الاعتبار الشخصي في التعاقد

م.د. هيلان عدنان أحمد

الجامعة العراقية/كلية القانون

Personal consideration in contracting

Lectuere Dr. Hilan Adnan Ahmed

Iraqi University/ College of Law

المقـــدمـــة

لدراسة الاعتبار الشخصي في التعاقد لابد ان نؤكد اولا على ان الاعتبار الشخصي لدى احد المتعاقدين لا يتحقق ما لم تكن هناك حريه في التعاقد، بمعنى ان المتعاقد عندما يلجأ إلى التعاقد مع شخص محدد انما هو يختاره بإرادته الحرة لبواعث خاصة أو لأسباب نفسيه أو اجتماعية أو اقتصادية أو لأسباب اخرى تتصل بشخص المتعاقد المقابل، وهي اما ترجع إلى مهارة أو تخصص المتعاقد المقابل أو ترجع إلى الصفات التي يحملها ذلك المتعاقد من فضيلة أو اخلاق ونزاهة وشرف وامانه أو ترجع إلى العوامل المشتركة ما بين المتعاقدين كوجود علاقه متينه أو ثقه متبادلة أو صلة قربى.

إن حرية التعاقد امر ملازم للاعتبار الشخصي، فاذا انعدمت أو انتفت حرية التعاقد وحرية اختيار المتعاقد الآخر انتفى معها الاعتبار الشخصي، لكن لا يلزم من وجود حرية التعاقد وجود الاعتبار الشخصي ولكن يلزم من انعدام الحرية في التعاقد انعدام الاعتبار الشخصي، وفي ضوء تحقق حرية التعاقد نجد من الممكن ان يلجأ المتعاقد وبإرادته الحرة المختارة مثلا إلى تأجير عقاره أو بيع سيارته لكل من يتقدم ويقبل بدفع الأجرة التي يريدها أو الثمن الذي يرغب فيه، دون ان تكون شخصية

المتقدم إلى التعاقد محل اعتبار بالنسبة له، لذلك وجدت العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي، لكن الامر على النقيض في حال انعدام الحرية في التعاقد، إذ يؤدي ذلك حتما إلى انعدام الاعتبار الشخصي في التعاقد، كما هو الحال في عقود الاذعان التي لا يمكن حتى مناقشتها أو تعديل شروطها، وفي هذا الخصوص سنعمل على تحليل عقد النقل[1] من حيث اعتباره من عقود الاذعان التي تنعدم الحرية في مناقشة شروطها ومن حيث الاعتبار الشخصي فيه، ومن خلال ذلك يتضح الترابط ما بين حرية التعاقد والاعتبار الشخصي في التعاقد، لذلك فان بحث موضوع الاعتبار الشخصي في التعاقد يقود بطبيعة الحال إلى الربط بينه وبين حرية التعاقد اضافه إلى بيان موقف التشريعات الأوربية بهذا الخصوص.

أهمية البحث:

تتمثل مشكلة البحث بضرورة تحديد سياق واحد متصل في تحليل مفهوم الاعتبار الشخصي واثاره في مختلف العقود التي يمكن ان يرد فيها طابع الاعتبار سواء كانت عقود مدنيه أو تجاريه، وهذا الاخير يثير التساؤل عن مدى طبيعة الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية في ضوء عدم وجود سياق قانوني صريح في تحديد هذه الطبيعة ومدى الاعتداد؟ وهذا التساؤل يقود لضرورة تحليل تساؤل اخر عن جوهر وفكرة الاعتبار الشخصي وفقا للقانون المدني وقانون التجارة والشركات العراقي والقوانين العربية والغربية المقارنة؟ وتأسيسا على ذلك يثور التساؤل حول امكانية ضبط النتائج القانونية المترتبة على الاعتبار الشخصي وتأصيل الاسس القانونية بخصوص ذلك؟ سواء ارتبطت هذه النتائج بانعقاد العقد أو صحته أو كانت متصلة باثر العقد ذاته.

١- اذ من الممكن عدم اعتبار عقد النقل من عقود الاذعان وذلك من حيث امكانية مناقشة الشروط التي يتضمنها العقد في بعض الاحيان "كمناقشة الاتفاق على الاجرة" ومن حيث امكانية اختيار الناقل الذي تتعاقد معه، اذ من الممكن اللجوء إلى النقل الخاص وتحقيق ذلك وهذا ما قررته اغلب التشريعات الاوربيه.

المبحث الأول

حرية التعاقد

يجب القول ابتداءً ان المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ قد حرص على اقرار وابراز مبدأ سلطان الارادة شأنه في ذلك شأن اغلب التشريعات الأوربية[١]، ومنها التوجيه الاوربي الذي اقر حرية الاطراف في تحديد العقد[٢] وليسلك في ذلك مسلك المذهب الحنبلي وهو اكثر المذاهب الإسلامية اخذا بمبدأ سلطان الارادة[٣]، وقد صرح المشرع العراقي على تمسكه بهذا المبدأ في المادة(٧٣) من القانون المدني بقوله(العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)[٤] اضافه إلى ما قررته المادة ٢٥ بخصوص دور وحرية ارادة المتعاقدين حتى في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد[٥].

وتجدر الاشارة إلى ان مبدأ سلطان الارادة في القانون المدني العراقي لم يكن مطلقا، إذ ان الاصل في القانون المدني العراقي هو حرية التعاقد لكن الاستثناء والقيود موجوده، إلَّا أن هذه الاستثناءات والقيود ابدا لم تجرد أو تحد من قيمة المبدأ حسب ما

1-Michele Graziadei,and Ugo Mattei ,and Lionel Smith, Commercial Trusts in European Private Law (New York: Cambridge University Press, 2005), p.410. ISBN 10 0-511-13518-1 eBook (EBL).

2- See Article 3 of Regulation (EC) No. 593/2008.

٣- د.مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي، بغداد، ٢٠٠٢، جامعة النهرين، كلية الحقوق.

٤- وقد سلك هذا المسلك ايضا المشرع الاردني في المادة (٨٧) والمشرع السوداني في المادة(١/١٢٥)والمشرع القطري في المادة(١/٣٣).

٥- اذ ان كل العقود المدنية وحتى العقود وفقا لاحكام القانون الدولي الخاص تخضع بشكل مطلق لارادة الاطراف وتتحكم هذه الارادة ايضا في اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا ما تقرره اغلب القوانين، بنفس المعنى انظر

Erric J. Arnould and Craig J. Thompson, "Consumer Culture Theory Twenty Years of Research," *Journal of Consumer Research Inc*, Vol. 31. No.4 (March 2005) , p.871 .[pp.868-882].Available at: www.jstor.orgstable 10.1086426626 . DOA: (16.05.2014).

نرى، وسنعرض بإيجاز لهذا المبدأ من حيث حرية الفرد في التعاقد وعدم التعاقد، ومن حيث حرية الفرد في تحديد شروط عقده وحريته في انهاءه.

أولا: حرية الفرد في التعاقد

إن للفرد الحرية في الكيفية التي يختارها للتعاقد، فله ان يتعاقد مع الاطراف التي يختارها للتعاقد معها[١]، وذلك بالكيفية التي يرغب بها وبالوقت الذي يشاء أو يتفق عليه بالحدود التي رسمها له القانون[٢]، اذ ان حرية التعاقد لا تعني ان الفرد بإمكانه ان يشترط بعقده شروط تعسفيه أو شروط يستحال تنفيذها استحالة ماديه مطلقه، أو شروط مخالفه للنظام العام والآداب العامة، أو أن يلجأ بالأساس إلى ابرام عقد مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما صرحت به نصوص القانون المدني العراقي ومنها صراحة نص المادة(٧٥) التي قضت بأنه (يصح ان يرد العقد على اي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب)[٣].

يتضح لنا مما تقدم ان الاصل هو حرية الفرد في التعاقد وتبقى هذه الحرية مصانة باعتراف القانون للعقود التي يبرمها هذا الفرد أو ذاك من خلال اجبار الطرف الذي يخل بتنفيذ العقد أو الزامه بدفع التعويض ان تعذر أو استحال تنفيذ الالتزام، إلَّا ان القانون وعلى الرغم من مبدأ الحرية في التعاقد لا يبرر أو لا يخول المتعاقد إلى ابرام عقود غير مشروعة بان تخالف قواعد النظام العام أو الآداب العامة المرعية في

١- وهنا نلاحظ في ظل الحرية في التعاقد يتحقق الاعتبار الشخصي في التعاقد بأختيار كل طرف الطرف المقابل الذي يرغب التعاقد معه دون غيره لاعتبارات مختلفه قد ترجع إلى اسباب نفسيه أو اقتصاديه اجتماعية.

2- Michele Graziadei,and Ugo Mattei ,and Lionel Smith, Commercial Trusts in European Private Law (New York: Cambridge University Press, 2005), p.410. ISBN 10 0-511-13518-1 eBook (EBL).

٣- يقابل نص المادة ٧٥ من القانون المدني العراقي، نص المادة ٢/١٦٣ من القانون المدني الاردني التي نصت على انه "فان منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة كان العقد باطلا" .

هذا المجتمع أو ذاك، فاذا قدم المتعاقد إلى ابرام هكذا عقود كانت النتيجة عدم الاعتراف أو الاعتداد بها قانونا، وذلك من خلال الحكم ببطلانها اذا ما عرض الامر على القضاء.

ثانيا: حرية الفرد في عدم التعاقد

لكل فرد من الافراد الحرية الكاملة في عدم اللجوء إلى التعاقد اساسا، فكل فرد بإرادته الحرة المختارة ان يصبح أو ان لا يصبح مدينا أو دائنا، اما حريته في ان لا يصبح مدينا فتتمثل بعدم دخوله في دائرة الالتزام وذلك بأن لا يوجب على نفسه القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معين، اما حريته في ان لا يصبح دائنا فتشهد لها سائر العقود التي ترتب التزامات على عاتق احد الاطراف دون الآخر(العقود الملزمة لجانب واحد)، وخير مثال على حرية الفرد في ان لا يصبح دائنا عقد الهبه في القانون المدني الاردني، حيث اقتضى المشرع الاردني بصريح العبارة ضرورة قبول الموهوب له لانعقاد الهبه على الرغم من تمحضها لمصلحته، باعتبار الهبه نافعة نفعا محضا للموهوب له[١].

هذا وتجدر الاشارة إلى ان حرية الفرد في عدم التعاقد ليست مطلقة، اذ ترد عليها استثناءات وقيود، مثال ذلك:

الإيجاب الملزم:

فاذا صدر ايجابا وعين أو حدد فيه ميعادا للقبول، فان الموجب يبقى ملزما

١- هذا ما قضت به المادة ١/٥٥٨ من القانون المدني الاردني بقولها "تنعقد الهبه بالايجاب والقبول وتتم بالقبض"، والمتمعن بنصوص القانون المدني العراقي الخاصة بعقد الهبه لايجد نص يقابل النص الاردني الا ان حكمه يستفاد ضمنا في القانون المدني العراقي، اذ ان المشرع العراقي نص في المادة ٧٣ على ان العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر...، وهذا النص يفهم منه ان اي عقد لكي ينعقد لابد من تلاقي وارتباط الايجاب والقبول مهما كان نوع العقد سواء كان ملزم لجانب واحد أو لجانبين وسواء كان يتمحض لمصلحة ومنفعة احد الاطراف دون الآخر.

بإيجابة لا يستطيع الرجوع عنه حتى تنقضي وتمضي المدة التي حددها للقبول، فاذا ما صدر قبولا في المدة المحددة لصدور القبول، فان العقد ينعقد لارتباط أو تلاقي الايجاب الملزم مع القبول، اذ لا يعتد بعدول أو رجوع الموجب عن ايجابه الملزم خلال الفترة المحددة للقبول، وهذا ما قضت به المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه "اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإجابة إلى ان ينقضي هذا الميعاد"[١].

الارادة الظاهرة:

المشرع العراقي اخذ الارادة الظاهرة بنظر الاعتبار في انعقاد العقد، فاذا كان التعبير عن الارادة بصيغة الماضي فانه يعتد بالإرادة الظاهرة ولو خالفت الارادة الحقيقية الباطنة، وهذا ما نصت عليه المادة٢/٧٧ من القانون المدني العراقي بقولها "يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الامر إذا اريد بهما الحال"[٢]، ويترتب على الاعتداد بالإرادة الظاهرة وفق النص المشار اليه، ان العقد ينعقد ولو كان المتعاقد لا يريد في الحقيقة التعاقد، وبناءً على ذلك تشكل نظرية الارادة الظاهرة التي اخذ بها المشرع العراقي قيد على حرية المتعاقدين في عدم التعاقد.

١- يقابل نص المادة ٨٤ من القانون المدني العراقي المادة ١/٩٨ من القانون المدني الاردني والتي نصت على انه "اذا عين ميعادا للقبول، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد".

٢- يقابل نص المادة ٢/٧٧ مدني عراقي، نص المادة٢/٩١ مدني اردني والمادة ١٣٢ مدني اماراتي، والذي يفهم من هذه النصوص ان المشرع قصد الاعتداد بالارادة الظاهرة متى ما كانت صيغة التعبير هي صيغة الماضي، بينما نجد ان المشرع ياخذ الارادة الحقيقية الباطنة بنظر الاعتبار عندما تكون صيغة التعبير هي صيغة المضارع أو الامر، وتجدر الاشارة هنا إلى ان الامر يختلف تماما بالنسبة لما ورد في المادة ٧٨مدني عراقي، والمادة ٩٢ مدني اردني اللتان تقرران ان صيغة الاستقبال ينعقد بهما العقد وعدا ملزما اذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين، وهنا نجد ان المشرع العراقي والاردني اخذ بنظر الاعتبار الارادة الحقيقة الباطنة.

المبحث الثاني

مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد وبيان اهميته

يربط بعضهم في فقه القانون الانكليزي في تعريفه للاعتبار في التعاقد بين فكرة تمسكك أحد الاطراف بوعد معين وبين اعتبار الوعد كالسعر الذي جلب الطرف الاخر إلى التعاقد[1]، اذن الاعتبار يشكل عنصر جذب لاحد الاطراف إلى التعاقد.

الاعتبار الشخصي في التعاقد يقصد به ان تكون شخصية المتعاقد المراد التعاقد معه محل اعتبار في العقد، بمعنى ان شخصية المتعاقد المراد التعاقد معه هي الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد المقابل إلى التعاقد، وشخصية المتعاقد المراد التعاقد معه تكون محل اعتبار لمن يريد التعاقد اما لأسباب نفسيه خاصة بالمتعاقد المقابل كشعوره بأن هذا المتعاقد دون غيره هو المناسب للتعاقد معه أو لأسباب أو اعتبارات اجتماعيه كوجود صلة قربى بينه وبين من يريد ان يتعاقد معه أو لاعتبارات أو جوانب اخلاقية يحملها الشخص المراد التعاقد معه من خلق وفضيلة واحسان وامانه وشرف أو لاعتبارات تتعلق بوجود العلاقة المتينة والثقة المتبادلة بينه وبين من يريد ان يتعاقد معه، وقد تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار لبواعث اخرى اوسع نطاقا قد تكون اقتصاديه أو حتى سياسيه.

هذا وتجدر الإشارة إلى انه اذا كانت هنالك الكثير من الاسباب التي تجعل من شخصية المتعاقد محل اعتبار، نجد ان اكثر الاسباب المؤثرة لشخص المتعاقد ودفعه إلى التعاقد عملا ترجع في الغالب لما يحمله المتعاقد المقابل من جوانب تخصصيه أو لما يحمله من كفاءه وخبره في مجال عمله، مثال ذلك المريض الذي يريد التعاقد مع طبيب معين لأجراء عمليه جراحيه له لما بحمله ذلك الطبيب من شهره وخبره وكفاءة في مجال تخصصه، وكذلك الحال بالنسبة لمن يريد توكيل محاميا للدفاع عنه فانه

1- Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd [1915] AC 847 at 855. Dena Valente, Consideration and Intention in the Law of Contract, October 2010, University of Otago, p. 7.

يختاره لاعتبارات تتعلق بإتقان ذلك المحامي لمهنته وكفاءته وخبرته القانونية في الدفاع عنه ولا يختاره لبواعث الشرف والفضيلة والاخلاق[١].

هذا واذا كان الاعتبار الشخصي يتحقق في الغالب من جانب واحد بان تتحقق لديه القناعة التامة بان المتعاقد المقابل هو الشخص المناسب تحديدا للتعاقد معه دون غيره فانه لا يوجد ما يمنع اطلاقا بأن يكون الاعتبار الشخصي من جانبين أو بتعبير آخر يكون الاعتبار الشخصي متبادلا لدى اطراف العقد، بمعنى ان كل طرف من اطراف العقد تكون شخصية الطرف الآخر محل اعتبار بالنسبة له وينعقد العقد على هذا الاساس المتبادل بين الاطراف.

ويلاحظ ان الاعتبار الشخصي المتبادل بين الاطراف شأنه شأن الاعتبار الشخصي الذي يتحقق من جانب واحد من حيث الاسباب الدافعة لتحقق الاعتبار التي سبق وان اشرنا اليها، والمثل على الاعتبار الشخصي المتبادل الاطراف اللذين يهدفون إلى انشاء شركة معينه فانهم غالبا ما تكون شخصية كل واحد منهم محل اعتبار بالنسبة للآخر"شركات الاشخاص "بمعنى ان شخصية كل طرف من اطراف عقد الشركة مكملة لشخصية الاطراف الاخرى لما تحمله كل شخصية من كفاءة وخبرة في مجال اختصاصها، بحيث ان انقطاع أو توقف أو تبديل احد الاطراف يؤدي إلى عرقلة سير اعمال الشركة[٢].

مما تقدم يمكن ان نعرف الاعتبار الشخصي بانه اتجاه ارادة احد المتعاقدين أو

١- انظر بهذا المعنى د.مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١، ص٧٣.

انظر كذلك د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الاول، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط٤، ١٩٨٧، ص٣٦٣.

٢- انظر بهذا المعنى د.عبد جمعه موسى الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، عقود البيوع التجاريه الدوليه وفقا لاحكام قواعد الانكوتيوم لعام ١٩٩٠، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص١٠٣.

كليهما لاختيار شخص المتعاقد المقابل تحديدا لبواعث واسباب مختلفة قد تكون تخصصيه أو اجتماعية أو اقتصاديه أو سياسيه.

ويستشف مما سبق ذكره اهمية الاعتبار الشخصي باعتباره احد الدعائم الاساسية والقوية المؤثرة في ترصين العلاقات العقدية وتقويتها ودفعها إلى الامام نحو النجاح وابعاد العلاقات العقدية عن المشاكل والخلافات ولمسات القضاء عليها اذا ما عرضت كقضايا مختلف فيها امامه، اذ ان العلاقات العقدية التي يتحقق فيها الاعتبار الشخصي نرى انها علاقات عقدية مبنية على القناعة والتروي وحسن الاختيار في التعاقد بحيث ان كل متعاقد يأخذ شخصية المتعاقد المقابل بنظر الاعتبار فانه يكون قد اقدم إلى التعاقد عن قناعة تامة وثقة عالية في نجاح العلاقة العقدية بتنفيذ كل طرف الالتزامات الملقاة عليه بموجب تلك العلاقة، الا اذا شكل الاعتبار الشخصي حجر عثره في نجاح العلاقة العقدية استثناءً متى ما تحقق الغلط أو الوهم لدى احد المتعاقدين في اختيار المتعاقد المقابل.

عليه يلاحظ ان الاصل هو بروز اهمية الاعتبار الشخصي من حيث كونه يعمل على تقوية وترصين العلاقات العقدية ودفعها إلى الامام، اما الاستثناء من ذلك فهو ان الاعتبار الشخصي قد يشكل احيانا جانبا من جوانب اثارة المشاكل والخلافات بين المتعاقدين، وذلك عندما يتضح لدى احد المتعاقدين ان المتعاقد المقابل ليس هو من اراد التعاقد معه مع تحقق علم الاخير بهذا التوهم، وهذا ما سنبحثه لاحقا.

وقد يشكل الاعتبار الشخصي جانبا قانونيا جديدا، اذ يمكن ان يكون الاعتبار الشخصي سببا في اللجوء إلى عقد مسمى غير مقصود لذاته وانما يكون خطوه اوليه للجوء إلى عقد آخر جديد غير العقد الأولي الذي تم اللجوء اليه، مثال ذلك المالك الذي يملك عقارين متجاورين فاذا اراد بيع احد العقارين تكون شخصية المشتري في الغالب محل اعتبار بالنسبة له، فلكي يتحقق المالك تماما من شخصية المشتري الذي سيصبح جارا له اذا تم البيع فانه يتفق معه ابتداءً على تأجير العقار له خلال مدة معينه للتحقق من شخصيته مثلا، وخلال مدة عقد الايجار يكون كل منهما ملزما

بالسعي لا برام العقد النهائي المنشود وهو البيع.

المبحث الثالث

عقود الاعتبار وعقود عدم الاعتبار

إن الاعتبار الشخصي لا يتحقق في جميع العقود، اذ ان هنالك الكثير من العقود لا يهتم المتعاقد فيها بشخصية الطرف المقابل الذي يقدم إلى التعاقد معه، وهذا يرتبط في الغالب ارتباط وثيق بطبيعة وموضوع العقد المراد ابرامه، وبالوقت ذاته نجد الكثير من العقود التي يتحقق فيها الاعتبار الشخصي وذلك بان تكون هوية الطرف المقابل وشخصيته محل اعتبار في العقد، فمتى كانت هوية الطرف المقابل وشخصيته جوهرية في العقد كان العقد عقدا قائما على الاعتبار الشخصي، اما اذا لم تكن هوية الطرف المقابل جوهرية في العقد كان العقد عقدا اعتياديا بمعنى غير قائم على الاعتبار الشخصي، ونرى ان هذه المسألة هي مسألة وقائق اذا ما حصل اختلاف فيها، فهي منوطة بقاضي الموضوع وسلطته التقديرية حسب طبيعة العقد وموضوعه وحسب الظروف المحيطة بالتعاقد في حال عدم الاشارة بالعقد كون هوية احد الاطراف محل اعتبار أو غير ذلك[1].

وسنتولى بحث بعض العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي، ومن ثم نقف بإيجاز لبحث العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار وكما يأتي :

اولا: العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي

الاصل في العقود انها تنعقد بمجرد تحقق التراضي اي بمجرد ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر، لكن قد يكون العقد عقدا قائما على الاعتبار الشخصي فلا ينعقد هذا الأخير لمجرد التراضي بل لابد ان يقبل الموجب ان يتعاقد مع

١- كما ويمكن للقاضي في مثل هذا الفرض احالة الامر إلى الخبراء من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب احد الاطراف أو كليهما للبت في الموضوع ومن ثم اتخاذ قراره، أنظر في ذلك د. آدم وهيب النداوي، الموجز في القانون الاثبات، بغداد، ١٩٩٠، ص٢٠٢.
انظرا ايضا في ذلك الفقره الاولى والفقرة الثانيه من المادة (١٣٥) من قانون الاثبات.

شخص القابل، اذ ان الغلط في هوية العاقد وشخصه يكون غلطا جوهريا يترتب عليه ان ينشأ العقد غير لازم "بمعنى قابل للفسخ" فمتى ما كانت شخصية احد المتعاقدين محل اعتبار في العقد كان العقد عقدا قائما على الاعتبار الشخصي، وهو يكون كذلك اما لأسباب تخصصيه لما يحمله المتعاقد من تخصص وكفاءة في مجال معين، كأن يتعاقد المريض مع طبيب محدد لإجراء عمليه له لما يحمله هذا الطبيب من تخصص دقيق وكفاءة وخبرة في اختصاصه تضمن نجاح العملية، أو من يتعاقد مع محامي للدفاع عنه في قضيه معينه لما يحمله هذا المحامي من كفاءة وقدرة وفطنه في الدفاع عن موكله، وقد تكون اسباب الاعتبار الشخصي في العقد اسباب اجتماعيه تتمثل بصلة القربى أو العلاقة المتينة والثقة المتبادلة بين الاطراف، وقد تكون الاسباب أخلاقية أو ادبيه لما يحمله المتعاقد المراد التعاقد معه من صفات الفضيلة والاخلاق والشرف والأمانة والنزاهة أو ترجع للمنصب أو المكانة الاجتماعية أو العلمية كتعاقد الطالب مع استاذه الجامعي وهكذا.

وتجدر الاشارة إلى انه يمكن عموما تحديد بعض العقود التي يتحقق فيها الاعتبار الشخصي كما في عقود التبرع وبعض عقود المعاوضة والعقود الواردة على العمل[١]، الا انه ليس هناك ما يمنع من ان تكون شخصية المتعاقد وهويته محل اعتبار في غير ذلك من العقود متى ما افصح المتعاقد وقت ابرام العقد عن اعتداده بالاعتبار[٢] ،كما في عقود اجارة الخزائن الحديدية[٣]، وسنتولى تفصيل بعض العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي وكما يأتي :

١- انظر د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الحقوق الشخصيه، المجلد الاول، نظرية العقد، القسم الأول . انعقاد العقد، عمان . الاردن، دار وائل للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٢، ص١٢١.

٢- د.اسامه فوزي، مفهوم عقد ايجار الخزائن الحديديه، بحث منشور على شبكة الانترنيت، بدون تأريخ نشر، ص٨.

٣- عقد ايجار الخزائن الحديديه لايقوم على الاعتبار الشخصي ومع ذلك قد يراعى الاعتبار في حدود ضيقه مظهرها ان البنك قد يرفض التأجير لاشخاص معينين، وان العميل قد يفضل بنك

أ- عقود التبرع:

المتمعن في عقد التبرع يجد ان المتبرع لم يتبرع من فراغ وانما لوجود اعتبار حتما، فعقد التبرع من العقود التي يترتب عنها نفعا محضا للمتبرع له وهذا النفع قصده المتبرع لاعتبارات صلة القربى أو العلاقة الأدبية وما إلى ذلك[1]، كتبرع الأخ لأخيه والزوج لزوجته والطالب لأستاذه.

فعقود التبرع اذا هي عقود قائمه على الاعتبار الشخصي بالنسبة للمتبرع له، ولهذا يترتب على الغلط في شخصيته ان يكون العقد قابلا للفسخ، لأن الغلط هنا يعد غلطا جوهريا.

وتجدر الإشارة إلى ان الاعتبار في هذه العقود يجب ان يكون مشروعا بأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب، كمن يتبرع لأمرأه لإقامة علاقه غير مشروعه معها، اذ يكون مصير العقد هو البطلان[2].

ب- العقود الواردة على العمل:

هذه العقود في الغالب قائمه على الاعتبار الشخصي وخصوصا في الاعمال التي تحتاج إلى مهاره وخبرة، فصاحب المطعم مثلا لا تكون شخصية العامل الذي يقوم بأعمال التنظيف وغسل الأواني محل اعتبار بالنسبة له، اذ ان هذا العامل يؤدي اعمال اعتياديه يمكن ان يستعين صاحب المطعم بأي عامل آخر يقوم بها فهي لا تحتاج إلى مهاره[3]، ولكن الحال يختلف بالنسبة للطباخ الذي يقوم أو يؤدي اعمال

على على بنك آخر، أنظر في ذلك، لامان، في مجموعة اعمال لجنة تعديل القانون التجاري الفرنسي، ج٤، ص١٤٨.

1- William A. Drennan, Charitable Naming Rights Transactions: Gifts or Contracts, Michigan State Law Review 2016, p.p 1265-1355, p. 1281.

٢- د.عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوأمريكي، بغداد، ١٩٩١، ص٣٣٥.

3- William A. Drennan, Charitable Naming Rights Transactions: Gifts or Contracts, Michigan State Law Review 2016, p 1300.

تحضير وجبات الطعام في المطعم، شخصية الطباخ غالبا ما تكون محل اعتبار بالنسبة لصاحب المطعم لأن الطباخ يؤدي اعمال تحتاج إلى مهاره وعلى الاخص اذا ما اعتاد رواد المطعم على طبخ هذا الطباخ دون غيره.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى ان الاعتداد بشخصية المتعاقد في مثل هكذا نوع من العقود لا يقتصر على وقت انعقاد العقد حسب بل يمتد هذا الاعتداد كذلك إلى تنفيذ العقد، فالعقد يعتمد في انعقاده وتنفيذه على شخصية العاقد، وشخصية المتعاقد في هذا النوع من العقود تكون هي الباعث الدافع إلى التعاقد[١].

ج- عقد النقل:

إن الاتجاه التقليدي السائد يقضي بأن عقد النقل هو من عقود الإذعان التي يضعف فيها سلطان الإرادة من حيث امكانية تعديل شروط العقد والاتفاق على خلافها، ونرى انه لا يمكن القول بذلك على الاطلاق وخصوصا بعد تطور انشطة القطاع الخاص وعلى الأخص في مجال النقل، فالإذعان يتحقق في عقد النقل الحكومي "سيارات أو قطارات"[٢]، اذ لا يمكن مناقشة شروط هذا العقد ولا يمكن الاتفاق على خلافها وتعديلها[٣]، اما بالنسبة للنقل الخاص نجد ان مبدأ سلطان الارادة يقوى فيه

١- وهذا ما سنبحثه لاحقا عند الوقوف على النتائج المترتبه على الاعتداد بالاعتبار الشخصيي، انظر في ذلك د.ياسين الجبوري، المصدر السابق، ص ٤٧١.كذلك د.سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٣٦٣-٣٦٤.

٢- إذ ان عقود النقل بالطائرات منظم بمقتضى اتفاقية فينا، وعقود النقل البحريه منظمه بقانون التجارة البحري، انظر د.جعفر الفضلي، الوجيز في شرح احكام عقد الأيجار، الموصل، ٢٠٠٣، ص١٦٠.

3- On international level we can notice concerning transport contract for instance Vienna convention "The Convention on Road Traffic, commonly known as the Vienna Convention on Road Traffic, is an international treaty designed to facilitate international road traffic and to increase road safety by establishing standard traffic rules among the contracting parties. The convention was agreed upon at the United Nations Economic and Social Council's Conference on Road Traffic (7 October – 8 November 1968) and concluded in Vienna on 8 November 1968. It came into force

بحيث يصل أو يرتقي إلى تحديد هوية شخص الناقل لتكون محل اعتبار في العقد أغلب الأحيان، فقد يرغب المسافر التعاقد مع شركه محدده بالذات لنقله إلى المجمعات السياحية مثلا لما تحمله تلك الشركة من سمعة وثقة عالية في توفير وسائل الراحة للمسافرين اثناء نقلهم أو بما لديهم من التزام دقيق بالمواقيت، ولهذا يتحقق الاعتبار الشخصي بأن تكون صفة وهوية الشركة الناقلة جوهريه ومحل اعتبار بالعقد.

د- عقود شركات الأشخاص:

إن شركات الاشخاص هي من الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي بين الشركاء لتجعل من هوية كل شريك محل اعتبار في عقد الشركة، وتقوم شركات الاشخاص عاده على استغلال المشاريع المتوسطة والصغيرة، ولهذه الشركات في الغالب ثلاث اشكال وهي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، وسنبين الاعتبار الشخصي في الشكل الأول والثاني لشركات الاشخاص:

شركة التضامن

وهي الشركة التي يعقدها اثنان أو اكثر بقصد الإتجار فيما بينهم بعنوان مخصوص يكون اسماً لها، وهذه الشركة قائمه على الاعتبار الشخصي من حيث جوهرية صفة كل شريك من الشركاء في هذه الشركة، وخير دليل على الصفة الجوهرية لكل شريك وشخصيته في شركة التضامن من انه يجب ان يكون عنوان الشركة يتكون من اسماء الشركاء فيها أو ذكر احدهم مع اضافة كلمة وشركاؤه، واكثر من ذلك حيث يتضح لنا تحقق الاعتبار الشخصي في هذه الشركة بمسألة عدم جواز تداول حصة الشريك إلى الغير، إذ لا يجوز للشريك كقاعدة عامه ان يتنازل عن الحصه إلى الغير دون موافقة باقي الشركاء، ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على خلافها بآن يكون لكل شريك الحق في التنازل عن حصته للغير، ولكن هذا الحق

on 21 May 1977. The convention has been ratified by 74 countries, but those who have not ratified the convention may still be parties to the 1949 Convention on Road Traffic. This conference also produced the Convention on Road Signs and Signals.

يجب ان يكون مشروطاً بأغلبية معينه من الشركاء للموافقة على التنازل أو الاتفاق على انتقال حصة احد الشركاء إلى ورثته في حالة وفاته[١]

شركة التوصية البسيطة

تعقد شركة التوصية البسيطة التي تقوم على الاعتبار الشخصي بين شريك واحد أو اكثر مسؤولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو اكثر يكونون اصحاب اموال فيها وغير مسؤولين عن الإدارة ويسمون موصين، وللشريك الموصي ان يقدم حصته في الشركة نقديه أو عينيه ولكن لا يجوز له ان يقدم حصته بالعمل، ، وابرز ما يؤكد الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه الشركة تقييد التنازل عن حصص الشركة، إذ لا يجوز للشريك سواء كان متضامناً أو موصي ان يتنازل عن حصته للغير إلا بموافقة باقي الشركاء، ولا تنتقل حصة الشريك الموصي لورثته، إذ يترتب على وفاته حل الشركة[٢].

هـ- عقد الفاكتورنغ"Factoring contract"

عقد الفاكتورنغ أو ما يسمى بعقد شراء الديون التجارية هو عقد يقوم على فكرة بسيطة مفادها، التزام الدائن بأن يقدم لمؤسسة الفاكتورنغ سائر فواتيره وسندات ديونه التجارية المترتبة له بذمة مدينه بغية تمكن المؤسسة من تحصيل هذه الديون من المدين، فإذا وافقت مؤسسة الفاكتورنغ على كل أو بعض تلك الديون، تقوم بشرائها من الدائن لقاء تعجيل قيمتها له قبل تأريخ استحقاقها مقابل نسبه معينه من تلك الديون، لتحل محل الدائن تجاه مدينه، مع ضمان عدم الرجوع على الدائن في حالة عدم التحصيل[٣] .

١- انظر بحث موجز منشور على شبكة الانترنت لمؤسسة درويش للمحاماة والاستشارات القانونيه، ص١.

٢- انظر المصدر نفسه www.darwish law firm,coml Law)p.2//(http:

٣- انظر د.نادرشافي، بحث منشور على شبكة الانترنت، بدون تأريخ نشر، على موقع منتدى المحامين العرب، ص١.

ويرى الباحثون الذين تناولوا دراسة عقد الفاكتورنغ بأنه عقد يتحقق فيه الاعتبار الشخصي، ونحن نتفق معهم في ذلك، إذ ان الدائن يؤخذ من هوية المؤسسة وسمعتها وقدرتها في تعجيل قيمة دينه له قبل تأريخ استحقاقه وضمان عدم الرجوع إليه إذا لم يتم التحصيل، يؤخذ ذلك بعين الاعتبار عند اختياره للمؤسسة التي تشتري ديونه التجارية وبالمقابل فإن مؤسسة الفاكتورنغ تؤخذ صفة وسمعة الدائن الذي تشتري منه الديون بعين الاعتبار، فالمؤسسة تلتمس من صفة الدائن وسمعته التجارية ضماناً لها بإمكانية تحصيل الدين من المدين، كما وتأخذ المؤسسة شخصية المدين بعين الاعتبار ايضاً، إذ ان سمعة المدين وقدرته المالية مؤشراً اساسياً يوضح للمؤسسة الطريق السليم لإمكانية التحصيل[1].

ثانياً- العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار

اما بالنسبة للعقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي فهي كثيره، إذ ان الاصل في العقود هي الرضائية دون الاهتمام بشخصية الطرف المقابل وهويته وبالتالي لا تشكل صفة المتعاقد أو شخصيته عنصراً جوهرياً في التعاقد، وانما تكون عنصراً ثانوياً، وهذا هو طابع غالبية العقود، إذ ان الاصل ان يتم التعاقد لبواعث اقتصاديه أو ماليه بعيداً عن الدوافع الشخصية كما في عقود البيع والمقاولة، فمن يريد بيع سيارته بثمن محدد لا يهتم بشخصية وهوية من يتقدم لشراء السيارة طالما انه يدفع له الثمن الذي يريد، كذلك الحال لمن يريد ان يشتري بضاعه من مخزن، نجد ان صاحب المخزن لا يهتم بشخصية الزبون وهويته طالما انه يكون مستعداً لدفع الثمن عن البضاعة التي يشتريها[2].

هذا وتجدر الإشارة إلى ان البعض من الباحثين يرون ان العقود الاكثر كواقع حال هي العقود التي لا يعتد بها بالاعتبار الشخصي، إذ ان اكثر العقود التي تنعقد عملا هي العقود التي تغلب فيها فكرة التعامل المالي قبل النظر إلى شخصية

١-بنفس المعنى د.مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي،المصدر السابق، ص٧٣.

٢- ونحن نتفق مع من يذهب إلى ذلك، انظر بلانيول وريبير واسمان، ج ٦، نبذه ١٨٢.

المتعاقدين كالإيجار والبيع[١]، اما التي يعتد بها بالاعتبار فهي تقتصر على العقود التي تتعلق بالحالة الشخصية كالزواج والتبني وعقود التبرع[٢].

المبحث الرابع

النتائج المترتبة على عقود الاعتبار الشخصي

ذكرنا سابقاً ان سائر العقود تنعقد بمجرد تحقق التراضي، اي بمجرد ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر[٣]، اما إذا اعتد احد طرفي العقد أو كلاهما بالاعتبار الشخصي وهوية أو صفة الطرف المقابل فإن العقد لا ينعقد إلا إذا قبل الموجب التعاقد مع شخص القابل، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الاعتبار الشخصي قد يؤدي إلى ترصين العقد ودفعه إلى الامام، وقد يدفع بالعقد إلى موضوع نزاع يعرض امام القضاء في حالة الغلط أو التوهم في شخص أو هوية المتعاقد المقابل، ومن حيث الالتزامات والحقوق المترتبة على العقد فإن الاعتبار الشخصي يؤدي إلى تقييد الالتزامات والحقوق بشخص المتعاقدين وعدم انتقالها إلى الغير حال حياتهم أو إلى الورثة عند وفاتهم، وهذا ما سنبحثه وكما يأتي:

اولاً: النتائج المتصلة بانعقاد العقد

الاعتبار الشخصي إذا ما تم الاعتداد به في العقد فإن هذا الاخير لا ينعقد بمجرد التراضي وارتباط الايجاب بالقبول، إذ لابد ان يقبل الموجب التعاقد مع شخص القابل، فمثلا لو اعلن شخص عن رغبته في التعاقد إلى الجمهور وفقا لشروط معينه للتعاقد مع اعتداده بالاعتبار الشخصي فإنه يكون له الحق بأن يرفض التعاقد مع اي شخص يتقدم للتعاقد وفق ذلك الإعلان إذا لم يرى فيه الصفة التي يعتد بها[٤].

١- د. سليمان مرقس، المصدر السابق، هامش(٢١)، ص٣٦٣

٢- انظر بهذا المعنى د. سليمان مرقس، المصدر نفسه، ص٣٦٣.

٣- انظر المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي.

٤- انظر د.حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، المجلد الاول، المصادر الاراديه للالتزام، ط٣، ص٧٥.

ثانياً- النتائج المتصلة بصحة العقد

ان الاعتداد بالاعتبار الشخصي قد يؤدي إلى ترصين العقد وتقويته ودفعه إلى الامام واستمراره، إذ ان العلاقة العقدية التي يعتد بها بالاعتبار الشخصي غالبا ما تكون علاقة عقدية مبنية على القناعة والتروي وحسن الاختيار في التعاقد، وذلك من باب ان كل متعاقد يأخذ من شخصية وهوية أو صفة العاقد المقابل اساسا للتعاقد، وبذلك فإنه يكون قد اقدم إلى التعاقد عن ثقه عالية وقناعه تامه بنجاح العلاقة العقدية وتنفيذ الطرف المقابل للالتزامات الملقاة على عاتقه، إلا انه قد يكون الاعتبار الشخصي سبباً في عدم نجاح العلاقة العقدية وذلك عند الغلط والتوهم بهوية أو صفة المتعاقد المقابل مما يؤدي إلى عدم صحة العقد، إذ ينعقد غير نافذ أو غير لازم قابلا للفسخ.

هذا ويلاحظ ان الغلط في شخص المتعاقد أو في صفته يعد غلطاً جوهرياً، طالما ان العقد قائما على الاعتبار الشخصي، فهذا الغلط يعيب إرادة المتعاقد الذي وقع في الغلط ما دام انه ما كان ليبرم العقد لولا وقوعه في الغلط، وبهذا يتحقق عيب من عيوب التراضي وهو الغلط[1]، وهذا ما نصت عليه بصريح العبارة الفقرة الثانية من المادة ١١٨من القانون المدني العراقي على انه لا ينفذ العقد "إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفه من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد"[2]، وقد نصت المادة ١١٩مدني عراقي على انه "لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط ان يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه ان يتبين وجوده"

يلاحظ من النصين المتقدمين انه يشترط شرطين لتحقق الغلط بشخص أو هوية أو صفة المتعاقد المقابل، بحيث يترتب عليه عدم نفاذ العقد، وهذان الشرطان هما:

١- انظر بهذا المعنى د.ياسين الجبوري، المصدر السابق، ص١٢٣. د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٣٦٣. د. مجيد العنبكي، المصدر السابق، ص٧٣.

٢- يقابل هذا النص، نص المادة١٥٣ من القانون المدني الاردني.

١- ان تكون صفة وهوية الطرف المقابل المراد التعاقد معه جوهريه في العقد، بمعنى ان تكون هي الباعث الدافع إلى التعاقد.

ب- ان يكون الطرف الذي تم التعاقد معه على علم بأنه ليس الشخص الذي قصد الطرف الآخر الدخول معه في علاقه عقديه، فإذا كان عالماً بأنه ليس المقصود كان سيء النية وبالتالي يتحمل عبء عدم النفاذ وعدم اللزوم "امكانية الفسخ"، اما إذا كان حسن النية لا يعلم انه ليس المقصود، فهنا لا يتحمل غلط الطرف المقابل وهنا يمكن ان يصار إلى التعويض لمن لحقه ضرر، وذلك كله مسألة وقائع يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات، كما ويمكن للقاضي ان يتحقق من ذلك حسب طبيعة العقد والظروف المحيطة بالتعاقد، فمن يتعاقد مع طبيب جراح لديه خبرة وكفاءة في العمليات الجراحية لأجراء عملية جراحيه خطره، ثم تبين بعد ذلك ان الطبيب الذي تم التعاقد معه ليس هو المقصود بأن يكون طبيباً ليس لديه الخبرة الكافية لأجراء هكذا عمليه، فهنا يمكن لقاضي الموضوع إذا احيل الامر إلى القضاء ان يلتمس سوء نية الطبيب وعلمه بأن المريض قد وقع في غلط عندما تعاقد معه طالما ان الطبيب لم تكن لديه الخبرة الكافية والممارسة التي تؤهله لأجراء هكذا عمليات.

ويلاحظ إلى ان البعض من الباحثين يقصرون تحقق الغلط في شخص المتعاقد في العقود ذات الطابع الشخصي كالزواج والتبني وعقود التبرع دون العقود المالية[١]، كالتعاقد مع شخص على انه فنان ماهر فيتضح انه يجهل اصول الفن الأولية، والتأجير لامرأة على انها شريفة وحسنة السلوك ثم يظهر انها مستهترة سيئة الصيت بحيث يتأذى منها الجار[٢].

١- انظر بلانيول وريبير واسمان، ج٦، نبذه ١٨٢، نقلا عن سليمان مرقس، المصدر السابق، هامش(٢١)، ص٣٦٣. ونحن لانتفق معهم في ذلك إذ ان الاعتبار الشخصي وكما ذكرنا سابقا قد يعتد به في غير ذلك من العقود.

٢- انظر بهذا المعنى د.سليمان مرقس، المصدر نفسه، ص ٣٦٤.

وفي القضاء الانكليزي صدرت الكثير من الاحكام حول الغلط في شخص المتعاقد، منها قضية بلنكارن الذي اشترى بضائع من المدعى عليه بعد ان زور توقيع زبون قديم للمدعى عليه يدعى بلنكيرون وما كان من المدعى عليه إلا ان ارسل البضائع إلى بلنكارن والذي قام بدوره ببيعها إلى المدعي واستلم الثمن، وبعد اتضاح الحقيقة طالب بائع البضائع مشتريها الثاني "المدعي" بإرجاع البضاعة إلا ان المشتري الثاني رفض ذلك على اساس ان العقد بين البائع "المدعى عليه" والمحتال كان قابلاً للإبطال، ولكن البائع ادعى بأن عقده مع المحتال كان باطلاً بسبب الغلط في هوية الطرف الثاني، فصدر قرار حكم بوجوب قيام المدعي بإرجاع البضاعة إلى المدعى عليه لأن العقد بين المدعى عليه والمحتال كان باطلا بسبب الغلط في هوية الطرف المقابل، حيث ان ذهن البائع "المدعى عليه" كان قد انصرف إلى شخص واحد وهو عميله الأصلي بلنكيرون، لذلك لم يكن هنالك عقد ولم تنتقل ملكية البضاعة إلى المحتال بلنكارن وبالتالي لم تكن لديه القدرة لنقل ملكية البضاعة إلى المدعي[1].

ثالثاً- النتائج المتصلة بأثار العقد

الأصل في العقود انها ترتب اثارها على طرفي العقد والخلف العام[2]، ويجوز لطرفي العقد نقل الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد إلى الغير وفقا لما تقضي به القواعد العامة في نظرية الالتزام[1]، اما في العقود التي يعتد بها بالاعتبار

١- انظر د.مجيد العنبكي، المصدر السابق، ص٧٤.

٢- هذا مانصت عليه الفقره الاولى من المادة ١٤٢ من القانون المدني العراقي والتي تقضي بانه "ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو مطبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الاثر لاينصرف إلى الخلف العام.

ويفهم من الشطر الثاني من النص اعلاه وبالتحديد من عبارة (ما لم يتبين من العقد) ان العقد اذا كان يعتد به بالاعتبار بان كان من العقود ذات الطابع الشخصي الذي تكون فيه صفة الشخص العاقد جوهريه في العقد فانه لاتنتقل اثاره إلى للورثه ومن باب اولى للغير، ويقابل هذا النص نص المادة ١٥٣ من القانون المدني الاردني.

الشخصي فأنها ترتب اثارها حصراً على طرفي العقد وذلك يرجع للصفة الجوهرية لشخص المتعاقد، والتي تكون هي الباعث الدافع إلى التعاقد.

ويلاحظ ان الاسباب التي تؤدي إلى نقل الحقوق والالتزامات إلى الغير ترجع في الغالب إلى سببين رئيسيين هما:

ا. الوفاة

يلاحظ ان الوفاة في العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي سبب لانتقال الحقوق والالتزامات إلى الورثة، اما في العقود التي يعتد بها بالاعتبار الشخصي فلا تنتقل الحقوق والالتزامات إلى الورثة، ويكون مصيرها الانقضاء، وذلك استثناءً من الشطر الأول لنص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي.

ب- التنازل عن الحقوق

لايجوز في العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي التنازل عن الحقوق لمصلحة الغير أو نقل الالتزامات على عاتق الغير، فالحقوق والالتزامات المترتبه على العقد تكون مقيده بشخص كل من طرفي العقد.

١- انظر نصوص القانون المدني العراقي الخاصة بحوالة الدين المواد ٣٣٩-٣٦١ وحوالة الحق المواد "٣٦٢-٣٧٤"

الخاتمة

نورد في ختام هذا البحث لأهم الافكار والنتائج التي توصلنا اليها وكما يأتي:

اولاً: ان الاعتبار الشخصي في التعاقد يرتبط ارتباطا وثيقا بحرية التعاقد، فاذا انعدمت حرية التعاقد انعدم معها الاعتبار الشخصي، ولكن لايلزم من تحقق حرية التعاقد الاعتداد بالاعتبار الشخصي.

ثانيا: ان الاسباب التي تدفع اطراف العقد إلى الاعتداد بالاعتبار الشخصي ليست واحده، اذ قد تكون نفسيه أو اجتماعيه أو اقتصاديه أو لأسباب تتصل بصفة المتعاقد المقابل لما يحمله من خبره أو كفاءه أو سمعه، وهذا الاخير هو الغالب.

ثالثا: اذا كان الاعتبار الشخصي يتحقق في الغالب من جانب واحد، وذلك بان تتحقق لديه القناعه التامه بان الطرف المقابل المراد التعاقد معه هو الشخص المناسب تحديدا للتعاقد، فانه لايوجد ما يمنع من ان يكون الاعتبار الشخصي من جانبين أي ان يكون الاعتبار الشخصي متبادلا.

رابعا: ان الاعتبار الشخصي نرى انه احد الدعائم المؤثره في ترصين وتقوية العلاقات العقديه ودفعها إلى الامام نحو النجاح والاستمرار بعيدا عن الخلافات ولمسات القضاء عليها، اذ ان العلاقات العقديه التي يعتد بها بالاعتبار الشخصي غالبا ما تكون علاقات عقديه مبنيه على القناعه والتروي وحسن الاختيار في التعاقد، الا انه بنفس الوقت قد يشكل حجر عثره في استمرار العقد وبالتالي اثارة الخلافات عندما يتحقق لدى احد العاقدين الغلط أو التوهم في شخص العاقد المقابل.

خامسا: نرى ان الاعتبار الشخصي قد يشكل جانبا قانونيا جديدا، اذ يمكن ان يكون الاعتبار الشخصي سببا في اللجوء إلى عقد مسمى غير مقصود لذاته وانما يكون خطوه اوليه للجوء إلى عقد آخر، كالمالك الذي يملك عقارين متجاورين فاذا اراد بيع احد العقارين غالبا ما تكون شخصية المشتري محل اعتبار بالنسبه له على اساس انه سيكون جارا له اذا ما تم البيع، فلكي يتحقق المالك من شخصية المشتري فانه يبرم

معه عقد ايجار، وخلال فترة الايجار يتحقق من شخصيته، وخلال هذه الفتره يكون كل منهما ملزما بالسعي لابرام العقد النهائي المنشود وهو البيع.

سادسا: لايوجد معيار ثابت للقاضي لتحديد ما اذا كان العقد يعتد به بالاعتبار الشخصي أو غير ذلك في حالة اختلاف الاطراف وعدم وجود اشاره صريحه في العقد على انه قائم على الاعتبار الشخصي، فهذه المسألة هي مسألة وقائع تختلف بأختلاف طبيعة العقد والظروف المحيطه بالتعاقد، وهي متروكه حسب ما نرى لسلطة القاضي التقديريه.

سابعا: الاصل في العقود انها تنعقد بمجرد التراضي، اما العقود التي يعتد بها بالاعتبار الشخصي فلا تنعقد لمجرد ارتباط الايجاب بالقبول وانما يشترط فوق ذلك ان يقبل الموجب ان يتعاقد مع شخص القابل.

ثامنا: الاعتبار الشخصي يمكن ان يعتد به في سائر العقود حسب اتجاه ارادة الاطراف، الا ان الاعتبار الشخصي غالبا ما يتحقق في العقود ذات الطابع الشخصي كعقود الزواج والتبني وعقود التبرع دون العقود التي يغلب فيها الطابع المالي.

تاسعا: ان الغلط في هوية أو صفة المتعاقد في العقود التي لا يعتد بها بالاعتبار الشخصي لايؤثر على العقد واستمراره، اما في العقود التي يعتد بها بالاعتبار الشخصي فان هوية أو صفة المتعاقد تعتبر جوهرية في العقد وبالتالي فان الغلط يترتب عليه انعقاد العقد غير نافذ وقابلا للفسخ.

المصادر

أولاً: العربية

١. د. آدم وهيب النداوي، الموجز في القانون الاثبات، بغداد، ١٩٩٠.

٢. د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي، بغداد، ١٩٩١.

٣. د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصيه، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول ـ انعقاد العقد، عمان ـ الاردن، دار وائل للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٢.

٤. د.اسامه فوزي، مفهوم عقد ايجار الخزائن الحديديه، بحث منشور على شبكة الانترنيت، بدون تأريخ نشر.

٥. د.جعفر الفضلي، الوجيز في شرح احكام عقد الأيجار، الموصل، ٢٠٠٣.

٦. د.حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، المجلد الأول، المصادر الاراديه للالتزام، ط٣.

٧. د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط٤، ١٩٨٧.

٨. د.عبد جمعه موسى الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، عقود البيوع التجارية الدوليه وفقا لاحكام قواعد الانكوتيوم لعام ١٩٩٠، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

٩. د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١.

١٠. د.مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي، بغداد، ٢٠٠٢، جامعة النهرين، كلية الحقوق.

١١. د.نادرشافي، بحث منشور على شبكة الانترنت، بدون تأريخ نشر، على موقع منتدى المحامين العرب.

ثانياً: الانكليزية

1. Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd [1915] AC 847 at 855. Dena Valente, Consideration and Intention in the Law of Contract, October 2010, University of Otago.
2. Erric J. Arnould and Craig J. Thompson, "Consumer Culture Theory Twenty Years of Research," Journal of Consumer Research Inc, Vol. 31. No.4 (March 2005) , p.871 .[pp.868-882].Available at: www.jstor.orgstable 10.1086426626 . DOA: (16.05.2014).
3. Michele Graziadei, and Ugo Mattei , and Lionel Smith, Commercial Trusts in European Private Law (New York: Cambridge University Press, 2005.
4. Regulation (EC) No. 593/2008.
5. Vienna convention "The Convention on Road Traffic,The convention was agreed upon at the United Nations Economic and Social Council's Conference on Road Traffic (7 October – 8 November 1968) and concluded in Vienna on 8 November 1968. It came into force on 21 May 1977.
6. William A. Drennan, Charitable Naming Rights Transactions: Gifts or Contracts, Michigan State Law Review 2016, p.p 1265-1355.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

١. www.jstor.orgstable

٢. **www.darwish**law

رابعاً: المتون القانونيه

١. القانون المدني العراقي
٢. القانون المدني الاردني
٣. القانون المدني السوداني
٤. القانون المدني القطري

الملخص:

القاعده الاساسيه في العقود المدنيه انها لا تبني على اساس البواعث والدوافع الشخصيه وانما على اساس تحقق المقاصد المباشره وغير المباشره التي يستهدفها التعامل المدني في مختلف العقود المدنيه بغض النظر عن الجهات التي يتم التعامل معها، وهذا هو الاساس على خلاف التعامل التجاري الذي يبني بالاساس على الثقه المتبادله واحيانا على العلاقه المتينه بين المتعاملين.

وعلى الرغم من الاساس المتقدم الا ان التعامل المدني احيانا يبني على اعتبارات شخصيه تكون محل اعتبار لدى احد المتعاقدين وربما تكون الباعث الاساس الدافع إلى التعاقد.

ونظرا لاتساع نطاق هذه الاعتبارات في التعاقد بشكل موازي لتطور العلاقات العقديه نتيجة التقدم التقني الذي عزز في جوانب معينه الاعتبارت الشخصيه من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الالكترونية التي عززت وسائل التعاقد الالكتروني مع اشخاص معينيين بالذات لاعتبارات شخصيه مختلفه، لذلك وجدنا ان هنالك ضرورة تستوجب بحث الاعتبار المؤثر في التعاقد في التعامل المدني والتجاري، مع بيان موقف بعض التشريعات الاوربية .

ABSTRACT :

The basic rule in civil contracts is that it does not build on the basis of personal motives, but on the basis of the realization of direct and indirect purposes that are aimed at civil dealing in various civil contracts, regardless of the parties that are dealt with. This is the basis, but in commercial dealing the situation is deferent because of the nature of commercial dealing, which is builds mainly on trust and sometimes on a strong relationship between dealers.

Despite the advanced basis, however, civil dealing sometimes builds on personal considerations that are considered by one of the contractors and may be the main motive driving the contract.

In view of the wide scope of these considerations in contracting, we found that there is a need to search on considerations which it leave impact on the contract in the civil dealing and some commercial transactions, in addition short review on the position of some European legislation.