المبحث الخامس

القواعد الامرة والقواعد المكملة

تقسم قواعد القانون الى قواعد امرة واخرى مكملة :-

اولا":- القواعد الامرة:- هي القواعد التي لا يجوز لإرادة الافراد مخالفتها، لانها تعبر عن الصالح العام وترتبط باستقرار وامن المجتمع كقواعد القانون الجنائي التي تحمي المجتمع من الجريمة.

ثانيا:- القواعد المكملة او المفسرة:- هي القواعد التي يمكن للافراد مخالفة احكامها بارادتهم لانها ترتبط بمصالحهم الشخصية.

ولكن هذا لا يعني ان القواعد المكملة تخلو من صفة الالزام لان صفة الالزام خاصة بجميع قواعد القانون الامرة منها والمفسرة ، لان القاعدة القانونية تفقد خاصيتها بغير صفة الالزام في تنظيم العلاقات.

ثالثا:- معيار التفرقة بين القواعد الامرة والمفسرة او المكملة: هناك عدة معايير يمكن من خلالها التمييز بين القواعد الامرة والمكملة وحسب الاتي:

المعيار	القواعد الامرة	القواعد المكملة او المفسرة
الصياغة	اذا وردت القاعدة القانونية بصيغة الوجوب او المنع او البطلان مع قبول الحكم الصادر بموجبها فهي قاعدة امرة	اما اذا خلت صياغة القاعدة من هذه المصطلحات (الوجوب ، المنع ، البطلان) فهي قاعدة مكملة
المصلحة العامة	اذا كان هدف القاعدة القانونية هو تحقيق المصلحة العامة فانها قاعدة امرة	اما اذا كان الهدف من القاعدة القانونية هو تحقيق مصلحة خاصة فهي قاعدة مكملة او مفسرة

الفصل الثاني

مصادر الالتزام

ماهية الالتزام: هو رابطة قانونية بين شخصين يعتبر بمقتضاها احدهما مدين ملتزم بأداء معين اتجاه شخص اخر وهو الدائن.

اما صور الالتزام فيتم تبيانها بالاتي :

1-الالتزام بعمل :- يتعين على المدين الذي تعهد بالقيام بعمل معين لصالح الدائن ان يقوم بإدائه وتنفيذه له وهو (التزام ايجابي) .

2-الالتزام بالامتناع عن العمل :- وفيه يتعهد المدين عن الامتناع عن عمل معين من الاعمال كان بوسعه ان يأتي بهذا العمل لولا هذا الالتزام (التزام سلبي)

3-الالتزام بعطاء :- التزام المدين بنقل حق عيني او انشائه سواء كان ذلك بمقابل او بدون مقابل ويتحقق هذا الالتزام بقيام المدين بالأعمال اللازمة لانتقاله او انشاء هذا الحق العيني (نقل الملكية).

ونعني بمصادر الالتزام، من اين او كيف نشأ الالتزام وبموجب اي مصدر من مصادر الالتزام، وعادة تنشا هذ الروابط من الوقائع والتصرفات القانونية التالية :-

1-الوقائع القانونية:- وهي كل حدث مادي يرتب علية القانون اثرا" معينا" كأنشاء حق او نقله او تغييره او زواله كواقعة موت شخص فهي حادث طبيعي يترتب عليه اثر قانوني وهو الحق في الارث، وكالفعل الضار الذي يمثل واقعة مادية يترتب علية اثر قانوني وهو حق المتضرر بالتعويض، وقد تكون الافعال ايجابية تخلق رابطة بين شخصين يكون احداهما دائن والاخر مدين، مثلا" قيام المستأجر باصلاح الدار التي يستأجرها فهو فعل نافع يصدر عنه بين المؤجر والمستأجر يكون بموجبها المؤجر مدينا بمقدار ما انفقه المستأجر.

2-التصرفات القانونية :- فهي اتجاه ارادة الافراد الى احداث اثار قانونية تنشأ خلالها روابط كأنشاء حق او تعديله او نقله وهذه التصرفات الارادية قد تكون بارادة الطرفين، كحق البيع مثلا وفيه تنتقل ارادة الطرفين الى نقل ملكية الشيء المباع الى المشتري مقابل انتقال ملكية الثمن الى البائع، او ان تكون التصرفات بارادة منفردة وهي ارادة طرف واحد مثلا كالوعد بجائزة. يضاف الى ذلك ما يخلقه القانون من الروابط المباشرة بغير الاستناد الى حصول واقعه معينة.

ومن كل هذا يتبين لنا ان مصادر الالتزام هي كالاتي :

اولا":- العقد

ثانيا":- الارادة المنفردة

ثالثا" :-العمل غير المشروع

رابعا":- الكسب او الاثراء دون سبب

خامسا:- القانون

اولا":- العقد: عرفت المادة (73) من القانون المدني العقد بانه (**ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)** وعرفه الفقه بانه عبارة عن اتحاد ارادتين على احداث اثار قانونية، فهو اتفاق بين طرفين ولكن يجب ان ينتج عن هذا الاتفاق اثار قانونية فليس كل اتفاق عقد لان بعض الاتفاقات لا تنتج اي اثر قانوني فالعقد اخص من الاتفاق ، فكل عقد اتفاق ولكن ليس كل اتفاق عقد .

1-اركان العقد: كل عقد لكي ينعقد صحيحا" لابد من توافر ثلاثة اركان لأنعقاده وهي 1-رضا صادر من الطرفين 2-محل ينصب الاتفاق علية 3-وجود سبب لهذا الاتفاق.

أ- الرضا (التراضي): لما كان العقد توافق ارادتين على احداث اثار قانونية فان هذا التوافق يتطلب تعبير كل من الطرفين عن ارادتهما ويعتبر الرضا الركن الاساس في العقد وبدونه لا يمكن ان ينشأ العقد . وفي هذا المجال سيتم التطرق الى الاتي :

1-وجود الرضا: لا يعتد القانون الا بالارادة التي تظهر الى الخارج اما اذا ظلت الارادة كامنة فلا يرتب عليها القانون اثارا" لانه لا يمكن القول بان الارادة اتجهت الى السلوك الفلاني اذا لم تنصرف الية فعلا بما يفهم من تعبير خارجي عنها ، ومفاد ذلك ان الارادة يجب ان تظهر الى الخارج.

وان صور التعبير عن الارادة كما ورد في المادة (79) من القانون المدني وهي :

- المشافهه (الكلام) :- وهي الطريقة الشائعة لابرام العقود كالقول بعتك هذا الكتاب باربعة الاف دينار.

- الكتابة:- مثل السلع المعروضة في المتاجر ومثبت عليها اسعارها فهذا يدل على انصراف ارادة البائع في بيع المال المعروض بالثمن المثبت .
- الاشارة المفهومة:- حتى وان كانت هذه الاشارة من غير الاخرس اي بإمكانه الكلام ولكن شاء ان يظهر ارادته بالاشارة كتحريك الراس من الاعلى الى الاسفل ومن اليمين الى الشمال.
- سلوكاً:- وهو الذي يعبر عنه الفقه بالتعاطي ومثالها وضع ثمن الصحيفة اليومية وتناول نسخة منها.

- هل يعتبر السكوت تعبير عن الارادة: السكوت لا يثار كايجاب صادر من شخص، لان العقد يقتضي ان يقترن بالايجاب قبول صادر من الطرف الاخر، المادة (81) عالجت المسألة بقولها (لاينسب الى ساكت قول.....) اي السكوت عدم والعدم لا ينتج اي شيء ولكن اذا صاحب السكوت ظروف معينة ويؤخذ السكوت ويفسر على انه قبول وهناك ثلاث حالات يعتبر فيها السكوت قبول وهي:

- اذا كان هناك تعامل مسبق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل.
- اذا تمخض الايجاب الى منفعة خالصة لمن وجه اليه هذا الايجاب.
- تسلم المشتري قائمة السلع واثمانها وبقاءه ساكتا" يفسر سكوته قبولا".

فهذه الحالات الثلاثة التي يفسر فيها السكوت قبولا"، اي ان الارادة تصدر من طرف واحد ويبقى الطرف الاخر ساكتا فيفسر سكوته قبولا".

- صفة الالزام للقبول: يكون الايجاب ملزم للموجب اذا حدد له مدة او ميعاد لحين انقضاء الميعاد كما نصت على ذلك المادة (84) من القانون المدني العراقي (اذا حدد الموجب ميعاد للقبول التزم بايجابه الى ان ينقضي الميعاد)، والمادة (82) من القانون المدني العراقي والتي تقضي الى (ان المتعاقدين بالخيار الى اخر المجلس.....) ومجلس العقد هو المكان الذي يجمع الطرفين بحيث ينصرفان الى التباحث في امور العقد. حيث

يحق للموجب الرجوع عن الايجاب قبل اقترانه بالقبول كذلك يبطل اذا اظهر احد المتعاقدين قولا او فعلا يفيد اعراضه عن العقد.

- سقوط الايجاب: يسقط الايجاب الصادر من احد الطرفين اذا انتهت المدة المحددة لبقائه دون ان يقترن بقبول، وكذلك يسقط الايجاب في حالة انتهاء المجلس ولم يقترن بقبول، ويسقط اذا رفضه من وجه اليه صراحة او دلالة، كما ينتهي الايجاب اذا عدل عنه الموجب قبل ان يقترن بقبول الطرف الاخر.
- تطابق الايجاب والقبول: تنص المادة (85) من القانون المدني العراقي (اذا اوجب احد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب). والمادة (86) بينت ان القبول يطابق الايجاب اذا اتفق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية ، حتى وان تركا بعض المسائل التفصيلية الى اتفاق لاحق ولم يشترط على عدم انعقاد العقد في حال عدم اتفاقهما فيعقد العقد وتترك المسائل التفصيلية لاتفاقهما .

اما اذا لم يتطابق الايجاب مع القبول كما لو قال الموجب بعتك هذا الكتاب بثلاثة الاف دينار فيرد الطرف الاخر بقوله قبلت شرائه بإلفي دينار حيث اختلف القبول عن الايجاب فيسقط الايجاب ويصبح القبول ايجابا" جديدا" يحتاج الى قبول مطابق من الطرف الاول . ولكن مالحكم لو ان من وجه اليه الايجاب قبل الشراء باربعة الاف . فهنى العقد ينعقد بالثمن الاعلى تأسيساً على ان القبول جاء مختلفا عن الايجاب فاسقطه ويتحول هو الى ايجاب ويتمخض عن فائدة لمن وجه الية وهو البائع فيعتبر سكوته قبولا وبالتالي انعقاد العقد.

- التعاقد بين غائبين: في الخطوات السابقة تطرقنا الى التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد اي انهم يتفاوضون حول العقد بصورة مباشرة . لكن مالحكم لو كان المتعاقدان منفصلان زمانيا و مكانيا اي كل واحد منهم في مكن معين وهذا ما نشاهده في ظل التطورات التكنلوجية والاقتصادية الحالية . عالجت هذه المسألة اربع نظريات هي :-

1-نظرية اعلان القبول:- ومفاد هذه النظرية انعقاد العقد لحظة ان يعلن الطرف الثاني قبوله الايجاب الموجه من الطرف الاول ، اي ان العقد ينعقد بمجرد ان تلتقي الارادتين.

2-نظرية تصدير القبول:- النظرية الاولى (اعلان القبول) تترك الطرف الاول رهينة لمشيئة الطرف الثاني، فان شاء يقول اني اعلنت قبولي وان لم يشأ يقول اني لم اعلن قبولي. لذلك يرى الفقه ان نظرية تصدير القبول اضمن للطرفين ، فالعقد فيها لاينعقد الا اذا اصبح قبول الطرف الثاني نهائي ولا رجعة فيه، اي اذا خرجت من يده موجها" الى الطرف الثاني برسالة والتي يتم ايصالها باي طريقة .

3-نظرية تسلم القبول:- ينتقد اصحاب هذه النظرية نظرية تصدير القبول بقولهم ان الرسالة يمكن ان تفقد او انها لاتصل الى الموجب . وبذلك فان العقد لا ينعقد وفق هذه النظرية الا تم تسليم القبول الى الموجب.

4-نظرية العلم بالقبول:- يرى اصحاب هذه النظرية ان العقد لا ينعقد الا اذا علم الطرف الاول (الموجب) بقبول الطرف الثاني، اذ يرون انها الحالة الاكيدة في تلاقي الارادتين وعلم كل طرف بارادة الطرف الثاني. وقد اخذ القانون العراقي بهذه النظرية حيث تنص الفقرة (1) من المادة (87) ان (يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بذلك .

ب-صحة الرضا: لا يكفي اعراب الطرفين عن ارادتهما وتطابقهما لانعقاد العقد انما يقتضي ان يكون التعبير عن الارادة صحيحا" ، ويكون كذلك اذا صدر عن ذي اهلية وان يكون خاليا عن عيوب الارادة وكالاتي :

- الاهلية: وصف يقوم بالشخص يجعله قابلا" تكون له حقوق وعلية واجبات وتنقسم الاهلية الى نوعان:-

أ- اهلية الوجوب:- هي صلاحية الشخص او قدرته لاكتساب الحقوق وان تكون علية واجبات وكل الاشخاص يتصفون بهذه الاهلية بغض النظر عن عمره .

ب–اهلية الاداء:– هي قدرة الشخص في ان يلتزم بأداء معين ، اي القيام بالتصرفات القانونية وهي تختلف باختلاف الادراك وكالاتي :–

1- الاهلية الكاملة (بلوغ سن الرشد):– وهو من يبلغ سن (18) من عمره فهذا شخص كامل اهلية الاداء تصرفاته جميعها صحيحة .

2- الاهلية الناقصة:– فهو من اكمل السابعة من عمره ولكنه لم يكمل الثامنة عشر . وتنقسم تصرفاته الى ثلاثة انواع:–

- التصرفات النافعة نفعا محضا" تكون صحيحة كقبول الهبات.
- التصرفات الضارة ضررا محضا" تكون باطلة.
- التصرفات الدائرة بين النفع والضر كعقد البيع فهنا (التصرفات) موقوفة على اجازة الولي.

3- الاهلية المعدومة (عديم التمييز):– فتكون تصرفاته جميعها باطلة وهو من بلغ سن (7ـ1) سنوات اي لم يكمل السابعة من عمره . وهذه الانواع الثلاث تسمى اهلية قانونية.

أ– الاهلية القضائية :– وهي ان يؤذن للصبي من يبلغ سن (15) من عمره ولم يبلغ (18) من عمره بالتجارة في حدود مبلغ معين ونوع معين من التجارة وفق الشروط التالية :–

- ان يكمل الصبي (15) من عمره.
- ان يقدم ولي الصبي طلب الى المحكمة باصدار قرار على اعتبار الصغير كامل الاهلية فيما هو مأذون له.
- ان يصدر قرار من المحكمة باعتبار الصغير مأذون له بالاتجار وتعتبر تصرفاته كتصرفات بالغ سن الرشد.
- يجوز للمحكمة بناءا" على طلب من الولي ان تسحب الاذن من الصغير فيعود ناقص الاهلية.

وولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة . وفق القانون المدني العراقي اما قانون رعاية احوال القاصرين فحددت الولي بالأب ثم المحكمة.

- عيوب الارادة: قد تصدر الارادة ولكنها مشوبة بعيب من عيوب الارادة فلا ينعقد العقد عند ذلك، وعيوب الارادة اربعة هي:-

1-الاكراه:- وهو اجبار الشخص على اتيان عمل بغير رضاه ، اما اصطلاحا" فهو اجبار الشخص على الدخول في رابطة قانونية بغير رضاه وشروط الاكراه هي :

- ان يقع الاكراه من شخص قادر على ايقاع تهديده.
- ان يؤثر الاكراه في الشخص الذي وقع علية بحيث ما كان ليتعاقد بغير اكراه . ويقسم الاكراه هنا الى ملجئ وغير ملجئ . فالاول هو التهديد بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس او عضو او ضرب مبرح او ايذاء شديد او اتلاف خطير في المال ، ويكون غير ملجئ اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب احوال الناس .
- يختلف الاكراه واثره بحسب جنس الناس وسنهم وحالتهم الصحية ومكان التهديد وزمانه.
- يجب ان يكون الاكراه غير مشروع فاذا كان مشروع فلا يعتبر اكراه

اما حكم العقد الواقع تحت ضغط الاكراه يكون عقد موقوف غير نافذ يحتاج اجازة من قبل من وقع تحت الاكراه ، وخلال ثلاثة اشهر من تاريخ ارتفاع الاكراه يستطيع ان يقر العقد او يبطله خلال هذه المدة .

2-الغلط: هو توهم الشيء على خلاف حقيقته، وباعتباره عيب في الارادة توهم الشيء على خلاف الحقيقة وبناء" على هذا الوهم يدخل في الرابطة التعاقدية . واحكام الغلط كما وردت في المادة (117) من القانون المدني العراقي هي :-

- اذا تعلق الغلط في جنس الشيء بطل العقد كمن يشتري قطعة على انها ياقوت وتبين انها زجاج فهنا العقد يكون باطلا" لعدم توافق الارادتين .

- اذا وقع غلط في صفة الشيء وكانت هذه الصفة جوهرية اي لولا هذه الصفة لما تعاقد المتعاقد فهنا يكون العقد موقوفا على اجازة من وقع علية الغلط خلال ثلاثة اشهر من اكتشاف الغلط .
- اذا وقع غلط في شخصية المتعاقد معه كالتعاقد مع شخص على انه مهندس معماري فتبين انه يعرف البناء وليس مهندسا فهنا العقد يكون موقوف ايضا .
- اذا حصل غلط نزاهة التعامل تبيح الرجوع فيه كمن يؤجر دار لاخر متوهما انه منقول الى مدينة اخرى وتبين غير ذلك فهنا ايضا يكون العقد موقوف.
- لا عبرة بالغلط المادي ولا الغلط بالحساب ويقضي تصحيحه .

3-التغرير مع الغبن: اعتبرت بعض القوانين العربية التغرير لوحده عيب من عيوب الارادة والغبن لوحده عيب اما القانون العراقي فيعتبر الاثنين معا عيبا كما نصت على ذلك المادة (121/2) من القانون المدني العراقي (اذا غرر احد المتعاقدين بالاخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون) . وللتغرير والغبن احكام اهمها:

- يجب ان يغرر بالمتعاقد، والتغرير معناه استعمال وسائل احتيالية تدفع المتعاقد للدخول بالرابطة القانونية.
- يجب ان يصاحب التغرير غبن فاحش، والغبن هو الفرق في الاداء على غير المألوف.
- الغبن الفاحش لوحده قد يؤدي الى بطلان العقد استثناء" اذا كان المغبون محجوز او ان المال الذي حصل فيه الغبن من اموال الدولة والوقف وحماية المحجور علية، ويعتبر العقد موقوف على اجازة من وقع تحت عيب التغرير مع الغبن وخلال (3) اشهر من تبين التغرير.

4-الاستغلال: وهو ان تستغل عدم خبرة الشخص او اندفاعه او هواه او طيشه فيدخل في رابطة تعاقدية يلحقه بموجبها غبن فاحش كما نصت على ذلك المادة (125) من القانون المدني العراقي (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم

خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش .....) . اما حكم القانون العراقي في الاستغلال :-

اذا كان التصرف تبرعا فيحق للمستغل ابطال العقد خلال سنة من تاريخ العقد . اما اذا كان التصرف معاوضة جاز للمستغل ايضا خلال سنة من تاريخ التعاقد ان يطلب من المحكمة رفع الغبن عنه الى الحد المعقول .

ب-محل العقد: الركن الثاني من اركان العقد هو المحل وهو ماتعلق به الالتزام او انصرفت الية ارادة الطرفين كتسليم شيء او قيام او امتناع عن القيام بعمل. شروط المحل هي:

- ان يكون المحل ممكنا" (موجودا او قابل للوجود): يشترط في محل العقد ان يكون ممكنا، ولتوضيح هذا الشرط يجب ان نميز بين ما اذا كان محل العقد تسليم شيء او القيام بعمل. ولكي يتوافر شرط الامكان في الشيء المطلوب تسليمه ان يكون موجودا في المستقبل سواء كان هذا الشيء في مجلس العقد او في مكان اخر ، كان يقول بعتك سيارتي التي تعرفها وهي موجودة في البيت. كذلك يصح ان يكون الشيء سيوجد في المستقبل كبيع منتجات مصنع ستكون جاهزة بعد ثلاثة اشهر مثلا".

اما اذا كان محل العقد القيام بعمل فينبغي ان لا يكون مستحيلا لكي يتوفر في شرط الامكان والاستحالة على النوعين الاستحالة المطلقة اي انها مستحيلة على جميع الناس كعبور المحيط سباحة ، وقد تكون الاستحالة نسبية وهو ما يكون مستحيل على بعض الناس وغير كذلك بالنسبة للبعض الاخر حيث يصح العقد ويلزم المدين بالتعويض لانه يستحيل علية التنفيذ.

- المحل معينا" او قابل للتعيين: يشترط في محل العقد ان يكون معينا تعينا نافيا للجهالة والغرر فاذا كان محل العقد تسليم شيء فيكون تعينه بالاشارة الواضحة الية او اعطاء مواصفاته من حيث النوع والمقدار ، اما اذا كان محل العقد عملا اي انه لاينطوي على تسليم شيء فيكون التعين بيان نوع العمل ومكانه وزمانه ومقدار الاجر .

- محل العقد مشروعاً: ويكون المحل مشروعا اذا لم يكن مخالفا للقانون والنظام العام والاداب، فالعقد يكون باطل اذا كان محل العقد غير مشروع كالمتاجرة بالاسلحة او المخدرات، كذلك يجب ان لا يخالف النظام العام والاداب العامة

ت–السبب: الركن الثالث من اركان العقد هو السبب وهو الباعث الدافع الى التعاقد.

احكام السبب :–

- بكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او سبب ممنوع قانونيا ومخالف للنظام العام والاداب .
- يفترض في كل التزام ان له سبب مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقم الدليل على غير ذلك .
- اما اذا ذكر السبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك .

واذا اردنا ان نميز بين محل العقد وسببه فالمحل هو جواب لسؤال على ماذا تعاقد الطرفين، اما السبب فهو ايضا جواب لسؤال لماذا تعاقد الطرفان.