

التنظيم القانوني للمفاوضات التعاقدية دراسة مقارنة في القانون العراقي والايرواني واللبناني

حسين مزهر زغير جامعة المصطفى العالمية-كلية العلوم والمعارف

اشراف الأستاذ الدكتور محمد صادق

استاذ مشارك عضو هيئة التدريس و الباحثين في جامعة المصطفى العالمية-كلية العلوم والمعارف- قم المقدسة

المستخلص

يثير البحث في موضوع (التنظيم القانوني للمفاوضات التعاقدية دراسة مقارنة في القانون العراقي والايرواني واللبناني) العديد من الاشكاليات التي سنحاول الاجابة عليها في متن البحث، واهمها هي، هل لمقتضيات القانون المدني العراقي ان تسعف القاضي في التخفيف من أثر هذه الظروف الاستثنائية، رتب القانون المدني العراقي والقوانين الايرواني واللبناني له اثاراً قانونية عند عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى سواء اكان لسبب يرجع الى احد المتعاقدين او كليهما لسبب مع بعض الاختلافات البسيطة بينها التي لا تكاد تصل الى حداً من التنافر لهذه القوانين تتضح اهمية البحث في جانبين مهمين وهما الجانب العملي والنظري، فالجانب العملي له يتعلق بارتباطه بالالتزام التعاقدى بدا منذ نشوءه والظروف التي احيطت به وقت التعاقد التي جعلت منه التزاماً تعاقدياً صحيحاً غير باطلاً بتوافر اركان وشروط هذا الالتزام التعاقدى الا ان تلك الظروف قد تتغير عند البدء بمرحلة تنفيذ هذا الالتزام التعاقدى فقد يتمتع المدين بارادته الحرة مخرلاً بمبدأ (حسن النية) من تنفيذ التزامه وهنا تهض المسؤولية التعاقدية (العقدية) سواء اكان ذلك بخرطاً منه او من بعهدته او ممن كان يمثله، وايضاً تهض في ذات الوقت الضمانات التي منحها القانون للدائن بسبب قوة (العقد) الملزمة، في منحه ادوات ووسائل يستطيع بها جبر المدين على تنفيذ التزامه. او قد يكون عدم تنفيذ الالتزام يرجع الى خخرط الدائن او من هم بعهدته او ممن كان يمثله وقت التنفيذ، او قد يكون عدم التنفيذ يرجع الى خخرط الغير بجميع هذه الحالات المذكورة ما عدا خخرط المدين تتعدم المسؤولية لقيام السبب الاجنبى الذي ينتج عنه استحالة تنفيذ الالتزام العقدى. اما الاهمية من الجانب النظرى فتتمثل في ان هذا البحث تكمن فيه دراسة بحثية تحليلية لا تخلو من المقارنة في بعض جوانبها للتشريع المدني العراقي رقم ٥١ لسنة ١٩٤٠ النافذ ومع ما تعاصره حالياً لأغلب التشريعات المدنية الايروانية واللبنانية كاشفة عن مظاهر التطور في التشريعات المدنية المعاصرة للقانون المدني العراقي وما يحتاجه الاخير وماهية السبل المفترضة الاتباع لتلافي ذلك **الكلمات المفتاحية: الاثار، التنظيم القانونى، المفاوضات التعاقدية، الالتزامات، التعاقد، التنفيذ، الاجبارى، الاختيارى.**

المقدمة

مما لا شك فيه بان نظرية الالتزامات هي من اهم نظريات القانون المدني وهي الاساس التي يقوم عليها هذا الاخير بل هي دعامة هذا القانون والتي بفضلها اصبح القانون المدني عماد القوانين في جميع التشريعات وذلك لأسباب عديدة تميزت بها نظرية الالتزامات واتسمت بها واختصت بها عن غيرها اهمها وفرة مادتها وتناولها امهات المسائل والأصول العامة لجميع القواعد القانونية ولهذه النظرية ايضا اهمية كبرى في عالم القانون سواء من الناحية العملية ام العلمية فهي بالنسبة للقانون عامة وللقانون المدني بصفة خاصة اشبه بالعمود الفقري بالنسبة لجسم الانسان فمن الناحية العملية فان كثيراً من تصرفاتنا اليومية عبارة عن عقود تترتب عليها التزامات فحين تشتري شيئاً او تباع شيئاً او تتعهد بشيئاً كل هذه التصرفات وغيرها المشابهة لها تعتبر عقوداً تترتب عليها التزامات. فضلاً عن تدخل الدول الحديثه الذي بات امراً شائعاً في تنظيم كافة مجالات الحياة وخاصة الاقتصادية مما يفرض الكثير من الالتزامات ايضا اما من الناحية العلمية فان نظرية الالتزامات تعد المجال الحيوى للمنطق القانونى فهي تتميز بعمومية قواعدها ولذلك فقد تشابهت المبادئ العامة لنظرية الالتزامات في مختلف التشريعات واصبح بالامكان توحيد قواعدها في مختلف الدول. اما الالتزام التعاقدى او العقدى فيعتبر من اهم وسائل تفاعل افراد المجتمع فيما بينهم لذا كان الشغل الشاغل لعقول الناس منذ عصور المدنية القديمة بشكل اوصل هذا الاهتمام وفرضه على التشريعات الحديثة المعاصرة، وحتى يتسنى لهذا الالتزام التعاقدى اداء ما انيط به من مهام صعبة فقد اهتمت به التشريعات الحديثة واحاطته بمجموعة من المبادئ والاسس التي تكفل له قوته الملزمة والتي تجد اساسها في

مبدأ سلطان الادارة والتي لايجوز فيه لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الاتفاق او تعديله، مالم يتم الاتفاق على ذلك بينهما لا بل الامر يتعداهما الى القاضي الذي يقتصر دوره على مجرد تطبيق احكام العقد وتفسيره بما قد يتضمنه من شروط، اذ ان القاضي لايتولى انشاء العقد عنهم، لهذا فان العقد مادام قد تم ابرامه على وجه صحيح فإنه ينشئ بين عاقديه التزامات تكون اشبه بالالتزامات التي يفرضها القانون. وبالتالي فان المتعاقد وانطلاقاً من مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يستطيع ان يتحلل من التزاماته التعاقدية الا اذا قام اتفاق بينه وبين المتعاقد الاخر معه، او لسبب من الاسباب التي يقرها القانون، اما ماعدا ذلك فليس امام المتعاقد الا تنفيذ ما التزم به سواء بأختياره او جبراً عنه، وليس هناك ما يعفى المدين من مسؤوليته عن عدم تنفيذ ما التزم به الا ان تحول دون ذلك التنفيذ ظروف او احداث تفوق طاقة المدين وقدرته على تخطي تلك الظروف وهي ما تعرف باستحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى والتي بتحققها تنتفي المسؤولية العقدية عن المتعاقد الذي اخل بالتزامه التعاقدى نتيجة لعدم قيامه بتنفيذ ما التزم به في هذا الالتزام وتحقيق ما قصده هو والمتعاقد الاخر جراء هذا الالتزام: **انحلال الرابطة التعاقدية (فسخ العقد) وآثاره.**

المطلب الاول: الفسخ

لقد عالج المشرع العراقي فسخ العقد تحت عنوان (انحلال العقد) فنص على الفسخ في المواد (١٧٧ _ ١٨٠) وخصص للاقاله (١٨١ _ ١٨٣) ولا يقوم الفسخ الا في العقود الصحيحة^٢ الفسخ هو انحلال للرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزامه الناشئة عن العقد. فاذا كان هناك عقد ملزم لجانبين واخذ احد الطرفين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد جزاء عدم التنفيذ او ان يطالب بالعيوض وهذه هي المسؤولية العقدية ون هنا تظهر الصلة بين الفسخ بين المسؤولية العقدية فكلاهما جزاء عدم تنفيذ المدين للالتزام التعاقدى ولفسخ انواع هي :

الفرع الاول: الفسخ القضائي. هو الذي يتم بحكم من المحكمة بجل الرابطة التعاقدية وهو الاصل العام في الفسخ لان الاصل في النزاعات ان يناط الفصل بها الى القضاء وللقاضي سلطة التقدير له ان يقرر الفسخ او يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه^٣ ونص المشرع العراقي على الفسخ بحكم القضاء في المادة (١٧٧) والتي جاء فيها 4. (١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع العويض ان كان له مقتضى على ان يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته ٢- ففي عقد الايجار ان امتنع المستاجر عن ايفاء الاجرة المستحقه الوفاء كان للمؤجل فسخ الاجارة وفي ايجار العمل ان امتنع المستاجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد وفي عقد البيع يجوز للبائع او المشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الاخر ماوجب عليه بالعقد كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد) هذا ويستطيع ايضا القاضي في القانون المدني السوري^٥

الفرع الثاني: الفسخ القانوني. (الإنفيساخ). يفسخ العقد من تلقاء نفسه اي بقوة القانون اذا استحاله على المدين تنفيذ التزامه سواء اكانت الاستحاله لسبب اجنبي لايد له فيه او لخطأ منه اذ نصت ماده (١٧٩) مدني عراقي على (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء اكان هلاكه بفعله او بقوه قاهره) ويرى السنهوري^٦ بان الانفساخ بقوة القانون لا يكون الا اذا كانت الاستحاله راجعه لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه وبهذا اخذ المشرع المصري بنص المادة (٣٧٣) وأن المشرع المدني العراقي كان قد اخذ بالاستحاله المطلقة سوا اكانت لسبب اجنبي ام لخطا المدين ويترتب عليها انتفاء التعويض في الاولى ووجوبه في الثانيه .

الفرع الثالث: الفسخ الاتفاقي. ولفسخ الاتفاقي صورتان وهما الاقاله والشرط الصريح للفسخ. الاقاله : وهي صورة خاصه من صور الفسخ الاتفاقي ولكنها تختلف عن شرط الفسخ في انها لا يجوز ان تكون مقارنه للعقد وتختلف عنه كذلك. وشرط الفسخ الصريح يفترض اخلال من احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه اما الاقاله فلا وجود فيها لمثل هذا الافتراض وبما ان الاقاله لا تعني وجود اخلال او عدم في تنفيذ العقد فهي خارجه عن مدار بحثنا.

المطلب الثاني: آثار الفسخ

الأثر القانوني الذي يترتب على فسخ العقد، سواء أكان الفسخ قانونياً أم قضائياً أم اتفاقياً، هو: زوال حكم العقد بأثر رجعي إلى يوم إبرامه، وعده كأن لم يكن، مع وجوب الرجوع فيما تمّ تنفيذه من العقد، مع ردّ ما قبض بموجب العقد قبل فسخه. وآثار فسخ العقد لا تقتصر على المتعاقدين فحسب، بل تمتد، في أحوال معينة، إلى غيرهما، وهو ما نراه في فقرتين، كما يأتي:

١: أثر فسخ العقد فيما بين المتعاقدين.

٢: أثر فسخ العقد بالنسبة لغير المتعاقدين. اولا

الفرع الاول: أثر فسخ العقد فيما بين المتعاقدين. إنَّ أهمَّ أثر يترتب على الفسخ فيما بين المتعاقدين، هو (الرجوع إلى ما كانا عليه قبل التعاقد)، بمعنى ردُّ المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، بحيث يردُّ من قبض منهما شيئاً بموجب العقد إلى صاحبه، والذي لم ينفذ التزامه منهما، لا يجبر على تنفيذه، فإذا استلم المشتري المبيع، وقبض البائع الثمن، ثمَّ فسخ العقد، وجب على كل منهما ردُّ ما استلمه.

أ: ردُّ القابض سيء النية ما استلمه من ثمار وقد يكون المبيع ممَّا يُنتج ثماراً، ما يثير التساؤل عن مصير هذه الثمار عقب فسخ العقد، مثل منزل أجره المشتري للغير، فما مصير بدلات الإيجار بعد فسخ العقد؟ ومثل شراء حيوانات منتجة، ما مصير الولادات عقب فسخ عقد شراء الأمهات مثلاً؟ أو شراء بستان تمور أو حمضيات أو غيرها، فما مصير الثمار الناتجة عقب فسخ عقد بيع البستان، أتبقى للمشتري، أم يلتزم بإعادتها للبائع مع أصل المبيع؟^٨ والجواب عن ذلك يتلخص بالقول أنَّ القانون المدني العراقي يفرق بالنسبة لمصير الثمار بين القابض سيء النية: وهو الذي يعلم عند القبض أنه يقبض شيئاً غير مستحق له، وهذا مُلزم قانوناً برد الثمار والزوائد والمنتجات التي استوفاه خلال مدة حيازته للمبيع، وبين القابض حسن النية: وهو الذي لا يعلم عند القبض أنه إنما يقبض شيئاً غير مستحق له، وهذا يتملك ما يقبضه من الزوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته استناداً لأحكام المادة (١١٦٥) مدني عراقي والتي تنص (بملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد استوفاه من المنافع مدة حيازته).

ب: إلزام المتعاقد المتسبب بالفسخ بالتعويض فإذا حكمت المحكمة بفسخ العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين حكمت بإلزامه، فضلاً عن الفسخ، بالتعويض عن الضرر الذي لحق المتعاقد الآخر جراء الفسخ، وعدم تنفيذه التزامه بموجب العقد، وقد يمتد الحكم بالتعويض ليشمل الشيء الذي يستحيل رده على المتعاقد في العقد المفسوخ. ويشمل التعويض فقرتين: قيمة جبر الضرر الذي لحق الدائن بسبب فسخ العقد، وقيمة المصاريف التي أنفقتها لإقامة دعوى الفسخ.

الفرع الثاني: أثر فسخ العقد بالنسبة لغير المتعاقدين أهم أثر يترتب على فسخ العقد بالنسبة لغير المتعاقدين، هو (زوال الحقوق التي رتبها قابض الشيء على هذا الشيء قبل فسخ العقد)؛ لأن القابض كالمشتري، يعد كأن لم يكن قد ملك المبيع أبداً، ويسترد البائع المبيع صافياً من أي حق يُقيد، فإذا اشترى أحد أرضاً ورثب عليها حق انتفاع أو ارتفاق، فإن البائع يسترد الأرض إذا باعها المشتري الأول لمُشترٍ ثانٍ، كما يستردها من المشتري الأول خاليةً من أي حق يكون قد رتبهُ عليها وفق المادة ١٧٧ مدني عراقي. أما عن احكام الفسخ في القانون المصري تنص المادة ١٥٧ من القانون المدني في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته وتنص المادة ١٥٨ من القانون المدني العراقي على، (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه)، وتنص المادة ١٥٩ من القانون المدني في (العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب وإستحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه). وتنص المادة ١٦٠ من القانون المدني، (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلي الحالة التي كان عليها قبل العقد فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يوف المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) والأصل في الفسخ لا يقع الا بحكم القاضي "الفسخ القضائي" وقد تعرضت له المادة ١٥٧ من القانون المدني وقد يقع بحكم الاتفاق وهو ما يعرف ب"الفسخ الاتفاقي" وقد تعرضت له المادة ١٥٨ من القانون المدني وقد يقع بحكم القانون "الانفساخ" وذلك تعرضت له المادة ١٥٩ من القانون المدني وقد يقع حين يصبح الإلتزام مستحيلًا بسبب أجنبي لايد للمتعاقد فيه وهذه الحالة تختلف عن الفسخ الذي عالجه المشرع في المواد ١٥٧، ١٥٨ من القانون المدني حيث يكون الفسخ عند تخلف المدين عن تنفيذ التزامه ويكون للدائن الحق في طلب الفسخ ويشترط لوقوع الفسخ سواء كان "فسخ قضائياً، أو إتفاقياً يجب توافر أربع شروط لكي يتم الفسخ

١_ ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين

٢_ ان لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٣_ ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال الي ما كانت عليه قبل إبرام العقد. ٩

تحمل التبعة عند عدم التنفيذ اثر تحمل التبعة من اهم اثار عدم تنفيذ الالتزام العقدي عندما يكون هذا العدم قد تحقق نتيجة لحصول لو وجود السبب الاجنبي وسنتاول هنا بعد تعريف معنى (تحمل التبعة) الاساس القانوني له وقبل الغوض في تحمل التبعة لا بد من العروج على فهم معنى الهلاك الذي يكون اساسا للتبعة ففي القانون هناك تعاريف كثيرة للهلاك. اهمها ما عرفه بعضهم بأنه تلف مال معين تلفا كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهر أو حادث فجائي. و هذا التعريف يدخل في دائرة الهلاك حدوث اي قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشي معين كان يعود بالفائدة فيفقد الشخص هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشيء، ولا يكون له أن يرجع على أحد بالتعويض. ١٠

المطلب الاول : الاساس القانوني للتبعة

ان للأساس الذي يقوم عليه تحمل تبعة الهلاك اهمية واضحة فيها، ولهذا سنعرج على بيان الأسس التي حددها الفقه المعاصر لتحمل التبعة، ونود ان نبين انه بسبب كثرة الاراء وتعددتها واختلافها فيما بينها فقد انتج هذا الخلاف عن ثلاثة نظريات يمكن من خلالها ايجاد تفسير لتحمل تبعة الهلاك، و هي على الشكل الاتي :

الفرع الاول: نظرية طبيعة العقد ان التركيز على طبيعة العقد هو الاساس الذي اعتمده انصار هذه النظرية والذي يمكن من خلاله تفسير تحمل تبعة الهلاك ١١ ويرى بعضهم، أن المقصود بهذه الطبيعة هي الطبيعة التبادلية للعقد الملزم للجانبين والتي تتميز بأنها تنشأ في جانب كل من الطرفين التزاماً أو أكثر، وان هذه الالتزامات متقابلة فإذا لم ينشأ العقد الالتزامات في جانب أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أو لم تنشأ رغم ذلك التزامات متقابلة فانه لا يكون العقد ملزماً للجانبين ١٢ ويرى هذا الفقه انه يمكن من خلال نظرية طبيعة العقد، هذه تفسير وحل كل المسائل والأحكام التي يمكن أن تحدث في مراحل العقد. ففي مرحلة انعقاد العقد تفسره بأنه انشاء التزامات في جانب كل من الطرفين فإذا كان محل الالتزام لاحد المتعاقدين قد هلك وقت التعاقد او كان غير مشروع لمخالفته النظام العام والاداب فكان هذا الالتزام باطلاً فان المتعاقد الاخر لا يكون ملتزماً لانعدام السبب ولكن لان العقد الذي اراده لم ينفذ أما في مرحلة تنفيذ العقد فتفسر هذه النظرة في رأي هذا الفقه، أيضاً ثلاث مسائل هي مسألة الدفع بعدم التنفيذ، ومسألة فسخ العقد لعدم التنفيذ، ومسألة تحمل المدين تبعة الهلاك. فإذا ما انعقد العقد الملزم للجانبين وكان صحيحاً فانه ينشأ التزامات متقابلة على الطرفين وان هذا التقابل في رأي هذا الفقه لا معنى له سوى ان يكون التزام كل من الطرفين مرتبطاً بتنفيذه بتنفيذه الطرف الاخر لالتزامه المقابل فإذا استحال على احدهما تنفيذ التزامه فان الالتزام الاخر ينتهي ايضاً بقوة القانون ١٣ لان العقد الواحد قد يؤدي إلى وجود احكام متعارضة بين طرفيه فالاجار مثلاً عقد ملزم للجانبين وهو ينشئ التزاماً على المؤجر بتسليم العين المؤجرة، كما انه من جانب آخر ينشئ التزاماً على المستاجر باعادته العين المؤجرة في نهاية عقد الاجار، فينظر إلى التزام المؤجر بالتسليم، إذا هلكت العين المؤجل في يده قبل تسليمه يتحمل هو تبعة هلاكه، وهو مدين بالتسليم، ولذا عمد واضع القانون الفرنسي أن يستثني ما إذا كان الدائن بالتسليم في العقود الملزمة للجانبين مالكا للشيء وجعل تبعة الهلاك في هذه الحالة على الدائنين خلافاً للقاعدة التي وضعها للعقود الملزمة للجانبين من أن هذه التبعة تكون على المدين. أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية طبيعة العقد ولم تضع قاعدة واستثناء على هذه النظرية كما فعل القانون المدني المصري و القوانين الاخرى التي سارت على نهجه، فان هذه النظرية في ظل هذه التشريعات تعد ايضاً مضطربة بعض الشيء فالاجماع الفقهي يرى أن تبعة الهلاك فيها تنتقل بالتسليم، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى انها تنتقل بانتقال الملكية، ويترتب على هذا الخلاف نتائج، اهمها من وجهة الفريق الثاني انه لو تم تسليم المبيع إلى المشتري ولم تنتقل اليه ملكيته فانه لا يترتب على ذلك نقل تبعة الهلاك إلى المشتري ٤ كما أن جانباً من الفقه الذي اخذ بهذه النظرية قد ضيق من طبيعة العقد كاساس لتسوية تبعة الهلاك، إذ جعل هذه الطبيعة اساساً لتسوية تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين فقط، وبالتالي لم يعطي تبريراً لتحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم لجانب واحد ١٥.

الفرع الثاني: نظرية الشرط الضمني الفاسخ يعتبر القانون الانكليزي وفقهائه، من تبنا هذه النظرية و التي تقوم على أساس افتراض وجود شرط ضمني في العقد، وفكرته بقاء الظروف التي كانت موجودة عند التعاقد على حالها فإذا تغيرت ظروف العقد، لم تعد هناك فرصة لمطالبة. وعلى ضوء ذلك يمكن أن نتبين أن نظرية الشرط الضمني إنما تتخذ من النية المفروضة للمتعاقدين أساساً ومحوراً لها، وان الأخذ بهذه النظرية يستلزم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فهذه النظرية، تتخطى حدود البناء اللفظي للعقد لتصل إلى تقرير الارادة أو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، وذلك من اجل استنباط شرط مضمّر في العقد لا يصرح به المتعاقدان عادة، وانما تتفق عليه ارادتهما بصورة ضمنية، فيمكن القول، استناداً لذلك أن قصد المتعاقدين المشترك ينصرف وقت التعاقد إلى الاشارات ضمناً بان يتم تنفيذ العقد، حسبما اتفقا عليه ما بقيت الظروف التي ابرم فيها العقد على حالها، ومن هذا يتضح لنا، أن هذه النظرية تقوم على أساس شخصي في التبرير، الا أن المحاكم الانكليزية وخضوعاً منها لمقتضيات الظروف المتطورة، ولاسيما الاقتصادية منها، مالت إلى التوسع في تفسير الهلاك المادي لمحل العقد، فلم

تقف بمفهوم هذا الهلاك عند المعنى الحرفي الضيق له، وانما تعدته إلى غيره. فقد انتهت هذه المحاكم، الى استنباط وافترض الشرط الضمي في العقد، حتى في كثير من الحالات التي لم تكن تنطوي في واقع الامر على أي مفهوم للهلاك المادي بالمعنى الفني الدقيق وتجدر الإشارة الى ان المحاكم الانكليزية توسع في تفسير الهلاك المادي لمحل العقد وشموله للهلاك المعنوي لشموله ايضا لصور وحالات الظروف الطارئة لبعض القضايا. ٦. وانما حصل من توسع المحاكم الإنكليزية لمفهوم الهلاك وشموله للهلاك المعنوي و المادي ادى الى انه اصبحت نظرة الاستحالة المادية نظرة واسعة تضم إلى جانب القوة القاهرة العديد من تطبيقات الظروف الطارئة، أو يمكن القول من جهة اخرى أن نظرية الاستحالة المادية قد اقتربت في كثير من الحالات من معنى الظروف الطارئة، بل يمكن الذهاب إلى ابعد من ذلك فنقول أن نظرية الاستحالة، نظرا لهذا التوسع، لم تكن في بعض تطبيقاتها سوى صورة للظروف الطارئة، ويرجع الفضل في إظهار نظرية الشرط الفاسخ الضمني في القضاء الانكليزي إلى القاضي (اللورد لوربيرن)، وإذا ما إنتقلنا إلى القانون المدني الفرنسي لبيان دور هذه النظرية في هذا القانون، فاننا نتفق مع الرأي الذي يرى عدم سريان المادة ١٧١١٨٤ منه على حالة الاستحالة الناشئة عن السبب الاجنبي ١٨ ويستند اصحاب هذا الرأي:

أ- في القانون المدني الفرنسي توجد نصوص مستقلة تعالج حالة عدم التنفيذ للسبب الاجتبي، ومثال ذلك المادة ١١٣٨ التي عالجت حالة الهلاك بقوة قاهرة في عقد البيع، كذلك المواد (١٧٢٢، ١٧٤١، ١٧٩٠) والمتعلقة بعقد الايجار، اذ تقضي هذه المواد بانفساخ العقد من تلقاء نفسه وانقضاء الالتزام المقابل بدفع الاجرة.

ب- ان المادة ١١٨٤ قد خيرت الدائن بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ، فضلا عن انها اعطت للقاضي الحق في مهلة للمدين، وتعطي الدائن الحق في أن يطالب مع الفسخ بالتعويضات، وهذه امور ليس لها محل إلا في حالة ما إذا كان هناك خطأ في جانب المدين ناشىء عنه عدم التنفيذ .

ج- المادة ١١٨٤ وصيغتها تدل على أن المقصود بها هو عدم التنفيذ الناشئ عن تقصير المدين مع بقاء التنفيذ ممكناً، فهي تنص على جواز الفسخ في حالة إذا لم يف احد المتعاقدين بالتزامه، وهذا القول لا ينصرف الا إلى حالة ما إذا كان عدم التنفيذ سببه خطأ المدين ١٩ . ويتضح أن الاستناد إلى المادة (١١٨٤) كأصل لنظرية الشرط الفاسخ الضمني في القانون المدني الفرنسي، هو استناد غير صحيح، كما أن هذه المادة لاتصلح أن تكون اساسا يبرر الاستحالة الراجعة إلى السبب الاجنبي.

الفرع الثالث: نظرية السبب تعددت الاراء والاتجاهات بصدد تحديد مضمون السبب، فذهب بعضهم الى أن سبب كل من الالتزامين المتقابلين هو محل الالتزام المقابل، ويرى البعض الاخر أن سبب التزام كل من الطرفين ليس هو مجرد الالتزام بل تنفيذه ٢٠ في حين يرى اغلب الفقهاء بان سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الآخر، ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية أن القول بغير ذلك (تخلف السبب لانعدام المحل) يعني إنكار النية الحقيقية للمتعاقدين. إذ أن كليهما لم يلتزم إلا من اجل الحصول على المقابل الموعود به من قبل الطرف الآخر، وبالتالي فان القول بان كلا من المتعاقدين يلتزم لمجرد الالتزام فقط قول لا يقوم على سند صحيح فالمتعاقدين لا يرضى بالالتزام إلا من اجل الحصول على المقابل الذي تعهد له به الطرف الآخر. وإن إجبار أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه، كونه لم يستطع الحصول على الأداء الذي من اجله تعاقده، يعني الذهاب لعكس الغرض الذي يبتغيه المتعاقد، مما يتناقض مع جوهر الاتفاقات التبادلية، وهو أن يظل المتعاقدين في علاقة ارتباط بينهما يتحلل الآخر من التزام ولقد عالج المشرع المدني العراقي السبب، في المادة ١٣٢ والتي جاء (١ - يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو للأداب ٢ - ويفترض في كل التزام أن له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقع الدليل على غير ذلك. ٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك) وقد تآثر القانون المدني العراقي بنظرية السبب بالقانون المدني الفرنسي، إذ نصت المادة (١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي على الشروط اللازمة لتوافرها لصحة العقد، ومنها ضرورة وجود (سبب مشروع في الالتزام). ونصت المادة (١١٣١) من هذا القانون على أن (الالتزام لا يكون له أي اثر إذا لم يكن له سبب أو كان قائماً على مسبب موهوم أو سبب غير مشروع) ٢١ اخذ غالبية الفقه بنظرية السبب كأساس عام لما يختص به العقد اس للجانبين من أحكام متمثلة بالدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه الهلاك. إلا أن هذا الفقه قد اختلف بدوره حول معنى السبب فذهب البعض إلى الأخذ به على وفق النظرة التقليدية السائدة في فرنسا، فالسبب عندهم عبارة عن ركن في الالتزام أما سبب الالتزام فهو الغاية المباشرة التي قصدها المتعاقد من وراء التزامه ٢٢ بينما ذهب اتجاه آخر من هذا الفقه إلى تفسير السبب بالبائع الدافع إلى التعاقد ٢٣ في حين ذهب اتجاه آخر إلى رأي توفيقى بين الآراء المتقدمة، فذهب إلى أن كلا منهما يكمل الآخر ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية، انه من العدل أن تنقضي الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين بانقضاء أحدهما، لتخلف سبب الالتزام. ويذهب هذا الفقه أيضا بأنه إذا كان الالتزام المقابل هو التزاما ممكن

التنفيذ بعد استحالة تنفيذ الالتزام الأول، إلا أن انقضاء هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه يجب أن يتبعها انقضاء الالتزام المقابل له، لتخلف سببه. وينتهي هذا الفقه من كل وبالتالي ومما تقدم كان من الصواب أن يتحمل المدين الذي استحاله عليه تنفيذ التزامه تبعة استحالة الوفاء بالالتزام في العقود الملزمة للجاذبين ٢٤.

المطلب الثاني: العقد وتحمل التبعة

الدائن الذي عجز عن استيفاء دينه بأي شكل كان و بعد انقضاء الالتزام العقدي لاستحالة تنفيذه لسبب اجتبي، فان تبعة الهلاك هذه يختلف امرها باختلاف نوع العقد المبرم، فيما إذا كانت عقود ملزمة للجانبين أو عقود ملزمة لجانب واحد، فيتحمل الدائن وحده تبعة استحالة تنفيذ الالتزام العقدي إذا كان الالتزام الذي استحاله تنفيذه ناشئاً عن عقد ملزم لجانب واحد، لان المدين تبرأ ذمته وينقضي التزامه بتحقيق تلك الاستحالة من دون أن يكون للدائن تعويض ما. أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم لجانبين واستحاله تنفيذه لسبب اجنبي، فان الالتزام المقابل ينقضي تبعا لانقضاء الالتزام الاول، وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٩ / ١ من القانون المدني العراقي بقولها: اذا هلك المعقود عليه في المعاوذات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهر ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه . وهذا يعني أن المدين في العقود الملزمة لجانبين هو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ على الرغم من انقضاء التزامه اما القانون المدني المصري فقد قضت محكمة النقض المصرية بانه (إذا كانت ملكية العقار لا تنتقل الا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير الا بالتسجيل، وكان عقد البيع لم يسجل قبل حصول التاميم فان تلك الملكية تكون قد بقيت للبائعة حتى نقلها بالتاميم إلى الدولة، وبذلك استحاله على البائعة تنفيذ التزامها بتقل الملكية إلى المشتري متى كان ذلك) وإذا كان عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب اجتبي ويترتب على الأنسفاخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة استحالة المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين وذلك تطبيقاً للمادة (١٦٠) من القانون المدني المصري ٢٥. وستتناول تباعاً تحمل التبعة في اهم العقود المدنية التي تكون محط ابتلاء بين الناس :

الفرع الأول: التبعة في العربون. لا يؤثر على العقد ما يقع على العربون من هلاك بيد من قبضه، باي سبب كان وهذا الامر يرجع الى لان العربون التزام تبعية للالتزام الاصلي العقد لذلك فان هذا الهلاك لا يؤثر بالعقد فيبقى الطرفان بتنفيذ ما التزموا به ٢٦ ولغرض تشخيص من يتحمل التبعة يجب تمييز سبب الهلاك بفعل المتعاقدين ام بالقوة القاهرة السبب الاجنبي، فاذا كان بالسبب الاجنبي هنا يختلف حكم الهلاك، فاذا كان العربون دالاً على جواز الرجوع في العقد فان تبعة الهلاك تقع على عاتق من دفعه. وذلك لان يد القابض هنا تعد يد أمانة لانه لم يقصد تملك العربون. أما إذا كان العربون دالاً على بتات العقد، فانه يتبغى التمييز بين عربون القسط وعربون الاثبات. فاذا كان عربون البتات قد دفع بوصفه قسطاً معجلاً من الالتزام الاصلي فان تبعة الهلاك تقع على من تسلم، اما اذا حصل هلاك العربون بفعل (خطأ) احد المتعاقدين أو كليهما فالحكم هنا هو اذا كان هلاك العربون ناتجاً عن خطأ المتعاقد الذي دفع العربون فانه يتحمل تبعة هلاك العربون ويلزم باعادة دفعه إلى المتعاقد الآخر، وسواء كان العربون دالاً على جواز الرجوع ام على بتات العقد ٢٧ وفي حالة هلاك العربون بفعل المتعاقد الذي قبض العربون فانه تبعة الهلاك تقع على عاتقه ويلزم بتعويض المتعاقد الآخر عن هذا الهلاك) أما إذا هلك العربون بفعل خطأ كلا المتعاقدين، فإن كلا منهما يتحمل تبعة الهلاك بنسبة خطأ كل منهما. واحكام هلاك العربون قليلة التطبيق في الحياة العلمية، ذلك أن الغالب في التعامل أن يكون العربون بشكل مبلغ من النقود، إذ لا يستطيع القابض أن يدعي هلاكه. ٢٨ ولقد عالجت بعض التشريعات المدنية العربية صراحة مسألة تحمل تبعة الهلاك في التعاقد بالعربون ٢٩ ومنها القانون المدني الكويتي حيث تنص المادة (٧٧) منه على ما يلي: (١- استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد، بسبب يعزى للمتعاقد، تعتبر في حكم مباشرته خيار العودل عن العقد وتحدد مسؤوليته بقيمة العربون، ٢_ فاذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب اجنبي لا يد لاحد المتعاقدين فيه، وجب رد العربون إلى دافعه).

الفرع الثاني: التبعة في الإيجار. الهلاك في عقد الاجارة قد يكون مادياً مثل الحريق والغرق وانهدام الدار المؤجرة انهداماً تاماً، وقد يكون الهلاك الكلي قانونياً كانتزاع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة، أو صدور قرار اداري باخلائها لاسباب امنية أو صحية، ويلحق بالهلاك الكلي هلاك الشيء المؤجر ولو بقيت بعض ملحقاته كاحتراق المنزل وبقاء موقف السيارات، ففي هذه الحالة ينفسخ عقد الإيجار بحدوث الهلاك الكلي محل العقد في الإيجار وان هذا الهلاك يجعل العقد مفسوخاً بحكم القانون وتبعاً لذلك تنتهي التزامات الطرفين ويسترد المستاجر المتبقي مما دفعه من تاريخ هلاك المحل موضوع العقد كما وتنتهي التزامات المؤجر كذلك ٣٠ ونص المشرع العراقي على ٠ (إذا هلك المايجور في مدة الإيجار هلاكاً كلياً ينفسخ العقد من تلقاء نفسه) وفق المادة ١/٧٥١ . فالفسخ هنا بقوة القانون لانعدام محل العقد ايا كان سبب الهلاك ويكون للمستاجر حق

الرجوع على المؤجر لمطالبته بالتعويض عن الضرر نتيجة لانفساخ العقد قبل انقضاء مدته مع التعويض عن الاضرار التي اصابته عندما يكون الهلاك كلياً ومع ذلك يحق للمؤجر الخيار يكون اما باصلاح العين واعادتها الى حالتها السابقة او دفع التعويض للمستاجر لكن المؤجر لا يمكن له في حالة اصلاح الضرر واعادة العين المتضررة الى وضعها السابق الزام المستاجر على العودة الى عقد الاجارة ولا يكون للمستاجر مطالبة المؤجر بالتعويض اذا كان سبب الهلاك اجنبيا عنهما لان المؤجر لم يكن له يد فيه وبما أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه، فلا يمكن للمؤجر اجبار المستاجر على العودة العين الهالكة في حالة اعادة بنائها. وايضا لا يمكن للمستاجر أن يجبر المؤجر على اصلاحها جبراً. ويتفسخ عقد الايجار اذا تسبب الغير بهلاك العين ولا يجبر المؤجر على تعويض المستاجر ولا يحق للاخير من الرجوع على المؤجر بذلك، اما اذا تسبب المستاجر بالهلاك فالعقد يفسخ بحكم القانون تلقائياً ويمكن للمؤجر الرجوع عليه بالتعويض عن مافاته من كسب وما لحقه من خسارة ٣١. وأن أنفساخ عقد الايجار لهلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً ما هو الا تطبيق للقواعد العامة، التي نصت عليها المادة ١/٧٥١ (اذا هلكت العين المؤجرة اثناء الايجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولا يجوز للمستاجر في هذه الحالة ان يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه) وهذه المادة جاءت تأكيداً و تطبيقاً لتلك القواعد التي تقضي بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه ٣٢* **الإلترم بالتسليم في عقد الإيجار** يعد التزاماً مستقلاً، فهو التزام اصلي قائم بذاته شأنه شأن الالتزامات الاصلية كما في عقود البيوع إذ أن التزام البائع بتسليم المبيع التزام غير مستقل بل التزام متفرع اي تبعي عن الالتزام بنقل الملكية، لهذا فان تبعة الهلاك في عقد البيع، مرتبط بالتسليم، ونظر لكون الالتزام بالتسليم في عقد الايجار التزاماً مستقلاً فانه يترتب على ذلك، انه إذا ما هلك الشيء المؤجر قبل التسليم هلك على المؤجر ليس لانه مدينا بالتسليم، بل لكونه مالكا . فاذا هكت الدار المؤجرة بعد التسليم في يد المستاجر، فانه يهلك حتى في هذه الحالة على المؤجر بوصفه مالكا، أن لم يكن الهلاك بفعل المستاجر. ومن هذا نستطيع أن نقول أن تبعة الهلاك في عقد الايجار لا ترتبط بالتسليم وانما تكون على المالك حسب القاعدة تنص (بان الشيء يهلك على مالكة)، فهو الذي يكسب الفسخ والغرم وبناء على ذلك فان المؤجر يتحمل دائماً تبعة هلاك الشيء المؤجر سواء اكان الهلاك قبل التسليم ام بعده ٣٣

الفرع الثالث: التبعة في المقاولة بمان نظرية القوة القاهرة هي نظرية محدودة، ولا تحل كثيراً من الاشكالات التي قد يتعرض لها اصحاب العمل ولاهمية نظرية تحمل التبعة في عقد المقاولة ولكونها دائماً ما تكون استحالتها مؤقتة وليست دائمية فهي ذات اثر واحد وهو وقف تنفيذ العمل، ومن هذا المنطلق اتاح المشرع في المادة (٢١١) والتي تنص (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كافة سماويه او حدث او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) فمنح الحرية للطرفين بتعديل اثار القوة القاهرة عند توقع العقد، وهذا ما سارت عليه شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية الصادر عن وزارة التخطيط حيث نصت المادتين (٦٧_٦٨) على اعتبار الحرب من قبيل المخاطر الخاصة التي تقتضي التعويض وفق ما يتفق عليه طرفي العقد . ٣٤. ان المشرع العراقي المدني نص بخصوص المقاولة في المادة (٨٨٦) الفقرة الاولى منها على (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه). والاستحالة هنا قد ترجع إلى خطأ رب العمل نفسه، إذ تطبق احكام المادة (٨٨٧) من القانون المدني، والخاصة بتحلل رب العمل من عقد المقاولة بارادته المنفردة. وقد ترجع إلى سبب اجنبي لا يد للمقاول فيه، ويفترض هنا معرفة تبعة هلاك المواد المجهزة من قبل المقاول وتبعة هلاك العمل، فاذا هلكت المواد المجهزة من قبل المقاول، فلا تقع تبعة الهلاك على عاتق مالك الارض. ذلك أن عقود انشاء المباني والمنشآت هو عقد مقاولة دائماً، لذا فهو يخضع بالضرورة إلى حكم المادة (٨٨٧) من القانون المدني، والتي تدل على تحمل المقاول لتبعة هلاك المواد المستعملة إذا هلك العمل المنجز بجاذب فجائي، وان مما يؤكد هذا الرأي رفض محكمة تمييز العراق جعل المقاول بائعاً للمواد التي يستعملها في البناء ٣٥ وبهذا التوجه اي تحمل تبعة هلاك العمل، ذهبت معظم التشريعات المدنية المعاصرة للتشريع العراقي وهو ان المقاول من يتحمل تبعة هلاك العمل ومنها المادة ١٧٨٨ من القانون المدني المغربي والمادة ٦٤٤ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٨٨ من القانون المدني الفرنسي فهي جاءت متفقة مع النص التشريعي المدني العراقي المادة ٨٨٧. واذا ما تحققت استحالة قانونية متمثلة باستهلاك الارض المعدة للمشروع للمنفعة العامة، مما أدى الى استحالة اقامة البناء المتفق عليه، أو استحالة طبيعته، كأصابة المقاول (الرسام) بعاهة مستديمة يستحيل معها انجاز التحت موضوع المقاولة. حيث اشارة اليه المادة (٨٨٦) فقرة (٢) بقولها: (واذا كان التنفيذ قد استحال بسبب قهري فلا يعوض المقاول الا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٩) وتنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وهذا ما جاء في المادة ١/٨٨٨ مع مراعاة المادة ٨٨٩ وقد يرجع سبب الاستحالة إلى خطأ المقاول، فانه يحق لرب العمل أن يرجع على ذلك المقاول ليطالبه بالتعويض، أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان للتعويض مسوغ ٣٦

الفرع الرابع: التبعية في البيع. إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً بقوة قاهر قبل تسليمه إلى المشتري في عقد البيع، فإن من يتحمل تبعة الهلاك هو البائع لأن تسليم المبيع هو من مجموع الالتزامات التي يربتها عقد البيع على البائع، وبالتالي فإن هلاك المبيع يجعل تنفيذ البائع لالتزامه المذكور مستحيلًا فيفسخ عقد البيع تبعاً لذلك بحكم القانون ٣٧ وينقضي بناءً على أنفساخ العقد التزام المشتري بدفع الثمن، فلا يلزم عندها بدفعه أن لم يكن قد دفعه وله الحق في استرداد ذلك الثمن من البائع أن كان قد دفعه له. وقد نصت على ما تقدم الفقرة (١) من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي بقولها: إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ولهذا فقد اعتبر المشرع العراقي تبعة هلاك المبيع مرتبطة بالتسليم لا بانتقال الملكية وهذا التوجه الذي اتخذته المشرع في المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي ليس بغريب على القواعد العامة التي أقرها في المواد السابقة بخصوص الهلاك في عقود المعاوضه، فقد نصت المادة ١٧٩ من القانون المدني العراقي على ذات الحكم إذ جاء فيها (١) - إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد سواء كان هذا بفعله أو بقوة قاهرة ووجب رد العوض الذي قبضه لصاحبه ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري). وتجدر الإشارة هنا إلى أن تحمل البائع لتبعية هلاك المبيع قبل التسليم هو الحكم الذي كانت تأخذ به مجلة الاحكام العدلية أيضاً إذ تعد يد البائع على المبيع يد ضمان لا يد امانة، وبالتالي فإذا هلك بيده فإن الهلاك يقع عليه، ولهذا نصت المادة ٢٩٣ من المجلة بان (المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) وقررت محكمة تمييز العراق بان المميز (المدعى عليه) اعرف بارساله المبيع إلى المشتري بواسطة سائق السيارة الذي فقد المبيع اثناء النقل، إذ أن المشتري لا يكون مسؤولاً عن ذلك بوصف أن التلف يكون على البائع قبل التسليم لذا يكون الحكم المميز القاضي بالرم المدعى عليه بالمبلغ المدعى عليه صحيحاً ٣٨ أما إذا هلك المبيع بسبب البائع فإن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، إذ يحق للمشتري مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة لذلك الهلاك. وإذا كان البائع قد استلم الثمن منه فيكون ملزماً برد الثمن إلى المشتري، فضلاً عن التعويض أما إذا هلك المبيع بفعل المشتري، فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك فإذا كان قد دفع الثمن إلى البائع فلا يستطيع استرداده، أما إذا لم يدفعه فإنه يبقى مسؤولاً عن دفعه كاملاً باتجاه البائع ٣٩. وقد نصت على ما تقدم الفقرة (٢) من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي بقولها: (على انه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدثت بفعل المشتري أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى والزم البائع بالتعويض في الحالة الثانية). وإذا حصل تسليم المبيع إلى المشتري ثم هلك في يده، تحمل المشتري تبعة الهلاك، أما إذا هلك المبيع في يد البائع أي قبل تسليمه للمشتري، فإن الهلاك المذكور يقع على البائع على الرغم من أن المبيع قبل تسليمه للمشتري يكون ملكاً للمشتري لا للبائع. ومع ذلك فإن البائع لا المالك هو الذي يقع عليه الهلاك لأن تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم أصبح مستحيلًا، الأمر الذي يؤدي إلى أنفساخ البيع وإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل البيع. ٤٠ وفي حكم حالة هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل، إنقسم الفقه القانوني العراقي إلى اتجاهين، الأول يرى: أن الراجح هو أن الهلاك يقع على المشتري باعتبار أن يده أصبحت يد ضمان لا يد امانة، لأن من الواضح أن العقار المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن تحول يد المشتري إلى يد ضمان، لأن المشتري قد وضع يده على العقار بقصد تملكه، ثم يقصد البائع تسليم العقار إليه كوديعة أو امانة. أما الاتجاه الثاني فيرى إذا هلك العقار تحت يد المشتري وكان بانتظار تسجيل العقد بدون تعد أو تقصير منه، يتحمل البائع تبعة هذا الهلاك ٤١. أما القانون المدني الفرنسي فقد وضع لمسألة تحمل تبعة الهلاك وذلك من خلال وضعه لقاعدة عامة واستثناء، إذ ضمن القاعدة العامة العقود التي لا تتضمن نقل ملكية كعقد الايجار، في حين ان الاستثناء وضعه في العقود التي تتضمن نقل ملكية كعقد البيع ٤٢ وقد تناول المشرع العراقي موضوع التسليم في المواد (٥٣٨-٥٤٠) من القانون المدني، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة (٥٣٨) ب(تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل) والنص الوارد الذكر من القانون المدني العراقي تقابله نصوص التشريعات المدنية والمشابهة له ومنها نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٠٦ من التقنين المدني الفرنسي ٤٣. والتسليم أما أن يكون تسليمًا ماديًا (التسليم الحقيقي)، أو تسليمًا معنويًا (التسليم الحكمي)، وقد اشارت المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي إلى التسليم المادي الذي يتم بالتخلية، إذ يتم بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل، أي أن يقبض المشتري المبيع فعليًا، بحيث يتمكن من التصرف به والانتفاع منه دون حائل، حتى وإن لم يستولي عليه استيلاءً ماديًا ومن هذا المنطلق يدخل التسليم القانوني ضمن المادي الذي يكون بتسليم المبيع عن طريق اعداد المشتري بواسطة الكاتب العدل بان المبيع وضع تحت تصرفه فهنا يعتبر انه تسلمه بحكم القانون وإن لم يتسلمه في الواقع. وللتسليم الحقيقي عنصران: الأول: هو عنصر التخلية، إذ يكون المشتري متمكنًا من حيازة المبيع، أما العنصر الثاني: وهو عنصر اخبار البائع بان المبيع قد وضع تحت تصرفه. وإن تسليم المبيع المنقول يكون بالمناولة اليدوية، أو تسليم مفاتيح المخزن أو الصندوق إذا كان المنقول محفوظًا بداخله، أو تسليم السندات الممثلة للبضائع. أما التسليم

الحكمي فهو التسليم الذي لا يصاحبه تسليماً مادياً، أي أن الحيازة المادية للمبيع لا تكون بيد المشتري، ولا يتعدى هذا التسليم ثلاثة أطراف وهم المشتري مثل عندما يشتري المستاجر العين المأجور من المالك و البائع: كمن يبيع عقارا العقار ولم يحصل تسليم هذا العقار الى المشتري، ثم يشتره ثانية من المشتري. والغير: كقيام المشتري ببیع العين المبيعة (غير المستلمة)، وبهذا يكون تسليم المشتري الأول حكماً، والثاني مادياً وقد اشارت إلى هذا النوع من التسليم المادة (٥٣٩) من القانون المدني العراقي، إذ جاء فيها اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو امانة ٤٤. ان ضابطة تحمل الهلاك من قبل المشتري ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الامور التي تستثنى منها ما ورد في المواد (٤٢٨، ٥٧٨، ٥٤٧). فإعذار البائع للمشتري بتسليم المبيع ولم يقم المشتري بذلك، فالتبعة على المشتري، فان دفع الثمن ليس عليه استرداده، وان لم يدفعه وجب عليه دفعه، عملاً بأحكام المادة من القانون المدني العراقي. وهو ما تضمنته المواد (٤٣٧) من القانون المدني السوري و المادة (٤٠٥) من القانون المدني المصري. وكذلك اذا حبس المشتري الثمن عن البائع جاز للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن اذا هلك المبيع في يد البائع الحابس له فان هلك يكون على المشتري رغم انه لم يتسلمه، وهو امر قرره المشرع المصري في المادة (٤٦٠) من القانون المدني المصري ٤٥. ولا يوجد ما يقابل هذا التص في القانون المدني العراقي، ومع ذلك فلا مانع من استخلاص الحكم من احكام المادة منه، إذ تبين حكم انتقال ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتقلب يد امانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب الحبس فاذا امتنع المشتري عن دفع الثمن، اضطر البائع إلى حبس المبيع، وهنا يتحمل التبعة المشتري لانه مقصر في تنفيذ التزامه اما الهلاك في القانون المدني المصري فقد نصت المادة ٤٢٦ (اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع) اذا ان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم تكون على البائع اما اذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري كان الهلاك على المشتري اما اذا هلك بالسبب الاجنبي فينفسخ العقد بحكم القانون وفق المادة ١٥٩ مدني مصري ولا على المشتري ثمن فان دفعه فله حق الرد اما اذا كان المبيع عقاراً فان هلك بعد التسليم وقبل التسجيل فهلاكه على المشتري وان سلمه وكان المبيع معلقاً على شرط وتحقق فهو على البائع اما اذا اعذر البائع المشتري لغرض التسليم فالهلاك على المشتري مادة ٤١٨ مدني مصري (١- اذا كان الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما يستحق له ولو قدم المشتري رهناً او كفالة ٢- وكذلك يجوز للبائع ان يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المشتري لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري في الاجل طبقاً للمادة (٢٦٠) المذكورة اعلاه وكذلك اذا هلك المبيع المحبوس من قبل البائع كان الهلاك على المشتري مالم يكن الهلاك بفعل البائع مادة (٤٤٩) ٤٦

المطلب الثالث: صاحب اليد وتحمل التبعة

من خلال المصادر التي اخصت بوضع صاحب اليد وتناولته بشكل دقيق يفهم منها ان المقصود بلفظ صاحب اليد فهي اما تكون يد الحائز الذي حاز الشيء ظلاً بقصد تملكه او لمصلحة نفسه ٤٧ بمعنى اخر هي عندما يضع المرء يده على شيء فان لم يكن مالكا له بل كان هذا الشيء مملوكاً لغيره ووضع عليه صاحب اليد يده عرضاً فهنا يده يد ضمان اما يد الامانه فهي سيطرة الشخص على مال الغير باذن من المالك على نحو الائتمان ٤٨ وينقسم مصلح صاحب اليد الى قسمين وهما يد الامانه ويد الضمان وان بعض التشريعات المدنية الحديثة ومنها العراقي اهتمت بوضع صاحب اليد مبينة الاحكام والاثار القانونية لكل منها فرتبت عليهما احكاماً تتعلق بمصير الشيء الذي تحت يد هم سواء اكانت اليد فيه يد ضمان ام يد امانه وقد عالج المشرع العراقي مفهوم (صاحب اليد بكلتا شقيه) في المواد ٤٢٦ والتي تنص (اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه) والمادة ٤٢٧ التي تنص (١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانه اذا حازه لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك ٢- وتقلب يد الامانه الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه) وكذلك المادة ٤٢٨ التي تنص (اذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتقلب يد امانة اذا امتنع وأجب التسليم بقيام سبب للحبس) وجاءت المواد (١٩٤، ١٩٣، ١٩٢) من قانون المواد المدنية القطري متماشية مع النص المدني العراقي. وان اهم عقود التي تكون فيها اليد امانه هي الوديعة والشراكة والوكالة والهبة والاعارة والرهن. نص المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي على (أن الوديعة امانة في يد الوديع)، وجاء في المادة (٨٥٧) (أن المستعار امانة في يد المستعير)، وذكرت المادة (١٠٦٢) في الفقرة الثالثة (أن حصة كل شريك امانة في يد الأخر)، ونصت المادة (٩٣٥) على (أن أموال الموكل امانة في يد الوكيل)، وجاء في المادة (٦٢٥) (أن الموهوب امانة في يد الموهوب له إذا رجع الواهب عن هبته) وأكد القانون المدني العراقي في المادة (٩٠٩) فقرة (د) (أن أموال رب العمل امانة

في يد العامل) وعالج المشرع المدني العراقي يد الضمان في عقد البيع في المادة (٥٤٧) من القانون المدني، فقد نصت على (١- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد أعمار المشتري لتسليم المبيع) هذا ومن خلال التمعن في احكام نص المادة (١٧٩) نجد ان المشرع المدني العراقي قد ذهب الى ابعد من ذلك من خلال اهتمامه بوضع يد الضمان وجعلها الاساس في جميع عقود المعاوضات، اذ جاء في احكام المادة المذكورة انفاً ان (١- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد، سواء كان هلاكه بفعله، أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) وبهذا تصبح يد كل معاوض على ملك الغير يد ضمان ٤٩. وايضاً عند ذهابنا الى ما نضمه المشرع من حكم في نص المادة (٤٢٨) وهو (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتتقلب يد أمانة إذا امتنع التسليم لقيام سبب الحبس) نجد انه اكد ذات المبدأ أيضاً في العقود الناقلة للملكية، ويمثله مانضمه المشرع القطري في نص المادة ١٩٤ من قانون المواد المدنية القطري ٥٠ وقيل ان نختم حديثنا في بيان ما اهتم به المشرع العراقي من وضع صاحب اليد وما خصصه من احكام ومواد قانونية له نود ان نبين ان هناك نوع اخر من العقود يكون وضع صاحب اليد فيه ممزوجاً بين المصطلحين اي انه يكون صاحب يد امانه من جانب ومن جانب اخر صاحب يد ضمان هنا نود ان نقول بانه المشرع القانون المدني العراقي ايضاً لم يترك هذا النموذج من العقود التي تكون ذات بعداً ثنائياً مزدوجاً من حيث اليد فيها (مزدوجة الاثر) كعقد الإيجار مثلاً، فالدار المؤجرة أمانة في يد المستأجر، إلا أنه ضامناً لمنافعها منذ لحظة انتفاعه بالمأجور بشكل كامل ووفقاً للعقد فيضمن قيمتها وان لم يتتفع بها المستأجر. اذ جاء في نص المادة ٧٦٤ بانه (١- المأجور امانه في يد المستأجر ٢- واستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد فيضمن الضرر المتولد عنه) . وهو ماذهب اليه المشرع المدني الايراني في القانون (المأجور امانه في يد المستأجر يضمن مالحقه من نقص او تلف او فقدان ناشيء عن تقصيره او تعديه وعليه ان يحافظ عليه محافظة الشخص العادي) .

الفرع الأول: يد الضمان. تأسيساً على ماتم ذكره انفاً في بيان المقصود بلفظ صاحب اليد وتوضيح المقصود منه وبيان قسميه ومن خلال ماتم عرضه من نصوص بينت اهتمام المشرع المدني كافة بوضع صاحب اليد وعليه فيد الضمان هي يد لا تستند الى ترخيص قانوني اوشرعي وعليه فان امتناع صاحبها عن تنفيذ ما التزم به من محل لالتزامه ومهما كان سبب التزامه العقدي كعقد بيع منقول مثلاً فمتى ما كانت يد المتعاقد يد ضمان فهو هنا ضامن لهلاك المنقول الموجود تحت يده وهو من يتحمل التبعة سوء اكان هذا الهلاك حاصل بسببه ام بوقوع سبب اجنبي عنه ، فنص المشرع العراقي في المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي، على انه (إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد...) . ويد الضمان تكون ض كما بينتها المادة (٤٢٧) بقولها إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه فتكون اليد يد ضمان، أو أن تكون اليد بالأصل يد أمانة، وتتقلب إلى يد ضمان كما جاء في ف٢ من المادة (٤٢٧) بقولها: (وتتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغثر قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير اذنه) وعليه فان يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان بالحبس دون حق والتعدي والتقصير والاهمال، وعندها تطبق احكام يد الضمان وايضاً لما تضمنته المادة المذكورة توجد ايضاً الكثير من المواد في التشريع المدني العراقي التي اخذت باحكام مشابهة لها ومنها مواد القانون المدني العراقي الفقرة الثانية من المادة (٩٥٠) والمادة (٩٥٦) كذلك المادة (٩٥٨) والمادتين (٧٧٣) و(٩٦٩). ومع ذلك توجد بعض المعالجات التي اخذ بها المشرع العراقي وذلك بتطبيقه احكام وانور يد الضمان على وقائع تتوفر فيها دلالات وشروط يد الامانة، لكون المشرع توفر لديه من الاسباب والقرائن ما يدل ويثبت انها تكون ضامنه وبنينا من خلال نصوص المواد التاليه وهي : المادة (١٧٩/١) اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه، وبذلك تكون يد المعاوض يد ضمان على الرغم من أن حيازته للمال كانت باذن المالك، وقد اكدته المادة ٤٢٨ فيد البائع بعد ابرام عقد البيع ونقل الملكية للمشري هي يد ضمان على المبيع حتى التسليم) والمادة (١٣٤ / ١) إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه... فأذا انقضه كان له أن ينقص تصرفات من انتقلت اليه العين أو أن يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها. ٢- ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور أن قبض البديل مكرها أو مغرورا وهلك في يده بلا تعد منه) . ونصت المادة (١٣٨) على (فإذا ابطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فان كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل) فالزم المشرع المتعاقد الذي قبض العين، استناداً إلى العقد المبرم بردها بعد الفسخ، فان استحال عليه ذلك التزم برد مثلها أن كانت من المثليات، أو قيمتها أن كنت من القيميات، وهذا هو حكم يد الضمان وفق ح- وضع اليد بسبب تحقق الشرط الفاسخ: نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٨٩) / من القانون المدني العراقي العقد المعلق على شرط فاسخ

يكون نافذاً غير لازم فاذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال عليه رده وجب الضمان . ويبين مما تقدم، أن اليد على ملك الغير بوصفها اثر للعقد الناقل للملكية أو العقد الباطل أو المفسوخ أو لتحقق الشرط الفاسخ هي يد ضمان). فالزم المشرع واضع اليد نتيجة العقد الباطل، بالتعويض إذا هلك المال قبل رده، وان كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. وذلك لان واضع اليد يده يد ضمان وحكمه يضمن هلاك المضمون، وان كان ذلك دون تعد منه أو تقصير. و (المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي وضع اليد بسبب فسخ العقد فالزم المشرع المتعاقد الذي قبض العين، استناداً إلى العقد المبرم بردها بعد الفسخ، فان استحال عليه ذلك التزم برد مثلها أن كانت من المثليات، أو قيمتها أن كنت من القيميات، وهذا هو حكم يد الضمان وكذلك وضع اليد بسبب تحقق الشرط الفاسخ فنصت المادة ٢٨٩ /١ من القانون المدني العراقي العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم فاذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال عليه رده وجب الضمان . ويبين مما تقدم، أن اليد على ملك الغير بوصفها اثر للعقد الناقل للملكية أو العقد الباطل أو المفسوخ أو لتحقق الشرط الفاسخ هي يد ضمان (وإذا كانت يد الضمان في الصور المتقدمة قد وضعت على ملك الغير بطريق مشروع كالعقد فانها تكون ضامنة ايضاً، من باب اولى، إذا ما وضعت على ملك الغير بطريق غير مشروع كما هو الحال في يد الغاصب، وحكم الغصب هو وجوب الضمان إذا هلك المال المغصوب بيد الغاصب سواء كان الهالك بسببه ام بسبب أجنبي عنه بلا خلاف في ذلك. وعلى قدر تعلق الامر بالقانون المدني فان الجزء المدني المترتب على صاحب يد الضمان، قد اوضحه القانون في الاحكام المتعلقة بالعمل غير المشروع وفي باب الغصب، إذ تعد كل من السرقة وخيانة الأمانة والاحتتيال بحكم الحال المساوي للغصب، فقد نصت المادة ٢٠١ من القانون المدني العراقي على انه (الحال المساوي للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغاصب فالوديع اذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا هلك الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً) نصت المادة ١١٦٨ مدني عراقي على (اذا كان الحائز سيء النية يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ الا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد مستحقه) من القانون المدني الايراني على انه (إذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيه) ٥٢ فيتضح بذلك أن المشرع بشكل عام اعتبر يد الحائز سيء النية على الاشياء التي يحوها يد ضمان فوجب عليه يد الضمان في حالة الهلاك حتى لو تلفت بسبب اجنبي ولكن مع هذا اعطى المشرع فرصة للحائز سيء النية للافلات من الضمان وذلك إذا ثبت أن الشيء كان مصيره الهلاك أو التلف حتى لو بقي في يدي مستحقه، فاذا استطاع اثبات ذلك برئت ذمته وتخلص من الضمان ويمكن إرجاع هذا الاختلاف بين حكم الغصب الحائز سيء النية إلى أن وضع اليد في الحالة الاولى كان بطريق غير مشروع، أما الحالة الثانية فان اليد قد وضعت باذن وبطريق مشروع. الا أن صاحب اليد يعلم بانه لا حق له في حيازة المال. ومن كل ما تقدم، يتبين أن هلاك المال تحت يد الضمان وان كان بالسبب الاجنبي لا يرتب عليه براءة ذمة الضامن، لان ذمته لا تبرأ الا برد الشيء نفسه على صاحبه، فان استحال عليه ذلك التزم برد مثله في المثليات أو قيمته في القيميات. وعلى اية حال، فان التزام صاحب يد الضمان في الرد هو التزام بنتيجة، بمعنى أن ذمته لا تبرأ الا بالرد، سواء برد الشيء نفسه أو برد مثله أو قيمته عند هلاكه، لذلك فان ضمان اليد لا يتقضي بهلاك اليه تحت يد الضمان ٥٣

الفرد الثاني: يد الأمانة يد الأمانة وهي يد تخلف يد المالك في حيازة ما يملكه وتتصرف فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة اي ما حازته ولم يدل دليل على ضمان صاحبها ٥٤ وعليه عالج المشرع العراقي يد الأمانة في احكام المواد الاتية ومنها المادة ٤٢٦ من القانون المدني العراقي التي نص على (إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصي وان كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه) كذلك نصت المادة ٣/٩٥٠ مدني عراقي على ما يلي: (٣- والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهالك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وانما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعد أو تقصير منه) ويترتب عليه بموجب هذا النص ان يد الأمانة اذا هلكت او فقدت او تلفت لا تضمن (الا بالتعدي أو التقصير)، ومما يجدر الإشارة اليه أن يد الضمان قد تتقلب في بعض الحالات إلى يد أمانة، وعندها تأخذ حكم يد الأمانة المتقدمة، ومن هذه الحالات تحول يد المالك القديم (البائع) قبل التسليم من يد ضمان إلى يد أمانة إذا امتنع ورفض التسليم لقيام سبب للحبس، إذ جاء نص المادة ٤٢٨ من القانون المدني العراقي (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتتقلب يد أمانة إذا امتنع وأجب التسليم لقيام سبب الحبس) وحالة هلاك المبيع في يد البائع إذا حدث الهلاك بعد أعمار المشتري لتسليم المبيع، فان الهلاك يكون على المشتري وليس على البائع، لان يد الأخير قد تحولت إلى يد أمانة وهذا ما تضمنه نص المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي والتي نصت على (١- اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا اذا حدث الهلاك بعد اعمار المشتري لتسلم المبيع واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن ٢- على انه اذا كان هلاك المبيع

او نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري او بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الاولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية). وبالتالي فإن هلاك الأمانة أو فقدها دون تعد أو تقصير من المستأمن لا تقع عليه مسؤوليتها اي تبعة هلاكها او تلفها او فقدها ٥٥. ويشابه المشرع العراقي ما اورده المشرع المدني المصري في المادة ٤٢٦ (اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ العقد واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهالك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع) وايضا ما ذكره في المادة ٤٢٧ والتي اشارت الى ان البائع يكون ضامناً عن تلف المبيع ٥٦ قبل التسليم ويبدو ان المشرع العراقي هو من تأثر بالمشرع اللبناني لكون ان القانون المدني هو الاسبق اما المشرع المدني الايراني (الوديعة امانه في يد المودع لديه وعليه ضمانها اذا هلكت بتعديه او بتقصيره في حفظهما مالم يتفق عى غير ذلك) واعتبر الوديعة من عقود الضمان بحكمها عقد الهبة عند الرجوع (اما اذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد اعداره بالتسليم فان الموهوب له يكون مسؤولاً عن الهلاك مهما كان سببه) والتي جائت مشابه لما جاء به كلا المشرعين العراقي واللبناني بخصوص يد الضمان .

الذاتة

ومن كل ما قد تم بيانه من البحث فقد خرجنا بالاستنتاجات والمقترحات التالية :

الاستنتاجات

١- من خلال البحث نجد أن نظرية الالتزامات وما يتعلق بها هي من هم نظريات القانون المدني وهي الاساس الذي يقوم عليه ودعامته وبوجودها اصبح القانون المدني عماد القوانين في كافة التشريعات نظراً لما تميزت واتسمت واختصت به عن غيرها وأهم ذلك هو وفرة مادتها وتطرقها الى امهات المسائل والاصول لجميع القواعد القانونية فهي مهمة للانسان ومؤثرة بحياته اليومية أو تكاد تكون لصيقه بها لأن معظم تصرفاته اليومية عبارة عن عقود تترتب عليها التزامات كالشراء والبيع والتعهد فجميعها عقودا تترتب على اطرافها التزامات، وان الالتزام العقدي هو اوضح صورها واهمها واكثرها تفاعلاً بين افراد المجتمع في حياتهم اليومية لذى أهتمت به التشريعات الحديثة وأحاطته بمجموعة من المبادئ والاسس التي تكفل له قوته الملزمة .

٢- أن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية ترتبط ارتباطاً وثيقاً واسباباً بالمدين فهو عليه واجب التنفيذ اي ان مهمة التنفيذ تكون لها ذاتية خاصة تقع على عاتق المدين فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمسؤولية العقدية من حيث كونها ضماناً لعدم تنفيذ الالتزام العقدي، فمتى ما توفرت اركانها تتحقق مسؤولية المدين فهو المحور في عدم التنفيذ مالم يتحقق السبب الاجنبي لهذه المسؤولية بل ان المدين يتحمل المسؤولية حتى مع السبب الاجنبي في حالة الاتفاق على ذلك.

٣- أن المشرع المدني العراقي قد اخذ بمصطلح اثار الالتزام وكان من المستحسن على المشرع ان ياخذ بمصطلح تنفيذ الالتزام بدلا من الاثار عند تصنيفه لأحكام القانون المدني وذلك لان الالتزام في حد ذاته هو اثر لمصدره ولايستساغ القول بان الاثر يولد اثر كما ان اثر الالتزام هو انشاء حق لدائنجاه المدين وبالتالي فان هذا الحق لايتعدى الى مطالبة المدين بوجوب تنفيذ التزامه وجوبا يستند الى المصدر الذي انشئه واضفى عليه قوته الملزمة فضلاً عن ان التمتع فيما ذهب اليه المشرع بذكر مصطلح الاثار يقطع على الذهن بانها تدور في دائرة تنفيذه.

٤- ان المشرع العراقي عند عروجه على الخطأ العقدي في المادة ٦٨ مدني عراقي والتي جاء فيها (أذا استحاله على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه ويكون كذلك اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه) فهو هنا قد ذكر حالتين فقط من حالات الخطأ العقدي وهما (أ- عدم القيام بتنفيذ الالتزام ب- التأخر في تنفيذ الالتزام) ولم يشمل حالة (التنفيذ الجزئي) للالتزام التي لها حالات كثيرة في الحياة العملية وكذلك حالة (التنفيذ المعيب).

٥- أن المادة ٢/١٧٧ من القانون المدني العراقي قد تطرقت الى حالات جزئية كعقدي الايجار والبيع تطبيقاً للفسخ القضائي وهذا التطرق ليس سليماً لان الفسخ القضائي لا يقتصر على هذين العقدين وانما يرد على جميع العقود الصحيحة الملزمة للجانبين هذا من جانب ومن جانب آخر أن ذكر الامثلة في النصوص من الامور التي تعيب الصياغة القانونية وايضا لاتدخل في اختصاص المشرع.

المصادر والمراجع

١. لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر للطباعة والنشر بيروت ١٩٥٥م.
٢. البدرابي عبد المنعم النظرية العامة للالتزامات" احكام الالتزام " ج٢. جامعة طرابلس ٢٠١١
٣. البيات محمد حاتم وايمان ابو العيال ،الالتزامات ،العقد وارايدة المنفردة ،مطبعة جامعه دمشق ٢٠١٥
٤. الجبلاوي علي عبيد عودة ، التهديد المالي او العرامه الماليه ، مجلة العلوم القانونية والسياسة ،مجلده ٥

٥. الخطيب حسن "نطاق المسؤولية التصديرية والعقيلية" البصرة المطبعة (الحداد)، العراق، ١٩٦٨.
٦. السنهوري عبد الرزاق احمد، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٤.
٧. السنهوري، عبد الرزاق احمد "مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري"، ج٣، بدون سنة نشر.
٨. الصراف عباس حسن، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦.
٩. العامري سعدون، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والايجار، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.
١٠. القاضي محمد مختار، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١.
١١. أنور سلطان "موجز القانون الروماني" ج٢ احكام الالتزام، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٤.
١٢. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦.
١٣. سليمان مرقس "الوافي في شرح القانون المدني" ج٢ الالتزامات، ط٥، ١٩٨٨.
١٤. عبد الجبار ناجي صالح" انقضاء عقد المقاولة" رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون ١٩٧٩.
١٥. عبد الرشيد مامون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٦. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والارادة المنفردة ١٩٨٣.
١٧. ليلي عبد الله الحاج سعيد النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، الموصل، ط١، ٢٠٠١.
١٨. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة العا.
١٩. ملوكي اباد عبد الجبار، المسؤولية عن الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٧٨.
٢٠. منصور مصطفى منصور، المصادر غير الارادية للالتزام، نشر كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٠.

هوامش البحث

- ١ استاذ مشارك عضو هيئة التدريس و الباحثين في جامعة المصطفى العالمية-كلية العلوم المعارف- قم المقدسة
- ٢ القانون المدني الاردني اجاز الفسخ حتى في العقد الفاسد حيث نص في المادة ١٧٠ منه (٤- ولكل من عاقديه او ورثته حق فسخه بعد اذار العاقد الاخر)
- ٣ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، ج١، ص٧٠٧.
- ٤ يرى منذر الفضل ان المشرع العراقي لم يكن موقفا في ماجاء باحكام هذه المادة وثبت عليها ملاحظات انظر كتابه الوسيط في شرح القانون المدني ص ٢٤٥، طبعة اربيل عام ٢٠٠٦.
- ٥ البيات محمد و ابو العيال ايمن، القانون المدني المقارن بالفقه الاسلامي، ص١٢٩٨ للالتزامات (العقد والاراده المنفردة)، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٢.
- ٦ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١ ص ٨١٩، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
- ٧ الذنون علي حسين، النظرية العامة للالتزامات، ص١٩، طبعة الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦.
- ٨ الذنون حسين علي، النظرية العامة للالتزامات، ص ١٨٨، طبعة الجامعة المنصورية ١٩٧٧.
- ٩ الحكيم عبد المجيد والبكري ومحمد البشير، الوجيز في شرح القانون المدني، ج١٢ الاحكام ص ٢٣٦، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٠.
- ١٠ سليمان مرقس، الوافي، ج٣، المجلد الاول، ص ٦٥٢.
- ١١ السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٦٩٨ وانظر له ايضا الوسيط، ج١، ص٧٢٦.
- ١٢ محمد زكي عبد البر، النظرية العامة للالتزام ص٥٧.
- ١٣ لمحمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٦٠.
- ١٤ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠.
- ١٥ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٦٦.

كالقضية المعروفة باسم جاكسون ضد شركة الاتحاد لتأمين البحري.^{١٦}

^{١٧} تنص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي (الشرط الفاسخ مفترض دائما في العقود الملزمة للجانبين، في حالة عدم قيام احد الطرفين بالوفاء بالتزامه).

^{١٨} بوردي ومارد: الالتزامات: ج٢، ص١٠١، بلاسول ٢٢، ص٤٤٣، كولان يماسان ج٢ ص٣٤٤، اوردها، محمد زكي عبد البر، المصدر السابق، ص٢٣

^{١٩} محمد زكي عبد البر، المصدر السابق، ص ٢٥

^{٢٠} السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٥٤٦ .

^{٢١} الحكيم، عبد المجيد والبكري ومحمد البشير "الوجيز" مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص٢١٤.

^{٢٢} شفيق شحاته، القانون المدني المصري، ص١٦٧ وما بعدها .

^{٢٣} السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٥٦٩ .

خالد عبد الله عيد، نظرية القوة القاهرة بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة محمد الخامس للعلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٧ .^{٢٤}

^{٢٥} طلبة انور، الوسيط في القانون المدني، ج٢، العقود المسماة ص٧٠، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، رقم القرار، نقض مدني، طعن ٩، ٤٣٤/٦/١٩٧٤، طعن س ٣٨ ق .

^{٢٦} الصراف عباس، العربون واحكامه في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء العدد الأول والثاني، ١٩٥٨،

^{٢٧} الصراف عباس، المصدر السابق، ص٤٧

^{٢٨} حسن علي ذالنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ص٣٥٩

^{٢٩} عبد الفتاح عبد البافي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والارادة المنفردة ص١٧٢ طبعة ١٩٨٣

^{٣٠} سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والايجار ص٢٤٤، ط٣، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٤

^{٣١} كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد الايجار، ص٣٣ وما بعدها مطبعة الزهري، ١٩٧٢-١٩٧٥

^{٣٢} السنهوري عبد الرزاق احمد، الوسيط، المصدر السابق ، ص ٢٨٥

^{٣٣} قرار محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٨/استئنافية/١٩٧١ والصادر في ١٩٧١ الصادر في ٥/٦/١٩٧١ والقرار رقم ١٨/استئنافية/١٩٧١ الصادر في ١٥/١/١٩٧٠ .

^{٣٤} شروط المقاولات والاعمال الهندسية المدنية، وزارة التخطيط العراقية لسنة ١٩٨٧،

^{٣٥} عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاوله، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩ .

^{٣٦} عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاوله، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩.

^{٣٧} ويختلف حكم الهلاك الكلي عن الهلاك الجزئي، فاذا كان الهلاك كلياً فان البيع يفسخ من تلقاء نفسه وبحكم القانون، أما إذا كان الهلاك جزئياً فان عقد البيع لا يفسخ من تلقاء نفسه، وانما لا بد وان يطلب المشتري فسخ العقد من المحكمة المختصة .

^{٣٨} سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، ص٥٨، ١٩٦٢، القرار رقم ٤٠/صلحية ١٤٨، السماوة، تاريخ ١/١٨/١٩٥٨ .

^{٣٩} حجازي عبد الحي، ضمان الهلاك في القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، عدد ٣، ٢، ١، السنة، ١٩٤٥

^{٤٠} غني حسون طه، المرجع السابق، ص٢٦٩

^{٤١} الصراف عباس حسن، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ص١٨٧، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦

^{٤٢} سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٤٦ .

^{٤٣} القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، التقنين المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والمعدل بالمرسوم ١/١٠/٢٠١٦ .

التسليم في القانون المدني العراقي له اثران رئيسيان هما انه ينعقد به العقد اولاً، وثانياً تنتقل به الملكية^{٤٤}

حجازي عبد الحي، المصادر، المرجع السابق، ص٢٤٦^{٤٥}

^{٤٦} السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ص ١٦٠ غني حسون طه، الوجيز، المصدر السابق ص٢٧١

- ^{٤٧} تيسير فائق احمد محمود , تحقيق كتاب القواعد للزركشي , ج ٢, ص ٧٤, وزارة الاوقاف , الكويت ١٩٨٥
- ^{٤٨} الصافي علي السيد عبد الحكيم , الضمان في الفقه الاسلامي , ص ٧, مطبعة الاداب النجف الاشرف , ١٩٧٤
- ^{٤٩} ان جمع التشريعات العربية التي كان اساسها القانون المدني المصري او القانون المدني الفرنسي التي لم تعتمد الشريعة الاسلامية مصدرا لم تنظم احكام اليد .
- ^{٥٠} قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ .
- ^{٥١} علي حيدر, درر الحكام في شرح مجلة الاحكام, ص ٢٠٢ .
- ^{٥٢} القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ^{٥٣} ليلي عبد الله الحاج سعيد النظرية العامة لضمان اليد ص ٢١١, مطبعة الجمهور, الموصل, ٢٠٠١
- ^{٥٤} الخطيب احمد غالب و العيسى حالارث محمد , يد الضمان ويد الامانه بين النظرية والتطبيق في الفقه الاسلامي ص ٣١٥ , (جامعة ال البيت) دراسة, عمان الاردن , ٢٠١٠
- ^{٥٥} القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ .
- ^{٥٦} القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ النافذ