العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

العقد الرضائي هو العقد الذ ي يكفي لانعقاده مجرد التراضي اؤ في عبارة أخرى مجرد توافق الإرادتين والرضابية هي القاعدة الأساسية في القانون العراقي .
أما العقد الشكلي فهو العقد الذي يجب لقيامه أن يتخذ رضاء العاقدين فيه شكلا معينا يحدده القانون ويكون هذا الشكل في الغالب ورقة رسمية فيسمى عقدا رسميا كعقد الرهن التاميني (المادة ١٢٨٦مدني) وان كان الشكل قد يقتصر على ورقه مكتوبة ولو عرفية كعقد الشركة (المادة ٦٢٨مدني) وأيا كان الشكل الذي يتطلبه القانون فانه يعتبر ركنا في العقد الشكلي ولا يقوم بدونه ويجب التمييزبين الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد والطريقة التي يوجبها لإثباته فا لعقد الذي تزيد قيمته على خمسين دينارا ويجب إثباته بالكتابة ويظل رغم هذا عقدا رضائيا لان الكتابة ليست ركنا فية ولازما لقيامه بل مجرد طريقة لإثباته لا اثر لها على وجوده وكل ما يترتب على تخلفها صعوبة إثبات العقد الذي يظل مع ذلك ممكنا بالإقرار مثلا أو باليمين بل إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو بالبينة أو القرائن

والعقد العيني هو العقد الذي يعتبر التسليم ركنا فيه فلا ينعقد بمجرد التراضي بل يجب فضلا عن التراضي تسليم العين موضوع العقد
وإذا كان الفقه المدني الحديث يميل إلى التخلص من فكرة عينية العقود التي انحدرت إلى التقنيات المدنية من الرومان فانه ينبغي أن لا نساير هذا الاتجاه الذي لا يتفق مع مسلك التشريع العراقي فتشريعنا في هذا متأثر إلى حد بعيد بالفقه الإسلامي الذي يتوسع في عينية العقود توسعا ظاهرا وعلى هذا نجد أن التشريع العراقي يجعل من هبة المنقول والقرض وشركة المضاربة والوديعة والعارية ورهن الحيازة عقود عينية حيث نص صراحة على أنها لا تتم إلا بالقبض \المواد\٦٠٣\٦٦١\٦٨٤\٨٤٧\٩٥١\١٣٢٢\مدني وليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على إن العقد لا يتم الا بقيام احدهما بتسليم ما تعهد بأدائه وتسير شركات التامين أحيانا على ان عقد التامين لا ينشا إلا بعد قيام المؤمن له بدفع القسط الأول و بهذا الاتفاق يصبح العقد عينيا لان التسليم يعتبر ركنا في التعاقد

أ . م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل
--- محاضرات في مادة الالتزامات مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

عقد المعاوضة وعقد التبرع

عقد المعاوضة هو العقد الذي ياخذ فيه المتعاقد مقابلا لما اعطاه فالبيع عقد معاوضة بالنسبة الى البائع لانه ياخذ الثمن في مقابل اعطاء المبيع وبالنسبه الى المشتري لانه ياخذ المبيع في مقابل اعطاء الثمن وليس من الضروري ان ياخذ المتعاقد المقابل من المتعاقد الاخر وهذا مايميز عقد المعاوضة عن العقد الملزم للجانبين فعقد الكفاله معاوضة بالنسبة الى الدائن المكفول لانه اخذ كفاله من المتعاقد الاخر وهو الكفيل في مقابل اعطاء الدين لا للكفيل بل للمدين وهو ليس بطرف في عقد الكفاله اما بالنسبة الى الكفيل فعقد الكفاله يكون تبرعا اذا لم ياخذ اجرا على كفالته اذ يكون قد اعطى دون ان ياخذ ومن ذلك يتضح ان العقد الواحد قد يكون معاوضه بالنسبة الى احد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة الى المتعاقد الاخر
اما عقد التبرع فهو العقد الذي لا ياخذ فيه المتعاقد مقابلا لما اعطاه او لايعطي مقابلا لما اخذه فالعارية عقد تبرع بالنسبة الى المعير لانه لاياخذ شيئا من المستعير في مقابل الشي المعار وبالنسبة الى المستعير لانه لايعطي شيئا للمعير في مقابل الشي المعار وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكاله اذا كانت العقود الثلاثة الاخيره دون مقابل كلها عقود تبرع على النحو الذي قدمناه ومن ذلك يتبين ان العقود المللزمة للجانبين بعضها معاوضة كالايجار وبعضها تبرع كاالعارية كذلك العقود المللزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالوديعة دون اجر وبعضها معاوضة كالكفالة اذا اخذ الكفيل من المدين اجرا على كفالته اياه والتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع عدة نتائج اهمها

١\مسوولية المتبرع اخف من مسوولية المعاوض فمسوولية المودع عنده ايسر من مسوولية المستاجر كما ان مسوولية المتبرع له اشد عادة من مسوولية المعاوض فمسوولية المستعير اشد من مسوولية المستاجر فهذه العقود الثلاثة \الوديعة والايجار والعارية تتفاوت فيها مسوولية المتعاقدين قوة وضعفا وتتدرج من الضعف الى القوة طبقا لما اذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده او يعاوض كالمستاجر او يتلقى التبرع كالمستعير

٢\ضمان المتبرع اخف من ضمان المعاوض ففي الهبة لا يضمن الواهب الاستحقاق ولا العيب الا اذ اخفى سببه او قصد ضمانه او كانت الهبة بعوض اما في البيع فيضمن البائع عادة الاستحقاق والعيب حتى لو كان حسن النية لايعلم سبب الاستحقاق ولا بوجود العيب

٣\الغلط في الشخص يوثر في عقود التبرع وهو لايوثر في عقود المعاوضة الا اذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار كما في الشركة المزارعة

٤\يجوز الطعن بالدعوى البولصية في عقود التبرع دون حاجة الى اثبات سوء نية المتعاقدين فاذا وهب المدين المعسر شخصا اخر شيئا من ماله جاز للدائن الطعن في الهبة ولو كان من الواهب

والموهوب له حسن النية اما في عقود المعاوضة كالبيع فلابد من اثبات تواطؤ البائع مع المشتري

أ.م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

الايجاب

الايجاب هو التعبيرالبات عن ارادة شخص يتجه به الى شخص اخر يعرض عليه التعاقد على اسس او بشروط معينة
فهو الارادة الاولى التي تظهر في العقد ولذلك يجب ان تتوفر فية الشروط التي رايناها فيما يتعلق بوجود الارادة واتجاهها الى احداث اثر قانوني والتعبير عنها كما يجب فوق ذلك ان يشمل على العناصر التي تجعله صالحا لان ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق وهذه العناصر هي على الاقل العناصر الجوهرية او الاركان الاساسية التي لابد من توافرها لانعقاد العقد ويضاف الى هذه الاركان كل شرط اخر يظفر بااهمية خاصه لدى الموجب حتى لوكان في ذاته امرا ثانويا لا اهمية له فلو ان العقد المراد ابرامه عقد بيع وجب ان يشتمل الايجاب الصادرفي شانه من البائع يهتم بامور اخرى تتعلق مسئلا بميعاد التسليم او مكانه وجب عليه ان يذكر هذه الامور ايضا في الايجاب
وفي حياتنا اليومية كثيرا ماتظهر الارادة في التعاقد في صورة عرض بات وقاطع بحيث لا ينقص تمام العقد الا اقتران الايجاب بالقبول ومثال ذلك شراء بضاعة بالثمن المعروض او تناول الطعام بالثمن المكتوب او النزول في فندق بالسعر المحدد
على ان هناك عقودا ولاسيما المعاملات الهامة لا تتم في هذه الصورة البسيطة بل يسبق الايجاب البات مراحل تمهيدية تتفاوت درجاتها ولاتصل جميعا الى مستوى الايجاب :

١- فقد تبدأ المسالة بمجرد اقتراح يصدر من احد الطرفين يريد به أن يستطلع راي الطرف الثاني وبقف على مدى استعداده فإذا تبين أن لديه رغبة في التعاقد دخل معه في مفاوضات قد تطول أو تقصر وكل ما يدخل في نطاق المفاوضات يكون دعوة للتعاقد ولا يعتبر ايجابا صالحا لان يقترن به قبول يؤدي الى قيام العقد ويعتبر من قبيل الدعوة للتفاوض أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه كأن يعرض شخص منزلا للبيع دون ان يحدد الثمن .
٢- وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات الى ايجاب مصحوب بتحفضات صريحة أو ضمنية كان يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع احتفلضه بحقه في تعديل هذا الثمن تبعا لتغيير الاسعار .
٣- فإذا خرج الطرفان من دور المفاوضة ولم يكن هنلك تحفظ أصيحنابصددإيجاب بات واذا صادف هذا قبول مطابق تم العقد .

أ.م. د حبيب عبيد العقاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

القبول في عقود الاذعان

عقد الاذعان هوعقد يسلم فية القابل بشروط مقرره يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلق بسلعه او مرفق ضروري محل احتكار قانوني او فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق
فعقد التامين وعقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطيران وعقد اشتراك المياه والنور تعد عقود اذعان اذ ان المقابل لمثل هذه العقود لايصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لايملك الا ان ياخذ او يدع ولما كان في حاجه الى التعاقد على شي لاغناء عنه فهو مضطر الى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه

الخصائص المميزة لعقد الاذعان
١\الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه
٢\العقد يتعلق بسلعة او مرفق من ضرورات الحياة الحديثة
٣\الايجاب يصدر للناس كافة وبشروط واحده وعلى نحو مستمر\ويغلب ان يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصله لايجوز النقاش فيها واكثرها لمصلحة الموجب فهي تاره تخفف من مسؤوليته العقدية وتاره اخرى تشدد من مسوولية الطرف الاخر

طبيعة عقود الاذعان
انقسم الفقة في طبيعة عقود الاذعان فذهب فريق الى انكار صفة العقد على عقود الاذعان اذ ان العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار اما القبول في عقد الاذعان فهو اذعان ورضوخ فعقد الاذعان اقرب الى ان يكون قانونا اخذت شركات الاحتكار الناس بااتباعه لذلك يجب تفسيره كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية
وفريق ثان وهم اغلبية فقهاء القانون المدني يرى ان عقد الاذعان عقد حقيقي يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود فاذا كان احد الطرفين في مركز ضعف فهذه ضاهرة قانونية علاجها ان يتدخل المشرع بتنظيم عقود الاذعان وليس بان يترك القاضي يغير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الضعيف فتضطرب بذلك المعاملات وتفقد استقرارها
وقد نظم التقنين المدني العراقي بعض عقود الاذعان مثل عقد الالتزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التامين ثم اتى بااحكام عامه لتنظيم عقد الاذعان تضمنتها الماده ١٦٧مدني فنصت على انه\١\القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرريضعه الموجب ولايقبل مناقشة
٢\اذاتم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتتضي به العدالة ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك
٣\ولايجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا

ويستخلص من هذا النص ان
١\للقاضي ان يعدل او يعفي الطرف المذعن في عقد الاذعان من الشروط التعسفية
٢\يتمتع القاضي بسلطه واسعه في تقديره للشروط التعسفية ولم يرسم له المشرع حدودا في ذلك الا ماتقتضي به قواعد العدالة
٣\اي اتفاق يحرم او يعدل من السلطة الممنوحة للقاضي بشان عقد الاذعان يعد اتفاقا باطلا لمخالفته للنظام العام٤\اذ كان الشك يفسردائما لمصلحة المدين فانه عقود الاذعان يجب ان يفسر في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان ام مدينا .

أ.م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

الوعد بالتعاقد\الاتفاق الابتدائي

التعريف به\انواعه\احكامه
الوعد بالتعاقد\عقد يلتزم فية احد الطرفين او كلاهما باابرام عقد في المستقبل اذ اظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المده التي قد يتفق عليها ومن هنا تبين ان الوعد بالتعاقد عقد وهو يتم باايجاب وقبول ولكنه عقد تمهيدي يراد من ورائه ابرام العقد الاصلي الموعود في المستقبل بحيث اذا ابدى الموعود له رغبته تم العقد دون حاجه الى تدخل ارادة الواعد من جديد مثل ذلك ان يرغب شخص في شراء منزل يسكنه ولكنه لايملك ثمنه فيتفق مع مالكه على ان يبيعه له بثمن معين اذا ابدى رغبته في شرائه خلال مده يتفق عليها\في هذه الحالة يوجد وعد بالبيع يلتزم المالك بمقتضاه قبل الطرف الاخر \فااذ ابدى هذا الاخير رغبته في الشراء تم بينهما عقد البيع النهائي ومن هنا تبين ان الوعد عقد تمهيدي او مرحله تمهيدية تسبق اتمام العقد النهائي هذا الوعد يكون ملزم لجانب واحد هو الواعد وهو البائع في الغرض السابق وهذا هو الوعد بالبيع \وقد يكون وعدا بالشراء يلتزم فية المشتري بالشراء اذا ابدى البائع رغبته في اتمام العقد النهائي لكن يثور الخلاف حول ما اذا كان يمكن ان يوجد وعد متبادل بالتعاقد حيث يلتزم فيه الجانبان كان يلتزم البائع بان يبيع المشتري بالشراء منه فقد قيل ان هذا يعد عقدا اذالوعد المتبادل باابرام العقد انما هو العقد ذاته ومع ذلك فاننا نرى ان هناك فارقا بين عقد الوعد الملزم للجانبين والعقد ذاته ذلك انه في حالة عقد الوعد اذا كان كل من الطرفين يلتزم قبل الاخر فان هذا لايعني فان هذا لايعني ان العقد الموعود به قد صار نهائيا وذلك لانه اذا لم يبد كل من الطرفين رغبته في ابرام العقد النهائي خلال المده المعينة سقط الوعد ولابد من ان يبدي كل منهما رغبته خلافا لحالة الوعد الملزم لجانب واحد اذ يكفي ان يبدي الموعود له فقط رغبته فيتم العقد واتفاق الطرفين على امكان اظهار رغبتهما يعني انهما لم يريدا ان يجعلا من العقد عقدا نهائيا
وقد اورد القانون المدني العراقي نظرية عامة للوعد بالتعاقد\حيث نص في المادة٩١مدني على ان الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لاينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها كما نصت هذه المادة على انه اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد
شروط الوعد بالتعاقد
الوعد بالتعاقدعقد ولهذا يلزم توافر الشروط العامه لانعقاد العقد ولما كان الواعد في حالة الملزم لجانب واحد وهو الوضع الغالب كما قدمنا يلتزم منذ البداية أي منذ الوعد فانه ينبغي ان ينظر الى هذا الوقت بالنسبة لتحديد عيوب الرضا ونقص الاهلية خاصة انه لن يصدر من الواعد أي رضا بعد ذلك\اما بالنسبة للموعود له فانه ينظر الى وقت ابداء رغبته وهوالوقت الذي يصير فيه العقد نهائيا سواء بالنسبه لعيوب ارادته ام بالنسبة لااهليته في ابرام العقد الموعود به\ويلزم فضلا عن توافر الشروط العامة للعقود ان يتم الاتفاق بين طرفي الوعد على المسائل الجوهرية للعقد به ففي البيع مثلا يلزم الاتفاق على المبيع والثمن\كما يلزم الاتفاق على المدة التي يجب ان يبدي الموعود له رغبته خلال لها فالمدة من الشروط الجوهرية واذا تخلف الاتفاق عليها كان الوعد باطلا واذا ماحدد الطرفان مدة فانه يجب ان يعبر الموعود له عن رغبته خلالها والا تحلل الواعد من

التزامه قبلة\وقد عرض القانون لضرورة مراعاة الشكل في عقد الوعد اذا كان العقد الموعود باابرامه من العقود الشكلية\ولهذا يتعين لصحة عقد الوعد ان يتوافرفية الشكل الذي يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الموعود ابرامه \والحكمة من هذا واضحة وهي عدم التهرب من الشكل الذي قد يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الاصلي لانه لوفرض ان الشكل لم يراع في عقد الوعد ثم نكل الواعد وقاضاه الموعود له طالبا تنفيذ الوعيد وكانت الشروط الاخرى اللازمة لتمام العقد متوافرة فان الحكم متى حاز قوة الامر المقضي يقوم مقام العقد\فاذا كان الشكل قد تخلف استطاع الطرفان بذلك التخلص منه عن طريق عقد الوعد وهو مايعد تحايلا على القانون\اذ يتوصل الطرفان بطريق غير مباشر الى التخلص من الشكل الذي قد يستلزمه القانون

أ.م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

العربون

العربون مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين للاخر عند ابرام العقد وذلك للدلالة اما على ان العقد اصبح باتا لايجوز الرجوع فيه واما على ان لكل منهما حق العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون واكثر مايحصل ذلك في عقد البيع وعقد الايجار والعبرة في معرفة دلالة العربون بحقيقة مااتجهت الية ارادة العاقدين عند دفعه وعلى المحكمة ان تستخلص النية الحقيقية للعاقدين في هذا الشان من ضروف التعاقد اذا لم تكن هذه النية واضحه في شروط العقد\ ولم تتفق القوانين في الدلالة التي تخلعها على العربون فبعضها يذهب الى ان العربون يفيد الاحتفاظ بالحق في العدول عن العقد وهذه هي القوانين اللاتينية القديمة وعلى الاخص القانون الفرنسي مادة ١٥٩ والقانون المدني المصري مادة ١٠٣بينما يذهب البعض الاخر الى انه يفيد تاكيد العقد والبت فيه وهذه هي القوانين الجرمانية وغيرها من القوانين الحديثة كالقانون الالماني مادة ٣٣٦ وقانون الالتزامات السويسري مادة ١٥٨\اما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة ٩٢منه على انه

١\يعتبر دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لايجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغيرذلك

٢\فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفا وبناء على ذلك يعتبر الاصل في القانون المدني العراقي ان دفع العربون عند ابرام العقد يعتبر دليلا على ان العقد قد اصبح نهائيا لايجوز الرجوع فيه\فلكل من العاقدين حق مطالبة الاخر بتنفيذه\ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا للعقد يجب استكماله ففي عقد البيع مثلا يعتبر العربون تعجيلا لجزء من الثمن يجب خصمه من اصل الثمن عند تنفيذ العقد\على ان هذا الاصل يجوز الاتفاق على مايخالفه فيجوز للطرفين الاتفاق على ان العربون جزاء لحق العدول عن العقد وفي هذه الحاله اذا عدل من دفع العربون فقده اما اذا عدل من قبض العربون فعليه رده ويرد مثله للطرف الاخر حتى يكون بذلك قد خسر مايعادل مقدار العربون جزاء لعدوله عن العقد ويلاحظ ان من يعدل عن العقد يلزم بدفع العربون كاملا حتى وان لم يحصل للمتعاقد الاخر أي ضرر نتيجة لهذا العدول لان العربون ليس تعويضا عن ضرر وانما جزاء حق العدول وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي لان الشرط الجزائي ليس الاتقديرا اتفاقيا للتعويض عن الضرر الذي قد يصيب الدائن بسبب اخلال المدين في تنفيذ العقد ولذلك لايحكم به اذا لم يصب الدائن ضرر محقق ويجوز تخفيضه اذا كان مبالغا في تقديره مادة ١٧٠مدني

أ.م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

الإكراه

الإكراه كما تعرفه الفقرة الاولى من الماده \١١٢٢مدني هو اجبار الشخص بغير حق ان يعمل عملا دون رضاه ويلاحظ على هذا التعريف انه مقتبس من الفقه الاسلامي المادة \٩٤٨\٩٤٩من مجلة الاحكام العدلية والماده\١٨٦مرشد الحيران وانه تعريف لغوي اكثرمما هوقانوني كما يلاحظ ان المراد من العمل مايعم العمل المادي والعمل القانوني \العقد والارادة المنفردة\وكان الاجدر بالمشرع ان يعرف بانه اجبار الشخص على ان يبرم عقدا دون رضاه
والاكراه في الفقه الحديث ضغط غير مشروع يقع على ارادة الشخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد والذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الاكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد
والاكراه يفسد الرضا ولكنه لايعدمه فالمكره ارادته موجودة لانه خير بين ان يريد او ان يقع به المكروه الذي هدد به فااختار اهون الضررين الا ان الارادة التي صدرت منه ليست حره مختاره وانما يعدم الاكراه الرضا اذا انتزع الرضا عنوة لارهبة كما اذا امسك المكره بيد المكره واجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام ففي هذه الحاله يكون العقد باطلا لانعدام الرضا
والاكراه في القانون المدني العراقي على نوعين اكراه ملجى واكراه غير ملجى ويكون الاكراه ملجئا اذا كان تهديد بخطرجسيم محدق كاتلاف نفس او عضو وضرب مبرح او ايذاء شديد او اتلاف خطير في المال ويكون غير ملجئى اذا كان تهديدا بما دون ذلك كالحبس والضرب على حسب احوال الناس والتهديد باايقاع ضرر بالوالدين او الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ويكون ملجئا او غير ملجئى بحسب الاحوال الماده ١١٢\٢\٣مدني ولااهمية للتميز بين الاكراه الملجئى وغير الملجئى اذ لايمكن وضع فيصل دقيق للتفرقه بينهما لان الامر يختلف بااختلاف احوال الناس من جهة ولان الماده ١١٥مدني لاترتب أي اختلاف في الاثر القانوني لهذا التمييز لانها تنص على ان\من اكره اكراها معتبرا بااحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لاينفذ عقده\فالعقد يكون موقوفا سواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئى

عناصر الاكراه
للاكراه عنصران اولا\استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق وهذا هو العنصر الموضوعي
ثانيا\رهبة في النفس يبعثها الاكراه فتحمل على التعاقد وهذا هو العنصر النفسي
متى توافر هذان العنصران فقد وجد الاكراه وفسدت الارادة سواء كان الاكراه صادرامن احد المتعاقدين او من الغير او من ظروف خارجية تهيات مصادفة

أ. م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل
--- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

العقد الموقوف

تنص الماده ١٣٤مدني على انه \١\اذا انعقد العقد موقوفا لحجر اواكراه اوغلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغريركما ان له ان يجيزه فاذا نقضه كان له ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها\٢\وللعاقد المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الاخر وان شاء ضمن المجبر او الغارفان ضمن المجبراو الغارفلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الاخر ولاضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض المبلغ مكرها او مغرورا وهلك في يده بلا تعد منه

اما العقد الموقوف فهو بمقتضى قواعد الفقه مااعتراه عيب من عيوب الاراده كالاكراه والغلط والتغرير مع الغبن او كان العاقد محجورا غير فاقد الاهلية\وزاد القانون المدني على ذلك تصرف الشخص في ملك غيره الماده ١٣٥مدني فجعله عقدا موقوفا
ووقف العقد معناه عدم افادة حكمه في الحال اما حكم العقد الموقوف فهو ان للعاقد بعد زوال سبب الوقف ان ينقض العقد فيصبح باطلا من المبدا وله ان يجيزه فيصبح نافذا من المبدا بااثر رجعي واذا نقض العاقد العقد وكان المعقود عليه قائما قد تداولته الايدي بالتصرفات فيه كان له نقض جميع التصرفات واسترداد العين من واضع اليد عليها بما له حق عيني ذلك الحق الذي يثبت لصاحبه تتبع العين اينما وجدها وفي الموقوف للاكراه او التغرير تضمين العاقد الاخر او تضمين الغار اوالمكره واذا كان الغار او المكره هو نفس العاقد الاخر يحصر الضمان فيه وحده طبعا واذا وقع الضمان على الغار او المكره فله الرجوع بما ضمن على العاقد الاخر لانه هو المستفيد من العقد وهو الذي دخلت العين تحت يده واما الثمن اذا هلك في يد العاقد المكره او المغرور فان كان قد قبضه مكرها او مغرورا وهلك في يده وبدون تعد منه او تقصير فلاضمان عليه لانه امانة بيده والامانه لاتضمن بلاتعد او تقصير من الامين
واذا اردنا رد حالات التوقف في التقنين المدني العراقي الى اصل عام لجاز اجمالها في مواطن اختلال الرضا سواء نشا ذلك عن نقص الاهلية او عيب في الرضا لا يضاف اليها تصرف الفضولي في ملك غيره الماده ١٣٥\١مدني .

أ.م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

انتقاص العقد

تنص المادة ١٣٩من القانون المدني العراقي على انه\\اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فيضل صحيحا بااعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا\\
تقرر هذه الماده قبول الحكم الذي اسسته نظرية انتقاض العقود ومفادها ان العقد اذا تلبس بعدة امور وكان صحيحا بالنظر الى بعضها وباطلا بالنظر الى البعض الاخر فان العقد لايبطل في الجميع بل يبطل منه مالا يكون صحيحا بالنظر اليه ويبقى عقدا مستقلا صحيحا بالنظر الى ماكان صحيحا فيه فكانه جاء من الابتداء عقدا مستقلا به عملا بقاعدة تصحيح العقود قدر الامكان فالعقد اذا لايبطل بل ينتقض لكن اذا تبين ان الشق الذي وقع باطلا لم يكن العقد ليتم بدونه بل هو عنصر منظور اليه فانه يكون باطلا في الجميع لعدم امكان الفصل بينهما
فلو فرضنا هبة اقترنت بشرط غير مشروع او ان بيعا وقع على مال مملوك ومال وقف او ورد على عدة امور وقع العاقد في غلط جوهري بشان شي منها فانه لا يصيب البطلان الا الشق الذي قام فيه سبب البطلان ويبقى العقد صحيحا في الباقي الا اذا تبين ان هذا الشق عنصر جوهري منظور اليه في العقد لم يكن العقد ليتم بدونه وعب الاثبات يقع على من يتمسك بصحة الباقي
ومن الامثلة على انتقاض العقد ايظا تخفيض سعر الفائده المتفق عليها الى ٧بالمائه وهو الحد الاقصى للفائده الاتفاقية وتخفيض مدة الشيوع المتفق على البقاء فيها الى خمس سنوات وهو الحد الاقصى للشيوع الاجباري
والنظرية المضادة لهذه النظرية تجعل العقد وحده لاتتجزا فاذا ابطل في البعض بطل في الكل وفي كتب الفتاوى في الفقه الاسلامي مايشايع المقالتين فبعض الفقهاء ذهب الى القول بانتقاض العقد كما يضهر من فتاواه وبعضهم ذهب الى الضد من ذلك كما تنطق به فتاواه

أ.م. د حبيب عبيد العمّاري / أستاذ القانون المدني في كلية القانون – جامعة بابل -
-- محاضرات في مادة الالتزامات /مصادر الالتزام – الكورس الأول للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠

تحول العقد

تنص المادة ١٤٠مدني على انه إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا بااعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد.

ونظرية تحول العقد نظرية المانية صاغها الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر ونص عليها القانون المدني الالماني في المادة ١٤٠منه\اما القانون المدني الفرنسي فلا ينص على هذه النظريه ومع ذلك فان حكمها يمكن الاخذ به دون نص تطبيقا لنظرية التكييف
وتقرر هذه الماده قبول الحكم الذي اسسته نظرية تحول العقد ومفادها ان العقد اذا وقع باطلا ولكن توافرت فيه عناصر عقد اخر فانه يتحول الى هذا العقد الاخر اذا تبين من الظروف ان العاقدين كانت تنصرف نيتهما الى هذا العقد لو كان يعلمان ببطلان العقد الذي قصداه وبعباره اخرى ينقلب عقدا صحيحا لكن لامن النوع الذي قصده المتعاقدان بل من النوع الذي توافرت فيه عناصره فلتحول العقد ثلاثة شروط
١\ان يكون العقد باطلا فاذا كان غير صحيح ثبت غير متحول
٢\ان تتوافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقيم مقام الاصل
٣\ان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لوانهما تبينا ما بالعقد الاصل من اسباب البطلان
وابرز مثال على ذلك البوليصة التي لاتستوفي الشروط الشكلية المطلوبه لها قانونا فاانها تعتبرسندا امر اذا توافر فيها شروطه والا فانها تعتبر سندا عاديا
ومن الامثله على تحول العقد ايضا السند الرسمي الذي يفقد صفة الرسمية لعدم اختصاص الكاتب العدل مثلا يتحول الى سند عادي مادام موقعا من قبل الطرفين والقسمه الباطله لنقص اهلية احد المتقاسمين تتحول الى قسمة مهاياة اذا كان ناقص الاهليه ماذونا لان قسمة المهاياة تدخل في اعمال الادارة التي يسمح للماذون بها بخلاف قسمة الاعيان التي تعتبر من اعمال التصرف والبيع بثمن تافه يتحول الى هبه اذا كان قد انصب على منقول جرى تقسيمه
ويلاحظ ان تحول العقد لايهدف فقط الى مجرد تفسير للارادة بل هو عمل تقوم به المحكمه مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقدا جديدا تقيمه لهما وذلك بناء على نيتهما المحتمله وتحول العقد يقع في العقود الباطله