المحاضرة الثانية

- **ملاحظة: مصادر الالتزام خمسة (1.العقد 2. الارادة المنفردة 3. المسؤولية التقصيرية او الفعل الضار 4. الاثراء بلا سبب أو كسب أو الفعل النافع 5. القانون)**

العقد

بشكل عام يعرف العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام او نقله أو تعديله أو أنهاؤه، وبهذه المثابة يتسع تعريف العقد لكل صور الاتفاقات التي تتناول الالتزام من حيث نشأته او نقله أو تعديله أو أنهاؤه وينبني على هذا التعريف من ناحية ان إرادة واحدة لا يمكن أن تكون عقدا بل يجب لتكوينه اجتماع إرادتين ومن ناحية أخرى ضرورة اتجاه الإرادتين إلى ترتيب آثر قانوني فإذا لم تتجه الإرادتان إلى إحداث هذا الأثر كدعوة صديق إلى ركوب السيارة أو لوليمة وقبول هذا الأخير الدعوة لا يمكن أن يكون بينهما عقد بالمعنى الذي نقصده.

ويعرف العقد وفقا لنص المادة (73) مدني عراقي بأنه **ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)** ويفهم من هذا التعريف مايأتي :

1 - أن العقد إرادتان متحدتان مرتبطتان لا إرادة واحدة ولقد حرص المشرع العراقي على تأكيد الفرق بين العقد والإرادة المنفردة، من خلال حصر العقد في نطاقه الفني فيقصره على الالتزامات الناشئة عن اتحاد إرادتين.

2 - ان المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية، بل من حيث انه يثبت اثره في المعقود عليه أي انه يغير المحل من حالة إلى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها.

تحديد منطقة العقد بوصفه أحد مصادر الالتزام

ليس كل اتفاق يراد به احداث اثر قانوني يكون عقدا، بل حتى يكون العقد بالمعنى المقصود(مصدر من مصادر الالتزام) لابد أن تتوفر فيه شرطين

- يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص
- يجب أن يكون واقعا في دائرة المعاملات المالية فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة و الموظف ولكن هذه الاتفاقات ليست عقودا اذ هي تقع في نطاق القانون العام الدولي والدستوري والإداري والزواج اتفاق بين الزوجين و التبني في الشرائع التي تجيزه هو اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبنى ولكن هذه

الاتفاقات لا تدعي عقودا وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والإيجار والقرض والعارية والوديعة.

مبدأ سلطان الإرادة

معنى مبدأ سلطان الارادة هو ان الناس ولد أحرارا متساويين في الحقوق، وهذه الحرية والمساواة تقتضي بأن يسمح لهم بأن يأتوا ما شاءوا من التصرفات بشرط عدم الإضرار بالغير أما القهر الاجتماعي الذي يتمثل في القانون فيجب ألا يكون إلا في أضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب.

والنتيجة المنطقية لهذه الفلسفة الفردية الحرة هو ان تعتبر الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد، اما دور القانون فهو تحقيق تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه الطرفان وهذا ما يعبر عنه بأنه(العقد شريعة المتعاقدين) المادة(146/ ١)

نتائج تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

تترتب على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة نتيجتان هامتان:

1 - حرية المتعاقد: فالأفراد أحرارا في أن ينشئوا ما شاءوا من أنواع العقود وأن يضمنونها الشروط التي يرتضونها فلا يجوز للقانون ان يفرض قيودا على حرية التعاقد إلا استثناء لحماية النظام العام والآداب

2 - احترام الإرادة التعاقدية : أي أن ماتفق عليه الطرفان يجب أن ينفذ كما هو بالصورة التي أرادها فلا يجوز أن يعدل او يوقف تنفيذ الالتزام الا باتفاق جديد بين الطرفين فلا يجوز للقاضي ولا القانون أن يتدخلا في حياة العقد بالتعديل أو بإيقاف التنفيذ.

أنواع العقود

١-العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

العقد رضائي: هو العقد الذي يكفي لأنعقاده مجرد التراضي أي مجرد توافق إرادتين، **والرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي بالنسبة للعقود**.

العقد الشكلي: هو العقد الذي يجب لقيامه ان يتخذ رضا العاقدين شكلا معينا يحدده القانون ويكون هذا الشكل في الغالب ورقة رسمية فيسمى عقدا رسميا كعقد الرهن التأميني وأيا كان الشكل الذي يتطلبه القانون **فإنه يعتبر ركنا في العقد الشكلي ولا يقوم بدونه**.

والعقد العيني: هو العقد الذي يعتبر التسليم ركنا فيه فلا ينعقد بمجرد التراضي بل يجب اضافة الىعن التراضي تسليم العين موضوع العقد.

٢-العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد:

العقد الملزم للجانبين او العقد التبادلي: هو العقد الذي ينشأ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه، بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائنا ومدينا للآخر فعقد البيع مثلا يترتب منذ إبرامه التزامات في ذمة المشتري أهمها التزامه بدفع الثمن كما يرتب التزامات في ذمة البائع أهمها التزامه بتسليم المبيع

العقد الملزم لجانب واحد: هو العقد الذي ينشأ منذ إبرامه التزامات في ذمه أحد عاقديه دون الآخر بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر مدينت فعقد الوديعة مثلا لا يرتب التزامات الا في ذمة المودع لديه وحده وهي المحافظة على الشئ المودع ورده عينا عند انتهاء العقد. اما المودع فلا يترتب في ذمته نحو المودع لديه التزام ما بمقتضاه.

٣-عقد المعاوضة وعقد التبرع:

عقد المعاوضة: هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه فالبيع عقد معاوضة بالنسبة الى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع وبالنسبة الى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن

عقد التبرع: هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي مقابلا لما اخذه فالعارية عقد تبرع بالنسبة بالنسبه الى المعير لأنه لا يأخذ شيئا من المستعير في مقابل الشئ المعار ،وبالنسبة الى المستعير لأنه لا يعطي شيئا للمعير في مقابل الشي المعار.

٤-العقد المحدد والعقد الاحتمالي:

العقد المحدد: هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحددا وقت تمام العقد المقدار الذي اخذ والمقدار الذي اعطى وأن كان المقداران غير متعادلين فبيع شيء بثمن معين عقد محدد ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع.

العقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد المقدار الذي أخذ أو المقدار الذي أعطى فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي لأن البائع أن كان يعرف وقت البيع المقدار الذي أعطى لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت المقدار الذي يغطي الثمن لا يتحدد الا بموته.

٥-العقد الفوري والعقد المستمر

العقد الفوري: هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصر جوهريا فيه أي هو العقد الذي ينفذ دفعة واحدة في الحال مثال ذلك عقد البيع الذي يلتزم البائع فيه بنقل ملكية شيء إلى المشتري ويظل العقد فوريا حتى ولو أجل تسليم الشيء المبيع.

العقد المستمر او العقد الزماني أو عقد المدة: هو العقد الذي يكون فيه الزمن عنصرا جوهريا فيه، اي أن تنفيذه يكون على شكل دفعات متتابعة، مثال ذلك عقد الأيجار او عقد التوريد والعقد المستمر من نوعين اما أن يكون مستمر التنفيذ أو أن يكون دوري التنفيذ.