار لا يلزم إلا بدفع سبعمائة دينار فقط.

١١٨- كيفية تقدير الإثراء والافتقار

إن تقدير كل من الإثراء والافتقار يختلف باختلاف طريقة تحقيق الإثراء. فإذا كان الإثراء قد تحقق بدخول مبلغ من النقود في ذمة المثري فمقدار الإثراء والافتقار يساوي هذا المبلغ. وإذا بدا الإثراء في صورة تحسينات استحدثها المقتقر وأضيفت إلى ذمة المثري فيقدر الإثراء والافتقار بقدر قيمة هذه التحسينات التي زادت في مال المثري. وإذا كان الإثراء منفعة حصل عليها المثري كأن يكون قد سكن داراً دون عقد إيجار فإن المنفعة التي أثمرت المثري وأفقرت المقتقر تقوم بأجرة المثل للدار. وإذا كان الإثراء سلبياً كما لو دفع

شخص دين شخص آخر أو أتلّف شخص متاعه لإنقاذ دار جاره من الحريق، فإن كُلا من الإثراء والافتقار يقدران بقدر الدين الذي سدده المقتّر أو بقدر قيمة المتاع الذي أتلّفه المقتّر لإنقاذ دار جاره من الحريق. أما إذا ظهر الإثراء والافتقار في صورة خدمة أو عمل يقوم به المقتّر لمصلحة المثرى، كسمسار يقرب البائع والمشتري ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته كمهندس يضع تصميمًا يستفيد منه رب العمل، فإن الإثراء يقدر في الحالتين بقدر الفائدة التي عادت على المثرى بسبب كل من الخدمة والعمل^(١).

١١٩- وقت تقدير الإثراء والافتقار

يقدر الإثراء وقت تحقّقه لا وقت رفع الدعوى ولا وقت إصدار الحكم. ولا أهمية لزيادته أو لزواله في الفترة بين تحقيقه وبين صدور الحكم به من القضاء فإذا قدر الإثراء وقت تحقيقه بألف دينار وأضحى ألفي دينار وقت رفع الدعوى، ثم أصبح خمسمائة دينار أو زال وقت صدور الحكم، فإن ما تقضي به المحكمة من تعويض هو ألف دينار إذا كان لا يقل عن قيمة الافتقار. وتعتبر المحكمة بالقدر العددي للنقد وقت الإثراء بصرف النظر عن ارتفاع سعر النقد أو انخفاضه بعد تحقّق الإثراء.

المبحث الثالث

الأساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب

١٢٠- التأصل القانوني لنظرية الكسب دون سبب

اختلف الفقهاء قديمًا في تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، وتوزعوا على اتجاهات شتى. فمنهم من ربطها بنظرية الفضالة، ومنهم من أسندها إلى قاعدة العمل غير المشروع، ومنهم من أقامها على مبدأ تحمل التبعة. وسنشير فيما يلي بإيجاز إلى هذه الآراء، ثم ننساق منها إلى بيان الرأي الأصوب الذي استقر حديثًا في التشريع والفقهاء والمعاصرين.

(١) سليمان مرقس. شرح القانون المدني. ج. ٤٦٨.

١٢١- عرض هذه الآراء

كان أقدم الآراء في الفقه الحديث هو رأي المتخلفين من أصحاب مدرسة الشرح على المتون الداعي إلى ربط هذه النظرية بنظرية الفضالة. وتعرف الفضالة بأنها واقعة إرادية قوامها أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك^(١) وبالنظر إلى اختلاف الفضالة عن كسب دون سبب من حيث الطبيعة ومن حيث النتيجة فقد زعموا أنه فضالة ناقصة. ذلك لأن الفضالة من حيث طبيعتها تتميز بتوفر قصد الفضولي في القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر هو رب العمل، وفي الكسب دون سبب لا يشترط ثبوت نية المفتقر للقيام بأمر لحساب شخص آخر. ولذلك ينهض بينهما فرق من حيث النتيجة. لأن القانون يلزم رب العمل بررد المصاريف النافعة للفضولي حتى لو لم ينتج عنها منفعة له، مادام الفضولي قد قصد خدمته. وذلك خلافاً للمثري الذي لا يلزم ألا بررد أقل القيمتين للمفتقر، هما قيمة الافتقار وقيمة الإثراء. لأن المفتقر لم يقصد بفعله إسداء خدمة للمثري. ويؤخذ على هذا الرأي أنه ينطوي على تشويه لنظريتي الفضالة والكسب دون سبب. ذلك لأن نظرية الفضالة تقوم على نزعة ذاتية قوامها الاعتداد بقصد الفضولي. أما نظرية الكسب دون سبب فتتزع نزعة موضوعية^(٢) لا عبرة فيها بالنية.

وذهب رأي آخر إلى إسناد نظرية الكسب دون سبب إلى العمل غير المشروع ولكن أنصار هذا الرأي توزعوا على اتجاهين. فذهب فريق منهم إلى المقابلة بين النظريتين والقول بأن كل من أثرى على حساب الغير يلتزم بالتعويض، شأنه شأن كل من يلحق بغيره ضرراً. وذهب فريق آخر إلى الجمع بين النظريتين، ويتزعمهم الفقيه الكبير بلانيول. فرأى أن من أثرى على حساب غيره، لا يحق له استبقاء هذا الإثراء في ذمته وإلا ارتكب خطأ يقتضي ترتب مسؤوليته التقصيرية. ويؤخذ على هذا الرأي في اتجاهيه، أن مصدر

(١) عبد الحى ججاري. مصادر الالتزام. ص ٦١١.

(٢) السنهاوري، المرجع السابق. ص ١١١٨.

الزام المثري هو واقعة الإثراء. وهي واقعة لا تعد في ذاتها خطأ من المثري كسي يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع فإنه يكمن في النتيجة التي أدت إليها الواقعة، وليس في الواقعة ذاتها التي تخلو من خطأ المثري.

وأوجه رأي ثالث إلى إقامة هذه النظرية على مبدأ تحمل التبعة. وهو رأي نادى به الفقيه الكبير ريبير ومفاد هذا الرأي أنه، كما أن من كان نشاطه مصدراً لغرم يلحق بالغير ويتحمل تبعه نشاطه مصدر نفع للغير، ينقل قيمة مالية على مال المثري، الحق في استرداد هذه القيمة. ويؤخذ على هذا الرأي، أنه يقتضي أن يرجع المفتقر على المثري بكل ما أثرى. مع أن المفتقر لا يرجع على المثري بموجب نظرية الكسب دون سبب ألا بأقل القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.

١٢٢- الأساس الأفضل لهذه النظرية.

اتجه مشروعو التقنينات المدنية الحديثة إلى نبذ الآراء المشار إليها في تحديد أساس نظرية الكسب دون سبب. فجعلوا الكسب دون سبب قاعدة مستقلة بذاتها واعتبروه مصدراً مستقلاً للالتزام، وحرروه من قيوده التقليدية، وفي مقدمتها نفي الصفة الاحتياطية عنه وعدم اشتراط بقاء الإثراء قائماً حين رفع الدعوى وقد فعل ذلك كل من التقنين الألماني (الغربي) والتقنين السويسري والبولوني وتبعهم كل من مشروع التقنين اللبناني والمصري والعراقي.

والحق، أن الكسب دون سبب مصدر مستقل من مصادر الالتزام تقره قواعد العدالة ذلك لأن مبادئ العدالة التي تقتضي إلزام من يلحق بالغير ضرراً بتعويض الضرر الناشئ عن عمله غير المشروع، تقتضي إلزام من يغتنى على حساب غيره دون سبب مشروع برد قيمة اغتنائه. أي كسبه أو إثرائه، في حدود ما افتقر به الغير. لأن الأصل أن لا ينتقل مال شخص إلى شخص آخر بصورة مشروعة إلا في حالتين. أولهما، إذا قضى العقد بذلك. وثانيهما، إذا نص القانون على ذلك. فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجب إعادته إلى صاحبه لأن مبادئ العدالة تقتضي ذلك.

الفصل التاسع

تطبيقات القانون المدني العراقي لنظرية الكسب دون سبب

١٠٢٣- تمهيد: ذكرنا في مستهل هذا الباب أن المشروع المدني العراقي عالج في الفروع الثلاثة من الفصل الذي خصصه للكسب دون سبب. تطبيقات أوردها لهذا الكسب ثم احتتم الفرع الثالث بنص تضمن القاعدة العامة. ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نعالج فيها ما نص عليه قانوننا المدني من تطبيقات ليس من بينها الفضالة. التي تعتبرها أغلب القوانين المدنية صورة متميزة للإثراء أو الكسب دون سبب. ومنها القانون المدني المصري. وقد كان المشروع العراقي في إغفاله النص على الفضالة متأثراً بالرأي الغالب في الفقه الإسلامي الذي يعتبر الفضولي متبرعاً ولا يجوز له الرجوع بما أنفق على من تدخل لخدمته. ويقصد بالفضالة طبقاً لنص المادة ١٨٨ من التقنين المدني المصري. أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك. ويسمى من قام بالعمل فضولياً ويدعى من جرى العمل لحسابه رب العمل.

المبحث الأول

المدفوع دون حق

١٢٤- نصوص تشريعية

عالج القانون المدني العراقي هذا التطبيق للكسب دون سبب في ثلاث مسودات. فقد نصت المادة ٢٣٣ منه على ما يأتي: (١) - من دفع شيئاً ضماناً أنه واجب عليه فتيب عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق. ٢- وإذا كان من تسلم غير المستحق سيئ النية وقت التسليم أو ما بعده، فإنه يلزم أيضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى. ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيئ النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه. وقضت المادة ٢٣٤ بما يأتي: (١) - إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق

ناقض الأهلية فلا يكون ملزماً إلا برد ما كسب حتى ولو كان سيئ النية. ٣- وكذلك إذا أبطل عقد ناقض الأهلية فلا يرد إلا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد. وجاء في المادة ٢٣٥ ما يلي: (إذا وفى المدين التزاماً لم يحل أجله ظاناً أنه قد حل. فله استرداد ما دفع. ٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقية عن المدة الباقية لحلول الأجل). إن البحث في هذا التطبيق في ضوء نصوص قانوننا المدني يقتضيها توزيعه على مطلبين. نتكلم في. أولهما: على شروط المدفوع دون حق. ويختص. ثانيهما: بالكلام على أحكامه.

المطلب الأول

شروط المدفوع دون حق

١٢٥- بيان هذه الشروط

يشترط لتحقيق الدفع دون حق توافر شرطين أولهما. إن يكون المدفوع غير واجب في الذمة. وثانيهما. أن يقع الدفع نتيجة غلط.

١٢٦- الشرط الأول: أن يكون المدفوع غير واجب في الذمة.

لكي تقبل دعوى استرداد ما دفع ؛ ينبغي أن يكون الدافع غير ملتزم قانوناً بالدفع وهو يكون غير ملزم في الحالات الآتية:

أولاً- أن يكون الدين غير موجود أصلاً، ودفعه شخص غير مدين. كما لو نفذ وصية مورثة وتبين له بعدئذ أن الموصي كان قد رجع عن وصيته أو أنها وقعت باطلة.

ثانياً- أن يكون الدين موجوداً ولكنه غير مستحق الأداء. كما لو دفع مدين ديناً لم يحل أجله، أو دفع ديناً معلقاً على شرط واقف قبل تحقق الشرط، أو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ بعد تحقق الشرط، أما لو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ تحقق الشرط فإنه يكون وفي بدين مستحق الأداء، لأن الدين يكون عندئذ موجوداً نافذاً.

١٢٧- الشرط الثاني: أن يتم الدفع نتيجة غلط وقع فيه الدافع

وهو شرط اقتضته المادة ٢٣٣ من قانوننا المدني بقولها: (من دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه.....) ونصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ بقولها: (إذا وفى المدين التزاماً لم يحل أجله ظاناً أنه قد حل...).

ويستفاد من هذين النصين أنه ينبغي لإمكان استرداد ما دفع دون حق، أن يكون الدافع قد وفى وهو يعتقد عن غلط أنه يوفي بدين واجب في ذمته مستحق الأداء، أما إذا كان قد وفى وهو عالم بعدم وجوب ما دفع فلا حق له على الرجوع على المثري بدعوى المدفوع دون حق.

ثالثاً- أن يكون الدافع مديناً ولكن الدين أتقضى قبل الوفاء، كما لو كان الدائن قد أبرأ مدينه، أو وفى وهو يعتقد عن غلط أنه يوفي بدين واجب في ذمته مستحق الأداء، أما إذا كان قد وفى أحد المدينين المتضامين الدين ثم دفع مدين منهم الدين ثانية، أو كان الدين قد سقط بالمقاصة أو بالتقادم.

رابعاً- أن يكون الدافع مديناً والدين مستحق الأداء ولكن سبب الدين زال بعد الوفاء، كما لو دفع المشتري ثمن المبيع ثم فسخ عقد البيع.

ويلاحظ أن الغلط الذي يقع فيه الدافع غلط يفرضه القانون ولا يكلف الدافع بإثباته، لأن المفروض أن يدفع شيئاً غير واجب في ذمته إنما يدفعه نتيجة غلط، ومع ذلك فإن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس، فافتراض الغلط في هذه الحالة لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة يستطيع المدفوع له أن يسقطها بإثبات أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بما دفع، وأن ما دفعه كان على سبيل التبرع.

والغلط الذي يقع فيه الدائن قد يكون غلطاً في شخص الدائن، كما لو تم الوفاء لشخص آخر غير الدائن، وقد يكون غلطاً في الوقائع كما لو وفى أحد المدينين المتضامين الدين ثم دفعه مدين آخر وهو لا يعلم بواقعة الوفاء السابقة وقد يكون غلطاً في القانون، كما لو افترض شخص من آخر مبلغاً بفائدة تزيد على الحد الذي يسمح به القانون

جاهلاً أن القانون يضع حداً أقصى للفائدة الاتفاقية، وإذا تحقق الغلط فلا أهمية بعدئذ لكون الدافع قد وقع فيه من تلقاء نفسه أو أوقعه فيه المدفوع له بطريقة التدليس.

ومع ذلك فإن هناك حالات يجوز فيها للدافع الرجوع على المدفوع له بما دفع وإن كان عالمًا وقت الدفع أنه غير ملزم بالوفاء، أي أنه لم يقع في غلط دفعه إلى الوفاء، أو لأنها وقوع الدفع نتيجة إكراه الموفي على الوفاء وثانيتها وقوع الدفع بناء على عقد باطل وثالثتها إذا وفي المدين الدين وأخذ المخالصة من الدائن ثم فقدها، وطولب بالدين فاضطر إلى الوفاء به ثانية ثم عثر على المخالصة ففي هذه الحالات التي ينتفي فيها الغلط يستطيع المكره أن يسترد ما دفع ويستطيع الدافع بناء على عقد باطل إن يسترد ما دفع ويستطيع الدافع بناء على عقد باطل أن يسترد ما وفي لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ويستطيع من عثر على المخالصة أن يطالب باسترجاع ما دفع للمرة الثانية تأسيساً على قاعدة المدفوع دون حق.

المطلب الثاني

أحكام المدفوع دون حق

١٢٨- إذا توفر الشرطان المتقدم ذكرهما التزم المدفوع برد ما تسلم دون حق إلا أن ما يجب عليه رده يختلف باختلاف ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها وستتکلم بإيجاز على كل من هذين الوضعين فيما يلي:

١٢٩- أولاً: إذا كان المدفوع له حسن النية.

يكون المدفوع له حسن النية إذا كان يعتقد وقت تسلم المدفوع أنه يتسلم ما يستحق والأصل افتراض حسن نيته، ولا يكلف بإثبات ذلك ولكن الدافع يحق له إثبات العكس بأن يقيم الدليل على سوء نية المدفوع له وهو يستطيع إثبات العكس بجميع طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن، لأنه يقوم بإثبات واقعة مادية. ويلاحظ أن تقدير حسن نية المدفوع له أو سوءها مسألة وقائع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها.

إن تحديد ما ينبغي على المدفوع له الحسن النية رده يخلف باختلاف ما إذا كان ما تسلمه نقوداً أو أشياء مثلية أو عيناً معينة بالذات.

فإذا كان ما تسلمه نقوداً أو أشياء أخرى، اعتبر ما تسلمه ديناً في ذمته ووجب عليه رد القدر الذي تسلمه إذا كان موجوداً في يده، وإذا استهلك المثليات بخطئه فعليه رد مثلها وهو يلتزم برد مقدار ما تسلم بصرف النظر عن ارتفاع سعر النقد أو الأشياء المثلية الأخرى، لأن الإثراء يقدر عند تحققه لا يلتزم برد الفوائد لأنه يملكها بالقبض ما دام حسن النية، ولكن ينبغي عليه ردها من الوقت الذي يصبح فيه سيئ النية. ويلاحظ أنه يلتزم برد الفوائد من تاريخ رفع الدعوى عليه لأنه ينقلب دون شك إلى شخص سيئ النية عند مطالبته قضاءً.

أما إذا كان ما تسلمه شيئاً معيناً بالذات، عقاراً أو منقولاً فإنه يلتزم برده بالذات ما دام موجوداً في يده فإن هلك بتعد أو تقصير منه كأن يكون قد أستهلكه أو أضاعه أو أتلفه التزم برد قيمته وقت الاستهلاك أو الضياع أو التلف.

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي فإنه لا يسأل عن هلاكه وإنما يلتزم برد بقياه إذا وجدت فإن كان قد انتفع من هذه البقايا ببيعها أو باستعمالها التزم برد ما عاد إليه من فوائد، كضمن قبضه أو قيمة ما استعمله أما انتفاعه بالشيء كسكنى دار أو استعمال سيارة فلا يلتزم المدفوع له برد قيمة ما حصل عليه من منفعة.

١٣٠- حكم ثمار الشيء والنفقات التي أنفقها المدفوع له الحسن النية على الشيء.

يتملك المدفوع له الحسن النية ثمار الشيء بالقبض ولا يلتزم برد شيء منها (م ١١٦٥ من القانون المدني العراقي). إلا أنه يلتزم برد الثمار وقيمة المنافع التي حصل عليها من اليوم الذي يصبح فيه سيئ النية، وهو يلتزم على كل حال برد ما حصل عليه من تاريخ مطالبته قضائياً لأنه يعتبر عندئذ دون شك سيئ النية.

ومع ذلك فإن للمدفع له الذي أضحى سيئ النية أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار وعلى ذلك نصت المادة ١١٦٦ من قانوننا المدني بقولها: (يكون الحائر سيئ النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار).

أما حق المدفوع له حسن النية في استرداد ما أنفق على الشيء فيقوم على التمييز بين نوع ما أنفق فهو يسترد ما أنفق من نفقات ضرورية، أما النفقات النافعة فله أن يستردها من صاحب الشيء إذا كانت قيمة الشيء أكثر من قيمة ما أحدثه. أما إذا كانت قيمة

ما أحدثه أكثر من قيمة الشيء فللمدفع له أن يملك الشيء بثمن مثله، وأما النفقات الكمالية فلا يسترد منها شيئاً وأن حق للمدفع له أن يترع ما استحدثه منها بشرط أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا رغب المالك في الإبقاء عليها نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع، وعلى كل ذلك نصت المادة ١١٦٧ في فقراتها الثلاثة والمادتان ١١١٩ و ١١٢٠ من قانوننا المدني ويقصد بالنفقات الضرورية المصروفات الاضطرارية أو غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك كتكاليف ترميم منزل أيل للسقوط، ويراد بالمصاريف النافعة ما يبذل من نفقات للحفاظ على الشيء وإن كان لا يخشى عليه الهلاك أن لم تبذل من نفقات للحفاظ على الشيء وإن كان لا يخشى عليه الهلاك أن لم تبذل، كأجر الأيدي العاملة لجني المحصول أو مصروفات تخزينية وينبغي أن لا تكون هذه النفقات فاحشة، أما النفقات الكمالية فهي مصاريف الزينة كالصبغ والنقش والإضافات التي تزين الشيء دون أن يكون لها تأثير في وجوده ودوامه.

١٣١- حكم خروج الشيء من يد المدفع له:

قد يخرج الشيء من يد المدفع له الحسن النية لتصرفه فيه، ويختلف الحكم باختلاف طبيعة التصرف^(١)، فإن وقع التصرف معاوضة كبيع أو بدل صلح، كان للدافع الخيار فله أن يرجع على المتصرف له بدعوى الاستحقاق أما إذا استطاع المتصرف له التمسك بالتقادم أو بحيازة المنقول بحسن نية، فليس في وسع الدافع إلا أن يرجع على المدفع له بما قبض من عوض.

أما إذا صدر التصرف من المدفع له بدون عوض كأن يكون قد تصرف فيه تبرعاً، فلا يستطيع الدافع الرجوع على المدفع له بشيء، كما لا يستطيع الرجوع على المتصرف له، إذا كان في إمكان المتبرع له التمسك بأحد أسباب كسب الملكية من تقادم أو حيازة منقول بحسن نية، وواضح أن عدم إمكان الدافع الرجوع على المتبرع له حكم يجافي العدالة لأن درء المغارم أولى من جانب المدافع.

١٣٢- ثانياً: إذا كان المدفع له سيئ النية.

أما إذا كان المدفع له سيئ النية وهو من يتسلم المدفع وهو يعلم أنه لا حق له فيه، فإن القانون يقف حياله موقف المتشدد وهو تشدد نتيته من نص المادتين ٢٣٣ و ١١٦٦

(١) السنيوري، المرجع السابق. ص ١٢١٣.

من قانوننا المدني المار ذكرهما.

فإذا كان ما قبضه نقداً أو شيئاً مثلياً آخر أو عيناً معينة بالذات التزم برد ما تسلم إذا كان الشيء قائماً في يده، وإذا هلك الشيء أو ضاع لزمه الضمان وإن وقع الهلاك بقوة قاهرة، وهو يلتزم برد المثل إن كان الشيء مثلياً وبرد القيمة يوم الهلاك إن كان الشيء قيمياً ولا حاجة إلى إعداره لأنه تسلم شيئاً يعلم أنه لا يستحقه (م ٢٥٨ م.ع) ويعتد في الرد بمبوط وارتفاع الأسعار فإذا كان ما تسلمه نقوداً وجب عليه رد مقدارها مع تعويض الدافع عن تغير سعر العملة ومع ذلك فإن المدفوع له يستطيع الإفلات من الحكم عليه بالضمان إذا هلك الشيء، وإن كان هلاكه بسبب أجنبي، إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك أو سيتلف لو كان باقياً في يد الدافع، وهو حكم نصت عليه المادة ١١٦٨ من قانوننا المدني، ولكننا نرى أنه لا مبرر له، لأن يد الحائز السيئ النية تظل دائماً يد ضمان ولا ينبغي أن يبرأ من الضمان أياً كان سبب الهلاك ومهما كانت طبيعة الشيء.

كما يلتزم المدفوع له برد كل ما استفاد أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء من يوم أن تسلم غير المستحق إذا كان سيئ النية وقتئذ، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية (م ٢٣٣) فإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات وانتفع بها المدفوع له فعليه رد قيمة المنفعة التي حصل عليها كما يلتزم برد الثمار التي قبضها أو كان في استطاعته أن يقبضها ولكنه لم يحصل عليها فإذا كان المدفوع بستاناً وكان فيه ثمار، ولكنه لم يقطفها حتى تلفت فإنه يضمن قيمتها لأنه قصر في قطفها وبيعها، إلا أن له أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار (م ١١٦٦) وإذا كان المدفوع مبلغاً من النقود فإنه يلتزم برد الفوائد من وقت تسليم النقود أو من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية محسوبة على أساس السعر الذي يقرره القانون.

أما المصروفات التي ينفقها المدفوع له السيئ النية فيخضع حكمها للقواعد المطبقة على ما أنفقه المدفوع له الحسن النية على الشيء المدفوع وكذلك الحكم في شأن خروج الشيء من يد المدفوع له، إذ يستوي بالنسبة لهذه الأحكام كل مدفوع له بغير حق سواء كان حسن النية أو سيئها، لأن الغير في علاقته بالدافع لا يتأثر بحسن نية المدفوع له أو بسوءها...

١٣٣- حالتان متميزتان من تطبيق قواعد الكسب دون سبب:

خرج المشرع العراقي على حكم الكسب دون سبب التي ذكرناها في حالتين أولاً،

إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية، وثانيتها إذا وفي الدافع ديناً موجلاً قبل حلول أجله.
١٣٤- الحالة الأولى: إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية.

قضت المادة ٢٢٤ المار ذكرها في مستهل هذا المبحث بأن ناقص الأهلية، إذا كان هو من تسلم الشيء غير المستحق، لا يلزم ألا يرد ما كسب حتى لو كان سيئ النية، وكذلك لو أبطل عقد ناقص الأهلية فإنه لا يرد إلا ما كسب بسبب تنفيذ العقد. و بمقتضى هذا النص يكون المشرع العراقي قد خرج على القاعدة العامة في الكسب دون سبب التي تقرر عدم تأثير أهلية المثري على التزامه بالرد.

إن ما يستفاد من هذا النص، أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية لا يلتزم إلا برد قيمة المنفعة التي حصل عليها من الشيء الذي تسلمه دون حق حتى لو كان سيئ النية. أما إذا لم يحصل من الشيء على منفعة ما، كأن يكون قد استهلك ما تسلم أو أنفق ما تسلم في ملذاته من ملاء ومغامرات وشهوات، فإنه لا يلتزم برد شيء. وكذلك الحكم لو أبرم ناقص الأهلية عقداً ثم أبطل، وكان قد تسلم شيئاً تنفيذياً لهذا العقد، فإنه لا يلتزم إلا برد ما عاد عليه الشيء من منفعة. أما إذا أنفق ما تسلم لم يعد بمنفعة فإنه لا يلتزم بالرد. ويفهم من النص كذلك، أن ناقص الأهلية إذا تسلم عيناً معينة بالذات دون حق وهلك أو ضاعت أو تلفت في يده بغير خطئه فإنه لا يلتزم برد أي شيء حتى لو كان سيئ النية. لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يلتزم بضمانه. أما إذا هلك الشيء أو تلف أو ضاع بعد أو تقصير منه فإنه يلتزم بضمانه طبقاً لقواعد المسؤولية عن العمل غير المشروع، وليس وفقاً لقواعد المدفوع دون حق.

١٣٥- الحالة الثانية: إذا وفي الدفع ديناً موجلاً قبل حلول الأجل. وهي حالة تشير إليها الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥. فقد جاءت الفقرة الأولى من هذه المادة تطبيقاً لقواعد المدفوع دون حق. إذ نصت على ما يلي: (إذا وفي المدين التزاماً لم يحل أجله ظاناً أنه قد حل. فله استرداد ما دفع). إلا أن الفقرة الثانية جاءت بحكم يخالف هذا الأصل. فقصد قضت بما يلي: (على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً الرمز السدائن أن يرد للمدين فائدهما بالسعر القانوني أو الاتفاقية عن المدة الباقية لحلول الأجل).

والقاعدة أن المدين إذا وفى الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل وغير مكسره على الوفاء به فإنه ذلك يعتبر نزولاً منه عن الأجل الممنوح له. أما إذا وفاه وهو جاهل بقيام الأجل أي أن الوفاء كان بسبب غلط وقع فيه، حق له الرجوع على المدفوع له لاسترداد ما وفى. وعندئذ يحير على الدائن المدفوع له أن يرد ما تسلم من دين قبل حلول أجله إلى الدائن الدافع كي يوفي به الأخير عند حلول الأجل. وقد أراد المشرع بالفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ اختصار هذه الإجراءات. فأجاز للدائن بمقتضاها رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل. على أن لا يزيد ما يرده على ما أصاب المدين من ضرر. أما إذا كان الدين الذي لم يحل أجله وعجل المدين الوفاء به مبلغاً من النقود، ولم يشأ الدائن رده ليرد إليه عنه حلول الأجل. وجب على الدائن أن يرد ما يغله هذا المبلغ من فوائد عن المسدة الباقية لحلول الأجل سواء كانت هذه الفوائد اتفاقية تم الاتفاق عليها بين الطرفين أو كانت بالسعر المقرر قانوناً إن لم يكن بين الطرفين اتفاق بشأنها.

المبحث الثاني

قضاء دين الغير

١٣٦- نصوص تشريعية

خص المشرع المدني العراقي التطبيق الثاني للكسب دون سبب، وهو قضاء دين الغير، بأربع مواد، هي المواد (٢٣٦-٢٣٩).

فقد نصت المادة ٢٣٦ على ما يلي: (إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، رجع المأمور على الأمر بما أداه عنه، وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء أشتراط الرجوع عليه أم لم يشترط). وقضت المادة ٢٣٧ بما يأتي: (إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم إن الأمر قضى الدين بنفسه إلى دائئه والمأمور دفعه أيضاً، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الأمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين، وإن كان الأمر هو الذي قضى الدين أولاً، فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الأمر). وجاء في المادة ٢٣٨ ما يأتي: (إذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضا على المدين). وورد في المادة ٢٣٩ ما يلي: (إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على الدين بشيء مما دفعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف إن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع).

إننا سنسير في بحثنا في ضوء ما ساق المشرع من تسلسل لمواده، ونقول إن المشرع ميز بين حالتين. أولاًهما، قضاء دين الغير بأمر من المدين. وثانيتهما، قضاء دين الغير دون أمر منه.

١٣٧- قضاء دين الغير بأمر من المدين

قضت المادة ٢٣٦ المشار إليها، بأنه لو أمر أحد غيره بقضاء دينه رجوع المأمور على الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط. والحق، أن وفاء المأمور للمدين يعتبر وفاء مع الحلول طبقاً لحكم المادة ٣٧٩ من القانون المدني العراقي التي نصت بما يأتي: (إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الأحوال الآتية..... - إذا كان هناك نص يقرر للدافع حق الحلول)

وقضت المادة ٢٣٧ بأنه لو أمر شخص غيره بقضاء دينه، ثم قام كل من الأمر والمأمور بقضاء الدين، رجع المأمور على الأمر بما دفع للدائن إذا كان هو الذي دفع أولاً، ورجع المأمور على كل من الأمر والدائن إذا كان الأمر هو الذي سبق في الدفع. وعلة هذا الحكم، أن المأمور إذا دفع الدين أولاً رجع على الأمر بما دفع، لأن وفاءه يعتبر وفاء مع الحلول وإذا دفع الأمر الدين أولاً، رجع المأمور عليه لأنه أنابه في الوفاء أو رجع على الدائن المدفوع له بدعوى تسلم المدفوع دون حق لأن الدائن يكون قد تقاضى حقه مرتين وجدير بالذكر أن رجوع المأمور على أي من الأمر أو الدائن يكوم في حالة عسدم علمه بقيام الأمر بالدفع. أما لو علم بذلك وقام بالوفاء فلا يحق له غير الرجوع على الدائن المدفوع له بدعوى الكسب دون سبب، لأن وكالته عن الأمر تكون قد انقضت بقيام الأمر بالدفع وعلم المأمور بذلك.

١٣٨- قضاء دين الغير دون أمر من المدين

وضعت المادة ٢٣٩ قاعدة عامه لحكم هذه الحالة مفادها: (إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين على المدين سواء قبل أم لم يقبل. ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع).

ويعتقضى هذه القاعدة يعتبر كل من دفع دين غيره دون أمر من المدين متبرعاً ولا يحق له الرجوع على المدين بشيء. إلا أن لهذه القاعدة استثنائين يحق بمقتضاها رجوع الدافع على المدين إذا تم الدفع دون أمره. أولهما إذا كان للدافع مصلحة في قضاء الدين. وثانيهما، إذا انتعن نية التبرع لدى الدافع وسنين فيما يلي هذين الاستثنائين.

١٣٩- إذا كان للدافع مصلحة في قضاء الدين

إذا تبين من الظروف إن للدافع غير المأمور مصلحة ظاهرة في قضاء الدين أمكنه الرجوع على المدين بما دفع. وتبدو هذه المصلحة في كثير من الحالات. فلا يعتبر متبرعاً كل من المدين المتضامن مع غيره الذي يدفع الدين كله أو الوارث الذي يسدد ديناً على المورث من مال نفسه. أو مشتري سيارة يقوم بتسديد الأقساط المستحقة للشركة البائعة إذا توقف من باعه السيارة عن دفعها للشركة. ذلك لأن أياً من هؤلاء له مصلحة ظاهرة للدفع، هي براءة ذمة المدين المتضامن في المثل الأول. وتخليص التركة من الدين كسي يحصل على حقه في المثل الثاني، والتخلص من حجز الشركة البائعة على السيارة في المثل الأخير.

١٤٠- انتفاء نية التبرع عند الدافع

إذا تبين من الظروف كذلك أن من دفع دون أمر لم تكن عنده نية التبرع فله أن يرجع على المدين بما دفع. وعلى هذا الاستثناء نصت المادة ٢٣٨ بقولها: (إذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون، رجع بما قضا على المدين). وما تضمنته هذا النص من حكم يصلح أن يكون مثلاً لوجود مصلحة ظاهرة للدافع في قضاء الدين كما يشير إلى أن هذين الاستثنائين يختلطان في أكثر الحالات. فلا يقوم بالدفع من تنتفي عنده نية التبرع إلا إذا لم تكن له مصلحة ظاهرة في الوفاء في أغلب الأحوال.

المبحث الثالث

أحوال أخرى في الكسب دون سبب

١٤١- نصوص تشريعية

نصت المادة ٢٤٠ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١- إذا استعمل شخص مالاً بلا إذن صاحبه لزمه أداء منفعه سواء كان المال معداً للاستغلال أو غير معد له، وذلك دون إحلال بأحكام المادة ١١٦٥. ٢- فمن سكن دار غيره من دون عقد لزمه أجر المثل، ولو انقضت مدة الإجارة في الأرض المزروعة قبل إدراك الزرع فللمستأجر أن يقي الزرع في الأرض على إدراكه ويعطي أجرة المثل). وقضت المادة ٢٤١ بما يأتي: (إذا استخدم أحد صغيراً بدون إذن وليه استحق أجر مثل خدمته).

وجاء في المادة ٢٤٢ ما يأتي: (١- لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاءً وقدرًا بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين، تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته. ٢- فلو سقط من شخص لؤلؤة التقطتها دجاجة فصاحب اللؤلؤة يأخذ الدجاجة ويعطي قيمتها).

١٤٢- مفاد هذه النصوص

لقد تكلم المشرع العراقي في هذه المواد على تطبيقات أخرى للكسب دون سبب بالإضافة إلى الحالتين المتميزتين وهما: المدفوع دون حق وقضاء دين الغير. وما جاء في هذه النصوص لا يعدو أن يكون من قبيل التطبيقات الاعتيادية للقاعدة العامة في الكسب دون سبب.

فالمادة ٢٤٠ تتحدث عن إثراء شخص على حساب شخص آخر في صورة استعمال شخص مالاً دون إذن صاحبه وهي تلزمه بضمان منافع الشيء سواء كان معداً للاستغلال أو غير معد له ما لم يكن حائزاً حسن النية. ذلك لأن الحائز الحسن النية يملك ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته. وبناء على نص الفقرة الأولى يلتزم كل ممن يسكن دار غيره بدون إذنه، ومن يستأجر أرضاً زراعية تنقضي المدة قبل إدراك الزرع ويريد إبقاء الزرع في الأرض حتى يدرك، بدفع أجرة المثل.

والمادة ٢٤١ تشير إلى صورة أخرى للإثراء. إذ تبدو في صورة خدمة يتفجع بها شخص استخدم صغيراً دون إذن وليه، وتلزمه بدفع أجر مثل خدمته. أما المادة ٢٤٢ فتعالج حالة الإثراء في صورة التصاق ملك شخص بملك آخر قضاء وقدرأً وعمقتضاها يتملك صاحب المال الأكثر قيمة المال الأقل قيمة، إذا دخل في ذمة المثري قضاء وقدرأً وعلى نحو يتعذر الفصل بين الحالتين دون ضرر يصيب أحد المالكين. وقد ساق المشرع مثلاً على الالتصاق ذكره في الفقرة الثانية من المادة نفسها.

الباب الخامس

القانون

١٤٣- لا ريب في أن القانون هو المصدر العام لجميع الحقوق والروابط القانونية أياً كان السبب المباشر لنشئها. فهو الذي يقرر الحقوق ويحميها، وهو الذي يضيف القوة الملزمة على الالتزامات. فلا قيمة للحق إذا لم يعترف به القانون ويقرر له دعوى تحميه، ولا جدوى من قيام الالتزام إذا لم يضيف عليه القانون القوة الملزمة. ومع ذلك فإن القانون يمارس في دائرة مصادر الالتزام دورين. أولهما أنه المصدر الغير مباشر للالتزامات الناشئة عن العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الكسب دون سبب. وثانيهما أنه المصدر المباشر لطائفة أخرى من الالتزامات. أما أنه مصدر غير مباشر للالتزامات الإرادية والالتزامات الناشئة عن العمل الغير مشروع والكسب دون سبب، فلأنه هو الذي أقر للإرادة بالقدرة على إنشاء الالتزام، وهو الذي قضى بالمسؤولية عن العمل غير المشروع وبالالتزام بالرد الناشئ عن الكسب دون سبب. وهو القادر على إضفاء القوة الملزمة على الالتزام، والقادر على نزع هذه القوة منه ليتحول من التزام مدني يجبر المدين على تنفيذه إلى الالتزام طبعياً لا تتوفر له القوة الملزمة. وأما أنه مصدر مباشر لطائفة أخرى من الالتزامات، فهو أمر ننتبئه في الفقرة الآتية:

١٤٤ - القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات

يعتبر القانون مصدراً مباشراً لطائفة من الالتزامات التي لا يجمع بينها جامع والتي لا يمكن ردها إلى أي من مصادر الالتزام المعروفة من عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو كسب دون سبب. وهي التزامات تقر بنص القانون وتخضع للنصوص القانونية التي أنشأتها من حيث أركانها ومداها وأحكامها. فهي تنشأ مستقلة عن إرادة ذوي الشأن ولذلك فهي لا تقتضي منه توافر أهلية معينة، شأنها شأن الالتزامات الغير إرادية، وخلافاً لما تتطلبه الالتزامات العقلية.

لقد أفرد المشرع العراقي مادة واحدة لهذا المصدر المباشر من مصادر الالتزامات، هي المادة ٢٤٥ التي تنص على ما يأتي: (الالتزامات التي تنشأ من القانون وحده، تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها).

إن من الأمثلة على هذه الالتزامات التي تنشأ عن نصوص القانون المدني العراقي مباشرة، الالتزام بالنفقة الذي يلزم المוסر من الأسرة بالإنفاق على أصوله وفروعه وأقاربه الذين هم في حاجة إلى النفقة ويلزم الزوج بالإنفاق على زوجته. والالتزامات الجوار التي تلزم الجار بعدم الإضرار بجاره وترتب حقوق الارتفاق على أرض الجار الزراعية كحق المرور والجرى والمسبل والشرب. والالتزامات التي يفرضها القانون على الشريك في الملكية الشائعة التي تقتضي منه الانتفاع والاستغلال على نحو لا يلحق ضرراً بشركائه. والالتزامات رب العمل التي تقتضي منه تعويض عماله عن الأضرار التي تصيبهم بسبب العمل وأثناؤه. والالتزامات الولي والوصي والقيم بوجوب مراعاة الشروط التي نص عليها القانون في التصرفات التي يقومون بها في نطاق أموال المحجور عليه.

إن الالتزامات التي تنشأ عن نص القانون لا تقف عند حدود القانون المدني وإنما تجاوزته إلى غيره من فروع القانون، لاسيما القوانين المالية وقوانين المرافعات. ومن الأمثلة على الالتزامات الناشئة عن القوانين المالية مباشرة الالتزام بدفع الضرائب على التركات والعقارات والإيرادات.

١٥٤ - مدى تدخل القانون في إنشاء الالتزام مباشرة

لا شك في أن مدى تدخل القانون في إنشاء الالتزام يكون مصدراً مباشراً له يتأثر

بالقيم السائدة في المجتمع والتي يدين بها النظام السياسي القابض على السلطة في. فيضيق تدخل القانون في ظل النزعة الفردية والفكر الليبرالي، ويتسع في ظل النزعة الاجتماعية والفكر الاشتراكي.

لقد سن قانوننا المدني في وقت كانت تسود العراق فيه المفاهيم الفردية ويحكمه نظام شبه إقطاعي وشبه رأسمالي، ولذلك لا غرو أن ضاق نطاق الالتزامات الناشئة عن نص القانون مباشرة فيه.

ولذلك فإننا نغيب بمشروع القانون المدني الجديد، في ظل القيم الاشتراكية التي تسود مجتمعا العراقي المعاصر أن يعمل جاهداً على توسيع نطاق الالتزامات الناشئة عن القانون مباشرة تحقيقاً للعدالة الاجتماعية وغضاً من سلطان الإرادة ونبذاً للتقاليد والمبادئ القانونية الموروثة من الفكر الفردي.

والحق، أن قانون إصلاح النظام القانوني في العراق لم يأل جهداً في توجيه المشرع العراقي إلى ما ينبغي عليه فعله. ومن أبرز هذه التوجيهات في دائرة الالتزامات: تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عن نص القانون في دائرة العقود وحماية المضرورين ممن لا تكفي أحكام المسؤولية غير العقدية لإصلاح الضرر اللاحق بهم عن طريق التأمينات الاجتماعية التي ينص عليها القانون، ووضع القواعد المنظمة لعقود تنفيذ خطة التنمية القومية ومدى الالتزامات والحقوق الناشئة عنها بنص القانون.

١٤٦- وبذكر ما تقدّم نختم كلامنا على مصادر الالتزام. ونرجو أن يكون الله تعالى قد سدد خطانا في تأليفه. وإليه سبحانه نقدم الحمد والشكر بدءاً وختاماً.

فهرس إجمالي لمادة القانون المدني مصادر الالتزام

٣	مقدمة - التعريف بالالتزام
	المذهب المادي والشخصي في الالتزام
	أنواع الالتزام
	مصادر الالتزام
١٧	الباب الأول
	العقد
١٩	تمهيد - التعريف بالعقد. ماهيته. أنواعه
٣١	الفصل الأول - أركان العقد
٣١	المبحث الأول: ١- التراضي. مبدأ سلطان الإرادة وموقف الفقه الإسلامي
	منه
٣١	٢- وجود التراضي
٦٣	٣- صحة التراضي - الأهلية، الولاية - عيوب الرضا
	(الإكراه. الغلط. الغبن مع التغيرير. الاستغلال)
٩٥	المبحث الثاني - المحل. شروطه
١٠١	المبحث الثالث - السبب. تحديد معناه. شروطه
	النظرية التقليدية والنظرية الحديثة في السبب
١٠٢	نظرية السبب في الفقه الإسلامي
١١٣	المبحث الرابع - بطلان العقد
١٢٠	١- التعريف بالعقد الباطل وتمييزه عن العقد الفاسد والعقد
	الموقوف
١٢٤	٢- الآثار المترتبة على العقد الباطل
	الآثار العرضية والآثار الأصلية
	نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد

١٢٩	الفصل الثاني - آثار العقد
١٣٠	١- أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص
١٣٨	٢- أثر العقد بالنسبة لغير المتعاقدين التعهد عن الغير
١٥٢	الاشتراط لمصلحة المضمون
١٥٢	المبحث الثاني - أثر العقد من حيث المضمون
١٥٢	١- تحديد مضمون العقد. تفسير العقد
١٦٤	٢- تحديد نطاقه. نظرية الظروف الطارئة
١٧٣	٢- المسؤولية التعاقدية. أركانها. تعديل أحكامها
١٧٤	المبحث الأول: انحلال العقد
١٨٦	المبحث الثاني: الإقالة
١٨٨	الباب الثاني
١٨٨	الإرادة المنفردة
١٨٨	تمهيد - التعريف بالإرادة المنفردة. مدى قدرتها على إنشاء الحق الشخصي والالتزام
١٩٣	الفصل الرابع: متى تلزم الإرادة المنفردة صاحبها
١٩٣	المبحث الأول: الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها
١٩٤	المبحث الثاني: الأحكام التي تطبق على الإرادة المنفردة
١٩٥	الفصل الخامس: الوعد بمجازة (الجمالة)
١٩٨	الباب الثالث
١٩٨	العمل غير المشروع
١٩٨	تمهيد - التعريف بالمسؤولية. أنواعها. تطور المسؤولية التقصيرية
٢١١	الفصل السادس: المسؤولية عن الأعمال الشخصية
٢١٢	المبحث الأول: أركان المسؤولية
٢١٢	أركان المسؤولية
٢١٢	١- الضرر

٢١٥	٢ - الخطأ
٢٣٩	٣ - علاقة السببية
٢٤٤	المبحث الثاني: التعويض. أنواعه. تقدير التعويض
٢٥٠	المبحث الثالث: تعديل أحكام المسؤولية
٢٥٣	الفصل السابع: المسؤولية عن عمل الغير وعن الأشياء
٢٥٣	المبحث الأول: المسؤولية عن عمل الغير
٢٥٣	١ - مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته
٢٥٩	٢ - مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه
٢٦٨	المبحث الثاني: المسؤولية عن الأشياء
٢٦٩	١ - المسؤولية عن الحيوان
٢٧٣	٢ - المسؤولية عن البناء
٢٧٨	٣ - المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى
	الباب الرابع
٢٨٣	الكسب دون سبب
٢٨٣	الفصل الثامن: النظرية العامة للكسب دون سبب
٢٨٣	المبحث الأول: شروط الكسب دون سبب
٢٨٧	المبحث الثاني: حكم الكسب دون سبب
٢٩٠	المبحث الثالث: الأساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب
٢٩٣	الفصل التاسع: تطبيقات القانون المدني لنظرية الكسب دون سبب
٢٩٣	المبحث الأول: المدفوع دون حق
٣٠١	المبحث الثاني: قضاء دين الغير
٣٠٤	المبحث الثالث: أحوال أخرى في الكسب دون سبب
	الباب الخامس
٣٠٥	القانون

