

فكرة جوهر الالتزام العقدي

المدرس الدكتور
جواد كاظم جواد سميسم
الكلية الاسلامية الجامعة - النجف الأشرف

فكرة جوهر الإلزام العقدي

المدرس الدكتور
جواد كاظم جواد سميسم
الكلية الإسلامية الجامعة - النجف الأشرف

تمهيد:-

إن المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ عرفت العقد بأنه ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)).

ويترتب على ذلك إن إرادة واحدة لا تكفي لتكوين العقد بل يستلزم ارتباط إرادتين، وأكثر من ذلك اتجاههما إلى ترتيب الآثار القانونية فإذا لم تتجه كل من الإرادتين للترتيب المطلوب لتلك الآثار فليس هناك من عقد يذكر، ويلاحظ على تعريف المشرع العراقي للعقد انه يأخذ بالنزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي في العقود وترك النزعة الذاتية التي سادت في الفقه اللاتيني إذ ان العقد وفقاً للتصوير الموضوعي ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين بل من حيث انه يثبت أثره في المعقود عليه وبعبارة أخرى يؤدي إلى تغيير المحل من حالة إلى حالة، ويستوي بعد ذلك أن يكون ترتيب الآثار القانونية الذي اتجهت إليه الإرادتين المترابطتين إنشاء التزام كما في عقد البيع أو نقله كما في الحوالة أو تعديله كما في الالتزام المقترن بأجل أو إنهائه كما في الوفاء الذي ينقضي به الدين.

لقد قيل ان جوهر الإلزام العقدي جملة من قيود إلزامية أو روابط وجوبية

مصدرها العقد تجعل قيام كل من المتعاقدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً لا غبار عليه أمراً وجوبياً وهذا الجوهر للإلزام العقدي ليس وليد اليوم بل يعود إلى القانون الروماني الذي كان يعبر عن الارتباط القانوني بما كان يسميه العقد وبه يرتبط ويتقيد المدين بدائنه ولا يتخلص من هذا القيد أو الارتباط الا بقيامه بما التزم به وهذا الجوهر الذي أرادت القوانين المختلفة أن يرافق العقد وتنفيذه اقتضته الضرورات الاجتماعية إذ انه من أولى مستلزمات الواقع الإنساني فالواقع ان العقد يعتمد قبل أي شيء على إرادة طرفيه كما يستمد جوهره الملزم من إرادتيهما وهو القانون الذي أراد المتعاقدين أصلاً الخضوع إليه في تنظيم أحكام إلزامهما فالعقد متى ما انعقد صحيحاً نافذاً فإنه يستكمل قوته الملزمة ويصبح ملزماً للمتعاقدين فيجب عليهما الرضوخ له وتنفيذ التزاماته كما لو كان القانون بنصوصه الآمرة ألزم هذا التنفيذ ولا يستطيع أي منهما نقضه أو تعديله بإرادته المنفردة ما لم يجز القانون له ذلك، وقد يتضح دور الإرادة في تكوين جوهر العقد بالقول ان العقد أقوى من القانون إذ يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطان المخول لها ويستمد هذه القوة منها وحدها دونما حاجة إلى الاستناد إلى سلطة القانون فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة والعقد بذاته منشأاً للالتزامات والحقوق شأنها في ذلك شأن القانون وكما تقول المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي (يقوم الاتفاق بالنسبة لطرفيه مقام القانون) ومنه قول أحد الفقهاء الفرنسيين بأن الالتزام الناشئ عن العقد سابق في الوجود على القانون المدني وقد وجدته المشرع قائماً فعلاً واقتصر دوره على تنظيم التفاصيل المتعلقة بتنفيذه.

إن البحث في موضوع له ارتباط بدعامة مصادر الالتزام (العقد) لا يزال له الأهمية البالغة على صعيد الدراسات القانونية على الرغم من نتاج الأعلام القانونية المتخصصة التي كتبت بحروف من نور فيما يخص العقد وارتباطاته

الفقهية القانونية ونقطع بالقول أن الباب مفتوحاً على مصراعيه لهذه الكتابات لسبر غوره وتوضيح موضوعاته المهمة ومنها جوهر الإلزام العقدي الذي يمثل المنبع أو المصدر الذي تستقي منه الالتزامات العقدية قوتها وبعبارة أخرى الزاميتها ومن أجل تحقيق المقصود حاول الباحث إتباع منهج عام في البحث يقوم على معالجة الموضوع من خلال عناوين رئيسية ثلاثة تتبعها خاتمة أولها ماهية جوهر الإلزام العقدي وثانيها الكشف عن اثر الإخلال بجوهر الإلزام العقدي وثالثها بيان جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية وكما يلي...

المبحث الأول

ماهية جوهر الإلزام العقدي

سنحاول في هذا المبحث الكشف عن مضمون الإلزام العقدي في المطلب الأول ومناقشة هذا المضمون بالنسبة لأطراف العقد في المطلب الثاني وبالنسبة للغير في المطلب الثالث وكما يأتي.

المطلب الأول: مضمون جوهر الإلزام العقدي

إن ما اتفق عليه المتعاقدين وما يدخل في نطاق العقد يكون ملزماً لهما كما لو كان القانون قد نص عليه أي ان الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة أطرافه تكون واجبة الاحترام والتنفيذ كما لو كان القانون هو الذي أنشأها فلا يملك احدهما أن يتحلل مما التزم به في العقد ولا أن يغير أو يبدل فيه بإرادته المنفردة بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما التزم به ويجب على القاضي أيضاً أن يحترم اتفاق المتعاقدين ويلتزم بتطبيقه طبقاً لما اشتمل عليه فهو شريعة المتعاقدين أي انه يفرض عليهما الالتزامات كما يفرضها القانون بحيث يرقى إلى أن يصبح بالنسبة للعلاقة التي ينظمها بين المتعاقدين هو

قانونهما الخاص الواجب التطبيق عليهما دون غيره الذي يتمتع عند وجوده الرجوع إلى قواعد العدالة كما يتمتع عند وجوده الرجوع إلى النص القانوني المفسر، ونتيجة توافق إرادتيهما على ذلك فإنه يمكن لإرادتيهما أن تتوافقا من جديد على تغيير أحكام العقد الذي ارتضياه أو على إنهاء العقد وينفذ في حقهما ما ارتضياه باتفاقهما الجديد، والإقرار بأن العقد شريعة المتعاقدين ووجوب تنفيذ جميع آثاره قد يحمل المتعاقد أحيانا على التمسك بالعقد ومحاولة الاستفادة منه على حساب المتعاقد الآخر بأن يختار من طرق تنفيذه الطريق الأكثر ثقلا وصعوبة لذلك المتعاقد الآخر ولاشك في أن هذا المسلك ينافي قواعد الأخلاق والعدالة^(١) وقيل هنا أن مسؤولية المتعاقد مسؤولية عقدية لأنها تترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي الذي يفترض شروط العقد تنفيذه بشكل معين^(٢).

ويكون العقد واجب التنفيذ في جميع ما اشتمل عليه فبعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه مادام قد نشأ صحيحاً ملزماً، وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا إذا عقد في الأحوال التي يميزها القانون أي في نطاق لا يتعارض فيه مع نص قانوني أمر أو مع النظام العام ولا مع الآداب العامة ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق القانون لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية بين المتعاقدين بل هو ينسخ القانون في غير ما يتعلق بالنظام العام والآداب والنصوص القانونية الآمرة أي في نطاق النصوص القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد فإن العقد هو القانون الذي يسري عليهما^(٣).

ويترتب على جوهر الإلزام العقدي نتيجة مهمة هي عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون فلا يجوز

نقض العقد من جهة القاضي إذ لا يجوز له أن ينقض عقداً صحيحاً أو أن يعدله بدعوى ان النقص أو التعديل تقتضيه العدالة، فالأخيرة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنقضها ولا تنسخها كما انه لا يجوز نقض العقد أو تعديله من أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة لأن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة وهذا هو الأصل^(٤) ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إبرام العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو تعديله^(٥) وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون فهناك عقود ينص القانون بشأنها على أنه يجوز لأحد المتعاقدين الانفراد بإلغائها كعقد الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كعقد الشركة وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبار ان العدالة كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي وجواز منح المدين المهلة القضائية^(٦).

ويلاحظ أن الأسباب التي تجيز نقض العقد أو تعديله خروجاً على جوهر الإلزام العقدي هي اتفاق الطرفين وطبيعة العقد ومقتضيات العدالة ونظرية الظروف الطارئة^(٧) إذ أن جواز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين أمر عقلائي يلزمه العقل السليم فما دام توافق الإرادتين هو الذي ينشأ العقد فهو بعين الحكم قادراً على أن يحل الرابطة العقدية التي سبق إنشائها أو تعديلها، فالقانون يمكن ان ينسخه ويعدله قانون جديد كذلك يكون ممكناً نقض العقد القائم أو تعديله باتفاق الطرفين وإذا اشترط العقد استقلال أحد المتعاقدين بنقضه أو تعديله بعد مدة معينة فيكون حق هذا المتعاقد في النقص أو التعديل

مستنداً إلى جوهر الإلزام العقدي المنصوص عليه في العقد^(٨).

أما عن طبيعة العقد ومقتضيات العدالة فهما لا تجيزان نقض العقد أو تعديله إلا في الحالات التي نص القانون على ذلك فالعقود الزمنية غير محددة المدة مثلاً يجيز القانون أن يستقل أحد عاقدَيها بنقضها بإرادته المنفردة، ومقتضيات العدالة هي التي أملت على المشرع أن ينص في حالات معينة على تحويل القاضي أو أحد المتعاقدين سلطة نقض العقد أو تعديله^(٩) يُضاف إلى ذلك أن جوهر الإلزام العقدي يستلزم أن يكون تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية فالقاضي عندما يطبق العقد يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية^(١٠)؛ ذلك بأن مبدأ حسن النية هو الطريق الطبيعي للتنفيذ الصحيح في العقود خلافاً لما كان سائداً في القانون الروماني إذ عرف الأخير عقود حرفية التنفيذ وعقود حسن النية بل أن جميع العقود تنفذ وهذا يستلزم ثبات واستقرار التعاملات بالنسبة للمدين وبالنسبة للدائن^(١١).

ويلزم القانون بمبدأ حسن النية ويرتب عليه نتائج نافعة فيما يتعلق بعدم تنفيذ العقد فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان عدم تنفيذه للعقد بحسن النية ويرد على سوء النية في عدم تنفيذ العقد فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً وهذا الاتجاه التشريعي يفصح عن قاعدة تمنع الغش وتلزم بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود^(١٢).

ونخلص إلى القول أن جوهر الإلزام العقدي جملة قيود إلزامية أو روابط وجوبية مصدرها العقد تجعل قيام كل من المتعاقدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً سليماً أمراً حتماً ذلك التنفيذ الذي أخذ جوهره من القانون الروماني الذي كان يعبر عن الارتباط القانوني بما كان يسميه العقد وبه يرتبط المدين بدائنه

ولا يتخلص من قيده إلا بقيامه بما التزم به مع مراعاة التمييز بين العقود حرفية التنفيذ وعقود حسن النية، وهذا الالتزام الذي سَطَرَ في القوانين المختلفة إنما تقتضيه الضرورات الاجتماعية إذ أنه من أولى مستلزمات الحياة الإنسانية للمجتمع المدني المعاصر، والعقد يعتمد في نفاذه أولاً وقبل كل شيء على إرادة المتعاقدين كما يستمد قوته من إرادتهما، فالعقد متى انعقد صحيحاً نافذاً فإنه يستكمل جوهره الملزم ويصبح ملزماً للعاقدين فيتعين عليهما الانصياع له والوفاء بالالتزامات الناتجة منه كما لو كان القانون نفسه هو الذي فرض عليهما هذه الالتزامات فالعقد بالنسبة للمتعاقدين وفي حدود العلاقات التي ينظمها يعد قانون المتعاقدين فلا يستطيع أي منهما نقضه أو تعديله ما لم يصرح له القانون بذلك بل أنه يمكن للعقد ألا يأخذ بالقانون في كل أمر لا يتعلق بالنصوص القانونية الآمرة والنظام العام والآداب بالعقد إذ إن شرعية العقد لا تجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون، على أن جوهر الإلزام العقدي يعد من آثار مبدأ سلطان الإرادة ومنه تستنبط فكرة جوهر الإلزام العقدي، ونعتقد أن الآثار التي يربتها العقد من التزامات وحقوق إنما تقتصر على المتعاقدين وحدهما ولا تنصرف إلى غيرهما إلا في أحوال معينة وذلك هو جوهر الإلزام العقدي فيما يتعلق بالأشخاص، أما الآثار التي يربتها العقد وفق ما تضمنه من حقوق والتزامات فهذا هو جوهر الإلزام العقدي موضوعاً.

المطلب الثاني: جوهر الإلزام العقدي بالنسبة لأطراف العقد

تقضي المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي (على انصراف اثر العقد للمتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث) والواقع إن نص هذه المادة يشير إلى موضوع البحث (جوهر الإلزام العقدي) فإذا ابرم العقد صحيحاً نافذاً أصبح قانون المتعاقدين الذي يلتزمان به كما يلتزمان

بالقانون وعلى المحكمة أن تحترمه وتطبقه كما تلتزم باحترام القانون وتطبيقه، فأثر العقد لا ينصرف إلى غير المتعاقدين ولا يقصد بالمتعاقدين هنا من أبرم العقد أصالة أو بطريق الإنابة بل يقصد بهما إلى جانب هؤلاء خلفهما العام وقد ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص في بعض الحالات، كما يتأثر دائنو المتعاقد بما يبرمه مدينهم من عقود بطريق غير مباشر لتأثير هذه العقود على ذمة المتعاقد المدين التي تعد ضماناً عاماً لدائنيه، وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة فإن أثر العقد قد ينصرف أحياناً إلى الآخر على سبيل الاستثناء^(١٣).

ويترتب على هذا عدم جواز تحلل أحد المتعاقدين مما التزم به في العقد ولا أن يغير أو يعدل فيه إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي مع المتعاقد الآخر (المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي) كما يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية (المادة ١/١٥٠)، ويدرّب على هذا مثلاً إذا باع شخص محلاً تجارياً لآخر فإن البائع يلتزم بالامتناع عن منافسة المشتري منافسة غير مشروعة وكذلك المشتري^(١٤).

ولا يقتصر أثر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه من التزامات بل يشمل أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام (المادة ٢/١٥٠) فإذا بيعت دار يدخل في عقد البيع والالتزام نقل الملكية البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار (المادة ٥٣٧) ويلاحظ أن هناك آثار لجوهر الالتزام العقدي في التصرفات الصورية والتي هي عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين، فبالنسبة لأثر العقد الصوري بين المتعاقدين (كالمتعاقدين مع الخلف العام) فالعقد الظاهر لا وجود له والعبرة بالعقد الحقيقي وبحسب الأحوال فإذا باع شخص ما عيناً وكان البيع صورياً فلا وجود للبيع بين المتعاقدين فتبقى العين ملكاً لصاحبها ولا يملكها المشتري،

وكذلك الحال إذا كانت الصورية نسبية ويقع عبء إثبات الصورية على من يدعيها لأنه يدعي خلاف الظاهر وعليه اتباع القواعد العامة في الإثبات فلا يجوز إثبات الصورية إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان العقد الظاهر مكتوباً^(١٥).

المطلب الثالث: جوهر الإلزام العقدي بالنسبة للغير عن العقد.

يمكن القول ان جوهر الإلزام العقدي بالنسبة للغير عن العقد يتعلق بالخلف العام والخلف الخاص ونخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً....

الفرع الأول: الخلف العام

تتضمن المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام. والأخير هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها فالوارث الوحيد والوارث مع غيره والموصى له بجزء شائع من التركة هو خلف عام والقاعدة العامة في القانون العراقي هي انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ويستثنى من ذلك القواعد المتعلقة بالميراث وطبيعة العقد أو التعامل ونص القانون، أما عن قواعد الميراث فقد أراد بها المشرع العراقي ترسيخ مبدأ (ألا تركة إلا بعد سداد الديون) ومقتضى هذه القاعدة وجوب التفريق بين الحقوق الناشئة عن العقد وبين الديون أو الالتزامات المترتبة عنه^(١٦).

فبالنسبة للحقوق فإنها تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث فإذا باع شخص عيناً بثمن مؤجل مات قبل قبضه انتقل الحق في قبض الثمن إلى الوارث^(١٧)، أما بالنسبة للديون فالثابت ان المبدأ السابق يمنع انتقالها إلى الوارث إذ تصبح التركة هي المسؤولة عن سداد هذه الديون فإذا اشترى المورث داراً ومات قبل

دفع ثمنها فإن الثمن يبقى ديناً في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الوارث وفقاً للافتراض القانوني بامتداد الذمة المالية للمورث بعد وفاته ولحين سداد الديون، وعن طبيعة العقد والتعامل فهناك عقود تراعى فيها شخصية المتعاقد ولا ينصرف أثرها إلى الخلف العام فإذا أبرم شخص عقداً مع طيب ومات قبل التنفيذ انقضى العقد ولم ينصرف أثره إلى الخلف العام ومثال نص القانون ما قضت به المادة (٩٤٦) من قانوننا المدني بانتهاء الوكالة بموت الوكيل أو الموكل^(١٨).

الفرع الثاني: الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من تلقى من السلف حقاً في شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء أو حقاً شخصياً^(١٩) فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع (استخلاف في ملكية عين معينة) وصاحب حق المنفعة خلف خاص بالنسبة لمن تلقى الحق منه (استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة) والمحال له خلف خاص للمحيل (استخلاف في ملكية حق شخصي) وقد ورد في المادة (٢/١٤٢) من قانوننا المدني (إذا انشأ العقد حقوقاً والتزاماتاً شخصية تتصل بشيء انتقل إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه) ومن ثم يشترط الانتقال أو انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص الشروط الآتية:-

١- أن يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف فلا شأن للخلف بالعقود التي يبرمها السلف والتي لا صلة لها بالشيء المستخلف فيه.

٢- أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً على انتقال الشيء إلى الخلف

الخاص لأنه إذا كان لاحقاً لانتقال الشيء إلى الخلف فلا ينصرف أثره إلى الخلف الخاص.

٣- أن يعلم الخلف الخاص بالعقد السابق الذي أبرمه السلف ويقع عبء إثبات العلم على عاتق المتعاقد مع السلف ويستطيع إثباته بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن^(٢٠).

٤- أن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبته عقد السلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ويعد من مستلزمات الشيء إذا كان مكماً له كذلك يعد الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان محدداً له^(٢١).

فضلاً عن ذلك فإن الخلف الخاص إذا كان حسن النية يكون له الحق في أن يتمسك بالعقد الصوري أو بالعقد الباطن على حسب ما تقضي به مصلحته، وإذا تعارضت مصلحة من يتمسك بالعقد الصوري (الظاهر) مع من يتمسك بالعقد الحقيقي تغلب مصلحة من يتمسك بالعقد الصوري الظاهر لاعتبارات تتعلق باستقرار المعاملات^(٢٢).

المبحث الثاني

الإخلال بجوهر الإلزام العقدي

إن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي ينهض المسؤولية المدنية ولكن ذلك النهوض يحتاج إلى البحث بكيفية تحقق هذه المسؤولية أولاً ومن ثم بيان الفارق بين طبيعة المسؤولية المدنية المتحققة قبل وبعد نفاذ العقد ثانياً.

المطلب الأول: تحقق المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي

إن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي بما يترتب من مسؤولية مدنية يحتاج إلى

اجتماع شروط خاصة ومن ثم يتوجب البحث في ماهية المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي وشروط تحقق تلك المسؤولية.

الفرع الأول: ماهية المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي

إن المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي هي مسؤولية عقدية والأخيرة هي الجزء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدية ولهذا فإن قيام المسؤولية العقدية يفترض وجود عقد صحيح لم يتم المدين بتنفيذه وفقاً لما يقضي به العقد، فالأصل إن على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه اختيارياً فإذا لم يفعل كان للدائن أن يلجأ إلى القضاء للحصول على التنفيذ العيني الجبري متى كان ذلك ممكناً، فإذا لم يكن هذا التنفيذ العيني ممكناً أو كان ممكناً ولكن الدائن طالب بالتعويض ولم يد المدين استعداده للتنفيذ العيني ألزم القاضي المدين بالتعويض وهذه المسؤولية عن التعويض هي المسؤولية العقدية^(٢٣).

الفرع الثاني: شروط تحقق المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي وجود عقد بين المسؤول والمضروب بل لا بد أن يكون هذا العقد صحيحاً فإذا كان باطلاً لا يمكن أن تنهض بين طرفيه سوى مسؤولية تقصيرية فالعقد إذا وقع باطلاً انعدم وجوده القانوني ولا يمكن أن يكون مصدراً لمسؤولية عقدية بين الأشخاص إذا امتنع أحدهما عن تنفيذه لأن هذه مسؤولية تفترض الإخلال بالتزامات عقدية، ولما كان العقد الباطل لا ينشأ أي التزام فهو مجرد مظهر لعقد لا وجود له في الحقيقة فإذا لحق أحد طرفيه ضرر نتيجة

خطأ الطرف الآخر كان لزاماً عليه رد الشيء الذي تسلمه بمقتضاه ولا يستطيع الرجوع عليه بالتعويض إلا طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وقد قيل ان من اليسير عادة تبين وجود العقد بين أطرافه إلا أن هذا القول على عمومته يصعب الركون إليه في بعض الحالات كعقد النقل المجاني^(٢٤).

وبعد ان ثبت أن هناك عقد صحيح لا بد لقيام وتحقيق المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بجوهر الإلزام العقدي اجتماع أركانها الخاصة وهي الخطأ العقدي وهو الإخلال بالتزام من الالتزامات العقدية فمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يعد خطأ عقدياً ولا فارق بعد ذلك إذا كان المدين في ذلك متعمداً أو نتيجة لإهماله وتقصيره، وضرورة أن يصيب عدم التنفيذ المشار إليه الدائن بضرر وهو الأذى الذي يصيبه في ماله أو في جسمه أو في عنصر من عناصر ذمته المالية أو في شعوره وعواطفه، ويلاحظ ان المسؤولية العقدية تدور مع الضرر وجوداً وعدماً، ولا يكفي بعد ذلك لقيام هذه المسؤولية وجود بل يجب كذلك وجود العلاقة أو الرابطة السببية وهي الرابطة بين العقد والفعل الضار بأن ينشأ الضرر عن الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد صحيح وإذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي يقيم مسؤولية عقدية فإنه يستوي لقيامها أن يكون هذا الالتزام أصلياً كالالتزام البائع بنقل ملكية المبيع أو تبعياً كالالتزام المشتري بمصروفات العقد ما دام من التزامات العقد الصحيح^(٢٥).

المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية المتحققة قبل وبعد نفاذ العقد.

ينبغي على المتعاقدين الالتزام بالعقد ولاشك ان غاية العقد هي تحقيق التوازن العقدي وضمان مصلحة أطرافه وينهج المتعاقدان وسائل تحقيق هذه المصلحة بناء على الظروف المصاحبة لإبرام العقد فإذا تغيرت هذه الظروف تعين على المدين أن يتطابق بنشاطه العقدي الظروف الجديدة حتى لو خالف في ذلك الوسائل المتفق عليها متى ما كان اتباع هذه الوسائل لا يحقق المصلحة

المتوخاة مما يتعارض مع روح العقد، كما ويعد المدين مخطئاً إذا تقيّد بحرفية نصوص العقد دون أن يأخذ في اعتباره الظروف المتغيرة ذلك لأن تقييم النشاط العقدي للمدين في هذه الظروف لا يتم بناءً على معيار الشخص المعتاد وإنما يتحدد وفق الظروف الخارجية المحيطة به وقت هذا النشاط أي وقت تنفيذ العقد حيث قد توجد ظروف جديدة لها أهميتها في تقييم النشاط العقدي للمدين ويتعين على المدين أن يخطر دأبه بهذه الظروف حتى يتفقا على الوسائل المناسبة لتحقيق المصلحة السابقة^(٢٦).

أما إذا لم يوجد متسع من الوقت للقيام بهذا الاخطار فعليه أن يتخذ التصرف القانوني المناسب لمواجهة هذه الظروف دون أن يتقيّد بحرفية نصوص العقد، وعلى ذلك يجب أن يكون لجوهر الإلزام العقدي مفهوم عام بحيث أن ما يعد من جوهر الإلزام العقدي هو روح العقد وليس حرفيته ويتجه الفقه والقضاء إلى مراعاة الظروف المحيطة بالعقد ومنذ إبرامه لتحديد مضمون الالتزام العقدي^(٢٧).

ويقع على القاضي واجب فرض احترام العقد على عاقيه مثلما يفرض عليهم احترام القانون ويترتب على ذلك نتيجتان:-

الأولى:- يجب أن يتم تنفيذ العقد بكل ما اشتمل عليه وأن يتم التنفيذ على نحو يتفق مع مبدأ حسن النية.

الثانية:- إن تنفيذ العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

وكل من النتيجتين السابقتين لا تستقيم إلا بالنسبة للعقود اللازمة أما العقود غير اللازمة سواء بنص القانون أو بمقتضى اتفاق بين الطرفين فلا يجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما إنهاء العقد والتحلل منه بإرادته المنفردة^(٢٨).

ويلاحظ بعد ذلك ان سلطة المتعاقدين في هذه العقود تختص حسب الأصل على إنهاء العقد ولا يكون في مقدور أحد المتعاقدين إدخال أي تعديل على العقد إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر، أما العقد اللازم فطبقاً للأصل لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالاتفاق بين طرفيه والعقد بعد صناعة التعديل هو الذي يعد القانون الملزم وهو الذي ينظم العلاقة بين الطرفين ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التمسك بالعقد الجديد (بعد التعديل) لا العقد الأصلي، ويمكن نقض العقد أو تعديله للأسباب التي يقرها القانون، والأخير بسلطته تلك قد يتدخل بصورة مباشرة في تعديل آثار العقد ومن صور التدخل المباشر أن يصدر قانون يغير موعد استحقاق الديون، أو بصورة غير مباشرة عن طريق القضاء عن طريق وجود نصوص قانونية تسمح للقاضي بتعديل العقد أو إنهائه بناء على طلب أحد المتعاقدين والقانون المدني العراقي تضمن نصوصاً كثيرة من هذا القبيل منها مثلاً في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزام جاز للطرف الآخر أن يطلب من القضاء فسخ العقد لكي يتحلل من التزامه هو الآخر^(٢٩).

ولكن هل تختلف طبيعة تلك المسؤولية في المرحلة السابقة عن المرحلة اللاحقة للتعاقد؟

سنحاول الإجابة عن ذلك في الفرعين التاليين

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على العقد.

إن المسؤولية لا تنحصر في نطاق العقد وحده وإنما تمتد إلى أوسع من ذلك إلى مسألة وجود عقد بين الطرفين أو عدم وجوده وكلما كنا في مواجهة طرفين يريدان إبرام عقد لكنهما لم يبرماه بعد وما يزالان في دور المفاوضات

العقدية فقد يكون مرد فشل المفاوضات وعدم نجاحها إلى تقصير أحد المتفاوضين أو إلى سوء نيته الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بالمفاوض الآخر كأن فوت هذا المتفاوض اعتماداً منه على ما يجري بينه وبين الطرف الآخر من مفاوضات فرصة سانحة أو صفقه رابحة عرضها عليه شخص ثالث^(٣٠) ويستبعد من هذا الأمر المفاوضات العقدية التي تجري بين حاضرين فالعدول في هذه الحالة لا يكون سبباً للمسؤولية لأنه حق مشروع يستعمله صاحبه دون أي تعسف أو إساءة، وكذلك حالة الإخلال بوعده شخص على نفسه للطرف الآخر حتى لو كان هذا الوعد ملزماً للواعد وحده، والمسألة لا تقتصر على الإيجاب الذي يوجه إلى شخص غائب عن مجلس العقد كأن يكتب تاجر لعميل له يعرض عليه إبرام صفقة معينة ثم يرجع عن إيجابه فهل يكون مسؤولاً عن هذا الرجوع وما هي طبيعة مسؤوليته؟

الواقع إن الفقه اختلف في هذا الشأن اختلافاً بيناً ولكن يمكن رد هذا الاختلاف إلى الآراء الرئيسية الآتية:-

الرأي الأول:

يرى أن المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية استناداً إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد ومقتضاها إن كل إيجاب ينطوي على تعهد ضمني بألا يعدل عن صاحبه ولمدة معقولة تمكن المتعاقد الآخر من قبوله وإن كل عقد ينطوي كذلك على تعهد ضمني يتعهد بموجبه كل من المتعاقدين بضمان صحة العقد^(٣١) فإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل أن يتمكن من وجه إليه الإيجاب من قبوله أو رفضه أو تسبب في عدم إتمام العقد صحيحاً فإنه يكون قد أخل بالتزامه الضمني وترتبت بذمته مسؤولية عقدية لأن هذا التعهد الضمني بعدم الرجوع عن الإيجاب لضمان صحة العقد هو عقد سابق وقد حصل إخلال به ومن ثم ان المسؤولية هنا مسؤولية عقدية، وقد وجهت إلى هذا الرأي

انتقادات لازعة^(٣٢).

الرأي الثاني:-

الذي يعتقد ان هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية أساسها الإرادة المنفردة، أي ان مسؤولية هذا المتعاقد ناشئة عن الإخلال بالتزام مصدره الإرادة ولم يصمد هذا الرأي أمام معاول النقد والتجريح^(٣٣).

الرأي الثالث:-

الذي انصرف إلى أن المسؤولية في هذا الشأن ليست مسؤولية عقدية لأن المسؤولية العقدية تنحصر في الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد^(٣٤).

الرأي الرابع:-

وهو الرأي الذي نرجحه والذي يذهب إلى أن المسؤولية العقدية تنهض كلما كان هناك إخلال بالتزام إرادي بصرف النظر عما إذا كان مصدره (العقد أو الإرادة المنفردة) وبتعبير آخر فإن المسؤولية العقدية تختص في نطاق (العمل أو التصرف القانوني) والمسؤولية التقصيرية تمتد في نطاق الواقعة القانونية ويؤيد هذا الرأي أحد الفقه الذي يرى أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام الذي يكون مصدره الإرادة المنفردة هي مسؤولية عقدية مادامت الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة تخضع للأحكام التي يخضع لها العقد إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام^(٣٥).

الفرع الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية في المرحلة اللاحقة للعقد

إن مسألة تحديد الوقت الذي ينتهي فيه العقد وتنتهي معه الالتزامات الناشئة عنه لا تقل أهمية من تحديد الوقت الذي يبدأ فيه العقد، ولعل من المفيد

ان نذكر هنا ان العقد قد ينتهي بالانقضاء أو بالانحلال، فهو ينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها وهذا هو الانتهاء المألوف للعقد^(٣٦).

أو ينتهي بالانحلال قبل تمام التنفيذ أو قبل البدء في التنفيذ،^(٣٧) فالفرق إذن بين الانقضاء والانحلال، إن الانقضاء لا يكون إلا عند إتمام التنفيذ والانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل إتمام التنفيذ، على أن انحلال العقد غير إبطاله، فصحيح ان كليهما انتهاء للعقد ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل، كما ان الانحلال قد يكون بأثر رجعي أو دون أثر رجعي أما الإبطال فيكون بأثر رجعي لان العقد الباطل ليس له وجود ابتداءً^(٣٨).

والقاعدة العامة في هذا الصدد انه بعد انتهاء العقد لا تنشأ مسؤولية عقدية ومع هذا فإن هنالك بعض الحالات التي ينتهي فيها العقد بتنفيذه أي تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه على الوجه المطلوب وتنقطع الصلة التعاقدية بين المتعاقدين ومع هذا يبقى أحد هذين الطرفين ملزماً قبل الطرف الآخر بنشاط معين عن تلك الرابطة التعاقدية التي كانت قائمة بين الطرفين من قبل كالطبيب الذي ينتهي عقده مع المستشفى الخاص الذي كان يعمل فيه فيلحق بمستشفى خاص آخر منافس للأول فيطلعها على أسرار المستشفى الأولى يكون مسؤولاً عن عمله هذا ويجب الحكم بإلزامه بتعويض هذه المستشفى عما أصابها من ضرر ولكن ما هي طبيعة مسؤوليته؟

تذهب المحاكم الفرنسية ويؤيدها غالبية الفقه إلى أن المسؤولية مسؤولية تقصيرية وليست عقدية لأن العقد انتهى ولا وجود له بين الطرفين^(٣٩) ويلاحظ ان القانون المدني العراقي له موقف يختلف من عقد لآخر فمثلاً تكون مسؤولية العامل عن إفشاء أسرار رب العمل مسؤولية عقدية استناداً للمادة (١/٩٠٩ هـ) التي تنص على التزام العامل بحفظ أسرار رب العمل الصناعية

والتجارية حتى بعد انقضاء العقد أما بالنسبة للوكيل والطبيب فإن المسؤولية المترتبة عليهما بسبب إفشاء أسرار موكله أو مريضه هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية لأن المشرع لم ينص في هذا الصدد على الالتزام بحفظ أسرار الوكيل أو المريض فلا مناص والحالة هذه من الرجوع إلى القواعد العامة وتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية^(٤٩).

المبحث الثالث

جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية

ناقش الفقه أثر جوهر الإلزام العقدي في تعديل أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالعقد أو المتولدة عن إتيان فعل غير مشروع أما بدفع المسؤولية عن المدين بحيث لا تترتب آثارها اتجاهه على الرغم من اجتماع جميع أركانها، ولا يلتزم بعد ذلك بدفع تعويض إلى الدائن أو بتخفيف المسؤولية مع بقائها على عاتق المدين فيخفف أثرها قبله ولا يلتزم بالتالي إلا بدفع تعويض جزئي أو بإنقاص المدة التي يجوز بها للدائن رفع دعوى المسؤولية عليه أو بتشديد المسؤولية بالشكل الذي يسأل عما يصيب الدائن من أضرار في أحوال لا تتوفر فيها المسؤولية المدنية عادة وعليه سوف يقسم البحث في هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية العقدية ونناقش في الثاني جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية التقصيرية.

المطلب الأول: جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية العقدية

العقد وليد إرادتي المتعاقدين فالإرادة هي التي أنشأته وحددت آثاره والمسؤولية العقدية هي أحد هذه الآثار وعليه فإن الإرادة تنشأ المسؤولية وكذلك لها أن تعدل في أحكامها في غير حدود القواعد الآمرة والنظام العام

والآداب^(٤١).

ويلاحظ ان القواعد العامة للمسؤولية المدنية التعاقدية ليست من النظام العام فيجوز والحالة هذه وبأثر جوهر الإلزام العقدي للمتعاقدين أن يتفقا على تشديد هذه المسؤولية بشرط من الدائن يشدد به مسؤولية المدين كأن يجعله مسؤولاً عن السبب الأجنبي أو الاتفاق على التخفيف من المسؤولية بشرط من المدين أيضاً ولكن هنا يخفف به من مسؤوليته هذه، على أن الإعفاء من المسؤولية العقدية مقيد بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الخطأ المتعمد أو الخطأ الجسيم^(٤٢) ونخصص لكل حالة فرعاً مستقلاً ايضاحاً لما سبق بيانه.

الفرع الأول: جوهر الإلزام العقدي وتشديد المسؤولية العقدية

إن الثابت في دائرة العقود الجواز القانوني بالاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية إلى أقصى درجة بحيث يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة كما يمكن الاتفاق أيضاً على الإعفاء من المسؤولية فيما عدا حالي الغش والخطأ الجسيم، وإلى جانب ذلك يجوز الاتفاق على معيار آخر يختلف عن معيار الشخص المعتاد ويستوي أن يتضمن هذا الاتفاق تشديداً في مسؤولية المدين فيلتزم ببذل جهد يفوق عناية الشخص المعتاد أو يتضمن تخفيفاً من مسؤولية المدين بحيث يطلب منه عناية تقل عما يؤديه الشخص المعتاد^(٤٣).

وبعبارة أخرى يجوز للدائن أن يشترط التشديد من مسؤولية مدينه العقدية فيجعله مسؤولاً حتى عن أخطائه اليسيرة وأكثر من ذلك بأن يجعله مسؤولاً عن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه وفي يكون المدين في مركز قانوني يشابه المركز القانوني للمؤمن لمصلحة الدائن والقانون العراقي أشار لهذا الجواز في المادة (١/٢٥٩) من القانون المدني عندما نص على جواز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة كالحالة التي تتعاقد فيها

مع شركة لنقل أثاثك وتشترط مسؤولية الشركة عن تلف الأثاث ولو بسبب أجنبي ونخلص للقول ان جوهر الإلزام العقدي يظهر من خلال الجواز القانوني بالاشتراط سابق الذكر وبأثر التشديد^(٤٤).

الفرع الثاني: جوهر الإلزام العقدي وتخفيف المسؤولية العقدية

إن جوهر الإلزام العقدي قد ينصرف إلى التخفيف من المسؤولية العقدية ولكن ذلك مقيد في حدود الخطأ اليسير أما بالنسبة للخطأ العمد فلا أثر لهذا الجوهر لعدم جواز الاتفاق بالتخفيف في حالتي الخطأ العمد والغش إذ إن الغش يبطل التصرفات جميعا ويجعل المتعاقد مسؤولا مسؤولية كاملة دون الاكتراث إلى شرط التخفيف الذي تضمنه العقد، وكذلك الحال بالنسبة للخطأ الجسيم فالاتفاق على التخفيف من المسؤولية يقع باطلاً فيلزم المتعاقد الذي اخل بتنفيذ التزامه بتعويض المضرور كما لو لم يكن هناك أي اتفاق على التخفيف من المسؤولية وقد حدد المشرع حالات بطلان اتفاقات الإعفاء من المسؤولية والتي يسري حكمها على اتفاقات التخفيف منها^(٤٥).

أما ما يترتب على التخفيف من المسؤولية العقدية من آثار فإن المنطق القانوني السليم يقضي بأنه متى ما أقررنا بصحة هذه الاتفاقات فلا بد من الاعتراف بأثر جوهرها وهو إعفاء المسؤول إعفاء تاماً عما يجب أن يسأله عنه حتى لو لم يوجد مثل هذا الاتفاق فيعفى عما يجاوز الحد الذي اتفق عليه الطرفان فجوهر هذا الاتفاق يكون نهائياً إذ لا يلتزم المدين الا في حدود التعويض المتفق عليه ولو أثبت الدائن إن عدم التنفيذ يرجع الى خطأ يسير^(٤٦).

وقد يتحدد التعويض على أساس نسبة معينة من مقدار الضرر الذي وقع بالفعل إذ لا يسأل المسؤول عما يجاوز هذه النسبة المتفق عليها، فإذا اتفق الطرفان على أن تكون المسؤولية بمقدار (٧٥)٪ من الضرر أو اتفقا على نسبة

إعفاء قدرها (٢٠)٪ من الضرر فإن المسؤول لا يسأل عن التعويض الا بحدود النسبة المتفق عليها، وقد يتم تحديد مقدار معين من النقود كحد أعلى لنطاق مسؤولية المسؤول ومن ثم يتحدد التزام المسؤول بهذا المقدار المعين من النقود والذي يمثل مقدار التعويض مهما كانت قيمة الضرر الذي لحق بالمضرور (الطرف الآخر)^(٤٧).

وترى هنا حالة الاتفاق على تقصير مدة الدعوى في المسؤولية العقدية فالمشرع يحدد مدة التقادم بالنسبة للحق في التعويض الناشئ عن الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي وعلى هذا الأساس فإن الشرط الذي يتنازل بمقتضاه المدين عن حقه في التمسك بالتقادم ضد الشخص الذي يتوقع أن يلحق به ضرراً شرط باطل لمخالفته للنظام العام، والحكمة من إبطال هذا الشرط ان النزول إذا أُجيز لفرضه الدائنون على المدينين ولتخلف الغرض الذي قصد المشرع تحقيقه من ذلك التحديد وهو تثبيت الأوضاع القانونية وجعلها مستقرة، والمدين لا يستطيع أن يرفض هذا الشرط لأن الدائن بمركز قانوني أقوى نسبياً منه ورفض المدين لهذا الشرط دالاً على نيته في عدم الوفاء بالدين وتجعل من المديونية في مهب الريح، يضاف إلى ذلك عدم جواز الاتفاق على تحديد مدة للتقادم تزيد عما حددها المشرع^(٤٨).

الفرع الثالث: جوهر الإلزام العقدي والإعفاء من المسؤولية العقدية

إن القاعدة العامة في الالتزامات هي إن المدين ملتزم ومسؤول تجاه الدائن بموجب العقد عن تنفيذ التزامه الناشئ عن ذلك العقد والأصل إن المدين ملتزم بتنفيذ ما توجب عليه من التزام تنفيذاً اختيارياً سليماً وهو ما يقضي به مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، فإذا أخل المدين بهذا التنفيذ في الوقت المحدد له وبالشروط المتفق عليها وإذا استحال عليه الوفاء عيناً بما التزم به نتيجة لخطأ ينسب إليه حكم عليه بالتعويض أو ما يعرف بالتنفيذ

بمقابل، غير أن الإعفاء من المسؤولية يُنشئ وضعاً استثنائياً يخالف هذه القاعدة العامة إذ يجيز للمدين أن يتخلص بموجب شرط يُسطره في العقد من مسؤوليته الناشئة عن الإخلال بذلك العقد فيصبح مع هذا الشرط ملتزماً بأداء عمل أو بامتناع ولكنه في الوقت نفسه غير مسؤول عن الوفاء بالتزامه فلا يدفع تعويضاً يقابل الأداء أو العمل أو الامتناع الذي استحاله عليه تنفيذه بتقصير منه^(٤٩).

ويتضح من هذا ان فكرة التزام المدين تحافي هذا الوضع الوسيط بين جوهر الالتزام من جهة وبراءة الذمة من جهة أخرى فإما أن يكون الشخص ملتزماً به أو أن يكون غير ملتزم، وقد رتب بعض الفقه على هذا الوضع الاستثنائي الذي يظهر من الإعفاء من المسؤولية نتائج ضارة بالمصالح الاجتماعية والاقتصادية على حد سواء^(٥٠).

فيقال ان صحة أو جواز هذا الأمر تعني تحريض المدين أو المسؤول على الإخلال بالتزامه^(٥١)، ويقال أيضاً إن المضرور قد تنازل عن حقه في التعويض بحض إرادته ورضاه وإن العقد شريعة المتعاقدين، ونعتقد ان المضرور لم يتنازل عن حقه بإرادة متبصرة مقدرة لعواقب الأمور ومدى خطورة هذا التنازل إذ إنه لم يتنازل عن حقه بعد تحققه وإنما تنازل عنه مقدماً وفي وقت لم يكن الضرر قد وقع ولم يقيم خطورة هذا التنازل ولا مقداره، يضاف إلى ذلك إن مثل هذا الاتجاه يكون عادة ضمن عقود ذات طبيعة خاصة لا يكون مركز الطرفين فيها متعادلاً وهي عقود الإذعان التي يفرض فيها طرف قوي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي إرادته على الطرف الضعيف^(٥٢).

على أن هذا لا يعني ان الاتجاه السابق يخلو من كل فائدة لأنها لو كانت كذلك لأصبح وجودها في النظام القانوني من العبث لا بل أكثر من ذلك عامل ضرر للمخاطبين بذلك النظام ويذهب أحد الفقه إلى (أنه يجب أن نقرر كما فعلت التشريعات الحديثة صحة اتفاقات الإعفاء وان الاستثناءات التي

ترد مقيدة لهذا المبدأ يلزم أن تفرض بوساطة القانون وحده وأن تكون مبنية على أسباب تتعلق بالمصلحة العامة^(٥٣).

وتظهر فائدة الإعفاء من المسؤولية العقدية أنها حافزاً مشجعاً نحو تعزيز الرغبة بدخول المشروعات الكبيرة دون أي خوف أو خشية الذي قد ينتج عن أحكام المسؤولية الشئئية أو الموضوعية أو تحمل التبعة الأمر الذي كان له الأثر الواضح في عرقلة نشاط الأشخاص وفقدان روح المبادرة والتنافس عندهم كما ان هناك إجماع فقهي بصحة هذه الإعفاءات كونها لا تمثل أي خروج على قواعد النظام العام والآداب، فقد ارتضى الطرف المتنازل بمصلحة عاجلة محققة وطفيفة في أغلب الأحوال مقابل التخلص من التزام مستقبلي قانوني، علاوة على ذلك فإن القول بعدم صحتها من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة حركة التجارة من خارج البلد إلى داخله ووضع النظام القانوني الذي لا يقر بصحتها في وضع أدنى من النظام القانوني الذي يعترف بها كما ان صحة الإعفاء من المسؤولية العقدية مقيد بعدم جواز الإعفاء من الخطأ العمد، يضاف إلى ذلك بطلان اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كان هناك غش صادر من المدين وهذا البطلان مختلف فيه ولكن الرأي الراجح فقهاً وقضاء يذهب إلى ان عدم مسائلة المدين الذي لا ينفذ التزامه عن عمد وإصرار معناه الترك لمشئئة المدين ومحض رغبته أمر تنفيذ الالتزام أو عدم تنفيذه يختار منهما ما يشاء وعندئذ لا يجوز أن نطلق على ما تعهد به هذا الشخص اسم الالتزام فجوهر الالتزام وصفته الأساسية وهي اللزوم لا تنفصل عنه ذلك بأن الشرط الإرادي المحض الذي يعلق عليه تنفيذ الالتزام باطل^(٥٤).

أما بالنسبة للخطأ الجسيم فالملاحظ ان تأمين الشخص من نتائج خطئه الجسيم يتعارض مع القيم السامية فالمدين إذا لم ينفذ التزامه وكان إخلاله هذا

نتيجة خطئه الجسيم وكان هذا المدين قد اشترط الإعفاء فيكون هذا الشرط محكوماً بالبطلان ولا أثر له وألزم المدين بالتعويض الذي يستحقه الطرف الآخر كما لو لم يكن لشرط الإعفاء هذا أي أثر^(٥٥).

ولنستوضح أكثر جوهر الإلزام العقدي والإعفاء من المسؤولية العقدية يمكننا تكثيف الأفكار بالقول ان الاتجاه السائد فقهاً وقضاءً كان ينصرف إلى أن هذا الأثر لا يقتصر على جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية باتفاق المتعاقدين في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم بل يمتد إلى على عبء الإثبات الذي يقع على عاتق الدائن بحيث يتعين عليه لتقوم مسؤولية المدين أن يثبت خطأ ينسب إلى المدين فإذا اثبت الدائن خطأ المدين قامت مسؤوليته على الرغم من اتفاق الإعفاء والتزم بتعويض الدائن عن الضرر الذي نجم عن عدم تنفيذ التزامه^(٥٦).

ونتيجة لمعاول الانتقاد والتجريح التي وجهت لهذا الرأي وحفرت به عميقاً فقد عدل عنه الفقه والقضاء لأنه يخالف إرادة المتعاقدين التي أفصحوا عنها في العقد بعبارات قاطعة الدلالة على انصرافها إلى إعفاء المدين من المسؤولية ولو كان عدم التنفيذ يرجع إلى خطئه ويترتب هذا الأثر أياً كانت طبيعة المسؤولية العقدية فسواء كانت مسؤولية عقدية قائمة على أساس فعل المتعاقد نفسه أم فعل غيره وأياً كانت طبيعة العقد الذي اشتمل على هذا الشرط إلا إذا نص القانون أو قضت فكرة النظام العام بخلاف ذلك^(٥٧).

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً في شق منه وباطلاً في الشق الآخر كما لو اشترط المتعاقد إعفاءه من المسؤولية الناشئة عن أخطائه اليسيرة منها والجسيمة اقتصر البطلان على هذا الشق الأخير ويبقى الشق الأول سليماً مع بقاء العقد نفسه صحيحاً بطبيعة الحال، وإذا كان الشرط كله باطلاً فإنه يلغو ويبقى العقد صحيحاً منتجا لأثاره عدا ما يتعلق منها بهذا

الشرط تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد فمن غير المقبول أن نقرر بطلان العقد برمته وذلك في حالة ما إذا كان الضرر قد تحقق بالفعل نتيجة الإخلال بما ينشئه العقد من التزامات ولا بد من الاقتصار على إبطال الشرط وحده دون العقد برمته على أن القول السابق يصح في حالة عدم التلازم بين الشرط الباطل والعقد أما إذا تلمس القاضي إن هناك تلازماً بين الشرط بشقيه والعقد بحيث إن الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد بطل العقد والشرط تبعاً لذلك^(٥٨).

المطلب الثاني: جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية التقصيرية

ثبت فيما سبق إن العقد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ومن ثم ان المبدأ السائد قانوناً هو ان اتفاق المتعاقدين هو الذي يحدد جوهر الإلزام الذي ينصب عليه العقد فتلعب المفاوضات العقدية السابقة على إبرام العقد دوراً كبيراً في تحديد جوهر الإلزام العقدي بعد النفاذ (مدة التنفيذ) ويتصور بعض من الفقه محقاً إمكانية وجود اتفاقات تؤثر في المسؤولية التقصيرية وقبل تحققها، والثابت عدم جواز الاتفاق مقدماً على الالتزام بمعيار يوجب مسلكاً يقل عن مسلك الرجل المعتاد فمثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لأنه يتضمن إعفاءً من المسؤولية التقصيرية وهو أمر منعه القانون لتعارضه مع النظام العام، وبالعكس فإن الاتفاق على معيار يفرض مقداراً من العناية تزيد على عناية الشخص المعتاد يكون صحيحاً لأن الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية لا يتعارض مع النظام العام^(٥٩).

وقد يبدو غريباً أن يتفق شخصان لا تربط بينهما علاقة قانونية على ما قد يتعرض له أحدهما من مسؤولية تجاه الآخر فإذا كان متصوراً في المسؤولية التعاقدية حيث يجمع العقد بين المسؤول والمضروب قبل تحقق المسؤولية فإنه

بعيد التصور في المسؤولية التقصيرية كما مر سابقاً إذ لا يجمع بين المسؤول والمضروب رابط ولا يعرف أحدهما الآخر قبل وقوع الضرر ولكن الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية إذا كان نادراً في الواقع إلا أنه غير مستحيل التحقق فقد يكون الشخص في وضع يعرف معه الأشخاص الذين قد يحدث لهم ضرر فيتفق معهم على تخفيف مسؤوليته أو الإعفاء منها أو الأشخاص الذين يحدثون له الضرر فيتفقون معه على تخفيف مسؤوليتهم تجاهه^(٦٠) ونخصص لكل من الأحوال السابقة فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول: جوهر الإلزام العقدي وتشديد المسؤولية التقصيرية

إن الارتباط بين جوهر الإلزام العقدي وتشديد المسؤولية التقصيرية يظهر جلياً من خلال جواز الاتفاق على التشديد في أحكام تلك المسؤولية لأنه أمر جائز كونه لا يخالف النظام العام كالحالة التي يتفق شخصان فيها على أن يتحمل أحدهما نتيجة سبب الأجنبي فيكون مسؤولاً عن تعويض الضرر حتى وإن كان حاصلًا بسبب أجنبي لا يد له فيه والذي استثناء القانون من مسؤوليته وقد أجاز القانون المدني العراقي ذلك بحيث إذا أثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل غيره أو خطأ المتضرر كان غير ملتزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك^(٦١).

الفرع الثاني: جوهر الإلزام العقدي وتخفيف المسؤولية التقصيرية

إن التخفيف من المسؤولية التقصيرية يكون صحيحاً بأثر الاتفاق الصحيح على ذلك بالنسبة للأضرار التي تقع على المال من جهة وإذا كان الخطأ الصادر من المسؤول يسيراً من جهة أخرى^(٦٢)، أما في حالة الضرر الواقع على النفس أو في حالة الغش أو الخطأ الجسيم فإن هذا التخفيف يكون باطلاً وغير

صحيحاً بإجماع الفقه^(٦٣).

إن التخفيف من المسؤولية التقصيرية يمثل إعفاءً جزئياً منها وعليه فإن تخفيف المسؤولية مع بقاءها على عاتق المدين لا ينال من أساسها ولا يتعارض مع النظام العام إذ يحدد المدين مسؤوليته بمبلغ معين ويتحقق بالتالي إعفاء كامل من الضرر الزائد عن هذا المبلغ ويتحدد نطاق التخفيف من المسؤولية التقصيرية في تخفيف التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه أو في إنقاص المدة التي يجوز خلالها رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض^(٦٤).

فبالنسبة لتخفيض التعويض بنسبة معينة من الضرر الذي يلحق الدائن كالنصف أو الثلث أو قدر محدد منه وترك المتبقي أو أن يعين مبلغ أقصى لا يتجاوزه التعويض الذي يدفعه المدين مهما كان قدر الضرر الذي نشأ عن خطئه، ويختلف الأمر في الحالة التي يعين فيها له مبلغ أقصى للتعويض عن الحالة التي يقرر فيها التعويض جزافاً في أن التعويض في الحالة الأولى لا يمكن أن يتجاوز الضرر الذي لحق الدائن فالمبلغ المعين فيه يعد حداً أقصى للتعويض بحيث يلتزم المدين في حدوده بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه ولو تجاوز المبلغ المعين فيه ولكن الدائن ليس له المطالبة به إذا كان الضرر الذي أصابه يقل عنه ولا يستحق في هذه الحالة سوى مبلغاً يساوي هذا الضرر، أما في الحالة الثانية فيقدر فيه مبلغ معين يعد في نظر المتعاقدين مساوياً للضرر الذي ترتب على خطأ المدين ويلتزم من ثم هذا المدين بدفعه سواء أكان الضرر الذي لحق الدائن أكبر أم أقل منه^(٦٥).

أما عن تقليل مدة تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية فيلاحظ أن مثل هذا الأمر من التطبيقات النادرة، ذلك لأن الذي يعتاد وقوعه في هذا النوع من المسؤولية هو الاتفاق على إلغاء هذه المسؤولية أو على تحديد حد أعلى لها ونادراً ما يتفق المتعاقدان على مجرد تقليص مدة تقادم الدعوى الخاصة بها

ويرى بعض الفقه إن الاتفاق على إنقاص مدة التقادم وإن كان جائزاً كقاعدة عامة إلا أن صحته هذه تنحصر في حالة ما إذا كان الخطأ الذي صدر عن المسؤول خطأ يسيراً أما في حالة الخطأ الجسيم أو الغش فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً^(٦٦)، ونعتقد بترجيح الاتجاه الفقهي الذي يرى بطلان الاتفاق على زيادة مدة التقادم أو إنقاصها لأن هذه المدة تعد من النظام العام^(٦٧).

الفرع الثالث: جوهر الإلزام العقدي والإعفاء من المسؤولية التقصيرية

إن مصطلح الإعفاء في المسؤولية التقصيرية يقصد به إعفاء أحد الأشخاص من المسؤولية الناشئة عن فعل ضار يقع منه خارج العقد^(٦٨).

فالغاية منها هي دفع المسؤولية من على عاتق من ستقع عليه في المستقبل (المسؤول المحتمل) وليست الغاية منها تغيير طبيعة هذه المسؤولية وتحويلها إلى مسؤولية عقدية إذ تبقى لهذه المسؤولية صفتها التقصيرية وكل ما في الأمر أن يتم بين أشخاصها باعتبار ما سينتج تنظيم مسبق لهذه المسؤولية أو ما اصطلح عليه الفقه بالمسؤولية التقصيرية المنظمة باتفاق مسبق^(٦٩).

ويذهب بعض الفقه إلى أن مثل هذه الحالة غير متصورة من حيث الواقع والقانون ذلك لأن هذه المسؤولية تنهض بين أشخاص ليست بينهم أي صلة أو معرفة سابقة فكيف يستطيع المسؤول أن يعرف المتضرر ليبرم معه اتفاقاً يدفع بمقتضاه مسؤوليته عن الأضرار التي قد تلحق به^(٧٠).

ونعتقد أن الاتجاه السابق محل نظر ذلك لأن المسؤول إذا كان لا يستطيع عادة أن يتوقع الأضرار التي تنشأ عن فعله ولا الشخص الذي قد تلحقه (المضرور) فإنه مع ذلك يمكنه أن يتوقع ويقيم الآثار الضارة التي تترتب على نشاطه ويدفع مسؤوليته تلك باتفاقات يبرمها مع الأشخاص الذين تهددهم ويحتمل أن يكونوا ضحايا مسؤوليته الناشئة عنها مقابل عوض يرضون به^(٧١).

وبتفصيل أكثر لما مر سابقاً يمكن القول إن أثر جوهر الإلزام العقدي المتمخض عن هذه الاتفاقات في نطاق المسؤولية التقصيرية تعفي من اشترطت لمصلحته من هذه المسؤولية إعفاء تاماً إذ لا يجوز لمن وافق على هذا الإعفاء أي حق في المطالبة بالتعويض عما لحق به من الضرر ويستثنى من ذلك حالة ما إذا تبين من نية الطرفين أنها انصرفت إلى استبعاد المسؤولية القائمة على خطأ مفترض ففي هذه الحالة يقتصر الأثر على نفي قرينة الخطأ التي يقيمها القانون لمصلحة المضرور ويتحتم عليه إذا ما أراد الرجوع إلى المسؤول والحصول على التعويض أن يثبت صدور الخطأ من المسؤول طبقاً للقواعد العامة كما أنها لا تلزم في جوهرها إلا من كان طرفاً فيها فليس لها أثر بالنسبة للأجنبي عنها وتطبق في هذا الصدد ذات القواعد التي تطبق في المسؤولية العقدية، والذي يستطيع التمسك بهذا الشرط هو ذلك الشخص الذي اشترط لمصلحته أو خلفه العام ويقع عبء إثبات هذا الشرط وقبوله على من يريد التمسك به وهو يعد استثناء على القاعدة التي تلزم من ألحق ضرراً بغيره بتعويض هذا الضرر، ومن ثم يتوجب تفسيره تفسيراً ضيقاً، فإذا اشترط جار على جاره عدم مسؤوليته عن الأضرار التي تلحقه من الروائح التي تنبعث من المصنع الذي أقامه بجواره فإن هذا لا يعفيه من الأضرار التي تلحق الجار من الدخان إذ يبقى صاحب المصنع مسؤولاً عن هذه الأضرار، أما إذا كانت هذه الاتفاقات تقصد الإعفاء التام من المسؤولية التقصيرية أو بمعيار أقل من معيار الرجل المعتاد للمسؤول فالملاحظ أنها تقع باطله ومن ثم تعد كأن لم تكن على الرغم من وقوعها في الأعم الأغلب من الأحوال بين أشخاص لا تربطهم أي علاقة تعاقدية، ومع هذا فإنها قد تقوم في بعض الحالات بين طرفين متعاقدين وعندها يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً^(٧٢).

الخلاصة:-

إن العقد أداة قانونية ظهرت لسد الحاجة البشرية المتزايدة في تبادل المنافع الحالية وحل ناجح لتوفير الضمان لما قد يحدث في الاستقبال الأمر الذي يستوجب أن يكون للعقد من الهيبة والقوة والاستقرار ما يضمن ذلك والملاحظ إن هناك علاقة طردية بين قوة واستقرار العقد واستقرار التعامل في الحياة الواقعية ولكن ما هو جوهر الإلزام العقدي المطلوب لتحقيق هذا الغرض؟

إن هذا البحث محاولة بسيطة للإجابة عن هذا التساؤل عن طريق مناقشة جوهر الإلزام العقدي المقصود من حيث الماهية أولاً وعن طريق الكشف عن أثر الإخلال بجوهر الإلزام العقدي ثانياً ومن خلال بيان جوهر الإلزام العقدي وتدرج المسؤولية المدنية ثالثاً.

الخاتمة:-

لابد أن نسجل في هذا المقام وبشكل مختصر أهم ما توصلنا إليه من نتائج وما نطمح إلى تحقيقه من مقترحات وكما يأتي:-

أولاً: النتائج.

١- إن العقد أهم التصرفات القانونية وأكثرها شيوعاً وهو القانون الذي يحكم العلاقة المترابطة بين أطرافه ومنه تلتبس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهي جوهر الإلزام العقدي وبغيابها لا جدوى من العقد.

٢- إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أساس ما يتمتع به العقد من قوة وإلزام وهذه القاعدة ترجع في ظهورها لأقدم الشرائع القانونية ولا نبالغ إذا قلنا إنها سبب ديمومة العقد كأهم التصرفات القانونية وأكثرها نتاجاً

للآثار القانونية وما يبنى على هذه القاعدة من نسبية أثر العقد وعدم انصرافه إلى غيره إلا في حالات خاصة.

٣- إن المشرع العراقي لم يعط قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الأهمية التي تحتلها في الواقع القانوني إذ لم نتلمس في النصوص القانونية العراقية تلك الأهمية بمطلق النص أو مقيدته إذ قدم القانون المدني العراقي نص القانون على إرادة الأطراف في نص المادة (١/١٤٦) مبيناً تراجع دور الإرادة كفكرة سائدة في المجتمع العراقي بزمان تشريع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ أو حين نفاذه سنة ١٩٥٣ وهذا الاتجاه لا يواكب نهج العراق الجديد في الانفتاح على الأسواق العالمية وازدياد دور الإرادة في هذا النهج وذلك الاتجاه.

٤- إن جوهر الإلزام العقدي في مرحلة تنفيذ العقد تلزم طرفيه بالتنفيذ بحسن نية وأن يتم التنفيذ طبقاً لما اشتمل عليه العقد وذلك بتجنب الغش والخطأ العمد والتعسف باستعمال الحق بسوء نية والمشرع العراقي في المادة (١/١٥٠) من القانون المدني نص على ذلك بغير الإشارة إلى جوهر الإلزام العقدي الواجب الإشارة إليه في هذا المقام.

٥- إن أثر تدرج أحكام المسؤولية المدنية بجوهر الإلزام العقدي يختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنه في إطار المسؤولية التقصيرية فبالنسبة لنطاق المسؤولية العقدية والتي هي أحد الآثار التي يرتبها العقد فالثابت إن الإرادة هي تنشأ المسؤولية العقدية بشكل غير مباشر فيمكن بالتالي أن تعدل قواعدها كون الأخيرة ليست من النظام العام ومن ثم جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية بتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي خلافاً للقواعد العامة ومن عين الباب يجوز التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية بشرط ألا يكون الإعفاء من الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم.

وكذا الحال في إطار المسؤولية التقصيرية عن طريق الاتفاق على تعديل أحكام مسؤولية أحد العاقدين الناشئة عن فعله الضار والغاية هنا دفع المسؤولية عن المسؤول المحتمل ويلاحظ هنا إن الإعفاء نادر الوقوع متصلاً بعقد من العقود إذ يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً، ومن ثم لا أثر لجوهر الإلزام العقدي في هذه الحالة في حين جواز التخفيف من هذه المسؤولية لعدم تعارضها مع النظام العام كأن تتحدد مسؤولية المسؤول بمبلغ معين وبالتالي يتحقق الإعفاء الكامل من الضرر خارج هذا المبلغ ويمكن على رأي بعض الفقه أن يظهر التخفيف في تقليل مدة التقادم لدعوى المسؤولية على الرغم من إجماع الفقه على ندرة وقوعه في الواقع العملي.

ثانياً: المقترحات.

١- نقترح على المشرع العراقي طالما إن جوهر الإلزام العقدي يمتد بأثره ليشمل تدرج المسؤولية التقصيرية أن يوسع من نطاق هذه المسؤولية ومن مبدأ تحمل التبعة تحقيقاً للعدالة من خلال إلزام محدث الضرر وفي كافة الأحوال بالتعويض وفي ذلك انسجاماً مع المبدأ الإسلامي ((الغنم بالغرم)) وجوهر الإلزام بالتعويض هو قيام المسؤولية التقصيرية على الضرر والذي تدور معه وجوداً وعدماً ولا نعني بذلك إنكار ركن الخطأ وإنما التخفيف من الاعتماد عليه والتوسع في مفهوم الضرر ولتجنب إفلات المسؤول وضياع حق المضرور.

٢- نقترح على المشرع العراقي إلغاء المادة (١٤٥) من القانون المدني والتي تنص على أن ((أيّاً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)) كون النص مقيد بقيود أبرزها عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة أو ممنوع قانوناً من قبيل الاستحالة المطلقة والنسبية

كما إن عدم مراعاة هذه القيود لا ينقل الحال من المفاوضات العقدية إلى الانعقاد بل يؤدي إلى انفضاض مجلس العقد دون انعقاده والعقد هنا غير معتبر قانوناً لتخلف ركن من أركانه.

٣- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١/١٤٦) والتي تنص على أن ((١-إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)) ليصبح النص المقترح ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق العاقدین أو الأسباب التي يقرها القانون)).

٤- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١/١٥٠) والتي تنص على أن ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.)) ليصبح النص المقترح ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من جوهر وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.)) إيضاحاً للالتزامات المتمخضة عن العقد واللازم تنفيذها من قبل المتعاقدين.

٥- تعديل المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن ((إذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعةً مناسباً لحلّول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته)). لكونها لم تراعى ظروف الدائن مقارنة بظروف المدين وذلك يمثل خروجاً على جوهر الإلزام العقدي إذ إن منطلق القاضي في تعيين ميعة مناسبة لحلّول أجل الوفاء يستند إلى مبادئ العدالة وهذا يتحقق في حق الدائن في استيفاء حقه بالأجل المحدد (المتفق عليه) وبالتالي ضرورة عدم تغيير أجل تنفيذ التزام المدين إذا كان ذلك يصيب الدائن بضرر جسيم ونقترح أن يكون النص ((إذا تبين من الالتزام ان

المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلّول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته مالم يلحق الدائن ضرراً جسيماً وتبين من نص القانون أو من الظروف أن الأجل ضرب لمصلحة الطرفين معاً)).

Abstract

The contract legal tool emerged to fill the need of human growing mutual benefits current solving successful to provide security of what might happen at the reception which requires that a contract of prestige and power and stability for this purpose. it is noticeable that there is a direct correlation between the strength and stability of the contract and the stability of dealing in real life, but what nodal core obligation is required to achieve this purpose?

This research is an attempt simple to answer this question by discussing the essence of compulsion nodal intended in identity first and by detecting the effect of prejudice to the essence of the obligation nodal secondly and through a statement core obligation lumpy and include civil liability third.

هوامش البحث

- (١) د. سليمان مرقس-الوافي في شرح القانون المدني- ج٢-مصر-١٩٧٧-ص٥٠٦.
- Gerard farjat- droit prive de l economie-theorie des obligations-themis-p.u.f-1975-p(268).
- (٢) د. عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير-الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- في مصادر الالتزام-ج١-بيروت-٢٠١٢-ص١٦٤.
- (٣) د. سليمان مرقس-مصدر سابق-ص٥١٠.
- Eugene gaudemet- theorie generale des obligations- sirey-1965-p(202).

- (٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٦٤- ص ٦٢٣. ويلاحظ ان بعض الفقه يرى بوجود إلزامية للشروط أحادية التحرير في العقد وهي استثناء على المبدأ المقرر بهذا الشأن، ينظر في ذلك أ.م.د. منصور حاتم محسن، أ.م.د. أيمن طارق مكّي- القوة الملزمة للشروط أحادية التحرير في العقد- بحث منشور في مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والإدارية- جامعة بابل- ٢٠٠٩.
- Gerard farjat- op.cit-p(304).
- (٥) د. عبد المنعم فرج الصدة- مصادر الالتزام- القاهرة- ١٩٧٧- ص ٣٢٩ وما بعدها.
- (٦) د. حسين عامر- القوة الملزمة للعقد- ط١- القاهرة- ١٩٤٩- ص ١٣ وما بعدها.
- (٧) د. سليمان مرقس- مصدر سابق- ص ٥١٢، ينظر في نظرية الظروف الطارئة للسيد عبد الوهاب عرفه- نظرية الظروف والحوادث الطارئة ودور القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول (٢/١٤٧) مدني) في ضوء أحكام النقص- دار الماجد للنشر والتوزيع- القاهرة- بلا سنة طبع.
- (٨) د. السنهاوري- مصدر سابق- ص ٦٢٥.
- (٩) د. حسن علي الذنون - دور المدة في العقود المستمرة - بغداد - ١٩٨٨ - ص ٢١ وما بعدها.
- (١٠) عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - منشورات زين الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٦ - ص ٧٩ وما بعدها.
- (١١) د. سليمان مرقس- مصدر سابق- ص ٥١٢.
- (١٢) د. السنهاوري- مصدر سابق- ص ٦٢٥.
- (١٣) د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - بغداد - ١٩٧٦ - ص ١٤٤ وما بعدها.
- (١٤) د. عبد الودود يحيى- الموجز في النظرية العامة للالتزامات- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٠- ص ١٥١.
- (١٥) د. حسن علي الذنون- مصدر سابق- ص ١٤٦.
- (١٦) د. عبد الودود يحيى- مصدر سابق- ص ١٥٥.
- (١٧) د. خليل جريج - النظرية العامة للموجبات- ج ٢- مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة- ط ٤- منشورات صادر الحقوقية- ٢٠٠٠- ص ٣٧٤.
- Jean carbonnier- droit civil- les obligations- vol 4- presses universitaires de france- 1993-p248.
- (١٨) الياس ناصيف - موسوعة العقود المدنية والتجارية - ج ٢ - مفاعيل العقد- ط ٢ - ١٩٩٨ - ص ٥٢.
- (١٩) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - مصدر سابق- ص ١٣٢ وما بعدها.
- (٢٠) د. عبد الودود يحيى- مصدر سابق- ص ١٥٧.

- (٢١) د. حسن علي الذنون-مصدر سابق-ص ١٦٣ وما بعدها.
- (٢٢) الياس ناصيف-مصدر سابق-ص ٥٦ وما بعدها.
- (٢٣) د. حسن علي الذنون-المبسوط في المسؤولية المدنية- الجزء الأول - الضرر - شركة التأمين للطبع والنشر المساهمة- بغداد-١٩٩١-ص ١٧٨.
- (٢٤) د. حسن الخطيب-نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية - مطبعة حداد - البصرة-١٩٦٨-ص ٢١٥ وما بعدها.
- (٢٥) د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - ج١- القاهرة- ١٩٧٨-ص ١٦٦ وما بعدها.
- (٢٦) احمد شوقي محمد عبدالرحمن - تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات "دراسة فقهية وقضائية" - منشأة المعارف- الإسكندرية - ٢٠٠٣ - ص ٢٧.
- (٢٧) يقول الدكتور عبدالرحمن عياد ان العقد أقوى من القانون إذ يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطان المخول لها، يستمد هذه القوة منها وحدها دون ما حاجة إلى الاستناد إلى سلطة القانون فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة والعقد بذاته منشئ للالتزامات والحقوق شأنها في ذلك شأن القانون وكما تقول المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ((يقوم الاتفاق بالنسبة لطرفيه مقام القانون) ويقول الفقيه لارومبير ان الالتزام الناشئ عن العقد سابق في الوجود على القانون المدني وقد وجده المشرع قائماً فعلاً واقتصر دورة على تنظيم التفاصيل المتعلقة بتنفيذه. ينظر في ذلك للدكتور عبد الرحمن عياد- أساس الالتزام العقدي - النظرية والتطبيق - مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية - ١٩٧١- ص ٢٠ وما بعدها.
- (٢٨) حسن عبدالباسط جميعي - الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك - بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - س(١٢)-ع(١٣)- ١٩٩٠- ص ٨٢ وما بعدها.
- (٢٩) د. السنهوري - مصدر سابق - ص ٥١٩.
- (٣٠) د. حسن علي الذنون-المبسوط - مصدر سابق - ص ٩٠ وما بعدها.
- (٣١) د. محمود جمال الدين زكي- مصدر سابق - ص ١١٨ وما بعدها.
- (٣٢) د. حسن الخطيب - مصدر سابق- ص ٣٢٥.
- (٣٣) ينظر في ذلك للمدرس المساعد كاظم كريم علي الشمري - المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد- بحث منشور في مجلة الفتح - جامعة ديالى- ع (٢٧)- ٢٠٠٦- ص ٢١٣ وما بعدها.
- (٣٤) د. حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص ٩٢.
- (٣٥) د. حسين عامر- مصدر سابق - ص ٢٤٤ وما بعدها.
- (٣٦) د. جلال على العدوي - أصول أحكام الالتزام والإثبات - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٩٦ - ص ٢٠٨.

- (٣٧) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - مصدر سابق - ص ١٧٤.
- (٣٨) ينظر في بطلان العقد المصدر السابق ذكره - ص ١١٣ وما بعدها، د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - مصدر سابق - ص ٤٧٩، د. محمد نجيب عوضين المغربي - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣ - ص ٢٧، ينظر المادة (٢٤٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمادة (٢٠٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والمادة (٣٧٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٢٣) من القانون المدني المصري والمادة (٣٧٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٢٥) من القانون المدني المصري.
- (٣٩) د. حسن علي الذنون - المبسوط - مصدر سابق - ص ٩٢ وما بعدها.
- (٤٠) د. سليمان مرقس - مصدر سابق - ص ٥١.
- (٤١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - مصدر سابق - ص ٤٢.
- (٤٢) د. عبد المنعم فرج الصدة - مصدر سابق - ص ٣٥٤.
- (٤٣) د. حسين عامر - المسؤولية المدنية - ط ٢ - القاهرة - ١٩٧٩ - ص ٥٧٦.
- (٤٤) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - مصدر سابق - ص ٤٢٣.
- (٤٥) المصدر السابق نفسه - ص ٤٢٢.
- (٤٦) د. محمود جمال الدين زكي - مصدر سابق - ص ١٠٤ وما بعدها.
- (٤٧) حيدر فليح حسن - اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٩٧ - ص ١١١ وما بعدها.
- (٤٨) د. محمود جمال الدين زكي - مصدر سابق - ص ١٠٧.
- (٤٩) د. السنهوري - مصدر سابق - ص ٦٧٧.
- (٥٠) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - مصدر سابق - ص ٤٢١.
- (٥١) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ٩ وما بعدها.
- (٥٢) المصدر السابق نفسه - ص ١٠.
- (٥٣) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - مصدر سابق - ص ٤٢٢.
- (٥٤) د. حسين عامر - المسؤولية المدنية - مصدر سابق - ص ٥٦٦، ومن التطبيقات في القانون العراقي للغش في عقد البيع ما نصت عليه كل من المادتين (١/٥٥٦) و (٢/٥٦٨) من القانون المدني العراقي بضمان استحقاق المبيع وضمان العيوب الخفية التي قد تظهر فيه.
- (٥٥) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ٢٥ وما بعدها.
- (٥٦) د. حسين عامر - المسؤولية المدنية - مصدر سابق - ص ٥٦٨ وما بعدها.
- (٥٧) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ٦١ وما بعدها.

(٥٨) د. حسين عامر - المسؤولية المدنية - مصدر سابق - ص ١٤٦ وما بعدها، وللإستزادة في مناقشة الآراء المتعارضة وموقف كل من القانونين الفرنسي والعراقي ينظر للدكتور سعدي البرزنجي - شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي - ط ١ - اربيل - ٢٠٠٣ - ص ٣٧ وما بعدها.

(٥٩) د. احمد شوقي عبدالرحمن - مصدر سابق - ص ٢٥.

(٦٠) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - مصدر سابق - ص ٤٢٢.

(٦١) المصدر السابق نفسه - ص ٥٦٢ وما بعدها.

(٦٢) د. محمود جمال الدين زكي - مصدر سابق - ص ١٠٦ وما بعدها.

(٦٣) د. عبدالمنعم فرج الصدة - مصدر سابق - ص ٥٣٢ وما بعدها.

(٦٤) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ١٣٥ وما بعدها.

(٦٥) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - مصدر سابق - ص ٤٢٦ وما بعدها.

(٦٦) د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - مصدر سابق - ص ١٠٦ وما بعدها.

(٦٧) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ١٣٤ وما بعدها.

(٦٨) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز - مصدر سابق - ص ٥٦٣ وما بعدها.

(٦٩) د. عبدالمنعم فرج الصدة - مصدر سابق - ص ٥٣١ وما بعدها.

(٧٠) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ٨٢ وما بعدها.

(٧١) د. محمود جمال الدين زكي - مصدر سابق - ص ٨٥ وما بعدها.

(٧٢) حيدر فليح حسن - مصدر سابق - ص ١٠٨.

قائمة المصادر والمراجع

أ. المصادر العربية:-

أولاً:- الكتب:-

١- احمد شوقي محمد عبدالرحمن - تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات

"دراسة فقهية وقضائية" - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٣.

٢- الياس ناصيف - موسوعة العقود المدنية والتجارية - ج ٢ - مفاعل العقد - ط ٢ - ١٩٩٨.

٣- د. جلال على العدوي - أصول أحكام الالتزام والإثبات - منشأة المعارف - الإسكندرية -

١٩٩٦.

٤- د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية - مطبعة حداد -

البصرة - ١٩٦٨.

- ٥- د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - بغداد - ١٩٧٦.
- ٦- د. حسن علي الذنون - دور المدة في العقود المستمرة - بغداد - ١٩٨٨.
- ٧- د. حسن علي الذنون - الميسوط في المسؤولية المدنية - الجزء الأول - الضرر - شركة التأمين للطبع والنشر المساهمة - بغداد - ١٩٩١.
- ٨- د. حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - ط١ - القاهرة - ١٩٤٩.
- ٩- د. حسين عامر - المسؤولية المدنية - ط٢ - القاهرة - ١٩٧٩.
- ١٠- د. خليل جريج - النظرية العامة للموجبات - ج٢ - مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة - ط٤ - منشورات صادر الحقوقية - ٢٠٠٠.
- ١١- د. سعدي البرزنجي - شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي - ط١ - اربيل - ٢٠٠٣.
- ١٢- د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج٢ - مصر - ١٩٧٧.
- ١٣- د. عبدالرحمن عياد - أساس الالتزام العقدي - النظرية والتطبيق - مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية - ١٩٧١.
- ١٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٤.
- ١٥- د. عبد الحميد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - في مصادر الالتزام - ج١ - بيروت - ٢٠١٢.
- ١٦- د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - القاهرة - ١٩٧٧.
- ١٧- د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - منشورات زين الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٦.
- ١٨- د. عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠.
- ١٩- د. عبد الوهاب عرفه - نظرية الظروف والحوادث الطارئة ودور القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول (٢/١٤٧ مدني) في ضوء أحكام النقض - دار المجلد للنشر والتوزيع - القاهرة - بلا سنة طبع.
- ٢٠- د. محمد نجيب عوضين المغربي - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣.
- ٢١- د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - ج١ - القاهرة - ١٩٧٨.

ثانياً: - البحوث المتخصصة والرسائل الجامعية:-

- ٢٢- حسن عبد الباسط جميعي - الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك - بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - س(١٢) - ع(١٣) - ١٩٩٠.

- ٢٣- حيدر فليح حسن- اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية المدنية- رسالة ماجستير-جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٧.
- ٢٤- م.م. كاظم كريم علي الشمري - المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد - بحث منشور في مجلة الفتح- جامعة ديالى- ع (٢٧)- ٢٠٠٦.
- ٢٥- أ.م.د. منصور حاتم محسن، أ.م.د. ايمان طارق مكي- القوة الملزمة للشروط أحادية التحرير في العقد- بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والإدارية - جامعة بابل- ٢٠٠٩.

ثالثاً:- القوانين:-

- ٢٦- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- ٢٧- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

ب. المصادر الأجنبية:-

- 28-Eugene gaudemet- theorie generale des obligations- sirey-1965.
- 29-Gerard farjat- droit prive de l economie-theorie des obligations-themis-p.u.f- 1975.
- 30-Jean carbonnier- droit civil- les obligations-vol 4-presses universitaires de france-1993-p248.