

دار ئاراس للطباعة والنشر



السلسلة الثقافية

*

صاحب الإمتياز: شوكت شيخ يزدين

رئيس التحرير: بدران أحمد حبيب

العنوان: دار ئاراس للطباعة والنشر - حي خانزاد - اربيل- كُردستان العراق

الوسيط في شرح القانون المدني

الوسيط

في شرح القانون المدني

دراسة مقارنة

بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية
معززة باراء الفقه واحكام القضاء

الدكتور منذر الفضل

اسم الكتاب: الوسيط في شرح القانون المدني

"دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية - معززة باراء الفقه واحكام القضاء"

تأليف: الدكتور منذر الفضل

من منشورات نآراس رقم: ٤٦٧

الإخراج الفني: آراس آكرم

التصحيح: أوميد البناء

الإشراف على الطبع: عبدالرحمن الحاج محمود

الطبعة الأولى - ٢٠٠٦

رقم الإيداع في مكتبة العامة في اربيل: ٢٠٠٦/٢٨٩

تقديم

يضم هذا الكتاب، شرحاً للقانون المدني بصورة مقارنة مع قواعد الفقه الاسلامي وآراء الفقهاء معزراً بأحكام المحاكم العراقية والاردنية والمصرية والفرنسية، ويحتوي على قسمين، اولهما مصادر الالتزام (النظرية العامة للالتزام) وثانيهما احكام الالتزام.

لقد بذلت في تأليفه اكثر من عشر سنوات وتعرضت بسببه الى صنوف الظلم والاضطهاد ولم ير النور في العراق بسبب هذا الظلم والحجر على التفكير وتقييد الحرية في التعبير وبسبب السياسة الطائفية التي مارسها النظام المعبور والكرامية التي مارسها ضد أصحاب القلم الاحرار وقد تمكنت من طباعة الجزء الاول والثاني في الاردن غير ان هذا الكتاب لم يصل الى العراق ليكون في متناول المهتمين من طلبة القانون والقضاة والمحامين لاسباب كثيرة. ولهذا وجدت ان من المناسب ان يطبع في كوردستان لكي يستفيد منه شعب كوردستان اولا الذي تضرر كثيرا من انظمة الحكم الفاشية المتعاقبة على العراق.

والاراء التي يتضمنها الكتاب هي خلاصة جهود طوال لأكثر من ربع قرن من العمل الاكاديمي في العراق وخارجه، امل ان تكون مفيدة وتسهم في ترسيخ حكم القانون في ظل عراق فيدرالي تعددي ديمقراطي ينعم بالسلام والامن والاستقرار.

منذر الفضل

كوردستان ٢٠٠٥

الاهداء...

الى كوردستان الحبيبة

- شعباً حراً

- أرضاً مقدسة

- تاريخاً مشرفاً

القسم الاول
مصادر الالتزام

العامّة كحق الانسان في الحياة وحقه في سلامة جسده وحقه في الاسم والكرامة والاعتبار وغيرها. وبالتالي فالقانون المدني هو (قانون الاشخاص والاموال) واذا كانت حقوق الشخصية قد تمت دراستها في (نظرية الحق) فإن نظرية الالتزام تتضمن دراسة قانون الاموال اي الروابط القانونية التي يظهر فيها العنصر المالي.

تعريف الالتزام:

المقصود بالالتزام في ضوء القانون الروماني (رابطة قانونية تكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بأمر ما طبقا للقانون)^(١). وجاء تعريف آخر للالتزام عن الفقيه الروماني (بول) بانه: (يكون هناك التزام اذا كان الغير يستطيع ان يجبرنا على ان نعطي شيئا، او نقوم بعمل او نمتنع عن عمل).^(٢) ويجمع الفقيه الروماني (بوتيه) بين التعريفين المتقدمين فيعرف الالتزام بانه: (رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر على ان نعطي شيئا او نقوم بعمل، او نمتنع عن عمل).^(٣) وبهذا التعريف اخذ المشرع الفرنسي في القانون المدني في المادة (١١٠١) حينما اورده عرضا ابان تعريفه للعقد على ان: (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او اكثر نحو شخص آخر او اكثر باعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل). كما تبناه كثير من فقهاء القانون الفرنسي^(٤). وكذلك اخذ به القانون المدني المصري القديم في المادتين ٩٠ و١٤٤. وقد نصت المادة (٦٨) من القانون المدني الاردني على ما يلي:

(الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل).

فالحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر: الدائن والمدين وموضوع الحق، واصل هذا التعريف مأخوذ من القانون المدني العراقي (١/٦٩).

(١) انظر: محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ-القانون الروماني-(الاموال والالتزام) بدون سنة نشر- ص١٣٠.

Tome Deuxieme-Paris-1966-pp.5-6.

(٢) انظر الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري-شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد- دار احياء التراث العربي-١٩٣٤- ص١٢.

الدكتور محمد مختار القاضي-اصول الالتزامات في القانون المدني-القاهرة-١٩٥١- ص٩.

(٣) الاستاذ السنهوري-المرجع السابق- ص١٢.

(4) Jean Carboonier - Droit Civil- 4- Les Obligations Press Unibersitaires deFrance- 11 edition- pp 5- 6.

تمهيد

جرت العادة على تقسيم القانون المدني الى قسمين: قواعد المعاملات المالية وقواعد الاحوال الشخصية. وقد اختلفت التشريعات المدنية العربية والاجنبية في تنظيم هذه القواعد. فلبعض منها لم يتناول بالتنظيم الا النوع الاول، كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ والقانون المدني الاردني لعام ١٩٧٦ والقانون المدني المصري لعام ١٩٤٩، بينما ترك امر تنظيم قواعد الاحوال الشخصية للشريعة الاسلامية وقوانين الملة. فالحضارة والنفقة وحقوق الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية والاهلية والعدة وغيرها من مسائل الاحوال الشخصية نظمها قانون الاسرة الجزائري بقانون رقم ١١/٨٤ لسنة ١٩٨٤ ونص عليها قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل. كما عاجلها قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.

اما القسم الآخر من القوانين المدنية فقد ذهبت الى الجمع بين هذين النوعين من القواعد في القانون الفرنسي (قانون نابليون لعام ١٨٠٤) والروابط القانونية المالية (قواعد المعاملات المالية) وقواعد الاحوال الشخصية وما يخص الفرد وعلاقته بالاسرة كالزواج والتبني والحقوق الزوجية والاولاد الطبيعيين وغيرها.

ولا شك ان الذي يهم دراستنا في هذا المجال هو دراسة الروابط القانونية المالية بين الاشخاص ومصادر هذه الروابط واحكامها، لانها تدخل ضمن نطاق الالتزام في القانون المدني ولهذا لا بد من التعريف بالالتزام وبيان مصادره وتتبع تطورها التاريخي. مع ايماننا بأن القانون المدني لا يضم في مضمونه تنظيم الروابط القانونية فقط وانما يشمل كذلك الحقوق

اما قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢، فقد عرف (الموجب) المدني الذي يراد به (الالتزام) في المادة (١) ما يلي: (الموجب هو رابطة قانونية تجعل لشخص او لعدة اشخاص حقيقيين او معنويين صفة المديون تجاه شخص او عدة اشخاص يوصفون بالدائنين). كما فرقت المادة^(٥) من القانون المذكور بين الموجب المدني والموجب الطبيعي.

وقد نصت المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ تعريفاً للالتزام والحق الشخصي جاء فيها ما يلي:

١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل.

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

٣- ويؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي). ولا شك ان هذا التعريف يرجع بجذوره الى القانون الروماني عدا ما استخدم من عبارات فقهية اسلامية.

والواقع ان الحق الشخصي اذا كان رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها احدهما وهو (المدين) في مواجهة الاخر وهو (الدائن) بأن يقوم بعمل او ان يمتنع عن القيام بعمل، فان الحق الشخصي هذا يسمى (حقاً) اذا نظر اليه من جهة الدائن والتزاماً او ديناً من ناحية المدين ولهذا لا يمكن للدائن في الحق الشخصي ان يحصل على حقه الا بتدخل شخص آخر هو المدين، فرب العمل دائن للعامل بعمل معين يلتزم به الاخير ولا يستطيع رب العمل ان يقتضي حقه الا بتدخل العامل اي المدين وقد سبق ان نادى بهذا الرأي فقهاء كثيرون^(٦). ومع ذلك فهناك

(٥) انظر الدكتور رمضان محمد ابو السعود - مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت، ص ١٠.

(٦) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج١- مصادر الالتزام- دار احياء التراث العربي- ١٩٥٢، ص ١٠٣-١٠٦.

الدكتور صبحي محمضاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية- ج١- دار العلم للملايين- ط٢- ١٩٧٢، ص ٢٦.

وانظر تعريف الاستاذ كاريونيه لمفهوم الالتزام.

Jean Carboonier- Les Obligation- 4- Op.

حيث يذكر ان طبيعة فكرة الالتزام تقوم على (الالتزام والامكانية او القدرة) على القيام بعمل او دفع مبلغ او تسليم شيء غير ذلك.

من الفقهاء من يفرق بين لفظي (الالتزام) و (الحق الشخصي) فاذا كان الالتزام هو (حالة قانونية يكون فيها على الشخص ان يقوم بعمل او يمتنع عن القيام بعمل ذي قيمة مالية) فان المقصود بالحق الشخصي هو: (حال قانونية يكون فيها للشخص ان يطلب من غيره القيام بعمل او الامتناع عن عمل ذي قيمة مالية)^(٧).

ونعتقد ان الرأي الاخير لا يشكل رأياً مستقلاً متميزاً عما ورد في الرأي الاول لان الفكرة الجوهرية واحدة هو ابراز حالة الدائنية في الحق الشخصي وحالة المديونية في الالتزام كما يتضح فيهما جانب الالتزام Le Devoir وفي هذا المجال يذكر الاستاذ (كاريونيه) (ان في جميع الالتزام يوجد عنصر الالتزام ولكن ليس في كل الالتزامات يعني الالتزام)^(٨). ولعل من المفيد ان نذكر مفصلاً تعريف الاستاذ السنهوري للالتزام.

تعريف الاستاذ السنهوري للالتزام^(٩):

يرى الاستاذ السنهوري ان خير تعريف للالتزام في المرحلة التي وصل اليها من التطور في الوقت الحاضر هو التعريف الذي يبرز المسألتين الاتيتين:

اولاً: ان للالتزام ناحية مادية كما ان له ناحية شخصية فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً. ثانياً: انه ليس ضرورياً ان يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام ولهذا فإن: (الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني او القيام بعمل او بالامتناع عن عمل).

وفي تقديرنا ان ما اورده الاستاذ الجليل السنهوري لم يشذ عن ما سبقه اليه الفقه المدني الفرنسي.

والخلاصة، فإن للالتزام كرابطة قانونية على نحو ما تقدم طبيعة مالية بل ان الحقيقة

(٧) انظر رأي استاذنا الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج١- في مصادر

الالتزام- ط٣- بغداد ١٩٦٩، ص ١٣.

ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعريفاً للالتزام على انه (حالة قانونية) بمقتضاها يجب على الشخص ان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او يمتنع عن القيام بعمل، الا ان هذا التعريف حذف على اساس ان ايراد التعاريف من صميم عمل الفقه لا المشرع. ويبدو ان استاذنا الحكيم والمشروع الجديد للقانون المدني العراقي قد تأثرا بما ورد في المشروع التمهيدي المذكور والافكار الواردة في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢، ص ٩.

(8) (Dans toute abligation, il y aun devoir. Mais tout devoir n est pus une obligation).

Jean Carboonier. Op. Cit. p. 16.

(٩) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج١ - المرجع السابق - ص١١٣

- ١١٤.

ولعل من اول المصادر المولدة للالتزام تاريخياً هي الجريمة بأشكالها، الواقعة على النفس او المال او الشرف والاعتبار، لا سيما في القانون الروماني الذي عرف فيما بعد تقسيماً رباعياً لمصادر الالتزام هي:

المصدر الاول: الجريمة Crime.

المصدر الثاني العقد: Contract.

المصدر الثالث: الاسباب المختلفة Variae Causarum Figurae.

المصدر الرابع: شبه الجريمة Le quasi- delit.

ثم اوضح الفقيه الروماني (بوتيه) تقسيماً آخر هو الجريمة وشبه الجريمة والعقد وشبه العقد والقانون^(١١). ولم يحظ هذا التقسيم بتأييد الفقه المدني.

ثانياً : مصادر الالتزام في الشريعة الاسلامية :

ذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى القول بأن مصادر الالتزام هي (التصرفات الشرعية) لان التصرف الشرعي في اصطلاحهم هي، الاعمال التي تنتج اثاراً معتبرة شرعاً، ويقصد بالآثار شرعاً هو العمل الذي ينشأ عنه الالتزام او نقل الالتزام من ذمة الى اخرى او تعديل الالتزام او انقضاء الالتزام وهذه التصرفات الشرعية على نوعين: قولية كالعقود وما يشابهها كالوقف والذور وعمل الفضولي بعد الاجازة، وفعلية وهي الافعال التي تكون سبباً للضمان كإزهاق الروح والايداء وكإتلاف مال الغير او غصبه^(١٢).

ويلاحظ ان التصرفات الشرعية القولية تتضمن الانشاءات والاسقاطات.

(١١) راجع الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق، ص ٢٩-٣٠.

محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ - المرجع السابق، ص ١٣٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - المرجع السابق، ص ٢٠.

Mazeayd- Lecons De Droit Civil Op. Cit. pp. 40- 41.

الاستاذ عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ - مصادر الالتزام - المرجع السابق.

(١٢) انظر الدكتور صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - المرجع السابق، ص ٣٣.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١١ - ١٩٥٤، ص ٦٥.

فريد فتبان - مصادر الالتزام - ص ٢٣.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ٢٧-٢٩.

الاساسية لهذه الرابطة هي (مالية الاداء) من المدين الى الدائن. وهذه المالية تقوم بالنقود ولهذا تعتبر من حقوق الذمة المالية سواء نشأت ابتداءً بين الاشخاص او صارت كذلك بعد اكتسابها هذه الصفة كحقوق الزوجية والاولاد على الزوج باعتبارها من الواجبات القانونية غير المالية. فحق النفقة يمكن ان يكون من الاداءات المالية على الزوج ويكتسب صفة الالتزام.

ان مصير مخالفة الواجبات العامة كالاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد او الاسم او غيرها هو نشوء الالتزام على كاهل الفاعل ويتمثل بدفع التعويض ومصدره العمل غير المشروع. لقد جرت العادة في كتب الفقه المدني التي تدرس نظرية الالتزام ان تقسم النظرية حسب منهج القانون المدني اي دراسة مصادر الالتزام اولا ثم التعرض لاحكامه، وليس من المقبول ان نشذ عن هذا المسلك، لذلك سنبين اولاً مصادر الروابط القانونية المالية وهو الجزء الاول من النظرية العامة للالتزامات ثم نعقب ذلك بأحكام الالتزام الذي خصصنا له الجزء الثاني وبهذا يكون كلا من المصادر والاحكام هما الوسيط في شرح القانون المدني.

مصادر الالتزام Sources of Obligations

مصادر الالتزام هي الاسباب المولدة للالتزام، فحينما نذكر ان مصدر الالتزام هو العقد مثلاً يعني ان السبب الذي انشأ الالتزام هو العقد. ولقد اختلفت التشريعات في بيان (ترتيب هذه المصادر) ولغرض معرفة التشريعات في بيان (ترتيب هذه المصادر) ولغرض تحديد مصادر الالتزام لا بد من الوقوف عليها منذ القانون الروماني.

اولاً : مصادر الالتزام في القانون الروماني :

مصادر الالتزام نوعان في القانون هما: الجريمة والعقد وما عداهما يرد الى مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الروماني ترتيبها تحت اسم معين وانما اطلق عليها (الاسباب المختلفة)^(١٠).

(١٠) الاستاذ الدكتور السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٢٩.

محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ - المرجع السابق - ص ١٣٤.

الدكتور عبدالحج حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - مصادر الالتزام - مطبعة نهضة مصر ١٩٥٤، ص ٣-٤.

فريد فتبان-مصادر الالتزام-مطبعة العاني-بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧، ص ٢٢.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil- op. Cit. pp. 40- 41.

د. صبحي محمصاني-المرجع السابق-ص ٣٢.

وقد عرف المشرع الفرنسي العقد في المادة ١١٠١ ووضح المقصود بشبه العقد في المادة ١٣٧١ وجمع تعريف الجريمة وشبه الجريمة في مادة واحدة هي ١٣٨٢ التي نصت على قاعدة عامة توجب التعويض عن كل عمل ضار.

الا ان هذا الترتيب لمصادر الالتزام لم يسلم من الانتقادات ولم تسلم هي الاخرى تعريفات المصادر المذكورة التي اوردها المشرع الفرنسي من الانتقادات التي كان من المفروض ان يتعرض اليها القانون المدني الفرنسي^(١٦).

رابعاً : مصادر الالتزام في القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٩

نص القانون المدني المصري القديم على ان مصادر الالتزام هي الاتفاق او الفعل او القانون^(١٧). اما القانون المدني المصري الحالي الصادر عام ١٩٤٩، فقد رتب مصادر الالتزام الى خمسة اقسام هي:

العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون.

وهذا التقسيم الخماسي لاسباب المولدة للالتزام اخذت به قوانين مدنية متعددة عربية واجنبية، في حين رتبت بعض التشريعات الوضعية مصادر الالتزام ترتيباً اخر كالقانون المدني الجزائري ومشروع القانون المدني العراقي الجديد.

خامساً : مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ :

صدر القانون المدني الجزائري في عهد الرئيس الراحل هواري بومدين عام ١٩٧٥ بموجب الامر المرقم ٥٨/٧٥ في ٢٦/٩/١٩٧٥، وقد جاءت نصوصه متأثرة الى حد بعيد بالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ولم يشذ الا في الحالات التي لم يوفق المشرع فيها. كما اصطبغ القانون بنزعة فردية ومطلقة احياناً جعلته يتناقض مع اسس الدستور الجزائري لعام ١٩٧٦ من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية.

(١٦) راجع: الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٣٧-٣٨.

Jean Carboonier- Op. pp. 28- 3.

Mazeaud- Leeons De Droit l. Op. Cit. p. 43.

(١٧) السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٥٢.

وقد ورد في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الثاني ص ٣-٤ ما يلي: (عمد المشروع نسجاً على منوال احداث التقنيات الى البدء بأحكام العقد. ولم ير النص على تعريف الالتزام ولا على تقسيم مصادر الالتزام لان ذلك كله ادخل في الفقه منه في التشريع).

فالانشاءات من التصرفات المذكورة قد تنتم من جانب واحد كالوقف والوصية والوعد بجعل الجعالة) فيطلق عليها (ايقاعات) التي يقابلها في القوانين المدنية الوضعية العربية (العمل القانوني الصادر من جانب واحد)، او ان تنتم الانشاءات من التصرفات الشرعية القولية من جانبين وتسمى بـ(العقود)، بينما يراد بالاسقاطات من التصرفات الشرعية القولية تلك التصرفات التي تؤدي الى انهاء حالة قانونية قائمة كالبراء من الدين وعتق الرقيق انذاك وهي اسقاطات محضة لانها لا تتوقف على القبول وان كانت ترد بالرد^(١٣).

كما نشير الى ان الاستاذ السنهوري طرح تقسيماً لمصادر الالتزام يماثل تقسيم الفقهاء المسلمين مع اختلاف في التسميات، فالالتزامات عنده تعود لمصدر واحد هو (الواقعة القانونية) التي قسمها الى (واقعة طبيعية) و(واقعة اختيارية) ومن ثم قسم الواقعة الاختيارية الى اعمال مادية (وهي قد تكون مشروعة او غير مشروعة) والى اعمال قانونية صادرة من جانبين او من جانب واحد^(١٤).

ثالثاً : مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي :

تتمثل مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي في خمسة مصادر هي:العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون، وهذه المصادر الخمسة يعود ترتيبها الى الفقه (بوتيه) الذي نقلها بدروه عن فقهاء متعددين اخرين سبقوه^(١٥).

(١٣) الدكتور صبحي محمصاني - المرجع السابق - ص ٣٣-٣٤.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - نظرية العقد - ص ٦٢.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي-ج١-ص٦٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج١ - ص ٢٧-٢٩.

مصطفى الزرقاء - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد - ج٣ - مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص ٦٢-٦٥.

(١٤) تفصيل هذا الراي في (نظرية العقد) - المرجع السابق - ص ٧٢-٧٧. ومن جهة اخرى يرى الاستاذ الدكتور شفيق شحاته على انه (ليس من المجدي تتبع النصوص الفقهية للعثور على ترتيب لمصادر الالتزام لان الالتزام ينشأ تارة عن عمل قانوني سواً اكان هذا العمل عبارة عن توافق ارادتين او تقرير ارادة منفردة وطوراً عن واقعة قانونية كالضرر او الاثراء بلا سبب وقد يكون الشرع نفسه المصدر المباشر لبعض الالتزامات، كما انه قد يتأخر نشوء الالتزام في بعض الاحوال الى حين صدور حكم القضاء. فالمصادر هي (العمل القانوني والعمل الضار والاثراء بلا سبب).

(١٥) السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٣٤-٣٧.

محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ - المرجع السابق ص ١٣٥.

Jean Carboonier- Droit Civil- 4- Les Obligations. Op. Cit. P. 82.

وفيما يخص ترتيبه لمصادر الالتزام فقد قسمها الى اربعة مصادر هي:
اولاً: القانون.

ثانياً: العقد.

ثالثاً: العمل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية).

رابعاً: شبه العقد. وهي موزعة على:

١- الاثراء بلا سبب.

٢- دفع غير المستحق.

٣- الفضالة.

كما يلاحظ ان المشرع الجزائري نص على الجمالة (الوعد بجائزة) تحت نطاق مصدر الالتزام الثاني وهو (العقد) بينما يكون مصدر الالتزام الحقيقي هو الارادة المنفردة لا العقد. وان المشرع المذكور عرض نفسه لانتقادات الفقه في استخدامه (شبه العقد) كمصدر من مصادر الالتزام الذي يرجع للفقيه الروماني (بوتيه).

سادساً : مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ :

اوضحت الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي ان المشرع العراقي صاغ نظرية عامة للالتزام لا وجود لها في مجلة الاحكام العدلية، حيث استمدتها من نصوص المجلة ومن الفقه الاسلامي بوجه عام ثم من القانون المدني المصري الى حد كبير ويوب مصادر الالتزام على النحو التالي:
(العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب و القانون) ونسق في هذه المصادر ما بين الفقه الاسلامي والقوانين الغربية تنسيقاً جعل الفقه الاسلامي يماشي هذه القوانين الى حد بعيد^(١٨).

والواقع ان محاولات المشرع العراقي هذه لم يكتب لها النجاح في كثير من المواضع، سواءً فيما يخص الجمع بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي او في ترتيب مصادر الالتزام حيث تشيع القانون بنزعة فردية وتقديس لسلطان الارادة وافكار فردية اخرى لم تعد تلائم التطورات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة.

لقد ذهب كثير من الفقهاء في فرنسا ومصر الى ان هذا التقسيم لم يسلم من النقد وعرضت عن الاخذ به كثير من القوانين المدنية الوضعية.

نبذ تقسيم مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ :

لم يحظ ترتيب مصادر الالتزام الوارد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بتأكيد كامل من فقهاء و شراح القانون المدني ولعل من اهم الاسباب التي تدعو الى نبذ التقسيم سالف الذكر هي مايلي:

١- ظهور القانون كأحد اهم مصادر الالتزام في المرحلة الحاضرة خاصة بعد اتساع ظاهرة تدخل الدولة في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها بحيث اصبح القانون وسيلة الدولة الفعالة في تغيير المجتمع ونقله من حال لآخر وفي تنظيم العلاقات بين الافراد بما يخدم فلسفة الدولة واهدافها.

٢- ان واضعي القانون المدني الالماني ذهبوا الى ان صياغة ترتيب مصادر الالتزام ينطلق من النظر الى (المصدر) المولد للحق والالتزام لا من النظر الى (احوالهما) ويرد هذا المصدر الى قسمين اساسيين هما: التصرف القانوني والواقعة القانونية وقد ايدهم في هذا الاتجاه فريق من علماء القانون الفرنسي كالاستاذ (سالي وتلاميذه)^(١٩).

سابعاً : مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ :

خصص المشرع الاردني الكتاب الاول من القانون المدني للحقوق الشخصية، فوضح في الباب الاول (مصادر الحقوق الشخصية) وهي:

١- العقد.

٢- التصرف الانفرادي (الوعد).

٣- الفعل الضار.

٤- الفعل النافع.

٥- القانون.

وأياً كان الأمر فان الترتيب السليم لمصادر الالتزام والذي يأخذ بحصيلة التطور الفقهي بشأن تقسيم مصادر الالتزام وبما يبرز اهمية التشريع كمصدر اول من مصادر الالتزام في المرحلة الحاضرة هي:

١- التشريع La Loi

٢- التصرف القانوني Acte Juridique الذي ينقسم الى العقد Le Contract والارادة المنفردة.

(١٩) مصطفى احمد الزرقاء - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد - المرجع السابق - ص ١١٦.

(١٨) الاسباب الموجبة - ص ٨.

٣- الواقعة القانونية Fait Juridique التي تشمل الفعل الضار والفعل النافع (الذي يراد به الكسب دون سبب ومن تطبيقاته الفضالة وقضاء دين الغير ودفع غير المستحق).
ومما يعزز هذا الاتجاه في ترتيب مصادر الالتزام هو ايراد التشريع كمصدر مباشر للالتزام في مقدمة الترتيب لبقية المصادر في كثير من القوانين المدنية العربية منها القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.

وكذلك تبني مشروع القانون المدني العراقي لذات التقسيم سالف الذكر، ثم تأييد فقهاء وشراح القانون المدني له الذين يعدون ان التصرف القانوني والواقعة القانونية هما مصدرا الحقوق جميعا شخصية كانت ام عينية ام ذهنية وهما سببا في انقضائها ايضا^(٢٠).
وعلى الرغم من اعتبار التشريع مصدرا ليس اراديا مع الفعل الضار والفعل النافع الا انه يحتل اهمية متميزة ومكانة خاصة تجعل منه مصدرا مستقلا من مصادر الالتزامات مما يوجب علينا توزيع المصادر حسب الخطة التالية:

الباب الاول: التشريع.

الباب الثاني: التصرف القانوني (المصادر الارادية).

الباب الثالث: الواقعة القانونية (المصادر غير الارادية).

(٢٠) انظر رأي د. محمد حسنين- المرجع السابق- ص ١٠.

راجع رأي الاستاذ (سالي) احد فقهاء القانون المدني الفرنسي، وكذلك الكثير من فقهاء القانون الالماني المشار الى آرائهم في مؤلف الاستاذ مصطفى الزرقاء- المرجع السابق-ص١١٦. وانظر الدكتور انور سلطان- مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني- ط ١٠ عمان- ١٩٨٧.

الباب الأول

التشريع " القانون " La Loi

القانون كمصدر مباشر للالتزام في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

نصت المادة (٣١٢) من القانون المدني الاردني على ما يلي: (الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي انشأتها).

وقد اوضحت المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني بأن المشرع الاردني اوجز النص فيما يتعلق بالالتزامات التي تصدر عن القانون مباشرة فكل التزام يتكلف النص المنشئ له بتعيين مضمونة وتحديد مداه مما يجعل مرجعها جميعاً احكام النصوص الخاصة بها.

وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالاً عن ارادة ذوي الشأن فهي لا تقتضي فيهم اهلية ومع هذا فقد يتطلب القانون اهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات مراعيماً في ذلك انها لا تترتب بمعزل عن الارادة.

القانون كمصدر مباشر للالتزام في القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ :

خصص المشرع المدني المصري نصاً واحداً للقانون كمصدر من مصادر الالتزام حيث جاء في المادة (١٩٨) ما يلي:

(الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص التي انشأتها).

وهذه المادة في الفقرة الاولى من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري المادة (٢٧٢) بعد ان حذفت منها الفقرة الثانية التي كانت تنص على ما يلي:

(٢- ولا تشترط اية اهلية في هذه الالتزامات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك)^(٤).

فكل التزام ينشأ عن نص قانوني يتكفل ذات النص المنشئ له بتعيين وتحديد مداه^(٥) فالالتزام القانوني ينشأ بمعزل عن اي عمل رضائي مشروع او غير مشروع يقوم به الانسان ويستمد كيانه مباشرة من القانون^(٦).

ان الالتزامات القانونية، كسائر الالتزامات تكون اما التزاماً بإعطاء - Obligation de don-

(٤) نص قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ في المادة (١٢٠) على ما يلي: (الموجبات القانونية هي التي تستمد مباشرة من القانون دون سواه كالموجبات الكائنة بين ملاك متجاورين او كديون النفقة يوجبها القانون على بعض الاقرباء او النسباء). ولما كانت هذه الموجبات تتولد بمعزل عن مشيئة ذوي العلاقة فهي لا تستلزم وجود اهلية على الاطلاق عندهم الا اذا كان القانون بنص على العكس.

وانظر يوسف نجم جبران - النظرية العامة للموجبات - (مصار الموجبات) - الجزائر - ط٢ - ١٩٨١ ص ٢٦ - ٢٧.

(٥) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٢ - ص ٤٩٠.

(٦) الدكتور مأمون الكزبري - المرجع السابق، ص ٥١٧.

تزداد اهمية التشريع (القانون) مع اتساع ظاهرة تدخل الدولة في مختلف مجالات الحياة. حيث يعد مصدراً مباشراً للالتزام في حالات متعددة.

والالتزام ايا كان مصدره المباشر (تصرفاً قانونياً ام واقعة قانونية) يرجع الى القانون ايضاً بإعتباره المصدر الاخير للالتزامات والحقوق جميعاً الا ان هناك من الالتزامات ما يكون القانون هو المصدر المباشر والاخير في آن واحد للالتزام^(١).

كما يرى بعض الفقهاء ان الالتزامات التي تولدها الارادة المنفردة في التقنين المدني المصري هي التزامات قانونية وان مصدرها المباشر هو القانون^(٢). وقد سبق ان نادى بهذا الاتجاه الفقه الالمانى^(٣).

(١) كمال الجوف - مصدر الالتزام بدفع الضرائب على الايراد - بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة - العدد (٢٠) ١٩٦٦ ص ٧.

الدكتور مأمون الكزبري - نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود الغربي - ج ٣ ط ١٩٧٤ ص ٥١٧.

(٢) الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ١٤٤٠ و ١٢٦٢.

(٣) انظر الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات - المطبعة العالمية - ١٩٦٤، ص ٥١٩.

ner او التزاماً بعمل Obligation de faire او التزاماً بالامتناع عن عمل Obligation de nepas faire فالالتزام الواجب على الاب بالنفقة على الزوجة والاولاد في قانون الاسرة والالتزام بدفع الضرائب للدولة والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل انما هي التزامات مصدرها القانون مباشرة مضمونها اعطاء شيء وهو مبلغ من النقود. ومثال الالتزام القانوني بعمل شيء ما كالتزام الولي او الوصي او القيم بإدارة اموال القاصر او الغائب او المفقود او الاسير ومثال الالتزام القانوني بالامتناع عن عمل التزام الجار الا يهدم الحائط الذي يستتر به جاره دون عذر قوي والتزامه الا يحدث ضرراً فاحشاً للجدران^(٧).

والالتزام القانوني ينفذ عيناً اذا كان هذا ممكناً والا انتهى الى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة. وقد ذهبت محكمة الاستئناف الوطنية بمصر عام ١٩٢٤، بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب في ذمته هذا الدين، ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطاً لحكم النفقة، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الاثر على تركته الا بمقدار المستحق من النفقة الذي كان واجب الاداء قبل الوفاة^(٨). كما ولو كانت النفقة واجبة قبل الوفاة بمدة سنتين فيكون مقدار النفقة المستحقة عن المدة المذكورة ديناً على التركة.

القانون كمصدر من مصادر الالتزام المباشرة في القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ :

سبق ان هذا تعرفنا على مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وقد كان في مقدمة هذه المصادر التشريع (القانون) بخلاف التشريعات المدنية العربية الاخرى التي ذكرت القانون اخر المصادر ترتيباً والسبب في ذلك هو اعطاء الاولوية لهذا المصدر الذي يحتل اهمية كبيرة في ظل مبدأ تدخل الدولة في شتى مجالات الحياة.

وقد خصص المشرع المدني الجزائري مادة واحد فقط هي المادة (٥٣) التي جاءت متأثرة بالنص (١٩٨) من القانون المدني المصري حيث نصت على ما يلي:
(تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها).

فالقانون يكون مصدراً مباشراً للالتزام على الاشخاص وعنه اولاً و آخراً ينشأ الالتزام وان

(٧) الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ - ص ١٢٩٥.

وانظر الدكتور عبدالحلي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - مصادر الالتزام - ص ٦٣٧.

والدكتور مأمون الكزبري - المرجع السابق - ص ٥١٨.

(٨) ذكره الاستاذ السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ - ص ١٢٩٧.

النص القانوني الخاص بذلك هو الذي يبين اركان الالتزام هذا واحكامه ومداه فهو مصدر غير ارادي ولا يقتصر القانون كمصدر مباشر للالتزام على دائرة القانون المدني وانما اي قانون اخر كقانون الاسرة رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤، الذي اوجب نفقة الاولاد والزوجة على الاب حيث نصت المادة (٣٧) من القانون المذكور على ما يلي: (يجب على الزوج نحو زوجته).

١- النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها حيث انها اذا حكم بالنشوز تسقط عنها النفقة وهي اجحاف غير مقبول لدينا مطلقاً انسانياً واخلاقياً، كما نصت المادة (٧٥) على ما يلي: يجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والاناث الى الدخول وتستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية او بدنية او مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب).

كما يرى جانب من الفقه المدني ان الالتزامات التي مصدرها القانون قليلة ومبعثرة في شتى فروع القانون الخاص والعام وان كان عددها اخذاً في التزايد في العهد الاخير تبعاً لتغلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وتتميز الوقائع التي جعلها القانون مصدراً مباشراً للالتزام بأنها مستقلة عن عمل الانسان كعلاقة القرابة او الجوار^(٩). ومن الالتزامات التي يكون مصدرها المباشر نص القانون ما نصت عليه المادة (٧١٣) من القانون المدني الجزائري المتعلقة بحالة الشيوخ حيث جاء فيها ما يلي: (اذا ملك اثنان او اكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية اذا لم يتم دليل على غير ذلك).

القانون كمصدر مباشر للالتزام في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ :

نصت المادة (٢٤٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ما يلي:

(الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده، تسري عليها النصوص التي انشأتها).

يعتبر القانون المصدر الخامس من مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي من حيث الترتيب ويكون مصدراً مباشراً لطائفة من الالتزامات لا يجمع بينها جامع ولا ترد الى اي مصدر من المصادر الاربعة المشار اليها^(١٠).

(٩) الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام، ص ٢٤٢.

(١٠) الدكتور حسن على الذنون - النظرية العامة للالتزامات - بغداد - ١٩٧٦، ص ٣٣٥.

منير القاضي - ملتي البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي - المجلد الاول - بغداد - ١٩٥٢، ص ٣٣٧.

فريد فتبان - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٩.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - ج ١ - المرجع السابق، ص ٦٥٥.

والقانون لا ينشئ الالتزام على الاشخاص دون مبرر بل يكون مدفوعاً في ذلك بتحقيق اعتبارات اجتماعية - واقتصادية او حكمة معينة يريدها المشرع كالتضامن الاجتماعي او يعطي الحق للزوجة بطلب التفريق^(١١).

وفيما يخص قانون الضرائب ذهبت محكمة بقاء بغداد في قرارها المرقم ١٠٤/١ استثنائية/ ١٩٧٠ الى ما يلي: (لا ضريبة ولا رسم بلا نص قانوني)^(١٢). وفي قرار آخر عن التعويض الذي اوجبه قانون العمل لسنة ١٩٧٠ الملغى قررت المحكمة المختصة (اذا توفي العامل اثناء العمل ومن جرائه فان من يعيّلهم يستحقون التعويض المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة (٧٢) من قانون العمل)^(١٣).

نخلص من ذلك، الى ان القانون هو مصدر الحقوق جميعاً وبالتالي فهو المصدر غير المباشر للالتزامات الا انه قد يكون مصدراً مباشراً رئيسياً لبعض الالتزامات التي لا يمكن ردها الى التصرف القانوني او الواقعة القانونية وانما لا بد من ردها اليه كالتزام بالنفقة على الزوجة والاقارب وحقوق الجوار والحائض المشترك والشيوخ والكفالة بموجب نص قانوني اذ تكون ارادة المشرع واضحة في نسب واقعة معينة الى نص القانون ويطلق عليه بالالتزام القانوني^(١٤).

كما ان التشريعات المدنية العربية لم تتوسع في تعداد النصوص التي تبين كون القانون مصدراً مباشراً للالتزام كما فعلت بالنسبة للتصرف القانوني والواقعة القانونية.

ويلاحظ ان المشرع العراقي اعتبر القانون مصدراً خيراً (من حيث الترتيب) من مصادر الالتزام وغلب العقد اولاً حين اعتبره اهم هذه المصادر. وليس هذا امراً غريباً لا سيما وانه جاء متأثراً في ذلك بالقانون المدني المصري (المادة ١٩٨).

كما ان المشرع العراقي لم ينص الا على مادة واحدة للقانون لان الدولة العراقية وفق صدور التشريع المدني عام ١٩٥١ لم تكن تتدخل في مجالات الحياة المختلفة قياساً لما هو عليه الحال

(١١) رقم القرار ٣٦٥ و ٣٨٠٥ / شرعية / ١٩٧٠ في ١٢/٢٣ / ١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الاولى ١٩٧١، ص ٢٢.

(١٢) صدر القرار في ١٧/١١/١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية العدد الرابع السنة الاولى ١٩٧١، ص ١٤٢.

(١٣) رقم القرار ٧٩ / حقوقية / ١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية - ١٩٧٠، ص ١٤٢.

(١٤) يوسف نجم جبران - النظرية العامة للموجبات - ص ٢٦ - ٢٧.

كمال الجرف - مصدر الالتزام بدفع الضرائب على الايراد - ص ٧.

الدكتور حسن الذنون - اصول الالتزام - ١٩٧٠، ص ٣٣٢.

الدكتور توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - في مصادر الالتزام - ١٩٨٨، ص ٤٦٣.

في الوقت الحاضر. ويكفي عن طريق هذا النص الرجوع للقوانين المتعددة المتفرقة بشأن الالتزامات القانونية^(١٥).

ثم ان الشريعة الاسلامية اقرت ذلك حين اطلق الفقهاء المسلمون تسمية (الواجب الشرعي) الذي يجد سنده في ادلة الاحكام الشرعية (القرآن والسنة النبوية الشريفة) كالتزام بالنفقة والتزام الولي والوصي والتزامات الجوار.

والالتزام القانوني يكون محله دائماً مشروعاً لان القانون المختص هو الذي يتولى تعيينه فهو قد يكون دفع مبلغ من النقود او القيام بعمل مطلوب او الامتناع عن القيام بالعمل.

ومن الامثلة على الالتزام القانوني للقيام بعمل ما يفرضه قانون المرور باضاعة مصابيح السيارة ليلاً ووضع المساحات المطرية شتاءً اما من امثلة الامتناع عن القيام بعمل هو الالتزام القانوني بعدم مجاوزة حدود السرعة المقررة قانوناً داخل المدينة او خارجها والامتناع عن استلام الرشوة وغيرها.

والاصل ان الالتزامات المقررة قانوناً بصورة غير ارادية اي مستقلة عن ارادة ذوي الشأن لا تقتضي فيهم اهلية عدا بعض الحالات التي يستوجب القانون فيها اهلية خاصة لانها لا تترتب بمعزل عن الارادة ومن هذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عاتق الفضولي اذ اشترطت كثير من القوانين المدنية العربية ان يكون من يتصدى لشأن من شؤون الغير تفضلاً اهلاً للتعاقد^(١٦).

(١٥) ففي نطاق الالتزام بالامتناع عن القيام بالعمل في الميدان الطبي، يلتزم الطبيب ومن في حكمه بعدم افشاء السر الخاص بالمرض و الا تعرض للمسؤولية القانونية (الجنايية والمدنية) عدا بعض الحالات المحددة كأن يكون المريض مصاباً بمرض خطير كالكوليرا او الايدز او ان الاصابة بالمرض ناجمة عن جريمة. كما يلتزم المحامي بعدم افشاء اسرار موكله تنفيذاً لقانون المحاماة واحتراماً لاداب المهنة وقيمها باعتباره شخصاً مؤتمناً ومحللاً للثقة.

انظر: المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل. وجابر مهنا شبل - الالتزام بالمحافظة على سر المهنة - اطروحة ماجستير في القانون المدني - غير منشورة - ١٩٨٤، ص ١٠٨ وما بعدها. عبد الباقي محمود سودي - مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية - اطروحة ماجستير في القانون المدني - ١٩٧٩، ص ٨٢ وما بعدها.

(١٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٢ - ص ٤٩٢-٤٩٣. وانظر حول اهلية الفضولي واهلية رب العمل:

الدكتور محمد جبر الالفي - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨١، ص ٢٩-٣٢.

الدكتور جلال العدوي والدكتور محمد لبيب شنب - مصادر الالتزام - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٨٥، ص ٤١٩-٤٢٠.

الدكتور عبدالحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص ٦٢٩-٦٣٠.

ونعتقد ان المشرع المصري كان موفقاً أكثر من المشرع العراقي في بيان اهلية الفضولي وفي تنظيم الفضالة في القانون المدني (المواد ١٨٨ - ١٩٧). اذ لم نجد سوى ثلاثة مواد خصصت للفضالة (من ٤٥٤ - ٦٥٦) في المشروع المدني الجديد دون اشارة الى احكام اهلية الفضولي. ويذكر البعض - بحق - فائدة التمييز لهذه الالتزامات القانونية عن غيرها من الالتزامات في ان الالتزامات الاولى تستمد وجودها من القانون مباشرة تلزم صاحبها بقطع النظر عن اي شرط يتعلق بالاهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك، فالالتزامات الجوار او الالتزامات الضريبية تنشأ ايأ كانت اهلية المجاورين او المكلفين بالضريبة وان الكفالة التي يتطلبها القانون في بعض الحالات يلزم بها فاقد الاهلية او ناقصها كما يلزم بها الراشد المتمتع بكامل اهليته^(١٧).

موقف القضاء الاردني :

ذهبت محكمة التمييز الاردنية في قرارها رقم (٨٦/١٢) بأن على المحكمة ان تحكم بفائدة قانونية بواقع ٨٪ عن المدة الواقعة بتاريخ سريان قانون الاستهلاك رقم ٢ لسنة ١٩٧٦ وكذلك بالفائدة بواقع ٩٪ بعد شهر من اكتساب الحكم الدرجة القطعية لاستمرار الاستهلاك في ظل القانون الجديد رقم ٦ لسنة ١٩٨٠^(١٨).

وفي قضية اخرى (ان الاصابة الناتجة عن حادث وقع للعامل المؤمن عليه اثناء تأدية العمل او بسببه تعتبر من اصابات العمل)^(١٩).

وفي نطاق الرسوم التي لا تفرض الا بناء على قانون ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى ما يلي: (يتعين على المحكمة ان تحكم بالرسوم والاعتاب على المنشيء عند تعيينها لمقدار التعويض عن الارض المستملكة)^(٢٠).

(١٧) الدكتور مأمون الكزبري- نظرية الالتزامات- ج١- مصادر الالتزام- المرجع السابق، ص٥١٩.

الدكتور توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص٤٦٥.

(١٨) مجلة نقابة المحامين الاردنية - السنة ٣٦ ص٢٦١.

(١٩) قضية رقم ٨٦/٥١ مجلة نقابة المحامين - ١٩٨٨، ص٣٢١.

(٢٠) قضية رقم ٨٨/١١٥٩ مجلة نقابة المحامين - ١٩٨٨، ص٢١٠٧.

الباب الثاني

التصرف القانوني Act Juridique

العمل القانوني او التصرف القانوني من مصادر الالتزامات المهمة في التشريعات المدنية الوضعية وهي من المصادر الارادية، لان للارادة دور في انشاء الالتزام او نقله او تعديله او انهاءه. والتصرف القانوني الذي يولد الالتزام على نوعين:

فهو اما ان يقع بفعل ارادة الطرفين لاحداث اثر قانوني وهو (العقد) او ان يقع بفعل ارادة واحدة تكون مصدراً مباشراً للالتزام فيطلق عليها (الارادة المنفردة) لان هذه الارادة لوحدها كافية في انشاء الالتزام او تعديله او انتقاله او انهاءه، كالوصية وهي تمليك مضاف لما بعد الموت بدون عوض، وكالوعد بجائزة (الجمالة) وكالابراء من الدين في بعض القوانين المدنية عدا القانون المدني الفرنسي (المادتان ١٢٨٥ و ١٢٨٧). حيث يعد عقداً اي تصرفاً قانونياً لا بد فيه من تطابق ارادتي الطرفين.

والمهم في الارادة ان تتجه لاحداث الاثر القانوني سواءً اكانت في نطاق العقد ام في التصرف الاحادي، ويراد بالاثر القانوني، الحقوق والالتزامات الناشئة عن العمل القانوني المذكور، ولغرض الوقوف على هذين المصدرين لا بد من تقسيم الموضوع على النحو الآتي:

الفصل الاول - العقد Le Contrat.

الفصل الثاني - الارادة المنفردة Volonte Unilaterale.

- المبحث الاول - في التعريف بالعقد واقسام العقود .
- المطلب الاول - تعريف العقد .
- المطلب الثاني - التمييز بين العقد والاتفاق .
- المطلب الثالث - مبدأ سلطان الارادة .
- المطلب الرابع - تقسيم العقود .
- المبحث الثاني - اركان العقد .
- المطلب الاول - التراضي .
- المطلب الثاني - المحل (محل الالتزام العقدي) .
- المطلب الثالث - السبب (سبب الالتزام العقدي) .
- المطلب الرابع - بطلان العقد .
- المبحث الثالث - اثار العقد .
- المطلب الاول - اثار العقد من حيث الاشخاص .
- المطلب الثاني - اثار العقد من حيث الموضوع .
- المطلب الثالث - المسؤولية العقدية .
- المطلب الرابع - فسخ العقد .

الفصل الاول

العقد Contract

يعتبر العقد من التصرفات القانونية المهمة في ميدان المعاملات المالية وان كثيراً من القوانين المدنية العربية والاجنبية تعتبره اول واكثر المصادر الارادية اهمية وترتيباً في انشاء الالتزامات او نقله او وصف او انهاء الحقوق الشخصية فهو عمل قانوني ينشيء الاغلبية الكبرى من الالتزامات ويرتب الآثار القانونية البعيدة المدى .

وتأكيداً لهذه الاهمية خصصت العديد من القوانين المدنية كثيراً من النصوص بما يتناسب وتلك الاهمية . فالقانون المدني المصري لسنة ١٩٤٩ خصص للعقد واحكامه (٧٣ مادة) وافراد القانون المدني الكويتي (١٩٠ مادة) وذكر القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ (١١١ مادة) كما اورد القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ للعقد واحكامه (٢١١ مادة) من المواد ٨٧ - ٢٤٩ من القانون المدني .

ان دراسة العقد تقتضي التعريف به لغة واصطلاحاً وتمييزه عن الاتفاق والاشارة لدور سلطان الارادة في تكوين التصرفات القانونية ثم التعرض لاصناف العقود .

ولا بد كذلك من الدخول الى جوهر العقد بالوقوف على اركانه لبيان كيفية انعقاده او كما يسميه فقهاء القانون المدني الفرنسي (تركيب العقد La Structure Du Contrat) ثم الاشارة لآثاره من حيث الاشخاص والمضمون والامراض التي تصيب العقد سواء تلك التي تقضي عليه او تلك التي يمكن البراء منها والمسؤولية العقدية واركانها واخيراً بيان فسخ العقد وحالاته وللقالته وهي ما يطلق عليها بـ(انحلال القوة الملزمة للعقد) .

بناءً عليه اعتمدنا الخطة التالية لمعالجة هذه المواضيع:

المبحث الأول

في التعريف بالعقد واقسام العقود

المطلب الأول

تعريف العقد La Definition De Contrat

يراد بالعقد في اللغة من الناحية المادية، الربط والشد والتوثيق والقوة ونقيضه الحل، كما استعمل فعل العقد من الناحية المعنوية للدلالة على الربط بين الكلامين أو المتعاهدين، أما العقد اصطلاحاً فيقصد به الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يثبت عليه حكم شرعي بالزام لاحد الطرفين أو لكليهما، إلا ان هناك من الفقهاء المسلمين من يجعل كل ما عزم المرء على فعله عقداً سواءً كان ذلك بإرادته المنفردة كالوصية والابراء من الدين أو بتطابق ارادتين كالبيع والايجار والشركة والقرض ونحوهما، وهؤلاء يرون ان كل هذه التصرفات ونحوها عقود لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها بل ان عزم المرء على فعل كذا تقوية لارادته التي ربما كانت مترددة فيقدم على فعله، يعتبر عقداً ايضاً، والى هذا اتجه المالكية والشافعية والحنابلة، وهو تعميم لا يقره بعض الفقهاء كالأحناف، الذين يريدون بالعقد المعنى الخاص وهو التصرف الذي بين طرفين تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما ولذلك عرفوا العقد بأنه (ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه اثره الشرعي)^(١).

وإذا كان الفقه الاسلامي يفتقر الى نظرية عامة في العقد لان فقهاء الشريعة الاسلامية عاجلوا العقود بصورة متفرقة تحت نطاق كتاب البيع وكتاب الاجارة وكتاب القرض وكتاب الشركة والمساقاة والرهن وغيرها بصورة مفصلة، إلا ان آراءهم جاءت مشبعة بالنزعة الموضوعية او المادية في تعريف العقد، تلك النزعة التي تهتم بالنتيجة الاخيرة لإنشاء العقد وهو ظهور الاثر القانوني في محل التعاقد وقد تركت آثارها على كثير من القوانين المدنية العربية، بينما تأثر البعض الآخر بالنزعة الذاتية التي تسود الفقه العربي.

والى هذه النزعة جنح صاحب مرشد الحيران حين عرف العقد في المادة (٢٦٢) على انه:

(١) انظر تفصيل ذلك:

الدكتور عبدالرزاق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٩، ص ١٠-١٣.

محمد ابو زهرة-الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية- دار الفكر العربي -١٩٧٦-ص١٩٩-٢٠٠.
الدكتور محمد يوسف موسى -الفقه الاسلامي -ط٣- مطابع دار الكتاب العربي-مصر-ص٣٢٠-٣٢٢.

(العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر)^(٢).

فالعقد يدخل في عموم التصرف القانوني وانه يقوم على ما ينبيء عن ارادتين متطابقتين لا على ارادة منفردة، كما يستفاد من التعريف سالف الذكر ان الاعتداد يكون بالارادة الظاهرة فهي الاولى بالقبول من الارادة الباطنة^(٣). وقد تأثر المشرع العراقي بالتعريف المذكور فنص في المادة ٧٣ من القانون المدني على تعريف العقد الذي جاء فيه: (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

الانتقادات الموجهة للمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي :

لم تأخذ بعض التشريعات المدنية العربية بالتعريف الذي اورده مرشد الحيران والذي تبناه حرفياً القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ لان هذا التعريف تعرض الى انتقادات من الفقه المدني بينما ذهبت بعض التشريعات المدنية الى تجنب ايراد تعريف للعقد تاركة ذلك للفقه. ويمكن تلخيص اهم الانتقادات على النحو الاتي:

١- ان تعريف العقد الوارد في المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران للمرحوم قدرى باشا الذي نقله للقانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني الاردني مع شيء من الاضافة (المادة ٨٧)، يعمم فكرة الارتباط بين القبول والايجاب دون ان يخصه بحصوله بين متعاقد وآخر لامكان ان يقوم العقد بين اكثر من طرفين كما هو الشأن في الشركة والقسمة^(٤).

(٢) كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان - للمرحوم محمد قدرى باشا - قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي - الدار العربية للتوزيع والنشر- عمان- الاردن- ط١- ١٩٨٧، (م٢٦٢).

(٣) الدكتور توفيق حسن فرج - نظرية العقد الموقوف - ص١٢.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ط١، ص٧٣.

يذكر الاستاذ الدكتور شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية - مرجع سابق ص١٢٣ فقرة ١١٥ ما يلي:

(يتكون العقد من ايجاب وقبول، اي من عرض وقبول، فهو عبارة عن توافق ارادتين. وإذا رجعنا الى التعريف الشائع في كتب الفقه، لتبين منه ان العقد مصدر الالتزامات. فليس التعريف على انه توافق ارادتين يظهر اثره منسباً للالتزامات، بل على انه توافق ارادتين يظهر اثره في المعقود عليه، اي يؤدي الى تحويل شيء من حال الى حال. وتعريفه بهذه الكيفية اثر من اثار النزعة الشيعية او المادية في الفقه الاسلامي، وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا للنتائج الاخيرة للعقد، ويتخطون النتائج الاولى لانعقاد العقد).

(٤) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص ٤٥ =

المطلب الثاني

التمييز بين العقد Le Contract والاتفاق Convention

لم يتفق فقهاء وشرح القانون المدني في فرنسا ومصر والعراق على رأي موحد من هذه المسألة، أي مسألة التمييز أو عدم التمييز بين العقد والاتفاق ويمكن حصر هذه الآراء على النحو التالي:

الرأي الأول: ويذهب انصاره الى ان التمييز بين العقد والاتفاق ضروري لما له من اهمية عملية تظهر خاصة من حيث الاهلية، فالاهلية اللازمة لانشاء العقد غير الاهلية اللازمة للاتفاق^(٨). كما ان الاتفاق اعم من العقد فمن يتفق مع شخص اخر على تناول طعام في وقت معين ليس عقداً لان الاتفاق يعد جنساً والعقد نوعاً له. وقد حفزت هذه التفرقة، التي تصعد جذورها لنص المادة ١١٠١ ق. م. فرنسي وبعض شراحه، المشروع اللبناني الى التمسك بها، حيث نصت المادة (١٦٥) من قانون الموجبات والعقود على ما يلي: (الاتفاق هو كل التمام يرمي الى انشاء علاقة مفاعيل قانونية، واذا كان يرمي الى انشاء علاقة الزامية سمي عقداً). فالشق الاول من التعريف هو الاتفاق الذي يمثل نوعاً لا عملاً من الاعمال القانونية والى ان هذه التفرقة قديمة تعود الى الفقيه الروماني بوتيه Pothier^(٩).

الرأي الثاني: يذهب جمهور الفقهاء وشرح القانون المدني في فرنسا ومصر والعراق ولبنان، وكذلك التقنينات المدنية الحديثة، الى ان التفرقة بين العقد والاتفاق ليس لها اية فائدة عملية وقد هجرتها كثير من القوانين كالقانون المدني المصري والمشروع الفرنسي الايطالي والقانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ وكذلك القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦. لان كلاهما يدل على معنى واحد مترادف وان الغرض من العقد ليس انشاء الروابط القانونية فقط بل

(٨) من انصار هذا الرأي في فرنسا الاساتذة بلانبول وبرير واسمان كما ان القانون المدني الفرنسي اقام هذه التفرقة في المادة (١١٠١) على اساس ان العقد نوع من الاتفاق واخص منه انظر:

Jean Carbonnier- Droit. Civil- 4- Op. Cit. p. 42.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. p. 45.

(٩) خليل جريج - النظرية العامة للموجبات - ج ٢ - بيروت - ١٩٨٥ ص ٦١-٦٢.

وانظر ايضا:

Jean Carbonnier- Droit. Civil- 4- Op. Cit. pp. 28- 31.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. p. 43.

٢- ان التعريف الوارد في القانون العراقي لا يميز بين (حكم العقد) و (حقوق العقد) على العكس تماماً من القانون المدني الكويتي الذي يتفق تماماً مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تمييز بين (حكم العقد) بمعنى ما يترتب عليه من اثر مباشر في المعقود عليه كنقل ملكية المبيع الى المشتري، وبين (حقوق العقد) بمعنى اثاره المترتبة في ذمة المتعاقد كالتزام البائع بالتسليم والتزامه بالضمان والتزام المشتري بدفع الثمن^(٥).

ومن جهة اخرى فإن القانون المدني المصري لم يعرف العقد وحذف التعريف عند اعداد المشروع النهائي للقانون المدني مجازاة لسياسة تشريعية هي تجنب الاكثار من التعريفات الفقهية^(٦)، بينما ذهب المشرع الجزائري الى اقتباس تعريف العقد الوارد في المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي الذي اتسم بالنزعة الذاتية^(٧)، حيث نصت المادة (٥٤) من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ على ما يلي: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، او عدة اشخاص اخرين، بمنح او فعل، او عدم فعل شيء ما).

والواقع ان الاتجاه التشريعي السليم هو عدم الاكثار من ايراد التعريفات في القانون المدني اذا لا يوجد تعريف يخلو من الانتقادات ولان التعريفات من صلب اعمال الفقه المدني الا اذا دعت المصلحة التشريعية ان ينص المشرع على تعريف ما.

لذلك نقترح تعريف العقد على انه: (ارتباط القبول بالاجاب بين ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني).

ان الاثر القانوني يتمثل في انشاء الالتزام او نقله او تعديله او انهائه وان الارادة الواحدة لا يمكن ان تكون عقداً وانما لا بد من ارتباط ارادتين او اكثر (اجاب وقبول) لتكوين العقد. غير ان الارادة الواحدة قد تصلح اساساً لانشاء العقد كما في تعاقد الشخص مع نفسه على نحو ما سنفصله. ولان العقد هو تصرف قانوني يتكون بتطابق ارادتين في الاقل لخلق حالة جديدة في وقت مستقبل وهو يختلف عن التصرف القانوني الصادر بفعل ارادة واحدة، كالوصية.

= عرف القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ العقد في المادة ٨٧ على انه: (العقد هو ارتباط الاجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر).

(٥) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي - ص ٤٥.

(٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٢ - ص ٩ الهامش.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ - ص ١٣٨.

(7) Jean Carbonnier- Droit Civil- 4- Les Obligation. Op. Cit. p. 42.

Henri Et Leon Et Jean Mazeaud- Lecons De Droit Civil Op. Cit. p. 45.

وتعديلها ايضاً وان هذا النهج سبق ان سار عليه فقهاء الشريعة الاسلامية واخيراً فإن التعهد والاتفاق والعقد اصطلاحات قانونية يعني احدهما ما يعينه الاخر^(١٠). ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه اصوب من الرأي الأول.

موقف القضاء الاردني :

تأثرت محكمة التمييز الاردنية بموقف الفريق الثاني، فذهبت في كثير من احكامها التي اصدرتها في نطاق العقد الصحيح وآثاره الى اعتبار العقد والاتفاق من العبارات المترادفة وبذلك تكون المحكمة قد نهجت نهجاً سليماً يساير الفقه المدني الحديث^(١١).

المطلب الثالث

مبدأ سلطان الارادة

Principe De L'autonomie De La Volonte

لم يكن مبدأ سلطان الارادة طليقاً في القانون الروماني نظراً لطغيان الشكلية والصياغة على حقيقة الارادة، على ان هذه الشكليات قد خفت حدتها فيما بعد وان لم يتخلص منها القانون الروماني نهائياً^(١٢).

ولما جاء الاسلام حرر الارادة من الاجراءات الشكلية تحريراً تاماً وجعلها طليقة وجعل المسلمين عند شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ومنح الفقه الاسلامي ارضاً جديدة

(١٠) الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ٧٩، ٨٣.

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - ص ١٣.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج ١ - ص ٣٠-٣١.

الدكتور حسن على الذنون - النظرية العامة للالتزامات - ص ٢٨.

خليل جريج - النظرية العامة للموجبات - ص ٦٢.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الالتزام - ج ١ - بغداد - ١٩٥٥، ص ٦٨.

الدكتور جلال العدوي والدكتور محمد لبيب شنب - مصادر الالتزام - بيروت ١٩٨٥، ص ٢٥ هامش رقم (١).

(١١) انظر العديد من القضايا في القضاء الاردني نذكر منها مثلاً:

القضية رقم ٨٨/٣٧١ والقضية رقم ٨٨/٧٨٤ والمنشورة في مجلة نقابة المحامين ١٩٩٠.

(١٢) انظر الدكتور محمد مختار القاضي، اصول الالتزامات في القانون المدني - المرجع السابق، ص ٣٧-٣٩.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - المرجع السابق - ص ٤١.

للارادة وكان في مقدمة هذه المذاهب مذهب الامام ابي حنيفة الذي ابنى تقييد الارادة^(١٣). ولكن حرية الارادة ظلت في حدودها المعقولة عند الفقهاء المسلمين.

اما في العصر الحديث فان فقهاء القانون والتشريعات المدنية لم تقف على مبدأ موحد بالنسبة للدور الذي تقوم به الارادة في انشاء العقد. ويمكن حصر ذلك في اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الاول : انصار المذهب الفردي :

يقوم هذا المذهب على اساس ان الارادة هي وحدها التي تنشيء العقد ويطلق على هذا الاتجاه (مذهب سلطان الارادة) الذي ينهض على اساسين هما:

ان الانسان غاية في ذاته ولا يجوز اعتباره وسيلة وان الانسان كائن ذو ارادة حرة، ولهذا فإن الشخص لا يلتزم بإرادة غيره كما ان الارادة هي قانون صاحبها، فحقوق الاسرة مبنية على عقد الزواج الحاصل بفعل الارادة والعقوبة مبنية على الارادة الحرة من الجاني الذي ارتضى العقوبة والارادة هي (مصدر القوة الملزمة للعقد) وغيره وانها الاصل وما القيود التي ترد عليها الا استثناء^(١٤).

ومن القوانين المدنية الوضعية التي تأثرت الى حد كبير بالمبدأ المذكور، القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون الصادر عام ١٨٠٤) فالمادة (١١٣٤) تمثل عنواناً لمبدأ سلطان الارادة

(١٣) محمد مختار القاضي - ص ٣٨.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١، ص ٣٧-٣٨، ١٢٥-١٢٧.

الامام محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد - المرجع السابق، ص ٢٢١-٢٢٢.

(١٤) تفصيل مبدأ سلطان الارادة وحجج انصاره التي تعرض لها انظر:

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - المرجع السابق - ص ٢٢-٢٤.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - نظرية العقد - ص ٨٥ وما بعدها.

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - ص ١٣.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ٣٣-٣٥.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. p. 42. 4.

Jean Carbonnier- Droit. Civil- 4- Op. Cit. pp. 62.

الدكتور شمس الدين الوكيل - دروس في العقد - منسأة المعارف الاسكندرية - ط ١ - ٦٠-٩٦١، ص ٣٠. خليل جريج - النظرية العامة للموجبات، ص ٨-١٠.

الدكتور عبدالحفي حجازي - النظرية العامة للالتزامات - ص ٢-٢٤.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الالتزام - ص ٥-٦.

الدكتور محمد مختار القاضي، ص ٣٥-٣٩.

فريد فتیان - مصادر الالتزام، ص ٢٦-٢٨.

في انشاء التصرفات القانونية، حيث نصت على ان الاتفاق اذا تم شرعاً فإنه يقوم مقام القانون لمن تعاقده:

Les Conventions Legalement Formes tiennent lieu de loi a ceux qui les ont tuites.

كما ذهب الى هذا الاتجاه القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩، اذ نصت المادة (١٥٢) ما يلي: (لا يرتب العقد التزامات في ذمة الغير، ولكن يجوز ان يكسبه حقاً) كما نصت المادة (١/١٤٧) في القانون المدني العراقي ما يلي:

(١) - العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، او للاسباب التي يقرها القانون).

وقد استقى المشرع الجزائري هذا المبدأ ونص في المادة (١٠٦) من القانون المدني على نص مطابق للمادة (١/٤٧) سالفه الذكر.

اما المشرع الاردني فقد اكد هذا المبدأ في المديتين (٢٠٨) و (٢٠٩) من القانون المدني، حيث يعود اصل المادة (٢٠٨) لما ذكرته المادة (١٥٢) من القانون المدني المصري ويرجع اصل المادة (٢٠٩) لما ذكرته المادة (١٥٣) من القانون المدني المصري.

ولم يشذ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عن القوانين سالفه الذكر في التأثير بمبدأ سلطان الارادة ومآلها من دور في تكوين او انهاء او تعديل التصرفات القانونية فاعتبر العقد شريعة المتعاقدين وقد نصت المادة (١/١٤٦) على ذلك بقولها: (١) - اذا نفذ العقد كان لازماً. ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي).

والواقع ان ما قرره التشريعات المدنية المذكورة من ابراز لقوة الرابطة العقدية والزامها بفعل الارادة يعود لنص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي وان القوانين المدنية، المصري والعراقي والجزائري، تأثرت بصورة مباشرة بالفقرات الثلاثة التي قررتها المادة (١١٣٤) (١٥).

الاتجاه الثاني : انصار المذهب الاجتماعي :

تتمثل فكرة انصار المذهب الاجتماعي من الارادة في انكار دورها المهم الذي غالى فيه اصحاب المذهب الاول، فهم يعتقدون ان للارادة دور متواضع في انشاء التصرفات القانونية، وان الارادة ليست هي المصدر الوحيد للالتزام لوجود موانع متعددة، كما ان الارادة ليست الا وسيلة لتحقيق غاية تخضع لقيود ترتبط بمصلحة المجتمع (١٦).

فالدولة ازيد تدخلها في شؤون الافراد وفكرة النظام العام اتسعت اتساعاً مطرداً (١٧)، وهذه كلها اثرت في انحسار مبدأ سلطان الارادة في ابرام العقود. انحسار مبدأ سلطان الارادة بفعل المذهب الاجتماعي:

اذا كان مبدأ سلطان الارادة في تكوين العقود قد نشأ في ظل النظام الفردي وبرز في اجلى صورة عقب حقوق الانسان والمواطن في فرنسا وان فلسفته تجسدت في ان الناس ولدوا احراراً ومتساويين في الحقوق ولهم مطلق الحرية في ابرام التصرفات القانونية لان الفرد وجد قبل المجتمع، الا ان هذا المبدأ انحسر بفعل انتقادات المذهب الاجتماعي لاسيما بعد تدخل الدولة في مختلف المجالات، ومنها شؤون الافراد، وبفعل العوامل الاقتصادية والاجتماعية التي اقرت في العقد وصارت كثيراً من العقود نموذجية معدة سلفاً.

وفي هذا الخصوص ذهب قانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ الى بيان اسس اصلاح الحياة القانونية المدنية في نطاق الحقوق الشخصية ولا سيما ما يتعلق بمبدأ سلطان الارادة وهي:

١- (اعطاء الاولوية لمصلحة المجتمع، المتمثلة في الدولة، على مصلحة الافراد، المتمثلة في مبدأ سلطان الارادة، في تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية، وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجسد اساسها في الفكر الليبرالي والرأسمالي).

(١٦) انظر في انتقادات مبدأ سلطان الارادة وارااء اصحاب المذهب الاجتماعي:

الدكتور عبدالحى حجازي - المرجع السابق - ص٢٦-٢٨.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - نظرية العقد - ص ٨٥ وما بعدها.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - ص٤٤-٤٥.

الدكتور رمضان ابو السعود - مبادئ الالتزام - ص٢٦-٢٧.

الدكتور محمد مختار القاضي - ص٣٩-٤٠.

(١٧) الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني - ج٢- المرجع السابق - ص٢٩.

(١٥) راجع تحليل نص المادة (١١٣٤) ق. م فرنسي مفصلاً:

حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - ص ١٤.

٢- (التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وابطال ما يخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القضاء، بما يحقق هذا التوازن ومنع التصرف في الحقوق المتنازع فيها، وذلك تحقيقاً للعدالة ومنعاً للتحكم وغضا من شوكة سلطان الارادة في دائرة العلاقات العقدية اذا اضحت مصدراً للاستقلال).

٣- تغليب العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية، والتوسع في اقرار المسؤولية الناشئة عند حكم القانون في دائرة العقود. وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وایماناً بواجب الدولة في الرقابة على العلاقات القانونية واستكمالاً لقصور المسؤولية العقدية في ضمان حقوق المضرورين).

والخلاصة، فان الفقه الحديث والقوانين المدنية الحديثة تقر بمبدأ سلطان الارادة في انشاء التصرفات القانونية ولكن في حدودها المعقولة تتوازن فيها الارادة مع العدالة والصالح العام فهناك من العقود ما يضمحل فيها دور الارادة في انشاء العقد ويطلق عليها بـ(عقود الاذعان)، كما سنبين ذلك، كما وردت استثناءات على مبدأ الرضائية في العقود فاستوجب المشرع الشكلية واعتبرها ركناً للانعقاد كالتصرفات القانونية الواردة على عقار وبعض المنقولات كالسيارات والمكائن وضرورة الكتابة عند التصرف القانوني بالاعضاء البشرية وجاء تقييد الارادة لحماية اطراف التصرف والشكلية في بعض التصرفات (للاثبات) وليس للانعقاد حيث جاء مثلاً في المادة (٧٧) من قانون الاثبات في العراق رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ما يلي:

(ثانياً/ اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسين ديناراً او كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوحد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك).

موقف القانون الاردني :

اوجب المشرع الاردني في قانون الانتفاع بأعضاء جسم الانسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ ان يكون التبرع (الصحيح الهبة) بالعضو البشري كتابة كشرط لانعقاد الهبة (٤/أ/٣). هذا بالإضافة الى شروط أساسية أخرى.

اما قانون البيئات الاردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ فقد نص في المادة ١/٢٨ على عدم جواز الشهادة اذا كانت قيمة الالتزام التعاقدية في غير المواد التجارية تزيد على عشرة دنانير او كان غير محدد القيمة وانما يلزم الكتابة لاثبات وجود الالتزام او البراءة منه ما لم يوجد اتفاق

او نص بخلاف ذلك. اما في الالتزامات التجارية وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة دنانير فيجوز الاثبات بالشهادة.

ومع هذا فإن المادة (٢٩) من القانون المذكور اوردت حالات استثنائية، حيث لم تجز الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى ولو كان المطلوب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير في حالات منها:

١- فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

٢- فيما اذا كان المطلوب هو الباقي او هو جزءاً من حق لا يجوز اثباته بالشهادة.

المطلب الرابع

تقسيم العقود Classification Des Contrat

العقود المتعلقة بالمعاملات المالية في الفقه الاسلامي على انواع متعددة، حيث قسمها الفقهاء عدة تقسيمات يمكن حصر اهمها على النحو الآتي:

القسم الاول: عقود المعاوضات وتشمل البيع والاجارة والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة.

القسم الثاني: العقود التي بلا مقابل كالقرض والعارية والوديعة والرهن والوكالة والكفالة والحوالة.

القسم الثالث: العقود التبرعية كالهبة والوصية^(١٨). والعقود على اقسام متعددة يختلف تصنيفها عند فقهاء القانون عنه في التشريعات المدنية الوضعية. فالفقهاء وشرح القانون المدني يذهبون الى تقسيم العقود من حيث الانشاء والموضوع والاثار والطبيعة.

فالعقود من حيث الانشاء (التكوين) اما ان تكون عقوداً رضائية او شكلية او عينية، والعقود من حيث الموضوع اما ان تكون عقوداً مسمامة او غير مسمامة او ان تكون بسيطة او مركبة (مختلفة)، والعقود من حيث اثرها تكون ذاتية او اتفاقاً منظماً او ان تكون معاوضة او

(١٨) تفصيلات تقسيم العقود عند الفقهاء المسلمين انظر:

الدكتور شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية - ج١ - المرجع السابق - ص١٣٤-١٣٥.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج١- المرجع السابق - ص٧٨-٨٠.

ملزمة للجانبين او ملزمة لجانب واحد واما ان تكون معاوضة او تبرعاً، وقد تكون مقسمة حسب طبيعتها كان تكون عقوداً محددة او احتمالية (عقود الغرر) او ان تكون فورية او مستمرة او ان تكون اصلية او تبعية^(١٩).

وهناك من يذهب الى تقسيم العقود من الناحية الاقتصادية حيث تختلف وظيفة العقد الاقتصادية من عقد الى اخر، والى عقود من الناحية الفنية القانونية.

ومع ذلك، فإن التشريعات المدنية الوضعية لا تأخذ بكل هذه الانواع من العقود لان دور المشرع واضح ومحدد المعالم يختلف عن واجبات الفقيه او شارح النصوص المدنية. وعلى سبيل المثال لم يذكر القانون المدني الفرنسي الا البعض من اصناف العقود حيث نصت المادتان (١١٠٣ - ١١٠٤) على تقسيم العقد الى ملزم للجانبين والى ملزم لجانب واحد، ووضحت المادة (١١٠٤) تصنيف العقود الى عقد محدد وعقد احتمالي وخصص المشرع الفرنسي المادتين (١١٠٥-١١٠٦) الى تقسيم العقود الى عقود التبرع و عقود المعاوضة واخيراً جاء في المادة (١١٠٧) تصنيف العقود الى (العقد المعين) و (العقد غير المعين)^(٢٠).

(١٩) حول تصنيف العقود من الناحية الفقهية راجع:

الاستاذ السنهوري- نظرية العقد- المرجع السابق- ص ١١١

Antoine Vialard- droit Civil- (La Formation Du Contrat)- Universite D alger- Alger. p. 31.

Mazeaud- Lrcos De Droit Civil. Op . Cit. p. 55

الدكتور محمد سعد الدين الشريف- شرح القانون المدني العراقي- المرجع السابق-ص٦٩-٧٠.

الدكتور رمضان ابو السعود- مبادئ الالتزام- المرجع السابق-ص ٢٨ وما بعدها.

الدكتور جلال العدوي والدكتور محمد لبيب شنب- مصادر الالتزام- المرجع السابق-ص ٣٥ وما بعدها.

الدكتور حشمت ابو ستيت- نظرية الالتزام- المرجع السابق-ص ٤٩ وما بعدها.

خليل جريج- النظرية العامة للموجبات- المرجع لسابق-ص ٦٣-٦٤.

الدكتور شمس الدين الوكيل- دروس في العقد- المرجع السابق-ص ٣٦-٣٧.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- المرجع السابق- ص ٤٠ وما بعدها.

الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- المرجع السابق-ص ٢٩ وما بعدها.

الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للالتزام- المرجع السابق- ص ٨٣ ما بعدها.

الدكتور محمد حسنين-الوجيز في نظرية الالتزام- المرجع السابق- ص ١٤ وما بعدها.

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- المرجع السابق- ص ٢٩ وما بعدها.

انظر الاستاذ السنهوري- نظرية العقد- المرجع السابق-ص ١١١-١١٢-هامش رقم (٢).

(20) Jean Carbonnier- Droit Civil. Op. Cit. pp. 59- 60.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. pp. 55- 56.

اولاً : اصناف العقود في القانون المدني المصري :

لم يعرض القانون المدني المصري، شأنه في ذلك شأن كثير من القوانين المدنية الوضعية كالتقنين الالماني والتقنين السويسري، الى تقسيمات العقود لان التقسيم اقرب الى عمل الفقيه منه الى عمل المشرع^(٢١)، كما ورد في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي: (وقد تعمد المشرع اغفال تقسيمات العقود التي توجد في اكثر التقنينات اللاتينية النزعة، لان العناية بها من شان الفقه. ولذلك رؤي من الاحوط ان تهمل في النصوص التشريعية^(٢٢)).

ثانياً : اصناف العقود في القانون المدني الجزائري :

على الرغم من اغفال المشرع الجزائري النص على تنظيم بعض العقود في القانون المدني، كعقد الهبة، حيث يخضع العقد المذكور للشريعة الاسلامية طبقاً للمادة الاولى من القانون المدني، الا ان المشرع عرض لاصناف العقود في القانون المدني لعام ١٩٧٥ على النحو الاتي:
النوع الاول: العقود المتعلقة بالملكية كالبيع (المواد من ٣٥١ - ٤١٢) وعقد المقايضة وعقد الشركة وعقد القرض الاستهلاكي.

النوع الثاني: العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، كعقد الايجار المواد من (٤٦٧-٥٧٣) والعارية (عقد الاعارة).

النوع الثالث: العقود الواردة على العمل، كعقد المقاولة (المواد من ٥٤٩ - ٥٧٠) وعقد الوكالة وعقد الوديعة.

النوع الرابع: عقود الغرر، وهي العقود الاحتمالية كالمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين.

النوع الخامس: عقد الكفالة المواد من (٦٤٤ - ٦٧٣) وهو من عقود الضمان الشخصي (التأمين الشخصي).

ثالثاً تقسيم العقود في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ :

تبنى المشرع العراقي في القانون المدني النزعة الموضوعية التي يتسم بها الفقه الاسلامي بالنسبة الى موضوع العقود اذ صنفها من حيث اثرها في المعقود عليه (محل التعاقد) فقسم العقود التقسيم التالي:

(٢١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الالتزام - ج١ - المرجع السابق - ص١٤٩.

(٢٢) ج٢-ص١١، الهامش المتعلق بمذكرة المشروع التمهيدي.

النوع الاول: العقود الواردة على الملكية كالبيع والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح وهي العقود الشائعة الاستعمال التي تخص ملكية المعقود عليه الذي ينتقل من طرف لآخر على سبيل التملك.

النوع الثاني: العقود الواردة على الانتفاع كالايجار والاعارة.

النوع الثالث: العقود الواردة على العمل كالمقاوله والاستصناع والتزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة.

النوع الرابع: العقود الاحتمالية كالمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين.

النوع الخامس: عقد الكفالة.

رابعاً : تقسيم العقود في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ :

خصص المشرع الاردني الكتاب الثاني للعقود وقسمها الى:

النوع الاول: عقود التملك كالبيع والهبة والشركة والقرض والصلح.

النوع الثاني: عقود المنفعة كالايجارة والاعارة.

النوع الثالث: العقود الواردة على العمل كعقد المقاوله وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الايداع وعقد الحراسة.

النوع الرابع: عقود الغرر كالرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين.

النوع الخامس: عقود التوثيق الشخصية كالكفالة والحوالة.

التقسيم الاول للعقود

العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

١- العقد الرضائي Contrat Consensuel

هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي بين طرفيه دون اية شكلية معينة فالايجاب والقبول وحدهما كافيان لتكوين العقد، والاصل في العقود ان تكون رضائية وهذا هو المبدأ العام (٢٣).

وسبق ان بينا ان مبدأ سلطان الارادة جعل الاصل العام ان تكون العقود رضائية والاستثناء

(٢٣) الاستاذ الجليل السنهوري - الوسيط - ج١ - ص١٥٠.

الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل في الفقه الاسلامي - المملكة العربية السعودية - ط ١ - =

ان تكون شكلية في تكوينها، غير ان هذا المبدأ العام ليس من النظام العام فيجوز لطرفي العقد ان يتفقا على ان لا ينشأ العقد بينهما الا اذا افرغ في شكل خاص كتدوينه في ورقة خاصة (رسمية او عرفية) فيكون العقد رضائياً اصلاً الا انه صار شكلياً بالاتفاق عليه على نحو ما سنبينه، فيطلق عليها (شكلية اتفافية) تمييزاً لها عن الشكلية المفروضة بحكم القانون (الشكلية الرسمية والكتابية والعينية).

وإذا كان الغالب في العقود ان تكون رضائية كالبيع والنقل والايجار والوديعة وغيرها فإن الكتابة التي تفرغ فيها هذه العقود ليست الا لاغراض (الاثبات)، اي ان الشكلية هنا ليست لاغراض الانعقاد وانما غايتها اثبات التصرف القانوني. وعلى هذا نص قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المادة (٧٧/ ثانياً)، حيث ان الشهادة جائزة لاثبات التصرف القانوني في حدود مبلغ معين وهو ان لا تزيد قيمته على خمسين ديناراً (٢٤).

اما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (٣٣٣) من القانون المدني على ضرورة الكتابة اذا كانت قيمة الالتزام اكثر من ١٠٠٠ دينار جزائري في المعاملات المدنية والغرض في شكلية الكتابة تلك هو اثبات العقد لا لبرامه. والى هذا ذهب القانون الاردني سالف الذكر المادة (١/٢٨).

وطبقاً للقانون الانجليزي فإن العقود يكفي لانعقادها التراضي سواء تم التعبير عن الرضا شفاهاً أم كتابة، وقد بين الاستاذ (Furmston) هذا المبدأ بقوله:

"As a general rule . no formality is needed. however . or partly by word of mouth . mouth and partly in writing" (25)

= ١٩٨٥، ص١٣.

الدكتور محمود سعدالدين الشريف - ج١ - مصادر الالتزام - ص٧٣.

الدكتور رمضان ابو السعود - مبادئ الالتزام - ص٢٩.

الدكتور جلال العدوي والدكتور محمد لييب شنب - مصادر الالتزام - ص٥٤.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني - ص٥١ - ص٥٢.

خليل جريج - النظرية العامة للموجبات - ج٢ - ص٦٩.

الدكتور شمس الدين الوكيل - دروس في العقد - ص٣٦.

الدكتور عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج٢ - مصادر الالتزام - ص٨٦ - ص٨٧.

الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ج٢ - الالتزامات - ص٣٠.

(٢٤) الدكتور ادم النداوي - شرح قانون الاثبات - دار القادسية - بغداد ١٩٨٦، ص١٩٢ - ص١٩٤.

(25) M. P. Furmston- Law of Contract- Ninth Edition- 1976. p. 113.

٢- العقد الشكلي (٢٦)

يكون العقد شكلياً إذا كان التراضي بين اطرافه لا يكفي لانعقاده وإنما لا بد من توافر الشكلية المعينة قانوناً الى جانب الايجاب والقبول لانشائه فتكون اركان العقد اللازمة لتكوينه (الرضا والمحل والسبب والشكلية).

والغاية من الشكلية التي فرضها القانون حماية اطراف العقد نظراً لخطورة التصرف القانوني ففي وجودها تبصير بعواقب العمل القانوني. ومن المعلوم ان الشكلية اوسع من مفهوم (الرسمية)، فالعقد قد يكون عقداً شكلياً وان لم يكن كذلك فعلاً لان ارادة الطرفين اوجبت ذلك كما تقدم. كما ان القانون قد يلزم الاشخاص مراعاة اجراءات معينة لتكوين العقد فيتولى موظف مختص تصديق التصرف القانوني (توثيقه) وتأشيريه في سجلات مختصة وبدون ذلك لا ينعقد العقد لتخلف احد اركانه. وسوف نتعرض للشكلية القانونية (الرسمية والكتابية والعينية). والشكلية الاتفاقيه عند دراستنا للعقد الباطل.

فالزواج من العقود الشكلية في القانون المدني الفرنسي^(٢٧)، والتصرفات القانونية الواردة

(٢٦) تفصيل العقد الشكلي في القوانين الوضعية انظر المراجع التالية:

Antoine Vialard- Droit Civil- La Formatio Du Contrat- Alger- 1981. p. 37.

Ali Benchneb- Theorie Generale De Contrat- Alger- 1980. p. 30.

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - ص١٤-١٥.

الدكتور حس الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص٣٠.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط-ج١- مصادر الالتزام- ص ١٥٠-١٥١.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ج١- ص ٤١-٤٢.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت- نظرية الالتزام في القانون المدني- ص٥٢-٥٣.

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- ص ٣٠-٣١.

الدكتور محمد وحيد الدين سوار- الشكل في الفقه الاسلامي- ص١٣.

ومن الجدير بالذكر ان الهبة والوصية بالاعضاء البشرية حال الحياة من كامل الاهلية من التصرفات القانونية الشكلية لان الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ اشترطت الكتابة. والهدف من الكتابة لتبصير المتنازل بتصرفه وللتأكد من سلامة الرضا. والشكلية هنا هي (شكلية قانونية كتابية).

(٢٧) راجع مؤلف الاستاذ (جان كرونيه) - الجزء الثاني الذي خصصه للعائلة او قانون الاسرة وتكلم عن

الزواج وانعقاده والوصية والبنوة الطبيعية والتبني وعديمي الاهلية وغيرها.

وحول العقد الشكلي في القانون الايطالي لعام ١٩٤٢ راجع:

Gino gola- Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law- The American Journal of Comprative Law. Volume II, 1962. pp. 2- 4 Article 1342.

على العقارات و (بعض المنقولات) في العراق والاردن من التصرفات الشكلية كالبيع الوارد على عقار، حيث يكون التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ركناً في انعقاد العقد^(٢٨).

فالقانون المدني العراقي رقم لسنة ١٩٥١ والقانون المدني الاردني وقانون التسوية اعتبرت مثلاً تسجيل البيع في دائرة التسجيل ضرورياً لتكوين العقد والا فالعقد باطل وعلى هذا نصت المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

(بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون). كما نصت المادة (١١٢٦) ايضاً ما يلي:

١- تنقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار.

٢- والعقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً).

كما نصت المادة (٩٠) ما يلي:

١- اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

٢- ويجب استيفاء هذا الشكل ايضاً فيما يدخل على العقد من تعديل.

والواقع ان التصرفات القانونية الاخرى كالرهن الوارد على عقار وكذلك المقايضة والوصية والقسمة وحتى في الاراضي الاميرية لا تعتبر وتعد كأن لم تكن اذا لم تؤشر في السجل العقاري. وما يترتب على ذلك ان البيع الوارد على عقار لم يستوف الشكلية الواجبة قانوناً، يعد باطلاً وقد تأكد هذا ايضاً في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المادة (٤).

على ان الفقه المدني وشرح القانون لم تتفق اراؤهم على موقف موحد بشأن بيع العقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ولم يؤيد فريق منهم منهج المشرع العراقي سالف الذكر^(٢٩).

(٢٨) يطلق في الاردن تسمية (دائرة تسجيل الاراضي) كما ان السيارات يجب لانعقاد التصرفات القانونية عليها تسجل في دائر الترخيص (دائرة المرور)، والا فالتصرف باطل طبقاً للتشريعات الاردنية قبل التسجيل.

(٢٩) تفصيل هذه الاراء ورأينا في الموضوع وكذلك موقف بعض التشريعات المدنية العربية انظر بحيننا الموسوم بـ: التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه - منشور في مجلة الحقوقي - العدد ١-٤، السنة ١٥، ١٩٨٣.

قارن المواد، ٩٠ و ١١٤٩ من القانون المدني الاردني والمادة ١٦ من قانون تسوية الاراضي والى هذا اتجهت احكام محاكم التمييز الاردنية.

يذكر الاستاذ الدكتور جميل الشراوي في رسالته للدكتوراة الموسومة بـ(نظرية بطلان التصرف القانوني) مطبوعة جامعة القاهرة ١٩٥٩، ص١-٢، بأن البطلان هو نظام يضع صورة من صور الجزاء لكنه لا =

نخلص من ذلك ان الشكلية في التصرفات القانونية على نوعين: شكلية يفرضها القانون لاعتبارات تتصل بالنظام العام وعدم مراعاتها يعني بطلان التصرف القانوني كجزء على تخلفها، واخرى اتفاقية تستوجبها ارادة الطرفين ويطلق عليها بالشكلية الاتفاقية وعدم مراعاتها لا يعني عدم انعقاد العقد وانما يظل العقد صحيحاً منتجا لاثاره تضييقاً من حالات البطلان وتفسيراً للشكلية الاتفاقية على انها للاثبات.

٢- العقد العيني Contrat Re'el

اولاً: العقد العيني في الفقه الاسلامي:

سبق ان بينا ان العقود على انواع متعددة عند الفقهاء المسلمين، والعقود التي لا تكون تامة الا بالقبض (تسليم العين موضوع العقد) يطلق عليها (العقود العينة)، اذ لا يكفي فيها تبادل الالفاظ (بعتك، واشتريت و.....) وانما لا بد من وجود الربط الاعتيادي والربط الحقيقي بين الطرفين ولا يكون الامر كذلك الا بالقبض ومن هذه العقود:

عقد القرض، وعقد الاعارة، وعقد الوديعة، وعقد الرهن، وعقد الهبة. الا ان قبض المعقود عليه ليس ركناً في تكوين العقد عند الفقهاء المسلمين وانما هو (شرط لصحة العقد) لان العقد ينعقد بدونه الا انه (معدوم الاثر) ففي عقد الرهن لا يستطيع الدائن المرتهن اجبار المدين على تسليم المرهون بموجب العقد كما لا يستطيع المرهون له اجبار الواهب على تسليم العين المرهونة. فالقبض هو الذي ينشئ الالتزامات على طرفي العقد، غير ان هذا لا ينطبق على عقدي الصرف والسلم مع ان القبض فيهما مشروط ذلك ان القبض في هذين العقدين مطلوب منعاً للربا او الغرر اما العقد فهو منعقد، انما ينعقد فاسداً خروجاً على القاعدة التي تقضي بعدم جواز بيع المعدوم^(٣٠)، غير ان الاسلام اباحه استثناءً لحاجة الناس اليه.

= يفرض على شخص كالعقوبة او التعويض وانما يوقع على كائن قانوني Etre Juridique هو التصرف القانوني حتى تحترم القواعد التي يوجبها القانون. وخير جزء هو عدم الاعتداد بالاثار الناجمة عن العقد الباطل واعتبارها كأن لم تكن كأصل عام، لانه قد يعترف القانون باثار للعقد الباطل استثناء على نحو ما سنبيته فيما بعد.

(٣٠) الاستاذ الدكتور شفيق شحاتة - المرجع السابق - ص ١٣٢ - ١٣٣، فقرة ١٢٨. ويقصد بعقد الصرف بيع النقد بالنقد وهو من عقود التملكيات.

ويقصد بعقد السلم (بيع شيء موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على ان يوجد الشيء ويسلم للمشتري في اجل معلوم) وهو استثناء على المبدأ العام الذي يقضي بطلان بيع المعدوم. انظر: الاستاذ السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ٣ - ص ٣٦-٣٧.

والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً باصله دون وصفه اي كان صادراً حقاً من اهله في محله او موضوعه =

ثانياً: العقود العينية في القوانين المدنية الوضعية:

يراد بالعقد العيني Contrat Re'el العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي بين الطرفين وانما يلزم لانشائه القبض لمحل العقد (تسليم المعقود عليه)، وهذا التسليم الواجب قد يكون مصدره نص القانون او اتفاق الطرفين وبذلك تكون اركان العقد اربعة هي: التراضي والمحل والسبب والتسليم، ولا شك ان مسألة التسليم كانت من مخلفات القانون الروماني حين استغنى عن الشكليات في بعض العقود بتسليم المحل، وتركت اثارها على كثير من القوانين المدنية الوضعية العربية والاجنبية (كالقانون المدني الفرنسي)^(٣١).

فالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ جاء متأثراً الى حد بعيد بالفقه الاسلامي في ميدان (عينية العقود). فعقد (الاعارة) الوارد في المادة (٨٤٧) نصت على ما يلي: (الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال. ولا تتم الاعارة الا بالقبض).

ولا شك ان اصل هذا النص يعود الى مجلة الاحكام العدلية المادة (٨١٠) التي نصت على ان: (القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض) ذلك لان الاعارة تبرع والتبرع لا يمكن الا بالقبض، لهذا كان التسليم ركناً لتمام العقد، كما ان هبة المنقول من العقود العينية في القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (٦٠٣) على ما يلي: (لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض، ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة او دلالة).

= القابل له، ولكن لازمه او عرض له امر او وصف غير مشروع فصار العقد منهيماً عنه شرعاً من اجله، اي جاء العقد على نحو او صفة لا يقرها الشرع ولذلك فهو مرتبة وسط بين العقد الصحيح والعقد الباطل لانه وافق العقد الصحيح بسلامته اصله وخالفه بوجود هذا الوصف.

د. محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه - ط ٣ - القاهرة ١٩٥٨، ص ٤٣٧.

(٣١) تفصيل ذلك راجع:

الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط - ١ - ص ١٥٣ - ١٤٥.

الاستاذ الدكتور السنهوري - نظرية العقد - ص ١١٦ فقرة ١٢٠.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني - ص ٥٦ - ٥٨.

الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ج ٢ - ص ٣٣-٣٤.

Jean Carbonnier- Droit Civil- Op Cit. P. 163.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. p. 64.

يعتبر عقد هبة المنقول وعقد القرض وعقد الاعارة الوديعة وعقد الرهن الحيازي من العقود العينية، فالمادة (١٩١٩) مثلاً نصت ان العقد لا يكون تاماً بالتسليم.

ويعبر عقد الرهن الحيازي من العقود العينية كذلك حيث نصت المادة (١/١٣٢٣) مدني على انه: (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزمه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون). وكذا الحال فيما يخص (عقد الوديعة) الذي نصت عليه المادة (٩٥١) من القانون المدني وغيرها من العقود كالقرض وشركة المضاربة.

اما القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ فقد اعتبر هذه العقود عقوداً رضائية ما عدا هبة المنقول او الهبة اليدوية اذ قد تكون عقداً شكلياً اذا تمت بورقة رسمية وقد تكون عقداً عينياً اذا تمت بالقبض^(٣٢)، ولا تنافر بين العينية والشكلية فقد يجتمعان في عقد واحد كعقد الرهن الحيازي في بعض القوانين المدنية.

ونشير بهذه المناسبة ان بعضاً من القوانين المدنية العربية تركت تنظيم بعض العقود للشريعة، فالقانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ مثلاً لم ينظم (عقد الهبة) وطبقاً للمادة الاولى من القانون المذكور تسري قواعد الشريعة الاسلامية في هذا الخصوص التي اوجبت القبض على نحو ما تقدم، فإن وردت على عقار لا بد من القبض والتوثيق لنص المادة (١٢) من قانون التوثيق الجزائري. ولم يغفل القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النص على العقود العينية الذي عد عقد الهبة من عقودها حين نص في المادة (١/٥٥٨) ما يلي: (تتعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض) وكذلك الحال بالنسبة لعقد القرض حيث نص المادة (١/٦٣٧) ما يلي: (يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال او الشيء المستقرض ويثبت في ذمة المستقرض مثله). كما ان القبض ضروري لتمام عقد الاعارة وفقاً لنص المادة (٧٦١) التي نصت: (تم الاعارة بقبض الشيء المعار ولا اثر لها قبل القبض).

ان الاصل العام في جميع العقود هو الرضائية واستثناء من ذلك يستوجب القانون الشكلية او يوجبها اتفاق الطرفين، اما التسليم او القبض فليس الا بقية من بقايا شكلية القانون الروماني كما اسلفنا، وقيد من القيود الواردة على معاملات الاشخاص المالية الذي لا مبرر له. ثم ان الفقه الاسلامي لم يتوسع في عينية العقود توسعاً ظاهراً ملموساً كما يذهب الى ذلك الاستاذ الدكتور الذنون^(٣٣)، لان الواضح من كتب الفقه الاسلامي ان العقد ينعقد بدون التسليم وهو شرط من شروط الصحة ولا يدخل في (تكوين العقد) ولان الاصل العام في

(٣٢) نصت المادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري ما يلي:

١- تكون الهبة بورقة رسمية، والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد اخر.

٢- ومع ذلك يجوز في المنقول ان تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية.

(٣٣) النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - ص ٣٠.

العقود في الفقه الاسلامي هو الرضائية وهو ما توصل اليه اخيراً الفقه المدني الحديث وسارت عليه كثير من القوانين المدنية كقانون الالتزامات السويسري الذي لم يستثنى الا رهن الحيازة الذي ابقى عليه عينياً^(٣٤)، والقانون المدني الالماني لم يجعل عينياً الا عقدين وهما عارية الاستهلاك ورهن الحيازة^(٣٥)، والى هذا ذهب كثير من فقهاء القانون المدني الفرنسي^(٣٦).

التقسيم الثاني للعقود

العقود الملزمة للجانبين (العقود التبادلية والعقد الملزم لجانب واحد)

يراد بالعقود الملزمة للجانبين، العقود الثنائية او التبادلية للدلالة على وجود التزامات متقابلة بين طرفي عقد المبادلة، حيث يكون كل متعاقد دائماً ومديناً في نفس الوقت كعقد البيع وعقد الايجار وعقد المقاوله وعقد الرهن وعقد الشركة وغيرها^(٣٧).

ولقد نصت العديد من القوانين المدنية العربية والاجنبية على العقد الملزم للجانبين، فالقانون المدني الفرنسي نص عليه في المادة (١١٠٢) على انه: (يكون العقد تبادلياً او ملزماً للجانبين اذا التزم المتعاقدان بالتقابل فيما بينهما، كل منهما نحو الاخر)^(٣٨).

(٣٤) تفصيل ذلك راجع الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ١١٧، هامش ١.

(٣٥) انظر مواد القانون المدني الالماني: الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ١١٧، وهامش رقم ٢.

(٣٦) راجع: نظرية العقد: المرجع السابق - ص ١١٧.

(٣٧) انظر تفصيل ذلك:

الدكتور محمد كامل مرسى- شرح القانون المدني- الالتزامات- ج١- المطبعة العالمية -١٩٥٤- ص٤٨-٤٩.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - ج١ - مصادر الالتزام - ص ١٥٨.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - نظرية العقد - ص ١٢٩-١٣٠.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني - ص ٥٨-٥٩.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني - ص ٧٨-٧٩.

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - ص ١٦.

الدكتور رمضان ابو السعود - مبادئ الالتزام - ص ٣١.

الدكتور جلال علي والدكتور محمد لبيب شنب - مصادر الالتزام - ص ٥٩.

Jean Carbonnier- Droit Civil- Op Cit. p. 42.

Antoine Vialard- Op. Cit. p. 32.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. p. 76.

(38) C. C. F. 1102. "Le Contrat est Synallagmatique ou Prouement les uns envers Les autres"

Jean Civil- Op. Cit. P. 42. Carbonnier- Droit

Antoine Vialard- Op. Cit. O. 32.

Mazeaud- Op. Cit. pp. 76-77.

وعلى هذا النهج سار القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ حين نص في المادة (٥٥) ما يلي:
(يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً).

الا ان كثيراً من القوانين المدنية العربية والاجنبية لم تورد تعريفاً للعقد الملزم للجانبين لان ايراد التعريف من صلب عمل الفقه المدني. والى هذا ذهب القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني.

والخلاصة فإن العقد الذي يولد التزامات متقابلة على طرفيه هو عقد ملزم للجانبين، ففي عقد التأمين مثلاً يلتزم المؤمن (شركة التأمين) نحو المؤمن له او المستفيد بدفع مبلغ التأمين عند تحقيق الخطر المؤمن منه، وفي عقد الايجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور طيلة مدة عقد الايجار ما دام المستأجر قد ادى التزامه بدفع الاجرة. وفي عقد الفندقية، وهو من العقود الواردة على الانتفاع، عقد يلتزم بموجبه صاحب الفندق بأن يهيء للنزيل السكن ويقدم له الخدمات التي تؤمن راحته طيلة فترة اقامته في الفندق لقاء التزام النزيل بدفع الاجرة المقررة او المتفق عليها بين الطرفين، فالعقود هذه انما هي عقود تبادلية او مبادلة.

اما العقد الملزم لجانب واحد Contrat Unilateral فهو العقد غير التبادلي اي العقد الذي لا يولد التزامات الا على طرف واحد فيكون احد طرفي العقد (دائناً غير مدين) والطرف الثاني (مديناً غير دائن) ومثاله الهبة بدون عوض والوديعة بدون اجر. وعلى هذا النوع من انواع العقود نص القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٠٣) التي جاء فيها ما يلي: (يكون العقد ملزماً لجانب واحد اذا التزم واحد او اكثر لواحد او اكثر بشيء من غير التزام من الجانب الاخر)^(٣٩). كما عرفه القانون المدني الجزائري في المادة (٥٦) على انه (يكون العقد ملزماً لشخص او لعدة اشخاص اذا تعاقد فيه شخص او عدة اشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الاخرين).

ويرى الاستاذ الجليل السنهوري في هذا المجال ان العارية بنوعيتها، عارية الاستعمال ام عارية الاستهلاك، وعقد الرهن الحيازي، وان كان تذكر ضمن العقود الملزمة لجانب واحد الا انها في الواقع (عقود ملزمة للجانبين)^(٤٠). ففي عقد الرهن الحيازي مثلاً يتلزم الراهن بنقل

حق الرهن الى الدائن المرتهن ويضمن له التعرض والاستحقاق، فاذا لم يتم المرتهن بالتزامه في استغلال المرهون وفقاً لما اعد له، فسخ عقد الرهن واسترد المرهون لان التزامه بضمان التعرض قد زال بفسخ العقد^(٤١).

كما ذكر بعض الفقهاء ان اعراض القانون المدني المصري عن فكرة العقود العينية قد ادى الى الاقلال من عدد العقود الملزمة لجانب واحد، ذا تحولت ثلاثة منها وهي عقد الاعارة وعقد القرض وعقد الرهن الحيازي من عقود ملزمة لجانب واحد الى عقود ملزمة للطرفين بينما ظلت الوديعة بدون اجر عقداً ملزماً لجانب واحد فقط^(٤٢).

وإذا كان الفقه المدني في مصر قد حسم الامر حين اعتبر هذه العقود سالفه الذكر من العقود الرضائية القابلة للفسخ لانها ملزمة للطرفين استجابة لرأي الاستاذ الجليل السنهوري، الا ان المشلكة قائمة بالنسبة للقانون المدني العراقي الحالي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ الذي اعتبرها من العقود العينية الملزمة للجانبين مما ينبغي النص على جواز الفسخ عند اخلال المدين بالتزامه غير ان المشرع العراقي استعمل لفظ (الانهاء) DECHE ANCE بدلاً من الفسخ حيث نصت المادة (٨٦٢) من القانون المدني ما يلي:

(يجوز للمعير ان يطلب انهاء الاعارة في الاحوال الآتية:

ب- اذا اساء المستعير استعمال الشيء او قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه).

اما القانون المدني الاردني فقد اعتبر عقد الاعارة من العقود العينية (٧٦١ مدني) وواجبت الفقرة الثانية من المادة (٧٧٠) ان يضمن المستعير الضرر الذي يصيب الشيء المعار اذا قصر المستعير في دفع الضرر عن العارية.

الفرق بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني الملزم لجانب واحد

ان العقد الملزم لجانب واحد انما هو عقد يستلزم لقيامه اركان العقد من تراض ومحل وسبب، الا ان هذا العقد لا ينشئ التزامات الا على احد طرفيه كالوديعة بدون اجر وكالهبة بدون عوض، بينما يتم التصرف القانوني الصادر من جانب واحد بارادة واحدة فقط هي ارادة المتصرف (كالوصية والجعالة والوقف) ويكون التعبير عن الارادة بلفظ الموصي او الواعد او الواقف

(٤١) الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ١٣١، هامش رقم (١).

(٤٢) الاستاذ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني - المرجع السابق - ص ٥٩،

هامش رقم (١).

(39) C. C. F. Art. 1103- (Le Contra test Unilateral Lorsqu Ou Plusieurs personnes sont Obligees entres demie res ily ait dengagement).

Jean Carbonnier- Op. Cit. p. 42.

(٤٠) الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ١٣٠، هامش رقم (١).

بينما في العقد الملزم لجانب واحد يلزم توافق الارادتين^(٤٣).

اهمية التمييز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد :

اولاً: يحرر العقد الملزم للجانبين، كالمقاولة والبيع والفندقة والنشر من نسخ بقدر عدد المتعاقدين حتى يعرف كل طرف حقوقه والتزاماته وهذا ما تشترطه صراحة بعض القوانين المدنية كالقانون المدني الفرنسي، المادة (١٣٢٥)، بينما تمسكت بعض القوانين المدنية الاخرى تاركة ذلك للعرف كما في مصر والعراق حيث جرى العرف الاجتماعي على تحرير نسخ متعددة للعقد المذكور بقدر عدد المتعاقدين. بينما يكفي وجود نسخة واحد للاثبات في العقد الملزم لجانب واحد.

ثانياً: في العقد الملزم للجانبين يجوز لاحد الطرفين ان يدفع بعدم التنفيذ، المادة (١٢٣) من القانون المدني الجزائري والمادة (٢٠٣) من القانون المدني الاردني، ولا محل لهذا الدفع في العقود الملزمة لجانب واحد حيث لا يتصور فيه هذا الدفع لان المتعاقد الاخر غير ملزم بشيء كما لا يجوز لاحد الطرفين فسخ العقد عند عدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ التزامه لان الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين. المادة (١١٩) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٩٩) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد^(٤٤). والى هذا ذهب المادة (٢٤٦) من القانون المدني الاردني.

ثالثاً: ان تبعة الهلاك لمحل العقد في العقد الملزم للجانبين تختلف في احكامها عن تبعة هلاك محل العقد في العقد الملزم لجانب واحد، فاذا كان الالتزام العقدي ينقضي اذا هلك محل العقد في العقد الملزم لجانب واحد (كالوديعة بدون اجر مثلاً) لان الدائن هو الذي

(٤٣) الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ١٢٠

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - المرجع السابق - ص ١٦.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية في القانون المدني - ص ٥٩.

الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ج ٢ - ص ٣٥، هامش رقم (١).

(٤٤) نصت المادة (٣٩٩) من مشروع القانون المدني الجديد على ما يلي:

اولاً: مع مراعاة احكام المادتين (٤٨٣ - ٤٨٤) من هذا القانون، يجوز للمتعاقد، في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف المتعاقد الاخر بالتزامه ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى...

وجاء في المادة (١٧٧) من القانون المدني ما يلي: (١- في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الاخر بعد الاعتذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى. على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته).

يتحمل تبعة الهلاك اذا حصل بسبب اجنبي في البيع والايجار والوديعة وغيرها من العقود الملزمة للجانبين، تكون على المدين طبقاً لنص المادة (٣٦٩) من القانون المدني

الجزائري والمادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ التي نصت ما يلي:

(١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان

هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه.

٢- فالبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء

على المشتري).

كما نصت المواد (٥٠٠-٥٠٢) من القانون المدني الاردني على احكام الهلاك في عقد البيع.

التقسيم الثالث

عقود المعاوضة وعقود التبوع^(٤٥)

يسمى عقد المعاوضة (العقد بعوض او بمقابل) نظراً لوجود العوض او الفائدة لطرفي العقد كعقد البيع وعقد الايجار وعقد المقاولة وعقد الشركة وعقد الوديعة. وقد عرفته المادة (٥٨) من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ على ان: (العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء او فعل شيء ما). ويعود اصل هذا النص الى المادة (١١٠٦) من القانون المدني الفرنسي، وقد كشف الفقه المدني عيوب التعريف حيث يختلط مع تعريف العقد الذي يلزم الطرفين، مما دفع الى عدول المشروع الفرنسي الايطالي للالتزامات والعقود عن هذا التعريف^(٤٦)، كما اورد الاستاذ السنهوري تعريفاً له بانه:

(٤٥) التمييز بين عقد المعاوضة Contrat A Titre Onereux

وعقد التبوع Contrat A G ratuit وعقد الهبة وعقد التفضيل راجع المراجع التالية:

Jean Carbonnier- Op. Cit. p. 44

Ali Bencheded- Theorie Generale De Contrat- Universite D alger- p. 29.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil. Op. Cit. p. 79.

الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ١٣٤-١٣٦.

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - ص ١٧-١٨.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - المرجع السابق - ص ٤٧-٤٩.

الدكتور محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - الالتزامات - ج ١ - ص ٥٦-٥٧.

(٤٦) الدكتور محمد كامل مرسي- المرجع السابق- ص ٥٦.

(العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما اعطاه)^(٤٧).

والحقيقة ان الفقه المدني الحديث والتشريعات الجديدة تتجه الى اسناد مهمة التعاريف ضمن عمل الفقه وليس من مهام المشرع، ولهذا لم تعرف الكثير من القوانين المدنية العربية العقد بمقابل (عقد المعاوضة) وهو اتجاه سليم سار عليه القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

نخلص من ذلك، ان عقد التأمين وعقد الفندقية وعقد النشر وعقد الايجار من عقود المعاوضة لان كل طرف من اطراف العقد يعطي مقابلاً لما يأخذ، ويأخذ مقابلاً لما يعطي، اي ان هناك اداء ومقابلاً للاداء.

اما عقد التبرع Contrat Atitre Gratuit فقد عرفته بقولها): عقد التبرع هو الذي يتولى فيه احد المتعاقدين للآخر منفعة مجانية محضة^(٤٨)، واسهب في الكلام عنه فقهاء القانون المدني الفرنسي^(٤٩).

يقوم مضمون فكرة عقد التبرع على ان المتعاقد لا يأخذ مقابلاً لما يعطي ولا يعطي مقابلاً لما يأخذ، اي ليس هناك اداء ومقابل الاداء وانما اداء بدون مقابل ومثاله الاعارة والهيبة بلا مقابل وعقد الوديعة بدون اجر وعقد الوكالة بلا مقابل وعقد القرض بلا منفعة او عوض، فالاعارة مثلاً من التبرعية لان المستعير ينتفع بالشيء المعار بدون مقابل.

ويرى الفقيه الروماني (بوتيه) ان هناك طائفة ثالثة هي وسط بين عقود المعاوضة وعقود التبرع (كالهيبة بعوض) فهي ليست تبرعاً محضاً نظراً لوجود العوض، كما انها ليست من عقود المعاوضة لان العوض دون الشيء الموهوب^(٥٠). الا ان القانون الفرنسي لم يأخذ بهذا النوع المشترك.

كما ان شراح القانون لا يؤيدون هذا النوع الثالث لانهم ينظرون في العقد الى العنصر الغالب، فإن كانت فكرة التبرع هي الغالبة كان العقد تبرعاً والا فهو معاوضة، وبهذه المناسبة نشير الى ان كثيراً من الفقهاء يميزون بين (عقد الهبة) و (عقد التبرع) فالهبة تصرف قانوني

(٤٧) الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص١٣٤-١٣٥.

(48) C.C. F. Art. 1 105 (Le Contratt de Bienfaisance Est Celui Dans Lequel Lune Des Parties Procure A L autre Un A vantage Gratuit)...

(49) Jean Carbonnier- Op. Cit. p. 440
Mazeaud- Op. Cit. pp. 78- 79

(٥٠) الاستاذ السنهوري- نظرية العقد- ص ١٣٦، فقرة (١).
الدكتور محمد كامل مرسي- المرجع السابق، ص ٥٧- ٥٨.

اخطر من عقد التبرع لان فيه يخرج المال من ذمة الواهب فينقصها، وهناك من يرى ان التبرع ليس تصرفاً وانما وصف يلحق بالتصرفات القانونية للدلالة على انتفاء العوض^(٥١).

أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع :

١- في نطاق المسؤولية العقدية تكون مسؤولية المعروض اشد من مسؤولية المتبرع. نظراً لوجود الاداء في الاول وعدم وجوده في الثاني. فالمستعير تكون مسؤوليته اشد من مسؤولية المستأجر لان الاول ينتفع بالشيء المعار دون عوض بينما ينتفع المستأجر بالمأجور لقاء الاجرة، وعليه ان يحافظ على العين ويؤدي الالتزامات التي يفرضها عقد الايجار. كما لا يسأل المتبرع الا عن خطئه الجسيم بينما في عقود المعاوضة يسأل الملتزم عن تقصيره. ٢- اهلية المتبرع يجب ان تكون كاملة لان هذا التصرف من الاعمال القانونية الضارة ضرراً محضاً في حق المتبرع ومن الاعمال النافعة نفعاً محضاً في حق المتبرع له، بينما تكون عقود المعاوضة من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر يمكن لناقص الاهلية (ومن في حكمه) القيام بها وتكون نافذة من وقت الاجازة على نحو ما سنبيّنه.

٣- ان شخص المتبرع له يكون دائماً محل اعتبار عند المتبرع بينما لا تكون كذلك في عقود المعاوضة الا استثناء وفي بعض العقود. ويترتب على ذلك ان الغلط في شخص المتبرع له يعيب التبرع^(٥٢). ولا يعيب عقد المعاوضة الا في بعض الحالات كعقد الشركة حيث تكون شخصية الشريك محل اعتبار في انشاء العقد المذكور، سواءً اكان الشريك يلزم بتقديم حصة من مال او من عمل.

٤- ان طعن الدائنين في تصرف المتبرع بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) اسهل كثيراً من قيامهم بطعن الدائنين بتصرف مدينهم في المعاوضات لان على الدائنين اثبات نية الغش (نية الاضرار) في النوع الاخير بينما هذه النية واضحة في عقود التبرع. وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن وجود (نية التبرع) او انتفائها وذلك بالاستعانة بالمعيار الاقتصادي.

وبهذه المناسبة نشير الى نص المادة (٢٦٣) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ التي

(٥١) د. مصطفى الجمال والدكتور عبدالحاميد الجمال- النظرية العامة للقانون-الدارالجامعية ١٩٨٧، ص ٣٣٦.

(٥٢) نصت المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي على عدم نفاذ العقد: ٢- اذا وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيسي في التعاقد).

اما المادة (١٥٣) من القانون المدني الاردني فقد نصت على جواز الفسخ للعقد الذي وقع منه غلط في امر مرغّب فيه كصفة في محل العقد او في ذات المتعاقد الآخر او في صفة من صفاته.

نصت على ما يلي: (يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او الزيادة في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية).

وقد اوضح المشرع العراقي في المادة (٢٦٤) من القانون المدني هذه الشروط على النحو التالي:
١- اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن ان يكون هذا التصرف منطوقاً على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما نفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين معسر او كان ينبغي ان يعلم ذلك.
٢- اما اذا كان التصرف تبرعاً فانه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشاً.....) (٥٣).

التقسيم الرابع للعقود

العقود المحددة والعقود الاحتمالية (٥٤)

يقصد بالعقد المحدد Contral Commutatif، العقد الذي يتحدد فيه مركز المتعاقدين المالي عند التعاقد فيستطيع كل طرف ان يعرف المقدار الذي اخذ والمقدار الذي اعطى، ومثاله عقد

(٥٣) انظر المواد (٤٨٨-٤٩٥) من مشروع القانون المدني الجديد. وانظر المواد (٣٧٠ - ٣٧٤) من القانون المدني الاردني.

(٥٤) انظر تفصيل ذلك المراجع التالية:

الاستاذ الدكتور السنهوري - نظرية العقد - ص ١٣٩

الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - ج ١ - ص ١٦٣ - ١٦٤.

الدكتور محمد حسنين - المرجع السابق - ص ١٨.

Antoine Vialard- Droit Vivil- La Formation Du Cotrat- Op. Cit. p. 34.

Jean Carbonnier- Op. Cit. p. 44- 45.

Mazeaud- Op. Cit. p. 81.

الدكتور محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - الالتزامات - ص ٣٢-٣٥.

الدكتور عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام - ص ٣٢-٣٥.

الدكتور شمس الدين الوكيل - دروس في العقد - ص ٤٧-٤٨.

الدكتور جلال علي والدكتور لبيب شنب - مصادر الالتزام - ص ٦٦-٦٨.

الدكتور ومضان ابو السعود - مبادئ الالتزام - ص ٣٣-٣٤.

الفندقة وعقد النشر وعقد الايجار وعقد البيع، فالمستأجر مثلاً يدفع الاجرة للمؤجر لقاء انتفاعه بالعين المؤجرة والمالك يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور وعدم التعرض له خلال فترة عقد الايجار.

والعقد المحدد ذكرته المادة (١١٠٤) الفقرة الاولى من القانون المدني الفرنسي تعريفاً معيباً حيث جاء فيها ما يلي: (يكون العقد محددًا اذا التزم كل من المتعاقدين اعطاء شيء او عمل شيء يعتبر معادلاً للشيء الذي اعطاه او لما يعمل من اجله)، ووجه العيب انه يحصر العقد المحدد في العقود الملزمة للجانبين مع ان العقد الملزم لجانب واحد قد يكون محددًا ويعاب عليه ايضاً انه قد يؤخذ منه ان العقد لا يكون محددًا الا اذا اخذ كل من المتعاقدين ما يعتبر معادلاً لما اعطى مع ان العقد يكون محققاً (محددًا) ولو ان ما اخذه احد المتعاقدين لا يكون معادلاً لما اعطاه (٥٥).

وقد وقع المشرع الجزائري في ذات العيب وعرض نفسه لمثل هذه الانتقادات الشديدة حين تأثر بالنص الفرنسي واورد في المادة (٥٧) من القانون تعريفاً للعقد المحدد على انه: (يكون العقد تبادلياً متى التزم احد الطرفين بمنح او فعل شيء، يعتبر معادلاً لما يمنح او يفعل له). اما القانون العراقي والقانون المدني الاردني والقانون المدني المصري، فلم يرد فيهم تعريف للعقد المحدد وهو اتجاه سليم سبق ان ذكرناه، فايراد التعاريف من اختصاص الفقه المدني ولا دخل في عمل المشرع ولان هذا التعريف لا تقتضيه المصلحة التشريعية.

كما يراد بالعقود الاحتمالية Contrats Aleatoire عقود الغرر في الفقه الاسلامي، وهي العقود التي لا يستطيع فيها كل طرف من اطراف العقد تحديد ما يحصل عليه عند ابرام العقد وانما يتحدد هذا لاحقاً وتبعاً لحصول امر غير محقق الحصول او محقق الوقوع الا ان وقت وقوعه غير معروف. لذلك، فإن المركز المالي لاطراف العقد غير محددة وقت التعاقد وعرفته المادة (١١٠٤) من قانون المدني الفرنسي بأنه عقد يكون المقابل فيه احتمال مكسب او خسارة لكل من المتعاقدين احتمالاً يتوقف تحققه على حادثة غير مؤكدة الوقوع (٥٦).

ولعل من اوضح العقود الاحتمالية واكثرها اهمية في الحياة العملية هو (عقد التأمين)

(٥٥) انظر الدكتور محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص ٣٢.

الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ١٣٩.

الدكتور محمد حسنين - المرجع السابق - ص ١٨.

وكذلك عقود المقامرة والرهان التي اجازتها ونظمتها بعض التشريعات المدنية واعتبرتها تشريعات اخرى باطلة^(٥٧).

وقد خصص القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ المواد (١٩٧٥ - ١٠٠٧) للعقود الاحتمالية وهي المقامرة والرهان الرياضي واوراق اليانصيب والمرتب مدى الحياة ثم عقد التأمين. بينما لم ينص المشروع المدني الجديد على العقود الاحتمالية تلك اما لعدم الحاجة للبعض منها او لوجود القوانين الخاصة بها كعقد التأمين الذي يخضع لقانون التأمين رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠. كما اورد القانون المدني الاردني الباب الرابع لعقود الغرر (الرهان والمقامرة) و (المرتب مدى الحياة) و (عقد التأمين) وخصص لعقود الغرر المواد من (٩٠٩ - ٩٤٩) من القانون المدني.

اولاً : موقف الفقه الاسلامي^(٥٨)

يطلق الفقهاء على العقود الاحتمالية تسمية (عقود الغرر) وتقوم العقود الاحتمالية على اساس من الاحتمال في الكسب او الخسارة وحيثاً على عنصر المضاربة ولهذا فان فقهاء الشريعة الاسلامية يعتبرون عقود المقامرة والرهان بأصنافها حراماً لمخالفتها ادلة الاحكام

(٥٧) المقامرة Jeu عقد يتعهد بموجبه كل مقامر ان يدفع، اذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغاً من النقود او ا شيء آخر يتفق عليه. والرهان، عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين ان يدفع، اذا لم يصدق قوله في واقعة غير محققة للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغاً من النقود او اي شيء آخر يتفق عليه. والقاعدة العامة تحريم المقامرة والرهان، في كثير من القوانين المدنية، عدا الرهان الرياضي وما رخص قانونا من اوراق اليانصيب وسباق الخيل. الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني -ج٧- المجلد الثاني ١٩٦٤، ص ١٩٨٥، ١٩٩١، ١٠١٨.

(٥٨) الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج٧ - المجلد الثاني- عقود الغرر- دار احياء التراث العربي - ١٩٦٤، ص ٩٨٥ وما بعدها. المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي - ص ٥٥٢. مصطفى احمد الزرقاء - عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه - بحث منشور في اسبوع الفقه الاسلامي - دمشق ١٩٦٣، ص ٣٦٩ وما بعدها. عبدالله القليلقي - عقد التأمين - اسبوع الفقه الاسلامي - دمشق ١٩٦٣، ص ٤١٧ وما بعدها. الصديق محمد الامين - حكم عقد التأمين في الشريعة الاسلامية - اسبوع الفقه الاسلامي - اسبوع الاسلامي - دمشق ١٩٦٣، ص ٤٣٣ وما بعدها. عبد الرحمن عيسى - عقد التأمين- اسبوع الفقه الاسلامي- دمشق ١٩٦٣، ص ٤٦٥ وما بعدها. عبد الوهاب التونجي - عودة الى موضوع عقد التأمين- مجلة العدالة- تصدرها وزارة العدل في دولة الامارات- ١٩٨٢، ص ٧ وما بعدها.

الشريعة، الا انهم اختلفوا في الرأي بالنسبة لعقد التأمين ويمكن تلخيص آرائهم على النحو الاتي:

الرأي الاول: ان عقد التأمين الذي اطلق عليه تسمية (السوكرة) من التصرفات المحرمة لانه يقوم على المضاربة ولان محل العقد غير موجود وقت الانعقاد، وان التأمين على الاموال يعتبر كالقمار او الرهان المحرم بينما التأمين على الحياة يعتبر اجترأ على قضاء الله تعالى الذي يقول (وما تدري نفس بأي ارض تموت). واول من تصدى لبحثه ابن عابدين احد المتأخرين من فقهاء الاحناف حين تعرض لتحريم عقد التأمين البحري. لانه لا يشبه عقداً من العقود في الفقه الاسلامي.

الرأي الثاني: وقد نادى به بعض فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين حين اجازوه ولكن بتحفظ فهم مترددون بين الاجازة والمنع وبعضهم الى المنع اقرب ومنهم الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة وعنده مثلاً (التأمين على السيارات لضمان اصلها ليس حراماً وان كان في النفس منه شيء) بينما يذهب الى تحريم التأمين على الحياة.

الرأي الثالث: ويذهب انصاره الى اعتبار عقد التأمين جائزاً بجميع انواعه اذا خلا من الربا باعتبار انه يقوم على اساس من التعاون ولانه من العقود المهمة في الحياة الاقتصادية التي لا يمكن الاستغناء عنها.

ويلاحظ ان بعض المتأخرين من فقهاء الشريعة الاسلامية يطلق على عقد التأمين تسمية (الهبه المعوضة)، كما لم تعرض له مجلة الاحكام العدلية وهو امر طبيعي ما دام هذا العقد لم يكن معروفاً في الفقه الاسلامي على نحو ما عرفته القوانين الوضعية التي فصلت احكامه على اختلاف المجالات التي يرد عليها العقد المذكور (كالتأمين الجوي والتأمين البحري والتأمين ضد الحريق والتأمين ضد السرقة والتأمين من المسؤولية الطبية).

ومن الجدير بالاشارة ان مؤتمر علماء المسلمين الثاني في القاهرة ١٩٦٥ ومؤتمر علماء المسلمين السابع ١٩٧٢، اجاز كلاً من التأمين الاجتماعي ضد الطوارئ كالعجز والشيخوخة والمرض والبطالة لخلوه من الربا وكذلك التأمين التعاوني والتأمين اللازمي المفروض على السيارات والى هذا اتجه مجمع الفقه الاسلامي في مكة المكرمة عام ١٩٧٨ اما التأمين التجاري او التأمين ذو القسط الثابت فهو غير جائز شرعاً لوجود الغرر والربا^(٥٩).

(٥٩) انظر البحوث والدراسات المقدمة الى مجمع الفقه الاسلامي عام ١٩٨٦ حول التأمين واعادة التأمين (التأمين المركب) وموقف الفقه الاسلامي وتوصيات الاساتذة الافاضل الدكتور وهبي الزحيلي والشيخ رجب التميمي والشيخ عبدالله بن زيد آل محمود والشيخ مصطفى احمد الزرقاء (غير منشورة).

ثانياً : أهمية التمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي :

تنفيذه اذ يتم دفعة واحدة او على دفعات كالبيع حتى ولو كان دفع الثمن مقسماً على اقساط شهرية، فالتزامات البائع والمشتري تتحدد تحديداً كاملاً بمجرد ارتباط القبول مع الايجاب وما الاجل الموجود في البيع مع تقسيط الثمن الا عرضاً. الا ان هناك من الفقهاء من يذهب عكس هذا الرأي^(٦٢).

ويذكر بعض الفقهاء ان الزمن اذا دخل في العقد ذو التنفيذ الفوري فإن تدخله يكون في صورة من صورتين:

الصورة الاولى: قد يتدخل الزمن بإرادة المتعاقدين حين يتفق الطرفان على تأجيل التنفيذ الى وقت لاحق وهنا يؤدي الزمن دور الاجل الواقف لانه يراد به نقل التنفيذ من وقت انعقاد العقد الى وقت لاحق فيمتد العقد ولكن هذا الامتداد لا يقابله تنفيذ ممتد ويبقى التنفيذ للعقد تنفيذاً فورياً^(٦٣).

الصورة الثانية: قد يتدخل الزمن رغم ارادة الطرفين المتعاقدين حينما يقصد المتعاقد ان الحصول على النتيجة النهائية يقتضي اعدادها ان يستمر نشاط المدين مدة من الزمان كعقد المقاولة لبناء بيت او مدرسة، فالتنفيذ لا بد ان يستمر ولكن مدة التنفيذ لا يقابلها اشباع مستمر^(٦٤).

اما العقد المستمر التنفيذ (العقود ذات التنفيذ الممتد (execution-Contrat A)، فهي العقود التي تنصب على اداءات مستمرة او دورية وبغير المدة او الزمن لا يمكن تصورها، ولهذا يطلق عليها بـ(عقد المدة) للتنبيه على اهمية المدة في العقد^(٦٥). بينما يطلق عليها الاستاذ السنهوري تسمية (العقد الزمني)^(٦٦). ويؤيده فقهاء آخرون عليها^(٦٧).

- (٦٢) الدكتور وديع فرج - (ملخص محاضرات القانون المدني) - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٤٩، ص ٥.
(٦٣) الدكتور عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - ص ١٠٢.
(٦٤) الدكتور عبدالحى حجازي - المرجع السابق - ص ١٠٢-١٠٣.
(٦٥) الدكتور عبدالحى حجازي - المرجع السابق - ص ١٠٤.
(٦٦) الاستاذ السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - ص ١٦٥.
(٦٧) انظر الدكتور محمود سعدالدين الشريف - نظرية الالتزام - المرجع السابق - ص ٨٤.

يرى الاستاذ الدكتور حسن الذنون ان العقد الزمني (المستمر التنفيذ) هو العقد الذي يكون الزمن فيه (مقياساً) لتحديد التزامات وحقوق اطرافه، كعقد العمل وعقد الاجارة فإنهما عقدان لا يقاسان - عادة - بغير الزمن بينما لا يكون العقد الفوري كذلك، اي لا يكون الزمن مقياساً لتقدير الالتزامات او الاداءات بمقياس اخر كالطول او الوزن او العدد او الحجم او المساحة. وفيما يخص عقد الترويض فان الاداءات المتكررة من المتعاقد الواقعة الاتفاق تحصل لظهور الحاجة المراد اشباعها وبالتالي لبيان عدد او مرات تكرار الاداء المعد لاشباع هذه الحاجة المتكررة.=

يرى بعض الفقهاء بأنه اذا كان للتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي اهميته من الناحية الاقتصادية، فإن اهميته من الناحية القانونية محدودة، وتكاد تنحصر في انه اذا جاز ان يطعن بالغبن في بعض العقود المحددة التي بينها القانون، فلا يمكن ان يطعن به متى كان العقد احتمالياً ذلك لان الغبن من طبيعته^(٦٠). ثم ان المشرع المدني لا ينظر للعقود الاحتمالية على نحو من الارتياح والاطمئنان ولهذا فالكثير من القوانين المدنية لا تجيز البعض منها كما هو الحال في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ الذي نص في المادة ١٩٧٥ ما يلي (يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان) كما نصت المادة (٦١٢) من القانون المدني الجزائري ما يلي: (يحظر القمار والرهان غير ان الاحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تنطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري). كما نصت المادة (٩١٠) من القانون المدني الاردني على جواز عقد الرهان في السباق والرماية وفيما هو من الرياضة والاستعداد لاسباب القوة.

التقسيم الخامس للعقود

العقد الفوري والعقد المستمر^(٦١)

العقد الفوري التنفيذ Contrat Instantane هو العقد الذي لا يدخل الزمن عنصراً جوهرياً في

- (٦٠) الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - المرجع السابق - ص ٦٦.
الاستاذ الدكتور السنهوري - نظرية العقد - ص ١٤١-١٤٢.
(٦١) للمزيد من التفاصيل حول العقد الفوري التنفيذ والعقد المستمر التنفيذ وفائدة التمييز بينهما انظر المراجع التالية التي اعتمدها في هذا الموضوع:
الاستاذ السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - ج ١ - ص ١٦٥ وما بعدها.
الاستاذ السنهوري - نظرية العقد - ص ١٤٣ - ١٤٤.
الدكتور حسن الذنون - اصول الالتزام - بغداد ١٩٧٠ ص ٢٨-٢٩.
الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ٥٠-٥٢.

Ail Bencheneb- thenerat Op. Cit. p. 31

Antoine Vialard- Droit civil- La Formation Du Contrat- Op. Cit. p. 39.

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت- نظرية الالتزام في القانون المدني - ص ٦٦-٦٨.

الدكتور محمد كامل مرسى - شرح القانون المدني - الالتزامات - ص ٣٧-٣٨.

الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - الالتزامات - ص ٤١-٤٣.

Jean Carbonnier- Droit Civil- pp. 243- 244.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil- Op- Cit. P. 83.

نخلص من ذلك، الى ان العقد المستمر التنفيذ هو العقد الذي يدخل الزمن (محدداً كان ام غير محدد) عنصراً اساسياً في تنفيذه وبدون الوقت او الزمن لا يمكن تحديد المعقود عليه. فعقد الايجار، وهو تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، لا يمكن ان تتحقق الغاية منه وهو الانتفاع بالمأجور الا بالزمن لان المنفعة تقدر حسب الوقت وكذا في عقد العمل وعقد التوريد، فالتوريد من العقود الفورية التنفيذ الا انه يعد عقداً مستمراً بفعل الاتفاق كتوريد مواد غذائية من خبز وخضروات الى مطعم جامعي خلال فترة الدراسة ما دام الطلاب لا يستهلكون الاطعمة المطلوبة توريدها دفعة واحدة وانما لا بد من التكرار لظهور الحاجة المراد اشباعها.

نتائج التقسيم بين العقدین:

١- فسخ العقد: ان فسخ العقد في العقد الفوري يكون له اثر رجعيّ خلافاً للعقد المستمر التنفيذ لان ما نفذ لا يمكن اعادته، كعقد الايجار، ولهذا ينسحب اثره بالنسبة للمستقبل نظراً لخصوصية هذا العقد، فلو فسخ العقد لهلاك المأجور فإن الاجرة تستحق عن الانتفاع به قبل الفسخ فلا تسترد.

٢- تطبيق نظرية الظروف الطارئة: ان المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون في العقد المستمر التنفيذ لان الزمن يعد عنصراً جوهرياً فيه واحتمال تغيير الظروف خلال فترة التنفيذ امراً ممكناً فيختل التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين.

وقد تطبق تلك النظريات على العقد الفوري التنفيذ الذي تأجل تنفيذه كعقد المقاولة. المادة (١٤٦) / الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي وكذلك المادة ٣٦٩ من المشروع المدني الجديد). وكذلك المادة (٢٠٥) من القانون المدني الاردني.

٣- وقف تنفيذ العقد: تنحصر فكرة وقف تنفيذ العقد بفعل القوة القاهرة في العقود المستمرة التنفيذ لا العقود الفورية.

= حسن الذنون-دور المدة في العقود المستمرة- ١٩٨٨، ص ٨-٩.

ونشير هنا الى مخالفة الاستاذ الدكتور حسن الذنون لرأي الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم في تعريف العقد المستمر والعقد الفوري حيث يقول ص ١٠ (اما ان الزمن لا يكون عنصراً جوهرياً في العقد الفوري فصحيح، واما ان التزامات الطرفين تتحدد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول فغير صحيح وهو خلط بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي. فعقد الاجارة مثلاً عقد تتحدد فيه التزامات الطرفين منذ نشوء هذا العقد مع هذا فانه لم يقل احد بان هذا العقد فوري. وانظر رأي الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- فقرة ٩٣؛ الوسيط في نظرية العقد- فقرة ١٢١.

٤- الانذار: (وهو تنبيه المدين الى انه متأخر في تنفيذ التزامه ويترتب عليه دفع التعويض عن التأخر) في العقود المستمرة التنفيذ لان كل تأخر هو ضار طالما انه يفوت وقتاً لا يمكن ان يعود.

ولا بد من الاشارة الى ان الاصل في القانون المدني الاردني وجوب الاعذار لاستحقاق الضمان المادة (٣٦١) ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك. كما ذكرت المادة (٣٦٢) على حالات لاضرورة فيها لاعدار المدين وهي:

١- اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين.

٢- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

٣- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

٤- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه.

المبحث الثاني

اركان العقد^(٦٨)

العقد من التصرفات القانونية الذي يلزم لانعقاده ارادة طرفين فاكثراً، اي الايجاب والقبول، واران العقد هي التراضي والمحل والسبب. وهذا هو الاصل لان المبدأ العام في العقد هو الرضائية وتلك اركان العقد الرضائي. الا ان القانون او الاتفاق قد يوجب ان يكون الرضا في شكل معين كما في العقود الشكلية حيث يكون الشكل المخصوص ركناً اخر في تكوين العقد، بينما يتجه الفقه المدني الحديث، وكذا التشريعات المدنية الحديثة الى التخلص من فكرة العينية واعتبارها عقوداً رضائية.

فالتراضي ركن مهم في انشاء التصرف القانوني الواقع بارادتين، وبالايجاب والقبول يتحدد محل الالتزام العقدي. بينما يتولى القانون تحديده عادة وبالتالي لا يكون ثمة احتمال بأنه غير مستوفي لشروطه لانه غالباً ما يكون دفع مبلغ من النقود او قيام بعمل او الامتناع عن عمل. واما سبب الالتزام العقدي فهو (الباعث الدافع للتعاقد) ويختلف هذا الباعث باختلاف

(٦٨) للتمييز بين الركن والشرط، ان ركن الشيء ما لا يوجد الا به لانه جزء منه، فالرضا بين الطرفين ركن في العقد، والشرط ما يتوقف وجوده عليه دون ان يكون جزءاً منه، كالشهود في عقد الزواج عند بعض الفقهاء المسلمين انظر:

الدكتور محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي - المرجع السابق، ص ٣٢٣، هامش (١).

الاعمال القانونية وهذا هو تصوير الفقه الاسلامي (المالكية والحنابلة وبعض الفقهاء) ونظرية القضاء الفرنسي لسبب الالتزام العقدي. ودائماً يكون محل الالتزام غير العقدي وسببه مشروعين لان القانون يتولى تعيينهما.

وفي هذا المجال، فان القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لم يعرف اركان العقد ولم يذهب الى ايراد تعريف السبب تأثراً بالتشريع المدني الفرنسي وانما اورد التراضي والمحل والسبب ضمن الفرع الاول من الفصل الاول المخصص لاركان العقد. كما تأثر القانون المدني الاردني بما اتجه اليه القانون العراقي فلم يعرف اركان العقد وانما خصص الفصل الاول من الباب الاول للعقد.

لذلك لا بد من الكلام اولاً في الركن الاول من اركان قيام العقد وهو التراضي من حيث وجوده وصحته، ثم نبين بعدها محل الالتزام العقدي والباعث الدافع للتعاقد واخيراً الى الجزاء الذي يترتب على تخلف احد الاركان هو بطلان العقد لذلك وزعنا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الاول: التراضي.

المطلب الثاني: محل الالتزام العقدي.

المطلب الثالث: سبب الالتزام العقدي.

المطلب الرابع: بطلان العقد.

المطلب الاول

التراضي Le Consentement

الاصل ان يوجد التراضي بين طرفي العقد بتطابق القبول مع الايجاب، الا ان وجود التراضي لا يكفي اذ قد يوجد الرضا الا ان هذا الوجود غير صحيح تشويه بعض العيوب، ولهذا لا بد ان يكون تراضي الطرفين صحيحاً خالياً من العيوب والامراض. ولغرض الوقوف على هذا الركن والتثبت من وجود التراضي وصحته لا بد من بحث المسائل التالية:

اولاً: وجود التراضي (صيغة العقد).

١- التعبير عن الارادة.

٢- توافق الارادتين.

٣- النيابة في التعاقد وتعاقد الشخص مع نفسه.

ثانياً: صحة التراضي.

١- الاحكام العامة في الاهلية.

٢- عيوب التراضي.

اولاً: وجود التراضي (صيغة العقد).

يوجد التراضي بين طرفي العمل القانوني بتطابق الارادتين وهما (الايجاب والقبول)، وعلى هذا الاساس تكون ارادة المتعاقدين جادة غير هازلة صادرة عن وعي وادراك لاحداث الاثر القانوني. وقد نص القانون المدني المصري في المادة (٨٩) منه ما يلي: (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرر القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد)^(٦٩).

ويبدو ان المشرع المدني الجزائري اراد تجنب المناقشات التي دارت بين رئيس واعضاء لجنة اعداد القانون المدني المصري بشأن الموضوع فنص في المادة (٥٩) ما يلي: (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية).

اما عن وجود التراضي في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ فان المادة (٧٣) التي خصصها المشرع لتعريف العقد تكشف عن هذا الوجود حيث جاء فيها ما يلي: (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه). واصل هذا التعريف يعود للفقه الاسلامي فقد نقلها المشرع عن المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران للمرحوم قدرى باشا والمادة (١٠٣) من مجلة الاحكام العدلية. كما ذهب القانون المدني الاردني الى تعريف العقد في المادة (٨٧) متاثراً الى حد كبير بنص المادة (٧٣) من القانون العراقي.

فالعقد لا يتكون الا بتبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين وهذا التبادل في التعبير عن الارادة هو الذي عبر عنه المشرع العراقي والمشرع الاردني بارتباط الايجاب الصادر من احد

(٦٩) لا مقابل لهذا النص في القانون المدني المصري القديم. ويظهر من التعريف تمسك المشرع المصري بمذهب

(الارادة الظاهرة) لانه لم يتطلب لانعقاد العقد توافق ارادتين بل استلزم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين. وكان لاراء الاستاذ السنهوري على هذا التعريف أثراً واضحاً راجع:

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٢ - ص ١١-١٢.

ويقابلها المادة (٩٠) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦. ولمعرفة تحليل المادة المذكورة انظر

المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني (ج ١)، اعداد المكتب الفني - ص ٩٦-٩٧.

العاقدين بقبول الآخر، فهو قد قطع في الاخذ بمذهب الارادة الظاهرة تأثراً بالفقه الاسلامي الذي يتسم بالنزعة الموضوعية، والارادة الظاهرة هي المظهر الحاسي الذي يعبر عن الارادة الباطنة والذي يطمئن اليه الناس في علاقاتهم القانونية، وهذا التعبير عن الارادة لا بد ان يكون صادراً بنية احداث اثر قانوني. ولهذا لا يقيد بارادة تصدر من صبي غير مميز ومن هو في حكمه او من هازل^(٧٠).

غير ان ما يضاف على الانتقادات التي وردت على هذا التعريف، والتي سبق ان بينا بعضها عند تعرضنا لتعريف العقد، هي:

الملاحظة الاولى: ان المشرع العراقي والاردني اتجها الى تعريف العقد وهو عيب تشريعي لان ذلك من واجب الفقه المدني، فالقانون المدني الالماني والسويسري والبولوني والبرازيلي والصيني وغيرها لم تذكر تعريفاً للعقد^(٧١).

الملاحظة الثانية: ان تعريف العقد الوارد في المادة (٧٣) معيب من حيث الصياغة التشريعية لان فيه (حشو) كان بإمكان المشرع ان يتجنبه، حيث يعتقد جانب من الفقه المدني في العراق الى ان بالامكان حذف عبارة (... الصادر من احد العاقدين.. بقبول الآخر....) والاكتفاء بالقول: (العقد هو ارتباط القبول بالايجاب) لان الايجاب والقبول ليسا الا تعبيراً عن الارادة، والتعبير عن الارادة لا يمكن ان يصدر الا من الانسان الذي يروم الدخول في علاقة تعاقدية^(٧٢).

الملاحظة الثالثة: ان التعريف الوارد في المادة (٧٣) لم يكشف صراحة عن مسألة (وجود التراخي بين طرفي التصرف القانوني) كما هو شأن المشرع المصري والمشرع الجزائري والقانون المدني الاردني بناءً عليه، وتلافياً لهذه الانتقادات ولغيرها من العيوب التي وردت على نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي، حاول مشروع القانون المدني العراقي الجديد تلافياً ذلك واورد نصين في المشروع الجديد يكشفان عن مسألة وجود الرضا.

والخلاصة، فان الفقه الاسلامي يكشف عن وجود التراخي بين طرفي العقد من خلال (صيغة

العقد اللفظية) وتطابق الارادتين في مجلس العقد، وان وجود التراخي في القوانين المدنية الوضعية يتم بتطابق الارادتين اللتين تتجهان لاحداث الاثر القانوني. فالبيع يقوم بتراخي البائع مع المشتري وانتقال ملكية المبيع الى المشتري بعد دفعه الثمن. كما يفهم من ذلك ان الارادة التي لا تتجه الى احداث اثر قانوني، كارادة الصغير غير المميز والمجنون ومن في حكمه والهازل، لا يعتد بها، اما لعدم وجود الارادة لفقدان الوعي او التمييز او لوجودها ولكنها غير جادة كالارادة الصادرة من شخص هازل.

واذا كان التعبير عن الارادة في بعض مذاهب الفقه الاسلامي يكون اصلاً باللفظ، فان القوانين المدنية الوضعية ذهبت الى النص على طرق التعبير عن الارادة من طرفي العقد، سواءً كان صادراً من الاصيل او نائبه ثم لا بد من الوقوف على انواع التعبير وكيفية حصوله.

٨- التعبير عن الارادة (الاعلان عن الارادة) : Declaration De Le Volonte

- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي:

من القواعد العامة المعروفة في الفقه الاسلامي عدم الشكلية سواءً في انشاء التصرفات القانونية او في التعبير عن الارادة. الا ان طرق التعبير عن الارادة لانشاء او نقل او وصف او انهاء التصرف القانوني تختلف من حيث الاهمية عند الفقهاء المسلمين.

ان الفقهاء المسلمين كثرت عنايتهم في بيان صيغة العقد، وهذه الصيغة تظهر في الاعلان عن ارادة المتعاقد اولاً باللفظ قبل الكتابة وقبل الاشارة وقبل الفعل (كالببيع بالمعاطاة) فاللفظية والارادة الظاهرة تمتازان معاً في صيغة العقد وان اللفظ اول اداة يعول عليها في هذه الصيغة^(٧٣). اما صيغة اللفظ فان افضل تعبير عن ارادة المتعاقد حينما يكون اللفظ بالماضي (بعث واشترت) لانها اوضح مظهر في التعبير عن ارادة الشخص الحاسمة، بينما صيغ المضارع والامر والاستقبال والاستفهام يستوجب فيها الرجوع الى الظروف والملابسات فان دلت على الحال انعقد العقد^(٧٤). بناءً عليه فالاشارة بالرأس من غير الاخرس لا ينعقد بها العقد ما دام يمكن للشخص ان يعلن عن ارادته باللفظ، والكتابة نفسها لا تكفي في الاصل الا اذا لم يتيسر النطق بالالفاظ لظروف خاصة كبعد المسافة^(٧٥).

وقد اوجب جمهور الفقهاء (الحنابلة والمالكية والشافعية) لانعقاد عقد الزواج ان تكون

(٧٣) الاستاذ الدكتور السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١ - ص ٨٤-٨٥.

(٧٤) الاستاذ الدكتور السنهوري - مصادر الحق - ج ١ - ص ٨٥-٨٦.

(٧٥) الدكتور شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية - المرجع السابق - ص ١٣١.

(٧٠) انظر الدكتور محمود سعد الدين الشريف - نظرية الالتزام، ص ٨١، ٨٨.

يطلق الفقهاء المسلمون على بيع الهازل تسمية (بيع التلجئة) والعقد لا ينعقد عندهم لان الارادة الصادرة لا تبغي حقيقة الالتزام.

(٧١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري - ج ٢ - ص ١٠، هامش (٣).

(٧٢) الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحيكيم - مصادر الالتزام - ص ٣٠، هامش (١٩).

صيغة العقد اللفظية مشتقة من مادتي: نكح وزوج ان كان المتعاقدين يفهمان العربية، واجازوا انعقاده بعبارتين احدهما متمحضة للمستقبل والثانية للماضي فيصح ان يقول احد زوجني ابنتك فيقول الاخر قبلت^(٧٦)، فلا ينعقد الزواج بلفظ الهبة والعطية.

ويمكن تلخيص طرق التعبير عن الارادة في انشاء التصرف الشرعي عند الفقهاء المسلمين ما يلي: (٧٧)

١- الاقوال ولا ينعقد العقد بالافعال او الاشارة الا لمن هو عاجز عن النطق كالخرس وهو رأي الامام الشافعي والظاهرية والاحناف الذين شددوا على الصيغة اللفظية.

٢- بالافعال الدالة على المقصود كمن يدفع ثوباً لخياط لخياطته تسهلاً على الناس خاصة اذا وجدت قرائن تدل على الرضا وتعلن الارادة وهو رأي بعض الحنابلة والاحناف.

٣- ان التصرف الشرعي ينعقد بكل ما يدل على مقصوده من قول او فعل او اشارة، فكل ما عده الناس دالاً على البيع ينعقد البيع به. فاللفظ والفعل والاشارة والكتابة تعد طرقاً للتعبير عن الارادة في انشاء التصرف القانوني وهو القول الغالب على اصول الامام مالك وظاهر مذهب احمد بن حنبل.

- موقف القوانين المدنية الوضعية:

اما بالنسبة الى التعبير عن الارادة (الاعلان عن الارادة) في القوانين المدنية الوضعية فالامر مختلف. وقبل ان نبين موقف القانون المدني العراقي ومشروع القانون المدني العراقي الجديد لا بد اولاً من التعرض لبعض التشريعات المدنية العربية بخصوص الموضوع.

فالمادة (٩٠) من القانون المدني المصري نصت على ما يلي:

١- التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز التعبير عن الارادة ضمناً، اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحاً. وقد تبني المشرع الجزائري هذا النص دون تغيير في الصياغة بالمادة (٦٠) من القانون المدني.

فالتعبير عن الارادة قد يكون صريحاً لا لبس فيه او ضمناً يقوم على الاستنتاج من خلال

(٧٦) الشيخ محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي (مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه) ص ٣٣٠.

(٧٧) الشيخ محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٢٣٤-٢٣٦، (هامش رقم ١ من ص ٢٣٥).

الملايسات التي تجعل دلالاته واضحة في بيان حقيقة المقصود كبقاء المستأجر في المأجور بعد انتهاء مدة عقد الايجار دليل على ايجابه بتجديد الاجارة.

ولاشك ان التعبير الصريح اقوى في دلالاته من التعبير الضمني، او كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية (دلالة التصريح اقوى من دلالة الاقتضاء)^(٧٨).

على ان المادة (٩٣) من القانون المدني الاردني جاءت صياغتها تكشف عن ان التعبير عن الارادة في الايجاب والقبول يمكن ان يكون صريحاً او ضمناً من خلال طرق التعبير سالفه الذكر، وقد رؤي ان المادة في عجزها الاخير تغني عن ايراد نص كنص الفقرة الاخيرة من المادة (٩٠) من القانون المدني المصري^(٧٩).

تأثر المشرع العراقي والاردني بالفقه الاسلامي في مجال التعبير عن الارادة وبما قرره الفقه الحنفي في هذا الميدان، فالمادة (٧٧) نصت على ما يلي:

١- الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لانشاء العقد. واي لفظ صدر اولاً فهو ايجاب والثاني قبول.

٢- ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي. كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اريد بهما الحال). كما نصت المادة (٩١) من القانون المدني الاردني على ذات النص.

اما عن صيغة الاستقبال ودورها في تكوين العقد وهل يوجد الرضا (صيغة العقد) بها؟

اشارت الى ذلك المادة (٧٨) من القانون المدني التي نصت ما يلي: (صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد المتعاقدين)^(٨٠). ثم اضافت المادة (٧٩) بيان طرق التعبير عن الارادة حيث جاء فيها ما يلي: (كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ اي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي). ويقابلها ما نصت عليه المادة (٩٣) من القانون المدني الاردني الذي اقتبسها من القانون العراقي.

(٧٨) الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٧٥.

(٧٩) الدكتور احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٧٦.

(٨٠) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني - ج ١ - ص ١٠١.

نصت المادة (٩٣) من القانون المدني الاردني ما يلي:

(التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ اي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي).

أولاً صيغة العقد في الفقه الاسلامي :

سبق ان ذكرنا انه يراد بالصيغة ما يدل على رضا الطرفين وهي على نوعين:

الاول - القول وما يقوم مقامه من رسول او كتاب، والثاني، الفعل كالبيع بالمعاطاة^(٨١). ولم يتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على صيغة العقد وطرق التعبير عنها سواء في الايجاب ام في القبول، كما ان للصيغة التي بها ينشأ العقد ثلاثة احوال، عقد منجز كالبيع الذي تفيد صيغته في الحال، وعقد مضاف الى المستقبل وهو ما كانت صيغته دالة على وجوده في الحال الا ان احكامه تتأخر للمستقبل كعقد الاجارة التي تبدأ بعد شهر مثلاً، وعقد معلق وهو ما كانت صيغته تفيد وجود العقد على امر يوجد في المستقبل^(٨٢). ان الفقه الاسلامي يتسم بالنزعة الموضوعية، كما تقدم، واول مظاهرها هو اللفظ اولاً قبل الكتابة وقبل الاشارة وقيل اي مظهر خارجي آخر تستخلص منه الارادة، فاللفظية والارادة الظاهرة تمتزجان معاً في صيغة العقد، واللفظ له دوره في اثبات التصرفات^(٨٣).

(٨١) عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الاربعة - قسم المعاملات - ج٢، ط٥.

المكتبة التجارية بمصر - بدون نشر، ص١٥٥-١٥٦.

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - للرملي - ج٣ بدون سنة نشر، كتاب البيع.

الاقناع لشرف الدين المقدسي - ج٢ - المطبعة المصرية بالازهر بدون سنة نشر ص٥٦.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - ج٥، كتاب البيع، ط١، بدون سنة نشر ص٢٧٦ - ٢٧٧.

يقصد بالبيع بالتعاطي (بيع المعاطاة) هو العقد الذي لا يتكون بلفظ او اشارة او بكتابة وانما بفعل يصدر من المتعاقدين دال على التراضي وغالباً ما يكون في البيع ويمكن ان يكون في الاجارة وغيرها من ضروب التراضي في النفيس والحسيس من الاشياء. ولم يتفق فقهاء المسلمين على جوازها فهناك من حرمها وهناك من اجازها واخرون وقفوا موقفاً وسطاً.

انظر: الدكتور محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي - ط٣ - المرجع السابق ص٣٣٣-٣٣٤، الدكتور

عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج١ - صيغة العقد - ص١٠٨-١١٠.

عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الاربعة - ج٢ - المرجع السابق - ص١٥٥.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم - ج٥، ص٢٧٩.

الاقناع لشرف الدين المقدسي - ج٢، ص٥٧.

(٨٢) محمد ابور زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، ص٢٨٤-٢٥٨.

(٨٣) الاقناع لشرف الدين المقدسي، ج٢ - ص٥٦.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - ج٥ - ص٢٨٣-٢٨٤.

عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الاربعة - ج٢، ص١٥٦.

الدكتور السنهوري - مصادر الحق - ج١ - ص٨٥.

محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص٢٣٤-٢٣٥.

الدكتور محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي - ص٣٢٩-٣٣١.

يتضح مما تقدم ان المشرعين العراقي والاردني تأثرا ببعض اراء الفقه الاسلامي بشأن وجود التراضي الذي اطلق عليه في القانون المدني (صيغة العقد) وواجبا ان تكون هذه الصيغة اولاً بالماضي لانها تمثل التعبير الصريح القاطع الدال على حقيقة مقصود الارادة، واما صيغة المضارع والامر فلا ينعقد بهما العقد الا اذا اريد بهما الحال.

والتعبير الصريح عن الارادة يكون باللفظ او الكتابة او الاشارة او الفعل الدال على التراضي او التلفون او التلكس او بأي طريق لا تحتل دلالة على المقصود اي شك، وحسناً فعل المشرع العراقي حينما لم ينص على ما يقابل الفقرة ثانياً من المادة (٩٠) من القانون المدني المصري حين استغنى بصياغة عجز المادة (٧٩) عنها التي تكشف عن جواز وجود التراضي بالتعبير الضمني. الا انه لم يشترط ان يكون التعبير صريحاً في بعض الاحيان التي يوجبها نص القانون او الاتفاق او طبيعة المعاملة. وهو ما اتجه اليه المشرع الاردني في المادة (٩٣) على نحو ما تقدم.

صيغة العقد والسكوت المجرد:

لم تتفق اراء الفقهاء ولا مواقف التشريعات المدنية على موقف موحد من وسائل التعبير عن الارادة التي تعرضنا اليها والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر، والسؤال المطروح عن دور السكوت المجرد في الكشف عن وجود التراضي بين اطراف العقد فهل يصلح كصيغة للعقد؟ اي هل يمكن لهذا الوضع السلبي ان ينشئ التصرف القانوني او ان يسقطه؟ وهل ان السكوت المذكور طريقة تصلح للتعبير عن وجود التراضي عند طرفي العقد، اي في الايجاب والقبول؟

ابتداء لا بد من القول، اننا نقصد بالسكوت المجرد هو السكوت البسيط او اليسير الخالي من الظروف المحيطة به وهو لا يمكن قطعاً ان يعد تعبيراً عن الارادة بوجود الرضاء في وضع الايجاب ولا يمكن ان يكون كصيغة له لانه مجرد وضع سلبي لا يفصح الا عن العدم وحالة العدم لا تنتج شيئاً. لدوافع الحرج والمشقة عن الناس في معاملاتهم، وهو موقف الفقه المدني والقوانين المدنية العربية والاجنبية وايدهم في ذلك القضاء الفرنسي والاردني والمصري والعراقي. الا ان هذا السكوت يصلح احياناً كصيغة للقبول وفي مرحلة (تكوين العقد) اذا توافرت بعض المستلزمات لذلك. ولغرض بحث الموضوع بصورة اوضح يلزم بيان صيغة العقد في الفقه الاسلامي وفي بعض القوانين المدنية الوضعية وعلى النحو التالي:

أولاً: صيغة العقد في الفقه الاسلامي.

ثانياً: وجود التراضي في القوانين الوضعية (صلاحية السكوت في التعبير عن الارادة).

ونشير الى ان الفقه الاسلامي يؤثر صيغة اللفظ بالماضي لانعقاد العقد لانها هي المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية، ولان ارادة العاقد تكون قد تجاوزت مرحلة التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة الى مرحلة الجزم والبث والحسم^(٨٤). سواءً اكان هذا التعبير حصل من الموجب وهو الفعل الاول ام في الفعل الثاني وهو القبول.

ان العقد ينعقد عند الفقهاء اذا توافرت اركانه. ولصيغة الامر والالفاظ المستخدمة في انشائه عناية كبيرة عندهم، فعقد الزواج لا ينعقد الا بلفظين مشتقين من الزواج ان كانا يفهمان العربية (كزوجتك وانحككتك) لافهام الطرفين على حقيقة المقصود من العقد ولقدسيته الواضحة في القرآن الكريم. وهو العقد الوحيد الذي اجيز انشاؤه بصيغة الحال والاستقبال.

والسؤال المطروح هنا هل ان السكوت المجرد يصلح كصيغة للعقد؟ وهل يمكن ان يعد تعبيراً عن الارادة في الفقه الاسلامي؟ للجابة عن ذلك، نقول اولاً ان السكوت المجرد، اي السكوت اليسير الخالي من اوضاع ملابسة له، لا يمكن ان يعد صيغة للعقد دالاً على وجود التراضي بين الطرفين في الفقه الاسلامي لا في الايجاب ولا في القبول وهذا هو المبدأ العام.

الا ان صيغة القبول في السكوت المجرد، اي وجود التراضي وصحته عند القابل، تختلف عن وضع الايجاب. فسكوت القابل البسيط انما هو وضع سلبي محض لا يعبر الساكت فيه عن شيء ولا يمكن ان ننسب لمن هو ساكت ما لم قلّه او يفعله والا كانت المشقة واضحة على الناس في معاملاتهم. وقد عبر عن ذلك الامام الشافعي بقوله (لا ينسب الى ساكت قول)^(٨٥).

وهذا المبدأ العام الذي يمنع تفسير السكوت المجرد على انه (تعبير عن الارادة بوجود الرضاء الصحيح عند القابل) اخذت به مجلة الاحكام العدلية في المادة (٦٧) في الشطر الاول منها

(٨٤) ينعقد العقد بركن واحد عند الحنيفة وهي (صيغة العقد) وقال بعضهم للعقد ركنان (الايجاب والقبول) وعند الشافعية ينعقد العقد بالصيغة الكلامية او ما يقوم مقامها وان للايجاب والقبول شروطهما كمطابقة القبول للايجاب واتحاد مجلس العقد. بينما ذهب بعض الفقهاء الى القول ان اركان العقد ستة صيغة (ايجاب وقبول) وعاقدان (طرفا العقد) ومعقود عليه (كالثمن والثمن).

وفي عقد الحوالة ركن واحد واربعة شروط لصحة عقد الحوالة عند الحنيفة وعند الشافعية ستة وتنعقد الحوالة عند المالكية بأربعة اركان وستة شروط وقال الحنابلة ان لها اركان وشروطها خمسة. انظر: عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الاربعة - ج ٢ - ص ١٥٥ وما بعدها. عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الاربعة - ج ٣ - ط ١ - ١٩٣٥، ص ٢٧٨. نهاية المحتاج للملي - ج ٣ - كتاب البيع.

الاقناع للمقدسي - ج ٢ - ص ٥٦.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم - ج ٥ - كتاب البيع.

(٨٥) الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطي - مطبعة مصطفى محمد - ١٩٣٦ - ص ٩٧-٩٨.

الذي اوضحه المجلة بأنه: (يعني ان لا يقال عن الساكت انه قال كذا. فلو رأى اجنبياً يبيع ماله فسكت لا يعد سكوته اجازة او توكيلاً ولو رأى القاضي الصبي او المعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون سكوته اذناً في التجارة ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لا يكون سكوته اجازة ولا يبطل الرهن ولو رأى غيره يتلف ماله لا يكون اذناً بإتلافه)^(٨٦).

اما الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة، فهو ان السكوت المجرد يصلح في صيغة القبول للدلالة على وجود التراضي ويمكن ان يقترن بالايجاب وبطابقه مطابقة تامة فيكون صحيحاً، اذا صاحبه ظروف ملابسة تخرج حالة السكوت المجرد عن تجرده الى حيز اخر يطلق عليه (السكوت الملايس) حينما يلزم فيه التكلم من اقرار وبيان ولهذا جاء الشق الثاني من القاعدة التي جاء فيها: (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان).

ويعود اصل هذا الاستثناء الى علم اصول الفقه، فالسكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان والامثلة كثيرة عليها، فلو قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي له حق حبس المبيع وسكت ولم يمنعه بعد ذلك منه اجازة له بالقبض ولا يحق للبائع بعد قبض المشتري المبيع عملاً بالمادة (٢٨١) مجلة، استعادة المبيع وحبسه، وكذلك اذا اراد شخص شراء مال وفيما هو يتسلمه من صاحبه اخبره رجل بأن في المال عيباً فسكت فسكوته يعد رضاء منه بالعيب فإذا اشتراه بعد ذلك فليس ان يردّه بخيار العيب^(٨٧).

وتأسيساً على ذلك، فان سكوت المقر له يعد تعبيراً عن الارادة بوجود الرضاء اي ان السكوت يكون صيغة للقبول من المقر له حين يقر شخص بمال لآخر ويسكت المقر له وهذا السكوت هو تصديق وقبول بالاقرار واذا عرض القاضي اليمين على من توجهت عليه في الدعوى بالمعاملات ونكل عنها صراحة بقوله لاحلف، او دلالة كسكوته بلا عذر حكم القاضي بنكوله المادة (١٧٥١) من المجلة اما لو سكت لعذر كالحرس او للطرش فلا يحكم عليه ولا

(٨٦) سليم رستم باز - شرح المجلة - ط ٣ - بيروت - ١٩٢٣ ص ٤٧.

راجع موقف الفقه الحنفي-ابن عابدين- الدر المختار شرح تنوير الابصار-ج ٤-دون سنة نشر-ص ٨-٩-١٣. وفي الفقه الشافعي - الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطي - قاعدة ١٨. وانظر تفصيل ذلك ايضاً في: على حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام - الكتاب الاول - البيوع - بدون سنة نشر - ص ٥٩.

(٨٧) علي حيدر - درر الاحكام - ص ٥٩.

سليم رستم باز - شرح المجلة - ص ٤٧-٤٨.

وانظر بالنسبة للسكوت في حالة الزواج (باب نكاح البكر) بأن سكوتها بعد تكرار الايجاب اليها يعد قبولاً، حيث قال الرسول (ص): (الايام احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صمتها).

الام للشافعي - ج ١ - بدون سنة نشر - ص ٥١٦.

يكون سكوته صيغة للقبول^(٨٨). وهناك امثلة كثيرة نذكر منها مثلاً، اذا ترك شخص مالا عند آخر قائلاً ان هذا المال وديعة وسكت المستودع تنعقد الوديعة لانه لم يرد على ذلك صراحة ويفسر سكوته صيغة للقبول، ولو كان قد صرح فحينئذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح^(٨٩). ومن الامثلة ايضاً، ما اذا باع شخص مال زوجته او احد اقاربه من آخر بحضورها على انه له وسكتت فليس للزوجة او للقريب بعد ذلك الادعاء بملكية ذلك المال لان السكوت في هذا الحال ليس مجرداً وانما ملائماً وعدم الاعتراض على البيع اقرار بعدم ملكيتها ذلك المال، وكذلك اذا باع الراهن المال المرهون بحضور المرتهن وسكت فيكون الدائن قد اجاز البيع واصبح الرهن باطلاً^(٩٠). نخلص من ذلك، ان الفقه الاسلامي لا يعتبر السكوت دالاً على صيغة الايجاب وهو بذلك يكون قد سبق الفقه والقوانين المدنية الوضعية حين عبر عن هذا الموقف لدواعي المصلحة وجلب التيسير. وان صيغة القبول بالسكوت المجرد من حيث الاصل لا تعد تعبيراً عن الارادة بوجود الرضاء عند القابل وهو ما عبر عنه الفقه بالشق الاول من القاعدة الفقهية (لا ينسب الى ساكت قول) فلا يقال للساكت اصلاً انه قال كذا او انه رضي لان الاصل في الرضاء ان يكون بالتعبير الايجابي كقوله قبلت او اشتريت او غيرها من الطرق على نحو ما تقدم، غير التعبير السلبي قد يكون صيغة للقبول استثناء وهو ما جرى التعبير عنه بالشق الثاني من القاعدة (لكن السكوت في معرض الحاجة بيان).

الا ان هذا الاستثناء لا يقاس عليه، والحالات التي يصلح فيها السكوت كتعبير عن الارادة بوجود الرضاء عند القابل للايجاب الموجه اليه حتى يقتصرن به وينعقد العقد فينتج اثره القانوني، وان كانت كثيرة ومتعددة الا انها في الغالب تصاحبها ملاسبات وظروف تدل على الرضاء، وقد ذكرنا بعضها مما يتضح منها اما لوجود تعامل بين العاقدين او لوجود الثقة في التعامل او لان طبيعة المعاملة قائمة على الثقة وحسن النية ويكون للعرف في ذلك الدور الكبير في الكشف عن صيغة القبول بالسكوت.

(٨٨) علي حيدر - درر الحكام شرح المجلة - ص ٦٠.

سليم رستم باز - شرح المجلة - ص ١١٠٦.

الام للشافعي - ج٦ - بدون سنة نشر - ص ٢٥٨-٢٥٩.

(٨٩) علي حيدر - درر الحكام - ص ٦٠.

سليم رستم باز - شرح المجلة، ص ٤٧.

(٩٠) الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطي - ص ٩٧-٩٨، قاعدة ١٨.

سليم رستم باز - شرح المجلة، ص ٤٧.

علي حيدر - درر الحكام مجلة الاحكام - ص ٦٠.

ثانياً : وجود التراضي في القوانين الوضعية (صلاحية السكوت في التعبير عن الارادة) :

سبق ان بينا ان التراضي بين الطرفين يوجد بتطابق القبول مع الايجاب وهذا التطابق بين ارادتي العمل القانوني يقع حين تكون الارادة لكل طرف موجودة وان الادراك موجود فنتجه الارادة المجادة الواعية من المجانين لاحداث الاثر الذي يعتد به القانون على نحو ما تقدم. والسؤال الذي يطرح عن صلاحية السكوت في التعبير عن الارادة المذكورة؟

نقول ان السكوت المجرد Simple Silence محض وضع سلبي وهذه الحالة السببية انما هي عدم والعدم لا يظهر منه الا العدم فلا يفيد سكوت الشخص تعبيراً عن وجود الرضاء لانشاء التصرف القانوني او في انهائه وهو ما اتجه اليه الفقه والتشريع والقضاء في كثير من الدول^(٩١). وبالتالي فلا يلتزم الساكت بشيء ولا تنشأ للغير الحقوق.

اما في القبول، فان صور التعبير عن وجود التراضي عند القابل يقع في حالتين:

الأولى: التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً مباشراً بالطرق المشار إليها أو تعبيراً ضمناً كالبقاء في العين المستأجرة ودفع الأجرة عن المدة القادمة وهو تصرف إيجابي. وكل من التعبير الصريح الضمني يقعان بفعل إيجابي عند التعبير عن الإرادة.

الثانية: هي صورة التعبير السلبي. وإذا كان السكوت المجرد لا يمكن أيضاً أن يكون تعبيراً عن الإرادة في القبول إن كان مجرداً من الظروف المحيطة به، فإن هذا السكوت المجرد يصلح في التعبير عن الإرادة بوجود التراضي عند من وجه إليه الإيجاب فيكون تعبيراً سلبياً عن الإرادة دالاً على إحداث الأثر القانوني من القابل^(٩٢).

(٩١) انظر: الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ - مصادر الالتزام - ص ٥١.

الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ج ٢ - الالتزامات - ص ٥١.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف - ج ١ - نظرية الالتزام - ص ٩٣.

خليل جريج - النظرية العامة للموجبات - ج ٢ - بيروت - ٩٨٥ - ص ٩٠-٩١.

الدكتور رمضان ابو السعود - مبادئ الالتزام - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٨٤ - ص ٥٤.

الدكتور جلال العدوي والدكتور محمد لبيب شنب - مصادر الالتزام - بيروت - ١٩٨٥ - ص ٨٦.

الدكتور عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٤ - ص ١٧٢.

Boris starek- Droit Civil- Obligations- 2 Edition Paris- 1986. pp. 47- 49.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil- Op. Cit- p. 110.

(٩٢) أنظر في التعبير الإيجابي والتعبير السلبي: د. عبدالحى حجازي- المرجع السابق ص ١٧١. ويطلق عليه

بعض الفقهاء تسمية (السكوت الملايس بيان).

الدكتور وحيد الدين سوار- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. ص ٢٦٥-٢٦٦.

فالقابل يعد راضياً بما وجه إليه من إيجاب بمجرد سكوته اذا وجدت ظروف ملائمة تحيط بالسكوت المجرد يفسر هذا الوضع على أنه قبول بالإيجاب الموجه فينعقد العقد طبقاً للنظرية التي أخذت بها الكثير من القوانين المدنية العربية، وهي نظرية علم الموجب بقبول، وأن المطابقة التامة للإيجاب شرط لصحة القبول.

الملاحظة الأولى: أن أصل النص يعود للفقهاء الإسلامي، المادة ٧٦ من مجلة الأحكام العدلية، وللقاعدة ١٨ من الاشباه والنظائر وكل من هذين النصين هما اساس للمادتين (٨١) عراقي و ٩٥ اردني).

الملاحظة الثانية: إن المشرع العراقي لم ينظمه ضمن حالة القبول وهو الشق الثاني في التعبير عن الإرادة عند بيانه لأركان العقد، وهو في رأينا عيب من الناحية الشكلية يلحق بالقانون المدني العراقي ويلزم تنظيم السكوت ودوره في التعبير عن الإرادة في القبول ضمن بيان احكام القبول وهذا العيب لم تقع فيه كثير من القوانين المدنية العربية كالقانون الجزائري والكويتي والأردني وغيرهما.

الملاحظة الثالثة: إن المشرع العراقي يحدد حالات الملايسة بالسكوت المجرد فيكون سكوتاً ملائماً يصلح كطريقة للتعبير عن الإرادة بوجود الرضا عند القابل وهي:

- ١- وجود التعامل السابق بين طرفي العقد وإتصال الإيجاب بهذا التعامل.
- ٢- تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه كسكوت المتصدق عليه وسكوت الموقوف عليه.
- ٣- سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضاعة التي اشتراها وقبوله لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

ونعتقد أن المسألة الثالثة إنما تتصل بحالة وجود التعامل السابق بين طرفي العقد وإتصال الإيجاب بهذا التعامل ولم تنص عليها كثير من القوانين المدنية العربية. كالقانون المصري والإردني والجزائري. وكان ينبغي عدم ذكرها من المشرع العراقي الجديد حين نص على السكوت ودوره في التعبير عن الإرادة ضمن النصوص المخصصة للقبول وخصص المادة (٣٢١) التي نصت على ما يلي: (لا يعتبر السكوت المجرد قبولاً، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً وبوجه خاص في الحالتين الآتيتين:

أولاً: إذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل.

ثانياً: إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه).

ويرحظ على هذا النص أنه لم يشأن أن يستخدم القاعدة الفقهية التي أوردتها الكثير من

القوانين المدنية العربية والتي ترجع للفقهاء الإسلامي وهي قاعدة (لا ينسب على ساكت قول) واحل محلها عبارة (ولا يعتبر السكوت المجرد قبولاً) ونحن لا نتفق مع لجنة إعداد المشروع فيما ذهبت إليه لأن استخدام مصطلحات الفقه الإسلامي ضمن المعاملات المالية في القوانين المدنية له دلالات كبيرة من نواحي عديدة.

وفوق ذلك، نقول أن الحالات التي ذكرتها الفقرة ثانياً من المادة (٣٢١) لا نعتقد أنها جاءت على سبيل الحصر وإنما هي على سبيل المثال، ودليلنا في ذلك أنه يمكن إضافة حالات اخرى يدل فيها السكوت عند قابل على حقيقة وجود الرضاء ويمكن أن يكون صيغة للعقد عند القابل. فالسكوت المجرد، هو الموقف السلبي الساكن في ظاهرة وباطنه وهو حالة راكده لا تنبئ عن أية دلالة معينة عن الإرادة وهذا هو الأصل وهي القاعدة في المعاملات المالية بين الناس التي تحقق مصالحهم.

لأن السكوت هو الصمت والصمت عدم ولا يمكن عقلاً أن ننسب لمن لا يتكلم شيئاً لم ينطق به ويلتزم به وإلا لأصبحت الحياة شاقة وعسيرة. على أن الاستثناء الوارد على هذه الحالة حينما تحيط ظروف ملائمة يفسر معها السكوت على أنه قبول ويمكن أن ينعقد العقد به وهو السكوت الملائم وقد وردت بعض حالات في القوانين المدنية العربية. ونعتقد أن من الأفضل ترك الأمر لقاضي الموضوع بماله من سلطة تقديرية للوقوف على حقيقة السكوت وما إذا كان يصلح تعبيراً عن الإرادة في القبول أم لا.

كما يختلف السكوت الموصوف عن السكوت المجرد والسكوت الملائم، حيث يراد بالأول (السكوت الذي يعرض حين يفرض القانون التزاماً بالكلام معتبراً أن السكوت رضاء فيتعهده القانون ببيان أحكامه)^(٩٣).

(٩٣) يرى بعض الفقهاء في مصر أن السكوت هو السكوت الموصوف ولا فرق بينهما ومن أنصار هذا الاتجاه أنظر:

الدكتور سليمان مرقص- شرح القانون المدني- ج٢، الإلتزامات، ص ٥١.

الدكتور رمضان ابو السعود- مبادئ الإلتزام- ص ٥٤.

وقارن ما ذكرته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢، ص ٥٨ وجاء فيها.

(.... ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها. في النصوص التشريعية وأحكام القضاء، أن مجرد السكوت البسيط إفصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة.

أما السكوت الموصوف وهو الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام. فلا يشير إشكالاً ما لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه. وليس يبقى بعد ذلك سوى السكوت الملائم وهو ما تلاسه ظروف يحل معها محل الغرادة. فهو وحده الذي يواجهه النص، محتذباً في ذلك حذو أحدث التقنيات وأرقاها).

يضاف إلى ذلك، أن السكوت يجوز أن يكون بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد وإنشائه فقط حينما يقترن القبول مع الغيغجاب، وغنما في مجال الغاء العقد^(٩٤)، أو الإقالة^(٩٥)، وإلى هذا ذهب القضاء المصري^(٩٦).

تطبيقات القضاء العراقي والقضاء الأردني .

ذهب القضاء العراقي في أكثر من قضية على تطبيق هذا المبدأ أي (القاعدة والإستثناء) ففي قضية ذهبت فيها المحكمة المختصة الى ما يلي:

(إن دفع المالك لضريبة عقار الدكان الذي أعاره للمدعي عليه ليس دليلاً على علمه بتأجير المستعير للدكان المذكور ولا يعتبر سكوتاً في معرض الحاجة إلى البيان لأن المالك ملزم بدفع الضريبة حتى ولو لم يؤجر العقار للغير ولأن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان إستثناءً من قاعدة لا ينسب على ساكت قول فلا يجوز التوسع فيه....)^(٩٧).

وفي قضية أخرى ذهبت محكمة التمييز الموقرة إلى أن: (سكوت المنتفع في قطعة سكنية على قرار لجنة التدقيق ثم إتفاقه مع الشخص الثالث الذي أعطيت له القطعة يعتبر قبولاً بقرار تلك اللجنة)^(٩٨). وجاء ايضاً (يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص لسبق التعامل بين طرفي العقد وتمخض الإيجاب لمصلحة الساكت)^(٩٩)، كما ورد في قضية أخرى ما يلي: (إذا أبلغ المستأجر قبل إنقضاء المستأجر ولم يعترض رغم إنتهاء مدة العقد وبقي شاغلاً للمأجور فيعتبر سكوته قبولاً للزيادة من أول التالية لإنتهاء الإجازة)^(١٠٠).

يراد بالغاء العقد أن أحد المتعاقدين ينفرد بإنهاء الطرف الآخر الإلتزامه أو لعدم وجود مبرر أصلاً لهذا الإلغاء.

حسين عامر- الغاء العقد، ط١- القاهرة- ١٩٥٣- ص٣-٤.

الدكتور شمس الدين الوكيل- دروس في العقد- منشأة المعارف، ط١- ١٩٦١- ص١٧١.

(٩٥) نصت المادة ١٨١ من القانون المدني العراقي (للعاقدين أن يتقابلا العقد برضاها بعد إنعقاده) نصت المادة (١٨٣) على أن:

(الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد).

(٩٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٥٨.

(٩٧) رقم القرار / ٤٨٦ م / ٩٧٣ في ٩٧٤/٤/٢٤- النشرة القضائية، السنة ٥ ١٩٧٤، ص٢٢.

(٩٨) رقم القرار / ٢٨٠ م / ٩٧٢ في ٩٧٢/١٠/٣٠- النشرة القضائية- العدد ٤- السنة ٣، ١٩٧٤، ص٢٢.

(٩٩) رقم القرار / ١٤ / إستئنافية / ١٩٧٠- النشرة القضائية- العدد ٤، السنة الأولى ١٩٧١، ص٧٩.

(١٠٠) رقم القرار / ١١٨ / مدنية رابعة ١٩٧٨ في ١٩٧٩/١/١١- مجموعة الأحكام العدلية- العدد الأول السنة ١، ١٩٧٩، ص٢٦.

ونشير بهذه المناسبة أن القضاء العراقي لم يفرق بين السكوت الملايس والتعبير الضمني، وهذا يتضح من القرار الأخير المذكور سلفاً، فبقاء المستأجر في المأجور رغم زيادة الأجرة إنما هو ليس سكوتاً ملايساً به قبول المستأجر بالزيادة وإنما بعد (تعبيراً ضمناً) من المستأجر والفرق بين الإثنين وحسبنا أننا سنكتفي بإيراد الدليل على ما نقول بإيراد الإقتباس التالي من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري التي جاء فيها ما يلي:

١- ينبغي التفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة وبين مجرد السكوت.

فالتعبير الضمني وضع إيجابياً، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي.

وقد يكون التعبير الضمني بجسب الأحوال، إيجابياً أو قبولاً، أما السكوت فمن المعروف على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابياً، وإنما يجوز، في بعض فروض إستثنائية أن يعتبر قبولاً....^(١٠١)، وعلى هذا ذهب أيضاً الأستاذ الجليل السنهوري^(١٠٢).

ثم إن القضاء العراقي ذهب على إعتبار الإستثناءات الواردة على القاعدة العامة في المادة (٨١) من القانون المدني هي إستثناءات ضمن المعنى الضيق وبالتالي لا يتوسع في تفسيرها ونحن نعتقد خلافاً لذلك، فالمادة (٨١) أوردت حالات على سبيل المثال لا الحصر وقد سبق أن أوضحنا ذلك.

أما محكمة التمييز الاردنية فقد حكمت في القضية (٧٧/٦٣) على أن مجرد سكوت باقي الشركاء في الأرض عن الأجاره لا يكفي لإعتبارهم موافقين عليها إذ لا ينسب ساكت قول.

موقف القانون الإنجليزي :

الأصل في القانون الإنجليزي أن السكوت البسيط موقف سلبي لا يصلح تعبيراً عن الإردة^(١٠٣). وهو في ذلك لم يشأ أن يخرج عن نهج التشريعات المدنية أو الأراء الفقهية التي سبقتها، وطبقاً لذلك فإن السكوت المجرد الذي يصلح كصيغة للعقد يدل على وجود الرضاء الصحيح يمكن أن يكون في الحالات التالية بالنسبة للقبول وهي:

١- حالة السكوت من القابل عن إيجاب وجه اليه يتضمن مزايا ومنافع له.

٢- حالة السكوت من القابل حينما تكون متطلبات العقد قائمة على سلامة النية المثلي من

(١٠١) من مذكرة المشروع التمهيدي للعمال التحضيرية- ج٢- ص٥٧.

(١٠٢) الوسيط في شرح القانون المدني- ج١، مصادر الإلتزام، ص١٧٦- ١٧٧.

(103) M. P. Funmston- Law of Contract- London- 1976- p. 41.

أمانة وصراحة خالصة الذي يعبر عنه:

Where the contract requires ubemima fides.

٣- حالة وجود علاقات الثقة المؤتمنة والموثوقة بين طرفي العقد فإن السكوت يعد تعبيراً عن الإرادة بوجود الرضاء عند القابل (١٠٤).

ولم تظهر مشاكل عملية في مدى اعتبار السكوت المجرد كصيغة دالة على التراضي عند القابل في الحالتين الأخيرتين لوضوحهما. إلا الحالة الأولى هي التي كانت مدار البحث بين الفقه المدني الإنجليزي (١٠٥)، ولاشك أن العرف يمثل مساحة مهمة في حل المشاكل الناجمة عن هذا الأمر لا سيما في المعاملات المالية التجارية (١٠٦).

موقف الفقه والقضاء الفرنسيين .

يذكر الفقه المدني الفرنسي أن السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في مجال القبول كثيرة الوقوع في الحياة العلمية ويمكن أن يصلح هذا الموقف السلبي لإنشاء العقد، كما يذهب الاساتذة Mzeaud بأن للعرف الإجتماعي الدور الكبير في بيان قيمة السكوت لاعتباره سكوتاً ملائماً دالاً على وجود الرضاء الصحيح لا سيما في مجال إنشاء العقد بين غائبين (بالمراسلة) ولهذا قيل في فرنسا قولاً مشهوراً: (من لم يقل شيئاً فقد رضى Qui n edit mot consent) ومن أمثلة ذلك إقرار الحساب المقدم للعميل عدا الغلط المادي والحذف والإضافة في الحساب والشروط المستجدة على قوائم البيع وفقاً للأسعار الجديدة.

فالمبدأ العام لدى جمهور الفقه والقضاء الفرنسي أن السكوت المحض Le Simple Silence عدم والعدم لا ينتج شيئاً وتكون دلالة الصمت الرفض لا القبول، عدا بعض الحالات حينما توجد ملاسبات حيث يمكن تفسير الموقف السلبي على أنه قبول كما لو وجد إلتزام قانوني يفرض بالتعبير الصريح عن الإرادة ويسكت من وجه إليه الإيجاب ولا يرفض صراحة فإن سكوته يفسر على أن وجود الرضاء عند القابل كما يذهب الأستاذ (ديموج) أن السكوت يمكن أن يكون ركناً في فعل جنائي كما يكون ركناً في جريمة أو شبه جريمة مدنية ويمكن كذلك أن يعد طريقاً من طرق الإثبات في الأحوال التي يؤخذ فيها بالقرائن عند إمتناع الخصم عن الرد في حالة الإستجواب. ثم إن القضاء الفرنسي يفرق بين (القبول الضمني وحالة السكوت) فإذا

(104) M. P. Funmston- Law of Contract- Op- Cit- p- 252.

(105) I bid- Op. Cit. p. 252.

(106) Dennis Liloyd- The idea of law.

كانت المحاكم الفرنسية تتشدد في القبول الضمني إلا أنها أكثر تشدداً في حالة السكوت (١٠٧).

دور الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في إنشاء العقد .

سبق أن تبين لنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية إهتموا: كثيراً بصناعة الألفاظ في إنشاء التصرفات القانونية لأن صيغة العقد اللفظية عندهم تكشف عن النزعة الموضوعية وأول أثر لها الوقوف عند الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة لأن الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة، واللفظ الذي تتمخض صيغته للحال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد لأنها واضحة ولا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة، بينما إذا كان اللفظ الذي يحتمل صيغة الحال والإستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة (١٠٨)، فإهتمام الفقهاء المسلمين بالالفاظ ليس إلا تغليباً للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة الكامنة في النفس غير أن هناك ثلاثاً: جدهن جد وهزلهن جد، أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب حتماً على الإرادة الباطنة وهي الزواج والطلاق والعتاق (١٠٩). إن المتعاقد قد لا يحسن التعبير عن إرادته بصورة صحيحة تعكس حقيقة التصرف القانوني الذي يريد فتستجبه إرادته إلى شئ ويعبر لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً إلى شئ آخر، فتختلف الإرادات الخفية والظاهرة فكيف يمكن حل المشكل؟

لم تتفق آراء شراح وفقهاء القانون المدني ولا الموافق التشريعية على موقف موحد، فالبعض يميل الى تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة بينما يذهب البعض الآخر إلى تغليب الإرادة الباطنة، غير أنه يمكن القول أن القوانين المدنية تأخذ بالإرادة الظاهرة عند إنشاء العقد وبالإرادة الباطنة عند تفسيره (١١٠). إن المقصود بنظرية الإرادة الباطنة Volonc Intenc هي الإرادة الكامنة في نفس المتعاقد والتي انطوت عليها نفسه لإحداث الأثر القانوني وفي ذلك تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة وهذا ما أخذ به القانون المدني الفرنسي (١١١)، بل إن هذه النظرية

(107) Boris Starck- Civil. Obligation- Op- Cit- p. 47.

Mazeaud- Lecons De Droit Civil Op. 110.

Jean Carbonnier- Droit Civil Op- Cit- p. 72.

(١٠٨) الأستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج١، ص٨٤-٨٨-٨٩.

(١٠٩) الستاذ السنهوري- الوسيط- ج١ - مصادر الإلتزام- ص١٨١.

(١١٠) الأستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام-٦٢.

(111) Jean Cuboner- Op Cit- PP- 62- 63.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص٢٦-٢٧.

الدكتور السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ص١٩١ وما بعدها

هي السائدة في القوانين اللاتينية، فقوة العقد الملزمة إنما تستند الى إرادة الشخص نفسه وإلى اعتبارات خلفية لا على اعتبارات خارجية لذا ينبغي البحث بدأ عن هذه الإرادة والنزول على حكمها وما التعبير فهو مجرد دليل عليها قابل لإثبات العكس^(١١٢).

أما لإرادة الظاهرة (الإعلان عن الإرادة) والتي يصطلح عليها بالفرنسية -Volonce Ex-Declaration De La Volonte teme- فإن المقصود بها أن الإرادة التي لها مظهر خارجي يعتد بها القانون تحقيقاً لمبدأ إستقرار المعاملات حتى ولو أن ذلك يخالف مبدأ سلطان الإرادة غير أن هذا لا يعني الإهمال الكلي للإرادة الباطنة^(١١٣)، ومع ذلك فإن الفرق بين النظريتين يبقى قليل الأهمية من الناحية العلمية لأن أي تشريع لم ينحز إنحيازاً كاملاً إلى إحدى النظريتين. إذ المسألة لا تعدو أن تكون تغليباً لأحدهما على الأخرى^(١١٤).

موقف التشريعات المدنية :

لم يقف القانون المدني المصري ولا القانون المدني الأردني ولا القانون المدني الجزائري عند إرادة دون أخرى. فقد أخذ بنظرتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة إلا أنهما لم يبلغا ما بلغه القانون الألماني في إقترابه من الإرادة الظاهرة الذي اكملها بنظرية الإرادة الباطنة بينما ذهب المشرع المصري والجزائري إلى إكمال نظرية الإرادة الباطنة بالإرادة الظاهرة^(١١٥).

أما عن موقف القانون المدني العراقي، فإنه أخذ بالإرادتين معاً مقتضياً بذلك اثر الفقه الإسلامي، فلم يغلب إحداهما على الأخرى وهذا واضح من خلال تعريف العقد في المادة (٧٣). وأما عن ما نصت عليه المادة (١/١٥٥) من القانون المدني من قاعدة فقهية بأن

(١١٢) الأستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١، ص ١٩١ وما بعدها.

الأستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- ص ٦٣.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص ٢٦.

(١١٣) الدكتور حشمت أبو ستيت- نظرية الإلتزام- ص ٨٥.

(١١٤) الأستاذ دكتور السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ص ١٨٢.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص ٢٧.

نصت المادة (١١) / من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ ما يلي:

١- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. مع الإستهاداء في ذلك بطبيعة التعامل. وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

(١١٥) الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للإلتزامات- ص ٤٧.

وانظر الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- ج١، ص ٦٦.

(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني). فإن هذا لا يفيد بأنه أخذ بالإرادة الباطنة وإنما اراد المشرع من القاعدة عند تفسيره للعقد أن لا يقف عند حرفية النص وإنما عليه أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين التي يستخلصها من العبارات والصيغ المستعملة لا من ضمير المتعاقدين وخفايا نفوسهم^(١١٦).

ويذهب الأستاذ الدكتور الذنون بهذا الصدد أن هذه القاعدة الفقهية لا علاقة لها بنظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة وإنما تتعمل بمسألة (تكييف العقد)^(١١٧).

والواقع أن المشرع العراقي والقانون المدني الأردني قد يميلان إلى تغليب إحداهما على الأخرى في بعض الأحيان. فلو كانت صيغة العقد اللفظية بالماضي كقوله (بعتك واشترت) فإنهما يميلان الى تغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة لأن صيغة العقد اللفظية تلك تدل دلالة قاطعة على الإرادة.

وبأخذان بتغليب الإرادة الباطنة متى جاءت صيغة العقد اللفظية بالمضارع أو الأمر أو الإستقبال.

توافق- الإرادتين -L- ACCORD DES VOLONTES

إن توافق الإرادتين يستوجب التعرف على هاتين الإرادتين وهما الإيجاب والقبول وفي إقتران القبول بالإيجاب لتكون العقد.

الموضوع الأول - الإيجاب^(١١٨)

يقصد بالإيجاب التعبير البات للإرادة موجهاً إلى الطرف الآخر معيناً كان أم غير معين بهدف إنشاء عقد بين الطرفين. فلا بد أن تتوفر لدى الموجب نية قاطعة وجادة لإحداث الأثر القانوني. وأي لفظ يصدر أولاً من أحد المتعاقدين فهو إيجاب والثاني قبول المادة (١/٧٧) من القانون المدني العراقي.

(١١٦) المرجع السابق - ص ٤٧.

(١١٧) أنظر الدكتور حسن الذنون- المرجع السابق- ص ٤٧.

(١١٨) انظر في الإيجاب المرجع التالية:

الدكتور محمد كامل مرسي- شرح القانون المدني- الإلتزامات- ج١- ص ٧٦- ٧٧.

الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت- نظرية الإلتزام- ج١- ص ١٠١.

الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للإلتزامات- ص ١٥٠.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١- ص ٢٠٦- ٢٠٨.

ولم ينص مشروع القانون المدني الجديد على ما يقابل ذلك وحسناً فعل. لأن هذا الأمر متروك للقواعد العامة ولوسائل التعبير عن الإرادة، فقد لا يعبر عن الإرادة في الإيجاب باللفظ وإنما بطرق أخرى كالكتابة بالتلكس أو البرقية أو الرسالة في المادة (١/٩١) متأثراً في ذلك بموقف المشرع العراقي.

فالإيجاب يكون باتاً إذا توافرت شروطه كمعرفة مضمون العقد المراد إبرامه كالسعر ووقت التعاقد ونوع المعقود عليه وغيرها وإلا فهو مرحلة سابقة على الإيجاب إذ قد يمر الإيجاب البات قبل أن يصير كذلك بمراحل متعددة كالعرض والمفاوضات ثم الإيجاب البات، فإذا لم يتضمن كامل الشروط والعناصر الأساسية لذلك صار العرض دعوة إلى التعاقد أو ما يسمى بدعوة إلى عمل إيجاب المادة (٢/٩٤) في القانون المدني الأردني.

ففي عقد الفندقية، وهو من العقود المسماة المهمة، قد يوافق النزول مباشرة ودون مفاوضات مع إرادة الفندق على شروط وأسعار السكن فينعتد العقد بإقتران قبول النزول بإيجاب إدارة أو صاحب الفندق البات. وقد لا يكون هذا الإيجاب باتاً حين تحصل بين الطرفين مفاوضات على الأسعار في بعض الحالات كما في حالة الإقامة الجماعية المنتظمة في الرحلات السياحية أو الإقامة لفترة طويلة محددة أو غير محددة فيحصل أن يتغير الإيجاب حتى يرسو على أسعار وشروط جديدة فيستقر القبول عليه وينعتد العقد.

وفي نطاق عقد التأمين، وهو من العقود المسماة المهمة كذلك، فإن الإيجاب الصادر من المؤمن له (طالب التأمين من الخطر المؤمن منه) لا ينشأ إيجاباً باتاً دفعة واحدة وإنما تسبقه مراحل ما قبل صدور الإيجاب يتمثل في الطلب الصادر من المؤمن له ضد الخطر (محل عقد التأمين). فالمؤمن يسعى عبر وسطائه لإبرام عقود التأمين فيقوم الوسيط بمفاتيح المؤمن له بمزايا التأمين وأهميته ضد الأخطار ونوع التأمين الذي يلائمه فإن وافق المؤمن له يتسلم من الوسيط الإستثمارات الخاصة بهذا العقد لكي يدرسها الأخير ويطلع عليها ويتفحصها ثم يجيب عن الأسئلة الواردة فيها ويكمل البيانات الأخرى المطلوبة وبالتالي قد تمي فترة ما بين تسلم الإستثمارات وإعلان رغبة المؤمن له في طلب التأمين. فإن قبل بذلك فإنه يعبر عن غرادته بطلب يقدمه إلى المؤمن (شركة التأمين) ويكون طلبه إيجاباً باتاً دالاً على نية جازمة لإنشاء التصرف القانوني بعد إكتمال العناصر الأساسية لهذا التعبير عن الإرادة. فلو صادف القبول وتطابق معه نشأ العقد.

ونشير هنا أن الكثير من العقود يصدر فيها الإيجاب باتاً مرة واحدة دون أية مراحل تسبق الإيجاب مثل عقد النقل في الحافلات. وعقد البيع وعقود الإذعان وغيرها.

نخلص من ذلك أن الإيجاب يكون باتاً حينما يتضمن إرادة الطرف الأول (الموجب) في إحداث الأثر القانوني. وللتمييز بين الإيجاب البات والدعوة للتعاقد هو وجود أو عدم وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني فإن لم توجد هذه النية كنا أمام دعوة على التعاقد وفي التمييز بينهما أهمية كبيرة في أن الإيجاب البات إذا صادف قبولاً متطابقاً معه إنعتد العقد وان التقى بدعوة إلى التعاقد فلا ينشأ العقد وإنما يشكل مرحلة سابقة عليه.

ثم إن المسؤولية العقدية لا تنشأ في مرحلة السابقة على الإيجاب (أثناء العرض والمفاوضات) لعدم وجود العقد أصلاً ولا يعد الوسيط في العرض والمفاوضات نائباً لأن النيابة لا تقوم إلا في التصرفات القانونية. بينما تعد مرحلة العرض والمفاوضات أعمالاً مادية وما عمل الوسيط (السمسار) إلا عملاً مادياً^(١١٩).

حكم العرض الموجه إلى الجمهور OFFER DU PUBLIC

إن حكم العرض الموجه للجمهور، أي عرض البضائع مع بيان ائمانها، يعد إيجاباً باتاً لأنه يدل على النية الأكيدة من العارض في تكوين العقد وإحداث الأثر القانوني وتغيير وضع المعقود عليه من حال إلى حال.

وعلى هذا نصت صراحة المادة (٩٤) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها ما يلي:

١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً.

٢- أما النشر والإعلان وبين الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد لا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما دعوة إلى التفاوض.

أما المشروع المدني العراقي فلم ينص على ما يقابل هذه المادة ولدى رجوعنا للمذكرة الإيضاحية والمذكرة المقارنة لم نجد تبريراً لذلك وبهذا يكون قد نجح المشروع إلى ما قرره القانون المدني في المادة (٤٠) والمادة (٨٠) من القانون المدني العراقي.

ولعل أوضح الأمثلة للدعوة في إنشاء التصرف القانوني هو البيع بطريق المزايمة العلنية لأن ما يصدر من الشخص المكلف بإجراء المزايمة هو (دعوة إلى التعاقد) وأن أول عطاء من الشخص بعد إيجاباً يسقط ليحل محله إيجاب جديد بعطاء آخر أكثر منه سعراً حتى رسو المزاد على آخر شخص قدم عطاء أكثر. وعلى هذا نصت المادة (٣٢٣) من المشروع المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

(١١٩) الأستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١ - ص٢٠٧.

أولاً- يبقى مقدم العطاء في المزايدة ملزماً بعطائه الى أن يسقط بعطاء يزيد عليه، أو الى أن تفشل المزايدة دون أن ترسو عليه متى كان عطاؤه هو العطاء الأخير.

ثانياً- ينعقد العقد في المزايدة برسوها، إلا إذا اشترط القانون شكلاً معيناً لإنعقاده فلا ينعقد إلا بإستيفاء هذا الشكل ما لم يكن محل العقد مالياً يبيع جبراً على صاحبه من قبل جهة رسمية، على أنه لا يجوز، في هذه الحالة، الإحتجاج بالعقد على الغير إلا إذا سجل في الدائرة المختصة.

ثالثاً- تلتزم الجهة الرسمية القائمة بالبيع بإشعار الدائرة المختصة لتسجيل المبيع بإسم المشتري وفقاً للقانون وقد نصت المادة (١٠٣) من القانون المدني الاردني على أحكام البيع بالمزاد العلني دون ذكر للتفصيلات المشار إليها.

إن القوة الملزمة للإيجاب تتمثل في حالتين وهما:

الحالة الأولى، الإيجاب الملزم

لكي يكون الإيجاب ملزماً للموجب أن يكون صادراً منه بصفة نهائية^(١٢٠). فإن كان القصد منه الممارسة أو المفاوضة أو لم يكن لدى صاحبه نية التعهد قانوناً فلا يكون إيجاباً بالمعنى القانوني كمن ينشر في صحيفة اعلاتنا عن إيجاب منزل ويقصد المفاوضة مع المؤجر^(١٢١). فإن حدد كل العناصر الاساسية صار إيجاباً باتاً.

ويكون الإيجاب ملزم لصاحبه إذا إقترن بمدة معينة محددة صراحة أو ضمناً، فالموجب الذي يحدد مدة للقبول يبقى على إيجابه حتى إنتهاء المدة لمعرفة إرادة من وجه اليه الإيجاب بالقبول والرفض، والأساس القانوني لهذه القوة الملزمة هو إرادة الموجب المنفردة فهي مصدر الإلتزام، وعلى هذا نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي: (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد) وبهذا النص أخذ القانون المدني الاردني (المادة ٩٨).

الحالة الثانية، الإيجاب غير الملزم:

نصت المادة (٩٦) من القانون المدني الأردني على ما يلي: " المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب الى اخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول

أو فعل يدل على الأعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك" ومما يكمل هذا النص ما جاء في المادة (٩٧) التي ورد فيها ما يلي " تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني) و قد إقتبس المشرع الاردني هذين النصين في القانون المدني العراقي، المادتان (٨٣، ٨٢). فالمادة الأولى تقرر خيار القبول طبقاً للمذهب الحنفي، فالإيجاب غير الملزم الذي يملك الموجب العدول عنه اثناء مجلس العقد ما دام يقترن بالقبول، وتقرر المادة الثانية أن تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الإيجاب الأول ولا يعتبر الا الإيجاب الثاني، ويقصد بخيار القبول أن الموجه اليه الإيجاب حر في أن يقبل ايجابه أو يرفضه، بينما لم يأخذ القانون المدني بخيار المجلس وهو الخيار الذي يعني إعتبار العقد غير لازم ما دام مجلس العقد لم ينفذ وهو ما نادى به بعض الفقهاء المسلمين ومنهم الحنفية^(١٢٢).

حوقف القانون الفرنسي :

القاعدة في القضاء الفرنسي أن للموجب أن يعدل عن ايجابه ما دام لم يقترن به القبول ما لم يقترن الإيجاب بمدة محددة يلتزم بها الموجب فإن عدل قبلها عد متعسفاً وتنهض مسؤوليته المدنية العقدية وخير تعويض هو الزامه بالتعاقد اذا صدر القبول ضمن المدة المحددة، كما قرر القانون المذكور بأن المدة إذا إنتهت فإن الإيجاب يسقط تلقائياً دون خطوات أخرى^(١٢٣). وقد وجدنا أن المادة (١٠٦) من القانون المدني الأردني تقرر هذا الموقف^(*).

حالات سقوط الإيجاب:

يسقط الإيجاب الملزم وغير الملزم في حالات كثيرة منها:

١- بالرفض الصريح أو الضمني ممن وجه إليه وكذلك الحكم إذا إنفض مجلس العقد أو مات الموجب أو فقد أهليته قبل صدور القبول.

٢- بإنقضاء المدة التي حددها الموجب دون قبول، وهذه المدة قد تكون محددة صراحة أو ضمناً وقد أهملت الكثير من القوانين المدنية النص على هذه الحالة لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

(١٢٢) أنظر د. محمود سعد الدين الشريف- نظرية الإلتزام- ص١٠٨- ١٠٩.

(123) Can Jean Car bonier- Op- Cit- pp- 71- 72.

(*) نصت المادة (١٠٦) مدني أردني على ما يلي:

" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم من أجاز قوة القضية المقضية مقام العقد".

(١٢٠) الدكتور محمد كامل مرسى- الإلتزامات- ج١- ص٧٩.

(١٢١) الدكتور محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ص٧٩.

٣- إذا صدر من أحد طرفي العقد تصرف يدل على الأعراض فإن الإيجاب يسقط والقبول الواقع بعده لا عبرة به ويكون إيجاباً جديداً المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٩) من القانون المدني الأردني.

٤- إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل القبول، وهذا ما يسمى بالرجوع في الإيجاب حينما لا يكون مقيداً بأجل، وقد يبقى على إيجابه ولكن مجلس العقد ينعقد. والمقصود بمجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان وإنما الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر (١٢٤). إلا أن هذا العدول نادراً ما يقع في التعاقد بين غائبين. (١٢٥)

٥- يسقط الإيجاب إذا صدر القبول معدلاً له ويكون القبول إيجاباً جديداً المادة (٩٦) من القانون المدني المصري والمادة (٨٣) من القانون المدني العراقي. والمادة (٩٧) من القانون المدني الأردني.

الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والعربون

يتكون العقد بتطابق الإرادتين وهما الإيجاب والقبول لإحداث الأثر الذي يعتقد به القانون، وهذا التكوين قد ينشأ دفعه واحدة وبلا مراحل تمهد له أو تسبقه كما في عقد النقل بالنسبة للشخص أو في بيع السلع والبضائع المسعرة أو عقد الإيجار أو عقد الفندقة أو عقد النشر.

إلا أن العقد قد لا يتكون دفعة واحدة وفي زمان ومكان واحد وإنما تسبقه مراحل تمهيدية وصولاً على مرحلة إنشاء العقد النهائي وهي لحظة إقتران القبول بالإيجاب على الوجه الصحيح فقد يسبق العقد النهائي (وعد بالعقد PROMESSE DE CONTRAT LA يطلق عليه الوعد بالتعاقد لأنه وعد من طرف واحد، أو إتفاق ابتدائي أي وعد من طرفي العقد على إنشاء العقد النهائي مستقبلاً كما قد يدفع مبلغ من المال قبل ذلك وهو العربون (التعاقد بالعربون) سواءً في العقود الرضائية أم في العششقوق الشكلية فما هو الحكم القانوني لذلك؟

فالوعد بالتعاقد يهد إلى عقد يراد إبرامه لاحقاً. فهو عقد كامل ينعقد بإيجاب من طرف

(١٢٤) الأستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١- ص ١١٤.

(١٢٥) الدكتور أحمد حشمت ابو ستيت- نظرية املتزام في القانون المدني- ص ٩٨.

الدكتور محمد كامل مرسي- المرجع السابق- ص ٨٨- ٨٩.

وقبول من الطرف الآخر ولهذا يعرفه بعض الفقهاء بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاء أحد الطرفين نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال مدة معينة (١٢٦).

ونشير هنا بأن لوقوع الوعد بالتعاقد أسبابه الكثيرة فالحياة العلمية وضروراتها قد تجعل الشخص غير قادر على إبرام العقد النهائي في الحال إلا أنه يرغب بضمان إنعقاده في المستقبل وحينما يحين الوقت المحدد ينشأ العقد وبذلك يؤدي بالعقد خدمات عظيمة (١٢٧).

ويختلف الوعد بالتعاقد عن الإيجاب الملزم في أن الاول هو عقد يكفي لإنشائه توافر التراضي والمحل والسبب إلا أنه ليس هو العقد النهائي في حين أن الإيجاب الملزم هو تعبير بان عن الارادة ويمثل الشق الأول من العقد مصدره الإرادة المنفردة (١٢٨).

بناءً عليه فإن الوعد بالتعاقد مرحلة وسطى بين الإيجاب والعقد النهائي (١٢٩)، ومثال الإيجاب عرض البائع في الأسواق مع بيان أثمانها لأن هذا التعبير يتضمن العناصر الأساسية للإيجاب. ومثال الوعد بالتعاقد الملزم لطرف واحد هو (الواعد) كالوعد ببيع العقار من المالك أو الوعد بشراء العقار من المشتري فقط أو الوعد من المؤجر بإيجار الشقة للمستأجر أو الوعد من المستأجر تجاه المالك وهكذا.

ومثال الوعد بالتعاقد في نطاق عقد النشر ان مؤلفاً ما قد يحتاج إلى نشر مؤلفة بعد إنجازها في غضون اشهر ولا يمكنه التعاقد في الحال والمؤلف لم ينجز بعد فيكتفي بالتعاقد مع دار النشر أو المطبعة بأن يتعهد صاحب المطبعة بطبع الكتاب بالسعر المبين الموعود به إذا المؤلف رغبته في الطبع والنشر خلال مدة معينة ويبرم العقد بينهما إلا أنه ليس العقد النهائي لأنه مجرد وعد بالتعاقد إلتزم الواعد وأما الموعود له وهو (المؤلف) فلم يلتزم بشئ.

فاذا حصل الوعد بالعقد من الطرفين (الواعد والموعود له).

(١٢٦) الدكتور حشمت ابو ستيت- نظرية الإلتزام في القانون المدني- ص ٩٨.

وأنظر تفصيل ذلك أيضاً المراجع التالية:

الستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر املتزام- ج١- ص ٢٦٦ وما بعدها.

الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق - ص ٢٩- ٣٠.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- المرجع السابق- ص ١٠٧ وما بعدها.

(١٢٧) الدكتور محمد كامل مرسي- الإلتزامات- ص ١٤٢- ١٤٣.

الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- مصادر الإلتزام- ص ٢٤٩.

(١٢٨) الدكتور محمود سعد الدين الشريف- ص ١٠٥.

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- الإلتزامات- ص ٨١- ٨٢.

(١٢٩) الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- مصادر الإلتزام- ص ٢٥١.

وكان ملزماً للجانبين سمي هذا الإتفاق (إتفاقاً مبدئياً أو أولياً- CONTRAT PRE-LIMINAIRE والإتفاق الإبتدائي عقد أولى أو تعاقد تمهيدي بين طرفين لا يمثل العقد النهائي المقصود ومثاله في عقد النشر حينما يتفق الطرفان ويلتزمان بمضمون العقد بدلاً من إتزام طرف واحد فقط ومثاله أياً أن شخصاً يريد بيع أثائه لغرض السفر والإلتحاق بالبعثة الدراسية في خارج الوطن و آخر يريد الشراء فيتم الإتفاق بينهم على ذلك مع بيان جميع العناصر الأساسية أو المسائل الجوهرية فيوقعان إتفاقاً إبتدائياً بعد كل طرف الآخر على إنشاء العقد الأصلي النهائي خلال مدة يحددها وعلى القيام بباقي الإلتزامات الأخرى التي يرتبها العقد كتسليم المبيع والثلث وتحديد نوعيته ومواصفاته الأخرى التفصيلية(*) . والخلاصة فالوعد بالعقد والإتفاق الإبتدائي هما مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي فهما بمثابة المرحلة التمهيدية نحو إنشاء العقد النهائي إلا أنهما لا يعقدان إلا بإيجاب وقبول. بالتعاقد (عقد) إلا أنه ملزم للواعد فقط والإتفاق الإبتدائي (عقد) وهو ملزم للطرفين. ويلزم فيهما توافر الشروط المبنية قانوناً إلى جانب أركان الإنعقاد.

وفي هذا السياق يذكر الدكتور توفيق حسن فرج ما يلي: " فالوعد النهائي الذي يتم عندما يظهر أحد الطرفين رغبته في التعاقد. وإذا لم تظهر هذه الرغبة من أي مهما زال كل أثر للإرتباط التمهيدي(**). ونحن نعتقد أن هذا الكلام إذا كان يصح في العقود الرضائية إلا أنه غير صحيح في العقود الشكلية لأن العقد الإبتدائي جرى تأشيريه في السجل العقاري ولهذا حصل وأن عدل أطراف العقد عن إتمام العقد النهائي فإن زوال أثر الإرتباط بينهما بالفسخ يجب أن يقع تأشير في السجل العقاري أيضاً ولهذا فإن إنتهاء أثر الإرتباط بين المتعاقدين لا يقع تلقائياً في العقود الشكلية.

الشروط اللازم توافرها في الوعد بالتعاقد والإتفاق الإبتدائي.

نصت المادة (٩١) من القانون المدني العراقي على مايلي:

١- الإتفاق الإبتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو - حدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها.

(*) يذهب البعض إلى إنكار تسمية العقد الإبتدائي على الوعد الملزم من جانبين فيرى في هذه التصرفات القانونية عقد نهائي لا يختلف كل منهما عن الآخر في شيء.

(**) النظرية العامة للإتزام (في مصادر الإتزام، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص١١٩.

٢- فإذا إشتراط القانون للعقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الإبتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد".

ويقابلها المادة(٧١) من القانون المدني الجزائري مع بعض التعديل في صياغة الفقرة الأخيرة. إن أصل المادة (٩١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٥) من القانون المدني الأردني يعود للمادة (١٠١) من القانون المدني المصري وقد نقلها المشرع دون تعديل أو اضافة ويتضح من ذلك ضرورة بيان الشروط الأساسية للوعد بالعقد والعقد الإبتدائي.

فالإتفاق التمهيدي يوجب بيان المسائل الأساسية في التعاقد كالمبيع والثلث والأوصاف الأخرى والمدة التي سينعقد بها العقد النهائي. وإذا كان العقد النهائي يستوجب الشكلية للإنعقاد (كالتصرفات القانونية الواردة على العقار كالمبيع والرهن). فإن الوعد بالعقد والعقد الإبتدائي ينبغي أن يأخذ نفس الشكلية وإلا فهو باطل، على العكس في بعض القوانين التي لم تستوجب ذلك، ومراعاة الشكلية في المراحل السابقة على إبرام العقد النهائي يقصد منه عدم إفلاف الأفراد من قيود الشكل التي يفرضها القانون ما دام أن الوعد بالعقد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد إبرامه نهائياً فيما إذا حكم القضاء بذلك(١٣٠).

موقف القضاء العراقي والقضاء الأردني

ذهب القضاء العراقي في القضية المرقمة ٩٧٨ / مدنية ثانية منقول ٩٣٧ / إلى إقرار التالي بشأن العقد الإبتدائي وتقرير مسؤولية الناكل عن الأضرار التي سببها للمتعاقد الآخر وجاء في مبدأ القرار ما يلي:

"إذا إنتفقت الدائرة الحكومية مع مالك الدار على إستئجارها وعينت المدة والبدل دون أن تبرم عقد الإيجار وقام المالك بتحويل الملك من دار سكن إلى دائرة حكومية فإنه يستحق - عند نكول الدائرة عن إبرام العقد- تعويضاً يقدره الخبراء عما أنفقه لجعل الدار دائرة(*)".

كما ذهب محكمة التمييز الأردنية في القضية (١٩٨/١٨٩) الى أن عقد البيع أو عقد الوعد بالبيع الذي برد على العقار يجب أن يسجل في دائرة التسجيل كشرط لإنعقاده.

نخلص مما تقدم أن هناك نوعاً خاصاً من العقود تتميز بأنها تستهدف التمكين من قيام عقود أخرى غيرها، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها في ثوب جديد وفقاً للقانون والسمة

(١٣٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٢- ص٧٤.

(*) تاريخ القرار ١٨/٥/١٩٧٤ منشور في النشرة القضائية العدد الثاني السنة الخامسة ١٩٧٤، ص٩٨.

الجامعة لهذا العقود أنها عقود أولية أو هي كما يطلق عليها أحياناً (عقود ما قبل العقود AVANT CONTRATS)^(١٣١). ونحن نؤيد موقف المشرع الكويتي الوارد في المادة (٧٠) حين ترك أمر تحديد المدة التي يبرم فيها العقد النهائي أي الميعاد النهائي لإتفاق الطرفين أو للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع. كما نؤيد في موقفه من بيان حالة موت الواعد أو فقدانه لأهليته قبل إستعمال الموعد له الخيار المادة (٧٣/ثانياً).

التعاقد بالعربون

ذهبت تشريعات مدنية متعددة إلى تنظيم التعاقد بالعربون تنظيمياً متكاملاً نظراً لأهميته وشيوعه في التعامل بين الأشخاص إلا أن التقنيات المدنية العربية لم تتفق على موقف موحد منه، فدلالة العربون عند الشك هل هي للرجوع أم لبتات العقد وثباته ومرد ذلك تباين العرف أو العادة من قطر إلى آخر ويمكن حصر الموقف على النحو الآتي:

الموقف الأول:

التعاقد بالعربون للدلالة على أن العقد باتاً لا رجوع فيه ولا عدول عنه وبهذا الموقف أخذ القانون المدني العراقي حيث أعتبر العربون عند الشك عربون بتات، حيث نصت المادة (٩٢) منه ما يلي:

- ١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك.
- ٢- فإذا إتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان كل منهما حق العدول. فإذا عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وأن عدل من قبضه رده مضاعفاً".

الموقف الثاني:

إن التعاقد بالعربون دلالتة عند الشك لجواز العدول (عربون الرجوع) وهو موقف القانون المدني المصري المادة (١٠٣) والقانون المدني السوري، المادة (١٠٤) والقانون المدني الأردني، المادة (١٠٧).

بناءً عليه، فإن دفع العربون عند التعاقد يفيد عند الشك أن قصد الطرفين في منح كل منهما خيار الرجوع عن العقد ولا ضمان على من يستعمل حقه في العدول لأن الجواز الشرعي

(١٣١) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي - ص ٨٤.

ينافي الضمان. وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية ما يلي: يعتبر بيع الأموال غير المنقولة بيعاً عادياً خارج دائرة التسجيل بيعاً باطلاً ويجوز لدافع العربون في هذا الحالة استرداده"^(١٣٢).

الموقف الثالث:

إن بعض التشريعات المدنية العربية لم تنظم حالة التعاقد بالعربون ولم تنص عليه تاركة الأمر للعرف وللقواعد العامة كالقانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥. والقانون المدني اللبناني (قانون الموجبات والعقود لعام ١٩٣٢).

وهذا هو موقف القانون المصري القديم.

والخلاصة فإن صورة العربون، عربون البتات أو عربون الرجوع، وكلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس بإثبات الحكم المقصود من العربون عكس الدلالة المفروضة بالرجوع إلى قصد المتعاقدين وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

فالعربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد طرفي العقد للآخر عن إبرام العقد وغالباً ما يكون في العقود المدنية كالبيع والإيجار، أو في العقود التجارية.

وأن الأعراف الإجتماعية أو التجارية تكشف عن حقيقة المقصود من التعاقد بالعربون الذي يختلف عن الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) والى هذا ذهب القضاء العراقي في كثير من قراراته^(١٣٣)، كما سنبين ذلك مفضلاً.

حكم العربون في الفقه الاسلامي:

التعاقد بالعربون في الفقه الاسلامي غير متفق عليه، فأكثر المذاهب الفقهية الاسلامية تفضيلاً في العربون هو (المذهب المالكي) حيث إتجه فقهاء المذهب المذكور إلى بيان صورة واحدة له وهو كونه جزاءً من ثمن المبيع فإن لم يتم البيع لا بد من رده الى المشتري^(١٣٤).

(١٣٢) القية رقم ٢٧ / ١ / ٨٨ منشور في مجلة نقابة المحامين - السنة ٣٨ - ١٩٩٠، ص ١٨٣.

(١٣٣) ففي القية المرقمة ٥٩ عامه / ١٩٧١ ذهبت محكمة إستئناف البصرة في ١٩٧٢ / ١ / ٢٢ إلى ما يلي: "يعتبر المبلغ المدفوع كعربون في عقد بيع العقار الخارجي شرطاً جزائياً وبالتالي يلزم البائع بإعادته".

منشور في مجلة القضاء - العدد الأول والثاني - ١٩٧٢ - ص ٢٨٦ - ٢٨٨.

وقد وجدت قرارات قضائية أخرى لم تفرق فيها المحاكم العراقية بين الشرط الجزائي والعربون. انظر:

الاستاذ الدكتور عباس الصراف - بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي - بحث منشور في مجلة

العدالة - تصدرها وزارة العدل، عدد ١، السنة ١٩٧٣، ص ٨ وما بعدها.

(١٣٤) تفصيل ذلك: الأستاذ السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص ٩٠ وما بعدها.

وإذا كنا قد أوجزنا الكلام في الإيجاب باعتباره التعبير الأول عن إرادة الشخص إنشاء العقد دالاً على نية الموجب في إحداث الأثر القانوني، ملزماً كان أم غير ملزم، وعرفنا حالة التلاقي التمهيدي أو غير البات للإرادتين في الوعد بالتعاقد والعقد الإبتدائي والتعاقد بالعربون، فإن إستكمال دراسة الموضوع يوجب علينا الوقوف على الشق الثاني في العقد وهو القبول وتحديد المقصود به ثم القبول في عقود الإذعان لننتقل بعدها إلى حكم إقتران القبول بالإيجاب.

الموضوع الثاني ، القبول L-ACCEPTATION (١٣٥).

١- تحديد المقصود بالقبول: (هو التعبير البات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، ويترتب عليه، إذا تطابق مع الإيجاب، أن ينعقد العقد).
وبعبارة أخرى يراد بالقبول الشق الثاني من العقد الذي يعبر عنه تعبيراً صريحاً باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل وأحياناً عن طريق السكوت الملايس، كما قد يعتبر وجود التراخي بالقبول الضمني (*).

وهذا التعبير عن الإرادة بوجود الرضاء للموجب يخبره بقبوله بالإيجاب ولذا يلزم أن يكون باتاً وأن يتجه لإحداث أثر قانوني.

ولكي يكون القبول منتجاً للأثر القانوني ينبغي أن تتوافر فيه جميع الشروط، منها إتحاد مجلس الإيجاب وعدم مخالفته له لا كلا ولا جزءاً^(١٣٦)، ويضيف بعض الفقهاء، شروطاً أخرى

(١٣٥) أنظر المرجع التالية في موضوع الشق الثاني من التعبير الإرادة بالقبول:

الدكتور محمد كامل مرسى- شرح القانون المدني- الإلتزامات- ج١- ص٩٥ وما بعدها.

الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت- نظرية الإلتزام في القانون المدني- ص١٠٠ وما بعدها.

الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للإلتزام- ج٢- مصادر الإلتزام- ص١٦٦ وما بعدها.

الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٢- ص١٩٥٤ ص٢.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص٣١- ٣٢.

Ali Benclneb Throne Contrail De Contrail Op. Cil p. 12.

Ma/ eaud Lecon De Dioil Civil Op. Cil. p 110.

Jean Carhonmel Op. Cil pp. 72- 73.

(*) ومثال القبول الضمني أن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي إقترح الموجب إبرامه.

(١٣٦) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- المرجع السابق- ص٧٤.

وأنظر إبن عابدين- الدر المختار شرح تنوير الأيصار- ج٤- بدون سنة نشر، ص٨-١٣.

بأن يكون القابل حراً في القبول أو الرفض وإلا فسيكون العقد جبرياً وأن يحصل القبول في وقت مناسب وأن يصدر بالشكل الذي أتفق عليه كالكتابة^(١٣٧).

إن التعبير عن الإرادة، بوسائلها المعروفة كاللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل أو السكوت، للدلالة على وجود الرضاء عند القابل إنما يأخذ أحد الصورتين التاليتين:
الصورة الأولى:

وتتمثل بالتعبير الإيجابي عن الإرادة في القبول بصورة مباشرة بواقعة خارجية ملموسة كالرسالة أو البرقية أو التلكس أو المشافهة أو غيرها، أو بصورة ضمنية غير مباشرة كبقاء المستأجر في المأجور بعد إنتهاء عقد الإيجار ودفعه الأجرة والصورة الثانية بالتعبير السلبي أو السكوت الملايس^(١٣٨).

وقد سبق أن بينا أن السكوت لا يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة بالإيجاب، إلا أنه في الشق الثاني من العقد يمكن أن يعد السكوت الملايس تعبيراً عن الإرادة بوجود الرضاء في القبول وضمن حالات معينة^(١٣٩).

(١٣٧) الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص١٦٧ وما بعدها.

وأنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٥٠.

ويلاحظ أن التعبير عن الإرادة للدلالة على وجود الرضاء عند القابل قد لا يوجد إلا بوسيلة واحدة محددة قانوناً (كالتعبير الصريح بالكتابة) وهذا يتضح في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ في العراق المادة (الثانية/أ) وهو يعني أن الرضاء لا يكون موجوداً بغير هذه الوسيلة لإعتبارات حددها القانون هو تبصير المتعاقد بمخاطر التصرف وهنا تتوفر الشكلية القانونية الكتابية. وإلى هذا إجهت المادة (٣/٤) من قانون الإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان الصادر في المملكة الأردنية الهاشمية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧.

(١٣٨) الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص١٧١- ١٧٢.

وأنظر بحثنا المنشور في مجلة العدالة بدولة الإمارات العربية المتحدة- العدد ٥٨. ٩٨٩، ص٧ وما بعدها.

(١٣٩) حدد القانون الإنجليزي الحالات التي يعد فيها السكوت المجرى الذي تحيط به ظروف وملابسات ويفسر على أنه تعبير عن إرادة في القبول بثلاثة حالات هي:

١- السكوت عن إيجاب في تصرف قانوني نافع ومشجع للقابل.

٢- مجلة القضاء- العدد الأول والثاني- ١٩٧٢- ص٢٨٦- ٢٨٨.

وقد وجدت قرارات قضائية أخرى لم تفرق فيها المحاكم العراقية بين الشرط الجزائي والعربون. أنظر:

الأستاذ الدكتور عباس الصراف- بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي- بحث منشور في مجلة العدالة- تصدرها وزارة العدل، عدد ١، السنة ١٩٧٣، ص٨ وما بعدها.

تفصيل ذلك: الأستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- المرجع السابق ص٩٠ وما بعدها.

حكم العربون في الفقه الإسلامي:

التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي غير متفق عليه، فأكثر المذاهب الفقهية الإسلامية تفصيلاً في العربون هو (المذهب المالكي) حيث إتجه فقهاء المذهب المذكور إلى بيان صورة واحدة له وهو كونه جزءاً من ثمن المبيع فإن لم يتم البيع لا بد من رده إلى المشتري^(١٤٠).

وإذا كنا قد أوجزنا الكلام في الإيجاب باعتباره التعبير الأول عن إرادة الشخص لإنشاء العقد دالاً على نية الموجب في إحداث الأثر القانوني. ملزماً كان أم غير ملزم، وعرفنا حالة التلاقي التمهيدي أو غير البات للإرادتين في الوعد بالتعاقد والعقد الإبتدائي والتعاقد بالعربون فإن إستكمال دراسة الموضوع يوجب علينا الوقوف على الشق الثاني في العقد وهو القبول وتحديد المقصود به ثم القبول في عقود الإذعان لننتقل بعدها إلى حكم إقتران القبول بالإيجاب.

إذا فإن صيغة القبول في التعبير عن الإرادة هي نفس صيغة الإيجاب عدا بعض الصور الخاصة في القبول عند السكوت الملابس التي تضاف إليها، وأن أي تعديل في موضوع القبول بعد إيجاباً جديداً، وإلى هذا ذهب القضاء المصري وأستلزم قبول الإيجاب كاملاً^(١٤١).

وعلى هذا النهج سار المشرع العراقي حيث نصت المادة (٨٥) من القانون المدني على ما يلي: (إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لإنعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب).

والخلاصة فإن التعبير عن الإرادة بوجود التراضي في القبول لا يكفي لإنعقاد العقد وإنما لصحة القبول، وهي مطابقة للإيجاب بصورة تامة دون تعديل أو إضافة وإلا عد إيجاباً جديداً من القابل، ويكفي في حصول المطابقة الإتفاق بين طرفي العقد على المسائل الجوهرية أما القضايا التفصيلية بين الموجب والقابل لدى قاضي الموضوع، ما لم يوجد إتفاق بين الطرفين على غير ذلك المادتان (٩٩ و ١٠٠) من القانون المدني الأردني.

(١٤٠) تفصيل ذلك: الأستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- المرجع السابق ص ٩٠ وما بعدها. حينما تكون متطلبات العقد قائمة على سلامة النية المثلى من أمانة وصرحة خالصة.

حينما تكون علاقات طرفي العقد قائمة على الثقة والأمانة وفي هذا يرجع للعرف.

M. P. Furmston- L- aw of Contract- Ninth edition- London 1976. p. 41.

Dennis Lloyd- The idea of Law- Peguinm Books- London- 1970- p. 226- 228.

(١٤١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٩٦- ٩٧.

٢- القبول في عقود الإذعان^(١٤٢): من المعلوم أن التعبير عن الإرادة، في الإيجاب والقبول لا يقع، إلا بعد تدبر أو عرض ومفاوضات حتى يقدر الطرف القابل مثلاً أن في مصلحته أن يبرم العقد، إلا أن التطورات الإقتصادية الحديثة أوجدت نوعاً من العقود يستبعد فيها كل مناقشة بين الطرفين إذ يقوم الطرف الضعيف بالتعبير عن الإرادة بالقبول لأن موضوع العقد ينصب على ضروريات لا يمكن الإستغناء عنها كالماء والكهرباء والتلفون والغاز والبريد والنقل وغيرها فيقوم العاقد بقبول ما عرضه الموجب كما هو، وليس قبوله سوى مجرد إذعان لارادة الموجب ومن هنا سميت به (عقود الإذعان)^(١٤٣).

فالمقصود بعقود الإذعان هي (عقود الإنضمام في فرنسا) التي أطلق عليها الأستاذ سالي بالفرنسية *adhesion contrat* على اساس أن من يقبل العقد إنما ينظم اليه بلا مفاوضات مسبقة أو مناقشة تسبق إبرام العقد وإستقرت التسمية في الفقه والقضاء العربي به (عقود الإذعان) لما في معنى المصطلح من إضطراب في القبول^(١٤٤). وقد نصت المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني ما يلي: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة بضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)^(*).

(١٤٢) أنظر المراجع التالية حول الموضوع:

الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الإلتزام- ص٢٤٥.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص٣١-٣٢.

الدكتور عبدالمنعم فرج الصده- عقود الإذعان.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- ص٨٢-٨٣.

Ali Benchench- Theorin Generale De Contrat- Op- CIT- P- 42.

الدكتور احمد حشمت أبو ستيت- نظرية الإلتزام في القانون المدني- ص١٠٢-١٠٥.

(١٤٣) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت- ص١٠٢.

(١٤٤) الأستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١ - ص٢٤٥ هامش ١.

(*) يذكر الدكتور عبدالحلي حجازي في مؤلفة القيم- النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي- المرجع السابق- ص٤٦٣-٤٦٤.

إن النموذج التقليدي للعقد هو عقد المساومة بين أطرفه يؤدي كل منهما دوراً في إبرام العقد مساوياً أو يكاد مساوياً للدور الذي يؤديه الآخر. إلا أنه توجد عقود أخرى لا يستجيب إلى هذا النموذج التقليدي وهي عقود تكون من عمل طرف واحد يعرض على الجمهور نموذج عقد موحد يطلب فيه من إنفرد بوضع شروطه قبولاً غير مشروط وما على المتعاقد إلا بها هذا يتحقق في عقود لا تكون أطرافها متساوية المراكز. وحين إستخدم (سالي) عام ١٩٠١ مصطلح عقود الإذعان في كتابته (إعلان الإرادة) ولأول مرة قاصداً بذلك موافقة المتعاقد على قرار إتخذه غيره، إلا أن عبارة (إذعان) في العربية تعني الخنوع والذلة والإقرار والإسراع في الطاعة فتختلف عن عقود المساومة التي يحصل فيها تشدد وتساؤل وإقبال وإدبار وتنتهي في الغالب بحل يفيد الطرفين.

إلا أن هذا الأضرار أو الإذعان لشروط الموجب للقبول بها والتعاقد على محل العقد ليس إكراهاً يعيب الإرادة فيؤثر على صحة وجوده وإنما هو إكراه يتصل بعوامل إقتصادية لانفسية فهو إضرار وليس (رهبة نفسية) تجعل من العقد (قابلاً للإبطال) كما يطلق عليه القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري أو (عقد موقوف) بسبب الرهبة في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥٩، والمادة (١٤١) من القانون المدني الأردني.

لأن الإكراه الذي يتمثل في الرهبة التي تؤثر في النفس وتحمل على التعاقد فتؤثر على صحة الرضا وتعيب الإرادة، يختلف عن الإذعان الواقع بفعل عدم إمكانية الدخول في عرض ومفاوضات أو مناقشات مع الشروط الموضوعية من الموجب في محل العقد، ولعقود الإذعان خصائص تميزها عن غيرها من العقود يمكن إجمالها على نحو الآتي.

١- إن محل العقد يتعلق بسلع أو خدمات ضرورية للناس ولا يمكن الإستغناء عنها كخدمات الماء والكهرباء والهاتف كما تقدم.

٢- إحتكار الموجب لهذه الخدمات أو السلع أو المرافق إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو أن مجال المنافسة له محدود جداً.

٣- صدور الإيجاب موجهاً لجميع الناس والشروط وبصورة مستمرة لمدة غير محدودة وغالباً ما تكون جاهزة ومطبوعة معدة لتوقيع القابل أي (عمومية الإيجاب).

٤- إن الفقه المدني أعتبر عقود الإذعان هي عقود مقاولات ترد على هذه السلع والخدمات، وليس بيعاً أو إيجاراً لها.

ومع ذلك فإن طبيعة هذه العقود كانت مدار نقاش طويل بين فقهاء القانون المدني وفقهاء القانون الإداري، فالبعض منهم يرى أنها ليست عقوداً حقيقية وإنما هي (مركز قانوني منظم) ويذهب البعض الآخر قائلاً إلى أنها من العقود التي يظهر فيها الحرية والإختيار رغم الإذعان وللقابل دور في التعبير عن إرادته في ذلك^(١٤٥).

وقد حسم الأمر في القانون المدني الأردني على نحو ما تقدم وفي القانون المدني العراقي في هذا المجال واعتبرها عقوداً مدنية حقيقية فنص على العقود المذكورة في المادة (١٦٧) التي جاء فيها:

(١٤٥) أنظر الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق- ص ٣٢.

الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت- المرجع السابق- ص ١٠٣.

الأستاذ الدكتور عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص ٤٦٦- ٤٣٧.

١- إذا تم العقد بطريق الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه المناقشة.

٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك.

٣- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائناً).

وهذا النص يوافق ما ذكره المشرع المصري في المادتين (١٤٩ و١٥١) من القانون المدني والمشروع الجزائري في المادة (١١٠) من القانون المدني فالتشريعات المذكورة تسبغ حماية للطرف الضعيف إقتصادياً وهو الطرف المدعن بتفسير العقد عند غموض عباراته لمصلحة الدائن وفي هذا خروج على المبدأ الذي قرره المادة (١٦٦) مدني عراقي من أن (الشك يفسر لمصلحة مدني). أما القانون المدني الأردني فقد ذكر القاعدة المذكورة في المادة (١/٢٤) وأوردت الفقرة (٢) ما يلي:

٢- (م) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن

ولم يجنح القضاء العراقي عن هذا الاتجاه ففي قضية ذهبت فيها المحكمة المختصة إلى تعديل الشروط التعسفية وحماية الطرف المدعن بما من سلطة تقديرية وجاء في القرار ما يلي: (١- عقد نقل البضائع المبرم مع مصلحة السكك الحديدية هو عقد إذعان. ٢- الشروط الذي يجيز للمصلحة مضاعفة أجور الخزن في حالة تراكم البضائع والتأخر في إخراجها شرط تعسفي يجوز للمحكمة تعديله (م ١٦٧/٢) مدني^(١٤٦).

وفي قضية أخرى: (لا تعدد العقود الجارية عن طريق المزايد العلنية من عقود الإيعان)^(*) وكذلك الحال بالنسبة للعقود الجارية عن طريق المناقصة لعدم توافر خصائص عقود الإذعان ولوجود المساومات.

ومن الشروط التعسفية التي يمكن أن يضعها الطرف القوي وحده (شرط الإعفاء من

(١٤٦) رقم القرار ١٥١٨/١٦٢١/حقوقية/ ١٩٦٨ في ١٧/١٢/١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى. ١٩٧١، ص ٥٦.

(*) إبراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- ص ٥٠٣.

المسؤولية العقدية) كالشرط الذي نجده في عقد النقل بالباخرة من أن الناقل ليس مسؤولاً عن فقدان الأمتعة والأشياء الثمينة فهو شرط لمصلحة الموجب وحده يعفيه من المسؤولية العقدية. فللقاضي أن يهمل هذا الشرط ويفسر العقد لمصلحة الطرف الضعيف (المسافر). كما أن هذا الشرط الوارد في العقد لمصلحة الطرف القوي إقتصادياً شرط تعسفي يمكن تعديله أو إلغاؤه.

موقف القضاء الأردني

ذهبت محكمة التمييز الأردنية على الحكم بأن عقد التأمين يعتبر عقد إذعان وأن كل شرط تعسفي يعتبر باطلاً عملاً بالمادة (٢٠٤) من القانون المدني (*). وفي قرار آخر جاء فيه: (لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أو في بالمقصود بالعقد) (**).

الموضوع الثالث : إقتران القبول بالإيجاب Accord De Volonte

سبق أن بينا أن إقتران القبول بالإيجاب والمطابقة التامة معه هي من شروط صحة القبول، وتكفي المطابقة في المسائل الجوهرية بين المتعاقدين ما لم يتفقا على غير ذلك، وأن الميعاد الذي يلزم فيه هذا الإقتران هو طويلة مدة بقاء الإيجاب قائماً سواءً أكان ملزماً لإقترانه بأجل أو غير ملزم، وسواءً أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين.

إن استكمال دراسة البحث يقتضي الوقوف على مسألتين أساسيتين هما:

أولاً- التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد.

ثانياً- التعاقد بالمراسلة (التعاقد بين غائبين).

أولاً : التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد .

المقصود بمجلس العقد، كما تقدم، المكان الذي يضم طرفي التصرف القانوني ولا يقصد بذلك المعنى المباشر للمكان وإنما الوقت الذي يبقى فيه طرفا العقد منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر (١٤٧). أما الفاصل اليسير وهو الذي لا يدل على الأعرا بحسب

(*) قضية رقم ٨٧/٢٩١ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٩- ص ٥٢.

(**) قضية رقم ٨٥/٨٤٩ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٨- ص ٣٢٧.

(١٤٧) أنظر الأستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١- ص ٢١٤.

الستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٢- ص ٦ وما بعدها.

عيد الرحمن الجزيري- الفقه على المذاهب الأربعة- ج٢- قسم المعاملات -٥- بدون سنة نشر، ص ١٥٥-١٥٩.

العرف فإنه لا ير غير أن هذا الفاصل مختلف عليه من فقهاء الشريعة الإسلامية (١٤٨). كما أن بعض الفقهاء أوجب القبول الفوري للإيجاب لإنعقاد العقد.

إن الغرض من وجود نظرية مجلس العقد هو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد لأن إتحاد المجلس شرط في الإنعقاد والغرض تحديد المدة التي يصح فيها أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه. فلو بدأ أعراض من إحدهما إنقض مجلس العقد (١٤٩) وبترتب على نظرية مجلس العقد النتائج التالية:

١- أن يكون للمخاطب بالإيجاب (خيار القبول) إلى أن ينقض مجلس العقد فالقبول غير محتتم لأن مجلس العقدان صيغت نظريته لتحديد المعيار الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه.

٢- أن يكون للموجب (خيار الرجوع) عن إيجاب حتى صدور القبول أو إنفضاض المجلس.

٣- أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس (١٥٠). والمقصود بخيار المجلس أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ ما دام العاقد أن لم يتفرقا بالأبدان وهذا الأمر مختلف عليه بين الفقهاء (*).

وفي ضوء التشريع المدني الوضعي فإن القبول إذا لم يصدر فور صدور الإيجاب وكان المتعاقدان يجمعهما مجلس واحد فإن الموجب يمكن أن يتحرر من ايجابه إذا لم يحدد مدة للإبقاء على إيجابه، سواءً أكان إتحاد مجلس العقد حقيقة كأن يجتمعان في زمان ومكان واحد أو كان إتحاداً حكماً كالتعاقد عن طريق الهاتف أي بإتحاد الزمان وإختلاف المكان. على أن الموجب يبقى ملتزماً بإيجابه حتى ما بعد مجلس العقد إذا وجد ما يدل بقائه على هذا الإيجابه على الرغم من أن القاعدة تقضي سقوط الإيجاب عند عدم إقتران القبول به فوراً (١٥١). ونشير إلى أن القانون المدني العراقي نص في المادة (٨٤) ما يلي:

(إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد) (**).

(١٤٨) تفصيل الإختلاف أنظر: عبدالرحمن الجزيري- المرجع السابق- ص ١٥٩- ١٦١.

(١٤٩) الأستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٢- ص ٦- ٧.

(١٥٠) الأستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٢- ص ١٤- ١٥.

(*) محمد ابو زهرة- الملكية ونظرية العقد- ص ٢٠٥.

(١٥١) أنظر الأستاذ محمد حسين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص ٣٣.

(**) نصت المادة (٩٨) من القانون المدني الأردني (إذا عين ميعاد للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد).

كما نصت المادة (٨٢) منه ما يلي: (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس. فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإغراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك (***)). أما التعاقد بين الطرفين عن طريق جهاز الهاتف فهو يجمع بين الحالتين لأنه تعاقد بين حاضرين في الزمان وبين غائبين في المكان وعلى هذا نصت المادة (٨٨) من القانون المذكور التي جاء فيها: (يعتبر التعاقد (بالتلفون) أو بأية طريقة ماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بلزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان) (١٥٢) وعلى هذا نصت المادة (١٠٢) من القانون المدني الأردني.

ولا شك، أن الهاتف وقت وضع القانون المدني العراقي كان من وسائل الإتصال المتطورة آنذاك، إلا أنه ليس كذلك في العصر الحاضر حين دخل الكمبيوتر (الحاسبة) حيز التنفيذ في إبرام العقود لا سيما في مجال التعاقد عن طريق البنوك والخطوط الجوية فالتعاقد عن طريق الكمبيوتر هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وما بين غائبين من حيث المكان أي (مجلس العقد الحكمي).

كما أغفلت العديد من القوانين المدنية العربية بيان أحكام التعاقد بالكمبيوتر Computer والذي لا يتم إلا إذا كان هناك وسيلة إتصال بين هذه الأجهزة الإلكترونية أي وجود (شبكة كمبيوتر) يستطيع المشترك في تلك الشبكة بواسطتها الإتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك نفس الجهاز وفقاً لرقم أو إشارة أو كلمة سر معينة. ومن الطبيعي أن جهاز الكمبيوتر ليس طرفاً في وسيلة من وسائل الإعلان عن الإدارة في الإيجاب والقبول يمكن إدراجها ضمن طرق الكتابة لأن هذه الوسيلة تترك أثراً مادياً هي (نبضات كهربائية مسجلة).

وعلى هذا يذكر البعض أن التعاقد بالكمبيوتر ما هو إلا تعاقد بالتلفون إلا أنه يزيد عليه أن كمبيوتر هو الذي يتولي التعبير عن الإرادة بدلاً من الإنسان الذي يكون صاحب الإرادة وهو على هذا (نظام مختلط).

ثانياً : المتعاقد بالمراسلة (التعاقد بين غائبين) CONTRATS ENTRE

ABSNTS OU PAR CORRESPONDANCE

لاشك أن تطور الحياة في جوانبها المختلفة وتشعب المصالح وتبادلها وإنتشار وسائل الإتصالات المتقدمة جعل من السهولة إجراء الإتصالات وإنشاء العقود بين الأشخاص في

(***) نقل المشرع الأردني هذه المادة حرفياً من المادة (٩٦) من القانون المدني. وأصل المادتين من الفقه الحنفي. (١٥٢) أنظر المادة (٦٤) من القانون المدني الجزائري والمادة (٩٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٠٢) من القانون المدني الأردني.

المعاملات الوطنية أو مع من هم في خارج الوطن كالتعاقد بين شخص في الكويت وآخر في لندن عن طريق الهاتف أو التلكس أو جهاز إرسال الرسائل المصورة (الفاكسميلي) أو عن طريق أجهزة الكمبيوتر في البنوك العالمية والشركات الكبرى وغيرها دونما حاجة الى حضور أطراف العقد في مجلس واحد، فما هو الوقت الذي يتكون فيه العقد بين المتعاقدين؟.

ولم يغفل الفقه الإسلامي فكرة التعاقد بالمرسلة وهو ما أطلق عليه تسمية (المجلس الحكمي للعقد) حيث ينعقد إما حال أداء الرسول رسالته وإما حال قراءة الخطاب (١٥٣).

لقد جرت العادة، في تقنينات الدول المختلفة، عربية كانت أم أجنبية، على أن يقتصر أمر التشريع، في تنظيمه التعاقد بالمرسلة، على مواجهة مسألة زمان إنعقاد العقد ومكانه وهي مسألة كبيرة في أهميتها إلا أنها ليست الوحيدة، فالى جانبها توجد مسألة أخرى لا تقل عنها أهمية، بل تزيد هي مسألة تحديد مدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه بعد أن يبعث به الى الموجب له (١٥٤). ونشير إلى أن وقت إنعقاد العقد تتناوعه نظريات متعددة ويمكن تلخيص ذلك على النحو الآتي:

الرأي الأول: نظرية صدور القبول ويتفرع عنها نظرية وجوب تصدير القبول حتى ينعقد العقد. الرأي الثاني: وهي سائدة في الفقه المدني الحديث وأخذت به كثير من التشريعات المدنية والتي تستلزم (علم الموجب بالقبول) فإن تحدد زمان إنعقاد العقد فإن مكان إنعقاده يتبعه، وفي تحديد زمان إنعقاده نتعرف على وقت تنفيذ الإلتزام العقدي، بينما يكشف مكان إنعقاده عن القانون الواجب التطبيق (١٥٥).

إن القانون المدني العراقي أخذ بنظرية العلم بالقبول من الموجب واعتبر التسلم للقبول دليلاً على العلم به فنصت المادة (٨٧) على ما يلي:

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

(١٥٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي-ص٦١.

(١٥٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي-ص٤-٦٥.

(١٥٥) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الإلتزام- ج١-ص٢٥٢.

الدكتور محمد حسنين-ص٣٤.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف- المرجع السابق-ص١٢٣-١٢٤.

نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على ما يلي: "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة.

٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما . ولم يشذ القانون المدني الجزائري عن هذا الإتجاه حين نص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة (٦٧) وكذلك القانون المدني الكويتي في المادة (٤٩) الذي أضاف (العرف) الى جانب الإتفاق والقانون في الشطر الأخير من المادة.

ويعود أصل النصوص المدنية العربية تلك للمادة (٩٧) من القانون المدني المصري.

موقف القضاء المدني الأردني

أخذ المشرع الأردني بالرأي الأول وقد شد بذلك عن إتجاه الكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية فجاء في المادة (١٠١) ما يلي: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول مالم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك" (*).

٣- النيابة في التعاقد وتعاقد الشخص مع نفسه

النيابة في التعاقد LA REPRESENTATION

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية فكرة النيابة في إنشاء التصرف الشرعي (العقد) على نحو يتميز كثيراً في تقدمه على ما جاء عن القانون الروماني والفقهاء الغربي، كما ميز الفقهاء بين الرسول الذي يعبر عن إرادة المرسل دون أن يكون له رأي فيها ويصلح أن يكون مميزاً وبين النائب الذي يعبر عن ارادته هو لا عن إرادة الأصيل في العقد والعقد يقوم بكلامه (١٥٦).

ومصادر النيابة في الفقه الإسلامي التي تضفي على النائب صفة النيابة ثلاثة، نيابة قانونية مصدرها الشرع كالولي نائب عن محجورة ونيابة قضائية مصدرها القاضي كالقيم وأخرى إتفاقية مصدرها إرادة الأصيل وهذه هي الوكالة (١٥٧). ويطلق على النيابة في الفقه الإسلامي تسمية (الولاية) وهي أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره

(*) جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني - ج١ - ص ١١ بأن هذه النظرية هي ما ذهب إليه الفقه الحنفي وهي التي تسري مالم يوجد إتفاق أو نص صريح خلاف ذلك.

(١٥٦) أنظر: الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج٥ - ١٩٥٨، ص ٢١٩ - ٢٢٠.

الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٣٧٩ - ٣٨١.

(١٥٧) السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج٥ - ص ٢٢١.

محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٣٧٩ - ٣٨٠.

عليه. وتلك السلطة قد تكون بالأصالة وقد تكون بقيام الشخص على شؤون غيره بولاية شرعية أعطاهها له الشرع كولاية الاب على أبنه أو من القاضي أو بالإتفاق كالوكالة بالبيع والشراء أو النكاح (١٥٨). فالولاية قد تكون على النفس وقد تكون على المال (١٥٩). وهي إما أن تكون قاصرة أو ولاية متعدية.

أما في القوانين المدنية الوضعية والفقه المدني فإن المقصود بالنيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة آثار ذلك التصرف إلى الأصيل وأن الأصل جواز النيابة في كل تصرف قانوني مالم ينص القانون على خلاف ذلك (١٦٠). ومن هذا مثلاً عدم جواز النيابة في حلف اليمين بدلاً من الأصيل إذ نصت المادة (١١٢) من قانون الإثبات في العراق رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ما يلي: " تجري النيابة في طلب التحليف ولا تجري في اليمين". وعلى هذا نصت المادة (٦٨) من القانون البيئات في الأردن رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣.

ولقد عالج القانون المدني الفرنسي النيابة في نصوص متعددة ضمن عقد الوكالة وقد ذكر السنّاذ (جان كربونية) فكرة النيابة على نحو ما تقدم بأنها:

La representation est un me cansime par lequel un individu (repre sentant)
En la)-sente- une autre individu (repre-passé un contral pour Le compte d
nissent Le droits el les obligations) (161) personne de qui

وطبقاً للقانون المدني الفرنسي لايجوز النيابة في الزواج والتبني والإقرار بالبنوه الطبيعية والوصية (١٦٢). ولم تخصص نصوص مستقلة للنيابة لكفاية المواد الواردة في عقد الوكالة.

(١٥٨) ابو زهرة- المرجع السابق ص- ٣٨٠.

د. محمد يوسف موسى- الفقه الإسلامي- المرجع السابق- ص٣٦٦ - ٣٦٧.

(١٥٩) الدكتور محمد يوسف موسى- ص. ٣٦٨

(١٦٠) الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق الفقه الإسلامي- ج٥. ص ١٩٦.

الدكتور محمد سعد الدين الشريف- نظرية الإلتزام- ص١٢٧.

الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للإلتزام- ج٢- ص٢١٦ - ٢٢٢.

Antoine Vialard Droit Civil- La Formation Du Contrat Op. Cu. p. 82- 82

الأستاذ الدكتور السنهوري- نظرية العقد- ص٢٠٦ وما بعدها

الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسي- الألتزامات- ج١- ص١٥٩- ١٦١.

(161) Jean Carbonnet Les Obligations- Op. Cit. p. 206.

(162) Mazeaud Leon. De Droit Civil. Op. Cit. p. 188. 119.

موقف القانون المدني الأردني

لم يخصص المشرع الأردني للنيابة قواعد عامة تشكل نظرية عامة لها.

وإنما عالج الوكالة باعتبارها نوعاً من أنواع النيابة مصدرها الإتفاق وخصص المواد (٨٣٣-٨٦٧) من القانون المدني لأحكامها.

فالوكالة في القانون المدني الأردني هي عقد يقيم الموكل بمقتضاء شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم المادة (٨٣٣). وللوكالة شروط إنعقاد وشروط صحة سواء وردت بصورة مطلقة أم مقيدة منجزة أم موصوفة المادتان (٨٣٤-٨٣٥).

أما المادة (٨٤٩) فقد نصت صراحة تعاقداً للنائب مع نفسه فلم تجز المادة المذكورة لمن يشترط أن يشتري لنفسه. فالشراء يكون للموكل ولم صرح بأنه يشتريه لنفسه. كما لا يجوز للوكيل بالشراء أن يبيع ماله لموكله.

ولا بد من الإشارة إلى أن المادة (١١٥) نصت ما يلي: "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء كان التعاقداً لحسابه أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقداً وهذا كله مع مراعاة ما يخالفه من أحكام القانون أو قواعد.....".

موقف القضاء الأردني

ذهبت محكمة التمييز إلى أنه لا يؤثر عزل الوكيل عن الوكالة بالبيع الذي تم قبل العزل ولا تقبل البيئة الشخصية لإثبات العزل كان قبل البيع لمخالفته ما جاء في إنذار العزل (١٦٣).

وفي قضية أخرى: توجب قواعد النيابة والوكالة بالخصوصية على الوكيل والنائب أن يدعي الحق للأصيل (١٦٤). ولا يصح توكيل الوكيل لوكيل ثان مالم يثبت أنه مفوض بتوكيل الغير (١٦٥).

كما ذهبت المحكمة إلى أنه: لا يعتبر شقيق الوكيل من الاصول والفروع التي نصت المادة (٢/٨٥٣) من القانون المدني بيع الموكل به لهم إلا بثمن يزيد على ثمن المثل (١٦٦).

(١٦٣) مجلة نقابة المحامين-١٩٨٥ ص١٨٤٧.

(١٦٤) مجلة نقابة المحامين-١٩٨٩ ص٢٤٨٧.

(١٦٥) مجلة نقابة محامين-١٩٨٩ ص٢٦٠٤.

(١٦٦) مجلة نقابة المحامين-١٩٨٩ ص٢٥٧٥.

وإذا كان القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ قد خصص المواد من (١٠٤-١٠٧) للنيابة وجاء القانون المدني الجزائري متأثراً به حين خصص المواد من (٧٣-٧٦) ضمن شروط العقد. وأن القانون المدني الكويتي خصص المواد من (٥٣-٦٤) حيث تحدد الإطار العام لنظام النيابة في التعاقد التي أرسيت أسسه على قاعدة قال بها الفقه الإسلامي والقانون المعاصر في أن ما يجوز به التعاقد بالأصالة يجوز فيه التعاقد بالنيابة، فإن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لم يتضمن نظرية عامة للنيابة. وهو عيب في التشريعات المذكورة حيث عالج النيابة ضمن أحكام عقد الوكالة في المواد (٩٢٧-٩٤٩) ثم بين في المواد (٥٨٨-٥٩٠) حكم الولي والوصي والقيم ماله من الصغير أو المحجوز وإزاء هذا القصور التشريعي. ذهب مشروع القانون المدني العراقي الى تلافي هذا العيب حين خصص أحكاماً مستقلة للنيابة في التعاقد المواد (٣٢٦-٣٣٦) التي يعود أصلها للقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي، وضع المشروع نظرية عامة للنيابة وأشترط في النائب أن يكون كامل الأهلية آياً كان نوع النيابة. كما منع النائب. دون إذن خاص أو نص في القانون أن يتعاقد مع نفسه ولحسابه بإسم من ينوب عنه إلا إذا أجازته (١٦٧). كما نص المشروع على عقد الوكالة ضمن العقود الواردة على العمل. المواد (٨٥٩-٨٧٨).

وللنيابة ثلاثة مصادر، القانون أو الإتفاق أو القانون حيث نصت المادة (٣٢٦) من مشروع القانون المدني الجديد ما يلي: "يجوز أن ينوب الشخص عن غيره بمقتضى القانون أو الإتفاق أو بموجب قرار قضائي في القيام بتصرف قانوني بإسم الأصيل ولحسابه مالم يوجد نص أو تقضي طبيعة التصرف بخلاف ذلك".

فالولي والوصي والقيم (١٦٨). ومصفي الشركات خلال فترة التصفية. هم وكلاء قانونيون (١٦٩). وعقد الوكالة هي نيابة اتفافية بين طرفين مصدرها الإتفاق الذي يحدد طبيعة

(١٦٧) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون - ص٢٢٤.

والمذكرة المقارنة للمشروع المدني الجديد- ص٥٤.

(١٦٨) الولي الصغير أبوه ثم المحكمة طبقاً للمادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ والوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين أو من تنصبه المحكمة وفقاً للمادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين. والقسم هو من تعسه المحكمة لإدارة أموال المحجور والغائب والأسير والمفقود والغائب. إلا أن المشروع المدني الجديد ذهب إلى أن ولي الجنين ثم أمه وتقتصر الولاية على حفظ أمواله وقبول الهبات عنه والوفاء بما يترتب عليه بسبب ذلك.

(١٦٩) وهذا هو حكم قانون الشركات الاردني لسنة ٨٩ وقانون الشركات العراقي الفقرة ثانياً من المادة (١٥٩) من قانون الشركات رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

- ١- إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل. ولكن جاوز في تعاقد حدود الوكالة أو عمل أحد دون توكيل أصلاً. فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته.
- ٢- ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد. وتحلل من العقد). والقاعدة في هذا المجال أن الاجازة اللاحقة من الموكل كالوكالة السابقة.

تعاقد الشخص مع نفسه^(١٧١) (CONTRAT AVEC SOI-MÊME)

لم تتفق التشريعات المدنية الوضعية على موقف موحد من حالة تعاقد الشخص مع نفسه، فمنهما ما يحرم في الأصل هذا التعاقد ومنها ما يبيحه في الأصل، فالقانون المدني المصري أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه عدا بعض الحالات الإستثنائية حيث نصت المادة (١٠٨) منه على ما يلي: "لا يجوز أن يتعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعده التجارية".

وعلى هذا النهج سار المشرع العراقي في المادة (٩٥٢) من القانون المدني عدا بعض الحالات المستثناة التي وردت في المادة (٥٨٨) (ولاية الأب على مال ولده فله أن يشتري أو يبيع بالغبن البسيط لا الفاحش وكذلك الجد) وما نصت عليه المادة (٥٨٩) والمادة (٥٠٩) والمادة (٥٩١).

والأصل في حظر هذا التعامل للتهمة فإذا إنتفت لوفور شفقة الأب أو لوجود الثقة إنتفت التهمة فأببح التعاقد بقيود اوردها القانون لمصلحة القاصر^(١٧٢).

(١٧١) أنظر المراجع التالية:

الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٥- ص٢١٥-٢١٨.

الدكتور سليمان مرقس- الإلتزامات- المرجع السابق- ص٩٩-١٠٢.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف- ص١٣٧-١٤٠.

ذهب القانون الفرنسي إلى إباحة تعاقد الشخص مع نفسه عدا بعض الحالات الإستثنائية.

Mazeaud- Lecons Droil Civil- Op- Cit- p- 120- 121.

(١٧٢) الدكتور محمود سعد الدين الشريف- ص١٣٨-١٣٩.

وفي هذا الخصوص ذهب محكمة التمييز في قرارها ٢٧٦/ هيئة أولى/ ٧٨٦ الوكيل ما يلي:

"أن المادة (٥٩٢) من القانون المدني منعت شراء الوكلاء أموال موكلهم ولو بطريق المزاد العلني لا=

التصرفات التي يقوم بها النائب فقد تكون عامة شاملة أو مقيدة محددة ببعض الأعمال القانونية. وفي الحالتين الأخيرتين تظهر خطورة التصرف والمشكلات التي تنجم عن إستغلال الثقة التي أودعها الأصيل عن النائب^(١٧٠). أما النيابة القضائية والتي يكون مصدرها قرار الحكم الصادر من المحكمة المختصة فهي بالأصل نيابة قانونية أيضاً تجدها نص قانوني. ولذلك تنص قوانين متعددة على أن النيابة على نوعين هما: (النيابة القانونية والنيابة الإتفاقية) استناداً إلى السلطة التي تحدد نطاق ولاية النائب ولما كانت النيابة هي أوسع من الوكالة ومعالجتها ضمن أركان العقد (النظرية العامة للعقد) أمر ينسجم والإتجاه الفقهي والتشريعي الحديث. إلا أن للنيابة شروطها التي يذكرها عادة فقهاء القانون المدني ويمكن تلخيصها على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل. مؤدي ذلك أن للنائب حرية التقدير في تكوين العمل القانوني وإلا كان دوره مثل دور الرسول لأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو ينبغي أن يكون أهلاً للتصرف الذي يعقده بينما يعبر الرسول عن إرادة الأصيل ولا يشترط أن يكون كاملاً في أهليته إذ يمكن أن يكون ناقص الأهلية وما على الرسول إلا البلاغ.

الشرط الثاني: أن يكون تعاقد النائب باسم الأصيل. ويلزم على الغير بهذا الأمر في أن التعامل هو باسم ولحساب الأصيل (الموكل) وإلا ففي حالة جهل الغير بهذه الحقيقة فإن آثار التصرف القانوني ستنصرف على النائب وعادة يقوم النائب بإبراز الدليل عند إنشاء التصرف وهو (عقد الوكالة) أو قرار المحكمة، ولأن ظروف الحال أحياناً تكشف أن المتعاقد إنما هو نائب وليس متعاقداً أصلياً وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي: "إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه، غلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل، ولا يهمن أن يرجع عليه".

الشرط الثالث: أن يتصرف النائب في الحدود القانونية أو الاتفاقية المحددة في النيابة. فإن جاوزها تسقط صفة النيابة عن النائب ويتوقف التصرف الذي أبرمه مع الغير في حق الأصيل على إجازته وعلى هذا نصت المادة (٩٤٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

(١٧٠) ذهب القضاء العراقي في قضية الى: " ذمة المدني نبراً في الدين إذا سدد الدين لوكيل الدائن المعزول وكان المدين حسن النية جاهلاً للعزل" (٨٠) أنظر المراجع التالية:

الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٥- ص٢١٥-٢١٨.

إذا فإن الفكرة التي تقوم عليها تعاقد الشخص مع نفسه شخصاً واحداً قد يحل بإرادته محل الغير فينشأ عقداً بإعتراف أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير أو نائباً عن طرفي العقد كتوكيل شخص لبيع منزله وقيام شخص آخر بتوكيل نفس الشخص لكي يتولي الشراء، أو أصيلاً في الحالتين^(*).

ونشير بهذه المناسبة أن الفقه المدني اختلف في مسألة تكييف تعاقد النائب مع نفسه، فالبعض منهم ذهب إلى أن هذه التصرفات القانونية إنما هي من العقود والتي ينبغي معالجتها ضمن نظرية العقد نظراً لوجود التعبير عن الإرادة. في الإيجاب والقبول رغم وجود شخص واحد. بينما ذهب الأستاذ الجليل السنهوري قائلًا (وما دام النائب يعبر عن إرادته هو عن إرادة الأصيل كما قدمنا فإن الذي يجمع طرفي العقد في شخصه، سواء أكان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر ولو كان نائباً عن الطرفين، إنما يجري العقد بإرادته هو وحده وقد حلت محل الإرادتين معاً^(١٧٣)).

والخلاصة فإن الفقه الإسلامي وأغلب القوانين المدنية العربية، ومنها القانون المدني العراقي

= بأنفسهم ولا بإسم مستعار والعلة في ذلك هي خشية الأضرار بالموكل لذا فإن باع الوكيل ملك موكله إلى أخيه ببدل يزيد على نصف قيمته ويفارق ضنيل جداً فيكون هذا البيع من قبيل شراء الوكيل الملك لنفسه تحت إسم مستعار وهو محظور طبقاً للمادة اعلاه".

مجلة القضاء - العددان الثالث والرابع - السنة ٤٣ ١٩٨٨ - ص ٣٢٦ - ٣٢٧.

(*) تحصل حالة تعاقد الشخص مع نفسه بإعتباره أصلاً في الحالتين في حالة تعاقد شركة التأمين مع نفسها وإعادة التأمين عن أموالها من الحريق أو السرقة وهي حالة نادرة لم تنص عليها التشريعات المدنية إلا أن ضرورات الحياة العملية قد أجازتها حيث يذكر الدكتور عدنان أحمد ولي في نطاق بحثه بولاية شركة التأمين في إعادة تأمين الاموال العائدة لها والمؤمنة من قبلها، لا وجه للإستغراب من التساؤل عن جدوى تأمين المال لدى الشركة المؤمنة نفسها سيما وأنها ستكون بالنتيجة في مركز الدائن والمدين معاً، فالمؤمن سيربح إمكانية إعادة التأمين عن الخطر بلا أقساط تدفع للمؤمن آخر، وان الضرورات العملية توجب الاعتراض بقانونية عقد إعادة التأمين هذا لأن هذا الأمر أستقر عليه الحال فترة غير قليلة حيث الفت شركات التأمين تأمين أموالها ذاتياً وأن العقل القانوني المطالب بالمرونة ونبد الجمود مطالب بإقرار هذه الحالة وإيجاد التبرير القانوني لها. ثم يضيف قائلاً: "وفي سياق المساهمة في البحث عن الحل المطلوب نرى أن مركز المؤمن في عقود التأمين المذكورة ذو طبيعة خاصة وهو يجمع في ذات الوقت بين المركز القانوني للمالك وبين المركز القانوني للمؤمن.

فهو مالك له أن يسعى إلى تأمين المال. وهو في عين الوقت مؤمن يملك ولاية تأمين الأموال وفي توقيع عقد التأمين يمارس الحقوق الناجمة عن ازدواج مركزه القانوني ويوقع العقد في كل مرة منطلقاً من مركز قانوني مغاير".

الدكتور عدنان أحمد ولي - عقد إعادة التأمين - بغداد - الطبعة الأولى - ١٩٨٢ - ١٠٤ - ١٠٦.

(١٧٣) مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ٥ - ص ٢١٥.

سارت الى حظر تعاقد النائب مع نفسه في الحالتين، كمبدأ عام، سواء أكان أصيلاً عن الغير أم نائباً عن الإثنين وأن المشروع المدني الجديد قد فعل حسناً حين نص صراحة على تنظيم الصورة الثانية لهذا التعاقد وإن كان الفقه المدني قد أجازها، وأوردت إستثناءات مردها الإذن الخاص أو نص القانون في حالة الإجازة نظراً لوجود الشك والريبة والحذر في هذا التعامل ولأن الإنسان دائماً مجبول على حب مصلحة وتفضيلها على مصلحة غيره. وعلى الرغم من أن التصرف القانوني الموجود إنما هو ينشأ بإرادة النائب وحده إلا ان تنظيم أحكام تعاقد النائب مع نفسه يدخل ضمن نظرية العقد لكونه عقداً حقيقياً يخضع لأركان وشروط العقد وصحته.

ثانياً ، صحة التراضي :

تعرضنا فيما تقدم إلى التراضي فأشرنا الى وجود التراضي والتعبير عن الارادة ثم ضرورة توافق الإرادتين والى النيابة في التعاقد ثم تعاقد الشخص مع نفسه، وأن إستكمال دراسة الموضوع يستوجب التعرف على صحة التراضي من خلال الوقوف على العاملين المؤثرين في صحة التراضي وهما: الأهلية والعيوب التي تشوب الإرادة، لذلك سنبين صحة التراضي على النحو التالي:

١- الأحكام العامة في الأهلية.

٢- عيوب الإرادة.

١- الأحكام العامة في الأهلية.

الأهلية معناها في الشريعة صلاحية الارادة للالزام والإلتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق قبل غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق فإذا صار الشخص أهلاً لتبوت الحقوق المشروعة له، وتبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلاً لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية ويوجدتها، كانت عنده الأهلية بجزئيتها، أو كان عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء^(١٧٤).

وتذهب الكثير من التشريعات الوضعية الى النص على مبدأ جوهرى ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. وقد تأكد هذا المبدأ في القانون المدني الجزائري المادتان (٤٠ و ٧٨) وفي القانون المدني

(١٧٤) الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٣٠٢.

الفرنسي في المادة (١٠٩) والقانون المدني الفرنسي في المادة (١١٢٣) (١٧٥). والمادة (١/٤٣) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها:

١- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية(*) .

وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (٩٣) على هذا المبدأ حيث جاء ما يلي: " كل شخص أهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها".

كما تضمن قانون رعاية القاصرين في العراق رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ نصاً معيباً المادة (٣) حين اعتبر من أكمل الخامسة عشرة من عمره كامل الأهلية إذا تزوج بإذن المحكمة.

وفي نطاق الأحكام العامة للأهلية لا بد من التطرق على كل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء وتأثر الأهلية بالسن والى أحكام الصغير المأذون والقاصر المتزوج ثم لعوارض الأهلية وأخيراً لموانع الأهلية.

أهلية الوجوب وأهلية الأداء

ينصرف الذهن عند التعرض لأحكام الأهلية تارة الى أهلية الوجوب Capacite de Jouissance وتارة أخرى الى ما يسمى بأهلية الأداء Capacite d- exercice حيث يقصد بأهلية الوجوب هو: صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية وتثبت للإنسان من وقت ولادته الى حين وفاته وقد تثبت له قبل الولادة (مثل حالة الجنين) فيكون له الحق في الميراث وفي الوصية (١٧٦). وقد يتحمل الشخص خلال هذه الفترة بيع الواجبات القانونية.

فأهلية الوجوب بهذا المعنى هو الشخص ذاته من الناحية القانونية فللشخص سواء أكان طبيعياً أم معنوياً إنما ينظر اليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه بعض الواجبات التي يكون مصدرها القانون كدفع الضرائب للدولة مثلاً، فإذا إنعدمت أهلية

(175) Ican Carbonnier Droit Civil 2. La Famille. Les Incapacites Paris 1979- P 531.

(*) وقد نصت المادة (١١٦) من القانون المدني الأردني على ما يلي:

(كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها).

(١٧٦) الدكتور السنهوري- مصادر الإلتزام- المرجع السابق- ص ٢٦٦ وما بعدها.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم والأستاذ عبدالباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير- المرجع السابق-

ص ٦٣- ٦٥.

الوجوب إنعدمت الشخصية معها ومثالها حالة ولادة الجنين ميتاً والشركة بعد تصفيتها وكالميت بعد سداد ديونه (١٧٧).

أما أهلية الأداء - Capacite de - xercice فهي صلاحية الشخص في إستعمال الحق ويقع أن تتوفر للشخص أهلية وجوب دون أهلية أداء بينما من له أهلية أداء يستطيع أن يتصرف بجميع التصرفات القانونية إذا كان كاملاً في قواه العقلية إذ تكون له بالضرورة أهلية وجوب (١٧٨). وقد سبق أن ذكرنا أن أحكام الأهلية من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها أو النزول عنها وهو مبدأ إستقرت عليه التشريعات المدنية العربية والأجنبية وهذا ما نصت عليه المادة (٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (٧٨) من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ والمادة (٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (٣/١٦٣) من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي:

"٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال

الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الإستثنائية".

ولعل أول ما يلاحظ على الفقرة الثالثة من المادة (١٦٣) أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى حماية الإنسان وجسده من الإتفاقات الماسة بهما، إذ يلزم الإشارة لهما أولاً قبل بيان حكم الأموال. فالإتفاقات الماسة بحياة الإنسان باطلة ولو وقع المساس برضا الشخص لمخالفة الإتفاق لقواعد النظام العام كإتفاق الطبيب مع المريض الميتوس من شفائه على أنهاء حياته وتخليصه من عذاب الألم. فمثل هذا الإتفاق لا يعفي الطبيب من المسؤولية القانونية (الجنائية والمدنية). وذات الملاحظة ترد على الفقرة (٢) من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي. وهو مبدأ نصت عليه العديد من قوانين الدول عدا القليل منها ممن اجاز ذلك بشروط.

كما أن الإتفاق الواقع على جسم الإنسان لغير منفعة صاحب البدن، كالعلاج الطبي أو الإجهاض حفاظاً على حياة الأم أو التعقيم الطبي أو غيره، هو باطل لمخالفته قواعد النظام العام لأنه مساس بالتكامل الجسدي وتعطيل جزئي لوظائف الجسد. فإتفاق الطبيب أو

(١٧٧) الستاذ السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٦٧.

(١٧٨) الدكتور أنور سلطان- المبادئ القانونية العامة- دار النهضة العربية، ٣، ١٩٨١، ص ٢٢٨.

الدكتور عبدالمعتم فرج الصدة- مبادئ القانون- دار النهضة العربية- ١٩٧٧، ص ٢٣٨.

الصيدلي مع شخص على إجراء تجربة طبية على جسمه دون التثبيت من معرفة مخاطرها وقبل إجرائها على الحيوانات أو دون مراعاة ضوابط إجراء التجارب الطبية، هو إتفاق باطل لمخالفته قواعد النظام العام حتى وإن حصل الأمر، برضا الشخص.

وتأسيساً على ما تقدم فلا يجوز أن يعطي شخص أهلية غير متوافرة عنده توسيعها أو حرمان شخص منها أو الإنتقاص منها، وأن مناط الأهلية هو التمييز والأهلية دائماً تتأثر بالسن وقد تتأثر بعوامل غير السن على نحو ما سنوضحه.

الموضوع الأول : تدرج الأهلية وفقاً للسن :

إن الأهلية التي تهمنا هنا هي أهلية الاداء ومناطها الإدراك أو التمييز أو الإرادة ففاقد التمييز فاقد للإرادة لانه فاقد للإدراك، ناقص التمييز، ناقص الإدراك وناقص الأهلية، وكامل التمييز كامل للأهلية لأنه كامل.

- فاقد التمييز- فاقد للإرادة- فاقد للإدراك.

- ناقص التمييز- ناقص للإدراك- ناقص الأهلية.

- كامل التمييز- كامل الإدراك- كامل الأهلية.

ولما كان التمييز يكتمل عند الإنسان تدريجاً بحسب السن أي وفقاً لعمر الانسان فإن الأهلية تتدرج تبعاً لذلك الأمر الذي جعل السن العامل الأول الذي تتأثر به الأهلية^(١٧٩)، وأدوار السن بالنسبة للأهلية هي:

الدور الأول وهي مرحلة الصبي غير المميز والثاني مرحلة الصبي المميز والثالث مرحلة الشخص البالغ لسن الرشد الكامل في أهليته.

الدور الأول للسن، مرحلة الصبي غير المميز

نصت المادة (٣/١١٨) من القانون المدني الأردني ما يلي: "٣- وسن التمييز سبع سنوات كاملة". ويسمى الشخص في هذه المرحلة عديم الإدراك وفاقد التمييز أو عديم التمييز وإذا كان الأمر كذلك فهو عديم الأهلية أي أنه عديم أهلية الاداء لا يحق له إجراء جميع اشكال التصرفات القانونية، وسن التمييز في القانون المدني المصري بلوغ تمام السابعة من العمر المادة (٤٥) وفي القانون المدني العراقي هي ذات السن وفقاً لما نصت عليه المادة (٩٧) إلا أن المشرع المدني الجزائري شذ عن هذه القاعدة فاعتبر الشخص الذي لم يبلغ (١٦) سنة فاقداً

(١٧٩) الدكتور عبدالمنعم الصدة- المرجع السابق- ص ٢٤٠.

للتمييز إذ نصت المادة (٤٢) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية ما يلي: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر منه" بينما نص المشرع الأردني في المادة (٢/٤٤) من القانون المدني على أن سن التمييز هي ٧ سنوات ومن لم يبلغها فهو فاقد للتمييز.

إن فاقد التمييز ليست له أهلية أداء فتكون جميع تصرفاته باطلة مهما كان نوعها سواء تلك التصرفات التي يجريها وتحقق له نفعاً محضاً أو تلك التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر أو التصرفات الضارة ضرراً محضاً وبالتالي لا يستطيع من لم يبلغ السابعة من عمره (طبقاً للقانون المدني أن يقبل الهبة، لأنها عقد، والعقد يقوم على تطابق القبول مع الإيجاب ومن لا تمييز لديه لا يمكن أن تكون لديه الإرادة الكاملة في التعبير عن القبول الذي يحتاج الى الإدراك. ومن باب أولى لا يمكن أن يبرم عقداً في البيع أو الإيجار أو وكالة حتى مع توفر العوض لذات العلة كما يعد باطلاً تصرفه الضار ضرراً محضاً بحقه كقيامه بالتبرع (كالإعارة والكفالة بدون عوض) أو الهبة للأسباب ذاتها ولأن هذا التصرف ينقص من ذمته المالية. ويسري هذا الموقف على القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

ومن أجل حماية الصغير غير المميز ذهب القانون المدني الى بطلان هذه التصرفات حتى ولو أذن له وليه حيث جاء في المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي ما يلي: "تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن أذن له وليه" وسوف نتعرض مفصلاً لحكم التصرف القانوني الباطل. كما نصت المادة (١١٧) من القانون المدني الأردني ما يلي: "ليس للصغير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفات باطلة".

ويلاحظ أن للولي أو الوصي أو من في حكمهما أن يباشر بعض هذه التصرفات كي لاتتعطل مصالحه، وولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة وفقاً لنص المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠ والوصي وفقاً للمادة (٣٤) من القانون المذكور هو من يختاره الأب لرعاية شؤون الصغير أو الجنين (الوصي المختار) ثم من تنصبه المحكمة (الوصي المنصوب) على أن تقدم الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير فإن لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية الدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً. والوصاية المختارة من الأب تثبت وفقاً للمادة (٣٦) بمحرر كتابي تقرها المحكمة بعد وفاة الأب ويعتبر الوصي على الجنين وصياً على المولود^(١٨٠). بناءً عليه، يجوز للولي والوصي قبول الهبة للصغير غير المميز لأنها تزيد

(١٨٠) نصت المادة (٤٦) من القانون المدني الأردني ما يلي:

يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال في أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة للشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون".

من العناصر الإيجابية في ذمته وتتحقق فيها مصلحته وهذا ما يسمى بـ (أهلية الإغتناء) ويجوز تأجير عقار الصغير غير المميز لأن التأجير إدارة لأمواله إدارة معتادة تحقق له الفائدة ويحصل على العوض المالي من جراء هذا العمل القانوني.

ولولي والوصي أهلية التصرف بالغبن اليسير لا الفاحش كالبيع ولا يجوز لهما القيام بالتبرع من مال الصغير غير المميز لأن تصرفه ضار ضرر محض في حقه وبعد التصرف هذا باطلاً إذا وقع. كالإعارة والكفالة بدون أجر والوديعة بلا مقابل وغيرها.

وكل ذلك، فإن الحكمة هو رعاية مصلحة الصغير غير المميز فالوعي وفقاً لما حدده قانون رعاية القاصرين في العراق رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، لا يحق له أن يتصرف بمال الصغير الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين وبالطريقة المنصوص عليها قانوناً المادة (٣٠)، وللحكمة أن تسلب ولاية الولي حتى تثبت لها سوء تصرفه وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٢). كما نص قانون رعاية القاصرين في المادة (٢٩) على أنه يدخل في الولاية على المال ما يؤول للصغير بطريق التبرع إلا إذا اشترط المتبرع غير ذلك.

كما جاء في المادة (٤١) من القانون المذكور ما يلي "على الولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصرين وله القيام بأعمال الإدارة المعتادة على أن يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانوني المدني".

ثم نصت المادة (٤٢) بأنه لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم التبرع من مال القاصر إلا لأداء واجب عائلي إنساني بعد موافقة دائرة رعاية القاصرين كما حدد القانون في المادة (٤٣) منه التصرفات القانونية التي يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرتها بعد موافقة دائرة رعاية القاصرين من أجل حماية مصلحة الصغير غير المميز وبعد التحقيق من أن هذه التصرفات تحقق مصلحة فعلاً وهي:

أولاً: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية 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: إيجاب العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الإيجار في أي من الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد.

سادساً: قبول التبرعات المقترنة بعوض.

سابعاً: التنازل عن التأمينات وإضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوي وطرق الطعن القانوني في الأحكام.

ثامناً: القسمة الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها.

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

وطبقاً للقانون المدني الأردني فإن المادة (١٢٣) نصت على ما يلي: "ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة" ونحن لا نتفق مع المشرع الأردني على هذا النص فهناك ملاحظات كثيرة ترد عليه.

الدور الثاني للسن، مرحلة الصبي المميز (القاصر) (٧-١٨ سنة)

نصت المادة (٤٥) من القانون المدني الأردني على أن: "كا من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون". وسن الرشد في القانون الأردني وفقاً للمادة (٢/٤٣) هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

وتنحصر هذه المرحلة ببلوغ سن التمييز وعدم بلوغ سن الرشد في التشريعات الوضعية، ويسمى الشخص ناقص الأهلية، أي أن له أهلية أداء قاصرة لأنه يحق له القيام ببيع التصرفات القانونية دون غيرها. ويعتبر الصبي مميزاً طبقاً للقانون المدني المصري من وقت بلوغ سن التمييز وهي السابعة من عمره حتى وقت سن الرشد وهي ٢١ سنة وفقاً لما نصت عليه المادة (٢/٤٤) على نحو التالي: "وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة" لذلك فمن بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أي (٧-٢١) يكون ناقص الأهلية المادة (٤٦) مدني مصري.

أما في القانون المدني الجزائري فناقص الأهلية هو من بلغ السادسة عشر من عمره ولم يبلغ تمام التاسعة عشر من عمره (١٦-١٩)، وطبقاً للقانون المدني العراقي من بلغ السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر وهي سن الرشد.

وحكم تصرفات ناقص الأهلية ومن في حكمه (كالسفيه وذو الغفلة في القانون المصري وطبقاً للقانون المدني العراقي بعد صدور الحكم بالحجر عليها) إن التصرفات المالية النافعة نفعاً محاً تكون نافذة في حقه ولا يجوز له إبرام التصرفات القانونية المالية التي تعود عليه

ويبطل الأذن. ويكون بحجره على الوجه الذي أذن". فإذا إمتنع الولي عن الإذن فإن للمحكمة أن تأذن للصغير المميز ولها أن تعيد الحجر على الصغير المادة (١٢٢) (١٨٣).

القاصر المتزوج:

لم ينص المشرع الأردني على أحكام القاصر المتزوج على نحو ما ذهب إليه قانون رعاية القاصرين في العراق المادة (٣) الذي ذهب على إعتبار من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن القاضي كامل الأهلية وبالتالي تكون جميع تصرفات المالية كتصرفات بالغ سن الرشد المتمتع بقواه العقلية وغير المحجور عليه أي أن التصرفات التي يجريها صحيحة سواء كانت نافعة نفعاً محضاً في حقه أم ضارة ضرراً محضاً أم دائرة بين النفع والضرر على إعتبار أن الزواج يرفع عنه الولاية على ماله ونفسه.

بناءً عليه فالشخص البالغ ١٥ سنة والذي يتزوج بإذن المحكمة يستطيع أن يؤسس شركة تجارية من شخصه (مشروع فردي) برأسمال قدره (١٥ ألف دينار إلى مليون دينار) مع ممارسة جميع النشاطات المتعلقة بالتأسيس والإدارة وتحمل الإلتزامات الناجمة عن ذلك طبقاً لقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ٩٨٣ المعدل في العراق.

وإذا كنا نؤيد فكرة الصبي المأذون بالتجارة وأحكامها الواردة في القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني على نحو ما تقدم إلا أننا لايمكن أن نوافق المشرع العراقي على إتجاهه المذكور في قانون رعاية القاصرين (٣م) وما جاء في المادة (٤٧) من مشروعة المدني الجديد بخصوص القاصر المتزوج لأسباب كثيرة منها:

أولاً: إن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ٩٥٩ المعدل إعتبر الشخص المذكور من فترة الحضانه أي شخصاً يحق له إختيار الإقامة مع من يشاء من والديه وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٧) من القانون المذكور، فالشخص الذي ير بهذه المرحلة من العمر يحتاج الى الرعاية الكبيرة خاصة وأنه في طور المراهقة.

ثانياً: كثرة عقود الزواج الوهمية لكي يكون من أكمل الخامسة عشر من عمره كامل الأهلية وحتى يباشر جميع التصرفات على أمواله ولا يخفى ما في هذا الحال من مخاطر جسيمة على الصغير وعلى المجتمع.

ثالثاً: إن التشريع العراقي جاء خالياً من أي نص يوضح الحالة التي يكون عليها الصغير

بالضرر المحض كقيامه بالتبرع أو إلتزامه بالوديعة بدون أجر فإن أبرهما تكون باطلة. غير أن تصرفاته المالية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر في القانون المصري والتشريع الجزائري وتكون (موقوفة) على إجازة من له الإجازة في القانون العراقي والقانون المدني الاردني (٢/١١٨).

وقد نصت المادة (١/٩٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي:

١- يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محاً وأن لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وأن إذن بذلك وليه أو اجازة أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتعدد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف إبتداءً.

ولقد حدد قانون رعاية القاصرين نطاق سريانه الذي يشمل عديم التمييز والصبي المميز حيث أنه يسري على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد والجنين والمحجور الذي تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية والغائب والمفقود وأن المقصود بالقاصر لأغراض هذا لقانون هو الصغير (المميز وغير المميز) والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها إلا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك المادة (٣).

نخلص من ذلك أن الصغير المميز ومن في محكمة ممن اصابه بعض أسباب التمييز إلا أنه ما يزال ناقص العقل (ضعيف الادراك) ولذلك فهو ناقص أهلية الأداء ولا تكون جميع تصرفاته المالية صحيحة.

أحكام الصغير المأذون (القاصر المأذون)

نصت المادة (١١٩) من القانون المدني الأردني على مايلي:

١- للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر مقداراً من ماله ويأذن له في التجارب تجرية له. ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً.

٢- وإذن توفي الولي الذي إذن للصغير أو إنعزل من ولايته لا يبطل إذنه (١٨١). كما نصت المادة (١٢٠) ما يلي: " الصغير المأذون في التصرفات الداخلية تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد" (١٨٢). ثم أضافت المادة (١٢١) ما يلي: " للولي أن يحجر الصغير المأذون

(١٨١) أصل النص يعود للمادة (٩٨) من القانون المدني العراقي.

(١٨٢) أصلها يرجع للمادة (٩٩) من القانون المدني العراقي.

(١٨٣) قارن مع المادتين (١٠٠ و ١٠١) من القانون المدني العراقي.

المذكور إذا إنحلت الرابطة الزوجية فهل يظل كامل الأهلية أم يعود ناقص الأهلية وما حكم التصرفات التي يجريها الشخص المذكور بعد وقوع الإنحلال سواء أو التفريق أو الخلع أو موت الزوجه ؟

نخلص من ذلك إلى أن الصغير المأذون (القاصر المأذون) هو بمنزلة البالغ سن الرشد بالنسبة للتصرفات المالية الداخلية تحت نطاق الأذن وتكون جميع تصرفات نافذة صحيحة المادة (١٢٠) من القانون المدني والمادة (٩٩) من القانون المدني العراقي. وكذلك القاصر المتزوج، تكون تصرفاته كتصرفات البالغ سن الرشد وهو مالا تؤيده ونعتقد بأهمية إعادة النظر في موقف المشرع العراقي الوارد في المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين والوارد كذلك في مشروع القانون المدني العراقي المادة (٤٧) للأسباب التي بينها ولأسباب أخرى كثيرة قد لا يتسع المجال لذكرها.

الدور الثالث للسن، البالغ لسن الرشد (كامل الأهلية)

(كامل الإدراك) والأصل العام هنا أن جميع تصرفاته المالية تعد صحيحة سواء كانت نافعة محضاً في حقه أم دائرة بين النفع والضرر أم ضارة ضرراً في حقه ما دام متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه. وقد أوضحت ذلك المادة (٤٠) من القانون المدني الجزائري بقولها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد ١٩ سنة كاملة".

كما نصت المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي على أنه: "كل شخص أهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها" ونصت المادة (٣٣٧) من المشروع المدني العراقي ما يلي: " لعقود التي يبرمها كامل الأهلية صحيحة ما دامت غير ممنوعة قانوناً ولا مخالفة للنظام العام".

إلا أن البالغ لسن الرشد والكامل في قواه العقلية لأنه كامل الإدراك يكون كاملاً في أهليته حينما يبلغ تمام سن ١٨ سنة في القانون العراقي. قد تطرأ عوارض تؤثر على إدراكه (قواه العقلية) فتؤثر على أهليته الأمر الذي يستوجب دراسة هذه العوارض الطارئة وبيان الحكم القانوني لكل واحد منها.

الموضوع الثاني : عوارض الأهلية (١٨٤):

قد تتأثر أهلية الشخص بعوامل أخرى غير السن، إذ قد يتعرض الشخص بعد بلوغه سن الرشد لعارض من العوارض فيؤثر على أهليته ويؤثر على تصرفاته القانونية فيحد منها أو ينقصها أو يفقدها حسب الأحوال ويمكن حصر هذه العوارض على النحو التالي:

العارض الأول: الجنون

وهو مرض يصيب الشخص في عقله ويتولى الطبيب المختص تحديد ذلك لأنه القانون المدني الأردني والتشريعات العراقية الأخرى لم تحدد المقصود بالجنون أو الإنسان المجنون، لأن الجنون حالة فنية يتولى تحديدها المختصون من الأطباء. وغاية الأمر أن تصرفاته المالية باطلة من الناحية القانونية مهما كان شكلها لأن الإنسان المجنون (محجور لذاته). فهو فاقد الأهلية لأنه فاقد التمييز وعديم الإرادة وعديم الإدراك. ولذلك فإن وليه أو وصيه هو الذي يتولى إدارة أمواله نيابة عنه وقد جاء في المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي ما يلي:

" الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم" وذات النص نقله القانون المدني الاردني المادة (١/١٢٧).

وإذا كان القانون المدني العراقي والأردني لا يستوجبان إصدار قرار من المحكمة المختصة لحجر هؤلاء فإن القانون المدني المصري أوجب في المادة (١١٣) ضرورة صدور قرار من المحكمة بايقاع الحجر وغل يد المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه عن التصرف في أموالهم، ولم يميز المشرع المصري ولا المشرع الجزائري بين حالات الجنون على نحو ما أوصحه القانون المدني الأردني في المادة (٢/٢٨) التي نصت على ما يلي: " المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل". وهو ما ذهب اليه المشرع العراقي المادة (١٠٨) من القانون المدني على أن مسلك القانونيين غير سليم.

(١٨٤) راجع تفصيل أحكام عوارض الأهلية المراجع التالية:

الدكتور السنهوري- مصادر الإلتزام- المرجع السابق- ص٢٧٩ وما بعدها.

د. أنور سلطان- المرجع السابق- ص٢٣٤ وما بعدها.

د. عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- المرجع السابق - ص١٢٠ وما بعدها.

العارض الثاني - العته

يراد بالشخص المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير^(١٨٥). وقد اعتبره القانون المدني الأردني كالصغير المميز وتسري عليه أحكام بالنسبة للتصرفات المالية، حيث جاء في المادة (١/١٢٨) ما يلي: "المعتوه هو في حكم الصغير المميز" إلا أنه محجور لذاته ويتمتع بأهلية أداء ناقصة وهذا هو نفس اتجاه القانون المدني الجزائري في المادة (٤٣) بينما أوجب المشرع المصلاي إيقاع الحجر بقرار من المحكمة المختصة.

إلا أن المعتوه إذا كان ضعيف الإدراك صار حكمه كالصغير غير المميز (محجور لذاته) حماية له وفقاً لنص المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي وقد يكون متوسط الإدراك وعندها يكون حكمه كالصغير المميز حينما يكون معتوهاً مميزاً وفقاً لنص المادة (١٠٧) من القانون المدني العراقي. ونعتقد أن إبراد مثل هذه التفرقة في مشروع القانون المدني العراقي هي الأسلم لأن مستوى الإدراك والفهم هو الأساس في صحة أو عدم صحة التصرف القانوني، ونقصد بالإدراك والفهم هو إدراك المعتوه لحقيقة الفاظة عند صنع التصرف القانوني وهذا الإدراك يمكن ترتيبه على النحو التالي:

١- إدراك متوسط: (كناقص التمييز فيكون ناقص الأهلية).

٢- إدراك ضعيف: (كفقد التمييز فيكون فاقد الأهلية لأنه عديم الإرادة).

العارض الثالث، ذو الغفلة والسفيه

لم تحدد الكثير من التشريعات المدنية المقصود بذوي الغفلة بإعتباره عارضا من العوارض المؤثرة في الأهلية ولا المقصود بالسفيه بإعتبار أن ذلك من وظيفة الفقه المدني وإختصاص القاضي بماله من سلطة تقديرية في تاسيس قراره على الخبرة وظروف الواقعة وملابساتها. ويراد بذوي الغفلة، الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرباحة المفيدة فيغب في المعاملات لسلامة قلبه ونيته غيباً فاحشاً. أما السفيه فهو من يبذر أمواله في غير مواضعها ويتلفها بالإسراف فهو المغلوب بهواء ويعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة^(١٨٦).

(١٨٥) أنور سلطان- المرجع السابق- ص٢٣٥.

ذهب محكمة التمييز الأردنية إلى الحكم بأن العنه من الأحوال التي تتعلق بتصرفات الشخص ويمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات.

مجلة نقابة المحامين- س٣٩ (١٩٩١) ص١٤٩١.

(١٨٦) د. أنور سلطان- المرجع السابق- ص٢٣٥.

وإذا كان القانون المدني الأردني والعراقي لم يعرفا الشخص السفية ولا ذي الغفلة، فإن المشروع المدني العراقي الجديد ذكر تعريف السفية فقط في المادة (٥٠/ثانياً) التي جاء فيها ما يلي: "ثانياً: السفية هو من يبذر أمواله فيما لا مصلحة له ويعرض نفسه أو أسرته الى العوز". إلا أننا نعتقد أن مسلك القانون المدني الاردني والعراقي كان أقل من اتجاه المشروع في هذه الجزئية حين ترك التعريف لواجب الفقه المدني أولاً ولسلطة القاضي التقديرية ثانياً، وسبق أن ذكرنا بأن إبراد التعارف أو الأمثلة ليس من اختصاص المشرع.

إن حكم ذو الغفلة في القانون المدني العراقي بالنسبة لتصرفاته المالية أوردتها المادة (١١٠) التي نصت ما يلي:

"ذو الغفلة حكمه حكم السفية" فالمصاب بهذا العارض لا يكون محجوراً لذاته وإنما يلزم صدور القرار من المحكمة المختصة بالحجر عليه حفاظاً على أمواله^(*).

فإذا صدر القرار بالحجر فإنهما يكونان بحكم الصبي المميز ويحق لهما من التصرفات المالية ما يحق لناقص الأهلية المباشرة من تصرفان على نحو ما تقدم. والسبب في ضرورة إيقاع الحجر بإصدار القرار أن حالاتهم غير معلومة للناس في الغلب وأن العلة فيهما غير عقلية وإنما نفسية فوجب الحجر قضاءً أو إعلانه بالطرق المقررة^(١٨٧).

كما نصت المادة (١٠٩) من القانون المدني العراقي بشأن هذه التصرفات المالية لذوي الغفلة والسفيه ما يلي:

١- السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز. ولكن ولي السفية المحكمة أو وصيها فقط وليس أبويه وجده ووصيها حق أو ولاية عليه. أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر.

٢- تصح وصايا السفيه بثلث ماله.

٣- وإذا اكتسب السفيه المحجور رشداً فكت المحكمة حجره".

ولم يبين القانون المدني طريقة إيقاع الحجر ولا الولاية على المال أو الوصاية أو القوامة. إلا

(*) نصت المادة (١٢٩) من القانون المدني الأردني ما يلي:

"١- يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفية ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام، ولكن ولي السفية المحكمة أو من تنصبه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيها حق الولاية عليه".

(١٨٧) الدكتور محمود سعد الدين الشريف- نظرية الإلتزام- ج١- ص١٤٦.

أن القانون المدني الأردني ذكر في المادة (١٣١) ما يلي: " تبين القوانين والأنظمة الإجراءات التي تتبع في الحجر على المحجورين وإدارة أموالهم وإستثمارها والتصرف فيها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة". ويعود أصل النص لما جاء في المادة (١١١) من القانون المدني العراقي. ولعل من المفيد أن نذكر في هذا المجال موقف بعض القوانين المدنية العربية، فالقانون المدني المصري أعتبر عارض الغفلة يختلف عن عارض السفه إلا انه إعتبر الحكم واحداً بشأن تصرفاتهما المالية، وقد فرق المشرع المصري بين التصرفات السابقة لقرار الحجر والتصرفات الواقعة بعد الحجر، ونصت عليهما المادة (١١٥) التي كانت اساساً للمادة (١٠٩) من القانون المدني العراقي وغاية الأمر أن القانون العراقي أخذ بنظرية العقد الموقوف، بينما أخذ القانون المصري بفكر العقد الباطل والقابل للإبطال. كما سار المشرع الأردني في هذا المجال على نهج المشرع العراقي.

الموضوع الثالث ، موانع الأهلية

قد توجد بعض الظروف المانعة من مباشرة الشخص لتصرفاته القانونية رغم أن أهليته كاملة لأنه بالغ سن الرشد وأنه يتمتع بقواء العقلية فيبين القانون من يباشر عنه هذه التصرفات أو يساعده في تكوينها، وهذه هي موانع الأهلية التي قد تكون مانعاً مادياً كالغائب والمفقود والأسير أو مانعاً قانونياً كالمحكوم بعقوبة جنائية بالسجن او مانعاً طبيعياً بسبب الإصابة بعاهة مزدوجة، فالشخص رغم كمال أهليته يظل غير قادر لوحده في إنشاء التصرفات القانونية^(١٨٨). ويمكن بيانها على النحو الآتي:

١- الغائب والمفقود والأسير (المانع المادي)

يراد بالغائب الشخص الذي تمنعه الظروف القاهرة من الرجوع الى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة فأكثر وتسبب في غيابه ضرر للغير فهو غائب عن موطنه أو محل إقامته إلا أن حياته معلومة فأعتبره بعض الفقهاء كالمفقود ولم يجز ذلك بعضهم على أساس أن غيابه لا اثر له على شخصيته القانونية^(١٨٩).

(١٨٨) انظر السنهوري- الوسيط- مصادر الإلتزام- ج١- ص٢٨٤ وما بعدها.

أنور سلطان- المرجع السابق- ص٢٣٨-٢٣٩.

د. عبدالمجيد الحكيم- المرجع السابق- ص١٢٠.

(١٨٩) أنظر المادة (١٠٩) من قانون السرة الجزائري لعام ١٩٨٤.

وراجع الدكتور توفيق حسن فرج- مذكرات في المدخل للعلوم القانونية- منشأة المعارف- الإسكندرية-

١٩٦٠، ص٢٣٦. وأنظر المادة (٧٠) من المشروع المدني الجديد.

ولقد نصت المادة (٣٢) من القانون المدني الاردني على ما يلي: "١- من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أو ميت بحكم بكونه مفقوداً بنائاً على طلب كل ذي شأن. ٢- وأحكام المفقود والغائب تخضع للأحكام المقررة في القوانين الخاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية". وطبقاً لقانون رعاية القاصرين العراقي لسنة ١٩٨٠ فإن 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 ومصالح غيره^(١٩٠). والمفقود هو الشخص الغائب الذي لا تتأكد حياته ولا مآله وفي مجال اصطلاح الفقهاء هو الغائب الذي لم يدر موضوعه وحياته وموته وأهله في طلبه يجدون وقد إنقطع عنهم خبره وخفي عليهم اثره، ولهذا فالمفقود أخص مطلقاً من اصطلاح الغائب فيكون كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقوداً لأن الغائب يشمل (الغائب الغائب) و (الغائب المفقود)^(١٩١) ويسري على القيم ما يسري على الوصي من أحكام إلا أستثنى بنص خاص وأن أموال المفقود أو الغائب يجري تحريرها عند تعيين القيم وتدار أموالهما على أموال الصغير ويكون القيم المعين من المحكمة المختصة تحت إشراف مديرية رعاية القاصرين المادتان (٨٩ و ٩٠) من القانون المذكورين وعند عدم وجود قيم على المفقود لتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بإدارة أمواله وفقاً لأحكام رعاية القاصرين المادة (٣/٩٠)

٢- المحكوم بعقوبة السجن (المؤبد أو المؤقت)

إن الشخص المسجون لصدور قرار الحكم ييجنه يستتبعه بحكم القانون حرمانه من إدارة أمواله والتصرف بها عدا الوصية والوقف مالم توافق محكمة الأحوال الشخصية التي يقع من منطقتها محل إقامته، وتعيين المحكمة المذكورة بناء على طلبه أو طلب الإدعاء العام أو كل ذي مصلحة كالدائنين مثلاً قيماً لإدارة أمواله طيلة فترة عقوبته.

فالمحكوم بعقوبة جنائية يحول بينه وبين مباشرة تصرفاته المالية مانع قانوني هي العقوبة، وعلى الرغم من كما أهليته إلا أن الضرورة تستدعي تعيين شخص يتولى مصالحه طيلة مدة

(١٩٠) المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠.

(١٩١) أنظر بحثنا الموسوم (أحكام المفقود في الحرب)- بحث منشور في مجلة الحقوقية السنة ١٨، ١٩٨٧، ص١٦٧ وما بعدها.

راجع المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ التي عرفت المقصود بالمفقود.

ومن الجدير بالذكر أن قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ عرف المفقود في المادة

(١٧٧) متأثراً في ذلك بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين العربية الخاصة التي نظمت أحكام المفقود.

واوجبت المادة (١٧٨) العدة على الزوجة عند حكم بفقدها زوجها، وعالجت المادة (١٧٩) مصير الرابطة

الزوجية بعد ظهور المفقود حياً.

تنفيذ العقوبة لأنه يكون محجوراً عليه طيلة مدة العقوبة. أما المحكوم بعقوبة الإعدام فإن كل التصرفات القانونية المالية (كالرهن والقرض والبيع والإجاره وغيرها) تقع منه باطلة عدا (الوصية والوقف) وتقوم محكمة الأحوال الشخصية المختصة بتعيين القيم عليه إستناداً إلى نصي المادتين (٩٧ و ٩٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وهو مالم ينص عليه قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

وقد نصت المادة (٩٧) على ما يلي: "الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره الى تاريخ إنتهاء تنفيذ العقوبة أو إنقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف بها بغير الإيصاء والوقف إلا بإذن من المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية، حسب الأحوال، التي يقع ضمن منطقتها محل إقامته.

وتعيين المحكمة المذكورة، 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 بأموال المحكوم عليه يصدر دون مراعاة ما تقدم يكون موقوفاً على إجازة المحكمة المشار لها في الفقرة السابقة. وترد للمحكوم عليه أمواله إنتهاء مدة تنفيذ العقوبة أو إنقضائها لأي سبب آخر ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

كما نصت المادة (٩٨) ما يلي: "كل حكم صادر بعقوبة إعدام يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره الى وقت تنفيذ الحكم حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادتين السابقتين وبطلان كل عمل من أعمال التصرف أو الإدارة، يصدر منه خلال الفترة المذكورة عدا الوصية والوقف وتعيين المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية- حسب الأحوال- بناءً على طلب الإدعاء أو كل ذي مصلحة، قيماً على المحكوم عليه".

٣- العجز الجسماني الشديد (المانع الطبيعي)

قد يصاب الإنسان بعاهة جسمانية شديدة تعيقه في التعبير عن ارادته بسبب هذه العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد، فنصت المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي ما يلي: "إذا كان شخص أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي". أما القانون المدني الأردني فقد نص على هذا المانع في المادة (١٣٢) التي جاء فيها: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك".

أما القانون المدني المصري فالمادة (١١٧) أوجبت تعيين (المساعد القضائي) للمصاب بالمانع

الطبيعي لإجتماع عاهتين فأكثر، كما أورد القانون المدني الجزائري في المادة (٨٠) ما يلي: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلاً لإبطال كل تصرف وضع من أجله وصي قضائي إذا صدر من الموصى عليه بدون حضور الوصي بعد تقييد قرار الوصاية".

وبهذه المناسبة لا نتفق مع ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور سليمان مرقص من أن العاهة الجسمانية المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد الذي يخشى معه من إنفراده مباشرة التصرف بماله من عوارض الأهلية(*) . لأن العاجز جسمانياً لعاهة أو غيرها كامل الإدراك ولا يجوز إعتبره ناقص الأهلية ولأن قواعد الأهلية من النظام العام، والعبرة في الإدراك وهو موجود. وفي هذا المجال يذهب الأستاذ الدكتور حسن الذنون(**) . إلى إعتبر هذه الحالة خاصة فيقول أن المصاب بعاهة جسمانية مزدوجة يحتاج إلى المساعدة فهو (محدود الأهلية) وأن كان الواقع من الأمر أن هذا الشخص كامل الأهلية والمصلحة تقضى تنصيب وصي عليه تحدد المحكمة الأعمال التي يقوم بها. والخلاصة فإن هذه الحالة ليست عارضاً وإنما مانعاً طالما الإدراك قائم.

٣- عيوب التراضي Vices Du Consentement (عيوب الإرادة)

لم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية الوضعية العربية والأجنبية على العيوب المؤثرة في صحة التراضي والتي تجعل العقد في وجوده غير صحيح. فالقانون المدني الفرنسي إعتبر أن هذه العيوب هي: (الغلط والتدليس والإكراه) وتأثر بها القانون المدني المصري القديم وأضاف إليها القانون المصري لعام ١٩٤٩ عيب (الإستغلال). وكذلك الحال في القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.

كما أضاف الأستاذ " Carbonnier " في كتاب الإلتزامات- " Les op- ligations " عيباً آخر هو (الغبن)^(١٩٢). بينما يذهب آخرون قائلين أن الغبن ليس عيباً في العقد لأنه عدم التعادل بين ما يعطيه وما يأخذه المتعاقد وإنما عيب في المحل، ويرى البعض أن عيوب التراضي تنحصر في (الغلط والإكراه فقط)^(١٩٣).

(*) الدكتور سليمان مرقص- شرح القانون المدني- ج٢- الإلتزامات- ص١٤٥.

(**) النظرية العامة للإلتزامات- المرجع السابق- ص٨٣.

(192) Jean Carbonnier- Les Obhigations- Op. Cit. p. 92.

(١٩٣) أنظر الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق- ص٤٢، ص٦١.

وعيوب التراضي في القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ هي:

١- الإكراه (الملجئ وغير الملجئ). المواد (١٣٥-١٤٢).

٢- التغرير مع الغبن (١٤٣-١٥٠).

٣- الغلط المواد من (١٥١-١٥٦).

وأن عيوب الرضاء في القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ٩٨٠ هي:

١- الغلط المواد من (١٤٧-١٥٠).

٢- التدليس المواد من (١٥١-١٥٥).

٣- الإكراه المواد من (١٥٦-١٥٨).

٤- الإستغلال المواد من (١٥٩-١٦١).

٥- الغبن المواد من (١٦٢-١٦٦).

أما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فقد إستخدم مصطلح (عيوب الإرادة) وجعل هذه العيوب على النحو التالي:

١- الإكراه وخصص له المواد من (١١٢-١١٦).

٢- الغلط وخصص له المواد من (١١٧-١٢٠).

٣- التغرير مع الغبن وخصص له المواد من (١٢١-١٢٤).

٤- الإستغلال ونص عليه المشرع في المادة (١٢٥).

العيب الأول، الإكراه La Violence

يعتبر الإكراه من العيوب المؤثرة في العقد، فقد يعدم وجود العقد أو لا يعدمه ولكن يؤثر في صحة التعاقد، والفقه الإسلامي على إختلاف مذاهبه عنى عناية كبيرة بالإكراه في نطاق المعاملات المالية ولعل أكثر المذاهب عناية به هم الحنفية الذي فصلوا الكلام عنه تحت عنوان (باب الإكراه أو كتاب الإكراه) سواء وقع في مجال التصرفات القولية أم على التصرفات الفعلية، وجزاء الإكراه عند الحنفية والشافعية أشد من الجزاء في العيوب الأخرى وأن للمكره الرجوع بالضمان على من أوقع الإكراه، والإكراه هو حمل الغير على ما لا يراه يقع بفعل إستخدام وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محقق سواء وقع على المتعاقد أو يتهدده أو على عزيز عليه والمهم هي الرهبة التي تبعث في نفس المتعاقد والتي تختلف بإختلاف أحوال

الناس^(١٩٤). وما توصل اليه الفقه الإسلامي من أحكام في الإكراه وشروطه وأحوال وقوعة فاق في تنظيمه وأحكامه ما وصل اليه الفقه الغربي والتشريعات الوضعية، بل أن الكثير من التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦، مثلاً إستقت قواعد الإكراه وجزءه من هذا الفقه.*

ففي القانون المدني الفرنسي يعتبر الإكراه عيباً مؤثراً في صحة العقد نصت عليه المادة (١١١٢) ويراعي في الموضوع سن الأشخاص وحالتهم والذكورة والأنوثة، والإكراه قد يقع على أحد أطراف العقد أو على أحد أقاربه وسواء وقع من المتعاقد أم من الغير المادتان (١١٣) و(١١١١) (١٩٥).

والإكراه في القانون المدني المصري خصص له المشرع المادتين (١٢٧ و ١٢٨) وأن عناصره تتمثل في إستعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق وهو العنصر الموضوعي ثم الرهبة في النفس التي ببعثها الإكراه التي تحمل على التعاقد وهو العنصر النفسي ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو ظروف خارجية تهيأت مصادفة سواء وقع من أحد الطرفين أو الغير أو لمجرد المصادفة^(١٩٦).

وحكم الإكراه في القانون المصري أن العقد يكون قابلاً للأبطال) وقد أوضح المشرع المصري في أن الخطر قد يقع على النفس أو الشرف أو المال. وإلى هذا ذهب القانون المدني الجزائري في المادة (٨٨) إلا أن القانون الجزائري تآثر بالمادة (١١١٣) من القانون المدني الفرنسي حين

(١٩٤) أنظر تفضيل ذلك: الأستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٢- المرجع السابق- ص١٨٣ وما بعدها.

محمد أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد- ص٤٥٣ وما بعدها.

(*) جاء في التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨ في العراق الذي عدل القانون المذكور المرقم ١٨٨ لسنة ٩٥٩ مبدأ منع الزواج بالإكراه (النهوة) لأن الأصل في العقود كافة ومنها عقد الزواج أنها لا تنعقد إلا بتوافق ركن الرضاء، والإكراه يعدم هذا الركن وقد قن إجماع الفقه الإسلامي في المادة الثالثة من التعديل بالنص على إعتبار عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول كما رتب عقوبة جزائية على من يقوم بالإكراه.

ومن هذا يتبين لنا أهمية الإكراه ومدى العناية به والجزاء الناجم عن وجوده سواء في مجال المعاملات المالية أم في عقود الزواج في الفقه الإسلامي.

(195) Jean Carbonnir- Droil Civil. Op. Cit. pp. 90- 91.

Mazeaud. Lecons De Droa Civil. Op. Cit. p. 147. 155. 161.

(١٩٦) الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- مصادر الإلتزام- ص٣٣٥ وما بعدها مجموعة الأعمال التحيرية- ج٢- ص١٧٨ وما بعدها.

حصر الخطر (بالمتعاقد أو أحد أقاربه)، بينما ذكر المشرع المصري عبارة (هو أو غيره واستبدالها بدلاً من عبارة (أحد أقاربه) إذ قد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه فوافقت لجنة المراجعة على ذلك (١٩٧).

الإكراه في القانون المدني الأردني:

أما الإكراه كعيب من عيوب الرضا في القانون المدني الأردني فقد ابتدأ النص عليه وبيان حكمه إذا وقع على المتعاقد بتعريفه في المادة (١٣٥) متأثراً بما قرره الفقهاء المسلمون بهذا الصدد ثم بين المشرع لأردني في المادة (١/١٣٦) الإكراه الملجئ وهو الذي يتهدد المتعاقد بخطر جسيم محقق يلحق بالجسم أو المال، ولم يذكر الشرف، وفي الفقرة (٢) بين الإكراه غير الملجئ ويفسد الإختيار وغير الملجئ بعدم الرضا ولا يفسد الإختيار المادة (١٣٨). ولم يشأ المشرع الأردني أن يخرج عن نهج الفقه الإسلامي وبعض القوانين المدنية حين إستعان بالمعيار الموضوعي والذاتي في بيان الرهبة الواقعة على النفس المادة (١٣٩).

ويلاحظ أن الإكراه لا يكون إلا إذا كان القصد منه الوصول الى غرض غير مشروع فإن كان الغرض منه الوصول الى غرض مشروع فلا إكراه.

ويشترط أن يكون المكره قادراً إقاع الخطر والإ عدم ما هدد به مجرد لغو لا يعتد به، وحكم التصرف الواقع بالإكراه (غير نافذ) أي موقوف على الاجازة من المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة (١٤١) مدني (١٩٨). وأن المشرع الأردني أخذ برأي (المالكية والشافعية والحنابلة) في إعتبار أن للإكراه أثراً بين التصرفات القولية جميعاً سواء أكانت إنشائية أم إخبارية وسواء في الإنشائية أكانت تحتتمل الفسخ أم لا تحمله، كما رؤي الأخذ برأي الإمام (زفر) في القول بتوقف العقد عند حصول الإكراه وأنه لا ضير من ذلك طالما أن الأمر الى المكره بعد زوال الإكراه إن شاء إنفاذ جازة وإن لم يشأن لم يجزه (١٩٩).

الإكراه في القانون المدني العراقي (٢٠٠):

أورد القانون المدني خمسة نصوص للإكراه مبيناً شروطه المواد (١١٢-١١٤) وبعض صورته (١١٦) وحكمه المادة (١١٥). فقد نصت المادة (١١٢) على ما يلي.

١- الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه.

٢- ويكن الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إبداء شديد أو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس.

٣- والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم أو غير ملجئ بحسب الأحوال". ثم نصت المادة (١١٣) على ما يلي: " يجب لإعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده، وأن يخاف المكره وقوع ما..... تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه".

يتح من ذلك أن لوجود الإكراه الذي يؤثر في صحة العقد ينبغي توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الإكراه الواقع جسيماً وأن من يوقعه قادراً على إيقاعه وإلا عد التهديد مجرد لغو لا يؤثر في صحة التعاقد ولا يعيب الرضا.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر غير مشروع فالتهديد بإقامه الدعوى لإستحصال الدين بذمة المدين حق للدائن ليس فيه إكراه لأنه يسعى للحصول على غر مشروع وهو الدين.

الشرط الثالث: أن يكون الإكراه مؤثراً في نفس لما يحدثه من رهبة وإستشعار بالخوف وفقاً للمعيار الذاتي الذي يجعل الرهبة مختلفة من شخص لآخر ومن زمان ومختلفة بحسب الظروف.

الشرط الرابع: أن يعلم بالإكراه المتعاقد الآخر أو يكون من اسهل يعلم به إن لم يكن صادراً منه.

(٢٠٠) أنظر تفصيل ذلك المراجع التالية:

الأستاذ الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للإلتزامات- ص٨٤ وما بعدها.

الأستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- ج١- ص١٢٦- ١٢٨.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف- المرجع السابق- ص١٨٣ وما بعدها.

الأستاذ منير القاي- ملتقى البحرين- ص١٨٤- ١٨٥.

فريد فتیان- مصادر الإلتزام- ص٧٨- ٨٥.

(١٩٧) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص١٨٠- ١٨١.

Antoine Vialarid- La Formation De Contrat. Op. Cit. pp. 103- 104.

(١٩٨) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني- ج١- ص١٣٠- ١٣٣.

(١٩٩) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص١٣٤- ١٣٦.

١- إذا لم يثبت الإكراه في محكمة الجزاء فليس لمحكمة الحقوق إستماع البينة على وقوعه بعد أن فصلت فيه السلطة الجزائية المختصة.

٢- إذا أرجأ المميز يمين عدم الكذب بالإقرار إلى نتيجة التمييز يكون هذا الإرجاء إسقاطاً لأن محكمة التمييز لا تحلف اليمين^(٢٠٥).

العيب الثاني، الغلط L-ERREUR

يراد بالغلط حالة تقوم في نفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، والغلط بهذا المعنى يشمل كل أنواع الغلط^(٢٠٦).

كما يعرفه آخرون بأنه وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، فالغلط الذي يعيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت تكوين العقد.

ولم يفعل الفقهاء المسلمون التعرض للغلط إلا أن نظرية الغلط عندهم لم يجمعها جامع فكانت مبعثرة في جوانب متفرقة. فهناك خيار الوصف وهناك خيار العيب ويتقدم ذلك خيار الرؤية وبين هذه الخيارات أوثق الصلة بنظرية الغلط لذلك يقول الأستاذ السنهوري: " فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي فوق أنها مبعثرة، يتنازعها عاملان متعارضان: إستقرار التعامل وإحترام الإرادة الحقيقية"^(٢٠٧) والغلط في الفقه الإسلامي أشد عيوب الإرادة ذاتية لأنه وهم يقوم في النفس ثم يليه التدليس الذي يقوم على الوهم والطرق الإحتيالية الخارجية ويولي ذلك الإكراه لأنه رهبة تقوم في النفس، إلا أن الغلط عند الفقهاء أقل عيوب افرادية بروزاً لأنه أكثرها نزعة ذاتية، أما أنواعه فهناك الغلط في الشيء الذي تجتمع فيه الخيارات السابقة والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في القانون^(٢٠٨).

وللغلط في الفقه المدني الوعي نظريتان قديمة وحديثة، وهما على النحو التالي:

(٢٠٥) المرجع السابق- ص١١٧.

(٢٠٦) الأستاذ السنهوري- مصادر الإلتزام- ج١- ص٣١١، مصادر الحق، ج٢- ص٩٨.

(٢٠٧) د. محمد حسنين- المرجع السابق، ص٤٣.

د. منصور مصطفى منصور- المصادر الإرادية للإلتزام- ص٨٤.

د. بدر جاسم البعقوب- ص١٣٥.

(٢٠٨) مصادر الحق- ج٢- ١٠٤.

وبلاحظ أن القانون العراقي حصر وقوع الإكراه على الوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم خلافاً للقانون المصري الذي إستخدم مصطلح (المتعاقد أو غيره) وغلى أن المشرع العراقي عرف الإكراه تعريفاً لغوياً متأثراً بالفقه الحنفي في تقسيمه إلى (الملجئ وغير الملجئ) وهو التمييز الذي تعرض له الفقه المدني بالإنتقاد لعدم وجود مبرر له طالما أن الأثر القانوني هو واحد في نوعي الإكراه. والإكراه قد يعدم الإرادة، وهو نادر، فيؤدي إلى بطلان العقد كالفعل الذي يمسك بيد المكره ويستكتبه توقيعاً على العقد وآخر يعيب الرضا ويجعل العقد موقوفاً المادة (١١٥).

وبلاحظ ان النفوذ الأدبي الذي يقع بحكم النسب أو الزوجية أو المصاهرة لا تشفع في نقض العقد مالم تصاحبه وسائل للضغط على الإرادة وإلى هذا ذهبت محكمة النقض المصرية^(٢٠١). بينما يكون الإكراه متحققاً لو هدد شخص بإيقاع الأذى بنفسه هو كإلإين الذي يجبر أباه على توقيع عقد معين^(٢٠٢). والزوج الذي يضرب زوجته أو يمنعها عن أهلها من وسائل الإكراه التي تصيب رضاء الزوجة المادة (١١٦).

على أن حكم الإكراه في القانون المدني العراقي يفسد الرضا وبالتالي العقد فيجعله موقوفاً (غير نافذ) ولمن وقع عليه الإكراه أن يطلب نقض العقد في خلال ثلاثة اشهر من وقت إرتفاعه وله أن يجيزه وهذا الحكم يشمل الغلط والتغريب مع الغبن أيضاً ولهذا ينتقد الفقه المدني وجود المادة (١١٥) ويعتبرها زائدة^(٢٠٣).

موقف القضاء العراقي

ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم ١٥٤٨. في ١٩٣٦/٢/١ الى القول بأنه: " إذا دفعت المدعى عليها بأنها بصمت ورقتي الكمبيوتر بأبهما بنتيجة الإكراه الذي وقع عليها من زوجها المدعي بالضرب فعلي المحكمة أن تسمع هذا الدفع وتكلف المدعي عليها بإثباته ولا يعني ذلك إستماع البينة الشخصية تجاه البينة التحريرية لأن المدعي عليها لم تدفع بالتسديد ليقال ذلك".^(٢٠٤).

كما ذهب محكمة التمييز في قرارها المرقم ١٣٤١ في ١٩٦٨/٥/٦ إلى ما يلي:

(٢٠١) أنظر: فريد فتیان- المرجع السابق- ص٨٥.

(٢٠٢) محمد كامل مرسي- شرح القانون المدني الجديد- الإلتزامات- ص٣٥٧.

(٢٠٣) أنظر الدكتور محمود سعد الدين الشريف- ص١٩٥.

(٢٠٤) إبراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- ص١١٧.

١- النظرية القديمة في الغلط:

والغلط في ضوء النظرية المذكورة على ثلاثة أنواع: النوع الأول: غلط يمنع إنعقاد العقد أي يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً وهو على صور ثلاث: أولها الغلط في ماهية العقد كمن يسلمك شيئاً على أنه إعاره فتعتقد أنه هبة. (٢٠٩) والنوع الثاني: غلط لا أثر له على العقد. كالغلط في صفة غير جوهرية للشيء. وكالغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار وكالغلط في الباعث الدافع للتعاقد كالشخص الذي يستأجر داراً في المدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم لا ينقل إليها فلا يؤثر هذا الغلط بصورة على صحة العقد وكذا الحال بالنسبة للغلط في القيمة أو الغلط المادي أو الغلط في الحساب (٢١٠).

أما النوع الثالث فهو الغلط الذي يجعل العقد باطل بطلاناً نسبياً (يقابله العقد الموقوف في القانون المدني العراقي) وله ثلاثة صور.

الصورة الأولى: غلط في مادة الشيء أو صفة من صفاته الجوهرية.

الصورة الثانية: غلط في شخص المتعاقد التي هي محل اعتبار في التعاقد.

الصورة الثالثة: غلط في صحة السبب أو القوة الملزمة له (٢١١). كالغلط الذي يقع فيه المدين بدين طبيعي معتقداً أن يلزم عليه الوفاء بذلك وهو ليس ملزماً به لأنه دينه فقد عنصر المسؤولية وبقي عنصر المديونية.

٢- النظرية الحديثة في الغلط:

لم تأخذ النظرية الحديثة في الغلط بالتقسيم المتقدم وإنما العبر بالغلط إذا كان هو الباعث الدافع لإنشاء التصرف القانوني وعندها يؤثر في صحة العقد. (٢١٢) إذا كان الغلط متصلاً بالتعاقد الآخر.

أولاً- الغلط في القانون المدني الأردني.

خصص المشرع الأردني للغلط المواد من (١٥١-١٥٦) وقد ابتدأ المشرع بأن العبرة في الغلط المؤثر في صحة العقد في العبارة لا بالنية وأن النية إذا لم يرق عليها الدليل في الصيغة لا إعتداد بها. فإذا كان الغلط باطنياً فقط لا يترتب عليه حكم وإذا كان ظاهرياً فإنه يؤثر في العقد.

والغلط الباطني ما استقل به أحد المتعاقدين فلم يكشف للعقد الآخر عن إرادته الحقيقية، أم الغلط الظاهري فيكون عندما يكشف العاقد عن إرادته أو كانت هذه الإرادة مكشوفة فظهر بذلك غلطة فيكون له أثر. هذه الإرادة تنكشف إما أن يصرح بها العاقد أو تستخلص دلالة من الملابس وظروف الحال.

فالمادة (١٥٢) نصت على أن الغلط في ركن العقد أو ما هبته أو في شرط من شروط الإنعقاد أو في المحل ينعقد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب ولعل أوضح مثال على ذلك أن يعطي إنسان لآخر مائة دينار ويقول له: إنفقها على نفسك يريد بذلك إقراضها له فيقبلها الآخر على أنها هبة فلا ينعقد عقد القرض ولا عقد الهبة للغلط في ما هبه العقد. والشخص الذي يشتري سواراً على أنه ذهب فإذا به من نحاس موه بالذهب فلا ينعقد العقد لوجود الغلط المانع في محل العقد الذي تم التعاقد عليه وهو ما وصف في الصيغة معدوم.

كما عاجلت المادة (١٥٣) الغلط في صفة مرغوبة في محل العقد وكذلك في شخص المتعاقد أو في صفة مرغوبة فيه فالجزء هو عدم اللزوم وللعقد الذي وقع في الغلط الحق في فسخ العقد.

أما المادة (١٥٤) فقد أوضحت بأن الجهل بالقانون بصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير، ولعل أوضح مثال على ذلك ما يقضي فيه القانون من أن الإعراف القضائي والصلح إذا ما وقع غلط فيهما فهو غير موجب للبطلان ولقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني (ح١) مثلاً على الغلط في القانون أن يشتري نصف المنقول فيطالبه مالك النصف الآخر بالشفعة فيسلم له اعتقاداً منه أن الشفعة جائزة في المنقول ثم يظهر له أن لا شفعة في المنقول طبقاً لحكم هذه المادة يكون له إسترداد سلمه بالشفعة عند من لا يرى الشفعة في المنقول.

ومن طبيعي أن الغلط المادي كالخطأ في الكتابة أو في الحساب وهو غلط غير مرغوب لا يؤثر في العقد وإنما يجب تصحيحه ويسري هذا الحكم على العقود بوجه عام وعلى عقد الصلح بوجه خاص المادة (١٥٥).

(٢٠٩) د. حسن الذنون- ص ٨٥.

الإمام محمد أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد- ص ٤٦٠.

(٢١٠) د. عبدالمجيد الحكيم- مصادر الإلتزام- ص ١٤٠.

(٢١١) د. محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام- ص ٤٣.

د. حسن الذنون- ٨٦-٩٩.

(٢١٢) د. محمد الذنون- ص ٨٧.

د. حسن الذنون- ص ٨٧.

وليس لمن وقع في غلط أن تمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية وهذا هو المبدأ العام (١/١٥٦) وهذا ما يتفق مع قواعد الفقه الإسلامي من العدل والإحسان والنهي عن البغي، كما أبيح لمن وقع في غلط فسخ العقد لفوات أمر مرغوب فيه وهو بذاته مرجع حدوده فمتى كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد بصرف النظر عن الغلط ما دام العاقد الآخر قد أظهر إستعداده لتنفيذه.

موقف القضاء الأردني

ذهبت محكمة التمييز في حكم لها صدر يوم ٩٨١/١١/٧ على ما يلي: " إن الفقرة السادسة من المادة (١٦) من قانون تسوية الراي المياه رقم ٤٠ لسنة ٩٥٢ قد أناطت بمدير الراي صلاحية تصحيح الخطأ الواقع في قيد من قيود التسجيل في حالة واحدة وهي أن يكون الخطأ ناشئاً عن سهو كتابي أو سهو في المساحة" (٢١٣).

وفي قضية أخرى (٢١٤): "... فإن ما ورد بلائحة الدعوى من أن القسط المستحق بهذا التاريخ هو القسط الثاني يعتبر من قبيل الهفوة التي لا يترتب عليها أي أثر، بحيث يكون من حق المدعي أن يطلب تصحيحها وذلك لأن هفوة الخصم لا تنشئ الخصمة حقاً".

ثانياً: الغلط في القانون المدني العراقي:

خصص القانون المدني العراقي المواد من (١١٧-١٢٠) للغلط بإعتباره عيباً من عيوب افرادة وجاءت هذه النصوص متأثرة بالنظرية التقليدية للغلط وبالفقه الإسلامي وعلى دجه الخصوص ما جاء في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران للمرحوم قدري باشا.

فالمادة (١١٧) نصت على ما يلي: "١- إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه فإن إختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لإنعدامه. وأن إتحد الجنس وأختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد.

٢- فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع. ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب وظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على إجازة المشتري".

(٢١٣) مجلة نقابة المحامين- ١٩٨١، ص ٤٠، ٥٢٥.

(٢١٤) مجلة نقابة المحامين- ١٩٨١، ص ٢٩، ١٨٧٤.

يظهر من هذه المادة حالة الغلط في المحل والغلط في صفة جوهرية والأول هو غلط يمنع من إنعقاد العقد وفي الثاني يكون العقد موقوفاً لفوات الوصف المرغوب. إن هاتين الحالتين تتفقان مع النظرية القديمة في الغلط رغم أن مصدرها الفقه الإسلامي. ويذكر بعض الشراح أن المشرع العراقي بهذا النص جمع بين ما يدعي بالغلط المانع وبين الغلط كعيب واقعاً في محل العقد إذا كان متعلقاً بجنس المعقود عليه المسمى في العقد ثم إختلف هذا الجنس فالعقد لا ينعقد لفوات المسمى، بينما اعتبر المشرع العراقي العقد موقوفاً على إجازة المشتري (٢١٥).

وقد كان في وسع المشرع العراقي الإستغناء عن إيراد نص المادة (١١٧) مدني لأنه بحث أولاً الغلط المانع عندما يتعلق في محل العقد، " أي عند إختلاف الجنس". وهذا النوع من الغلط لا يعتبر عيباً من عيوب الإرادة بل هو يعدم الرضا فيكون العقد نتيجة لذلك باطلاً، أما عن فوات الوصف الذي ذكرته المادة المذكورة فهو ليس سوى غلط في صفة جوهرية نصت عليه المادة (١١٨) مدني (٢١٦).

فلقد نصت المادة (١١٨) على ما يلي: لا عبره بالظن البين خطأه. فلا ينفذ العقد:

- ١- إذا وقع غلط في صفة للشئ تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب إعتبارها كذلك للظروف التي فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.
- ٢- إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد.
- ٣- إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد".

يتضح من ذلك أن العقد يكون موقوفاً لوجود الغلط في الصفة الجوهرية ولا يتحقق هذا إلا إذا بلغ في نظر العاقد الذي وقع فيه، حداً من الجسامه بحيث كان يمتنع عن تكوين العقد لو أنه لم يقع في الغلط ولا شك أن المعيار هنا ذاتي وهو ما إنتهي إليه القضاء أن الفرنسي والمصري (٢١٧). إلا أن المشرع العراقي لم يقتصر لتعرف الغلط على معيار نفسي فحسب بل إعتد بعناصر موضوعية ومادية قوامها (ظروف التعاقد) وما ينبغي في التعامل من حسن النية (٢١٨).

(٢١٥) د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للإلتزام- بغداد- ١٩٧١ ص ١٨٣.

(٢١٦) غني حسون طه- ص ١٨٤.

(٢١٧) د. محمود سعد الدين الشريف- ص ١٦٣.

(٢١٨) د. محمود سعد الدين الشريف- ص ١٦٣.

ومن تطبيقات الغلط الجوهري التي نصت عليها المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي هي:
١- الغلط في صفة الشيء الجوهرية كقدم المعقود مثلاً فلو إشتراه المتعاقد على أنه من الأثريات ولم يكن كذلك كان العقد موقوفاً على الإجازة لحصول الغلط في صفة الشيء الجوهرية.

٢- الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته، حيث لا ينفذ العقد بإنتظار الإجازة من وقع في الغلط كمن يتعاقد مع شخص معتقداً أنه مقاول له خبرة في فن العمارة أو محام قدير أو فنان.

٣- الغلط في العناصر الضرورية للتعاقد. كالغلط في القيمة ويراد به الغبن في معظم صورته ومن المعروف أن القانون المدني لا يعتد بالغبن لوحده عادة مالم يصاحبه تغير لكي يتوقف العقد، وكالغلط في الباعث الدافع على التعاقد.

ومن الجدير بالذكر أن المادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي نصت على الغلط المادي الكتابي والحسابي الذي لا أثر له على صحة العقد وإنما يلزم تصحيحه.

العيب الثالث: التغير مع الغبن.

يراد بالتغير، الخداع ويقصد بالغبن اصطلاحاً تمليك مال بما يزيد على قيمته ويقابله تملك المال بأقل من قيمته). (٢١٩) (والتغير معروف عند الفقهاء المسلمين ويطلق عليه في بعض المذاهب، كالمالكية، تسمية (التدليس) ويذهب الفقهاء المسلمون الى معرفة الكتمان سواء وقع من المتعاقد أم من الغير (٢٢٠). فالتغير باستعمال طرق إحتيالية يسمى به (التغير الفعلي) ويقع يعمل من العاقد يقصد به تضليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه فيدفعه الى التعاقد بغبن ولو كان يسيراً (٢٢١). وأما التغير عن طريق مجرد الكذب فهو يقع في

(٢١٩) أنظر: الدكتور أحمد الكبيسي- مصادر الغبن والتغير في عقد البيع في الفقه الإسلامي- بحث مستقل من مجلة العلوم السياسية والقانونية- ٩٧٧، ص ١٧٠.

الدكتور حسن علي الذنون- النظرية العامة للإلتزام- ص ١٠٠.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الوسيط في نظرية العقد- ج١- إنعقاد العقد- بغداد ١٩٦٧ ص ٣١٩.

(٢٢٠) الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٢، ص ١٤٩.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الوسيط في نظرية العقد- ص ٣١٩.

(٢٢١) الأستاذ السنهوري- مصادر الحق - ج٢ - ص ١٥٠.

يعرف الغبن من الناحية القانونية الضرر او الحسارة الحالية التي تلحق المتعاقد عند تكوين العقد.

أنظر: د. بدر جاسم اليعقوب- الغبن في القانون المدني الكويتي- ط ١٩٨٧، ص ٢٠.

(بياعات الأمانة) أي التصرفات التي تعتمد على الثقة والصدق والتي لا يسمح فيها بأي غش حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديساً فيحق لمن قلت خبرته في التعامل أن يتوقى غش الناس أياه يتبايع معهم على حدود مرسومة وأن جاوزتها عد تغيراً لحماية لمن هو بحاجة للحماية من الغبن (٢٢٢).

وقد عرفتها المادة (١٦٤) من مجلة الأحكام العدلية بما يدل على أنه:

عبارة عن اظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له، لكي يستشير رغبة الطرف الآخر، فيقدم على إبرام العقد، فقالت:

" توصيف البيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ترغيباً له" (٢٢٣). وهذا التعريف يخص التغير القولي دون الفعلي.

وحسناً فعل صاحب مرشد الحيران حين لم يعرف المقصود بالتغير ولا الغبن وإهمل الغبن اليسير لأنه يتسامح فيه بين الناس، ولم يعتبر الغبن مؤثراً في صحة العقد إلا إذا كان فاحشاً (٢٢٤). وكان حاصلاً عدا مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال (٢٢٥).

والخلاصة فإن الفقهاء المسلمين يقسمون التغير باستعمال الطرق الاحتمالية الى (تغير فعلي) ويقع بفعل المتعاقد على المعقود عليه لإظهاره بأحسن مما هو عليه كتصرية الشاة والبقرة وقد نهى الرسول الكريم (ص) عن ذلك والنوع الآخر هو (التغير القولي) أي بمجرد الكذب بإعطاء بيانات كاذبة أو باستغلال الثقة في استغلال الجهل كتلقي الركبان والسلع (٢٢٦).

(٢٢٢) الأستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق- ج٢-، ص ١٥٤.

يذهب الشيخ محمد أبو زهرة في مؤلفه القيم (الملكية ونظرية العقد) بدون سنة نشر، ص ٤٦١ الى أن الغبن هو النقص والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابل أقل مما يساويه في الأسواق، أما التغير فهو أن يجعل العاقد في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك.

(٢٢٣) نصت المادة (١٦٥) من المجلة أيضاً في تحديث نسبة الغبن الفاحش على أنه، (الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو ما يزيد).

(٢٢٤) نصت المادة (٥٤٥) من مرشد الحيران للمرحوم قدري باشا ما يلي: " .. فإن ثبت التغير وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون فسخه، والغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما يدخل تحت تقويم المقومين).

عبد الرحمن الجزيري- الفقه على المذاهب الأربعة- ج٢- ط ٥، ص ١٦٥.

(٢٢٥) نصت المادة (٥٤٦) من مرشد الحيران ما يلي: " لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغير إلا في مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال".

(٢٢٦) أنظر تفضيلات ذلك: الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الوسيط في نظرية العقد- ص ٣٢٣- ٣٢٢.

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي (البطلان بسبب التدليس)

إبتداء لا بد من القول أن القانون المدني الفرنسي إستخدم مصطلح التدليس Le dol واعتبر التدليس الذي يصيب رضا المتعاقد إذ وقع بفعل الحيل الجسمية التي لولها لما رضي وهذا التدليس الذي يؤدي الغبن الفاحش يظهر بصورة واضحة في مجالات بيع العقار (٢٢٧).

ومصير العقد يكون باطلاً طبقاً لنص المادة (١١١٦) أن التدليس لا يفترض وإنما يجب إثباته من الطرف الذي يدعيه لأن البينة على المدعي. علماً أن المشرع الفرنسي أصدر قانوناً في ١٩٠٥/٨/١ يتعلق بالغش في بيع السلع فرض على بائعي السيارات المستعملة تقديم بيانات دقيقة وصحيحة خاصة ما يخص عدد الكيلومترات التي قطعها والأجزاء المستبدلة فيها وعدل القانون بمرسوم ١٩٧٨/٨/٤ المعدل في ١٩٨٠/٩/٥.

ثانياً: القانون المدني المصري.

نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني المصري على عنصرين من عناصر التدليس، هما التدليس الإيجابي الواقع بفعل طرق إحتيالية سواء لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه وتكون من الجسامة بحيث لولها لما أبرم الطرف الثاني العقد، والتدليس السلبي الذي يتمثل بحالة السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلظ الواقعة أو هذه الملابسة (٢٢٨). فعناصر التدليس هما (إستعمال الطرق الإحتيالية وهو العنصر الموضوعي) والعنصر النفسي هو أن تحمل على التعاقد. والتدليس يخول المدلس عليه حق المطالبة بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى (٢٢٩).

ثالثاً: التغيير مع الغبن في القانون المدني العراقي

خصص القانون المدني العراقي المواد من (١٢١-١٢٤) للتغيير مع الغبن وجاءت نصوصه

(227) Jean Carbonnier. Les Obligations- Op. Cit > p. 92- 93.

وأنظر تعليق (Jean hemard) والأستاذ (Bernard Bouloc) حول قضية بطلان بيع سيارة بسبب التدليس، والأستناد لنص المادة ١١١٦ في قرار حديث صدر عن محكمة النقض الفرنسية ١٩٨٥/٦/١٩ لوجود (الكتمان التدليس).

المجلة العربية للفقهاء والقضاة- تصدرها الأمانة العامة لوزراء العدل العرب ١٩٨٦ ص ٥٢٧.

(٢٢٨) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢-، ص ١٧٢، ص ٥٢٧.

(٢٢٩) مجموعة الأعمال التحضيرية- ج٢- ص ١٧٢- ١٧٣.

والمادة (١٢٥) مدني مصري ترجع أصولها الى المادة (٣٠٠) من مرشد الحيران والمادة (١٦٤ و ٣٦٠) من مجلة الأحكام العدلية.

متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي وبنظرية توقف العقد للأمام زفر ابن الهذيل أحد تلاميذ الإمام أبو حنيفة، وإذا كانت المادة (٥٤٧) من كتاب مرشد الحيران للمرحوم قدرى باشا قد ذهبت الى أنه (إذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغيير لوارثه) إلا أن المادة (١/١٢١) من القانون المدني العراقي ذهبت الى عكس ذلك، حيث جاء فيها: "...فاذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغيير لوارثه). وأساس هذا الإختلاف في الموقف هو تباين الرأي بين الفقهاء المسلمين حول حديث للرسول الكريم (ص) قوله: "من ترك مالا فلورثته) وحديث: "من ترك مالا أو حقاً فلورثه).

والأصل في القانون المدني العراقي أن مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مالم يصحبه خداع يقع على المتعاقد فيغير به على إبرام العقد ظاناً أنه في مصلحته والحقيقيةة خلاف ذلك، إلا أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مملوكاً للدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً كما لا يجوز الطعن بالغبن في عقود المزايدة العلنية (١٢٤) مدني إلا أن النص المذكور لم يذكر حالة وقوع الغبن على مال الصغير على نحو ما نصت عليه المادة (٤٥٦) من مرشد الحيران.

والتغيير في القانون المدني العراقي قد يكون واقعاً بفعل إيجابي أو بموقف سلبي إذ نصت المادة (٢/١٢١) على النحو التالي: "٢- ويعتبر تغييراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالحياطة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة" (٢٣٠).

بناءً عليه فإن الغبن الفاحش الواقع بفعل التغيير يمنع من نفاذ العقد ويعد عيباً من عيوب الإرادة في القانون العراقي، والغبن الفاحش لوحده عيباً في العقد في أحوال خاصة على نحو ما ذكرته المادة (١٢٤) مدني عراقي فيكون العقد باطلاً أي ليس عيباً من عيوب الإرادة.

فالتغيير يتحقق بكل قول أو موقف من شأنه أن يصور المعقود عليه في نظر التعاقد المغرور

(٢٣٠) أنظر في حقيقة المقصود بالمرابحة والتولية والإشراك والبيعة:

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الإسلامي- ج٢-ص ١٥٤ وما بعدها، حيث يقول ما يلي: "وجملة القول في بيعات الأمانة هذه أن المبتاع، وهو حاكم الى ضمير البائع ويضمن إلى أمانته، يبتاع منه السلعة أساس الثمن الذي يشتري به البائع نفسه هذه السلعة فيما أن يزيده قدر معلوماً من الربح يضاف الي الثمن الأصلي ويسمى البيع مرابحة، وإما أن ينقصه قدر معلوماً يطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة أو إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن".

تصويراً لا ينطبق على حقيقة الواقع ويحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به لو لم يدل على ذلك بموقف إيجابي أم بطريق سلبي ينطوي على كتمان^(٢٣١).

ويتساءل الدكتور الشريف قائلاً " ومن الغريب أن تتساجل في الفقه الإسلامي نظرتان في تحديد الغبن وكتلتاهما تأخذ بالمعيار المادي، فأولاهما ترصد نسبة معينة يجوز أن يصل إليها الثمن أو المقابل رفعاً أو خفضاً فإذا جاوزها تحقق الغبن الفاحش وإذا لم يبلغها كان الغبن يسيراً. والثانية تذهب إلى أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أما الغبن اليسير فهو ما يدخل تحت تقويم المقومين"^(٢٣٢).

شروط التغيير مع الغبن في القانون العراقي

يمكن القول أن عدم نفاذ العقد (توقف العقد طبقاً لما جاء في المادتين (١٢١، ١٢٢) من القانون المدني العراقي يلزم توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: إستعمال الطرق الإحتيالية المادية لخداع المتعاقد والتأثير على رضاه كوضع البضاعة الجيدة في الطبقة العليا والبضاعة الرديئة في الوسط والأسفل وكتصريف لبن الشاة أو البقرة لإيهام المتعاقد أنها كثيرة اللبن أو الزيادة في ثمن السلعة زيادة غير حقيقية عن طريق المزايدة لإيهام حسن النية وحمله على التعاقد (بيع النجش)، سواء أكانت هذه الطرق قد وقعت بموقف أو سلبي فإن النتيجة واحدة^(٢٣٣).

والقاعدة أن مجرد الكذب لا يعد تغييراً قولياً إلا في العقود التي تقوم على الثقة والأمانة والصدق كعقود المراجعة والوضعية والإشراك والتولية^(٢٣٤).

الشرط الثاني: إن تحمل هذه الطرق على التعاقد أو على قبول شروط أبهظ. أي أن يكون هو الباعث الدافع إلى التعاقد. فلو وقع بعد إنشاء العقد لا يكون له أثر على صحة العقد كما لو أصيب المتعاقد بمرض خطير بعد تكوين عقد التأمين على الحياة (وهو من عقود الأمانة)

(٢٣١) د. محمود سعد الدين الشريف- شرح القانون المدني العراقي- ج١- مصادر الإلتزام، ص١٧٤.

د. المجيد الحكيم- الوسيط في نظرية العقد- ص٣١٩ وما بعدها.

(٢٣٢) د. محمود سعد الدين الشريف- ص١٧٤.

انظر ما نصت عليه المادة (٥٤٥) من مرشد الحيران التي أخذت بالمعيار المادي الثاني.

بينما نصت المادة (١٦٥) من مجلة الأحكام العدلية على المعيار المادي الأول إذ نصت: " الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقارات أو ما يزيد".

(٢٣٣) د. حسن الذنون- النظرية العامة للإلتزامات- ص٩٩- ١٠٠.

(٢٣٤) د. حسن الذنون- المرجع السابق- ص ١٠٠.

ولم يخبر الشركة عند أداء القسط الأول فإن عدم البوح لا يعد موجباً للإبطال^(٢٣٥).

ولاشك أن مسألة التثبيت من كون أن هذه الطرق الإحتيالية هي الدافعة إلى التعاقد أم لا يعود لقاضي الموضوع لأنها مسألة وقائع وهو الذي يقدر مبلغ أثر التغرير على المتعاقد أخذاً بنظر الإعتبار الظروف الخارجية والشخصية للشخص، إلا أن هناك من يذهب إلى القول أن الفصل فيما إذا كانت هذه الوقائع تعد من الطرق الإحتيالية المكونة للتدليس أو لا تعد كذلك فهو مسألة قانون لإرتباطه بالوصف القانوني^(٢٣٦). وبالتالي تخضع لرقابة محكمة التمييز.

الشرط الثالث: أن يكون التغرير صادراً من المتعاقد الآخر أو على الأقل أن يكون متصلاً به. فقد نصت المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعائد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد".

فالمادة (١٢١) مدني عراقي تتكلم عن الغبن الفاحش الواقع من أحد أطراف العقد، حيث يكون العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون وإن مات إنتقلت الدعوى لورثته، بينما نصت المادة (١٢٢) مدني على حالة حصول التغرير الواقع من شخص أجنبي عن العقد.

وإذا كانت الطرق الإحتيالية الواقعة من المتعاقد الآخر يكفي أن يستعملها بقصد التأثير في العاقد المغرور، وأن البينة على من يدعي حصول الغبن الفاحش بفعل الطرق الإحتيالية، فإن التغرير الواقع من الغير (الأجنبي عن العقد) لا يؤثر على صحة العقد إلا إذا ثبت للعقاد المغبون أن المتعاقد الآخر كان يعلم علماً حقيقياً أو حكماً أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إنشاء العقد وهنا توقف إستعمال خيار نقص العقد على هذا العلم أو إمكانية العلم تخلف هذا الشرط كان العقد نافذاً إلا أنه يجوز لمن لحقه ضرر أن يرجع على الأجنبي طبقاً لدعوى المسؤولية التقصيرية لأنه فعل ضار خارج عن محيط العقد^(٢٣٧).

(٢٣٥) محمود سعد الدين الشريف- ص ١٧٩ وتأكيداً لهذا الإتجاه نصت الفقرة (ج) أولاً من الشروط العامة لعقد التأمين على الحياة المطبوعة من الشركة ذاتها على أنه إذا علمت الشركة بعد وفاة المؤمن عليه أنه كان وقت التعاقد قد كتم أمراً أو ادلى ببيان غير صحيح وكان من شأن ذلك التقليل من أهمية الخطر (محل العقد) في نظر الشركة فإن صحيح وكان من شأن ذلك التقليل من أهمية الخطر (محل العقد) في نظر الشركة فإن الأخيرة لا تلتزم إلا بدفع الإحتياطي للعقد وقت الوفاة. ويقصد بالإحتياطي الرياضي صافي القيمة الحالية للإلتزامات الشركة مطروحاً منها القيمة الحالية للإلتزامات المؤمن له بموجب الأسس الفنية المعتمدة في الشركة.

(٢٣٦) د. محمود سعد الدين الشريف- ص١٧٨.

(٢٣٧) د. محمود سعد الدين الشريف- ص١٨١.

العيب الرابع، الإستغلال L-exploitation

يرى الفقه المدني أن الغبن هو المظهر المادي للإستغلال^(٢٣٩). ولقد تطورت نظرية الغبن من نظرية مادية للغبن حيث يعتقد بالقيمة المادية للشيء لأنه عيب في العقد لا في الرضاء، إلى نظرية نفسية وهي النظرية الحديثة التي إعتنقتها الكثير من التشريعات المدنية التي جعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود فقضى القانون المدني الألماني في ١٣٨ ببطان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسيه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، على منافع ماليه تزيد على قيمة هذا الشيء فيبدو الإختلال الفادح في القيمتين والى هذا ذهب المادة (٢١) من قانون الإلتزامات السويسري^(٢٤٠).

ولم يأخذ القانون المدني المصري^(٢٤١). والقانون المدني العراقي^(٢٤٢). والقانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥^(٢٤٣). موقفاً موسعاً لا كالموقف الذي أخذته القوانين المدنية التي تبنت النظرية النفسية للغبن كالقانون المدني الألماني والقانون السويسري والبولوني واللبناني وإنما حصرت الإستغلال بحالات محددة وبذلك تكون قد توسطت بين هذا التوسع في نظرية الإستغلال وبين الإتجاه المضيق لها.

أولاً: عناصر الإستغلال.

نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي: "إذا كان أحد المتعاقدين قد إستغلت حاجته أو طيشه أو هواء أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن

(٢٣٩) الأستاذ السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج١- ص٣٥٥.

(٢٤٠) الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص٣٥٥-٣٥٩.

(٢٤١) نصت المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري على ما يلي:

"١- إذا كانت إلتزامات أحد الطرفين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزمات المتعاقدين الآخر، وتبين أن المتعاقدين المعبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخر قد إستغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المعبون أن يبطل العقد أو أن ينقض التزمات هذا المتعاقدين".

لقد ترك أمر تحديد فكرة الطيش البين للقاضي طبقاً لسلطته التقديرية أما الهوى الجامح، فهو الشهوة الجامحة لا المودة والعطف.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٢٠١.

(٢٤٢) المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٢٤٣) المادة (٩٠) من القانون المدني الجزائري.

والى هذا ذهب المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي: "يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصيه الا غبن يسير أو إصابة غبن فاحش وكان التغيير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد أستهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع الأحوال".

أما بالنسبة لخيار النقص عند توقف العقد فقد نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٣٢) أيضاً فهو يسقط بمضي ثلاثة اشهر من الوقت الذي ينكشف فيه التغيير.

الشرط الرابع: أن يقترن التغيير بالغبن الفاحش. وقد سبق أن ذكرنا معايير الغبن الفاحش (النظريتان الماديتان) وحالات بطلان العقد لمجرد حصول الغبن الفاحش حماية لبعض المتعاقدين من إستغلال الآخرين، وطبقاً للمادة (٢/١٢١) من القانون المدني (يكفي الغبن اليسير كي تنعقد العقود موقوفة) لأنها تقوم أساساً على الصدق والأمانة والثقة كبيع التولية والمراوحة والإشتراك والوضعية وبذلك لا يرد عليها القيد الخاص الوارد (١/١٢١) وهو شرط الغبن الفاحش.

والخلاصة: نذهب مع رأي الأستاذ الدكتور محمود سعد الدين الشريف^(٢٣٨). في أن الغلط لا يغني عن التغيير مع الغبن ولا يتصور الإكتفاء بالغلط عن هذه النظرية في القانون المدني العراقي لأن التغيير يقوم عن غبن فاحش بخلاف الغلط ولأن التديليس المصحوب بالغبن دائرته أوسع في التطبيق من الغلط.

رابعاً: التغيير مع الغبن في القانون المدني الأردني.

خصص المشرع الأردني للتغيير مع الغبن المواد من (١٤٣-١٥٠) معرفاً التغيير في المادة (١٤٣) كما إعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسة تغييراً وهو ما يطلق عليه بالكتمان التديليسي (١٤٤). والتغيير مع الغبن الفاحش يجيز للعاقد المغرور به فسخ العقد المادة (١٤٥) والغبن الفاحش في العقار هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (١٤٦)، أما الغبن الذي يلحق مال المحجور أو المريض الموت فيكون موقوفاً حتى ولو كان الغبن يسيراً حماية للغير المادة (١٤٧). والتغيير قد يقع من أطراف العقد أو من غيرهم. فإذا صدر التغيير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أن المتعاقدين الآخر كان يعلم بالتغيير وقف العقد جاز له فسخة المادة (١٤٨). كما نصت المادة (١٤٩) أن مجرد الغبن الفاحش بلا تغيير يفسخ العقد في مال المحجور والوقف والدولة حماية لأموالهم.

(٢٣٨) المرجع السابق- ص١٨٣.

فاحش، جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول. فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ينقته". ولم ينص المشرع الأردني على ما يقابل ذلك

يتضح من النص المذكور أن المشرع العراقي قد ذكر عنصرين من عناصر الإستغلال هما:

١- العنصر المادي للإستغلال: وهو الغبن الفاحش أي عدم التعادل بين يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه وفقاً لمعيار معين يختلف في المنقولات عنه في العقارات.

٢- العنصر النفسي للإستغلال: وهو إستغلال الضعف في النفس وعدد أربعة حالات بينما لم يذكر المشرع المصري إلا حالتين فقط.

إن العنصر الأول وهو الجانب الموضوعي للإستغلال يتمثل في العبارة الأولى الواردة في المادة (١٢٥) مدني عراقي والمادة (١٢٩) مصري ويراد به إختلال التعادل المعيارها مادي إلا أنه متغير حسب الأستاذ الجليل السنهوري هنا: أن العبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد لا بقيمته في ذاته لأن الفداحة في إختلال التعادل معيارها مادي إلا أنه متغير حسب الظروف وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك (٢٤٤). وأكثر ما يكون الإختلال فادحاً في عقود المعاوضات المحددة ولكن قد يقع في العقود الإحتتمالية (٢٤٥). كعقد التأمين وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد المقامرة والرهان الرياضي لأن هذه العقود تقوم على إحتتمالات الريح والخسارة. كما لا يمكن القول أن عقود التبرع تتضمن إختلالاً فادحاً في التعادل بين الأداء والمقابل له لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ إلا أنه مع ذلك يقع الإستغلال في التبرعات كما يقع في المعاوضات بل هو أشد في الأولى منه في الثانية، لأن الإستغلال يكون أكثر تحققاً فيما لا تعادل فيه أصلاً كالتبرعات (٢٤٦). الوديعة بدون اجر والاعارة والكفالة والوكالة إذا كانتا بدون مقابل. بل قد يجاوز الاستغلال العقود الى التصرف القانونية الصادرة من جانب واحد كالوصية بجمع الاموال لشخص استغل طيشاً أو هوى جامحاً (٢٤٧).

أما العنصر الثاني وهو استغلال الضعف الذي يتمثل في العنصر المعنوي أو النفسي فقد أورد المشرع العراقي أربع صور بدلاً من صورتين كما ذكرناه هي: استغلال الحاجة التي تقرب من حالة الضرورة وقد قرر بعض فقهاء الشريعة الاسلامية أن بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ليس الا صورة من صور استغلال الحاجة (٢٤٨). كما يراد بالطيش، النزق وفقدان التفكير السليم وعدم التفكير بعواقب الامور (٢٤٩). أما الهوى الجامح فهو الشبهه الجامحة لا المودة والعطف بينما يراد بعدم الخبرة وضعف الادراك حالة الشخص غير القادر على التمييز بين الجيد والرديء أو لا معرفة له بأسعار الاشياء فيستغل هذا الضعف ويغبن غبناً فاحشاً ويرى الدكتور عبدالمجيد الحكيم أن هذه الحالة الاخيرة تقترب من التغيرير مع الغبن ومن التدليس في الصفقات أو (الغشيم) (٢٥٠).

ثانياً: جزاء الاستغلال

١- في عقود المعاوضات (رفع الغبن)

لعل أفضل جزاء عند وجود الاستغلال في عقود المعاوضات رفع الغبن الفاحش الى الحد المعقول على عكس ما ذهبت اليه المادة (١٣٨) من القاتنون المدني الالماني وهو ابطال العقد قد يحرم المتعاقد من المنفعة التي كان يحصل عليها من ابرام العقد ويكون للقاضي دوره في رفع الغبن الفاحش إما بزيادة التزامات المستغل أو انقاص التزامات المغبون ولا رقابة في ذلك لمحكمة التمييز لانه من مسائل الواقع (٢٥١) بينما يذهب القضاء في العراق الى ان ما يخضع لرقابة محكمة التمييز مسائل الواقع ومسائل القانون بخلاف محكمة النقض المصرية حيث يخضع لرقابتها مسائل القانون فقط.

٢- في عقود التبرعات (نقض العقد)

إذا وجد الغبن الفاحش في عقود التبرعات فللمتعاقد المغبون نقض العقد خلال مدة سنة من

(٢٤٨) د حسن على الذنون - النظرية العامة للالتزامات - ص ١٠٧.

(٢٤٩) الأستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٣٦٦.

د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج١ - ص ١٧٦.

ان البطش بين يتولى تحديده قاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية وغالباً ما يحصل بالنسبة للشباب الذين يرثون مالا فيتصرفون بدون تفكير بعواقب الامور.

(٢٥٠) النظرية العامة للالتزامات - ص ١٠٥.

(٢٥١) د. حسن الذنون - النظرية العامة للالتزامات - ص ١٠٦-١٠٧.

د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج١ - ص ١٧٩

(٢٤٤) الوسيط في شرح القانون المدني-ج١- ص ٣٦٣.

(٢٤٥) جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري-ج٢-ص ١٩١ ما يلي:

" وتحسن الإشارة الى أن العقود الإحتتمالية ذاتها، يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن، إذا إجتمع فيه معنى الإفراط ومعنى إستغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه".

(٢٤٦) الأستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٣٦٤.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ١٧٥-١٧٦.

(٢٤٧) الأستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٣٦٥.

وقت العقد وهذه المدة هي (مدة سقوط لا مدة تقادم) لأن ميعاد السقوط ولا ينقطع لعذر مشروع ولا يقف لغيبه أو فقدان في الحرب مثلاً والهدف هو حسم الامر وتحقيق استقرار المعاملات. الا ان هناك من يرى ان هذه المدة تضعف الحماية التي يجب أن يكون للمتعاقد المغبون ويرى أن تبدأ مدة السنة من حين زوال العيب على ان لا تكون قد مضت مدة طويلة على ابرام العقد كثلاث سنوات مثلاً(٢٥٢).

المطلب الثاني

محل الالتزام العقدي

لقيام العقد في الفقه الاسلامي شروط في المحل، اذ يشترط وجوده أو امكان وجوده، والا فالعقد باطل حتى وان كان محتمل الوجود بل حتى ولو كان محقق الوجود في المستقبل، والسبب في التشدد بوجود العقد فعلاً وقت قيام العقد هو خشية الغرر (٢٥٣).

فالمعقود عليه هو (لب العقد) لأنه هو المشيع الحاجات المتعاقدين وهو الغاية في العقد ومقصده البين وقد اتفق الفقه الاسلامي على حقيقتين يجب توافرها في المعقود عليه ويدونهما لا يوجد العقد، احدهما أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه فلا يجوز بيع المسجد وثانيهما أن يكون خالياً من كل غرر (٢٥٤).

فالمعقود عليه ركن ثالث لقيام يشترط أن يكون طاهراً فلا يجوز بيع الخمر والخنزير والميتة ويمكن الانتفاع به شرعاً فلا ينعقد بيع الحشرات التي لا نفع منها، وأن يكون مملوكاً للبائع حال عدا السلم وأن يكون مقدوراً على تسليمه اذ لا ينعقد بيع المغضوب وفي المذاهب تفصيل في

(٢٥٢) عبدالمجيد الحكيم - ص١٧٩، انظر اراء الفقه المدني المصري في هذا الموضوع.

(٢٥٣) الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي -ج٣- محل العقد - ١٩٥٦، ص١٣-١٤.

جاء في الاقناع المقدسي أن الحنابلة يشترطون في البيع شروط وهي (التراضي وان يكون العاقد جائز التصرف وهو البالغ الرشيد وأن يكون المبيع ملاً وان يكون مملوكاً للبائع ملكاً تاماً ومقدوراً على تسليمه ومعلوماً لهما برؤية تحصل بها معرفته مقارن له وقت العقد أو بعضه ان دلت على بقيته وأن يكون الثمن معلوماً حال العقد).

الاقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل - للمقدسي-ج٢- المطبعة المصرية-ص٥٧ وما بعدها.

(٢٥٤) محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد- ص ٢٩٤.

وانظر اركان وشروط العقد عند الشافعية:

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي - كتاب البيع - بدون سنة نشر.

ذلك(٢٥٥). هذا الى جانب العلم بالثمن ان كان العقد بيعاً وبالثمن، علماً يمنع المنازعة وأن لا يكون العقد مؤقتاً(٢٥٦).

وقد جاء في البحر الرائق لابن نجيم بيان معنى البيع لغة وشرعاً ولاركانه وشروطه ولم يجز بيع المعدوم وأوجب صيغة العقد اللفظية بالماضي في مجلس العقد، وعنده من الشروط ما تخص العاقد والمعقود عليه الى جانب الصيغة(*).

ان محل الالتزام بوجه عام في الفقه المدني هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به سواء أكان بعمل أو نقل حق عيني أو الامتناع عن عمل(٢٥٧).

ويذكر الاستاذ الجليل السنهوري أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد ولكن أهميته لاتظهر الا في الالتزام الذي ينشأ من العقد وأن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه وليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط أما محل الالتزام التعاقدى فأنا المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه فوجب مراعاتهما للشروط التي يتطلبها القانون(٢٥٨).

ولقد خصص القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ المواد من (١٢٦-١٣١) للمحل في الالتزام الناشئ عن العقد، وتكلم المشرع الجزائري عنه في المواد من (٩٢-٩٨) من القانون المدني وكذلك القانون المدني المصري في المواد من (١٣١-١٣٥) والقانون المدني الاردني في المواد من (١٥٧-١٦٤). وللمحل شروط هي:

الشرط الأول: ان يكون محل العقد موجوداً او ممكن الوجود

وعلى هذا الشرط نصت المادة (١٥٧) من القانون المدني الاردني والمادة (١٥٩) التي جاء فيها: (اذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً).

كما نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي على هذا الشرط على النحو الآتي:

(١- اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً).

(٢٥٥) عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الاربعه-ج٢-ط٥ - المرجع السابق-ص١٦٣-١٦٤.

انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم -ج٥- المرجع السابق -ص٢٧٨.

(٢٥٦) عبدالرحمن الجزيري - الفقه على المذهب الاربعه -ج٢-ط٥-ص١٦٥.

(*) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم -ج٥- المرجع السابق- ص ٢٧٨-٢٨٠.

(٢٥٧) الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط -ج١- مصادر الالتزام - ص٣٧٥.

(٢٥٨) الاستاذ الدكتور السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي -ج٣- (محل العقد).

٢- أما إذا كان مستحيلا على المدين دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده(٢٥٩).

يتضح من ذلك ان محل العقد قد يكون موجودا وقت انعقاد العقد او ممكن وجوده في المستقبل، فلو قصد العاقدان وجود المعقود عليه فعلا وقت العقد وهلك قبل ذلك، فالعقد باطل لانهدام المحل وهو ركن في الالتزام العقدي، وحكم الهلاك يختلف بعد انشاء العقد، ومحل العقد يمكن ان لا يكون وجوده مستقبلا وهذا ما يقال له (المحل المستقبل) الذي نصت عليه المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي التي نصت:

(١- يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد، اذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعييننا نافيا للجهالة والغرر.

٢- غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل). وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٠) من القانون المدني الاردني.

الا ان المهم في محل العقد ان يكون ممكن الوجود، فان كان مستحيلا فالحكم يختلف فيما اذا كانت الاستحالة مطلقة ام نسبية. فان كان محل العقد مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا وان كان مستحيلا على المدين فقط ولم تكن الاستحالة مطلقة في ذاتها صح العقد والزم المدين بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية لعدم وفائه بتعهده طبقا للمادة (١٢٧) مدني عراقي والمادة (٩٣) مدني جزائري.

وترك القانون المدني الاردني ذلك للقواعد العامة لان المادة (١٥٩) لم تنص على حكم الاستحالة النسبية لمحل العقد.

والاستحالة المطلقة هي التي يستحيل على الناس كافة القيام بها كاحياء ميت او الصعود للقمر او السباحة لفترة طويلة وسط البحر، اما الاستحالة النسبية فهي التي لا يقدر عليها المدين ذاته الا ان غيره يقدر عليها، والاستحالة القانونية كالمحامي الذي يتعهد برفع

(٢٥٩) و مما يلاحظ على هذا النص الذي جاء ضمن نظرية العقد ان المشرع لم يكن موفقا حين عاد لمعالجة محل الالتزام بوجه عام والحال يقتضي ان يعالج محل العقد وبيان شروطه ولا يذكر عبارة محل الالتزام لان المهم ان ينص على توضيح شروط محل الالتزام العقدي اما محل الالتزام غير العقدي فعادة تتوافر فيه جميع الشروط ويتكفل القانون ببيانها.

ويلاحظ ان القانون المدني الاردني اوجب في المادة (١/١٥٨) ان يكون محل العقد مالا متقوما تأثر بالفقه الاسلامي اذ جاء فيها ما يلي: (١- في التصرفات المالية يشترط ان يكون المحل مالا...).

الاستئناف بعد فوات مدته او استحالة طبيعية كتعهد طبيب بعلاج شخص ثم تبين انه فارق الحياة(٢٦٠). وشرط وجود محل العقد في الحال او الاستقبال نصت عليه قوانين متعددة، الا ان الفقه الاسلامي ذهب الى ان بيع المعدوم باطل عدا السلم والاستصناع. والاصل في القانون الاردني والقانون العراقي جواز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت العقد الا انه يمكن الحصول عليه مستقبلا وعين تعييننا نافيا للجهالة والغرر. على ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل لمخالفته قواعد النظام العام والاداب حتى وان حصل هذا التعامل برضا المورث عدا بعض الحالات التي يقرها القانون استثناء كالتوصية وقسمة المورث وفقا للقانون الذي اجازها المشرع الجزائري كذلك في المادة (٢/٢٩٢) من القانون المدني(٢٦١). والى هذا ذهب المشرع الاردني في المادة(٢/١٦٠) من القانون المدني.

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز الى الركون لمفهوم استحالة محل العقد في بيع سيارة حين كان التصرف على السيارات عقدا رضائيا جاء في مبدأ القرار ما يلي: (اذا تبين ان السيارة المباعة قد حجزت وبيعت لغير المشتري لقاء دين مترتب بذمة بائعها فيجوز فسخ العقد واعادة الثمن الى المشتري لاستحالة محل الالتزام(٢٦٢).

(260) Jean Carbonnier- Les Obligations- Op. Cit. PP. 103-104

الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- مصادر الالتزام- ص٤٠٩-٤٢١.

الدكتور محمود سعد الدين الشريف- المرجع السابق- ص٢٠٩-٢١١.

وبرى الاستاذ الدكتور عبدالحى حجازي في بحثه عن (نظرية الاستحالة) المنشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة- السنة ٧- العدد ٣- ١٩٦٣- ما يلي:

(الفكرة التقليدية في الاستحالة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المستحيل هي انه يجب ان تكون الاستحالة مطلقة وموضوعية اما ان تكون نسبية او شخصية لا تؤثر في الالتزام الذي يبقي ذمة المدين ويتعين على ذلك المدين ان ينفذه. وهذا هو المذهب الغالب في الفقه الفرنسي والاطالي والمصري).

(٢٦١) يذكر الاستاذ السنهوري في نظرية العقد- ص ٤٧٤ فقرة ٤٥٦:

ان القانون المدني الفرنسي تشدد في تحريم التعامل في تركة مستقبلية المادة (٢/١١٣٠) حتى ولو كان ذلك برضا الشخص وهي قاعدة مورثة من القانون الروماني الذي اعتبر هذا التعامل مخالفا للآداب لا سيما وان فيه تعجيل بوفاة الشخص واحتمالات التعرض للاستغلال، ففي التحريم ضمانا لمصلحة المورث لذلك اباحه الرومان اذا رضي المورث بتصرفه بينما حرمته القوانين الحديثة لا لمصلحة المورث وانما لمصلحة الوارث ايضا، لذلك كان التحريم مطلقا حتى وان حصل برضا المورث عدا الحالات المحددة قانونا.

(٢٦٢) رقم القرار ٢٠٧/٢م/١٩٧٤- النشرة القضائية- العدد ٢- السنة ٥- ١٩٧٤- ص٩٧.

ويبدو من القرار المذكور ان محكمة التمييز الموقرة قد ذكرت عبارة (محل الالتزام) وليس محل العقد وبذلك حذو القانون المدني العراقي وهو اتجاه ليس صحيحا على نحو ما بيناه. كما ذهبت محكمة التمييز الاردنية (اذا منع الشارع التعامل بشيء اعتبر التعاقد عليه باطلا. وعليه يكون عقد الايجار باطلا اذا كان الغاية من استعمال المأجور صيدلية في المكان الذي بني ليكون كراجا ولا يجوز ترخيصه كصيدلية) (٢٦٣).

الشرط الثاني، ان يكون محل العقد معيناً او قابلاً للتعيين

OBJET DETERMINE OU DETERMINABLE

نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي:

١- يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

٢- على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر.

٣- فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل (٢٦٤).

نعود الآن لتوضيح نص المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي فنقول ان محل الالتزام العقدي مهما كانت طبيعته (تسليم شيء او قيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل)، يلزم ان يعين تعييناً كافياً بما لا يكون اطراف الالتزام العقدي في حيرة من امرهما لوجود الجهالة، وان كانت الظروف الملازمة بالتعاقد قد تسهم في التعيين لمحل الالتزام العقدي، او قد يستفاد ذلك من النية المشتركة للطرفين. والمادة سالفه الذكر تشمل حالة كون محل الالتزام العقدي من الاشياء القيميّة، وهو ما تتفاوت احاده تفاوتاً يعتد به من حيث القيمة كاللوحات الفنية

(٢٦٣) القضية رقم ٨٩/٣٥- مجلة نقابة المحامين- ١٩٩١- ص ١٢٥٣؛ وفي قضية اخرى جاء ما يلي: (يشترط القانون ان يكون محل العقد موجوداً وجوداً لا يداخله الغرر ومقدور التسليم تسليمياً من غير غرر) مجلة نقابة المحامين- ١٩٩٠- ص ١٥٦٦.

نصت المادة (١٦١) من القانون المدني الاردني على النحو التالي:

١- يشترط في عقود المعاوضات المالية ان يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة".

والحصان والاراضي والدور، وحالة كون المحل من الاشياء المثلية التي يلزم ذكر نوعها ووصفها كأن يذكر مثلاً (رز عراقي عنبر من الدرجة الاولى او حنطة كردية). ومما يلاحظ على هذا النص ان المشرع ذكر (محل الالتزام) وكان ينبغي ان يذكر محل العقد على نحو ما ذكره القانون المدني الاردني. اما اذا كان محل الالتزام العقدي عملاً او امتناعاً عن عمل، يجب ان يكون المحل معيناً كأن يتعهد مورد بتزويد اطعمة الى مستشفى خلال فترة زمنية معينة او يتولى مهندس كهربائي القيام بجهد معين لحساب مصنع جديد لانتاج العباب الاطفال، ففي الحالتين يلزم توضيح كل نشاط يقوم به المورد ببيان نوع وعدد وكمية الاطعمة. وكذلك بالنسبة للمهندس يجب بيان نوع العمل ووصفه بصورة دقيقة. الا ان العمل قد يكون قابلاً للتعيين من ظروف وملابسات العقد كالتعهد بنقل طلبة مدرسة ثانوية من منطقة السكن الى المدرسة، فهذا الاتفاق واضح انه قيام بعمل خلال فترة العام الدراسي لعدد من الطلاب يتناسب وحجم السيارة وطبيعتها.

ومن الطبيعي ان محل الالتزام العقدي ان كان نقوداً وجب تحديد مقدارها وتعيين وقت الدفع ولا يلتزم المدين الا بقدر ما التزم به وقت انشاء عقد القرض دون اية تأثيرات على مقدار ما التزم به اذا ارتفعت او انخفضت القوة الشرائية للنقود لان الورقة النقدية لها سعر قانوني يحدده البنك المركزي. ولا شك ان شرط الدفع بالذهب باطل لمخالفته قواعد النظام العام فيما يخص المعاملات المالية بين الاشخاص سواء في المعاملات الداخلية ام الخارجية.

وبهذه المناسبة نشير الى ان الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه اتجه الى ان (الدين تؤدي بامثالها) فلو كان مصدر الالتزام عقد القرض او البيع ونشأ دين في الذمة ثم تغيرت قيمة الدين وقت الاداء لاي سبب كان فلا يلزم المدين عند حلول الاجل بغير ما اتفق عليه بين المتعاقدين فيؤدي حينئذ مثله قدره وصفه سواء غلت قيمته او رخصت تطبيقاً للقاعدة المذكورة (٢٦٥). والى هذا ذهبت توصيات الحلقة العلمية الخاصة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الاسعار بوفاء الدين وقت حلول الاجل بالعملة التي وقع بها البيع او بقيمتها التي التزم بها المدين وقت العقد (٢٦٦). وهو ما اتجهت اليه محكمة التمييز الاردنية في كثير من احكامها (٢٦٧).

(٢٦٥) الدكتور عجيل جاسم النشمي- الاوراق النقدية وتغيير قيمة العملة- بحث غير منشور مقدم لمنظمة المؤتمر الاسلامي- مجمع الفقه الاسلامي- ١٩٨٧، ص ١٢٢.

(٢٦٦) توصيات مجمع الفقه الاسلامي- جدة- ١٩٨٧/٤/٢٨- ص ٢- (غير منشور).

(٢٦٧) نصت المادة (١٦٢) من القانون المدني الاردني ما يلي: "اذا كان محل التصرف او مقابله نقوداً لزم بيان قدر عددها المذكور في التعرف دون ان تكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء اي اثر".

الشرط الثالث: ان يكون محل الالتزام العقدي مشروعاً (مشروعية موضوع التعاقد) نصت المادة (١٣٠/١) من القانون المدني العراقي على هذا الشرط اذ جاء فيها ما يلي: (١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً).

ان مشروعية محل العقد وضرورة ان يكون قابلاً للتعامل فيه نصت عليه قوانين مدنية متعددة، فالمادة (١٣٥) من القانون المدني المصري نصت على ذلك صراحة ولم يشأ ذكر حقيقة المقصود بالنظام العام او الآداب العامة وعلى هذا النهج سار المشرع المدني الجزائري في المادة (٩٦) والمادة (١٨٩) من القانون اللبناني (قانون الموجبات والعقود)، والمادة (١٦٣) من القانون المدني الاردني الذي ذكر ما يعد داخلاً في النظام العام من قواعد تخص المعاملات المالية.

والاصل ان الاشياء تقبل التعامل فيها ما لم توجد اعتبارات تحظر هذا التعامل اما لطبيعتها كالهواء او الشمس واما لان التعامل فيها يتعارض مع الغرض الذي خصصت له كالاصول العامة او لان التعامل في هذه الاشياء غير مشروع لوجود نص في القانون تحقيقاً لمصلحة عامة كبيع وشراء الحقوق المتنازع فيها او مخالفة التعامل مع قواعد النظام العام Order Public، او للآداب Bonnes Moeurs^(٢٦٨). واي تعديل في قواعد القانون المدني سألقة الذكر يكون باطلاً، وحيث ان البعض من هذه القواعد تدرس ضمن نظرية الحق والحقوق العينية الاصلية، فان ما يهمننا الآن تحديد المقصود بفكرة النظام العام والآداب الحسنة وبغية تحديد شرط قابلية محل التعامل لكي يكون العقد صحيحاً منتجاً لاثاره وعلى النحو التالي:

اولاً: فكرة النظام العام والاتفاقات المخالفة لها.

ثانياً: فكرة الآداب الحسنة والاتفاقات المخالفة لها.

اولاً: فكرة النظام العام والاتفاقات المخالفة لها

يعبر الفقهاء المسلمون عن فكرة النظام العام بتعابير خاصة تنسجم وافكارهم الشرعية

(٢٦٨) د. محمود سعد الدين الشريف- المرجع السابق- ٢١١- ٢١٢.

د. مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية- ١٩٨٧- ص ١٥٥.

Jean Carbonnier -Droit Civil- Les Biens- Paris- 1980. P. 67.

وانظر المواد (٨١) من القانون المدني المصري والمادة (٦٨٢) من القانون المدني الجزائري والمادة (٦١) من القانون المدني العراقي.

والفقهية فهم يوجبون في المحل ان يكون فيه فائدة لاطرافه وان يكون مقصوداً شرعاً، فالدم والخنزير والميتة ليس فيها فائدة للعاقدين ولا تكون محلاً للتعاقد شرعاً، فاي تعاقد عليها بيعاً او هبة او مقايضة يكون باطلاً لمخالفتها مع قواعد الشرع او كما يطلق عليه الان في التشريعات المدنية الوضعية لتعارضها مع فكرة النظام العام. والمشرع العراقي استعاض عن مصطلح الفقه الاسلامي هذا بفكرة النظام العام على اساس انها فكرة اوسع وارحب وسيرا على نهج القوانين المدنية الحديثة^(٢٦٩). بينما استخدم القانون المدني الاردني مصطلح الفقه الحنفي اذ جاء في الفقرة ١-١ من المادة (١٦٣) ما يلي: (يشترط ان يكون المحل قابلاً لحكم العقد)^(٢٧٠).

وفكرة النظام العام نسبية تختلف من تشريع لآخر ومن فقيه لفقيه تبعاً لتباين الافكار والقيم والمبادئ والاضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ومع ذلك يمكن القول ان القاعدة القانونية اذا تعلق بنظام المجتمع الاعلى، حيث يخضع لها الجميع ولا يجوز لاحد مخالفتها، اعتبر ذلك من النظام العام، لان الناس وجدوا انفسهم ملزمين بمراعاتها وعدم الخروج عليها طبقاً لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية والمعيار فيها موضوعي لا ذاتي لانه يرجع للعرف الاجتماعي، ويقابلها القاعدة القانونية الاختيارية، حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها كالتشديد في المسؤولية العقدية بتحمل المدين تبعة القوة القاهرة او ان يتحمل البائع نفقات عقد البيع او بالعكس^(٢٧١). ومن القواعد المتعلقة بالنظام العام ما يخص اهلية التعاقد فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف ما قرره القانون بخصوصها وكذا الحال بالنسبة لقواعد الميراث والتصرف في العقارات وغيرها المادة (٢/١٣٠) مدني عراقي. وكذلك الفقرة ٣ من المادة (١٦٣) من القانون المدني الاردني.

(٢٦٩) محاضر الاجتماعات للجنة مشروع القانون المدني العراقي وبخاصة ما ورد في محضر جلسة الاجتماع

السابع- ص ٣٩ مشار اليه في كتاب الاستاذ الدكتور محمود سعد الدين الشريف- ص ٢١٣.

(٢٧٠) ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية ٢٧/١٠٨٨ الى ما يلي: "ان حكم العقد يثبت في المعقود

عليه ويبدله بمجرد انعقاده دون التوقف على القبض". كما ذهبت في قضية اخرى: "يشترط لكل عقد ان

يكون له محل وان يكون المحل قابلاً لحكم العقد".

مجلة نقابة المحامين- ١٩٩٠- ص- ١٨٣٠- ١٨٧٢.

(٢٧١) الاستاذ السنهوري- نظرية العقد- ص ٤٩٠- ٤٩١.

د. محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص ٦٦.

د. محمود سعد الدين الشريف- ص ٢١٣.

ولعل اوضح صورة للاتفاقات الباطلة لتعارضها مع قواعد الاداب الحسنة الاتفاق على انشاء او استمرار علاقة جنسية غير مشروعة لقاء ثمن معين او خدمات محددة، او على العودة اليها، والبطلان هنا اما لان محل الالتزام العقدي غير مشروع لذاته او لان الباعث غير مشروع، ومن هذه الاتفاقات الباطلة ايضا دين القمار او غيرها^(٢٧٦). ومع ذلك فان الاتفاقات على التقاط صور او افلام خليعة لاغراض تجارية هو اتفاق صحيح في بعض الدول كالسويد لان مصدر القوة الملزمة في التعاقد ارادة الطرفين ولان هذا الالتزام العقدي لا يتعارض مع قواعد الاداب العامة السائدة هناك وهو اتفاق باطل في دول اخرى كالاقطار العربية لمخالفتها قواعد الاداب الحسنة.

وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة استئناف الشارقة في قرارها الصادر في ١٩٨١/١١/٥ بشأن قضية ادارة (وكر للباحية الجنسية) الى تطبيق قواعد الاداب الحسنة وجاء في القرار: (درء لما يمكن ان يحدثه امثاله من اضرار بالغة في اخلاق الامة وكيان المجتمع...) والى: (مصادرة الصور والادوات المضبوطة المخلة بالاداب واتلافها)^(٢٧٧).

اما خلاصة القضية التي طبقت فيها الحدود الشرعية (حد الزنا) و (حد الشرب) واقامة التعزير^(٢٧٨)، على شهادة الزور هو ان احد المحامين كان يواقع بنتيه موقعة جنسية كاملة ويقدم حفلات مشتركة يعرض فيها افلاما جنسية وصورا خليعة مع المدعوين من النساء والرجال والاطفال كجزء من العمل الاباحي الجنسي خلافا لكل الاصول والقواعد الاخلاقية والدينية وتدنيسا لاقدم الروابط الانسانية. وقد قررت محكمة الشارقة في دولة الامارات

= باداء فن الرقص نظرا لاصابتها بنديبة في اسفل بطنها ناجمة عن خطأ طبيب التجميل وهو لا يتعارض مع الاداب العامة في فرنسا.

د. يوسف نجم جبران- المرجع السابق-ص٢٦٣- نبذة ٤٥.

د. محمود سعدالدين الشريف- ص٢١٧.

يذكر الدكتور مصطفى الجمال في كتابه (النظرية العامة للالتزامات-١٩٨٧- ص ١٥٥) والمقصود بمشروعية العمل هو عدم مخالفتها لنص من نصوص القانون الآمرة او للنظام العام والاداب بصفة عامة. واتلاف المال والتجسس وادارة بيوت الدعارة والتقاط الصور الخليعة واستدراج النساء للدعارة واستدراج الرجال للمقامرة كلها امثلة لاعمال تخالف نصوص القانون الآمرة او تخالف النظام العام والاداب بصفة عامة).

(٢٧٧) مجلة العدالة تصدرها وزارة العدل والشؤون الاسلامية- ابو طيبي- السنة ١٠- ١٩٨٣- ص١٠٩- ١٢٣.

(٢٧٨) التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، اي هي عقوبة لم تضع الشريعة لانها عقوبات معينة محددة.

اما عن اهم الاتفاقات المخالفة لقواعد النظام العام وتكون باطلة، الاتفاق على تقديم امتيازات مالية لاشخاص لقاء تقديم اصواتهم الانتخابية بهدف الفوز في الانتخابات وهذا الاتفاق مخالف لقواعد آمرة قررها القانون الدستوري هي كفالة حرية الانتخابات، وكذلك الاتفاقات الخاصة بالحياة الخاصة تكون باطلة كالاتفاق على عدم الزواج او الاتفاق على عدم الخروج من المنزل والاتفاق على تبديل المعتقد الشخصي وحرية العمل، وكالاتفاق على الخدمة طوال حياة الشخص ويقع باطلا كل اتفاق على التنازل عن الميراث المقرر شرعا او تعديل سن الرشد المقرر قانونا^(٢٧٢)، ويقع باطلا كذلك كل اتفاق يمس جسد الانسان او سلامة حياته وصحته، فلا يصح اتفاق الطبيب مع المريض على عدم المسؤولية الناتجة عن اجراء التجربة الطبية على جسده او نقل الكلية منه الى جسد آخر لقاء ثمن معين. ويلاحظ ان فكرة النظام العام تتسع في المجتمعات التي تتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية بصورة اكبر من الدول ذات الاقتصاد الحر^(٢٧٣).

ثانيا: فكرة الآداب الحسنة والاتفاقات المخالفة لها

يقصد بالآداب في امة معينة او جيل معين هي مجموعة القواعد التي وجد الناس انفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس ادبي يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس الادبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس^(٢٧٤).

ومعيار الآداب معيار اجتماعي متطور يختلف من مجتمع لآخر تبعا لاختلاف العادات والتقاليد والديانات والقيم السائدة في المجتمع وعلى الرغم من ارتباطها مع مبادئ النظام العام، فان هناك امورا ينظر اليها على انها مخالفة للاداب اذا تعلقت بالمسائل والعلاقات الجنسية غير المشروعة ويعود تقدير مفهوم الاداب العامة للقاضي ومثال التطبيقات على هذا المفهوم ان القضاء يبطل الاتفاقات المتعلقة باستغلال دور البغاء لمخالفتها للآداب العامة^(٢٧٥)

(٢٧٢) للمزيد من التفاصيل راجع:

د. محمود سعد الدين الشريف- المرجع السابق- ص٢١٤-٢١٧.

(٢٧٣) ومن الاتفاقات الباطلة لتعارضها مع قواعد النظام العام بيع الانسجة البشرية المنقولة من الجثث دون موافقة احد لاستخدامها في الانتاج الصناعي او العلمي وبيع الجثث والهيكل العظمية البشرية واجراء الاخصاب الصناعي بين خليتين لا يربط صاحبيهما عقد زواج.

(٢٧٤) السنهوري- نظرية العقد- ص٥٢٩.

(٢٧٥) د. محمد حسنين- المرجع السابق- ص٦٦-٦٧.

د. عبدالمجيد الحكيم- المرجع السابق- ص٢٠٩-٢١٠.

استقر القضاء الفرنسي على تعويض الراقصة التي تعري جسدها اما جمهور من المشاهدين اثناء قيامها =

العربية المتحدة باقامة العقوبات الشرعية على مرتكبي الافعال المشينة المذكورة وهي حدود الزنا وحدود شرب الخمر والتعزير على شهادات الزور من المشتركين في الحفلات المنكرة التي تدار فيها اوكار المجون والخليعة وشرب الخمر من اشخاص بعضهم يحمل شهادة العلم بالقانون والشرع وهو ما يتنافى وقواعد الاداب العامة وتأباه الاخلاق والسلوك السوي.

المطلب الثالث

سبب الالتزام العقدي LACAUSE

لا شك ان سبب الالتزام وشرعيته من اركان الالتزام العقدي فيرتبط السبب اوثق الارتباط مع الارادة اذ تظهر اهمية السبب في المصادر الارادية للالتزام المدني سواء في نطاق العقد او التصرف الاحادي. وبالنظر لاهمية ودور السبب في مجال الالتزام العقدي يلزم التعرض لنظرية السبب في الفقه الاسلامي ثم للسبب في القوانين المدنية الوضعية وبيان موقف القانون المدني العراقي من نظرية السبب على النحو التالي:

اولا: السبب في الفقه الاسلامي

ثانيا: السبب في القوانين المدنية الوضعية

ثالثا: السبب في القانون المدني العراقي والاردني

اولا: السبب في الفقه الاسلامي

سبق ان ذكرنا ان الفقه الاسلامي يتسم بالنزعة الموضوعية ويهتم بالارادة الظاهرة وقد اشرنا الى صيغة العقد وطرق التعبير عن الارادة للدلالة على وجود الرضاء الصحيح، الا ان الفقه الاسلامي لم يهمل الارادة الباطنة وشرف النوايا اذ لا يمكن اهمال العوامل الخلقية والدينية في اي التزام شرعي.

ففي بعض مذاهب الفقه الاسلامي تختفي نظرية السبب تحت ستار صيغة العقد والتعبير عن الارادة ويختلط السبب بالمحل ولا يعتد بالسبب الباعث الدافع على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة، وفي مذاهب اخرى، تتغلب العوامل الادبية والخلقية والدينية فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة ولو لم يذكر في العقد^(٢٧٩). لذلك لا بد من ايضاح اتجاه كل من هذين الفريقين.

(٢٧٩) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٤- ص٥١-٥٢.

١- نظرية السبب عند الحنفية والشافعية:

يذهب انصار هذا الاتجاه الى ان السبب يجب ان يكون داخلا في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الارادة فلا يعتد بالباعث اذا لم تتضمنه صيغة العقد او التعبير عن الارادة، فالوقوف على نظرية السبب يكون من خلال الارادة الظاهرة وما تضمنته من بواعث ودوافع دون النوايا الخفية، لذلك يعتد بالسبب (الباعث على التعاقد)، اذا تضمنته الصيغة او التعبير عن الارادة ولا يعتد بالسبب اذا لم تتضمنه صيغة العقد^(٢٨٠). لان فيه السبب او الغرض غير المباح شرعا مستترة ويترك امرها لله وحده يعاقب صاحبها عليها ما دام قد اثم بنيته^(٢٨١).

وقد يذكر السبب صراحة في صيغة العقد فيكشف المتعاقدان ببيان واضح عن الباعث الدافع لهما على التعاقد، فان كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح وان كان غير مشروع فالعقد باطل، وقد لا يذكر السبب صراحة وانما يفهم ضمنا او يستخلص من طبيعة محل الالتزام العقدي^(٢٨٢).

وطبيعي ان السبب الذي يستخلص من طبيعة محل العقد هو (المعقود عليه)، فان كان جائز التعامل فيه بان يكون مالا متقوما كان الباعث على انشاء التصرف مشروعاً وان لم يكن كذلك بطل السبب وبطل الالتزام العقدي فلا ينتج اثره، كبيع الاصنام والتعاقد على الخنزير او بيع العنب لغرض صنعه كخمر.

اما اذا لم تتضمن صيغة العقد للسبب فلا يعتد به وهذا هو (العقد المجرد) والتصرف المجرد معروف في الفقه الاسلامي في حالات محددة، ومثال ذلك (عقد الكفالة) الذي هو

(٢٨٠) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٤- ص ٥٥.

(٢٨١) الدكتور محمد يوسف موسى- الفقه الاسلامي- ط٣- ١٩٥٨- ص٣٥٢.

(٢٨٢) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص ٥٥-٥٦.

وانظر د. محمد نعيم ياسين- بيع الاعضاء الادمية- مجلة الحقوق- الكويت- ١٩٨٧- ص٢٤٩.

في الفقه الشافعي انظر موقفهم من السبب في الالتزام العقدي لا سيما الوقوف عليه من طبيعة الالتزام في عقد البيع:

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي- كتاب البيع بدون سنة نشر.

الاشباه والنظائر في الفروع للامام جلال الدين السيوطي الشافعي- مطبعة مصطفى محمد- مصر- ١٩٣٦- ٩٧- و٢٥٣-٢٥٥.

عبدالرحمن الجزيري- كتاب الفقه على المذاهب الاربعة- ج٣- قسم المعاملات- ط١- ٩٣٥- ص٢٩٠.

وفي الفقه الحنفي انظر:

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم- ج٥- ط١- بدون سنة نشر- ص٣٧٦-٣٧٧.

تصرف قانوني جرد من سببه فلا يعتد بالسبب، فالتزام الكفيل مجرد الى مدى بعيد فلا يستطيع الكفيل ان يحتج على الدائن بالوجه التي يحتج بها على المدين، فلو كان الالتزام الاصلي ناشئا عن ثمن خمور ولم يدفع المدين الدين، فالتزام الكفيل صحيحا ولا يحق له الدفع ببطان الالتزام الاصلي لان التزامه كان صحيحا، فالتزام الكفيل مجرد حتى من ان يدفع تجاه الدائن بان الدين غير مشروع^(٢٨٣). وهو عكس منحى الفقه والقوانين الوضعية التي تجيز للكفيل التمسك بعدم مشروعية السبب لان التزام الكفيل تبعي.

ويذكر الاستاذ السنهوري ان هناك عقودا في الفقه الاسلامي لم تتضمن صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث لا صراحة ولا ضمنا، فلا يبحث عن السبب خارج العقد ولا يعتد به بل يكون العقد صحيحا مستقلا عن السبب^(٢٨٤).

٢- نظرية السبب في الفقه المالكي والحنبلي^(٢٨٥)

من المعلوم ان الفقه المالكي والحنبلي لم يشترطا صيغة لفظية لانعقاد العقد وصحته كما اوجب ذلك الاحناف الذين شددوا على ان ينعقد العقد بالصيغة اللفظية القاطعة في احداث الاثر القانوني واولها صيغة العقد اللفظية بالماضي. فالحنابلة لم يحصروا صيغة العقد القولية بلفظ معين في عقد البيع بل كل ما ادى معنى البيع^(٢٨٦).

وعقد الحوالة عند المالكية لا يشترط لانعقاده صيغة لفظية مشتقة من الاحالة وانما تصح بكل ما يدل على نقل الدين كقوله خذ حقاك من فلان^(٢٨٧).

ونظرية السبب في الالتزام العقدي عند هذا الفريق من الفقهاء هي (الباعث الدافع على التعاقد) اذ يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد ما دام يكون معلوما من الطرف الآخر، فان كان الباعث مشروعا كان العقد صحيحا وان كان غير مشروع فلا يصح العقد^(٢٨٨)، حتى ولو كانت صيغة العقد والارادة الظاهرة سليمة. فذبح الحيوان لله لاجل

(٢٨٣) انظر تفصيلا- الاستاذ السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص٦١.

(٢٨٤) السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص٦٢.

(٢٨٥) انظر فكرة السبب عند المالكية والحنابلة وبعض المذاهب الاخرى للمراجع لتالية:

الاقناع في فقه الامام حنبل- لشرف الدين المقدسي- ج٢- كتاب البيع- بدن سنة نشر- ص ٥٦ وما بعدها.

عبد الرحمن الجزيري- كتاب الفقه على المذاهب الاربعة- قسم المعاملات- المرجع السابق- ص ٢٩٣-٢٩٧.

السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص ٧١ وما بعدها.

(٢٨٦) الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل- ص ٥٦.

(٢٨٧) عبدالرحمن الجزيري- المرجع السابق- ص ٢٩٣.

(٢٨٨) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٤- ص ٧١.

الاكل حلال وذبحه لغير الله ولغير الاكل حرام وبيع الارض لانشاء كنيسة او بيع الخشب لصنع صنم حرام لان الباعث الدافع على التعاقد غير مشروع^(٢٨٩).

والتعاقد على الكلب باطل لانه ليس مالا متقوما الا اذا كان الباعث الدافع على التعاقد حراسة الدار بواسطة الكلب لان الفائدة منه مشروعة، او للصيد او للحراثة^(٢٩٠).

الا ان في جميع الامثلة التي يذكرها المالكية والحنابلة عن محل الالتزام العقدي يوجبون علم الطرف (المتعاقد) الاخر بالسبب غير المذكور في العقد عند عدم ذكره في العقد لا صراحة ولا ضمنا، فلو باع شخص عنبا ولم يذكر سبب الالتزام العقدي ولكن المتعاقد الاخر كان عالما انه سيصنع منه خمر لم يصح البيع لان الباعث الدافع غير مشروع، ويستعان في كل الاحوال بظروف التعاقد الملازمة.

والخلاصة، فان الشافعية والحنفية اهتموا بصيغة العقد وبالارادة الظاهرة، وحيث ان الايجاب والقبول وجدا بصورة صحيحة فالعقد صحيح ان ورد على مال متقوم كالعنب والارض والدواب حتى وان كانت النية غير مشروعة ما دام انها ليست ظاهرة في الصيغة، والعقد غير صحيح عند المالكية والحنابلة اذا كان يمكن معرفة الباعث على التعاقد من الظروف او علم المتعاقد الاخر بالنية كاتخاذ العنب مادة للعقد لصنعه خمر او لانشاء محلا للدعارة على الارض او غير ذلك لان الاصل عندهم (البواعث في التصرفات الشرعية).

ثانيا: السبب في القوانين المدنية الوضعية

ذهب القانون المدني الفرنسي الى النص على وجود السبب في الالتزام العقدي وعلى مشروعيته وذلك في المادتين (١١٠٨ و ١١٣١)، وبما ان القانون المدني الفرنسي لم يعرف المقصود بالسبب، فان الفقه والقضاء كان المجال امامهما فسيحا للاجتهد ما بين مؤيد للنظرية التقليدية في السبب التي ترى ان السبب هو الغرض المباشر وان سبب التزام المتعاقد هو التزام الطرف الاخر المقابل له، وما بين مؤيد للنظرية الحديثة التي اتجه اليها القضاء الفرنسي، حيث يراى بالسبب الباعث المشروع الرئيس في التعاقد^(٢٩١).

(٢٨٩) الاستاذ السنهوري- المرجع السابق- ص ٧٢.

(٢٩٠) الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل- المرجع السابق- ص ٦٠.

(٢٩١) انظر حول ذلك: Code Civil 1978- Article 1108, 1131.

وانظر حول السبب في القانون المدني الفرنسي وحدث الاحكام القضائية الفرنسية واتجاهات الفقه

الفرنسي: CODE CIVIL- EDITIONS DALLOZ-PARIS -1992- P. 719. PP. 739-740.

ولا شك ان المشرع الفرنسي اخذ بنظرية السبب عن الفقيه الروماني يوتيه Pothier الذي اخذ بدوره عن

Domat.

والالتزام الناتج عن المسؤولية التقصيرية او الاثراء بلا سبب) لم يرق على ارادة الملتزم ولهذا حيث توجد الارادة يوجد السبب اذ لا يمكن للارادة ان تتجه بدون سبب الا اذا صدرت عن غير وعي (٢٩٨).

ولهذا، فان دور السبب في الالتزام العقدي يكبر حينما يزداد حظ الارادة في انشاء العقود الرضائية ويضعف في العقود الشكلية (٢٩٩).

ان نظرية السبب في القوانين المدنية الحديثة خضعت لتطور تاريخي طويل منذ القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وساهم الفقه والقضاء الفرنسي بدورهما في هذا التطور الطويل، واذا كان من غير الممكن ايراد كل مراحل هذا التطور التاريخي والنقاش الفقهي بخصوص السبب، فان من الممكن القول باختصار ان هناك نظريتين للسبب في الفقه الحديث نذكرهما باختصار لبيان مدى تأثر بعض القوانين المدنية العربية بهما على النحو التالي:

النظرية التقليدية في السبب (٣٠٠)

تعود هذه النظرية الى الفقيه الروماني دوما Domat وعنه انتقلت الى الفقه الفرنسي ثم للقانون المدني الفرنسي المواد (١١٣١-١١٣٣)، وهي تقوم على التفرقة بين السبب الانشائي والسبب الدافع والسبب القصدي، فالسبب الانشائي هو مصدر الالتزام، والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع المتعاقد الى ان يرتب في ذمته الالتزام. ولهذا فهو متغير ولا يمكن ضبطه فلا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام لانه خارج عن العقد وامر ذاتي خاص بالملتزم وامر متغير، اما السبب القصدي فهو الغاية المباشرة او الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه، وهذه الغاية تختلف العقود، ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام المتعاقد هو التزام الطرف الاخر وفي التبرعات يكون سبب التزام المتبرع في الهبات هو نية التبرع وفي عقود التفضيل كالوكالة والكفالة بغير اجر يكون السبب هو اسداء خدمة للدائن (٣٠١).

(٢٩٨) الاستاذ السنهوري- مصادر الالتزام- ج١- ص٤١٤.

(٢٩٩) الاستاذ السنهوري- المرجع السابق- ص٤١٥.

(٣٠٠) تفصيل هذه النظرية راجع:

الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- مصادر الالتزام- ج١- ص٤٣٦ وما بعدها.

Mazeaud- (H. J. L.)- Op. Cit. p. 206

الدكتور احمد حشمت ابو ستيت- نظرية الالتزام في القانون المدني- الكتاب الاول- ص٢١٣.

(٣٠١) الدكتور حشمت ابو ستيت- المرجع السابق- ص٢١٦.

فالمادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي نصت على ان الالتزام لا ينتج اي اثر اذا لم يكن له سبب او كان له سبب غير صحيح او سبب غير مشروع (٢٩٢)، كما نصت المادة (١١٣٢) على انه يكون الاتفاق صحيحا ولو لم يصرح بسببه (٢٩٣). ونصت المادة (١١٣٣) على ان يكون السبب غير مشروع اذا حرمه القانون او اذا كان مخالفا للاداب او للنظام العام (٢٩٤).

والقانون الانجليزي يعرف ايضا السبب ويطلق عليه بـ (الاعتبار Consideration)، وينظر اليه نظرة مادية ولا ضرورة للاعتبار في العقد الشكلي الا انه يكون ضروريا وجود الاعتبار في العقود الرضائية والاعتبار هنا هو الثمن الذي اشترى به احد المتعاقدين التزام الاخر كما يشترط في الاعتبار ان يكون معاصرا للالتزام وان يكون مشروعاً وان يكون شخصيا ويراد بشخصية الاعتبار هو ان يكون المعرم الذي تحمله الدائن شخصيا حتى يحق له ان يطالب بالالتزام الذي ترتب في ذمة المدين ولهذا لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الانجليزي، المنتفع وهو الدائن لم يتحمل مغرماً شخصيا يصح ان يكون اعتباراً في الالتزام الذي يراد به ترتيبه في ذمة المتعهد (٢٩٥).

وقد اختلف فقهاء الانجليز في الاصل التاريخي لنظرية الاعتبار وفي مجالات استعمالها في القوانين الانجلوسكسونية والراجع ان نظرية الاعتبار تتلاقى مع نظرية السبب التقليدية (٢٩٦). وذهبت احدى المحاكم البريطانية حول نظرية الاعتبار قائلة في قضية East-wood V Kenyon ان الالتزام الاخلاقي لا يكفي للقول بوجود الاعتبار (٢٩٧).

ولا شك ان السبب عنصر متميز عن الارادة ولكنه متلازم معها ويختلف السبب عن المحل في ان الاول جواب من يسأل لماذا التزم المدين؟ والثاني جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟ ولهذا فالسبب يقتصر وجوده على الالتزام العقدي لان الالتزام غير العقدي (كالالتزام القانوني

(292) Code Civil 1987-Article 1131.

(٢٩٣) عدلت نص المادة (١١٣٢) ووضع بالتطبيق في عام ١٩٨٨.

Mise a Jour 1988 Du Code Civil- 1987. p. 20.

(294) Code Civil- 1987- Article 1133.

(٢٩٥) الاستاذ الدكتور السنهوري- نظرية العقد- ص٥٩٠-٥٩١.

(٢٩٦) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- نظرية الاعتبار في القوانين الانجلوسكسونية- بحث مستل من مجلة القضاة- ١٩٨١- ص٢٨٣ وما بعدها.

(297) (Morale Obligations does not suffice to constitute Cosideration).

G. C. C. Heshire and C. H. S. FIFoot-Cases on The Law of Contrat- Op-Cit. . p. 290

وقد اشترطت النظرية التقليدية في السبب ثلاثة شروط على هذا الاساس هي: ان يكون موجودا وان يكون صحيحا وان يكون مشروعاً^(٣٠٢). ولكن هذه النظرية تعرضت الى انتقادات عنيفة من خصوصها لعل في مقدمة خصومها من الفقه البلجيكي ارنست Ernst ولوران وكرونيل، ومن الفقه الفرنسي بلانيول^(٣٠٣)، ودافع عنها الفقيه كايبتان ودابان وغيرهم.

النظرية الحديثة في السبب^(٣٠٤)

تقوم هذه النظرية التي صاغها القضاة الفرنسي على اساس الاخذ بالباعث الدافع الى التعاقد فهو السبب للالتزام العقدي من اجل اخضاع العلاقات التعاقدية لقواعد النظام العام والآداب الحسنة فلو كان الباعث على التعاقد غير مشروع بطل العقد وان كان غير مخالف صح العقد. ولم يهتم القضاة الفرنسي الا بالباعث الرئيس لا الباعث القانوني الذي لا يهتم به القاضي لانه لا اثر له على الارادة.

اما شروط السبب في هذه النظرية فهو شرط واحد وهو المشروعية، فان كان غير مشروع لمخالفته قواعد النظام العام او الآداب الحسنة بطل الالتزام العقدي. ولهذا يمكن الاستغناء عن مسألة وجود السبب وعن شرط السبب الصحيح والاكتفاء بالباعث الدافع الرئيس للمشروع الى انشاء العقد، حيث يكون الباعث هنا مرناً^(٣٠٥). وقد لاقت هذه النظرية رواجاً كبيراً من الفقه المدني والقوانين المدنية الوضعية وهي تلتقي مع ما ذهب اليه جانب من الفقهاء المسلمين (المالكية والحنابلة) على نحو ما تقدم.

(٣٠٢) انظر:

Code Civil 1987- Article 1108- Art1131-1133.

Jean Carbonier- Op. Cit-P. 111.

Mazeaud L. H. Op. Cit-P. 206.

(٣٠٣) انظر هذه الآراء والدفاع عن النظرية التقليدية من الفقيه كايبتان:

الاستاذ السنهوري- الوسيط-ج١- مصادر الالتزام-ص٤٤٦ وما بعدها.

(٣٠٤) انظر خلاصة هذه النظرية في المراجع التالية:

الدكتور انور سلطان- النظرية العامة للالتزام-ج١- مصادر الالتزام-ص٢٦٣.

الاستاذ السنهوري- الوسيط-ج١- مصادر الالتزام-ص٤٥١ وما بعدها.

الاستاذ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت- المرجع السابق- ص٢٢٥.

Mazeand (H. L. J)-Op. Cit. p2-7

(٣٠٥) الاستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر الالتزام-ج١-ص٤٥٤ وما بعدها.

فالقانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ اعتنق صراحة نظرية الباعث الدافع الرئيس الى التعاقد في المادة (١٣٦) واورد المادة (١٣٧) لاثبات السبب، والى هذا اتجه القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ في المادتين (٩٧-٩٨)، والى هذا اتجه القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ في المادتين (٩٧-٩٨)، وقد اتجه القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الى الاخذ صراحة بالنظرية التقليدية للسبب وهو الغرض المباشر المقصود من العقد في المادة (١٦٥) وهو اتجاه غير سليم على نحو ما سنبينه. كما نص في المادة (١٦٦) على سبب العقد (١-لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه).

ثالثا: السبب في القانون المدني العراقي والاردني

نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على ما يلي:

"١- يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام او الآداب.

٢- ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

٣- اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك".

وبلاحظ ان القانون المذكور لم ينص على تعيين المراد بالسبب هل هو الغرض المباشر القريب ام الباعث الدافع الرئيس الى التعاقد؟ فهل كان يقصد المشرع بصياغته الغامضة لفكرة السبب ترك الامر للقضاء العراقي في اختيار الانسب؟

غير ان هذا الغموض او المرونة في الصياغة سبب الحيرة والتردد للقضاء العراقي في الاخذ بالنظرية التقليدية او النظرية الحديثة للسبب على نحو ما سنبينه.

ولا شك ان موقف المشرع العراقي هذا تعرض الى انتقادات الفقه المدني في العراق^(٣٠٦). و هذا الموقف يعود بجذوره الى القانون المدني الفرنسي الذي لم يحدد المقصود بالسبب مما فسح المجال للاجتهد الفقهي والقضائي^(٣٠٧). الا ان الاستاذ السنهوري علل موقف المشرع العراقي

(٣٠٦) انظر من هذه الانتقادات آراء كل من: الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات-ص١٢٤-١٢٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام-ص٢٥٣-٢٥٤.

(٣٠٧) انظر هذه الآراء للفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي:

Jean Carbonnier - Op. Cit. pp.111-112.

هذا قائلاً: "حتى يأخذ القضاء العراقي بكل من النظريتين فيفهم السبب أولاً بالمعنى الذي تفهمه النظرية التقليدية، وفي هذا المعنى فائدة... ثم يفهمه ثانية بالمعنى الواسع المفهوم في النظرية الحديثة". ومع احترامنا وتقديرنا لموقف الاستاذ الجليل السنهوري، إلا أن هذا التعليل غير مقبول لأن الغموض في تحديد فكرة السبب تركت آثارها على القضاء العراقي وصار في حالة من الحيرة في أمره وكنا نفضل أن يستخدم المشرع العراقي معنا واضحاً وهو تبني النظرية التي تقول أن السبب هو (الباعث الدافع المستحدث الرئيس والمشرع للتعاقد). أما دليلنا في ذلك، فهو اتجاه العديد من القوانين المدنية العربية صراحة إلى تبني النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة في السبب على نحو ما تقدم ولأن القضاء العراقي أصدر قرارات متناقضة بهذا الخصوص على النحو التالي:

١- القرار الأول وفيه يتبنياً للقضاء العراقي صراحة النظرية التقليدية أي الفكرة الضيقة للسبب والتي تلتقي مع ما قاله الأحناف والشافعية إذ جاء في القرار ما يلي (٣٠٨): (-ان سبب العقد لا يبحث عنه خارج العقد بل يجب أن يكون موجوداً في صيغة العقد ذاتها وأن يتضمنه التعبير عن الإرادة الظاهرة دون تجاوزها إلى البحث في النوايا الخفية وهذا ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية «والصحيح بعض فقهاء الشريعة» التي تعتبر المصدر الرئيس للقانون المدني.

٢- أن القاعدة الصحيحة في مشروعية السبب أن العقد يكون صحيحاً ولا يعتد بالباعث الذي لم يذكر في العقد (٣٠٩).

٢- القرار الثاني وفيه أخذ القضاء العراقي صراحة بنظرية السبب حسب المفهوم الواسع وهو الباعث الدافع للتعاقد التي تلتقي مع ما قاله بعض فقهاء الشريعة (المالكية والحنابلة) ومع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي إذ جاء في القرار ما يلي (الصحيح في القانون أن السبب هو الباعث على التعاقد، فإذا كان الباعث الذي دفع المشتري إلى التعاقد غير مشروع ولا يعلمه البائع فلا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً اعتباراً بالإرادة الظاهرة) (٣١٠).

(٣٠٨) ملاحظات الاستاذ السنهوري على المادة (١٣٢) أمام لجنة القانون المدني العراقي منشورة في مجموعة الاستاذ سلمان بيان نقلاً عن الحكيم- مصادر الالتزام- ص ٢٥٤.

(٣٠٩) رقم القرار ٢٧٨١/حقوقية/١٩٦٧-١٣/٥/١٩٦٧- منشور في مجلة القانون المقارن- العدد ٢- السنة ٢-١٩٦٨- ص ٢١٠.

(٣١٠) رقم القرار ٦٥٤/حقوقية/١٩٦٧-١٩٦٨- مجلة القضاء- ١٩٦٨- ص ٦٦.
وانظر القرار الصادر في ٢٢/٤/١٩٦٧ اضبارة رقم ١٤٨٣/ح/١٩٦٦ التي أخذت محكمة التمييز بنظرية الباعث الدافع للتعاقد- منشور في مؤلف الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ص ٢٦١.

ولا بد من الإشارة إلى رأي الاستاذ السنهوري في مصادر الحق وهو من خصوم النظرية التقليدية الذي أوضح فيه ما يلي: (والتقنينات المدنية العربية الأخرى- التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي- سارت على غرار التقنين المصري واعتنقت النظرية الحديثة للسبب) (٣١١). وهذا يعني أن القانون المدني العراقي حينما ذكر كلمة السبب ولم يحدد معناها فيفترض أن يأخذ بنظرية الباعث الرئيسي للتعاقد سيرا على نهج العديد من القوانين المدنية العربية التي سبقته. ومع ذلك فإننا نعتقد بأن هذا لا يكفي فالمطلوب تحديد المقصود بالسبب صراحة دفعا لاي تناقض في القرارات القضائية وحسماً للاختلاف في الرأي.

والخلاصة، فإن السبب في معناه الحديث كما يتمثلته القضاء الفرنسي والمصري وبعض قرارات القضاء العراقي هو بمثابة الباعث المستحدث الرئيس في التصرفات القانونية عامة ويستوي ذلك في عقود المعاوضات أو التبرعات شريطة أن يكون مشروعاً.

ولعل من المفيد القول أيضاً بأن هناك من يذهب إلى نبذ فكرة السبب في مضمونها التقليدي والحديث ويرى من منطلق فوضوي الغاء القانون المدني المصري لأنه فقد أسباب صلاحيته للتطبيق وإلى الاستفادة من نظرية السبب في إجراء تنظيم جديد للعقد من خلال التمييز بين مضمون العقد والغاية الاجتماعية والاقتصادية منه من أجل التوازن بين الحقوق والمصالح (٣١٢).

أما في القانون المدني الأردني فإن المادة (١٦٥) نصت على ما يلي:

"١- السبب هو الغرض المباشر المقصود في العقد.

٢- ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب"، كما نصت المادة (١٦٦): "١- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. ٢- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يرقم الدليل على غير ذلك". ويبدو أن القانون المدني الأردني تأثر بالقانون اللبناني حين ميز بين سبب الالتزام وسبب العقد وهو اتجاه لائويده (٣١٣).

(٣١١) مصادر الحق- ج٤- المرجع السابق- ص ٣٠.

(٣١٢) انظر آراء الدكتور بشري جندي- وضع نظرية السبب في القانون المدني الاشتراكي- مجلة إدارة قضايا الحكومة- السنة ١٠- العدد ٣- ١٩٦٦- ص ٤٤ وما بعدها.

(٣١٣) يبدو من نص المادة (١٦٥) أن هناك شروطاً لسبب الالتزام وهي:

١- أن يكون موجوداً. ويفترض وجود السبب ما لم يثبت العكس.

٢- أن يكون صحيحاً. وهو شرط لا مبرر له لأن السبب غير الصحيح يحكم غير الموجود.

٣- أن يكون مشروعاً.

وقد ذهبت المادة (١٦٦) إلى النص على سبب العقد (الباعث الدافع إلى التعاقد)، وشرطه أن يكون =

المطلب الرابع

بطلان العقد La Nillite De Contrat (٣١٤)

لا شك ان الجزاء القانوني على عدم توافر اركان العقد هو البطلان (بطلان العقد)، ومن المعلوم ان العقود اما رضائية او عينية او شكلية على نحو ما بيناه وان الاتجاه الحديث للفقهاء والتشريعات المدنية الوضعية يذهب الى حصر التقسيم على نوعين وجعل العقود العينية رضائية. ولهذا فان تخلف ركن من العقد الرضائي او الشكل في العقد الشكلي حتى عند توافر الرضا والمحل والسبب في العقد، فان العقد يكون باطلا.

=موجودا وان وجوده مشروعا. ولدى الرجوع الى المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني تبين ان السبب متميز عن المحل فقد يكون المحل مشروعا في ذاته ولكن السبب يكون غير مشروع، فاذا كان السبب ظاهرا في صيغة العقد فانه يعتد به ويكون العقد باطلا من ناحية السبب لا المحل. اما اذا لم تتضمن صيغة العقد السبب بمعنى الباعث فلا يعتد به ويكون العقد صحيحا مستقلا عن السبب.

(٣١٤) انظر: الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط-ج١- ٤٨٦ وما بعدها.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص٨٣-٨٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ص٢٦٥ وما بعدها.

الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص١٢٠.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٧٥ وما بعدها.

Antonie Valard- Droit Civil- La Formation De Contract-pp. 233-225.

وللمزيد من التفاصيل انظر الاطروحة القيمة للاستاذ الدكتور جميل الشراوي- نظرية بطلان التصرف القانوني- رسالة دكتوراه- القاهرة ٩٥٣- طبعة ١٩٥٦.

انظر ما جاء في قرار محكمة التمييز الاردنية ٨٦/٤٢ في ١٩٨٦/٣/٥ من ان آثار العقد الباطل تنحصر باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد.

وملخص القضية ان المدعى عليه تعهد بالتجار بالذهب والفضة والعملة الاجنبية وهو غير مرخص بذلك وحيث ان المشرع الاردني منع التعامل بالذهب والعملة الاجنبية الا للمرخص بالذات، فان التعاقد يكون باطلا عملا بالمادة (١٣٦) من القانون المدني- لسنة ١٩٧٦، التي اعتبرت التعاقد فيما منع الشارع باطلا.

وخالف هذا الحكم بعض القضاة ومفاده ان التعامل بالذهب حسب الاتفاق المعقود بين الطرفين صحيح وجائز وغير مخالف للقانون ولا النظام العام.

المجلة العربية للفقهاء والقضاة- تصدرها الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب- العدد الخامس- ١٩٨٧- ص١٨٩ وما بعدها.

وانظر: بطلان العقود في القانون الانجليزي والقضايا التطبيقية حول الموضوع:

G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot- Cases on the Law of Contrat- Op. p. 390.

والشكلية وضع معين يوجبه القانون لانعقاد العقد من اجل حماية مصلحة اجتماعية راجحة وهي استثناء من مبدأ الرضائية في العقود ويذهب جانب من الفقهاء المدني الى القول بان الشكلية القانونية Forme Legale، يمكن ردها الى انواع ثلاثة: الرسمية والكتابة والعينية، فالنوعين الاول والثاني يقيدان من مبدأ سلطان الارادة وتفرضهما مقتضيات المصلحة الاجتماعية لان طابعهما حمائي بخلاف النوع الثالث ذو طابع فني، والرسمية في العقد يراد بها ان ينعقد العقد امام موظف عام ككاتب العدل او موظف التسجيل العقاري او غيره ويسمى بـ(الموثق) كالرهن التأميني في القانون المدني الاردني، اما الكتابة فهي شكلية يوجبها الشارع لنشوء الاتفاق كعقد الشركة والجمعية^(٣١٥). وهذه الكتابة لانعقاد لا لاثبات على نحو ما نصت عليه المادة (٧٧/ ثانيا) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في العراق.

اما الشكلية الاتفاقية Forme Conventionnelle فتبدو في التصرفات القانونية حينما يتفق الطرفان على ان يتخذ العقد بينهما شكلا معيناً كالكتابة او الرسمية بتوثيقه من كاتب العدل، فيكون العقد شكليا بالاتفاق وفيه فائدة للطرفين لتأكيد تمام العقد ولاطراف العقد جعل الشكلية ركنا موضوعيا بدونها لا يقوم العقد او عملا اجرائيا يقصد منه اثبات التصرف القانوني، فاذا ثار الخلاف حول الشكلية الاتفاقية ما اذا كانت لانعقاد ام للاثبات، فان الفقه المدني يرى حمل الشكلية الاتفاقية على انها للاثبات لا شكلية انعقاد للعقد تقريبا من احوال بطلان العقد ولان الشكلية استثناء من الاصل العام فلا يجوز التوسع في تفسيرها^(٣١٦).

ويقصد ببطلان العقد هو انعدام اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير تبعا لذلك، فاذا لم يكن العقد قد بدأ في تنفيذه فانه يمكن التمسك بالبطلان من قبل من له مصلحة في هذا الدفع وان كان قد بدء في تنفيذه فعلا، فلا يكفي القول ان العقد باطل وانما يجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد وهنا تظهر اهمية نظرية البطلان اذ تختلف احكامه

(٣١٥) الاستاذ الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي- المرجع السابق- ص٤٣٧-٤٣٩.

وانظر نص المادة (١٧٥) من قانون الشركات في العراق رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل، التي جاء فيها: "يجب ان يوثق عقد الشركة البسيطة من الكاتب العدل وان تودع نسخة منه لدى مسجل الشركات والا كان العقد باطلا".

اما المادة (١/٥٨٤) من القانون المدني الاردني فقد نصت على ما يلي: "١- يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا". ولاحظ المادة (١١) من قانون الشركات الاردني رقم ١ لسنة ١٩٨٩.

(٣١٦) انظر رأي د. عبدالحى حجازي- المرجع السابق- ص٤٤١-٤٤٢.

باختلاف طبيعة القاعدة القانونية التي يترتب البطلان على الاخلال بها، فان كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة، او تنظم عنصر جوهري، او اساس فني في العقد، كان البطلان مطلقا، بحيث لا يكون للعقد وجود امام القانون^(٣١٧). كبطلان التصرف القانوني الوارد على العقار لتخلف ركن التسجيل ف دائرة التسجيل العقاري سواء في البيع او الهبة او الرهن او الوصية او غيرها ويظل العقار مملوكا للبايع^(٣١٨).

اما اذا كانت القاعدة القانونية تحمي مصلحة خاصة، كان البطلان نسبييا في القانون الفرنسي وقابلا للإبطال في القانون المدني المصري والكويتي لسنة ١٩٨٠ وموقوفا في القانون المدني العراقي، حيث يبقى للعقد وجوده القانوني الى حين طلب ابطاله او اجازته ممن تقرر الابطال لمصلحته، فان لم تحصل الاجازة بطل العقد وزال وجوده وزالت آثاره بين الطرفين وبين الغير من وقت انشائه لا بالنسبة للمستقبل فقط على نحو ما سنبينه.

والعقد الباطل يختلف عن العقد غير النافذ Inopposabilite الذي يكون صحيحا وينتج اثره فيما بين المتعاقدين الا انه لا يسري في حق الغير، فالبيع في مرض الموت صحيح بين المتعاقدين الا انه غير نافذ في حق الورثة فيما جاوز ثلث التركة، وبيع ملك الغير موقوف في القانون المدني العراقي المادة (١٣٥)(٣١٩).

وطبقا للقانون المدني الاردني، فان المادتين (٥٥٠ و ٥٥١) قد نظمتها احكام بيع ملك الغير.

ويرى الاستاذ السنهوري تمييزا بين العقد الباطل وبين عدم السريان (ان العقد قد يكون قابلا للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسري في حق الغير فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري، ثم هو لا يسري في حق المالك الحقيقي، وقد يجيز المشتري

العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان والبطلان اذا كان قابلا للزوال يزول بالاجازة، اما عدم السريان فيزول باقرار الغير للعقد^(٣٢٠).

ومن البديهي ان العقد الباطل لمخالفته قاعدة قانونية تحمي مصلحة عامة كتخلف ركن التسجيل في العقود الشكلية الوارد على العقارات وعدم مشروعية محل الالتزام العقدي، لا يكون للعقد وجود منذ البداية فلا تلحقه اجازة ولا يتقدم الدفع بالبطلان المادة (١٤١) مدني عراقي^(٣٢١)، فلكل من له مصلحة في التمسك ببطلان العقد وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تقضي بالبطلان (م ١٤١) مدني عراقي، كما نصت المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي على انه: "١-العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا". ويلزم ان يعاد اطراف العقد الى الحالة التي كانا عليها قبل، العقد فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل (المادة ٢/١٣٨ مدني عراقي). ويجوز عمل العقد من جديد وتلافي اسباب البطلان كالقيام بالتسجيل للتصرف القانوني الوارد على العقار او التعاقد مجددا على محل (المعقود عليه) جائز التعامل فيه.

ان العقد الباطل لا حاجة لصدور حكم من المحكمة باطلاله الا في بعض الحالات الضرورية حيث يكون حكم المحكمة كاشفا للبطلان لا منشأ له^(٣٢٢).

اما الفرق بين البطلان والفسخ، فان البطلان يرجع الى عيب في ركن من اركان العقد وهو جزء قانوني على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها، بينما الفسخ لا علاقة له بتلك الاركان لانها سليمة وينشا العقد صحيحا، ثم لا ينفذ احد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقدين الاخر. ولهذا لا يكون الفسخ الذي هو حل للرابطة العقدية الا في العقود الملزمة للجانبين^(٣٢٣).

(٣٢٠) الوسيط- مصادر الالتزام- ج١-ص٤٨٨.

(٣٢١) نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني الاردني على العقد الباطل، وجاء فيها ما يلي:

"١-العقد الباطل ما ليس مشروعاً باصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه او الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اي اثر ولا ترد عليه الاجازة.

٢- ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها".

(٣٢٢) انظر حول حالات الضرورة العملية بالحصول على حكم من المحكمة:

الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- مصادر الالتزام- ص ٥٣٠.

(٣٢٣) الاستاذ السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج١- مصادر الالتزام- ص٤٨٨.

يمكن ان يرد الفسخ على العقد الفاسد في القانون المدني الاردني وهذا ما نصت عليه الفقرة (٤) من المادة (١٧٠) التي جاء فيها: "بعد اعدار العاقد الاخر".

(٣١٧) د. بدر جاسم اليعقوب- اصول الالتزام- ص٢٧٢.

(٣١٨) حول نقل الملكية في العقار وموقف القضاء العراقي منه راجع بحثنا المنشور في مجلة الحقوقي العدد ٤٠١، السنة ١٥-١٩٨٣ وراجع تناقض قرارات المحاكم العراقية في تطبيقاتها لقراري مجلس قيادة الثورة ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديله ١٤٢٦ لسنة.

(٣١٩) نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي: "١-من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك. ٢-فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطلب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر. ٣-واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدد منه وكان العاقد الاخر قد اذاه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشئ منه. ٤-.....".

والفسخ Resolution قد يقع اتفاقا او قضاء او قانونا ويطلق عليه (الانفساخ) كهلاك المعقود عليه بقوة قاهرة بعد البيع وقبل التسليم في القانون العراقي او مرض الطالب وعدم تمكنه من تنفيذ العقد الدراسي بالحصول على الشهادة المتعاقد عليها لان المرض سبب اجنبي يفسخ العقد قانونا ويزول كل اثر للعقد فلا التزامات ولا حقوق عن العقد المفسوخ قانونا.

لقد خصص المشرع العراقي المواد من (١٣٣-١٤١) من القانون المدني للعقود الصحيحة والعقود الباطلة كما نص المشرع الجزائري على بطلان العقد في المواد (٩٩-١٥٠) متأثرا بما قرره القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، كما نص مشروع القانون المدني العراقي على جزاء العقد (البطلان) وحكم تخلف احد اركان العقد الرضائي والعقد الشكلي (في الشكلية القانونية والاتفاقية) في المواد (٣٦٧-٣٧٦)، والقواعد القانونية الواردة في المشروع لم تخرج عن تلك التي قررتها كثير من القوانين المدنية الوضعية الاخرى. كما خصص القانون المدني الاردني المواد من (١٦٧-١٧٦) للعقود الباطلة والصحيحة والفاصلة.

وإذا كانت هناك اراء كثيرة قيلت في البطلان واثارها الا ان الفقه المدني يذكر نوعين من انواع البطلان وفقا للنظريات التي طرحت في هذا الميدان وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة. وطبقا للنظرية الاولى، فان مراتب البطلان هي (مرتبة الانعدام ومرتبة البطلان المطلق واخيرا البطلان النسبي). الا ان هذا التقسيم الثلاثي تعرض لانتقادات الفقه المدني في فرنسا ومصر والعراق واستقر الرأي على نوعين من انواع البطلان وهما: (البطلان المطلق) الذي يدخل فيه العقد المنعدم و (البطلان النسبي) (٣٢٤) الذي يقابل العقد الموقوف في القانون العراقي والقابلية للابطال في القانون المدني المصري والكويتي، وهو عقد صحيح لان القاعدة القانونية لا تحمي مصلحة عامة وانما مصلحة خاصة فقامت اركانه واختلت شروطه ويلزم اجازته لكي تظهر آثاره او ابطاله.

ان دراسة بطلان العقد يلزم منا اولا التمييز بين العقد الباطل والعقود الاخرى ثم الوقوف على الآثار المترتبة على العقد الباطل سواء الآثار الاصلية ام الآثار العرضية.

(٣٢٤) انظر الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- مصادر الالتزام- ص ٤٩٠-٤٩١.

تأثرا بالفقه الاسلامي ذكر المشرع العراقي في المادة (١٣٧) تعريفا للعقد الباطل جاء فيه:

"١-العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية.

٢-فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين من ليس اهلا للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع.

٣- ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوفي للشكل الذي فرضه القانون".

اولا: تميز العقد الباطل عن العقود الاخرى

١- العقد الصحيح: اوضحت المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي على ان: "١-العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع ووصافه صحية سالمة من الخلل. ٢-واذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال".

ولا شك ان اصل هذا التعريف يعود للفقه الاسلامي المادة (٣١١) من مرشد الخيران والمادة (١٠٨) من مجلة الاحكام العدلية، فالعقد الصحيح ينعقد في الحال سببا لحكمه وتترتب عليه اثاره بمجرد الانعقاد لتوفر اركانه وشروط صحته فلا تتأجل الاثار، سواء اكان مطلقا ام مقترنا بوصف كالشرط الا اذا كان معلقا على شرط او مضافا الى زمن المستقبل وما لم يكن غير نافذ بان يكون موقوفا، لهذا فالعقد الصحيح ينفذ وتلزم اثاره او لا يكون نافذا (العقد الموقوف).

وقد ذهب القانون المدني الاردني الى ذات المنهج في تعريف العقد الصحيح ففي المادة (١٦٧) نص على حالة العقد الموقوف، كما أخذ المشرع الاردني بفكرة (العقد الفاسد) كمرتبة من مراتب بطلان العقد على نحو ما نادى به بعض الحنفية.

ولم يعرف المشروع المدني العراقي المقصود بالعقد الصحيح على نحو ما ذهب اليه القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي وحسنا فعل حين اكتفى بالنص في المادة (٣٧٥) منه على بيان حكم العقد الموقوف وعلى حكم توقف العقد لنقص في الاهلية في المادة (٣٧٦)، كما لم ينص القانون المدني الكويتي على تعريف العقد الصحيح.

فالعقد الصحيح النافذ بين المتعاقدين وفي حق الغير يكون كذلك اذا كان صادرا من ذي اهلية كاملة غير محجور عليه ومتمتعاً بقواه العقلية اي من شخص بلغ سن الرشد كاملة او ممن اكمل الخامسة عشر من عمره وتزوج باذن القاضي طبقا لنص المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ في العراق. فاذا كان عديم الاهلية لانه عديم الادراك لصغر في السن او لعارض من عوارض الاهلية صدر تصرف منه كان العقد باطلا لصدور العقد من غير اهله ولا تنتج آثاره لانه لا وجود له فهو معدوم والمعدوم لا ينتج اثرا في الاصل العام ولا حكم له لان الحكم للموجود فلا يجبر الشخص على تنفيذه ولا تلحقه اجازة.

والخلاصة، فان العقد الصحيح اما ان يكون نافذا او موقوفا، والعقد الصحيح النافذ اما ان يكون غير لازم يستطيع احد اطرافه او كلاهما فسخه (وهو يقابل العقد الجائز عند الحنفية)

اي لوجود حق الفسخ بحل الرابطة العقدية تبعا لطبيعة العقد او لخيار من الخيارات كعقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد الاعارة ومثال الثاني العقد الذي يلحقه خيار الرؤية او خيار الشرط او خيار التعيين او خيار العيب^(٣٢٥). وقد يكون العقد الصحيح لازما فلا يستطيع احد اطرافه ان يستقل بفسخه كالبيع والايجار والحوالة، وهنا تبلغ (القوة الملزمة للعقد) اقصى ذروتها، فالعقد الذي تكون اركانه مستجمعة وشروط صحته موجودة افاد الحكم في الحال لانه عقد صحيح موجود قانونا لازما كان ام غير لازم.

٢- العقد الموقوف

يطلق على العقد الصحيح الذي استجمع اركانه واختلت احد شروطه بـ (العقد الموقوف) لانه عقد قائم موجود غير نافذ. ونظرية توقف العقد اخذ بها القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني المادة (١٧١) والمشروع المدني العراقي. فقد نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على حكم التصرف القانوني في ملك الغير حيث يتوقف العقد على اجازة المالك اي لا تنفذ آثاره حتى تحصل الاجازة التي تعد بمثابة التوكيل لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم تكلم المشرع العراقي عن الاجازة الصريحة والضمنية في المادة (١٣٦) التي نصت على ما يلي:

١- اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد. ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة.

٢- ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا.

٣- ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب او من الوقت الذي يعلم الولي بصدور العقد. واذا كان سبب التوقف الاكراه او الغلط او التغير فممن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه التغير. اذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد".

كما خصص المشرع الاردني للعقد الموقوف واحكامه في القانون المدني المواد (١٧١) - (١٧٥).

(٣٢٥) الدكتور حسن علي الذنون- المرجع السابق- ص١٣٧- ١٣٨.

واصل فكرة العقد الموقوف تعود لتلميذ الامام (ابو حنيفة) الفقيه زفر بن الهذيل، فلكي يقوم الربط بين العاقد ومحل العقد وصيغته يجب ان تكون للعاقد:

١- ولاية على محل العقد.

٢- ولاية على نوع التصرف، فان تخلف احدهما انعقد العقد صحيحا موجودا الا انه لا ينفذ فيكون موقوفا اي (متوقفا في آثاره)، فالولاية على محل العقد تكون بثبوت حق المالك للعاقد في هذا المحل او النيابة عن المالك والا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهونا، وغير المالك هو الفضولي الذي يحتاج تصرفه الى اجازة المالك الحقيقي ومالك العين المرهونة أو المستاجر ليست له ولاية كاملة على المحل لتعلق حق المرتهن والمستاجر فيلزم اجازة تصرفه من الدائن والمستاجر^(٣٢٦).

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من الادراك لنوع التصرف الذي يبشره. ولهذا يقول الاستاذ السنهوري: (ومن ثم نرى العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه احد عنصري النفاذ: الملك او الاهلية)^(٣٢٧). وحالات العقد الموقوف كثيرة حتى قيل ان عددها وصل الى ثمان وثلاثين حالة ولكن عند التحقيق يتبين ان كثيرا من هذه الحالات لا يكون الموقوف فيها النفاذ بل الانعقاد او الصحة او اللزوم والمقصود هنا هو الموقوف النفاذ^(٣٢٨).

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف، فالشافعية يذهبون الى ان العقد الموقوف باطل وبعض الحنفية يجعلونه وسطا بين العقد الصحيح والعقد الفاسد الا ان الراجح في فقه المذهب الحنفي ان العقد الموقوف مرتبة من مراتب العقد الصحيح، فهو ليس بعقد باطل ولا بعقد فاسد بل هو قسم من اقسام العقود الصحيحة وهو من مراتب الصحة يقع في ادناها ويليه في القوة العقد النافذ فالعقد اللازم^(٣٢٩).

(٣٢٦) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٤- ص١٢٨.

المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ص١٨٤.

محمد ابو زهرة- الملكية ونظرية العقد- ص٣٩٤- ٣٩٦.

(٣٢٧) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص١٢٨.

(٣٢٨) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ص١٨٥.

(٣٢٩) السنهوري- مصادر الحق- ج٤- ص١٢٩.

يرى الامام الشافعي ان عقد الفضولي باطل غير منعقد اصلا مستندا في ذلك على قول الرسول الكريم (ص) قوله (لا تبع ما ليس عندك) فاستدل على ان هذا النهي يفيد عدم انعقاد عقد الفضولي لانه تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم والنهي يقتضي الفساد والفاسد لم ينعقد على مذهبه.

محمد ابو زهرة- الملكية ونظرية العقد- ص٣٩٦- ٤٢٠.

والخلاصة، فإن العقد الموقوف هو ما صدر عن اهله مضافاً الى محله مع سلامة اوصافه ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولي وتصرف ناقص الاهلية ومن في حكمه فيكون العقد صحيحاً، ولكن تتأخر احكامه الى وقت الاجازة^(٣٣٠)، فإن لحقته الاجازة نفذ والا رجع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

اما عن مراحل العقد الموقوف فيمكن حصرها على النحو التالي:

المرحلة الاولى: مرحلة ما قبل الاجازة، فان حكم العقد الموقوف- مهما كان سبب التوقف- يكون عقداً صحيحاً الا انه لا ينفذ لانه في مرحلة سبات منتظراً الاجازة لكي ينفذ. والاجازة تصرف قانوني صادر من ارادة منفردة ممن يملكها وقد ذهب المشرع العراقي في المادة (٢/١٣٦) من القانون المدني على وجوب استعمال خيار الاجازة خلال ثلاثة اشهر، فان لم يصدر ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً، وهذه الارادة اما ان تكون صريحة او ضمنية (٢/١٣٦ مدني).

ان التصرف القانوني الموقوف، كبيع ملك الغير في القانون العراقي وبيع ناقص الاهلية ومن في حكمه وتصرف المكره وغير ذلك، قبل حصول الاجازة له وجود مادي ووجود قانوني لانه نشأ صحيحاً الا ان آثاره لا تنفذ فلا ينتج اثر حتى يزول السبب الذي توقف العقد بسببه او تحصل اجازته، فان لم تحصل الاجازة صار باطلاً كأن يحصل نقضه صراحة او دلالة ممن يملك ذلك على نحو ما نصت عليه المادة (١/١٣٦) من القانون المدني العراقي.

المرحلة الثانية: مرحلة عدم حصول الاجازة، ففي هذه المرحلة اما ان تحصل عدم الاجازة للعقد الموقوف صراحة باية وسيلة صريحة كاللفظ او الكتابة او ما يقوم مقامهما في غضون ثلاثة اشهر حيث يكون للعقد وجود مادي لانه يصبح عقداً باطلاً، فاذا لم يصدر خلالها ما يدل على الرغبة في نقض العقد الموقوف اعتبر العقد نافذاً (٢/١٣٦ مدني عراقي)، تحقيقاً لاستقرار المعاملات.

نخلص مما تقدم ان العقد الموقوف هو العقد الصحيح غير النافذ لعيب في الارادة او لعدم الولاية في التصرف لعدم اكتمال الاهلية او لعدم الولاية على المال المتصرف به لتعلق حق الغير به.

واذا كان الفقه الحنفي والقانون المدني الاردني لم يحددا مدة لتوقف العقد، فان القانون المدني العراقي حدد ذلك بثلاثة اشهر في المادة (١٣٤) التي تعرضت الى الانتقادات وهي:

(٣٣٠) محمد ابو زهرة- ص ٤٢٠.

١- ان المشرع العراقي اورد عبارة التغيرير فقط وهو ليس عيباً في الارادة، فلا يكفي لوحده لتوقف العقد ما لم يصحبه الغبن.

٢- ان فكرة توقف العقد تجعل الملكية خلال فترة عدم النفاذ سائبة وهي ليست على ملك احد فلو هلك المحل (المعقود عليه)، لم يبين المشرع العراقي حكم الهلاك بقوة قاهرة او بظناً احد اطراف العقد.

٣- ان المشرع حدد مدة ثلاثة اشهر لاستعمال خيار الاجازة او النقص وهي مدة جزافية، لم يكشف المشرع اسباب الركون لهذه المدة دون غيرها اذ في كثير من الحالات قد تكون هذه المدة طويلة وتضر بمبدأ استقرار المعاملات الذي حرص المشرع على صيانتها.

٣- العقد الفاسد

لم يأخذ المشرع العراقي في القانون المدني بما نادى به الفقه الحنفي وهو العقد الفاسد باعتباره مرتبة من مراتب البطلان وانما ساير جمهور الفقه الاسلامي الذي لم يميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل من حيث الحكم، فجاءت المادة (١/١٣٧) صريحة بقولها: "١-العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتباره بعض اوصافه الخارجة عنه". كما لم يعرف المشروع المدني العراقي العقد الباطل ولم يأخذ بفكرة العقد الفاسد كذلك لانه ساوى بينهما في الحكم

الا ان القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ خصص لاحكام العقد الفاسد المادة (١٧٠) بفقراتها الاربعة تأثراً بالفقه الحنفي وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المذكور ايضاحاً لهذا الموقف^(٣٣١).

واسباب فساد العقد لاختلال اوصافه كثيرة منها: الغرر في اوسع معانيه والربا وشبه الربا واقتران العقد بشرط فاسد والغرر في تسليم المعقود عليه والاكراه عند الامام ابو حنيفة وصاحبه، وتقوم فكرة العقد الفاسد على التمييز بين اركان الانعقاد ووصاف العقد، فالحلل في الركن يبطل العقد والحلل في الوصف يفسده وحكم الاخير في المذهب الحنفي لا ينتج في الاصل أثراً وانه مستحق الفسخ، فالعقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان عرفها الفقه الحنفي والزيدي ولا تلحقه الاجازة طبقاً للقانون المدني الاردني ويجوز لكل من المتعاقدين ان يتمسك بفسخه كالعقد الواقع بفعل الاكراه (عدا الامام زفر الذي يعتبره غير نافذ والجمهور من

(٣٣١) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ج١ ص ١٧٩.

الفقهاء الذين يعتبرونه باطلا كالمالكية الحنابلة) فلا يحتاج الفسخ الى قضاء القاضي^(٣٣٢).
ونشير هنا ان الفقه الغربي لا يعرف فكرة العقد الفاسد ولا يوجد ما يقابله ولعل من اسباب
صناعة العقد الفاسد عند الاحناف (عدا زفر) هو التخفيف من الاسباب الكثيرة التي تضعف
من قوة العقد وفي ذلك يقول الاستاذ السنهاوري: "فايجاد مرتبة من البطلان هي مرتبة العقد
الفاسد، متميزة كل التمييز عن مرتبة العقد الباطل، هو في ذاته كسب كبير في الصناعة
الفقهية. واذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج الان اليها الفقه الغربي بعد تطوره، فلا تنسى انها
في ذاتها عامل من العوامل الهامة في تطور الفقه، والاستغناء عنها بعد ان تؤدي مهمتها لا
يدل الا على خطر هذه المهمة"^(٣٣٣).

ثانيا: الآثار المترتبة على العقد الباطل

يمكن القول ان هناك نوعين من الآثار التي تترتب عن العقد الباطل، منها ما تكون اصلية
واخرى عرضية كتحويل العقد وانتقاصه لذلك لا بد من التعرض بايجاز لكل من انواع هذه
الآثار على النحو الآتي:

١- الآثار الاصلية للعقد الباطل

سبق ان بينا ان العقد الباطل عدم والاصل ان العدم لا ينتج اية آثار، فلا ينشأ عن العقد
الزام او التزام ولا تلحقه الاجازة حتى يصح وانما يمكن عمله مجددا بتلاقي اسباب البطلان،
هذا هو الاصل العام، غير ان المشرع احيانا يخرج عن الاصل المذكور فيقرر استثناء من هذا
المبدأ ان للعقد الباطل بعض الآثار القانونية كما لو كان عقدا صحيحا بدوافع عديدة اهمها
تحقيق استقرار المعاملات في المجتمع وايجاد الامن فيه وحماية الشخص حسن النية، فيكون
العقد الباطل هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء لا باعتباره واقعة مادية^(٣٣٤)، والامثلة كثيرة
على ذلك في مختلف المجالات.

(٣٣٢) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ج١-ص١٧٦-١٨١.

الاستاذ الدكتور السنهاوري-مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٤- ص ١٢٦-١٣٠.

د. حسن الذنون- المرجع السابق- ص١٣٥.

(٣٣٣) الاستاذ السنهاوري- مصادر الحق- ج٤- ص٢٧١-٢٧٢.

(٣٣٤) الاستاذ السنهاوري- مصادر الالتزام- ج١- الوسيط ص ٥٦٢.

وقد نصت المادة ٣٦٧ من المشروع المدني العراقي على ما يلي:

"اذا كان العقد باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي ارادها المتعاقدان، ولكن يجوز ان تترتب عليه الآثار التي
يقرها القانون".

ففي قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل نص المشرع العراقي على ان
الشركة التي لم تستوف اجراءات التأسيس المطلوبة قانونا، فانها تقع باطلة بين الشركاء الا
انها (صحيحة) بالنسبة للغير حسن النية، فعقد الشركة البسيطة مثلا (المواد ١٨٤-١٩١)
من قانون الشركات المذكور يجب ان ينعقد كتابته والكتابة هنا هي (شكلية قانونية كتابية)
ثم توثق من موظف عام لتأخذ طابع ما يسمى بـ (الشكلية القانونية الكتابية الرسمية) حيث
يودع نسخة من عقد التأسيس لدى مسجل الشركات، فان بطل (عقد الشركة) لتخلف احد
اركانها كالكتابة او التوثيق فان البطلان تنحصر آثاره بين المؤسسين اما الغير حسن النية
الذي تعامل مع هؤلاء الشركات فان حقوقهم ثابتة وتنتج عقودهم التي ابرموها جميع الآثار
كما لو كانت الشركة صحيحة قائمة. وهذا الاثر يقرره القانون والائتمان والحفاظ على
الاستقرار في التعامل ومن اجل حماية حسني النية من الاشخاص بجعل تعاملهم مع الشركة
الباطلة صحيحا^(٣٣٥).

ومن الآثار الاصلية للعقد الباطل الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته للعقار باثر رجعي
وبقاء الرهن على المرهون لمصلحة الدائن المرتهن طبقا لنص المادة ٨٨٥ من القانون المدني
الجزائري والمادة ١٠٤٣ من القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩ ولم نعثر ما يقابل ذلك في
القانون المدني العراقي ولا في مشروع القانون المدني ولعل السبب في ذلك الاستعانة بالقواعد
العامية وهو تبرير غير مقنع.

فالمالك السابق للعقار اذا زالت ملكيته للعقار بأثر رجعي لاي سبب كان عدت كل تصرفاته
باطلة والرهن الناشئ على العقار المرهون يجب ان يزول تبعا لذلك، الا انه خرجا على هذا
المبدأ وحفاظا على استقرار المعاملات تذهب الكثير من التشريعات المدنية بقاء الرهن على
المرهون لمصلحة الدائن المرتهن وهو اثر من الآثار الاصلية للعقد الباطل يقرره نص القانون
دعما للثقة والائتمان وحماية حسني النية.

ومن الآثار الجوهرية للعقد الباطل حالة (عقد الزواج الباطل) الذي ينتج رغم بطلانه بعض
الآثار الاصلية ففي الشريعة الاسلامية يثبت النسب من جهة الام على راي الجمهور والنفقة
والعدة عن الزواج غير الصحيح وفي القانون الفرنسي اذا تبين وجود ما يبطل عقد الزواج وكان

(٣٣٥) انظر حول مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والمعيير المستخدم لدى المحاكم البريطانية (الرجل العاقل)

(الشخص المعتاد) (الرجل المتبصر) (الرجل الوسيط) وغيرها:

الاستاذ شاكر ناصر حيدر- واجب تقليد الضرر في القانون الانجليزي- مجلة القانون المقارن- السنة ٩-
١٩٨١- ص٩-١٠.

كل من الزوجين حسن النية فلا يكون لهذا البطلان اثر رجعي ولا يزول العقد الا من وقت ان يتقرر بطلانه اما قبل ذلك فيبقى العقد حافظا لآثاره كما لو كان صحيحا لان قرار البطلان (ينشئ البطلان وليس كاشفا له) وان كان احدهما حسن النية دون الآخر فلا يستفيد من هذه القاعدة الا هو. غير ان حقوق الاولاد تظل محفوظة وثابتة لان عقد الزواج بالنسبة لهم يكون صحيحا حتى يتقرر بطلانه^(٣٣٦).

وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق في هذا المجال الى انه: "اذا كان لزوج اربع زوجات معقود عليهن بالعقد الدائم وتزوج خامسة بالعقد الدائم ايضا فيكون العقد الاخير باطلا لانه ممنوع شرعا"^(٣٣٧). و "اذا لم يثبت توكيل الزوجة للعاقدة فيكون عقد زواجها باطلا"^(٣٣٨) وفي قرار آخر: "ان عقد زواج الصغير الذي يجريه اخوها يعتبر باطلا شرعا وقانونا ما دام ابوها موجودا على قيد الحياة"^(٣٣٩).

٢- الآثار العرضية للعقد الباطل

لما كان العقد الباطل ليس تصرفا قانونيا ولا وجود له من الناحية القانونية ولا ينشئ عنه اثر كاصل عام، الا انه يعد واقعة قانونية (عمل مادي) ينتج بعض الآثار القانونية على هذا الاساس كأثر عرضي لاعتبارات يقررها المشرع، كالزواج بين المحارم او بغير شهود فلا تنتج عنه آثار اصلية (كحل التمتع والتوارث والنفقة)، الا ان لهذا العقد الباطل آثار عرضية (كوجوب المهر بعد الدخول والعدة في بعض الاحوال وثبوت النسب) وهي تترتب على عقد الزواج الباطل باعتباره واقعة مادية^(٣٤٠). وكذلك حالة التعويض عن الضرر الناتج عن ابطال العقد اذ ان مصدر التعويض المسؤولية التقصيرية لان العقد هنا مجرد واقعة مادية وليس تصرفا اراديا.

ولعل من اهم الآثار العرضية للعقد الباطل رفع صحيفة الدعوى امام محكمة غير مختصة

(٣٣٦) الاستاذ الدكتور السنهوري- نظرية العقد- ص ٦٤١.

(٣٣٧) رقم القرار ٥٠٨ / ٥ / شرعية ٦٣ في ٩٦٣ / ١٢ / ٤ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- قسم الاحوال الشخصية- ١٩٨٩ - ص ١٥٠.

(٣٣٨) رقم القرار ٤٥٦٥ / شخصية / ٧١ في ٧١ / ١٢ / ٣٠ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- المرجع السابق- ص ١٥٢.

(٣٣٩) رقم القرار ٨٦٠ / شخصية / ٧٨ في ٩٧٨ / ٥ / ١٦ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- المرجع السابق- ص ١٥٩.

(٣٤٠) د. انور سلطان: نظرية الالتزام في القانون المدني، ص ٢٦٣.

وانظر كذلك الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- مصادر الالتزام- ج ١- ص ٥٤٣-٥٤٤.

في النزاع وعلى الرغم من بطلانها فهي تقطع التقادم. وكما يمكن القول في هذا الخصوص ان من آثار العقد الباطل هما: نظرية تحول العقد ونظرية انتقاص العقد، ونظرية الخطأ في تكوين العقد التي تنسب للفقهاء الالماني (اهرنج) ولم تأخذ بها القانون المدني المصري ولا القانون المدني العراقي ولا المشروع المدني العراقي ولا القانون المدني الاردني.

لذلك لا بد من الوقوف على مسألتين اساسيتين من الآثار التي تنتج عرضا عن العقد الباطل هما تحول العقد وانتقاص العقد على النحو الآتي:

الاثار الاولى: نظرية تحول العقد^(٣٤١) (Conversion De Contrat)

ليست نظرية تحول العقد من ابداعات الفقه المدني الحديث، وانما تصعد هذه النظرية الى القانون الروماني والفقه الاسلامي حيث نظمت احكامها وبلغت اعلى درجات التنظيم في كتب الفقه الاسلامي وهو ما لم تصل اليه الكثير من التشريعات المدنية الوضعية الا حديثا. واذ كان القانون المدني الالماني الغربي ١٨٦٩ قد نص على تحول العقد في المادة (١٤٠)، فان القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري القديم لم ينصا على ذلك.

وتتلخص الفكرة الاساسية لتحول العقد في انه متى تضمن عقد باطل عناصر عقد آخر. انعقد هذا العقد الآخر اذا امكن القول ان نيتهما انصرفت اليه بعد ان اتضح امامهما بطلان العقد الاول^(٣٤٢). فالعقد ينقلب صحيحا الى العقد الاخر الذي توافرت فيه عناصره. وتحول العقد ليس تفسيرا لارادة الطرفين بل ان القاضي، بناء على نص الشارع، يقيم نفسه مقام العاقدين ويبدلها من عقدهما الباطل عقدا جديدا يقيمه لهما اذا توافرت الشروط التالية:

١- ان يكون العقد الاصلي باطلا لا صحيحا.

٢- ان تكون عناصر العقد الجديد قد توافرت جميعا في العقد الباطل.

٣- ان تنصرف نية العاقدين الاحتمالية الى الارتباط بالعقد الجديد^(٣٤٣).

(٣٤١) انظر تفصيل هذه النظرية:

الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- ج ١- مصادر الالتزام- ص ٤٩٧ وما بعدها.

الدكتور صاحب الفتاوي- تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي- اطروحة دكتوراه ١٩٨٦- بغداد.

الدكتور ايباد ملوكي- تحول العقد- مجلة العلوم القانونية- المجلد السابع ١٩٨٨- ص ١٧٧ وما بعدها.

الدكتور محمود سعدالدين الشريف- المرجع السابق- ص ٢٥١ وما بعدها.

(٣٤٢) الدكتور انور سلطان: نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٣٤٣) د. محمود سعدالدين الشريف، ص ٢٥٢.

ولم يغفل النص على ذلك القانون المدني المصري حيث جاءت المادة ١٤٤ صريحة في الاخذ بنظرية تحويل العقد. وعالجها المشرع العراقي في المادة (١٤٠) التي جاء فيها ما يلي: "اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد".

فالتحويل لا يجري على العقد الصحيح لان الاخير منتج لاثاره ولا يملك القاضي ان يقيم نفسه مقام العقادين في تبديل الاثار، ونفس الحال في العقد الموقوف لانه من اقسام العقد الصحيح الا اذا نقض العقد ممن توقف العقد لمصلحته وانقلب باطلا بأثر رجعي فعندها بعد بطلانه يمكن تصور عملية التحويل للعقد الباطل اذا توافرت الشروط سالفة الذكر. ومن المعلوم ان المشرع العراقي اعتبر العقد الفاسد عقدا باطلا ولم يأخذ بدرجات البطلان التي اخذ بها القانون المدني الاردني لعام ١٩٧٦ تأثرا برأي المذهب الحنفي والزبيدي.

ان تحول العقد لا يعني ان العقد الباطل قد انتج اثره القانوني، وخلافا لمنطق البطلان، فان ما ترتب من اثر انما ترتب على العقد الجديد الذي وجدت اركانه مجتمعة في العقد الباطل وكل شأن العقد الباطل انه كان مجرد واقعة قانونية التي تنشأ منها العقد الجديد الصحيح^(٣٤٤).

اما اهم ما يساق من امثلة بشأن تحول العقد، ان السند الرسمي الذي يفقد صفة الرسمية لعدم اختصاص الموظف العام بتوثيقه، فانه يكون باطلا كسند رسمي وصحيحا كسند عادي، كما لو قام شخص بتوثيق سند الرهن التأميني الواقع على عقار لدى كاتب العدل وليس في دائرة التسجيل العقاري وهي الدائرة المختصة في مثل هذه التصرفات القانونية. والكاتب العدل ممنوع عليه قانونا طبقا لقانون الكتاب العدول من توثيق التصرفات المذكورة.

ويذهب جانب من الفقه المدني في العراق الى الاستناد على نظرية تحويل العقد في التصرفات القانونية الواردة على العقار قبل التسجيل لان التصرف المذكور يكون باطلا قبل ذلك، فقد ذهب الدكتور عباس الصراف الى الاستناد على هذه النظرية قائلاً: اذا كان صحيحا القول بأن عقد بيع العقار قبل تسجيله في الدائرة المختصة يعد عقدا غير منعقد طالما لم يسجل في السجل المختص بالتصرفات العقارية، الا ان من الخطأ الذهاب الى انه منعدم الاثار تماما، اذ ليس هناك ما يمنع من ان ينتج المتعاقدين لا بوصفه واقعة قانونية وانما لانه عقد صحيح وهو (عقد غير مسمى) مقتضاه القيام بعمل هو الذهاب الى دائرة التسجيل العقاري لاجراء نقل ملكية العقار وهو عقد ملزم للطرفين في ضوء قواعد المسؤولية العقدية "وهذا

(٣٤٤) د. انور سلطان- نظرية الالتزام- المرجع السابق- ص ٢٦٩.

العقد الصحيح هو الذي تحول اليه عقد بيع العقار الباطل طبقا لنص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي^(٣٤٥). الا ان الفقه في مصر والعراق تتجه آراؤهم الى اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار قبل التسجيل وفقا للقانون العراقي عقدا غير مسمى ينشئ عند النكول و (بحكم القانون) الحكم بالتعويض دوفا حاجة الى القول او الاستعانة بنظرية تحويل العقد وخلافا لما ذهب اليه البعض في الركون الى قواعد المسؤولية التقصيرية^(٣٤٦).

ولم يغفل مشروع القانون المدني العراقي النص على تحويل العقد الباطل اذ جاءت المادة ٣٧٣ على النحو التالي:

"اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه عناصر عقد آخر، فان هذا العقد يكون صحيحا، باعتباره العقد الذي توافرت عناصره، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرامه".

الاثر الثاني: نظرية انتقاص العقد (البطلان الجزئي) Reduction De Contrat

نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على نظرية انتقاص العقد على النحو التالي: "اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا". وعلى هذا النحو عالج المشرع المدني المصري البطلان الجزئي في المادة (١٤٣) والمشرع المدني الجزائري في المادة (١٠٤) والقانون المدني الاردني في المادة (١٦٩).

وهذه النصوص كلها تقرر قاعدة عامة مفادها قصر البطلان فيما تعيب من العقد وعدم مده الى ما تبقى منه صحيحا وهو ما يحدث في حالة بطلان العقد بطلانا جزئيا فينتقص منه شقه المعيب، ويستبقى شقه الاخر صحيحا^(٣٤٧). ولم يغفل الفقه الاسلامي فكرة انتقاص العقود والتصرفات القانونية كبطلان الشروط التي تلحق بالتصرفات بقاء العقد صحيحا ان لم تكن للشروط فائدة^(٣٤٨).

اما في العصر الحديث، فان القانون المدني الالماني الغربي، نص على نظرية انتقاص العقد

(٣٤٥) الدكتور عباس الصراف- بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي- بحث منشور في مجلة العدالة- وزارة العدل- عدد ١- السنة ٣- ١٩٧٧- ص ٢١، ٢٣.

(٣٤٦) انظر هذه الاراء تفصيلا- بحثنا الموسوم: التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه- الحقوقي- السنة ١٥- ١٩٨٣- ص ١٦١ وما بعدها.

(٣٤٧) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل- المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية- مجلة الحقوق- ١٩٨٧- ص ٦١.

الاستاذ الدكتور السنهوري: الوسيط- ج ١ مصادر الالتزام- ص ٥٠٠.

(٣٤٨) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل- البحث السابق- ص ٨٦- ٨٨.

اما في العصر الحديث، فان القانون المدني الالماني الغربي^(٣٤٩)، نص على نظرية انتقاص العقد وكذلك القانون المدني السويسري لعام ١٩٠٧ ولم يغفل الاشارة اليها الفقه الاسلامي والقانون المدني الالماني ولا التشريعات المدنية العربية، وعلى الرغم من اغفال القانون المدني الفرنسي والتطبيقات الجزئية لبعض التصرفات القانونية تسمح بانتقاص التصرفات القانونية كبطلان الشروط الواردة في التبرعات (المادة ٩٠٠) وما نصت عليه المادة ١١٧٢ وغيرها، كما عرض القانون الانجليزي قاعدة تجزئة العقد الباطل^(٣٥٠).

اذن تقوم فكرة انتقاص التصرفات القانونية على ان العقد القابل للتجزئة تتم تجزئته اذا نصب بعضه على محل في شق منه قابل لان يترتب اثر العقد عليه والبعض الآخر ليس كذلك لانه غير صحيح ومثالها في القانون المدني العراقي ما نصت عليه المادة ١٠٧٠ حالة الاتفاق في الشيوخ مدة اكثر من ٥ سنوات ويبطل فيما جاوزها لان حالة الشيوخ الاتفاقي لهذه المدة التي التزم بها الشركاء تمثل قييدا خطيرا على حرية الارادة في التصرف القانوني يتعارض مع النظام العام ولان حالة الشيوخ مصيرها دائما الى الزوال بسبب تعارض مصالح الشركاء.

ومبدأ البطلان الجزئي لا يمكن تطبيقه اذا لم يكن العقد قابلا للتجزئة، فان كان يمكن ذلك صار العقد صحيحا بالنسبة للشق الآخر. والبطلان الجزئي لا يقتصر على العقود وانما يشمل جميع التصرفات القانونية ومن تطبيقاته في الوصية حالة الشرط الباطل المقترن بالوصية حيث يبطل الشرط وتظل الوصية صحيحة ما لم يكن الشرط هو الباعث الدافع على انشاء التصرف فتبطل الوصية والشرط معا وكذلك في العقود كاتفاق شخص مع امرأة على ان تخدمه وان يعاشرها معاشرتها بالازواج فالاتفاق على الخدمة وان كان صحيحا في شقه المتعلق بالخدمة الا انه يبطل في شقه المتعلق بالمعاشره غير المشروعة وجاء في قرار لمحكمة الزقازيق المصرية في ١٦/١٠/١٩٢٩ ما يلي: "اذا اقترنت الهية بشرط غير مشروع يبطل الشرط وبقيت الهية صحيحة". ومن حالات انتقاص التصرفات القانونية تجاوز سعر الفائدة الاتفاقيه اكثر من الحد المسموح به قانونا وهي ٧٪ طبقا للقانون العراقي، فان جاوزتها وقع البطلان الجزئي ببطلان ما زاد على الرقم وصحت الفائدة في الحد القانوني ولا يلزم بتنفيذ ما زاد على النسبة لانه التزام باطل لا أثر له.

(٣٤٩) نصت المادة ١٣٩ من القانون المدني الالماني الغربي على ما يلي:

"اذا كان احد اجزاء التصرف القانوني باطلا بطل التصرف كله، الا اذا ثبت ان التصرف ما كان سيبرم دون الجزء الباطل منه).

(٣٥٠) د. ابراهيم ابو الليل- البحث السابق- ص ٩٢.

ومن حالات انتقاص العقد التي تضرب عادة في هذا المجال قسمة الاموال التي يكون بعضها مملوك وبعضها موقوف فتصح القسمة بالاموال المملوكة وتبطل قسمة الاموال الموقوفة اي ينشأ البطلان الجزئي بانقاص التصرف ولهذا فان العقد او الوصية حينما يقع فيه الانتقاص، فان الشق الباطل لا اثر له وللشق الصحيح آثاره القانونية الاصلية باعتباره تصرفا قانونيا لا باعتباره واقعة مادية.

وعلى الرغم من ان التطبيقات العملية الكثيرة لانتقاص التصرفات القانونية الاحادية (الارادة المفردة) لها نصيب من هذه الفكرة على نحو ما تقدم ولذلك كنا نفضل ان لا يحصر القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني معالجة انتقاص التصرف القانوني ضمن العقد لا سيما وانه ليس مقصورا عليه فقط

موقف القضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية المرقمة (٨٠/٩٠) الى ما يلي: "اذا كان العقد باطلا في شق منه بطل العقد كله الا اذا كانت حصة كل شق معينة فيبطل الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي"^(٣٥١).

(٣٥١) مجلة نقابة المحامين- ١٩٩١- ص ١٤٦٢.

المبحث الثالث

آثار العقد

الأصل أن العقد إذا انعقد صحيحاً منتجاً لآثاره وهي ترتيب الالتزامات على أطرافه وجب تنفيذ ما التزم به. والقاعدة العامة أن المتعاقدين هما اللذان يلتزمان بالعقد دون غيرهما ولهذا لا بد من بيان آثار العقد من حيث الأشخاص وتحديد الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين وبيان موقف المشرع العراقي من التعهد عن الغير ثم توضيح فكرة الاشتراط لمصلحة الغير وتطبيقات القضاء في هذا المجال. كما يلزم كذلك التعرف على مضمون العقد الذي يلتزم به أطراف العقد وتشمل دراسة آثار العقد من حيث الموضوع معرفة حقيقة تفسير العقد المدني وتحديد نطاق العقد ثم تنفيذ العقد. مما يدخل في هذا المبحث أيضاً التعرف على المسؤولية العقدية (ضمان العقد) ثم فسخ العقد ولهذا قسمنا المبحث على أربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: آثار العقد من حيث الأشخاص

المطلب الثاني: آثار العقد من حيث الموضوع

المطلب الثالث: المسؤولية العقدية (ضمان العقد)

المطلب الرابع: فسخ العقد

المطلب الأول

آثار العقد من حيث الأشخاص

الأصل أن العقد لا يلزم ولا يقيد إلا طرفيه، وهذه القاعدة العامة تضرب بجذورها إلى القانون الروماني ومنه انتقلت إلى القانون المدني الفرنسي حيث استقرت في نص المادة ١١٢١ وأخذ بها المشرع المصري في المادة ١٢٥ من القانون المدني واستقرت في التشريع المدني الجزائري في المادة ١١٣ وفي القانون المدني الأردني (المادة ٢٠٦).

أما المشرع العراقي فقد نص في المادة ١٤٢ من القانون المدني ما يلي: "١- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

أما الاستثناء، فإن آثار العقد قد تنصرف إلى غير المتعاقدين، فالعاقدان هما اللذان يلتزمان بالعقد (القوة الملزمة للعقد) وتظهر آثار العقد بالنسبة لغيرهما في حالة الاشتراط

لمصلحة الغير. ولا يقصد بالمتعاقدين من قام بإنشاء العقد وإنما يشمل النائب والخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين، لذلك فإن مفهوم أطراف العقد لا ينحصر بالمفهوم الضيق للتعاقد. لذلك سنتكلم عن الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين ثم عن التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.

أولاً: الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين

١- الخلف العام

المقصود بالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها وهذا يشمل الوارث والموصى له بكل التركة أو بقسم منها فالورثة والموصى لهم من الخلف العام، يتأثرون حتماً بعبود سلفهم التي أبرمها، فإذا رهن المورث داره ضماناً لما عليه من دين ومات قبل أن يسدد الدين، فإن سداد الدين يكون قبل توزيع التركة (قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين) وقد يستمر الورثة في تنفيذ العقد الذي أبرمه مورثهم إن لم تكن شخصية المورث محل اعتبار في التعاقد.

أما إذا مات وكان قد باع مالا دون أن يقبض ثمنه فلورثة مثلاً حق القبض. وهذا هو المقصود بالفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام.

ومن المعلوم أن انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يختلف تبعاً لاختلاف التشريعات الوضعية التي تباينت مواقفها في النظرة إلى شخصية المورث. فالبعض منها (كالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني) يعتبر أن شخصية الوارث هي امتداد لشخصية المورث وبالتالي فهو الخلف العام في العناصر الإيجابية والسلبية ولذلك فهو يكون مسؤولاً عن ديون مورثه مثلما يكون وارثاً في أمواله وحقوقه. وهذا التصوير القانوني القائم على عدم الفصل بين الشخصية القانونية للمورث عن الوارث لم ترضى به الشريعة الإسلامية لأن فقهاء المسلمين يفصلون بين الشخصيتين، والوارث غير ملزم بديون مورثه بينما تنتقل حقوقه مع التركة استناداً لقول الرسول الكريم: (لا تركة إلا بعد سداد الدين)^(٣٥٢). وبهذا الموقف تأثرت تشريعات مدنية كثيرة كالقانون المدني العراقي والأردني والمصري والجزائري وغيرها. ولهذا، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من القانون المدني العراقي نصت على عبارة "...

(٣٥٢) الدكتور عبدالزاق السنهوري- شرح القانون المدني- ج ١- مصادر الالتزام- ص ٥٩٨.

د. عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- المرجع السابق- ص ٣٢١.

دون الاخلاص بقواعد الميراث... وفي ضوء ذلك فان الخلف العام تنتقل اليه حقوق سلفه (المورث) دون ان يكون ملتزما بديونه والتزاماته الا انه لا يتلقى تلك الحقوق الا بعد سداد الديون وهذا الموقف الصائب الذي طرحه الفقهاء المسلمون يحقق العدالة الامر الذي دفع بكثير من التشريعات المدنية الى النص عليه ومنها القانون المدني الاردني (المادة ٢٠٦).

وطبقا للمادة ١٠٨ من القانون المدني الجزائري (التي تقابل المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري) فان الخلف العام يعتبر بمنزلة المتعاقد وينصرف اليه اثر العقد باستثناء الحالات التالية التي هي:

١- اتفاق المتعاقدين على حصر الحق والالتزام على طرفيه فقط طبقا لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وهو اتفاق صحيح طالما انه لا يخالف النظام العام ولا الاداب العامة ومثاله الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين على فسخ عقد الايجار بوفاة المؤجر وعدم امتداد العقد بعد الوفاة الى الورثة.

٢- نص القانون بالنسبة لبعض العقود كما في المادة ٤٣٩ من القانون المدني الجزائري التي نصت "تنتهي الشركة بموت احد الشركاء او الحجر عليه او بالحسار او افلاسه. الا انه لا يجوز الاتفاق في حالة ما اذا مات احد الشركاء ان تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسرا".

وفيما يخص الشركة البسيطة في حالة وفاة الشريك او اعساره او الحجر عليه (المادة ١٨٦) من قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل نصت على تطبيق المادة (٧٠) التي تسري ايضا على المشروع الفردي (شركة الشخص الواحد) التي جاء فيها ما يلي:

"اولا: اذا توفي الشريك في الشركة التضامنية تستمر الشركة مع ورثته. اما اذا عارض الوارث، او من يمثله ان كان قاصرا، او سائر الشركاء الاخرين او حال دون ذلك مانع قانوني، فان الشركة تستمر بين الشركاء الباقين ولا يكون للوارث الا نصيب مورثه في اموال الشركة ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع اليه نقدا. ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق للشركة الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة. وفي كل الاحوال يجب تعديل عقد الشركة بما يتفق ووضعها الجديد او تحويلها الى مشروع اذا لم يبق غير شريك واحد...".

وقد عالجت الفقرة ثانيا حالة وفاة مالك الحصة في المشروع الفردي واوضحت الفقرة ثالثا حالة اعسار الشريك او الحجر عليه في الشركة التضامنية.

كما نصت المادة ٩٤٦ من القانون المدني العراقي في عقد الوكالة: "تنتهي الوكالة بموت

الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية او باتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة". اما المادة ٨٦٢ من القانون المدني الاردني فقد جاء فيها: "تنتهي الوكالة: ١- باتمام العمل الموكل به. ٢- بانتهاء الاجل المحدد لها. ٣- بوفاة الموكل او بخروجه عن الاهلية الا اذا تعلق بالوكالة حق الغير. ٤- بوفاة الوكيل او بخروجه عن الاهلية ولو تعلق بالوكالة حق الغير، غير ان الوارث او الوصي اذا علم بالوكالة وتوافرت فيه الاهلية فعليه ان يخطر الموكل بالوفاة وان يتخذ من التدابير ما يقتضيه الحال لمصلحة الموكل".

٣- اذا كانت طبيعة الحق او الالتزام تأبى الانتقال الى الخلف كحق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع لانه حقا شخصيا (المادة ٨٥٢ من القانون المدني الجزائري) وكذلك في ايراد المرتب مدى الحياة وما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة ١٢٥٣ مدني عراقي "٢- ويبقى حق الانتفاع بعد التصرف فيه قائما في شخص المنتفع ويسقط بموته لا بموت من تلقى المنفعة منه" ويقابلها في القانون المدني الاردني الفقرة (٦) من المادة ١٢١٥.

٤- اذا كانت شخصية السلف محل اعتبار في التعاقد كأن يكون فنانا او مهندسا او جراحا او محاميا. ومثال ذلك ما اذا كانت احدى الشركات في الاردن قد جعلت من المورث مستشارا قانونيا لها وكان لهذا المورث ابنا محاميا، فالشركة غير ملزمة بتعيين الابن المدة التي تعاقد فيها والده مع الشركة لان شخصية الاب محل اعتبار عند انشاء العقد. وكذلك حالة الاتفاق مع فنان على رسم لوحة فنية او عمل فني فطرف العقد الآخر غير ملزم في احلال ابنه محله في الاستمرار بالعمل الفني طالما ان شخصية السلف محل اعتبار في تكوين العقد.

ويلاحظ ان الخلف العام قد يكون في حكم الغير فلا ينتقل اليه اثر التصرف القانوني الذي قام به المورث كما في الوصية (وهي تصرف قانوني يحصل بارادة الموصي المنفردة) التي تجاوز حدود الثلث المسموح قانونيا وشرعا حيث يكون للخلف العام حق مراجعة نص القانون (قانون الاحوال الشخصية في العراق) و (قانون الاسرة في الجزائر الصادر عام ١٩٨٤) وكذلك تصرفات السلف في مرض الموت ويكون مقصودا بها التبرع. اذ يعتبر مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية طبقا لنص المادة (٧٧٦) من القانون المدني الجزائري وطبقا لنص المادة (٢/١١٠٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي: "٢- ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثا كان او غير وارث وكذلك الكفالة في مرض الموت". والسبب في ذلك حماية الخلف العام من تصرفات المورث الضارة (٣٥٣).

(٣٥٣) قارن مع نص المادة (١١٢٨) من القانون المدني الاردني.

٢- الخلف الخاص

نص المشرع الاردني في المادة (٢٠٧) من القانون المدني على ما يلي: "اذا انشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشئ، انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه". الى هذا المبدأ ذهبت القوانين العربية كالقانون الجزائري في المادة (١٠٩) والمصري في المادة (١٤٦) وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٤٢).

وفكرة الخلف الخاص في ضوء النصوص المذكورة تقوم على اساس ان الشخص الذي يتلقى من سلفه حقا في شئ معين بالذات ماديا كان ام معنويا يكون خلفا خاصا لأنه يتلقى من هذا السلف ملكية هذا الشئ، فالمشتري خلف خاص للبائع في الشئ المبيع وكذلك الموهوب له بالنسبة للموهوب والموصى له بالنسبة للموصي وقد يكون هناك استخلاف في حق شخصي كالمحال له الذي هو خلف خاص بالنسبة للمحيل في نطاق انتقال الالتزام المدني^(٣٥٤).

والامثلة على الاستخلاف في مجال الحقوق العينية او الحقوق الشخصية كثيرة في الحياة العملية فلو باع شخص محلا تجاريا لغسل الملابس وكان المحل مؤمنا عليه ضد الحريق، فان التأمين ضد الحريق ينتقل مع عقد البيع لان التأمين من مستلزمات المبيع وكان المشتري يعلم بذلك وقت البيع. وكذلك في حالة بيع الارض، فان قيود الانتفاع التي كان يلتزم بها السلف تسري على الخلف الخاص كقيود عدم البناء وغيرها.

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

ذهب القضاء العراقي في القرار المرقم ١١٥ / مدنية ثانية / ٩٧٢ والمؤرخ في ١٦/٨/١٩٧٢ الى القول بان قرار مجلس قيادة الثورة القاضي بمصادرة اموال المحكوم عليه آخذا بتوصية المحكمة الخاصة بجعل وزارة المالية خلفا خاص للمحكوم عليه المذكور وتلزم الوزارة بحدود ما آل الى الخزينة من اموال المحكوم عليه سدادا للدين الذي بذمته^(٣٥٥) كما ذهبت محكمة

(٣٥٤) راجع: الدكتور محمد كامل مرسى - شرح القانون المدني - الالتزامات - ص ٥٥.

الدكتور السنهوري - مصادر الالتزام - ج ١ - ص ٦٠٣.

الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - ص ٩٧ - ٩٨.

الدكتور حسن الذنون - المرجع السابق - ص ١٥٦ - ١٥٧.

(٣٥٥) النشرة القضائية - العدد الثالث - السنة الثالثة - ١٩٧٤ - ص ٤٣ - ٤٤.

التمييز الاردنية في القضية (٨١/٢٧٥) الى ما يلي: "تضم المدة التي كانت فيها الارض بتصرف العشيرة قبل قسمتها وبيعها على اعتبار ان كل من البائع والمشتري يعتبر خلفا خاصا لمن يسبقه بالتصرف".

٣- الدائنون العاديون:

يرى جانب من الفقه المدني في مصر ان الدائنين العاديين لا يعتبرون خلفاء، لا بصفة عامة ولا بصفة خاصة لانهم لا ينتقل اليهم شئ من مال مدينتهم الا ان مركزهم يقرب من مركز الخلفاء بمالهم من (حق الضمان العام) على عموم اموال المدين فاذا لم يقيم المدين بوفاء ما عليه من ديون، فان اعماله مهما كانت طبيعتها ستؤثر على حقوق الدائنين، بينما لا تتأثر حقوق الدائنين العاديين لما لهم من تأمين خاص يضمن حقوقهم كالدائن المرتهن وصاحب حق الامتياز.

كما ذهب القضاء الفرنسي الى ادراج الدائن العادي ضمن مفهوم الخلف الخاص بحجة ان حقه في النهاية يتمثل في قيمة مادية خاصة نقدا او عينا، الا ان هناك من يعتبر الدائن العادي ليس ضمن مفهوم الخلف الخاص وانما ضمن مفهوم الخلف العام، غير ان هذه الفكرة لم تلق تاييدا كبيرا لان الدائن العادي لا يخلف المدين في كل ذمته المالية (الحقوق والالتزامات) وان كان له حق الضمان العام على ذمة مدينته وان له وسائل تمكنه من المحافظة على الضمان العام كالدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف) والدعوى غير المباشرة وغيرها^(٣٥٦).

ثانيا : التعهد عن الغير Promesse De Porte Frot

نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي على التعهد عن الغير على النحو الاتي: "١- اذا وعد شخص بان يجعل الغير يلتزم بامر فانه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه..." وقد تقرر هذا المبدأ في مشروع القانون المدني العراقي في المادة (٣٨٧)^(٣٥٧)، وفي القانون المدني الجزائري والمصري والقانون المدني الكويتي في المادة (٢٠٤) والقانون

(٣٥٦) انظر الدكتور محمد حسنين - ص ٩٨.

Jean Carbonnier- Droit Civil -4- PP. 225 - 226.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ٣٣٩.

نصت المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي:

"١- اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

٢- جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون".

(٣٥٧) د. محمد كامل مرسى - الالتزامات - المرجع السابق - ص ٥٥٣.

المدني الفرنسي في المادة (١١٢٠)، وطبقا للقانون المدني الاردني فان المادة (٢٠٨) نصت "لا يرتب العقد شيئا في ذمة الغير ولكن يجوز ان يكسبه حقا" كما نصت المادة (٢٠٩) ما يلي: "١- اذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم بامر فلا يلزم الغير بتعهدده فاذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعرض من تعاقد معه..."

وإذا كانت المادة ١٥١ قد افصحت صراحة في ان المشرع العراقي لم يقر التعهد عن الغير، فان مرجع ذلك يعود الى نسبية اثر العقد من حيث الاشخاص لان آثار العقد لا تنصرف الا لمن كان طرفا فيه وهذا يعني عدم التزام الغير او الزامه بما كان طرفا فيه وهذا يعني عدم التزام الغير او الزامه بما ينفع او يضر من تصرف قانوني لم يكن طرفا فيه. واسباب مسؤولية المتعهد هي مسؤولية عقدية (ضمان العقد) اذا رفض الغير ان يلتزم بالعقد.

ان فكرة التعهد عن الغير تحصل بأن يتعهد شخص لآخر بالحصول على قبول شخص ثالث بما التزم به المتعهد كتعاقد الوكيل نيابة عن الاصيل، فان وافق الاصيل بان اقر تعهد الغير فان اقراره لا ينتج اثره الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة ان يستند الاقرار اليا اليوم الذي صدر فيه الوعد "المادة ٢/٢٠٩ مدني اردني (٣٥٨). والاقرار هو تصرف قانوني بارادة منفردة يقع بكل طرق التعبير عن الارادة، لفظا او كتابة او فعلا او بالاشارة او باي طريق يدل على اجازة الاصيل للتصرف وتلك مسالة وقائع يقدرها قاضي الموضوع بماله من سلطة تقديرية تخضع لرقابة محكمة التمييز وذلك حسب المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في العراق ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز في الاردن.

اما اذا رفض الاصيل (الغير) لهذا التعهد فلا بد من التفرقة بين حالتين:

الحالة الاولى: رفض الاصيل (الغير) للتعهد وقيام المتعاقد نفسه بتنفيذ الالتزام باعتباره طرفا في العقد فلا تنهض المسؤولية العقدية على المتعاقد ولا تعويض للطرف المتعاقد اذا كان ذلك في استطاعته ولم يلحق الدائن ضرر (المادة ١/١٥١ مدني عراقي) حيث جاء ما يلي: "... ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا

(٣٥٨) نصت المادة ٣٨٧ من المشروع المدني على ما يلي:

"اولا: اذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم باداء معين فانه لا يلزم الغير بهذا التعهد وانما يلزم نفسه. ثانيا: اذا قبل الغير التعهد فان القبول لا ينتج اثره الا من وقت صدوره.

ثالثا: اذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعرض من تعاقد معه عما اصابه من ضرر. ويجوز له، مع ذلك، ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام اذا كان ذلك في استطاعته دون ان يضر الدائن".

كان ذلك في استطاعته من غير ان يضر بالدائن". وهو ما اتجهت اليه المادة ١/٢٠٩ من القانون المدني الاردني.

الحالة الثانية: رفض الغير للتعهد وعدم قيام المتعاقد المذكور بالتنفيذ اما لرفض الدائن للتنفيذ ابتداءً او لخطأ من المتعاقد الذي تعهد ولم يف بوعده فتنهض المسؤولية العقدية وجزء ذلك قيام المتعهد (المدين) بدفع التعويض للمضروب على نحو ما نصت عليه المادة ١/١٥١ مدني عراقي التي نصت على ما يلي: "... ويجب عليه ان يعرض من تعاقد معه اذا رفض الغير ان يلتزم..." وهو ما ذهب اليه القانون المدني الاردني في المادة (٢/٢٠٩).

والخلاصة، فان المشرع العراقي اقر الاشتراط لمصلحة الغير ولم يقر التعهد عن الغير وان احكام التعهد عن الغير ليست الا تطبيقا لمبدأ نسبية آثار العقد التي لا تسري الا على من كان طرفا في العقد وهو مبدأ مستقر في القوانين المدنية سألقة الذكر وان حالة القبول او الرفض من الغير لهذا التعهد ليست الا تطبيقا للقواعد العامة (٣٥٩).

اما القانون المدني الاردني فقد جاءت نصوصه متأثرة باحكام القانون المدني العراقي فأقر الاشتراط لمصلحة الغير ولم يقر التعهد عن الغير على نحو ما تقدم.

ثالثا : الاشتراط لمصلحة الغير La Stipulation pour Autrui Et L'action Direct

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير هو ان يبرم شخص (المشترط) عقدا مع آخر (المتعهد) لمصلحة اجنبي عن العقد (المنتفع) من غير ان يكون لدى المتعاقد الذي يشترط المنفعة للاجنبي توكيل بذلك ومن غير ان يكون يقصد العمل بصفته فضوليا وانما يتعاقد المشترط باسمه هو لمصلحة المنتفع (٣٦٠). فالمنتفع وان لم يكن طرفا في العقد الا ان آثاره تنصرف اليه وهو لم يكن من الجائز ذلك في ظل القانون الروماني لان العقد لا يمكن ان ينتج آثارا الا بالنسبة للمتعاقدين ولم تجز فكرة الاشتراط لمصلحة الغير الا في احوال استثنائية وفي مراحل لاحقة من متطور القانون الروماني (٣٦١).

(٣٥٩) يقابلها نص المادة ٢/١٥١ من القانون المدني العراقي.

(٣٦٠) راجع تفصيلا:

الاستاذ السنهوري- الوسيط- مصادر الالتزام- ج١- ص٦١٧ وما بعدها.

الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق- ص١٠٠.

Jean Carbonnier- Droit Civi. Op. Cit. pp.

(٣٦١) الدكتور محمد كامل مرسى- الالتزامات- ج١ المرجع السابق- ص٦٠١- ١٦١.

وفي الفقه الاسلامي، فان الاستاذ السنهوري يقول "يبدو ان الاشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربي غير جائز في الاسلام"^(٣٦٢). ويستشهد برأي الدكتور شفيق شحاته: "اما التعاقد لمصلحة الغير، فلا يظهر من النصوص، انه غير جائز. وقد وجدنا بعض حالات، اشترط فيها المتعاقدان، شروطا لمصلحة اجنبي عن العقد. وفي حالة، كلف شخص آخر ان يقوم بعد موته، بدفع مبلغ لثالث وهذا المبلغ يقر الشخص الاول بانه لهذا الثالث"^(٣٦٣).

ويعلق الدكتور عبدالمجيد الحكيم على هذه الآراء قائلا: "الذي نستفيد من الاقوال المتقدمة ان الاشتراط لمصلحة الغير اما غير جائز في الفقه الاسلامي"^(٣٦٤) او جائز ولكن في حدود ضيقة جدا. ولكننا لا نتفق مع الفقهاء الفضلاء في ما يذهبون اليه. والذي نراه انه لا يمكن ان توجد نظرية في الفقه الغربي لا يعرفها الفقه الاسلامي. ويضرب بعض الامثلة حول الاشتراط لمصلحة الغير من بعض مذاهب الفقه الاسلامي للتأكيد على وجود هذا الموضوع"^(٣٦٥).

اما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (١١١٩) على انه "لا يجوز بصفة عامة ان يتعهد انسان او يشترط باسمه الا لنفسه". فعبارة بصفة عامة تفيد امكانية الاستثناء عليها بجعل الغير دائنا وهو عمل تبرعي له، ثم اضافت المادة (١١٢٠) حالة التعهد عن الغير باعتبارها استثناء من المادة سالفة الذكر كما وردت المادة (١١٢١) وجاءت صريحة في جواز التعاقد لمصلحة الغير ثم وسعت المحاكم الفرنسية من تطبيقات المادة المذكورة تحت ضغط الضرورات التي تفرضها الحياة العملية حتى اصبح المبدأ الروماني الذي نصت عليه المادة ١١١٩ معطلا، والفضل في ذلك لعقد التأمين على الحياة"^(٣٦٦).

والاشتراط لمصلحة الغير غير جائز في القانون الانجليزي لان المنتفع وهو الدائن لم يحمل مغرما شخصا يصح ان يكون اعتبارا في الالتزام الذي يراد ترتيبه في ذمته المتعهد، والاعتبار هو السبب ويشترط فيه ثلاثة شروط وهي: ان يكون معاصرا للالتزام ومشروعا وشخصيا اي ان يكون المغرم الذي تحمله الدائن شخصا حتى يحق له ان يطالب بالالتزام الذي

ترتب في ذمة المدين"^(٣٦٧). ثم ان المنتفع ليس طرفا في العقد فلا تنصرف اثار العقد اليه، فالاصل في العقود ان آثارها محصورة على من كان طرفا فيها فلا يتأثر بالعقد ايجابا او سلبا الا العاقدان ومن ثم لا يفيد شخص آخر من العقد ما دام لم يكن طرفا فيه او لم يكن خلفا عاما لاحد الطرفين او خلفا خاصا له"^(٣٦٨).

ولم يغفل القانون النص على الاشتراط لمصلحة الغير اذ جاءت المادة (١٥٢) تنص على ما يلي:

"١- يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او ادية.

٢- وترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك. وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد.

٣- ويجوز كذلك للمشتري ان يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير الا اذا تبين من العقد ان الغير وحده هو الذي يجوز له ان يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط".

فالاشتراط لمصلحة الغير استثناء من قاعدة أثر العقد من حيث الاشخاص وقد زادت اهمية هذا الموضوع في الوقت الحاضر مع انتشار عقود التأمين على الحياة بل كان العقد الاخير بمثابة المفتاح لاجازة الاشتراط لمصلحة الغير في العصر الحديث. وقد قبلت نظريات متعددة في تبريره منها نظرية العقد او الايجاب الجديد ونظرية الفضول ونظرية الحوالة ونظرية الارادة المنفردة الا ان الاساس القانوني لحق المنتفع وهو اجنبي عن العقد يقوم على النظرية الحديثة التي تجيز اكتساب الاجنبي عن العقد حقا مباشرة من (عقد الاشتراط) مباشرة استثناء من قاعدة نسبية اثر العقد وتطبيقا لمبدأ سلطان الارادة"^(٣٦٩). وعليه فان هناك ثلاثة اطراف في عقد الاشتراط هم: المشتري الذي يتبرع بمنفعة او حق للاجنبي (المنتفع) ويلزم ان يكون للمشتري اهلية التبرع والمتعهد الذي يربطه عقد الاشتراط.

(367) Jean Carbonnier- Droit Civil- 4- Op. Cit. pp. 219- 220.

د. محمد كامل مرسي- المرجع السابق- ص ٦٠٥- ٦٠٦.

د. محمود سعدالدين الشريف- المرجع السابق- ص ٢٧٢.

(٣٦٨) الاستاذ الدكتور السنهوري- نظرية العقد- ص ٥٩٠- هامش ٣.

(٣٦٩) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- المرجع السابق- ص ٣٦٧- ٣٨٩.

Ali Bencheneb-Teorie Generale De Contract- Op. Cit. pp. 96- 97.

Jean Carbonnier- Droit Civil- Op. Cit. p. 219.

(٣٦٢) الدكتور محمد كامل مرسي- المرجع السابق- ص ٦٠٤.

(٣٦٣) الاستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج ٥- ص ١٩٥.

(٣٦٤) الدكتور شفيق شحاته- نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية- ص ١٦٠- ١٦١.

(٣٦٥) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- المرجع السابق- ص ٣٧١.

(٣٦٦) المرجع السابق ص ٣٧٢- ٣٧٣.

المطلب الثاني

آثار العقد من حيث الموضوع

لما كان اثر العقد نسبي من حيث الاشخاص فلا ينصرف الا لمن كان طرفا فيه عدا حالة الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يكسب الاجنبي عن العقد (المنتفع) حقا عن عقد ليس طرفا فيه على نحو ما بيناه، فان اطراف العقد يلتزمون بما ورد في محل التعاقد وطبقا لما اشتمل عليه العقد، فأثر العقد نسبي من حيث الموضوع ايضا، وان اختلف اشخاص العقد على بنود العقد لزم تفسيره، وعند الاخلال بالعقد، عن عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي او تنفيذه متاخرا او تنفيذه بصورة معيبة او تنفيذه بصورة جزئية، لزم (ضمان العقد) عند قيام المسؤولية العقدية بوجود اركانها. لذلك، فان قوة العقد من حيث المضمون تثير المسائل التالية: تفسير العقد المدني وتحديد نطاقه وتنفيذه بالزام المتعاقد بما اشتمل عليه العقد ثم سنتكلم عن جزاء العقد في المطلب الثالث ونخصص المطلب الرابع لفسخ العقد.

اولا : تفسير العقد المدني Interpretation du Contrat

يراد بالتفسير بيان ما هو غامض والايضاح والكشف عن المراد بنصوص العقد المدني (٣٧٢)، ولا شك ان اول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو تفسيره اذا كان في حاجة الى تفسير، وتفسير العقد هو (استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين) (٣٧٣).

ولقد قيلت آراء متعددة من الفقه المدني الاجنبي والعربي في تحديد معنى تفسير العقد (٣٧٤)، الا ان التعريف الحديث لمفهوم التفسير هو: (تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الارادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك الى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به) (٣٧٥). والتفسير على ثلاثة انواع من حيث الجهة التي تتولاها:

(٣٧٢) الدكتور عبدالحكيم فوده- تفسير العقد- منشأة المعارف- ١٩٨٥- ص ١٠.

عبدالفتاح حجازي- تفسير العقد المدني- بحث مقدم لمعهد البحوث والدراسات العربية- ١٩٨١- ص ٥.

(٣٧٣) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ص ٢٤٣.

الاستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج ٦- ص ٧.

(٣٧٤) انظر هذه الآراء في ١- د. عبدالحكيم فوده- المرجع السابق- ص ١٠- ١١.

عبدالفتاح حجازي- المرجع السابق- ص ٥- ٦.

(٣٧٥) د. عبدالحكيم فوده- المرجع السابق- ص ١١.

فالمشترط يشترط على المتعهد بان يلتزم قبل المنتفع الذي يتولد له حقا مباشرا قبل المتعهد ومثاله عقد التأمين على حياة شخص لمصلحة زوجته واولاده الموجودين على قيد الحياة او الذي ما يزال جنينا، حيث يجوز ان لا يكون المنتفع موجودا عند ابرام العقد لكنه سيوجد مستقبلا فيضمن الاب حقا معيننا للمولود الذي سيولد درءا لخطر الوفاة وضمانا لمصلحة اولاده.

وقد سنحت الكثير من الفرص امام القضاء العراقي لتطبيق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز قولها:

(... ان العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز ان يكسبه حقا والعقد الذي ابرمته الزوجة لا يكسب زوجها حقا وانما في ذمته التزاما بسداد الاتعاب المتفق عليها وان صح انه اشترط لمصلحة الغير فمن حق الزوجة المشترطة ان تنقض بالاداء وطالما انه لم يصدر من زوجها المنتفع بالمشاركة ما يفيد رغبته في التمسك بها...) (٣٧٠).

موقف القانون المدني الاردني

خصص المشرع الاردني للاشتراط لمصلحة الغير المواد من (٢١٠-٢١٢) ولم يشذ في احكامه عما ورد في القانون المدني العراقي. وقد نصت المادة (٢١٠) على ان للشخص ان يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير اذا كا له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت او ادبية. ويترتب عن ذلك ان الغير يكسب حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد (٣٧١).

(٣٧٠) رقم القرار ٢٦٤٠-٣٠٣٣/حقوقية ٩٦٧ في ١١/١٢/١٩٦٧-مجلة القانون المقارن- العدد ٢- السنة- ٩٦٨- ص ٢٤٧.

(٣٧١) ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية المرقمة (٨١/١٥٢) الى ما يلي: (لا يجوز ان تجاوز تعويض الغير الحد الاقصى لمبلغ التأمين بموجب العقد) وحكمت في القضية المرقمة (٨٦/٧٣٨) ما يلي: (مشاعر الالم من الجروح لا تدخل في اعتبارات الضرر الادبي).

ونحن لا نتفق مع حكم المحكمة الموقرة في تقديرها للتعويض عن الضرر المعنوي ذلك ان مشاعر الالم من الجروح يجب ان تدخل في اعتبارات التعويض عن الضرر المذكور.

مجلة نقابة المحامين- س ٢٩- ١٩٨١- ص ١٧٠٨.

مجلة نقابة المحامين- س ٣٧- ٩٨٩- ص ١٧٢٤.

تفسير تشريعي، تفسير قضائي وتفسير فقهي^(٣٧٦). الا ان ما يهمننا في هذا المجال هو التفسير الذي يتولاه القاضي لتطبيق احكام القانون المدني على العقد الذي اختلف اطرافه حول مضمونه فالتفسير وسيلة يستخدمها القاضي لفض النزاع^(٣٧٧).

ان السؤال الذي يطرح نفسه في مجال تفسير العقد المدني هو:

متى يفسر القاضي العقد؟ او بعبارة اخرى ما هي الحالات الموجبة لتفسير العقد المدني؟

حالات تفسير العقد المدني

الحالة الاولى: عبارة العقد واضحة^(٣٧٨)

من الطبيعي ان العقد الذي تكون عباراته واضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين ولم ينص القانون المدني العراقي على هذا المبدأ في مجال تفسير العقد المدني، الا ان المشرع المدني الاردني نص في المادة (١/٢٣٩) على ذلك وهو مسلك سليم.

فالاصل ان عبارة العقد الواضحة تترجم بأمانة الارادة المشتركة للمتعاقدين فتكون هذه الارادة هي ايضا واضحة وبالتالي لا يجوز للقاضي، بحجة انه يفسر العقد ان ينحرف عن المعنى الظاهر والواضح للعبارة لان هذا يعد مسخا وتشويها مما يوجب نقض الحكم^(٣٧٩)، وعلى هذا نصت الفقرة (٢) من المادة ٢٣٩ من القانون المدني الاردني. ولم نعثر على ما يقابل ذلك في القانون المدني العراقي، الا ان الذي قد يقع ان تكون عبارة العقد واضحة وارادة المتعاقدين غير واضحة مما يضطر القاضي الى التفسير بازالة اللبس ورفع الغموض، ويحصل هذا في حالتين:

١- استعمال المتعاقدين لالفاظ او تسميات معينة توهمها منهما^(٣٨٠)، فيعدل القاضي عن المعنى الواضح للفظ الى المعنى المقصود من المتعاقدين.

٢- اخفاء حقيقة التصرف المقصود (التصرف الصوري) ويقصد بهذه الحالة (عدم التطابق المقصود من الجانبين) ويصفها الاستاذ الدكتور وديع فرج (تصوير وضع ظاهر مخالف للحقيقة بقصد تحقيق غرض معين)^(٣٨١).

الحالة الثانية: عبارة العقد غامضة

من البديهي ان دور القاضي في ازالة الغموض ورفع الابهام عن عبارات العقد يكون ضروريا في حالة الغموض وعدم الوضوح فيعتد بالارادة المشتركة للطرفين لا بالارادة الفردية لكل منهما وهذه النية المشتركة للمتعاقدين يجري الكشف عنها بموجب عوامل يستهدي بها القاضي وهي على نوعين:

اولا: العوامل الداخلية (الرجوع الى عبارات العقد)، كطبيعة المعاملة لان العقد يفسر حسب طبيعته كأن يكون هبة او بيعا او رهنا او اجارة فاذا احتملت عبارة العقد معاني متعددة اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة التصرف القانوني فلو اشترط المعير في عارية الاستعمال رد الشئ المستعار او مثله لم يفسر ذلك على انه عارية استهلاك وانما قصد المعير عند عدم الرد الزام المستعير دفع التعويض^(٣٨٢).

ومن العوامل الداخلية في العقد ما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقه بين المتعاقدين والامانة في التعامل في التعامل تفضي على المتعاقد الا يستغل ما وقع فيه المتعاقد الاخر من ابهام في التعبير^(٣٨٣).

(٣٨٠) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٦- ص٩.

عبدالحكم فوده- تفسير العقد- المرجع السابق- ص١٩.

وفي هذا المجال نصت المادة (١/٥٥) من القانون العراقي على ما يلي:

"العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني".

(٣٨١) عبدالحكم فودة- تفسير العقد- المرجع السابق- ص٢٠.

(٣٨٢) الاستاذ السنهوري- ج١١.

ان الغموض هو عدم التوافق بين الالفاظ والارادة الحقيقية للطرفين والغموض اهم حالات التفسير للعقد المدني يضاف لها حالتين تنافر المعنى الحرفي للالفاظ الواضحة مع نية الطرفين وتنافر الشروط الواضحة للاتفاق.

د. عبدالحكم فوده- تفسير العقد- المرجع السابق- ص٦١- ٦٣.

(٣٨٣) الاستاذ السنهوري- ج٦- مصادر الحق- ص١٢.

(٣٧٦) الدكتور محمد شريف احمد - نظرية تفسير النصوص المدنية- مطبعة وزارة الاوقاف - ١٩٧٩- ص١٤- ١٩.

(٣٧٧) د. محمد شريف احمد- المرجع السابق- ص١٧.

(٣٧٨) ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية المرقمة (٨٦/٨٥٠) الى ما يلي: (اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير للتعرف على ارادة المتعاقدين اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ).

(٣٧٩) د. السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٦- ص٨- ٩.

د. عبد الحكم فودة- تفسير العقد- المرجع السابق- ص٦٨.

ثانياً: العوامل الخارجية، كالعرف والطريقة الجارية في تنفيذ العقد لا سيما في نطاق المعاملات التجارية كما هو الحال في وضع نسبة معينة عن الخدمة في المطاعم والفنادق الكبيرة، فالعوامل الخارجية هي الوسائل المؤدية الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين من مصادر خارج الصيغة التعاقدية وهو ما يطلق عليه (ظروف الواقع) وهي الظروف الشخصية والظروف الموضوعية^(٣٨٤).

الحالة الثالثة: قيام الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين

والاصل ان الشك في التعرف على ارادة الطرفين المتعاقدين يفسر في مصلحة المدين لان الاصل براءة الذمة والالتزام او مشغولية الذمة هي الاستثناء ولان الدائن هو المكلف باثبات الالتزام فالالتزام يمليه الدائن لا المدين، والاستثناء الوحيد في هذا المجال هو تفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف اقتصاديا ولو كان دائنا في عقود الاذعان اذ لا يجوز ان تكون العبارات الغامضة ضارة بمصلحة الطرف المدعى^(٣٨٥).

وفي الفقه الاسلامي، فان العبرة في تفسير العقد بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة بالوقوف على الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة، وما الارادة الباطنة الا ظاهرة نفسية، فالمعاني الظاهرة هي ارادة المتعاقدين المشتركة والتي تمثلت في صيغة العقد اللفظية وهذا يحق استقرار التعامل^(٣٨٦). اما القاعدة الكلية في الفقه التي تقول (الامور بمقاصدها) وان (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني) فهي قواعد توهم ان العبرة في التفسير بالارادة الباطنة لان المقاصد والمعاني التي يعتد بها هي عبارات وصيغ مستعملة تكشف عن الارادة الظاهرة لا خفايا النفس^(٣٨٧).

ويدعم الاستاذ السنهوري رأيه بالقواعد الكلية التالية:

١- (الاصل في الكلام الحقيقية) فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز اذا امكن حمله على المعنى الحقيقي.

(٣٨٤) د. عبدالحكم فودة- تفسير العقد- المرجع السابق- ١١٨- ١١٩.

(٣٨٥) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق- ج٦- ص١٣- ١٤.

نصت المادة ١١٢ من القانون المدني الجزائري لعام ٩٧٥ على ما يلي:

"يؤول الشك في مصلحة المدين، غير ان لا يجوز ان يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى".

(٣٨٦) الاستاذ السنهوري- ج٦- ص٣٠- ٣٢.

(٣٨٧) السنهوري- مصادر الحق- ج٦- ص٣٤.

٢- (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) فلو تعارض المفهوم صراحة على المفهوم ضمنا قدم الاول على الثاني، وعلى هذا نصت المادة ٢١٥ من القانون المدني الاردني.

كما لم يغفل القانون المدني الفرنسي بيان احكام تفسير العقد المدني واهمية التفسير القضائي اذ خصصت المواد (١١٥٦-١١٦٤) للقواعد والاسس التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد، فاعمال الكلام خير من اهماله واذا احتملت معاني العقد اكثر من معنى فسرت العبارات التي معناها ينتج الاثر القانوني للعقد (١١٦٧ مدني) وهذا يعني الرجوع الى العوامل الداخلية في العقد التي يسترشد بها القاضي، وكذلك ان عبارات العقد يفسر بعضها بعضا) على نحو ما نصت عليه المادة (١١٦١ مدني فرنسي) ثم اوضحت المادة (١١٦٤) ايضا ما يستدل به من عوامل داخلية لتفسير العقد كدخول التوابع مع الاصل في عقد البيع كالعقار بالتخصص والمواشي^(٣٨٨).

قواعد تفسير العقد في القانون المدني الاردني والعراقي

افرد القانون المدني الاردني المواد من (٢١٣-٢٤٠) لاحكام تفسير العقد متأثرا باحكام الفقه الاسلامي ومنهج المشرع المدني العراقي في التفسير.

كما خصص المشرع العراقي المواد (١٥٥-١٦٧) لتفسير العقد المدني وقد نقل المشرع اغلب القواعد الكلية في التفسير من الفقه الاسلامي، وهو لم يذكر جميع هذه القواعد وانما ذكر بعضها على العكس من القانون المدني الاردني الذي ذكر (٢٧) قاعدة (المواد ٢١٣-٢٤٠). ولعل من المفيد ان نذكر بايجاز قواعد التفسير الواردة في القانون المدني العراقي على النحو التالي:

(388) Jean Carbonnier-Les Obligations- Op. Cit. pp. 249- 250.

نصت المادة (١١٥٦) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "في الاتفاقات يجب البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للالفاظ".

ومؤدى ذلك ان ارادة الطرفين هي المعلول عليها في العقد ويجب على القاضي ان يبحث عنها يأخذ الطرفين بحكمها ولو ادى الامر الى ترك المعنى الحرفي للالفاظ.

د. عبدالحكم فودة- تفسير العقد- المرجع السابق- ص٤٧.

وقد علق الاستاذ ديمولومب Demolombe على المادة ١١٥٦ بانها (قاعدة القواعد) لانها قاعدة مبدأ تضع الاساس الذي يسير عليه نظام تفسير الاتفاقات في فرنسا، فهي تنص على قواعد التفسير، وتضع الهدف وتترك لما عداها من قواعد تنظم وسائل الوصول اليه، مكرسة بذلك مبدأ سلطان الارادة في مجال التفسير فتكون بذلك قد جاءت نتيجة مباشرة للمادة ١/١١٣٤ مدني فرنسي.

د. عبدالحكم فودة- تفسير العقد- المرجع السابق- ص٤٧.

القاعدة الاولى: ما نصت عليه المادة ١٥٥ التي جاء فيها:

"١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني.

٢- على ان الاصل في الكلام الحقيقية. اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز". وعلى هذه القاعدة نصت المادة ٢١٤ من القانون المدني الاردني.

ويراد بذلك ان اللفظ في صيغة العقد يؤخذ على معناه الواضح ويلزم الاعتماد على الارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة ففي التفسير يكون المصدر الاول له عبارات العقد والصيغة المستخدمة من المتعاقدين والاصل في هذه العبارات الحقيقية كالوصية للولد ووفاته قبل الموصى فيفسر الولد على انه (ولد الولد) اي الحفيد^(٣٨٩).

القاعدة الثانية: وقد نصت عليها المادة ١٥٦ وجاء فيها ما يلي:

"ترك الحقيقة بدلالة العادة". واصل القاعدة يعود للمادة ٤٠ من مجلة الاحكام العدلية وقد نصت عليها الفقرة (٣) من المادة (٢٢٠) من القانون المدني الاردني.

القاعدة الثالثة: (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح)

وقد نصت عليها المادة ٢١٥ من القانون المدني الاردني كأن يهب شخص شيئاً لآخر فيقبض الموهوب في مجلس الهبة اذن ضمنى ولو بغير اذن الواهب صحيح لان ايجاب الواهب في مجلس الهبة اذن ضمنى ولو نهى الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه لان النهي الصريح يقدم على الاذن الضمني^(٣٩٠). فالتصريح اقوى من دلالة الحال سواء كان التصريح قولاً او كتابة^(٣٩١).

القاعدة الرابعة: (اعمال الكلام اولى من اهماله، لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل)

وقد نصت على القاعدة المادة (١٥٨) من القانون المدني العراقي واصلها يعود للمادة (٦٠) من مجلة الاحكام العدلية. ومفادها حمل لفظ الولد على ولد الابن عند عدم وجود

(٣٨٩) السنهوري- مصادر الحق- ج٦- ص٣٤.

(٣٩٠) السنهوري- مصادر الحق- ج٦- ص٣٤- ٣٥.

(٣٩١) د. محي هلا السرحان- القواعد الفقهية دورها في اثراء التشريعات الحديثة- ١٩٨٧- ص٣٩.

وهو يذكر في بيان مضمون هذه القاعدة الكلية في ان المشتري اذا قبض المبيع قبل دفع الثمن والبائع ناظر ساكت، فان ذلك دل على اذن من البائع ولكن اذا صرح بانه لا يأخذ حتى يدفع ثمنه فلا يعتبر سكوتة اذنا له.

اما القانون المدني العراقي فقد نص على هذه القاعدة في المادة (١٥٧).

الولد. اذ المفروض ان المتعاقدين يرغبان من ايراد الشرط تحقيق نتيجة قانونية معينة^(٣٩٢). ويتفرع عن هذه القاعدة كثير من القواعد^(٣٩٣). وعلى هذه القاعدة نصت المادة (٢١٦) من القانون المدني الاردني.

القاعدة الخامسة: (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله)

فالشفعة في نصف الارض يعني طلب الشفعة في جميعها لان الشفعة لا تتجزأ، (المادة ١٥٩ من القانون المدني العراقي) وكذلك نصت عليها المادة (٢١٧) من القانون المدني الاردني.

القاعدة السادسة: (المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة)

ونصت عليها المادة (١٦٠) من القانون المدني نقلاً عن المادة (٦٤) من مرشد الحيران، كما نصت المادة (٢١٨) من القانون المدني الاردني.

القاعدة السابعة: (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر)

واصل القاعدة يعود للمادة (٦٥) من مجلة الاحكام العدلية ونص عليها المشرع العراقي في المادة (١٦١). كما نصت عليها المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي.

القاعدة الثامنة: السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق:

يعود اصل القاعدة للمادة (٦٦) من مجلة الاحكام العدلية وقد نصت عليها المادة (١٦٢) من القانون المدني العراقي ويعني ان ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد اقر به كالجواب ب: نعم عند سؤال المدين عن مشغولية ذمته بالدين. ونصت عليها المادة (٢٣٤) من القانون المدني الاردني.

القاعدة التاسعة: وقد نصت عليها المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

١- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة).

(٣٩٢) د. عبدالحكم فودة، تفسير العقد، ص١٠٥.

(٣٩٣) د. محي هلال السرحان- المرجع السابق- ص٤٦- ٤٧.

الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

ثانيا : تحديد نطاق العقد Le Contena Du Contrat

قبل الدخول في بيان مضمون العقد لابد من القول ان تفسير العقد معناه استخلاص النية المشتركة لاطرافه والتفسير لا يرد على العقد الباطل وانما يرد على العقد الصحيح. فالقاضي يقوم بخطوة سابقة على تحديد نطاق العقد وبيان ما هو من مستلزماته وهو بيان تكييف العقد اي اعطاء الوصف الصحيح وهي خطوة اولى تسبق حتى التفسير فاذا خلص القاضي من التكييف والتفسير دخل في مرحلة تحديد نطاق العقد.

وعلى هذه المرحلة نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على النحو الآتي: (٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام). ويعود اصل هذا النص للفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري حيث نقلها المشرع العراقي حرفيا وكذلك المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (١٠٧) كما يقابلها في القانون المدني الاردني الفقرة (٢) في المادة (٢٠٢).

ولدى الرجوع الى مجموع الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري تبين ان اصل النص يعود للفقرة الثانية من المادة (٣٦) من مرشد الحيران للمرحوم قدرى باشا ولما ورد عن الفقه الحنفي في بدائع الصنائع للكاساني (ج٥). فالفقرة المذكورة خاصة بتعيين المقصود بمضمون العقد اذ هو لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والافراد بل يلزمه كذلك بما تقتضيه طبيعته وفقا لاحكام القانون والعرف والعدالة، فان تعيين مضمون العقد وجب تنفيذه لان القوة الملزمة تخلص له (٣٩٧).

ان المقصود بمضمون العقد، ان العقد لا يقتصر على بيان الاحكام التي تأتي بها شروطه التي يقضي بها القانون والتي تسري عليه لان القول بهذا معناه تأكيد النزعة المطلقة لمبدأ سلطان الارادة بالوقوف عن العقد وشروطه وعدم الخروج عنه وهي نزعة لم يكتب لها النجاح،

(٣٩٧) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٢٨٧ و٢٨٨.

ولعل من المناسب الاشارة للمادة (٢٠٢) من القانون المدني الاردني التي جاء فيها ما يلي:

(١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف).

يراد من هذه القواعد الكلية في الفقه الاسلامي الركون الى العرف والعادة كعوامل يسترشد بها في تحديد نطاق العقد وقد ذكرتها مجلة الاحكام العدلية (المواد ٤٣ و٤٤ و٤٥ و٤٦). فالثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي كما يلزم مراعاة العرف الخاص كعرف التجار وارباب الحرف والصنائع كأن يجري البيع على البضاعة المطروحة في موضعها او منقولة الى المشتري او غير ذلك (٣٩٤). كما يراد بقاعدة (المنتع عادة كالممتنع حقيقة) ان ما يستحيل عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلا، فلو ادعى شخص جنينا استقرض منه مالا، فان الادعاء غير صحيح لانه اسنדהا الى سبب مستحيل عادة وكذلك اذا ادعى شخص بنوة شخص اكبر منه سنا (٣٩٥). وقد خصص القانون المدني الاردني لهذه القاعدة المواد (٢٢٣ و ٢٢٤ و ٢٢٥).

القاعدة العاشرة: (العادة محكمة عامة كانت ام خاصة)

ويتفرع عنها قواعد كثيرة منها (استعمال الناس حجة العمل بها)، واصل هذه القاعدة يعود للمادتين (٣٦ و ٣٧) من مجلة الاحكام العدلية وقد نصت عليها المادة (١٦٤) من القانون المدني العراقي للدلالة على ان ما يراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وبيع المعدوم باطل الا ان الاستصناع جائز لتعامل الناس. ونصت على هذه القاعدة المادة (١/٢٢٠) من القانون المدني الاردني.

القاعدة الحادية عشرة: (انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبارة للغالب الشائع لا للنادر)

وقد نصت عليها المادة ١٦٥ من القانون المدني واصلها يعود للمادة (٤١) مرشد الحيران والمادة (٤٢) كذلك. وعلى هذه القاعدة نصت المادة ٢/٢٢٠ من القانون المدني الاردني.

القاعدة الثانية عشرة: (يفسر الشك في مصلحة المدين)

وهو ما نصت عليه المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي وهذا النص وان كان مأخوذا من الفقه الغربي الا انه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الاسلامي فهناك قواعد فقهية تتظافر على اقرار هذا المبدأ هي:

١- اليقين لا يزول بالشك، فان كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين انه بريء الذمة ولا يزال هذا اليقين بالشك. ٢- والاصل بقاء ما كان على ما كان. ٣- ان الاصل براءة الذمة (٣٩٦). وقد نصت المادة (٢٤٠) من القانون المدني الاردني على ما يلي: (١- يفسر

(٣٩٤) د. محي هلال السرحان- المرجع السابق- ص٤٤-٤٥.

(٣٩٥) د. محي هلال السرحان- المرجع السابق- ص٤٢.

(٣٩٦) مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٦- ٤١-٤٢.

وإنما يراد بذلك التوسعة في المضمون لشروط العقد من غير اسراف وشطط ومؤدى ذلك ان يدخل في مضمون العقد الاحكام التي يجئ بها عاقدها وتلك التي يقضي بها القانون في شأنه ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته، وهي توسعة ذهبت اليها العديد من التشريعات (٣٩٨).

فالمراد بالقانون الوارد في المادة (٢/٢٠٢) من القانون المدني الاردني والوارد في الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي هي النصوص المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة لانها هي التي تحدد نطاق العقد وتكشف عن ارادة الطرفين. فاذا لم ينص المتعاقدان مثلا على نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن تولى القانون بيان ذلك.

اما العرف فقد يتدخل لتحديد نطاق العقد وبيان ما يعد مستلزماته ولعل اوضح مثال على ذلك هي النسبة المئوية التي تضاف على قائمة الطعام او الاقامة في المطاعم والفنادق عن الخدمات المقدمة ويعد العرف القانون غير المكتوب. ولم يقر المشروع المدني العراقي قواعد العرف لاسباب عديدة تنسجم مع منهج المشروع المذكور، بينما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٢٠٢) من القانون المدني الاردني. كما ان قواعد العدالة من الامور التي يسترشد بها القاضي لتحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد منها مثلا عدم جواز تعرض البائع للمشتري في المبيع وعدم جواز المنافسة غير المشروعة.

واخيرا، فان طبيعة الالتزام تسهم في تحديد نطاق العقد كتسليم مفاتيح السيارة وادواتها الاحتياطية مع المبيع وهو ما يطلق عليه عند الفقهاء المسلمين (ما تدخل في المبيع من غير ذكر). المادة (٢٠٢) من القانون المدني الاردني.

والخلاصة، فان تكييف العقد يعني بيان الوصف القانوني وتحديد الاحكام التي يخضع لها ولا عبرة بما يوصفه اطرافه فقد يطلق على التصرف (عقد بيع) وهو في جوهره (هبة).

واول ما يبدأ القاضي بعملية التفسير لنصوص العقد فاذا فرغ منه انتقل لبيان (مضمونه) وتحديد ما هو من مستلزماته وفقا لما تقدم ثم ينتقل الى مسألة تنفيذ العقد من قبل اطرافه (٣٩٩).

ثالثا : تنفيذ العقد (الزام المتعاقد بما اشتمل عليه العقد)

اذا خلصت القوة الملزمة للعقد وجب تنفيذه من قبل اطرافه بما يوجبه مبدأ حسن النية وشرف التعامل وعلى اطراف العقد التعاون في تأدية الالتزامات التي تضمنها شروط العقد. الا ان هذا التنفيذ قد يكون مرهقا على احد اطرافه بفعل ظروف تطرأ بعد انشاء العقد لم تكن وقت التكوين معلومة من الطرفين فما هو حكمها وكيف عالجها وكيف عالجها المشرع وما هي اتجاهات القضاء العراقي؟ وما هو موقف القضاء الاردني؟

للجابة عن ذلك، لا بد من توزيع الموضوع على النحو الآتي:

١- تنفيذ العقد.

٢- نظرية الظروف الطارئة.

٣- موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني.

١- تنفيذ العقد (الزام المتعاقد بما اشتمل عليه العقد)

يذهب الفقه الاسلامي، احتراماً لمبدأ سلطان الارادة ودورها في انشاء التصرفات القانونية، الى تأكيد القاعدة العامة من ان العقد شريعة المتعاقدين وان الواجب هو ان ينفذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه الا ما اتفق عليه الماعاقدان، ولا يستثنى من وجوب تنفيذ العقد الا ما يخص البطلان او الفسخ، كما لا يجوز للقاضي ان يعدل العقد من غير رضا المتعاقدين جميعاً، وفي هذا المجال يعرف الفقهاء المسلمون نظرية (فسخ العقد للعدر) القريبة من نظرية الحوادث الطارئة (٤٠٠). كما ان الفقه الاسلامي اهتم بالنيات وجعل المقاصد معتبرة في التصرفات.

وفي القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون الصادر عم ١٨٠٤) نصت المادة (١١٣٤) ما يلي: (الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة الى من عقدها مقام القانون) (٤٠١).

Les Conventions Legalement Formees Tienent Lieu De Loi a Ceux
qui Les Ont Faites)

وطبقاً للقانون المدني العراقي، فان المادة (١٤٥) نصت ما يلي: "ايا كان المحل الذي يرد

(٤٠٠) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٦- دار الفكر للطباعة والنشر- بدون سنة نشر- ص ٥٠.

(401) Jean Carbonnier- Les Obligations- op. Cit. pp. 197- 199.

(٣٩٨) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص١٨٨.

(٣٩٩) راجع الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص٦١٧-٦١٨.

الدكتور توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام- (مصادر الالتزام)- المرجع السابق- ص٣٠٥.
وانظر في الفقه المدني الفرنسي:

Mazeud (H. L. G.)- Lecons De Droit Civil- Op. Cit. pp. 276- 277.

Jean Carbonnier- Op. Cit. PP. 249- 250.

عليه العقد، فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه". كما نصت المادة (١٤٦/١) ما يلي:

"١- إذا نفذ العقد كان لازماً.. وتنفيذ العقد يكون بصورة تتفق مع حسن النية إذ نصت المادة (١٥٠) على ما يلي: "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). وهذا ما نصت عليه الفقرة من المادة (٢٠٢) من القانون الاردني (٤٠٢).

فالقاعدة العامة في نطاق التنفيذ الاختياري للالتزامات وجوب التنفيذ بحسن نية وهو ما نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (١/١١٣٤) والمادة (١٥٧) من القانون المدني الالمانى والمادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الاردني.

اما عن مبدأ حسن النية La Bonne Foi، فإن القانون لم يضع تعريفاً لحسن النية الا انه يمكن القول بانها النية الخالية من الغدر والخداع او القصد السيء، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية والغش او الرغبة في الاضرار بالغير وهو مفهوم واسع يعبر عن كل احساس بالامانة واستقامة الضمير، وحسن النية اما ان يكون ايجابياً كإبلاغ المؤمن له شركة التأمين بكل واقعة من شأنها تزيد المخاطر او سلبياً ويتحقق عندما يكف الشخص عن مباشرة اي عمل يتنافى مع القصد السيء كأن يعرض العقار محل التأمين ضد الحريق لمصادر النيران اما عمداً او اهمالاً (٤٠٣).

ويلاحظ ان القانون الانجليزي عرف مبدأ حسن النية Good faith في انشاء العقود وفي تنفيذها، وهناك من العقود تتطلب درجة عالية من الثقة وحسن النية لوجود علاقة متميزة بين اطرافه كعقد التأمين والا كان العقد قابلاً للإبطال طبقاً للقانون المذكور (٤٠٤). غير ان القانون الانجليزي يخلو من مبدأ عام مهيم على احكامه يقضي بان العقود يجب ان تنفذ وفقاً لمتطلبات حسن النية الا ان التطبيقات العملية كثيرة في هذا الميدان وحسب المعيار الموضوعي (الشخص العادي) والمعيار الشخصي (الامانة الشخصية)، حيث استعملت المحاكم الانجليزية تعابير الرجل المتبصر والرجل الوسط والرجل العاقل وغيرها (٤٠٥).

وإذا كانت الفقرة الاولى من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي نصت على لزوم العقد بتنفيذه، فإن المشرع منع اطرافه بالرجوع عنه او تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي، واجاز المشرع الخروج على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في حالتي (عقود الاذعان) و (نظرية الظروف الطارئة).

ففي عقد الاذعان والاستغلال- كما مر بنا- ان التوازن الاقتصادي بين اطراف العقد يختل عند تكوين العقد فيصير الى تحجيم المتعاقد القوي لحماية الطرف الضعيف، وفي نظرية الظروف الطارئة يختل هذا التوازن (عند تنفيذ العقد) اي بعد انشائه وعندها يعدل التوازن الاقتصادي بدعم المتعاقد الضعيف.

٢- نظرية الظروف الطارئة (٤٠٦) The 'orie de L'impre'vision

تقوم فكرة نظرية الظروف الطارئة على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي في المرحلة اللاحقة لتكوين العقد لحصول حوادث استثنائية عامة غير متوقعة اثناء التنفيذ بحيث يصبح التزام المدين مرهقاً اي تلحق به خسارة جسيمة اذا اتم تنفيذ العقد الا انه ليس تنفيذاً مستحيلاً. وهذه النظرية لا يظهر مجال تطبيقاتها الا في العقود المستمرة او العقود التي يؤجل تنفيذها فيدخل الزمن عنصراً فيها.

وتبدو اهمية النظرية واضحة من خلال اسباب متعددة لعل اهمها وضوح دور القاضي في تعديل العقد في القوانين التي اخذت بها وكذلك تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين الذي اختل لسبب لا دخل لاحدهما في حصوله ولولا نظرية الظروف الطارئة لتعرض المدين الى الخسارة الفادحة التي قد تؤدي الى افلاسه وانه من العدل والعدالة تعديل العقد الذي اختلف ظروف انشائه عن اوضاع تنفيذه.

(٤٠٦) للمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية وروط تطبيقها راجع:

Jean Carbonnier-op. Cit. p. 282.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط- ج١- ص٦٢٩ وما بعدها.

الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق- ص١١٢-١١٤

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- المرجع السابق- ص٣٩٤ وما بعدها.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٦- ص٢٠ وما بعدها.

الدكتور غازي عبدالرحمن ناجي- اختلال التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه- بغداد- ١٩٨٦.

فاضل شاكر النعيمي- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- ١٩٦٩.

(٤٠٢) ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية المرقمة (٨٥/٢٢٠): (لمحكمة الموضوع ان تستدل من سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد على مقاصدهما والتعرف على ارادتهما توصلنا لتفسير العقد).

مجلة نقابة المحامين- س٣٦- ١٩٨٥- ص١٩١١.

(٤٠٣) د. عبدالحكيم فوده- تفسير العقد- ص١٢٥-١٢٦.

(٤٠٤) الاستاذ المرحوم شاكر ناصر حيدر- واجب تقليل الضرر في القانون الانجليزي- مجلة القانون المقارن- العدد١٣- السنة ٩- ١٩٨١- ص٥-١١.

(٤٠٥) شاكر ناصر حيدر- ص١٠.

اما من الناحية التاريخية، فان القانون الروماني كان يخلو من مبدأ عام يصلح كاساس صالح لنظرية الظروف الطارئة لاسباب عدة من اهمها تمسكه بالشكليات المفروضة قانونا وعدم جواز تعديل العقد الا في مراحل المتأخرة حين اقر مبدأ الرضا كشرط لصحة العقد. واما في الفقه الاسلامي فيمكن القول ان نظرية العذر في الفقه الحنفي ونظرية الجوائح في الفقهاء المالكي والحنبلي تقتربان من نظرية الظروف الطارئة، حيث تهدف الاولى الى فسخ العقد دفعا للضرر والثانية ترمي الى تعديل العقد اذا تغيرت ظروف التعاقد عن ظروف التنفيذ. هذا فوق ان القواعد الكلية في دفع الضرر توجد للضرورة اساسا لهذه النظرية كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) وغيرها.

وإذا كانت القوانين المدنية في فرنسا والمانيا وسويسرا لا تأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كنظرية عامة سائدة، فان كثيرا من التشريعات أخذت بها ومنها القانون المدني المصري المادة (١٤٧) والقانون المدني العراقي المادة (١٤٦)، حيث جاء فيها ما يلي:

"١- اذا نفذ العقد كان لازما. ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي.

٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك). ولم يذكر القانون الاردني ما يقابل الفقرة الاولى لانها من القواعد العامة ونص على ما يقابل الفقرة الثانية في المادة (٢٠٥) من القانون المدني الاردني.

يتضح مما تقدم ان شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والاردني هي:

١- وجود عقد صحيح مستمر التنفيذ او فوري التنفيذ الا ان تنفيذه مؤجلا.

٢- وجود حوادث استثنائية عامة لا تتصل بشخص المتعاقد طرأت بعد انشاء العقد. غير ان هذا الشرط لم يلق قبولا من كثير من الفقه المدني فاعترض عليه وهو اعتراض وجيه لان الظروف الطارئ قد لا يكون عامسا ولا يمكن الاستناد على نظرية القوة القاهرة لدفع المسؤولية لان الالتزام ليس مستحيلا الا ان قواعد العدالة توجب- في رايانا- تطبيق نظرية الظروف الطارئة كمن التزم بتوريد كمية من اللحوم معتمدا على حقول الدواجن التي يملكها الا انها نفقت بمرض ادى استمراره بتنفيذه للالتزام معناه اصابته بخسارة فادحة مما يستوجب اخذ مثل هذا الحال عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

٣- الا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا والا لانقضى الالتزام وانما يصح الالتزام مرهقا يتهدد المتعاقد بخسارة فادحة حسب معيار موضوعي (الفرق بين القيمة المالية قبل وبعد انهيار التوازن الاقتصادي).

٤- تعديل العقد وقد جاء في المادة (٢/١٤٦) مدني عبارة غير دقيقة هي انقاص الالتزام والصحيح هو تعديل العقد من القاضي بانقاص التزام المدين او زيادة التزام الدائن وفي رأينا ان هذا التعديل ليس وجوبيا وانما جوازيا فهو يتمتع بسلطة تقديرية بدليل ان المادة المذكورة ذكرت عبارة (جاز...)(٤٠٧).

٥- ان احكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعاد احكامها وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) كم القانون المدني العراقي وذلك من اجل حماية الطرف الضعيف. الا ان هذا الاتجاه غير سليم نعتقد بجواز الاتفاق على تحمل المتعاقد تبعة الظروف الطارئة بتشديد المسؤولية كما في حالة تحمل المدين تبعة القوة القاهرة. وذات الانتقاد يرد على الفقرة الاخيرة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني الاردني.

بناء عليه، فان هذه الشروط اذا توفرت جاز للمحكمة ان تنقص التزام المدين الى الحد المعقول او تزيد في التزام الدائن وفقا للمادة (١٤٦/ثانيا) من القانون المدني العراقي و المادة (٢٠٥) من القانون المدني الاردني.

الا ان القاضي قد يقرر وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ او قد يقرر فسخ العقد رغم ان النص المذكور اغفل الاشارة الى ذلك. ففي عقد التوريد او عقد المقاولة اذا وجد ان المدين يعجز عن تنفيذ العقد وان تعديل ما اختل من توازن اقتصادي لا يجدي نفعا بسبب ارتفاع الاسعار بصورة باهظة خصوصا بالنسبة للمواد المستوردة كالحديد والخشب او حصر استعمالها في المجهود العسكري اثناء الحرب.

كما نعتقد ان من حق المدين ان يطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد انجاز تنفيذه للالتزام العقدي اذا استمر في اكمال ما التزم به فلا يجوز عدلا وعدالة مساواة المتعاقد الذي توقف عن تنفيذ التزامه بانتظار تعديل الاختلال مع المتعاقد الذي استمر رغم هذه الظروف بكل جدية ونشاط على تنفيذ التزامه سيما وان الاتجاه العام يميل الى ضرورة استمرار المتعاقد

(٤٠٧) استخدم القانون المدني الاردني مصطلح (ان ترد الالتزام...) في المادة (٢٠٥) والصحيح استعمال مصطلح تعديل العقد من القاضي.

على التنفيذ لكي يستفيد من تطبيق النظرية المذكورة وبهذا نخالف ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية في قرارها المتعلق بالاضبارة (٣٢٥) في ١٩٨٨/٨/٢١ (غير منشور) حين رفضت تطبيق النظرية بحجة انجاز المتعاقد لالتزامه.

٣- موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

لم يستقر القضاء العراقي على موقف موحد من تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة، ففي قضية يذهب فيها القضاء الى وجوب ان يكون المدين قد نفذ التزامه لرفع الارهاق عنه بينما يشترط عكس ذلك في قضية اخرى ويشترط عدم قيام المدين بالتنفيذ^(٤٠٨). ففي القضية المرقمة ١٢٢٩ / حقوقية/ ٩٦٧، ذهبت فيها محكمة التمييز في العراق الى القول: (ان مفهوم نظرية الظروف الطارئة مؤداه ان يستمر المتعاقد الذي يشكو الارهاق في تنفيذ التزامه لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الارهاق فاذا امتنع من جانبه وتوقف عن تنفيذ التزامه التعاقدية كله او بعضه فلا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة ولا يحق له المطالبة بالتعويض)^(٤٠٩).

بينما ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر الى انه (لا يجوز التمسك بنظرية الظروف الطارئة اذا كان المتعاقد قد نفذ التزامه).

ونحن نعتقد ان المتعاقد الذي ينفذ التزامه رغم الارهاق الذي يلحق به بسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد هو افضل وضعا من المتعاقد الذي توقف عن تنفيذ الالتزام بحجة الارهاق الامر الذي يلزم- حسب قواعد العدالة- عدم مساواته مع المتعاقد الآخر والسماح له بطلب رفع الارهاق عنه حتى بعد انجاز العمل او تنفيذ جميع التزاماته. ولهذا فان استقرار محكمة التمييز الموقرة على مبدأ واضح من تطبيق شروط النظرية المذكورة امر له بالغ الاهمية في الحياة العملية لانها تحدد سياقات عمل ببقية المحاكم والاستقرار النسبي في الاحكام من المسائل المطلوبة.

وفي قضية اخرى ذهبت فيها محكمة التمييز الى ما يلي:

(يعتبر قانون اصلاح الزراعي من الظروف الطارئة اذ قد ادى ذلك الى هبوط الاراض الزراعية وهذا الظروف الطارئ يقتضي تدخل القضاء للموازنة بين مصلحة الطرفين وانقاص

(٤٠٨) القراران المذكوران في مؤلف الدكتور عبدالمجيد الحكيم- المرجع السابق- ص ٤٠٢ - ٤٠٣.

(٤٠٩) تاريخ القرار ١٩٦٨/١/١٧- مجلة القانون المقارن- العدد (٢)- السنة ٢- ١٩٦٨- ص ٢١٨- ٢٢٠.

الالتزام المرهق الى الحد المعقول) ثم (ان الاتفاق الذي اقره الطرفان في الظروف الطبيعية لا يؤه له عند نشوء الظروف الطارئة التي تجعل زمام الامر في التقدير للقضاء) ثم (يتعين على محكمة الاستئناف ان توزع الضرر الناجم بين الطرفين بمراعاة الظروف الطارئة وخطأ كل واحد منهما في عدم تنفيذ التزامه وتحمل كل طرف ما يصيبه حسب تقدير المحكمة)^(٤١٠).

كما اتجهت محكمة التمييز في العراق الى اشتراط ان يكون العقد في دور التنفيذ لتطبيق النظرية فاذا انجز المتعاقد العمل تعذر عندها تطبيق احكام النظرية حتى ولو كان التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين قد انهار تماما الا ان المتعاقد استمر بالتنفيذ لكي يستفيد من تطبيق احكام نظرية الظروف الطارئة^(٤١١). وهو اتجاه غير عادل خاصة وان احكام القضاء لا يمكن ان تصدر في وقت قصير فتحسم الدعوى ضمن فترة تتضح بعدها اوضاع الطرفين من الناحية المالية.

وقد ذهبت محكمة التمييز الى ان للمقاول ان يتمسك بنظرية الظروف الطارئة الناجمة عن الامطار والفيضانات حتى ولو اشترط في عقد المقاولة خلاف ذلك ما دامت الامطار قد هطلت بصورة اعتيادية ولا متوقعة وكان الشرط متعلقا بالحوادث المتوقعة^(٤١٢).

اما بالنسبة لموقف القضاء الاردني من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة فقد ذهبت محكمة التمييز في الاردن الشقيق في حكم لها صدر في القضية (٨٥/٤٦١) ما يلي: (يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة)^(٤١٣).

كما جاء في حكم: (اذا طرأت عند تنفيذ الالتزام ظروف لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وكان من شأنها ان تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازن العقد جاز للمحكمة ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة)^(٤١٤).

(٤١٠) رقم القرار ١٩٦٧/٢٩٣٧ في ١٩٦٧/١٧ منشور في العدد ٢ السنة ٢ ١٩٦٨ ص ٢٢٣ - ٢٣١.

(٤١١) قرار رقم ٥٢٨- اضبارة ٣٢٥ / موسعة اولى / ٨٥- ٨٦ في ١٩٨٨/٨/٢١ (غير منشور).

(٤١٢) رقم القرار ٥٨٨/٢/٧٣ في ٩٧٤/٤/٢٢ منشور في (المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز)

للقاضي ابراهيم المشاهدي- ص ٤٨٩.

(٤١٣) مجلة نقابة المحامين- س ٣٥ - ١٩٨٧، ص ١٣٢٦.

(٤١٤) مجلة نقابة المحامين- س ٣٥ - ١٣٢٦.

المطلب الثالث

المسؤولية العقدية (جزاء العقد)

La Responsabilite Contractuelle

(ضمان العقد)

من البديهي ان المسؤولية العقدية تنهض لوقوع الاخلال بالالتزام العقدي وطبيعي ان هذا يستوجب اولاً وجود عقد صحيح حصل الاخلال به. والعقد الصحيح عرفه المشرع العراقي في المادة ٣٣ / ١ على مايلي: "العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل). كما نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني الاردني على تعريف مماثل للتعريف المذكور حين اضاف عليه (بأن يكون له غرض قائم وصحيح ومشروع واوصافه صحيحة ولم يقترب به شرط مفسد له). ويصعد أصل هاتين المادتين للمادة ٣١١ من مرشد الحيران والمادة ١٠٨ من مجلة الاحكام العدلية أي الفقه الحنفي.

ولما كان الكثير من قواعد المسؤولية التقصيرية تسري على المسؤولية العقدية الا تلك القواعد الخاصة التي تتميز بها، فأنا بعضاً من هذه الاحكام سنتعرض لها عند الكلام عن المسؤولية التقصيرية ونبين في هذا المجال باختصار أركان المسؤولية العقدية وأحكامها وهي:

الركن الاول: الخطأ العقدي La Faute Contractuelle

الركن الثاني: الضرر La Prejudice

الركن الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر Lien de Causalite

أولاً : الخطأ العقدي La Faute Contractuelle

ابتداءً لايد من القول أن المتعاقد يسأل عن إخلاله الشخصي بالعقد فتنهض المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي اذا توفرت بقية الاركان الا أنه قد يسأل عن خطأ الغير او عن الاشياء التي تحت حراسته. كما قد تعدل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين من المسؤولية.

فالاصل أن المتعاقد يكون مسؤولاً عن الخطأ الذي ارتكبه لاخلاله بالعقد ولكن متى يكون الشخص مخللاً بالعقد؟ وما هي صور أو انواع الاخلال؟

وإذا كان المقصود بالخطأ العقدي هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به في العقد وأن المشرع العراقي لم يشأ تعريفه وحسناً فعل، الا انه اورد في المادة (١٦٨) من القانون المدني بعض صور الخطأ العقدي، حيث جاء فيها مايلي: "اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه، ويكون ذلك اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه"^(٤١٥). ولعل أول ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي ذكر حالتين فقط من حالات الخطأ العقدي وهما:

١- عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي.

٢- التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي.

أن قيام المسؤولية العقدية كجزء عن الاخلال بالعقد من المتعاقد في هاتين الصورتين واستحقاق المتعاقد الآخر للتعويض اذا نشأ عن هذا الاخلال ضرر بسبب هذا الخطأ وعدم وجود ما يدفع المسؤولية عن المخل بالالتزام، انما يكون لرفض المتعاقد تنفيذه للالتزام مع قدرته عليه ولم يمكن أجباره على القيام به كالطبيب الذي يتعهد بالعلاج في مستشفى خاص أو في عيادته الخاصة وكالفنان الذي يلتزم بالقيام بعمل أو غير ذلك، أو قد يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلًا بخطأ المتعاقد.

ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني الكويتي نص في المادة ٢٩٣ على المسؤولية العقدية وأطلق عليها تسمية (التنفيذ بطريق التعويض) مشيراً الى صورتين من صور الخطأ العقدي وهما حالة عدم القيام بالتنفيذ وحالة التأخر بالتنفيذ.

وهذه الصور هي:

١- التنفيذ المعيب للالتزام العقدي^(٤١٦).

٢- التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي.

(٤١٥) لم ينص القانون المدني الاردني على اشكال الخطأ العقدي على النحو الوارد في القانون المدني العراقي والمشروع المدني وهو مسلك لم نعثر له على تبرير مقنع.

(٤١٦) يمكن ان نتصور حالة التنفيذ المعيب للالتزام القانوني ايضاً كما لو اجرى الطبيب عملية جراحية ونسي في بطن المريض قطعة شاش أو قطن أو آلة جراحية، وحالة التنفيذ المعيب اذا كانت تشير الى وجود الخطأ المهني الجسيم فانها ترتقي الى مرتبة الخطأ العمد (الغش أو سوء النية) وتخضع مسألة الخيرة في المسؤولية العقدية او التقصيرية لمحض اختيار المدعي (المتضرر).

وفي هذا السياق نشير الى ما نشرته صحيفة الثورة في العراق يوم ١٩٨٩/١١/٢٥ حول قيام وزارة=

وإذا كان مشروع القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٣٩٨/ ثانيا) على حالة التنفيذ المعيب الا انه لم يشير الى صورة التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي. ولعل اوضح مثال على التنفيذ المعيب حالة قيام الطبيب أو الممرضة في غير المستشفى الحكومي بزرق ابرة في الوريد بدلاً من العضلة وتسبب هذا العمل في حصول تورم في اليد وكذلك حالة المقاول الذي ينجز عمله ضمن المدة الا ان البناء يحصل فيه تصدع وتشقق وهو وان امكن مسائلته حسب المادة (٧٨٨) من القانون المدني الاردني الا ان طبيعة الخطأ هو (التنفيذ المعيب)^(٤١٧). وكذلك حالة جراح التجميل الذي يجري العمل الطبي في مستشفى خاص او في عيادته لازالة النتوءات الجلدية فيرتكب خطأ في التنفيذ في مستشفى خاص او في عيادته لازالة النتوءات الجلدية فيرتكب خطأ في التنفيذ ويسبب تشوهات اكبر ضررا من النتوءات المذكورة كما لو ترك اثرا على الوجه بسبب حروق او عيب في الخياطة للجرح.

اما صور التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي فهي كثيرة في الحياة العملية وندعو الى ايرادها ضمن بقية صور الخطأ الأخرى في المادة (١٦٨) التي يحتاج الامر الى تعديلها ونذكر مثلاً حالة الطالب الذي يتعاقد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون ولم ينفذ العقد الدراسي كاملاً فيحصل على شهادة الماجستير فقط او على درجة الدبلوم وحالة المتعاقد الذي لا ينجز جميع البناء الذي كلف به فينجز قسماً منه مع قدرته على القيام بعمل او استحالة القيام بالباقي بخطأ منه وغيرها. كما نقترح اضافة صورة الخطأ هذه الى القانون المدني الاردني.

ومن الطبيعى ان الملتزم بالعقد قد يوفى بالتزامه اي يبذل العناية الواجبة او ان يحقق النتيجة المطلوبة فيعد المتعاقد محلاً بالتزامه اذا لم يبذل هذه العناية او لم يحقق النتيجة دون ان يكون هناك (سبب اجنبي) حال دون هذا العمل على نحو ما سنبينه^(٤١٨).

= الصحة بمعاينة الدكتور (م) بعقوبة الانذار لتقصيره من الناحيتين الطبية والفنية واهماله عند اجراء عملية جراحية للمواطن (ن) لاستئصال البروستات الا انه تبين ان الدكتور كان قد نسي قطعة قطن داخل المثانة.

ومن الغريب حقا ان المحكمة المختصة افرجت عن الطبيب وايدت محكمة التمييز القرار بعدم وجود جريمة او مساس بالبدن كالعاهة البدنية او غيرها مما اضطر وزارة الصحة الى توجيه عقوبة الانذار للطبيب. وقد كنا نأمل صدور العقوبة عن الخطأ المهني الجسيم للطبيب والحكم بالتعويض المدني للمريض وتأسيساً على ذلك الحكم يصار الى معاقبته ادارياً بالانذار. علماً ان الخطأ المذكور من الاخطاء الجسيمة التي توجب قيام المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية.

(٤١٧) انظر نص المادة (٧٨٠) المعدلة من القانون المدني العراقي.

(٤١٨) لاحظ المادة (٣٥٨) من القانون المدني الاردني والمادة (٣٣٨) التي جاء فيها:

"ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه".

ولعل اوضح مثال على الالتزام بوسيلة او ببذل عناية كقاعدة عامة هو التزام المحامي مع موكله والتزام الطبيب مع مريضه والتزام الوكيل مع موكله وغيرها والعناية المطلوبة هنا هي (عناية الشخص المعتاد) وهو معيار موضوعي ينظر فيه الى نوع العمل والظروف المحيطة. ومع ذلك فان المدين يكون قد نفذ التزامه ولا يعد مخطئاً اذا كان قد بذل من العناية ما اعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصداً ذلك وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي "٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصداً ذلك".

الا ان القانون قد يتطلب عناية معينة كعناية الشخص في شؤونه الخاصة كما في عقد الوديعة حيث جاء في المادة (٩٥٢) من القانون المدني العراقي ما يلي: "١- يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها". وكذلك حالة عناية الوكيل بدون اجر في تنفيذ الوكالة على نحو ما نصت عليه المادة (٩٣٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي: "١- اذا كانت الوكالة بلا اجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة. ومع ذلك اذا كان الوكيل يعني بشؤونه الخاصة اكثر من عناية الرجل المعتاد. فلا يطالب الا ببذل عناية الرجل المعتاد". (قارن مع نص المادة ٨٤١ من القانون المدني الاردني).

نقول ان المشرع العراقي والمشرع الاردني لم يكونا موفقين حين اوردنا عبارة (الرجل المعتاد) ونعتقد ان الصواب ان يذكرنا عبارة (الشخص المعتاد) حتى يشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي وحتى تفسر العبارة الخاصة بالشخص الطبيعي (الرجل والمرأة) لا سيما وان التعبير المستعمل قانوناً هو عبارة (الشخص) وليس (الرجل) سواء في بداية الشخصية القانونية ام في التزاماتها ام في نهايتها.

الا ان التزام المتعاقد قد يكون تحقيق النتيجة، فاذا لم يحققها عد المتعاقد محلاً بالعقد كالتزام الطبيب في عمليات نقل الدم وفي اجراء التحليلات المرضية والتزام البائع والتزام المستأجر والمؤجر وغيرها. فالطبيب يلتزم بتحقيق النتيجة وهو نقل الدم بصورة سليمة لذات الفصيلة وبدون ان تعلق اية امراض كفايروس الكبد او مرض نقصان المناعة المكتسبة (الايدز) او غيرها نظراً لتقدم علم الطب في هذا العمل الطبي.

والا، فان الطبيب يكون مسؤولاً عن الخطأ حتى وان شكل الخطأ هنا صورة (تنفيذ معيب

للاتزام) واخلال بالتزام قانوني ان كان العمل المذكور قد تم في مستشفى حكومي او مختبر تابع للدولة.

والخلاصة، فانه في الالتزام ببذل عناية الخطأ العقدي بالصورة سالفه الذكر هو عدم بذل العناية الواجبة قانونا او اتفاقا وفي الالتزام بتحقيق نتيجة يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق النتيجة او الغاية ما لم يوجد سبب اجنبي يدفع المسؤولية بنفي رابطة السببية وليس نفي الخطأ على خلاف في الرأي الفقهي (٤١٩).

اثبات الخطأ العقدي

المقصود باثبات الخطأ العقدي يعني اثبات وقوع الاخلال بالعقد سواء عن عدم القيام بالتنفيذ والتأخر فيه او تنفيذه بصورة معيبة او تنفيذه بصورة جزئية كما قد يجتمع اكثر من صورة في عقد واحد كالتأخر في التنفيذ مع التنفيذ المعيب.

والقاعدة في هذا المجال ان البيئة على من ادعى وقوع الخطأ العقدي وهو المكلف باثبات حصوله وان اليمين على من انكره. فالدائن هو الذي يدعي بوقوع الاخلال بالالتزام العقدي فعليه ان يثبت وجود العقد الصحيح وحصول الضرر بعدم بذل المدين للعناية المطلوبة او عدم تحقق النتيجة المرجوة الامر الذي سبب له خسارة مادية او معنوية. وربما يثبت المدعى عليه عدم

(٤١٩) ذهب جانب من الفقه الفرنسي ومنهم (الاستاذ مازو) الى القول ان القوة القاهرة نافية للسببية والخطأ في نفس الوقت لا سيما في الالتزام بتحقيق نتيجة.

وقد تعرض هذا الرأي للنقد من جانب آخر من الفقه الفرنسي والعربي. فيذكر الدكتور اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام-ج٢-ص٥٥قائلا:

(والصحيح ان السبب الاجنبي الذي ترتبت عليه استحالة التنفيذ ينفي عن عدم التنفيذ وصف الخطأ دون ان ينفي السببية بينه وبين الضرر. اما السبب الاجنبي الذي يترتب عليه الضرر فهو بنفي علاقة السببية بين عدم التنفيذ والضرر دون ان ينفي عن عدم التنفيذ وصف الخطأ سواء في الالتزام ببذل عناية او الالتزام بتحقيق نتيجة).

وانظر كذلك: الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص٦٥٩- هامش رقم ٢.

وللمزيد من التفاصيل حول الخطأ العقدي ونوع الالتزام ومقدار العناية في القانون الانجليزي والفرنسي والجزائري انظر على سبيل المثال:

G. C. Cheshire, C. H. S. Fifoot- Case on the Law of Contract op. Cit. p. 101.

Jean Carbonnier- Les Obligations- op. Cit. p. 101.

Ail bencheneb- Theorie Generale Du Contact- op. Cit. p. 101- 105.

Nour- Eddine Terki- Les Obligations- op. Cit. p. 17- 32.

L. perallat, M. Bouaiche- Droit civil obligations- op. Cit. pp. 221- 223.

وجود الضرر او يثبت انتفاء رابطة السببية بقيام السبب الاجنبي. المادة (٤٤٨) من القانون المدين الاردني.

ففي الالتزام بتحقيق نتيجة كالتزام المؤجر تجاه المستأجر يقوم المستأجر باثبات خطأ المؤجر المتمنع عن تسليم المأجور له لغرض الانتفاع به كما قد يثبت المؤجر العكس فيدعي ان المستأجر لم يقدّم بدفع الاجرة او قد يثبت المؤجر ان عدم قيامه بتسليم المأجور في الموعد المحدد يعقّد الايجار ليس بخطأ منه وانما يعود لقوة قاهرة كالمريض او لخطأ الغير او خطأ المتضرر (٤٢٠).

وفي الالتزام ببذل عناية كالتزام الطبيب طبقا لعقد العلاج الطبي، في بعض الاعمال الطبية، ومنها الجراحة العلاجية والجراحة التجميلية، للمريض ان كان مدعي ان يثبت خطأ الطبيب فيقدم هو او نائبه او صاحب الحق والمصلحة المشروعة بان الطبيب استئصل الكلية السليمة بدلا من الكلية العاطلة او ان تشخيصه للمرض ليس صحيحا لاهمال الطبيب وجهله بامور الطب او لخطئه الجسيم كما لو اهمل احد ادوات الجراحة او قطعة من القطن في بطن المريض. علما ان الطبيب يعد موفيا بالتزامه اذا هو بذل العناية اللازمة وفق اصول المهنة لكن المريض مات بعد العلاج او اثناء العملية لاسباب اخرى.

موقف القضاء العراقي والاردني من تطبيقات الخطأ العقدي

ذهبت محكمة التمييز في قرار لها في هذا الخصوص الى انه: (اذا فصل الطالب لاسباب سياسية دون ان يتضمن العقد جواز الفصل لتلك الاسباب فيكون ذلك اخلايا بالعقد من جانب الدائرة التني درس الطالب على نفقتها) (٤٢١).

كما ذهبت في قرار آخر اليانه: (اذا عين طالب البعثة في الدائرة التي درس على نفقتها فان اقصاء الدائرة له بعد ذلك بحجة عجزه عن ابراز شهادة الجنسية العراقية لا يجعله ملزما بالنفقات الدراسية لانه اوفى بالتزامه التعاقدية) (٤٢٢). وفي قرار آخر: (اذا لم يحصل الطالب على الشهادة خلال مدة التعهد فيعتبر مخلا بتعهده ... وتستحق الدائرة المصروفات الحقيقية

(٤٢٠) ذهبت محكمة التمييز في الاردن في القضية المرقمة ٢١٨ / ٨٧ الى ما يلي:

(لا يلزم المدعى عليه بالضمان اذا كان الضرر ناشئا عن فعل المضرور وليس عن تقصير المدعى عليه).

مجلة نقابة المحامين- س٣٧- ١٩٨٩- ص٢٥٦.

(٤٢١) مجموعة الاحكام الاعدية- العدد الاول- السنة ١٩٧٧/٨- ص٥٢- ٥٥.

(٤٢٢) مجموعة الاحكام العدية- العدد الاول- السنة ١٩٧٧/٨- ص٥٢- ٥٥.

التي صرفتها عليا الطالب خلال مدة العقد^(٤٢٣). كما ذهب محكمة التمييز في الاردن في القضية المرقمة (٨٦/٨٢٤): (يستحق المفاوض قيمة ما نحجزه ان عجز عن اتمام الباقي لسبب لا يد له فيه)^(٤٢٤).

نظريات الخطأ العقدي

النظرية الاولى: تدرج الخطأ Gradation Des Fautes

ذهب فقهاء القانون الفرنسي القديم الى تقسيم الخطأ العقدي طبقا لهذه النظرية الى ثلاث درجات: جسيم ويسير وتافه. فالخطأ العقدي الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه اشد الناس اهمالا وهو اقرب الى العمد ويلحق به. وخطأ يسير لا يرتكبه المتوسط او المعتاد من الناس وآخر تافه لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في شؤونه، كما قسم هذا الفقه العقود تبعا لذلك الى طوائف ثلاث: عقود تعقد لمصلحة الدائن وحده كالوديعة بلا اجر وفيه يسأل المدين عن الخطأ الجسيم فقط وآخر يعقد لمصلحة المتعاقدين ويشمل (عقد المعاوضة) وعندها يسأل المدين عن خطئه اليسير وآخر يعقد لمصلحة المدين وحده كالاعارة وفيه يسأل المدين عن الخطأ التافه^(٤٢٥). ونظرية تدرج الخطأ العقدي قامت على اساس تفسير غير صحيح لنصوص وردت في موسوعة جستنيان وهجرها قانون نابليون اذ نصت المادة (١/١١٣٧) من القانون المدني الفرنسي ما يلي:

"ان الالتزام بحفظ الشيء يلزم الموكول اليه ذلك بان يبذل عناية الشخص المعتاد سواء كان العقد لمنفعة احد العاقدين او لمنفعتهما معا" كما نصت المادة (١١٤٧) من القانون المذكور على ان يحكم على المدين بالتعويض ان كان له محل بسبب عدم التنفيذ او التأخر فيه ما لم يثبت وجود سبب اجنبي، ولا تناقض بين المادتين لان الاولى تخص واجب العناية المبذولة والثانية تخص الخطأ العقدي^(٤٢٦).

وعلى الرغم من ان الفقه المدني الحديث هجر نظرية تدرج الخطأ الا اننا وجدنا مظاهرها في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (١٧٠) ما يلي: "٣- اذا جاوز الضرر قيمة التعويض

(٤٢٣) رقم القرار ٢٨٠ و ٣١١/هيئة عامة اولى/١٩٧٣ في ١٩٧٤/٤/٦ النشرة القضائية- العدد ٢ السنة ٥- ص ٥٠.

(٤٢٤) مجلة نقابة المحامين- س ٣٧- ١٩٨٩- ص ٢٤٤١.

(٤٢٥) راجع الاستاذ السنهوري- مصادر الحق- ج ٦- ص ١١٦- ١١٧.

(426) Jean Carbonneir- Les Obligations- op. Cit . 169.

الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما"^(٤٢٧).

النظرية الثانية: ويطلق عليها بالنظرية الحديثة في الخطأ

ومضمونها ان الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي ويستوي في ذلك ان يكون الاخلال عمديا او باهمال منه او ان ينفذ بصورة متأخرة او بشكل جزئي او على نحو معيب. وقد سبق ان ذكرنا موقف مشروع القانون المدني العراقي الذي اغفل التنفيذ الجزئي والقانون المدني العراقي الذي اغفل التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي للالتزام العقدي. كما اشرنا الى موقف القانون المدني الاردني.

وإذا كنا قد انهينا الكلام بايجاز عن الخطأ العقدي الشخصي فهل يمكن قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير والاشياء؟

١- المسؤولية العقدية عن فعل الغير

لم ينص القانون المدني العراقي ولا القانون المدني الاردني صراحة على احكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، الا ان القانون العراقي اشار الى ذلك بشكل غير مباشر من خلال نص المادة (٢٥٩)، حيث نصت الفقرة (٢) ما يلي:

"٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية الا التي تنشأ عن غشه او خطأه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

فالاصل ان المتعاقد (المفاوض في عقد المفاوضة) يكون مسؤولا عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص (العمال والفنيين وغيرهم) يستخدمهم في تنفيذ التزامه الا اذا اشترط في العقد خلافا لذلك الاعفاء من المسؤولية العقدية عن خطأ هؤلاء.

ان المشرع العراقي والاردني استخدموا ايضا تعابير الغش والخطأ الجسيم تأثرا بالنظرية

(٤٢٧) يقصد بالغش هنا الاخلال العمدي بتنفيذ الالتزام العقدي بينما لا يراد بالخطأ الجسيم الاخلال العمدي وانما يقترب منه بما يعنيه من تهاون وعدم اكتراث بحقوق الغير ويكون بحكم الخطأ العمدي، فساوي المشرع العراقي بينهما.

ولا بد من الاشارة هنا الى حكم محكمة التمييز الاردنية في القضية رقم ٨٥/١٢٧ وجاء فيها: (ان مجرد وجود العيب في المبيع لا يكفي لثبوت الغش في جانب البائع والا لتعذر اعمال مدة مرور الزمن على دعوى ضمان العيب).

مجلة نقابة المحامين- ١٩٨٥- ص ١٨٨٦.

المهجورة في تدرج الخطأ على نحو ما ذكرناه من ملاحظة بخصوص الفقرة (٣) من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي.

ومن البديهي ان لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير شروط^(٤٢٨) وهي:

١- وجود عقد صحيح بين المسؤول (المدين في الالتزام العقدي) كالمقاول، والطبيب الجراح في عيادته الخاصة او مستشفى الخاص.

٢- ارتكاب الغير للخطأ العقدي مع تجرد المتعاقد نفسه من ارتكاب اي خطأ قد يشترك في عدم تنفيذ الالتزام. والغير هنا هم الكادر الطبي كالمساعدين والمرضى والمرضة والمسؤول عن خياطة الجرح في العقد الطبي والعمال في عقد المقاول وغيرهم.

٣- ان يعهد المدين (الطبيب او المقاول) مثلا الى الغير بتنفيذ الالتزام او ان يمارس هذا الغير حقا من حقوق المدين برضاه الصريح او الضمني^(٤٢٩).

وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون كالولي او الوصي او القيم يقوم بتنفيذ العقد بناية قانونية عن احد طرفيه الصغير او الحجور فتكون هنا مسؤولية الصغير او المحجور عن الولي او الوصي او القيم مسؤولية عقدية عن عمل الغير^(٤٣٠).

والخلاصة، فان المسؤولية العقدية عن فعل الغير انما هي تقوم على اساس ضمان المدين لافعال غيره ممن يسأل عنهم وانه يشترط لتطبيق هذه المسؤولية اركان المسؤولية عن الخطأ الشخصي باعتبار ان المسؤولية العقدية عن فعل الغير هي فرع منها وضرورة توافر الشروط الاخرى سالفة الذكر. كما ان المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تخص الشخص الطبيعي فقط وانما تشمل الشخص المعنوي ايضا الذي يسأل عن اخطاء تابعيه.

٢- المسؤولية العقدية عن الاشياء

ويراد بها ان اخلال المدين بالعقد يرجع الى فعل الشيء chose Fait de La، اي الى تدخل ايجابي من شيء افلت من حراسته كان المتعاقد مسؤولا عن فعل الشيء ويضرب الاستاذ

(٤٢٨) انظر في تفصيل ذلك: الدكتور عباس الصراف- المسؤولية العقدية عن فعل الغير- رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة عام ١٩٥٤- مطابع دار الكتاب العربي بمصر- بدون سنة نشر- ص ١٨٣ وما بعدها.

(٤٢٩) د. عباس الصراف- المرجع السابق- ص ٢٩٣.

وانظر الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٦٦٥.

(٤٣٠) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٦٦٧.

السنهوري في هذا الخصوص مثلا فيقول ان البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتفجر الآلة في يد المشتري وتصيبه بضرر في نفسه او في ماله فيصبح البائع مسؤولا بمقتضى التزامه من ضمان العيوب الخفية^(٤٣١).

ونعتقد ان احكام المسؤولية العقدية عن فعل الشيء يمكن ان تخضع لقواعد المسؤولية عن الانتاج والتوزيع كما في المثال اعلاه او ان تخضع لقواعد خاصة كما في قواعد المسؤولية الناتجة عن استخدام اجهزة الكمبيوتر سواء بالنسبة للبرامج ام الاجهزة الفنية.

ثانيا : الضرر العقدي (الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد)

يعد الضرر الركن الاساس في قيام المسؤولية المدنية فهو الشرارة الاولى التي تنقذ منها المسألة او المؤاخذة ومعه تدور المسؤولية المدنية وجودا وعدما، شدة وضعفا، فلا مسؤولية حين ينتفي الضرر لتخلف هذا الركن الجوهرى بينما تنهض المسؤولية الجنائية على اساس الخطأ، وعبء اثبات الضرر على من يدعي بوجوده هو المتضرر (الدائن) ولا يستثنى من ذلك الا حالة عقد القرض او فوائد النقود اذ ان الضرر يكون مفترضا اذا كان محل الالتزام العقدي مبلغا نقديا مستحقا وواجب الوفاء. اي ان الدائن يعفى من اثبات الضرر الذي لحقه من اخلال المدين بالتزامه وعلى هذا نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي التي نصت ما يلي: "١- لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت او اتفاقية ان يثبت الدائن ان ضررا لحقه من هذا التأخير". وهو ما ذهب اليه المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري.

ونشير ان المشروع المدني في العراق ذهب في الفقرة الثانية من المادة (٤٤٤) الى افتراض حصول الضرر وتحقيقه بمجرد اخلال المدين بالتزامه اذا كان الدائن هو دوائر الدولة والقطاع

(٤٣١) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٦٧٠.

قضت محكمة استئناف بواتيه في فرنسا في دعوى تتعلق بانفجار زجاجة عصير ليمون بين يدي طفل مما ادى الى اصابة عينه باضرار خطيرة بان منتج العصير يفترض فيه انه لا يزال يحتفظ بحراسته رغم انتقال ملكية الزجاجة وهو وحده من بين المالكين المتعاقدين لها من كان بإمكانه ممارسة سلطة الرقابة عليها فيما كانت تحتويه من عناصر لها فعالية خاصة.

الدكتور محمد شكري سرور- مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة- دار الفكر- القاهرة ط١- ١٩٨٣- ص ١٦- ١٧.

د. محمد عبدالقادر الحاج- مسؤولية المنتج والموزع- رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة القاهرة- ١٩٨٢- ص ٦ وما بعدها.

الاشتراكي لان هذه الجهات انما تنفذ خطة اقتصادية واي اخلال في العقد المبرم معها هو تعطيل لبرامج الخطة وان هذه الاتجاه ذهب اليه القضاء العراقي منذ عام ١٩٦٧، رغم عدم وجود نص صريح في القانون النافذ. كما يمكن للقضاء الاردني ان يذهب اليه حتى مع غياب النص الصريح للمصلحة العامة.

١- تعريف الضرر الناتج عن الاخلال بالعقد

الضرر بوجه عام هو الاذى او التعدي الذي يصيب حق او مصلحة مشروعة لشخص. وهذا الاذى او التعدي قد ينشأ عن الاخلال بالتزام يفرضه القانون فتنهض المسؤولية التقصيرية بقيام اركانها وجزءاً ذلك هو التعويض بجبر الضرر ومحاولة اصلاحه او ينشأ عن الاخلال بالتزام عقدي ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر اخل به في شكل عدم القيام بالتزام او للتأخر في التنفيذ او لتنفيذه بصورة معيبة او لتنفيذه بصورة جزئية.

ففي عقد العلاج الطبي ينشأ له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه والمتمثل بالانتقاص والاذى الذي اصاب جسده بفعل خطأ الطبيب المعالج. اذ ان للمريض الحق الكامل في السلامة البدنية وان المساس بهذا الحق هو اذى يسبب له خسارة مالية والالام المعنوية اذا كان خطأ الطبيب سبباً مباشراً في حصول المساس بحقه في السلامة الجسمية.

٢- انواع الضرر الناتج عن الاخلال بالتزام العقدي

يمكن القول ان الضرر الناشئ عن الاخلال بالتزام العقدي يتوزع الى الانواع التالية:

النوع الاول: الضرر الجسدي الناتج عن الاخلال بالتزام العقدي

والضرر الجسدي يراد به الاذى يقع على جسم الانسان فيسبب له ضرراً مالياً او معنوياً وهو على صورتين:

أ- ضرر جسدي ميمت يعطل جميع وظائف الجسد ويفضي الى ازهاق الروح ويطلق عليه (الاصابة المميته). ومن التطبيقات العملية للاخلال بالتزام العقدي المؤدي الى التعجيل بإنهاء الحق في الحياة ارتكاب الطبيب او الجراح الخطأ الطبي خلال تنفيذ عقد العلاج في المستشفى الخاص او العيادة الخاصة. فقد يتأخر الطبيب او الجراح في تنفيذ العلاج او ينفذه تنفيذاً معيباً او تنفيذاً جزئياً فيموت المريض كما لو قام الطبيب بتوليد الحامل وجذبه لرأس المولود بقوة ففصله عن جسده او قام بزرق مادة طبية في الوريد بدلاً من العضلة فيصاب المريض بالصدمة الاستهدافية دون ان يتشبت من وجود الحساسية ضد البنسيلين.

ب- ضرر جسدي غير ميمت يعطل بعض وظائف الجسد ويلحق الاذى بالحق في السلامة الجسدية للمضروب ويصاب بالعاهة البدنية (العجز الكلي او الجزئي).

ولعل اوضح مثال على ذلك اخلال الناقل بعقد النقل الجوي بشروط عقد النقل وارتكابه لخطأ أدى الى حصول ضرر جسدي كالكسر في الساق او اليد او قيام مساعد الطبيب بحركة لا ارادية اثناء العلاج الطبي في المستشفى الخاص او العيادة الخاصة وادت الى اصابة المريض في عينه فأصابته بضرر، للمريض حق في السلامة البدنية وله الحق في التعويض عن الضرر المالي والمعنوي الناشئ عن هذه الاصابة غير المميته التي لحقت بجسمه.

النوع الثاني: الضرر المالي الناشئ عن الاخلال بالعقد

يتمثل هذا الضرر في الخسارة التي تلحق المتعاقد وما فاته من كسب بسبب اخلال المتعاقد بالتزامه العقدي. فالاخلال بالعقد قد يسبب للمتعاقد الآخر ضرراً مادياً فتنهض المسؤولية العقدية اذا توفرت علاقة السببية بينه وبين الخطأ وقد لا يسبب للمتعاقد أي ضرر او قد يسبب له الضرر الا ان المسؤولية لا تنهض لقيام السبب الاجنبي على نحو كما سنبينه.

وللضرر المادي شروط معينة يلزم توافرها حتى يكون قابلاً للتعويض منها ان يكون مباشراً ومحققاً (حالياً او مستقبلاً) وان يصيب حقاً او مصلحة مالية مشروعة للمتضرر وان يكون شخصياً لمن يطالب بالتعويض عنه ثم الا يكون قد سبق التعويض عنه.

النوع الثالث: الضرر المعنوي الناتج عن الاخلال بالتزام العقدي

من المعلوم ان المشرع العراقي والاردني وغيرها من التشريعات المدنية العربية تبنت نظرية ازدواج المسؤولية المدنية وان من نتائج ذلك عدم الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية لندرة التطبيقات العملية وجواز التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية. الا ان هذا الاتجاه او التبرير ليس صحيحاً اذ ان الاتجاه الحديث للفقهاء والقضاء والتشريعات هو التقليل من آثار التفرقة بين مبدأ ازدواج المسؤولية ومبدأ وحدة المسؤولية المدنية. ثم ان القانون المصري والاتجاه الغالب في فرنسا يذهب الى جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية نظراً لكثرة التطبيقات العملية في هذا الخصوص.

وقبل ان نذكر البعض من هذه التطبيقات لا بد من الاشارة الى ان المقصود بالضرر المعنوي هو الاذى او التعدي الذي يصيب الحق او المصلحة المشروعة للشخص، فيسبب ألاماً للمتضرر ويعتبر من قبيل الضرر المعنوي كل ما يمس شرف الشخص او سمعته او كرامته او حرته او شعوره او عاطفته او مكانته الاجتماعية. ولهذا نقترح ان يعدل المشرع العراقي نص المادة

(١٦٩) من القانون المدني ليشمل التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي في المسؤولية العقدية او ينص على التعويض عن الضرر المعنوي ضمن آثار الالتزام. كما نقترح ان ينص المشرع المدني الاردني على جواز التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية العقدية. اما الامثلة التطبيقية حول وجود الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية فهي كثيرة الوقوع في الحياة العملية ونورد على سبيل المثال ما يلي:

١- ذهبت محكمة استئناف مصر في ٣٠/١١/١٩٤٠ بالتعويض عن ضرر ادبي ناشيء عن الاخلال بالالتزام عقدي في قضية كانت فيها وزارة الاوقاف قد تعاقدت مع مقاول على اصلاح دورة مياه مسجد تابع لها في ميعاد معين اشترطت عليه شرطاً جزائياً فتأخر المقاول وطبقت عليه الوزارة الشرط الجزائي ودفع المقاول بعدم حصول ضرر الا ان الوزارة ردت بأن التأخير نشأ عنه وقف الشعائر الدينية في المسجد وذلك يسئ اليها ويشينها لأن من أهم وظائفها السهر على اقامة الشعائر الدينية. (٤٣٢)

٢- يمكن ان نتصور حصول الضرر المعنوي لشخص اراد المعالجة من داء الصلع فخضع لعلاج طبيب في عيادته الخاصة سبب له الحروق نشأت عنها الآلام المعنوية وذلك للمساس بشعوره وحقه في السلامة البدنية.

٣- يمكن ان نتصور الضرر المعنوي في عقد البيع، فالمشتري الذي يتناول وجبة طعام في مطعم او يشتري قطعة بسكويت او علبية من المواد الغذائية او غيرها ويصاب بالآلام الحادة في المعدة والامعاء (التسمم الغذائي)، فإن المصاب يستحق التعويض عن الضرر المعنوي الى جانب الضرر المالي الناشيء عن قيام المسؤولية العقدية ومسؤولية المنتج او الموزع.

٤- وفي نطاق عقد النقل الجوي الداخلي او الخارجي، فان تأخر الناقل او قيامه بالنقل بصورة معيبة يمكن للمسافر ان يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشيء عن الاخلال بالعقد اذا اثبت حصول الضرر بخطأ الناقل وعدم وجود سبب اجنبي يدفع المسؤولية عن الناقل. (٤٣٣)

(٤٣٢) القرار المذكور في مؤلف الاستاذ الدكتور مرقس الوافي-٢-الالتزامات-المرجع السابق-ص٣٥-٣٦. (٤٣٣) أجاز المشرع العراقي صراحة تعويض الضرر المعنوي الناشيء عن المسؤولية العقدية اذ نصت المادة (٢٤) من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ مايلي:

(يجوز اقامة دعوى المسؤولية الناشئة من عقد النقل في حالة وفاة الراكب، سواء وقعت الوفاة اثر الحادث مباشرة او بعد فترة زمنية من وقوعه من قبل:

أولاً: من حرم من الاعالة بسبب موت الراكب وذلك عن الضرر المادي وإن لم يكن وارثاً.
ثانياً: الزوج والاقارب الى الدرجة الثانية الذين اصيبوا بالآلام حقيقية وعميقة من الضرر الادبي).

٥- ان الطبيب او الوكيل اذا قام كلا منهما باذاعة او افشاء اسرار المريض او الموكل، فانه يستحق التعويض عن الضرر المعنوي لأنه ضرر ناجم عن الاخلال بالالتزام مصدره العقد، هذا في غير الحالات التي يجب قانوناً على الطبيب افشاء السر كما لو كان المريض مصاباً بمرض خطير يضر بالمجتمع كالكوليرا او الايدز.

ولاشك ان العقد الطبي او عقد العلاج بين الطبيب والمريض انما ينهض في المستشفى الخاص او العيادة الخاصة وان عقد الوكالة يحكم العلاقة بين الموكل والوكيل (المحامي) وان افشاء المعلومات الخاصة بالمريض او الموكل تسيء الى المتعاقد في سمعته او شرفه او مركزه الاجتماعي ا مركزه المالي وهو اضرار بحقوق ثابتة من حقوقه او بمصلحة مشروعة اقرها القانون.

ثم ان العقد الطبي قد يقوم بين الممارس للعمل الطبي ممن ليس طبيباً مع الشخص الذي يعالجه كالحثان الذي يتولى عملية الحثان والقابلة في التوليد والمجبر للكسور والمدللك وغيره. وحكم هؤلاء حكم الطبيب في القيام بأعمالهم الطبية وهم يخضعون لقواعد المسؤولية الطبية بوجه عام.

(٤٣٤) وأياً كان القائم بالعمل الطبي فان افشاء الاسرار التي يؤتمن عليها يكون مسؤولاً عن فعله ومن صور الضرر المعنوي ما يمس الشخص واعتباره امام الناس اذ ان ما يؤدي السمعة ان يذاع عن شخص انه مصاب بمرض خطير. وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية ما يلي:

(بأن الامراض من العورات التي يجب سترها ولو كان صحيحة، فاذا عنتها في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء الى المرضى اذا ذكرت اسماؤهم. وبالاخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراويل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن، خطأ يستوجب التعويض). (٤٣٥)

(٤٣٤) نشرت جريدة الثورة في بغداد يوم ١٢/٩/١٩٨٩ صورة طفل حديث الولادة مقطوع الرأس مع فريق طبي يحمل جثة المولود بدون رأسه. وأصل المشكلة ان المولدة الشعبية (الجدة) قامت بجذب رأس المولود بقوة فقطعته وظل الجسد داخل الرحم، حيث لم تشأ الام الولادة في المستشفى بأربيل تبركاً بالمولدة الشعبية وهو خطأ ساهمت الام بنسبة معينة يمكن تحديدها بعد الاطلاع على ظروف الواقعة كاملة مع خطأ المولدة الشعبية التي لم تراعى قواعد التوليد الصحيح فكانت صورة الخطأ (تنفيذ معيب للالتزام العقدي). وقد سبب للام اضراراً جسدية مادية ومعنوية لأنها نقلت بعد ارتكاب (الجدة) للخطأ الى مستشفى اربيل فأجريت لها عملية جراحية لاجراء الجثة من بطن الام.

ففي تقديري ان الخطأ مشترك بين الاثنتين الا ان خطأ المولدة الشعبية كان اكبر بسبب جهلها الواضح بأسس التوليد الصحيح وتنفيذها المعيب للعقد الطبي بينما تمثل خطأ الام في عدم مراجعتها لمراكز الامومة والمستشفى الخاص برعاية الحوامل والقبول بتوليدها من قابلة شعبية.

(٤٣٥) الاستاذ السنهوري-الوسيط-ج١-ص٨٦٥-هامش رقم ١.

الاصل ان الضرر غير المباشر لا يعرض عنه في المسؤولية المدنية لأنه ليس نتيجة طبيعية للخطأ فيما عدا القانون اللبناني المادة (٤/١٣٤) وقانون الالتزامات السويسرية المادة (٩٩)، حيث يسأل الشخص حتى عن النتائج البعيدة عن أفعالهم الأساسية ويجوز التعويض حتى عن الضرر غير المباشر اذا كان ذا صلة واضحة مع الخطأ.

كما يعرض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع من اطراف الالتزام في دائرة المسؤولية التقصيرية ولا يعرض الا عن الضرر المباشر المتوقع في دائرة المسؤولية العقدية. فاذا وجد الغش (الخطأ العمدي) او الخطأ الجسيم الذي يلحق بالغش، فان دائرة المسؤولية تتوسع ويكون التعويض عن الضرر المباشر متوقعاً ام غير متوقع.

وفي هذا السياق نصت الفقرة (٣) من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي:

"٣- فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة محل او كسب يفوت". ويقابل هذا النص ما ذهبت اليه المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري والمادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي. (٤٣٦)

ولاشك ان معيار توقع الضرر وفقاً لما تقدم انما هو معيار موضوعي يقصد به ان يتوقعه الشخص المعتاد اذا كان في ذات الظرف التي تم فيها التعاقد حتى ولم لم يتوقعه المدين بالذات. ومن الجدير بالذكر ان الاستاذين هنري وليون مازو ينتقدان فكرة انقلاب المسؤولية العقدية الى مسؤولية تقصيرية عند وجود الغش او الخطأ الجسيم اذ لا يزال المدين مسؤولاً بالعقد حتى ولو كان سيء النية عن اخلاله بالتنفيذ ويريان ان المسؤولية هنا عن الضرر غير المتوقع هي عقوبة مدنية نص عليها القانون بينما يؤيد الاستاذ السنهوري ذلك ويذكر مبررات للقاعدة المذكور. (٤٣٧)

ولنأخذ مثلاً من عقد النقل حول الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع والضرر غير المباشر. فلو تعاقد مزارع مع ناقل لنقل المحاصيل الزراعية لقاء اجرة قدرها (١٥٠) دينار ونظراً لعدم حضور الناقل في الموعد المحدد اضطر المزارع لاستئجار سيارة بسعر جديد قدره (٣٠٠) دينار. فالفرق بين الاجرتين (١٥٠-٣٠٠) = ١٥٠ دينار هو ضرر مباشر متوقع.

اما اذا ثبت وجود الغش او الخطأ العمدي عند الناقل وعبء الاثبات على المزارع، كأن يكون الناقل سيء النية او مهملاً اهمالاً كبيراً، حيث ان تأخره عن الحضور كان بسبب انشغاله بسياق الخيل مما ادى الى تلف بعض المحاصيل وانخفاض قيمتها من ١٠٠٠ الى ٨٠٠ دينار، فان الضرر المباشر غير المتوقع هو (٢٠٠) دينار.

وعند ثبوت الغش او الخطأ الجسيم في المثال المذكور، فان الناقل يسأل عن الضرر المادي المباشر البالغ قدره (١٥٠+٢٠٠) وعن الضرر المعنوي رغم عدم وجود نص في القانون المدني العراقي والاردني على نحو ما ذكرناه.

بينما يتمثل الضرر غير المباشر في موت الاب حزناً على تلف المحاصيل الزراعية لاصابته بنوبة قلبية او ضربة شمس. الا اننا نعتقد بصواب ما اتجه اليه المشرع اللبناني قانون الموجبات والعقود، المادة (٤/١٣٤) وقانون الالتزامات السويسرية المادة (٩٩) ونعتقد بالامكان مسألة التعاقد (المدين) حتى عن الضرر غير المباشر وهو موت المزارع اذا كان على صلة وثيقة بالخطأ العمدي المرتكب من الناقل.

فلو اثبت الناقل ان التأخر او عدم الحضور لنقل المحاصيل كان بسبب خطأ المزارع الذي لم يتم بجني المحاصيل مسبقاً او حصول حادث لسيارته او وجود رتل عسكري اضطره للتأخر بسبب انقطاع الطريق او حصول فيضان او غير ذلك، فان المسؤولية لا تقود لوجود السبب الاجنبي.

ثالثاً : علاقة السببية بين الخطأ والضرر Lien De Causalite

يقصد بعلاقة السببية الصلة التي تربط الخطأ العقدي هو السبب في حصول الضرر. وهذه الرابطة مهمة لقيام المسؤولية العقدية وجزاؤها التعويض.

فقد يكون هناك خطأ من المدين كالتأخر في الميعاد او عدم الحضور بتاتاً لنقل المحاصيل الزراعية في مثالنا سالف الذكر ويوجد الضرر للمتعاقدين الا ان رابطة السببية تنقطع بفعل السبب الاجنبي فلا يكون هذا الخطأ سبباً في الضرر العقدي. وعبء اثبات انتفاء رابطة السببية على المدين الذي يقع عليه اثبات ان الضرر الواقع انما يعود للقوة القاهرة او فعل الغير او فعل الدائن. (٤٣٨)

(438) -Jean Carbonnier -Op. Cit. PP .282 -283.

الدكتور حسن الذنون - المرجع السابق - ص١٧٨-١٧٩ .
الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١- ص٦٨٧-٦٨٨ .

(436) Jean Carbonnier - Op. Cit. P. 270

(٤٣٧)-انظر الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١- ص٦٨٥ .

وقد نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي ما يلي:

"... ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه..."، وبالرجوع الى نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي نجد انها ذكرت المقصود بالسبب الاجنبي على النحو الاتي:

"اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك". وقد اعتمدت المادة (٢٦١) من القانون المدني الاردني هذا النص.

بناءً عليه، فان السببية ركن مستقل قائم بذاته وهو ينعقد بقيام السبب الاجنبي الا ان ركن الخطأ يظل قائماً اذا كان الضرر لا يرجع الى الخطأ وانما يعود للسبب الاجنبي وكذلك ينعقد ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب لكنه ليس سبباً منتجاً أو كان السبب المنتج لكنه ليس سبباً مباشراً. (٤٣٩) الا ان هناك من يرى ان السبب الاجنبي قد ينفي الخطأ ويعدم رابطة النسبية او ينفي الخطأ فقط. (٤٤٠) وسوف نعود للكلام عن رابطة السببية في مجال اركان المسؤولية التقصيرية.

تعديل قواعد المسؤولية العقدية

تنهض المسؤولية العقدية كجزء للعقد بقيام اركانها وعدم وجود ما يدفع المسؤولية من سبب اجنبي. ومن البديهي ان العقد ينشأ عن الارادة فتكون الارادة هي اساس المسؤولية ولهذا يكون لها في الاصل حرية تعديل قواعد المسؤولية العقدية سواء بالتشديد او بالتخفيف او بالاعفاء رغم ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية سواء بالتشديد او بالتخفيف او بالاعفاء ليس مطلقاً، حيث يظل المدين مسؤولاً عن غشه وخطأه الجسيم الا ان للمتعاقد ان يعفي نفسه من الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من الغير الذين يستخدمهم لتنفيذ التزامه (٤٤١).

(٤٣٩) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٦٨٨.

(٤٤٠) انظر الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٥٠ - ٥١.

(٤٤١) الدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣١١.

نصت المادة (١٠) من قانون النقل في العراق رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على مسؤولية الناقل عن الاضرار التي تصيب الراكب اثناء تنفيذ عملية النقل وابطال كل اتفاق يقضي باعفاء الناقل كلياً او جزئياً من هذه المسؤولية. كما نصت المادة (٤٥/ثانياً و٤٦/ثانياً) عن بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة لنقل البضائع وفي نطاق افعال التابعين. ومن الجدير بالاشارة ان النص القانوني احياناً يحظر تعديل قواعد=

وسبق ان ذكرنا الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها مايلي: "٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية الا التي تنشأ عن غشه او خطأه الجسيم. وع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي وقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه". وهو ما ذهبت اليه الفقرة (٢) من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري. بينما اتجه المشرع المدني الاردني الى ذكر تطبيقات هذه المسؤولية في مجالات متعددة.

اما في مجال تشديد المسؤولية العقدية على المتعاقد، فان الفقرة الاولى من المادة (٢٥٩) نصت كذلك على جواز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة. فالارادة التي تنشأ العقد لها ان تشدد من المسؤولية على المتعاقد.

كما ان المدين يستطيع ان يؤمن على مسؤوليته العقدية والتقصيرية ويؤمن ضد كل خطأ يصدر منه عدا الخطأ العمدي والتأمين من المسؤولية المدنية هو تعديل لقواعدها بل ان هذا التأمين يمكن ان يشمل حتى الاخطاء العمدية الصادرة ممن ينفذون عمل المتعاقد (٤٤٢).

وفي نطاق الالتزام بغاية وبالذات في عقد البيع نصت المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي:

"١- يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في ضمان الاستحقاق او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان". ثم نصت الفقرة الثالثة ما يلي: "ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان او ينقصه، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق".

= المسؤولية العقدية بالاعفاء منها تنفيذا لارادة المشرع الآمرة وذلك في حالات لها علاقة بالنظام العام. وعلى سبيل المثال نصت المادة (٢/٤٦) من القانون المدني العراقي على بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بتحمل المدين نتيجة الظروف الطارئة، فهذه الظروف الاستثنائية الطارئة على العقد بعد تكوينه تخل بالالتزامات وبالتوازن الاقتصادي للطرفين ومن العدالة لا يتحملها طرف دون اخر وانما اراد المشرع بهذا النص تعديل الاختلال او المحافظة على التوازن في الالتزامات بين المتعاقدين. وهو ما اتجه اليه مشروع القانون المدني العراقي في المادة (٣٩٦). فأى اعفاء منها بشرط في العقد او تعديله لا عبرة به لأنه مخالف لنص قانوني أمر لا تتمكن الارادة ان تعدل قواعد المسؤولية العقدية على النحو المبين. والى هذا ذهب المشرع الاردني في المادة (٢٠٥) من القانون المدني.

(٤٤٢) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٦٧١.

وانظر ماذهب اليه المشرع السوري والفقهاء المدني في سوريا:

الاستاذ الدكتور محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام) - ج١ - ط٦ - دمشق - ١٩٩١ - ص ٣٩٧ - ٣٩٨.

وعلى سبيل المثال نصت الفقرة (٢) من المادة (٦٨٤) من القانون المدني الاردني على ضمان المؤجر عن التعرض القانوني والمادي الصادر منه وعن ضمانه للاعمال الصادرة من اتباعه وعن أي تعرض قانوني يصدر من الغير. وللمؤجر ان يعدل قواعد المسؤولية العقدية تشديداً أو اعفاءً أو تخفيفاً الا تلك الناشئة عن غشه أو خطأه الجسيم.

المطلب الرابع

فسخ العقد Resolution Du Contrat

نظرية فسخ الرابطة العقدية ليست حديثة وإنما هي ثمرة تطور طويل عرفت في القانون الروماني والفقهاء الاسلامي والقانون الفرنسي والقوانين المدنية، ولا يقوم الفسخ للعقود الا في الروابط العقدية الصحيحة الملزمة للجانبين، حيث يرجع المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كما يعود ذلك الى فكرة الترابط بين الالتزامات في هذه الطائفة من العقود (٤٤٦).

فالعقد الباطل والعقود الملزمة لجانب واحد لا يقع عليها الفسخ لأن لكل منهما احكامه الخاصة. واذا كان الفسخ هو جزء خاص في العقود الصحيحة الملزمة للجانبين، فان هذا لا يمنع من قيام الجزاء العام وهو المسؤولية العقدية وجزاؤها تعويض المتعاقد الذي تضرر من الاخلال بالعقد. ويمكن اجتماع الفسخ والمسؤولية العقدية في قضية واحدة.

لقد عالج القانون المدني العراقي فسخ العقد تحت عنوان (انحلال العقد) الذي خصص له الفرع الثالث من الفصل الاول الذي نظم فيه احكام العقد، فنص على الفسخ في المواد من (١٧٧-١٨٠) ثم خصص للاقالة المواد (١٨١-١٨٣). بينما خصص المشرع الاردني لانحلال العقد المواد (٢٤١-٢٤٩) معالجا فيها الاقالة والفسخ.

اما القانون المدني المصري فقد عالج احكام الفسخ والانفساخ والدفع بعدم التنفيذ تحت نطاق انحلال العقد Dissolution du Contract، في المواد من (١٥٧-١٦١) وسار على هذا

(٤٤٦) د. توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام - ص ٣٢٨.

محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين- الفسخ والانفساخ والتفاسخ- دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٨- ص ١.

الاستاذ السنهوري- الوسيط - ج١- ص ٦٩٤.

ولاحظ ان القانون المدني الاردني الذي اخذ بنظرية العقد الفاسد اجاز حق الفسخ حتى على العقد الفاسد، حيث ورد في المادة (١٧٠): "٤- ولكل من عاقديه او ورثته حق فسخه بعد اعذار العاقد الاخر".

وانظر فسخ العقد في القانون السوري:

الاستاذ الدكتور محمد وحيد سوار- المرجع السابق- ص ٤٠٠ وما بعدها.

اما في مجال الالتزام ببذل عناية، فالاصل ان تكون عناية الشخص المعتاد ويجوز التشديد من المسؤولية فيصبح المتعاقد مسؤولاً حتى عن الخطأ التافه ثم عن الفعل المجرد من الخطأ حيث ينقلب هذا الالتزام الى الالتزام بتحقيق نتيجة كالتزام طبيب التجميل في (عقد العلاج الطبي التجميلي) وعندها لا يسعه التخلص من المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي، كما قد يتفق على التخفيف من المسؤولية العقدية فلا يسأل المتعاقد عن الخطأ اليسير وإنما يكون مسؤولاً عن الخطأ العمد الذي لا يمكنه الاعفاء منه.

والخلاصة، فان اتفاقات المسؤولية La Conventions De Responsabilite هي اتفاقات يقصد بها تعديل احكام المسؤولية العقدية او المتولدة عن اتيان فعل غير مشروع بالنسبة لقواعد المسؤولية التقصيرية على نحو ما سنذكره. (٤٤٣) وفي نطاق عقد الفندقية جرت العادة على رفع المسؤولية عن ادارة الفندق بوضع اعلان في الاستقبال بان الادارة غير مسؤولة عن فقدان الاشياء الثمينة ما لم تودع لدى الادارة، الا ان الفقه الفرنسي اجمع على ان هذا لا يكفي لرفع المسؤولية عن صاحب الفندق. (٤٤٤) ونحن بدورنا نؤيد هذا الاتجاه السليم ونضيف بعدم صحة رفع المسؤولية عن اصحاب الكراجات عن فقدان ما بداخل السيارة اثناء ايداعها في الكراج وعدم صحة الاعفاء من المسؤولية عن الالعب الخطرة في مدينة الالعب اذ تبقى مسؤولية شركة الالعب قائمة رغم وضع الشرط عند مدخل الصعود الى اللعبة وتظل المسؤولية قائمة ايضا رغم وجود شرط عدم المسؤولية عن فقدان الامتعة في غرف الباخرة اثناء الرحلة، غير ان هذا الاتجاه لا يؤيده جانب من الفقه المدني (٤٤٥).

بينما اخذ القضاء الفرنسي في احكامه القديمة والحديثة بما ذهب اليه انصار الاتجاه الاول سيما وان رغبات صاحب الفندق او المسؤول عن الكراج او المسؤول عن الباخرة ليس لها الفقرة الملزمة للعقود وربما لا يعلم بها المتعاقد او قد لا يقبل بها.

وفي نطاق القانون المدني الاردني، فانه يفتقر الى نص عام يقرر بصورة واضحة او صريحة ومباشرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير الا اننا وجدنا نصوصا تتناول هذه المسؤولية ويمكن تعديل احكامها في ضوء ما سبق الاشارة اليه في مجال القانون المدني العراقي والمصري.

(٤٤٣) وانظر د. محمود جمال الدين زكي - اتفاقات المسؤولية- القاهرة - ١٩٦١- ص ١.

(٤٤٤) د. محمود جمال الدين زكي- ص ١٢.

(٤٤٥) انظر رأي جيوار وبينبول وبيير في مؤلف الدكتور محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٢-١٣.

وحول تفصيلات احكام شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي والتطبيقات القضائية- انظر رسالة علي هادي علوان التي نوقشت يوم ١٨/١١/١٩٩٠ في كلية القانون بجامعة بغداد.

النهج القانون المدني الجزائري في المواد من (١١٩-١٢٢). بينما لم يعالج القانون المدني العراقي الدفع بعدم التنفيذ ضمن انحلال العقد وإنما تطرق لاحكامه مع موضوع (الحق في الحبس) وفي مجال دراسة آثار الالتزام.

وايا كان الاختلاف في احكام الفسخ بين التشريعات المدنية الوضعية، فان انواع الفسخ اما ان تكون اتفافية او قضائية او قانونية. كما ان الاقالة يلزم بحثها ضمن انحلال الرابطة العقدية.

اولا : الفسخ الاتفافي للعقد

للمتعاقدين ان يتفقا وقت انشاء العقد على امكان فسخ الرابطة العقدية بحكم الاتفاق وهذا الاتفاق جائز في قوانين متعددة نصت على ذلك صراحة وبعضها تركت ذلك للقواعد العامة ولم تنص على الفسخ الاتفافي.

فالقانون المدني العراقي نص على الفسخ الاتفافي للعقد في المادة (١٧٨) التي جاء فيها ما يلي:

"يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته". ويقابلها في القانون المدني الجزائري المادة (١٥٨) من القانون المدني المصري. كما اعتمد القانون المدني الاردني هذا النص في المادة (٢٤٥).

ونعتقد ان الصياغة التشريعية لنص المادة (١٧٨) مدني غير سليمة بل لا ضرورة للنص عليها اصلا. فمن جهة ذكر المشرع وقوع الفسخ الاتفافي دون حاجة الى حكم قضائي (عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه) والصحيح ان هذه الحالة واحدة من اشكال الخطأ العقدي وليست الحالة الوحيدة وكان يمكن ذكر (عند الاخلال بالالتزام العقدي) بدلاً من العبارة المذكورة اعلاه. وذات النقد يرد على المادة (٢٤٥) مدني اردني.

ومن جهة اخرى، فان كثيراً من القوانين المدنية ومنها مشروع القانون المدني العراقي، لم تذكر حالة فسخ الرابطة العقدية بالاتفاق. وهو مسلك سليم لأن ترك ذلك للقواعد العامة افضل من النص عليه لا سيما وان العقد الذي تنشئه ارادة الطرفين يمكن لهاتين الارادتين ان تعدلا العقد او ان يحصل الاتفاق على حل الرابطة العقدية واي اتفاق بين المتعاقدين جائز اذا لم يكن فيه مخالفة للنظام العام والاداب او الاضرار بالغير. لاسيما وان المادة (٧٢٦) من القانون المدني العراقي نصت كذلك على الفسخ الاتفافي لعقد الايجار.

ومع ذلك، فان العمل اظهر ان المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت تكوين العقد ويمكن ذكرها على النحو الاتي^(٤٤٧):

١- الاتفاق بين المتعاقدين على ان يكون العقد مفسوخا. وهو ادنى مراتب التدرج في الفسخ ويتوقف على نية المتعاقدين وهو يقع عند اخلال احد المتعاقدين بالتزامه ولكن هذا الشرط لا يغني عن دفع دعوى الفسخ ولا عن الانذار كما لا يسلب سلطة القاضي التقديرية فقد لا يحكم بالفسخ تنفيذا للاتفاق لانه قد يعطي المتعاقد الذي اخل بالتزامه العقدي مهلة لتنفيذ التزامه وهو ما استقر عليه القضاء في مصر.

٢- الاتفاق بين طرفي العقد على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه. وهذا الشرط يسلب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يتحتم عليه تنفيذ الاتفاق الا انه لا يغني عن رفع الدعوى وتسيير الانذار لاعدار المدين الذي اخل بالتزامه.

ومن الجدير بالذكر في هذا السياق ان المشرع العراقي ذكر في المادة (٥٨٢) هذا الحكم ضمن احكام عقد البيع فجاء ما يلي:

"اذ اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد، كان للمشتري مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر، الا اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اعداره، وفي كل حال لا يجوز ان تمنح المشتري الى اجل"، واصل ذلك يعود لما ذكرته المادة (١٦٥٦) من القانون الفرنسي^(٤٤٨).

٣- الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فيقع الفسخ من تلقاء نفسه لمجرد الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي من المتعاقد فتكون هذه الحالة اقوى في التدرج من الحالتين السابقتين.

بناءً عليه لا حاجة لرفع الدعوى ولا لحكم ينشيء الفسخ للرابطة العقدية، وان المدين اذا ادعى تنفيذ الالتزام او نازعه في اعمال الشرط، فان الدعوى ترفع للتثبيت من صحة الادعاء، ومع ذلك فان (الانذار) يظل قائماً اذ لا بد من انذار المدين.

(٤٤٧) الدكتور السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٧١٤ - ٧١٦.

الدكتور حسن الذنون - المرجع السابق - ص ١٨٥ - ١٨٦.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - ص ٤٣٤ - ٤٣٦.

الدكتور محمد حسنين - ص ١٢٥.

الدكتور محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص ٤٠٩ - ٤١٠.

(٤٤٨) انظر نص المادة (١٦٥٦) من القانون المدني الفرنسي واحكام هذا الاتفاق في مؤلف الاستاذ كاربونيه:

Jean Carboonner - Les Obligation - Op. Cit. p. 321

ثانياً : الفسخ القضائي للعقد La Resolussion Judiciare

يراد بهذا النوع من انواع الفسخ الحل الواقع على الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين من القضاء. والاصل في الفسخ ان يكون قضائياً لأن الفصل في المنازعات من اختصاص القضاء. (٤٥٤) وللقاضي سلطة التقدير، له ان يقرر الفسخ او يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه. (٤٥٥) وهو ما توجه اليه القضاء المصري (٤٥٦)، والفقهاء المصري (٤٥٧).

واذا كان القانون المصري قد نص على الفسخ القضائي في المادة (١٥٧) وسار على نهجه المشرع الجزائري في المادة (١١٩) من القانون المدني وهو مسلك سليم من الناحيتين الموضوعية والشكلية، فان المشرع العراقي لم يكن موفقاً حين نص على الفسخ بحكم القضاء للرابطة العقدية في المادة (١٧٧) التي جاء فيها ما يلي:

"١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقاد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته.

٢- ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة. وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد. وفي عقد البيع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الاخر ما وجب عليه بالعقد. كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد". الا ان القانون المدني الاردني تلافى هذا العيب ونص على الفسخ في المادة (٢٤٦) (٤٥٨).

=العقد). القرار منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي- ص ٥٤٦.

ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية المرقمة ٨٨/٥٢٣ الى ما يلي: (ان اثبات اقالة عقد الايجار يخضع للقواعد العامة في الاثبات). مجلة نقابة المحامين - س ٢٧-١٩٨٩- ص ١٤٤١.

(٤٥٤) د. حسن الذنون- اصول الالتزام- ص ١٨٣.

(٤٥٥) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٧٠٧ هامش ٢.

(٤٥٦) السنهوري- المرجع السابق- ص ٧٠٦- هامش ١.

(٤٥٧) الدكتور محمد وحيد سوار- المرجع السابق - ص ٦٠٤.

(٤٥٨) نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني الاردني ما يلي:

"١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقاد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه.

٢- ويجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ للحال او تنظره الى اجل مسمى ولها ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى.

٤- الاتفاق على ان يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او انذار. وهو اعلى درجات التدرج في قوة الفسخ الاتفاقي فبمجرد اخلال المتعاقد بالتزامه يكون العقد مفسوخاً دون حاجة لرفع الدعوى ولا الانذار الا ان للمحكمة الرقابة التامة للتثبيت من انطباق شروط الفسخ ووجوب اعماله وهو ما توجهت اليه محكمة النقض المصرية (٤٤٩).

اما عن موقف القضاء العراقي فقد ذهبت محكمة التمييز الى تطبيق الحالة الاولى من درجات الفسخ الاتفاقي وقد جاء في المبدأ القانوني ما يلي:

"١- للمحكمة ان ترفض طلب الفسخ وتمهل المدين تنفيذ التزامه متى انست منه استعداد للتنفيذ او كان ما لم يوف به المتعاقد جزء من التزام نفذ القسم الاكبر منه المادة (١٧٧) مدني.

٢- للمحكمة ان تهمل تقرير الكشف المستعجل وترجع عليه تقرير الكشف الذي اجرته تحت اشرافها اذا لاحظت في الاول نقصاً او عيباً" (٤٥٠).

كما ذهب القضاء العراقي في قضية اخرى الى ما يلي: (ان المطالبة بتنفيذ الالتزام البدلي لعدم تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي لا يحتاج الى فسخ العقد). (٤٥١) وذهبت محكمة التمييز في قضية اخرى الى انه: (اذا نص عقد الايجار على حق المستأجر بفسخ عقد الايجار متى شاء فللمذكور ان يستعمل حقه ويعتبر ابداعه مفاتيح المأجور لدى الكاتب العدل تاريخاً لفسخ العقد ولا يسأل عن تأخر الكاتب العدل بتبليغ انذار الفسخ الى المؤجر (٤٥٢).

ومن البديهي ان اثر الفسخ يسري في عقود الايجار والتوريد والفندقة مثلاً بالنسبة للمستقبل اذ لا يمكن التعاقد لأن ما نفذ قد انقضى، كما ان دعوى الضمان لا تحتاج الى طلب فسخ العقد (٤٥٣).

(٤٤٩) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٧١٩.

(٤٥٠) رقم القرار ٢٩٧/ هيئة عامة اولى / ٧٦ في ١٩٧٧/٢/٢٦ - مجموعة الاحكام العدلية، العدد ١، السنة ٨ ١٩٧٧، ص ٥٦.

(٤٥١) رقم القرار ٦٩٤/ مدنية ثانية/ ١٩٧٤ في ١٩٧٥/٢/١٥ - مجموعة الاحكام العدلية- العدد ١- السنة ٦ ١٩٧٥- ص ٢٢.

(٤٥٢) رقم القرار ١٤٢٢/ مدنية ثالثة/ ١٩٧٤ في ١٩٧٥/٣/٥ - مجموعة الاحكام العدلية، العدد ١، السنة ٦ ١٩٧٥، ص ٨١.

(٤٥٣) ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٥٣٦/ م منقول ٨٦/٨٥ في ١٩٨٦/٨/٦ ما يلي:

(ليس للمحكمة ان تقضي برد دعوى المدعي -المشتري- المقامة بطلب رد ثمن البضاعة المباعة جراء مصادرتها بحجة ان على المدعي ان يقيم دعوى الفسخ لأن دعوى الضمان لا تحتاج الى طلب فسخ =

ولعل اول ما يلاحظ على النص المدني العراقي انه اجاز فسخ الرابطة العقدية بحكم القضاة بعد الانذار اذا اخل المتعاقد بالتزامه العقدي سواء عن عدم قيامه بالالتزام العقدي او لتأخره بعمله او لتنفيذه المعيب او عن التنفيذ الجزئي للعقد.

غير ان للقاضي السلطة التقديرية في الاستجابة لطلب الفسخ او عدم الحكم به باعطاء مهلة المبسرة للمدين حسب ظروف الحال. كما له ان يرفض الفسخ اذا كان ما ل يوف به المدين قليل قياساً الى الالتزام في جملته^(٤٥٩).

كما يلاحظ على الفقرة (٢) من المادة (١٧٧) من القانون المدني انها تطرقت الى حالات جزئية من عقدي الايجار والبيع كتطبيق للفسخ القضائي وهو ليس سليماً لأن الفسخ القضائي لا يقتصر على هذين العقدين وانما يرد على جميع العقود الصحيحة الملزمة للجانبين.

هذا فوق ان ضرب الامثلة في نص القانون من المسائل التي تعيب فن الصياغة التشريعية وهو ليس من اختصاص المشرع، ولهذا فان النص المدني الاردني افضل من النص المدني العراقي. كما نعتقد ان النص المصري (١٥٧) من القانون المدني، هو الافضل من الناحيتين الشكلية والموضوعية. ولهذا السبب ذهب مشروع القانون المدني العراقي الى النص في المادة (٣٩٩) المقترحة على الفسخ القضائي سيراً على نهج المشرع المصري.

ثالثاً: الفسخ القانوني للعقد (الانفساخ)

نص المشرع في المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي على حالة انفساخ العقد بحكم القانون حيث جاء ما يلي:

"١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواءً كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه.

٢- فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولاشيء على المشتري". (٤٦٠)

(٤٥٩) اتجه القضاء المصري الى الحكم بالفسخ اذا ظهر تعمد المدين عدم التنفيذ (الغش) او اهماله اهمالاً واضحاً رغم اعذار الدائن له (الخطأ الجسيم).

الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٧٠٦.

(٤٦٠) يقابل ذلك ما ذهب اليه المادة (٢٤٧) من القانون المدني الاردني التي جاء فيها: (في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وقبل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم الدين).

ويلاحظ ان المشرع العراقي والاردني جعلاً تبعه الهلاك بعد البيع قبل التسليم بقوة قاهرة على البائع (المالك) وحده وهو حكم لم تقره قواعد العدالة ولم يأخذ به المشروع المدني العراقي ولا العديد من التشريعات المدنية الوضعية.

كما ان الفقرة (٢) من المادة (١٧٩) تعرضت الى حالة جزئية من عقد البيع وهو منهج ليس صحيحاً لأن الانفساخ يرد على العقود الاخرى الملزمة للجانبين وليس البيع فقط. ثم ان حكم هذه الفقرة في مجال المثليات غير دقيق لأن المثليات لها نظير في السوق ولا حاجة لانفساخ العقد. ولهذا فان صياغة المادة (٢٤٦) من القانون المدني الاردني من هذه الناحية افضل من النص المدني العراقي.

ومن الجدير بالذكر ان الالتزام ينقضي اذا استحال تنفيذه بسبب اجنبي وان انفساخ العقد بحكم القانون يقع من تلقاء نفسه اذا انقضى الالتزام بسبب الاستحالة المذكورة والمدين هو الذي يثبت وجود السبب الاجنبي كالأفة السماوية والقوة القاهرة وخطأ الغير وخطأ المتضرر على نحو ما نصت عليه المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٦١) من القانون المدني الاردني.

ومن البديهي ان المسؤولية العقدية لا تنهض على المدين الذي انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي ولا محل لاعذار المدين لأن الحكمة من وجود الاعذار تنفي في هذه الحالة مادام التنفيذ غير ممكن ولا مجال للمطالبة بالتعويض فيعاد اطراف العقد الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في العقود الفورية وينعدم الاثر الرجعي بالنسبة للعقود الزمنية لأن الاثر يترتب بالنسبة للمستقبل كما في حالة تهدم المأجور بأفة سماوية او قوة قاهرة كالقصف المعادي حيث ينقضي عقد الايجار من لحظة الانهدام.

ولا بد من الاشارة الى ان التشريعات المدنية لم تتفق على موقف موحد حيال مبدأ تبعه انقضاء الالتزام اذا حصل الانفساخ بحكم القانون كهلاك المعقود عليه بسبب المرض او الفيضانات او غيرها^(٤٦١).

(٤٦١) انظر الاستاذ السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج٦ - ص ٢٠٧.

وانظر نص المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي.

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

ذهب القضاء العراقي، وفي المقدمة محكمة التمييز الموقرة، الى اعتبار المرض بأنواعه المتعددة (قوة قاهرة) تعفي المدين من تنفيذ التزامه وتمنع من قيام المسؤولية العقدية. ففي قرار صدر عام ١٩٧٥ جاء فيه: (إذا ثبت ان مرض الطالب (احتشاء العضلة القلبية) قد منعه من اكمال دراسته فقد انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه^(٤٦٢)).

لهذا فلا يلزم الطالب بالتعويض لعدم وجود رابطة السببية رغم عدم تحقق النتيجة (وهي الحصول على الشهادة المتعاقد عليها) لاستحالة تنفيذ الالتزام العقدي بسبب اجنبي وهو المرض والقاعدة تقضي ان لا التزام بمستحيل فتتحل الرابطة العقدية بحكم القانون. وقد ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية ٨٥ / ٤٦١ جاء فيه: (ان الاعفاء من تنفيذ الالتزام يعتمد على ثبوت عناصر القوة القاهرة).

رابعاً : الاقالة Resolution Convetionnelle

قد ينحل العقد قبل انتهائه بعد تنفيذه او قبل المباشر بالتنفيذ باتفاق الطرفين وهو ما يطلق عليه بـ (التقاييل) او بنص القانون كما في الاحوال التي يقرها القانون كالاتي: بالارادة المنفردة حينما يجعل القانون لأحد اطراف العقد الحق في ان يستقل بالغاء العقد كما في الوكالة والوديعة والاعارة والهبة وغيرها، كالفسخ الذي سبق ان تعرضنا له.

والاقالة، لا تكون الا بايجاب وقبول من المتعاقدين صريحين او ضمنيين ويذكر القضاء المصري عبارة (التفاسخ) على فكرة الاقالة^(٤٦٣) فالاصل ان التقاييل ليس له اثر رجعي، ففي عقد البيع هناك عقدان متقايلان فاذا تقاييل المتبايعان البيع، كان هناك عقد بيع اول من البائع الى المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري الى البائع، وقد يتراضى المتبايعان على ان يكون للتقاييل اثر رجعي فيعتبر بهذا التقاييل كأن لم يكن^(٤٦٤).

وإذا كان المشرع العراقي قد اعتبر الاقالة من ضمن حالات انحلال العقد بعد معالجته للفسخ، فانه نص في المادة (١٨١) من القانون المدني على ان: "للعاقدين ان يتقايلا العقد

(٤٦٢) رقم القرار ٣٩٤ / ١م / ١٩٧٤ في ١٩ / ٢ / ١٩٧٥ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول - السنة ١٩٧٥ - ٦ ص ١٧ - ١٨.

(٤٦٣) انظر في الكثير من القرارات القضائية عن القضاء المصري حول التفاسخ او الاقالة: محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين الفسخ والانفساخ والتفاسخ - ص ١٥٧ وما بعدها.

(٤٦٤) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٦٩٠ - ٦٩١.

برضاها بعد انعقاده" وفي مجال تكيفهما القانوني اعتبر المشرع العراقي الاقالة فسخاً للعقد بين طرفيه وقع بالاتفاق وعقداً جديداً في حق الغير من اجل حماية هؤلاء حسني النية، حيث نصت المادة (١٨٣) ما يلي: "الاقالة في حق العاقدين وفي حق الغير عقد جديد". كما تأثر المشرع الاردني بهذين النصين فأوردتهما في المادتين (٢٤٢ و ٢٤٣) حرفياً في القانون المدني. ولم يكن المشرع العراقي موفقاً حين اورد الفقرة الثانية من المادة (١٨٢) حيث ذكر حالة جزئية من عقد البيع بينما يمكن ان ترد الاقالة في عقود اخرى ولهذا نقترح تعديل الفقرة المذكورة او حذفها. بينما تلافى المشرع الاردني هذا العيب.

فالمادة (١٨٢) من القانون المدني العراقي نصت على وجوب وجود المعقود عليه في وقت الاقالة كشرط لقيام (التفاسخ) وذكر المشرع في الفقرة الثانية من المادة المذكورة حكم هلاك الثمن في عقد البيع الذي لا يمنع من قيامها على النحو الاتي:

"٢- ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن اما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الاقالة".

كما ان من الجدير بالذكر ان الفقرة الثانية سالفة الذكر جاء تكرر ما ذكرته الفقرة الاولى من المادة (١٨٢) ولا يخفى ان هذا التكرار لا مبرر له وما يعيب فن الصياغة التشريعية.

بناءً عليه، فان التقاييل هو انحلال للعقد يحصل بارادة الطرفين، او بعبارة اخرى، ان الاقالة: الغاء للعقد يحصل بايجاب وقبول من طرفي العقد كما هو الحال في ابرام العقد الاصلي، لأن العقد اتفاق ينشئ الالتزام بينما الاقالة اتفاق يقضيه، واذا ابرم العقد وكان عقداً شكلياً كالرهن والبيع الوارد على عقار في القانون العراقي وكالهبة الواردة على العقار وكالبيع الوارد على السيارة والمكائن، فانه ينبغي ان تتم الاقالة بنفس الشكليات التي وجدت عند انشاء العقد ويذكر الاستاذ الجليل السنهوري قائلاً: (كذلك يجب تسجيل التقاييل كما سجل العقد الاصلي حتى تعود الملكية الى صاحبها الاول)^(٤٦٥).

والاقالة في الفقه الاسلامي لم يغفلها الفقهاء وافاضوا كثيراً قياساً الى ما ذكره الفقه الغربي، حيث تنعقد الاقالة بايجاب وقبول صريحين لها شروط صحة الرضا واتحاد المجلس وتقابض بدل الصرف وان يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر اسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط

(٤٦٥) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٦٩١.

الاستاذ السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج٦ - ص ٢٤٤.

(ان اثبات اقالة عقد الايجار يخضع للقواعد العامة في الاثبات، ولا يجوز اثبات الاقالة بالبيينة الشخصية اذا كان الخصم قد اعترض على جواز تقديمها) (٤٧٠).

والرؤية والعيب وان يكون المبيع قائماً وقت الاقالة. وان الرجوع في الهبة بالتراضي عندهم نوع من الاقالة كما هو الامر في الفقه الغربي (٤٦٦).

واذا كان الفقهاء المسلمون قد اختلفوا على تكييف الاقالة، الا ان المشرع الاردني كان موثقاً كل التوفيق حينما افصح عن تكييف الاقالة في المادة (٢٤٣)، ووفق بذلك بين الفقه الغربي والفقه الاسلامي. ويضيف الاستاذ السنهوري القول: (وقد سائر الفقه الاسلامي في اشتراطه ان يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الاقالة. وسائره - في قول ابي حنيفة- في ان الاقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد، وفيما عدا ذلك من الاحكام سائر القواعد العامة وهي مأخوذة في اغلبها من الفقه الغربي) (٤٦٧).

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

ذهب القضاء العراقي في قضية الى ما يلي:

(١- اذا رجع المتنازل عن تنازله قبل قبول المتعاقد الاخر بهذا التنازل فلا تنعقد الاقالة لصدور القبول بعد الرجوع عن الايجاب وعدم اقتترانه به.

٢- انتهاء مدة عقد الايجار اثناء رؤية دعوى المستأجر بمنع المعارضة في الانتفاع بالمأجور لا يوجب رد الدعوى) (٤٦٨).

وفي قضية اخرى ذهبت محكمة التمييز الى ما يلي: (ان الاتفاق الثاني على تعديل الثمن وتقسيطه يعتبر اقالة للعقد الاول واطالة لمواعيد الدفع، فهو اتفاق جائز ولا تسمع ضده البيينة الشخصية ولا يمكن قياس واقعة البيع على واقعة القرض التي يمكن ان يحصل فيها ربا اذ الفضل في القرض من جنس الدين وهو ربا، بخلاف الامر في ثمن المبيع) (٤٦٩).

كما ذهبت محكمة التمييز في العراق في قرار آخر الى مايلي: (ان قبول البائع استرجاع السيارة بعد ظهور عدم صلاحيتها يعتبر اقالة للعقد).

اما القضاء الاردني فقد ذهبت محكمة التمييز في القضية المرقمة ٨٨/٥٢٣ الى ما يلي:

(٤٦٦) مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج٦ - ص٢٤٩ - ٢٥٠.

(٤٦٧) مصادر الحق - المرجع ذاته - ص٢٥٥.

(٤٦٨) رقم القرار ٣١ / هيئة عامة / ١٩٧٤ في ١٩٧٤ / ٦ / ١ - النشرة القضائية - العدد الثاني - السنة ٥ - ١٩٧٤ - ص٢٤.

(٤٦٩) رقم القرار ٨٩٤ / ٤ / ١٩٧٤ في ١٩٧٤ / ٩ / ٢٦ - النشرة القضائية - العدد الثالث - السنة ٥ - ص١٧.

الفصل الثاني

الإرادة المنفردة " التصرف الاحادي "

LaVolonte Unilaterale

تعتبر الإرادة المنفردة تصرفاً قانونياً من جانب واحد فيطلق عليها تسمية (التصرف القانوني الاحادي). ويذكر الاستاذ السنهوري ان للإرادة المنفردة في الفقه الاسلامي ميدان فسيح، حيث تنتج اثاراً قانونية متنوعة وان هناك تصرفات تتم بارادة منفردة في الفقهاء المذكورين^(١).

كما يضيف بعض الفقهاء القول بأن الشريعة الاسلامية تقر بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزام في كثير من الاحيان كما في الوقف (وهو حبس العين والتصدق بالمنفعة على وجوه البر) لأن الوقف ينشأ بالارادة المنفردة للواقف وفي مجال الحق الشخصي يمكن النزول عنه بالابراء الصادر بارادة الدائن دون حاجة الى قبول المدين وان كان يرد عند البعض منهم^(٢). وعند الامام مالك ان الكفالة تنعقد بارادة منفردة واحدة^(٣).

والارادة المنفردة كمصدر ارادي للالتزام يصدر من جانب واحد خصص لها المشرع العراقي، المواد من (١٨٤-١٨٥) من القانون المدني. وقد نصت المادة (١٨٤) ما يلي:

"١- لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.

٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام".

فالاصل ان الارادة المنفردة، وكقاعدة عامة، لا تكفي لانشاء الالتزام فاذا انشأته كان هذا هو الاستثناء الا انها تصلح لاحداث آثار قانونية كالوصية (وهي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض)^(٤). فتكون الارادة المنفردة هنا سبباً لانشاء الحق العيني.

كما يمتد ميدان الارادة المنفردة في احداثها للآثار القانونية في نطاق الايجاب الملزم اذ ان مصدر بقاء الموجب على ايجابه طوال المدة التي حددها هي الارادة المنفردة. وكذلك في الاقرار بالدين الطبيعي فالاقرار وان كان حجة قاصرة على المقر الا ان المقر يلتزم بارادته المنفردة يجعل الدين الطبيعي ديناً مدنياً صالحاً للمطالبة القضائية.

اما في نطاق اجازة العقد الموقوف، فان من يملك الاجازة يتصرف بارادته المنفردة لاجازة العقد حتى ينفذ وينشأ الالتزام بالارادة المنفردة في الجعالة (الوعد بجائزة) وفي تحرير العقار المرهون وغيرها.

غير ان الارادة المنفردة لا يقتصر دورها القانوني على انشاء الالتزامات وانما في انهاء الالتزام ايضاً ومثالها انهاء عقد الوكالة وعقد الوديعة وانهاء عقد الايجار غير محدد المدة لكل من المؤجر والمستأجر في الاحوال التي ينص عليها القانون تخول هذا الحق على نحو ما نصت عليه المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: "اذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة او عقد مدة غير محددة او اذا تعذر اثبات المدة المدعى بها، فيعتبر الايجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين اذا هو نبه المتعاقد الآخر بالاخلاء في المواعيد الآتي بيانها).

ولعل من الجدير بالذكر ان نشير هنا الى ان قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل قد اجاز تأسيس شركة من شخص واحد (المشروع الفردي) استثناءً من الاصل العام الوارد في المادة الرابعة (من قانون الشركات في العراق). لأن الاصل ان الشركة عقد والعقد اتفاق ارادتين على احداث اثر قانوني ينهض بتطابق القبول مع الايجاب بينما المشروع الفردي ينهض بالارادة المنفردة لصاحبه حيث يصدر بيان التأسيس حسب الاجراءات المقررة في القانون المذكور. ولكن من غير الصائب اعتبار المشروع الفردي شركة مؤلفة من شخص واحد. لأن احكام الشركة تخضع لأحكام العقود الرضائية عموماً فضلاً عن الشكلية الواجبة قانوناً

(٤) المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

وانظر: د. حسن الذنون - اصول الالتزام - ١٩٦ - ١٩٧.

محمد تقييه - الارادة المنفردة كمصدر للالتزام - الجزائر - ١٩٨٤ - ص ٦٤.

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج١ - ص ٤٢ - ٤٤.

(٢) محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - ص ٢١٦ وما بعدها؛ توفيق حسن فرج - ص ٣٤٥.

(٣) محمد ابو زهرة - ص ٢١٦.

بهذا نكون قد انتهينا من الكلام على المصادر الارادية للالتزام (العقد والارادة المنفردة) ولما كنا قد تكلمنا عن التشريع في الباب الاول باعتباره مصدراً مستقلاً ليس ارادياً لكنه يحتل اهمية خاصة ومتميزة في ميدان الالتزامات، فان المصادر غير الارادية الاخرى التي يلزم الحديث عنها هي الواقعة القانونية (الفعل الضار والفعل النافع) وهو ما خصصنا له الباب الثالث.

(كالكتابة والرسمية) بينما يتميز المشروع الفردي الذي ينشأ بالارادة المنفردة وينتهي بذات الارادة لمالك الحصة باستثناء بعض الخصائص المشتركة كعدم جواز انتاج مواد ممنوعة او الامتناع عن المنافسة غير المشروعة وغيرها.

والخلاصة، فان الرأي الفقهي لم يكن موحداً من اعتبار الارادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام فمن قائل ان الارادة المنفردة لا تستطيع ان تلزم صاحبها وانما يلزم ان تلتقي مع ارادة اخرى وهذا يكون في حالة العقد. ومن قائل ان للارادة المنفردة قدرة على انشاء الالتزام وانهاهه ولكن في حالات استثنائية وهو ما اتجه اليه القانون المدني العراقي والكويتي والقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني العراقي^(٥).

وفي ظل هذا المسلك، تكون هذه التشريعات قد سايرت ما ذهبت اليه قوانين اخرى كالقانون المدني الالماني وقانون الموجبات والعقود اللبناني والايطالي وغيرها.

اما القانون المدني الاردني فقد نص في المادة (٢٥٠) على اعتبار الارادة المنفردة سبباً عاماً للالتزام الارادي فجاء فيها ما يلي: "يجوز ان يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول..."^(٦). وفي نطاق الوعد بجائزة المنصوص عليها في المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي، فان هناك بعض الشروط يلزم توفرها منها ضرورة وجود ارادة تتجه الى انشاء الالتزام وان يوجه الوعد الى الجمهور، فان لم يوجه الى هؤلاء فانه يعد اجابياً تسري عليه قواعد الاجاب البات وان يكون الوعد بجائزة مقابل عمل معين كابتكار جهاز معين او طريقة معينة او التوصل الى افكار معينة^(٧).

(٥) خصص المشرع الاردني للتصرف الانفرادي المواد (٢٥٠-٢٥٥) من القانون المدني موضعاً احكام الوعد بجائزة كتطبيق من تطبيقات الارادة المنفردة سبباً على نهج التشريع المدني العراقي.

وانظر موقف القانون السوري في التصرف القانوني الاحادي من الناحيتين التشريعية والفقهية: الاستاذ الدكتور محمد وحيد سوار- المرجع السابق - ص ٤٣٠-٤٣٨.

(٦) نصت المادة (٢٥٤) من القانون المدني الاردني على نحو ما يلي:

"١- الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في المال وقد يقع على عقد او عمل.

(٧) ويلزم الوعد صاحبه ما لم يمت او يفلس).

اما المادة (٢٥٥) من القانون المذكور فقد جاء فيها: "١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له اجلا التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر الى الوعد بجائزة. ٢- واذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده باعلان للكافة على الا يؤثر في حق من اتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ثلاثة اشهر من تاريخ اعلان عدول الواعد".

الباب الثالث

FAIT JURIDQUE الواقعة القانونية

(المصادر غير الارادية)

الفعل الضار - الفعل النافع

قد لا تكون المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة) هي المصدر المولد للروابط القانونية المالية بين الاشخاص وانما واقعة قانونية (مصادر غير ارادية) تقع فنتنتج اثراً قانونياً سواء وقعت بأختيار الشخص او بدون اختياره.

وهذه الآثار القانونية التي لا يكون للارادة دخل في ترتيبها وهي كمصدر للالتزام، اما ان تكون واقعة ضارة (المسؤولية التقصيرية) او ما يطلق عليه بالعمل غير المشروع او تسمية الفعل الضار او احيانا بالعمل المستحق للتعويض، او تكون واقعة قانونية نافعة وهي تسمى بالعمل المستحق للتعويض، او تكون واقعة قانونية نافعة وهي تسمى بـ (الكسب دون سبب) او الاثراء بلا سبب او (الفعل النافع).

والواقعة القانونية بهذا المعنى يراد بها لا المفهوم الواسع الذي يشمل التصرف القانوني والواقعة القانونية وانما يراد بها المعنى الضيق كواقعة مادية يرتب القانون عليها اثراً^(١).

لذلك سنبين احكام الواقعة القانونية المادية في فصلين وهما:

الفصل الاول:الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)

الفصل الثاني: الفعل النافع (الاثراء بلا سبب)

(١) الاستاذ السنهوري: التصرف القانوني والواقعة القانونية - محاضرات على طلبية الدكتوراه ١٩٥٤ ص ٢.

حتى اذا اخل بتعهده تعرض للمسألة او هي بعبارة اخرى التزام شخص يتحمل نتائج افعاله المجرمة وحتى يكون الشخص مسؤولاً عن هذه الافعال يلزم ان يكون متمتعاً بقوة الوعي والادراك وبسلامة الارادة والتفكير لأن اقامة هذه المسؤولية على الفاعل تؤدي الى العقاب و لاقبلة للعقاب على من لا يدركه^(٣).

والافعال المحرمة قانوناً حددها القانون ومن هنا جاء مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في ان لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ولما كانت الجرائم محددة، فان المسؤولية الجنائية اضيق من المسؤولية المدنية وان الاولى تخص حرية الفرد والثانية تتعلق بأمواله او حياته وجسده وقد تنشأ المسؤولية المدنية مع المسؤولية الجنائية وقد تنفصل عنها اذا لم يتوفر في الفعل وجود جريمة.

ولهذا فان المسؤولية المدنية لا يفترض فيها وقع ضرر بالمجتمع وانما على المضرور المحدد الذي يطالب بأصلاح الضرر ويغلب ان يكون تعويض مالي سواء وقع الضرر نتيجة الاخلال بالرابطة العقدية او الاخلال بالالتزام قانوني^(٤).

على ان المسؤولية المدنية على نوعين: مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية. لأن المسؤولية المدنية -بوجه عام- هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الاخلال بالالتزام اصلي سابق، وهذا الالتزام اما ان يكون مصدره العقد، فان وقع الاخلال به نهضت المسؤولية العقدية بتوافر اركانها التي سبق ان تعرضنا لها، او ان الالتزام يجد سنده من نص القانون فان حصل الاخلال به نهضت المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي او عن فعل الغير او عن الاشياء او الحيوانات.

وقبل ان نتعرض لأحكام المسؤولية التقصيرية بوجه عام، لا بد من الوقوف بايجاز على تطور تأريخ المسؤولية عن العمل غير المشروع كمدخل لفهم المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي.

(٣) د. مصطفى العوجي- القانون الجنائي العام- ج٢ - المسؤولية الجنائية -بيروت- مؤسسة نوفل -١٩٨٥- ص١١-١٢.

(٤) حسين عامر وعبدالرحيم عامر- المرجع السابق - ص٤-٥.

د. سليمان مرقس-الوفاي-ج٢- ص٥-٧.

الفصل الاول

الفعل الضار " المسؤولية التقصيرية "

مقدمة: في التطور التاريخي للفعل الضار

من الطبيعي ان المسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب امراً يستوجب المؤاخذة، فاذا كان هذا الامر مخالفاً لقواعد الاخلاق كانت مسؤوليته مجرد (مسؤولية اخلاقية) ولا شك ان دائرة الاخلاق اوسع من دائرة القانون لانها تشمل سلوك الانسان نحو نفسه وخالقه وغيره ولا يعدو الجزء ان يكون استهجان المجتمع لهذا السلوك المخالف لقواعد الاخلاق، واذا كان القانون ايضاً يوجب المؤاخذة، فان مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الادبية وانما تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية تستنتج جزاء قانونياً لأن سلوك الشخص اضر بحقوق الغير ولهذا فان المسؤولية القانونية هي حالة الشخص الذي ارتكب فعلاً سبب به ضرراً للاخرين فاستوجب هو مؤاخذة القانون اياه على ما سببه من اذى للغير^(١).

فالمسؤولية الادبية La responsabilite morale تنهض حيث يقترف المرء اثماً يسأل عنه امام الخالق ويحاسب عليه الضمير سواء أكان الاثم هو قيام بعمل ام امتناع عن القيام بعمل والمعيار هنا يكون في حسن النية او سوءها وهو امر شخصي بحت^(٢).

اما المسؤولية القانونية La responsabilite juridique فلا تنهض على المسؤول الا اذا حصل ضرر، سواء أكان الضرر اصاب المجتمع ام الاشخاص، ام اصابهما معا ولهذا، فان الجزء يختلف بحسب ذلك مما يلزم التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية.

فالمسؤولية الجنائية في مفهومها العام هي التزام شخص بما تعهد القيام به او الامتناع عنه

(١) د. سليمان مرقس- الوفاي- ج٢- ص١-٣.

(٢) حسين عامر وعبدالرحيم عامر- المرجع السابق- ص٣-٤.

في القانون الروماني^(٥)

ابتداءً لا بد من القول ان الثأر ومن ثم القصاص هو المبدأ السائد في الشرائع القديمة حتى مضت فترة من الزمن توصل الناس الى فكرة (الدية) بدلا من القصاص من مرتكب الفعل الضار فبدأت (الدية الاختيارية) ثم صارت (دية جبرية) محددة عرفا وقانوناً كما نشأت في مراحل لاحقة فكرة توقيع الدولة للعقوبة على الجاني بأسم المجتمع فانقسمت الجرائم الى (جرائم خاصة) تفرض الدولة فيها الدية على مرتكب الفعل الضار والى (جرائم عامة) تملك الدولة فوق ذلك حق توقيع العقوبة بأسم المجتمع.

ولم يكن القانون الروماني بمعزل عن هذا التطور والمميزات التي ظهرت في الشرائع القديمة الاولى فتنوعت الجرائم على نوعين: عامة وخاصة وتضمن قانون الاثني عشر حالات الدية الاختيارية والدية الاجبارية ولم يتوصل الرومان الى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) الا في اواخر عهد الرومان.

ونشير هنا ان القانون الروماني لم يفصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية وانه عرف حلولاً جزئية لمسائل معينة تراكم تعددها دون ان يجمعها مبدأ عام ولم تظهر فكرة المسؤولية القائمة على الخطأ الا في اواخر عهد الجمهورية.

الشريعة الاسلامية^(٦)

لعل اهم ما تتميز به الشريعة الاسلامية هي التفرقة بين نوعي العمل غير المشروع، منه ما يقع على النفس ومنه ما يقع على الاموال كالاتلاف والغصب. واذا كان مبدأ الثأر هو الذي كان يسود في المجتمع قبل الاسلام وبعده، الا ان القصاص من الجاني وضع الحد لفكرة الثأر وصارت الدية الوجوبية بدلا عن الدية الاختيارية.

وقد استقر الامر في الشريعة الاسلامية على ان في (القتل الخطأ) يلزم تعويض اسرة المجني

(٥) الاستاذ السنهوري: الوسيط - ج١، ص ٧٦٣ وما بعدها.

يوسف نجم جبران: النظرية العامة للمجريات - منشورات ط ١٩٨١ ص ٣٢.

د. حسن الذنون: اصول الالتزام - ٩٧٠، ص ٢٠٢.

د. محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام - ١٩٨٤، ص ١٤٣. د. سليمان مرقس: الوافي - ج٢، ص ٩٠.

Jean Carbonnier - Op. Cit. P.376.

(٦) راجع: محمد ابو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - الجريمة - دار الفكر - بدون سنة نشر - ص ١١٣.

محمد ابو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - العقوبة - دار الفكر - بدون سنة نشر - ص ٨٠ ص ٣٨٠ ص ٨٤.

د. سليمان مرقس - الوافي - ج ٢ - ص ٩٧.

عليه بالدية الوجوبية مع تحرير رقبة مؤمنة بينما لا يشمل القصاص الا الجرائم العمدية، كما فرقت الشريعة الاسلامية بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة في صورة (حقوق الله) و (حقوق العبد)^(٧). هذا فضلاً عن وجود حقوق مشتركة بين الاثني كحد القذف.

فجزاء الاعتداء على حقوق الله اقامة الحد او التعزيز الذي يوقعه القاضي او الكفارة او الحرمان من الارث، وجزاء الاعتداء على حقوق العبد هي القصاص او التعزيز او الدية او الارث (الدية الجزئية) او حكومة العدل (التعويض المقدر من القاضي)^(٨).

القانون الفرنسي القديم :

يذهب الفقه المدني^(٩) الى ان الفضل يرجع في تمييز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية للقانون المذكور والى ان هذا القانون عرف الفصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. كما كان للفقيه (دوما Domat) الدور المشهود في في تطور فكرة المسؤولية عموماً والمسؤولية التقصيرية بوجه خاص التي تجسدت في كتابة (القوانين المدنية).

قانون نابليون^(١٠) ١٨٠٤:

لعل اول ما تميز به القانون المدني الفرنسي ان المسؤولية التقصيرية صارت قاعدة عامة اذ نصت المادة ١٣٨٢ على ان (كل عمل ايا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر ان يقوم بتعويضه)^(١١). ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتي: (كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل ايضاً بأهماله او بعدم تبصره)^(١٢).

كما اقيمت المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير والاشياء على اساس الخطأ ايضاً (المواد

(٧) الدكتور محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي (مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه) - ط ٣ - ١٩٦٨ - ص ٢١٢-٢١٤.

(٨) محمد ابو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - (الجريمة) - ص ١١٣.

محمد ابو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - (العقوبة) - ص ٨٠-٨٤.

الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ١ - ص ٥١ - ٥٢.

(٩) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٧٦٤.

(١٠) جرت تعديلات متعددة على القانون كان آخرها عام ١٩٨٨.

Mise A Jour Du Code Civil-Paris-1987.

(11) Code Civil-Art-1382.

(12) Code civil -1192-Art- 1383.

وقد عدل نص المادة المذكورة الخاصة بالاهمال عام ١٩٨٧ ووضع تطبيقها موضع التنفيذ عام ١٩٨٨.

١٣٨٤-١٣٨٦)، وقد عدل نص المادة ١٣٨٤ عام ١٩٨٧ ووضع موضع التنفيذ تطبيق التعديل منذ شهر اكتوبر عام ١٩٨٨.

خطة المشرع العراقي في المسؤولية التقصيرية :

خصص القانون المدني العراقي لأحكام المسؤولية التقصيرية المواد من (١٨٦-٢٣٢) فتكلم عن المسؤولية التقصيرية عن الافعال الشخصية ثم بين احكام المسؤولية الناشئة عن فعل الغير والاشياء. ولا يخفى ان هذا التقسيم يصعد بجذوره للفقهاء الغربيين بينما بسط المشرع القواعد الموضوعية مقتبساً احكامها من الفقه الاسلامي عدا بعض الحالات التي خرج فيها عما اشترطه هذا الفقه بالنسبة لاشتراط التعمد او التعدي لتقرير المسؤولية.

خطة المشرع الاردني في المسؤولية التقصيرية :

خصص القانون المدني الاردني المواد (٢٥٦-٢٩٢) للفعل الضار فابتدأ أولاً بالاحكام العامة موضحاً المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن عمل الغير واخيراً المسؤولية عن الاشياء. ولقد استفاد المشرع الاردني كثيراً من منهج المشرع المدني المصري والعراقي في هذا المجال فعالج الفعل الضار في خمسة فروع:

١- الاحكام العامة للفعل الضار (الضمان)

٢- المسؤولية عن الاعمال الشخصية

٣- المسؤولية عن عمل الغير

٤- المسؤولية عن الاشياء واستعمال الطريق العام

٥- الغصب والاتلاف

وإذا كان الاصل في الفقه الاسلامي (لا ضرر ولا ضرار) وان (الضرر يزال)، فان القانون المدني الاردني نص اولاً على قاعدة عامة في المادة ٢٥٦ مفادها: ان كل فعل يصيب الغير بضرر فانه يستوجب التعويض.

بناءً عليه، فان منهجنا في الدراسة سيكون ابتداءً بالمسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي ثم في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير (كمسؤولية الشخص عن عمل الغير تحت رعايته ومسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه) ثم المسؤولية عن الاشياء والحيوانات.

لذلك اعتمدنا الخطة التالية:

المبحث الاول: المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي

المطلب الاول: اركان المسؤولية

المطلب الثاني: آثار المسؤولية

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير

المطلب الاول: مسؤولية الشخص عن عمل الغير تحت رعايته

المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن عمل التابع

المبحث الثالث: المسؤولية عن الاشياء والحيوانات

المطلب الاول: المسؤولية عن البناء

المطلب الثاني: المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاشياء الخطرة

المطلب الثالث: المسؤولية عما يحدثه الحيوان من ضرر

المبحث الأول

المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي

أورد المشرع العراقي احكام المسؤولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية في القانون المدني النافذ في المواد (١٨٦-٢١٧) فأبتدأ أولاً في بيان حكم العمل غير المشروع الواقع على المال (الاتلاف والغصب) ثم تعرض في (ثانياً) للاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس ثم خصص (ثالثاً) للاحكام المشتركة للاعمال غير المشروعة.

وأول ما يلاحظ على هذا النهج ان المشرع بين أولاً العمل غير المشروع الواقع على الاموال ومن بعدها تلك الواقعة على النفس وهو منتهج ليس سليماً لأن النفس والجسد اهم من الاموال مهما كانت قيمتها مما يلزم ان يوضح احكامها أولاً. كما ان المشرع لم يذكر الضرر الجسدي وانواعه وهما (الضرر الجسدي المميت) و (الضرر الجسدي غير المميت) وكلم كل نوع منهما.

كما نضيف القول، باختصار، ان المشرع لم يكن موفقاً في صياغة بعض النصوص ضمن احكام العمل غير المشروع مما سببت الاختلافات بين شراح القانون المدني وتباين التطبيقات القضائية كمفهوم (الاقربون من الاسرة) وفكرة (وحرموها من الاعالة) وغيرها، هذا فضلاً عن وجود القصور التشريعي في بيان احكام الفعل الضار كالاختبارات المؤثرة في تقدير التعويض التي لم يبينها المشرع.

ومن الطبيعي ان اول ما يتبادر الى الذهن عند دراسة المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي هي معرفة (أركان المسؤولية) وهو ما خصصنا له المطلب الاول ثم الوقوف على (آثار المسؤولية) في مطلب ثان.

المطلب الاول

اركان المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي

أولاً: الخطأ التقصيري :

جرت العادة في كتب الشراح عند تعرضهم للمسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي دراسة اركان المسؤولية. واركان المسؤولية التقصيرية هذه هي (الخطأ التقصيري) الذي يتحلل الى عنصرين: العنصر المادي او فعل التعدي الذي قد يكون تعدياً مشروعاً فينبعدهم الخطأ والعنصر المعنوي او الادراك، والى جانب ذلك يلزم بحث ركن (الضرر) ثم رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

والمسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي تنهض بتوافر اركان المسؤولية سالفه الذكر. وهي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الاثبات على الفاعل أي ان الخطأ ليس مفترضاً في جانب المدعى عليه وهذا هو الاصل عدا بعض الحالات الاستثنائية بينتها النصوص المدنية عند الخروج على هذه القاعدة العامة. لقد اعتمد المشرع العراقي على خطة متميزة عند معالجته لاحكام الفعل الضار والمسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع مخالفاً بذلك النهج الذي سارت عليه العديد من التشريعات المدنية العربية والاجنبية. والسبب في ذلك هو اقتباسه لكثير من الاحكام من مجلة الاحكام العدلية. وتحت تأثير علل المجازاة للفقهاء الاسلامي لم يقتصر القانون المدني العراقي على تأهيل قاعدة عامة شاملة تبني عليها المسؤولية التقصيرية وانما اورد حالات معينة يكون العمل غير المشروع فيها مصدراً للالتزام.

ويذكر الفقه المدني - بحق - ان اقرب قانون يمكن ان يشبهه بالتقنين العراقي هو القانون الانجليزي الذي لا يورد قاعدة عامة يستمد منها تقرير المسؤولية التقصيرية وانما يورد في تفصيل واسهاب (الاعمال غير المشروعة) التي توجب التعويض ويذكرها عملاً على وجه التحديد حتى قيل ان القانون الانجليزي لا يعرف العمل غير المشروع وانما يعرف الاعمال غير المشروعة.^(١٣) ومثل ذلك ايضا القانون الالماني الذي اختار الى حد ما طريقة القانون الانجليزي وعدل عن طريقة القوانين اللاتينية التي اتسمت بالعمومية والتجريد^(١٤).

فالخطأ قد ينفيه المسؤول ويثبت عكس ذلك بأن يقدم الدليل على بذل العناية اللازمة فاذا كان الخطأ مفترض ولا يقبل اثبات العكس مثلاً يستطيع التخلص من المسؤولية بالجوء الى السبب الاجنبي.

وايا كان الامر، فان المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي تقوم على الخطأ وهي (النظرية الشخصية) ومضمونها بناء المسؤولية على تقصير واجب اثباته بالنسبة للخطأ الشخصي وعلى فكرة (الخطأ المفترض) القابل لاثبات العكس في مجال المسؤولية عن عمل الغير والاشياء عموماً، اما (الخطأ المفترض غير القابل لاثبات العكس) فهو نهج لم يسر عليه القانون المدني العراقي الا استثناء كما في مسؤولية مالك البناء عن انهزام بنائه حسب المادة ٢٢٩ من القانون المذكور حيث لا يمكنه البراءة من المسؤولية الا اذا اثبت القوة القاهرة او خطأ الغير او فعل المتضرر.

(١٣) د. محمود سعد الدين الشريف - ص ٣٥٦ وهو يشير ايضا الى محضر جلسة الاجتماع ١٤ في

١٩٤٣/١٠/٤ لجنة مشروع القانون المدني العراقي - ص ٧٥.

(١٤) د. محمود سعد الدين الشريف - ص ٣٥٦.

ومن البديهي ان المسؤولية الموضوعية (تحمّل التبعية) لا تبنى على الخطأ وإنما على الضرر الذي اصاب المتضرر من نشاط المسؤول الخطر وهو ما لم يأخذ به القانون المدني العراقي النافذ لأنها كانت ابعدا ما تكون من تفكير المشرع آنذاك الذي لم تبلغ الصناعة في العراق ما بلغته الدول الاجنبية الاخرى.

وقبل التعرف على عناصر الخطأ التقصيري، يلزم تحديد فكرة الخطأ، فقد وجدت جملة من الاراء المختلفة تسعى لتحديده، الا ان اكثرها ذيوعا هي ما يلي^(١٥):

الرأي الاول: الخطأ هو العمل الضار المخالف للقانون وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد لأنه يلزم تحديد هذه الاعمال الضارة وهو امر غير ممكن او متعذر.

الرأي الثاني: (رأي بلانيول) وعنده ان الخطأ هو الاخلال بالتزام سابق. وقد تعرض تعريفه للانتقاد رغم بيانه لأنواع اللاتزام الذي يشكل الاخلال بها خطأ من المسؤول.

الرأي الثالث: (رأي عما نوثيل ليفي) وعنده ان الخطأ يتحدد عند التوفيق بين امرين: مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للشخص ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه أي مبدأ (الاخلال بالثقة) هو الذي يحدد الخطأ.

الرأي الرابع: ويرى انصاره وجوب تحليل الخطأ الى عنصرين:

العنصر الاول: الاعتداء على حق يدرك المعتدي لأعتداءه. او حسب عبارة الاستاذ سافاتييه (اخلال بواجب يتبين منه ان المخل اخل بالواجب الذي عليه).

العنصر الثاني: الادراك لأن من لا ادراك له عديم التمييز وعديم الاهلية.

الا ان هذا الرأي الذي من انصاره (الاستاذ ديموج والاستاذ سافاتييه والاستاذ جوسران وغيرهم) اوردوا عبارات الاعتداء على الحق والاخلال بالواجب والحق الاقوى انما هي عبارات لا تسهم في تحديد معنى الخطأ وانما هي ذاتها في حاجة الى تحديد^(١٦).

ومع ذلك، فان الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء هو ان الخطأ في نطاق المسؤولية العقدية هو الاخلال بالالتزام العقدي الذي قد يكون التزاما بعناية او بتحقيق نتيجة وان الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الاخلال بالتزام قانوني.

ونشير هنا الى رأي الاستاذ الجليل السنهوري الذي يقول: (واما الالتزام القانوني الذي يعتبر الاخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية لهو دائما التزام ببذل عناية، وهو ان يصطنع

(١٥) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ٧٧٧.

(١٦) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١ - ٧٧٨.

الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فاذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك انه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية^(١٧).

فاذا قاد الشخص في يوم ممطر مثلاً سيارته دون مساحات مطرية ويسرعة عد منحرفاً عن السلوك ومخطئاً واذا قام الطبيب بالعمل الطبي دون القيام بالفحوصات الطبية المسبقة عد منحرفاً عن السلوك المألوف ومخطئاً وكذلك لو ترك الشخص سيارته دون اضاءة اثناء اصلاح العطل فأدى الى الاصطدام مع سيارة ثانية^(١٨).

وفي قضية غير منشورة، ذهبت فيها محكمة التمييز الى الحكم بالتعويض عل شركة مقاولات دولية بالتعويض لتركها حفرة عميقة دون سياج مما ادى الى سقوط طفل وغرقه في مياه الحفرة^(١٩). ولم نعثر في القرار على النص القانوني الذي استندت اليه المحكمة الموقرة رغم انها واضحة اذ ان القضية من تطبيقات المادة ٢٣١ مدني عراقي وكان من اللازم الاشارة الى النص القانوني.

(١٧) الوسيط ج٢ - ص٧٧٨.

وهذا الانحراف قد يكون انحرافاً ايجابياً او انحرافاً سلبياً، انظر في مسؤولية الفاعل والممتنع مدنياً وجنائياً كأمتناع الطبيب عن مد يد العون والعلاج.

د. حبيب ابراهيم الخليلي: مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي- الجزائر- ١٩٧٩- ص٣ - ٢٢١ وما بعدها.

(١٨) وحول الاهمال في المسؤولية التقصيرية او (الخطأ السلبي) انظر القضية المرقمة م١/١ش م / ١٢٢ في ١٩٨٣/٤/٢٤ الصادر عن القضاء السوداني والمنشورة في مجلة الفقه والقضاء الصادرة عن مجلس العدل العرب العدد ٣- ١٩٨٦- ص٣٨٧ وما بعدها في قضية خلاصتها:

ان المدعى عليه قام بحفر بئر في القرية وتركها دون غطاء وكنتيجة لذلك سقطت بنتا المدعي في البئر واصيبت الاولى بالجنون من جراء ذلك وماتت الثانية. طالب المدعى عليه بتعويض قدره عشرة الاف الا ان محكمة الموضوع قضت بتعويض قدره ٩٠٠ جنيه. وقد جاء في القرار قول القاضي د. علي ابراهيم الامام بأن دعوى الاهمال negligence تتركز على ثلاث ركائز هي نشوء واجب العناية والاخلال بهذا الواجب وان يترتب على هذا معيار الرجل العاقل لهذا، فان كل اركان الاهمال سالف الذكر وافرة، وفي السنوات الاخيرة بدأت المحاكم السودانية تتجه الى تحديد المعيار المطلوب للعناية standard of care بدرجة المخاطر والتي تحدد بالنظر لثلاثة امور هي:

١- فداحة المخاطرة التي يتعرض لها المضرور.

٢- اهمية الشيء الذي قاد او يقود لهذه المخاطرة.

٣- تكلفة اسباب الوقاية وما يتخذ من احتياطات.

(١٩) رقم القرار ٤٨٢ / مدنية منقول / ٨٧-١٩٨٨ في ١١/٢٤ / ١٩٨٧.

١- التعدي (العنصر المادي)

ويعتبر الشخص متجاوزاً او متعدياً وفقاً لمعيارين احدهما ذاتي (شخصي) وفكرته النظر الى الفعل من خلال شخص الفاعل ما اذا كان يقظاً حريصاً ام اعتيادياً للوصول الى (القصدي السيء)، والمعيار الثاني (الموضوعي او المجرد) ومضمونه النظر الى الانحراف حسب معيار معين دون الاعتداد بالظروف الشخصية للفاعل، وبالتالي فكل قصور عن مستوى السلوك المؤلف يمكن اعتباره اساساً لمسؤولية الشخص عن الضرر المترتب عن هذا الانحراف.

ومع ذلك، فان قواعد العدالة توجب الاعتداد بالظروف الخارجية الخاصة بالزمان والمكان والبيئة والوسط الاجتماعي لا الظروف الشخصية بالفاعل كأن يكون عصبي المزاج او ضعيف البصر او هادئ الطبع وهكذا. اذ ان المرأة والرجل والشاب والكبير في السن يجب عليهم الحذر وعدم السرعة مثلاً في طريق مزدحم حتى وان كانت السرعة محددة بـ (٦٠ كم) كحد اقصى.

على ان التعدي هذا قد يكون عملاً مشروعاً لا يحاسب عليه القانون لانعدام الخطأ كما في حالة الدفاع الشرعي وحالة تنفيذ امر صادر من رئيس تجب طاعته وفي حالة الضرورة. لذلك يلزم بيان هذه الحالات للانتقال الى معرفة الركن الثاني وهو (الادراك) الذي اطلق عليه بعض الفقه (د. وديع فرج) تسمية الاهلية ولم يوافق السنهاوي على ذلك لأن وجود الاهلية يكون في التصرف القانوني وحده.

ونشير هنا الى ان المشرع العراقي قد يعتبر (احياناً) بعض حالات التعدي من الاعمال المشروعة بارادة المشرع او ما يسمى بـ (النص القانوني) كقراره بعدم سماع دعوى الدهس خارج مناطق عبور المشاة ومن ثم تعديله للقرار واعتباره للخطأ المدني وعدم اعتباره للخطأ الجنائي ويعد التعدي مشروعاً ايضاً في حالات ترد بنص القانون كعدم سماع الدعاوى على مفارز الانضباط العسكري وما قد تحدثه من ضرر عند مطاردتها لهارب او متخلف عن اداء الخدمة العسكرية.

حالات التعدي المشروع (انعدام الخطأ):

نصت المادة ٢١٢ من القانون المدني العراقي على حالة الدفاع الشرعي والمادة ٢١٥ لحالة تنفيذ امر من رئيس تجب طاعته والمادة ٢١٣ لحالة الضرورة. كما ذهب القانون المدني الاردني الى النص على حالة الدفاع الشرعي في المادة ٢٦٢ وعلى حالة تنفيذ امر صادر من رئيس تجب طاعته في المادة ٢٦٣ ولم يتعرض الى حالة الضرورة رغم تعرض الفقه الاسلامي لها.

فهذه الحالات نصت عليها العديد من القوانين المدنية العربية والاجنبية. لا يكون التعدي فيها عملاً غير مشروع لذلك لا بد من الاشارة بايجاز لهذه الحالات على النحو التالي:

الحالة الاولى: الدفاع الشرعي

جاءت المادة ٢١٢ على النحو التالي: "١- الضرورات تبيح المحظورات ولكن تقدر بقدرها. ٢- فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري، والا اصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة".

اما النص المصري والنص الاردني (٢٦٢) فقد شملا نفس ومال المدافع ونفس او مال الغير فجاء اوسع من النص العراقي حيث نصت المادة ١٦٦ ما يلي: "من احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او ماله، او عن نفس الغير او ماله، كان غير مسؤول، على الا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، والا اصبح ملزماً..". والى جانب هذا ذهب المشرع الجزائري في المادة ١٢٨ من القانون المدني.

فالدفاع الشرعي عن النفس وعن نفس الغير يبيح التعدي ويجعله مشروعاً طبقاً للمادة ٢١٢ من القانون المدني العراقي، وهو جائز عن مال المدافع ومال غيره ايضاً طبقاً للنص المصري والاردني والجزائري.

ونعتقد ان النص الاردني هو الافضل قياساً الى نص القانون المدني العراقي والمشروع المدني لأنه يوسع من مفهوم حالة الدفاع الشرعي وهو اتجاه صائب.

فالسارق الذي يسطو على اموال الدولة لسرقتها او اتلافها او احراقها ويتعرض لاطلاق النار عليه من الحارس فيردية قتيلاً في الحال لأنه لم يتمثل لاوامره بالتوقف يلزم ان يستفيد من حالة الدفاع الشرعي وان لا يعتبر فعل الحارس خطأً يوجب المسؤولية التقصيرية خصوصاً اذا كانت شروط الدفاع الشرعي متوافرة.

وهذه الحالة لا تعتبر مشمولة بحكم المادة (٢١٢) من القانون المدني العراقي وهو مسلك ليس صائباً، في حين ان النص الاردني (٢٦٢) يعتبرهما ضمن حالات التعدي المشروع.

اما شروط حالة الدفاع الشرعي فهي:

الشرط الاول: ان يكون هناك خطر حال على نفس المدافع او نفس الغير. (وعلى مال المدافع او مال الغير طبقاً للنص المصري والاردني والجزائري).

والسؤال الذي يطرح هنا هل ان الغير يلزم ان يكون قريباً او عزيزاً على المدافع؟

يرى الاستاذ الجليل السنهوري بأنه يلزم ان يكون الغير عزيزا على المدافع الى درجة كبيرة^(٢٠).

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي ان يكون قد وقع اعتداء على النفس او المال بالفعل وانما يكفي ان يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء^(٢١).

وحق الدفاع الشرعي ينفي الخطأ المدني في المسؤولية التقصيرية، وقد نصت المادة ٤٢ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في العراق ما يلي: "لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق اذا توافرت الشروط الآتية:

١- اذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس او على المال او اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة (قارن مع المادة ٣٤١/١ أ من قانون العقوبات الاردني).

٢- ان يتعذر عليه الالتجاء الى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب.

٣- ان لا يوجد امامه وسيلة اخرى لدفع هذا الخطر، ويستوي في قيام هذا الحق ان يكون التهديد في الخطر موجها الى نفس المدافع او ماله او موجها الى نفس الغير او ماله"^(٢٢).

وقد اوضحت المادة ٤٣ من قانون العقوبات العراقي حالات القتل العمد دفاعا عن النفس ثم ذكرت المادة (٤٤) حالات القتل العمد دفاعا عن المال، وتعرضت المادة (٤٥) لتجاوز الدفاع الشرعي من المداف.

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز في قرار حديث^(٢٣)، قائلة (لا ينهض حق الدفاع الشرعي ما لم تتحقق الشروط المنصوص عليها في المادة ٤٢ عقوبات) وخلاصة الواقعة ما يلي:

ان محكمة جنابات البصرة قررت عدم مسؤولية المتهم (ع) عن جريمة قتل المجني عليه (ج) عن التهمة المسندة اليه وفق المادة ٤٠٦/١ أ عقوبات لاستعماله حق الدفاع الشرعي استناداً

(٢٠) الوسيط - ج١ - ص ٧٨٨.

(٢١) الوسيط - ج١ - ص ٧٨٨ هامش رقم ١.

(٢٢) انظر نص المادة ٦٠ والمادة ٣٤١ من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٢٣) رقم الاضبارة ١٧٨ / هيئة عامة / ٨٥-٨٦ في ١٣/٥/١٩٨٦ منشور في مجلة العلوم القانونية- المجلد السابع - ١٩٨٨ - ص ٢٨٣.

لنص المادة ٤٢ والمادة ٢/٤٤ و٣ عقوبات. طلبت رئاسة الادعاء العام تصديق القرار. وقد طلب مدعو الحق الشخصي نقضه.

قررت محكمة التمييز في ٨٥/٩/٢ تصديق القرار وطلب وكيل المدعي التصحيح وعند عرضها على الهيئة العامة الاولى تبين ان المتهم عند عودته لداره عشر في الحديقة على شخص مطروح وسط الحديقة وقد فارق الحياة صعقا بالتيار الكهربائي بسبب مسكه السلك الكهربائي الذي وضعه المتهم لغرض حماية داره من السرقة والممدود من غرفة النوم عبر مكيف الهواء محيطا بداره من الداخل وكما عشر على درنفس قرب الجثة وعلى دراجته الهوائية قريبة منه.

ذهبت الهيئة العامة الى القول بأن محكمة جنابات البصرة لم تجنح الى تطبيق احكام القانون تطبيقا سليما اذ لا ينهض حق الدفاع الشرعي ما لم تتحقق الشرط المنصوص عليها في المادة ٤٢ عقوبات وان وقائع القضية جاءت خالية من توافر هذه الشروط بل وان ظروف الحادث وما اظهرته وقائع القضية يشير الى ان الحادث يكون جريمة قتل خطأ تنطبق واحكام المادة (٤١١) عقوبات) وصدر القرار بالاكثرية.

ونحن بدورنا لا نتفق مع ما ذهبت اليه الهيئة العامة الموقرة في تكييفها الجديد للواقعة، فالقضية حصلت في ظرف الحرب حينما كان المدعي عليه منشغل في الدفاع عن العراق باعتباره من افراد القوات المسلحة فقام بتسوير الدار بالاسلاك الكهربائية لحماية زوجته واطفاله من اعتداء الغير اثناء غيابه.

هذا فوق ان الفقرة الثانية من المادة ٤٤ عقوبات اجازت القتل العمد في جنابات السرقة ولم يحدد وسيلة القتل. فقد تكون بالمسدس او السلك الكهربائي او بغيره وان الفقرة الثالثة من المادة المذكورة اجازت ايضا القتل العمد اذا حصل الدخول ليلاً في منزل مسكون او في احد ملحقاته.

كما لا تعتبر ان المدعى عليه مسؤول عن تجاوز حالة الدفاع الشرعي حسب ما نصت عليه المادة (٤٥) عقوبات عراقي) اذ ان دخول الشخص ليلاً مع وجود ادوات تساعد على السرقة لم تكن بهدف النزهة ومن حق العائلة ان تنعم بالاستقرار والسكينة والامان اثناء غياب رب الاسرة الذي من حقه ان يكون مرتاح البال اثناء قتاله دفاعا عن الوطن وبأن اسرته في امان من العمل غير المشروع.

اما الشرط الثاني فهو ان يكون ايقاع هذا الخطر عملاً ليس مشروعاً، فان كان الخطر من الاعمال المشروعة كالقاء القبض على سارق هارب من العدالة فليس له المقاومة بحجة الدفاع الشرعي.

والشرط الثالث هو عدم حصول تجاوز لحدود الدفاع الشرعي بأن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة او افراط اذ ان المدافع يكون مسؤولاً عن تجاوزه لانه يعد متعدياً (مخطئاً) الا ان مسؤوليته تكون مخففة تراعى فيها مقتضيات العدالة طبقاً لقواعد (الخطأ المشترك).

نخلص مما تقدم الى القول، بأن المشرع العراقي وان لم يحدد صلة القرابة عند قيام المدافع بالدفاع الشرعي عن نفس الغير، الا اننا نعتقد بأن النص جاء مطلقاً دون تحديد درجة ونوع هذه الصلة فقد يكون الغير قريباً او عزيزاً على المدافع. هذا فوق اننا نقترح تعديل النص العراقي ليشمل مال المدافع ومال الغير وبضمنها اموال الدولة.

كما نذهب الى القول بأن الدفاع الشرعي لا يقتصر على استخدام السلاح وانما يمكن ان يمتد الى استخدام اسلوب آخر، فمن يتعرض الى الاعتداء على سمعته عن طريق التشهير به في الصحف يمكن له ان يستخدم نفس الوسيلة للرد والدفاع عن حملة التشهير دون ان يكون مسؤولاً ما لم يذكر معلومات تشكل قذفاً او تجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي.

وهذه الصورة يمكن ان تدخل تحت نطاق التعويض غير النقدي اذا قامت اركان المسؤولية التقصيرية وجزاؤها التعويض المذكور كنشر اعتذار في صحيفة عن ضرر لحق المدعي، اما الرد على مقال صحفي لدحضه فليس تعويضاً وانما من صور الدفاع الشرعي عن السمعة والاعتبار والكرامة.

فلو تجاوز المدافع حدوده عد متعدياً ومسؤولاً عن فعله الضار الا انها مسؤولية مخففة وقد يكون التعويض عليه بنشر تصحيح لدفاعه المنشور او اعتذار او تصويب لما ذكره.

اما بالنسبة للقضاء الاردني فقد ذهبت محكمة التمييز الى ما يلي: (ان المادة ٣٤١ من قانون العقوبات تشترط لاعتبار الفعل دفاعاً مشروعاً، وان يقع الدفع حال وقوع الاعتداء وان يكون الاعتداء غير محق، وان لا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء الا بالقتل او الجرح او الفعل المؤثر)^(٢٤).

الحالة الثانية: تنفيذ امر من رئيس تجب طاعته

نصت المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي على هذه الحالة تأثيراً بالفقه الاسلامي فجاء فيها: "١- يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجبراً على ان الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجئ وحده.

٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه او يعتقد انها واجبة. وعلى من احدث الضرر انه كان يعتقد بمشروعية العمل الذي اتاه بأن يقيم الدليل على انه راعى في ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنياً على اسباب معقولة". والى هذا اتجهت المادة ٢٦٣ من القانون المدني الاردني.

ولعل اول ما يلاحظ على النص ان المشرع العراقي^(٢٥) تبني الفقرة المنتقدة في الاكراه المقتبسة من الفقه الحنفي الى اكراه ملجئ واكراه غير ملجئ ذلك ان الاثر المترتب على هذين النوعين واحد وهي الرهبة ومدى حصولها في تنفيذ الامر.

كما ان المشرع العراقي (وكذلك الاردني) لم يكن موفقاً حين حصر في الفقرة الثانية من المادة (٢١٥) عدم المسؤولية على الموظف العام فقط وهو تضيق لا مبرر له. فليس الموظف العام وحده هو الذي ينفذ اوامر الرؤساء وانما قد يكون المكلف بخدمة عامة وهو ليس موظفاً حيث نصت المادة ١٩ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل ما يلي: "٢- المكلف بخدمة عامة: كل موظف او مستخدم او عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك...". وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر او بغير اجر. ولا يحول دون تطبيق احكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاه وظيفته او خدمته او عمله متى وقع الفعل الجرمي اثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة). ويقابلها ما نصت عليه المادة ١٦٩ من قانون العقوبات الاردني.

ان طاعة الامر الصادر من الرئيس يجعل التعدي عملاً مشروعاً اذا توافرت الشروط التالية:

١- ان يكون من صدر منه العمل غير المشروع موظفاً. وان كنا نعتقد بعدم صحة حصر الامر بالموظف على نحو ما تقدم. ونضيف بأن القضاء المصري كان يذهب الى عدم النص على صفة الموظف فقط^(٢٦).

فالمقاتل في الجيش الشعبي الذي كلف بالتفتيش اثناء تطوعه في المهمة للبحث عن الهاربين عن الخدمة العسكرية او المجرمين يعد مكلفاً بخدمة عامة سواء أكان له اجر ام ليس له اجر ومهما كانت مهنته الاصلية.

(٢٥) ذات الملاحظة ترد على النص ٢٦٣ من القانون المدني الاردني.

(٢٦) انظر هذه القرارات في مؤلف الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٧٩١ هامش رقم ١.

(٢٤) القضية رقم ٨٥/٢٤٦ منشور في نقابة المحامين- السنة ٣٥- ١٩٨٧ - ص ١٧٣.

٢- ان يكون الشخص قد صدر له الامر بتنفيذ هذا العمل من رئيس تجب طاعته سواء أكان الامر بصورة مباشرة ام غير مباشرة. وعليه ان يعتقد ان الطاعة واجبة، فلو صدر الامر الى المرؤوس في امر غير واجب الطاعة عد الشخص مسؤولاً بصورة شخصية عن فعله غير المشروع، كما لو حصل شجار اني بين ابن الرئيس الذي تجب اطاعته مع شخص اخر فأمره الرئيس بأطلاق النار او ضربه..

٣- ان يثبت الشخص امرين، احدهما الاعتقاد بمشروعية الفعل الذي نفذه بناء على اسباب معقولة، كما لو كان السارق يحمل سلاحاً وصدرت الاوامر من الرئيس المباشر بأطلاق النار عليه، فلو كان المرؤوس يعلم بعدم وجود الاوامر باطلاق النار ومع ذلك باشر بفتح النار فانه يكون مسؤولاً عن فعله غير المشروع. وثانيهما ان يكون قد راع جانب الحيطة والحذر بأن يطلق النار مثلاً أولاً على اطارات السيارة لايقافها او يضرب طلقاً نارياً في الهواء قبل فتح النار مباشرة على السارق او المجرم او غير ذلك.

ومع ذلك، فان ما يقال في اطاعة اوامر الرئيس يقال ايضا في اطاعة امر القانون او الحكم القضائي لكي يعتبر التعدي عملاً مشروعاً، وفي هذا يقول الاستاذ الجليل السنهوري ما يلي: (يكفي ان يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية انه قام بالعمل تنفيذاً لما امرت به القوانين او لما اعتقد ان اجراءه داخل في اختصاصه، وان يثبت ان اعتقاده هذا مبني على اسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل الا بعد التثبت والتحري حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادي)^(٢٧).

اما في نطاق الخطأ الجنائي فان المشرع الجنائي ذكر حالة (اداء الواجب) ضمن اسباب الاباحة في المادتين (٣٩ و٤٠) موسعاً بذلك من مفهوم الشخص المرؤوس وفقاً لما نصت عليه المادة (٢/١٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في العراق.

فالمادة ٣٩ نصت على انه "لا جريمة اذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون"، أي ان الخطأ الجنائي على مرتكب الجريمة لا ينهض مادام مرتكب الفعل يؤدي واجباً يفرضه عليه القانون^(٢٨).

اما المادة ٤٠ فقد نصت على ما يلي: "لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف او شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية:

أولاً: اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما امرت به القوانين او اعتقد ان اجراءه من اختصاصه. ثانياً: اذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر اليه من رئيس تجب عليه طاعته او اعتقد ان طاعته واجبة عليه.

ويجب في الحالتين ان يثبت ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبني على اسباب معقولة وانه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة ومع ذلك فلا عقاب في الحالة الثانية اذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الامر الصادر اليه"^(٢٩).

ونعتقد ان المشرع الجنائي لم يكن موفقاً في صياغته للفقرة الاخيرة من المادة (٤٠) لأنه اورد عبارة الموظف فقط بينما ذكر في بداية المادة المذكورة مفهومهما اوسع للشخص الذي يفذ الامر الصادر اليه وهو الموظف والمكلف بخدمة عامة.

وفق ذلك نقول، هل ان المكلف بخدمة عامة اذا اطلق النار على المهربين لا يعد مسؤولاً عن خطأ جنائي ارتكبه ولا عقاب عليه لأنه يؤدي واجباً لكونه من افراد الجيش الشعبي او من افراد الجهاز الحزبي او هو شخص مدني كلف بنقل المواد الغذائية للقطعات العسكرية، الا انه يكون مسؤولاً عن الخطأ المدني ويسأل عن التعويض؟!

للجواب عن ذلك، نقول ان ظاهر النص الوارد في المادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي يوحي بالاجابة بأن عدم المسؤولية الجنائية لا يعفيه من الخطأ المدني ويبقى مسؤولاً عن التعويض عن الضرر الذي اصاب المهرب، الا اننا نعتقد ان المكلف بخدمة عامة حكمه حكم الموظف العام وعدم المسؤولية الجنائية يقود ايضا الى عدم المسؤولية التقصيرية عن فعله الضار لأنه ينفذ امراً صادراً اليه لاداء الواجب وهو ما استقر عليه موقف القضاء العراقي في كثير من قراراته.

(٢٧) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص٧٩٢.

(٢٨) نصت المادة ٦٢ من قانون العقوبات الاردني ما يلي:

"١- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة.

٢- يجيز القانون: أ) ضروب التأديب التي ينزلها بالاولاد اباؤهم على نحو يبيحه العرف العام.

ب).....".

(٢٩) نصت المادة ٦١ من قانون العقوبات الاردني رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ مايلي:

"لا يعتبر الانسان مسؤولاً جزائياً عن أي فعل اذا كان قد اتى ذلك الفعل في أي من الاحوال التالية:

١- تنفيذ القانون.

٢- اطاعة لأمر صدر اليه من مرجع ذي اختصاص يوجب عليه القانون اطاعته الا اذا كان الامر مشروعاً."

اصدرت محكمة بداء الكرخ ببغداد حكماً حضورياً ليس منشوراً^(٣٠)، استندت فيه المحكمة على نص المادة ٤١ من قانون العقوبات في قضية خلاصتها ان شخصاً توفي في ٢٥/٦/٨٣ نتيجة اطلاق النار عليه من قبل افراد الحرس الجمهوري المتواجدين امام باب مقر اللواء المدرع العاشر النظامي بأن الشخص المذكور كان يقود سيارته ولم يمثل للاوامر بالتوقف الصادر من الحرس المكلف بالحراسة، وقد اصدر السيد وزير الدفاع امراً وزارياً بايقاف التعقيبات القانونية بصورة دائمية، غير ان الورثة رفعوا الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الاضرار المادية والمعنوية نتيجة الوفاة.

ذهبت محكمة البداء الى ان المطالبة بالتعويض لا اساس لها من القانون مما يلزم رد الدعوى واسست حكمها على الامر الوزاري المذكور والاوراق التحقيقية الخاصة بالحادثة وعلى اساس ان الحرس تتوفر فيهم الشروط التي يتطلبها القانون ولعدم امتثال المجني عليه لأمر التوقف، فلا مسؤولية جنائية او مدنية مادام افراد الحرس قاموا بواجب القانون طبقاً لاحكام المادة ٤١ عقوبات عراقي ولهذا ردت دعوى المدعين.

والملاحظات الواردة على القرار الصادر من محكمة بداء بغداد وهي محكمة مدنية يطالب فيها المدعي التعويض عن الضرر.

٢- لم يشر القرار الى مسألة مهمة لتأسيس المسؤولية القانونية او نفيها وهي ان الحرس لديهم الاوامر من الرئيس الاعلى باطلاق النار مباشرة؟ وهل ان شروط تنفيذ الامر الصادر من الرئيس الواجب الطاعة متوافرة لاسيما حالة الحيطة والحذر.

٣- ان الركون على نص المادة ٤١ عقوبات عراقي ليس صحيحاً لأن المادة المذكورة تخص استعمال الحق باعتباره من اسباب الاباحة كالعلاقات الجراحية وتاديب الزوج لزوجته...!!؟ والعنف في الالعاب الرياضية وغيرها. ولهذا فان الصحيح هو الركون الى نص المادة (٤٠/ ثانياً) من قانون العقوبات العراقي سالفة الذكر التي تخص حالة تنفيذ امر صادر من رئيس تجب طاعته.

وفي اعتقادنا الشخصي ان الخطأ الجنائي اذا لم يكون موجوداً لأن الحرس انما قاموا بتنفيذ الواجب المكلف به اذا كانت الاوامر صادرة اليهم باطلاق النار، الا ان هذا لا يعني عدم وجود الخطأ المدني، لهذا فان رفع دعوى التعويض حسب قواعد المادة (٢١٩) من القانون المدني

(٣٠) رقم الدعوى ٢٦٣١ / ب / ١٩٨٨ في ١٠ / ١ / ١٩٨٨.

وتأسيس المسؤولية التقصيرية على اساس مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع، فصاحب السيارة (المجني عليه) ليس مجرماً هارباً يروم الفرار من وجه العدالة.

الحالة الثالثة: الضرورة

لم ينص القانون المدني الاردني على حالة الضرورة رغم ان الفقه الاسلامي تعرض لها تفصيلاً^(٣١).

وقد نصت المادة ٢١٣ من القانون المدني العراقي على حالة الضرورة على النحو التالي:

"١- يختار اهون الشرين فان تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً. ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف. ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطلاً كلياً.

٢- فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً".

وقد نصت على حالة الضرورة قوانين متعددة كالقانون المدني الجزائري (المادة ١٣٠) والقانون المدني المصري (المادة ١٦٨).

ومن الطبيعي ان اصل النص العراقي (٢١٣) يعود للفقه الاسلامي كما اوردها نص المادة ٢١٣ ايضاً التي جاء فيها "١- يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام. ٢- فاذا هدم احد داراً بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق، فان كان الهادم هدمها بامر من ولي الامر لم يلزمه الضمان، وان كان هدمها من تلقاء نفسه لزم بتعويض مناسب". وقبل ان نبين شروط تطبيق حالة الضرورة لايد من بيان الملاحظات التالية:

١- لم ينص المشرع العراقي على حالة تعويض الشخص الذي يتضرر لتطوعه درء للضرر الذي يتعرض له الغير منعاً للاضرار بلا سبب وتأكيذا للمفاهيم الجديدة في التضامن الاجتماعي. ولهذا فان المشروع المدني نص على هذا المبدأ لأول مرة وهو اتجاه سليم.

٢- ان المشرع العراقي ساوى في المادة (٢١٤) الفقرة الثانية بين انقاذ الاموال وهو امر ليس محلاً للمقارنة.

٣- كما ان الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ لم تعط الحق للمضرور بالتعويض ولم توضح كيفية الزام الهادم بالتعويض وهو هدم لمصلحة المجتمع.

(٣١) قد يكون السبب في ذلك ان المشرع نص على بعض القواعد الكلية الفقهية في هذا المجال منها ما نصت عليه المادة ٦٣: "الاضطرار لا يبطل حق الغير". وما نصت عليه المادة ٦٥: "يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والاشد بالاخف".

المألوف في حالة الضرورة، وهنا لم يبلغ الخطر منزلة (القوة القاهرة) ولهذا فلا مسؤولية.

الفرض الثالث: ان يكون الخطر المراد تفاديه اشد من الضرر الذي وقع ولكنه لم يبلغ حدة القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة كمن يتلف مالا للغير تجنباً للاصطدام مع سيارة قد يحدث عنه وفاة.

فهذا الاضطرار لا يبطل حق الغير في التعويض عن الاتلاف الا ان المسؤولية مخففة. الفرض الرابع: ان يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذي وقع او دونه في الجسامه وهنا لا يجوز التمسك بحالة الضرورة ومن يتلف مال غيره تجنباً لدهس كلب او قطة سائبة مثلاً يسأل عن فعله الضار كاملاً لأن الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد قائماً ولا يمكن له التذرع او الاحتجاج بذلك لتخفيف المسؤولية.

وفي هذا المجال نذكر ان جانباً من الفقه المدني^(٣٤)، يرى ان رضا المجنى عليه او المتضرر بالضرر من الحالات التي ينتفي فيها عن الفعل وصف عدم المشروعية باعتباره من اسباب الاباحة في الحالات التي يكون لرضاه اثر كالرضا باتلاف مال يعود لشخص، ولا اثر لرضا المجنى عليه في الحقوق الشخصية كالحق في الحياة والحق في السلامة البدنية ويبقى الفاعل مسؤولاً مسؤولية كاملة عن فعله اذا لم يكن هذا المساس جاء لمصلحة الشخص كاجراء عملية جراحية مثلاً.

فالطبيب الذي يقوم باجراء عملية جراحية لاستئصال الورم السرطاني من ثدي المريضة وفقاً للامكانات الطبية المتاحة ورضاً المريضة الا انها تموت بعد فترة، لا يكون الطبيب مسؤولاً عن الوفاة اذا لم يرتكب خطأً طبيياً، الا انه يظل مسؤولاً من الناحيتين الجنائية والمدنية اذا قام بازهاق روحها عمداً برضاها لتخليصها من الآلام لان رضاها لا يرفع الضفة الجرمية وليس سبباً للاباحة. وعلى هذا نصت المادة ٤٥٠ من مشروع القانون المدني العراقي التي جاء فيها: "اولاً: لا يجوز لمحدث الضرر ان يتخلص من المسؤولية بحجة رضا المتضرر".

٢- الادراك (العنصر المعنوي)

الاصل في الفقه والقضاء الفرنسيان ان الادراك او التمييز ركن في الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، اذ لا يكفي لاعتبار الشخص مخطئاً ان ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد وانما يلزم ايضاً ادراكه لهذا الانحراف ولهذا فالمسؤولية التقصيرية عن

(٣٤) د. توفيق حسن فرج- النظرية العامة في الالتزام - ص ٣٧٥ - ٣٧٨.

ومن الناحية الجنائية، فلا مسؤولية جنائية على من ارتكب جريمة المجأته اليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى وبشرط ان يكون الفعل المكون متناسباً والخطر المراد اقاؤه كما لا يعتبر في حالة ضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر كرجل الاطفاء (المادة ٦٣ عقوبات عراقي).

ان حالة الضرورة قد تستتبع التخفيف من المسؤولية او نفيها فهي تستدعي التخفيف اذا لم يكن للمضرور نصيب في قيامها فيكون التعويض مناسباً حسب ظروف الحال وتبعاً للسلطة التقديرية للقاضي على نحو ما سيتضح لنا.

ولقيام حالة الضرورة التي تجعل التعدي مشروعاً شروط هي:

١- ان يكون الشخص الذي سبب الضرر، هو او غيره، مهدداً بخطر حال يهدد النفس او المال.
٢- ان يكون مصدر الخطر اجنبي، فان كان مصدر الخطر مرتكب الفعل الضار كالقيادة بسرعة في شارع مزدحم فالمسؤولية تنهض كاملة وقد لا تنهض المسؤولية لأن مصدره الخطر المتضرر نفسه.

٣- ان يكون الخطر المراد تفاديه اشد بكثير من الضرر الذي وقع كمن يضطر الى اتلاف مال الغير تجنباً لدعس طفل وقد فرق الاستاذ السنهوري بين فروض اربعة هي^(٣٢):

الفرض الاول: ان يكون الضرر الذي وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه كالشخص الذي يغرق لا يحجم عن اتلاف مال زهيد كأقتلاع شجرة مملوكة لانقاذ نفسه. فالخطر هنا هو (قوة القاهرة) تنفي المسؤولية تماماً ولا يوجد انحراف عن السلوك المطلوب من الشخص المعتاد.

لهذا لا يرجع صاحب الشجرة على الشخص المذكور بدعوى المسؤولية التقصيرية وانما بدعوى الاثراء بلا سبب اذا توافرت شروطها^(٣٣). وهو قول ليس من السهل القبول به ما دامت القوة القاهرة سبباً اجنبياً يقطع رابطة السببية طبقاً لنص المادة (٢٦١ مدني اردني) مع ادراكنا ان حكم القوة القاهرة في الفعل الضار يختلف عن الفعل النافع.

الفرض الثاني: ان يكون الخطر المراد تفاديه اشد كثيراً من الضرر الذي وقع وهو الفرض

(٣٢) الاستاذ السنهوري: الوسيط، ج ١ ص ٧٩٥.

(٣٣) الوسيط- ج ١- ص ٧٩٤ - ٧٩٥.

الخطأ الشخصي تقوم على اساس الخطأ وهي قاعدة استقرت في العديد من الشرائع منذ عهد القانون الروماني وحتى الوقت الحاضر^(٣٥).

ولهذا فالصبي والمجنون والسكران والمعتوه ومن هو في حكمهم لا تتقرر مسؤوليتهم عن افعالهم الشخصية لأنهم غير مدركين لها وبالتالي لا يمكن ان ينسب الخطأ اليهم لأن الخطأ يرتبط بالتمييز او الادراك^(٣٦).

الا ان هذا الموقف تعرض الى انتقاد الفقه المدني اذ ليس من العدل ان لا يتعرض للمسؤولية عديم التمييز الذي يلحق الضرر بالغير، فذهبت الكثير من القوانين، كالقانون الالماني وقانون الالتزامات السويسري، الى تقرير مسؤولية عديم التمييز ايضا على اساس ان الادراك هو من الامور الداخلية التي لا تؤخذ بنظر الاعتبار والى هذا ذهب المشرع المصري في المادة ٢/١٦٤^(٣٧).

ومن الطبيعي ان مسؤولية عديم التمييز في القانون المصري ٢/١٦٤ وبعض القوانين المدنية الاجنبية والعربية لا تنهض على اساس الادراك لعدم وجوده عند عديم التمييز وانما تقوم بالاستناد الى نظرية تحمل التبعة أي بالاستناد الى الضرر الذي يلزم تعويضه انتصارا لفكرة النظرية المادية في الالتزام الناشيء عن الاخلال بنص القانون التي ظهرت في اواخر القرن التاسع عشر، الا انها ليست مسؤولية مطلقة وانما مخففة او محدودة او جوازية وهو (التعويض الجزئي)^(٣٨) وبذلك يكون المشرع المصري قد وقف موقفا وسطا لا هو بالمتشدد على عديم التمييز ولا هو بالمشترط لعنصر الادراك او التمييز كما ذهبت اليه بعض القوانين.

اما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فقد جاءت نصوصه في مجال الفعل الضار متأثرة بأحكام الفقه الاسلامي الذي لم يوجب الادراك كعنصر في الخطأ وانما اقام المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي على اساس (التعدي) فقط ولهذا، فان عديم التمييز بفعل السن او العوارض الاخرى يكون مسؤولا عن فعله الضار وتعديه الذي يضمن نتائجه (١٩١ مدني).

(٣٥) د. غني حنون طه - ص ٤٣٧.

(٣٦) د. توفيق حسن فرج - ص ٣٧٢.

(٣٧) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٧٩٩.

(٣٨) د. السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٧٩٨ - ٨٠٠.

د. توفيق حسن فرج - ص ٣٧٢.

د. عبدالمجيد - مصادر الالتزام - ص ٥٠٠ - ٥٠٢.

د. غني حنون طه - ص ٤٣٧ - ٤٣٨.

ففي نطاق الامول، عالج المشرع العراقي اولا الاتلاف ثم الغصب، اذ نصت المادة ١٨٦ على ما يلي:

"١- اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا، يكون ضامنا، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى.

٢- واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما، فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان".

واذا كان المشرع العراقي قد فرق بين المباشر والتسبب الا انه ساوى بينهما في اشتراطه التعمد او التعدي وفي هذا خروج على ما قرره الفقه الاسلامي الذي جعل المباشر ضامن سواء تعمد او تعدى وان التسبب ضامن اذا تعمد او تعدى^(٣٩).

على ان المشرع العراقي الذي اقام المسؤولية عن الفعل الشخصي في الاتلاف (المادة ١/١٨٦) على تعمد مباشر الاتلاف او تعديه، فان عديم التمييز لا يتصور منه التعمد او التعدي من الناحية القانونية، كما لم يثبت المشرع على نهجه في تقرير مسؤولية عديم التمييز حين تعرض الى مسؤولية متولي الرقابة عليه (المادة ٢١٨) حيث الزم هذا المتولي طبقا للفقرة الاولى من المادة ٢١٨ بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير.

ومن الجدير بالذكر هنا القول بأن المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي نصت بفقراتها الثلاث على ما يلي:

"١- اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله. ٢- واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض، على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر. ٣- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم".

يتضح مما تقدم ما يلي:

١- ان القانون المدني العراقي جعل مسؤولية (عديم التمييز ومن في حكمه) مسؤولية اصلية وان كانت مخففة على نحو ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة ١٩١ بمراعاة مركز الخصوم. لان عديم التمييز ومن في حكمه يلزم اصلا بضمان الضرر من ماله الخاص او مال وليه الذي يرجع عليه طبقا للمادة ٢٢٠ التي نصت: " للمسؤولي عن عمل الغير حق الرجوع

(٣٩) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني - ص ٢٨٢.

عليه بما ضمنه". والنص يشمل مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع ومسؤولية متولى الرقابة.

٢- ان المشرع العراقي وقع في تناقض بين احكام نص المادة ١٨٦ ونص المادة ١٩١ مدني.

فمن جهة اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية عن اتلاف مال الغير حسب المادة ١٨٦ وهو مبدأ عام، الا انه جعل عديم التمييز ومن في حكمه في ضوء نص المادة ١٩١ مسؤولاً وهو لا يدرك الفعل الذي اقترفه.

ان التعمد هو اقتتراف الفعل الضار عن قصد وادراك وهو ليس ممكناً من الناحية القانونية من عديم التمييز ومن في حكمه، وان التعدي هو صدور العمل الضار عن اهمال وعدم تحوط او عدم تحرز وهو يوجب التمييز كذلك من الفاعل لان التعمد والتعدي يعنيان (الخطأ الشخصي) والخطأ لا يمكن ان ينسب لعديم التمييز لانه غير مدرك لفعله.

بناء عليه، فان الواضح من هذين النصين والنصوص الاخرى عن المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي لكامل الادراك، ان المشرع العراقي جعل مسؤولية كامل الاهلية مسؤولية واعتبر مسؤولية عديم الاهلية مسؤولية اصلية.

والسبب في ذلك ان المشرع العراقي يتطلب في كامل الاهلية التعمد (قصد الاضرار بالغير) او التعدي (عدم التحرز والاهمال والتقصير) لثبوت المسؤولية عليه ويكتفي بالفعل الضار من عديم التمييز ومن في حكمه.

٣- ان القانون المدني العراقي حاول جاهداً مجازاة الفقه الاسلامي في مسلكه في ضمان الافعال الضارة لكنه ادخل بعض التحويرات بفعل الفقه الغربي على النحو الآتي:

أ- باشتراط المشرع العراقي التعمد او التعدي في الضمان خلافاً للفقه الاسلامي الذي لم يشترط اياً منهما في المباشر الذي يرتكب الفعل الضار.

ب- بالزام المشرع العراقي التعمد او التعدي في الضمان سواء كان مباشراً للفعل الضار ام متسبباً في حصوله خلافاً لما قرره الفقه الاسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب.

٤- اجاز المشرع العراقي اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامتهما في المسؤولية (١٨٦/٢ مدني) والزمهما بالضمان معاً خلافاً لما ذهب اليه الفقه الاسلامي الذي لم يجز التكامل بينهما لانه لم يسلم باجتماعهما اساساً.

وإذا كان هذا هو الحكم في نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي او (الخطأ التقصيري) الا ان المشرع العراقي اوضح صراحة حكمه في نطاق (الخطأ الجنائي) فنص قانون

العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على موانع المسؤولية الجزائية وفي المقدمة منها حالة (فقد الادراك والارادة) في المادة ٦٠ وحالة السن (المادة ٦٤) التي نصت ما يلي:

(لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد اتم السابعة من عمره). كما نصيف ان الشخص المعنوي تجوز مسألته عن الافعال الضارة التي يتركبها ممثلوه عند القيام بادارة شؤونه، وهو ما استقر عليه الامر فقهاً وتشريعاً وقضاءً، ففي المسؤولية الجنائية عن الخطأ الجنائي نصت المادة (٨٠ عقوبات عراقي) على هذا المسؤولية، والشخص المعنوي مسؤول عن (الخطأ المدني) الذي يرتكبه ممثلوه كالداهس بسيارة تابعة للدولة مثلاً على نحو ما نصت عليه المادة ٢١٩ / ١ مدني عراقي. التي سنتعرض لها تباعاً.

موقف القانون المدني الاردني

لا يشترط القانون المدني الاردني الادراك لقيام المسؤولية التقصيرية. فالمادة (٢٥٦) نصت على ان كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، واصل الحكم يعود للاحاديث النبوية الشريفة (لا ضرر ولا ضرار) و (الضرر يزال). والى هذا الاتجاه ذهب المشرع العراقي.

فالمسؤولية في القانون المدني الاردني بنيت على الضرر لا على الخطأ الذي يتطلب الادراك للانحراف عن السلوك المألوف. فالخطأ في القانون المدني يرادف التعدي في الفقه الاسلامي، وان المسؤولية في القانون المدني الاردني الذي تأثر بالفقه الاسلامي بالنسبة لمن يضر بغيره مسؤولية مالية لا تقوم على الخطأ بل على الضرر ولذا لا يشترط في المسؤولية المالية ان يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً. لان غير المميز كالمميز مسؤول في حالة اذا اتلف مالا لآخر.

وقد تلافى المشرع الاردني الانتقاد الذي تعرض له المشرع العراقي بشأن فكرة التعمد والتعدي سألقة الذكر.

المسؤولية في الفقه الاسلامي (٤٠)

سبق ان حددنا المقصود بالمسؤولية وقلنا بأنها المؤاخذة على فعل ما، ونقول ان القرآن الكريم تضمن آيات قرآنية عديدة عن المسؤولية الاخرية كقوله تعالى في سورة النحل (ولتسألن عما يعملون) وقوله في سورة العنكبوت (وليسألن يوم القيامة عما كانوا يفترون). وعند الفقهاء المسلمين اطلقت تسمية الضمان او التضمين ففي معناها العام على الزام الانسان بتعويض

(٤٠) الشيخ علي الخفيف-المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الاسلامي- مجلة معهد البحوث والدراسات العربية- العدد ٣- ١٩٧٢- ص ٨٣ وما بعدها.

مالي عما سببه لغيره من ضرر بسبب اخلاله بالتزام التزم به بارادته او بدونها.

واذا كانت المسؤولية المدنية عموماً تنهض في القوانين المدنية على اساس الخطأ وكقاعدة عامة الذي يصيب الحق او المصلحة المشروعة بضرر بفعل الانحراف عن السلوك المعتاد، بينما يكون الاساس في وجوب الضمان في الفقه الاسلامي هو الضرر الواقع فعلاً بما للمضروب بالمباشرة او التسبب اذ لا ضمان الا حيث يكون الضرر مالياً متقوماً^(٤١).

على ان الفقه الاسلامي لم يشترط وقوع الخطأ لضمان الضرر الواقع عليالمال في حين اوجب الفقه والتشريع الوضعيان وجوب الخطأ عموماً الذي سبب الضرر عن تعدد غير مشروع، الا ان الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الاسلامي هو الضرر المؤكد الواقع على المال بينما يمكن التعويض عن الضرر طبقاً للقانون الوضعي حتى في حالة الضرر محقق الوقوع ان لم يقع فعلاً.

لهذا ففي الفقه الاسلامي لا ضمان على اتلاف المنافع عند من لا يعتبر المنفعة مالا كالحنفية^(٤٢).

وعندهم من استولى على ارض وانتفع بها ثم ردها لصاحبها لا ضمان عليه عن هذا الانتفاع، ومن انتفع بأدوات تعود لغيره وردها لمالكها لا ضمان عليه الا اذا وقع عليها تلف فيضمن ما نقص منها او قيمتها ولا يدفع الاجرة عنها لان الاجر والضمان لا يجتمعان عند الاحناف، وعلى تفصيل في الكلام عند المذاهب الاخرى التي اقرت مالية المنافع.

والفقه الاسلامي لا يرفع المسؤولية عن الفاعل للضرر حتى وان كان عديم التمييز او مجنوناً او من هو في حكمهم وعليه ضمان الضرر من ماله ان كان له مال حتى وان لم يكن معتدياً وهو اتجاه جمهور الفقه الاسلامي حتى جاء في قول بعض الفقهاء لظهور هذا الحكم (ان الوليد لو انقلب حال ولادته على شئ فاتفقه لزمه الضمان من ماله)^(٤٣).

الا ان المالكية اختلفوا في هذا الامر فمنهم من قال لا ضمان على من لا يعقل فيما اتلفه من نفس او مال لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب اليه. فهو بمثابة العجماء^(٤٤)، ولكن الرأي

(٤١) لا ضمان عن المال غير المتقوم كالخمر ولحم الخنزير بين المسلمين على خلاف في التفاصيل بين المذاهب الفقهية.

(٤٢) محمد رضا عبدالجبار العاني- نظرية ملك المنفعة وتطبيقاتها في عقد الاعارة- اطروحة دكتوراه- كلية الشريعة - بغداد- ١٩٨٨- ص٢٧- ص٤٩.

(٤٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص٢٢.

(٤٤) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص٢٢.

الراجع ان عديم التمييز يضمن لان اساسه جبر الضرر لا الجزاء والعقوبة ولقوله (ص) (لا ضرر ولا ضرار) والى هذا اتجهت مجلة الاحكام العدلية (م٩١٦ و٩٦٠) والقانون المدني العراقي (المادة ١٩١) والقانون المدني الاردني (م ٢٧٨) والقانون المدني الكويتي (م ٢٢٧).

والسبب في هذا الالتزام بالضمان في الفقه الاسلامي ان هذا الامر ليس من قبيل خطاب التكليف وهو ما يوجه من الشارع الى المكلف بطلب فعل او تركه ومناطه العقل حتى يستطيع ادراك ذلك وانما هو من خطاب الوضع الذي يصدر من الشارع بترتيب معلول على علته او مسبب على سبب، فالزام عديم التمييز ومن في حكمه مسبب عن حدوث السبب وهو الفعل الضار^(٤٥).

ان الفقهاء فرقوا بين يد الضمان (كيد الغاصب والسارق) ويد الامانة فعندهم ان الاول ضامن للضرر حتى وان هلك المال بالآفة السماوية ولا يضمن الثاني الهلاك الناجم عن الآفة السماوية وانما عن التعدي الواقع منه.

وعند الفقهاء المسلمين هناك المباشر (مرتكب الفعل الضار بالاتلاف او الغصب) دون ان يفصل بين الضرر والفعل فاصل وهناك المتسبب الذي لا يضمن الا اذا تعمد حسب نسبة الضرر الى الفعل الاول فلو حفر شخص حفرة في طريق فسقط فيها حيوان فتلف ضمن الحافر قيمته لانه تعدى بالحفر وتسببه في الاتلاف، ولو عمد انسان الى ايداء حيوان او متاع فاسقطه في تلك الحفرة فتلف لم يضمن الحافر وضمن المسقط الذي صار مباشراً للاتلاف^(٤٦). وقد يكون المباشر والمتسبب متضامين وبمنزلة الفعل الواحد.

تطبيقات لفكرة الخطأ (الخطأ في استعمال الحق)

لما كان الخطأ هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف وان الحق هو مصلحة يحميها القانون، كحق الملكية، فانه يلزم ان يستعمل حقه بدون خطأ او بعبارة اخرى، ان صاحب المصلحة تلك قد يرتكب خطأ في استعماله لحقه فيضر بالآخرين مما يوجب القانون تعويض المتضرر.

والقاعدة العامة التي تعرضنا لها تقضي بان، كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض، ودون التعرض الى التطبيقات على نحو ما ذكرته القوانين الانجلوسكسونية التي تعمد الى التفصيل وهو مسلك الفقه الاسلامي ايضا. ولعل من اهم التطبيقات لفكرة الخطأ في استعمال الحق هو (التعسف في استعمال الحق).

(٤٥) الشيخ علي الخفيف- البحث السابق- ص٩٩.

(٤٦) علي الخفيف- البحث السابق- ص١٠٣.

فقد نصت المادة ٦ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

"الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" (٤٧).

واضافت المادة (٧) صور التعسف في استعمال الحق حيث جاء ما يلي:

"١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية:

أ) اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.

ب) اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج) اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة". وقد نصت المادة (٦٦) من القانون المدني الاردني على صور اساءة استعمال الحق.

ولا مقابل لنص المادة السادسة في القانون المدني المصري ولا في التشريع الجزائري لتأثرهما بالنزعة اللاتينية وبقانون نابليون في كثير من النصوص ولان النص المذكور لا لزوم له مع وجود ما يقابل نص المادة ٧ سالفة الذكر. لانه من مفهوم المخالفة للفقرة الاولى في نص المادة (٧) ان استعمال الحق بصورة جائزة ليس خطأ ولا يوجب الضمان.

ولعل من اهم التطبيقات لفكرة الخطأ في استعمال الحق في نطاق علاقات الجوار هي مضار الجوار غير المألوف حيث تتقرر مسؤولية المالك عن هذه المعايير في ضوء المعايير سالفة الذكر.

ان صاحب الحق لا يستطيع ان يتصرف او يستعمل حقه بصورة مطلقة دون قيود او ضوابط تجعل من استعماله للحق بما لا يتعارض ومصالح الاخرين او مصلحة المجتمع ولهذا فرضت القيود القانونية مراعاة لمصلحة عامة كنزع الملكية للنفع العام وحقوق الارتفاق، واخرى هدفها مراعاة مصلحة خاصة اخرى اولى بالرعاية والاعتبار من مصلحة صاحب الحق وهذه تتمثل في التزامات الجوار. وتبدو القيود التي تقرر على استعمال صاحب الحق بحقه هي في مسؤولية المالك عن مضار الجوار الفاحشة وتقييد سلطة المالك بعدم التعسف في استعمال حقه، لذلك سنبين كلا منهما على النحو الآتي:

(٤٧) نصت المادة ٥٩ من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد (الجواز الشرعي ينافي الضمان). كما نصت المادة ٦١ من القانون المدني الاردني على ما يلي: (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

اولاً: مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

صاغ المشرع العراقي احكام التزامات الجوار في المادة ١٠٥١ من القانون المدني مستهدياً باحكام الفقه الاسلامي حيث نص على ما يلي: "١- لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجوار فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً. ٢- وللمالك المهتد بان يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة، ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر وله ايضا ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة، ريثما تفصل المحكمة في النزاع. ٣- واذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً، فجاء اخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه". وقد نص المشرع المصري والجزائري على التزامات الجوار في المادة ٦٩١. ويقابلها في القانون المدني الاردني ما نصت عليه المادة (١٠٢٧) كما حدد المشرع الاردني الضرر الفاحش في المادة ١٠٢٤، ولم يكن المشرع العراقي موفقاً في صياغته للنص المذكور الذي يصعد مصدره الى المواد (١١٩٧-١٢٠٧) من مجلة الاحكام العدلية للمواد ٥٧-٦٣ من مرشد الحيران للمرحوم قديري باشا. ونعتقد ان من الافضل اقتباس احكام نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري. على ان نص المادة (١٠٥١) فرضت على صاحب الحق التزاماً بالامتناع عن القيام بعمل وهو التزام سلبي مضمونه عدم الاضرار بالجوار فاحشاً وقد ترك امر تفسيره لقاضي الموضوع، والضرر الفاحش في الفقه الاسلامي ما يكون سبباً لوهن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الاصلية او سد الضياء بالكلية على الجار او رؤية المحل الذي هو مقر النساء او غير ذلك بينما لا يسأل الجار عن الضرر المألوف لانه يتسامح فيه ويفصل التفرقة هو العرف والظروف وسلطة القاضي التقديرية.

اما عن الاساس القانوني لالتزامات الجوار فهي:

الرأي الاول: ويرى انصاره ان مرجع التزامات الجوار هو التضامن الاجتماعي الذي يوجب علاقات الجوار وان مسؤولية الجار عن الغلو في استعمال حقه تقررها قواعد المسؤولية التقصيرية لان المالك يلتزم بالامتناع عن ارتكاب الخطأ.

الرأي الثاني: يذهب انصاره الى ان اساس التزامات الجوار هي المسؤولية القانونية لان المشرع المصري مثلاً نص على هذا الالتزام في المادة (٨٠٧) والمشرع الجزائري في المادة (٦٩١) والمشرع العراقي في المادتين (٧) و (١٠١٥) من القانون المدني، والمشرع الاردني في المادتين (٦٦) و (١٠٢٧) من القانون المدني.

الرأي الثالث: ان مضار الجوار غير المألوفة او الغلو في استعمال حق الملكية ليست الا تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق.

الرأي الرابع: حيث يذهب المناوون به الى القول بان اساس التزامات الجوار يعود للنظرية الحديثة للحق وكونه وظيفة اجتماعية فالحق لم يعد حقاً مطلقاً للمالك وانما هو وظيفة اجتماعية فالحقوق هي وسيلة وليست غاية وهي نسبية تخضع للقيود.

ثانياً: تقييد سلطة المالك بعدم التعسف في استعمال حقه

ان فكرة المضارة في استعمال الحق تصعد باصولها الى الفقه الاسلامي والتي استقرت في كثير من القوانين المدنية العربية تحت اسم (التعسف في استعمال الحق) برزت الحاجة لها بصورة اكثر في العصر الحديث، فالحق قابله واجب (ولهذا نجد المشرع العراقي عالج الحق والواجب ضمن المباديء الاساسية للمشروع المدني). ولما كان حق الملكية من اوسع الحقوق العينية الاصلية نطاقاً، فان مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يبدو اوضح واوسع في هذا المجال. فقد تطور حق الملكية من حق مطلق ومقدس الى حق مزدوج يقتصر بالوظيفة الاقتصادية والاجتماعية لهذا الحق ووضحت سلطات المالك مقيدة بقيود قانونية هدفها تحقيق المصلحة العامة او المصلحة الخاصة كمرعاة حق الجار وقيود ارادية مصدرها الارادة المنفردة او الاتفاق.

لذلك، فان صاحب الحق يعد متعسفاً في استعمال حقه طبقاً للمعايير التالية او الصور التي تكشف عن ارتكابه للخطأ وهي:

١- اذا قصد الشخص الاضرار بالغير حتى ولو كان ذلك يقتصر بفكرة جلب المنفعة وغالباً ما يلجأ القضاء الى استخلاص هذا القصد من انعدام المصلحة كقرينه قضائية بسيطة على سوء قصد صاحب الحق. كقيام المالك ببناء مدخنة قريبة من شبك الجار لازعاجه والاضرار به.

٢- عدم التوازن بين مصلحة المالك والاضرار التي تصيب الغير. والمعيار هنا مادي مرجعه الاخلال بالتوازن ومن تطبيقاته في الفقه الاسلامي احتكار سلعة او بضائع استهلاكية في السوق وصولاً الى الريح، فالمحتكر يعد متعسفاً في استعمال حقه.

وفي التطبيقات القضائية يمكن اعتبار تسييج الارض الزراعية وحجب حق المرور من المصالح غير المتوازنة بين مصلحة المالك والضرر الذي يلحق الغير.

٣- مخالفة المصلحة التي يقصد صاحب الحق تحقيقها للهدف الاجتماعي والتي يطلق عليها استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة وهي اما ان تكون مخالفة للقانون او

متعارضة مع النظام العام او الآداب العامة (م ٣/٧ مدني عراقي)، كاقامة المالك حفلة صاخبة في شقته ويدر فيها الخمر مع لعب القمار بما يؤثر على الآخرين.

ونعتقد ان معيار الغرض الاجتماعي اوسع من المعيار المذكور في المادة السابعة، لان معيار الغرض الاجتماعي للحق هو نسبي ومعيار مرن متطور مع الزمان والمكان. ثم ان ربط القانون بمعيار الهدف الاجتماعي ممكن وميسور لان حقيقة القاعدة القانونية في النظام الاجتماعي المراد دراسته تبين تماماً مدى موضوعية الهدف الاجتماعي ذاته.

بناءً عليه، يعد المالك مخالفاً للغرض الاجتماعي الذي من اجله تقرر الحق اذا ما وضع اعمدة مرتفعة حول ارضه بقصد مضايقة شركة طيران وحملها على شراء ارضه بثمن مرتفع ويعد متعسفاً باستعمال حقه من يحتكر الادوية او السلع الاستهلاكية بقصد بيعها بثمن مرتفع لمخالفته الغاية الاجتماعية للحق.

لقد حان الوقت لان تتأثر احكام المحاكم باراء الفقه الحديث، فتصدر القرارات القضائية في كثير من القضايا متأثرة بالمباديء القانونية الجديدة كالوظيفة الاجتماعية للحق والغرض الاجتماعي والمصلحة العامة ومبدأ حسن النية وغيرها مما يعد سبباً كافياً لفرض هذه القيود والالتزامات على اصحاب الحقوق بما يحقق المصلحة العامة. هذا ولا بد من القول بانه الى جانب التعسف في استعمال الحق هناك حالة الخروج عن الحق كالمنافسة غير المشروعة وتقليد برامج الكومبيوتر والعلامات التجارية وهو من تطبيقات الخطأ التقصيري ايضاً.

ثانياً : الضرر Le Prejudice

اذا كانت المسؤولية الجنائية تقوم على الخطأ حيث يقضي المبدأ ان لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، فان المسؤولية المدنية اوسع منها وتقوم على اساس الضرر، والضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لانه يمس حق من الحقوق او مصلحة مشروعة، سواء اكان هذا الحق او تلك المصلحة متعلقت بالحياة كالحق في الحياة باعتباره من الحقوق الاساسية للصيقة بالانسان او الحق في السلامة البدنية او حقه في عدم المساس بعواطفه او ماله او حرته او شرفه او غير ذلك^(٤٨).

(٤٨) د. سليمان مرقس- الوافي - ج١ - ص ١٣٣.

هاشم فارس الجبوري- حق الانسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون- اطروحة ماجستير في الدين- بغداد- ١٩٨٧- ص ٨٤ وما بعدها. الاستاذ السنهوري- الوسيط - ج١ - ٨٥٤-٨٥٥.

Jean carbonnier - Droit civil-introduction les persons paris- 1982. p232.

Mazead (H. L. J)- Op. Cit. p. 610.

انها على شرطين فقط وقيل انها ثلاثة شروط والصحيح انها خمسة شروط^(٥٣)، ونذكرها باختصار على النحو الاتي:

الشرط الاول: ان يكون محققا (مؤكدًا) certain

والمقصود بهذا الشرط ان الضرر يجب ان يكون ثابتا على وجه اليقين والتأكيد واقعا ولو في المستقبل، اي ان لا يكون افتراضيا ولا ان يكون احتماليا بان يكون قد وقع فعلا، وهذا الوصف يشمل الضرر الحال والضرر المستقبل، مما يلزم تمييزه عن الضرر الاحتمالي وتفويت الفرصة.

الضرر الحال والضرر المستقبل:

الضرر الحال هو الضرر المؤكد الذي وقع فعلا فاصاب روح المجني عليه او جسده او ماله او شرفه او عرضه وحرته وكرامته. ولا يكون الضرر مؤكدا حالاً الا اذا لم يكن وجوده محل شك^(٥٤). والضرر المستقبل هو الاذى الذي لم يقع في الحال الا ان وقوعه مؤكدا في المستقبل اي تحقق سببه الا ان آثاره كلها او بعضها تراخت الى المستقبل او لاجل لاحق حيث نصت المادة (٤٢٣) من المشروع المدني على ما يلي: "يكون الضرر مستقبلا اذا تحقق سببه وتراخت آثاره كلا او بعضا الى المستقبل".

وعليه فلو اصاب شخص بضرر جسدي ليس مميّتا ولم يتمكن الاطباء من تحديد مدى الضرر ما اذا كانت الساق ستبتتر ام لا، فانه يستطيع المتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الحال والمستقبل اذا كان احتمال بتر الساق واردا"، وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق الى القول

(٥٣) انظر في هذا الاختلاف في تعدادها مفصلا:

الدكتور سليمان مرقس- الوافي- ج٢- ص١٣٨ وعنده ان الشروط نوعان فقط

Mazeaud (H. L. J) -Op. Cit. p335.

انظر نص المادة (٤٢١) من مشروع القانون المدني العراقي.

الاستاذ السنهوري- الوسيط - ج١- ص٨٥٥ وعنده ان للضرر المادي شرطان.

ويرى الدكتور توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - ص٣٨٣-٣٨٤ ان من هذه الشروط ما يخضع لاعتبارات عقلية ومنها ما يخضع لاعتبارات قانونية وهي اربعة شروط يلزم ان تتوافر في الضرر حتى يمكن الحكم بالتعويض وهي:

(١- ان يكون الضرر محققا ٢- ان يكون الضرر شخصا ٣- ان يكون الضرر مباشرا ٤- الاضرار بمصلحة مشروعة يحميها القانون).

(٥٤) د. عاطف النقيب- النظرية العامة للمسؤولية الناتجة عن الفعل الشخصي- ص٢٧٣.

حسن عامر وعبد الرحيم عامر- المسؤولية المدنية - ص٣٣٣.

اي انه لا يشترط ان يكون الحق الذي يحصل الاعتداء عليه حقا ماليا كحق الملكية وحق الانتفاع وانما يكفي المساس باي حق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في سلامة البدن وحق التنقل وحق الحرية الشخصية وغيرها، بل ولا يشترط ان يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة ما دامت انها مصلحة مشروعة كمصلحة الشخص المعال دون الزام قانوني عليه كغير الوارث الذي تتضرر مصلحته لو مات المتضرر لان النفقة ستنقطع عنه^(٤٩).

ولعل اول ما يبحث عنه هو اثبات وقوع الضرر فاذا لم يثبت وقوعه لا محل للبحث عن وقوع المسؤولية المدنية، فليس يكفي لتحقق المسؤولية ان يقع خطأ بل يجب ان يحدث الخطأ ضررا. والمضروب هو الذي يثبت وقوع الضرر به^(٥٠) ولا يعتبر المساس بحق او بمصلحة مشروعة لشخص ضررا يوجب المسؤولية الا اذا جعل مركز صاحب الحق او المصلحة اسوأ مما كان قبل ذلك^(٥١).

ومهما تغيرت الآراء خلال حقب التاريخ المختلفة شأن اساس المسؤولية المدنية وبنائه على فكرة الخطأ وفكرة تحمل التبعة او مجرد التسبب في احداث الضرر، فان ذلك لم يؤثر قط على ضرورة اشتراط الضرر لقيام المسؤولية المدنية، لان وقوع الضرر هو الشرارة الاولى التي ينبعث منها التفكير في مسألة من يتسبب فيه سواء اكانت تلك المسألة وفقا لقواعد المسؤولية الشبئية او وفقا لقواعد المسؤولية الشخصية^(٥٢).

ان دراسة الضرر في المسؤولية التقصيرية يوجب علينا اولا معرفة الشروط الواجبة فيه حتى يكون قابلا للتعويض ثم التعرف على انواعه (الضرر الجسدي والضرر المادي والضرر المعنوي) كما يلزم الاشارة الى طرق التعويض والعوامل المؤثرة فيه ووقت تقدير التعويض ثم الى اعادة النظر في تقدير التعويض وهو ما سنتكلم عنه باختصار تباعا.

١- الشروط الواجبة في الضرر القابل للتعويض

لم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف موحد من تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر كركن من اركان المسؤولية المدنية لاستحقاق المتضرر التعويض، فمن قائل

(٤٩) الوافي -ج٢- ص١٣٣.

(٥٠) السنهوري- الوسيط -ج١- ص٨٥٥.

(٥١) الدكتور سليمان مرقس- الوافي- ج٢- ص١٣٦.

(٥٢) الدكتور سليمان مرقس- الوافي- ج٢- ص١٣٦-١٣٧.

بان التعويض عن الضرر المعنوي المستقبلي جائز للصغار لنهم سيشعرون مستقبلا بذل اليتيم ومرارة فقدان المتوفي^(٥٥). وقد ذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني في الفقرة الخامسة من المادة (١٣٤) الى جواز التعويض عن الضرر المستقبلي صراحة^(٥٦).

الضرر الاحتمالي:

قد لا يكون الضرر محقق الوقوع مستقبلا وانما قائم على وهم وافترض لا اساس له وبالتالي قد يقع وقد لا يقع فهو احتمالي الوقوع ولا يعوض الا اذا وقع فعلا او صار وقوعه مؤكدا في المستقبل^(٥٧). ومن قبيل الاضرار المعنوية الاحتمالية حالة احجام طالب الزواج عن خطبة بنت بعد ان شاع خبر زواجها منه وهو ما اتجهت اليه محكمة التمييز في العراق^(٥٨). ولان الاحكام لا تبني على الافتراض، فانه يظل الضرر الاحتمالي يبقى بمنأى عن التعويض حتى يقع فعلا، فلو ضرب شخص امرأة حامل على بطنها ضربا يحتمل معه الاجهاض، فان هذا لا يبيح المطالبة عن الضرر الحاصل عن الاجهاض ما دام لم يقع، فان وقع استحققت التعويض عن وقوعه^(٥٩).

فالقضاء الفرنسي والمصري مستقران على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد ففي قرار لمحكمة النقض المصرية ذهبت فيها (... ان احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض)^(٦٠). والى هذا ذهب القضاء العراقي ايضا حيث ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم (١٤٩٢/جزء تمييزية ٩٧٣) الى ما يلي:

(لا يتحمل المتهم تبعة رسوب المجني عليه في عامه الدراسي بحجة دهسه له خطأ بسيارته لان النجاح في الدراسة امر محتمل لتدخل عوامل كثيرة فيه كالمواظبة على الدراسة

(٥٥) قرار رقم ٨٣٧-٩٧٧/هيئة مدنية اولى /١٩٧٩ في ٣ /٦ /١٩٨٠.

مجموعة الاحكام العدلية / العدد الثاني / السنة ١٩٨٠ - ص ١٢٧.

(٥٦) نصت المادة ٢٠٨ مدني عراقي على انه: "اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير). وعلى هذا نصت المادة ٢٦٨ من القانون المدني الاردني.

(57) Mzeaud (H. L. J) Op. Cit. p. 339.

(٥٨) قرار رقم ٧٦١/ح/٩٥٦ في ١٢/٦/٩٥٦ - مجلة القضاء - العدد ٣/٩٥٦ - ص ٧٩.

(٥٩) د. حسن الذنون - اصول الالتزام - ص ٢٢٤.

(٦٠) الطعن رقم ٢٢٢٥ لسنة ٥٠ جلسة ١٠/٢/١٩٨٢ منشور في مجموعة (فتحية محمود قوره) - مجموعة المبادئ القانونية التي اقترتها محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية من عام ١٩٧٩-١٩٨٤ - ج ١ - دار المطبوعات بالاسكندرية - ص ٥١٢.

والاجتهاد فيها والقابلية العقلية والقدرة على استيعاب المعلومات وحفظها ولا ينفرد بها عامل تهيئة الشخص نفسه للدراسة، ان ذلك التعويض انما يكون عن الضرر الذي وقع فعلا وكان نتيجة طبيعية للفعل (مادة ٢٠٧ مدني) ولا يعوض عن الضرر الاحتمالي لاحتمال وجوده وانعدامه ولا يجوز تحميل مرتكب الضرر تبعة نتيجة قد لا تقع).

تفويت الفرصة:

لم ينص المشرع العراقي في القانون المدني ولا القانون المدني الاردني على مسالة التعويض عن تفويت الفرصة باعتبارها ضرا يصيب المتضرر الذي فاتت عليه تلك الفرصة، وهذا هو مسلك العديد من التشريعات المدنية العربية والاجنبية. الا اننا وجدنا نص المادة (٤٢٥) في المشروع المدني العراقي التي نصت على ما يلي (يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن تفويت فرصة على المتضرر اذا رجع لدى المحكمة امكان الافادة منها).

وتتمثل تفويت الفرصة بافتراض ان المدعي كان يأمل في منفعة كانت ستؤول اليه من خلال انتهازه لهذه الفرصة التي كان يعول عليها بحيث انها تمكنه من تحقيق امله فيما لو قد سارت الامور على وفق مجراها الطبيعي الا ان فعل المسؤول هو الذي فوت هذه الفرصة وبدد امله في انتهازها ففقد على امكانية تحقيق الهدف حتى ولو كان الهدف محتملا وليس مؤكدا^(٦١).

ومن الثابت ان تفويت الفرصة ليس ضرا محتملا وانما هو ضرر محقق ومؤكد وان المدعي انما يطالب المسؤول عن ضياع هذه الفرصة التي كانت لو لم تضع ستحقق له الربح وتجنبه الخسارة.

ان القضاء الاجنبي^(٦٢) وخاصة القضاء الفرنسي يجيز التعويض عن تفويت الفرصة فقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦١ بالزام المسؤول بتعويض المتضرر تسبب في قتل احد كبار الموظفين في حادث سيارة راعت عند تقديرها للتعويض (فرص الترقية) التي كان سينالها القتل فيما لو بقي على قيد الحياة لولا وقوع الفعل الضار^(٦٣).

ان المفهوم الواسع لتفويت الفرصة طبقته محكمة النقض الفرنسية في نطاق المسؤولية الطبية

(٦١) د. عاطف النقيب - المرجع السابق - ص ٢٨٧.

(٦٢) راجع موقف القضاء الانجليزي من تفويت الفرصة باسم محمد رشدي - الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية - اطروحة ماجستير - ص ٣٧.

(٦٣) تعليقات على الاحكام الاجنبية للاستاذ (اندرية تونك) على احكام المحاكم الفرنسية في المسؤولية المدنية منشور في مجلة trinestrielle de drait civil revue - العدد الثاني - ١٩٦٢ - عرض الاستاذ فؤاد وصفي ابو الذهب - مجلة ادارة قضايا الحكومة - العدد الثاني - السنة ٨ - ١٩٦٤ - ص ١٤٢ - ١٤٣.

للطبيب او المستشفى، فان اخطأ اي منهما فانه يلزم بالتعويض جزئياً عن الضرر النهائي الحال بالمريض ولم يكن خطأ الطبيب او المستشفى هو العامل الوحيد بذاته المسبب لوفاة المريض او لتفاقم سوء حالته الصحية^(٦٤).

ولقد قضت محكمة النقض المصرية في عام ٩٥٣ بالزام شركة سينمايية بدفع قيمة الضرر المعنوي الناتج عن تفويت الفرصة لاحد الممثلين كان يترقبها من وراء اظهارة في الافلام التمتعاد عليها وهي ذبوع شهرته كونه ممثلاً سينمائياً^(٦٥).

ان الفرصة اذا كانت امراً محتتملاً فان تفويتها امر محقق، وعلى هذا الاساس يجب التعويض فعلى القاضي ان يقدر هذا الضرر بأن ينظر الى اي حد كان الاحتمال كبيراً في الكسب او الفوز الذي كان يمكن تحقيقه لو لم تضع الفرصة الا انه يلزم عدم المبالغة في تقدير الاحتمال نجاح الفرصة، فقد جرى القضاء المصري على التعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان لطالب حرم دون حق من الامتحان بعدم اعطائه الفرص التي اباحها القانون^(٦٦).

وفي العراق عثرنا على قرار ذهبت فيه محكمة التمييز الى جواز التعويض عن الفرصة في قضية اقامها مالك على احدى البلديات طالب فيها بأجر مثل الارض التي كان قد بدأ في البناء عليها بعد حصوله على اجازة البناء من البلدية المذكورة الا ان البلدية قامت بإيقاف البناء لتبينها انها منحت الاجازة خطأ لمخالفة البناء لنظام الطرق والابنية فجاء في القرار ما يلي: (تلاحظ المحكمة ان التعويض الذي يستحقه المدعي يقتصر على الاضرار المادية التي اصابته فعلاً اما الاضرار المستقبلية فانه لا يستحق اجر مثل الحوانيت التي في نيته تشييدها لان هذا الضرر من الاضرار الاحتمالية التي لا يعوض عنها بل يستحق التعويض عن تفويت الفرصة اي فرصة تشييد هذه الحوانيت)^(٦٧).

وذهبت في قرار آخر^(٦٨) على المحكمة عند تقدير التعويض عن تفويت الفرصة ان تلتزم التحوط في التقدير^(٦٨).

كما يلاحظ ان المحكمة الموقرة ذهبت في عام ١٩٦٥ الى اعتبار احدى حالات تفويت الفرصة مجرد ضرر احتمالي في قضية وخلصتها مطالبة طالب منع من الدوام في الكلية لاحدى السنوات دون وجه حق بتعويضه عن تفويت الفرصة في التخرج من الكلية والعمل قبل سنة من تاريخ تخرجه الحالي، فحكمت محكمة الموضوع بالتعويض واعتبرت محكمة التمييز ذلك (من قبيل الاضرار الاحتمالي)^(٦٩).

الشرط الثاني: ان يكون الضرر مباشراً

يمكن القول ابتداء ان يفصل التفرقة بين ما يعد ضرراً مباشراً وما ليس مباشراً من المواضيع التي تكتنفها بعض الصعوبات وربما الغموض، الامر الذي حدا ببعض الاساتذة الى القول بأنها مسألة ذوق وفطنة اكثر من ان تكون مسألة فقه وقانون، هذا فوق انها مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع تبعاً لما يراه من ظروف محيطية في كل قضية على انفراد لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض^(٧٠). الا انها تخضع لرقابة محكمة التمييز حسب المادة (٢٠٣) مرافعات العراقي.

والاصل ان كل ضرر متوقع هو ضرر مباشر لانه محتمل الحصول ممكناً توقعه، الا انه ليس كل الاضرار المباشرة متوقعة ولهذا يثار التساؤل عن معيار الضرر المباشر؟ يرى الاستاذ المرحوم السنهوري^(٧١). ان الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية (Normal) للخطأ الذي احدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، وهو معيار يجمع بين الدقة والمرونة. اما الاضرار غير المباشرة فلا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي احدث الضرر وبالتالي، فان المدعى عليه ليس مسؤولاً عنها كما سنبين ذلك.

ويكون التعويض عن الضرر المباشر في نطاق الاصابة الجسدية ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب مالي بالنسبة للضرر المالي على نحو ما نصت عليه المادة (٢٠٧) من

(٦٩) رقم القرار/١٤٦٤ حقوقية/١٩٦٤ في ٢٧/٢/١٩٦٥ - قضاء محكمة التمييز/المجلد الثالث-ص٥٥.

ومن المدير بالذكر ان القضاء اللبناني حكم بالتعويض لخطبه عن مقتل خطيبها وتفويت فرصة زواجها منه.

د. خليل جريج -النظريات العامة للموجبات-ج١- مصادر الموجبات الخارجة عن الارادة-١٩٧٥-ص١٥٣.

(٧٠) انظر في هذا اراء الاستاذة مازو.

(٧١) الوسيط - ج١ - ص٩١١ نبذة ٦١٠.

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٢، ص٥٦٣ - ٥٦٤، وقد جاء فيها ايضاً: (وبراعي ان عبارة (النتيجة الطبيعية) امعن في الدلالة على المقصود في عبارة (النتيجة الحاله المباشرة) التي استعملها التفنين المصري مقتدياً في ذلك بكثير من التقنيات الاخرى).

(٦٤) د. عاطف النقيب - المرجع السابق - ص٢٩٣.

(٦٥) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص٨٦٢ نبذة ٥٧٦.

(٦٦) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص٨٦٢ - ٨٦٣ هامش ١.

حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ص٣٣٦ نبذة ٤٤٢.

(٦٧) رقم القرار ٢٢١ / مدنية رابعة / ١٩٨٢ في ١٩ / ٥ / ١٩٨٢ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثاني - السنة ١٣ / ١٩٨٢.

(٦٨) مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي - القسم المدني.

القانون المدني العراقي. بينما لا يقدر التعويض عن الضرر المعنوي المباشر حسب هذين العنصرين وإنما جملة واحدة (لاحظ نص المادة ٢٦٦ من القانون المدني الاردني والمادة ٢٦٧).

لقد انتقد جانب من القفه المدني - بحق - تقسيم الضرر الى ضرر مباشر وآخر غير مباشر لان هذا التقسيم تعوزه الدقه الكافية لتأدية المعنى المقصود وهو التعويض فيقتصر بدلاً عنه هو وجوب التعويض في جميع الحالات التي يكون فيها الضرر نتيجة لارتكاب الفعل الضار ويشكل اكيد^(٧٢).

اما المشرع المدني العراقي فقد ميز الضرر المباشر عن الضرر غير المباشر في المادة (١٦٩) واعتبر ان ما يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء من المدين بالالتزام او لتأخره فيه ضرراً مباشراً وما عدا ذلك من الاضرار غير المباشرة تآثراً بالقانون المدني المصري، المادة (٢٢١) (٧٣).

كما نصت المادة (٤٢٢) من مشروع القانون المدني العراقي على ما يلي: " يكون الضرر مباشراً اذا كان نتيجة طبيعية للفعل الضار. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة المتضرر ان يتوقاه ببذل جهد مقبول".

ولا يقبل المشرع الاردني ولا العراقي المطالبة بالتعويض عن الضرر غير المباشر امام المحاكم الجزائية اذ نصت المادة (١٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية في العراق: "لن لحقه ضرر مباشر مادي او ادبي من اية جريمة ان يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنياً عن فعله..".

حكم الضرر غير المباشر:

يذهب الاتجاه العام والسائد فقهاً وقضياً وتشريعاً الى عدم الحكم بالتعويض عن الاضرار غير المباشرة والتي لا تكون نتيجة طبيعية لفعل المدعى عليه لاعتبارات نسبت الى قواعد العدالة^(٧٤).

(٧٢) د. جورة سيوفي - النظرية العامة للموجبات - ج١ - مصادر الموجبات - ١٩٦٠ - ص ٢٩٢.

(٧٣) مما يلاحظ على نص المادة ١٦٨ مدني عراقي والمادة ٢٢١ مصري انهما ذكرا حالتين فقط من حالات الخطأ العقدي والحال ان هناك اربعة حالات سبق ان ذكرناهما وان الصحيح ان يقال الاخلال بالالتزام... باعتبارها عبارة اشمل.

(٧٤) انظر الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٩١٠ نبذة ٦١.

باسم محمد شدي - الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية - ص ١٥ وما بعدها.

ابراهيم محمد شريف - الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية - ص ٧٤ وما بعدها.

وانظ المادة (١٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (٢٢١) مدني مصري وكذلك =

واذا كان الضرر غير المباشر هو الاذى لا ينهض بينه وبين الخطأ المنسوب للمدعى عليه علاقة سببية، حيث تنقطع هذه الرابطة بعامل آخر مستقل عن ارادة الفاعل كالقوة القاهرة او خطأ الغير او خطأ المتضرر على نحو ما سنوضحه في بياننا للسبب الاجنبي، فانه يمكن القول ان التعميم في الكلام واطلاقه على النحو السالف غير صحيح.

لهذا نعتقد ان ما اتجه اليه الاستاذ الدكتور جورج سيوفي وما ذهب اليه المشرع اللبناني من قانون الموجبات والعقود المادة (٤/١٣٤) والمادة (٢٦١)، وكذلك قانون الالتزامات السويسري (المادة ٩٩) هو الصواب، اذا ان كثيراً من الحالات يلزم فيها توسيع دائرة المسؤولية المدنية والركون الى معيار آخر غير معيار الشخص المعتاد من حيث درجة العناية المبذولة، فهناك بعض المجالات لا يكفي لتنظيمها وتحديد احكامها القواعد العامة في القانون المدني وإنما يجب ان تكون لها قواعدها المتميزة. ففي نطاق ممارسة الانشطة الصناعية والعلمية الخطرة كتشغيل مولدات الطاقة الذرية للاغراض السلمية وفي مجالات اجهزة الكمبيوتر وما يتولد من اشعاعات مثلاً، لا يمكن الاعتماد على معايير واحكام المسؤولية المدنية الاعتيادية. وإنما يلزم الاعتماد على معيار (الشخص الحريص والحازم او الدقيق) تجنباً للاضرار التي قد تلحق بالغير. ويجب توسيع دائرة المسؤولية المدنية، بحيث يكون التعويض حتى عن الضرر غير المباشر متى كان الاذى على صلة واضحة بالخطأ الذي ارتكبه المدعى عليه.

اما التدرج بصعوبة التفرقة بين ما يعتبر ضرراً مباشراً والضرر غير مباشر فهو صحيح الا ان لفتنة القاضي وحسن تقديره الدور الكبير في حسم الامر. ثم ما المانع من عدم ذكر هذا التمييز بين الضرر والقول بتعويض الضرر ما دام محققاً واكيداً؟

ونضيف ان المشرع المصري والمشرع المدني العراقي والاردني وغيرها من التشريعات المدنية العربية والاجنبية لم يدر في خلد واضعيها وقت صياغة ووضع النصوص انتشار استعمال الطاقة الذرية وما ينجم عنها من مخاطر ولا ما شاع استعماله الآن من اجهزة الكمبيوتر وتشعب استخداماتها في أنشطة الحياة.

= المادة (١٦٩) مدني عراقي. وانظر في اتجاه القضاء الفرنسي في اكثر من قضية الى عدم التعويض عن الضرر المباشر.

الدكتور ابو اليزيد علي المتيت - جرائم الاهمال - ط ٥ - ١٩٨٦ - ص ١١٧.

وفي القضاء العراقي لا يعوز الا عن الضرر المباشر: انظر على سبيل المثال قرار رقم ٧٧/مدنية اولي/٩٧٥ في ٢١/٥/٩٧٥ منشور في مجموعة الاحكام العدلية. وكذلك الحال في القانون المدني الاردني والقضاء الاردني وهو اتجاه لا تؤيده.

بل ان قواعد العدالة توجب من جهة اخرى ان المدعى عليه المهمل يجب ان يتحمل وزر تقصيره واهماله بالحكم عليه حتى عن الاضرار غير المباشرة. فالزوجة التي تموت كمدماً والمأ لتلف محاصيل الاسرة الزراعية بخطأ الناقل الذي تسبب في ذلك يلزم بأن يعرض المتضرر عن وفاتها اذا ثبت العلاقة بين الوفاة وهي ضرر غير مباشر وخطأ الناقل في المثال السابق الذي اوضحناه عن الضرر في المسؤولية العقدية.

الشرط الثالث/ ان يصيب الضرر حقاً مكتسباً او مصلحة مشروعة للمتضرر:

من شروط الضرر القابل للتعويض ان يقع الضرر على حق مكتسب قانوناً او على مصلحة مشروعة لا ترتقي الى مرتبة الحق الثابت الا انها غير مخالفة للنظام والاداب العامة. فمن الحقوق التي يعد المساس بها بالاعتداء عليها ضرراً يستوجب التعويض كجزاء عام عن قيام الحقوق قاطبة لان الاعتداء يقع على الروح فيزهقها فتتعطل جميع وظائف الجسم ولهذا فانه الى جانب هذه المسؤولية تنهض اصلاً المسؤولية الجنائية واساسها العقوبة.

كما يعتبر الحق في سلامة التكامل الجسدي (المادي والمعنوي) حقاً مهما يكفله قانون العقوبات ويبين القانون المدني احكام تعويض الضرر الماس بسلامة البدن(معصومية الجسم) ومن الحقوق المكفولة قانوناً هو الحق في النفقة الثابت قانوناً، حيث ان مصدر الالتزام في الانفاق من المورث على الوارث هو النص القانوني (قانون الاحوال الشخصية) واي اعتداء على هذا الحق من الغير يستوجب التعويض سواءً عند انقطاع الانفاق لوفاة المورث او عند تناقصه بسبب الاصابة البدنية التي احدث العجز الكلي او الجزئي الدائم.

وقد نصت المادة ٢٠٣ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

"في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح او اي فعل ضار آخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الاشخاص الذين كان يعيّلهم المصاب وحرّموا من الاعالة بسبب القتل والوفاة"^(٧٥).

فالوارث صاحب حق مكتسب قانوناً وتربطه علاقة قانونية مع المتضرر المجنى عليه في الاصابة المميّنة، المادة (٢٠٣) مدني عراقي وقرار رقم ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ وحتى في الاصابة غير المميّنة.

ومن الحقوق الاخرى التي يعد الاعتداء عليها سبباً موجباً للتعويض لانه يلحق الاذى بصاحب الحق هو في التملك ومن صور المساس به اتلاف المال من الغير او غصبه، وكذلك الحق في التنقل والحق في الزواج وغيرها.

ان هذا المساس بهذه الحقوق وغيرها قد سبب للمتضرر ضرراً جسدياً او مالياً او معنوياً وقد تجتمع هذه الاضرار معاً في فعل ضار واحد وقد يقع الاذى المعنوي لوحده. وياً كان نوع الضرر، فان توافرت الشروط الموجبة للتعويض يلزم تعويض المتضرر بجبر الضرر.

اما عن المصالح المشروعة فهي كثيرة ومتعددة ولا يعقل فتح الباب على مصراعية لاصحاب المصالح لكي يرفعوا دعاواهم على الفاعل للحصول على التعويض لان هذا يفسح المجال للدعاوي الكيدية ويرهق القضاء ويجافي العدل والعدالة.

فالمصلحة المشروعة هي رابطة لا تخالف قواعد الظام العام والاداب ولا ترتقي الى مرتبة الحق الثابت الذي هو (مصلحة يحميها القانون) وهذه المصالح المشروعة عديدة تختلف باختلاف الانظمة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ويتنوع تبعاً لتنوع قيم الاداب العامة وفكرة النظام العام وعلى سبيل المثال، ان غير الوارث له مصلحة مشروعة في ديمومة حياة من كان ينفق عليه كالحالة والعمة لانهما تحرمان من الاعالة.

الا ان السؤال المطروح هنا هل أن الخطيئة صاحبة مصلحة مشروعة في استمرار العلاقة مع الخطيب وصولاً لعقد الزواج؟ وما حكم الخليفة أو العشيقة؟ ثم هل أن المتعاقد في الحجاز العمل المعين وطبقاً لعقد مقاوله كما لو كان رباً للعمل صاحب مصلحة مشروعة في الرابطة العقدية التي تربطه مع عامل معين أو المقاول؟ وما حكم الأولاد الطبيعيين؟

للإجابة عن ذلك، نقول أن وجود المصلحة المشروعة تكفي للمطالبة بالتعويض رغم هذا التساين بين القوانين في تحديد هذه المصالح على نحو ما تقدم. ونضيف بأن هناك بعض المصالح الموجودة بحكم الواقع دون أن يكون هناك نص قانوني تحميها كحالة الأولاد الطبيعيين.

فالولد الطبيعي ومن هو في حكمه (كالأولاد الناشئين عن بعض صور التلقيح الصناعي البشري) له علاقة مشروعة مع والديه أو أحدهما رغم عدم شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة

(٧٥) تعرضت هذه المادة لانتقادات عديدة من الناحيتين الشكلية: حيث الصياغة المكررة في الجمل او العبارات، والموضوعية: لانها سببت الحيرة للفقهاء في عبارة (وحرّموا من الاعالة). كما جاء القرار ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ بنص يكرر ما اورده المادة ٢٠٣ وهو مسلك منتقد، ويقابل هذا النص المادة ١١٢٢ من القانون الفرنسي. الا ان القانون المدني الاردني تجنب بعض هذه الانتقادات فنص في المادة (٢٧٤) ما يلي: "... كل من اتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل او جرح او ايداء يلزم بالتعويض عما احدثه من ضرر للمجنى عليه او ورثته الشرعيين او لمن كان يعولهم، وحرّموا من ذلك بسبب الفعل الضار".

وبالتالي للأولاد مصالح مشروعة مادية ومعنوية تسمح لهم بالمطالبة عن الأضرار التي لحقت بهم لوفاة أحدهما^(٧٦).

والحقيقة أن تطور الحياة وعلم الطب أوجد حالات جديدة هي تختلف في بعض صورها عن (الولد الطبيعي) وهذه الحالات تنشأ عن التلقيح الصناعي البشري الداخلي أو الخارجي، ومن صور التلقيح الصناعي الخارجي ما يسمى بزرع الاجنة البشرية أو أطفال الانابيب حين تؤخذ الخلية الذكرية والخلية الانثوية لشخصين مجهولين أو من شخص معلوم وآخر مجهول ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة معلومة.

فهل يحق لمن زرع في رحم المرأة الاجنبية أن يطالب بالتعويض عن الضرر المالي والمعنوي لقتل أو وفاة أمه الكاذبة أو أحد والديه المعلومين؟ باعتبار أن له مصلحة مشروعة أو رابطة قانونية مشروعة واضحة؟ كما لا يعقل مساواة هذا الشخص مع حالة الولد المتبنى أو حالة الولد الناشيء عن علاقة غير شرعية.

ثم هل يمكن مساواة هؤلاء مع الاولاد الشرعيين في بعض المسائل المهمة التي نظمها قانون العقوبات كحالة قتل الاصول والفروع، وبعبارة أخرى هل ان الولد الشرعي كالولد المولود عن طريق التلقيح الصناعي البشري التام والخارجي من حيث المسؤولية الجنائية عند قتل الاصول أو الفروع؟.

لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في ١٩٦٧/١/٢٠ الى الحكم بالتعويض لطفلة لوفاة وصيها رغم عدم وجود رابطة أبوية معها عدا حالة الرعاية والحنان والمعاملة من الوصي كما لو كانت ابنته^(٧٧). كما حكم لأمرأة كانت ترعى طفلاً يتيماً كما لو كان ولدها بالتعويض عن مقتله^(٧٨). فالعلاقة بينها وبين المجني عليه وان لم تكن قانونية الا انها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ونعقد أن للخطيب أو الخطيبة مصلحة مشروعة ولأي منها مصلحة مشروعة في استمرار

(٧٦) راجع الدكتور السنهوري - الوسيط - ج١ - نبذة ٥٧٣.

د. مقدم السعيد - ص ٣١٢.

ويذهب الدكتور عبدالمجيد الحكيم بأنه اذا كان ذلك جائز في بلد اوروبي كفرنسا الا انه غير جائز في بلد تكون الشريعة الاسلامية هي المطبقة فيه كالاردن والعراق فالقانون والشريعة في هذه البلاد لا يعترفان بأية علاقة غير ناشئة عن الزواج). انظر الدكتور عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج١ - ص ٥٣٣.

(٧٧) د. يوسف نجم جبران - ص ٧٧ فقرة ١٥٣.

(٧٨) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٨/١/٣٠ منشور في مؤلف الدكتور يوسف نجم جبران - ص ٢٦٦ فقرة ٤٥٣.

العلاقة ما دامت الخطبة (وعد بالتعاقد) ولها مركز قانوني واضح وبالتالي فان الاعتداء على حياة أو بدن أي منهما يسمح للآخر بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المالي والمعنوي، سواء في حالة الاصابة البدنية المميته أم في الاصابة الجسدية غير المميته.

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي استقر على الاكتفاء بشرط وجود الألام الحقيقية لدى طالب التعويض سواء عند وجود علاقة القرابة أم عند انعدامها، وسواء وقع الاذى على الانسان أم الحيوان، فقد حكم بالتعويض عن الضرر المعنوي لمالك حيوان تعرض لحادث لان ازهاق روح الحيوان تركت الألام الحقيقية في نفس مالكة^(٧٩).

ونشير الى أن القانون المدني الاردني (م ٢٦٧) وكذلك القانون العراقي المادة (١/٢٠٥) والقانون المدني المصري المادة (٢٢٢) وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨١٥ لسنة ٨٢ وتعديله ١٠٦ لسنة ٨٥ لا تعوض عن الضرر المعنوي رغم وجود المصلحة المشروعة الا اذا ادى الحادث الى الوفاة. وبالتالي فلا تعويض عن الاصابات غير المميته وهو مسلك غير سليم ولهذا نصت المادة (٢/٤٣١) من المشروع المدني على حالة جديدة متلافية بذلك هذا الانتقاد^(٨٠). على أن القضاء الفرنسي الذي لم يكن يقر بالمصلحة المتبادلة بين العشيقين ولا يعترف بأية حماية حين كان يرفض دعاوى التعويض للخليل أو الخليلية عن المطالبة بجبر الأضرار المادية والمعنوية بحجة مخالفة العلاقة للنظام العام والآداب العامة، الا انها تراجعت عن موقفها منذ عام ١٩٥٩ فأجازت التعويض لها بشرط أن تحمل العلاقة طابع الاستقرار والجدية في الحياة المشتركة^(٨١). وكان السند القانوني في ذلك هو نص المادة ١٣٨٢ مدني

(79) Boris stark- Op. Cit. p. 77. No. 154.

Mazeud (L. L) Et. Op. Cit. p 420.

(٨٠) يلاحظ أن قرار رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ الخاص بحوادث السيارات حصر الحق في طلب التعويض على القرابة من الدرجة الاولى فقط وهو منهج منتقد.

(٨١) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٤/ شباط/ ١٩٥٩ التي اشترطت للحكم بالتعويض أن لا تكون العلاقة بين العشيقين عابرة وقرارها الصادر في ٢٧/ شباط/ ١٩٧٠ وقرارها الصادر في ١٩٧٥/٦/١٩.

Jean Carbonnier Op. Cit. p. 357 No. 89.

د. أدوار غالي الذهبي - مجموعة بحوث قانونية - ط١ - ١٩٧٨ - ص ٦٢٤ - ٦٢٥.

أما الاولاد الطبيعيين، فأن الفقه الفرنسي لم يستقر على موقف موحد من جواز أو عدم جواز تعويضهم عن فقدان أحد الابوين الا أن قانون المعاشات المدنية والعسكرية الفرنسي لعام ١٩٥١ ساوى بين الاولاد الطبيعيين والاولاد الشرعيين.

انظر: د. ادوار غالي الذهبي - المرجع السابق - ص ٦٣٣.

فرنسي التي لم تشترط وجود الرابطة القانونية وإنما جاءت عامة مطلقة، أي لم تميز بين المصالح المشروعة والمصالح غير المشروعة.

وفي الاردن والعراق فان قواعد النظام العام والآداب لا تسمح للعشيق او العشيقة أو لمن يمتهن السمسرة (وسيط الفحشاء) المطالبة بالتعويض عن الضرر المالي أو المعنوي لوفاة أو مقتل العشيق أو العشيقة أو من تعمل بمعية الوسيط المذكور.

على انه اذا كانت للزوجة مصلحة مالية متضررة عن وفاة أو مقتل الزوج لانه هو المكلف شرعاً وقانوناً بالانفاق. فاننا نعتقد أن الزوج له مصلحة مالية وأدبية تتضرر عند وفاة أو قتل زوجته بل حتى في حالة الاصابة الجسدية غير المميته لاسيما وأن الحياة المشتركة للزوجين وتعاونهما المالي لتحمل أعباء هذه المطالبة.

وبهذا نخالف ما اتجهت اليه محكمة التمييز الموقرة وما ذهب اليه القضاء المصري مؤيدين بذلك اتجاه القضاء الفرنسي فقد حكم بالتعويض عن الضرر المالي لزوج وأولاد المجني عليها^(٨٢).

الشرط الرابع: أن يكون الضرر شخصياً لمن يطالب بتعويضه

من المعلوم أن طلب التعويض لا يقبل الا من المتضرر نفسه أو من له صفة قانونية كالوكيل أو الخلف العام وليس هذا الا من تطبيقات قاعدة (لا دعوى بلا مصلحة). فالمراد بهذا الشرط أن يكون الضرر قد اصاب طالب التعويض (المدعي) بصورة شخصية فيكون الاذى قد لحق جسد المتضرر أو ماله أو الجانب المعنوي فتقام دعوى يطلق عليها (الدعوى الشخصية). وتبقى هذه التسمية حتى بالنسبة لمن هو غير مؤهل لرفعها كعديم الادراك او ضعيف الادراك لعاهة في عقله أو لعارض عن عوارض الاهلية أو بفعل السن لأن هناك نائباً قانونياً عن المجنون أو المعتوه أو عديم التمييز. الا ان الاذى قد لا يصيب المتضرر شخصياً فقط أو أن ينحصر الضرر به وإنما يمتد ليشمل آخرين ويتعدى اليهم وهو ما يسمى بـ (الضرر المرتد أو المنعكس) وهو ضرر شخصي بالتبعية.

ولا يقتصر الضرر الذي اصاب المتضرر شخصياً على الشخص الطبيعي وإنما قد يلحق الشخص المعنوي فيلحق الاذى في الذمة المالية أو يصيب الجانب المعنوي كالشركات والنقابات والمنظمات والاتحادات والدولة وغيرها^(٨٣). كما قد يصيب الضرر الشخص المعنوي وأشخاص

(٨٢) أنظر د. ادوار غالي- المرجع السابق- ص ٦١٦.

(83) Jean Carbonnier Op. Cit. p. 353.

آخرين طبيعيين كان لكل منهم المطالبة بالتعويض اذا توفرت بقية الشروط مادام أن كلا منهم تضرر شخصياً وقد أجاز قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ في العراق - وكذلك قانون العمل الملغي رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ (المادة ٢١٢) - حق النقابة في تمثيل الحق الشخصي للعامل ما لم يبين العامل عدم رغبته في ذلك.

حكم الضرر المرتد

أن الضرر قد يصيب المتضرر بصورة أصلية فيقع على حق من حقوقه المشروعة ويلحق به الاذى أو الخسارة أو قد يقع على مصلحة مشروعة يقرها القانون ولا تخالف قواعد النظام العام أو الآداب العامة، أو ان يصيب الضرر المتضرر بصفة تبعية وهو كما اشرفنا ما يسمى بـ الضرر المنعكس أو الضرر المرتد فهو الضرر الذي يصيب الغير ويرتد على الآخرين كأذى الواقع على حياة أو جسد المورث ويصيب الورثة بالتبعية. او يصيب غيرهم من اصحاب المصالح المشروعة كالمعالين من غير الورثة.

ونذكر هنا أن تنازل أحدهم من البالغين عن ما يستحقه من تعويض شخصي لا يؤثر تنازله على حقوق الآخرين وقضت محكمة التمييز في العراق ما يلي (... أما بالنسبة لتمييز المشتكية والدة المجني عليها فأنها بهذه الصفة أي بصفة كونها أم المتوفاة البالغة من العمر حوالي عشر سنوات قد اصيبت بضرر ادبي بمعزل عن الضرر الادبي الذي اصاب أبا المجني عليها ومن حقها أن تطالب بهذا التعويض لنفسها)^(٨٤).

ومن الجدير بالذكر ان الضرر المرتد يختلف عن الضرر غير المباشر، فالضرر المرتد هو ضرر مباشر لوجود علاقة بين الفعل الضار والضرر الواقع وعلاقته السببية تلك تنهض حتى وأن تكونت من حلقات متعددة متلاحقة لأن تعدد الحلقات وتسلسل النتائج لا يمنع من توافر السببية المباشرة^(٨٥).

ونعتقد ان الضرر المرتد لا ينحصر في الاصابة المميته فقط وان قواعد العدالة توجب تعويض المتضررين بالتبعية من اصحاب الحقوق والمصالح المشروعة حتى في التبعية من أصحاب الحقوق والمصالح المشروعة حتى في الاصابة الجسدية غير المميته. بل أن الاصابة الاخيرة قد تكون في بعض الاحوال أشد الما وضرا على المضرور والغير من الاصابة المميته. هذا فوق أن

(٨٤) قرار رقم ٤٢٨ / تمييزية / ٩٧٤ في ١٤ / ٩ / ١٩٧٤ - النشرة القضائية - العدد الثالث - السنة الخامسة - ص ١١٩.

(٨٥) د. سليمان مرقس- دروس لقسم الدكتوراه- فقرة ٦٩ ص ١١٩.

على أن المادة (٣-٢) اتسمت بالصياغة الركيكة لوجود تكرار في العبارات وانه سببت اختلافاً وتبايناً في الآراء الفقهية في تفسير عبارة (وحرّموا من الاعالة). هذا فوق أن القرار ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ عاد فكرر النص على ما ذكرته المادة (٣-٢) سالفه الذكر ولا نعرف العلة من هذا التكرار.

ويذكر البعض^(٨٨)، خصائص للضرر المرتد وهي كونه (ضرر شخصي وله طابع مستقل) ويشير الى جملة من الشروط حتى يكون قابلاً للتعويض. علماً ان هناك فرقاً بين نوعين من الدعاوى وهما: الدعوى الشخصية التي يقيمها المتضرر شخصياً عما اصابه من اذى في جسده أو في ماله أو في شرفه واعتباره أو المسائل غير المالية. والدعوى الوراثية التي تقام من الورثة باعتبارهم ممثلين عن التركة وتقام في حالة مطالبة المتضرر شخصياً واتفاقه على التعويض قبل الوفاة أو لصدور حكم نهائي بالتعويض وفقاً لما أوضحتها المادة ٣/٢٠٥ من القانون المدني العراقي (٢٢٢) من القانون المدني المصري والمادة (٤٢٩) من المشروع العراقي^(٨٩). والفقرة (٣) من المادة (٢٦٧) متن القانون المدني الاردني.

الشرط الخامس: الا يكون الضرر قد سبق تعويضه

الاصل ان الغاية من التعويض هو جبر الضرر وليس اثناء المتضرر على حساب الفاعل أو انزال العقاب عليه لأن التعويض وظيفة محو الاذى أو التخفيف منه، ولهذا لا يجوز ان يحصل المتضرر على أكثر مما يلزم لجبر الضرر أو على تعويضين عن فعل ضار واحد، وهو مبدأ عام له مجالات اخرى كعدم جواز الحصول على الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض المحكوم به، حيث ذهب القضاء العراقي الى انه: (لايجوز تعدد التعويض عن نفس الواقعة)^(٩٠). كما لا يحكم بالفائدة القانونية على الغرامات التأخيرية (التعويض الاتفاقي) لأن الفائدة القانونية والغرامات التأخيرية هما تعويض عن الضرر ولا يمكن الحكم بنوعين من التعويض للدائن في وقت واحد لأنه جمع بين تعويضين^(٩١). كما ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر يخص الفعل

(٨٨) صبري حمد خاطر- الضرر المرتد في القانون العراقي والمقارن- مجلة العلوم القانونية- ١٩٨٩ - ص٢٢٧ وما بعدها.

(٨٩) انظر الانتقادات الواردة على نص المادة ٣/٢٠٥ في بحثنا الموسوم (ملاحظات في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ - التناسق الداخلي والتوافق الخارجي ١٩٩٠).

(٩٠) القرار ١٨٠ /س/ ١٩٦٩ في ٣/٧/١٩٧٠- مجموعة القضاة ابراهيم المشاهدي- قسم القانون المدني- ص٢٦٢.

(٩١) رقم القرار ٣٧٠/حقوقية/٦٨ في ٢٦/١٠/١٩٦٨- مجموعة القضاة ابراهيم المشاهدي- المرجع السابق- ص٢٦١.

الضرر المعنوي في كثير من الأحوال لا ينحصر على المضرور شخصياً وإنما يمتد ليشمل جميع الاسرة كالكذب بشرف شخص كقذف الزوج لزوجته ليلة زفافها بأنها ليست بكر^(٨٦). وهو ضرر مؤكد يوجب التفريق لأنه يمس شرف وكرامة الزوجة والاسرة معاً. وطبقاً لآراء الاساتذة (مازو وتنك) فان الضرر الجسدي الذي يلحق المتضرر شخصياً حتى وان لم يكن مميتاً يفسح المجال لغيره بالمطالبة عن الضرر المرتد. فالأب الذي يرفع الدعوى للمطالبة عن الضرر المعنوي الذي لحق به جراء وفاة الابن أو اصابته بالعاهة البدنية المستديمة هي دعوى صحيحة يستحق التعويض عن الاذى الذي اصابه شخصياً^(٨٧).

ويلاحظ ان الفقرة ٢ من المادة ٢٦٧ من القانون المدني الاردني لم تحدد درجة القرابة من المستحق للتعويض في لضرر المرتد ولم تنص على جواز التعويض الا حينما تكون الاصابة مميتة.

كما حصر المشرع العراقي في احكام المادة ٢/٢٠٥ من القانون المدني في تحديده للمستحقين للتعويض عن الضرر المعنوي المرتد على الازواج (والاقربين من الاسرة) وفي حالة وفاة المصاب فقط. وبمعنى لا يستحق الزوج وأفراد الاسرة التعويض عن الضرر المعنوي المرتد في حالة الاصابة غير المميتة حتى ولو بلغت نسبة العجز البدني للمضرور (١٠٠٪) وهو موقف ليس بسليم ولا يتصف بالعدل والعدالة.

ثم أن قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ و ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ حددا (في نطاق حوادث السيارات حسب فهمنا للقرارين) بشكل اكثر ضيقاً للمستحقين لهذا الضرر على نحو ما سنبينه.

والخلاصة، فإن الضرر المرتد لا ينصب على من يقع عليه الفعل الضار وإنما هو ضرر يرتد عن نتيجة ذلك الفعل فيصيب اشخاصاً آخرين. وهو أما أن يكون مادياً أو معنوياً. والضرر المادي المرتد هو حالة (الحرمان من الاعالة للورثة أو لغيرهم) حيث نصت المادة ٢٠٣ من القانون المدني العراقي عليه على النحو الاتي: "في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الاشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرّموا من الاعالة بسبب القتل أو الوفاة" ويقابلها في القانون المدني الاردني ما نصت عليه المادة ٢٧٤.

(٨٦) محمد أحمد عابدين- التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية-: دار المطبوعات - الاسكندرية.

(87) Mazeaud (H. L) et (Tunc)- Trit Theorique et prtique de la responsabilite civile- tome Premier 6 Ed. p. 397.

الضار الى مايلي: (ليس للوارث مطالبة شركة التأمين بالتعويض المادي اذا سبق له استيفاء التعويض من السائق الذي دهس مورثه ويجب الحكم للوارث بالتعويض الادبي ايضاً عن مورث مورثه (والده)^(٩٢). كما ذهب القضاء الاردني في العديد من القضايا الى الحكم بعدم جواز الجمع بين تعويضين.

وهذا يعني أن المتضرر لا يجوز أن يقبض التعويض بكلتا اليدين وأما له الحق في الحصول على التعويض بيد واحد ولمرة واحدة عن نفس الضرر الا اذا اختلف سبب الدعوى أو مصدر الضرر أو غايته^(٩٣).

ويتضح من هذا الشرط كذلك أنه لا يحق للمتضرر اضافة دعوى بالتعويض عن ذات الضرر أمام محكمة بداءة الرصافة بغداد مرة ثانية بعد أن حصل على قرار حكم اكتسب الدرجة القطعية من نفس المحكمة أو من محكمة أخرى. وقد توجهت محكمة التمييز الى هذا المبدأ وتؤكد في العديد من قراراتها، فلا يجوز للمضرور أن يطالب القضاء بالتعويض عن نفس الضرر المعنوي اذا تم تعويضه ودياً من المسؤول مباشرة لأن ذلك اثاراً على حساب المسؤول بدون وجه حق^(٩٤).

كما يلاحظ أن اقامة الدعوى الحادثة أو المستقلة بالتعويض أو تجزئة المطالبة بالتعويض ليس بتعويض ثان لأن المضرور قد يقيم الدعوى لغرض الرسم بمبلغ معين ويحتفظ بحق اقامة دعوى حادثة أو مستقلة، فإنه يعد جزءاً من التعويض الاصلي وليس تجزئة المطالبة بالتعويض حيث ذهبت محكمة التمييز في قرارها لها مايلي: (اذا دفع محدث الضرر تعويضاً أقل مما تستحقه المدعية فلها الرجوع على شركة التأمين بمقدار الفرق بين ما يقدره الخبراء لها من تعويض وما قبض من حدث الضرر)^(٩٥).

حكم الجمع بين تعويضين

المبدأ العام في نطاق المسؤولية المدنية عدم جواز الجمع بين عدة تعويضات عن نفس الضرر كما تقدم ولكن اذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار، جاز للمضرور أن يطالب أحدهم بكل التعويض لأن الفاعلين متضامنون بنص القانون ولهذا فان حصل على التعويض ليس له

(٩٢) رقم القرار ٢٧٨/٢م/٧٤ في ٧٥/٢/٢٤ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - المرجع السابق - ص ٢٧٩.

(٩٣) راجع نص المادة ٤٢١/٤ خامساً من مشروع القانون المدني العراقي.

(٩٤) أنظر قرار محكمة التمييز ٧١٥/ مدنية منقول / ٨٥ في ١٣/٥/١٩٨٥ غير منشور.

(٩٥) مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثالث - السنة ١٢ - ١٩٨٢ - ص ١٠٣.

مطالبة الآخرين بالتعويض لأنه يعد جمع بين تعويضين وأثراً بدون سبب على حساب المسؤولين. كما لا يحق للمتضرر الذي حصل على التعويض من المتسبوع مطالبة التابع بالتعويض عن ذات الضرر.

على أن السؤال الذي يثار هنا عن طبيعة المبلغ الذي يحصل عليه المتضرر من شركة التأمين فهل يعد تعويضاً أم هو مجرد تنفيذ الشركة لألتزامها عن الضرر الذي يلحق المتضرر؟ وما الحكم اذا كان المضرور قد أمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده وتحقق الخطر المؤمن منه (الوفاة) فهل أن للمتضرر أن يجمع بين (مبلغ التأمين) و (مبلغ التعويض)؟.

الحقيقة أن مبلغ التأمين ليس تعويضاً وانما هو تنفيذ للعقد المبرم مع شركة التأمين ولا علاقة له بمبلغ التعويض فاذا استحقه الورثة (المستفيدون) لوفاة المورث مع مبلغ التعويض الناتج عن قيام المسؤولية التقصيرية كجزءاً عن ذلك لا يشكل جمعاً بين تعويضين ما دام اساس كل مبلغ يختلف مصدره عن الآخر. فالاول مصدره العقد والثاني مصدره الفعل الضار. وفي هذا نصت المادة (٩٨٨) من القانون المدني العراقي ما يلي: " متى تحقق الخطر، أو حل أجل العقد، أصبح التعويض أو المبلغ المستحق بمقتضى عقد التأمين واجب الأداء".

وفي هذا السياق يذكر الاستاذ جوسران بأنه اذا تم دفع التعويض للمتضرر من قبل المؤمن أو الدولة، فإن الضرر يختفي وتصبح المسؤولية التقصيرية ليس لها أي اساس وبالتالي لايجوز للمتضرر أن يقبض بكلتا اليدين^(٩٦).

الا أن هذا الكلام اذا كان صحيحاً في فرنسا أو في البلاد التي تدفع تعويضات عالية الا أنه ليس بصحيح في الاردن والعراق لقلة مبلغ التعويض من الدولة أو شركة التأمين ولهذا نعتقد بجواز الجمع بين التعويض المقرر قانوناً على شركة التأمين كما في حوادث الدهس لوجود التأمين الالزامي من حوادث السيارات مع التعويض الذي يدفعه المسؤول عن الضرر للمتضرر مخالفين بذلك اتجاه محكمة التمييز الموقرة سالف الذكر.

(96) Louis Jossierand- Cours de droit- Tome 2- paris 1939 No. 444 P. 263 .

ولايد من الاشارة الى نص المادة ٢٦٥ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها: "اذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار. كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم".

٢- أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية

يذهب الكثير من شراح وفقهاء القانون المدني الى تقسيم الضرر على نوعين وهما: الضرر المادي والضرر المعنوي الا أن الاتجاه الحديث والصائب أن الضرر على ثلاثة أنواع وهي: الضرر الجسدي والضرر المالي والضرر المعنوي. ولغرض القاء الضوء على تلك الأنواع لا بد من الإشارة الى كل واحد من هذه الاضرار مع الوقوف على موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني.

النوع الأول: الضرر الجسدي Le Dommage Corporel

يراد بالضرر الجسدي الذي يصيب جسم الإنسان. وهذا الأذى اما أن يقع على حق الانسان في الحياة فيزهق الروح وتفارق البدن أو أن يقع على مبدأ التكامل الجسدي أو الحق في السلامة الجسمية ولا يزهق الروح. ذلك أن مبدأ التكامل الجسدي من الحقوق غير السياسية (الحقوق المدنية Droits Civils) وهي على نوعين: أما أن تكون حقوقاً عامة أو حقوقاً خاصة. فالحقوق العامة تثبت لكل أنسان لمجرد صفته الإنسانية فهي تولد معه وتظل لصيقة به وتستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة ويطلق عليها (حقوق الإنسان الأساسية) كحقه في المحافظة على سلامة صحته وجسده وصيانتته من الاعتداء الذي قد يقع من الغير وواجب السلامة من الشخص نفسه لأن جسم الإنسان ليس بشئ وهو يخرج عن دائرة التعامل المالي وأن للانسان الحق في سلامة الكيان الأدبي (السمعة والشرف والاعتبار)^(٩٧).

أما الحقوق الخاصة Droits Privés فهي الحقوق التي تقرها فروع القانون الخاص كالقانون المدني وهي أما أن تكون حقوقاً مالية (كالحقوق الشخصية والحقوق المعنوية والحقوق العينية) أو حقوقاً غير مالية كحقوق الاسرة من زواج ونسب وغيرها. ولقد أغفل القانون المدني الاردني والعراقي النص على مبدأ التكامل الجسدي وهو قصور تشريعي وقد حاول المشروع المدني في العراق أن يسده فجاء في المادة (٦٦) ما يشير الى حماية الكيان البدني: " يتمتع

الانسان بحقوق تلازم شخصيته كحقه في اسمه ولقبه وصورته وحرته وسلامة جسمه وشرفه وكرامته وسمعته وحفظ أسراره".

أن الأذى أو الضرر الذي يصيب جسم الانسان قد يكون مصدره الغير أو المتضرر نفسه وقد اختلف الحكم تبعاً لتباين القوانين وحسب نوع الضرر الجسدي. وعلى سبيل المثال أن من يشرع في الانتحار لا عقاب عليه أن كان مدنياً بينما يعاقب القانون العراقي (المادة ٤٠٨ عقوبات) بسجن من يحرص على الانتحار أو يساعد المنتحر ضعيف الإدراك بفعل السن أو العاهة في عقله. غير أن قانون العقوبات العسكري في العراق ١٣ لسنة ١٩٤٠ المعدل يعاقب على حالة الشروع في الانتحار من العسكري اذا كان بهدف التخلص من الخدمة العسكرية كما يعاقب على جريمة الحاق الأذى بالجسد بقطع اليد أو الأصبع أو عضو من الأعضاء.

أما الضرر الذي يقع على الجسم ومصدره الغير، فإن المشرع العراقي كفل حماية جسد الانسان من الضرر في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل حين خصص الكتاب الثالث للجرائم الواقعة على الاشخاص وبين القانون المدني أحكام التوقيض عن الفعل الضار الواقع على الجسد الانساني الماس بمعصومية البدن، كما نظم قانون العقوبات الاردني أحكام الجنايات والجرح الواقعة على الانسان في المواد (٣٢٦-٣٦٧).

الضرر الجسدي المميت

ان الاصابة الجسدية المميتة هي (ضرر ازهاق الروح) حيث يكون العمل غيرالمشروع الواقع من الغير واقفاً على تلك الروح وتتعطل جميع وظائف الجسد الانساني.

ولا شك أن هذا الضرر هو اعلى اشكاله وابلغها من حيث الأذى أو الخسارة لأنه عدوان على حق الانسان في الحياة وأن فقد هذا الحق هو شر المصائب لأن الحياة مصدر الطاقة والأمل أو هي كما يذكر الاستاذ الدكتور سليمان مرقس: " الحياة مصدر القوة للفرد في نشاطه المالي وغير المالي وأن فقدان هذا الحق يعتبر شر المصائب، لأنه فوق الألم الجسدي والنفسي الذي يصاحبه، يحرم الانسان كل متعة ويقضي على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته"^(٩٨).

ولهذا السبب دأبت الدول الى النص على هذا الحق في المبادئ الأساسية للدساتير فضلاً عن المواثيق العالمية كالأعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن لعام ١٩٤٨ التي نصت على هذا

(٩٨) الوافي في شرح القانون المدني-ج٢- في الالتزامات- مجلة ٢/ في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ط٥-١٩٨٨- ص١٧٢.

(٩٧) د. بدر جاسم البيقوب- أصول الالتزام في القانون المدني- ط١- ١٩٨١- ص١٢١-١٢٢.

يذهب الفقه المدني في جيوكوسلفاكيا الى أن مبدأ حرمة جسد الانسان له الاولوية على جميع المبادئ ولا يمكن الخروج عليه الا بناء على رضا المجني عليه الذي يقبل بالمخاطرة وفي حالات متعددة.

د. حسام الاهواني- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- ١٩٧٥- ص٣٢ هامش

الحق الى جانب الجزاءات الأخروية والعقابية على الفاعل، ذلك أن جميع الشرائع السماوية حظرت الاعتداء على الروح بأزهاقها لأنها من خلق الله سبحانه وتعالى والاعتداء عليها عدوان على حقوق الله.

ومن الاضرار الجسدية المميته ما تحصل على الجنين قبل ولادته او على الجنين المجدد حسب بعض القوانين في بعض الولايات الأمريكية، لوجود الروح، ومن هذه الاضرار ما تقع بخطأ عمدي كالخطأ الطبي الذي يقود الى الوفاة ويلحق به الخطأ الجسيم كحالة نسيان قطعة قطن أو آلة جراحية تسبب الوفاة ومنها ما تقع بفعل أهمال أو تقصير الفاعل أو غير ذلك.

الضرر الجسدي غير المميت (المساس بالتكامل الجسدي)

ان الاصابة الجسدية غير المميته لا تصيب الروح ولكن تمس البدن وتعطل بعض وظائفه الفلسلجية كالاذى الواقع على العين أو اليد أو الاصبع أو الساق أو الجلد بفعل الضرر أو الجرح أو العمل الطبي أو حادث سيارة أو غيره. وهذا الضرر أما أن يؤدي الى العجز الكلي الدائم^(٩٩) أو المؤقت أو الى العجز الجزئي الدائم او المؤقت حسب شدة أو جسامه الاصابة في الجسم.

والحقيقة أن الضرر الجسدي غير المميت قد يؤثر على الكسب المالي للمتضرر فيعدهم أو ينقصه اذا كان صاحب مهنة حرة أو موظفا وقد لا يؤثر بتاتا على الكسب المالي كما لو كان المتضرر صاحب مطعم والعجز البدني جزئيا وبقي يمارس ذات المهنة. كما نشير الى أن الضرر الجسدي غير المميت قد لا ينشأ عن الضرب أو الجرح أو الكسور وإنما لمجرد الأضرار بالصحة بسبب استنشاق الهواء الملوث الذي يسببه الغير حيث ذهبت محكمة التمييز^(١٠٠) الى الحكم بالتعويض للأشخاص الذين تضرروا صحيا من تلوث الهواء لقيام صاحب معمل مجاور للدور باستعمال اطارات السيارات كمادة مولده للطاقة الحرارية للمعمل المذكور مما يولد بأشغالها ادخنة وأتربة وهواء ملوث يضر بصحة الإنسان.

ولا يخفى أن هذا القرار له مساس بسلامة صحة وبدن الانسان من آثار التلوث التي تقع بفعل العمل غير المشروع الذي يسببه الغير ولهذا نعتقد بأن قواعد المسؤولية التقصيرية

(٩٩) أنظر ما نشرته جريدة الثورة يوم ٢١/١/١٩٩٠ حول قضية تعرض فتاة (٢٢ سنة) لضرر جسدي غير مميت وقدر نسبة العجز ١٠٠٪ لفقدان العين وتشويه الوجه والصدر والأطراف بفعل مادة حارقه رشقت بها وهو عجز كلي دائم لحصول العاهة البدنية المستديمة مما يلزم أن يكون التعويض أكبر من حالة العجز الكلي المؤقت أو العجز لجسامه الأذى الجسدي للفتاة.

(١٠٠) ما يلي- رقم قرار ٣٠٦/مدنية منقول/٨٧-١٩٨٨ في ١٠/١٠/١٩٨٧ (غير منشور).

ليست كلها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها^(١٠١). ذلك أن من الممكن تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية هنا قبل وقوع الفعل الضار بدفع التعويض مسبقا للمتضررين جراء قيام المدعى عليه (فاعل الضرر) بأستعمال النفط الاسود وحرق الاطارات لتشغيل معمل الطابوق.

يضاف الى ما تقدم أن المساس بالتكامل البدني بفعل الأصابة البدنية غير المميته ليس بالضرورة أن يقع على الجسم الطبيعي والأعضاء البشرية وإنما قد يقع الاذى على الاعضاء الصناعية للإنسان فاذا وقع الضرر عليها استحق المتضرر التعويض حسب مدى الضرر كالأذى الواقع على الأعضاء الصناعية للإنسان أو الضرر الواقع على النظارات او الاسنان الصناعية أو على العكازات أو غيرها.

ومن الاضرار الجسدية غير المميته الاصابات بالامراض السارية أو غيرها كانتقال حمى مالطا أو فايروس الكبد أو الايذر بخطأ طبي أثناء نقل الدم أو غيره. وكذلك حالة الاصابة بالأمراض الجنسية من سفلس أو زهري أو الضرر الناجم عن العجز الجنسي وهي أضرار تمس مبدأ التكامل الجسدي وهي قد تكون اصابة بدنية ينشأ عنها العجز الكلي أو العجز الجزئي حسب مدى الضرر وتأثيره على جسم المتضرر ويستحق الدائن التعويض اذا توافرت اركان المسؤولية التقصيرية.

وأيا كانت نوع الاصابة أو الضرر الجسدي، مميتا أو ليس بمميت، فان هذا الاذى ينشأ عنه نوعين من الضرر وهما الضرر المالي وعناصره ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب (المادة ٢٠٧ مدني عراقي)^(١٠٢) والضرر المعنوي^(١٠٣) وهي الآلام والحزن والتشويه الناجم عن الضرر الجسدي على نحو ما سنبينه فيما بعد.

(١٠١) نصت المادة ٣/٢٥٩ من القانون المدني العراقي على ما يلي " ٣- ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع".

ونشير كذلك الى ما نصت عليه المادة (٢٧٤) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته الامانة العامة لجامعة الدول العربية حيث جاء فيها ما يلي: " يقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار".

وأنظر ما نصت عليه المادة ٢٧٠ من القانون المدني الاردني.

(١٠٢) يقابلها المادة ٢٦٦ من القانون المدني الاردني.

(١٠٣) يقابلها المادة ٢٦٧ من القانون المدني الاردني.

النوع الثاني: الضرر المالي

فكرة الضرر المالي (المادي)

ينصب الضرر المالي على المال فيؤدي الى تلفه كلاً أو جزءاً الى نقص في قيمته أو الى تفويت منفعته. وهذا الضرر يقع على الذمة المالية للشخص فيدخل بالمصلحة المالية للمتضرر ومثاله اتلاف المحاصيل الزراعية أو غصب الارض أو كسر زجاج السيارة وغيرها، لأن الأذى المذكور يسبب للشخص خسارة مالية.

ومن الاضرار المادية المساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحق الانتفاع وحقوق المؤلف والمخترع فإذا لم يترتب على هذا المساس أنتقاص للمزايا المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها كان الضرر معنوياً، ومن قبيل الاضرار المالية كل مساس بصحة الانسان أو جسده اذا كان عليه خسارة مالية كنفقات العلاج والأدوية، كما أن المساس بحق الشخص في حريته أو حقه في العمل أو التنقل من الاضرار المالية التي يوجب القانون التعويض عنها بل حتى ولو كان المساس بمصلحة مشروعة يكفلها القانون بدعوى خاصة^(١٠٤). كالحالة المعالة من المتضرر فهي وأن لم تكن وارثاً الا أن مصلحتها تتضرر اذا أنقطعت أو نقصت نفقتها.

والضرر المادي قد يكون ضراراً أصلياً يصيب الخسارة في ذمته المالية حين يقع الاعتداء على حق من حقوقه المالية مثلاً وقد يقع الضرر المادي على مصلحة مالية بالتبعية ومن (الضرر المادي المرتد) الحرمان من الأعالء سواء أكان المعال من الورثة أم ليس منهم.

الضرر المادي في القانون المدني العراقي (الاتلاف والغصب)

أستقيت أحكام الضرر المالي في القانون المدني العراقي من الفقه الاسلامي وهي لا تخرج عن الاتلاف والغصب. فالاتلاف من ابرز صور العمل غير المشروع الواقع على المال وهو لا يشترط فيه الركن المعنوي في الخطأ (الادراك) ولا تستلزم فيه النية على نحو ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٩٠) من القانون المدني العراقي. غير أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة نصت على ان الاتلاف اذا حصل على المال باذن صاحبه، فان ركن التقصير ينتفي ويعتبر رب المال هو المتلف لماله. أن الاصل الذي يعود إليه فيما قرره المشرع العراقي من عدم اشتراط التمييز لقيام المسؤولية التقصيرية من الاتلاف هو ما ذهب اليه الفقه الاسلامي وهو ان (المباشر ضامن وان لم يتعد) حتى أن الفقهاء المسلمين ذكروا مثلاً انه لو انقلب النائم على

متاع غيره واتلفه وجب الضمان ولو ان طفلاً يوم ولد انقلب على مال انسان فاتلفه ضمن ما تلفه وكذا المجنون^(١٠٥). واساس ذلك (مباشرة الاتلاف) فلو كان الاتلاف تسبباً لما ضمن الطفل ولا المجنون لأتفاء التعدي ولهذا نصت المادة ١٩١ مدني عراقي ما يلي:

١- اذا اتلف صبي مميز أو غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله...".
اما أحكام الغصب في القانون المدني العراقي فقد تأثرت بما جاءت به قواعد الفقه الاسلامي والغصب اخذ مال متقوم محترم بلا اذن من له اذن على وجه يزيل يده بفعل في العين. وان غاصب الغاصب غاصب وزوائد المغصوب مغصوبة.

وايا كان العمل غير المشروع الواقع على المال، باتلافه أو الغصب، فان المشرع العراقي حدد في المادة ٢٠٧ من القانون المدني عناصر الضرر المادي وهما:

العنصر الاول: ما لحق المتضرر من ضرر وهو التلف الكلي أو الجزئي الواقع على المال وهو خسارة في الذمة المالية. أو ان الضرر كان في شكل (نقص في القيمة) كالسيارة التي تتعرض الى حادث اصطدام بفعل الغير تنقص قيمتها وقد تكون الخسارة في صورة تفويت المنفعة.

العنصر الثاني: ما فات على المتضرر من كسب فالسارق الذي يعتدي على سيارة تاكسي بسرقتها ويتعطل المتضرر عن العمل مدة شهر يفوته كسب ويمكن تقدير فوات الكسب على اساس معدل الاجر اليومي ثم يجمع لمدة فوات الكسب أو التعطل عن العمل.

لهذا، فان المادة (٢٠٧) سألفة الذكر نصت على هذين العنصرين على النحو الآتي:

١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. ٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الاجر".

أما عن موقف القضاء العراقي فقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه " اذا قامت أمانة العاصمة باتلاف مزروعات المدعي دون حق عند قيامها بفتح شارع فتلتزم بالتعويض عن ذلك ولو كانت الارض اميرية زرعها المدعي تجاوزاً لأن الزرع لمن زرع"^(١٠٦).

وفي قرار آخر جاء فيه: "اذا تسبب عن احداث البلدية بالوعدة في الشارع العام ضرر بإحدى

(١٠٥) نصت المادة (٩١٦) من مجلة الاحكام العدلية ما يلي: "اذا اتلف حي مال غيره فليزمه الضمان من ماله، فإن لم يكن له مال ينظر الى حال يساره ولا يضمن وليه".

(١٠٦) رقم القرار ٩٧٦/١م/٥٣ في ٩٧٦/٣/٣ مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي-القسم المدني- ص٢٨٤.

(١٠٤) د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢ في الالتزامات- ص١٣٧-١٣٨.

الدور المنخفضة عن مستوى الشارع فلا تسأل البلدية عن ذلك إلا إذا كانت متعدية"^(١٠٧).
كما جاء في قرار آخر ما يلي: " يستحق المدعي التعويض عن فوات المنفعة للمدة اللازمة
لأصلاح الارار التي سببها المدعي عليه في الدار"^(١٠٨).

الضرر المادي في القانون المدني الاردني

خصص المشرع الاردني لأتلاف المال (المواد من ٢٧٥-٢٧٨) كما نص على الغصب
والتعدي في المواد من (٢٧٩-٢٨٧). وهذا الاحكام مأخوذة عن الفقه الاسلامي. وقد بين
المشرع الاردني حالتي الاتلاف الكلي والاتلاف الجزئي. وقد ذهبت محكمة التمييز الاردنية
الى بيان المقصود بنقصان القيمة في حالة الاتلاف الجزئي والتمييز بين حالتي النقصان
الفاحش والنقصان اليسير^(١٠٩). كما ذهبت محكمة التمييز في مجال الغصب الى وجوب رد
المغصوب بالحالة التي كان عليها عند الغصب^(١١٠).

وان الغصب هو ازالة يد المالك عن ماله المتقدم على سبيل المجاهرة والمغالبة^(١١١).

النوع الثالث، الضرر المعنوي LE DOMMAGE MORAL

التعريف بمفهوم الضرر المعنوي

لاشك أن الضرر هو الركن الاساس لقيام المسؤولية المدنية فلا مسؤولية حيث لا ضرر اي
كان نوع المسؤولية المدنية وايا كان شكل الضرر فيستحق المتضرر التعويض كجزء عام لقيام
المسؤولية المدنية اذا توافرت اركانها والمقصود بالضرر المعنوي هو الاذى الذي لا يصيب
الشخص في ماله وانما يقع على مصلحة غير ماله فيذهب الاستاذ السنهوري الى القول بأن
الضرر الادبي يمكن ارجاعه الى الحالات التالية^(١١٢):

١- ضرر ادبي يصيب الجسم كالآلام الناجمة عن الجرح والتشويه الذي يتركه الفعل الضار في
جسم المتضرر.

(١٠٧) رقم القرار ١٣١/٤م/٩٧٦ في ٩٧٦/١٢/٢٥ في مجموعة القضاة ابراهيم المشاهدي- القسم
المدني- ص٢٨٩.

(١٠٨) رقم القرار ٧٢/هيئة عامة/٨٥-٨٦ في ١٧/١١/١٩٨٥ مجموعة القضاة ابراهيم المشاهدي- ص٣٢٠.

(١٠٩) مجلة نقابة المحامين- ١٩٨٤ (تميز حقوق ٢١/١٢/٩٨٣).

(١١٠) مجلة نقابة المحامين(قضية رقم ٧١٧/٨٤) ص٤٣٠.

(١١١) مجلة نقابة المحامين- س ٣٧- ١٩٨٩- ص٢٤١٥.

(١١٢) الوسيط في شرح القانون المدني- ص٨٦٤- ٨٦٥.

وأنظر: الدكتور محمد أبراهيم دسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر- ص٤٦٤- ١٦٥.

الدكتور سليمان مرقس:- المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية- القسم الأول- ص١٢٧ وما بعدها.

٢- ضرر ادبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب وهتك العرض وايداء
بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة.

٣- ضرر ادبي يصيب الشخص بالعاطفة والشعور والحنان ويلحق بها الاعمال التي تصيب
الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الادبي لأن الاخلال باقامة الشعائر الدينية ضار
ادبيا والى هذا ذهبت محكمة استئناف مصر الوطنية^(١١٣).

٤- ضرر ادبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له كالدخول في ارض الغير
رغم معارضة المالك. الا انه ينبغي ان يكون الضرر المعنوي ضرراً محققاً غير احتمالي.

ويعتبر من قبيل الاضرار المعنوية ايضاً كل ما يمس شرف الشخص أو سمعته أو حرته أو
شعوره أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي أو أعتباره المالي كما يشمل الضرر المعنوي كذلك ما
يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز
عليه أو عجزه الدائم وليس هذا الا على سبيل المثال لا الحصر، ولا بد من توافر الشروط التي
سبق أن تعرضنا لها حتى يكون الضرر المعنوي قابلاً للتعويض.

الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي

لم يغفل الفقه الاسلامي فكرة الضرر المعنوي الذي يتمثل في اصابة مشاعر وعواطف
الانسان بالآلام أو الحزن، الا انهم لم يفرقوا الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية عن الضرر
المعنوي الناشئ عن الفعل الضار لأنهم لا يميزون بين هذين النوعين من انواع المسؤولية المدنية
على نحو ما عرفته التشريعات المدنية الوضعية. ولقد حرص الفقهاء المسلمون على جبر الضرر
مهما كان نوعه وايا كان مصدره مستندين على القواعد الكلية منها: (لا ضرر ولا ضرار)
وهو حديث نبوي شريف رواه الامام مالك في (الموطأ) والذي يعد اساساً لمنع العمل غير
المشروع ووجوب تعويضه وكذلك الى قاعدة (الضرر يزال شرعاً) أي يجب ازالته^(١١٤).

فالاحناف مثلاً يقررون مبدأً مهماً في هذا الميدان هو تعويض الضرر بصورة مطلقة،

(١١٣) لاحظ قانون العقوبات الاردني (المواد من ٣٤٦-٣٦٧) حيث نص على الجرائم الواقعة على الحرية
والشرف كحرمان الشخص من الحرية وخرق حرمة المنزل والتهديد واقشاء الاسرار والذم والقذح و
التحقير.

(١١٤) مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دمشق ١٩٦٨ ص٩٧٨. ويرى الدكتور محمد وحيد الدين سوار
ان الضرر الادبي في الشريعة الاسلامية لا يعتبر ضرراً لأنه غير متقوم فلو شتم انسان آخر لا يكون لهذا
الاخير حق في طلب تعويض من الشاتم وان كان له الحق في طلب معاقبته. الاستاذ الدكتور محمد وحيد
الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، ط٢ الجزائر ٩٧٩، ص٢٢.

والقاعدة أن المطلق يجري على إطلاقه مالم يقدّم دليل على تغييره حيث جاء في (بدائع الصنائع) ما يلي:

".... وأما سائر جراح البدن إذا برأت وبقي لها اثر ففيها حكومة العدل والتعويض هنا عن الشئ وتفويت الجمال"^(١١٥).

لذلك، فإن الضرر النفسي المتولد عن الجرح يتمثل في الشعور بالحسرة على فوات الجمال أو الزينة أو ما يسببه من قبح عند المتضرر يولد الآلام والشعور بالحزن وهو لا بد من تعويضه لأنه يمثل ضرراً مستقلاً معنوياً.

كما ذهب الامام الشافعي الى تقرير مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في مجال الاضرار الجسيمة كالضرب والجروح التي تسبب عاهات مستديمة والآلام الناشئة عنها تظل في نفس المتضرر^(١١٦). والى هذا اتجه المالكية.

يتضح من ذلك أن الضرر المعنوي عند الفقهاء المسلمين يقتصر بالعمل غير المشروع وأن تعويضه يكون بتقدير (حكومة العدل) أي تبعاً للسلطة التقديرية للقاضي ولم نعثر على واقعة يقرر فيها الفقهاء المسلمين التعويض عن الضرر المعنوي في دائرة التصرفات الشرعية.

الا أن هذا لا يعني بأن فقهاء الشريعة الاسلامية لا يجيزون تعويض الضرر المعنوي في نطاق التصرفات الشرعية الارادية لأن القواعد العامة الكلية وأدلة الأحكام الشرعية المتعلقة بجبر الضرر وأزالته تسمح بتعويض الضرر المعنوي بصورة مطلقة سواء في نطاق الفعل الضار أم في مجال الالتزامات الشرعية (المعاملات).

كما نضيف بأننا لم نعثر على نص أو حديث شريف أو قاعدة كلية تحرم تعويض الضرر المعنوي في المعاملات المالية وأن كانت التطبيقات المتوفرة والواضحة للضرر المعنوي وتعويضه في نطاق العمل غير المشروع الواقع على النفس والجسد. وهنا لا نؤيد ما ذهب اليه الأستاذ المرحوم منير القاضي الذي يرى بأن الشريعة الاسلامية لا ترتب تعويضاً الا على الأضرار المادية فثلّم السمعة والظعن بالعرض والشرف ونحو ذلك لا تستوجب العقاب من اقامة الحد أو عقوبة التعزيز التي يقيمها القاضي وأن التعويض عنه إنما يقرره القاضي للمضور^(١١٧).

الضرر المعنوي في القوانين المدنية الوضعية

يذهب البعض الى القول بأن القانون السوفيتي لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي^(١١٨). مستنداً بذلك على ما يراه بعض الفقهاء السوفيت من أن الضرر أما أن يكون مادياً أو غير مادي والى أن قواعد القانون المدني الاشتراكي تقرر التعويض عن الضرر المادي فقطن أي الضرر الذي يمكن ان يقدر في صورة نقدية^(١١٩).

ولدى الرجوع الى النصوص القانونية المدنية أتضح لنا أن التشريع السوفيتي يجيز التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الشخص الطبيعي والمعنوي رغم وجود الاختلافات الفقهية بين الفقهاء السوفيت حول ذلك الا أن التعويض عن الضرر المعنوي جائز عدا التعويض النقدي الذي لا يجذب منهم فقد يحصل التعويض عن الضرر المعنوي في صورة اعتذار ينشر في صحيفة أو أمام المحكمة أو في شكل تعويض غير نقدي كاعطاء المتضرر جهاز تلفزيون أو الحكم بترويح نفس المتضرر في سفرة ترفيهية^(١٢٠).

أما القانون المدني المصري فقد عالج الضرر المعنوي في المادة (٢٢٢) وضمن آثار الالتزام حيث جاء فيها ما يلي:

"١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.

٢- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للزوج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

ولدى رجوعنا الى أصل النص والمناقشات التي دارت بشأنه في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري فقد وجدنا أيضاً في مذكرة المشروع التمهيدي الاشارة الى الاعتداد بالضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية على الرغم من أن

(١١٨) الدكتور سعدون العامري- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- بغداد- ١٩٨١ - ص٧٤- هامش رقم ١٢٥.

(١١٩) زاغورود نيكوف سمولبار تشرنك- بوروفيكوف- نبذة موجزة عن قانون العمل والقانونين المدني والجنائي في البلدان الاشتراكية- دار التقدم- موسكو- ١٧٩.

(120) Fundamentals of Civil Legislation U S. S. R. and the Union Republic First Printing.

Moscov 1968- Art. 7.

مالين: القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي- دار التقدم- موسكو - ١٩٨٨ - ص١١٤-١١٧.

(١١٥) بدائع الصنائع للكسائي، ج١٠ القاهرة بدون سنة نشر ٤٨٠٥-٤٨٠٦.

(١١٦) الامام الشافعي- الأم-ج٦- ط٢- بيروت- ١٩٧٣- ص٨٤.

- د. ابو المعاطي ابو الفتوح- النظام الاسلامي- القاهرة- ١٩٧٦- ص٤٤٧.

(١١٧) منير القاضي- ملتقى البحرين- المجلد الاول- مطبعة العاني- بغداد- ٩٥١- ص٣١٧.

تصور الضرر الادبي أيسر في نطاق المسؤولية التقصيرية منه في مجال المسؤولية العقدية^(١٢١). ويلاحظ على النص سالف الذكر أنه حصر الحق في التعويض عن الضرر المعنوي لغير المصاب في حالة الضرر الجسدي المميت بينما لا يستحق غير المصاب أي تعويض عن الضرر المعنوي مهما كانت جسامته الاصابة إذا كانت الاصابة غير مميتة وهو ما لا تقره قواعد العدالة إذ قد تكون الالام والمعاناة والحزن التي يكايدها أقارب وزوج المتضرر بفعل الاصابة غير المميتة أكثر من الضرر المعنوي الذي سيلحق بهم لو كانت الاصابة مميتة كما لو ادت الى العجز الكلي أو التشوية الشديد أو غيرها.

الضرر المعنوي في القانون العراقي

لغرض التعرف بأختصار على أحكام الضرر المعنوي في القانون العراقي لا بد من الإشارة الى موقف القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ٩٥١ ولقرار مجلس قيادة الثورة رقم (٨١٥) لسنة ٩٨٢ وتعديله ١٠٦ لسنة ٩٨٥ ثم لمشروع القانون المدني العراقي وأخيراً لأتجاهات القضاء العراقي منه.

الضرر المعنوي في القانون المدني العراقي

تبني المشرع العراقي مبدأ ازدواج المسؤولية المدنية حيث تكلم عن المسؤولية التعاقدية واطلق عليه تسمية (ضمان العقد) في المواد من (١٦٨-١٧٦) كما نص على العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية) في المواد من (١٨٦-٢٣٢). ولدى الرجوع الى النصوص المخصصة للمسؤولية العقدية لم نجد نصاً يجيز التعويض عن الضرر المعنوي وهو نقص في التشريع المدني من أهم اسبابه هو نهج المشرع في تبنيه لفكرة الازدواج في المسؤولية المدنية وإيمان لجنة الاعداد آنذاك بأن المجال الطبيعي للضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية.

لقد نص المشرع العراقي على الضرر المعنوي ضمن النصوص القانونية الخاصة بالفعل الضار (المسؤولية عن العمل المستحق للتعويض) حيث نصت المادة (٢٠٥) ما يلي:

"١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في أعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض.

(١٢١) وراجع اقتراحات الاستاذ الجليل السنهوري ايضا في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- بدون سنة نشر- ص٥٦٧.

٢- ويجوز ان يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

٣- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي".

وقبل أن نبين ملاحظتنا على النص سالف الذكر، لا بد من القول أن مجلة الأحكام العدلية كانت هي النافذة في العراق قبل نفاذ القانون المدني العراقي في ١٩٥٣/٩/٨ وقد خلت من أي نص عن تعويض الضرر المعنوي بوجه عام. الا أن قانون الضمانات رقم ٥٤ لسنة ٩٤٣ تضمن في المادة (٣) منه جواز تعويض الضرر المعنوي اذ جاء فيها ما يلي:

"يحكم بالضمان عن الاضرار الادبية التي تلحق بالشخص بسبب الاخلال بأعتباره المالي أو بسمعته أو بشرفه أو بمركزه الاجتماعي"^(١٢٢).

ان هذا النص يعبر عن موقف صريح في جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي للمتضرر، غير أنها جاءت ناقصة لأنها لم تحدد أصحاب الحق في التعويض على نحو ما أفصحت عنه المادة (٢٠٥) من القانون المدني.

أما بعض الملاحظات التي يمكن ايرادها على نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني فهي: أولاً: لم تحدد الفقرة (٢) مفهوم (الأقربين من الاسرة) مما أوقع القضاء والفقهاء في العراق في اجتهادات وتباين في الاحكام والآراء لتحديد ذلك.

ثانياً: حصرت المادة التعويض لغير المصاب بالاصابات المميتة فقط وهو اتجاه غير عادل لأن الاصابة غير المميتة قد ينشأ عنها للمصاب وللغير اضرار معنوية لا تقل عن الاصابة الأولى.

ثالثاً: الفقرة الثالثة نصت على التعويض الذي ينتقل من المورث الى الورثة بموجب (الدعوى الوراثية) اذا حصل اتفاق بين المضرور وفاعل الضرر صدر حكم نهائي وهو غير عادل لأنه بضر بمصلحة المتضررين ولأن أحكام المحاكم لا يمكن أن تصدر فاصلة للنزاع في وقت قصير.

بناءً عليه، فإن اتجاه المشرع المصري (٢٢٢م) هو الافضل حين قرر انتقال الحق في التعويض الى الغير اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء. والفارق كبير بين (صدور الحكم) و (المطالبة بالتعويض).

(١٢٢) د. عبدالرزاق عبدالوهاب- تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري- ١٩٦٩- ص٢٢- ٢٣.

قرار مجلس قيادة الثورة (المقبور) رقم ٨١٥ لسنة ٩٨٢ وتعديله رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥
نص قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨١٥ الصادر في ٢٠/٦/٩٨٢ المنشور في الجريدة
الرسمية على ما يلي (١٢٣):

"٢- أ- لا يستحق التعويض عن الضرر الأدبي الا زوج المتوفي وأقاربه من الدرجتين
الأولى والثانية الذين اصيبوا بالآلام حقيقية وعميقة.

ب- لا يستحق التعويض عن الضرر المادي في حالة الوفاة الا من حرم من الاعالة وان لم
يكن وارثا ويشترط ثبوت الاعالة الفعلية بدليل رسمي مصدق من المجلس البلدي أو الوحدة
الأدارية".

الا أن القرار المذكور عدل في ١١/٢/٩٨٥ بقرار رقم ١٠٦ الذي جاء فيه ما يلي: "١-
لا يستحق التعويض عن الضرر الأدبي الا زوج المتوفي واقاربه من الدرجة الأولى الذين اصيبوا
بالآلام حقيقية وعميقة" (١٢٤).

والسؤال الذي يطرح هنا: هل أن القرار ٨١٥ يعدل الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ مدني؟ أم
أن القرار يخص حوادث السيارات فقط وقانون التأمين الالزامي رقم ٥٢ لسنة ٩٨٠؟

للإجابة عن ذلك، نقول أن القرار رقم ٨١٥ والقرار ١٠٦ يخصان حوادث السيارات وتطبيق
قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ٩٨٠ ولا علاقة لهما بأحكام المادة
(٢٠٥) من القانون المدني. أما اتجاه القضاء العراقي وفي المقدمة منه محكمة التمييز الموقرة
القاضي باعتبار القرارين يعدلان المادة (٢٠٥) مدني فهو غير مقبول. كما لا نتفق مع الاتجاه
القضائي القاضي بالحكم بالتعويض عن الضرر المرتد جراء وفاة المصاب بالصعقة الكهربائية
لدرجة الأولى فقط تنفيذاً لأحكام القرار ١٠٦ لسنة ١٩٨٥.

صحيح أن التشريعات المدنية الحديثة تحاول قصر حق التعويض عن الضرر المعنوي على
اقارب المصاب دون محبيه من اصدقائه ومعارفه كما أن بعض التشريعات تقصر الحق على
حالة الاصابة الجسدية المميته فقط بالنسبة للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي المرتد.

(١٢٣) الوقائع العراقية- العدد ٢٨٩١ في ٥/٧/٩٨٢.

(١٢٤) وأنظر شرح القرار المذكور من الدكتور غازي عبدالرحمن ناجي: في تحديد المستحقين للتعويض من
الضرر الادبي بسبب الوفاة- مركز البحوث القانونية- بغداد- ١٩٨٤.

١- الوقائع العراقية- العدد ٢٨٩١ في ٥/٧/٩٨٢.

الا أن البعض من القوانين المدنية تحيز التعويض عن الضرر المرتد في الاصابة الجسدية
المميته وغير المميته، ونشير بهذه المناسبة أن افساح المجال لأقرباء المتضرر ومحبيه ومعارفه
وفتح الباب على مصراعيه لهؤلاء ليس عادلا وسيهق كاهل محدث الضرر لوجود سلسلة
طويلة من المطالبين بالتعويض.

ومن الممكن ايراد بعض أهم الملاحظات حول القرار رقم ٨١٥ وتعديله (قرار رقم ١٠٦ لسنة
٩٨٥) الذي جاء مناسبة تحديد المستحقين للتعويض عن الضرر الادبي بسبب الوفاة هي:

الملاحظة الأولى: أن مجال تطبيق القرار بشأن تحديد المستحقين عن الضرر الادبي الناجم عن
الاصابة المميته فقط. وهو عيب في القرار ولا يمكن قبوله لأن حصر التعويض
لغير المصاب بالاصابة البدنية المميته لا يحقق العدالة. أذ سبق أن بينا أن
الاصابة قد تؤدي الى عجز جزئي أو كلي دائم بنسبة ١٠٠٪ كالشلل لوجود
الاصابة الشديدة في العمود الفقري أو تلف الدماغ أو تشويه كبير في الجسد.

اليس هذا من الاضرار البليغة للمصاب ولغيره؟ فكيف يحجب المشرع الحق في التعويض
للزوج أو عن أقارب المصاب الى الدرجة الثانية في الاقل؟

الملاحظة الثانية: أن الفقرة (ب) من البند الثاني من قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨١٥ لم
تأت بجديد وأما جاءت مكررة لنص المادة (٢٠٣) مدني عراقي) التي تخص حالة
الحرمان من الاعالة وهو (الضرر المادي المرتد).

ولا يخفي أن مثل هذا التكرار لا معنى له أمام وجود نص المادة ٢٠٣ مدني عراقي التي
تعرضت للانتقاد في صياغتها الشكلية لوجود التكرار في العبارات.

الملاحظة الثالثة: لانتفق مع المشرع العراقي فيما أورده بالقرار ١٠٦ لسنة ٩٨٥ يحصر
التعويض عن الضرر الادبي الى الدرجة الاولى لأنه ينافي قواعد العدالة وأما ما
تدعيه شركة التأمين العراقية من وجود خساره كبيرة لدفعها التعويضات الكثيرة
للمتضررين فلا يبرر قلة مبالغ التعويضات المقدره من اللجان القضائية في
الشركة التأمين ولا حصر التعويض بالأقارب من الدرجة الأولى.

موقف القضاء العراقي

لم ينص القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على حالة تعويض الغير عن الضرر المعنوي في
حالة العجز الدائم للمصاب وهو عيب في التشريع وقد ذهب القضاء العراقي الى تأكيد ذلك
ففي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى ما يلي: " اذا لم يمت المصاب فلا يحكم لوالده

بتعويض أدبي عن إصابة ولده^(١٢٥). والى أنه: " لا يحق للغير المطالبة بالتعويض الادبي الا في حالة موت المصاب"^(١٢٦).

ولما كانت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) من القانون المدني لم تحدد درجة القرابة من المستحقين للتعويض عن الضرر المعنوي الأمر الذي أوقع القضاء العراقي في حيرة ففي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى أنه: " يستحق التعويض عن الضرر الادبي اقرباء المتوفي حتى الدرجة الرابعة"^(١٢٧).

وفي قضية اخرى ذهبت فيها الى ما يلي: " تستحق الجدة التعويض الادبي عن دعس حفيدها ووفاته لأنها من المشمولين بتعبير (الأقربين من الاسرة) الوارد في المادة ٢٠٥ من القانون المدني"^(١٢٨).

بينما ذهبت في قضية اخرى الى ما يلي: " أم الزوجة تستحق تعويضا أدبيا عن موت زوج أبنيتها"^(١٢٩).

كما وجد قرارات متعددة تحصر حق التعويض عن الضرر المعنوي للمستحقين بسبب الوفاة الى الدرجة الثانية من القرابة^(١٣٠).

ولم تستقر اتجاهات القضاء العراقي على رأي واضح وموحد من فكرة اعتماد الاعتبارات الخارجية عن الضرر والمؤثرة في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي ففي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى ما يلي:

" أن الضرر المادي والادبي يقدر من الخبراء بما يناسب مركز المتضرر الاجتماعي"^(١٣١). بينما تذهب في قرار آخر الى أن: " التعويض الادبي هو الحزن واللوعة اي ينتفي فيه المركز الاجتماعي أو الاقتصادي لأي شخص فهو تعويض عن لوعة وعاطفة قد يتساوى فيه الناس

كافة وعليه فلا ينبغي أن يكون هناك تفاوت ملحوظ في التعويض الادبي بين شخص...."^(١٣٢). وفي قرار آخر: " أن عاطفة الامومة لا تقاس بالمركز الاجتماعي عند الحكم بالتعويض الادبي وفقا لتقرير الخبراء"^(١٣٣).

كما يلاحظ استقرار الرأي في القضاء العراقي من خلال العديد من القرارات على تعويض الضرر المعنوي المرتد على الصغير غير المميز والصغير المميز لأنهما يفقها معنى الألم والحزن واللوعة والحرمان وعاطفة الامومة أو الأبوة^(١٣٤). الا ان ما يلاحظ بهذا الخصوص عدم الاستقرار من القضاء الموقر من هذه المسألة فوق أن المعيار الذي يحدد جواز أو عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي لعديم التمييز ومن في حكمه غير واضح.

ففي قرار ذهبت فيه محكمة التمييز الموقرة الى ما يلي: " الطفل الذي يشعر بالألم بسبب دعس أخته ووفاتها يستحق التعويض عن الوفاة دون أخيه الذي لا يشعر بذلك بسبب صغر سنه ويعود تقدير هذا الامر الى الخبير مع الاخذ بنظر الاعتبار أن سن التمييز هو تمام السابعة من العمر"^(١٣٥). كما ذهبت محكمة التمييز الى: "أن تقدير التعويض عن الضرر الادبي لا علاقة له بالقوة الكسبية للمجنى عليه"^(١٣٦). وفي قرار آخر: " يستحق الاحفاد تعويضا ادبيا بسبب موت جدتهم المدعوسة وذلك بصفتهم الشخصية لا باعتبارهم ورثة والدعم المتوفي بعد جدتهم لأب ولا تستحق زوجة ابن المدعوسة تعويضا ادبيا لكون المدعوسة ليست من اقاربها ولأن التعويض الادبي لا ينتقل الى الغير"^(١٣٧). وفي قرار آخر "لا يحكم للصبى غير المميز بتعويض أدبي لعدم ادراكه ما هية المصيبة وعدم شعوره بالألم والحزن بسببها"^(١٣٨). بينما ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر الى ما يلي:

(١٣٢) قرار رقم ٩٧٥/١م/٦ في ٩٧٥/٤/٢٤ مجموعة الاحكام العدلية- العدد الثاني- ١٩٧٥.

(١٣٣) انظر على سبيل المثال القرارات التالية (غير منشورة):

قرار رقم ٩٨٥/ج/١٩٤ في ٩٨٥/١٢/٣١ محكمة جنابات نينوى.

قرار رقم ٩٨٥/ج/٣٨٢ في ٩٨٥/٩/٧ محكمة جنابات نينوى.

قرار رقم ٩٨٤/إدارة/١٢٣٤ في ٩٨٤/١٢/١١ المحكمة الادارية- بغداد.

قرار رقم ٩٨٥/ج/٣٧٧ في ٩٨٥/١/٢٠ محكمة جنابات نينوى.

قرار رقم ٩٨٥/ج/٢٣٤ في ٩٨٥/١٢/٢١ محكمة جنابات نينوى.

(١٣٤) رقم قرار ٨٠٣/مدنية أولى/١٩٧٨ في ١٩٧٩/٩/١٦.

(١٣٥) رقم قرار ٧٠٨/١م/٩٧٧ في ١٩٧٨/١/٣١ مجموعة القاضي أبراهيم المشاهدي- ص ٢٩٢.

(١٣٦) رقم القرار ٦٤١/١م/٩٧٧ في ١٩٧٨/٥/٣ مجموعة القاضي أبراهيم المشاهدي- ص ٢٩٣.

(١٣٧) رقم القرار ١٠٦٠/١م/٩٧٩ في ١٩٧٩/١٠/٢١ مجموعة القاضي أبراهيم المشاهدي- ص ٢٩٨.

(١٣٨) رقم القرار ٦٧/١م/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٥/٢٦ مجموعة القاضي أبراهيم المشاهدي- ص ٣٠٣.

(١٢٥) رقم القرار ٩٨ /١١١٠/مدنية أولى/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٢٢- مجموعة الأحكام العدلية- العدد ٢- ٩٧٩-ص ٣٦.

(١٢٦) رقم القرار ٦٦٤/٤م/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٢/١٦ مجموعة الاحكام العدلية- العدد ١- ١٩٨٠- ص ١٥.

(١٢٧) رقم القرار ١٧٧/مدنية أولة / ١٩٨٠ في ٩٨٠/٨/٣٠ مجموعة الاحكام العدلية-العدد ٣-٩٨٠- ص ١٥.

رقم القرار ٤٧٢/١م/٩٨١ مجموعة الاحكام العدلية -العدد الأول - السنة ١٢-١٩٨١- ص ٢٢.

(١٢٨) رقم القرار ١٤٠٤ /إدارية/ ٩٨١ في ١٩٨١/١٢/٣٠ مجموعة الاحكام العدلية -٩٨١- ص ٢٣.

(١٢٩) قرار رقم ٤٠٢/١م/٩٧٥ مجموعة الاحكام العدلية- ١٩٧٥- ص ٣٣.

(١٣٠) قرار رقم ٣٢٦/حقوقية ثالثة/ ٩٧٠ في ٩٧٠/٥/١٢ النشره القضائية- ١٩٧٠.

(١٣١) رقم القرار ٣٨٦٧/إدارية ثالثة/ ٩٨٢ في ٩٨٢/٦/٢٦ (غير منشور).

"تستحق ابنة المتوفي دعساً تعويضاً ادبياً ولو كان عمرها سنة واحدة لأن حزن الصغير اشد ووجع لحرمانها من الاب ومعاناتها من ذل اليتيم".

الضرر المعنوي في القانون المدني الاردني

لم ينص المشرع الاردني على الضرر المعنوي ضمن آثار الحق وانما نهج نفس مسلك القانون المدني العراقي حين نص على هذا النوع من انواع الضرر في المادة ٢٦٧ وضمن احكام الفعل الضار. وقد ترتب على هذا ان الانتقادات التي وردت على القانون المدني العراقي في هذا الخصوص لم يتخلص منها القانون المدني الاردني.

فالمادة ٢٦٧ نصت على مايلي: "١- يتناول حق الضمان الضرر الادبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان. ٢- ويجوز ان يقضي بالضمان للزوج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب. ٣- ولا ينتقل الضمان عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي".

ومن البديهي ان التعويض عن الضرر المعنوي يقدر جملة واحدة وفقاً للاعتبارات المتعددة الخارجة عن الضرر منها خاصة بالفاعل ومنها تخص المتضرر على نحو ما سنبينه. الا ان ما يهمنا هنا بيان بعض أهم الملاحظات على القانون المدني الاردني بشأن تنظيمه لاحكام الضرر المعنوي وذلك على النحو الآتي:

١- ان القانون المدني الاردني تبني التقسيم المتقدم للمسؤولية المدنية وما يترتب عن ذلك من فهم خاطيء من ان القانون الروماني كان يجيز التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق العمل الضار ولا يجيزه في نطاق المسؤولية العقدية. ولهذا لم نعثر على نص في القانون المدني الاردني يجيز فيه التعويض عن الضرر المعنوي في مجال المسؤولية العقدية حيث هناك العديد من الحالات التي يمكن ان نتصور فيها حصول هذا الضرر.

٢- لم يحدد نص المادة (٢/٢٦٧) مفهوم (الأقربين من الاسرة) ولم يحدد درجة القرابة المستحقة للتعويض.

٣- حصرت المادة الحق في التعويض عن الضرر المعنوي لغير المصاب في حالة الاصابة الجسدية المميته وهو عيب جوهري في القانون. لأن الضرر المعنوي المرتد في الاصابة الجسدية غير المميته لا يقل في مده عن الضرر المعنوي المرتد في حالة الاصابة المميته.

٤- ان الفقرة الثالثة من المادة (٢٦٧) نصت على التعويض الذي ينتقل من المورث الى الورثة

بموجب الدعوى الوراثية اذا حصل اتفاق بين المضرور وفاعل الضرر او صدر حكم نهائي وهو اتجاه غير سليم اذ تكفي المطالبة القضائية.

موقف القضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز في القضية المرقمة (تميز حقوق ٨١/٢٤٧) الى مايلي: (بما ان الزوجة المسيحية التي طلقت قد حرمت بعد الطلاق من اعالة زوجها لها والانفاق عليها كما أنه لحق بها ضرر ادبي من جراء هذا الطلاق فأنها تستحق التعويض عن الضرر المادي والادبي معاً) (١٣٩).

وفي قضية اخرى ذهبت المحكمة الى مايلي: (ان اعتماد المحكمة في الحكم بالتعويض المقرر على اساس من ان القتيل ابن للمدعيين ومعيّل لهما والمثبت بالشهادة يتفق مع القانون) (١٤٠). كما ذهبت في قضية اخرى الى: (ان الضرر الادبي مضمون على المؤمن بحكم القانون) (١٤١). ولا نتفق مع اتجاه محكمة التمييز الموقرة في حكمها الذي جاء فيه: (مشاعر الالم من الجروح لا تدخل في اعتبارات الضرر الادبي) (١٤٢).

٣- طرق التعويض والعوامل المؤثرة فيه

المسألة الأولى: طرق تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية

التعويض هو وسيلة القضاء الى ازالة الضرر أو التخفيف منه وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية وهو ليس عقاباً على المسؤول عن الفعل الضار. ولكن طرق جبر الضرر أو تخفيفه متعددة تختلف حسب نوعه وحسب مده وربما يتدخل القضاء في ذلك فلا يحقق جميع رغبات المدعي في طلب التعويض. فالتعويض اما ان يكون (عيناً) أو تعويضاً بمقابل ولهذا لا بد من الاشارة لهما على النحو الآتي:

اولاً: التعويض العيني

كان عليه قبل الاصابة او الحادث ولا يمكن تصور وجود هذا النوع من التعويض في جميع أنواع الاضرار أو الاصابات.

(١٣٩) مجلة نقابة المحامين - س ٢٩ - ١٩٨١ - ص ١٩٢٢.

(١٤٠) مجلة نقابة المحامين - س ٢٧ - ١٩٨٩ - ص ١٧٥٢.

(١٤١) مجلة نقابة المحامين - س ٣٨ - ١٩٩٠ - ص ١٣٤٤.

(١٤٢) مجلة نقابة المحامين - س ٣٧ - ١٩٨٩ - ص ١٧٢٤.

الا ان من الممكن أن نتصور ذلك في مجال الاطراف الصناعية أو الاعضاء الغير طبيعية رغم وجود معارضة من جانب كبير من الفقه المدني الذي لايعدها وسية مقبولة في مجال الضرر الجسدي والتعويض عنه^(١٤٣).

ولايد من الاشارة هنا ان بعضا من الفقهاء لم يميز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني ووصفهما بأنهما مصطلحين مترادفين في المعنى. فالاستاذ الجليل السنهوري اتجه ابتداء الى القول بعدم وجود فارق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني لكونهما وفاء بالالتزام عيناً^(١٤٤). الا انه عاد فتخلص عن هذه الفكرة في الجزء الثاني من الوسيط فوضح الفرق بينهما فقال أن الاول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني عن طريق عدم الاخلال به، والثاني بعد وقوع الاخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون التعويض العيني^(١٤٥).

ويفضل الاستاذ عبدالباقي البكري تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري للالتزام ذلك لأن أمر إعادة الحالة ما كانت عليه لا يعد تعويضا وإنما تنفيذاً عينياً^(١٤٦).

كما نشير الى ما ذهبت اليه مجلة الاحكام العدلية التي ذكرت من تطبيقات التعويض العيني بأن: (رؤية المحل الذي هو مقر النساء كحصن الدار والمطبخ والبئر تعد ضرا فاحشاً، فاذا احدث رجل في داره شباكا او بناءً أ مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق، فإنه يؤمر برفع الضرر....).

أما عن موقف القضاء فقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها: (إذا كانت الشبايك المطة على دار المدعي على ارتفاع يمنع الاشراف منها الا باستعمال السلم فلا يجوز الحكم بسدها لعدم وجود الضرر)^(١٤٧). وفي قرار آخر (فتح نوافذ مطلة على حديقة الجار يعتبر ضرا فاحشاً ويجب ازالته)^(١٤٨) وفي قضية اخرى ذهبت المحكمة فيها الى ان: (فتح شباك على دار مجاورة يعتبر ضرا إذا كان يحد من حق تصرف صاحب الدار في ملكه).

يضاف الى ما تقدم ان القانون المدني العراقي اشار الى بعض التطبيقات للتعويض العيني في نطاق التعسف في استعمال الحق سواء أكان الضرر المتولد مادياً أم معنوياً حيث في المادة (٤١) مثلاً ما يخص التعويض العيني في الضرر المعنوي حين ذكرت:

(لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه أن يطلب وقف هذا التعرض...).

أما القانون المدني الاردني فقد نص في المادتين (٤٨ و ٤٩) على بعض صور التعويض العيني بالنسبة لمن وقع عليه اعتداء على احد الحقوق الملازمة لشخصيته أما المنازعة على الاسم أو اللقب أو غير ذلك.

ومع ذلك يشترط عادة للحكم بالتعويض العيني أن يكون ممكناً وغير مرهق للمسؤول (المادة ٣٥٥ مدني اردني) وأن يكون حسباً تقتضيه الظروف ويطلب من المتضرر كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩ مدني عراقي) مايلي: (... على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه... الا أنه في كثير من الاحيان يتعذر على القاضي الحكم بالتعويض العيني مما يوجب عليه اللجوء الى التعويض بمقابل.

ثانياً: التعويض بمقابل (النقدي وغير النقدي)

يقصد بالتعويض النقدي التعويض ببديل وهو الاصل في تقدير التعويض عن العمل غير المشروع^(١٤٩). لأن للنقود وظيفة اصلاح الضرر الناتج عن الفعل الضار مهما كان نوع الضرر جسدياً أم مالياً أم معنوياً^(١٥٠).

هذا فوق أن الحكم الصادر بهذا التعويض العيني أو التعويض غير النقدي ولا ترى سبيلاً أمامها غير ذلك^(١٥١).

وقد نصت الفقرة الثانية المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (يقدر التعويض بالنقد... وكذلك المادة ٢/١٧١ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٦ من قانون الموجبات

(١٤٣) راجع تفصيل ذلك في اطروحة باسم محمد رشدي: الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية ص١٦٣.

١- الوسيط في شرح القانون المدني-ج١- ص ١٠٩٢ فقرة (٦٤٣).

(١٤٤) الوسيط-ج١- ص ٧٩٨ فقرة (٤٤٠).

(١٤٥) عبدالباقي البكري - تنفيذ الالتزام- فقرة ٩٦- ص١٣٦.

(١٤٦) قرار رقم ٣١١٧/حقوقية/٩٦٣- مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- القسم المدني ص٤٥٥.

(١٤٧) قرار رقم ٢٧٦٣/حقوقية/٦٥- مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٤٥٩.

(١٤٨) رقم القرار ٢٧/حقوقية/٩٦٨- مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٤٦٠.

(١٤٩) د. احمد حشمت ابو ستيت- فقرة ٤٨٧- ص٤٥٩.

منير القاضي- العمل غير المشروع- ص٣٢.

(١٥٠) الاستاذ السنهوري - الوسيط- ج١- ص١٠٩٤.

د. غني حسون طه- المرجع السابق- ص٤٨٣.

عبدالباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ص١٣٤.

(١٥١) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص١٠٩٤.

والعقود اللبناني، بينما لم يشير القانون المدني الفرنسي صراحة في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٢٣ للتعويض النقدي وإنما ذكرت في مواد أخرى تتعلق بالاخلال بالعقد^(١٥٢).

وإذا كان الاصل في التعويض النقدي أن يكون دفعة واحدة يدفع الى المتضرر الا انه ليس هناك ما يمنع من ان يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسماً او على شكل مرتب مدى حياة المتضرر والى هذا ذهبت المادة (٢٠٩) مدني عراقي التي جاء فيها "...ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً". وعلى هذه الأنواع نصت المادة ١/١٧١ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٢ من القانون المدني الجزائري وكذلك المادة ١/٢٦٩ من القانون المدني الأردني.

الا ان ما يلاحظ على الصياغة التشريعية للمادة (٢٦٩) أردني و (٢٠٩) مدني عراقي أنهما ذكرتتا حالة التعويض المقسط والتعويض في صورة إيراد مرتب مدى الحياة ثم على التعويض النقدي الذي يقدر جملة واحدة. بينما كان يجب ذكر العكس فيستقدم التقدير في صورة جملة واحدة أولاً ثم تذكر الصور الأخرى ولهذا نقترح تعديل صياغة هاتين المادتين.

أما الفارق بين التعويض المقسط عن التعويض في صورة إيراد مرتب مدى الحياة هو أن كلا منهما يقع دورياً في صورة دفعات محددة الا أن الشكل الأول محدد العدد والثاني غير معروف عدده لأنه يرتبط بحياة الشخص فلا يعرف تاريخ الموت. إلى جانب وجود التأمين الذي قد تقررته المحكمة في الحالة الأخيرة لضمان استمرار دفع المدين للإيراد.

ان التعويض النقدي هو الطريق الأصلي والوجوبي عند فرض التعويض من المحكمة أما التعويض العيني والتعويض غير النقدي فلا يمكن للمحكمة أن تفرضهما الا بناء على طلب من الدائن وتوافرات امكانية الاستجابة للطلب.

ولا بد من الإشارة هنا الى ان المشرع العراقي اتخذ منهجاً مقيداً لنص المادة (٢٠٩) مدني بموجب الفقرة الثانية من المادة (٢) من قانون التأمين الإلزامي رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠، حيث لم يجر أن يكون التعويض الجسماني عن حوادث السيارات الا في صورة تعويض نقدي يدفع جملة واحدة ولم يجر التعويض النقدي في صورة أقساط أو إيراد مرتب مدى حياة المضرور وهو تقييد لسلطة المحاكم واللجان القضائية المشككة بموجب قرار رقم ٨١٥ لسنة ١٩٨٢، كما

(١٥٢) عدلت المادة ١٣٨٣ مدني فرنسي عام ١٩٨٧ وأصبح التعديل نافذاً من أكتوبر:

Misi A, Jour 1988 Du Code Civile 1987. P. 25.

أما القانون المدني الأردني فقد نص على التعويض النقدي في المادة (٢٦٩) إلا أنه لم يتجنب الانتقادات التي تعرض لها القانون المدني العراقي.

انه اتجاه غير مقبول. كما لم نجد ما يقيد نص المادة (٢٦٩) من القانون المدني الأردني على نحو ما ذهب إليه المشرع العراقي.

ولقد عثرنا على قرار غير منشور اتجهت فيه محكمة التمييز الى الحكم بالتعويض النقدي على شكل إيراد مرتب مدى حياة المتضرر الذي أصيب بضرر جسدي غير مميت الذي يلحق المضرور، ولهذا نقترح الغاء أو تعديل الفقرة (٢) من المادة (٢) من قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠.

ولعل من المفيد ان نشيد بما ذهب اليه القضاء الكويتي في قضية تعويض عن اصابة مروية فريدة من نوعها ألزمت المحكمة شركة التأمين بدفع مبلغ ٣٢٥ الف دينار كويتي لفتاة أصيبت باصابات جسدية بليغة أقدتها من التمتع بشبابها مدى الحياة كما ألزمتها بدفع مبلغ (٣٠٠) دينار كويتي شهرياً كراتب شخصي يدفع لها اعتباراً من تاريخ رفع الدعوى ومبلغ شهري لعاملة تساعدها على ادارة ورعاية شؤونها وذلك لكون الشركة هي الضامنة والمؤمنة. على السائق الذي ارتكب الفعل الضار^(١٥٣). وكما نأمل من القضاء واللجان القضائية في العراق أن تحذو حذو القضاء الكويتي والمصري والفرنسي.

أما عن التعويض غير النقدي فهو يتوسط التعويض العيني والتعويض النقدي فهو تعويض أنسب ما تقتضيه ظروف الدعوى في بعض الصور^(١٥٤). فقد يكون من مصلحة المتضرر أن يطلب التعويض غير النقدي فتأمر المحكمة بأمر معين على سبيل التعويض.

وصور التعويض غير النقدي كثيرة فقد يقع في شكل نشر حكم الادانة على مرتكب الفعل الضار ففي عام ١٩٨٥ نشرت احدي الصحف البريطانية اعلاناً يسيء على شكل اللباس العربي فاجتمعت غرفة التجارة العربية في لندن مع تعاون السفارات العربية وطلبت من شركة اطارات (دنلوب) التي نشرت الاعلان الاعتذار لمرتين تحريماً في ذات الصحيفة التي ذكرت الاعلان. على ان هناك من يذهب ان الرد في الصحف على قذف او اخبار غير صحيحة هو من حالات الدفاع الشرعي التي ينعدم فيها الخطأ لأنه من حالات التعدي المشروع وليس له علاقة بالتعويض غير النقدي كما يعتبر بعض الشراح ان نشر الاعتذار في الصحيفة هو تعويض عيني^(١٥٥).

كما قد يقع التعويض غير النقدي في شكل الحكم بمصروفات وفي هذا المعنى قضت محكمة

(١٥٣) القرار منشور تفصيلاً في جريدة الوطن الكويتية- العدد ٤٧٨٣ في ١٤/٦/١٩٨٨.

(١٥٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٣٩٧.

(١٥٥) يوسف نجم جبران- ص٢٥٢.

الاسكندرية في ١٤/١/١٩٣٠ بأن: "للمحاكم ان تقضي في دعوى التعويض عن ابلاغ كاذب أو قذف بالتصريح لمن أصابه ضرر بنشر الحكم الصادر في دعواه على نفقة المحكوم" (١٥٦).

وقد تكون صورته الحكم بمبلغ رمزي لا على أساس ان المبلغ المحكوم هو مقابل للضرر وإنما اقرار من القضاء بحق طالب التعويض (١٥٧). فهو استنكار قضائي للعمل غير المشروع من الفاعل، وقضت محكمة استئناف باريس في ٢٧/٢/١٩٦٧ للممثلة الفرنسية (بريجيت باردو) بتعويض رمزي حسب طلبها مع نشر الحكم في ثلاث جرائد ضد شركة بلجيكية نشرت صوراً لها خاصة لا علاقة لها بنشاطها الفني دون موافقتها الصريحة (١٥٨).

ويضيف الفقه المدني الكثير من الصور للتعويض غير النقدي كالاقرار بالشرف والاعتذار الجدي أمام المحكمة لتخفيف الآلام عن المضرور (١٥٩).

أن هذه الصور للتعويض غير النقدي لا تنحصر فقط بالضرر الجسدي وإنما يمكن أن تشمل الضرر المالي والضرر المعنوي حسب ظروف القضية وتبعاً لطلبات المدعي.

المسألة الثانية: العوامل المؤثرة في تقدير التعويض

لكي يكون التعويض عن الضرر كاملاً وعادلاً لا يجوز اهمال الظروف او العوامل التي لها تأثيرها في تقدير التعويض عن الضرر. وهذه العوامل استقرت عليها التشريعات الوضعية والفقه المدني وطبقتها المحاكم على القضايا المعروفة عليها. فهناك عوامل خاصة بالمسؤول عن الفعل الضار تؤثر على مبلغ التعويض المحكوم به وهناك عوامل خاصة بالمتضرر لا يصح اهمالها لتأثيرها على مبلغ التعويض أيضاً، هذا فضلاً عن وجود عوامل أخرى عديدة كالتضخم الاقتصادي وارتفاع الاسعار وطول مدة حسم الدعوى (التأخر في حسم القضية).

لهذا لا بد من الاشارة بصورة موجزة الى هذه العوامل على الشكل التالي:

- العوامل الخاصة بالفاعل وأثرها على مبلغ التعويض.
- العوامل الخاصة بالمتضرر وأثرها على مبلغ التعويض.
- العوامل الخاصة بالفاعل وأثرها على مبلغ التعويض
- جسامه الخطأ المسؤول عن الفعل الضار.
- حالة المسؤول المالية.

(١٥٦) د. كمال مرسي- الالتزامات- ج٢- القاهرة- ١٩٥٥- ص٢٠٨ هامش ٢.

(١٥٧) مصطفى مرعي- المسؤولية المدنية- ص٣٤٩.

(١٥٨) أشار الى القرار المذكور سعدون العامري- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- ص٨٧.

(١٥٩) مالين- القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي- ص١١٧- ١١٨.

- التأمين من المسؤولية.

من الناحية الواقعية يتأثر القاضي حتما ببعض العوامل أو الظروف حين يقرر العقوبة كجزاء لقيام المسؤولية الجنائية أو يحكم بالتعويض المدني سواء ذكر هذه العوامل في ذات قرار الحكم أم لم يذكرها.

فجسامه خطأ الفاعل لا يستطيع القاضي أن يهملها حين يقرر العقوبة ويقدر التعويض المدني لا سيما اذا كان التعويض المحكوم به ناتجاً عن جريمة جنائية لأن محكمة الموضوع (الجنح الكبرى) أو (الجنح) ذاتها تقدر التعويض إلى جانب الحكم بالعقوبة فقط تاركة مسألة تقدير التعويض للمحكمة المدنية المختصة.

أن القاضي الجنائي يذهب في العادة الى اقامة التوازن بين العقوبة التي يحكم بها مع التعويض المدني الذي يقرره على مرتكب الفعل الضار وبالتالي الى زيادة أو تقليل مبلغ التعويض حسب جسامه الخطأ. ففي قضية نشرتها جريدة الثورة يوم ٢١/١/١٩٩٠ ارتكب فيها طالب دكتوراه مع آخر جريمة (العاهة البدنية المستديمة) بحق طالبة رفضت الزواج منه لأنه كان يحبها بمادة ماء النار (التيزاب) فقررت محكمة جنابات الكرامة العقوبة حسب المادة ٤١٢ عقوبات بايقاع العقاب لمدة ١٥ سنة على المجرمين مع تعويض قدره (٥٠) ألف دينار للمتضررة.

ولا شك ان هذه الجريمة وما فيها من حصول جسامه خطأ مرتكب من شخص مثقف يعمل استاذاً في الجامعة يستوجب انزال العقاب الشديد بما يتناسب مع الخطأ المذكور والحكم بتعويض متوازن مع هذه الجسامه فلم تستطع المحكمة التخلص من هذا الشعور في حكمها.

ومن الناحية التشريعية، فان القوانين المدنية لم تغفل النص على هذا الأمر فقد جاء مثلاً في المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنه "يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٢٩/٣٠٠ - ٣٠٠ مراعيماً في ذلك الظروف وجسامه الخطأ" غير ان اللجنة اعتبرت جسامه الخطأ تدخل في عموم عبارة (الظروف الملازمة) (١٦٠).

أما القانون المدني العراقي فلم ترد فيه اشارة صريحة او ضمنية لجسامه خطأ المسؤول فالمادة (٢٠٨) جاءت خالية تماماً من ذلك مما يعني ان المشرع ترك أمر ذلك للاجتهاد القضائي حسب قواعد العدالة. الا ان مشروع القانون المدني نص في المادة (٤٣٩) صراحة على جسامه الخطأ والعوامل الأخرى الخاصة بالمسؤول والمضرور عند تقدير التعويض. وقد نهج القانون المدني

(١٦٠) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص١٠٩٥ هامش ١.

الأردني في المادة (٢٦٨) على نفس اتجاه المشرع العراقي في المادة ٢٠٨.

ومع ذلك، فإن المادة (٢٦٥) من القانون المدني الاردني اشارت الى فكرة جسامه خطأ المسؤول في حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار ورجوع من قام بدفع التعويض بأكمله على بقية المسؤولين بنصيب يحدده القاضي تبعاً لجسامه خطأ كل منهم، فإن استحاله عليه ذلك قسم التعويض بالتساوي. وأصل النص يعود للمادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي.

وأياً كان الرأي، فإن الموقف الفقهي السليم الذي استقر في فرنسا ومصر والعراق وكذلك الموقف التشريعي لم يغفل جسامه خطأ المسؤول عن الفعل الضار اغفلاً تماماً رغم الفصل بين التعويض المدني والعقوبة الجزائية^(١٦١). فالقضاء الجنائي في العراق لم يهمل جسامه خطأ المسؤول حتى ولو لم يفصح عن ذلك صراحة في الحكم فيشدد العقوبة ويزيد من التعويض ومن أمثلة جسامه الخطأ كالسرعة في قيادة السيارات ليلاً مع تناول المسكرات والسياسة بدون اجازة وفتح الضوء العالي ووضع الأمتعة في السيارة بصورة غير اصولية^(١٦٢). ولم يهمل القضاء حالة المسؤول المالية عند الحكم بالتعويض فهناك من يذهب بحق ضرورة مراعاة الظروف الشخصية للمسؤول لا سيما ظروفه المالية كأن يكون غنياً أو فقيراً عند تقدير التعويض^(١٦٣). كما أن هذا العامل الخاص بالمسؤول يجد سنده التشريعي في القانون المدني العراقي (المادة ١٩١) التي أشارت صراحة إلى أخذ مركز الخصوم بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض (الفقرة الثالثة من المادة المذكورة).

الا ان القضاء العراقي أهمل هذه الظروف عند الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي بحجة أن التعويض ليس وسيلة للاتراء على حساب المسؤول كما ذهبت أحكام المحاكم العراقية إلى رفض المساواة في التعويض بين الضرر المادي والضرر المعنوي^(١٦٤).

(١٦١) راجع: د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام -ج٢- أحكام الالتزام- ٩٦٧- ص١١٥.

(١٦٢) راجع القرارات التالية (غير منشورة):

٩٨٥/ج/٢٣٤ في ١٩٨٥/١٢/٢١ محكمة جنايات نينوى.

٩٨٥/ج/٣٧٧ في ١٩٨٥/١/٢٠ محكمة جنايات نينوى.

٩٨٥/ج/٣٨٣ في ١٩٨٥/١٢/٢٤ محكمة جنايات نينوى.

(١٦٣) د. سليمان مرقس- الفعل الضار- ط٢- ٩٥٦- ص١٢٢.

(١٦٤) من هذه القرارات التي لم تراخ المحاكم المركز المالي للمسؤول أنظر مثلاً:

١١٨٧/جنايات/٩٧٤ في ١٩٧٥/١٢/٢٢- مجموعة الأحكام العدلية- السنة ٦- ص ٢٥٠.

٩٩٦/جنايات/٩٧٤ في ١٩٧٥/١٢/٢٢- مجموعة الأحكام العدلية- السنة ٦- ص ٢٥١.

٧٨٧/جنايات/٩٧٦ في ١٩٧٧/١/١٣- مجموعة الأحكام العدلية- العدد الأول- ص ٢٤٤.

١٠ و ١١/هيئة عامة/٩٧٩ في ٩٧٩/٤/٢١.

ويبدو ان القضاء العراقي يجاري في موقفه هذا ما اتجه إليه القضاء المصري ففي قضية عرضت على القضاء الأخير أهمل فيها حالة المسؤول المالية وقررت محكمة النقض ما يلي:
(ان ادخال المحكمة... يسار المسؤول عن الاضرار في العناصر التي راعتها عند تقدير التعويض هو عيب يستوجب نقض الحكم)^(١٦٥).

ونحن لا ندعو الى أن يحصل الاثراء من المتضرر على حساب الفاعل الغني لمجرد كونه من الفقراء، وانما ندعو الى عدم اهمال هذا الظرف المالي من القضاء عند الحكم بالتعويض وصولاً الى التعويض العادل.

الى جانب ذلك، فإن المسؤول قد يسعى الى التأمين من مسؤوليته عن خطاه غير العمدي او عن الخطأ الصادر من الغير حتى ولو كان عمدياً، الا ان هذا التأمين ليس موجوداً في جميع المجالات، فالطب يخلو من التأمين ضد المسؤولية الطبية بينما استقر مبدأ التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات حيث تغطي شركة التأمين الخطر وتدفع التعويض للمتضررين.

ولم يستقر الفقه المدني على فكرة زيادة مبلغ التعويض لمجرد ان المسؤول قام بالتأمين من المسؤولية حيث تعددت الآراء وتباينت الاتجاهات في ذلك. الا ان المحاكم عملياً تتأثر بهذا الظرف وتزيد من مبلغ التعويض اذا كان تعويضاتها زهيدة وهو أمر ليس عادلاً.

العوامل الخاصة بالمتضرر وأثرها على مبلغ التعويض

- الحالة الصحية للمضرور.

- خطأ المتضرر.

- الوضع المالي للمتضرر.

تقضي قواعد العدالة عند تقدير التعويض عن الضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية الاعتداد بالحالة الصحية للمضرور قبل وقوع الفعل الضار حيث تبدو أهمية ذلك بصورة خاصة لدى تقدير التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي الناتج عن الاصابة الجسدية، أياً كان نوع الاصابة مميته أم ليست مميته.

ويطلق على ذلك تسمية (حالة المضرور السابقة على الحادث)^(١٦٦). أو (الاستعداد الشخصي للمتضرر). فالمرضى بمرض القلب قد تؤدي حادثة بسيطة الى اصابته بنوبة قلبية لم

(١٦٥) د. أبو البزید علي المتيت- جرائم الاهمال- ط٥- ١٩٨٦- ص٤٦٧.

(١٦٦) يوسف نجم جبران- المرجع السابق- ص٢٥٨.

تكن بنفس النتيجة لو كان الشخص سليماً معافى وكذلك المريض بمرض السكر الذي لا تندمل جروحته فتكون اصابته بالجروح أكثر خطورة من الجسم السليم.

كما يمكن القول بان الحالة الصحية للمتضرر قد لا تكون مصاحبة لحصول ضرر جسدي فقد يحصل أن يتضرر تاجر بضرر معنوي أو مصاحب لضرر مادي وكان عصبي المزاج فيما يقع عليه من ضرر جراء الطعن بشرفه أو سمعته ستكون أكبر مما لو كان هادئ الطبع سليم الاعصاب.

ولكن يكون التقدير القضائي للتعويض عادلاً يلزم ان يدرس القاضي الوضع الصحي للمتضرر قبل وقوع الفعل الضار وبعده حسب المعيار الذاتي وليس وفقاً للتقديرات الموضوعية. ويمكن الوقوف على عوامل متعددة تساعد القاضي في ذلك كالعمر والعضو المصاب ونوع الاصابة وغيرها.

على ان المشرع العراقي لم يشر الى هذا الظرف الخاص بالمتضرر بصورة صريحة او ضمنية على العكس مما ذهبت اليه بعض القوانين المدنية، ولهذا جاء المشروع المدني ينص على هذه الحالة صراحة في المادة (٤٣٩) التي جاء فيها: "على المحكمة عند تقدير التعويض أن تأخذ بنظر الاعتبار كل الظروف الملايصة... لكل من المسؤول والمتضرر والحالة الصحية لهذا الأخير...". أما عن موقف القضاء العراقي، فإنه يعتمد حتماً على تقرير الطبيب الشرعي في هذا المجال ففي قضية تتلخص وقائعها ان عجلة احدى السيارات المؤمنة انفجرت فجأة وانقلبت، فنقل الراكب الى المستشفى في حالة اغماء ثم توفي بعدها وجرى تشريح الجثة لمعرفة اسباب الوفاة فتبين انه كان مصاباً قبل الحادث بتصلب الشرايين مع احتشاء العضلة القلبية وتشمع في الكبد وتضخم في الطحال فاستنتج الطبيب العدلي (الاستاذ الدكتور وصفي محمد علي) ان سبب الوفاة هي الحالة الصحية للمتضرر وأن انقلاب السيارة ليس سبباً للوفاة وان كان الانقلاب سبب الانفعالات النفسية وعجل في الوفاة فأخذت المحكمة هذه الحالة الصحية للمتضرر بنظر الاعتبار للتقليل من مقدار التعويض (١٦٧).

كما توجب قواعد العدالة الوقوف على خطأ المتضرر كظرف خاص بالضرر لتقليل مبلغ التعويض او نفي المسؤولية عن الفاعل على نحو ما أوضحته المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني حيث اعتبرها المشرع من حالات السبب الأجنبي وفقاً لما اتجه اليه المشرع العراقي في المادة (٢١١) من القانون المدني.

(١٦٧) رقم القرار ٥٢١/م/١٩٨١/١ في ١٧/٨/١٩٨١ (غير منشور).

وقد يكون خطأ المتضرر اشترك بنسبة أقل من خطأ المدعى عليه (الفاعل) وهذا ما يطلق عليه بـ(استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر) وهو الخطأ المشترك وعندها تكون مسؤولية الفاعل كاملة وقد يكون خطأ المتضرر استغراق خطأ الفاعل وعندها تنتفي مسؤولية المدعى عليه لأنتفاء رابطة السببية (المادة ٢٦١ مدني) (١٦٨).

والخطأ قد يستغرق خطأ آخر في الحالتين التاليتين وهما:

الحالة الأولى: - حالة الخطأ العمدي- وعندها يكون مرتكب الخطأ العمدي هو المسؤول عن الفعل الضار حتى ولو وجد خطأ من المتضرر. ويكون مسؤولاً عن كامل التعويض، كالفعل الذي يستغل فرصة عبور المتضرر من غير مناطق العبور فيتعهد دعه.

أما إذا حدث الضرر بخطأ عمدي من المتضرر شخصياً كمن يلقي بنفسه عمدًا أمام سيارة مسرعة، فان المسؤولية تنتفي حتى ولو كان سائق السيارة مرتكباً لخطأ وهو القيادة السريعة خلافاً لقانون المرور (١٦٩).

الحالة الثانية: رضا المضرور بما وقع عليه من ضرر (١٧٠). فإذا رضي المتضرر بالضرر دون أن يريد لنفسه أو يعتمد الاصابة به، كمن يشترك في لعبة بهلوانية خطيرة أو يقبل أن تمر عليه سيارة لاظهار قوة جسده أو يمسك القوة الكهربائية وغيرها، فان خطأه لا يمكن ان يستغرق خطأ المدعى عليه وقد يكون خطأ المتضرر وحده لأنه ينظم هذه الاعمال المنفردة بارادته دون اشتراك من أحد. ولا يرفع رضا المتضرر بالضرر المسؤولية عن الفاعل اذا تعلق الأذى بحياة الانسان او سلامة بدنه لأنهما من النظام العام وتنهض المسؤولية القانونية على مرتكب الفعل الضار. ويذكر الاستاذ السنهوري بأنه أحياناً يبلغ خطأ المتضرر حداً كبيراً فيرضى بالضرر ويجعل منه مستغرقاً خطأ الفاعل فتنتفي المسؤولية لانعدام رابطة السببية فالمرأة البالغة سن الرشد (غير المغرر بها) وانقادت عن شهوة جنسية الى معاشرة شخص فأنها لا ترجع عليه بالتعويض (١٧١).

كما قد يكون الخطأ من الطرفين (المضرور والفاعل) فيعين القاضي نسبة الخطأ لكل واحد

(١٦٨) أنظر تفصيلاً أحكام الخطأ المشترك: الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص١٠٠٢.

(١٦٩) الا ان قانون ٥ جويليه لعام ١٩٨٥ الصادر في فرنسا يقرر مسؤولية شركة التأمين حتى ولو حصل الضرر الجسدي لخطأ المتضرر كقيامه بالانحار مما يستحق الورثة تعويضاً مالياً ومعنوياً عن الضرر المرتد.

(١٧٠) أنظر: علي عبيد الجيلاوي- رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية- أطروحة دكتوراه- بغداد- ١٩٨٨.

(١٧١) الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص ١٠٠٦.

منهم والا فانه يوزعها بالتساوي بينهم مما يؤثر على مبلغ التعويض المحكوم به. وقد ذهب القضاء العراقي في ذلك الى ما يلي: (ان اشتراك المدعى عليه في ارتكاب الخطأ الذي تسبب عنه الاضرار بالمدعي يوجب مسائلة المدعى عليه عن التعويض بما يتناسب مع مدى مساهمته في هذا الخطأ).

كما ذهبت محكمة التمييز في الأردن الى توزيع المسؤولية بين المسؤول والمضروب وتوزيع التعويض تبعاً لنسبة خطأ كل طرف^(١٧٢).

وقد نصت المادة ٢١٠ من القانون المدني العراقي في هذا السياق ما يلي:

(يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو لا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان أساء مركز المدين). وقد تأثر المشرع الأردني بهذا النص فأورد هذا في المادة ٢٦٤ من القانون المدني.

ثم ان المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي نصت على حالة توزيع المسؤولية على النحو التالي: "١- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك المتسبب. ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم. فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي). والى هذا ذهبت المادة ٢٦٥ من القانون المدني الأردني.

ولايد من الاشارة هنا الى قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٠٠٩ لسنة ٩٨٠ والخاص بمنع المحاكم من سماع الدعاوي المتعلقة بحوادث الدهس التي تقع خارج مناطق العبور اذ جاء في الفقرة الأولى منه (تمنع المحاكم من سماع دعاوي الدهس التي تقع خارج مناطق عبور المواطنين في الشوارع المحددة فيها والمثبتة من قبل مديرية المرور العامة).

فطبقاً للقرار المذكور، فان للمتضرر المطالبة بالتعويض المدني عن الاضرار التي اصابته جراء الدهس أمام المحاكم المدنية من الفاعل او من شركة التأمين الوطنية (اللجان القضائية) مع مراعاة نسبة المساهمة بالخطأ.

الا ان هذا القيد القانوني خفف من حدته في الجانب الجنائي منه حيث اصدر مجلس قيادة الثورة لاحقاً برقم (٨٨٠) لسنة ١٩٨٦ اعتبر بموجبه العبور للمشاة خارج مناطق العبور

(١٧٢) أنظر على سبيل المثال: القضية ٨٨/١٠٧٩ المنشورة في مجلة نقابة المحامين- ص٣٨- ١٩٩٠- ص٢٠٧٨.

وحصول حادث دهس ظرفاً مخففاً أثناء فرض الجزاء الجنائي (العقوبة) على سائق المركبة، بينما يبقى التعويض المدني كاملاً ان لم يكن هنا اشتراك في الخطأ.

ان القضاء العراقي مليء بالقرارات القضائية التي تشير الى تأثر حجم التعويض بخطأ المتضرر ففي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى ما يلي: (لا يسأل السائق اذا كانت وفاة المجني عليه قد حصلت بسبب قفزه من السيارة الى الارض بصورة مفاجأة دون علم السائق وقبل توقف السيارة)^(١٧٣).

وفي قرار آخر ذهبت فيه محكمة التمييز الى عدم تأثر حجم التعويض بخطأ المتوفي لدى مطالبة المتضرر عن الضرر المرتد حيث جاء في المبدأ ما يلي: (أما خطأ المتوفي فانه لا علاقة له باستحقاق التعويض او مقداره لأن الضرر يكتسب حقه مباشرة من شركة التأمين)^(١٧٤).

ومن الطريف (وربما المؤلم) ان نذكر واقعة حصلت في شهر كانون الأول ١٩٨٩ في حديقة الزوراء ببغداد ولم تعرض على القضاء العراقي بعد^(١٧٥)، خلاصتها ان المعلمة (س) قامت بمداعبة دب مفترس فوضعت يدها على فمه أمام تلاميذها الذين جلبتهم في سفرة مدرسية للحديقة فقام الدب بافتراس يد المعلمة وقطعها من المعصم. فالخطأ من المتضرر هنا لا لبس فيه ولا تستحق التعويض حسب قواعد المسؤولية عن الحيوان لوجود السبب الأجنبي حسب قواعد المادة ٢١١ مدني (يقابلها ٢٦١ من القانون المدني الأردني).

وفي قضية أخرى لم تحكم فيها محكمة الأحداث بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي المرتد لوجود الخطأ المشترك بين الفاعل والمتضرر فنقضت محكمة التمييز القرار واعادت الأوراق الى محكمة أحداث بغداد للحكم بالتعويض حسب نسبة اشتراك خطأ المتضرر بالضرر^(١٧٦).

يضاف الى كل ما تقدم ان الوضع المالي والمركز الاجتماعي للمتضرر هما من الظروف الخاصة التي يلزم عدم اغفالها من القضاء عن تقدير التعويض عن الضرر رغم تباين المواقف الفقهية والتشريعية حول ذلك.

(١٧٣) رقم القرار ٨٤/هيئة عامة أولى/٩٧٧ في ١١/٦/٩٧٧- مجلة القضاء- ٩٧٧- ص٢٣٦.

وفي الأردن، فان محكمة التمييز الموقرة ذهبت في القضية المرقمة ٨٧/٢١٨ الى ما يلي: (لا يلزم المدعى عليه بالضمان اذا كان الضرر ناشئاً عن فعل المضروب وليس عن تقصير المدعى عليه)- مجلة نقابة المحامين- ص٣٧- ص٢٥٦.

(١٧٤) قرار رقم ١٣٣٥/١م/٩٨١ مجموعة الأحكام العدلية- السنة ١٢- ٩٨١- ص١٣٧.

(١٧٥) حصلت القضية يوم ٢٩/١٢/١٩٨٩ في حديقة الحيوان (بغداد) ونشرت الواقعة مجلة حراس الوطن.

(١٧٦) رقم القرار ٣٤/هيئة عامة/٨٥-٨٦ في ١٦/١٠/١٩٨٥ (غير منشور).

ففي حالة تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المادي، فإن المحاكم عادة تأخذ بنظر الاعتبار الوضع المالي والاجتماعي للمتضرر حتى وان لم تفصح المحكمة عن ذلك في حكمها بدليل تفاوت مبالغ التعويض في الاصابات المتشابهة ولأن القوة الكسبية للمتضررين ليست واحدة فمن كان كسبه اكبر كان الضرر الذي يحيق به اشد^(١٧٧). هذا فوق ان الضرر الجسدي المادي او الضرر المعنوي لأستاذ الجامعة أكبر من الضرر ذاته الذي يلحق شخصاً امياً جاهلاً برعى الابل والغنم والقاضي غير حفار القبور والطبيب والجراح الذي يصاب بالشلل جراء حادث دهس ليس كالعامل في الكراج من حيث القوة الكسبية (الوضع المالي) والمركز الاجتماعي وخدمة الناس والمجتمع.

وإذا كان بعض القوانين المدنية لم تغفل النص على الظرف المالي والمركز الاجتماعي كقانون الالتزامات السويسري (المادة ٤٧) والقانون الهولندي (١٤٠٦ مدني) وكذلك القانون المصري (المادة ١٧٠) الذي ذكر عبارة الظروف الملايئة، الا ان القانون المدني العراقي لم يشر الى ذلك لا صراحة ولا ضمناً وكذلك القانون المدني الاردني وهو نقيض يلزم تلافيه.

ولم تستقر احكام القضاء العراقي حول ذلك ففي بعض القرارات نجد اشارة صريحة بوجود التزام المحاكم الأدنى وملاحظة المركز الاجتماعي للمتضرر مع وضعه المالي عند تقدير التعويض، بينما تتجه في قرارات أخرى الى رفض هذا المبدأ.

ففي قرار صدر يوم ٢٣/٤/١٩٧٥ ذهبت فيه المحكمة الى ما يلي: (...أن الضرر الأدبي الذي اصاب المميز عليها نتيجة وفاة طفلها بحادث دهس وهي كأم أصابها بعاطفتها وشعورها وحنانها وهو ضرر محقق وغير احتمالي وهو قابل للتعويض قانوناً بالمال، ومن اصيب في عاطفته وشعوره اذا حصل على تعويض مالي فتح له المال ابواب المواساة ويكفف من شجنه وان عاطفة الأمومة لا تقاس بالمركز الاجتماعي)^(١٧٨).

وفي قرار آخر جاء فيه: (ان التعويض الأدبي هو عن الحزن واللوعة اي ينتفي فيه المركز الاجتماعي او الاقتصادي لأي شخص فهو تعويض عن لوعة وعاطفة قد يتساوى فيها الناس كافة وعليه فلا ينبغي ان يكون هناك تفاوت ملحوظ في التعويض الأدبي بين شخص وآخر الا لعل مقبولة وسائغة)^(١٧٩).

الا أنه وفي قرار آخر ذهبت محكمة التمييز في ١٢/٥/١٩٧٠ الى ما يلي: (...فكان عليها ان تستعين في تقدير التعويض بخبرة خبير لتقدير التعويض المناسب لمركز المميز عليه الاجتماعي ثم تصدر حكمها)^(١٨٠) وفي آخر في ٣١/١/٩٨٧ جاء فيه: (وبما ان الخبراء في تقريرهم المؤرخ ٢٨/٢/٩٧٧ وبعد ملاحظة المركز الاجتماعي وظروف الحادث)^(١٨١).

وفي قضية أخرى في راعت فيها المحكمة المركز الاجتماعي صدر في ٣٠/٦/٩٧٩ حول تعويض الضرر المادي والمعنوي الناتج عن الضرر الجسدي جاء فيه:

(...والتحديد الناجم عنه في حركة المفصل المذكور قد جعل سيره غير اعتيادي مما يؤثر في مركزه الاجتماعي بوصفه اصبح يسير سيراً غير اعتيادي وطبيعي مما يلفت النظر اليه، فيحق للمحكمة ان تحكم له بالتعويض الأدبي)...^(١٨٢).

كما جاء في قرار آخر: (يحكم بالتعويض المادي عن الاضرار التي تصيب الجسم أو المال وبالتعويض الأدبي عما يصيب العاطفة والشعور أو الكرامة أو الشرف أو السمعة أو المركز الاجتماعي أو الاعتبار المالي)...^(١٨٣).

ج- عوامل أخرى

من العوامل المعروفة التي تؤثر في تقدير التعويض زيادة او تقليلاً من مقداره ما تخص مرتكب الفعل الضار ومنها ما تتعلق بالمتضرر، الا ان هناك من العوامل الأخرى التي يمكن اضافتها وأخذها بنظر الاعتبار لأنها تؤثر حتماً في تقدير التعويض مما توجب قواعد العدالة عدم اغفالها.

فالتضخم الاقتصادي وارتفاع الاسعار وانخفاض القوة الشرائية للنقود يلزم اخذها بنظر الاعتبار عن الحكم بالتعويض اذ ان المتضرر الذي يقدر التعويض يوم وقوعه بـ (١٠٠) الف دينار ويصدر قرار الحكم بعد ٨ سنوات لا يمكن ان يكون مبلغ التعويض عادلاً رغم علمنا ان القاضي يتحدد بطلبات المدعي، على نحو ما سنشير الى ذلك فيما بعد.

ثم ان طول حسم الدعوى والفترة التي تستغرقها (التأخر في فصل النزاع) يلزم اخذها بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض لأننا نعتقد ان قواعد العدالة توجب زيادة مبلغ التعويض اذا تأخر حسم القضية لمدة (٥) سنوات وانقاص مبلغ التعويض اذا حسمت الدعوى في شهرين.

(١٨٠) قرار رقم ٣٢٦/حقوقية ثلاثة/٩٧٠- النشرة القضائية- العدد الثاني- ص١٣٥.

(١٨١) قرار رقم ٨٠٧/مدنية أولى/١٩٧٧- مجموعة الأحكام العدلية-٩٧٨- ص٢٦.

(١٨٢) قرار رقم ١٨٢ و ١٨٣/هيئة عامة/٩٧٩- مجلة القضاء- ٩٨٠- ص٣٨٧.

(١٨٣) رقم القرار ٣٣٩/٩٧٥ في ٢/١١/٩٧٥- مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٢٨٢.

(١٧٧) الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج١- ص١٠٩٩.

(١٧٨) قرار رقم ١٦/٦/٩٧٥- منشور في مجموعة الأحكام العدلية- السنة ٩٧٥- ص٤١.

(١٧٩) قرار رقم ٣٦٨٧/إدارية/٨٢-٨٣ (غير منشورة).

والى هذا ذهب المادة (٤٣٤) من مشروع القانون المدني العراقي التي اوجبت على المحكمة مراعاة الظروف الاقتصادية والاسعار وصولاً للتعويض الكامل، كما نصت المادة (٤٢٨) على جواز قيام المحكمة بالتعويض عن الآلام الجسمية والتشويه جراء الاصابة مراعية في ذلك جسامه الألم والمدة التي استغرقها وعمر المصاب وجنسه ومهنته.

ولم يغفل القضاء الفرنسي مسألة التأخر في حسم الدعوى فاعتبره من العوامل المؤثرة في تقدير التعويض في العديد من القضايا.

نضيف الى ما تقدم ان قواعد العدالة توجب زيادة مبلغ التعويض عن الضرر المرتد (المادي والمعنوي) للمستحقين للتعويض عن وفاة الابن الوحيد بحادث سيارة او نتيجة خطأ طبي او غيره. لأن الابن الوحيد فقده اشد وأوجع من الابن العاشر في العائلة.

كما ان هناك عوامل اخرى عديدة يمكن ان تضاف الى هذه الاعتبارات، منها الحالة العلمية او التحصيل العلمي للمضرور، فحامل شهادة الدكتوراه في الطب او في القانون او في الهندسة يلزم ان يكون تعويضه اكبر من الحاصل على الشهادة الابتدائية اذا تعرض للضرر الجسدي او المعنوي.

ولهذا فان جداول الاصابات والعطل العضوي الذي تعتمد اللجان القضائية في شركة التأمين او جداول الاصابات والعجز والضرر المالي المعتمد في محكمة التمييز للحكم بالتعويض لا يحقق العدالة ويهدر مبدأ التعويض الكامل القائم على مراعاة الظروف الخاصة بالمضرور والفاعل.

٤- وقت تقدير التعويض عن الفعل الضار

توجب قواعد العدالة ان يكون وقت تقدير التعويض عن الفعل الضار يوم صدور الحكم لا يوم وقوع الفعل الضار وعلى القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار جميع التغييرات التي تطرأ على المصاب وحالته الصحية والجسدية في الفترة الواقعة بين وقوع الاصابة حتى صدور الحكم النهائي.

فلو تفاقم الضرر كأن يقرر الاطباء بتر الساق مثلاً او ان الضرر خفت حدته بزوال الخطر وعودة المضرور الى حالته الصحية الطبيعية. فان هذا لا بد ان يؤثر على زيادة او نقصان مقدار التعويض.

ولقد كان القضاء الفرنسي بادئ الأمر يعتبر وقت تقدير التعويض عن الضرر هو يوم وقوع الضرر على اساس ان مصدر حق المضرور في التعويض هو الفعل الضار وهو اتجاه لم يستقر

على حالة فيما بعد^(١٨٤). حيث ذهب القضاء الفرنسي الى تقدير مبلغ التعويض يوم صدور الحكم حتى يتمكن القاضي من معرفة وضع المصاب النهائي^(١٨٥).

على ان المضرور قد يعتمد الى المماثلة لتأخير صدور الحكم بقصد الحصول على مبلغ أعلى من التعويض وقد يقوم المسؤول شخصياً بالانفاق على المتضرر وعلاجه من الاصابة البدنية الأمر الذي قد يجعل القول بتقدير التعويض وقت صدور الحكم من الأمور غير العادلة بحق المسؤول عن الفعل الضار.

ويلاحظ ان الضرر وخاصة (الجسدي) قد يكون متغيراً وليس مستقراً، وقد تحصل تطورات في الفترة الواقعة بين شفاء المتضرر وصدور الحكم النهائي، فقد يشفى المصاب من الحادث ثم يتزوج ولكنه مات بعدها متأثراً باصابته، فان من حق الزوجة والمستحقين الآخرين للتعويض المطالبة بهذا التعويض حسب دعويين (دعوى وراثية) و (دعوى شخصية) على نحو ما تقدم. ويذكر الأستاذ السنهوري بان العبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم اشتد الضرر أو خف^(١٨٦)، وقد أيد هذا الاتجاه العديد من الفقه المدني العربي^(١٨٧).

٥- اعادة النظر في تقدير التعويض

قد يصدر القاضي قراره بالحكم في تعويض المتضرر شخصياً في الاصابة البدنية غير المميته، الا ان هذه الاصابة تتفاقم بعد اصدار الحكم وتؤدي الى وفاة المصاب فهل ان اعادة النظر في تقدير التعويض يتعارض مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه؟.

ان قواعد العدالة توجب اعادة النظر في تقدير التعويض سواء ادت الاصابة الى وفاة المصاب حيث يحق للزوجة والمستحقين للتعويض من الاقارب المطالبة شخصياً عن تعويض ما اصابهم من ضرر مادي ومعنوي مرتد. كما يمكن للمصاب في الاصابة غير المميته ان يطلب اعادة النظر بتقدير التعويض اذا كان حكم القاضي على أساس نسبة العجز (٢٠٪) ثم تفاقم الضرر عن نفس الاصابة بعد صدور الحكم بالتعويض الى (٨٠٪) وذلك لحصول التسهم في الساق ووجوب بترها.

(١٨٤) د. أحمد حشمت او ستيت- مصدر سابق- ص ٤٦١.

(١٨٥) السنهوري- الوسيط- ج١- ص ٩٧٥.

د. أبو اليزيد علي المتيت- المرجع السابق- ص ٤٦٢.

(١٨٦) الوسيط- ج١- ص ١١٠٣- فقرة ٦٤٩.

(١٨٧) منعم عبدالمنعم فرج الصدة وعبدالباقي البكري وعبدالحى حجازي ومحمد لبيب شنب وغيرهم.

ومن المعلوم القاضي يعتمد في اصدار حكمه على الاستشارة الفنية وهو رأي الطبيب او اللجنة الطبية الا ان هذا الرأي ليس قاطعاً ودقيقاً في بعض الحالات فقد تثار الصعوبات أمام اللجنة نفسها التي يتعذر عليها بيان وضع المتضرر الصحي بصورة نهائية وأكيدة.

بناء عليه، فان القاضي قد يقرر تأجيل النظر في اصدار الحكم بالتعويض حتى يستقر الوضع الصحي النهائي للمصاب او يحكم بالتعويض المؤقت وان يحفظ حق المصاب في المطالبة خلال مدة معقولة بتقدير الذي يستحقه بشكل نهائي. وعلى هذا نصت المادة (٤٣٧) من مشروع القانون المدني العراقي.

وقد استقر القضاء الفرنسي على مبدأ قاعدة معروفة هي أنه: إذا استطاع المضرور اقامة الدليل على ان الضرر الذي لحق به يختلف تماماً عن الضرر الذي سبق تعويضه عنه فحينئذ لا يوجد ما يحول دون قبول دعواه^(١٨٨).

وفي القانون المدني العراقي فان المادة (٢٠٨) نصت على ما يلي:

"إذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في تقدير التعويض".

وعلى هذا المبدأ نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري التي جاء فيها: "...فاذا لم يتيسر له وقت الحكم ان يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله ان يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير". والى هذا ذهبت المادة (٢٦٨) من القانون المدني الأردني.

أما القضاء العراقي فقد ذهب الى القول: (إذا حكمت المحكمة بالتعويض عن الضرر استناداً لتقدير الخبراء واكتسب الحكم الدرجة القطعية دون أن يطعن المتضرر بهذا الحكم حول التقدير، فليس له اقامة دعوى جديدة بالمطالبة بمبالغ تزيد عما حكم له بها في الدعوى السابقة)^(١٨٩).

ثالثاً: رابطة السببية

لقيام المسؤولية التقصيرية يلزم توافر علاقة السببية بين الضرر والخطأ بأن يكون الخطأ هو السبب في حصول الاذى الحاصل للمتضرر فهو (نتيجة طبيعية) له. فاذا لم يكن كذلك لا تنهض المسؤولية لانتقاء رابطة السببية.

وقد جرت العادة على تسمية هذه الرابطة بـ(السببية المباشرة) فاذا تدخلت عوامل اخرى قطعت ارتباط الضرر بالخطأ، فلا تتحقق هذه السببية، لان النتيجة ليست مرتبطة بالسبب ارتباطاً طبيعياً^(١٩٠). والضرر الذي يسأل عنه الفاعل هو الاذى المباشر المتوقع على نحو ما بيناه في المسؤولية العقدية، وعلى هذا نصت المادة ٢٠٧ من القانون المدني العراقي على ان: "١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع". ويقابلها في القانون المدني الاردني (المادة ٢٦٦). اما الاضرار غير المباشرة فالالاتجاه السائد فيها وتشريعاً وقضاء هو عدم التعويض عنها باستثناء ما ذهب اليه قانون الالتزامات السويسري (٩٩م) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١/١٣٤) والمادة (٢٦١) على نحو ما اوضحناه.

ومع ان رابطة السببية شرط اساسي لقيام المسؤولية، فانه كثيراً ما يصعب تقدير هذه الرابطة بسبب تعدد ظروف الاحوال وتداخلها بحيث لو تخلف احد هذه الظروف او تأخر او تقدم لما وقع الفعل الضار الذي نجم عن اجتماعها كلها في وقت واحد^(١٩١).

ان هذه الرابطة يدق تعيينها خاصة عند تعدد الاسباب التي اجتمعت على احداث الضرر وعند تعدد النتائج المتسلسلة عن سبب اصلي واحد، ففي حالة تعدد الاسباب وكان من المتعذر تحديد السبب الحقيقي للضرر فان هناك نظريات متعددة قيلت بشأن ذلك منها: (نظرية تعادل الاسباب) ووفقاً لها يلزم بحث كل العوامل المشتركة وان العامل الذي لولاه ما وقع ضرر معين يعد سبباً في حدوث الضرر كمن يضرب شخصاً بيده فيموت المصاب لانه ينفعل لاصابته بالقلب، فالضربة والمرض هي اسباب متعادلة لحصول الوفاة^(١٩٢). الا ان نظرية (فون بري) تعرضت لانتقاد من جانب كبير من الفقه المدني.

(١٩٠) د. محمود سعد الدين الشريف- ص٣٩٩.

د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢ ص٤٥٥ وما بعدها.

(١٩١) الوافي- ج٢ ص٤٥١.

(١٩٢) الوافي- ج٢ ص٤٦٦.

(١٨٨) تعليقات على الأحكام الفرنسية للأستاذ جورج دوري- مجلة ادارة قضايا الحكومة- ٣ع- ١٩س- ١٩٧٥- ٢٦١.

(١٨٩) رقم القرار ١٤٢٦/حقوقية رابعة/ ١٩٧٠ في ١٩٧١/٤/٢٤ النشره القضائية- العدد ٢- السنة ٢- ١٩٧٢- ١٧ص.

سبيل المثال لا الحصر وان من الممكن ان تضاف اليها حالات تتوفر فيها شروط السبب الاجنبي، وصور السبب الاجنبي الواردة في المادتين المذكورتين هما:

النوع الاول: الحوادث الفجائي او القوة القاهرة (الآفة السماوية)

الآفة السماوية تعبير استخدمه الفقهاء المسلمون للدلالة على النازلة او الامر غير المتوقع حصوله والذي لا يمكن تلافيه يجبر الشخص على الاخلال بالتزامه كالمطار الغزيرة والحريق والصاعقة والزلازل وغيرها. ويقابلها في الفقه الفرنسي الحوادث الفجائي او القوة القاهرة. فقد استعملها المشرع الاردني للدلالة على الترادف في اللغة متأثراً بالفقه الاسلامي والفقه الفرنسي الذي اتجه اقله الى عدم وجود الفرق بين القوة القاهرة والحوادث الفجائي.

وقد ذهب القضاء المصري الى تعريف القوة القاهرة والحوادث الفجائي بأنه الامر الذي لم يكن ممكناً توقعه ولا تلافيه ومن شأنه ان يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلًا او بأنه حادث مستقل عن ارادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه او مقاومته^(١٩٦).

وقد تشترك القوة القاهرة مع خطأ المدعى عليه مما يوجب انقاص مبلغ التعويض المحكوم به على المدعى عليه ومثاله اذا اقام مقال بناء لم تراخ فيه الاصول الفنية اللازمة وحدثت امطار غزيرة تهدم جانب من البناء على اثرها مع عدم تدهم الابنية العادية المجاورة كان الباني مسؤولاً عن العيوب على ان يدخل في الاعتبار الآفة السماوية^(١٩٧). وقد يظل المدعى عليه مسؤولاً ومسؤولية كاملة عن الضرر رغم حصوله بفعل القوة القاهرة والى هذا اتجهت احكام المحاكم العراقية في نطاق المسؤولية عن الاشياء الميكانيكية والخطرة كانقطاع الاسلاك الكهربائية بفعل العواصف واصابتها بضرر لاشخاص على نحو ما سنبينه.

واحياناً يستخدم القضاء العراقي مصطلح (القضاء والقدر) كمرادف لفكرة الآفة السماوية او القوة القاهرة كالحريق الناتج عن حصول التماس الكهربائي. كما لم يعتبر القضاء العراقي (برودة الجو) امراً غير متوقع وانما من الامور المتوقعة ولا تدخل ضمن القوة القاهرة^(١٩٨). كما ليس للمحكمة الاعتماد على رأي الخبير لتحديد القوة القاهرة لان ذلك من الامور القانونية التي تبت بها المحكمة نفسها^(١٩٩).

(١٩٦) د. سليمان مرقس - الوافي - ج ٢ - ص ٤٨٧.

(١٩٧) انظر توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - فقرة ٢٩٣.

(١٩٨) رقم القرار ٢٦٦/تصحيح قرار ٦٨/ في ١٩٨٦/٧/٣١ - مجموعة القاضى ابراهيم المشاهدي - ص ٤٦٨.

(١٩٩) رقم القرار ٢٩/١م/١٩٨٢ في ١٩٨٢/٥/٥ - مجموعة القاضى ابراهيم المشاهدي - ص ٤٩٢.

اما النظرية الثانية فهي (السببية الفعالة او السبب المنتج) التي نادى بها فون كريس ومؤداها انه لا يكفي لاعتبار عامل معين سبباً في حدوث الضرر ان يكون وجوده بحيث لولاه ما وقع ذلك الضرر كما تذهب الى ذلك النظرية السابقة لان العوامل لا يمكن ان تكون متعادلة وانما هناك اسباب منتجة اصلية واخرى عارضة لا تكفي لحدائه، فالسبب الفعال هو السبب الحقيقي للضرر^(١٩٣). والى هذا اتجهت محكمة النقض المصرية رغم ان الفقه المدني لم يسلم كلياً بها لان لكل من النظريتين مزايا وعيوب.

وطبقاً لما تقدم لو ان شخصا اهمل فترك مفاتيح سيارته داخلها واركتبت بها جريمة سرقة، تكون المسؤولية مشتركة بحسب النظرية الاولى وتنحصر المسؤولية على السارق الذي ارتكب بالسيارة جريمة السرقة وفق النظرية الثانية.

وفيما يخص الصعوبة الثانية (تسلسل النتائج او تعدد المسببات) فان الفقه المدني واغلب التشريعات يميل الى التعويض عن الاضرار المباشرة دون الاضرار غير المباشرة على نحو ما تقدم.

حكم السبب الاجنبي:

تأثر المشرع الاردني في المادة (٢٦١) من القانون المدني التي نصت على السبب الاجنبي بما ذهب اليه المشرع العراقي حيث نصت المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

" اذا اثبت الشخص ان الضرر نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة القاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك". والى هذا ذهبت المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري.

ويعرف السبب الاجنبي بأنه كل فعل او حادث معين لا ينسب الى المدعى عليه (الفاعل) ويكون قد جعل وقوع العمل الضار مستحيلًا^(١٩٤)، ولهذا، فان للسبب الاجنبي ركنين: اولهما، استحالة دفع الضرر فالمدعى عليه لم يتمكن من مقاومة الضرر الحاصل وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، وثانيهما، انتفاء الاسناد بان يكون خارجاً عن ارادة المدعى عليه والا لا يمكن اسناده اليه قطعاً^(١٩٥).

ونعتقد ان الاسباب الاجنبية التي ذكرتها المادة ٢٦١ اردني و٢١١ مدني عراقي واردة على

(١٩٣) الوافي - ج ٢ - ص ٤٦٥.

(١٩٤) الوافي - ج ٢ - ص ٤٧٧.

(١٩٥) د. سليمان مرقس - الوافي - ج ٢ - ص ٤٨٢.

وفي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى القول: (ان هطول الامطار لا يعد سبباً اجنبياً يرفع مسؤولية البلدية عن تعويض الضرر من صعق المجني عليه بالتيار الكهربائي العائد للبلدية) (٢٠٠).

لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى عدم اعتبار عطل جهاز الفرامل (البريك) قوة القاهرة لان المالك اهمل العناية بسيارته ولم تعتبر انفجار عجلة السيارة من الحوادث الفجائية خاصة اذا كانت الاطارات غير جيدة او متكاملة ولا نفاذ البنزين وتعطل المحرك من القوة القاهرة ولا حتى اصطدام طائر بالزجاج او دخول نحلة داخل السيارة (٢٠١).

النوع الثاني: فعل المصاب (خطأ المتضرر)

قد يكون فعل المصاب هو السبب الوحيد في حصول الضرر له وعندها تنتفي المسؤولية، فلو قام شخص بالتسلق على سور حديقة الحيوانات والتقرب من حيوان مفترس اصابه بضرر لا مسؤولية على مالك الحيوان لان المصاب سعى على قدميه الى الحادث. وقد يسهم المضرور مع خطأ الفاعل والقوة القاهرة فتتوزع المسؤولية والتعويض وفقاً لمساهمة كل طرف وحسب السلطة التقديرية للقاضي. والى هذا توجهت احكام القضاء الاردني حيث حكمت محكمة التمييز في العديد من القضايا الى توزيع المسؤولية والتعويض علماً ان المحكمة المذكورة لها رقابة على مسائل القانون.

فلو تعرض صغير غير مميز للضرر لانه عبر فجأة الى الشارع وكان السائق يسير ضمن الحدود المسموح بها قانوناً ووجد ان الطفل بصحبة امه الا انه تركها عابراً الشارع فجأة ولم يستطع تدارك الام، لا تنهض المسؤولية على السائق لوجود خطأ المتضرر الذي كان السبب المنتج في حدوث الضرر.

والعبارة هنا ان يكون خطأ المتضرر ليس متوقعاً ولا يمكن دفعه او تداركه او مفاداته وان يتضح عدم وجود وسيلة اخرى لدفع الضرر او تلافي الحادث. وفي هذا ذهبت محكمة النقض المصرية الى ما يلي:

(من المقرر قانوناً ان فعل الغير او المضرور لا يرفع المسؤولية عن الاعمال الشخصية او

(٢٠٠) رقم القرار ١٣٦٣/٣م/١٩٧٦ في ١٧/٦/١٩٧٦ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - ص ٢٨٦.

(٢٠١) حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ٢ - ٩٧٩ - ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

وفيما يخص موقف القضاء الاردني فقد حكمت محكمة التمييز في القضية المرقمة ٨٥/٤٦١ ما يلي:
(ان الاعفاء من تنفيذ الالتزام يعتمد على ثبوت عناصر القوة القاهرة).

مجلة نقابة المحامين - ١٩٨٩ - ص ١٣٢٦.

يخفف منها الا اذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته واحداث وحدة الضرر او ساهم فيه) (٢٠٢).

ان المريض الذي يتعمد اصابة جسده او يهمل ارشادات الطبيب فيرتكب خطأً جسيماً يتحمل وحده الضرر الناتج عن ذلك حتى اذا كان سلوك الطبيب انطوى على خطأ بل ومن باب اولي لا مسؤولية على الطبيب اذا لم يثبت حصول خطأ منه بان كان فشل العلاج راجعاً الى خطأ المريض وحده والى هذا ذهب الفقيه (مازو) والقضاء المصري (٢٠٣).

وفي قضية ذهب فيها القضاء العراقي الى اعتبار الضرر الذي لحق بالمصاب كان مشتركاً مع خطأ الفاعل وخلصتها ان المتضرر ارتكب خطأ حين عبث ببندقية صديقه وقام بفتح (امان) الرشاشة واعادها الى صاحبها الذي اراد التأكد من غلق مفتاح الامان فوضع يده على الزناد سهواً واردى صديقه قتيلاً لهذا، فان عبث المتضرر بسلاح الفاعل وقيامه بفتح الامان هو (خطأ من المتضرر) لكنه ليس السبب المنتج وانما ساهم معه خطأ الفاعل مما اوجب توزيع المسؤولية وانقاص مبلغ التعويض (٢٠٤).

ومن بين القضايا التي يمكن اعتبار خطأ المتضرر هو السبب في حصول الضرر وتنتفي رابطة السببية اذا قام صغير مميز او غير مميز او اي شخص آخر بتحرك (رج) قنبلة المياه الغازية فأدى الى انفجارها واصابته حيث لا يمكن القول ان هناك خطأ في جانب المنتج لان العبث قام به المتضرر نفسه.

النوع الثالث: خطأ الغير

قد يكون خطأ الغير هو السبب الوحيد في حصول الضرر فتنتفي المسؤولية عن المدعى عليه وقد يشترك مع خطأ المدعى عليه، ولا يعتبر فعل الغير سبباً اجنبياً تدفع به المسؤولية عن المدعى عليه الا اذا اثبت انه السبب الوحيد لوقوع الضرر ويعد خطأ الغير سبباً اجنبياً اذا استحال دفع الضرر وكان غير متوقع ولا يمكن تلافيه (٢٠٥).

ان القضاء الفرنسي مستقر في احكامه على انه يجب لاعفاء قائد السيارة التي احدثت الضرر من المسؤولية ان يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في وقوع الحادث (٢٠٦).

(٢٠٢) القرار صدر عام ١٩٦٨ منشور في مؤلف الاستاذ الدكتور سليمان مقس - الوافي - ج ٢ - ص ٤٩١ هامش ٨٦١.

(٢٠٣) د. حسن زكي الابراشي - مسؤولية الاطباء الجراحين المدنية - ص ٢٠٦ هامش ١.

(٢٠٤) رقم القرار ٣٤/هيئة عامة / ٨٥-٨٦ في ١٦/١٠/١٩٨٥ غير منشور.

(٢٠٥) د. سليمان مقس - الوافي - ج ٢ - ص ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٢٠٦) حسين عامر - عبدالرحيم عامر - ص ٣٦٨.

ويجب الا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الاشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسؤولاً عنهم^(٢٠٧). كما ليس من الضروري ان يكون الغير معروفاً اذ قد يكون مجهولاً ويبقى مع ذلك خطأ الغير الذي اذا ثبت تنتفي المسؤولية لانقطاع رابطة السببية.

والمراد بالغير هو كل شخص غير المتضرر نفسه وغير حارس الشيء سواء الحيوان او البناء والغير كل شخص مسؤول عنه الحارس فالحوادث لا يعتبر ناتجاً عن فعل الغير اذا كان حصل عن فعل القاصر الذي هو تحت ولاية حارس السيارة او عن فعل التلميذ او المستخدم^(٢٠٨).

المطلب الثاني

آثار المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

لا شك ان التعويض هو الاثر الذي يترتب على قيام المسؤولية، ولا تقوم المسؤولية الا اذا توافرت اركانها ونجح المضرور في اثبات ذلك في دعواه. والحكم الذي يصدر من المحكمة ليس هو مصدر الحق في التعويض لان مصدر الحق ينشأ من لحظة ثبوت الاركان وعدم وجود سبب اجنبي يدفع المسؤولية. ولما كنا قد تكلمنا عن التعويض وطرق الحكم به، فان ما يلزم بيانه في هذا المطلب ما يلي:

اولاً: اثبات المسؤولية

ثانياً: دعوى المسؤولية

ثالثاً: الاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية التقصيرية

اولاً : اثبات المسؤولية

اول ما يطرح في هذا المجال مسألة عبء الاثبات فعلى من يقع ذلك؟ وما هي وسائل الاثبات. ابتداءً يمكن القول ان عبء اثبات حصول الضرر على المدعي الذي يقع عليه اثبات حصول الاذى اذ لا يستطيع ان يخطو في دعوى المسؤولية خطوة قبل ان يثبت ذلك وهو ما اتجهت اليه المحاكم في مصر^(٢٠٩).

الا ان المشرع في بعض الاحوال يعفي المدعي من اثبات الضرر كما لو وضع قرينة غير قابلة

لاثبات العكس على ان هناك ضرراً قد وقع على نحو ما نصت عليه المادة (١/١٧٣) من القانون المدني العراقي بشأن فوائد التأخر. او ان يضع قرينة قابلة لاثبات العكس على وقوع الضرر كما في حالة الشرط الجزائي على نحو ما نصت عليه المادة (٢/١٧٠) من القانون المدني العراقي.

لا بد من القول هنا ان القضاء العراقي اتجه في كثير من قراراته الى اقامة قرينة قضائية على وجود الضرر في نطاق المسؤولية العقدية حيث ذهبت في قرار لها مثلاً: (يعتبر الضرر مفترضاً في حالة تأخر تنفيذ المقاولة التي تكون الدولة طرفاً فيها بالنظر لان الغرض من القيام بالعمل موضوع العقد هو خدمة الصالح العام مما لا يمكن معه تطبيق احكام المادة (٢/١٧٠) مدني^(٢١٠).

وفي قضية اخرى: (اذا كان تأخير التنفيذ متعلقاً بمقاولة احد طرفيها دائرة حكومية فيكون الضرر مفترضاً ولا مجال لتطبيق الفقرة ٢ من المادة (١٧٠) مدني في حالة امتناع المقاول عن تنفيذ التزامه او تأخره في التنفيذ^(٢١١)).

ويذكر الاستاذ السنهوري ان اكثر ما يقع من حالات في اعفاء القانون للمدعي من اثبات الضرر في نطاق المسؤولية العقدية ولكن يمكن تصوره في نطاق المسؤولية التقصيرية ايضاً^(٢١٢). اما عن عبء اثبات الخطأ التقصيري، فان المدعي هو الذي يتحمل ذلك ويمكن نقل عبء الاثبات جانب الى آخر حتى يعجز احدهما عن اثبات دعواه، هذا هو الاصل في المسؤولية التقصيرية القائمة على اثبات الخطأ الشخصي، الا ان هناك استثناءات يعفي فيها المدعي من اثبات الخطأ بفضل قرينة قانونية اما قابلة لاثبات العكس او غير قابلة لاثبات عكسها على نحو ما سنبينه في المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشئسية. ثم ان عبء الاثبات في الرابطة السببية على المدعي رغم انها محدودة الاهمية لانها قد يرد عليها بعض الاستثناءات يقررها القانون على نحو ما سيتضح ذلك ايضاً عند التعرض للمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الحيوان والاشياء.

واثبات المدعي لدعواه يحصل بجميع طرق الاثبات ومما يسيطر على وسائل الاثبات في دعوى المسؤولية حجية الحكم الجنائي حيث نصت المادة (١٠٧) من قانون الاثبات على ما

(٢١٠) رقم القرار ٧٥/١م/٤٨٨ في ٢٦/١١/١٩٧٥ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - ص ٦٥٦.

(٢١١) رقم القرار ١٩٧٤/٤م/١٩١/١٩٠ في ١٢/١٢/٧٦ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - ص ٦٥٩.

(٢١٢) الوسيط - ج ١ - ٩٤١.

(٢٠٧) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٨٧٩.

(٢٠٨) يوسف نجم جبران - ص ٢١١.

(٢٠٩) انظر ذلك في: الوسيط - ج ١ - للاستاذ السنهوري - ص ٩٤٠ - ٩٤١.

يلي: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي الا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكأن فصله فيها ضرورياً) (٢١٣).

ثانياً : دعوى المسؤولية

تتعلق دعوى المسؤولية بحق شخصي في ذمة مرتكب الفعل الضار مضمونه اصلاح الضرر الذي تسبب فيه بخطأه الشخصي، واطراف الدعوى هم: (المدعي والمدعى عليه).

ولقد نصت المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي على سقوط دعوى التعويض بالتقادم اذ جاء فيها ما يلي: "لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع اياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه. ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع". والى هذا ذهب المشرع الاردني في المادة (٢٧٢) من القانون المدني.

كما ذهب القضاء العراقي في قضية قرر فيها ما يلي: (لا تسمع دعوى المطالبة بالتعويض الناشئة عن العمل غير المشروع اياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه، حتى وان كانت مطالبته هذه تستند الى دعوى سابقة اكتسب الحكم الصادر فيها درجة البتات) (٢١٤). وطبيعي ان المضرور هو المدعي في دعوى المسؤولية وهو الذي يطالب بالتعويض وغير المضرور ليس له حق فيه وحق التعويض ثابت لكل مضرور عند تعددهم سواءً اكان الشخص من الاشخاص الطبيعيين ام المعنويين.

اما المدعى عليه في دعوى المسؤولية التقصيرية فهو المسؤول او نائبه او خلفه سواءً اكان مسؤولاً عن فعله الشخصي او مسؤولاً عن فعل غيره او مسؤولاً عن الشيء الذي في حراسته، ولو كان المسؤول عديم الادراك قام نائبه مقامه وقد يحل الخلف العام محل المسؤول عن الفعل الضار حيث تكون تركة المدعى عليه ضامنة للوفاء بحقوق الغير حيث يرفع الدعوى على الورثة للحصول على التعويض (٢١٥).

(٢١٣) نصت المادة (٢٧١) من القانون المدني الاردني ما يلي: (لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توافرت شرائطها ولا اثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير الضمان).

(٢١٤) رقم القرار ٨٦/موسعة اولى ٨٥-٨٦ في ٣٠/٣/١٩٨٦ مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي-ص٣٢٣. (٢١٥) انظر: د. محمود جمال زكي - اتفاقات المسؤولية - القاهرة - ١٩٦١.

د. حسن علي الذنون - تعديل احكام المسؤولية المدنية - محاضرات غير منشورة على طلبة الدراسات العليا - بغداد ١٩٨٦.

د. توفيق حسن لفرج - النظرية العامة للتنازاه - ص ٤٠١.

ثالثاً : الاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية التقصيرية (٢١٦)

يقصد باتفاقات المسؤولية بوجه عام، الاتفاقات التي يقصد بها تعديل احكام المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالعقد او المتولدة عن اتيان فعل غير مشروع اما برفع المسؤولية عن المدين وعدم تحميله دفع التعويض واما بتخفيف المسؤولية فيلتزم المدين بدفع تعويض جزئي او تنقص المدة التي يجوز فيها للدائن رفع دعوى المسؤولية عليه او بتقدير المسؤولية وفق ما اصطلح عليه به (الشرط الجزئي).

اما الاتفاقات المتعلقة بتشديد المسؤولية على نحو ما نصت عليه المادة (١/٢٥٩) مدني عراقي التي جاء فيها: (يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة) والتي نص عليها المشرع المصري ايضاً في المادة (١/٢١٧)، فان الفقه المدني ليس بمتفق على رأي حول ذلك.

فالدكتور جمال محمود زكي والدكتور احمد حشمت ابو ستيت ذهبا الى ان هذا ليس اتفاقاً يتعلق بالمسؤولية او تشديداً لها لان لاتفاقات تشديد المسؤولية صورة واحدة وهي التي يكون فيها تقدير التعويض بأكثر من قيمة الضرر الذي نشأ عن الاخلال بالعقد او عن الفعل غير المشروع، بينما ذهب غيرهم الى اعتبار ما ورد في المادتين اعلاه من ضمن الاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية.

وبالنسبة لاتفاقات الاعفاء من المسؤولية التقصيرية، فان الغاية منها دفعها على من ستقع عليه في المستقبل وقد ذهب جانب من الفقه المدني قائلاً بعدم امكان ذلك لعدم معرفة المتضرر قبل وقوع الضرر، ولكن جانب آخر من الفقه رفض هذا الرأي لان هناك حالات ليست قليلة يمكن للشخص ان يقدر مسبقاً من هشم الذين يمكن ان يقع عليهم الضرر من نشاط معين كحالة تجاوز مضار الجوار العادية فيششتفق الشخص مع جيرانه على تحديد مبلغ التعويض مسبقاً ولهذا فان من المتصور ان يقع اعفاء من المسؤولية التقصيرية قبل وقوع الفعل الضار (٢١٧).

ونحن نعتقد ان ليست جميع قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام، ففي قضية عرضت على القضاء العراقي (رقم الاضبارة ٨٧/٣٠٦ في ١٠/١٠/١٩٨٧) خلاصتها ان المدعى عليه يستخدم النفط الاسود والاطارات لتشغيل معمل الطابوق الذي سبب للجيران

(٢١٦) د. محمود جمال زكي - ص ١.

(٢١٧) تفصيل ذلك - د. حسن الذنون - المرجع السابق - ص ٢٨.

الاضرار الصحية والتلوث في البيئة، فما الذي يمنع الاتفاق مسبقاً على تخفيف المسؤولية قبل وقوع الفعل الضار بتحديد مقدار التعويض لكل متضرر؟

لقد نصت المادة (٣/٢٥٩) من القانون العراقي و المادة (٢٧٠) مدني اردني ما يلي: "ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع" وليس هذا الموقف الا تجسيدا لما قرره القضاء الفرنسي من بطلان جميع الاتفاقات التي تعفى الفاعل من المسؤولية على العكس من الفقه الفرنسي الذي اختلف حول ذلك^(٢١٨).

ويقول الاستاذ (ديموج) بأنه اذا كان اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التقصيرية مخالفة للنظام العام بالنسبة للخطأ العمد، فانه لا يكون صحيحاً بالنسبة للاهمال اليسير الذي يتعرض كل انسان للوقوع فيه، بل يجوز الاتفاق حتى في الافعال التي تعتبر جرائم غير خطيرة، ويؤيد الدكتور حسن الذنون ذلك،^(٢١٩) بحق - مضيفاً بأن نص المادة (٥٠٠) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل تعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ١٠ ايام او بغرامة لا تزيد على ٥ دنانير من دخل بغير حق في ارض مهياً للزرع او مبدور فيها بذر او كان فيها زرع غير محصود او مر فيها بمفرده او ببهائمه او دوابه...فيقول افلا يستطيع شخصان (جارين كانا او غير جارين) الاتفاق على خلاف ما جاء في هذا النص، اذ ما علاقة النظام العام بهذا النص؟!

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير

La Responsabilite De Fait D'autri

الاصل ان الشخص لا يسأل عن عمل ضار لم يقم به ولا يؤاخذ الا عن فعله الشخصي، غير ان هناك حالات يسأل الشخص فيها عن عمل ضار ارتكبه الغير. ويقع هذا في حالتين وهما: مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته (مسؤولية متولي الرقابة الاتفاقية او القانونية) وحالة مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع.

ولقد خصص المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ثلاثة مواد (٢١٨-٢٢٠) لاحكام المسؤولية التقصيرية ولغرض الوقوف على احكام هذه المسؤولية بنوعيتها لا بد من توزيع المبحث على النحو التالي:

المطلب الاول - مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته

المطلب الثاني - مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه

المطلب الاول

مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته

نصت المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي: "١- يكون الاب ثم الجد، ملزماً، بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير. ٢- ويستطيع الاب او الجد ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى ولو قام بهذا الواجب"^(٢٢٠).

واول ما يرد على النص من ملاحظات ما يلي:

١- ان المشرع حصر المسؤولية في الاب اولاً ثم الجد دون ان يحمل الام او اب الام الذي يرعى الصغير المسؤولية عند عدم وجود الاب او الجد اما لوفاته او لغيابه.

٢- اقام المشرع المسؤولية على اساس الخطأ المفترض القابل لاثبات العكس وهو اتجاه غير عادل.

٣- لم يوضح النص حكم القاصر المتزوج.

(٢٢٠) خصص القانون المدني الاردني المادة (٢٨٨) للمسؤولية عن فعل الغير متلافياً للانتقادات التي تعرض لها القانون المدني العراقي.

(٢١٨) تفصيل هذه الاختلافات - د. حسن الذنون - ص ٣٠.

(٢١٩) د. حسن الذنون - المرجع السابق - ص ٣٠.

٤- ان المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ اعتبرت ولي الصغير (الاب ثم المحكمة).

٥- ان المشرع لم يحمل المسؤولية للوصي المختار او المنصوب وإنما حصر المسؤولية في الاب ثم الجد وهو تطبيق لا مبرر له.

٦- لم يرد في النص حكم من لا ولي له او المجنون او اللقيط او من ترعاه الدولة في دور الدولة اذ يلزم بيان حكم ذلك والنص على تحمل الدولة للمسؤولية.

٧- ان النص اغفل الاشارة الى من كان في حكم الصغير لمرض في العقل او علة في الجسم اي من كان عديم الادراك او ضعيف الادراك.

٨- لم يشترط المشرع (شرط المساكنة) بين المسؤول عن فعل الصغير والصغير مرتكب الفعل الضار. اذ ان شرط المساكنة ضروري حتى ينسب الخطأ للشخص المسؤول عن الصغير لارتكابه الخطأ في التربية والخطأ في الرقابة والتوجيه. فلو كان الصغير او من هو في حكمه يعيش مع العمل الضار الذي يرتكبه الصغير؟

٩- لم يحدد المشرع العراقي شيئاً معيناً للصغير حتى تتقرر المسؤولية عنه على خلاف ما قرره المشرع المصري في المادة (١٧٣).

١٠- ان المشرع العراقي حصر المسؤولية بالاب ثم الجد دون غيرهم وهو اتجاه غير صحيح فقد يكون الصغير او من هو في كنف العم او الخال او الخالة او الاخ الاكبر. اذ لا يمكن مؤاخذه هؤلاء لان النص واضح في حصر المسؤولية ولا يمكن اللجوء للقياس.

ومع ذلك، فان الصغير ومن هو في حكمه تتقرر مسؤوليته طبقاً للمادة (١٩١) من القانون المدني (المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي) في حالة اتلاف مال الغير وقد يلزم الولي او الوصي او القيم بمبلغ التعويض اذا تعذر الحصول على التعويض من الصغير او من هو في حكمه، فالمسؤولية هنا هي مسؤولية اصلية على نحو ما تقدم.

لكل ما تقدم وتجنباً للانتقادات لا بد من تعديل النص على النحو التالي:

(١- كل من تجب عليه، قانوناً أو اتفاقاً، رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب انعدام اهليته او نقصها يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير. ولا يجوز له الرجوع بما دفعه من تعويض على محدث الضرر اذا كان عديم الاهلية.

٢- اذا لم يكن لمحدث الضرر من هو مسؤول عن رقبته، او تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، الزمت المحكمة من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعية في تقديره مركز الخصوم).

ولغرض القاء الضوء على احكام مسؤولية الشخص عن من هم تحت رعايته لا بد من الاشارة الى شروط قيام المسؤولية وعلى من تقع المسؤولية ثم لطريقه دفعها (التخلص منها) واخيراً لموقف القضاء العراقي.

أولاً : شروط قيام المسؤولية

لقيام مسؤولية الشخص عن من هم تحت رعايته يلزم توافر شرطين وهما:

الشرط الاول: تولي الرقابة على الصغير، وعلى هذا الشرط نصت المادة (١/٢١٨) من القانون المدني العراقي وهذه المسؤولية تقوم على واجب الرقابة على الصغير. ومن البديهي ان هذه الرقابة لا تنهض الا اذا كان الصغير يسكن مع المسؤول عنه (الاب ثم الجد) طبقاً للنص المذكور.

والسؤال الذي يطرح هنا هل تشترط المساكنة بين الاب ثم الجد والصغير لقيام المسؤولية؟

الواقع ان هذا ليس ضرورياً على العكس مما ذهب اليه المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي التي اوجبت ذلك (٢٢١). وهنا يرى الاستاذ السنهوري (٢٢٢) بأن القاصر الى سن الخامسة عشرة وهي سن بلوغ الحلم في الشريعة الاسلامية يعتبر في حاجة الى الرقابة اطلاقاً ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته.

الا ان المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ في العراق نصت على اعتبار القاصر المتزوج (وهو من اكمل الخامسة عشرة من عمره وكان كاملاً في قواه العقلية وتزوج بأذن المحكمة يكون كامل الاهلية) فهل يا ترى لمجرد الزواج يكون ذو اهلية وترفع الولاية عنه ويصبح ولي نفسه؟

اذ ان المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ٩٥٩ المعدل اعتبرت الشخص المذكور في طور انحلال رابطة الزواج بين الام والاب. كما لم توضح المادة (٣) سالفه الذكر الحكم القانوني للفعل الضار المرتكب منه واهليته اذا انحلت رابطة الزواج للقاصر.

لهذا نحن نؤيد الاستاذ السنهوري (٢٢٣) الذي يرى ان القاصر الى سن الخامسة عشرة يجب ان يكون في رقابة احد هو المسؤول عنه وبعد ان يبلغ الولد الخامسة عشرة، فان ظل يعيش في

(٢٢١) لاحظ تعديل نص المادة (١٣٨٤) فرنسي الذي جرى عام ١٩٨٧ ووضع موضع التنفيذ منذ اكتوبر ١٩٨٨.

(٢٢٢) الوسيط - ج ١ - فقرة ٦٦٧ ص ٩٩٧.

(٢٢٣) الوسيط - ج ١ - فقرة ٦٦٧ ص ٩٩٩.

كف من يقوم على تربيته بقي هذا مسؤولاً عنه الى ان ينفصل الولد في معيشة مستقلة او الى ان يبلغ سن الرشد.

وهذا يعني ان القاصر لو تزوج وظل يعيش في كف والده او والدته او جده، فان الزواج لا يغير من حاله شيء وتبقى المسؤولية على من يرعاه لان الولد في هذا العمر عادة يكون في مرحلة التعليم مما يوجب خضوعه للرقابة فلو تزوج القاصر من قاصرة لم تبلغ سن الرشد انتقلت الرقابة لمتولي الزوج.

الا ان السؤال الذي يثار هنا عن حكم ارتكاب الزوجة القاصرة للفعل الضار وليس لها مال فهل يسأل متولي الرقابة على الزوجة ام الزوج القاصر عن التعويض؟

ان نص المادة (٢١٨) مدني عراقي جاء قاصراً عن معالجة الحالة المذكورة وحالات عديدة اخرى مما يوجب تعديل النص.

الشرط الثاني: صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرعاية. اول ما يطرح هنا من تساؤل عن كيفية قيام هذه المسؤولية التي تنبعث على الخطأ المفترض اذا كان من وقع منه الفعل الضار عديم التمييز، الا انه اذا ادخلنا في الاعتبار ان مسؤولية متولي الرقابة طبقاً للقانون العراقي (الاب او الجد) هي مسؤولية اصلية في هذا الغرض نظراً لانتفاء مسؤولية الصغير عديم التمييز بسبب فقدان الركن المعنوي في الخطأ، كان من الميسور ان ندرك عدم توقف مسؤولية الاب او الجد على ثبوت التقصير وبالتالي على مسؤولية الصغير عديم التمييز (٢٢٤). لهذا فان مسؤولية الاب او الجد انما هي مسؤولية اصلية وهي لا يمكن ان تكون الا كذلك والقول بخلاف ذلك يقود الى اعفاء متولي الرقابة من نتائج ما يرتكبه الصغير من عمل مشروع بالغير قبل بلوغه سن السابعة. والى هذا ذهب الاستاذ السنهوري واعتبر اساس المسؤولية خطأ مفترض في جانب المسؤول (٢٢٥).

واذا كان الامر كذلك لم يصح مطلقاً رجوع الاب او الجد على الصغير غير المميز بما ضمنه طبقاً للقاعدة العامة في رجوع المسؤول عن فعل الغير المقررة حسب المادة (٢٢٠) مدني عراقي. بينما نصت المادة (٢/٢٨٨) مدني اردني على ما يلي: "ولن ادى الضمان ان يرجع بما دفع، على المحكوم عليه به".

(٢٢٤) د. محمود سعد الدين الشريف - ص ٤٢٣.

(٢٢٥) د. غني حسون طه - ٤٩٦.

ويذكر الاستاذ السنهوري في الوسيط - ج ١ - ص ١٠٠٣ (والخطأ الذي وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادي فقط اي ركن التعدي، دون ركنه المعنوي اي ركن التمييز).

ثانياً : على من تقع المسؤولية ؟

الاتجاه السليم الذي اوضحناه ان من تقع عليه المسؤولية والالتزام بدفع التعويض هو كل شخص يجب عليه بحكم الاتفاق او القانون رعاية شخص في حاجة الى الرعاية سواء كان بسبب الحاجة الى الرعاية بفعل السن كعديم التمييز والمميز او بفعل المرض او الحالة الجسمية او غير ذلك وهو ما ذهب اليه القانون المصري ومشروع القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي (١٣٨٤). فالمرضى عقلياً لو ارتكب عملاً ضاراً يلزم ان تكون مستشفى الامراض العقلية مسؤولة عن تعويض الضرر الذي يحدثه للغير، فان لم يكن مودعاً في مستشفى معين نذهب الى وجوب قيام مسؤولية الدولة عن تعويض الضرر الذي احدثه الشخص المذكور.

اما المادة (٢١٨) مدني العراقي فلم تذهب مذهب القوانين سالفة الذكر ولم تقر قاعدة عامة يسأل فيها متولي الرقابة ايأ كانت صفته عن افعال من هو خاضع لهذه الرقابة وانما حصر المسؤولية بالاب ثم الجد فقط وهو مسلك انتقدناه.

ويرى جانب من الفقه ان حكم الفقرة الاولى من المادة (١٨) قررت مسؤولية الاب ثم الجد مسؤولية مفترضة تقييد بالفقرة (٢) من المادة (١٩١) القاضية بأن المطالبة بالتعويض لا توجه الى ولي الصغير الا اذا كان الصغير غير مميز وتعذر الحصول على تعويض امواله بينما يذهب آخرون قائلين خلاف ذلك ويرى ان حكم كل من المادتين (١٩١، ٢١٨) مستقل عن الآخر (٢٢٦).

ثالثاً : دفع المسؤولية (طرق التخلص منها)

نصت المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على طرق دفع مسؤولية عن الشخص الذي يتولى الرعاية. (٢- ويستطيع الاب او الجد ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى ولو قام بهذا الواجب).

ومن هذا يتضح ان نفي المسؤولية اما ان تكون عن طريق (نفي الخطأ) او (نفي علاقة السببية). فيجوز للشخص متولي الرقابة ان ينفي الخطأ منه بأن يثبت عدم وجود خطأ منه من خلال اثبات حسن التربية والرعاية والتوجيه لاولاده فان استطاع ذلك - وهو متعذر لكنه ليس مستحيلاً - انتفت المسؤولية.

(٢٢٦) انظر رأي الاستاذ منير القاضي ورأي الاستاذ الدكتور سليمان مرقس والتعليق عليهما من الدكتور عيدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج ١ - ص ٥٦٩.

الا انه اذا لم يتمكن من نفي الخطأ يمكن التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الاجنبي اي بأن يثبت ان الفعل الضار لا بد واقعاً حتى ولو لم يقع من المتولي للرقابة اي خطأ وبعبارة اخرى ان الضرر لم يكن بسبب خطأ المتولي المفترض.

وفي هذا قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية المربي ترتفع اذا حصل الحادث فجأة وانما يشترط في ذلك ان يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناجحة عن اهمال، وفي قضية اخرى (ويقع عبء اثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الاب) (٢٢٧).

رابعاً- موقف القضاء العراقي

ذهبت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٧٨٧/حقوقية/٩٦٩ الى ما يلي: "١- من احدث ضرراً يلزم بالتعويض عن فعله الضار المادة ٢٠٢ مدني".

٢- "الاب مسؤول عن تعويض الضرر الذي يحدثه ولده الصغير المادة (١/٢١٨) مدني (٢٢٨)".

وفي قضية تتلخص وقائعها ان صغيراً ارتكب فعلاً ضاراً واصاب اصابة بالغة عين طفلة ادت الى تلفها وحين قام الدائن (والد الطفلة) بتنفيذ الحكم بالتعويض لدى مديرية تنفيذ الرصافة بالاضراب المرقمة ٩٨٩/١٠٢٢ والذي تضمن الزام (والد الحدث اضافة لاموال ولده) بالتعويض المحدد في حكم محكمة الاحداث، وعند تبليغ والد المحكوم عليه وتكليفه بتسديد مبلغ التعويض افاد ان ولده الحدث المحكوم عليه لا مال له فطلب والد المضرور الزام والد المحكوم عليه بتسديد المبلغ.

رفضت مديرية تنفيذ الرصافة هذا الطلب وقام الدائن بتمييز قرار الرفض لدى محكمة استئناف بغداد فاصدرت الاخيرة بصفتها التمييزية قرارها رقم ٢٤٠/ تنفيذ/ ٩٨ في ١٥/٥/١٩٨٩ جاء فيه: (لدى التدقيق والمداولة، وجد ان القرار المميز موافق للقانون ذلك ان الحكم المنفذ، قد قضى بالزام والد المحكوم عليه الحدث (أ) اضافة لاموال الحدث بتأدية مبلغ التعويض، ولم يلزمه شخصياً بأداء هذا المبلغ من ماله الخاص، وحيث ان مديرية التنفيذ لا تستطيع تجاوز منطوق الحكم المنفذ. وتلزم والد المحكوم عليه الحدث بتأدية مبلغ التعويض من ماله، فان قرارها برفض طلب المميز جاء صحيحاً وموافقاً فقرر تصديقه...)

ونحن لا نتفق مع القرار المذكور فيما ذهب اليه ونعتقد ان قواعد العدالة تقضي الزام والد

الحدث بدفع مبلغ التعويض المحكوم به للمتضرر اذ لا يعقل التخلص من المسؤولية بهذا الاسلوب بحجة ان الحدث لا مال له فتذهب حقوق المتضررين هدرًا.

لقد درجت محاكم الاحداث، عند محاكمة حدث ووجود مطالبة بالتعويض، على احضار والد الحدث او ولي امره وادخاله طرفاً في الدعوى المدنية والزامه بدفع مبلغ التعويض اضافة لاموال الحدث المحكوم عليه اذا انبعت المسؤولية التقصيرية حيث تلزم المادة ١٩١/١ بدلالة المادة (٢٠٤) الصغير (مميزاً كان ام غير مميز) بضمان ما قام به من عمل غير مشروع من ماله الخاص، ان له مال فان لم يكن له مال فالمسؤولية على الاب والمجد او من هو ولي امر الحدث طبقاً للمادة (١/٢١٨) مدني وهذا ما توجهه قواعد العدالة.

ويبدو ان التطبيق العملي، افرز عدم جدوى الحكم بالتعويض الذي يصدر على ولي الامر للحدث المرتكب للعمل غير المشروع والمحكوم عليه اضافة لاموال الحدث، لان الحدث في الغالب لا مال له فيبقى الحكم من الناحية العملية معطلاً ولا يحصل المضرور على التعويض او يحصل على القدر اليسير الذي لا يصلح الضرر.

وهذا يبدو واضحاً في مجال حوادث السيارات فالاضرار التي يسببها الحدث بسيارة الغير او بأمواله غير مشمولة بالتعويض المنصوص عليه بقانون رقم ٥٢ لسنة ٩٨٠ في العراق (قانون التأمين الالزامي) والحدث المحكوم عليه لا مال له فيكون حق المتضرر (مجرد حبر على ورق) هذا فوق ان قانون رعاية الاحداث في العراق رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ حين وضع العقاب على الولي حسب المادتين ٢٩ و ٣٠ الذي يهمل رعاية من هو تحت ولايته فيرتكب جريمة او يسلك سلوكاً منحرفاً، لم يضع القانون نصاً يلزم فيه الولي بجبر الضرر الذي يحدثه من هو تحت ولايته من ماله الخاص وليس من مال محدث الضرر اكتفاءً بنص الفقرة (١) من المادة (٢١٨) مدني عراقي.

لهذا فان قرار مديرية تنفيذ الرصافة المصادق عليه من محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية غير صحيح ويجب تطبيق احكام الفقرة (١) من المادة (٢١٨) بالزام الاب بدفع التعويض للمتضرر.

ونشير في هذا المجال ما نشرته جريدة الجمهورية في بغداد بتاريخ ٣٠/٨/٩٨٩ عن رئاسة محكمة التمييز ما يلي:

(قررت محكمة التمييز ان الاب هو الملزم بالتعويض عن الاضرار التي سببها الحدث للغير وليس الام وذلك بحكم المادة (٢١٨) من القانون المدني).

ويستطيع الاب التلخص من المسؤولية اذا ثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى ولو بهذا الواجب. وجاء في قرار المحكمة (ان المادة (٢١٨) من القانون المدني لم تشر الى مسؤولية الام عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير...).

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه

نصت المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي على مسؤولية المتبوع اذ جاء فيها ما يلي:
"١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الصناعية او التجارية مسؤول عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم ويستطيع المخدمون ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية"^(٢٢٩). اما القانون المدني الاردني فقد نصت على مسؤولية المتبوع في المادة (٢٨٨) متجنباً الانتقادات الموجهة للقانون العراقي.

وقبل الدخول في بيان شروط قيام مسؤولية المتبوع واساس المسؤولية وطرق التخلص منها وموقف القضاء العراقي لا بد من التعرف على الانتقادات التي تعرضت لها نص المادة (٢١٩) ويمكن تلخيصها على النحو الآتي:

١- لم يتوسع المشرع في بيان مدلول المتبوع بصورة واضحة خلافاً لما فعلته العديد من القوانين المدنية العربية اذ حددت المادة (٢١٩) المتبوع على وجه الحصر وهو ليس صحيحاً اذ يفترض قيام مسؤولية المتبوع كلما قامت رابطة التبعية. ونحن نعتقد بضرورة توسيع مفهوم المتبوع حتى الشخص الطبيعي واقامة المسؤولية على اساس الضمان وعدم رجوع المتبوع على التابع الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

٢- ضيق المشرع العراقي من نطاق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع وحصرها بخطأ التابع اثناء تأدية الوظيفة ولم يشمل الخطأ بسبب الوظيفة. كما لم ينص على حالة المكلف بخدمة عامة الذي يرتكب الخطأ اثناء الخدمة او بسببها وهو تضيق لا مبرر له.

(٢٢٩) قارن مع نص المادة ١٧٤ مدني مصري و ٢٨٦/ب من مشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد بجامعة الدول العربية الذي انجزت مسودته في بداية ١٩٩٠. ونصت المادة ٤١١ من مشروع القانون المدني العراقي على ما يلي: "يضمن المتبوع الاضرار التي يحدثها تابعه من كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، ما دام الضرر قد وقع بسبب تأدية العمل او الوظيفة او اثناءها، وليس للمتبوع الرجوع عن التابع مما دفعه من تعويض، ما لم يكن الضرر، قد نشأ عن تعمد التابع او خطئه الجسيم".

٣- ان القضاء العراقي فسر كلمة (تعد) في الفقرة (١) من المادة (٢١٩) مدني على اساس وجود الخطأ الجنائي ولم يفسرها على اساس الركن المادي في الخطأ المدني.

بناءً عليه لو قام ضابط شرطة بالعبث بسلاحه الحكومي خارج اوقات الدوام الرسمي فاصاب شخصاً لا يمكن تطبيق احكام المادة (٢١٩) مدني عراقي لان الخطأ لم يكن اثناء الخدمة.

ولعل هذه الملاحظات وغيرها تظهر لنا بصورة افضل اذا درسنا المحاور التالية:

اولاً: شروط قيام مسؤولية المتبوع

ثانياً: اساس مسؤولية المتبوع

ثالثاً: طرق دفع المسؤولية

رابعاً: موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

اولاً: شروط قيام مسؤولية المتبوع

لقيام مسؤولية المتبوع يلزم توافر الشروط التالية:

الشرط الاول: علاقة التبعية، وتنهض هذه العلاقة اذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية تخوله الرقابة والتوجيه واصدار الاوامر اليه ولو لم يكن حراً في اختياره. واذا كانت الفقرة الاولى من المادة (٢١٩) عراقي لم تشر الى علاقة التبعية وانما حددت بعض الاشخاص الذين هم من المتبوعين، فان هذا يشكل نقصاً في النص. ونذكر مثلاً ان الشخص المعنوي الذي يمارس نشاطاً خدمياً كالمؤسسة العامة للسياسة مثلاً لم يشملها النص باعتبارها متبوعاً على نحو ما نرى ذلك في موقف القضاء العراقي وهو مسلك ليس سليماً. اذ نحن ندعو الى التوسع في مفهوم المتبوع والتابع.

ومع ذلك، فان علاقة التبعية تتحقق بشيوت السلطة الفعلية للمتبوع في توجيه التابع ورقابته واصدار الاوامر عليه^(٢٣٠).

الشرط الثاني: خطأ التابع، يجب ان تنهض اولاً مسؤولية التابع عن خطأه لكي تنبعت مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع، فلو كان التابع في حالة دفاع شرعي لا يمكن اعتبار التابع مخطئاً. وفي رأينا ليس المراد بالخطأ حسب المادة (٢١٩) مدني هو

(٢٣٠) انظر: د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج١.

الجنائي فقط وإنما حتى في الحالات التي لا توجد فيها المسؤولية الجنائية، فإن من الممكن أن نتصور وجود خطأ التابع التقصيري الذي يسأل عنه المتبوع. وسبق أن انتقدنا مسلك المشرع العراقي الذي حصر الخطأ أثناء القيام بالخدمة. ولهذا تكون المستشفى مسؤولة عن خطأ الممرضة التي اعطت المريضة سماً بدلاً من الدواء الذي يسهل عملية الولادة، فأدى الى موت المريضة.

الشرط الثالث: صدور الخطأ في أثناء العمل، فإذا ارتكب التابع الخطأ بسبب الوظيفة لا يكون المتبوع مسؤولاً، وإنما تنتهي المسؤولية التقصيرية الشخصية للتابع. على العكس ما اتجهت اليه المادة (١٧٤) مدني مصري التي وسعت من ذلك وما ذهبت اليه المادة (٢٨٨) من القانون المدني الاردني.

والقاعدة ان العمل غير المشروع يعتبر واقعاً من التابع اثناء قيامه بخدمة المتبوع من صدر منه تنفيذاً لتوجيهات مخدمه او وصولاً الى الغايات التي كلفه بها ولو لم يعين له الوسائل (٢٣١).

ونشير هنا ان كثيراً من الاخطاء الطبية الجسمية المرتكبة من الاطباء او الكادر الطبي اثناء الخدمة كنسيان المقص في بطن المريض او القطن في المثانة اثناء عملية البروستات او قطع الحالب اثناء الولادة القيصرية او اهمال المولود والام فتحات الام او المولود، فان العادة جرت على اللجوء الى العقوبات التأديبية او الانضباطية بحق الطبيب او الكادر الطبي او الشخص المسؤول دون اللجوء الى قواعد القانون الجنائي والقانون المدني (م ٢١٩) عن هذه الاخطاء وربما يعود ذلك الى جهل الناس بحقوقهم.

ثانياً : مسؤولية المتبوع

يمكن القول ان هناك نظريات متعددة قيلت في هذا الاساس الذي انعكس ايضاً على احكام محكمة التمييز في العراق ويمكن القول ان اهم هذه النظريات هي:

١- نظرية الخطأ المفترض، واساس ذلك يقوم على خطأ المتبوع في اختيار التابع او تقصيره في الرقابة والتوجيه والافتراض هنا قاطع لا يقبل اثبات العكس ولا يقبل من المتبوع (نفي الخطأ) من جانبه وهو ما ذهبت اليه كثير من احكام القضاء في مصر وفرنسا (٢٣٢).

(٢٣١) د. محمود سعد الدين الشريف - ص ٤٢٨.

(٢٣٢) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ - ١٠٤١ - ١٠٤٤.

المرجع السابق - ص ١٠٤٥.

٢- نظرية تحمل التبعية، واساسها قاعدة (الغرم بالغنم) فالمتبوع يستفيد من عمل التابع وعليه ان يتحمل نتائج عمله ونشاطه. وعلى الرغم من مزايا هذا الاتجاه الا انه يؤخذ عليها بأن هذه النظرية تؤدي الى نتيجتين لا يصح التسليم بهما.

وفي هذا يقول الاستاذ السنهوري: (ان مبدأ تحمل التبعية لا يستقيم مع احكام مسؤولية المتبوع، بما تقتضيه هذه المسؤولية من خطأ يقع من التابع وبما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع) (٢٣٣).

٣- نظرية الضمان، ومفادها ان المتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من خطأ يسبب ضرراً للغير ما دام المتبوع يتمتع بحق الرقابة والتوجيه على التابع وما دام الخطأ وقع منه اثناء الخدمة ومصدر الكفالة هنا القانون لا الاتفاق اي ان المتبوع ضامن للتابع بنص القانون دون ان يكون له حق التجريد (٢٣٤).

٤- نظرية القانون، ومن المنادين بها الدكتور عبدالمجيد الحكيم حيث يقول:

(ونحن نرى ان مصدر مسؤولية المتبوع هو نص القانون، فالقانون كما نعلم مصدر من مصادر الالتزام. وقد قرر المشرع مسؤولية المتبوع مدفوعاً باعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي وغايته من ذلك التيسير على المتضرر في الحصول على التعويض عن الضرر الذي اصابه، فالمتبوع املاً دائماً من التابع ولكنه لم يحمله نهائياً مبلغ التعويض بل اجاز له الرجوع على التابع بما ضمنه) (٢٣٥).

وايا كان هذا الاختلاف في اساس المسؤولية، فانه لم يؤثر على نوع المسؤولية وهي مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع وهي ليست مسؤولية عن خطأ شخصي وتقوم في القانون المدني العراقي على اساس الخطأ المفترض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس حسب المادة (٢/٢١٩) مدني.

(٢٣٣) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٠٤٦.

(٢٣٤) جورج ريبير - القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية - ط ٤ ص ٢٣٢ مشار اليه في مؤلف د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج ١ - ص ٥٨٦.

وانظر السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٠٤٧.

وسليمان مرقس شرح القانون المدني - ج ٢ - ١٩٦٤ - ص ٤٠٩.

(٢٣٥) مصادر الالتزام - ج ١ - ص ٥٨٦.

ثالثاً : طرق دفع مسؤولية المتبوع

حين تنهض مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع بتوافر الشروط سالفة الذكر مع اركان المسؤولية من خطأ التابع وضرر احدته للغير وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ، فان مسؤولية المتبوع تقوم طبقاً لما نصت عليه المادة (١/٢١٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٨٨) مدني اردني. وعلى المتبوع ان يقوم بتعويض المتضرر عن الضرر الذي اصابه على اساس الخطأ المفترض القابل لاثبات العكس، فالمتبوع يمكن ان يدفع المسؤولية عنه من خلال ما يلي:

١- نفي الخطأ من المتبوع. اي ان يثبت المتبوع انه قد بذل العناية اللازمة وقام مثلاً بتدريب السائق جيداً في دورات للسياسة وسلمه سيارة صالحة للاستعمال وان السائق سلوكة جيد وسليم جسدياً ويحمل رخصة القيادة وبالتالي فلا خطأ من المتبوع في الرقابة او التوجيه او الاختيار، فلو كان السائق (التابع) غير سليم جسدياً بأن يكون فاقداً لاحدى عينيه ومتهور في سياقته او لا يحمل اجازة في قيادة السيارة العسكرية لا تستطيع الدائرة (المتبوع) نفي الخطأ عنها.

٢- نفي السببية. بان يثبت المتبوع بان الضرر كان لا بد واقعاً حتى ولو كان قد بذل هذه العناية وذلك ان الضرر الواقع كان لا بد واقعاً وان سبب وقوع الضرر هو السبب الاجنبي (القوة القاهرة، خطأ المتضرر، خطأ الغير).

ومن هذه الحالات التي بإمكان المتبوع نفي السببية ورفع المسؤولية عنه بأن يثبت ان خطأ المتضرر هو السبب في حصول الضرر وان المتضرر عبر فجأة الشارع وتضرر بالسيارة او اراد الانتحار او كان يسوق خلافاً لقواعد قانون المرور (قانون السير في الاردن).

ومما ينفي المسؤولية عن المتبوع القوة القاهرة او الحادث الفجائي (الآفة السماوية) وكذلك خطأ الغير. وعلى هذا نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي والتي يقابلها المادة (٢٦١) من القانون المدني الاردني.

رابعاً : موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز الى القول بأن: (سائق السيارة التابع للمميز عليه السيد وزير الدفاع اضافة لوظيفته قد ادين من محكمة جنح المدائن بسبب تقصيره، فإنه يصح من حق المدعي المتضرر مطالبة المدعى عليه وهو المتبوع بالمبالغ الناجم عن الضرر الذي احدثه تابعه) (٢٣٦).

(٢٣٦) رقم القرار ٧٧/٤٨٤٩ ادارية ٩٨٥/٨٤ غير منشور.

وفي قضية اخرى ارتكب سائق حفارة خطأ اثناء الخدمة حين قطع الاسلاك الكهربائية التي ادت الى وفاة المورث بالصعقة الكهربائية فالزمت المحكمة المتبوع (الشركة العامة لمقاولات مشاريع الماء والمجاري) بالتعويض للورثة حسب المادة (٢١٩) (٢٣٧).

ويبدو ان محكمة التمييز الموقرة فسرت كلمة (تعد) الواردة في المادة (١/٢١٩) على انها (الخطأ الجنائي) وذهبت الى تطبيق احكام المادة المذكورة عند وجود الخطأ الجنائي ولاسيما في حوادث السيارات اذ نادراً ما نجد تطبيقها في ميدان الاخطاء الطيبة مثلاً او النشاطات الاخرى. ففي قضية اصدرت المحكمة الارارية في الكرخ قراراً قضت فيه بالزام المنشأة العامة لنقل البضائع بأداء التعويض للمواطن (س) عن الاضرار التي اصابت سيارته نتيجة اصطدامها بسيارة المنشأة اعلاه ويتقصر من سائقها عملاً بأحكام مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه (٢٣٨). وفي قضية اخرى (يلزم المتبوع بالتعويض عن الضرر الذي احدثه تابعه بأمر منه) (٢٣٩). وجاء ايضاً (تسأل الشركة صاحبه السيارة عن الاضرار التي احدثها مستخدمها اثناء سياقته السيارة والناقجة عن خطئه وان كانت محكمة الجزاء قد افرجت عنه) (٢٤٠). والحكومة مسؤولة عن تعويض الضرر الناشئ من دهس السائق المستخدم لديها للمجني عليه اذا ثبت تقصيره (٢٤١). (وتسأل الشركة التي تسبب سائقها بأهماله وبسبب التعطل الموجود في الموقف (البريك) عن تعويض الضرر الذي احدثه السائق وفق المواد (٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢١٩) من القانون المدني (٢٤٢). ونشير الى ان هناك العديد من قرارات محكمة التمييز الموقرة تصدر خالية من الاشارة الى رقم المادة القانونية التي تستند عليها (٢٤٣). والى تطبيق مسؤولية المتبوع في نطاق الاخطاء الجنائية المرتكبة من التابع (٢٤٤). وتأكيداً لهذا النهج الذي انتقدناه في القرار رقم (٤٤٣٤) في ١٢/٦/٩٨٣ ما يلي:

(٢٣٧) تاريخ القرار ٩٨٧/١٢/٢١ رقم القضية (محكمة جنح الناصرية ٩٨٦/٢٣٢).

(٢٣٨) رقم القرار ٩٨/ع/٨٥-٨٦ في ١٩٨٧/١٢/٢٠.

(٢٣٩) رقم القرار ١٨٦/٣م/٩٧١ في ٩٧٢/٤/٢ - اشرة القضائية- العدد ٢ - السنة ٣ - ١٩٧٤ - ص ٤٣.

(٢٤٠) رقم القرار ٩٣٠/٢م/٩٧٣ في ٩٧٤/٥/٧ - اشرة القضائية- العدد الثاني - ٩٧٤ - ص ١٠٦.

(٢٤١) رقم القرار ٢٤٠/٢م/٩٧٤ في ٩٧٤/٦/٣ - اشرة القضائية- العدد الثاني - ١٩٧٤.

(٢٤٢) رقم القرار ٦٧/هيئة عامة / ٩٧٤ في ٩٧٤/٧/٢٠ - اشرة القضائية- العدد ٣- ١٩٧٤.

(٢٤٣) انظر رقم الاضبارة ٣٣٥٦/ادارية/ ٨٥/٨٤ في ٩٨٥/١١/٢١ (غير منشور).

(٢٤٤) اضبارة رقم ٣٤٨٦/ادارية- ثابتة/ ٨٤-٨٥ في ١٩٨٥/١١/١٦ وجاء القرار خالياً من الاشارة الى

رقم المادة القانونية وهي (٢١٩) وهو ما يعيب القرار (غير منشور).

ان مسؤولية المتبوع تجاه الغير قد تحددت في الفقرة الاولى من المادة (٢١٩) من القانون المدني بأنها المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه مستخدمه طالما ان هذا الضرر المحدث نجم عن تعدد وقع من المستخدم فمسؤولية المتبوع وان كانت اصلية بمقتضى النص غير انها لا تحقق الا عند ثبوت التعدي من التابع فمتى تحققت مسؤولية التابع فيكون من حق المضرور مطالبة المتبوع او انه كليهما ملزم بالتعويض عن الضرر وعليه فقد كان على محكمة الموضوع ان تقرر استئخار الدعوى المدنية الى حين حسم الدعوى الجزائية لان تقرير مسؤولية التابع في هذه الحالة يتوقف على الفصل في الدعوى الجزائية^(٢٤٥).

وفي قضية اخرى لم تعتبر محكمة التمييز الموقرة المؤسسة العامة للسياحة وهي تقوم بنشاط خدمي من الاشخاص التي تطبق عليها احكام المادة (٢١٩) (٢٤٦). وهو اتجاه لا يعد صحيحاً في تقديرنا ما دام لها شخصية معنوية وان المؤسسة المذكورة لها تابعين يرتكبون العديد من الاخطاء التي تسبب الاضرار للغير.

كما ذهبت محكمة التمييز الى تطبيق احكام المادة (١/١٢٩) مدني حتى في حالة وجود الاهدال والتقصير، ففي قضية خلاصها ان السيارة المرقمة (٢٩٧٣٣/ نفط) يقودها السائق (سعد) قد سقطت منها الاطار الخلفي للسيارة وتسبب في انقلاب السيارة رقم ١٥٧١ / واسط واصيبت باضرار فحكم بالتعويض للمتضرر حسب قواعد مسؤولية المتبوع^(٢٤٧).

كما ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى: (الحكم بمسؤولية خزينة الدولة عن الضرر الذي لحقه احد الجنود ببيت المدعي اثناء قيادته للسيارة العسكرية وذلك على اساس مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها تمييز حقوق في ١٩/٦/٩٨٢). كما حكمت عام ٩٨٤ بمسؤولية المتبوع عن خطأ التابع بسبب الوظيفة.

وفي نطاق الاعمال الطبية لم نعثر على قرارات قضائية كافية وكأما حصر المشرع المادة (٢١٩) مدني في نطاق حوادث السيارات فقط، ففي حالة ارتكاب الطبيب لخطأ طبي جسيم او يسير، فان احكام المادة المذكورة يمكن تطبيقها. وقد عثرنا على قضية في هذا المجال، خلاصتها ان المدعي (المتضرر) اقام الدعوى على وزارة الصحة طالباً بالتعويض عن وفاة ابنه الذي ولد حديثاً وترك في غرفة مبردة دون عناية بالطفل فقررت المحكمة الادارية في الكرخ

على وزارة الصحة بالتعويض لان الخطأ وقع من التابع اثناء الخدمة الطبية في المستشفى حسب المادة (١/٢١٩) مدني^(٢٤٨).

وعلى الرغم من امكان المتبوع التخلص من المسؤولية حسب الفقرة ٢ من المادة (٢١٩) بنفي الخطأ حيث جاء مثلاً في قرار لمحكمة التمييز (لا تسأل الدائرة بالتضامن مع سائقها عن تعويض الضرر الذي احدثه السائق ما دامت السيارة التي سلمت له صالحة للاستعمال وكان السائق قد اجتاز امتحان قيادة العجلات بنجاح من الناحيتين العملية والنظرية^(٢٤٩)). نجد ان المحكمة الموقرة تذهب احياناً الى اقامة مسؤولية المتبوع على اساس (الضمان) وان المتبوع لا يستطيع التخلص من المسؤولية رغم عدم وجود الخطأ منه وذلك بأن تكون السيارة التي سلمها للتابع صالحة للاستعمال وان التابع اجتاز دورات على السياقة وحاصل على اجازة خاصة بالقيادة وصالحة (نافذة) وهو مسلك جيد من المحكمة تضمن فيه مصلحة المتضرر.

(٢٤٥) القرار غير منشور (رقم سلسل القرار ٦٣٠٩).

(٢٤٦) رقم الاضبارة ١٠٥١/ادارية ثالثة/٨٣-٩٨٤ في ١٠/٣/١٩٨٤ غير منشور.

(٢٤٧) رقم الاضبارة ٧٧/ادارية / ٨٢-٨٣ في ٨/١١/١٩٨٢ - غير منشور.

(٢٤٨) رقم الاضبارة ٢٧٢١/ادارية/ ١٩٨٤ - ٨٥ في ١٤/٤/١٩٨٥ - غير منشور.

(٢٤٩) رقم القرار ٩٢/هيئة موسعة ثانية/ ٩٨٠ في ٢٠/٩/٩٨٠ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد ٣-

٩٨٠ - ص ١٥ - ١٧.

المبحث الثالث

المسؤولية عن الاثنية والحيوانات

خصص المشرع العراقي للمسؤولية عن الاثنية المواد (٢٢١ - ٢٣٢) فعالج احكام جنائية الحيوان ولما يحدث في الطريق العام والمسؤولية عن البناء ثم للمسؤولية عن الاثنية الميكانيكية وتلك التي تتطلب عناية خاصة ولم يعالج احكام المسؤولية التقصيرية في مجال الكمبيوتر ولا مسؤولية المنتج والموزع في حقل الانتاج.

وطبقا لخطة البحث التي رسمناها سنوزع المبحث على مطالب ثلاث على النحو التالي:

المطلب الاول: المسؤولية عن البناء

المطلب الثاني: المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاثنية الخطرة

المطلب الثالث: المسؤولية عما يحدثه الحيوان من ضرر

المطلب الاول

المسؤولية عن البناء

لم يخصص القانون المدني الاردني لاحكام البناء الا مادة واحدة فقط هي المادة (٢٩٠)، ولغرض الوقوف على احكام المسؤولية عن البناء التي نص عليها المشرع العراقي في المادتين (٢٢٩-٢٣٠) لا بد من بيان شروط المسؤولية والاساس الذي تقوم عليه ولطرق التخلص منها. وقبل الدخول في الموضوع لا بد من القول ان المشرع العراقي نص في المادة (٢٢٩) مدني على ما يلي:

"١- لو سقط بناء واورث الغير ضرراً، فان كان البناء مائلاً للانهدام او فيه عيب أدى الى سقوطه وكان صاحبه قد نبه الى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أنه يعلم بها وجب الضمان.

٢- ويجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه" (٢٥٠).

(٢٥٠) قارن مع نص المادة ١٣٨٦ (مدني فرنسي التي حملت المسؤولية عن مالك البناء عند وجود نقص في الصيانة أو عيب في الاثنية بعكس المادة (١٧٧) مدني مصري جعلت المسؤولية على حارس البناء =

يتضح من ذلك أن المشرع العراقي يسأل مالك البناء عن الانهدام الذي يسبب الضرر للغير ولا يسأل حارس البناء، فالمسؤولية تنهض على المالك حتى ولو لم يكن البناء في حيازة المالك كأن يكون البناء في حيازة المستأجر أو المستعير أو المرتهن، لأن المسؤولية عن البناء غير مرتبطة بفكرة الحراسة كالمسؤولية عن الحيوان.

أما المراد بالبناء فهو ما يتصل بالارض على وجه الثبات ويعتبر العقار بالتخصيص مشمولاً بتعريف البناء، فيعد من البناء المواد الاولية كالطابوق والحديد والخشب والحجر وأي جزء منه كالبواب والشبابيك وغيرها. حيث يسأل المالك عنها اذا اصابته الغير بالضرر.

اولاً : شروط المسؤولية (٢٥١)

لانبعثت مسؤولية على مالك البناء طبقاً للقانون المدني العراقي المادة (٢٢٩) يلزم توافر الشروط التالية:

الشرط الاول: ان يكون الاذى الواقع على جسد الانسان أو امواله ناشئاً عن انهدام البناء أو سقوطه، مهما كان نوعه (كلياً كان أم جزئياً) واما كانت طبيعة البناء (عمودياً أم افقياً) وسواءً كان البناء حديثاً يعتره النقص أو العيوب أم كان قديماً.

بناءً عليه، فان البناء لا يمكن ان يسقط دون سبب، وسبب السقوط يعود لعيب فيه او لقدمه كميلانه، فان حصل السقوط والضرر بفعل السبب الاجنبي لا تنهض المسؤولية على نحو ما سببته في طريقة دفع المسؤولية. أو قد تنهض المسؤولية الا انها تكون مخففة بنسبة درجة خطأ المالك (٢٥٢).

الشرط الثاني: أن يكون الانهدام أو السقوط بفعل اهمال المالك لصيانة البناء، ويضاف الى

= ولو لم يكن مالكا، حيث أقام المشرع المصري المسؤولية على اساس الخطأ المفترض القابل لاثبات العكس.

أما المادة (٢٩٠) مدني أردني فقد نصت على مايلي:

"١- الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه الا اذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره.

٢- ولئن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فان لم يقم المالك بذلك، للمحكمة أن تأذنه في اتخاذ هذه التدابير على حساب المالك".

(٢٥١) د. محمود سعدالدين الشريف - ص٤٣٧.

(٢٥٢) عرضت على القضاء العراقي خلال عام ١٩٩٠ اكثر من قضية تخص المسؤولية عن البناء راح ضحيتها العديد من الابرياء في بغداد. ولعل أهمها قضية انهيار عمارة كاملة في ساحة الخلاني وأخرى قبلها في حي (٥٢) ولم يصدر الحكم فيهما حتى بعد انجاز هذه السطور.

هذا الشرط تحقق أحد أمور ثلاثة:

١- أن ينبه صاحب البناء بوجود الميلان أو العيب فلا يتخذ الاجراءات اللازمة لدفع الخطر.

٢- أن يعلم بالميلان أو العيب في حالة البناء فيظل ساكناً.

٣- أن يكون بحالة ينبغي معها أن يعلم بوجود الميلان أو العيب.

فاذا توافرت شروط المسؤولية تلك كان المالك للبناء مسؤولاً عن الضرر على اساس (خطأ مفترض في جانبه غير قابل لاثبات العكس). ومما ينبغي على ذلك عدم امكانية رفع المسؤولية بنفي الخطأ عنه أو نفي رابطة السببية^(٢٥٣). كما يضيف البعض^(٢٥٤)، شرطاً ثالثاً هو الا يكون الانعدام أو السقوط ناشئاً عن الاخلال بالتزام عقدي حيث يرجع المستأجر على المالك حسب قواعد عقد الايجار اذا اصاب بضرر.

ومما يلحق بهذه المسؤولية، المسؤولية الناشئة عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقي أو يسقط من المسكن إلا أنه بالامكان نفي المسؤولية عن الساكن اذا اثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر فالمسؤولية تقوم على قرينة بسيطة على الخطأ تقبل اثبات العكس يمكن التخلص منها باثبات السبب الاجنبي حيث نصت المادة (٢٣٠) مدني مايلي: "كل من يقيم في مسكن يكون مسؤولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقي أو يسقط في هذا المسكن ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر".

ثانياً : أساس المسؤولية

القاعدة في هذا المجال ان المضرور هو الذي يثبت حصول الضرر له لانه هو المدعي الذي يكلف بان الاذى الذي لحق به نشأ عن البناء الذي تهدم وبأن المدعى عليه هو مالك للبناء طبقاً للقانون العراقي و الفرنسي ١٣٨٦ وعلى حارس البناء طبقاً للقانون المصري. ويراد بحارس البناء من له السيطرة الفعلية عليه الذي قد يكون المالك أو الحائز أو المستأجر أو المقاول أو غيره. وطبقاً للقانون المدني الاردني المالك أو المتولي هو المسؤول عن الهدم، المادة (٢٨٩).

وفي الفقه الاسلامي، فإن أساس المسؤولية عن تهدم البناء تقوم على أساس تقصير المالك. والتقصير أحد اسباب الضمان عند الفقهاء المسلمين. أما في ضوء المادة (٢٢٩) من القانون المدني العراقي، فان أساس مسؤولية مالك البناء عن الضرر الحاصل للغير من البناء المملوك له يختلف من حالة الى أخرى وهما:

(٢٥٣) عكس ذلك د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ٦٠٤.

(٢٥٤) د. غني حسون طه - المرجع السابق - ص ٥١٢.

الاساس الاول: الخطأ المفترض غير القابل لاثبات العكس

وتتمثل هذه الحالة اذا كان الانهدام في البناء ناشئاً عن ميلان البناء الى الانهدام حيث يسأل المالك لمجرد حصول الضرر الجسدي أو المادي للغير بفعل سقوط البناء المائل.

الاساس الثاني: خطأ مفترض قابل لاثبات العكس

ويمثل هذا الاساس في حالة كون الانهدام في البناء المملوك يعود لعيب في البناء لانه يفترض انه كان يعلم بالعيب أو كان ينبغي ان يعلم به او كان قد نبه الى ذلك. فالخطأ ثابت في جانب مالك البناء الا انه يمكن نفي المسؤولية عنه باثبات جهله بالعيب أو انه لم يكن بإمكانه العلم بالعيب.

ويكمن توقي الضرر قبل وقوعه حيث اشارت الى ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩) حيث بالامكان الحصول على اذن المحكمة لاتخاذ التدابير الضرورية لدفع الخطر اذا لم يقيم المالك رغم اعلامه بذلك بازالة مصدر الخطر، المادة (٢/٢٩٠) من القانون المدني الاردني.

أما المصاريف التي رجع بها المههد بالخطر على المالك فتكون على ثلاثة انواع:

١- مصاريف ضرورية لمن انفقها حق الامتياز على البناء لانها تحفظه من الهلاك.

٢- مصاريف نافعة تزيد من قيمة البناء ولا تحفظه من الهلاك.

٣- مصاريف كمالية لا ترجع بها على المالك لأنها لا تحفظ البناء من الهلاك ولا تزيد من قيمته.

المطلب الثاني

المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاشياء الخطرة

خصص القانون المدني الاردني المادة (٢٩١) والمادة (٢٩٢) لهذا النوع من انواع المسؤولية^(٢٥٥)، كمايلي: "كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو اشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما يحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر. هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة"^(٢٥٦).

(٢٥٥) نصت المادة (٢٩١) مدني اردني مايلي: "كل من كان تحت تصرفه اشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الاشياء من ضرر الا ما لا يمكن التحرر منه، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

(٢٥٦) قارن مع نص المادة (١٧٨) من القانون المصري المادة (٤٥٤) مدني سوفيتي والمادتين (٤١٥-٤١٦) من مشروع القانون المدني العراقي.

لها فأصيب بضرر فلا تنهض المسؤولية^(٢٥٨) لأن هذا الاصطدام هو تدخل سلمي من الاشياء لايسأل عنه مالك الشيء^(٢٥٩).

أما اذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة في غير وضعها الطبيعي كانت الشجرة قد اقتلعتها الريح فقذفت بها في عرض الطريق على سيارة واقعة أو مارة واصابت المتضرر بضرر في جسده وسيارته أو كانت الآلة الميكانيكية في (غير مكانها الطبيعي)، فأن الضرر يكون من فعل الشيء وقد تدخل تدخلًا ايجابيًا^(٢٦٠). والى هذا اتجهت محكمة التمييز في العراق حين حكمت على مصلحة الكهرباء بالمسؤولية عن الضرر الذي لحق المتضرر من السلك الكهربائي الذي انقطع بقوة قاهرة (عاصفة).

الا ان المسؤول هو الذي يثبت عكس ذلك، كما لايشترط الاتصال المادي المباشر في هذا التدخل الايجابي للشيء الذي يحدث الضرر فلو سقطت شجرة بفعل القوة القاهرة واضطر سائق السيارة فجأة الى تلافي ذلك واتلاف مال الغير او الاصطدام بسيارة اخرى، فإن الضرر ينسب للشيء رغم عدم وجود الاتصال المادي المباشر وبالتالي يكون حارس الشيء مسؤولاً عن تعويض الضرر.

ثانياً : أساس المسؤولية^(٢٦١)

تذهب العديد من القوانين المدنية الوضعية الى تأسيس هذه المسؤولية على اساس من الخطأ في الحراسة) وهو خطأ مفترض افتراضاً قانونياً قاطعاً لا يقبل اثبات العكس ولا يستطيع حارس الشيء الا دفع المسؤولية باثبات السبب الاجنبي فقط.

غير ان القانون المدني العراقي شذ عن هذا الاتجاه لاسيما وان العراق لم يكن - وقت وضع القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ٩١٥ - في مرحلة التنيع فجعل المسؤولية على اساس الخطأ

(٢٥٨) د. حسن الذنون - النظرية العامة للالتزام - ص ٣١٠.

د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ج ١ ص ٦١٢.

د. محمود سعدالدين الشريف - ص ٤٤٢.

(٢٥٩) د. غني حسون طه - المرجع السابق - ص ٥١٦ - ٥١٧.

(٢٦٠) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٠٩.

(٢٦١) د. غني حسون طه - ص ٥١٧.

د. محمود سعدالدين الشريف - ص ٤٣٨.

د. حسون الذنون - ص ٣١١.

د. اياد ملوكي - المسؤولية عن الاشياء - ص ٢١٣ - ٢١٥.

وهذه المادة تشمل (الآلات الميكانيكية) التي تدار بالقوة الدافعة كالبخار أو النفط أو الكهرباء أو الهواء أو غيره، كما تشمل أيضاً الاشياء التي (تتطلب عناية خاصة) بسبب طبيعتها الخطرة أو ملازمة الخطر لها كالمفتجرات والاسلحة والآلات الجارحة والمواد الكيماوية وغيرها.

على أن هذه الاشياء اذا كانت طبيعة الحركة بيد الانسان كمشروط الجراح والحبل والحديد والسكين، فإن مسؤولية الانسان لاتنهض عندئذ على أساس المادة (٢٣١) مدني عراقي و (٢٩) مدني اردني وانما على أساس الخطأ الشخصي الواجب الاثبات.

ولغرض دراسة هذا الموضوع، بعيداً عن تطوره التاريخي، لا بد من التعرف على شروط قيام المسؤولية والاساس الذي تقوم عليه ثم لطرق التخلص منها (رفع المسؤولية) وللتطبيقات القضائية في هذا الخصوص.

أولاً : شروط قيام المسؤولية^(٢٥٧)

الشرط الاول: ان يتولى شخص حراسة شيء، وينظر للحراسة القانونية لا الى مجرد الحراسة المادية حيث يكون المالك هو الحارس للشيء لانه هو المسيطر عليه فعلياً.

على أن الشيء يجب أن يكون من الجوامد، أي ليس حياً وهو اما أن يكون من الآلات الميكانيكية أو من الاشياء التي تقتضي عناية خاصة بها للوقاية من ضررها.

وأيا كان الشيء، فانه لايد أن يكون من الاشياء المادية لأن الاشياء المعنوية لايتصور أنها تسبب ضرراً للغير. كما تخرج الاشياء الحية كالحوانات والبنيات لانها لها أحكامها الخاصة. بينما الاشياء المادية الجامدة قد تكون صلبة أو سائلة أو غازية.

فمن الآلات الميكانيكية المصاعد والطائرات والمكائن لانها تستمد حركتها من محرك وكذلك السلك الكهربائي. ومن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة الاشجار والمفتجرات والمواد الكيماوية والادوية الطبية وغيرها ويكون الشيء المادي خطراً أما بطبيعته أو لظروفه الملايئة.

الشرط الثاني: حدوث ضرر من الشيء

يذهب الفقه المدني في العراق الى توضيح المقصود بهذا الشرط بأن معناه ان يكون للشيء دور ايجابي في احداث الضرر فلو اصطدم اعمى بسيارة واقفة او آلة موضوعة في المكان المعد

(٢٥٧) د. محمود سعد الدين الشريف - ص ٤٤١.

د. اياد عبدالجبار ملوكي - المسؤولية عن الاشياء - بغداد - ط ١ - ٩٨٠ - ص ٢٠.

المفروض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس). وهو اتجاه غير سليم لاسيما في الوقت الحاضر حيث ازدهرت الصناعة وتعددت مصادر الخطر من الاشياء على الانسان الذي يحتاج الى الحماية.

وفي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز تأكيداً لهذا الاتجاه جاء فيها:

(البلدية مسؤولة عن الضرر الذي تحدثه الاسلاك الكهربائية العائدة لها ما لم تثبت انها اتخذت الحيطة الكافية لمنع وقوعه) (٢٦٢).

ثالثاً : دفع المسؤولية (طرق التخلص من المسؤولية)

يستطيع المتصرف بالشيء ان يدفع المسؤولية عنه طبقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي (ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر...) فاذا اثبت انه لم يكن متعمداً ولا مقصراً في السيطرة على الآلة الميكانيكية او الشيء الخطر وانه اتخذ التدابير اللازمة لمنع الضرر فلا مسؤولية عليه.

كما يمكن التخلص من المسؤولية باثبات السبب الاجنبي (المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي) وهو القوة القاهرة أو خطأ المتضرر او فعل الغير، ويقع عبء الاثبات على المدعى عليه بكل طرق الاثبات الا انه لا يجوز التمسك بهذا الدفع لاول مرة أمام محكمة التمييز وأما يلزم ابداء الدفع أولاً امام المحكمة المختصة. وطبقاً للقانون المدني الاردني يمكن دفع المسؤولية باثبات السبب الاجنبي (المادة ٢٦١).

وعلى سبيل المثال، ان القذيفة التي سقطت من العدو على السلك الكهربائي تنفي رابطة السببية وتدفع المسؤولية عن الحارس، وكذلك الحال بالنسبة الى فعل الغير وهو كل شخص غير المتضرر وغير الحارس وغير الاشخاص الذي يسأل عنهم الحارس قانوناً، ويشترط البعض ان يكون فعل الغير خاطئاً حتى يدخل ضمن مفهوم السبب الاجنبي (٢٦٣).

وبعد خطأ المتضرر من صور السبب الاجنبي التي ترفع المسؤولية عن المدعى عليه، فالشخص الذي يعرض (عبوة قاتل الحشرات) للنار رغم التحذير الثابت عليها ويصاب بضرر في جسده يكون هو المسؤول عما لحقه من ضرر لأنه ارتكب خطأً بانحرافه عن السلوك المعتاد.

ويعتبر خطأ المتضرر بذاته سبباً اجنبياً ولا يشترط ان تتوافر فيه شرط القوة القاهرة، ومن

(٢٦٢) رقم القرار ١٢٧/١م/٧٦ في ١٧/٣/٩٧٦ - مجموعة ابراهيم المشاهدي - ص ٢٨٤.

(٢٦٣) تفصيل ذلك: د. اباد ملوكي - المسؤولية عن الاشياء - ص ٢٥٥.

حالات خطأ المتضرر صعود الشخص على عمود الكهرباء وقيامه بتسلقه رغم وجود التحذير أو عبثه بغرفة محولة الكهرباء وقيامه بفتحها بالقوة واصابته بالضرر.

فلو كانت غرفة الكهرباء مفتوحة والمحولة مشغلة وقام شخص بفتحها وتعرض الى صعقة كهربائية تنهض مسؤولية مصلحة الكهرباء والى هذا اتجهت محكمة التمييز بقولها: (اذا صعق صبي بسلك كهربائي نتبجة ترك باب محولة الكهرباء في المحلات العامة مفتوحاً فيتحمل رئيس مؤسسة الكهرباء التعويض عن ذلك) (٢٦٤).

وربما يكون الخطأ مشتركاً بين المسؤول والمتضرر فتوزع المسؤولية والتعويض. وقد ذهبت محكمة التمييز في هذا الخصوص مايلي: (اذا تعرض مورث المدعين نتيجة صعقة بالسلك الكهربائي المقطوع تسأل دائرة توزيع الطاقة الكهربائية عن التعويض ولا يجديها الدفع بحدوث قطع السلك جراء العواصف والامطار لأن ذلك من الحوادث المتوقعة يجب ان تحتاط لها على ان يراعي عند تقدير التعويض الخطأ المشترك الذي صدر من المجني عليه بمسكه السلك الكهربائي المقطوع) (٢٦٥).

رابعاً : موقف القضاء العراقي

لم يحدد القضاء العراقي مفهوم الشيء الخطر او مجالات محصورة لتطبيق احكام المادة (٢٣١) من القانون المدني فقد وجدت العديد من القضايا في الحياة العملية سنحت للقضاء تطبيق المادة المذكورة. فقد اعتبر القضاء العراقي من بين الاشياء الخطرة (المسيح) والفتحة في الارض (المنهول) و (المتفجرات) و (الآلات الجارحة) كذلك اجهزة التسلية الرياضية في مدينة الألعاب.

ففي قضية جاء فيها: (يكون الخطأ مفترضاً، في المسؤولية عن الاشياء ولا تعفى مصلحة الكهرباء عن الاضرار التي سببها انقطاع السلك الكهربائي بحجة حدوث ذلك من رداءة الاحوال الجوية اذ الدائرة مسؤولة عن صيانة السلك الكهربائي) (٢٦٦). وان (مصلحة اسالة الماء مسؤولة عن تعويض الضرر الحاصل بسبب انكسار انبوب الماء العائد للمصلحة) (٢٦٧). وكذلك (٢٦٨) (تسأل البلدية عن الضرر الذي احدثه نتبجة استعمالها الآلات والادوات

(٢٦٤) رقم القرار ٩٧٨/١م/٩١٦ في ٢١/١٢/٩٧٨ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - ص ٢٩٥.

(٢٦٥) رقم القرار ١٩٩/١م/٩٧٨ في ٢٥/٤/٩٨٧ - مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - ص ٢٩٣.

(٢٦٦) رقم القرار ٢٩٢م/٣م/٩٧٤ في ٤/٩/٩٧٤ - النشرة القضائية - السنة ٥ - ٩٧٤.

(٢٦٧) رقم القرار ١٢٦/٣ج/١٩٦٩ في ٢١/١٢/٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز - مجلة ٦/ - ص ٣١٨.

(٢٦٨) رقم القرار ١٦١/٣ج/١٩٦٩ في ٣١/١٢/٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز - مجلة ٦/ - ص ٣١٨.

الميكانيكية لهدم دار مستعملة مجاورة للدار المتضررة ما لم يثبت انها اتخذت الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر وفقا للمادة (٢٣١ مدني).

واعتبرت محكمة التمييز بقرارها رقم ٧٨/ادارية/ثانية في ١٩/١٠/٩٨٨ المتفجرات من الاشياء الخطرة التي تخضع لاحكام المادة ٢٣١ مدني حيث ان المدعى عليه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر للمدعي الذي اصيب بعجز قدره ٦٥٪ لأن المتفجرات من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها.

وفي قضية خلاصتها ان المتضرر (س) سقط من لعبة الموت في ١٧/٨/١٩٨٦ في مدينة الألعاب فاقام والده الدعوى للمطالبة بالتعويض من شركة مدينة الألعاب، على الرغم من وجود العلامات التحذيرية والتعليمات الصارمة قبل الصعود الى اللعبة وان الموت غير وارد لو ان المتوفي التزم به لذا، فان خطأ المتضرر هو السبب في حصول الضرر ولا مسؤولية على المدعى عليه لأنه بذل الحيطة الكافية والتدابير اللازمة حسب احكام المادة ٢٣١ مدني (٢٦٩). بينما ذهبت محكمة التمييز في قرارات اخرى بنفس القضية الى تطبيق احكام المادة ٢٣١ مدني والحكم على شركة الالعاب بدفع التعويض للمتضرر لأنها كانت مقصرة بعدم وضع الاحزمة (حزام الأمان) كاحتياط لازم لمنع وقوع الضرر (رقم القرار ٣١٢/ استئنافية / ٨٥-٨٦ في ٢١/٥/١٩٨٦). واعتبرت محكمة التمييز حفرة المجاري الخالية من السياج او العلامة التحذيرية من الاشياء الخطرة التي تطبق عليها المادة ٢٣١ مدني (٢٧٠) غير ان المحكمة الموقرة لم تشر في حكمها الى نص المادة التي استندت عليها.

كما ان امانة بغداد مسؤولة عن الحريق الذي يقع بفعل الألعاب النارية في المناسبات الوطنية وذلك لأنها من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة (٢٧١). وفي قضية أخرى جاء فيها: (إذا استجاب شخص لنداء الاستغاثة الصادر من آخر وقام بما يفرضه عليه الواجب الانساني والقانوني طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة (٣٧٠) ق.ع ثم تعرض للاختناق، فان الشركة القائمة بالعمل الذي اختنق فيه الشخص تكون مسؤوليتها متحققة طبقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني ولا فرق في ذلك بين ان يكون المتوفي من عمالها او من الاغيار (٢٧٢).

(٢٦٩) رقم الدعوى في حكمة براءة الكرخ (١٤٦٧) ٨٧/٨٨ في ٥/٣/٩٨٩ (غير منشور).

(٢٧٠) رقم القرار ٥١١ في ٢٤/١١/٩٨٧ (غير منشور).

(٢٧١) القرار الصادر من محكمة براءة الكرخ في ٢٢/٢/٩٨٩ (غير منشور).

(٢٧٢) رقم القرار ٢٣٩/ موسعة اولى / ٨٧-٨٦ في ٢٩/١٢/٩٨٧ - مجلة القضاء - العدد ٤٣، ٣ - (٩٨٨) - ص ٣٢٢.

حكم المسؤولية التقصيرية في مجال الكمبيوتر

من الطبيعي ان الاضرار الناتجة عن الكمبيوتر لا ينظمها قانون خاص في العراق والاردن نظراً لحداثة هذه الوسيلة التي شاع استعمالها في مختلف مجالات الحياة الامر الذي يوجب تطبيق القواعد العامة في القانون المدني بالنسبة للاضرار المذكورة، ويستوي ذات الامر على طرق (الفيديو تيكس) الذي شاع استعماله في كثير من دول العالم وانتقل لبعض الاقطار العربية.

وأهم ما يثار في هذا السياق عن مشكلات المسؤولية التقصيرية للبرامج وليس الجهاز بحد ذاته، اياً كان البرنامج سواء كان برامجا تشغيليا ام من البرامج التطبيقية.

ان جهاز الكمبيوتر وبرنامجه التشغيلي والتطبيقي من الآلات الميكانيكية لانه يسير أو يعمل بالطاقة الكهربائية فهل يخضع لحكم المادة (٢٩١) من القانون الاردني والمادة (٢١٣) من القانون المدني العراقي؟ ام ان له قواعده ونظامه الخاص بها عند حصول ضرر للغير؟

ولعل من اول المشكلات التي تطرح في هذا الميدان المحافظة على سرية البرنامج حسب ثقواعد المسؤولية العقدية او المسؤولية التقصيرية حسب طبيعة العلاقة، فلو قام شخص بالاستيلاء على اصل البرنامج دون اذن من صاحبه وانتاج نسخ عنه وبيعهها يكون مرتكباً للعمل الضار لأنه مأذون بذلك (٢٧٣).

كما ان قيام شخص بتوظيف عمال فنيين بعد اغرائهم بالخروج من صاحب الأول وتوظيف المعلومات التي حصلوا عليها بمناسبة عملهم لدى رب العمل السابق لمنافسته يعتبر منافسة غير مشروعة (٢٧٤).

الا ان هناك صعوبات كبيرة في اثبات خطأ العمال لأن في برامج الكمبيوتر لا يلجأ المنافسون عادة الى اسلوب النسخ البسيط وإنما بعد القيام بالتعديلات الترميمية.

وعلى الرغم من وجود العديد من الآراء في حماية برامج الكمبيوتر الا ان الاتجاه الحالي السائد في الكثير من الدول هو الحماية بقوانين حق المؤلف وقد خلا القانون المدني العراقي والمشروع المدني وقانون حماية حق المؤلف لسنة ٩٧٠ من النص على هذه الحماية. كما ان هذا النقص موجود في القانون المدني الاردني.

والاتجاه الفقهي السائد يرى ضرورة حماية برامج الكمبيوتر بقانون خاص بسبب الطبيعة

(٢٧٣) د. احمد السمدان - النظام القانوني لحماية برامج الكمبيوتر - مجلة الحقوقي - الكويت - السنة ١١ - العدد ٤ - ٩٨٧ - ص ١٨.

(٢٧٤) د. أحمد السمدان - ص ١٨.

الخاصة للبرامج ولوظائف الكمبيوتر المتعددة^(٢٧٥). لأن جهاز الكمبيوتر وبرنامجه الخاص به فوق انه من الآلات الميكانيكية التي تعمل بالطاقة الكهربائية هو جهاز يتطلب عناية خاصة خصوصاً (البرامج).

ان الضرر الذي يصيب الغير في هذا الميدان قد يخضع لقواعد المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاشياء التي تتطلب عناية خاصة او للقواعد العامة في المسؤولية العامة العقدية أو لقواعد ضمان العيوب الخفية الى ان يقرر المشرع القواعد الخاصة المستقلة لذلك فالبرنامج فكرة اتخذت طابعاً مادياً في شكل برنامج واي اعتداء عليه مساس بحقوق صاحب الفكرة او البرنامج مما يستوجب التعويض حسب الضرر الذي يقع على المدعي اثباته.

حكم مسؤولية المنتج والموزع في حقل الانتاج والتوزيع^(٢٧٦)

ابتداءً لا بد من القول هل ان المنتجات الخطرة بذاتها وغير الخطرة بذاتها لكنها تصير خطرة بفعل الخطأ في الصنع او التوزيع يمكن ان تخضع لأحكام المادة (٢٩١) مدني اردني وللمادة (٢٣١) مدني عراقي ان لها قواعدها الخاصة ؟ وما هو الحكم في العراق والاردن ؟

للجواب عن ذلك نقول لا توجد في الاردن والعراق قواعد قانونية مستقلة متميزة لتنظيم احكام المنتجات الخطرة وغير الخطرة بالنسبة للمنتج والموزع مما يوجب الرجوع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية وضمن العيوب الخفية ولأحكام المسؤولية التقصيرية بوجه عام، ولهذا ندعو الى ضرورة صوغ هذه القواعد واقامة المسؤولية على اساس (الضمان) عن الانشطة الخطرة.

فقد يكون المنتج هو المسؤول عن الضرر الحاصل كما لو لم يضع الارشادات والعلامات التحذيرية على علبة قاتل الحشرات وهي قابلة للاشتعال او لم يضع تاريخ نفاذ او انتهاء صلاحية المنتج او حصول تسمم في المادة الغذائية الموزعة من اصل الانتاج او غيرها^(٢٧٧).

الا ان المنتج قد لا يكون هو المسؤول وتنحصر المسؤولية في الموزع الذي لم يخزن المنتجات بصورة سليمة سواء أكانت من المواد سريعة الاشتعال او الانفجار او غير ذلك. وقد تكون المسؤولية مشتركة بينهما حسب ظروف الحال.

والدواء مهما كان نوعه من الاشياء الخطرة وعلى شركات الادوية المنتجة ان تضع داخل العلبة التحذيرات وطبيعة المادة وتركيبها الكيميائي والارشادات الاخرى وهذا ما يسمى بـ (الاعلام العلاجي)^(٢٧٨). بينما تخلو بعض علب الادوية من النشرات الداخلية المذكورة.

على ان من الصعب وضع تحديد للسلع المنتجة الخطرة ولا يوجد تعريف واضح محدد لذلك ولهذا يلزم على المنتج ان يؤدي دوره في الاعلام بمزايا ومضار المنتج. وقد يكون المنتج يحد ذاته ليس خطراً كالجبن والعصير والشكولاته الا انه يصبح من الاشياء الخطرة اذا انتهت مدة نفاذها. لهذا يقع على الموزع ان يعيد المنتج الى المنتج او يتلفه والا تعرض للمسؤولية حسب قواعدها العامة.

والقانون الفرنسي يقرر مسؤولية المنتج والموزع التقصيرية حسب المادة ١٣٨٢ الخاصة بالمسؤولية عن الافعال الشخصية او حسب المادة ١٣٨٤ الخاصة بالمسؤولية عن الاشياء (الاشياء التي في حراسة الشخص). ففي قضية ان احدى الشركات المنتجة لانابيب غاز الاوكسجين قامت بشحن كمية منها بالقطار ثم تولت شركة نقل برية توصيلها الى المرسل اليه وخلال تسليمها انفجرت انبوب منها واصابت عاملين بجروح فتقرر عام ١٩٦٠ ان الواقعة تخضع للمادة ١٣٨٤ فرنسي حيث تسأل الشركة المنتجة لأنها حارسة الانابيب ذات الطبيعة الخطرة، وفي قضية اخرى اقيمت مسؤولية شركة المياه الغازية لأنفجار قنينة في عين طفل بسبب عيب في التعبئة ولأن القنينة لذاتها من الاشياء الخطرة وان انتقالها للموزع لا يعني ان الشركة ليست حارسة لها^(٢٧٩).

(٢٧٥) د. أحمد السمندان - ص ٤١. وحول المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر انظر رسالة الماجستير للباحث سعيد شيخو التي نوقشت في كلية القانون - جامعة بغداد - يوم ١٢/٧/١٩٩٠.
(٢٧٦) راجع: محمد شكري سرور - مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة - ط ٣ - ٩٨٣.
د. محمد عبدالقادر الحاج - مسؤولية المنتج والموزع - ١٩٨٢.

(٢٧٧) تبين في الاردن ان هناك حالات كثيرة من حالات انتهاء مدة مفعول الادوية سواء في المستشفيات المملوكة للدولة ام في الصيدليات الاهلية. واذا كان بعض الادوية المنتهية مدة مفعولها ليس لها تأثير سلبي على صحة الانسان الا ان الكثير منها تؤدي الجسم البشري وتثير مشكلات المسؤولية القانونية في الاردن.

(٢٧٨) انظر البحث المشترك للاستاذين (VIALA MAURAIN .G) الحدود القانونية للاعلام العلاجي - المجلة العربية للفقهاء والقضاة - مجلس وزراء العدل العرب - العدد الرابع - ١٩٨٦ - ص ٤٨٤.
(٢٧٩) د. محمد عبدالقادر الحاج - ص ١٣٣ - ١٣٤.

المطلب الثالث

المسؤولية عما يحدثه الحيوان من ضرر

ذكر المشرع العراقي احكام جنائية الحيوان ضمن المسؤولية عن الاشياء فاعتبر الحيوان من (الاشياء الحية) وافراد المواد من (٢٢١-٢٢٦) من القانون المدني لذلك. وقد جاءت النصوص متأثرة بالفقهاء الاسلامي فايبتدأ بقاعدة فقهية كلية هي: (جنابة العجماء جبار...)(٢٨٠) أي ضرر البهيمة هدر كأصل عام لا يضمنه صاحبه الا اذا اثبت المدعي ان صاحبه لم يتخذ الحيطة لمنع وقوع الضرر (المادة ٢٢١ مدني عراقي والى هذا المشرع الاردني في المادة ٢٨٩).

وأول ما يلاحظ على هذه النصوص انها غير سليمة من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فقد ضرب المشرع الامثلة وكأنا في ايام العرب قبل الاسلام اذ اهتم بتنظيم نشاط الدواب والكلاب والثور النطوح وجزئيات اخرى المملوك لأحد. وقد تلافى المشرع الاردني الانتقادات الموجهة للقانون المدني العراقي.

ومع ذلك لا بد من توضيح شروط المسؤولية والاساس الذي تقوم عليه ولدفع المسؤولية على النحو التالي:

اولاً: شروط قيام المسؤولية.

ثانياً: اساس المسؤولية.

ثالثاً: دفع المسؤولية.

أولاً: شروط قيام المسؤولية

لقيام المسؤولية عن الحيوان شروط اهمها هي:

الشروط الاول: الحراسة على الحيوان:

لا تقوم المسؤولية عن الحيوان طبقاً للمادة ١٧٦ من القانون المدني المصري الاعلى (حارس

(٢٨٠) راجع المادة ٤١٣ من مشروع القانون المدني العراق الجديد التي جاء فيها:

(حائز الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر بالغير ولو كان الحيوان قد ضل او تسرب)، واصل المادة يرجع للقانون الفرنسي (١٣٨٥ وللقانون المصري (١٧٦) مدني).

أما المادة ٢٨٩ من القانون المدني الاردني فقد نصت على مايلي:

(جنابة العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان او غير ذلك اذ قصر او تعدى).

الحيوان) ولم يتفق الفقه والقضاء في مصر وفرنسا حول تحديد من هو حارس الحيوان الا ان الرأي الراجح أن المقصود به هو من كان بيده زمام الحيوان أي ان تكون له السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الحيوان ويستوي بعد ذلك ان يكون الحيوان في حيازته او في حيازة غيره كما يستوي ان تكون هذالسيطرة مشروعة او غير مشروعة^(٢٨١). وسواء اكان مالكا له ام ليس بمالك والى هذا ذهب القانون المدني الاردني في المادة ٢٨٩.

فحارس الحيوان قد يكون مالكة او المستعير او المستأجر او الوديع ويراد بالحارس هنا المالك فقط. اما القانون المدني العراقي فهو يشير في بعض النصوص الى (صاحب الحيوان) ويريد به من له السيطرة الفعلية عليه سواء أكام مالكا له ام ليس بمالك، غير ان الغالب ان يكون المالك للحيوان (المملوك) هو المالك، وعندني ان هذا الشرط لا يمكن التسليم به ذلك ان الحيوان غير المملوك لأحد وغير الخاضع لحراسة شخص تذهب جنائته هدرًا وهو غير مقبول. واعتقد ان من الواجب ان تتحمل الدولة ما تسببه الحيوانات من ضرر للناس وفقا للسلطة التقديرية للقاضي وعلى سبيل المثال لو ان شخصا. يمارس هواية الرياضة والركض صباحاً حيث تكون الكلاب مسعورة وتعرض لضرر وهو وسط المدنية فأن الدولة (امانة بغداد أو عمان والبلديات في المحافظات) مسؤولة عن الضرر بينما لاشأن للدولة من ضرر احده حيوان لأنسان وسط صحراء أو طريق بري.

لهذا نقترح النص التالي لتنظيم احكام المسؤولية عن الحيوان:

(حائز الحيوان ولو يكن مالكا له مسؤولي عما يحدثه الحيوان من ضرر بالغير ولو كان قد ضل او تسرب. والدولة مسؤولة عن الضرر الذي يحدثه الحيوان غير المملوك لأحد حسب سلطة المحكمة ما لم يثبت ان الضرر وقع لسبب اجنبي).

الشرط الثاني: أن يحدث الحيوان ضرراً بالغير

أي ان يكون الضرر ناشئا عن فعل الحيوان ومكان دوره ايجابياً في حصول الضرر فلو ارتطم شخص بالحيوان واصيب بضرر لاتنهض مسؤولية صاحب الحيوان لأن نشاطه كان سلبياً.

ولا يشترط الاتصال المادي المباشر بين فعل الحيوان والضرر وانما يكفي ان يكون دور الحيوان هو السبب الايجابي لأحداث الضرر كالحيوان المفترس الذي تسرب من حديقة الحيوان او السيرك واصاب الناس بالذعر وأصيب البعض بضرر جسدي من هذا الذعر والفوضى.

والضرر الذي يحدثه الحيوان قد يكون ضرراً جسدياً مميّتا او عاهة بدنية (ضرر جسدي غير

(٢٨١) تفصيل ذلك: د. ادور غالي، مجموعة بحوث قانونية، ص ٧٠٥.

ميت) كأننتقال داء الكلب، أو الاكياس المائية أو الشلل في الاطراف او التشوه في الجسم.
وقد يكون الضرر مادي فقط كاتلافه مال الغير.

الشرط الثالث: خطأ صاحب الحيوان

يلزم لقيام المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الحيوان حصول خطأ من صاحب الحيوان المملوك
ووجود خطأ من الدولة في الحفاظ على أمن وسلامة الناس من الحيوانات داخل المدن.

ومن الحوادث الكثيرة في العراق ما تحدثه الكلاب المسعورة من ضرر جسدي بالانسان وما
تسببه الحيوانات المتسربة على الطريق الزراعية والطرق الخارجية كالاتجار والاعناب والحمير من
حوادث الاصطدام ليلاً أو نهاراً.

فالخطأ واضح في جانب صاحب الحيوان الذي يجب عليه احكام الحراسة عليها وربطها أو
وضعها في الحضيرة الخاصة بها.

ثانياً : أساس المسؤولية

يذهب البعض من الفقه المدني الى القول بأن اساس مسؤولية حارس الحيوان (المسؤولية
المفترضة أو الخطأ المفترض) ويستطيع الحارس ان يدرأ المسؤولية عنه ينفي علاقة السببية،
ولقد قبلت نظريات متعددة في اساس المسؤولية عن الحيوان حيث ذهب اخرون الى القول بقكرة
(الخطأ في الرقابة) وقال بعضهم بفكرة (تحمل التبعة) واستقر الرأي على نظرية (الخطأ في
الحراسة) (٢٨٢).

أما عن موقف المشرع العراقي فقد غاير بين انواع الخطأ كاساس لهذه المسؤولية فهو يقيم
هذه المسؤولية تارة على (خطأ ثابت) وتارة على (خطأ مفروض) فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات
العكس وهو اتجاه منتقد من الفقه المدني (٢٨٣).

فالمشرع العراقي يتطلب بوجه عام اثبات الخطأ من جانب المضرور على الحارس القانوني أو
المالك في المادة (٢/٢٢٦) مدني وفي المادة (٢٢٣) مدني بينما ركن الى اساس آخر وهو
(الخطأ المفترض القابل لاثبات العكس) إذا كان للشخص حيوان خطر أو إهمال جسيم من
مالكه (م ٢٢٢). بينما يلزم الاعتماد على أساس واضح واحد وعدم التمييز بين حيوان خطر
وآخر غير خطر إذ حتى الحيوانات الاليفة يمكن أن تكون مصدراً للخطر.

(٢٨٢) د. ادور غالي الذهبي- ص ٧٤٠ وما بعدها.

(٢٨٣) د. غني حسون طه- ص ٥٠٨.

د. حسن الذنون- ص ٣٠٢ - ٣٠٣.

وطبقاً للقانون المدني فإن المادة (٢٨٩) نصت على مسؤولية حارس الحيوان ولقيام
المسؤولية عليه يلزم حصول التقصير أو التعدي من الحارس وهو ما يتعين على المضرور اثباته.

ثالثاً : دفع المسؤولية :

ليس هناك طريقاً وحيداً للتخلص من المسؤولية عما يحدثه الحيوان من ضرر لأنها تعتمد على
الاساس الذي تقوم عليه، ففي بعض القوانين تنبعث المسؤولية على (الخطأ المفروض قاطعاً
غير قابل لاثبات العكس) وعندها لا يستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسؤولية الا
باثبات السبب الاجنبي. وفي التشريعات التي تؤسس المسؤولية على (الخطأ المفروض فرضاً
بسيطاً قابلاً لاثبات العكس) يمكن نفي المسؤولية (بنفي الخطأ) و (نفي السببية) وفي
القوانين التي تؤسس المسؤولية على (الخطأ الثابت) فإن صاحب الحيوان يتخلص منها اذا
عجز المتضرر عن إثبات دعواه فضلاً عن نفي المسؤولية بالسبب الاجنبي (٢٨٤) وحيث أن
الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية صاحب الحيوان في العراق مضطرب على نحو ما تقدم فلا
يمكن القول بأن هناك طريقاً واحداً يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية وانما لا بد من
الوقوف على النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية عن الحيوان التعرف من خلالها على طرق
نفي المسؤولية على ضوء ما سلف ذكره.

والخلاصة إن استخدام الحيوانات (المفترسة والاليفة) أصبح شائعاً في الحياة المدنية والريفية
فضلاً عن الحيوانات المفترسة التي تشكل مصدراً للخطر على الانسان. فالكلاب مثلاً من
الوسائل التي تستخدم للحراسة وتفريق المظاهرات وتنظيم الملاعب الرياضية وإكتشاف جرائم
القتل والمخدرات والسرقات.

وعلى الرغم من صعوبة العثور على قرارات قضائية في العراق حول المسؤولية عن ضرر
الحيوان أن هذه الحوادث كثيرة يعرضها معروض على القضاء العراقي ولم يفضل بها كما
نتمكن من العثور على أحكام قضائية في الاردن عن مسؤولية الحيوان.

ففي قضية نشرتها الصحف المحلية في بغداد حصلت في شهر آب ٩٨٩ أن شخصاً قارئاً
لمقياس الكهرباء تعرض لضرر جسدي (تلف العين) من ديك مملوك لصاحب الدار كأن يحول

(٢٨٤) د. حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص ٣٠٤.

د. أدور غالي الذهبي- المرجع السابق- ص ٧٥٦ وما بعدها.

د. محمود سعد الدين الشريف- ص ٤٣٤ - ٤٣٥.

د. غني حسون طه- ص ٥٠٨ - ٥٠٩.

بينه واجبه الرسمي في مدينة الناصرية وقد أقام الشخص الدعوى على صاحب الديك ولم تحصل على القرار لعدم الفصل من القضاء في القضية.

وغالباً ما يستسلم الناس لفكرة القضاء والقدر ولا يفكرون برفع الدعوى والمطالبة بالتعويض. ففي قضية خلاصتها أن أديباً عراقياً معروفاً تعرض الى عضه من كلب مسعور في وسط المدينة عام ١٩٨٩ أدت به الى الشلل (عجز جزئي دائم) فلم يحرك الدعوى ولم يسع للحصول على التعويض.

على أن من المفيد أن نذكر هنا حادثة وقعت في ١٩٧٩/١٢/٢٩ في حديقة الزوراء ببغداد حيث افترس دب كف المعلمة التي كانت أثناء رحلة مدرسية الى حديقة الحيوان فأدى الحادث الى تلف كف اليد اليمنى، فهل ان هناك (خطأ من المتضرر) أم أن صاحب الحيوان هو المسؤول عن الضرر؟.

تشير وقائع الحادثة الى هناك (خطأ من المتضرر) ينفي الخطأ وينفي رابطة السببية عن صاحب الحيوان (الدب) وبالتالي فلا مسؤولية على المالك لحديقة الحيوانات ذلك أن السفارة المدرسية التي قامت بها المعلمة لم يصرح بها من وزارة التربية وأن المعلمة دخلت للحاجز الحديدي وقامت بوضوح يدها على وجه الدب مداعبته فأفترس اليد وهو اليمنى وقطع المعصم. وعند الاستفسار من العمال والتلاميذ أفادوا بذلك وهو دليل على وجود (خطأ المتضرر) كصورة من صور السبب الاجنبي المنصوص عليه في المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي. ومن الجدير بالذكر أيضاً أن مجلة ألف باء ذكرت خيراً في عددها لشهر شباط ١٩٩٠ أن نمراً هجم على طفلين من روضة الانتصار يوم الاثنين ١٩٩٠/١/٢٠ أثناء رحلة الى حديقة حيوان الزوراء والحق ضرراً جسدياً ولم نطلع على تفاصيل الحادث إلا أن هذا يشير الى أهمية موضوع الحراسة على الحيوانات.

المبحث الأول

النظرية العامة للكسب دون سبب

يمكن القول أن قاعدة الاثراء بلا سبب تتصل اتصالاً وثيقاً بقواعد العدالة والقانون الطبيعي لأنها تحمل في طياتها ما يبررها فيجعلها مصدراً منشأً للالتزام. الا أنها عرفت على نحو غير متصل الاجزاء في القانون الروماني خالية من الاصل المشترك لا يجعلها قاعدة عامة كما كان حظها في (الفقه الاسلامي) والقانون الفرنسي والقانون الانجليزي ضئيلاً^(١).

ويكون هناك كسب دون سبب (اذا أعتنت ذمة شخص بسبب افتقار ذمة آخر ولم يكون هناك ما يبرر هذا الاغتناء في نظر الشرع والقانون)^(٢).

والاثراء بلا سبب يدخل في نطاق مصادر الالتزام غير الارادية فنحن أمام واقعة قانونية، واقعة مشروعية تقوم على أساس انتقال قيمة مالية من ذمة الى ذمة أخرى، دون سبب قانوني^(٣).

فالفقه الاسلامي لا يعترف بالاثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام الا في حدود ضيقة ووسع ما يعترف به هو دفع غير المستحق الذي يجعله مصدراً للالتزام كما لا يعترف الفقه الاسلامي بعمل الفضولي كمصدر للالتزام لأن الفضولي لم يعد متبرعاً لا يرجع بشي على رب العمل^(٤). الا أن هناك من يذهب عكس هذا الرأي^(٥).

وأياً كان الموقف الفقهي والتشريعي من نظرية الاثراء بلا سبب لا بد من التعرف على النقاط الآتية:

المطلب الاول- شروط الكسب دون سبب.

المطلب الثاني- حكم الكسب دون السبب.

المطلب الثالث- أساس نظرية الكسب.

(١) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج ١، ص ١١.

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام، ج ١، ص ٦١٥.

(٣) د. توفيق حسن فرج- في مصادر الالتزام، ص ٤٢٥.

(٤) د. توفيق حسن فرج- في مصادر الالتزام، ص ٤٢٥.

(٥) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج ١، ص ١١٠٧- ١١٠٨.

الفصل الثاني

الفعل النافع

ذكرنا بأن من المصادر غير الارادية الفعل الضار والفعل النافع فالمسؤولية التقصيرية أو العمل المستحق للتعويض واقعة قانونية ضارة تقع فيرتب القانون عليها أثراً معيناً وهو في هذا المفهوم من مصادر الروابط القانونية المالية. والفعل النافع أو الاثراء بلا سبب واقعة قانونية لكنها نافعة يرتب القانون عليها اثراً محدداً ومن تطبيقاتها استعمال مال الغير بدون حق والفضالة واتلمقبوض دون حق قضاء دين الغير.

وفيما يخص القانون المدني الاردني فإن المواد من (٢٩٣ الى ٣١١) خصصت للفعل النافع فعالج أولاً الكسب بدون سبب في المواد (٢٩٣- ٢٩٥) ثم نص على قبض غير المستحق المواد (٢٩٦- ٣٠٠) كما نص في الفرع الثالث على الفضالة في المواد (٣٠١- ٣٨) وخصص الفرع الرابع بقضاء دين الغير كما اوضح المادة (٣١١) الحكم مشترك. وقد جاءت نصوصه متأثرة باحكام الفقه الاسلامي.

ولقد خصص المشرع العراقي في القانون المدني النافذ المواد (٢٤٤/٢٣٣) للكسب بدون سبب مشيراً الى المدفوع دون حق وقضاء دين الغير والى احوال أخرى في الكسب بدون السبب. فجاءت نصوصه متأثرة بالفقه الاسلامي من الناحيتين الشكلية والموضوعية. ولم يحالف المشرع الخط في الصياغة التشريعية فضلاً عن تكرار الامثلة في المواد القانونية.

أما القانون الفرنسي فلم يتضمن نصاً عاماً في نطاق الفعل المادي النافع وانما ذكر تطبيقات متعددة متناثرة منها قضاء دين الغير والفضالة وغيرها.

ولغرض بيان أحكام الفعل النافع سنوزع الفصل على مبحثين هما:

المبحث الاول- النظرية العامة للكسب دون سبب.

المبحث الثاني- تطبيقات نظرية الكسب دون سبب.

المطلب الأول

شروط الكسب دون سبب

لم يتفق الفقه الاسلامي على عدد شروط الكسب دون سبب أو أركانه^(٦)، الا ان من الممكن القول ان هناك اربعة شروط هي:

الشرط الأول: اثناء المدين

لاتقبل الدعوى من الدائن الا اذا وجد الاثراء من المثري (المدين) هو المدعي عليه الذي حصل على منفعة يمكن تقديرها بالنقد سواء، أكانت المنفعة مادية أم معنوية ويستوي في ذلك إدخال عنصر ايجابي في ذمة المثري أو انقاص عنصر سلبي من ذمته وهو (الاثراء السلبي). فالمستأجر الذي يبذل المال لحفظ المأجور من الهلاك فأن المؤجر قد أثرى اثراءً ايجابياً بدخول المنفعة المادية في ذمة المالك، كما يتحقق الاثراء السلبي بانقضاء عنصر سالب من ذمة المثري كوفاء دين الغير الثابت بزمته.

تخلص من هذا ان ركن الاثراء هو أول ركن لقاعدة الاثراء بلا سبب فمصدر الالتزام الذي ينشأ في ذمة المثري (المدين) هو هذا الاثراء فأن لم يتحقق لاينبعث الالتزام.

الشرط الثاني: أفتقار الدائن

يعد افتقار الدائن الركن الثاني لقاعدة الاثراء بلا سبب ولا بد من تحقق الافتقار لكي تكون الدعوى مقبولة ويتحقق هذا الافتقار بنفس اسلوب تحقق الاثراء أما ايجابياً أو سلبياً ويستوي في ذلك أن يكون مادياً أو معنوياً.

ومن أمثلة الافتقار المعنوي للدائن قيام شخص بإفادة متجر بماله من صلات تجارية واسعة وكذلك أفتقار مهندس يعمل في مصنع بما يتوصل اليه من اختراع يفيد منه هذا المصنع لأن الافتقار المقابل للأثراء في الحالتين ليس مادياً وإنما هو معنوي وان كان يقدر بمال^(٧).

الشرط الثالث: الرابطة السببية بين الافتقار والاثراء

المقصود بعلاقة السببية هذه ان تكون بين الافتقار والاثراء رابطة بحيث يتحقق الاثراء من الافتقار الدائن أي ان الافتقار هو السبب في الاثراء ويتحقق من هذه الرابطة القاضي بماله من سلطة تقديرية فأن تعددت الاسباب تكون العبرة بالسبب المنتج، فلو أنشئت دار للسينما في منطقة فيها محلات تجارية وأستفادت هذه المحلات من فتح دار السينما فزادت قيمتها فليس هناك الاثراء لانه لم يقابلة افتقار في ذمة شخص^(٨).

الشرط الرابع: عدم وجود سبب قانوني للاثراء

لكي تقام دعوى الاثراء بلا سبب من المفتقر (الدائن) يلزم ان يتجرد الاثراء عن سبب يبرره، الا ان الفقه المدني اختلف في تحديد المقصود بالسبب، فيذهب البعض الى تحديده على ان معناه أدبي واطلق عليه تسمية (الكسب غير العادل) وأعتبره آخرون انه معناه (اقتصادي) أي ان السبب هو العوض عن الاثراء^(٩).

الا ان القول الصحيح هو الذي يحدد السبب بالمصدر القانوني الذي يبرر بقاء الاثراء في يد المثري فإن كان سبب الاثراء هو العقد أمتنع استرداده فلو أشتراط في عقد المقاوله على تملك رب العمل لجميع المواد الأولية والأدوات الداخلية في العمل العائد للمقاوله أمتنع على المقاول مطالبه رب العمل بقيمتها على أساس الاثراء بلا سبب^(١٠).

كما ان الارادة المنفردة من الاسباب المشروعة التي تجبر للمثري الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها كالوصية لأن الموصي له يثري بالموصى به الورثة يفتقرون بقيمة ما أثري لكنهم لا يستطيعون الرجوع على الوصي له لوجود سبب مشروع وهو الوصية^(١١).

وقد يكون السبب في الاثراء حكم من احكام القانون يصلح ان يكون مصدراً لكسب الاثراء فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثري بدعوى الاثراء لأن المثري يكون قد أثرى بسبب قانوني.

(٨) د. توفيق حسن فرج، ص ٤٢٩.

(٩) الاستاذ السنهوري: الوسيط، ج ١، ص ١١٣٦.

عبدالمجيد الحكيم: مصادر الالتزام، ص ٦٣.

(١٠) د. محمود سعدالدين الشريف، ص ٤٥٣.

الاستاذ السنهوري: الوسيط، ج ١، ص ١١٣٩.

(١١) د. عبدالمجيد الحكيم: مصادر الالتزام، ص ١٣٠.

(٦) أنظر: الاستاذ الدكتور السنهوري: الوسيط، ج ١، ص ١١٢٢.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص ٦٢٢.

د. محمود سعدالدين الشريف، ص ٤٤٨ - ٤٤٩.

د. حسن الذنون، ص ٣١٤.

د. توفيق حسن فرج، ص ٤٢٧ - ٤٢٨.

(٧) د. توفيق حسن فرج، ص ٤٢٩.

كما في العمل غير المشروع فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو الفعل الضار^(١٢).

المطلب الثاني

حكم الكسب دون سبب

قبل التعرض لحكم الاثراء بلا سبب، لا بد من القول ان احكام السبب الاجنبي (القوة القاهرة أو الافة السماوية) في ميدان الاثراء بلا سبب يختلف عن حكم هذه الصورة من صور السبب الاجنبي في مجال الفعل الضار، ففي المسؤولية التقصيرية يمكن التخلص من المسؤولية باثبات السبب الاجنبي ويستوي في ذلك بالقوة القاهرة أو بخطأ المتضرر أم فعل الغير.

في حين ان قيام القوة القاهرة كسب في حصول الاثراء للمدين والافتقار في ذمة الدائن لا يمنع من تحقق السبب لرفع دعوى اثراء بلا سبب فيختلف حكمها عن دور القوة القاهرة في المسؤولية التقصيرية.

فلو غير النهر مجراه بفعل التعرية والتآكل وتوسعت أرض زراعية على حساب ارض أخرى بسبب القوة القاهرة التزم المثري بدفع قيمة ما أثري الى المفتقر وان حصل هذا بسبب اجنبي.

وأياً كان الامر فإن توافر الشروط سالفة الذكر يوجب على المدين (المثري) تعويض المفتقر (الدائن) وهذا هو حكم الاثراء بلا سبب، و التعويض هو الجزاء العادل الذي توجيه قواعد العدالة والقانون الطبيعي ما دام أن الاثراء ليس له سبب مبرر.

على ان الدائن لا يجوز له من جهة أخرى ان يشري هو الآخر على حساب الطرف الاخر (المدعي عليه) ولهذا فإن مطالبة المفتقر للمثري تتحدد بأقل قيمتي الاثراء والافتقار فيتم تقدير القيمة وقت تحقق الاثراء لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم لاسيما وان حالة التضخم الاقتصادي وارتفاع الاسعار وانخفاض القوة الشرائية للنقود لها تأثيرها الواضح في هذا الموضوع.

ومثال ذلك لو ان المثري أثري لسكناه الدار دون عقد ايجار فإن الاجرة تقدر يوم شغل المدين

(١٢) د. السنهوري: الوسيط، ج١، ٦٣١.

ذهب محكمة التمييز الى القول: (الاثراء سبب واقعة مؤداها انتقال مال من ذمة الى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له، فالاثراء بلا سبب مصدر للالتزام مستقل، قائم بذاته، لا يستند الى مصدر آخر ولا يتفرع عنه).

رقم القرار ٢٦٠ / هيئة عامة أولى / ٩٧١ في ٩٧٢/٨/٥، النشرة القضائية العدد ٩٧٤/٣، ص١٢.

لهذه الدار حسب أجر المثل وهذا ما نصت عليه المادة (٢٤٠) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها:

(٢) - فمن سكن دار غيره من دون عقد لزمه اجر المثل، ولو أنقضت مدة الاجارة في الارض المزروعة قبل إدراكه الزرع فللمستأجر أن يبقي الزرع في الارض الى ادراكه ويعطي أجرة المثل). ولاشك ان المشرع العراقي عالج حالات جزئية في الكسب دون سبب ولم يورد قاعدة عامة كما فعلت بعض القوانين المدنية. وهذه التطبيقات والحالات الجزئية اقتبسها من الفقه الاسلامي. ولهذا كان من الافضل ايراد قاعدة عامة تحكم ذلك بدلاً من ذكر الحالات الجزئية على نحو ما ذهب اليه القانون المدني الاردني في المواد (٢٩٣-٢٩٥).

الا ان الاثراء قد يكون في شكل خدمة أو قيام بعمل قدمه المفتقر الى المثري وعندها يقدر الاثراء بقدر ما يدفعه من اجر اذا كان عملاً وهذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها.

(اذا استخدم احد صغيراً بدون اذن وليه استحق الصغر أجر مثل خدمته).

ومن الانتقادات الواجب ذكرها على نصوص القانون المدني العراقي حين ضرب الامثلة البدائية التي لا تتناسب مع العصر وعالج الحالات الجزئية ما ذكرته المادة ٢/٢٤٢ التي جاء فيها:

(٢) - فلو سقط من شخص لؤلؤة التقطتها دجاجة فصاحب اللؤلؤة يأخذ الدجاجة ويعطي قيمتها).

ولا بد من الاشارة الى ان المادة ٢٤٤ من القانون المدني العراقي نصت على حالة سقوط دعوى الكسب دون سبب اذ جاء فيها مايلي:

(لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع. ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع) ويقابلها ما نصت عليه المادة ٣١١ من القانون المدني الاردني.

وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه: (اذا مرت ثلاث سنوات على علم المدعي بعدم احقية المدعي عليه في المبلغ الذي أخذه منه فلا تسمع دعوى لوجود مرور الزمان فيها) (١٣).

(١٣) رقم القرار ١٢١٥/٤م/٩٧٢ في ٩٧٢/١١/٤ النشرة القضائية ٩٧٤ ص٨٤.

المطلب الثالث

أساس نظرية الكسب دون سبب

لم يتفق الفقه المدني على موقف موحد من الأساس الذي تقوم عليه نظرية الكسب دون سبب ويمكن حصر أهم هذه النظريات على النحو التالي:

- ١- نظرية الفضول: (الفضالة) وقد تعرضت هذه النظرية للانتقادات بحيث لم تعد هي الأساس الصالح للكسب دون سبب^(١٤).
- ٢- نظرية العمل غير المشروع: هي الأساس في رجوع المفتقر على المثري إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد^(١٥).
- ٣- نظرية تحمل التبعة: وهي نظرية لم تسلم من سهام الانتقادات ووصفت بأنها غير دقيقة^(١٦).

٤- الأثر بلا سبب مبدأ قائم بذاته يتند مباشرة إلى قواعد العدالة وهو اتجاه أغلب الفقه المدني وإلى هذا ذهب القضاء العراقي حيث جاء عن محكمة التمييز قولها:

(١) - الأثر بلا سبب واقعة مؤداها انتقال مال من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له، فالأثر بلا سبب مصدر للالتزام مستقل، قائم بذاته لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه...^(١٧).

(١٤) الاستاذ السنهوري: الوسيط، ج ١ نبذة ٧٥٢.

(١٥) د. غني حسون طه، ص ٥٣٠.

(١٦) د. عبدالمجيد الحكيم، ص ٦٣٦.

(١٧) رقم القرار ٢٦٠ / هيئة عامة أولى / ٩٧١ في ٩٧٢/٨/٥ المنشرة القضائية العدد ٣ السنة ٩٧٤، ص ١٢.

المبحث الثاني

تطبيقات نظرية الكسب دون سبب

تختلف تطبيقات نظرية الكسب دون سبب باختلاف القوانين فهي في القانون المدني العراقي على نوعين: المدفوع دون حق وقضاء دين الغير، وفي مشروع القانون المدني العراقي الجديد على أربعة أنواع هي:

استعمال مال الغير بغير حق والفضالة والمقبوض دون حق وقضاء دين الغير وفي القانون المدني المصري على نوعين هما: دفع غير المستحق والفضالة وفي القانون المدني الاردني: قبض غير المستحق والفضالة وقضاء دين الغير.

وبغية تحقيق الفائدة لا بد من القول أن هناك تطبيقات متعددة للكسب دون سبب لا بد من بيانها على النحو الآتي:

المطلب الأول

استعمال مال الغير بدون حق

على الرغم من أن القانون المدني العراقي قد نص على ذلك في المادة (٢٤٠) حيث ورد في الفقرة (١) مايلي: (١) - استعمال شخص مالا بلا إذن صاحبه لزمة اذا منافع سوا كان المال معداً للاستغلال أو غير معد له وذلك دون اخلال بأحكام الاداة (١١٦٥). إلا أن مشروع القانون المدني العراقي نص على ذلك على نحو مغاير في المادة ٤٥٣ التي جاء فيها مايلي: (كل من استعمال مال غيره بغير حق التزم بالتعويض).

فالتعويض هنا جزء عام عن قيام المسؤولية التقصيرية لأن استعمال مال الغير بلا وجه حق اضرار بالغير ويبدو ان اساس الكسب دون سبب في المشروع في هذه الحالة تعود لنظرية العمل غير المشروع سائلة الذكر، فلو استعمال شخص سيارة غيره وترتب بدمته حقوق لصاحبها فان على المستعمل (المنفع) أن يدفع لمالك السيارة ما استحقه من أجره المثل مع فوات المنفقة على المالك وغيرها.

المطلب الثاني

الفضالة

خصص القانون الاردني للفضالة المواد من (٣٠١-٣٠٨) باعتبارها من تطبيقات الكسب بدون سبب ولم يخصص القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ للفضالة أحكامها بما يجعلها من تطبيقات الاثراء بلا سبب متأثراً بالفقه الاسلامي الذي لا يرتب عليها أحكام على أساس ان الفضولي هو متبرع لمن تطوع لرعاية مصلحته. بينما ذهب المشرع المصري في المادة ١٨٨ الى النص على أحكامها والى هذا اتجه القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ٩٨٠ في المادة ٢٦٩ وكذلك مشروع القانون المدني العراقي الجديد في المادتين ٤٥٥ و ٤٥٦.

فالفضالة هي ان يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك وهي تطبيق خاص للقاعدة العامة في الاثراء بلا سبب في كثير من القوانين المدنية وعند جانب كبير من الفقه المدني، كما تختلف الفضالة عن الوكالة وعن الاشتراط لمصلحة الغير^(١٨).

ويذكر ان الفقه الاسلامي يميز بين التصرف القولي، وهو كل تعبير عن الارادة يترتب عليه انشاء حق أو اسقاطه، والتصرف الفعلي وهو ما يصدر عن الشخص من افعال مادية يرتب الشارع عليها اثناء سواء أكانت ضارة مالاتلاف والغضب أو مفيدة كالاحتطاب والاحتشاش^(١٩). وعلى العموم فان الفقه الاسلامي لم يجعل من الفضالة مصدراً للالتزام الا في بعض الحالات الاستثنائية لأن المبدأ العام في هذا الفقه يذهب الى أنه لا يجوز لأحد ان يتصرف في ملك الغير بدون اذن أو ولاية وان كل تصرف مخالف لهذا المبدأ لا يكون ملزماً الا في بعض الاحوال وقد عالج الفقه الاسلامي، وكذلك القانون المدني العراقي، الفضالة اثناء بيان احكام عقد البيع وعقد الايجار وعقد الشركة وغيرها^(٢٠).

فلكي ينتج تصرف الفضولي اثره القانوني لا بد ان يجبره رب العمل والقاعدة في هذا الباب ان الاجازة اللاحقة مالوكالة السابقة ولهذا يشترط في الفضولي أهلية الوكيل ولهذا لا تصح وكالة المجنون وعديم التمييز^(٢١). وقد اشترط القانون المدني العراقي في المادة (١٣٦)

لصحة الاجازة وجود من يملكها وقت صدور نفاذ التصرف وانتاجه لجميع اثاره بأثر رجعي أو باثر حال حسب طبيعة التصرف.

كما ذهب القضاء العراقي الى ان (يعتبر الشريك قد اجاز عقد الفضولي بمطالبته شريكه بحصته من ثمن المبيع وعند اجازة المالك تعتبر الاجازة توكيلاً و يطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاهد)^(٢٢).

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز جاء فيها (عقد ايجار الفضولي غير نافذ بحق المالك ما لم يجزه)^(٢٣).

وفي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى أن: (تكون المالكة خصماً في دعوى التخلية وان كان زوجها قد ابرم عقد الايجار فضولاً لأنها تكون قد أجازت العقد باقامتها لدعوى التخلية ولأنها لم تستعمل حقها في نقض العقد خلال الاشهر الثلاثة المعينة بالمادة ١٣٦ مدني)^(٢٤).

المطلب الثالث

المقبوض دون حق

خصص القانون المدني العراقي المواد (٢٣٣-٢٣٥) للمدفوع دون حق ونص في المادة ٢٣٣ للنظرية العامة للمدفوع دون حق وتكلم في المادة ٢٣٤ على حكم المدفوع دون حق اذا من تسلمه ناقص الاهلية وأفرد المادة ٢٣٥ لحالة ما اذا كان الدافع مديناً الا أن الدين لم يكن حال الاجل. وقد نظم مشروع القانون المدني في العراق أحكام المدفوع دون حق في المادة ٤٥٧ وجاء فيها (كل من تسلم مالا غير مستحق له وجب عليه رده) وهو ما اتجه اليه المشرع الكويتي في المادة ٢٦٤. كما يبدو ان المشرع المدني العراقي والقانون الكويتي تأثر بما نادى به الدكتور سليمان مرقس الذي يفضل تسمية (المقبوض دون حق) بدلاً من (المدفوع دون حق) بدلاً من (المدفوع دون حق) لأن مصدر الالتزام هو قبض غير المستحق لا دفع غير المستحق. كما يؤيد هذه الملاحظة الدكتور عبدالمجيد الحكيم الا انه يقول- بحق- ان الدفع والقبض متلازمان ولا يمكن ان يتم أحدهما دون الاخر^(٢٥).

(٢٢) رقم القرار ١٨٥/ج/٩٧٠ في ١٥/٢/٩٧٠: النشرة القضائية ٩٧٠، ص ٦٩.

(٢٣) رقم القرار ٦٦١/ج/٩٧٠ في ٢٣/٦/٩٧٠: النشرة القضائية ٩٧١، ص ١٤٧.

(٢٤) رقم القرار ٤٦١/٤٦١/٩٦٦ في ٦/٤/٩٦٦: مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي ص ٥٤٩.

(٢٥) د. عبدالمجيد الحكيم: مصادر الالتزام، ص ٦٣٩.

(١٨) د. توفيق حسن فرج، ص ٤٤٩.

(١٩) د. محمد جبر الالفي: الفضالة، الجزائر، ١٩٨١، ص ١٩.

(٢٠) د. محمد جبر الالفي: الفضالة، ص ٧.

(٢١) د. محمد جبر الالفي: الفضالة ص ٢٩.

المطلب الرابع

قضاء دين الغير

من تطبيقات الكسب دون سبب في القانون المدني العراقي قضاء دين الغير الذي خصص له المشرع المواد (٢٣٦-٢٣٩) حيث الأصل ان من قضى غيره بلا أمره لارجوع له عليه بشيء ويكون متبرعا مالم يكن مضطراً أو لم تكن عنده نية التبرع وقد ميز المشرع العراقي بين حالتين وهما:

الحالة الاولى: قضاء دين الغير بأمر من المدين (المادة ٢٣٦ مدني) حيث تتحقق حالة الرجوع على الشخص الأمر تطبيقاً لقواعد الاثراء بلا سبب. وعلى هذه الحالة نصت المادة ٣٠٩ من القانون الاردني.

الحالة الثانية: قضاء دين الغير بلا أمر من المدين وقد نصت عليها المادة (٢٣٩) مدني عراقي. فلو قضى شخص دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين ويستوى في ذلك أن يقبل المدين أم لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا في حالتين يرجع فيهما على المدين.

١- اذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين كقيام الوارث بوفاء دين المورث من ماله الخاص.

٢- اذا لم يكن عند الدافع نية التبرع. فمن يشتري داراً بعقد غير مسجل ويقوم بالانفاق على تعميرها واصلاحها ليس نية التبرع وله الرجوع بما اتفق على صاحبها. وقد نصت على الحالة الثانية المادة (٣١٠) من القانون المدني الاردني.

أما مشروع القانون المدني العراقي الجديد فقد نص في المادة (٤٥٨) على حكم قضاء دين الغير على النحو التالي:

(أولاً: اذا قضى أحد دين غيره بإذن منه، جاز له الرجوع بما دفعه.

ثانياً: اذا قضى أحد دين غيره بلا اذن منه اعتبر متبرعاً لا رجوع له على المدين بما دفع، الا اذا تبين من الظروف أن له مصلحة في قضاء الدين).

ومن خلال المقارنة مع النص سالف الذكر نجد أن المشرع لم ينص على حالة (إنعدام نية التبرع) عند الدافع وإنما أورد استثناء واحداً فقط.

والحقيقة أن ما نص عليه القانون المدني العراقي في قضاء دين الغير إنما هي حلول فقهية

ونشير هنا الى مانصت عليه المادة (٤٥٠) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ٩٦٩ وهو خطأ جنائي خاص باللقطة أو المال الضائع الذي لم يتخل مالكة عنه حيث جاء مايلي:

(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين، كل من أستولى بغير حق على لقطة أو مال ضائع أو أي مال وقع في حيازته خطأ أو بطريق الصدفة أو أستعمله بسوء نية لمنفعته أو منفعة غيره وكان في جميع هذه الاحوال يعرف مالكة أو لم يتخذ الاجراءات اللازمة الموصلة لمعرفته).

ونصت المادة ٢٣٣ مدني على شروط المدفوع دون حق وهما:

الشرط الاول: ان يكون المدفوع غير واجب في الذمة أما لعدم وجود الدين اصلا او لوجود الا انه لم يكن مستحق الاداء بعد.

الشرط الثاني: ان يكون الدفع قد حصل نتيجة غلط وقع فيه الدافع كانقضاء الدين قبل الوفاء بالابراء او المقاصة او التقادم وأما لأن الدافع مدينا والدين مستحق الاداء ولكن سبب الدين زال بعد الوفاء كما لو دفع المشتري ثمن المبيع ثم فسخ عقد البيع.

ومن أحكام المدفوع دون حق وجوب الرد توافر الشرطان المتقدمان سواء أكان القابض حسن النية أم سيء النية، هذا فضلاً عن رد الزوائد والثمار حسب نية القابض لأختلاف الحكم في كل حالة.

فلو كان المدفوع له حسن النية وكان المدفوع له من النقود أو المثليات اصبح هذا ديناً في ذمته ووجب عليه رده أو رد مثله دون الفوائد التي تسري من تاريخ رفع الدعوى. وان كانت العين من القيميات وجب الرد عينا.

واذا كان المدفوع له (القابض) سيء النية أي يعرف انما يتسلم ما ليس به حق فيه وجب عليه الرد حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٣ مدني عراقي على ذلك بقولها:

(واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسليم فإنه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية. وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى. ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه).

واردة في الفقه الحنفي مع بعض التعديل في الاحكام وهو منهج سليم من المشرع وقد تأثر بهذا النهج القانون المدني الاردني حين نص على قضاء دين الغير في المادتين (٣٠٩ - ٣١٠).

أنتهى الجزء الاول من الوسيط

مراجع الكتاب الأول

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ: القانون الروماني (الاموال والالتزام) بدون سنة نشر.
- ٣- الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد) دار أحياء التراث العربي، ١٩٣٤.
- ٤- الدكتور محمد مختار القاضي: أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة ٩٥١.
- ٥- الدكتور رمضان ابو السعود: مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ٩٥١.
- ٦- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- ج ١- مصادر الالتزام دار (أحياء التراث العربي- ٩٥٢).
- ٧- الدكتور صبحي محمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية- ج ١- دار العلم للملايين- ط ٢ ١٩٧٢.
- ٨- الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج ١- مصادر الالتزام- ط ٣ بغداد- ٩٦٩.
- ٩- الدكتور عبدالحى حجازي- النظرية العامة للالتزام- ج ٢- مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر- ١٩٥٤.
- ١٠- فريد فيتان- مصادر الالتزام- مطبعة العاني- بغداد ١٩٥٦.
- ١١- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١- ١٩٥٤.
- ١٢- الدكتور شفيق شحاته- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية- ج ١- طرفا الالتزام- مطبعة الاعتماد- مصر- بدون سنة نشر.
- ١٣- محمد حسنين منصور- الوجيز في نظرية الالتزام- المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر- ١٩٨٣.
- ١٤- الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت- نظرية في القانون المدني الجديد- ج ١- مصادر الالتزام- القاهرة- ١٩٥٤.
- ١٥- الدكتور جلال علي العدوي والدكتور محمد لبيب شنب- مصادر الالتزام- الدار الجامعية بيروت- ١٩٨٥.
- ١٦- الدكتور مأمون الكزبري- نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي- ج ٣- ط ٣ ١٩٧٤.
- ١٧- الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ٢- في الالتزامات المطبوعة العالمية- ١٩٦٤.
- ١٨- د. يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات- (مصادر الموجبات) الجزائر- ط ٢ ١٩٨١.

- ٣٧- الدكتور محمد كامل مرسي- شرح القانون المدني- الالتزام-ج١- المطبعة العالمية ١٩٥٤.
- ٣٨- الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال- النظرية العامة للقانون- الدار الجامعية- ١٩٨٧.
- ٣٩- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج٧٢ مجلد ٢/ ١٩٦٤.
- ٤٠- د. حسن علي الذنون- دور المدة في العقود المستمرة- بغداد ١٩٨٨.
- ٤١- عبدالرحمن الجزيري- الفقه على المذاهب الاربعة- قسم المعاملات ج٢، ٣، ط٥، ط١ المكتبة التجارية- مصر بدون سنة نشر.
- ٤٢- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج- للرملي- ج٣ بدون سنة نشر- كتاب البيع.
- ٤٣- الاقتناع لشرف الدين المقدسي- ج٢- المطبعة المصرية بالأزهر بدون سنة نشر.
- ٤٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- لابن نجيم- ج٥- ط١ بدون سنة نشر.
- ٤٥- الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطي- مطبعة مصطفى محمد ١٩٣٦.
- ٤٦- سليم رستم باز- شرح المجلة- ط٣- بيروت- ١٩٦٣.
- ٤٧- ابن عابدين- الدار المختار- شرح تنوير الابصار- ج٤- بدون سنة نشر.
- ٤٨- علي حيدر- دور الحكام شرح مجلة الاحكام- الكتاب الأول- بدون سنة نشر.
- ٤٩- الدكتور رمضان أبو السعود- مبادئ الالتزام- الدار الجامعية- بيروت- ١٩٨٤.
- ٥٠- الدكتور محمد وحيد الدين سوار- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي- أطروحة دكتوراه ط٢ الجزائر- ١٩٧٩.
- ٥١- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٢ ١٩٥٤.
- ٥٢- عبدالفتاح حجازي- تفسير العقد المدني- بحث مقدم لمعهد البحوث والدراسات العربية العالمية- جامعة الدول العربية ١٩٨٦.
- ٥٣- الدكتور محمد شريف أحمد- نظرية تفسير النصوص المدنية- أطروحة دكتوراه في القانون- بغداد- ١٩٧٩.
- ٥٤- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٥ ١٩٥٨.
- ٥٥- الدكتور أنور سلطان- المبادئ القانونية العامة- دار النهضة العربية ط٣ ١٩٨١.
- ٥٦- الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة- مبادئ القانون- دار النهضة العربية- ١٩٧٧.
- ٥٧- الدكتور توفيق حسن فرج- مذكرات في المدخل للعلوم القانونية- منشأة المعارف- الاسكندرية- ١٩١٠.
- ٥٨- الدكتور غني حسون طه- الوجيز في نظرية العامة للالتزام- بغداد- ١٩٧١.
- ٥٩- الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الوسيط في نظرية العقد- ج١- انعقاد العقد بغداد- ١٩٦٧.
- ٦٠- الدكتور بدر جاسم اليعقوب- الغبن في القانون المدني الكويتي- ط١- ١٩٨٧.

- ١٩- د. منصور مصطفى منصور- المصادر غير الارادية للالتزام- محاضرات على الرونيو- جامعة الكويت- كلية الحقوق- ١٩٨٠.
- ٢٠- الدكتور حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- بغداد- ١٩٧٦.
- ٢١- منير القاضي- ملتقى البحرين- الشرح الموجز للقانون المدني العراقي المجلد الأول- بغداد- ١٩٥٢.
- ٢٢- جابر مهنا شبل- الالتزام بالمحافظة على سر المهنة- أطروحة ماجستير في القانون غير منشورة- بغداد- ١٩٨٤.
- ٢٣- عبدالباقي محمود سواي- مسؤولية المحامي المدنية عت أخطائه المهنية- أطروحة ماجستير في القانون المدني- ١٩٧٩.
- ٢٤- الدكتور توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام- في مصادر الالتزام- الدار الجامعية- ١٩٨٨.
- ٢٥- د. محمد جبر الالفي- الفضالة- ديوان الامطبوعات الجامعية- الجزائر- ١٩٨١.
- ٢٦- الدكتور عبدالرزاق حسن فرج- نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٦٩.
- ٢٧- محمد أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية- دار الفكر العربي- ١٩٧٦.
- ٢٨- الدكتور محمد يوسف موسى- الفقه الاسلامي- ط٣- مطابع دار الكتاب العربي بمصر- ١٩٥٨.
- ٢٩- محمد قدرى باشا- مرشد الخيران الى معرفة أحوال الانسان- قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي- الدار العربية للتوزيع والنشر- عمان- الاردن- ط١- ١٩٨٧.
- ٣٠- الدكتور خليل جريج- النظرية العامة للموجبات- ط٢- بيروت- ١٩٥٨.
- ٣١- الدكتور محمود سعدالدين الشريف- شرح القانون المدني العراقي نظرية الالتزام- ج١- بغداد- ١٩٥٥.
- ٣٢- الدكتور شمس الدين الوكيل- دروس في العق- منشأة المعارف- الاسكندرية- ط١- ١٩٦١.
- ٣٣- حسين عامر- القوة الملزمة للعقد- القاهرة- ١٩٤٩.
- ٣٤- الدكتور محمد وحيد الدين سوار- الشكل في الفقه الاسلامي- المملكة العربية السعودية- ط١- ١٩٥٨.
- ٣٥- الدكتور محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام ج١ مصادر الالتزام ط٦ ١٩٩١.
- ٣٦- الدكتور جميل الشراوي- نظرية بطلان التصرف القانوني- المطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٩.

- ٨١- د. محمد عبدالقادر الحاج- مسؤولية المنتج والموزع- رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة القاهرة- ١٩٨٢.
- ٨٢- الدكتور محمود جمال الدين زكي- اتفاقيات المسؤولية . القاهرة- ١٩٦١.
- ٨٣- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين- الفسخ والانفساخ والتفاسخ- دار المطبوعات الجامعية- ١٩٨٨.
- ٨٤- د. حسن الذنون- أصول الالتزام- ١٩٧٠.
- ٨٥- محمد تقيه- الارادة المنفردة كمصدر للالتزام- الجزائر- ١٩٨٤.
- ٨٦- الدكتور أدور غالي الذهبي- مجموعة بحوث قانونية- ط ١ ١٩٧٨.
- ٨٧- محمد أحمد عابدين- التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية- ١٩٨٥.
- ٨٨- د. بدر جاسم اليعقوب- أصول الالتزام في القانون المدني- ط ١ ١٩٨١.
- ٨٩- الدكتور حسام الاهواني- المشاكل القانونية التي تشبها عمليات زرع الاعضاء البشرية- ١٩٧٥.
- ٩٠- د. سعدون العامري- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- بغداد- ١٩٨١.
- ٩١- مالين- القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي دار التقدم- موسكو ١٩٨٨.
- ٩٢- الدكتور علي عبيد الجيلاوي- رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية أطروحة دكتوراه بغداد- ١٩٨٨.
- ٩٣- د. حسن الذنون- تعديل أحكام المسؤولية المدنية- محاضرات غير منشورة على طلبة الدراسات العليا- بغداد ١٩٨٦.
- ٩٤- الدكتور أياد عبدالجبار ملوكي- المسؤولية عن الاشياء- بغداد- ١٩٨٠.
- ٩٥- سعيد شيخو مراد- المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام برامج الكمبيوتر- أطروحة ماجستير في القانون الخاص- بغداد- ١٩٩٠.

- ٦١- الدكتور مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية- ١٩٨٧.
- ٦٢- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- التصرف القانوني والواقعة القانونية محاضرات على طلبة الدكتوراه- ١٩٥٤.
- ٦٣- حسين عامر وعبدالرحيم عامر- المسؤولية المدنية- ط ٢ ١٩٧٩.
- ٦٤- الدكتور مصطفى العوجي- القانون الجنائي العام- ج ٢- المسؤولية الجنائية- بيروت- ١٩٨٥.
- ٦٥- يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات- منشورات عويدات بيروت- ط ٢ ١٩٨١.
- ٦٦- محمد أبو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (العقوبة)- دار الفكر- بدون سنة نشر.
- ٦٧- الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي- مسؤولية المتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي- الجزائر ١٩٧٩.
- ٦٨- الدكتور سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج ٢- ط ٥- الالتزامات- ١٩٨٨.
- ٦٩- الدكتور محمد رضا عبدالجبار العاني- نظرية ملك المنفعة وتطبيقاتها في عقد الاعارة- أطروحة دكتوراه كلية الشريعة- بغداد- ١٩٨٧.
- ٧٠- هاشم فارس الجبوري- حق الانسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون- أطروحة ماجستير في الدين- بغداد ١٩٨٧.
- ٧١- إبراهيم محمد شريف- الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- أطروحة ماجستير في القانون الخاص- نوقشت ببغداد يوم ١٤/١٠/١٩٨٩.
- ٧٢- باسم محمد رشدي- الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية- أطروحة ماجستير في القانون الخاص نوقشت يوم ١٥/٣/١٩٨٩.
- ٧٣- الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج ٦- ١٩٨٦.
- ٧٤- الدكتور عبدالحكيم فودة- تفسير العقد- منشأة المعرفة- ١٩٨٥.
- ٧٥- عبدالفتاح حجازي- تفسير العقد المدني- بحث مقدم لمعهد البحوث والدراسات العربية- ١٩٨٦.
- ٧٦- الدكتور محي هلال السرحان- القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة- ١٩٨٧.
- ٧٧- الدكتور غازي عبدالرحمن ناجي- اختلال التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه- بغداد ١٩٨٦.
- ٧٨- فاضل شاكر النعيمي- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون رسالة ماجستير- بغداد ١٩٦٩.
- ٧٩- الدكتور عباس الصراف- المسؤولية العقدية عن فعل الغير- رسالة دكتوراه في الحقوق قدمت عام ١٩٥٤ (بدون سنة نشر).
- ٨٠- الدكتور محمد شكري سرور- مسؤولية النتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة- دار الفكر- القاهرة- ط ١ ١٩٨٣.

- ١١٤- الاستاذ المرحوم شاكر ناصر حيدر: واجب تقليل الضرر في القانون الانجليزي- مجلة القانون المقارن- السنة ٩، ١٩٨١.
- ١١٥- الدكتور ابراهيم دسوقي ابو الليل: المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية- مجلة الحقوق ١٩٨٧.
- ١١٦- الشيخ علي الخفيف: المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الاسلامي مجلة معهد البحوث الدراسات العربية- العدد ٣، ٩٧٢.
- ١١٧- صبري حمد خاطر: الضرر المرتد في القانون العراقي والمقارن- مجلة العلوم القانونية- ١٩٦٩.
- ١١٨- الدكتور عبدالرزاق عبدالوهاب: (تعويض الضرر الادبي في القانون السويسري) مجلة القضاء ١٩٦٩.
- ١١٩- الدكتور غازي عبدالرحمن ناجي: في تحديد المستحقين للتعويض من الضرر الادبي بسبب الوفاة- مركز البحوث القانونية- بغداد، ١٩٨٤.

القوانين والمجاميع

- ١٢٠- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١.
- ١٢١- مشروع القانون المدني العراق الجديد ١٩٨٦ (محدود).
- ١٢٢- مشروع القانون المدني العربي الموحد (جامعة الدول العربية).
- ١٢٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: ج٢ بدون سنة نشر
- ١٢٤- قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ٩٨٧.
- ١٢٥- النشرة القضائية: العدد الرابع- السنة الاولى ٩٧١ (المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق).
- ١٢٦- النشرة القضائية: ١٩٧٠.
- ١٢٧- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي: لجنة تطوير التشريعات.
- ١٢٨- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ٩٨٠.
- ١٢٩- المذكرة المقارنة لمشروع القانون المدني العراقي الجديد ١٩٨٥.
- ١٣٠- القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩.
- ١٣١- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ٩٧٦.
- ١٣٢- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني.
- ١٣٣- النشرة القضائية- ١٩٧٤.
- ١٣٤- مجموعة الاحكام العدلية- ١٩٧٩. (بغداد).

- ٩٦- كمال الجرف: مصدر الالتزام بدفع الضرائب على الايراد- بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة- السنة ١٠- العدد ٢- ١٩٦٦.
- ٩٧- الدكتور منذر الفضل: التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه- مجلة الحقوق- العدد ١-٤ السنة ١٥ ١٩٨٣.
- ٩٨- مصطفى أحمد الزرقاء: عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه- (اسبوع الفقه الاسلامي)- دمشق ١٩٦٣.
- ٩٩- عبدالله القليقل: عقد موضوع عقد التأمين- (اسبوع الفقه الاسلامي)- دمشق ١٩٦٣.
- ١٠٠- محمد أبو زهرة: تعليق على موضوع عقد التأمين (اسبوع الفقه الاسلامي) دمشق ١٩٦٣.
- ١٠١- الصديق محمد الأمين: حكم عقد التأمين في الشريعة الاسلامية (اسبوع الفقه الاسلامي) دمشق ١٩٦٣.
- ١٠٢- عبدالرحمن عيسى: عقد التأمين- أسبوع الفقه الاسلامي- دمشق- ١٩٦٣.
- ١٠٣- عبدالوهاب التونسي: عودة الى موضوع عقد التأمين مجلة العدالة أبو ظبي ٩٨٣.
- ١٠٤- الدكتور عباس الصراف: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي- مجلة اعدالة- وزارة العقد ١٩٧٧.
- ١٠٥- الدكتور منذر الفضل: صيغة العقد والسكوت المجرد- مجلة العدالة دولة الامارات ١٩٨٩.
- ١٠٦- الاستاذ الدكتور حسن بغدادى: النقص الفطري في التشريع- مجلة القضاء- العدد ٥٤ و٥٥ ١٩٤٥.
- ١٠٧- الدكتور منذر الفضل: أحكام المفقود في الحرب- مجلة الحقوق العدد ١٨ ١٩٨٧.
- ١٠٨- الدكتور أحمد الكبيسي: مصادر الغبن في عقد البيع في الفقه الاسلامي- بحث مستقل من مجلة العلوم السياسية والقانونية ٩٧٧.
- ١٠٩- الدكتور بشري الجندي: مصدر نظرية عيوب الرضى في القانون المدني الاشتراكي- مجلة ادارة قضايا الحكومة- العدد الثاني ١٩٦٨.
- ١١٠- الدكتور عبدالحى حجازي: نظرية الاستحالة- مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة ٧ العدد ٣، ١٩٧٣.
- ١١١- د. عجيب جاسم النشمي: الاوراق النقدية وتغيير العملة- بحث غير منشور مقدم لمنظمة المؤتمر الاسلامي.
- ١١٢- د. محمد نعيم ياسين: بيع الاعضاء الادمية: مجلة الحقوق والشريعة الكويت ١٩٨٧.
- ١١٣- د. بشرى الجندي: وضع نظرية السبب في القانون المدني الاشتراكي مجلة ادارة قضايا الحكومة- السنة- ١٠ العدد ١٩٦٦.

قرارات مجلس قيادة الثورة في العراق

- ١٦٠- قرار رقم ١١٩٨ في ١٢/١١/١٩٧٧.
١٦١- قرار رقم ١٤٢٦ لسنة ٨٣.
١٦٢- قرار رقم ٨٥١ لسنة ٩٨٢.
١٦٣- قرار رقم ١٠٦ لسنة ٩٨٥.

ثانياً : باللغة الأجنبية :

- Henri et Leon et Jean Mazeaud - Lecons De Droit Civil -164 Tome Deuxieme - Paris 1966.
165- Jean Carbonnier - Droit Civil - 4- Les Obligation -165 Press University De France 11 Edition 2891
M.P .Furmston - Law of Contract - Ninth Edition -166- London 1978.
167- Antoine Vialard - Droit civil -167- La Formation Du Contrat Alger 1981.
168- Ali Benchneb - Theorie Genetal De Contrat -168- Alger 1980.
169- Gino Goral - Standard Condition and From Contracts in Italian Law -169 The American Journal of Comparative Law - Volume 11.1962.
170- Code Civil paris 1992
171- Mise A- jour 1988 Du Code Civil 1987
172- Boris Stark - Droit Civil - Obligation - 2 Edition - paris -1986
173- Dennis Lioyd - The Idea of Law - Pengum Books - London -1970
174- Jean Carbonnier - Droit Civil - 2 - La Famille Les incapcites - Paris -1979
175- G.C .Cheshire and C.H.S Fifoot - Gases on The Law of Contract - Landon - 1965
176- Mazeand (H.L.) et (Tunc) -Traite Theorigue Et pratque De La Responsabilite - Civil - Tome pr.(6) ED
177- Louis josserand - Cours De Droit Civil -Tome 2 paris 1939
178- Fundamentals of Civil Ligislation of the U.S.S.R -And The Union Republics - Frist Printing -Moscow 1986

- ١٣٥- قضاء محكمة التمييز ١٩٦٩ . (بغداد).
١٣٦- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز: للقاضي الاستاذ ابراهيم المشاهدي (القسم المدني). (بغداد).
١٣٧- قانون رعاية القاصرين في العراق ٩٨٠.
١٣٨- قانون شركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل. (العراق).
١٣٩- مجلة القضاء- السنة ٤٣، ١٩٨٨. (نقابة المحامين- بغداد).
١٤٠- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- للقاضي ابراهيم المشاهدي (قسم الاحوال الشخصية) ١٩٨٩. (بغداد).
١٤١- قانون الاسرة الجزائري ١٩٨٤.
١٤٢- المجلة العربية للفقهاء والقضاة- مجلس وزراء العدل العرب- جامعة الدول العربية ١٩٨٦.
١٤٣- مجلة العدالة- أبو طيبي- دولة الامارات العربية المتحدة- السنة ١٠، ١٩٨٣.

القرارات القضائية غير المنشورة

- ١٤٤- الاضبارة رقم ٣٢٥- في ٢١/٨/١٩٨٨ قرار رقم ٥٢٨- هيئة موسعة أولى (محكمة التمييز).
١٤٥- رقم الدعوى ٢٦٣١/ب/١٩٨٨ في ١/١٠/١٩٨٨ (محكمة بداءة الكرخ).
١٤٦- قرار محكمة التمييز رقم ٢١٥ / مدينة منقول / ٨٥ في ١/٥/٩٨٥.
١٤٧- قرار رقم ٣٨٦٧/ادارية ثالثة/ ٩٨٢ في ٢٦/٣/١٩٨٣.
١٤٨- قرار محكمة جنابات نينوى- ١٩٤/ج/٩٨٥ ٣١/١٢/١٩٨٥.
١٤٩- قرار محكمة جنابات نينوى ٣٨٢/ج/١٩٨٥، في ٧/٩/٩٨٥.
١٥٠- قرار المحكمة الادارية- بغداد ١٢٣٤ / ادارية / ٩٨٤ في ١١/١٢/١٩٨٣.
١٥١- قرار محكمة جنابات نينوى- ٣٧٧/ج/٩٨٥ في ٢٠/١/١٩٨٦.
١٥٢- قرار رقم ٢٣٤/ج/٩٨٥ في ٢١/١٢/١٩٨٥.
١٥٣- قرار رقم ٣٧٦/هيئة عامة أولى / ١٩٧٤.
١٥٤- قرار رقم ٥٢١/م/٩٨١ في ١٧/٨/١٩٨١.
١٥٥- قرار رقم ٣٤ / هيئة عامة / ٨٥-٨٦/ في ١٦/١٠/١٩٨٥.
١٥٦- قرار رقم ٧٧/٤٨٤٩- ادارية / ٨٢ في ٨/١١/٩٨٢.
١٥٧- رقم الاضبارة ١٠٥١ / ادارية ثالثة / ٨٣- ٩٨٤ في ١٠/٣/١٩٨٤.
١٥٨- رقم القرار ٢٧٢١ / ادارية/ ٩٨٤- ٨٥ في ١٤/٤/٩٨٥.
١٥٩- رقم القرار ٢٧٢١ / ادارية/ ٩٨٤- ٨٥ في ١٤/٤/٩٨٥.

القسم الثاني

احكام الالتزام

النظرية العامة للالتزامات

في القانون المدني
دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية

الباب الاول

تنفيذ الالتزام

Execution DE LOBLIGATION

يحافظ على حقوقه التي في ذمة المدين من الضياع او التبيد ويصون الضمان العام ويحافظ عليه بالوسائل القانونية دفعا للاضرار التي قد تلحق به. وعليه فان موضوع بحثنا للفصل الاول من احكام الالتزام هو تنفيذ الالتزام وضمانات التنفيذ، ولهذا سنقسم البحث الى ثلاثة فصول على النحو التالي:

- الفصل الاول- التنفيذ العيني الجبري للالتزام
- الفصل الثاني- تنفيذ الالتزام بطريق التعويض
- الفصل الثالث- ضمانات تنفيذ الالتزام

الاصل ان الالتزام المدني اذا نشأ في ذمة الشخص بفعل مصدر من مصادر الالتزام، فانه يولد اثرأ قانونياً، واول هذه الآثار تنفيذ الالتزام طبقاً لما اشتمل عليه. وتنفيذ الالتزام من المدين لا بد ان يقوم به المدين طوعاً وبمحض ارادته واختياره وضمن المدة المحددة لذلك وهذه هي القاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات. ولكن غالباً ما يمتنع او يتأخر المدين في تنفيذه تنفيذاً معيباً او تنفيذاً جزئياً، الامر الذي يطرح امام الدائن فرصة اللجوء للسلطات العامة المخولة قانوناً لاجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به اذا كان ذلك ممكناً، لان محل الالتزام ان كان غير ممكن ان يتولاه المدين- على نحو ما سنبينه- لا بد ان تقرر الجهة المختصة (السلطة العامة) الاستعاضة عنه بتنفيذ الالتزام بطريق التعويض.

وإذا كانت القاعدة العامة هي التنفيذ الاختياري للالتزام من المدين بعد قيامه، ووجوب تنفيذه بحسن نية Bonne Foi^(١)، وان الاستثناء هو اجبار المدين على التنفيذ العيني او التنفيذ بطريق التعويض، فان التشريعات المدنية اوجدت وسائل للدائن يستطيع بموجبها ان

(١) المقصود بتنفيذ الالتزام بحسن نية هو ان يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد وبحيث لا يتوخى من طرق التنفيذ ما يفوت على الدائن المصلحة التي قصد اليها من وراء التعاقد ان كان مصدر الالتزام هو التصرف القانوني (العقد) او بأن يجعل هذه المصلحة اكثر كلفة دون مسوغ. انظر: الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- في الالتزامات- ص٥٥٣. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ من القانون المدني الاردني على ما يلي: "اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات". وقد نص المشروع المدني العراقي في المادة (٣٩٤) على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لمضمونه وبالطريقة التي تتفق مع ما يوجبه حسن النية والثقة المتبادلة وشرف التعامل". ويعود اصل هذا النص للمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي اوجبت تنفيذ العقود بحسن نية. راجع:

Henri et Leon et Jean Mazeaud- Lecons De Droit Civil-Op. Cit- p. 272.

اما القانون المدني الالماني فقد نص في المادة (٢٤٢) على معيار موضوعي لا يلزم الكشف عن الدوافع النفسية حيث جاء فيها ما يلي: "انه على الملتزم ان ينفذ التزامه طبقاً للامانة والثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل". وعلى هذا لائح سار المشرع العراقي في المادة (١٥٠) من القانون المدني لسنة ٩٥١ التي جاء فيها ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". ومعيار حسن النية انما هو معيار مشترك يجمع الجوانب الذاتية والمادية ويشمل (جميع الالتزامات) مهما كان مصدرها وان كانت قد ردت ضمن العقد.

وفي نطاق احكام الايجار عاد المشرع الاردني ثانياً للتأكيد على مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام العقدي، فأوردت المادة ٦٧٥ من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "يلزم كل من المتعاقدين بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد بصورة تحقق الغاية المشروعة منه وتتفق مع حسن النية".

الفصل الأول

التنفيذ العيني الجبري للالتزام

تمهيد- الالتزام الطبيعي والالتزام المدني^(١)

Obligation Naturelle et Obligation Civile

نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٣ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦ ضمن الاحكام العامة لآثار الحق على ما يلي:

"فاذا افتقد الحق حماية القانون لاي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقاً طبيعياً يجب في ذمة المدين"^(٢).

وهذا النص يرجع في الاساس لما قرره الفقهاء المسلمون من احكام الواجب ديانة الذي يقابل

(١) للمزيد من التفاصيل حول الموضوع انظر المراجع الاساسية التالية:

Henri et Jean, Mazeaud De Droit Civil- Op. it. P. 17. P. 630.

الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط- ج٢-ص٧٢١ وما بعدها.

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- الالتزامات ص٥٣٥ وما بعدها.

الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور- آثار الالتزام والوصاف المعدلة لآثار الالتزام (محاضرات مسحوية بالرونيو) كلية الحقوق- جامعة الكويت- ص١٠٤:الدكتور حسن علي ذنون- النظرية العامة للالتزامات- بغداد- ١٩٧٦ ص٣٨٧ يذكر بعض الشراح ان المقصود بالالتزام المدني هو (الالتزام التام) ويرادفه الالتزام الناقص (الالتزام الطبيعي).

الدكتور ثروت حبيب- الالتزام الطبيعي- مطبعة الرسالة- ١٩٦١- ص١ وما بعدها.

(٢) لم يكن المشرع الاردني موفقاً في صياغته لهذه الفقرة ولنص المادة ٣١٤ حين استعمل مصطلح (الحق الطبيعي) بدلاً من (الالتزام الطبيعي) لان الاول يفيد الحقوق الطبيعية للانسان كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية وغيرها ولهذا فان الصحيح هو المصطلح الثاني وهو عين ما استخدم في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني مما يلزم تعديل النصين.

الالتزام الطبيعي في القانون الوضعي تمييزاً لها عن الالتزامات المدنية التي تسمى بالواجب قضاءً.

ولقد اغفل القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ الاشارة الى الالتزام الطبيعي على نحو ما اوضحته التشريعات المدنية الاخرى، كالقانون الروماني والقانون الفرنسي (المادة ١٢٣٥) والقانون المصري والجزائري وغيرها. الا ان هذا لا يعني ان القانون المدني العراقي لا يقر بوجود الالتزام الطبيعي لان في الفقه الاسلامي، مبادئ عامة يستعاض بها عن النص صراحة للاعتراف بوجود الالتزام الطبيعي في القانون المدني^(٣). وعليه يمكن الاخذ بنظرية الالتزام الطبيعي دون نص.

ولقد تناول القانون المدني المصري الالتزام الطبيعي في اربع مواد (١٩٩- ٢٠٢) وكذا القانون المدني السوري ومشروع القانون المدني الاردني (المواد من ٢٠٠- ٢٠٢) الا انها حذف الصياغة الاخيرة وتبنى القانون المدني الاردني في المادة (٣١٣) نصاً جاء فيه:

"١- ينفذ الحق جبراً على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية.

٢- فاذا افتقد الحق حماية القانون لاي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقاً طبيعياً يجب في ذمة المدين".

كما ذهب القانون المدني الجزائري الى النص على الالتزام الطبيعي في المواد (١٦٠- ١٦٣) تأثراً بالقانون المدني المصري.

ويمكن القول بأن السمات العامة للالتزام الطبيعي هي:

١- ان المدين غير ملزم بالوفاء به للدائن لفقدان عنصر المسؤولية، ومسؤولية المدين عن عدم التنفيذ، ووجود عنصر المدنية فقط، اي واجب الوفاء من المدين وعلى الدائن قبوله بدون قهر او اجبار.

٢- ان المدين اذا اوفى بالدين اختياراً وهو على بينة من انه ليس ملزماً قانوناً بالوفاء به كان قضاءً عليه ويكون وفاؤه صحيحاً ليس له ان يسترد ما اوفى لانه يعد بمثابة الاقرار بالدين والاقرار تصرف قانوني بارادة منفردة يصلح سبباً للالتزام. ولا يجوز له ان يحتج على ان ما قام تبرعاً عن طريق الهبة لغرض استرداد ما دفع. الا اذا كان واقعاً في غلط واستطاع

(٣) يستخدم فقهاء الشريعة الاسلامية مصطلح (الواجب ديانة) الذي يقابله في القانون المدني (الالتزام الطبيعي) ومصطلح (الواجب قضاء) ويقابله (الالتزام المدني).
انظر: المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ج١- ص٣٥٢ وما بعدها.

ان يثبت ذلك فله ان يسترد ما اداه طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب على نحو ما بيناه.

٣- ان الالتزام الطبيعي يصلح سبباً للالتزام المدني وهو ما نصت عليه كثير من القوانين المدنية العربية. الا انه لا تجوز المقاصة بين دين طبيعي ودين مدني ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي.

والواقع ان الالتزام الطبيعي هو منزلة بين المنزلتين فقد سما على مجرد الواجب الادبي ونزل عن الالتزام المدني، ووفقاً للنظرية التقليدية ان الالتزام الطبيعي انما هو بالاصل التزام مدني متحلل، اي عاقه مانع قانوني من ان يرتب اثره سواء عند تكوين الالتزام كأن يكون العقد نشأ موقوفاً لنقص الاهلية، او بعد نشوء الالتزام وبعد تولد آثاره كما في حالة التقادم والصلح مع المفلس حيث ينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي، ففقد عنصر المسؤولية وظل عنصر المديونية مستقراً في الذمة، اما في النظرية الحديثة، فإن الالتزام الطبيعي (واجب ادبي) ارتقى به القانون واعترف له ببعض الآثار سواء واجباً ادبياً منذ البداية ام نشأ التزاماً مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن ان يولد كل آثاره فهو اما التزام مدني فقد عنصر المسؤولية او واجب ادبي قام به عنصر المديونية فقط كالانفاق على الاقرباء^(٤).

اما الالتزام المدني Obligation Civil فهو الالتزام التام والمألوف الذي يختلف تبعاً لمصدر الالتزام وهو يتضمن عنصر المديونية وعنصر المسؤولية اي وجوب تنفيذه من المدين اختياراً او جبراً بطريق التعويض. لان الاثر الاصلي لكل التزام يتضمن هذين العنصرين، وجوب تنفيذه والوفاء به سواء اكان مصدر نشوئه القانون ام التصرف القانوني ام الواقعة القانونية^(٥).

ويمكن القول ان هناك (اثر اصلي) للحق او للالتزام وهو (الوفاء الطوعي من المدين) و (اثر احتياطي) هو (التنفيذ الجبري على المدين).

ويظهر مما تقدم ان الفقه الاسلامي قد سبق انصار النظرية الحديثة بشأن الالتزام الطبيعي

(٤) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص٧٢٩ وما بعدها.

منصور مصطفى منصور- ص١٠٥ ما بعدها.

د. ثروت حبيب- الالتزام الطبيعي- المرجع السابق- ص٥١ و ٥٢.

(٥) يذكر بعض الشراح في مصر ان (القرار الاداري) كمصدر للالتزام ظهر بعد التحولات الاشتراكية وانشاء المؤسسات العامة بحجة ان القرار الاداري هو المصدر المباشر للحقوق والالتزامات التي يقوم عليها وجود المؤسسات العامة والوحدات التابعة لها ويقوم عليها نشاطها ايضاً.

ولكننا نعتقد ان القرار الاداري يرجع الى التشريع وهو ينطوي تحت نطاقه فلا يمكن أن يصدر القرار الاداري دون الاستناد الى نص قانوني يجيز اصداره، وبالتالي فهو ليس مصدراً مستقلاً يضاف الى مصادر الالتزام.

حين اعتبر الواجب ديانة الذي يقابل (الالتزام الطبيعي) والذي يكشف عن البعد الاخلاقي في الالتزام (الواجب). وان القانون المدني الاردني كان من اقرب القوانين المدنية الحديثة للفقه الاسلامي في مجال تطبيق الواجب ديانة والواجب قضاءً وكذلك القانون المدني الكويتي الذي اخذ بالنظرية الحديثة دون ان يستخدم تعابير الفقه المذكور. كما ان موضوع الالتزام الطبيعي يكشف عن الصلة الوثيقة بين (القواعد الاخلاقية والالتزامات المدنية).

التنفيذ العيني الجبري

يقصد بالتنفيذ العيني الجبري هو تمكين الدائن من الحصول على ذات الاداء الذي التزم به المدين^(٦)، وقد خصص القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ للتنفيذ الجبري الفصل الاول (المواد ٢٤٦- ٢٥٩) عالج فيه التنفيذ العيني (المواد ٢٤٦- ٢٥٢) وللتنفيذ بطريق الغرامات التهديدية (المادتان ٢٥٣- ٢٥٤) وللتنفيذ بطريق التعويض (المواد ٢٥٥- ٢٥٩). الا ان ما يهمننا اولاً هو التنفيذ العيني من المدين. وقبل ان نبين ذلك لا بد من الاشارة الى ان القانون المدني الاردني خصص المواد (٣٥٥- ٣٦٤) للتنفيذ العيني وللالتزام بعمل او امتناع عن عمل واخيراً للتنفيذ بطريق التعويض.

فالمادة ٣٥٥ نصت على ما يلي: "١- يجبر المدين بعد اعداره على تنفيذ ما التزمه تنفيداً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

٢- على انه إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين ان تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي اذا كان لا يلحق به ضرراً جسيماً".

فالالتزام اذا كان يدخل تنفيذه في حدود الامكان، فان من حق الدائن ان يستأديه ومن حق المدين ان يعرض القيام به ولا يجوز العدول عن هذا التنفيذ الى طريق التعويض الا بتراضى الطرفين المتعاقدين. وللمتضرر عن التأخير في التنفيذ العيني للالتزام حق الحصول على التعويض ويجوز ابلاغ المدين بأن الوفاء لا يقبل منه بعد تاريخ محدد معين وان بإمكان القضاء الاردني العمل بهذا المبدأ الذي يعد من القواعد العامة دون الحاجة الى نص قانوني خاص بذلك. ولقد نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على التنفيذ العيني الجبري وشروطه على النحو التالي:

(٦) منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١١٣.

د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢- ص٧.

عيد الباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ص٣١.

١- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

٢- على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً^(٧).

يعود اصل النص للمادة (٤٠٣) من القانون المدني المصري فيما عدا ان النص العراقي لم ينص على الاعذار نحو ما ذكرته المادة (٤٠٣) كما انه مطابق للمادة (٣٥٥) من القانون المدني الاردني^(٨)، وتقابلها المادة (١٦٤) من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.

اعذار المدين والتنفيذ العيني الجبري

من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر، يطرح السؤال التالي: هل ان الاعذار ضروري لتنفيذ الالتزام من المدين جبراً عليه؟ ولا شك ان سبب التساؤل يعود الى ان بعض القوانين المدنية العربية اغفلت الاعذار ولم تعتبره اصلاً لاجبار المدين على الوفاء، وذهبت تشريعات اخرى الى النص عليه موضحة احكامه.

والاصل طبقاً للقانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ ان الاعذار ليس ضرورياً في التنفيذ الجبري للالتزام المدين القادر عليه، والسبب في ذلك ان اول اثر من آثار الالتزام هو الوفاء به طوعاً وبمحض ارادة المدين ولا يصار الى الاجبار الا استثناءً، ومع هذا الاستثناء لا حاجة للاعذار.

على ان المقصود بالاعذار هو تسيير الانذار، وهو الاعلام او الاخبار، عن طريق كاتب العدل او من يقوم مقامه، واجاز التشريع الجزائري ان يقع الاعذار برسالة بريدية مسجلة او بالتلكس او عبر البريد الالكتروني او برقياً او بأي دليل كتابي طالما ان الغرض هو التنبيه بوجود الوفاء.

الا ان الجدير بالذكر ان المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي نصت على ما يلي "لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك" فلاستحقاق

التعويض وهو الجزاء العام لقيام المسؤولية العقدية يلزم الاعذار بانذار المدين، وهذا يعني ان القانون المدني العراقي لم يوجب الاعذار في التنفيذ العيني الجبري الا انه اوجبه في التنفيذ بطريق التعويض.

ونشير الى ان بعضاً من القوانين العربية كالقانون المدني المصري والقانون الكويتي اوجبت اولاً اعذار المدين قبل اجباره على التنفيذ، اما القانون المدني الاردني فقد نص في المادة (٣٦١) على ما يلي: "لا يستحق الضمان الا بعد اعذار المدين مالم ينص على غير ذلك في القانون او العقد". والاعذار تنبيه المدين الى ان الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ عند الاجل والاعذار يصح عن طريق كاتب العدل او بالبريد المسجل او بأية طريقة تحقق الغرض المقصود، كما قد يتفق الطرفان مقدماً على ان المدين يكون معذراً بمجرد حلول اجل الالتزام دون حاجة الى اي اجراء آخر وهذا الاتفاق ملزم لهما لانه يوفر مصلحة الناس حسب العرف والتعامل.

على ان المادة (٣٦٢) من القانون المدني الاردني ذكرت حالات لا ضرورة فيها للاعذار هي:

١- اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين.

٢- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

٣- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

٤- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه.

كما ان الضرر يعتبر متحققاً بمجرد اخلال المدين بالتزامه اذا كان الدائن هو الدولة او القطاع الاشتراكي دون حاجة للاعذار^(٩). لان اي تأخير في تنفيذ الالتزام اضرار بالمصلحة العامة.

ويمكن للقضاء الاردني ان يسيير على ذات النهج حفاظاً على مصالح الدولة ومشاريعها حتى وان لم يوجد نص صريح يسمح بذلك كما في عقود التوريد لمستشفى عام او عقد نشر لصالح المدارس او الجامعات.

(٩) ذهب القضاء العراقي في كثير من قراراته الى تأكيد هذا المبدأ السليم حتى عند عدم وجود نص يقرر ذلك في القانون المدني العراقي النافذ وهو موقف يحمد عليه القضاء الموقر، ولعل من المناسب الاشارة الى بعض هذه الاحكام: ففي قرار صدر عام ١٩٧٦ جاء فيه (اذا كان تأخير التنفيذ متعلقاً بمقاولة احد طرفيها دائرة حكومية فيكون الضرر مفترضاً ولا مجال لتطبيق الفقرة ٢ من المادة ١٧٠ مدني في حالة امتناع الماؤول عن تنفيذ التزامه او تأخره في التنفيذ). راجع مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- مرجع سابق- ص٦٥٩.

(٧) ورد المشروع المدني العراقي في المادة (٤٨٢) نصاً مطابقاً للمادة (٢٤٦) وازداد على الفقرة الثانية عبارة (هذا مع عدم الاخلال باحكام عقد المقاولة) حيث يمكن عند اخلال الماؤول بالتزامه سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه او فسخ العقد مع التعويض (المادتان ٨١٧ و ٨١٨ من المشروع المدني).

(٨) نصت المادة (٣٥٥) من القانون المدني الاردني ما يلي: "١- يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. ٢- على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين ان تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

ان يكون التنفيذ العيني ممكناً

ان المقصود بهذا الشرط هو ان التنفيذ العيني اذا صار مستحيلًا لا يمكن اجبار المدين عليه، فلا التزام بمستحيل، مهما كان سبب الاستحالة سواء كانت ترجع لخطأ من المدين او راجعة لسبب اجنبي، وعندها لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني وانما يرجع الدائن بالتعويض ان كانت الاستحالة بخطأ المدين كما لو باع المدين محل العقد الى آخر او فوت المحامي فرصة استئناف الدعوى^(١٣)، اذ تقوم المسؤولية العقدية لقيام اركانها.

اما بالنسبة للاستحالة التي ترجع للسبب الاجنبي كالقوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الغير وخطأ الدائن ولم يكن لارادة المدين دخل فيها، فان الالتزام ينقضي كما لو هلك الالتزام بقوة القاهرة كالحريق او الامطار او القصف من العدو، او ان تنفيذ الالتزام اصبح مستحيلًا لسبب يعود الى مرض المدين الذي يقع علاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا يعد مخالفاً بالتزامه ولا تنهض المسؤولية عليه وانما ينقضي الالتزام دون الوفاء به اصلاً كاصابة المدين بمرض احتشاء العضلة القلبية او القرحة او المرض النفسي الثابت طبيًا فيفسخ العقد بقوة القانون (الانفساخ) وتنحل الرابطة القانونية ولا رجوع على المدين بالتعويض، مالم يوجد هناك اتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية بالتشديد منها.

ان الاستحالة في التنفيذ العيني تلك يراد بها الصعوبات التي تقابل المدين بعد تكوين العقد فهي استحالة طارئة او لاحقة تصيب الاداء^(١٤)، الا ان الاستحالة التي تبرأ ذمة المدين هي الاستحالة المطلقة وهذه يجب لدورها ان يبذل المدين قصارى جهده لا مجرد العناية العادية^(١٥).

(١٣) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص٧٦٠، الاستاذ محمد حسين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٢٤٧ وانظر البحث القيم للمرحوم الدكتور عبدالحى حجازي- نظرية الاستحالة- مجلة ادارة قضايا الحكومة- السنة ٧- العدد الثاني- ١٩٦٣- ص ١٥٧ وما بعدها، ومن الجدير بالذكر ان القضاء العراقي اتجه في قرار صدر عن محكمة تمييز العراق في ٩٨٦/٥/٢٨ جاء فيه: (يشترط في السبب الاجنبي المعفي من الضمان ان لا يكون للمدين يد فيه. ولذلك لا يكون العدا بين عشيرة المفاوض والعشيرة الاخرى التي يقع العمل في منطقتها سبباً اجنبياً يعفي المفاوض من الضمان بعد قبوله احالة العمل عليه ومباشرته له). مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٦٦٦.

(١٤) الدكتور عبدالحى حجازي- (نظرية الاستحالة)- مجلة ادارة قضايا الحكومة- السنة ٧- العدد (٢) ١٩٦٣- ص١٥٨.

(١٥) الدكتور عبدالحى حجازي- البحث السابق- ص٢٠٦ والمراجع التي يشير اليها.

ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى القول: (ان الطعن في صحة تبليغ الانذار العدلي هو من حقوق الخصم وليس من حق المحكمة)^(١٠). وفي قضية اخرى: (ان معنى الانذار العدلي هو وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ذلك ان مجرد حلول الالتزام لا يكفي في جعل المدين بهذا الوضع القانوني بل لا بد من اعذاره)^(١١). وفي قضية اخرى: (ان المطالبة ببديل الاجبار المستحق لا تستلزم انذار المستأجر بدفعها)^(١٢).

المبحث الاول

شروط التنفيذ العيني الجبري

يمكن القول ان التنفيذ العيني الجبري لا يقع الا اذا توافرت بعض الشروط التي تتضح من نص المادة (٣٥٥) من القانون المدني الاردني والمادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي وهي:

الشرط الاول- ان يكون التنفيذ العيني ممكناً.

الشرط الثاني- الا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين، او يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق ضرراً جسيماً.

الشرط الثالث- ان يطلب الدائن التنفيذ العيني.

الشرط الرابع- ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ.

الشرط الخامس- ان يكون اخلال المدين بالتزامه ليس مشروعاً.

الشرط السادس- الا يكون فيه مساس بحرية المدين الشخصية.

ولغرض الوقوف على هذه الشروط اللازمة للتنفيذ العيني الجبري لا بد من توزيع المبحث

على ستة مطالب على النحو التالي:

(١٠) القضية رقم ٨٧/٧٣٢- مجلة نقابة المحامين- ١٩٨٩- ص١٣٢٤.

(١١) القضية رقم ٣٦ /١٠٠٨٧- مجلة نقابة المحامين- ١٩٨٩- ص١٣٨٢.

(١٢) القضية رقم ٨٨/٥٢٣- مجلة نقابة المحامين- ١٩٨٩- ص١٤٤١.

المطلب الثاني

الا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين. او يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

يمكن الوقوف على هذا الشرط من خلال الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ من القانون المدني الاردني التي اوضحت ذلك صراحة حيث جاء فيها:

"٢- على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين ان تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".
والسؤال الذي يمكن طرحه هنا: متى يكون تنفيذ الالتزام عينا يدخل في حدود الامكان ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ؟!

للجواب عن ذلك يلزم التمييز بين فرضيتين وهما:

الفرض الاول- اذا حدد ميعاد للتنفيذ، فالمفروض ان الوفاء العيني يتمتع بعد انقضاء هذا الميعاد، الا ان يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك.

الفرض الثاني- اذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا ما دامت الظروف تسمح به دون ان يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير.

كما نصت على هذا الشرط صراحة الفقرة (٢) من المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي، والفقرة (٢) من المادة (٤٠٣) من القانون المدني المصري.

ومضمون هذا الشرط ان التنفيذ العيني ان كان مرهقا للمدين- يجوز الاقتصار على التعويض على ان لا يلحق هذا العدول بالدائن ضرراً جسيماً، فالتنفيذ العيني من المدين ممكن اصلاً الا انه يعدل عنه المدين لانه يرهقه ويقبل بدفع التعويض، والارهاق ينطوي على معنى (العنت الشديد) ولا يكفي مجرد العسر والكلفة والضيق وانما من شأنه ان يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة وهي مسألة وقائع متروكة لسلطة القاضي التقديرية^(٢٠)، وقد ورد في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: (ان المراد بالارهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لان الامر متروك للقاضي)^(٢١).

(٢٠) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص٧٦٤.

الاستاذ عبدالباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ص٣٦-٣٧.

الاستاذ منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١١٦.

(٢١) ج٢- ص٥١٢.

ومع ذلك، فان هذه الجهود المبذولة والعناية المطلوبة يجب ان لا تعرض حياة الانسان للخطر فلا يجوز ان يصل المدين فيما يبذله من جهود و تضحية الى حد الاضرار بحقه في الحياة او بحقه في سلامته المادية والمعنوية لان الحق في الحياة او في سلامة الجسم والخلق مقدم على الحق المالي الذي للدائن في الحصول على الاداء المستحق له^(١٦).

ان استحالة تنفيذ الالتزام عيننا من المدين امر متصور في جميع انواع الالتزامات، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لا يمكن تصور استحالة تنفيذه^(١٧). اذ ان اي اخلال من المدين في تنفيذ الالتزام يكون الضرر مفترضا وعلى المدين دفع التعويض القانوني عن هذا الاخلال اعتبارا من تاريخ استحقاق الدين. الا ان عدم امكان تنفيذ الالتزام عيننا من المدين تتأثر بعاملين هما: طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية لتنفيذه^(١٨). واخلال المدين بدفع الدين قد يقع في شكل الامتناع عن الدفع او التأخر عن الدفع او تنفيذه بصوره معيبة او تنفيذه بصورة جزئية كدفع جزء من المدين.

اما من حيث (طبيعة الالتزام) فان عدم الامكان على التنفيذ العيني يبدو في صور مختلفة باختلاف محل الالتزام ففي الالتزام بنقل حق عيني على عقار او حق تصرف تبدو استحالة التنفيذ العيني في صورة امتناع البائع (الناكل) عن تسجيل التصرف في دائرة التسجيل العقاري (دائرة الاراضي)، في غير الحالات التي نصت عليها الفقرة (ب) اولا من قرار مجلس قيادة الثورة في العراق رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وقرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣، واما من حيث ميعاد التنفيذ للالتزام ان الاستحالة تتحقق لو حدد بالانفاق ميعاد لتنفيذه وانقضى الميعاد دون ان يتم التنفيذ كتخلف ممثل عن التمثيل في الميعاد المحدد، فلو لم تحدد مدة للتنفيذ يكون التنفيذ العيني مستحيلاً اذا اقدم الدائن على تحديد ميعاد مناسب للتنفيذ وانذر مدينه بأنه لن يقبل الوفاء بعد تجاوزه وانقضى الميعاد ولا مناص اذن من طلب التعويض ما لم يثبت المدين عدم حصول الضرر للدائن من جراء فواته^(١٩).

(١٦) الدكتور عبدالحى حجازي- البحث السابق- ص ٢١٥ والمراجع التي يشير اليها.

وحول الحق في سلامة الجسم انظر بحثنا المنشور في مجلة العلوم القانونية ١٩٨٩ والموسوم: (التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية).

(١٧) الدكتور عبدالمجيد وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير- احكام الالتزام- ج٢- ص١٦.

(١٨) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص٧٦٠ والمراجع التي يشير اليها.

(١٩) الاستاذ عبدالباقي البكري- شرح القانون المدني العراقي- ج٣- احكام الالتزام- تنفيذ الالتزام- بغداد- ١٩٧١- ص٣٦.

الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري- ج٣- ص ٧٦١، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص ٥١٠.

كما يتضح من ذلك ان القاضي يوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين بما توجهه قواعد العدالة وهي مسألة موضوعية لا تنالها رقابة محكمة التمييز في بعض القوانين العربية لان ما يخضع لرقابتها هي مسائل القانون كالتكييف القانوني. الا ان هناك اتجاه يذهب بأن معيار الارهاق هو (الخسارة الجسيمة المحققة) التي يمكن ان تلحق بالمدين اذا طلب الدائن من مدينه التنفيذ العيني ولهذا فلا يدخل في مضمون الارهاق زيادة الكلفة لارتفاع الاسعار او لزيادة الضرائب^(٢٢)، وعندها يقدر القاضي التعويض الذي قد يكون نقدياً او عينياً كما لو كان محل الالتزام تسليم شيء من نوع معين بأوصاف محددة وتبين انها ترهق المدين فتسلم اشياء اخرى بديلاً عنها تؤدي نفس الغرض دون ان يلحقه من ذلك ضرر جسيم وكل وجه قريب^(٢٣).

ويرد على الشرط المذكور الاستثناء الخاص بعقد المقاولة، فعلى الرغم من تحقق الارهاق على المدين عند تنفيذ عين ما التزم به بموجب عقد المقاولة الا ان المقاول يمتنع عليه ان يطلب زيادة الاجرة اذا ارتفعت اسعار المواد الاولية او ارتفعت اجور الايدي العاملة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً مالم يكن هذا الانهيار في التوازن الاقتصادي راجعاً لظروف طارئة (المادة ٨٧٨ مدني عراقي).

اما قواعد عقد المقاولة فلها احكامها ومن هذه الاحكام ايضا تنفيذ العمل على حساب المقاول (المدين) او الرجوع عليه بالتعويض او تحمل فرق السعر بين قيمة المقاولة الاولية وقيمة المقاولة الثانية ومصاريفها مع التعويض ان كان له مقتضى او الفسخ مع التعويض (المادة ٨٦٩ مدني عراقي)^(٢٤).

وفي هذا المجال ذهب القانون المدني الاردني في المادة (٧٨٥) الى ما يلي:

"يجب على المقاول انجاز العمل وفقاً لشروط العقد فاذا تبين انه يقوم بما تعهد به على وجه معيب او مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل ان يطلب فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح

(٢٢) الاستاذ عبدالباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ص٣٧.

(٢٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص٢٦٧.

(٢٤) نصت المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على ما يلي: "ليس للمقاول اذا ارتفعت اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة ان يستند الى ذلك بطلب زيادة في الاجر حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً. على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الاجرة او بفسخ العقد".

العمل غير ممكن واما اذا كان الاصلاح ممكناً جاز لصالح العمل ضمن مدة معقولة، فاذا انقض الاجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل ان يطلب من المحكمة فسخ العقد او الترخيص له في ان يعهد الى مقاول آخر باتمام العمل على نفقة المقاول الاول".

ولا شك ان في تحقيق الموازنة بين مصلحة المدين المرهق ومصلحة الدائن المتضرر بضرر جسيم، فان على القاضي ان يراعي المصلحة الثانية فهي الاولى بالرعاية لان الدائن انما يطالب بحقه في غير تعسف^(٢٥).

يتضح من كل ما تقدم ان التعويض، نقدياً كان ام عينياً، يحل محل التنفيذ العيني اذا كان هذا مستحيلاً او كان ممكناً واتفق الطرفان على التعويض او لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيماً بالدائن،^(٢٦) عدا احكام عقد المقاولة التي لها قواعدها الخاصة التي نصت عليها المادتان (٨٧٨ و ٨٦٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١.

(٢٥) انظر: الاستاذ السنهوري-ج٢- ص٧٦٥.

(٢٦) حول التعويض العيني والتنفيذ العيني، لا بد من القول ان المقصود بالتنفيذ العيني هو (اداء عين ما التزم به المدين) كالقيام بتسليم سكر كوبي من الدرجة الاولى، فان تعذر ذلك لوجود الارهاق (اي الخسارة الجسيمة التي تلحق بالمدين) يصار الى التعويض النقدي او يصار الى (التعويض العيني) بأن يقوم المدين بتسليم سكر عراقي وهي مادة تؤدي نفس الغرض طالما ان هذا التعويض العيني لا يلحق بالدائن الضرر الجسيم وقطعا لدابر التعسف من الدائن وتحقيقاً للعدالة. علماً ان التعويض العيني لا يرد الا على المثليات.

وفي هذا السياق يرى الاستاذ الجليل المرحوم السنهوري في (الوسيط-ج١- فقرة ٦٤٣) ان هناك ترادفاً بين لفظي التعويض العيني والتنفيذ العيني وهو الوفاء بالالتزام عيناً ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية، الا انه تراجع عن هذا الرأي (في الجزء الثاني من الوسيط فقرة ٤٤٠ ص ٧٩٨) قائلاً بعدم وجود مثل هذا الترادف حيث يقول: "والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني ان الاول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلال به، والثاني يكون بعد وقوع الاخلال بالالتزام، فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني".

كما يذكر استاذنا الدكتور عبدالمجيد الحكيم في (احكام الالتزام- ط٢- فقرة ٢٥- هامش رقم ١) الى تسمية التعويض العيني بـ(التنفيذ العيني الجبري) تمييزاً له عن امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به وهو (التنفيذ العيني الاختياري) اذ يرى بان يصار للتعويض عند عدم امكان جبر المدين على التنفيذ العيني.

ونحن لا نتفق مع الاستاذ السنهوري في رأيه الوارد في الجزء الاول من الوسيط ولا مع ما ذهب اليه استاذنا الحكيم وانما نؤيد ما اتجه اليه الاستاذ الجليل السنهوري في الجزء الثاني من الوسيط.

المطلب الثالث

ان يطالب الدائن بالتنفيذ العيني

يتحدد القاضي بطلبات المدعي، فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني من المدين في عريضة الدعوى لا يمكن ان يحكم به القاضي تلقائياً لان الدائن هو صاحب المصلحة في الموضوع كما لا يمكن للمحكمة ان تفصل في قضية لم ترفع اليها. فان طالب الدائن بالتنفيذ العيني وتوافرت شروطه فليس للمدين ان يمتنع عنه او ان يعرض للتنفيذ بطريق التعويض اذ قد يجبره القضاء على ذلك. ولكن قد يحصل العكس، اي ان يعرض المدين التنفيذ العيني ويطلب الدائن بالتعويض بدلاً منه، وعندها يمكن للقاضي ان يحكم بالتنفيذ العيني بدلاً من التعويض ويستجيب لرغبة المدين ولا يحق للدائن الرفض لانه هو الالتزام الاصيلي، الا ان الدائن اذا طالب بالتعويض له ان يعدل عنه الى المطالبة بالتنفيذ العيني بشرط ان يقع العدول قبل صدور الحكم^(٢٧).

وتأسيساً على ما تقدم، يمكن القول ان طلب الدائن للتنفيذ العيني الجبري من المدين يلزم الا يكون امتناع المدين عن التنفيذ او تأخره فيه او تنفيذه بصورة جزئية مثلاً راجعاً الى اخلال من الدائن بتنفيذ التزامه. فللمقاول او البائع ان يمتنع كل منهما عن القيام بالعمل او تسليم المبيع اذا لم يقوم رب العمل بدفع ما بذمته طبقاً لعقد المقاولة المستحق عليه او اذا لم يقوم المشتري بدفع الثمن للبائع.

فامتناع المقاول والبائع هو امتناع مشروع وهو يطلق عليه في العقود الملزمة للجانبين (الدفع بعدم التنفيذ) الذي يقع حين يرتكب المدين (رب العمل والمشتري) خطأ فيتخذ الدائن موقفاً سلبياً ويمتنع عن التنفيذ وهو مبدأ عام نصت عليه المادة (١٦١) من القانون المدني المصري والمادة (٣٢٠) من القانون الالمانى والمادة (٨٢) من قانون الالتزامات السويسري والمادة (١٦٤٠) من القانون الايطالي والمادة (٢٨٠) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ واعتبرت الامتناع المشروع عن الوفاء صورة من صور الحق في الحبس للضمان.

اما القانون المدني الاردني فقد اطلق تسمية (حق الاحتباس) اذ نصت المادة ٣٨٧ ما يلي: (لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به).

(٢٧) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص٧٦١.

فالمشرع الاردني ذكر القاعدة العامة اذ صور حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته فجعل منه مجرد دفع من الدفوع، فقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (ج١ ص ٤٣٥) ما يلي:

" ويفترض الحبس ان دائناً تقوم به في الوقت ذات صفة المدين قبل مدينه فهو من هذا الوجه لا يعدو ان يكون توسعاً في فكرة المقاصة وليس يمتنع ان تتسع هذه الفكرة حتى تتمثل عند التطبيق في صورة حجز يوقعه المدين تحت يد نفسه. والجوهري في نظام الحبس بأسره هو وجوب توافر الارتباط بين دينين فللمتعاقد في العقود التبادلية ان يحتبس ما يلزم بادائه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه باعتباره توافر الارتباط بين الالتزامين على نحو لا يحتاج الى بيان. وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ وهو في جملته ليس الا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات حق الحبس".

ولا يستطيع الدائن ان يطلب من المحكمة المختصة التنفيذ العيني الا اذا كان حقه ثابتاً ومؤكداً لا نزاع فيه، ولا شك ان التنفيذ العيني من المدين هو غاية الدائن الاساسية وفي تنفيذه يتحقق رضاه وتتأكد مصلحته اما التنفيذ بطريق التعويض فليس الا غاية احتياطية للدائن^(٢٨).

المطلب الرابع

ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ^(٢٩)

لا يمكن الاستجابة لطلب الدائن في التنفيذ العيني ان كان ممكناً من المدين الا اذا كان حقه ثابتاً ومؤكداً وحائزاً على حكم قضائي او سند واجب التنفيذ يتضمن حقه ومضمونه بصورة واضحة لا لبس او نزاع فيها لكي تتولى (مديرية التنفيذ او الاجراء) استخدام الوسائل القانونية اللازمة لقهرك المدين على التنفيذ وبدون هذا الحكم او السندات يتعذر التزام الشخص على القيام بعمل مثلاً.

(٢٨) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل- دروس في العقد- منشأة المعارف بالاسكندرية- ط١- ١٩٦١ ص٢١٦ و٢٩١.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الموجز في شرح القانوني العراقي- ج٢- احكام الالتزام- بغداد- ١٩٦٧ ص١٢.

(٢٩) انظر الاستاذ عبدالباقي البكري- المرجع السابق- ص٢٩.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- المرجع السابق- ص١٢.

المطلب الخامس

ان يكون اخلال المدين بالتزامه ليس مشروعاً

وهو شرط يستخلص من القانون المدني حول تقابل الالتزامات في حالات المقاصة والفسخ وحق الحبس والدفع بعدم التنفيذ. فللمدين ان يمتنع عن التنفيذ العيني اذا اتلف الدائن عيناً من مال المدين وكان من جنسه حيث تقع المقاصة بين الحقيين ولا يجبر المدين على التنفيذ اذا توافرت شروط المقاصة.

وللمسأجر ان يمتنع عن الوفاء بالاجرة ويسحبها عنده اذا كان قد انفق مصروفات ضرورية او نافعة على العين المأجور وهو غير ملزم بذلك وله ان يجري المقاصة بين ما عليه من بدل وما نشأ له من حق لما صرفه من نفقات اذا كانت شروط المقاصة متوافرة على نحو مانصت عليه المادة (٤٠٩) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١. فتحمل المستأجر لهذه النفقات اثره بلا سبب وهو مصدر من مصادر الالتزام^(٣٤).

اما اذا كان اخلال المدين بالتزامه مشروعاً كأن يكون سبب امتناعه عن الوفاء بالثمن او الاجرة لان الدائن لم ينفذ الالتزام الواجب عليه فلا يمكن اجباره عينياً. وبعبارة اخرى، ان هناك امتناعاً مشروعاً عن الوفاء ويقع في العقود التبادلية. فالمقاول الذي التزم باكساء شارع بعد مد انابيب تصريف المياه له ان يمتنع عن تنفيذ العمل اذا لم يحصل على السلف من رب العمل المتفق عليها في عقد المقاولة ولا يمكن اجباره على اداء الالتزام. والمؤجر الذي لم يستلم الاجرة له ان يمتنع عن تسليم المستأجر مفاتيح المأجور وان امتناعه مشروع.

المطلب السادس

الا يكون في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين الشخصية^(٣٥)

فاذا كان في طلب الدائن للتنفيذ العيني الجبري من المدين مساس بحرية المدين الشخصية، على الدائن ان يلجأ الى طلب (التعويض) فالتزام الفنان والباحث والطبيب والمثلة والمحامي

(٣٤) انظر ما نص عليه القانون المدني الاردني من احكام المقاصة في المواد (٣٤٣-٣٥٢).

(٣٥) انظر الاستاذ الدكتور السنهوري- ج٢- ص٧٦٠.

منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١١٥.

الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق- ص٢٤٧.

الدكتور عبدالحى حجازي- نظرية الاستحالة- البحث السابق- ص٢١٥.

والحكم هو قرار المحكمة الحاسم للتزاع المعروض امامها توفيراً للحماية القضائية للحق^(٣٠)، والمحرمات القابلة للتنفيذ نصت عليها المادة (١٤) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ على سبيل الحصر وهي:

١- الاوراق التجارية القابلة للتداول كالمشيك والسند لامر (الكسببالية) والسفستجة (البوليصة)، فان كانت مصدقة من كاتب العدل او موظف عام مخول قانوناً يصيح مضمونها حجة قاطعة والحق المدون فيها ثابتاً مؤكداً ولا تقبل الطعن الا بالتزوير وهي بعد التصديق تكون (سندات رسمية) قابلة للتنفيذ مباشرة في دائرة التنفيذ ولا يتطلب الامر رفع الدعوى والحصول على حكم لاثبات الحق^(٣١)، ويشترط في الورقة التجارية ان لا يكون المدين فيها مظهراً، واذا كان المطلوب التنفيذ بحقه كفيلا فيجب تبليغ المدين للوقوف على ما لديه من اعتراضات^(٣٢).

٢- السندات المتضمنة اقراراً بدين^(٣٣).

٣- السندات المثبتة لحق عيني استوفت الشكل الذي نص عليه القانون.

٤- السندات المثبتة لحق شخصي.

٥- الكفالة الواقعة امام المنفذ العدل.

٦- وثيق دائرة التسجيل العقاري لما تبقى للمرتهن على الراهن بعد بيع المرهون.

٧- الحجج والقرارات والاورام التي يعطيها القانون قوة التنفيذ.

(٣٠) يراد بالاحكام في هذا المجال، الاحكام الموضوعية التي يفصل بها النزاع والتي تصدر على خصم، متضمنة منفعة للخصم الآخر ويتطلب تنفيذها استعمال القوة الجبرية.

د. مفلح عواد القضاة- اصول التنفيذ- ط١- ٩٨٧- ص٥٤.

(٣١) انظر في الفروق بين السندات العادية:

الدكتور سعدون العامري- موجز نظرية الاثبات- ط١- بغداد- ١٩٦٦- ص٣٦ وما بعدها.

الدكتور آدم وهيب الندوي- شرح قانون الاثبات- ط٢- بغداد- ١٩٨٦- ص٩٨ وما بعدها و ص١٠٧ وما بعدها.

(٣٢) اشترطت الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٤) الا يكون المدين فيها كفيلاً غير متضامن واذا كان الكفيل متضامناً فيجوز التنفيذ عليه مع وجوب تبليغ المدين للوقوف على ما لديه من اعتراضات خلال (سبعة ايام) من اليوم التالي لتاريخ تبليغه.

(٣٣) الفقرة (ثانياً) من المادة ١٤ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

المبحث الثاني

اسلوب التنفيذ العيني الجبري عند توافر شروطه

من المعلوم ان دائرة التنفيذ او الاجراء هي السلطة العامة المختصة في تنفيذ المحررات وهي احدى دوائر وزارة العدل وتعتبر من اجهزتها (المادة ٤ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠) وتوجد مديرية تنفيذ في كل وحدة ادارية او مكان فيه محكمة بداة (المادة ٦/اولا) بالنسبة للقانون العراقي والمادة (٣) من قانون الاجراء الاردني رقم ٣١ لسنة ١٩٥٢ المعدل.

ان التنفيذ الجبري للالتزام المدني لا يقع على المدين بصورة فردية وانما بواسطة السلطة العامة اي باشراف القضاء ومراقبته وغالبا ما يصار الى ايقاع الحجز على الرصيد النقدي في البنك الذي يملكه المدين لغل يده عن التصرف بالمبلغ المودع او وضع شارة الحجز على صفحة العقار الذي يملكه المدين لدى دائرة التسجيل العقاري (دائرة تسجيل الاراضي) حتى لا يتصرف به وقد تقوم مقام مديرية التنفيذ دوائر اخرى منحت هذه السلطات طبقا لقانون خاص كقانون جباية الديون المستحقة للحكومة الذي منع بعض اجهزة الدولة سلطات تنفيذية، فالموظف او العامل غير العراقي المدين للدولة او لاي دين آخر ثابت بحكم قضائي يمكن مثلا حجز نسبة لا تزيد على ٨٠٪ من راتبه وفاء للدين المترتب بذمته سواء عن طريق مديرية التنفيذ او الجهة الحكومية الدائنة تنفيذاً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٨٣) في ٢٣/١/١٩٨٨^(٣٨). ومن جهة اخرى، ان التنفيذ العيني الجبري قد يقع (بحكم القاضي) اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام ودون تدخل من دائرة التنفيذ وهو ما نصت عليه صراحة بعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري (المادة ٢١٠)^(٣٩)، والقانون المدني الاردني، ولم نجد مقابلاً لذلك في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١^(٤٠).

(٣٨) الوقائع العراقية-العدد ٣١٨٧- في ١/٢/١٩٨٨ وهذا القرار هو استثناء من احكام الفقرة اولا من المادة (٨٢) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ ومن المادة (٥١) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧. (٣٩) نصت المادة (٢١٠) على ما يلي: "في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام".

(٤٠) نصت المادة (٣٥٧) من القانون المدني الاردني على ما يلي: "يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ اذا كان موضوع الحق عملاً وسمحت بذلك طبيعته". وقد جاء في المذكرات الايضاحية تحليلاً لهذا النص (ص ٩٤ ج ١) ما يلي: يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني احياناً رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به، فاذا امتنع البائع مثلاً عن التصديق على امضائه في عقد البيع فلم يتيسر التسجيل فاز للمشتري ان يستصدر حكماً بصحة التعاقد. فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد تنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله). وكذلك اذا وعد شخص بابرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده جاز للمحكمة ان تحدد له ميعاداً للتنفيذ، فاذا لم يقم بالوفاء في خلال هذا الميعاد حل حكم المحكمة محل العقد المقصود ابرامه.

يتعلق بالابداع والرغبة والحرية الشخصية ولا يمكن الزامهم على تنفيذ عين ما التزم به هؤلاء جبراً عليهم لان هذا الجبر يتعارض وحرية المدين الشخصية ولا سبيل امام الدائن الا اللجوء الى التعويض، او اللجوء الى حثه على القيام بالعمل عن طريق الغرامة التهديدية اذا تأخر عن الوفاء عملاً بأحكام المادة (١٧٤) من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥^(٣٦) وهو طريق لا يمكن اللجوء اليه في جميع الاحوال لان الاكراه المالي اسلوب لا يخلو من العيوب على نحو ما سنبينه.

هذا فضلاً عن ان اداء الالتزام جبراً على المدين يكون في اغلب الاحوال غير مجد، وكذلك الحال بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل فلو التزم ممثل نحو مسرح معين بألا يمثل خلال فترة معينة في المسارح الاخرى، ثم قام بالتمثيل اخلاً بالتزامه فقد اصبح تنفيذه للالتزام عيناً غير ممكن بالنسبة للفقرة التي مثل فيها فعلاً الا ان التنفيذ العيني في ذاته يبقى ممكناً بالنسبة للمستقبل ومع ذلك، فان اجباره على عدم التمثيل يقتضي منعه بقوة الشرطة من دخول مكان التمثيل وهو يعد مساساً بحريته الشخصية وبالتالي لا يجوز اجباره على ذلك^(٣٧) والحق في الحرية من الحقوق المدنية الاساسية للانسان التي يطلق عليها بالحقوق العامة.

(٣٦) انظر الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- الجزائر- ١٩٨٣- ص ٢٧٤.
(٣٧) منصور مصطفى منصور- آثار الالتزام والاصناف المعدلة لآثار الالتزام- المرجع السابق- ص ١١٥.

ومن الحالات التي يمكن تصورها في قيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به، حالة الوعد بالتعاقد الذي يمتنع فيه المدين عن الوفاء بوعده فيجوز للمحكمة ان تحدد له ميعاداً للتنفيذ، فاذا لم يقم بالوفاء في خلال هذا الميعاد، حل حكم القضاء محل العقد المقصود ابرامه^(٤١).

ان محل التزام المدين يختلف من حالة الى اخرى حسب طبيعة الالتزام ومصدره فقد يكون الاداء الذي يلتزم به نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل او غيرها ولذلك يثار السؤال عن كيفية حصول التنفيذ العيني الجبري للالتزام المدني.

ولغرض الوقوف على التزام المدين المتباين في مجال التنفيذ العيني الجبري نقسم المبحث علي النحو التالي:

المطلب الاول

التزام المدين بنقل حق عيني يرد على عقار

ان التصرفات القانونية التي ترد على العقار^(٤٢)، سواء تلك التي يجب على المدين نقل الحق العيني الى شخص آخر ام تلك التي لا يجب فيها ذلك وانما تأشير الحق العيني التبعية كالرهن التأميني، يلزم تسجيلها في الصفحة المخصصة للعقار في الدائرة المختصة وهذا التسجيل اعتبرته الكثير من القوانين المدنية بمثابة (ركن) من اركان انعقاد التصرف او مسألة اساسية في التصرف القانوني وبدونه، فان التصرف يكون باطلاً في بعض القوانين لانه عدم والعدم لا ينتج شيئاً، او ان التصرف يكون صحيحاً الا ان الملكية لا تنتقل الا بعد التسجيل.

ولا بد من التذكير بان المقصود بالتصرفات القانونية الواردة على العقار والواجبة التسجيل، هي التصرفات التي تنشأ بارادتين تتجهان لاحداث الاثر القانوني او تلك التي تقع بارادة واحدة ومثال الاولى بيع العقار و رهن العقار ومثال الثانية الوصية الواردة على عقار ووقف العقار وقفا خبيراً.

(٤١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج-٢- ص ٥٣٠.

المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- ص ٢٦٩.

(٤٢) نصت المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي على تحديد المقصود بالعقار والمنقول كما جاء في المادة (٥٨) من القانون المدني الاردني على نحو ما يلي: "كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف او تغيير في هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

فالبيع والرهن والوصية والوقف والقسمة وحتى عقد ايجار العقار (احياناً) يلزم تأشيريه في السجل العقاري حفاظاً على حقوق المستأجر حيال الدائن المرتهن وان كان حقاً شخصياً للمستأجر (المادة ٢/١٣٣٧ من القانون المدني العراقي) وكذلك الفقرة الثانية من المادة (١٣٤٤) من القانون المدني الاردني.

لقد لزم المشرع العراقي والاردني مراعاة الشكلية في بيع العقار واعتبراها ركناً من اركان انعقاد العقد وهي تسجيل التصرف القانوني في الدائرة المختصة حماية لاطراف التصرف وتنبهها لخطورته و تبصيرا بعواقبه، وبالتالي فلا يكون هناك عقد ويبطل التصرف ولا تنتقل الملكية او الحق العيني (كحق التصرف) اذا لم يتم التسجيل في الدائرة المذكورة. وهذه الشكلية وردت في الكتاب الثاني من القانون المدني الذي خصص للعقود المسماة حين نص في الباب الاول تحت عنوان العقود التي تقع على الملكية (عقود التمليك) على هذه الشكلية الى جانب صيغة العقد، ولا شك ان الشكلية هنا هي شكلية قانونية كتابية.

فالمادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ نصت على ما يلي: "الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني آخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل". كما قضت المادة (٥٠٨) ايضاً ما يلي: "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون" ووضحت المادة (١١٢٦) من القانون المدني العراقي ما يلي: "١- تنقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار. ٢- والعقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً".

اما بالنسبة الى القانون المدني الاردني فالمادة (٩٠) نصت على ان العقد ينعقد بمجرد ارتباط القبول مع الايجاب مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد حيث يلزم القبض او التسجيل في بعض العقود لانعقاد العقد. كما ذهبت الفقرة الثانية من المادة (١٠٥) من القانون الاردني الى مراعاة الشكلية حتى في الوعد بالتعاقد، كما نصت المادة (١/٤٨٥) الى ان ملكية المبيع تنقل بمجرد تمام البيع الى المشتري ما لم يقض القانون او الاتفاق بغير ذلك.

كما نصت المادة (١١٤٨) من القانون المدني الاردني صراحة على وجوب مراعاة الشكلية على النحو الآتي: "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير الا بالتسجيل وفقاً لاحكام القوانين الخاصة".

كما نصت المادة (١٣٢٣) من القانون المدني الاردني: "لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله..."

ونظرا لقصور نص المادة (١١٢٧) مدني عراقي) عن معالجة المشكلات الناجمة عن عدم مراعاة الشكلية في بيع العقار حيث اوجبت المادة المذكورة دفع التعويض عند النكول، ولغرض معالجة المشكلات القانونية الناجمة عن التصرف بالعقارات بالبيع دون مراعاة الشكلية المفروضة قانوناً اصدر مجلس قيادة الثورة قراره المرقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧^(٤٣)، ثم عدل بقرار رقم ١٤٢٦ في ١٢/٢١/١٩٨٣ الذي يخص حق التصرف والمغاسرة^(٤٤).

وفي هذا الخصوص، يلاحظ ان المشرع العراقي قصر الامر على دفع التعويض قانوناً عند الاخلال بالتعهد في حالة نقل الملكية في العقار والنكول عن التسجيل طبقاً لنص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي^(٤٥)، الا ان القانون المذكور لم يبيّن اسلوب احتسابه وتلك مسألة مهمة وقصور تشريعي سبب ارباكاً في الحياة العملية وعدم استقرار خاصة وان تقديرات اهل الخبرة الذين تستعين بهم المحكمة المختصة غير ملزمة لها وربما يخلو تقرير الخبير من الدقة في عناصره، ويفعل كثرة حالات النكول عن اتمام التسجيل من المتعهد للمتعهد له^(٤٦)، وبسبب الانتقادات التي تعرض لها القانون المدني العراقي الذي لم يقر (بالتنفيذ العيني)، اصدر مجلس قيادة الثورة الموقوف للقرارين ١١٩٨ و ١٤٢٦ سالف الذكر.

(٤٣) نشر القرار في الوقائع العراقية- العدد ٢٦٢١ في ١٤/١١/١٩٧٧.

(٤٤) نشر القرار في الوقائع العراقية- العدد ٢٩٧٤ في ١٢/١/١٩٨٤.

(٤٥) نصت المادة (١١٢٧) مدني عراقي) على ما يلي: "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط".

نصت المادة (١١٤٩) مدني اردني) على ما يلي: "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اكان التعويض في التعهد ام لم يشترط". الا ان هذه المادة اغفلت النص على التنفيذ العيني ولم تنص على اسلوب تقدير التعويض. كما جاءت المادة (١١٤٨) على نحو مضطرب لا تتسجم صياغتها مع نص المادة (١١٤٩).

(٤٦) انظر حول النكول عن اتمام البيع من المتعهد والآراء الفقهية وموقف التشريعات وقرارات القضاء بهذا الخصوص ما يلي:

الدكتور منذر عبدالحسين الفضل- التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه- بحث منشور في مجلة الحقوق- العدد ٤١، ١-١٩٨٣- ص ١٥١ وما بعدها. صبري حمد خاطر- تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بتعهد نقل ملكية عقار- مجلة العلوم القانونية والسياسية- مجلة ٦- ٩٨٧- ص ٣٨٥ وما بعدها.

الدكتور غني حسون طه- التعهد بنقل ملكية العقار وفق المادة ١١٢٧- مجلة العلوم القانونية والسياسية- مايس ١٩٨٤- ص ١٢١ وما بعدها.

ان قرار مجلس قيادة الثورة (المقبور) تميزاً بأنهما اوضحا كيفية احتساب (مقدار التعويض) عند النكول في التعهد^(٤٧) وان المشرع اخذ (بالتنفيذ العيني) في حالات محددة على سبيل الحصر.

اما عن حالات التنفيذ العيني التي جاءت حصراً في القرارين المذكورين والتي عند توافر شروطها يستطيع المتعهد له ان يطلب من محكمة الموضوع تسجيل العقار باسمه في السجل العقاري المختص ويتضح هذا بالنسبة الى بيع العقار ونقل الحق العيني من الفقرة (ا/أ) التي نصت: (اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد، او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد، او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول).

كما يتضح (التنفيذ العيني) في مجال الاراضي الزراعية وضمان حقوق المغارس في الفقرة (ب/١) من القرار ١٤٢٦ التي جاء فيها ما يلي: (اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية او منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد. فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المبينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند. مضافاً اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول. كل ذلك دون الاخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للاراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦).

والحقيقة ان هذا الاتجاه من المشرع العراقي كان سليماً في مجال حماية المتعهد له وتحقيق الاستقرار في التعامل والعدالة لا سيما وانه اوضح صراحة ان السكن او احداث الابنية او المنشآت او المغروسات من الاشجار في محل التعهد كان يرضى المتعهد وبدون (معارضة تحريرية) والغرض من النص على وجوب ان تكون المعارضة تحريرية وليست (شفاهاً) هي للحد من التعسف وادعاءات المتعهد الكاذبة بحصول المعارضة منه.

(٤٧) نصت الفقرة اولاً من قرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ على ما يلي:

(يقتصر التعهد بنقل ملكية العقار على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط على انه لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن اي ضرر آخر).

اما الفقرة اولا /١ من قرار ١٤٢٦ في ١٢/٢١/١٩٨٣ فقد اضافت الى ما سبق عبارة (او حق التصرف فيه).

كما نشير الى ان الفقرة (أ) من البند (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ افصح صراحة بأن محكمة البداية هي التي تفصل في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القرار ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محكمة الاستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار^(٤٨)، بينما تتولى (لجنة الاراضي والاستيلاء) المشكلة في دوائر الاصلاح الزراعي في المحافظات طبقاً لقانون الاصلاح الزراعي لسنة ٩٧٠ المعدل الفصل في المنازعات الناشئة عن (عقد المغارسة) وتنفيذ قرار (١٤٢٦) ويطعن بقراراتها امام هيئة تمييز الاصلاح الزراعي^(٤٩). اما في الاردن فان نظام تسجيل الاراضي رقم ١ السنة ٩٥٣ نص المادة (٦) على وجوب تأشير التصرفات على الارض في دائرة تسجيل الاراضي.

المطلب الثاني

الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات

لا تظهر صورة التنفيذ العيني الجبري في هذا النوع من انواع الالتزامات لانه ينفذ بمجرد نشوئه وبقوة القانون ما دام ان محل التزام المدين معيناً بالذات مملوكاً للملتزم طبقاً لنص المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم. وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل).

(٤٨) بهذه المناسبة نشير الى الغاء (قانون المحاكم الادارية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧) رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٨ المنشور في الوقائع العراقية (عدد ٣١٨٨) في ١٩٨٨/٢/٨ وتوسيع صلاحيات (محاكم البداية) حين اسندت اليها جميع الدعاوى المدنية التي كانت تنظرها المحاكم الادارية سابقاً. (٤٩) راجع محاضراتنا الموسومة ب (التشريعات الزراعية في العراق) التي نشرت على طلبة الصف الثالث قانون بجامعة بغداد للسنة الدراسية ١٩٨٠-١٩٨١ (القضاء الزراعي).

ولا بد من الاشارة الى قانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٠ الصادر في المملكة الاردنية الهاشمية الذي عدل قانون ملكية الطوايق والشقق واجاز للمحكمة المختصة التنفيذ العيني بنقل ملكية الشقة جبراً على البائع عند النكول ولها اصدار القرار والطلب الى مدير تسجيل الاراضي المختص بتسجيل الشقة او البنائة باسم المشتري (المادة ٢١/ح).

كما ذهب القضاء الاردني الى ان: "عقد المغارسة الخارجي الذي يتعلق بارض تمت فيها التسوية هو عقد باطل وغير واجب التنفيذ"، قضية رقم ٢٣٣ / مجلة نقابة المحامين - ١٩٩٠.

والى هذا ذهب القانون المدني المصري (المادة ٢٠٤)، على ان موقف القانون المدني الاردني واضح من خلال نص المادة (١٩٩) التي جاء فيها: "١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه ويبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض او اي شيء آخر مالم ينص القانون على غير ذلك). والالتزامات في القوانين المدنية الوضعية (كالقانون المصري والسوري والعراقي) على ثلاثة انواع هي: (الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني آخر والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل) بينما يذهب الفقه الاسلامي الى غير هذا الاتجاه بشأن تنفيذ الالتزام لان التصرف ذاته ينقل الملكية او الحق العيني بوصفه حكماً من احكام التصرف لان البيع في الفقه الاسلامي ينقل بنفسه ملكية المبيع من البائع للمشتري وبالتالي لا ينشأ عن العقد التزام.

ويقصد بالشيء المعين بالذات، الاشياء القيمية، فان كان مالياً منقولاً لا تنتقل ملكيته الى المشتري بمجرد انعقاد العقد الا اذا كان معيناً بالذات (ومملوكاً للبائع) والا كان العقد موقوفاً لان صدر من غير مالك (م ١٣٥ من القانون المدني العراقي)، ومن الطبيعي ان الحقوق العينية وحق الملكية وهي اول الحقوق اهمية لا ترد الا على اشياء معينة بذاتها^(٥٠)، ويلحق بالمنقول المعين بالذات من حيث الحكم المنقول الذي يباع جزافاً لان بيع الجزاف يعتبر المبيع معيناً بالذات من وقت العقد ولذلك، فان ملكيته تنتقل الى المشتري بمجرد انعقاد العقد^(٥١)، وعلى هذا نصت المادة (٥٣١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي: "اذا كان المبيع عيناً معينة بالذات او كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، واما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالفراز).

الا ان الاصل يرد عليه استثناء هذه القاعدة بقاعدة اخرى تخص المنقول وهي: (الحيازة في المنقول سند الملكية) فالملكية تنتقل الى المشتري الثاني الذي تسلم المبيع وهو حسن النية بسبب (قاعدة الحيازة) تلك وليس (بموجب العقد) لان البائع تجرد من الملكية بمقتضى بيعه الاول^(٥٢).

ومع ذلك، فان التنفيذ الجبري للالتزام يبدو في نطاق الالتزام التبعية الذي يتضمنه الالتزام

(٥٠) الدكتور غني حسون طه- الوجيز في العقود المسماة- ج١- عقد البيع- بغداد- ٩٧٠- ٢٠٨- ٢٠٩

وانظر: الدكتور كمال قاسم ثروت- شرح احكام عقد البيع- ط٢- بغداد- ١٩٧٦- ص١٠٩- ١١٠.

الدكتور سعدون العامري- الوجيز في شرح العقود المسماة- ج١- ط٣- ١٩٧٤- ص٩٤- ٩٥.

(٥١) الدكتور غني حسون طه- المرجع السابق- ص١٧٤ نبذة (٢٩٩).

(٥٢) انظر الاستاذ السنهوري- ج٢- المرجع السابق- ص٧٧١.

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢- ص٥١٤- ٥١٥.

المطلب الثالث

محل التزام المدين نقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع والمقدار

أوضحت المادة (٥٣١) من القانون المدني العراقي صورة التنفيذ العيني الجبري اذا كان محل الاداء من المدين نقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع والمقدار حيث ان الالتزام لا يتم الا (بالافراز) اي العزل فلو امتنع المدين عن الافراز حق للدائن ان ينفذه جبراً عليه، كما نصت المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي: "١- اذا ورد الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني آخر على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينقل الحق الا بتعيين الشيء بالذات.

٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة بعد استئذان المحكمة او بغير استئذنها في حالة الاستعجال. كما انه يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض".

يتضح مما تقدم، ان المنقول المثلي كالرز والسكر والمكيالات والموزونات قبل افرازه لا يكون قد تعين بالذات، والملكية هي حق عيني لا يمكن ان ترد الا على شيء معين بالذات ويتحقق هذا بعد الفرز (العزل) اما قبل الفرز فالدائن صاحب (حق شخصي) وتنتقل الملكية من تاريخ الفرز وعندها يكون صاحب حق عيني وتنتقل ملكية المنقول من تاريخ الافراز ولو قبل التسليم سواء بين طرفي العقد او بالنسبة للغير^(٥٨).

وقد نصت المادة (١١٤٧) من القانون المدني الاردني على ما يلي: "لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه الا بافرازه طبقاً للقانون"، وقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (ج٢ ص ٦٩١) ما يلي: "على ان لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه الا بافرازه لو قبل التسليم، ذلك لانه بالافراز يصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ومن ثم تنتقل ملكيته بالعقد دون حاجة للتسليم".

حكم امتناع البائع عن الافراز

اذا امتنع البائع عن القيام بالافراز لتعيين حق الدائن (المشتري) فحال ذلك دون انتقال (الحق العيني) الملكية الى المشتري كان لهذا الاخير ان يشتري من السوق شيئاً من النوع ذاته على

(٥٨) انظر الدكتور غني حنون طه- الوجيز في العقود المسماة- ج١- عقد البيع- ص٢١٤- ٢١٥.

الدكتور كمال قاسم ثروت- المرجع السابق- ص١٠٨- ١٠٩.

الدكتور سعدون العامري- المرجع السابق- ص٩٩- ١٠٠.

بنقل الحق العيني وهو (الالتزام بتسليم المنقول المعين بالذات) اذا امتنع المدين عن تسليمه ذلك لان للدائن الحق في اجبار مدينه على التسليم عن طريق دائرة التنفيذ (الاجراء) اذا كان بيده سند تنفيذي، فان كان المنقول المعين بالذات (لوحة فنية، حصان، مجوهرات، تحف، سجاد وغيرها) موجودا، حق للدائن ان يستصدر حكماً من القضاء بتسليمه اليه، فان لم يكن موجوداً بسبب اخفائه من المدين او هلاكه بخطئه، لم يكن امام الدائن الا طريق التنفيذ بطريق التعويض^(٥٣)، طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية نظراً لاخلال البائع بالتزامه بالتسليم الذي يوجبه عقد البيع.

وفي هذا السياق نشير الى ان السيارات والمكائن من المنقولات القيمية التي تحتاج الى تشكيلات اوجها القانون لانعقاد التصرفات القانونية الواردة عليها بعد صدور قانون المرور في العراق رقم ٤٨ لسنة ٩٧١ المعدل. ولم يستوجب المشرع هذه الشكلية قبل ذلك حيث جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق عام ١٩٨٦: (١- ان تسجيل بيع السيارة باسم المشتري في الدائرة المختصة ليس ركناً في انعقاد العقد بل هو عمل تنظيمي فلا يعتبر الامتناع عن التسجيل تعرضاً بالملكية^(٥٤). غير ان محكمة التمييز الموقرة ذهبت في قرار لها عام ٩٧٤ الى ما يلي: (ان بيع السيارة يكتسب الشكل القانوني لمجرد انعقاده دون حاجة الى التسجيل في دائرة المرور باعتباره بيعاً لمال منقول طبقاً للمادة ٥٣١ مدني وتنتقل الملكية للمشتري وان لم يدفع الثمن ما دام البائع لم يحتفظ بملكية السيارة حين تسديد ثمنها)^(٥٥) وفي قرار آخر صدر في ١٧/٥/٩٧٨ الى انه: (لا ينعقد بيع السيارة الجاري بعد نفاذ قانون تعديل قانون المرور رقم ١٧ لسنة ٩٧٧ اذا لم يسجل لدى دائرة المرور المختصة)^(٥٦). والى هذا ذهب القضاء الاردني في العديد من الاحكام القضائية^(٥٧).

(٥٣) الاستاذ عبدالباقي البكري- تنفيذ الالتزام- المرجع السابق- ص٤٨- ٤٩.

(٥٤) مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص١٦٦.

(٥٥) مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص١٧٢.

(٥٦) مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص١٧٦.

(٥٧) (تعتبر بيع السيارات دون تسجيل بدائرة السير باطله ولا اثر قانوني لها) القضية رقم ٨٨ / ٨٧٤ مجلة نقابة المحامين- ٩٩٠- ص٥٧.

(يعتبر مشتري السيارة خارج دائرة السير غاصباً لها ان رفض اعادةها وعليه اجر مثلها من تاريخ امتناعه عن تسليمها).

(لا اعتبار لعقد بيع السيارة المصدق من كاتب العدل لم يسجل لدى سلطة الترخيص)- القضية رقم ٨٨/١٠٤٦- مجلة نقابة المحامين- الاردن- ٩٩٠- ص٢٠٧٢.

نفقة المدين (البائع) بعد اعداره وبعد استئذان المحكمة او بدون استئذائها في حالة الاستعجال تنفيذاً للفقرة (٢) من المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١. وله ان يطالب البائع بقيمة الشيء بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

المطلب الرابع

محل التزام المدين نقل حق عيني يرد على مبلغ من النقود

إذا كان محل الالتزام مبلغاً نقدياً، فالوفاء من المدين طبقاً للتشريعات العراقية يكون بالعملة الوطنية حتى ولو اشترط غير ذلك^(٥٩)، عدا بعض الحالات الاستثنائية التي تميزها قوانين التحويل الخارجي قانون البنك المركزي كوجود طرف عربي او اجنبي كما في تنفيذ المقاولات وانشاء المشاريع من الشركات او غيرها وان الوفاء من المدين بمبلغ الذي التزم به دون اي تأثير بتقلبات قيمة العملة وقت الوفاء، والى هذا ذهب القانون المدني المصري (المادة ١٣٤)(٦٠).

كما تؤكد هذا المبدأ في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ حيث نصت المادة (٩٢) على ما يلي:

"اولاً: إذا اشترط وفاء الحوالة في العراق بعملة اجنبية وجب وفاؤها بالعملة العراقية حسب سعرها يوم الاستحقاق فاذا لم يتم الوفاء بها في هذا اليوم كان للحامل الخيار بين المطالبة بمبلغها مقوماً بالعملة العراقية حسب سعرها لدى البنك المركزي العراقي يوم الاستحقاق او يوم الوفاء."

ثانياً: في كل الاحوال لا يجوز التعامل بالحوالة خلافاً لقوانين البنك المركزي العراقي والتحويل الخارجي والتعليمات الصادرة بموجبها."

كما نصت القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٤٥ في مصر على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية وينبغي على ذلك ان المدين يلتزم بقدر العدد المذكور من النقود في العقد دون ان يتأثر ذلك بما جرى على قيمتها من تقلبات عند الوفاء غير ان القضاء والفقه

(٥٩) عكس هذا طبقاً للقانون الاردني فالوفاء يجوز ان يكون بالعملة المتفق عليها او المبيّنة في العقد الا ان دائرة الاجراء الاردني تستوفي الدين بالدينار العراقي.

(٦٠) نصت المادة (١٣٤) من القانون المدني المصري على ما يلي يأتي: "اذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء اي اثر."

الفرنسيان ميّزا بين التعامل الداخلي والتعامل الدولي في خصوص شرط الدفع بالذهب ويذهبان الى بطلانه في المعاملات الداخلية وصحته في التعامل الخارجي وقد اكد هذا الاتجاه القانون سنة ١٩٢٨ الذي قضى بصحة الشرط في المعاملات الخارجية^(٦١).

ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني العراقي لم ينص على مسألة مدى تأثر مقدار النقود بتقلبات قيمتها واثرت هذه التقلبات على الروابط القانونية المالية بين الاشخاص في التعامل الوطني.

يتضح من ذلك ان التنفيذ العيني الجبري بصورة مباشرة ممكن دائماً اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فاذا كان على المدين ان يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود، وجب ان يدفع له هذا القدر العددي دون زيادة ولا نقصان ولا تنتقل ملكيته من المدين الى الدائن الا عند القبض لان من خصائص النقود هو ان اي مقدار منها لا يتعين الا بقبضه ولا يكفي فيه الافراز^(٦٢)، واذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه طوعاً بدفع المبلغ النقدي امكن جبره على تنفيذه وللدائن ان يدفع سند التنفيذ (الكمبيالة الموثقة)، او سند الرهن، او الشيك المصدق او غيرها) الى مديرية التنفيذ (الاجراء)، لايقاع الحجز على مال المدين ويبيعه لاقتضاء حقه نقداً، علماً ان مجرد عدم القيام او التأخر من المدين عن اداء محل الالتزام النقدي عن مواعده المحدد يوجب التعويض القانوني (الفائدة) لحصول الضرر المؤكد للدائن بفضل هذا الاخلال، كما وبهذه المناسبة لا بد من القول ان الاتفاق على الدفع من المدين بسعر الذهب (Clause or) هو باطل لمخالفته النظام العام سواء اكان ذلك في نطاق التعامل الداخلي ام في التعامل الدولي^(٦٣) والمقصود بشرط الذهب ذلك الشرط الذي يشترطه الدائن على مدينه وبمقتضاه يلتزم هذا الاخير بالوفاء بالتزامه ذهباً او بما يعادل قيمة الذهب وقد كان هذا الشرط ذائعاً فيما مضى اما الآن فقد حظره المشرع^(٦٤).

(٦١) عبد الباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ج٣- ص١٩.

ذهبت محكمة التمييز الاردنية في اكثر من قضية الى الحكم بعدد النقود المستحقة بموجب التصرف التجاري سواء زادت قيمتها عند الوفاء او انخفضت لان الخيار للمدين ان يوفى مقدارها بالعملة المتفق عليها او بقيمتها عند الوفاء.

انظر مثلاً القضية رقم ٨٨/٧٠- مجلة نقابة المحامين ١٩٩٠- ص٢١١٦.

(٦٢) انظر الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٧٧٦.

(٦٣) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٧٧٦.

(٦٤) الدكتور ابراهيم دسوقي ابو الليل- مجال وشروط انقصاص التصرفات القانونية- مجلة الحقوق- جامعة الكويت- السنة ١١- العدد ٢- ٩٨٧- ص٤٦.

المطلب الخامس

محل التزام المدين القيام بالتسليم

قبل بيان موقف القانون المدني العراقي النافذ من هذا الموضوع، نقول بأن المشروع المدني العراقي نص على هذا الالتزام في المادة (٤٧٥) على النحو الآتي: "ولاً- اذا كان الاداء متعلقاً بتسليم مال وجب تسليمه في مكان وجوده وقت التعاقد ان كان هذا المكان معلوما ما لم يوجد نص او اتفاق يقضي بغير ذلك.

ثانياً- اذا كان الالتزام متعلقاً بعمل او تسليم مال لا يعرف مكان وجوده، وجب ان يتم الوفاء في مقام المدين او في المكان الذي يوجد فيه مركز اعماله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال، ما لم يوجد نص او اتفاق يقضي بغير ذلك" (٦٨).

فالاصل طبقاً للمشروع ان يكون تنفيذ الالتزام ان كان الاداء (تسليم شيء) في مكان وجوده وفق التعاقد كالاسمنت والطابوق والرز والسكر في مكان الخزن وهو مكان الوجود طالما كان معلوماً من المتعاقدين ما لم يوجد اتفاق او نص بخلاف ذلك.

اما المحل الذي لا يعرف مكان وجوده وجب ان يكون الوفاء في مقام المدين (البائع) او في مكان الذي يوجد فيه مركز اعماله (المقر التجاري) اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال ما لم يوجد نص او اتفاق بخلاف ذلك، كما هو الحال بالنسبة للخشب والحديد والمواد الغذائية وغيرها.

اما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ فقد عالج هذه الامور في اكثر من نص وفي مواضع متعددة، فالمواد من (٤٢٦-٤٢٨) تتعلق باستحالة تنفيذ الالتزام بتسليم المحل لهلاكه وسيأتي الكلام عن الموضوع التعرض لمسألة استحالة تنفيذ الالتزام المدني باعتباره من طرق انقضاء الالتزام دون الوفاء به اصلاً.

ومع ذلك، فان المادتين ٤٢٦ و ٤٢٧ تفترضان ان شيئاً قد انتقل من يد مالكة الى يد غير المالك بطريق العقد كالاغارة او الايجار او الوديعة او غيرها، او انتقل الشيء بغير عقد كالحيازة بسوء نية او حسن نية ثم هلك بسبب اجنبي كالقوة القاهرة او خطأ الغير او خطأ المالك ذاته فما هو حكم الهلاك؟

(٦٨) انظر وقارن مع ما نصت عليه المادة (٢٠٧) من القانون المصري والمادة (١٦٨) من القانون المدني الجزائري.

كما يمكننا التساؤل هنا عن مدى صحة الاتفاق بين طرفي عقد الزواج على تثبيت المهر طبقاً للمادة (١٩) (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة ٩٥٩ المعدل على ان يكون دفع المهر المؤجل بالذهب وهو شائع في عقود الزواج؟

للإجابة عن، ذلك نقول انه وان كان شرط الدفع باطل من حيث الاصل الا انه من الناحية الواقعية ان لا يدفع الزوج مقدار الذهب المحدد في عقد الزواج وانما يدفع قيمته وفقاً لقانون الاحوال الشخصية المذكور. ثم ان الشرط المذكور ليس بالضرورة مبطلاً للتصرف القانوني فالاصل ان وجد يبطل الشرط ويظل التصرف صحيحاً وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء المصري والفرنسي (٦٦).

كما ذهب القضاء الاردني في قضية صدر بها القرار (بالاكثرية) بتاريخ ١٤/٧/١٩٨٥ جاء فيها ما يلي: (ان الاتفاق الذي يؤدي الى تملك الذهب او اخراج العملة الاجنبية خارج المملكة يكون مخالفاً لنص (الفقرتين أ- ج من المادة التاسعة) من قانون مراقبة العملة الاجنبية اذا لم يتم بناءً على موافقة البنك المركزي، وهو يكون ممنوعاً وباطلاً وغير ملزم لطرفيه. وان العقد الباطل لا يترتب عليه حكم اصلاً. وهذا يستدعي اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد عملاً بأحكام المواد ١٦٨ و ٢٤٨ و ٢٤٩ من القانون المدني (٦٧). كما اصدر المشرع الاردني تعليمات مراقبة العملة الاجنبية وفقاً لقانون رقم ٩٥ لسنة ٩٦٦ الخاص باستيراد وتصدير الذهب من والى المملكة الاردنية الهاشمية (المادتان ١٠٩ و ١١٠).

(٦٥) نصت على ما يلي: "١- تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد، فان لم يسم او نفي اصلاً فلها مهر المثل". ومن الجدير بالذكر ان المشرع المصري حسم الخلاف صراحة بالقانون الصادر في ٢/٨/١٩١٤ الذي جعل هذا الشرط (شرط الذهب) باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب ثم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي حظر التعامل في المعاملات الداخلية والخارجية، سواء في عقود الزواج او التعامل الدولي حسماً للخلاف الذي ظهر بالقضاء المصري.

(٦٦) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل- البحث السابق- ص ٤٨.

(٦٧) عكس هذا الاتجاه ذهب اقلية من السادة القضاة وللمزيد من التفاصيل انظر حجج كل فريق في: المجلة العربية للفقه والقضاء- تصدرها الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب- العدد ٣- ١٩٨٦- ص ٣٧١ وما بعدها.

ان المسؤولية تقع على المالك وان كان الهلاك قد حصل في غير يده. الا ان القانون المدني العراقي تأثراً بالفقه الاسلامي، ميز بين (يد الضمان) ويد الامانة، فان كانت يد غير المالك هي يد ضمان فان التزامه برد الشيء واعادته الى المالك لا ينقضي لاستحالة التنفيذ وانما يتحول الالتزام الى (تعويض) يدفع للمالك ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء.

اما اذا كانت يد غير المالك (يد امانة) وكانت حيازته للشيء بصورة شرعية كالوديعة او الايجار او الاعارة او غيرها، فان التزامه برد الشيء الى المالك ينقضي لاستحالة التنفيذ ونكون امام (الفسخ بحكم القانون) اي الانفساخ ويتحمل المالك تبعه الهلاك ولا يلزم الحائز بدفع التعويض طالما انه قد بذل عناية الرجل المعتاد^(٦٩).

هلاك المبيع على البائع قبل التسليم^(٧٠)

نصت المادة ٤٢٨ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

" اذا انتقلت ملكية الشيء بعقد، كانت بيد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس). فاذا يوجد سبب مقبول من اسباب حبس المبيع ظلت يد المالك القديم (البائع) يد ضمان وهلاك العين بقوة قاهرة او سبب اجنبي عليه ولا شيء على المشتري. ان حكم الهلاك في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ اوضحته المادة (٥٤٧) على النحو الآتي:

"١- اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، الا اذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسليم المبيع. واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن. ٢- على انه اذا كان هلاك المبيع او نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري او بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الاولى، والتزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية".

اما القانون المدني الاردني فقد نص في المادة ٥٠٠ ما يأتي:

"١- اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد لاحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن.

٢- فاذا تلف بعض المبيع يخير المشتري ان شاء فسخ البيع او اخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن".

واصل حكم المادة المذكورة من المذهب الحنفي ذكرته المادة (٢٩٤) من مجلة الاحكام العدلية و (٤٦٠) من مرشد الحيران.

اثر الاعذار في تحمل تبعه الهلاك

المبدأ العام في هذا المجال ان الاعذار ينقل تبعه الهلاك من طرف الى الطرف الآخر وقد نصت الفقرة الاولى من المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ان هلاك الشيء المبيع على البائع قبل التسليم الا اذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسليم المبيع فتكون تبعه الهلاك على المشتري. وهذا هو حكم القانون المدني المصري ايضاً في المادة (٣٣٥) التي نصت على ما يلي: "اذا تم اعدار الدائن، تحمل تبعه هلاك الشيء او تلفه...".

وفي هذا الخصوص لا بد من القول ان القانون المدني الاردني نص في المادة ٣٢٣ ما يلي: "يترتب على اعدار الدائن ان يصير الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن ان كان من قبل في ضمان المدين وان يصح للمدين الحق في ايداعه على نفقة الدائن وفي ضمان ما اصابه من ضرر".

وتوضيحاً لهذا النص اوردت المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني وتوضيحاً لهذا النص اوردت المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (ج ١ ص ٣٧٠) ان ما يترتب على اعدار الدائن انتقال تبعه الهلاك الشيء من المدين الى الدائن حيث يحمل المدين تبعه اعدار الدائن وكذلك تخويل المدين الحق في ايداع الشيء محل الالتزام على نفقة الدائن واخيراً حق المدين في المطالبة بتعويض ما اصابه من ضرر من جراء ذلك.

ان الالتزام بالتسليم هو التزام يفرضه عقد البيع ان كان التصرف القانوني بيعاً وهو التزام مكمل لنقل الملكية الا ان المشتري الذي لم يسدد كامل الثمن وحبس البائع المبيع ثم هلك بسبب اجنبي، فان الهلاك على المشتري لان الامتناع عن الوفاء كان مشروعاً من الحاسب للعين^(٧١).

(٦٩) نظر الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج ٣ (الاصناف- الحوالة- الانقضاء) ٩٨٥-٩٩٢.

(٧٠) انظر: الدكتور غني حسون طه- الوجيز في العقود المسماة- ج ١- عقد البيع- ص ٢٧٠- ٢٧١.

الدكتور كمال قاسم ثروت- شرح احكام عقد البيع- ط ٢- ص ١٥١- ١٥٤- ١٥٨.

(٧١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط- ج ٣- ص ٩٩٣.

انواع الالتزام بالتسليم

النوع الاول- التزام مستقل قائم بذاته وهو يظهر منذ البداية التزاماً بعمل كالتزام المستأج برد المأور بنهاية عقد الايجار والتزام المستعير برد العين المعارة والتزام المرتهن حيابة برد المرهون.

النوع الثاني- التزام تبعية كالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري والتزام الشريك بتسليم حصة الى الشركة وكلا الالتزامين تضمنه التزام ينقل حق عيني اما الى المشتري واما الى الشركة^(٧٢).

يتضح من ذلك، ان تنفيذ الالتزام يكون بتسليم المدين للشئء محل الالتزام مهما كان نوع الالتزام بالتسليم مستقلاً ام تبعياً طبقاً للقواعد العامة في تسليم العين وبما يتناسب وطبيعتها، فان لم ينفذ التزامه طوعاً (وهو الاثر الاصلي للالتزام) اجبر على الاداء وتسليم العين اذا كانت الشروط المنصوص عليها طبقاً للمادة (٢٤٦ مدني عراقي) متوافرة او يصار الى التنفيذ بطريق التعويض بحسب الاحوال.

اما حكم تبعة هلاك الشئء قبل التسليم في القانون الفرنسي، فان الهلاك يقع على (المشتري) حتى قبل التسليم لان الهلاك على المالك (res perit domino) سواء اكان الالتزام بالتسليم مستقلاً قائماً بذاته ام التزاماً تابعاً لان المشتري اصبح بالبائع مالكاً للشئء وعليه تبعة الهلاك اذا كانت بقوة قاهرة لا دخل لارادة البائع في الهلاك، اما اذا تراخى نقل الملكية الى ما بعد التسليم، فان الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع (المادتان ١٣٨ و ١٦٢٤ من القانون المدني الفرنسي)^(٧٣). اما طبقاً للقانون المدني المصري، فان المادة (٤٣٧) نصت على قاعدة الهلاك على النحو الآتي: "اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع). فالاصل ان الهلاك قد يكون على المدين بالتسليم ولو انه اصبح غير مالك اذا انتقلت الملكية اليلدائن تنفيذاً للالتزام الاصلي بنقل الملكية. ويبرر هذه القاعدة ان الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته الا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية اذ لا تخلص الملكية فعلاً الا بالتسليم ومن ثم كان الهلاك على المدين وهو مدين بنقل الملكية والتسليم معا^(٧٤).

(٧٢) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٧٨٤.

(73) Code Civil- Paris 1987-Art. 1138- 1628.

(٧٤) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٧٨٤.

المطلب السادس

محل التزام المدين الجاز عمل معين

قبل الدخول في الموضوع لا بد اولاً من القول ان المتعاقد او المدين الذي يقع عليه القيام بعمل معين طبقاً لمصدر الالتزام ولا تبرأ ذمته الا بانحازه قد تكون شخصيته محل اعتبار في الالتزام، لا سيما في بعض العقود، او لا تكون كذلك وتحديد ما اذا كانت هذه الشخصية هي محل اعتبار او ليست كذلك ينظر الى امور متعددة منها نية الطرفين وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك يكتشف هذا الامر من النصوص القانونية او الاتفاق او طبيعة العمل او غيرها. فالمقاول الذي يلتزم بصنع شئء او اقامة بناء لقاء اجر والطبيب الجراح والفنان والباحث وغيرهم، تكون لشخصياتهم محل اعتبار خاص في التعاقد ومن حق الدائن ان يرفض العمل من غيرهم. الا ان المشتري والمودع والمستأجر لا تكون شخصياتهم كذلك في التعاقد، فيما عدا بعض الحالات.

وقد نصت المادة (٢٤٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي:

"في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين". ثم اضافت المادة (٢٥٠) ما يلي:

"في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة).

وطبقاً للقانون المدني الاردني، فان المادة (٣٥٦) نصت على ما يلي: "١- اذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته او نص الاتفاق على ان يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن ان يرفض الوفاء به من غيره.

٢- فاذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن ان يطلب اذناً من القضاء بالقيام به على نفقة المدين او تنفيذه دون اذن اذا استوجبت الضرورة ذلك).

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني (ج ١ ص ٣٩٣) توضيحاً لهذه المادة في ان الالتزام الواجب تنفيذه اذا كان التزاماً بعمل فينبغي التفرقة بين حالة ضرورة قيام المدين بنفسه بالوفاء، وحالة انتفاء هذه الضرورة.

ففي الحالة الاولى يلزم قيام المدين اداء ما التزم به شخصياً كالتبيب والمحامي والفنانة فاذا

وكذلك الحال بالنسبة الى عقد المقاولة، فان رب العمل هو الذي يحدد ما اذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في العقد ام ليست كذلك وهو الذي يقبل او يرفض انجاز العمل من المقاول نفسه او من غيره.

المطلب السابع

محل التزام المدين بذل عناية (الالتزام بوسيلة)

يذهب الفقه المدني في العادة الى تقسيم نوع الالتزام على نوعين: التزام ببذل عناية^(٧٧)، وفق معيار يختلف باختلاف القوانين المدنية، وغالبا ما يكون وفق معيار الشخص المعتاد الذي يكون لسلطة القاضي التقديرية دوراً كبيراً في الوقوف على هذه العناية ومداهها. وآخر التزام بتحقيق نتيجة حيث لا يعتبر المدين موفياً لالتزامه الا اذا حقق النتيجة النهائية كالتزام الناقل بايصال المسافر لمكان الوصول والتزام المقاول بانجاز العمل او البناء والتزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري ولا يعد كل من هؤلاء موفياً لالتزامه بمجرد بذل العناية اللازمة وانما بتحقيق النتيجة المطلوبة.

ولقد نصت المادة (٣٥٨) من القانون المدني الاردني على مايتي: "١- اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء او القيام بادارته او توخي الحيطه في تنفيذ التزامه فانه يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك. ٢- وفي كل حالة يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش او خطأ جسيم).

فهذه المادة ترد صور الالتزام بعمل الى طائفتين جامعتين:

اولهما- تنظيم ما يوجب على الملزم المحافظة على الشيء او ادارته او توخي الحيطه في تنفيذ ما التزم الوفاء به. ويعبارة اخرى ما يتصل بالزام به بسلوك الملزم وعنايته.

ثانيهما- يدخل فيه ما عدا ذلك من صور العمل كالتزام باصلاح آلة وتقتصر هذه المادة

(٧٧) حول التزام الطبيب والتزام المحامي، كلاهما يعتبران من الالتزامات ببذل عناية او بوسيلة. انظر:

عبد الباقي محمود سوادى- مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية- بغداد- ط ١-١٩٧٩.

الدكتور حسن زكي الابراشي- مسؤولية اطباء والجراحين المدنية- (اطروحة دكتوراه) بدون سنة نشر ص ١٢٢ وما بعدها. ولا بد من التذكير هنا بان التزام الطبيب ليس دائما كذلك وانما قد يكون التزامه (تحقيق نتيجة) ولا يعد الطبيب او القائم بالعمل الطبي موفياً بالتزامه الا اذا حقق النتيجة كالتزام بنقل الدم او تحديد الفصيلة والالتزام بزرق الابرة للمريض وغيرها.

امتنع عن ذلك كان للدائن ان يلجأ الى وسائل اجبار المدين التي نص عليها القانون او التعويض النقدي وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه بينهما فيطالب الدائن بتنفيذه طبقاً لاحكام الشرط الجزائي.

وفي الحالة الثانية يجوز للدائن ان يقتضي التنفيذ عيناً من غير تدخل المدين بان يستصدر اذناً من القاضي يخوله ان يتولى هذا التنفيذ على نفقة المدين (كاجراء اصلاحات عاجلة يلتزم المؤجر القيام بها) بل يجوز التجاوز عن اذن القضاء عند الاستعجال.

يتضح من كل ما تقدم الى انه يمكن التمييز في هذا المجال بين حالتين وهما:

الحالة الاولى- ان شخصية المدين ليست محل اعتبار في تنفيذ الالتزام وان تدخله ليس ضروريا في تنفيذه. وهنا يمكن تكليف شخصاً آخر غير المدين لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او دون استئذانها في حالة الاستعجال وحسب الاحوال ولا يجوز للدائن الاصرار على ان يقوم المدين شخصياً بتنفيذ الالتزام والا عد متعسفا^(٧٥).

الحالة الثانية- ان شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام وان تدخله ضرورياً لتنفيذه، جاز للدائن ان يرفض تنفيذ الالتزام من غير المدين شخصياً. ويترتب على ذلك بعض النتائج القانونية المهمة، فالى جانب حق الدائن في رفض الوفاء من غير المدين وفقا للاتفاق او لطبيعة الالتزام، قد يضار الى وسائل غير مباشرة للتنفيذ العيني كالتهديد المالي اذا كان ذلك لا يتعارض مع الحرية الشخصية او الحكم بالتعويض^(٧٦).

ومن الطبيعي ان الدائن هو الذي يحدد ان تنفيذ الالتزام ممكن من المدين او من غيره لانه هو صاحب المصلحة الحقيقية في ذلك. ثم ان تنفيذ الالتزام قد يحتمل التأخير في التنفيذ فتقام الدعوى وقد لا يحتمل التأخير لاحتمال حصول التلف او الاضرار فلا حاجة لاستئذان المحكمة مسبقا، ومثال ذلك قيام المستأجر باجراء اصلاحات الاساسية في العين المستأجرة على نفقة المؤجر ويرجع عليه فيما بعد طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب وله ان يجري المقاصة بين ماله في ذمة المؤجر وما للمؤجر في ذمة المستأجر.

(٧٥) الدكتور عبد الحكيم المجيد- المرجع السابق- ص ٨- ٩.

الاستاذ السنهوري- ج ٢- المرجع السابق- ص ٧٩١.

(٧٦) الاستاذ عبد الباقي البكري- تنفيذ الالتزام- المرجع السابق- ص ٥٢- ٥٣.

الاستاذ السنهوري- ج ٢- المرجع السابق- ص ٧٩٣.

على حكم الطائفة الاولى فتحدد مدى العناية التي يتعين على المدين ان يقوم بها في تنفيذ التزامه (والاصل في هذه العناية ان تكون مماثلة لما يبذله الشخص المعتاد فهي بهذه المثابة وسط بين المراتب، يناط بالمألوف في عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة).

وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً، فليس يطلب من المدين الا التزام درجة وسطى من العناية، اياً كان مبلغ تشدده او اعتداله او تساهله في العناية بشؤون نفسه. وقد ينص القانون او الاتفاق ضرورة بذل عناية اعلى من عناية الشخص المعتاد، كعناية الشخص الحرص.

كما نصت المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي على هذا النوع من الالتزام على النحو الآتي:

"١- في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بارادته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطه في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. ٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شؤونه الخاصة من تبين من الظروف ان المتعاقدين قصداً ذلك".

ويفهم من النص سالف الذكر ان العناية المطلوبة على نوعين:

١- عناية وفق معيار الشخص المعتاد. فاذا بذل المدين عناية الشخص المعتاد وهلك الشيء او اخفق العمل او لم يتحقق الغرض المقصود، فان المدين يكون قد نفذ التزامه كما لو فشلت العملية الجراحية التي اجراها الطبيب رغم بذله الجهود العلمية والفنية المتعارف عليها طبيباً^(٧٨)، او فشلت دعوى الموكل.

٢- عناية تبذل في الشؤون الخاصة وان كانت اقل من عناية الشخص المعتاد متى تبين ذلك من ظروف التعاقد، فان المدين يكون قد نفذ التزامه اذا بذلها.

(٧٨) يقول الاستاذ مصطفى مرعي في مؤلفه القيم (المسؤولية المدنية في القانون المصري) طبعة ٢- ١٩٤٤ ص ٦٢ مايلي: (فرق بعض العلماء بين نوعين من الخطأ الذي يمكن ان يضاف الى الطبيب: نوع يشمل الخطأ العادي الذي يقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من الناس كلما فاته ان يؤدي واجب الحرص المفروض على الكافة، ونوع يشمل الخطأ الفني الذي يقع فيه الطبيب كلما خالف القواعد الفنية التي توجبها عليها حرفته، عند هؤلاء العلماء الطبيب يسأل عن خطئه من النوع الاول في جميع درجاته وصوره، اما بالنسبة للنوع الثاني فلا يسأل الطبيب الا عن خطئه الجسيم). ولم يؤيد هذا الاتجاه جانب من الفقه المدني في فرنسا ومصر لأن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني دقيقة وصعبة ولا تجد لها سندا في الواقع. وانظر: الدكتور احمد شرف الدين- المسؤولية الطبية- ١٩٨٦- ص ٣٣- ٣٤.

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ قد اغفل مسألة مهمة في هذا الصدد هي حالة تحديد القانون لمعيار العناية المطلوب بذلها وحالة اتفاق الدائن والمدين مسبقاً على درجة معينة من العناية.

وفي هذا السياق نشير الى ان الاتجاه الفقهي والقضائي في فرنسا ومصر في مجال (جراحة الشكل او الجراحة التجميلية للجسم البشري) كان يعتبر التزام طبيب التجميل التزاماً بتحقيق نتيجة لأن العمل الطبي هذا ليس سوى عملاً من اعمال الترف ولاحاظته بنظرة عدم الارتياح والجديّة، الا ان هذا الموقف لم يدم طويلاً فقد استقر الاتجاه على ان التزام طبيب التجميل لا يختلف عن التزام الجراح الاعتيادي وهو التزام ببذل عناية وفقاً لأصول العمل والفن الطبي بعد استقرار قواعد العمل التجميلي.

المطلب الثامن

محل التزام المدين الامتناع عن القيام بعمل^(٧٩)

Obligation De Ne Pas Faire

نصت المادة ٣٥٩ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

"اذا كان موضوع الحق هو الامتناع عن عمل واخلى به المدين جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفاً له او ان يطلب من القضاء اذنًا بالقيام بهذه الازالة على نفقة المدين".

وتحليلاً لهذا النص، فان مضمون التزام المدين هو الامتناع عن القيام بعمل فان حصل الاخلال بهذا الالتزام اصبح التنفيذ العيني مستحيلاً وقد لا يمكن الا التعويض النقدي عما حصل من ضرر كحالة افساء السر المهني، وقد يكون التعويض العيني ممكناً عن طريق ازالة ما استحدثت اخلالاً بالالتزام وفي هذه الحالة يكون للدائن ان يستصدر اذنًا من القضاء بأن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين. وقد يكون الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره نص القانون كالتزامات الجوار والتزام المحامي.

كما نصت المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي: "اذا التزم المدين

(٧٩) تفصيلاً راجع: الاستاذ السنهوري- ج٢- ص ٧٩٥ وما بعدها.

البكري- تنفيذ الالتزام- ص ٥٧- ٥٨.

د. محسن حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- الجزائر- ٩٨٣- ص ٢٤٩.

د. حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- بغداد- ٩٧٦- ص ٣٤٥.

فالمحامي يلتزم طبقاً لنص المادة (١/٤٦) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل بعدم جواز افشاء سر الموكل المؤتمن عليه او الذي عرفه عن طريق مهن ته ما لم يكن ذلك من شأنه منع ارتكاب جريمة.

وفي المملكة الاردنية الهاشمية، فان لائحة آداب المحاماة وقواعد السلوك للمحامين اوضحت الواجبات على المحامي في الفقرة (٢٥) بالمحافظة على اسرار الموكل والكتتمان المطلق لها عدا ما يخص نية الموكل المعلنة في ارتكاب جريمة اذ على المحامي كشفها منعاً للجريمة. كما نصت المادة (٦٢) من قانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على انه: "لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة".

بالامتناع عن عمل واخذ بهذا الالتزام، جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفاً للالتزام، مع التعويض ان كان له محل". يفهم مما تقدم ان الامتناع عن القيام بعمل ايأ كان مصدر التزام المدين به (نص القانون او الاتفاق) فان المدين يظل منفذاً لالتزامه مادام انه ممتنع عن القيام بعمل، فان اقدم على العمل خلافاً لما اوجبه القانون او الاتفاق يكون المدين قد ارتكب خطأ يوجب المسؤولية المدنية.

وعلى هذا الحكم ذهب المشرع المدني المصري ايضا في المادة (٢١٢) من القانون المدني. ولعل من اوضح امثلة على محل التزام المدين الامتناع عن القيام بعمل بنص القانون هي التزامات الجوار فالجار ملزم قانوناً بعدم الاضرار بجاره ضرراً غير مألوف والا قامت مسؤوليته واستحق عليه التعويض، واسباس المسؤولية او مصدر التزام الجار هو نص القانون.

اما من امثلة امتناع المدين عن القيام بعمل بفعل الاتفاق فهي كثيرة منها التزام بائع المتجر بعدم القيام بالمنافسة غير المشروعة والتزام المهندس بعدم العمل في مصنع آخر مماثل منافس والتزام الفنان بعدم التمثيل او الغناء على مسرح آخر فلو قام كل من هؤلاء بالعمل الذي التزام بعدم القيام به لا سبيل امام الدائن الا المطالبة بالتعويض فيما وقع وامكانية التنفيذ العيني الجبري ممكن بالنسبة للمستقبل فقط.

غير ان مخالفة هذا الالتزام من المدين قد تقبل الازالة فيصير الى التنفيذ العيني الجبري اوالى التعويض حسب الظروف ومثاله تعهد الجار بعدم اقامة جدار يحجب النور عن جاره ثم اقامه فللدائن ان يطلب التنفيذ العيني الجبري بازالته واذا امتنع حق للدائن اللجوء للقضاء للمطالبة عن الاضرار التي اصابته.

وقد لا تقبل المخالفة التي ارتكبتها المدين الازالة وهنا نفرق بين ناحيتين:

الناحية الاولى: مخالفة المدين للالتزام قابلة للتكرار. كالتزام الفنان بعدم التمثيل في مسرح معين والتزام التاجر بعدم المنافسة غير المشروعة، فان التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً ويصير الى التعويض بالنسبة للماضي ويمكن التنفيذ العيني الجبري بالنسبة للمستقبل بمنعه من التمثيل او المنافسة غير المشروعة.

الناحية الثانية- مخالفة المدين للالتزام بالامتناع عن عمل غير قابلة للتكرار. كما لو افشى الطبيب او المحامي اسرار المريض او الموكل خلافاً لقواعد المهنة فلا سبيل امام الدائن الا المطالبة بالتعويض^(٨٠).

(٨٠) انظر حول افشاء الطبيب والمحامي لسر المهنة:

جابر مهنا شبل- الالتزام بالمحافظة على سر المهنة- اطروحة ماجستير في القانون (غير منشورة) =

=١٩٨٤- ص٦٥ وما بعدها.

عبدالباقي محمود سواي- مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية- ص٢٠٥.

حسن زكي الابراشي- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- المرجع السابق- ص٤١٦ وما بعدها.

نصت المادة(٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على ان: "لا جريمة اذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون". ومنها افشاء سر مريض مصاب بمرض خطير.

المبحث الثالث

طرق الحصول على التنفيذ العيني الجبري

إذا كان المدين موسراً وممطلاً في تنفيذ الالتزام، فإن هناك أكثر من وسيلة يستطيع الدائن أن يلجأ إليها للحصول على التنفيذ العيني الجبري للالتزام ولعل أهم هذه الطرق هو الاكراه البدني (حبس المدين) أي تقييد حريته حتى يبادر الى تنفيذ ما التزم به او يصار الى التهديد المالي.

المطلب الاول

الاكراه البدني (حبس المدين)

ان الهدف الاساس من استخدام هذه الطريقة هو اجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به للدائن بتقييد حريته مؤقتاً. وقد اجازت كثير من القوانين الوضعية الاجنبية والعربية هذه الطريقة ولم تجزها قوانين اخرى او ضيققتها في مجالات محدودة^(٨١).

لقد تطورت فكرة الحبس التنفيذي ومرت بأدوار مختلفة فالحبس ليس وليد العصر الحاضر ابتكرته التشريعات الوضعية وانما مر بمراحل مختلفة تبعا لتطور المجتمعات حتى استقرت فكرة حبس المدين الموسر المماثل في كثير من التشريعات الحديثة^(٨٢)، والسبب في هذه هو

(٨١) يرى الاستاذ الدكتور سليمان مرقس في كتابه شرح القانون المدني - ج٢- الالتزامات - ص ٥٨٩ ما يلي: (المقصود بالاكراه البدني اكراه المدين على تنفيذ التزامه عن طريق الضغط على ارادته بحبسه حتى يتمثل. وتعتبر هذه الفكرة من مخلفات الماضي البعيد ولم تعد تتفق مع المبادئ الحديثة).

كما يرى الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم (النظرية العامة للالتزام - ج٢ - ص ٢٤) بأن الاكراه البدني كوسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على التنفيذ وسيلة استثنائية لا يجوز الالتجاء اليها الا حيث يرد بها نص خاص ولهذا اضطر القضاء المصري قبل صدور القانون المدني النافذ الى اتباع وسيلة الغرامة التهديدية بدون نص تشريعي (تأثراً بالقضاء الفرنسي) وقد تدارك المشرع المصري هذا النقص فقتن ما استقر عليه القضاء في المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدني.

(٨٢) د. سعيد عبدالكريم مبارك - احكام قانون التنفيذ - ط٣ - بغداد - ١٩٧٨ - ص ٣٨٢ وما بعدها.

الاستاذ الدكتور السنهوري - ج٢ - المرجع السابق - ص ٨٠٠ وما بعدها.

الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٥٩٠ - ٥٩١.

وطبقا للتشريع الفرنسي الذي ورث كثيراً من المبادئ القانونية الرومانية ومنها فكرة حبس المدين بسبب الدين. فقد اجاز القانون المدني الفرنسي حبس المدين في الديون المدنية المتسمة بطابع الغش وفي الديون التجارية اذا تجاوز الدين ٢٠٠ فرنك وفي القضايا الجنائية وظل الحال كذلك حتى عام ١٩٦٧ الذي الغى التنفيذ بطريق الاكراه البدني في المسائل المدنية والتجارية واستبقاه في المسائل الجنائية فقط.

الاستاذ عبدالباقي البكري - تنفيذ الالتزام - ص ٦٢ والمرجع التي يشير اليها.

سوء نية المدين. وقد عالج القانون الاردني موضوع حبس المدين في قانون الاجراء رقم ٣١ لسنة ١٩٥٢ المعدل بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٥ حيث نصت المواد (١١٩-١٣٤) على حبس المدين حيث جاء في هذه المواد شروط حبس المدين والحالات التي نصت عليها المادة (١٢٠) من قانون الاجراء المذكور فالمحكوم عليه يحبس لعدم دفع الحقوق الشخصية دون حاجة لاثبات اقتداره اذا كانت هذه الحقوق ناشئة عن جرم كالتعويض المدني الناشئ عن حوادث السير. ويحبس المدين في ديون النفقة الواجبة للزوجة او الاصول والفروع (م١٢٧)، على ان الاشخاص الذين يجوز حبسهم والاشخاص الذين لا يجوز حبسهم نصت عليها المادة (١٣٠) من قانون الاجراء). واذا كان القانون المدني العراقي ومشروع القانون المدني قد اغفل النص على هذه الفكرة الا ان المشرع خصص احكاما مستقلة في قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ لموضوع التنفيذ الجبري في الفصل الثاني من الباب الثالث مفصلاً احكام الاكراه البدني في المواد (٤٠-٤٩) ولعل من اهم القواعد اللازمة في هذا الخصوص في تقييد حرية المدين عن الالتزامات المدنية ما يلي:

١- لا يجوز حبس المدين بتقييد حريته مؤقتاً والضغط عليه لتنفيذ عين ما التزم به الا بطلب الدائن وموافقة المنفذ العدل ان كان قاضياً او قاضي البداية (المادة ٤٠) (٨٣).

٢- لا يجوز حبس المدين عن نفس الدين الا مرة واحدة (٤٠ / ثالثاً).

٣- لا يجوز حبس المدين ان كان معسراً لأن الهدف من الاكراه البدني هو اجبار المدين الموسر المماثل على تنفيذ التزامه عيناً.

٤- لا يجوز حبس المدين اذا لم يكتمل الثامنة عشرة من عمره او جاوز عمره ستين سنة حماية له. اما المشرع الاردني فقد منع حبس من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره والمعتوه والمجنون ولم ينص على حالة من جاوز عمره ستين عاماً.

٥- لا يجوز اللجوء الى الاكراه البدني للحصول على التنفيذ العيني الجبري وبدافع حماية

(٨٣) وفي هذا السياق ذهبت محكمة التمييز في العراق في قرار لها صدر في ١٧/٦/١٩٨٧ القضية المرقمة ٥٩٢/٨٦/١٩٨٧ جاء فيه: (.. وجد ان القرار المميز قضى بحبس المدين بناء على اخلاله بالتسوية التي ابداهها لتسديد الدين وعدم استعداده لدفع الاقساط المستحقة وحيث قد تبين ان السيارتين الاولى المرقمة ٤٥٧٧/ بغداد قد حجزت بتاريخ ١٩/١/٩٨٧ والسيارة الثانية المرقمة ٤٥٧٧ / بغداد قد حجزت ايضا بتاريخ ٢٥/٢/٩٨٧ حجزاً تنفيذياً ايضا وذلك عن الدين الذي حبس المدين من اجله وكان على المنفذ العدل ان يتحقق عما اذا كانت قيمة السيارتين المحجوزتين كافية لسداد الدين وملحقاته وفي هذه الحالة لا يبقى مبرر لبقاء المدين في السجن عليه قرر نقض القرار المميز الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٦/٢ واعادة الاضبارة التنفيذية الى المنفذ العدل لاتباع ما تقدم.. مجلة القضاء - عدد ٣ - ٩٨٧ - ص ٣٤٢.

الاسرة من التفكك وصيانتها بالحفاظ على تضامنها اذا كان المدين من اصول الدائن او فروعه او اخوته او زوجاته ما لم يكن الدين نفقة محكوم بها لأن النفقة واجبة على المدين بنص القانون وتسهم في الحفاظ على حماية الاسرة (الزوجة والابناء او الوالدين) من التشرذم والعوز.

كما نص قانون الاجراء في الاردن على الحبس عن ديون النفقة للزوجة او الاصول او الفروع والاقارب، ولا يجوز طلب الحبس بين الاقارب والاصول او الفروع والاقارب، ولا يجوز طلب الحبس بين الاقارب والاصول اذا لم يكن المصدر دين نفقة.

٦- لا يجوز حبس المدين اذا كان لديه راتب يتقاضاه من الدولة او القطاع الاشتراكي حيث يمكن الحجز على نسبة منه.

٧- لا يجوز حبس المدين عن دين انقضى او سقط بأي وجه من الوجوه، لأن الحبس لا يكون الا عن الديون المدنية وان كانت قواعد الاخلاق توجب الوفاء بالالتزام الطبيعي.

٨- لا يجوز الاستمرار في حبس المدين اذا ابتلى بمرض لا يرجى شفاؤه بتقرير من لجنة طبية مختصة، كالاصابة بالسرطان او مرض فقدان المناعة المكتسبة (الايدز).

نخلص مما تقدم ان فكرة الاكراه البدني كوسيلة من وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري خضعت للتطور فبينما كان الدائن في ظل المجتمع الروماني تمتد سلطته الى جسم المدين وحياته باعتباره وسيلة مباشرة آنذاك^(٨٤)، اصبح بإمكان الدائن اللجوء الى السلطة العامة للتنفيذ على ذمته وضمن القواعد سالفه الذكر والى ان الفقه الاسلامي اجاز حبس المدين الموسر لقوله صلى الله عليه وسلم (ليّ الواجد ظلم يبيح عرضه وعوقبته) و (مطل الغني ظلم) عدا بعض الفقهاء الذي لم يجز حبس المدين المعسر لقوله تعالى (ومن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة)^(٨٥). وفي هذا المجال يذكر الاستاذ السنهوري جواز الاكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن طبقاً للتشريع المصري والى ان الحبس ليس الا اكرهاً بدنياً غير مبرئ لذمة المدين ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الاكراه البدني، غير انه اذا استبدل به عمل يدوي او صناعي كان هذا العمل مبرئاً للذمة^(٨٦).

(٨٤) الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- ص٥٨٩.

(٨٥) سورة البقرة- آية رقم ٢٨٠.

(٨٦) الاستاذ السنهوري- ج٢- المرجع السابق- ص٨٠٢- ٨٠٤.

اذا كان القانون المصري لم يقر فكرة حبس المدين في الديون المدنية والتجارية لأنها مجافية للمبادئ الحديثة والنظرة المعاصرة الى الالتزام التي ترى ان اموال المدين لا شخصه هي الضامنة بالوفاء، الا ان الاكراه البدني جاز في المسائل الشرعية والجناحية كديون النفقة والحضانة والرضاع والمسكن وفقاً لشروط محددة.

اما عن عبء الاثبات بيسار المدين وكونه يماطل في تنفيذ الالتزام فيقع على المدعي (الدائن) لأن البينة على من ادعى^(٨٧). ولأن الاصل حسن النية وعلى الدائن اثبات سوء نية المدين.

موقف المشرع الجزائري

خصص المشرع الجزائري نصوصاً مستقلة للاكراه البدني في قانون الاجراءات المدنية (المواد من ٤٠٧-٤١٢) وقد جاء في المادة ٤٠٧ منه ما يلي:

"يجوز في المواد التجارية وقروض النقود ان تنفذ الاوامر والاحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به والتي تتضمن الحكم بدفع مبلغ اصلي يزيد عن خمسمائة دينار بطريق الاكراه البدني. وانما لا يجري التنفيذ بطريق الاكراه البدني الا بعد استنفاد وسائل التنفيذ المنصوص عليها في هذا القانون".

واذ كنا قد بينا طرق التنفيذ العيني المباشر حسب طبيعة اداء المدين، فان حبس المدين والاكراه المالي من طرق التنفيذ العيني الجبري غير المباشر، وان حبس المدين يختلف عن الحجر على المدين المفلس الذي هو من ضمانات تنفيذ الالتزام المدني على نحو ما سنبينه.

المطلب الثاني

التهديد المالي (الاكراه المالي) ASTREINTES-L^(٨٨)

يعود اصل التهديد المالي او ما يطلق عليه بالغرامة التهديدية (الغرامة الاجبارية) الى القضاء الفرنسي، فهو الذي ابتدع هذه الطريقة لحمل المدين على التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً.

(٨٧) د. عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- المرجع السابق- ص١٤.

(٨٨) حول هذا الموضوع انظر المراجع التالية:

Mazeud (H. L. J)- Lecons De Droit Cvil- Op. It p. 825.

وقد جاء تعريف التهديد المالي على النحو الآتي:

L astreinte est une condamnation pecuniaire prononcee par le juge, ayant pour but de vaincre la resistance d un debiteur recalcitrant, et de lamerer a excuture une decision de Justice.

La Juge assortit sa decision d une astreinte de tant par Jour ou par mois de retard.)

وانظر كذلك:

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- الالتزامات- ص٥٩١ وما بعدها.

الدكتور السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٨٠٤.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٢٤٩- ٢٥٠.

علي عبيد الجيلاوي- التهديد المالي او الغرامة المالية- مجلة العلوم القانونية والسياسية- المجلد الخامس- ١٩٨٦- ص٣٧٠ وما بعدها.

وتطور الامر فيما بعد الى الحد الذي دفع المشرع الفرنسي في ١٩٧٢/٦/٥ الى اصدار القانون الاجرائي الذي قنن بموجبه هذا الموضوع واجاز للمحاكم ان تقضي بها ولو من تلقاء نفسها OFFICE-D لضمان تنفيذ الاحكام الصادرة عنها^(٨٩). أي دون الحاجة الى طلب الدائن في ايقاع الغرامات التهديدية.

وقد تأثرت الكثير من القوانين المدنية العربية بهذا النهج فأخذ المشرع المصري بما سار عليه القضاء الفرنسي حيث نصت المادة (٢١٣) على ما يلي: "١- اذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك.

٢- واذا رأى القاضي ان مقدار الغرامة ليس كافياً لكره المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له ان يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً لذلك".

وطبقاً للقانون المدني الاردني، فان المادة (٣٦٠) نصت على ما يأتي:

"اذا تم التنفيذ العيني او اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

وقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (ج١ص٣٩٧) ما يلي:

(اذا تم التنفيذ العيني حسب المطلوب، واصر المدين على رفض التنفيذ فعلى المحكمة ان تحدد مقدار التعويض الذي يلزمه المدين، مراعية في ذلك مقدار الضرر الذي اصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين، عملاً بالقواعد الشرعية- الضرورات تقدر بقدرها والضرر يدفع بقدر الامكان- المادتان ٢٢ و ٣١ من المجلة وشرحهما لعلي حيدر).

اما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ فقد نص في المادة ٢٥٣ على ما يلي: "اذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناءً على طلب الدائن ان تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك" ثم اضافت المادة ٢٥٤ ما يلي: "اذا تم التنفيذ العيني

(٨٩) الدكتور محمد حسين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٢٤٩-٢٥٠.

ينتقد الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم (النظرية العامة للالتزام-ج٢- ١٩٦٧ ص٢٢) عبارة الغرامة التهديدية التي استخدمها المشرع المصري ويفضل عبارة (التهديد المالي) باعتباره اكثر وضوحاً من العبارة الاولى في بيان المعنى المقصود فضلاً عن ان لفظ الغرامة له معنى محدد في قانون العقوبات والحال ان نظام الغرامة المالية او التهديد المالي نظام مدني بحت وقد يشير هذا التشابه في اللفظ لبسا كانت لغة القانون بمنأى عنه. ونحن نؤيد الاستاذ الفاضل فيما ذهب اليه.

او اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين".

يتضح من ذلك ان التهديد المالي طريقة غير مباشرة لاجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً لأن تدخله ضروري في الالتزام، فان امتنع جاز للقاضي، بناءً على طلب من الدائن، ان يصدر قراراً بالزام المدين بتنفيذ التزامه في خلال مدة يحددها في الحكم وفي حالة تأخره بالزامه بدفع مبلغ معين عن كل يوم او اسبوع او شهر او اية وحدة زمنية اخرى تحدد في الحكم حتى يقوم بالتنفيذ، فان قام بالتنفيذ بعد التهديد او اصر على الرفض صرفت المحكمة النظر عن التهديد وحكمت للدائن طبقاً للمادة ٢٥٤ مدني عراقي (التعويض الحقيقي) عما فاتته من ربح وما لحقه من خسارة^(٩٠). طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٠٧ من القانون المدني العراقي وطبقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٦ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها:

"يقدر الضمان في جميع الاحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر ومافاته من كسب بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

وقد اوضح الاستاذ الدكتور حسن الذنون بشأن هذه الطريقة رأيه قائلاً: (وختاماً فاننا نرى انه كان يجدر بالمشرع العراقي اغفال هذا النظام وعدم اللجوء الى هذه الوسيلة الضيقة الشاذة التي لم تعد منسجمة مع روح العصر فضلاً عما فيها من عيوب تمس قدسية القضاء وحرمة الاحكام وما تنطوي عليه من معنى العقوبة التي لا مجال فيها في الامور المدنية)^(٩١). فالاكراه المالي ضمن هذا الاتجاه هو اقرب للمسائل الجنائية من القضايا المدنية، وحيث ان المدين لم يرتكب جرماً معيناً، فان تطبيق هذه الوسيلة انما هو امر غير سليم في الوقت الحاضر.

كما نعتقد ان ما ذهب اليه الاستاذ الذنون هو الصواب، ونضيف ان فرض الغرامات التهديدية تلك معنى من معاني العقوبة التي لا مبرر لها وان فيها تقييد على حرية المدين الشخصية كما ان بإمكان الدائن اللجوء الى طريق التعويض عن الاضرار التي لحقت به^(٩٢)، ثم ان هذه الطريقة كانت محل نقاش وجدل طويلين ابان اعداد الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري. هذا فوق ان التهديد المالي ليس تعويضاً وانما هو تحكيمي وتهديدي ووقتي

(٩٠) د. عبدالمجيد- المرجع السابق- ص١٥-١٦.

(٩١) د. حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- المرجع السابق- ص٣٤٨.

(٩٢) عكس هذا الاتجاه، هناك من يعتقد بضرورة نظام الغرامات التهديدية، انظر: رأي علي عبيد الجبلاوي- التهديد المالي او الغرامة التهديدية- ص٣٧٤.

لحمل المدين على تنفيذ عين ما التزم به شخصياً خصوصاً اذا كان محل التزام المدين القيام بعمل. كما انه جائز في الالتزامات الاخرى طالما ان محل الالتزام ممكن من المدين.

اذ يمكن ان نتصور التهديد المالي في نطاق الالتزامات التي يكون مصدرها نص القانون كالالتزامات الجوار والتزام التاجر بعدم المنافسة غير المشروعة. فالجار الذي يحجب النور والهواء بجدار بناء دون وجه حق يجب ان يزال، فان امتنع المدين عن ازالته يمكن اللجوء الى هذه الوسيلة غير المباشرة لاجبار المدين على تنفيذ الالتزام بازالة المخالفة عن طريق فرض الغرامات التهديدية فيكون للدائن الحق بأن يطلب من القاضي اصدار القرار مع وضع غرامة تهديدية عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عند ازالة المخالفة.

اما عن شروط الحكم بالتهديد المالي فهي:

اولاً- ان يوجد التزام لازال تنفيذه عينياً في حدود الامكان أي ليس مستحيلًا، فان كان مستحيلًا لا سبيل امام الدائن الا طلب التعويض.

ثانياً- ان يكون تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه كما في عقد المقاولة. الا انه لا يجوز فرض التهديد المالي على مؤلف اذا كان من شأنه المساس بحقه الادبي، ولتعارض ذلك مع الحرية الشخصية للمدين.

الغرامة التهديدية والغرامة التأخيرية

الغرامة التهديدية هي التهديد المالي التي تعد وسيلة غير مباشرة للضغط الى المدين وحمله على التنفيذ العيني الجبري القادر عليه فهو ليس تعويضاً^(٩٣)، وهو يقاس عن كل وحدة زمنية وذلك على نحو ما بيناه، اما الغرامة التأخيرية فهي شيء مختلف تماماً عن ما ورد في المادة (مدني عراقي ٢٥٣) لأن الغرامة التأخيرية هي تعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام ويطلق عليها التعويضات التأخيرية وهذه عادة تشترط في العقد الزمني للتعويض عن الضرر الحاصل نتيجة التأخير في الوفاء^(٩٤).

ولقد طبق القضاء العراقي فكرة الغرامة التأخيرية في اكثر من مناسبة فجاء في احدي قرارات محكمة التمييز ما يلي: (يعنى المقاول من الغرامات التأخيرية اذا كان التأخير لسبب اجنبي)^(٩٥). وفي قضية اخرى: (اذا تأخرت الجهة الحكومية في تسليم المبلغ المستحق عليها

(٩٣) منصور مصطفى منصور- آثار الالتزام والاصناف المعدلة لآثار الالتزام- ص ١٢٧.

(٩٤) د. محمد حسنين- المرجع السابق- ص ٢٤٩.

(٩٥) رقم القرار ٦٤/استئنافية ٥٦٩/ في ٨/١١/١٩٦٩-قضاء محكمة التمييز-مجلة ٦-١٩٦٩- ص ٣٤٠.

الى المقاول بمقتضى العقد اكثر من المدة التي تقتضيها اجراءات الصرف الحكومية، فإنها تكون مقصرة)^(٩٦).

لكل ذلك، فان الغرامة التأخيرية هي التعويض عن التأخير وتقابل التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) بينما الغرامة التهديدية هي طريقة لاجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه لأن تدخله في تنفيذ الالتزام امر ضروري^(٩٧).

نخلص مما تقدم ان فرض الغرامة التهديدية (التهديد المالي) يمكن ان يقع من المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الدائن وحسب سلطة القاضي التقديرية^(٩٨)، وفي الالتزامات المختلفة سواء أكان مصدرها (العقد) كعقد المقاولة ام غيرها. وان مصيرها دائما الى (التعويض النهائي) الذي يقوم القاضي بتقديره اخذا بنظر الاعتبار مدى تعنت المدين ومدى الضرر الذي لحق الدائن. كما ان خصائص الغرامة التهديدية هي:

١- الميزة التحكيمية لأنها تقاس بمدى الضرر.

٢- الصفة التهديدية.

٣- انها حكم وقتي حتى يستقر الامر الى التصفية النهائية.

٤- انها تقدر عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين او يخل بتنفيذ التزامه.

٥- انها وسيلة غير مباشرة للحصول على تنفيذ العيني الجبري.

(٩٦) رقم القرار ١٧١/استئنافية ١٩٦٩/ في ١١/٣/١٩٧٠- النشرة القضائية- العدد الاول- ١٩٧٠- ص ٧٣.

(٩٧) حول الشرط الجزائي انظر:

DALLOZ-REPertoire DE DROIT CIVIL-CLAUSe PENALE-TOME11- PARIS

1971- PP. 1- 6.

(٩٨) والى هذا اتجه الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم- المرجع السابق- ص ٢٨.

وانظر عكس هذا الرأي الاستاذ الدكتور السنهوري- ج-٢- فقرة (٨٠٣) حيث يرى ان يلتزم القاضي بما يطبه الخصم في عريضة الدعوى فاذا طلب الخصم التنفيذ العيني وكانت شروطه قائمة يجب الاستجابة لذلك. ويقول الاستاذ البكري ان المحكمة تلتزم بما يطلبه منها الدائن فلا يجوز ان تقضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسها استناداً لنص المادة (٢٥٣) مدني عراقي).

البكري- تنفيذ الالتزام- المرجع السابق- ص ٦٩.

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل

تنفيذ الالتزام بطريق التعويض^(١)

L-execution Par Equivalent

التنفيذ العيني يختلف عن التعويض العيني

سبق ان ذكرنا ما ذهب اليه الاستاذ الجليل السنهوري الى اطلاق مصطلح التعويض العيني على التنفيذ العيني وعلى انهما الوفاء بالالتزام العقدي عيناً وفي نطاق المسؤولية التقصيرية ويمكن كذلك في قليل من الفروض ان يجبر المدين على التنفيذ العيني^(٢).

ومع احترامنا للاستاذ الكبير السنهوري، نقول ان هذا الاطلاق غير صحيح اذ يلزم التمييز بين التنفيذ العيني وهو اداء المدين عين ما التزم به، وبين التعويض العيني وهو اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل ان يرتكب الفاعل فعله لمحو الضرر وازالته ان كان ممكناً أو بالحكم على المدين بأداء عين ماثلة او تؤدي نفس الغرض من العقد كالحكم بأداء ١٠٠ كيس من السكر العراقي بدلاً من محل الالتزام الاصلي وهو السكر الكوبي من الدرجة الاولى، علما ان

(١) انظر المراجع التالية في الموضوع:

الدكتور انور سلطان- المبادئ القانونية العامة- ط٣- ١٩٨١- ص٣٦٥- ٣٦٦.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٢٥٣.

الاستاذ عبدالباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ص٧٨ وما بعدها.

الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص٣٤٨ وما بعدها.

الدكتور منصور مصطفى منصور- آثار الالتزام والاصناف المعدلة لآثار الالتزام- ص١٣١.

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- ص٥٩٥- ٩٥٦.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ج٢- ط٢- ص١٩ وما بعدها.

(٢) الوسيط- ج١- ص٩٦٦ فقرة ٦٤٣.

التعويض العيني لا يرد الا على المثليات فليس للدائن ان يرفض التعويض هذا والا عد متعسفاً.

الا ان الاستاذ السنهوري عاد في الجزء الثاني من الوسيط (ص٧٩٨ فقرة ٤٤٠) ميز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني قائلاً: (والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني ان الاول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلال به، والثاني يكون بعد وقوع الاخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون في التعويض العيني).

وبهذه المناسبة يذهب استاذنا الحكيم^(٣)، الى تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري تمييزاً له عن امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالقيام به وهو الاثر الاصلي للالتزام بالتنفيذ الاختياري. وهذا التمييز لا نؤيده لاسباب التي اوضحناها.

التنفيذ بطريق التعويض

اذا لم يتمكن الدائن من الحصول على التنفيذ العيني من المدين، لا باختياره ولاجبراً عليه بوسائل الاجبار سألقة الذكر، لا سبيل امام الدائن الا اللجوء الى طريق التعويض. والتعويض هو الجزء العام عن قيام المسؤولية المدنية لتوافر اركانها، وهو ليس التزاماً تخييراً أو التزاماً بديلاً بجانب التنفيذ العيني، اذ ليس للالتزام، مهما كان مصدره، الا محل واحد محدد هو اداء عين ما التزم به أي تنفيذ الالتزام طوعاً أو جبراً بما يتفق وطبيعة الالتزام^(٤).

والتنفيذ بطريق التعويض من المدين يتناول كل انواع الالتزامات اياً كان مصدرها فالالتزام العقدي والالتزام التقصيري والالتزامات الاخرى يمكن تنفيذها عن طريق اللجوء الى الحكم بالتعويض. والتعويض المستحق يقدره عادة القاضي وفقاً لسلطته التقديرية، فان كان ضرراً مادياً فالضرر يقدر حسب ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب (المادة ٢٠٧ من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة ٢٦٦ من القانون المدني الاردني ويطلق على هذا التعويض به التعويض القضائي).

الا ان طرفي الالتزام العقدي قد يتفقا مسبقاً على مقدار التعويض بما يتناسب مع مدى الضرر فيطلق عليه بـ (الشرط الجزائي) او (التعويض الاتفاقي). وقد يتولى القانون بيان التعويض الذي يستحقه الدائن فيسمى به (التعويض القانوني) او الفائدة خاصة اذا كان محل

(٣) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ج٢- ط٢- ص١١ فقرة ٢٦ هامش ١.

(٤) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص٧٦٢- ٧٦٣.

اداء المدين مبلغاً تقديماً حيث لا محل للكلام عن عدم التنفيذ لأنه ممكن دائماً الا ان التنفيذ قد يكون متأخراً او جزئياً.

لذلك سنوزع هذا الفصل على ثلاثة مباحث، وقبل الدخول في الموضوع لابد من بيان موقف المشرع المدني الاردني والعراقي من مسألة وجوب الاعذار لاستحقاق التعويض.

موقف القانون المدني الاردني

نصت المادة ٣٦١ على ان: "لا يستحق الضمان الا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون او في العقد". وان لا ضرورة لاعذار المدين في حالات اخرى حددتها نص المادة (٣٦٢) من القانون المدني وهي:

١- اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين.

٢- اذا كان محل الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين.

٣- اذا كان الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

٤- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه.

فالمقصود بالمادة (٣٦١) ان الاعذار يراد منه تنبيه المدين الى ان الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ عند الاجل ولهذا يصح ان يكون الاعذار في المملكة الاردنية الهاشمية عن طريق كاتب العدل او بالبريد المسجل او بأية طريقة اخرى تحقق الغرض المقصود. كما قد يتفق الطرفان مقدماً على ان المدين يكون معذراً بمجرد حلول اجل الالتزام دون حاجة الى أي اجراء آخر وهو اتفاق صحيح مادام انه لا يخالف النظام العام ويقرره مبدأ سلطان الادارة.

موقف القانون المدني العراقي

نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ على ما يلي: "لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك".

فالاصل ان يقع الاعذار بانذار المدين عن طريق كاتب العدل او أي طريق رسمي آخر على انه محل بالالتزام سواء عن عدم القيام بتنفيذ الالتزام او التأخر فيه او تنفيذه بصورة معيبة او تنفيذه بصورة جزئية. واعذار الدائن للمدين مبدأ قرره تشريعات مدنية متعددة كالقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري.

والفكرة الجوهرية التي تقوم هنا هو اظهار الدائن لرغبته في ان يقوم المدين بتنفيذ الالتزام طبقاً لمضمونه وحسب طبيعته ودعوة الدائن هذه بالاعذار المبين يوجب التعويض لأن حلول

الاجل يجعل الدين مستحقاً ما لم يوجد اتفاق او نص على خلاف ذلك بما يكشف عن اجراءات او اتفاقات التشديد من المسؤولية على نحو ما تقدم في نطاق المسؤولية العقدية في مصادر الالتزام.

اما المادة (٢٦٧) فقد اوضحت كيفية الاعذار حيث جاء فيها: "يكون اعذار المدين بانذاره ويجوز ان يتم الاعذار بأي طلب كتابي آخر كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار".

ثم بيّنت المادة (٢٥٨) من القانون المدني الحالات التي لا ضرورة فيها الى الاعذار اذ جاء في المادة المذكورة ما يلي: "لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية:

أ- اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل المدين وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لابد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون ان يتم او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين.

ب- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

ج- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

د- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه".

نخلص من ذلك، ان الاصل هو ضرورة اعذار المدين لاستحقاق التعويض والاستثناء هو عدم ضرورة الاعذار في ضوء حالات معينة، غير ان هذا الاتجاه لم يقر في المشروع المدني العراقي.

المبحث الأول

التعويض القضائي (تقدير القاضي للتعويض)

نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي على التعويض الذي يقوم بتقديره القاضي المختص وكما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره".

وقيام القاضي بتقدير التعويض الذي لحق المتضرر هو الاصل العام في مجال التعويض إذ تتولى المحكمة وفقاً للضوابط التي بيّنها القانون المدني مهما كان مصدر الالتزام وحسب طبيعة الرابطة وظروفها. وإلى هذا ذهب المشرع الكويتي في المادة (٣٠٠) من القانون المدني والقانون المدني الجزائري في المادة (١٨٢)، وكذلك القانون المدني المصري (المادة ٢٢١) الذي جاء فيه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

ولاشك أن التعويض الذي يقدره القاضي، بعد الاعذار الذي يقوم به الدائن في الحالات التي تستوجب الاعذار، أما أن يكون عند التأخر في تنفيذ الالتزام أو لعدم القيام به أصلاً أو لتنفيذ الالتزام بصورة معيبة أو تنفيذه بصورة جزئية^(٥)، وهي حالات ينص عليها المشرع العراقي في المادة (١٦٨) من القانون المدني غافلاً عن ذكر الحالتين الأخيرتين وذلك تأثراً بموقف المشرع المصري سالف الذكر.

ففي هذه الحالات يعد الملتزم مخلاً بالتزامه وعبء اثبات الضرر على المدعي وهو الدائن لأنه هو المدعي.

أما عنصراً التعويض عن الضرر المادي الذي لحق الدائن في مجال الضرر المالي أو في مجال الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية فقد نصت عليهما المادة (٢٠٧) من القانون المدني

العراقي والتي يعود أصلها للمادة (٢٢١) من القانون المدني المصري وهما:

العنصر الأول- ما لحق الدائن من خسارة مالية مباشرة متوقعة في نطاق المسؤولية العقدية كاضطراره إلى شراء بضاعة بثمن أعلى، وتعويض الدائن عن الخسارة المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة في حالتي الغش والخطأ الجسيم والمسؤولية التقصيرية. بينما لا يعوض عن الضرر غير المباشر في المسؤولية المدنية لأنه ليس نتيجة طبيعية للخطأ عدا القانون اللبناني المادة (١٣٤) وقانون الالتزامات السويسري (المادة ٩٩) على نحو ما قلناه في مجال المسؤولية العقدية.

وفي الإصابة الجسدية، فإن الخسارة التي تلحق المضرور تتمثل في مصاريف العلاج واجور الأطباء وثمان الادوية والتحليلات والنفقات الأخرى وقد نصت عليها المادة (١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢١٩) من القانون المدني لجمهورية روسيا والمادة (٢٦٠) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (٢٦٦) من القانون المدني الاردني لسنة ٩٧٦.

العنصر الثاني- ما فات على الدائن من كسب مالي. كفوات صفقة رابحة ثبت أن الدائن كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه في الميعاد المحدد. فالفنانة التي لا تقوم بتنفيذ التزامها في أداء دورها السينمائي أو المسرحي تلتزم بدفع التعويض للمتعاقد الآخر عما أصابه من خسارة بسبب ما انفقته من مصاريف لإعداد الفيلم أو عرض المسرحية وعمّا ضاع عليه من ربح كان سيحصل عليه لو أن الفنانة نفذت التزامها^(٦).

أما الضرر المعنوي فلا يتحلل إلى هذين العنصرين وإنما يقدر جملة واحدة وفقاً للاعتبارات والظروف الخارجية المؤثرة في تقدير التعويض.

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى موقف القضاء العراقي من عناصر الضرر المادي وتقدير التعويض من قبل القاضي حيث جاء مثلاً:

(أن مبلغ التعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابت المدعي بالحق المدني قد قرره

(٦) انظر تفصيلاً مانصت عليه المادة ١١٤٩ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٢٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ٩٣٢ والمادة ٢٦٦ من القانون المدني الاردني لعام ١٩٧٦ والمادة ٢٢١ من القانون المصري.

وفي نطاق الفعل الضار الذي يصيب الجسم البشري، فإن فوات الكسب المالي للشخص يختلف حتى في مجال الإصابة الجسدية غير المميتة كالعجز المؤقت والعجز الجزئي الدائم على تفصيل في هذا المجال فقهاً وتشريعاً وقضاءً سبق أن اشرنا لها في الجزء الأول من هذا المؤلف عند معالجتنا للمسؤولية التقصيرية.

(٥) يرى الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم في (النظرية العامة للالتزام- ج ٢ ص ١٠٤) منتقداً اتجاه محكمة النقض المصرية وقائلاً: (ولكن هذا الرأي لا يستقيم مع المعنى المقصود من الاعذار. فالتعويض عن عدم التنفيذ إنما يشمل الضرر المترتب على اخلال المدين بالتزامه اخلالاً نهائياً بعد تنفيذه كله أو بعضه أو بتنفيذه تنفيذاً معيباً. والاعذار ليس مطلوباً الا لاعلام المدين بأن الدائن يريد الاسراع بالتنفيذ) وان هناك جانباً من الفقه الفرنسي يرى لا ضرورة للاعذار في التعويض عن عدم التنفيذ.

خبراء مختصون بالاستناد الى التقارير الطبية والى كتاب ادارة المجلة التي يعمل المشتكي لديها والمتضمن مدة انقطاعه عن العمل.. وما تكبده من المصاريف والتي من ضمنها اجور العلاج وتكاليف بقاءه بسبب هذه المعالجة لذا يكون القرار المميز قد استند الى اسباب قانونية^(٧)..

كما ذهبت المحكمة في قرار آخر الى ما يلي: (تجاوز المطالبة بمصاريف الدفن والفاخرة والشعائر الدينية المصروفة بسبب وفاة المجني عليه بحادث)^(٨). وفي قرار آخر ذهبت فيه محكمة التمييز الموقرة الى ان الحكم بمصاريف الدفن والفاخرة يتم باعتبارها من الاضرار المادية الناتجة عن موت المجني عليه^(٩).

وقد جاء ايضا: (فالتعويض عن الضرر الناشئ عن ارتكاب الفعل الضار يشمل ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب نتيجة ارتكاب العمل غير المشروع)^(١٠).

موقف القانون المدني الاردني

نصت المادة (٣٦٣) على انه: "اذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون او في العقد فالمحكمة تقديره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

ولدى الرجوع الى المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ظهر لنا بان التعويض ان لم يقدر في العقد او بنص القانون فالقاضي هو الذي يتولى تقديره ويشمل التعويض عن الضرر المادي مالم يحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر في الوفاء به. كما نضيف ايضاً حالتين لم ينص عليهما المشرع الاردني هما (التنفيذ المعيب للالتزام العقدي والتنفيذ الجزئي للالتزام العقدي) لانهما من صور الخطأ العقدي ويمكن ان ينشأ عنهما ضرر للمتعاقد.

على ان الضرر يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوخاه ببذل جهد

(٧) رقم القرار ٨٢٦/تقريبية/٩٧٤ في ١٧/٩٧٤/٨ - النشرة القضائية - العدد ٣ - السنة ٩٧٤ - ص ٢٤.

(٨) رقم القرار ١٥٢ /مدنية رابعة/ ٩٨٠ في ١٩/٢/٩٨٠ مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول - السنة ١١ - ١٩٨٠ - ص ١٩.

(٩) رقم القرار ١٥٧/٧٠٧/م/١٩٧٨ في ٢٣/١/٩٧٩ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول - السنة العاشرة - ١٩٧٩ - ص ١٧.

(١٠) رقم القرار ٥٨١/م/١٩٧٨ في ٢/٧/١٩٧٨ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد ٣ - السنة ٩ - ١٩٧٨ - ص ٢١.

معقول ومع كل ففي الالتزام الذي مصدره العقد لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب الغش او الخطأ الجسيم بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد^(١١).

ومن البديهي ان للمسؤولية التعاقدية، في حالتي الغش والخطأ الجسيم، حكم المسؤولية عن العمل غير المشروع. اما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردھا، بل يشترط ان تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. فاذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط خرجت بذلك من نطاق المسؤولية العقدية وسقط وجوب التعويض عنها. ويراعى في هذا الصدد ان توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب الا يقتصر على مصدر هذا الضرر او سببه بل ينبغي ان يتناول فوق ذلك مقداره او مداه.

موقف القضاء الاردني

يمكن ايراد بعض احكام محكمة التمييز الاردنية في هذا المجال على النحو الآتي:

١- (ان التعويض عن الفعل الضار يقدر بقدر الضرر المباشر الذي احده الفعل الضار ويشتمل الضرر المباشر على الخسارة اللاحقة بالمضروور والكسب الذي فاته)^(١٢).

٢- (ان الحد الاقصى للضرر يستحق الحد الاقصى للتعويض)^(١٣).

٣- (يعود لمحكمة الموضوع تقدير مبلغ التعويض لأنه من المسائل الواقعية)^(١٤).

(١١) انظر المذكرات الايضاحية - ج١ - ص ٤٠١.

(١٢) القضية رقم ٨٢٧/٨٦ - مجلة نقابة المحامين - ٩٨٩ - ص ٢٤٥٨.

(١٣) القضية رقم ٣٩١/٨٦ - مجلة نقابة المحامين - ٩٨٩ - ص ١٧٨٦.

(١٤) القضية رقم ٨٣٠/٨٦ - مجلة نقابة المحامين - ٩٨٩ - ص ١٧٥٢.

المبحث الثاني

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)^(١٥)

LA CLAUSE PENALE

نصت العديد من القوانين على جواز قيام المتعاقدين بتقدير التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق يعد معدلاً أم مكماً للعقد الاصيلي، وهذا التعويض الاتفاقي يطلق عليه به (الشرط الجزائي).

والتعويض الاتفاقي لا يستحق على المدين اذ ثبت ان الدائن لم يلحقه أي ضرر عن اخلال المدين بالتزامه سواء عن التأخر في التنفيذ ام عن تنفيذه المعيب للالتزام ام عن عدم قيامه اصلاً بالالتزام الواجب عليه او عن تنفيذه بصورة جزئية، وهذا الامر من القواعد العامة فقها وتشريعا في كثير من القوانين المدنية، والاتجاه الحديث للفقهاء المدني العراقي والعربي والقضاء في العراق اعتبر ان الضرر يكون محققاً لمجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه اذا كان الدائن هو دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي لأن هذه الدوائر حينما تتعاقد انما يكون تعاقدتها طبقاً للخطة الاقتصادية واي تأخير في التنفيذ اضرار بالمصلحة العامة وتعطيل لهذه الخطة فافتراض المشروع الضرر الاكيد اذا كان الدائن دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي.

ولايد من الاشارة الى ان الشرط الجزائي يختلف عن الصلح فالاتفاق اللاحق لا يكون شرطاً جزائياً الا اذا تم مقدماً أي قبل وقوع الاخلال بالالتزام الذي يقدر التعويض عنه، اما اذا حصل الاتفاق بعد الاخلال بتنفيذ الالتزام اصبح صلحاً لا شرطاً جزائياً وتسري على الصلح

القواعد المنصوص عليها في المواد (٦٩٨-٧٢١) من القانون المدني العراقي والمواد (٥٤٩-٥٥٧) من القانون المدني المصري.

اما القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فلم يتضمننا نصاً مقابلاً لما اورده المادة (٤٤٤) من المشروع العراقي وقد خصص المشرع العراقي مثلاً المواد (١٧٠-١٧٣) للشرط الجزائي متأثراً بما اورده المشرع المصري في القانون المدني المواد (٢٢٣-٢٢٥) في هذا الخصوص والتي تأثر به كذلك المشرع الجزائري المواد (١٨٣-١٨٥) كما نصت المادة (٣٦٤) من القانون المدني الاردني على الشرط الجزائي.

والفكرة التي يقوم عليها التعويض الاتفاقي، هو ان الطرفين يتفقان مسبقاً في العقد او في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الاخلال بتنفيذ الالتزام وهو شرط صحيح طالما انه لا يخالف النظام العام والآداب العامة. وقد اطلقت تسمية (الشرط الجزائي) لان المبلغ المذكور في العقد عادة يكون اكبر من الضرر الحقيقي الذي يلحق بالدائن. ولهذا فان للقاضي سلطة في تعديل التعويض الاتفاقي.

اما عن التطبيقات العملية للشرط الجزائي فهي كثيرة الوقوع في الحياة العملية وكثيراً ما يرد في نطاق عقود المقالات فيذكر مقدار التعويض عن التأخير في انجاز العمل ويطلق عليه تسمية (الغرامات التأخيرية)^(١٦) ويرد في عقود المناقصات وفي عقود الايجار حين يضع المالك على المستأجر شرطاً جزائياً اذا تأخر في تسليم المأجور له، او في بيع العقار قبل التسجيل بأسم المتعهد له.

(١٦) سححت للقضاء العراقي فرصاً متعددة لتطبيق مبدأ الغرامات التأخيرية منها:

يعنى الما قول من الغرامات التأخيرية اذا كان التأخير لسبب اجنبي (المادة ٤٢٥ مدني عراقي) رقم القرار ٦٤/استئنافية / ٩٦٩ في ٨/١١/١٩٦٩- المجلد- ٦ قضاء محكمة التمييز- ص ٣٤٠.

(لايسأل الما قول عن الغرامة التأخيرية للمرة التالية لاخباره رب العمل باكمال العمل مادام اللجنة المختصة لم تجر الكشف على العمل تمهيداً لتسليمه بسبب الظروف المحيطة بالمنطقة التي يقع العمل فيها وهو امر خارج عن ارادة الما قول اذا ظهر ان الما قول قد اكمل العمل فعلاً).

رقم القرار ١١٣/م/ ١٩٧٤ في ٢٥/٩/٩٧٤ منشور في النشرة القضائية-العدد ٣-السنة ٥-٩٧٤- ص ٧٥. (ان الفصل في موضوع الغرامات التأخيرية تقتضي الاستعانة برأي الخبراء لمعرفة الجهة التي تسببت في التأخير وليس للمحكمة ان تستقل في ذلك لتعلقه بمسألة فنية لا قانونية).

رقم القرار ٣٢/ هئية عامة ولى / ١٩٧٤ في ١/٦/١٩٧٤- النشرة القضائية- العدد ٣- السنة ٥- ١٩٧٤- ص ١١٩.

(لا يستحق رب العمل الغرامات التأخيرية عن التأخير الذي كان لسببه).

رقم القرار ١٧٩٤ /حقوقية/ ١٩٦٨ في ٢٨/٩/١٩٦٩- قضاء محكمة التمييز-مجلة ٦- ص ٣٧٠.

(١٥) حول الشرط الجزائي واحكامه في القوانين المدنية الوضعية تفصيلاً راجع:

الدكتور زكي الدين شعبان- الشرط الجزائي في الشريعة والقانون- مجلة الحقوق والشريعة- السنة الاولى- العدد ٢- ١٩٧٧- ص ١٩ وما بعدها.

الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج ٢- ص ٨٥١ وما بعدها.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص ٢٦٣- ٢٦٤.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ص ٣٢ وما بعدها.

الدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ١٤٤ وما بعدها.

الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج ٢- ص ٦٠٤ وما بعدها.

VA JEAN CARBONNIER- OPCET. P.

L. PERALLAT, M. BOUAICHE- DROIT CIVIL OBLIGATION- P. 226.

DALLOZ- REPERTOIRE DE DROIT CIVIL- "LAUSE PENALE" TOME 11- PARIS. P.

P 1- 6.

كما اجاز الفقه الاسلامي فكرة الشرط الجزائي لأن القواعد العامة في الفقه المذكور وادلة الاحكام الشرعية لا تحظر وجود هذا الشرط في التصرفات الشرعية المالية^(١٧). فالمالكية وان لم يستخدموا هذا المصطلح الا انهم عرفوه وحرّموا الشرط الجزائي الذي يفرض الى الربا بأن يكون محل الالتزام مبلغاً نقدياً والالتزام المدين بأن يدفع للدائن تعويضاً عن التأخر في الوفاء، كما حرّمه غيرهم^(١٨)، واجاز الحنابلة والاحناف الشرط الجزائي في المعاملات المالية^(١٩).

المطلب الاول

شروط استحقاق الشرط الجزائي^(٢٠)

لما كانت الشروط الجزائية الواردة في عقود المقاولات وعقود الايجار وعقود البيع وغيرها من التصرفات القانونية انما هي تقدير اتفاقي للتعويض، فان الشروط العامة اللازمة لاستحقاق هذا التعويض هي نفس شروط قيام المسؤولية من ضرورة توافر الضرر لجبره، ولهذا فان التعويض الاتفاقي يلزم ان يتناسب مع مدى الضرر وقد لا يحكم به لانقطاع علاقة السببية وقيام السبب الاجنبي كالقوة القاهرة وخطأ الغير وخطأ الدائن.

ان شروط استحقاق التعويض الاتفاقي للدائن من المدين التي اشارت اليها المادة (٤٤٣) من المشروع المدني العراقي) والمادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي لسنة (٩٥١) والمادة (٣٦٤) من القانون المدني الاردني يمكن اجمالها باختصار على النحو الآتي:

اولاً- خطأ من جانب المدين يتمثل في عدم القيام بتنفيذ الالتزام او التأخر في التنفيذ او بتنفيذ الالتزام تنفيذاً معيباً او تنفيذه جزئياً ومصدر الخطأ هو الاخلال بالعقد. والخطأ كركن من اركان قيام المسؤولية المدنية يؤثر في حجم التعويض.

فالخطأ المشترك بين طرفي العقد يوجب توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما ويؤثر على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن. ومن تطبيقات القضاء العراقي حول الخطأ العقدي المشترك في عقد المقاولة) ما جاء في المبدأ التالي: (ان تجاوز نسبة الاملاح في الكونكريت

المستعمل للحد المسموح به ويعتبر من العيوب الخفية التي تشكل خطر على قوة الكونكريت والحديد ولذلك يسأل المقاول عن هذا العيب الخفي ويشاركه رب العمل بنصف المسؤولية لعدم منعه من استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات)^(٢١).

والخطأ العقدي الموجب للتعويض الاتفاقي قد يرتكبه المقاول وحده او المستأجر او البائع او غيرهم، ففي نطاق عقد المقاولة وخطأ المقاول الموجب للتعويض الاتفاقي (التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام) جاء في قضية مايلي: (الغرامات التأخيرية لا تفرض اعتباراً وانما لاسباب توجبها كأن يكون التأخير قد تسبب فيه المقاول مباشرة)^(٢٢).

ثانياً- الضرر وهو الاذى او الخسارة المالية كما انه شرط ضروري لاستحقاق التعويض لأن الغرض من الشرط الجزائي جبر الضرر بازالته او محوه فلو انعدم الضرر الذي يدعيه المتعاقد فلا وجود للشرط الجزائي. وخلافاً للقواعد العامة، فان عبء اثبات يقع على المدين لاثبات ان الدائن لم يلحقه أي ضرر وصولاً الى عدم استحقاق التعويض الاتفاقي بذمته.

ان اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض لا يلغي ركن الضرر من المسؤولية، ويفترض به ان يكون مساوياً لما قدره المتعاقدان من تعويض والا فان للقاضي سلطته في تعديله زيادة او نقصاناً ومن يدعي من المتعاقدين ان الضرر الواقع يقل او يزيد عما كان متفقاً عليه من تعويض يقع عليه عبء اثبات ذلك. فقد يدعي الدائن مثلاً ان الضرر الذي لحقه اكبر مما توقعه بسبب وجود خطأ جسيم او غش المدين، فان اثبت ذلك يمكن الحكم بالتعويض بأكثر مما هو متفق عليه حسب ظروف الحال.

ثالثاً- علاقة السببية بين الخطأ والضرر^(٢٣)، ويقصد بذلك الرابطة السببية وهي ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام او لتأخره فيه او لتنفيذه تنفيذاً معيباً او لتنفيذه بصورة جزئية، فاذا انتفت رابطة السببية لقيام السبب الاجنبي تهدم احد اركان المسؤولية العقدية ولا يقوم التعويض.

فلا يستحق الدائن التعويض الاتفاقي اذا كان الضرر غير مباشر كما لا يستحقه ان كان

(٢١) رقم القرار ٤٩٣ و ٤٩٥ / م / ١ / ٩٧٣ في ٤ / ٥ / ١٩٧٤ - النشرة القضائية - العدد ٢ - السنة ٥ - ١٩٧٤ ص ١١٢ - ١١٣.

(٢٢) رقم القرار ٣٥٥ / استثنائية / ١٩٦٩ هئية عامة في ٤ / ٤ / ١٩٧٠ - النشرة القضائية - العدد ٢ - السنة الاولى - ١٩٧١ - ص ١٥٤ - العراقي.

(٢٣) انظر اطروحة علي عبيد الجبلاوي - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية - رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون بجامعة بغداد - حزيران ١٩٧٧ (غير منشورة).

(١٧) راجع الدكتور عبدالمجيد الحكيم - احكام الالتزام - ج ٢ - ص ٣٣.

(١٨) الدكتور زكي الدين شعبان - الشرط الجزائي في الشريعة والقانون - ص ١٣٤ - ١٣٥.

(١٩) زكي الدين شعبان - ص ١٣٩.

(الشرط الجزائي باطل عند الشافعية).

(٢٠) راجع هذه الشروط في القانون المدني الفرنسي:

وقد ذهب القضاء العراقي في هذا المجال بشأن عقد المقاولة الى ما يلي: (الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاولة يكمل بعضها بعضاً وكلها ملزمة للطرفين. فالنصف الوارد في الشروط العامة يلزم توجيه رب العمل انذاراً الى المقاول في حالة اخلاله لم يبلغ ما ورد في الشروط الخاصة من جواز قيام رب العمل بالعمل على حساب المقاول مادام النص الخاص لم يعف رب العمل من توجيه الاعذار)^(٢٦). وفي قرار آخر (لا يستحق التعويض الا بعد انذار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك)^(٢٧).

المطلب الثاني

المبادئ التي تنظم الشرط الجزائي (طبيعة الشرط الجزائي)

أولاً- الشرط الجزائي التزام تبعية لأنه لا يقصد لذاته ولا يستقل بوجوده وإنما يقع لمناسبة انشاء عقد، أي وجود محل التزام اصلي آخر فيتبعه فاذا وجد عقد مقاولة او التزام بنقل حق عيني او عقد ايجار او عقد توريد، فان الشرط الجزائي يرد في العقد الاصلي او في عقد لاحق يكمله والغاية من ذكره حمل المتعاقد على تنفيذ عين ما التزم به (اداء الالتزام الاصلي) ولهذا فهو تعويض يقدره الاطراف عن الضرر المتوقع عن الاخلال بالالتزام.

يترتب على هذا ان عدم مشروعية الالتزام الاصلي لمخالفته للنظام العام والآداب يتبعه بطلان الشرط الجزائي. واذا كان الاصل صحيحاً والشرط الجزائي غير مشروع، فان الالتزام الاصلي يبقى صحيحاً ويبطل الشرط وهذا ما يسمى بالبطلان الجزئي مالم يكن هو الباعث الدافع على التعاقد فيبطل الالتزام الاصلي وما يتبعه من تعويض اتفاقي.

ثانياً- ان الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير التعويض طبقاً لنص المادة (١٧٠) مدني عراقي) والمادة (٤٤٣) من المشروع المدني) والمادة (٣٦٤) من القانون المدني الاردني). فلا يحكم بالشرط الجزائي الا عند وجود الضرر فاذا اثبت المدين عدم وجود أي ضرر يدعيه الدائن، فانه يتحرر من دفع التعويض المذكور.

ثالثاً- التعويض الاتفاقي تقدير جزافي للتعويض طبقاً للقانون المدني الفرنسي احتراماً لمبدأ

(٢٦) رقم القرار ٤٣ / هيئة عامة / ١٩٧١ في ٢٦ / ١٢ / ١٩٧١- النشرة القضائية- العدد ٢- السنة ٢- ١٩٧٢- ص ٢٦.

(٢٧) مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- القسم المدني- مرجع سابق- ص ٢٦٢.

الضرر مباشراً الا انه غير متوقع ولم يرتكب المدين غشاً ولا خطأً جسيماً او كان الضرر المباشر متوقعاً وحصل سبب اجنبي بخطأ الدائن او خطأ الغير او القوة القاهرة، فلو وجد شرط جزائي في عقد دراسي على طالب تعاقد مع دائرته للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون المدني وفي اثناء فترة العقد الدراسي اصيب بمرض خطير او تعرض الى احتشاء العضلة القلبية ومنعه الاطباء من الاجهاد والخلود الى الراحة وعدم اكمال دراسته، لا يحق لدائرته ان تطالبه بالشرط الجزائي المثبت في العقد الدراسي لاستحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي فينقضي الالتزام لانقطاع رابطة السببية بالمرض الذي يعد قوة القاهرة تمنع تنفيذ الالتزام^(٢٤). ما لم يوجد نص في العقد الدراسي يشدد من مسؤولية الطالب.

وفي مجال عقد المقاولة، فان المقاول يعفى من الغرامات التأخيرية اذا كان التأخير بسبب اجنبي كسقوط الامطار الغزيرة وعدم توفر الطابوق. كما ان علاقة الاستحالة بالسبب الاجنبي وطيدة وقد نصت المادة (٤٤٨) من القانون المدني الاردني على ما يلي:

"ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلًا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه"^(٢٥).

ويمكننا القول في هذا المجال ان القوة القاهرة او الآفة السماوية كالامطار الغزيرة والفيضانات والاعاصير والرياح الشديدة وخطأ الغير وخطأ الدائن من الاسباب الاجنبية التي تقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر وفقاً للاتجاه الفقهي والتشريعي الغالب وتحويل دون قيام المسؤولية العقدية ومتع من استحقاق الدائن للتعويض الاتفاقي. ويدخل في هذا المجال وقوع المتعاقد في الاسر عند العدو او فقدانه اثناء الحرب او القصف المعادي للاهداف المدنية او غيابه عن موطنه لأكثر من سنة بسبب كثافة القصف او أي ظرف قاهر آخر.

رابعاً- الاعذار، واعذار المدين من الدائن شرط لازم لاستحقاق التعويض طبقاً للقانون المدني العراقي والقوانين المدنية العربية الاخرى على نحو ما تقدم. وهو غير لازم ولا ضروري ما لم يوجد نص او اتفاق بغير ذلك طبقاً لمشروع القانون المدني العراقي. وهناك من يذكر شرطاً خامساً هو عدم وجود شرط الاعفاء او التخفيف من المسؤولية.

(٢٤) وفي قضية طلب فيها رأي مجلس شوري الدولة العراقي وقرر في ١٨/٨/٩٨٠ (١٩٨٠/٥٤) بأن الطالب الذي اصيب بمرض عقلي ثابت بتقارير طبية منعه من الحصول على شهادة الدكتوراه في الكيمياء الحياتية، ينقضي التزامه لاستحالة تنفيذه لسبب لا يد له فيه. د. عبدالرسول الجصاني- فتاوى مجلس شوري الدولة- بغداد ١٩٨٧- ص ٢٤- ٢٥.

(٢٥) يقابله نص المادة ٤٢٥ من القانون المدني العراقي.

سلطان الارادة حيث يحكم به حتى عند عدم وجود الضرر ودون تعديل لمبلغ الشرط الجزائي الوارد في العقد من القضاء. فلا سلطان للقاضي على ما اتفق عليه المتعاقدان بارادتهما طالما ان الغرض من ايراده في العقود منع نشوب النزاع بين الطرفين حول وقوع الضرر وعدم وقوعه او مقداره. كما نصت المادة (١١٥٢) من القانون المدني الفرنسي على منع الحكم بتعويض يختلف عما هو مقدر في الاتفاق اذ ليس هناك من هو افضل من طرفي العقد من تقدير الضرر المتوقع ومقدار التعويض الذي يقابله عند الاخلال بالعقد^(٢٨).

المطلب الثالث

حكم الشرط الجزائي في التعهد بنقل ملكية عقار

قبل الدخول في الموضوع، لا بد من القول ابتداءً ان اي تصرف قانوني يرد على العقار يلزم لانعقاده تسجيله في دائرة التسجيل العقاري (دائرة الاراضي)، فالشكلية طبقاً للقانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري والقانون الاردني تعتبر ركناً رابعاً يضاف الى بقية الاركان لقيام التصرف على نحو ما بيناه.

فالبيع والوقف والرهن وقسمة العقار وغيرها لا يعتد بها قبل تأشيرها في السجل العقاري (دائرة الاراضي) وهو ما نصت عليه المواد ٥٠٨ و ١١٢٦ و ١١٢٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٤٨ من القانون الاردني. وقد عدلت المادة ١١٢٧ بقراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ في ١١/٢/٩٧٧ و ١٤٢٦ في ١٢/٢١/١٩٨٣. وعلى هذا النهج سار المشروع المدني العراقي واعتبر التصرف لا ينعقد قبل التسجيل في السجل العقاري (المادتان ٦٢٩ و ٨٩٧).

فالبيع الوارد على عقار لا ينعقد لتخلف ركن الشكلية وهو باطل من الناحية التشريعية والباطل عدم والعدم لا ينتج اثراً قانونياً من حيث الاصل العام. أي ان الالتزام الاصيلي (نقل الحق العيني) يكون باطلاً وما يتبعه كالشرط الجزائي يكون باطلاً تبعاً لبطلان الالتزام الاصيلي

لأنه فرع له والقاعدة تقضي ان التابع لا يفرد في الحكم. والى هذا توجهت احكام المحاكم في الاردن^(٢٩).

الا ان البائع اذا نكل عن تسجيل الحق العيني باسم المتعهد له، فان المادة (١١٢٧) مدني عراقي) عاجلت حالة النكول وكذلك قراري مجلس قيادة الثورة ١١٩٨ لسنة ٩٧٧ و ١٤٢٦ لسنة ٩٨٣ للذات تضمنتا تقدير التعويض والتنفيذ العيني بينما حصرت المادة ١١٤٩ مدني اردني الامر بالتعويض فقط. كما اختلف الفقه المدني وشرح القانون في تحديد مصدر هذا التعويض وفي مصير الشرط الجزائي الوارد في التعهد بنقل ملكية العقار ويمكن حصرها على النحو الآتي:

الرأي الاول- اساس مسؤولية المتعهد هي (المسؤولية التقصيرية) لعدم وجود العقد اصلاً ويبنى على ذلك بطلان الشرط الجزائي وان للقضاء ان يحكم بتعويض مناسب على اساس قواعد الفعل الضار^(٣٠).

الرأي الثاني- اساس مسؤولية المتعهد الناكل تكون حسب نظرية (تحول العقد) وان الشرط الجزائي يظل صحيحاً^(٣١).

الرأي الثالث- ان اساس مسؤولية المتعهد عند نكوله تنهض طبقاً لقواعد (المسؤولية العقدية) وان الشرط الجزائي يظل صحيحاً^(٣٢).

اما عن موقف القضاء العراقي من مسألة الشرط الجزائي في التعهد بنقل ملكية العقار فقد كان موقفاً ليس مستقراً نظراً لوجود قرارات متناقضة بشأن هذه المسألة^(٣٣). فالبعض من هذه

(٢٩) انظر مثلاً: (ان بيع العقار لا يتم الا بعقد يسجل لدى تسجيل الاراضي).

(ان البيع الخارجي للعقار باطل بمحتواه وشروطه).

مجلة نقابة المحامين- السنة ٣٧-١٩٨٩- ص٢٤٩٥- ص٢٥٩٩.

(٣٠) الدكتور حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص٣٥٥.

شاكر ناصر حيدر- الموجز في الحقوق العينية الاصلية- مطبعة اسعد- بغداد- ٩٧٠- ص٥٥- ٥٧.

(٣١) الدكتور عباس الصراف- بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي- بحث منشور في مجلة العدالة- بغداد- العدد ١- السنة ٣- ١٩٧٧- ص٢١- ٢٢.

(٣٢) الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج٤- البيع والمقايضة- ص٢٧٢.

الدكتور سعدون العامري- الوجيز في شرح العقود المسماة- ج١ (البيع والايجار)- ص١٠٧.

(٣٣) انظر هذه القرارات في: التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه- بحثنا المنشور في مجلة الحقوق- السنة ١٥- ١٩٨٣- ص١٦٩ وما بعدها.

(28) Jean Carbonnier- Les Obligations- Op. IT. P. 78

Dalloz- Repertoire De Droit Civil- Op. IT. PP 1- 6.

ART/ 1152 C. C (Lorsque) La Convention Porte que celui qui manguera de L'ex-ecutur Payera une certaine somme a titre de dommages- interests, il ne peut etre al-loue a l'autre parite une somme plus forte, ni monidre

القرارات لا تفصل بين مسألتين جوهريتين هما (العربون) الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (٩٢) كجزء من الثمن للدلالة على ثبات العقد او كجزء للعدول عن العقد عند النص عليه صراحة (م٢/٩٢) وبين الشرط الجزائي الذي هو تعويض اتفاقي يقدر بحسب الضرر^(٣٤). ولكل منهما حكمه ووضعه القانوني المعروف فالعربون وفقا للصورة الثانية هو البديل في التزام بدلي وليس تعويضا عن الضرر ولا علاقة له به.

ونشير بأن كلا من العربون والتعويض الاتفاقي مصدرهما الاتفاق بين المتعاقدين، الا ان الغرض من الشرط الجزائي هو ضمان تنفيذ الالتزام وعدم الاخلال به وهو الغاية التي يراد تحقيقها من العربون ايضا الا ان بينهما فروقا كثيرة، فالشرط الجزائي يجوز زيادته او تخفيفه حسب الاحوال التي بينها القانون المدني وهو مالا يجوز في حكم العربون بصورتيه.

المطلب الرابع

تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي

(الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية)

يوجد بين الغرامة التأخيرية، كتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام والغرامة التهديدية، كوسيلة ضغط وتهديد مالي على المدين لحمله على تنفيذ عين ما التزم به، فروقا متعددة سبق ان اوضحنا اهمها^(٣٥). وهنا نضيف بان التشريعات المدنية الوضعية لم تحظر الشرط الجزائي طالما انه لا يخالف النظام العام والآداب الا انها تباينت في بيان احكامه، بينما اقرت بعض التشريعات المدنية وسيلة الضغط المالي الوقتية التحكيمية التي لا تقاس بحسب الضرر والتي لا تقبل التنفيذ الا بعد تحويل الغرامة التهديدية الى (تعويض نهائي) نظراً لاصرار المدين على عدم التنفيذ او الوقوف على مدى الضرر وحقيقته عند التأخر عن التنفيذ. ولم تقر بعض القوانين ومشاريع القوانين المدنية ولا بعض فقهاء القانون المدني هذه الطريقة غير المباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني.

وبهذه المناسبة ذهب القضاء العراقي في اكثر من قضية الى بطلان الشرط الجزائي وصحة العقد والى الحكم بالتعويض الاتفاقي كاملا حيث جاء في القضيتين التاليتين ما يلي:

(٣٤) قارن بين نصي المادة (١٠٧) والمادة (٣٦٤) من القانون المدني الاردني.

(٣٥) انظر ما سبق (ص٥٨-٦٠).

١- (الشرط الجزائي لنكول الاب عن تزويج ابنته باطل قانونا)^(٣٦).

٢- (١- يحكم بالشرط الجزائي كاملا اذا لم يقع طلب بتخفيفه.

٢- لا يتحقق ثمن بيع العقار الا في العقد البات المسجل في دائرة الطابو)^(٣٧).

المطلب الخامس

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي^(٣٨)

الاصل ان يحكم القاضي بالجزاء المشروط في العقد احتراماً لارادة طرفي العقد الا ان هذا الجزء لا يترك دون ضوابط فاعطت الكثير من القوانين المدنية، عدا القانون المدني الفرنسي، السلطة للقاضي الموضوع لتخفيفه في حالتين واجيز له الحكم باكثر مما هو متفق عليه في حالة وجود غش او الخطأ الجسيم من المدين.

الحالة الاولى- يجوز تخفيض الشرط الجزائي من القاضي عما هو متفق عليه اذا اثبت المدين ان تقدير التعويض كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ويقع باطلاً أي اتفاق يخالف ذلك حماية للمدين من تعسف الدائن (٢/١٧٠ مدني عراقي)^(٣٩). وكذلك نص المادة (٢/٣٦٤) من القانون المدني الاردني.

الحالة الثانية- وهي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي، فيجوز للقاضي ان يخفض مقدار التعويض الاتفاقي لأن المدين قد نفذ جزءاً من التزامه. وهذا التخفيض هو امر جوازي للقاضي فقد لا يخفض التعويض اذا تبين له ان الجزء الذي نفذ تافه او ان الدائن لم يحصل على فائدة من التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين.

(٣٦) رقم القرار ٣٨١ / حقوقية رابطة ١٩٧٠ / في ٢٣/٤ / ١٩٧٠- النشرة القضائية- ١٩٧١- ص١١٩.

(٣٧) رقم القرار ٧١ / حقوقية ثالثة / ١٩٧٠ في ٦/٥ / ١٩٧٠- النشرة القضائية- ١٩٧١- ص١٢٠.

(٣٨) منصور مصطفى منصور- ١٤٩ / جبرائيل غزال- سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي- مجلة المحاماة- السنة ٤١- العدد ٦- ١٩٦١- ص٨٨٧ وما بعدها.

(٣٩) نصت المادة (١٧٠ من القانون المدني العراقي) حول زيادة وتخفيض الشرط الجزائي على النحو التالي:

"١- يجوز للمتعاقد ان يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في أي اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨.

٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيفه اذا اثبت المدين ان التقدير فادح او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة.

٣- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً".

المبحث الثالث

التعويض القانوني (الفائدة) LES INTERETS

يراد بالفائدة مبلغ من النقود يقدر بنسبة مئوية من المبلغ الذي التزم به المدين عن كل سنة وقد يتفق الطرفان على تحديد هذه النسبة مقدما كشرط جزائي عن التأخير في الوفاء بالالتزام وتسمى الفوائد عندئذ (فوائد التأخير الاتفاقية) وهناك ما يسمى بـ (فوائد التأخير القانونية) التي يحددها القانون كتعويض عن التأخير في الوفاء وتستحق ابتداءً من وقت معين إذا لم يوجد اتفاق على فوائد التأخير^(٤٠). فالتعويض القانوني هو الفائدة حيث يتولى القانون تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن نتيجة الضرر المالي الذي اصابه الناشيء عن اخلال المدين بتنفيذ التزامه. والقوانين المدنية، وكذلك فقهاء وشراح القانون المدني لم تتفق على موقف موحد حيال الموضوع التعويض القانوني فالقانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ قد اورد في المادة (١٧١) نسب الفائدة في الديون المدنية والديون التجارية اذ جاء فيها ما يلي:

" اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخا اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

وبلاحظ من جهة اخرى، ان بعضا من القوانين تتولى تحديد مقدار التعويض للمتضرر وفقا لاسس معينة كنسبة العجز الحاصل او مقدار الاضرار او نوع الامراض او غيرها كقانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي ومنها القوانين المحددة للتعويض الذي يستحقه افراد طاقم السفينة التجارية ضد اضرار الحرب او تتولى اتفاقيات النقل الجوي الدولية تعويضا معينيا محددا سلفا، ولهذا يرى جانب من الفقه المدني في العراق ان في تقدير المشرع لهذا التعويض في القانون انما تبرره قواعد العدالة ونضج الوعي الاجتماعي فرتب المسؤولية ليس على عنصر الخطأ وانما على عنصر الضرر وحده وتبني مبدأ تحمل التبعة^(٤١).

كما نشير بهذه المناسبة ان الفقه الاسلامي يطلق على الفائدة تسمية (الربا) وقد وردت ادلة

(٤٠) منصور مصطفى منصور- اوصاف الالتزام والاصناف المعدلة لاثار الالتزام- المرجع السابق- ١٤٩.

الدكتور غانم اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢- ص١٢٧- ١٢٨.

(٤١) الاستاذ عبدالباقي البكري- تنفيذ الالتزام- ص ١٧٧ كما اوضح قرار مجلس قيادة الثورة ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ الذي عدل المادة ١١٢٧ مدني اسلوب احتساب التعويض القانوني في التعهد بنقل ملكية العقار.

الاحكام الشرعية (القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة) محرمة للربا بصورة صريحة^(٤٢). فالربا من التصرفات المنهي عنها شرعا^(٤٣).

ان المشرع العراقي نهج في القانون المدني لسنة ١٩٥١ على خطى القانون المدني المصري حين حدد مقدار الفائدة في كل من الديون المدنية والديون التجارية (المادة ٢٢٦) واعتبر ما جاوز ذلك باطلا لا يلتزم به المدين وقد تشدد على مبدأ سريان الفائدة فجعله عند عدم الاتفاق لا من وقت الاعذار بل من وقت المطالبة القضائية كما منع تقاضي الفوائد المركبة (الفائدة على الفائدة) ووقف ضد تجاوز مقدار الفائدة اصلا رأس المال المقترض. وهذا يعني ان المشرع العراقي وضع ضوابط للتعويض القانوني في المواد (١٧١-١٧٦) كما وردت هذه القيود في المادة ٢٣٢ من القانون المدني المصري.

ومع ذلك، فان المشرع العراقي والمصري (١/٢٢٧) والمشروع المدني العراقي منع تجاوز سعر الفائدة الاتفاقية بما لا يتجاوز ٧٪ فان تجاوزت هذه النسبة لا يلزم المدين بدفعها لبطلان النسبة الزائدة عن الحد المسموح به قانوناً. على انه ينذر ان يتضمن العقد تجاوزا صريحا للحد الاقصى المقرر للفائدة الاتفاقية بل كثيراً ما تكون الفائدة الزائدة مستترة تحت ستار تسمية اخرى^(٤٤). اما عن موقف التشريع المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ فقد جاء صريحاً في تحريم الفائدة بين الافراد اذ نصت المادة (٤٥٤) على انه: "القرض بين الافراد يكون دائماً بدون اجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك". الا انه لم يمنع التعامل بها بين المؤسسات المالية حيث اجازها ان تمنح فائدة على الودائع وان تمنح قروضا بفائدة يحددها المشرع تشجيعاً للدخار والنشاط الاقتصادي الوطني (المادتان ٤٥٥ و ٤٥٦). اما القانون المدني الاردني فقد ترك مسألة الفائدة لاحكام القوانين الخاصة دون ان ينص عليها كما ذهبت اليه التشريعات الاخرى كما نظم عقد القرض في المواد من (٦٣٦-٦٤٦) والزم المقترض برد مثل ما اقترض (م٦٦٤/١ مدني). الا ان قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الاردني اجاز الفائدة في الديون التجارية بنسبة ٦٪ (المادة ٢٦٣).

(٤٢) قال تعالى في سورة البقرة- آية رقم ٢٧٥ (الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه

الشیطان من المس ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا، وأحل الله البيع وحرم الربا).

وجاء في سورة البقرة قوله تعالى في الآية ٢٧٨ (وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين) وجاء في سورة البقرة آية رقم ٢٧٦ (يمحق الله الربا ويربي الصدقات) وقوله تعالى في الآية رقم ٢٧٥ (وأحل الله البيع وحرم الربا).

(٤٣) شرح فتح القدير لكمال الدين ابن الهمام- ط١- ح٥- مصر- ١٣١٦ هـ- ص٢٧٤.

(٤٤) د. اسماعيل غانم- مرجع سابق- ج٢ ص١٢٩.

المطلب الاول

انواع الفائدة القانونية

الفائدة التي يقرها القانون تكون على نوعين عادة وهما:

النوع الاول- فوائد تأخيرية يستحقها الدائن عن التأخير في تنفيذ الالتزام لان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود. ومحل الاداء من المدين هذا يكون ممكنا دائما منه ومصدره العقد (عقد القرض) او الارادة المنفردة او العمل غير المشروع او الفعل النافع او نص القانون كالفنقة الواجبة او اجرة الحضانة^(٤٥).

النوع الثاني- الفوائد التعويضية او الاستثمارية وهي الفوائد المستحقة مقابل ارتفاع المدين بمبلغ من النقود يترتب للدائن في ذمته ويكون العقد مصدره كالفوائد المستحقة على المقترض مقابل ارتفاعه بمبلغ النقود المقترضة وهذا ما ذهب اليه القوانين الخاصة في الاردن وكالوديع الذي يستحق الفائدة على رصيده في البنك عن ودیعة النقود الثابتة^(٤٦). وكذلك الحال في سندات القرض.

المطلب الثاني

شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

تتحقق مسؤولية المدين بوجه عام، ووفقا للقواعد العامة، عند وجود خطأ من جانب المدين يسبب ضرراً للدائن وقيام الرابطة السببية بينهما ووجود الاعذار طبقا للقانون المدني المصري والعراقي والاردني وعدم ضرورته في المشروع المدني العراقي ما لم يوجد نص او اتفاق على خلاف ذلك.

ففي مجال استحقاق الفائدة القانونية (التعويض القانوني) الذي هو جزء عن قيام المسؤولية يتوافر اركانها، فان الخطأ انما هو عن التأخر في تنفيذ المدين لالتزامه الممكن دائما وهو التزام بتحقيق غاية لا تبرأ ذمته ولا يعد موفياً لالتزامه الا اذا حقق الغاية المذكورة وبدلا

(٤٥) الاستاذ البكري- تنفيذ الالتزام- ص ١٧٩.

(٤٦) البكري- تنفيذ التزام- ص ١٧٩.

الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم- احكام الالتزام- ج ٢- ص ١٣٠ ويعترض الدكتور اسماعيل غانم (في ص ١٢٨ الهامش رقم ١) على المصطلح الذي يستخدمه الاستاذ السنهوري وهو (الفوائد التعويضية) ويفضل مصطلح (الفوائد العوضية).

من ايراد ركن الخطأ يذكر عادة الشرط الاول لقيام المسؤولية وتحقق الفائدة هو (شرط التأخر عن الوفاء) وهذا التأخر هو اخلال بالالتزام^(٤٧). ولا يحكم بالفائدة القانونية على الغرامات التأخيرية لأن الفائدة القانونية والغرامات التأخيرية هما تعويض عن ضرر ولا يجوز الحكم بنوعين من التعويض للدائن في آن واحد.

اما عن الضرر ورابطة السببية فقد نص المشرع المصري على ذلك في المادة ٢٢٨ وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (١٧٣) التي جاء فيها ما يلي: "١- لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت او اتفاقية ان يثبت الدائن ان ضررا لحقه من هذا التأخير. ٢- ويجوز للدائن ان يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية او الاتفاقية اذا ثبت ان الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه او بخطأ جسيم. ٣- اما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع بخطأه فللمحكمة ان تخفض الفوائد قانونية كانت او اتفاقية او لا تقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

ومن الجدير بالذكر ان مجرد تأخر المدين عن الوفاء بتنفيذ الالتزام غير كاف وانما يلزم مطالبة الدائن بالفائدة المقررة قانونا امام القضاء. كما يجوز تخطي الفائدة المحددة قانونا بأكثر من حدودها في حالتين نص عليهما القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ في المادة ١٧٣ والمادة ١٧٥ كما لو تسبب المدين بغشه او خطئه الجسيم في الحاق ضرر بالدائن يجاوز في مقداره الفوائد المستحقة للدائن ان يطالب بتعويض تكميلي والحالة الثانية هي الحالات التي يسمح بها العرف التجاري.

(٤٧) ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية (٨٩/١٦٠) الى ما يلي: (لا يخالف شروط التعاقد اضافة

١٠٪ على رصيد الدين عن الفوائد والعمولات والمصاريف). وفي قضية اخرى: (يتفق والاصول المدنية

الحكم بالفائدة من تاريخ المطالبة او من تاريخ اقامة الدعوى) وفي قضية اخرى: (يحكم للدائن بالفائدة القانونية من تاريخ اقامة الدعوى وحتى السداد عملا بالاصول المدنية).

مجلة نقابة المحامين- السنة ٣٨- ١٩٩٠- ص ٢١٦١ ص ٢٢٥ ص ٢٣٠ ع ٤.

ويقابلها ما نصت عليه المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي جاء فيها ما يلي:

"١- اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".
لقد كانت المادة ٢٣٤ من القانون المدني المصري بمثابة الاصل العام لجميع النصوص المدنية سالفة الذكر حيث ان اموال المدين هي الضمان العام للدائنين بمعنى انهم ينفذون بحقوقهم عليه، لا يتقدم فيه احد منهم على غيره بل يتساوى جميع الدائنين فيه بخلاف التأمين الخاص كالرهن التأميني، اذ يخول عقد الرهن للدائن المرتهن اولوية في استيفاء الدين لما له من حق الرهن على المرهون قبل غيره من الدائنين المرتهنين التساليين له في المرتبة والدائنين العاديين.

الوسائل التنفيذية التي للدائن ان يستخدمها للمحافظة على حقوقه

اذا كانت الذمة المالية LA Patrimoine هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية وانها تتكون من جانبيين، جانب ايجابي هي (مجموع ما للشخص من حقوق مالية) وآخر سلبي هي (مجموع التزامات الشخص المالية)^(١)، فان من مصلحة الدائنين ان تظل ذمة مدينتهم مليئة لضمان استيفاء حقوقهم وان يتخذوا من الوسائل اللازمة التي تكفل لهم الحصول على حقوقهم وهي على انواع^(٢):

(١) الدكتور حسن كبيرة- المدخل الى القانون- ط٥- منشأة المعارف بالاسكندرية- ١٩٧٤- ص٤٩٩.
انظر في نقد الذمة المالية ونقيها عموماً رسالة الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم (الذمة المالية) باريس ١٩٥١ والعرض عليها في مؤلفه النظرية العامة للحق- ط٣- ١٩٦٦ ص١١٥- ١٣٦.
(٢) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ج٢- ص٥٩ وما بعدها.
الدكتور عبدالمنعم الصدة- مبادئ القانون- دار النهضة العربية- بيروت- ١٩٧٧ ص٤٤٢- ٤٤٣.
الدكتور انور سلطان- المبادئ القانونية العامة- ص٣٥٤- ٣٥٥.
محمد طه البشير- الوجيز في الحقوق العينية التبعية- بغداد- ط٢- ١٩٧١- ص٨.
المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ص٢٨٠ وما بعدها.
المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ص٤٠٣ وما بعدها.
الدكتور اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢- ص١٤٥- ١٤٦.

الفصل الثالث

ضمانات تنفيذ الالتزام

نصت المادة ٣٦٥ من القانون المدني الاردني وتحت نطاق الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ على ما يلي:

"مع مراعاة احكام القانون، اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان"، واصل النص يرجع المادة ٢٦٠ من القانون المدني العراقي، حيث ان من المبادئ الاصلية في القانون المدني ولفقه الاسلامي ان اموال المدين تعتبر ضماناً عاماً لدائنيه جميعاً بمعنى ان للدائن ان يستوفي حقه من أي مال من اموال المدين مع ملاحظة تقدم من له حق التقدم قانوناً.

وقبل التعرض الى النظم القانونية التي تكفل حق الدائنين في التنفيذ في القانون المدني العراقي، لا بد من القول بأن المشروع المدني العراقي خصص الفصل الثاني من الباب الثاني لضمانات التنفيذ وعالجها في المواد (٤٨٦-٥٤٥) فنص على القاعدة العامة في الضمان وعلى دعاوى الضمان (الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية) كما عالج العربون ضمن هذه الضمانات دون ان تجد توضيحاً لذلك في المذكرة المقارنة او في الاسباب الموجبة او في المذكرة الايضاحية. ثم نص على الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس وعلى عقود الضمان والامتياز والاعسار والصلح. ولم ينص على حالة (الحجر على المدين المفلس) ولعل مرجع ذلك الدوافع الانسانية وقواعد العدالة التي توجب عدم المساس بالحرية الشخصية للمدين ولوجود وسائل اخرى افضل منها.

والواقع ان تشريعات مدنية وضعية متعددة نصت على هذه القاعدة العامة في الضمان العامgage commun للدائنين فالمادة ٢٣٤ من القانون المدني المصري والمادة ١٨٨ من القانون المدني الجزائري والمادة ٣٦٥ من القانون المدني الاردني نصت على ضمان حقوق الدائنين

النوع الاول- الطرق التحفظية

تستخدم هذه الوسيلة لغرض المحافظة على الذمة المالية للمدين كوضع اختام على اموال المدين لمنع من التصرف بها والتدخل بقسمة الاموال المشاعة او طرق يمارسها الدائنون للمحافظة على حق المدين خشية السقوط والضياع كالتدخل لقطع التقادم او لتسجيل حق الرهن الذي له على مال مملوك لمدينه قدم ضمانا للدين او غير ذلك.

النوع الثاني- الوسائل التنفيذية

وهذه الوسائل يمارسها الدائنون فتمكنهم من استحصال حقوقهم من ذمة المدين المالية مباشرة كالحجز على امواله وبيعها بالمزاد عند توفر سند تنفيذي باستثناء ما كان غير قابل للحجز ثم البيع وفقا لما اوضحه قانون التنفيذ (قانون الاجراءات المدنية) كالاشياء الضرورية اللازمة للمدين من الادوات الاستهلاكية او ادوات العمل على نحو ما نصت عليه المادة ٦٢ من قانون التنفيذ في العراق رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ التي تقابل ما نصت عليه المادة ٣٧٨ من قانون الاجراءات المدنية الجزائري.

فالمادة ٦٢ من قانون التنفيذ العراقي نصت على ما يلي:

"لا يجوز حجز او بيع الاموال المبينة ادناه لقاء الدين:

اولاً- اموال الدولة والقطاع الاشتراكي.

ثانياً- الاموال والاعيان الموقوفة وفقا صحيحا.

ثالثاً- ما يكفي لمعيشة المدين ومن يعيلهم من وارداته.

رابعاً- الاثاث المنزلية الضرورية للمدين مع افراد عائلته الا اذا كان الدين ناشئاً عن ثمنها.

خامساً- الآلات والادوات اللازمة للمدين لممارسة صناعته او مهنته ما لم يكن الدين ناشئاً عن ثمنها.

سادساً- المؤونة اللازمة لإعاشة المدين وافراد عائلته لمدة شهر.

سابعاً- الكتب الخاصة بمهنة المدين.

ثامناً- عدد وادوات المزارع والفلاح الخاصة بالزراعة والضرورية لممارسة عمله والبذور التي يدخرها لزرعها والسماذ المعد لاصلاح الارض والحيوانات المستخدمة في الزراعة وما يكفي لمعيشته مع عائلته من حاصلاته الارضية والمواد اللازمة لمعيشته لمدة شهر واحد.

تاسعاً- الاثمار والخضروات والمحصولات الارضية قبل ان تكون لها قيمة مادية.

عاشراً- ما زاد على الخمس من الراتب والمخصصات بما في ذلك مخصصات غلاء المعيشة التي يتقاضاها الموظف والعسكري ورجل الشرطة والعامل وذوي الرواتب التقاعدية، وكل من يتقاضى راتباً او اجوراً من الدولة^(٣).

حادي عشر- السفائح وسندات الامر وسائر الاوراق التجارية القابلة للتداول.

حثاني عشر- آثار المؤلف والصور والخرائط واللوحات الفنية الاخرى قبل طبعها. اما اذا كان الاثر معد لعرضه للبيع بحالته التي وضعها فيجوز حجزه.

ثالث عشر- العلامة الفارقة والعنوان التجاري وبراءة الاختراع والنموذج الصناعي.

رابع عشر- مسكن المدين او من كان يعيلهم بعد وفاته. ويعتبر بدل بيع المسكن او بدل استملاكه للمنفعة العامة بحكم المسكن كما تعتبر الحصة الشائعة من المسكن والارض المعدة لانشاء مسكن عليها بحكم المسكن ايضا، غير انه اذا كان المسكن مرهوناً او كان الدين ناشئاً عن ثمنه فيجوز حجزه لوفاء بدل الرهن او الثمن^(٤).

خامس عش- عقار المدين الذي يتعيش من وارداته التي لا تزيد على حاجته وحاجة من كان يعيلهم بعد وفاته. واذا كان العقار مرهوناً او كان الدين ناشئاً عن ثمنه فيجوز حجزه وبيعه لوفاء بدل الرهن او الثمن.

سادس عشر- العقار بالتخصيص الا تبعا للعقار الذي خصص له".

ومن المعلوم ان قانون الاجرائي الاردني اعطى الحق للدائن باختيار المال الذي يرغب التنفيذ عليه طبقاً لنص المادة ٤٣ من القانون المذكور وللدائن ايقاع الحجز على اكثر مما هو مستحق له لمواجهة الاحتمالات العديدة، ولا يجوز الحجز والتنفيذ على المال العام (المادة ٦٠) ولا العقارات بالتخصيص ولا اموال الدول الاجنبية ولا الحقوق المتعلقة بشخص المدين.

(٣) وفيما يخص حجز الرواتب والمخصصات التي نصت عليها المادة ٨٢ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، نشير الى تعديل المادة بقرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨٣ لسنة ١٩٨٨ المنشور في الوقائع العراقية بعدد ٣١٨٧ في ١/٢/١٩٨٨.

ومن الجدير بالذكر ان قانون الاجراء الاردني منع حجز ضروريات المدين الاساسية والاموال العامة واموال الدول الاجنبية والسفارات ولا رواتب الموظفين الا حسب نسبة معينة (٧٢م) وهي ثلث الراتب.

(٤) عدل النص بقرار رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٦ المنشور في الوقائع العراقية عدد ٣٠٨٢ في ٢٧ / ١ / ١٩٨٦.

النوع الثالث- وسائل وسط بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية^(٥)

القاعدة ان جميع اموال المدين ضامنة لالتزاماته وهذا الضمان العام يخول للدائن ان يراقب اموال المدين، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج، حتى يأمن على ضمانه من ان ينقصه غش المدين او تقصيره وهذه الطرق من مباحث القانون المدني لا من مباحث قانون المرافعات لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين. وهذه الوسائل سميت بهذا الاسم لأنها تمهد السبيل لحصول الدائن على حقه مستقبلاً وتستخدم بهدف التغلب على غش المدين وسوء نيته في الاضرار بالدائنين حين منحت هذه الوسائل للدائن ونظم القانون المدني طرق استخدامها ويمكن حصرها على النحو الآتي:

١- الدعوى غير المباشرة

٢- دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية)

٣- دعوى الصورية

٤- الحجر على المدين المفلس

٥- الحق في الحبس للضمان

وقبل الدخول في الموضوع، نشير الى ان الدعوى المباشرة قد اجازها للدائن صراحة لاقامتها على المدين باسم الدائن ولحسابه الخاص للحصول على حقه من ذمة المدين فيستقل وحده بنتيجتها لما تقتضيه قواعد العدالة كحق المؤجر في رفع الدعوى على المستأجر من الباطن لاستحصال ما بذمته من اجرة للمستأجر وحق العمال في اقامة الدعوى المباشرة على رب العمل للحصول على ما بذمته للمقاول وفقاً لما نصت عليه المادة ٥٦٥ من القانون المدني الجزائري والمادة ٨٨٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي جاء فيها ما يلي:

١- يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول، بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون

(٥) الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط في شرط القانون المدني- ج١٠ (التأمينات الشخصية والعينية)- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٧٠- ص٣.

الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٩٤ وما بعدها.

المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ص٤٠٤.

وانظر ما نصت عليه المادة ٣٦٥ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها ما يلي: "مع مراعاة احكام القانون، اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان".

مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل.

٢- ولهم في حالة توقيع الحجز من احدهم على ما تحت يد رب العمل او المقاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي او للمقاول الثاني وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة.

٣- وحقوق المقاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة، مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل".

ان الدائن يستأثر بنتائج الدعوى المباشرة Action direct التي يقيمها على مدين المدين ويصبح بمثابة دائن له امتياز على حق مدينه يتقدم قبل غيره من الدائنين لاستيفاء حقه، وهي خروج على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً الا في حق اطرافه فلا يتعدى اثره الى الغير^(٦). لأن الاصل ان اثر العقد نسبي من حيث الاشخاص لا يسري اثره الا بين من كان طرفاً فيه. لذلك يرى جانب من الفقه في فرنسا ومصر ان الدعوى المباشرة هي استثناء على القاعدة التي تقضي باقتصار العقد على طرفيه^(٧).

اما الاساس القانوني للدعوى المباشرة فيمكن القول انها ما تزال في طريق التطور فهناك حالات خاصة وردت في نصوص تشريعية متناثرة تنشيء هذه الدعوى وانها، كحقوق الامتياز، لا تتقرر الا بنص خاص، ويذكر الاستاذ الجليل السنهوري على انه لم توجد بعد قواعد عامة ترد اليها اذ ان النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم في دور التكوين ولم تبلغ غايتها في التطور، وعلى الرغم من تعدد الآراء المطروحة في تحديد الاساس القانوني للدعوى المباشرة الا ان الرأي الفقهي المجمع عليه في الوقت الحاضر، من مراحل تطور هذه النظرية، ان الدعوى المباشرة لا تثبت الا بنص تشريعي خاص ويكفي القول ان ليس هناك الى اليوم اصل ترد اليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الاصل دون حاجة الى النص^(٨).

لقد سنحت العديد من لفرص للقضاء العراقي لتطبيق الدعوى المباشرة سواء في ميدان التصرفات القانونية ام الوقائع المادية الضارة. ففي قرار لمحكمة التمييز ذهبت فيه الى ما يلي: (المقاول المقاول الحق بمطالبة رب العمل مباشرة بماله في ذمة المقاول الاول بشرط ان لا

(٦) الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٩٧٨- ٩٧٩.

(٧) انظر الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٩٧٩- ٩٨٠.

(٨) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٩٨٩- ٩٩٠.

وانظر الآراء الفقهية التي يشير اليها بالنسبة لمراحل تطور نظرية الدعوى المباشرة.

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

Action indirecte ou oblique

(دعوى استعمال حقوق المدين)

نصت المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي على هذه الدعوى حيث جاء فيها ما يلي: "ومع ذلك يجوز للدائنين ان يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه، ما عدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالاً تاماً" (١٢).

ان الفكرة الاساسية التي تقوم عليها هذه الدعوى هي وجود مصلحة مشروعة للدائن للمحافظة على حقوقه المالية من خلال المحافظة على الضمان العام الذي يتاثر باهمال المدين في المطالبة بحقوقه وتعد الاداة الفنية لتحقيق هذا الهدف هي فكرة النيابة القانونية (١٣)، ولهذا فان الدعوى غير المباشرة تستخدم من الدائن او الدائنين للتغلب على موقف سلبي من المدين ضار بالضمان العام (١٤).

اما عن سبب اطلاق تسمية (الدعوى غير المباشرة Action indirecte ou oblique) فهو عدم وجود رابطة او صلة مباشرة بين دائني المدين المهمل والمدينين للمدين وانما تنهض الرابطة غير المباشرة بينهم عن طريق المدين ولهذا تقام الدعوى باسم المدين ولصالحه. كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري يطلب فيها باسم مدينه (البائع) الزام المشتري بدفع الثمن او باقي

(12) Jean Carbonnier- Droit civil- les obligations- p.p. 228- 229.

Mazeaud (H. et, L. et, J) Lecons De Droit civil- Op. Cit. p.p. 838- 840.

قارن هذا النص مع ما ذهب اليه القانون المدني الكويتي في المادة (٣٠٨) التي جاء فيها ما يلي:

"١- لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء، ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية، الا ما كان منها متصلاً بشخصه او غير قابل للحجز، اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق او ان عدم استعماله اياها من شأنه ان يسبب اعساره او زيادة الاعسار. ٢- ولا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه اعذار هذا المدين ولكن اذا رفعت دعوى باسمه وجب ادخاله فيها والا كانت غير مقبولة".

(١٣) الاستاذ الدكتور السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٩٤٥.

الدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١٥٥.

(١٤) الدكتور انور سلطان- المرجع السابق- ص٣٥٥.

الدكتور محمد حسنين- المرجع السابق- ص٢٧٦.

الدكتور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١٥٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ص٦٢- ٦٣.

يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى (٩). وفي قرار آخر جاء فيه: (للمقاول الثاني مقاضاة رب العمل مباشرة بما له بذمة المقاول الاصلي على ان لا يزيد عما للمقاول الاصلي بذمة رب العمل وقت رفع الدعوى) (١٠).

الا ان القضاء العراقي مستقر على ان ضرورة موافقة رب العمل قبل تنازل المقاول عن بعض الاعمال لمقاول ثانوي وفي هذا السياق لا يستطيع المقاول الثانوي مقاضاة رب العمل مالم يكن الاخير قد وافق على التنازل عن العمل الى المقاول المذكور وتصبح مسؤولية العمل باكماله محصورة بالمقاول الاصلي (١١).

كما نشير بان اهم حالات الدعوى المباشرة في القانون العراقي والقانون المصري والقانون الاردني هي:

١- دعوى المؤجر على المستأجر من الباطن للحصول على الاجرة اذا اخل المستأجر الاصلي بعقد الايجار مع المؤجر.

٢- دعوى المقاول الثانوي والعمال على رب العمل فيما ينشأ لهم من حقوق بذمة المقاول الاصلي. فالمقاول الثانوي والعمال هم من الغير في العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الاصلي ولا ينصرف اليهم اثر العقد، واستثناء من هذا الاصل اجاز المشرع بنص خاص رفع الدعوى المباشرة على رب العمل لاستحصال مالهم بذمة المقاول في حدود ما للمقاول بذمة رب العمل.

٣- الدعوى المباشرة التي تقام على قواعد الوكالة التي نصت عليها المادة ٩٢٩ من القانون المدني العراقي في رجوع الموكل ونائب الوكيل كل منهما على الاخر.

٤- حالة رجوع المضرور مباشرة على شركة التأمين عند وقوع الحادث المؤمن منه بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي امنت المسؤول عن هذا الحادث.

(٩) رقم القرار ١٥٢٣ / ص٦٥ في ١٦ / ١١ / ٩٦٥ منشور في مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٦٣٨.

(١٠) رقم القرار ٧٤ / م / ١ / ٧٢ في ٢٢ / ٧ / ٩٧٢ منشور في مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٦٤٤.

(١١) رقم القرار / هيئة عامة اولى / ٧٤ في ١ / ٦ / ٩٧٤- مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص٦٤٧.

المطلب الاول

الاساس القانوني للدعوى غير المباشرة

يمكن القول ان الاساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى غير المباشرة ذات طبيعة مزدوجة فهي من ناحية تقوم على اساس (فكرة الضمان العام) اذ ان اموال المدين كلها ضامنة للوفاء بالديون التي على المدين عدا ما كان منها غير قابل للحجز او ما اتصل منها بشخصه خاصة. وهي من جهة ثانية تقوم على اساس (فكرة النيابة القانونية الخاصة).

والى هذا ذهب المشروع المدني العراقي (المادة ٤٨٧) والمادتين ٢٦٠ و ٢٦٢ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ والمادة ١٨٨ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢٣٦ من القانون المدني المصري والمادة ٣٦٧ من القانون المدني الاردني التي نقلت حرفيا عن المادة ٢٦١ من القانون العراقي.

فالاساس الذي تقوم عليه الدعوى غير المباشرة هي (النيابة القانونية الخاصة) قررنا النص القانوني الا انها جاءت لمصلحة الدائن او الدائنين اي لمصلحة النائب لا الاصيل. لان الاصل في النيابة ان تكون لمصلحة المنوب عنه مهما كان نوعها.

كأن تكون نيابة قانونية (كالولي والوصي والقيم) او نيابة مصدرها الاتفاق كالوكالة او نيابة مصدرها القضاء كالحارس القضائي. كما ان النيابة هنا ليست مطلقة بل هي محدودة بحدود الهدف الذي قررت من اجله وهو المحافظة على الضمان العام^(١٨).

ويقصد بالنيابة، حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل مع انصراف الاثر القانوني لهذه الارادة الى شخص الاصيل كما لو كانت الارادة قد صدرت منه هو، وقد نظمت مختلف القوانين المدنية العربية والاجنبية احكام النيابة ولم يغفلها فقهاء القانون المدني نظرا لاهميتها في الحياة العملية^(١٩).

الا انه يمكن القول بان مجال استعمال الدعوى غير المباشرة من الدائن للمحافظة على حقوق مدينه من اجل صيانة الضمان العام قليل من الناحية العملية بسبب وجود وسيلة افضل منها

(١٨) الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم- المرجع السابق- ص ١٤٩.

(١٩) الاستاذ الدكتور السنهوري- شرح القانون المدني- نظرية العقد- دار احياء التراث العربي- بيروت- ١٩٣٤- ص ٢٠٦- ٢٠٧.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص ٣٥- ٣٦.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ج ١- ص ٩٤- ٩٦.

الضمن او يطلب فسخ العقد (عقد البيع) لعدم وفاء المشتري بالثمن^(١٥). ولهذا، فان التسمية الواردة بان الدعوى (غير مباشرة) وصف صحيح لان الفائدة تعود على الدائن بطريق غير مباشر حينما يثبت حق المدين على ثمن ما باعه مثلا والحق في الثمن ليس الا عنصرا من عناصر الضمان العام^(١٦).

اما القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ فقد خصص المادتين ٢٦١ و ٢٦٢ للدعوى غير المباشرة فنص على اساسها القانوني وشروط اقامتها واحكامها. فقد جاء في المادة ٢٦١ والتي يقابلها في القانون المدني الاردني المادة ٣٦٦ ما يلي:

"يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة او ما كان منها غير قابل للحجز. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله في ذلك من شأنه ان يسبب اعساره او ان يزيد في هذا الاعسار. ولا يشترط اعدار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى". كما نصت المادة ٢٦٢ (مدني عراقي) على ما يلي: "يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائباً عن هذا المدين. وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه". ويقابلها المادة ٣٦٧ من القانون المدني الاردني^(١٧).

وفي ضوء ذلك لا بد من الوقوف على الاساس القانوني للدعوى غير المباشرة في القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي النافذ ثم التعرض لشروطها ومن ثم معرفة نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة وهو ما سنبينه في مطالب ثلاث على النحو التالي:

(١٥) د. منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ١٥٥- ١٥٦.

د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام- ج ٢ ١٩٦٧ ص ١٤٩.

د. بدر جاسم اليعقوب- ص ٣٥٧.

(١٦) د. اسماعيل غانم- ص ١٥٠- ١٥١.

د. بدر جاسم اليعقوب- اصول الالتزام في القانون الكويتي- ص ٣٥٨- ٣٥٩.

(١٧) نصت المادة ٣٦٧ على ما يلي:

"يعتبر الدائن نائباً عن مدينه في استعمال حقوقه وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل في اموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه".

هي (حجز ما للمدين لدى شخص ثالث)^(٢٠). حيث ينفرد الدائن في اخذ حقه دون مزاحمة من باقي الدائنين وقد عاجلت ذلك المواد (٧٥-٨١) من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ هذا الامر وكذلك قانون الاجراءات المدنية الجزائري (المواد ٣٥٥-٣٦٨) كما نص قانون الاجراء الاردني رقم ٣١ لسنة ١٩٥٢ على حجز نقود المدين التي في يد شخص ثالث اذ عالج المشرع هذا النوع من الحجز في الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون الاجراء وخصص المواد (٦٤-٧١).

المطلب الثاني

شروط اقامة الدعوى غير المباشرة

ان شروط اقامة هذه الدعوى يمكن معرفتها من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر، ويمكن القول انها تتوزع حسب طرفي العلاقة وهما (الدائن والمدين).

فالشروط الخاصة بالدائن تتمثل في ان تكون له مصلحة مشروعة في رفع الدعوى غير المباشرة والقاعدة تقضي في هذا المجال ان لا دعوى بلا مصلحة. كما يفترض ان يكون حق الدائن مؤكداً ثابتاً خالياً من النزاع حتى تنهض الاسباب الجدية لاقامتها درأ لمخاطر الاهمال الواقع من المدين بشأن الضمان العام. اما الشروط الخاصة بالمدين فهو شرط واحد يتمثل في ضرورة ادخاله طرفاً في الدعوى ولا يشترط توجيه الاعذار بانذاره طالما ان مجرد التقصير او الاهمال في المطالبة بحقوقه يشكل خطراً على الدائنين باعساره او الزيادة في اعساره فيكون ذلك كافياً لتحرك الدائن برفع هذه الدعوى نيابة عن مدينه، على ان عبء اثبات تقصير او اهمال المدين في المطالبة بحقوقه تقع على الدائن لانه هو المدعي^(٢١).

(٢٠) د. مفلح عواد القضاة- المرجع السابق- ص١٤٨ وما بعدها.

الدكتور آدم النداي والدكتور سعيد مبارك- شرح احكام قانون التنفيذ- ط١-١٩٨٤- ص١٦٥ وما بعدها.
الدكتور حسن علام- موجز القانون القضائي الجزائري- ج٢- ديوان المطبوعات الجامعية- بدون سنة نشر- ص١٠٩ وما بعدها.

(٢١) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص٩٤٥-٩٤٦.

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٢٧٨.

الدكتور عبدالمعمر فرج الصده- المرجع السابق- ص٢٤٠.

الدكتور انور سلطان- المرجع السابق- ص٣٥٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ج٢- ص٦٧ وما بعدها.

الدكتور منصور مصطفى منصور- ص١٥٦-١٥٧.

الدكتور اسماعيل غانم- ج٢- ص١٥٨-١٥٩.

ومن آثار هذه الدعوى هي حقوق المدين في التصرف بامواله حتى بعد نجاح الدائن بالتغلب على اهمال المدين وتجنب الاعسار ولهذا السبب يفضل الكثير لجوء الدائنين لوسيلة افضل من الدعوى غير المباشرة هي حجز ما للمدين عند الغير لو كانت شروط الحجز متوافرة، غير ان تصرف المدين بامواله بعد نجاح الدائنين في دعواهم يمكن الطعن به من طريق آخر اذا قامت شروط الطعن به وهو طريق الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف) على نحو ما سنبينه.

المطلب الثالث

نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة

على الرغم من جواز قيام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين ولصالحه حفاظاً على حقوقه التي تمثل الضمان العام للدائنين على نحو ما تقدم، الا ان مجال استعمالها محدد في بعض المجالات دون غيرها. فهناك من الحقوق لا يستطيع الدائن ان يتدخل بها لاعتبارات اوضحها المشرع في المادة ٤٨٧ من المشروع المدني والمادة (٢٦١) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ والمادة ١٨٩ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢٣٧ من القانون المدني المصري والمادة ٣٦٦ من القانون المدني الاردني^(٢٢). فالاصل العام ان لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل جميع حقوق المدين، منها حقه في قطع التقادم وحق المدين في تسجيل قيد الرهن على عقار مملوك لمدينه وغير ذلك، والاستثناء هو عدم جواز استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة وما كان منها غير قابل للحجز. ويمكن القول ان ما يخرج من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة ما يلي:

اولاً- الرخص. لان الرخصة حق متروك استعماله او عدم استعماله الى مطلق تقدير الشخص ومحض رغبته الذاتية الا انها لا تمثل (قيمة مالية) كحق الشخص في قبول صفقة رابحة تعرض عليه وحقه في نشر مؤلفه فله نشره او عدم نشره وكذلك حق المدين في طلب الشفعة او عدم طلبها^(٢٣).

(٢٢) نصت المادة ٣٦٦ من القانون المدني الاردني على ما يلي: "١- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة او غير قابل للحجز. ٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله من شأنه ان يؤدي الى اعساره ويجب ادخال المدين في الدعوى".

(٢٣) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ج٢- ص٦٥.

الدكتور اسماعيل غانم- المرجع السابق- ص١٥٢-١٥٤.

المبحث الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية)^(٢٦)

Action Paulienne- Action revocatoire-L

لقد نظمت مختلف التشريعات المدنية الوضعية دعوى عدم نفاذ التصرف وانسبها البعض إلى الفقيه الروماني (بولص)، إلا أنه يبدو أن هذا الشخص ليس إلا شخصاً خيالياً لأنها كانت مجرد دعاوى متعددة ثم توحدت في عهد (جستنيان) فكانت صورة الطابع الجماعي فيها واحة لأنها كانت لا تعطي غلا لجماعة الدائنين د المدين المفلس^(٢٧).

فالقانون المدني الفرنسي نص على هذه الدعوى، فعرفها، وبين شروط إقامتها، وطبيعتها، والغاية منها، في المادة (١١٦٧).^(٢٨) (كما نص عليها مشروع القانون المدني العراقي الجديد في المادة ٤٨٨ من ضمانات التنفيذ^(٢٩)). والقانون المدني المصري في المواد (٢٣٧-٢٤٠) وعالجها القانون المدني الجزائري في المادتين ١٩١-١٩٢ وكذلك القانون المدني الاردني المواد (٣٧٠-٣٧٤) والمشروع العراقي في القاننون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المواد من (٢٦٣-٢٦٩) حيث جاء في المادة (٢٦٣) التي نصت على ما يلي:

(يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء و صدر من مدينة تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته

(26) Mazeaud (h. et. L. et. J)- Lecons De Droit Civt- Op- Cit. p.p. 852- 854

د. بدر جاسم اليعقوب- مرجع سابق- ص ٣٦٠ وما بعدها.

(٢٧) الأستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢ ص ٩٩٦- ٩٩٧ هامش رقم ١

الأستاذ الدكتور أسماعيل غانم- ج٢ ص ١٦٨ وما بعدها.

(28) Mazeaud (H. et. L.e. J)- Lecons De Droit Civil- Op- Cit.p.p 852- 853.

Jean Carbonnier- Op. Cil. P. 89, p. 228.

(٢٩) أولاً- لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، و صدر من مدينة تصرف ضاربه، أن يطلب من المحكمة بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان هذا أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره.

ثانياً- إذا كان تصرف المدين بعوض، فيشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، فيكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالمياً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر، ثالثاً- إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، حتى ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً).

ففي السماح للدائن بالتدخل واستعمال الرخص إنما هو تدخل غير صحيح في شؤون المدين الخاصة ويعد قيدياً على حرية المدين طالما ان استعمال او ترك الرخصة سوف لا يؤدي الياعسار المدين ولا الزيادة في اعساره. وهو اتجاه سليم تقره قواعد العدالة.

ثانياً- الدعاوى والحقوق غير المالية، ولا سيما تلك المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية. فلا يجوز للدائن ان يرفع نيابة عن مدينه دعوى الطلاق او دعوى انكار نسب او دعوى ابطال زواج او غير ذلك من القضايا التي لا تقوم بمال لانها من الامور الشخصية البحتة التي لا يجوز ان يتدخل بها الدائن حتى ولو كان في تدخله نفع يعود على الدائن^(٢٤).

ثالثاً- الحقوق المالية التي لم يجز القانون الحجز عليها. فهي تخرج عن نطاق الدعوى غير المباشرة وحينما منع القانون الحجز على بعض اموال المدين انما كان ذلك بدوافع واعتبارات قدرها المشرع وفضل بها مصلحة المدين واسرته وحمايتها من التشرذ والعوز وهي مصلحة تقدم على مصلحة الدائن. فالمدن الذي يعير ثلاثته وكتبه مثلاً لصديقه ويهمل المطالبة بها لا يحق للدائن رفع الدعوى غير المباشرة لاسترجاعها الى ذمة المدين لانها من الاموال غير القابلة للحجز وتخرج من الضمان العام.

رابعاً- الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين منعا من التدخل في خصوصيات المدين كحق المدين في طلب التعويض عن الضرر المعنوي^(٢٥). اذ ان طلب التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن الفعل الضار انما هو من الحقوق اللصيقة بشخص المدين له ان يطالب بالتعويض لجبر الضرر او ان لا يطالب به. بل قد يطالب بتعويض غير نقدي كشر اعتذار في صحيفة او يكتفي بتعويض رمزي.

الا انه اذا حدد مبلغ التعويض عن الضرر المعنوي بحكم قضائي او اتفاقي وصار ديناً محدداً في ذمة الفاعل، واهمل المدين في المطالبة بهذا التعويض، فانه يحق للدائن ان يرفع الدعوى غير المباشرة لان المدين اصبح له حقاً مالياً واضحاً معيناً وله ديناً في ذمة مرتكب الفعل الضار.

(٢٤) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- احكام الالتزام- ص ٦٥- ٦٦.

(٢٥) الدكتور سعدون العامري- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- ص ٦٩.

ولا يجوز للدائن اذا كان المدين قد اشترط اشتراطاً لمصلحة الغير ان يستعمل حق مدينه في نقض الاشتراط وان كان يجوز له الطعن في الاشتراط ذاته بالدعوى البوليصية ان توافرت شروطها.

د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢- ص ١٥٣.

وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية).

والاصل أن الشخص حر التصرف بأمواله بجميع أنواع التصرفات القانونية سواء تلك التي تعود عليه بالنفع أم بالضرر أم الدائرة بينهما طالما أنه كامل الأهلية وسليم في قواه العقلية غير محجور عليه أو لم يعلن إعساره أو إفلاسه، إذ أن تصرفاته تكون صحيحة في حقه وفي من يخلفه من الورثة (الخلف العام) وفي حق الخلف الخاص (كالمشتري والموصي له).

وحيث أنه ذمة المدين المالية هي المان العام للدائنين فمن الطبيعي أن تؤثر تصرفاته بأمواله على هذا الضمان فلو بادر على تصرف قانوني إيجابي كالبيع أو الإيجار أو الهبة وكان هذا التصرف القانوني يضر بحقوق الدائنين فغن بإمكانهم أن يقيموا الدعوى المذكورة لكي لا ينفذ تصرف المدين هذا في حق الدائنين وبالتالي لا يكون لتصرفه هذا أي أثر قانوني بالنسبة لهم^(٣٠).

إن هذا التكييف القانوني هو أفضل من إطلاق تسمية أخرى كانت تطلق على هذه الدعوى وهي (دعوى إبطال التصرفات)، لأن تصرف المدين يظل صحيحاً إذا كان مستوف لأركانه خالياً من العيوب غلا أنه لا يسري ولا اثر له بالنسبة للدائنين أي أن المال المتصرف به يعتبر كأنه ما زال باقياً في ذمة المدين بالنسبة للدائنين ويكون بإمكانهم اتخاذ الإجراءات القانونية في التنفيذ عليه كحجزة وطلب بيعه^(٣١). لذا فالدعوى البولصية هي الدعوى التي بها يستطيع الدائن أن يطعن في تصرفه بحقوقه صدر من مدينه طالباً عدم نفاذ هذا التصرف بحقه^(٣٢).

ولاشك أن المحكمة من النص على دعوى عدم نفاذ التصرف هي (دفع الغش) الذي يصدر

(٣٠) الاستاذ الدكتور السنهوري - الوسيط - ج ٢ ص ٩٩٦-٩٩٧.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم - أحكام الائتوام - ج ٢ ص ٧٩.

يذكر الدكتور اسماعيل غانم - ج ٢ ص ١٦٨ وإذا كان الأصل أن للمدين حرية التصرف وأن تصرفاته نافذة في حق دائنيه فإن هذه القاعدة لا تقبل على إطلاقها إذا ما كانت احواله المالية مطربة، فقد المدين على بيع بعض أمواله، يريد ذلك أبعادها عن منال دائنيه ويخفي ما يحصل عليه من ثمن وقد يحابي الغير على حساب دائنيه فيبيع بثمن بخس أو يهب).

(٣١) أنظر الدكتور محمد حسنين - الوجيز في نظرية الائتوام - ص ٢٨٠.

(٣٢) الدكتور عبدالمنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٤٥١.

من المدين في حق دائنيه ورفع الضرر عنهم الناشئ عن سوء نية المدين من خلال تبديد أمواله وزيادة العناصر السلبية في ذمته المالية^(*). ومع ذلك، فإن لإقامة هذه الدعوى شروط يلزم توافرها منها ما تتعلق بحق الدائن ومنها ما ترجع الى التصرف المطعون فيه، ويمكن ذكرها باختصار على مطلبين وهما:

المطلب الأول

الشروط التي ترجع الى حق الدائن.

من خلال النصوص المدنية سألنا الذكر يمكننا حصر أهم الشروط التي ترجع الى حق الدائن لكي يباشر بإجراءات رفع دعوى عدم نفاذ تصرف مدينه وهي:

الشرط الأول- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.

إن ضرورة توافر هذا الشرط يشكل الدعامة الساسية لإقامة دعوى عدم نفاذ التصرف من الدائن فإن لم يكن حقه مستحقاً تعذر عليه المباشرة بإجراءات الطعن بتصرف مدينه عن طريق رفع هذه الدعوى. وفي هذا تختلف دعوى عدم نفاذ التصرف عن الدعوى غير المباشر التي لا تشترط مثل هذا الشرط وإنما يكفي لرفعها أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع مؤكداً ثابتاً وله مصلحة مشروعة كما أن بإمكان الدائن أن يستعمل كل من الدعويين واحدة بعد الأخرى إلا أنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة^(٣٣).

والمقصود بالدائن ليس الدائن العادي فقط وغنما كل دائن مهما كانت صفته حتى ولو كان دائناً مرتهنناً له مان عيني خاص لحقه أو دائناً له حق امتياز خاص بنص القانون.

فالمدين الذي يرهن عقاره ضماناً لدين نشأ بذمته وكانت قيمة التأمين العيني (المرهون) ليست كافية لسداد دين الدائن ثم تصرف المدين بأموال أخرى تعود له بما يضر دائنيه ومنهم الدائن المرتهن، فغن بإمكانهم، أن يطعنوا بتصرفه، كما لا يجوز للمدين الراهن الإخلال

(*) وفي قرار لمحكمة تمييز العراق في هذا الخصوص جاء في المبدأ القانوني ما يلي.

(إذا باع المدين ما له لشخص آخر وحكم لدائنه بعدم نفاذ التصرف بحقه وإبطال معاملة البيع فذلك يجب أن يقتصر على عدم نفاذ التصرف بحق الدائن دون الحكم بإبطال البيع ذاته القائم بين طرفيه والمنتج لكل إثارة بما لا يتعارض مع عدم نفاذ التصرف).

(٣٣) الاستاذ السنهوري - الوسيط - ج ٢ ص ٩٩٨ وانظر الدكتور اسماعيل غانم - ج ٢ ص ١٧٠ و ١٧٩.

الدكتور عبدالمنعم فرج الصده - ص ٤٥١.

د. بدر جاسم اليعقوب - مرجع سابق - ص ٣٦١.

بالتزاماته التي يفرضها عقد الرهن كإهمال الموهون أو فصل بعض الأشياء عنه بإنقاص قيمته^(٣٤).

إلا أن المدين إذا ارتكب عملاً مادياً أدى إلى إعساره أو الزيادة في إعساره لا يجوز للدائنين الطعن بهذا العمل المادي كما لو ارتكب المدين فعلاً ضاراً وجب تعويض المضرور عنه فهو ينفذ بحق الدائن، لأن التعويض هو جزء عام عن قيام المسؤولية التقصيرية لتوافر أركانها واستحقاق المضرور للتعويض حتى وإن كان مفقراً لذمة المدين^(٣٥). ونظراً لعدم وجود الغش (نية الاضرار) في العمل المستحق للتعويض.

الشرط الثاني- أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه.

فإذا كان حق الدائن لاحقاً على التصرف القانوني الذي قام به المدين فلا يجوز للدائن أن يرفع هذه الدعوى^(٣٦).

الشرط الثالث- ان يكون للدائن مصلحة في الطعن بتصرف المدين وهو (شرط الضرر) أي أن يتضرر الدائن من تصرف المدين الذي يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره مما قد لا يتمكن الدائن من الحصول على حقه من ذمة المدين المالية^(٣٧). فإذا كان تصرف المدين لا يضر بالدائن اما لأنه كان تصرفاً بعوض يخلو من الغش أو لان ما تبقى من عناصر إيجابية في ذمته المالية تكفي لسداد ديون الدائنين، فلا يحق للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرف.

(٣٤) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ١٠١٥- ١٠١٦.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- أحكام الالتزام- ج٢- ص٨٥.

الدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١٦٣- ١٦٤.

ولابد من القول هنا أن المادة ٣٧٠ من القانون المدني الاردني نصت على ما يلي:

(إذا أحاط الدين حالاً أو مؤجلاً بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإن يمنع من التبرع تبرعاً لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه).

(٣٥) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١٠٠.

الدكتور عبدالمعتمد الصدة- ص٤٥٣.

(٣٦) الدكتور سليمان مرقص- شرح القانون المدني- ج٢ في الالتزامات- ص٦٦٨.

الدكتور بدر جاسم اليعقوب- مرجع سابق- ص٣٦٢.

(٣٧) الدكتور عبدالمعتمد الصدة- المرجع السابق- ص٤٥٣.

الدكتور سليمان مرقص- المرجع السابق- ص١٦٥.

الدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١٦٣.

الدكتور اسماعيل غانم- ج٢- ص١٨ (وانظر شرحه لنص المادة ٢٣٧ مصري).

هذا فوق أن القاعدة العامة في هذا المجال تقضي أن (لا دعوى بلا مصلحة) فلو انتفت المصلحة امتنعت الدعوى فلو كان حق الدائن مثلاً مضموناً (ضمان عيني أو شخصي) يكفل الوفاء بحقه كاملاً ما كان للدائن أن يرفع الدعوى^(*).

المطلب الثاني

الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه^(٣٨)

يقصد بالتصرف الصادر من المدين الذي يطعن فيه الدائن هو التصرف القانوني الواقع بإرادتين كالبيع والإيجار والهبة والكفالة والقرض والعمل القانوني الواقع بإرادة وادة كالوقف والإبراء من الدين وغيرها. والتصرف المطعون فيه قد يكون بعوض وقد لا يكون معاوضة وإنما عمل قانوني يتمثل في هبة المدين لأمواله. وعلى هذا نصت المادة ٢٦٤ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

١- إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم أم هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم ذلك.

٢- أما إذا كان التصرف تبرعاً^(**)، فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً.

٣- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم

(*) د. بدر جاسم يعقوب- مرجع سابق- ص٣٦٣- ٣٦٢.

ومن جهة أخرى فإن دعوى عدم نفاذ التصرف في دعوى تكميلية لا تعطي للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين، أي إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذي تصرف فيه إذ يجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد لكنه تجريد يختلف عما بالكفالة السنهوري- ج٣٣٢).

(٣٨) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢ ص١٠٠٨ وما بعده.

الدكتور بدر جاسم اليعقوب- مرجع سابق- ص٣٦٣.

(**) والصحيح أن يقول المشرع هبة لأن الهبات من المدين أخطر اشكال الأعمال التبرعية سواء أكانت بعوض (وحيثئذ تكون أمام عقد ملزم للجانبين) أم بدون عوض (عقد ملزم لجانب واحد) فالإعارة من الأعمال التبرعية لكنها لا تؤدي إلى تملك المستعير للمعار وليست خطرة على حقوق الدائن.

اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول وإن كان المدين قد تصرف له تبرعاً^(٣٩).

والتصرفات التي يقوم بها المدين معاوضة لا يمكن الطعن بها من الدائن إلا إذا كانت تنطوي على الغش. وذلك لأن المدين يأخذ العوض مقابلاً لما يعطي كالبيع والإيجار والمقاوله والتوريد وغيرها. ويراد بالغش أو التواطؤ Fraudis Conciliam الذي يصدر من المدين هو نية الإضرار أو سوء النية وقد ذهب جانب من الفقه المدني على تجميع جميع شروط إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف في شرط واحد هو (شرط الغش) وهو لا يتوفر في جانب المدين إلا إذا كان تصرفه مفقراً كأن يكون العوض الذي يستلمه أقل من الشيء الذي يعطيه كالبيع بثمن تافه أو افيجار ببديل رمزي مما قد يؤدي على إعساره أو الزيادة في إعساره وهذا العنصر النفسي لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر في نفاذ أو عدم نفاذ التصرف بحق الدائن^(٤٠).

والغش هذا المعنى يختلف عن التسديس الذي هو عيب من العيوب المؤثرة في صحة التعاقد، طبقاً للقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري، ويراد به الطرق الاحتيالية المصاحبة للتصرف القانوني لحمل المتقاعد على إنشاء العقد، بينما يتمثل الغش في العنصر النفسي القائم على التواطؤ من المدين وخلفه أضراراً بالدائن^(٤١).

كما يلاحظ أن مسألة إثبات وجود التواطؤ أو الغش إنما يقع على المدعي وهو الدائن وهو مسألة وقائع، واحياناً يمكن بسهولة إثبات الغش ونية الاضرار تلك كأن يقوم المدين بالإقرار بدين طبيعي عليه والوفاء به إضراراً بدائنية المستحقة ديونهم.

وإذا كانت بعض التشريعات المدنية، كالقانون المدني العراقي (المادة ٢٦٤) والقانون المدني المصري (المادة ٢٣٨) والقانون المدني الجزائري (المادة ١٩٢)، قد فرقت بين حالة التصرف

القانوني الصادر من المدين بعوض وبدون عوض، غلّا أن المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي اشترطت الغش في كل التصرفات القانونية تبرعاً كانت أم يعوض^(٤٢).

بناءً عليه فلو كان تصرف المدين بعوض مقترناً بالغش وكان من صدر له التصرف متواطئاً معه، كعمله بإعسار والعجز عن سداد الديون المستحقة للدائنين، سواء أكان عالماً به أم كان يفترض علمه بذلك، يتحقق شرط إقامة الدعوى من الدائن^(*).

في حين يكفي علم المتصرف له بالإعسار والعجز عن سداد المدين المتصرف بالديون المستحقة عليه دون الحاجة لوجود الغش إن كان التصرف القانوني منه تبرعاً لأن إثبات الضرر على الدائن أيسر عليه في هذه الحالة وبالتالي فلا ينفذ التصرف بحقه حتى ولو كان من صدر له التبرع حسن النية من أجل حماية حقوق الدائنين وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (المادة ٢/٢٦٣ مدني عراقي). ومثال ذلك، الإبراء من الدين الذي يقوم به المدين بإسقاط الدين الذي له في ذمة غيره أو الكفالة منه لدين ترتب بذمة غيره دون عوض.

ونشير بهذا الخصوص بأن الرأي السائد فقهاً وقانوناً في فرنسا ومصر والعراق بشأن التصرف القانوني المفقر للمدين هو العمل الذي يؤدي على خروج المال من ذمة المدين سواء أكان بمقابل أو بدون مقابل أي أن التصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التوامته^(٤٣).

بناءً عليه فإن التصرف القانوني الذي يقوم به المدين يجب أن يكون ضاراً بالدائنين ومفقراً لذمة المدين المالية حتى يباشر الدائن دعوى عدم نفاذ التصرف بحقه، فلو كان التصرف القانوني ضاراً بالدائن وليس مفقراً لذمة المدين المالية فلا يحق للدائن الطعن بعدم نفاذ تصرف المدين لعدم توافر الشروط كاملة لإقامة هذه الدعوى^(٤٤).

(42) Nean Carbonnier- Op. Cit. p. 228.

(*) غالباً ما يتحقق ذلك عند قيام المدين بتفضيل دائن على دائن اضراراً بالدائنين سواء بالوفاء أم بتوفير اسباب يجعل أحدهم يتقدم على الآخر وهو إخلال واح من المدين بمبدأ المساواة بين الدائنين يلحق بالدائنين الضرر لأنه يؤدي إلى انقاص نسبة ما يحصل عليه كل منهم عند اقتسام أموال المدين قسمة غرماً. ولتفضيل ذلك راجع: د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢- ص١٨٣- ١٨٤.

(٤٣) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢ ص١٠١٢- ١٠١٣. الدكتور محمد حسنين- ص٢٨١.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- أحكام الالتزام ص٨٦. الدكتور اسماعيل غانم- ج٢- ص١٧٠- ١٧١.

(٤٤) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢- ص١٠١٩. الدكتور اسماعيل غانم- ج٢- ص١٧١.

ويلاحظ هنا أن الاجماع الفقهي يذهب إلى أنه بالنسبة للمتبرع له لا يشترط الغش في جانبه، علماً أن أختلافاً بين القانونين المصري والفرنسي في حكم ذلك حيث ذهب المشرع المصري (المادة ١/٢٣٨) الى أن الغش قد يكون موجوداً حتى عند المتبرع له.

(٣٩) قارن ما نصت عليه المادة ٣٧١ من القانون المدني الاردني.

(٤٠) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١٠٣٤.

الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢ ص١٧٥.

الدكتور بدر جاسم اليعقوب- مرجع سابق- ص٣٦٢- ٣٦٣.

(٤١) الاستاذ السنهوري- ج٢ ص١٠٣٥.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- أحكام الالتزام- ج٢- ص٩١ ما بعدها.

Je Carbonnier- Op. Cit. p.p. 88- 89.

الدكتور اسماعيل غانم- في النظرية العامة للالتزام- ج٢ ص١٨١ هامش «إرجاع شرط اسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه إلى شرط الضرر لا إليشترط الغش، فيقول أن الغش ليس شرطاً للطعن في التبرعات في القانون المصري في حين أنه من المسلم به أن يكون حق الدائن سابقاً على قيام الدين بالتبرع (الهيئة) حتى يجوز له الطعن فيه».

المطلب الثالث

شروط ترجع الى المدين وخلفه

يتضح هذا الشرط من الفقرة (٣) للمادة ٢٦٤ من القانون المدني العراقي وكذلك من المادة ٤٨٩ من مشروع القانون المدني العراقي الجديد، إذ يشترط في المدين وخلفه شرط واحد هو الغش وبموجب هذه الفقرة يجب التمييز بين ما إذا كان تصرف المدين وخلفه من طبيعة واحدة وبين ما إذا اختلفت طبيعة تصرف المدين طبيعة تصرف خلفه.

بينما لا يلزم ذلك في حالة كون التصرف من المدين وخلفه تبرعاً لأن الغش هنا مفترض ولأن القاعدة الفقهية تقي بأن درء المفسد أولى من جلب المنفع.

أما عند اختلاف طبيعة التصرف بين المدين وخلفه كأن يكون تصرف المدين بعوض كما لو باع شيئاً وقام المشتري بهبته أو بالعكس وهنا يمكن إيراد القاعدة التالية هي أنه حيث يكون التصرف بعوض يجب إثبات الغش، وحيث يكون هبة لا يجب إثباته^(٤٦).

ومن الجدير بالذكر أن الدائن الذي ينجح في دعواه بعدم نفاذ التصرف فإن جميع الدائنين يستفيدون من تلك الدعوى لأنها تضمن حقوقهم بدعم العناصر الايجابية في ذمة المدين المالية وقد ذكرت المادة ٢٦٨ من القانون المدني العراقي حالة من التطبيقات الخاصة لدعوى عدم نفاذ التصرف الذي يتمثل في أن نية الاضرار من المدين قد تتجسد في تفضيل دائن على آخر أو في قيام المدين بالوفاء لأحد دائنيه قبل حلول الأجل فإن كان وفاء المدين المعسر هذا مضراً بباقي الدائنين فلا يسري بحقوقهم. وعلى هذا جاء في المادة ٣٧٣ من القانون المدني الاردني: (متى تقرر عدم نفاذ التصرف أستفاد من ذلك جميع الدائنين الذين يضارون به).

أما عند سقوط دعوى عدم نفاذ التصرف فقد نصت المادة ٣٧٤ من القانون المدني الاردني والتي تعود في اصلها الى ما قرره بنص المادة ٢٦٩ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

(لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد إنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه

(٤٦) الدكتور عبدالمجيد الحكيم- ج٢ (أحكام الالتزام)- ص ١٠٠، يشترط القانون الفرنسي طبقاً للرأي الفقهي في فرنسا أن يكون التصرف منطوياً على المدين سواء التصرف معوضة أم تبرعاً إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي لا يشترط الغش في التبرع أما بالنسبة للمتبرع له فالاجماع في الفقه الفرنسي يرى أنه يشترط الغش في جانبه.

أنظر: د. اسماعيل غانم- مرجع سابق- ص ١٧٦- ١٧٧ هامش رقم ٢.

ومن الأمثلة على ذلك إمتناع المدين عن قبول هبة لأن رفض الهبة من المدين رخصة تخرج عن نطاق الدعوى البولصية أو رفضه لقبول صفقة رابحة تسهم في تقوية ذمته المالية أو رفضه لإبراء دين ثابت بذمته لأن رفض الإبراء رخصة له ومسألة شخصية لا يحق للدائن التدخل بها باحتجائه على هذا الرفض وكذلك لو رفض عراً من امرأة ثرية للزوج لأن زواج المدين من الحقوق غير المالية لا يحق للدائنين التدخل فيه.

غذا يمكن القول بأن الشرط سالفة الذكر إذا توافرت فإن هناك نتائج متعددة تترتب على التصرف القانوني المطعون فيه يمكن تعدادها على النحو الآتي: (٤٥).

المجالات التي تخرج عن نطاق الدعوى البولصية :

١- أن الدائن لا يستطيع إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف إذا انصب التصرف على حق للمدين لا يعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية حتى وان كان التصرف ضاراً بالدائن ومفقراً للمدين فلا يجوز الاحتجاج على زواج المدين أو على رفضه لنشر كتابه لأنها حقوق غير قابلة لأن تكون محلاً للدعوى البولصية ولأنها من الحقوق اللصيقة بشخص الانسان. غير أن هذا لا يعني السكوت على تبيذير المدين وتبيديده لأموال بإسراف على حفله زواجه فحقوق الناس أولى من ترف المدين. ونعتقد أن هذا الاسراف دليل على نية الاضرار عند المدين.

٢- أن الدائن اذا حصل على دينه بذمة المدين على الدائن أن يترك السير في الدعوى.

٣- إذا باع المدين شيئاً عليه حق الرهن وكان الثمن جدياً فاستغرق الثمن دين الدائن المرتهن فلا يجوز للدائن الآخر أن يطعن بهذا التصرف ويحتج بعدم نفاذه بحقه.

لأن الضمان العيني هذا يرتب للدائن المرتهم حق التقدم قبل غيره من الدائنين استيفاء حقه من مال المدين المرهون.

٤- أن المدين اذا قام بالوفاء لأحد دائنيه المستحق دينه ولم يكن وفاء المدين بهذا الدين نتيجة تواطؤ من المدين فلا يجوز لبقية الدائنين الطعن بهذا الوفاء لأنه وفاء سليم غير مشوب بشبهة.

(٤٥) الاستاذ السنهوري- الوسيط- الجزء الثاني- ص ١٠٥٧ وما بعدها.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- أحكام الالتزام- ص ٨٨.

الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف)، وإلى هذا أتجه المشرع المدني الجزائري في المادة ١٩٧ بينما ذهب المشروع المدني العراقي الجديد في المادة (٤٩٥) على تقليص مدة التقادم على سنة واحدة بدلاً من ثلاث سنوات ولعل الهدف من ذلك تحقيق استقرار المعاملات وقطع دابر الدعاوى بتحديد الوقت الذي تسمع فيه الدعوى إذ جاء فيه ما يلي:

(تتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء سنة واحدة من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتتقادم في جميع الأحوال بانقضاء سبع سنوات من يوم صدور التصرف).

المطلب الرابع

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني.

إن أهمية الدعوى البولصية في الحياة العملية تبدو أكثر من الأهمية التي تحتلها الدعوى غير المباشرة وقد تسنى للقضاء العراقي والقضاء الاردني تطبيقها في أكثر من قية نذكر منها القضايا التالية:

١- (أن المادة ٢٦٣ من القانون المدني تقي بقبول دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون الحق المطالب به غير معلق على شرط أو مقروناً بأجل)^(٤٧).

٢- (الدائن أن يطلب عدم نفاذ تصرف مدينه بحقه إذا كان دينه مستحق الأداء وبيع المدين مطبوعة لأبيه مع علم الأب بعسر ولده وبأنه يقصد من البيع تهريب أمواله التي سبق أن اشتراها من الدائن نفسه ولم يدفع له ثمنها (المادة ٢٦٣ و٢٦٤ مدني)^(٤٨).

٣- (١) يشترط في دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون الدين مستحق الأداء قبل تاريخ التصرف المطعون فيه وأن يكون التصرف قد انقص من حقوق المدين وينطوي على تبرع أو غش يعلم به من صدر له التصرف.

٢- أن دعوى عدم نفاذ التصرف لا تؤدي على إبطال قيد الطابو بل يكتفي بتأشير الحكم في دائرة التسجيل العقاري بعدم نفاذ التصرف بحق المدعي فقط ويبقى عقد البيع قائماً بين

(٤٧) رقم القرار ٢٠/٢٩٥ عقار/١٩٧١ في ٧/١١/٩٧١- النشرة القضائية ١٩٧٣ ص ١٠٦ محكمة تمييز العراق).

(٤٨) رقم القرار ٣٠/٩٩٠/٣م/١٩٧٤ في ٣٠/٩/١٩٧٤- النشرة القضائية ١٩٧٤ ص ٥٢.

طرفيه منتجاً لآثاره بحقهما ولهما عند وفاة الدين للمدعي إسقاط حقه في التمسك بعدم نفاذ التصرف)^(٤٩).

٤- (يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بل صدور التصرف الضار من مدينه ٢٦٣ من القانون المدني)^(٥٠).

وقد وردت قرارات كثيرة حول عدم نفاذ التصرفات بحق الدائن فقد جاء مثلاً في القرار ٥٦٦/م. فنقول/ ٩٨٤ (أن دعوى عدم نفاذ تصرف المدين لا ترد غلا على تصرف صحيح قانوناً وليس على بيع خارجي باطل قانوناً)^(٥١). وفي قرار آخر: (يحق للزوجة أن تقيم دعوى نفاذ تصرف زوجها بهبة دار سكنه لوالدته، إذا كان رد طلبها بالسكن في دار الزوج بعد الطلاق بناء على نقل ملكية الدار الى والدته)^(٥٢).

ويتيح من القرار الأخير ثبوت الغش (نية الاضرار) من الزوج ضد زوجته المطلقة لأن التصرف لم يكن معالضة وإنما هبة).

اما القضاء الاردني فان هناك أحكاماً قضائية متعددة وجدت تخص هذه الدعوى وقد اصدرت محكمة التمييز في الاردن حكماً في القية المرقمة ٩١٤/٩٨٨ جاء فيه: (الدائنين اقامة دعوى عدم نفاذ تصرف المدين اذا احاط الدين بماله وان يطلبوا بيع ماله والمحاسبة في ثمنه) والى أن: (على المدين الذي ادعي عليه باحاطة الدين لأمواله أن يثبت ان مالاً يزيد على قيمة الديون)^(*).

(٤٩) رقم القرار ١٢/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٢ في ٩/١٢/١٩٧٢- النشرة القضائية ١٩٧٤ ص ٦٩.
(٥٠) رقم القرار ١٨١/ استثنائية/ ٨٦-٨٧ في ١١/٦/١٩٨٧ منشور في (المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز) قسم القانون المدني للقاى ابراهيم المشاهدي ص ٥٠٠.

(٥١) تاريخ القرار ٩/٧/٩٨٥ منشور في مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي ص ٤٩٩.

(٥٢) رقم القرار ٢٨٩٦/ شخصية/ ٩٨٥ في ٢٦/٦/٩٨٦- منشور في مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- ص ٤٩٩.

(*) مجلة نقابة المحامين الاردنية- ص ٣٨ ١٩٩٠ ص ١٧٧٦.

المبحث الثالث

دعوى الصورية Action en simulation

من الوسائل التي تحافظ على الضمان العام للدائنين وتقع في دائرة التصرفات القانونية المالية هي (دعوى الصورية) التي يلجأ إليها وصولاً على إخفاء حقيقة وضع مافي نطاق المعاملات المالية. كما قد تمتد الصورية الى تصرفات قانونية اخرى ليست مالية لتحقيق أغراض معينة كما في قضايا الأحوال الشخصية كالزواج أو الطلاق وغن كانت قليلة لكنها ليست مستحيلة الوقوع رغم ما تطلبه من جدية واستقرار. فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد الزواج والطلاق والعقاق). فمن شروط الحج في بعض الاقطار ان تكون المرأة بصحبة زوج أو أخ أو ولد وقد تضطر الى ابرام عقد زواج صوري لأغراض الحج في بيت الله الحرم وهو زواج صحيح ولا يطعن بصوريته لا سيما أن اركان وشروط العقد الموضوعية والشكلية قائمة كما قد لا يسمح للمرأة بالسفر لوحدها لغرض الدراسة الا اذا كانت متزوجة فتبرم عقد زواج صوري لتحقيق الغرض ثم إيقاع حل الرابطة الزوجية بعد سفرها لاجل الدراسة لتكون حرة. وهذه القيود مخالفة لحقوق الانسان.

ونشير في هذا السياق أن كثيراً من القوانين المدنية الوضعية لم تغفل النص على هذا الدعوى وإذا كانت هناك بعض القوانين أغلفت النص عليها صراحة لا لشيء سوى أن القواعد العامة تغني عن ذلك كما هو الحال في مصر قبل صدور القانون المدني عام ١٩٤٨ الذي اصبح نافذاً في ١٥/١٠/٩٤٩.

وتظهر أهمية دعوى الصورية من خلال المحافظة على المال العام للدائنين عندما يتصرف المدين تصرفاً غير جدي فيخرج في الظاهر لا في الواقع هذا المال من ذمته المالية حيث تكون للدائن مصلحة في إثبات صورية ذلك التصرف لاعتبار المال المذكور باقياً على ملك مدينة للتنفيذ عليه (*).

ويختلف الغرض من الصورية في التصرفات القانونية باختلاف الأحوال فقد يكون المقصود هو الاضرار بدائن البائع بحرمانه من التنفيذ على العين وقد يكون المقصود إظهار المشتري بمظهر الثراء تمكيناً له من مصاهرة أسرة كبيرة^(٥٣). أو قد يكون بهدف التهرب من الضريبة المستحقة للدولة على التركة أو على أموال الشخص ومن صور التهرب التي انتبه لها المشرع

العراقي هي حالة الزيادة اللاحقة على مبلغ المهر المثبت في عقود الزواج المسجلة لأن المبلغ المذكور ديناً في ذمة الزوج أو تركه تحسم من المبلغ الكلي قبل حساب الضريبة المستحقة للدولة (ضريبة التركات) فأصدر مجلس قيادة الثورة المقبور بتاريخ ٢١/٥/١٩٨٧ قراره المرقم ٣٥٢ الذي جاء فيه ما يلي:

١- إذا اتفق الزوجان على زيادة مبلغ المهر المثبت في عقود الزواج المسجلة فتنفرض على الزوجين ربية تعادل نصف مبلغ الزيادة في المهر.

٢- تعتبر محكمة الأحوال الشخصية التي لديها الاتفاق مسؤولة عن استبقاء مبلغ الضريبة وقيده إيراداً للخزينة).

وعلى رغم من الصعوبة في تحقيق الصورية في التصرفات القانونية المالية إذا كان العقد يلزم لقيامه الشكلية القانونية الكتابية إلا أن هذا لا يعني استحالته غير أن الطعن بصورية التصرف بعد التسجيل غير جائز قانوناً حفاظاً على استقرار المعاملات ودعم الثقة كالطعن بصورية التصرفات على العقارات أو المكائن أو السيارات أو غيرها بعد تسجيلها على نحو ما يستتبع لنا.

ولم يغفل القانون المدني الاردني النص على الصورية في التصرفات القانونية المالية، لا سيما في دائرة العقود، فقد جاء في المادة ١٤٧ التي وضعها المشرع العراقي من آثار العقد، ما يلي:

١- اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الفضلية الأولين). وعلى هذا الحكم نصت المادة ٣٦٨ من القانون المدني الاردني.

يعود اصل هذا النص لما نصت عليه المادة ٢٤٤ من القانون المدني المصري فلحكم واحد في القانونين، كما لم يغفل القانون المدني الفرنسي دعوى الصورية في العقود حيث أورد نصاً مقتضباً هي المادة ١٣٢١ وجاء فيها ما يلي: (العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما المتعاقدين، ولا يكون لها أثر ضد الغير^(٥٤)).

(54) Code Civil France- Paris- 1987. Art. 11321.

ويلاحظ أن القوانين المدنية الوضعية لم تستقر على موقف موحد في آثار الصورية القانونية المدني الماني=

(*) د. سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ج٢- في الالتزامات- ص٦٨٣.

(٥٣) د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢ ص١٦١.

كما نصت المادة ١٤٨ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم. ٢- وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته). وقد نصت المادة ٣٦٩ من القانون المدني الاردني ما يلي: (إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي).

يرجع أصل النص لما قرره المادة ٢٤٥ من القانون المدني المصري، فالحكم واحد بينهما من حيث المضمون إلا أن المشرع العراقي أضاف الفقرة (٢) التي لم ينص عليها المشرع المصري وحسناً فعل لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ولاشك أن الفرق الجوهرى بين الدعوى البولصية ودعوى الصورية يتلخص في أن الدائن في الأولى يطعن في تصرف قانوني جدي يقوم به المدين طالباً عدم نفاذه بحقه، في حين أنه في الثانية يطعن في تصرف المدين مثبتاً عدم جديته (صورته) أي مثبتاً أن المال محل التصرف لم ينتقل في الحقيقة إلى المتصرف إليه بل لا زال على ملك المدين^(٥٥).

إن المقصود بالصورية هو إخفاء الحقيقة وراء مظهر كاذب في نطاق التصرفات القانونية حيث يكون العقد هو الوسيلة التي بها يلجأ المدين الى تهرب أمواله عن متناول يد الدائنين، والجزاء الذي يرتبه القانون في مثل هذه الحالة اعتبار العقد الصوري (عقداً حقيقياً) في حق من أريد الاضرار به أو إعطاء الحق له في الطعن به واعتبار العقد المستتر هو العقد الحقيقي فإذا قام المدين ظاهراً ببيع عقاره واحتفظ (بورقه الضد) التي تكشف عن أن العقار لم يتم بيعه وهو لا يزال على ذمة المالك الأصلي فإن التصرف القانوني يسمى بالعقد الصوري^(٥٦).

إذا الفكرة الأساس التي تقوم عليها هذه الدعوى هي وجود نية الاضرار عند المدين والتي يثبتها الدائن بأعتبارها موجهة ضده وهو صاحب المصلحة الحقيقية من هذه الدعوى^(*).

والطعن الواقع من المدين يمكن أن يقع من الدائن حتى على تصرف قانوني وقع من المدين على عقار وتم تأشيريه في السجل العقاري ما دام انه يضربه ومثل هذا الطعن لم يكن ممكناً في ضوء المادة ١٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ تحقيقاً لاستقرار المعاملات حيث ورد في المادة المذكورة ما يلي:

(لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة طابو) وهو ما نصت عليه المادة (٥٩) من قانون الراضي والأموال غير المنقولة في الاردن. كما ذهبت محكمة التمييز في الاردن في القضية المرقمة (٨٥/٧٦٨) الى تأكيد هذا المبدأ حيث جاء في حكمها ما يلي: (أن ادعاء أحد طرفي العقد بصورية الثمن الوارد ف بالعقد الرسمي غير مسموع تجاه الغير)^(**).

وإذا كانت الدعوى الصورية قد نظمها المشرع المدني المصري في المادتين (٢٤٤ و ٢٤٥) والمشرع المدني الجزائري في (١٩٨ و ١٩٩) وخصص لها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ المواد (١٤٧-١٤٩) ضمن آثار العقد، فإن التشريعات المدنية لم تستقر على موقف موحد في أحكامها.

إن الصورية على النحو المتقدم على أنواع يمكن حصرها في اربعة انواع على الشكل التالي:

= الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق الا من شخصين يتعاملان معاً فالابراء من الدين وإنها علاقة قانونية قائمة من التصرفات القانونية التي تتم من جانب واحد فقد يكون هذا التصرف صورياً إذا اتفق الطرفان على أن الابراء لا يقع وان الدين يبقى رغم التصرف الصوري.

(*) ذهب كثير من الفقهاء في فرنسا الى أن دعوى الصورية لا تنفيذ سوى الدائن الذي رفعها ومن هؤلاء (بلانيسول وريسر وراوان) الا أن الرأي الذي ساد في الفقه المصري عكس ذلك إذ أن جميع الدائنين يستفيدون من الدعوى.

د. اسماعيل غانم- المرجع السابق- ص ١٩٣ هامش رقم (٢)

سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٦٨٥.

الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج ٢ ص ١٠٧٩.

(**) مجلة نقابة المحامين- من ٣٦ (١٩٨٨) ص ٢٨٢.

= مثلاً نص في المادة ١١٧ على سريان العقد الحقيقي في حق المتعاقدين وخلفهما وفي حق الغير، بينما ذهب قانون الالتزامات السويسري الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ في الفقرة الثانية من المادة ١٨ إلى حكم مخالف وهو سريان العقد الظاهر في حق الغير ونفاذه في حق المتعاقدين ومن يخلفهما.

(٥٥) نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٤٠ مجموعة ج ٣ ص ٢٨٥ رقم ٨١ مشار إليه في مؤلف الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم- ج ٢ ص ١٩١ كما يعرف الدكتور سليمان مرقس في شرح القانون المدني ج ٢- المرجع السابق- ص ٦٨٤ (الصورية هي التظاهر بأمر يخالف الواقع في جميع نواحيه أو بعضها على الأقل).

(٥٦) د. عبدالمجيد الحكيم- أحكام الالتزام ص ١٠٣. د. أنور سلطان- ص ٣٥٧.

د. عبدالمعتمد الصدة- ص ٣٥٦. د. محمد حسنين- ص ٢٨٧.

ولاحظ بأن العقد وان كان المجال الخصب للتصرفات الصورية إلا أن هذه الصورية يمكن أن ترد في مجال الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين لأن=

المطلب الأول

أنواع الصورية

النوع الأول- الصورية المطلقة simulation Absoeue

إن المقصود بالصورية المطلقة هو التصرف الذي يتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر وإنما تقتصر الورثة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له^(٥٧).

ومثال ذلك عقد البيع الذي يبرمه المدين مع آخر على البيع الظاهري إنما هو تصرف العام فيحتفظ المدين بورقة تسمى (ورقة الضد) التي تكشف حقيقة التصرف بينهما^(٥٨). فأعطى المشرع المدني العراقي والمشرع الاردني الحق الدائني المتعاقدين وللخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري إذا كانت نيتهم حسنة كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الحقيقي ويثبتوا وسائل صورية العقد الذي أضر بهم على نحو ما أوضحته المادة (١٤٧). والمادة ٣٦٨ من القانون المدني الاردني.

النوع الثاني- الصورية بطريق التستر Simulation par voie de deguisement

يتناول مثل هذا التصرف القانوني (نوع العقد) لا وجوده كالهبة في صورة بيع فالعقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي^(٥٩).

ومن الأمثلة التي ترد على الصورية بطريق التستر أيضاً الإعارة في صورة إجارة لخداع شخص ما كالدائن وكذلك الهبة الصادرة في مرض الموت التي يضيف عليها المريض صورة البيع دفعاً للطعن فيها^(٦٠). كما أن من الأمثلة الواضحة في هذا الميدان لا سيما في مجال زرع الأعضاء البشرية هي حالة الهبة للعضو البشري ظاهراً غير أن حقيقة التصرف القانوني

(٥٧) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١٠٧٤.

(٥٨) د. محمد حسنين- ص٢٨٨.

د. عبدالمنعم الصدة- ص٤٥٧.

د. عبدالمجيد- ص٤٠١.

(٥٩) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١٠٧٤- ١٠٧٥.

(٦٠) عبدالمجيد الحكيم- ص١٠٤.

د. محمد حسنين- ص٢٨٨.

د. عبدالمنعم الصدة- ص٤٥٧.

هو البيع فتناولت الصورية نوع العقد والسبب هو منع قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية في العراق رقم ٨٥ لسنة ٩٨٦ (المادة ٣) بيع الأعضاء البشرية. والى هذا ذهب المشرع الاردني في المادة (٤/ب) من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الانسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧.

النوع الثالث- الصورية الواردة على ركن من اركان العقد

Simulation par voie de contre- letter

ويطلق عليها التصرفات الصورية بطريق الضد لأنها ترد على أحد أركان العقد يكتب مثلاً في العقد ثمن أو أجره أكبر أو أقل من الثمن الفعلي أو الاجرة الحقيقية وصولاً إلى غرض معين كالتهرب من الضرائب والرسوم أو لغيرها من الأسباب ولهذا تسمى بـ (الصورية النسبية) تمييزاً لها عن الصورية المطلقة التي تنصب على وجود التصرف ذاته^(٦١).

وكذلك مثلاً إخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر كما وهب شخص لسيدة مالاً معيناً وذكر في سند الهبة أن سببها مجازاة الموهب لها عن خدمة مشروعة أدتها إليه ويكون السبب الحقيقي هو الرغبة في إقامة علاقة غير مشروعة وقد تقتصر الصورية على مجرد تغيير تاريخ العقد كما في حالة مرض الموت فيقدم التاريخ ليحمله سابقاً على بدء المرض أو الحجر^(*).

النوع الرابع- الصورية بطريق التوسط (الصورية النسبية المتعلقة بشخص المتعاقد)

interposition de personne-voie d Simulation par

وتناول هذه الصورية شخص احد المتعاقدين، كان يهب شخص لأخر مالاً ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له، فيوسط الواهب بينه وبين الموهب له الحقيقي شخصاً آخر تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها على الموهوب له، والغرض من الصورية بطريق التسخير التغلب على مانع قانوني^(٦٢). ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الصورية بطريق التسخير (التوسط) والاسم المستعار^(٦٣).

(٦١) الاستاذ السنهوري- ج٢ ص١٠٧٥.

د. عبدالمنعم الصدة- ص٤٥٦- ٤٥٧. د. محمد حسنين- ص٢٨٨. د. عبدالمجيد الحكيم- ص١٠٥.

(*) د. اسماعيل غانم- الرجوع السابق- ص١٩٥.

(٦٢) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١٠٧٥- ١٠٧٦. د. عبدالمجيد الحكيم- ص١٠٥.

(٦٣) د. عبدالمجيد الحكيم- في شرح القانون المدني العراقي- ج١- مصادر الالتزام- بغداد ١٩٦٩ ص١٠٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

آثار الصورية

أن تطبيق حكم الصورية على النحو المتقدم يصطدم بموضوعين مهمين في نطاق المعاملات المالية، الأول مبدأ سلطان الإرادة والثاني مبدأ استقرار المعاملات. حيث يقضي مبدأ سلطان الإرادة بنفاذ المستتر بين طرفي العقد ويقضي المبدأ الثاني الأخذ بالعقد الظاهر بالنسبة لغير المتعاقدين ويمكن بيان آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير.

أولاً- آثار الصورية بين المتعاقدين

تطبيقاً لمبدأ سلطان افرادة فإن العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفها العام هو العقد الحقيقي (العقد المستتر) لأنه هو الذي يعبر عن النية الحقيقية للطرفين فهو الذي يسري بينهما. وقد جاء في المادة ١٤٨ / أولاً من القانون المدني العراقي ما يلي:

١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم).

ويعود أصل النص إلى المادة ٢٤٥ مدني مصري.

وعلى هذا نصت كذلك المادة ١٩٩ من القانون المدني الجزائري، فالعقد الظاهر لا يكون له أثر بين المتعاقدين لأنه عقد صوري (٦٥).

وقد أورد القانوني العراقي لسنة ٩٥١ قيداً على هذا الأثر وأوجب أن يكون العقد الحقيقي مستوفياً لشروط صحته وإلا فلا يكون له أثر إن كان باطلاً وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ بينما لم ينص مشروع القانون المدني العراقي الجديد ولا القانون المدني الجزائري على ذلك تاركاً الأمر للقواعد العامة تأثيراً بموقف القانون المدني المصري وهو اتجاه سليم.

والمقصود بشروط الصحة ما يخص الأهلية وعيوب الرضا كالإكراه والغلط والتغريب مع الغبن والاستغلال فلا بد أن تكون أهلية المتعاقدين متوافرة وقت إبرام التصرف القانوني وأن

(٦٥) نصت المادة ٣٦٩ من القانون المدني الاردني ما يلي: (إذا ستر المتعاقدين عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي). والى هذا اتجه القضاء الاردني حيث ذهبت محكمة التمييز الاردنية في القضية المرقمة (٨٦/٦٤٠) ما يلي: (١- للعقد اقامة دعوى صورية العقد ويترتب على اثبات ذلك نفاذ العقد الحقيقي بين المتعاقدين).
مجلة نقابة المحامين- س ٣٧ ١٩٨٩ ص ١٦٨٩.

وهناك أمثله كثيرة من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ حول موضوع الصورية بطريق التسخير نذكر منها:

١- ما نصت عليه المادة ٥٨٩ بعدم جواز تصرف الوصي المنسوب أو القيم ان يبيع مال نفسه للمحجور ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً سواء كان في ذلك خير للمحجور أم لا.

٢- ما نصت عليه المادة ٥٩٥ (لا يجوز للحكام ولا للقاء ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ومساعدتهم، أن يشتروا لا باسمهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها).

٣- ما نصت عليه المادة ٥٩٦ مدني (لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء كان التعامل باسمائهم أو بأسماء مستعارة) وكذلك ما نصت عليه المادة ٤١ من قانون المحاماة في العراق رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل التي جاء فيها ما يأتي:

(يحظر على المحامي:

ثانياً- شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها في القضايا التي هو وكيل فيها

ثالثاً- التعامل مع موكله على أن تكون اتعابه حصة عينية من الحقوق العينية المتنازع عليها). كما نصت المادة ٣٧ من النظام الداخلي لنقابة المحامين لسنة ٩٦٦ في الاردن ما يلي: (يحظر على المحامي شراء القضايا والحقوق المتنازع عليها).

ولا تتحقق الصورية الا بتوافر الشروط الآتية:

١- أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع، احدهما عقد صوري (عقد ظاهر) وآخر عقد حقيقي- مستتر).

٢- أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.

٣- أن يكونا متعاصرين فيصدران معاً في وقت واحد.

يضاف إلى ذلك أن يكون حق الذائن غير متنازع فيه وأن تكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى وأضاف البعض شروطاً أخرى (٦٤).

(٦٤) عبدالمنعم الصدة- ص ٤٥٧ د. انور سلطان- ص ٣٥٧.
د. عبدالمجيد الحكيم- أحكام الالتزام- ١٠٦- ١٠٧.

بنشأ العقد المستتر دون إكراه ولا غلط أو تغير مع غبن أو استغلال لأن هذه العيوب إذا طرأت على التصرف تؤثر في صحته. وقد خصص القانون المدني الأدنى لعيوب الإرادة (الإكراه والغلط والتغير مع الغبن) المواد من (١٣٥-١٥٦) ولم ينص عيب الاستغلال،

ثانياً- آثار الصورية بالنسبة للغير^(٦٦)

يقصد بالغير في الصورية كل من لم يكن طرفاً في العقد خلفاً عاماً لأحد طرفية فيعتبر من الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص كذلك^(*).

فيجوز للغير أن يتمسك بالعقد المستتر (العقد الحقيقي) غذا كانت له مصلحة في ذلك فالغير كل شخص له مصلحة تتأثر سلباً ويجابياً بالعقد الصوري سواء أكان خلفاً خاصاً كالمشتري أو الموهوب له أم دائناً عادياً أم غير هؤلاء، حيث يحق لهم الطعن بصورية التصرف القانوني والتمسك بالعقد الصوري أو التمسك بالعقد الحقيقي بشرط توفر حسن النية، وإذا تعارضت المصالح وتمسك البعض بالعقد الظاهر والبعض الآخر بالعقد الصوري (الظاهر) تحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات في المجتمع وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣٦٩ من القانون المدني الأدنى والمادة ١٤٧ / ثانياً من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ فالشفيع له أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية الثمن المذكور في العقد وان الثمن الحقيقي أقل من الثمن الظاهري وأن التصرف هو بيع وليس هبة.

وفي حالة التصرفات القانونية الواقعة على العقار وتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري فإن المادة ١٤٩ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ لم تجز الطعن بالتصرف الصوري بعد تسجيله وأجاز مشروع القانون المدني الجديد ذلك على نحو ما بيناه والسبب في ذلك أن هناك أختلافاً فقهيّاً بشأن هذا الامر^(٦٧).

إن الصورية في التصرفات القانونية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات لأنها واقعة قانونية يمكن إثباتها بالكتابة أو الشهادة أو القرائن أو إقرار أو اليمين أو بطرق الإثبات الأخرى^(٦٨).

وقت ذهبت المحكمة التمييز على القول بأن (الصورية والمواضعة يجب أن تثبتا بينة قانونية معتبرة لا بمجرد القرائن والاستنساخ^(٦٩)).

ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفي التصرف أم من الغير لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها^(٧٠).

والخلاصة فإن الصورية على نوعين: مطلقة تتناول وجود العقد ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة وصورية نسبية وفيها يكون العقد سائراً لتصرف حقيقي يختلف عنه من حيث الطبيعة أو من حيث الشرط ولأركان أو من حيث شخصية أطرافه^(*).

ونضيف القول أن المكائن والمنشآت الصناعية الثابتة الأخرى التي يلزم تسجيلها لدى دوائر الزراعة والري كالمضخة الزراعية مثلاً أو تلك التي يوجب قانون كتاب العدول تسجيلها لدى كاتب العدل كالمكائن الصناعية والتجارية^(**). لا يمكن الطعن بصورية التصرفات لوادة عليها حفاظاً على استقرار المعاملات أولاً ولأن الموظف العام هو الذي يتولى إفراغ بيانات التصرف في سجل رسمي فلا يطعن بالصورية لاتحاد العلة مع التصرفات القانونية الواردة على العقار طبقاً للقانون العراقي النافذ.

والخلاصة فإن دعوى الصورية وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام حين ينجح الدائن برفع دعوى الصورية التي يطعن بتصرف مدنية ويترتب على الحكم بالصورية اعتبار المال المتصرف فيه لا يزال في ذمة المدين وبالتالي يدخل في المان العام فينفذ عليه الدائن^(***). وفي هذا حد من حرية المدين في التصرف بأمواله فإن نجح الدائن إثبات صورية التصرف استفاد من ذلك جميع دائني المتصرف.

(٦٩) رقم القبرار ٢٢٦/٣/٩٦٩ في ٢٧/١٢/١٩٦٩ قاء محكمة التمييز المجلد ٦/ ص٣١٤.

(٧٠) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١١٠٧.

(*) دز اسماعيل غانم- النظرية العامة للألتزام- ج٢ ص١٩٤.

(**) أنظر ما نصت عليه المادة الثانية من قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ٩٣٩ المعدل، كما صدر نظام تسجيل المكائن رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٢ المعمول به حالياً في العراق.

(***) د. منصور مصطفى منصور- المصادر غير الارادية للألتزام- محاربات مطبوعة على الآلة الطباعة- جامعة الكويت- ٨٠-٩٨١ ص١٧٥.

(٦٦) الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١٠٨٨ وما بعدها.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٢ ص٦٤٦.

(*) د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للألتزام- ج٢ ص٢٠٥.

(٦٧) تفصيل هذه الأراء انظر: الدكتور سعدون العامري- الوجيز في شرح العقود المساة- ج١ في البيع والايجار- ط٢ ١٩٧٠ ص١٠١ وما بعدها.

(٦٨) د. سعدون العامري- مبادئ أفتبات- بغداد- ط١- ص٢٩-٣٠.

الاستاذ السنهوري- ج٢- ص١١٠٨ وما بعدها.

المبحث الرابع

الحجر على المدين المعسر ونظام الإعسار المدني

نص القانون المدني الاردني على احكام الحجر على المدين المفلس في المواد من (٣٧٥-٣٨٦)، كما عالج المشرع العراقي احكام الحجر على المدين المعسر في المواد من (٢٧٠-٢٧٩) تحت عنوان (الحجر على المدين المفلس) فبين اسباب الحجر وشروطه ثم آثار الحكم بالحجر وأسلوب التخفيض من آثار الحجر ثم أخيراً انتهاء الحجر.

ولاشك أن الحجر على المدين من الوسائل التي تؤدي ضمان ما تتأدي به حقوق الدائنين وقد لوحظ على هذه النصوص أن المشرع العراقي استعمل تعبير (المدين المفلس) وهو غير صحيح لاختلاف نظام الإعسار المدني عن نظام الإفلاس التجاري ولهذا كان من اللازم استخدام عبارة (الحجر على المدين المعسر)^(٧١).

وحيث أن المشرع الاردني تآثر بالنصوص المدنية العراقية فقد تعرض غلى ذات النقد التي تعرض له القانون المدني العراقي.

ولا بد من الاشارة أن المشرع العراقي تعرض في مجال (صحة التعاقد) الى بعض احكام الحجر كذلك حيث أعتبر في المادة (٩٤) (الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم)^(٧٢). ودون حاجة لصدور قرار حكم بالحجر عليهم من أجل حماية أموالهم ورعاية لهم، كما نصت المادة (٩٥) على ما يلي: تحجر المحكمة على السفية وذو الغفلة ويعلن الحجر بالطريق المقررة، وأضاف في المادة (١٠٠) في نطاق بيان احكام الصغير المأذون بالتجارة ما يلي: (للولي أ يحجر الصغير المأذون ويظل الاذن، ولكن يجب أن يحجر عليه بعد ذلك وأن للمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير (المادة ١٠١).

إن هذه النصوص الواردة في القانون المدني العراقي والأردني بشأن الحجر على المدين المعسر تكشف صراحة عن الموقف الذي أخذ به تأثيراً بما توجهت إليه أغلب المذاهب الفقهية الاسلامية

(٧١) انظر ملاحظات في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ (التناسق الداخلي والتوافق الخارجي) المادة (٢٧٠) القيت في ندوة القانون المدني المنعقدة في كلية القانون بجامعة بغداد للفترة من ٢٧-٢٩ ديسمبر ١٩٨٨.

(٧٢) اقتبس المشرع الاردني هذا النص حرفياً ونص عليه في الفقرة (١) من المادة ١٢٧ من القانون المدني. كما ذهب القضاء الاردني (محكمة التمييز) بالنسبة لتحديد حالة المعتوه في القضية المرقمة (٩٦/٨٩) ما يلي: (ان العته من الاحوال التي تتعلق بتصرفات الشخص ويمكن اثباتها بجميع طرق الاثبات).

التي أجازت إيقاع الحجر على المدين وغل يده عن التصرف بماله حفاظاً على حقوق الدائنين فالحجر هو المنع من التصرف، غلا أن افمام ابو حنيفة (وبعض الفقهاء المسلمين) لم يجز الحجر على المدين وابي أيقاعه على الحر العاقل البالغ باستثناء (المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس) لتعلق مصالح الناس بمنع هؤلاء عن اعمالهم، كما أجاز إيقاع الحجر على (المجنون والصبي والرقيق)^(٧٣).

ولعل السبب في ذلك أن في الحجر على الحر العاقل البالغ إهداء لأدمية الانسان وان الضرر الواقع على المحجور عليه فيما عدا هؤلاء يكون أكبر من الضرر والخطر الذي يصيب الدائنين وأطلاقاً من جوانب تتحقق فيها الموازنة بين المصالح والحقوق.

وعلى صعيد مشروع القانون المدني العراقي الجديد فقد ذكرت الأسباب الموجبة له بأنه تضمنت نظاماً للإعسار المدني ليحل محل الإفلاس التجاري المعروف في قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ومحل احكام الحجر على المدين على اساس أن نظام الإعسار المدني يتسم بالبساطة والوضوح والتركيز واستبعاد قسوة نظام الإفلاس وتعقيده وامتهانه لكرامة المدين وعلى سبيل المثال لم يجز المشروع الجديد الحكم بإعسار الشخص المنفذ لمشروع من مشاريع خطط التنمية إلا بعد الحصول على موافقة الجهة المسؤولة عن تنفيذ ذلك المشروع ضمناً لإنجازه وأوجب أن يستمد تشغيل الوحدة الإنتاجية التي يملكها المدين المعسر غلى حين بيعها باعتبارها وحدة اقتصادية متكاملة كلما أمكن ذلك لاستمرار الإنتاج^(٧٤).

(٧٣) لسان العرب لأبن منظور- مجلد ٤ دار صادر بيروت لبنان ٩٥٥ ص ١٦٧ أحمد علي الخطيب- الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن- رسالة مقدمة الجامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية- القاهرة ١٩٦٤ ص ١٧-٦٩.

(٧٤) الأسباب الموجبة- ص ٢٢٧ ويلاحظ من جهة أخرى أن التشريعات الحديثة لم يتوحد موقفها من فكرة تنظيم الإعسار واختلف موقفها عن موقف التقنين المدني الفرنسي فبعض هذه التشريعات كما في ألمانيا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك لا تميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني فتجعل المدين المعسر، التاجر وغير التاجر. خاضعاً لنظام واحد هو نظام الإفلاس التجاري كما عرفت الإعسار المدني إلا أن القواعد واحدة وعيب النظام قساوته في المعاملات المدنية. بينما اتجه المشرع السويسري إلى تنظيم الإفلاس التجاري تاركاً الإعسار المدني دون تنظيم موكلها إلى إجراءات الحجر المعتادة مع وجود استثناءات من هذه القاعدة. بينما اتجه المشرع الاسباني الى التمييز بين نظام الإفلاس التجاري والإعسار المدني وإلى هذا اتجاه القانوني المدني العراقي والقانون المدني المصري.

راجع الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج ٢ ص ١٢٠٤ - ١٢٠٦ وانظر المواد (٤٥٦-٤٦٥) من قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ التي خصصها للإفلاس التقصيري الاحتمالي.

ومن الطبيعي أن النظام الإعسار المدني الذي يسري في مجال الديون المدنية يختلف عن نظام الإفلاس التجاري في الديون التجارية، هذا على الرغم أن الأساس لكل منهما واحد هو درء الضرر الذي قد يلحق الدائنين من تصرفات المدين، حيث يلزم صدور قرار قائي في الحجر أو الإفلاس بناء على طلب الدائنين أو الدائن.

إلا أن بينهما فروقاً متعددة منها أن الإفلاس التجاري لا يسري إلا على التجار فقط من الشركات والأشخاص الطبيعيين عند عدم كفاية أموال المدين لسداد ديون الدائنين وهو إجراء جماعي يهدف لتصفية أموال التاجر وتوزيعها عليهم تحقيقاً للمساواة بينهم كما أن نظام الإفلاس يمتد إلى أموال المدين وشخصه حيث تتأثر حقوق السياسية أيضاً^(٧٥).

أما الإعسار المدني فهو نظام فردي يقوم به الدائن ولا يستتبعه تصفية جماعية ولا يمتد إلى حقوقه الشخصية المهنية والسياسية حين يعجز عن سداد ديونه لأنه يشمل أموال المدين غير التاجر كما أن تصرفات المدين المعسر السابقة على الإعسار لا تتأثر بحكم الحجر.

ومن جهة أخرى فإن المادة ٣٣ من قانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ نصت على إلغاء قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته باستثناء الباب الخامس منه المتضمن أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه (المواد ٥٦٦-٧٩١) حين تنظيم أحكام الإعسار بقانون. ولدى رجوعنا الى المواد المذكورة في قانون التجارة الملغى تبين أن أحكام أشهر الإفلاس ما تزال تسري على التجار (من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين) الذين يتوقفون عن دفع ديونهم فيصدر حكم ينشئ حالة الإفلاس كما يجوز إشهار إفلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله العمل التجاري وهو في حالة توقف عن الدفع لديونه التجارية ويصح إشهار الإفلاس بناء على طلب التاجر أو أحد دائنيه أو أحد ورثته، كما حدد المشرع بقانون التجارة الملغى (الشخص الذي يديره التفليسة) في المواد من (٥٨٦-٥٩٩) ثم وضع المشرع آثار الإفلاس بالنسبة للمدين والدائن.

أما قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ فقد خصص للإفلاس المواد (٣١٦-٤٨٠)

(٧٥) يذكر الاستاذ السنهوري في الوسيط ج٢ ص١١٩٨-١٢٠٠

بأن الإفلاس التجاري يقوم على أسس ثلاثة هي الأساس الأول- جميع أموال المدين ضامته للوفاء بالتزاماته ويستأثر الدائن الذي له حق خاص فيتقدم على غيره كحق امتياز أو رهن.

الأساس الثاني- أن تغل يد المدين عن التصرف بأمواله.

الأساس الثالث- التصفية الجماعية لأموال المدين وانتقال حيازة وإدارة المال إلى سنديك يمثل الدائنين والمدين.

لأحكام الإفلاس كشهر الإفلاس وآثاره وإجراءاته وحلول قضايا التفليسة والحقوق التي يحتج بها على التفليسة.

ويلاحظ أن المادة (٢٧٠) من القانون المدني العراقي أوضحت أسباب الحجر على المدين المعسر بقولها: (المدين المفلس يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله بأسم غيره وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين لآخر حجرته المحكمة).

وهذا الحجر لا يقع إلا بناء على طلب الدائن وصدور قرار الحكم من محكمة البداية وهو قرار خطير لأن المدين بعد الحجر يكون بحكم ناقص الأهلية من حيث التصرفات القانونية التي يحق له القيام بها فالسفيه المحجور بقرار المحكمة المختصة طبقاً لنص المادة (٩٥) من القانون المدني حكمه حكم الصغير المميز.

ونعتقد بأن على المحكمة المختصة قبل قيامها بإصدار حكم الحجر على المدين أن تتحقق من جدية المخاطر على حقوق الدائن الذي طلب إيقاع الحجر وأن تدرس ظروف المدين العامة والخاصة وتثبت من موارد الحالية والمستقبلية وكل ظروف من شأنه أن يؤثر في حالته المالية من أجل أن يكون قرار محكمة البداية عادلاً وللمحكمة أن تمنحه المهلة القضائية (نظرة المسيرة) بالنسبة لديونه الحالية أو بمد آجال الديون المستحقة وفقاً لسلطة القاضي التقديرية.

والحجر على المدين في القانون المدني العراقي الأردني لا يمكن إيقاعه على المدين إلا وفقاً لشروط نصت عليها المادة (٢٧١) والمادتين ٣٧٦ و٣٧٧ من القانون المدني الاردني يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

١- قيام الدائن يرفع الدعوى أمام محكمة البداية المختصة فلا يقع الحجر إلا بناء على طلب يتقدم به الدائن. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٦ من القانون المدني الاردني.

٢- أن يكون المدين معسراً وعبء الإثبات يقع على الدائن في إثبات الإعسار لأنه البينه على المدعي. وهو ما نصت عليه المادة ٣٧٥ من القانون المدني الاردني.

٣- أن يستند طلب الدائن في إيقاع الحجر على المدين لأسباب معقولة.

٤- أن يصدر حكم من المحكمة بتوقيعه (المادة ٣٧٦/١ مدني اردني).

ولعل من أهم الآثار التربعة على صدور الحكم بالحجر على المدين المعسر هو حجر جميع أموال المدين عدا ما كان منها غير قابل للحجز وفقاً لما نصت عليه المادة (٦٢) من قانون

التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ووفقاً لما نصت عليه المادة (٦٠) من قانون الإجراء الاردني، وكذلك تعين حارس قضائي لإدارة وتصفية الأموال ويمكن أن يكون المدين نفسه هو الحارس على أمواله المحجور عليها إلا إذا أقتضت الضرورة غير ذلك (المادة ٣/٢٧١ مدني عراقي).

إن أهم أثر يترتب بعد صدور قرار الحجر هو غل يد المدين عن التصرف في أمواله تصرفاً أراً بدائية ويلزم المدين بعدم جواز الإقرار بدين جديد بعد الحجر ويطلان مثل هذا افقرار (المادة ٢٧٥ من القانون المدني العراقي). إلا أنه يجب تحديد نفقة للمدين المحجور ومن تلزمه النفقة= خلال فترة الحجر (المادة ٢٧٢ مدني عراقي).

والمدين المحجور يتعرض للعقوبة الجنائية إذا ارتكب جريمة تبديد الأموال التي تحت تصرفه والتي غلت يده عنها لتعليق حقوق الغير بها.

أما عن آجال الديون فإنها تسقط وتحل الديون مع خصم الفوائد عن الفترة التي سقطت فيها الآجال وفقاً لما نصت عليها المادة (٢٧٣) من القانون المدني العراقي والمادة ٣٨٠ من القانون المدني اردني. فإذا قام بالوفاء لأحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه (المادة ٢٧٤ مدني عراقي) لأن الوفاء للدائنين يكون بالتسوي ويقسم المبلغ الموفي به قسمة الغرماء. كما أن من آثار الحكم بالحجر على المدين أن لكل من الدائنين الحق في مباشرة كا واحد منهم برفع دعوى مستقلة لاستيفاء حقه مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين الآخرين.

ونسستدرك اقول هنا لنشير أن المشرع العراقي خصص المادتين ٢٧٦ و ٢٧٧ لموضوع (التخفيف من آثار الحجر على المدين) اذ يجوز للمدين المحجور بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون سواء أكان دائناً واحداً يمثل دينه هذه النسبة أم كان أكثر من دائن إذ العبرة ليس بالعدد وإنما بالمبلغ المترتب بذمة المدين، أن يبيع كل ماله أو بعضه على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه المستحقة بدمته فإذا لم يحصل الوفاء بين الدائنين على طريقة توزيع هذا الثمن تعين إبداعه صندوق المحكمة لتوزيعه وفقاً للإجراءات المقررة.

كما أجاز المشرع العراقي للمدين- بإذن المحكمة- التصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم (٢٧٧ مدني).

ومن البديهي أن الحجر لا يمكن أن يستمر دون تحديد للسقف الزمني، فالحجر ينتهي طبقاً للمادة ٢٧٨ من القانون المدني العراقي بحكم تصدره محكمة البداية بناء على طلب ذي شأن من الحالات الآتية:

١- إذا ثبت أن ديون المدين لا تزيد على أمواله.

٢- إذا قامت دائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من ديون لا تزيد على ما عنده من مال.

٣- إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر غلى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين وفي جميع أقساطها التي حلت.

٤- إذا انقضت ثلاثة سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجز حيث لا يجوز الاستمرار بحجر المدين إلى مدة ليست معلومة لأن هذا القرار يمس الأهلية.

بناء عليه فغن قرار الحجر إذا رفع عن المدين بقرار محكمة البداية فإن للمدين طبقاً لنص المادة ٢٧٩ من القانون المدني العراقي أن يحصل من دائرة التنفيذ على قرار برفع الحجز عن أمواله بسبب الحجر دون إخلال بما اتخذته كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده، كما أن المدين يسترد حقه في التصرف بأمواله بمجرد صدور القرار برفع الحجز من دائرة التنفيذ وأن الإجراءات المتخذة قبل رفع الحجر والحجز تكون صحيحة بالنسبة لأعمال الدائنين وإن آجال الديون تعود لحالتها الطبيعي وهذه الأحكام مقررة في القانون المدني المصري أيضاً^(٧٦).

وبلاحظ أن القانون المدني الجزائري خصص المواد (١٩٤-١٩٦) لما اسماه بـ (عدم المعارضة) في القانون المدني ولم يورد نظام الحجر صراحة بالنسبة للمدين المعسر.

خلاصة الأمر فإن الحجر على المدين الذي يستتبعه الحجز على أمواله ونظام الإعسار المدني يقصد به المحافظة على الضمان العام للدائنين وصيانة الذمة المالية للمدين وهو وسيلة وسط بين الإجراءات التخفظية والتنفيذية.

كما أن نظام الإفلاس التجاري يحقق مصلحة الدائنين بصورة كاملة إلا أنه أخطر من نظام الإعسار المدني على المدين لأن ما يترتب على إشهار إفلاس التاجر آثار متعددة تمتد لأمواله وشخصه، ومما يخص شخص التاجر هي سقوط الحقوق السياسية والمهنية (كالعضوية في غرفة التجارة وحظر ترشيحه للانتخابات وغيرها) فالحق في الترشيح للانتخابات المجلس الوطني أو مجلس النواب مثلاً من الحقوق السياسية هذا فلاً عن العقوبات الجنائية التي قد

(٧٦) راجع الدكتور اسماعيل غانم- النظرية العامة للألتزام- ج٢ ص٢٤٤- ٢٢٥.

يتعرض لها في حالتي الإفلاس بالتقصير والإفلاس بالتدليس وهو حكم مستقر في مصر
ايضا (٧٧).

المبحث الخامس

الحق في الحبس للضمان والدفع بعدم التنفيذ (٧٨)

الحق في الحبس للضمان في العقود الملزمة لجانب واحد كالعارية والوديعة بدون أجر أو في غيرها من العقود من الأنظمة القانونية المعروفة قديماً حيث نظمت في القانون الروماني واعتبرت أحكامه من المبادئ المهمة في نطاق المعاملات المالية يلجأ إليها الدائن للحصول على حقه، وفي حالات الالتزامات المتقابلة (العقود الملزمة للجانبين) هناك دفع بعدم التنفيذ وهو فرع عن الحق في الحبس محصور في العقود المذكورة ولهذا استقر كما من هذين المبدأين في التشريعات المدنية الاجنبية والعربية.

ولم يغفل الفقه الاسلامي مسألة الدفع بعدم تنفيذ العقد في شكله الخاص وفي صورته العامة التي يسمى فيها الحق في الحبس، فالدفع بعدم تنفيذ العقد ليس حلاً للرابطة العقدية وإنما هو وقف لتنفيذ العقد، وإذا كان كل من الفسخ والدفع بعدم التنفيذ يردان على العقود الملزمة للجانبين إلا أن الدفع بعدم تنفيذ أوسع نطاقاً من الفسخ لان له تطبيقات كثيرة في عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة وغيرها (٧٩).

وفي نطاق الحق في الحبس في عقد البيع مثلاً فإن الاحناف والمالكية أجازوا حبس المبيع حتى يستوفي البائع الثمن وان المشهور عن الإمام أحمد بن حنبل أن البائع لا يملك الحبس (٨٠).

والمقصود بفكرة الحق في الحبس أن للدائن أن يحبس شيئاً مملوكاً الى أن يوفي الأخير بالدين المتلأب بذمته، فالوديع الذي ينفق على الوديعة نفقات ضرورية أو نافعة له أن يحسبها ويمتنع عن ردها حتى يحصل على ما نشأ له من حق في ذمة مالكيها وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي كامل الثمن وللعامل أن يحبس الشيء المملوك لرب العمل حتى يحصل على الأجرة

(٧٨) للمزيد من التفاصيل حول الموضوع في القوانين المدنية الوضعية أنظر

الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢ ص١١٢

الدكتور عبدالمجيد الحكيم- ج٢ ص١١٦

الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ص٢٩٢

الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص٣٧٣-٣٧٤.

الدكتور اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢ ص٢٢٥.

لقد اطلق القانون المدني تسمية (حق الاحتباس) وخصص المواد من ٣٨٧-٣٩٢ لتفصيل أحكامه تأثيراً بالمذهب الحنفي.

(٧٩) الاستاذ الدكتور السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج٢ ص٢١٥ وما بعدها.

(٨٠) السنهوري- مصادر الحق- ج٦- هامش رقم ١ ص٢٣٥.

(٧٧) راجع د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ج٢ ص٢١٥.

وفي قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل خصص المشرع نصوصاً مستقلة لجرائم الإفلاس (المواد في ٤٦٨-٤٧٥) حيث اوضحت مثلاً المادة ٤٦٨ (المفلس بالتدليس) بأن التاجر الذي حكم نهائياً بإشهار إفلاسه في حالة إخفاء دفاتر التجارية مثلاً أو إتلافها أو إخفاء بعضاً من أمواله أو الاعتراف بديون صورية أو امتنع بسوء قصد عن تقديم ورقة أو إيضاح مطلوب منه كما يعاقب المفلس بالتدليس بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس مدة لا تقل عن سنتين كما نصت المادة ٤٦٩ على حالة (الإفلاس بالتقصير) كما لو كانت مصاريفه الشخصية باهظة أو أنقض أموالاً في القمار أو المضاربات أو غير ذلك.

لذلك فإن التاجر المفلس سواء في حالتي الإفلاس بالتدليس أو بالتقصير الجسيم تسقط عنه الحقوق السياسية فلا يكون مرشحاً ولا مرشحاً في الانتخابات لأنه غير موثوق به.

وانظر مانصت عليه الفقرة (٢) من المادة ٣٨٣ من القانون المدني الاردني وكذلك ما نصت المواد (٤٨٣-٤٤٢) من قانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ الصادر في المملكة الاردنية الهاشمية والتي خصص فيها المشرع الادني للإفلاس والغش إضراراً بالدائنين.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للحق في الحبس

تعددت الآراء بين فقهاء وشراح القانون المدني حول تحديد الطبيعة القانونية للحق في الحبس وللدفع بعدم تنفيذ العقد الملزم للجانبين. فالفقه الفرنسي يذهب إلى اعتباره (تأمين خاص مصدره القانون) ولهذا يدرس عادة ضمن التأمينات العينية، ويراه الفقهاء (مازو- Ma- zeaud) على أنه حق عيني ليس تاماً لأنه يمنح حق الأفضلية بصورة مباشرة. بينما يذهب آخرون إلى القول بأن ليس حقاً عينياً ولا ينتمي إلى التأمينات العينية لأن الدائن الحائس ليس له حق التقدم ولا حق التتبع، في حين يرى الاستاذ (جوسران) بأن الحق في الحبس لا يدخل في نطاق التأمينات الشخصية ولا في عداد التأمينات العينية، ويرى الاستاذ الجليل السنهوري بأن الحق في الحبس هو إجراء وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية فهو أقوى من الإجراءات التحفظية حيث يمهّد للتنفيذ على شئ المحجوز ولكنه أضعف من الإجراءات التنفيذية^(٨٢). لأن الحبس لوحدة لا يكفي للتنفيذ وإنما يجب اتخاذ إجراءات التنفيذ بالحجز والبيع بالمزاد العلني حتى يستوفي الدائن حقه، كما يرى البيع بأن ليس للدائن في حق الحبس (حق عيني) على المال المحبوس ولا حق التقدم ولا حق التتبع وإنما هو بمثابة (تأمين خاص) أعطاه المشرع لكل دائن يكون مديناً أعطاه

لمدينه أن يحبس الدين حتى يقوم المدين بالوفاء له^(٨٣)

ونعتقد أن التكييف القانوني للحق في الحبس للضمان هو دفع من الدائن يقوم على أساس قانوني تبرره قواعد العدالة وحسن النية وبداهة المنطق القانوني في أن يكون الدائن منصفاً

(٨٢) أظن تفصيل هذه الآراء من الفقه الفرنسي والعربي في المراجع التالية.

الاستاذ الجليل السنهوري- الوسيط ج٢ ص ١١٢٦- ١١٣٤.

(٨٣) د. محمد حسنين- مرجع سابق- ص ١١٦- ١١٧.

د. أنور سلطان- مرجع سابق ص ٣٥٧- ٣٥٨.

محمد طه البشير- الحقوق العينية التبعية- ص ٢٠٦.

على العكس من ذلك القانون المدني الاردني لعام ٩٧٦ (المادة ٣٩١) أن للحائس (حق يتقدم) على باقي الغرماء في استيفاء حقه وأطلق على هذا الحق تسمية (حق الاحتباس وهو عكس ما ذهب إلى القوانين المدنية المصري والعراق والجزائري.

٢-؟

إن الأحوال التي يكون فيها الشئ مملوكاً للدائن الحائس ليست سوى صوراً للدفع بعدم التنفيذ وليست =

ولشركة التأمين أن تحبس التعويض الذي للمتضرر إذا تقرر لها قانوناً حق الرجوع عليها حسب قانون التأمين الإلزامي رقم ٥٢ لسنة ٩٨٠ وتعديلاته الصادرة في العراق.

فالحبس وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيذ التزامه وهو وسيلة طبيعية تبرره قواعد العدالة وحسن النية فليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدي إليه ما التزم به قبل أن يوفي هو بدينه وهو ما اتجه إليه الفقه العربي والفرنسي^(٨١).

أما المشرع العراقي فقد قن الحق في الحبس للضمان في المواد من (٢٨٠-٢٨٤) باعتباره من الوسائل المؤدية الى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين بعد نشوء الالتزام فنصت المادة (٢٨٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي: (للبائع أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل أن يحبس الشئ الذي يعمل فيه على أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشئ أو لم يكن وذلك كله وفقاً للحكام التي قررها القانون ٢- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق). وقد عالج المشرع الجزائري هذا الموضوع المواد (٢٠٠-٢٠٢) ونص المشرع المصري على ذلك في المواد ٢٤٦-٢٤٨.

وبلاحظ على القانون المدني العراقي أنه جعل الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحبس (الفقرة ٢ من المادة ٢٨٠) متأثراً بالفقه الإسلامي، إلا أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغته للفقرة الأولى حين حصر الحق في الحبس بعقد البيع حين قال (١- للبائع ...) والحال أن ما اتجه إليه المشرع المصري في المادة (٢٤٦) هي الأفضل، لأنها جاءت شاملة وليست محصورة بالبيع حيث جاء فيها ما يلي:

لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا). وإلى هذا ذهب المادة ٣٨٧ من القانون المدني الاردني الذي تلافى الانتقادات الذي تعرض له المشرع العراقي. إن دراسة الحق في الحبس للضمان باعتباره من ضمانات تنفيذ الالتزام والإشارة للدفع بعدم التنفيذ باعتباره دفع يعتصم به الدائن إذا أخل المدين في تنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين لأنه موقف سلبي من الدائن للالتزامات المتبادلة التبادلية، يستوجب التعرف على الطبيعة القانونية للحق في الحبس وشروطه وآثاره ثم لكيفية انقضاء الحق في الحبس وهو ما سنبينه تباعاً في مطالب تالية.

(٨١) د. اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزامات- ج٢ ص ٢٢٦.

لنفسه مخرلاً بمبدأ المساواة بين الدائنين فيمتنع عن تنفيذ الالتزام الواجب عليه حتى يقوم المدين بتنفيذ ما بذمته^(٨٤). على أن هذا الحق للدائن يلزم أن تتوافر فيه بع الشروط كما ستتضح لنا. كما نضيف، بأن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري قد ذكرت يلي:

(صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ في التقنين الحالي (القانون المدني المصري السابق) بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل المان. وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس، وأصبح حقاً في الحبس وعلى هذا النحو خرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في التقنين الحالي (ق.م.م السابق) على سبيل الحصر إلى حيز المبادئ العامة وبذلك كف له عموم التطبيق في أحوال لا تنهاهي فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه في الحبس، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبباً به).

والخلاصة فإن موقف القوانين المدنية العربية ليس موحداً من التكييف القانوني للحق في الحبس تبعاً لاختلاف وتباين الاتجاهات الفقهية، وأن اغلب القوانين المدنية ذهبت إلى عدم منح الحابس حق التقدم أو حق الامتياز على المحبوس فيما عدا القانون المدني اللاردي الذي نص صراحة على هذا للحابس في المادة (٣٩١) مخالفاً بذلك الاتجاه الغالب سالف الذكر. ويعود السبب في اتخاذ القانون الاردني لهذا الموقف هو إقرار ماذهب إليه المذهب الحنفي لأن هذا الحكم مقرر في المذهب المذكور^(٨٥). وهو إن كان إخلالاً بمبدأ المساواة بين الدائنين إلا أنه إخلال تبروه قواعد العدالة والإنصاف وإلى هذا أتجه أيضاً المشروع الموحد لقانون المعاملات المالية الذي أعدته جامعة الدول العربية (لأمانة العامة).

=تطبيقاً للحق في الحبس بمعناه الدقيق.

ويعترض على هذا الرأي الدكتور اسماعيل غانم- ج٢ ص٢٢٧ هامش ١ قائل بأن هذا الرأي يتعارض في القانون المصري مع عموم نص المادة ١/٢٤٦ ومع إطراد المشرع على استعمال لفظ الحبس في المادة ٤٥٧ والمادة ٤٥٩.

(٨٤) مجموعة الأعمال التحضيرية- ج٢ ص٦٥١

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني الكويتي الذي تعرض في المادة ٣١٨ للحق في الحبس اتجه لوضع القاعدة العامة دون سرد للتطبيقات بينما اتجه قانون التجارة (المواد ٢٣٠-٢٣٢) لنفس مسلك القانون المدني العراقي الواردة في المادة (٢٨٠) المنتقد.

الذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي- من ٢٨٦-٢٨٧.

(٨٥) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني- ج١ ص٤٤٣.

ونعتقد بصواب موقف القانون المدني الاردني إلى الأخذ به، ونضيف أن عدم منح الدائن الحابس الأقلية في استيفاء حقه هو إخلال بقيم وجوهر العدالة وتدعو إلى حكم القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٨٣) التي نصت على ما يلي:

١- مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الدين شيء لا يعطيه حق امتياز عليه^(٨٦).

المطلب الثاني

شروط نشوء الحق في الحبس

الهدف الاساس من نشوء الحق في الحبس للدائن هو إجبار المدين أو حمله على تنفيذ التزامه ولهذا وجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ووجود شيء في يد الدائن والتزامه بأداء المحبوس. ويتضح هذا من نص المادة ٢٨٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي:

١- لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبباً به

٢- فاذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه سقط حق المدين فيه الامتناع عن أداء ما التزم به). ويقابلها ما نصت عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدني الاردني، الا أن المشرع الاردني لن ينص على ما يقابل الفقرة (٢) من المادة ٢٨٢ سالف الذكر وحسناً فعل مادام أن هذا متروك تقديره لإرادة الطرفين (الدائن والمدين) ولا داعي للنص عليه اذا ان القواعد العامة تفي بالغرض.

كما لايد من الاشارة الى أن محكمة التمييز الاردنية ذهبت في القضية المرقمة (٩٠/٣٠) الى الحكم بما يلي: (لكلا المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه المتقابل)^(٨٧).

بناء عليه فإن شروط الحق في الحبس يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

الشرط الأول- وجود دينين متقابلين

ومفاد الشرط هذا ان على الدائن الحابس التزام بأداء شيء، ففي عقد البيع يلتزم البائع بتسليم المبيع، ووجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين كما لو كان المشتري لم يسدد كامل الثمن فللدائن سواء أكان مالكا للمحبوس أم ليس مالكا له حبس يجوز للغاصب ولا

(٨٦) نفس الحكم وارد في القانون المدني المصري والسوري والكويتي والجزائري.

(٨٧) مجلة نقابة المحامين- س٣٩ (١٩٩١) ص١٤٨٤.

للسارق حبس المغصوب أو المسروق للحصول على حقه لأن فعل الغصب والسرقة من الأفعال الضارة التي توجب الرد وهو ما توجه إليه القانون المدني العراقي في المادة ٢٨١ التي جاء فيها: - يجوز لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو ناعفة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً إلا يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع).

بينما ذهب القانون المدني الاردني في المادة ٣٨٩ إلى أن:

(لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو ناعفة أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ما لم يتفق أو يقضي القانون بغير ذلك).

كما يلاحظ أن المشرع المصري نهج على هذا السياق في الفقرة (٢) من المادة ٢٤٦ وكذلك المشرع الجزائري في المادة ٢/٢٠٠ وان القضاء الفرنسي قرر حرمان الحائز سئ النية من الحق في الحبس ولم يتفق الفقه الفرنسي على موقف موحد بشأن ذلك منتقداً مسلك القضاء الفرنسي.

ولما كان الاصل أن جميع الاشياء المادية يجوز حبسها إلا هذا المبدأ ليس مطلقاً، إذ لا يجوز حبس الأموال العامة من الدائن الاستيفاء حقه على نحو ما تقدم ففي تعطيل لوظيفة المحبوس ولأن المال العام لا يجوز حجزه ولا يكسب بالتقادم وانه يتمتع بحماية دستورية ومدنية وجنائية. ونشير بهذه المناسبة أن الحبس لا يرد على الجسم البشري أو الجثة فقد اعلنت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها أن كل شخص يستطيع أن يتصرف بجثته، كما يستطيع أن يتصرف بأمواله كل ذلك دون أن تدخل الجثة في التجارة أو المعاملات حيث جاء هذا القرار في معرض قضية تتلخص وقائمه في رفض الحانوتي (القائم بعملية دفن الأموات) أن يسلم الجثة الأهل المتوفي ليقوموا بدفنه إلا بعد دفع أتعابه ممارساً بذلك الحق في الحبس وفاء لدينه إلا أن المحكمة اعتبرت هذا الحبس غير جائز لأن جسم الإنسان خارج عن المعاملات المالية واعتبرت عمل الحانوتي خطأً بوجب التعويض، كما صدر تشريع خاص في امريكا يحظر حبس الجثة وفاءً للديون (*).

وقد نصت المادة ٤١ من قانون المحاماة المصري رقم ٩٦ لسنة ٩٥٧ على عدم جواز قيام المحامي بحبس مستندات وأوراق موكله الأصلية لكي يستوفي ماله بدمه الموكل. ولدى

(*) أنظر تفصيل ذلك. د. حسام الدين الاهواي- المشاكل القانونية التي تشيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- مطبعة جامعة عين شمس ١٩٧٥ ص ١٦٠.

رجوعنا إلى قانون المحاماة في العراق رقم ١٧٣ لسنة ٩٦٥ المعدل وجدنا نص المادة ٥٣ التي نصت على عدم جواز حبس النقود التي حصلها المحامي لحساب الموكل واوجبت عليه ردها مع الأوراق والمستندات الأخرى وأضافت الفقرة (٢) من المادة المذكورة على جواز حبس المستندات الأصلية حتى يؤدي الموكل مصاريف استخراج صورها. وهو نص غير سليم من الناحيتين الموعية والشكلية وذلك لأن المصاريف المشار إليها زهيدة لا تستوجب الحبس ويبدو أن النص المصري أقل في هذا المجال.

ومن الغريب أن صحيفة الدستور الاردنية نشرت يوم ٩/١٠/٩٩١ خبراً جاء فيه إحدى المستشفيات الخاصة في العاصمة عمان رقت تسليم اربعة مواليد للوالدين مالم يتم تسديد فاتورة نفقات الولادة البالغة ٦ ستة آلاف دينار أردني. والحبس للمواليد وقع على أجسام بشرية خلافاً لكل الأعراف والقواعد والتقاليد الدينية والأخلاقية والقانونية، فالمستشفى الخاص وإن كان يهدف للريح إلا أنه يلزم أن لا يتجرد كلياً من الابعاد الإنسانية في الخدمات الطبية.

أما بالنسبة لقانون المحامين في الاردن رقم ١١ لسنة ٩٧٢ المعدل فقد نصت المادة ٥٠/٢ ما يليه:

٢- عند وجود اتفاق كتابي على الأتعاب يحق للمحامي حبس النقود والأوراق بما يعادل مطلوبة أما في حال عدم وجود اتفاق كتابي فيرفع الأمر على مجلس النقابة مع حق الوكيل بالاحتفاظ بما في حوزته نقود وأوراق وطلب الحجز على اية أموال للموكل نتيجة الفصل في النزاع حول الأتعاب.

الشروط الثاني - أن يكون هناك ارتباط بين الدينين فإن لم يكن هناك ارتباط بينهما فلا يجوز الحبس من الحابس كما أف فقهاء آخرون شروطاً أخرى^(٨٨).

وعلى هذا الأساس لا يجوز للبائع أن يحبس المبيع عنده إذا قبض كل الثمن من المشتري إلا أنه صار دائناً للمشتري بالتعوي عن الضرر لقيام الأخير بارتكاب (فعل ضار) كما لو دعس ابن البائع أو (أتلف ماله) لعدم وجود ارتباط بين الدينين.

ويكفي أن يوجد ارتباط بين الالتزامين لقيام هذا الشرط ولا يشترط أن يوجد علاقة سببية

(٨٨) أنظر الدكتور اسماعيل غانم- ج٢ ص ٢٢٦ نبذه (١٠٠) د. محمد حسنين- مرجع سابق- ص ٢٩٥.

بينهما يفرق كثير من الشراح في فرنسا بين نوعين من الارتباط وهما:

الارتباط القانوني أو المعنوي والارتباط الموضوعي أو المادي، فالأول يتحقق غذا كان التزامان يكوناً معاً علاقة تبادلية مصدرها العقد الملزم للجانبين فيتخذ الحق في الحبس صورة دفع بعدم التنفيذ أو أن مصدر العلاقة التبادلية يوجد لمناسبة انحلال عقد البطلان أو الفسخ أو لأي سبب آخر وهنا لا يتمثل الحق في الحبس في صورة دفع بعدم التنفيذ لأن العقد انحل وإنما نكون أمام تطبيق للحق في الحبس^(٨٩)، كما قد توجد العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد وقد لا يوجد عقد على الإطلاق ومن ذلك العلاقة التبادلية بين الفولي الذي يلتزم برد ما استولى عليه بسبب انفصاله^(٩٠).

أما عن الارتباط الموضوعي أو المادي فيتمثل في صورتين:

الأولى- أن الحائز أو الحابس انفق على الشيء مصروفات يحث له استردادها (المصروفات الضرورية والنافعة)^(٩١)، ونضيف حالة البناء والغرس على الأرض باعتبارها ليست نفقات كمالية أو تحسينية^(٩٢).

الثانية- إن الحائز أو الحابس أصابه من الشيء ضرر يستحق عنه تعويضاً، ولم ينص عليها المشرع المصري ولا القانون العراقي لأنها من القواعد العامة^(٩٣).

المطلب الثالث

آثار الحق في الحبس

تختلف آثار الحق في الحبس تبعاً لنوع المحبس فقد يكون الشيء المحبوس عيناً أو ديناً يلزم الآثار لكل نوع على النحو الآتي:

أولاً- حبس العين

إن حبس العين من الدائن يثير مشكلتين هما حقوق الحابس على الشيء المحبوس وواجبات الحابس خلال فترة الحبس لأن المحبوس قد يكون بحاجة للصيانة أو أنه سريع التلف أو غير

(٨٩) راجع الدكتور اسماعيل غانم- ج٢ ص ٢٣٧.

(٩٠) اسماعيل غانم- ج٢ ص ٢٣٨.

(٩١) اسماعيل غانم- ج٢- ٢٣٩.

(٩٢) أنظر ما يخص هذه النفقات في مؤلف الاستاذ السنهوري- الوسيط- ج٢ ص ١١٥٩.

(٩٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٤ ص ٦٧٣.

ذلك. فمن حقوق الحابس أن له حبس العين قبل المدين أو ورثته حتى يستوفي كامل حقوقه وهو حق لا يقبل التجزئية ولا يسقط إذا قام مالك العين بالوفاء الجزئي ولكن على الحابس بيع الشيء المحبوس إذا كان معرضاً للتلف بعد الإذن من المحكمة وعليه المحافظة على الشيء المحبوس وفقاً لمعيار الشخش المعتاد في القانون العراقي وعليه أن يقدم الحساب عن غلة المحبوس إن كان يدر غلة^(٩٤).

وتتضح الحقوق والواجبات للحق في الحبس من خلال صراحة نص المادة ٢٨٣ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

١- مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه.

٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء ويقدم حساباً عن غلته.

٣- وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التعيب، فللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه).

أما القانون المدني الاردني فقد نصت المادة ٣٩٠ منه ما يلي:

١- على من احتبس الشيء ان يحافظ عليه وان يقدم حساباً عن غلته.

٢- وله أن يستصدر اذناً من المحكمة ببيع الشيء المحتبس اذا كان يخشى عليه الهلاك او التعيب وذلك وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة وينتقل حق الاحتباس من الشيء الى ثمنه).

ثانياً- حبس الدين (الدفن بعدم تنفيذ العقد)^(٩٥)

تصعد تسمية الدفن بعدم التنفيذ باعتبار صورة من صور الخطأ العقدي للقانون المدني الفرنسي حيث توجد نصوص متفرقة في قانون نابليون لعام ١٨٠٤ وقوانين مدنية متعددة تطبق هذه القاعدة في عقد البيع وعقد الايجار وعقد المقاولة وعقد الوديعة وغيرها من العقود للجانبين فهذا الدفع موقف سلبي من الدائن واعتصام يتمسك به قبل خطأ المدين وعلى هذا الاعتصام نصت المادة ١٦١ من القانون المدني المصري والمادة ٣٢٠ من القانون المدني الالماني والمادة ٨٢ من قانون الالتزامات السويسري لعام ١٩٠٧ والمادة ١٦٤٠ من القانون المدني الايطالي وعالجة القانون المدني العراقي باعتباره من حالات الحق في الحبس الذي يرد تطبيقه

(٩٤) د. عبدالمجيد الحكيم- ج٢ ص ١٢٧- ١٢٨.

(٩٥) راجع الاستاذ السنهوري- النظرية العامة للالتزامات- (نظرية العقد) ص ٧٠٩ وما بعدها.

في العقود التبادلية، بينما يشمل الحق في الحبس للضمان حالات العقود الملزمة لجانب واحد وفي انحلال الرابطة العقدية بالفسخ أو الإبطال أو غيرها.

والقانون المدني العراقي تعرض في المادة ٢٨٠ للحق في الحبس على نحو ما بيناه وعالج المشروع الجديد في المادة ٥٠٠ الدفع بعدم التنفيذ حيث جاء ما يلي:

(يجوز لكل من المتعاقدين. في العقود الملزمة للجانبين، أن يحبس في يده المال الذي التزم بتسليمه أو برده حتى يستوفي ما هو مستحق له في ذمة المتعاقد الآخر).

ومن جهة ثانية فإن المادة الأولى من قانون التعديل الثاني لقانون التأمين الاتزامي من حوادث السيارات في العراق رقم ٥٢ لسنة ٩٨٠ الذي صدر في ٢٠/١/١٩٨٦ نصت على حبس الدين على النحو الآتي: (ثانياً- ١. للمؤمن حبس التعويض المقرر بالفقرة أولاً من هذه المادة عند تحقق إحدى حالات الرجوع المنصوص عليها في المادة الثامنة، ما لم يقدم المتضرر كفالة قانونية تقبلها المحكمة المختصة).

يتضح من ذلك أن شركة التأمين تحبس التعويض لديها وهو الدين إذا تحقق لها احدي حالات الرجوع على المضرور وهو دفع بعدم تنفيذ العقد في عقد التأمين وحالات الرجوع للشركة بما دفعته من تعويض نصت عليها المادة (٨) من القانون وهي:

١- إذا ثبت أن الوفاء الإصابتة البدنية أو الإضرار بالأموال قد حصل بفعل عمدي من المتضرر.

٢- إذا ثبت أن الضرر حصل من سارق أو غاصب للسيارة.

٣- إذا كانت سائق السيارة ليس حائزاً لإجازة السياقة أو إجازته مسحوبة.

٤- إذا تبين أن السائق كان فاقداً لإحدى شروط منحه الاجازة عند وقوع الحادث.

٥- إذا كان الضرر قد حصل من سائق سكران أو تحت مخدر.

٦- إذا تبين أن السيارة دخلت العراق بصورة غير مشروعة.

٧- إذا استعملت السيارة في غير الغر المبين في شهادة تسجيلها.

٨- إذا كانت الحمولة أو عدد الركاب أكثر من الوزن أو العدد المقرر أو الاستعمال السيارة وهي غير صالحة للاستعمال لانعدام شروط المتانه فيها.

اما قانون مراقبة اعمال التأمين في الاردن رقم ٣٠ لسنة ٩٨٤ فقد حدد حالات رجوع الشركة على المؤمن له او سائق المركبة في الحالات التالية الاسترداد ما دفعته من تعويض وهي:

١- إذا كان السائق المسبب للحادث غير مرخص لسياقة المركبة.

٢- إذا كان السائق المسبب للحادث في حالة سكر شديد او تحت تأثير مخدر.

٣- إذا وقع الحادث أثناء استعمال المركبة المسببة للحادث في غير الاغراض المرخص من اجلها أو استخدمت لاغراض مخالفة للقانون أو للنظام العام.

٤- إذا ارتكب السائق الحادث عمداً.

٥- اية مبالغ تدفعها الشركة للغير وتزيد عن حدود مسؤوليتها بموجب نظام التأمين بناء عليه

فإن المتضرر الذي يستحق التعويض من شركة التأمين لإصابته بحادث السيارة وهو

يقودها أثناء حالة سكر مثلاً يحبس التعويض (الدين) وفقاً لما بيناه لتحقيق حالة الرجوع

عليه من الشركة بما ستؤديه من تعويضات وهذا الحبس للدين هو دفع بعدم تنفيذ العقد.

وفي هذا السياق يذكر الاستاذ الجليل السنهوري بحق أن الدفع بعدم التنفيذ قد يستعمل

بسوء نية وبالتالي فلا محل للتمسك بهذه القاعدة فلو توافرت مثلاً شروط الدفع بعدم التنفيذ

فإن يجب استعماله وفقاً لمبدأ حسن النية إذا لا يجوز لطرف أن يتمسك بالدفع إذا كان هو

البادئ بعدم تنفيذ التزامه^(٩٦). أما شروط التمسك بهذه القاعدة فلا بد أولاً أن يكون العقد

ملزماً للجانبين لأن تقابل الالتزامات شرطاً أساسياً في هذه القاعدة لا سيما وان مفاد القاعدة

حق أحد المتعاقدين في التوقف عن التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ، والشروط الثاني

أن يكون الالتزام المقابل الذي يحتج المقابل بعدم تنفيذ مستحق الأداء وأخيراً على من يتمسك

بالدفع عدم التعسف في استعماله فلا يجوز مثلاً للبايع الامتناع عن تسليم المبيع إذا كان

الجزء المتبقي في زهيداً لا يتناسب مع ما دفعه المشتري^(٩٧).

المطلب الرابع

انتهاء الحق في الحبس

يزول الحق في الحبس بزوال الحيابة عن الدائن الحابس بإرادته أو بعمله، وإذا كان الحبس ذاته

على الشئ المحبوس كتعبير كامل عن الأثر الجوهري لحق الحبس فإن هذا الأثر يتمثل في سلطة

الدائن الحابس حيازته للشئ إلى يستوفي ماله، غير أن هذا الحبس ليس ابدائياً وإنما (مؤقت)

أي أنه امتناع مؤقت من الحابس عن تنفيذ الالتزام حتى يحصل على حقه، كما أن الحبس

(٩٦) السنهوري- نظرية العقد- ص ٧١٥.

(٩٧) الدكتور شمس الدين الوكيل- دروس في العقد- منشأة المعارف الاسكندرية ط١- ٦٠- ٩٦١

ص ١٨٠- ١٨١.

بذاته لا يترتب عليه انقضاء الالتزام وإنما يرد الحابس عن طريق رفض تسليم المحبوس أن يحمل المدين على الوفاء بالتزامه وفاءً اعتيادياً^(٩٨)، فهو وسيلة من الوسائل تؤدي إلى ضمان حصول الدائن على حقه.

ومن جهة أخرى فإن زوال حيازة الحابس على الشيء تنتهي إما بصورة أصلية لأسباب متعددة أو بصورة تبعية وفقاً لما نصت عليه المادة ١/٢٨٤ من القانون المدني العراقي والمادة ٥٠٣/٥ أولاً من مشروع القانون المدني العراقي الجديد والمادة ٢٤٦ من القانون المدني المصري التي جاءت بصياغة أفضل من القانون العراقي.

بناءً عليه فإن حق الحابس ينتهي بصورة أصلية وفقاً للنصوص المدنية ١/٢٤٦ مدني مصري والفقرة (٢) من المادة ٢٨٢ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها:

٢- فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عنه اداء ما التزم به.

فالمدين يستطيع أن يجبر الحابس على تسليم المحبوس إذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه سواء اما التأمين (ضمان شخصي كالكفالة أم تأمين عيني) على عكس القانون المدني الألماني الذي يستبعد الكفالة (المادة ٢٧٣). كما أن القاضي هو الذي يقدر في ضوء سلطته التقديرية ما اذا التأمين كافياً أم لا^(٩٩). ونؤكد في هذا المجال أن انتهاء الحق في الحبس لا يتحقق لمجرد قيام المدين بإيداع المبلغ المستحق للدائن في صندوق المحكمة أو عند كاتب إلا إذا تم الإيداع بعد اتباع إجراءات العرض الحقيقي وحكم بصحة (العرض والإيداع) لأن المحكمة ستحكم ببراءة ذمة المدين وعلى الدائن القيام بتسليم الشيء المحبوس لأن حقه قد انقضى على نحو ما بينا في العرض والإيداع باعتباره تصرفاً يتم بإدارة منفردة.

كما نشير إلى أن القضاء المصري ذهب الى انه إذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار فإن للمدين ان يطلب من المحكمة الإذن له بإيداع مبلغ كاف على ذمة الدائن يستوفي منه حقه عند تقريره ويكون للمدين بعد الإيداع أن يجبر الحابس على التسليم^(١٠٠).

وعلى الرغم من أن الحبس لا يقبل التجزئة ولا يجبر الدائن على الوفاء الجزئي لأن التنفيذ

(٩٨) د. اسماعيل غانم- مرجع سابق- ص ٢٤٥.

(٩٩) الاستاذ السنهوري- ج٢ ص ١١٩٠.

د. عبدالمجيد الحكيم- ج٢ ص ١٣٢.

د. اسماعيل غانم- ج٢ ص ٢٤٥.

(١٠٠) استئناف مختلط ١٩٣٢/١١/٨ منشور في مؤلف د. اسماعيل غانم- مرجع سابق ص ٢٤٦.

الجزئي للالتزام من أشكال الخطأ العقدي، وإن للحابس أن يحبس الشيء كله حتى يستوفي حقه كله إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام ولا تصح على إطلاقها^(١٠١).

ونضيف بأن الحبس ينتهي إذا اخل الحابس بواجبه في المحافظة على الشيء المحبوس برفع دعواه على الدائن لاسترداد الشيء وإيداعه في يد عدل). وهذا تطبيق للقواعد العامة رغم أن المادة (٢/٢٨٣ مدني عراقي) والمادة (٢/٢٤٧ مدني مصري) نصتا على ذلك. فلا يحق للدائن الانتفاع بالشيء المحبوس لأن ملكية الشيء تظل للمالكها وهو الدين والدائن مجرد حابس حارس للمحبوس.

وتزول الحيازة بالبراء من يد الحابس فينتهي الحق في الحبس بصورة أصلية سواء أكان رضا الحابس كان صريحاً أم ضمنياً وهو ما عبر عنه المشروع المدني الجديد (بإرادته أو بعمله) وعلى هذا نصت الفقرة الاولى من المادة ٣٩٢ من القانون المدني الاردني. التي جاء فيها ما يلي: (١- ينقضي الحق في الاحتباس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه ما لم ينص القانون على غير ذلك).

إلا أن السؤال الذي يثار في هذا النطاق عن حكم هلاك الشيء المحبوس في يد الدائن؟ للإجابة عن ذلك نقول أن الحق في الحبس ينتهي بهلاك العين المحبوسة لانتهاء الحيازة المادية. إلا أن حكم الهلاك يختلف بين كون الهلاك وقع بخطأ الدائن الحابس أم بقوة قاهرة أم بخطأ الغير. فلو هلك الشيء المحبوس بخطأ الحابس فهلاكه عليه وإن كان بخطأ الغير فهو ملزم بالتعويض وإن كان الهلاك لآفة سماوية، فالهلاك على المالك فهو الحائز للعين وبده يد أمانة هو حائز لسبب مشروع وقد نصت المادة (٦) من القانون المدني العراقي (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

كما نؤيد رأي أستاذنا البكري^(١٠٢)، في أن العين المحبوسة اذا هلكت بخطأ الغير وحكم عليه بالتعويض أو كانت العين مؤمناً عليها فإن الحق في الحبس ينتقل على مبلغ التعويض أو التأمين وهو شيء تجوز حيازته وتكون حيازته بمثابة العين ذاتها ويحق للدائن حبسه ضماناً لاستيقاء حقه. كما ان هذا الرأي ينسجم مع ما سبق إن قلنا من تاييدنا لنص المادة ٣٩١ من القانون المدني الاردني التي أعطت امتيازاً على المحبوس للدائن الحابس. ويبدو أن المشروع

(١٠١) د. اسماعيل غانم- ج٢ ص ٢٤٧.

د. شمس الدين أوكيل- المرجع السابق- ص ١٨٠- ١٨١.

(١٠٢) تنفيذ الالتزام- ص ٤٩٨ وراجع في أحكام الهلاك رأي الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم- ج٢-

ص ٢٤٨.

المدني العراقي الجديد لم يذكر ذلك لأن القواعد العامة في الهلاك هي التي تطبق في هذا السياق.

أما بالنسبة للطريق الثاني لانتهاء الحق في الحبس فهو سقوطه بصورة تبعية لان الحق في الحبس حق تباعي أي تابع للدين المحبوس فإذا انقضى الدين بالوفاء أو بما يعادل الوفاء كالمقاصة أو التجديد أو اتحاد الذمة أو دون الوفاء أصلاً كالإبراء من الدائن مثلاً انقضى الدين وسقط حق الحابس على الشيء المحبوس لذلك فإذا تسلم الدائن حقه وظل حابساً للعين صار غاصباً وأصبحت يده يد ضمان.

كما يذهب الاستاذ السنهوري بحق الى أن الحق بالحبس لا ينقضي بالتقادم لأن حبس العين يمنع من تقادم حق الحبس الذي في ذمة المالك للعين وإن الحق في الحبس نفسه لا يزول بالتقادم لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم ومن ثم لا يتقضي الحق في الحبس بالتقادم لا يتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به^(١٠٣).

كما نشير الى موقف القانون المدني الذي نص في المادة ٣٩٢ بشأن انتهاء حق الاحتباس حيث جاء ما يلي.

١- ينقضي الحق في الاحتباس بخروج الشيء من يد حائزة أو محرزة مالم ينص القانون على غير ذلك

٢- ومع ذلك يجوز لمن احتبس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفيفة أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروجه من يده وقبل اقضاء سنة من وقت خروجه.

ولقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني^(١٠٤)، بأن الحبس هو حيازة للشيء حيازة فعلية ولهذا كان طبيعياً أن ينتهي الحبس بفقد الحيازة فالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن من المشتري فقد أسقط حسبه وليس له أن يسترد المبيع إلا أن هذا الفقد يجب أن يكون إرادياً فإن خرج خفية أو انتزع منه رغم معارضته ظل حقه في الحبس قائماً وكان له أن يسترده.

(١٠٣) الاستاذ السنهوري- ج٢ ص ١١٩٠.

(١٠٤) ج١ ص ٤٤٤.

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

TES OBLIGATION-MODAL

الأصل في الالتزامات المدنية ان تكون بسيطة (منجزة) تنشأ وتنقضي في الحال جميع آثار الرابطة القانونية المالية من حقوق والتزامات وسبب ذلك أن أطراف الالتزام (دائن ومدين) أو قد يتعددون دون وجود وصف يجعلهم متضامنين سلباً أو إيجاباً وأن محل الالتزام ليس متعدداً وإنما محل واحد واجب الوفاء أو قد يتعدد تعدداً سورياً لوحدة الصفقة وكذلك أن الرابطة القانونية المالية لم تقترن بشرط ولا بأجل أما إذا نشأت أو طرأت فيما بعد على الالتزام البسيط أحد هذه الأوصاف التي تؤثر في آثار الالتزام فإن الالتزام المدني يكون موصوفاً وليبان حكم الوصف يلزم توزيع الباب على فصول أربعة على النحو الآتي.

الفصل الأول- الشرط LA CONDATION

الفصل الثاني- الأجل LE TERME

الفصل الثالث- تعدد محل الالتزام

الفصل الرابع- تعدد طرفي الالتزام

وقد روي عدم استعمال الشرط الواقف والشرط الفاسخ وهو تعبير لا وجود له في الفقه الاسلامي ولا في التشريعات الاردنية وهو ماخوذ من الفقه اللاتيني والجرماني. كما ان المشرع العراقي في القانون المدني لسنة ١٩٥١ فرق بين العقد المنجز الذي تكون صيغته مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى اجل ويقع حكمه في الحال وبين العقد المقترن بشرط او المضاف الى اجل وهو الالتزام الموصوف.

فالمادة (٢٨٥) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ نصت على ان: (العقد المنجز هو ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة ال وقت مستقبل ويقع حكمه في الحال). والواقع ان ما جاء في المادة ٢٨٥ وما بعدها بالنسبة للشرط في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ وفيما يخص الصياغة الفنية والمصطلحات المستخدمة تعود الى الفقه الاسلامي. ان دراسة الشرط باعتباره وصفا يلحق الرابطة القانونية ذاتها فيؤثر على وجودها او نفاذها يقتضي التعرف على مقوماته وانواعه لذلك سنقسم الفصل على مبحثين.

الفصل الأول

الشرط LA Condation

قبل الدخول في تعريف الشرط وتحديد المقصود به بيان أنواعه مفصلاً لا بد من القول الشرط إما أن يكون شرطاً فاسخاً أو واقفاً فإذا كان نشوء الالتزام قد علق على تحقق الشرط سمي به (الشرط الواقف La Condition suspensive) وأن كان زوال الالتزام قد علق على تحقق الشرط سمي به (الشرط الفاسخ La Condition resolutive)

ومحل دراسة الشرط عادة يقع ضمن (التصرف القانوني) بأعتبره من مصادر الالتزام أي في مجال العقد والإرادة المنفردة فهو المكان الطبيعي المناسب له^(١).

وقد خصص القانون المدني الاردني للشرط المواد من ٣٩٣-٤٠١ وتضمنت هذه النصوص تعريف الشرط وأحكامه باعتباره أحد الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام فالمادة ٣٩٣ أوضحت تعريف الشرط جميع مزايا التعريف الفقهي وتعريفات القوانين المدنية الوضعية فجاء التعريف على أن:

(الشرط التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه). على أن التصرف إما أن يكون منجزاً وهو ما تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشرط أو مضافة إلى زمن مستقبل ويقع حكمه في الحال (المادة ٣٩٤ من القانون المدني الاردني).

(١) د. عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج٣- دار إحياء التراث العربي-١٩٥٨ .٧٠٦

د. عبدالمجيد الحكيم- ص١٣٩.

د. محمد حسنين- ص٣٠٧-٣٠٨.

د. أنور سلطان- ص٣٧٤.

Lperallat, M. Bouaiche- capcil. p 110.

Jean Carbonnier- Les Obligations- Op. Cit. p 23.

المبحث الأول

مقومات الشرط

نصت المادة ٣٩٧ من القانون المدني الاردني: (يبطل التصرف اذا علق وجوده على شرط مستحيل او مخالف للاداب او النظام العام).

كما نصت المادة ٢٨٧ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

(١- اذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام او للاداب كان اذا كان هذا الشرط واقفا فان كان فاسخا كان الشرط نفسه لغوا غير معتبر.

٢- ومع ذلك يبطل العقد الذي علق على شرط فاسخ مخالف للاداب او للنظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد). والى هذا ذهبت المادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري.

يتضح من ذلك ان مقومات الشرط هي:

اولا- الشرط امر مستقبلي^(٢)

غالبا ما يحصل الامر المستقبلي لكي يكون شرطا حين تسبقه (اذا) وهي اداة للشرط كان يعلن شخص بانه اذا وجدت حاجته المفقودة فانه يعطي الواجد مكافاة للالتزام باعطاء المكافاة معلق وجوده على شرط اي ان نشوء الالتزام بدفع المكافاة النقدية يتوقف على تحقيق الشرط مستقبلا^(٣). واما عن مصدر هذا الالتزام فهو الارادة المفردة وكذلك الحكم في الاعلان عن الحاجة الى كلية لزرعها في جسد محتاج من مواهب يقدم له العوض عن هبته.

ولو اوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على ان تتفرغ لتربية اولادها منه فلا تنزوج بعده والا بطلت الوصية، فان الزواج امر مستقبلي وان الالتزام المترتب عنه معلق على شرط يتوقف زوالها على تحقيق الشرط^(٤). فالالتزام الاول وهو وجود الشيء المفقود معلق على شرط واقف حيث لا ينشأ الا اذا وجد الشيء والالتزام الثاني معلق على شرط فاسخ يزول الالتزام وهو تخصيص الدار للزوجة اذا تزوجت بعد الزوج الاول.

ولا يجوز ان يكون الشرط امرا ماضيا او حاضرا لان الشرط دائما هو امر مستقبلي ولا يهم ما اذا كان هذا الامر ايجابيا كاعطاء المكافاة لمن يجد الشيء المفقود او امر سلبي كعدم زواج الزوجة من زوج اخر لكي تنفذ الوصية^(٥). فالامر الايجابي هو القيام بعمل والامر السلبي هو الامتناع عن القيام بعمل.

ثانيا- غير محقق الوقع الا ان وقوعه ممكن

اي ان يكون مدلول فعل الشرط غير محقق الوقوع فان كان الامر الذي علق عليه العقد مستحيلا او ممكن الوقوع في المستقبل لم يكن الامر شرطا وهذا هو الامر الجوهر في الشرط واختلافه عن الاجل.

اما المقصود بالامر غير محقق الوقوع اي انه قد يقع وقد لا يقع فهو امر محتمل فلو اضاف الملتزم الى موسم الحصاد كان الالتزام مقترنا باجل لان موسم الحصادات باذن الله وان كان الالتزام مستحيلا، استحالة قانونية او استحالة مطلقة فلا التزام اطلاقا بينما اذا كان الشرط مستحيلا استحالة نسبية فيكون الشرط صحيحا ويصح الالتزام الموصوف به كمن يشترط على شخص انه اذا عبر المانش سباحة وكان سباحا ماهرا فانه سيقدم له هدية^(٦). ومن امثلة الاستحالة المطلقة الالتزام باحياء ميت بينما تمثل الاستحالة النسبية في القفز بالمظلات او اجراء عملية جراحية.

وعلى هذا نصت الفقرة الاولى من المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: (يشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود، لا محققا ولا مستحيلا) وهو تعبير استخدمه فقهاء الشريعة الاسلامية. وقد نص القانون عليه فلا يكون شرطا الامر محقق الوقوع حتى ولو كان امرا مستقبلا وانما يكون اجلا كالتعليق على (موسم الحصاد) ولا يكون شرطا الامر المستحيل الوقوع.

(٥) السنهوري- ج٣- ص١٤.

(٦) د. محمد حسنين- ص٣٠٢-٣٠٢.

د. حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص٣٨٦.

د. السنهوري- ج٣- ص١٥.

(٢) الاستاذ السنهوري- ج٣ ص١٢.

(٣) د. عبدالمجيد الحكيم- ص١٤٠.

د. محمد حسنين- ص٣٠٢.

(٤) السنهوري- ج٣- ص١٢.

ثالثاً- امر غير مخالف للنظام او الاداب العامة

نصت المادة ٣٩٧ من القانون المدني الاردني وكذلك المادة ٢٨٧ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري والمادة ٢٠٤ من القانون المدني الجزائري على ان الشرط المخالف للنظام العام والاداب العامة اذا علق عليه نشوء الالتزام او زواله فان هذا الالتزام باطل على نحو ما تقدم.

واذا كانت فكرة النظام العام والاداب العامة هي فكرة نسبية ويصعب تحديدها او تقديم معيار واضح وموحد بشأنها لاسباب طبيعية حيث تختلف العادات والاعراف والقيم الاخلاقية من زمان لآخر ومن مكان لمكان. الا انه يمكن القول ان هذه الفكرة تتصل بالمبادئ الاساسية والمصلحة العليا للمجتمع حيث يخضع لها الجميع ولا تجوز مخالفتها كعدم جواز التعامل في تركه انسان على قيد الحياة وعدم جواز تعدد الزوجات في بعض المجتمعات وعدم جواز التنازل عن حق الترشيح او الانتخابات وقواعد الاهلية بينما يعود تقدير الاداب العامة الى قاضي الموضوع المختص ومعياريها معيار اجتماعي متطور يتصل بالمسائل الاخلاقية كبطلان الاتفاق القاضي باستغلال دار للبيغاء او للعب القمار^(٧).

اما عن موقف المشرع الفرنسي فقد نصت المادة ١١٧٢ من القانون المدني على ان الشرط المستحيل او المخالف للنظام العام او الاداب العامة او الذي يحرمه القانون باطل ويترتب عليه بطلان الاتفاق الذي يعتمد عليه^(٨).

رابعاً- امر عارض

اي انه يمكن تصور قيام الحق بدون الشرط فان وجد الشرط اصبح الحق موصوفاً (مركباً) لان الشرط هو امر عارض يلحق بعد اكتمال عناصره.

فالاصل بالالتزام انه غير مشروط اي انه التزم بسيطاً واذا وجد الشرط صار الالتزام موصوفاً لدخول الشرط بعد تكوين الحق.

والتصرف القانوني بدون الامر العارض هو تصرف منجز، وقد اوضحت المادة ٣٩٤ من القانون المدني الاردني التصرف المنجز بقولها:

(٧) د. عبدالرزاق السنهوري- نظرية العقد- ص٤٨٨- ٤٩٠- ٥٢٩

د. محمد حسنين- ص٦٦- ٦٧.

د. عبدالمجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ج ١ ص ١٨٥، ص ٢٠٩- ٢١٠.

(8) jean carbonnier- Op. Cit pp. 236- 237.

"التصرف المنجز هو ما تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشرط او مضافة الى زمن مستقبل ويقع حكمه في الحال".

اما التصرف المعلق بأمر عارض (الشرط) فقد نصت عليه المادة ٣٩٥ من القانون المدني الاردني والتي جاء فيها: (التصرف المعلق هو ما كان مقيداً غير قائم او بواقعه مستقبلية ويتراخى اثره حتى بتحقيق الشرط وعندئذ ينعقد سبباً مفضياً الى حكمه).

المبحث الثاني

انواع الشرط

لما كان الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع (LA condition est un evenement future et incertain)،^(٩) فان انواع الشرط يمكن تقسيمها من حيث الاثر الى واقف وفاسخ ومن حيث تحقق الشرط الى شرط احتمالي وشرط ارادي وشرط مختلط وسنبين هذه الانواع على النحو الاتي:

المطلب الاول

انواع الشرط من حيث الاثر

اولا- الشرط الواقف

نصت المادة ٣٩٣ من القانون المدني الاردني على الشرط بقولها:

"الشرط التزم مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم او زواله عند تحققه".

ويكون الشرط واقفا اذا علق عليه نشوء الالتزام بحيث اذا تحقق الشرط نشأ الالتزام ووجب تنفيذه،^(١٠) ومثال الشرط الواقف ان يقول شخص لآخر اذا تزوجت ابيعك سيارتي او اذا سافرت للدراسة ابيعك الاثاث المنزلي او اذا نقلت الى عمل اخر اؤجر لك داري وهكذا.

فلو تخلف الشرط فلم يتزوج لاشخص او لم يسافر او لم ينتقل لعمل اخر لم ينشأ العقد وهو ما نصت عليه المادة ٢٨٨ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي جاء فيها ما يلي: (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط).

اما القانون المدني المصري فقد نص في المادة ٢٦٨ ما يلي: (اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط. اما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه).

يتضح من ذلك ان القانون المدني العراقي لم يوضح كيف ان الحق المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ اطلاقا وان كان يجوز اتخاذ الاجراءات التحفظية بموجبه على نحو ما هو واضح في القانون المصري ولذلك لا بد من الرجوع الى القواعد العامة في هذا الخصوص.

وبهذه المناسبة يذكر الاستاذ الجليل السنهوري في معرض تحليله للنص المدني المصري سالف الذكر بان للحق مراتب متعددة من حيث الوجود والنفذ والى ان الحق المعلق على شرط واقف هو: (حق وجود ولكن وجوده غير كامل)^(١١).

اما الفقيه (اهرنج) فيقول ان الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين في بطن امه. فالحق كالانسان يتدرج نطفة، ثم علقة، الى ان يكمل خلقا سويا والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنينا وقت تعلق الشرط الى ان يولد حيا عند تحققه او ميتا عند تخلفه^(١٢).

ولا شك ان الفقه الاسلامي بمذاهبه المتعددة المعرفة لم يهمل بحث الشروط المقترنة بالتصرفات الشرعية فهناك شرط الاجل وشرط التعليق الذي يقابل الشرط الواقف في القوانين المدنية العربية المشار اليها حيث يتوقف على حصوله وجود الالتزام او زواله، كما هناك شرط الاسقاط اخر هو في حقيقته صفة للمعقود عليه^(١٣).

كما اعتبر الفقهاء المسلمون الشرط الذي يحلل الحرام او يحرم الحلال شرطا باطلا لما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا). فالشرط الذي يرد على عدم الزواج نهائيا او الزواج من المحارم هو شرط باطل.

ثانيا- الشرط الفاسخ^(١٤)

ان الحق المعلق على شرط فاسخ (حق موجود نافذ) الا ان هذا الحق (موجود على خطر زوال) ولهذا فالعقد المعلق على شرط فاسخ هو (نافذ غير لازم). لان العقد المعلق على شرط فاسخ موجود الا انه بتحقق الشرط يزول العقد فلو باع زيد سيارته لشخص واشترط عليه انه اذا لم يتم سفره للدراسة الى خارج الوطن خلال سنة او شهر فان لزيد لن يستردها منه فيكون عقد بيه السيارة (نافذ غير لازم) لانه معلق على شرط فاسخ. وعلى هذا نصت المادة ٣٩٣ من القانون المدني الاردني.

(١١) الوسيط في شرح القانون المدني- ج٢- ص٣٩.

(١٢) تفصيل هذا الرأي انظر- الاستاذ السنهوري- ج٣ ص٣٩ هامش ١.

(١٣) الاستاذ السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٣- ص١١٣.

(١٤) السنهوري- ج٣- ص٤٣.

(9) Henri Mazeud, Jean Mazeud- Lecos de droit civil- Tome deuxieme- Troi Sieme Edition- Paris- 1966. p. 876.

(10) Jean Carbonnier- Les obligations- Op. Cit. pp. 238- 2399. Henri Mazeud, Jean Mazeud- Op. Cit p. 876.

المطلب الثاني

انواع الشرط من حيث تحققه او تخلفه

اولا- الشرط الاحتمالي^(١٦) والمقصود بالشرط الاحتمالي هو الذي يترك امر تحققه او تخلفه لامر لا علاقة لاحد الطرفين به، اي لمجرد الصدفة كالعقد المعلق على وفرة المحصول الزراعي او العقد المعلق على ارتفاع الاسعار او انخفاضها او على صدور قانون معين. وحكم هذه الشرط صحيح وملزم، واقفا كان ام فاسخا، طالما انه غير مستحيل وغير مخالف للنظام العام والاداب العامة، وقد نصت عليه كثير من القوانين المدنية. وفي هذا المجال يقول الاستاذ كاربونية عن الشرط الاحتمالي: ^(١٧)

II .La condition casuelle est la plus exterieure a La volonte des parties)
par con-,s'agit d'un evenement qui ne depend que du hazard et sur lequel
les parties n'ont aucune prise:s'il pleut demain).sequent

ثانيا- الشرط الارادي La condition potstative

وهو الشرط المتروك لتحقيقه او تخلفه لارادة احد طرفي العقد ومثاله تعليق انعقاد العقد على سفر احد الطرفين المتعاقدين او على زواجه او عدم سفره وغيرها.

فاذا توقف تحقيقه او تخلفه على ارادة الدائن سمي به(الشرط الارادي البسيط) وان توقف تحقيقه او تخلفه على ارادة المدين سمي به(الشرط الارادي المحض).

ان الشرط الاول المتوقف على ارادة الدائن هو شرط صحيح وملزم واقفا كأن كان يقول الدائن لآخر اذا تم زواجك سابيعك بعض الاثاث المنزلي او شرطا اراديا بسيطا فاسخا كان يبرم الدائن عقدا ويشترط بانه اذا اجع الثمن لايد من ارجاع المبيع وهو ما يطلق عليه (بيع الوفاء).

اما اذا توقف الشرط على ارادة المدين وحده فان كان واقفا يبطل الشرط والتصرف معا كان يقول المدين (ايبيعك الاثاث اذا اردت ذلك وكان البيع من مصلحتي) فالمدين هنا لم يلتزم بشئ

ولقد نصت المادة ٢٨٩ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على الشرط الفاسخ على ان: (١-العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم. فاذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال وجب الضمان. واذا تخلف الشرط لزم العقد. ٢- على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط).

ونعتقد ان النص الوارد في القانون المدني المصري في المادة ٢٦٩ والمقابل لنص المادة ٢٨٩ من القانون المدني العراقي هو الافضل من الناحيتين الموضوعية والشكلية من النص الوارد في المادة ٥٥٠ من المشروع المدني العراقي الجديد. ثم ان المادة الاخيرة جاءت ناقصة لمسالتين هما: ١- استحالة رد محل التصرف القانوني من المتصرف اليه حيث عاجلته المادة ٢٨٩ مدني عراقي فاجبت الضمان عليه بينما اوجب المشرع المصري (التعويض) وفقا لقواعد المسؤولية العقدية (المادة ٢٦٩).

٢- اعمال الادارة التي تصدر من الدائن على نحو ما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة ٢٨٩ من القانون المدني العراقي والفقرة ٢ من المادة ٢٦٩ من القانون المدني المصري^(١٥). وتقابل المادة ٢٠٧ من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.

من امثلة الشرط الفاسخ ايضا نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط ان يدفع المدين الاقساط الباقية في مواعييدها بحيث اذا تاخر المدين عن دفع بقية الاقساط في مواعييد الاستحقاق المحددة اعتبر نزول الدائن كان لم يكن. ان الشرط الفاسخ لا يجوز ان يكون مخالفا للنظام العام والاداب العامة والا عد باطلا لكنه لا يترتب على ذلك بطلان العقد لان (اعمال الكلام اولى من اهماله) فيبطل الشرط ويظل العقد صحيحا مستقرا غير معرض للزوال الا اذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد فيبطل العقد والشرط معا على نحو ما نصت عليه المادة ٢٨٧ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٠٤ من القانون المدني للجزائري والمادة ٣٩٧ من القانون المدني الاردني التي نصت ما يلي: "يبطل التصرف اذا علق وجوده على شرط مستحيل او مخالف للاداب او للنظام العام"^(*).

(١٥) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج٣- ص١٧.

(*) ومن الجدير بالذكر ان القضاء الاردني ذهب الى تأكيد هذا المبدأ فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز (تمييز حقوق ٨٩/١٢٧١) الى ما يلي:

"١- يعمل بالشرط الوارد في عقد الاجارة والمتضمن على ان كافة ما يحصل في المأجور من عطل او عيب في المجاري يعود تصليحه على المستأجر لان هذا الشرط غير ممنوع بقانون ولا يخالف النظام العام والاداب العامة". مجلة نقابة المحامين- السنة ٣٩-١٩٩١ ص١٤١٨.

(16) Jean Carbonnier- Op. Cit. pp. 236- 2337. Henri Mazeaud. Jean Mazeaud- Op. Cit. p. 876.

(17) Carbonnier- Op. Cit pp. 236- 237. Henri Mazeaud. Jean Mazeaud- Op. Cit. p. 882.

الا انه يصح الفاسخ منه حين يشترطه في العقد وهو شرط يطلق عليه (خيار الشرط او شرط الخيار) كان يشتري شئ او يبيعه على ان يكون له الخيار خلال مدة معينة^(١٨).

الثالث- الشرط المختلط^(١٩) LA condition mixte

ويقصد به الشرط الذي يعلق تحققه او تخلفه على ارادة احد المتعاقدين مع امر خارجي اخر ومثاله ان يهب شخص لآخر شيئا اذا تزوج الموهوب له من فتاة معينة او اذا سافر لدراسة القانون المدني في فرنسا وحكم الشرط انه صحيح وملزم طالما انه غير مخالف للنظام العام والاداب وقد نصت المادة ٤٠١ من القانون المدني الاردني على مراعاة الشرط قدر الامكان..

وفي هذا الخصوص يقول الاستاذ كاربونية في الشرط المختلط ما يلي:

La condition mixte combine La volonte d'une partie avec un element ex-
(..terieur a cette volonte: Si vous mariez avec telle personne

اما عن الاثار التي تترتب على الشرط فيلزم التمييز بين مرحلتين من اثار الشرط:

المرحلة الاولى- اثار الشرط في مرحلة التعليق.

١-الشرط الواقف- يوقف بوجود الالتزام حتى تتحقق الواقعة كوجود جواز الشئ المفقود والحصول على الكلية من جسد الواهب اذ ليس للدائن هنا حق مؤكد مالم يتحقق الامر المستقبلي وانما له حق محتمل (غير مؤكد الوجود).

٢-الشرط الفاسخ- الالتزام قائم (موجود) ونافذ اثناء فترة التعليق الا انه مهدد بالزوال كالزوجة الموصى لها بشرط عدم الزواج بعد وفاة الزوج لتربية الاولاد فحقها قائم على خطر الزوال.

المرحلة الثانية- اثار الشرط بعد انتهاء التعليق

ينتهي التعليق بتحقيق الشرط كوجود جواز السفر او الحصول على الكلية لزرعها في جسد المحتاج وقد يتخلف الشرط فلا ينشأ الالتزام لتخلف الامر ويصبح حق الدائن (الموعود له) عدما.

اما اذا كان الشرط فاسخا وتخلف الشرط بعدم زواج الزوجة بعد وفاة الموصى له فان الحق

يتأبد نهائيا فلو تحقق الشرط كان له الاثر الرجعي واستند الى وقت حصول الاتفاق ان كان واقفا وبزول حق الدائن (الزوجة) ان كان الشرط فاسخا ويعتبر كان لم يكن.

وفكرة الاثر الرجعي مجاز قانوني الغاية منها حماية حق الطرف الذي تحقق الشرط لمصلحته وهو الدائن في الشرط الواقف (الواجد لجواز السفر والمانح للكلية) والمدين في الشرط الفاسخ. الا ان هناك استثناءات من فكرة الاثر الرجعي كما في العقود الزمنية او بتفاهق الطرفين او غيرها^(*).

موقف القضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى الحكم في القضية المرقمة (٨٧/٨٦٧): (ان المعلق على شرط لا يتحقق الا اذا تحقق الشرط)^(٢٠). وفي مجال الشرط المخالف للنظام العام ذهبت المحكمة الموقرة الى اعتبار الشرط باطلا وجاء في حكمها: (ان الشرط الوارد في عقد الايجار والذي يستهدف تجريد المستاجر من وسائل الدفاع بقصد حرمانه من مراجعة القضاء في حالة الخلاف على وجود عيب او خلل في المجاور زفيما انفق المُوَجَّر لاصلاحه شرط باطل)^(٢١).

(*) انظر د. اسماعيل غانم- ج ٢ ص ٣٠١، ٣٠٢.

(٢٠) مجلة نقابة المحامين- س٣٧ ١٩٨٩ ص ١٣٧٥.

(٢١) مجلة نقابة المحامين- س٣٥- ٩٧٨ ص ١٥٨٨.

(18) Carbonnier - Op. Cit. p. 237.

(19) Carbonnier Op. Cit. 237.

المبحث الأول

مقومات الاجل

يمكن الوقوف على مقومات الاجل هذه من خلال التعاريف السالفة الذكر الواردة في القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني الجزائري وهي:

اولا- الاجل امر مستقبل. فلا يجوز ان يكون الاجل امرا ماضيا او حاضرا وانما لا بد ان يكون دائما امرا مستقبلا، فلو عين المدين اجلا للوفاء موت شخص وكان هذا الشخص قد مات، نشا الالتزام منجزا حال الاداء^(١).

ويتفق كل من الشرط والاجل على ان كلا منهما امر مستقل^(٢). وغالبا ما يكون الاجل معيننا في اليوم والشهر والسنة وقد لا يكون معيننا كالموت الذي هو امر مستقبل محقق الوقوع وهو ما يحصل بالنسبة الى عقد التامين على الحياة تلزم شركة التامين بالالتزام منضاف الى اجل وهو (الوفاة) وهو اجل غير تاريخه. فان وقع التزمت الشركة بدفع مبلغ التامين للمستحقين. ثانيا- امر محقق الوقوع. وبهذه يختلف الشرط عن الاجل لان الشرط امر غير محقق الوقوع، ويترتب على ذلك ان الحق المقترن باجل هو حق مؤكد الوجود بينما الحق المعلق على شرط هو حق غير مؤكد الوجود قد يوجد وقد لا يوجد.

ثالثا- أمر عارض. اي ان الاجل يقتصر بالالتزام بعد ان تقوم مستوفيا لاركانه ويمكن ان يقوم بدونه، فان نشا الالتزام العقدي لقيام الرضا والمحل والسبب كان الالتزام بسيطا فاذا اقتصر به الاجل عد الالتزام من الالتزامات المركبة او الموصوفة فالاجل امر عارض واضافي وليس عنصرا جوهريا.

على ان هناك من العقود لا تقوم الا بالاجل ويدخل الزمن عنصرا جوهريا فيها وبدونه لا يتصور تنفيذ الالتزام وانما يكون باطلا لانعدام المحل كالايجار والتوريد، لان المنفعة لا يمكن تقديرها الا بمدة معينة، فعقد الايجار عقد زمني لانه يقع على تملك المنفعة فالاجل في هذه العقود ليس امرا عارضا ولا وصفا وانما عنصرا جوهريا فيها^(٣).

(١) الدكتور محمد حسنين- ص ٣٠٩.

انور سلطان- ص ٣٧٦.

Jean Carbonnier- Op. Cit. p 233.

(2) Henri Mazeaud, Jean Mazeaud,- Lecons de droit Ciuil- Op. Cit. p.p. 868- 869.

(٣) السنهوري- ح٣- ص ٨٢- ٨٣.

الفصل الثاني

Le Term الاجل

يعرف الاجل باعتباره وصفا يلحق رابطة الالتزام بانه:

(امر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ العقد او انقضائه)، الاجل اما ان يكون واقفا ولا يترتب اثر الا عند حلول الاجل او ان يكون فاسخا. وعلى الاجل نصت المادة ٤٠٢ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها ما يلي: (يجوز اضافة التصرف الى اجل تترتب عند حلوله احكام نفاذه او انقضائه). وعلى هذا نصت المادة ٢٩١ من القانون المدني العراقي الا ان المادة ٢٩٢ اوضحت بعدم صحة اقتران الملكية باجل في نطاق التصرفات القانونية.

فالاجل موعده معين يضرب لنفاذ التزام او انقضائه وهو امر مستقل محقق الوقوع، وتحقق الوقوع هو الفارق الجوهرى بين الشرط والاجل وقد تضمن نص المادة ٤٠٢ من القانون المدني الاردني عناصر التفرقة بين الاجل الواقف وهو ما يتوقف عليه نفاذ الالتزام والاجل الفاسخ وهو ما يضاف اليه زواله وهذه الاضافة الى الاجل وصف يلحق الالتزام.

ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني الاردني نص على الاجل القضائي او نظرة الميسرة في المادة ٤٠٣ المادة ٤٠٤ على حالات سقوط حق المدين في الاجل. كما نصت يمكن التنازل عن الاجل بالارادة المنفردة لمن ضرب لمصلحته (المادة ٤٠٥).

كما ان من البديهي ان الملكية لا تقبل التأجيل في القانون المدني الاردني وذلك لان الملكية وما تخوله من سلطات للمالك، لا سيما حق التصرف، تايى بطبيعتها ان تكون مؤجلة لفترة معينة ذلك ان التأجيل يتعارض مع سلطة التصرف القانوني، غير ان هناك اراء فقهية تعارض هذه الفكرة وتذهب الى اماكن التأجيل او اقتران الملكية باجل.

ان الاجل باعتباره وصفا من اوصاف الالتزام يستوجب دراسته من حيث مقوماته وانواعه وانتهائه وهو ما نتكلم عنه في المباحث الثلاثة التالية.

المبحث الثاني

انواع الاجل (٤)

الاجل من ناحية اثره على نوعين اما ان يكون اجلا فاسخا او اجلا واقفا وهو من حيث المصدر ام ان يكون مصدر الاجل اتفاق الطرفين فيسمى (الاجل الاتفاقي) او يكون مصدره القاضي (الاجل القضائي) او يكون مصدره القانون فيسمى ب (الاجل القانوني).

اولا- الاجل من حيث اثره

١- الاجل الواقف Le terme suspensif

هو الامر المستقبل المحقق الوقوع الذي اذا حل اصبح العقد نافذا. ولذلك فالعقد كامل وصحيح وموجود بوجود اركانه لكن نفاذه الى اجل ومثاله عقد القرض فالمقترض يلتزم برد ما اقترضه من نقود بعد مدة معينة من تسلمه لها كان تكون سنة او شهر فان حل الاجل المحدد للدفع وجب عليه الوفاء ويستطيع الدائن ان يطالبه بالتسديد ولهذا فبحلول الاجل يصبح العقد نافذا ويمكن مطالبة المدين. ومن امثلة الاجل الواقف المعين الاتفاق على تاخير تسليم المبيع او الثمن وعقد الاعارة وعقد الوديعة (لامادة ٤٠٢ من القانون المدني الاردني).

ومثال الاجل الواقف عقد التامين على الحياة والتامين ضد الحريق فهو عقد مقترن باجل وواقف غير معين او معين لفترة معلومة ومثاله عقد التامين الالزامي من حوادث السيارات حيث ان العقد يكون موجودا بوجود التراضي والمحل والسبب ولكن نفاذه اضيف الى اجل فان حل الاجل يصبح العقد نافذا فالشركة (شركة التامين)، تلتزم بدفع مبلغ التامين عند الموت او عند عدم حصوله لانتهاه المدة ويلتزم المؤمن له بالتامين مجددا ودفع اقساط التامين عند انتهاه مدة التامين الالزامي، وتلتزم شركة التامين بدفع مبلغ التامين اذا وقع الحريق ويصبح العقد نافذا.

نخلص من ذلك الى انه اذا كان نفاذ الالتزام العقدي هو المترتب على الاجل كان الاجل واقفا اذ هو يقف الالتزام عن ان ينفذ وعن ان يصبح مستحق الاداء الى حين انقضاء

الاجل (٥). وفي عقد الوديعة ان التزام الوديعة والمعبر مضاف الى اجل واقف والعقد المقترن باجل واقف (مؤكد الانقضاء) لانه عقد تام مؤجل. والاجل قد يضرب لمصلحة المدين او الدائن او الاثنين معا.

وقد نصت المادة ٤٠٥ من القانون المدني الاردني على مايلي: (اذا كان الاجل لمصلحة اي من الطرفين فله ان يتنازل عنه بارادته المنفردة). كما نصت المادة ٢٩٤ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

(١) - يفترض في الاجل ان ضرب لمصلحة المدين الا اذا تبين من العقد او من نص في القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا.

٢- واذا تمخض الاجل لمصلحة احد الطرفين، جاز لهذا الطرف ان ينزل عنه بارادته وحده). ان هذا النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ولهذا فلم تنص عليه بعض التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري.

٢- الاجل الفاسخ Le Terme Extintif

اذا كان الامر المستقبل المحقق الوقوع يترتب عليه زوال العقد او انقضاء الالتزام اصبح الاجل فاسخا ويطلق الفقهاء الفرنسيون عبارة الاجل المهني Le terme extintif بدلا من مصطلح الاجل الفاسخ (٦) Letermeresolutoir.

وامثلة الاجل الفاسخ تقع في مجال العقود الزمنية كعقد الايجار حيث يلتزم المؤجر بتمكين المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في خلال مدة عقد الايجار فاذا انتهت مدة العقد زال الالتزام عن المستاجر وانقضت التزام المؤجر وكذلك الحال في عقد العمل التوريد وفي حالة فتح الاعتماد لفترة سنة يبقى التزام المصرف هنا مقترنا باجل فاسخ طيلة السنة بحيث اذا انقضت الالتزام (٧)، ومن امثلة الاجل الفاسخ ايضا عقد المقاولة وعقد الايراد المرتب مدى الحياة.

(٥) الاستاذ السنهوري ح ٣ ص ٨٤.

(6) Jean Carbonnier- Droit Civil- Op. Cit. pp. 235- 236.

(٧) د، محمد حسنين- ص ٣١٠.

Jean Carbonnier- p. Cit. pp. 235- 236.

(٤) حول انواع الاجل راجع المراجع التالية:

الاستاذ السنهوري - ح ٣ - ص ٨٤-٨٦

Jean Carbonnier- Droit Civil- Op. Cit. p. 233 Henri Mazeaud. Jean Mazeaud- Lecons de Droit Civil- Op. Cit. pp. 872- 873.

١- الاجل الاتفاقي-

غالبا ما يكون مصدر الاجل اتفاق الطرفين ويتميز الاجل عن الشرط في ان له مصدرين آخرين هما القضاء والقانون. وفي الفقه الفرنسي يطلق على الاجل الذي مصدره الاتفاق والجل الذي يكون مصدره القانون اسم واحد هو (الاجل المستحق قانونا) Le terme de droit يقابل الاجل الذي يكون مصدره القضاء ويسمى ب الاجل المتفضل Le terme de grace او ما يطلق عليه في القوانين المدنية العربية بنظرة المسيرة او المهلة^(٩).

ومن امثلة الاجل الاتفاقي اتفاق البائع والمشتري على تاخير تسليم المبيع او على تاجيل دفع قد يكون صريحا او ضميا كالالتزام بتوريد اغذية الى مدرسة فانه يعتبر مضافا الى اجل واقف هو بدء الدراسة والى اجل فاسخ هو انتهاءها.

٢- الاجل القضائي (نظرية الميسرة)

نصت المادة ٤٠٣ من القانون المدني الاردني على هذا النوع من انواع الاجل فقد يكون مصدر الاجل هو القضاء اذا قام القاضي بمنح المهلة للمدين المعسر للوفاء بديونه الحالة اذا توافرت الشروط اللازمة لذلك وهي ان تستدعي الرأفة بالمدين وان لا يصيب الدائن ضرر في ذلك وعدم وجود مانع قانوني. وقد نصت المادة ٢٩٧ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ ما يلي:

(اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه)، ويقابلها المادة ٤٠٣ من القانون المدني الاردني.

وهذا ما ذهب اليه القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ والقانون المدني الجزائري في المادة ٢١٠.

ومما يتعلق بالاجل القضائي ايضا ما نصت عليه المادة ٢/٣٩٤ من القانون المدني العراقي لبسنة ٩٥١ التي تنص:

(٨) الاستاذ السنهوري- ح٣ ص٩٢-٩٣.

Jean Carbonnier- p. 233.

(٩) الاستاذ السنهوري- ح٣-٩٢.

(... ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم). ويقابل ذلك ما نصت عليه المادة ٢٨١ من القانون المدني الجزائري.

٣- الاجل القانوني Le tome de droit

اذا كان مصدر الاجل هو القانون سمي بالاجل القانوني ومثاله عدم جواز البقاء في حالة الشبوع لمدة اكثر من ٥ سنوات فان كان اكثر من ذلك فلا يكون الاجل معتبرا الا لهذه المدة. وعلى هذا نصت المادة ١٠٧٠ من القانون المدني العراقي^(١٠). وفي مجال عقد الايجار فان لم يحدد المدة فانه يعد معقودا الى مدة دفع الاجرة وينتهي الاجل بانتهاء هذه المدة ما لم يجدد. وقد ذهب الاستاذ (كاربونية) الى القول بالنسبة للاجل القانوني ما يلي:

con-, et Le terme de droit est un terme conventionnel. L'est l'hypothese ordinaire soit dans une con-, soit dans Le contract originare. senti par Le creancier an debiteur soit tacitement), vention posterieure soit expressement⁽¹¹⁾

فالارادة لها قوة القانون الفرنسي لان العقد شريعة المتعاقدين ولما لها من سلطان وما ينبغي من احترام اذا حددت اجلا يكون على مستوى واحد مع الاجل الذي يقرره نص القانون عليه ب الاجل القانوني Le terme de droit.

موقف القانون المدني الاردني من الاجل القانوني:

نصت المادة ٦٧٠ من القانون المدني الاردني على الاجل القانوني في نطاق عقد الايجار بقولها: (اذا لم تحدد مدة لعقد الايجار وقد جرى العقد باجرة معينة لكل وحدة زمنية انعقد لازما على وحدة زمنية واحدة ولكل من الطرفين فسخة في نهايتها، وكلما دخلت وحدة اخرى والطرفان ساكتان تجدد العقد لازما عليها. واذا حدد الطرفان مدة لدفع الاجرة في تلك الحالة عد الايجار منعقدا لتلك المدة وينتهي بانتهائها).

كما نصت المادة ١٠٦٢ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

(١٠) نصت المادة ١٠٧٠ مدني عراقي على ما ياتي: (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشبوع بمقتضى نص او شرط. ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين. فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشبوع مدة اطول او مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين. وينفذ شرط البقاء في الشبوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه).

(11) Jean Carbonnier- Op. Cit. p 233.

١- يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة على انه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوي لذلك.

٢- واذا لم يكن للملكية المذكورة اجل محدد كان لكل شريك ان يخرج نصيبه منها بعد ستة اشهر من يوم اعلان الشركاء برغبته في اخراج نصيبه).

المبحث الثالث

انتهاء الاجل

الاصل ان الاجل يضرب لمصلحة المدين وفي موته سيقوم الدائن بالحصول على دينه من التركة حيث لا تركه الا بعد سداد الديون مالم يكن هناك تامين عيني كالرهن التاميني لان الدائن المرتهن له حق التقدم وحق التتبع فلو كان الدين مضمونا بتامين شخصي فان الاجل ايضا امام صراحة النص القانوني الذي نص على الرهن باعتباره تامينا عينيا وفضله على التامين الشخصي (الكفيل).

اذا مات المدين الذي لم يكن دينه مضمونا برهن يقضي الاجل وهو ما نصت عليه المادة ٤٠٦ من القانون المدني الاردني صراحة حيث جاء فيها ما يلي:

(الدائن المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا اذا كان موثقا توثيقا عينيا). ويقابله ما نصت عليه المادة ٢٩٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١. والاصل ان الاجل ينقضي بحلوله اي بتحقيق الامر المستقبلي وهو الطريق الطبيعي لانقضائه كما في عقد القرض. ولكن قد ينتهي الاجل استثناء في حالتي النزول عنه او سقوطه.

اولا- النزول عن الاجل لمن قرر لمصلحته

فاذا كان الاجل قد تقرر لمصلحة الدائن فله ان ينهيه بارادته المنفردة وكذلك الحال بالنسبة للمدين او للطرفين معا. فلو انعقد عقد بيع وطلب المشتري تاجيل دفع الثمن او طلب البائع تاجيل تسليم المبيع جاز لكل منهما دفع الثمن او تسليم المبيع قبل حلول الاجل. وهذا الامر ليس الا تطبيقا للقواعد العامة، الا ان القانون المدني الاردني نص عليه في المادة ٤٠٥. وقد جاء فيها ما يلي: (اذا كان الاجل لمصلحة اي من الطرفين فله ان يتنازل عنه ارادته المنفردة).

ثانيا- سقوط الاجل

نصت المادة ٢٩٥ من القانون المدني العراقي على ما ياتي: يسقط حق المدين من الاجل:
أ- اذا حكم بافلاسه.

ب- اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تامين خاص حتى لو كان هذا التامين قد اعطى بعقد لاحق او بمقتضى القانون. هذا مالم يختار الدائن او يطالب بتكملة التامين- اما اذا كان اضعاف التامين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه فان الاجل يسقط

مالم يتوق المدين هذا السقوط بان يقدم للدائن ما يكمل التامين.

ج- اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التامينات).

يتضح مما تقدم ان الاجل ينتهي بحالات متعددة كالحكم بالحجر او الحكم بالافلاس او الاعسار او بحلوله وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الاجل او باضعاف التامين العيني ام نكول المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه من تامينات وبوفاة المدين ما لم يكن الدين مضمونا بتامين عيني وكذلك يسقط الاجل بهلاك العين او نزع الملكية للمنفعة العامة.

اما القانون المدني الاردني فقد نص على سقوط الاجل في المادة ٤٠٤ وحددها بحالات ثلاثة هي:

١- اذا حكم بافلاس المدين او اعساره.

٢- اذا لم يقدم تامينات الدين المتفق عليها.

٣- اذا نقضت توثيقات الدين بفعله او بسبب لايد له فيه مالم يبادر الى تكملتها.

ويقابل ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٠ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢٧٣ من القانون المدني المصري.

ففي حالة اشهار الاعسار للمدين يسقط الاجل ويخصم منه مقدار الفائدة ما بين اشهار الاعسار وتاريخ الاستحقاق، وفي حالة سقوط الاجل لضعاف المدين التامينات الخاصة (كالرهن) فلو فصل الرهن بعض اجزاء المرهون المهمة فان هذا يضعف التامينات ويبرر سقوط الاجل. كما يسقط الاجل اذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه من تامين لضمان الدين الذي بذمته، وهناك اسباب اخرى لسقوط الاجل كالموت وتطهير العقار المرهون وغيرها^(١٢).

اثار الاجل

تختلف اثار الاجل قبل حلوله عنها بعد حلوله على النحو الاتي:

اولا- اثار الاجل قبل حلوله- ففي حالة الواقف كعقد القرض فالمقترض يكون ملزما برد مبلغ القرض بعد انقضاء المدة المحددة والتزامه مقترن باجل واقف معين وهذا ما تاكد في الفقرة الاولى من المادة ٢٩٣ من القانون المدني العراقي. وفي حالة الاجل الفاسخ فان حق الدائن قبل حلول الاجل موجود ونافذ الا انه مؤكد الزوال ومثاله حق المستاجر وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩٣ من القانون المدني.

(١٢) السنهوري- ح ٣ ص ١٢٢.

تعدد محل الالتزام

Obligations A'Objects Multiples

ان الوصف الذي يلحق الالتزام قد لا يلحق رابطة المديونية وانما (محل الالتزام) فلا يكون هذا المحل واحدا بل يتعدد والتعدد قد يكون جميعا او تخييريا او بدليا، ولذلك فهناك ثلاثة اوصاف لمحل الالتزام وهي وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل Obligation conjointe ووصف التخيير في الالتزام التخييري Obligation alternative ووصف البديل في الالتزام البديلي Obligation facultative.

ولقد خصص القانون المدني الاردني لتعدد المحل المواد (٤٠٧-٤١١) فعالج التخيير في المحل وابداله. كما خصص القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ المواد من ٢٩٨-٣٠٢ لتعدد محل الالتزام فعالج الالتزام التخييري (خيار التعيين) ثم نص على الالتزام البديلي.

ولا بد من الاشارة اولا الى حالة تعدد المحل بطبيعته الا انه يبقى شيئا واحدا كمن يشترى (٥٠ كيس) من الرز او السكر بهذا الالتزام يظل بسيطا رغم تعدد المحل ام محل الالتزام واحدا وكلا لا يتجزا يستطيع الدائن ان يطالب المدين بتنفيذ كل ما التزم به وهو تسليم جميع الاكياس المذكورة وله ان يرفض التنفيذ الجزئي^(١).

الا ان الالتزام البسيط قد يتعدد محله فيكون التزاما موصوفا ويكون الوفاء بواحد منها كافيا لبراءة الذمة وموفيا لالتزام المدين وهذا (الالتزام التخييري L'obligation al-ternative، يطلق عليه فقهاء الشريعة الاسلامية ب (خيار التعيين) والغالب من وجود هذا

(١) د. عبدالمجيد الحكيم- ح٢- ص٩٨.
د. محمد حسنين- ص٣١٤.

الالتزام رعاية مصلحة الدائن فلا ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ اذا هلك احد المحلين بقوة قاهرة بل يتعين الوفاء بالمحل الاخر وبذلك يضمن الدائن تنفيذ الالتزام عيننا ومثاله ان يكون محل الالتزام منزلا وارضا زراعية فان هلك المنزل لسبب اجنبي كالحريق فلا ينقضي الالتزام وانما يتحدد محله في الارض^(٢).

فالالتزام التخييري اذا كان محله اشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءه تامة اذا ادى واحدا منها والخيار هنا للمدين وهو الاصل ما لم يرد نص او اتفاق على خلاف ذلك^(٣).

الا ان محل الالتزام قد يكون شيئا واحدا وتبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر يمكن اجبار الدائن على قبول هذا الوفاء وهو ما يسمى ب (الالتزام البديلي او الاختياري L;obligation facultative). فالمدين هنا ملتزم بشئ واحد ولكن يستطيع ان يبئ ذمته اذا قدم شيئا اخر^(٤).

ولا بد من الاشارة الى ان الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) قد يجتمع مع العربون كجزء للعدول عن العقد لان لكل واحد منهما احكامه الخاصة ويمكن ان يضرب المثال التالي:

يتفق شخص مع نجار لصنع غرفة نوم ويقع الاتفاق على ان يتم التسليم في ١/٧/١٩٩٠ وقد تضمن الاتفاق على ان يكون هناك تعويض اتفاقي عن التأخير في تنفيذ الالتزام قدره ١٠ دنانير عن كل يوم تاخير كما وافق صراحة على ان من يعدل عن تنفيذ الالتزام يخسر قيمة العربون اي ان العربون يكون جزاء للعدول طبقا للمادة (١٠٧) اردني وقد كان مقداره ٥٠٠ دينار. علما ان مدة الأخير الحاصلة كانت (٣٠) يوما. وكان العدول من النجار فان مقدار التعويض الذي يستحقه المتضرر: ٣٠٠ - ١٠ = ٣٠٠ + ١٠٠٠ = ١٣٠٠ دينار مقدار المبلغ الذي يستحقه الدائن.

(٢) د. انور سلطان- ص٣٨٠.

Perallat, Mbouaiche- Op. Cit. p. 114.

(٣) د. شمس الدين الوكيل- ص٢٧٢- ٢٧٣.

(٤) د. شمس الدين الوكيل- ص٢٧٢- ٢٧٣.

د. حسن علي الذنون- احكام اللاتلزام- بغداد- ١٩٤٨ ص١١٣.

المبحث الأول

الالتزام التخييري (خيار التعيين)

Obligation Alternatives

خصص القانون المدني الاردني لتعدد المحل (المواد ٤٠٧-٤١١) وعالج التخيير في المحل في المواد (٤٠٧-٤١٠) ولموضوع ابدال المحل في المادة (٤١١). فالمادة ٤٠٧ نصت على ما يلي: (١- يجوز ان يكون محل التصرف عدة اشياء على ان تبرأ ذمة المدين اذا ادى واحدا منها. ٢- ويكون الخيار الخيار للمدين اذا كان مطلقا الا اذا قضى الاتفاق او القانون بغير ذلك).

ولقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني بان في هذا الموضوع يقتضي ان يكون التخيير بين محلين او اكثر يتوفر في كل محل ما يجب توافره من شروط في محل الالتزام ويكون الواجب اداء واحد منها لكي تبرأ ذمة المدين براءة تامة- فاذا كان التخيير فيه بين شيئين فقط ولم تتوافر في احدهما شروط المحل في الالتزام كان الثاني هو المحل للالتزام فقط وكان الالتزام بسيطاً غير تخييري- العبرة بتوفر الشروط في جميع المحال في وقت نشوء الالتزام فاذا لم تتوفر في احدهما في ذلك الوقت لم يصلح محلا ولو توفرت فيه بعد ذلك. كما نصت المادة ٢٩٨ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على خيار التعيين على النحو الاتي:

(١- يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيمية او مثلية من اجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين او للدائن.
٢- واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين. الا اذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن).

اما القانون المدني المصري فقد نصت فيه المادة ٢٧٥ على هذا الوصف على النحو الاتي:

(يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله اشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا ادى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون او يتفق المتعاقدان على غير ذلك)، ويقابله ما نصت عليه المادة ٢١٣ من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.

فالنص المدني العراقي واضحا في تبيان خيار التعيين لمحل الالتزام من المدين او الدائن، والاشياء القيمية مالا يوجد لها مثل في السوق او يوجد مع التفاوت في القيمة كالايقار فلو

قال شخص لآخر ابيعك هذه البقرة ب ٥٠٠ دينار وهذه ب ٣٠٠ دينار والثالثة ب ١٥٠ دينار وانت بالخيار لمدة ٣ ايام مثلا فهذا الالتزام من البائع ملزم وصحيح وتبرأ ذمته براءة تامة اذا استعمل الخيار لمن قرر لمصلحته خلال المدة المذكورة بتعيين المحل الذي كان متعددا.

ومثال الاشياء المثلية من اجناس مختلفة ان يبيعك شخص مقدارا من الرز الكردي بسعر معين او مقدار من الخنطة او الشعير بسعر محدد ولك الخيار خلال مدة اسبوع في تعيين محل الالتزام (*).

وقد لاحظ فقهاء الشريعة الاسلامية على الالتزام التخييري (خيار التعيين) ما يلي:
الامر الاول- ان ترديد محل الالتزام بين محلين او اكثر فيه نوع من الجهالة او (التجهيل) ولهذا لم يجزه بعض الفقهاء والمذاهب (كالشافعية والحنابلة والجعفرية وزفر من فقهاء المذهب الحنفي) (٥).

الامر الثاني- ان هذا الخيار يجعل الالتزام قلقا طيلة فترة الخيار ولهذا فقد ذهب بعض فقهاء الشريعة الاسلامية الى تقييد خيار التعيين بقيدتين اساسيين هما:

القيد الاول/ ان يكون التخيير بين شيئين او ثلاثة اشياء على اكثر تقدير لان هذا الخيار شرع للضرورة تقدر بقدرها، فاذا انصب الخيار على اكثر من ثلاثة اشياء فسد العقد عندهم.
القيد الثاني/ ان لا تزيد مدة الخيار عن ثلاثة ايام قياسا على خيار الشرط (٦).

اولا- شروط الالتزام التخييري

الشرط الاول- تعدد محل الالتزام (المثليات او القيميات)

اذا لم يكن محل الالتزام متعددا على النحو المتقدم لم يكن الالتزام موصوفا وانما ظل الالتزام

(*) ذهبت محكمة التمييز في العراق بقرارها المرقم ٨٨٩/حقوقية/٩٦٣ في ٢٣/٥/٩٦٣ الى ان (الخنطة والشعير من القيميات لاختلاف جنسها وسعرها ولا يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء ولذا تكون مطالبة المدعي بقيمتها صحيحة).

وفي قرار اخر: (الجاموس من القيميات فلا يجوز الحكم بملكية عدد منه يناسب الحصص ام دعى بها في المجموع بل الحكم بمنع المعارضة في هذه الحصص في جميع الجاموس).

رقم القرار ٤١٣/حقوقية/١٩٦٤ في ٥/٥/١٩٦٤

مجموعة القاضى ابراهيم المشاهدي- قسم القانون المدني- ص ٩٧-٩٨.

(٥) د. حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص ٤٠١.

د. حسن الذنون- احكام الالتزام- المرجع السابق- ص ١١١.

(٦) د. حسن الذنون- المرجع السابق- ص ٤٠١.

بسيطا ولهذا لا بد ان يتعدد محل الالتزام من المثليات او القيميات بحيث ان الوفاء بواحد منها يكون للالتزام وميرثا براءة تامة ولا يهم نوع الاشياء التي تصلح ان تكون محلا للوفاء فقد تكون من المنقولات او العقارات او القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل او تسليم مبلغ من النقود من الاشياء المثلية ام من الاشياء القيمية.

وفي هذا المجال لا بد من وجود الاختلاف في الجنس او الشروط فان اتحد الجنس كان الالتزام بسيطا غير موصوف فلو قال شخص لآخر اعدك في ان ابيعك ١٠٠ كيس من الرز الامريكي او ٢٠٠ كيس من الرز المذكور ظل الالتزام بسيطا غير مركب رغم التعدد في المحل.

الا ان الاشياء ان كانت من جنس واحد مع شروط مختلفة في البيع فالالتزام يكون تخييريا كان يقول البائع ابيعك ١٠٠ كيس من الرز العراقي بسعر ٧٥٠ دينارا واذا اشترت ٥٠٠ كيس من الرز فان سعر الكيس يكون ب ٧ دنانير بدلا من ٧٥٠٠ دينار فالالتزام يكون تخييريا لاختلاف شروط البيع والتعيين في محل الالتزام يكون للمدين او للدائن.

الشرط الثاني- احد الاشياء في محل الالتزام هو الواجب الاداء اداؤه موفيا للالتزام وميرثا للذمة براءة اما لو كانت كل الاشياء في محل العقد واجبة عد الالتزام بسيطا غير موصوف على نحو ما اوضحناه.

الشرط الثالث- ان يتوافر في كل الاشياء محل العقد شروط المحل، فلا بد ان يكون ممكنا لا مستحيلا وموجودا في الحال او الاستقبال وان يكون المحل معين او قابلا للتعيين وان يكون مشروعاً.

اذا يفترض ان تكون هذه الامور المتعددة مستوفية لشروط المحل فاذا التزم المدين باحد امرين احدهما غير ممكن او غير مشروع فلا يكون الالتزام تخييريا وانما يظل الالتزام غير موصوف ويقتصر محله على ذلك المحل الذي قامت به صلاحية الالتزام دون غيره.

ويذكر بعض الفقهاء شروطا اخرى وهي ان تكون مدة لاختيار معلومة ولا يهم بعد هذا ان تكون يوما او يومين او اسبوعا او اسبوعين وان يسمى لكل منها ثمن الى جانب تفاوت الاعيان التي ينصب عليها التخيير في الوصف او النوع او الجنس^(٧).

كما نصت المادة ٢٩٩ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

(١- يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار.

٢- فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين^(*).

والسؤال الذي يطرح عن امكانية ترك تعيين المحل لاجنبي عن العقد لتعيين محل الالتزام الواجب الاداء؟

الاصل اذا اطلق خيار التعيين ان يكون للمدين الا اذا اقتضى القانون واتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن على نحو ما تقدم، ويذهب بعض الفقهاء الى القول بجواز ترك الخيار لشخص اجنبي عن العقد ويكون الاجنبي في هذه الحالة اما خبيرا فنيا يستشير به احد الطرفين فيكون الخيار في الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ام يكون الاجنبي غير منتم لاحد من الطرفين فيقرب من ان يكون حكما بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على ان يكون الخيار لاحد منهما^(٨).

اما مصدر الخيار فقد يكون الاتفاق او نص القانون، لان الغالب ان يكون مصدر خيار التعيين محل الالتزام هو العقد او (التصرف القانوني بوجه عام) وقد يكون نص القانون كما في حالة هلاك العقار المرهون بخطا الراهن على نحو ما نصت عليه المادة ١٢٩٧ مدني عراقي والمقابلة لنص المادة ١٠٤٨ مدني مصري، وكذلك المادة (٢٧٥ مدني مصري)^(٩).

وفي هذا لسياق لا بد من الاشارة الى نص المادة ٤٠٩ من القانون المدني الاردني التي نصت: (ينتقل حق الاختيار الى الوارث) واصل هذا النص يعود لما قرره القانون المدني العراقي متأثرا باحكام الفقه الاسلامي فقد نصت المادة ٣٠٠ على ما يلي: (خيار التعيين ينتقل الى الوارث) لان هذا الخيار رحق لمن تقرر لمصلحته ولم ينص القانون المدني الجزائري ولا القانون المدني المصري على ما يقابل ذلك. ولعل السبب في ذلك ان نص عليه القانون المدني العراقي والاردني من توريث خيار التعيين يتفق مع القواعد العامة دون حاجة للنص

(*) نصت المادة ٤٠٨ من القانون المدني الاردني ما يلي: (١- يجب في التصرف التخييري تحديد مدة الاختيار. ٢- فاذا لم يحدد المتعاقدان مدة في العقد او انقضت المدة المحددة لاحدهما دون ان يختار جاز للطرف الاخر ان يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار او محل التصرف).

(٨) الاستاذ السنهوري- ح ٣ ص ١٥٠.

(٩) يتفق في الراي كل من الاستاذ السنهوري والدكتور اسماعيل غانم في ان حق الخيار له اثر رجعي اي ان الالتزام منذ نشوئه قد انحصر في محل واحد ويخالفهم في الراي الدكتور عبدالحى حجازي تفصيلا انظر: د. اسماعيل غانم- ح ٢- ص ٣٠٨.

(٧) د. حسن الذنون- ص ٤٠٢.

عليه.. الا ان القانون اللبناني (قانون الموجبات والعقود) نص على ما يقابل نص م ٣٠٠ في القانون المدني العراقي والمادة ٤٠٩ مدني اردني.

ثانيا- احكام الهلاك في الالتزام التخييري

نصت المادة ٤١٠ من القانون المدني الاردني على احكام الهلاك في الالتزام التخييري كما نصت المادة ٣٠١ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

(اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشئيين في يده كان له ان يلزم الدائن بالثاني، فان هلكا معا انفسخ العقد. واذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئيين فيكون ملزما ان يدفع قيمة اخر شي هلك). ويقابل ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢٧٧ من القانون المدني المصري.

وقد اتجه المشرع الاردني الى بطلان العقد عند هلاك الشئيين معا (المادة ١/٤١٠) اماما ذهب القانون المدني العراقي في المادة ٣٠١ من عرض للصورة التي تطرق لها المشرع المصري والجزائري وجعل لها لنفس الحل وازداد صورتين اخريين طبق فيهما القواعد العامة وانتهى الى حلول يمكن الاخذ بها في مصر والجزائر دون نص واحكام الهلاك يمكن بيانها على النحو الاتي:

الحالة الاولى- حصول الهلاك لمحل الالتزام وخيار التعيين للمدين^(١٠).

اذا كان الاختيار للمدين وهلك واحد من محل الالتزام او كلاهما فلا يعدو ان يكون الهلاك بسبب اجنبي او بخطا الدائن او بخطا المدين.

١- اذا هلك واحد من محل الالتزام بخطا المدين كان له ان يلزم الدائن بقبول الاخر طالما ان خيار تعيين محل الالتزام للمدين وكذلك الحكم لو كان الهلاك بسبب اجنبي. اذ ان محل الالتزام يتركز في الشئ الذي لم يهلك. فلو باع شخص شاحنة مع ماكنة حراثة وهلك الشاحنة بحادث اصطدام تركز محل الالتزام في ماكنة الزراعة حيث يلزم الدائن بقبولها.

٢- واذا هلك جميع محل العقد بخطا المدين او احدهما بخطا المدين والاخر بسبب اجنبي فعلى المدين ان يدفع للدائن قيمة اخر شئ هلك لان خطأ المدين تدخل في الهلاك.

(١٠) انظر في احكام الهلاك:

السنهوري- ج٣ ص١٦٦

د. حسن الذنون- ص٤٠٢-٤٠٣.

د. عبدالمجيد الحكيم- ح٢ ص٢٠٧-٢٠٩.

٣- واذا هلك احد الشئيين بخطا الدائن فللمدين ان يختار الشئ الهالك وعندئذ يعتبر الدائن مستوفيا لحقه وتبرا ذمة المدين من الدين وله كذلك ان يختار الشئ الذي لم يهلك الى الدائن ويرجع عليه بقيمة الشئ الذي هلك.

٤- واذا هلك جميع محل الالتزام بخطا الدائن وحده فالمدين يختار احدهما ويعتبر الدائن مستوفيا لحقه وتبرا ذمة المدين من الدين ويرجع على الدائن بقيمة الشئ الان.

٥- واذا حصل الهلاك لاحد محال الالتزام بخطا الدائن والاخر بسبب اجنبي فتكون امام فرضيتين وهما:

الفرضية الاولى- الشئ الهالك اولا كان بسبب اجنبي والثاني بخطا الدائن فان الدائن يكون مستوفيا لحقه وتبرا ذمة المدين. لان الاول الذي هلك يجعل التزام المدين يتركز في المحل الثاني فلما هلك هذا بخطا الدائن فانه يكون مستوفيا لحقه وتبرا ذمة المدين.

الفرضية الثانية- اذا كان المحل الاول قد هلك بخطا الدائن والثاني بسبب اجنبي فللمدين ان يختار هذا الاخير فتبرا ذمته منه ويرجع عندئذ على الدائن بقيمة الشئ الذي هلك بخطئه.

الحالة الثانية- حصول الهلاك لمحل الالتزام وخيار التعيين للدائن^(١١).

١- اذا هلك احد الشئيين بسبب اجنبي يتركز الالتزام في الشئ الذي بقى ويتعين على الدائن او يختاره.

٢- هلاك احد الشئيين بخطا المدين. فللدائن ان يختار الشئ الهالك فيرجع بقيمته او انه يختار الشئ ا واحد الاشياء الباقية.

٣- هلاك احد الشئيين دون الاخر بخطا الدائن، فللدائن ان يختار الهالك فتبرا ذمة المدين وان اختار الاخر وجب عليه دفع قيمة الشئ الذي هلك.

٤- هلاك الشئيين معا وكان احدهما بخطا المدين، فان اختار الدائن الشئ الذي هلك بخطا المدين رجع عليه بقيمته وان اختار الشئ الذي هلك بسبب اجنبي لم يرجع بشئ على المدين.

٥- هلاك الشئيين معا بخطا الدائن ان يختار احد الشئيين فيرجع بقيمته على المدين اذا هلك بخطا.

(١١) الاستاذ السنهوري- ح٣- ص١٧٣-١٧٦.

الاستاذ حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص٤٠٣.

د. عبدالمجيد الحكيم- ح٢- ص٢٠٨.

٦- هلاك احد الشئيين وكان احدهما بخطا الدائن فان اختار الدائن الشئ الذي هلك برأت ذمة المدين.

٧- هلاك الشئيان بخطا الدائن فله ان يختار احدهما ويرجع المدين بقيمة الاخر على الدائن.

ومن الطبيعي ان هلاك جميع محل الالتزام المتعدد بسبب اجنبي انفسخ العقد بحكم القانون لاستحالة تنفيذ الالتزام اي نكون اما ما يسمى ب (الانفساخ). وقد اورد المشرع المدني الجزائري في المادة ٢١٥ تحول الالتزام الموصوف الى التزام بسيط عند هلاك احد محال الالتزام.

كما ان هذه الاحكام المتقدمة في الهلاك ليست الا تطبيقا للقواعد العامة في الهلاك والمشرع المدني العراقي لم يذكر الا حالة واحدة في المادة ٣٠١ من القانون المدني وهي حالة حصول الهلاك لاحد محال الالتزام او للشئيين معا بخطا المدين او بسبب اجنبي.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤١٠ من القانون المدني الاردني على النحو الاتي:

(٢- فاذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك بالنسبة الى احد هذه الاشياء كان على ان يدفع قيمة اخر ما هلك منها).

ولقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني (ح ١ ص ٤٦٢) بان المادة المذكورة اعلاه عاجت حالة هلاك احد الشئيين محل التخبير فاذا كان الخيار للمدين كان له ان يلزم الدائن بالشئ الاخر وان هلك محل الاختيار بطل العقد فان كان المدين مسؤولا ولو بالنسبة لاحد الاشياء كان عليه ان يدفع قيمة ما هلك منها على ان هذا الحكم نظر في الفقه الاسلامي الا ان القانون المدني الاردني اخذ بما اتفقت عليه التقنيات الحديثة جميعها وهذه تتفق بدورها مع المبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني

الالتزام البدلي او الاختياري

L'obligation facultative

خصص القانون المدني الاردني نصا واحدا فقط للالتزام البدلي حيث جاء في المادة (٤١١) ما يلي:

(١- يكون الالتزام بدليا اذا لم يكن محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر.

٢- والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته). واصل النص يعود لما ذهب اليه القانون المدني العراقي في المادة ٣٠٢.

يتبين من ذلك ان محل الالتزام قد يكون شيئا واحدا وتبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر ويطلق عليه بالالتزام الاختياري في القانون المدني الجزائري لعام ٩٧٥ حيث نصت المادة ٢١٦ على ما يلي:

(يكون الالتزام اختياريا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر. والشئ الذي يشمل محل الالتزام، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بادائه). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (٢٧٨) ولم يغفل هذا الوصف من اوصاف الالتزام فقهاء القانون المدني في فرنسا^(١٢).

ويقتضي للوقوف هلى هذا الالتزام الموصوف لتعدد المحل توضيح مصدر الخيار ثم لطبيعة الالتزام البدلي ما سنبينه على النحو الاتي:

اولا- مصدر الخيار في الالتزام البدلي

قد يكون مصدر الخيار في الالتزام البدلي هو الاتفاق ومثاله (العربون) طبقا لما نصت عليه المادة ١٠٧ من القانون المدني الاردني ووفقا لما نصت عليه او ما اوضحته الفقرة الثانية من المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي:

(٢- فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد لكل منهما حق العدول. فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفا).

١- ان الدائن لا يستطيع المطالبة الا بمحل الالتزام الاصلي بينما يحق للمدين ان يفي بالمحل الاصلي للالتزام او بالبدل ويستطيع ان يجبر الدائن على ذلك.

٢- محل الالتزام الاصلي هو الذي يحدد المحكمة المختصة بالنزاع فان كان عقار كانت محكمة وجود العقار هي المختصة في اي نزاع يتعلق بهذا الالتزام الاصلي حتى ولو كان البديل منقولاً.

٣- اذا كان محل الالتزام الاصلي غير مشروع او مستحيل فالالتزام لا ينشأ ولو كان البديل مشروعاً او ممكناً لان مصدره الاذي اوجده باطلاً واذا كان التصرف باطلاً لم ينشأ اي التزام.

٤- محل الالتزام الاصلي هو الذي يحدد طبيعة التزام المدين مقدماً ما اذا كان تسليم شيء ام قيام بعمل ام امتنا عن القيام بعمل.

موقف القضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز الى انه: (يعتبر بيع الاموال غير المنقولة بيعاً عادياً خارج دائرة التسجيل بيعاً باطل وعليه فيجوز لدافع العربون في هذه الحالة استرداده)^(١٨). وحكمت في قضية اخرى: (ان ورد في عقد بيع الاموال غير المنقولة الخارجي من ان المبلغ المدفوع عربوناً لا يرد في حالة نكول المشتري فهو غير ملزم له لان العقد باطل)^(١٩).

ففي عقد البيع يكون محل الالتزام الاصلي هو (المبيع) وهناك الالتزام الاخر (تبعي) هو العربون ويراد به مبلغ من المال النقدي الذي يدفعه المشتري الى البائع عند ابرام العقد بينهما للدلالة اما على ان البيع اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه واما على ان لكل من البائع والمشتري حق الرجوع فيه والعدول عن البيع مقابل خسارة قيمة العربون والعبارة في معرفة دلالة العربون هي بحقيقة ما توجهت اليه ارادة العاقدين عند دفعه^(١٣).

ففي حالة الاتفاق على ان العربون جزاء للعدول عن اتمام البيع اي (البديل عن هذا العدول) يمكن تكييف العربون على انه (بدل في التزام بدلي) فيكون المدين بائعاً كان ام مشترياً ملتزماً اصلاً بالالتزام الوارد في عقد البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام وتبراً ذمته من الالتزام ويسقط حقه المقابل تبعاً لذلك اذا هو ادى مبلغ العربون وهذا يعني ان العربون هو (بدل مستحق في العقد ودفعه انما هو تنفيذ للعقد لا فسخاً له)^(١٤).

كما قد يكون مصدر الخيار في الالتزام البدلي هو الارادة المنفردة كالوصية حين يوصي شخص بشئ وهو (التزام اصلي) الا ان الوارث قد يدفع مبلغاً نقدياً بدلاً من (الموصى به) اذا كان الموصى اجاز ذلك في الوصية فيكون مصدر خيار الوارث هو (ارادة الموصى المنفردة)^(١٥).

او قد يكون مصدر الخيار نص القانون كما هو الحال في سقوط اجل الدين اذا كان اضعاف التامين يعود لسبب اجنبي فان المدين يستطيع ان يتوخى سقوط الاجل بان يقدم للدائن ما يكمل التامين للاستفادة من الاجل الممنوح له، وهنا يكون المدين امام التزام اصلي هو الوفاء بالدين وله ان يحل محل هذا الوفاء اكمال التامينات للدائن وليس للدائن ان يرفض ذلك^(١٦).

ثانياً- طبيعة الالتزام البدلي

ان ما يحدد طبيعة الالتزام البدلي هو (الالتزام الاصلي) لا البديل لانه هو الواجب الاداء لا الاخير ويترتب على ذلك النتائج التالية^(١٧):

(١٣) راجع الدكتور سعدون العامري-الوجيز في شرح العقود المسماة (في البيع والايجار)-ط٢-١٩٧ ص٥٦.

(١٤) العامري- ص٥٧.

(١٥) عبدالمجيد الحكيم- ص٢١١.

(١٦) الاستاذ الحكيم- المرجع السابق- ص٢١١.

(١٧) الاستاذ الحكيم- المرجع السابق- ص٢١٢.

الدكتور حسن الذنون- ص٤٠٥-٤٠٦.

(١٨) مجلة نقابة المحامين- س٣٨-١٩٩٠ ص١٨٣.

(١٩) مجلة نقابة المحامين- س٣٥-١٩٨٧ ص١١٩٠.

الفصل الرابع

تعدد اطراف الالتزام

الاصل في الالتزام ان يكون بسيطاً لانه رابطة قانونية مالية بين طرفين (الدائن والمدين) ولكن قد يتعدد اطراف الرابطة ابتداء وقت نشوء الالتزام او يطرأ فيما بعد وقد يكون التعدد صوري او حقيقي. على ان التعدد في الاطراف يقع في نطاق المصادر الارادية للالتزام المدني وخاصة في العقود ويقع كذلك في مجال المصادر غير الارادية ولعل اوضح صورة لهذه التعدد في الاطراف عند تعدد الفاعلين للفعل الضار فيتضامنون في التزامهم بدفع التعويض عن الضرر المسؤولين عنه.

لقد عالج القانون المدني الاردني تعدد طرفي الالتزام في المواد (٤١٢-٤٤٣) فنص على حالة التضامن بين الدائنين في المرتبة الاولى ثم نص على حالة الدين المشترك وبعدها تعرض لمسألة التضامن بين المدينين ثم اخيراً لموضوع عدم قابلية التصرف للتجزئة.

وقبل بيان موقف القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١ من هذا الوصف لا بد من الاشارة الى ان مشروع القانون المدني الجديد عالج هذا الوصف في الرابطة القانونية في المواد ٥٦١-٥٩٠ وفي ثلاثة فروع هي:

١- التضامن بين المدينين.

٢- التضامن بين الدائنين.

٣- الالتزام غير القابل للانقسام.

اما القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ فقد خصص المواد من (٣٠٣-٣٣٨) لتعدد طرفي الالتزام فبين التضامن بين الدائنين في الفرع الاول وعالج التضامن ما بين المدينين في الفرع الثاني وقد جاءت نصوصه متأثرة الى حد كبير باحكام الفقه الاسلامي لا سيما ما يتعلق بالمدين المشترك وهو ما اتسم به القانون المدني الاردني ايضا.

وابتداءً لا بد ان نبين بانه ليس كل تعدد في طرفي الالتزام يجعل الالتزام مركباً فف يتعدد احد طرفي الالتزام او كلاهما من غير ان ترتبط بين اطرافه رابطة خاصة ويسمى ب (التعدد الصوري) حيث يكون الالتزام فيه بسيطاً غير موصوف ومثاله حالة التعدد في الدائنين والمدين واحد فلو كانت حصة كل واحد من الدائنين وحددة سلفاً، كان لكل دائن مطالبة المدين بالمدين الذي له بدمته فان وفي المدين بما عليه انفرد الدائن بحقه دون مزاحمة من احد. فلو اشترى شخص داراً مملوكة لشخصين على الشيوع وكانت حصصهم متساوية فلا يستطيع كما ملك (بائع) الا المطالبة بنصف الثمن.

كما قد يتعدد المدينون والدائن واحد الا انه لا يستطيع الدائن ان يطالب كل مدين الا بمقدار دينه في الذمة (لعدم وجود رابطة تجمع المدينين) ومثاله ان يشتري شخصان شيئاً دون ان يذكر في عقد البيع على تضامنها بدفع الثمن فلا يستطيع البائع مطالبة المشتريين الا بنصف الثمن من كل مشتري لان التعدد في اطراف الالتزام هو (تعدد صوري).

ويطلق على التعدد الصوري لعدم وجود رابطة خاصة بين احد طرفي الالتزام ب (الدين ا لمشترك) في الفقه الاسلامي فلو مات شخص وكان له بدمه اخر دنيا فان (الورثة) دائنون لانهم يشتركون فيما بينهم بالدين بنسبة انصبتهم في التركة وللمدين المشترك مصادرة المتميزة. ولغرض دراسة هذا الوصف من اوصاف الالتزام لا بد من توزيع الفصل على المباحث التالية:

المبحث الاول- التضامن بين المدينين.

المبحث الثاني- التضامن بين الدائنين.

المبحث الثالث- الالتزام غير القابل للانقسام.

المبحث الأول

التضامن بين المدنيين (التضامن السلبي)

الأصل في القانون المدني العراقي ان التضامن بين المدنيين لا يفترض الا اذا وجد اتفاق او نص في القانون يخالف ذلك وعلى هذا المبدأ نصت المادة (٣٢٠) التي جاء فيها: (التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون). والى هذا المبدأ اتجه القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ في المادة (٤٢٦) وكذلك المشرع الكويتي في المادة ٣٤١ الا انها اوجبت مراعاة قواعد التجارة وتؤكد المبدأ المذكور في المادة ٢٧٩ من القانون المدني المصري وفي قوانين اخرى.

ولاشك ان المادة ٣٢٠ من القانون المدني العراقي لا يقتصر حكمها على الالتزامات المدنية وانما تسري كذلك على المعاملات التجارية ما لم يكن هناك عرف تجاري يقضي بالتضامن او اتفاق صريح على قيامه بين اطراف الدين التجاري. وهذا الحكم جاء مخالفا لما كان مقررا في قانون التجارة الملغى في العراق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ التي اوضحت احكامه صراحة على افتراض التضامن في الديون التجارية (المادة ١/٨١).

ومع ذلك فان البعض من المعاملات التجارية ما يزال التضامن مفترضا كما في حالة افتراض تضامن المرسل مع المرسل اليه في دفع الاجرة اذا تم التزام الاخير على ادائها (المادة ٦٠) من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ الا ان هذا الحكم جاء في خلاف الاصل المقرر في المادة ٣٢٠ من القانون المدني العراقي^(١).

فاذا كان المدنيون متضامنون اتفاقا او قانونا، لدائن ان يطالب بدينه كله من اي مدين منهم ا وان يطالبهم به مجتمعين او مطالبة الدائن بالدين منفردين لا يمنعه من مطالبة باقي المدنيين وقد تقرر هذا الحكم في القانون المدني العراقي (المادة ٣٢١) وفي المادة (٥٦٢) من المشروع المدني الجديد وتؤكد ايضا في المادة (١/٤٢٨) من الاقانون المدني الاردني.

(١) ذهب المشروع المدني العراقي الجديد الى عكس هذا الاتجاه حيث قرر التضامن المفترض حتى في الديون المدنية كأصل عام ما لم يوجد نص في القانون او اتفاق يقضي عكس ذلك (المادة ٥٦١) ولم نعرش على حكمه افتراض التضامن في الديون المدنية لان المشروع جاء خاليا من اعمال تحضيرية تكشف عن اهداف وخلفيات النصوص وكنا نفضل ان يكون له ما للقانون الكويتي والقانون الاردني او للقانون المدني المصري. وفي هذا السياق نشير الى ان الغرف التجارية الفرنسي والمصري والعديد من قوانين التجارة العربية (تفترض التضامن بين المدنيين في المعاملات التجارية) وهذا ما تقتضيه ضرورات الائتمان. انظر الدكتور اسماعيل غانم- ح-٢- ص٣١٢.

مما يترتب على قيام حالة التضامن السلبي بين المدنيين ان رابطة الالتزام هذه تكون موصوفة بوصف (التضامن) و يؤثر حكم الالتزام لان التعدد في اطرافه صار حقيقيا واصبح بإمكان الدائنين المطالبة بحقه جميع المدنيين منفردين ام مجتمعين وان امامه اكثر من ذمة مالية للحصول على الدين فان وفي احدهم به برات ذمة باقي المدنيين.

اذا فان تضامن المدنيين وصف يحول دون انقسام الالتزام عند تعدد المدنيين والغرض منه في نطاق لتضامن السلبي هو ضمان حصول الدائن على حقه دون ان يتعرض لخطر اعسار احد المدنيين مما تقل المخاطر عليه ذلك ان ضمانة العم لاستيفاء حقه كاملا لا ينصب على اموال مدين واحد بل على اموال سائر المدنيين المتضامنين ولهذا يكون له ان يستأدي حقه كاملا من اي منهم^(٢).

والتضامن السلبي كثير الوقوع في الحياة العلمية وهو الاهم حيث يكون هناك التزام واحد تعدد احد طرفيه في جانبه السلبي وفي هذا يرى الاستاذ السنهوري انه ابلغ في الضمان من الكفالة^(٣). فهذا التعدد بين المدنيين هو تأمين شخصي الا انه التزام اصلي بينما لا يكون التزام الكفيل الا التزاما تبعا احتياطيا سواء كان الكفالة تأميننا شخصا وقد تكون تأميننا عينيا (الكفيل العيني). ويترتب على التزام المدين الاصلي والتزام الكفيل التبعية فروق متعددة^(٤). ونظرا لاهمية التضامن بين المدنيين لا بد من توضيح مصادر هذا التضامن ثم الوقوف على احكامهما.

(٢) الدكتور انور سلطان- احكام الالتزام- الموجز في النظرية العامة للالتزام- دار النهضة العربية- ١٩٧٤ ص ٢٦٠- ٢٦١.

الدكتور اسماعيل غانم- ح-٢- ص٣١٣.

وقارن ما نصت عليه المادتان ٢٢٢ و ٢٢٣ من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.

(٣) الاستاذ السنهوري- الوسيط- ح ٣ ص ٢٥٩.

(٤) انظر اسماعيل غانم- ح-٢- ص٣١٣

ونشير ما ذهب اليه محكمة النقض المصرية من ان (التزام الكفيل ينقضي حتما بانقضاء التزام المدين، ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ولا فرق في هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن) مجموعة محكمة النقض المصرية السنة ٣ العدد ٢ ص ٩٦٩ مشار اليه في هامش رقم ١ ص ٣١٣ من مؤلف الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم.

اولا- مصادر التضامن بين المدنيين^(٥)

يمكن معرفة مصادر التضامن السلبي من خلال نص المادة ٣٢٠ من القانون المدني العراقي والمادة ٤٢٦ من القانون المدني الاردني وهما:

١- العقد. وهو المصدر الرئيس للتضامن بين المدنيين في الديون المدنية والتجارية في العراق وفي كثير من الدول. ولا شك ان اي اتفاق لا يخالف النظام العام والاداب يكون صحيحا ولا نعتقد ان الاتفاق على التضامن بين المدنيين يخالف القواعد القانونية الامرة او يضر بالمصلحة العامة. ولكن هل يشترط ان يكون الاتفاق صريحا وواضحا على التضامن؟

الاصل ان يكون الاتفاق صريحا على تضامن المدنيين غير ان هناك من يعتقد امكانية الاتفاق على التضامن السلبي ضمنا يستخلص من الظروف ويشترط ان تكون وقائع الحال قاطعة في الدلالة على هذا الاتفاق فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن^(٦)، ونضيف الى ما تقدم، في ان البيئة على مدعي وجود التضامن وعليه اثبات وجوده فالتضامن السلبي لا يفترض كما تقدم والدليل هنا يقع على الدائن لانه هو الذي يدعي بوجوده.

٢- نص القانون. قد يكون القانون هو السبب المنشي لحالة التضامن بين المدنيين لاعتبارات يجدها المشرع عادلة في ايجاد هذا الوصف ففي مجال عقد المقاولة ذهب المشرع العراقي في المادة ٨٧٠ المعدلة بقانون رقم ٤٨ لسنة ٩٧٣ وقانون ٤٢ لسنة ٩٧٤ الى ان المهندسين المعماريين والمقاولين يضمنون خلال عشرة سنوات من تهديم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او اقاموه من منشآت ثابتة حتى ولو كان التهديم ناشئا عن عيب الارض ذاتها وتبدأ المدة وقت تمام العمل وتسليمه. والى هذا لمبدأ ذهب المشرع المصري في المادة (٦٥١) والقانون المدني الجزائري في المادة (٥٥٤) وكذلك القانون المدني الاردني (المادة ٧٨٨).

ونعتقد بضرورة التامين على حياة المهندس والمقاول لانه اذا مات احدهما فان رب العمل يسبضر كثيرا ويتعرض لخطر واضح وان مات المهندس المعماري والمقاول سوف لن يكون تضامنها بنص القانون وهي مسؤولية مفترضة.

ونشير هنا الى ان اصل الضمان العشري يعود تاريخيا الى نصي المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠

(٥) الاستاذ اسنهوري- ح٣- ص٢٥٩- ١٦١ > Jean Carbonnier- Droit Civil- Op. Cit. p. 560

الدكتور اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ح٢ ص ٣١٥ وانظر نص المادة (٢٧٩) من القانون المدني المصري التي ذكرت مصادر التضامن السلبي (العقد ونص القانون) وكذلك القانون المدني الاردني في المادة (٤٢٦) التي جاء فيها ما يلي: (لا يكون التضامن بين المدنيين الا باتفاق او بنص في القانون).

(٦) الدكتور اسماعيل غانم- ح٢- ص٣١٢.

من القانون المدني الفرنسي وقد عدلتا عام ١٩٦٧ وطبقا لهذا التعديل استحدثت ضمنا اخر هو الضمان الثنائي ومدته سنتان وهو يشمل العيوب الخفية في الاعمال الصغيرة الا ان هذا التعديل لم يكن كاملا فاصدر المشرع الفرنسي عام ١٩٧٨ تعديلا اخر للمادتين سمي بالقانون المتعلق بالمسؤوليات في مجال التشييد وبموجبه عدلت المادتين ١٦٤١ و ١٨٣١ من القانون المدني الفرنسي فاستحدثت نظام تامين الزامي يمكن من تمويل الاصلاحات الضرورية للخلل في البناء بسرعة دون بحث مسبق عن المسؤوليات^(٧). ومن امثلة التضامن السلبي في المصادر غير الارادية، تطبيقات العمل غير المشروع فقد نصت الفقرة (٢) من المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي على انه اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او التعدي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان ومصدر تكافلهما هو نص القانون. كما ان غاصب الغاصب والغاصب متضامنون في دفع التعويض وللدائن الرجوع على اي منهما بكل الضمان. وقد نصت المادة ١٩٨ من القانون المدني العراقي ما يلي:

(١)- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فاذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلف او تلف في يده فالمغصوب منه ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني.....).

اما القانون المدني الاردني فقد نص في المادة ٢٥٨ ما يلي:

(اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر). كما نصت المادة ٢٨٢ في فقرتها الولالى على ان: (غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب).

ونشير في هذا السياق ما نصت عليه المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي:

(١)- اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر

(٧) راجع تفصيلا البحث القيم للدكتور مصطفى رجب- الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الاخرى- مجلة العلوم القانونية- ١٩٨٨ ص ٧٠ وما بعدها.

ويذكر ان تعديل عام ١٩٧٨ دخل حيز التنفيذ في ١/١/١٩٧٩ في فرنسا والذي بموجبه اقرت مسؤولية المنتج للمواد الاولية الداخلة في البناء كما جرى توسيع مسؤولية الاشخاص الملتزمين بالضمان.

الدكتور محمد عبدالقادر الحاج- مسؤولية المنتج والموزع- ١٩٧٨٢ ص ٦٢-٦٣.

ويرى الدكتور مصطفى رجب- ص٩٦ ان تعديل عام ١٩٧٨ سالف الذكر وسع من مفهوم الضمان ولم يحضره المشرع بالمهندس والمقاول وانما كل شخص يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة وقد نصت المادة ١/٧٨٨ من القانون المدني الاردني على ما يلي: اذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناه يضع المهندس تصميمه على ان ينفذ المقاول تحت اشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهديم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او اقامة من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته اذا لم يتضمن العقد مدة اطول.

دون تمييز بين الفاعل الاصلي ولاشريك ولامتسبب. ٢- ويبرجع من دفع لاتعويض باكملة على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم. فان لم يتسبب تحديده قسطك كل منهم فلي المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي). والى هذا الحكم اتجه المشرع المصري في المادة (١٦٩) من القانون المدني والمادة (٢٠٥٥) من القانون المدني الايطالي. وكذلك المشرع الاردني في المادة ٢٦٥ من القانون المدني.

ولقيام وصف التضامن بين المدينين في العمل غير المشروع يجب ان يكون هناك خطأ في جانب كل واحد من المسؤولين سبب ضررا ونهضت علاقة السببية ويترتب على ذلك انه اذا وقع ضرر من جماعة ادون امكان تحديد الفرد الذي ارتكب الخطأ فلا تضامن بينهم^(٨).

الا اننا نعتقد ان هذا الراي غير عادل ويتناقض مع حقوق المضرور في السلامة ونرى مع ما قرره المشرع الياباني في المادة ٧١٩ من القانون المدني بان يحتمل جميع الافراد بالتساوي دفع التعويض للمضرور. وهذا الحكم اتجه اليه المشرع البولوني في المادة ١٣٧ والتونسي في المادة ١٠٩ والتقنين الالماني في المادة ٨٣٠ والقانون الصادر في ١٥/٩/٩٤٨ (بشان المعاقبة عن جرائم الحرب) في فرنسا.

والالتزام التضامني بين المدينين، ايا كان مصدره يختلف عن الالتزام التضامني^(٩)، او المسؤولية المشتركة (المجموعة)^(١٠)، حيث يرى الاستاذ (هنري لالو) Henri Lalou انه في حالة التضامن يوجد دين واحد يلتزم به جميع المدينين اما في حالة المسؤولية بالتضامن فتوجد ديون متعددة مصادرها مختلفة يلتزم بكل دين منها واحد من المدينين، وانما يكفي ان يدفع ادهم الدين الذي يلتزم به^(١١).

(٨) الدكتور ادور غالي الذهبي- مجموعة بحوث قانونية- ط ١ ٩٧٨ ص ٦٣٨.

(٩) يفضل الاستاذ السنهوري هذه التسمية في الوسيط- ح ١ ص ٩٢٤.

(١٠) لعدم وجود نص في القانون المدني الفرنسي على التضامن عند تعدد المسؤولين لجا الفقه والقضاء في فرنسا الى هذه الفكرة in solidum فاقاموها بين المسؤولين المتعددين والى هذا كان القضاء المصري في احكامه قبل صدور القانون المدني النافذ عام ٩٤٩. الاستاذ السنهوري- الوسيط- ح ١ ص ٢٩٢ - ٩٣٠. وتظهر اهمية التفرقة بين الالتزام التضامني والمسؤولية المجتمعة في انه لا توجد نيابة تبادلية بين المسؤولين مسؤولية مجتمع.

د. اسماعيل غانم- ح ٢ ص ٣١٨.

(١١) مشار اليه في مؤلف الدكتور ادور غالي الذهبي- ص ٦٥٠٩.

وجاء في حكم محكمة النقض المصرية بان: (مقتضى التضامن نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحدا، انه يجوز للدائنين ان يطالب اي مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين ان يرجع على مدين اخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولانه دفع عن نفسه)^(١٢).

ثانيا- احكام التضامن بين المدينين^(١٣)

تختلف الاثار المترتبة على التضامن بين المدينين باختلاف العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامين وفي العلاقة بين المدينين المتضامين.

النوع الاول- علاقة الدائن والمدينين المتضامين حيث تقوم هذه العلاقة على اسس ثلاثة هي وحدة الدين ووحدة المحل وتعدد الروابط والنيابة فيما ينفع لا فيما يضر.

١- وحدة المحل (وحدة الدين). أي ان محل الالتزام بين المدينين واحد لا يتجزأ وان بإمكان الدائن مطالبة أي واحد منهم بكل الدين مجتمعين ام منفردين على نحو ما تقدم. كما ان كل مدين يستفيد من اسباب انقضاء الدين بطرق الانقضاء كالوفاء جميعا تجاه الدائن بمقدار ما تم الوفاء به).

٢- تعدد الروابط- أي ان الرابطة التي تربط احد المدينين بالدائن قد تختلف عن الروابط الاخرى التي تربط غيره من المدينين على الرغم من كون محل الالتزام واحدا ولكل مدين ان يتمسك بالدفع الخاصة بدينه وبالتالي يشترك بها جميع المدينين. وفي هذا السياق نذكر ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها:

(٢) - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين اخر الا بقدر نصيب هذا المدين اذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ولكن يجوز له ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا).

وقد نصت المادة ٤٢٨ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

(١٢) (١٢) ١٧/٢/١٩٦٦ مجموعة المكتب الفني س ١١ ص مشار اليه في مؤلف الدكتور مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية ١٩٨٧ ص ٤١٧.

(١٣) راجع الاستاذ السنهوري- ح ٣- ص ٢٩٤ وما بعدها.

(١- للدائن ان يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين او بعضهم مراعيًا ما يلحق علاقته بكل مدين من وصف يؤثر في الدين ٢- ولكل مدين ان يعترض عند مطالبته بالوفاء باوجه الاعتراض الخاصة به او المشتركة بين المدينين فحسب). فلكل مدين ان يعترض بالاعتراضات الخاصة به كالكراه او الغلط، والمشاركة بين الدائنين جميعهم كبطلان الالتزام اصلا او انقضائه ولا شان له بالدفع الخاصة باي من المدينين الاخرين.

ويلاحظ في هذا المجال ان علاقة احد المدينين المتضامنين بالدائن قد تكون معيبة بعيب لا يشوب علاقة سائر المدينين بالدائن كما اذا كان احدهم قاصرا فنقض الاهلية (دفع شخصي) يستفيد منه القاصر وحده باعتباره مدينا وغير كامل الاهلية فيطالب بالابطال. أي ابطال الالتزام لعيب المذكور الخاص به بينما يظل بقية المدينين ملزمين بالعقد. كما قد يشترط احد المدينين المتضامنين ان لا يدفع الدين قبل حلول اجل معين فيكون له وحده التمسك به اذا الدفع الشخصي وهو (الاجل) كما قد ينقضي الدين بالابراء من الدائن لواحد من المدينين فيظل الالتزام بالدين قائما بالنسبة للباقيين منهم^(١٤).

ثالثا- النيابة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر

ان الاساس الذي تقوم عليه هذه النيابة هي المصلحة المشتركة بين المدينين حيث ينوب بعضهم عن بعض في تأدية الالتزام التضامني فيما ينفعهم كالتمسك بالتقادم اذ لكل مدين ان يتمسك بهذا الدفع الذي يستفيد منه جميع المدينين، اما اذا وقع فعل ضار من احد المدينين او اعترف بدين طبيعي للدائن فان هذا قاصر على المدين وحده ولا يسري بالنسبة لجميع المدينين لانه يضر بمصلحة المدينين.

وقد ذهب القضاء العراقي الى ان (الحكم الصادر لصالح احد المدينين المتضامنين يستفيد منه المدينون الباقون)^(*). والالتزام التضامن للمسؤولين عن الفعل الضار اذا كانت تقتصر على ما فيه نفع لهم الا انها تختلف عن المسؤولية المجتمعة او كما يسميها الاستاذ السنهوري (الالتزام التضامني) حين يكون عدة اشخاص مسؤولين عن دين واحد لاسباب مختلفة دون تضامن بينهم^(١٥). وبالتالي فلا نيابة بينهم ولا ينطق عليهم هذا المبدأ الثالث ومما يتعلق بذلك ما جاء في المادة ١/٣٢٩ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ التي نصت:

(١٤) د. محمد حسنين- المرجع السابق- ص ٣٢٢- ٣٢٣.

(*) رقم القرار ٤٨٨/٣م/٩٧٣ في ٧/٨/٩٧٣ مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي ص ٢٤٠.

(١٥) الدكتور اسماعيل غانم- ح ٢ ص ٣١٧.

(١- اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده). وهذا ما نصت عليه المادة ١/٤٣٤ من القانون المدني الاردني.

كما نصت المادة ٣٣٠ من القانون العراقي ما يلي:

(لا يكون المدين المتضامن مسؤولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا عن فعله واذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين او قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدينين. امنا اذا اعذر احد المدينين المتضامنين الدائن فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار). وهذا ما نصت عليه المادة ٤٣٥ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها: "المدين المتضامن مسؤول في تنفيذ التزامه عن فعله واذا اندره الدائن او قاضاه فلا اثر لذلك بالنسبة الى باقي المدينين اما اعذار احد المدينين المتضامنين للدائن فانه يفيد الباقيين).

النوع الثاني- العلاقة بين المدينين المتضامنين

تحكم هذه العلاقة الاسس التالية:

١- اذا قام احد المدينين المتضامنين بوفاء الدين كله للدائن فلا يرجع على باقي المدينين الا بقدر حصته في الديون ويقسم الدين بين المدينين بالتساوي مالم يكن هناك اتفاق او نص بخلاف ذلك. (الفقرة الاولى من المادة ٣٣٤ من القانون المدني العراقي) وهو ما نصت عليه المادة ٤٣٩ من القانون المدني الاردني.

٢- اذا اعسر احد المدينين المتضامنين فان حصته من الدين يتحملها باقي المدينين على نحو ما نصت عليه المادة ٣٣٤ من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية والمادة ٤٣٩ من القانون المدني الاردني.

والخلاصة ان التضامن بين المدينين (التضامن السلبي) حيث يتعدد المدينون والدائن واحد تبدو اهميته العملية باعتباره وصفا في الالتزام بالدين في ان كل مدين يكون مسؤولا عن كل الدين تجاه الدائن وان بإمكان المدينين الحصول على الائتمان اللازمة وهو يهيء للدائن تامينا شخصيا على نحو افضل من الكفالة.

اما مصادره فقد يكون (العقد) او (نص القانون) وان هذا النوع من التضامن لا يفترض بين المدينين في المعاملات المدينة بينما تذهب كثير من التشريعات التجارية الى افتراض التضامن بين المدينين التجار بخصوصية المعاملات والديون التجارية.

ذهب القضاء العراقي الى ان التضامن لا يفترض في الكفالة المدينة ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل^(١٦). والى ان التضامن بين الكفيل والمدين لا يفترض في العقود المدينة بل لا بد من النص عليه في عقد الكفالة^(١٧).

كما ذهبت محكمة التمييز الى ما يلي: (لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين ان يرجع على الباقيين بالزيادة التي دفعها اكثر مما هو واجب عليه. وذلك كل بقدر حصته م١/٣٣٤ مدني)^(١٨). وفي قضية اخرى ذهبت المحكمة في ١٩٨٠/٣/٨: (لا يجوز الحكم على المدعى عليهما بالتضامن اذا لم يطلب المدعي ذلك ولو كان المدعى عليهما متضامنين قانونا لان الدعوى تتحد بعريضتها)^(*). و (للدائن حق الرجوع على المدين وكفيله او على احدهما ما دام متضامنين باداء الدين)^(**). وحكمت محكمة التمييز في ١٥/١٠/٩٧٤ (يحكم على الغاصبين باجر المثل على وجه التضامن) وفي قرار اخر صدر في عام ١٩٧٣ (للدائن ان يطالب بالدين كله ايا من المدينين المتضامنين)^(***).

موقف القضاء الاردني:

ذهب القضاء الاردني الى ان الكفيل يلزم بسداد المبلغ المترصد بذمة المكفول كفالته المطلقة التي التزم بها^(١٩). وفي قرار اخر الى ان الكفالة كفالة مدنية اذا كانت مسؤولية الكفيل غير منفصلة او مستقلة عن مسؤولية الشركة المكفولة وانما تابعة لها^(٢٠). والى ان الكفالة هي عقد ضمان يضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون^(٢١).

(١٦) رقم القرار ١٧٣ / حقوقية الثالثة / ١٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز - مجلة / ١٩٦٩ ٦ ص ٣٨٤.

(١٧) رقم القرار ١٤٧٥ / حقوقية / ١٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز - مجلة / ١٩٦٩ ٦ ص ٣٨٦.

(١٨) رقم القرار ٣٧ / هيئة عامة / ١٨٧٤ في ٢٢/٨٧٤ - النشرة القضائية - العدد الثاني - اسنة الخامسة ١٩٧٤ ص ٤٢.

(*) مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - ص ٢٤٢.

(**) تاريخ القرار ١١/٢٢/٩٧٦ مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي - ص ٢٤١.

(***) مجموعة ابراهيم المشاهدي - ص ٢٤٠ - ٢٤١.

(١٩) تمييز حقوق رقم ٨٩/١٢٢١ - مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ (١٩٩١) ص ١٤١٢.

(٢٠) تمييز حقوق رقم ٨٩/١٠٣٨ - مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ (١٩٩١) ص ١٣٥٣.

(٢١) تمييز حقوق رقم ٨٩/١٠٦٨ - مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ (١٩٩١) ص ١٣٣٣.

المبحث الثاني

التضامن بين الدائنين (التضامن الايجابي)

خصص القانون المدني الاردني للتضامن بين الدائنين المواد (٤١٢-٤١٦) كما عالج القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ احكام التضامن الايجابي في المواد من (٣١٥-٣١٩) الذي اعتبره وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين والغرض منه تسهيل استيفاء الحق اذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين ان يستوفي كامل الدين من المدين كما يكون للمدين ان يبرا ذمته من الدين بالوفاء لاي من الدائنين^(٢٢).

على وهذا نصت عليه المادة ٣١٦/١ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي جاء فيها ما يأتي:

(١- يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين او منفردين مطالبة المدين بكل الدين). وهو عين ما نصت عليه المادة ٤١٥/١ من القانون المدني الاردني. كما اجمل المشرع المصري قواعد التضامن الايجابي في المواد (٢٨٠-٢٨٣ من القانون المدني).

اما فيما يخص البادي التي تحكم علاقة الدائنين المتضامنين فهي:

اولا- وحدة المحل- ان يوجد محل واحد لحق الدائنين الامتضامين نحو المدين اذا اداه لواحد منهم برأت ذمته براءة تامة.

ثانيا- تعدد الروابط- ان وحدة المحل لا تمنع من وجود روابط متعددة بين الدائنين مع المدين تختلف فيما بينهما فقد يكون حق احد الدائنين المتضامنين معلقا على شرط واقف او فاسخ مما ينبغي مراعاة ذلك. وقد نصت المادة ٥٨٢ من المشروع المدني ما يلي:

(اذا طالب احد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء، فليس للمدين ان يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بدائن اخر، ولكن يجوز له ان يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه اللدفع المشتركة بين الدائنين جميعا). ويقابلها ما نصت عليه المادة ٣١٦/٢ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي جاء فيها ما يلي:

(٢٢) الدكتور انور سلطان - المرجع السابق - ص ٢٦٣-٢٦٤.

د. محمد حسنين - ص ٣١٨ وما بعدها.

د. عبدالمجيد الحكيم - ص ٢٣٠ وما بعدها.

الاستاذ السنهوري - ح ٣ - ص ٢٠٠ وما بعدها.

د. اسماعيل غانم - ح ٢ - ص ٣١٤.

(٢) - وليس للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالوفاء ان يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بدائن اخر الا بقدر نصيب هذا الدائن اذا برئت منه ذمته ولكن له ان يحتج باوجه الدفع الخاصة به وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً).

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤١٥ من القانون المدني الاردني.

بناء عليه فان الروابط المتعددة هذه يقصد بها تعدد الدفوع فهناك دفوع خاصة بالدائنين المطالب بالحق كله كان يكون حقه قد انقضت بالمقاصة او البراء او الهبة، وهناك دفوع مشتركة تتعلق باصل الدين اي بالعقد الذي انشا الالتزام كما لو كان مصدر الالتزام عقد باطل او موقوف لنقص في الاهلية فمثل هذا الاحتجاج يواجه به جميع الدائنين، اما الدفوع الخاصة بدائن اخر غير الدائن المطالب بالحق فلا يستطيع المدين الاحتجاج بها تجاه الدائن المطالب بالحق (٢٣).

ثالثاً- النيابة المتبادلة بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر.

وقد اخذت بها كثير من التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني اللبناني والقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني وغيرها. الا ان هذه التشريعات اخذت بها في اضييق الحدود وان اعمالها يكون جائزاً كلما كا في ذلك تحقيق مصلحة لمن تنتظمه رابطة التضامن واستبعدتها كلما كان الاخض بها يسئ الى مركزهم ومما ينفع الدائنين المتضامنين مثلاً قطع اللتقادم الذي يستفيد منه جميع الدائنين لانه عمل ينفع حقهم في ذمة المدين (٢٤).

الا ان ابراء احد الدائنين المدين من الدين عمل يضر بالدائنين الباقين فلا يسري هذا التصرف القانوني على الباقين من الدائنين وانما يقتصر اثره على الدائن المبرء فقط. والواقع ان التضامن بين الدائنين قليل وقوعه في الحياة العملية لسبب يعود الى ان مضاره اكثر من مزاياه لاحتمال تعرض الدائن الذي يقبض الدين كله الى الاعسار وغالباً ما يقع بناء على طلب من المدين لكي يبسر عليه الوفاء بالدين.

ويذكر الدكتور اسماعيل غانم (النظرية العامة للالتزامات ص ٣١٤) ان من الميسور تحقيق التضامن بين الدائنين دون حاجة لاشتراط التضامن وذلك بان يوكل الدائنون احدهم في قبض

الديون وفي العمل يفضل الدائنون اتباع هذا الطريق الاخير فيتخيرون من بينهم من يشقون جميعاً في يساره فيعهدون اليه باقتضاء الدين بدلا من ان يشترطوا التضامن فيتعرضون لمخاطر اعسار الدائن الذي قبض الدين وان من الامثلة او لحساب زوجين ويسمى به (الحساب المشترك) وهو شائع في فرنسا وانجلترا وغيرها في الدول. ومن جهة اخرى لايد من القول بان الدائن الذي يقض الحق الذي بذمة المدين لا يمكن ان ينفرد به وانما ينقسم بين الدائنين كل بحسب نصيبه وهذا هو المبدأ الجوهرى الذي يحكم العلاقة بين الدائنين المتضامنين. وقد نصت المادة ٤١٦ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

(كل ما يؤدي من الدين لاحد الدائنين المتضامنين يعتبر من حقهم جميعاً بالتساوي بينهم الا اذا نص القانون او اتفقوا على غير ذلك).

اما عن اوجه الشبه والاختلاف بين الدين المشترك الذي اخذ به القانون الاردني والقانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ وبين التضامن الايجابي هو ان الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين وفي ذلك يقول الاستاذ الدكتور حسن الذنون ما يلي:

(تضامن بين الدائنين عبارة عن ان يتعدد الدائنون في دين قابل للتقسام ويكون لكل منهم مطالبة المدين بكل الدين ويكون الوفاء من المدين بكل الدين لاي منهم مبرئاً لذمته وفي هذا يختلف تضامن الدائنين عن الدين المشترك حيث لا يجوز في هذا النوع الاخير من الديون ان يطالب الدائن الا بحصته ولا يكون وفاء المدين لاحد الدائنين بالدين المشترك كله مبرئاً لذمته إلا بمقدار حصة هذا الدائن) (٢٥).

أما عن مصدر التضامن بين الدائنين فهو التصرف القانوني أي العقد والارادة المنفردة، وقد ذهب الاستاذ السنهوري في الوسيط الى القول بان التضامن بين الدائنين لا يكون مصدره الا الاتفاق او الوصية اي الارادة بوجه عامة ولا يكون مصدره القانون (٢٦). وهو اتجاه الفقه في فرنسا حيث لا توجد اي حالة للتضامن الايجابي بنص القانون (٢٧).

بينما يذكر الأستاذ الدكتور حسن الذنون مصادر التضامن ويحددها به (القانون والارادة الصريحة) فالقانون قد يكون مصدرًا للتضامن الايجابي وفقاً لما نصت المادة ٦٧٧ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي أجازت لكل واحد من الشركاء في شركة الأعمال مطالبة

(٢٥) النظرية العامة للالتزامات- ص ٤١٠.

(٢٦) ج٣، ص٢٠٢.

(٢٣) الاستاذ الجليل السنهوري- ح٣- ص٢٠٦- ٢٠٧.

(٢٤) انور سلطان- المرجع لاسابق- ص٢٦٩- ٢٧٠.

الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٢٢٦- ٢٧٧.

صاحب العمل بتمام الأجر وإذا دفعه صاحب العمل الى أيهم برئ^(٢٨).

أما القانون المدني الأردني فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦١٢ على ما يلي:

(٢) - ويحق لكل منهم اقتضاء الاجر المتفق عليه وتبرأ ذمة صاحب العمل بدفعه إلى أي منهم).

المبحث الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

Obligation Indivisible

إلى جانب تعدد أطراف الالتزام الصوري وحالة التعدد من التضامن (الالتزام التضامني) سواء أكان تضامناً سلبياً أو تضامناً إيجابياً، توجد صورجة ثلاثة نصت عليها العديد من التشريعات المدنية العربية وتكلم عنها كثير من الفقهاء في فرنسا ومصر والعراق وغير ذلك هي حالة:

(الالتزام غير القابل للانقسام) حيث يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما إلا ان محل الالتزام لا ينقسم على الدائنين ولا بين المدينين.

وقد نصت المادة ٣٣٦ من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(يكون الالتزام غير قابل للانقسام:

١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم.

٢- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك).

وفي القانون المدني المصري (المادة ٣٠٠) فان عدم القابلية للانقسام تعود الى أحد سببين: طبيعة المحل أو اشتراط عدم تجزئة الوفاء ولهذا يذهب بعض الفقهاء الى تسمية الحالة الأولى بعدم القابلية للانقسام المطلقة كالاتناع عن القيام بعمل والى تسمية الحالة الثانية بعدم القابلية النسبية كاللتزام المقاول ببناء داراً وعمارة فالعمل المطلوب وان كان قابلاً للتجزئة لأنه ينجز على مراحل لكن الالتزام يلزم أن يكون ليس مجزأ^(٢٩).

ولم يغفل المشروع المدني العراقي الجديد صورة الالتزام غير القابل للانقسام وأحكامه فعالجه في المواد (٥٨٨-٥٩٠) وكذلك القانون المدني الجزائري في المواد (٢١٧-٢٣٨) وخصص القانون المدني الأردني المواد من (٤٤١-٤٤٣) وأطلق تسمية عدم قابلية التصرف للتجزئة.

إن معرفة أحكام هذا الوصف في الرابطة القانونية يقتضي منا التعرف على أسباب عدم القابلية للانقسام ثم على الآثار المترتبة على ذلك على النحو الآتي:

(٢٨) النظرية العامة للالتزامات، ص ٤١١.

نصت الفقرة ثانياً من المادة ٢١٥ من قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ٩٨٣ المعدل على ما يلي: (يلغى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني المتضمن المواد (٦٢٦-٦٨٣) من القانون المدني). وعليه فإن النص المذكور ملغي من القانون المدني العراقي.

(٢٩) الدكتور اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، ص ٣٤٦-٣٤٨.

الفرع الأول : أسباب عدم القابلية للانقسام (٣٠)

تعود أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام الى طبيعة محل الالتزام او للغرض الذي قصده أطراف العقد سواء أكانت نيتهم صريحة أم ضمنية وبهذا يكون عدم القابلية للتجزئة للالتزام المدني وصف يؤثر في الرابطة القانونية. إذ نصت المادة ٤٤١ من القانون المدني الأردني ما يلي: (لا يقبل التصرف بالتجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها).

ولعل أوضح مثال على عدم قابلية الالتزام للانقسام بطبيعته هو تسليم سيارة أو ان محل العقد قطعة أرض أو دار أو إنجاز عمل حسب مواصفات فنية معينة^(٣١)، أو الامتناع عن الاضرار بالجار أو الامتناع عن المنافسة غير المشروعة وغيرها.

كما قد يكون مصدر عدم القابلية للتجزئة هو الاتفاق مهما كان نوعه (الصريح أو الضمني) فعلى الرغم من أن محل العقد قابلاً للتجزئة إلا ان العقد هو السبب في جعل محل العقد غير قابل للانقسام ولو ان طبيعته تسمح بالانقسام وان المحل يتم على مراحل متعاقبة كأنجاز دار

(٣٠) أنظر في هذه الأسباب تفصيلاً:

الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، ص٣٧٤-٣٧٥.

الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص٢٩٦-٢٩٧.

الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٣٤٦-٣٤٨.

الدكتور محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص٣٢٦-٣٢٧.

الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق، ص٤٢١-٤٢٢.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق، ص٢٦٥-٢٦٦.

(٣١) وفي قرار محكمة استئناف نينوى في العراق برقم ٣٧/س/٩٨٣ صدر في ٩٨٤/٦/٢٥ (غير منشور) جاء فيه ان التزام كل من الطرفين لانجاز ابراج مراقبة معمل سمات حمام العليل حسب خرائط وتصاميم خاصة وعدم تنفيذ العمل منها وفقاً لهذه المواصفات الفنية وحيث أنها متضامنين تجاه الغير (من ينفذ العمل لحسابه) ونظراً لعدم قابلية الالتزام للانقسام لوروده على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم) فان التزامهما لا يجوز تنفيذه منقسماً تجاه رب العمل فيكون كل منهما ملزماً بوفاء الالتزام بكامله حسن منطوق الفقرة الأولى من المادة ٣٣٧ من القانون المدني التي نصت على ما يأتي: (١- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً).

ونعتقد ان عدم تجزئة الالتزام في القضية المذكورة ليس لأن طبيعة المحل غير قابلة للانقسام فالالتزام العقدي يمكن تجزئته محله، بل ان تنفيذ محل العقد لا يمكن ان يكون الا مجزئاً، ولكن عدم القابلية للانقسام النسبية تعود الى (عقد المقاولة) فالعمل المطلوب انجازه (في نظر أطراف العقد غير جائز تجزئته) وان المقاولين يتضامنان في انجازه ولا ينقسم الالتزام عليهما حتى ولو لم يشترط التضامن بينهما.

او عمارة وهو اتفاق صحيح ويكون موصوفاً والا فان المتعاقد يكون مرتكباً لخطأ عقدي هو التنفيذ الجزئي للالتزام.

بل ان المصدر في عدم القابلية للتجزئة قد يكون نص القانون كما في حق الشفعة الذي لا تجوز تجزئته لأنه حق لا يقبل التجزئة، وعلى هذا نصت المادة ١١٣٠ من القانون المدني العراقي. (الشفعة لا تقبل التجزئة...) وتأكد ذلك في كثير من القرارات القضائية عند المحاكم العراقية سواء بالنسبة للشفعة أم في حق الرجحان^(٣٢).

يحق للشريك أن يحيل طلب الدائن على باقي الورثة الملتزمين بعقد البيع وإنما على الشريك الذي أقيمت عليه دعوى تسليم الأرض إدخال بقية الورثة (الشركاء) في الدعوى.

وفي القانون المدني العراقي نصت المادة ٣٣٧ من القانون المدني العراقي المقابلة لنص المادة ٤٤٣ مدني أردني على هذا الحكم على النحو الآتي:

(١- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً). وإذا كان الالتزام (الدين) قد أداه المدين فله أن يرجع على الباقيين كل بقدر حصتهم مالم يتبين خلاف ذلك من الظروف وهذا هو نص الفقرة الثانية من المادة ٣٣٧ التي جاء فيها: (٢- وللمدين الذي وفى الدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك) وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ من القانون المدني الأردني.

ومن تطبيقات القضاء العراقي حول هذه المسألة ما جاء بقرار محكمة التمييز المرقم ٨٤٩/٣م/٩٧٣ في ٩٧٣/١١/١٩ قولها: (إذا وفى أحد الورثة دين مورثه للمرتهن الوارث فيكون له مصلحة في الوفاء وله الرجوع على الورثة بما أوفى كل حسب نصيبه من التركة)^(*).

يتضح من ذلك ان القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ٩٧٦ أطلق على الالتزام غير قابل للانقسام تسمية (عدم قابلية التصرف للتجزئة) وبين حكم تعدد المدينين في هذا التصرف في المادة ٤٤٣ ولم تختلف في حكمها عما ذكره القانون المدني العراقي في المادة ٣٣٧.

(٣٢) ذهبت محكمة التمييز في قرارها المؤرخ في ١٧/٩/١٩٦٩ الى ان: (حق الشفعة لا يقبل التجزئة وكذلك حق الرجحان). وفي قرار آخر صدر في ٢٧/٩/١٩٦٩ إلى أن: (حق الشفعة لا يتجزأ).

القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، ص٤٠٩.

(*) ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، ص٧٢٩.

ثانياً- تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام

أوضح المشرع العراقي حكم هذه الحالة في المادة ٣٣٨ إذ ان التعدد في الدائنين في تصرف قانوني لا يقبل التجزئة أو تعدد ورثة الدائن في هذا التصرف جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً من المدين. (المادة ٤٤٢ من القانون المدني الأردني).

فان اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين. ولعل أوضح مثال على ذلك حالة تسليم بدل الإيجاء من المستأجر للشركاء على الشبوع أو للورثة.

كما يمكن للمدين أن يخلص نفسه من المسؤولية ويؤدي التزامه بإيداع ما بذمته من دين عند كاتب العدل عند حصول الاختلاف بين الدائنين أو الورثة أو بينهم وبين المدين فتبرأ ذمته وليس هذا الا تطبيقاً للقواعد العامة.

ومن جهة أخرى فان الدائن الذي استوفى كل الدين من المدين لا ينفرد به لوحده وإنما تبرأ ذمة المدين ويرجع باقي الدائنين على الدائن المذكور كل بقدر حصته وفقاً لما نصت عليه المادة ١/٣٣٨ من القانون المدني العراقي. وعلى هذا نصت المادة ٣٠٢ من القانون المدني المصري والمادة ٤٤٢ من القانون المدني الأردني (الفقرة ٣) حيث جاء فيها:

"٣- ويرجع كل من الدائنين بقدر حصته على الدائن الذي اقتضى الحق".

أما المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني (ج١، ص٤٧٨) فقد جاء فيها توضيحاً لنص المادة ٤٤٢ على النحو الآتي:

"أما المادة ٤٤٢ من المشروع فهي تواجه حالة تعدد الدائنين في التزام لا يقبل التجزئة أو تعدد ورثة الدائن في هذه الالتزام ويتضح منها أنه يجوز لكل دائن أو وارث أن يطلب الوفاء بكل الدين فإذا اعترض أحد الدائنين كان على المدين أن يؤديه إليهم مجتمعين وذلك كصورة من صور تنفيذ الالتزام وإذا استوفى أحد الدائنين الدين بكامله كان لكل من الباقيين حق الرجوع عليه بقدر حصته ولكل وارث أن يستأدي الدين بكامله طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية بوصفة ممثلاً للورثة".

الباب الثالث

انتقال الالتزام

Transmission Ds Obligation

من المعلوم ان الالتزام رابطة قانونية بين شخصين وأن هذه الرابطة قد يتغير أحد طرفيها إذ ليس من الضروري أن يبقى هذان الطرفان ثابتين طوال فترة قيام الالتزام فقد يتغير الالتزام في طرفه السالب بأن ينتقل الدين من ذمة مدين الى ذمة مدين آخر وهذا هو (حوالة الدين) وقد يتغير الالتزام في طرفه الموجب بأن ينتقل الحق من ذمة دائن الى ذمة دائن آخر وهذا هو (حوالة الحق)^(١). وعلى هذا الأساس فان تحويل الالتزام من دائن الى دائن آخر يسمى بالحوالة الايجابية وتحويله من مدين الى آخر يطلق عليه بالحوالة السلبية فانتقال الالتزام إذن هو حوالته من دائن الى دائن أو من مدين الى مدين وسواء أكانت حوالة حق أو حوالة دين فان الذي ينتقل بالحوالة هو (الالتزام ذاته) بجميع مقوماته وخصائصه (صفاته وضمائنه ودفعه)^(٢). ان انتقال الالتزام قد يحصل بسبب الموت وهذا هو الارث والوصية كما أنه قد يحدث بين الأحياء وهذا هو حوالة الحق وحوالة الدين^(٣). ومن الطبيعي ان انتقال الالتزام في القانون الروماني لم يكن ممكناً بسبب طبيعة الالتزام الذي يمثل رابطة شخصية بحتة بين المدين والدائن بفعل وجود بعض الشكليات في انشاء الالتزام كما تأثر بهذا الاتجاه القانون الفرنسي القديم الذي اعترف فيما بعد بانتقال الالتزام بسبب الموت بفعل ضرورات الحياة العملية^(٤). وقد نظم القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) تحويل علاقة الالتزام بين الأحياء^(٥).

أما في الفقه الاسلامي فلم يغفل الفقهاء المسلمون انتقال الالتزام بين الأحياء حيث نظموا الحوالة لا سيما في المعاملات التجارية وبينوا أركانها وشروطها، فقال الأحناف أن للحوالة ركن واحد هو (الايجاب والقبول) ولها شروط أربعة منها ما يتعلق بالمدين (المحيل). ومنها ما يخص رب الدين (المحال) وآخر يتعلق بالمحال عليه ورابع يخص الدين^(٦)، وذهب الشافعية الى القول بان للحوالة أركان ستة وهي عند المالكية أربعة وعند الحنابلة خمسة شروط^(٧). كما جاءت كتب الفقه الاسلامي مفصلة لأحكام الحوالة وخاصة (حوالة الدين) مع اختلاف آراء الفقهاء في المسائل فلو كان لشخص دين عند آخر فأحاله بذلك الدين على

(١) د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ص ٤٢٤.

د. عبدالمجيد الحكيم، ج ٢، ص ٢٨٥ / اسماعيل غانم، ج ٢، ص ٣٥٥.

(٢) الأستاذ السنهوري، ج ٣، ص ٤١٣.

(٣) محمد حسنين، ص ٣٣١.

(٤) الأستاذ السنهوري، ج ٣، ص ٤١٦-٤١٧. عبدالمجيد الحكيم، ج ٢، ص ٢٧٨.

(٥) عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٣، ط ١، ١٩٣٥، ص ٢٨٧-٢٨٨.

(6) Jean Carbonnier- Op. Cit. pp. 513- 526.

(٧) عبدالرحمن الجزيري، المرجع السابق، ٢٩٠ وما بعدها.

شخص فهل تبرأ ذمة المدينون أو لا تبرأ؟

رأي الأحناف- قالوا أن المدينون يبرأ براءة مؤقتة ومعنى ذلك ان المحال بالدين ليس له حق الرجوع على المحيل الا في حالة التوى (هلاك المحال به) او إفلاس المحال عليه أو موته ففي هذه الحالة يصح للمحال أن يرجع على المدينون الأول (المحيل) ويترتب على براءة المحيل أنه إذا مات لا يأخذ المحال الدين من ورثته بل له الحق في المطالبة بكفيل من الورثة يحفظ له حقه في الضياع^(٨).

رأي الشافعية- وقالوا يترتب على الحوالة براءة ذمة المحيل (المدينون) من دين المحال عليه وبراءة ذمة المحال عليه من دين المحيل ولكن يتحول نظير دين المحيل الى ذمة المحال عليه للمحال وليس للمحال الحق في الرجوع الى المحيل بعد الحوالة على أي حال سواء أفلس المحال عليه أو مات أو أنكروا ما عليه من الدين^(٩).

رأي الحنابلة- قالوا متى توفرت شروط الحوالة فان المحيل يبرأ من الدين بمجرد الحوالة سواء أفلس المحال عليه أو مات أو نكر الدين أما إذا لم تتوفر الشروط فان الحوالة لم تصح وتكون وكالة وحكمها حكم الوكالة^(١٠).

رأي المالكية- قالوا يتحول حق المحال على المحال عليه بمجرد الحوالة^(١١)

فالقانون المدني الأردني عالج الحوالة ضمن عقود التوثيق الشخصية وخصص المواد (من ٩٩٣-١٠١٧) وقد اعتمد القانون المدني الأردني أحكام الحوالة من الفقه الاسلامي الذي يستوعب الى حد بعيد نوعي الحوالة في الفقه الحديث وهما (حوالة الدين وحوالة الحق). وتعريف الحوالة مستمد من القول المصحح عند الحنفية ويتميز بأن الحوالة لا تنقل المطالبة وحدها بل تنقل الدين معها بحيث يبرأ منه المحيل ولكنها براءة مشروطة بعدم التوى أي تقدر تحصيل الدين بسبب لا دخل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه، وتستند مشروعية الحوالة الى السنة النبوية والاجماع والعقل. أما بالنسبة لانتقال الالتزام بين الأحياء في التشريعات المدنية العربية فان القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ خصص لحوالة الحق وحوالة الدين المواد من (٣٣٩-٣٧٤) وأفرد المشرع الجزائري المواد من (٢٣٩-٢٥٧) من القانون المدني والتي جاءت متأثرة بأحكام القانون المدني المصري الذي عالج الحوالة في المواد (٣٠٣-٣٢٢).

(٨) عبدالرحمن الجزيري، ص ٢٩٨.

(٩) عبدالرحمن الجزيري، ص ٢٩٨.

(١٠) عبدالرحمن الجزيري، ص ٢٩٧.

(١١) عبدالرحمن الجزيري، ص ٢٩٧.

الفصل الأول

حوالة الدين⁽¹⁾ La Cession De Dette

لا شك أن أطراف حوالة الدين هم الدائن والمدين والأجنبي (المدين الجديد) الذي يتفق معه المدين القديم على أن يتحمل بدلاً عنه الدين الذي بذمته فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وصفاته ودفعه فيسمى المدين (محبلاً) ويسمى الأجنبي محالاً عليه Cessionnaire وأما الدائن فيطلق عليه تسمية (المحال Cede) وهناك أغراض مختلفة لحوالة الدين توجبها الضرورات العملية في الحياة كما يذكر الأستاذ (مازو) مخاطر حوالة الدين ومزاياها في ميدان المعاملات بين الأشخاص.

تعريف حوالة الدين:

ويقصد بها العمل القانوني الذي يدخل بموجبه شخص كمدین في التزام قائم دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في مضمون الالتزام⁽²⁾. فهي (عقد بين المدين وشخص آخر يتم بموجبه نقل الدين من ذمة المدين المحيل إلى ذمة ذلك الشخص المحال عليه).

(1) أنظر المراجع التالية في حوالة الدين:

الأستاذ السنهوري، جت ٣، ص ٥٢٢ وما بعدها.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم، ج ٢، ص ٢٩٥ د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ص ٣٦٩-٣٧٠.

الدكتور حسن الذنون، ص ٤٢٤-٤٢٥.

الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ص ٢٩١-٢٩٢.

الدكتور أنور سلطان، أحكام الالتزام، ص ٣٢٩-٣٣١.

الدكتور محمد عباس السامرائي، انتقال الالتزام بين الأحياء، بغداد، ١٩٨٠، ص ٣٧١ وما بعدها.

Jean Carbonnier- Droit- Op. Cit. pp. 204- 205.

Henri Mazeud, Jean Mazeud- Lecons de droit Civil. Op. Cit. p. 1043- 1044.

(2) د. عبدالودود يحيى، حوالة الدين، مكتبة القاهرة، ١٩٦٠، ص ٧.

ولقد نص القانون المدني الأردني على تعريف الحوالة بأنها:

(الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه) (المادة ٩٩٣) وأصل التعريف يصعد إلى الفقه الحنفي وإلى ما ذكر مرشد الحيران في المادة ٨٧٦ والقانون المدني العراقي في المادة ٣٣٩.

أما القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ فقد جاءت نصوصه متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي في مجال حوالة الدين وبأحكام الفقه الغربي في مجال حوالة الحق. وقد نص على حوالة الدين في المادة ٣٣٩ على النحو الآتي:

(١- حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

٢- وتكون مطلقة إذا أحال المدين يدينه غريمة على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو من العين التي له عنده وديعة أو مغصوبة، أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده.

٣- وتكون مقيدة إذا أحال المدين يدينه غريمة على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو من العين التي له عنده أمانة أو مغصوبة).

فكرة الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة

نصت المادة ٩٩٥ من القانون المدني الأردني على ما يلي:

(١- تكون الحوالة مقيدة أو مطلقة.

٢- فالحوالة المقيدة هي التي تقيد بأدائها من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو من العين التي في يده أمانة أو مضمونة.

والحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بشيء من ذلك ولو كان موجوداً).

ولقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني بأن المادة المذكورة تتعلق بتقسيم الحوالة إلى قسمين مطلقة ومقيدة وتعود أحكامها إلى مجلة الأحكام العدلية (٦٧٨ و ٦٧٩) والتي تقابل المادة ٣٣٩ من القانون المدني العراقي.

واستخدم القانون المدني العراقي الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة في نطاق حوالة الدين في النص القانوني سالف الذكر لأن فقهاء (المذهب الحنفي) استعملوا هذين المصطلحين.

والمقصود بالحوالة المطلقة حينما لا يكون للمحيل دين أو مال لدى المحال عليه أو كان له ولكن لم يقيد الوفاء بهذا الدين أو المال بينما تكون الحوالة مقيدة إذا كان للمحيل دين على

المبحث الأول

انعقاد حوالة الدين (٦)

تعد حوالة الدين من العقود الرضائية التي يلزم لانعقادها توافر أركان العقد من التراضي والمحل والسبب والشروط اللازمة لهذه الأركان وعلى نحو يجعل قيام عقد الحوالة صحيحاً غير مشوب بعيب من العيوب وإن يكون صادراً من ذي أهلية. وتنعقد حوالة الدين في صورتين:

الصورة الأولى- انعقاد الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه.

الصورة الثانية- انعقاد الحوالة باتفاق بين المحال له والمحال عليه.

الصورة الأولى- انعقاد حوالة الدين باتفاق بين المحيل والمحال عليه.

قد تنعقد حوالة الدين وتنشأ بناء على اتفاق المدين الأصلي والمدين الجديد وتنفذ في حق الدائن إذا أقرها لأن الحصول على قبوله أمر لازم لنفاذها في حقه. وإقرار الدائن لهذه الحوالة قد يكون إقراراً صريحاً أو ضمناً إلا أنه إذا رفضها فلا تنفذ في حقه ويظل التزام المدين الأصلي قائماً أمام الدائن. ولا يتعبر سكون الدائن إقراراً بالحوالة المعقودة بين المحيل والمحال عليه وإنما لا بد من التعبير صراحةً أو ضمناً بالقبول وإلا عد رفضاً لها. وقد نصت المادة ٣٤٠ من القانون المدني العراقي على ما يلي:

(١- الحوالة إذا تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له.

٢- وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة).

والسبب في ذلك أن القاعدة تقضي أن (لا ينسب لساكت قول) كما يقول الإمام الشافعي والسكوت هنا يطلق عليه (سكوت مجرد) لأن الدائن إما غير منتبه أو غير مكترث أو رافض (٧).

أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة ٩٩٦ على ما يلي:

(٦) الدكتور السنهوري، ج٣، ص ٥٦٠-٥٦١.

الدكتور الحكيم، ج٢، ص ٢٩٦-٢٩٧.

الدكتور حسن الذنون، ص ٤٢٥-٤٢٦.

(٧) ثروت فتحي اسماعيل، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، ١٩٧٧، ص ٨٤-٨٧.

المحال عليه أو كان له عنده مال وقيد وفاء الحوالة بهذا الدين أو المال (٣).

ففي كل من حوالة الحق وحوالة الدين يوجد دائن ومدين وشخص أجنبي محال عليه وهذا الأجنبي هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة فإن كان الأجنبي مديناً للمدين أو كان في يده ودبعة أو عين معصوية وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي عليه للدائن في ذمة الأجنبي فهذه هي الحوالة المقيدة وإذا لم يكن الأجنبي مديناً للمدين أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين في المذهب الحنفي فتكون الحوالة مطلقة (٤).

أما القانون المدني الفرنسي فقد أخذ بحوالة الحق دون حوالة الدين لأن الدين يعتمد على الثقة الشخصية التي لا يمكن أن تكون على درجة واحدة عند الناس ولهذا يذهب الأستاذ (كاربونيه) الى القول:

La transmission de la dette fonctionne sans difficulté à titre universel: La dette est transmise avec La paratimoinie. don-t elle consititue un des elements passifs. Cette transmission n peut, du reste, avoir lieu qu-an deses du deb-iteur, puisque l patrimoine est incessible du vivant des La personne (5)

ان دراسة حوالة الدين يستوجب تقسيم هذا الفصل على مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول/ إنعقاد حوالة الدين

المبحث الثاني/ آثار حوالة الدين

(٣) الأستاذ السنهوري، ج٣، ص ٤٢٠-٤٢١ / الدكتور عبدالمجيد الحكيم، ج٢، ص ٢٩٠.

د. محمد عباس السامرائي، انتقال الالتزام بين الأحياء، ص ٣٧١-٣٧٢.

د. عبدالودود يحيى، حوالة الدين، ص ١١٢٠-١١١.

(٤) الأستاذ السنهوري، جزء ٣، ص ٤٢٠-٤٢١.

(5) Jean Carbonnier- Op. Cit. pp. 256.

١- يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له.

٢- وتنعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له). كما نصت المادة ٩٩٧ ما يلي: (يشترط صحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل فإذا رضي بالحوالة لزمه الدين للمحال له).

لقد تناولت هاتان المادتان شروط صحة الحوالة في القانون المدني الأردني وهي التراضي بين أطراف الحوالة وبيان أن يكون المحيل مديناً للمحال ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل الخ. ومصدر الفقرة الأولى من المادة ٩٩٦ ما ورد في المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران ومصدر الفقرة الثانية ما ورد في المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر.

والعقد غير النافذ هنا متوافرة فيه أركان الانعقاد وشروط الصحة إلا أنه تصرف قانوني موقوف على الإجازة وهي عمل قانوني يصدر من جانب واحد وهو الدائن ويتمثل بالإقرار الذي يكون له أثراً رجعيّاً من تاريخ انعقاد الحوالة. والحوالة انعقدت بإيجاب وقبول من (المحيل والمحال عليه) وما اقراره إلا لنفاذها لكي تنتج أثرها من وقت انشائها فيكون للإقرار أثر رجعي فلو فقد أحد طرفي الحوالة أهليته قبل الإقرار فلا يؤثر ذلك على صحة الحوالة أو يمنع الإقرار من الدائن.

الصورة الثانية- انعقاد حوالة الدين بين المحال له (الدائن) والمحال عليه (المدين الجديد أو الأجنبي).

إذا انعقدت حوالة الدين بإيجاب وقبول الدائن والمدين الجديد فلا يشترط لصحتها رضا المحيل (المدين القديم) بل تتم وتنفذ بمجرد توافر أركان الانعقاد وشروط الصحة فيلزم المحال عليه بوفاء ما التزم به تجاه الدائن. إلا أنه إذا أراد المدين الجديد الاحتفاظ بحقه في الرجوع على المدين الأصلي فلا بد من الحصول على إقراره وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٤١ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي نصت على ما يلي:

(يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه ويلزم المحال عليه بالأداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة).

فإذا لم يحصل على إقراره عد متبرعاً ولا رجوع على المدين الأصلي بينما يذهب القانون المدني المصري- بحق- إلى اعطاء المحال عليه الرجوع على المدين الأصلي طبقاً لأحكام الإثراء بلا سبب.

على أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له وإلا فهي وكالة وفقاً لما

نصت عليه المادة ٣٤٢ من القانون المدني العراقي ويقابلها ما نصت عليه المادة ٩٩٧ من القانون المدني الأردني سالف الذكر.

إن أصل المادة (٣٤٢) يعود إلى الفقه الإسلامي وقد انتقد بعض الفقهاء إيرادها في القانون المدني العراقي بحجة أن يستفاد من تعريفه للحوالة بأنها، نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ففي هذا التعريف للحوالة لا بد أن يكون المحيل مديناً للمحالة له فإن لم يكن مديناً له فهي توكيل بالقبض^(٨).

الديون التي تصح بها الحوالة*) جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (ص ٦٣٩) بأن المحال به يشترط أن يكون ديناً لازماً قياً على الكفالة (عند الأحناف) بجامع أن كلاً من الكفالة والحوالة عقد التزام بما على المدين، والأصل أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة وهو ما نصت عليه المادة ٦٨٨ من مجلة الأحكام العدلية ويشترط الشافعية صحة الاعتياض عن المال المحال به ورأوا أنها تفي عن شرط اللزوم لما لا يصح الاعتياض عند لا تصح الحوالة له برغم لزومه ووافقهم المالكية وأكثر الحنابلة والزيدية والظاهرية وهو ما جاء في المغني لابن قدامة ج/٥، ص ٥٥. كما اشترط الحنفية أن يكون المال المحال به معلوماً لما في الجهالة من غرر يفسد المعاوضة والحوالة لا تخلو من معنى المعاوضة فلا تصح الحوالة بمجهول.

كما نصت المادة ٢٤٢ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على ما يلي:

(كل دين تصح الكفالة به تصح به الحوالة بشرط أن يكون معلوماً).

وعلى ذلك فالدين الذي لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة فثمن المبيع والقرض والأجرة تجوز كفالتها وتصح حوالتها بينما (دين الوديعة) غير ممكن حوالاته لعدم إمكان كفالته فلو أودع شخص شيئاً عند آخر فلا يستطيع الوديعة أن يحيل المودع على آخر بقبض الوديعة^(٩)، لأن الدين غير معلوم المقدار.

كما اشترطت المادة سالف الذكر أن يكون الدين المحال به معلوماً فإن لم يكن كذلك فلا تصح به الحوالة وهنا تختلف الكفالة عن الحوالة لأن كفالة الدين غير المعلوم جائزة، أما حوالاته فغير جائزة فلو أمحدث شخص ضرراً لآخر ووجب عليه التعويض فمقدار التعويض غير معلوم

(٨) الأستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم، ج٢، ص ٢٩٨.

(*) أنظر في هذه الدفوع مفصلاً أطروحة الدكتوراه المسومة بـ(حوالة الدين).

الدكتور عبدالودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٩) الأستاذ الحكيم، ج٢، ص ٢٩٩.

قبل تحديده باتفاق أو بحكم قضائي وعليه فلا يجوز للمدين بالتعويض أن يحيل الدائن (المتضرر) على شخص ثالث لأن التعويض عن الفعل الضار غير معلوم المقدار^(١٠).

فالقانون المدني الأردني نص في المادة ١٠٠٠ على شروط انعقاد الحوالة، وأصل النص يعود للأحناف وما قرره في هذا المجال ضرورة التساوي المالمين المحال به والمحال عليه جنساً وقدرًا والمراد بالصفة ما يشمل الجودة والرداءة والحلول والتأجيل وقدر الأجل لا صفة التوثيق برهن أو ضمان بل تسقط هذه الضمانات على المدينين بمجرد الحوالة لأنها بمثابة القبض^(*).

المبحث الثاني

آثار حوالة الدين

تبدو أحكام حوالة الدين في وجود علاقات ثلاث بين أطرافها (المحيل والمحال له والمحال عليه).

أولاً- العلاقة بين المحال له والمحال عليه (الدائن والمدين الجديد)

نصت المادة ١٠٠٢ من القانون المدني الأردني على ما يلي:

(يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه ويبرأ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً إذا انعقدت الحوالة الصحيحة). ومصدر أحكام هذه المادة ما نصت عليه المادة ٦٩٠ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٣٤٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ٩٥١. وجاء في القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ (المادة ٣٤٦) ما يلي: (إذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها برئ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه).

يتضح مما تقدم بأن الحوالة إذا نشأت باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد أو باتفاق بين الدائن والمدين الجديد فإن الأثر الذي يترتب من انعقاد حوالة الدين واحد وهو انتقال الدين من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى ذمة المحال عليه (المدين الجديد) بصفاته وتأميناته ودفعه.

١- انتقال الدين إلى المدين الجديد بصفاته

والمقصود بذلك أن الدين قد يكون بسيطاً غير موصوف أو قد يكون مركباً (موصوفاً) معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل مما يوجب مراعاة الوصف المذكور. وعلى هذا ما نصت المادة ٣٤٧ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ما يلي:

(يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة).

وهذه المادة هي المصدر لما ذكرته المادة ١٠٠٣ من القانون المدني الأردني والتي تعود بجذورها إلى الفقه الحنفي حيث ورد فيها ما يلي:

(ينتقل الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة).

(١٠) الأستاذ الحكيم، ج٢، ص ٣٠٠.

(*) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج٢، ص ٦٤٠.

٢- انتقال الدين إلى المحال عليه (المدين الجديد) بتأميناته

ان التأمينات على نوعين: إما تأمينات شخصية (كالكفالة) أو تأمينات عينية (كالرهن) فلو كان المدين الأصلي قد قدم تأميناً عينياً أو شخصياً للدائن (المحال له) فان هذه التأمينات تنتقل بالحوالة الى (المدين الجديد).

ضرورة موافقة الكفيل العيني والكفيل الشخصي

ان التأمين العيني (الرهن) قد يقدم من المدين الراهن نفسه أو من شخص آخر أجنبي فيقبل انشاء حق الرهن على عقاره ضماناً لدين نشأ بذمة غيره ويطلق عليه بـ(الكفيل العيني). ولهذا فان موافقة الغير (الكفيل) على بقاء الدين بتأمين المقدم منه ضروري ولا يجوز التمسك بها إلا بموافقة.

أما القانون المدني العراقي فقد أورد النص ٣٤٨ على نحو تشير الى الجزئيات لا القواعد العامة.

كما ان المادة ٢/٣٤٨ من القانون المدني نصت على ما يلي:

(٢- على أن من كفّل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه الا اذا رضي الكفيل بالحوالة).

فالكفالة تقوم على أساس الثقة الشخصية والائتمان سواء أكانت شخصية أم عينية فان رضا الكفيل ضروري لبقائها مع حوالة الدين.

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد جعل من حكم المادة المذكور أساساً لنص المادة ١٠٠٤ التي نصت على ما يلي:

(١- تبقى للدين المال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين.

٢- ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة).

وأصل ذلك ما قرره بعض الفقهاء المسلمين من المصلحة خلافاً لجمهور الفقهاء المسلمين ومقتضى هذه المادة أن الضمانات السابقة كالرهن تبقى، أما الكفالة سواء أكانت عينية أم شخصية، فإن الكفيل لا يبقى ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة.

٣- انتقال الدين إلى المحال عليه (المدين الجديد) بدفوعة

نصت المادة ١٠٠٥ من القانون المدني الأردني على ما يلي:

(للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل وله أن يتمسك بكافة الدفوع التي للمحيل قبل المحال له).

وأصل النص يرجع لما قرره القانون المدني العراقي في المادة ٣٤٩ ومقتضى ذلك أن للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين على الوجه المبين فيها، وهي لا تتعارض مع حكم فقهي أو نص شرعي.

إن المدين الجديد (المحال عليه) يستطيع أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بذات الدين كبطلان الالتزام التعاقدية الأصلي لأن محل التعاقد باطل لمخالفته للنظام العام والآداب أو لانقضاء الدين بالوفاء أو الإبراء أو التجديد أو التقادم.

ويستطيع المدين الجديد (المحال عليه) أن يتمسك تجاه المحال له (بالدفوع الخاصة به) كالمقاصة وعيوب التراضي كالإكراه والغلط والتغريب مع الغبن.

ولقد نصت المادة ٣٤٩ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي نصت ما يلي: (للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو).

ومثال الدفوع الخاصة بشخص المحيل التي لا يجوز للمحال عليه التمسك بها تجاه المحال له كالدفع بحق الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ الثابت للمحيل ومثاله ما إذا كان المحيل مشترياً من المحال له وإحالة بالثمن قبل أن يتسلم المبيع فالمحال عليه لا يستطيع أن يدفع تجاه المحال له (الدائن) بأنه لم يسلم المبيع إلى المحيل^(١١).

عدم ضمان يسار المحال عليه

الأصل ان المحيل لا يضمن يسار المحال عليه وقدرته على دفع الحوالة ما لم يوجد اتفاق بين المدين الأصلي والدائن على خلاف ذلك.

(١١) الدكتور الحكيم، ج٢، ص٣٠٨.

ثانياً- العلاقة بين المحال له (الدائن) والمحيل (المدين الأصلي)

نصت المادة ١٠١٠ من القانون المدني الأردني على أحكام العلاقة بين المحال له والمحيل، فالحوالة تعطي للمحال له حق مطالبة المحال عليه ويبرأ المحيل من الدين والمطالبة وبما أن تمكين المحال له من الوصول الى حقه واجب، وبما أن هذا الواجب لا يمكن التوصيل إليه إلا إذا تسلم من المحيل سند الحق المحال به وكل ما يلزم من بيانات أو وسائل أخرى، وبما أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب كما قرر في علم أصول الفقه فقد وضع حكم هذه المادة استناداً إلى هذا الأصل الشرعي.

إن من أهم أحكام هذه العلاقة براءة ذمة المدين الأصلي من الدين بمجرد انعقاد الحوالة ونفاذها فإذا تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد فإن ذمة المدين تبرأ في الحال على نحو ما أوضحناه مع وجود الحق للمحال عليه في الرجوع على المحيل طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب في القانون المدني المصري دون التشريع العراقي.

أما إذا تمت الحوالة باتفاق بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه (المدين الجديد) فلا تبرأ ذمة المحيل من الدين إلا بعد إقرار المحال له لها لأنها تتعقد موقوفه على إجازاته على نحو ما بيناه.

إلا أنه يلاحظ بأن المحال له يرجع على المحيل في حالتين:

الحالة الأولى- إذا اشترط المحال له الرجوع على المحيل عند إعسار المحال عليه، فلا تبرأ ذمة المحيل احتراماً للشرط المذكور.

الحالة الثانية- في الحوالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو بعين له عنده، وديعة أو مغصوبة، إذا سقط الدين بسبب سابق على الحوالة أو هلكت العين بدون خطأ من المحال عليه ففي هذه الحالة يرجع المحال له على المحيل وفقاً لنص المادة ٣٥٧ من القانون المدني العراقي. وإذا اشترط المحال له عدم براءة ذمة المحيل كان العقد كفاً لا حوالة عارية عند حق التجريد.

ثالثاً- العلاقة بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه (المدين الجديد)

عالج القانون المدني الأردني أحكام الحوالة آثارها بين المحيل والمحال عليه في المواد (١٠٠٦-١٠٠٩) وهي لا تكاد تختلف عما قرره القانون المدني العراقي في المواد (٣٥٩-٣٦١).

إن احكام العلاقة بين المحيل والمحال عليه تختلف بحسب ما إذا كان المحال عليه مديناً

للمحيل أم غير مدين له بدين أو عين. فلو كان مديناً للمحيل وأدى الحوالة انقضى الالتزام الذي بذمة المحال عليه، وإن كان غير مدين للمحيل فللمحال عليه الرجوع على المحيل بعد الأداء ويرجع عليه بالمحال به طبقاً لنص المادة ٣٥٩ مدني عراقي التي نصت على ما يلي:

(إذا أحال المحيل حوالة مطلقة فإن لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مغصوبة يرجع المحال عليه على المحيل بعد الأداء لا قبله ويرجع المحال به لا بما أدى).

والحقيقة أن القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ ميمز بين حالتين في بيان أحكام العلاقة بين المدين القديم والمدين الجديد: حالة كون الحوالة مطلقة وحالة الحوالة المقيدة متأثراً بأراء فقهاء المسلمين وخاصة (الامام زفر) من فقهاء المذهب الحنفي.

موقف القضاء العراقي

ذهب القضاء العراقي في قرارات متعددة الى بيان احكام حوالة الدين وتطبيقاتها في ميدان المعاملات المالية نذكر منها ما يلي:

١- يلزم المحال عليه بالدين الذي أحاله عليه المدين إذا قبل المحال عليه الحوالة وقبلها المحال له بمطالبته المحال عليه بمبلغها (٣٣٩)(١٢).

٢- (ان نقل الدين المثبت بأوراق تجارية يكون صحيحاً طبقاً للمادة ٣٤١ مدني وإدخاله في الحساب الجاري بعد ذلك بذمة فاتحة لدى البنك صحيح أيضاً)(١٣).

٣- (يشترط الصحة حوالة الدين أن يكون الدين معلوماً وأن يكون المحال عليه مديناً للمحيل (المادتان ٣٣٩ و ٣٤٣ من القانون المدني)(١٤).

(١٢) رقم القرار ١٣١/١م/١٩٧٤ في ١٩٧٤/٩/٢٥- النشرة القضائية، ١٩٧٤، ص٤٣.

(١٣) رقم القرار ٤٥١/١م/١٩٧٤ في ١٩٤٢/١١/٢٩- النشرة القضائية، ١٩٧٤، ص٤٥.

(١٤) رقم القرار ٧٢/١م/١٩٧٤ في ١٩٧٤/٦/٢٤- النشرة القضائية، ١٩٧٤، ص٧٤.

إلى إيراد تعريفها في المادة ٥٩٧ خلافاً لنهج المشرع العراقي والمصري والجزائري. كما عالج المشروع الجديد أحكامها في المواد من (٥٩٧-٦٠٩).

المبحث الأول

الحقوق القابلة للحوالة

إن دراسة حوالة الحق باعتبارها انتقال الالتزام بين الأحياء يتغير فيه الجانب الإيجابي في رابطة الالتزام حيث يتغير شخص الدائن وتنتقل التأمينات مما يستوجب التعرض أولاً للحقوق القابلة للحوالة ثم على شروط حوالة الحق وبعدها نبين أحكام حوالة الحق.

أولاً- نص القانون

قد يكون مصدر المنع في حوالة الحق نص القانون ولا يجوز مخالفة القاعدة القانونية الامرة وأية مخالفتها لها تكون باطلة. وبطلان عقد الحوالة هذا قرره المشرع لاعتبارات عديدة. وعلى سبيل المثال ان قانون تنظيم إيجار العقار في العراق رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ أخضع بعض العقارات لأحكامه ومنها العقارات المعدة للسكن المبنية متى كان عمرها أكثر من ثلاث سنوات (المادة الأولى/٢-ب) ونصت المادة الحادية عشرة صراحة على ما يأتي: (١- يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك). وهو ما اتجهت إليه المادة ٤/١/د من قانون المالكين والمستأجرين في الأردن رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣.

ولا شك ان الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً صورة من صور حوالة الحق بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني وقد منع المشرع هذه الحوالة واعتبره باطلاً منعاً للاستغلال ولأن المشرع اعتبر حق المستأجر حقاً شخصياً لصيقاً به لا يجوز النزول عنه للغير.

أما بالنسبة للعقارات التي تخضع لأحكام القانون المدني كما لو كان عمرها أقل من ثلاث سنوات فلم تمنع المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي حوالة الحق إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك. ويبرر هذا الموقف أن القانون المدني العراقي هنا ألقى على المستأجر بالتزامات شديدة في مقابل منحه كثيراً من الحقوق والامتيازات تفوق تلك المنصوص عليها في القانون المدني (٣).

الفصل الثاني

حوالة الحق

La Cession De Creance

يراد بحوالة الحق عقد بين الدائن وشخص اجنبي عن رابطة الالتزام على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين فيحيل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق بجميع مقوماته وخصائصه فيسمى الدائن (محيلاً) والدائن الجديد (المحال له) ويطلق على المدين (المحال عليه) وحوالة الحق أغراض مختلفة وأياً كان الغرض منها فإن هناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة (١).

وحوالة الحق تتم في الغالب لقاء ثمن نقدي يلتزم به المحال له فتكون الحوالة بيعاً وتنطبق قواعد عقد البيع وقد تكون بهدف قضاء دين المحيل الثابت للمحال له أو قد يكون الغرض التبرع بالحق فيكون المحال به (هبة) وتخضع لقواعدها العامة، أو لغيرها من الأغراض (٢).

كما عالج القانون المدني الأردني أحكام حوالة الحق مع حوالة الدين في المواد من (٩٩٣-١٠١٧) التي تعود في الأصل أحكامها إلى ما قرره الفقهاء المسلمون في انتقال الالتزام وما جرى التمييز عليه بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة التي تستوعب نوعي الحوالة في الفقه الحديث وهما (حوالة الدين وحوالة الحق).

وإذا كان المشرع العراقي في القانون النافذ لم يشأ تعريف حوالة الحق وهو مسلك سليم، تاركاً التعريف لمهمة الفقه المدني وشرح القانون، إلا أن المشروع المدني العراقي الجديد ذهب

(١) الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٤٤٣-٤٤٤.
الدكتور اسماعيل غانم، ج٢، ص٣٥٦.

Jean Carbonnier- Op. Cit. pp. 513- 514.

(٢) الدكتور أنور سلطان، أحكام الالتزام، ص٣٠٨.
الدكتور اسماعيل غانم، ج٢، ص٣٥٧.

(٣) أنظر في ذلك: الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، أحكام تخلية المأجور، بغداد، ١٩٨٨، ص٣٩.

ثالثاً- طبيعة الحق

قد تكون شخصية أحد الطرفين محل اعتبار في الالتزام ولا يكون الحق قابلاً للحوالة لأن الحق يتصل اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن ومن ذلك حق الدائن في النفقة وحقه في التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق به ما دام لم يتحدد مقدار التعويض بمقتضى الاتفاق أو يطالب الدائن به أمام القضاء طبقاً للمادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري أو ما دام لم تحدد قيمته اتفاقاً أو بحكم نهائي وفقاً للفقرة ٣ من المادة ٢٠٥ من القانون المدني العراقي والفقرة ٣ من المادة ٢٦٧ من القانون المدني الأردني. ولا شك ان النص الذي ذكره المشرع المصري أفضل كثيراً من الفقرة (٣) من المادة ٢٠٥^(٤)، ولهذا تبنى المشروع المدني العراقي الجديد في المادة (٤١٩) اتجاه المشرع المصري في التعويض عن الضرر المعنوي. كما لا يمكن إقامة الدعوى غير المباشرة إذا أهمل المتضرر في المطالبة بحقه في التعويض ما دام لم يتحدد قيمته اتفاقاً أو قضاءً.

رابعاً- عدم قابلية الحق للحجز

نصت المادة ٣٦٤ من القانون المدني العراقي على أنه: (لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلاً للحجز). فالحق إذا لم يكن قابلاً للحجز فلا يكون قابلاً للحوالة لأن ما لا يجوز حجزه لا تجوز حوالة الحق فيه والحق التي لا تقبل الحجز ترد بنص القانون لاعتبارات متعددة وقد أوردتها المادة ٦٢ من قانون التنفيذ في العراق رقم ٤٥ لسنة ٩٨٠ نذكر منها ما يأتي:

- ١- لا يجوز حجز أموال الدولة والقطاع الاشتراكي وبالتالي لا يجوز حوالة الحق فيها.
- ٢- لا يجوز حجز الأموال الموقوفة وفقاً صحيحاً وبالتالي يجوز حوالتها.
- ٣- لا يجوز اجراء حوالة الحق على الإثمار والخضراوات والمحصولات الأرضية قبل أن تكون لها قيمة مادية.
- ٤- لا تجوز حوالة الحق ما زاد على خمس الراتب والمخصصات التي يتقاضاها الموظف والعسكري ورجل الشرطة والعامل وذوي الرواتب التقاعدية وكل من يتقاضى راتباً أو أجوراً من الدولة.

(٤) أنظر انتقاداتنا على نص المادة ٢٠٥ والمقترحات اللازمة التي تبرر تعديلها: (ملاحظات في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١-التناسق الداخلي والتوافق الخارجي)، قدمت لندوة القانون المدني المنعقدة في كلية القانون في ٢٩ ديسمبر ١٩٨٨، بغداد.

ولا بد من الإشارة هنا الى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في صياغته للفقرة ٣ من المادة ٢٦٧ التي أوردتها متأثراً بموقف المشرع العراقي المنتقد ولهذا نقتح تعديلها بما يحقق العدالة وصون الحقوق للمتضرر.

وفي نطاق بيع وشراء الحقوق المتنازع فيها فإن العديد من التشريعات المدنية العربية منعت صراحة شراء الحق المتنازع فيه من صاحبه الذي هو حوالة حق ممنوعة قانوناً دفعاً للشبهات وتأكيداً للنزاهة في العمل واحتراماً لشرف المهنة ودفع المحاباة أو منع الاستغلال أو غير ذلك. فالقاضي والمدعي العام ونوابهم المحامين وكتبة المحاكم ومساعدتهم ليس لهم أن يشتروا الحق المتنازع فيه أو كله أو بعضه لا باسمهم ولا بأسماء مستعارة إذا كان النظر في النزاع يدخل ضمن اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها كما لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة وإلى هذا توجه المشرع الجزائري في المادتين (٤٠٢) و (٤٠٣). وقد منعت المادة ٨٤٩ من القانون المدني الأردني شراء الوكيل الشيء نفسه ولا أن يبيع ماله لموكله. أما المادة ٣٧ من النظام الداخلي لنقابة المحامين النظامين لسنة ١٩٦٦ الصادرة في الأردن فقد جاء فيها ما يلي:

(يحظر على المحامي شراء القضايا والحقوق المتنازع عليها).

كما لا بد من الإشارة إلى نص المادة ١١٥ من القانون المدني الأردني التي جاء فيها ما يلي:

(لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد وهذا كله مع مراعاة ما يخالفه من أحكام القانون أو قواعد التجارة).

ثانياً- اتفاق الطرفين

قد يكون العقد هو المصدر في منع حوالة الحق من دائن إلى آخر وهو اتفاق صحيح وملزم والأمثلة كثيرة على ذلك، نذكر منها ما نصت عليه المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان الاتفاق أو العرف قد يمنع التنازل عن الإيجار كله أو بعضه فعلى المستأجر أن يلتزم بهذا الاتفاق فإن نزل عن حقه لآخر عن المستأجر مخطئاً لمخالفته عقد الإيجار. وهو ما نصت عليه المادة ١/٤/د من قانون المالكين والمستأجرين في الأردن رقم ٦٢ لسنة ٩٥٣.

ومن الأمثلة الأخرى ما تضعه شركات النقل الجوي والنقل السكك الحديدية والبواخر من شرط في تذاكر النقل بعدم جواز حوالة الحق إلى آخر فلا يجوز لمن صدرت تذكرة النقل باسمه في عقود النقل المذكورة أن يحول حقه إلى آخر لم تصدر باسمه تنفيذاً بنود عقد النقل الجوي أو البحري أو بالسكك الحديدية ومصدر منع حوالة الحق الاتفاق بين الطرفين.

المبحث الثاني

شروط حوالة الحق

لما كانت حوالة الحق عقد ينشأ بين المحيل والمحال له فلا بد من توافر اركان الانعقاد وشروط النفاذ لقيام حوالة الحق وإذا كانت المادة ٣٦٢ من القانون المدني العراقي قد ذكرت أركان الانعقاد فإن المادة ٣٦٣ منه نسع على شروط نفاذها: (لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له. على أن نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ).

كما نصت المادة ١٠١٥ من القانون المدني الأردني على ما يلي:

- (١) - إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير.
- (٢) - ولا تكون الحوالة نافذة في حق الغير الا باعلانها رسمياً للمحال عليه أو قبوله بوثيقة ثابتة التاريخ).

أولاً- شروط انعقاد حوالة الحق

لما كانت حوالة الحق عقداً ينشأ بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) فالمدين ليس طرفاً في رابطة الالتزام (عقد الحوالة) ولا يشترط رضاه لانعقادها وما دام الدائن الأصلي لم تكون شخصيته محل اعتبار فإن المدين (المحال عليه) لا أهمية له في الوفاء لأي دائن كان^(٧).

إن الحوالة من التصرفات القانونية التي تنشأ بتطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني ولذلك يلزم توافر الأهلية في المتعاقدين وخلو التراخي من العيوب ويجب أن يكون للحوالة سبب مشروع.

أما الحال به (محل حوالة الحق) فالأصل أن عقد الحوالة جائز في جميع الحقوق المدنية والتجارية) وأياً كان نوعها بسيطة أم موصوفة بشرط أو أجل أو غيرها.

وقد يكون المحال به أداء مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو القيام بعمل أو غير ذلك.

ولا يشترط لانعقاد حوالة الحق شكلية قانونية معينة إلا أنه يلزم مراعاة قانون الاثبات

(٧) الدكتور اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، ص٣٥٧.

وأنظر في شروط انعقاد حوالة الحق في القانون الفرنسي باعتبارها عقداً رضائياً

Mazeaus (H. L. J)- Lcons De Droit Civil- Op. Cit. pp. 1027- 1028.

٥- لا يجوز إجراء حوالة الحق على آثار المؤلف والصور والخرائط واللوحات الفنية الأخرى قبل طبعتها إلا إذا كان المؤلف منجز ومعد للبيع.

٦- لا يجوز إجراء حوالة الحق على العلامة الفارقة والعنوان التجاري وبراءة الاختراع والنموذج الصناعي.

٧- لا يجوز إجراء حوالة الحق على العقار بالتخصيص إلا إذا زالت صفته وصار غير مخصص لخدمة العقار.

أما قانون الإجراء الأردني لسنة ٩٥٢ المعدل فقد استثنى من الحجز بنص القانون ما يلي:

- ١- الألبسة والأسرة والفرش الضرورية للمدين وعياله. (المادة ٦٠).
- ٢- أواني الطبخ وأدوات الأكل الضرورية للمدين وعياله.
- ٣- الكتب والآلات والأوعية لمزاولة المدين مهنته أو حرفته.
- ٤- مقدار المؤونة اللازمة للمدين وعياله.
- ٥- مقدار البذور التي تكفي لبذر المدين أرضه التي اعتاد زراعتها إذا كان زارعاً.
- ٦- الحيوانات اللازمة لمعيشة المدين وزراعة أرضه إذا كان زارعاً.
- ٧- الحصص المستحقة للحكومة من حاصلات المدين سواء أكانت محصورة أم مقطوعة.
- ٨- النفقة.
- ٩- البوالص والأوراق التجارية القابلة للتداول.
- ١٠- رواتب الموظفين إلا حسب النسبة المقررة وهي ثلث الراتب (المادة ٧٢).
- ١١- مبلغ التأمين على الحياة (المادة ٩٤٩ مدني أردني).

موقف القضاء الأردني

ذهبت محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر في ٩٨٦/٨/١٣ الى أن نفقات الأشياء التي يمكن الحجز عليها تكون على الحاجز وتشمل نفقات حفظ الشيء المحجوز وجاء في الحكم: (ان بدل التخزين يعود على صاحب البضاعة عندما يكون التخزين لصالحه أما في حالة الحجز على البضاعة فإن التخزين لصالح الحاجز وعليه نفقة حفظ المحجوز)^(٥). وفي حكم آخر: (ان تبديل اليد بعد الحكم لا يؤثر في المعاملات التنفيذية)^(٦).

(٥) مجلة نقابة المحامين، ص٣٧، ١٩٨٩، ص١٦٧١.

(٦) مجلة نقابة المحامين، ص٣٥، ٩٨٧، ص١٢٨٥.

العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ فإذا كانت الحوالة تزيد على ٥٠ ديناراً في الديون المدنية والتجارية فلا بد من محرر لإثباتها وفقاً لما نصت عليه المادة ٧٧ من القانون المذكور^(٨).

أما قانون البيّنات رقم ٣٠ لسنة ٩٥٢ فقد نص على القاعدة (الأصل) في المادة ٢٨ فإذا كان الالتزام التعاقدي المدني تزيد قيمته على عشرة دنانير أو كام غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك أما في الالتزامات التجارية وفي الالتزامات المدني التي لا تزيد قيمتها على عشرة دنانير فيجوز الإثبات بالشهادة. بينما نصت المادة ٢٩ على الاستثناء حيث لم تجز المادة الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى ولو كان المطلوب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير.

ثانياً- شروط نفاذ الحق قبل المدين والغير

ويراد بهذه الشروط ما يجعل حوالة الحق يمكن الاحتجاج بها على الغير الذي كسب حقاً على المحال به يتعارض وحق المحال له الذي قد يكون محال له آخر أو دائناً للمحيل أو وقع حجراً على الحق المحال به لدى المحال عليه أو دائني المحيل إذا أشهر إفلاسه أو إعساره فهؤلاء يصبحون من الغير بالنسبة للمحال له. كما يراد بهذه الشروط ما يجعل الاحتجاج بحوالة الحق ممكناً على المدين (المحال عليه) أيضاً.

وهذه الشروط التي تجعل حوالة الحق نافذة في حق الغير أو في حق المحال عليه (المدين) هو إعلان المحال عليه بحوالة الحق حتى يقوم بالوفاء للدائن الجديد (المحال له) بدلاً من المحيل ولكي يعد وفاؤه صحيحاً مبرئاً للذمة براءة تامة وعلى ذلك نصت المادة ٣٦٣ من القانون المدني العراقي والمادة ١٠١٥ من القانون المدني الأردني.

فلكي تنفذ حوالة الحق في حق المحال عليه لا بد من علمه بها ويكون هذا العلم إما بإعلان الحوالة أو قبوله لها. ولكي تنفذ الحوالة في حق الغير لا بد من إعلان الحوالة إلى المحال عليه أو قبوله لها بتاريخ ثابت^(٩). وإلى هذا ذهب القانون المدني الجزائري في المادة ٢٤١ كذلك. ويراد بالتاريخ الثابت الورقة التي تتضمن الحق المحال به الموثق من موظف مكلف بخدمة عامة

(٨) نصت المادة ٧٧ من قانون الإثبات لسنة ٩٧٩ على ما يأتي:

(أولاً- يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسين ديناراً ثانياً- إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسين ديناراً أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك).

(٩) الدكتور عبدالمجيد الحكيم، ج٢، ص ٣٢٢. د. محمد حسنين منصور، ص ٣٣٣.

ككاتب العدل مثلاً. فالورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها الا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت^(١٠). وهو ما اتجه إليه المشرع المدني المصري أيضاً في المادة (٣٠٥).

والخلاصة، يمكن القول من حيث الأصل أن لا حاجة لرضاء المحال عليه (المدين) لانعقاد حوالة الحق لأنه ليس طرفاً من الالتزام إلا أنها لا تنفذ في حقه أو في حق الغير الذي كسب حقاً على المحال به يتعارض وحق المحال إلا بإعلانها واخباره بها بورقة ثابتة التاريخ حتى يوفي المدين للدائن الجديد، فالقاعدة تقضي أن المحال له (الدائن الجديد) لا يتقدم على من يزاحمه من الغير إلا إذا كان حقه ثابتاً من حيث التاريخ قبل حق المزاحم على المحال به.

(١٠) الدكتور اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، ص ٣٦٠.

المبحث الثالث

أحكام حوالة الحق (١١)

من الطبيعي أن القواعد العامة للعقد تسري على حوالة الحق فقد تكون الحوالة بعوض أو بدون عوض. فإن كانت معاوضة خضعت للأحكام العامة للعقد التبادلي الرضائي وإن لم تكن كذلك فإن أحكام عقد الهبة هي التي تسري عليها، وأياً كان نوع العقد الذي نشأت به الحوالة فإن الأثر الجوهري لحوالة الحق هو نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له.

وقد رتب المشرعان الأردني والعراقي الأحكام الآتية على حوالة الحق وهي:

أولاً- العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه.

ثانياً- العلاقة ما بين المحال له والمحيل.

ثالثاً- العلاقة ما بين المحال عليه والمحيل.

رابعاً- العلاقة ما بين المحال له والغير.

أولاً- العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه (الدائن الجديد والمدين)

ينتقل الحق (المحال به) من المحيل إلى المحال له بصفته إن كان موصوفاً بأحد أوصاف الالتزام كالشرط أو الأجل أو تعدد المحل أو الأطراف كما قد يكون المحال به موصوفاً بأكثر من وصف، فإذا كان الحق ثابتاً بسند رسمي التزام المحيل أن يسلم المحال له السند الذي يثبت الحق وإن يقدم ما هو ضروري لإثبات المحال به في ذمة المحال عليه (المادة ٣٦٧ مدني عراقي) والمادة ١٠١٠ من القانون المدني الأردني. ولا شك أن الحوالة تتضمن الفوائد الإتفاقية أو

(١١) راجع في أحكام حوالة الحق في القوانين المدنية العربية المراجع التالية:

الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٤٨٨ وما بعدها.

الدكتور عبدالمجيد الحكيم، ج٢، ص٣٢٦-٣٣٠.

الدكتور محمد حسنين منصور، ص٣٣٥-٣٣٦.

الدكتور اسماعيل غانم، ج٢، ص٣٦٢-٣٣٦.

الدكتور أنور سلطان، ص٣١٦-٣٢٠.

الدكتور حسن الذنون، ص٤٣٤-٤٣٦.

الدكتور محمد عباس السامرائي، ص٢٦٤-٢٦٦.

الدكتور شمس الدين الوكيل، ص٢٨٥-٢٨٦.

وأنظر حوالة الحق في القانون الفرنسي.

القانونية وأقساط الحق إذا لم يكن المحيل قد قبضها بعد وتنتقل تبعاً لذلك الضمانات العينية والشخصية كالكفالة والامتياز والرهن. وإلى هذا ذهب المشرع العراقي في المادة ٣٦٥ التي نصت: (ينتقل الحق إلى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد وأقساط). وإلى هذا اتجه المشرع المصري في المادة (٣٠٧). "وقارن مع ما نصت عليه المادتان ١٠٠٣ و ١٠٠٤ من القانون المدني الأردني".

ولنا ملاحظة على نص المادة ٣٧٥ في أنها جاءت بعبارات زائدة لا مبرر لها وهي تعني التأمينات العينية والشخصية أي عقود الضمان أو الاستيثاق ولا داعي للنص عليها سواء أكانت الكفالة عينية أم شخصية وسواء أكان الرهن تأمين أم حيازي. ولهذا جاء نص المشروع المدني الجديد في المادة (٦٠) أفضل صياغة من المادة ٣٦٥.

ومن الطبيعي أن ما يترتب على انتقال الحق ذاته أن للمدين أن يتمسك قبل الدائن الجديد بكفالة الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل الدائن القديم كبطان التصرف أو الانقضاء أو الفسخ وله أن يتمسك بالدفع الخاصة بالمحال له وحده (كالدفع بالمقاصة) وهو ما نصت عليه المادة ٣٦٦ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها:

(للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه، أن يحتج بها على المحيل كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده). ويقابلها ما نصت عليه المادة ١٠٠٥ من القانون المدني الأردني.

يتضح من ذلك وجود قاعدتين تحكمان العلاقة بين المحال والمحال عليه هما:

القاعدة الأولى- حلول المحال له (الدائن الجديد) محل المحيل (الدائن الأصلي) في الحق المحال به بصفاته وضماناته وتوابعه.

القاعدة الثانية- إمكان المحال عليه (المدين) التمسك قبل الدائن الجديد بالدفع التي كان له التمسك بها قبل المحيل عدا ما كان منها متصلاً بشخص المحيل كالدفع بالمقاصة قبل المحل له. أي أن هذه الدفع على نوعين:

النوع الأول- دفع خاصة بالدائن الأصلي. كالتمسك بأن عقد الحوالة باطل لأن أصل الالتزام باطل أو أن الحق انقضى لأي سبب من أسباب انقضاء الحق أو أن العقد الذي أنشأ الحق موقوف لعيب في الرضا.

إلا أن المحال عليه لا يد أن يشترط تمسكه بهذه الدفع عند نفاذ الحوالة بحقه بقبوله لها وإلا فلا يحق له الدفع إذا لم يتمسك بها لأنه يعد تنازلاً عنها ويبقى له الرجوع على المحيل بدعوى الإثراء بلا سبب.

النوع الثاني- دفع خاصة بالمحال له (الدائن الجديد) وهي الدفع المستمدة من عقد الحوالة والدفع التي يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له كالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به ودين نشأ بذمة المحال له للمحال عليه.
إذاً فإن عقد الحوالة الموقوف لنقص في أهلية المحال عليه أو بعيب في رضائه والدفع بالمقاصة تنطوي تحت هذا النوع.

ثانياً- العلاقة ما بين المحال له والمحيل (الدائن الجديد والدائم القديم)

لا يكفي قيام المحيل بتسليم سند الحوالة إلى المحال له أو أدلة الإثبات الأخرى والبيانات التي تمكنه من استيفاء حقه من المحال عليه على نحو ما نصت عليه المادة ١٠١٠ من القانون المدني الأردني^(١٢) وإنما على المحيل أن يتمتع ع كل ما من شأنه الاضرار بحقوق المحال له احتراماً لبنود عقد حوالة الحق فليس له أن يستوفي الحق من المدين أو أن يقوم بالابراء أو أن يحول شخصاً آخر يتعارض حقه مع حق المحال له الأول. وحوالة الحق إما أن تكون بعوض أو بدون عوض (هبة) ونبين أحكام كلا منهما:

الحالة الأولى حوالة الحق بعوض

نصت المادة ١/٣٦٨ من القانون المدني العراقي على أنه:

(١) - إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك).

فإذا كانت الحوالة معاوضة خضعت لأحكام عقد البيع الذي يترتب التزامات متقابلة على طرفيه منها التزام (البائع) بتسليم سند الحق ووسائل إثباته ولم ينص عليها المشروع المدني الجديد لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة وحسناً فعل. كما يلتزم بضمان الحق أي وجوده في ذمة المحال عليه وقت الحوالة وهو ما يطلق عليه بالضمان القانوني (المادة ١/٣٠٨ مدني مصري) فالمحيل يضمن أن الحق نشأ صحيحاً ولم ينقض قبل انعقاد الحوالة بأي طريق من طرق الانتقضاء كما يضمن التعرض القانوني والمادي الصادر منه ولا يضمن إلا التعرض القانوني الصادر من الغير ولكنه لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير إلا إذا كان

(١٢) نصت المادة ١٠١٠ من القانون المدني الأردني ما يلي:

"على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به وكل ما يلزم من بيانات أو وسائل لتمكينه من حقه" ويقابلها المادة ٣٦٧ من القانون المدني العراقي.

متواطئاً مع الغاصب أو المتلف أو السارق للمحال به وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٧١ من القانون المدني العراقي التي نصت: (يضمن المحيل تعديده حتى ولو كانت الحوالة بغير عوض وحتى ولو اشترط عدم الضمان). فالتعدي عمل غير مشروع. كما يجوز اتفاق ضمان يسار المحال عليه وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك (المادة ٣٦٩ مدني عراقي).

الحالة الثانية- حوالة الحق بدون عوض

إذا كانت حوالة الحق بدون عوض من المحيل أي على سبيل الهبة فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق المحال به وعلى هذا نصت الفقرة (٢) من المادة ٣٦٨ من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٣٠٨) من القانون المصري.

فالمحيل لا يضمن شيئاً لا بنص القانون ولا بالاتفاق لأن القاعدة تقضي أن لا ضمان على المتبرع سواء تعذر على المحال له استيفاء حقه لإعسار المحال عليه أو كان المحال به ذاته لا وجود له إلا أن المحيل يكون مسؤولاً عن أفعاله الشخصية^(١٣). إلا أن الأستاذ الجليل السنهوري يرى عدم تعميم هذا المبدأ على إطلاقه حيث لا يمنع عنده من أن يكون الاتفاق مصدراً لأن يضمن المحيل وجود الحق المحال به حتى ولو كانت الحوالة

بدون عوض^(١٤). وهو اتجاه سليم لا سيما وان أي اتفاق لا يخالف النظام العام والآداب العامة صحيح ويلتزم الأطراف بآثاره. هذا فوق أن المحال له لم يدفع شيئاً للمحيل حتى يسترده لذلك لم يكن له إلا أن يرجع بتعويض عادل على المحيل عن الضرر الذي أصابه وفقاً لتقدير قاضي الموضوع^(١٥). ولا يمنع في رأينا التعويض عن الضرر المالي والمعنوي الناشئ عن الإخلال بالتزام مصدره التمتع.

(١٣) المحيل مسؤول عن أفعاله الشخصية حتى ولو اشترط عدم الضمان (المادة ٣١١ مدني مصري).

وأنظر الدكتور اسماعيل غانم، ج٢، ص٣٦٧.

(١٤) الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٥٢٠.

(١٥) الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٥٣٥-٥٣٧.

الدكتور الحكيم، ج٢، ص٣٤٨-٣٤٩.

الدكتور حسن الذنون، ص٤٣٧-٤٣٨.

الدكتور محمد حسنين، ص٣٣٥-٣٣٦.

ثالثاً- العلاقة ما بين المحال عليه والمحيل (المدني والدائن القديم)

يذهب الفقه المدني في مصر والعراق^(١٦).

٢- ومع ذلك لا تبرأ ذمته بهذا الوفاء إذا أثبت المحال له أنه كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة). الثانية- الفترة اللاحقة لنفاذ الحوالة في حق المحال عليه. وعندها تنقطع العلاقة بين المحيل والمحال عليه فإذا قام المحال عليه بالوفاء للدائن القديم لم تبرأ ذمته من الحق الذي بذمته. وان وفى للدائن الجديد بعد إعلان الحوالة أو قبلها كان وفاؤه صحيحاً.

رابعاً- العلاقة بين المحال والغير

المقصود بالغير، كل شخص تكون له مصلحة في الطعن بعقد الحوالة وهو إما دائن آخر أو دائن المحيل المعسر أو دائن حجز الحق المحال به تحت يد المحال عليه.

وفي هذا السياق فإن هناك قواعد ثلاث بالنسبة للدائنين الحاجزين^(١٧):

١- لا عبرة بالحجز الواقعة بعد الحجز حجز ثان للحق المحال به.

٢- لا يفضل حاجز على حاجز آخر بسبب الأسبقية في تاريخ الحجز.

إلا أن الحوالة المتعددة على حق واحد تصبح الأفضلية للمحال له النافذة في حق الغير (المادة ٣٧٣ مدني عراقي) (المادة ١٠١٥ من القانون المدني الأردني). كما لو كان حق المحال له ثابتاً بورقة رسمية. فإذا حجز الحق وهو في المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر (المادة ١/٣٧٤) مدني عراقي ويقابلها المادة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٥ من القانون المدني الأردني). فإذا وقع حجز ثان بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة. (الفقرة الثانية من المادة ٣٧٤ مدني عراقي)(*).

نخلص مما تقدم أن الحوالة من الإحالة أي نقل الدين والمطالبة به أو نقل الحق من ذمة إلى أخرى، وان كلاً من حوالة الدين وحوالة الحق من طرق انتقال الالتزام بين الأحياء عن طريق العقد يلزم لقيامها توافر أركان الانعقاد وشروط النفاذ، وان القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني تأثرا بالفقه الحنفي في تقسيمهما لحوالة الدين إلى حوالة مطلقة ومقدية وهو ما لم يشأ المشروع المدني العراقي الجديد السير على ذات النهج. كما أن البعض من الفقهاء المسلمين يذكر ركناً واحداً لانعقاد الحوالة هو (الايجاب والقبول) مع شروط خاصة في المحيل والمحال عليه وفي المحال له وفي المحال به^(١٨).

كمان أن للحوالة أحكامها بعد انعقادها وهي (أحكام عامة) و (أحكام خاصة) ومن الأحكام العامة أن المحيل يصير بريئاً من دينه مؤقتاً وتنقضي الحوالة أو تتم بالبراءة من الحوالة في حالات كثيرة^(١٩).

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى نص المادة ١٠١٧ من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: (تنتهي الحوالة أيضاً بأداء محلها إلى المحال له أداء حقيقياً أو حكيمياً).

موقف القضاء الأردني

ذهبت محكمة التمييز الأردنية في القضية المرقمة (٨٩/٩٠) إلى ما يلي: (لا يضمن المحيل في حوالة الحق نفقات المحال له في الدعاوى التي يقيمها على الغير نتيجة خطئه)^(٢٠).

(١٦) الوسيط، ج٣، ص٥١٢. ولا بد من الإشارة إلى أن القضاء الأردني ذهب في القضية المرقمة (تميز حقوق ٩٨٩/٩) إلى إقرار المبدأ القانوني الآتي: "١- لا يضمن المحيل في حوالة الحق نفقات المحال له في الدعاوى التي يقيمها على غير نتيجة خطئه، وعليه فلا يحكم للمحال له بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة التي حكم بها والأتعاب التي دفعها لمحاميته نتيجة خسرانه للدعوى التي أقامها".

مجلة نقابة المحامين الأردنية، السنة ٣٨، ١٩٩٠، ص١٩٠٦.

(١٧) الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ص٤٣٨.

(*) أنظر تفصيل وأصل هذا الحكم: اسماعيل غانم، ج٢، ص٣٦٦.

(١٨) علي الحيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، ج٤، ص١٣، ١٩-٢٠.

(١٩) علي الحيدر، المرجع السابق، ص٢٦-٢٨.

(٢٠) مجلة نقابة المحامين، س٣٨، ١٩٩٠، ص١٩٠٦.

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

Extinction des Obligations

إن مصير رابطة الالتزام حتماً إلى الزوال، فالحق الشخصي بخلاف الحق العيني لا بد أن يزول إذ لا يعقل أن يبقى المدين على التزامه إلى ما لا نهاية لأن هذا يتعارض مع الحرية الشخصية ثم إن الأصل براءة الذمة وانشغالها بالالتزام أمر عارض والعارض لا يدوم ولا يغير من هذا المبدأ التزام المدين طوال حياة الدائن^(١). كالاتزام بالإيراد المرتب مدى الحياة على نحو ما نصت عليه المادة ١/٢٦٩ من القانون المدني الأردني والمادة ٢٠٩ مدني عراقي التي نصت على ما يلي: (١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً...) ونصت المادة ٩٧٧ من القانون المدني أيضاً على ما يأتي:

(١- يجوز أن يلتزم شخص لآخر بأن يؤدي له مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض.

٢- ويترتب هذا الالتزام بعقد أو بوصية). ويجوز أن يكون المرتب مقررأ مدى الحياة الملتزم أو الملتزم له أو شخص آخر (١/٩٧٨ مدني عراقي). وهذا كله لا يتعارض مع مبدأ الأمر العارض سالف الذكر.

وعقد الإيجار يلزم أطرافه لمدة محدودة فإذا عقد إيجار دون اتفاق على مدة، أو عقد لمدة غير معينة، اعتبر الإيجار منعقدأ للفترة المعينة لدفع الأجرة وينتهي بانقضاء هذه الفترة، وقد نصت المادة الثانية من قانون إيجار العقار العراقي رقم ٧٨ لسنة ٩٧٩ المعدل ما يلي: (تعين مدى الإيجار في العقد وعند عدم تعيينها يعتبر الإيجار منعقدأ لمدة سنة تبدأ من الوقت المسى في العقد فإن لم يسم فمن تاريخ تسليم المأجور إلى المستأجر خالياً من الشواغل)^(٢).

إذا كانت طبيعة العمل مؤقتة أو موسمية فإن عقد العمل يكون بالضرورة محدد المدة ينقضي بانقضائها (المادة ٣٢/ثانياً) من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ٩٨٧).

ولا بد من التذكير بالطرق التي ينتهي بها عقد العمل وهي:

١- الانفساخ (كالمرض الذي يصيب العامل أو رفاقه أو عجزه البدني) أو وفاة صاحب العمل أو إغلاق محل العمل لفترة قاهرة.

(١) الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٦٢٩.

(٢) نصت المادة ٦٧٠ من القانون المدني الأردني على حالة الأجل القانوني والذي يظهر منه انقضاء الالتزام في عقد الإيجار حيث جاء ما يلي: (إذا لم تحدد مدة لعقد الإيجار وقد جرى العقد بأجرة معينة لكل وحدة زمنية انعقد لازماً على وحدة زمنية واحدة ولكل من الطرفين فسخه في نهايتها، وكلما دخلت وحدة أخرى والطرفان ساكتان تجدد العقد لازماً عليها).

٢- انتهاء العقد بإرادة أحد الطرفين أو كليهما^(٣).

٣- وبهذا يختلف الالتزام عن الحق العيني، فالحق العيني حق مؤيد بطبيعته كحق الملكية ولا يصح أن يكون مؤقتاً عدا الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التي يمكن أن تكون بعضها مؤقتة كحق الانتفاع أو حق الارتفاع وقد تكون مؤبدة عند عدم تحديد مدة لهذين الحقين.

٤- ولانقضاء الحق الشخصي أسباب متعددة ذكرتها التشريعات المدنية العربية والأجنبية، فالمشروع المدني العراقي الجديد حدد أسباب انقضاء الالتزام متأثراً ببعض آراء الفقه الفرنسي على النحو التالي:

١- تجديد الالتزام (المواد من ٦١٠-٦١٢).

٢- المقاصة (المواد من ٦١٣-٦٢١).

٣- اتحاد الذمة (المواد من ٦٢٢-٦٢٣).

٤- الإبراء (المواد من ٦٢٢-٦٢٧)

كما ذكر القانون المدني العراقي طرق انقضاء الالتزام وهي:

١- الوفاء (المواد من ٣٧٥-٣٩٨).

٢- انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (المواد من ٣٩٩-٤١٩).

٣- انقضاء الالتزام دون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء (المواد من ٤٢٠-٤٢٨).

وقد ذكر القانون المدني المصري مانية طرق لانقضاء الالتزام وهي:

١- الوفاء

٢- الوفاء بمقابل

٣- التجديد والاناية في الوفاء

٤- المقاصة

٥- اتحاد الذمة

٦- الإبراء

٧- استحالة التنفيذ

٨- التقادم

(٣) نصت المادة ٨٣٠ من القانون المدني الأردني ما يلي: (يفسخ العقد بوفاة العامل كما يفسخ بوفاة رب العمل إذا كانت شخصيته قد روعيت في إبرام العقد). كما نصت المادة ٨٢٨ من القانون المذكور على حالة انتهاء عقد العمل بانقضاء مدته أو بالاتفاق أو بانتهاه الغرض منه.

إن المشرع المصري حصر هذه الأسباب بالوفاء وبما يعادل الوفاء ودون الوفاء ولا يعادل الوفاء مخصصاً لها المواد من (٣٢٣-٣٨٨) وبهذا الموقف تأثر القانون المدني الجزائري لعام ٩٧٥ الذي عالج انقضاء الالتزام في المواد من (٢٥٨-٣٢٢).

أما القانون المدني الأردني رقم ٤٣ والذي أصبح نافذ المفعول في الأردن اعتباراً من ٩٧٧/١/١ فقد حدد طرف انقضاء الالتزام (انقضاء الحق) على النحو الآتي:

١- الإبراء

٢- استحالة التنفيذ

٣- مرور الزمان المسقط للدعوى

كما عالج المشرع الأردني الوفاء ضمن وسائل التنفيذ الاختياري للالتزام وخصص للتنفيذ بما يعالج الوفاء المواد (٣٤٠-٣٥٤) وهي:

١- الوفاء الاعتيادي

٢- المقاصة

٣- اتحاد الذمتين

اختلاف أسباب انقضاء الالتزام عن أسباب زوال الرابطة العقدية

إن أسباب انقضاء الالتزام (الحق الشخصي) سألقة الذكر قد تختلط مع أسباب أخرى لزوال الرابطة العقدية بالأبطال والفسخ والرجوع وهذه لا تمت للأسباب الأولى بصله ذلك أن الفرق بين زوال العقد- وهو مصدر الالتزام- وزوال الالتزام ذاته هو فرق كبير وإن كان هناك بعض التفاعل بينهما حيث قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله كالفسخ مثلاً فتنقضي تبعاً لذلك الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، على أن الخلط بينهما من شأنه أن يورث الغموض والاضطراب وقد ينقضي الالتزام بتحقيق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف وما الشرط إلا وصفاً في الالتزام لا سبباً لانقضائه ذلك أن هناك فرقاً بين التزام وجد ثم انقضى ثم أن الموت قد يكون سبباً في انتهاء الرابطة العقدية فينقضي بانتهاؤه الالتزام كما في الوكالة وعقد العمل والإيراد المرتب مدى الحياة^(٤).

أما طرق أو أسباب انقضاء الالتزام فهي متعددة، فالفقه المدني الفرنسي يشير مثلاً إلى:

١- أسباب تقضي الالتزام بصورة غير مباشرة عن طريق انقضاء العقد بالفسخ والأبطال أو

الرجوع وأسباب تقضي الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتقادم. ٢- أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المتعاقدين كما في الإبراء وإما لانعدام أحد أركان الالتزام كما في اتحاد الذمة ونلاك المحل وإما للتنفيذ بمقابل كما في المقاصة^(٥).

ويشير الأستاذ السنهوري إلى طريقين لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام: أحدهما تقسيم علمي وآخر تقسيم عملي أخذت به العديد من التقنينات المدنية العربية كالقانون المدني المصري والكويتي والعراقي والجزائري والأردني وغيرها.

الطريق الأول- التقسيم العلمي

والتقسيم العلمي لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمي لمصادره إذ هي: التصرف القانوني والواقعة المادية. فاتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم والمقاصة إنما هي من طرق انقضاء الالتزام التي تعتبر واقعة مادية ولا دخل للإرادة في ذلك لأنه مجرد حدث مادي يقع ويرتب القانون عليه الأثر، بينما تتمثل أسباب انقضاء الالتزام التي تعتبر تصرفاً قانونياً في الوفاء وإن كان هو مزيج من العمل القانوني والعمل المادي وفي الوفاء بمقابل والتجديد والإبراء، إن أن الأستاذ السنهوري يعترف بأن هذا التقسيم محدود الأهمية لأن نظرية التصرف القانوني والواقعة المادية لم تزل في مراحلها الأولى في الميدان الفقهي وإن الوقت لم يحن بعد لاتخاذ هذا التقسيم أساساً لبحث الموضوع^(٦).

الطريقة الثانية- التقسيم العملي

وهو التقسيم الذي سارت عليه العديد من القوانين المدنية العربية الذي يوزع طرق انقضاء الالتزام إلى ما يلي:

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينياً أو بتنفيذه بمقابل أو دون تنفيذ ولهذا سوف نتتبع التقسيم المذكور وعلى النحو التالي:

الفصل الأول- انقضاء الالتزام بالوفاء (التنفيذ العيني للالتزام).

الفصل الثاني- انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (التنفيذ بمقابل).

الفصل الثالث- انقضاء الالتزام دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء.

(5) Jean Carbonnier- 4- Ls Obligations- Op. Cit. p. 532- 533.

Mazeaus (H. L. J)- Lcons De Droit Civil- po. Cat. p. 671- 672.

(٦) الوسيط، ج٣، ص٦٣٢.

(٤) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج٣، ص٦٣٠-٦٣١.

بناءً عليه سنبين أحكام الوفاء كطريق من طرق انقضاء الالتزام سيراً على نهج الكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية التي اعتبرت كذلك فنعالج التعريف بالوفاء وطرفا الوفاء وزمانه ومكانه والوفاء مع الحلول وغيرها وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول- طرفا الوفاء (الموفي والموفى له).

المبحث الثاني- محل الوفاء.

المبحث الثالث- ظروف الوفاء (زمانه ومكانه ونفقاته).

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

(التنفيذ العيني للالتزام)

أوضح المشرع الأردني في القانون المدني التنفيذ الاختياري وعالج الوفاء كأول طريق يقضي الرابطة القانونية. والوفاء يصح من المدين أصالة ومن نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في زوال الالتزام بل يصح حتى ممن لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره ما لم يتعرض الدائن الذي قد يرفض الوفاء من الغير، وعلى هذا نصت المادة ٣١٧ من القانون المدني الأردني. ومما يتعلق بالوفاء أطرافه ولمن يكون الوفاء وحكم رفض الوفاء ثم محل الوفاء وزمانه ومكانه ونفقاته وإثباته. وعالج القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ والقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري أحكام الوفاء باعتباره من طرق انقضاء الالتزام، فخصص المشرع العراقي المواد من (٣٧٥-٣٩٨) للوفاء موضحاً أحكام الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول ولمن يكون الوفاء وحالة العرض والايدياع ومحل الوفاء وزمانه ومكانه ونفقاته.

وهذا يعني أن الفصل بين الوفاء والتنفيذ العيني للالتزام الوارد في القوانين المدنية الأردني لعام ٩٧٦ والعراقي لسنة ٩٥١ والمصري لسنة ٩٤٩ والجزائري لعام ١٩٧٥ وقوانين عربية وأجنبية أخرى مرده يعود إلى التقاليد اللاتينية التي دفعت إلى تقسيم الموضوع على قسمين: كيفية تنفيذ الالتزام ويذكر ضمن آثار الالتزام، وما يتعلق بتنفيذ الالتزام باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام ويذكر ضمن أسباب انقضاء الالتزام وقد نزلت القوانين المدنية سالفه الذكر عند هذه التقاليد كما أن بعض الفقهاء في فرنسا يعالجون الوفاء في باب (تنفيذ الالتزام)^(١).

(١) الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٦٣٦، هامش رقم ١.

وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٣، ص١٦٦-١٦٧.

المبحث الأول

طرفا الوفاء (الموفى والموفى له)

قبل الدخول في الموضوع: لا بد أولاً من القول أن الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام بقيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به فإن كان قد اقترض المدين مالاً نقدياً عليه أن يسدده في ميعاده وإن كان قد استأجر داراً على المستأجر ردها بانتهاء مدة الإيجار وهكذا والأصل هو التنفيذ الطوعي أي الوفاء الاختياري بالالتزام مهما كان محله كتسليم نقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو غيرها.

والتكييف القانوني للوفاء باعتباره (واقعة مختلطة fait mixte) لأنه يجمع بين التنفيذ المادي للالتزام وبين الاتفاق على قضاء الدين وهو تصرف قانوني يغلب على الجانب الأول أو هو- كما يقول الأستاذ الجليل السنهوري^(٢)- (تصرف قانوني عيني acte juridique réele إذ هو تصرف لا يتم إلا بعمل مادي هو التنفيذ).

الوفاء بالالتزام عيناً تصرف قانوني^(٣)

أيماً كان نوع الوفاء من المدين في تنفيذ الالتزام، فإنه يعد تصرفاً قانونياً ينشأ بإرادتين لأنه اتفاق بين طرفي الوفاء على تنفيذ الالتزام عيناً لا بد فيه من توافر أركان وشروط التصرف القانوني، فالتراضي على الوفاء أول هذه الأركان وإن يكون هذا التراضي صادراً عن ذي أهلية من عيوب الرضا (الأكراه والغلط والغبن مع الاستغلال) وطبقاً للقانون الأردني (الأكراه والغلط والتغريب مع الغبن).

(٢) ج٣، ص٦٣٦.

(٣) أنظر الأستاذ السنهوري، ج٣، ص٦٣٧-٦٣٩.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٣، ص١٦٦-١٦٧.

Jean Carbonnier- Droit Civil- pp. 582- 532- 533.

Mazeaus- Lcons De Droit Civil- po. Cit. p. 671- 672.

د. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ص٢٩٧-٢٩٨.

د. عبدالمجيد الحكيم، ج٢، ص٣٥٩-٣٦٠.

د. محمد حسنين، ص٣٤٢-٣٤٣.

د. حسن الذنون، ص٤٣٩-٤٤١.

Dalloz- Tome 111- Parus, 1953, p. 734.

أما محل الوفاء فهو نفس محل الدين وسببه هو قضاء الدين وهو الذي يعد الباعث الرئيس لانشاء هذا التصرف القانوني، لأن الوفاء يفترض وجود دين سابق يوفؤ به وسبب الوفاء مفروض ابتداءً والوفاء يخضع للقواعد العامة في الاثبات والخلاصة فأن الوفاء على قضاء الدين أو هو اتفاق بين الموفى والموفى له على انها الالتزام لا اتفاق على انشاء الالتزام.

أولاً : الموفى Solvens

نصت المادة ٣١٧ من القانون المدني الاردني على أن الوفاء يصح من المدين اصالة كما يصح من نائبه القانوني أو الاتفاقي ويصح من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء، وهو يصح ممن لا مصلحة له في الوفاء بأمر من المدين أو بغير أمره على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وبلغ الدائن اعتراضه.

ذهب القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ في بيان (من يقوم بالوفاء) الى ضرورة أن يكون الموفى مالكا للموفى به حتى الوفاء منه وأن تكون له أهلية التصرف القانوني وعلى هذا نصت المادة ٣٧٥ التي جاء فيها مايلي:

(١- يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه، ويصح وفاؤه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كاللفيل والمدين المتضامن مع مراعاة ما جاء في المادة (٢٥٠). ٢- ويصح ايضاً وفاء الدين من أجنبي لمصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره على أنه على انه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وبلغ الدائن هذا الاعتراض.

ثم اضافت المادة ٣٧٦ منه مايلي: (يشترك لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فإن استحق بالبينة واخذه صاحبه وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه). ويقابل ذلك ما ذهب اليه المشرع الاردني في المادة ٣١٨ التي اشترطت للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكا لما وفي به واذا كان المدين صغيراً مميّزاً أو كبيراً معتوها ومحجوزاً عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه مالم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى.

والنصوص السالفة تسير مع قرره المشرع المصري في المواد (٣٢٣-٣٢٦) والمشرع الجزائري في القانون المدني (المواد ٢٥٨-٢٦٠) وهي تسير ايضاً ما قرره الفقه الاسلامي بهذا الخصوص.

فالموفى قد يكون المدين نفسه أو نائبه أو أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل الشخصي أو العيني والمدين المتضامن ويصح الوفاء من الاجنبي الذي لا مصلحة له في الوفاء بالالتزام سواء وقع الوفاء بأمر المدين أو دون أمره، بشرط أن يكون الموفى مالكا للموفى به

لأن المقصود بالوفاء نقل ملكية الشيء للدائن ولا يستطيع الموفي أن ينقل ملكية شيء غير مملوك له. فملكية الموفي للشيء الموفى به هو شرط لنفاذ الوفاء (المادة ٣٧٦ مدني عراقي) والمادة ٣١٨ مدني أردني.

من الذي يتمسك ببطان الوفاء

الدائن هو الذي يتمسك ببطان الوفاء لأنه حق مقرر لمصلحة وقد يتعرض الدائن للخطر من المالك الحقيقي للشيء الموفى به بالاسترداد إذا أقام مالكة الحقيقي (دعوى الاستحقاق).

أهلية الموفي للتصرف في الشيء الموفى به

يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشيء الموفى به وأهلية التصرف تستوجب البلوغ القانوني وكال عقل وعدم وجود الحجز، ومن الطبيعي أن منى أكمل الخامسة عشرة من عمرة وتزوج بأذن القاضي يكون أهلاً للوفاء بالالتزام طبقاً لنص المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ العراقي.

وق نصت المادة ٣٧٧ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ مايلى:

(إذا كان المدين صغيراً أو مميزاً أو كبيراً معتموها أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه مالم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى).

والى هذا نصت المادة ٣١٨ من القانون المدني الاردني ايضا فالاصل أن وفاء الصغير المميز ومن في حكمه هو وفاء صحيح مالم يتبين أن الوفاء يلحق ضرراً بالموفى.

والواقع أن ما يشترط لصحة الوفاء من (ملكية الموفي للموفى به وأهلية في التصرف) إنما تعود للقانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ إذ جاء في الماد ١٢٣٨ مايلى:

(١- حتى يكون الوفا صحيحاً يجب أن يكون الموفي مالكاً للشيء الموفى به وأهلاً للتصرف فيه. ٢- ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أن بشيء يستهلك بالاستعمال لا يسترد

من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشيء قد وقع من غير مالكة أو من شخص غير أهل للتصرف فيه)^(٤) نخلص من ذلك أن شروط صحة الوفاء بالالتزام ونفاذه

هي:

(4) Henri Mazeaud jean Mazeaud- op. Cit. 671

Jean Carbonnier- Op. Cit. p. 533.

وانظر رأي: كولان وكابيتان. بلانبول وروبير اوبري ورو. لاكارد،

Daloz- Droit Civil- Tome 11- 1953- pp. 734- 736.

١- أن يكون الموفي مالكا لما يدفعه للدائن.

٢- أن يكون الموفي أهلاً للتصرف بالمال الموفى به.

٣- الأ يؤدي الوفاء الى الاضرار بباقي دائني المدين وعلى هذا نصت المادة ٣٧٨ مدني عراقي بقولها (لايصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء الا الاضرار ببقية الدائنين).

من يقوم بالوفاء، وكيف يرجع الموفي على الدين؟

سبق أن عرفنا أن من يقوم بوفاء الالتزام وتنفيذه عيناً هو المدين نفسه أو نائبه (سواء أكانت نيابة اتفاقية كالوكالة، أم نيابة قانونية كالولي والوصي والقيم) أو شخصاً له مصلحة في وفاء الدين أو اجنبياً لا مصلحة له في الوفاء.

والاصل أن المدين أو نائبه هو الذي يقوم بالوفاء لأنه صاحب المصلحة الحقيقية من انقضاء الالتزام بوفائه والا فانه سيجبر على ذلك، بل ان المدين في بعض الاحيان لا بد أن يتدخل شخصياً للوفاء بالالتزام.

وفي غير هذه الحالات يجوز لنائب المدين كالوكيل والوصي والقيم أن يوفى بالالتزام كالقيام بعمل أو تسليم نقود أو غيرها.

كما قد يوفى بالالتزام عيناً شخص له مصلحة في الوفاء وهو أمر جائز إذا لم يكن الوفاء متعيناً على المدين بالذات، كالمدين المتضامن والكفيل الشخصي والكفيل العيني والحائز للعقار المرهون رهناً تأنيبياً فيحل من يقوم بالوفاء (حلولاً قانونياً) في الحق الموفى به على المدين بدلاً من الدائن ولا يستطيع الدائن أن يرفض الوفاء بتنفيذ الالتزام ان كانوا ملزمين قانونياً بالوفاء. أن أن يكون الموفي شخصاً اجنبياً لا مصلحة له في الوفاء كما يكون من اقرباء المدين أو صديقاً له أو شريكاً مع المدين في اعماله التجارية فهو يقرب أن يكون (فضولياً). والأصل أن لا يكون له الحلول القانوني محل الدائن في الرجوع بما أوفى على المدين الا أنه يمكن أن يرجع بموجب (الحلول الاتفاقي) إذا أوفى بالالتزام بأمر من المدين.

رجوع الموفى على المدين

إذا أوفى المدين أو وكيله أو وصيه الالتزام الذي بذمته فلا رجوع على أحد لأنه قضى دين بذمته. وان قضاه غير المدين ولم يكن متبرعاً فلو الرجوع أما بموجب الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الحالة الأولى: رجوع الموفى على المدين بموجب الدعوى الشخصية.

لم ينص القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على هذه الدعوى ولذلك يرجع الموفى على المدين طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب الواردة فيه والرجوع بدعوى الفضالة غير ممكن لأن القانون المذكور لم يعتبر الفضالة مصادراً للالتزام تائراً بالفقه الاسلامي.

الا أنه طبقاً للمشروع المدني الجديد عدت الفضالة من تطبيقات الفعل النافع ونص على قضاء دين الغير على نحو ما تقدم.

هلى أن القانون المدني المصري نص صراحة على الدعوى الشخصية في رجوع الموفى على المدين في المادة ٣٢٤ التي نصت على مايلي:

(١- اذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه).

(٢- ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير ارادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، اذا أثبت نه له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء).

وفي هذا الخصوص يذهب الاستاذ الجليل السنهوري قائلاً:

(على أن الغالب هو أن يوفى الغير الدين بنفسه للدائن، ففي هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية، قوامها أما الفضالة وإما الاثراء بلا سبب)^(٥).

الحالة الثانية: رجوع الموفى على الميسدن بموجب دعوى الحلول بحكم القانون أو بحكم الاتفاق.

١- الحلول القانوني على المدين

أصل دعوى الوفاء مع الحلول يعود للقانون الروماني، وقد يكون للموفى الدعوى الشخصية ودعوى الحلول حيث يحل الموفى محل الدائن في نفس الدين الذي وفاه ويرجع على المدين بهذا الدين لا يدين جديد كما يفعل في الدعوى الشخصية، وقد عالج المشروع المدني العراقي الجديد الوفاء مع الحلول ضمن حوالة الحق باعتباره انتقالاً للالتزام ما بين الاحياء بتغيير شخص الدائن (المواد ٦٠٨-٦٠٩) بينما نص القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على الوفاء مع الحلول في باب انقضاء الالتزام وضمن الوفاء (المواد ٣٧٩-٣٨٢).

٢- الحلول الاتفاقي على المدين

نصت على هذا الحلول الحاصل بحكم الاتفاق بين الموفى والدائن المادة ١/٣٨٠ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي جاء فيها مايلي: (١- للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك. ويكون الاتفاق بورقة رسمية لايجوز أن يتأخر تأريخها عن وقت الوفاء). يقابلها ما نصت عليه المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري.

أما الحلول الاتفاقي الحاصل بين الموفى والمدين فقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٠ من القانون المدني العراقي (والتي تقابل نص المادة ٣٢٨ مدني مصري) والتي جاء فيها مايلي:

(٢- وللمدين ايضاً اذا اقترض مالا سد به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضا هذا الدائن على أن يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية وان يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي مخالصة التسديد أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضته من الدائن الجديد).

حوالة الحق والوفاء مع الحلول^(٦)

تختلف الاغراض العملية لحوالة الحق والوفاء مع الحلول ويشتهبان في أن الحق الموفى به ينتقل الى الموفى أو المحال له بصفاته وتأميناته ودفعه (المادة ٣٨١ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١)^(٧) ويمكن اجمال بعض أهم الفروق بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول على النحو الاتي:

١- الوفاء مع الحلول قد يكون بحكم القانون أو الاتفاق بينهما حوالة الحق مصدرها الاتفاق دائماً^(٨).

٢- في الوفاء مع الحلول يكون الدين حالاً أي استحق أدأؤه أما حوالة الحق فقد ترد على حق حل أجله أو لم يحل بعد.

(٦) الاستاذ السنهوري- ح٣- ص ٧٠٤-٧٠٩.

د. انور سلطان- ص٣٧٦.

(٧) وانظر نص المادة ١٠٠٣ من القانون المدني الاردني والمادة ١٠٠٤ في فقرتها الاولى من القانون المذكور.

(٨) أنظر نص المادة ٩٩٤ من القانون المدني الاردني.

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني- ح٢- ص٦٥٩.

وانظر البحث القيم للدكتور محمد جبر الالفي الموسوم بـ (الفضالة) وهي «اطروحة دكتوراه» جولة في القانون المدني قدمت الى جامعة باريس رقم ١- ديوان المطبوعات الجامعية- ١٩٨١.

٣- في الوفاء مع الحلول يكون حلول الموفى محل الدائن بقدر ما دفعه فحسب بينما في حوالة الحق أن المحال له (وهو مضارب) الذي اشترى الحق بأقل من قيمته أن يرجع على المدين بكل قيمة الدين.

٤- في الوفاء مع الحلول للموفى الرجوع على المدين أما بدعوى الحلول واما بدعواه الشخصية وأما المحال له فله دعوى واحدة هي دعوى المحيل.

ثانياً- الموفى له Accipiens

من الطبيعي أن الوفاء عمل قانوني قد يتم بارادتين (اتفاق الموفى والموفى له) أو بارادة الموفى وحده بعرض الوفاء بالالتزام عرضاً حقيقياً مع الايداع. (المادتان ٣٢٦ و ٣٢٧) من القانون المدني الاردني.

الحالة الاولى: الوفاء اتفاقاً للدائن أو نائبه (التصرف القانوني بارادتين)

نصت المادة ٣٨٣ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ على مايلي:

(١- يصح دفع الدين للدائن أو وكيله أن كان غير محجور فان كان محجوراً فلا يصح دفع الدين اليه بل دفع لمن له حقاً قبضه من ولي وصي أو قيم.

٢- فان دفع المدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل إذا هلك كما دفعه أوضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين). ولقد أوضح القانون المدني الاردني في المادتين ٣٢٠ و ٣٢١ لمن يكون الوفاء متأثراً بما نص عليه المشرع المدني العراقي.

والدائن قد يتغير وقت النسوء للالتزام عنه وقت استحقاق الدين والمطلوب هو الوفاء لمن كان دائناً وقت استحقاق الدين وأن يكون أهلاً لاستيفائه فإن كان (قاصراً أو محجوراً) لم يجز الوفاء الا لنائبه القانوني كالولي والوصي والقيم، فالاهلية المذكورة وعدم وجود العوارض شرط لصحة الوفاء بالالتزام، فالمادة ٣٢١ من القانون المدني الاردني نصت على مايلي: (إذا كان الدائن غير كامل الاهلية فلا تبرأ ذمة المدين الا بالوفاء لولية. وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أوضاع منه فلويله مطالبة المدين بالدين).

أما السبب في ذلك فهو أن الوفاء بتنفيذ الالتزام اتفاق و الاتفاق يستوجب وجود التراضي والمحل والسبب لأنه تصرف قانوني ولقيام الاتفاق صحيحاً لا بد من الاهلية الخالية من العوارض.

الا أن الوفاء قد يكون لنائب الدائن كالولي والوصي والقيم والوكيل، فالدائن القاصر أو المحجور عليه لايجوز له الوفاء بتنفيذ الالتزام فإن وقع من المدين لم يعتبر هذا الوفاء ولا تبرأ ذمته من الدين وان هلك اوضاع ما دفعه للمحجور فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢/٣٨٣ مدني عراقي والمادة ٣٢٠ مدني اردني.

بناء عليه فإن الوفاء يجب أن يقع للولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الدائن القاصر غير المأذون أو لجنون أو عته أو سفه أ، غفلة أو للقيم عن المفقود، ي فإن وقع الوفاء لهم عد صحيحاً مبرئاً للذمة. كما أن الوفاء بالالتزام لوكيل الدائن صحيح مبرأاً للذمة اذا كان عقد الوكالة يجيز للوكيل حق القبض.

هل يجوز الوفاء بالالتزام لغير الدائن أو نائبه؟

نصت المادة ٣٨٤ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على ذلك وجاء فيها مايلي:

(إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر).

يتبين من ذلك أن الوفاء قد يكون لغير الدائن ولا نائبه وبالتالي فلا يكون صحيحاً ولا مبرئاً للذمة الا في الحالات التالية:

١- اذا أقر الدائن الوفاء صراحة أو ضمناً.

٢- اذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ويقدر هذا المنفعة.

٣- الوفاء للدائن الظاهر كالوارث الظاهر الذي لم يكن وارثاً حقيقة لوجود من يحجبه.

٤- اذا تم الوفاء لدائن الحاجز تحت يد المدين لأن دائن الدائن يباشر حقاً شخصياً له حق الحجز تحت يد الغير. كالحجز على رصيد نقدي في بنك وقيام البنك بالوفاء للحاجز.

الحالة الثانية- الوفاء بتنفيذ الالتزام بارادة الموفى وحده^(٩) (العرض الحقيقي والايداع)

خصص المشرع المدني الاردني المواد (٣٢٦-٣٢٨) للعرض والايداع باعتباره من طرق الوفاء بالالتزام فقد لا يكون الموفى له معروفاً أو شخص معروفاً ولكن مجهول محل الإقامة

(٩) حول العرض والايداع من الموفى بارادته المنفردة انظر المراجع التالية:

الدكتور حسن الذنون- ص٤٤٥ ومابعدها الاستاذ السنهوري- ج٣- ص٧٢٧ ومابعدها

الدكتور شمس الدين الوكيل- ص٢٩٩. الدكتور محمد حسين- ص٣٤٤-٣٤٥.

الدكتور انور سلطان- ص٣٦٩-٣٧٠. الدكتور عبدالمجيد الحكيم- ج٢- ص٤٠٠-٤٠٢.

٤- (للوارث الذي دفع الضريبة عند وارث آخر لانجاز معاملة التخارج الجارية بينهما أن يرجع كل من دفع الضريبة عنه)^(١٣).

٥- (١- قرينة وفاء الاقسام السابقة للقسط تقبل اثبات العكس.

٢- السجلات الرسمية حجة بما دون فيها مالم يطعن فيها بالتزوير)^(١٤).

موقف القضاء الاردني:

لاشك أن النائب الاتفاقي تحدد صلاحياته طبقاً لعقد الوكالة فإذا لم تحدد الوكالة للوكيل الوفاء بالدين فلا يحق له الزام الموكل بما أوفى طبقاً لعقد الوكالة الخالية من هذه الصلاحية وان كان له الرجوع طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب فالوكالة تكون وكالة خاصة اذا حدد الموكل فيها الاقتراض فقط مثلاً دون الوفاء بالديون^(١٥). كم لا يعتبر توقيع المدين على كيبالات لأمر الدائن وفاء لالدين لأن الكمبيالة هي تعهد بأداء قدر معين من النقود اذا أن الاسناد التجارية الوحيدة التي تعتبر أذاة وفاء هي الشيكات^(١٦). وفي الوفاء أو الاتصال أو براءة الذمة من لدين اثبات ذلك وهو المدين لاتقع على الدائن^(١٧).

أو أن الدين متنازع فيه أو هو غائب أو محجور وليس هناك من ينوب عنه أو لاسباب أخرى عديدة، ويريد المدين الوفاء بالالتزام الذي عليه لما له من مصلحة في ذلك كايكاف الفوائد على الدين. ومثال ذلك في عقد الايجار امتناع المؤجر مثلاً عن استلام الاجرة التي في ذمة المستأجر أو جهل الاخير بمحل إقامة المؤجر وعدم وجود من ينوب عنه أو غير ذلك.

فالمادة ٣٢٦ من القانون المدني الاردني نصت على مايلي:

(يكون الايداع أم ما يقوم من اجراء جائزاً ايضاً اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن محجوراً وليس له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة اشخاص أو كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الاجراء).

أعطى القانون للموفي الحق في الوفاء بالالتزام بإرادته المنفردة عن طريق (العرض والايدياع) أي عرض المدين لما عليه واستعداداه للوفاء خلال مد معينة وايدياع الدين في مكان معين. وعلى هذا نصت المادة ٣٨٥ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ بقولها: (١- اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو اذا رفض القيام بالاعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو اذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار.

٢- ولا يتم اعذار الدائن الا اذا أودع المدين الشيء على ذمة لدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الايداع). ويقابلها ما نصت عليه المادة ٣٢٢ من القانون المدني الاردني.

موقف القضاء العراقي

ذهبت القضاء العراقي في اكثر من قضية بشأن الوفاء الى مايلي:

١- (إن وفاء الوكيل دين موكله الموثق بحكم لا يحمل على التبرع)^(١٠).

٢- (تبرأ ذمة المدين اذا سدد الدين لوكيل الدائن المعزول وكان المدين حسن النية جاهلاً للعزل)^(١١).

٣- (إن وفاء ابنة المستأجر قسط الايجار عن السنة الجديدة يعد صحيحاً طالما تم خلال المدة القانونية لحساب المؤجر و دون اعتراض من المستأجر)^(١٢).

(١٣) ابراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- ص٧٣٧.

(١٤) ابراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- ص٧٣٦.

(١٥) رقم القرار ٨٩/٩٩٩- مجلة نقابة المحامين- ١٩٩١ ص ١٢٨٩ وانظر القضية رقم ٩٠/٧٦ ص ١٥١٢.

(١٦) رقم القضية ٨٨/١١٧٥- مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨- ١٩٩٠ ص ٢١٠٠.

(١٧) تمييز حقوق رقم ٨٨/٨٨١- نقابة المحامين السنة ٣٨- ١٩٩٠ ص ١٨٤٤.

(١٠) رقم القرار ٩٧٤/٢م/٣٨٢ في ٩٧٤/٩/٢١- النشرة القضائية- ٩٧٤ ص ٨١.

(١١) رقم القرار ٢٩٧٢/٢م/٩٥ في ٩٧٢/٨/١٢- النشرة القضائية- ١٩٧٤ ص ٧٣.

(١٢) ابراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- ص٧٣.

المبحث الثاني

محل الوفاء Object De Paiement

الأصل أن محل الوفاء هو أداء المدين لعين ما التزم به وطبقاً لمصدر الرابطة القانونية المالية، أي كان الموفى به، سواء كان قيام بعمل أو تسليم شيء أم الامتناع عن القيام بعمل أم دفع مبلغ نقدي أم غير ذلك. ويعد المدين مرتكباً للخطأ إذا قام بالتنفيذ الجزئي للالتزام العقدي وغير العقدي فلا يجوز أن ينفذ المدين المفاوضة ناقصة أو في جزء منها ولا يحق له دفع نصف الدين ولا يجوز له دفع بعض التعويض المترتب بذمته وهكذا. وهذا الاتجاه صريح في القانون المدني العراقي (المادة ٣٩٢) وفي المادة ١/٣٣٠ من القانون المدني الاردني على أنه ليس للمدين أو يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه مالم يوجد اتفاق أو نص يدر ذلك. على أن هذه القاعدة (قاعدة الوفاء الكلي بالالتزام) ليس من النظام العام ويجوز الاتفاق على خلافها وان القانون يسمح في بعض الحالات بتجزئة الوفاء.

فالوفاء لا يبد أن يكون بنفس الشيء المستحق الذي قد يكون أحد الاشياء الاتية:

اولاً: الشيء المستحق شيء معين بالذات.

ثانياً: الشيء المستحق غير معين الا بالنوع.

ثالثاً: الشيء المستحق مبلغ من النقود.

رابعاً: الشيء المستحق عمل أو امتناع عن عمل.

فالشيء المستحق قد يكون شيئاً معيناً بالذات كالدراة أو السيارة أو بقرة فالوفاء يكون بهذا الشيء دون غيره ولو كان هناك من جنسيه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه في القيمة حيث لا يجبر الدائن على قبول أداء آخر بدلاً عنه.

أما إذا حصل الاتفاق على أداء بديلاً عن الشيء المستحق أصلاً فهو جائز الا أنه لا يكون تنفيذاً عينياً للالتزام (وفاء) وإنما يكون (ما يعادل الوفاء).

والحالة التي يسلم بها الشيء المعين بالذات المستحق أصلاً هو في الحالة التي هو عليها وقت التسليم فلو هلك فإن قواعد الهلاك العامة هي التي تطبق في هذا المجال.

الا أن الشيء المستحق قد يكون شيئاً غير معين إلا بنوعه دون تحديد لدرجة الجودة أو لا يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط وليس هذا الا تطبيقاً للقواعد العامة.

كما قد يكون الشيء المستحق الوفاء مبلغاً من النقود فيجوز الوفاء. نقداً أو بالشيء أو بحوالة بريدية والأصل أن الوفاء بالعملة الوطنية الا أن موقف التشريعات متخلف تبعاً لأنظمتها الاقتصادية بشأن الوفاء بغير العملة الوطنية.

وذهب القانون المدني المصري في المادة ١٣٤ الى مايلي: (إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي اثر). والوفاء بالذهب أو بالعملة الاجنبية هذه باطل لأن المحل غير جائز التعامل فيه الا طبقاً لقوانين التحويل الخارجي وقانون البنك المركزي والقوانين الخاصة الاخرى. كما نصت المادة ١٦٢ من القانون المدني الاردني.

(إذا كان محل التصرف أو مقابلة نقوداً لزم بيان قدر عددها المذكور في التصرف دون أن يكون لارتفاع قيمته هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي اثر).

أما إذا كان الشيء المستحق الوفاء القيام بعمل أو امتناع عن عمل فهو إما أن يكون (بذل عناية) كالتبيب في بعض الاعمال الطبية والمودع لديه والمحامي أو التزاماً بتسليم شيء أو التزاماً بإنجاز عمل معين. فلو كان محل الالتزام المستحق امتناع عن القيام بعمل وقام بالعمل لا بد من التعويض لأن التنفيذ العيني أصبح مستحيلًا. كما في حالة افشاء السر الطبي والاسرار المهنية الاخرى.

هل يجوز تجزئه محل الوفاء المستحق ؟

المبدأ هنا عدم جواز اجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي ولو كان الالتزام بطبيعته قابلاً للانقسام مالم يوجد نص أو اتفاق بخلاف ذلك وعلى هذا المبدأ نصت المادة ٣٩٢ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ التي جاء فيها مايلي:

(إذا كان الدين حالاً فليس للمدين أو يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعيض).

ومبدأ عدم جواز تجزئة الوفاء من المدين سارت عليه كثير من القوانين المدنية العربية فنص عليه القانون المدني المصري في المادة ٣٤٢ والقانون المدني الجزائري في المادة ٢٧٧ والقانون المدني الاردني في المادة ١/٣٣٠ التي جاء فيها: (١- ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه مالم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك).

فالأصل هو عدم جواز تجزئة الوفاء للدين الواحد فاذا تعددت الديون وحلت جميعها فليس

للدائن أن يمنع استيفاء أي من هذه الديون إذا اراد المدين الوفاء به. والاستثناء هو جواز تجزئة الوفاء بحكم القانون كما في المقاصة أو بحكم الاتفاق^(١٨).

تعين جهة الدفع عند تعدد الديون

ان الحالة التي تعين الدين المدفوع أو الى تعيين جهة الدفع انما تقوم اذا كانت ذمة المدين مشغولة بديون متعددة لدائن واحد وكانت هذه الديون من جنس واحد وكان المبلغ المدفوع لا يفي بجميع الديون فيجب عند ذلك أن يتعين أي من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع^(١٩).

وعلى هذا نصت الفقرة من المادة (٣٩٣) من القانون المدن العراقي لسنة ٩٥١ كما نصت المادة ٣٣١ من القانون المدني الاردني ما يلي: (اذا كان المدين ملزماً بأن يوفي مع الدين أية نفقات وكان ما اداة لايفي بالدين مع تلك النفقات حسم ما أدى من حساب النفقات ثم ان أصل الدين هذا مالم يتفق على غيره)

نلخص من ذلك الى عدم وجود صعوبات بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية اذ أن القانون عندئذ يحدد ما يجب على المدين أدائه فالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار مثلاً قد يكون محلها تعويض الضرر نقداً.

الا أن الصعوبة تظهر في بعض الاحيان يكون مصدر الالتزام هو العقد إذ قد لا يحدد العقد عل وجه الدقة الاداء (محل الوفاء) الذي يتعهد به المدين وعندها لا بد من الرجوع للقواعد العامة.

موقف القضاء العراقي

يمكن ايراد بعض القرارات القضائية بشأن محل الوفاء المستحق من المدين على النحو الاتي:

- ١- القول قول المدين في تعيين جهة الدفع ١/٣٩٣٩ مدني^(٢٠).
- ٢- لا يعتبر وجود الكميالية لدى المدين دليلاً على براءة ذمته اذا كان استردها من البنك ولم يدفع فائتها والمصاريف ولم تجر عليها عملية القطع^(٢١).

٣- ليس للوارث المطالب بدين مورثه أن يعين جهة الدفع عند تسلم الدائن بعض الدين لأن ذلك من حق المدين بالذات ٣٩٣ مدني^(٢٢).

٤- القول للمدين في تعيين جهة الدفع (١/٣٩٣ مدني عراقي) واذا عجز الدائن عن اثبات خلاف ذلك فعلى المحكمة منحه حق تحليف المدين اليمين^(٢٣).

موقف القضاء الاردني

ذهبت محكمة التمييز الاردنية في حكم لها صدر بخصوص القضية رقم (٨٨/٨٨١) الى أن الشخص الذي يدعى الوفاء بالموفى به هو الذي يقع على عاتقه اثبات الوفاء أو الايصال أو براءة الذمة من الدين لأنه هو المدين ولا يقع هذا على الدائن^(٢٤). والى أن الاصل في وفاء الدين أن يتم بالعمل المتفق عليها أو المبينة في السند^(٢٥). وان الموفى به اذا كان مبلغاً من النقود فيحكم بعدد النقود المستحقة بموجب التصرف التجاري سواء زادت قيمتها عند الوفاء أو انخفضت لأن الخيار للمدين أن يوفي مقدارها بالعمل المتفق عليها أو بقيمتها عن الوفاء^(٢٦).

(٢٢) رقم القرار ١٠٧ / شرعية شخصية أولى / ٩٧٢ في ١٦ / ١١ / ٩٧٢ - النشرة القضائية - ٩٧٤ ص ٩٨.

(٢٣) رقم القرار ٢٢٣ / ٣ / ٩٧٤ في ١٨ / ٥ / ٩٧٤ - النشرة القضائية ٩٧٤ ص ٢٦.

(٢٤) منشور في مجلة نقابة المحامين - السنة ٣٨ ١٩٩٠ ص ١٨٤٤.

(٢٥) منشور في مجلة نقابة المحامين - السنة ٣٨ ١٩٩٠ ص ٢٣٢٣.

(٢٦) منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنية - السنة ٣٨ ١٩٩٠ ص ٢١١٦.

(١٨) الاستاذ السنهوري - ج ٣ - ص ٧٦١ - ٧٦٢.

(١٩) الاستاذ السنهوري - ج ٣ - ص ٧٦٥.

(٢٠) رقم القرار ٥١٢ / ٥ / ٩٧٠ في ٦ / ٥ / ٩٧٠ - النشرة القضائية - ١٩٧١ ص ١٦١.

(٢١) رقم القرار ٣٣١ / هيئة عامة - أولى / ٩٧١ في ٢٣ / ١٢ / ٧٢ - النشرة القضائية ٩٧٤ ص ٩٦.

المبحث الثالث

ظروف الوفاء (زمانه ومكانه ونفقاته)

أولاً- زمام الوفاء بالالتزام

نصت المادة ٢٣٥ من القانون المدني الاردني على مايلي:

(١- اذا كان الدين مؤجلاً فللمدين أن يدفعه قبل حلول الاجل اذا كان الاجل متمحضاً لمصلحته ويجبر الدائن على القول.

(٢- فاذا قضى المدين الدين قبل حلول الاجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان).

اذا كان الدين مؤجلاً أو مقسطاً فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالوفاء بالدين أو بالقسط قبل حلوله. كما أن للمدين أن يدفع الدين أو القسط قبل حلول الاجل، اذا كان الاجل متمحضاً لمصلحته ويجبر الدائن في هذه الحالة على قبول الوفاء.

يضاف الى ذلك بأنه اذا كان أجل تنفيذ الالتزام غير محدد بوقت معين، أو كان محدداً بوقت المطالبة، جاز للدائن أو يطالب المدين بالتنفيذ كما يجوز للمدين أن يقوم بالتنفيذ في اي وقت فاذا طالب الدائن مدينه بالتنفيذ وجب على المدين أن ينفذ التزامه خلال مدة معينة من وقت المطالبة، مالم يكن تنفيذه فوراً بنص القانون أو بمقتضى الاتفاق.

أما القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ فقد خصص المادتين (٣٩٤ و٣٩٥) لزمان الوفاء والتي تقابل ما نص عليه المشرع المصري في المادة ٣٤٦.

ويتضح من ذلك أن الاصل براءة الذمة من الدين فور نشوئه أي أن الدين ينقضي فوراً كم في عقد البيع حيث تنشأ التزامات متقابلة على الطرفين ويؤدي الالتزام فوراً.

والاستثناء أن يتراخي الوفاء بالالتزام إما ينص القانون أو بموجب الاتفاق أو بناء على الحكم القاضي كما في نظرة المسيرة التي يمنحها القاضي للمدين المعسر اذا توافرت شروطها. ومثال تأجيل الوفاء أو تقسيط الدين بفعل الاتفاق (الدين المقترن بأجل واقف) كالقرض لمدة معينة.

ولا يمنع هذا من أن يكون الوفاء بالالتزام قبل حلول الاجل لأن مقرر أساساً لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه متى شاء ذلك (المادة ١/٣٩٥ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١). كما سبق أن أشرنا إلى ما نصت عليه المادة ٤٠٥ من القانون المدني الاردني التي جاء فيها: (اذا كان الاجل لمصلحة أي من الطرفين فلع أن يتنازل عنه بارادته المنفردة).

سقوط الاجل الممنوح للمدين وحلول الدين فوراً

اذا كان الاصل أن الاجل ممنوح للمدين وقد يكون مضروباً لمصلحة الطرفين معاً. وان المسيرة يمنحها القاضي اذا توافرت شروطها فان الاجل الممنوح من القاضي يسقط بهي الاجل الاتفاقي وفقاً للاحوال التالية:

١- اذا اعسر المدين واشهر طبقاً لنص القانون.

٢- اذا أضعف المدين بفعله الى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمينات خاصة (كالرهن) مالم يؤثر الدائن بقاء الدين بلا تأمين.

٣- اذا ضعف التأمين لسبب أجنبي فإن الاجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً للاستفادة من الاجل.

٤- اذا لم يقدم الدين للدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات (٢٧).

٥- يسقط الاجل القضائي بالمقاصة اذا توافرت شروطها.

٦- موت المدين.

٧- اذا اعلن المدين أنه لا يريد تنفيذ الالتزام.

ثانياً- مكان الوفاء

عالج القانون المدني الاردني احكام الوفاء بالنسبة لمحله وزمانه ومكانه ونفقاته واثباته في المواد (٣٢٩-٣٣٩) وخصص لمكان الوفاء المادة ٣٣٦ التي جاء فيها مايلي: (١- اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ٢- أما في الالتزامات الاخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز اعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقاً بهه الاعمال).

كما يلزم الاشارة الى أن القانون المدني العراقي عالج مكان الوفاء في المادتين (٣٩٦-٣٩٧) وخصص لها المشرع المصري المواد (٣٤٧-٣٤٩).

فمحل الالتزام اذا كان شيئاً معيناً بالذات تعين الوفاء به في مكان وجوده وقت نشوء الالتزام مالم يتفق على خلاف ذلك صراحة أو ضمناً أما ما عدا ذلك من ضروب الالتزام

(٢٧) انظر ما نصت عليه المادة ٤٠٤ من القانون المدني الاردني.

فيسعى الدائن الى استيفائه دون أن يسعى المدين الى الوفاء به ومؤدى هذا أن يكون الوفاء في محل المدين. وقد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء في بعض العقود المعينة كالبيع والاجارة.

فالاصل أن الوفاء بالالتزام يكون في المكان الذي عليه الطرفان احتراماً لمبدأ سلطان الارادة فان لم يكن هناك اتفاق فإن الوفاء يكون في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام العقدي وهذا ما يتضح كذلك من الفقرة الاخيرة من المادة ١/٣٩٦ من القانون المدني العراقي التي نصت على مايلي: (... وكان اتلعدق مطلقاً لم يعين في مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد) كما أن المادة ١/٣٣٦ من القانون المدني الاردني نصت على أنه: (اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام نالم يوجد اتفاق أو نص يقتضي بغير ذلك).

أو قد يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال. وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة ٣٣٦ من القانون المدني الاردني.

نخلص من ذلك أن الوفاء بالالتزام يكون في الاماكن التالية:

١- المكان المتفق عليه بين الطرفين.

٢- مكان الوفاء في مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام.

٣- مكان الوفاء في موطن المدين أو مركز أعماله.

المكان الأول- الوفاء بالالتزام في المكان المتفق عليه

غالباً ما يتفق الطرفان على مكان الوفاء في العقد فيتقيد الطرفان بهذا المكان فيلتزم المدين بالوفاء في مكان الوفاء ولا يستطيع الدائن أن يطلب الوفاء في غير المكان المذكور مهما كان شكل الاتفاق سواء في صلب العقد أم في عقد لاحق وسواء أكان الاتفاق صريحاً أم ضمناً^(٢٨).

اذا فاتفاق الطرفين على مكان الوفاء بالالتزام انما هو محض (التزام إرادي) فاذا لم يتبين هذه الارادة لايد من الرجوع للقانون لبيان مكان الوفاء وهو ما يطلق عليه بـ(الالتزام القانوني) وعندها نفرق بين الاشياء المعينة بالذات فيكون الوفاء بها في مكان وجودها وقت العقد وبين

(٢٨) الاستاذ السنهوري- ج٣- ص ٧٨٩- ٧٨٩.

الاشياء غير المعينة بالذات فيكون الوفاء بها في مركز أعمال المدين أن كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال.

المكان الثاني- مكان الوفاء هو مكان وجود العين المعينة بالذات وقت العقد.

وعلى هذا المكان في الوفاء بتنفيذ الالتزام ذهبت كثير من التشريعات المدنية كالقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني. ومثلها الحنطة والشعير والسكر والرز والمواد الاستهلاكية الاخرى التي تباع من الدولة للوكلاء الذين يتسلمونها من مخازن الدولة في مكان وجودها وقت نشوء الالتزام العقدي.

فالقانون هنا هو الذي يتكفل في تحديد مكان الوفاء وهو (مكان وجود العين) وقت التعاقد لأن الطرفين لم يتفقا على مكان الوفاء فيكون (الالتزام قانونياً).

المكان الثالث- مكان الوفاء موطن المدين أو مركز أعماله

يعتبر هذا المكان من أماكن الوفاء التي حددها القانون يصار اليه اذا لم يتفق الطرفان على مكان الوفاء ولم يكن شيئاً معيناً بالذات فأنا القانون المدني الجديد (٢/٤٧٥) قد أوجبا الوفاء في (موطن المدين أو مركز أعماله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال) (المادة ٢/٣٣٦ مدني اردني).

وأكثر ما يسري هذا الالتزام اذا كان محله مبلغاً من النقود أو محله القيام بعمل أو الامتناع عن قيام بعمل فالقاعدة تقضي أن (الدين مطلوب لا محمول) - La dette est quer-
able et non partable

ماهو المقصود بموطن المدين أو مركز أعماله؟

والمقصود بالموطن في القانون المدني الاردني هو مقام الشخص ومقره الذي يستوطن فيه domicile الذي نصت عليه المادة ٦٢ مدني عراقي بقولها: (مقام الشخص هو المقام الذي يقيم فيه عادة، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من مقام) ثم اضافت المادة ٦٣ من القانون المدني العراقي للمادة ٤٠ مدني اردني مايلي: (يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص وظيفة أو عملاً أو مهنة أو حرفة مقاماً له بالنسبة لشؤون وظيفته أو عمله أو مهنته أو حرفته). وفي القانون المدني الاردني فإن المادة ٣٩ نصت على مايلي: (١- المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. ٢- ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن. ٣- واذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن).

فهناك اذا (الموطن العام (La damicide general) وهو الموطن الارادي الذي يطلق عليه
بـ(المقام) أو القانوني بالنسبة لبعض الاشخاص كناقص الاهلية، وهناك الموطن الخاص (موطن
الاعمال) La damicide special^(٢٩)

ثالثاً- نفقات الوفاء بالالتزام

نصت المادة ٣٣٨ من القانون المدني الاردني: (تكون نفقات الوفاء على المدين الا اذا اتفق أو
نص القانون على غير ذلك). كما نصا المادة ٣٩٨ من القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ على
نفقات الوفاء بقولها: (نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي
بغير ذلك). ويمثله ما نصت عليه المادة ٢٨٣ من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ وهو ما
ذهبت اليه قوانين مدنية عربية أخرى ما لقانون المدني المصري والقانون المدني اللبناني.

الا انه اذا كان هذا هو الاصل فلا يمنع من ذلك أن تكون نفقات الوفاء على الدائن بفعل
الاتفاق بين الطرفين فالاصل في عقد البيع أن نفقات تسليم المبيع على البائع مالم يقضي
القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

أما عن اثبات الوفاء فانه يخضع للقواعد العامة في الاثبات الواردة في قانون الاثبات رقم
١٠٧ لسنة ١٩٧٩ فلو زادت قيمة التصرف القانوني على (٥٠) ديناراً أو كان غير محدد
القيمة وجب اثباته كتابته طبقاً لنص المادة (٧٧) من قانون الاثبات في العراق وطبقاً لقانون
البيانات الاردني رقم ٣٠ لسنة ٩٥٢ فان المادة ٢٨ نصت على أن الالتزام التعاقدي في غير
الامور التجارية اذا كانت قيمته تزيد على عشرة دنانير أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز
الشهادة في وجود الالتزام أو البراءة منه مالم يوجد اتفاق أو نص بخلاف ذلك كما اوردت
المادة ٢٩ على حالات لايجوز فيها الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى ولو كان
المطلوب لاتزيد قيمته على عشرة دنانير.

(٢٩) د. رمضان ابو السعود- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني- النظرية العامة للحق- بيروت ١٩٨٣
ص٢٧٨ وما بعدها.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

Dation en paiement

موقف القانون المدني الاردني

الأصل اذا قبل الدائن بدلاً عن الاداء المستحق له أصلاً اداء آخر قام هذا مقام الوفاء وتسري على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية المال الذي أعطي مقابل الاداء الاصلي، أحكام البيع فقد نصت المادة ٣٤٠ من القانون المدني الاردني مايلي: (يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشرائط العقد العامة). كما نصت المادة ٣٤١ ايضاً (١- تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي اذا كان كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين).

موقف القانون المدني العراقي

افرد القانون المذكور المادتين ٣٩٩ و ٤٠٠ للوفاء بمقابل ضمن طرق انقضاء الالتزام تائراً بالتقليد اللاتيني الذي سارت عليه كثير من التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري وغيرها. فنصت المادة ٣٣٩ منه ما يلي:

(اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء).

ثم نصت المادة ٤٠٠ منه على مايلي: (يسري على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطي في الدين أحكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية. ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالاخص ما تعلق منها بتعين جهة الدفع وانقضاء التأمينات ويقابلها المادة ٣٥١ من القانون المدني المصري. والمادة ٣٤١ من القانون المدني الاردني).

أولاً- أركان الوفاء بمقابل

يتضح من النصوص المتقدمة أن للوفاء بمقابل ركنان هما:

الركن الاول- اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الوفاء الاصلي ينقل ملكية شيء آخر بدلاً منه.

ويرى الاستاذ الجليل السنهوري بعدم وجود ما يمنع من أن يتفق الدائن مع شخص آخر غير

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

(التنفيذ بمقابل)

سبق أن بينا أن انقضاء الالتزام قد لاينقضي بالوفاء به عيناً وإنما بما يعادله وهوة (التنفيذ بمقابل) ويشمل هذا انقضاء هذا انقضاء الالتزام في الحالات التالية:

المبحث الأول- الوفاء بمقابل (الاعتياض) Dation en paiement

المبحث الثاني- التجديد La Novation

المبحث الثالث- المقاصة La compensation

المبحث الرابع- اتحاد الذمة La confusion

المدين على أن يستوفي منه الدين بمقابل فينقل الغير الى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين ثم يرجع الغير على المدين اذا لم يكن هناك اتفاق بينهما بدعوى الفضالة أو الاثراء بلا سبب بحسب الاحوال^(١).

والوفاء بمقابل سواء بحصوله بفعل اتفاق الدائن والمدين أو الدائن مع الغير، أما هو اتفاق ولايد له من قيام أركان العقد من التراضي والمحل والسبب إلا أن الوفاء بمقابل ليس عقداً لأن العقد ينشأ الالتزام وإنما هو (اتفاق على انهاء الالتزام) يستوجب الاهلية والرضا الصحيح الخالي من الاكراه أو الغلط أو الغبن مع الاستغلال الى جانب المحل والسبب^(٢). وطبقاً للقانون المدني الاردني خلو الارادة من العيوب (الاكراه والغلط والتغريير مع الغبن) بالاضافة الى المحل والسبب المنصوص عليه في المادة ١٦٥.

الركن الثاني- تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً الى الدائن

أي أن الالتزام الجديد على المدين وجب تنفيذه فعلاً فلو اتفقا على تسليم علف الدواجن بدلاً من الدين الاصلي البالغ قدره ٢٠٠٠ دينار وجب افراز أكياس العلف المقترض) ولم يحصل الفرز لأكياس العلف كان ذلك (تجديداً للالتزام) وليس وفاء بمقابل^(٣).

ثانياً- التكييف القانوني للوفاء بمقابل

لم تتفق آراء فقهاء القانون المدني في فرنسا ومصر والعراق حول التكييف القانوني للوفاء، غير أن المشرع العراقي والمشرع الاردني حسما الأمر باعتباره (بيعاً) وتطبق عليه أحكام عقد البيع (المادة ٤٠٠ من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١) والمادة ١/٣٤١ من القانون المدني الاردني.

(١) الاستاذ السنهوري- ج٣- ص٧٩٨ هامش رقم ١

(٢) السنهوري- ج٣- ص٧٩٩.

Daloz-Nouveau Repertoire De Droit- Deuxieme Edition-Tome Deuxieme-Paris- 1963 p.1

(٣) لم ينص القانون المدني الاردني على التجديد ضمن إنقضاء الحق على العكس من العديد من التشريعات المدنية العربية، ولعل السبب الذي دفع بالمشرع الاردني الى عدم النص صراحة على أحكام التجديد هو اعتباره للوفاء الاعتياضي (الوفاء بمقابل) بمثابة تجديد بتغيير محل الدين تأثيراً بما ذكره السنهوري في الجزء الثالث من الوسيط (ص٨٠٥) ولما ذكرته المذكرات الايضاحية من القانون المدني الاردني (ج١ص٣٨٢).

والخلاصة فإن الوفاء بمقابل إنما هو بيع تليه مقاصة وهو ضرب من ضروب الوفاء تغير فيه المحل للالتزام وهو عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية وهو الاتجاه السائد فقهاً في فرنسا والوطن العربي، لأن الوفاء بمقابل تجديد بتغيير محل الدين فينقضي الدين القديم ويحل محله الدين الجديد الذي يكون التزاماً بنقل ملكية العوض (المقابل) الذي يتم بالوفاء ولذلك سمي بـ الوفاء بمقابل^(٤).

أي أن المدين يقدم شيئاً آخر بدلا من الالتزام الاصلي وينفذ ذلك ينقضي الالتزام الاصلي ويحصل ذلك بالتراضي بين الدائن والمدين^(٥).

وعليه فالفقه في فرنسا مستقر على جواز انقضاء الالتزام بالوفاء بمقابل Dation En Payment بتقديم البديل عن محل الالتزام الاصلي وهو ليس التزاماً بديلاً ولا التزاماً تخييراً لأن في الالتزام البدلي والالتزام التخييري يبقى الالتزام الاصلي الموصوف على نحو ما بيناه بينما في الوفاء بمقابل اتفاق بين الطرفين على نقل ملكية شيء مقابل الالتزام الاصلي بتحديد المحل الاصلي بتحديد المحل الاصلي بآخر جديد^(٦).

(٢) -La dation en paiement ressemble a La novation par changement d-objectelle en differe

-Si l-extinction de l'obligation-en vue de l-est faite qu-apereation juridique n-en ce que La

.La delegation)- elle ressemble a,object remis en paiement est une creance contre un tiers

(٤) السنهوري- ج٣- ص٨٠١ هامش رقم (٢).

(٥) السنهوري- ج٣- ص٨٠٥.

Daloz- Nouveau reperatoire de drait- Deuxime edition- Tome Deuxieme Paris 1963.

(٦) أنظر رأي فقهاء القانون المدني فرنسا:

جولا دي ماندير وريبر ويولانجيه وكاربونية والاخوان هنري وجان مازو.

المبحث الثاني

التجديد La novation^(٧)

يقصد بالتجديد استبدال دين قديم بدين آخر فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد ولهذا فالتجديد هو اتفاق على انها الالتزام القديم وعقد على انشاء الالتزام الجديد وهو في الحالتين (تصرف قانوني) يستوجب توافر أركانه وشروط صحته، كأهلية القانونية اللازمة وخلو الرضا من عيوب الارادة ولا يقوم التجديد الا بتوافر شروطه فإن قام رتب الاثار القانونية على قيامه.

أولاً- شروط التجديد

يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على استبدال الالتزام الاصيلي بالالتزام جديد يخلف عنه في محله في مصدره كما يجوز تجديد الالتزام، ايضاً بتغيير الدائن أو بتغيير المدين وذلك بأن يتفق الدائن والمدين وشخص آخر على أن يكون هذا الشخص هو الدائن أو المدين الجديد.

وعلى ذلك نصت المادتان (٤٠١-٤٠٢) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ وتبين منهما أن للتجديد كطريق من طرق انقضاء الالتزام ثلاثة شروط هي:

الشروط الاول- وجود التزام قديم يحل محله التزام جديد

ويرا بهذا الشروط أن يوجد التزام أصلي (الالتزام القديم) مهما كما مصدره (التصرف القانوني أو الواقعة القانونية أو القانون) ويستبدل بالالتزام آخر جديد يحل محل الالتزام الاصيلي فينقضي بفعل الاتفاق وينشأ التزام جديد يخلف عنه في أحد عناصره (محل الالتزام أو المصدر أو أحد الاطراف) ويكون خالياً من أسباب البطلان.

والالتزام الاصيلي يجب أن يكون موجوداً ووجوده صحيحاً وقائماً فلو كان قد انقضى لأي سبب قبل التجديد فلا نكون أمام حالة التجديد لعدم وجود الالتزام القديم او اذا وجد ولكن

(٧) حول موضوع التجديد كطريق من طرق انقضاء في القانون المدني المصري والعراقي والجزائري وموقف الفقهاء في فرنسا انظر تفصيلاً المراجع التالية:

الاستاذ حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- ص ٤٥٦-٤٥٧.

الدكتور محمد حسين- ص ٣٥٦-٣٥٧.

الدكتور عبدالمعتمد البداوي- ص ٤٠٥-٤٠٩.

Jean Carbommer- Droit Civil- Op. Cit. pp. 566- 568.

Henri et Leon et jean Mazeud lecons de drait civil Op. Cit. p 795- 797

وجوده كان باطلاً لعدم مشروعية المحل أو لنقص الاهلية أو لعب في الارادة فلا يقع التجديد. وقد جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الخصوص مايلي:

(يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين، القديم أو الجديد مطلق البطلان فاذا كان الالتزام القديم باطلاً استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه، واذا كان الالتزام الجديد باطلاً بقي الالتزام القديم قائماً، لامتناع أثر التجديد)^(٨).

واذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً فلا يكون الالتزام الطبيعي محلاً للتجديد وانما يكون سبباً يقوم عليه الالتزام الجديد^(٩). والتجديد La novation ينشأ عنه بفعل الاتفاق التزام جديد مصدره (العقد) يحل بدلاً من الالتزام القديم فلو كان (عقد التجديد) موقوفاً (قابلاً للابطال في القانون المدني المصري) ظل مصير العقد الجديد مهتداً أما بالبطلان أو الاجازة والى هذا ذهب الفقه في فرنسا ومصر^(١٠).

الشرط الثاني- المغايرة بين الالتزام القديم والالتزام الجديد في بعض العناصر.

ذلك أن مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في أحد عناصره الهامة أمر ضروري لقيام الالتزام فادخال تعديل غير جوهري على الالتزام القديم لا يعد تجديداً كتعيين طريقة الوفاء أو توثيق التصرف القانوني أو اضافة أجل للالتزام القديم أو اضافة شرط جزائي أو تقديم تأمين عيني أو شخصي أو غيرها لعدم وجود المخالفة ما بين الالتزامين في العاقدين أو المحل أو اسبب القانوني

١- التجديد بتغيير أحد أطراف الالتزام

فالتجديد بتغيير أحد أطراف الالتزام القديم قد يكون تجديداً بتغيير الدائن كالاتفاق بين الدائن والمدين والاجنبي الذي يحل الدائن في حقه قبل المدين فيكون هو الدائن الجديد حيث يحصل هذا التجديد باتفاق الاطراف الثلاثة بينما في حوالة الحق ينتقل الحق باتفاق الدائن الجديد والدائن القديم دون حاجة لرضا المدين ولا موافقته وانما اعلان الحوالة له حتى يوفي بالدين للدائن الجديد (المحال له) والاعلان لازم لكي تنفذ بحقه وليس هناك حق قديم وآخر جديد وانما ذات الحق يلتزم به اتجاه المحال له.

(٨) ج٣- ص ٢٤٥.

(٩) السنهوري- ح- ص ٨١٩.

(١٠) تفصيل ذلك راجع الاستاذ السنهوري- ح- ص ٨٢٠ وهامش رقم ٣ و٤.

وقد يكون التجديد بتغيير المدين حينما يتفق (الدائن والمدين وأجنبي) على أن يكون الاجنبي هو المدين بدلاً من المدين الاصلي في الدين وتبرأ ذمة المدين الاصلي منه.

إن رضا الدائن في تغيير المدين ركن في انعقاد التجديد بينما في حوالة الدين (انتقال للالتزام) من ذمة المدين الاصلي الى ذمة المدين الجديد ويلزم لنفاذها اقرار الدائن لها، والسبب في ذلك أن في التجديد اتفاق على انقضاء الالتزام للمدين الاصلي ورضا الدائن ركن لقيام عقد التجديد بينما في حوالة الدين اتفاق على انتقال الالتزام.

والواقع أن تغيير المدين على الدائن أشد خطراً من تغيير لدائن على المدين لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن ولذلك وجب (رضا الدائن) في نفاذ حوالة الدين، لأن المدين لم يتغير وان يتغير الدائن^(١١).

وهذا هو أحد أسباب عدم جواز انتقال الدين (حوالة الدين) في القانون المدني الفرنسي كما بينا.

٢- التجديد بتغيير المحل للالتزام

نكون أمام تجديد بتغيير محل الالتزام حينما يكون محل الالتزام القديم مبلغاً من النقود مصدره (عقد القرض) فيحصل التجديد في الالتزام بانقضاء الالتزام الاصلي هذا ويحل محله التزام جديد بموجبه يلتزم الميدين مثلاً على أن يقدم للدائن خبرة هندسية فنية لفترة سنة بدون أجر أو تسليم الدائن كمية محددة من علف الدواجن أو قطعة أرض أو سيارة أو ابقار، فالمحل الجديد يلتزم به المدين طبقاً للعقد الجديد الى جانب توافر الشروط الاخرى لقيام التجديد وانتهاء الالتزام الاصلي الذي لم ينقض بالوفاء وهوز الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وزانما انقضى بما يعادله^(١٢).

٣- التجديد بتغيير السبب القانوني للالتزام

ان التجديد في الالتزام قد يقع بتغيير مصدر للالتزام فمن يقتض مبالغاً من النقود يكون

(١١) الاستاذ السنهوري- ح٣- هامش رقم ١ ص٨٢٧.

(١٢) قارن مانصت عليه المواد (٣٤٠-٣٤٢) من القانون المدني الاردني وماذكرناه في ص ٢٧١ هامش رقم ٣ كما أوردت المذكرات الابضاحية للقانون المدني الاردني (ح ١ ص ٣٨٢) توضيحاً لفكرة الوفاء الاعتيادي الذي تبدو أهميته في اثاره التي تترتب على طبيعة التصرف المتفق عليه بين طرفيه فالاتفاق على العرض ينقل ملكية ما يؤدي مقابل الوفاء وعندئذ تطبق أحكام البيع كما أن أداء العرض يهيء للمدين وسيلة لأداء دينه وبراءة ذمته منه ولذا تطبق أحكام الوفاء. وقد يأخذ الاعبياضي صورة من صور تجديد الدين التي يعقبها الوفاء.

سبب التزامه (عقد القرض) وهو الالتزام الاصلي قد يتجدد الالتزام فينقضي الالتزام القديم ويكون ثمناً للمبيع عن عقد البيع المبرم بين المدين والدجائن أو أن يشتري شخص شيئاً ولم يدفع ثمنه فيتفق مع البائع على أن يكون قرضاً في دتمته.

الشرط الثالث- نية التجديد

ذهبت المشرع المصري في المادة ٣٥٤ من القانون المدني إلى النص على نية التجديد إذ جاء فيه مايلي: (١- التجديد لايفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف. ٢-.....).

وليس لهذا النص مقابل في القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ ويكمن العمل بذلك دون الحاجة الى النص على نية التجديد وليس هذا الا تطبيقاً للقواعد العامة.

لأن التجديد هو (عقد) والعقد لايقوم الا بقيام أركانه وشروط صحته التي تختلف عن الاتفاق الذي يقضي الالتزام القديم، وهو عين الموقف في القانون المدني الاردني.

والخلاصة فان المقصود بنية التجديد الوضوح في الموقف بأنها الالتزام القديم بفعل الاتفاق وقيام التجديد في الالتزام بابرام العقد صراحة لأن التجديد لايفترض وانما تقوم النية الواضحة على احلال الالتزام الجديد بدلاً من التزام القديم الذي يختلف عنه في أحد طرفيه أو محله أو السبب الذي أنشأ الالتزام.

ثانياً- الاثار القانونية المترتبة على التجديد

ذهب القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١- في المادة ٤٠٣ الى مايلي:

(اذا جدد الالتزام سقط الالتزام الاصلي وحل محله التزام جديد). وفيما يخص التأمينات العينية والشخصية التي تكفل الالتزام القديم نصت المادة ٤٠٤ على تجديده وتكون طرق التجديد هي مايلي:

١- سقوط الالتزام القديم وحلول الالتزام الجديد محله.

٢- سقوط التأمينات مع سقوط الالتزام الاصلي مالم يحصل الاتفاق على تجديدها.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال عن مصير الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية قبل التجديد؟

لم ينص القانون المدني العراقي على ذلك على العكس من القانون المدني المصري (المادة

٣٥٧).

ويمكن تلخيص هذه الآثار المترتبة عن التجديد على النحو الآتي:

١- انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد.

٢- الاتفاق على مصير الضمانات في انتقالها أو عدم انتقالها.

٣- انتقال الضمانات مع الالتزام الجديد في الحالات الآتية:

أ- عند عدم الاتفاق على خلاف ذلك.

ب- ألا يؤثر على حقوق الغير حسن ائتمنية التي اكتسبها قبل التجديد.

ج- موافقة الكفيل على الالتزام ببقائه ملتزماً بالكفالة قبل الدائن في الالتزام الجديد^(١٣).

موقف القضاء العراقي

ذهب القضاء العراقي في اكثر من قضية الى تطبيق أحكام التجديد الواردة في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ نذكر من قرارات القضاء مايلي:

١- (أن عناصر تجديد الالتزام لاتتوافر باقرار المدين بالدين لدى الكاتب العدل حسبما نصت عليه المادة ٤٠١ من القانون المدني)^(١٤).

٢- (اذا عقدت مصالحة بعد تاريخ سند الكميالية فقد تجدد الالتزام وسقط الالتزام الاصيلي في سند الكميالية وسقطت الكفالة الضامنة للدين الاصيلي بموجب الكميالية المذكور)^(١٥).

المبحث الثالث

المقاصة La Compensation^(١٦)

عالج القانون المدني الاردني أحكام المقاصة في المواد (٣٤٣-٣٥٢) معرفاً المقاصة في المادة ٣٤٣ بأن: (المقاصة ايفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه)

كما خصص القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ للمقاصة باعتبارها من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (المواد من ٤٠٨-٤١٧) حيث عالج شروطها المقاصة وآثارها. كما وعالجها القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥ في المواد من (٢٩٧-٣٠٣) ويقابلها في القانون المدني المصري المواد (٣٦٢-٣٦٩) ونظراً لأهمية موضوع المقاصة لا بد من الكلام في أنواعها وشروطها وآثارها.

أولاً- أنواع المقاصة

المقصود بالمقاصة إسقاط دين مطلوب لشخص من غيمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه (المادة ٤٠٨ مدني عراقي والمادة ٣٤٣ مدني اردني) فهي انقضاء دينين متقابلتين بمقدار الاقل منهما، وتقع بحكم القانون أو بأفئاق الطرفين. فالمقاصة وفق التصوير الفقهي الاسلامي هي ابراء من الدين بمقابل ولو أن السائد هي وفاء حكمي وهي حسب القوانين الحديثة وفاء دينين في نفس الوقت وقد عرفت المادة ٣٤٣ المقاصة تعريفاً ينطبق على واقعها وينسجم والاتجاه الفقهي الصحيح.

والمقاصة بهذا المفهوم انما هي اداة وفاء واداة ضمان اذا جاء في مجموعة لاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: (ان المقاصة تنطوي على معنيين: أولهما معنى الوفاء فكل من الدينين يقاص وفاء بالدين الاخر. والثاني معنى الضمان، لأن من يتمسك بها لتلافي ما وجب في ذمته لدائنه بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص، يضمن استيفائه دينه مقدماً على سائر الدائنين)^(١٧).

(١٦) للمزيد من التفاصيل حول المقاصة في التشريعات المدنية الوضعية العربية والاجنبية وموقف الفقهاء في فرنسا راجع: الاستاذ السنهوري- ح ٣- ص ٨٧٣ ومابعدها.

الدكتور عبدالمعتم البدرابي- ح ٢- ص ٤٢٧ ما بعدها. الدكتور أنور سلطان- ص ٤١٩- ومابعدها. ويلاحظ أن فقهاء القانون المدني الفرنسي يطلق عبارة (الوفاء بالمقاصة سواء أكانت مقاصة قانونية أم اختيارية بدلا من عبارة المقاصة) انظر:

Jean Carbonnier Op. Cit pp. 548- 549. Henri et Leon et jean Mazeaud- Op. Cit pp. 942- 945.

(١٧) ح ٣- ص ٣٦٤.

(١٣) نصت المادة ٣٤٠ من القانون المدني الاردني على أحقية الدائن في أن ينقل وفاء لدينه شيئاً آخرًا والالتزاماً عوضاً عن دينه وتطبق على هذا الاتفاق الشرائط الخاصة بالعمود فاذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين فان احكام البيع تسري على الاتفاق ويلزم المدين ينقل ملكية العين الى الدائن ولا يكفي مجرد الالتزام بذلك ويحل الاتفاق الجديد محل الالتزام القديم والجديد هو ينقضي بالوفاء عن طريق انتقال حق الملك في العوض (المذكرات الايضاحية ح ١ ص ٣٨٢)

(١٤) رقم القرار ١٣٩/هيئة عامة أولى/ ١٩٧٤ في ١٩٧٤/٩/٢٨- النشرة القضائية- العدد الثالث ٩٧٤ ص ٣٠.

(١٥) رقم القرار ١٠٠/هيئة عامة أولى/ ١٩٧٤ في ١٩٧٤/٩/١٤- النشرة القضائية- العدد الثالث ٩٧٤ ص ٦٣.

نصت المادة ٣٤٤ من القانون المدني الاردني مايلي: (المقاصة إما جبرية وتقع بقوة القانون أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين أو قضائية وتتم بحكم المحكمة). ثم أضافت المادة ٣٤٥ من القانون المدني شروط المقاصة حيث جاء مايلي: (يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائباً ومدينأ للآخر وأن يتمثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً وقوة وضعفاً والا يضر اجراؤها بحقوق الغير) فإذا تختلف شرط من هذه الشروط فإن المقاصة الجبرية لاتقع وانما يجوز للطرفين أن يتفقا على اجرائها مهما كان اختلاف الدينين.

كما نصت المادة ٤٠٩ من القانون المدني للعراقي لسنة ٩٥١ على المقاصة الجبرية الخاصلة بقوة القانون ويشترط وقوعها كطريق من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث جاء مايلي:

(١- المقاصة أما جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضي المتدينين.

٣- ويشترط الحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولا وقوة وضعفاً. ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً فلا يلتقيان قصاصاً الا بتراضي المتدينين سواء اتحد سببهما أو اختلف).

أما المقاصة الاختيارية فقد خصص لها المشروع المدني العراقي المادة ٦١٥ التي نصت على مايلي (إذا اختلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٦١٤ من هذا القانون فلا يحول ذلك دون اتعاق الطرفين على اجراء المقاصة). بينما نص القانون المدني الاردني في المادة ٣٤٦ على حالة المقاصة الاتفاقية اذ جاء مايلي: (يجوز أن تتم المقاصة الاتفاقية اذا لم يتوفر أحد شروط المقاصة الجبرية سواء اتحد سبب الدينين أم اختلف).

يتضح من النصوص سالفة الذكر ضرورة توافر الشروط التالية حتى تقع المقاصة القانونية بين الدينين^(١٨):

١- التقابل ما بين الدينين: أي أن يكون كل من الطرفين دائباً ومدينأ في الوقت نفسه فتقع المقاصة بين الدينين المتقابلين بقدر الاقل منهما، ويتضح هذا الشرط من نص المادة ٢/٤٠٩ مدني عراقي والمادة ٣٤٥ مدني أردني والمادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري.

(١٨) تراجع هذه الشروط في: الاستاذ السنهوري - ح٣- ص٨٨٨ ومابعدها.

والسؤال الذي يطرح هنا عن مدى إمكان تمسك الكفيل تجاه دائن المدين المكفول بالمقاصة وعن مدى إمكان تمسك المدين المكفول بالمقاصة بين دين للكفيل قبل الدائن؟.

أجابت عن ذلك صراحة المادة ١٢٩٤ من القانون المدني الفرنسي على النحو الاتي:

Art 1292 La caution peut opposer La compensation de ce que Le creancier doit au debiteur principal. Mais Le debiteur principal ne peut opposer La compensation de ce que La creancier doit a- La caution⁽¹⁹⁾

وترجمتها ماييل (يجوز لكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الاصيلي ولكن لايجوز للمدين الاصيلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل) لأن من مصلحة الكفيل انقضاء الدين على المدين الاصيلي من المدين حتى يتخلص من التزامه ولايجوز للمدين أن يتخلص من التزامه بحجة وقوع المقاصة بين دين الدائن والكفيل لأنه لم يدفع شيئاً للدائن). إن المقاصة عمل مادي (واقعة مادية) يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة فمجرد تقابل الدينين لشخصين كلاهما دائن ومدين له وقعت المقاصة بينهما اذا توافرت بقية الشروط حتى ولو كان أحدهما أو كلاهما لم تتوافر في أهلية الوفاء أو الاستيفاء^(٢٠).

٢- التماثل في المحل ما بين الدينين. اذا يجب أن يكون كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد من درجة واحدة في الجودة حتى يتمكن كل من الدائن والمدين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الاداء^(٢١).

٣- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء فلا تقع المقاصة بين دين طبيعي وآخر مدني لأن الدين الطبيعي لاتصح المطالبة به ولا يذكر الفقه الفرنسي هذا الشرط لأن الدين الطبيعي عندهم دين غير مستحق.

٤- خلو الدينين من النزاع، أي أن يكون كل من الدينين محققاً ثابتاً في الذمة وأن يكون الدين معلوم المقدار فالمقاصة تحمل معنى (الوفاء الاجباري) ولا يمنع أن يكون الدينان أو أحدهما متنوعاً عليه ثم يتأكد بعدها ويخلو من النزاع فتقع المقاصة بينهما^(٢٢).

(19) JEan Carbonnir- Droit Civil- ap. Cit. p. 549- 550.

Heari Leon et jean Mazeaud pp. 943- 945.

(٢٠) الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٨٩٠.

(٢١) الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٨٩٠- ٨٩١.

(٢٢) تفضيل ذلك راجع الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٨٩٤- ٨٩٦.

٦- أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز .

الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية

لم يكن المشرع العراقي موفقاً في بيان الاستثناءات التي ترد على بعض الديون التي لا تقع فيها المقاصة حيث المواد (٤١٠-٤١٢) من القانون المدني، وقد أوضح المشرع الاردني في المادة ٣٤٨ من القانون المدني بأن المقاصة القانونية لا تقع اذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة أو كان للغاضب دين على صاحب العين المغضوبة والدين من جنس الوديعة أو العين المغضوبة وانما تجري المقاصة هنا باتفاق.

النوع الثاني- المقاصة الاختيارية

سبق أن بينا أن المادة ٢/٤٠٩ مدني عراقي والمادة ٣٤٦ من القانون المدني الاردني أجازت وقوع المقاصة بالاتفاق حتى عند عدم توافر شروط المقاصة سائلة الذكر احراماً لمبدأ سلطان الارادة ولأن ذلك ليس من النظام العام وبالتالي لا تجوز مخالفته الا في بعض الحالات التي تعد من النظام العام حيث يقيد دور الارادة منها لا يجوز وقوع المقاصة حتى ولو كانت اتفاقية بعد اشهار الافلاس أو شاهار الاعسار.

فالمقاصة الاختيارية جائزة بين دين مستحق وآخر مؤجل اذا وقعت بفعل الاتفاق لأن المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بارادة أد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الاحوال^(٢٣).

النوع الثالث- المقاصة القضائية

تجري المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى يرفعها المدعي عليه ولا بد أن تكون في دينين متقابلين وهي تكون في الاحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية وللقاضي حرية واسعة في تقدير طلب المدعي عليه في إجراء المقاصة المرفوعة بالدعوى العارضة، فاذا قبل القاضي كلا من الدعوى الاصلية والدعوى العارضة بعد أن فض النزاع في شأن الدين الذي يدعيه المدعي عليه بذمة المدعي أو المدين ديناً عليه وكان له يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز أن يتمسك بضمانات هذا الحق أضراراً بالغير الا اذا كان يجهل وجوده وكان له في ذلك عذر مقبول).

(٢٣) الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٩٣٦.

وانظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني- ح١- ص٣٨٥.

والخلاصة فإن المقاصة ينبغي أن لا تنظر بحقوق الغير التي كسبها وهو حسن النية ومن تطبيقاتها توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين قبل وقوع المقاصة يمنع وقوعها حماية للغير الذي أوقع الحجز وهو حسن النية وحوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ.

ثانياً- موقف القضاء العراقي

ذهبت محكمة التمييز في العراق الى تطبيق نصوص المقاصة باعتبارها من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء من خلال أكثر من قضية نذكر منها مايلي:

١- (يشترط في المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة وضعفاً) (المكادة ٤٠٩ مدني عراقي)^(٢٤).

٢- (من شروط المقاصة أن يكون كل طرف دائناً ومديناً للطرف الآخر نفسه م /٤٠٨ مدني عراقي)^(٢٥).

٣- (١- القاعدة أن الوديعة واجبة الرد لأن المودع قد أئتمن الوديع على وديعته ووضع ثقته فيه فلا يجوز الاخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة وانما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته. ٢- (المقرر في فقه القانون أن المقاصة لا تقع بعد صدور حكم اشهار الافلاس اذا كان المفلس دائناً للغير ومديناً له وذلك نتيجة لغل يده عن التصرف وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين)^(٢٦).

(٢٤) رقم القرار ١١/ح٣/٩٧٠ في ١٠/٥/٩٧٠- النشرة القضائية- ٩٧١ ص١٥٣.

(٢٥) رقم القرار ٢٩٩/هيئة عامة اولى /٩٧١ في ٢٦/٨/١٩٧٢- النشرة القضائية- ١٩٧٤ ص٦٥.

(٢٦) رقم القرار ٢٤٧٦/حقوقية /١٩٦٦ في ٣٠/١/١٩٦٦- مجلة القانون المقارن- العدد ٢ ١٩٦٨ ص٢٣١.

المبحث الرابع

اتحاد الذمة (٢٧) La Confusion

نص المشرع الاردني على أحكام اتحاد الذمتين في المادتين (٣٥٣-٣٥٤) معتبراً أن اتحاد الذمتين ليس سبباً لانقضاء الالتزام وإنما هو مانع طبيعي يمنع المطالبة بالدين لاتحاد حصتي الدائن والمدين في شخص واحد. كما خصص المشرع العراقي في القانون المدني لسنة ٩٥١ مادتين فقط لاتحاد الذمة كطريق من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث نصت المادة ٤١٨ على مايلي: (في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه) ونصت المادة ٤١٩ منه مايلي: (اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزوجها أثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن).

وقبل الدخول في الموضوع، لا بد من القول أن اتحاد الذمة قد يحصل في نطاق الديون ويمكن أن يتحقق في مجال الحقوق العينية ويطلق عليه (التجمع أو الادغام) كأن ينتهي حق الارتفاع باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد (٢٨).

ان الاتحاد الذمة يمكن ان يحصل في حالات متعددة منها ان يرث الدائن المدين ا وان يرث المدين الدائن ولاي سبب قانوني اخر نقل الى الدائن صفة المدين او الى المدين صفة الدائن فاجتمع بذلك في شخص واحد صفتا دائن ومدين فينقضي الدين (٢٩).

والواقع ان اتحاد الذمة ليس له حظ موفور من الناحية العملية وقد اغفله التفنين الالمانى ولو انه اقره ضمنية لانه اعتبره من الاسباب الطبيعية لانقضاء الالتزام، وهذه الاهمية ضئيلة في مصر ايضاً وضيق من الفكرة الشريعة الاسلامية (٣٠).

(٢٧) انظر المراجع التالية:

الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٩٤٤ ومابعدها.

الدكتور عبيد المنعم البدر اوي- ح٢- ص٤٤٧ ومابعدها.

الدكتور محمد حسنين- ص٣٦٥ ومابعدها.

الدكتور حسن علي ذنون- ص٤٦٦-٤٦٨.

Henri et Leon et jean Mazaud- Op. Cit. p. 94.

(٢٨) السنهوري- ح٣- ص٩٤٤ هامش رقم ١.

(٢٩) ط مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ح٣- ٢٩١.

(٣٠) مجموعة الاعمال التحضيرية- ح٣ ص٢٩١.

ان اتحاد الذمة تتحقق في اجلى صورها عن طريق الميراث فلومات المورث وكان له ورثة يستحقون سهاماً في التركة واحد احد الورثة مديناً للورثة فان كان هو الوارث الوحيد ورث الدين كله وانقضى الالتزام باتحاد الذمة لانه تجتمع فيه صفتا الدائن والمدين (٣١).

كما يمكن ان تتحقق عن طريق الوصية فيكون الموصى له اما خلفاً عاماً او خلفاً خاصاً (٣٢). او عن طريق التصرف القانوني ما بين الاحياء يشتري المستأجر العين المؤجرة فيصبح دائناً ومديناً بالاجرة ومن الامثلة على تحقق اتحاد الذمة يتصرف قانوني ما بين الاحياء ما قضت به محكمة استئناف مصر من انه اذا حصل البيع للمسؤول عن الضمان اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع حقي دائن بحق الضمان ومدين به في شخصه (٣٣).

(٣١) الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٩٤٦-٩٤٧.

(٣٢) تفصيل ذلك راجع الاستاذ السنهوري- ح٣- ص٩٤٨-٩٤٩.

(٣٣) الاستاذ السنهوري- ح٣- هامش ص٩٥٠.

المبحث الاول

الابراء La Remise De Dette

يقصد بالابراء نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرعي لانه لم يستوف لا عيناً ولا مقابلاً لاصل الدين ويقع بارادة الدائن وحده^(١). ولهذا فالابراء من الدين يعد سبباً لانقضاء الالتزام دون الوفاء له اذ يسقط الالتزام وينقضي تبعاً لذلك جميع التأمينات الضامنة للدين كالكفالة الشخصية والرهن لان التأمين لتابع للالتزام لاصلي فاذا سقط التابع تبعاً لسقوط الاصل.

وقد نص القانون المدني الاردني على الابراء في المادة ٤٤٤ على ما يأتي:

اذا ابرأ الدائن مدينة مختاراً من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام) كما نصت المادة ٤٤٥ ايضاً على ان الابراء لا يتوقف على قبول المدين الا انه يرتد برده وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته.

ولدى الرجوع الى المذكرات الايضاحية (ح١) تبين بأن الحنيفة ذهبوا مذهباً وسطاً بين الحنابلة والقول المختار من مذهب الشافعية وييم المالكية واعتبروا الابراء اسقاطاً وواجبوا ان يرتد بالرد اي لا يتم عند رفضه من جانب المدين. الا ان الحنيفة ذكروا عدة استثناءات لهذه القاعدة.

كما نصت المادة ٤٢٠ من القانون المدني العراقي الى انه اذا ابرأ الدائن مدينة سقط الدين واشترطت المادة ٤٢١ اهلية التبصر عند الدائن لصحة الابراء حيث نصت على ما يلي: (يشترط الابراء لصحة ان يكون اهلاً للتبصر) والسبب في ذلك ان التبصر والابراء من المدين من التصرفات القانونية الضارة بالدائن ضرراً محضاً.

ولا يتوقف الابراء على قبول المدين ولكن اذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته ويصح ابراء الميت من دينه (المادة ٤٢٢ مدني عراقي) و (المادة ٤٤٥ مدني اردني).

موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني:

وقد ذهب القضاء العراقي في مجال الابراء الى القول بأن: (الابراء اسقاط من جهة اخرى وان ابراء احد اخر من حقه يسقط حقه وهو غير ممنوع بالمادة ١٤٦ مدني التي منعت الاتفاق مقدماً

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

ولا بما يعادل الوفاء

ينقضي الحق طبعاً للقانون المدني الاردني بالابراء (المواد من ٤٤٤ - ٤٤٧) وباستحالة التنفيذ في المادة (٤٤٨) وبمرور الزمان المسقط للدعوى (المواد ٤٤٩ - ٤٦٤). ولم ينص المشرع الاردني على التجديد خلافاً لما ذهب اليه القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري. المواد من (٣٠٥ - ٣٢٢) والقانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ (المواد ٤٢٠ - ٤٤٣).

لذلك سنبين باختصار احكام الابراء واستحالة التنفيذ والتقدم في مباحث ثلاثة على النحو الاتي:

(١) الاستاذ السنهوري - ح٣ - ص ٩٦٢.

معينة لهذا التعبير عن الارادة لانه مباشرة واذا ما وجدت شكلية فانما هي للاثبات. كما ان اول اثر يترتب على حصول البراء هو انقضاء الدين وزواله من ذمة المدين وانتهاء تأميناته وهو اما ان يكون عاماً شاملاً لكل الدين المستحق او جزئياً ير على جزء منه وقد يرد على الديون المدنية او الديون التجارية ويمكن ان يقع في مجال الصلح جزئياً مع بقاء التأمين دون انقضائه حتى زوال الدين بوفائه من المدين. وقد يبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين دون المدينين الاخرين على انه من الدين قيمة ما كان يلتزم به المدين الذي جرى ابرأؤه من الدين.

على اسقاط حق المدين في طلب نقص الالتزام بسبب الظروف الطارئة^(٢). والى ان البراء المطلق يسري على كل دين نشأ قبله^(٣). والى انه (١) - اذا انتهى الحكم الجزائي بالامتناع عن تصدقه فلا يعتبر قرينة قانونية. ٢- التوقيع على ورقة البراء في تاريخ تال لتاريخ التوقيع على ورقة القبض لا يطعن في صحة اي منهما لان منهما ليس الا تأكيداً للقبض^(٤).

وفي قرار اخر (لا يجوز للمحكمة ان تهدر دليلاً كتابياً الا بدليل ي يرجحه قوة، فاذا لم يبرز المدعي دليلاً تحريراً ينفذ ورقة البراء فما على المحكمة الا ان تأخذ بها ولا يجوز لها ان تخوض في موضوع شملته ورقة البراء^(*)). كما نصت محكمة التمييز الاردنية في قرارها المرقم ٧٩٢ / ٨٥ والمؤرخ في ٢١ / ١٢ / ٩٨٥ الى ان: (الادعاء بأن المخالصة قد بنيت على خطأ في الواقع لا يتعارض مع نص المادتين ٤٤٤ و ١ / ٤٤٧ من القسانون المدني لان هذا الادعاء لا ينفي وقوع البراء واما هو ادعاء بأن هذا البراء وهو اقرار باستيفاء الحق قد وقع نتيجة لخطأ في الواقع وذلك عملاً بأحكام المادة ٢ / ٥٠ من قانون البيئات).

وبلاحظ ان القانون المدني الفرنسي يعتبر البراء اتفاقاً او عقداً كباقي العقود لا بد له من الايجاب والقبول وتعرفه المادتان ١٩٢٨٥ و ١٢٨٧ من القانون المدني الفرنسي على انه (اعفاء اتفاقى بدون مقابل)^(٥).

بينما يقع البراء في كثير من القوانين المدنية العربية ومنها (القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني) بالارادة المنفردة للدائن اخذاً بأحكام الشريعة الاسلامية الا انه يرتد بالرد من المدين.

والرد من المدين عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المدين وهو تصرف تبرعي ايضاً لا يقبل من المدين الا اذا كان كاملاً في اهليته لانه يضر ضرراً محضاً^(٦).

فالبراء من الدائن والرد من المدين هو تصرف قانوني رضائيس تبرعي لا يحتاج الى شكلية

(٢) رقم القرار ٢٢٥ / استئنافية / ٥٦٩ في ١٨ / ٩ / ٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز - مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ١٨٠.

(٣) رقم القرار ٥١٩ / حقوقية / ٩٦٩ في ٢٧ / ٩ / ١٩٦٩ - مجلة ٦ / ص ١٨٤.

(٤) رقم القرار ٥٦ / مدنية اولى / ١٩٧٢ في ٦ / ٤ / ٩٧٢ - النشرة القضائية ١٩٧٤ ص ٧٢ - ٧٣.

(*) رقم القرار ٢٢٢ / مدينة اولى / ٩٧٢ في ٣٠ / ١٠ / ٩٧٢ ، النشرة القضائية - ١٩٧٤ ص ١١.

(5) Jean Carbonnier- Op. Cit. P 57.

(٦) محمد تقيه- الارادة المنفردة كمصدر للالتزام- المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر ١٩٨٤ ص ١٧٥.

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ - Impossibility of execution

نص القانون المدني الاردني في المادة ٤٤٨ على استحالة التنفيذ فجاء فيها ما يلي: (ينقضي الالتزام اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه)

والاصل ان لا التزام يستحيل فاذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام انقضى الالتزام دون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء. وقد خصص المشرع المدني العراقي لسنة ٩٥١ المواد (من ٤٢٥- ٤٢٨) ويقابلها في القانون المدني الجزائري لعام ٩٧٥ مادة واحدة هي (٣٠٧) وفي القانون المدني المصري المادة (٣٧٣).

ان استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي لمرض او للقوة القاهرة تقضي التزام المدين لسبب لا يعود للوفاء به وعادة يتم بحث الموضوع ضمن اثار العقد الملزم للجانبين وضمن احكام الفسخ للعقد وسوف نبين احكام القضاء العراقي والاردني من هذا الامر فيما بعد.

ان النصوص المدنية التي نصت على استحالة تنفيذ الالتزام المشار اليها تتماثل في الحكم ولا يد من توافر الشروط التالية لكي الالتزام لانقطاع علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الحاصل بدخول السبب الاجنبي وهي:

الشرط الاول- ان تنفيذ الالتزام اصبح مستحيلاً بصورة دائمة وليس مؤقتاً فان كانت الاستحالة مؤقتة فلا ينقضي الالتزام وانما يتوقف حتى تزول الاستحالة ويتم تنفيذه من المدين.

ولا شك ان المقصود بالاستحالة هي استحالة تنفيذ الالتزام بعد نشوئه فان نشأ الالتزام مستحيلاً منذ البداية كان الالتزام باطلاً ان كانت الاستحالة مطلقة مهما كان نوعها طبيعة ام قانونية.

الشرط الثاني- سبب اجنبي يجعل تنفيذه مستحيلاً من المدين ولا يكون هناك خطأ من المدين ينسب اليه. فلو كانت الاستحالة في التنفيذ راجعة لخطأ المدين لم ينقض الالتزام وانما يصار الى الحكم بالتعويض على المدين.

الشرط الثالث- ان يكون هناك اتفاق على التشديد من المسؤولية على المدين يقبوله تحمل التبعية ونتائ السبب الاجنبي فان كان متفقاً على ذلك فلا يكون استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي لانقضاء الالتزام ولكن يصار الى طريق اخر هو التعويض.

ولهذا فلو تعاقدت جامعة بغداد مع طالب دراسات عليا للحصول على شهادة الدكتوراه في تخصص معين ووضع شرط اتفاقي عند عدم الحصول على الشهادة او الاخلال بالالتزام العقدي مع تشديد المسؤولية بأن يكون مسؤولاً عن التعويض والنفقات حتى عند حصول السبب الاجنبي كالمريض الذي حال بينه تأدية الالتزام العقدي فالشرط صحيح لانه يشدد المسؤولية العقدية ويحمل الطرف المتعاقد نتائج السبب الاجنبي.

اما عن اهم الاثار المترتبة على استحالة تنفيذ الالتزام فهو انقضاء الالتزام الاصلي وتوابعه كال كفالة والرهن لانها تابعة للالتزام الاصلي في الوجود والزوال على نحو ما تقدم.

بناء عليه فان المادة ٤٤٨ من القانون المدني الاردني تناولت استحالة التنفيذ كسبب لانقضاء الحق متى اثبت المدين ان الوفاء به قد اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه وهو حكم تقضييه طبيعة الاشياء. كما يتضح من النص انه يتعين ان يثبت ان التنفيذ قد اصبح مستحيلاً وان هذه الاستحالة ترجع الى سبب لا يد للمدين فيه.

ويجب اولاً ان ينشأ الحق ممكناً لان الاستحالة لا ترد على شيء ليس موجوداً واذا كان تنفيذه منذ البداية مستحيلاً فلا ينشأ اصلاً ويكون العقد الذي رتبته باطلاً لانعدام محله ويجب ان تكون الاستحالة فعلية او قانونية. ومن المقرر ان التعهد بنقل حق عيني اذا وقع على عين ثم هلكت العين فان التنفيذ يصبح مستحيلاً وكذلك اذا وقع العقد على منفعة وهلكت وهما تطبيق للآثار المترتبة على انقضاء الحق وللقاعدة التي تضمنها المشروع، ويتحول الحق الى عوض.

موقف القضاء العراقي

ذهب القضاء العراقي تطبيقاً لاستحالة التنفيذ كطريق من طرق انقضاء الالتزام في اكثر من قرار الى انه: (اذا ثبت ان مرض الطالب- احتشاء العضلة القلبية- قد منعه من اكمال دراسته فقد انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه)^(٧). وعلى هذا الاساس فان العقد يفسخ بحكم القانون (الانفساخ) ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ اي دون الوفاء به.

وذهب مجلس شوري الدولة ايضاً الى القول:

(٧) رقم القرار ٣٩٤، مدينة اولي / ٩٧٤ في ١٩/٢/٩٧٥- مجموعة الاحكام العدلية- السنة ٦ ٩٧٥ص١٧- ١٨.

المبحث الثالث

التقادم المسقط Prescription Extinctive

عالج القانون المدني الاردني مرور الزمان المسقط للدعوى في المواد (٤٤٩-٤٦٤) باعتباره من طرق انقضاء الحق وهذا هو الباب المقابل لانقضاء الحق بالتقادم في القوانين الحديث. وقد جاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ح ١ بأن من قواعد الشريعة الاسلامية التي ارسيت بالحديث الشريف (لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم) فان الحق لا يسقط بمرور الزمان الا الدعوى لا تسمع على رأي الحنيفة والمالكية استناداً لقاعدة الاستحسان والضرورات العملية وعدم الحق ظاهراً بعد مضي الزمان وقرينه الايفاء المستنتجة من السكوت على الحق.

وقد ذهبت الكثير من التشريعات المدنية العربية ومنها القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ والقانون المدني الجزائري وغيرها الى الفصل بين نوعين من انواع التقادم: التقادم المسقط كطريق من طرق انقضاء الالتزام دون الوفاء به والتقادم المكسب الملكية بفعل الحيازة في مجال الحقوق العينية. فالاساس الذي يتركز عليه التقادم المسقط هو مبدأ استقرار المعاملات الذي توجيه المصلحة العامة اذ لا يجوز ان يبقى الدين في ذمة المدين الى مالا نهاية لانه يضر بالاستقرار المطلوب في المعاملات ويؤثر على حرية الشخص ولا يحقق العدالة اذ كيف يمكن تفسير اهمال الدائن بالمطالبة بالدين؟ اليس هذا دليلاً منه على استيفائه او تنازله عن الدين؟ (فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء اكثر مما يقوم على مجوب احترام الاوضاع المستقرة التي مضي عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان اليها واحاطتها بسياج من الثقة المشروعة)^(١٠). لقد اخذت بفكرة التقادم جميع الشرائع غير ان بعضها لم تأخذ بطريق مباشر وانما بصورة غير مباشرة فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم. والمدة المانعة من سماع الدعوى تختلف باختلاف الحقوق والتشريعات المدنية العربية والاجنبية. فهي اما ان تكون تقادم طويل او تقادم خمسي او حولي اي سنة واحدة وتحسب حساب المدد بالايام لا بالساعات وبالتقويم الميلادي لا الهجري ويبدأ التقادم من تاريخ استحقاق الدين. وهذه المواعيد من النظام لا يجوز الاتفاق على اطالتها او تقصيرها، عدا بعضها التي اجاز القانون الاتفاق على ما يخالفها حصراً^(١١).

(١٠) راجع الاستاذ السنهوري - ح ٣- ص ٩٩٧ ويسر بذلك الى راي فقهاء القانون المدني الفرنسي.
(١١) الاستاذ السنهوري - ح ٣- ص ١٠٠٥ وانظر في مدد التقادم في القانون المدني الاردني (٤٥٠ و ٤٥١).
(٤٥٢).

(ينقضي التزام المدين اذا اصبح الوفاء به مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه).^(٨)
وقد جاء في قرار المجلس المقرر ما يلي:

(وحيث ان احكام القانون العامة تقضي بانقضاء الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه. وحيث ان التقارير الطبية المصدقة وفق الاصول قد اثبتت ان طالب المساعدة المالية موضوع البحث، قد اصيب بمرض عقلي يمنعه من متابعة الدراسة، لذلك، واستناداً لاحكام المادة ٤٢٥ من القانون المدني لا يحق لوزار التعليم العالي والبحث العلمي مطالبته بتنفيذه التزاماته التعاقدية واسترداد انفاقته عليه خلال مدة الدراسة).

موقف القضاء الاردني

ذهب القضاء الاردني (محكمة التمييز) الى ان الطالب الذي تعاقد للحصول على الشهادة العليا في الطب وغير دراسته ورفض تنفيذ العقد المذكور ودروس الهندسة فهو ملزم بالضمان عملاً بالمادة ٣٦٠ من القانون المدني الاردني واما ادعاء المبعوث بأن علاماته لا تؤهله دخول كلية طب لا يبرر له دخول كلية الهندسة بمقتضى العقد (فهذه العلاقات المنخفض ليست قوة قاهرة تجعل تنفيذه للالتزام مستحيلاً) اذ كان بإمكانه ان يدرس الهندسة على حسابه الخاص^(٩).

(٨) رقم القرار ٥٤ / ١٩٨٠ منشور في (فتاوى مجلس شورى الدولة) منشورات مركز البحوث القانونية- اعداد الدكتور عبدالرسول الجصاني - بغداد ١٩٨٧ ص ٢٤.
(٩) تمييز حقوق رقم ٨٥ / ٨٣٤ منشور في مجلة نقابة المحامين السنة ١٩٨٨ ص ١٩٤ - ١٩٥.

وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار اخر الى ما يلي: (تصرف الشريك في العقار المشترك المسجل في مديرية التسجيل العقاري لا يسري عليه مرور الزمان تجاه شريكه)^(١٦). والى انه: (ليس للمحكمة ان تمنع من تلقاء نفسها عن نظر الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يطلب المدعى عليه ذلك المادة (٤٤٢ مدني)^(١٧).

موقف القضاء الاردني:

ذهب محكمة التمييز في قرارها المرقم (٨٥/٧١٧) الى تطبيق احكام المادة الخامسة من القانون المعدل لقانون الاموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ٩٥٨ ومفادها انه على الرغم مما ورد في اي قانون اخر فلا تسري مدة مرور الزمان على الاموال غير المنقولة التي تمت التسوية فيها فلا يسقط حق المالك في مل هذه الاراضي بأي نوع من انواع التقادم^(١٨). وفي قرار المحكمة التمييز جاء فيه ان الدخول في اساس الدعوى لا يمنع من دفعها بالتقادم امام ذات المحكمة ولا يمنع الدفع بالتقادم الا صدور اقرار يتعارض مع هذا الدفع^(١٩).

اما وقف التقادم فيقصد به ان يكون سريانه قد بدأ ولكن طراً طارىء يوقفه فلا تعتبر المدة التي تمر في اثناء قيام الطارىء منقضاء الاهلية وما في حكمها او انعدام الاهلية وما في حكمها فان زال الطارىء عاد السريان في المدة. وقد نصت المادة ٤٥٧ من القانون المدني الاردني على ما يلي: (١- يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق).

على ان التقادم قد يقطع من المدين بإقراره بالدين وهو حجة قاصرة على المقر او من الدائن بالمطالبة القضائية. وهذا ما نصت عليه المادتان ٤٥٩ و ٤٦٠ من القانون المدني الاردني.

موقف القضاء العراقي:

ذهب القضاء العراقي الى اقرار المبدأ القانوني التالي:

(١- الاصل يقضي بعدم تعرض المحكمة الى الناحية الموضوعية فيما اذا توجهت الى ناحية مرور الزمان.

٢- التقادم يبتدا من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق اليردا =.

٣- راتب تقاعد العيال لا يجوز حجزه ولا تجوز مطالبة الوارث بتسديد دين على المتوف اذا لم يترك مالا^(١٢).

وفي قضية اخرى الى ما يلي: (١- الاصل في الحق انه لا يسقط بمرور الزمان فلو اقر المدعى امام المحكمة اخذ باقراره (م ٤٤٠ مدني).

٢- اجر المثل لا يتعبر حقاً دورياً متجدداً لانه ليس مقدراً اتداء^(١٣).

كما جاء في قرار اخر الى ان: (الاقرار بحق الدائن صراحة او دلالة تنقطع به مدة مرور الزمان)^(١٤).

وفي قضية اخرى الى انه: (لا تتقادم الدعوى بأجر مثل دكان هدمته امانة العاصمة وضمته الى شارع الا بخمس عشرة سنة لان اجر مثل الدكان في مثل هذه الحالة ليس كسباً دون سبب وليس تعويضاً عن فعل غير مشروع بل هو ريع في ذمة الحائز سيء النية)^(١٥).

(١٦) رقم القرار ٥٣ / استئنافه / ٦٩٦ في ١٦ / ١٠ / ٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ٢٤٩.

(١٧) رقم القرار ٥٣ / استئنافه / ٦٩٦ في ١٦ / ١٠ / ٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ٢٤٩.

(١٨) مجلة نقابة المحامين - السنة ٣٦ / ١٩٨٨ ص ٢٨٧.

(١٩) رقم القضية ٨٦ / ٩٨ - مجلة نقابة المحامين - السنة ٣٩ ص ١٣٣٠.

(١٢) رقم القرار ٣ / ٩٦٩ في ١٧ / ٢ / ٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ٣٤٨.

(١٣) رقم القرار ٥٣ / استئنافه / ٦٩٦ في ١٦ / ١٠ / ٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ٢٤٩.

(١٤) رقم القرار ٥٣ / استئنافه / ٦٩٦ في ١٦ / ١٠ / ٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ٢٤٩.

(١٥) رقم القرار ٥٣ / استئنافه / ٦٩٦ في ١٦ / ١٠ / ٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ / ١٩٦٩ ص ٢٤٩.

المراجع للكتاب الثاني

- ٢٤- الدكتور عبدالباقي محمود سوادي- مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية- بغداد- ط٩٧٩.
- ٢٥- الدكتور حسن زكي الابراشي- مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية- بدون سنة نشر.
- ٢٦- الدكتور احمد شرف الدين- المسؤولية الطبية- ١٩٨٦.
- ٢٧- جابر مهنا شبل- الالتزام بالمحافظة على سر المهنة- اطروحة ماجستير في القانون المدني- بغداد- سنة ١٩٨٤.
- ٢٨- قانون العمل في العراق رقم ٧١ لسنة ٩٨٧.
- ٢٩- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي.
- ٣٠- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ح٢.
- ٣١- مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- بغداد ١٩٨٨.
- ٣٢- القانون المدني الاردني لسنة ٩٧٦.
- ٣٣- القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١.
- ٣٤- القانون المدني المصري.
- ٣٥- القانون المدني الكويتي.
- ٣٦- مشروع القانون المدني العراقي ٩٨٦.
- ٣٧- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني.
- ٣٨- القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥.
- ٣٩- قانون التنفيذ في العراق رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.
- ٤٠- الدكتور انور سلطان- المبادئ القانونية العامة- ط٣ ١٩٨١.
- ٤١- شاكر ناصر حيدر- الموجز في الحقوق العينية الاصلية- مطبعة اسعد- بغداد- ١٩٧٠.
- ٤٢- الدكتور عباس الصراف- بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي- مجلة العدالة- بغداد- العدد ١ السنة ١٩٧٧.
- ٤٣- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ح٤ البيع والمقايضة- بدون سنة نشر.
- ٤٤- جبرائيل غزال- سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي- مجلة المحاماة ١٩٦١.
- ٤٥- عبدالسلام الترماني- سلطة القاضي في تعديل العقود- مجلة المحاماة العدد ٦ ١٩٦١.
- ٤٦- شرح فتح القدير لكمال الدين ابن الهام- ط١ ح٥ مصر ١٣١٦هـ.
- ٤٧- الدكتور حسن كيده- المدخل الى القانون- ط٥ منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٤.
- ٤٨- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ح١٠ (التأمينات العينية والشخصية) دار النهضة العربية- القاهرة ٩٧٠.
- ٤٩- الدكتور بدر جاسم اليعقوب- اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي.
- ٥٠- لسان العرب لابن منظور- مجلة/ ٤ بيروت ١٩٥٥.
- ٥١- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي ح ٦ / ٩٥٤.

- ١- القرآن الكريم
- ٢- الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط شرح القانون المدني- ح٢ (دار احياء التراث العربي- بيروت بدون سنة الطبع.
- ٣- الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير- احكام الالتزام- ح٢ ١٩٨٠.
- ٤- الدكتور حسن الذنون- النظرية العامة للالتزامات- بغداد- ٩٧٦.
- ٥- الدكتور سليمان مرقس- شرح القانون المدني- ح٢- الالتزامات بدون سنة نشر.
- ٦- الدكتور منصور مصطفى منصور- اثار الالتزام والاصناف المعدلة لاثار الالتزام، محاضرات مطبوعة على الالة الطابعة- كلية الحقوق- الكويت.
- ٧- الدكتور ثروت حبيب- الالتزام الطبيعي- مطبعة الرسالة- ١٩٦١.
- ٨- الدكتور اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام- ح٢ ١٩٦٧.
- ٩- الدكتور عبدالحجى حجازي- نظرية الاستحالة- مجلة ادارة قضايا الحكومة- السنة ٧ العدد الثاني ١٩٦٣.
- ١٠- الدكتور منذر الفضل- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (ح١ مصادر الالتزام- بغداد ١٩٩١).
- ١١- عبدالباقي البكري- شرح القانون المدني العراقي- ح٣- تنفيذ الالتزام ٩٧١.
- ١٢- الدكتور شمس الدين الوكيل- دروس في العهد- منشأة المعارف بالاسكندرية- ص١ ١٩٦١.
- ١٣- الدكتور عبدالمجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ح٢ احكام الالتزام بغداد- ١٩٦٧.
- ١٤- الدكتور مفلح عواد القضاة- اصول التنفيذ- ط١ ٩٨٧.
- ١٥- الدكتور سعدون العامري- مجز نظرية الاثبات- ط١ بغداد ١٩٦٦.
- ١٦- الدكتور محمد حسنين- الوجيز في نظرية الالتزام- ١٩٨٣.
- ١٧- الدكتور غني حسون طه- التعهد ملكية العقار- مجلة العلوم القانونية والسياسية- ميس ١٩٨٤.
- ١٨- الدكتور منذر الفضل- التعهد بنقل ملكية العقار- مجلة الحقوقي- ١٩٨٣.
- ١٩- الدكتور كمال قاسم ثروت- شرح احكام عقد البيع- ط٢ بغداد ٩٧٦.
- ٢٠- الدكتور سعدون العامري- الوجيز في شرح العقود المسماة- ح١ ط٣ ٩٧٤.
- ٢١- الدكتور غني حسون طه- المجيز في العقود المسماة- ح١- عقد البيع بغداد ٩٧٠.
- ٢٢- الدكتور ابراهيم دسوقي ابو الليل- مجال وشروط انقصاص التصرفات القانونية- مجلة الحقوق- الكويت- السنة ١١ العدد (٢) ٩٨٧.
- ٢٣- الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ح٣ (الاصناف- الحوالة- الانقضاء)- ٩٨٥.

48	أولاً: أصناف العقود في القانون المدني المصري
48	ثانياً: أصناف العقود في القانون المدني الجزائري
48	ثالثاً: تقسيم العقود في القانون المدني العراقي
49	رابعاً: تقسيم العقود في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦
49	التقسيم الاول للعقود: العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني
49	١- العقد الرضائي
51	٢- العقد الشكلي
53	العقد العيني
53	أولاً: العقد العيني في الفقه الاسلامي
54	ثانياً: العقد العيني في القوانين المدنية الوضعية
56	التقسيم الثاني للعقود: العقود الملزمة للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
59	أهمية التمييز بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
60	التقسيم الثالث للعقود: عقود المعاوضة وعقد التبرع
62	أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع
63	التقسيم الرابع للعقود: العقود المحدودة والعقود الاحتمالي
65	أولاً: موقف الفقه الاسلامي
67	ثانياً: أهمية التمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي
67	التقسيم الخامس للعقود: العقد الفوري والعقد المستمر
70	المبحث الثاني: أركان العقد
71	المطلب الاول: التراضي
72	أولاً: وجود التراضي (صيغة العقد)
74	١- التعبير عن الارادة (الاعلان عن الارادة)
74	- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي
75	- موقف القوانين المدنية الوضعية
76	- طرق التعبير عن الارادة في القانون المدني العراقي والاردني
77	- صيغة العقد والسكوت المجرد
88	- دور الارادة الباطنة والارادة الظاهر في إنشاء العقد توافق الارادتين
90	الموضوع الاول: الايجاب
92	حكم العرض الموجه الجمهور
93	الحالة الاولى: الايجاب الملزم
93	الحالة الثانية: الايجاب غير الملزم
95	الوعد بالاتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون

محتويات

5	تقديم
	القسم الأول:
7	مصادر الالتزام
9	تمهيد
10	تعريف الالتزام
12	تعريف الاستاذ السنهوري للالتزام
13	مصادر الالتزام
13	أولاً: مصادر الالتزام في القانون الروماني
14	ثانياً: مصادر الالتزام في الشريعة الاسلامية
15	ثالثاً: مصادر الالتزام في القانون الفرنسي
16	رابعاً: مصادر قانون الالتزام في القانون المصري
16	خامساً: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري
17	سادساً: مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي
18	- نبذة تقسيم مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي
18	سابعاً: مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٨
21	الباب الاول: التشريع (القانون)
31	الباب الثاني: التصرف القانوني
35	الفصل الأول: العقد
37	المبحث الاول: في التعريف بالعقد وأقسام العقود
37	المطلب الاول: تعريف العقد
38	الاتقادات الموجهة للمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي
40	المطلب الثاني: التمييز بين العقد والاتفاق
41	المطلب الثالث: مبدأ سلطان الارادة
42	الاتجاه الاول: أنصار المذهب الفردي
44	الاتجاه الثاني: أنصار المذهب الاجتماعي
46	المطلب الرابع: تقسيم العقود

143	ثانياً: الغلط في القانون المدني العراقي
145	العيب الثالث: التغرير مع الغبن
147	أولاً: القانون المدني الفرنسي
147	ثانياً: القانون المدني المصري
147	ثالثاً: التغرير مع الغبن في القانون المدني العراقي
151	رابعاً: الغرير مع الغبن في القانون المدني الاردني
152	العيب الرابع: الاستغلال
155	المطلب الثاني: محل الالتزام العقدي
156	الشرط الاول: أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود
159	الشرط الثاني: أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين
161	الشرط الثالث: أن يكون محل الالتزام العقدي مشروعاً
161	أولاً: فكرة النظام العام والاتفاقيات المخالفة لها
163	ثانياً: فكرة الاداب الحسنة والاتفاقيات المخالفة لها
165	المطلب الثالث: سبب الالتزام العقدي
165	اولاً: السبب في الفقه الاسلامي
168	ثانياً: السبب في الفقه الاسلامي
172	ثالثاً: السبب في القانون المدني العراقي والاردني
175	المطلب الرابع: بطلان العقد
180	اولاً: تمييز العقد بالباطل عن العقود الاخرى
185	ثانياً: الاثار المترتبة على العقد الباطل
193	المبحث الثالث: اثار العقد
193	المطلب الاول: اثار العقد من حيث الاشخاص
194	أولاً: الخلف العام والخلف الخاص والدائون والعاديون
198	ثانياً: التعهد عن الغير
200	ثالثاً: الاشتراط لمصلحة الغير
204	المطلب الثاني: آثار العقد من حيث الموضوع
204	اولاً: تفسير العقد المدني
212	ثانياً: تحديد نطاق العقد
214	ثالثاً: تنفيذ العقد
216	- نظرية الظروف الطارئة
219	- موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني
221	المطلب الثالث: المسؤولية العقدية (جزء العقد) (ضمان العقد)

101	الموضوع الثاني- القبول
107	الموضوع الثالث: اقتتران القبول بالايجاب
107	أولاً: التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد
109	ثانياً: التعاقد بالرماسلة (التعاقد بين غائبين)
111	٣- النيابة في التعاقد وتعاقد الشخص مع نفسه
111	النيابة في التعاقد
116	تعاقد الشخص مع نفسه
118	ثانياً: صحة التراضي
118	(١) الاحكام العامة في الاهلية
119	أهلية الوجوب وأهلية الاداء
121	الموضوع الاول: تدرج الاهلية وفقاً للسن
121	الدور الاول: الصبي غير المميز. (عديم الاهلية) (عديم الادراك)
124	الدور الثاني: الصبي المميز. (ناقص الاهلية) (ضعيف الادراك)
125	القاصر المأذون
126	القاصر المتزوج
127	الدور الثالث: البالغ سن الرشد (كامل الاهلية) (كامل الادراك)
128	الموضوع الثاني: عوارض الاهلية
128	الجنون
129	العتة
129	ذو الغفلة والسفيه
131	الموضوع الثالث: موانع الاهلية
131	١- الغائب والمفقود والاسير (المانع المادي)
132	٢- المحكوم بعقوبة السجن (المؤبد أو المؤقت) المانع القانوني
133	٣- العجز الجسماني الشديد (المانع الطبيعي)
134	(٢) عيوب التراضي
135	العيب الاول: الاكراه
137	الاكراه في القانون المدني الاردني
138	الاكراه في القانون المدني العراقي لسنة ٩٥١
140	العيب الثاني: الغلط
141	١- النظرية القديمة في الغلط
141	٢- النظرية الحديثة في الغلط
142	أولاً: الغلط في القانون المدني الاردني

306	الشرط الخامس: الا يكون الضرر قد سبق تعويضه
307	- حكم الجمع بين تعويضين
309	٢- أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية
310	النوع الاول: الضرر الجسدي
310	- الضرر الجسدي المميت (ضرر ازهاق الروح)
311	- الضرر الجسدي غير المميت (المساس بالتكامل البدني)
313	النوع الثاني: الضرر المالي
313	- فكرة الضرر المالي (المادي)
315	- الضرر المادي في القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني (الاتلاف والغصب)
315	النوع الثالث: الضرر المعنوي
315	الضرر المعنوي
315	- التعريف بمفهوم في الفقه الاسلامي
316	- الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي
318	- الضرر المعنوي في القوانين المدنية الوضعية
319	- الضرر المعنوي في القانون العراقي
319	الضرر المعنوي من القانون المدني العراقي
321	قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ وتعديله رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٥
322	موقف القضاء العراقي
325	- الضرر المعنوي في القانون المدني الاردني
326	٣- طرق التعويض والعوامل المؤثرة فيه
326	المسألة الاولى: طرق تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية
326	- التعويض العيني
328	- التعويض بمقابل (النقدي وغير النقدي)
331	المسألة الثانية: العوامل المؤثرة في تقدير التعويض
331	٤- وقت تقدير التعويض عن الفعل الضار
342	اعادة النظر في تدبير التعويض
344	ثالثاً: رابطة السببية
345	- حكم السبب الاجنبي
349	المطلب الثاني- المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي
349	أولاً: اثبات المسؤولية
351	ثانياً: دعوى المسؤولية
352	ثالثاً: الاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية التقصيرية

221	أولاً: الخطأ العقدي
230	ثانياً: الضرر العقدي
236	ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
237	- تعديل قواعد المسؤولية العقدية
240	المطلب الرابع: فسخ العقد
241	أولاً: الفسخ الاتفاقي للعقد
244	ثانياً: الفسخ القضائي للعقد
245	ثالثاً: الفسخ القانوني للعقد
247	رابعاً: الاقالة
251	الفصل الثاني: الارادة المنفردة (التصرف الاحادي)
251	الباب الثالث: الواقعة القانونية
259	الفصل الاول: الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)
259	مقدمة في التطور التاريخي للفعل الضار
265	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي
266	المطلب الأول: أركان المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي
266	أولاً: الخطأ التقصيري
269	١- التعدي (العنصر المادي)
269	- حالات التعدي المشروح (انعدام الخطأ)
270	الحالة الاولى: الدفاع الشرعي
273	الحالة الثانية: تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته
280	الحالة الثالثة: الضرورة
280	٢- الادراك (العنصر المعنوي)
286	تطبيقات لفكرة الخطأ (الخطأ في استعمال الحق)
290	ثانياً: الضرر
291	١- الشروط الواجبة في الضرر القابل للتعويض
292	- الضرر الحال والضرر المستقبل
292	- تفويت الفرصة
296	الشرط الثاني: أن يكون الضرر مباشراً
297	- حكم الضرر غير المباشر
299	الشرط الثالث: أن يصيب الضرر حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمتضرر
303	الشرط الرابع: ان يكون الضرر شخصياً لمن يطالب بتعويضه
304	- حكم الضرر المرتد

394	المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الكسب دون سبب
394	المطلب الاول: استعمال مال الغير بدون حق
395	المطلب الثاني: الفضالة
395	المطلب الثالث: المقبوض دون حق
398	المطلب الرابع: قضاء دين الغير
القسم الثاني	
409	احكام الالتزام
411	الباب الاول - تنفيذ الالتزام
415	الفصل الاول- التنفيذ العيني الجبري للالتزام
415	تمهيد- الالتزام الطبيعي والالتزام المدني
421	المبحث الاول- شروط التنفيذ العيني الجبري
422	المطلب الاول- ان يكون التنفيذ العيني ممكناً
424	المطلب الثاني- الا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين او يكون فيه ارهاق ولكن...
427	المطلب الثالث- ان يطالب الدائن بالتنفيذ العيني
428	المطلب الرابع- ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب انفاذ
430	المطلب الخامس- ان يكون اخلال المدين بالتزامه ليس مشروعاً
430	المطلب السادس الا يكون في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين الشخصية
432	المبحث الثاني- اسلوب التنفيذ العيني الجبري عند توافر شروطه
433	المطلب الاول- محل التزام المدين نقل حق عيني يرد على عقار
437	المطلب الثاني- الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات
440	المطلب الثالث- محل التزام المدين نقل حق عيني يرد على منقول معين النوع والمقدار
441	المطلب الرابع- محل التزام المدين نقل حق عيني يرد على مبلغ من النقود
446	المطلب الخامس- محل التزام المدين القيام بالتسليم
448	المطلب السادس- محل التزام المدين انجاز عمل معين
450	المطلب السابع- محل التزام المدين بذل عناية
452	المطلب الثامن- محل التزام المدين الامتناع عن القيام بعمل
455	المبحث الثالث- طرق الحصول على التنفيذ العيني الجبري
455	المنطلب الاول- الاكراه البدني (حبس المدين)
458	المطلب الثاني- التهديد المالي (الاكراه المالي)
463	الفصل الثاني- التنفيذ بمقابل
467	المبحث الاول- التعويض القضائي

354	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير
354	المطلب الاول: مسؤولية الشخص عنم هم تحت رعايته
356	أولاً: شروط قيام المسؤولية
356	ثانياً: على من تقع المسؤولية
356	ثالثاً: دفع المسؤولية (طرق التخلص منها)
359	رابعاً: موقف القضاء العراقي
361	المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعة
362	أولاً: شروط قيام المسؤولية
363	ثانياً: أساس مسؤولية المتبرع
365	ثالثاً: طرق دفع المسؤولية
365	رابعاً: موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني
369	المبحث الثالث: المسؤولية عن الاشياء والحيوانات
369	المطلب الاول: المسؤولية عن البناء
370	أولاً: شروط المسؤولية
371	ثانياً: أساس المسؤولية
371	ثالثاً: طرق التخلص من المسؤولية
371	المطلب الثاني: المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاشياء الخطرة
373	أولاً: شروط قيام المسؤولية
374	ثانياً: أساس المسؤولية
375	ثالثاً: دفع المسؤولية (طرق التخلص من المسؤولية)
375	رابعاً: موقف القضاء العراقي
378	حكم المسؤولية التقصيرية في مجال الكمبيوتر
379	حكم مسؤولية المنتج والموزع في حقل الانتاج والتوزيع
381	المطلب الثالث: المسؤولية عما يحدثه الحيوان من ضرر
381	أولاً: شروط قيام المسؤولية
383	ثانياً: أساس المسؤولية
384	ثالثاً: دفع المسؤولية
387	الفصل الثاني: الفعل النافع
388	المبحث الاول: النظرية العامة للكسب دون السبب
389	المطلب الاول: شروط الكسب دون سبب
391	المطلب الثاني: حكم السبب دون سبب
393	المطلب الثالث: أساس نظرية الكسب دون سبب

541	الباب الثاني- اوصاف الالتزام
545	الفصل الاول- الشرط
546	المبحث الاول- مقومات الشرط
547	اولا- الشرط امر مستقبل
548	ثانيا- غير محقق الوقع الا ان وقوعه ممكن
549	ثالثا- امر غير مخالف للنظام او الاداب العامة
549	رابعا- امر عارض
551	المبحث الثاني- انواع الشرط
551	المطلب الاول- انواع الشرط من حيث الاثر
551	اولا- الشرط الواقف
551	ثانيا- الشرط الفاسخ
552	المطلب الثاني- انواع الشرط من حيث تحققه او تخلفه
554	اولا الشرط الاحتمالي
554	ثانيا- الشرط الارادي
555	ثالثا- الشرط المختلط
556	الفصل الثاني- الاجل
558	المبحث الاول- مقومات الاجل
559	المبحث الثاني- انواع الاجل
559	اولا- الاجل من حيث اثره
561	ثانيا- الاجل من حيث مصدره
564	المبحث الثالث- انتهاء الاجل
564	اولا- النزول عن الاجل لمن قرر لمصلحته
564	ثانيا- سقوط الاجل
567	الفصل الثالث- تعدد محل الالتزام
569	المبحث الاول- الالتزام التخيري (خيار التعيين)
571	اولا- شروط الالتزام التخيري
573	ثانيا- احكام الهلاك في الالتزام التخيري
577	المبحث الثاني- الالتزام البدلي او الاختياري
577	اولا- مصدر الخيار في الالتزام البدلي
578	ثانيا- طبيعة الالتزام البدلي
579	الفصل الرابع- تعدد اطراف الالتزام
581	المبحث الاول- التضامن بين المدينين (التضامن السلمي)

471	المبحث الثاني- التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)
473	المطلب الاول- شروط استحقاق الشرط الجزائي
476	المطلب الثاني- المبادئ التي تنظم الشرط الجزائي (طبيعة الشرط الجزائي)
477	المطلب الثالث- حكم الشرط الجزائي في التعهد ينقل ملكية عقار
479	المطلب الرابع- تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي
480	المطلب الخامس- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
481	المبحث الثالث- التعويض القانوني- (الفائدة)
483	المطلب الاول- انواع الفائدة القانونية
485	المطلب الثاني- شروط استحقاق الفوائد التأخيرية
491	الفصل الثالث- ضمانات تنفيذ الالتزام
492	المبحث الاول- الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق المدين)
492	المطلب الاول- الاساس القانوني للدعوى غير المباشرة
495	المطلب الثاني- شروط اقامة الدعوى غير المباشرة
496	المطلب الثالث- نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة
499	المبحث الثاني- دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية)
500	المطلب الاول- الشروط التي ترجع الى حق الدائن
502	المطلب الثاني- الشروط التي ترجع الى التصرف المطعون فيه
506	المطلب الثالث- شروط ترجع الى المدين وخلفه
507	المطلب الرابع- موقف القضاء العراقي والقضاء الاردني
509	المبحث الثالث- دعوى الصورية
513	المطلب الاول- انواع الصورية
516	المطلب الثاني- اثار الصورية
516	أولاً- آثار الصورية بين المتعاقدين
517	ثانياً- آثار الصورية بالنسبة للغير
519	المبحث الرابع- الحجر على المدين المعسر ونظام الاعسار المدني
526	المبحث الخامس- الحق الحيس للضمان والدفع بعدم التنفيذ
528	المطلب الاول- الطبيعة القانونية للحق في الحيس
530	المطلب الثاني- شروط نشوء الحق في الحيس
533	المطلب الثالث- اثار الحق في الحيس
533	أولاً- حبس العين
534	ثانياً- حبس الدين (الدفع بعدم تنفيذ العقد)
540	المطلب الرابع- انتهاء الحق في الحيس

647	المبحث الثاني- محل الوفاء
651	المبحث الثالث- ظروف الوفاء
651	أولاً- زمام الوفاء بالالتزام
652	ثانياً- مكان الوفاء
655	ثالثاً- نفقات الوفاء بالالتزام
657	الفصل الثاني- انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
657	المبحث الاول- الوفاء بمقابل
658	أولاً- أركان الوفاء بمقابل
659	ثانياً- التكييف القانوني للوفاء بمقابل
662	المبحث الثاني- التجديد
662	أولاً- شروط التجديد
664	ثانياً- الاثار القانونية المترتبة على التجديد
666	المبحث الثالث- المقاصة
666	أولاً- أنواع المقاصة
670	ثانياً- موقف القضاء العراقي
671	المبحث الرابع- اتحاد الذمة
673	الفصل الثالث - انقضاء التزام دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء
674	المبحث الاول- البراء
677	المبحث الثاني- استحالة التنفيذ
680	المبحث الثالث- التقادم

للمزيد من المعلومات عن اعمال المؤلف الاكاديمية يمكن مراجعة الموقع الشخصي

www.fadhal.net

Stockholm

Sweden

583	اولاً- مصادر التضامن بين المدنين
586	ثانياً- احكام التضامن بين المدنين
587	ثالثاً- النيابة بين المدنين فيما ينفع لا فيما يضر
590	المبحث الثاني- الضامن بين الدائنين (التضامن الايجابي)
594	المبحث الثالث- الالتزام غير القابل للانقسام
595	أولاً: أسباب عدم القابلية للانقسام
597	ثانياً- تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام
599	الباب الثالث- انتقال الالتزام
603	الفصل الاول- حوالة الدين
606	المبحث الاول- انعقاد حوالة الدين
610	المبحث الثاني- اثار حوالة الدين
610	أولاً- العلاقة بين المحال له والمحال عليه (الدائن والمدين الجديد)
613	ثانياً- العلاقة بين المحال له (الدائن) والمحيل (المدين الأصلي)
615	الفصل الثاني- حوالة الحق
616	المبحث الاول- الحقوق القابلة للحوالة
616	أولاً- نص القانون
617	ثانياً- اتفاق الطرفين
618	ثالثاً- طبيعة الحق
618	رابعاً- عدم قابلية الحق للحجز
620	المبحث الثاني- شروط حوالة الحق
620	أولاً- شروط انعقاد حوالة الحق
621	ثانياً- شروط نفاذ الحق قبل المدين والغير
625	المبحث الثالث- احكام حوالة الحق
623	أولاً- العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه (الدائن الجديد والمدين)
625	ثانياً- العلاقة ما بين المحال له والمحيل (الدائن الجديد والدائم القديم)
627	ثالثاً- العلاقة ما بين المحال عليه والمحيل (المدين والدائن القديم)
627	رابعاً- العلاقة بين المحال والغير
629	الباب الرابع- انقضاء الالتزام
635	الفصل الاول- انقضاء الالتزام بالوفاء
637	المبحث الاول- طرفا الوفاء
638	أولاً: الموفي
643	ثانياً- الموفى له