المحاضرة الحادية والعشرون

ثالثاً/ العقد الصحيح اللازم: ص١١٩

العقد الصحيح هو العقد الذي اكتملت فيه جميع اركانه، وترتبت عليه كل اثاره، والذي لا يستطيع احد الطرفين ان يستقل بفسخه كالبيع، والاجارة، والصلح، والحوالة، وواضح ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا ذروتها. بحيث لا يستطيع احد طرفيه فسخه، إلا برضاء الطرف الآخر بسبب قوته الملزمة.

رابعاً/ العقد الصحيح غير اللازم: ص١١٩

ويعبر عنه فقهاء المذهب الحنفي بالعقد الجائز، وهو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه أو كلاهما فسخه، وهذا الحق (اي الفسخ) أما ان يرجع الى **طبيعة العقد**؛ كالوكالة، والوديعة، والعارية، واما ان يرجع الى **خيار من الخيارات** والمثال ذلك: العقد الذي يلحقه خيار الرؤية، أو خيار الشرط، أو خيار التعيين، أو خيار العيب.

خامساً/ العقد الفاسد: ص١١٩

وهو الوصف المأخوذ به عند الحنفية، فالعقد الفاسد عندهم؛ هو ما شرع بأصله لا بوصفه، فالاصل سالم، والفساد في الاوصاف؛ بسبب نهي الشارع، كالبيع الربوي ، فيراعى في الحكم، سلامة الاصل، وفساد الوصف. **ولم يأخذ المشرع العراقي بفكرة المذهب الحنفي** عن العقد الفاسد، فقد ساوى كقاعدة عامة بين فاسد العقد وباطله (م١/١٣٧ق.م.ع).

سادساً/ العقد الباطل: معنى العقد الباطل وسبب البطلان: ص١٢٠

العقد الباطل: هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته، أو وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية.

وما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته: إذا كان في **ركنه خلل**، اي في ذات ومقوماته؛ كأن يكون **الرضا** المتمثل الايجاب، والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد، أو لا يوافق القبول الايجاب، أو يكون **المحل** غير قابل لحكم العقد، أو يكون خالياً من **السبب**، او فيه سبب غير مشروع، لمخالفاته للنظام العام والآداب.

وما لا يصح وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية: كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون فيه مثل؛ **الكتابة** في عقد الشركة، وعقد المرتب المقرر مدى الحياة، وكذلك الاوراق التجارية كالحوالة والكمبيالة والسند لأمر. **والتسجيل** لدى الكاتب العدل في بيع المكائن أو رهنها. **وتسجيل** بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري. **والقبض** في العقود العينية.(المادة ١٣٧ق.م.ع).

telegram:@mtbook

حكم البطلان: ص١٢١

إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة. (المادة١٤١ق.م.ع).

والسؤال/ من له الحق في التمسك بالبطلان؟

الجواب/ يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة في ابطال العقد، ومنهم من كسب حقاً في المحل، والذي يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه، سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد الباطل او بعده، فيتمسك به كل من الطرفين وخلفهما العام والخاص، **فمثلا** في البيع الباطل، يستطيع ان يتمسك بالبطلان؛ **البائع، والمشتري، وورثتهما، ودائنوهما**، وشخص رتب له البائع او المشتري حقاً عينياً على العين المبيعة، كمشتري ثان، او **صاحب حق انتفاع، او ارتفاق، او دائن مرتهن**، فلكل من هؤلاء مصلحة في بطلان العقد.

السؤال/ هل ان التمسك بالبطلان في العقود الباطلة يشبه التمسك به في العقود الموقوفة؟

الجواب/ لا؛ لان **العقد الموقوف** هو عقد صحيح قائم وموجود، ولكن توقف لحماية احد اطرافه، وينحصر التمسك بالبطلان فيه بأحد اطرافه دون غيرهما، ومن الممكن ان تلحقه الاجازة، فيصح. **اما العقد الباطل**، فيكون باطلاً بطلانًا مطلقًا، فلا تلحقه الاجازة؛ لأنه معدوم والمعدوم لا يكون موجوداً بالإجازة، ويستطيع ان يتمسك ببطلانه كل من الطرفين وخلفهما العام والخاص.

والسؤال إذن/ هل يزول بطلان العقد بالتقادم؟

الجواب/ كما ان البطلان لا يزول بالإجازة كذلك فانه لا يزول بالتقادم، ولكن قد تنشأ عن تنفيذ العقد حالة مادية، تجعل من دعوى البطلان غير مجدية، **فمثلاً** لو اشترى شخص عقاراً غير مسجل بعقد باطل، وظل واضعاً يده عليه مدة التقادم المكسب، ثم اقام بعد ذلك البائع او ورثته دعوى البطلان، فلا يجوز للمشتري ان يدفع هذه الدعوى بسقوطها بمرور الزمن؛ لان البطلان لا يزول بالتقادم، وانما يستطيع ان يتمسك باكتساب الملكية بوضع اليد مدة التقادم المكسب لها، **وبالمقابل** لو لم يسلم البائع العين المبيعة، وتقادم الزمن على هذا الوضع، ثم رفع المشتري دعوى على البائع بطلب التسليم، فللبائع الدفع ببطلان عقد البيع على الرغم من مرور الزمن.

اثر حكم البطلان: ص١٢٣

العقد الباطل لا ينعقد، ولا يفيد الحكم اصلاً، أي لا يرتب أثره في المعقود عليه؛ لأنه غير منعقد، فإذا بطل العقد **يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد**، فإذا كان احد المتعاقدين او كلاهما سلم شيئًا للآخر تنفيذًا للعقد، جاز له استرداده كاملاً، فإذا كان هذا مستحيلاً؛ كأن يكون الشيء محل العقد قد هلك او استهلك، جاز الحكم بتعويض معادل كمحاولة لإعادة الحال إلى ما

كانت عليه، **وهذه كقاعدة عامة**، لكن يستثنى منها في حالة **العقد القابل للإبطال**، ما إذا كان سبب البطلان نقص الاهلية؛ فإن ناقص الاهلية إذا بطل عقده لنقص اهليته؛ فإنه لا يلتزم بان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، أي بالقدر الذي استفاده، عملا بقاعدة الكسب بلا سبب؛ وذلك مراعات لمصلحة ناقص الاهلية.(المادة١٣٨ق.م.ع).

الاثار التي تترتب على العقد الباطل: ص١٢٤

هناك نوعين من الاثار التي من الممكن ان تترتب على العقد الباطل بالرغم من انعدامه هي: الاثار الاصلية والاثار العرضية:

الآثار الاصلية: في حالات قليلة يرتب القانون على العقد الباطل آثاره الاصلية كما لو كان صحيحاً، وهذه الحالات تتصل دائماً بفكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات، **ومن الامثلة** على ذلك عقد الشركة الباطل، فهو ينتج مع ذلك اثاره باعتبار الشركة امراً واقعاً، ويتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية، ويتقاسمون ارباحها المبينة في العقد نفسه، وكذلك الحال في العقد الصوري، فهو قائم بنظر الغير.

الاثار العرضية: هناك بعض الاثار العرضية المهمة التي قد تترتب على عقد باطل وهي ما يعرف: بانتقاض العقد، وتحول العقد وكالآتي:

١- انتقاص العقد: ص١٢٥

إذا كان العقد في شق منه باطلاً، فهذا الشق وحده الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، فمثلاً لو فرضنا ان عقداً لهبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو ان بيعاً وقع على مال مملوك، ومال وقف، أو ورد على عدة امور ووقع العاقد في غلط جوهري بشأن شيء منها، فانه لا يصيب البطلان الا الشق الذي قام فيه سبب البطلان، ويبقى العقد صحيحاً، الا إذا تبين ان هذا الشق عنصر جوهري منظور إليه في العقد لم يكن العقد ليتم بدونه، عملاً بقاعدة (تصحيح العقود قدر الامكان)، وعبء الاثبات يقع على عاتق من يتمسك بصحة الباقي. ومن الامثلة على انتقاص العقد ايضاً تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها الى ٧% وهو الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية، وتخفيض مدة الشيوع المتفق على البقاء فيها الى خمس سنوات، وهو الحد الاقصى للشيوع الاجباري.(المادة١٣٩ق.م.ع).

٢- تحول العقد: ص١٢٦

telegram:@mbems

وتقرر هذه المادة قبول الحكم الذي اسسته (نظرية تحول العقد) ومفادها ان العقد إذا وقع باطلاً ولكن توافرت فيه عناصر عقد اخر، فانه يتحول الى هذا العقد الاخر إذا تبين من الظروف ان نية العاقدين كانت ستنصرف الى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصداه، وبعبارة اخرى

ينقلب عقداً صحيحاً لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان، بل من نوع العقد الذي توافرت عناصره(المادة١٤٠ق.م.ع)

ويشترط لتحول العقد ثلاثة شروط:

١- ان يكون **العقد باطلاً**.

٢- ان تتوافر **فيه عناصر العقد الجديد** الذي يقوم مقام الاصل.

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

ومن الامثلة على تحول العقد السند الرسمي الذي يفقد صفة الرسمية (لعدم اختصاص الكاتب العدل مثلاً) يتحول الى سند عادي ما دام موقعاً من قبل الطرفين، والبيع بثمن تافه يتحول الى هبة إذا كان قد انصب على منقول جرى تسليمه.

telegram:@mbems

المحاضرة الثانية والعشرون

آثار العقد: ص١٢٩

اذا نشأ العقد صحيحاً ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ ولا غير لازم اصبحت له القوة الملزمة، وامكن اجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه.

آثر العقد من حيث الاشخاص: ص١٢٩

الاصل ان أثر **العقد لا يسري الا في حق المتعاقدين**، ولكن قد يسري الاثر في حق غيرهما **استثناءً**.

((أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين)): ص١٢٩

ان تعبير ((المتعاقدين)) يشمل بالإضافة إلى المتعاقدين نفسيهما، الخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين العاديين، حيث ان اثر العقد يسري في حقهم، وكما يلي:

اولاً/ الخلف العام: ص١٣٠

هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها؛ كالثلث، والربع، والنصف، وهذا يشمل الوارث، والموصى لهُ بجزء شائع؛ كالثلث، والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى احكام الميراث والوصية، وبناءً على ذلك فمن الطبيعي ان يتأثر الخلف العام بالعقود التي ابرمها سلفه؛ فاذا باع شخص شيئاً ولم يقبض ثمنه ثم مات، فان حقه في المطالبة بالثمن ينتقل الى الورثة، والى الموصى لهُ بجزء شائع من التركة.

ثانياً/ الخلف الخاص: ص١٣٢

الخلف الخاص هو **من يخلف غيره او يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات او حقاً عينياً على هذا الشيء**؛ فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً للواهب، والمرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن.

telegram:@mbems

مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه: ص١٣٢

يختلف الخلف الخاص عن الخلف العام في انه يخلف سلفه في شيء معين بالذات، في حين ان الخلف العام يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها، فمن الطبيعي اذًا ان لا يتأثر

الخلف الخاص بكل تصرفات سلفه، بل يتأثر بالتصرفات الصادرة من سلفه والتي تتعلق بالشيء الذي ينتقل اليه منه، كما يجب ان يكون التصرف صادراً من سلفه قبل انتقال الشيء اليه، مثال ذلك: اذا رهن شخص داره عند المصرف العقاري، ثم باعها؛ فالدار تنتقل الى المشتري وهي مرهونة.

شروط سريان تصرف السلف في حق الخلف الخاص: ص١٣٣

١- ان تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء.

٢- علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات .

الشرط الاول/ الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء: ص١٣٣

اولاً: الحقوق من مستلزمات الشيء: وهي الحقوق المكملة للشيء، وتكون كذلك إذا كانت:

١- تقوي الشيء او تدرأ عنه ضرراً.

٢- تزيد من قيمته ومنافعه.

امثلة توضيحية: ص١٣٤

- اذا أمن شخص على منزله من الحريق، ودفع اقساط التأمين لمدة سنة ثم باعه، فان حقه في الحصول على مبلغ التأمين اذا احترق المنزل ينتقل الى المشتري؛ وذلك لان من شأن هذا الحق ان يدرأ ضرراً عن المنزل، هذا مالم تكن شخصية المؤمن لهُ محل اعتبار في عقد التأمين.
- اذا اشترى شخص متجراً واشترط على البائع عدم فتح متجر أخر لمنافسته، ثم قام المشتري ببيع المتجر لمشتري ثاني، فان الحق في عدم المنافسة ينتقل الى المشتري الثاني؛ ذلك لان من شأن هذا الحق ان يدرأ ضرراً عن المتجر وان يزيد من قيمته ومنافعه.
  - وبالمقابل فاذا كانت الحقوق غير مكملة للشيء فأنها لا تنتقل الى الخلف الخاص.

ثانياً: الالتزامات من مستلزمات الشيء: وهي الالتزامات المحددة للشيء، وتكون كذلك إذا كانت:

١- تحدد استعمال السلف لملكه على نحو معين.

٢- تغل يد السلف عن استعمال بعض حقوق ملكه.

امثلة توضيحية:

telegram:@mbems

حالة التزام السلف باستعمال ملكه على نحو معين: ص١٣٥

فاذا اشترى شخص قطعة ارض، واشترط عليه البائع ان لا يبني نوعاً معيناً من البناء كمقهى او ملهى على هذه القطعة من الارض، ثم باع المشتري الاول قطعة الارض الى مشتري ثاني، فان التزامه بالبناء على النحو المتفق عليه، او بعدم بناء مقهى او ملهى مثلاً ينتقل الى المشتري الثاني.

٢.التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق الملك: ص١٣٦

مثاله اذا قسم شخص عقاراته على اولاده في اثناء حياته، وكان احد هذه العقارات يتمتع بحق الشرب على عقار مجاور، وقد اشترط الاب في وصيته على الولد الذي كان العقار المثقل بحق الشرب من نصيبه؛ ان يسمح لإخوته بأخذ الماء من العقار المجاور الذي له عليه حق الشرب فلما مات الاب، باع الولد صاحب حق الشرب العقار، ولم يشترط على المشتري ان يسمح لإخوته بأخذ الماء. ان في هذه الحالة يأمر القضاء بسريان أثر الشرط الذي اشترطه الاب في وصيته على المشتري والزامه بالسماح لإخوة البائع بأخذ الماء، وكان ذلك استناداً لقاعدة

" ان الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك " او " فاقد الشيء لا يعطيه"

- **وبالمقابل فان الالتزامات غير المحددة الشيء لا تنتقل الى الخلف الخاص.**

الشرط الثاني/ علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات: ص١٣٧

اذا كان **الشرط الاول** في انتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص؛ ان تكون من مستلزمات الشيء، **فأن الشرط الثاني** لانتقالها هو علم الخلف الخاص بتلك الحقوق والالتزامات، وهذا الشرط لا أهمية له الا بالنسبة لانتقال الالتزام؛ والسبب في ذلك: **هو ان الالتزام لا ينشأ في ذمة الانسان الا بإرادته او بنص القانون**، وما دمنا بصدد التصرفات القولية، أي الالتزامات التي مصدرها الإرادة، فلا بد من علم الخلف الخاص بالالتزامات لانتقالها اليه.

أما بالنسبة لانتقال الحقوق فعلم الخلف الخاص بها لا أهمية له، اي ان الحقوق تنتقل إليه حتى مع عدم علمه، والسبب هو؛ ان القانون انما اشترط هذا الشرط حماية لمصلحة الخلف الخاص، وانتقال الحقوق اليه بدون علمه لا يمس هذه الحماية.

والملاحظ هنا/ اشتراط العلم اليقيني، ولا يكفي مجرد استطاعة العلم، ويعتبر تسجيل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري بحكم العلم الكافي.

telegram:@mbems

المحاضرة الثالث والعشرون

((اثر العقد بالنسبة لغير العاقدين)): وهم من لا يسري اثر العقد بحقهم، وهم فريقين: ص١٣٨

الفريق الأول: الخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين العاديين في الحالات الاستثنائية.

سؤال: كيف يعتبر الخلف العام والخلف الخاص من غير العاقدين وقد مر بنا سابقا إنهم في معنى العاقدين؟

جواب: لا تسري اثر العقود التي يبرمها الإنسان في حق خلفه ودائنه استثناءً في حالات يغلب فيها سوء النية والقصد السيئ وهذا جزاء من الشارع، فالقصد السيئ يرد على صاحبه، وان القصد السيئ هنا هو الإضرار بالخلف والدائنين، أما عن كيفية الإضرار بهم فإنها تختلف بالنسبة لكل فريق وعلى النحو الآتي:

اولاً/ الخلف العام: بالنسبة للخلف العام فان الأموال التي تنتقل إليه من سلفه (المورث) تتم عن طريق الموت، وعليه فان التصرفات التي يقصد بها السلف (المورث) الإضرار بخلفه (الوارث) هي تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، **وهذا ما يحصل في حالتين:**

الحالة الاولى/ الوصية، فإذا أراد الإنسان الإضرار عمد إلى الإيصاء بكل ماله إلى شخص ما، فإذا لم يعترض الورثة نفذت الوصية؛ لرضاهم بها، اما لو طعن احد الورثة بهذه الوصية، فإن القاضي لا يبطلها وانما ينقصها إلى الحد المسموح به؛ اي يجيزها في حدود الثلث، وما زاد يعاد توزيعه للورثة.

الحالة الثانية/ مرض الموت: ويأخذ حكم الوصية كل تصرف يجريه السلف إذا كان في مرض الموت كالهبة، والوقف، والكفالة، والإبراء، والبيع، إذا كان فيه محاباة، فتوقع المشرع ذلك وأراد حماية الخلف العام؛ فلم يجيز إن يكون التصرف بأكثر من الثلث، وان زاد فان هذه الزيادة لا تؤثر على الخلف العام، أي إن اثر العقد لا يسري عليهم فيما زاد عن الثلث؛ لاعتبارهم من الغير.

telegram:@mbems

ثانياً/ الخلف الخاص: إن الخلف الخاص إنما يخلف سلفه في شيء معين بالذات (كالمشتري، والموهوب له) فان الإضرار يكون عن طريق تصرف السلف (البائع مثلا) بالعين المعينة لأكثر من شخص، ولكن ينبغي التفرقة بين صورتين من التصرف وكما يلي:

الصورة الاولى/ إن يرد التصرف على ملكية العين في الحالتين (كان يبيع أو يهب العين مرتين) فيكون الحكم كما يلي:

(١) إذا تفاوت تاريخ تصرف الأول عن التصرف الثاني: فان الأول يكتسب حق ملكيتها ولا يتأثر بالعقد اللاحق، حيث يعتبر من انتقلت إليه العين أولا مالكا لها، وهو من الغير بالنسبة للتصرف الثاني فلا يتأثر به.

(٢) إذا تساوى العقدان في التاريخ: فُضل الخلف (المشتري أو الموهوب له) الذي تسلم الشيء، واعتبر العقد الآخر غير نافذ في حقه لاعتباره من الغير، أما إذا لم يتسلم احدهما الشيء؛ تساوى الخلفان في قوة سببهما، ولا يفضل احدهما على الآخر وعندئذ يرجعان على السلف بالتعويض.

الصورة الثانية/ أن ينشأ التصرف الأول حقا للعين المنتقلة إلى الخلف (كالتامين)، أو التزاما عليها (كالرهن)، وينقل التصرف الثاني ملكيتها، في هذه الصورة يجب توفر شرطين لانتقال هذه الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص وهما (وكما مر بنا سابقاً):

(١) إن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء.

(٢) علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات.

فإذا لم يتوفر احد هذين الشرطين فلا يسري العقد في حق الخلف الخاص باعتباره من الغير.

ثالثاً/ الدائنون العاديون: إن الدائن يخلف سلفه في حق شخصي، والذي يضمن لهذا الدائن الحصول على حقه هو العناصر الموجبة من الذمة المالية، وان الطريقة التي يستطيع بها المدين الإضرار بالدائن هي إخراج هذه العناصر الموجبة، وإدخال العناصر السالبة، أي يفقر نفسه عمدًا حتى لا يستطيع الدائن الحصول على حقه؛ كأن يقوم المدين بهبة أمواله، أو يبيعها بثمن بخس مثلا، ففي هذه الحالة لا تعتبر العقود التي ابرمها المدين بقصد الإضرار بدائنيه نافذة في حقهم، ويستطيع الدائن إن يقيم دعوى تسمى (**دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه**) وهنا يكون هذا الدائن بحكم الغير من العقود فلا يتأثر. ص١٤٠

الفريق الثاني: الغير، الأجنبي تماما عن العقد. ص١٤٠

سؤال: من هو الأجنبي تماما عن العقد، وما حكم العقد بالنسبة له، وهل هناك استثناءات، وهل هذه الاستثناءات حقيقية؟

جواب: الأجنبي عن العقد: هو من لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفاً ولا دائنا لأحد طرفي العقد.

أما بالنسبة لحكم العقد أو أثره عليه: فلا يسري العقد في حقه؛ والسبب هو انه لا يستفيد منه، ولا يضار به، فلا يكسب حقا، ولا يلتزم بالتزام، مثال على ذلك/ (فيما إذا تصالح احد ورثة الدائن مع المدين، فالصلح لا يسري في حق الورثة الآخرين، ويعتبرون هم أجانب بالنسبة للصلح).

أما عن الاستثناءات: فيمكن القول: إن قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير تعتبر قاعدة غير مطلقة، إذ ترد عليها بعض الاستثناءات ترجع **لبعض الاعتبارات** وكما يلي:

١. **اعتبارات العدالة :** حيث تقضي بان يكون للغير الذي هو أجنبي تماما عن العقد دعوى مباشرة ضد احد المتعاقدين، وهي دعوى احد المتعاقدين ضد الآخر مثال على ذلك/ ما يقضي به القانون من إن للمقاول من الباطن والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول في تنفيذ العمل، لهم مطالبة رب العمل بما في ذمة المقاول الاول، مع إن رب العمل لم يكن طرفا في العقد المبرم بين المقاول من الباطن والمقاول الأول، ولا في العقد المبرم بين المقاول الذي تعاقد معه وبين العمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول، مع ذلك فأن لهؤلاء دعوى مباشرة ضد رب العمل وهي نفس دعواهم ضد المقاول الأول.

٢. **اعتبارات تقضي بضرورة استقرار المعاملات:** مثال على ذلك/ الوفاء للدائن الظاهر حيث يكون صحيحا إذا تم بحسن نية.

٣. **هناك اعتبارات أخرى:** منها ما **يقضي بها القانون التجاري** في حالة (إفلاس التاجر من انه إذا اتفقت أغلبية من الدائنين تملك نسبة معينة من الديون على الصلح مع المدين المفلس؛ فان هذا الاتفاق يلزم الأقلية التي لم ترض بهذا الصلح ولم تكن طرفا فيه).

أما بالنسبة للاستثناءات (١،٢،٣) أعلاه **هل هي حقيقية أم لا؟ فالجواب هو:** إن هذه الاستثناءات ظاهرية أكثر من كونها حقيقية؛ والسبب هو إن الأثر الذي انصرف إلى الغير لم يكن الأثر الذي قصده المتعاقدان عند التعاقد بل قضى به القانون لاعتبارات مختلفة لا دخل لإرادة المتعاقدان في انصرافه إلى الغير.

telegram:@mbems

المحاضرة الرابعة والعشرون

(التعهد عن الغير) و (الاشتراط لمصلحة الغير) ص١٤٢

في بداية هذا البحث يمكن ان نسأل السؤال الآتي/ هل في استطاعة شخصين يبرمان عقدا إن يجعلان اثر هذا العقد يسري في حق شخص ثالث أجنبي تماما عن العقد؟

للإجابة على هذا السؤال يجب **التمييز بين الالتزامات، والحقوق** التي ينشئها العقد، فإذا انشأ العقد التزاما في ذمة شخص ثالث أجنبي عن العقد سمي ذلك (**التعهد عن الغير**)، أما إذا انشأ العقد حقا للغير سمي (**الاشتراط لمصلحة الغير**) وعليه لابد من ان نبحث كل موضوع بشكل مستقل، وكما يلي:

الموضوع الأول/ التعهد عن الغير

التعهد عن الغير: هو إن يتعهد شخص نحو آخر بان يجعل شخصا ثالثا يقبل القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وإلا عوضه عن ذلك، مثال ذلك/ (الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ويتعهد لمن تعاقد معه بان يجعل الموكل يقر العقد) وأيضا (الشخص الذي يبيع داره ويتعهد للمشتري بان يجعل جاره يقبل قطع اشجار بيته لسبب ما).

شروط التعهد عن الغير: ص١٤٣

١. إن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه.
٢. إن يقصد المتعهد إلزام نفسه لا إلزام الغير.
٣. إن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام بوسيلة. أي انه يلتزم بحمل الغير على إقرار التعهد لا على بذل عناية للحصول على هذا الإقرار.

حكم التعهد عن الغير: ص١٤٣

telegram:@mbems

إن حكم التعهد عن الغير يختلف في **حالة إقرار الغير للتعهد** عنه في **حالة رفض الغير له** وكما يلي:

الحالة الاولى/ إقرار الغير للمتعهد: فإذا اقر الغير التعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد معه المتعهد وبين الغير.

سؤال/ إذا سلمنا بنشوء عقد جديد بين من تعاقد معه المتعهد وبين الغير؛ فأين هو الايجاب واين هو القبول في هذا العقد، وبما ذا يختلف العقد الجديد عن العقد السابق؟

الجواب/ إن الإيجاب في هذا العقد هو العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه، وأما القبول فهو إقرار الغير لهذا التعهد. اما عن الاختلاف فإن العقد الجديد يختلف عن العقد السابق من حيث:

١- **الأطراف:** حيث إن هناك طرف مشترك في العقد الجديد وهو **من تعاقد مع المتعهد**، أما الطرف الآخر مختلف، فهو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني.

٢- **الالتزام:** فمحل التزام المتعهد هو حمل الغير على إقرار التعهد وفي العقد الثاني فينشا التزام في ذمة الغير محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل ملكية شيء معين.

٣- **التاريخ:** حيث إن العقد الأول يتم عند التعهد او الاتفاق بين المتعهد ومن تعاقد معه، أما الثاني فيتم عند إقرار الغير للتعهد.

الحالة الثانية/ رفض الغير للتعهد: إذا رفض الغير التعهد فقد تحققت مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه ويجب عليه تعويضه، لا نه يكون قد اخل بالتزامه، لكن يستطيع المتعهد التخلص من مسؤوليته إذا اثبت إن عدم إقرار الغير للتعهد كان راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ويعتبر موت الغير، او إيقاع الحجر عليه سببا أجنبيا يعفي المتعهد من التزامه.

الموضوع الثاني/ الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير: هو ان يبرم شخصان عقدا ويشترط احدهما فيه على الآخر حقا لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة، فلا يمر هذا الحق في ذمة المشترط. ص١٤٥

للتوضيح أكثر/ إن الاشتراط في هذه الحالة تصرف قانوني يتم بين شخصين، ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص، **وهم العاقدان**: حيث يقال لأحدهما (**المشترط**) وهو الذي اشترط الحق، والآخر يقال له (**المتعهد**) وهو الذي يلتزم بإعطاء الحق، **والثالث** يقال له (**المنتفع**) وهو الذي اشترط له الحق.

telegram:@mhamo

تطبيقات ذلك/ هناك تطبيقات منها عقود التامين، والامتياز، والنقل، والهبة بشرط، فعلى سبيل المثال/ **في حالة التامين**؛ فالشخص الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته واولاده؛ إنما يشترط باسمه عقدًا يبرمه لمصلحة أشخاص أجانب عن العقد، فيكسب هؤلاء حقا مباشرًا عن عقد التامين، دون ان يكونوا طرفًا فيه.

وفي حالة الهبة المقترنة بشرط؛ إذا وهب شخص مبلغًا من المال لجمعية خيرية، واشترط عليها بناء مستشفى يعالج فيها الناس مجانا، فالناس اكتسبوا حقا مباشرًا من عقد الهبة، مع انهم ليسوا طرف فيه.

شروط الاشتراط لمصلحة الغير: ص١٤٦

١- إن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع.

٢- إن يشترط حقا مباشرا للمنتفع.

٣- ان تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزام، وهذه المصلحة قد تكون مادية او أدبية.

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير: ص١٤٧

١- **العلاقة بين المشترط والمتعهد:** ويحكم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما.

٢- **العلاقة بين المشترط والمنتفع:** لا تظهر هذه العلاقة؛ لان المنتفع لم يكن طرفا في هذا العقد، لأنه كان مبرما بين المشترط والمتعهد، وان سبب اشتراط المشترط هذا الحق لصالح المنتفع، أما على سبيل (المعاوضة) أو (التبرع).

٣- **العلاقة بين المتعهد والمنتفع:** وهي من أهم العلاقات لان فيها يظهر بوضوح الخروج على قاعدة (عدم انصراف اثر العقد إلى غير المتعاقدين).

telegram:@mhems

القواعد التي تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع: ص١٤٧

القاعدة الاولى/ إن المنتفع يكتسب الحق مباشرة عن العقد: ويترتب على ذلك ما يلي:

١- يستطيع المتعهد إن يدفع تجاه المنتفع بالدفوع التي يستطيع إن يدفع بها تجاه المشترط، كبطلان العقد وعدم تنفيذ المشترط لالتزامه ووجود عيب في رضاء المتعهد...الخ.

٢- يثبت حق المنتفع من تاريخ إبرام العقد بين المشترط والمتعهد لا من حيث إظهار رغبة المنتفع في الاستفادة من الاشتراط؛ وهذا يعني انه إذا فقد المشترط أهليته بعد إبرام العقد فان هذا لا يمنع المنتفع من إعلان رغبته والاستفادة من الحق.
٣- يحدد العقد المبرم بين المشترط والمتعهد مدى حق المنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه.

القاعدة الثانية/ إن الحق المنتفع لا يمر في ذمة المشترط: ويترتب على ذلك ما يلي: ص١٤٨

١- لا يدخل حق المنتفع في الضمان المالي لدائني المشترط الذي هو ذمة مالية، فلا يمكن للدائنين الحجز عليه .

٢- لا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الإرث، فلا يدخل هذا الحق في تركة المشترط؛ وهذا يعني إن دائني المشترط لا يستطيعون إن يدخلوا حق المنتفع في تركة المشترط تطبيقا لقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، مثال ذلك/ لو امن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم مات، فان الأولاد لا يتلقون الحق عن طريق الميراث، بل هو حقهم المباشر تجاه شركة التامين فيأخذون الحق خالص لهم ولا يدفعون شيئا للوفاء بدين أبيهم، ويقسم الحق بينهم بالتساوي لا بحسب حصصهم الارثية.

القاعدة الثالثة/ إن المنتفع ليس طرفا في العقد الذي يستمد منه الحق: ويترتب على ذلك ما يلي:

١- يجب على المنتفع إن يظهر رغبته في الاستفادة من الحق؛ وذلك حتى لا يثبت له حق دون رضاه، وإذا كان المنتفع غير معين كالاشتراط لمصلحة الجمهور أو الطلبة فهنا لا حاجة لإظهار الرغبة. وإذا رفض المنتفع الحق انصرف ذلك الحق إلى المشترط من تاريخ الرفض إذا كان المشترط حيا والى ورثته من تاريخ الوفاة إذا توفى.

٢- بما إن المنتفع ليس طرفا في العقد الذي يستمد منه الحق فان حقه هذا يكون قابلا للنقض قبل إن يعلن رغبته في الاستفادة منه، وعليه فان هذا الحق لا يكون قابلا للنقض إذا توفي المشترط.

telegram:@mbems

المحاضرة الخامسة والعشرون

اثر العقد:

تعلمنا مما سبق ان المتعاقدان لا يلزمان إلا بما تضمنه العقد المبرم بينهما من التزامات، ولا يكون لهما من الحقوق اكثر مما يحتملهُ ذلك العقد، ولمعرفة هذه الحقوق والالتزامات لابد من تفسير العقد، وعليه لا بد من البحث في مضمون العقد، ومن ثم البحث في نطاقه.

ص١٥٢

الموضوع الاول/ تحديد مضمون العقد

سؤال/ كيف يفسر القاضي العقد، وما هي القواعد التي يستند عليها؟

جواب/ أول ما يبدأ به القاضي عند تفسير العقد هو محاولة تحديد مضمونه، ويكون ذلك عن طريق **البحث عن إرادة المتعاقدين**. فهو في بداية الأمر يبحث عن الإرادة الظاهرة من خلال العبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد، فإذا أعسر عليه تحديدها يلجا إلى البحث عن الإرادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من الألفاظ التي استعملاها في إنشاء العقد، أو بعبارة أخرى إن القاضي يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

القواعد العامة التي يستند إليها في تفسير العقد:

هناك احد عشر قاعدة فقهية لتفسير العقد، سنحاول بيانها تباعًا: ص١٥٣

القاعدة الاولى/ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:

ومعنى هذه القاعدة إن الأحكام الشرعية إنما تترتب على ما قصد المتعاقدان إيجاده في العقد لا على مطلق المعاني التي تفيدها الألفاظ التي استعملاها في العقد، **مثال ذلك/** إن حكم الرهن هو الذي يطبق في بيع الوفاء، وهو البيع بشرط إن البائع إذا رد الثمن استرد المبيع، فالعقد هنا وان تم بلفظ البيع إلا انه في الحقيقة رهن. وهذه القاعدة تتضمن نظرية تحول العقد. ويكمل هذه القاعد قاعدتان هما: **(الأصل في الكلام الحقيقة) ولكن (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز).**

القاعدة الثانية/ تترك الحقيقة بدلالة العادة: ص١٥٤

إن العادة هي ما اعتاد عليه الناس واستقر بينهم، والعادة يرجع إليها في التعرف على معاني الألفاظ المستعملة، وقد يكون المعنى الحقيقي مهجورا بحكم العادة، وعندئذ يصار إلى المعنى المجازي.

مثال ذلك/ مسألة تعليق الإقرار؛ فالإقرار المعلق على شرط باطل؛ لان الإقرار إخبار، والإخبار لا يقبل التعليق، فإذا قال شخص لآخر: (إذا جاء ابي فأنا مدين لك بكذا) كان هذا الاقرار باطلاً؛ لأنه معلق على اجل قد لا يتحقق، وهذه القاعدة يجري عليها الاستثناء، في حالة تعليق الاقرار بزمن صالح لحلول الاجل في عرف الناس، فالإقرار يكون صحيحًا، ويعامل معاملة الاقرار بدين مؤجل، كما لو قال له: (إذا حل الشهر الفلاني فأنا مدين لك بكذا)، وحكم الاقرار المعلق على الموت كحكم الاقرار المعلق بزمن صالح لحلول الاجل، مثال ذلك إذا قال شخص: (إذا متُ فإني مدين لفلان بكذا) فيكون هذا الاقرار صحيحًا، ويثبت به الدين بذمة المقر، ويلزم به حال حياته، ويخرج من تركته حال مماته.

القاعدة الثالثة/ لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح: ص١٥٤

ومعنى هذا إن التعبير الصريح أقوى من التعبير الضمني، **مثال ذلك/** إذا عرض شخص بضاعة لسوم نظر المشترين، فالعرض على هذا النحو يتضمن الإذن بأخذ الشيء للنظر في شرائه، فإذا اخذ شخص شيئا من هذه البضاعة بقصد النظر قبل الشراء، فان يده عليها تكون يد أمانة؛ لأنه يعتبر قد أخذها بإذن صحبها، فإذا سقطت من يده، وتلفت بدون تعدٍ ولا تقصير؛ فانه لا يكون ضامنا.

ولكن إذا نهى صاحب البضاعة عن خذ شيء، وأخذه فانه يعتبر قد اخذ ذلك الشيء دون أذن صاحبه فتكون يده عليه يد ضمانة، فإذا سقط من يده وتلف ولو بدون تعدٍ ولا تقصير، فانه يكون ضامنًا؛ والسبب في ذلك هو إن الإذن دلالة، أي الإذن الضمني قد سقط بالنهي الصريح المعارض له.

والسؤال هنا/ ما حكم التصريح بعد الدلالة إذا كان مخالفًا لها؟

الجواب/ لا أثر له، مثال ذلك/ إذا باع شخص مال آخر فضولاً (بيع الفضولي)، فان هذا البيع يكون موقوفًا على اجازة المالك، والاجازة إما تكون صراحة او دلالة (اي ضمنية)، فلو طلب المالك الثمن عند علمه بالبيع، او قبضه، فانه يكون قد اجاز البيع دلالة، فإذا اراد بعد ذلك نقض البيع فليس له ذلك، ويبقى البيع صحيحًا.

telegram:@mhems

القاعدة الرابعة/ أعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل: ص١٥٥

معنى هذه القاعدة إن الكلام، أي اللفظ يجب حمله على المعنى المراد منه، سواء كان المعنى حقيقي أم مجازي، **مثال ذلك/** إذا امن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم توفى، فينظر **إذا كان له أولاد من صلبه،** فان مبلغ التامين يذهب لهم ونكون قد طبقنا المعنى الحقيقي لعبارات وألفاظ العقد، **أما إذا لم يكن له أولاد من صلبه بل كان له أولاد الأولاد (أحفاد)** فهم الذين يستحقون مبلغ التامين؛ لأنه يمكن حمل الكلام عليهم مجازا، ونكون قد أعملنا الكلام ولم نهمله.

المحاضرة السادسة والعشرون

القاعدة الخامسة/ المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة: ص١٥٦

والأصل في هذا إن اللفظ إذا أطلق ولم يقيد بشيء، فانه يجري على إطلاقه، أما إذا قيد فيجب الالتزام بذلك، والتقييد والإطلاق كما يلي:

مثال الإطلاق/ كأن يوقف شخص أرضًا معينة ويتضمن عقد الوقف عبارة: **(إني أوقف هذه الأرض وقفا خيريًا على إن يصرف ريعها على الفقراء)** إن عبارة الفقراء هنا جاءت مطلقة، ولم تحدد شخص بعينه، فان صرف ريع الأرض يكون صحيحا إذا أعطيَ لأي فقير.

مثال التقييد/ التقيد أما أن يكون صريحًا أو ضمنيًا (دلالة)، **ومثال التقييد الصريح** في مثال الوقف السابق إذا كانت العبارة تنص على **(إني أوقف هذه الأرض وقفًا خيريًا على إن يصرف ريعها على فقراء عشيرتي)** فان صرف أموال الريع يكون قد حدد، وخصص، وقيد بشريحة معينة وهي قبيلة الواقف. **ومثال التقييد الضمني (الدلالة)** إن يوكل شخص شخصًا آخرًا في أوائل الشتاء بشراء مدفأة، فانه يكون قد وكله بشراء مدفأة لفصل الشتاء الذين هم مقبلون عليه، فإذا اشتراها بعد ذلك فلا يكون الشراء نافذًا في حق الموكل.

القاعدة السادسة/ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر: ص١٥٦

تتعلق هذه القاعدة بتعيين محل العقد بذكر أوصافه المميزة له عن غيره، فإذا وصف الشيء محل العقد ولم يكن حاضرًا في مجلس العقد ثم تبين انه غير متصف بالأوصاف التي وصف بها، فالعقد يكون موقوفًا بالنسبة للمتعاقد الآخر، ويكون هذا المتعاقد بالخيار بين إجازة العقد ونقضه، أما إذا وصف الشيء وكان حاضرا في مجلس العقد وتعين بالإشارة والوصف، وكان الوصف مغايرًا للحقيقة، فلا عبرة للوصف، والعبرة للحقيقة **مثال ذلك/** لو قال شخص لآخر (بعتك هذا الفص

telegram:@mbems

الأحمر) وكان الفص اصفرًا، وهو يراه فلا عبرة لقوله (احمر) ولا يكون العقد موقوفا بالنسبة للمشتري، ولا يكون له الخيار.

القاعدة السابعة/ السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق: ص١٧٥

ومعنى هذا إن المجيب عن سؤال بالتصديق يعتبر بحكم المتكلم به. **مثال ذلك/** انه إذا ادعى شخص على آخر بمبلغ من المال، وفي أثناء المحاكمة سال القاضي المدعى عليه بقوله: (إن المدعي يقول إن عليك كذا فماذا تقول ؟) فأجاب المدعى عليه بقوله: (نعم) فان المدعى عليه يعد قد اقر بالمدعى به فيكون كما لو قال: (نعم إن له علي كذا).

القاعدة الثامنة/ (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)و(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) و(المعروف بين التجار كالمشروط بينهم): ص١٧٥

معنى هذه القواعد إن ما جرى عليه الناس، والتجار، وأصبحوا يراعونه في معاملاتهم من غير إن ينصوا عليه، يعتبر في نظر الشارع كالشرط المنصوص عليه صراحة، ويكون وجوده في المعقود عليه من لوازمه، إلا إذا نص المتعاقدان صراحة على خلاف ذلك، **ومثاله/** إذا أعطى شخص قماشًا إلى خياط ليخيط له بدلة، فان ما يحتاجه الخياط من خيوط، وأزرار، يكون على الخياط إلا إذا صرح المتعاقدان بخلاف ذلك.

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

ومعناها إن الأمور الممتنع وقوعها بحسب العادة، يعتبر وقوعها ممتنعا بحسب الشرع، والقانون أيضا، أي بحكم المستحيل، **مثال ذلك/** إذا ما اقر شخص بدين عليه لآخر، ثم ادعى انه كان كاذبًا في إقراره، فلا تسمع دعواه بالكذب (أي بأنه كاذب) وسبب ذلك هو إن إقرار الإنسان بالكذب على نفسه ممتنع بحسب العادة.

القاعدة التاسعة/ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر: ص١٥٨

هذا يعني إن الشروط التي يجب إن تتوفر في العادة كي يمكن اعتبارها محكمة، هي إن تكون معروفة وجارية في جميع الأوقات، أي غالبة شائعة، **مثال ذلك/** إن المفقود إذا بلغ تسعين سنة من عمره فانه يحكم بوفاته، فالغالب الشائع بين الناس إن لا يعيش الإنسان أكثر من ذلك.

telegram:@mbems

القاعدة العاشرة/ يفسر الشك في مصلحة المدين: ص١٥٨

ومعنى ذلك إن القاضي إذا لم يستطيع إن يزيل الغموض الذي يشوب عبارات العقد فانه يفسره لمصلحة المدين، ويقوم ذلك على أساس إن النية المعقولة للمدين، هي إن يلتزم إلى أضيق نطاق تحتمله عبارات العقد، **مثال ذلك/** إذا ادعى المشتري وجود عيب في المبيع وطلب رده بخيار العيب وأنكر البائع وجود العيب، عندئذ يعرض المبيع على أهل الخبرة لتقرير ما إذا كان هناك عيب كما يدعي المشتري، أم لا؛ فإذا اختلفوا من وجود العيب من عدمه، فلا يجاب طلب المشتري، ذلك إن كون الشيء غير معيب هو الأصل والعيب طارئ، ولما كان الأصل **بقاء ما كان على ما كان**؛ فيحكم ببقاء الأصل، وهو عدم وجود العيب حتى يقام الدليل على خلاف ذلك، وهكذا نكون قد فسرنا الشك لمصلحة المدين الذي هو (البائع). وخرج المشرع عن هذه القاعدة في عقود الإذعان.

القاعدة الحادية عشر/ عبارات العقد يفسر بعضها بعضا: ص١٥٩

وهذا يعني إن (الخاص يقيد العام) فالعقد يجب إن ينظر إليه ككل لا يتجزأ، فلا يجوز التمسك بعبارة من عبارات العقد، وترتيب الأحكام عليها، وترك باقي عباراته، **مثال ذلك/** إذا قال شخص لآخر: (أبيعك أثاث منزلي) ثم أضاف (ما عدا المفروشات) فان عبارة الأثاث هي عبارة عامة تشمل جميع الأثاث، ولكن لا يستطيع المشتري إن يتمسك بالعبارة الأولى ويطلب شمول المفروشات بالبيع؛ ذلك لان العبارة الثانية فسرت معنى الأثاث المشمول بالعقد باستثناء المفروشات.

الموضوع الثاني/ تحديد نطاق العقد

سؤال/ ما هي الكيفية التي ينفذ بها العقد، وما هي مستلزماته؟ ص١٥٩

ج : فيما يخص **كيفية تنفيذ العقد**؛ فانه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، اما بخصوص العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد **ما يعتبر من مستلزمات العقد** فهي (القانون، العرف، العدالة، طبيعة الالتزام).

١- **القانون:** المقصود في القانون هنا هو النصوص القانونية المكملة والمفسرة، فالقانون ينص في كل عقد على امور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها لينشأ العقد صحيح كالمبيع، والثمن، في عقد

telegram:@mhems

البيع، حيث ان العقد لا يقوم الا بالاتفاق عليها. ومن جانب اخر فان هناك امور ثانوية اجاز القانون بموجبها قيام العقد دون ان ينص عليها المتعاقدان، حيث ان النصوص القانونية المكملة والمفسرة تأتي لتكمل ارادتيهما وتحدد نطاق العقد، **مثال ذلك/** كما لو لم ينص المتعاقدان على نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن.

٢- **العرف:** حيث يدخل العرف غالبا ليحدد نطاق العقد، وما يعتبر من مستلزماته استنادا الى القاعدة القائلة (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) حيث ان الشروط المألوفة هي الشروط التي جرى العرف على اعتبارها من العقد ومعلومة من المتعاقدين، ولو لم ينص عليها صراحة في العقود. **مثال ذلك/** ما تعارف عليه اصحاب مهنة الدلالة (**السمسرة**) من ان اتعابهم يتحملها احد طرفي العقد الذي توسطوا فيه، فهذا يثبت ولو لم ينص عليه العقد ويعود السبب الى تعارفهم على ذلك.

٣- **العدالة:** ان القاضي يسترشد بمبادئ العدالة كي يحدد ما يعتبر من مستلزمات العقد، حيث ان الكثير من الامور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون، **مثال ذلك/** التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في العين المبيعة، وكذلك التاجر الذي يبيع متجره يجب عليه ان لا ينافس المشتري بفتح متجر اخر قريب من المتجر الذي باعه.

٤- **طبيعة الالتزام:** ان طبيعة الالتزام تحدد في الغالب ما يعتبر من مستلزمات الشيء، **مثال ذلك/** اذا باع شخص عقارا فعليه ان يسلم المشتري مفاتيح كل الابواب الموجودة في العقار، وكذلك اذا باع شخص سيارة فان عليه ان يسلم للمشتري الادوات اللازمة لتشغيلها مع المستمسكات المتعلقة بها.

telegram:@mbems

المحاضرة السابعة والعشرون

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه

(العقد شريعة المتعاقدين)

سؤال/ ما هي الالتزامات المفروضة على كلا المتعاقدين؟ ص١٦١

الجواب/ اذا انتهى القاضي من تفسير العقد وتحديد مضمونه فيجب على المتعاقدين ما يلي:

١- تنفيذ الالتزام بحسن نية وبصورة تتفق مع ما توجبه الثقة بين الناس.

٢- لا يجوز لاحدهم الرجوع عن العقد، او تعديله الا بمقتضى نص قانوني، او بالتراضي بينهما.

٣- يجب ان يتعاون كلا المتعاقدين في تنفيذ الالتزام، ولا يتعسف احد منهم في استعمال حقه.

سؤال/ هل خرج المشرع في القانون المدني عن القاعدة القائلة (العقد شريعة المتعاقدين)؟

الجواب/ نعم، ان القانون المدني خرج عن هذه القاعدة مرتين، وكما يلي: ص١٦١

الخروج الاول/ في عقود الإذعان: وهي العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل فيها المناقشة، حيث يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني، أو فعلي، وتكون المنافسة محدودة (كعقد النقل بالسكك الحديد، الطيران، والبواخر، وعقد الاشتراك بالماء، والكهرباء)، وهنا يمكن للقاضي ان يتدخل لحماية الطرف المذعَن بتعديل بنود العقد، اذا نص العقد على شروط تعسفية، كما للقاضي ان يفسر العقد لصالح الطرف المذعَن، دائنًا كان او مدينًا، خلافًا للقاعدة التي تقول (يفسر العقد لمصلحة المدين)، وكما مر سابقًا.

الخروج الثاني/ في حالة الظروف الطارئة: يتلخص مفهوم نظرية الظروف الطارئة في ان العقد اذا كان من العقود (**المستمرة التنفيذ، او الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلًا**) وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند ابرام العقد ادت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجودا عند ابرام العقد، اختلالًا خطيرًا، وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدد بخسارة فادحة تخرج

عن الحد المألوف في المعاملات، **فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه** كما ورد في العقد بل يُنَقَّص، او يخفض هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة.

الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة: ص١٦٢

١- ان يكون العقد من العقود المستمرة، او الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا.

٢- ان تطرأ في اثناء تنفيذ العقد ظروف او حوادث استثنائية عامة، ويقصد بصفة العموم هنا هو ان **لا تكون الحوادث خاصة بالمدين** كموته، او افلاسه، **مثال الظروف العامة:** قيام حرب او ثورة او فيضان...الخ.

٣- ان لا يكون من الممكن توقع هذه الظروف والحوادث عند ابرام العقد، كما يجب لكي يعتبر الحادث طارئا ان يكون مما لا يستطاع دفعه.

٤- ان تجعل هذه الظروف والحوادث من تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا.

الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة: ص١٦٣

الظروف الطارئة: ظروف لا يمكن توقعها، ولا دفعها، وتجعل الالتزام مرهقا ويبقى الالتزام ويخفف.

القوة القاهرة: قوة لا يمكن توقعها، ولا دفعها، وتجعل الالتزام مستحيلا، وينقضي الالتزام.

معيار الارهاق: ان معيار الارهاق هو معيار موضوعي، اي ينظر فيه الى الصفقة لا الى شخص المدين، ومقدار ثروته او امكانيته، **مثال ذلك/** اذا تعهد شخص بتوريد اطعمة، وكان عنده كميات كبيرة منها ثم ارتفعت الاسعار ارتفاعا فاحشا، لدرجة يكون فيها تنفيذ الالتزام مرهقا، فهنا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولا ينظر الى الكميات الكبيرة الموجودة عنده؛ وسبب ذلك هو انه لو لم يكن عنده هذه الكميات الكبيرة لاضطر الى شرائها من الاسواق بأسعار مرتفعة.

telegram: @mbems

سؤال/ ما حكم توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة؟ ص١٦٣

الجواب/ في حالة توفر الشروط الاربعة المشار اليها اعلاه، فللمحكمة ان ترفع الارهاق عن المدين بطريقتين، **اما بزيادة التزامات الدائن** عن طريق زيادة السعر مثلا، **او** بانقاص التزامات المدين عن طريق انقاص الكمية التي تعهد بتوريدها مثلا، كما في مثال عقد توريد الاطعمة.

telegram:@mbems

المحاضرة الثامنة والعشرون

المسؤولية التعاقدية ص١٦٤

المسؤولية التعاقدية: هي المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام مصدره العقد، فإذا **لم يقم المدين بتنفيذ التزامه** الذي أنشأه عليه العقد، ولم يمكن إجباره على تنفيذه، أو **إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا نتيجة خطئه**، وكذلك **إذا تأخر عن تنفيذ التزامه**؛ فانه يسأل عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة ذلك، وهي تقابل المسؤولية التقصيرية، التي تنشأ عن الاضرار بالغير.

أركان المسؤولية التعاقدية ثلاثة هي: ١- الخطأ ٢- الضرر ٣- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

ركن الخطأ في المسؤولية التعاقدية: يعتبر المدين مخطئا إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، وهذا ما يوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر، ويستوي في ذلك إن يكون عدم تنفيذ الالتزام ناتجًا عن **عمدٍ، أو إهمالٍ، أو تقصيرٍ**.

سؤال/ متى يُعد المدين انه لم يقم بتنفيذ التزامه؟

الجواب/ إن للجواب على هذا السؤال يجب التمييز بين أمرين هما:

الامر الاول/ الالتزام بتحقيق غاية (أي الالتزام بتحقيق نتيجة): بموجب هذا الالتزام يعتبر المدين مخلًا بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية التي التزم بتحقيقها، **مثال ذلك/** التزام البائع في عقد البيع هو تسليم المبيع إلى المشتري، فإذا لم يقم البائع بالتسليم اعتبر مخلا في تنفيذ التزامه، وتتحقق مسؤوليته التعاقدية،

الامر الثاني/ الالتزام ببذل عناية (أي الالتزام بوسيلة): وبموجبه يعتبر المدين قد اخل بالتزامه إذا لم يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه، **مثال ذلك/** التزام الطبيب بمعالجة المريض فإذا لم يبذل العناية اللازمة فانه يعتبر مخلا بتنفيذ التزامه، وتقوم عند ذلك المسؤولية العقدية، ويلزم بالتعويض. والملاحظ هنا إن العناية التي يجب على المدين إن يبذلها في تنفيذ التزامه هي **عناية الرجل المتوسط أو المعتاد**، فإذا بذل هذا المقدار؛ فانه يكون قد أوفى بالتزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

سؤال/ هل هناك درجات للخطأ؟

الجواب/ وفقًا لنظرية تدرج الخطأ فإن للخطأ العقدي **ثلاث درجات**:

١. **الخطأ الجسيم:** هو الخطأ الذي لا يرتكبه اشد الناس إهمالا وهو اقرب إلى العمد ويلحق به.

٢. **الخطأ اليسير:** وهو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس.

٣. **الخطأ التافه:** وهو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في أموره.

ووفقا لذلك فان العلماء يقسمون العقود إلى ثلاث طوائف وكما يلي: ص١٦٦

١- عقد يعقد **لمصلحة الدائن**، كالوديعة، وفيه يُسأل المدين عن خطئه الجسيم فقط.

٢- عقد يعقد **لمصلحة كلا المتعاقدين**، ويشمل عقود المعاوضة عامة، وفيه يُسأل المدين عن خطئه اليسير.

٣- عقد يعقد **لمصلحة المدين وحده**، كالعارية، وفيه يُسأل المدين عن خطئه التافه.

سؤال/ كيف يمكن إثبات خطأ المدين؟

الجواب/ إن إثبات خطأ المدين يخضع للقاعدة العامة في الإثبات والتي تفيد (إن البينة على من ادعى) ولما كان الدائن هو المدعي فعليه يقع عبء إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فإذا اثبت ذلك فالقانون يفترض خطأ المدين وهذا الافتراض غير قاطع، أي قابل لإثبات العكس، حيث إن المدين يستطيع إن يثبت إن عدم تنفيذه لالتزامه لا يعود لخطا منه بل **بسبب أجنبي لا يد له فيه**.

المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير: ص١٦٧

سؤال/ هل يسال الإنسان مسؤولية تعاقدية عن خطا غيره؟

الجواب/ نعم يُسأل، ويحدث ذلك **إذا استخدم المتعاقد أشخاص في تنفيذ التزامه**، **مثال ذلك/** المقاول الذي يستخدم عمالًا في إقامة البناء الذي التزمه بإقامته، حيث انه يكون مسؤولًا مسؤولية تعاقدية عن الضرر الذي يحدثه العمال.

telegram:@mbems

ركن الضرر في المسؤولية التعاقدية: ص١٦٧

تدور المسؤولية المدنية سواء كانت، عقدية أو تقصيرية ، وجوداً أو عدماً ، شدةً أو ضعفاً مع وجود الضرر، فلا مسؤولية حيث لا ضرر، ولا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر، فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن.

إثبات الضرر: يقع عبء إثبات الضرر على الدائن؛ لأنه هو الذي يدعيه، **ويستثنى من ذلك** حالة ما إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، ففي هذه الحالة أعفى القانون الدائن من إثبات الضرر؛ لان القانون هنا **يلزم المدين بدفع فوائد عن المدة التي تأخر فيها عن الدفع**، ويقال للفوائد في هذه الحالة (فوائد تأخيريه) بشرط إنذار المدين بالتأخير بشكل رسمي.

انواع الضرر: الضرر نوعين: مادي ومعنوي (ادبي) وهما كما يلي:

الضرر المادي: هو ذلك الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله، وجسمه، أو في عنصر من عناصر ذمته المالية. اما **الضرر الأدبي:** هو الضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره، وعاطفته.

مثال ذلك/ إذا تعاقد شخص مع طبيب عيون لإجراء عملية تصحيح بصره، فأهمل الطبيب في معالجته؛ مما أدى إلى فقد المريض لبصره، فالطبيب يكون قد احدث لهذا المريض ضرر مادي؛ وهو فقدان بصره ، بالإضافة إلى ذلك فانه قد احدث للمريض ضررًا أدبيًا يصيبه في شعوره، وعواطفه نتيجة لعدم تمكنه من الإبصار.

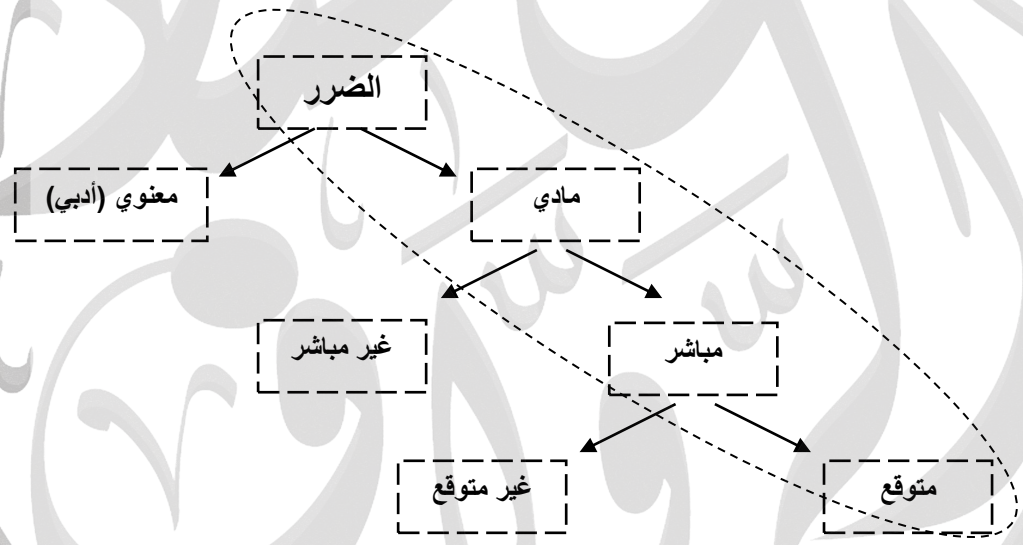
والملاحظ إن القانون المدني العراقي لم يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في ظل المسؤولية العقدية، لكنه اخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية.

سؤال/ ما هي تقسيمات الضرر المادي، وعن أي منهما يسال المدين؟ ص١٦٨

الجواب/ إن الضرر المادي أما إن يكون مباشرًا أو غير مباشر، والضرر المباشر أما إن يكون متوقعًا، أو غير متوقع. وكما يلي:

telegram:@mhems

الضرر المباشر: هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن باستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهد معقول، والجواب على الشق الثاني من السؤال (**عن أي منهما يسال المدين**) يمكن القول، إن المدين لا يسال عن الضرر غير المباشر، لا في المسؤولية العقدية، ولا في المسؤولية التقصيرية، أما بالنسبة للضرر المباشر فانه يسأل عنه في ظل المسؤولية العقدية **إذا كان متوقعا فقط**. أما الضرر المباشر غير المتوقع فلا يسال عنه **باستثناء حالة** ارتكابه (**غشا أو خطا جسيم**) ففي هذه الحالة يسال عن الضرر المادي المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية، وبعبارة واحدة يمكن القول يسال المدين في ظل المسؤولية العقدية عن (**الضرر - المادي - المباشر - المتوقع**)، أما في حالة الضرر غير المتوقع فلا يسال عنه إلا في حالتي (**الغش والخطأ الجسيم**).



سؤال/ كيف يمكن التمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع؟ ص١٦٨

الجواب/ للتمييز بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع يمكن إن نعرض المثال الآتي:

لو إن هناك مزارع اتفق مع ناقل على نقل حاصلاته إلى المدينة، ولم ينفذ الناقل التزامه؛ فاضطر المزارع إلى البحث عن ناقل آخر، ودفع له أجرًا اعلى؛ ليقبل نقل المحصول، ثم إن أسعار المحصولات انخفضت بسبب التأخير؛ مما أدى إلى خسارة المزارع، ولو إن الناقل الأول قد نفذ التزامه في الوقت المتفق عليه لما حلت الخسارة بالمزارع بسبب هبوط الأسعار.

telegram: @mbems

في هذا المثال يكون الفرق بين الأجرة التي دفعها المزارع إلى الناقل الثاني، وبين الأجرة التي اتفق عليها مع الناقل الأول هو الضرر المباشر المتوقع، وأما الخسارة التي إصابته بسبب هبوط الأسعار فهي (ضرر مباشر غير متوقع)، والناقل الأول لا يكون مسؤولًا إلا عن الضرر المتوقع، وهو الفرق بين الأجرة، أما الخسارة بسبب هبوط الأسعار وهي ضرر مباشر غير متوقع فلا يسال عنه إلا إذا ارتكب غشًا أو خطًا جسيمًا فيسال عندئذٍ عن الخسارة.

والملاحظ هنا هو (**ضرورة توقع الضرر**) حيث انه يجب للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناتج عن (إخلاله بتنفيذ التزامه) إن يكون قد توقع الضرر عند إبرام العقد او كان من الممكن ان يتوقع الضرر، فإذا لم يكن من الممكن توقعه أو كان توقعه بعد إبرام العقد فلا يكون المدين مسؤولا عنه.

معيار توقع الضرر: هو معيار موضوعي مجرد، وهو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها العقد، حتى لو لم يتوقعه المدين بالذات، اي يكون بحكم المتوقع له إذا كان ذلك ممكنًا لشخص مثله وبمثل حاله.

telegram:@mbems

المحاضرة التاسعة والعشرون

الركن الثالث/ ركن علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التعاقدية: ص١٦٩

سؤال/ وضح العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مبينا كيفية انقطاعه، موضح ذلك بمثال، وعلى من يقع عبء إثبات انقطاعها؟

الجواب/ إن العلاقة السببية: تعتبر **ركنا من أركان قيام المسؤولية العقدية**، حيث لا يكفي لتقريرها إن يكون هناك خطأ من جانب المدين، وضرر يصيب الدائن، بل يجب إن يكون الضرر ناشئًا عن خطا المدين، أي إن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا انقطعت فلا تتقرر مسؤولية المدين.

كيفية انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: فيكون ذلك إذا تدخل سبب أجنبي بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وبين الضرر الذي اصاب الدائن، وان هذا السبب الأجنبي أما إن يكون **قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الدائن نفسه او شخص ثالث.**

يمكن توضح ذلك في المثال المتقدم/ (متعهد النقل الذي تعهد بنقل الحاصلات الزراعية للمزارع) إذا حضر الناقل مع واسطة النقل في الوقت المتفق عليه، ولكن المزارع لم يكن قد حصد محصوله بعد فانصرف الناقل، فاضطر المزارع بعد ذلك للبحث عن ناقل آخر، ودفع له اجر اعلى من الأجر الذي كان قد اتفق عليه مع الناقل الأول، ففي هذه الحالة لم يكن عدم التنفيذ ناشئًا عن خطأ المدين (الناقل الأول) بل عن فعل الدائن (المزارع)، فهنا لا يسأل هذا الناقل عن الضرر الذي أصاب المزارع والناتج عن فرق أجرة النقل، ولا يسال الناقل كذلك عن التعويض إذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجعا إلى قوة قاهرة كفيضان أدى إلى قطع الطريق، أو حادث فجائي كالاصطدام وعطل السيارة عن العمل.

والملاحظ/ إن السبب الأجنبي لا يقطع علاقة السببية بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي يصيب الدائن ولكن ينفي عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه صفة الخطأ. فإذا انتفى الخطأ فلا تتقرر مسؤولية المدين؛ والسبب هو إن احد أركان هذه المسؤولية يكون قد تخلف.

telegram:@mhems

على من يقع عبء إثبات انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر: ص١٧٠

يقع على عاتق المدين؛ لأنه هو من يدعي إن عدم تنفيذه لالتزامه لم يكن نتيجة خطئه (والبينة على من ادعى) وهو يستطيع ذلك إذا تمكن من إثبات وجود السبب الأجنبي: (**كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو فعل الدائن او فعل شخص ثالث**).

تعديل أحكام المسؤولية العقدية ص١٧١

سؤال/ هل يمكن تعديل أحكام المسؤولية العقدية، وإذا كان ممكنًا فما هو السبب، وما هي الكيفية؟

الجواب/ نعم يجوز تعديل أحكام المسؤولية العقدية ويكون ذلك **لسببين:**

الاول/ إن أحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام والآداب، وبالتالي يجوز تعديل أحكامها.

ثانيًا/ إن هذه المسؤولية العقدية إنما نشأة عن إخلال المدين بالتزام ناشئ عن العقد، وبما إن العقد وليد الإرادة، فإن لهذه الإرادة الحرية في التعديل من أحكام المسؤولية بشرط إن يكون هذا التعديل في حدود **النظام العام والآداب**.

كيفية او طرق تعديل أحكام المسؤولية العقدية/ ويكون عن طريق التخفيف منها، او التشديد فيها:

الطريق الاول/ بشرط من المدين يخفف من مسؤوليته (الاتفاق على التخفيف من المسؤولية)ص١٧١

حيث يجوز للمدين إن يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه، سواء كان ذلك راجعا إلى خطئه أم إلى خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولكن لا يجوز إعفائه من المسؤولية إذا كانت ناشئة عن **غشه أو خطئه الجسيم**، **مثال ذلك/** إذا اشترط البائع براءته من العيوب الخفية فهذا جائز وان كان الأصل هو إن يضمن البائع جميع العيوب الخفية التي تظهر في المبيع ولكن يجب ملاحظة أمر في غاية الأهمية هو **عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم**، **مثال ذلك/** إذا تعمد البائع إخفاء العيوب ثم اشترط في العقد براءته من العيوب الخفية، ففي هذه الحالة لا تبرأ ذمته من المسؤولية عن تلك العيوب، كمن يتعمد إخفاء عطل في محرك سيارته ثم يبيعها، ويشترط على المشتري عدم مسؤوليته عن العيوب الخفية، فهنا لا تبرأ ذمته من هذه

telegram:@mhems

المسؤولية، والمتمثل بالضرر الذي أصاب المشتري والمتمثل بالعطل المخفي؛ والسبب هو **(الغش وسوء النية)**.

الطريق الثاني/ بشرط من الدائن يشدد به مسؤولية المدين (الاتفاق على التشديد من المسؤولية)

ويكون على عكس الحالة الأولى، بان يشترط الدائن التشديد من مسؤولية المدين، فيجعله مسؤولا حتى عن خطئه التافه، بل وحتى عن السبب الأجنبي الذي لا يد لأي من الطرفين فيه، وفي هذه الحالة يقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن، **مثال ذلك/** إذا اتفق شخص مع شركة نقل على نقل أثاث معين، واشترط على الشركة إن تكون مسؤولة عن تلف الأثاث حتى لو كان التلف بسبب أجنبي؛ كصاعقة تقع على السيارة فتحرقها مع الأثاث، فشركة النقل في هذه الحالة تكون ضامنة لقيمة الأثاث، وهذا ما يحدث عادة في حالة التامين على البضائع. ص١٧٢

telegram:@mbems

المحاضرة الثلاثون

انحلال العقد: ص١٧٣

في بادئ الأمر نذكر بأن العقد إذا نشا صحيحا نافذا لازما وجب تنفيذه، والتنفيذ هو الطريق الطبيعي لزوال الرابطة العقدية وبه ينقضي العقد، ولكن قد تطرأ أمور تؤدي إلى زوال العقد قبل تنفيذه وهذا ما يسمى **(بالفسخ)** في العقود الفورية، ويسمى **(الإنهاء)** أو **(الإلغاء)** في العقود المستمرة، كما من الممكن اتفاق طرفي العقد على إنهائه قبل تنفيذه وهذا ما يسمى **(الإقالة)**.

سؤال/ هل يمكن إلغاء العقد بإرادة منفردة؟

الجواب/ نعم يمكن إلغاء العقد بإرادة منفردة ويكون هذا الحق في صورتين هما:

١- إن يكون هذا الحق لكلا المتعاقدين، واهم تطبيقات ذلك تكون في عقود **(الوكالة، الوديعة، العارية)**.

٢- إن يكون هذا الحق لأحد المتعاقدين فقط، ويكون ذلك في العقود التي يكون فيها لهذا العاقد الخيار **(كخيار الرؤية، خيار الشرط، خيار العيب...)**.

فسخ العقد ص١٧٥

إن الفسخ إنما يكون في العقد الملزم للجانبين؛ **لأنه يُنشئ التزامات متقابلة** على عاتق كلا الطرفين فيصبح كل منهما دائنا للآخر ومدينا له، كما إن العقد في الوقت ذاته **يُنشئ ارتباطًا بين هذه الالتزامات**، وهذا الارتباط يؤدي إلى القول بأنه: إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فالمتعاقد الآخر لا يجبر أيضا على تنفيذ التزامه (وهذا أمر طبيعي وعادل)، ويستطيع هذا المتعاقد إذا لم يطلب التنفيذ العيني إن يطلب فسخ العقد وحل الرابطة التعاقدية، كما له إن يطالب بالتعويض إذا كان له مقتضى، وكل ذلك بعد أعذار المدين بوجوب التنفيذ.

شروط فسخ العقد: ص١٧٥

telegram:@mbems

الشرط الاول/ إن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين: لابد لإمكان طلب فسخ العقد إن يكون العقد ملزم للجانبين، فهذا النوع من العقود فقط يُنشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، وإخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه؛ هو الذي يبرر طلب فسخ العقد، أما في العقود الملزمة لجانب

واحد فلا يتصور فيها الفسخ؛ وذلك لان احد طرفي العقد فيها مدين غير دائن فلا يستطيع إن يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر يخل بتنفيذه فيبرر ذلك طلب الفسخ، والطرف الثاني دائن غير مدين فلا مصلحة له في طلب الفسخ، لكن يستطيع إن ينهي التزام الطرف الآخر بإرادته المنفردة (كالعارية).

الشرط الثاني/ عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه: إن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو الذي يبرر طلب الفسخ، ويجعله مقبولا أمام القضاء، لكن يجب إن يلاحظ إن الذي يبرر طلب الفسخ إنما هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطا المدين لا عن سبب أجنبي، فإذا كان عدم التنفيذ من قبل المدين راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه فان العقد يفسخ **بحكم القانون**.

الشرط الثالث/ استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه، وقدرته إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه: ص١٧٦

وهنا لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، بل يجب إن يكون طالب الفسخ مستعدًا لتنفيذ التزامه من جانبه هو، فإذا لم يكن قد نفذ التزامه، ولم يكن مستعدا لذلك، فلا يستطيع إن يطلب فسخ العقد؛ لان المتعاقد الآخر يستطيع إن يدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ، ويضاف إلى هذا الشرط، وجوب **إن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد**، فهذا هو الأثر الذي يترتب على الفسخ، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا بمقتضى العقد فيجب إن يكون قادرًا على رده، فإذا لم يكن قادرًا على ذلك فلا يجاب طلبه، كما لو هلك الشيء الذي تسلمه أو خرج من يده بالبيع مثلا؛ لأنه ملتزم أمام المشتري الجديد بالضمان، وعدم التعرض، فالأصل **(من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض)**.

انواع الفسخ: هناك ثلاثة انواع من الفسخ، وكما يلي: ص١٧٧

النوع الاول/ الفسخ بحكم القضاء: ان الاصل في الفسخ هو ان يتم بحكم قضائي، وهذه هي القاعدة العامة، لكن لابد للمتعاقد الذي يريد ان يلجأ الى القضاء طالبًا الفسخ، ان يطلب من المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه، وينبهه الى انه اذا لم يقم بالتنفيذ فانه سيطلب الفسخ، وتنبيه المدين يكون بإعذاره، والاعذار يكون بالإنذار، والانذار يتم بواسطة الكاتب العدل، ولكن لا حاجة للإعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا.

telegram:@mbems

سؤال/ هل يخير الدائن بين الفسخ وبين طلب التنفيذ؟

الجواب/ نعم، فللدائن الخيار بين طلب فسخ العقد وبين طلب اجبار المدين على تنفيذ التزامه، ويستطيع المدين ان يتجنب الحكم عليه بالفسخ؛ اذا هو الذي بادر الى تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ، وفي هذه الحالة قد تحكم عليه المحكمة بالتعويض لتأخره بالتنفيذ اذا طلب الدائن ذلك وكان هناك ضرورة.

سؤال/ هل للمحكمة سلطة تقديرية في تقرير فسخ العقد من عدمه؟

الجواب/ نعم، فاذا عرض طلب الفسخ على القاضي، فالقاضي غير ملزم به، بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، فقد يقضي به اذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم بالفسخ ويمنح المدين ما يسمى بـ (نظرة الميسرة) اي اجلًا لتنفيذ التزامه، اذا كان قد نفذ من التزامه جزءا كبيرا بالنسبة للباقي، وان القاضي يستوحي قراره من الظروف المحيطة، وبالبحث عن مدى حسن او سوء نية طرفي العلاقة، وكذلك عن مدى الضرر الذي قد يصيب الدائن.

النوع الثاني/ الفسخ بحكم الاتفاق: ص١٧٩

سؤال/ هل يوجد تدرج في الاتفاق على الفسخ؟

الجواب/ نعم، فقد يتوقع المتعاقدان عند ابرام العقد عدم قيام احدهما بتنفيذ التزامه، فيتفقان على احد العبارات الاتية:

العبارة الاولى/ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا: ان المراد بهذا الشرط غالبا هو تأكيد القاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ، اذ يصعب الجزم بانهما ارادا تعميم الفسخ، وعليه فان هذا الشرط لا يغني عن الاعذار، ولا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ. كما ان هذا الشرط لا يسلب من القاضي سلطته التقديرية، فيستطيع ان يرفض الحكم بالفسخ وان يمنح المدين اجلًا، والحكم بالفسخ يعتبر (**منشئاً للفسخ لا كاشفًا له**).

telegram:@

العبارة الثانية/ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه: ان وجود هذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى، كما هو الحال في الشرط السابق، وكذلك لا يغني عن الاعذار ، ولكنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك الا الحكم بالفسخ.

العبارة الثالثة/ الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم: معنى هذا الشرط انه اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه، فلا حاجة لرفع الدعوى للحصول على حكم بالفسخ، ويكون الفسخ قد نشأ بإخلال المدين، **ولكن** هذا الشرط لا يغني عن الاعذار، فلا بد للدائن اذا اراد اعمال الشرط من اعذار المدين، فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من اعذاره؛ انفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولكن هذا الاعذار لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ الالتزام.

العبارة الرابعة/ الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم ولا اعذار: وهنا يزيد المتعاقدان من قوة الشرط، وهذا يعفي الدائن من اعذار المدين ومن اقامة الدعوى للحصول على حكم بالفسخ، **ولكن** اذا اضطر الدائن إلى اقامة الدعوى فالحكم الذي يصدر يقتصر على التحقق من توفر شروط الفسخ **(إن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، استعداد طالب فسخ العقد بتنفيذ التزامه وقدرته إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه)** من عدمه توفرها، فاذا ادعى المدين انه نفذ التزامه، واثبت ذلك، فان القاضي لا يقرر فسخ العقد، اما اذا ثبت للقاضي توفر شروط الفسخ فعليه ان يحكم بالفسخ، والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون **(مقرراً لا منشئًا له)، والملاحظة المهمة التي يلتفت اليها القاضي هي:** ان هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلًا من طلب الفسخ: لأن القول بخلاف ذلك: (اي بعدم امكانية ان يطلب الدائن التنفيذ جبرا على المدين) معناه وضع الدائن تحت رحمة المدين، اذ لا يكون على المدين اذا اراد فسخ العقد الا ان يمتنع عن تنفيذ التزامه؛ فينفسخ العقد وهذا ما لا يمكن قبوله.

النوع الثالث/ الفسخ بحكم القانون (الانفساخ): ص١٨١

اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه، انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون، ولا حاجة للجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، الا اذا حدث نزاع في وقوع او عدم وقوع الاستحالة لسبب اجنبي. اما إذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فان العقد لا ينفسخ بل يتأكد ويلتزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه.