HNSJ Humanities & Natural Sciences Journal
ISSN: (e) 2709-0833
www.hnjournal.net

مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية
مجلة علمية محكمة (التصنيف: NSP)
معامل التأثير العربي للعام 2024 = 0.44

عنوان البحث

تكوين العقد الاحتمالي في القانون المقارن

أ. د . أشرف رمال[1] ، م. م. حسن نعمة العلي[1]

[1] الجامعة الإسلامية في لبنان.

HNSJ, 2025, 6(2); https://doi.org/10.53796/hnsj62/21

المعرف العلمي العربي للأبحاث: arsri.org/10000/62/21

تاريخ الاستقبال: 2025/01/07م تاريخ القبول: 2025/01/15م تاريخ النشر: 2025/02/01م

المستخلص

ان العقود الاحتمالية تختلف عن غيرها باحتوائها على عنصر مهم يجعلها متميزه عن غيرها وهو عنصر الاحتمال الذي يحتوي على المخاطره .

وتبرز أهمة البحث من خلال تسليط الضوء على احكام العقد الاحتمالي بشكل مفصل، ان التطور الكبير في مختلف جوانب الحياة ادى الى ضرورة الاهتمام بهذا النوع من العقود ، فالتطور الذي حصل في الجانب الرياضي وما افرزه من ابرام مختلف العقود الرياضيه التي تنطوي بين طياتها على عنصر الاحتمال ، وكذلك في الجانب الطبي حيث ان العقد الذي يبرم بين الطبيب والمريض يعتبر من العقود الاحتمالية ، كذلك فأن كثرة الحوادث التي تقع في الحياة في مختلف المجالات والتي تعرض اصحاب العلاقه الى مخاطر تعرضهم للخساره الفادحه والغير متوقعه ، كل تلك الاسباب جعلت تلك العقود التي تنطوي على عنصر المخاطره والاحتمال من العقود المهمه ، ان لجوء الاطراف الى ابرام مثل تلك العقود هو لغرض الحصول على نوع من الثقه والأمان التي توفرها لهم تلك العقود ، الامر الذي لا تتحقق منه الغايه المبتغاة من الحصول على تلك الثقه ، إلا من خلال تدخل المشرع وتنظيم تلك العقود بالشكل الذي يوفر تلك الحماية والثقه التي يقصدها اطراف العلاقه.

الكلمات المفتاحية: العقد الاحتمالي، القانون المقارن.

مقدمة

تعتبر العقود من أهم مواضيع القانون المدني وأكثرها ارتباطا بحياة الانسان العملية ، إذ إن أكثر تعاملات البشر تكون بصيغة عقود تبرم بين طرفين أو أكثر, وتبين فيها التزامات كل طرف من اطرافه وكذلك الحقوق التي توفرها هذه العقود لهم ، وبالمقابل, تنشأ نتيجة هذا العقود مسؤولية ؛نتيجة الإخلال بالعقد من أحد أطرافه ، وتثير مسألة ابرام العقد بصورة عامة عدة مسائل أخرى تتمثل: بالتراضي ، والأهلية ، والتعويض ، والمحل ، وغيرها من المسائل التي تحتاج الى تنظيم من قبل المشرع .

أهمية الموضوع

من خلال ما ذكرناه اعلاه, يتبين بأن للعقد الاحتمالي في القانون المدني اهمية خاصه؛ بالنظر لأهميتها بسبب التطورات التي حدثت في الحياة بصورة عامة ، وكثرت تلك العقود في الحياة العملية . فظهرت الحاجة الى عقود التأمين من المخاطر سواء التأمين على حياة الاشخاص أو البضائع أو غيرها ، كذلك المسابقات الرياضيه والعقود الطبية وغيرها من انواع العقود الاحتمالية ، حيث اصبحت تلك العقود حاجة مُلِحّة لبعض الاشخاص ، واصبح توفير الحمايه القانونية لها أمرا لابد منه ، وتحديد مسؤولية من يتجاوز تلك الحدود ، ووضع التعويض المناسب ، ومن هذا الجانب نجد اهمية موضوع البحث .

اشكالية الموضوع

إن الاشكالية التي أدت بنا الى اختيار هذا الموضوع ، تكمن في سببين: الاول يتمثل في التساؤل عن : ماهي التصرفات القانونية التي تعتبر من العقود الاحتمالية ؟ وما هي الآثار التي تترتب على ابرام مثل تلك التصرفات ؟ ان مثل هذا التساؤل يضعنا أمام العديد من التساؤلات الاخرى والتي تتمثل : ماهي خصائص العقود الاحتمالية ؟ وما يميز العقود الاحتمالية عن غيرها من العقود ، ومن هم اطراف العقد الاحتمالي ؟ وما هي اركانه ؟ وهل هناك مسؤوليه يرتبها القانون المدني في حال الاخلال بالعقد الاحتمالي ؟ وما هي الطبيعه القانونية للعقد الاحتمالي ؟ جميع تلك الاسئله وغيرها سيتم الاجابه عليها من خلال هذه الدراسه . أما السبب الثاني ، فيتمثل في كيفية تناول القوانين الوضعيه وبالأخص القانون العراقي للعقد الاحتمالي .

أهداف البحث

تهدف الدراسة إلى التعرف على مفهوم العقود الاحتمالية والوقوف على مسألة الأخلال بالالتزامات الناشئة عند ابرام العقود الاحتمالية، وتحديد طبيعة العقود الاحتمالية وبيان المسؤولية المدنية المترتبة على تلك العقود عند اخلال احد طرفيها بالالتزامات الناشئة عنها، وكذلك بيان أركان العقود الاحتمالية ، وتحديد الافعال والتصرفات التي من شأنها تعد خطأ يسأل عنه المتعاقد ، ومعرفة الجزاء القانوني المترتب عليها، ومدى أحقية الطرف المتضرر بالمطالبة بالتعويض لما لحقة من ضرر، وبيان الاضرار التي يلزم تعويضها.

نطاق البحث

ان نطاق البحث يتناول موضوع قانوني مقارن وفق القوانين المدنية الوضعية العراقية والقوانين المقارنة .وكان اعتمادي على متون ومصادر القوانين ، وكتب فقهاء القوانين والفقه الاسلامي بأعتبار نطاق البحث دراسة مقارنة .

منهج البحث

سوف نتبع المنهج المقارن من اجل الاحاطه بشكل كامل على موضوع البحث ، فمن خلال المنهج المقارن سوف نتطرق الى تنظيم التشريعات المقارنه للعقد الاحتمالي ، من خلال استعراض النصوص التشريعيه في القانون المدني لتلك الدول ، وكذلك اتباع المنهج التحليلي لتلك النصوص القانونية ومقارنتها مع بعضها لوقوف عى المشتركات ومعرفة النقص في التشريعات عند تناولها للعقد الاحتمالي .

خطة البحث

في هذا البحث القانوني الممتع سوف نحاول فيه بمشيئة الله تعالى الوصول الى وضوح الفكرة وسلامة التعبير وبين السعي الى التركيز على الموضوعية والعلمية ، فقد اشتملت خة بحثنا من خلال تقسيم البحث الى مبحثين ، نتناول في المبحث الاول مفهوم العقد الاحتمالي ، أما في المبحث الثاني فسوف نتناول فيه اركان العقد الاحتمالي

المبحث الاول: مفهوم العقد الاحتمالي

يعرف العقد الاحتمالي بأنه (العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعا لحدوث امر غي محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو ابراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي، لان البائع وان كان يعرف وقت البيع القدر الذي اعطى لا يستطيع ان يعرف في ذلك الوقت القدر الذي اخذ . اذا الثمن لا يتحدد الا بموته والموت لا يعرف وقت حصوله والمشتري ايضا كالبائع يباشر ايضا عقدا احتماليا ,فهو يعرف القدر الذي اخذ ولكنه لا يعرف القدر الذي اعطى وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه , ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التامين ,وعقود الرهان والمقامرة ...)[1]

لقد حاول الدكتور السنهوري في هذا التعريف ان يجمع خصائص العقد الاحتمالي ومميزاته, فذكر انه عقد يحتوي على عنصر الاحتمال والمخاطرة .

حيث إن المتعاقدين لا يستطيعون وقت ابرام العقد بيان مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي . كذلك فانه عقد مستقبلي؛ لأنه لا يستطيع بيان ما يأخذ الا في المستقبل .

كما انه عقد رضائي ينعقد برضا اطرافه . ثم اخذ يذكر بعض انواع العقود الاحتمالية

كما عرف العقد الاحتمالي بانه (العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد المقدار الذي اخذ والمقدار الذي اعطى) [2]

ان العقد الاحتمالي– طبقا للقواعد العامة و كسائر العقود –لابد لتكوينه من توافر اركانه الرئيسية للانعقاد ، حيث لا بد لانعقاده من توافر الاركان الثلاثة : التراضي ,والمحل, والسبب ، ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا بانعدام احدهما ولا ينعقد العقد ، كذلك فأن كل ركن من هذه الاركان له شروط لابد من توافرها بحكم القانون ، ويعتبر عدم وجود هذه الشروط اختلال لأركان العقد ولا ينعقد العقد بسبب هذا الاختلال.

ان الركن الاول هو الرضا ، وله احكامه الخاصة لأنه لابد من توافر شروطه يتمثل الشرط الاول ضرورة ان يكون العاقدين مميزين (شرط التمييز) ، والشرط الثاني تقابل الايجاب والقبول وتطابقهما ، هذان الشرطان لوجود العقد ،

[1] – عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ،مطبعة دار احياء التراث العربي ، لبنان ، ص164.

[2] – عبد المجيد الحكيم و آخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، 1980 م، ص2.

وكذلك توجد شروط لصحة العقد يتمثل الاول ان يكون لكل من المتعاقدين اهلية الاداء وهي السن القانونية حسب قانون كل دوله ، وعدم وجود عارض من عوارض الأهلية ، والشرط الثاني ان تكون ارادة طرفي العقد خاليه من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

ان الشرطين الاول والثاني في حالة عدم توافرهما فان العقد ا يكون باطلا بطلانا مطلقا ، اما بالنسبة لشروط صحة العقد فان عدم توافرها يؤدي الى بطلان العقد بطلانا نسبيا او قابلا للإبطال بالنسبة للعاقد ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب من العيوب التي ذكرناها ، وذلك حمايه لهذا العاقد ناقص الأهلية .

والفرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق هو ان النسبي يحكم به القاضي بناء على طلب من تقرر البطلان لمصلحته وهو ناقص الأهلية او عديمها ، وكذلك يستطيع ان يتنازل عن هذا البطلان ويجيـز العقد ، ويعتبر العقد قائما ومنتجا لآثاره طالما لم يحكم ببطلانه بطلانا نسبيا . وبذلك سوف نتناول اركان العقد وهي التراضي والمحل والسبب في المبحث الثاني .

المبحث الثاني : أركان العقد الاحتمالي

اولا: التراضي في العقد الاحتمالي

يعد العقد الاحتمالي تصرفا من التصرفات القانونية ، ولكي ينعقد العقد الاحتمالي يجب ان تكون هناك ارادتين متطابقتين او اكثر, وتعد الرضائية الاصل لانعقاد العقد ومبدأ عاما لقيام العقد، فالتراضي يعد من الاركان المهمة في إنشاء التصرف الشرعي والقانوني الواقع بإرادتين، ومحل الالتزام العقدي يتحدد بالإيجاب والقبول، ينعقد العقد بارتباط الايجاب والقبول بين أطرافه [3]والإرادة هي الركيزة الأساسية في تكوين العقد ، أي تراضي المتعاقدين. والتراضي يكون بتوافر إرادتين متوافقتين ، وان توافر هاتين الارادتين يكون كافيا لوجود العقد الاحتمالي ، ولكن لا تكفي لصحته ، فانه لكي يصبح العقد الاحتمالي صحيحا يجب ان يكون رضا اطرافه صحيحا لا يشوبه اي عيب من عيوب الرضا

1: وجود التراضي

2 : صحة التراضي

1: وجود التراضي

لكي يوجد التراضي في العقد الاحتمالي لابد ان تكون هناك إراده ، كما ينبغي ان يؤدي وجود هذه الإرادة الى إحداث اثر قانوني ، وان يتم التعبير عنها ، وان يطابق هذه الإرادة اراده اخرى بحيث يؤدي ذلك الى التطابق بين الارادتين ، لكي ينشأ العقد الاحتمالي ، ايضا قد تكون هناك مرحله سابقة للعقد هي العربون او الوعد بالتعاقد ، كما انه قد يصدر التعبير عن الإرادة من النائب لا من الاصيل ؛ لذلك فأننا سوف نتطرق الى القوانين المقارنة وكيف تناولت ركن التراضي من حيث :
1- وجود الإرادة والتعبير عنها 2- تطابق الارادتين 3 - الوعد بالتعاقد والعربون 4- النيابة بالتعاقد

تناول المشرع المصري التراضي في المادة (89) حيث نصت (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعات ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينه لانعقاد العقد).

[3] – العلامة الحسن، بن يوسف المطهر الحلي،، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، طهران، الطبعة الرابعة، 2004م، ص 95

وبذلك يكون التراضي عباره عن تطابق ارادتين ، والإرادة يقصد بها في هذه المادة هي الإرادة التي تتجه لأحداث اثر قانوني معين وهو انشاء الالتزام . [4]

يجب ان تصدر الإرادة بقصد احداث اثر قانوني اي ان صاحبها يكون قاصدا احداث ذلك الاثر، وهذا يعني ان الإرادة من غير الممكن ان تصدر من شخص تكون الإرادة لديه معدومة ، كالطفل الذي يكون غير مميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر او مرض او غيره ، كذلك فأنه لا عبره بالإرادة اذا لم تكن متجه لأحداث اثر قانوني كالمجاملات الاجتماعية ، وفي التبرع بتقديم الخدمات الاجتماعية ، وفي الاتفاقات التي تنشأ بين افراد الأسرة وغيرها . [5]

كذلك فانه يفترض تلاقي ارادتين من اجل ابرام العقد الاحتمالي ، ارادة الايجاب وارادة القبول ، ولابد ايضا ان تلتقي الارادتان على اركان العقد ، بمعنى ان يكون هناك توافق على الارادتين ،فلكي يقع التراضي بين الطرفين فلابد ان يوجد تلاق بين الايجاب من ناحية وقبول من ناحية اخرى ، وان يكون هناك اتفاق على امور محدده ، وان يكون تلاقي الارادتين في زمن معين (تلاقي زمني).[6] ، القبول هو التعبير عن الارادة الذي ينعقد به العقد، وهو من ثم تعبير ينصب على إيجاب سابق عليه، يكون محلاً له، وهو في الوقت ذاته قبول ممن وجه إليه هذا الإيجاب لا غيره، وكل تعبير عن الارادة لا يصاف إيجاباً يرد عليه، أو يصدر من غير من وجه إليه الإيجاب، لا يعتبر قبولاً بالمعنى المقصود فإذا كان التعبير السابق مجرد دعوة الى التفاوض لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب فإن الاستجابة لهذه الدعوة لا تمثل قبولاً ينعقد به الاتفاق وإنما تمثل مجرد قبول للتفاوض عليه[7]

ان الإرادة الجادة هي التي تعنينا ، وهي الإرادة المتجهة لأحداث أثر قانوني ، وليس الإرادة المجاملة ولا الهازلة [8]، ولذلك فانه لا يعتد بالإرادة في الحالات الأتية :

أ- في حالة اذا كانت الإرادة غير جاده كما هو الحال في إرادة الهازل, وكذلك اذا كان في اللفظ الذي يصدر عنه غير قاصد معناه الحقيقي او المجازي ، كمن يقول لآخر ابيعك سيارتي ان اردت .[9]

ب – عندما تكون الإرادة مقصودا منها المجاملات ، باعتبار ان اعمال المجاملات لا تؤدي الى انشاء العقد ، فعند قيام شخص ما بدعوة صديقه الى وجبة غداء ، فالقبول الذي يصدر من الصديق في هذه الحالة لا ينشئ بين الطرفين عقد ، لعدم اتجاه القصد هنا الى انشاء تصرف قانوني، فعند عدول الداعي او تخلف الصديق فلا تنشأ مسؤوليه على اي من الطرفين [10]

ج- في حال لم تخالف الإرادة ما اتجهت اليه من موضوع ، وما تهدف اليه من غايه لقواعد القانون الآمرة ، بمعنى ان لا يكون المحل او السبب مشروعين اي مخالفين للقانون .[11]

---

[4] – انظر –الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر سابق ص 172.

[5] – انظر ،السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر نفسه ، ص 172.

[6] – علي كحلون ، النظريه العامه للالتزامات ، مصدر سابق ص 171-172.

[7] – مصطفى، محمد جمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الاسلامي وتطبيقاتها القضائية، الطبعه الاولى، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1996م ، ص51

[8] – انظر ، د محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام واحكامها في القانون المدني الجزائري) المؤسسه الوطنيه للكتاب ، الجزائر، 1983م ، ص24.

[9] – عدوي، مصطفى عبد الحميد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعه الاولى ،مطبعة حمادة، بدون بلد للنشر، سنة 1996 م ص71.

[10] – عبد الرحمن عبدي ، الوسيط في النظريه العامه للالتزام ، (الكتاب الاول ، الطبعه الاولى ، دار النهضه العربيه ، القاهره ، سنه 199 هـ) ، ص134.

[11] – جميل الشرقاوي ، النظريه العامه للالتزام (الكتاب الاول ، دار الهضه العربيه، القاهره ، سنة 1995م) ص 86.

كما تناول القانون المدني العراقي لسنة 1951 التراضي في المادة المرقمة (73) التي خصصها المشرع لتعريف العقد والتي نصت على (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه), وهو تعريف متأثر بالفقه الاسلامي .

فلكي يتكون العقد لابد من ارتباط الايجاب والقبول من طرفي العقد الاحتمالي ، وهذا الايجاب والقبول لا يكون الا اذا تبادل طرفي العقد التعبير عن ارادتيهما ، وبذلك فان المشرع العراقي قد اخذ بمذهب الإرادة الظاهرة متأثرا بالفقه الاسلامي ، والإرادة الظاهرة هي التي يتم لتعبير بواسطتها عن الإرادة الباطنة ، ولابد ان تكون الإرادة قد صدرت بنية احداث اثر قانوني ، وهذا يجعل الإرادة الصادرة من الصبي غير المميز او الهازل لا يعتد بها". [12]

والتعبير عن الإرادة الذي يصدر من طرفي العقد قد يكون بالكتابة او لفظا او الاشارة او عملا ماديا كما قد يكون تعبيرا صريحا او ضمنيا .

ويعرف الايجاب بانه التعبير البات للإرادة موجها الى الطرف الاخر معينا كان ام غير معين بهدف انشاء عقد بين الطرفين .[13]

اما القبول فيعرف بانه التعبير البات عن الإرادة يصدر ممن وجه اليه الايجاب ، ويترتب عليه ، اذا تطابق مع الايجاب ، ان ينعقد العقد. [14]

ومن خلال هذه النصوص في القوانين المدنية ، يتبين لنا انه لابد لابرام العقد الاحتمالي من وجود الرضى ، وان تكون هناك ارادتين متطابقتين ، ووجود ايجاب وقبول بين الطرفين ، كذلك لابد ان تتجه ارادة الطرفين لاحداث الاثر القاوني .

2 :صحة التراضي

لا يكفي لانعقاد العقد الاحتمالي ان يكون التراضي موجودا ، وانما يجب ان يكون التراضي صحيحا ، والتراضي لا يكون صحيحا الا اذا كان صادرا من شخص يتمتع بالأهلية القانونية ، وان تكون ارادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .لذلك سوف نتعرض في هذا الفرع الى تناول القوانين المقارنة للأهلية والى عيوب الإرادة ، و كما في النقطتين التاليتين:

أ : الأهلية :

نظمت جميع القوانين الوضعية موضوع الأهلية, ونصت على ان الشخص يجب ان يكون كامل الأهلية لكي يباشر التصرفات القانونية ، ويرتب في ذمته الالتزامات ، وتنشأ عنها المسؤولية ، مالم يوجد اتفاق او نص يقضي بخلاف ذلك ، وقد تناولت المادتان (40،78) من القانون المدني الجزائري هذا المبدأ ، وكذلك فقد تناول القانون المصري الأهلية في المادة (109) التي نصت على(كل شخص اهل للتعاقد ما لم تسلب اهليته او يحد منها بحكم القانون .اما القانون المدني العراقي فقد نص على هذا المبدأ في المادة (93) منه والتي جاء فيها (كل شخص اهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها) والأهلية تنقسم الى نوعين :

[12] – انظر– د منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 72 –73.

[13] – منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص90.

[14] – منذر الفضل ، المصدر نفسه ، ص101.

– اهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون [15]، و من هذا التعريف يتبين ان اهلية الوجوب هي متصلة بشخصية الانسان وملازمه له منذ ولادته, وقد تكون قبل ولادته كالجنين وهو في بطن امه ، حيث يثبت له الحق في الميراث وفي الوصية .

فالشخص سواء كـان طبيعيا ام اعتباريا ، فان القانون يعتبره صالحا لان يـكتسب الحقـوق ويتـحمل الالتزامات .

– اهلية الاداء : هي صلاحية الشخص في استعمال الحق ، ومن الممكن ان تتوفر في الشخص اهلية وجوب دون اهلية الاداء، لكن اهلية الاداء تعطي للشخص الذي يتمتع بها ان يقوم بجميع التصرفات القانونية, بشرط ان تكون قواه العقلية كامله وبالضرورة تكون له اهلية وجوب .[16]

ان اهلية الاداء تعتبر مسألة اساسيه وجوهريه في كل التصرفات القانونية ، ومنها التعاقدية ، التي تصدر من الاشخاص ويعتد بها القانون ، ويرتب عليها الآثار التي ارادها اطرافها .

عند ملاحظة المادة (130 فـ2) من القانون المدني العراقي ، نجد انها تقرر مبدأ عام ,وهو اعتبار الأهلية من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها او النزول عنها ، وقد استقرت اكثر التشريعات المدنية العربية والأجنبية على ذلك .

والعقد الاحتمالي, باعتباره عقدا يخضع للقواعد العامه للالتزام, فإنه لابد من توافر الاهليه الكامله للطرفين لكي يتمكنوا من إبرام هذا التصرف القانوني.

و لا بد لنا بعد تعريف الاهلية و بيان أنواعها, ان نركن للحديث عن عوارض الأهلية : تتأثر الأهلية بكثير من العوارض التي قد يتعرض لها الانسان ، وهي صفات تشوب اهلية الاداء وتكون غير ذاته للإنسان ، فعند بلوغ الانسان سن الرشد قد يشوبه عيب ما قد يخل به ، لذلك لابد من التعرض عوارض الأهلية في القوانين المدنية وعلى النحو التالي :

يقسم القانون المدني العراقي الأهلية الى قسمين: اهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لان تثبت له الحقوق ويتحمل الالتزامات, وكذلك ما يعرف بأهلية الاداء فهي صلاحية الشخص في استعمال الحق ويحصل ان تتوافر في الشخص اهلية وجوب دون اهلية اداء ، بينما من له اهلية اداء يستطيع ان يتصرف بجميع انواع التصرفات القانونية ، عندما يكـون كامـلا في قواه العقلية اذ تكـون لــه بالضرورة اهلية وجوب .[17]

و عوارض الاهلية في القانون المدني العراقي فيمكن اجمالها كما يلي:

– الجنون : وهو انعدام القوى العقلية للشخص , بحيث يكون صاحبه عديم التمييز , وهو على نوعين : الجنون المطبق , وهو ما لا يرتجى شفاؤه ويعامل صاحبه معاملة الصبي غير المميز من حيث الحكم على تصرفاته , اي انها تكون باطلة بطلانا مطلقا , لأنه عديم الاهلية , والجنون غير المطبق , ويعني به افاقة المجنون في احيان معينة , ودخوله في مرحلة الجنون في احيان اخرى , فيعامل في حال الافاقة معاملة الشخص الطبيعي وبحسب اهليته التي يحددها مقدار سنه , اما في حال الجنون فيعامل معاملة الصبي غير المميز وبالتالي يكون معدوم الاهلية و لا صلاحية له لصدور اي تصرف قانوني منه.

– العته : وهو مرض يصيب الانسان في عقله , لكنه لا يؤدي الى انعدام قواه العقلية كحالة الجنون , وانما فقط يؤدي الى اضعافها , بحيث يكون صاحبه بطيء الفهم , مختلط الكلام , ولذا فان حكم تصرفاته يكون كحكم تصرفات الصبي المميز

[15] – للمزيد انظر : د. حسين النوري ، عوارض الاهلية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ،الطبعه الاولى ، مطبعة البيان العربي ، القاهرة ، 1954م، ص17.

[16] –. انور سلطان ، المبادئ القانونيه العامه ،دار النهضه العربيه ، الطبعه الثالثه ، 1981م ، ص228.

[17] – انور سلطان ، مصدر سابق ، ص228.

, اي ناقص الاهلية ,وبالتالي تكون له صلاحية اتيان بعض التصرفات القانونية دون ان تكون له الصلاحيةالمطلقة للتصرف .

– السفه : ويقصد به انفاق الشخص امواله في غير الوجوه المحددة لها , بحيث يبذر هذه الاموال ويتلفها على خلاف مقتضى العقل والشرع , ويكون السفيه في حكم تصرفاته , كالصبي المميز , اي يعد ناقص الاهلية.

– الغفلة : ويعني عدم خبرة الشخص في المعاملات المالية , بحيث يغبن في هذه المعاملات بسبب عدم تمييزه بين التصرفات الرابحة والخاسرة منها , ويعتبر ذو الغفلة في حكم تصرفاته , كحكم تصرفات السفيه , فيكون ناقص الاهلية ويعامل معاملة الصبي المميز .

ب: عيوب الإرادة:

وتسمى عيوب الرضا أيضاً، هي اختلال في إرادة المتعاقد ناشئ من بعض عوامل مرافقة لانعقاد العقد تخل بسلامة اختياره لولا تأثيرها في نفسه لما أقدم على العقد. والعوامل التي تورث عيب الإرادة في القانون ، فصدور الإرادة من طرفي العقد لا تكفي لصحة الرضا ، انما يشترط ان تكون هذه الإرادة سالمة من العيوب ، ان نقص اهلية المتعاقد او وجود عيب في ارادته يجعل العقد يبطل بطلانا نسبيا ، حيث لا يؤثر في وجود الرضا وانما يؤثر بسلامته ،فيرتب العقد اثاره كاملا ولكنه يكون يقابل للإبطال بقرار من القاضي ، بحكم من القاضي ، بطلب من الطرف الذي يتمسك بالبطلان ، ان العيب الذي يمكن للمتعاقد ان يتمسك به يشترط ان يكون هو الدافع للتعاقد ، وان يكون له اتصال بالمتعاقد الاخر ، اما بالنسبة لنقص الأهلية فان هذه الشروط غير واجب توفرها .

لم تتفق القوانين العربية والأجنبية على العيوب المؤثرة في عيوب الإرادة او صحة التراضي ، والتي تجعل العقد في وجوده غير صحيح ،

ان عيوب الإرادة في القانون القانون المدني المصري هي اربعه : الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الاستغلال, وهو متأثر بذلك بالقانون الفرنسي, إلا انه اضاف لها عيب الاستغلال ، وكذلك القانون الجزائري ، يرى قسم من الفقهاء ان الغبن هو عيب من عيوب الإرادة ، بينما يرى اخرون انه ليس عيبا ويحصرون عيوب الإرادة بـ (الغلط ,والاكراه فقط). [18]

اما القانون المدني العراقي فقد بينت المواد (112–125)عيوب الإرادة وهي: الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال والغبن, لذا سوف نتعرض لهذه العيوب في القوانين المقارنة (العراقي والمصري والجزائري) بشيء من التفصيل ، وكما يلي :

العيب الاول : الإكراه

الإكراه يؤثر في صحة التعاقد ، فقد يعدم الوجود او لا ، فقد خصص له المشرع الفرنسي المواد (127–128) وان عناصر الاكراه تتمثل باستخدام تتهدد بخطر محدق وجسيم وهذا هو العنصر الموضوعي ، اما العنصر النفسي فهو الرهبة في النفس التي تحملها على الاكراه، ان الإكراه سواء كان صادرا من احد اطراف العقد او من غيرهما او بسبب ظروف خارجيه [19]. وقد بين المشرع المصري ان الاكراه ربما يقع على النفس او المال او الشرف ، وحكمه ان العقد يكون قابلا للإبطال .

[18] – انظر –الدكتور محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ، المؤسسه الوطنيه للكتاب ، 1983م ، ص42–61

[19] – السنهوري – الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص335 .

اما الاكراه في القانون العراقي فقد تناوله في خمس مواد (112-116) بين فيه احكامه وشروطه ، وشروط الاكراه في القانون العراقي هي :

ان يكون جسيما ، وان يصدر من شخص قادر على ايقاعه

ان يكون الخطر غير مشروع

ان يكون له تأثير في النفس؛ وذلك بسبب الرهبة التي يبعثها في النفس

ان يكو المتعاقد الآخر على علم ، او من السهل عليه ان يعلم في حال لم يكن صادرا منه

ان حكم الاكراه في القانون العراقي هو انه مفسد للرضا وبالتالي مفسد للعقد ، وذلك يجعل العقد غير نافذ (موقوفا) ، ان للطرف الذي وقع عليه الاكراه ان يطلب خلال ثلاثة اشهر نقض العقد من وقت وقوعه كما ان له الحق ان يجيز العقد .

العيب الثاني- الغلط

يراد به حاله تقوم بالنفس تحمل على توقع غير الواقع ، وغير الوقع قد يكون صوره غير صحيحه يتوهم الانسان بصحتها ، او يكون حالـه صحيحه يتوهم عدم صـحتها وهو بهـذا المعنى يشمل كل انـواع الغلط . [20]

الغلط في القانون العراقي : تناول القانون العراقي الغلط في المواد (117-120) على انه احد عيوب الإرادة فقد نصت المادة (117) على (1- اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد في المشار اليه وانعقد لوجوده ، الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد 2- فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فظهر اصفر ، او بيعت البقرة على انها حلوب وظهرت غير حلوب ، يكون البيع موقوفا على اجازة المشتري) .

تبين هذه المادة الغلط في صفه جوهريه والغلط في المحل ، فالحالة الاولى تؤدي الى ايقاف العقد بسبب فوات الوصف المرغوب ، اما الحالة الثانية فأنها تكون مانعه من انعقاد العقد ، يرى بعض الشراح في هذه المادة ان المشرع العراقي قد جمع بين ما يعر ف بالغلط المانع ، وبين الغلط كعيب في محل العقد عندما يكون متعلقا بجنس المعقود عليه المسمى بالعقد ، وبعدها اصبح الجنس مختلفا فبسبب فوات المسمى لا ينعقد العقد ، الا ان المشرع العراقي قد جعل العقد موقوفا على اجازة المشتري . [21]

ان المشرع العراقي قد بحث الغلط المانع عند اختلاف الجنس ، اي عندما يكون متعلقا بمحل العقد ، وفي هذه الحالة فانه يعدم الرضا ولا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة ، وبالنتيجة يؤدي الى ابطال العقد ، وفيما يخص فوات الوصف التي اشارت لها المادة (117) فهو كما جاء في المادة (118) يعتبر غلط في صفه جوهريه [22]، وبذلك كان بإمكان المشرع العراقي عدم ايراد المادة (117) .

ان العقد بحسب ما جاء في المادة (118) من القانون المدني العراقي يكون موقوفا ، لوجود غلط في الصفة الجوهرية ، ويكون ذلك عندما يبلغ حدا من الجسامة ، تبلغ الطرف الاخر ، وتكون مانعه من انعقاد العقد في حال انه لم يقع في الغلط.

---

[20] – انظر –السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، ص311.

[21] – انظر – غني حسون طه ، الوجيز في نظرية العامه الالتزام ، بغداد ،1971م ، ص183.

[22] – انظر- غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص184.

العيب الثالث : التغرير مع الغبن

التغرير يراد به الخداع ، اما الغبن فيقصد به اصطلاحا: تمليك مال بما يزيد على قيمته ، ويقابله تملك المال باقل من قيمته [23]، ويسمي الفقهاء المسلمون التغرير بالتدليس ، مثل فقهاء المالكية ، ويلاحظ انه لا يوجد تعريف للتغرير ولا للغبن عند صاحب مرشد الحيران ، كما انه اهمل الغبن اليسير لأنه مما يتسامح فيه عادة ، ولا يكون الغبن مؤثرا في العقد الا اذا كان فاحشا .

موقف القانون المصري : تناول القانون المدني المصري التدليس في المادة (125) ,مبينا أنه يتكون من عنصرين: الاول التدليس الواقع بطرق احتياليه ، سواء تم اللجوء اليها من احد العاقدين او نائبه ، وتكون على درجه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم العاقدان العقد ، وهذا هو التدليس الايجابي ، وقد يكون على شكل سكوت عمدي عن واقعه او ملامسه ، في حال ثبت ان المدلس عليه لم يكن يقدم على ابرام العقد ، لو كان على علم بتلك الواقعة او تلك الملامسة ، وهذا هو التدليس السلبي .[24]

وحكم التدليس هو ان المدلس عليه له حق المطالبة بالتعويض ، كما له حق المطالبة بالبطلان .

أما عن موقف القانون الجزائري ، فيمكن استيضاحه من خلال ما جاء في القانون المدني الجزائري تحديدا في المادة (86) عن التدليس والتي نصت بأنه (يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد ، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعه او ملابسه اذا ثبت ان المدلس عليه ، ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة اغو هذه الملابسة).

فالتدليس هو استعمال طرق احتياليه من شأنها ان تخدع المدلس عليه وتدفعه للتعاقد ، ويكون له عنوله عنصران : الاول مادي وهو استخدام الطرق الاحتيالية ، والثاني شخصي ، ويتمثل بان تكون هذه الحيل على درجه من الجسامة تكون هي الباعث للتعاقد .[25]

أما عن موقف المشرع العراقي : فتناول المشرع العراقي التغرير مع الغبن في المواد (121-124) ، متأثرا بأحكام الفقه الاسلامي ، ان مجرد الغبن في القانون العراقي لا يمنع من نفاذ العقد مالم يصاحبه خداع يصيب المتعاقد الاخر فيدفعه لإبرام العقد ، معتقدا ان ذلك من مصلحته في حين ان الحقيقة خلاف ذلك ، وقد يكون العقد باطلا اذا كان الغبن فاحشا ، وكان المغبون محجورا ، او يكون المال الذي حصل فيه الغبن مملوكا للدولة او الوقف ، كذلك لا يمكن الطعن بالغبن في عقد المزايدة العلنية . كذلك فان التغرير لــه صـورتين الاولى ايجابية والثانية سلبية . [26]

وبذلك فان الذي يمنع من نفاذ العقد في القانون العراقي هو الغبن الفاحش الذي وقع بسبب التغرير ، والذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة ، كما ان هناك احوالا خاصه يعتبر الغبن الفاحش لوحده فيها عيبا وهي ما ذكرته المادة (124) من القانون المدني العراقي فتؤدي الى ان يصبح العقد باطلا اي ليس عيبا من عيوب الإرادة .

---

23 – احمد الكبيسي ، مصادر الغبن والتغرير في عقد البيع في الفقه الاسلامي ، بحث مستقل من مجلة العلوم السياسيه والقانونيه ، 977 هـ، ص 170.

24 – انظر – مجموعة الاعمال التحضيريه للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، ص172- 527.

25 – علي علي سلمان ، النظريه العامه للالتزام ، مصدر سابق ، ص60-61.

26 – منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص 147-148.

ان المادة 121 من القانون المدني العراقي قد تناولت الغبن الفاحش اذا صدر من احد اطراف العقد ، فيكون العقد موقوفا على اجازة العاقد الموقوف وفي حالة اذا توفي ينتقل الى ورثته ، بينما تناولت صورة التغرير الذي يحصل من شخص اجنبي عن العقد في المادة (122) .

العيب الرابع : الاستغلال

يرى جانب من الفقه المدني ان المظهر المادي للاستغلال هو الغبن [27]فقد تناول القانون المدني العراقي الغبن في المادة (125) والتي نصت (اذا كان احد المتعاقدين قد استغل حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، له خلال سنه من تاريخ العقد ، ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول ، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقضه) ،ان هذا النص من القانون المدني قد جعل الاستغلال عنصرين هما:

_ العنصر المادي ويتمثل بعدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه ، وذلك هو الغبن الفاحش .

- العنصر النفسي المتمثل باستغلال الضعف في النفس .

ان الاختلال اكثر ما يكون فادحا هو في عقود المعاوضات ، لكنه قد يقع ايضا في العقود الاحتمالية [28]،كعقد المقامرة والرهان ، وعقد المرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين حيث ان تلك العقود يكون فيها الربح او الخسارة مبنيه على عنصر الاحتمال ، كما ان الاختلال في الاداء والمقابل له لا يكون في عقود التبرعات لان المتعاقد لا يأخذ مقابل لما يعطيه ، لكن رغم ذلك فان الاستغلال يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات. [29]

ان القانون المدني المصري فقد تناول الاستغلال في المادة (129) والتي نصت على (1-اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامح ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ، ان يبطل العقد او ينقص التزامات هذا المتعاقد المغبون 2-ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنه من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة 3- ويجوز في عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الاخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن)

وبذلك فان للاستغلال عنصران ، الاول موضوعي ويتمثل بان يكون هناك اختلال في التعاقد على ان يكون هذا الاختلال فادحا وليس يسيرا ، والعنصر الثاني هو عنصر نفسي ويكون عندما يستغل المتعاقد الآخر في الطرف المغبون طيشا بينا او هوى جامحا .[30]

هذه هي القواعد العامه لوجود الرضا وصحته التي يشترط توافرها في كافة العقود ، ومن ضمنها العقود الاحتمالية ، لكي يتمكن اطراف العقد من إبرامه لابد من توافرها لكي ينشأ العقد صحيحا ، ولابد ايضا ان تكون الاراده خاليه من عيوب الرضا .

---

[27] – اعبد الرزاق لسنهوري ،الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص355.

[28] – عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الاول ، المصدر نفسه ،ص363

[29] – عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ،ص175-176.

[30] – انظر ، د الدكتور السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص362.

الركن الثاني :المحل

لابد لكل عقد من تواجد ثلاثة أركان هي: الرضا ، المحل ، السبب ، اما ركن الرضا فقد تناولناه وانتهينا من بيان احكامه في المطلب الاول ، وفي هذا المطلب سوف نتطرق الى الركن الثاني وهو ركن المحل ، اذا يشترط الفقه الاسلامي لقيام العقد توافر شروط المحل وهي وجود المحل ، أو ، امكان وجوده ، وبدون توافر هذه الشروط فان العقد يعتبر باطلا حتى في حالة اذا كان المحل محتملا الوجود أو محقق الوجود في المستقبل والخشية من وقوع الغرر جاء هذا التشدد في وجود المحل لأجل قيام العقد[31] ، فلب العقد وجوهره هو المعقود عليه ، حيث ان هناك حقيقتين اتفق الفقه الاسلامي على توافرهما في المعقود عليه ولا يوجد عقد بدون توافرهما ، اولهما ان العقد يجب ان يكون خاليا من كل غرر ، والثانية ان يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه حيث لا يجوز بيع المسجد .[32]

اما في الفقه المدني ان محل الالتزام بوجه عام يمكن تعريفه بانه (الشيء الذي يلتزم المدين القيام به ، سواء اكان القيام بعمل او نقل حق عيني او الامتناع عن عمل).[33]

ان المحل ركن في الالتزام لا في العقد ، الا ان اهميته لا تبدو الا في الالتزام الناشئ من العقد ن وان القانون يتولى تحديد محل الالتزام الغير تعاقدي ، ولا يوجد هناك احتمال بانه غير مستوفي للشروط ، الا ان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد محل الالتزام التعـاقدي ، ولهذا يجب ان يراعـيا في ذلك الشروط التي يتطلبها القانون .[34]

كما عرف محل العقد بانه (الشيء الذي يلتزم به المدين ، وهو المعقود عليه)[35]. لقد تناولت جميع التشريعات المحل كركن من اركان العقد ، فقد تناول القانون المدني المصري المحل في المواد (131-135) ، والقانون المدني الجزائري في المواد (92-98) ، والقانون المدني العراقي في المواد (126-131) . اما عن شروط المحل فهي :

الشرط الاول - ان يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود :

يشترط وقت انعقاد العقد ان يكون محل العقد موجودا أو مما يمكن وجوده في المستقبل ، وهذا ما بينته المواد (127-129) من القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (127) على (1- اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحاله مطلقه كان العقد باطلا 2- اما اذا كان مستحيلا على المدين دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقه ، صح العقد والزم المدين بالعقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه) أما المادة (129) فنصت على (يجوز ان يكون محل الالتزام موجودا وقت التعاقد ، اذا كان ممكن الحصول في المستقبل ، او كان معينا تعيينا نافيا للجهالة والغرر 2- غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل) .

يفهم من هذه المواد ان هناك استحالة مطلقه واستحالة نسبية ، فاذا كان محل الالتزام مستحيلا استحاله مطلقه فالعقد باطل . أما اذا كانت الاستحالة متعلقة بالمدين كان العقد صحيحا والزم المدين بالتعويض وهذا ما جاء في المواد (93) مدني جزائري والمادة(127) مدني عراقي .

فانعدام محل العقد وقت التعاقد جائز اذا كان ممكن الوجود في المستقبل كما في العقد الاحتمالي ففي عقد التأمين المحل الذي يلتزم به المؤمن وهو تأمين الخطر المؤمن منه يكون غير موجود وقت التعاقد الا انه ممكن الوجود في المستقبل ،

---

[31] – انظر ، عبدالرزاق السنوهري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص13-14.

[32] – انظر ، محمد ابو زهره ، الملكيه ونظرية العقد في الشريعه الاسلاميه (القاهره ، دار الفكر العربي ، 1996م) ص254 .

[33] – الاستاذ الدكتور السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص375.

[34] – انظر ، الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ،ص5.

[35] – د احمد سلمان شهيب السعداوي ، مصادر الالتزام ،ص124.

هذا هو الاصل في القانون المدني العراقي والقانون الجزائري ، الا ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل لمخالفته للنظام العام والآداب ، حتى وإن كان هذا صادرا برضا المورث إلا في حالات خاصه قررها القانون كالوصية .وفي القانون المصري فقد تناولت المادة (132)مدني شرط الإمكان فنصت: (اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا) ,اذن: يشترط ان يكون محل الالتزام الذي يلتزم به الدين ممكنا ، حيث يبطل العقد اذا كان محل الالتزام مستحيلا .

الشرط الثاني : ان يكون محل العقد محددا او قابلا للتعيين :

يجب ان يكون محل الالتزام العقدي معينا تعيينا نافيا للجهالة بشكل لا يدع اطراف العقد في حيره ، ويستوي في ذلك ان يكون طبيعته (تسليم شيء او القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل) . فقد يرافق العقد ظروفا تجعل من محل التعاقد ممكن التعيين ، كما قد يساهم في ذلك النية المشتركة لأطراف العقد[36] ، وذلك ما نصت عليه المادة 128 من القانون المدني العراقي حيث نصت: (1- يلزم ان يكون محل العقد معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء اكان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد او بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات ، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ، ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف

2- و يكفي ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجه لوصفه وتعريفه بوجه اخر .

3- فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم بطل العقد .)

ان هذه المادة تشمل اذا كان محل الالتزام من المثليات حيث يجب ذكر نوعها ووصفها مثال ذلك بيع سكر قمح هندي أو سكر كوبي ، وكذلك اذا كانت من الاشياء القيمية التي تختلف اوصافه تفاوتا يعتد به من حيث القيمية فيجب تحديد ذاته واوصافه تحديدا يمنعه من الجهالة فيجب عند بيع منزل تحديد اوصافه تعيينا كافيا وتحديد موقعه وحدوده، أما في حالة اذا كان محل الالتزام في العقد نقودا ففي هذه الحالة يجب ان يحدد مقدارها ويعين وقت الدفع ، وبذلك فأن المدين لا يكون ملزما الا بما التزم به وقت ابرام العقد ، وقد نصت المادة (94)مدني جزائري على (اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا) .

وكذلك المادة (133) مدني مصري على (1 -اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا 2- ويكفي ان يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من اي ظرف آخر ، التزم المدين بان يسم شيئا من صنف متوسط) ونصت المادة (134) مدني مصري (اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء اي اثر)

ومن خلال ملاحظة هذه المواد فإنه لابد من تعيين محل العقد الاحتمالي تعيينا بنوعه ومقداره ، تعيينا نافيا للجهاله ، وإلا كان العقد باطلا .

الشرط الثالث : ان يكون محل الالتزام مشروعا (قابليته للتعامل فيه):

يكون الشيء قابلا للتعامل فيه اذا كان طبيعة ذلك الشيء او الغرض المخصص له يقبل ذلك ، بمعنى آخر ان لا يكون مخالفا للنظام العام او الآداب العامة ، اي اذا كان مشروعا للتعامل فيه ، فمثلا الهواء لا يصلح بطبيعته ان يكون محلا للتعامل فيه وكذلك البحر، وذلك لاستحالة التعامل فيه ، الا في حالة حيازة جزء منها وتحويلها الى ماده قابله للاستفادة

[36] – انظر، منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ، مرجع سابق ، ص159.

منها مثلا اشعة الشمس الذي يحصرها المصور، فانه يستطيع التعامل به، كذلك فقد يكون الشيء مخصصا للمنفعة العامة فلا يجوز التعامل فيه ، لانه يتعارض مع الغرض الذي خصص له .

وقد يمنع القانون التعامل في بعض الاشياء او أنها تكون مخالفة للنظام العام او الآداب ، فمثلا حرم التعامل بالربا أو الاتجار بالمخدرات او القمار وغيرها من الاعمال والتصرفات التي يمنع القانون التعامل بها [37] وقد نصت على ذلك المادة (135)مدني مصري على ذلك, فجاء فيها (اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا).

وكذلك المادة 130 /1 مدني عراقي ,حيث نصت (1- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الآداب وإلا كان العقد باطلا) وايضا المادة (96) من القانون المدني الجزائري .

ان الاصل هو جواز التعامل بالأشياء مالم يوجد ما يمنع من ذلك من موانع قانونية او شرعية, او ان تكون هذه الاشياء مخالفة للنظام العام او الآداب [38]

الركن الثالث: السبب

ان القانون المدني العراقي يعتبر السبب ركنا في الالتزام العقدي فقد تناولها في المادة (130 /1) ، ان فكرة النظام العام تختلف من تشريع لآأخر, فهي نسبيه وكذلك تختلف من فقيه لآخر . فالفقهاء المسلمون يعتبرون ان كل شيء لم يحقق فائدة للطرفين المتعاقدين فانه مخالف للنظام العام ولا يجوز التعامل به: كالميته والدم ولحم الخنزير ، وكالمقامره والرهان ، وبالتالي فانه لا يجوز ان تكون محلا للتعاقد ، كما ان القاعدة القانونية عنده تعلقها بالمجتمع فأنها تكون قاعده عليا, ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها لان تكون متعلقة بالنظام العام ، حيث ان الناس يعتبرون انفسهم ملزمين بتطبيقها ، وان لا يخرجوا عنها في تعاملاتهم, فمثلا لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأهلية لأنها من القواعد التي حددها القانون.[39]

بعد ان أكملنا –بفضل الله تعالى– البحث في تكوين العقد الاحتمالي ، حيث درسنا فيه مفهوم العقد الاحتمالي ، واركانه حيث تناولنا ذلك في مبحثين ، فإنه في خاتمة هذه الدراسة يمكن الخروج بمجموعة من النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها :

النتائج

1 – بعد ان انتهينا الى وضع تعريف لغوي واصطلاحي للعقد الاحتمالي ، انتهينا الى وضع تعريف جامع مانع ، حيث عرفناه بأنه (هو العقد الذي يتميز بعنصر المخاطره والاحتمال ، لأن طرفي العقد عند اقدامهما على إبرام العقد ،فإنهما يكونان على معرفه تامة بأن محل العقد محتمل الوقوع ، فلا يعرفان وقت وقوعه ،فهو أمر مستقبلي ، وبذلك فإنّ هذا التصرف ينطوي على عنصر المخاطرة .)

–بعد دراسة الاحكام الخاصه بالعقد الاحتمالي تبين وجود نوعين من العقود ، فهناك عقود تعتبر احتماليه الا انها محرمة قانونا ، ونوع آخر من العقود تعتبر عقودا جائزة ويمكن ان نميز بينهم من خلال

أ. النوع الأول وهي العقود المحرمه التي تحتوي على الغرر والقمار والتي تكون غير مجدية من الناحية الاقتصادية ، بل وقد تؤدي الى خراب البيوت العامرة ، من امثال عقود المقامرة والرهان .

بـ . العقود الجائزه ، وهذا النوع من العقود يعتبر من العقود الكثيرة الوقوع في التصرفات القانونية ، ولا يوجد مانع شرعي او قانوني من ابرامها بل انها توفر حماية لطرفيها ، من امثال هذه العقود ، عقد التأمين.

[37] – انظر ، عبد لرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 398.

[38] – انظر مصطفى الجمال ، النظريه العامه للالتزام ، الدار الجامعه ، 1987م ، ص155

[39] – انظر ، محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص66

جـ . عدم جواز ابرام النوع الاول من هذه العقود وفي حال ابرامها وخسر احد الاطراف وقام بالدفع للطرف الاخر , فأنه من حقه الرجوع عن التزامه والمطالبه به امام القضاء ، لانه التزام بعقد باطل ولا يرتب اي آثار على اطرافه ، اما النوع الثاني من هذه العقود فأنه لا مانع من التعامل بها وابرامها مع الالتزام بالاحكام القانونية التي تحكمها .

4. رأينا انه قديما وقبل ظهور العقود الشكليه ، لم يكن للسبب اي اهميه تذكر ، حيث كانت الشكليه هي الأهم ،ولم تكن للإراده اي أثر ، إلا انه وبعد ظهور العقود غير الشكليه ، بدأت اهمية الاراده بالظهور وواصبح للسبب اهميه كبيره في ابرام العقود .

المقترحات

1. على المشرع العراقي (والتشريعات المقارنه) ان يساير الفقه الاسلامي في تناوله للعقود الاحتمالية (الغرر) حيث تناولها الفقه الاسلامي بشئ من التفصيل ، اما التشريعات المدنية المقارنة فلم تعطي للعقود الاحتمالية ذلك القدر من التفصيل على الرغم من اهميتها وكثرة التعامل بها في الحياة العملية .

2. نقترح على المشرع المدني مراجعه مواده الخاصه بالعقود الاحتمالية ، وتضمينها انواعا اخرى من العقود لم ينص عليها ، مثل المسابقات الرياضية ، العقود الطبية ، وغيرها من العقود التي تعتبر من العقود الاحتمالية إلا ان المشرع المدني لم ينص عليها ولم ينظم احكامها في مواده ،

3. لابد وان يكون محل نظر المشرع العراقي وضع تعديلات لقانون العقوبات ؛لكي يتماشى مع التطورات التي تحصل في الحياة العملية في مجال العقود الاحتمالية ، والتي اصبحت من العقود المهمه وكثيرة الانتشار مثل العقود الرياضيه والعقود الطبية .

المراجع

1 – عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ،مطبعة دار احياء التراث العربي ، لبنان .

2 – عبد المجيد الحكيم و آخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، 1980 م .

3 – العلامة الحسن، بن يوسف المطهر الحلي،، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، طهران، الطبعة الرابعة، 2004م .

4 – مصطفى، محمد جمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الاسلامي وتطبيقاتها القضائية، الطبعه الاولى، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1996م .

5 – محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام واحكامها في القانون المدني الجزائري) المؤسسه الوطنيه للكتاب ، الجزائر، 1983م .

6 – عدوي، مصطفى عبد الحميد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعه الاولى ،مطبعة حمادة، بدون بلد للنشر، سنة 1996 م .

7 – عبد الرحمن عبدي ، الوسيط في النظريه العامه للالتزام ، (الكتاب الاول ، الطبعه الاولى ، دار النهضه العربيه ، القاهره ، سنه 199 هـ) .

8 – جميل الشرقاوي ، النظريه العامه للالتزام (الكتاب الاول ، دار الهضه العربيه، القاهره ، سنة 1995م) .

9 – حسين النوري ، عوارض الاهلية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ،الطبعه الاولى ، مطبعة البيان العربي ، القاهرة ، 1954م .

10 – انور سلطان ، المبادئ القانونية العامه ،دار النهضه العربيه ، الطبعه الثالثه ، 1981م .

11 – محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الاتزام ، ، المؤسسه الوطنيه للكتاب ، 1983م .

12 – غني حسون طه ، الوجيز في نظرية العامه الالتزام ، بغداد ،1971م .

13 – احمد الكبيسي ، مصادر الغبن والتغرير في عقد البيع في الفقه الاسلامي ، بحث مستقل من مجلة العلوم السياسيه والقانونية ، 977 هـ .

14 – محمد ابو زهره ، الملكيه ونظرية العقد في الشريعه الاسلاميه (القاهره ، دار الفكر العربي ، 1996م) .