القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)

المحاضرة الأولى

عيوب الإرادة (الغبن مع التغرير)

لم ير المشرع العراقي في (التغرير) وحده عيباً من عيوب التراضي ، ما لم ينشأ عنه غبن فاحش ،ثم انه لم ير في الغبن الفاحش وحده عيباً مستقلا ما لم ينشأ عن تغرير واذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغرير كان مانعاً من نفاذ العقد واعتبر عيباً من عيوب الارادة في القانون يفسد الرضاء كما يفسده الغلط والاكراه فما المقصود بالتغرير وماهو الغبن الفاحش ، ؟

التغرير: لغة الخداع وفي الاصطلاح والمعاملات ايهام شخص بما يرغبه في التعاقد ، والتغرير قد يكون قولياً أي ناتجا عن القول فقط مثل مدير البنك الذي يؤيد سلامة الوضع المالي للمدين في الوقت الذي كان فيه حساب المدين محاط بالدين مما ادى الى غلقه بعد يومين من ابرام عقد الكفالة ، وقد يكون التغرير فعلياً أي ناتج عن فعل مثل ظهور المخادع المدلس بمظهر الثراء وانتحال شخصية الغير كمدير عام او رئيس شركة او تزوير مستندات واصطناعها لايهام الغير او تزوير سنة صنع السيارة بقصد اظهارها جديدة او استعملت لمدة قصيرة او ارجاع عداد المسافة التي قطعها او تصفيره .

فالتغرير هو استخدام وسائل احتيالية قولية او فعلية تحمل احد اطراف العقد على التعاقد بحيث انه ما كان ليرضى بالعقد لو تبين حقيقة الامر .

اما الغبن لغة : النقص وفي الاصطلاح هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمعنى ان احد العوضين في عقود المعاوضات غير متعادل مع الآخر او بمعنى أخر هو عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على احد الطرفين والتزامات الطرف الآخر وفي هذه الحالة لا ينظر الا الى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين ، والغبن اما ان يكون يسيرا او يكون فاحشاً ، والغبن اليسير هو ما كان داخلا تحت تقويم المقومين أي تقدير الخبراء للشيء محل العقد ، اما الغبن الفاحش فهو ما لا يكون داخلاً تحت تقويم المقومين وقد حددت الشريعة الاسلامية مقدار الغبن خمس القيمة الواقعية في العقارات وعشرها في الحيوانات ونصف عشرها في غير ذلك .

اما شروط الغبن مع التغرير فقد نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (١٢١) والمادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي وهي :

١- استعمال طرق احتيالية

ويتحلل هذا الشرط الى عنصرين عنصر مادي وعنصر معنوي نية التضليل للوصول لغرض غير مشروع

فالعنصر المادي هو الطرق والوسائل الاحتيالية ويتمثل التغرير بكافة وسائل التصنع والتمثيل وتزوير الحقيقة التي من شأنها ان تفاجئ المتعاقد الاخر وتدفعه الى التعاقد ويختلف هذا الامر باختلاف الخادع والمخدوع وذلك بحسب درجة دهائه وفطنته او غبائه لذلك يجب النظر الى كل حالة على حدة ظروفها وشخصية الاطراف فيها .

وقد يتم التغرير بالقول كما قلنا (التغرير القولي) مثل الكذب اذا انصب على واقعة لها اهميتها عند المتعاقد الاخر بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات التي صدرت له في شأنها كما لو اخفى المؤمن له حقيقة مرضه عن شركة التأمين في عقد التأمين على الحياة او تأمين المرض واعطى بيانات كاذبة عن مرض اخر بسيط لا يؤثر على العقد ، ومع ذلك لا يعد كل كذب تغرير يعيب به الرضا فالمبالغة من التاجر في مدح تجارته والدعاية لها لا يعد تغريراً وسبب ذلك ان الكذب يدخل هنا ضمن ما يسمى بالتغرير المقبول او المسموح به بموجب العرف والعادة ، كذلك لا يعد الكتمان تدليساً او تغريراً الا اذا تعلق بواقعة تعد عنصراً جوهرياً في العقد به يتأثر رضا المتعاقد وسوء نية الطرف الممتنع عن الادلاء بالمعلومات مع جهل المتعاقد الاخر الضحية الامر ولا يستطيع العلم به عن طريق اخر ، ويكون الكتمان تدليساً اذا كان القانون يلزم الشخص بالكلام او بسبب طبيعة العقد الذي يفترض ثقة متبادلة بين الطرفين او

بسبب الظروف التي تحيط به مثل كتمان المؤمن على حياته لمرض اصابه قبل التأمين يعد تدليساً وكذلك كتمان المؤمن له عن شكة التأمين ان شريكه كان قد توعده امام شهود بحرق متجره .

والقانون العراقي يذهب الى ان الكذب او عدم البيان (الكتمان) يصلح ايهما لتكوين التغرير في عقود الامانة التي تقوم اساساً على صحة تلك البيانات المعطاة وتسمى بيوعات الامانة وهي عقود تقوم على صدق البائع في اخبار المشتري عن حقيقة الثمن الذي تم به شراء المبيع والمشتري بدوره يطمئن الى هذا الاخبار ويصدقه ومن ثم يشتري المبيع فمجرد الكذب يعد تدليساً حتى لو لم يلجأ الى طرق احتيالية وهي تقسم الى اربعة اقسام نصت عليها المادة (١٢١) مدني عراقي وهي المرابحة والتولية والاشراك والمواضعة .

اما العنصر المعنوي او النفسي فلكي يتوافر التغرير لابد من توفر نية التضليل لدى المدلس أي لابد من قصد الايقاع بالطرف الاخر وحمله على التعاقد واثبات وجود وقائع الاحتيال المكونة للتغرير مسألة وقائع يستقل بها قاضي الموضوع اما الفصل فيما اذا كانت هذه الوقائع تعد من الطرق الاحتيالية المكونة للتغرير او لا تعد كذلك فهو مسألة قانون تفصل فيه محكمة التمييز .

٢- **ان يكون التغرير هو الدافع الى التعاقد :** لكي تكون الوسائل الاحتيالية عنصراً من عناصر التغرير المؤثر في الارادة ومن ثم يكون التغرير عيباً من عيوب التراضي لا بد ان تكون تلك الوسائل قد بلغت حداً يعد جسيماً بحيث تعتبر هي الدافع الى التعاقد فلو لم تقع تلك الحيل لما اقدم الشخص على ابرام العقد والمسألة مرجعها تقدير قاضي الموضوع يبت فيها وفقاً لحالة المتعاقد الشخصية والمعيار الذي يمكن اعتماده لتقدير ما اذا كانت الاساليب الاحتيالية هي الدافع الى التعاقد ام لا فهو معيار شخصي فالعبرة تكمن بأثر تلك الاساليب والوسائل على العاقد وعلى حالته النفسية .

٣- **ان يصدر التغرير من احد المتعاقدين او ان يكون على علم به ان صدر من الغير**

ان صدور التغرير من احد المتعاقدين او نائبه هو الوضع المألوف ولكن قد تصدر الحيل او الطرق التدليسية من شخص اخر غير المتعاقدين ، ولقد رتب القانون على صدور التغرير من الغير ان يكون له اثره على المتعاقد الاخر الذي استفاد منه عالما به او كان من المفروض حتماً ان يعلم به عند إنشاء العقد ، واستلزام علم المتعاقد المستفيد من التغرير امر تقتضيه الثقة واستقرار التعامل لذا فقد جعل القانون العقد موقوفاً على اجازة المتعاقد الذي وقع ضحية الطرق الاحتيالية ، اما اذا وقع التغرير من الغير ولم يكن المتعاقد الاخر على علم به عند انشاء العقد او لم يكن من الممكن ان يعلم به فللعاقد المغرور ان يرجع عليه بالضمان عن الضرر الناشئ عن وقوعه ضحية التدليس تأسيساً على احكام المسؤولية التقصيرية (م١٢٣) مدني عراقي ولا يجوز ان يرجع على المتعاقد الاخر بطلب نقض العقد حتى لا يفاجئ المتعاقد معه وهو شخص حسن النية .

٤- **ان يقترن التغرير بالغبن الفاحش**

لا يمكن الحكم بالتغرير مالم يترتب عليه غبن فاحش للمتعاقد المغرور وهذه نتيجة حتمية فاذا كان المتعاقد الاخر لم يتضرر من التغرير فما الجدوى من فسخ العقد ، ولكن هناك حالات اعترف فيها المشرع العراقي للغبن لوحده دون التغرير بدور مؤثر في العقد (م١٢٤فق ١) فالغبن الفاحش الذي لا يعيب العقد مالم يقترن بالتغرير يكون سبباً لبطلان العقد اذا تعلق بمال المحجور عليه او مال الوقف او اموال الدولة لان الولي او الوصي او متولي الوقف او المتصرف باموال الدولة لا سلطة له في التصرف فيها بغبن فاحش ، لان التصرف فيها مقيد بالمصلحة وهي لا تتحقق بالغبن الفاحش وان تحقق احياناً بالغبن اليسير لانه من الامور المعتادة في التعامل .

المحاضرة الثانية

الاستغلال

يعد عيب الاستغلال احد عيوب الإرادة فهو لا يختلف في طبيعته عن باقي العيوب الاخرى من حيث تأثيره في الإرادة وان اختلف عنها من حيث الدرجة ، ويعد العيب مفترض من مجرد اقامة الدليل على توافر عنصري الاستغلال ، فالاستغلال لا يكتفي بالوقوف على الجانب المادي أي اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين في العقد ولكن ينظر فضلاً عن ذلك الى جانب نفسي وبعبارة اخرى لا يكفي ان يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة او عدم التعادل بينهما وانما يلزم فضلا عن ذلك ان يستغل احد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون والذي كان ضحية تلك الحالة التي وجد فيها واستغلها الطرف الآخر ، اما الشروط اللازمة لقيام الاستغلال فتتمثل بتوافر عنصر مادي وهو عدم التعادل وعنصر نفسي يتمثل في استغلال حالة من الحالات التي نص عليها القانون .

١- **العنصر الموضوعي او المادي :** ولا يكفي لتحقيق هذا العنصر ان يوجد تفاوت بين التزامات احد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الأخر او بالاحرى بين قيمة الاداءات المتبادلة في العقود ذات العوض وانما يلزم فضلاً عن ذلك ان يكون عدم التعادل فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة ، أي ان يكون خارج عن المألوف ويتم تقدير قيمة الاداءات يوم العقد ولا عبرة بما يطرأ عليها من تغيير بعد العقد ، فالقانون يهتم بقيمة الشيء في ذاته أي قيمة المعقود عليه في العقد بالنسبة الى قيمته الحقيقية .

٢- **العنصر النفسي :** ينظر في هذا العنصر الى ناحيتين ناحية المستفيد وهذا هو الاستغلال وناحية المغبون وهو ما يمكن ان نطلق عليه بصفة عامة حالة الضعف لدى المتعاقد المغبون ، لذا ينحصر الاستغلال في ان يستفيد احد المتعاقدين من ظروف معينة يوجد فيها المتعاقد الاخر مع علمه بتلك الظروف ، أي ان يستفيد من وضع الطرف الاخر مع ارادة ذلك أي ان يكون المستفيد عالماً بتلك الظروف التي يمر بها الطرف الاخر وان يسعى وراء الاستفادة منها فيلزم الى جانب العنصر المادي ان يقع الاستغلال على حالة من الحالات التي يحددها القانون مثل حاجة او الطيش ، الهوى ، عدم الخبرة وضعف الادرك .

والهوى هو رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد تجعله يفقد سلامة الحكم على اعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة ، ومعنى ذلك انه لا يكون بالامكان مقاومته او تلافيه بحيث يؤثر ذلك على ارادة المغبون فيعيبها دون ان يعدمها كلية مثل حالة الشخص الذي تتولد لديه رغبة جامحة في انقاذ ابنه من مرض خطير فيستغل الطبيب ذلك ويطلب اتعاباً مبالغاً فيها .

اما الطيش ويقصد به الاقدام على عمل دون مبالاة او اكتراث بما قد ينجم عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد من نتائج ، او انه التسرع الذي يصطحب باهمال وعدم تبصر دون اهتمام الا بالنتائج العاجلة التي قد يأتي بها التصرف مثل ما يقع فيه الشبان الذين يرثون اموالا ويتصرفون فيها عن طريق عقود مجحفة بحقهم .

عدم الخبرة يقصد بذلك عدم الدراية او المعرفة في نطاق المعاملات بحيث لا يستطيع الشخص ادراك حقيقة ما يلتزم به ، اما حالة الضيق او الحاجة فيقصد بها الحالة التي يضطر فيها الشخص الى التعاقد ولو بشروط مجحفة تحت ضغط ظروف مادية او ظروف شخصية مثل شخص يمر بضائقة مالية مؤقتة من شأنها ان تؤدي الى الحكم باشهار افلاسه فيضطر الى التعاقد لتجنب اشهار افلاسه ، وعبء الاثبات يقع على عاتق العاقد المغبون وللقاضي سلطة تقديرية في توافر العنصر النفسي في الاستغلال .

جزاء الاستغلال

ان جزاء الاستغلال يختلف في عقود المعاوضات عنه في عقود التبرع ، فبالنسبة الى العقود الاولى لا يجوز للعاقد المغبون الا ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول ويمتنع عليه ان يطلب نقض العقد وللقاضي اذا رفعت اليه دعوى الانقاص ان يعمد الى تعديل أي من الالتزامات المتقابلة ، اما بانقاص التزامات المتعاقد المغبون او بالزيادة في التزامات المتعاقد المستغل ولا يشترط ان يعيد التوازن كاملا الى العقد بحيث يرفع كل غبن بل يكفي الا يكون هناك غبن فاحش ، اما بالنسبة الى التبرعات فللعاقد المغبون ان يطلب في خلال سنة من وقت العقد والميعاد هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم وبالتالي فهو ليس عرضة لا للوقوف ولا للانقطاع .

المحاضرة الثالثة

المحل

محل الالتزام ، هو الامر او الاداء الذي يلتزم المدين القيام به لصالح الدائن وهو اما القيام بعمل او الامتناع عن عمل او الالتزام بإعطاء شيء أي نقل حق عيني ، ومحل الالتزام لا يظهر الا بالنسبة الى الالتزام الارادي العقد والارادة المنفردة لان الالتزامات التي تنشأ عن مصادر غير ارادية فان القانون يحدد محلها وهو دفع مبلغ من النقود ، اما الالتزام الارادي فان الارادة هي التي تحدد محله ، لذلك وجب ان نحدد الشروط الواجب توفرها في المحل وهي :

١- يجب ان يكون المحل موجوداً او ممكناً
٢- يجب ان يكون المحل معيناً او قابلا للتعين
٣- يجب ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه (مشروعاً)

اولا: الوجود او الامكان : يلزم ان يكون محل الالتزام موجوداً فعدم وجوده يستلزم انتفاء وجود العقد م(١٢٦) مدني عراقي أي انه اذا لم يوجد محل الالتزام لا ينشأ العقد ، فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او اعطاء شيء معين فالشيء الذي تعلق به الحق يجب ان يكون موجوداً وقت انعقاد العقد او ان يكون ممكن الوجود بعد ذلك ، مثل نقل ملكية شيء او التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فيجب ان يكون موضوع الحق موجوداً وقت العقد فإذا كان الشيء محل الالتزام غير موجود او هلك قبل العقد فان العقد لا ينعقد مثل منزل احترق او جواد نفق ، اما اذا كان الشيء موجود ولكنه هلك بعد ابرام العقد فالعقد ينشأ ولا يؤثر في وجوده الهلاك الذي تعرض له المحل ولكن يستحيل تنفيذه وللمتضرر الرجوع على المتعاقد الاخر بناء على المسؤولية التقصيرية اذا اصابه ضرر من هذا التعاقد الا اذا هلك الشيء بسبب اجنبي . ولذا فقد يقع التعاقد على شيء موجود فعلا وقت العقد في قصد المتعاقدان وقد يقع على شيء محتمل أي على شيء مستقبل لذلك فقد نصت (م١٢٩) مدني عراقي انه يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً فالبيع في حالة ما اذا كان الشيء غير محقق الوجود وانما محتمل الوجود في المستقبل بيع معلق على شرط وجود هذا الشيء في المستقبل . الا ان القانون قد لا يجيز بعض انواع التعامل بالاشياء المستقبلية وذلك بمقتضى نصوص خاصة منها هبة الاموال المستقبلية (م٦٠٩) وحرم القانون التعامل في التركات المستقبلية

التركة المستقبلية : منع المشرع العراقي أي ضرب من ضروب التعامل بتركة انسان على قيد الحياة فكل تعامل في التركة المستقبلية باطل لمخالفته الاداب اذا صدر من الوارث ولمخالفته النظام العام اذا صدر من المورث نفسه .

اما اذا كان محل الالتزام عملا او امتناع عن عمل فيجب ان يكون المحل ممكناً لانه لا التزام بمستحيل والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة أي ان يكون الالتزام مستحيلا في ذاته لا بالنسبة الى شخص المدين ، كما لو تعهد محامي برفع استئناف فات ميعاده ، ففي هذه الحالة يعد الالتزام باطلاً اما اذا كانت الاستحالة نسبية أي بالنسبة لشخص المدين فإن الالتزام يعد صحيحاً واذا عجز عن القيام بتنفيذ التزامه حكم عليه بالتعويض ، والاستحالة المطلقة كما تكون طبيعية كالتزام الجراح باجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد ، قد تكون قانونية كالتزام المحامي بالطعن بالاستئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف ولا فرق بين الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية فإن كلا منها يرتب ذات الاثر .

ثانياً : يجب ان يكون المحل معيناً او قابلا للتعين : فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني فيجب ان نفرق بين الاشياء القيمية والمثلية ، فإذا كان محل الالتزام من القيميات فيجب ان يكون معيناً تعييناً كافياً يميزه عما عداه فإن كان محل الالتزام ارضاً فيكون التعيين بالموقع والحدود والمساحة ، اما اذا كان الشيء من المثليات (المقدرات) فيجب تعينه بنوعها ومقدارها كبيع خمسين طناً من الحنطة الكردية ، ولكن يكفي ان يكون التعيين بالنوع فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار كأن يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافي لمدرسة او مستشفى فان المقدار يكون في هذه الحالة قابلا للتعيين

على أساس عدد تلاميذ المدرسة او عدد أسرة المستشفى ، وإذا كان محل الالتزام موجودا وقت العقد فيكون تعيينه بالإشارة إليه او بالإشارة الى مكانه الخاص ، اما اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فان المدين يكون ملزما بقدر عددها المذكور في العقد ، وفي حالة كان محل الالتزام عملا او امتناع عن عمل وجب ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة او ان يشتمل العقد على العناصر التي تجعل محل الالتزام قابلا للتعيين ، فإذا تعهد مقاول ببناء مستشفى وجب ذكر مواصفات هذا المبنى او على الاقل العناصر اللزمة لتحديد هذا المبنى كإقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الاسرة .

ثالثاً : يجب ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه (مشروعاً)

نصت المادة (٦١) مدني عراقي على انه ((١- كل شيء لا يخرج من التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية ٢- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع ان يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية)) ، الاساس ان جميع الاشياء صالحة لان تكون محلا للحقوق المالية ان لم تخرج من التعامل بطبيعتها او بحكم القانون والاشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالماء والهواء لا يستأثر احد بحيازتها فتكون غير قابلة للتملك ولا للانتقال من يد الى اخرى ، ولكن قد تزول استحالة التعامل فيها كما يحدث للهواء والماء بعد حصره وإفرازه .

وقد يخرج القانون بعض الاشياء من دائرة التعامل رعاية لمصلحة عامة وتحقيقاً للغرض الذي خصصت هذه الاشياء من اجله كالاموال العامة المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم ، ولكن عدم القابلية للتعامل هنا نسبية فمثلا يجوز تأجيرها واستعمالها بما لا يتنافى مع الغرض المخصصة له كما هو الشأن في التصريح للمحلات بشغل جزء من الارصفة او التصريح بإقامة حمامات على الشاطىء ، وقد يهدف المشرع من تحريم التعامل في بعض الاشياء حماية للنظام العام والاداب كتحريم الاتجار في المخدرات والتعامل في التركة المستقبلية .

المحاضرة الرابعة

م/ السبب

يعد السبب ركن جوهري لا ينعقد العقد بدونه ، وتعد نظرية السبب من النظريات القانونية المعقدة والغامضة والتي كانت محلا للنقاش والجدال بين الفقهاء والشراح وقد انقسم الفقه بشأنها الى فريقين ، فريق يدعى بالسببين ويرأسهم الفقيه الفرنسي كابيتان وفريق يعارض السبب وينكره ويدعى باللاسببيين ويرأسهم الفقيه الفرنسي بلانيول ، ويقصد بالسبب المصدر الذي يوجد الالتزام أي الواقعة التي أنشأت الالتزام مثل العقد ، الارادة المنفردة ، العمل غير المشروع ،الكسب دون سبب والقانون والسبب بهذا المفهوم لا يمت بصلة الى السبب كركن في العقد .

وقد يقصد بالسبب الغرض المباشر المجرد او الغاية المباشرة التي يقصد العاقد تحقيقها من وراء التزامه مثل ان يتفق شخصان على ان يبيع احدهما لاخر لوحة زيتية نتساءل عن الغرض المباشر الذي يهدف اليه كل منهما فمن حيث الغرض المباشر القريب ان البائع التزم بالبيع بقصد الحصول على الثمن من المشتري وان المشتري قد التزم بالشراء ودفع الثمن لغرض الحصول على اللوحة الزيتية ، أي يجب البحث عن الغرض المباشر القريب الذي يقصد العاقد تحقيقه من العقد وهذا هو سبب الالتزام والسبب بهذا المعنى لا يتغير في النوع الواحد من العقود فهو عنصر موضوعي في داخل العقد .

وقد يفهم السبب الباعث الدافع الى التعاقد أي هو الباعث الذي دفع العاقد إلى إبرام العقد وهو الغرض البعيد او غير المباشر الذي جعل العاقد يقدم على التعاقد ومن ثم يبرم العقد وهو يختلف من متعاقد الى آخر ومن عقد الى أخر اذ هو امر شخصي يتعلق بنوايا العاقد وخارج عن العقد .

اولا : النظرية التقليدية للسبب

لقد أخذت النظرية التقليدية بالسبب القصدي وحددت السبب في كل طائفة من طوائف العقود المختلفة فالعقود الملزمة لجانبين فان سبب التزام كل من العاقدين هو التزام المتعاقد الاخر ففي عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية ، وفي العقود العينية سبب التزام المودع عنده برد الوديعة هو سبق تسليم الشيء اليه ، وتشترط النظرية التقليدية في السبب ان يكون موجوداً وان يكون صحيحاً ومشروعاً

أ- **وجود السبب :** شرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء ، فالسبب يعني ان يكون موجوداً وقت ابرام العقد وينبغي ان يظل قائماً الى وقت تنفيذه فإذا لم يوجد السبب ابتداءً كان العقد باطلاً وإذا تخلف السبب بعد ذلك اصبح العقد مهدداً بالزوال ، ومن الأمثلة على عدم وجود السبب وقت ابرام العقد حالة سندات المجاملة فالسبب فيها لا يكون موجوداً وبالتالي فان السند يكون باطلاً وسند المجاملة هي سندات صحيحة من الناحية الشكلية يقصد بها الحصول على ائتمان وهمي دون ان توجد لدى الموقعين عليها نية الالتزام بدفع قيمتها ، والسبب ينبغي ان يظل قائما الى وقت تنفيذ العقد فإذا وجد السبب وقت ابرامه ثم تخلف بعد ذلك فان ذلك يؤثر في بقائه ويظهر ذلك بصفة خاصة في العقود الملزمة للجانبين التي تتميز بثلاثة امور هي الدفع بعد التنفيذ والفسخ وتحمل التبعة .

ب- **صحة السبب :** يجب ان يكون السبب صحيحاً ، فاذا كان السبب غير صحيح فانه يعد سبباً كاذباً ولا يقوم معه الالتزام ويكون العقد باطلاً والمقصود بصحة السبب هو ان لا يكون موهوماً وان لا يكون السبب صورياً مثال السبب الموهوم ان يتم عقد قسمة بين الورثة او الموصى لهم ثم يتبين ان الوصية باطلة في هذه الحالة يبطل عقد التقسيم لان السبب كان موهوما وغير صحيح اما صورية السبب فهي ليست ذاتها سببا من اسباب البطلان مادام يوجد سبب حقيقي صحيح ويفترض ان السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي فاذا تبين ان هذا السبب هو سبب موهوم فان العقد يبطل لعدم صحة السبب واذا تبين ان السبب الحقيقي موجود ولكنه غير مشروع فان العقد يبطل لعدم مشروعية السبب .

ت- **مشروعية السبب :** ان مشروعية السبب تأتي من خلال عدم تحريم القانون له وتأتي ايضاً من خلال عدم مخالفة للنظام العام او الاداب العام اما اذا خالف السبب النظام العام او الاداب فانه يعد سبباً غير مشروع ففي العقود التبادلية الملزمة للجانبين اذا كان سبب التزام احد المتعاقدين غير مشروع كان محل التزام المتعاقد الاخر غير مشروع مثل دفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص اخر بارتكاب جريمة من الجرائم في هذا المثال التزام الطرف الاول محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود ولكن سببه غير مشروع هو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة من الجرائم في هذه الحالة يبطل العقد لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقد الاول وعدم مشروعية المحل في التزام المتعاقد الثاني .

ولقد لاقت النظرية التقليدية نقدا شديدا من بعض الفقهاء ومنهم بلانيول فعيب عليها انها غير منطقية وغير ذات فائدة

ثانياً : النظرية الحديثة للسبب (نظرية القضاء)

فسرت النظرية الحديثة السبب على انه الباعث الدافع الى التعاقد وهو شيء غير موضوعي وغير عادي بل هو شيء شخصي وذاتي .

فقد وجد القضاء في فرنسا ان النظرية التقليدية في السبب قاصرة عن ان تخضع المعاملات المالية لقواعد النظام العام والاداب العامة لانها لا تعتد بالباعث الدافع الى التعاقد فوسع من نطاق نظرية السبب لتشمل سبب العقد وذلك لان هناك ثمة حالات لا يعد فيها العقد باطلا اذا اخذنا بسبب الالتزام النظرية التقليدية مثال ذلك عقد البيع اذا كان غرض المشتري من شراء المنزل اعداده للقمار فالعقد مشروع وفقاً للنظرية التقليدية ، مما دفع القضاء الى الاعتداد بالباعث الدافع الى التعاقد والذي يكون امرا ذاتيا خارجا عن العقد ويختلف باختلاف شخص المتعاقد ، كما اشترط القضاء ان يكون هذا الباعث مشروعا والا كان التصرف باطلا ، ولما كان الباعث امرا شخصيا خارجا عن نطاق العقد ومتغيرا من شخص لاخر كان لابد من ضابط في هذا الشأن يضمن استقرار التعامل بحيث لا يصبح في وسع أي متعاقد ان يتحلل من التزاماته بدعوى ان الباعث له على التصرف غير مشروع في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد الاخر على جهل تام بهذا الباعث ، لذلك اشترط القضاء ان يكون الطرف الاخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع على اتصال بهذا الباعث أي كان يعلم به او من السهل عليه ان يتبينه .

اما عن موقف المشرع العراقي من نظرية السبب فقد اخذ بالنظريتين معا ، النظرية التقليدية وهي نظرية سبب الالتزام والنظرية الحديثة وهي نظرية سبب العقد وذلك استناداً الى نص المادة (١٣٢) مدني عراقي .

الشروط غير المشروعة في العقد : وفقاً لمبدأ الرضائية يجوز لطرفي العقد ان ينظما عقدهما ما يشاؤون من الشروط بشرط احترام القانون والنظام العام والاداب العامة ومن هذه الشروط ما يعتبر من مقتضياته او ملاءماته او شرطا يستهدف تحقيق منفعة لاحد المتعاقدين او لشخص من الغير وتسمى هذا الشرط بالتقييدي وهو على ثلاث انواع :

١- شرط معتبر : يجب الوفاء به مع العقد ٢- شرط لغو : فيصح العقد به ويلغو الشرط وحده ٣- شرط مبطل للعقد فيبطل هو والعقد .

المحاضرة الخامسة

بطلان العقد

العقد في القانون العراقي وعند جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية قسمان صحيح وباطل ، وينقسم الصحيح الى موقوف ونافذ ، وينقسم النافذ الى لازم وغير لازم اما عند الحنفية فالعقد صحيح وفاسد وباطل .

اولا : العقد الصحيح : هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً ، ولا يعد مشروعا ذاتا ووصفا الا اذا توافرت فيه شروط نصت عليها (م١٣٣) مدني عراقي وهي :

١- ان يكون صادرا من اهله ، بان يكون العاقد كامل الاهلية ٢- ان يكون مضافا الى محل (معقود عليه قابل لحكمه ولا يخرج من التعامل بطبيعته او بحكم القانون ٣- ان يكون له سبب مشروع ٤- ان تكون اوصافه سالمة من الخلل أي ان يكون سالما من عيوب الارادة .

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

ثانيا : العقد الموقوف : هو ما اعتراه عيب من عيوب الارادة كالإكراه والغلط والغبن مع التغرير او كان العاقد محجورا غير فاقد الاهلية وزاد القانون على ذلك تصرف الشخص في ملك غيره (م١٣٥) مدني عراقي فجعل عقده موقوفاً ، ووقف العقد معناه عدم افادة حكمه في الحال اما حكم العقد الموقوف فهو ان للعاقد بعد زوال سبب الوقف ان ينقض العقد فيصبح باطلا من المبدأ وله ان يجيزه فيصبح نافذا من المبدأ بأثر رجعي ، واذا نقض العاقد العقد وكان المعقود عليه قائما قد تداولته الايدي بالتصرفات فيه كان له نقض جميع التصرفات واسترداد العين من واضع اليد عليها بما له من حق عيني ، ذلك الحق الذي يثبت لصاحبه حق تتبع العين اينما وجدها ، واذا كانت هالكة فللعاقد في الموقوف لحجر او الغلط تضمين العاقد الاخر وفي الموقوف للإكراه او التغرير تضمين العاقد الاخر او تضمين الغار او المكره ، واذا كان الغاراو المكره هو نفس العاقد الاخر يحصر الضمان فيه وحده ، واذا وقع الضمان على الغار او المكره فله الرجوع بما ضمن على العاقد الاخر لانه المستفيد من العقد ، اما اذا هلك الثمن في يد المكره او الغار بدون تعد منه او تقصير فلا ضمان عليه لانه امانة بيده والامانة لا تضمن بلا تعد او تقصير الامين .

التصرف الفضولي : نصت المادة (١٣٥) مدني عراقي على نوع اخر للوقوف لمعنى خارج عن مفهوم العقد وهذا النوع مستجمع اركان العقد الصحيح النافذ وشروطه وليس فيه أي خلل لا ذاتاً ولا صفة غير ان صدوره جاء من غير المالك للمعقود عليه فكان موقوفاً على اجازة المالك ويسمى هذا التصرف فضولياً وتعد الاجازة توكيلا للفضولي من حين مباشرة العقد بأثر رجعي بحكم القانون فما قبضه من البدل هو مال الموكل فعلى الفضولي تسليمه للمالك ، واذا لم يجز المالك عقد الفضولي بطل ، فعلى الفضولي رد ما قبضه من البدل الى العاقد الاخر ولهذا حق الرجوع به على الفضولي بحكم الكسب بلا سبب ، واذا هلك البدل بيد الفضولي بدون تعد منه او تقصير فلا ضمان عليه ان كان العاقد الاخر يعلم انه فضولي لانه حينئذ امانة بيده ، اما اذا كان لا يعلم بذلك بل يعتقد انه المالك فعلى الفضولي الضمان ، اما اذا سلم الفضولي المعقود عليه الى العاقد الاخر كان الفضولي بحكم الغاصب ، وكان العاقد الاخر بحكم غاصب الغاصب فللمالك مطالبة العاقد الاخر برد ما سلمه اليه فان كان قد هلك في يده كان للمالك تضمين أي منهما .

اما من له الحق بالتمسك بخيار الإجازة او النقض : لا يجوز أن يتمسك بخيار الإجازة او النقض الا من شرع التوقف لمصلحته كالمالك في بيع الفضولي ومن عيب رضاؤه في أحوال الغلط والغبن مع التغرير والإكراه والأصيل في حالة تجاوز الوكيل حدود النيابة وناقص الأهلية بعد تحقق رشده او وليه عند علمه بالعقد الموقوف ، ويبدأ سريان الميعاد الذي يستعمل خلاله خيار الاجازة او النقض من وقت تبين الغلط او انكشاف التغرير او ارتفاع الاكراه ان كان العقد موقوفاً لهذه العيوب ، اما اذا كان موقوفاً لنقص اهلية احد العاقدين فان هذا الميعاد يبدأ من الوقت الذي يزول فيه نقص الاهلية او من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد وفي حالة التصرف الفضولي يبدأ سريان المدة من اليوم الذي يعلم فيه بصدور العقد ، واذا كان سبب التوقف مجاوزة الوكيل حدود وكالته

فقد خولت المادة (٢/٩٤٤) مدني عراقي للغير المتعاقد مع الوكيل ان يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد فإن لم تصدر الاجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد أي نقضه .
ولقد نصت المادة (١٣٦) مدني عراقي على شروط الاجازة ، فالاجازة نوعان صريحة كان يقول المالك اجزت البيع الذي عقده فلان على مالي الفلاني بالثمن الذي اتفق عليه او ما يؤدي هذا المعنى من عبارات ، ودلالة فتكون بإتخاذ مسلك يستفاد منه التنازل عن خيار الاجازة او النقض ، وتستند الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد أي بأثر رجعي .واما شروط صحتها فوجود من يملك الاجازة من وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين والمعقود عليه والمالك الاصلي وقت صدور الاجازة وهذا يعني ان خيار الاجازة او النقض يمكن انتقاله الى ورثة من تقرر له هذا الخيار، كما يجب لكي تكون الاجازة صحيحة ان تكون خالية من الشوائب وهي لا تكون كذلك الا اذا استكمل ناقص الاهلية اهليته او زال الاكراه او تبين الغلط او افتضح التغرير .
ثالثاً : العقد الصحيح اللزم : وهو العقد الصحيح الذي ترتبت عليه كل آثاره والذي لا يستطيع احد الطرفين ان يستقل بفسخه كالبيع والاجارة والصلح والحوالة .
رابعاً : العقد الصحيح غير اللازم : وهو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه او كلاهما فسخه ، وهذا الحق في الفسخ اما ان يرجع الى طبيعة العقد مثل الوكالة ، الوديعة والعارية ،وأما ان يرجع الى خيار من الخيارات مثل العقد الذي يلحقه خيار الرؤية او خيار الشرط وغيرها ..
خامساً : العقد الفاسد : هو ما شرع بأصله لا بوصفه ، فألاصل سالم ، والفساد في الأوصاف بسبب نهي الشارع فيراعي في الحكم سلامة الأصل وفساد الوصف .

المحاضرة السادسة

العقد الباطل وما يترتب عليه من آثار

العقد الباطل : هو الذي لا يصح أصلا أي بالنظر الى ذاته او لا يصح وصفاً أي بالنظر الى أوصافه الخارجية المادة (١٣٧) مدني عراقي، وتسمية العقد الباطل عقداً تسمية مجازية إذ لا وجود له في الحقيقة والواقع ولهذا لا اثر له ولا يفيد حكماً .

أما أسباب البطلان شيئان : أما خلل في ذات العقد ومقوماته أي في ركنه مثل ان يصدر الإيجاب او القبول ممن ليس أهلا للتعاقد او لا يوافق القبول الإيجاب او ان يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه او ان يكون السبب غير مشروع ، وأما خلل في أوصافه الخارجة عن ذاته ومقوماته مثل ان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او ألا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون فيه كالكتابة في عقد الشركة وتسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري .

حكم البطلان

نصت المادة (١٤١) مدني على حكم العقد الباطل ، فالعقد الباطل منعدم قانوناً فلا ينتج أثراً وليس من اللازم صدور حكم لتقرير هذا البطلان ولمن كان طرفاً فيه ان يرتب أموره على أساس ان العقد غير موجود فإذا كان العقد بيعاً ، فللبائع ان يتصرف في المعقود عليه ما دام في حيازته كما لو كان البيع لم يقع ، فله بيعه الى مشتر ثاني واجراء كافة التصرفات عليه فإذا قاضاه المشتري الاول مطالباً بتسليم المبيع كان له ان يدفع بدعوى البطلان ، اما اذا سلم المبيع الى المشتري فعليه اقامة دعوى البطلان على المشتري ليسترد منه العين التي سلمها بمقتضى العقد الباطل ، ويتمسك بالبطلان كل من كسب حقاً في المحل سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد او بعده ، فيستطيع ان يتمسك بالبطلان البائع والمشتري وورثتهما ودائنوهما وشخص رتب له البائع او المشتري حقاً عينياً على العين المبيعة كمشتر ثان او صاحب حق انتفاع او دائن مرتهن فكل من هولاء مصلحة في بطلان البيع .

وعلى المحكمة ان تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها اذا ما رفع أمره اليها ، والعقود الباطلة لا تلحقها الإجازة لان المعدوم لا يكون موجوداً بالإجازة فهي لا تلحق غير العقود الموقوفة فلا يعد العقد الباطل صحيحاً بالإجازة ، وكما ان البطلان لا يزول بالإجازة فهو كذلك لا يزول بالتقادم .

أثر الحكم بالبطلان

وفقاً للمادة (١٣٨) مدني فان العقد الباطل لا ينتج أثراً ولا يفيد الحكم لأنه غير منعقد وإذا بطل العقد وجب إعادة كل شيء الى أصله سواء بطل لأنه غير منعقد او لأنه قد أبطل بعد ان كان موقوفاً ، فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وهذه قاعدة عامة ، فإذا كان احد المتعاقدين قد استلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد جاز له استرداده كاملاً ، واذا استحالت إعادة الحالة الى ما كان عليه بسبب هلاك المحل (المعقود عليه)، جاز الحكم عليه بالتعويض المعادل لتعود الحالة السابقة ولو معنى .غير انه يستثنى من هذه القاعدة العامة ما اذا كان سبب البطلان نقص الأهلية ، فإن ناقص الأهلية اذا أبطل عقده لنقص أهليته وكان الطرف الذي سلمه شيئاً تنفيذاً للعقد الذي ابطل بعد ذلك ، قد طلب منه استرداد ما سلمه اليه كاملا عملا بالقاعدة العامة ، فإنه لا يحكم عليه الا برد القدر الذي استفاده عملا بقاعدة الكسب بلا سبب ولا تطبق عليه القاعدة العامة مراعاة لمصلحة ناقص الأهلية .

الآثار التي تترتب على العقد الباطل

هناك نوعين من الآثار التي يرتبها العقد الباطل آثار أصلية آثار عرضية ، في حالات قليلة يرتب القانون على العقد الباطل آثاره الأصلية كما لو كان صحيحاً وهذه الحالات التي تتصل دائماً بفكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات ، مثل عقد الشركة الباطل فهو ينتج مع ذلك آثاره باعتبار الشركة أمراً واقعاً ويتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية ويتقاسمون ارباحها طبقاً للشروط المبينة في العقد نفسه .

وفي بعض الحالات الاخرى يرتب القانون على العقد الباطل بعض الاثار العرضية باعتباره واقعة مادية وليس باعتباره عقداً ، على ان اهم الاثار العرضية التي قد تترتب على عقد باطل هي ما يعرف بانتقاص العقد او تحول العقد وكما يلي :

١- **انتقاص العقد :** تقرر المادة (١٣٩) مدني قبول الحكم الذي اسسته نظرية انتقاص العقد وملخصها ان العقد اذا تلبس بعدة امور وكان صحيحاً بالنظر الى بعضها وباطلا بالنظر الى البعض الاخر فإن العقد لا يبطل في الجميع ، بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر اليه ويبقى عقدا مستقلاً صحيحاً بالنظر الى ما كان صحيحاً فيه ، فكأنه جاء من الابتداء عقداً مستقلا به عملا بقاعدة تصحيح العقود ، فالعقد اذا لا يبطل بل ينتقص ، لكن اذا تبين ان الشق الذي وقع باطلا لم يكن العقد ليتم بدونه بل هو عنصر منظور اليه فانه يكون باطلا في الجميع لعدم أمكان الفصل بينها ومن امثلة انتقاص العقد تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها الى ٧% وهو الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية .

٢- **تحول العقد :** وتقوم نظرية تحول العقد والتي نصت عليها المادة (١٤٠) مدني على ان العقد اذا وقع باطلا ولكن توافرت فيه عناصر عقد أخر ، فإنه يتحول الى هذا العقد الآخر اذا تبين من الظروف ان العاقدين كانت تنصرف نيتهما الى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصداه ، أي ينقلب عقدا صحيحاً لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان بل من النوع الذي توافرت فيه عناصره ، فلتحول العقد ثلاثة شروط هي :

أ- ان يكون العقد باطلا ، فاذا كان صحيحاً ثبت غير متحول .

ب- ان تتوافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقم مقام الاصل .

ت- ان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصل من اسباب البطلان .

ومن الأمثلة على نظرية تحول العقد البوليصة (السفتجة) التي لا تستوفي الشروط الشكلية المطلوبة لها قانوناً فإنها تعتبر سند امر اذا توافر فيها شروطه وإلا فإنها تعتبر سنداً عادياً .

المحاضرة السابعة

اثر العقد من حيث الأشخاص

الأصل ان اثر العقد لا يسري الا في حق المتعاقدين ، ويشمل تعبير المتعاقدين بالإضافة الى المتعاقدين نفسيهما خلفهما العام والخاص ودائنيهما العاديين ، ولكن قد يسري هذا الأثر في حق غيرهما استثناءً ، فهل يجوز إلزام الغير (الأجنبي) بعقد ليس طرفاً فيه ؟ وهل يكتسب حقاً اشترطه له احد العاقدين ؟

اولاً : التعهد عن الغير : هو تعهد شخص نحو اخر بان يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل او عدم القيام بعمل والا عوضه عن ذلك . والغرض من التعهد عن الغير هو تسهيل ابرام عقد او اجراء معاملة لا يستطيع احد اطرافها اعطاء رضائه لقصر او غيبة او حجر فيجري غيره العقد ويتعهد لمن تعاقد معه بانه أي الغير سيقر العقد عند بلوغه او رفع الحجر عنه او رجوعه ، مثال ذلك ان يبيع شخص داره ويتعهد للمشتري بان يجعل جاره يقبل قطع الاشجار التي تحجب عنه المنظر او عدم غرس اشجار تحجب عنه المنظر .

شروط التعهد عن الغير

١- ان يتعاقد المتعهد بإسمه هو لا باسم الغير الذي تعهد عنه وبذلك يختلف التعهد عن الغير عن كل من الوكالة والفضول .

٢- ان يقصد المتعهد إلزام نفسه لا إلزام الغير فإذا قصد إلزام الغير كان العقد باطلا لاستحالة المحل ، فلا يمكن قانوناً ان يلزم الانسان من عقد لم يكن طرفاً فيه.

٣- ان يلتزم المتعهد بحمل الغير على إقرار التعهد لا على بذل جهده لحمله على ذلك. فالتزامه هو التزام بتحقيق غاية هي الحصول على اقرار الغير للتعهد لا على بذل عناية ، فلا يعفيه من المسؤولية انه لم يدخر وسعاً في حمل الغير على اقرار التعهد حتى لو اساء الغير استعمال حقه في القبول او الرفض فالغير ليس ملزما بإقرار التعهد .

ويختلف التعهد عن الغير عن الكفالة في ان الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين بعد ان يكون قد نشأ في ذمته اما المتعهد عن الغير فيضمن انشاء الالتزام في ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه ، كما وتختلف الكفالة عن التعهد عن الغير في ان الكفيل اذا دفع الدين فانه يرجع به على المدين ، في حين ان المتعهد عن الغير اذا دفع تعويضاً لعدم اقرار الغير للتعهد فانه لا يرجع على الغير بشيء.

حكم التعهد عن الغير

يختلف حكم التعهد عن الغير في حالة اقرار الغير للتعهد عن رفضه وكما يأتي :

ا - إقرار الغير للتعهد : اذا اقر الغير للتعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد معه المتعهد وبين الغير ، الايجاب في هذا العقد عو العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه والقبول هو إقرار الغير للتعهد . ويختلف العقد الجديد عن العقد المبرم بين المتعهد وبين من تعاقد معه من حيث اطرافه ومن حيث الالتزامات ومن حيث التاريخ .

فمن حيث الاطراف هناك طرف مشترك في العقد هو من تعاقد مع المتعهد اما الطرف الاخر فمختلف هو المتعهد في العقد الاول والغير في العقد الثاني ، ومن حيث الالتزامات فالعقد الاول ينشئ في ذمة المتعهد التزاماً بتحقيق غاية هي حمل الغير على إقرار التعهد ، والعقد الثاني ينشئ التزاما في ذمة الغير وهو اما يكون قياماً بعمل او عدم القيام بعمل ، ومن حيث التاريخ العقد الاول يتم عند الاتفاق بين المتعهد وبين من تعاقد معه اما العقد الثاني فيتم عند اقرار الغير للتعهد فليس للقبول اثر رجعي الا اذا تبين ان الغير قصد صراحة او ضمنا ان يستند اثر القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

ب - رفض الغير للتعهد : اذا رفض الغير إقرار التعهد تحققت مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه ويجب عليه التعويض لأنه يكون قد اخل بالتزامه ، ويستطيع المتعهد ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت ان عدم إقرار الغير للتعهد راجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه مثل موت الغير او ايقاع الحجر عليه .

ومما تقدم يتبين لنا ان التعهد عن الغير لا يخرج على قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير بل تطبيق لها .

ثانياً : الاشتراط لمصلحة الغير

ويقصد بالاشتراط لمصلحة الغير هو إبرام شخصان عقداً واشترط احدهما فيه على الآخر حقاً لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة فلا يمر بذمة المشترط ، فالاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني يتم بين شخصين ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص هم المتعاقدان والشخص الثالث الذي اشترط له الحق ويقال له المنتفع اما المتعاقدان فاحدهما يقال له المشترط وهو الذي اشترط الحق ، والآخر يقال له المتعهد وهو الذي يلتزم بإعطاء الحق للمنتفع ومن أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير عقود التأمين والامتياز والنقل والهبة المقترنة بشرط.

شروط الاشتراط لمصلحة الغير

هناك ثلاث شروط لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير وهي :-

١- أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع ومعنى ذلك ان يكون المنتفع اجنبياً عن العقد وفي هذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن كل من النيابة والفضول .

٢- أن يشترط حقاً مباشراً للمنتفع ويجب كذلك لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير ان يتلقى المنتفع الحق مباشرة عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد ، فإذا لم يتلقه عن العقد بل عن المشترط فلا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير .

٣- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات التي اشترطها أي ان يكون للمشترط مصلحة شخصية في حصول المنتفع على الحق الذي اشترط لمصلحته ، والمصلحة قد تكون مادية كما يمكن أن تكون أدبية .

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

تنشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير علاقات ثلاث هي :-

١- العلاقة بين المشترط والمتعهد : ويحكم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما او العمل القانوني الصادر من المشترط (الوصية) فإذا كان هذا العقد ملزما للجانبين كعقد التأمين طبقنا القواعد العامة في هذا العقد .

٢- العلاقة بين المشترط والمنتفع : ولا تظهر العلاقة بينهما في العقد المبرم بين المشترط والمتعهد ، ولكن لا يخلو الأمر من ان يكون المشترط قد اشترط الحق للمنتفع على سبيل المعاوضة أو على سبيل التبرع ، فإذا أراد المشترط التبرع للمنتفع طبقنا أحكام الهبة ، واذا لم يقصد المشترط التبرع للمنتفع فهو أما أن يقصد الوفاء بدين له عليه او إقراضه .

٣- العلاقة بين المتعهد والمنتفع : وهي أهم العلاقات التي تنشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير ففيها يظهر بوضوح الخروج علة قاعدة عدم انصراف اثر العقد الى غير المتعاقدين ، فالغير وهو المنتفع يكتسب حقاً شخصياً مباشراً قبل المتعهد من عقد لم يكن طرفاً فيه .

المحاضرة الثامنة
تحديد نطاق العقد

من المبادئ التي تسود تنفيذ العقد مبدأ حسن النية وطبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان وقد نصت على ذلك المادة (١٥٠/فق١) ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) وقد نصت الفرة الثانية من المادة نفسها على العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وهي :

١- القانون : ويقصد به النصوص المكملة والمفسرة لا النصوص الامرة ، فاذا لم ينص المتعاقدان على جميع الامور في العقد وتركا بعض المسائل التفصيلية فالمفروض انهما ارادا ترك ذلك الى الاحكام القانونية الواردة في المسائل التي لم ينصا عليها .
٢- العرف : ويتدخل العرف غالباً في تحديد نطاق العقد وما يعتبر من مستلزماته مثل ادراج الشروط المألوفة وهي الشروط التي جرى العرف على ادراجها في العقد يبحيث اصبحت تعتبر معلومة من المتعاقدين حتى ولو لم تدرج فيه .
٣- العدالة : ومن الامور التي يسترشد بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد العدالة ، وكثير من الامور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون من ذلك البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة .
٤- طبيعة الالتزام : اذ يحدد طبيعة الالتزام ما يعتبر من مستلزمات العقد فاذا باع شخص عقار فعليه ان يسلم المشتري مفاتيح كل الابواب الموجودة في العقار .

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه (العقد شريعة المتعاقدين)

يقصد بالعقد شريعة المتعاقدين أن يكون الالتزام الناشئ عن العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ عن القانون ولا يجوز أن يتحلل الفرد من كليهما ، إذ ان على المتعاقدين تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه وطبقاً لمضمونه .

ولكن كثيراً ما يقع في العقود المستمرة (المتراخية التنفيذ) او العقود طويلة الأجل إن تتبدل الظروف التي تم انعقاد العقد فيها تبدلاً فجائياً اثر حادث أو ظرف لم يكن متوقعاً وقت إبرام العقد مما يؤدي إلى ان يختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيراً فيصبح الوفاء بالالتزامات العقدية شاقاً ومرهقاً للمتعاقد قد يعرضه لخسارة فادحة وجسيمة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الاعتيادية

وان التطبيق الدقيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد لا يجيز المساس بالعقد ، ويقتضي إلزام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية ولا شأن للدائن بالخسارة التي يتحملها ، ولكن حتى لا يجبر المدين على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد ، **اقر القانون لمواجهة هذه الظروف نظرية الظروف الطارئة** ويشترط القانون المدني العراقي لتطبيق هذه النظرية عدة شروط :

الشرط الأول : ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ أو العقود الفورية التنفيذ إذا كان تنفيذها مؤجلاً ، بمعنى أن يكون بين وقت انعقاد العقد وتنفيذه فاصل زمني يسمح بوقوع الظرف الطارئ بين الاثنين .

الشرط الثاني : أن يطرأ حادث او ظرف استثنائي بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه ، ويشترط في الظرف الطارئ، أن يكون استثنائي عام وليس خاصاً بالمدين وحده ، أي يجب ان يكون شاملاً

بحيث يضفي تأثيره على طائفة من الناس ان لم يكن جميعهم ، ومثاله (الحرب ، الثورة او التمرد والعصيان والأوبئة والفيضانات) .

الشرط الثالث : يجب ان يكون الحدث او الظرف غير متوقع الحصول عند إبرام العقد بمعنى انه يجب ان لا يكون في وسع المدين توقع حدوث مثل هذا الحدث الاستثنائي ، ولا يعني هذا ان الحدث مستبعد تماماً فلا شيء مستبعد في الحياة بل يكفي ان لا يكون متوقعاً ، ومعيار التوقع معيار موضوعي وهو ان الإنسان العادي لو وجد في مثل ظروف المدين لا يستطيع ان يتوقع الحادث ، فلا يعد مثلاً من الحوادث الطارئة قيام حرب في ظروف دولية تنذر بتوقع الحرب .

الشرط الرابع : يجب ان تجعل هذه الظروف والحوادث الاستثنائية تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً ، وهذا يعني من جهة ان يكون الإرهاق من النوع المألوف أي الذي يمكن ان يلحق المدين بخسارة فادحة لو اجبر على تنفيذه ، ومن جهة أخرى لا يشترط ان يؤدي الظرف الطارئ إلى حد استحالة التنفيذ ، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة فهما يشتركان في ان كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ولكنهما يختلفان في ان القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي بذلك التزام المدين ، أما الحادث أو الظرف الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فقط فيبقى التزام المدين .

والمعيار الذي يقاس به الإرهاق معيار موضوعي ينظر فيه الى ظروف الصفقة لا الى شخص المدين وظروفه الذاتية او المركز المالي للمدين ،فلو مثلا ان شركة التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء في مقابل بدل معين تتقاضاه من الجمهور ثم طرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أدى الى ارتفاع باهظ في ثمن التكلفة كان للشركة ان تطلب رد التزامها الى الحد المعقول تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حداً يمكنها من الاستمرار في تنفيذ التزاماتها دون تخفيف

- **اثر الظروف الطارئة**

اذا توافرت شروط الظرف الطارئ فاللمحكمة وتبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك وهذا الحكم يستفاد من الفقرة الثانية للمادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " ٢ – **على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" .**

واستناداً الى هذا النص فان القاضي يتمتع بسلطة استثنائية وحرية واسعة في اختيار الطريقة التي يحد بها من الارهاق الذي يتعرض له المدين جراء تنفيذ العقد . ولا قيد على سلطته في اختيار نوع التعديل الذي يدخله على العقد الا ما يمليه عليه تحقيق التوازن بين مصلحة العاقدين .