التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

أ.م.د. علاء حسين علي
د. سعد ربيع عبد الجبار
م.م. محمد عبد الوهاب
جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم السياسية

Abstract

This study focussed on how to protect and achieve the benefit for contractor after the conclusion. The debtor abligated to do his commitment by himself however he waived or contracted with another one by depending on first contract.The study delt with effect of the contract if the needs of contract affected with person or something dependon objects or conditions therfor the researcher relied on the evalution and qualifying the legal text which used in the research to be in the right way and deleted any deformity hence، he should be suggested the approparite legal text inorder to supply. fully

The research consisted of parts.The first part two the general side of specified and sub- waiving contract personal the in contracting consideration contracts . explicited one second The of judgement waiving the and the sub- the contract contracting in the personal At consideration contract . last the researcher clearified the results and legislature. wills for Iraqi

المقدمة

الأصل في العقود عدم تاثر تحقيق غايتها باشخاصها او بصفات اطرافها بل يتوقف على موضوع العقد و محله، لان تحقيق هذه الغاية يتماثل و يتساوى مهما اختلف شخص المتعاقد كما هو الشأن في عقود البيع و المقايضة و ما يضارعهما.و ما يستثنى من هذا الاصل هو تاثر تحقيق غاية العقد بشخص او بصفة المتعاقد و بالتالي فان العقد

لا يتوقف على موضوعه و محله فحسب في تحقيق تلك الغاية، و هذا التاثر صار يعرف بالاعتبار الشخصي في التعاقد و الذي هو مسالة ذاتية. و لما كان دور الارادة في العقود بوجه عام اوسع ما يكون خطى و ابعد ما يكون مدى فان دورها في العقود ذات الطابع الشخصي بوجه خاص يكون كذلك بطريق الاولى، فانه يكون للارادة ان تعتد بالاعتبار الشخصي في عقد خال من الاعتبار بحسب الاصل و يكون لها ايضا ان تعير لهذا الاعتبار وزنا في عقد يعتد فيه اصلا بذلك الاعتبار.

بيد انه اذا كان نطاق كل من مبدا حرية التعاقد و مبدا سلطان الارادة يجيز للمتعاقد الاعتداد بالاعتبار الشخصي فانه ينبغي عدم مخالفة النظام العام او الاداب و عدم التعسف في استعمال الحق بمعنى ان هذه القواعد تحد و تقيد من حرية ارادة المتعاقد في الاعتداد بالاعتبار الشخصي، لهذا يمتنع على المتعاقد ان يعتد بصفة مخالفة للنظام العام او للاداب، و كذلك يجب ان يكون اتجاه ارادة المتعاقدين الى الاعتداد بالاعتبار الشخصي داخلا في نطاق التعاقد و متعلقا به وان يكون العاقد الاخر على علم بهذا الاعتداد او من السهل عليه ان يعلم.

ويلاحظ ان الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يرتكز على ارادة المتعاقدين فقط، بل ثمة عوامل اخرى تلعب دورا في خلق هذا الاعتبار تتمثل بنص القانون على اعتبار شخصية المتعاقد معتدا بها، فضلا عما تقضي به طبيعة الالتزام ذاته من الاعتداد بشخص المتعاقد.

واذا ما خلصت للعقد صفة اقترانه بالطابع الشخصي على النحو المتقدم و باختلاف مصدر الاعتداد بالاعتبار الشخصي فسوف تتحقق نتيجة مفادها ضرورة تنفيذ المتعاقد المعتد بشخصه للالتزام الذي نشا بذمته و ضرورة استيفاء المتعاقد المعني للحق الذي يرتبه هذا الالتزام، و بالتالي يمتنع على المتعاقد (المعتد بشخصه) من نقل اثار العقد الى غيره.

و ما يدخل في نطاق بحثنا هو نقل المتعاقد اثار العقد الى الغير بعد التعاقد على الرغم من الاعتداد بشخصه، و تكمن اهمية هذا الموضوع في ضرورة تحقيق الشخص ما يبتغيه من مصالح نتيجة ابرامه العقد سواء كانت هذه المصالح معنوية ام مادية و التي قد لا تتحقق الا بقيام شخص معين مختار في التعاقد لذاته او لصفة من صفاته بتنفيذ الالتزامات و تلقيه الحقوق الناشئة عن التعاقد ، و اذا قام الاخير باسناد الاثار الى

غيره فسوف يؤدي احيانا الى عدم تنفيذ الالتزامات على الوجه الاكمل و انتفاء تحقيق الغاية المرجوة من العقد لو قام المتعاقد بنقل حقه الى الغير ، و احيانا اخرى قد يؤدي نقل الالتزامات للغير الى افراغ العقد من محتواه.

و هذا التوجه القانوني نراه واضحا لدى المشرع العراقي و اغلب التشريعات القانونية المقارنة في معالجة التصرفات ذات الطابع الشخصي الا انها لم تكن معالجة مستقلة جامعة و مانعة لتناثر تلك النصوص و اختلافها من عقد الى اخر . بالاضافة الى اقحام فكرة السبب مع الاعتبار الشخصي و ذلك بنصه في المادة ١١٨ من القانون المدني في فقرتها الثانية على ان غلط المتعاقد في صفة جوهرية في ذات المتعاقد الاخر او في صفة من صفاته يكون كافيا لوقف العقد على اجازته شرط ان تكون هذه الصفة على الاقل السبب الرئيس في التعاقد، بل ان المشرع اكمل هذه المعالجة في ايراده نصوصا قانونية منظمة للعقود القائمة على الطابع الشخصي تارة بمنع المتعاقد المعتد بشخصه من التنازل عن العقد لشخص اخر و ذلك بنقل اثار العقد بما تشتمل عليه من حقوق و التزامات ، او ان يبرم المتعاقد عقداً اخر على ذات محل العقد الاول و يكون العقدان متشابهين من حيث الطبيعة القانونية مع امكانية اختلافهما من حيث الشروط ، و تارة بتفويض ارادة المتعاقدين تقرير هذا المنع باتفاقهما على ان يعتد بشخص المتعاقد او بصفة من صفاته تحول دون تمتعه بمكنة التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن . و تارة اخرى ترك المشرع استشفاف صفة الطابع الشخصي للعقد مما تقضي به طبيعة الالتزام من الاعتداد بشخص المتعاقد .

و اذا كان المشرع العراقي قد احاط بجميع منابع اكتساب العقد لصفة الطابع الشخصي على النحو المتقدم فذلك لا يعني بالضرورة انه قد سلك الاتجاه الصحيح بكامله بل كانت له ثغراته في تلك المعالجة بالاضافة الى تعارض بعض النصوص القانونية خاصة الامر المتعلق في انتهاء العقد القائم على الاعتبار الشخصي بموت المتعاقد المعتد بشخصه، فذهب الى انهاء بعض منها بموته و احيانا كثيرة الى استمرار البعض الاخر على الرغم من موت المتعاقد المعني . و الاهم من ذلك ان المشرع قد عدد في تنويع الجزاء المدني الذي فرضه على المتعاقد في حال مخالفته لمنع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن و لم يجعل الامر متوقفا على ما تقره النظرية العامة للالتزامات من اعطاء الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري ان كان

ممكنا او المطالبة بفسخ العقد مع عدم الامتناع في الحالتين عن سماع المحكمة للمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى .

و ثمة ما يضاف الى تشتيت المشرع العراقي لدور الاعتبار الشخصي في العقود و عدم تركيزه و توجيهه بالاتجاه الصحيح ، انه خلى من اعطائه مفاهيم واضحة لمصطلحات التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن بل حتى انه لم يعط مفهوما خاصا واضحا للاعتبار الشخصي.

وما تقدم كان مادة شيقة لبحثها و يمكن على ارضها الخصبة احياء فكرة التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي و ذلك باعطاء المفاهيم الخاصة للتنازل عن العقد و التعاقد من الباطن و تصحيح ما نراه حيدة المشرع العراقي عن توصيل المعنى الدقيق للاعتبار الشخصي ، و ايضا جمع النصوص القانونية المنفرط عقدها في مختلف العقود القائمة على الاعتبار الشخصي التي تعالج و تحمي حقوق اطراف التعاقد و توحيدها في نصوص قانونية عامة مع عدم اغفال دور الاعتبار الشخصي الثابت و المعرف في منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن من حيث الاصل.

هذا و ان محاولة نسج و صياغة النصوص القانونية السالفة الذكر عمل يتطلب اولا تحديد الاطار العام لموضوع البحث و ذلك بتخصيص مبحث اول له نتناول فيه مفهوم الاعتبار الشخصي في العقد و مفهوم التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن و لتجنب الخلط بين فكرة الاعتبار الشخصي و ما يشتبه بها نتناول كيفية تمييزها عن غيرها. و نخصص مبحثا ثانيا لبيان احكام التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي نتناول فيه اثر الاعتبار الشخصي على التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن و اثر اخلال المعتد بشخصه بمنعه من التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن. و نختتم الدراسة بخاتمة نبين فيها اهم ما توصلنا اليه من نتائج و توصيات نرفعها للمشرع العراقي.

المبحث الاول

تحديد الاطار العام للتنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

انه لمن جوامع الكلم، اتسام القواعد القانونية بسمتي العمومية و التجريد و ذلك من خلال عدم تمييزها بين الاشخاص المخاطبين بها و ترفعها عن الدخول في تفصيلات الامور ، و ترك هذه التفصيلات لاجتهادات الفقه و القضاء للتوغل في مضامينها، و على ذلك خلت القواعد القانونية من الالمام بمفاهيم جميع المصطلحات القانونية التي تدفع الحاجة القضائية و

الفقهية الى معرفتها، و من بين تلك المصطلحات الاعتبار الشخصي في العقد و التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن (على الرغم من اعتقادنا بضرورة النص على مفهوم كل منها الا اننا نلتمس للمشرع هذا العذر) . و عليه نخصص هذا المبحث لرسم الاطار العام لموضوع الدراسة من خلال بيان ماهية الاعتبار الشخصي و التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن، بالاضافة الى تمييز الاعتبار الشخصي عن ما يشتبه به من مفاهيم قانونية و ذلك بتخصيص مطلب مستقل لكل مما ذكر.

المطلب الاول

ماهية الاعتبار الشخصي

أشارت المادة ٢/١١٨ من القانون المدني الى حكم الغلط في شخص المتعاقد او في صفة جوهرية فيه و التي نصها(لا عبرة بالظن البين خطاه ، فلا ينفذ العقد ٢- اذا وقع الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته و كانت تلك الذات اوهذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيس في التعاقد.) و قد انبرى الفقهاء في تفسير المادة المتقدمة لتوضيح معنى و اثر الاعتبار الشخصي ، فذهب راي١ الى ان الاعتبار الشخصي يتحقق في المتعاقد اذا كان شخصه او صفة جوهرية فيه هي الباعث الدافع الى التعاقد ، و تكون شخصية المتعاقد او صفة من صفاته بوجه عام محل اعتبار في العقد اذا كان العقد من عقود التبرع و من ثم فان الغلط في شخص المتعاقد او في صفة من صفاته يكون في هذه العقود عيبا من عيوب الارادة كهبة المال للفقير. و كذلك يمكن تصور اعتبار شخصية المتعاقد في عقود المعاوضات اذا اتفق المتعاقدان على ذلك او بنص القانون او اقتضت طبيعة الالتزام ان تؤخذ شخصية المتعاقد بعين الاعتبار .و انتقد البعض النص القانوني الانف ذكره بالقول الى انه مفتقر الى الدقة لانه يربط الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته بركن السبب في التعاقد أي انه يقحم فكرة السبب مع الاعتبار الشخصي دون مبرر٢.

و بدورنا نتفق مع الراي المتقدم في جزء منه و نختلف في جزء اخر ، فنتفق مع نقد النص و اقحام السبب مع الاعتبار الشخصي ، اذ ان ما يشترط في الاعتبار الشخصي ان يكون عنصرا جوهريا في التعاقد لا السبب الوحيد او السبب الرئيس في التعاقد ، فكثير من العقود ذات الاعتبار الشخصي لا يمكن تصور ان تكون شخصية المتعاقد هي الباعث الرئيس الى التعاقد فيها، و انما يكون الباعث الدافع الرئيس هو حاجة المتعاقد الى محل العقد كمن لا يستطيع اجراء التصرفات القانونية بذاته فيكون بحاجة الى شخص اخر ينوب

بهـا عنـه و بالتـالي ذلـك يـدفع المتعاقـد الى البحث عمن ينـوب عنـه و مـن ثـم يضـع مـع نفسه صفات من ينيبه.

و نختلف مع الجزء الاخير من الراي المطروح مـن حيـث ان الاعتبـار الشخصـي لا يتوقـف بيانه انه عنصر جوهري في التعاقـد و انمـا لا بد من جعله سببا وحيدا او سببا رئيسا دافعا الى اختيار المتعاقد و ليس الى التعاقد. و بذلك نكون قـد أزلنـا الخلـط بـين سـبب التعاقـد و الطـابع الشخصـي في العقـد ، حتـى في عقـود التبرع لا يمكن تصور الاعتبار الشخصي دافعا الى التعاقـد و انمـا كانـت شخصـية او صـفة المتعاقد (كالفقر او اليـتم) دافعـا رئيسـا ان لم تكـن دافعـا وحيـدا الى اختيـار المتعاقـد امـا الدافع الى التعاقـد فقـد يكـون قصـد الحصـول على الاجر و الثواب.

المطلب الثاني

ماهية التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن

– التنازل عـن العقـد هـو تصـرف المتعاقـد في حقه على محل العقد الذي لم يترتب لـه حـق الملكية على ذلك المحل، فان كان حقـه عينيـا كحق المنفعة يقوم بالتصرف بحق المنفعة و ان كـان حقـه شخصـيا كمـا المسـتاجر يقـوم بالتصـرف في حقـه بالايجـار ، و ياخـذ هـذا التصـرف شـكل عقـد البيـع او الهبـة او مـا يضـارعهما مـن التصـرفات الناقلـة للملكيـة الاخرى٣. لذلك فهو امكانية ادخـال شـخص ثالـث في العلاقـة العقديـة مـن قبـل المتعاقـد المعتد بشخصه٤، و بالتالي فان التنازل يكون بمثابة حوالـة حـق بالنسـبة لحقـوق المتعاقـد للمتنـازل لـه و حوالـة ديـن بالنسـبة الى التزاماتـه ، لـذلك يجـب بوجـه عـام اتبـاع الاجراءات التي تخضـع لهـا حوالـة الحـق و حوالة الدين ، فاذا كانت حوالة حق فهـي لا تنفذ في حق المدين الا بقبوله او باعلانه اياهـا و لا تنفذ في حق الغير الا من تـاريخ الاعـلان او التاريخ الثابت لقبول المـدين (طبقـا للمـادة ٣٦٣ من القانون المدني) . و اذا كانـت حوالـة ديـن فـلا تنفـذ في حـق الـدائن الا اذا اقرهـا (المادة ٣٤٦).

و خلاصة القول انه اذا قام المتعاقـد بالتنـازل عـن العقـد فانـه بـذلك يكـون قـد ابـرم عقـدا يختلف في طبيعته عن العقد الاول الـذي كـان هـو طرفـا فيـه. و يكـون العقـد الثـاني نـاقلا لحقوقه و التزاماته في العقـد الاول و عليـه لا يكون طرفا في المعادلة النهائية الـتي خلصـت في اطرافها بانحصـارها بـين المتعاقـد الاول و المتنـازل لـه و سـنقوم ببيـان ذلـك في موضـع لاحق من ذات المطلب.

– التعاقد من الباطن

هو قيـام المتعاقـد بـابرام عقـد ثـان مطـابق في طبيعته القانونية للعقد الاول و يتحقـق ايضـا

اذا لم يكن للمتعاقد في العقد الاول حق ملكية على محل العقد الاول ، و يسمى العقد الثاني الذي ابرمه المتعاقد و المشابه في طبيعته للعقد الاول بالعقد من الباطن و يرد هذا العقد على ذات محل العقد الاول ، هذا و ان النتيجة الاهم التي تترتب على هذا التصرف هي ان يبقى المتعاقد الذي ابرم العقد من الباطن في المعادلة النهائية التي تحققت بعد العقد من الباطن و يكون مسؤولا عن عمله و عمل من تعاقد معه من الباطن امام المتعاقد الاصلي على وفق العقد المبرم او بنص القانون او بما تقضي به طبيعة الالتزام. و اذا كان الامر في التنازل عن العقد خاضعا لقواعد حوالتي الحق و الدين فان الامر يختلف في التعاقد من الباطن لان ما يكون خاضعا له العقد من الباطن هي احكام العقد الاصلي ، و لتوضيح ذلك سنعرض ما يمكن حصره من الاختلافات بين التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في ما ياتي:

١- يختلف التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن من حيث طبيعة التصرف القانوني نفسه، ففي التنازل عن العقد لا يوجد الا العقد الاول بين المتعاقد الاصلي و المتنازل له من قبل المتنازل عن العقد اما التعاقد من الباطن فيوجد عقد اصلي بين الاطراف الاصليين للعقد، و عقد ثان (العقد من الباطن) بين المتعاقد الاصلي في العقد الاول و من تعاقد مع الاخير و يسمى المتعاقد من الباطن، و بذلك تكون الشروط واحدة في التنازل عن العقد لان المتنازل له يكون ملتزما بما التزم به سلفه الا اذا وافق المتعاقد الاصلي على تغيير او تعديل او اضافة شروط و التزامات اخرى، اما في التعاقد من الباطن فقد تختلف هذه الشروط في العقد من الباطن عن الشروط في العقد الاصلي٥.

و مثل ذلك اذا قام المستاجر بابرام عقد ايجار من الباطن مع شخص اخر يلتزم الاول بنقل المنفعة الى الاخير ، فعلى الرغم من تطابق عقد الايجار من الباطن مع عقد الايجار الاصلي من حيث الطبيعة و الاركان الا انه غالبا ما يختلف عنه في بعض الشروط كمقدار الاجرة المدفوعة ، اما اذا قام المستاجر بالتنازل عن عقد الايجار لشخص اخر فان الاخير سيدخل في العقد كطرف اصلي يكون ملتزم بالاضافة الى الاجرة التي سيدفعها للمؤجر الاصلي فانه يلتزم بدفع عوض للمتنازل اذا كان التنازل بعوض٦.

٢- التنازل عن العقد هو حوالة حق بالنسبة لحقوق المتنازل و حوالة دين بالنسبة الى التزاماته اما التعاقد من الباطن فيخضع العقد الثاني لاحكام العقد الاول و من ثم لا حاجة لاعلان المتعاقد الاصلي بوجود العقد من

الباطن اذا لم يكن العقد الاصلي قائما على الاعتبار الشخصي و سنوضح ذلك مفصلا في المبحث الثاني.

و لا يتوقف الفارق بين التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن فيما سبق ذكره بل يتعدى الفارق الى ما يترتب من اثار على كل منهما ، فيما يتعلق بالتنازل عن العقد فانه ينتج اثار يمكن استقراؤها من خلال العلاقات التي تكون بعد حصول التنازل، فبالنسبة للعلاقة بين المتعاقد المتنازل و المتنازل له فانها تختلف باختلاف ما اذا كان التنازل بعوض او بدون عوض فاذا كان التنازل بمقابل فهو عقد بيع ،و يكون المقابل هو الثمن (اذا توفرت فيه شروطه الاخرى بان يكون مبلغ من النقود قابلا للتقدير و جديا) و ان هذا المقابل هو غير ما سيلتزم به المتنازل له تجاه المتعاقد االاصلي(كالاجرة في عقد الايجار) فالالتزام الاخير هو ذاته الذي كان يلتزم به المتنازل تجاه المتعاقد الاصلي . اما المقابل الذي يلتزم به المتنازل له تجاه المتنازل (الثمن) فهو متفق عليه فيما بينهما و يجوز ان يقل او يزيد عن مقدا الاداء تجاه المتعاقد الاصلي ، و من الجدير بالذكر انه اذا تم التنازل عن كل الحقوق و الالتزامات او عن جزء منها فانه سينصرف التنازل للمتنازل له الى المدة المتبقية من العقد الاول اذا كان محدد المدة، كحد اعلى و لا يجوز ان يكون التنازل لمدة اطول من المدة الاصلية الا اذا اجازه المتعاقد الاصلي.

اما بالنسبة للعلاقة بين المتنازل و المتعاقد الاصلي فان هذه العلاقة ستختفي و تحل محلها علاقة مباشرة بين المتعاقد الاصلي و المتنازل له٧ ، الا ان المتنازل يبقى ضامنا لوفاء المتنازل له بالتزاماته و عندئذ يكون للمتعاقد الاصلي مدينا و هو المتنازل له و ضامنا هو المتنازل٨. الا ان ذمة المتنازل تبرأ تجاه المتعاقد الاصلي اذا صدر قبول صريح او ضمني من الاخير دون ان يبدي أي تحفظ بشان حقوقه٩.

اما بالنسبة للعلاقة بين المتعاقد الاصلي و المتنازل له فستنشأ علاقة مباشرة بينهما حيث سيحل المتنازل له محل المتنازل في نفس العقد بشروطه و اوصافه و يستطيع المتعاقد الاصلي مطالبة المتنازل له بالوفاء بكافة الالتزامات التي حددها العقد و لا شك بان السبب في ذلك كما اسلفنا احكام حوالة الحق و الدين التي تنظم هذه العلاقة.

اما اذا تعلق الامر في التعاقد من الباطن فيمكننا معرفة الاثار المترتبة ايضا من خلال مناقشة العلاقات التي تنشأ بين الاطراف الثلاثة ، فبالنسبة للعلاقة بين المتعاقدين من الباطن فانها تخضع للعقد

الجديد المبرم بينهما حتى لو كانت شروط الاخير تختلف عن شروط العقد الاول ، فلا ضير اذا كان العقد عقد ايجار من الباطن ان تكون فيه الاجرة اكثر مما هي عليه في عقد الايجار الاصلي و كذلك المدة لو كانت اقصر او اطول الا ان زيادة المدة في العقد من الباطن على المدة في العقد الاصلي لا تكون نافذة في مواجهة المتعاقد الاصلي (المؤجر الاصلي) و عليه تكون الزيادة موقوفة على اجازة المؤجر الاصلي، لان المستاجر الاصلي يملك حق المنفعة للمدة المتفق عليها في العقد الاصلي و اذا تصرف بما زاد عنها يعتبر تصرفا في ملك الغير لذلك يتطلب لنفاذ هذا التصرف ان تلحقه الاجازة ممن يملكها١٠. اما بالنسبة للعلاقة بين من قام بابرام العقد من الباطن و المتعاقد الاصلي فانها علاقة تبقى قائمة على الرغم من وجود العقد من الباطن١١،و يكون من بادر الى التعاقد من الباطن ملتزما تجاه المتعاقد الاصلي عن نفسه فقط، و يضاف اليها التزامات من تعاقد معه من الباطن اذا تم هذا التعاقد و كان العقد الاصلي يمنعه او كان ممنوعا بنص القانون او بحسب طبيعة الالتزام، و اخيرا بالنسبة للعلاقة بين المتعاقد الاصلي و الطرف الثاني في العقد من الباطن فانه لا توجد علاقة قانونية مباشرة بينهما لعدم وجود عقد بينهما الا اذا اتفق على خلاف ذلك .و بالاعتماد الى النظرية العامة في الالتزام للمتعاقد الاصلي الرجوع على المتعاقد من الباطن بدعوى غير مباشرة باعتبار الاخير مدين مدين الاول١٢.

الا ان هذا الحكم العام قيد باحكام خاصة جسدتها بعض النصوص القانونية كاستثناءات ، و منها اعطاء الحق للمؤجر الاصلي بالرجوع على المستاجر من الباطن بما هو مستحق في ذمة المستاجر من الباطن تجاه المؤجر من الباطن بموجب الدعوى المباشرة تحقيقا لروح العدالة و ابعد بذلك المؤجر الاصلي من مزاحمة دائني المستاجر الاصلي فيما يتعلق بدين الاجرة١٣. و كذلك بالنسبة للمقاول من الباطن و عماله و عمال المقاول الاصلي في عقد المقاولة لهم ان يرجعوا مباشرة على رب العمل بما لهم في ذمة المقاول الاصلي بشرط ان لا يتجاوز هذا القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي١٤.

المطلب الثالث

تمييز الاعتبار الشخصي عما يشتبه به

ما يدفعنا لبيان تمييز الاعتبار الشخصي هو وجود بعض التشابه بينه و بين غيره من انظمة قانونية و منها السبب و التحفظ الموضوعي و الشرط و نتناولها تباعا بالاتي:

تمييز الاعتبار الشخصي عن ركن السبب:

ما خلصنا له ان الاعتبار الشخصي هو عنصر جوهري يتوفر في شخص المتعاقد او في صفة من صفاته تدفع لاختياره في التعاقد ، و يترتب على ذلك ان الاعتبار الشخصي اذا تحقق في عقد ما فانه يحول دون انتقال التزامات و حقوق المتعاقد المأخوذة شخصيته محل اعتبار الى غيره.

اما السبب فهو ركن في العقد، و يعرف حسب النظرية الحديثة بانه الباعث الدافع الى التعاقد١٥، و لكونه الغاية البعيدة التي تدفع الانسان الى التعاقد فمن الصعوبة معرفته من قبل الكافة لذلك فان المشرع افترض سببا لكل تصرف قانوني و افترض ان هذا السبب مشروع و على من يدعي خلاف ذلك عليه ان يثبت العكس١٦. و قد خلط المشرع العراقي الاعتبار الشخصي بركن السبب في المادة (٢/١١٨) كما انف ذكره ، و ذهب راي الى نقد النص المعني بالقول ان الاعتبار الشخصي عنصر جوهري يكون دافعا الى التعاقد الى جانب توفر ركن السبب و قد يكون هو الدافع الرئيس الى التعاقد كما يحدث احيانا في الهبة من بين مجموعة دوافع اخرى١٧.

و نرى انه لا تلازم بين ركن السبب و الاعتبار الشخصي و لا يمكن الخلط بينهما ، حيث يقتصر دور الاعتبار الشخصي على اختيار المتعاقد فحسب لشخصه او لصفة من صفاته ، و في تقديرنا ان الاعتبار الشخصي لا يكون دافعا الى التعاقد حتى في اوضح العقود القائمة على الاعتبار الشخصي و منها عقد الهبة ، فاخذ صفة الفقر بعين الاعتبار لا يعد دافعا الى التعاقد و انما ما دفع الى التعاقد غايات اخرى كان تكون الحصول على الاجر و الثواب اما الموهوب له فقد ساعدت فيه صفة الفقر لاختياره كموهوب له.

٢- تمييز الاعتبار الشخصي عن التحفظ الموضوعي:

التحفظ من حيث نطاقه اعم من الاعتبار الشخصي ، فهو من الممكن ان ينشأ في جميع انواع العقود. و التحفظ الموضوعي يكون صريحا او ضمنيا ، و يتحقق التحفظ الصريح عندما يسبق التعاقد عرض يتقدم به احد المتعاقدين للاخر يعقبه مفاوضات ، فاذا ما انتهت هذه المفاوضات و توصل الطرفان الى اتفاق على جميع الامور فقد يحتفظ احدهما او كلاهما لنفسه ببعض التحفظات و لا يصدر ايجابا باتا بل يحتفظ لنفسه بحق الرجوع او بحق اجراء بعض التعديلات على الشروط التي اتفق عليها كأن يحتفظ بحق تعديل الثمن تبعا لسعر السوق او ان يعلق الايجاب على عدم نفاد البضاعة فيسمى حينئذ بالايجاب المعلق١٨. اما التحفظ الضمني

فيستشف من ظروف التعاقد ، و بذلك يذهب راي الى ان امتناع القائمين بخدمة عامة و المتمتعون بامتياز الاحتكار عن اداء خدماتهم اذا توفرت اعتبارات معينة لا يعد من قبيل الاعتبار الشخصي ، كما هو الشأن – مثلا– عند رفض مرفق السكك الحديدية نقل احد المسافرين اذا كان مصابا بمرض السكري، و يعزى سبب ذلك الى ان الاعتبار الشخصي هومسألة ذاتية ، و ان توفر هذه الاعتبارات كالمرض في المثال السابق هي امتيازات موضوعية عامة ليست ذاتية و مقطوعة الصلة عن الاعتبار الشخصي١٩.

تمييز الاعتبار الشخصي عن الشرط.

الشرط هو امر مستقبلي غير محقق الوقوع يتوقف عليه نفاذ الالتزام او زواله و لا يدخل في تكوين العقد و يشترط فيه ان يكون ممكنا و مشروعا ، و الشرط كوصف عارض من اوصاف الالتزام يقتصر تاثيره على وجود الالتزام اذا كان الشرط واقفا او زواله اذا كان الشرط فاسخا و على تنفيذ العقد فحسب٢٠.

اما الاعتبار الشخصي فانه يؤثر على انعقاد العقد و صحته و تنفيذه و انتقاله و انقضائه٢١، بالاضافة الى ان عنصر الاعتبار الشخصي يجعل الاصل ان يقوم المدين المعتد بشخصه بتنفيذ التزاماته الامر الذي لا يتحقق في الشرط.

المبحث الثاني

احكام التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

تنص المادة (٣٦٢) من القانون المدني على انه (يجوز للدائن ان يحول الى غيره ما له من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام ...)، و نصت المادة (٣٣٩)بان (١– حوالة الدين هي نقل الدين و المطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه..) و نصت المادة (٧٧٥) بان (١– للمستاجر ان يؤجر المأجور كله او بعضه بعد قبضه او قبله..) ، و يفهم من جميع النصوص المتقدمة ان الحق و الالتزام يجوز نقله سواء كان بسيطا او موصوفا بشرط او باجل ، و المقصود بالانتقال هو احلال شخص جديد محل احد طرفي الالتزام دون ان تتغير طبيعة الالتزام القانونية ، فقد ينتقل الحق من الدائن الى شخص جديد فيحل الدائن الجديد محل الدائن القديم مع بقاء طبيعة الالتزام و نطاقه و صفاته ، و قد ينتقل الالتزام من المدين الى شخص اخر جديد فيحل المدين الجديد محل المدين القديم بنفس الالتزام٢٢، و يضاف الى ما تقدم ايضا إمكانية المتعاقد بان يعهد تنفيذ الالتزام الى اخر مع بقائه مسؤولا امام المتعاقد الاخر كما هو الحال في التعاقد من الباطن.

الا ان الامر المتقدم لا يصدق اذا كان العقد من طائفة العقود ذات الطابع الشخصي ،فيجب على المتعاقد المتعد بشخصه عدم نقل اثار العقد الى غيره ، لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين نعرض فيهما اثر الاعتبار الشخصي على التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن ، و اخلال المتعاقد المعتد بشخصه لقيد المنع من التنازل او التعاقد من الباطن.

المطلب الاول

اثر الاعتبار الشخصي على التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن

اذ كان الاصل هو جواز نقل الالتزام من وجهته الموجبة او السالبة و كذلك الجواز ان يتعاقد المتعاقد من الباطن الا ان الاصل هذا لا يجري على اطلاقه ، و عليه يكون هذا الحق مقيدا اذا كانت شخصية المتعاقد او صفة من صفاته محل اعتبار في العقد لان ذلك يلزم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه ، فطبقا للقواعد العامة في الالتزام هناك ثمة حق للدائن في رفض التنفيذ من غير المدين فمصلحة الدائن لن تتحقق كاملة اذا كلف المدين شخصا اخر بالتنفيذ ، لان شخصية المدين او احدى صفاته كانت محل اعتبار في التعاقد ، و يعطي المشرع الحق للدائن في ان يجبر المدين على التنفيذ العيني اذا كان ممكنا (المادة ٢٤٦) ، و اذا امتنع عن التنفيذ بنفسه يجوز للمحكمة ان تفرض عليه غرامات تهديدية كوسيلة من وسائل الضغط و الاجبار على التنفيذ (وفقا للمادة ٢٥٣) . و لم يكتف المشرع بتقرير هذا الحق للدائن فحسب بل شرع له باقة من الخيارات للمحافظة على تحقيق مصلحته و ذلك من خلال منع المدين من التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن، و تنوعت هذه الخيارات بتنوع المصدر الذي نشأ منه الاعتبار الشخصي في العقد، اذ قد يمنع المشرع المدين من التعاقد من الباطن او التنازل عن العقد لان شخصه محل اعتبار بنص القانون ، و في عقود اخرى يترك تقرير هذا المنع لاتفاق المتعاقدين على شخصية أي منهما او كليهما محل اعتبار ، و ترك ذلك في طائفة اخرى من العقود لما تقضي به طبيعة الالتزام. و سنخصص فرعا مستقلا لكل حالة و حسب الاتي:

الفرع الاول

منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي بنص القانون

اذا كانت هناك حالات ينص فيها القانون على منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن فان ذلك المنع مرده الى ان هذه الحقوق متعلقة بشخص المتعاقد ، و ذلك ما نص عليه المشرع في العقود الاتية:

اولا: عقد ايجار العقار الخاضع لقانون ايجار العقار:

وفر قانون ايجا ر العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل حماية واسعة للمستاجر و ذلك بتحديد بدلات الايجار من خلال الاعتماد على نسبة معينة من القيمة الكلية للعقار، و الامتداد القانوني لعقد الايجار و ذلك بجعل عقد الايجار مستمرا ما دام المستاجر ملتزما بدفع الاجرة بغض النظر عن مدة العقد المتفق عليها ٢٣ ، الا ان المشرع اعتبر حق المستاجر في البقاء في الماجور حقا شخصيا لصيقا به لا يحق له التصرف فيه سواء بالتنازل عن العقد او بالتعاقد من الباطن، الا اذا وافق المؤجر على ذلك تحريريا٢٤.فاذا قام المستاجر بالتصرف بحقه للغير فانه يعطي الدليل على انتفاء حاجته الى الماجور .و هناك من يرى ان منع المستاجر من التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن لا يستند الى الاعتبار الشخصي لانه اقر لظروف موضوعية عامة ترتبت على ازمة السكن و ما اقتضته النصوص من امتداد الايجار قانونا هو لحاجة المستاجرين دون أي علاقة بشخص المستاجر او بصفاته٢٥.

و ما نعتقده ان المشرع كان مراعيا ظروفا عدة في هذه النصوص اهمها اخذ شخصية المتعاقد بعين الاعتبار و ذلك لافتقاره الى الماوى و استيعابه في ماجور معد للسكن يؤدي الى الحد من ازمة السكن و نستند في راينا الى نص القانون على منع المستاجر من اسكان غير الاشخاص المتفق على اسكانهم في العقد من غير الاصول و الفروع و الازواج و الاخوة غير المتزوجين و الاخوات غير المتزوجات او الارامل او المطلقات او أي ممن يقضي القانون او العرف على المستاجر اعالتهم و اسكانهم٢٦، و اذا كان المشرع قد منع مساكنة غير ممن ذكروا فانه من طريق الاولى منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن اخذا بعين الاعتبار صفة خاصة بالمستاجر.

ثانيا:عقود المزارعة و المساقاة و التزام البساتين:

عرفت المادة (٨٠٥) من القانون المدني المزارعة بانها عقد على الزرع بين صاحب الارض و المزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد. و نصت المادة (٨١٠) على انه (لا يجوز في المزارعة ان يؤجر المزارع الارض الى غيره او ان يتنازل عن الايجار لاحد الا برضا صاحب الارض) فالاصل انه ليس للمزارع الحق في ان يتعاقد من الباطن او يتنازل عن العقد للغير ، و هذا المنع يستقيم مع كون المزارعة من العقود ذات الطابع الشخصي ، فحق المزارع في المزارعة و العمل يرتبط بالتزامه بالعناية

في اعمال الزراعة و المحافظة على الارض ، و طالما كانت شخصيته محل اعتبار لدى المالك فلا يجوز له احلال غيره محله في مواجهة هذا المالك.

و قد نص قانون الاصلاح الزراعي للشركات الزراعية و الافراد رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ على قاعدة امرة لا يجوز الاتفاق على خلافها و هي عدم جواز التاجير من الباطن في عقد المزارعة حيث نصت المادة (٤٤) منه على (لا يجوز ان تكون العلاقة بين صاحب الارض الفعلي و وكيله و زراعها الا علاقة مباشرة و تمنع الوساطة في هذه العلاقة) و ذهب راي في تفسير المادة السالفة الذكر الى ان المشرع العراقي يمنع الايجار من الباطن و التنازل عن الايجار على حد سواء و السبب في ذلك يعود الى ان شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد٢٧، غير اننا نرى ان المشرع قد منع الايجار من الباطن بالنسبة لعقد المزارعة في النص المتقدم لكنه لم يمنع التنازل عن العقد و اية ذلك ان الاصل في التنازل عن العقد ان لا تكون فيه العلاقة غير مباشرة و انما تكون مباشرة بين المتنازل له و المالك و بالتالي فهو متسق تماما و نص المادة (٤٤)، مما يعني ان التنازل عن العقد لا يفقد هذه العلاقة المباشرة التي اشترطها القانون خلافا لما يؤدي اليه التعاقد من الباطن.

اما بالنسبة للمساقاة و المقصود بها وفقا للمادة (٨١٦) من القانون المدني انها عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من الثمن . و قضت المادة (٨٢٠) على عدم جواز التنازل عن المساقاة للغير او التعاقد من الباطن بنصها (لا يجوز للمساقي ان يساقي غيره الا باذن مالك الشجر ، ...) و واضح من هذا النص ان المشرع العراقي لم يجز للمساقي ان يتنازل عن العقد او ان يتعاقد من الباطن لاعتبار شخصيته في العقد ، الا اذا وافق مالك الشجر على هذا التنازل او التعاقد من الباطن.

اما التزام البساتين و المقصود به وفقا للمادة (٨٣٤) من القانون المدني انه (عقد يتضمن اعطاء احد الطرفين بستانا معلوما للطرفين ليستوفي ثمرتها مدة معلومة لقاء بدل معلوم). و قد حذا المشرع العراقي في التزام البساتين الحذو ذاته بالنسبة للمزارعة و المساقاة فقد اخذ شخصية الملتزم على انها محل اعتبار في العقد و لم يجز له التنازل عن العقد و لا التعاقد من الباطن استنادا الى الفقرة الثانية من المادة (٨٣٨)الا باذن و موافقة صاحب البستان، و التي نصها (٢- و ليس له ان يعطيها بالالتزام لاحد ما بلا اذن صاحبها).

و تجدر الاشارة ان قانون الاصلاح الزراعي قد خلا من النص على اجازة او عدم اجازة التعاقد من الباطن او التنازل عن العقد للغير في عقد المساقاة و التزام البساتين ، الامر الذي يجعلنا محتكمين في عدم جواز التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد في هذين العقدين الى القانون المدني مع الاخذ بعين الاعتبار القيد المقرر على عدم الجواز و هو موافقة مالك الاشجار او مالك البستان.

ثالثا: عقد الوكالة

لقد اسند القانون نفسه صبغة الاعتبار الشخصي للوكيل و لم يجز له ان يوكل غيره بالعمل الموكل هو به الا باذن موكله و ذلك بنص المادة (٩٣٩) (ليس للوكيل ان يوكل غيره الا ان يكون قد اذنه الموكل في ذلك او فوض الامر لرأيه...) ، الا ان الامر يختلف عنه اذا اذن الموكل للوكيل بتوكيل شخص اخر للقيام بالعمل الموكل به .

الفرع الثاني

منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي باتفاق الطرفين

قد يكون منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن راجعا الى اتفاق المتعاقدين. و قد يبنى على أي سبب يدفع الى اختيار المتعاقد حتى لو كان دافعا ماديا كضرورة دفع الاجرة في عقد الايجار من قبل المستاجر المتعاقدذاته دون غيره٢٨. ذلك ما نجده في النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الاتية:

اولا عقد الايجار:

عقد الايجار المعني في هذا الاطار هو العقد الخاضع في احكامه لنصوص القانون المدني و يكون كذلك اذا كان الماجور منقولا او كان عقارا ليس خاضعا باحكامه لنصوص قانون ايجار العقار ، و استنادا لنص المادة (١) من قاون ايجار العقارلا يخضع العقار في تاجيره للقانون المذكور اذا لم يكن معدا للسكنى و لم يكن واقعا ضمن حدود امانة بغداد و البلديات٢٩.

قضت المادة (٧٧٥)من القانون المدني على ان (١- للمستاجر ان يؤجر الماجور كله او بعضه بعد قبضه او قبله في العقار و المنقول و له كذلك ان يتنازل الى غير المؤجر عن الاجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق او العرف بغيره.) و نخلص من النص المتقدم ان كل مستاجر له الحق في التنازل عن العقد للغير و ان يؤجر من الباطن من حيث الاصل ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك . لان عقد الايجار في الاصل لا يعتبر متصلا بشخص المستاجر٣٠. اذا يلزم لمنع المستاجر من التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن ان يوجد شرط في العقد يكون قطعي الدلالة على المنع سواء كان صريحا ام ضمنيا، و لما كانت

هذه القاعدة في المنع استثنائية فلا يجوز التوسع في تفسيرها فلا تقيد حرية المستاجر في التنازل عن العقد او التاجير من الباطن الا بالقدر المنصوص عليه في العقد ، و عليه لا يجوز للمؤجر التعسف في التمسك بالشرط المانع و الاولى تطبيق القواعد العامة في نظرية التعسف في استعمال الحق ، فاذا وجد الشرط المانع و وجدت للمستاجر حاجة الى الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار ، وجب عليه اولا ان يطلب من المؤجر الموافقة على ذلك ، فان امتنع المؤجر و تمسك بالشرط المانع كان للمستاجر ان يرفع الامر الى القضاء، فاذا ثبت ان المؤجر ليست له مصلحة في التمسك بالشرط المانع و انه انما يتمسك به تعنتا كان للقضاء ان يمنع المؤجر من التعسف في استعمال حقه و ان يرخص للمستاجر في الايجار من الباطن او في التنازل عن الايجار٣١.

و تجدر الاشارة الى ان القانون يبيح للمستاجر ان يتنازل عن الايجار على الرغم من وجود الشرط المانع اذا كان الماجور عقارا انشئ عليه المستاجر مصنعا او متجرا مملوكا له، و هذا ما قضت به المادة (٢/٧٦١) بنصها (٢- ...اذا كان الماجور عقارا انشئ عليه مصنع او متجر و اراد المستاجر ان يبيع الشئ المنشأ جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بابقاء الايجار اذا قدم المشتري ضمانا كافيا و لم يلحق المؤجر من ذلك ضرر) و الحكمة من ذلك هو تسهيل بيع المصانع و المتاجر حيث قد لا يرضى المشتري ان يقدم على الشراء دون حلوله محل المستاجر الاصلي خصوصا اذا كان المكان قريبا و ملائما ، بالاضافةالى ان هذا الاجراء سوف لا يفقده الزبائن و عملاء المحل التجاري٣٢.و تشترط المادة ذاتها على المشتري ان يقدم ضمانا كافيا ايا كانت طبيعتها سواء كانت تامينات عينية ام شخصية بالاضافة الى عدم الحاق الضرر المحقق بالمؤجر ، فاذا كان المؤجر قد اجر العقار للمستاجر مراعيا في ذلك اعتبارات شخصية فيه تجعله يطمئن اليه ، و قام المستاجر بالتنازل عن الايجار لمشتر سئ السمعة لا تتوافر فيه هذه الاعتبارات التي راعاها المؤجر في المستاجر فان الضرر المحقق سيلحق بالمؤجر من التنازل عن الايجار لهذا المشتري٣٣.

و قد اخذ قانون ايجار العقار بالحكم ذاته في المادة (١٢)منه الا ان المشرع عاد و الغى المادة المذكورة بموجب القانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠.

و قصارى القول ان عقد الايجار ليس من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للمتعاقد و عليه يجوز للاخير ان يتنازل عن

العقد او يتعاقد من الباطن الا اذا كان هناك شرط قطعي الدلالة يمنع المستاجر من التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن ، و بذلك ينقلب عقد الايجار الى عقد ذي طابع شخصي باتفاق المتعاقدين ، شرط ان يكون الاتفاق على المنع قطعيا في دلالته و مبنيا على مصلحة جدية للمؤجر.

ثانيا: المغارسة و عقد الوديعة:

عرفت المادة (٨٢٤) من القانون المدني المغارسة بانها عقد على اعطاء احد ارضه الى اخر ليغرس فيها اشجارا معلومة و يتعهد بتربيتها مدة معلومة على ان تكون الاشجار و الارض او الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة. و يتضح من النص المتقدم ان المغارسة نوع خاص من الايجار و يختلف عن البقية بان الاجرة فيها يمكن ان لا تقتصر على جزء شائع من المحصول او الثمر بل يمكن ان يكون المغارس شريكا لصاحب الارض في جزء معين من الاشجار او بنسبة معينة من الاشجار و الارض ايضا. و قضت المادة (٨٢٩) من القانون المدني بانه (يجوز للمغارس ان يتنازل عن حقوقه لاخر بعوض او بدونه قبل انقضاء المدة باذن رب الارض)، و يتضح من هذا النص انه يجوز للمغارس ان يتنازل عن حقوقه مقابل عوض او بدونه شرط ان لا يعارض ذلك صاحب الارض ، اما اذا كان صاحب الارض قد اختار المغارس في التعاقد بناءً على اعتبارات شخصية متعلقة بالاخير فانه لا يجوز للمغارس ان يتنازل عن العقد للغير او يتعاقد من الباطن لان شخصيته كانت محل اعتبار في التعاقد.

اما بالنسبة لعقد الوديعة فهي عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر و لا يتم الا بالقبض٣٤،

و اجازت المادة (١/٩٥٢) من القانون المدني للوديع ان يحفظ الوديعة بنفسه او بمن ياتمنه على حفظ ماله عادة ، و له ان يحفظها عند يد غير امينة بعذر. و لصاحب الوديعة ان يمنع الوديع من احالة الوديعة الى غيره بالاستناد الى نص المادة (٩٥٨). و خلاصة القول ان المشرع العراقي لم يعتبر الوديعة من حيث الاصل عقدا قائما على الاعتبار الشخصي الا اذا اتفق الطرفان على الاعتبارات الشخصية و هذا على خلاف ما ذهب اليه المشرع المصري الذي اعتمد الاعتبار الشخصي في عقد الوديعة و اسنده الى القانون حيث تنص المادة (٧٢١)منه (ليس للمودع عنده ان يحل غيره في حفظ الوديعة دون اذن صريح من المودع...)٣٥.

و نعـــزي تقـــديرنا في شمـــل المـــواد (٨٢٩)(١/٩٥٢) في هذا الفرع و عدم وضعها مع نشوء منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن بنص القانون على الرغم من تقارب هـــذه النصـــوص مـــع نصـــوص المـــواد (٨١٠)(٢/٨٣٤) الســـالفة الـــذكر ، الى ان النصوص الاخيرة كانت قد منعت التنازل و التعاقد من الباطن ابتداء و اجازت مخالفة المنع باتفاق الطرفين ، اما النصوص الاولى فانها اجازت التنازل و التعاقد من الباطن مع امكان منعه باتفاق المتعاقدين. لذلك استنتجنا اختلاف مصدر نشوء منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن

الفرع الثالث

منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن طبقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام

اذا كان المشرع قد نص على منع التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن بنص القانون او باتفاق المتعاقدين الذي يكون ناتجا عن الاعتداد بالاعتبار الشخصي فقد حرص على اضافة حالة ما تفرضه طبيعة الالتزام الى حالات هذا المنع و التي ترجع دائما الى الاعتداد بالاعتبار الشخصي وحده، ذلك ان الحالات التي تمنع فيها طبيعة الالتزام التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن مرجعهـــا دائمـــا الى الاعتـــداد بالاعتبـــار الشخصي دون سواه و سنبين ذلك بجلاء من استعراض العقود الاتية:

اولا: عقد المقاولة

الواضح من استقراء النصوص القانونية المعالجة لعقد المقاولة انه عقد لا يقوم على الاعتبار الشخصي الا اذا اتفق المتعاقدان او اقتضت طبيعة الالتزام ذلك ، و هذا ما اقرته المادة (٨٨٢) من القانون المدني بنصها (يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية)، و بموجب النص المتقدم يحق للمقاول ان يتعاقد من الباطن مع مقاول اخر او ان يتنازل عن المقاولة للغير و هذا هو الاصل ، ما لم يوجد شرط(سواء كان صريحا ام ضمنيا) متفق عليه يمنع ذلك او كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية ، كأن يكون العمل محل عقد المقاولة عملا فنيا لجأ فيه رب العمل الى مقاول بالذات نظرا لكفاءته الشخصية ، لذلك يتحتم على المقاول ان يقوم بالعمل شخصيا كما في التعاقد مع الرسام او الطبيب او المهندس، لانه يستخلص من الظروف ان رب العمل قد اعتمد على كفاءة المقاول الشخصية و

عليه لا يجوز للرسام ان يعهد بالعمل الى رسام اخر٣٦.

و التنازل عن المقاولة هو الاكثر تميزا و الاكثر وقوعا في الحياة العملية من المقاولة من الباطن ، و يمكن ان ياتي هذا التنازل على عدة صور :

١- تنازل المقاول عن عقد المقاولة الى شخص ثان فيصبح المتنازل له مقاولا تجاه رب العمل بينما تنتهي علاقة المتنازل بالرابطة العقدية التي كانت تربطه برب العمل قبل التنازل . و يجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الاصلي و قواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته٣٧.

٢- تنازل المقاول عن الاجرة لشخص ثان عن طريق حوالة الحق ، و تنازل المقاول هنا لا يكون عن عقد المقاولة و انما تنازله يكون عن الاجر فقط فيبقى المتنازل دائنا بالحقوق المترتبة على المقاولة و مدينا بالالتزامات الناشئة عن العقد كل ذلك عدا الاجر لان المتنازل له اصبح دائنا به تجاه رب العمل و يحق له فقط المطالبة به و تجري في شأن هذا التنازل احكام حوالة الحق و التي يكفي لسريانها في حق رب العمل اعلانه اياها.

٣- و قد يحصل تنازل رب العمل عن العقد الى شخص اخر فيكون المتنازل هو رب العمل ، و يحدث هذا عادة لو كان رب العمل مالكا لقطعة ارض و اراد اقامة ابنية ثابتة عليها و ابرم عقد مقاولة بناء على ارضه ثم يحصل بعد ذلك ان يبيع المالك الارض و يتنازل بالتالي للمشتري عن العقد حيث يكون المشتري رب العمل الجديد في عقد المقاولة٣٨.و ما يهمنا هو التنازل عن العقد برمته لا الاجرة فقط سواء تم التنازل من جهة المقاول ام رب العمل.

ثانيا : عقد العارية

عرفت المادة (٨٤٧) من القانون المدني الاعارة بانها(عقد به يسلم شخص لاخر شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال و لا تتم الاعارة الا بالقبض).

يتجلى من النص اعلاه ان عقد العارية يكون بلا عوض فهو من عقود التبرع ، و اذا كان الامر كذلك فهو يغلب عليه الاعتبار الشخصي الا ان المشرع العراقي قام بتنظيم فكرة الاعتبار الشخصي في عقد العارية بصورة مشتملة على كثير من التفصيل الامر الذي يستدعي تقديم التوصية لرفع القاعدة القانونية من غوصها بهذا التفصيل ، فتارة اعتد المشرع بالاعتبار الشخصي المستند الى ما يقتضيه الحق الذي يخول به المستعير من قبل المالك حيث اجاز التعاقد من الباطن اذا

كانت طريقة الانتفاع مطلقة غير مقيدة ، اما اذا قيدت طريقة الانتفاع بعمل معين فان ذلك سيمنع المستعير من التعاقد من الباطن و ذلك باعارة الشي المستعار الى غيره، و هذا ما قضى به القانون المدني في المادة (١/٨٥٣) بنصها (اذا اطلق المعير للمستعير الاذن بالانتفاع و لم يعين منتفعا جاز للمستعير انا ينتفع بنفسه بالعين المعارة و ان يعيرها لمن يشاء سواء كانت مما يختلف باختلاف المستعمل ام لا).و تارة اخرى استند الى نص القانون في جعل شخصية المستعير محل اعتبار و منع الاخير من نقل حقه الى شخص اخر مقابل عوض ، كأن يبرم المستعير عقد ايجار مع شخص اخر يكون محله هو الشئ المعار او يقوم برهن هذا الشئ، و ذلك بنص المادة (٨٥٥) (١- ليس للمستعير ان يؤجر العارية و لا ان يرهنها بدون اذن المعير).

اما المشرع المصري فقد تميز بتقديرنا عن المشرع العراقي في معالجته للتنازل عن عقد العارية او التعاقد من الباطن و ذلك بنصه على قاعدة متصفة بالرصانة في المادة (٦٣٩)منه و التي نصها (لا يجوز للمستعير دون اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال للغير و لو على سبيل التبرع) ، و على هذا لا يجوز للمستعير ان يؤجر الشئ المعاراو يرهنه او اعارته مرة اخرى او ان ينزل عن استعماله لشخص اخر باي حال الا باذن المعير.

ثالثا: عقد الوكالة التجارية

يسري على الوكالة التجارية ما يسري على الوكالة المدنية من احكام فيما يتعلق بمنع الوكيل من انابة غيره لكون من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي . الا ان البعض يرى٣٩، ان الاعتبار الشخصي لا ينصب على شخص الوكيل ذاته كما هو الامر في الوكالة المدنية و انما ينصب على حرفته و اختصاصه في ابرام عقود معينة و ينصرف اهتمام الموكل الى تحقيق النتيجة التجارية التي يريدها ايا كانت الوسائل اللازمة لذلك و لا يضره اذا تحققت ان يكون ذلك قد تم على يد وكيله او شخص اخر و ذلك باستخلاص تصريح الموكل الضمني للوكيل بانابة غيره اذا وجد نص قانوني يمنعه من ان يبرم العقد بنفسه او منعه من ذلك ظرف طارئ.

المطلب الثاني

اخلال المتعاقد المعتد بشخصه بقيد المنع من التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن

ان ارادة اطراف العقد هي مصدر التزامهم لذلك لا بد ان ينفذ العقد بكل ما يحتويه من التزامات و شروط اتفق عليها الا ما كان منها مخالفا للنظام العام و الاداب (المادة ١/١٣١) ، و لمن المعلوم انه في اخلال احد المتعاقدين

بهذه الالتزامات و الشروط فانه سيتحمل المسؤولية العقدية جراء ذلك ، و بالتالي تنحصر خيارات المتعاقد الاخر في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري ان كان ممكنا و غير مرهقا للمدين او ان يصار الى التنفيذ النقدي بالاضافة الى حقه في الحالتين بالمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى (تحقق الضرر) ، و ما بحثناه في اثر الاعتبار الشخصي على التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن انه يقيد من ارادة المتعاقد المعتد بشخصه في التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن مع الغير على ذات محل العقد الاصلي . فاذا تقيدت ارادة المتعاقد على النحو المتقدم فانه يمتنع عليه ذلك و اذا اخل بالتزامه هذا فانه يتحمل المسؤلية العقدية، الا ان المشرع خص كل عقد من العقود الممكن اتصافها بالطابع الشخصي بمعالجة مختلفة تقريبا عن العقود الاخرى ، و اختلفت هذه المعالجة ايضا باختلاف مصدر نشوء الاعتبار الشخصي ، فيكون التركيز على عدم نفاذ التصرف الذي ابرمه المتعاقد (التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن) من ناحية ، و من ناحية اخرى يوظف نصوصه القانونية لبيان من يتحمل تبعة الهلاك و كيفية الضمان و انقلاب يد الامان الى يد ضمان ، و ناحية ثالثة قد يعطى للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر جراء التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن ، او اقرار المشرع ايضا للمتعاقد في بعض العقود بحق امتياز. و ما تقدم يعكس مدى تناثر النصوص و عدم تركيزها على جزاء واحد موحد يسمو بالقاعدة القانونية في عموميتها و تجريدها، و سنقوم ببيان ما اقر من حقوق و خيارات للمتعاقد تجاه المتعاقد الاخر الذي اجرى التنازل او التعاقد من الباطن، و هذه الحقوق تمثل جزاء بالنسبة للطرف الثاني. وهي كالاتي:

اولا: ابطال العقد

بطلان العقد هو نظام قانوني مؤداه ان لا وجود للتصرف القانوني و كانه لم يقع ، بسبب اختلال في تكوينه ٤٠، و لا يكون العقد مختلا في تكوينه اذا ما قامت اركانه على الوجه الصحيح من رضا و محل و سبب و الشكلية في العقود الشكلية .و اذا تصرف شخص في ملك غيره كان هذا التصرف صحيحا الا انه يعتبر غير نافذ لا بد ان تلحقه الاجازة من المالك الاصلي فاذا اختار الاخير عدم الاجازة فان التصرف يكون باطلا لان الرضا يجب ان يكون صادرا من المتعاقد صاحب العلاقة الذي ينصرف اليه اثر التصرف من حقوق و التزامات، او من يمثله قانونا. و اعتبر المشرع كثيرا من حالات التنازل عن العقد و العقد من الباطن تصرفات

موقوفة على اجازة المتعاقد فان اجازهما نفذا و الا عدا باطلين. لذلك كان الخيار في ابطال التصرف القانوني سواء كان عقدا من الباطن او تنازلا عن العقد ، يمثل ضمانة للمتعاقد في الحفاظ على حقوقه و حمايته من اخلال المتعاقد المعتد بشخصه لقيد المنع من التنازل او التعاقد من الباطن . و يتجلى لنا ذلك في النصوص القانونية الاتية التي تتناول عقود الاعتبار الشخصي:

فيما يتعلق بعقد الايجار الخاضع في احكامه للقانون المدني فقد نصت المادة (٢/٧٧٥) منه على (فاذا اشترط ان ايجار المستاجر او تنازله عن الايجار لا يكون الا بموافقة المؤجر ...)، و بالنسبة لعقد الوكالة نصت المادة (٣٩٣) على انه (ليس للوكيل ان يوكل غيره الا ان يكون قد اذنه الموكل في ذلك او فوض الامر لرايه...) ، و في عقد المقاولة نص على (يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل جملته او جزءا منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه ذلك شرط في العقد...) ، و في التزام البساتين نص في المادة (٢/٨٣٨) على انه (و ليس له ان يعطيها بالالتزام لاحد ما بلا اذن صاحبها.). و يتضح من النصوص القانونية اعلاه ان المشرع العراقي اعطى الحق للمتعاقد ان يلحق الاجازة بالعقد من الباطن او التنازل عن العقد ، و يستشف ذلك من اشتراط المشرع اذن المتعاقد الاصلي لقيام المتعاقد الاخر بهذه التصرفات . و اذا تم التعاقد من الباطن او التنازل عن العقد دون موافقة المتعاقد الاصلي فللاخير عدم الحاق الاجازة بهذه التصرفات و ابطالها و التالي لا تترتب عليها أية اثار قانونية٤١.

ثانيا: المطالبة بفسخ العقد

الفسخ هو ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد٤٢، و قد اعطى المشرع للمتعاقد الاصلي حق المطالبة بفسخ العقد الاصلي كجزاء مدني على تصرف المتعاقد الاخر في تنازله عن العقد او التعاقد من الباطن لو كانت شخصيته محل اعتبار ، و يتوضح لنا الامر في المرور على العقود الاتية :

١- عقد الايجار

اذا ما خضع عقد الايجار لقانون ايجار العقار _كما مر بنا_ فستتوافر حماية وافرة للمستاجر من حيث تحديد مدة العقد و الاجرة فيه و ايضا من حيث حصر انهاء العقد بحالات ذكرها المشرع على سبيل الحصر لا المثل ، و لكن القانون المذكور لم يسمح للمستاجر الاثراء على حساب المؤجر او ان يستغل هذه الحماية خلافا للاغراض التي رسمها المشرع .لذلك حظر قانون ايجار العقار الايجار من الباطن و التنازل عن

الايجار و اشترط حتى يتم ذلك موافقة المؤجر التحريرية حصرا. و قد بنى المشرع على ما تقدم حق المؤجر في المطالبة بتخلية الماجور (فسخ العقد الاصلي) اذا قام المستاجر بالتاجير من الباطن او التنازل عن الايجار بدون حصوله على الموافقة التحريرية من المؤجر ، استنادا الى نص المادة (٢/١٧) من قانون ايجار العقار التي تنص على انه (يجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار الخاضع لاحكام القانون لاحد الاسباب الاتية : ٢- اذا اجر المستاجر الماجور او تنازل عن الايجار كلا او جزءا دون موافقة تحريرية من المؤجر...).

٢- عقد المزارعة

اوجب قانون الاصلاح الزراعي بقيام علاقة مباشرة بين المالك و المستاجر و ذلك في المادة (٤٤)منه و التي نصها (لا يجوز ان تكون العلاقة بين صاحب الارض الفعلي و وكيله وزراعها الا علاقة مباشرة و تمنع الوساطة في هذه العلاقة).و كما مر بنا فان النص يمنع الايجار من الباطن لاعتبار في شخصية المستاجر ، الا ان السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام : ما هو الجزاء المترتب على افتراض قيام المزارع بالتعاقد من الباطن مع مستاجر ثانوي ؟ في تقديرنا ما نراه مناسبا و متناغما و نص المادة (٤٤) هو اتجاه المشرع الى انهاء الرابطة الاصلية بين المتعاقدين و الابقاء على الرابطة الثانوية بتحويلها الى علاقة اصلية اطرافها هم المالك و المزارع الثانوي اذا كان الاخير يستغل الارض فعلا ، لان مصدر الاعتداد بشخص المزارع لم يتاتى باتفاق المتعاقدين و انما كان مصدره نص القانون.

ثالثا: ضمانات اخرى

لتوفير حماية اكثر اقر المشرع العراقي بعض الضمانات الاخرى التي تضمن حق المتعاقد تجاه المتعاقد المعتد بشخصه في العقد في حالة اخلاله في التزامه بعدم التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن و سنبينها بالاتي:

أ- تبعة الهلاك: قرر المشرع انتقال تبعة هلاك الشئ محل العقد الى المتعاقد المعتد بشخصه اذا تنازل عن العقد او تعاقد من الباطن على الرغم من كون يده على الشئ هي يد امان لا يد ضمان ، على اساس انقلاب يد الامان الى يد الضمان كما في عقد العارية فنصت المادة (٢/٨٥٣) من القانون المدني على انه (٢- و ان قيدها المعير و عين منتفعا يعتبر تعيينه فاذا خالف المستعير القيد و هلكت العارية ضمن). و كذلك نص المادة (٢/٩٥٨) المتعلقة بعقد الوديعة (٢- و ان اودعها بلا اذنه عند من لا ياتمنه عادة و هلكت بتعدي الوديع الثاني فلصاحبها

الخيـــار ان شـــاء ضـــمن الوديـــع الاول او الثاني...).

ب- حق الامتياز: قرر المشرع حـق الامتيـاز كضمانة للمتعاقد الاصلي عنـد الاخـلال بقيـد التنازل او التعاقد من الباطن و حـق الامتيـاز هو اولوية في استيفاء الـدين٤٣ ، في مواجهـة المتعاقد المعتد بشخصه عندما يخل في التزامـه بعدم التنازل عن العقد او التعاقد مـن البـاطن كمـا هـو الشـأن في عقـد الايجـار الخاضـع في احكامه للقـانون المـدني ، فقـد اعطـى المشـرع لمؤجر العقار في الاجـرة المسـتحقة لـه في ذمـة المستاجر حق امتياز في استيفائها و حدد هذه الاجرة باجرة ثـلاث سـنوات و مـا زاد عنهـا فلا يعتبر دينا ممتاز و يكـون محـل الامتيـاز هي المنقولات و المحصولات الموجودة في ذلـك العقـار. و يكـون ذات الحـق (حـق الامتيـاز) للمؤجر تجاه المستاجر مـن البـاطن بـان ينفـذ على مـا وضـعه الاخـير مـن منقـولات داخـل العقـار المـاجور اذا كـان المـؤجر اشـترط علـى المستاجر الاصلي عدم التاجير من البـاطن ، و هذا ما قضت به نص المادة (٢/١٣٧٤) بنصـها (٢- و يقـع حـق الامتيـاز علـى المنقـولات و المحصولات المملوكة للمستاجر من الباطن اذا كان المؤجر قد اشترط صـراحة علـى المسـتاجر عدم الايجار...).

جـ- الرجـوع المباشـر : قـرر المشـرع ايضـا الرجوع المباشر على المتنازل له او المبرم معـه العقد من الباطن كجزاء لاخلا المتعاقـد المعتـد بشخصه، على الرغم من اقتصـار حـق الـدائن في الرجوع علـى مـدين مدينـه بالـدعوى غـير المباشرة المنصـوص عليهـا في النظريـة العامـة للالتزام ، و جعل المشرع من الرجـوع المباشـر استثناء يقيد الحكم العـام ، و بالتـالي يكـون للمؤجران يرجع مباشـرة علـى المسـتاجر مـن البـاطن بمـا هـو مسـتحق في ذمـة المسـتاجر الاصلي تجاه المـؤجر و ذلـك في حالـة اشـتراط الاخير على المستاجر الاصلي عدم التاجير من الباطن او تنبيهـه للمستاجر من الباطن بسداد ذلـك لـــه مباشـــرة ، اســـتنادا لـــنص المـــادة (٢/٧٧٦) من القانون المدني .

و اضـاف المشـرع ضـمانات اخـرى لا تنـدرج تحت عنوان واضح كمـا فعـل بالنسـبة لعقـد المساقاة في المادة (٨٢٠) التي نصها (لا يجـوز للمساقي ان يساقي غيره الا باذن مالك الشجر ، فـان سـاقى بغـير اذنـه فالخـارج للمالـك و يـدفع للمسـاقي الثـاني اجـر مثلـه و لا شـئ للمساقي الاول) ، و يتضح من الـنص المتقـدم ان المشـرع العراقـي اوقـع جـزاء مـدنيا علـى المســاقي الــذي يتعاقــد مــن البــاطن و ذلــك بحرمانه من الخراج و الاجرة دون ان يتطرق

لابقاء او انهاء الرابطة العقدية التي تربطه بالمالك .

تقييم معالجة المشرع العراقي لعقود الاعتبار الشخصي

مر بنا ان استقاء العقد لصفة الطابع الشخصي تختلف من حالة الى اخرى ،فقد يكون مصدر الاعتداد بشخص المتعاقد نص القانون او اتفاق المتعاقدين او قد تقضي به طبيعة الالتزام. و ايا كان الامر فاذا ما اعتد بشخص المتعاقد و بغض النظر عن مصدر هذا الاعتداد فان له دلالة مهة و هي ضرورة قيام المتعاقد المعتد بشخصه بتنفيذ الالتزام بذاته دون ان يوكله الى غيره، و اذا كان الامر كذلك فيتوجب توحيد الحلول القانونية و تعميمها على جميع العقود القائمة على الاعتبار الشخصي من حيث امكانية نقل المتعاقد حقه للغير من عدمها و من حيث اخلال المتعاقد المعتد بشخصه بقيد المنع من التنازل او التعاقد من الباطن ، فقد تجلى لنا من موقف المشرع العراقي تنويع الضمانات المعطاة للمتعاقد الاصلي تجاه المتعاقد المعتد بشخصه المخل، و كان ذلك في تقديرنا اسرافا في توفير الحماية و دخولا في التفصيلات ، و بالاضافة الى ذلك تقلب المشرع العراقي في حكم انتهاء العقد القائم على الاعتبار الشخصي بموت المتعاقد المعتد بشخصه، فمرة يقضي بانتهاء العقد بموته و اخرى يقول باستمرار العقد، و سنبين ذلك بالاتي:

١- الحكم بانتهاء العقد لموت المتعاقد المعتد بشخصه:

بالنسبة لعقد الوكالة نصت المادة (٩٤٦) (تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل...) ، و بالنسبة لعقد الاعارة فنصت المادة (١/٨٦٣) على انه (تنتهي الاعارة بموت المستعير و لاتنتقل الى الورثة...) ، و بالنسبة لعقد المقاولة نصت المادة (١/٨٨٨)على (تنتهي المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار...) و بالنسبة لعقد الايجار نصت المادة (٧٨٤) على (اذا لم يعقد الايجار الا بسبب حرفة المستاجر او لاعتبارات اخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته او للمؤجر ان يطلبوا فسخ العقد).

٢- الحكم باستمرار العقد على الرغم من موت المتعاقد المعتد بشخصه:

قضى المشرع العراقي باستمرار بعض العقود القائمة على الاعتبار الشخصي على الرغم من موت المتعاقد المعتد بشخصه الذي فرض عليه تنفيذ الالتزام بنفسه ، فقد نص في المادة (٨٢١)فيما يتعلق بعقد المزارعة على انه (لا تفسخ المزارعة بموت صاحب الارض و لا بموت المزارع) ، و بالنسبة لعقد المساقاة

نصت المادة (٨٢٣) على (لا تفسخ المساقاة بموت صاحب الشجر و لا بموت المساقي..) ، و بالنسبة لالتزام البساتين لا ينفسخ العقد بموت احد الاطراف وفقا للمادة (٨٣٩) و الحال كذلك في عقد الايجار الخاضع في احكامه لقانون ايجار العقار فان العقد فيه خاضع للامتداد القانوني٤٤.

الخاتمة

كانت الدراسة محاولة لسبر غور موضوع شتتته النصوص القانونية و زادت من غوره و فرقت من احكامه بين صوره المختلفة ، فجاءت الدراسة محاولة للملمة شتات هذا الموضوع من خلال اجراء مسح قانوني لجل العقود القابلة لان تقترن بالطابع الشخصي و ذلك بان يعتد فيها بشخص المتعاقد ، و توصلنا في نهاية الدراسة لمجموعة من النتائج و التوصيات نجمل اهمها بالاتي :

اولا: النتائج

١- ان الاعتبار الشخصي عنصر جوهري يتوفر في شخص المتعاقد او في صفة من صفاته تدفع لاختياره في التعاقد ، و بذلك نكون قد ميزنا الاعتبار الشخصي عن ركن السبب بعد ان خلط بينهما المشرع العراقي و ذلك بالنص على عدم نفاذ العقد لو وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته و كانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيس في التعاقد . و ما ارتاينا ان السبب لا يمكن خلطه بفكرة الاعتبار الشخصي ، فالأول يكون دافعا للمتعاقد الى ابرام العقد و يشترط فيه وفقا للمادة (١٣٢) ان يكون موجودا و مشروعا و قد افترض المشرع ان لكل تصرف قانوني سببا و افترض ايضا مشروعيته و على من يدعي خلاف ذلك اثبات العكس ، اما الاعتبار الشخصي فهو سبب يدفع الى اختيار متعاقد معين لذاته او لصفة فيه.

٢- التنازل عن العقد هو تصرف المتعاقد في حقه على محل العقد الذي لم يترتب له عليه حق ملكية ، فان كان حقا عينيا كحق المنفعة فيقوم بالتصرف بحق المنفعة ، و ان كان حقا شخصيا كما الايجار فيقوم المستاجر بالتصرف في حقه بالايجار، و يطبق على التنازل عن العقد احكام حوالة الحق بالنسبة للحقوق المنقولة و احكام حوالة الدين بالنسبة للالتزامات. و عليه يخرج المتنازل من الرابطة التعاقدية الاصلية و يحل محله المتنازل له بجميع الحقوق و الالتزامات ، و يكون المتنازل برئ الذمة تجاه المتعاقد الاصلي ، و اذا لم يبرء الاخير ذمته فانه يكون ضامنا للمتعاقد الاصلي تنفيذ المتنازل له لالتزاماته.

اما التعاقد من الباطن فهو قيام المتعاقد بابرام عقد ثاني مطابقا للعقد الاول من حيث طبيعته القانونية و يتحقق ذلك اذا لم يكن للمتعاقد في العقد الاول حق ملكية على محل العقد ، و بذلك يبقى المتعاقد المعني طرفا اصليا في الرابطة العقدية الاولى و يكون مسؤولا عن التزامه و التزام المتعاقد من الباطن تجاه المتعاقد الاصلي . الا انه على الرغم من تشابه العقدين من حيث طبيعتهما فانهما قد يفترقان في بعض شروطهما. و ايا كان الامر فاذا اخذ بعين الاعتبار شخص المتعاقد او صفة من صفاته فانه يمتنع عليه التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن .

٣- ذهب المشرع العراقي مذهبا حميدا في تنويع مصادر نشوء الاعتبار الشخصي او اكتساب العقد لصفة الطابع الشخصي ، فاستند الى نص القانون في الاعتداد بشخص المتعاقد كما في عقد الايجار الخاضع في احكامه لقانون ايجار العقار، و استند احيانا الى ارادة المتعاقدين و اعتبرها المصدر الارحب في اعطاء العقد صفة الطابع الشخصي و ذلك باتفاقهما على ان يعتد بشخصهما او باحدهما او بصفة معينة ، و استند احيانا اخرى الى طبيعة الالتزام المكلف به المدين في الكشف عن الاعتداد بذات المتعاقد او بصفة من صفاته مثل عقد العارية اذا ما حدد للمستعير من قبل المعير طريقة معينة للانتفاع.

٤- تبين ان المشرع العراقي اعتمد على التنوع المتقدم لتنويع الخيارات التي يعطيها للمتعاقد في حال تنازل المتعاقد الاخر المعتد بشخصه عن العقد او تعاقد من الباطن ، فتارة اعطى له الحق في ابطال التنازل او العقد من الباطن او اجازتهما ، و تارة اخرى اعطى له الخيار في المطالبة بفسخ العقد الاصلي و بالغ في هذه الحماية بنصه على ضمانات اخرى كحق الامتياز و انتقال تبعة الهلاك و رجوع المتعاقد مباشرة على من تم التنازل له او من تعاقد معه من الباطن و ذلك كاستثناء من الاصل الذي يقضي بالرجوع غير المباشر .و هذا كله فضلا عما اقرته النظرية العامة في الالتزامات من خيار للمتعاقد بين طلب التنفيذ العيني او المطالبة بالفسخ. و في تقديرنا ان المشرع قد اسهب في حماية المتعاقد من تنازل المتعاقد الاخر المعتد بشخصه و من تعاقده من الباطن.

٥- نص المشرع العراقي على استمرار بعض العقود و عدم انهائها بموت المتعاقد على الرغم من كون شخص الاخير محل اعتبار في التعاقد ، و هذا ما يتعارض و تحقيق النتيجة الاهم للعقد القائم على الاعتبار الشخصي و هي ضرورة تنفيذ من اعتد

بشخصه للالتزامات المترتبة على العقد بنفسه و تلقي الحقوق. و نرى ان هذا التعارض لا يمكن تبريره و يجب ازالته.

ثانيا: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بازالة الخلط بين ركن السبب و فكرة الاعتبار الشخصي بتعديل نص المادة ٢/١١٨ و ذلك بعدم نفاذ العقد لو وقع الغلط في شخص المتعاقد او في صفة من صفاته و كانت تلك الذات او هذه الصفة دافعا رئيسيا لاختياره في التعاقد.

٢- النص على تعريف التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن في النظرية العامة للالتزامات ، و يوضع تعريفهما ضمن القواعد القانونية المعالجة لانتقال اثار العقد المنصوص عليها في احكام الالتزام ، و ذلك لكي يكون النص شاملا لجميع العقود المسماة و غير المسماة ، بالاضافة الى النص على حرية المتعاقد في التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن كمبدأ عام ، و يقيد هذا المبدأ بتقييد حرية المتعاقد المعتد بشخصه من التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن ، مع بيان الجزاء المدني لاخلاله في هذا التقييد و يكون جزاء موحدا لجميع العقود القائمة على الاعتبار الشخصي و لا يختلف من عقد الى اخر ، و التالي نتجاوز ما اسهب به المشرع العراقي في فرض الجزاء المدني لكل عقد على حده. و نوصي ايضا النص على قاعدة عامة في الموضع المقترح انفا على انتهاء العقد القائم على الاعتبار الشخصي بموت المتعاقد المعتد بشخصه.

٣- اكتفاء المشرع بالنص في احكام كل عقد على انه عقد قائم على الاعتبار الشخصي او ترك اكتساب العقد لهذه الصفة لارادة المتعاقدين ، و بذلك نكون قد ساعدنا على ارجاع القاعدة القانونية في هذا الخصوص لعموميتها و تجريدها.

المصادر والهوامش

١ – د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٩– ١١٠.

٢ – د. جليل حسن ألساعدي ، الاعتبار الشخصي و أثره في تنفيذ العقد ، مجلة العلوم القانونية ، بغداد ، العدد الاول و الثاني ، ١٩٩٨ ، ص١٥٣.و للمزيد ينظر د. سمير إسماعيل ، الاعتبار الشخصي في التعاقد ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ١٦ و ١٧. ينتقد ما يقابل النص العراقي في القانون المصري في المادة ٢/١٢١ للمبرر ذاته.

٣ –ينظر بهذا المعنى د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، بيروت ، ٢٠٠ ، جـ ٦ ص٦٦١. و د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، القاهرة ، ط٤ ، ٢٠٠٩ ، ص٢٧٣.

٤ – Dr.R. Savatier, Linterdiction de ceder ou de sous-louer le bail, ses degrees divers, ses effets, 1928,p.129

٥ – د. جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص٢٧٤.

٦ – جاك كستان ترجمة منصور القاضي ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، العقود الرئيسية الخاصة ، المجلد الاول، بيروت ، ط٢ ، ٢٠٠٩، ص٧٧٣–٧٧٤.

٧ – بهذا المعنى د. سعيد مبارك و د. طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، ١٩٩٢–١٩٩٣، ص٣٣٣–٣٣٤. و د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص٦٩٨ و ما بعدها.

٨ – ينظر نص المادة (٧٧٧) من القانون المدني فيما يتعلق بعد الايجار.

٩ – ينظر نص المادة ٧٧٧/أ

١٠ – ينظر نص المادة (١٣٥ .)

١١ – ينظر نص المادة (٧٧٦).

١٢ – ينظر نص المواد (٢٦١ و ٢٦٢).

١٣ – ينظر نص المادة (٧٧٦).

١٤ – ينظر نص المادة (٨٨٣).

١٥ – ينظر د. صلاح الدين الناهي ، النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٠، ص١٠٩ و ما بعدها. و د. حسن علي الذنون و اخرون ، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد،١٩٧٦، ص ١١٧ و ما بعدها.

١٦ – ينظر نص المادة (١٣٢).

١٧ – د. سمير غانم ، مرجع سابق، ص١٦–١٧ .و د. جليل الساعدي ، مرجع سابق ، ص١٥٣ .

١٨ – د. عبد المجيد الحكيم ، الوجز في شرح القانون المدني ، جـ١ ، بغداد ، ١٩٦٣، ص٦٤.

١٩ – Durand , le role des agents de lautorite publique dans la formation du contrat , R.T.Dr. civ , 1948 , p.155 a 182. **اشار اليه د. سمير اسماعيل ، مرجع سابق ، ص٢٢ .**

٢٠ – ينظر نصوص المواد(٢٨٨و٢٨٩) من القانون المدني العراقي، و انظر د. حسن على الذنون ، النظرية العامة في الالتزامات، بغداد، ١٩٧٦،ص٣٨٥–٣٨٩.

٢١ – للمزيد في كيفية تاثير الاعتبار الشخصي على انعقاد العقد و صحته و تنفيذه و انقضائه ينظر ، د. سمير اسماعيل ، مرجع سابق ، ص٧٣ و ما بعدها.

٢٢ – حسن على الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، احكام الالتزم ،جـ٢ ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٦.

٢٣ –ينظر نصوص المواد (٣ و ٤) من قانون ايجار العقار.

٢٤ – ينظر نص المادة (١١)من ذات القانون.

٢٥ – د. سمير اسماعيل ، مرجع سابق ، ص١٩٨.

٢٦ – ينظر نص المادة (١٣)من قانون ايجار العقار.

٢٧ – د. جعفر الفضلي ، مرجع سابق، ص٣٤٤.

٢٨ – جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، العقود الرئيسية الخاصة ، اشراف جاك كستان ، ترجمة منصور القاضي ، جـ١، ط٢ ، ٢٠٠٩، لبنان، ص ٦٨٧.

٢٩ – و نصت الفقرة الثاني من ذات المادة على استثناءات ترد على الفقرة الاولى و هذه الاستثناءات هي:أ – العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة للعاملين فيها. ب– العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة التي يصدر وزير المالية بيانا باستثنائها. جـ – العقارات المؤجرة لغير العراقيين اشخاصا او هيئات.

٣٠ – السنهوري ، مرجع سابق ، ص٦٦٧ هـ٢.

٣١ – المرجع نفسه، ص ٦٦٨– ٦٧٦.

٣٢ – د. سعيد مبارك و د. طه الملاحويش و د. صاحب الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص٣٢٤.

٣٣ – سنتناول هذا الموضوع في بحث مستقل هو قيد الانجاز.

٣٤ – ينظر نص المادة (٩٥١) من القانون المدني.

٣٥ – انظر في المقارنة بين القانونين العراقي و المصري بشان التنازل عن الوديعة ، د. السنهوري ، شرح القانون المدني الجديد، جـ٧ ، بيروت ، ٢٠٠٠، ص٧١٤–٧١٥ هـ٢ .و د. علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص٦٤.

٣٦ –السنهوري ، مرجع سابق ،جـ٧، ص٢٠٩.

٣٧ – ينظر نص المادتين (٣٤٠ و ٣٦٣) من القانون المدني .

٣٨ – ينظر في هذه الصور للتنازل د. جعفر الفضلي ، مرجع سابق ، ص٤٣٦–٤٣٧.

٣٩ – د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، العقود التجارية و عمليات البنوك ، الاسكندري، ٢٠٠٦، ص٦٥.

٤٠ – للمزيد من التفصيل ينظر د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام ، جـ ١ ، ١٩٨٣، ص٤٥.و نصت المادة (١/١٣٧) بان العقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية .

٤١ –قد ينتج للعقد الباطل اثار معينة كانتقاص العقد و تحول العقد و بعض الاثار العرضية . ينظر نصوص المواد (١٣٨و ١٣٩ و ١٤٠).

٤٢ – د. السنهوري ،شرح القانون المدني، لبنان، ٢٠٠٠ جـ٧،المجلد، ٢، ٤٦٣

٤٣ – ينظر نص المادة (١٣٦١) من القانون المدني.

٤٤ –ينظر نص المادة (١/٣) من قانون ايجار العقار.