جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

الالتزام الثانوي في العقد

((دراسة مقارنة))

رسالة تقدم بها

علي عبد المحسن خضير الغانمي

الى مجلس كلية القانون بجامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الاستاذ الدكتور

ضمير حسين ناصر المعموري

استاذ القانون الخاص

٢٠٢١ م **١٤٤٢هـ**

بسم الله الرحمن الرحيم

يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ

أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ

بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ

صدق الله العظيم

سورة المجادلة ٠ اية (١١)

الاهداء

لوجه الله الحكيم
الى رسول الله واله
الى أمـــي وأبـــي
أخوتي وأخواتـــي

أهدي هذا الجهد

علـي

شكر وتقدير:

الحمد لله دائما وابدا الذي وفقني لاتمام متطلبات البحث وفي نهاية رحلتي البحثية لا بد من توجيه الشكر لمن خطر في خاطرتي وانا اكتب هذه الكلمات اتقدم بوافر الشكر والامتنان لأستاذي المشرف الاستاذ الدكتور ضمير حسين ناصر الذي شرفني بقبوله الاشراف على هذه الرسالة وماقدمه من توجيه ومصادر للوصول الى تلك النقطة من البحث، كما اتوجه بشكري الى اساتذة فرع القانون الخاص في جامعة بابل وجامعة بغداد لما قدموه لي من وقت ومشورة ،وكل اساتذتي الافاضل، كما اتقدم بالشكر الى العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة بابل ، وجامعة بغداد ،وجامعة كربلاء، والجامعة العراقية، وجامعة النهرين ،ومكتبة المعهد القضائي، كما اشكر القائمين على مكتبة العتبتين الحسينية والعباسية لما قدموه لي من مساعدة في رحلتي الطويلة للبحث عن المصادر سائلين الله دوام الصحة والتوفيق لهم انه نعم المولى ونعم النصير.

الباحث

المستخلص :

تختص الدراسة بموضوع الالتزام الثانوي في العقد (دراسة مقارنة) فتقوم على اساس تحديد الالتزام الثانوي وتمييزه عن الالتزام الاساسي فهناك الالتزامات الجوهرية التي ترتبط بجوهر العقد ودونها يفرغ العقد من مضمونه والاخلال بها يستوجب توقيع اشد الجزاءات المدنية .اما الالتزامات الثانوية فالإخلال بها قد يستوجب جزاءات اقل شدة ولاترتبط بجوهر العقد .

وركزت الدراسة على الاخيرة منها فتطرقنا الى تعريف الالتزام الثانوي وتحديد خصائصه كما حددنا مصادره وميزنا بين مرحلة انعقاد العقد ومرحلة تنفيذه كما وجدنا معيارين يمكن من خلالهما تحديد الالتزام الثانوي اذا اختلط بالالتزام الاساسي، وبينت الدراسة دور الالتزام الثانوي في مرحلة انقضاء العقد ومرحلة المحافظة عليه وهي مرحله تسبق انقضائه .

وقد اعتمدت الدراسة المقارنة بين القوانين كمنهج لها اضافة الى تحليل الآراء والافكار والقرارات القضائية واعتمدت القانون المدني العراقي والمصري الفرنسي وقرارات القضاء الفرنسي والمصري والعراقي كنطاق للمقارنة.

وقسم البحث على فصلين خصص الاول لمفهوم الالتزام الثانوي كما تطرقنا في الفصل الثاني الى احكام الالتزام الثانوي .

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٤
الفصل الاول – ماهية الالتزام الثانوي	٥
المبحث الاول _ مفهوم الالتزام الثانوي	٦
المطلب الاول – تعريف الالتزام الثانوي	٧
المطلب الثاني –خصائص الالتزام الثانوي	١٤
المبحث الثاني – مصادر الالتزام الثانوي	١٩
المطلب الاول – المصدر الارادي للالتزام الثانوي	٢٠
الفرع الاول – سلطة الارادة في تعديل العقد	٢١
الفرع الثاني – الالتزام الثانوي الارادي	٣١
اولا_ الالتزام الثانوي الذي يقتضيه العقد	٣٣
ثانيا _ الالتزام الثانوي بصورة شرط ملائم للعقد	٣٤
ثالثا_ الالتزام الثانوي بصورة شرط جرى به العرف	٣٥
رابعا _ الالتزام الثانوي الذي يتضمن منفعة اضافية	٣٥
المطلب الثاني _ المصدر غير الارادي للالتزام الثانوي	٣٦
اولا – المصدر القانوني للالتزام الثانوي	٣٨
ثانيا – المصدر العرفي للالتزام الثانوي	٤٤
ثالثا – العدالة مصدر للالتزام الثانوي	٥٢
المبحث الثالث – تمييز الالتزام الثانوي عن المسائل الثانوية	٥٥
المطلب الاول – مفهوم المسائل الثانوية	٥٥
الفرع الاول _ ماهية المسائل الثانوية	٥٦
الفرع الثاني – معيار التمييز بين مسائل العقد الثانوية والجوهرية	٥٨
المطلب الثاني_ التمييز بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية	٦٤
الفرع الاول_ التمييز بين الالتزام الاساسي والمسائل الجوهرية	٦٤
الفرع الثاني_ الفرق بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية	٧٠
المبحث الرابع _ معايير تحديد الالتزام الثانوي	٧٤
المطلب الاول_ تحديد الالتزام الثانوي	٧٤

الموضوع	الصفحة
الفرع الاول _ معيار طبيعة العقد	٧٥
الفرع الثاني – معيار اهمية الالتزام	٧٩
المطلب الثاني_ حالات تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي	٨٧
الفرع الاول – تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي بالارادة الصريحة	٨٧
الفرع الثاني_ تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي بالارادة الضمنية للطرفين	٩٠
الفصل الثاني – احكام الالتزام الثانوي	٩٤
المبحث الاول – اثر الالتزام الثانوي بإنهاء العقد	٩٥
المطلب الاول – دور الالتزام الثانوي في حالة الفسخ القضائي	٩٦
الفرع الاول_ ماهية الفسخ القضائي	٩٦
الفرع الثاني – اثر الاخلال بالالتزام الثانوي على تحقق الفسخ القضائي	١٠٠
المطلب الثاني – أثر تخلف الوفاء بالالتزام الثانوي في حالة الفسخ الاتفاقي	١٠٩
الفرع الاول – ماهية الفسخ الاتفاقي	١١٠
الفرع الثاني_ دور الالتزام الثانوي في حالة الفسخ الاتفاقي	١١٣
المطلب الثالث – دور الالتزام الثانوي في حالة انفساخ العقد	١١٧
الفرع الاول – مفهوم الانفساخ	١١٧
الفرع الثاني – الالتزام الثانوي في حالة انفساخ العقد	١٢١
المبحث الثاني – احكام الالتزام الثانوي عند المحافظة على العقد	١٢٦
المطلب الاول – موقف الالتزام الثانوي في حالة وقف تنفيذ العقد	١٢٦
الفرع الاول _ ماهية وقف التنفيذ	١٢٧
الفرع الثاني_ دور الالتزام الثانوي في حالة وقف التنفيذ	١٣١
المطلب الثاني _ دور الالتزام الثانوي في حالة الدفع بعدم التنفيذ	١٣٤
الفرع الاول – مفهوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ	١٣٤
الفرع الثاني_ اثر الالتزام الثانوي في حالة الدفع بعدم التنفيذ	١٤١
الخاتمة	١٤٩-١٥٢
المصادر والمراجع	١٥٣-١٧١

المقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة على رسول الله واله وصحبه المنتجبين .

اولاً : التعريف بالموضوع :

حظي التصرف القانوني بعناية فائقة في الدراسات القانونية لما له من أهمية بالغة في النشاط الإنساني داخل المجتمع كما ويؤسس عليه النشاط الاقتصادي في المجتمع باعتباره أداة لتنظيم عمل وحركة ذلك النشاط في إطار قانوني تتجلى فيه فكرة الإلزام القانوني، وعلى ضوء هذه الأهمية النظرية والعملية للتصرف القانوني تتجلى أهمية أية دراسة قانونية لأية فكرة مرتبطة بالتصرف القانوني وخصوصا العقد ويرجع ذلك لما للعقد من اهمية في النشاط الانساني ، فهو ليس مظهراً من مظاهر الحرية الفردية فقط ، وانما هو مما يقوم عليه النشاط الاقتصادي في المجتمع باعتباره اداة للمبادلة وسبيل للتعاون بين الناس على نحو تجلى فيه الالتزام القانوني من خلال الوفاء بالعهد المقطوع .ومن تلك الاهمية تتضح اهمية أي دراسة تتصل بنظرية العقد ، وخصوصا اذا ارتبطت بمرحلة تنفيذه وهو ما عليه بحثنا الذي يتعلق بدراسة الالتزام الثانوي في العقد .

ثانياً: اهمية البحث :

ان السبب الاساسي لاختيار هذا الموضوع هو عدم تنظيم التزامات العقد الثانوية بنصوص خاصه في القانون المدني العراقي .

وانما هناك تطبيقات تشريعية بين بعض نصوصه مستخدمة اصطلاحات وعبارات مختلفة عند تناول موضوعه .

وينصرف ذلك ايضا الى دور الفقه بهذا الخصوص فلا يوجد عنوان متخصص يبحث تحته هذا الموضوع كما ان تعدد التسميات يؤدي الى تشتت المعنى بين عدة خيارات متداخلة في نطاق العقد نفسه .

فتثير مشكلة البحث عدد من التساؤلات من مثل ماهو تعريف هذا الالتزام ؟ ماهي اوصافه التي يتصف بها؟ هل يوجد علاقة بينه وبين المسائل الثانوية في العقد ؟ وهل يوجد اختلاف بينهم ؟ ماهو معيار تحديده وتمييزه عن غيره وفيما اذا كان هناك معيار اصلا لذلك ام لا يوجد ؟ ماهو الجزاء المترتب على الاخلال بتنفيذه ؟

كل هذه التساؤلات حاولنا الاجابة عليها في نطاق البحث والتطرق اليها بشيء من التفصيل.

ثالثاً : منهجية البحث ونطاقه

تلزم طبيعة هذا البحث ان نتناوله في اكثر من منهج علمي ، حيث اتبعنا المنهج الوصفي لغرض وصف وتوضيح معالم الالتزام الثانوي والاحاطة به ، كما اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال طرح الآراء والاتجاهات الفقهية وتحليلها وتعزيزها بالتطبيقات القضائية متى كانت متوفرة بعد عناء البحث ، وتحليل موقف التشريعات المحددة بالبحث عن الالتزام الثانوي ، ومن اجل الاحاطة بجميع جوانب الدراسة ، فقد تم الاستعانة بالمنهج المقارن بغرض الاطلاع على التجارب التشريعية والقضائية في كل من فرنسا ومصر بالمقارنة مع موقف المشرع والقضاء في العراق لتحديد اوجه الشبه والخلاف ، وتذليل العقبات امام المشرع والقضاء لغرض الاستفادة من المسائل الايجابية وابرازها.اما نطاق الدراسة فيكون دراسة الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين كونها تشكل القاعدة العامة في العقود وتظهر فيها فكرة اهمية الالتزام بصورة واضحة رغم ما يرافقها من مصاعب في التمييز بينها احيانا .

رابعاً : اهداف البحث

يهدف هذا البحث الى بلورة حقيقة الالتزام الثانوي بصورة تلم شتاته وتجسد ابعاد فكرته وتحدد عناصر صحته ونطاق تطبيقه وما يترتب عليه من اثار ، كما نهدف الى قطع الخلاف حوله من خلال ما يتحصل لنا من عملية تسليط الضوء على القانون تشريعا وفقها وقضاءً لاسيما قانوننا العراقي .

خامساً : خطة البحث

وفي ضوء ما تقدم قسمنا البحث على فصلين ، نتناول في الفصل الاول ماهية الالتزام الثانوي، وقسم على اربعة مباحث نتناول في المبحث الاول مفهوم الالتزام الثانوي اما المبحث الثاني فيبحث مصادر الالتزام الثانوي، والمبحث الثالث خصص للتمييز بين المسائل الثانوية والالتزام الثانوي ،اما المبحث الرابع فيدرس معيار تحديد الالتزام الثانوي .

وسنتناول في الفصل الثاني احكام الالتزام الثانوي ، وقسم على مبحثين المبحث الاول يتحدث عن دور الالتزام الثانوي في انهاء العقد،اما المبحث الثاني فيبحث دور الالتزام الثانوي في المحافظة على العقد .

ثم نتطرق الى خاتمة لدراسة نتائج البحث والتوصيات التي نتمنى ان تثمر في الوسط القانوني .

والله ولي التوفيق

الفصل الأول

ماهية الالتزام الثانوي

الفصل الاول

ماهية الالتزام الثانوي

تمهيد وتقسيم..

العقد شريعة المتعاقدين بما يرتبه من اثار بين عاقديه ويجب عدم الخلط بين اثار العقد واثار الالتزام فاثر الالتزام هو اعطاء الدائن من الوسائل ما يكفل اكراه المدين على تنفيذ الاداء الذي يقع عليه ،اما اثار العقد فهي انشاء التزام او تعديله او تحويله او انقضائه[١] .

وينشئ العقد نوعين من الاثار او الالتزامات الثانوية والاساسية فاذا ما توفرت اركان العقد مستوفية شرائطها اللازمة ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ فقد انعقد منتج لآثاره وهي ترتيب الالتزامات على اطرافه[٢] .

ولكل التزام اهميته ولو انه في بعض الاحيان تكون متكافئة في نظر المتعاقدين حيث لا يمكن اعتبارها بمرتبة واحدة لان ذلك واقعا يؤدي الى تشتت التصنيفات ويفرغ الوصف من موضوعه [٣].

وسنسلط الضوء في هذا الفصل على ماهية الالتزام الثانوي وأقتضى منا ذلك تقسيمه على اربعة مباحث نتناول في المبحث الاول مفهوم الالتزام الثانوي ،ونخصص المبحث الثاني لمصادره اما المبحث الثالث فسنتناول به التمييز بينه وبين المسائل الثانوية،وسنخصص المبحث الرابع الى المعايير التي يمكن ان تعتمد في تحديده وكما يلي :

١- د. حسام الدين الاهواني ،مصادر الالتزام ،المصادر الارادية،القاهرة،١٩٩١-١٩٩٢،ص١٩٣

٢- د. عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ،الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم ، بغداد ،بلا سنة ،ص٣١٦

٣- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ،مفاعيل العقد او اثاره ،الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ،٢٠٠٠ ، ص١٠٢

المبحث الاول

مفهوم الالتزام الثانوي

تمهيد

من اجل ان نعطي مفهوما محددا للالتزام الثانوي في العقد سنتناول في هذا المبحث التعريف به ومن ثم بيان خصائصه لذا اقتضى تقسيم هذا المبحث على مطلبين .

كما نرى هنا ضرورة تمهيد الكلام عن الالتزام بصورة عامة فالالتزام هو وليد الروابط القانونية في المجتمع التي يكون بمقتضاها احد الافراد ملزماً بالقيام بعمل أو بعدم القيام به لصالح الاخرين حيث ينشأ عن تلك الروابط التزام على المدين وحق للدائن[1] .

وقد عرف المشرع العراقي الالتزام في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ان (١-الحق الشخصي هو رابطة مابين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو ان يقوم بعمل اوان يمتنع عن عمل ....

٣-ويؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) المعنى نفسه الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) .

ويلاحظ ان المشرع المصري لم يعرف الالتزام في قانونه المدني .اما المشرع الفرنسي فقد عرف الالتزام من خلال تعريفه العقد وذلك في المادة (١١٠١) من قانونه المدني المعدلة والتي نصت على (ان العقد هو اتفاق بين شخصين او عدة اشخاص يهدف الى انشاء الالتزامات او تعديلها او نقلها او انقضاءها).

١- د. عبد المجيد الحكيم ،مصدر سابق ،ص٦

فالالتزام حالة قانونية يرتبط الشخص على اثرها بنقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل .

ويمكن ومن خلال تعريف الالتزام نلاحظ بان الالتزام رابطة قانونية وشخصية محله عبىء مالي وهذا الالتزام اما ان يكون قيام بعمل كإجراء عملية جراحية او رسم لوحة فنية وقد يكون امتناع عن عمل كالامتناع عن افتتاح محل تجاري في مكان معين لعدم منافسة تاجر اخر هو الدائن بهذا الالتزام وقد يكون المحل اعطاء شيء معين كإعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشيء المبيع .

وفي جميع الاحوال ينبغي ان يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية اي يمكن تقويمه بالنقود فاذا كان لايمكن تقويم الاداء بالنقود لم نكن امام التزام بالمعنى الفني الدقيق وان كنا تجاه واجب قانوني وعلى ذلك فأداء الخدمة العسكرية او الضريبة واجب قانوني وليس التزام لأنه لا يقوم بالنقود وكذلك تربية الاطفال وتأديبهم واجب قانوني وليس التزام.

المطلب الاول

تعريف الالتزام الثانوي

تتعدد الالتزامات عموما والثانوية منها خصوصا ،تبعا لتعدد الحاجات الانسانية وتطورها وتتنوع تبعا لتنوع العقود واختلافها ، ويظهر امامنا مهمة وهي ايجاد قاعدة عامة تسري وتحكم هذه الالتزامات المتعددة والمتنوعة بدلا من معالجة كل واحد منها على انفراد .

ابتداءً يواجه الباحث في هذه الالتزامات تحديا يتعلق بالتسمية التي يمكن ان تطلق عليها لانها وردت فقها وقضائا ولا حتمالها ذلك تحت العديد من التسميات فقد اطلق عليها بالالتزامات

الثانوية من قبل البعض[١].وهو مانتفق معنه وما نؤيده لانه يكون ثانوي بالنسبة للالتزام الاساسي في العقد ويكتسب صفته الثانوية على هذا الاساس .

بينما اطلق عليه جانب اخر من الفقه بالالتزام الاضافي[٢]كما اسماه البعض الاخر بالالتزام التابع[٣] واطلق عليه جانب اخر اسم الالتزام الفرعي[٤] ، وقد تدعى وفق راي في الفقه[٥] بالتزامات العقد الاضافية(LESOBLIGATIONS ACCESSOIRES) والتي تجعل العقد أكثر فائدة وسهولة وتدرج في معظم الاحيان تحت طائفة الالتزامات الايجابية التي تتضمن قيام المتعاقد باداء عمل معين. لكن في الواقع ممكن ان تكون هذه الالتزامات تحت طائفة الالتزامات السلبية التي تتضمن الامتناع عن القيام بعمل معين مثل الالتزام بعدم المنافسة او الحفاظ على اسرار العمل، والالتزام بعدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع[٦].

ان تعدد التسميات وان كان مناسبا الى حد ما الا انه يثير اللبس والتشتت بين مضمون هذه التسميات ونميل الى توحيدها .

١–انظر د. محمد عزمي البكري ،القانون المدني الجديد ،المجلد الثاني ،مصادر الالتزام ،دار محمود للنشر ، القاهرة ، بلا سنة ،ص ٦٩٩

٢–انظر موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٧،ص٢٧٦

٣– د. عبد الله الطوالبه ، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام الطبعة الاولى ، دار يافا للنشر والتوزيع ،عمان ،٢٠١٠ ،ص٧٥

٤– د. كريم بو لعابي ،حسن النية في المادة التعاقدية ،الطبعة الاولى ، مجمع الاطرش للكتاب المختص ،تونس ،٢٠١٥،ص١٣٠

5–Roselles, Le dorit penal et la moralisation du contracts, These, Aix-en- provence , 1967, p,28.

اشار اليه : د. احمد محمد الرفاعي ، الالتزام بالتسامح ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٩٦، ص٥، هامش ١

٦–انظر المادة (١/٥٤٩) من القانون المدني العراقي وتقابل المادة (٤٣٩) مدني مصري والمادة (١٦٢٦) مدني فرنسي

اما عن تعريف الالتزام الثانوي فنلاحظ ان التشريع العراقي و التشريعات المقارنة لم تحدد تعريفا معينا للالتزام الثانوي لذلك صار موضوع تعريف الالتزام الثانوي في العقد محلا لاجتهاد القضاء واراء الفقه.

فبعد تتبع كتابات الفقهاء ظهر لنا بان هناك أكثر من اتجاه في تعريفه كل منهم له وجهة نظر مختلفة عن الاخر.

فقد ذهب اتجاه الى تعريفه من خلال اعتباره الوجه الاخر للالتزام الاساسي[١] او من خلال ارتباطه بذلك الالتزام فعرف من قبل بعضهم بأنه (الالتزام الاساسي هو الذي يكون اساسا لتحديد محل العقد وحوله يدور تنظيم العقد ويجوز ان يكون التزاماً باعطاء أو بعمل او بامتناع عن عمل، اما الالتزام الثانوي فهو كل ما ليس اساسياً ولكن يساهم في تحقيق الغاية العملية من العقد وغالبا مايكون التزاما بامتناع)[٢] كما عرفه راي اخر في هذا الاتجاه بان (الالتزامات الاساسية هي تلك التي يكون وجودها لازم لوجود العقد او تلك التي تعتبر وسائل اساسية لتحقيق النتيجة النموذجية لعقد معين وفيما عدا ذلك من الالتزامات تكون ثانوية)[٣] .

كما عرف بأنه (ذلك النوع من الالتزام الذي لا يتصور وجوده مستقلا او معزولا في اي عقد بل لابد من وجود التزام اساسي حتى يكون هو الالتزام الثانوي بالنسبة له اي تابعا او ملحقا به)[٤] .

١- لم يتفق الفقه على تسمية الالتزام الاساسي ايضا فقد ورد بعدة تسميات مختلفه منها الاصلي ، والجوهري ، والرئيسي، والمهم ، الا اننا نعتقد ان هذه التسمية ادق التسميات وتتلائم مع دوره الاساسي في مرحلة تنفيذ العقد

٢-د. مصطفى عبد السيد الجارحي ،فسخ العقد ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨٨،ص١٠١

٣-د. عبد الحكم فودة ،انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية،١٩٩٣،ص٤٤٣

٤- د. صالح ناصر العتيبي ، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،٢٠٠٩،ص١٧٧

يؤخذ على هذا الاتجاه انه لم يحدد معنى مباشر للالتزام الثانوي فقد بين التعريف الاول بانه الالتزام الذي لا يحدد محل العقد فلا يرتبط بالمحل وبالتالي لا يدور حوله تنظيم العقد وان الهدف من وجوده في العقد هو تحقيق الغاية العملية للعقد، اما التعريف الثاني فلم يبتعد عن المعنى المستنتج من التعريف الاول حيث ذهب الى انه لا يرتبط باقتصاديات العقد والنتيجة المرجوة منه .

بينما اكد التعريف الثالث اهمية الالتزام الاساسي ومحوريته في العملية العقدية وثانوية الالتزام الثانوي بالنسبة له فالاخيرلايستقل بذاته بل انه تابع الى الالتزام الاساسي الموجود في العقد .

فعلى الرغم من تشابه الالتزام الاساسي والالتزام الثانوي في ان كلاهما يعد مصدر نشوئه العقد وانه في حال مخالفتهما لابد من جزاء يترتب على ذلك بغض النظر عن نوع الجزاء الا ان كل منهما يختلف عن الاخر من عدة وجوه ،اذ يمكن اعتبار الالتزام الثانوي مكملا للالتزام الاساسي ،اذ تعد هذه الاختلافات نتيجة حتمية لكون الالتزام الاساسي هو الالتزام المهم في العقد ولا يمكن انكار ذلك فهو غاية العملية العقدية بينما الالتزام الثانوي هو التزام اقل اهمية اذا ما قورن بالالتزام الاساسي فيتبين لنا قوة الالتزام الاساسي فهو ذاك الالتزام الذي يرتبط به وجود العقد ويحدد طبيعته، اما الالتزام الثانوي فلا يكون بهذا المركز المهم من العقد ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه ايضا انه لم يشر الى امكانية تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي بالارادة المشتركة للمتعاقدان كما انه من الممكن ان يأخذ الالتزام الثانوي اهمية الالتزام الاساسي ذاتها بسبب الارتباط .

وذهب اتجاه فقهي في تعريفه للالتزام الثانوي من خلال الغاية من وجوده في العقد فعرف بإنه (الالتزام الذي يقصد به تحقيق الغاية العملية التي يريدها او يبتغيها المتعاقدان او تقتضيها

طبيعة العقد ومثالها في البيع الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم في وقت معين ومثالها في الايجار التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع الهادئ اثناء مدة الايجار)[١] .

وعرف بانه (الالتزام الذي يهدف الى تحقيق الغاية العملية لركن اساسي في العقد التي يقتضيها المتعاقد او تقتضيها طبيعة العقد كالالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان في عقد البيع)[٢].

ان مما يؤخذ على هذا الاتجاه انه وقع في خلط بين الالتزام الاساسي والالتزام الثانوي فالتزام التسليم ينشأ من طبيعة العقد ووجوده ولا يتصور وجود عقد بدونه فهو التزام يتم في ضوء التوقع المشروع للمنفعة الاساسية من العقد وما تمليه اعتبارات حسن النية في التعامل [٣].حيث انه واقعا هناك فصل بين اركان العقد واثاره ويظهر دورالالتزام الثانوي في المرحلة الاخيرة والتي تتعلق بالالتزامات بالثانوية والاساسية .

كما ربط راي فقهي بين تعريف الالتزام الثانوي وجزاء الاخلال بتنفيذه فعرفه بانه(التزام ضروري للعقد ولكنه غير كافٍ لاحداث الفسخ)[٤].

يؤخذ على هذا التعريف انه لم يبين عناصر الالتزام الثانوي كما انه لم يبين طبيعته رغم انه يتلائم مع بعض القرارات القضائية بهذا الشأن ففي احد قرارات محكمة النقض المصرية والتي ذهبت من خلاله الى ان الاخلال بتنفيذ الالتزام الثانوي لا يجيز الفسخ لقصر الفسخ على الالتزام الاصلي او الاساسي [٥].

١–انظر د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، منشاة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣١٣

٢–د.عبد الحكم فودة ،المرجع السابق ، ص٤٤٤

٣–د.صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق ،ص٣١٣

4–Alima Sanogo,L,.obligation Essentielle dans le contrat, universite d Bouggnr-Master-llRechercheDroit de smarches,des,Affaires etde1,Econome 2014,p10

٥ –طعن رقم ٥٨/١٢٣١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٤ اشار اليه عبد الوهاب عرفة ،فسخ العقد والشرط الفاسخ الصريح وموجبات اعماله ، دار المجد لنشر والتوزيع، القاهرة، بلا سنة ،ص٣٠

ويذهب القضاء في قرارات اخرى الى التمييز بين الالتزام الاساسي والالتزام الثانوي عند تعريفهما من خلال الفصل بينهما حيث جاء في احدى قرارات محكمة النقض المصرية ما يشير لذلك حيث ذهبت بانه (يقصد بالالتزام الاصلي (الاساسي) ذلك الالتزام الذي يحدد طبيعة العقد ويكون من مستلزماته التي لا غنى لتكوين العقد عن وجوده .والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الاصلية انها تكون لبعضها المقابل القانوني ، بمعنى انها تكون سببا لما يقابلها من التزام .اما الالتزامات الثانوية فهي كل التزام غير اساسي والعنصر الاساسي الذي تمتاز به هي انها ترمي الى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان او تتطلبه طبيعة العقد بمعنى ان هذه الالتزامات ترمي الى ان توفر للعقد جميع اثاره النافعة وتجعله ملائما للظروف)[١].

وهذا التعريف ايضا ابرز الجانب العملي للالتزام الثانوي كما انه اشار الى نقطة مهمة وهي كون ان هذه الالتزامات لا تكون سببا لما يقابلها من التزام وبالتالي فهي لا ترتبط بجوهر العقد ولا يتأثر بها بحيث يمكن وجود العقد مع عدم وجودها[٢].

والحقيقة ان تعريف الالتزام الثانوي له جانبين الجانب الاول يكون فيه الالتزام الثانوي غير مرتبط بالعقد فهو لايعد اثرا له بحسب الاصل ، الا انه من الممكن لاطراف العقد إضافته دون ان يتعدل جوهر العقد[٣].

ويدخل في ذلك تلك الالتزامات التي لم يكن يتصور وجودها في العقد الا ان القضاء قد توصل اليها وعدت من الالتزامات المكملة للعقد فالقاضي يقدر اذا ما كان في اضافته التزام ثانوي او اخر الى مضمون العقد تنظيم ملائم للعلاقة بين طرفيه [١].

---

١ –قرار محكمة القاهرة الابتدائية ،في ٢٦ حزيران ١٩٥٤، منشور في مجلة المحاماة المصرية ، العدد الاول ، سنة ٣٥، ص١٠٢

٢–انظر د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ،الجزء الاول، الطبعة الثالثة، من دون دار نشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠م،ص٥٠٧

3–GHESTIN (J.) Traite de droit civil, les effectsdu contrat ,2 edition, Paris,1980,p.81

ومثال ذلك الالتزام بالاعلام كالتزام البائع ببيان الطريقة الصحيحة لاستخدام الجهاز المبيع . ولعل اوضح تطبيق لسلطة القاضي في كشف هذه الاضافة الالتزام بالسلامة الذي فرضه في بعض العقود على عاتق احد طرفيها حماية للطرف الاخر.

اما الجانب الثاني فيكون فيه الالتزام الثانوي مرتبطا بعقد معين اي يمكن اعتباره من اثاره حسب الاصل ولكن للطرفين المتعاقدان الغائه من العقد دون تأثير في وجود العقد وجوهره[٢].

فعلى سبيل المثال فان التزام الصيانة لا يعد التزاما اساسيا الا في العقد الذي يحمل اسمه اما اذا كان في عقد الايجار فانه يشكل التزاما ثانويا لا يؤثر الاعفاء منه في وجود عقد الايجار .

لذلك نقترح التعريف الاتي للالتزام الثانوي بإنه (هو الالتزام الذي لا يرتبط بجوهر العقد و يكون دوره في العقد تكميل الالتزام الاساسي ،لزيادة فائدته وتعزيز وظيفته ولا يوجد بصورة مستقلة عنه ،و لا يعد سببا لما يقابله من التزام).

حيث ركزنا ومن خلال هذا التعريف على دوره المعزز للالتزام الاساسي رغم قلة اهميته مقارنة به وعدم استقلاليته في العقد ودوره في نطاق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ .

١- محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤلية المدنية ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٨، ص٢٢٦

٢- د. صالح ناصر العتيبي ، مصدر سابق ، ص١٧٧

المطلب الثاني

خصائص الالتزام الثانوي

يمكن ان نستخلص ومن خلال ما طرح من تعاريف للالتزام الثانوي عدة خصائص نوجزها فيما يلي :

١- ان الالتزام الثانوي يكون تابعا او ملحقا وحسب طبيعته بالالتزام الاساسي وجودا وعدما وصحة وبطلانا ،ففي حال عدم وجود الالتزام الاساسي يستتبع ذلك عدم وجود الالتزام الثانوي بينما عدم وجود الالتزام الثانوي لا يؤدي الى نفي وجود الالتزام الاساسي[١] .

ومثال ذلك اذا ابرم عقد ايجار بين شخصين فان الالتزام الاساسي الملقى على المؤجر بحسب طبيعة هذا العقد يتمثل بالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالماجور اما التزامه بصيانة الماجور فهو التزام ثانوي ،اذ ان عدم وجود الالتزام بالصيانة لا يؤدي الى انتفاء الحاجة للالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالماجور، بينما عدم وجود الالتزام الاخير يؤدي الى انتفاء الحاجة للالتزام بالصيانة في هذا العقد .وهذا مما يميز الالتزام الثانوي عن الالتزام الاساسي لان الاخير التزاما مستقلا في نشأته ويخضع لنظام قانوني خاص به ، فهو ينشا من الطبيعة المكونة للعقد فاذا وجد التزامان احدهما تابع للاخر فالاول هو التزام اساسي، والاخر هو التزام ثانوي .أذ ان الالتزام الثانوي يرتبط بالالتزام الاساسي وجودا وعدما وصحة وبطلانا[٢].

ولهذا سمي بالالتزام التبعي ايضا.ففي عقد الايجار مثلا يعتبر التزام المؤجر بتسليم الماجور التزاماً اساسياً يخضع الى نظام قانوني خاص به ولا يرتبط باي التزام اخر. بينما الالتزام

---

١ – موريس نخلة ،الكامل في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧، ص٢٧٧

٢– د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ،الوجيز في نظرية الالتزام ،الجزء الاول ،مكتبة السنهوري ،بيروت ،٢٠١٥،ص١٤

بضمان الاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية التزامات ثانوية بطبيعتها تنشأ مستندة الى التزام المؤجر بتسليم الماجور فاذا انتفى الالتزام بالتسليم انتفت تلك الالتزامات تبعا لذلك الالتزام .

ويترتب على تبعية الالتزام الثانوي للالتزام الاساسي النتائج التالية :

أ- جميع اوصاف الالتزام الاصلي تلحق به بالتبعية سواء أكان شرطا ام اجلاً[١] .

ب- ان زوال الالتزام الثانوي يرتبط بزوال الالتزام الاصلي بالبطلان او الفسخ فلو تم ابطال العقد لترتب على هذا البطلان بطلان الالتزام الثانوي ، ذلك لان التابع يتبع متبوعة ، والتابع للشيء في الوجود يتبع له في الحكم فيصح بصحته ويبطل ببطلانه[٢] . وهناك قاعدة فقهية معروفة هي التابع تابع والتابع لايفرد بالحكم .

ج- ان بطلان الالتزام الثانوي لا يؤدي الى بطلان العقد فهو يبقى صحيحا ويلغى الالتزام الثانوي وحده ، الا ان بطلان الالتزام الثانوي لايؤثر على العقد الا في حالة واحدة وهي كونه هو الدافع الى التعاقد ،فهنا يبطل هو والعقد ايضا[٣] .

٢- الالتزام الثانوي مما يجوز الاتفاق على خلافه ،حيث يمكن الاتفاق على استبعاده من العقدعلى عكس الالتزام الاساسي الذي يمثل جوهر العقد وغاية وجوده[٤].

فاذا وجد التزام واحد في العقد فهو التزام اساسي كونه يحقق الغاية المرجوة من العقد فهو النتيجة المثالية التي يهدف المتعاقدان الى تحقيقها من وراء العقد[٥].

---

[١]- سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف ، رسالة ماجستير ،كلية القانون ، جامعة بابل ،٢٠٠١ ، ص١٧

[٢]- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص١٤٢

٣ – د . نبيلة رسلان ،الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثانية ، دار ابو المجد ، طنطا ، ١٩٩٢ ، ص١٢٢

٤- انظر المادة (١١٧٠) من القانون المدني الفرنسي (يعتبر لاغيا كل شرط يفرغ الالتزام الاساسي من مضمونه او جوهره)

٥-اسراء جاسم محمد، اثر التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في العقد ، اطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة النهرين ،٢٠٠٦ ، ص٤٥

بالتالي لا يمكن استبعاده من العقد او الاتفاق على خلافه لان العقد بذلك يكون قد فقد وجوده او على الاقل فقد تكييفه القانوني[١].

والملاحظ بان هذه الخصيصة تقرب الالتزام الثانوي من الالتزام ببذل عناية حيث ان كلاهما لا يكون لهما اثر مباشر في فسخه .

٣- ان الالتزام الثانوي لا يصلح ان يكون معيارا لتكييف[٢] العقد لانه لا ينبثق من طبيعة العقد وانما يخضع للنظام القانوني الذي يفرضه الالتزام الاساسي[٣].

فالأخير له ارتباط وثيق بجوهر العقد لذلك فهو معيار ثابت في تكييف العقد حيث يكفي التثبت من وجود الالتزام الاساسي لكي يكون تكييف العقد ممكنا بالنسبة للقاضي[٤].

ففي عقد البيع يكفي ان يكون هناك التزام على البائع بتسليم المبيع والتزام على المشتري بدفع الثمن لكي يكيف العقد انه عقد بيع وفي عقد الايجار يكفي ان يكون هناك التزام على المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل التزام المستأجر بدفع الاجرة لكي يكيف العقد انه عقد ايجار وكذلك الامر بالنسبة لباقي العقود .

فبهذه الميزه الالتزام الاساسي يقترب من الالتزام بتحقيق غاية حيث انه بمجرد عدم اداء كل من الالتزام بتحقيق غاية والالتزام الاساسي يكون كافيا لفسخ العقد[٥].

١- د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد واثرها على اتفاقات المسؤولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣،ص٥١

٢_ التكييف هو تحديد الفئة من العقود التي ينتمي اليها العقد والتي ورد بشانها تنظيم قانوني معين٠انظر مصطفى العوجي ،القانون المدني –العقد - ، الجزء الاول ، مؤسسة بحسون للنشر ، بيروت ، ص٦٦٣

٣-د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الجزء الاول، الطبعة الرابعة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، ٢٠٠٧، ص٦٦٤، د.حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ،ص٣٩٠-٣٩١

٤- جاك غستان ، مرجع سابق ، ص١٠٦

5-AlimaSanogo, I bid ,p15p14

كما ان كلا منهما يكون للإرادة دور في تحديده فمثلما يكون لدى الاطراف المتعاقدة الحرية في اضفاء الطابع الاساسي على التزام ثانوي كما سنفصل لاحقا ، يمكنهم ايضا تحويل التزام ببذل عناية الى التزام بتحقيق غاية.

ولكن يختلف الالتزام الاساسي عن الالتزام بتحقيق غاية بان الالتزام الاول يكون لازما لوجود العقد ،اي لا يمكن ان يكون له وجود قانوني دون ان يحتوي على التزام اساسي [١]، في حين ليس بالضرورة ان يحتوي كل عقد على التزام بتحقيق غاية[٢].

فقد يحتوي العقد على التزام ببذل عناية كالتزام الطبيب بمعالجة المريض. وفي الحقيقة فان الالتزام الاساسي يعد نوعاً من انواع الالتزام في حين يعد الالتزام بتحقيق غاية وصفا له اذ ان كل من الالتزام الاساسي والثانوي يمكن ان يكون التزاما ببذل عناية او بتحقيق غاية الا ان الالتزام الثانوي يقترب من الاول كما قدمنا .

٤- ان الالتزام الثانوي يبقى ساريا عند وقف تنفيذ العقد فهو لايتبع حكم الالتزام الاساسي [٣] في تلك الحالة .

حيث ان الغاية من الوقف هي المحافظة على الرابطة العقدية من الانحلال وهذه الغاية لا تتحقق الا اذا تم ايقاف تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الاساسي الذي مسه سبب الوقف ، اذ ان كل منهما يرتبط بالآخر ارتباطا وثيقا[٤].

1-Nelia Cardoso-Roulot, Les obligation essentielles en droitprivedescontrats, paris, L,itar mattan,2008,p34

٢- د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، من دون سنة نشر ، ص٢٠

٣-د. خالد الهنديانى ،وقف عقد العمل ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الرابع ، ٢٤/ديسمبر ،٢٠٠٠، ص٢١٤

٤-د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام و المصدر السابق ،ص٥٣٠

فالالتزامات الثانوية تبقى نافذة في العقد وملزمة لاطرافه في حال اوقف تنفيذ العقد بسبب تحقق استحالة التنفيذ الوقتية على الالتزام الاساسي[١] ،فعند ايقاف عقد العمل لتحقق حالة الاستحالة فان العامل وعلى الرغم من وقف تنفيذ الالتزام الاساسي والمتمثل بقيامه بالعمل المطلوب منه حيث يكون ملزما بتنفيذ بعض الالتزامات الثانوية من مثل التزامه بعدم افشاء اسرار العمل[٢]، فضلا عن التزام صاحب العمل بتنفيذ التزامه الثانوي المتمثل بتوفير السكن للعامل على الرغم من وقف تنفيذ التزامه بدفع الاجر[٣] ، لكون الرابطة العقدية لازالت مستمرة وان هذا الاستمرار يقتضي تنفيذ تلك الالتزامات ،يستثنى من ذلك الالتزام الثانوي المرتبط برابط قوي بالالتزام الاساسي عندها يشمله الوقف ايضا [٤].

وينطبق هذا الكلام مثلا على التزام الناقل بنقل الراكب في عقد النقل حيث يعتبر التزام اساسي ملقى على عاتق الناقل فاذا ما توقف تنفيذ التزام النقل امتد الوقف الى التزامه بضمان سلامة الراكب تبعا له[٥] .

١–د. احمد علي محمد الحميدي ، وقف العقد، الطبعة الاولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الجيزة ،٢٠١٨،ص٣٢٤،

٢–د. حسام الدين الاهواني ، شرح قانون العمل ، من دون دار نشر ، القاهرة ،١٩٨٣،ص٢٧٠

٣–د. رمضان عبد الله صابر غانم ،وقف عقد العمل ، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٧،ص١٧٨

٤–د. شريف محمد غانم ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٣٤٨

٥_ ضمان السلامة شهد تطور كبير منذ بداية استعمال الالة حيث اخضع في البداية الى المسؤلية التقصيرية الى ان استقر القضاء على اعتباره التزام عقدي واخضع للمسؤلية العقدية٠ انظر د٠باسم محمد صالح ، القانون التجاري _ القسم الاول _، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، بلا سنة ، ص٢٠٧ مقروئة مع الهامش ٠ وقد اعتبره المشرع العراقي التزام اساسي على الناقل من خلال ابطال اي اتفاق ينص على الاعفاء او التخفيف منه ٠انظر المادة العاشرة من قانون النقل العراقي رقم(٨٠) لسنة (١٩٨٣)٠

المبحث الثاني

مصادر الالتزام الثانوي

يقصد بالمصدر الاصل الذي يرجع اليه الشيء او الينبوع الذي ينبع منه [1].ومصادر الالتزام الثانوي قد تكون ارادية وقد تكون غير ارادية وسنوضح ذلك خلال هذا المبحث ، حيث ان العقد يمثل الاداة القانونية التي اختارها المتعاقدان لتحقيق الغرض الذي يهدفان اليه ايا كان هذا الغرض ،الا انهما قد وقفا عند حقيقة قد تكون مقصودة ، او لم تكن على بالهما مفادها ان اداتهما القانونية قد ولدت ناقصة او قاصرة عن تحقيق غاياتهما او انتاج اثارها او انتاج ما يرتبها عليها القانون من اثار، ولم يكن امامهما من طريق غير تكميلها .

ويتم التكميل اما بارادتها ذاتها التي انشأت العقد او باللجوء الى القضاء ليفصل في تلك الالتزامات المتبقية وهو ما اسميناه المصدر غير الارادي للالتزام الثانوي، مع فارق جوهري بين الاثنين وهو ان المصدر الارادي يضيف ويلغي ويعدل في الالتزام الثانوي بينما المصدر غير الارادي يقتصر اثره على الاضافة فقط، اي ان الاخير اضيق نطاقاً من الاول.لذا يقتضي منا التطرق للمصدرين بالبحث لذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين وكما يلي :

المطلب الاول

المصدر الارادي للالتزام الثانوي

الارادة هي المصدر الاساسي في وجود العقد ولكن هل لها ان تعدل فيه بإضافة التزامات ثانوية وسواء كانت تلك الإضافة وقت انشاء العقد او بعد انشائه ؟ لذالابد من الاجابة

١- الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ زهير طه البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ،بلا سنة طبع، ص٧٧

عن هذا السؤال لذلك يقتضي البحث التطرق الى سلطة الارادة في تعديل العقد وذلك في الفرع الاول ،ثم نتكلم في الفرع الثاني عن الالتزام الثانوي الارادي.

الفرع الاول

سلطة الارادة في تعديل العقد

يستند تعديل العقد باتفاق الطرفين على اساس انه مادام العقد قد انعقد بالتراضي فانه يمكن تعديله بالتراضي[١].لذلك يمكن للاطراف ان تعدل في العقد بارادتهما المشتركة ٠

اي انه كما ينشأ بالارادة المشتركة لأطرافه يمكن تعديله بهذه الارادة [٢].ولما كان هذا الاتفاق لا يعدو ان يكون عقدا جديدا تطبق عليه القواعد العامة للعقود فان الشروط التي يجب مراعاتها هي ذات الشروط المطلوبة لإبرام عقد جديد [٣]،من رضا ، فيجب توافر الاهلية اللازمة وسلامة الرضا من عيوب الارادة ، فاذا كان الرضا صادرا من ناقص اهلية او كان معيبا بعيب من عيوب الارادة كان الاتفاق موقوفاً على اجازة الولي او الوصي ، ومحل يرد عليه الاتفاق

١- د.جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ،١٩٨٣، ص٢٣٨

٢- د.محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ،الجزء الاول ، الطبعة الثانية ،الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، ١٩٩٣، ص١٣٤

٣- د. سمير عبد السيد تناغو ، د. محمد حسن منصور ، القانون والالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، ص١٥٣

ويثبت اثره فيه ويكون ذا قيمة مالية ، وسبب اي بمعنى الباعث الدافع على التعديل ، وحسب القواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام ، حيث تكمن حرية التعديل الاتفاقي في احترام الاطراف لشروطه القانونية باعتباره تصرف قانوني ،وذلك بان يكون الدافع من التعديل هو المحافظة على العلاقات العقدية وحماية المصالح اي ان تكون المصلحة مشتركة ومشروعة للطرفين[١]، واحترام قواعد الشكلية في بعض العقود سواء كانت الشكلية للانعقاد[٢] ام للاثبات .

والتعديل هو حق مقرر للطرفين بموجب القانون حيث اجاز القانون للطرفين تعديل العقد اتفاقا وهذا ما اشارت اليه المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت الفقرة الاولى منها على انه (اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي).

وبهذا الاتجاه ذهب المشرع المصري ايضا في المادة (١/١٤٧) من القانون المدني . وكذلك المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد وفي المادة (١١٩٣) منه .

ويذهب الفقه الحديث الى وجوب مراعات العدالة من قبل الارادة وان تكون العدالة التعاقدية التبادلية اساسا للالتزام يضاف الى اساس الارادة فلا يطبق الاخير بصفة مطلقة بل يكون تحقيق العدالة التعاقدية بين اطراف العقد اساسا يصحح منهج الارادة ويكبح جماحها .

١-شيماء عوامري ، امال بو زيدي ، سفياني اسامه، تعديل العقد اثناء تنفيذه ، بحث في جامعة ٨ ماي١٩٤٥، الجزائر ،٢٠١١-٢٠١٢ ، ص١٤

٢- مع الاشارة الى ضرورة ان يكون التصرف يولد اثر من الاثار المنصوص عليها في الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون التسجيل العقاري العراقي وهي(....كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة) والا لا يسجل في التسجيل العقاري .

فاذا كان للارادة دور في خلق وتعديل وانقضاء الرابطة العقدية فان هذه ليست ذات صفة مطلقة ولا يحتمل القانون استعمالها بما ينافي العدالة فالعدالة التعاقدية فوق الارادة ، اذ ان الاخيرة محكومة بتحقيق العدالة ، والعقد يجب ان يكون مطابقا للعدالة التي يكون هدفها تحقق المنفعة المقصودة من العقد[١] .

ويرجع النقاش حول مبدا سلطان الارادة في تكوين العقد وما يترتب عليه من اثار الى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر اللذين شهدا تعارضا فقهيا بشأنه[٢]، فذهب فريق من الفقهاء الى ان ارادة المتعاقد هي التي تنشئ العقد وترتب اثاره .

بينما ذهب فريق ثانٍ الى ان دور الارادة ينحصر في نطاق تكوين العقد فحسب دون ان يتعداه الى ترتيب اثار عليه، في حين اتخذ فريق ثالث موقفا معتدلا فرأى ان ارادة المتعاقد حرة في تكوين العقد وترتيب الاثار عليه ولكن في حدود النظام العام والاداب . عليه لابد من التطرق لهذه الاراء بشيء من التفصيل .

حيث ذهب الراي الاول الى ان ارادة المتعاقد هي التي تنشئ العقد وترتب اثاره واصحاب هذا الراي هم اصحاب المذهب الفردي ومحصلة هذا الراي انه انتج نتيجتين الاولى ان الارادة تنشئ الالتزام والحقوق اي ان الارادة الحرة هي المهيمن على جميع مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية ، والارادة تتجلى بوضوح في العقد، اذ لا يلزم المتعاقدان الا بارادتهما فالعقد ،يستند الى ارادة حقيقية [٣] .

١- د. منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، المجلد ٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧، ص٥٨٨وما بعدها

٢- د. ايمان طارق شكري ، اثر الشرط في حكم العقد –دراسة مقارنة–، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨، ص٣٩

٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، –نظرية العقد –، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، بيروت ، بلا تاريخ، بند ٨٦–ص٨٦

ولم تكن الارادة لدى اصحاب هذا الرأي هي مصدر الالتزامات فحسب بل هي مصدر جميع الحقوق ايضا فالملكية مبنية على حرية الارادة في مظهرها الملموس المادي [١] .

وحقوق الاسرة مبنية على عقد الزواج، والميراث مبني على وصية مفروضة ،وطرق التنفيذ الجبري ترجع الى الارادة الحرة ، لان المدين ارتضاها ابتداءً وقت العقد ولم يكتفوا بذلك بل اعتبروا ان العقوبة الجنائية اساسها الارادة ، – اذ يفترضون ان الجاني الذي خرج على المجتمع بارتكابه جريمة قد ارتضى مقدما بتوقيع الجزاء عليه–.

وثانيا ان الارادة هي التي ترتب الاثار على الالتزامات وذلك من ناحيتين

١. ان كل ما ارتضاه الملتزم لان يكون دينا في ذمته هو التزام صحيح منتج لاثاره لانه مبني على ارادته، فلا يمكن ان نقيد من اثر العقد لان هناك غبنا لحق احد المتعاقدين، لانه قد ارتضى هذا الغبن بارادته ، وعلى هذا يجب على العامل الذي يتعاقد مع رب العمل وهو حر مختار بان ينفذ ما التزم به ولا يحق له ان يحتج بجور وظلم ما اشترط عليه مادام قد ارتضى هذه الشروط سلفا،ولا يهم هنا ان يكون التعادل بين الشيئين متبادل بل المهم ان يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين ، وقد توفر لكل منهما حريته وارادته المستقلة [٢] .

والحرية واستقلال الارادة هي الاصل في الانسان ولا يمكن ان يكون الامر غير ذلك الا في الحدود التي يرسمها القانون كان يكون الانسان قاصراً في السن او ناقصا في العقل او ان يكون ضحية غلط او اكراه او غش ، وفيما عدا هذه الحدود يمكن ان يكون الانسان حرا مستقل الارادة .

١– المصدر نفسه ، بند ٩٨ص٩٩ وانظر ايضا د. احمد حشمت ابو ستيت، مصادر الالتزام ، ١٩٦٣، بند ٤٣،ص٤٤

٢– د. السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، بند ٩٩ ص١٠٠

فإن التزم بشيء فالعدل يقضي بأن يقوم بما التزم به ، ولا يمكن ان يبالغ التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحق وقواعد العدالة والنظام العام في التحديد من سلطان الارادة لا بل ان سلطان الارادة هو احق بعناية قواعد العدالة والنظام العام وعلى هذا لابد من التسليم باثر الارادة في تفسير العقد وترتيب اثاره[١].

٢ – من جانب تعديل العقد ، اي مادام العقد يتم بتوافق ارادتين مستقلتين ،فلا يجوز تعديله الا باتباع الطريقة نفسها التي يتم بها ، اي بتوافق ارادتي الطرفين على ذلك .

وعليه لا يحق لأي من الطرفين المتعاقدين الاستقلال في تعديل العقد ، وكذلك لا يجوز للقاضي ان يعدل العقد او ان يضيف اليه ما لا يتضمنه استنادا الى قواعد العدالة[٢] .

اما الرأي الاخر فقد ذهب الى ان دور الارادة ينحصر في نطاق تكوين العقد فحسب دون ان يتعداه الى ترتيب الاثار عليه ، حيث تختص ارادة المشرع بذلك .

واصحاب هذا الراي هم اصحاب المذهب المادي ومن يؤيدهم من معارضي المذهب الفردي ، ووفقا لرأيِهم لا يَحِقَ لارادة المتعاقد ترتيب ما تشاء من الاثار على العقد المبرم بينهما ، فاطراف العقد هنا يشبهون قومًا يطأون منزلاً ليسَ لَهمُ ان يُحددِو كيف يؤثث .

بل كل مالهم هو الحق في الدخول اليه اوالحق في ان لا يدخلون اليه ، اذ انهم يجدون منزلا معدا من قبل اعدادا تاما وهم مجبرون ان يحترموا بكل دقة ما اعدته لهم جهة اخرى وهي المشرع[٣] .

١– د. السنهوري ، نظرية العقد، مصدر سابق، ص١٠٠

٢– د. السنهوري ، المصدر ذاته ،ص ١٠١

٣– جونو ، مبدا سلطان الارادة في القانون الخاص ، ديجون ، ١٩١٢،ص١٩٧، نقلا عن د٠ وليم سليمان ، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، الطبعة الاولى ، القاهرة ،١٩٥٩ ، ص٤٣٤

حيث انتقد اصحاب هذا الراي ما انتهى اليه انصار مبدا سلطان الارادة من ان كل النظم القانونية وكل الالتزامات مرجعها الارادة وما يترتب عليها من اثار ، بزعم ان الالتزامات التعاقدية وان كانت ترتكز على توافق الارادتين فأنها لا تستند الى محض أرادة المتعاقد بل لأعتبارات اجتماعية ترجع الى الثبات والثقة الواجب توافرها في المعاملات . وينتقد اصحاب الرأي المخالف انصار مبدا سلطان الارادة بما يتعلق بالحقوق الاخرى التي مصدرها الارادة بالقول ان الملكية لاتستند الى الارادة اذ ان المالك مقيد بمراعاة عدم التعسف في استعمال حقه وبمراعاة حسن الجوار كما ان الميراث لايكون مبنيا على وصية مفترضة لان الميراث سابق على الوصية في التطور التاريخي حيث انه يرجع بأصله الى اشتراك الاسرة في ملكية المال كما ان عقد الزواج لا ينظم روابط الاسرة لان عقد الزواج انما يضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع تحقيقا لمصلحة المجتمع والاسرة فلا علاقة لارادة الزوجين في ذلك وان مشروعية العقوبة ترجع الى اعتبارات اجتماعية لا علاقة لها بارادة المجرم ويرفض خصوم المبدأ ماذهب اليه انصاره من ان الارادة تهيمن على اثار العقد وتفسيره بحجة ان اكثر اثار العقد يرتبها القانون وان المتعاقدان يتفقان على الشيء الجوهري تاركان اثار العقد الاخرى الى القانون الذي يرتبها مراعاة لمصلحة المجتمع وقواعد العدالة كما ان المتعاقدان لا يلتزمان بما اتفقا عليه في العقد بل يلتزمان ايضا بكل ما تقتضيه العدالة والعرف وبحسب طبيعة الالتزام وكثيرا ما تقتضي العدالة عند تنفيذ العقد ان يتدخل المشرع ايضا في حياة العقد خصوصا اذا ادت الازمات الاقتصادية الى اخلال التوازن بين التزامات طرفي العقد، ولا يمكن ان يخشى من تحكم المشرع هنا مادام يطبق قواعد العدالة لابل ان الذي يخشى منه هو ترك ذلك لارادة موهومة قد يكون من شأنها

ترتيب احكام مخالفة تماما لما قصده المتعاقدان وعليه فلا يمكن ان تخضع اثار العقد خضوعا تاما لارادة المتعاقدان [١] .

وكما ان معارضي مبدا سلطان الارادة ينتقدون الاساس الذي بني عليه هذا المبدأ والذي يتمثل بان الفرد هو القانون ، بالقول ان الفرد لا يمكن ان يكون له حق الا في المجتمع وبالمجتمع ، اذ لا شان للقانون به كفرد مستقل ، ومن ثم ان هذا الانسان هو مدني بالطبع فلا يمكن ان يعيش الا في المجتمع البشري الذي يقوم على اساس التضامن والمنفعة العامة ، لذا لا يمكن ان تعلو ارادة الفرد على الروابط الاجتماعية اذ ان الصالح العام هو المسيطر على هذه الارادة [٢] .

في حين ذهب الراي الثالث ويتمثل بان للإرادة سلطاناً في تكوين العقد وفي ترتيب الاثار عليه في حدود القانون والنظام العام والاداب ، ولتبرير ذلك يذهب اصحاب هذا الراي وهم المعتدلون من ان انصار مبدا سلطان الارادة الى ان الارادة حرة في تكوين العقد وترتيب اثاره الا ان هذه الحرية ليست بالحرية المطلقة بل تقيدها القواعد القانونية والنظام العام والاداب،اذ ان لكل منها دورا في ترتيب اثار الالتزام وهذا الدور يختلف سعتاً وضيقاً تبعاً لطبيعة التصرف القانوني من جهة وتبعا للقانون الذي يبرِم التصرف في ظله من جهة اخرى .

ويرى الفقيه بيرو هبرو في هذا الشأن ان الاثر القانوني يترتب على مزيج من الارادة والقانون، ففي حالات يكون نصيب القانون اكبر من نصيب الارادة في احداث هذا الاثر كما في التصرف بارادة منفردة ، وفي القرار الاداري وفي الحكم القضائي ، وفي حالات اخرى كالعقد

١- د. السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٠٤، محمد لبيب ابو شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، ١٩٨٩، ص٣١و٣٢

٢- د . السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٠٦

يكون نصيب الارادة اكبر من نصيب القانون ، ويقتصر القانون على ان يرتب للارادة الاثر الذي ترسمه فتنحصر مهمته في تسجيل ذلك[١] .

وعلى ذلك فالارادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام لان المصلحة العامة لارادة الفرد هي التي تحدد الروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون ٠ اما في دائرة القانون الخاص فلا مجال للارادة فيما يتعلق منها بالاسرة الا بنطاق محدود ،لان اساس الاسرة هو عقد الزواج ومصدره ارادة المتعاقدين ولكن الاثار التي تترتب عليه ينظمها القانون وفقا لمصلحة الاسرة والمجتمع .

بمعنى انها لاتكون خاضعة لارادة الاسرة في حين ان دور الارادة نراه جليا وواضحا في قسم الاموال من دائرة القانون الخاص ،بالخصوص في مجال الحقوق الشخصية ، اذ ان الارادة هي مصدر الكثير من هذه الحقوق ٠ وهي التي ترتب اثارها في الوقت ذاته . الا ان دور الاردة يضعف في نطاق الحقوق العينية لان الارادة وان كانت مصدرا للكثير من هذه الحقوق الا انها حقوق محددة لا يمكن للارادة ان تخلق منها شيئا جديدا كما ان اثارها لا تخضع لارادة الافراد الا نادرا ، حيث يتولى القانون في الغالب تحديد نطاقها وقد يكون للالتزام الثانوي دور في سلب سلطة التصرف بالشيء كما في شرط المنع من التصرف والذي هو قيد يرد على الملكية ، ويكون مصدره ارادة الطرفين المتعاقدين [٢]، لكن في الواقع ان قدرة الارادة على تعديل نظام الملكية بتقليص سلطات المالك في التصرف انما لاتكون معتبرة قانونا الا اذا كانت لا تستغرق غير فترة معقولة وان يراد بها تحقيق مصلحة مشروعة[٣] .

١–د .عبد الرزاق احمد السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، القاهرة ، ١٩٥٤، ص١١٤

٢–سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف –دراسة مقارنة– ، المصدر السابق ، ص١٣ .

٣– د . حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها) ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥،ص١٣١

يتبين لنا مما سبق ان دور الارادة يتفعل في مجال الحقوق الشخصية اكثر من اي مجال اخر .

الا ان الارادة ليست هي المصدر الوحيد لهذه الحقوق حيث توجد بجانبها مصادر اخرى لا تقل اهمية عنها كالعمل غير المشروع او تكاد تماثلها في الاهمية كالإثراء بلا سبب وان الارادة من حيث انها ترتب احكام الالتزامات التعاقدية مقيدة بحدود النظام العام والاداب ، لا بل وقد يضعف دور الارادة في ضوء هذه القيود في بعض العقود التي تخص طوائف وجماعات معينة فتضع نظاما ثابتا لا يمكن الخروج عليه كما في الجمعيات والنقابات والشركات فهذه تنضمها ارادة الجماعة التي تنتمي اليها لا ارادة فرد من افرادها كما تخضع ايضا ارادة الاقلية لا رادة الاغلبية في عقود الجماعة كعقد العمل الجماعي ، وصلح اغلبية الدائنين مع المفلس[١] .

كما يمثل اختلال توازن القوى الاقتصادية قيدا اخر على حرية الارادة حيث يسمح للقاضي بتعديل التزامات الطرفين المتعاقدين بما يحقق التوازن بينهما ، فان القانون يراعي في بعض الحالات الجانب الضعيف في العقد كما هو الشأن في تشريع العمال وعقد الاذعان وفي نظرية الاستغلال كما تمثل الشكلية في بعض العقود التي تنص عليها القوانين في الوقت الحاضر حماية للمتعاقد قيدا اخر على حرية الارادة وهذا ينطبق على الحقوق العينية التي يتوسع فيها دور ارادة الطرفين المتعاقدين في اثار العقد ،اما تكوينه فيخضع لاجراءات شكلية يفرضها المشرع[٢]، وذلك يرتبط بالسياسة التشريعية في تنظيم الملكية العقارية وفي الضرائب المفروضة عليها . مع التركيز على ان قواعد الاهلية تعتبر من النظام العام ولا بد من مراعاتها في كل تعديل فلكي ينعقد التعديل صحيحا يجب ان توجد ارادة و ولا يكفي ان توجد ارادة والتقاء الايجاب

١- د ايمان طارق شكري ، اثر الشرط في حكم العقد ، -دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨، ص٤٥

٢-د. السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٠٩

والقبول وانما يلزم فوق ذلك ان يكون هذا التراضي صحيحا،وذلك بان تكون الارادة صادرة عن شخص متوافر لديه اهلية التعاقد ، وان تكون هذه الارادة غير معيبة ، اي لم يلحقها عيب من عيوب الارادة التي ينص عليها القانون[١] .

وهذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر لسلطان الارادة فهو يعترف بهذا السلطان كمبدأ عام ، ولكن يحصره في دائرة معقولة تتوازن فيها الارادة مع العدالة والصالح العام [٢] .

لذلك يمكن للارادة ان تعدل العقد باتفاق لاحق سواء بأضافة التزامات ثانوية لاتكون اثر العقد او الغاء وتعديل التزامات تشكل اثر للعقد اصلا مع مراعات القيود السابقة ويجب ان لا يؤدي الالتزام الثانوي الى افراغ العقد من مضمونه من خلال المساس بجوهر العقد وتغيير التزاماته الاساسية لان ذلك يؤدي الى تغيير التكييف القانوني له ٠ وكما سيتبين لنا في المبحث التالي .

١- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني (الالتزامات -المصادر) -العقد - المجلد الاول ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص٢١٤

٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الاول ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢، ص١٤٩

الفرع الثاني

الالتزام الثانوي الإرادي

نقصد بالالتزام الثانوي الارادي الواجبات او الاعباء التي تنشأ عن الشروط الاقترانية التقييدية لا التعليقية التي يضيفها المتعاقدان الى العقد مراعاة لمصالحهم واغراضهم من العملية العقدية .

فالعقد من حيث شروطه اما ان يكون منجزا او معلقا ، والعقد المعلق هو العقد الذي يقترن بالشرط التعليقي كوصف من اوصاف الالتزام ، فهو عقد غير مؤكد وجوده . لان الشرط التعليقي هو امر مستقل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله فاذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي الشرط واقفا اما اذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي الشرط فاسخا[١] .

فعندما يعلق العقد على هذا الشرط بالمعنى السابق ، فاسخا كان ام واقفا، فلا يكون محلا للتغيير لانه لا يعد جزءا من العقد ولا يدخل في نطاق بحثنا فالشرط بالمعنى المتقدم امر عارض يلحق الالتزام بعد تكوينه فلا يعد جزء من العقد والحق والالتزام الناشئ عنه ولا يعد جزءاً من مضمون الارادة[٢] .

والنوع الثاني من العقد هو العقد المنجز وهو العقد الذي يكون وجوده مؤكدا غير معلق على شرط ولا مضافا الى اجل مستقبل وهو وفقا للمادة (٢٨٥) من القانون المدني العراقي (العقد

١- د. ريما فرج مكي ، تصحيح العقد ، الطبعة الاولى ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١،ص١٠ وما بعدها

٢- ينظر المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٢٦٥) من القانون المدني المصري ، وتقابلها المادة (١١٦٨) من القانون المدني الفرنسي

المنجز هو ماكان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى وقت مستقبل ويقع حكمه في الحال) .

ولكن ممكن ان يقترن ذلك العقد بالتزامات ثانوية تؤكد مقتضاه او تلائمه او يكون جاريا بها العرف والعادة او فيها نفع لاحد العاقدين او للغير بشرط الا تكون مخالفه للنظام العام والاداب[١] .

وهذه الالتزامات تعد جزءا من العقد وبندا من بنوده فأي تغيير عليها بالإضافة او الانقاص او الاستبعاد هو تغيير في جزء من اجزاء العقد ، فالالتزامات الثانوية هي التي يتفق عليها المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من حقوق والتزامات[٢] .

فاذا كان الانسان حراً في انشاء العقود ، فالأصل ان اثارها من صنع الشارع بمعنى ان العقود اسباب جعلية وضعها المشرع ليتوصل من خلالها الى مسبباتها التي اوجبها وجعلها اثرا لها وليست اسباب طبيعية ولذلك فعندما تتجه الارادة الى انشاء عقد ما فينشأ العقد بالارادة ،اما اثاره فترجع الى صنع الشارع سواء رغب العاقد بها ام لم يرغب[٣] .

فقد يجد العاقدان او احدهما في الاثار التي رتبها الشارع على العقد ما يحقق مصالحهما فلا يعدلانه زيادة او نقصان ، وفي هذه الفرضية تصدر صيغة العقد مطلقة من الالتزامات الثانوية الارادية اكتفاء بما رتبه الشارع .

وقد يقدران ان اثار العقد غير محققة لرغباتهما في جزء منها فيشترطان او احدهما شرطا او اكثر من شانه ان يزيد اوان ينقص من اثار العقد وفي هذه الحالة تأتي صيغة العقد مقترنة

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٠، ص٢٥

٢-المادة (١٣١) مدني عراقي ،المادة (١١٣٤) مدني فرنسي

٣-استاذنا د. ضمير حسين المعموري، التبعية العينية _دراسة مقارنة _، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ،جامعة كربلاء ، ٢٠١٣، ص١١٥

ببعض الالتزامات الثانوية التي تعدل من اثر الصيغة الاصلية بالزيادة او النقصان ،مع ملاحظ ان اعطاء الاطراف مثل هذه الحرية قد تنتج عنه انحراف عن طريق العدالة والمساواة والتوازن العقدي رغم مافيه من فائدة لتحقيق رغباتهم ومصالحهم ،لذلك تدخل المشرع في تنظيم هذه الشروط بما يزيل عنها الانحراف والمجافاة لما يجب ان يكون[١] .

فقد نصت المادة (١٣١)[٢] من القانون المدني العراقي على انه (١-يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة ٢-كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين او للغير...) .

فهذه الشروط في حقيقتها التزامات ثانوية الا انه من الممكن ان تتحول الى التزامات اساسية وذلك بارادة الطرفين كما سنرى في المبحث التالي ونرى ضرورة التطرق الى مضمون هذه الالتزمات بشيء من التفصيل في الفقرات التالية

١- د. عبد الحق الصافي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، الكتاب الثاني ، بلا مكان نشر ، بلا تاريخ طبع، ص٢٩٠-٢٩١

٢-لا يوجد مقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري الا ان تطبيقاتها منتشرة في نصوصه ،ولا تقابلها مادة في القانون المدني الفرنسي .

اولاً : الالتزام الثانوي الذي يقتضيه العقد –

وهو كل شرط لا يضيف فيه المتعاقدان شيئاً الى حكم العقد بل يكون متفقا مع حكمه ومبينا ومؤكدا له[1].

وذلك من مثل اشتراط البائع تسلم المشتري للمبيع (م٥٨٦ مدني عراقي، وتقابل المادة ٦٤٣ مدني مصري)،واشتراط المشتري حق التصرف في المبيع بمجرد انتقال الملكية اليه (م٥٣٢ مدني عراقي) ، واشتراط المستأجر انتفاعه بالماجور انتفاعا هادئا خاليا من التعرض (م ٥٧٣ مدني عراقي، وتقابلها المادة ٥٧١ مدني مصري)، واشتراط المؤجر استعمال المستأجر للماجور وفقا للغرض المبين في العقد (٧٦٢ مدني عراقي وتقابلها المادة ١٧فقرة /٥ من قانون ايجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ وتقابلها المادة ٥٧٩ مدني مصري)،واشتراط الموكل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة لحدودها المرسومة (٩٣٣ مدني عراقي ،وتقابلها م٧٠٣ مدني مصري)واشتراط الوكيل ان يرد له الموكل ما انفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد من وقت الاتفاق مهما كان حظه من النجاح ، واشتراط المودع ان يعتني الوديع بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله (٩٥٢ مدني عراقي ،وتقابلها المادة ٧٢٠ مدني مصري)، واشتراط الوديع ان يعوضه المودع عما لحقته من خسارة بسبب فعل المودع (م٩٦٧ مدني عراقي ،وتقابلها المادة ٧٢٥ من القانون المدني المصري)، واشتراط المنتفع استعمال الشيء المنتفع به وتوابعه وان يستولي على ثماره ونتاج المواشي م ١٢٥٢ مدني عراقي، وتقابلها المادة ٩٨٧ مدني مصري) .

١– د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث ، الجزء الثالث ، جامعة الدول العربية العالية، ١٩٥٦، ص١١٩، د. زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٨، ص١٠٣–١٠٧–١٢١–١٢٧ ،د. عبد الفتاح عبد الباقي البكري ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، نظرية العقد، بلا تاريخ، ص٢٤٠ هامش ١١

وغير ذلك من الالتزامات التي تكون مبينة لحكم العقد ومؤكده لمقتضاه ووجوده٠ وهذه الشروط وجودها كعدمها ، لان ما يترتب بموجبها من احكام هي اثر من اثار العقد فذلك الا ثر يترتب سواء اشترطه المتعاقد ام لم يشترطه .

وتجدر الاشارة انه يذهب عموم الفقه الاسلامي الى ان لكل عقد في الشرع احكاما اساسية تسمى مقتضى العقد نص عليها الشرع او استنبطها الاجتهاد٠وليس للمتعاقدين ان يشترطا من الشروط مايخالف هذا المقتضى ، وليس للعاقد ان يضيف شيئا الى مقتضى العقد او يقيده بقيد الا اذا قام دليل على ذلك يجيز التزامه الوفاء به[١] .

ثانيا : الالتزام الثانوي بصورة شرط ملائم للعقد

وهو شرط وان كان العقد لايقتضيه ، الا انه لا يتعارض معه ، ولا يتنافى مع حكمه ، وانما قد يكون ذات نفع للعقد وتتعلق به مصلحة العاقدين ، فهو كل شرط لا يقتضيه العقد لكنه يؤكد مايتضمنه ويلائم حكمه فيلحق بالذي من مقتضيات العقد[٢].

ومثاله اشتراط تقديم رهن او كفيل بالثمن[٣] . ان المشرع العراقي اقتبس من المذهب الحنفي تسمية هذا النوع من الشروط ،بالشرط الملائم للعقد وهو مذهب انفرد بهذه التسمية دون

١-د٠ ضمير حسين المعموري ، المصدر السابق ، ص ١١٦ ، مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه ألإسلامي ، الجزء الثالث ،الطبعة السادسة ، مطبعة طربين ، دمشق ،١٣٨٤، ص٣٢٩

٢- د. محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص٦٦٥-٦٦٦

٣- المواد ١٢٨٥و ١٣٢١ مدني عراقي ,١٠٣٠و١٠٩٦ مدني مصري

المذاهب الاخرى[١] . في حين عده الشافعية والجعفرية من الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته [٢] .

ثالثا : الالتزام الثانوي بصورة شرط جرى العرف به

ويقصد به كل شرط جرى به التعامل وان لم يكن مما يقتضيه العقد او مما يلائمه او مما ثبت به نص[٣] .

ومثاله تعارف الناس على ان يقوم البائع بإيصال المبيع الى محل المشتري ، او ان يقوم بتصليح المبيع اذا حدث به خلل خلال مدة معينة ، اوان يتحمل البائع اجرة الوزن ، او ان يجلب العامل معه الادوات اللازمة لعمله وما شابه ذلك من الشروط فهي شروط صحيحة وتقيد العقد ، وكل مايشترط في الشرط المبني على العرف ان لا يخالف نص الشارع[٤] .

رابعاً: الالتزام الثانوي الذي يتضمن منفعة إضافية –

ويقصد به كل شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولكن فيه منفعة معلومة لاحد العاقدين او الغير ، كاشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة كسكنى الدار شهراً ، او اشتراط انجاز البائع عملا معينا كنقل المبيع الى مكان معين ، او اشتراط البائع ان يقرضه المشتري مبلغا من المال ، او يؤجر له دارا او اشتراط المشتري ان يهبه البائع شيئا اخر غير المبيع او اشتراط الزوجة الا ينقلها زوجها من دارها او لا يخرجها من بلدها او لا يتزوج عليها ، وما الى ذلك[٥] .

١– ايمان طارق شكري ، المصدر السابق ، ص٦٣

٢–د٠ضمير حسين المعموري ، المصدر السابق ، ص١١٧

٣– د. ايمان طارق شكري ، المصدر السابق ، ص٦٨

٤–د٠ضمير حسين المعموري ، المصدر السابق ، ص١١٧

٥– د. زكي الدين شعبان ، المصدر السابق ، ص١١١وص١١٢وص١١٩وص١٢٨

المطلب الثاني

المصدر غير الارادي للالتزام الثانوي

ان تنفيذ الالتزام الاساسي للعقد يتطلب احترام الطرفين لالتزامات اخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره .وتلك الالتزامات رغم ان القانون هو الذي نص عليها –ولكن يدعي البعض ان تلك الالتزامات تستند الى الارادة الضمنية للعاقدين في وجودها– باعتبار ان العقد لا يتطلب تنفيذه ماورد به بالنص الصريح فقط وانما مايتصل به بحكم العادة والعدالة وطبقا لما يشترطه القانون بالنسبة لطبيعة العقد [١].الا اننا لا نؤيد هذا الراي باعتبار ان اثار العقد جعليه كما قدما ومن صنع الشارع ، وتاريخيا كان القضاء الفرنسي يضيف العديد من الالتزامات لعل ابرزها الالتزام بالسلامة الذي فرض على عاتق الناقل في عقد النقل للأشخاص حيث اوجب القضاء الفرنسي على الناقل ايصال الراكب سليما ومعافى الى المكان الذي يقصده ، وقد ظهر لاول مرة في عقد النقل البحري ، ثم شمل النقل البري والجوي[٢] .

وهذا ما يجعلنا نعتقد ان مصدر هذه الالتزامات الثانوية قضائي اكثر منه تشريعي ، واي كان الاختلاف في مصدر هذه الالتزامات فان المشرعين حسموا الخلاف الذي ممكن ان يظهر بشأنها وذلك بالنص عليها في القوانين المدنية حيث ذهب المشرع العراقي وفي المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني والتي توافقها المادة(٢/١٤٨)من القانون المدني المصري الى انه (٢– لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)٠كما اعتبرت المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ المعدل والتي نصت على انه (لا يعتبر الالزام على ما

١– د. عبد السلام الذهني ، النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٥٥، ص١٦٤

٢– د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد –دراسة مقارنة –، مصدر سابق ، ص٥٩

ورد صراحة في العقد ، بل يشمل ايضاً كل ما يعتبر من مستلزماته المستمدة من العدالة او العرف او القانون) .

وكذلك مانصت عليه المادة (١١٦٠) الملغاة من ان نقص العقد يجري اكماله عن طريق الشروط الشائعة الاستعمال ولو لم يعبر عنها في العقد[١].

ويلاحظ من النصوص القانونية سالفة الذكر ان هناك ربط من قبل المشرع بين مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام ، واشترط في الالتزامات التي تؤخذ من المحددات التي ذكرها وهي القانون والعرف والعدالة ان تكون متلائمة مع طبيعة الالتزام الاصلي للعقد لذا فأن مايقرره القانون او العرف او ماترشد اليه قواعد العدالة من التزامات ثانوية تعتبر من مستلزمات العقد ويضيفها الى مضمونه لكي تكمل نطاقه ولابد ان تكون متناسبة مع الغرض الاصلي للعقد لان مستلزمات العقد ما هي الا التزامات ثانوية تؤكد او تكمل او تحفظ حكم العقد ولا بد وان لا يكون تعارض بينها وبين حكم العقد .

لذلك نرى ضرورة التطرق الى تلك المصادر غير المباشرة للالتزام الثانوي ، لذلك سنقسم المطلب على ثلاثة فروع وكما يلي :

١-ونصها بالفرنسي (On doitsuppleer dans ، Contrats les clauses qui y sont d usage, quoiquelles ny soint pas expimees) .

الفرع الاول

المصدر القانوني للالتزام الثانوي

تمهيد وتقسيم

يشارك المشرع في اكمال التنظيم القانوني للعقد بما يضعه من قواعد قانونية سواء كانت امرة او مفسرة تنظم الجوانب المختلفة للعقد وتسد النقص الذي قد يشوب التنظيم الذي يتفق عليه المتعاقدان .

ويسعى المشرع بوضعه قواعد تنظم الجوانب المختلفة للعقد الى تحقيق هدفين اساسين اولهما تفعيل العقد وذلك باكمال اتفاق الطرفين كلما كان ذلك ضروريا وجائزا ، لان المشرع يفضل فاعلية العقد على عدمها .

وثانيهما حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض الاخر مهما كان درجة المتعاقدان من حيث عدم التبصر او عدم الدراية بالمسائل القانونية[1].

وقد ظهرت عدة اراء بصدد ماهية القواعد القانونية التي يمكن استعمالها في اكمال العقد يمكن ان نلخصها في اتجاهين اساسيين .

الاتجاه الاول : ويتقيد باستعمال القواعد القانونية المكملة فقط في تكميل العقد، والاتجاه الثاني : يطلق الحرية في استعمال كل القواعد القانونية وبنوعيها الامرة والمكملة في تكميل العقد ليكون ماينتج عنها التزامات عقدية بشكل غير مباشر ؛ لذلك يقتضي منا البحث تقسيم الموضوع الى فقرتين نتناول في الفقرة الاولى استعمال القواعد القانونية المكملة وفي الفقرة الثانية استعمال القواعد القانونية الامرة والمكملة .

١- د. محسن البيه ، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣، ص٣٦٧

اولاً: استعمال القواعد القانونية المكملة

وهنا نجد ان الفقه قد انقسم الى رأيين بصدد استعمال القواعد المكمله

الراي الاول

أ- حيث يذهب الفقه[1] الى القول بان القواعد القانونية التي تكمل العقد هي القواعد القانونية المكملة التي تحمل الصفة غير الامرة ، او ماتعرف بالنصوص المكملة ويفسر ذلك بان ارادة المتعاقدان قد اتجهت اليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها او ان نية المتعاقدين قد اتجهت الى الاخذ بتلك القواعد لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها . وغالبا مايذكر لنا هذا الاتجاه امثلة على القواعد القانونية المكملة التي يمكن استخدامها في تكميل العقد ومنها ان يتعاقد شخصان على بيع شيء ما فيعينا المبيع والثمن ، وقد يغفلا عن التفصيلات كتعيين ميعاد التسليم للمبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه ، وما يلتزم به البائع من ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، فتاتي تلك القواعد المكملة او المفسرة لتكون جزءا من العقد فهي حسب وجهة نظر هذا الراي ليس الا ارادة المتعاقدين التي افترضها القانون او كشف عنها ، وهذا يعلل ان ليس لهذا النوع من القواعد اثرا رجعيا ينسحب على العقود التي ابرمت قبل صدورها ؛لان هذه العقود وجدت في وقت كانت قواعد اخرى تكمل فيها ارادة المتعاقدين فهي جزء من العقد بقوانين لاحقة وفق فكرة الحقوق المكتسبة .

ويمكن الرد على هذا الاتجاه بما يلي :

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٦٢٠ وانظر ايضا د. منصور مصطفي منصور ، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٧٢،ص٧٠ ، د. سعد حسين ملحم ، دور القاضي في اكمال نطاق العقد طبقا للمادة ٨٦ مدني عراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول ، سنة ٢٠١٠، ص٢٠٧

ان سكوت المتعاقدين يمكن ان يفسر على امرين الاول، عدم معرفتهما بحكم القواعد القانونية المكملة والمنظمة للالتزام الثانوي ، والثاني عدم معرفتهما اصلا بوجود التزامات ثانوية وان هناك تفاصيل اخرى يتطلب منهما الاتفاق عليها او تنظيمها ضمن بنود العقد المبرم بينهما وذلك بسبب قلة خبرتهما او لعدم وجود تلك الامور لحظة التعاقد لكنها وجدت لا حقا اثناء تنفيذ العقد ، كظهور معوقات عمل لم تكن بحسبان المتعاقدين او قد يعمل احد الطرفان الى اخفاء تلك العناصر لغاية في نفسه ولمعرفته بان اظهارها عند التعاقد تجعل من الطرف الاخر مترددا في القبول او تجعله يعدل عن قبوله اذا وردت لعلمه .

ب- بصدد جواز او امكانية الاتفاق على خلاف القواعد المكملة ، فيظهر ان هناك خلافا فقهيا بصدد هذه المسالة ولا بد من التطرق اليه تفصيلا حيث ذهب الفقه الى عدة اراء بشأنه، فذهب الراي الاول[1]، الى ان القاعدة القانونية المكملة هي قاعدة عامة مجردة منظمة لسلوك الافراد ،ولكن احد شروط اعمالها هو عدم الاتفاق على خلافها فاذا اتفق الاطراف على خلافها تعذر تطبيقها٠فنلاحظ ان هذا الراي يعزو تعذر تطبيق القاعدة القانونية المكملة الى ارادة المتعاقدين٠ ولكن تعذر تطبيقها في الواقع يعود لارادة المشرع الذي فضل اتفاق الاطراف على حكم تلك القواعد ، واذا ما تبين ان في ذلك الاتفاق مخالفة للنظام العام او الاداب العامة يصبح لزاما على القاضي ابطاله ويعمل عندها بالقواعد المكملة .

١- د. نعمان محمد خليل جمعة ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٧٧،ص٦٣

الراي الثاني[1]: حيث ذهب هذا الراي الى التمييز بين نوعين من القواعد المكملة ، النوع الاول القواعد القانونية المكملة المقررة وهي يمكن استبعادها بواسطة الارادة الصريحة او الضمنية للطرفين ، والنوع الاخر هي القواعد المكملة البحته وهي التي لا يمكن استبعادها الا بواسطة شرط صريح في العقد اي ارادة ظاهرة ٠ولكن في الواقع ان هذا الراي لم يضف لنا معيار يمكن الاستناد اليه في التمييز بين هذين النوعين اذ لا يمكن الارتكاز على امكانية استبعاد تطبيق حكم القاعدة من عدمه معيار للتمييز بينها كون الاستبعاد من عدمه اثر لا حق للتمييز بينهما ،فهو اساس المشكلة وليس جزءاً من الحل٠

ثانيا : استعمال القواعد القانونية الامرة والمكملة لأظافة التزامات ثانوية –

في مقابل ما توجه من ملاحظات للاتجاه الذي يذهب بان تكميل العقد يعتمد على القواعدالقانونية المكملة فقط، يظهر جانب اخر في الفقه[2]، يذهب الى اتجاه يختلف عما سبق، حيث انه يرى بان من التناقض التفرقة بين القواعد الامرة والقواعد المكملة ذات الصفة غير الامرة ، لان كلاهما قواعد قانونية ويمكن الرجوع اليهما لتكميل العقد دون تحديد ويمكن دعم هذا الراي بالاشارة مثلا الى ضمان التعرض والاستحقاق ، اذ يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عليه في العقد وكذلك في حالة الاستحقاق للمبيع للغير[3]. فهذه القاعدة

١– د. سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد –دراسة تاصيلية تحليلية– ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨، ص١٤١

٢– د. مصطفى محمد الجمال ، تجديد النظرية العامة للقانون ، الجزء الاول ، الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، وص١٤٨ ، وانظر ايضا د. ايمان طارق شكري ، سلطة القاضي في تفسير العقد ، اطروحة دكتوراه ،كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص٤٨ هامش٢

٣– تنص المادة (٥٤٩) من القانون المدني العراقي (١–يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعي ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري .

القانونية يحكم بها ولو لم يتم الاتفاق عليها وذلك لحاجة العقد لهذا الالتزام الذي ينص عليه فيه وان كان هناك مجال للقول ان القاضي لا يكمل العقد بل ينفذ احكام القانون ، فتكون الاجابة بان مضمون هذه الوسيلة هو تكميل العقد بما جاء به حكم القانون ولا يذهب القاضي لتطبيق النص من تلقاء نفسه باعتباره حكما ملزما له وللمتعاقدين كما في حالة ابطال العقد لاختلال اركانه او لكون سببه غير مشروع .

كما نزيد في دعم هذا الراي بان للمشتري هنا خيارات عديدة منها الرجوع بالضمان على البائع او شراء المبيع من المستحق او استرداد الثمن مع الثمار التي الزم بردها الى المستحق مع المصاريف النافعة التي صرفها او ان يفسخ العقد ، او الابقاء على جزء من المبيع مع التعويض وكل حالة وفق شروط تحققها[1].

وقد اجاز القانون الاتفاق على زيادة هذا الضمان او الانقاص منه او اسقاطه ولا يمكن ان يفهم هذا الجواز بان القاعدة القانونيةاعلاه تحتوي على جزء امر وجزء مكمل غير امر لسببين ، حيث ورد الجواز بصيغة اتفاق خاص اذ تنص المادة (١/٥٥٦) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في ضمان الاستحقاق اوان ينقصا منه او يسقطا هذا الضمان) ولان المادة (٥٥٧) مدني عراقي لم تعفي البائع من الضمان بالرغم من وجود ذلك الاتفاق الخاص حيث تنص على (١- اذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مسؤولا عن اي استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطل كل اتفاق يقضي بغير ذلك، ٢-اما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير فان البائع يكون مسؤولاً عن رد الثمن فقط) .

٢- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عليه في العقد) وتقابلها المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري

١-المواد (٥٥٢، ٥٥٣,٥٥٥) من القانون المدني العراقي .

فالبائع مسؤول رغم وجود ذلك الاتفاق الخاص مما يجعلها قاعدة قانونية امرة، ويمكن ايضا وبصدد تدعيم الراي اعلاه القول بان على القاضي الرجوع الى القواعد القانونية مهما كان نوعها وموقعها من النظام القانوني لا كمال ما نقص من بنود العقد ودون ان يتحدد بالقواعد المكملة منها[١] .

ونجد مثال ذلك واضحا في العقود النموذجية والعقود والمناقصات القياسية[٢]وعقود الخدمة في القطاع النفطي[٣] .

وعقود الاستهلاك وما ترسمه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وتعليمات الشروط العامة للمقاولات الهندسية والفنية من اطر تفصيلية في اعداد وتنفيذ العقود الحكومية محل تلك التعليمات وهي تتضمن قواعد قانونية امرة لايجوز مخالفتها او الاتفاق على غير ما تقرره من احكام[٤]. فهذه كلها التزامات ثانوية أدرك المشرع اهميتها في تلك العقود وبالتالي نص على عدم جواز مخالفة مضمونها .

١- محمد غانم يونس ، سلطة القاضي في تكميل العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠١٧، ص١٣٦

٢- انظر العقود والمناقصات القياسية المعدة من قبل وزارة التخطيط العراقية ، متاح على موقع الزارة ، اخر زيارة ٢٠٢٠/١٢/٣ : www.mop.gov.iq/mop/index.jsp?sid .

٣- انظر عقود الخدمة في القطاع النفطي لوزارة النفط العراقية والمعدة من قبل شركة (اوبل اويل) متاح على الموقع الالكتروني : http://open oil.net اخر زيارة ٢٠٢٠/١٢/١ .

٤ -انظر تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) منشورة في الوقائع العراقية العدد (٤٣٢٥) في ٢٠١٤/٦/١٦

ثانيا : المصدر العرفي للالتزام الثانوي-

العرف هو اعتياد الافراد على سلوك معين وثابت زمنا طويلا مع الاعتقاد بلزومه وبان مخالفته تستتبع المؤاخذة بتوقيع جزاء على المخالف ، فالقواعد العرفية تنشأ في ضمير الجماعة وفي العلاقات والروابط بين الافراد في المجتمع دون تدخل من اي سلطة خارجية[١] .

ويقوم العرف بدورين اساسيين في نطاق القانون المدني ، فقد يكون له دور اصلي من خلال سد النقص في التشريع[٢] . ويجب ان لايفهم ذلك على انه عجز في التشريع عن سد النقص ،ولكن الفراغ التشريعي يأتي في اطار التكيف مع جميع المتغيرات والمباحات التي تعجز منطقة النصوص على تفصيلها ، وان كان منصوصا على مبادئها وموجهاتها الى الاجتهاد[٣].

والقواعد التي ينشئها العرف كغيرها من القواعد القانونية قد تكون امرة مثل القاعدة العرفية المقررة للحقوق الثابتة للاجانب في مصر قبل الغاء الامتيازات الاجنبية ، او تكون مكملة مثل القاعدة التي تقضي باعتبار اثاث المنزل مملوكا للزوجة[٤] .

وقد يكون للعرف دور تابع لقواعد القانون حينما يعاونها ويسندها في ضبط المعايير المرنة مثل ما نصت عليه المادة (٥٣٧) من القانون المدني العراقي (يدخل في البيع من غير ذكر.... ج-كل مايجري العرف على انه من مشتملات البيع) .

١- د. سمير اسماعيل ، دور العرف في القانون ، بحث منشور في مجلة المحامين السورية، العدد السادس، السنة ٤٧ ، ١٩٨٢،ص٦٠٨

٢- نصت المادة ١/فقرة٢ من القانون المدني العراقي على انه (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ....)

٣- استاذنا د. ضمير حسين المعموري ، الفراغ التشريعي في فلسفة الدولة عند الشهيد الصدر ،الطبعة الاولى ،دار المعارف ، ٢٠١٠، بيروت، ٢٠١٠،ص٢٠٧

٤- د. عبد المنعم فرج الصدة ، اصول القانون، الطبعة الاولى ، بلا ناشر ، القاهرة ، ١٩٦٥، ص١٣٠

فتحديد مشتملات المبيع يرجع فيها الى العرف وحسب ما يقرره المشرع ٠ او تنظيم المسالة التي يعرض لها النص ، مثل ما نصت عليه المادة (١٧٥) من القانون المدني العراقي من انه (الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها بحسب الجهات ويتبع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري) حيث ان المشرع ومن خلال هذا النص اعتمد على ما يقرره العرف بشان احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري،او يستعان بالعرف في تفسير قصد المتعاقدان مثل ما نصت عليه المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي من انه (١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم) .

من هنا فان العرف احد الموجهات التي تستعين بها المحكمة لتحديد الالتزامات الثانوية التي يستلزمها العقد وفقا لطبيعة ذلك العقد والذي شابه النقص .

ففي كل من العراق ومصر يظهر انه هناك توافقا تشريعيا في قوانين الدول التي منحت القاضي إضافة الالتزامات الثانوية صراحة بالرجوع الى العرف كوسيلة يكمل بها ما نقص من بنود العقد وذلك بالنص صراحة على ذلك في المادة (١٥٠) فقرة (١) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها المادة (١٤٨) فقرة (٢) من القانون المدني المصري .

ويذهب جانب من الفقه [1]، الى اعتبار العرف وسيلة يستند اليها القاضي في ممارسة سلطته في تكملة العقد وهو موقف القضاء العراقي ذاته اذ جاء في احد قراراته بانه(اذا سكت

١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٢٦١ وانظر ايضا د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ، مطبعةالمعارف ، بغداد ، ١٩٧١، ص٣٥٣ ، د. راقية عبد الجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠م ، ص٣٠ .

العقد عن بيان نوع الانتفاع بالماجور فيجوز للمستأجر ان يستعمله وفقا لما يصلح له ووفقا لما يقتضيه العرف)[١] .

ويمكن الاستعانة باهل الخبرة والاختصاص لبيان العرف السائد في ذلك المكان وفي ذلك الوقت سواء وقت ابرام العقد او وقت تنفيذه[٢] .

اما في فرنسا فيعمل بالعرف في اطار العلاقة العقدية من خلال مايسمى بالشروط العرفية وهي نوع من الشروط المتواترة الاستعمال في العقود المتشابهة من حيث موضوعها واشار اليها المشرع الفرنسي وقرر الحاقها بالعقد حتى ولو لم ينص عليها فيه وذلك بموجب المادة (١١٦٠) مدني فرنسي الملغاة التي كانت ترد تحت عنوان تفسير العقد [٣] والتي تناول مضمونها نص المادة (١١٩٤) من القانون الجديد لعام ٢٠١٦، ولم يشر النص الفرنسي الى الجهة التي تلحق تلك الشروط العرفية بالعقد، ومن يحدد كونها عرفية موجبة للإضافة من كونها مجرد عادات لا ترقى الى درجة الشروط العرفية .

ويذهب راي في الفقه الفرنسي[٤] بصدد اعمال العرف وفق المادة (١١٦٠) مدني فرنسي اعلاه الى ان الاعراف لا تندمج في العقد الا ان تكون معروفة من قبل الطرفين اللذين يبقيان حرين في استبعادها .

١- القرار رقم (٢٣٠-٢٣١) ، مدنية اولى في ١٩٩٢/٣/٣١، مشار اليه في ، ابراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز ، الجزء الاول ، مطبعة زمان ، بغداد ، ١٩٩٩، ص١٢٣

٢- القرار التمييزي المرقم ٢٣١/٢٣٠، مدنية اولى، في ١٩٩٢/٣/٣١ اشار اليه ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص١٢٣

٣- تنص المادة (١١٦٠) مدني فرنسي على (تضاف الى بنود العقد الشروط العرفية وان لم تذكر في العقد)

٤- الان بينابنت ، القانون المدني – الموجبات- ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الاولى ، مجد للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، ٢٠٠٤، ص٢١١ فقرة ٢٧٨

اما القضاء الفرنسي فلم يستقر على راي واحد في اعمال هذه المادة اذ يذهب بإحدى قراراته وبالتحديد قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الى اهمال دور العرف وتغليب النصوص الامرة لقواعد فرض الفائدة المصرفية على الاعراف المهنية المصرفية ذات الصلة [١].

وهناك توجهات اخرى صدرت عن هذه المحكمة مثل اعطاء الاعراف قوة بين التجار او بين المهنيين من الاختصاص نفسه [٢] .

اما عن الغرفة المدنية فتذهب في قراراتها الى الاعتراف بقوة العرف والاخذ به واتاحت بان يدخل منه في العقد ما يمكن ان يكون قد اعتبره الطرفان مسلما به دون حاجة الى تحديده [٣] .

كما يمكن للقاضي ان يستعين بالشرط المعتاد في الاتفاقات لتحديد ما يدخل في مستلزمات العقد اذ ان لها دوراً مهماً في المعاملات القانونية عموما وفي العقد خصوصا بين الافراد فهي تكمل وتفسر العديد من العقود الا انها لا تقوم بهذا الدور الا على اساس اتجاه ارادة المتعاقدان الى الاخذ بها[٤].

فالشرط المألوف الذي هو عبارة عن التزام ثانوي جرت العادة على ادراجه في عقود معينة بحيث اصبحت جزءا من هذه العقود ولو لم تذكر فيها ، الا اذا نص المتعاقدان على استبعادها ٠وبذلك يجوز لكل من المتعاقدين ان يطالب الاخر بتنفيذ مقتضى هذه الشروط ، ولو

١–قرار الغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية :

Cour de casstion,chamber commercial 18 mars, 1997mD.1997,in formation Rapides,p.942

2– Cour de casstion , chamber commercial ,Aadiencepublique du, 11 avrill 2012 ,NO debourvoi:10-205,publiean bulition

٣– قرار الغرفة المدنية الاولى في محكمة التمييز الفرنسية (غير منشورة) :

Courde cassation , chamber civil , Audience pourvoi;du 8 mars 1988,no de pourvoi ; 85-80032,non publie au bulletin

٤– د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص١٣١

لم يرد ذكرها في العقد كالعادة التي جرت في المطاعم والفنادق بأضافة نسبة مئوية لحساب الخدمة على الحساب النهائي للعميل[١] .

فقد عرف الشرط المألوف بانه (شرط جرى العرف على ادراجه في العقود دون حاجة الى اعادة النص عليه صراحة لاستقرار العمل به وجريان التعامل على ذلك)[٢] .

وهذا الشرط اما ان يكون عاما او شرطا تعسفياً[٣] .

فقد يدرج ضمن الشروط العامة ويعتاد على ادراجه ضمنها ويطلق عليه (الشرط المألوف العام) وهو الشرط الذي يتكرر ذكره في العقود المطبوعة والمعدة سلفا من قبل المتعاقد الاخر، حيث يكون واحدا في كل العقود التي يبرمها المحترف بصدد المعاملة ، اي ان هذا المحترف يحدد عددا من الشروط التي تطبق على جميع العقود التي سيبرمها لاحقا مع زبائنه وموردیه ويطلق عليها(الشروط العامة)[٤]،مثال ذلك الشروط العامة لعقد البيع التي يدرجها المحترف بصدد تعامله بنوع معين من السلع والخدمات فمثل هذه الشروط تكون واحدة في كل العقود المبرمة بشان السلعة او الخدمة[٥] .

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص٨٤٠

٢ -د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الاتزام ، _دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي_ ، الطبعة الثانية ، بغداد ،شركة الطبع والنشر الاهلية ، ص٣٣٦، وانظر ايضا د.عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، الاسكندرية ، منشاة المعارف ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٥، ص١٠٧ ، د. عبد الجبار ناجي ، مبدا حسن النية في تنفيذ العقد ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٧٥،ص٢٩٦

٣- سهير حسن هادي، الشرط المألوف في العقد –دراسة مقارنة –،رسالة ماجستير ،كلية القانون ،جامعة بابل، ٢٠٠٨، ص٣٢

٤- د. اسماعيل محمد المحاقري ، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط المجحفة فيها ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ،السنة السادسة عشر ، العدد الاول ، والثاني ،١٩٩٢ ،ص٢٤١

٥- د. سليمان دايح البراك ، الشروط التعسفية –دراسة مقارنة– ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢، ص١١٧

ومثال ذلك الشروط العامة التي يضعها اصحاب الفنادق عن سرقة نقود العميل او دفتر صكوكه وكذلك الحال بالنسبة للشروط العامة لوثيقة التامين[١]والتي تكون موحدة ومتماثلة في كل وثائق التامين .

اما (الشرط المألوف التعسفي) فهو الشرط الذي يتكرر ادراجه في عقود الاذعان المحددة من قبل الطرف القوي ، ومن شأنه ان يخفف من التزامات هذا الطرف على حساب الطرف الاخر والذي يضطر الى قبوله وذلك لحاجته الماسة الى السلعة او الخدمة التي لا يستطيع الحصول عليها الا عن طريق التعاقد ،ولذلك يجب عليه ان يقبل بكل الشروط الواردة في العقد حتى لو تضمنت شروط تعسفية مطبوعة ومعدةً سلفاً من قبل الطرف القوي[٢] .

وبتكرار ادراج هذه الشروط التعسفية وبصورة مستمِرة في العقود تَصبِح مألوفة لدى العاقدين ومثال ذلك شرط الاعفاء من المسؤولية او شرط سقوط الحق في عقد التامين[٣] .

ويرجع السبب في انتشار هذه الشروط التعسفية المألوفة في عقود الاذعان نتيجة لكثرة وتكرار استعمالها من قبل الاطراف ولفترات طويلة حتى اعتادوا على وجودها في مثل هذه العقود رغم كونها شروط تعسفية ينفرد الطرف الاقوى بصياغتها[٤].

١- د. عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون والقوانين الخاصة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص١٠٩

٢- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢،ص٦، وانظر ايضا د. عبد الحكم فودة ، المصدر السابق ، ص٣٤٥ ، د. عمر عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك، منشاة المعارف ،الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٤٠٣

٣- د. محمد حسام محمود لطفي ، الاحكام العامة لعقد التامين ، الطبعة الثالثة، بلا ناشر ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص١٢٣

٤- د. سميحة قليوبي ، شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨، ص١٩

وتجدر الاشارة الى ان العرف الذي يلجأ اليه القاضي في تكملة العقد هو العرف المكمل لا العرف المفسر اذ ان الاخير يرجع اليه في حالة غموض عبارة العقد، اما المكمل فهو يرجع اليه عند عدم وجود عبارة تنظم الالتزامات الثانوية[١] .

وبالحديث عن مرتبة الشرط المألوف بالنسبة للعرف العادي فان القاضي اولا يرجع الى العرف العادي لإضافة التزامات ثانوية فاذا لم يوجد من العرف ما يغنيه في مطلبه له ان يرجع بعدها الى الشرط المألوف ، بالرغم من عدم وجود الاشارة اليه في القانون المدني العراقي والمصري الا ان ذلك لم يمنع الفقهاء من تصنيف الشرط المألوف في المرتبة الثالثة بعد نص القانون والعرف٠ مما يعني رجوع القاضي الى الشروط المالوفة لاكمال النقص ما دامت العادات قد درجت على ادراجها في العقد وان لم تذكر فيه[٢] ، وبعد التأكد من عدم وجود عرف يمكن تطبيقه .

فهناك عقود اصبح من المألوف اشتمالها على شروط معينة حتى صار تكرارها غير ذي فائدة ويجوز لكل من المتعاقدين ان يطالب الاخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط [٣] .

لذلك يمكن للقاضي ان يضيف الى العقد شرطا استقر العمل على الاخذ باحكامه وخاصة اذا قنع بان هذا الشرط متعارف عليه في مسالة معينة ، كما وقد يتبين له ان نية المتعاقدان المشتركة تقضي بالاحالة الضمنية اليه وان لم ينص عليه صراحة طالما لم يرد في العقد احكاما تخالفه[٤] .

١- حسين عبد القادر معروف ، النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد،١٩٩٩، ص١٣٧

٢- د. احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص٣١٣ ، د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء الاول ، مرجع سابق ، ص٦٩٣ ، د. عبد الجبار ناجي ، المصدر السابق ، ص٢٩٦

٣- د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ،ص٥٧١

٤- د. عبد الحكم فودة ، المصدر السابق ، ص٢٨٣

ومثاله إضافة نسبة ١٠% الى حساب النزيل او العميل في المطاعم والفنادق والذي اصبح ملزما بالدفع فوق حسابه طالما انه لم يتفق مع الفندق على خلاف ذلك[١] .

وهذا يعني إضافة التزامات ثانوية الى جانب الالتزامات الاساسية، وتجدر الاشارة هنا بانه يجب على المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار عند إضافة حكم الشرط المألوف الى العقد ان لايؤدي الى تعديل الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد اصلا،فلا يمكن ان يتعارض مع جوهر العقد باي حال من الاحوال فهو التزام ثانوي مالم يقرر المتعاقدان خلاف ذلك بتحويله الى التزام اساسي ، كما يجب ان لا يرتب التزامات لا مبرر لها ، و يجب اخيرا مراعاة عدم التناقض بين الشرط المألوف وشروط اخرى حتى وان كانت تلك الشروط مخالفة لنصوص قانونية، طالما كانت غير امرة[٢] .

١- د. السنهوري ، الوسيط ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٦٩٤ وانظر ايضا، د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٣٢٧

٢-د. السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٦٦،ص٣٢٧ وانظر ايضا د.منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي ، مصادرا الالتزام ، الجزء الاول ، بلا مكان نشر ، بلا تاريخ نشر ، ص٢٤٤، الان بنيابنت ، القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٢١٠، المستشار مصطفى مجدي هدمة، العقد المدني، شركة ناس للطباعة ، بلا مكان نشر ،٢٠٠١ ،ص٤٩٧

ثالثا : العدالة مصدر للالتزام الثانوي-

تعرف العدالة بانها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير ويهدف الى اعطاء كل ذي حق حقه دون الجور والتجاوز على حقوق الاخرين[١] .

او هي مجموعة من القواعد التي تصدر عن مثل اعلى تستهدف خير الانسانية والمجتمع بما يملئ النفوس او الشعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة[٢] .

فجوهر فكرة العدالة هو حصول كل انسان على حقه ، فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة والمحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع وتقدمه، فلا وجود للنظام بدون العدالة[٣]، والواقع ان موضوع العدالة التي يمكن اعتمادها كمصدر للالتزام الثانوي كان مثار جدل بين الفقهاء فذهبوا الى عدة اراء .

حيث ذهب الراي الاول[٤]، الى ان المقصود بالعدالة التي تصلح ان تكون معيارا لتحديد الالتزامات الثانويةفي العقد تلك القواعد المستقرة في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات .

في حين نجد ان اتجاه اخر من الفقه وهو ما نؤيده ذهب الى انه[١]، من الضروري تخصيص مفهوم العدالة العام الى معنى محدد مضمونه التوازن والتناسب بين الاداءات المتقابلة

١- د. محمود السقا ، اضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة،١٩٩١، ص١٥٨

٢- الاستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتاب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٢، ص٨١

٣- د. محمد جمال عطية عيسى ، اهداف القانون بين النظرية والتطبيق ، بحث منشور في المجلة القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الزقازيق ، العدد ٧٤، السنة ١٩٩٥، ص١٨٩ .

٤- د منصور مصطفى منصور ، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المصدر السابق ، ص١٧٨

على وفق معايير التجربة الفنية فالعدالة المقصودة هنا هي العدالة المكملة لاثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدان لاثاره الثانوية في مسالة معينة.

في حين ذهب راي ثالث في الفقه[٢] الى انطواء فكرة العدالة على الكثير من الغموض والابهام وعدم التحديد ، فهي فكرة متغيرة ولا تعطي حلول حاسمة لانها نسبية تختلف من مجتمع الى اخر تبعا للظروف المكانية والزمانية ، وهذا ما سينعكس بشكل واضح عند استعمالها كمصدر للالتزام .

وعلى العموم فان العدالة مصدر متميز للالتزام الثانوي وان انحصر دورها بسبب انتشار التشريع وقليل ما نجد كلمة العدالة مدونة في قرارات المحاكم ، في حين لم يتردد الاجتهاد الفقهي في استعمالها لجعل العقد يولد التزامات ليس ضمن موضوعه[٣].

والعدالة المقصودة هنا وكما اشرنا سابقا هي العدالة المكملة لاثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدان لاثاره في مسالة ما[٤] .

ويلاحظ ان المشرع العراقي قد ادركان العدالة تتصف بانها فكرة واسعة ولا تحدها حدود لذا فقد قيد معناها العام والمرن حينما ربطها بطبيعة الالتزام ، فالعدالة التي يلجا اليها القاضي لإضافة التزامات ثانوية هي العدالة المنسجمة مع طبيعة العقد[٥] .

١- د. سلام عبد الله الفتلاوي ، اكمال العقد -دراسة مقارنة- ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠١٢، ص٩٨

٢- د. محمد هاشم قاسم ، اثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة القانون السورية ، العدد السابع ، السنة التاسعة عشر ، في تموز ١٩٦٨، ص١٤وانظر ايضا د. سحر بكباشي ، المصدر السابق ، ص١٥٦ هامش ٣

٣- الان بنيا بنت ، القانون المدني ، المصدر السابق ، ص٢١١، فقرة ٢٨٠

٤- د. محسن البيه ، مصدر سابق ، ص٣٩٦

٥ د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق ،

وقد استند القضاء الفرنسي الى قواعد العدالة لاثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات الثانوية ، ومثال ذلك التزام السلامة الذي فرض على الناقل لمصلحة الراكب[١] .

والالتزام بعدم المنافسة الذي فرض على بائع المحل التجاري لصالح المشتري بان لاينافسه في عملاء المتجر[٢] .

والتزام العامل بعدم افشاء الاسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل به[٣] .

وكذلك ان الدائن عندما يستوفي حقه من الكفيل عليه ان يسلمه كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين بما وفاه م(١٠١٦) مدني عراقي .

١- نصت المادة (١٠) ، من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على مايلي (اولا- يسال الناقل عن الاضرار التي تصيب الراكب اثناء تنفيذ عقد النقل ويبطل كل اتفاق يقضي باعفاء الناقل كليا او جزئيا من هذه المسؤولية)

٢- وقد اخذ به المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ اذ نصت المادة ٧٦فقرة ثانيا على انه (لايجوز لمن تصرف في المتجر بنقل ملكيته الى الغير ان يزاول تجارة مماثله لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن الت اليه الملكية الا اذا اتفق على خلاف ذلك) وتجدر الاشارة الى انه لم يتضمن قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ مثل هذا النص

٣- جاك غستان ، مفاعيل العقد او اثاره ، مرجع سابق ، ص٧٢، وقد نصت المادة (٣٥) من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ الملغي على انه (يحظر على العامل ان اولا – يفشي الاسرار التي يطلع عليها بحكم عمله حتى بعد تركه العمل)، وانظر ايضا محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤلية ، مصدر سابق ، ص٣١٣

المبحث الثالث

تمييز الالتزام الثانوي من المسائل الثانوية

تمهيد

ان لكل عقد في مرحلة ابرامه نوعين من المسائل ، النوع الاول يتمثل بالمسائل الجوهرية اما النوع الثاني يعرف بالمسائل الثانوية .

وقد يحصل التقارب بين الالتزام الثانوية والمسائل الثانوية ولارتباط مراحل العقد فيما بينها يتطلب منا البحث تحديد المسائل الثانوية وذلك سيكون موضوع المطلب الاول ومن ثم نتطرق الى التمييز بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية في مطلب مستقل .

المطلب الاول

مفهوم المسائل الثانوية

يلزم لانعقاد العقد ان يكون المتعاقدان قد اتفقا على جميع مسائل العقد ، الا ان القانون اجاز للطرفين الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد وارجاء الاتفاق على المسائل الثانوية الى اتفاق لاحق .

وبشان تحديد مسائل العقد الجوهرية والثانوية لاحظ اعضاء لجنة المراجعة عند وضع القانون المدني المصري ان التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية امر دقيق وفي غاية الاهمية فلا يكون من الملائم تركه للقاضي خشية التحكم به[1] .

١- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، ص٤٥-٤٨ ، وانظر ايضا احمد زكي الشيشي ، تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري ،مقالة منشورة بالفرنسية ،مجلة القانون والاقتصاد ،العدد التاسع عشر ، السنة ١٩٤٩، ص٧٦-٧٧

وتحديد المسائل الجوهرية يكون اهم من المسائل الثانوية لان الاخيرة تتحدد بالاعتماد على الجوهرية كما سنرى ، لذلك نرى ضرورة تقسيم المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول ماهية المسائل الثانوية التي نركز عليها في بحثنا هذا ، ومن ثم نبحث في الفرع الثاني معيار التمييز بين المسائل الثانوية والجوهرية .

الفرع الاول

ماهية المسائل الثانوية[١]

ان تعيين المسائل الثانوية يرتبط بالمسائل الجوهرية اي انه اذا ما تم تحديد الثانية تحددت الاولى ،لان الاشياء تعرف بأضدادها فما هو ثانوي يكتسب صفته هذه بالمقابلة مع ما هو جوهري .

فالمسائل الثانويةهي على عكس المسائل الجوهرية لا تكون ضرورية في مرحلة انعقاد العقد لانها لا تتصل بجوهر العقد ، وجوهر العقد هو الاركان الاساسية له، فالأجر في عقد العمل والاجرة في عقد الايجار والثمن في عقد البيع كلها اركان في هذه العقود[٢] .

حيث ان المسائل الثانوية يمكن تصور قيام العقد بدونها كما انها لا تحدد ماهية العقد وليس لها دور في تكييفه ، ويعرفها البعض[٣] بانها (تلك المسائل التي لا تتصل باقتصاديات العقد ولاتؤثر في توازنه الاقتصادي او بالالتزامات المتقابلة فيه ومن امثلة هذه المسائل الشرط

١- الثانوي في اللغة العربية ما يلي الاول في المرتبة والامر الثانوي هو ما يجيئ بعد غيره في الاهمية ، انظر المعجم الوسيط ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، ابراهيم انيس واخرين، اصدار مجمع اللغة العربية ، القاهرة ،١٩٧٢، ص١٠١

٢-سليمان براك دايح الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة –، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص٢٦

٣- د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص١٤٣

الذي يقضي بتقديم هدية رمزية لأولاد البائع بالإضافة الى الثمن وغيرها من الشروط العاطفية) كذلك الشرط الخاص بالمحكمة المختصة .

ففي عقد البيع مثلا يكفي لانعقاده كقاعدة عامة على وفق التنظيم التشريعي للبيع ان يتفق المتعاقدان على المبيع والثمن اما مسالة كيفية دفع الثمن وتسليم المبيع ونفقاته وتحديد الزمان والمكان فانها تعتبر من المسائل الثانوية والتي لايحول عدم الاتفاق عليها دون انعقاد العقد وتترك للاتفاق او للنص[١] .

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية ايضا حيث جاء في احد قراراتها بانه (عدم تحديد مقدار الاجر في عقد المقاولة فان ذلك يعد من المسائل الثانوية او التفصيلية التي لاتحول دون ابرام العقد ففي حالة عدم تحديده مقدما فانه يجب على المحكمة ان تعينه مسترشدة في ذلك بالعرف الجاري في الصنعة وما يكون قد سبقه او عاصره من اتفاقات ...)[٢] .

واذا كانت المسائل الثانوية تشكل مقومات يمكن ان يقوم العقد بدونها ، فذلك لا ينطبق على المسائل الجوهرية فيه ، لانها تحدد طبيعته وماهيته [٣] .

حيث ان الاتفاق على المسائل الجوهرية ضروري وتفرضه فكرة العقد ذاته ومبدا الرضائية فيه الذي يقوم عليه العقد اصلا فهي العناصر الموضوعية التي تحدد ماهية العقد .

كما ان الاتفاق عليها يحدد الاداءات التي يلزم بها كل من الطرفين٠وهي ضرورية ومهمة لتصور الارتباط بعقد من العقود ، فكل عقد لايشمل هذه المسائل يحول ذلك بينه وبين

١- د. ياسين الجبوري ، المبسوط ، المرجع السابق ، ص٢١٦

٢- نقض مدني مصري ، الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٩ق ، جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة الخامسة والاربعون ، الجزء الثاني ، رقم ١٩٠، ص٩٩٨

٣- د. ياسين الجبوري ،المبسوط في شرح القانون المدني ، القسم الاول –انعقاد العقد – ، الجزء الاول ،الطبعة الاولى ، وائل للشر والتوزيع، عمان ،٢٠٠٢،ص١٩٩

انعقاده[١] ، لذلك على الطرفين ان يدركوا اهمية هذه المسائل ودورها المهم في تكوين العقد، فيشترط اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد ويرجع السبب في ضرورة اتفاق الطرفين عليها كونها تشكل اركان او عناصر في اركان العقد وتميزه عن غيره من العقود فيما اذا كان عقد بيع او هبة او غيرها من انواع العقود اي على ارتباط مباشر في تكييفه[٢] .

فالعناصر الجوهرية لعقد البيع هي المبيع والثمن، وبالنسبة لعقد الايجار العين المؤجرة والاجرة والمدة ،وبالنسبة لعقد العمل العمل والاجرةفلايتصوروجوده بدون تحديد هذين العنصرين[٣].

لذلك يتضح لنا ومن خلال ماسبق ان العقد عند تكوينه يتطلب نوعين من المسائل وان التمييز بينهما يدق احيانا لاسيما وان تحديد المسائل الثانوية يتوقف على تحديد المسائل الجوهرية لذلك لابد من وجود معيار او طريقة لتحديدها وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

معيار التمييز بين مسائل العقد الثانوية والجوهرية

بعد ان تتحدد المسائل الجوهرية يصبح تحديد المسائل الثانوية امر ممكن ، فكل ما لايدخل في المسائل الجوهرية يمكن اعتباره من مسائله الثانوية .

١- د. مصطفى الجمال ، السعي الى التعاقد ، مصدر سابق ، ص١٢٦

٢ - اسراء جاسم محمد العمران ، مصدر سابق ، ص٣٨

٣- بدر جاسم اليعقوب ، عقد الايجار وفقا للقانون المدني الكويتي وقانون ايجار العقارات ، الطبعة الاولى ، ١٩٨١، الكويت ، ص٥٨ وما بعدها وايضا لنفس المؤلف النظام القانوني للاجر في القانون الكويتي – دراسة مقارنة –، الطبعة الاولى ، الكويت ، ١٩٨٨، ص١٥

حيث ان المسائل الجوهرية تمثل المقومات التي يتوجب وجودها لقيام العقد لانها تحدد طبيعة العقد وما هيته وارادة اطرفه[١] .

فهي تلك المسائل التي يترتب على الاتفاق عليها انعقاد العقد ويؤدي عدم الاتفاق عليها الى استمرار فترة ما قبل الانعقاد حتى يتم الاتفاق عليها[٢] .

ويمكن القول ان المسائل التي طرحها المشرع في القواعد العامة مثل مكان التسليم وزمانه ونفقاته تعتبر من المسائل الثانوية .

لذلك ان الاتفاق على المسائل الجوهرية ضرورة يفرضها العقد ذاته ومبدأ الرضائية الذي يقوم عليه ، فهي تلك المسائل التي تحدد ماهية العقد؛ وكل ارادة راغبة بالتعاقد لا تتضمن تحديدا لتلك المسائل لاتعد ايجاب وانما تعبر دعوة الى التفاوض[٣].

وقد طرح الفقه القانوني معيارين للتمييز بين المسائل الثانوية والجوهرية في العقد والتي سنتطرق اليهما في الفقرتين التاليتين :

اولاً: المعيار الموضوعي –

وهو الذي يعتمد على طبيعة العقد وماهيته واركانه لتحديد ماهو جوهري من المسائل ليعتبر ما عداها مسائل ثانوية[٤].

١– د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الجديد _مصادر الالتزام _ ، الطبعة الاول ، دار الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، من دون سنة ، ص٨٢ وانظر ايضا د. ياسين الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني (انعقاد العقد) ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، وائل للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٢، ص١٩٩

٢– اسراء جاسم محمد، المصدر السابق ، ص٩

٣– د. مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٩، ص٦١

٤– د. مصطفى محمد الجمال ، السعي الى التعاقد ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، ٢٠٢، ص٩١

اما مضمون هذا المعيار فقد وجد اكثر من راي في تفسيره وبيانه ، حيث ذهب الراي الاول بان المقصود بالمسائل الجوهرية هو الاتفاق على اركان العقد اللازمة قانونا لانعقاده ، وهي كل من الرضا والمحل والسبب ، فضلا عن الاركان لخاصة بكل عقد [١] ، وكل ما لا يدخل في هذه الاركان يعتبر من المسائل الثانوية ٠

اما الرأي الثاني فقد ذهب الى الاعتماد على الهدف من ابرام العقد فقط لتحديد المسائل الجوهرية ، وبرر ذلك بان لكل عقد غرضا اقتصاديا يهدف الى تحقيقه فتكون المسائل المحققة لهذا الغرض هي المسائل الجوهرية لذلك العقد[٢] .

بعباره اخرى هي تلك العناصر التي تتوقف على العملية القانونية التي يهدف العقد الى تحقيقها فعندما يتعلق الامر كما هو الحال بتبادل اموال وخدمات ، فان غايات هذا التبادل هي التي تكون العناصر الاساسية للعقد وما لا يدخل في تلك الغايات يكون من العناصر الثانوية له[٣] .

بينما وجدنا راي ثالث في الفقهاتخذ المعيارين السابقين مادة لمضمون رايه حيث يرى بان المعيارين السابقين يصبان في نقطة واحدة وهي ضرورة اتفاق طرفي العقد على المسائل الجوهرية اللازمة لإبرام عقد معين لكي يحقق الغرض من ابرامه[٤].

١- د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص١٣٨ ، وانظر ايضا د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٢، ص٢٤

٢- د.محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود،مطبوعات الادارة العامة للبحوث ، الرياض ، ١٩٩٥،ص٣٤

٣- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨،ص٣١٩

٤- د. مصطفى الجمال ، السعي الى التعاقد ، المصدر السابق ، ص١٣٠

لان تحليل المسائل الجوهرية لعقد ما التي لابد من الاتفاق عليها من قبل طرفي العقد لكي يوجد عقد يذهب بنا الى القول بانها تلك المسائل التي تحقق غاية الطرفين من ابرامه[١] .

ففي عقد البيع مثلا تتركز مسائل العقد الجوهرية في المبيع والثمن ، فأركان العقد وفقا لما تبناه الراي الاول تشمل التراضي والمحل والسبب ، فالتراضي لا يمكن النظر اليه بوصفه مجرد عنصر جوهري بالمعنى المقصود في هذا المقام فالمقصود بالعناصر الجوهرية انها تلك العنصر التي ينصب عليها الرضا او يحتويها[٢] .

وينعكس هذا القصد على المبيع فيما يخص المشتري والثمن فيما يخص البائع ، اما المحل فيتمثل بالمسألتين ذاتهما (المبيع والثمن) ونرى ان السبب ايضا لا يخرج عن تلك المسألتين اذا ما تناولناه من زاوية السبب القصدي الذي يشمل قصد البائع من ابرام عقد البيع وهو الحصول على الثمن وقصد المشتري من ذلك العقد وهو الحصول على المبيع .

وان اعتماد الغرض الاقتصادي من العقد لتحديد مسائله الجوهرية وهوما ذهب اليه الراي الثاني ، ينطبق عليه ماذكرنا بشان الراي الاول كون الغرض الاقتصادي لعقد البيع يتمثل باستبدال كل طرف من اطرافه لما هو ملك للطرف الاخر اذ يحصل البائع بالنتيجة على الثمن ويحصل المشتري على المبيع[٣] .

١- وسن قاسم غني الخفاجي ، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦، ص١١٩

٢- د. محمد ابراهيم الدسوقي ، المصدر السابق ، ص١٣٠

٣- وسن قاسم غني الخفاجي ، المصدر السابق ، ص١٢٠

والنتيجة هي ان المبيع والثمن هما المسألتان الجوهريتان لعقد البيع اما ماعداهما فيعد من المسائل الثانوية لذلك العقد[١] .

ثانيا : المعيار الشخصي –

وهو ذلك المعيار الذي يستند الى ارادة طرفي العقد لتحديد مسائل العقد الجوهرية من خلال الاعتماد على ارادة كل طرف من الاطراف على حده لاعتبار مسالة ما جوهرية ولو كنت معتبرة كمسالة ثانوية وفق المعيار الموضوعي[٢] .

وبذلك فان اهميتها تقاس من خلال نظرة المتعاقد لها ، فاذا كانت تمثل اهمية خاصة بالنسبة له بحيث يمتنع عن الالتزام بالعقد دون الاتفاق عليها عدت مسالة جوهرية وفقا للمعيار الشخصي ،واذا كانت لا تمنع من قيام العقد بان يحتفظ طرفا العقد بحق الاتفاق عليها في وقت لاحق كانت تلك مسالة ثانوية[٣] .

فيمكن القول بان اي مسالة ثانوية قليلة الاهمية في العقد المراد ابرامه يمكن تحويلها الى مسالة جوهرية وفقا لارادة الطرفين[٤] .

فعلى سبيل المثال زمان ومكان الوفاء بالثمن في عقد البيع وعقد الايجار والمدة في عقد المقاولة تعتبر مسائل ثانوية ويمكن تحويلها الى مسائل جوهرية اذا كانت تمثل اهمية خاصة عند المتعاقدين وعبروا عن ذلك في العقد .

١- نصت المادة (١٥٨٣) من القانون المدني الفرنسي على (يكون البيع تاما بين الفرقاء والملكية مكتسبة حتما للشاري تجاه البائع منذ ان تم الاتفاق على الشيء المبيع والثمن رغم عدم تسليم الشيء او اداء ثمنه بعد)٠

٢- د. رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٥٣٢

٣- اسراء جاسم محمد ، المصدر السابق ، ص٤٨

٤- د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص١٤٠

وبالوقوف على الموقف التشريعي من المعيارين السابقين ودور تلك المسائل في انعقاد العقد ؛ فقد نصت المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي على انه (١-يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة ٢-واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ...) .

كما نصت المادة (٩٥) من القانون المدني المصري على انه (اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم...) .

لذلك فالاتفاق على المسائل الجوهرية كافي لانعقاد العقد وفق القانونين العراقي والمصري ما لم يصرح المتعاقدان بغير ذلك فاذا صدرت منهما ارادة مخالفه اعتبر ذلك اعراض عن العقد لحين الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والثانوية .

لذلك فان المشرعين قد تبنيا كلا المعيارين لانعقاد العقد ، فالمسائل الثانوية لاتكون لازمة لانعقاد العقد مالم يتم التمسك بها من قبل احد الطرفين اي بمعنى انها تحولت الى مسالة جوهرية وفق المعيار الشخصي[١] .

ونرى ايضا ان المشرع الفرنسي اعمل المعيارين الموضوعي والشخصي في ابرام العقد وهذا المعنى مستنتج من نص المادة (١١١٤) منه والتي نصت على انه (يشمل الايجاب الموجه الى شخص محدد او غير محدد العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه ويعبر عن ارادة صاحبه بالارتباط في حالة قبوله عند تخلف ذلك فلا يعد ذلك سوى دعوة للدخول في المفاوضات) .

١- اسراء جاسم محمد ، المصدر السابق ، ص٥٣

فكل مايتضمنه الايجاب من مسائل هي مسائل جوهرية بالإضافة الى المسائل التي تحدد طبيعة العقد اصلا .

وقد جاء في احد قرارات محكمة النقض الفرنسية[1] ، بان محكمة الاستئناف بموجب سلطتها في التقدير قررت ان بعض العناصر التابعة عادة كتاريخ دفع الثمن او تاريخ تسليم المبيع كانت في تلك الدعوى محل اعتبار من قبل البائعة كعناصر مكونة لرضاها ، وانه في هذه الحالة لا وجود لعقد البيع لعدم تحقق تلك العناصر .

المطلب الثاني

التمييز بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية

قد يتلاقى الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية وقد يفترقا في مواضع اخرى . لذلك لابد من اجراء مقارنة بين مرحلة انعقاد العقد ومرحلة تنفيذه ،وان الترتيب المنطقي للموضوع يفرض علينا التطرق اولا الى التمييز بين الالتزام الاساسي والمسائل الجوهرية كمرحلة اولى، ومن ثم نتطرق الى التمييز بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية في فقرة مستقلة لذى اقتضى البحث تقسيم المطلب على فرعين وكما يلي :

الفرع الاول

التمييز بين الالتزام الاساسي والمسائل الجوهرية

يمتاز الالتزام الاساسي بارتباطه بعلاقة قوية مع المسائل الجوهرية في العقد كما ان هناك اختلاف بينهما في جوانب عديدة ، ولتوضيح ذلك يلزم تقسيم الفرع على فقرتين :

١- بتاريخ ٢ ايار ١٩٧٨،اورده جاك غستان، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، المصدر السابق ، ص٣٢٤

اولاً: مظاهر الشبه بين الالتزام الاساسي والمسائل الجوهرية –

تتمثل مظاهر العلاقة بين الالتزام الاساسي والمسائل الجوهرية في العقد بان لتلك المسائل دور بارز في نشأة الالتزام الاساسي اذ عدها البعض اساسا لنوعي الالتزام الاساسي وهما كل من الالتزام الاساسي بحسب طبيعة العقد والالتزام الاساسي بحسب ارادة الاطراف .

ومن خلال اعتبار المعيار الموضوعي لتحديد المسائل الجوهرية اساسا يستند عليه الالتزام الاساسي بطبيعته، اما الالتزام الاساسي بارادة اطراف العقد فيستند في وجوده على المعيار الشخصي المحدد للمسائل الجوهرية[١].

فبالنسبة للمعيار الموضوعي لتلك المسائل الذي يعني بان المسالة الجوهرية مستمدة من ماهية العقد ، التي تتمثل باركان العقد وهي كلا من الرضا والمحل والسبب فضلا عن الاركان الاخرى في بعض العقود الاخرى والتي تعد المحال التي ترد عليها الالتزامات المحققة للهدف الاقتصادي في العقد وهي الالتزامات الاساسية[٢].

وبخصوص ركن السبب يمكن القول ان للسبب دورا كبيرا في تحديد الالتزام الاساسي مما يؤدي بنا الى القول بانه يصلح ان يكون اساس قانونيا لتحديد الالتزام الاساسي ففي قسم من العقود يمكننا من خلال السبب تحديد الالتزام الاساس[٣] .

وهذه العقود هي العقود الملزمة للجانبين اذ نكون ازاء التزام اساسي يقع على عاتق كل من الطرفين المتعاقدين وكل التزام منهما يكون مقابلا لالتزام الطرف الاخر وهذان الالتزامان

١–حيدر فائق حطاب، التنظيم القانوني للالتزام الرئيسي في مرحلة تنفيذ العقد ، رسالة ماجستير ، معهد العلمين للدراسات العليا ، النجف الاشرف ،٢٠٢٠ ، ص١٩

٢– د. مصطفى محمد الجمال ، السعي الى التعاقد ، المصدر السابق ، ص١٣٢

٣– د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص١٨٣

الرئيسيان مرتبط احدهما بالاخر ارتباطا وثيقا [١]، ومن ثم فان التزام كل طرف هو سبب لالتزام الطرف الاخر[٢]، ومثال ذلك التزام المؤجر في عقد الايجار بتسليم الماجور يقابله التزام المستأجر بدفع الاجرة وهما التزامان اساسيان في هذا العقد .

وفي عقد البيع ينشا التزاما على عاتق المشتري بدفع الثمن الذي يقابله التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري ، والعكس صحيح فكل من الالتزامين السابقين يعد التزاما اساسيا ويعد كلا منهما سببا لالتزام المتعاقد الاخر ، وفي عقد النقل ايضا يفرض على الناقل التزاما اساسيا يتمثل بنقل البضاعة وتسليمها الى المرسل اليه الذي يعد التزاما اساسياً مقابلاً للالتزام الاساسي بدفع اجرة النقل والملقى على عاتق المرسل .

لذلك فكل من الالتزامين الرئيسيين يكون سببا لالتزام المتعاقد الاخر، ومن ثم يمكن تحديد الالتزام الاساسي في العقود الملزمة للجانبين عن طريق ركن السبب .

لكن على الرغم من وجاهة نظرية السبب في الكشف عن الالتزام الاساسي فانها مما يؤخذ عليها بانها لا تصلح لتحديد الالتزام الاساسي في العقود الملزمة لجانب واحد على الرغم من ان السبب يمثل مسالة جوهرية لانها ضرورية لانعقاد العقد[٣].

فمثلا يتضمن عقد الكفالة التزاما اساسيا يقع على عاتق طرف واحد وهو الكفيل فهو ملزم باداء مبلغ الدين اذا لم يقم المكفول بالوفاء عند الاستحقاق والا يتضمن اي التزام على عاتق المكفول يمكن اعتباره سببا للالتزام الاساسي للكفيل .

١- د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٢، ص١٧١

٢- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، احكام عقد البيع –دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي –، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣، ص٨٩

٣- د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص١٨٤

اما بالنسبة الى ركن المحل فاننا نعني به محل العقد وليس محل الالتزام ، اذ عرف جانب من الفقه محل العقد بانه (العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء العقد اي موضوع العقد من شيء او خدمة او عمل ، بينما محل الالتزام هو الاداء الملتزم به المدين، اما بتسليم شيء معين او بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل)[١]، فلا يمكن الاعتماد على محل العقد لوحده لكي يكون اساسا لتحديد الالتزام الاساسي فمن الاجدر بنا الاتجاه نحو الرضا والمحل معا فهما يلعبان دورا مهما في تحديد هذا الالتزام فالرضا والمحل مرتبطان من حيث ان الرضا يرد على المحل فارادة الاثر القانوني للعقد تقتضي ان تنصب تلك الارادة على موضوع او محل معين[٢] .

فمحل العقد ليس فقط وجود العين المؤجرة او المبيع او ... الخ فان هذه الاشياء موجودة قبل قيام العقد ودون تصور القيام بعمل معين بدونها فلا يمكن القولبارتضاء الارادة بالعقد بغيابها وهنا يظهر المحل الذي يتطلب القانون وجوده في مرحلة ابرام العقد ، ولإيضاح تلك المسالة فان مضمون العمل القانوني المقبل في العقد هو المحل الذي يظهر على انه بمثابة تجسيد للرضا .

وهنا اعتبر محل العقد وارادة اطرافه هما الاساس الذي يستند عليه الالتزام الاساسي في نشوئه خاصة وان المحل يشير الى الجوانب الكمية للعقد ، وهي جوانب ضرورية في الالتزام الاساسي[٣] .

وان الرضا يمثل غاية ارادة اطراف العقد لترتيب اثرا قانونياً ، وهكذا ينبغي ان يفهم الالتزام الاساسي بانه التراضي بمفهوم معين فهو ارادة الملتزم بأمر محدد[٤] .

١- د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص١٤٢

٢- د. جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، السنة الرابعة والثلاثون ،١٩٦٤، ص٣٤٩-٣٥٠

3-AlimaSanogo , op , cit. p 27

٤- د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص٥١٠

ونعتقد بانه لا يمكن الاعتماد على احد اركان العقد لتحديد الالتزام الاساسي بطبيعته وانما ذلك الالتزام يجد أساسه في اركان العقد مجتمعة بمعنى انه الاثر المترتب على ارتباط ارادة الطرفين بمحل العقد وما يهدف المتعاقدان الوصول اليه من سبب؛ لان تخلف احد هذه الاركان يجعل العقد باطلا ولا يرتب اي اثر قانوني ،ومن ثم عدم وجود الالتزام الاساسي الذي يمكن عده اثرا لمرحلة ابرام العقد.

ومن جانب اخر عدت المسائل الجوهرية وفقا للمعيار الشخصي لها اساسا لنشأة ما يسمى بالالتزام الاساسي بحسب ارادة طرفي العقد ففي عقد البيع قد يتفق البائع والمشتري على مكان محدد لتسليم الثمن ، اذ يعد مكان تسليم الثمن من المسائل الثانوية في هذا العقد طبقا لطبيعة عقد البيع ولكن باتفاق اطراف العقد علي عدها من المسائل الجوهرية وفقا للمعيار الشخصي ، فبعد ابرام العقد تحول مكان التسليم من مسالة جوهرية الى التزام اساسي ملقى على عاتق المشتري ناشئ من ارادة الطرفين ولكن ليس بالضرورة ان يكون اساس هذا الالتزام دائما المسائل الجوهرية وفقا للمعيار الشخصي لها ، فقد ينشا ذلك الالتزام في مرحلة تنفيذ العقد ، ففي قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية[1]، (قضت بها بتعويض احد العملاء عن كسر بعض الزجاج رغم الشرط الصريح الذي يعفي الناقل من المسؤوليةعن تهشم الاشياء القابلة للكسر، وقد ظهرمن عبارات حكم محكمة الموضوع ملاحظة حاسمة في هذا الشأن وهي ان الشاحن قد دفع علاوة اضافية على السعر الاصلي بسبب قابلية الاشياء المشحونة للكسر، ولا يمكن تبرير هذه الزيادة في الثمن المعتاد للشحن الا بان الشاحن قد اراد الابقاء على الالتزام بالتعويض في حالة كسر الاشياء المشحونة) ٠

١- نقض عرائض في ٢١ يناير ١٨٠٨. اورده د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، المصدر السابق ، ص٤٠

وبتعبير اخر ان التزام الناقل بضمان الاشياء المشحونة والقابلة للكسر لم يعد التزاماً ثانوي بالنسبة له وانما صار التزاماً اساسياً وفقاًلإرادة الاطراف، اذ اتفق الطرفان على السعر الاصلي وكافة المسائل الجوهرية مما ادى الى انعقاد العقد وبعد انعقاد العقد وفي مرحلة تنفيذ العقددفع العميل مبلغا اضافي بسبب قابلية الاشياء المشحونة للكسر، وقد تسلم الناقل هذا المبلغ مما حوله الى التزام اساسي ناتج عن ارادة اطراف العقد يكون ناشئاً في مرحلة تنفيذ العقد، وهنا نلاحظ بان معايير تحقق المسائل الجوهرية تختلف عن معايير تحقق الالتزام الاساسي في العقد.

ثانياً : اوجه الاختلاف بين الالتزام الاساسي والمسائل الجوهرية

بعد ان تطرقنا الى مظاهر الشبه بين المسائل الجوهرية والالتزام الاساسي في الفقرة اولا سنتناول في هذه الفقرة مظاهر الاختلاف بينهما ، اذ يظهر دور هذه المسائل في مرحلة المفاوضات ومرحلة ابرام العقد اي بمعنى انها تلك المسائل التي تحول دون انعقاد العقد عند عدم وجود اتفاق بشأنها بما تمثله من اركان العقد فلا يقوم العقد بدونها[١] .

ولكن الالتزام الاساسي يظهر دوره في مرحلة تنفيذ العقد ، فعند اكتمال مرحلة ابرام العقد ينتهي دور المسائل الجوهرية وتبدا فاعلية الالتزام الاساسي بالظهور اذ ان لكل مرحلة من مراحل العقد وظيفة تؤديها تختلف بها عن غيرها .

هذا من جانب ومن جانب اخر، فان مخالفة المسائل الجوهرية للعقد تؤدي الى بطلان العقد[٢] او عدم انعقاده في حال لم يتفق عليها في مرحلة المفاوضات كونها غير ملزمة ففي هذه

١- اسراء جاسم محمد ، المصدر السابق ،ص١٤٤

٢- انظر المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي ، والمادتان ١٣٢و١٣٦ من القانون المدني المصري والمادة ١١٨٦ من القانون المدني الفرنسي

المرحلة للاطراف الاتفاق عليها او عدم الاتفاق عليها ومن ثم عدم انعقاد العقد[١]، اما الالتزام الاساسي فهو ملزم لايجوز مخالفته وفي حالة تم الاخلال به يفسخ العقد [٢].

الفرع الثاني

التمييز بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية

من الممكن ان يختلط الالتزام الثانوي بالمسائل الثانوية وبمكن ان يفترقا في ذات النقطة لذلك ولتوضيح ذلك يلزم تقسيم الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الاولى التشابه بينهما وفي الفقرة الثانية نقاط الاختلاف وكما يلي :

اولاً: الشبه بين المسائل الثانوية والالتزام الثانوي

ان كلاهما يهدف الى تحقيق الغرض العملي الذي يبتغيه ويقصده المتعاقدان او يقتضيه العقد ، فالهدف منهما هو جعل العملية العقدية اكثر فائده وسهوله للوصول الى الغايات النافعة من وراء العملية العقدية.

كما يتشابهان من حيث الاهمية حيث لا يمنع عدم التطرق الى المسائل الثانوية من انعقاد العقد في مرحلة الانعقاد ما لم تصدر ارادة مخالفة ، وكذلك الالتزام الثانوي في مرحلة التنفيذ يكون قليل الاهمية ولا يترتب على عدم تنفيذه فسخ العقد ما لم يتفق على خلاف ذلك بتحويله الى التزام اساسي ومالم يكن مرتبطا بالتزام اساسي لانه في هذه الحالة سوف يأخذ مركزه من حيث الاهمية كما في التزام ضمان التعرض في عقد البيع والتزام السلامة في عقد نقل الاشخاص حيث ان كلاهما التزامات ثانوية لكن بسبب ارتباط الالتزام الاول بالمنفعة المرجوة من

1-AlimaSnogo , op, cit. p17 .

٢- د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، المصدر السابق ، ص١٠١

المبيع وارتباط الثاني بسلامة الراكب واهميته في عقد النقل عد كل منهما التزاماً اساسياً في تلك العقود .

كما ان كلاهما لايتصل باقتصاديات العقد ولايؤثر في توازنه الاقتصادي[١] فلا تشكل مسائل العقد الثانوية جزء ذا اهمية من المحل ولا يتصل الالتزام الثانوي بالسبب بمعناه القصدي حيث ان فكرة التقابل في الالتزامات الثانوية معدومة .

فكلاهما لايرتبط بجوهر العقد والغاية الاساسية منه فهما لايرتبطانبالأركان الاساسية للعقد [٢] مالم يتفق الاطراف او ينص القانون خلاف ذلك .

وكماانه لا يمكن اعتبار مسالة جوهرية في مرحلة الانعقاد مسالة ثانوية ، لا يمكن اعتبار التزام اساسي التزام ثانوي في مرحلة التنفيذ لان ذلك يرتبط بتكييف العقد وطبيعته القانونية.

ثانياً: مظاهر الاختلاف بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية

بعد التطرق الى مواطن الشبه بين الالتزام الثانوي والمسائل الثانوية في الفقرة الاولى فإنه يوجد مكامن للاختلاف بينهما ، حيث ان الالتزام الثانوي يظهر دوره في مرحلة تنفيذ العقد بينما تتعلق المسالة الثانوية بمرحلة انعقاده فطرح اي مسالة سواء وردت في الايجاب او اثيرت بعد ذلك بين الطرفين وبغض النظر عن اهميتها سواء كانت ثانوية او جوهرية تحول دون انعقاد العقد اذا لم يتم الاتفاق عليها[٣] .

١- د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٤٣

٢- سليمان براك دايح الجميلي ، المصدر السابق ، ص٢٦ ٠ اسراء جاسم محمد ، المصدر السابق ، ص٣٩

٣- د ٠ صالح ناصر العتيبي ،مصدر سابق ، ص٤٧

فالقبول الذي ينعقد به العقد يجب ان لا يقتصر على المسائل العقد الجوهرية دون مسائله الثانوية بل يجب ان يشملها جميعا دون تفرقة ، فلا يجوز تجزئة القبول الى قبول للمسالة الجوهرية وقبول للمسألة الثانوية[١] .

اما الالتزام الثانوي فيظهر في مرحلة التنفيذ رغم عدم الاتفاق عليه حيث يمكن ان تضيفه المحكمة ولا تعتمد على ارادة الاطراف فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية[٢]، بان عدم تحديد مقدار الاجر في عقد المقاولة فان ذلك يعد من المسائل التفصيلية التي لاتحول دون ابرام العقد ،ففي حالة عدم تحديده مقدما فانه يجب على المحكمة ان تعينه مسترشدة في ذلك بالعرف الجاري في الصنعة وما يكون قد سبقه او عاصره من اتفاقات على ان تدخل في حسابها قيمة العمل وما تكبد من نفقات في سبيل انجازه والوقت الذي استغرقه والمؤهلات والكفاية الفنية والسمعة واسعار المواد التي استخدمت واجور العمال وغير ذلك من النفقات .

فالقرار يبين حالة فقدان الالتزام الثانوي في مرحلة تنفيذ العقد، فبالرغم من غياب الاتفاق بشانه يمكن للمحكمة اضافته دون المساس بوجود العقد وذلك استنادا للقانون فقد نصت المادة(٨٦) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي والتي يقابلها المادة (٩٥) من القانون المدني المصري بانه (... واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة).

كما نصت المادة(٩٥) من القانون المدني المصري على انه (...واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة) .

١- د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص١٣٥

٢- نقض مدني ، رقم ٢٣٦١، جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ مجموعة المكتب الفني ، الجزء الثاني ، السنة الخامسة والاربعون ، رقم ١٩٠، ص٩٩٨

كما ان معايير تحديد كل منهما مختلف لان تحديد المسائل الثانوية يعتمد كما قدمنا على تحديد المسائل الجوهرية فهي تمثل ماعداها من المسائل والامور الجوهرية ، اما معايير تحديد الالتزام الثانوي فهي معياران الاول يعتمد على طبيعة العقد اي المعيار الموضوعي والمعيار الثاني يعتمد على اهمية الالتزام وهو معيار اهمية الالتزام وكما سنوضح ذلك في المبحث التالي .

المبحث الرابع

معايير تحديد الالتزام الثانوي

قد يحصل اللبس والغموض بين التزامات العقد المتعددة ، فالالتزامات والثانوية منها خصوصا لاعد لها ولا حصر لذلك لابد من وضع معيار للتمييز بينها، الا انه يلاحظ بان لارادة المتعاقدين دوراً في قلب الالتزامات من ثانوية الى اساسية لذلك اقتضى البحث تقسيمه على مطلبين نتطرق في المطلب الاول الى معايير تحديد الالتزام الثانوي، وفي المطلب الثاني نتناول فكرة تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي .

المطلب الاول

تحديد الالتزام الثانوي

قد يشتبه الالتزام الثانوي في مرحلة التنفيذ بالالتزام الاساسي لذلك لابد من وجود معيارللفصل بينهما ٠ وان المعايير المقترحة في هذا الخصوص هما معيار طبيعة العقد ، ومعيار اهمية الالتزاموسنتطرق لهما في الفرعين التاليين .

الفرع الاول

معيار طبيعة العقد

و هومايمكن تسميته ايضا بالمعيار الموضوعي الذي يعتمد على طبيعة العقد لتحديد الالتزام الثانوي وتمييزه عن الالتزام الاساسي[1].

ففي العقود المسماة–اي التي نظمها المشرع – هناك التزامات ثانوية ناشئة من طبيعة هذا العقد كما ان هناك التزامات اساسية ناشئة من طبيعته ،والمشرع في العقود المسماة ينظم كل الالتزامات المتعلقة بتلك العقود الثانوية منها والاساسية ويمكن القول عموما بان كل التزام يتعلق بالعقود المسماة اجاز المشرع الاتفاق على خلافه هو التزام ثانوي ٠

فالتزام مكان ،تسليم المبيع ، وزمانه، ونفقاته كلهاالتزامات ثانوية حيث اجاز المشرع العراقي وكذلك المصري والفرنسي الاتفاق على خلاف مايقرره من احكام بشأنها ، والتزام الضمان في عقد البيع وحسب طبيعة ذلك العقد يكون التزاما ثانويا، ولكن بسبب ارتباطه بالالتزام الاساسي وهو التزام التسليم عد التزاماً اساسياً حيث لاتظهرفائده من تسليم المبيع الى المشتري ولم يكن البائع ضامناً للتعرض حيث يلتزم البائع بان ينقل الحق المبيع الى المشتري كما عين في العقد وبان يمتنع عن اي عمل يحول دون انتفاعه بالمبيع انتفاعا هادئا سليما من الشوائب والتزام البائع التزام مزدوج يتمثل الاول في التزامه بعدم التعرض للمشتري في ملكية المبيع او حيازته وهو يسمى التعرض الشخصي اي التعرض الصادر من البائع نفسه وهو التزام سلبي ، والتزام بامتناع ، ويتمثل الثاني بدفع التعرض الصادر من الغير للمشتري في حيازة المبيع

١– د. مصطفى محمد الجمال ،السعي الى التعاقد ، مصدر سابق، ص١٣٥ ٠ د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص١٦٤ ، جاك غستان ، المطول في القانون لمدني ، مفاعيل العقد او اثاره، مصدر سابق ، ص١٠٣ ٠ اسراء جاسم محمد ، المصدر السابق ، ص٤٢

والتصرف فيه والانتفاع به وهذا يسمى ضمان عدم التعرض الصادر من الغير وهو التزام ايجابي[1].

وقد حددت المادة(٥٤٩) من القانون المدني العراقي هذا الالتزام بقولها

١. يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعي ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري ٠

٢. ويثبت ضمان التعرض ولم ينص عنه في العقد ٠

كما نصت المادة(٤٣٩) من القانون المدني المصري على انه(يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو او من فعل اجنبي يكون له حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الاجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه) .

اما المشرع الفرنسي فقد نص صراحة على جعل التزام الضمان التزاماً اساسياً وذلك في المادة (١٦٠٣) اضافة الى ضمان التسليم لان ذلك الالتزام يعد نتيجة طبيعية للالتزام بالتسليم[2]، وقد اعتمد المشرع العراقي والمصري ذات الحكم عندما يكون التعرض شخصي ، فلا يجوز للبائع ان يعفي نفسه من هذا الالتزام في تلك الحالة ، فقد نصت المادة(٥٥٧) من القانون المدني العراقي على انه (اذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسؤولاً عن اي استحقاق ينشأ عن فعله الشخصي ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك)٠

١- د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة –البيع –الايجار – المقاولة ، جامعة الموصل ، كلية القانون، بلا سنة ، ص١٠٧

2 -AlimaSanogo , op ,cit , p9

معنى ذلك ان المشرعان العراقي والمصري اعتبرا التزام ضمان التعرض الشخصي التزام اساسي وليس ثانوياً بدليل عدم جواز الاعفاء منه ٠

فالاستحقاق يكون ناشئ بفعل البائع اذا كان المستحق قد تلقى حقه من البائع قبل البيع او بعده كما لو ابطل العقد الذي تملك به البائع المبيع بسبب اكراه صدر منه او تغرير مع غبن فاحش او كما لو باع البائع المبيع المنقول الى مشترٍ اخر وتسلمه الاخير فالاتفاق على اسقاط الضمان في هذه الاحوال يكون باطلاً[١]٠

اما الالتزامات الاساسية بحسب طبيعة عقد البيع فهي التزام تسليم المبيع والتزام دفع الثمن، وقد اكد ذلك المشرع ومن تعريف هذا العقد الذي يبرز هذان الالتزامان اللذان يحددان طبيعة ذلك العقد فقد نص المشرع العراقي في المادة (٥٠٦)بأن (البيع مبادلة مال بمال) مع ملاحظة ان مبادلة المال بالمال تعني ان البائع ملتزم بتسليم المبيع في مقابل حصوله على الثمن وهو التزام ملقى على عاتق المشتري للحصول على المبيع ٠ فالمبادلة تعني التزام متبادل لكلا من البائع والمشتري اما المال يشمل كلا من المبيع والثمن[٢]، كما عرف المشرع المصري عقد البيع من خلال التزاماته الرئيسية حيث نص في المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري على (البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيئ او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي) ٠ كذلك فعل المشرع الفرنسي حيث نصت المادة (٥٨٢)من القانون المدني الفرنسي على ان (البيع عقد يلتزم بموجبه طرف بتسليم شيء والاخر بدفع ثمنه)٠

١- د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠،ص١٤٤ وانظر ايضا د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة ،المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ،١٩٧٠، ص٤٠٠

٢- د. عزيز جبر الخفاجي ، المصدر السابق ، ص٣٢٢

اما العقود غير المسماة وهي تلك العقود التي لم يخضعها المشرع الى نصوصه التنظيمية كما هو الحال في العقود المسماة لذلك قد لا تتضح معالمها ويرجع ذلك الى ارتباط هذه العقود بتطور الحياة الاقتصادية من جهة وارتباطها بمبدأ الحرية التعاقدية من جهة اخرى[١] . فيمكن ايضا الاعتماد على طبيعة العقد لتحديد التزاماتها الثانوية.

فالالتزام الثانوي يختلف بحسب طبيعة كل عقد فعلى سبيل المثال الالتزام بالصيانة هو التزام اساسي بالنسبة لعقد تصليح السيارات الا انه يعد التزاماً ثانوياً في عقد الحراسة الخاصة بساحات وقوف السيارات .

ويذهب الفقه الى انه يمكن تحديد التزامات تلك العقود من خلال هدفها الاقتصادي ، فاذا تعاقد شخص مع اخر يجب ان يعرف ما الذي يريده هو ، وكذلك مايريده الطرف الاخر منه بموجب هذا العقد[٢]، ففي عقد الاشتراك في خدمات الانترنت – وهو عقد غير مسمى– يكون الهدف الذي يبتغيه المشترك منه هو الحصول على خدمة الانترنت من مزود الخدمة لذلك يكون الالتزام الاساسي على مزود الخدمة هو تقديم خدمة الدخول الى شبكة الانترنت [٣]اما باقي الالتزامات تكون ثانوية مثل التزامه بتقديمه النصيحة للعميل بكل ما يتعلق بالخدمة ، ومساعدته في حل المشاكل التي قد تواجهه اثناء استخدامه المعتاد للخدمة واعلامه حول جودة الخدمات المقدمة ونصيحته حول الاستخدام الامثل للشبكة وتقديم المشورة حول نوع الاجهزة المستخدمة بالربط بالشبكة والمساعدة في حل مشاكل الربط بالشبكة فهذه كلها التزامات ثانوية بحسب طبيعة عقد الاشتراك في خدمة الانترنت ولا تشكل الهدف الاساسي في طلب تلك الخدمة مالم يتلقى

١– د. مصطفى الجمال ،السعي الى التعاقد ، المصدر السابق،ص ١٢٧

٢– د. محمد ابراهيم الدسوقي ، المصدر السابق ،ص٣٤

٣ - محمد عبد الرزاق محمد ، النظام القانوني في عقد الاشتراك في خدمة الانترنت ، رسالة ماجستير ،كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١١، ص ١٠١

المزود مقابل عنها عندها تكون التزاماً اساسياً ناتج عن ارادة الطرفين ٠اما الهدف الاقتصادي لمزود الخدمة هو الحصول على المقابل المادي (مقابل الاشتراك)فهو التزام اساسي على المشترك[١]ويعتبر مقابل لالتزام المزود بتقديم الخدمة اما باقي التزاماته فتكون ثانوية مثل نفقات الوصول الى مكان دفع الاشتراك والبغشيش الذي يدفعه الى عمال المزود٠

وتجدر الاشارة بانه اذا وجد التزام وحيد في العقد فلا يمكن ان يكون الا التزاما اساسياً والسبب في ذلك انه اذا اعتبر التزام ثانوي لجاز للمدين به ان يشترط اعفائه منه مما يؤدي الى افراغ العقد من كل مضمون وينعدم اي اثر له [٢]٠

الفرع الثاني

معيار اهمية الالتزام

ويستمد هذا المعيار من اتفاقات الاعفاء من المسئولية العقدية ٠ حيث يمكن ان ترد تلك الاتفاقات على الالتزام الثانوي ولا يجوز ذلك بصورة مطلقة في حالة ورودها على التزام اساسي وبالتالي يمكن اعتمادها كمعيار للتمييز بينهما ٠

فاذا لم ينفذ المدين التزامه الذي نشأ عن العقد ، او تأخر في تنفيذه ولم تفلح محاولات اجباره على التنفيذ ، او اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطئه ، تنهض مسؤوليته العقدية، ويحق للدائن ان يطالب المدين بالتعويض ، وهذا مايسمى بالمسؤولية التعاقدية لأنها تحققت بسبب اخلال المدين بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد [٣]٠

١- د٠ محمد حسام لطفي ، المسؤلية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة في القانونين المصري والفرنسي)، دون ناشر ، القاهرة ، ١٩٩٥

٢ – د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ،ص ١٧٧

٣– د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ،ص٤٠١

ولما كان العقد في ذاته يخضع الى ارادة اطراف العقد في نشأته ، فان هذه الارادة لها ايضا ان تعدل من احكام المسؤولية العقدية، وذلك بالتشديد من مسؤولية المدين الى اقصى حد، ولتلك الارادة تخفيف حدة هذه المسؤولية الى درجة قد تصل الى الاعفاء منها [١]،بخلاف المسؤولية التقصيرية التي لايجوز تعديل قواعدها بإرادة الاشخاص ، لأنها ليست وليدة الارادة الحرة ، وانما وليدة القانون [٢] .

لذلك سميت هذه الاتفاقات بالاتفاقات المقيدة من احكام المسؤولية العقدية ، وقد قسمت الى اتفاقات التشديد من المسؤولية العقدية التي تبيح للدائن في العقد ان يشترط تشديد مسؤولية المدين التعاقدية ، كأن يشترط ان يكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد حتى ولو كان ذلك بسبب اجنبي لا يد له فيه [٣]، او حتى لو كان خطأ المدين تافهاً٠ وما يهمنا هنا من هذه الاتفاقات هي الاتفاقات التي تميز بين الالتزام الثانوي والاساسي وهي اتفاقات الاعفاء من المسؤولية ٠

وعرف الاعفاء من المسئولية العقدية بانه (اتفاق يقصد به رفع المسؤولية عن مرتكب الفعل الضار (العقد) ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة)[٤]، فهو عبارة

١- د. سميرعبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص١٧٤-١٧٥

٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص٦٧٣

٣- تنص المادة (١/٢٥٩) من القانون المدني العراقي على (١-يجوز ان يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة) وتقابل المادة (١/٢١٧) من القانون المدني المصري اما المشرع الفرنسي فقد نصت المادة (١٣٥١) من القانون المدني الفرنسي على (استحالة تنفيذ الاداء تبرئ المدين في حدود الاستحالة اذا كانت ناشئة عن حالة القوة القاهرة وكانت نهائية ، مالم يتفق على تحملها او تم اعذاره مسبقا) .

٤- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني _الالتزامات _ (الفعل الضار والمسئولية المدنية) ، الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ،١٩٩٢ ، ص٦٣٦

عن شرط يرد في العقد او في اتفاق منفصل يعفي الدائن بموجبه مدينه من التعويض الذي يترتب عليه كجزاء على الاخلال بالتزامه العقدي٠

وقد اجاز المشرع العراقي الاعفاء من المسؤولية ونص على (٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي...)[١]٠

ونصت المادة (١١٧٠) من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي بالأمر ١٣١ لسنة ٢٠١٦ على انه (يعتبر كان لم يكن كل بند يفرغ الالتزام الاساسي للمدين من مضمونه)٠

ومن خلال المفهوم المخالف لمضمون هذا النص يتبين لنا انه من الممكن ان يعفى المدين من المسؤولية المترتبة على الاخلال بتنفيذ الالتزام الثانوي . وهذا ما ينطبق على القانون الفرنسي .

اما المشرع المصري فلم يتضمن نص مماثل سواء يتعلق بالالتزام الثانوي او الاساسي .

ولكن في التشريع العراقي نجد ما يقابل مفهوم هذا النص والمعنى المراد منه ، وذلك من خلال مصطلح مقتضى العقد الذي ورد في المادة ١/١٣١ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه ...) ، حيث اجاز المشرع الشرط

١- انظر المادة (٢٥٩ /٢)من القانون المدني العراقي ، تطابقها المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري ٠اما القانون المدني الفرنسي فلم يرد به نص صريح يحدد الاتفاق على الاعفاء من المسئولية الا ان القضاء الفرنسي استقر على صحة هذه الاتفاقات مع التشدد في تفسيرها انظر غسق خليل ابراهيم ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية الاطاري ، الطبعة الاولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص١٨٣

المؤكد لمقتضى العقد ، وعند البحث عن اساس هذا المصطلح يتبين لنا بانه يعود الى تأثر المشرع العراقي بالفقه الاسلامي [١].

فقد عرف مقتضى العقد بانه (مقتضى ذاته بمعنى ان ماهيته لا تتحقق الا بذلك)[٢].

اي انه يمثل المقتضى الذي تتوقف عليه ماهية العقد ولا تتحقق الا بوجوده[٣]، ولم يجز الفقهاء المسلمين اي شرط يتعارض مع مقتضى العقد ، واعتبروا مثل هذا الشرط باطل والسبب في ذلك (ان الشرط يتبع في الصحة للعقد ، فاذا لم يترتب على العقد ماهو مقوم لماهيته فلاعقد حتى يرتبط به الشرط ، فلايكون حينئذ للشرط موقع)[٤].

لذلك يتضح لنا ان مقتضى العقد والالتزام الاساسي لهما نفس المعنى والدلالة من حيث اتصالهما بماهية العقد ووجوده . ولا يوجد اختلاف بينهم فكل ما هنالك ان الفقهاء المسلمين في تعريفهم مقتضى العقد ينظرون اليه من ناحية الدائن باعتبار حقا (كقبض المبيع في عقد البيع) ، اما الالتزام الاساسي فينظر اليه من جانب المدين به (كالالتزام بتسليم المبيع للمشتري) ، وبذلك فانه يتساوى كل من الحق والالتزام في حكم العقد ولا يوجد اختلاف بينهم .

وعند الرجوع الى نص المادة ١/١٣١ من القانون المدني العراقي نرى انه اجاز للشرط ان يقترن بالعقد اذا كان مؤكدا لمقتضاه وعند عكس مفهوم هذا النص يصبح (عدم جواز اقتران العقد بشرط لايؤكد مقتضاه او يتعارض مع ذلك المقتضى) . لذلك يمكن القول بانه يجوز ان

١- يونس صلاح الدين علي ، مصدر سابق ، ص٨٢

٢- مير عبد الفتاح الحسيني المراغي ، العناوين الفقهية ، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤١٨ ، ص٢٨٩

٣- حبيب الله الرشتي ، كتاب الاجارة ، الجزء الاول ، ص٦١ .منشور على الموقع الالكتروني : masaha.net

٤- مير عبد الفتاح مراغي ، المصدر السابق ، ص٢٨٩

يعفى المدين من المسؤلية في حالة الاخلال بالتزام ثانوي لان الاخير لايرتبط بجوهر العقد ولا يمثل مقتضاه ،فهو اقل اهمية من الالتزام الاساسي على انه يلاحظ بانه يجوز ذلك مع الالتزام الاساسي ايضا مع تحمل النتيجة _ اي عقد بلا مضمون _ لان الاخير يمثل مقتضى العقد وجوهره٠

وقد يختلط الالتزام الثانوي مع الالتزام الاساسي فيصعب على المحكمة التفريق بينهما ، وقد يكون هذا الخلط بفعل المدين من خلال تعمده بإظهار الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية بانه لايمسالالتزام الاساسي في العقد وانما يتعلق بالتزام ثانوي[١]٠

وقد يكون هذا الخلط ناتجا عن صعوبة الوصول الى الارادة الضمنية المنشأظلالتزام الاساسي ، خصوصا وان الالتزام الاساسي الناتج عن تلك الارادة هو التزام ثانوي بطبيعته ولكنه بفعل الارادة الضمنية لاطرافه تحول الى التزام اساسي في العقد ، لذلك فقط تطرق الفقه القانوني الى حالتين تدق فيهما التفرقة بين الالتزام الثانوي والاساسي في العقد ، ويحدث ذلك عندما يتم تضييق التزامات احد الاطراف الى اقصى حد ، او ان مخالفة الالتزام تجعل العقد غير مجد [٢]٠

فبالنسبة لاختصار الالتزام الى حده لادنى في العقد ، اذ رجع تلك الحالة الى حكم احدى احكام محكمة النقض الفرنسية [٣]، وتتمثل وقائعها (بان شركة السكك الحديدية قد تعاقدت على

١- د٠اسامة ابو الحسن مجاهد ، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد واثرها على اتفاقات المسؤولية ، المصدر السابق ، ص١٩

2 -Philippe Jestaz , A la recherché de l obligation fondamentale, Melange Raynaud,1985,p284

3 -cass. Civ.17 feverier, .1955,J,cp.1955-11-8951,noteRene Rodiere.

اورده د. سامة ابو الحسن مجاهد ، المصدر السابق ، ص٣٠

تأجير مخزن يقع في احدى المحطات من اجل تخزين بعض البضائع فيه، واشترطت ان يتحمل المستأجر المخاطر التي تتعرض لها البضائع ، ثم شب حريق في احدى القطارات المملوكة للشركة فامتد الى المخزن ، فاحترقت البضاعة ، ورغم انه من الواضح ان وقائع الدعوى لم تفصح عن وقوع خطأ جسيم من جانب الشركة ، الا ان محكمة النقض امرت محكمة الموضوع في ابطال شرط الاعفاء من المسئولية واستندت في ذلك الى بطلان شروط الاعفاء من المسؤولية في نطاق المسؤولية التقصيرية)٠

وقد تعرض هذا التأسيس في الحكم الى الانتقاد من قبل الفقه [1]، لوجود عقد ايجار بين شركة السكك الحديدية والمستأجر مما يترتب عليه مسؤولية عقدية ولا وجود للمسؤولية التقصيرية في تلك الدعوى ٠

الا ان الفقه ايد ذلك الحكم ولكن لسبب اخر وهو عقد مقارنة بين وضع المستأجر لخزن بضائعه ووضع مستأجر الشقة السكنية للسكن فيها ، فبالنسبة للاخير اذا عنى من الاتفاق على اعفاء المؤجر من المسؤولية العقدية في حالة اخلاله ببعض الالتزامات ، فانه سوف يفقد بعض الامتيازات او يعاني بعض الامور كالخسائر المترتبة من ازعاج الجيران او تسرب بسيط للمياه وما الى ذلك ، ولكن تلك الامور لا تجرد العقد من قيمته اذ يضل المؤجر ملتزما بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشقة وهو التزامه الاساسي في عقد الايجار ، اما في حالة مستأجر المخزن فأن الانتفاع الهادئ للمستأجر ينحصر بوجود حدا ادنى من الحماية ضد المخاطر للبضاعة المخزنة فاذا لم يتوفر ذلك الحد من الحماية فان الامر يتشابه مع وضع البضاعة في ارض مهجورة ، وبالنتيجة فإننا اذا اعفينا شركة السكك الحديد من هذا الحد من الحماية فاننا

1 −Philippe Jestaz , op,cit , p 285

سنكتشف بانها لم تلتزم بشيء في العقد لاعفائها من مسئولية تنفيذها الالتزام الوحيد في العقد وهو ما لا يمكن تصوره ، اذ ان ما يميز الالتزام الاساسي هو ان اتفاق الاطراف يمكن ان يقيد قليلا من نطاقه ، ولكن يجب ان لا يفرغ ذلك الالتزام من مضمونه [١].

وهنا يتبين لنا كيف كانت اهمية الالتزام معيارا للتمييز بين الالتزام الثانوي والاساسي .

وفي حالة الصعوبة في التمييز بين الالتزام الثانوي والاساسي في العقد ولم تساعدنا حالة اقتصار الالتزام على حده لادنى ، عندها يوجد طريق اخر وهو ما اذا كان شرط الاعفاء من مسؤولية الاخلال بالالتزام قد جعل العقد غير مجد او غير نافع ، ففي تلك الحالة يكون الالتزام محل الاتفاق التزام اساسي ، واذا لم يجعل العقد غير مجد او غير نافع نكون امام التزام ثانوي .

ومثال ذلك ما تم عرضه على محكمة النقض الفرنسية[٢]، فقد قام احد المصطافين باستئجار مركبا من شركة للتنزه فيه لمدة خمسة عشر يوم ليستعمله في فترة اجازته ، وتعرض المركب الى عطل في محركه بسبب عيب في صناعته ادى الى عدم عمل المركب لمدة ثمانية ايام، مما جرد عقد الايجار من منفعته بالنسبة للمستأجر ، وتمسكت الشركة بشرط وارد في العقد يعفيها من رد قيمة الايجار ، ولكن رفضت محكمة النقض الاخذ به وقررت تعويض المستأجر عما لحقه من حرمان في الانتفاع بالمركب طول فترة تعطله ، وبررت المحكمة ذلك القرار بان الاطراف احرار في تقييد التزام المؤجر ، ولكن لا يجوز لهم الغاء المسؤولية في جميع الحالات ٠وعند تطبيق هذا الشرط يتضح بانه يجب ان يتضمن كل التلفيات التي قد تطرأفي مدة الايجار مهما كانت اسبابه، ولكن ذلك يؤدي الى تقاضي المؤجر مبلغ الاجرة حتى ولو لم ينتفع بالمركب ٠

---

1 −Marlene Burgard , op, cit

2 −cass ,com .19 juin 1970.J.c.p.1970.11.16.514

اورده د. صالح ناصر العتيبي ، مصدر سابق ، ص٢٩٢−٢٩٣ ٠

يتبين لنا من حكم المحكمة ،بان من البديهي والطبيعي في عقد الايجار ان يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور ، فقد يكون هذا الالتزام واضحا وقد يستتر وراء التزام اخر يكون هو الظاهر ، ففي هذه الدعوى كان الظاهر اتفاقات الاعفاء من المسئولية العقدية انها لم تمس التزاما اساسياً في العقد ولكن عندما جعل الاخلال من العقد غير مجد في هذه الحالة نكتشف التزام اساسي وليس ثانوي ، وعليه لو فرضنا بان مدة تعطل المركب لا تجاوز الساعتين فمن المؤكد ان المحكمة لاتبطل اتفاق الاعفاء من المسؤولية لأنه لم يجعل العقد غير مفيد على النحو الذي حصل بالفعل ، فاذا كان من الممكن قبول المستأجر على ان يحرم من الانتفاع بالمركب لمدة قليلة ، فلا يتصور قبوله على شرط يحرمه من الانتفاع بهذا المركب لأكثر من نصف المدة[1].

يتبين لنا ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية كان في الحالتين منصبا على التزام ثانوي في ظاهره ولكن في الحقيقة انه انصب على التزام اساسي في العقد وهو ما لا يجوز لأهمية ذلك الالتزام، وقد ساعد ذلك الفقه والقضاء على ملاحظة ان الالتزام الثانوي لايتعلق وجود العقد عليه ، ولا يرتبط بالمنفعة المقصودة منه ٠

فيمكن ان يرد الاعفاء على التزام ثانوي وهذا مالا يمكن في الالتزام الاساسي الذي يرتبط بجوهر العقد ٠

1-philippeJestaz ,op , cit , 287

المطلب الثاني

حالات تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي

من الممكن ان يكون الالتزام ثانوي بطبيعته ، ولكن لإرادة الاطراف راي اخر بشأنه اي يمكن لتلك الارادة ان تجعل منه التزاماً اساسياً فلا يوجد ما يمنع الارادة من تحويل التزام ثانوي بطبيعته الى التزام اساسي، ومن ثم يكتسب هذه الصفة ولكن ليس لانه التزام اساسي بطبيعته وانما باعتباره التزام اساسي وفق ارادة الطرفين[١].

وقد تكون هذه الارادة صريحة وقد تكون ضمنية ولتوضح الفكرة سنقسم هذا المطلب الفرعين نتناول فيها دور الارادة الصريحة والارادة الضمنية في تحويل الالتزام الثانوي الى التزام اساسي ٠

الفرع الاول

تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي بالإرادة الصريحة

يمكن لإرادة اطراف العقد ان تنشأ الالتزام الاساسي ٠ والارادة مسألة كامنة في نفس الانسان فقد عرفها بعضهم بانها (عمل نفسي ينعقد به العزم على امر معين)[٢]٠

وما دامت الارادة كامنة في النفس لذلك فان القانون لا يعبأ بها حتى يتمكن صاحبها من التعبير عنها بإحدى طرق التعبير لكي تظهر الى العالم الخارجي ٠

وتم التعبير عن الارادة بصورتين ، الاولى تدعى بالإرادة الضمنية ، والثانية تسمى بالإرادة الصريحة ٠

١- وسن قاسم غني الخفاجي، المصدر السابق ، ص١٣١

٢- د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٦٠

فبالنسبة للارادة الصريحة ، قد يتفق طرفي العقد وبصورة صريحة على تحويل التزام ثانوي الى التزام اساسي ، ويكون ذلك بالتعبير عن ارادتيهما بصورة صريحة في العقد من خلال اتخاذ مظاهر يقصدان بها الكشف عن ارادتيهما لاحاطة الغير بها علما . وكانت هذه المظاهر تعبر عن المعنى المقصود منها بما هو متعارف ومألوف بين الناس[١] .

حيث لايتعين على الاطراف وصف هذا الالتزام بانه اساسي او التزام ضروري لكي يعد كذلك وانما (يمكن ان يكون مجرد بند يضيفه الاطراف للتوضيح او التأكيد على الالتزام الثانوي وبقصد تحويله الى التزام اساسي)[٢].

كما هو الحال في اضافة بند في عقد نقل البضائع باتفاق المرسل مع الناقل بان يرسل البضاعة المنقولة خلال يومين الى المرسل اليه ، اذ اصبح بهذه الحالة التزام الناقل بسرعة وصول البضاعة التزام اساسي ناتج عن ارادة اطرافه على الرغم من كونه التزام ثانوي في عقد نقل البضائع .

وبناءاً على رابطة التبعية التي يتميز بها الالتزام الثانوي فانه يشترط به ان يكون تابعا الى التزام اساسي ناتجا من طبيعة العقد نفسه لكي يتحول الى التزام اساسي بارادة اطرافه ، كما في حالة اتفاق مالك السيارة مع صاحب الكراج الذي يأوي سيارته على ان يكون التزام الاخير بصيانة السيارة التزام اساسي طول مدة بقاء السيارة في الكراج ، ومقابل ذلك يدفع مالك السيارة مبلغا اضافياً[٣].

اذ ان الالتزام الاساسي الناتج من طبيعة هذا العقد هو الالتزام بحراسة السيارة الذي يلتزم به صاحب الكراج ،اما التزامه بالصيانة فقد الزمت بعض الكراجات الحديثة نفسها بتنفيذ هذا

١- عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٦١

2-AlimaSanogo ,op,cit ,p13-14

٣- د. حسام الدين الاهواني ، المصدر السابق ، ص٥٠٨

الالتزام فضلا عن التزامه بحراسة السيارة مقابل مبلغ مالي اضافي ، وبالتالي فان الالتزام بالصيانة في مثل تلك العقود التزام ثانوي بطبيعته تابع الى الالتزام بحراسة السيارة ، لانه تعلق بنفس السيارة محل العقد مما ترتب عليه تحول الالتزام بالصيانة الى التزام اساسي بفعل الارادة الصريحة لاطراف العقد اما لو افترضنا ان صاحب السيارة الزم صاحب الكراج بالمحافظة على بعض الملفات المسلمة اليه ،لكنا امام عقد جديد وليس التزاما رئيسيا بارادة الاطراف المتعاقدة لعدم تبعية هذا الالتزام للالتزام الاساسي الاول ٠

فالتزام حراسة السيارة ورد على السيارة ذاتها ، اما الالتزام بالمحافظة على الملفات فانه ورد على الملفات دون السيارة ومن ثم فقد ابرم عقدا جديدا محله تلك الملفات ٠

لذلك فاذا كان الالتزام ثانوياً تابعاً لالتزام اساسي وفق طبيعة عقد ما واتفقت الارادة الصريحة لطرفي العقد على تحويله الى التزام اساسي اعتبر ذلك الالتزام اساسيا ناتجا عن ارادة طرفي العقد ، وفي مثال ثاني اذ اشترط المشتري على البائع ان يبيع له عدد من الصحون ويوجب عليه ان تكون تلك الصحون بامكانها تحمل حرارة الفرن وفي مقابل ذلك فان المشتري سوف يدفع الثمن الذي يطلبه البائع ، فعند تمام هذا الاتفاق يصبح من البديهي ان يلتزم البائع بتسليم المشتري صحونا تتوفر بها الصفة التي اتفقا عليها ٠

فاذا ما استعمل المشتري الصحون ووضعها في الفرن على فرض انها سوف تتحمل حرارة الفرن –حسب الاتفاق– وتهشمت الصحون لانها لم تتحمل تلك الحرارة فان البائع في هذه الحالة يكون مسؤولا عن تعويض المشتري على الرغم من ان البائع لم يكن ملتزما بضمان توافر هذه الصفة في حال لم يتم الاتفاق عليها[1]٠

1 –Philippe jestaz , A la recherché de l obligation, fondamentale, Melange Raynand,1985,p289-290

اذ لايمكن ان يعد هذا الالتزام اساسياً بطبيعته يلتزم به البائع ، وانما يكون التزاما اساسيا مصدره اتفاق الارادة الصريحة لأطراف العقد ،وهنا يمكننا القول بان الالتزام الثانوي بضمان تحمل المبيع في حالة خاصة قد اصبح التزاماً اساسياًشانه شان الالتزام بتسليم الصحون٠

فنلاحظ انه لايوجد صعوبة في معرفة الالتزام الاساسي بناءً على الاتفاق الصريح كون صراحة الاتفاق على تحويله تنفي اي شك يمكن ان يثار في كونه التزام اساسي او ثانوي والصعوبة يمكن ان تظهر في حالة الاتفاق الضمني .

وتجدر الاشارة الى انه لا يجوز للارادة ان تحول التزام اساسي الى التزام ثانوي لان ذلك يعني تغييرا لطبيعة العقد؛ فاذا كان في خاطرهم ذلك فلهم ذلك مع تغير طبيعة عقدهم كأن يتحول عقد بيع الى عقد هبة وذلك لان الالتزام الاساسي يرتبط بجوهر العقد حيث تقتضيه طبيعة العقد بحيث يكون تحويله الى التزام ثانوي متعارضا مع اسس العقد ذاته[١] ، فهو الذي يحدد طبيعة العقد[٢]٠

الفرع الثاني

تحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي بالإرادة الضمنية للطرفين

يمكن ان يتحول الالتزام الثانوي الى التزام اساسي ولكن ليس بصورة صريحة كما مر علينا في الفرع الاول ، وانما يكون ذلك بصورة استنتاجية اي بالإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين ٠

١- حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٠٦

٢ -د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٤٦ ص٢١٩

تستنتج هذه الحالة ضمنا ومن خلال الظروف التي تحيط بالعقد سواء كانت تلك الظروف سابقة او معاصرة او لاحقة ٠

اذ ان المقابل الذي يتجاوز المقابل العادي قد يفهم منه انه تضمن زيادة اضافية في مقابل اعتبار الالتزام اساسي[١]٠

وايضا من خلال العادات والاعراف الساري التعامل بها ، ففي دعوى رفعت امام محكمة باريس الابتدائية[٢]، تتلخص وقائعها بان احد الزبائن قد فقد معطفه الفاخر الذي كان قد وضعه في المكان المخصص له في احد المطاعم الباريسية المشهورة ، وقد حاول صاحب المطعم ان يدفع مسؤوليتهعن حادث الفقدان بقوله ان اعتبارات اللياقة المسموح بها لاتسمح له بان يورد شرط عدم وجود ايصال بتسلم المعطف من الزبون ٠

الا ان المحكمة لم تأخذ هذا الدفع بالحساب فقد جاء في قرارها بانه ، طالما استقبل صاحب المطعم العميل ومن دون تحفظ فان العقد قد تضمن التزام عليه بحراسة اشيائه والالتزام بالحراسة يجد اساسه في الالتزام بتقديم الطعام ذاته باعتباره احد الملحقات التي لايمكن الاستغناء عنها تبعا للظروف والعادات التجارية ٠

فمن خلال القرار يتبين ان الارادة الضمنية للطرفين قد تم استخلاصها ليس فقط من المقابل المرتفع الذي يدفعه العميل ، وانما استعانت المحكمة بالعادات والاعراف التجارية في مثل تلك المطاعم ٠

فقد علق احد الفقهاء على هذا القرار بانه (هذا الالتزام رغم كونه ثانوي بحسب الاصل ، الا انه يعد جوهرياً وفقا لارادة الاطراف الضمنية ، ومايؤكد ذلك الامر هو المبلغ الباهض الذي

١- د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص١٧٩

٢- في ١٩٧٢/١٢/٦، اورده د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، المصدر السابق ، ص٤٣

يدفعه العميل ليس فقط لتناول الطعام– وهو ما يمكن ان يجده في اي مطعم متوسط اخر– بل لتلقي ضيافة معينة لا تتوافر في المطاعم الادنى ، وهكذا يكون الالتزام في هذه الحالة بالنظر الى المقابل المرتفع التزام اساسي)[1]٠

وفي قضية اخرى نظرتها محكمة استئناف ليون في فرنسا[2]، تتلخص وقائعها في ان احد الزبائن لشركة خاصة بالعلاج عن طريق المياه المعدنية قد ترك سيارته الخاصة في الموقف المخصص لها من قبل تلك الشركة اذ يتولى العاملون فيها تنظيم دخول السيارات الخاصة بالزبائن وتسليمها لهم بعد خروجهم من الشركة ولكن عند عودة الزبون لتسلم سيارته اكتشف انها قد سرقت ، اذ قام احد العاملين بتسليمها الى شخص اخر ٠

فقضت المحكمة بتعويضه عن سرقة سيارته بالرغم من وجود لافتة معلقة من قبل الشركة تعلن فيها عدم مسؤوليتها عن السيارات الخاصة بالزبائن عند تركها بالموقف التابع لها ، وقد اشارت المحكمة الى ان تلك الشركة قد تكفلت بتنظيم موقف السيارات المخصص لعملائها وقد اخذت مقابلا لهذه الخدمة فضلا عن الثمن المقابل للالتزام الاساسي الذي تلتزم به الشركة اصلا والمتعلق بعلاج الزبائن بالمياه المعدنية ، وبذلك لا تكون خدمة استعمال الموقف دون مقابل لها ٠

وهنا تكون الارادة الضمنية لاطراف العقد قد انصرفت الى انشاء التزام اساسي اخر ملقى على عاتق الشركة وهو الحفاظ على السيارات الخاصة بالزبائن اثناء وجودهم للعلاج ٠

---

1 – Philippe J estaz. Op. cit. p293

2 –C.Lyon 24 Janv 1928, 3ech ,Siry-Recueil general des Loiset des arre st,1929 ll p.95

اورده د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص١٧٩–١٨٠ ٠

فيلاحظ من هذا القرار انه استند على ارادة المتعاقدين الضمنية في تحويل الالتزام الثانوي الى التزام اساسي ، من خلال افتراض وجوده فضلا عن ان العادات الجارية والعرف دورا مهما في ذلك ٠

اذ درجت مثل تلك الشركات على استلام سيارات العملاء بغية تنظيمها وحفضها في الموقف التابع لها وبمفهوم المخالفة تبين ان عدم وجود مقابل مادي وعدم توفر العادات والاعراف الجارية يعني ان ارادة الاطراف لا تريد تحويل الالتزام الثانوي الى اساسي ،فالمقابل المادي والعادات والاعراف يكمل بعضها بعضا للوصول الى الارادة الضمنية للمتعاقدين ٠

الفصل الثاني

أحكام الالتزام الثانوي

تمهيد

بعد ان تناولنا في الفصل الاول ماهية الالتزام الثانوي نرى انه من الضروري التطرق الى بيان بعض احكامه ٠ فالالتزام اذا وجد يجب ان ينفذ وما وجد الا لذلك الغرض ومها كان موقعه في العقد ، ولكن قد يتعذر تنفيذه وقد يكون عدم التنفيذ بسبب المتعاقد وقد يكون بسبب اجنبي بعيداً عن ارادته وقد يكون عدم التنفيذ مؤقت لبعض الوقت ومرة يكون ذلك بسبب المتعاقد ،واخرى يكون لسبب خارجي، لذا راينا انه من الضرورة التطرق الى احكام الالتزام الثانوي بشيء من التفصيل في هذا الفصل وقسم على مبحثين نتناول في المبحث الاول اثر الالتزام الثانوي في بإنهاء العقد، لنتطرق في المبحث الثاني للحديث عن دور الالتزام الثانوي في المحافظة على العقد ٠

المبحث الاول

اثر الالتزام الثانوي بإنهاء العقد

ونقصد بذلك الجزاء المترتب على الاخلال بتنفيذه من قبل الملتزم ، وانعكاساته على وجود العقد ٠

ويقصد باخلال المدين بالعقد عدم وفائه بالالتزام المترتب عليه بموجب العقد على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدين ووفق ما يقتضيه حسن النية في المعاملات[١]٠

فقد يكون الالتزام محله اعطاء او تسليم شيء معين فان الاخلال بهذا الالتزام يتحقق بعدم التسليم او التسليم على نحو مغاير ، كالتزام البائع بتسليم كمية من الحنطة فيمتنع عن تسليمها كلها او يسلم جزءً منها فقط ويمتنع عن تسليم الجزء الاخر ٠ وكذلك الحال في حالة رفض المشتري سداد كامل الثمن او قيامه بسداد جزء منه والامتناع عن سداد الباقي ٠

واذا كان الالتزام القيام بعمل فان الاخلال به يقع بعدم القيام بالعمل كليا ، كامتناع العامل عن اداء عمله ٠ او القيام به لبعض الوقت فقط او سوء تنفيذ الالتزام وذلك بالقيام به على نحو مغاير[٢]٠

ففي هذه الصور يكون الاخلال متعارضا مع المتفق عليه في العقد بالإضافة الى ما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود اذا كان العقد قد غمض او قصر في ايضاح بعض جوانب الالتزام ، وذلك لان عدم التنفيذ يختلف في مداه وفي خطورته فتارة قد يكون جسيما وتارة يكون بسيط وقد يكون نهائيا او جزئيا وحسب الاحوال[٣]٠

١- د. عبد الحكم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، مصدر سابق ، ص٤٣٦

٢- هشام فالح طاهات ، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ، ١٩٩٨، ص٥٧ .

٣- د. مصطفى الجارحي ، فسخ العقد ، مصدر سابق ، ص٨٠

وانهاء العقد اما ان يتم بحكم قضائي او نتيجة شرط يتفق فيه المتعاقدان مقدما على انه اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخا ويقال له في هذه الحالة الفسخ بحكم الاتفاق٠

واما ان يتم بحكم القانون ويقال له عندها الانفساخ ، ولتحديد دور الالتزام الثانوي في كل حالة من الحالات اقتضى تقسيم المبحث على ثلاثة مطالب وكما يلي ٠

المطلب الاول

اثر الالتزام الثانوي في الفسخ القضائي

لتوضيح دور الالتزام الثانوي في حالة الفسخ القضائي يستلزم ذلك منا اولا وقبل كل شيء بيان المعنى المقصود من الفسخ القضائي ، ومن ثم التطرق في الفقرة ثانيا الى دور الالتزام الثانوي في هذه المرحلة من الفسخ لذا يقتضي منا البحث تقسيم المطلب الى فرعين وكما يلي :

الفرع الاول

ماهية الفسخ القضائي

ان الاصل في الفسخ ان يكون بحكم قضائي[1]٠وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الافراد حيث ان القاضي طرف محايد لا يميل الى احد الخصوم وقوله هو الذي يفصل النزاع بينهم ٠

١- د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص١٧٧ ، وانظر ايضا عدنان ابراهيم سرحان ، سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الثامن ، العدد ١,٢ ، ١٩٨٩، ص٢٧٨

فاذا ابرم العقد فان مآله الطبيعي تنفيذه اي تنفيذ كل من المتعاقدان لما يقع عليه من التزامات فاذا لم يفي احد المتعاقدان بالتزامه كان للمتعاقد الاخر طلب فسخ العقد ليتحلل من التزامه المقابل ، وفسخ العقد يعني زواله باثر رجعي ، اي اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[١].

ففي الحالة التي يقيم الدائن دعوى يطالب فيها القضاء بفسخ العقد كنتيجة لإخلال المدين بالاتزامات العقدية المترتبة عليه فذلك لا يعني ان الحكم بالفسخ اصبح محتما لان القاضي غير ملزم بالاستجابة الى طلب الدائن بالفسخ لان ذلك جوازي بالنسبة له ، بما له من سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ او بتنفيذ العقد[٢]، ونقصد من هذه السلطة مايتعلق منها بالفسخ . وقد اشارت محكمة التمييز في العراق الى ان (فصل محكمة الموضوع في عدم كفاية الاسباب لفسخ العقد هو من صميم سلطتها التقديرية فليس محتما عليها ان تقضي بالفسخ)[٣].

ففي الحالة التي يرفع الدائن دعوى يطالب فيها القضاء بفسخ العقد كنتيجة لا خلال المدين بالالتزامات العقدية المترتبة عليه فذلك لايعني ان الحكم بالفسخ اصبح محتما حيث ان القاضي غير ملزم بالاستجابة الى طلب الدائن بالفسخ لان ذلك جوازي له، بما له من سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ او بتنفيذ العقد[٤]، ونقصد من هذه السلطة ما يتعلق منها بفسخ العقد . وقد نصت المادة ١/١٧٧ من القانون المدني العراقي على شروط طلب الفسخ ، وليس شروط

١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، نظرية الالتزام- العقد والارادة المنفردة - ، مصدر سابق ، ص٤١٠- فقرة٥٠١

٢- د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني _النظرية العامة للالتزام _ المصادر _ ، الجزء الاول ، بلا ناشر، ١٩٧٩،ص٤٠٦ – فقرة٥٧٤

٣- قرارها المرقم ٩٦٣/٢/٩٥٦بتاريخ ١٩٦٣/٩/١٨ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الاول ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٣، ص٧٤

٤- د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام –(مصادر الالتزام)، الجزء الاول ، بلا ناشر ، دمشق ، ١٩٧٩ ، ص٤٠٦ فقرة ٥٧٤

ايقاع الفسخ بمجرد تحققه حيث نصت على انه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى...)[١].

حيث يتضح لنا ان لتحقق الفسخ القضائي لا بد من توفر شرطين ، ويتمثل الشرط الاول بوجوب ان يكون العقد ملزما للجانبين حيث ان العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوديعة بدون اجر وعقد العارية لايمكن تصور الفسخ فيها لعدم وجود التزامات متقابلة لان احد المتعاقدين مدين فيها غير دائن فلا يمكن للمدين ان يطلب الفسخ لعدم وجود التزام ملقى على عاتق الدائن فيها[٢].

فالعقود الملزمة للجانبين قائمة على حقيقة وهي الترابط والتقابل بين التزامات طرفي العقد وان هذا الترابط والتقابل هو الاساس الذي يستند عليه الفسخ قبل ان يتم وقوعه[٣].

والشرط الثاني لتحقق الفسخ هو عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه في العقد فلقبول طلب الفسخ (لا بد من ان يكون عدم التنفيذ راجعا الى خطا المدين لا الى سبب اجنبي ، وذلك بان يكون التنفيذ قد اصبح مستحيلا بالفعل ، او لايزال ممكنا ولكنه لايريد القيام به ولا يمكن اجباره عليه)[٤]، فلو اصبح تنفيذ العقد مستحيلا بسبب اجنبي لكنا امام انفساخا للعقد وليس فسخا [١]،

١- وقد نصت المادة ١٧٥ /١ من القانون المدني المصري على (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى) وقد نصت المادة ١٢٢٦ من القانون المدني الفرنسي على (..... في حال تخلف المدين بالوفاء بالتزامه ، فللدائن الحق بفسخ العقد)

٢- فوزي كاظم المياحي ، انحلال العقد الفسخ والاقالة في القانون المدني العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٥، ص٢١

٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شح القانون المدني _ الالتزام وجه عام _ ، الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص٢٨٠

٤- د. عبد الجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني –مصادر الالتزام- ، مصدر سابق ، ص٤٢٥

كما لايجوز للدائن المطالبة بالفسخ اذا كان عدم تنفيذ التزام المدين راجعا الى خطا الدائن نفسه[٢].

واضاف الفقه شرطا ثالثا للفسخ وهو قدرة الدائن طالب الفسخ على اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، اذ ان للفسخ اثر رجعي من شانه ان يعيد طرفي العقد الى ما كانا عليه قبل التعاقد ، فاذا تعذر على الدائن اعمال هذا الشرط امتنع عليه المطالبة بالفسخ[٣].

(ويجب ايضا ان يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذي نشأ من العقد الملزم للجانبين ، فليس من العدل ان يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام)[٤].

لذلك فالدائن لا يمكن له طلب الفسخ الا بعد تحقق الشروط الموضوعية تلك .

وبعد تحقق هذه الشروط لا بد للدائن وقبل اقامة الدعوى من تنبيه المدين بتنفيذ التزامهويكون ذلك باعذاره عن طريق الانذار[٥]، وهو من شروط الدعوى الشكلية اشارت اليه المادة ١/١٧٧ من القانون العراقي وما يقابلها من القانون المصري والفرنسي ،والاعذار هو وضع المدين قانونا في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين الدائن ، فالدائن قبل ان يدفع دعوى يطلب فيها فسخ العقد يجب عليه ان يقوم بإعذار المتعاقد الاخر مطالبا اياه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الذي ينوي فسخه والسبب في ذلك هو

١- محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ (البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٨، ص٩-١٠

٢- د . عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مصدر سابق ، ص٤٥٥

٣- د. المحمدي احمد ابو عيسى ، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٤٥

٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص٧٠١

٥- د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٤٩٢

ان مجرد حلول الاجلا يعد اعذاراً للمدين وفقا لكل من القانون العراقي والمصري والفرنسي ، ومما يدل على ضرورة الاعذار من الناحية العملية انه يدل دلالة قاطعة على اثبات اخلال المدين بالتزاماته وعدم وفائه بعد ان يوجه له الانذار بوجوب تنفيذ العقد ، فقد يحل اجل لالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن طلب التنفيذ من المدين فيحمل ذلك على التسامح وانه لم يصيبه ضرر من التاخير في التنفيذ وانه رضي ضمنا مد الاجل مادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك[١].

الفرع الثاني

اثر الاخلال بالالتزام الثانوي على تحقق الفسخ القضائي

ان عدم التنفيذ يختلف في مداه وفي خطورته ، فتارة يكون جسيماً واخرى يكون بسيطاً وقد يكون نهائيا او جزئيا[٢].

لذلك فان للقاضي دورا مهما في تقدير جسامة عدم التنفيذ الذي ادى بالدائن الى المطالبة بفسخ العقد؛ ذلك لان عدم التنفيذ ليس على درجة واحدة فيقع على القاضي مهمة تقدير جسامة الاخلال مستعينا بالمعيارين الاتيين:

أ- **المعيار الشخصي** –

ان المقصود من هذا المعيار ان القاضي يجب عليه ان يأخذ في اعتباره بنوايا المتعاقد الدائن بالالتزام[٣].

١- د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني – احكام الالتزام – ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٧، ص١٥٥- فقرة ٢٢٩ وما بعدها .

٢- د. مصطفى الجارحي ، مرجع سابق ، ص٨٠ ، وانظر ايضا د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٤٠

٣- د. عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٤٤٦

فاذا وجد ان عدم التنفيذ ولو انه جزئي او وقع على التزام ثانوي يحرم الدائن من اداء يعتبر في نظره اهم التزام في العقد كان ذلك كافيا للحكم بالفسخ ، اما اذا لم يجد هذه الاهمية لدى الدائن فانه يستطيع ان يرفض طلب الفسخ وفي هذا الشأن يقول الفقيه الفرنسي المعروف كابيتان (انه من الواجب ان يقضي بالفسخ في الحالة التي يؤدي فيها عدم التنفيذ الى اهدار الغاية التي يبتغيها الدائن من الالتزام)[١].

حيث ان العبرة ليست بالضرر المترتب على التنفيذ او جسامة المخالفة وانما العبرة بارادة الطرفين بشان الاخلال بالتنفيذ والتي تستفاد من شروط العقد او من الظروف الخارجية عنه والتي قد تكشف عن هذه النية[٢].

ذلك ان ما يعتبره احد الدائنين مهما ومفيدا في عقد من العقود الملزمة للجانبين قد لا يراه متعاقد اخر على هذا الوجه ٠وقد يستفاد من نية الاطراف ان عدم التنفيذ الجزئي لالتزام اساسي من شانه ان يؤدي الى الفسخ في حين لا يعطي الا الحق في الحصول على تعويض في حالة عدم التنفيذ الكلي لالتزام ثانوي وفي هذه الحالة فانه يجب على القاضي ان يبحث فيما اذا كان الطرفان قد قصدا ان يعلقا بقاء العقد على تنفيذ الالتزام ام لا[٣].

فاذا تبين له ذلك فان عدم التنفيذ يحتم عليه ان يبحث في الظروف التي احاطت بتكوين العقد والتي يمكن ان يستمد منها ما يرتبه ذلك القصد من الحكم بالفسخ وقد استند انصار هذا المعيار في اثبات ما ذهبوا اليه الى الاسس التالية :

١- شار اليه د. سيف الدين بلعاوي ، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٢، ص٢٠٤

٢- د. مصطفى الجارحي ، مصدر سابق ، ص١٠٢

٣- د. سيف الدين بلعاوي، مصدر سابق ، ص٢٤٠

١- العرف : وينسب ذلك الى الاستاذ بوتيه عندما قال (ان الامر يتوقف على الظروف لكي يتقرر فيما اذا كان عدم التنفيذ يجب ان يؤدي الى فسخ العقد ، او انه سوف يؤدي الى ذلك حينما يكون ما وعدت من الاهمية بحيث ما كنت لاتعاقد لولاه)[١].

٢- فكرة العدالة : وهي اساسية في هذا المعيار ذلك لان الفسخ في نظرهم يعتبر جزاءً قاسيا على المدين بحيث لا يقضي به الا اذا تطلب الامر ذلك بصورة حقيقية والقاضي عند استعانته بهذا المعيار لا يقف عند القيمة المادية للالتزامات المتقابلة وانما يتجاوزها الى اهميتها في نظر المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ .

ويلاحظ على الاخذ بهذا المعيار ان مهمة القاضي لا تكون صعبة بعد ان يصل الى معرفة اهمية عدم التنفيذ بالنسبة الى الدائن بالالتزام بحيث يستطيع الحكم بالفسخ مباشرة او رفضه دون ان يتبع معايير حسابية قد تكون معقدة جدا احيانا .

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه انه لا يسعف القاضي في جميع الحالات للوصول الى الحقيقة نية المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ قد يصعب عليه في بعض الحالات التحقق منها ، كما ان عدم التنفيذ قد يتخذ صورا متعددة في الحياة العملية ليس من السهل فيها الاعتماد على المعيار الشخصي اذ لابد من الاستعانة بقواعد موضوعية ينظر فيها القاضي الى كمية الالتزامات التي لم تنفذ بالنسبة الى كامل الالتزامات التعاقدية التي تكون قد نفذت وهو ما يمكن تسميته المعيار الموضوعي وهو ما سنتناوله في الفقرة التالية .

١- بوتيه ، عقد البيع ، فقرة ٤٧٥ ص١١٩ اشار اليه د . سيف الدين بلعاوي ، مصدر سابق ، ص٢٤١

ب-المعيار الموضوعي

يذهب انصار هذا الاتجاه الى الاعتماد على محل الالتزام من حيث مقدار تنفيذه للحكم بالفسخ ، ففرقوا بناءً على ذلك بين الالتزام الثانوي والالتزام الاساسي من حيث تأثير عدم التنفيذ على كل نوع من تلك الالتزامات وبالتالي قيامه بالفسخ او عدمه[١].

فالقاضي لا يمنع في مجال بحثه في تقدير جسامة عدم التنفيذ من ان يستعين بالقواعد الموضوعية التي تساعده في الوصول الى الحكم الذي سيصدره بعد تحققه من صحته ، والمقصود بالقواعد الموضوعية التي يستند اليها القاضي خلال بحث تقدير جسامة عدم التنفيذ هو ان لايكون تقديره دائما على اساس نظرة الدائن الى مصلحته المعتدى عليها من طرف المتعاقد الاخر بل لابد من الاخذ بعين الاعتبار بما يرتبه عدم التنفيذ من الاختلال في التوازن بالنسبة الى الالتزامات المتقابلة في مجموعها ولو لم يكن الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ يتوقع ذلك عند ابرامه العقد[٢].

ويذهب انصار هذا الرأي الى التمييز بين الالتزام الاساسي والالتزام الثانوي من حيث سلطة القاضي التقديرية في حالة عدم تنفيذها وفقا لهذا المعيار .

فعند عدم تنفيذ الالتزام الاساسي كليا فانه وفي هذه الحالة على القاضي ان يحكم بالفسخ مباشرة ، اما اذا كان عدم التنفيذ جزئيا فانه من الثابت في احكام القضاء ان جانبا منها قضى بالفسخ في حين قضى جانبا اخر برفض الحكم به[٣].

١- د. عبد الحكم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، مصدر سابق ، ص٤٤٢

٢-د. عبد الحكم فودة ، مصدر سبق ، ص٤٤٣

٣- عبد الحكم فودة ، مصدر ذاته ، ص٤٤٣

اما الالتزامات الثانوية فان عدم تنفيذها وفقا لما يذهب اليه انصار هذا المعيار لا يؤدي الى الحكم بالفسخ بصفة عامة فالامر فيها محكوم بتحقق او عدم تحقق الغاية العملية التي يريدها الطرفان[١].

والى جانب طبيعة الالتزامات ودورها في التأثير على حكم القاضي ازاء طلب الفسخ ، توجد طبيعة العلاقة بين الالتزامات المتقابلة فاذا كانت هذه العلاقة قوية ادى ذلك الى الفسخ لجسامة الاخلال اما اذا كانت العلاقة ضعيفة فان ذلك لايعني ببساطة عدم التنفيذ وبالتالي رفض الفسخ[٢].

ويذهب انصار هذا المعيار الى القول انه في حالة وجود اتفاق صريح على الفسخ فانه لا يجوز الاخذ بالمعيار الشخصي الذي يقوم على اساس الارادة الضمنية لان هذه الارادة في نظرهم غير موجودة في حالة الاتفاق على الفسخ ٠اي لاعبرة للدلالة في مقابل التصريح٠

اما في حالة الفسخ القضائي المنصوص عليه في المادة (١٧٧) مدني عراقي وما يقابلها من القوانين محل المقارنة فهو يقوم حسب رايهم على ارادة المشرع ليس غير ، وان القواعد الموضوعية المنظمة للفسخ في هذه الحالة مثل كل القواعد التي تكمل تصرف ما، لا يجب الرجوع في تفسيرها الى ارادة الاطراف[٣].

ويتصور انصار المعيار الموضوعي الحل الذي يجب ان يؤخذ في الاعتبار كأساس لتقدير اعمال سلطة القاضي التقديرية بالوجه التالي (تصور نموذجا للعقد موضوع النزاع والنظر

١- د. عبد الحكم فودة ، مصدر سابق ، ص٤٤٣

٢- د. سيف بلعاوي ، مصدر سابق ، ص٢٤٣

٣- د . عبد الحكم فودة ، المصدر السابق ، ص٤٤٥، وانظر ايضا د. عبد الحي حجازي ، احدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ (التنفيذ والفسخ) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،جامعة عين شمس ،العدد الاول والثاني ، السنة الاولى ، ١٩٥٩ ، ص١٧٨ –فقرة ١٥

بعد ذلك الى مدى ما يترتب على عدم التنفيذ من اخلال بالترابط الموجود بين الالتزامات العقدية)[١].

مما سبق يمكن القول انه اذا كان الاخلال الجزئي مستهدفا التزام ثانوي مع تنفيذ الالتزام الاساسي فهنا لا يمكن للقاضي الحكم بالفسخ لضآلة اهمية هذا الالتزام في العقد[٢].

كما ان فكرة الارتباط والتقابل فيما بين الالتزامات التي تتميز بها العقود الملزمة للجانبين لا وجود لها في الالتزامات الثانوية بحيث لايؤثر في الرابطة العقدية لانه اضعف من الارتباط فيما بين الالتزامات الاساسية. فالتزام صاحب المطعم في المحافظة على سيارة الزبون مقابل التزام الزبون بدفع مبلغ رمزي من المال بالاضافة الى اجور المطعم لا يؤثر على الرابطة العقدية بين صاحب المطعم والزبون فيما لو امتنع احدهما عن تنفيذ التزامه[٣].

ومن ثم فان عدم تنفيذها لايؤثر على العقد ، وهذا ما جاء في احدى قرارات محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها (٠٠٠ ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما اذا كان اخلال احد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده الى الامتناع عن الوفاء بالتزام اصلي او امتناع عن الوفاء بالتزام ثانوي ومن المسلم به ان عدم تنفيذ الالتزامات الثانوية لا يؤدي الى فسخ العقد)[٤].

١- د . سيف الدين بلعاوي ، مصدر سابق ، ص٢٤٤

٢- اورده د٠ محمد حسن قاسم ، المصدر السابق ، ص٤٢٤

Cass , civ 027/10/1981,RTD civ, 1882 p616 obs ,RAMY,

انظر ايضا ماجد مجباس ، فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ،٢٠١٨، ص٨٢ ٠

٣- د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٤

٤- جلسة ٢٦ يونيو ١٩٥٤ ، اوردته مجلة المحاماة ، السنة الخامسة والثلاثون ، العدد الاول ، ١٩٥٤، ص١٥٢

وذات الاتجاه نجده في محكمة النقض الفرنسية بحكمها (ان عدم تنفيذ التزام ثانوي لا يعد جسيما ، وبالتالي يسوغ للقاضي الحكم برفض طلب الفسخ)[١].

ومن الطبيعي ان القرار القضائي هو تفسير فحوى النصوص القانونية لذلك عكست تلك القرارات ماقررته النصوص بشان اهمية كمية التنفيذ ودوره في الحكم بالفسخ ٠

ولكن اذا كان الالتزام الثانوي مرتبط بالتزام اساسي هنا يكون الحكم مختلف لان تعلق الهدف من الالتزام الاساسي على تنفيذه يجعله يأخذ حكمه ذاته[٢]٠

والارتباط يكون الى درجة ان الهدف من الالتزام الاساسي لا يتحقق الا بعد تنفيذ الالتزام الثانوي ففي عقد البيع مثلا يلتزم البائع بضمان التعرض ، وهذا الالتزام لا يعبر عن جوهر ذلك العقد ولكنه مرتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام الاساسي الملقى على عاتق المشتري وهو الالتزام بالتسليم باعتبار ان الالتزام بالضمان يمثل الاثار الطبيعية لالتزام البائع بالتسليم فمن دونه لايكون هناك تسليما هادئا وكاملا للمبيع[٣] رغم كونه التزام ثانوي بحسب طبيعة عقد البيع٠

وقد تكون الارادة الضمنية للمتعاقدان قد قصدت تحويل الالتزام الثانوي الى التزام اساسي في العقد ، اي لايمكن انكار ضرورة المعيار الشخصي واقعا ، حيث على القاضي البحث فيما اذا كان المتعاقدان قد قصدا تحويل الالتزام الثانوي الى التزام اساسي بارادتهما الضمنية ام لا ، ومن ثم الحكم بفسخ العقد اذا طلب المتعاقد الاخر ذلك[٤]٠

---

1 −caas. 1ere civ ,.27 oct ,1981,N de pourvoi, 80 – 108650

اورده . خواضي رشيد ، الفسخ الجزئي للعقود المدنية ، بحث منشور في مجلة القضاء المدني ، عدد ١٣، ٢٠١٦، ص٣٩

2 −Alima Sanogo , op, cit.p 56

٣ - د. حسام الدين الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت ، من دون مكان نشر ، ١٩٨٩، ص٣٣٦

4 −A-A rsac –Ribeyrolles, essai sur la notion d economie du contracts, these soutenue le 24/05/2005,universite clermontl , p169

ولذلك يتبين ان مدار الحكم بالفسخ هو الالتزام الاساسي مع مراعاة اهمية ما تم تنفيذه

حسب مايرى الفقه اي ان عدم التنفيذ يقاس بمعيارين موضوعي (كمية التنفيذ) وشخصي (نية المتعاقد) ، وبالتالي يعود للمحكمة تقدير اهمية ماتم تنفيذه بالنسبة للالتزام في جملته مراعية المعيارين الموضوعي والشخصي ٠

وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بقرارها بإنه (اذا تبين بان الالتزام في العقود الملزمة للجانبين قد نفذ بقسمه الاعظم من خلال مطابقته لكافة المواصفات وان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته لذلك يكون طلب الفسخ غير وارد قانونا)[١]٠

وقد اشار المشرع العراقي الى هذا الحكم في المادة ١/١٧٧ الى والتي نصت (... كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته)[٢]، ومن هذه المادة يتضح ان المشرع العراقي اعتمد في تحديد الاخلال الجزئي المبرر للفسخ على اهمية الالتزام الذي تم الاخلال به ، فاذا كان مهما حكمت بالفسخ واذا كان غير مهم لاتحكم به ولكن يلاحظ ان المشرع لم يحدد ضوابط معينة لتقدير تلك الاهمية حيث ترك الامر الى السلطة التقديرية للمحكمة ٠الا انه في حالة عدم تنفيذ الالتزام الاساسي مع تنفيذ الالتزام الثانوي هنا يمكن للمحكمة الحكم بالفسخ نظرا لما يمثله ذلك الالتزام من اهمية بالنسبة للعقد حيث يدور حوله تنظيم العقد[٣]، وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارها

اورده ٠خاضي رشيد، المصدر السابق ، ص٤٠

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق ،(ذي العدد ٣٣٠٠، ٣٣٠/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٨) ت/٣٢١٨ /٣٢١٩ ٠اوردة قاسم فخري الربيعي ، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني)، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٩ ، ص١٧

٢-تقابل المادة ١/١٥٧ من القانون المدني المصري والتي تنص (... كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به قليل الاهمية بالنسبة للالتزام في جملته) والمادة ١٢٢٧ من القانون المدني الفرنسي (... في حالة عدم التنفيذ بما فيه الكفاية ...)٠

٣- د . مصطفى عبد السيد الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٠١

(يحق للمؤجر طلب فسخ عقد الايجار الشفوي المبرم مع المستأجر في حال اخلاله بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الايجار وهي عدم تسديد بدلات الايجار المتحققة) من الواضح من القرار بان الالتزام بدفع الاجرة هو التزام اساسي حسب طبيعة عقد الايجار والامتناع عن تنفيذه يقضي على العقد فعدم تنفيذه مبرر كافي لطلب الفسخ والحكم به ٠

وقد يقع عدم التنفيذ جزئيا على الالتزام الاساسي نفسه ، وفي هذه الحالة يقوم القاضي باعمال المعيار الموضوعي لمعرفة اهمية الجزء غير المنفذ في مقابل ما تم تنفيذه وعلى اساسها يقرر الفسخ من عدمه، كذلك نجد أن للمعيار الموضوعي تطبيق في القضاء العراقي فقد جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية مانصه (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في هذه المحكمة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر في الحكم المميز تبين أنه صحيح لموافقته احكام القانون فقد اتباعا لقرار النقض الصادر عن هذه الهيئة بالعدد ٢٥ هيئة عامة ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٢٩ كلفت هذه المحكمة الطرفين بتقديم المخططات التفصيلية وجداول الكميات ومواصفات الاجهزة والمعدات والمواد الخاصة باعمال الفندق موضوع الدعوى وبعد تقديمها سألت الطرفين أن كانا يتفقان على تسمية الخبراء التسعة فلم يتفقا وتركا امر ذلك الى المحكمة وتمت مفاتحة نقابة المهندسين المقر العام لتسميته تسعة من الخبراء المختصين في مجال التأهيل والاعمار للفنادق ذات الخمسة نجوم وفي اختصاصات الهندسة المدنية والمعمارية والكهرباء والميكانيك وبعد تسميتهم تم اجراء الكشف على الفندق موضوع الدعوى من قبل المحكمة وبمعيتهم جرى افهامهم بالمهمة المكلفين بها وهي بيان نسبة الاعمال المنجزة وقيمتها وفيما اذا كانت مطابقة لبنود العقد المبرم بينهما وقدم الخبراء تقريرهم المؤرخ في ٢٠١٧/٣/١٤ طبقا للمهمة المكلفين بها وجاء تقريرهم مفصلا ومعللا ومراعيا لشروط المعيارية الهندسية ويصلح اتخاذه سببا للحكم استنادا للمادة ١٤٠/اولا من قانون الثبات

رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل حيث تناول بيان الاعمال الانشائية والمعمارية والهندسية ونسبة الاعمال المنجزة وفقا للمواصفات العالمية لانشاء الابنية (ibc) وتحويلها الى فندق يعمل ٢٤ساعة /٧ ايام وبلغت نسبت الاعمال المطابقة للمواصفات العالمية ٨٣,٦% ونسبة الاعمال غير المنجزة ٤%واجمالي الاعمال المنجزة من ترميم وتأهيل الفندق بلغت ٩٦% استنادا للمواصفات العالمية للابنية وتعد البناية التي قامت شركة سومر بترميمها وتأهيلها فندق ذات خمس نجوم ٠

لما تقدم وحيث ان ما تبقى من التزامات المدين المدعى عليه اضافة لوظيفته قليلا بالنسبة للالتزام في رمته وعملا بأحكام المادة ١/١٧٧ من القانون ألمدني النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي أجازت للمحكمة رفض طلب الفسخ فأن دعوى المدعي المميز المدير المفوض لشركة فندق البصرة ألمساهمة المختلطة اضافة لوظيفته تكون حرية بالرد ...)[١]٠

المطلب الثاني

اثر تخلف الوفاء بالألتزام الثانوي في حالة الفسخ الاتفاقي

يمكن القول ان الالتزام الثانوي يلعب دوراً رئيسياً في نطاق الفسخ الاتفاقي، باعتبار ان الالتزام الاساسي يترتب على مخالفته فسخ العقد دون الحاجة للنص على ذلك بارادة صريحة من قبل الطرفين في العقد ٠

الا ان ذلك لا يعني خلوه من الفائدة في حالة الاخلال بالتزام اساسي ٠

لذا يقتضي منا البحث تقسيمه على فرعين نتناول في الاول معنى الفسخ الاتفاقي ،اما في الفرع الثاني نتناول دور الالتزام الثانوي في الفسخ الاتفاقي ٠

١- قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية رقم ١١،هيئة عامة ، ٢٠١٨، غير منشور

الفرع الاول

ماهية الفسخ الاتفاقي

ان القواعد المنظمة للفسخ القضائي هي ليست من النظام العام ٠

فقد نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته)٠

كما نص المشرع المصري(١٥٨) من القانون المدني المصري والتي نصت على (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه)٠

كما نصت المادة (١٢٢٥) من القانون المدني الفرنسي على المبدأ ذاته بقولها (يحدد الشرط الفاسخ الالتزامات التي سيسبب عدم تنفيذها فسخ العقد٠اذا لم يتم الاتفاق على ان الاعذار يتحقق بمجرد عدم التنفيذ ، فيكون الفسخ مقترنا باعذار باطل ٠ لا ينتج الاعذار اثرا الا اذا ذكر الشرط الفاسخ صراحة)٠

فقد يتفق الطرفان عند التعاقد على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي اذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، ويطلق على هذا الاتفاق الشرط

الصريح تمييزا له عن الفسخ القضائي الذي يقوم على فكرة الشرط الفاسخ الضمني والذي يخضع الى تقدير القاضي للحكم به[١].

وعرف هذا الشرط من قبل جانب من الفقه بانه (حل ارتباط العقد بسبب عدم التنفيذ بمقتضى اتفاق صادر عن المتعاقدان قبل حصول عدم التنفيذ ، او هو اتفاق طرفي العقد على ان يكون لاحدهما وهو الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ فسخ العقد بارادته المنفردة بواسطة تعبير عن الارادة يوجه الى الطرف الاخر)[٢].

ولا يكون الفسخ الاتفاقي على درجة واحدة ، فقد يتم الاتفاق في العقد على ان يكون العقد مفسوخا اذا لم يقم احدهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ٠ وفي هذه الحالة لايكون لمثل هذا الاتفاق اهميته من الناحية العملية اذ انه يعتبر بمثابة تأكيد للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ ٠ ولهذا يجب ان يقوم الدائن باعذار المدين ، والالتجاء الى القضاء للحكم بالفسخ لعدم التنفيذ[٣].

اما الصورة الثانية من الفسخ الاتفاقي فهي ان يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم قضائي ٠

فهذا الاتفاق لايغني عن الانذار ، وكثيرا مايفسر بسلب السلطة التقديرية للقاضي ، اذ يتعين عليه الحكم بالفسخ اذا ما نفذ الالتزام محل الاتفاق[٤].

١- د٠ توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر واحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٣٣٥ مقروءة مع الهامش رقم ٣

٢- د٠ حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، مصدر سابق ، ص١٨٣ ، وايضا بهذا المعنى محمد رفعت الصباحي ، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٤،١٩٨٣ ، ص٥٧٠

٣ - د٠ توفيق حسن فرج ، د٠مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص٣٣٦

٤- د٠عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص٢٩٠

وقد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم او اعذار[١].

ومثل هذا الاتفاق يجعل العقد مفسوخا بمجرد اخلال احد الطرفين بالتزاماته من غير حاجة الى انذار اوالى حكم قضائي ، والحكم الذي يصدر بالفسخ في حالة النزاع على توافر شروط الفسخ ، يكون كاشفا او مقررا للفسخ لا منشأ له ، وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان هذا الشرط يعتبر تنازلا من الدائن عن حقه في الخيار بين الابقاء على العقد وفسخه اذا ما اخل الطرف بالتزاماته فلا يكون له في هذه الحالة الا ان يقبل الفسخ ، الا ان جانب اخر من الفقه يرفض الاخذ بهذا الراي ويرى ان مثل هذا الشرط لا يحرم الدائن من طلب التنفيذ العيني والا كان تحت رحمة المدين الذي يستطيع في كل وقت ان يتخلص من الرابطة العقدية بان يخل بتنفيذ التزاماته[٢].

فالفسخ الاتفاقي يدخل في احد الصور سالفة الذكر ولكن يشترط ان تكون صيغة هذا الفسخ قاطعة الدلالة على حق الدائن في ايقاع الفسخ فكل اتفاق فيه غموض يفسر بانه ترديد للقواعد العامة والمتمثلة بالفسخ القضائي[٣].

ونرى انه من المفيد الاشارة هنا الى ان الفسخ الاتفاقي ماهو الا استثناء من الاصل العام وهو الفسخ القضائي لذلك لا يجوز التوسع في تفسيره ، وهذا ما اكدت عليه ايضا محكمة النقض المصرية بقولها (من المقرر ان الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول

١- محمد احمد عابدين، زوال العقد (الفسخ –الانفساخ– البطلان– استحالة التنفيذ – التنفيذ بطريق التعويض) ، منشاة المعارف ،الاسكندرية ، ٢٠١٣، ص٢٥-٢٧

٢- د٠حسن على الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، معهد الدراسات العربية العالية ، بلا مكان نشر ، بلا تاريخ نشر، ص١٢٦

٣- د٠ مصطفى عبد السيد الجارحي ، المصدر السابق ، ص١١٤

الاخلال بالالتزام ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية الا اذا كانت صيغته صريحة ودالة بذاتها على وجوب الفسخ ...)[1].

الفرع الثاني

دور الالتزام الثانوي في حالة الفسخ الاتفاقي

نشير في البداية الى ان البحث سيقتصر حول صورتين من صور الفسخ الاتفاقي ، وهما كل من اتفاق المتعاقدين على كون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم قضائي ، والاتفاق على ان العقد مفسوخا دون الحاجة الى انذار او حكم قضائي ، فهاتان الصورتان تسلب من القاضي سلطته التقديرية في تحديد جسامة عدم التنفيذ ، اما في حالة الاتفاق على فسخ العقد اذا لم ينفذ المتعاقدان التزامهما فهنا لايسلب القاضي من هذه السلطة اذ يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد جسامة عدم التنفيذ مثلما هو معمول به في الفسخ القضائي ، وتلافيا للتكرار سوف نتطرق للصورتين اعلاه فقط.

ان محل الشرط الفاسخ ممكن ان يتناول نوعين من الالتزامات الالتزام الثانوي والالتزام والاساسي ايضا.

فاذا ورد الاتفاق على التزام اساسي في العقد بطبيعته فان هذا جائز وممكن، وهنا نكون امام التأكيد من قبل المتعاقدان على اهمية الالتزام الاساسي في العقد من خلال جعله محلا لاتفاقهم ، اذ ان مخالفة الالتزام الاساسي غالبا ما تؤدي الى فسخ العقد واهمية هذا الاتفاق هو تجنب الدائن اجراءات الفسخ القضائي الطويلة من اعذار وغيرها ، ويقيد القاضي ، وذلك بايقاع

١- قرارها المرقم ١٣٦٢،س٤٩ ق، بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢٢ . اشار اليه محمد احمد عابدين ، المصدر السابق ، ص٦٢

الفسخ لصالح الدائن اذا لم ينفذ المدين الالتزام الاساسي محل الاتفاق ، حيث ان الاتفاق عليه يجعل القاضي ملزما بالحكم بالفسخ عند مخالفته ٠

اما اذا تناول الشرط الاتفاقي الفاسخ التزام ثانوي ففي هذه الحالة يمكن اعتبار ان هذا الالتزام قد تحول الى التزام اساسي ناتج عن ارادة اطراف العقد ، فعند تحليل مضمون هذا الشرط يتبين (ان احد المتعاقدين –وهو الدائن – يعد اخلالاً المدين بتنفيذه التزام ثانوي اخلالا بالعقد باكمله وبالغرض الذي من اجله ابرم العقد ويفوت المنفعة المرجوة منه ، ومن ثم فهو يفضل التحلل من العقد بفسخه نهائيا على الاستمرار فيه ، وهو ما يعني ان هذا الالتزام اصبح التزاما جوهريا)[1]٠

ونشير هنا ان الاتفاق لايغير طبيعته كونه التزام ثانوي في العقد الا ان تساويه بالجزاء عند مخالفته مع الالتزام الاساسي حسب طبيعة ذلك العقد ادى بنا الى هذا الحكم٠

لذلك يمكن القول ان مخالفة الالتزام الذي كان محلا لاتفاق المتعاقدين باعتبار العقد مفسوخا اذا لم ينفذ يعني بانها مخالفة لالتزام اساسي في العقد ولكنه ليس التزاما اساسيا ناتجا عن طبيعة العقد نفسه بل ناشئ بالارادة الصريحة للمتعاقدان وبالنتيجة فان عدم تنفيذه يلزم القاضي بفسخ العقد٠

وهذه الاحكام في ما لو كان الاخلال بالالتزام كليا، اما في حالة عدم تنفيذ جزء من الالتزام الاساسي الناتج عن ارادة المتعاقدين الصريحة ، ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي ان

١– د. صالح ناصر العتيبي ، المصدر السابق ، ص٢٥٩

يقدر اهمية عدم التنفيذ كما هو الحال في الفسخ القضائي ، اذ تسلب سلطته التقديرية في الفسخ الاتفاقي[١].

ولان القانون اجاز للاطراف الاتفاق على الفسخ بسبب عدم التنفيذ حتى ولو كان مالم ينفذ قليل الاهمية[٢].

وتجدر الاشارة الى ان الفسخ الاتفاقي لا يغني الدائن دائما من اللجوء الى القضاء فقد يلجأ المدين الى القاضي منكرا على الدائن حقه في فسخ العقد بارادته المنفردة[٣].فإنه يكون للقاضي عندها سلطة الفصل في النزاع ، غير ان سلطته هذه ليست هي ذات السلطة الممنوحة له بمقتضى المادة ١٧٧/ ١ من القانون المدني العراقي ، فيقتصر دوره على التحقق من بعض المسائل القانونية منها التحقق من وجود اتفاق على الفسخ وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها بالقول (انه اذا نص عقد الايجار على حق المستأجر بفسخ العقد متى شاء ، فللمذكور ان يستعمل حقه ويعتبر ايداعه مفاتيح الماجور لدى الكاتب العدل تاريخا لفسخ العقد)[٤].

كما تحقق المحكمة من قيام الدائن باعذار المدين حتى يكون استعماله لحق الفسخ بارادته المنفردة استعمالا صحيحا ومعتبرا قانونا[٥]، ويظهر دور القاضي في ذلك واضح في حالة

١- د٠ محمد حسنين ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠١ ، ص٧٥

٢- د٠ محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣، ص٩٦

٣- د٠ عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط –مصادر الالتزام – ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٧١٧ – فقرة ٤٨٣

٤- القرار رقم ١٤٤٢ مدنية ثالثة ، تاريخ القرار ١٩٧٥/٣/٥ ٠ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص٨١

٥- د٠ عبد الحي حجازي ، احدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مصدر سابق ، ص٤٤٤

الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه٠

كما تتحقق المحكمة اخيرا من السبب الذي ادى بالمتعاقد الى فسخ العقد ، ومعنى ذلك ان عليها ان تتأكد من وجود تقصير من جانب المتعاقد الاخر يتمثل في عدم قيامه بالتنفيذ الذي يعتبر السبب المباشر والجوهري في نشوء حق المتعاقد الدائن في التحلل من الرابطة العقدية[١]٠

واخيرا يتبين لنا الى اي مدى يمكن للارادة ان تتحكم بمراكز الالتزامات في العقد دون النظر الى التعادل فيه فلهم تحويل التزام ثانوي الى اساسي باستعمال هذا النوع من الفسخ الذي لا يخلو من الخطورة ، فالشرط الذي يحدد الفسخ الاتفاقي يمكن ان يعتبر من الشروط التعسفية التي تؤدي الى استبعاد فكرة الترابط بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين[٢] ، كما يقتصر دور القاضي على التحقق من واقعة الاخلال بالالتزام المذكور في الاتفاق فقط [٣]٠

وليس للمدين تجنب الفسخ بعرض تنفيذ التزامه على الدائن الا اذا قبل الدائن بذلك[٤]٠

كما انه لا يمكن للقاضي اعطاء مهلة للمدين المتخلف عن تنفيذ التزامه ، حيث يجمع الفقه الحديث[٥]، على انه لايجوز للقاضي ان يمنح للمدين اجلا لتنفيذ التزاماته التعاقدية في جميع الحالات التي يكون فيها العقد الذي يربطه بالدائن قد تضمن الاتفاق على الفسخ بارادة

١- د٠ عبد الحي حجازي ، بحثه السابق ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، ص٤٦١

٢- سليمان براك دايح الجميلي ، مصدر سابق ، ص٢١

3 -RfaeiEncinas DE MUNAGORRI, Antoine lyon- caen, Lact unilateral dans les rapports contractuels. L.G.D.I, parise p 134

اورده . حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، ٢٠١١، ص١١١٢

٤- فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص٤٩

٥- د٠ السنهوري ، - الوسيط – الجزء الاول، ص٧١٧ فقرة ٤٨٣ ، د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٩٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة _ دراسة معمقة بالفقه الاسلامي _، بلا دار نشر ، ١٩٨٤ ، ص٣٥٤

منفردة من طرف الدائن الذي لم يحصل على الاداء المطلوب في العقد ويستوي في ذلك ان يكون عدم التنفيذ مطلقا او جزئيا مالم يكن الاخلال من الاشياء او المسائل التافهة التي جرى العرف على التسامح فيها ٠

المطلب الثالث

دور الالتزام الثانوي في حالة انفساخ العقد

يتطلب بيان دور الالتزام الثانوي في حالة انفساخ العقد التطرق اولا الى معنى الانفساخ ثم بعد ذلك بيان دور الالتزام الثانوي في حالة الاستحالة في التنفيذ التي يترتب عليها انفساخ العقد ، لذا سنقسم المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول مفهوم الانفساخ ، ثم نتطرق في الفرع الثاني الى دور الالتزام الثانوي في حالة الاستحالة في التنفيذ وكما يلي :

الفرع الاول

مفهوم الانفساخ

ان الخلاف بين الفسخ القضائي والفسخ القانوني (الانفساخ) هو انه في العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وكان التنفيذ العيني لازال ممكنا فاننا نكون في صدد فسخ للعقد لا بد من صدور حكم به ، فاذا استحال على المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فاننا نكون امام حالة الانفساخ ، ويستوي بعد ذلك ان يكون سبب الاستحالة خطأ المدين او سببا اجنبي ،وهذا المفهوم يتلائم مع تنظيم الانفساخ في القانون المدني العراقي فقط كما سنرى ٠

وقد نصت التشريعات على هذه الحالة من حالات عدم تنفيذ العقد وهي استحالة تنفيذه من قبل المدين بشكل نهائي فقد اشترط المشرع الفرنسي في تلك الاستحالة ان تكون نهائية ناتجة من حدث معين خارج عن سيطرة المدين ،فقد نصت المادة (١٢١٨) من القانون المدني الفرنسي

على انه (تعد القوة القاهرة في المسائل التعاقدية تمنع المدين من تنفيذ التزامه ، خروج حدث معين عن سيطرة المدين لم يكن متوقعا بشكل معقول وقت ابرام العقد ولم يكن من الممكن تجنب اثاره بالتدابير المناسبة ... واذا كان المانع نهائيا فيعد العقد منفسخا بحكم القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد (١٣٥١-١٣٥١-١) ٠

اما المشرع المصري فقد تضمنت المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري حالة عدم التنفيذ تلك حيث نصت على (في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب عدم تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)٠

واوجب المشرع المصري ان تكون الاستحالة بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه حيث اشارت الى ذلك المادة (٣٧٣) والتي نصت على انه (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه)٠

لذلك يتبين لنا ان كلا من المشرعان المصري والفرنسي قد حسما الجدل حول سبب الاستحالة النهائية ، اذ لابد وان يكون سببا اجنبيا خارج عن ارادة المدين ، وبخلاف ذلك لا نكون امام استحالة نهائية ٠

وبالنسبة الى موقف المشرع العراقي فنلاحظ فيه بعض الاختلاف عن المشرعين الفرنسي والمصري ، فقد نصت المادة (١/١٧٩) من القانون المدني العراقي على انه (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه)٠

فنلاحظ ومن خلال النص ان المشرع العراقي اعتبر ان استحالة التنفيذ من الممكن ان تكون بسبب المدين بالإضافة الى السبب الاجنبي ، ولا فرق هنا فيما لو كان سبب الاستحالة اجنبيا او بفعل المدين[١].

الا انه في الواقع هناك فرق بين الحالتين ، لان الاستحالة بسبب اجنبي يترتب عليها سقوط الحق بالتعويض وفق مبدأ تحمل التبعة الذي يتضمن انه اذا انفسخ العقد بقوة القانون فان المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه يتحمل التبعة ، اذ ينقضي الالتزام ولا يستطيع هذا المدين ان يطالب بتنفيذه وبذلك تقع عليه الخسارة وذلك في نطاق العقود الملزمة للجانبين[٢].

اما اذا انقضى الالتزام بسبب المدين ففي هذه الحالة يمكن ان يكون للتعويض محلاً.

فقد دمج المشرع العراقي بين الحالتين حيث نص في المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه . وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

وفي هذا المبحث سوف نتناول الاستحالة النهائية الموجبة لانهاء الرابطة العقدية عن طريق الانفساخ ، ولا نتطرق الى استحقاق المتضرر للتعويض واثبات خطا المدين ،وسواء كانت تلك الاستحالة بفعل المدين او بسبب اجنبي ، فقد اشار المشرع العراقي لما قد يعد سببا اجنبياًكالآفة السماوية ، او الحادث الفجائي ، او القوة القاهرة ، او فعل الغير ، او خطا المتضرر .حيث اورد المشرع العراقي مايعد من ذلك على سبيل المثال لا الحصر فقد نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على انه (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن

١- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني –اصول الالتزام –، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص١٨٤

٢- د. توفيق حسن فرج ، د.مصطفى الجمال ، مصادر واحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٣٣٩

سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية ، او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) ، والملاحظ ان الاستحالة في القانون المدني الفرنسي اقتصرت على القوة القاهرة طبقا لنص المادة (١٢١٨) ، اما في القانون المدني المصري فالاستحالة تكون بسبب اجنبي لايد للمدين فيه ووفقا للمادتين (٣٧٣) والمادة (٢١٥) منه ٠

وفي تلك الاحوال يقع الانفساخ دون حاجة الى اعذار ، لان الاعذار يكون في حالة كون التنفيذ لايزال ممكنا وهو ما لا يتحقق عند استحالة التنفيذ ، كما يتحقق الانفساخ دون حاجة للالتجاء الى القضاء حيث انه يكون بقوة القانون[١]٠فالاستحالة النهائية في تنفيذ العقد لايزول المانع الذي ادى اليها ولا يرجى زواله[٢]٠

لاننا لو كنا امام استحالة مؤقتة لأصبح مصير العقد هو الوقف وليس الانفساخ ٠وجب ان يصبح تنفيذ العقد مستحيلا بعد نشوئه ، فلو كانت الاستحالة في مرحلة الانعقاد في هذه الحالة لا يمكن القول بانحلال العقد لان العقد لم ينشأ اصلا لعدم تحقق ركن من اركانه وهو المحل الذي يشترط به ان يكون ممكناًلامستحيلاً[٣]٠

كما يشترط في الاستحالة ان تكون فعلية ولا يكفي ان تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة الى المدين ، فاذا ادت الى ارهاق المدين في تنفيذ التزامه لأصبحنا امام الظروف الطارئة التي تبيح للقاضي ان ينقص الالتزامات الى القدر الذي يراعى به ظروف المدين[٤]٠

١- د٠ توفيق حسن فرج ، د٠ مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص٣٣٩

٢- د٠ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي ، الطبعة الاولى ، من دون دار نشر ، من دون مكان نشر ، ١٩٩٤، ص١٦٠-١٦١

٣- د٠ عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص ٤٦٦-٤٦٩

٤- د٠ عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، منشورات وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٩٣، ص٤٢

والاستحالة النهائية قد تكون استحالة مادية كهلاك الشيء محل التسليم في عقد البيع[١].

وقد تكون الاستحالة قانونية كما لو استملك العقار محل عقد البيع من البائع بقرار من قبل السلطات العامة[٢] .

كما قد يستحيل تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد وقد تستهدف بعض تلك الالتزامات ، لذا يقتضي البحث بيان مصير الالتزام الثانوي في حالة الاستحالة .

الفرع الثاني

الالتزام الثانوي في حالة انفساخ العقد

ان المانع الذي تترتب عليه الاستحالة في التنفيذ يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً .

ويمكن تعريف الاستحالة في التنفيذ بانها ، ما وقع المانع فيها على كل الالتزام فجعل الوفاء به مستحيلا استحالة نهائية ، وتفترض هذه الاستحال ان الالتزام غير قابل للانقسام ، وكثيرا ما يتعلق مثل هذا الالتزام بالالتزام بالاعطاء ، الذي يكون محله تسليم شيء معين بالذات ،فمثل هذا الالتزام كثيرا مايكون غير قابل للانقسام بطبيعته[٣].

ومن امثلة الاستحالة هلاك المبيع قبل تسليمه الى المشتري بسبب قوة قاهرة كموت الحيوان محل البيع ونفوقه ، واحتراق السيارة المبيعة على اثر صاعقة ، حيث ترتبط الاستحالة ارتباطا وثيقا بهلاك محل العقد[٤].

١- د. سليمان مرقص ، احكام الالتزام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٧، ص٨٦٢

٢- د. خليل احمد حسن قرارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، - احكام الالتزام - ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، من دون مكان نشر ، ٢٠٠٥، ص٣٥٣

٣- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص١٤٨

٤- د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص٤٣٦

وعرف الهلاك بانه (زوال الشيء من الوجود او تدميره وفنائه ، وعدم امكان اعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها)[١].

فهلاك المأجور بعد العقد يؤدي الى استحالة تسليمه الى المستأجر ، والهلاك هو الصورة المثالية التي تؤدي الى الاستحالة في تنفيذ العقد ، بغض النظر عن كيفية حدوث هذا الهلاك فقد يكون نتيجة حريق او فيضان او تدمير منشآت المدين[٢].

وقد حرصت التشريعات المدنية المقارنة على العناية بتنظيم الانفساخ ، وتركزت هذه العناية باعتبار الانفساخ اثرا مترتبا على الاستحالة في تنفيذ العقد فوفق المذكرة الايضاحية للقانون المدني العراقي ينتج انحلال العقد من طريقتين هما الفسخ والاقالة ،وعد الانفساخ نوع من انواع الفسخ [٣]، حيث حدد المشرع العراقي طرق انحلال العقد بالفسخ والاقالة فقط ،حيث افرد المادتين (١٧٧-١٧٨) للفسخ اما الاقالة فقد تطرق اليها في المادتين (١٨١، ١٨٣) .

وقد افرد للانفساخ مادتين هما (١٨٠، ١٧٩)[٤]،وهاتان المادتان وردتا ضمن المواد التي عالجت الفسخ اي انه لم يفرد للانفساخ باعتباره احد طرق انحلال العقد وانما ادخله ضمن الفسخ وعده احد انواعه حيث يلاحظ على النص انه اغفل اختلافات كثيرة بين الفسخ والانفساخ ،

---

١ – د. مجيد حميد العنبكي ، قانون العمل العراقي – المبادئ والاحكام – ، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص٢٣٢

٢– د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص١٥١

٣– منير القاضي ، المذكرة الايضاحية المختصه لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ك، د

٤ – حيث نصت المادة (١٧٩) على (١– اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ، ٢– فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء علي المشتري) . كما نصت المادة (١٨٠) على انه (اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد ، وان كان قد سلم يسترد فاذا استحال رده يحكم بالضمان) .

تسمح لنا اعتباره طريقة مستقله من طرق انحلال العقد ٠ لذلك كان الاجدر بالقانون المدني العراقي لو تطرق الى الانفساخ كاحد طرق انحلال العقد بصورة مستقلة وليس تابعا الى الفسخ ، لانه يختلف معه في جوانب متعددة يمكن ان نشير اليها ، فقد ذهب الفقه الى تعريف الانفساخ بانه(جزاء قانوني يقرره القانون بسبب تعذر الوفاء بالالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين)[١] ، وهذا اول مايميزه عن الفسخ فهو لا يتطلب مراجعة القضاء للحكم به[٢]٠

واذا كان انفساخ العقد ناتجا عن استحالة تنفيذ العقد ففي هذه الحالة لا داعي لاعذار المدين بضرورة تنفيذ العقد كما هو الحال في الفسخ القضائي وبعض حالات الفسخ الاتفاقي ، حيث ان التنفيذ هنا بات مستحيلاً[٣]٠

لذلك يكون من غير الضروري اعذار المدين بذلك ، وان الدائن يفقد خياره بين طلب التنفيذ والفسخ ولا يبقى امامه غير الفسخ ٠

والاستحالة تؤدي الى الانفساخ وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في قرارها والذي يقرر انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه بسبب استحالة تنفيذ التزام احد العاقدين[٤]٠

ومما سبق يمكن القول بداهة بوقوع الانفساخ اذا شملت الاستحالة في التنفيذ جميع الالتزامات التي انشأها العقد سواء كانت التزامات اساسية ام ثانوية؛ فالانفساخ يرد على المحل وهذا يعني ان المحل زال وزال الالتزام الاساسي وتبعه الثانوي٠

---

١ - د٠ عبد القادر العرعاري ، مصادر الالتزامات – الكتاب الاول – ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الامان ، الرباط ، ٢٠٠٥ ، ص٣٢٠

٢– د٠ توفيق حسن فرج ، د٠ مصطفى لجمال ، المصدر السابق ، ص٣٣٨

٣– د٠ محمد حسن قاسم ، المصدر السابق ، ص٥٦١

٤– طعن ٣٨/٤١٤ق جلسة ١٩٧٤/٦/٩ ، اشار اليه عبد الوهاب عرفة ، فسخ العقد والشرط الفاسخ الصريح وموجبات عدم اعماله ، مصدر سابق ، ص٢٢

فالمدين لا يمكن له تنفيذ التزاماته لاستحالة تنفيذها ولا يلزم احد بمستحيل ومن غير المنصف اجبار الدائن على تنفيذ اي التزام في تلك الحالة ، حيث ان اساس ذلك فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين[١]، حيث ان المدين لا يمكن له طلب التنفيذ الا اذا نفذ التزامه هو مما يترتب عليه انفساخ العقد، ففي عقد الايجار مثلا لو هلكت العين المؤجرة كلها في يد البائع قبل ان يتسلمها المؤجر ينفسخ عقد الايجار بحكم القانون حيث ان العقد في هذه الحالة كانما لم يكن ولا يترتب عليه اي اثر ٠

وبعطف الكلام على الالتزام الثانوي مدار البحث من حيث تأثير الاستحالة على عدم تنفيذه وتأثير ذلك على وجود العقد ، فان استحالة تنفيذ الالتزام الثانوي بصورة عامة لا يؤدي الى الانفساخ كونه لا يرتبط بجوهر العقد كما قدمنا ، فهذه الالتزامات لا يؤثر المساس بها على بقاء العقد فاستحالة تنفيذ الالتزام بالصيانة في عقد البيع على سبيل المثال لا يؤثر في بقائه لعدم ضرورة انفساخه في هذه الحالة[٢]٠

بالإضافة الى ان تعلق الاستحالة بعدم تنفيذ التزام ثانوي لا يتعلق بفكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين ، فاستحالة تنفيذ الالتزام بتسليم المبيع في مكان معين لا يمنع من تنفيذ الالتزام المقابل بدفع الثمن متى تم التسليم في مكان اخر مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ،وذلك باعتبار التسليم في ذلك المكان التزام اساسي وليس ثانوياً٠

ويجب عدم الخلط بين انقضاء الالتزام وانقضاء العقد، فالعقد مصدر لالتزامات متعددة ولهذا فان انقضاء التزام بالاستحالة وانقضاء الالتزام المقابل له لا يؤدي الى انقضاء العقد فمن

١- د ٠ توفيق حسن فرج ، د مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص٨٣٨ وانظر ايضا انور العمروسي ، اشرف احمد عبد الوهاب ، امجد انور العمروسي ، شرح القانون المدني ،الجزء الاول ، الطبعة الرابعة ، دار العدالة ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص٥١٥

٢- د مصطفى عبد السيد الجارحي ، المصدر السابق ، ص٢٦٨

النادر ان يترتب على القوة القاهرة استحالة تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد والعبرة تكون باهمية الالتزام المستحيل وتأثيره في باقي التزامات العقد[١] والعبرة تكون بالالتزام الاساسي الذي يستحيل تنفيذه لان اثره ينعكس على وجود العقد[٢].

فالعقد في مرحلة تنفيذه عبارة عن مجموعة من الالتزامات المفروضة على طرفيه اساسية وثانوية مع التأكيد على ان العقد لا يمكن ان يكون له وجود الا اذا تضمن التزاماً اساسياً[٣].

وانقضاء الالتزامات الاساسية يؤدي الى انقضاء الالتزامات الثانوية بالتبعية ولا يمكن قول العكس ؛لان وجود العقد لايرتبط بالالتزامات الثانوية .

واذا كان استحالة تنفيذ التزام ثانوي لا تؤدي الى الفسخ فان استحالة تنفيذ جزء منه لاتؤدي الى الفسخ ايضا ومن باب اولى .

١- د. صالح ناصر ، المصدر السابق ، ص ٢٦٨

٢- د.حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق ، ص٦١١

3 -Chaarlott Deslauriers-Golet ,L obligation essentielle dans le contrat,Un article de la revue les cahiers de droit,Volume55,Numero 4 ,Decembre 2014, p927

المبحث الثاني

احكام الالتزام الثانوي عند المحافظة على العقد

اذا تم ابرام العقد صحيحا وفقا لما يتطلب القانون فانه يكون واجب التنفيذ كاصل عام . ولكن قد يطرا عليه بعدابرامه ما يؤدي الى وقف تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه لفترة معينة عندها يعد ذلك وقفا لتنفيذ العقد اي عدم ترتيب اثاره خلال فترة الوقف .

فقد يمتنع احد المتعاقدان عن تنفيذ التزامه مؤقتا لحمل المتعاقد الاخر على تنفيذ التزامه الذي نشأ من عقد ملزم للجانبين ، وبالتالي يتوقف تنفيذ العقد خلال فترة الامتناع عن التنفيذ .

فالوسيلتان تمهدان اما الى التنفيذ او الفسخ ، لذلك سنقوم ببحث دور الالتزام الثانوي في كلتا الحالتين وذلك في مطلبين نتناول في المطلب الاول حالة وقف العقد، ونخصص المطلب الثاني لبحث حالة الدفع بعدم التنفيذ .

المطلب الاول

موقف الالتزام الثانوي في حالة وقف تنفيذ العقد

وقف تنفيذ العقد هو مرحلة وسطى بين تنفيذ العقد وانتهائه ٠ ومتى توافرت شروطه ، فان اثاره تتوقف ويعتمد وقف العقد بشكل اساسي على الاسباب المختلفة المؤدية اليه[١] ٠

ودراسة هذا الموضوع يستلزم تقسيمه على فرعين نتناول في الفرع الاول مفهوم الوقف وماهيته، ونخصص الفرع الثاني لدور الالتزام الثاني في حالة الوقف ٠

١- احمد محمد الحميدي السعدي ، وقف العقد ، مكتبة زين الحقوقية ، الطبعة الاولى ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص٢٦٤

الفرع الاول

ماهية وقف التنفيذ

من الممكن ان يحدث اثناء تنفيذ الالتزام عارض يمنع الاستمرار في تنفيذه دون ان يكون للمدين يد في حصول ذلك العارض ، ومن باب المحافظة على العلاقة العقدية وجد نظام ايقاف التنفيذ خلال فترة حصول العارض المانع من حصوله ٠

وهذا النظام من خلق القضاء الفرنسي ولا سند له قبل تعديل القانون الفرنسي لعام ٢٠١٦[١]، ويعرف هذا النظام بانه (فكرة تنطبق في حالة حدوث تعطيل او اعاقة مؤقتة في التنفيذ ناجمة عن حادث يخرج عن ارادة الافراد ويهدف الى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من اجل استئناف التنفيذ مرة اخرى حيث تنتهي تلك الاعاقة)[٢] ٠

ولم يتطرق القانون المدني العراقي الى ذلك العارض الوقتي (او الاستحالة المؤقتة في التنفيذ) وما يترتب عليها من نتائج من حيث ايقاف التنفيذ المؤقت للعقد وانما تطرق الى الاستحالة الدائمة وذلك في المادة (٤٢٥) من القانون المدني وما يترتب عليها من انقضاء العقد بانحلاله[٣]، وبالاتجاه نفسه اخذ المشرع المصري ٠

اما المشرع الفرنسي فقد ميز بين المانع النهائي لتنفيذ الالتزام والمانع المؤقت وذلك في تعديل القانون المدني الفرنسي رقم(١٣١) لسنة ٢٠١٦ حيث نصت المادة (١٢١٨) منه على (...اذا كان المانع مؤقت فيعلق تنفيذ الالتزام مالم يبرر التأخير الناجم عنه فسخ العقد واذا كان

1-Colinet Capitant,Traiet de droit civil, Tome 2, paris ,195

٢- وسن قاسم غني الخفاجي ، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود ، المصدر السابق ، ص١٣

٣- نصت المادة (٤٢٥) على (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه) وتطابق المادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري ٠

المانع نهائيا فيعد العقد منفسخا بحكم القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥١-١٣٥٢) .

حيث يترتب على هذا النوع من الاستحالة مانع مؤقت لا يعفي المدين من تنفيذ التزامه وانما يوقف تنفيذه اثناء مدة قيام الاستحالة[١].

فقد اعتبر البعض وقف تنفيذ العقد مرحلة وسطى بين تنفيذ العقد وانحلاله بمعنى ان العقد في هذه المرحلة يبقى قائما ولكن يوقف تنفيذه مؤقتا لوجود اسباب معينة[٢] .

وقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكما اقرت به المبدأ العام لايقاف العقد وقبل ان ينص عليه المشرع الفرنسي في التعديل الاخيرللقانون الفرنسي لعام ٢٠١٦ ، حيث قررت بانه في حالات الاستحالة المؤقتة لتنفيذ الالتزام فان المدين لا يبرا منه وانما يوقف هذا التنفيذ الى الوقت الذي تزول فيه هذه الاستحالة[٣] .

وللوقف شروط لابد من تحققها وهذه الشروط هي :

١- يجب ان نكون امام استحالة في التنفيذ ذات طابع وقتي ، وليست استحالة دائمية في تنفيذ العقد ، لان الاخيرة تؤدي الى انفساخه . وهذا ما اكدت علي محكمة النقض المصرية حيث جاء في احدى قراراتها (ان القضاء جرى على ان الاستحالة التي تؤدي

١- د . صبا نعمان رشيد الويسي ، وقف علقد العمل وتطبيقاته ، الطبعة الاولى ، منشوراة الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢، ص٤٩

٢- د . جعفر المغربي ، حلالات وقف العمل الواردة في قانون العمل الاردني ، بحث منشور مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد العشرون، العدد الرابع، عام ٢٠٠٥ ، ص٢٨٣

٣- قرارها بالعدد ٤٧٩-١ بتاريخ ١٩٨١/١/٢٤ ، اورده د. محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي ازاء الرغبة في انهاء الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص١٦١

الى انفساخ العقد هي الاستحالة الدائمة ، اما اذا كانت الاستحالة لاتمثل الا مانع مؤقت فلا يكون لها اثر سوى وقف تنفيذ العقد)[١] .

حيث ان فكرة ايقاف التنفيذ تقوم على اساسين اولهما هو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والاخر يستند على فكرة وجود مانع وقتي يمنع المدين من وفاء التزامه مؤقتا لحين زواله[٢]، حيث يذهب غالبية الفقه والقضاء الى انه في حالة توافر الاستحالة الوقتية فان العقد لا ينفسخ في ظلها بل يوقف تنفيذه حتى تزول تلك الاستحالة ، او تتحول الى استحالة نهائية[٣]، لذلك حتى يتوقف العقد عن ترتيب اثاره يشترط ان تكون هنالك استحالة وقتية في التنفيذ وهي تلك التي يمكن معها زوال المانع الذي ادى الى وقوعها بعد فترة قد تطول وقد تقصر[٤] .

٢- اما الشرط الثاني لتحقق الوقف فهو وجوب ان يكون سبب الاستحالة المؤقتة اجنبيا ، اي غير متوقع بالنسبة لاطراف العقد .وكذلك لايمكن تدارك نتائجه، ومستقل عن كل خطا يرجع الى طرفي العقد[٥].

فالاستحالة التي يكون سببها خطا المدين لا يمكن التمسك بها كسبب لايقاف تنفيذ العقد لان مثل هذه الاستحالة لا يتحمل تبعتها سوى المدين لانه اوجدها بخطئه[٦] فلا يتحملها الدائن بالتالي لا يوقف العقد بناءً على تحققها .

---

١ - قرارها رقم ٧٩ بتاريخ ١٩٩١ .اورده اسعد احمد شعلة ، العقود في قضاء النقض ، الجزء الاول ، من دون دار نشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص١٠٤

٢- د. عبد الوهاب الرومي ، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي – دراسة مقارنة –، مصدر سابق ، ٧٧١

٣- د. وسن قاسم غني ، المصدر السابق ، ص٣٣

٤-حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٤٩، ص٤٤٢

٥- احمد محمد علي الحميدي السعدي ، وقف العقد ، الطبعة الاولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الجيزة ، ٢٠٠٩، ص٣٢

٦- د. نجيب محمد بكر ، اثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة ٥٥، ١٩٨٥ ، ص١٩٤

٣- ان لا تكون مدة التنفيذ في العقد ذات اعتبار جوهري ٠

حيث ان وقف العقد يقع في عقود المدة التي يكون الزمن عنصر اساسي في تكوينها اي العقود مستمرة التنفيذ[١] ٠

ويرى البعض ان ايقاف التنفيذ يمكن اعماله بالنسبة للعقود الفورية المؤجلة التنفيذ ، حيث يقتصر مفعول الاستحالة المؤقتة على تأجيل الوفاء لحين زوال تلك الاستحالة دون المساس بمقدار الالتزام المطلوب تنفيذه[٢] ٠

ولهذا لايوجد وقف تنفيذ في العقود التي يجب تنفيذها دفعة واحدة لحظة ابرامها ، والعقود التي تكون مدة التنفيذ فيها ذات اعتبار جوهري ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بانه (اذا صح القول بان القوة القاهرة ليست لها الا صفة موقوتة يتأجل فيها التنفيذ ، فان الامر لايكون كذلك اذا كان المتعاقدان قد قصدا ان يكون التنفيذ في فترة معينة)[٣] ٠

واعتبار الاجل التزام اساسي قد يكون بصورة صريحة ، وفي حالة عدم الاتفاق عليه صراحة عندها يكون من غير السهل تحديد الاجل الذي يجب ان لا يتعداه تنفيذ العقد عندها يجب على القاضي ان يرجع الى نية المتعاقدين والتي تكشف عنها ظروف التعاقد وطبيعته ، فمن يشري سلعا بقصد عرضها في معارض قد لايجديه تسليم تلك السلع بعد الوقت المتفق عليه ، لان هذا التسليم يجب ان يكون في خلال وقت محدد وهو الوقت المخصص لعرضها، فاذا تم

١- د. مصطفى العوجي ، المصدر السابق ، ص٦١٥

٢ - د. عبد الحق الصافي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، من دون دار نشر ، من دون مكان طبع ، ٢٠٠٧، ص٣٣٧

٣- قرارها المرقم ،٤٦٥ في١٨/مارس ١٩٢٩ ،اورده حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، مصدر سابق ،ص٤٤٩

التسليم بعد هذا الوقت فانه لايكون هنالك من فائدة للمشتري لفوات وقت العرض فيتم عندئذ اللجوء الى فسخ العقد[١] .

الفرع الثاني

دور الالتزام الثانوي في وقف العقد

نكرر القول بان نظام الوقف يهدف الى المحافظة على الرابطة العقدية بين المتعاقدين والحيلولة دون انقضائها ، وبالتالي بقاء تلك الرابطة موجودة محتفظة بخصائص طوال فترة توقف العقد .

وبقاء الرابطة العقدية تفرض بالضرورة ان تكون هناك بعض الالتزامات نافذة لكي يتم المحافظة على العقد وهذه الالتزامات هي الالتزامات الثانوية[٢] .

فنظام الوقف لايؤثر على الالتزام الثانوي وبالتالي تبقى نافذة تلك الالتزامات خلال فترة الوقف ويلزم الطرفان من تنفيذها ، بل وان الطرف الذي يتنصل او لا يقوم بتنفيذها او لاينفذها كما يجب جميعها او بعضها يكون مسؤولاً امام الطرف الاخر ولا يمكنه الاحتجاج بتوقف تنفيذ العقد[٣] .

ولنا مثالا في عقد العمل ، فعند وقف عقد العمل لاحد الاسباب التي تؤدي الى ايقافه ، فان العامل يظل رغم الايقاف متمتعا بحقوقه الاخرى غير الاجر كالسكن مثلا ، اذ ان رب العمل يجبر على تنفيذ التزامه الثانوي بتهيئة السكن للعامل[٤]، وكذلك الحال بالنسبة لالتزامه

١- د. وسن غني الخفاجي ، المصدر السابق ، ص٤٤

٢- وسن قاسم غني ، المصدر السابق ، ص١٤١

٣- د. حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص٥٣١ ، وانظر ايضا :
Ghestin ,op,cit , p390

٤- د. رمضان عبد الله صابر غانم ، وقف عقد العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص١٧٨

بعدم المنافسة ،والتزامه بعدم افشاء اسرار العمل ، رغم عدم اداء العامل لالتزامه الاساسي المتمثل بالعمل والذي اوقف تنفيذه وبالمقابل يلزم العامل بتنفيذ التزاماته الثانوية ٠

وذلك لان العلاقة العقدية مازالت مستمرة رغم ايقاف التنفيذ واستمرارها يقتضي الوفاء بالالتزامات الثانوية ٠

وكذلك الحال في عقد الايجار ، فان ايقاف تنفيذ التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالدار المؤجرة لا يرتد اثره الى التزامه باجراء الاصلاحات او الترميمات الضرورية لتلك الدار لكي تبقى صالحة للانتفاع بها من قبل المستأجر، حيث يبقى التزامه هذا نافذا حتى خلال فترة الوقف طالما كان من الممكن الوفاء به ، وبإمكان المستأجر مسائلته قانونيا في حالة عدم قيامه بتنفيذ هذا الالتزام ٠

فالالتزام الثانوي لايرتبط بجوهر العقد لكن له دور في المحافظة عليه ويمكن المطالبة بالتعويض عند الاخلال بتنفيذه خلال مدة وقف العقد ٠

ولكن قد يمتد الوقف ليشمل الالتزامات الثانوية استنادا الى قوة الرابطة بين الالتزام الثانوي والالتزام الاساسي الموقوف[1]، كما في حالة التزام الناقل بنقل الراكب في عقد النقل اذ يعتبر التزاما اساسيا ملقى على عاتق الناقل فاذا ما توقف تنفيذ هذا الالتزام امتد الوقف الى التزامه بضمان سلامة الراكب تبعا له ٠

مما سبق يتضح لنا وجوب ان تكون الاستحالة قد وقعت على تنفيذ التزام اساسي في العقد حتى تؤثر في وقفه وليس التزاماً ثانوياً، وهذا ما لاحظناه في حالات تحقق الاستحالة ، فقد تعيق قوة قاهرة كالحرب اوالزلازل والاعاصير مثلا تنفيذ التزام اساسي مفروض على احد

١- د. شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص٣٤٨

المتعاقدين ، وفي قضية عرضت على محكمة تمييز العراق تتلخص وقائعها[1]، بتعاقد صاحب العمل مع احد العمال للعمل لديه مقابل ان يدفع له اجرا شهريا ، الا انه وبسبب الحرب انقطع التيار الكهربائي عن المعمل العائد لصاحب العمل مما نتج عنه توقف العمل في المعمل وانهاء خدمات العامل ، اذ طالب العامل من خلال المحكمة بإعادته الى العمل وتعويضه عن كافة الاجور في مدة انهاء خدماته على اساس ان هذا التوقف كان بسبب خطا صاحب العمل ، حيث حكمت محكمة التمييزبأن العدوان الامريكي وما نتج عنه من حصار وانقطاع التيار الكهربائي قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ العقد استحالةمؤقتة ، لذلك حكمت المحكمة بوقف تنفيذ العقد والحكم بارجاع العامل الى العمل بعد زوال تلك الاستحالة ٠

حيث يتبين لنا ومن خلال القرار سالف الذكر ان محكمة التمييز اخذت بمبدأ وجوب وقف تنفيذ العقد لان الاستحالة المؤقتة ادت الى منع تنفيذ التزام اساسي في عقد العمل وهو التزام العامل بالعمل مما دفعها الى الحكم بذلك ٠

الا انه يلاحظ بانه من الممكن ان يتحقق الوقف في حالة اتفاق طرفي العقد على ذلك كأن يتفقا على ايقاف تنفيذ عقدهم عند نزول المطر او هبوب العواصف الرعدية وما شابه ذلك من ظروف يتوقع الاطراف مواجهتها مسبقا قبل وقوعها لذلك يتحصن الاطراف بواسطة الاتفاق لمواجهة الاستحالة المؤقتة في التنفيذ بواسطة وقف الالتزام المحدد بالاتفاق من قبلهم خلال فترة وقوع الحادث[2]، فمن الممكن ان يرد ذلك الاتفاق على جميع الالتزامات في العقد المبرم بينهم

١- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٣٣ عمل ١٩٩٢ مؤرخ في ١٩٩٢/٣/٢٢ اورده محمد صبري عبد الامير الاسدي ، القوة القاهرة واثرها في المسؤلية العقدية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠٧، ص١٣٨

٢- د. شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص٣٤٢

وعندها يكون الوقف كليا وقد يرد هذا الاتفاق على قسم منها دون الاخر وهنا يكون وقفا مخصصا بذلك القسم منها ٠

وسواء أكان الوقف كلياً او مخصصاً فانه ورد على التزام اساسي ، فاذا كان التزاماً اساسياً بطبيعته فهنا اكدت الارادة على اهميته حسب ما يفهم من الاتفاق، واذا كان التزاما ثانويا تحول عندها وبواسطة ارادة الطرفين الى التزام اساسي ، حيث ان التأكيد عليه من قبلهم بالاتفاق دليل على اهميته عندهم وضرورة تنفيذه وهذا ما يفهم من الاتفاق على وقفه عند وقوع الحادث المتفق على وقف العقد عند وقوعه ٠

المطلب الثاني

دور الالتزام الثانوي في حالة الدفع بعدم التنفيذ

للتطرق الى دور الالتزام الثانوي في حالة التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ يقتضي ذلك منا اولا تحديد مفهوم الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة متميزة في التشريع وذلك في فرع اول، ثم نتطرق في الفرع الثاني الى دور الالتزام الثانوي عند التمسك بهذا الدفع ٠

الفرع الاول

مفهوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ

من الواضح على هذه القاعدة هو انه يترتب على التمسك بها وقف تنفيذ العقد دون انقضاء الالتزام ، ويستمر هذا الوقف الى ان يقوم الطرف الاخرالذي يستخدم هذا الدفع في مواجهته بتنفيذ التزامه ٠

فاذا نفذ المتعاقد ما فرض عليه العقد من التزامات ظل العقد واستمر في ترتيب اثاره ، واما لو اصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه فان هذا قد ينتهي بالطرف الاخر الى طلب الفسخ[١] .

فقد عرف هذا الدفع بانه (حق لكل متعاقد في عقد ملزم للجانبين في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الاخر ما التزم به بموجب العقد)[٢] .

او هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا او بعضا ، فالدفع بعدم التنفيذ هو الوسيلة التي يجوز بها للمدعي عليه الاستعانة بها للرد على مزاعم خصمه ، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء اكان موجها الى موضوع الحق المطالب به ام متعلقا بالخصومة ام لعيب بالإجراءات[٣] .

حيث ترتبط الالتزامات في العقود التبادلية (الملزمة للجانبين)[٤]بصورة تجعل مصير التزام كل واحد من المتعاقدين متوقفا على تنفيذ الالتزام المقابل له ، اذا لم يكن التنفيذ مقررا وفق وجه معين في العقد يتوجب على المتعاقدين عندها الوفاء بالتزاماتهما في وقت واحد ، ويتعذر

١- د ٠توفيق حسن فرج ، د مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص٣٤١

٢- د٠ مصطفى الجمال ، د. رمضان ابو السعود ، د. نبيل ابراهيم سعد ، مصادر واحكام الالتزام ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦، ص٢٦٥

٣- د٠ محمد حنون جعفر ، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، السة ٢٠١٣، ص ٢٦

٤- بعد صدور قانون العقود الفرنسي لعام ٢٠١٦ الذي نص على الدفع بعدم التنفيذ بصورة صريحة ذهب غالبية الفقهاء الفرنسيين ، ومنهم الاستاذان ,Sylvia Guerin و Nicolas Gentey الى القول بان نطاق الدفع بعدم التنفيذ لا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين فقط بل يمتد الى جميع المصالح المتبادلة ومن امثلة ذلك ، المبالغ المستردة المتتالية الناجمة عن البطلان . انظر في ذلك د نبيل براهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦القانون المدني الفرنسي ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠٢٠ ، ص٣٣٢

في هذه الحالة على اي من المتعاقدين اجبار المتعاقد الاخر على تنفيذ التزامه طالما انه لم يقم بوفاء ما التزم به ٠

ويعد امتناع احد المتعاقدان عن تنفيذ التزامه عملا غير مشروعا يبرر للطرف الاخر الامتناع عن الوفاء بما التزم به ، وذلك لان قواعد العدل والانصاف توجب الا يقوم احد المتعاقدان بطلب تنفيذ العقد مادام هو ممتنع عن الوفاء بالتزامه[١] ٠

فهو بهذا المعنى يمكن اعتباره (وسيلة يلجأ اليها المتعاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الاخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة الى الترافع امام القضاء)[٢]، اي ان هذا الدفع يشكل وسيلة دفاعية وليست هجومية تقع في مرحلة وسط بين التنفيذ وعدم التنفيذ يقررها القانون ولا داعي للجوء فيها الى القضاء ، فهي دفع وليست دعوى ٠

هذه الوسيلة تتضمن الاحتجاج في مواجهة الدائن بانه اذا لم ينفذ التزامه الحال الاداء ، والمستحق للمدين ، فلا يجوز له ان يطلب من المدين تنفيذ التزامه ، حيث ان المدين بذلك يجبر الدائن على التنفيذ ؛ تلافيا لطلب الفسخ ، وبذلك يجمد العقد حتى يحمل الدائن على تنفيذ[٣] ٠

وبذلك تعد وسيلة اقل كلفة بالنسبة للمتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ مقارنة بسلوك الفسخ القضائي[٤] ٠

١- د. علي رضا ، محاضرات في الحقوق المدنية ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، جامعة حلب ، سوريا ، بلا سنة ، ص٣١٠

٢- د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام –، الجزء الاول ، دار المعارف ، من دون مكان نشر ، ١٩٦٥،ص٤٠٢

٣- حسن بلعيد عبد السلام الحربي ، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ٢٠٢١ ، ص١١

٤- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني – الالتزامات – المصادر – العقد- ، مصدر سابق ، ص٥٧١

والفكرة الاساسية التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي انه (اذا اردت ان تأخذ ما لك ، فعليك ان تفي بما عليك ، فلا عهد لمن لاعهد له)[١] ٠

والدفوع على ثلاث انواع دفوع موضوعية ، ودفوع شكلية ، ودفع بعدم قبول الدعوى ، والذي نقصده بدراستنا هي الدفوع الموضوعية ، والتي يقصد منها الوسائل التي يلجا اليها المدعى عليه ليثبت ان دعوى خصمه على اساس غير قانوني فهي دفوع تتعلق بأساس الدعوى وموضوعها ، وهذه الدفوع لاحصر لها وتتعدد تبعا لتعدد مواضيع الدعوى ، ويترتب على قبولها رد دعوى المدعي كلا او جزءا، ومن امثلتها الدفع بانقضاء الدين المطالب به في الدعوى لأي سبب من الاسباب ، كما يدخل ضمن هذا الدفوع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام [٢] ٠

والملاحظ ان المشرع في القانون المدني العراقي لم يخصص لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ نص خاص ولم يحصرها بالعقود الملزمة للجانبين وانما عالجها ضمن الحق في الحبس للضمان فقد نصت المادة (٢٨٢) على انه (١- لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ٢- فاذا قدم الدائن تامينا كافيا للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن اداء ما التزم به) ٠ كذلك نصت المادة (٢٨٠) من القانون المدني العراقي على انه (١- للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقا للاحكام التي قررها القانون ٢- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق) ٠

١- د . عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص٦٦٦

٢- د . محمد حنون جعفر ، مصدر سابق ، ٢٦

في حين نلاحظ ان المشرع المصري جعل من هذه القاعدة قاعدة عامة تسري على جميع العقود الملزمة للجانبين فقد نصد المادة(١٦١) من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به) ٠

اما المشرع الفرنسي فان موقفه كان اكثر وضوحا عند النص على هذا الدفع في القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالأمر رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات ، حيث خصص القسم الخامس منه الى الدفع بعدم التنفيذ (عدم تنفيذ العقد) ٠

وقد نصت المادة (١٢١٧) منه على انه (يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله ، او انه قد نفذ بشكل ناقص ان :

- يرفض تنفيذ التزامه او يعلق تنفيذه .
- يسعى الى التنفيذ الجبري العيني للالتزام .
- يطلب تخفيض الثمن .
- يطلب فسخ العقد .
- يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عن عدم التنفيذ .

يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة ويجوز اضافة التعويض اليها دائما[1] ٠

١- د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة للنص الرسمي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،جامعة الفلوجة، العراق، ط١، س ٢٠١٧ م، ص٥٣. النص بالفرنسية

Article 1217: La partieenverslaquellel'engagementn'a pas été exécuté, oul'aété imparfaitement, peut:

−refuserd'exécuteroususpendrel'exécution de sapropre obligation؛

−poursuivrel'exécutionforcée en nature de l'obligation؛ =

في حين تضمن الفرع الاول –الدفع بعدم التنفيذ – مادتين صريحتين في النص على هذه الفكرة وهما المادتان (١٢١٩) ، (١٢٢٠) ونصت المادة (١٢١٩) منه على انه (يحق لاحد الطرفين ان يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقا ،اذا لم ينفذ الطرف الاخر التزامه واذا كان عدم التنفيذ هذا جسيما بما فيه الكفاية) ٠

بينما نصت المادة (١٢٢٠) على انه (يجوز لاحد الاطراف ان يوقف تنفيذ التزامه اذا تبين ان المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند استحقاقه ، وان نتائج عدم التنفيذ ستكون على قدر كافٍ من الجسامة بالنسبة اليه ، ويجب ان يتم الاخطار بهذا الوقف بأقرب وقت)[١] ٠

= −obtenirunerέduction du prix؛

−provoquer la résolution du contrat؛

−demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuventêtrecumulées ; des dommages et intérêts

peuventtoujourss'yajouter.

Conformément aux dispositions du I de l'article 16 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, les

modifications apportées par laditeloi aux dispositions de l'article 1217 ont un caractèreinterprétatif . انظر موقع legifrance. الساعة ١٩/١/٢٠٢١ تاريخ وزمن الزيارة : ٨.٠٠ صباحا .

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc

١– د . محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨ ، ص٩٥–٩٦ .

Article 1219: Unepartiepeutrefuserd'exécuter son obligation, alorsmêmequecelle-ciestexigible, sil'autren'exécute pas la sienne et sicetteinexécutionestsuffisamment grave.

Article 1220: Unepartiepeutsuspendrel'exécution de son obligation dèslorsqu'ilestmanifesteque son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cetteinexécutionsontsuffisamment graves pour elle. Cette suspension doitêtrenotifiéedans les meilleursdélais.

انظر موقع legifrance.، تاريخوزمنالزيارة: ٢٠٢١/٠١/١٩ الساعة١٢.٣٠ظهراhttps://translate.google.com.eg

نلاحظ ان موقف المشرع الفرنسي قد اعتبر الدفع بعدم التنفيذ قاعدة عامة تسري على كل العقود الملزمة للجانبين بينما اكتفى قبل هذا التعديل بان يورد بعض التطبيقات المتفرقة لها دون ان يقرر عمومية هذه القاعدة[١].

وندعو المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع الفرنسي ، حيث تعرض المشرع العراقي للنقد بسبب معالجته للدفع بعدم التنفيذ من ضمن الفرع المخصص للحق في الحبس للضمان واعتباره احد حالاته ، كونهما يختلفان في مجال اعمال كلا منهما ،حيث ان مجال عمل الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين فقط ، في حين لايقتصر الحق في الحبس للضمان على نوع معين من العقود (سواء كانت ملزمة للجانبين او ملزمة لجانب واحد فهو يحكم جميع الالتزامات ايا كان منشأها)[٢].

كما انهما يختلفان في اساس كل منهما حيث ان الحق في الحبس يقوم على اساس الموازنة او المساواة بين مصالح متضادة متعارضة ، بينما يقوم الدفع بعدم التنفيذ على اساس التقابل والترابط بين الالتزامات[٣].

اذ يمثل التقابل في الالتزامات الاساس الذي يستمد منه الدفع بعدم التنفيذ وجوده فهو يتلائم مع طبيعة العقود الملزمة للجانبين بما تقتضيه من ارتباط في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل[٤] .

١- بلانيول وريبير وبولانجة ، القانون المدني الفرنسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، ١٩٥٢، ص٤٨٧ اورده . زهير سعيد طه ، قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانونية ، العدد الاول ، حزيران ، ١٩٧٦، ص١٩٤

٢- زهير سعيد طه ، المصدر السابق ، ص٢٠٢

٣- د . محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، ٢٠١٣، ص٣٤

٤- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص٦٢٨

ولان التقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين يبرر لاحد اطراف العقد من فسخه عند عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه[١] ، فمن باب الاولوية يعطي هذا التقابل الحق للمتعاقد في الامتناع عن تنفيذ التزامه في العقد الى ان ينفذ المتعاقد الاخر التزامه[٢].

كما ان الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود التبادلية يكون اعم من حق الحبس، اذ يباشر للامتناع عن جميع الالتزامات وليس فقط الالتزام بتسليم الشيء[٣] .

فالدفع بعدم التنفيذ هو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب احد المتعاقدين حتى يقوم المتعاقد الاخر بالتنفيذ وهو بذلك يمهد اما الى التنفيذ، واما الى الفسخ لذلك فهو يتصل بالجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد[٤] .

الفرع الثاني

اثر الالتزام الثانوي عند الدفع بعدم التنفيذ

ابتداءً يجب الاشارة الى انه ليس كل التزام ممتنع عن تنفيذه يخول التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ .

لذلك يشترط في الدفع بعدم التنفيذ ان لايساء استعماله اعمالا لمبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود بصورة عامة[١].

١- قرار محمة النقض المصرية رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ قضائية ، جلسة ١٩٨٥/١١/٦ مجمعة المكتب الفني . السنة ٣٦، ص٩٧٠

٢- د. رمزي فريد مبروك ، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الارادي في القانون المدني المصري ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ٢٠٠٠، ص٤٩

٣- د. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع – مصادر الالتزام – ، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، وص٨٣٣

٤- د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني _نظرية العقد في قوانين البلاد العربية _،بلا ناشر، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٦٠،ص١٣٥

لذلك فاذا كان الالتزام الذي لم ينفذ قليل الاهمية عندها لا يمكن للدائن التمسك بعدم التنفيذ[٢]، لان المتعاقد يكون متعسفا في اللجوء الى هذا الدفع اذا استخدمه بسبب عدم تنفيذ التزامات ثانوية تكون قليلة الاهمية لا تقتضيها طبيعة العقد[٣]، فالمستأجر لا يجوز له ان يمتنع عن الوفاء بالاجرة حتى ينفذ المؤجر التزامه بالإصلاحات او ترميم العين المؤجرة[٤] ، الا اذا ادى عدم قيام المؤجر بتنفيذ التزامه بالصيانة الى جعل العين المؤجرة غير صالحة للاستعمال فعندها يكون الدفع بعدم التنفيذ مقبولا من قبل المستأجر ويحق له بناء على ذلك الامتناع عن الوفاء بالاجرة لحين تنفيذ المؤجر التزامه بالصيانة[٥]؛ لان تنفيذ الالتزام الاساسي تعلق على تنفيذ الالتزام الثانوي ٠

فالامتناع عن تنفيذ التزام ثانويً لا يخول المتعاقد الاخر الدفع بعدم التنفيذ الا اذا كان مرتبط بالالتزام الاساسي ، هذا جانب ومن جانب اخر فالالتزام المقابل للالتزام الممتنع عن تنفيذه فلا بد وان يكون ايضا التزاما اساسيا وذلك لعدة اسباب نذكر منها مايلي :

١- ما يتعلق بمفهوم التقابل بالالتزامات في العقد حيث ان هذه الالتزامات ترتبط ارتباطا سببيا وظيفيا مقصودا [٦] ،فكل التزام اساسي يرتبط بما يقابله من التزام اساسي في العقد

١- نصت المادة ١٥٠ /١ من القانون المدني العراقي(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وتقابل المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري والمادة ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي

٢- د. مصطفى الجمال ، د. رمضان ابو السعود، د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص٢٦٦

٣- د عزيز كاظم جبر الخفاجي ، احكام عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ١٥٧

٤- الان بينابنت ترجمة منصور القاضي ، القانون المدني _ الموجبات _ ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص٢٦٥

5- Cass.civ.21/12/1987 RTDciv .1988 p.3711 obs REMY..cass.civ. 21/1/1995 jcp 1991/17/23

اورده د. محمد حسن قاسم ، المصدر السابق ، ص٥٩٧

٦- د. صلاح الدين الناهي ، الامتناع المشروع عن الوفاء ، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول ، ١٩٤٥، ص١٢

نفسه ولا دور للالتزام الثانوي في هذا الترابط ، بحيث (يوقف تنفيذ الالتزام حتى ينفذ العاقد الاخر ما التزم به)[١] .

اذ تعد تلك الالتزامات المتقابلة جزءا لا يتجزأ من ارادة المتعاقدين فهي تحقق الغرض الذي دفع المتعاقد للالتزام بالعقد وحيث ان الذي دفع المتعاقد للالتزام بالعقد ليس الالتزام الثانوي وانما الالتزام الاساسي لانه يمثل جوهر العقد واساسه[٢].

وبالنتيجة فان الارتباط بين الالتزامات الثانوية لا يؤثر في الرابطة العقدية لانه اضعف من الارتباط فيما بين الالتزامات الاساسية[٣] .

وكذلك لا يمكن ان يكون هناك تقابل بين التزام ثانوي والتزام اساسي لان الاخير اقوى مركزا ولا يتصور عقلا ذلك ، فلا يمكن ان يكون سبب التزام المستأجر بدفع الاجرة هو قيام المؤجر بدفع فاتورة الكهرباء للعين المؤجرة لان الاخير التزام ثانوي حسب طبيعة عقد الايجار .

الا انه من الممكن ان تتحقق فكرة التقابل بالنسبة للالتزامات الثانوية فيما بينها ، ومثال على الالتزامات الثانوية المتقابلة التزام المؤجر بدفع اجرة حارس المبنى يقابله التزام المستأجر بدفع مبلغ رمزي بالاضافة الى الاجرة .

٢- ان الغاية من الدفع بعدم التنفيذ هو اعتباره وسيلة للضغط على المتعاقد لتنفيذ التزامه الاساسي الممتنع عن تنفيذه[٤]، لذلك فالدفع بعدم التنفيذ باعتباره وسيلة للضغط لا يحقق يحقق هدفه الا اذا كان الامتناع عن التنفيذ يتعلق بالتزام مؤثر اي اساسي بحيث يعتبر عدم تنفيذه دافعا لان يقوم الطرف الاخر بعدم بتنفيذ التزامه . فالضغط يكون بالحرمان

١- قرار محكمة النقض المصرية ، رقم ٩٢٣/ ٥١ ق بتاريخ ١٩٨٣/٥/٢٤ ، اورده عبد الوهاب عرفه ، مصدر سابق ، ص٩٧

٢- د . صالح ناصر العتيبي ، مصدر سابق ، ص٢٤٣

٣_ المصدر نفسه ، ص٢٤٤

٤- الان بينابنت ، المصدر السابق ، ص٢٦٦

من امر جوهري ولا يتحقق ذلك بالحرمان من مجرد عدم تنفيذ التزام ثانوي ولا يستثنى من ذلك الا حالة واحدة ان يكون ذلك الالتزام الثانوي دافعا للتعاقد ، عندئذ سيكون الحرمان منه مؤثراً ٠

٣- ان مبدأ حسن النية[١] - والذي يكون له دور ايضا في نطاق الدفع بعدم التنفيذ - يستبعد ان يكون الالتزام الثانوي ذا اهمية في هذا الدفع، فهو يظهر في العقد بمظاهر متعددة لاتعد ولاتحصى، لذلك نجد كثيرا من الفقهاء يذهبون الى ربط حسن النية التعاقدي بالالتزامات ، وبذلك يظهر حسن النية في القانون المدني من خلال التزامات من اهمها الالتزام بالتعاون ،والالتزام بالامانة، والالتزام باحترام الثقة المشروعة ، والالتزام بالنزاهة ،وغيرها من الالتزامات ماشاكل ذلك التي يجب مراعاتها عند تنفيذ العقد ،فهذه الالتزامات كلها ثانوية مستندة الى مبدا حسن النية ، وبالتالي وكأصل عام فانه يتفق كل

١- ان مبدا حسن النية يختلف عن مبدا سوء النية في نواحي عديدة وذلك على النحو التالي -

١- من حيث المعنى ، يختلف كل منهما عن الاخر حيث ان كل منهما يعتبر نقيض الاخر وبالتالي فان معنى كل منهما عكس معنى الاخر ٠

٢- من حيث الاثبات في كل منهم ،يعتبر مبدا حسن النية امرا مفترضا في الانسان ، لانه الاصل حيث انه يتلائم مع الفطرة الانسانية التي فطر الله سبحانه الانسان عليها، لذلك لا يكون بحاجة الى اثبات للدلالة على وجوده ،اما مبدا سوء النية فهو غير مفترض، ومن ثم لابد لاثبات وجوده من دليل ويقع على من يدعيه او من له مصلحة في التمسك به عبئ الاثبات بجميع طرق الاثبات ، لانه خلاف الاصل الذي هو حسن النية ٠

٣- من حيث النتائج المترتبة عليهما ، حيث يترتب على مبدا حسن النية تحقيق العدالة والتوازن العقدي وتحقيق مصلحة المتعاقدان ومراعاتها ، في حين ان نتيجة مبدا سوء النية تكون على نقيض ذلك حيث يترتب عليها ظلم احد الطرفين للاخر ، واختلال التوازن بين المتعاقدين ، وانعدام الثقة والطمأنينة في نطاق العمل ٠ انظر د. رمزي عبد الرحمن الشيخ ، اثر سوء النية على عقود المعاوضات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص٣١-٣٢ ٠

من الفقه والقضاء ان كل التزام من هذه الالتزامات له طريقته في التنفيذ ، وان هذا التنفيذ لابد وان يتم بحسن نية وهو التزام يقع على كل طرف من اطراف العقد[١].

ان مبدأ حسن النية يلتقي مع مبدا سوء النية في بعض الامور ومن اهمها ان كلا منهما يعتبر موقفا عمدي ؛ لان النية هي القصد وعزم القلب على الفعل والحسن او السوء هي اوصاف لهذه النية وبالتالي فهي تكون تابعة لها ، كما ان كلا المبدأين لايجوز تقديرهما مستقلا عن عنصره النفسي ، لانهما من طبيعة ذاتية هذا اضافة الى ان المبدأين يقاسان بمعيارين احدهما ذاتي والاخر موضوعي[٢] .

فاذا تعلق الامر بعقد ملزم للجانبين وكانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الاداء كان للمتعاقد ان يدفع بعدم التنفيذ طالما لم يقم الاخر بالتنفيذ[٣].

وعليه يجب على من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ان يكون حسن النية ،وان لايتعسف في استعمال حقه في الدفع ، فلا يجوز للمتعاقد التمسك بالدفع اذا كان ما بقي من الالتزام المقابل دون تنفيذ جزءا بسيطا بالنسبة لباقي الالتزام الذي تم تنفيذه ،وعلى ذلك لا يجوز للبائع مثلا ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المشتري اذا كان المشتري قد دفع الجزء الكبير من الثمن ولم يبقى الا مبلغ بسيط وليس هناك خوف جدي على الباقي من الثمن[٤] .

١- رائد هاني سلامة جندية ، مبدا حسن النية في ابرام التصرفات القانونية ، المركز الديمقراطي العربي ،٢٧ يوليو ٢٠٢٠

٢- د . رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ ، اثر سوء النية على عقود المعاوضات ، مصدر سابق ،٣١

٣- د. توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام- ،الجزء الاول ، الطبعة الثانية،من دون ناشر ،من دون مكان نشر ، ١٩٨٠،ص٢٤٠

٤- د. حسام الدين محمود محمد حسن ، وسائل انقاذ العقود من الفسخ ،الطبعة الاولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ،٢٠٢٠ ، ص٢٩٩

وعليه لا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية ، ومع ما يجب ان يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية ، وعلى الاخص لا يقبل التمسك به اذا كان المتعاقد الاخر قد قام بالوفاء بالجزء الاكبر مما عليه ، ولم يبقَ منه الا القليل ،لا يتمشى مع العدالة ولا مع نزاهة التعامل الدفع بعدم ادائه ،لامتناع الدائن عن الوفاء ما عليه ، او في الاقل يمتنع على الدائن هنا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ الا بحدود حصة من التزامه المقابل مابقي من حقه من غير وفاء[١] .

ويمكن اعتبار عدم تنفيذ الالتزام الثانوي داخلا بمفهوم عدم التنفيذ قليل الاهمية ، لان الالتزام الثانوي يعتبر في هذه الحالة تابعا او جزئا من الالتزام الاساسي .

ولقد اتجه القضاء الفرنسي الى اعتبار المتعاقد متعسفا في استعمال حقه في الدفع بعدم التنفيذ اذا كان الجزء الذي لم ينفذ من التزام خصمه قليل الاهمية ، فقد قضت دائرة العرائض بعدم احقية المستأجر في الامتناع عن دفع القيمة الايجارية لعدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالضمان[٢] .

وايضا لايجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ اذا كان المتمسك به هو البادئ بعدم التنفيذ او اذا كان هو الذي تسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل[٣]،فلايجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ اذا كان حق المتمسك به يتسم بضعف بسبب خطئه هو، فلايجوز لورشة اصلاح سيارات ان تمتنع عن تسليم السيارة حتى يتم وفاء العميل بقيمة الاصلاحات اذا كانت تلك الاصلاحات تعادل قيمة السيارة ككل ولم تكن قد حصلت على موافقة العميل على مقابل الاصلاح قبل القيام بها .

١- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص٦٧١

٢- د . محمد حسن عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص٨١

٣- د. احمد شرف الدين ، نظرية الالتزام – المصادر الارادية- (العقد الارادة المنفردة) ، الجزء الاول ، بلا ناشر ، ٢٠٠٣، ص٤٥٨- ٤٥٩

كما يجب الا يستخدم الدفع كوسيلة للمماطلة بقصد عدم تنفيذ العقد بادعاءات واهية بعدم تنفيذ الخصم لالتزامه[١] .

كما لا يجوز التمسك بالدفع اذا كان المتمسك به قد تسبب في عدم تنفيذ التزامات المتعاقد الاخر ، كما لو تراخى في تحديد المواصفات التفصيلية اللازمة لقيام الدائن بالالتزام بالتسليم او رفض فحص الشيء تمهيدا لتسليمه[٢] .

وعليه فانه لا يجوز للمتعاقد ،ان يتمسك بالدفع اذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل ، او اذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل جزءا يسيرا بالنسبة للالتزام في جملته ، وهذا يعني ان يكون العاقد المتمسك بالدفع حسن النية فلا يدفع به ليمتنع عن تنفيذ التزامه اذا كان الالتزام المقابل كاد يكمل نفاذه ، واصبح ما لم ينفذ منه ضئيلا ، او اذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرجع الى فعله[٣] . وتطبيقا لهذه الفكرة ، لا يجوز للمتعاقد ان يمتنع عن تنفيذ التزام اساسي في العقد حتى يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزام ثانوي[٤].

وتفريعا على ذلك لا يجوز للمشتري وهو دائن بالضمان ان يمتنع عن دفع الثمن اذا لم يكن هناك سبب جدي يبرر الخشية من وقوع التعرض له[٥] .

وتجدر الاشارة الى ان الالتزام الثانوي قد يكون اكثر محافظة على حقوق الدائن من الدفع بعدم التنفيذ ،فضمان الاستحقاق في عقد البيع وهو التزام ثانوي حسب طبيعة عقد البيع،

١- د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ،ص ٣٩٨

٢- د . سعيد السيد علي ، مبدا الدفع بعدم التنفيذ في العقد ، بلا ناشر ، ٢٠٠٦، ص ٤١

٣- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ،ص ٢٨٨، وايضا د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام –مصادر الالتزام – ، مرجع سابق ، ص١٩٨

٤- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٤٤٥، وانظر ايضا د. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات ، –مصادر الالتزام –، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص٣٦٩

٥- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام – ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨

الا ان القانون قد رسم طريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهدده لذا يعتبر هذا الضمان وسيلة افضل لحماية حقوق المشتري من الدفع بعدم التنفيذ [1].

١ - د. سليمان مرقص ، العقود المسماة –عقد البيع –، الجزء الثالث ، الطبعة الرابعة، بلا دار طبع، ١٩٨٠، ص٥٤٧

الخاتمة :

بعد ان انتهينا بتوفيق من الله، من كتابة موضوع رسالتنا والموسوم بالالتزام الثانوي في العقد ، نعمد الى اختتامه بخاتمة نضمنها ابرز ما توصلنا اليه من نتائج خلال البحث، وما نسعى الى اضافته من مقترحات قد يكون لها الاثر في وضع ما بحثناه موضع التطبيق العملي٠

أ – النتائج–

١- بعد عرض التعاريف الفقهية والقضائية عرفنا الالتزام الثانوي بانه الالتزام الذي لا يرتبط بجوهر العقد ويكون دوره فيه تكميل الالتزام الاساسي فيه او يزيد من فائدته او يقوي وظيفته القانونية او الاقتصادية ولا يمكن ان يوجد بصورة مستقلة عنه والصفة الاساسية فيه هو انه لايعتبر سببا لما يقابله من التزام ٠ كما ظهر له عدد من الخصائص منها صفة التبعية التي يتصف بها ، وجواز الاتفاق على خلافه ٠

٢- يكون الالتزام الثانوياً في حالتين ،الحالة الاولى يكون فيها اثرا للعقد ولكن الطرفين يتفقون على استبعاده دون ان يتاثر جوهر العقد ٠والحالة الثانية عندما لايعتبر اثرا للعقد ولكن للطرفين اضافته له دون ان يتعدل جوهر العقد٠

٣- يمكن للارادة ان تعدل العقد وذلك باضافة التزام ثانوي او اكثر الى مضمونه الاصلي بشرط ان لاتؤدي الى تغيير التكييف القانوني له ٠

٤- ان المصادر التي ينشا عنها الالتزام الثانوي هما المصدر الارادي اضافة الى المصدر القضائي لذلك حددنا مصادر الالتزام الثانوي بالمصدر الارادي والمصدر غير الارادي٠

٥- ان الالتزام الثانوي الارادي اما ان يكون ملائماً للعقد او مؤكداً لمقتضاه او جرى به العرف او فيه نفع لاحد العاقدين او الغير ٠

٦- يتمثل الالتزام الثانوي غير الارادي بالالتزامات التي يضيفها القاضي الى مضمون العقد ولا يشترط التقيد بنوع معين من القواعد في النظام القانوني وموقعها ٠

٧- ان للعقد جوهر ومقتضى ولا يجوز للالتزام الثانوي ان يتعارض مع ذلك المقتضى ٠

٨- يمكن للطرفان الاتفاق على تحويل التزام ثانوي الى التزام اساسي وسواء كان الاتفاق صريح او ضمني ٠

٩- المسائل الثانوية في مرحلة انعقاد العقد لاتكون ضرورية لانها لا تتصل بجوهر العقد

١٠- ان جوهر العقد هو الاركان الاساسية له ٠

١١- ان الاتفاق على مسائل العقد الجوهرية ضروري وتفرضه فكرة العقد ذاته ومبدأ الرضائية الذي يقوم عليه العقد اصلا فهي العناصر الموضوعية التي تحدد ماهية العقد ٠

١٢- توصلنا الى تحديد معيارين لتحديد الالتزام الثانوي الاول معيار طبيعة العقد اما الثاني اطلقنا عليه معيار اهمية الالتزام ٠

١٣- يجوز الاتفاق على تحويل التزام اساسي الى التزام ثانوي مع تحمل النتيجة وهي تغيير طبيعة العقد اي يتحول من عقد الى اخر ٠

١٤- ان الاتفاق على ان يكون الفسخ جزاء للاخلال بالتزام ثانوي يعني تحول ذلك الالتزام الى التزام اساسي رغم بقائه التزام ثانوي بحسب طبيعة العقد ٠

١٥- ان نظام وقف العقد لايؤثر على الالتزام الثانوي من حيث النفاذ حيث يبقى نافذا خلال مدة الوقف ويترتب على الاخلال به الجزاءات القانونية ٠

١٦- لادور للالتزام الثانوي في نطاق الدفع بعدم التنفيذ مالم يكن متصلا بالتزام اساسي او دافعا للتعاقد بأعتبار ان الغاية من الدفع هي اعتباره وسيلة ضغط على ارادة الممتنع لتنفيذ التزامه وهذا ما لا يوفره الالتزام الثانوي٠

١٧- لم يتضمن القانون المدني العراقي وكذلك المصري نصا يعالج حالة الاستحالة المؤقتة بالتنفيذ التي تؤدي الى ايقاف تنفيذ العقد على عكس المشرع الفرنسي الذى تناول ذلك في تعديل القانون المدني لسنة ٢٠١٦ ٠

١٨- تبين لنا من خلال الدراسة ان القانون المدني العراقي اسبق من القانون المدني الفرنسي في الاشارة الى المضمون الاصلي للعقد من خلال عبارة مقتضى العقد الواردة في المادة ١/١٣١ منه ٠

١٩- تؤكد الدراسة على مبدا الفصل بين مرحلة انعقاد العقد ومرحلة تنفيذه فهما مرحلتان منفصلتان متميزتان ولكل مرحلة شروطها واهدافها ٠

ب- التوصيات -

١- نوصي بأن يكون هناك توحيد لتسمية الالتزام الثانوي اينما وردت فقها وقضائا وقانونا ،لان تعدد التسميات حالة نشاز ومن المؤكد سيحصل تشتت في الاراء وتكون مدعاة الى تعدد الاحكام ٠

٢- نوصي بتضمين القوانين المدنية الالتزامات الثانوية بنص خاص بها ونقترح ان يكون النص الاتي (١- الالتزام الثانوي هو الذي ينشأ بالارادة او يضيفه القضاء في مرحلة التنفيذ ولا يترتب على بطلانه بطلان العقد مالم يكن هوالدافع الى التعاقد ٢- لايجوز ان يفرغ الالتزام الثانوي الالتزام الاساسي من مضمونه) ٠

٣- كما نقترح ان تنضم الاستحالة المؤقتة بنص خاص لان لها دور كبير في المحافظة على العقد واي استحالة تمر على العقد ولا يعرف مصيرها يمكن اعتبارها استحالة مؤقتة في التنفيذ ٠ لذا يكون من الاجدر تعديل نص المدة (٤٢٥) مدني عراقي لتصبح على الوجه

التالي (١- ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه ٢-اذا استحال تنفيذ الألتزام مؤقتاً يعلق تنفيذه لحين زوال تلك الاستحالة) ٠

٤- نرى ضرورة افراد الدفع بعدم التنفيذ بنص خاص توافقا مع المشرعين المصري والفرنسي لما بينه وبين حق الحبس للضمان من اختلافات فهو وسيلة متميزة للمحافظة على العقد من الفسخ ٠

٥- نوصي بانه لترتب الفسخ كجزاء للاخلال بالالتزام الثانوي يشترط ذلك اعمال المعيارين معا الشخصي والموضوعي من قبل المحكمة فلا بد من الاخذ بعين الاعتبار اهمية الالتزام من الناحية الموضوعية كما لايمكن اهدار نظرة الارادة الى الالتزام والتي تتضح من خلال شروط العقد او الظروف الخارجية ٠ حيث يجب على القاضي ان يبحث فيما اذا كان الطرفان قد علقا العقد على تنفيذ التزام معين ٠

المراجع والمصادر

القران الكريم

المعاجم العربية

١-ابن منظور، لسان العرب ، المجلد الثاني عشر ، الطبعة السادسة ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٢-ابراهيم انيس ،المعجم الوسيط ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، اصدار مجمع اللغة العربية ، القاهرة ،١٩٧٢ .

الكتب والمراجع :

١- د. احمد زكي الشيشي ، تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري ، مقالة بالفرنسية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد التاسع عشر ، ١٩٤٩ .

٢- د. احمد شعلة ،العقود في قضاء النقض ، الجزء الاول ، دون دار نشر، الاسكندرية ، بلا سنة .

٣- د.احمد علي الحميدي ، وقف العقد ، الطبعة الاولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الجيزة ، بلا سنة نشر .

٤- د. احمد محمد الدفاعي ، الالتزام بالتسامح ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

٥- د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠٣ .

٦- د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد واثرها على اتفاقات المسؤولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٧- د. المحمدي احمد ابو عيسى ، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٨- د. انور العمروسي ،امجد العمروسي ، اشرف احمد عبد الوهاب ، شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعة الرابعة ، دار العدالة ، القاهرة ، ٢٠٠١.

٩- د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، دار المعارف ، دون مكان نشر ، ١٩٦٥ .

١٠- د. ايمان طارق شكري ، اثر الشرط في حكم العقد –دراسة مقارنة – ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨ .

١١- د. بدر جاسم يعقوب ، النظام القانوني للاجر في القانون الكويتي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، الكويت ، ١٩٨٨ .

١٢- د. جلال على العدوي ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ .

١٣- د. حبيب الله الرشتي ، كتاب الاجارة ، الجزء الاول ، منشور على الموقع التالي masaha.net

١٤- د.حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، دون ناشر ، القاهرة ،٢٠٠٠ .

١٥- د. حسام الدين الاهواني ، شرح عقد العمل ، دون دار نشر ، القاهرة ، ١٩٨٣ .

١٦- د. حسام الدين الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٩ ٠

١٧- د. حسام الدين الاهواني ، مصادر الالتزام – المصادر الارادية – ،بلا ناشر ، القاهرة ، ١٩٩١-١٩٩٢ ٠

١٨- د. حسن على الذنون ، شرح القانون المدني ، اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٩٧ ٠

١٩- د. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، معهد الدراسات العربية العالية ، بلا مكان نشر ، بلا سنة ٠

٢٠- د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٤٩ ٠

٢١- د. حلمي بهجت بدوي ،اصول الالتزام –الكتاب الاول –في نظرية العقد–، مطبعة النوري ، القاهرة ، ١٩٤٣ ٠

٢٢- د. حمدي عبد الرحمن ، عقد الايجار ، دار الحقوق للطباعة والنشر ، القاهرة، ١٩٨٤.

٢٣- د. حميد مجيد العنبكي ، قانون العمل العراقي المبادئ والاحكام ، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد ، بلاسنة ٠

٢٤- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ،دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٢ ٠

٢٥- د. خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري – احكام الالتزام – ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، دون مكان نشر ، ٢٠٠٥ ٠

٢٦- د. راقية عبد الجبار علي، عقد الايجار في القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار المعدل ، مكتبة السيسبان ، بغداد ، ٢٠١٤ .

٢٧- د. رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٢٨- د. رمزي فريد مبروك ، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الاداري في القانون المدني المصري ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ٢٠٠٠ .

٢٩- د. رمضان عبد الله صابر غانم ، وقف عقد العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٣٠- د. رمضان عبد الله صابر غانم ، وقف عقد العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٣ .

٣١- د. ريما فرج مكي ، تصحيح العقد ، الطبعة الاولى ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١ .

٣٢- د. زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ، في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ .

٣٣- د. سحر بكباشي ، دور القاضي في تكميل العقد ، دراسة تكميلية تحليلية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .

٣٤- د. سلام عبد الله الفتلاوي ، اكمال العقد _دراسة مقارنة _، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢.١٢ .

٣٥- د. سليمان مرقص ، احكام الالتزام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٧ .

٣٦- د. سليمان مرقص، الجزء الثالث في العقود المسماة – عقد البيع- ، الطبعة الرابعة ، بلا دار نشر ، بلا مكان نشر ، ١٩٨٠ ٠

٣٧- د. سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ٠

٣٨- د. سمير عبد السيد تناغو ، محمد حسن منصور ، القانون والالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، بلا سنة

٣٩- د. شريف محمد غانم ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ٠

٤٠- د. صالح ناصر العتيبي ، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ٠

٤١- د. صبا نعمان رشيد الويسي ، وقف عقد العمل وتطبيقاته ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢.١٢ ٠

٤٢- د. ضمير حسين المعموري ، الفراغ التشريعي في فلسفة الدولة عند الشهيد الصدر ،الطبعة الاولى ،دار المعارف ، بيروت ، ٢٠١٠ ٠

٤٣- د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتاب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٢ ٠

٤٤- د.عبد الحق الصافي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دون دارنشر ، دون مكان نشر ، ٢٠٠٧ ٠

٤٥- د. عبد الحق الصافي القانون المدني–الكتاب الثاني- ، الجزء الاول ، بلا مكان نشر ، بلا تاريخ طبع ٠

٤٦- د. عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون والقوانين الخاصة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ .

٤٧- د. عبد الحكم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ .

٤٨- د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ .

٤٩- د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .

٥٠- د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ .

٥١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني –نظرية الالتزام بوجه عام –، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٩٧ .

٥٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٠ .

٥٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث – ، الجزء الثالث ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ .

٥٤- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني الجديد – المجلد الاول – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٥٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، بيروت ، بلا تاريخ ٠

٥٦- د. عبد الرزاق السنهوري ،التصرف القانوني والواقعة القانونية ، القاهرة ، ١٩٥٤ ٠

٥٧- د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ،دراسة معمقة بالفقه الاسلامي ، بلا ناشر ، ١٩٨٤ ٠

٥٨- د. عبد القادر العراعاري ، مصادر الالتزامات –الكتاب الاول – ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الامان ، الرباط ، ٢٠٠٥ ٠

٥٩- د. عبد الله الطوالبة ، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ،الطبعة الاولى ، دار يافا للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ٠

٦٠- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني ، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، الطبعة الثانية شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ٠

٦١- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني _ مصادر الالتزام _ ، الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، بغداد ، بالسنة نشر ٠

٦٢- د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢.١٥ ٠

٦٣- د. عبد المنعم درويش ، محاولة لتحليل تطور فكرة الالتزام العقدي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، دون مكان نشر ، ١٩٩٧ ٠

٦٤- د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (اثار العقد وانحلاله)، مطبعة نهضة مصر ،١٩٦٠ ٠

٦٥- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة واثرها على الالتزامات العقدي ، الطبعة الاولى ، دون ناشر ، دون مكان نشر ، ١٩٩٤ ٠

٦٦- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، احكام عقد البيع(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي- الكتاب الاول-) الانعقاد الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢.١٣ ٠

٦٧- د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٦٨- د. عصمت عبد المجيد ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، منشورات وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٩٣

٦٩- د. علي رضا ، محاضرات في الحقوق المدنية ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، جامعة حلب ، سوريا ، بلاسنة ٠

٧٠- د. عمر عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ٠

٧١- د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ ٠

٧٢- د. فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣

٧٣- د. فوزي كاظم المياحي ، احلال العقد الفسخ والاقالة في القانون المدني العراقي ، مكتبة الصباح ، ٢.١٥ ٠

٧٤- د. كريم بولعابي ، حسن النية في المادة التعاقدية ، الطبعة الاولى ، مجمع الاطرش للكتاب المختص ، تونس ، ٢.١٥ ٠

٧٥- د. محسن البيه ، النظرية العامة للالتزامات -مصادر الالتزام - المصادر الارادية - مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ .

٧٦- د. محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات العقدية وابرام العقود ، مطبوعات الادارة العامة للبحوث ، الرياض ، ١٩٩٥ .

٧٧- د. محمد احمد عابدين ، زوال العقد(الفسخ -الانفساخ -التفاسخ -البطلان -استحالة التنفيذ-التنفيذ بطريق التعويض) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢.١٣ .

٧٨- د. محمد حسام محمود لطفي ، الاحكام العامة لعقد التامين ، الطبعة الثالثة ، بلا ناشر ، القاهرة، ٢٠٠١ .

٧٩- د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، ٢.١٨ .

٨٠- د. محمد حسنين، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠١ .

٨١- د. محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .

٨٢- د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦، .

٨٣- د. محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

٨٤- د. محمد شتا ابو سعد ، الاعذار في القانون المدني المصري وما جرى عليه العمل في القضاء -دراسة مقارنة - ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠ .

٨٥- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية ، للمرحلة السابقة على التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ٠

٨٦- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي ازاء الرغبة في انهاء الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ٠

٨٧- د.محمد عزمي البكري ، القانون المدني الجديد -مصادر الالتزام- دار محمود للنشر ، القاهرة ، بلا سنة نشر ٠

٨٨- د. محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ (البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٨.

٨٩- د.محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، الجزء الاول ، بلا دار نشر ، دمشق ، ١٩٧٩ ٠

٩٠- د. محمود السقا، اضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ٠

٩١- د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص١٩٧٨ ٠

٩٢- د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، الطبعة الاولى ، احسان للنشر والتوزيع ، ٢.١٤ ٠

٩٣- د. مصطفى الجمال ، السعي الى التعاقد ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢..٢ ٠

٩٤- د. مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي ،الطبعة الاولى ، الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، بلا سنة ٠

٩٥- د. مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الجديد ،مصادر الالتزام ،الطبعة الاولى ، دار الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، بلا سنة ٠

٩٦- د. مصطفى الجمال ، د .مضان ابو السعود ، د.نبيل ابراهيم سعد ، مصادر واحكام الالتزام ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٦

٩٧- د. مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، ١٩٩٩

٩٨- د.مصطفىالعوجي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعة الرابعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ٠

٩٩- د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ٠

١٠٠-د. مصطفى عبد السيد الجارحي ،فسخ العقد ،الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ٠

١٠١-د. مصطفى مجدي هدمة ،العقد المدني ، شركة ناس للطباعة ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠١ ٠

١٠٢-د. مصطفى محمد الجمال ، تجديد النظرية العامة للقانون ، الجزء الاول ، الفتح للطباعة والنشر ، الاسكندرية ،٢٠٠٢ ٠

١٠٣-د.منصور مصطفى منصور ، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ٠

١٠٤-د. منير القاضي ،المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٨٤ ٠

١٠٥-د. موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

١٠٦-د. مير عبد الفتاح الحسيني المراغي ،العناوية الفقهية ، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامي ،١٨٤١ .

١٠٧-د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة للنص الرسمي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بلاسنة .

١٠٨-د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام- مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦القانون المدني الفرنسي ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠٢٠.

١٠٩-د. نعمان محمد خليل جمعة ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .

١١٠-د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ١٩٥٩ .

١١١-د.ياسين الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني – انعقاد العقد -، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢..٢ .

١١٢-د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني –احكام الالتزام- ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٧ .

الاطاريح والرسائل الجامعية

أ- الاطاريح

١- د. اسراء جاسم محمد ، اثر التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في العقد ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ .

٢- د. ايمان طارق شكري ، سلطة القاضي في تفسير العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ .

٣- د. راقية عبد الجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .

٤- د. رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٥- د. زمام جمعة ، العدالة العقدية في القانون الجزائري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ،٢.١٤ .

٦- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

٧- د. سليمان براك دايح الجميلي ، الشروط التعسفية في العقود ، (دراسة مقارنة) ،اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٢ .

٨- د. سيف الدين بلعاوي ، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٢ .

٩- د. صلاح الدين الناهي ، الامتناع المشروع عن الوفاء ، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٥ .

١٠- د. ضمير حسين المعموري ، التبعية العينية –دراسة مقارنة – ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢.١٣ .

١١- د. محمد رفعت الصباحي ، الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٣ .

١٢- د. محمد غانم يونس ، سلطة القاضي في تكميل العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد،٢.١٧ .

١٣- د. وسن قاسم غني الخفاجي ، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

١٤- ماجد مجباس ، تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١٨ .

ب رسائل الماجستير

١- حسين عبد القادر معروف ، النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٩

٢- حمو حسينه ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،٢.١١ .

٣- حيدر فائق حطاب ، التنظيم القانوني للالتزام الرئيسي في مرحلة تنفيذ العقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، معهد العلمين للدراسات العليا ،٢٠٢٠ .

٤- سهير حسن هادي ، الشرط المالوف في العقد – دراسة مقارنة – ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠٨ .

٥- عبد الجبار ناجي ، مبدا حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٧٥ .

٦- محمد صبري عبد الامير الاسدي ، القوة القاهرة واثرها على المسؤولية العقدية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٧ .

٧- محمد عبد الرزاق محمد، النظام القانوني لعقد الاشتراك في خدمة الانترنت، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١١ .

٨- هشام فالح طاهات ، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ،جامعة بابل ، ١٩٩٨ .

٩- سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف(دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠١ .

البحوث والمقالات العلمية :

١- د. اسماعيل محمد المحاقري ، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط المجحفه ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة السادسة عشر ، العدد الاول ، ١٩٩٢.

٢- د.جعفر المغربي ، حالات وقف عقد العمل الواردة في قانون العمل الاردني ، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد العشرون ، العدد الرابع،٢٠٠٥ ٠

٣- د. جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ، بح ث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، السنة الرابعة والثلاثون ،١٩٦٤ ٠

٤- د. خالد الهنديانى ، وقف عقد العمل ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الرابع ، ٢٤/ديسمبر / ٠٢٠٠٠

٥- د. خواضي رشيد ، الفسخ الجزئي للعقود المدنية ، بحث منشور في مجلة القضاء المدني ، العدد الثالث عشر ، ٢.١٦ ٠

٦- د. زهير سعيد طه ، قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانونية ، العدد الاول ،حزيران ، ١٩٧٦ ٠

٧- د. سعد حسين ملحم ، دور القاضي في اكمال نطاق العقد طبقا للمادة ٨٦ مدني عراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد الاول ، الاصدار الاول ، سنة ٢٠١٠ ٠

٨- د.سميراسماعيل ، دور العرف في القانون ، بحث منشور في مجلة المحامين السورية ،العدد السادس ، السنة السابعة والاربعون ،١٩٨٢ ٠

٩- د. عبد الحي حجازي ، احدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ (التنفيذ والفسخ) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن جامعة عين شمس ، العدد الاول والثاني ، السنة الاولى ،١٩٥٩ .

١٠- د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،العدد الاول ،السنة الاولى ، ١٩٥٩ .

١١- د. عدنان ابراهيم سرحان ، سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الثامن ، العدد الاول والثاني ،١٩٨٩ .

١٢- د. محمد جمال عطية ، اهداف القانون بين النظرية والتطبيق ، بحث منشور في المجلة القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الزقازيق ، العدد الرابع والسبعون ، ١٩٩٥ .

١٣- د. محمد حنون جعفر ، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، ٢.١٣ .

١٤- د. محمد هشام قاسم ، اثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة القانون السورية ، العدد السابع ، السنة التاسعة عشر ، ١٩٦٨ .

١٥- د. منصور حاتم محسن ، التغيير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية – دراسة مقارنة – ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد الثالث والعشرون ، العدد الرابع ، ٢.١٥ .

١٦- د. منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، المجلد ٢٥، العدد ٦، ٢.١٧ .

١٧- د. نجيب محمد بكير ، اثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة الخامسة والخمسين ، ١٩٨٥ ٠

القوانين

- القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة (١٩٥١)المعدل ٠
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)المعدل ٠
- القانون المدني الفرنسي رقم (١٨.٤) المعدل٠
- قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة (١٩٨٣) ٠
- قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة (٢.١٥) النافذ ورقم(٧١) لسنة(١٩٨٧) الملغي.
- قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) ٠

المجلات القضائية

١- وزارة العدل ، المجموعة العدلية ، العدد ٣، ١٩٨١ ٠

٢- مجموعة المكتب الفني ، احكام النقض ، العدد الثاني ، السنة ١٩ ٠

٣- مجموعة احكام المكتب الفني ، س٢٨ ، رقم ٩٦ ٠

٤- مجموعة احكام المكتب الفني السنة الثامنه والعشرون ٠

٥- مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ،العدد الاول ،٢.١٣ ٠

٦- مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الاول ، ٢.١٣ ٠

٧- مجموعة احكام المكتب الفني، النقض ، العدد الثاني ، السنة ١٩ ٠

٨- مجلة المحاماة المصرية ،العدد الاول،السنة الخامسة والثلاثين ،١٩٥٤ ٠

المصادر الاجنبية

أ- المترجمة

١- الان بينا بنت ، القانون المدني – الموجبات –ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الاولى ، مجد للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

٢- الان بينابنت ترجمة منصور القاضي ، القانون المدني الموجبات ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، ٢٠٠٤ .

٣- جاك غستان ، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٤- جاك غستان ، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد او اثاره ، الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ،٢٠٠٠ .

ب- غير المترجمة

1- Philipe Jestaz ,A la recherche de lobligaition fondamentale, Melange Raynaud, 1985 .

2- Charlotte Desllauriers-Goulet,Lobligation essentielle dans,le contrat,Un article de la revue les Cahiers de droit,volume55,Nomero 4,Decembere,2.14.

3- Nelie Cardoso-Roulot,Les obligation essentielles en droit prive des contrats , Paris , LH armattan ,2008.

4- Alima Sanogo,Lobligation ,Essentielledans le contrat, Universite de Bourgogne-Master llRechercheDroit des Affaires et Economie, 2014.

Abstract

Secondary Obligation

The study is concerned with the subject of the secondary obligation in the contract (a comparative study). It is based on defining the secondary obligation and distinguishing it from the primary obligation. There are essential obligations that are related to the essence of the contract, and without them, the contract is emptied of its content, and breach of it results in the imposition of the most severe civil penalties. As for secondary obligations, breach of them may require less severe penalties. It is not related to the essence of the contract.

The study focused on the last of them, so we mentioned the definition of the secondary obligation and its characteristics and sources. We distinguished between the stage of contracting and the stage of contract implementation. We found two criteria by which it is possible to determine the secondary obligation if it is mixed with the main obligation, and we explain the role of the secondary obligation in the stage of contract expiry and the stage of its preservation.

The study relied on the comparison between laws as a method, in addition to analyzing the opinions, ideas and decisions of the French, Egyptian and Iraqi judiciary as its scope.

We divided the research into two chapters. The first defined the concept of secondary obligation while the second chapter defined the provisions of secondary obligation.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

And Scientific Research

University of Babylon

College of Law

The Secondary Obligation In The Contract

((A Comparative Study))

A Thesis Submitted By

ALI ABDUL_ MOHSEN KHUDAIR ALGANIMI

To the council of college of law- Babylon University InThepartial fulfillment of the requirements for master degree in private Law

Supervisor Of

Dr -Dhamear Hussein Almammory

Professor Of civil Law

2021 A.D **1442 A.H**