

الموجز في العقود المسماة

البيع - الإيجار - المقاولة

الدكتور سعيد مبارك الدكتور طه الملاحويش
الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي



العاقل
بيروت



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الفصل ٤ :

تقسم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة (١) - والعقود المسماة هي العقود التي خصها المشرع بأسم معين وتولى تنظيمها بإحكام خاصة لتبويبها بين الناس في تعاملهم - اما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يخصصها بأسم خاص ولم يتولى تنظيمها بإحكام خاصة -

وكان للتمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة أهمية خاصة في القانون الروماني فالعقود المسماة في ظل هذا القانون هي تلك العقود المتعرف بها قانونا والحية بدعاوي خاصة - اما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي خرجت عن دائرة تلك العقود المعروفة والحية قانونا بدعاوي خاصة لعدم تماثلها وفقا لاجراءات معينة ينص عليها القانون (٢) -

اما أهمية التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة - في القانون الحديث - فتبدو في كيفية تفسير هذه العقود ومعرفة الاحكام التي تسري عليها - فالعقود المسماة تخضع لاحكامصوص التي خصها المشرع بها - فاذا لم يكن هناك نص يمكن تطبيقه - يجب عندئذ الرجوع الى احكام النظرية العامة للمعقد - اما العقود غير المسماة فانها تخضع لاحكام النظرية العامة للمعقد - وقد نصت على ذلك المادة (٣٦) من القانون المدني بقولها (١) تسري على العقود المسماة القواعد التي ينحل عليها هذا الفصل -

٦ - اما القواعد التي يتفرّد بها بعض العقود المدنية فنقررها بالاحكام الواردة

- ١ - هناك تصنيفات اخرى للعقود - اذ هي تنقسم الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد - والى عقود محددة وعقود احتمالية - والى عقود تبرع وعقود معاوضة - والى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود معينة - والى عقود مدنية واخرى تجارية -
- ٢ - صبيح صيغولي - القانون الروماني - ص ٢٢ وما بعدها -

في العقود المقررة لها - وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقد
التجارية) -

ويختلف عدد العقود المسماة باختلاف الزمان ، إذ اتنا لو قارنا القانون
المدني العراقي بجملة الاحكام العقابية لوجدنا ان القانون المدني لا ينظم
بعض العقود التي كانت المحطة لتنظيمها ، بل هو ينظم عقود اخرى جديدة
كانت في عهد العقود غير المسماة وقت نفاذ المحلة كعقد التأمين والمقاصة
والرهن ، كما ان ما لا يعتبر من العقود المسماة في مكان معين قد يعتبر
كذلك في مكان اخر -

والعقد المسماة اما ان ترد على الملكية كالبيع والهبة والتركه والقسوه
والدخل الدائم والملح ، او ترد على الانتفاع بالشيء كالاجارة والاعارة ، او ترد
على العمل كالمقاولة والانتفاع والتزام المرافق العامة والوكالة وعقد الوزيرة -
ولتختار تدريس جميع العقود المسماة في خلال سنة دراسية واحدة
وعدم جواز الاكتفاء بأحدها فقد تقرر اختيار عقد من كل مجموعة
من الجامعات الثلاثة اعلاه ، حيث اختير ((عقد البيع)) من العقود التي
ترد على الملكية ، و((عقد الاجارة)) من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء
و((عقد المقاولة)) من العقود الواردة على العمل لتدريسها ضمن المرحلة
الثالثة -

وقد نشر هذا المؤلف ال ثلاثة كتب قام الدكتور سعيد مبارك بكتابة
الكتاب المخصص لعقد البيع ، والدكتور طه الملا حويش بكتابة الكتاب
المخصص لعقد المقاولة ، والدكتور صاحب عبد الفتاوي بكتابة الكتاب المخصص
لعقد الاجارة مراعين في ذلك الاجار لغير المتسل -

والله التوفيق ...

المؤلفون

الكتاب الأول

عقد البيع

تأليف

الدكتور

سميد عبد الكريم مبارك

أستاذ محاضر في جامعة بغداد

مدرسة في كلية الشريعة الجامعة

خصص المشرع العراقي الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني لعقد البيع وقسم هذا الفصل إلى فرعين ، تكلم في أولهما عن البيع بوجه عام ، وفي ثانيهما عن بعض أنواع البيوع - ثم قسم الفرع الأول إلى ثلاثة أقسام خصص أولها لأركان عقد البيع ، وثانيها للالتزامات البائع ، وثالثها للالتزامات المشتري - كما قسم الفرع إلى ثلاثة أقسام ، تناول في أولهما بيع الأولياء وأوكلاء وشراهم لأنفسهم - وفي ثانيهما بيع الحقوق المتنازع فيها ، وترد ثالثها للمناقشة -

وسندرس أحكام البيع وفق خطة ، يوجبها تقسم الموضوع إلى ثلاثة أبواب : أولها لأركان عقد البيع ، وثانيها لأحكام عقد البيع ، وثالثها لأنواع البيوع الخاصة - كما نعهد لدراسة الأبواب الثلاثة المذكورة بفصل تهيدي نتناول فيه أصل عقد البيع - وتاريخه وطبيعته ، وخصائصه وتبليغه ضمن العقود الأخرى -

فصل تاسع

اصل عقد البيع - طبيعته - خصائصه - تمييزه عن غيره من العقود

الفرع الأول

اصل عقد البيع وطبيعته وخصائصه

اصل عقد البيع هو المقايضة ، والمقايضة هي مبادلة سلعة بسلعة أخرى ، إلا أن تعدد الروابط الاجتماعية وازدياد حاجات الناس أظهر عجز هذه الوسيلة وتعمد كفايتها في إشباع تلك الحاجات لأن من يريد الحصول على سلعة قلما يجد مالكا رافيا قيميا هو ذاته من حاجته ، ولذلك بحث الإنسان عن سلعة أخرى ذات منفعة عامة تنسب إليها قيم باقي السلع ، وتوصل إلى المعادن ، ثم تولت العقولة مع هذه المعادن ، وضحت حجمها ووزنها مقدما ، وطهرت أخيرا العقود الوكالية التي حلت محل المعادن في التداول ، وهكذا ظهر البيع .
- ان الحدوث من تاريخ ظهور العقود -

١) البيع في القانون الروماني

وكان عقد البيع عند الرومان من عقود التراضي ، إلا أنه لم يكن ناقلا للملكية ، بل كان يلزم البائع بتكبير المشتري من وضع يده على المبيع وحيارته حيازه عاداتيا ولأقتصار حق التملك والزام الغير الرومان وحدهم ، ولما كانت الضرورات تستلزم التعامل مع غير الرومان ولما كان الأجانب لا يمكنهم ان يتعاملوا على شراء شيء من دون ان يلتزم البائع بشيء التزم ، فقد اضطر المشرع الروماني ، بموجب قانون الشعوب ، الذي ان يرتب للبيع اثر واحد هو التزام البائع بتكبير المشتري من وضع اليد والي الحيازة الهادئة حتى يتيسر للرومان التعامل مع الاجانب .

(١) مسكوني ص ١٦٠ وما بعدها .

ومع ذلك كان المشتري الإلزام في العقد على البائع أن ينقل له ملكية
البيع ، لأن هذا الشرط لا يتعارض مع طبيعة البيع ، إلا أنه كان ينسج
على البائع أن يشترط عدم نقل الملكية إلى المشتري لتعارض الشرط الأخير
مع طبيعة عقد البيع .

٢٤ البيع في القانون الفرنسي :

أما القانون المدني الفرنسي فإنه وإن كان قد تخلص من المصح
والرموز المعروفة عند الرومان ، إلا أنه يبقى على التسليم واعتبره الطريق المعتاد
لنقل الملكية ، ولكن تطور هذا الفاسون أدى إلى أن ينتهي الأمر به بالاعتقاد
بالتسليم العصري . فقد كان يكفي لاعتبار تمام التسليم مجرد ذكر أن
التسليم قد وقع في العقد ، وإن كان هذا البيان مخالفاً للمادة 1582 :

وتختلف العقه حول تفسير المادة 1582 التي تعرف البيع بقولته
أنه هو (عقد يلتزم به أحد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع
التمن ويجوز أن يتم بقطعه ومنه أو عملياً) (1582 م فرنسي)

البعض منهم يروى أن عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري ، لأن المادة
أصله يلزم البائع بتسليم المبيع ، ويذهب الرأي الراجح إلى أن المود الأخرى
من القانون الفرنسي تكفل نفس المادة 1582 وتقطع في أن عقد البيع
نقل للملكية كالمادة 1528 التي تقرر أن الالتزام بنقل الملكية يتم بمجرد التهاد
إرادة الطرفين والمادة 1528 التي تقرر انتقال الملكية إلى المشتري من وقت
إتمام الطرفين على المبيع والتمن ، حتى ولو لم يتم البيع إليه أو يدفع
التمن إلى المبيع .

٢٥ البيع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني للمصري والعمالي :

تعرف المادة 105 من المطلب عقد البيع بأنه (مبادلة مال بمال
ويكون ممتدداً وغير ممتدداً) وتعريف المادة 214 من مرشد المحرر بقولها
(عقد البيع الماتج مالا للمشتري موالاً للمكون تما للبيع) .

والشريعة الإسلامية تنظر انتقال الملكية بالعقد وبصورة مباشرة . ولهذا يشترط فيها الشريعة لنفاذ البيع عند جمهورهم ولانطلاقه عند بعضهم ، ان يكون البائع مالكاً للمبيع . مما يعني ان بيع ملك لغير موقوف على اجازة المالك حسب الرأي الاول . وباطل حسب الرأي الثاني (١) وعلى الرايين لانه لبيع الفضولي ولا يحصل مالا قبل الاجازة (٢) :

ويرفع القانون المدني المصري الجديد في المادة ٤١٨ منه بقوله (البيع عقد يلتزم به المالك ان ينفذ المشتري ملكة شريه او حيا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي) .

ويستفد بعض الفقهاء من هذا التعريف لانه لا يشير الى انتقال الملكية بمجرد ابرام العقد (٣) .

كما انه يتكلم عن نقل الملكية باعتباره اسرا من الاثار التي تنزح على غيره البيع (٤)

وتعرف المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي انه البيع بانسه هو (مبادلة مال بمال) . (١٠٥م الجلة)

والتعريف اعلاه لا يقتصر على البيع . بل يشمل المقايضة والصرف . كما انه لا يشير الى انتقال الملكية الى المشتري بمجرد تمام البيع وضرورة كون الثمن الذي يلتزم به المشتري مبلغا من النقود (٥)

(١-٢) احمد ابو الفتح - المعاملات في الشرع الاسلامي - ج ٢ ص ٢٤ .
احمد ابراهيم المعاملات الشرعية المالية ١٩٣٦ ص ١١٥ وما بعدها .
علي الخفيف - محاضرات في فقه الكتاب والسنة ص ١٦٥ .

(٣) سليمان مرقس ومحمد علي امام - عقد البيع ١٩٥٢ ص ٢٣ وخلافه عند
الرأي السنهوري ج ٢ ص ٢٢ هامش رقم (١) .

(٤) محمد لبيب - عقد البيع - ١٩٦٦ ص ٧ .

(٥) عباس الصراف - البيع والايجار ص ٣٠ فني حسون طه - البيع - ١٩٧٠ ص ٢٢ حسون الطامري - البيع والايجار . ١٩٧٠ ص ١٢ حسن علي القانون البيع - ص ١٨ .

ولذلك فاننا نفضل التعريف الوارد في المشروع الاول والذي وضعه
المرحوم الامتداد الشهوري . اذ انه عرفه بأنه (مبادلية نقد بغيره
من المال) .

ومع ذلك يعتبر البيع في التشريع العراقي ناقلاً للملكية المبيع المعين بالذات
مجرد انعقاد العقد (٥٣١ م مدني) .

وانما كان المبيع عقاراً ، وجب لانعقاد البيع تسجيله في دائرة التسجيل
المعاري . فالمعقد لا ينعقد كما ان الملكية لا تنتقل الا بتسجيل العقد في الدائرة
المذكورة (٥٠٨ م مدني و ٣ تسجيل عقاري) .

المسرح الثاني

خصائص عقد البيع

يستلزم عقد البيع بالخصائص التالية حيث يعتبر بموجبها :-

١- من عقود الملزمة للجانبين

لان كلا من الطرفين دائن للطرف الاخر ومدين له . فالمشتري دائن
للبيع بالمعين المبيعة . ومدين له بالثمن . والبائع مدين للمشتري بالعين
المبيعة ودائن له بالثمن .

٢- من عقود المعاوضات :

لان كلا من الطرفين ياخذ مقابل ما يعطي فالمشتري ياخذ العين المبيعة
مقابل دفع الثمن . والبائع ياخذ الثمن مقابل ما يعطي العين المبيعة :-

ولقد اصبحت اعتبار البيع من التصرفات الدائرة بين الضرر والبيع
لانه شرط اهلية التمسر لدى المتعاقدين / كركن للاسقاط / ويشترط في البلوغ كشرط
للعقود في حق أي واحد منهما . (المادة ٩٧ من القانون المدني) .

٣- من العقود الرضائية في الأصل

(والمأخوذة أن البيع من العقود رضائية ، إذ يكفي لانعقاده مجرد انعقاد القبول بالإيجاب ولكن هذه القاعدة غير مطلقة ، لأن التشريع قد يخرج عليها لسبب من الأسباب كما هو الحال في بيع العقار (٨٠٨ م مدني) ع

والشكلية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه ، كما الرضائية للبيعت من هذا النظام ، وبالتالي فليس هناك من عالم يمنع المتعاقدين من اشتراط الشكلية ركنا لانعقاد البيع ، وفي هذه الحالة لا ينكسر مجرود الإيجاب والقبول لانعقاد البيع ، بل يلزم لذلك أيضا توافر الشكل المتفق عليه بين الطرفين .

الآن ان اشترط المتعاقدين أو القانون شكلا خاصا لا بدت ، بل لا يقبلون صفة العقد الرضائية ، فما دام يكفي في وجود العقد رجاء الطرفين فالعقد رضائي حتى لو اشترط القانون أو الاتفاق لاثباته الكتابة .

وفي حالة غموض قصد الطرفين فإن بعض التشريعات تقبل قرينة بموجبها يفترض أن اشترط الكتابة إنما ورد لفرض جعلها ركنا لانعقاد ، ولكن عند القرينة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس (٦)

ولا يوجد حكم في التشريعين المصري والعراقي ، ولكن يذهب الرأي الراجح إلى اختيار الكتابة عند الشك للإثبات لا لانعقاد لأن الأصل في العقود الرضائية أن الشكلية لرد عليها استثناء (٢) .

٤- عقد نائل للملكية :

فالأصل في عقد البيع أنه عقد نائل للملكية بطبيعته ، لأن القصد منه هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ولكنه إذا كان انتقال الملكية من طبيعة العقد إلا أنه

(١) المادة ١٥٤ من القانون المدني الألماني والمادة ١٦ من قانون الالتزامات والسوى .

(٢) السليوري ج ١ ص ١٥٢ هامش (١) فكمي هذا الرأي : سليمان ونس محمد علي امام ص ٢٥

ليس من مستلزماته . كما في حالة اتفاق الطرفين على ارجاء انتقال الملكية الى فترة لاحقة ، وكذلك في بيع الاشياء المعينة بالنوع والبيع بخيار الشرط (١) الا انه لا يجوز اشتراط علم انتقال الملكية لتعارض ذلك مع طبيعة هذا العقد .

٥ - من العقود المحددة في الاصل :

وتعد البيع يعتبر في الاصل من العقود المحددة ، لان بإمكان كل من البائع والمشتري تحديد التزاماته وحقوقه وقت إبرام العقد . ولكن يجوز ان يكون من العقود الاحتمالية كما لو باع شخص مينا مقابل من يدفع على شكل ايراد مرتب مدى حياة البائع . فالمن في هذه الحالة غير ثابت ، اذ قد يقل او يزيد بحسب طول او قصر عمر البائع .

٦ - عقد البيع فوري التنفيذ في الاصل :

فالعالم ان ينفذ المتعاقد ان التزاماتها دفعة واحدة في الوقت المعين لذلك في العقد . ومع ذلك يجوز ان يكون عقد البيع مستمر التنفيذ كالاتفاق على تنفيذ الالتزامات العقارية على شكل دفعات متعاقبة ، كما هو الحال في عقود المشاركة في الصحف والشركات الدوريسية .

(١) البيع بخيار التميين هو البيع الذي يلصق على احد اشياء معينة ويكون لهاء البائع باسرها مبرتا له .

الفصل الثالث

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

تم تمييز عقود البيع عن غيرها من العقود لثلاثة أسباب من أهمها من البيع والقسم الآخر من عقود أخرى غير البيع . فيقوم التمييز حيثما حول نوع هذا العقد .

ونظراً لما لتحديد نوعية العقد من أهمية . فمن الضروري التمييز هنا بين عقد البيع وبين هذه العقود التي تقترب منه أو تختلط به بشكل مسن الأشكال ومسمى :

١- البيع والهبة .

الهبة تملك مال لآخر بلا عوض . فالعوض هو الذي يميز البيع عن الهبة . ومع ذلك قد تكون الهبة بعوض لما الحكم في هذه الحالة إذا تبين من الوقائع وجود نية التبرع فالمقدمة هنا حتى ^١ والشروط العوض في العقد والا فيحشر فيما ومقالة وجود أو عدم وجود نية التبرع مسألة وقائع يكتمل عنها القاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه .

ومن الفرائض التي تدل على وجود نية التبرع اشتراط الوهاب دفع العوض إلى شخص ثالث . ولكن إذا كان العوض من النقود وكانت تساوي أو تقارب قيمة الشيء الموهوب فالعقد بيع لا هبة في هذه الحالة . لاستخدام نية التبرع .

٢- البيع والوصية :

البيع هو تملك البائع (المشتري) المبيع في الحال مقابل لمن معين . أما الوصية فإنها تملك بلا عوض مضائق كل ما بعد الموت .

ولكن قد يحاول البعض التحايل على القانون . فيصد مثلا إلى تصوير الوصية بصيغة عقد بيع فيعنى في العقد أن الأب باع ولده فلان المال الفلاني بمبلغ معين على أن لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد وفاة الأب .

ان هذا العهد ما هو في الحقيقة الا وسيلة لاختفاء وصية مستورة .
بما الاب فتح بقية الورثة من استعمال حقه في اجازة او عدم اجازة الوصية
فبما يزيد على ثلث التركة .

في مثل هذه الحالات يترتب على القاضي ان يطبق احكام الوصية لا احكام
البيع . الا اذا لم يجد سندا لاعتبار العقد صحيحا .

ان وصف التصرف بأنه بيع او وصية يخضع للظروف الموضوعية التي لم
تجها التصرف ومن ثم للقاضي بحسب هذه الظروف استخلاص التكبير
القائم للعقود .

ويلاحظ ان المادة ٩١٧ من القانون المدني المصري تنص في هذا الصدد
على انه (اذا تصرف شخص لآخر ورثته واحتفظ بإيالة طريقة كانت بجازة
العين التي تصرف فيها ، وبغلة في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف
نظاما الى ما بعد الموت ونسرى عليه احكام الوصية مالم يتم دليل يخالف ذلك) .

بالمشروع المصري . فبطل في هذا الصدد تربية قانونية ، بنقضها يعتبر
التصرف لآخر الورثة وصية . الا احتفظ بالتصرف بعناية العين التي
تصرف فيها او يخطه في الانتفاع بها مدى حياته . الا ان بالامكان التبان خلاف
هذه القرينة . ولعدم وجود نص مماثل للنص اعلاه في التشريع العراقي ، فإن
وصف التصرف بأنه بيع او وصية يكون متروكا للقضاء ان يقدره بحسب الظروف
الموضوعية التي تم التصرف فيها (١) . ومع ذلك يشاهد بان التشريع العراقي
يشير ^{الى} التصرف الناقل للملكية والصادر من الموت في مرض الموت في حكم
الوصية ، اذا كان على سبيل التبرع . (١١٠٩م مدني) .

٣ - البيع والوديعة

الوديعة عقد يتوجه بحقل المالك او من يتسوم مقامه حفظ ماله
الى الغير ولا يتم الا بالتسليم والقبول والوديعة بان يردده حيناً (٩٥٩م مدني) .
فالملكية في البيع تنتقل من البائع الى المشتري مقابل عوض . بينما لا تنتقل في

(١) لغير حصول طه من ٢٧٠ - الصرف من ٢٤٠ .

الوديعة . ومع ذلك ^{فقد} ~~تعد~~ التمييز بينهما في الأحوال التي يسلم فيها شخص
لاخر شيئا لبيعه على ان يرد ثمنه او الشيء نفسه عند عدم التمكن من تصريفه .
كما لو ادع المؤلف نسخا من مؤلفه لدى احدى المكتبات ليتولى صاحب المكتبة
بيعها مقابل اجر معين يستقطع من الثمن .

استقرت احكام المحاكم الفرنسية على مالفت به محكمة النقض والابنوام
عام ١٨٦٠ في قرار لها . تعتبر بوجبه العملية الواقعة بين تاجر الجملنة
وتاجر الفرد عقد بيع لان من مقتضيات عقد الوديعة الزام الوديع برد نفس العين
المودعة . الا ان العيار الذي يملكه تاجر الفرد بين رد الثمن او نفس العين
يجعل هذه العملية عقد بيع مطلق على شرط .

ويذهب بعض الشراح في مصر الى اعتبار العملية بيما مطلقا على شرط
فاسخ لان العقد وان كان يشبه الوديعة الا انه يختلف عنها في ان الوديع يلتزم
برد الوديعة بيما بيده لصاحب المكتبة الحق في رد نسخ الكتاب او ثمن ما باع
منها بعد خصم حصه من الثمن . علاوة على ذلك فان ملكية الكتب تنتقل الى
صاحب المكتبة . مع استفاضة معنى القول عن الشراء اذا لم يتم تصريف الكتب (٦) .

والرأي الرابع . هو الذي يستوجب تكليف العقد بحسب اية الطرفين
المتعاقدين . وحدة النية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد وشروطه فالعقد
تعد يكون بيما تاجرا او مطلقا على شرط واقف او فاسخ . او عقد وكالة
بالبيع بحسب الاحوال (٧) .

٤ - البيع والتقايطنة :

اذا كان الثمن مبلغا من النقود فالعقد بيع . واذا كان شيئا اخر من غير
النقود فالعقد تقايطنة .

ولكن قد يصعب التمييز بينهما في بعض الحالات كما لو كان التقايطنة
سبائك ذهبية او اوراق مالية كالاسهم والسندات . حيث يلاحظ ان بعض الشراح

(٦) مرقس أصنام ق٢٥ .

(٧) غنى حنون طه ص ٤٦ - فازن - الصراف ص ٢٢ .

يذهبون الى اعتبار العقد بيعا في هذه الحالة ، لان هذا المقابل ليس مقصودا لذاته بل العقود التي يمكن الحصول عليها عن طريقه ، اما الرأي الراجح فيجب الى اعتبار العقد معاوضة ، لان المقابل وقت التعاقد ليس من العقود خاصة وان القول بخلاف ذلك سيؤدي الى اعتبار المعاوضة بيعا كلما امكن تقييم احد البعدين (١) .

ولكن ما الحكم اذا كان المقابل بعضه من العقود وبعضه من غير العقود؟
يذهب الرأي الرابع (٢) الى وجوب أخذ نسبة العقود الى قيمة المال الاخر بنظر الاعتبار ، فاذا كانت العقود هي المنصر الغالب كان العقد بيعا والا كان معاوضة .

اما اذا كان المقابل نصفه من العقود والنصف الاخر من غير العقود فالعقد في هذه الحالة يعتبر عقدا مركبا من البيع والمعاوضة (٣) .

سكيا ان الرأي الرابع يذهب الى اعتبار العقد بيعا في حالة ما اذا كان المقابل ايرادا مرليا مدى الحياة ، بمعنى ان الثمن هو من العقود وان كسبان حلقوا على وجه احتمالي في صورة الأيراد .

وللتمييز بين البيع والمعاوضة اعينته العملية ، فاللجنة ٥٨٣ من القانون المدني تنص على ان (العقود عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من الصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك) ، في حين ان المادة ٦٠٠ من نفس القانون تنص على ان (مصرفات عقد المعاوضة وغيرها من التقلات الاخرى تحمّلها المتعاقبات متعاقبة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) ، لان كل من الطرفين فيه بائع ومشتري في نفس الوقت .

(٣-١) السهوي ج ٢ ص ٢٩ ، منصور مصطفى منصور ص ٢٨ ، العامري ص ٢٥ ، نجني حنون طه ص ٤٢ ، مرتضى امام ص ٨٥ .

حرج البيع والإيجار :

البيع يرمي الى نقل ملكية البيع الى المشتري ، بينما عقد الإيجار يقتصر على تحويل المستأجر صلاحية الانتفاع بالمأجور ، ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في الحالتين التاليين :

أولاً - وقوع العقد على التمار والحاصلات :

قد يتفق الطرفان على تحويل أحدهما صلاحية جني ثمار الشيء وحاصلاته مدة معينة في مقابل عوض معين فهل يعتبر العقد في هذه الحالة بيعاً أم أنه عقد إيجار ؟ .

يعتبر البعض العقد بيعاً نظراً لورود العقد على الحاصلات لأن الحاصلات كالثمار والقمح ينتظم من أصل الشيء ، أما إذا ورد العقد على الثمار فإنه يعتبر إيجاراً في هذه الحالة ، لأن الثمرات كمنتجات الأرض دورية تتجدد دون انتقاص من أصل الشيء .

ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي مطلقاً لأن ليس هناك من مانع يمنع المتعاقدين من بيع الثمار نفسها وهي مازالت في الأرض ، كما أنه لا مانع من أن يؤجر صاحب الثمر منجمله ليستغلة المستأجر مقابل أجره دورية .

غير أن العقد بيعاً لا إيجاراً إذا كان حق التصرف اليه يقتصر على أخذ الثمار الناضجة المعدة للنقل دون أن يكون له أي حق على الشيء الأصلي المنتج للثمار ، أما إذا كان للتصرف اليه القيام بالأعمال اللازمة لانضاج الثمار وحصدها إضافة لحقة في أخذها ، فالعقد يعتبر في الحالة الأخيرة إيجاراً لا بيعاً .

والرأي الراجح يقتضي أخذ قصد المتعاقدين بنظر الاعتبار عند تكييف العقد والقاضي استخلاص هذا القصد من ظروف التعاقد ، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز . فمثلاً يمكن اعتبار ورود العقد على الحاصلات قرينة على بيع لأن استخراجها ينتقص من أصل الشيء ، كما يمكن اعتبار ورود العقد على أخذ الثمار قرينة على أن العقد إيجار لا بيع ، لأن أخذ الثمار لا ينتقص من أصل الشيء .

وكل ذلك بشرط الأيتمت من طرف آخر إن الرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى غير ذلك .

ثانيا - الإيجار المسار للبيع (البيع الإيجاري) :

الإيجار المسار للبيع قد يوجبه يتم إيجار مالي معين لمدة معينة ظاهره أو غير معين ، على أن يخلط العقد بعبارة "وإن المستأجر بجميع التزاماته وفاء تاما ."

اختلف الفقه حول تكييف هذا العقد ، فالحق يعتبره بيما مستورا مطلقا على شرط فاسخ هو إخلال المشتري بالتزامه في دفع الإقساط ويحسره آخرون بطلا ، لأنه يؤدي إلى خدع الجمهور ، إذ أنه يرميهم بأن حاله المتسول يسير الحال فيفرضونه ، حوالا قد تصبح عليهم لانه في الحقيقة ليسوا مسلمين ، ويرى رأي ثالث بأن العقد قد مركب من البيع والإيجار ، فهو بيع مطلق على شرط ولفق وإيجار مطلق على شرط فاسخ .

أما التشريع العراقي يعتبره بيما على شرط ولفق هو الإفساد ببيع الإقساط الممنوع المادة ٥٢٤ من القانون المدني .

٦ - البيع والغرض بخاصة

الغرض (هو دفع عين معلومة مثلية تستهلك بالاستفاد بها على أن يرد مثليا (٦٨٤ م مدني)) بيعا (البيع) مبادلة عمال بمبلغ معين النقود ، إلا أن بعض المراجعين قد يجاؤون إلى التحايل على أحكام القانون الخاصة بالعقود فيصورون الغرض بقائمة على أنه عقد بيع ، كما هو الحال في عقد (المهاتمة) الذي يوجبه يشتري شخص بضاعة من شخص آخر يتسلم مؤجل ، ثم يبيعاها أو نفس البائع يتسلم مؤجل يكون أقل من الثمن الذي اشتراها به ويقض الثمن المؤجل قورا ويطلب مدينا بالثمن المؤجل وتمتد الضمانة إلى صاحبها الأول .

إن العملية المزبورة اعلاه ليست في الحقيقة إلا قرضا برضا فاحش ولكن لجأ إليها المتعاقدين بقصد التحايل على أحكام القانون الخاصة بالفاصلة القانونية ، فالمشتري المزعم وكأنه قد التزم الثمن المؤجل بقائمة تعادل الفرق

بين التمتين المزوج والمعجل لذلك على القاضي اذا تبين له ان هذه هي نية الطرفين المتعاقدين تطبيق احكام الفرض وتخطيط الفوائد الفاحشة الى الحد القانوني وفقا لاحكام المادتين ١٧١ و١٧٢ من القانون المدني .

٧ - البيع والوفاء بمقابل :

يتميز الوفاء بمقابل عن البيع من حيث انه يفترض وجود التزام سابق . في حين ان البيع عقد مستقل قائم بذاته . وعليه فصحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجود هذا الالتزام .

ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في حالة ملكية شيء . اعطى في مقابل دين . قبل يعتبر الدين بالعا والمدانين مشتركا .

ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . فهو يخضع لاحكام الوفاء لانه يزود ال ابراء ذمة المدين ويخضع لاحكام البيع لانه ينقل ملكية المقابل الى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع الى المشتري (٣٦٦ م مدني)

٨ - البيع والمقابلة :

ان المقابلة تنصب على العمل بينما تنصب البيع على الملكية . ولكن الصعوبة تنور اذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمواد معا . فهل تعتبر العملية بيعا او مقابلة ؟ الرأي الراجع في الفقه يذهب الى اعتبار العقد في هذه الاحوال عقد بيع اشياء مستقلة ، الا اذا كانت قيمة المواد المقدمة تافهة بالنسبة الى عمل المقاول نفسه فالرسم الذي يتعهد برسم صورة لا يعتبر بالعيا للقطعة الخشبية او لقطعة القماش التي يرسم الصورة - عليها . لان قيمة هذه المواد تعتبر تافهة اذا ما قورنت بقيمة العمل الذي يقدمه . وكذلك الحكم اذا تعهد المقاول باقامة بناء على ارض مملوكة لسرب العمل بادوات من عنده . لان قيمة هذه الادوات ثانوية بالنسبة لقيمة الارض . اما اذا كانت الارض ملكا للمقاول الذي يتعهد باقامة البناء بادوات من عنده فالمقد يعتبر في هذه الحالة بيعا للارض في حالتها المستقبلية . أي بعده ان يقام عليها البناء .

أما إذا تفاوتت قيمة المواد الأولية وقيمة العمل، فالعقد يكون في حقه الحالة مزيجاً من بيع ومقاوله، على حسب الرأي الراجح في الفقه.^١
ولا يتور الخلاف في ظل التشريع العراقي، لأنه يسمح ببيان إتجاه المفاوض بتقديم العمل والمادة معاً (٨٦٤، ٨٦٥/٢ م مدني).^٢

٩ - البيع والوكالة :

الوكالة عقد ينصب على عمل (٩٢٧ م مدني) ينهاها البيع فينصب على

نقل ملكية أو حق ميني، ومع ذلك فقد اتور الصعوبة عند التمييز بين عقد البيع وبين ما يدعى (عقد التوزيع) الذي يبرجه تسلّم أحد الطرفين بضاعة معينة ليبيها ضمن معين يزيدى إلى صاحب البضاعة أو منتجها، على أن يكون له الحق في أن يرد للمالك أو المنتج ما يتبقى من البضاعة دون بيع، فهل يعتبر العقد بيعاً أم وكالة؟ الرأي الراجح يذهب إلى أن العبارة هنا تكون بقصد الطرفين المتعاقدين، فإذا تبين من ظروف التعاقد وملازماته أن نية الطرفين متجهة إلى أن ينقل المالك حقه إلى المتعاقد الآخر بحيث يصبح الأخير مالِكاً حقيقياً لهذا الحق فالعقد بيع ولا فهو وكالة.^٣

ولفاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا الصدد، ولا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز.^(١)

(١) السهوري ج ٤ ص ٣١٣ و ٣١٤، الطامري ص ٢٢، غنسي حنون طه ص ٣٨

الباب الأول

كيفية عقد البيع

البيع كعقد لا يتعقد إلا إذا توافرت له أركان كل عقد من رضا ومحل وسبب *
وفد يشترط القانون الشكلية كركن رابع فيه *

السبب في العقود الملزمة للجائين مزدوج . لسبب التزام احد الطرفين
ليسا هو تنفيذ التزام الطرف الآخر . ففي عقد البيع سبب التزام البائع * هو
تنفيذ التزام المشتري . وسبب التزام المشتري هو تنفيذ التزام البائع
وعند لا تحديد في ركن السبب في عقد البيع فنحيل الى النظرية العامة للعقد *

المحل في عقد البيع مزدوج ايضا * فالمحل التزام المشتري هو التمسك
ومحل التزام البائع هو البيع *

مخبر الرضا في عقد البيع يخضع للاحكام العامة في نظرية العقد لذلك نحيل
اليها مع التركيز على بعض الجوانب التي لها اهمية خاصة في عقد البيع *

كما بالنسبة للشكلية كركن من اركان عقد البيع فان القانون يعتبر هذا
العقد في الاصل من العقود الرضائية ويستثنى من هذا الاصل بعض هذه العقود
فالمشروع يعتبر عقد بيع العقار من العقود لشكلية التي لا يتعقد الا برضا
الشكلية المقررة في القانون . اي الا اذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري (١)
المواد ١٢٥٠-٨٠٩٠ من القانون المدني والمادة ٣ من قانون التسجيل العقاري
والمادة من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ - تعتبر بيع المركبات من البيوع
الشكلية التي لا يتعقد الا بتسجيله في دائرة المرور (٢)

كما ان القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٥ يعتبر تسجيل عقد بيع المكائن من
البيوع الشكلية التي لا يتعقد الا بالتسجيل في دائرة الكاتب العدل

(١) ارجع ركن السبب في النظرية العامة للعقد والمادة ١٢٢ من القانون المدني
(٢) قرار محكمة الاستئناف الثالثة المرقم ٧٣٢ م ٣ متقول ١٩٨٩/٩٨ في

وبالنسبة للبيوعات الجارية من قبل الجهات الرسمية عن طريق المزايعة
كالبيع الذي يتم بواسطة مديريات التنفيذ ودوائر التسجيل العقاري فإن
المادة ٨٩ لقانون المدني تنص بأن العقد (لا يتم إلا برسم المزايعة)
ولكن مع ذلك يجب أخذ أحكام القوانين الأخرى بهذا الشأن بنظر الاعتبار كالمادتين
١٠٢٠٩٧ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ اللتين تقرران بأن ملكية
العقار المبيع في المزايعة تنتقل إلى المشتري بانتهاء مدة المشرة أيام المتوحدة
للمدين، إذا لم يتم المدين خلالها بسداد الدين وملحقاته وكان المشتري قد
دفع البديل ورسوم ومصاريف التسجيل .

كما ينبغي مراعاة أحكام قانون بيع وأيجار عقارات الحكومة رقم ١٧ لسنة
١٩٦٧، فحسب المادة الثامنة منه ينفي تسليم المبيع إلى المشتري بمسدة دفعه
البديل أو القسط الأول إذا كان البديل مقسطاً حتى قبل تسجيل العقار باسمه
في دائرة التسجيل العقاري . كما لا يجوز لوزارة المالية المدول عن البيع
واسترداده إلا عن طريق المحاكم وذلك إذ امتنع المشتري عن تنفيذ
التزاماته المقررة في المادة السادسة من نفس القانون .

ومعنى ذلك أن بيع العقار يتم دون حاجة للتسجيل في دائرة التسجيل
العقاري إذا كان قد جرى وفقاً للقانون أعلاه .

وحسب أحكام المادتين ٦١،٦٠ من قانون إدارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة
١٩٦١، فإن البيوع التي تتم بمقتضاء تعتبر نائلة للملكية العقار إلى المشتري من
وقت صدور القرار بالبيع ودفع الثمن . ولا يجوز للبلدية المدول عنها .

وأهمية تسجيل هذه البيوع في دائرة التسجيل العقاري تقتصر على
تمكين المشتري من التصرف بالعقار للتغير (١) .

(١) جاء في قرار محكمة التمييز أن البيوع الواقعة على الأمتال غير المنقولة من
قبل الدوائر الرسمية تعتبر صحيحة وملزمة ولو لم يتم تسجيلها في دائرة
التسجيل العقاري، طالما جرت وفقاً لأحكام القوانين المرعية . القرار رقم
٤٥٠/حقوقية ثانية / ١٩٧٠ في ١٥ / ٥ / ١٩٧٠ (غير منشور) .

ويذهب رأي الـ الى انه بعد نفاذ قانون التسجيل العقاري وهو القانون الذي ينظم امور التسجيل العقاري من جميع جوانبها ، يجب لانقضاء البيع التي تجريها الدوائر الرسمية وفقا لاحكام القوانين الخاصة بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وذلك بحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري التي اعتبرت التسجيل ركنا من اركان التصرفات العقارية(١) ان هذا الرأي يستند الـ ان قانون التسجيل العقاري هو قانون لاحق في صدوره على القوانين المشار اليها سابقا . وبهذا الاعتبار فانه يلغى احكام القوانين المذكورة ويعملها كلما تعارضت مع احكام القانون الجديد .

١١- اننا نرى رأيا آخر هو ان قانون التسجيل العقاري وهو تشريع جديد عام لايلغى او يعدل احكام القوانين المذكورة وانما تبقى الاخيرة سارية باعتبارها استثناء على قانون التسجيل العقاري .

وعلى كل حال ستبحث التراخي والحل في عقد البيع في فصلين متعاقبين .

(١) مصطفى مجيد ، المرجع السابق ، ج١ ص ٥١ .

الفصل الاول

التراضي

ان التراضي في عقد البيع من حيث الاعلية ووجوده وصحته يخضع لاحكام التراضي في النظرية العامة للعقد لذلك نجعل اليها - ولكن من الضروري هنا التركيز على بعض جوانبه التي لها اهمية خاصة في عقد البيع - ومن هذه الجوانب ما يتعلق بوجود الرضا وصحته ، ومنها ما يتعلق بصدور الرضا ووصفه هذا باستحيته في الفرعين التاليين .

المسرح الاول

وجود الرضا وصحته

التراضي يعني اتحاد ارادتين ، أي اتحاد القول بالايجاب على اسرار عقد البيع (٧٧/١م مدني) - ولا يكفي لانعقاد البيع مجرد وجود الرضا ، بل ينبغي تراضي الطرفين بشأن جميع المسائل الجوهرية في العقد - كما ان الايجاب قد يكون موجها للجمهور ، الامر الذي يقتضي دراسة ذلك في محتين ، اخصى اولهما للتراضي على المسائل الجوهرية ، وثانيها للايجاب الموجه للجمهور . ويضاف اليها مبحث ثالث مخصص لسلامة الرضا من العيوب .

المبحث الاول

تراضي على مسائل الجوهرية

سواء كان الموجه للجمهور أو الموجه للبيوع
المسائل الجوهرية في عقد البيع هي : طبيعة العقد والمحل (البيع والتمن) . لذلك ينبغي لانعقاد عقد البيع تراضي الطرفين على هذه المسائل ولما كان التراضي على هذه المسائل تخضع لاحكام التراضي على المسائل الجوهرية في النظرية العامة للعقد فنكتفي هنا بالإحالة اليها منعاً للتكرار على انه ينبغي هنا الإشارة الى حالة خاصة بعقد البيع وهي حالة عاذا اراد البائع البيع

بتمن معين قبل المشتري الشراء بتمن اعلى او عرض المشتري كما قبله
البائع بتمن اقل . فما الحكم من هذه الحالة ؟

ناخذ مجلة الاحكام العدلية ياساس مطابقة القبول للايجاب ضمنا . وعنده
المطابقة الضمنية تنحقق اذا كان الايجاب يدخل ضمن القبول . ويترتب على
ذلك انه لو طلب البائع الف دينار كتمن للبيع ووافق المشتري على الشراء
بالف وخمسةائة ديناراً ، انعقد البيع على الالف دينار ، لان ايجاب البائع دخل
ضمن قبول المشتري فنتحقق المطابقة الضمنية (٢١ - ١٠) ان المشتري يلتزم بالمبلغ
الذى عرضه ، اذا قبل البائع الزيادة في المجلس . لان كلام المشتري في هذه
الحالة يعتبر ايجاباً جديداً وكلام البائع قبولاً فيتعقد البيع بالتمن الاخير .
وكذلك الحكم لى لو قال المشتري اشتريت منك هذا المال بالف دينار قبل
البائع بثمانائة دينار فان العقد ينعقد بالتمن الاخير ، ويلزم تنزيل المائتين من
الالف (المادة ٧٨ من المجلة) .

ويذهب الفقيه الفرنسي ، بويه ، الى القول بان العقد ينعقد بالتمن الاقل ،
لان المشتري وقد قبل بتمن اعلى من التمن الذى يطلبه البائع يعتبر راضياً
بان يشتري بالتمن الاقل من باب اولى .

ولكن يرد على هذا الراى بالقول انه كما يمكن القول بان المشتري ، سقى
يقبل الشراء بالتمن الاعلى فهو يقبل بالتمن الاقل ، فانه يمكن القول كذلك بان
البائع الذى عرض بالتمن الاقل الذى عرضه فانه يقبل بالتمن الاعلى من باب
اولى .

وكنيجة لهذا الانتقاد حاول اصحاب هذا الراى تعديل انعقاد البيع بالتمن
الاقل بالرجوع الى القواعد العامة التى تنص بان الشك في الالتزامات يفسر
في صالح المدين . فالمشتري هو المدين بانءاء التمن فيجب ان يفسر الشك
لصلحة ، وتنص بصلحة المشتري بالزامه بالتمن الاقل .

ويميز فريق اخر بين حالة ما اذا زاد المشتري في التمن الذى طلبه
البائع او اذا انقص البائع في التمن نتيجة وقوعه في الخط ، وحالة ما اذا زاد

(١) منير القاضى ج ١ ص ١٨٥

المشتري في السن أو التمس البائع فيه وهو على بينة من الأمر^(١) ويقررون انعقاد البيع بالتمن الأقل في الحالة الأولى، وعلى التمن الأعلى في الحالة الثانية لأن الحق الأصلي للملتزم بالتمن، وهو المشتري، هو الذي يبقى أن يؤخذ به في الحالة الأولى^(٢)، وهذا الحق يقتضي انعقاد البيع بالتمن الأقل، أما في الحالة الثانية فالبيع ينعقد على التمن الأعلى لأن زيادة المشتري في التمن تعتبر تعديلاً لإيجاب البائع وبالتالي يصبح قبول المشتري إيجاباً جديداً موجهاً للبائع بشرط حفظ ولا يحتاج لانعقاده إلى قبول المشتري، بل يعتبر سكونه في حكم قبول لأن الإيجاب الجديد نافع له تماماً محضاً^(٣) وكذلك الحكم فيما لو قبل البائع البيع بتمن أقل وهو على بينة من امره، إذ إن قبول البائع في هذه الحالة يعتبر إيجاباً جديداً موجهاً إلى المشتري، ويعتبر الأخير قابلاً له يسكونه لأن الإيجاب الجديد يحظى بمصلحته^(٤).

ويذهب رأي عدداً إلى عدم انعقاد العقد في مثل هذه الأحوال لأنه يشترط أن يطابق القبول الإيجاب في جميع الشرائط التي يتناولها، فإذا لم يتحقق هذه المطابقة انزل القبول منزلة الأيجاب، وأصبح مفتقراً إلى قبول الموجب والسبب في هذا أن قاعدة التطابق يجب الأخذ بها على إطلاقها، فلورطسي المشتري بتمن يزيد على ما يطلبه الموجب أو قبل البائع تمناً يقل عما يرضاه المشتري لم تتحقق المطابقة القانونية، وإن وجدت المطابقة الحسابية في الأقل بين التمتين^(٥) لأنه إذا وقع الاختلاف في نطاق ما انصرف إليه القبول مــــن عناصر الصفقة بما هو في مصلحة الموجب انتفت مطابقة القبول للإيجاب قانوناً^(٦) وهذه هي المطابقة المطلوبة وفقاً للمادة ٨٥ من القانون المدني^(٧).

وخلاصة الرأي أعلاه هي أنه إذا قبل المشتري التمناً بتمن أعلى ممن الذي طلبه البائع لا تتحقق المطابقة المطلوبة في المادة ٨٥ من القانون المدني العراقي، ويصبح قبول المشتري إيجاباً جديداً مفتقراً إلى قبول البائع ومن ثم لا ينعقد البيع لأعلى التمن الأقل ولا على التمن الأعلى^(٨).

(١) السهوي ج ٤ ص ٤٣ هامش (١) عرقن امام ص ٤٤.
 (٢) محمود سمه الدين التبريزي ج ١ ص ١١٠.

وينتقد البعض هذا الرأي لأنه يأخذ حكم المادة ٨٥ من القانون المدني العراقي بمعزل عن بقية اصول هذا القانون وخاصة نص الفقرة الثانية من المادة ٨١ التي تنص على انه (ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وانصل الايجاب بهذا التعامل او اذا لم تكن البضاعة من وجهة اليه . وكذلك تكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط) . الا بالجمع بين المادتين ٨٥ و٨١ من القانون المدني العراقي يمكن القول بأنه اذا زاد المشتري في الثمن الذي طلبه البائع او انقص البائع من الثمن الذي عرضه للمشتري فبان ذلك يعتبر ايجابا جديدا . فاذا صادف هذا الايجاب سكونا من الطرف الاخر فبان هذا السكوت يمكن اعتباره قبولا لتخص هذا الايجاب لمصلحة الساكت (٢) ولا يوجد فرق بين هذين الرأيين فكلهما يعتبر قبول المشتري بثمن اقل وقبول البائع بثمن اقل ايجابا جديدا يفترق الى قبول . والقبول قد يكون صريحا او ضمنيا او عن طريق السكوت في الحالات الواردة في المادة ٨١ ومنها حالة تخلف الايجاب لمصلحة من وجه اليه .

ويعتبر ذلك

المبحث الثاني

الايجاب الموجه الى الجمهور

المالب في الايجاب ان يكون موجها الى شخص معين بالذات . فينتقد البعض في هذه الحالة اذا ما صادف قبول هذا الشخص .

الا ان الايجاب قد يكون موجها الى الجمهور فما الحكم في هذه الحالة ؟ تنص المادة ٨٠ من القانون المدني في هذا الصدد على انه (١) - يعتبر عرض البضائع الموجه للجمهور ببيان ثمنها ايجابيا (٢) - اما النشر والاعلان وبيان الاسعارا جاري عرضي التعامل بها وكسل بيان اخر متعلق بعروض او طلبات موجهة للجمهور او للفراد فلا يعتبر عند التسك ايجابا وانما يكون دعوة الى التفاوض) .

(٢) الصراف ص ٤٦ .

فالتسرع يعرف بين الحالين التاليين :

(١) عرض البضاعة في المتجر والإعلان عنها مع بيان ثمنها

ان عرض التاجر لبضائجه في واجهة المعرض مع بيان ثمنها يعتبر ايجابيا موجها الى الجمهور . وهذا الايجاب يظل قائما وصالحا لان يفترض انه قبول اي فرد من الجمهور مادام ان التاجر لم يرجع بعد عنه .

فالتبيع يعتقد ان تقدم احد افراد الجمهور بالقبول قبل ان يرجع التاجر عن ايجابه بسحب البضاعة من واجهة المتجر او رفع الثمن المبين عليها .

والمفرد اذا ما لم يمانه ينصب على البضاعة المروضة في واجهة المتجر بالذات ولذلك لا يجوز للمشتري المطالبة بتسليمه بضاعة مماثلة للبضاعة المروضة في واجهة المتجر . ولكن للتاجر ان يسلم المشتري بضاعة مماثلة بدلا من البضاعة المروضة ولا يسوغ للمشتري المطالبة بالبضاعة المروضة . لان تنظيم هذه البضاعة بالذات يتطلب جهونا لا يبرر له في عساة تنظيم الواجهة واستمرار مع بيان الثمن . على ان يكون دخول المحل مباحا للجمهور (٢) .

والبائع يكون ملزما ببيع البضاعة المروضة لاي شخص يتقدم للشراء في وجود الكمية الشؤفة لديه منها . لان الاصل في عقد البيع ان لا اعتبار لشخصية المشتري والاحكام اصلا لا تقتصر على البضائع المروضة في واجهة المتجر مع انها ملط . بل هي تسري أيضا على البضائع المروضة داخل المتجر مع بيا الثمن . على ان يكون دخول المحل مباحا للجمهور (٢) .

ويعتبر اعلان التاجر عن بضائجه مع بيان الثمن في الصحف او المنشورات الخاصة التي توزعها المحلات التجارية على الجمهور . ايجابيا صحيحا وصالحا لاقتراح قبول اي فرد من الجمهور به . ويتوجب على التاجر ان يسلم البضاعة الملط عنها لجميع الذين يتقدمون اليه لشراؤها . على ان لا تكون البضاعة قد نفذت . لان ايجاز التاجر بسقط بفعلا البضاعة الملط عنها فنفسا البضاعة الملط عنها بعد بالنسبة للتاجر في حكم رجوع الموجب عن ايجابه (٢) .

(٢-١) مرقس وعلام ق٢٥ - علي حسون طه ص ٦٠

ج ٤ ص ٤٩ .

ص ٤٦ = السنهوري

ولكن لا يجوز للتاجر الامتناع عن تلبية طلبات الراغبين في الشراء بحجة ارتفاع الاسعار من وقت ارسال النشرات الا اذا مضت مدة طويلة بين ارسال النشرات وتقدم العميل للشراء (١) .

وكذلك يعد اعلان التاجر عن بضاعه ايجابيا صحيحا حتى ولو لم يكن عند التاجر شيء من البضاعة التي اعلن عنها وقت الاعلان او كان عنده منها لسدرا يسيرا فقط . ان يفترض ان التاجر قد تعهد بايجابه ان يشتري من هذه البضاعة من السوق ما يفي طلبات الذين يتقدمون اليه يقول والا فلا يفي اي معنى لهذا الايجاب . ولا يجوز للتاجر في هذه الحالة الامتناع عن تلبية هذه الطلبات بحجة عدم وجود البضاعة في الاسواق او ارتفاع الاسعار او الندرة التي طرأت على البضاعة بعد الاعلان والا فيلزم بالتعويض .

ولكن يشترط لالتزام التاجر بتلبية طلبات الراغبين في الشراء وقوع هذه الطلبات اليه ضمن المدة المحددة للايجاب اولى المدة المفقولة التي يقررها القاضي في حالة عدم تحديد المدة المذكورة في الاعلان .

كما يعتبر اعلان التاجر لبيع بضاعه ضمن معين يدفع على الساط ايجابيا ملزما له لذلك لا يجوز للتاجر الامتناع عن البيع بحجة عدم امكانه ان يسدده المتقدم للشراء . للاسباب الموجبة عالم يكن قد احتفظ لنفسه بهذا الحق او تيسر سبق اعلان المالك او احد الوارثين في الشراء وفقا للقانون

٢٥- عرض البضاعة او الاعلان عنها دون بيان الثمن :

اذا لم يكن عرض البضاعة او الاعلان عنها مصحوبا ببيان الثمن او كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل ادراك معناها ، فان العرض ، او الاعلان لا يعتبر ايجابيا في هذه الحالة بل مجرد دعوة للتفاوض (٢/٨٠) م عدلي .

والفارق بين الايجاب والدعوة ال التفاوض هو ان الاستجابة الى الدعوة ال التفاوض لا تعتبر قبولاً يتم به العقد ، بل هو ايجاباً صالحاً لان يفترق به قبول صاحب الدعوة فانه صرح هذا القبول بهه ذلك العقد البيع .

(١) المصدر السابق .

المبحث الثالث

سلامة الرضا من العيوب

عيوب الرضا هي : الأكراه و الغلط و التعيب مع التفريط ، و الاستغلال . فإذا شاب أراد أحد طرفي عقد البيع عيب منها ، فإن العقد يكون موقوفاً ولمن شاب العيب أرادته إجازة البيع أو نفضه خلال ثلاثة أشهر من الوقت الذي يزول فيه الأكراه ، أو يعلم بالغلط أو ينكتشف فيه التفريط . فإذا مرت هذه المدة دون أن يصدر فيه شيء اعتبر العقد باقداً . أما الاستغلال فإنه لا يمنع من بقاء العقد وإنما يخول المتعاقدين الذي استغل من المطالب برفع الدين إلى الحد المعلوم خلال سنة من وقت إبرام العقد ، إذا كان العقد من عقود المعاوضات . أما إذا كان العقد تبرعاً فإنه نفضه خلال نفس المدة (١٦٥م حداني) .

إن محل دراسة هذه العيوب بالتفصيل هو خروج النظرية العامة للعقد ، لذلك نكتفي بهذا القدر بشأنها هنا ، ولكن لما كان للغلط في عقد البيع أهمية خاصة إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بإحكام الغلط في صفات المبيع وخيار الرؤية لذلك يكون من المفيد التطرق إليهما في الطليين التاليين .

الطلب الأول

الغلط في صفات المبيع

الغلط هو تزعم غير الواقع . وعرفه الفقيه الفرنسي (سالي) بأنه هو (عدم توافيق الإرادة الحقيقية ، أي الباطنة ، مع الإرادة المبررة عنها ، أي الظاهرة) .

والتسرع العرفي يميز بين نوعين من الغلط :-

الأول عدم الرضا ويجعل العقد باطلاً مطلقاً ، والثاني لا يعدم الرضا وإنما يقيمه ويجعل العقد موقوفاً . (١١٧م حداني) (١) .

والغلط الذي يهتأ هو النوع الثاني من الغلط الذي نصت عليه المادة ١١٧ أعلاه . والمراد بهذا الغلط هو لغوات الوصف المطلوب في المبيع . وقوات هذا الوصف لا يمنع من تكون العقد . بل هو يجعل العقد موقوفاً على الإجازة .

كما ان فوات الوصف المطلوب ليس الا غلطاً في صفة جوهرية في الشيء، محل التعاقد - لان كل وصف مرغوب فيه يتدرج تحت الصفة الجوهرية التي اشارت اليها الفقرة الاولى من المادة ١١٨ من القانون المدني .

والغلط بحد ذاته بحيث يصح ان يقع في صفة جوهرية في الشيء، او في شخص التعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار اولى قيمة المفاوض عليه اولى الباعث الدافع الى التعاقد . (١١٨ م مدني)

ولما كان شخص التعاقد ليس محل اعتبار في الغالب في عقد البيع لذلك يندر ان يكون الغلط في شخص احد المتعاقدين، او في صفة من صفاته سبباً لعدم نفاذ عقد البيع . الا ان الغلط في صفة جوهرية في المبيع اولى قيمته اولى الباعث الدافع على شرائه يجب الرضا ويجعل العقد موقوفاً .

ومثال الغلط في صفة جوهرية في المبيع اعتقاد المشتري انه انما يشتري لوحة لرسام مشهور فيظهر بعد ذلك انها مقلدة . وكذلك الحكم في حالة شراء شخص ارضاً على ان لها من للطريق العام فاذا بها محصورة من جهاتها الاربع .
ومثال الغلط في قيمة المبيع ان يبيع شخص سبباً بليته الفعلية وكان يجهل ان السهم قد ربح جائزة كبيرة او ان يبيع الوارد مجسومة مسرنة الكتب المخطوطة والطوايع البريدية بشئ زهيد لجهلة بقيمتها الحقيقية .

ومثال الغلط في الباعث الدافع ان يشتري شخص سيارة جديدة لاعتقاده بان سيارته القديمة قد سرقت لم يتبين نعم صفة ذلك . وكذلك الحال فيما لو اشترى موظف منزلاً في مدينة معتقداً انه سيقل اليها ثم تبين بعد ذلك انه لم يقل .

ولكن ينبغي لکن يكون استطاع المتعاقد التمسك بالغلط الذي وقع فيه ان يكون المتعاقد الاخر قد وقع ايضاً في نفس الغلط او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبينه . (١١٩ م مدني)

المطلب الثاني

خيار الرؤية

١ - تعريفه واثباته والثارة :

خيار الرؤية عبارة عن رخصة . تبيث للمشتري الذي يشتري شيئاً لم يره من قبل او وقت البيع ، تحولته ان يخطو او يرد من رآه .

واختلف فقهاء الترمية بشأن مدى صحة البيع الوارد على الاشياء المبيعة الثالثة . فالإمام مالك والشافعي يعتبرون بيع العائب باطلاً ، فيسأله بغيره المنقبة والمناهة والاممية صحيحاً وان للمشتري حق الفسخ بخيار الرؤية - على ان السنة يفسرون هذا الحق على المشتري بينما يفره التيممة الامامية لكل من البائع والمشتري (١) - واخذ المشرع العراقي بالرأي الاول ، (١٧٧/١ م عدلي) .

وسبب ثبوت خيار الرؤية هو عدم العلم بالبيع علماً كافياً وقت إبرام العقد اذ يفتقر . ويشترط لتبوت ان يكون حيناً معينة بالذات لا لا يثبت في بيع الاشياء المثلية والديون والائتمن الخالصة بالدائير والدرهم كما يشترط فيه ان يكون المبيع غالباً غير مومي وقت العقد .

وخيار الرؤية يثبت بحكم القانون لذلك لا حاجة لاستراطه في العقد والمراد بالرؤية هنا الرؤية بمعناها التعازي لا الحقيقي ، اي انه ليس مجرد النظر بل العلم بالمبيع طناً يمنع الجهالة الفاحشة والسرور - فالعلم بالمرئيات بالبحر والطعام بالدوق والروائع بالتسم وهكذا .

لذلك يصح شراء الاصي اذا هكته الوفوف على حال المبيع عن طريق الوصف او التسم او اللبس او اللوق (١٧٧-٢٠٠ م عدلي) .

وتعتبر رؤية الكل بالشراء وبالبيع من حكم رؤية الاصيل . اما رؤية الرسول فلا تسقط الخيار (٢٥٢٦ م عدلي)

وانما كانت الاشياء المبيعة من المثليات ويثبت على نموذج فتكفي رؤية النموذج لتعيين صفات المبيع . والمشتري يكون مخيراً بين ان يقبل المبيع بالتسم

المسمى أو فسخ البيع إذ لم يكن المبيع مطابقاً للنموذج . وإذا علك النموذج أو تعيب في يد أحد المتعاقدين ولو دون غشاً منه وجب عليه ان يثبت ان الاشياء كانت مطابقة للنموذج او غير مطابقة له حسب الاحوال (٥١٨ م مدني) .

ويعتبر خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية بشرط لزوم البيع للمصلحة فالعقد يتقيد ولكنه غير ملزم للمشتري طالما كان الخيار باتياً لذلك له الرجوع عن البيع او تسخيه بعد الرؤية أو اقصائه . اما البائع فيلزم بالعقد وليس له الخيار .

وحق الخيار لا يثبت الا بالرؤية لذلك لا يصح تنازل المشتري عنه قبيل الرؤية . لذلك فحق المشتري في رد البيع لا يسقط ولو اجاز قبل الرؤية يسأل بغير فائسا .

ويستبرئ الشرح العراقي هذا الحق مؤقتاً حيث قرر بانه ينقضي بنفسه وقت كالف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون ان يراه وتقدير هذا الوقت متروك للقضاء حسب ظروف وملابسات كل قضية (١) . (٢٢٠٥٢٢ م مدني) وكان الاول بالشرح ان يحدد مدة معينة يسقط بمضيها خيار الرؤية لضمان استقرار المعاملات وعدم ترك البائع تحت رحمة المشتري مدة طويلة . الا ان الشرح منح البائع وسيلة لتلافي المحذور المذكور بوجوبها له تحديد اجل مناسب للمشتري يسقط الخيار بانقضائه اذا لم يرد البيع خلاله (٥٢٣ م مدني)

٢ - مسقطان خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية في الحالات التالية (١) .

١- المحاذرة المبيع قبل شراؤه الا اذا ثبت ان الشيء المبيع قد تغير عن الحالة التي كان فيها وقت الرؤية الاولى .

٢- بم اقرار المشتري في عقد البيع بانه قد رأى المبيع وقبله بحالته الا اذا ثبت ان البائع قد نمر به :

٣- بم كوصف الشيء في العقد وصفا يقوم مقام الرؤية بشرط ان يظهر المبيع مطابقاً لهذا الوصف .

فر - موت المشتري ، لأن خيار الرؤية حتى لا ينتقل بالبراث ولا يبعث
الورثة استحالته .

من تصرف المشتري بالمبيع قبل الرؤية ، وقد اختلف الفقهاء بشأن
التصرفات التي تسقط خيار الرؤية ٧٠٪ إن الرأي الراجح يلعب السي
سقوطه بتصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية تصرفاً يوجب حقا للمبصر
عليه ، إذ يتمدر فسخ مثل هذه التصرفات ومعدتها لانكون للخيار فائدة
فيسقط (١)

تعيين المبيع او هلاكه بعد تقبله وذلك لاستحالة رده . وكذلك
العكس لا أصبح المبيع في حالة لا يمكن رده كما لو كان تمسك لظنة المشتري
و - صدور ما يبطل الخيار تولا او قسلا من المشتري قبل الرؤية او بعدها
كما لو صدر منه ما يدل على الرضا بالمبيع صراحة او ضمنا ، سواء كان
ذلك قبل الرؤية او بعدها .

نفس المثل ، لان الخيار حق مؤقت ينقضي بنفس المدة المتناسية او بنفس
الوقت الذي يحدده البائع دون ان يرد المبيع خلاله .

واختلف الفقه حول مدى ضرورة النص على احكام خيار الرؤية ٧٠٪ إن الرأي
الراجح يرى ان القواعد العامة في القلط لا تحقق للمشتري ما يحق له خيار
الرؤية . فمخيار الرؤية وان كان يقوم على اساس فكرة القلط الا انه
يعطى للمشتري الحق في رد المبيع ولو لم يكن هناك غلط في صفة جوهرية
في المبيع . كما ان القلط في خيار الرؤية غلط مفروض ، إذ يكفي ادعاء
المشتري حتى يصحق بقوله ، بينما ينبغي علي من يدعي القلط في القصة
الحديث الباتة . إضافة لذلك فان خيار الرؤية لا يؤثر على صحة العقد
وتفاده الا انه غير لازم للمشتري حيث له فسخ العقد أو قبوله . بينما
يجعل القلط في صفة جوهرية للمبيع العقد موقوفا .

(١) الهلالي ، وحامد زكي ، ص ٢٢ هامش (١) .

الفرع الثاني

مورد الرضا ووصاله

العالم في عقد البيع ان تعصب ارادة الطرفين المتعاقدين على إبرام هذا العقد مباشرة ، ولكن قد يكون البيع مسبوقاً بمرحلة تهييدية ، حيث يأخذ العقد في هذه الحالة صورة وعد بالبيع او وعد بالشراء ، كما ان البيع كغيره من العقود قد تدخل عليه بعض الاوصاف فيجعله عقداً موصوفاً ، لذلك يتوجب علينا دراسة البيوع الموصوفة ، الا اننا مع ذلك سنقتصر على بحث اهم هذه البيوع واكثرها انتشاراً في الحياة العملية .

المبحث الاول

الوعد بالبيع والشراء

الوعد اما ان يكون وعداً بالبيع او وعداً بالشراء او ان يكون وعداً متقابلاً بالبيع والشراء ، كما هنالك صورة خاصة من الوعد بالبيع هو الوعد بالتفصيل (١) .

لذلك سنتناول في ادناه صور الوعد المختلفة والمبينة في افلاه في مطالبات متتالية .

(١) لا يقر جمهور فقهاء الشريعة بصحة امتثال هذه العقود ، فقد نصت المادة ٧١١ من المجلة على ان (صيغة الاستقبال التي يعنى الوعد المجرى من قبل ما يبيع وما اشترى لا ينعقد بها البيع) ، كما ونصت المادة ٣٥٦ من مرسوم الحبران على انه (لا يصح تطبيق البيع بشرط او حادثة مستقبلية ولا يصح اضافته ال وقت مستقبل) .

المطلب الأول

الوعد بالبيع

١ - تعريف الوعد بالبيع وتكليفه القانوني :

الوعد بالبيع عقد يلتزم به شخص بأن يبيع شيئاً معيناً بشئ معين للموعد له، إذا ابدى الأخير رغبته في الشراء خلال مدة معينة /

فالوعد بالبيع يختلف عن الإيجاب بالبيع إذ يجوز الرجوع عن الإيجاب إذا لم يقترن به بالقبول أو إذا لم تحدد مدة للالتزام به، بينما الوعد بالبيع عقد ينشأ من إيجاب الواعد بالبيع والقبول الموعد له، لذلك لا يمكن الرجوع عن الوعد من قبل الواعد .

كما أنه يختلف عن البيع لأن عقد البيع عقد ملزم لجانبية : أما الوعد بالبيع فهو عقد ملزم لجانب واحد فقط هو الواعد ويعتبر بعض الفقهاء الوعد بالبيع بيعا مطلقا على شرط واقف هو استعمال الموعد له عقد في الشراء .
أما إن هذا الرأي مستند لأن في البيع المعلق على شرط واقف تنتج إرادة الطرفين منذ إبرام العقد إلى البيع والشراء مع تطبيق الالتزامات التي تنشأ عنه التي حين تحقق الشرط الواقف / ينشأ في الوعد بالبيع لانتج إرادة الواعد والموعد له إلى شيء من ذلك ويرى الآخرون بطلان الوعد بالبيع لاقتراضه بشرط إرادتي محض . وقد انتقد هذا الرأي أيضا يدعي أن من المعروف أن الشرط الإرادي المحض الذي يبطل العقد هو ذلك الشرط الذي يطلق تحققه أو تخلفه وبالتالي وجود الالتزام أو عدمه على مجرد إرادة المدين . بينما يلاحظ في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد أن تمام العقد يتوقف على إرادة الدائن :

ويذهب جمهور الفساح إلى أن الوعد بالبيع عقد صحيح يتميز عن عقد البيع وله أحكامه الخاصة .

٢ - أركان الوعد بالبيع

يتضح من نص المادتين ٩١، ٧٨ من القانون المدني أن أركان الوعد بالبيع هي : الرضا، والبيع والنعم، والمدة، والشكلية .

الرضا: الوعد بالبيع باعتباره عقدا لا يصد لانقضاءه من وجود الرضا
فالوعد يلزم ان يكون اهلا للتصرف ان البيع النهائي وقت الوعد بالبيع
لان الاعلية بالنسبة للوعد تقدر وقت الوعد لانه يلزم بوعد من هذا
الوقت (١) .

أما الموعود له فلا يلزم شيء وقت الوعد بالبيع ، لذلك يكفي ان يكون
مميزا في هذا الوقت . على ان تتوالى فيه اعلية التصرف وقت اظهار رغبته في
الشراء لانه سيلتزم بالبيع النهائي في هذا الوقت لا وقت الوعد . اما بموجب
الارادة فتقدر بالنسبة اليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا . لان الرضا
يصدر منه في هذين الوقتين ، يجب ان يكون رضاؤه في كليهما صحيحا .

التمتع: يلزم لانقضاء الوعد بالبيع ان يكون الثمن محمدا في العقد
بانفاق الطرفين او على الاقل ان يكون هذا المبلغ متضمنا للاسنى التمس
لجعله قابلا للتحديد . اما اذا لم يكن الثمن محمدا في العقد او قابلا
للتحديد فلا ينقذ الوعد بالبيع ليختلف ركن الثمن فيه .

المبيع : ويجب لانقضاء الوعد بالبيع تعيين المبيع تعيينا ناقضا
للهيالة الفاحشة . كما ينبغي اضافة لذلك ان يكون المبيع مما يجوز
التعامل فيه قانونا والا فلا يصح الوعد كما هو الحال عند ورود الوعد
بالبيع على التعامل بالشركة المستقبلية او على مادة من المواد التي
منع القانون التعامل فيها كالالبون والحشيش وغيرها .

د - الكسوة : الوعد بالبيع - كما اسلفنا - هو عقد يلزم به الواعد
بان يبيع شيئا معينا بثمن معين للموعود له . اذا ما ظهر الاخير ورغبته
في الشراء خلال مدة معينة .

(١) ال لالي وحامد زكي ص ٩١ وما بعدها الور سلطان ص ١٠٠ .

فبتحديد المدة التي على الموعود له خلالها استعمال حقه في الضراء اسـمـر
ضروري لانعقاد الوعد بالبيع - كما انه اسـمـر ضروري وعقيد القواعد حتى
لا يفي تحت رحمة الموعود له مدة غير محددة (١) .

وتحديد المدة كما يجوز ان يتم صراحة بتحديد مدة محددة او قابلكا
للتحديد ، يجوز ايضا ان يقع دلالة كما لو تبين ان العقد الموعود به لا يجرى تنفيذ
بعد سنوات وقت معين ، لهذا الوقت هو المدة التي يجب خلالها اسـمـر
العقد - وكذلك اذا ورد الوعد بالبيع في عقد ايجار فيمكن القول بان مدة الوعد
هي نفس مدة الايجار (٢) .

ومع ذلك يجب البطلان ان لا مجال للاعتد بالرأى القائل
بجواز الوعد بالبيع ولو لم تحدد له مدة صراحة في العقد . يدعي ان المادة ٩٦
من القانون المدني العراقي اشترط صراحة تحديد هذه المدة .

وعلى كل اذ لم يتضمن الوعد لاصراحة ولاضمانا مدة لاسـمـر البيع
النهائي ، كان الوعد بالبيع باطلا .

٣- التكبيلة : تنص المادة ٩٦ من القانون المدني بوجوب اتياع التكبيلة
في الوعد بمقتد ما اذا كان العقد المراد اتيابه خاضعا للتكبيلة بالذات سواء اكانت
التكبيلة المقررة هي لانعقاد ام للاتيكات .

الا انه لما كان التسجيل ^{سري} عقاري قاصرا على التصرفات التي ترتب اسـمـر
من الاتار الواردة في الفقرة الاولى من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري وهي
(... كل تصرف من شأنه انتفاء حق من الحقوق لعينية اصلية والنتيجة نقله
او تغييره او زواله وكل تصرف يفرط بحق من الحقوق المذكورة) ، وعيست ان
الوعد ببيع العقار لا يرتب مثل هذه الاتار اذ يبقى الواعد مالكا للعقار السلي
ولم يبيعه . فان الوعد لا يعتبر من ضمن هذه التصرفات ولذلك لا يسجل في دائرة

(١) الصراف ٥٥٠

(٢) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثالث ، ١٩٧٩ ص

٢٠٤ مؤلفنا : مرجع احكام قانون التسجيل العقاري ، ١٩٦٠ ص ١٦٧ .

التسجيل العقاري مما يعنى بطلان الوعد (١) في التصريح العقاري وليس لهذا الحكم محل في القانون المدني المصري الذي يعتبر عقد بيع العقار قطعا رضائيا .

ولكن ما الحكم اذا ابدى الموعود له رغبته في شراء العقار خلال المسطرة المتفق عليها ؟

لاستطيع القول بتحويل الوعد الى عقد بيع عقار لبطلان الوعد اصلا للسبب الذي بناه الا ان بالامكان القول باننا نكون في مواجهة بيع عقار غير مسجل (خارجي) الامر الذي يقتضي خضوعه لاحكام هذا العقد الباطل (٢)

٣ - احكام الوعد بالبيع :

الوعد بالبيع عقد يمر في مرحلتين : هما مرحلة الوعد بالبيع ومرحلة البيع التام .

١ - احكام مرحلة الوعد بالبيع :

تبدأ هذه المرحلة وقت انعقاد الوعد بالبيع وتنتهي بانتهاء الاجل المحدد لظهور الموعود له رغبته في الشراء .

والعقد في هذه المرحلة يكون قطعا ملزما لجانب واحد هو الواعد الا ان هذا الالتزام ليس الا التزاما (شخصيا) ، يلتزم الواعد بموجبه بابرام البيع النهائي ، اذا طلب الموعود له ذلك خلال المدة المتفق عليها لذلك .

ويتركب كل ذلك النتائج التالية :-

الاول - ان الواعد يلزم حالما للشئ الموعود ببيعه وبالتالي يكون له حقه التصرف فيه بكافة انواع التصرفات كالبيع والهبة والوصية وغير

(١) مصطفى مجيد مشروح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثالث ، ١٩٧٩ ص ٢٠٤ - مؤلفا : موجز احكام قانون التسجيل العقاري ، ١٩٩٠ ص (٢) سيبين احكام بيع العقار غير المسجل في الفروع الاول من الفصل الاول من الباب الثاني من هذا المؤلف .

ذلك وتكون هذه التصرفات نافذة في مواجهة المورود له إلا أنه للاختصاص المطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد المسؤولية التقاعدية .

والمعروف له إضافة إلى ذلك إقامة دعوى عدم لحاد التصرفات فيما إذا توفرت شروطها (٢٦٣ و ٢٦٤ م مدني) .

هذا ولما كان البت هذه الشروط امرأ صحيحاً في الغالب ، للمسئك كثيراً ما يلجأ المورود له إلى الاتفاق مع الواعد على أن يرب له رهناً على الثمن المورود ببيعه ، يرضى بذلك الإفضلية لحماية حقه من إيمان تصرف نفسه بصرفه من الواعد خلال فترة التينة للورود .

على حدة كان التصرف المورود ببيعه يفس في ملك الواعد فهلاكه كلياً يكون على الواعد ويؤدي إلى انقضاء التزام الواعد ، أما إذا كان الهلاك جزئياً فيسرى البعض بان المورود له يكون في هذه الحالة صغيراً بين رفض الواعد أو قبول الباقي من المورود ببيعه بكل الثمن أو ثقل عليه لأن الثمن مسمى في عقد الواعد ولا يجوز إرغام الواعد على انقضاء (١) أو تزويد الرأى القائل بأن للمشتري تمام البيع مع انقضاء الثمن في هذه الحالة (٢) . وذلك نظراً لحكم الفقرة الأولى المادة ٥٤٧ من القانون المدني التي تنص على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يملك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حصلت الهلاك بعد اعداد المشتري لتسلم المبيع وإذا وقعت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أسبابه ، فالمشتري يحجز بين تسع البيع وبين بقائه مع انقضاء الثمن .
إذا حصلت زيادة في قيمة الشيء لاني مقداره ، ووافق المشتري على الشراء ، فإن البيع يتم بالثمن المسمى في الوعد . أما إذا حصلت الزيادة في مقداره الشيء المورود ببيعه واظهر المورود له رغبته في الشراء ، فالزيادة تكون في هذه الحالة من حق الواعد ولا يجوز على التنازل منها إلا في مقابيل زيادة الثمن (٣) .

- (٢-٦) السهبوري ج ٤ ص ٦٤ هامش (٢) - الهلال وحامد زكي ص ٩٣ السبور سلطان ص ٧٦ . إمامي ص ٥٢ هامش (١)
(٣) الهلال وحامد زكي ص ٩٣ هامش رقم (٢)

كما أن تدار الشيء وحاصلاته خلال مرحلة الرصد تكون ملكا للواعد ولا يحق للموعد له . إذا ما ابقى رغبته في الشراء . المطالبة بها .

ب - للموعد له ان يحول حقه الشخصي الى الغير طبقا لقواعد حواله الحق لان حق الموعد له هذا مالي ليست لشخصه في الثالب اى اعتبار في تعهد الواعد . الا اذا وجد اتفاق بينه من ذلك . او اذا روى فيسه شخص الموعد له وان لية الطرفين المتعاقدين متصرفه الى علم جسواز اسقاطه .

ج - لما كان الموعد له دائما يحق شخصي . فله بهذا الاعتبار وطبقا للقواعد العامة في الالتزامات اجبار الواعد . باعتباره مدينا . على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا (217) م عدلي .

ب - احكام مرحلة البيع التام

اذا مضت المدة المصية لتعهد الواعد دون ان يظهر الموعد له رغبته في الشراء تحل الواعد من التزامه قبله من دون حاجة لاعداره . لذلك الحكم اذا ما اعلن الموعد له رغبته في الشراء بعد القضاء للمدة المذكورة او اذا اعلن عدم رغبته في الشراء خلال هذه المدة . لان الموعد له بهذا الرضا يكون قد ابرأ ذمة الواعد من وعده .

اما اذا قبل الموعد له الشراء خلال المدة مدد البيع . فان الوعد بالبيع يتحول في هذه الحالة الى عقد بيع تام منتج لاثاره القانونية .

1 - واظهار الرغبة لا يوضح لشكل مخصوص فانونا فهو قد يحصل بالتقول . او بالكتابة او قد يرد صراحة او ضمنا . فتصرف الموعد له بالموجود ببيعه او دفعه لفسط من اقساط الثمن يعتبر قبولاً ضمناً بالشراء .

وليس لاعلان الرغبة اثر رجعي . فالبيع لا يتقيد الا من وقت قبول الموعد له بالشراء .

ويترتب عليه على ذلك ان يصبح تصرفات الواعد التي رتب بها حقا للغير على
النال الموعود به غيرى في مواجهة الموعود له ، سواء اكان حق الغير حقا عينيا
ام شخصيا ، ولكن للموعود له المطالبة بالتعويض او العطن في التصرف بمعنى
مقدم تعساده ، حقه وفقا للمادة ٢٦٢ من القانون المدني اذا توفرت شروط
طبيقت هذه المادة (١)

وكذلك من تعين طبيعة البيع ، اذا اراد المشتري العطن في العقد للمبوع
العقبة ، وسواء كان البيع حليا او ظاهرا ينظر اليه في تاريخ اعلان الموعود له
رغبته في الشراء لاوقت الوعد بالبيع .

كما ان تقديم الثمن ينظر اليه الى قبض المبيع وقت قبول الموعود له الشراء .
ومنى كذا ان عقد البيع اصبح الواعد بالما والموعود له مشتريا ، وترتب
في لغة الاول التزامات البائع وفي لغة الثاني التزامات المشتري .

المطلب الثاني

الوعيد بالتفصيل

الوعد بالتفصيل^{٨٥} يقال يتمه بموجب الوعد باله ، في حالة تصرف
بالمعين بالبيع حيث يفصل الموعود له اذا وقع نفس الثمن / فالوعد هنا يلتزم
ان هو اراد البيع بتفصيل الموعود له على لغيره ، اذ قبل الشراء خلال المدة
المتفق عليها والثمن الذي يدفعه الغير .

وارجع الرق القائل ببطلان الوعد بالتفصيل يدعي انه مطلق على
شروط ارادى بعض يتوقف تحققه او تخلفه على زيادة المدين وهو (الواحد)
وضع ذلك يدعيه رأى آخر ان خلاف ذلك يوجب ان البيع لا يتوقف على حثيثا
حالوا على وجهه . قد تحسب ظروف خارجية على البيع فيكون ، في هذه الحالة ملزما .
بوفد قبل الموعود له (١) .

(٨٥) النور سلطان ص ١٠٨ ، ذلك دوجان الحسن ص ٨٥
(١) تنبي حنون طه ص ١١٨ و١١٩ ، الصراف ص ٦٠

ويخضع الوعد بالتفضيل لاحكام الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد الا انه لا يلزم فيه تحديد الزمن في الحال . لانه يحتمل في الغالب ان المستفيد لان التصق
عنا هو الزمن الذي يعقده البير

ولا يمكن الطعن في صحة العقد بزعم ان محل العقد (الزمن) غير معين لانه قابل للتعيين . اذ ان العقد يتضمن الوسيلة التي تمكن من تعيينه (٢) .

ومع ذلك فان الوعد بالتفضيل يختلف عن الوعد بالبيع في الامور التالية :-
مالم يتم البيع او الترخيص بالبيع او الوعد بالتفضيل

المتفرقة المستقلة
لا يكون لتخص الوعد له . في الغالب . اعتبار في التعاقب ولذلك لا يجوز له تحويل حقه للبغير او التصرف به دون رضا الواعد .
حق ما في

ان حق الوعد له في الشراء ينشأ في الوعد بالتفضيل في الوقت الذي يرغب فيه الواعد بالبيع . بينما ينشأ حق الوعد له في الوعد بالبيع حين تاريخ إبرام الوعد .

الوقت المحدد كمواد
الوقت المحدد بان ينشأ الوعد بالتفضيل وعد معلق على شرط واقف
على رأى القائلين بخصه

والوعد بالتفضيل فوائد عملية . فهو يسمح للمستاجر ان يحصل من المؤجر على وعد بتفضيله اذا اراد بيع العين . المؤجر . كما يستطيع من يضطر الى بيع شيء عزيز ان يحصل على وعد من المشتري لهذا الشيء . بتفضيله اذا رغب هو في بيعه مستقبلاً

والوعد بالتفضيل يحق للواعد المصلحة التي يحققها حق الشفعة للتفويض في الحالات التي لا يجوز له التمسك بحق الشفعة كما لو لم تتحقق شروطها .

ومع ذلك . فان الوعد بالتفضيل قد يتسبب في بعض المساوي . كما في حالة تواطؤ الواعد مع شخص ثالث على تقديم ثمن عالي صوري لمسح الوعد له من استعمال حقه في التفضيل .

(٢) بخصوص ذلك يراجع : لثي حسن طه . والمراجع المشار اليها من ١٢٩

مع وجود الإشارة هنا أيضا إلى أن الوعد بالتفضيل يعتبر باطلا إذا تعلق
بشئ لا يمكن تسجيله في دائرة التسجيل العقاري شأنه في ذلك شأن الوعد
ببيع كسار .

ويجوز أن تشير إلى أن الوعد بالتفضيل لا يقتصر على الوعد بالتفضيل بالبيع
والوعد بالتفضيل بالشراء ، وإنما يمكن أن يكون وعدا متبادلا من كلا الطرفين
المتناظرين بتفضيل أحدهما على غيره من الناس إذا أراد بيع أو شراء شئ معين
خلال مدة معينة .

المطلب الثالث

الوعد بالشراء

(١) تعريف الوعد بالشراء :

الوعد بالشراء عقد يلتزم به الواعد بشراء شئ معين بثمن معين إذا أظهر
الموعد له (البائع) رغبته في البيع في خلال مدة معينة وللوعد بالشراء أهمية
في الحياة العملية ، إذ هو يلزم المالك المقار الذي لم يقر ببيع كساره
وقت تقدم راتب في شرائه ، الحصول على وعد من الأخير بالشراء فيما إذا أراد
هو البيع في بحر مدة معينة . كما أن الوعد بالشراء يحصل في البيوع التي تتم
بالزاد العتيق ، ففي حالة تنفيذ الدائن على غرار مدينة يكون للاخير كسل
المسلحة في أن يباع عقاره بأعلى من ممكن ، ولذلك يصد المدين إلى الاتفاق مع
شخص آخر للتقدم إلى المرابحة لإبلاغ الثمن إلى حد معين ، وهذا الاتفاق
يعتبر وعدا بالشراء ، إذ يلتزم الواعد بشراء الثمن بالثمن المعين في الاتفاق ، إلا
أن التزامه هذا ينقضي إذا وسأ الزاد بثمن أعلى من الثمن المتفق عليه . أما
إذا لم يتقدم للمرابحة فعلا ، أو إذا وسأ الزاد على غيره بثمن قبل من الثمن
المتفق عليه ، الزم بدفع الفرق إلى الموعد له على سبيل التعويض لاختلال
يوعده (١) .

والوعد بالشراء قد يقع على صورة وعد بالتفضيل بالشراء وعلى الوجه
الذي أسلفنا عنه بحث (الوعد بالتفضيل) .

(٢) طبيعة الوعد بالشراء واركانه واحكامه :

الوعد بالشراء لا يختلف عن الوعد بالبيع من حيث الطبيعة والاركان . لذلك نحيل فيما يتعلق بهذه الامور الى ما بيناه عند دراسة الوعد بالبيع .

اما حكم الوعد بالشراء فهو محكم الوعد بالبيع تماما مع ملاحظة اختلاف مركز كل من المتعاقدين الواعد في الوعد بالشراء هو المشتري ، بينما الواعد في الوعد بالبيع هو البائع . كما ان الموعد له في الاول هو البائع ، في حين ان المشتري هو الموعد له في الثاني .

وبناء على ما تقدم فان العقد يتم ويلزم الواعد (المشتري) ، اذا استعمل الموعد له (البائع) حقه في قبول البيع . ولكن الموعد له لا يكون ملزماً بقبول الوعد . فهو حر في قبول البيع او رفضه . ولذلك يستطيع التصرف في عين الموعد بها لقبير الواعد دون ان يمرض نفسه للمسؤولية (١) لان البائع هو العائن بالوعد ، فبيعه لقبير الواعد يعتبر تنازلاً منه عن حقه الناشئ من عقد الوعد (٢) .

اما الواعد فيلتزم بالشراء طوال المدة المحددة في العقد ، ولا يسقط هذا الالتزام الا اذا رفض الموعد له البيع او اذا مضت المدة المذكورة دون اعلان الرغبة في البيع .

واذا تم العقد بان قبل الموعد له البيع خلال المدة المعينة ، التزم كلا من الطرفين بالالتزامات التي يرتبها عقد البيع على كل من البائع والمشتري

(١) الهلالي وحامد زكي ص ١٠٠ - انور سلطان ص ١٦٢ ، الصراف ص ٦١ .

المطلب الرابع

الوعد المتبادل بالبيع والشراء

(١) تعريف الوعد المتبادل بالبيع والشراء وتكليفه القانوني :

الوعد المتبادل بالبيع والشراء عقد بموجبه يعد كل من المتعاقدين
الآخر ، الاول بان يبيع والثاني بان يشتري مالا معيناً لمن معين اذا قبل كل
الطرف تمهيد الامر خلال مدة معينة .

ان الشراخ وان كانوا يجمعون على اختيار الوعد المتبادل بالبيع والشراء
فقد ملزموا للجانين ، الا انهم على خلاف قول ما اذا كان هذا العقد مجرد
وعد بالبيع والشراء ، و انه عقد بيع نسام .

والسراي الراجع في فرنسا ينسب الى اختيار الوعد المتبادل بيعاً تاماً اذا
كان الوعد بالبيع ، ومطلقاً على شرط اذا كان الوعد مطلقاً على شرط ، ومطلقاً
الى اجل اذا كان الوعد مطلقاً الى اجل .

ويعتبر القانون المدني المصري الوعد المتبادل بالبيع والشراء وعقداً
اذ نصت الفقرة الاولى من المادة ٦٠٦ من القانون المذكور على ان (الاتفاق
الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد
الا اذا عينت جميع السائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب
ابرامه فيها) .

ويذهب بعض الشراخ عندما الى اعتبار الوعد المتبادل بالبيع والشراء بيعاً
تاماً ويرتبون النتائج التالية على ذلك (١) .

ان الوعد المتبادل بالبيع والشراء عبارة عن عقد بيع ناقص المظنفة
منه انقاله .

(١) نقل عن الحسن من ٦١٩٠

- ✓ إن الوعد المتبادل إذا انصب على بيع ملك الغير باطل .
- ✓ إن التسجيل ضروري للوعد الذي يتعلق ببيع وشراء عقار .

وبح ذلك يذهب الرأي الراجح (١) إلى أن الوعد المتبادل في طيْل التشريع المدني العراقي عبارة عن وعدين متقابلين : وعد بالبيع من قبل البائع ، ووعد بالشراء من قبل المشتري ، وتزيد الفقرة الأولى من المادة ٩١ من التشريع العراقي ذلك ، لأنها تعتبر من قبيل الوعد بالتعاقد (الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل (٢) .

ويميز المرحوم الأستاذ السهوري في هذا الصدد بين الوعد بالبيع والشهيرة من جانب واحد وبين الوعد بالبيع والشراء من الجانبين - ويرى وجود تعديين في الحالة الأولى ، العقد الأول هو وعد البائع من صاحب الوعد ببيعه والعقد الثاني هو وعد بالشراء ، أما في الحالة الثانية فيوجد في نظره عقد واحد ملزم للجانبين ، لذلك فلا بد معه من أن يتم البيع ، بل قد تم البيع فعلا ، حيث التزم بموجبه صاحب الوعد ببيعه والبيع والتزام الطرف الآخر بالشراء (٣) .

ويعترض البعض على هذا التمييز بقاى عدم إمكانية الأخذ به في طيْل التشريع العراقي ، لأن الحالة الأولى ، التي أشار إليها المرحوم السهوري تعتبر وعدا بالبيع والشراء ملزما للجانبين ، وذلك نظرا لحكم المادة ٩١ من القانون المدني العراقي التي تكلم عن الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين (أو أحدهما) بإبرام عقد معين في المستقبل والتي تشير في فقرتها الثانية إلى الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بإبرام عقد شكلي .

فهذا الوعد لا يعتبر بيضا تماما لأن الطرفين أرادا به أن يلتزم أحدهما بالبيع إذا ذهب الآخر بشراء الشيء خلال مدة معينة ، وأن يلتزم الآخر بالشراء إذا رغب الأول بالبيع خلال نفس المدة ، فالبيع النهائي لا يتم إلا في اللحظة التي يظهر

(١) غني حنون ص ١٢٦ - العاص ص ٦٢ .

(٢) السهوري ج ٤ .

فيها احدنا رغبته بابرامه ولذلك فالمقد النهائي قد لا ينشا اصلا اذا لم يظهر في منها رغبته بتحويل الوعد بالبيع الى بيع فلا يتم البيع النهائي (٢) .
اما الحالة التالية سماها المرحوم السيد ودي : (البيع الابتدائي) .
فلا علاقة لها بالوعد بالبيع . لان العقد الذي تسم بين الطرفين هو عقد بيع تام منتج للالتزامات في ذمة البائع والمشتري ، وكسل ما هناك هو ان الطرفين يتفقان على تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات الى اجل محدد يتعهدان فيه حله بالقيام باجراء معين كتحرير العقد في سنة رسمي او عادي (٢) .

٢) اركان الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء : -

حسب المادة ٦١ من القانون المدني العراقي ، يلزم لانقضاء الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء ، توافر اركان العقد المراد ابرامه . ولذلك يجب لانقضاء اتفاق الطرفين المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية مسن مبيع وتمن . كما يجب تحديد المدة التي يجب فيها ابرام العقد الموعود به مع استيفاء الشكل الذي يفرضه القانون لانقضاء العقد المذكور .

ولسبق شرح هذه الاركان عند بحث الوعد بالبيع ، فلا ميرد لاعادة ما بيناه بعددها هنا مع ملاحظة ان الاعلية اللازمة لكل مسن المتعاقدين في الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء تقدر هنا وقت الوعد . لان كل منهما قد أصبح ملزما في هذا الوقت . اما باختياره واعد بالبيع واما واعد بالشراء .

ولكن ما الحكم اذا سكت المتعاقدان عن تحديد المدة التي يظل فيها الوعد قائما .

يلعب البعض الى القول بان هذا المقدم وان لم يتقدم واعد متبادلا بالبيع وبالشراء لتختلف ركن من اركانه الا انه يجوز اعتباره عقد بيع تام ناجز وذلك (لتوافر اركان البيع ذاته لان ارادة كسل مسن الطرفين اتجهت

(٢-١) العامري ص ٥٤ - علي حسن طه ص ١٢٧ .

فيه الى الالتزام بطلبه يبيع اذا قبل الطرف الاخر ذلك . وقصد تحقيق هذا
الشرط من وقت تبادل الرضا (١) .

ويعترض على هذا الرأي ، بحق ، لان الاخط به يؤدي الى الافتراض نسبي
طريق نظرية تحول العقد . ذلك لان من المتعارف القول بانحاء نية الطرفين
المتعاقدين في الوعد المتبادل بالبيع والشراء الى التام التناجز .

اذ الواضح من صيغة الوعد ان المتعاقدين لم يربطوا البيع التام التناجز
واما اذا ان يعد احدهما بان يبيع اذا اراد الاخر الشراء وان يعد المتعاقده
الاخر بان يشتري اذا اراد الطرف الثاني البيع .

والرأي الراجح يلحظ الى ان عدم تحديد المدة في الوعد المتبادل - صراحة
لا يؤدي الى بطلانه اذا كان بإمكان القاضي تلمس تحديدها من ظروف التعاقد .
لان تحديد هذه المدة كما يجوز ان ينسج صراحة يجوز ان يتم ضمنا ايضا الا ان
الوعد يكون باطلا اذا لم تعد المدة فيه صراحة وتعتمد على القاضي استنتاجها من
ظروف التعاقد . ولا يمكن ان يتحول الوعد في هذه الحالة الى بيع تام لعدم
التوافق نية الطرفين المحتملة الى العقد الاخر (٢) (١١٠ م عدلي) .

تفسير احكام الوعد المتبادل بالبيع والشراء :

ان الاحكام التي تنترتب على الوعد المتبادل بالبيع والشراء هي
نفس احكام الوعد بالبيع . ولا يختلفان الا في نقطة واحدة هي حق تحويل
الوعد الى البيع النهائي . فهذا الحق ينبت في حالة الوعد المتبادل
بالبيع والشراء . لكن مسن الطرفين باعتبار ان كلا منهما موجود له - في حق
ان حق تحويل الوعد الى بيع نهائي يعود الى احد الطرفين في الوعد بالبيع .

(١) مرقس وابام ف ٥٧ .

(٢) قني حسون طه ١٢٨ ، ١٢٩ . العزاف من ٦٤ .

المبحث الثاني

البيع بشرط الخيار

(١) تعريف البيع بشرط الخيار واصله الشرعي :

بيع الشرط هو ان يشترط احد المتعاقدين او كلاهما ان يكون له
او لتخص اجنبي خيار فسخ العقد او ابطائه خلال المدة المقررة لذلك

والاصل الشرعي في جوازه هو ما روي من ان رجلا وكان ضعيف الاذنين
فنهى ذكر الرسول (ص) انه يفتخ في البيوع فقال له الرسول (ص) (هذا
باعت لقل لاخلاقه - ان لاخذاع - ولي الخيار ثلاثة ايام) (١) .

ان فقهاء الشريعة وان كانوا على اتفاق حول صحة اشتراط الخيار
لفصلحة الطرفين المتعاقدين - الا انهم على خلاف حول جواز اشتراطه للغير .
وبالرأي الذي يعبره اخذ المشرع العراقي (١٩٥٦م) .

(٢) العقود التي يجري فيها الخيار :

يتبع فقهاء الشريعة الاسلامية ان العقود التي يصح فيها خيار
الشرط هي العقود اللازمة من طرف واحد او طرفين والتي يجوز فيها
الفسخ الكاسي والايسترجاع والمراجحة والكفالة وغيرها :

اما العقود غير اللازمة كالوديعة والمارية فلا معنى لاشتراط الخيار
فيها ، لان بالامكان الرجوع عنها من دون حاجة الى اشتراط الخيار فيها .
كما ان خيار الشرط لا يجري في العقود اللازمة التي لا تحتمل الفسخ كالزواج
واليمين والتبر والخلق بالمال لان استعمال الخيار يعني الفسخ وعند العقد
غير قابلة للفسخ شرعا .

(١) الجزيري ج ٢ ص ١٧٤ .

٣- الآثار الخیار :

أختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الآثار التي تترتب على اشتراط الخيار فذهب بعضهم إلى أن المبيع لا يخرج من ملك البائع خلال مدة الخيار ولا يجوز للمشتري المطالبة به ، كما تمتنع على البائع المطالبة بالنسبة خلال المدة المذكورة ، ويذهب فريق آخر منهم إلى أن الشرط لا يوقف انتقال ملكية البديلين ، فملكية المبيع تنتقل إلى البائع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو للغير ، ويذهب فريق ثالث من فقهاء الشريعة إلى انتقال ملكية البديلين بمجرد انعقاد العقد ، إلا أنه إذا استعمل من اشتراط الخيار حقه في فسخ العقد ، أعادت ملكية كل من البديلين إلى صاحبه من يوم تحقق الشرط لا من وقت انعقاد العقد .

والرأي الأخير يتفق مع حكم المادة ٥٠٩ من القانون المدني العراقي التي تقرر أن شرط الخيار لا يحول دون انتقال الملكية إلى المشتري ، سواء كان الخيار مشروطاً لأحد الطرفين أو لكلاهما أو لاجنبي .

ويلاحظ أن العقد يفسخ إذا استعمل الخيار من قبل من اشتراط ، إلا أن البيع يصبح لازماً إذا مضت المدة دون استعمال خيار الشرط .

وإذا اشتراط أحد المتعاقدين الخيار للغير ، فإن هذا الحق يثبت له وللغير ، لأن الغير يعتبر وكيلاً عنه في الخيار والموكل ، كما هو معلوم ، أن يقوم بالعمل الذي قد وكل به أحدهما ، ففي الحالة الأخيرة إذا أجاز أحدهما العقد وفسخه الآخر فالعبارة تكون إلى السابق منهما ، سواء صدر الفسخ أو الإجازة من الأصيل أو الوكيل ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان فسخ الغير هو السابق فلا عبارة بإجازة الأصيل بعد ذلك ، وإن كان فسخ الأصيل هو السابق فلا عبارة بإجازة الغير ، أما إذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر في زمن واحد أو إذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر دون أن يعلم السابق منهما ، رجح جانب الفسخ لأن الخيار إنما وضع للفسخ لا للإجازة (١) .

(١) الجزيري ج ٢ ص ١٧٧ وما بعدها .

وأذا شرط الخيار للبائع والمشتري معا فأيهما فسح الناء المدة الفسخ
البيع . وإذا اجاز احدهما العقد سقط خياره وبقي الخيار لنظرف الآخر النس
انتهاء المدة .

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية للخيار مدة معلومة والا فسد العقد
الا اهم على خلاف حول مدة الخيار . فالبعض منهم يذهب الى وجوب
عدم تجاوزها ثلاثة ايام وذلك نظرا لما جاء في الحديث النبوي الشريف وذهب
آخرون منهم الى تنوع مدة الخيار بحسب البيع . فاذا كان المبيع عقارا جاز
ان تمتد مدة الخيار الى سنة تتراوح بين سنة وثلاثين ومائة وثلاثين يوما وإذا
كان المبيع من عروض التجارة أو العوالم الفسخ المدة للنقل أو الركوب لسنة
الخيار تتراوح بين ثلاثة أو خمسة ايام .

ويذهب فريق ثالث منهم الى اجازة الشرط حتى ولو زادت مدته عن
ثلاثة ايام (١) . والرأي الأخير يتفق مع حكم المادة ٥٠٩ من القانون المدني
العرقي الذي نقرر صحة البيع بشرط الخيار لمدة معلومة .

ولا يشترط شكل معين للاجازة أو الفسخ . إذ يجوز وقوعها بالقول أو
بالفعل فمتلا إذا كان الخيار للمشتري وانصرف في المبيع كالمالك بالبيع أو الهبة
فيعتبر تصرفه اجازة فعلية . وكذلك الحكم فيما لو كان الخيار للبائع وانصرف في
المبيع تصرفا يدل على عدم الرضا . كما لو عرضه للمبيع كناية أو اجسرة إذ أن
عمل البائع هذا يدل على فسح البيع .

وتنص المادة ٥١٣ من القانون المدني على انه (في جميع حالات الخيار
إذا تلف المبيع في يده المشتري قبل الفسخ هلك من ماله ولزمه التسن المسمى)
ان الحكم اعلاه ما هو الا نتيجة طبيعية لحكم المادة ٥٠٩ مالفية الذكر
والتي تقرر انتقال ملكية المبيع الى المشتري بمجرد العقد وعقد وجود
الخيار . فما دام ان الملكية قد انتقلت الى المشتري من وقت إبرام العقد .
فيجب . ولم وجود الخيار . ان تكون نسبة الهلاك عليه اذا هلك المبيع في يده
قبل الفسخ .

(١) الجزيري ج ٢ من ١٧٧ .

د. محمد
المرزوق

٤) صلتان خيار الشرط : يسقط خيار الشرط في الحالات التالية :-
أ- الإحسان : فان اجبر العقد خلال المدة المينة فيه سقط الخيار وان
فسخ المصح العقد ، فخيار الشرط اذا سقط باجازه من الشرط له
الخيار خلال مدته .

ب- مضي المدة : عندما يانه ينهي تحديد مدة معلومة في العقد للخيار فاذا
مرت المدة المذكورة دون ان يفسخ من اشترط له الخيار ، لزم العقد
وسقط خيار الشرط ، سواء كان عدم الاستعمال لعقد كالمريض او العتق
او بغيره (١) (٥١١ م مدني ٢) .

ج- موت من له الخيار : شرط الخيار لا يتقل بالاث - ويترتب على ذلك
انه اذا كان الخيار للبايع ومات قبل فوات مدته ودون ان يفسخ او يجيز
العقد ، ملك المشتري البيع ، واذا كان الخيار للمشتري ومات خلال مدته
وقبل ان يفسخ العقد او يجيزه ملكه وارثه بلا خيار (٥١٢ م مدني) .
ان احكام القانون المدني العراقي اعلاه بشأن (البيع بشرط الخيار)
تعتبر من قبيل القواعد الفسدة او المكفلة لزيادة الطرفين المتعاقدين ، لذلك
يجوز الاتفاق على ما يخالفها (٢) .

كما يلاحظ على هذه الاحكام انها متبينة من فقه الشريعة الاسلامية
ولا تعتبر لها في القوانين المدنية - وهي في مجموعها تكرار للقواعد التي نص
عليها المشرع بشأن الشروط التي يمكن ان تقترن بالعقد ، وخاصة القواعد
الخاصة بالشروط الفاسخ - ولذلك كان الاولى بالمشرع العراقي الاكتفاء بما نص
عليه من قواعد عامة في هذا الصدد عنما من التكرار الذي لا مبرر له (٣) .

(١) الفاضل ج ١ ص ٢٩١ .

(٢) الصراف ص ٥١ .

(٣) كثر حسون طه ص ١٢٢ - الصراف ص ٥١ ذولون ص ٤٥ العامري ص ٦١ .

المبحث الثالث

البيع بشرط التجربة

١ - تعريفه ولبونه :

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة البضاعة قبل شرائه نهائياً . وذلك إما لفرض التناكف من صلاحية البضاعة للفرض المقصود منه . أو للتأكد من ملائمة لحايته الشخصية .

والعلة في اشتراط (التجربة) قبل الموافقة النهائية على البيع هي رغبة المشتري في عدم الالتزام بالمقدد حالاً وترجيح إعطاء الموافقة النهائية بالعقد بعد معاينة البضاعة وتجربته لها لئلا يترتب عليه من نتائج خطيرة . خاصة إذا كان البيع متصفاً بشيئاً تبيته .

وحق المشتري في تجربة البضاعة لا ينشأ إلا من شرط صريح في العقد أو شرط ضمنى يستخلص من ظروف التعاقد . وبصفة خاصة ما جرت به العادة أو تقضي به طبيعة البضاعة . فشرائه الملابس الجاهزة ينطوي عمادة على شرط فسمسي بأن المشتري له اشتراطها بشرط التجربة . كما أن شراء الآلات الميكانيكية إذا كانت من الفئة بحيث لا يمكن الوقوف على صلاحيتها إلا بعد تجربتها . تفترض فيه التجربة شرطاً ضمنياً (١) .

٢ - التكليف القانوني للبيع بشرط التجربة :

تفصي الفقرة الثانية من المادة ٥٢٤ من القانون المدني على أنه (. ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول البضاعة . إلا إذا تبين مسن الاتفاق أو الظروف أن البيع مطلق على شرط قابض) .

فالاصل أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف هو قبول المشتري للبضاعة بعد تجربتها .

عبدالله

(١) السبوري ج ٤ ص ١٣٠ .

فالبائع قبل تحقق الشرط لا ينتج أي اثر من اتيار عقد البيع ولكن
البائع يلتزم بتكثيف المشتري من تجربة البيع ، ويلتزم المشتري بأجراء التجربة
خلال مدتها .

وإذا تحقق الشرط يقبل المشتري البيع بعد تجربته ، أو يسكوته مع
تمكنه من تجربة البيع . اتج العقد كالة الاتار القانونية لعقد البيع بالسر
رجعي الي وقت انعقاد البيع ، وزالت ملكية البائع بالسر رجعي أيضا .

ويترتب عن ذلك بقاء جميع الحقوق العينية التي رتبها المشتري على
البيع خلال مدة التجربة ، وزوال تلك التي رتبها البائع عليه خلال المدة المذكورة .

أما إذا رفض المشتري البيع بعد تجربته خلال المدة المحددة لذلك تخلف
الشرط الواقف وزال البيع بالسر رجعي .

ويترتب عن ذلك زوال ملكية المشتري للمبيع والتي كانت معلقة على
شرط واقف جعل ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بانه
من البداية ويبقى الحقوق التي رتبها البائع خلال مدة التجربة وتزول تلك التي
رتبها المشتري خلال نفس الفترة .

وللتطرفين المتعاقدين الاتفاق على اعتبار شرط التجربة شرطا فاسحا وفي هذه
الحالة ينتج العقد جميع اثاره من انقضاء العقد والملكية تنتقل الي المشتري على شرط
فاسخ هو عدم قبول المشتري للمبيع ، فاذا تحقق الشرط بان لم يقبل المشتري
المبيع بعد تجربته الفسخ . لبيع بالسر رجعي . اما اذا قبل المشتري المبيع فيختلف
الشرط ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية بانه منذ ابرام العقد .

حكم احكام البيع بشرط التجربة :

بموجب عقد البيع بشرط التجربة يلتزم البائع بتكثيف المشتري من تجربة
المبيع ، ويلتزم المشتري بتجربة المبيع واعلام البائع برفض المبيع خلال
المدة المتفق عليها او المدة المفقولة التي يعينها البائع
فإذا مضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة البيع اعتبر سكوته قبولا
للمبيع ، لان سكوته في معرض حاجة الي بيان (٥٢٤ / ١ م مدني) .

وإن تبار النزاع حول المدّة المقولة ، فالامر مفروك لتقدير المحكمة ولا
دعابة محكمة التمييز عليها لأن القضاء فيه قضاء في مسألة موضوعية (١) .

ولا يشترط قيام المشتري بتجربة البيع بنفسه ، بل يجوز إجرائها من
قبل شخص من أهل الخبرة يستعين به المشتري . كما لا يشترط تجربة البيع
بمحضر البائع ، بل يجوز ذلك بغيايه (٢) .

ويذهب البعض ، قياسا على خيار الشرط ، إلى أن شرط التجربة لا يورث
لأنه صودر خاصة من صور خيار الشرط (٣) . ويذهب الرأي الراجح إلى انتقال
هذا الشرط إلى الورثة في حالة موت المشتري ، لأن حق المشتري في التجربة
ليس بحق من الحقوق المتصلة بشخصه (٤) .

والعبرة تكون بصلاحيّة المبيع وملابته لحاجة المشتري الشخصية إذا كان
المقصود في تعليق البيع هو انتبث من صلاحية المبيع لحاجة المشتري ، بينما
العبرة بصلاحيّة للفرض المقصود منه إذا كان الفرض من التطبيق الثبت حسن
صلاحية مبيع في ذاته للفرض المقصود منه .

وعليه لا يجوز للمشتري أن يرفض المبيع في الحالة الأخيرة إلا إذا تبين عدم
صلاحية للفرض المقصود من مثله عادة . بينما للمشتري رفض المبيع في الحالة
الأولى إذا تبين عدم صلاحية لحاجته الشخصية حتى ولو كان يحقق الفرض
المقصود من مثله .

وإذا تعلق استخلاص قصه المتاعدين ، من ظروف التعاقد فيفترض أن
المقصود من التجربة هو التحقق من ملائمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية .

وهذا هو ما يستتبع من حكم الفقرة الأولى من المادة ٥٢٤ من القانون
المدني الذي نص على انه (في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل
المبيع أو يرفضه) .

(١) ذنون ص ٧٦ و ٧٧ ، علي حسن طبع ١٤١٩ ، العامري ص ٦٢ - ٦٣ ،
مرقس و امام ص ٣٨ ق ٣٨ ، السهولي ج ١ ص ١٣٣ ، الصراف ٨٨ و ٨٩ .

وما حكم هلاك المبيع لدى استتري بقاء المهر وهو ما يزال تحسنت
التجربة لا لصوبه في حالة ما اذا كان البيع بشرط التجربة مطلقا على شرط
طاسخ ، حيث يتحمل المشتري تبعه هذا الهلاك نظرا لانتقال ملكية المبيع اليه
من تاريخ انعقاد البيع .

ولكن الصعوبة تبرز في حالة ما اذا كان شرط التجربة والفا ، حيث يشهد
الساؤل حول ان تقع عليه تبعه الهلاك .

إن القانون المدني الفرنسي يعتبر البيع بشرط التجربة بيعا مطلقا على
شرط واقف دائما (١٥٨٨ م فرنسي) وبموجب المادة ١١٨٢ منه والمتعلقة
بالشرط الواقف تقع تبعه هلاك المبيع على شرط التجربة قبيل حصولها على
البائع لا على المشتري .

ويذهب الشراح في مصر ، في ظل القانون المدني المصري الجديد ، الى
ان تبعه الهلاك تقع في الحالة مدار البحث على البائع .

ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأي يدعي ان المشتري قد سلم
المبيع وان القواعد العامة تفهم بان تبعه الهلاك تدور وجوبا وعمدا مع
التسليم . ذلك لان هذه القواعد انما تنطبق على البيع الناجز ، اما والبيع
بشرط التجربة معلق على شرط واقف فان تبعه الهلاك تقع دون شك
على البائع لا على المشتري (١) .

ويميز القانون المدني العراقي بين يد الضمان ويد الامانة وما كانت يد المشتري
يد ضمان في البيع بشرط التجربة لذلك ، يكون هلاك المبيع عليه (٥٤٨)
م مدني (١٦) .

(١) انور سلطان ف ٤١ - سلطان والمدني ف ٢١٧ - السنهوري ج ١ ص ١٢٦ .
عبد العزيز عامر ص ٩٦ .

المبحث الرابع

البيع بشرط المذاق

١ - تعريف البيع بشرط المذاق وتكييفه القانوني :

قد يوجه بشرط المشتري على البائع أي يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري للبيع وارتضاءه - على أن يعلن هذا القبول في السنة المتفق عليها أو المدة التي يقضي بها العرف - ولا ينعقد البيع إلا من تاريخ هذا الإعلان (٥٢٥ م مدني) .

وشروط المذاق قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من الظروف والملازم التي يحسم هذه الظروف طبيعة البيع - إذ هناك بعض المبيعات مما لا يدرك كونه ادراكا تاما لا بمذاقة كالزيت والزيتون وغيرها من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها آذواق الناس /

والتختلف الفقهاء في تكييفه - فالبعض يعتبره بعا مطلقا على شرط واقف عند قبول المشتري للبيع بعد ذوقه - وينصب الرأي الراجح إلى اعتباره وهذا بالبيع صادر من جانب البائع وملزم له - وهذا الرأي يتفق مع حكم المادة ٥٢٥ من التشريع العراقي الذي يقرر بأن بيع المذاق لا ينعقد إلا من الوثيقة التي يعلن فيه المشتري عن قبول البيع .

٢ - احكام البيع بشرط المذاق :

البيع بشرط المذاق علىه ملزم لكلا طرفي واحد هو البائع الذي يلتزم بإمكان المشتري مسن هذا المذاق خلال المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لإعلان قبول المشتري أو رفضه أيها .

أما المشتري فله مطلق الحرية في رفض البيع أو قبوله بعد مذاقه . ولا يجوز للبائع أن يثبت جودة البيع أو أنه من الصنف الذي اعتاد الناس التعامل فيه .

وإذا قبل المشتري البيع بعد ذوقه انعقد البيع من تاريخ إعلان المشتري وحينئذ في القبول لا من وقت إبرام الاتفاق الأول .

ولكن العقد لا ينفذ إذا مضت المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لاعلان قبول المشتري للمبيع أو رفضه ابتداءً دون أن يعلن المشتري القبول أو الرفض رغم تمكنه من مذاق المبيع ، لان مكونات المشتري لا يعتبر قبولاً في هذا النوع من البيوع .

ولا يشترط في قبول المشتري أن يكون صريحاً ، بل يجوز أن يكون كسبياً يستخلص من تسليم المبيع بعد مذاقه .

والمذاق يتم في الزمان والمكان المعينين في الاتفاق ، فان لم يكن هناك اتفاق صريح أو ضمني بهذا الصدد ، لم ينع العرف ، وأن لم يوجد عرف فليس المكان الذي يضم فيه تسليم المبيع ، وهو في الغالب المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت التعاقد .

٣ - الفروق بين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة :

يمكن تلخيص أهم الفروق بين هذين النوعين من البيوع على الوجه الآتي :-

أ - الفرض من المذاق هو التثبت من مناسبة المبيع لقوى المشتري ، بينما الفرض من التجربة إما أن يكون التثبت من ملائمة المبيع للفرض المقصود منه أو التأكد من ملائمته لحاجة المشتري الشخصية .

ب - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون بعد التسليم .

ج - لا يعتبر مكونات المشتري في بيع المذاق قبولاً ، بل لابد من اعلان لمشتري قبول المبيع بعد مذاقه ، في حين يعتبر مكونات المشتري خلال مدة التجربة في بيع التجربة قبولاً للمبيع .

د - كالمبيع بشرط المذاق عبارة عن مجرد وعد بالبيع ، في حين أن البيع بشرط التجربة عقد بيع إلا أنه معلق على شرط واقف أو فاسخ بحسب الأحوال .

وإذ انك فالملكية تنتقل ان تشتري منذ وقت إبرام البيع بشرط التجربة نظراً للاثر الرجعي المشروط ، أما في البيوع بشرط المذاق فإن الملكية لا تنتقل إلا من وقت المذاق وقبول المبيع من قبل المشتري ، وترتب النتائج التالية :-

شخص

أولاً - إذا أوقع دائن، بائع حجراً على المبيع قبل الدق والقبول . نفذ الحجر في حق المشتري في البيع بشرط المفاق ، لأن ملكية المبيع لا تنتقل إليه إلا بعد القبول . في حين أن الحجر لا ينفذ في حق المشتري في البيع بشرط التجربة . نظراً لانفعال الملكية إليه مستندة إلى وقت إبرام هذا العقد .

ثانياً - في حالة انقاس البائع قبل قبول المشتري للمبيع - ينتج على الأخير مطالبة السديك لتسليم المبيع باختياره مالكا . بينما للمشتري في البيع بشرط التجربة ذلك . للسبب المبين في الفقرة (أ) أعلاه .

ثالثاً - هلاك المبيع قبل قبول المشتري يكون على البائع دائماً في البيع بشرط المفاق فيما يكرر انقاسه على البائع في أبيع بشرط التجربة . إذا كانت التجربة شرطاً والفا ، وعلى المشتري إذا كانت شرطاً لاسطاً . وينتج على أن عدم ضرورة النص على حكم خاص بمعالج بيع المستفاد ، بعض امكانية الانقضاء بالتصوص الخاصة بخيار الرؤية في هذا الشأن (١) .

والراجع في رأينا هو أن الرؤية وأن كان يمتنع العلم بالمبيع وأن العلم منه يتم بالدق إلا أن أحكام العلم بالمبيع لا تكفي في هذا الصدد لأن عدم العلم بالمبيع لا يحوّل دون انقضاء العقد . في حين أن شرط المفاق يمنع ذلك . إذ أن البيع لا ينتشر إلا من وقت إعلان المشتري قبوله للمبيع بعد مذاقه (٢) .

كما يتعرض الفقهاء على تكييف مشروع البيع بشرط التجربة على أنه بيع معلق شرط . وتكييف البيع بشرط المفاق على أنه مجرد وعد بالبيع ملزم ليجاب واحد - ويرون وجوب التسوية بينهما واعتبارهما مجرد وعد بالبيع على رأي فريق منهم . أو اعتبارهما بيعاً مطلقاً على شرط على رأي البعض الآخر (٣) .

(١) حسن على القبول من ٢٨ .
(٢) نور سلطان من ٦٦ - الصراحي من ٨٢ .
(٣) حسن جبول طه من ١٥٧ والفتحة المشار اليه في الهامش ٢٤٥ و ٢٤٦ من نفس الصحيفة .

المبحث الخامس

البيع بشرط العريون

عريون

١ - تعريف العريون والغرض من ذكره :

العريون صلح من التفرغ بدفعه احد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد أما
يشهد اشكبه عن اثر العقد اذى اجماع قد اصبح باننا لا يجوز الرجوع عنه
او بفضه الحاطة على حق العدول من التعاقد لكل منهما)

والنقبات المدنية تراوح بين الاتجاهين المذكورين اعلاه . فالتفسيرات
الجرمانية كالفانون المدني الالمانى وقانون الالتزامات السويسرى والتركي تأخذ
بالاتجاه الاول بينما تأخذ النقبات اللاتينية كالفانون المدني الفرنسى والقانون
المدنى الايطالى بالاتجاه الثانى . على ان كلا الاتجاهين قابل لانبات العكس .

والاصل في التشريع المرافى هو ان دفع العريون يفيد ان المتبايعين قد
تلقا بيعا نهائيا لا يجوز الرجوع عنه وان العريون يعتبر جزءا من الثمن يجب
خصه من الثمن عند تنفيذ العقد . على ان هذا الاصل يجوز الاتفاق على جعل
العريون كجزء للعدول من التعاقد (٦٢ م مدنى عراقى) .

أما التشريع المدنى المصرى فإنه يتبنى اتجاه القوانين اللاتينية . (١٠٣ م
مصرى) .

٢ - التكيف القانونى للبيع بشرط العريون :

اختلف الفقهاء والقضاة في تكيف البيع بشرط العريون . فالبعض يلعب الى
ان البيع بشرط العريون عبارة عن عقد معلق على شرط واقف هو عدم عدول
احد المتعاقدين عنه . فاذا تحقق الشرط بأن مضت المدة المطلق عليها دون
ان يعدل احد المتعاقدين عن البيع ، ينتج العقد اثاره باثر رجعى . أما اذا تخلف
الشرط بأن عدل احد المتعاقدين عن التعاقد . فإن العقد يزول في هذه الحالة
ولا ينتج أى اثر سوى ان من عدله عن البيع يفقد قيمة العريون في مقابل عدوله .

ويعتبره آخرون بعبارة معلقة على شرط فاسخ فالعقد يقوم مستجيبا لكافة أثاره
إلا إذا تحقق الشرط الفاسخ باستعمال أحد المتعاقدين لحقه في المودع حسن
التعاقد ، حيث يزول العقد والبرء بالبرء أي بغيره ، على أنه يترتب على من عكس
عن التعاقد ترك المودع إذا كان هو الذي دفعه ، أو رده عطفاً على أن كان هو
الذي قبضه (١) .

ويذهب فريق آخر من الشراح إلى القول بأنه (يمكن تكييف المودع الذي
يدفع في مقابل المودع حسن العقد بأنه البديل في التزام بدلي ، ويكون المدين
ملزوماً أصلاً بالالتزام الوارد في العقد ، ودائماً بالحق الذي يقابل هذا الالتزام ،
ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل له إذا هو أشد المودع ،
ويعود ذلك أن المودع في حالة دفع المودع لا يكون حسن العقد في بطلته بل
حسن الالتزام الأصلي والحق المقابل له ، والمودع بديل مستحق بالعقد ، فدفعه
أما هو تنفيذ للعقد في أحد شرطيه وهو البديل ، لا يقول عنه في بطلته (٢) .
ويذهب بعض الشراح عندما إلى اختيار المودع صورة عامة ليس خصوصاً
الشرط الجزائي (٣) ، في حين يرى البعض الآخر وجوب التمييز بين حالتين :
حالة لشروط المودع كوسيلة لتفكيك العقد ، وحالة لشروطه كضمان لتنفيذه
ويعتبرون المودع في الحالة الأولى التزاماً بديلاً يلتزم المتعاقد بتنفيذه إذا أراد
أن لا ينفذ التزامه الأصلي (١) . أما في الحالة الثانية فالمودع ليس إلا نوعاً
من أنواع التأمينات التي يستخدمها الملتزم كوسيلة لضمان حقه القائم لدى
مدينه ، أي أنه عبارة عن وسيلة لضمان أنه المدين لالتزامه الملقى .
وإذا كما تتفق مع الرأي الأخير بالنسبة للحالة الأولى ، فالتا نرى بأن المودع
في الحالة الثانية ليس سوى جزء من الثمن يدفع كدليل على بقاء العقد وعدم
امتناع المودع عنه من قبل أحد الطرفين الأمر الذي يعني بأن لكل طرف في حالة
امتناع الطرف الآخر عن تنفيذه المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ وفقاً للقواعد
العامة الخاصة بتنفيذ العقود .

(١) يستند هذين الرأيين بلاط ١ ملحقاً حسون طه ص ١٥٥ والفقه الثناني ص ١٥٥

(٢) السهري ج ٤ ص ٩١ .

(٣) حسن علي المودع ص ٣٥٥ .

حكم العربون

يختلف حكم العربون باختلاف ما إذا كان قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد أو كان قد دفع كجزء للمدول عن التعاقد (١).

حكم العربون كوسيلة لضمان التنفيذ : إذا كان العربون قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد ، فالعربون يعتبر تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكمال تنفيذه .

ويتروى على ذلك أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستغل ينقض العقد مقابل تنازله عن العربون الذي دفعه ، أو مقابل رده للعربون الذي قبضه مضاعفاً إلى الطرف الآخر .

والمقد في هذه الحالة يخضع لاحكام التواعد العامة الخاصة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع اللطافة بالتعويض إن كان له غرضي بحسب الأحوال ، ولا السر يُلغى العربون في التعويض ، إذ للحكمة أن تحكم على الطرف الذي أخل بالتزامه من العاقدين بتعويض يزيد أو يقل عن مقدار العربون وذلك حسب جماسة الضرر الحاصل ، بل لها أن لا تحكم أصلاً بالتعويض إذا تبين عدم حصول ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد ، وفي الحالة الأخيرة عليها الحكم بإعادة مبلغ العربون إلى الطرف الذي دفعه .

ب- حكم العربون كجزء للمدول : إذا قسم العربون كجزء للمدول عن البيع واستعمل دفع العربون خيار النقص فقط ، أما إذا أراد من قبض العربون المدول عن البيع ، فعليه رد ما قبضه من العربون مضاعفاً إلى الطرف الآخر فالعربون يلزم لمن يريد المدول عن التعاقد ولو لم يسم بحسب الطرف الآخر أيضاً ضرر يسبب ذلك .

أن الأحكام اعلاه تطبق في حالة ما إذا ورد العربون في عقد صحيح - أصلاً إذا ورد في عقد بيع عقار خارجي (باطل) فيرى البعض وجوب التمييز بين ما إذا كان العربون قد دفع كدليل على ثبات العقد أو دفع كجزء للمدول عنه وفي الحالة الأولى إذا كان الناقل هو من دفع العربون فيجوز الحكم عليه

(١) الصراف من ٧١٧٠ - العامري من ٥٧

بموجب متناسب مع جسامه الضرر الذي اصاب الطرف الآخر وفقا للقواعد العامة ويصرف النظر عن مقدار العيوب . اما اذا كان الباكي هو الطرف الآخر فيتوجب عليه اعادة العيوب كاملا لمن دفعه مع تعويضه عن الضرر الذي اصابه بسبب هذا التكرار (١١٢٧م مدني) بما في الحالة الثانية فتطبق احكام المادة (١١٢٧) او المادة (٩٦) من القانون المدني على حسب الحال (١)

ويلاحظ ان محكمة التمييز تقرر في هذا الصدد بأنه اذا عمل من دفع العيوب فانه يخسر . والا عمل من قبضه وجب عليه بده مضافا . لأن عمله بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري وان لم تنتقل به ملكية العقار . غير انه قد صحح ناهي لزم وكل طرف له ملزم بالقيام به (٢) .

فالطرفان انفا على جعل العيوب تعويضا عن الاخلال بالمقد .

وترى ان الاضرار المتبادر عليها في القرار اعلاه لا ترتب على عقد بيع العقار غير المسجل لانه عقد باطل . وانما ترتب على عقد اخر هو (التعهد بتقل ملكية عقار) المتبادر اليه في المادة (١١٢٧) (المدة) من القانون المدني

(١) شاكر ناصر - الوجيز ١٩٦٩ ص ١٣١ .

(٢) قرار محكمة التمييز الرقم ١٠ / استئنافية / ٩٧٠ في ٧/٦/٩٧٠ المنشورة القضائية السنة الاولى . العدد الثاني من ١٢٨-١٤٠ كما يلاحظ القرار ٢٠٢٣/٢٨/١١/٩٦٨ في ٢٨/١١/٩٦٨ قضاء محكمة التمييز المجلد الخامس ص ٢٢٥ .

الفصل الثاني

محل عقد البيع

البيع عقد ملزم للجائين ، فهو ينص : التزامات في ذمة البائع محلها الرئيسي هو البيع ، ويتضمن التزامات في ذمة المشتري محلها الرئيسي هو التسليم ولذلك يكون لتبنيع محلان هما البيع والتسليم ونسبتهما في الفرعين التاليين :

الفرع الأول

البيع

يحترق المبيع ركناً من اركان عقد البيع فاذا انعدم هذا الركن لم ينقذ بين المتعاقدين ببيع .
وتعرف المادة ٥٠٦ من القانون المدني البيع بأنه (مبادلة ملك بملك) فالمبيع إذن هو (مال) ، والمال كما تعرفه المادة ٦٥ من القانون المدني هو (كل ما حقيق له قيمة مادية) .

ويترتب على ما تقدم ان المقصود بالمبيع ليس هو الشيء ، بله الحق ، الشيء يرد على هذا الشيء ، أي هو المال وليس الشيء ، في ذاته لان المال هو الحق الذي له قيمة مادية ، سواء كان حقاً عينياً ، ام شخصياً ، ام حقاً مهنياً الحقوق الادبية .

اما الحقوق غير المالية كالحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الاسرة فلا تصح ان تكون مبيعاً لانها لا تعتبر مالا .

ويلاحظ ان التشريع المدني العراقي لا يحتوي على نص خاص بشأن شروط التبنيع عدا نص المادة ٥١٤ التي تنص على انه (١- يلزم ان يكون المبيع معيناً تعيناً تاماً للجهة الفاحشة .

٢- ويصح بيع الاشياء والحقوق المستقبلية اذا كانت محددة تحديداً يمنع الجهالة والغرر . لذلك ينبغي الرجوع الى احكام القواعد العامة الخاصة بمحل العقد

والمحددة في المواد من ١٢٧ إلى ١٤٠ من القانون المدني والتي بموجبها ينبغي أن يكون المثل موجودا أو قابلا للوجود وكان كذلك، فضلا أو قابلا للتحقق وأن يكون قابلا للتعاقب.

وحيث أن هذه الشروط تدخل ضمن أشروح النظرية العامة للعقد فاعتدنا لتحليل إليها - ولكن مع ذلك يجب الانتباه إلى أن عقد البيع لا ينعقد إذا تبين إساق المبيع لم يكن موجودا وقت إبرام العقد أو قبله كما في حالة خلاكه المقارن أو السابق لإبرام العقد - سواء أكان قانونيا أو ماديا، بسواء كان الهلاك مجهولا من الطرفين أو معلوما لأحدهما دون الآخر - إلا أن للمشتري مطالبة البائع بالتعويض وفقا للقواعد المسؤولية التصريحية إن كان البائع يعلم وحده به وبالهلاك أو كان من السهل عليه أن يعلم به وليس لهالة (١).

أما الهلاك اللاحق فانه لا يبطئ العقد وإنما يجعله منسقطا لاستحالة تنفيذ البائع للتعاقب بتسليم المبيع إلى المشتري، ولكن للمشتري مطالبة البائع بالتعويض إذا كان الأخير غير تسبب فيه، وهذا يعني أن العقد لا يفسخ في هذه الحالة وإنما يتأكد بحكمه بالزام البائع بالتعويض - وهذا طريق من طرق تنفيذ العقد (التعويض بغيره).

على حالة الهلاك الجزئي للمبيع السابق أو المقارن لإبرام العقد فإنا المشتري يكون محبرا بين تسخ البيع وبين المطالبة مع المالك المثل (١٥١٧ م. مدني).

وإذا بيعت عدة أشياء بشئ واحد وهلك بعضها دون البعض الآخر فإنا للمشتري لزم البيع من دون حاجة لتكليفه بالبيان أنه ما كان ليشتري بعض المسع دون البعض الآخر، لأن الأشياء صنعتها وحدة الثمن وإن رها المشتري قد أصب عليها جميعا بالثمن المتفق عليه، وهذه الحالة تختلف عن حالة بيع عدة أشياء مع تسمية ثمن لكل منها إلا إذا اتت أن الجزء الباقي لا يقع له منه للمشتري أن يتحلل من البيع كله إلا إذا اتت أن الجزء الباقي لا يقع له منه أي أن البيع يعلق بالنسبة للمالك منها وينفذ صحيحا بالنسبة للباقي -

(١) دهلاني وحامد زكي من ٢١٨ -

الاحكام اعلاه تطبق اذا كان البيع من الاشياء المعينة بالذات امسا اذا كان
من المتليات . فان العقد يبقى صحيحا ويلزم البائع بتسليم مثل البيع
لان (الاشياء المثلية لا تهلك) .

ولا يشترط التسرع لانقاذ البيع ان يكون البيع موجودا دائما بل قدسه
يكفي باحتمال وجوده في المستقبل . حيث يعيز بيع الاشياء المستقبلية بشرط
ان تكون محددة تحديدا تاما للجهة الفاضلة (١٦٦ . ١٦٤ م مدني) . على ان
يستثنى من هذا القيد التعامل في تركه انسان على فيه الحياة الا في الحالات
الخاصة قانونا كالوصية مثلا .

وحكم بيع الاشياء لهيئة يتخلف باختلاف ما اذا كان يقصد منها جازفة
المشترى في وجود البيع او مجازفة في عدم البيع فقط . ففي الحالة الاولى يكون
العقد من العقود الاحتمالية (عقد الامل والحظ) ويتخذ باننا ومطلقا ويلتزم
المشترى بدفع ثمن سواء وجد البيع او لم يوجد كما هو الحال في شراء
ورقة اليانصيب . على ان يكون تحقق الامل او عدم تطلعه متروكا لتصرف
لا دخل لاحد المتعاقدين فيها . واذا سيب احد المتعاقدين في عدم تحققه كان
للطرف الاخر مطالبة بالتعويض واسترداد ما دفعه .

امسا في الحالة الثانية فان البيع يعتبر معلقا على شرط واقف هو وجود
البيع في المستقبل . لذلك فان العقد يزول اذا انعدم البيع بان لم يوجد
اطلاقا . اما لو وجد فان العقد يصبح باثنا وواقفا ويلتزم المشتري بدفع
الثمن بصرف النظر عن مقدار البيع .

ولمعرفة ما اذا كان العقد احتماليا مطلقا او مطلقا على شرط واقف ينبغي
الرجوع الى نية الطرفين واستخلاصها من شروط المتعاقدين . واذا تمسك
ذلك وحسب اختياره بيما مطلقا على شرط واقف هو وجود البيع . لان العرف
قد جرى بان المشتري لا يجازف في وجود البيع نفسه . وانه لا يدفع الثمن الا في
مقابل شيء مطلق . وان بيع الامل والحظ هو الاستثناء (١) .

(١) الهلالي وحامد زكي ص ١٢٢ .

كما يلاحظ بان التصريح - أو معيارا للتمييز بين صور التعامل على تركه
مستقبله والتصرفات التي قد تبدو كذلك لأول وهلة - وبموجبه اذا كان الحق
مدار التعامل مما لا يتساوى الا بعد موت المورث فالتعامل باطل لانه يعامل في تركه
مستقبله - اما اذا لم يلوِّق له الحق على موت تاروت فانه تعامل صحيح ولو
كان تنفيذ الحق لا يتم الا بعد وفاته - ومثال الحالة الاول التالي شخص مسح
آخر على ان يبيع له حق ميراثه ببلغ معين - اما مثال الحالة الثانية في
ان يبيع شخص لآخر شيئا ويشترط المصد ٥٠ الف - ١٠٠ الف - الا انه تركه
ايضا (١) -

اما تعين المبيع فيوضح القواعد العامة في تعيين الثمن والهيئة ضمن شروط
النظرية العامة للمعد - ولكن هنا نصيب لفظ بان بيع الاشياء المثلية جزائيا
يعتبر في حكم بيع الاشياء المثلية بالذات - ولذلك يكفي لتعين المبيع مسمى
بيان وصفه وجسه وتوبه كما في حالة بيع شخص لخص ما في مخزله مسمى
حطلة أو شعير - والبيع يعتبر جزائيا متى ولو وجب لتحديد الثمن تعيين مقدار
الثمن - كان يبيع شخص جميع ما في مخزله من حطلة بسعر الطن (٢٥٠) -
ويتارا - فالتبيع يعتبر جزائيا ولو كان تعديده مقدار البيع ضروريا لتحديد الثمن -
لانه لم يعين بما هو موجود في المخزن وان وزن الحطلة ليس ضروريا لتعيين
البيع في العطف - وانما هو ضروري لتحديد الثمن -

ويجوز ان يتم تعيين البيع على اساس نموذج يقدمها البائع للمشتري
ويسمى البيع (البيع على نموذج) وتقدم النموذج يعني عين تعين المبيع
باوصافه - كما يكفي من رؤيته -

ويختم البائع بان يقدم للمشتري بطاقة ملاحظة للنموذج والا كسبان الاخير
مخترا بين قولها بالثمن المسمى او لبيع البيع كما لو كان المبيع نوع النموذج
المتفق عليه - كما للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني كلما كان ذلك ممكنا - ولله
الحصول على شيء مطابق للنموذج على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة او بدونه
في الاموال المشتملة وايضا في حال البيع ببيع بصفة بالتسوية مع اعداء جزير

نتيجة عدم تنفيذ البائع للالتزامه - ولكن ليس للمشتري قبول المبيع فبمسار
العلاق المتزوج مع الطالبة بالانفاس الثمن لا مغير قانونا بين يد المبيع
وتسج البيع او قبوله بالثمن المسس في العقد - (٥١٨ - ٢٤٨ م مدني) -
وانا حلك التزوج وكان في يد المشتري وانما عدم مطابقة المبيع المسلم له
وجب على البائع ان يثبت المطابقة سواء حصل ال الاك يخطا منه او بسبب اجلي
ويجوز الاتباب هنا بظافة طرق الاثبات (١) -

وفي حالة حصول نزاع حول ذات التزوج - بل الكر اخذ الطرفين ان التزوج
الموجود لدى الطرف الاخر هو التزوج المتفق عليه ، فان القواعد العامة في
الاثبات هي التي تطبق ، فمن كان التزوج في يده يعتبر مدعيا عليه والطرف
الاخر يعتبر مدعيا ويقع عليه عب الاثبات لان البيعة على من ادعى -
واخيرا ينبغي ان يكون المبيع قابلا للتعامل فيه -

الفصل الثاني

التبني

تنص المادة ٥٢٦ من القانون المدني على ان (١) الثمن ما يكون بدلا للثمن
ويتعلق بالخدمة ٢ - ويلزم ان يكون الثمن معلوما بان يكون معينا تعينا قافيا
للجباله الفاضلة - وتنص الفقرة الاولى من المادة ٥٢٧ من القانون ذاته على
انه (في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدوا بالنقد - ويجوز ان يقتصر
التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما يحد) -

وظاهر مما جاء اعلاه انه يشترط في الثمن الشروط التالية التي منبجست
كل منها في مبحث خمس -

(١) العامري ، ص ٧٧ - غني حنون طه ، ص ١٧٨ -

المبحث الاول

التمن مبلغ من النقود

يجوز الفقه الاسلامي أن يكون التمن شئنا مثلبا من غير النقود .
أما القانون المدني فإنه يشترط أن يكون التمن مبلغا من النقود
(٥٢٧ / م مدني) .

فإذا كان التمن مبلغا من النقود كان العقد بيعا . إلا أنه هناك بعض
الحالات التي يكون فيها المقابل شيئا من غير النقود ، أو قد يكون بعض التمن
من غير النقود . أما الحكم في هذه الحالات :

يجب التمييز بين الحالات التالية :-

أ- طبيعة العقد إذا كان التمن اوراقا مالية او بضائعا :-

يذهب البعض إلى اعتبار العقد بيعا إذا كان من اليسور تقدير قيمة العوض
تقديرا ، كما هي الحال في الاوراق المالية والبضائع التي تسهل معرفة قيمتها
تقديرا بالرجوع إلى كسوف التسمية . أو إلى البورصة .
إلا أن معظم الشراح يخالفون الرأي اعلاه ويفررون بأن العقد في الحالة
مدار البحث مقايضة لا بيع . لأنه قد انصب مباشرة على المبيع وعلى الاوراق
المالية خاصة وأن الاخذ بالرأي الاول سيؤدي إلى اعتبار المقايضة بيعا كلما
تمكن تقويم احد البديلين بالنقد (١) .

ب- طبيعة العقد إذا كان المقابل التزاما بعمل :-

قد يلتزم شخص بأن يعطي شيئا لآخر مقابل التزام الاخير باطعامه واوراقه
والقيام بكسوته . فهل يعتبر هذا العقد بيعا ؟

يذهب الفقه إلى أن هذا العقد لا يعتبر بيعا ولا مقايضة . فهو لا يعتبر
بيعا . لأن العوض ليس نقدا والسا هو التزام بالقيام بعمل معين هو الاطعام

(١) بالنسبة للبلاد التي ترد فيما يلي يراجع : الهلالي وحامد زكي ص ١٠٨
مرقس واعام ص ٨٤٠ واتور سلطان ص ١٦٦ .

وأيضا والاكفاء - كما ان العقد لا يعتبر مفايضة ، لان المقايضة هي متبادلة حال يسأل ، في حين ان التزام احد الطرفين في العقد مدار البحث هو التزام يمتد ، ولذلك جرى السراخ على اعتبار هذا العقد من العقود غير المسماة فتسري عليه الاحكام العامة في نظرية الالتزام

٣- طبيعة العقد اذا كان الثنائي دينا في ذمة البائع :

ينصب السراخ الى اعتبار العقد وقفا بمقابل في حالة كون المقابل دينا فسي ذمة البائع ، كما لو اعطى المدين ايداعه حالا منقول او عقارا في مقابل ذمة الا انه نظرا لتوافر جميع اركان البيع في هذا العقد ، فيجب سريان احكام البيع عليه وهذا الراي يتسجم مع حكم المادة ٤٠٠ من القانون المدني العراقي التسي نص (٦) ، في هذا الصدد على انه (يسرى على الوفاء بمقابل من حيث المسه ينقل ملكية التسي الذي اعطى في الدين احكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها باساسة المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، ويسرى عليه من حيث انه يقتضي الدين احكام الوفاء وبالاخص ما يتعلق منها بتعيين جهة البيع والتفويض التأمينات)

٤- طبيعة العقد اذا كان الثمن ايرادا مؤبدا او مؤقتا :

اختلف السراخ في هذا الصدد ، فقريق منهم يلعب الى ان العقد في حله العمالة هو مقايضة على التسي ، يعنى الأيراد أو الربح ، لان الثمن في حالة الأيراد المؤقت أو المؤبد لا تشمل في الانساط التي يدخلها المشتري ، بل في حلق الأيراد ذاته - ويعتبره ايرادا بيما ، بذاهي أن الأيراد من العقود من جهة ولانه يكفسي لا اعتبار العقد بيما أن يكون الثمن من العقود ، سواء اكان هذا البيع معجلا او مؤجلة ، وسواء اكان يدفع دفعة واحدة او كان مقسما

٥- طبيعة العقد اذا كان بعض المقابل من غير التقبوع :

نظرا لسبق بحث طبيعة العقد مدار البحث ، فنكتفي هنا بما بيناه سابقا

المبحث الثاني

التمن ظنر أو قابل للتقدير

لما كان التمن أحد محلي عقد البيع ، فيجب أن يكون ظنرا أو ظني الأقل قابلا للتقدير والأقل ما ينفذ العقد ، (٢/٥٢٦ مبدئي) .

والاصل أن يتم تقدير التمن بإطلاق المتعاقدين غير أن هناك حالات يكون التمن فيها مفروضا على البائع والمشتري كما هو الحال في التسخير الجبري الذي تلجأ إليه الدولة في الحروب والاضرابات ، وكذلك التسخير الذي تقرره الدولة بالنسبة للمرافق العامة كالكهرباء والغاز السائل ، كما أن هناك يسوع يحدد بها التمن دون حاجة المرجوع ال ارادة البائع كبيع الزراد العنقسي وبيع الملكية للمنطقة العامة .

ولا يشترط لانقاذ البيع اتفاق المتعاقدين على التمن وقت إبرام العقد بل يكفي لذلك اتفاقهما على الاصل التي يمكن تحديد التمن بقتضاها تحديدا تاما للجهة الفاضحة وأما عن الزواج (١٦/٥٢٧ م مبدئي) .

ويترتب على ذلك جواز اتفاق الطرفين المتعاقدين على احتساب التمن بأضافة ربح معين ال التمن الذي اشترى به البائع ، أو ال تمن الكلفة ، أو أن يحسب التمن على أساس متوسط الأمان التي ساع بها البائع في يوم أو في أسبوع أو على أساس سعر السوق في تاريخ ومكان معينين .

إلا أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن ينقل البائع ملكية المبيع المسمى المشتري مقابل التمن الذي يسأره ، لأن هذا العقد يؤدي ال الزواج ، وكذلك الحكم لو اتفقا على أن يكون التمن هو ما يسل أن يشتري به أي شخصي آخر ، لأن هذا الاتفاق قد يؤدي ال الضرر والفساد بأحد المتعاقدين ، فقد يتفق البائع مع شخصي آخر على أن يعرض عليه ثمننا مرتفعا لاجبار المشتري على الشراء بهذا التمن ، أو قد يتفق المشتري مع شخصي آخر على أن يعرض على البائع ثمننا أيضا لاجبار الأخير على البيع بهذا التمن .

ولا يجوز ترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين لأن ذلك يجعل التعاقد الآخر تحت رحمة التعاقد المفاوض بتحديد الثمن والذي يكون مخالفاً على إبطال مقبول العقد بالامتناع عن تحديده (١٦) .

ولكن هنالك من يذهب إلى جواز ترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً . يدعي أنه للطرف الآخر مراجعة القضاء لتحديد الثمن العادل إذا حدد الطرف المفاوض بتحديد الثمن لسبب غير عادل . أو امتنع عن التحديد . كما يرى البعض صحة الاتفاق الذي يلتزم المشتري بقبول الثمن الذي يحدده البائع . أما الاتفاق الذي يلتزم بتحديد الثمن للمشتري فيعتبر باطلاً طبقاً لنظرية الشرط الإرادي (١٧) .

وكذلك لا يجوز للمتعاقدين تأجيل الاتفاق على الثمن إلى وقت مستقبل . وإلا فلا ينعقد بينهما بيع لعدم اتفاقهما على ركن من أركانه .

ويصنف القانون المدني على ثلاثة أسس يمكن بموجبها تحديد الثمن وحسب نـ

١- البيع باسم السوق نـ

إذا كان الاتفاق ينص على البيع بسعر معلوم في مكان وزمان معين حيث يبيح أخذ قيمة السوق بنظر الاعتبار عند تحديد الثمن . وإذا لم يحدد مكان وزمان قيمة سوق فالسوق هو سوق زيمان ومكان التسليم . أما إذا لم يكن في مكان التسليم سوق فالسوق هو المكان الذي ينشأ المعروف بأن تكون أسعاره حسب المأريفة : (٢/٥٢٧ مدني) .

والسوق لا تقتصر على الأسواق المنظمة كالبورصات . بل تشمل كل مكان يجتمع به العرض والطلب على نطاق جبر ضيق

٢- البيع بالسعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين نـ

لا يشترط المصراع تحديد الثمن أو تحديد الاسس التي تؤدي إلى تحديده صريحاً بل هو يجوز للمتعاقدين تعيينه ضمناً . إذ ليس الممكن أن ينطوي سكوت

(١٦) الفلال وحامد زكي ص ١١٠ وعكس ذلك سليمان حرقس ص ١٧١

التعاقدين من تحديد الثمن على اتفاق ضمنى على ترك تحديدته الى سعر السلعة المتداول بين التجار وذلك تبعاً لطروت وملابسات التعاقد . وفي هذه الحالة يعتبر الثمن قابلاً للتقدير . وعند تقديره يؤخذ سعر السلعة المتداول بين التجار بنظر الاعتبار ، سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة او سعر الاسواق المحلية في مكان تسليم المبيع .

والعمرة ليست طبيعة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الاسواق سواء اكان هذا السعر اقل او اكبر من قيمة الحقيقية . ونقاضي الاستعانة بخبير مسن التجار لتحديد سعر السوق اذا لم يبين له وضوح السعر المتداول في الاسواق . كما يلاحظ ان بإمكان التعاقدين الاتفاق ضمناً على ان يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما . وعليه اذا اعتاد تاجر القمح ان يطلب كسل يرم او كل اسبوع من تاجر الحنطة بكمية معينة دون ان يحدد له الثمن ، فيمكن ان يستفاد من ذلك انه قصد ضمناً ان يكون الثمن هو الثمن الذي جرى به التعامل بينهما سابقاً الا اذا اية التام عميلة (تاجر القمح) برفع هذا الثمن (م ٥٢٨ مدني).

ثـ البيع على اساس الثمن الذي اشترى به البائع :

فالتسرع يجوز للمتعاقدين الاتفاق على جعل الثمن الذي اشترى به البائع اساساً لتقدير الثمن كان يتفقا على ان يكون الثمن هو مثل الذي اشترى به البائع او اكبر او اقل من ذلك .

وفي هذه الحالات يتوجب على البائع ان يبين هذا الثمن . وللمشتري ان يثبت ان الثمن الذي بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقي . وله ان يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات ومنها البيعة والقرائن . لان الاثبات بالنسبة للمشتري هنا اثبات الواقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . فضلاً عن ان البيان الصادر من البائع يشتمل اطر من الثمن الحقيقي يطوى على غش والغش يثبت بجميع طرق الاثبات (م ٥٢٠ مدني).

وحكم المادة ٥٣٠ اعلاه مقتبس من الفقه الاسلامي ولا نظير له في القوانين المدنية الاجنبية - ويطلق الفقه الاسلامي على هذه البيوع - (بياعات الامانة) - وهذه البيوع هي ابيع المراجعة ، وبيع الاشراك ، وبيع الوضعية - والمتصر في هذه البيوع يحكمك ان شخص البائع ويطبق الى امالته ، فينتج منه المضامين مثل الثمن الذي اشترى به البائع او يكثر او ينقص - وذلك -

والرأي الراجح عندنا ينبغي ان عدم ضرورة حكم المادة ٥٣٠ اعلاه ، ان يفسر القواعد العامة ما يقتضي عنه - فقد سبق لمشرع العراقي ان نص على حكم المسألة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه (ويعتبر العرفا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التفرغ فيها عن الشبه بالبيان كالتجارة في الرهن والتولية والاشراك والوضعية) وما يؤيد الرأي اعلاه هو ان حكم هذه البيوع في القوانين الاجنبية هو ليس الحكم الوارد في المادة ٥٣٠ من التشريع العراقي ولم يتم وجوده من حيث هو في القوانين المذكورة (١).

٥- ترك تقدير الثمن لاجنبى يتفق عليه المتعاقدان :

انجزت المادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي للمتعاقدين ان يلوها امر تحديد الثمن الى شخص آخر لو ان الشخص الفرنسي

اختلف الشراخ بشأن طبيعة التفاوض فاعتبر البعض منها مهمة الاجنبى تحليها واعترض عليه لان التحكم يخترض قيام نزاع في طرف موجود بالفعل في حين ان المطلوب هنا هو تحديد الثمن الذي يحدده وكما من اركان العقد -

والشبهة اخرى خيرة الا انه اعترض عليه لان رأى الاجنبى ملزم بخلاف رأى الخبير وتضمن القضاء الفرنسي في بعض احكامه بان عمل الاجنبى لا يعتبر تعكيسا بحثا او خيرة خالصة - بل هو يجمع بين التحكم والخيرة (١) واعتبره في احكام اخرى له وكذا عن المتعاقدين (١) اللذين احلوا ارادته محل ارادتهما والتزمها باحترامها وهذا الرأي هو الراجح

(١) الصراف من ١٢٢ - دبول في ١٣٠ - نفس مسنون طه من ١٩١ -

ومع ذلك يتعارض البعض (١) على هذا من أن الوكيل ليس له إلا سلطة
التيابة عن الموكل ، في حين إن هؤلاء المعترضين بتقدير الثمن لهم اداة مستقلة
ورأي ثالث على المتعاقدين :

وقد حكم القصد المستعمل على التفويض ^١
يعتبر البعض مثل هذا القصد مجرد مشروع أي عفا بنفس لا يتم إلا عند
تقدير الثمن (٢)

ولكن الرأي الراجح هو ان هذه البيع يتعقد من تاريخ الاتفاق . الطرفان على تعيين
الاجبي بتحديد الثمن حتى ولو لم يحدد بعد . فالقصد يعتبر بيعة مطلقا على
شروط الاتفاق هو تحديد الثمن من قبل الاجبي الموعود بذلك في العقد فإذا
تحقق هذا الشرط . لزم البيع والتج آثاره بآثر رجعي الس تاريخ الاتفاق .
وإذا لم يتحقق الشرط المذكور إما نظرا لامتناع الاجبي أو استدعم عسـ
تعيين الثمن أو بوجاهة فان البيع يعتبر كأن لم يكن في هذه الحالة ولا يجوز
للمحكمة ان تدخل وتقوم بتحديد الثمن بدلا من الاجبي لان تدخلها يعتبر
تدخلا في تكوين العقد وهذا امر ليس للمحكمة ان تفعله (٣) .

ورأي الاجبي عدم للمتاعدين والمحاكمة ولكن يجوز الطعن فيه في
الحالتـ الثالثـ وذلك وفقا لتفاهد العامة :-

١ - لا يثبت ان الاجبي المتوكل بتقدير الثمن قد ارتكب تدليسا ضد احد
الطرفين المتعاقدين او اذا كان هو ضحية تدليس صادر من احد الطرفين
او اذا كان واقفا في عقد .

ب - اذا كان الشخص الموعود بتقدير الثمن قد تجاوز الحدود التي رسمتها
له الطرفان (٤)

وتحول المادة ٣١٩ من القانون المدني المتعاقدين حتى الاجتزاض على
الثمن الذي يقدره الاجبي الموعود بذلك في حالة مخالفته للمادة عند تحديده

(١) بهذا صفة الآراء - تراجع - الهلالي وحامد زكس من ١١٢ و ١١٣ و ١١٤
السـ وري ج امر ٣٧٩ هامش (١) - العسراف من ١١٩ سليمان مرتضى
من ١٢٥ - الورد سلطان من ١٧٥ ، العسراف ٨٦ - علي حسن من ١٩١ و ١٩٢
(٢) تراجع عنه من السرائي : الهلالي وحامد زكس من ١١٤ هامش (٢)
الورد سلطان من ٧٧ - السهواني ج ٢ من ٣٧٩ هامش (١)

النمر مخالفة ظاهرة - ولا يجوز الأخذ به في التشريع الفرنسي لعدم وجود حكم مماثل للاماسي - (١)

فما اذا تم تعيين المتعاقد الاجنبي الفرض في نفس العقد بكل انعكاس طيه في عقد لاحق - فان البيع لا يوجد الا من تاريخ الاتفاق اللاحق اى تاريخ تعيين الاجنبي - لان العقد الاول لا يسجل على شخص ولا على تفويض احده بتقديره حتى يمكن اختياره مطلقا على شرط والقب -

وإذا اتفق المتعاقدان على تفويض اجنبي بتقدير السن ولكن دون ان يحدد في العقد - ثم يتقضا على تعيينه بعد ذلك فالبعض يذهب الى ان ليس هناك من مانع يمنع المحكمة من ذلك - لان - المحكمة في هذه الحالة لا تتدخل في

تكوين العقد - بل تعمل على تفسير ارادة المتعاقدين الضمنية (٢) الرأى الراجع فقها وقضاة الى خلاف ذلك لان وظيفة القضاة هي حسب المنازعات ولا يدخل ضمنها مداونة الناس على انشاء العقود - ولا إضافة شروط جديدة الى عقود المتعاقدين - فالبيع لا يتعدد لتختلف ركن التضمن الا ان ذلك لا يفسد بشرط عدم منسوخ الاتزامات بين المتعاقدين - بملقضاء يجب على كل منهما القيام بشعبه والا لا جاز مطالبة الطرف المثل بهذا الالتزام بالتبويض (٣)

وإن ذلك يذهب بعض الفروع في مصر الى انه لا يصح مطالبة العاقد الاخر بشئ - لان تعهده عبارة عن بيع لم يتم (٤)

ولا يوجد مانع - في التشريع العراقي والمصري - يمنع من نوك امر بتدبير السن الى اجنبي من قبل المتعاقدين رغم عدم وجود نص مماثل لنص المسادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي - لعدم وجود نص يمنع المتعاقدين من ذلك من جهة - وعدم تعارض هذا الاتفاق مع النظام العام والآداب من جهة اخرى خاصة وان الفقرة الاولى من المادة ٥١٧ من التشريع المدني العراقي تجيز اقتضار التقدير على بيان الاسس التي يحدد السن بموجبها فيما بعد - ولا ريب ان من بين هذه الاسس هو تفويض الغير بتقدير السن (٥)

(٣-١) الصراف ص ١١٨ - الهلالي وحامد زكي ص ١١٥ هامش ٣
(١) الهلالي وحامد زكي - نور سلطان ص ١٧٥ العامري ص ٧٠ - ص ٨٧
حسن طه ص ١٩٢ - الصراف ص ١١٨ -

المبحث الثالث

التمن الجسدي

يلزم - لانقضاء عقد البيع - أن يكون التمن جدياً ، بمعنى أن الباحث يسعى
انتضاء من التصري الحقيقية .

إلا أن ذلك لا يعني وجوب مساواة التمن لقيمة المبيع ، إذ قد ينقص التمن
عن هذه القيمة وقد يزيد عنها ، لأن التمن هو القيمة التي يقدر المتعاقدان
المبيع بها (١) .

فالقانون لا يمتد بهذا التباين بين التمن وقيمة المبيع إلا في الحالات التالية .

١ - حالة التمن المحجور بالتصريح إذا تحققت شروط المادة ١٢١ من القانون
المدني ويكون العقد ، في هذه الحالة ، مرفوعاً على إجازة المليون .

٢ - حالة ما إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو عسواء
أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فخلطه من تقاتمه حين فاضح طيلة المساواة
١٢٥ من القانون المدني . وفي هذه الحالة ، يكون للاحتقاص المليون أن يطلب
رفع العين عن أي الحد المقرر خلال سنة من وقت العقد ، وإذا كان للتصرف
الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه السنة أن ينفقسه .

٣ - حالة التمن الفاضح الذي يسبب المحجور أو حال الدولة أو التوكسيف
التي أشارت إليها الفقرة التالية من المادة ١٢٤ من القانون المدني بحيث
يغير البيع بطلاناً .

فالاصل إذن هو أن القانون لا يشترط في التمن إلا أن يكون جدياً ، أي أنه
لا يعني الكفاءة ، مع عدم التناسب بين التمن وبين القيمة الحقيقية للمبيع
إلا استثناء في الحالات التالية :-

(٢) الهلالي وسامد زكي من ١٠٣ - نور سلطان ١٦٧٩ .

١ - التمن السوري

التمن السوري هو التمن الذي (يذكر في العقد لجزء استيفاء العقد نظيره الخارج) فالبايع ، على الرغم من تسمية التمن في العقد ، لا ينبغي أن يطالب المشتري به ويقتضيه منه كلاً أو قسماً .

وصورة التمن إما أن تكون مطلقة ، أو أن تكون نسبية ، وتكون الصورية مطلقة إذا اتفق الطرفان على أن لا يلتزم المشتري بالتمن المسمى ، وتكون نسبية إذا اتفقا على مخالفة التمن المسمى في العقد لتفقيه ما اتفقا عليه فعلاً .
والعقد يكون باطلاً في الحالة الأولى (الصورية المطلقة) ، لانعدام ركن من أركانه وهو التمن ، إلا أن بطلانه باعتباره ، بما لا يمنع من تقرير صحة التمن باعتباره حبة مسترة إذا توافرت شروطها ، وذلك تطبيقاً لنظرية تحول العقد . (١) (١٤٠ م مدني) .

مع ملاحظة عدم جواز التمن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري (١١٦ م مدني) (١) من قانون تسجيل العقاري ، ولا يكفي مجرد خلو العقد من البتات دفع التمن عند التعاقد لاختيار التمن سوريا ، لأن ذلك لا يفي بالتزام المشتري بدقة عند المطالبة .

كما أن التمن لا يعتبر صورياً إذا أبرأ البائع المشتري من التمن أو وهبته له في عقد أو في أي تصرف قانوني لاحق لعقد البيع ، لأن العبارة بجدية التمن من عند إبرام العقد وليس بعد ذلك (١) ، فعقد البيع هو عقد صحيح منتج لآثاره ، وكل الذي حصل بعد البيع ، إنما ينشأ عن علاقة جديدة بين البائع والمشتري .

(١) المتهورى ج ٤ ص ٢٨٠ مرقس ف ١٨١ .

ويذهب البعض الى امكانية الطعن بالصورية في الحالة مدار البحث .^١ اذا تبين ان الطرفين كانا قد بينا امر بيع البائع للمشتري بالتمن قبل او اثناء انعقاده البيع اذا كان البيع منقولاً . او اذا كان ظاهراً ولكن العقد لم يسجل بعد في دائرة التسجيل لعقاري (١) .

ويلاحظ بان رايه في القضاء وانفعه يذهب الى اعتبار التمن صورياً متى كان المشتري في وضع لا يمكنه فيه دفع التمن أو لم يكن هناك من تناسب بين مؤثره وبين التمن ، وكان البائع عالماً بحقيقة وضع المشتري . لان هذا الامر يدل على انعدام نية انقضاء التمن من المشتري لدى البائع ، وعلى انعدام نية المشتري من الاخر في الالتزام بدفعه (٢) .

ولكن الراجع ان انعدام التفاوت المذكور لا يقوم في ذاته دليلاً على جديسة التمن أو جديسة البيع ، إذ لا يلزم بين حالة الاعمار وصورية العقد . فلو انتمت المحكمة المختصة بان تصرفاً ما كان صورياً ، فعليها ان تحكم بذلك ، ولا يتحتم عليها ان تبحث وتدقق المستندات المقدمة من المشتري اثباتاً لبيانه ومقدرته على دفع التمن . لان هذا الامر لا يقدم ولا يؤخر .

اما اذا كانت صورية التمن صورية نسبية . فبان العقد ينقطع على التمن التي يتبته الطرف الذي يدعى بالصورية (١) ، فانما اثبت المشتري ان التمن الحقيقي اقل من التمن المسمى في العقد . فانه يلزم بالتمن الحقيقي الذي اثبتته .^٢ واذ اثبت البائع ان التمن الحقيقي اكثر من المسمى . كان له المطالبة بالزيادة .

(١-٢) العامري ص ٨٨ ، غني حنون طه ص ١٦٥ . السنهوري ج ٤ ص ٣٨٥ .
مرقس ص ٦٨١ الصراف ص ١١١ ، ١١٢ .
(٣) السنهوري ج ٤ ص ٣٨٥ . مرقس ص ١٨١ . غني حنون طه ص ١٦٥ .
العامري ص ٨٩ .

٢ - الثمن التافه

الثمن التافه هو الثمن الذي يقل عن القيمة الحقيقية بمراحل ، ويكون من القلة بحيث يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعالمه للحصول على مثل هذا القدر التافه ، وإنما قصد من ذكره بيان رقم ما لتكوين عقد البيع . مع أن محرض المتعاطين المستور لم يكن البايعة . ومثال الثمن التافه هو ان يبيع شخص داره لآخر بعشرة دنانير - او يبيع سيارته لآخر بخمسة دنانير .

وحكم الثمن التافه كحكم الثمن الصوري ، أي أن البيع لا ينطه به ، ولكن مع ذلك فهما يختلفان . فالثمن التافه هو مقدار قليل من النقود لا يتناسب أصلاً مع قيمة البيع ، ولكن البائع يحصل عليه رغم لغاهته ، في حين أن الثمن الصوري يكون بمقدار مقدراً من النقود مناسباً لقيمة البيع ، إلا أن البائع لا يقصد الحصول عليه إما كلاً أو قسماً .

ولكن هل يمكن اعتبار العقد في الحالة عداً البحث عقدية أم لا ؟ تذهب محكمة النقض الفرنسية الى عدم جواز ذلك ، بداعي أن الهيئة المستترة إنما تقترض وجود عقد صحيح يقسها ، ولما كان العقد قد بطل بيعاً فلا يمكن أن تقوم الهيئة المستترة لو عدتها ومن غير الاستمرار بعقد صحيح قائم .

إلا أن الفقه يذهب الى ان العقد لا ينطه فيما ، بل هية مكشوفة غير مستترة لان بية التبرع واضحة كل الوضوح (١) .

٣ - الثمن اليخس

الثمن اليخس هو الثمن الذي يقل كثيراً عن قيمة البيع ، إلا انه لا يبلغ من التافه مبلغ الثمن التافه . فهو ثمن جندي كان الحصول عليه هو الباعث الدافع على الالتزام بنقل الملكية الى المشتري . فهو يصلح أن يكون مقابلاً للالتزام البائع ولذلك ينطه به البيع ، ولا يتراب عليه من ثمر سوى انه يسمح للبائع بأن يظن في العقد بالقيين اذا توافرت شروطه .

(١) السهورى ج ٤ ص ٢٨٦ ، مرقس ص ١٨٢ ، فني حصول طه ص ١٩٦ .

ولكن ما الحكم اذا بيع عطار مقابل ايراد مرتب مدى حياة البائع ، وكسبان
الايراد يساوي ثلثة العطار او يقل عنها ، حيث ياخذ المشتري العطار دون ان يدفع
شيئا من ماله ، فهل يعتبر الثمن جديا يكفي لانعقاد البيع ، ام هو لمن غير
جدي لا ينعقد به البيع ؟

يلعب القضاء الفرنسي في بعض احكامه ، مؤيدا من بعض الشراح الى علم
اعتبار الثمن في الحالة مدار البحث ثما جديا ، لان المشتري لا يدفع شيئا من
ماله الخاص (١) ، فالعقد يعتبر باطلا كبيع ولكنه يصح كهيئة مستنرة ايضا (٢) .

وتلعب احكام اخرى للمحاكم الفرنسية ، مؤيدا من بعض الشراح الى انه قد
تكون للبائع مصلحة في التصرف في عطارة على هذا النحو ، وهذه المصلحة ربما
تمثلت في التخلص من متاعب ادارة تلك وفي ضمان حصول على ايراد ثابت
بالرغم من التقلبات الاقتصادية ، والهلاك الكلي او الجزئي الذي قد يلحق بالعطار
ولذلك يجب اعتبار هذا التصرف يما لان الثمن المشروط فيه له صفة الجدية
ولو كان بخس ، واما استطاع التصرف على هذا النحو ان يظن في المقصد
بالعين فانه لا يستطيع الظن فيه بالبطان لكون الثمن غير جدي .

ويؤيد البعض الرأي الاول مع اخذ ماقتضى به المادة ١٤٩ من القانون المدني
بنظر الاعتبار (١) ، ويؤيد فريق اخر منهم الرأي الثاني لمسا في حجة انصاره من
صواب ومنهم من يقول بعدم امكان وضع قاعدة عامة جامدة تطبق على جميع
الاحوال ، بل لابد من تقدير كل حالة من احوال هذه البيوع على حدة (٢) .

ونحيل الى الرأي الثاني ، لاستناده الى اسس واقعية وسلمية ، على ان يؤخذ
حكم المادة ١٤٩ من القانون المدني بنظر الاعتبار والتي يقرر عدم جواز الظن
بالمسوية في التصرفات المقارنة بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري .

(١) اراجع صدد هذه الادراء السنهوري ج ٤ ص ٢٨٦ - الشرفاوي ص ١١٢ .
سليمان مرتين ص ١٨٦ .

(٢) العاصري ص ٩١ حسن علي الدينون ص ١٠٩ - ويلعب الدكتور هني حصون
طه الى وجوب اخذ حكم المادة ١٤٩ من القانون المدني بنظر الاعتبار ، سواء
اخذنا بالرأي الاول او الثاني ص ١٩٨ .

الباب الثاني

احكام عقد البيع

الفصل الاول

التزامات البائع

يلتزم البائع بموجب عقد البيع بالتزامات ثلاثة هي :
1- نقل ملكية البيع ، وتسليم البيع ، وضمان العرض والاستحقاق والميكسروب
الغنية (٥٣١ - ٥٧٠ م مدني) .

المسوح الاول

نقل ملكية المسوح

الاصل ان ملكية المتقول تنتقل بالمقد بحكم القانون ولكن مع ذلك يجسب التمييز في هذا الصدد بين كيفية انتقال ملكية المتقول المعين بالذات وانتقال ملكية المتقول المعين بالنوع . المسوح متقول او غير متقول
اما بالنسبة للمعار فيتميز لان مقدار العقد وانتقال الملكية تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري . وهذا ما ستوضحه في الشاخص التالية :-

المبحث الاول

انتقال ملكية المتقول المعين بالذات

اذا كان البيع شيئا معيناً بالذات (الاشياء القمية) وملوكا للبائع ، فمسان الملكية تنتقل الى المشتري بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد . على ان يلاحظ احكام الفوائدين الخامسة التي تستلزم اشكالية انعقاد عقود بيع المتقولات المعينة بالذات كالفقرة الخامسة من قانون المرور (٢٤٧ ، ٥٣٦ م مدني) .

والمع من ذلك انه يشترط لانتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد وبقوة القانون توافر الشروط التالية :-

١١ - أن يكون البيع عبداً بالدين (عاقبة لا استقلال أو التصرف المأمور بكسبه

عبداً ١٤٤٤ هـ ١٤٤٤ م - ١٤٤٤ م
بموجب حكم من شأنه الترخيص
كما أن عقلة البيع في البيع بغير العتق لا استقلال أو التصرف وهو من البيع
من الشروط العتق بالدين إلا أنه من يستعمل صاحب الاختيار نفسه في
التصريف فلا بد منه العقد المدة أو التصرف بالرخص أو في وقت البيع
ومن وقت اتمام العقد ١٤٤٤ م

١٢ - أن يكون البيع مبروراً كالتابع والآن كالمطهر - حسب القانون الفرنسي
الفرعي - مبروراً عن إرادة المالك المطهر - فلا بد إجازة المالك البيع بالقبض
عقبة البيع أو التصرف بالرخص أو في وقت العقد - أما ما نسبته
العقد اعتبر التصرف بالقبض - (١٤٤٤ م و ١٤٤٤ م)

١٣ - أن لا يبرهن القانون عقبة عبداً أو بالقبض بأن الشروع له بقية العتق
العقد مبروراً بالعقبة التي يبررها القانون وهو في السنة ١٤٤٤ م في العتق
سجلت على بيع التركة في ذكره التورث كما لا يخفى وكذلك قانون تسجيل
القبض وهو في السنة ١٤٤٤ م الذي يبرهن سجلت على بيع التركة كما لا يخفى
القبض - العتق - إجازة عقبة البيع العتق بغيره العتق بغيره
من العتق المبرور - كذلك يجوز إبرام العتق المبرور عن خلافه نفسه
بغيره أيضاً أو بغيره من الاستيفاء المدة المدة المدة المدة المدة المدة المدة
من الاستيفاء المدة المدة المدة المدة المدة المدة المدة المدة المدة المدة المدة

١٤ - أن لا يكون على تأخير اتمام العقبة عن البيع المبرور المبرور على أن يستمر
بعد العقبة - أن العقبة من أن يستمر طيلة الوقت - وقد نصت عليه
ذلك المادة ١٤٤٤ من القانون الذي يبرها (البيع في العقد العتق العقبة بالقبض)
١٤٤٤ م المذكور ليس في المادة هو شرط يعلق اتمام العقبة أو من العقبة
أن لا يكون على العقبة أن من التمس ليس أجملاً بل العقبة في حين العقبة

(١) في البيع بغير العتق يكون البيع واجباً عن العتق أو من عقبة عبداً بغير
التصريف أو الترخيص

المدة المحددة للتسليم ، وإنما هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم . كما
أن تعليق نقل الملكية الى حين وفاة المشتري بكامل الاقساط هو تعليق لنقل الملكية
على شرط هو وفاة المشتري بجميع الاقساط .

ويذهب البعض عندما الى ان مالا تميزه المادة ٢١٢ من القانون هو اقترا
الملكية لا تتران العقد نفسه بأجل ، وعلى هذا يجوز ان نقول للمشتري (ابيعك
هذه العين ببلغ قدره كذا بعد سنة او سنتين) (١) .

ويعرض على الرأي المذكور بحث بان النقل الذي ضربة اصحابه لا يصلح
للمدالة التي ضربت من اجلها ، لانه لا يدل على ان عقد البيع قد اتمرت بأجسب
لان الذي حصل هو اتفاق على وعد بالبيع فقط لا على البيع (١) .

ومن الامثلة على الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط هو حالة (الايجار
السار للبيع) التي بينا احكامها فيما سبق .

وعلى كل اذا تحققت الشروط المبينة اعلاه انتقلت ملكية المنقول المبيع بالذات
الى المشتري بمجرد انعقاد العقد ، سواء في مواجهة المتعاقدين او في مواجهة الغير .

ويجوز على ما تقدم ان صاحب المنقول او ياعه لشخصين على التعاقب وجب
تفضيل المشتري الاول ، لان الملكية انتقلت اليه بالنسبة للناس كافة . الا ان
القاعدة السابقة ليست مطلقة ، إذ لخصها قاعدة (الخيارة في المنقول عند الملكية)
التي اخذت بها المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه (١) - من
حاز وهو حسن النية متقولا او سلفا لحاملة مستندا في خياله الى سبب صحيح ،
فلا تسع عليه دعوى المالك من احد ٢- والخيارة يدانها قرينة على توالر حسن
النية ووجود السبب الصحيح ، عالم يتم الدليل على عكس ذلك .

ويتراب على القاعدة الاخيرة ، انه اذا اشترى شخص متقولا معين بالذات بعه
بيعه المشتري اخر وتسلمه من البائع بحسن نية ، فانه يصبح مالكا له وان كان
البائع الذي ياعه ليس بمالك الا انه يجب التنبية هنا الى ان المشتري الثاني لم

(١) الذنون ص ١٧١ .

(١) العامري ص ٩٥ .

يكتسب ملكية المبيع بموجب عقد البيع الثاني لأن هذا لا يصلح لنقل الملكية
لصدوره من غير المالك والساعو كسبها عن طريق الحيازة بحسن
نية وسب صحيح وفقا لحكم المادة ١١٦٢ من القانون المدني الصادر اليها سابقا :
وعلى كل يجب الاخذ بالقاعدتين السابقتين معاً أي لايجوز عند تطبيق قاعدة
(انتقال ملكية المبيع للمين بالذات بمجرد انعقاد العقد) الفطال قاعدة (الحيازة في
المتقول سنة الملكية) .

وشرتب على ذلك أنه لو باع صاحب المتقول منقوله لشخصين على التناقص
وجب تفضيل الاول على الثاني الا اذا كان المشتري الثاني قد استلم المتقول فعلا
بحسن نية . اما اذا لم يكن المشتري الثاني قد استلم المتقول ، او كان قد استلمه
ولكن ثبت انه سيء النية فان المشتري الاول هو الذي يفضل في هذه الحالة .
وما كان حكم المتقول المبيع جزافاً هو حكم المتقول المين بالذات فان ملكيته
تنقل ال المشتري بمجرد انعقاد العقد . واذا كانت ملكية المبيع المين بالذات
تنقل بمجرد انعقاد العقد وبمكم القانون فلا يبقى ان مجال المتقول وبمسود
التزام على البائع بنقل الملكية (١) .

(١) رمضان ابو السمود ، دروس في العقود المسماة ، عقد البيع في القانون المصري
واللبناني ، ص ١١

المبحث الثاني

نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

تنص الشطر الأخيرة من المادة ٥٣١ من القانون المدني على أنه (...) وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالافراز .
وأضح أن ملكية المنقول المعين بالنوع (الأشياء المثلية) لا تنتقل من اليانم المسمى المشتري بمجرد انعقاد العقد . وإنما لابد لذلك من إقرار المبيع ، على أن لا يكون البيع قد تم جزئياً .

فإذا تم الافراز انتقلت الملكية إلى المشتري بالنسبة للمتعاقدين والغير عكس السواء . ويتم هذا الانتقال من تاريخ الافراز .

ومع ذلك يلزم بعض التبراه تبدأ إلى أن ملكية المنقول المعين لا تنتقل بالافراز إلا في مواجهة الطرفين المتعاقدين . أما بالنسبة لغير المتعاقدين فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم .

والافراز يتم إما عن طريق عدد الأشياء المثلية أو وزنها أو كيلها أو وضع إشارة عليها أو قياسها .

ولكن ما الحكم إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بقرض البيع ؟

يجيب على ذلك المادة ٢٤٨ من القانون المدني بقولها أنه (...) وإذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عين آخر على شيء ، لم يعين إلا بنوعه فسلا ينقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات .

فإذا لم يتم المدين تنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذائها في حالة الاستعجال . كما أنه يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير الخلال في الحالتين بحد في التسوية .

والأشياء المتقبلة كالمقول المعين بالنوع في الحكم .

فإذا باع مصنع تسليح كميات من القماش لم يبدأ تسليحها بعد ، فإن المبيع هنا شيء غير معين بالذات . ولذلك لا تنتقل ملكيته إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد .

ولا يمتلك المشتري المواد الخام في صنعه كالخزف مثلا لان العقد العسب على
الغاش لا على الخزف .

الا انه اذا لم صنع الشيء او تقدم صنعه لدرجة تكفي لتعيينه ، انتقلت ملكية
ال المشتري اعتبارا من هذا الوقت لامن وقت ابرام العقد . والملكية تنتقل من
الوقت المذكور ولو قبل التسليم (١) .

على انه في الاشياء التي تصنع على مقياس نموذج واحد من نفس النوع
يعتبر البيع بعد الانتهاء من صنعه متعيما بنوعه لا بذاته . ولذلك فالملكية لا تنتقل
الا بمرور عسب لغيره .

ويترتب عن ذلك انه اذا سلم صاحب مصنع السيارات الف طلب من السف
مشترا لسيارة من نوع وطراز معينين . وكان عليه لتلبية هذه الطلبات
ان يقوم بصنع هذا العدد من السيارات . فلا يكفي لانقضاء ملكية كل سيارة
من هذه السيارات ان يتم صنعها وتصبح جاهزة للتسليم . بل ينبغي ان بجانب
ذلك من تعيين سيارة كل مشتري . ويتم ذلك غالبا بتسليم السيارة الى المشتري
او الى وكيلة (٢) .

(١) السجوري ج ٢ ص ٢١٨ .

(٢) لسجوري ص ٢١٦ و ٢١٧ .

المبحث الثالث

نقل ملكية العقار

يستخلص من الفقرة الثانية من المادة ١١٢٦ ومنصوص المواد ٩٠ و ٩١ و ٨١ و ٨٢ و ١٢٠٣ و ١٢٢٤ من القانون المدني العراقي أن عقد بيع العقار أو بيع أي حصة في عقار آخر من العقود الشكلية التي لا تكفي لانقضاء مجرد التراضي بل لابد لذلك من استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون (السجل في دائرة التسجيل العقاري) فالتسجيل في الدائرة المذكورة دكن من أركان العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية لهذه العقود لانقضاء ولا توجد مالم تسجل في دائرة التسجيل العقاري أي تكون باطل بطلان مطلقاً سواء كان العقار البيع مسجلاً أو غير مسجل في الدائرة المذكورة (١) .

(٢م) قانون التسجيل العقاري - متى أنه بقي عند حالات الاستثنائية التي سبق وأن اشترطها فيها والتي ينقطع التصرف العقاري فيها دون حاجة إلى التسجيل في دائرة التسجيل العقاري -

ويترتب على بطلان هذا العقد أن الحقوق العينية لا تنبأ ولا تنقل ولا تخير سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير . كما لا يستطيع أحد الطرفين إجبار الآخر على إبراء التسجيل أو دفع الثمن .

ولكن متى تنتقل ملكية العقار لبيع في المزادات الجبرية ؟

تنص المادة ٨٩ من القانون المدني على أنه الأيمن العقد في المزادات إلا يرسو المزينة ويسقط العطاء ببقاء أزيد ولو وقع باطلاً أو باطلال المزينة دون أن ترمسو على أحد - هذا مع عدم الإخلال بالاحكام الواردة في القوانين الأخرى .

فالمادة أعلاه تقرر نامية العقد في المزادات يرسو المزينة .

(١) قرار محكمة التمييز الرقم ١٤٧/ج/٩٦٨ في ٢٢/٣/٩٦٨ قضاء محكمة التمييز - المجلد الخامس ٢٢٩ .

على انه ينفي الإشارة الى حكم الفقرة الثانية من المادة ١٠٢ من قانون التنفيذ لسنة ١٩٨٠ والذي ينص على انه (يعتبر المشتري الذي قام بتسديد البديل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالكا للعقار بانتهاء مدة العشرة ايام المتوقعة للمدين وفق الفقرة (الثاني) من المادة ٩٧) .

ملكية العقار تنتقل الى المشتري اذا مرت المدة المذكورة دون ان يقوم المدين بإداء الدين وقام المشتري بتسديد البديل ورسوم التسجيل ومصاريفه اي ان الملكية تنتقل الى المشتري قبل تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري .
وبالنسبة لآثار هذه العقود يجب التمييز بين مرحلة ما قبل تسجيل العقار ومرحلة بعد تسجيله وحسب ما هو ادناه .

التعليق الأول

مرحلة ما قبل التسجيل

ان اختيار العقود الواردة على الحقوق العينية قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقار نفردا باطلة بطلانا مطلقا ، لا يمنع من ترتيب الآثار التالية .

١- دعوى الاسترداد : ان الدعوى التي يالامكان اقامتها في هذه العقود هي دعوى استرداد لما سلم من مبيع او ثمن . قللمشتري رغم بطلان هذه البيع المامة دعوى استرداد الثمن على البائع (١) مع المطالبة بالقاعدة القانونية اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ التناذية العملية (٢) . كما وللسنة الحق في حبس المبيع حتى يستوي الثمن (٣) وذلك وفقا للفقرة الاولى من المادة ٢٨٢ من القانون المدني . وكذلك للمشتري المطالبة بالمصاريف التي صرفها على تعبير المبيع اما ثبت انه لم يصرفها بنية الشراء (٤) . ولقد نصت المادة

(١) قرار محكمة التمييز الرقم ١٨٨٣/ج/٩٥٩ في ٢٨/١٢/٩٥٩ القضاء ١٩٦٠ العدد ٢٠١ ص ١٢٢ .

(٢) قرار محكمة التمييز الرقم ٦٦٧/ج/٩٦٤ في ١٤/١/٩٦٤ قضاء محكمة التمييز الجلسه الثاني ص ٤٤ و ٤٥ .

(٣) ساكو ناصر - التمييز ١٩٦٩ ص ١٢٣ و ١٢٤ .

(٤) قرار محكمة التمييز الرقم ١٨٦٨/ص/٥٩ في ٢٦/١٢/٩٥٩ القضاء ١٩٦٠ العدد .

٢٨٦ من القانون المدني على أنه (يجوز لمن التلق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نالمة أو النسا فيه بناء أو ترس فيه اشجارا أن يمتنع عن رده حتى يستولي عما هو مستحق له قانونا الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع) .

وللبائع اقامة دعوى لاسترداد المبيع من المشتري كما له المطالبة بتسار المبيع ومناقمة التي استوفىها الاخير طوال مدة حيازته اذا كان سمي النية . اما اذا كان حسن النية فانه يمتلكها (١١٦٥ و ١١٦٦ م مدني) .

١ - اجسر لثقل : لا يجوز للبائع مطالبة المشتري باجر المثل اذا كان قد اباح له التصرف في المبيع ، لان عقد بيع العقار الخارجي وان كان باطلا ، فانه يتحول الى عقد اخر هو (عقد الاباحة) اذا توافرت اركانها (١١٤٠ م مدني) (١) وتؤكد محكمة التمييز (الهيئة العامة) هذا الرأي في قرار لها جاء فيه (ان العقد المبرم بين الطرفين ينظم شقين : الشق الاول هو بيع المدعيين المميز عليهم - ثم ال المدعي عليهما - المميز - بمبلغ قدره اربعمائة دينار دفعت اليهم ، والشق الثاني هو اباحة البائعين التصرف بالدار للمشتري اباحة مطلقة . اما الشق اول فهو باطل عالم يتم تسجيله في دائرة الطابور والفروض في المتعاقدين اتهم عرفون ذلك لانه بسبب القانون . واما الشق الثاني فهو عقد اخر توافرت اركانها بتداء بانصراف نية المتعاقدين الى ابرامة سواء تم تسجيله عند البيع او لم يتم بدليل تسليم الدار الى المشتري بعد التوقيع على العقد من قبل الطرفين واستلام البائعين الثمن وبفائة في حوزتهم مدة طويلة . وعليه فلا مبرر لالزام المميزين باجر المثل - . الخ

وتسليم البائع للعقار للبيع خارج دائرة التسجيل العقاري للمشتري يعتبر اباحة منه للمشتري بالتصرف ويمتنع لذلك عليه المطالبة باجر المثل (٢) .

- (١) القرار المرقم ١٧٣٩/ح/١٦٧١ في ١٦/٥/٦٦٨ . قضاء محكمة التمييز . -
المجلد الخامس ص ١٧١ . والقرار المرقم ١١٤٦/ص/١٦٤ في ١٨/٧/٦٦٤ .
قضاء محكمة التمييز . المجلد الثاني ص ١ .
(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٢/ص/١٦٦ في ١٨/٥/٦٦٦ . وقرارها
٣١٤/ح/١٦٦ في ٢٤/١٢/٦٦٦ . قضاء محكمة التمييز . المجلد الرابع ص
٧٣ و ٦٤ على التوالي .

٢٥

وبما الحكم اذا باع مشتري العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقارى الى آخره
 بإمكان البائع الاول مطالبة المشتري الثانى باجر المثل ولا يسوغ للاخير التمسك
 بأن البائع له (المشتري الاول) قد ابيع له التصرف في العقار وانه تلقى هذا الحق
 منه . لان الاياحة صفة بدأت الشخص المباح له الذى ليس له ان يتحول هذا الحق
 او ينفذه الى شخص اخر . كما ان شراء العقار خارج دائرة التسجيل العقارى عن
 اشتراء خارج الدائرة المذكورة ايضا لا يبيح للمشتري الثانى الحق بالمطالبة بما
 صرفه على العقار حتى ولو كان البائع الاول قد ابيع للمشتري الاول حق التصرف
 لان هذا حق شخصي لا ينتقل الى المشتري الثانى (١) (١٠٨٩٠-١١٢٦٥ مدنى)
 علما بان اياحة المنفعة في هذه البيوع تقطع بالمسار المباح للمشتري بعدم التصرف
 بالعقار المبيع . مع ايداع الثمن لدى الكاتب العدل لتسليمة الى المشتري . وبمسن
 وقت المطالبة القضائية (٢) .

اما اذا لم يضمن منه البيع الخارجين اياحة التصرف للمشتري فان تصرفه
 يكون بدون زعم شرعي ويترب عليه دفع اجر مثل العقار المالك (٣) .

التعويض

يجوز القانون . لدى المطالبة بالتعويض في حالة تكول احد الطرفين واخلاقه
 بتعمده بالتفريط في دائرة التسجيل العقارى . وذلك بموجب المادة ١١٢٧ التى
 نص على ان (التمهيد ينقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض . اذا اخل
 احد الطرفين بتعمده . سواء استقرت التعويض في التمهيد ام لم يستقر) .

ولكن ما هو الأساس القانوني لهذا التعويض ؟

- (١) قرار محكمة التمييز الرقم ٨٩٨/ج/٦٤ في ١٩/٧/٦٦ . قضاء محكمة
 التمييز المجلد المجلد الثانى من ٤٢ .
- (٢) قرار محكمة التمييز الرقم ٢٠٤٩/ص/٩٥٩ في ٢٠/١/٦٥ . لقلا عن شاكرو
 ناصر الوبيز من ١٢٩ .
- (٣) قرار محكمة التمييز الرقم ٧٤٠/ج/٦٦ في ٦/٧/٦٤ . قضاء محكمة التمييز
 المجلد الثانى من ٤٥ .

يذهب البعض إلى أن الأساس القانوني هنا هو المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية
إذ إن مسؤولية من عهد ونقل ملكية عقار الذائكل من التسجيل مسؤولية تقصيرية
لا عقدية لأن المادة ١١٢٧ تفر لزوم التعويض سواء اشترط في التمهيد لم يشترط
وإن بيع العقار لا يمتد في التشريع العراقي إلا بالتسجيل - فهو قبل التسجيل
معدوم قانوناً ولهذا لا يصح التمسك بما يسرد فيه من شروط (١) .

ويذهب آخرون إلى أنه ليس من الصحيح القول بأن عقد بيع العقار غير المسجل
في دائرة التسجيل العقاري هو عقد منعدم الآخر تماماً - فليس هناك ما يمنع من
أن يتج هذا العقد الباطل بين الأثار الشخصية بين المتعاقدين - لا بوصفه
والمدة القانونية - وإنما لأنه عقد صحيح الأمن ناسبة كونه عقد بيع عقار وإنما حين
حيث أنه عقد غير مسمى مقتضاه القيام بعمل محو الدعاى إلى دائرة التسجيل
العقارى لأجراء نقل الملكية - إذ إن عقد بيع العقار الباطل هنا يمكن أن يتحول
إلى عقد صحيح آخر حكم المادة ١٤٠ من القانون المدني (٢) .

ويذهب رأى ثالث إلى القول بأن أساس التعويض هنا هو العقد وليس المسؤولية
التقصيرية - وإن العقد الذى يبنى هذه المسؤولية ليس هو عقد البيع الباطل
إذ هو العهد السابق على البيع والتصور عليه في المادة ١١٢٧ من القانون
المدنى (٣) .

والمسئرف قضاء محكمة التمييز على الرأى الأخير .

وهنا يقتضى القول بأنه لا يجوز المطالبة بالتسرف الجزائى إذا مضت المدة
عقولة على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقارى دون أن يقوم أى من الطرفين
بتففيذ التزامه - لأن عدم تنفيذ العقد من قبل الطرفين رغم مرور هذه المدة
عليه يعتبر دليلاً على حصولهما عن تنفيذ (٤) .

والمدة التى يسقط بعدها حق الطرفين المتعاقدين في طلب تنفيذ الشرط -
الجزائى - تقدرها المحكمة بحسب ظروف ووقائع كل قضية .

(١) - حسن على الدولون - البيع - ص ١١٢٨ - ١٢٠ - شاكر ناصر الوسيط
ج ١ ص ١٧٦
(٢) - لمرور محكمة التمييز المرام ٩٨٧/ج/٦٨ في ١٩/١٢/١٩٦٨ مجلة العلوم القانونية
١٩٦٩ العدد الأول ص ١٨٢ .

والقاعدة في التشريع المصري بهذا الصدد تفصي بأنه (في المواد المقارنة لا تنظر الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى - سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقبين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري) (م ٩٣٤ مدني مصري).

لهذا اختلافاً جوهرياً بين التشريعين المصري والعراقي، إذ بينما يجرى التشريع العراقي أن المفد الناقل للملكية العقارية لا ينتقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري نجد التشريع المصري يستبر العقود الواردة على الملكية العقارية منقطة حتى قبل تسجيلها في دائرة الشهر العقاري إلا أنه يُطلق نقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري نفسه على إجراءات الشهر.

ويفرغ من الفرق المذكور فرق آخر بين التشريعين من حيث الالتزام الشخصي بأتمام إجراءات التسجيل - فالقاعدة المصرية تقتضي استناداً إلى نص المادة ٩٣٤ إلى أن العقود المقارنة قبل شهرها لا تكون مجردة من كل أثر قبل الشهر، إذ يترتب عليها التزامات وحقوق شخصية تفصي بموجب أتمام إجراءات الشهر رضا أو قضاء ولا يقتصر دورها على مجرد التزام الممنوع من التسجيل بالتعويض بل يبقى للمفد جميع آثاره ومنها وجوب التنفيذ العيني ولو جبراً على المدين - أما الالتزامات الشخصية في التشريع العراقي فللمنوع على التعويض ولا يمكن اجبار المانع على إجراء التسجيل (١) كقاعدة - إلا أن تشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ان يطلب من المحكمة تسجيل المانع باسمه إذا كان قد سكنها طبقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الرقم ١١٦٨ في ٢/١١/١٩٧٨ وذلك استثناءً من القاعدة العامة المذكورة أعلاه (٢) - وهذا القرار يقتصر على دور السكن والأرض المدة لذلك وحل التصرف فيه (٣).

(١) قرار محكمة التمييز الرقم ١٠١٢/ج/٥٥ في ٢٦/٨/١٩٥٥ لقلا عن شاكر ناصر، الوسيط ج، ص ١٣٠ -
(٢) قرار محكمة التمييز ١٠/هيئة عامة ١٩٧٨ في ٢٦/١٠/١٩٧٨ - الشاهين ص ١٩٢ -
(٣) قرار محكمة استئناف بغداد ١٩٥٧/حقوقية/١٩٧٩ في ١٦/٩/١٩٧٩ - المنشورة الطبائفة، العدد الثالث، السنة العاشرة ١٩٧٩ ص ٩٦ - وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة الرقم ١٤٢٦ في ٢٦/١٢/١٩٨٣

المطلب الثاني

مرحلة ما بعد التسجيل

بيننا فيما سبق ان التصرفات الواردة على عتار نصير باطلة بطلانا مطلقا قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري فاذا سجلت في الدائرة المذكورة انقضت هذه التصرفات على الوجه القانوني الصحيح وترتيب عليها كلمة اثارها الفادئة .

وهنا يقتضي الامر بنا التطرق الى الامور التالية :-

١- هل للتسجيل الرجعي (١) القاعدة في التشريع المرعي بهذا الصدد تنص بان ليس للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، اثر رجعي سواء بالنسبة للمتعاقدين او الغير (٢) ان التصرفات الواردة على عتار لانا او نصير او تتغل الا من لا يرجع تسجيل هذه التصرفات في دائرة التسجيل العقاري .

ويستثنى من القاعدة المذكورة اعلاء كسالة المال الشائع حيث تكون لها السو رجعي والخاصة التي تزول الى الشريك تعتبر ملكا له لان وقت القسمة والسأ مند بدء الشروع (م ١٠٧٥ مدني) .

٢- التسجيل والصوره : اذا سجلت التصرفات الواردة على عتار ، قبل بالامكان بعد ذلك الطمن بالصوره فبما (٣)

تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني على انه (لا يجوز الطمن بالصوره في التصرفات الواردة على عتار بعد تسجيلها في دائرة الطابور) (٤)

فالتشريع المرعي يمنع سماع دعوى الصوريه بشأن التصرفات الواردة على عتار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وعليه اذا ادعى شخص بـسأن تسجيله دفرا مية باسم شخص آخر ببعأ كان سوريا والحقيقة انه اعطى الدعاو للشخص المذكور هبة ، وبما انه رجع عن هبته الان فهو يطلب ابطال التسجيل ودعائه تسجيل الدار باسمه وامروز في كل ذلك الورقة المستتره التي تؤيد دعواه . فلا تسع منه دعوى الصوريه وانما يكون له فقط حق شخصي قبل المتعاقدين .

(١) المادة ١٠٧٥ من قانون التسجيل لأعطاري .

الا ان ما يبيانه اطلاق لا يمنع من اتفاقهما على مراجعة دائره التسجيل العقاري
لتصحيح المعاملة واعادة تسجيل العقار باسم صاحبه الحقيقي ، بشرط ان لا يمنع
ذلك حقوق الغير .

ولكن هل يسرى هذا المنع على المتعاقدين والغير ام انه قاصر على المتعاقدين

قط .

يلعب رأي ابي الطول بسريان المنع على المتعاقدين والغير بحجة ان المساواة
١٤٩- سالمة الذكر من القانون المدني قد جاءت بصورة مطلقة ومن دون تمييز بين
المتعاقدين والغير بهذا الصدد . خاصة وان في الامتصاص المجال للغير للتطبيق
بالصوره فيها محاذيسر كثيرة ، لان لعل لا يضير في حلهم سوى والمعه عاديه ،
وهذا الامر يتيح لهم انبات الصوريه ولو بالتساهل (١) .

ويذهب رأي اخر - وهو الراجح عندنا - الى قصر المنع على المتعاقدين دون
الغير ، بداعي انه العدالة والقواعد العامة تقتضي اطلاق غير المتعاقدين مكسبة
الظن في التصرف بالصوره لكن يمنع المتعاقدين من العيث بحقوقهم (٢) . خاصة
ان المادة ١١٢٨ من القانون المدني تنص بصراحة على ان الثمن السفلي يجب ان
يدفعه الشفيع هو ذلك الثمن الذي دفعه المشتري . كما ان المادة ١١٤٠ من نفس
القانون صريحة في الزام الشفيع ، عند دفعه دعوى الشفعة ، بايداع نصف الثمن
الحقيقي الذي حصل بسبه البيع الى صندوق المحكمة .

وينبغي على الرأي الاخير ان لعائره حرية الدخول او لعائره التسجيل العقاري
علا البيانات ان الثمن المسجل في دائره التسجيل العقاري هو اقل من الثمن الحقيقي
وانه ذكر لغرض التقليل من الضريبة او رسوم التسجيل العقاري وكذلك للشفيع
ان يشتر ان الثمن الحقيقي هو اقل من الثمن المسجل في دائره التسجيل العقاري
وانه سجل كذلك لحرمانه من حق الشفعة .

٣ - ابطال مشتات التسجيل العقاري : ان سجلات دائره التسجيل العقاري
الدائيه ومستقاتها تعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها عالم يطعمن

(١) الصراف من ١٤٩ .

(٢) تماكر ناصر - الوسيط ج ١ ص ١٥٢ و ج ٢ ص ١٨٨٨ ، سمعون العاصري
ص ١١٢ - غير حسون طه ص ٢٢٨ .

فيها بالتزوير (١) - (قانون الاثبات ١٩٢٢م)

علما بأن مجرد الطعن بالتزوير في هذه السندات لا يؤثر في صحة هذه السندات ما لم يزد الى ابطالها بحكم صادر من محكمة مختصة يكتسب الدرجة النهائية. ومع ذلك بالإمكان تصور بعض الحالات التي يمكن ابطال السند بعد صدوره فضلا للموصي له بمقار ان يفهم دعوى الاستحقاق على الورثة بالاستناد الى حجة الوصية واستصدار قرار من المحكمة بابطال السند الذي للورثة واصدار سند جديد باسمه وللوارث الذي لم يدرج اسمه في القسام الشرعي تصحيح هذا القسام وادخال اسمه فيه مع الورثة الاخرين ومن ثم إقامة دعوى الاستحقاق بحسنه استنادا الى القسام الشرعي الصادر بنتيجة التصحيح وبالتالي استصدار قرار من المحكمة بابطال سند التسجيل العقاري الذي كان الورثة قد استحصلوه واصدار سند جديد باسمائهم جميعا على ان لا يشك اولئك الورثة رد هذه الدعوى بالتقادم. وكما يجب الا يؤدي الحكم بالاستحقاق الى الامسار بحقوق المشتري او المرتهن بحسن نية من الورثة المذكورين استنادا الى الثقة يسجل فالسرة التسجيل العقاري (٢) -

وكذلك بالإمكان ابطال سند المشتري واصدار سند جديد باسم التفتيح لسي حالة ثبوت حق الاخير في اخذ المقار المبيع بالتسعة -

كما يلاحظ ان قانون التسجيل العقاري لسنة ١٩٧٦ رقم ٤٣ تجيز ابطال التسجيل العقاري استنادا الى قرار من الوزير قبل اكتسابه الشكل النهائي اما بعد اكتسابه الشكل النهائي فلا يحق ابطاله الا بموجب حكم قضائي حائز درجة البينات ويترب على ابطال التسجيل العيني ابطال السند من دون حاجة الى اثبات ويترب على ابطال التسجيل العيني ابطال السند من دون حاجة الى حكم قضائي خاص بابطاله (١٣٩م تسجيل عقارى) -

- (١) قرار محكمة التمييز الرقم ١١٠/ج/١٧٠ في ١٣/١/١٧٠ الفترة القضائية. السنة الاولى، العدد ٣ ص ٨٧ -
- (٢) شاكر ناصر الوسيط ص ١٠٠ -
- (٣) مؤلفنا موجز احكام قانون التسجيل العقاري ١٩٦٠ ص ١٥٤ - ٦١٠ -

الفصل الثاني

التسليم المبيع

عند الكلام عن التزام البائع بتسليم المبيع ، يلزم التطرق الى الامور التالية التي سنتحدث كلا منها في مبحث خاص به .

المبحث الاول

اهمية التسليم وطرقه

لا يكفي مجرد انتقال ملكية المبيع قاله لا لا المشتري ، بل لابد من نقل حيازته اليه حتى يستطيع من تحقيق الشاغل اكثر فضلا عن الشراء . وقد كان للتسليم أهمية كبيرة في القوانين القديمة كالقانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم ، الا كانت الملكية لا تنتقل الى المشتري الا بالتسليم . يلاحظ ان بعض القوانين المعاصرة يعلق انتقال ملكية المبيع على التسليم (1933م مدني الماني و 184 و 715 م النزاعات السويسري) .

اما التشريعات المدنية الحديثة الاخرى فانها وان لم تشترط التسليم لانقال الملكية الا انما مع ذلك اقرت اهمية التسليم . فالسليم يمنع من تطبيق قاعدة الحيازة في المبيع عند الملكية . فضلا عما باع شخص متقولا مبيعا بالذات للمشتري بالتعاقب فان الثاني يملك المبيع اذا كان قد تسلم المبيع وذلك استنادا الى قاعدة الحيازة في المبيع عند الملكية ، الا انه يمنع تطبيق القاعدة مدار البحث اذا كان المشتري الاول قد تسلم المبيع من البائع (1963 م مدني) (1) .

وللتسليم أهمية في بيع الأشياء المنقولة ، ان ان ملكية هذه الأشياء لا تنتقل الا بالافراز . ولا كان الافراز لم يتم في الغالب عند التسليم ، لذلك يشترط انتقال ملكية المبيع المثلّي بطلبية .

كما للتسليم أهمية في ترتيب فوائد الثمن - إلا أن المادة ٥٧٢ من القانون المدني تنص في هذا الصدد في فقرتها الأولى على أنه (- لاحقاً للبائع في الفوائد القانونية من الثمن المستحق الأداء ، إلا إذا اعذر المشتري أو حلتة الشيء المبوع وكان هذا قايلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى - وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغيره) .

فالمشتري يلتزم بفوائد الثمن القانونية إذا كان قد تسلم المبوع وكان حله منتجاً لثمار أو إيرادات أخرى .

ويعترض البعض على هذا الحكم بداعي عدم وجود مبرر للتمييز بين المبيع المنسج لثمار والأرباح والمبيع غير المنسج لها ، إذ أن النوع الأخير يمكن الانتفاع به أيضاً .

وعلى كل فإن التزام البائع بالتسليم هو من مقتضيات عقد البيع بحسب أن البائع يلتزم بالتسليم بمجرد انقضاء المدد ومن دون ضرورة الـ نص فيسـه يقتضي بذلك .

والتسليم قد يكون مادياً أو معنوياً (١) ، (٢٣٨ مدني براني ٤٢٥ مدني حصري) والتسليم المادي هو التسليم الذي يستلزم عملاً مادياً محسوساً هو تسليم قبضة المبيع من يد البائع الـ يد المشتري ، أي هو قبض البائع المبيع الـ المشتري عملاً ولهذا فهو يستلزم عملاً إيجابياً من جانب المشتري هو استيلاؤه مادياً على المبيع .

وبجانب التسليم المادي هناك التسليم القانوني الذي يتحقق بوضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك ولو لم يتسلمه الأخير عملاً .

والسبب في اعتبار هذه الحالة في حكم التسليم هو ضرورة عدم ترك البائع تحت رحمة المشتري . ذلك لأن التسليم المادي يستلزم قيام المشتري بمسـل إيجابي هو الاستيلاء على المبيع ، وقد ينتج الأخير من القيام به فيمثل بذلك عملية التسليم دون أن يكون للبائع نصيب في ذلك .

(١) يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية عليهما تعبير (التسليم الحقيقي أو المعنوي) .

كما ان التسليم يعتبر تسليماً قانونياً في حالة اعطاء البائع للمشتري لتسلم
البيع ، حيث يعتبر هذا الاعطاً بمثابة وضع البيع تحت تصرف المشتري .
وتختلف طرق التسليم باختلاف طبيعة البيع . وقد نصت على ذلك الفقرة
الاولى من المادة ٤٣٥ من القانون المصري بقولها (٠٠٠) ويحصل هذا التسليم
على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المباع .

ورغم غلو التشريع العراقي من حكم مماثل للحكم المصري الا ان الفقه
يجمع على امكانية الاخذ به في ظل التشريع العراقي ايضاً (١) .

ولذلك فالتسليم يجب ان يتم وفقاً للطريقة التي تتناسب مع طبيعة الشيء
المباع تبعاً لما اذا كان عقاراً او متقولاً او مجرد حق من الحقوق المعنوية . كما
ان طريقة التسليم تختلف تبعاً لظروف الأحوال .

فتسليم العقار يكون بالتخلي عن حيازته للمشتري ، فاذا كان العقار المباع
من اثنائي فعلى البائع اخلاؤه ونقل ماله من اثاث ومناج ، وإذا كان ارضاً زراعية
لعلية الامتناع عن زراعتها والكف عن جني محصولها .

وعلى البائع في بعض الحالات اضافة لما تقدم ، ان يسلم مفاتيح السندار
او الارض المسورة او تسليم مستندات الملكية ، والقصود بالمستندات هنا ليس هو
عقد البيع الاخير ، وانما هو الحجج التي تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع ،
لان هذه الحجج ضرورية للمشتري لتسجيل عقد او لتصرف في العقار في المستقبل
لانه ملزم بالبيات ملكية من تلقى الحق عنه (٢) .

اما تسليم المتقول المباع فيتم عادة بالمشاورة اليدوية اذا كان مما يسهل نقله
وحمله . ويجوز ان يكون تسليماً بتسليم مفاتيح الصندوق او مفاتيح الخزان الذي
يوجد فيه المبيع ، او بفعل البيع ووضعه تحت تصرف المشتري كما لو كان المبيع
الة بخارية لا يمكن حملها . وقد يكون التسليم بالتخلي والاذن كما لو كان المبيع
مصولات لا تزال قائمة في الارض او ثماراً على الشجر .

(١) المصري من ١٠٩ ، لحن حسن طه ص ٢٢٢

(٢) ابود سلطان ص ٢٤٩ ، الهلالى وحامد زكى ص ٢٩٧ ، العراف ص ١٦٣ .

وأذا كان البيع مجرد حق ولم يكن من الأشياء القابلة للتسليم يتم تسليم
الشيء بالتسليم حق الارتفاق يتم تسليم سند إذا كان له سند أو بالساح
لقد تشترى باستعماله مع توكيد من ذلك .

وتسليم الحقوق الشخصية يتم تسليم سنداتها المثبتة لها مع مراعاة
الاحكام والآثار لسريان حوالة الحق في مواجهة المحال عليه . فإذا لم يكن
له سند تاجت كحق المؤلف على مؤلفه . فالتسليم يتم بالتصريح للمشتري
بالانقاع بالحقن .

والتسليم المعنوي هو التسليم الذي يتم بتجرد اراضي الطرفين ودون حاجة
الاستيلاء المشتري مادياً على البيع .

وقد نص المشرع على ثلاثة صور للتسليم المعنوي وهي :-

١ - الصورة الأولى :- ويتم التسليم بموجب هذه الصورة بمجرد تغيير اليد
المشتري في حيازة البيع . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣٩ بقولها (إذا كانت
العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع ، فاشترهاها ضمن المالك ،
فلا حاجة أن قبض جديد هوا ، كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد امانه) .

٢ - الصورة الثانية : والتسليم يتم بموجبها بمجرد اتفاق الطرفين . إذا بقي
البيع في يد البائع بسبب جديد كالإيجار أو الهبة أو الرهن الذي تم بينه وبين
المشتري . وقد اشارت الى ذلك المقرة الأولى من المادة ٥٤٠ من القانون
المدني التي تنص على انه (إذا أجز المشتري البيع قبل قبضه الى يالعه أو باعه
منه أو وهبه اياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ،
اعتبر المشتري قابضاً للبيع) .

٣ - الصورة الثالثة :- تنص المقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من القانون المدني
على أنه (وإذا أجزه - أي أجز المشتري البيع - قبل قبضه لم يغير اليانح أو باعه -

المبحث الثاني

زمان التسليم ومكانه ومصاريفه

ان زمان تسليم البيع هو زمان دفع الثمن من قبل المشتري وهذا الحكم ما هو الا تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة في الدفع بعدم التنفيذ التي تجرى على العقود الملزمة للجانبين والتي بمقتضاها لا يستطيع احد الطرفين اجبار الطرف الاخر على تنفيذ التزامه الا اذا هو نفذ التزامه ايضا او كان على الاقل مستعدا لتنفيذه .

ولكن للطرفين المتعاقدين الاتفاق على تسليم البيع فور انعقاد العقد الى المشتري على ان يؤجل دفع الثمن الى تاريخ لاحق - كما لها الاتفاق على دفع الثمن مقدما على ان يؤجل تسليم البيع الى ميعاد آخر - (٥٢٦ م مدني) .

ومكان التسليم هو المكان المتفق عليه في العقد - فاذا لم يوجد اتفاق بذلك ، فان مكان التسليم هو محل وجود البيع وقت إبرام العقد . ويفترض المشرع قرينة ، في هذا الصدد ، بمقتضاها يعتبر محل إقامة البائع محلا لوجود البيع المنقول الذي لم يبين محل وجوده . لا ان هذه القرينة قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس . ويتربط على ذلك ان المشتري ان يثبت ان البيع كان في محل اخر وقت التعاقد ، فان ثبت ذلك وجب التسليم في هذا المحل لا في محل إقامة البائع (٢) (٥٢١ م مدني) والاصل ان البائع هو الذي يلتزم بمصاريف تسليم البيع الى المشتري الا اذا وجد اتفاق او عرف يقضي بخلاف ذلك . فمثلا بموجب عقود توريد الماء والكهرباء يتحمل المستهلك اجرة العداد التي هي من مصاريف تسليم الماء والكهرباء (١) . كما يجوز ان يقضي لاتفاق او عرف بان تكون مصاريف التسليم متناصفة بين البائع والمشتري . (٥٢٢ م مدني) .

والحكم اعلاه تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة التي تقرها المادة ٢٦٨ من تشريعنا المدني والتي تنص على ان (نقلات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك) وكان باعلان المشرع الاكتفاء بهذا الاستثناء عن حكم المادة ٥٢٢ من القانون المدني .

(١) العامري ص ١١٢ .

المبحث الثالث

ملحقات البيع وحالته عند التسليم

١ - ملحقات البيع

ملحقات البيع هي كل ما يعتبر ضمناً ومكملاً للمبيع ، بحيث لا يكمل انتفاع المشتري بالمبيع بدونها (٥٣٧ م مدني).

ويجب لتحديد ملحقات المبيع الرجوع أولاً الى اتفاق المتعاقدين ، فان لم يوجد اتفاق ، وجب الرجوع الى العرف ، فإذا لم يوجد العرف ، أيضاً وجب تحديد هذه الملحقات بحسب طبيعة المبيع وجمعه .

فملحقات العقار تشمل جميع ما يعد بصفة دائمة لاستعماله ، كما تشمل جميع الحقوق والدعاوى المكنة له او المرتبطة به ، مستندات التملك وعقود التأمين وحقوق الارتفاق المقررة له ودعوى مسؤولية المهندس والقاول ، من كل خطل اوتهدم يصيب البناء خلال عشرة سنوات من تاريخ تسليمه ، تعتبر جميعها من ملحقات العقار المبيع .

كما تعتبر من ملحقات المبيع جميع توابع العقار المتصلة المستقرة التي لا تقبل الانفكاك عنه دون ضرر يصيبه ، فالدرابيل المثبتة فيه ، والتماثيل المثبتة على قواعد ثابتة تعتبر من ملحقات المبيع ، اما المرايا والتزيينات المعلقة فانها لا تعتبر من ملحقات المبيع .

ويشمل بيع الاراضي الزراعية ما كان من توابعها من مواش والاث ومخازن وعالم ينضج من المحصولات والثمار والانجار المغروسة فيها على سبيل الاستقرار اما المحصولات والثمار الناضجة والاشجار المزروعة في اوعية فلا تعتبر من الملحقات .

فيما يتعلق بملحقات المنقول يلاحظ ان بيع الحيوان يشمل صفارم التي يرضعها والشعر والصوف المبدأ للجز ، وبيع السيارة يشمل مستندات ملكيتها وسنوتها وادواتها الاحتياطية وبيع المحل التجاري يشمل كافة عناصره المادية كالبضائع والدرابيل والرفوف .

أما الزيادة الحاصلة في المبيع بعد انعقد وقبل القبض كالتمر والتمار فانها تكون للمشتري عالم يوجد اتفاق او عرف بخلاف ذلك (٥٧٢ م مدني) .

وقد اختلف الشراح في مصر حول ناسخ حكم المادة ٤٥٨ التي تقابل المادة ٥٧٢ من التشريع العراقي - ففرق منهم يذهب الى وجوب تسليم التمرة التي المشتري لان التمرة تعتبر من ملحقات المبيع (١) ويذهب فريق اخر الى ان سبب تلك المشتري للتمار لا يرجع الى اعتبار هذه التمار من ملحقات المبيع وإنما هو يرجع الى ضرورة المشتري مالكا للمبيع - وبهذا الاعتبار - فإنه يملك تمار المبيع فالمشتري طبقاً لهذا الرأي لا يملك التمار الا من وقت انتقال الملكية اليه (٢) .

٢ - حالة المبيع وقت التسليم

تنص المادة ٤٢١ من القانون المدني المصري على انه يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

ولم ينص التشريع العراقي على حكم مماثل . ولذلك ينبغي الرجوع الى احكام الفوائد العامة وارادة الطرفين المتعاقدين لتحديد حالة المبيع وقت التسليم (٣) .
فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات وجب على البائع تسليمه على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد ولو كان على حالة سيئة . لان المفروض ان المشتري عاينه او علم به علماً كافياً (٤) .

ويجب على البائع ان يسلم المبيع المتفق عليه ولا يجوز له تسليم شيء اخر حتى ولو كان مساوياً في القيمة او ازيد منها الا اذا وافق المشتري على ذلك كما ليس للبائع ان يحمض اي تغيير في المبيع . سواء كان مادياً ام قانونياً

(١) منصور مصطفى - ف ٧٥ - اسماعيل غانم ف ١١٦ السنهوري ج ١ ص ٧٧٤

(٢) الذنون ص ١٥١ - الصراف ص ١٧٠ - غنن حسن طه ص ٢٤٢

(٣) النور سلطان ص ٢٠٣ - الهلالي وحامد زكي ص ٢١٤ - السنهوري ج ٤ ص ٥٦٠

والأجاز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وقت التعاقد ، إذا كان ذلك ممكناً ، أو المطالبة بالفسخ مع التعويض طبقاً لقرينة المادة إذا تعذر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وقت التعاقد (١)

أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فإن البائع يلتزم بتسليم شيء من الصنف المتفق عليه فإذا لم يكن هناك اتفاق ولم يمكن استخلاص صنف المبيع من العرف أو من ظروف التعاقد التزم البائع بأن يسلم المشتري شيئاً من الصنف المتوسط لأمن الصنف الجيد حتى لا يعين البائع ولا يمن الصنف الرديء حتى لا يعين المشتري (٢) وإذا تم التسليم دون تلف من جانب المشتري اعتبر أنه قد تم على الحالة الواجبة (٣)

وعبب الأبيات بكون على البائع لأنه هو المدين بالتزام التسليم وعليه أن يثبت برائة دمه من الالتزام ، أي أن يثبت عدم تغير حالة المبيع عما كان عليه وقت التعاقد (٤)

(١) الهادي وحامد زكي ص ٣١٢ هامش رقم (١) ، غني حسن طه ص ٢٤٤ -
(٢-٣) الهادي وحامد زكي ص ٣١٤ ، السهوري ج ٤ ص ٥٦٠ ، ٥٦١ مرقس
(٤) السهوري ج ٤ ص ٥٦٣
ص ٣٥٨

البخش الرابع

حکم نقض المبيع أو زيادته

تتناول أحكام هذا البحث في عقدتين تخصص - أولاً - لحكم نقض البيع أو زيادته وثانيهما لهلاك المبيع .

أ - نقض المبيع أو زيادته :

يتميز المنوع بين الأشياء المثلية التي لا يضرها التبعيض وبين الأشياء المثلية التي يضرها التبعيض ، (الفار ٥٤٣ ، ٥٤٦ مديني)

أ - الأشياء المثلية التي لا يضرها التبعيض :

ويكون المشتري مخيراً بين فسخ البيع وبين أحد الباقين من المبيع بطلته لمن الثمن سواء سمر نشئة جملة أو بامر الوحدة (١) فعلاً إذا اشترى شخص (١٠٠) طن من الحنطة بسعر الطن الواحد (٦٠) ديناراً أو بطنين إجماليين قدره (٦٠٠٠) ديناراً ، ثم وجد مقدار المبيع عند التسليم (٥٠) طناً فإنه يكون له إما فسخ البند أو استلام الموجود من البند بخصم من الثمن أي (٣٠٠٠) ديناراً .

أما إذا تبين أن الحنطة الموجودة هي أكثر من المقدّر المتفق عليه ، فالريادة تكون للبائع ولا يجوز للمشتري أخذها حتى لو أبدى رغبته في دفع قيمتها حالماً .
يوفق البائع على ذلك - كما لا يجوز للتأخير إجبار المشتري على شرائها لأن و المبيع وارد على الكمية المتفق عليها في العقد . (٥٤٣ مديني)

ب - الأشياء المثلية التي يضرها التبعيض :

يجب التمييز بين حالتين هما حالة تسمية الثمن جملة وحالة تسمية الثمن على أساس سعر الوحدة ، وفي الحالة الأولى يقرر المنوع بأنه إذا ظهر نقض فسخ

(١) قرار محكمة التمييز الرقم ٢٣٤ / مدينة تالفة / ١٩٨١ في ١٢ / ٥ / ٨١ - الأحكام المعدلة ، السنة الثانية عشر ، العدد الثاني ، ١٩٨١ من ١٥ .

ج- البيع عند التسليم / فإن المشتري يكون مخيرا بين فتح العقد وبين أخذ الباقي من البيع بجملة الثمن المسمى في العقد إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين يتوخى للمشتري أن يأخذ الباقي بما يقابله من الثمن^(١) أما إذا وجد البيع والدا فالزيادة تكون للمشتري بلا مقابل، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين بدم المشتري يدفع العوض عن هذه الزيادة^(٢).

والعلة في إعطاء الزيادة للمشتري بدون عوض هي أن الثمن تعلق بالجملة لرضا البائع ببيعها، والزيادة وصف من الأوصاف، والوصف لا يقابلة شيء من الثمن (١) أي أن بيان مقدار البيع يكون من قبيل الوصف والوصف لا يقابله شيء من الثمن وإنما أعطى المشتري حق الفسخ إذ أظهر البائع ناقصا لفقدان الوصف المرغوب فيه (٥٤٤.٥٤٥ م عدل)^(٣).

فالمراد بالوصف هنا هو (الوصف الففهي وهو التأنيق للشيء غير المتفصل عنه الذي يزيد الشيء حسا فتلا أن كون قطعة من الماسي خشية قرابط وصف للقطعة لأنه يزيد حسا بتدليلها إذا قصبت قيراطا مثلا تهبط قيمتها هبوطا دائما غير متناسب مع مقدار النقص، وإن ظهر ناقصا غير المشتري بين الفسخ وبين أخذ البيع بكل الثمن لأن الثمن تعلق بالبيع جملة، ولم يتعلق بمسه نظرا إلى الإسرافه) (٢).

ويذهب بعض التراجع إلى أن سبب إعطاء الزيادة إلى المشتري هو تخصيص البائع بحسن التأكد من مقدار البيع، فالمبيع كان في يد البائع وكان في استطاعته معرفة مقدار ما يبيع، فإذا قصر في ذلك وجب عليه أن يتحمل هو نتيجة قصيره هذا (٣).

أما في الحالة الثانية، أي إذا كان البيع من الأشياء الثلية التي يضرها التبعض وحد لينة على أساس سعر الوحدة ويظهر نقص أو زيادة فيه عند التسليم، فإن المشتري يكون مخيرا بين الفسخ وبين أخذ البيع دون تبعض ولكن بما يقابله من الثمن لا بالثمن المسمى، فعلا إذا اشترى شخص قطعة قماش على

(١) منبر القاضي ج ١ ص ٢٢٥ - ٢٢٦

(٢) السنهوري ج ١ ص ٧٥٤ هامش (١) - العامري ص ١١٨ -

انها عشرة اعداد بسعر المتر الواحد خمسة دنانير ، ثم ظهر انها تسعة اعداد
لاشرة فلا يلتزم المشتري ، اذالم يشأ قسح البيع ، لايدفع خمسة واربعين دينارا
اما اذا تبين بان الفئات احد عشر عددا فانه يلتزم بدفع خمسة وخمسين دينارا
الى البائع ، اذا هو رجح عدم قسح العقد .

فالفرق بين الحالتين اعلاه هو ان ليس للمشتري في الحالة الاخيرة ان يرفض
الزيادة ، اذا لم يستعمل خياره بفسخ البيع - اما في الحالة الاولى فله ذلك
والسبب في ذلك هو عدم جواز تبعض المبيع في الحالة الثانية لان ذلك يفسر
بالباتسح (١) .

ويشترط لكي يكون للمشتري الحق في قسح البيع وان يكون للبائع الحق
قيما يظهر من زيادة تجاوز النقص او الزيادة خمسة في المائة من القدر المتفق عليه
في العقد . كما يلزم على المشتري ان يرفع الدعوى على البائع خلال مدة لا تزيد
على ثلاثة اشهر من تاريخ تسليم المبيع تسليما فعليا لا تسليما حكما او معنوياً
(٥٤٦ م مدني) .

والعلة في اقرار سريان مدة رفع الدعوى من تاريخ التسليم الفعلي هي ان
التسليم الفعلي وحده يهيء للمشتري او البائع فرصة الكشف عن الزيادة او
النقصان في المبيع (٢)

كما ان السبب في تحديد النقاد بهذه المدة القصيرة هو رغبة المشتري في تأمين
الاستقرار في المعاملات ، لان بناء العقد معرضا للفسخ مدة طويلة يحصل دون
تحقيق هذه الغاية (٣)

(١) العامري ص ١١٩

(٢) -١٣- ارجع : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ١ ص ٦٥
السنهوري ج ١ ص ٥٧٧ هامش (٢) - العامري ص ١١٩

٢ - حكم هلاك البيع قبل التسليم

تقع تبعة هلاك المبيع على المشتري إذا حصل الهلاك بعد إبرام البيع وبمسه تسليم المبيع اليه .^{١٠} سواء حصل الهلاك بفعل المشتري أو بسبب اجنبى . أما إذا تسبب البائع في الهلاك ، فيكون للمشتري الرجوع عليه كسبب شخص اجنبى طبقاً لقواعد المسؤولية التصريية .^{١١}

وبعد حصول الهلاك بعد إبرام البيع وليل تسليم المبيع إلى المشتري ، يجب التمييز بين حالتين : الأولى من حالة كون المبيع شيئاً منلياً ، والثانية من حالة كون المبيع شيئاً معيناً بالذات .

(أ) هلاك الشيء المتلى (المعين بالنوع) قبل التسليم :

لاقتضت مشكلة من يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة بلان الشيء المتلى لا يضمن بالذات الا بالافراز .^{١٢} وقيل الافراز لا يمكن للبائع ان يدعى هلاك المبيع في مواجهة المشتري بل هو يلتزم بان يسلمه شيئاً من النوع المتفق عليه في العقد .^{١٣} وكذلك الحكم حتى ولو كان المتعاقدان قد حددا الشيء المبيع بأوصافه كما لو باع شخص لآخر عشرة اطنان من نوع معين من الحنطة ، وكان البائع يملك من هذه الحنطة كمية معينة فهلك قبل التسليم ، إذ يلزم البائع هنا بأن يسلم للمشتري الكمية المتفق عليها رغم هلاك الكمية التي كانت موجودة لديه .

ولكن ما الحكم اذا تسبب المشتري بالذات في هلاك المبيع المتلى ؟

يلعب فريق من القرواح الى أن للمحكمة أن تحكم في الحالة مدار البحث بمسؤولية المشتري وأن تعتبر البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم وأن المشتري قد تسلم الكمية حسب الاتفاق ، اذا رأت (أي المحكمة) ان الحكم على هذا الوجه اقرب الى تحقيق العدالة من الحكم عليه بإداء التعويض والتزام البائع بتسليم الكمية المتفق عليها (١) وسرى وجوب الحكم على المشتري بالتعويض حسب قواعد المسؤولية التصريية مع التزام البائع بالتسليم ، لعدم إمكان اختيار التسليم وإنما في الحالة مدار البحث .

(١) الصراف من ١٧٧ و ١٧٨ .

(أ) هلاك الشيء المعين بالذات قبل التسليم :

حسب النصين ١٧٩.٥٤٧ من القانون المدني يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بفعل المشتري أو بفعل البائع والهلاك يسبب القوة القاهرة .

أولا - الهلاك بفعل المشتري أو البائع :
كما أنكم لم تأخذوا مالكم هلاكه بل هو بفعل المشتري ، المشتري المعين بالذات
إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري كان الهلاك عليه ، سواء أكله الهلاك كليا أو جزئيا ويتوجب عليه أن يدفع الثمن إلى البائع كاعلا إذا كان لم يدفعه ، أما إذا كان قد دفعه فيمتنع عليه أن يسترده من البائع .
وإذا كان الهلاك قبل التسليم بفعل البائع فإنه يكون مسؤولا في مواجهة المشتري ، وعليه رد الثمن إن كان قد قبضه كما يلتزم بالتعويض عما أصاب المشتري من ضرر وفقا للقواعد العامة .

ثانيا - الهلاك بسبب اجتهاب :

إن المشرع يميز في هذا الصدد بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي ويقدر بيان نية هلاك المبيع كليا ، خلال الفترة الواقعة بين إبرام البيع وقبل تسليم المبيع إلى المشتري ، على عاتق البائع ، رغم أن المشتري أصبح مالكا للمبيع قبل القبض ، فالعقد ينسخ تلقائيا ، لذلك يجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد .

وهذا الحكم يتسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية ، ذلك لأن يسه البائع على المبيع قبل القبض تعتبر يسه أمانة ، فإذا هلك المبيع قبل القبض بقوة القاهرة انفسخ البيع وسقط الثمن وكان هلاكه على البائع (١) ٢٩٣ م المجلة) .

أما القانون المدني الفرنسي فإنه يجعل تبعه هلاك المبيع بعد البيع وقبل قبض المشتري لا البائع .

وقد انتقد هذا الحكم من قبل الفقهاء لما يتطوى عليه من اجفاف بالمشتري ، حيث يلزمه في حالة هلاك المبيع ، بدفع الثمن دون مقابل ، كما أنه يتعارض مع

(١) منير القاضي ج ١ ص ٢٥٧ .

مبدأ تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين المقرر في القانون الفرنسي والذي
رتبت عليه نظرية فسخ العقد لعدم قيام قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه او
لاستحالة هذا التنفيذ .

ومع ذلك فقد حاول بعض الفقهاء تبرير الحكم الفرنسي باعتباره تطبيقاً
لقاعدة (المرم بالتمس) ، لما دام المشتري يستفيد من كل زيادة في المبيع بمسء
العقد ، فمن العدل ان تقع عليه هلاكه بعد العقد . ويعتبره آخرون تطبيقاً
للقاعدة (هلاك الشيء على مالكه) ، لما قامت ملكية المبيع قبل التقلت إلى المشتري
بمجرد انقضاء العقد فعليه ان يتحمل تبعه هلاكه . خاصة وان البائع قد وفي بتنفيذ
التزامه بنقل الملكية . وقال آخرون أن عقد البيع ، وقد أصبح ينقل الملكية إلى
المشتري بمجرد ابرامه يعتبر قد وفي الفرض المقصود منه اساساً ، لان التزام
البائع بنقل الملكية هو اهم التزاماته . اما الالتزام بالتسليم فهو التزام ثانوي .

اما التشريع المصري فانه يتخالف التشريع الفرنسي في هذا الصدد بحيث
يجعل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا المشتري

اما اذا كان الهلاك جزئياً . فان المشتري يكون مخيراً بين فسخ البيع
او اخذ الباقي من المبيع بعد الفأس الثمن .

وفسخ البيع في هذه الحالة لا يتم تلقائياً وبقوة القانون . بل لابد لتقريره من
حكم من المحكمة المختصة او اتفاق بين الطرفين المتعاقدين .

ويختلف حكم التشريع المصري عن الحكم المرالي لانه يقيد حسبق
المشتري في الفسخ بوجود كون الهلاك الجزئي جسيماً بحيث لو طرأ قبل انعقاد
تأ تم البيع ولذلك يمنع الفسخ على المشتري اذا لم يبلغ الهلاك الجزئي الحد
المذكور (١) اما التشريع المرالي فانه لا يقيد عن المشتري في الفسخ بالقييد المذكور
ولذلك فالاستجابة لطلب المشتري الخاص بالفسخ او عدم الاستجابة له
يكون متروكاً لحكم القواعد العامة وتقدير القضاء .

(١) السهوري ج ٤ ص ٦١٧

هذا وإذا كان الأصل هو تحمل البائع لبعه الهلاك قبل التسليم . إلا أن لهذا الأصل الاستثناءات التالية :

سـ أولاً - إذا وجد اتفاق يقضي بأن يتحمل المشتري تبعه هلاك البيع قبيل القبض فيحمل بهذا الاتفاق .

ثانياً - إذا اعلم البائع المشتري لتسلم البيع في الاجل المحدد لذلك واحتسب المشتري عن ذلك وحلك البيع . لأن امتناع المشتري عن التسليم يعتبر تقصيرا في هذه الحالة فعليه ان يتحمل تبعه .

ثالثاً - إذا وضع المشتري يده على البيع قبل دفع الثمن ودون استئذان البائع وحلك البيع . فالمشتري هو الذي يتحمل الهلاك في هذه الحالة . (٥٧٨/٢ممدني)

رابعاً - إذا كان البيع تجارياً ، فإن تبعه هلاك البيع في القانون التجاري تسدور مع انتقال الملكية لامع التسليم (١٥٣ م قانون تجاري الملمم) .

ج - حكم هلاك القبوض على سوم الشراء والقبوض على سوم النظر :-

القبوض على سوم الشراء هو ما يقضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة وتسمية الثمن حقيقة او حكماً من قبل الطرفين المتعاقدين . فمتلا اذا قسأل البائع المراد في الشراء (ان ثمن سيارتي هذه عشرين الف دينار خلها فأنا عجبتيك لشترها) فقال المراد في الشراء (اذا عجبتي لشترتها بعشرين الف دينار) واخذها كانت سيارة مقبوضة على سوم الشراء وقد سمي الثمن حقيقة . اما اذا سمي احد الطرفين الثمن ولم يقل الثاني شيئاً بل اخذ السيارة عطسى ان يشتريها ان اصعبته كأن القبوض على سوم الشراء . وقد سمي الثمن حكماً لان سكوت الطرف الثاني واخذة السيارة يعتبر رضاه منه بالثمن الذي ذكره المراد في البيع .

اما القبوض عطسى سوم النظر فهو القبوض لاجل ان ينظره القابض او ان يريه لآخر سواء بين له ثمن او لم يبين (١) .

وواضح من النص اعلاه انه اذا هلك القبوض على سوم الشراء يده القابض هلك مضموناً عليه بثمنه ان كان متلباً وبقيته موما بلغت ان كان قيبياً (٢) .

(٢-١) مثير القاضى ج ١ ص ٢٧٢ و ٢٧٤ . قارن : حسن ذنون ص ١٨٠

وكذلك الحكم إذا هلك المقبوض بفعل القايض وكان الهلاك قد حصل بحسب رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع - أما إذا تسبب القايض في الهلاك قبيل رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع ، فإن فعله هذا يعتبر رضاء بالشراء وتنفيذا له .

أما القايض على سوم النظر فيعتبر أمانة في يد القايض ، فإذا هلك بغيره دون تعدئه أو تقصير ضمان عليه ، أما إذا هلك المقبوض بتعده أو تقصير من القايض فإن الأخير يضمن التسلل إن كان مثليا ، والقيمة مهما بلغت أن كان قبيحا .

وحكم القايض على سوم الشراء دون تسمية الثمن كحكم القايض على سوم النظر .

وقد اختلف الشراح (١) حول التكيف القانوني للمقبوض على سوم الشراء والقايض على سوم النظر . ففرق عنهم يذهب إلى اعتبار المقبوض على سوم الشراء إما بيعا موقوفا على اجازة المشتري أو بيعا بشيار الشرط . ويذهب إليهم إلى اعتبار القايض على سوم الشراء بيعا بشرط التجزية ، ولما في الأمر هو أن البيع هنا معلق على شرط فاسخ لا واقف كما هو الأصل في بيع التجزية ، ويذهب فريق آخر إلى أن القايض على سوم الشراء اقرب ما يكون إلى صورة البيع المعلق على شرط واقف ، ويبرر هؤلاء الشراح حكم التشريع العربي الذي يلغي تبعه الهلاك على القايض بالقول بأن مرد ذلك هو ربط المشرع لهذه التبعة بالتسليم وحسب .

والرأي الراجح يذهب إلى اعتبار المقبوض على سوم الشراء اقرب ما يكون إلى صورة الوعد بالبيع ، واعتبار المقبوض على سوم النظر اقرب ما يكون إلى مجرد دعوة للتفاوض لأن المقبوض في الحالة الأخيرة ليس مقبوضا بموجب عقد ، ولأن الطرفين ما يزالان في مرحلة المفاوضات .

(١) راجع بالنسبة لهذه الآراء : مختار القاض ج ١ ص ٢٧٤ ، الصراف ص ١٨٥ العامري ص ١٢٦ ، السنهوري ج ٢ ص ١٤٣ ، حامش (١) الذنون ص ١٨٠ .

ثالثا - حكم هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل -

اختلف الشراح في مصر في هذا الصدد . فقسم منهم يذهب الى ان هلاك العقار المبيع قبل التسجيل ولو بعد التسليم يكون على البائع لا على المشتري وذلك لاستحالة وفاة البائع بالتزامه بنقل الملكية في هذه الحالة .

ولكن الرأي الراجح يذهب الى انه لا يعبأ بانتقال الملكية ، لان تبعه الهلاك اما تدور وحدها وعند ما مع التسليم . لذلك فان البائع يتحمل تبعه هلاك العقار اذا حصل قبل التسليم وقبل التسجيل او حصل قبل التسليم وبعد التسجيل اما المشتري فانه لا يتحمل تبعه الهلاك الا اذا حصل الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل . او حدث بعد التسليم وبعد التسجيل (١) .

والشراح عندما على خلاف ايضا (٢) فقسم منهم يذهب الى (ان القائلون المدني لم يصرح عن حكم المقبوض في البيع الباطل ، كما هو الحال في المحلة ولذلك فيرجح اعتبار المبيع غير المسجل ضمنونا على المشتري القايض ، لان هذا الحكم هو الذي يستتبع من عبارة المادة - ٢/١٢٨ مدني - وهو الذي يتفق مع الرأي الراجح عند الفقهاء بالنسبة للبيع الباطل ، ومع احكام التبريمية الاسلامية باعتبار البيع منقدا وصحيحا بمجرد الايجاب والقبول ، ودخول البيع في ضمان المشتري القايض ، وبالإضافة الى ما تقدم فلان المشتري قد قبض في طرف عقد معاوضة ، لجهة القبض من جهة عقد لاجبة امانه ، والبيع باطل وان لم يكن له وجود قانوني ، لانه وجود لم يأتى (٣) . ويذهب آخرون الى ان البائع يتحمل تبعه الهلاك اذا هلك العقار المبيع تحت يد المشتري وكان بانتظار تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري بدون تعد منه ولا تفسير .

ولرجع الرأي القائل بان (الهلاك على المشتري ليدفعه يد ضمان لا يد امانته ز) الى من الواضح ان العقار مقبوض على سبب الشراء مع تسمية الثمن ، كما تقدم (٤٨٨ م مدني) فالمشتري قد وضع يده على العقار بقصد تملكه ، وليس يقصد البائع من تسليم العقار اليه ان يكون ودیعة او امانة تحت يده .

(١) يصفه هذه الآراء براجع :/ السنيوري ج ٤ ص ٢٤٥ . حرابي وامام ص ٣١٥
(٢-٣) شاكر ناصر ج ١ ص ١٢٩ - الصراف ١٨٧ لحنى خمسون ط ٤
ص ٢٦٩ وراجع القادتين ٤٦٦ ، ٤٢٧ مدني حرابي

٥ - جزاء الخلل الناتج بالتزامه بالتسليم

وبالجمبع بين حكم المادة ١٧٧ مدني واحكام القواعد العامة ، يمكن القول بأنه للمشتري ، اذا اخل البائع بالتزامه بالتسليم ، المطالبة بالتفويض العيني اذا كان ذلك ممكنا ، اذ المطالبة بالفسخ ، مع التعويض في الحالتين اذا كان له مقتضى . فاذا كان البيع عبئا معينة بالذات ، واخل البائع بالتزامه بجواز المشتري بصدده الاعتذار المطالبة بالتفويض العيني ، وذلك بالتزام البائع بتسليم العين المبيعة ولو جبرا عليه .

اذا كان البيع عبئا معينة بالتبوع فالمشتري بعد الاضرار الحصول على شيء من نوع المبيع على حساب البائع بعد استئذان المحكمة او بدون استئذائها في الاحوال المستعجلة (٢٤٨/٢ م مدني) .

وفي حالة تعذر التفويض العيني على الوجه اعلاه ، للمشتري المطالبة بالفسخ مع التعويض اذا وجد ما يبرره .

والاصل ان يكون الفسخ اضاليا ، الا انه يجوز للطرفين الاتفاق عليه (١٧٨ م مدني) .

وبخيار المشتري ان يطلب التفويض العيني او الفسخ يظل قائما لحين الحكم النهائي ، فاقامة المشتري دعوى المطالبة بالتفويض العيني لا يمتنع تنازله عن حقه في الفسخ بل له المدول عن التفويض العيني والمطالبة بالفسخ ، على ان لا يكون الحكم النهائي قد صدر (١) .

(١) المدول عن ٧١٧١ العامري ص ١٢١ ، مدني جيون طه ص ٢٥٧ .

الفصل الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

والعيوب الخفية

يلتزم البائع ، بموجب عقد البيع ، بالامتناع عن التعرض الشخصي ويدفع
مادة يصدر عن تعرض قانوني للمشتري .

كما انه يلتزم بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية التي تظهر فيه .
ولهذا سلجت احكام هذا الفرع في ميخين : تخصص اولها لضمان التعرض
والاستحقاق ، وثانيهما لضمان العيوب .

المبحث الاول

ضمان التعرض والاستحقاق

الاصل ان ضمان البائع للتعرض والاستحقاق ينبت بحكم القانون . الا ان
احكام هذا الضمان ليست من النظام العام ، إذ يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق
على ما يخالفها . لذلك نتناول ادناه الامور الآتية :-

١ - ضمان التعرض

كما يضمن البائع عدم التعرض شخصيا للمشتري ، فهو يضمن له دفع التعرض
القانوني الصادر عن الغير ايضا .

(١) ضمان التعرض الشخصي : يلتزم البائع بالامتناع عن التعرض شخصيا

للمشتري سواء كان التعرض اذيا أو معتربا .

والتعرض المادي هو كل فعل مادي يصدر من البائع ويكون من شأنه أن يحكّر
حيازة المشتري للمبيع دون أن يستند في القيام به إلى حق قانوني يديمسه على
المبيع .

ومثال التعرض المادي هو قيام مؤلف ينشر كتاب كان قد عهد إلى ناشر ينشر
طبعة مبدئية منه ، أو قيام بائع الطاحون بخفض ارتفاع الماء الذي يقوم بتصوير هذا
الطاحون من المستوى الذي كان عليه وقت البيع (١)

ولكن هل يجوز للبائع الذي باع محطة التجارى أن يفتح محلا تجاريا مماثلا
في نفس الجهة التي كان فيها محطة الاول ؟ لا خلاف في أن البائع يلتزم بمسئ
المبادىء إذا وجد في العقد نص يلزم البائع بعدم المنافسة ، إلا أن الخلاف قد
ظهر بالنسبة لحالة عدم نيل هذا النص في العقد - فقويق من الشرح يذهب
إلى أن للبائع أن يفتح محلا تجاريا مماثلا في نفس الجهة طبقا للمبدأ العام
في حرية التعامل ، ويذهب فريق آخر إلى أن للبائع ذلك بشرط أن لا يقصد مسن
وراء ذلك الاضرار بالمستوى ، ويذهب الرأي الرابع إلى القول بأن ليس للبائع
أن يفتح محلا جديدا في نفس الجهة لأن عقد البيع يفرض عليه التزاما بعدم منافسة
المستوى منافسة غير مشروعة (٢) .

كما يلاحظ أن المحاكم الفرنسية على خلاف حول ما إذا كان واجب البائس
المذكور اعلاء واجبا شخصيا لا يتنقل لورثته ، أو أنه واجب ينتقل إلى الورثة لعدم
ارتباطه بشخص البائع . ولكن يذهب جانب من المقلة الفرنسية إلى أن هذا لا يصح
أن يكون مدلل البحث ، بل مداره في الواقع معرفة ما إذا كان عمل الورثة يعتبر
تعرفا أو لا يعتبر كذلك ، وذلك لأنهم يصفهم ورثة البائع ملزمون بعدم التعرض
للمستوى إذا التقل إليهم الالتزام بحسب أحكام الميراث ، فإذا أنتقل إليهم هذا
الالتزام تم تبيت من اجراءاتهم أنهم تعاطوا التجارة بشكل يمس على الناس حقيقة
المعهم ويشبه لهم أن محل المورث لا يزال باقيا ويجب أن يستعوا من ذلك ، ومثاله
أن يلقوا اسم المورث على المحل وان يستمروا على اتباع الطرق والتقاليد التي
كان يتبعها المورث نفسه ، أما إذا كان الأمر بخلاف ذلك كما لو كان اسم المورث
غير متفق مع اسم المورث أو كان متفقا معه ولكن طُس على البيع أو الوفاة وقت

(١) انور سلطان من ٢٧٢ - السهوي ج ٤ ص ٦٢٧ .

(٢) الهالتي وحامد زكي من ٣٤٠ - العامري من ١٢٨ - الصراف من ١٩٣ . قضي
حسون طه من ٧٢٧٤

طويل بحيث أصبح مورثهم نسبياً نسبياً فلا يجوز منحهم في هذه الحالة من تعاطي
التجارة (١) .

والبائع يلتزم بالامتثال عن التعرض المسمى ولو كان الفعل المكون له
للتعرض ليس في ذاته خطأ ولا تنوافر فيه شروط الفعل الضار بل يعتبر
فعلاً من الأفعال التي لو صدرت من غير البائع لما اجازت للمشتري الرجوع
على فاعلها بشيء، ومثال ذلك هو بائع محل التجارة، إذ أنه لا يجوز له أن
يقتنع محلاً آخر مماثل للمحل المباع في نفس الجهة لأن ذلك يعتبر تعرضاً في حين
أن هذا العمل يعتبر محلاً مشروعاً إذا صدر من شخص آخر غير البائع
والسبب في ذلك هو أن مركز البائع يختلف في هذا الصدد عن مركز الغير
فالبايع يارثه عقد البيع عند التزم بأن ينقل إلى المشتري مزايا ملكية المبيع
والانتفاع به، فصار ملزماً بأن لا يفتقر بفعله هذا الانتفاع على المشتري (٢) .

أما التعرض القانوني فهو التعرض الذي يصدر من البائع استناداً إلى
حق قانوني يديه على المبيع في مواجهة المشتري كما لو تبين أن البائع لم يكن
مالكاً للمبيع وقت صدور البيع منه، ثم اكتسب الملكية بعد الطرد بأن اقتضى
المبيع من مالكه الحقيقي أو ورثه منه أو وضع يده عليه المدة المكتبة للحق فليس
هذه الحالات لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالمبيع، لأن ذلك يعتبر تعرضاً
قانونياً منه للمشتري وإخلالاً بالتزام الضمان الذي التزم به بموجب عقد البيع،
فلا تقبل دعواه لأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض .

ويجب هنا التمييز بين التعرض القانوني وبين ما يقوم به البائع استناداً إلى
القانون أو إلى عقد البيع ذاته . فطلب البائع العقد المبيع بالشفعة لا يعتبر
تعرضاً منه للمشتري، لأنه إنما يستعمل في هذه الحالة حقاً مقروناً له في

(١) للملا عن : الهلالي وخامد زكن ص ٣٤٠ هامش (٢) .
(٢) سليمان مرتين ص ٣٨٣ - منيب ص ١٦٩ .

القانون . ولذلك فلا مسؤولية عليه . وكذلك الحكم في حالة طلب البائع
تقصيب البيع بسبب الإكراه أو اللطخ التفتي شاب إرادته وقت إبرام
العقد . لأنه إنما يشتمل حقا مستحقا من عقد البيع ذاته (١) .

والتزام البائع بالصمان غير قابل للقسمة حتى ولو كان المبيع قابلا للقسمة .
ويترتب على ذلك أنه إذا باع الشركاء الدار المملوكة لهم على وجه التبيع ،
وظهر بعد ذلك أن أحدهم هو الذي يملك الدار بوجهه وأن الآخرين لا يملكونها ،
فإن الأول يبقى ملتزما بعدم التعرض في كل الدار ولا يستطيع استرداد التصيب
الذي يبيعه . ولكن له الرجوع على الأشخاص الآخرين الذين ظهر أنهم ليسوا
شركاء له في المال المبيع (٢) .

وللمشتري ، إذا كان التعرض ماديا ، أن يطالب بوقف وإزالة كل من ترتب
عليه من أضرار . وللمحكمة في سبيل وقف التعرض وضع البائع من التصيب في
الجزء ال فرض الغرامات التهديدية عليه كما للمشتري المطالبة بالتعويض عما
أصابه من ضرر بسبب التعرض الحاصل .

أما إذا كان التعرض الواقع تعرضا قانونيا ، فللمشتري في هذه الحالة
المطالبة بعدم سرعان بعض التصرفات القانونية في أوجته ، أو المطالبة برد
الدعوى إذا كان التعرض القانوني الصادر قد اتخذ هذا الشكل . فمثلا إذا كان
البائع قد باع عينا لا يملكها وقت البيع ثم اكتسب الملكية بعد ذلك ، فرفع
الدعوى لاسترداد المبيع ، فيمكن للمشتري في هذه الحالة رد الدعوى استنادا إلى
القاعدة القانونية التي تقضي بأن (من واجب عليه الصمان امتنع عليه التعرض) ،
أو استنادا إلى القاعدة القائلة بأن (من سعى في تقصير عالم من جهلة فسيح مردود
عليه) .

وللمشتري المطالبة بفسخ عقد البيع لإخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض .
كما أنه المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة (٣) .

(١) السهبوري ج ١ ص ٢٢٤ . سليمان مرقس ص ٢٨٩ . لحن حسن طسنة
ص ٢٧٦

(٢) لحن وإمام ص ٢٠٠ - شبيب ص ١٧٣ . لحن حسن طه ص ٢٧٧ - الصراف
ص ١٩٤ - العامري ص ١٢٩ .

(٣) العامري ص ١٢٩

١٢٠ ضمان التعرض الصادر من الغير

يلتزم البائع ، إضافة الى عدم التعرض الشخصي بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير ايضاً . فالبياع لا يسأل عن التعرض المادي الذي يصدر عن من الغير حتى ولو ترتب عليه خروج المبيع من يد المشتري ، لان دفع هذا النوع من التعرض يكون من شأن المشتري الذي له ان يدفعه بكافة الوسائل المقررة فسي القانون لحماية حق الملكية وعبارة الأموال .

ويشترط لرجوع المشتري بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير توافر الشروط التالية :-

١ - ان يكون التعرض تعرضاً قانونياً ^X لا مادياً ، لان البياع ، كما بينا ، لا يضمن سوى التعرض القانوني الصادر من الغير .

والتعرض القانوني من الغير قد يحصل اذا نام شخص دعوى ينكر فيها انه المالك الحقيقي لكل المبيع او لجزء منه ، او ان له حق انتفاع او ارتفاق عليه ، وكذلك يعتبر الادعاء بحق شخصي على المبيع تعرضاً قانونياً ايضاً . كما لو ادعى الغير انه مستاجر للمبيع من البياع وان ايجاره ينفذ بحق المشتري لتبوت ناريته قبل البيع .

ويكفي لوقوع التعرض القانوني مجرد الادعاء بالحق ، سواء اكان هذا الحق موجوداً او لا وجود له ، سواء اكان السند الذي يستند اليه الغير قسري دعواه صحيحاً او باطلاً (١) .

٢ - ان يثبت الحق للغير على المبيع قبل البيع ، سواء اكان قد ترتب بفعل البياع ، او كان قد ترتب بسبب اجنبى .

ويترتب على ذلك ان للمشتري الرجوع على البياع بالضمان اذا كان الحق الذي يدعيه الغير على المبيع هو حق ومن على المبيع كان البياع قد رتبته على المبيع قبل بيعه ، او اذا كان الحق الذي يدعيه الغير هو حق اكتساب ملكية المبيع قبل البيع بالتقادم .

(١) السهرى ج ١ ص ٦٤٦ .



الا ان البائع لا يسأل عن التعرض القانوني الصادر من الغير اذا كان الغير يستند في تعرضه على حق لاحق لعقد البيع . كما لو اكتسب الغير ملكية العين المبيعة بالتقادم بعد البيع حتى ولو كانت مدة التقادم بدأت بالسريان قبيل البيع . ما دام للمشتري الوقت الكافي لاتخاذ اللازم لتقطع التقادم (٢/٥٠٦ مدني) .

وتستثنى من الحكم الاخير حالة واحدة هي حالة ما اذا كان البائع هو الذي تسبب في قيام حق الغير على البيع . اذ ان البائع يسأل عن ضمان التعرض القانوني من الغير في هذه الحالة حتى ولو كان الغير مستندا في تعرضه على سبب قانوني لاحق على البيع . فمثلا اذا قام بائع المنقول ببيعه ثانية الى مشتري اخر تسلم البيع فعلا وتمسك بقاعدة التجربة في المنقول منه الملكية . فـ كان للمشتري الاول الرجوع على البائع بالضمان ولو كان حق المشتري الثاني لاحقا لعقد البيع الاول . لان البائع هو الذي تسبب في قيام هذا الحق .

جـ - ان يتعرض الغير فعلا للمشتري . فجرد ظهور حق على المبيع للغير . كظهور المبيع مرهونا للغير . لا يسوغ للمشتري الرجوع على البائع بالضمان . لاحتمال عدم وقوع التعرض فعلا . اذ قد يقوم البائع بفك الرهن او لاحتمال عدم تعرض الثمن المرهون للمشتري فعلا .

لذا توافرت الشروط اعلاه قام التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير .

ولتزام البائع هذا التزام بنتيجة لا التزام بوسيلة . ومطاد ذلك ان البائع يعتبر مثلا بالتزامه بالضمان بمجرد ان يكسب الغير دعواه . حتى لو كسان قد يسفل العس جهده في دفع التعرض فلم يوفق في ذلك (١) .

(١) مرفس ص ٢٨٦ - نفس حسون طه ص ٢٧٨ - العائري ص ١٣٠

٢ - ضمان الاستحقاق ^{من ص}

للمشتري الرجوع على البائع بضمن الاستحقاق ، اذا تعرض الغير للمشتري على الوجه المبين في الفقرات السابقة ، وانفق البائع في دفع هذا التعرض بضمن حكم لهذا الغير بثبوت الحق الذي يريد ، ولا حاجة للنص على هذا الضمان في

المقد لانه مفرد يحكم القانون (١)

والاستحقاق يتحقق اذا جرم المشتري ، فعلا من حق الحقوق التي له على المبيع ، كما لو ظهر ان المبيع مملوك لشخص اخر غير البائع كالا او جزءا ، او ظهر ان هناك بعض الحقوق كانت قد تربت على المبيع قبل البيع ، وكذلك الحكم اذا صدر حكم نهائي بالاستحقاق تم الفسخ المستحق مع المشتري على ترك المبيع للاخير بعرض ، لان ذلك يعتبر شراء للمبيع من المستحق (٥٥٢ م مدني)

هذا واذا كان الاصل هو امكانية الرجوع على البائع بضمن الاستحقاق الا ان هنالك حالات يمنع فيها رجوع المشتري على البائع كما يجب ان يبحث هذا الضمان في البيوع المتعاقبة والبيوع الجبرية ، لذلك نتناول ادناه هذه الامور الثلاثة :

(أ) مدى التزام البائع بالضمان :

يسير التسرع في هذا الصدد بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي للمبيع

اولا الاستحقاق الكلي :

ان مدى ضمان البائع للاستحقاق الكلي يختلف باختلاف ما اذا كان حسن النية اوسى ، النية (٥٥٤ م مدني)

البائع حسن النية : يعتبر البائع حسن النية اذا كان لا يعلم باستحقاق

المبيع وقت البيع -

(١) قرار محكمة التمييز ١٩٤ / مدنية ثالثة / ٩٧٥ في ١٥ / ٩ / ١٩٧٦ ، مجلة الاحكام المدنية ، السنة الثمانية عشرة المجلد الاول / ١٩٨٠ ص ١٠ ، ١١ .

والبائع في هذه الحالة يلتزم ببرد الثمن أي المشتري سواء زادت قيمة البيع أو نقصت في الفترة ما بين إبرام البيع واستحقاق البيع - وسواء حصلت الزيادة أو النقصان بفعل المشتري، أو بفعل صادر من غير المشتري، أو حصلت بسبب ارتفاع الأسعار أو انخفاضها .

والعديد بالذكر هو انه كان الأول بالتمسح العراض أن يقرر تعويض المشتري بقيمة البيع وقت الاستحقاق لا بقيمة المساء في العقد. ذلك لأن بطلان بولسح العقد يتطلب من حالة استحقاق للبيع . ففي الحالة الأولى لا يكون التعويض الذي يلتزم به البائع على أساس عقد البيع لأن بطلان البيع أو فسحه يفترض بطلان البيع . أما في الحالة الثانية فإن البيع يظل قائماً . لذلك فالتعويض السليمي يستحقه المشتري بتقدير تنفيذاً بمقابل بعد أن استحال على البائع تنفيذ التزامه .

فالعقد في حالة الاستحقاق هو مصدر التعويض وعلى هذه الأساس لمكان تعويض المشتري يجب أن يتم على أساس حرمانه من البيع أي على أساس قيمة البيع وقت الاستحقاق (١) .

مقرر في القانون المدني المصري تعويض المشتري على أساس قيمة البيع وقت الاستحقاق وذلك بموجب المادة ٤٤٣ منه .

ومع ذلك للبائع أن يطرح من الثمن ما يعادل الفائدة التي ائتمنت على المشتري نتيجة النفاذ بالبيع وذلك وفقاً لقواعد الكسب دون سبب - فمثلاً إذا كان البيع داراً قام المشتري ببيعها فباعتها باسم استحدثت الدار ، كأن للبائع أن يطرح قيمة هذه الأرباح من أصل الثمن (٢) .

ويلتزم البائع حسن النية بأن يرد إلى المشتري قيمة التنازل التي التزم الأخير بردها إلى المشتري . والمشتري لا يلتزم الأيبرد تنازل البيع التي قبضها وهو من النية . أما تلك التي قبضها وهو حسن النية فإنه لا يلتزم بردها لا يستطيعها (١٩٦ ، ١٩٦٦ م عدليني) .

(١) غني حسن طه ص ٢٨٥ و ٢٨٦ - العامري ص ١٢٧ - قارن - حسن طسني المشهور .

(٢) العامري ص ١٢٧ - غني حسن طه ص ٢٨٦ .

وعلى البائع ان يرد المصروفات النافعة التي انفقها المشتري على المبيع
كالمصروفات التي انفقت لاستصلاح الارض الزراعية المبيعة او لبناء طابق جديد
على الدار المبيعة . اما المصروفات الكفالية فان البائع لا يلتزم بها الا اذا كسبان
سرى التية كما سنبين .

الا انه ليس للمشتري الرجوع على البائع بالمصاريف الضرورية التي انفقها
على المبيع ، واما له مطالبة المستحق بها (١١٦٢ م مدني) .

ويلتزم البائع ، اضافة لما تقدم ، برد كبل المصروفات التي انفقها المشتري فسرى
دعوى الاستحقاق التي تبنت عليه من قبل القبر ، او في دعوى الضمان . الا انه
يستحق عليه الرجوع على البائع بالمصاريف التي كان بالامكان تجنبها فيما لسو
انظر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب .

البائع سرى التية :

اذا كان البائع سرى التية فانه يلتزم اضافة لعناصر التعويض التقفمة بشأن
بدفع للمشتري الزيادة الحاصلة في كمية المبيع في الفترة الواقعة بين ابرام
المبيع واستحقاق المبيع للقبر ، سواء احدثت الزيادة بفعل المشتري او بسبب
ارتفاع الاسعار ويلتزم البائع بان يرد للمشتري المصاريف الكفالية التي
انفقها الاخير على المبيع . كما للمشتري مطالبة بما لحقه من خسارة او مالماته
من كسب بسبب الاستحقاق .

فلمشتري المطالبة بالبائع بالمصروفات التي ضاعت عليه كمصاريف تحرير
العقد ورسوم التسجيل واجرة الدلال وغيرها . كما له مطالبة بما فاته من ربح
فمثلا اذا كان الثمن الذي دفعه المشتري مودعا في مصرف ويتفاسى عنه للمشتري
فائمة سنوية معينة . فبامكان المشتري المطالبة بهذه الفاتمة .

ثانيا - الاستحقاق الجزئي :

في حالة الاستحقاق الجزئي يكون المشتري مخيرا بين امرين : اولهما لمسوخ
المبيع يرد المبيع . وثانيهما استيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما اصابه من
ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي . (٥٥٥ م مدني)

وحكم التشريع المصري يختلف عن الحكم العراقي ، إذ إن التشريع المصري يميز في الاستحقاق الجزئي بين ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة ، وفي الحالة الأولى يعبر المشتري بين الفسخ واستيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض ، بينما لا يسوغ للمشتري في الحالة الثانية سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة الاستحقاق الجزئي - (٤٤٤ م مدني مصري) .

ب - الضمان في البيوع المتعاقبة والبيوع الجبرية :

احكام الاستحقاق اعلاه تطبق في حالة وجود ائحة بيع واحد - ولكن ما لحكم في البيوع المتعاقبة ؟

نص المادة ٥٥٣ من القانون المدني في هذا الصدد على انه (اذا استحق المبيع في يد المشتري الاخير وسكن به للمستحق ، كان هذا حكما على جميع الباعين ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري عليه (١) .

ويترتب على الحكم اعلاه انه اذا باع (أ) شيئا الى (ب) ، ثم باع (ب) شيئا الى (ج) ، وماع (ج) نفس الشيء الى (د) واستحق تحت يد المشتري الاخير ، فان لكل واحد منهم الرجوع على بائعه بالضمان ، أي ان :

(١) ل (د) الرجوع بضمان الاستحقاق على (ج)

(٢) ل (ج) الرجوع بضمان الاستحقاق على (ب)

(٣) ل (ب) الرجوع بضمان الاستحقاق على (أ)

ولكن ليس ل (ج) الرجوع على (ب) ما لم يرجع عليه (د) . كما ليس ل (د) الرجوع على (أ) مباشرة ، بل له الرجوع عليه عن طريق الدعوى غير المباشرة اذا توافرت شروطها ، وفي هذه الحالة يتعرض لزراعة دائرتي مدينة ، لان الفائدة التي تحصل نتيجة هذه الدعوى تدخل في أصول الدين وتكون ضمانا لجميع الدائنين (٢٦٢ م مدني) .

(١) قرار محكمة التمييز ٤٧٤ / استثنائية / ٩٨٥ - ٩٨٦ في ١٨/٣/١٩٨٧
المشاهدي ، ص ٩٤ .

ومع ذلك يلعب بعض الفساح الى اعطاء المشتري الاخير حق اقامة الدعوى المباشرة باسمه الخاص على اي من الباعة السابقين استنادا الى حق البائع له في الرجوع على من باع الشيء له . بداهة ان هذا الحق في الضمان ينتقل مع البيع من مشتري لآخر باعتباره من المشتقات اللازمة للانتفاع به دون حاجة الى النص عليه صراحة في العقد (١) .

ولا يمكن الاخذ بهذا الرأي في التشريع العراقي نظرا لصراحة المادة ٥٥٢ التي تنص على انه (٠٠٠٠) ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان ولكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه (٢) .

ويلاحظ ان الفساح على خلاف حول مدى امكانية ثبوت احكام ضمان الاستحقاق في البيوع الجبرية . ففرق منهم يذهب الى عدم ثبوت الضمان في البيع الجبري . لان البيع لا يتم بإرادة البائع وانما يتم بناء على حكم من المحكمة والامانة على الحاكم .

وقد كان المشروع الاول للقانون المدني العراقي يأخذ بهذا الرأي فسي المادة ١٢٦ منه .

والرأي الراجح فقهاء وقضاة يذهب الى ان البائع يضمن الاستحقاق في البيوع الجبرية ايضا . لان من التابت ان للمشتري بالمزاد لم يحرمه القانون الا من الرجوع بضمان المعبوب الخفية . فاذا باع الدائن اموال مديده عن طريق المزادة نشأ عن هذا المبيع التزام بضمان التعرض ، وهذا الالتزام يتعلق بلعبة البائع لا بلعبة الدائنين الذين طلبوا بيم المال .

ويترتب على ما تقدم انه اذا باع العاقب مينا غير مملوكة لمدينه عن طريق المزادة ونزحت العين ممن رما عليه المزاد ، فان للمشتري الرجوع على المدينين بضمان الاستحقاق . كما له الرجوع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم ممن ضمن في حالة كون المدين مسرا . وذلك في الحالتين التاليتين :-

(١) المستهوي ج ٤ ص ٦٥٦ . مرقس وامام ف ٢٠٢ . الذنون ص ٢٤٧
(٢) فني حسن طه ص ٢٦٥ . العامري ص ١٤٢ . قارن ذنون ص ٢١٢ .

أولاً - إذا ثبت المشتري أن الدائن كان يعلم أن العين غير سلوكة لمدينة لاسيما إذا كان المدين قد تبناه أو ذلك أو كان ينبغي أن يعلم بذلك .

ثانياً - إذا عجز المشتري عن البت بما جاء في الفقرة (أ) أفلاهنسان البيع يعتبر في هذه الحالة يما لك التبر . فإذا تقض المالك الحقيقي البيع بالتزاهه للمبيع من المشتري . جاز للاخير الرجوع على الدائن الذي حصل على الثمن بدعوى الأثر . بلا سب (١) .

ج - حالات لا يجوز للمشتري الرجوع فيها على البائع بالضمآن :

ان الأصل وان كان يقضى بمسؤولية البائع من استحقاق المبيع . إلا ان هناك احوال يعتمد فيها على المشتري الرجوع على البائع بضمآن الاستحقاق وهي ما يلي :-

أولاً - إذا ثبت استحقاق الغير للمبيع إما بقرار المشتري أو بتكوله حسن المدين . إلا اذا كان المشتري حسن النية وكان قد اعترف البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعا للمخول معه في الدعوى فلم يفعل .

ثانياً - إذا ثبت البائع بعد الحكم للغير بالاستحقاق استناداً ان قرار المشتري الحسن النية أو تكوله ان المنتحن لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق وقد نصت المادة ٥٥٦ من القانون المدني على العاليتين السابقتين .

ثالثاً - إذا لم يتم المشتري بإظهار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم وأسلم بدعه للمخول معه في الدعوى وصغر عليه حكم حازل حجبة التمس . التقضى به لأنه يكون قد فوت على البائع فرصة تدخله في الدعوى لدفعها .

رابعاً - إذا سلم المشتري للغير بيقه في الاستحقاق قبل ان يرفع الدعوى . ولو لم يثبت البائع ان المنتحن لم يكن على حق في دعواه (١) .

(١) السهوي ج ١ ص ٦٥٨ . مرقس وامام ف ٢٠٢ . الحامري ص ١٣٣ . فني حنون طه ص ٢٩٦ . ٢٩٧ .

(٢) الحامري ص ١٢٥ . فني حنون طه ص ٢٨٣ .

هذه هي الحالات التي يمنع فيها على المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق، أما فيما عدا هذه الحالات فالمشتري للرجوع على البائع بالضمان وفقا للقواعد المبينة في الفقرات السابقة .

٣ - تعديل احكام ضمان التعرض والاستحقاق

ان احكام الضمان القانوني التي يحتثها في الفقرات السابقة ليست من النظام العام . لذلك يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها . سواء عن طريق تشديد هذا الضمان او تخفيفه او اسقاطه . (٥٥٦ م مدني) .

١ - تشديد الضمان : يجوز للمتعاقدين ، كما اسلفنا ، تشديد الضمان القانوني ، على ان يذكر شرط التشديد بشكل دقيق والفاظ صريحة . يعتبر تشديدا للضمان ما يرد في العقد من عبارات عامة تؤكد ضمان البائع ، كما لو ذكر في العقد ان البائع يضمن جميع ما يحصل للمشتري من المنازعات وموانع الاتضاع .

الا انه ينبغي اخذ الشرط بنظر الاعتبار اذا ورد بشكل صريح ومحدد لمصلحة المشتري كما هو اشترط على البائع في العقد ضمان لجميع المصروفات الكمالية حتى ولو كان حسن النية ، او ليشترط عليه ضمان التعرض المادي الذي قد يصدر من الغير . ()

٢ - تخفيف الضمان كما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشديد الضمان يجوز كذلك لهما الاتفاق على تخفيف هذا الضمان فعلا للبائع ان يشترط على المشتري عدم ضمانه بما عسى ان يظهر له المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها البائع ، او ان يشترط عليه الا يرجع عليه الا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق اذا كانت هذه القيمة اقل من الثمن الذي بيع به . او ان يشترط عليه الا يرجع عليه بالمصروفات الثالثة .

ويجب ان يكون شرط تخفيف الضمان واضحا وصريحا في العقد . ولكن يلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة ٥٥٦ من القانون المدني تقرر حكما خاصا

بالنسبة لعلوق الارتفاق ، حيث تقرر بأنه (ويقتضى في حق الاطلاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان ، اذا كان هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد اهان نفسه للمشتري) .

فعلم المشتري بحق ارتفاق قائم على البيع ، يعمد بمثابة اشتراط البائع اعطاء نفسه من الضمان .

جـ - اصطفا الضمان : وللبائع ان يشترط في العقد على المشتري الا يقتصر الترخيص ولا الاستحقاق على الاطلاق وفي كل الاحوال .

وشروط استقاط الضمان يكون معتبرا ومنجبا لالتزمه في اعطاء البائع مسكن الضمان الا اذا كن البائع قد اخطى سبب الاستحقاق عبدا عن المشتري ، او اذا تسبب بعبثه في الاستحقاق . (٣/٥٥٢ و ١/٥٥٧ م عدلي)

اما اذا استحق البيع بفعل الغير ، فيعتبر شرط عدم الضمان صحيحا ومنجبا لالتزمه . ولكن مع ذلك يبقى البائع مسؤولا عن رد ثمن البيع . (٢٢/٥٥٧ م عدلي)

ويعنى المشرع المصري (وكذلك الفرنسي) البائع من رد الثمن في الحالتين التاليتين :-

أولاً - اذا اثبت البائع بشرط عدم الضمان ان المشتري كان عالما وقت البيع بسبب الاستحقاق ، اذ لا يلزم البائع بشئ ، نحو المشتري اذا استحق البيع ، لان قبول المشتري بشرط عدم الضمان مع علمه وقت ابرام العقد بسبب الاستحقاق يدل على رغبة المشتري في اعفاء البائع من كل مسؤولية .

ثانياً - اذا اقترن شرط بعدم الضمان باعتراف المشتري بأنه يتحمل وحده ما قد يترتب على استحقاق المبيع للغير من نتائج (٤٤٦ م مصري و ١٦٢٩ م فرنسي) .

ولا يوجد حكم مماثل في التشريع العراقي ، ولكن الشراح عندنا يقولون يجوز الاخذ به بشرط ان لا يكون البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، ذلك لان الحكم مدار البحث يتفق مع القواعد العامة في التشريع العراقي (١) .

(١) السهوي ج ٤ ص ٦٩٦ هامش (١) - غني حنون ط ٤ ص ٣٠٢ - الصراف ص ٢٢٤

المبحث الثاني

ضمان العيوب الخفية

ونظم المشرع العراقي احكام ضمان العيوب الخفية في المواد من ٥٥٨ الى ٥٧٠ من التشريع المدني العراقي . ومعلم هذه الاحكام مستمدة من الفقه الاسلامي . وعند الكلام عن ضمان العيوب الخفية ستطرق الى احكام ضمان القانوني والضمان الاتقالي ثم نميز بين ضمان العيوب الخفية والغلط .

١ - احكام الضمان القانوني

بحث احكام الضمان القانوني يقتضئ الكلام عن شروط العيب الموجب للضمان واحكامه .

١ - شروط العيب الموجب للضمان :

ان شروط العيب الموجب للضمان حسب المادتين ٥٦٠، ٥٥٨ عدلي هي الشروط التالية :-

فولاً - ان يكون العيب خفياً : والعيب اما ظاهر واما خفي . والعيب يعتبر ظاهراً اذا كان بادياً للعيان . او كان غير بائن ولكن يسهل على المشتري اكتشافه اذا فحص البضاعة بما ينبغي من العناية .

كما يجب لاعتبار العيب خفياً ان لا يكون للمشتري علماً بوجوده وقت البيع ولا اعتبر العيب ظاهراً وانفتح على المشتري الرجوع على البائع بالضمان لان الغم للمشتري على شراء البضاعة مع علمه بوجود العيب يعتبر دليلاً على انه قد راى وجود هذا العيب عند تحديده الثمن ، او انه اعتبره خفياً غير مؤسراً في قيمة البيع او لفعله (١) .

والثبات علم المشتري بالعيب يعتبر اباناً لواقعة مادية . ولذلك يجوز للبائع ان يثبته بجميع طرق الابتناء (٢) .

(١) مطلب ف ١٧٧ . نفس حصوله من ٣٠٦ .

(٢) نفس حصوله من ٣٠٦ .

واشترط خفاء العيب هو في حق المشتري . اما البائع فإنه يضمن العيب الخفي سواء اكان علما بوجوده ام لم يكن .

والعيب يعتبر خفيا . اذا تمدر على المشتري ان يكتشفه ولو بذلك في فحصه
تأية الرجل المعتاد . اما اذا كان باستطاعة المشتري كشف العيب بفحص المبيع
بالعناية المطلوبة . فالعيب يعتبر عيبا ظاهريا لا خفيا في هذه الحالة .

وعناية الرجل المعتاد قد تتطلب احيانا الاستعانة بخبير . فمثلا اذا كان
المشتري شخصا ليست له خبرة في امور البائعي . لعلة الاستعانة بخبير من
المهندسين لفحص المبيع . فانما الكفئ يفحصه شخصا . امتنع عليه الرجوع
على البائع بضمنان ما قد يظهر من عيوب فيه . لان هذه العيوب تعتبر ظاهيرة
في هذه الحالة طالما كان بالامكان اكتشافها ببذل عناية الرجل المعتاد السلفي
يسرته في مثل هذه الاحوال برأي اهل الخبرة .

والا كان الاصل هو عدم التزام البائع بضمان العيب اذا كان بإمكان المشتري
كتشفه بفحص المبيع بما ينبغي من العناية . الا ان التشريع استثنى من هذا
الاصول الحاليتين المذكورتين في المادة ٥٥٩ سالفه الذكر من القانون المدني . حيث
بإمكانه الرجوع على البائع بالضمين اذا ثبت للمشتري ان البائع قد اكد له
خلو المبيع من العيب وانه لم يتم بفحص المبيع بما ينبغي من العناية اعتيادا على
هذا التاكيد . او اذا ثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب عنه كما لو كان لشخص
الة مكسورة لحيها ودعتها بطلا . بقصد «خفاء عيبها» ثم باعها على انها سليمة .
فالعيب في هذه الحالة يعتبر خفيا ويضمنه البائع ولو كان بإمكان المشتري كشفه
لو بذل عناية الرجل المعتاد في فحصه .

سؤاليا - ان يكون العيب مؤثرا :

والعيب المؤثر هو (ما يخلص لمن المبيع عند التجار وازباب الخبرة او مما
يلوت به تعرض صحيح اذا كان الغالب في اتمال المبيع عمدا) (٥٥٨ / ٢٦ مدلسي) .
فالمعيار المقرر للتفريق بين العيب المؤثر والعيب لير المؤثر معيار مادي يقتضاه
يعتبر العيب مؤثرا اذا كان من شأنه ان يخلص لينة المبيع او ان - يلوت قرظا
صحيحا منه .

والجدير بالذكر هو ان نقصان قيمة المبيع وفوات العرض الصحيح منه امران متسميران فالعيب قد ينقص قيمة المبيع ولكن دون ان يفوت عرضاً صحيحاً منته . كما لو اشترى شخص سيارة صالحة لجميع الاغراض المقصودة ولكن ظهر فيها عيب خطي في المقاعد يؤدي الى نقص قيمتها . كما ان العيب قد يفوت عرضاً صحيحاً ولكن دون ان ينقص قيمة المبيع . كما لو كان المبيع آلة ميكانيكية فربما عيب غير يجعلها غير صالحة لبعض الاغراض ولكنها مع ذلك تبقى محتفظة بقيمتها المادية ول كان هذا معروفاً لما قد استندنا .

الا ان البائع لا يلتزم بالضمان اذا لم يود العيب الموجود في المبيع الى نقص قيمته في السوق او الى فوات عرض صحيح . لان العيب يعتبر نافياً يجب عدم الاعتماد به . كما لو كان هناك عيب خطيف في هيكل السيارة .

كما ان البائع لا يلتزم بالضمان اذا كان العيب مما جرى العرف على التسامح فيه .

ثالثاً - ان يكون العيب قديماً : والعيب يعتبر قديماً اذا وجد في المبيع وقت التعاقد او طرأ عليه بعد العقد وقبل التسليم . كما ان العيب يعتبر قديماً اذا كان سببه قائماً في المبيع بعد البيع وقبل التسليم حتى ولو لم يتم او يظهر الا بعد التسليم . ففي بيع الاخشاب يكفي ان يكون التسوس قد داخلها قبل التسليم ولو لم يظهر وينتشر الا بعد التسليم . الا يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في هذه الحالة لان اصل العيب قد نشأ قبل التسليم وان كان اثره قد ظهر بعد ذلك .

رابعاً - ان يكون البيع من البيوع التي ينشأ فيها ضمان البائع للعيوب الخفية :-

الملاحظ ان معظم الشراخ يعتبرون حالة البيوع التي تتم بطريق المزاد العلني من قبل الجهات القضائية او الادارية ضمن الاحوال التي يسقط فيها ضمان البائع للعيوب الخفية . مع ان هذا الضمان لا ينشأ اصلاً في هذه البيوع ولذلك ترجع بحث الحالة مدار البحث ضمن شروط العيب الموجب للضمان .

وقد نصت المادة ٥٦٩ من القانون المدني في هذا الصدد على انه (لا يسمح دعوى ضمان العيب فيما يبيع بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى بطريق المزايدة العلنية).

والعلة في ذلك هو ان هذه البيوع تسلفها اجراءات طويلة تنجح خلالها الفرصة للمزاديين فحص السلع قبل الاقدام على شرائه. كما ان المشرع اراد بذلك ضمان الاستقرار لهذه البيوع والحيلولة دون انعقاد اجراءاتها ومصاريفها (١).

الا ان الجدير بالذكر هو ان حكم المادة ٥٦٩ إلغاء لا يسرى اذا كان البيع بالمزاد العلني اختياريا. ولذلك فالبايع يظل ملزما بضمان العيوب الخفية في هذه البيوع (٢).

ويرى بعض الفقهاء في فرنسا ومصر ان الحكم مندر البحث لا يطبق الا اذا كان تدخل المحكمة في البيع حثيا كما هو الحال في بيع اموال المدين المحتجز عليه اما اذا كان تدخلها عرضيا او اختياريا بناء على رغبة اطراف النزاع فالمشتري في هذه الحالة الرجوع على البايع بالضمان. فمثلا اذا وقعت دعوى القسمة عن طريق ازالة الشبوح من قبل الشركاء كاملي الاعلية وبيع المال المشاع. فالمشتري الرجوع بضمان العيوب الخفية على البايعين (٣).

ولا يمكن الاخذ بهذا الرأي نظرا لحكم المادة ٥٦٩ من القانون المدني السليبي يمنع سماع دعوى الضمان في البيوع التي تتم بالمزاد بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية. سواء اكان هذا التدخل حثيا او عرضيا (٤).

(١) قرار محكمة التمييز ٢٥٩٨ / مدينة ثانية وثالثة / ١٧٥ / ١٩٧٥ في ٧٦/٦/٨ مجلة الاحكام القضائية، السنة الثانية عشر، العدد الاول ١٩٨٠ ص ١٧ وكذلك تراجع مجموعة الاموال التفسيرية للقانون المصري ج ١ ص ١٦٩.

(٢) غني حنون طه ص ٣١٢.

(٣) السهوري ج ١ ص ٣٧١.

(٤) غني حنون ص ٣١١ و ٣١٢.

ب - احكام ضمان العيوب الخفية :

يجب الرجوع المشتري بالفسان على البائع ان يبادر الى فحص المبيع . وان يخطر البائع بما يكتشف فيه من عيوب - فإذا ما قام المشتري بهذا الواجب احتفظ بحقه في الفساق وكان له بعد ذلك ان يرجع على البائـه دعوى الضمان -
الفلكه مستناول ادناء هذين الامرين .

اولا - فحص المبيع واخطار البائع بالعيوب :

على المشتري بعد تسلمه المبيع تسليما قطليا المبادرة الى فحص المبيع بغاية الرجل المعتاد بمجرد تمكنه من ذلك - فهو لا يلتزم بفحص المبيع فور تسلمه ، بل عليه اجراء هذا الفحص خلال المهلة المعتادة وفقا للمألوف في التعامل - فمثلا اذا كان المبيع سيارة وتسلمها المشتري فان المشتري لا يعتبر قابلا بها بمجرد تسلمه لها - بل لابد من مرور مدة معقولة تقضي بها ظروف التماقذ او جرى بها العرف (٥٦٠ م مدني)

وعلى المشتري اختيار البائع بالعيوب بمجرد كشفه ودون تاخير . والسبب في ذلك هو ان التأخر في اعلام البائع بالعيوب قد يجعل معرفة منشأ العيوب ووقوت حدوتها امرا متعذرا ، او يجعل اثبات العيوب عسيراً مما قد يسبب فتح باب المنازعات وعدم استقرار التعامل (١) .

والاخطار يجوز ان يتم بالنداء دسمن او برسالة بالبريد المسجل او العادي او مشافهة ، لان القانون لم يحدد شكلا خاصا به .

أما عبه اثبات وقوع الاخطار فيلج على عائق المشتري ، الذي له اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات لانه مثبت واقعة مادية (٢) .

وحق المشتري في الرجوع على البائع بالفسان يسقط اذا اعمل عسو في فحص المبيع او في اخطار البائع بالعيوب التي كتشفه خلال المهلة المعقولة الا اذا كان

(١) السبوري ج ٤ ص ٧٣٥ .

(٢) السبوري ج ٤ ص ٧٣٧ - مرقس من ٤٢٠ - فني حينون طه ٣١٣ و ٣١٤ -
العامري ص ٦٥٠ .

البائع يعلم بوجود العيب وتعمد إخفاءه عن المشتري فحسب نفسه حين يكون للمشتري في الحالة الأخيرة الرجوع على البائع بالفساد حتى ولو لم يبيع البيع أو فحسه ولكنه عمل في إخطار البائع بالعيب .^١

ثانياً - دعوى ضمان القيود الخفية : للمشتري الرجوع بالفساد على البائع إذا تحققت شروط العيب لوجب للفساد والخطر هو البائع خلال المهلة المقررة .

وحسب الفقرة الأولى من المادة ٥٥٨ من القانون المدني يكون للمشتري مخيراً بين فسخ العقد ورد البيع أو قبول البيع بكل الثمن المسمى .^٢

أما التشريع المصري فإنه يميز في هذا الصدد ، بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم .^٣

وفي الحالة الأولى يخير المشتري بين الفسخ ورد البيع ومطالبة البائع بالتعويض وفقاً لإحكام الاستحقاق الكلي ، أو استيفاء البيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب وجود العيب في البيع . أما في الحالة الثانية فلا يجوز للمشتري سوى المطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب العيب غير الجسيم (٤٥٠ م مدني مصري) .^٤ يعزى العيب الأول من آثار بيع متسليم البائع

إلا أن تحكم الفقرة الأولى من المادة ٥٥٨ لا يصح للمشتري من المطالبة بالتنفيذ العيني وفقاً للقواعد العامة ، والتنفيذ العيني هذا يجوز أن يتم بإصلاح العيب أو استبدال البيع بالعيب بغيره على نفقة البائع إذا كان ذلك ممكناً (٩) . أما إذا نظر إصلاح البيع أو إبداله للمشتري في هذه الحالة الخيار بين طلب الفسخ والمقامي التمسك .^٥

وإذا كان البيع عبارة عن أشياء يمتد صفقة واحدة ، وظهر عيب في بعضها دون البعض الآخر ، وكان بالإمكان تعريف الصفقة دون ضرر للمشتري رد القسم المبيع مع مطالبة البائع بما يفتأه ، ولا يجوز له رد كل المبيع دون موافقة البائع . أما إذا تعذر تعريف الصفقة دون ضرر ، فيكون للمشتري مخيراً بين فسخ البيع ورد البيع أو قبوله بكل الثمن المسمى (٥٦١ م مدني) .^٦

(١) الهلال وجامع زكي ص ٤٠٦ - السنهوري ج ٤ ص ٣٧٤ .
مرقس ص ٥٢٦ - الذنون ص ٢٤٤ - غني حنون ط ٤ ص ٣١٦ .

ويلاحظ ان المشرع قد اصر على الحالات التي ينتج على المشتري فسخ البيع
وتقتصر حقه فيها على المطالبة بنقصان الثمن - وهذه الحالات هي مايلي :

اولا - حدوث عيب جديد في المبيع بعد التسليم **عندما يكون العيب قد ظهر قبل التسليم**
لا يجوز للمشتري فسخ البيع ورد المبيع اذا حدث عيب جديد في المبيع بعد التسليم ، وانما يكون له المطالبة بنقصان الثمن ، واذا زال العيب الحادث .
يعود الخيار للمشتري فيكون له الرد بخيار العيب في الحالة الاخيرة - فضلا اذا باع شخص حيوانا لآخر ، فمعرض هذه الشئى تم اطلع على عيب قديم فيه .
فليس للمشتري رده بالعيب القديم . بل له المطالبة بنقصان الثمن . ولكن يكون له فسخ البيع ورد الحيوان اذا زال المرض عنه . (٥٦٢ م مدني)

ثانيا - زيادة شيء من مال المشتري على المبيع :

يقتصر حق المشتري على المطالبة بنقصان الثمن اذا كانت الزيادة متصلة
غير متولدة كصبيخ الثوب او البناء ، او كانت الزيادة منفصلة ولكنها متولدة
كالتبر ونساج الحيوان . والرد ينتج في الحالتين اعلاه حتى ولو رضى البائع
بالعيب الحادث . (٥٦٣ م مدني) وقد منع لبقاء الشريعة الفسخ والرد حتى
ولو رضى البائع ذلك لحصول الربا . اى دخول شيء في ملك البائع بلا مقابل
واعتبروا هذا المنع من النظام العام . اى من جهة الشريعة نفسها (١) .

اما اذا كانت الزيادة متصلة ومتولدة من اصل الشيء كالسنة - او كانت
متصلة وغير متولدة كالاجرة . فانها لا يستعان بالرد .

ثالثا - هلاك المبيع في يد المشتري :

تنص المادة ٥٦٤ من القانون المدان على انه (اذا هلك المبيع المغيب في يده
المشتري فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان الثمن) .

الحكم اعلاه يطبق اذا كان الهلاك بقوة قاهرة او بسبب عيب جديد او بفعل
المشتري . ولكن ما الحكم اذا كان الهلاك بفعل البائع او بسبب العيب القديم ؟

(١) القاضي ج ١ ص ٣١١ . وكذلك يراجع الهلالي وسامد زكي الهامش (٣)
ص ٤١١

يرى البعض بان حق المشتري يقتصر على المطالبة بتقصان الثمن اذا كان الهلاك قد حصل بسبب العيب القديم (١) . ويذهب آخرون الى ان للمشتري المبيع اذا كان الهلاك قد حصل بفعل العيب الخفي او بسبب حادث فجائي او قوة قاهرة، ويستتبع عليه ذلك في حالة واحدة من حالة اهلاكه المبيع بفعله هو (٢) .

والرأي الراجح يذهب الى ان للمشتري الرجوع على البائع بالثمن كاملاً مع المضاريف كما لو كان المبيع قد استحق كليا بيد المشتري . وذلك حسب القواعد العامة (٣) . وتنبئ محكمة التمييز الرأي الأخير في قرار لها جاء فيه انه (اذا اشترط المشتري ارجاع المبيع اذا ظهر عيب قديم فيه في ظرف شهر من الاستلام ثم هلك المبيع بسبب العيب القديم خلال هذه المدة فيجب على البائع إعادة الثمن الى المشتري) (٤) .

وايضاً - تصرف المشتري بالمبيع قبل اطلاله على العيب .

نص المادة ٥٦٦ من القانون المدني على انه (اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف المالك ، سقط خياره)

ويترتب على الحكم المتقدم انه اذا باع (أ) ما اشتراه من (ب) ا (ج) ثم ظهر عيب في المبيع بعد البيع الثاني ، فلا يجوز ل (أ) سوى مطالبة (ب) بتقصان الثمن ، الا اذا رجع عليه (ج) بتقصان العيب ذاته ورد المبيع اليه (٥) .

كيف يتم تقدير تقصان الثمن ؟

نص المادة ٥٦٥ من القانون المدني على انه (يقدّر تقصان الثمن بمعرفة ارباب الخبرة بأن يقوم المبيع مثلاً ثم يقرر معينا وما كان بين القيدتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ويقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالتقصان) .

(٣٠١) قانون ص ٢٤٨ . التامري شرح القانون التجاري ج ١ ص ١٦٥ . الضراف

ص ٢٦٤ التامري ص ١٦٥ فني حسون ص ٣٢٠

(٤) لثلا عن الدكتور فني حسون طه ص ٣٢٠

(٥) السهبوي ج ٤ ص ٧٤٨ .

فإذا إذا اشترى شخص قماشاً بصورة دفانير ، وبعد أن قطعه وتقصه اطلع على عيب قديم فيه وازاد ان يرجع على البائع بفحص هذا العيب ، ولوم حصول الخبرة هذا القماش سابقاً بانني نشر ديتارا ، ثم قومه معيباً بنسبة دفانير كان التفاوت بين القيمتين ثلاثة دفانير وهو الربح ، ولذلك فليشترى الرجوع على البائع بربح الثمن المسمى وهو ديناران ونصف الدينار .

ج - مسطحات قماش البائع للعيوب الخفية :

يسقط ضمان البائع للعيوب الخفية في الحالات التالية :-

أولاً - عدم فحص البيع أو عدم اختبار البائع بالعيوب :

على المشتري - كما اسلفنا - بعد تسلمه البيع ان يفحصه خلال التمسك المعقولة وان يخطر البائع بالعيوب بمجرد كشفه ، فإذا لم يفحص المبيع اهتافاً ، أو لم يبدل في فحصه نهاية الرجل المعتاد ، أو انه فحص البيع على الوجه المطلوب إلا انه لم يخطر البائع بالعيوب بمجرد كشفه ، سقط حقه في الضمان ، إلا اذا كان البائع قد اكد له خلو البيع من العيب ، أو احتفاءً عنه .

ثانياً - تصرف المشتري بالبيع بعد اطلاقه على العيب :

للمشتري الرجوع على البائع بتقصان الثمن اذا تصرف بالمبيع قبل اطلاقه على العيب ، اما اذا تصرف فيه بعد اطلاقه على العيب فان حقه في الرجوع على البائع يسقط ، لان تصرفه هذا يعتبر نزولاً عن حقه في الضمان ونزولاً للتبعية .

ثالثاً - تنازل المشتري عن حقه في الضمان :

إذا اقدم المشتري على شراء عيب كان البائع له اعلمه بوجود عيب فيها ، فلا يجوز له الرجوع على البائع بالضمان بسبب العيب المسمى ، لان شراء العيبين ولم علمه بوجود العيب يعتبر رضاه عنه بالعيوب المسمى ، لان حقه في الرجوع على البائع بالضمان بسبب عيب آخر غير العيب المسمى ، (١/٥٦٧ م مدني) .

رابعاً - اشتراط اليافع برآءته من كل عيب او من العيب الموجود له -

فإذا اشترط اليافع برآءته من كل عيب ، فلا يجوز للمشتري الرجوع عليه بسبب عيب كما قد يظهر في البيع من ايوب ، سواء ما كان موجوداً منه وقت إبرام العقد او ما طرأ منها على البيع بعد انعقاد العقد وقبل التسليم - كما اذا اشترط اليافع برآءته من العيب الموجود في البيع ، فبما يحفظ بالنسبة للميوب الموجودة في البيع وقت انعقاد العقد فقط ، ويقتل مسؤولاً عن العيوب التي قد طرأ على البيع بعد العقد وقبل التسليم (٢٦٧/٢م مدني) .

كما ان كل شرط يسقط الضمان يقع باطلاً اذا كان اليافع قد نعمة الخسار العيب (٢٦٧/٢م مدني) .

خامساً - عضي المسفة :

يجب اقامة دعوى الضمان خلال مدة ستة اشهر من تاريخ تسليم المبيع والا فلا تسع حتى ولو لم يطلع المشتري على العيب الا بعد فوات المدة المذكورة ، او لم يكتشف المشتري العيب اطلاقاً - (٥٧٠م مدني) .

والتصور بالتسليم هنا هو التسليم (الحقيقي) لا التسليم الحكمي ، لان التسليم الفعلي هو الذي يهيئ للمشتري فرصة فحص المبيع واكتشاف العيب (١) . الا ان حكم المادة ٥٧٠ من القانون المدني ليس من النظام العام ولذلك للطرفين الاتفاق على ان يلتزم اليافع بالضمان لمدة تطول عن المدة المقررة في المادة المذكورة - كما ان دعوى الضمان لا تسقط بمرور سنة اشهر ، بل بمرور خمس سنوات من يوم اكتشاف العيب اذا كان اليافع قد نعمة اخفاء العيب بطلان سنة . (٥٧٠م مدني) .

(١) السبوري ج ٤ ص ٧٤٨ البازري ص ١٥٦ فني حسن طه ص ٢٢٦ .

٢ - احكام الضمان الاتفاقي

ان احكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام - ولذلك اجاز المتبرع للطرفين المتعاقدين الاتفاق على خلافها عن طريق تشديد الضمان او تخفيفه او الاعفاء منه -

١ - تشديد الضمان : المشتري ان يشترط على البائع بأن يضمن له جميع العيوب حتى ما كان ظاهرا منها او كان في اماكن المشتري كشفها اذا هو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد - كما للطرفين الاتفاق على تمديد المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان من ستة اشهر الى سنة او الاتفاق على ان تبدأ مدة رفع الدعوى من تاريخ كشف العيب لا من تاريخ تسليم المبيع -

٢ - تخفيف الضمان : والبائع ان يشترط تخفيف الضمان المقرر عليه بموجب القانون وذلك عن طريق الاتفاق مع المشتري على عدم ضمانه قهريا معيناً بالذات كعدم ثبات لون المبيع ، او الاتفاق على تقصير المسافة اللازمة لرفع الدعوى من ستة اشهر الى ثلاثة اشهر -

ج - الاعفاء من الضمان : لو لم لا يتكفي البائع بتخفيف الضمان ، بل قد يدعى بالاعفاء من ذلك ويتفق مع المشتري ان لا يكون للاخير الحق في الرجوع عليه بالضمان ، كما لو اشترط البائع براءته من كل عيب موجود بالمبيع -
ويؤم لصحة الاتفاق على تخفيف الضمان او الاعفاء منه ان لا يكون البائع قد اعتمد اعفاء العيب ضماناً منه - فمثلا اذا عهد البائع الى اخفاء الشقوق الموجودة في جدران المنزل المبيع بنقوش ورسوم لم اشترط عدم ضمانه عن كل عيب ، فبان دعوى الضمان لا تسقط في هذه الحالة -

(١) الفرس حسن بن طه ص ٣٢٦ - الصراحي ص ٣٦٦ -

٣٦ - التمييز بين العيب والغلط

من المفيد ونحن بصدد العيوب الخفية ، ان نبيّن بين العيب وبين الغلط بسبب
العيب الخفى ودعوى السطوة سبب الغلط
ولعيب الخفى ، كما بينا ، هو ما ينقص ثمن البيع في السوق او عند ارباب
التجارة او ما يثبت به فرض صحيح اذا كان الثالب في امثال البيع عمه (٢/٥٥٨)
م / عدلي .

اما الغلط الموجب لبطال العقد في اصل الموضوع المعتبر في العقد او
في احد عناصره الكلية او احد صفاته الاساسية .

فان اشترى في حالة الغلط يشترى شيئا آخر مخالف للشيء الذى قصد ان
يشتره . اما في حالة العيب الخفى فهو يشترى الشيء الذى قصد شراء حقيقة ،
ولكنه يتضح له بعد الشراء ان ما اشبعه يباعه غير صالح للاستعمال .

ويترتب على ما تقدم ان من يشترى لوحا من الزجاج المتصوير على انه بريشة
رسام معروف لم يتضح له انه من بريشة رسام آخر ، يعتبر واقعا في غلط ويكون
له طلبا بطلان العقد لهذا السبب حتى ولو كانت الصورة سليمة في ذاتها وليس
فيها عيب على الإطلاق .

اما اذا الفتح ان اللوح من بريشة الرسام المقصود ولكن الوان غير ثابتة
كان هذا عيبا يميز للمشتري طلب الفسخ .

وقد يجتمع الغلط والعيب الخفى في بعض الحالات كحالة وقوع المشتري في
غلط في صفة جوهرية من صفات البيع اذا كان تغلف هذه الصفة تؤدي في نفس
الوقت الى جعل البيع غير صالح للفرض الذى قصده المشتري مسن الصواب
كمن يشترى حذاء على انه صالح للسباق فيجده على خلاف ذلك . نفسى
الحالة الاخيرة يكون البيع موقوفا على اجازة المشتري بسبب الغلط ويكون منشأ

في نفس الوقت لضمان العيوب الخفية ، أو أن المشتري يكون مخيرا بين دعوى العطف وبين دعوى ضمان العيوب الخفية ، ولكنه ليس له الجمع بينهما . فإذا رجح على البائع بدعوى العطف فعليه أن يثبت أن البائع كان مشتركا معه في العطف ، أو كان يعلم أو كان من السهل أن يعلم بوقوع التستر في العطف ، كمن يبيع عليه أن يرفع الدعوى خلال ثلاثة أشهر من وقت اكتناف العطف . فإذا حكم بعض القضاة اعتبر كأن لم يكن وكان له استرداد الثمن مع المطالبة بالتعويض إن كان له ميسر .

أما إذا رجح المشتري بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فلا يطلب منه مستوى البتة وجود العيب الخفي في البيع ولا يكلف باثبات علم البائع أو عدم علمه . الأحكام أعلاه تطبق إذا كان البيع قد تم اختياريا . أما إذا كان المشتري قد استوى الحصان في المزاة العلني الجبري بمعرفة المحكمة أو الإدارة فلا يجوز له الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في هذه الحالة لأن هذه البيوع لا تنشأ هذا الضمان ولكن لمشتري في هذه الحالة أن يرفع دعوى العطف . وحكم البيوع التي تتم بالمزاة دون تدخل القضاء أو الإدارة كحكم البيوع الاختيارية

الفصل الثاني

التزامات المشتري

المسرة الاول

دفع الثمن

عند بحث هذا الالتزام يجب التطرق الى الامور التالية -

- ١- ما يدفعه المشتري للبائع ٢- زمان ومكان دفع الثمن ٣- حق للمشتري في حبس الثمن ٤- ضمانات البائع في استيفاء الثمن -

المبحث الاول

ما يتضمنه التزام المشتري للبائع

حق المشتري ان يدفع الثمن للبائع - كما يلتزم بدفع مصاريف الوفاء بالتأمين كاجور البريد او عمولة المصرف وغير ذلك - (١٨٧١/م مدني)

والحكم اعلاه - ليس الا تطبيقا من تطبيقات المادة ٣٦٨ من القانون المدني التي تقر بان نفقات الوفاء على الدين - عالم يوجد اتفاق او عرف او عسي بخلاف ذلك -

والاصل ان المشتري يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه في العقد دون زيادة او نقصان ، ولكن مع ذلك يمكن ان تصور بعض الحالات التي يلتزم فيها بدفع ما هو اكثر او اقل من الثمن المسمى - فمثلا يجوز الزام المشتري بدفع مبلغ اكثر من الثمن المسمى في العقد اذا ثبت انه استغل حاجة البائع او طيشه او عدم خبرته او حواء او ضعف ادراكه ولحق البائع حين ثباته حين فاشي (١٣٥) م مدني - كما يجوز ان يلتزم بدفع مبلغ اقل من ذلك كما هو الحال عند ظهور المبيع ناقصا عند التسليم - حيث لا يلتزم المشتري الا بدفع ما يقابل المصدار الموجود من المبيع (١) (١٢٢) و (١٤٥ م مدني) -

(١) السديوي ج ٤ ص ٧٨٠ هامش (١) مرقس ص ٤٤٢ هامش (٣)

- وخاص من المشتري لا يلتزم بدفع ثمنه الا في الحالات الاستثنائية التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ٥٧٢ من القانون المدني هي :
- ١ - وجود اتفاق يقضي بالزام المشتري بدفع ثمنه من تاريخ ابرام العقد او من تاريخ تسليم المبيع ، او من لى تاريخ آخر .
 - ٢ - اخطار البائع المشتري بوجوب دفع الثمن نظرا لاستحقاقه - حيث تسرى الفوائد من تاريخ الاخطار الى حين وقت دفع الثمن - على ان لا يكون الاعذار قد وقع قبل استحقاق الثمن .
 - ٣ - اذا كان المبيع قابلا لان ينتج ثمرات او إيرادات وتسلم المشتري المبيع ولم يدفع الثمن .
- ولا يشترط لاستحقاق الفوائد هنا ان ينتج المبيع هذه الثمرات والارادات فعلا، بل يكفي لذلك ان يكون المبيع قابلا بطبيعته لانتاجها حتى ولو لم يحصل عليها المشتري .
- ويختلفت غالبية التراجيح الحكم اعلاه لانه يميز بين المبيع المنتج للثمرات والواردات والمبيع غير المنتج لها لان المبيع وان لم يكن قابلا لانتاج الثمرات والارادات الا ان بإمكان المشتري الانتفاع به بطريقة ما كقراءة الكتاب او تزيين دارة بالصورة البرزنية (١)
- ولكن ما الحكم اذا كان المبيع منتجا للثمرات او الارادات وكان المشتري قد وافق مع البائع على تأجيل الثمن ؟ .
- الراجع ان المشتري لا يلتزم في هذه الحالة بدفع ثمنه . والا انتفت فالسنة اشتراطه الاجل في اداء الثمن ، عالم يتبين من ظروف التعاقد ان قصد المشتري كان ان يلتزم باداء الفوائد ، وان اشتراط تأجيل دفع الثمن لم يكن الا لحاجته اليه ، ولا علاقة لاشتراط التأجيل بمسألة انتاج المبيع ثمرات معينة او إيرادات خاصة (٢) .
- ويلتزم المشتري اضافة لما تقدم بدفع تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته واستغلاله ، الا اذا وجد اتفاق او عرف بخلاف ذلك (٣/٥٧٢ م مدني) .

(١) الضرائب من ٢٢٢ .

المبحث الثاني

زمان ومكان دفع الثمن

١ - مكان الدفع

مكان دفع الثمن هو المكان الم عين في الاتفاق . وإذا لم يوجد اتفاق يفسد العقد . فالمشتري يلتزم بتأديته في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع . إذا كسنان الثمن مستحق الاداء في وقت هو غير وقت تسليم المبيع . فالوفاء يجب ان يتم في هذه الحالة في موطن المشتري وقت الاستحقاق . سواء اكان الثمن مستحق الاداء قبل او بعد تسليم المبيع . (٥٧٢ م عدلي) .

٢ - زمان الدفع :

ان مطلق العقد . أي اذا لم يشترط في العقد تعجيل الثمن أو تأجيله أو تحصيله . فان الثمن يكون مستحق الاداء بمجرد تمام العقد ويلتزم المشتري بدفعه اولاً ثم يسلم المبيع .

وإذا كان الثمن مؤجلاً أو نقداً فان مدة القسط أو الاجل تبدأ من تاريخ تسليم المبيع . الا اذا وجد اتفاق بخلاف ذلك . او اذا كان سبب التأخير التسليم واجبا الى امتناع المشتري عن التسليم . حيث تبدأ المدة في الحالة الاخيرة من تاريخ هذا الامتناع . (٥٧٥ . ٥٨١ م عدلي)

المبحث الثالث

حق المشتري في جسر الثمن

يحت حق المشتري في جسر الثمن في مطلبين : يخصم اولهما لحالات ثبوت حق الجسر للمشتري . وتاليهما لسقوط هذا الحق .

المطلب الاول

حالات ثبوت حق جسر الثمن

- للمشتري الحق في جسر الثمن تحت يده في الحالات الثلاثة التالية (٥٢٦ممدني)
- ١- اذا تعرض احد للمشتري في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على المبيع او بائنه من البائع . على ان يقع هذا التعرض قبل الوفاء بالثمن .
الا اذا وقع التعرض في جزء من المبيع للفظ فلا يجوز للمشتري ان يعيس عن البائع سوى تيقظ هذا الجزء . كما لا يجوز له جسر الثمن بحجة انه يستحق التعويض قبل البائع لان المحكم له بالتعويض امر غير محقق من جهة . ولان القانون اجاز للبائع المطالبة بالثمن اذا قدم كفيلا به ولم يوجب عليه تقديم كفيلا بالتعويض (١) .
 - ٢ - اذا وجدت اسباب يفتش معها على المبيع من ان يستحق وينتزع من تحت يد المشتري . على ان تكون هذه الخشية مبنية على اسباب معقولة وجدية (٢) كظهور عدم عائدة البيع للبائع او ظهور حق رهن على العقار المبيع . وتقدير ما اذا كانت اسباب الخشية جدية امر متروك لتقدير قاضي الموضوع
 - ٣ - اذا اكتشف المشتري ميبا غلبا في المبيع يوجب ضمان البائع . على ان لا يكون الثمن مدفوعا .

(١) الهلاي وحامد زكي ص ١٣٥ حاشي (١) .

(٢) مرتس ص ١١٩ .

ويذهب الشراح إلى أن حق المشتري في حبس الثمن في الحالات أعلاه ما حصره إلا تطبيق من تطبيقات القواعد العامة بالدفع بعدم التنفيذ، ولذلك فمسئول المشتري الذي في حبس الثمن في جميع الحالات التي يتحقق فيها عدم الوفاء، البائع بالبراءة الناتجة عن عدم البيع - كعالة تعرض البائع نفسه للمشتري سواء الآن عرضه عاهداً أو غائوباً، أو حالة امتناع البائع عن إجراء اللازم لتحل مشكلة البيع إلى المشتري - لو أدة كان الإطاف يلغى بتسليم البيع لتبطل استحقاق الثمن وكان البائع مقدراً لتسليمه ولم يسلمه ولم ذلك .

المطلب الثاني

مطلوباً: حبس حبس الثمن

يسلط حق المشتري في حبس الثمن في الحالات التالية :-

١ - إذا تنازل المشتري صراحة عنه في العقد ، كما لو تعهد للبائع بدفع الثمن حتى ولو حدث له تعرض في حياته، أو ظهر له سبب من أسباب استحقاق البيع ، أو كشف فيها عيباً .

ويعتبر المشتري متنازلاً ضمناً عن حقه في حبس الثمن إذا هو دفع الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه - ولكن نه الرجوع على البائع في هذه الحالة وفقاً لأحكام فسخ الاستحقاق ، إذا استحق البيع فعلاً (١) ومع ذلك يذهب البعض إلى أن علم المشتري بخطر الاستحقاق وقت العقد وانعقد مع ذلك بدفع الثمن في أجل معين لا يعرقل المشتري من حق حبس الثمن وذلك لأن المشتري ربما اعتد من ذلك تسكين البائع من اتخاذ اللازم لمنع التعرض وحول على أن البائع سوف يوقف التعرض قبل حلول أجل الدفع (٢) .

٢ - إذا قدم البائع كفيلاً يضمن للمشتري الوفاء بما عسى أن يرجع به على البائع

٣ - إذا زال سبب تبوت حق المشتري في حبس الثمن - كما لو زال عطل الاستحقاق ، أو انقطع التعرض ، أو قام البائع بإصلاح العيب الذي اكتشفه المشتري في البيع .

(٢-١) سليمان مرتضى ج ١ ص ١٥٣ - الهلالي وحامد زكي ص ٤٢٧ هامش (١) الهلالي

وحامد زكي ص ٤٢٧ .

المبحث الرابع

ضمانات البائع في استيفاء الثمن

أقر المشرع بعض الوسائل لضمان استيفاء البائع لحقه في الثمن . وهما :
الوسائل هي : حق البائع في المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ . وحق الامتياز
المقرر له على المبيع . ولا كان محل بحث التنفيذ العيني النظرية العامة للالتزامات
وقانون التنفيذ . وحق امتياز البائع في مادة الحقوق العينية (التبعية) فنكتفي
هنا ببحث حق البائع في حبس المبيع وحقه في فسخ البيع .

أ- حبس المبيع

للبائع الحق في حبس المبيع حتى يدفع إليه المشتري جميع الثمن الحال والحكم
إلا أنه يطبق حتى ولو كان المبيع جلة انتهى . بيعت صفقة واحدة سواء سمي
الثمن لكل منها أو سمي جملة . (٥٧٧ م مدني)
كما لا يجوز للمشتري الذي يدفع بعض الثمن المستحق أن يطالب بالبائع
بتسليمه بعض المبيع في مقابل ما دفع من الثمن . بل يكون للبائع حينه جميع
المبيع إل أن يستوفي الباقي من الثمن الحال .

والعلة في إعطاء حق الحبس للبائع هي رغبة المشرع في التسوية بين المتعاقدين
فالبائع من طرد المارضة . والتعهد بتسليم المبيع يقابل التعهد بدفع الثمن . فإذا
لم يتم المشتري بدفع الثمن فببئنه عليه إجبار البائع على التسليم خاصة وأن
تسليم البائع للمبيع مخاطرة أكبر من المخاطرة التي تحصل نتيجة لدفع المشتري
الثمن . إذ المشتري يصبح مالكا للمبيع بمجرد عقد البيع . بينما البائع لا يصدق
سوى دائنا بالثمن .

ولا ينبت للبائع حق حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلا وكان تسليم المبيع
واجبا قبل حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن . إلا في الحالات الاستثنائية التالية :
١ - إذا اشترى المشتري التأمينات التي قدمها ضمانا لتنفيذ التزامه بدفع
الثمن إذ يسقط الأجل المتزوج له ويصبح الثمن حسالا في هذه الحالة (٢/٥٧٦ م
مدني) .

٢ - إذا أصغر المشتري بشكل يوشك معه أن يضيع الثمن لدى البائع، على أن يكون الإصرار لاحقاً لعقد البيع - أما إذا كان سابقاً عليه، فلا يجوز للبائع حبس المبيع لأنه يعترض في هذه الحالة أنه قد اتسب المشتري ورضي بتحمل هذا الخطر (٢) .

وللمشتري، في الحالتين أعلاه، تجنب حبس المبيع إذا هو قدم كفيلاً بالتسليم لأن الكفالة باعتبارها ضماناً للثمن تمنع من سقوط الأجل فلا يصبح الثمن حالاً .

٣ - إذا مات المشتري مطلقاً قبل قبض المبيع ودفع الثمن - لأن موت المشتري يزيد أجلي سقوط الأجل فيصبح الثمن حالاً ويؤدى للبائع حقه في حبس المبيع حتى يتوفي الثمن (٥٨٠ م مدني) إلا إذا كان الثمن مضموناً بتأمينات معينة وفقاً لحكم المادة ٢٦٦ من القانون المدني التي تنص على أن (الدين المؤجل لا يجعل يموت الدائن ويحل بموت الدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات معينة) . إن حق البائع في حبس المبيع يسقط بالتنازل عنه - كما لو سلم البائع المبيع برضاه إلى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن منه - (١/٥٧٨ م مدني)

أما إذا قبض المشتري المبيع دون إذن البائع وقبل أداء الثمن للمبائع الحق في طلب رد حيازته خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج المبيع من حيازته وخلال سنة من وقت خروجه من تحت يده والا سقط حقه في استرداد الحيازة (١) (٢/٥٧٨ و ٢/٢٨٤ مدني) .

٢- فسخ البيع

للبياع، إذا لم يوف المشتري بالتزامه بدفع الثمن، المطالبة بفسخ البيع ولكن لا يلزم القضاء بتلبية طلب البائع ولو تحقق إخلال المشتري بالتزامه هذا بل له سلطة تقديرية بموجبها يكون له رفض أو تلبية طلب البائع حسب سلامة الإخلال المنسوب للمشتري .

هذا في حالة الفسخ القضائي، أما في حالة الفسخ الاتفاقي، أي في حالة وجود شرط في العقد يقضي باعتبار العقد منسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المشتري بالتزام بدفع الثمن، فينوجب على القضاء الحكم بالفسخ بمجرد تحلقه من إخلال المشتري بالتزامه هذا ووفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدني

ثم الدخّل سواءً أكان فضائياً أو مادّياً ينطبق لأحكام القواعد العامة الخاصة بالنسبة والقررة في باب النظرية العامة للالتزام (١٧٧ و ١٧٨ م مدني) والنسبة تدوم ضمن مادة الالتزامات - ولعلنا نحيل فيما يتعلق به إلى شرح الالتزامات، ويلاحظ أن المشرع قد أورد مادتين في هذا الخصوص في باب البيع وهي المادتين ١٨٥ و ٢٠١ وحكوماً تكرر لما جاء في المادتين ١٧٧ - ١٧٨ من القانون المدني .

الفرع الثاني

دفع مصاريف عقد البيع

إن مصاريف العقد تكون على المشتري - إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يفرض خلاف ذلك - فمثلاً للطرفين المتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل البائع هو هذه المصاريف، إن على أن تكون مناصفة بينهما - ٥٨٣ م مدني -

ويقضي العرف في العراق بأن يتحمل البائع والمشتري اجور الدلال مناصفة - إذا لم يوجد اتفاق بشأن هذه الاجور فالطرفين يتحملانها مناصفة حسب العرف الجاري لأن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .

ويعترض البعض على ذلكم أثناء بدائي إن نشأت العقد لانقيد المشتري فقط وأما عليه البائع أيضاً . لذلك كان من المطلق تعديل المتعاقدين بها مناصفة

وعلى كل إذا دفع المشتري هذه المصاريف فلا يجوز له بعد ذلك الرجوع على البائع بشيء منها - أما إذا دفعها البائع فيكون له حتى الرجوع على المشتري بدفع وله في سبيل الحصول عليه جميع الضمانات المقررة له في الرجوع على المشتري بالثمن ومنها حبس المبيع عن المشتري حتى يسترد مخرجه (١) ويقع البيع وفقاً لقواعد العامة .

كما يلاحظ أن المادة ٥٨٤ من القانون المدني تنص على أن (الأشياء المبيعة جزائلاً مؤوتتها على المشتري - لئلا يبعث ثمرة كرم جزائلاً كانت اجرة قطع تلك

(١) لمن حصلوا طه من ٢٥٤ .

الشجرة رجزها على المشتري . هذا عالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) كما تنص المادة ٥٨٥ على أنه (ما يباع محمولاً يكون اجسرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على الاتفاق أو العرف) .

إن حكم المادتين أعلاه فكتبي عن المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المجلة . وكان بإمكان المشرع الاستغناء عنها باللجوء إلى المادة ٥٨٢ من القانون المدني التي تقرر بشأن نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يحسب ذلك .

الفصل الثالث

تسليم المبيع

يلزم المشرع المشتري بتسليم المبيع في الزمان والمكان المعينين لذلك . كما يرتب على المشتري بعض الجزاءات عند اخلال الأخير بالتزامه بالتسليم . لذلك سنتناول ادعاء هذين الأمرين .

١ - تسليم المبيع

يجب أن يتسلم المشتري المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما في العقد أو الذي يقضي به العرف . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الصدد فيجب على المشتري أن يتسلم المبيع فور تسليمه وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن (٥٨٦ م مدني) .

ونفقات تسليم المبيع على المشتري إلا إذا وجد عرف أو اتفاق بخلاف ذلك (٥٨٧ م مدني) . وهذا الحكم ماعو إلا تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادة ٣٩٨ من القانون المدني التي سبقت الإشارة إليها .

ونفقات تسليم المبيع هي المصروفات التي يقتضيها وضع يد المشتري على المبيع وقبضه . فمثلاً إذا كان المبيع ثماراً متصلة بأشجارها أو نباتات لم تنفصل عن الأرض وبيعت على هذه الحالة فإن ، المشتري يتحمل نفقات جسي الثمار أو قطع النباتات باعتبارها من نفقات التسليم . وكذلك الحكم بالنسبة لنفقات نقل المبيع إلى مكان المشتري إذا كان هذا المكان يختلف عن مكان التسليم .

٢ - جزء. الأخلال بالتزام التسليم

يعتبر المشتري مغلا بالتزامه بتسلم المبيع اذا هو امتنع عن تسلمه في الزمان والمكان اللذين يجب وقوع التسلم فيهما . والبائع يكون مخيرا بين التنفيذ العيني او الفسخ مع المطالبة بالتعويض .

فللبائع ان يطلب من القضاء الحكم على المشتري بالتنفيذ العيني . اي الزامه على تسلم المبيع . وله في سبيل ذلك ان يطلب من المحكمة المختصة الحكم على المشتري بغرامة تهديدية عن ايام التأخير لاجبارة على التسلم . وقد يتم التنفيذ العيني بايداع المبيع في مكان آخر غير مكان البائع على ذمة المشتري اذا كان المبيع منقولاً . او وضعه تحت يد عدل على نفقة المشتري اذا كان المبيع عقارا او منقولاً معدا للبقاء حيث وجد .

كما للبائع ان يبيع المبيع بعد استئذان المحكمة او بدون استئذانها وايداع ثمنه الى صندوق المحكمة اذا كان ما يسرع اليه الفساد او التلف او اذا كان ما يكلف نفقات باهظة في ايداعه

علما بانه يلزم لكل ما تقدم ان يكون المشتري مسبقا باعداد لتسلم المبيع وللبياع المطالبة بفسخ البيع بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني . . والفسخ يخضع للقواعد العامة في هذا الصدد ويجوز للبياع المطالبة بتعويضه عما اسابه من ضرر نتيجة اخلال المشتري بالتزامه بتسلم المبيع .سواء اطلب بالتنفيذ العيني او بالفسخ (١) .

(١) يراجع : السنهوري ج ١ ص ٤٨١ . العامري ص ١٧١١ ، غني حنون ط ٤ ص ٣٥٧ و ٣٥٨ .

الباب الثالث

بعض أنواع البيوع الخاصة

ليبحث في هذا الباب البيوع التالية :-

١ - بيع الأولياء والوكلاء وشراؤهم لأنفسهم

٢ - بيع الحقوق المتنازع فيها

٣ - المقايضة

٤ - بيع ملك الغير

الفصل الأول

بيع الأولياء والوكلاء وشراؤهم لأنفسهم

الفرع الأول

بيع الأولياء وشراؤهم لأنفسهم

إن أحكام الولاية تختلف عن أحكام الوكالة في هذا المبدأ . لذلك تناول أدناه بيع الأولياء وشراؤهم لأنفسهم والتي وردت في المواد من ٥٨٨ إلى ٥٩٦ من القانون المدني وبموجبها :-

١ - للاب والجد أن يبيع ماله لولده أو أن يشتري ماله لولده لنفسه بمثل القيمة أو بغيره بغير لا فاحش .^{١٠٠} أما إذا كان بين فاحش فالشراء يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً منذ بدء النطاق العام ١٢٤١ و ١٣٠ و ٥٨٨ م مدني) .

٢ - ليس للقاضي أو الوصي المنصوب أو القيم للام من قبل المحكمة أن يبيع ماله لنفسه للمحجور أو أن يشتري لنفسه ماله المحجور مطلقاً سواء كان في ذلك خير للمحجور أو لا (٥٨٩ و ٥٩٦ م مدني) .

والعلة في هذا المنع هي تمارس مصلحة القاضي والوصي والقيم مع مصلحة المحجور . وكان الأولى بالشرع أن يجوز هذا التصرف بشرط استئذان المحكمة

وتوافر المصلحة بالنسبة للمحجور وذلك إسوة بالوصي المختار (١) .
٢ - ليس للوصي المختار من قبل الأب أو الجد من يبيع ماله نفسه لليتم أو أن يشتري لنفسه مال اليتيم ، إلا إذا كان في التصرف خير لليتم . على أن يتسم ذلك بأذن من المحكمة (١/١٥٠ م عدلي) .

والخيرية تتحقق ببيع ماله ليتم بطل من ضمن المثل . وبشراء مال اليتيم بأكثر من ثمن المثل (٢/٥٩٠ م عدلي) .

وتقدير ما إذا كان في التصرف خيرية لمصلحة اليتيم أم لا أمر متروك لتقدير المحكمة التي يشترط استئذانها لصحة التصرف .

على أن الأحكام أعلاه من القانون المدني قيد بحكم المادة ١٣ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ . والتي تنص على (لا يجوز للوصي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين بعد التحقق من مصلحة القاصرين من ذلك :-

أولاً - جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التسمية أو الفسخ أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لخلق من الحقوق المذكورة .

ثانياً - التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية .

ثالثاً - الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر .

رابعاً - الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر .

رابعاً - حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدينين .

خامساً - إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من

ثلاث سنوات على أن لا تزيد مدة الإيجار في أي الحالاتين أن مما يعهده بلوغ

الضبط من الرشد .

سادساً - قبول التبرعات المقررة بموجب .

سابعاً - التنازل عن التأمينات وانضمامها والتنازل عن الحقوق والدعوى وطرق

الطعن القانونية في الأحكام .

- ثامناً - القبة الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها .
- ثامساً - الأمور الأخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها بموجب التعليمات التي تصدرها لهذا الغرض) .

الفروع الثاني

بيع الوكلاء وشراؤهم لأنفسهم

يسع الشرح النائب من شراء ما يهد إليه بعه من قبل من يتبى في ذلك لأنفسهم ولا باسم مستعار (٥٦٢ م مدني) (١) حتى ولو بطريق المزاد العلني (٢) .

ولسب في ذلك هو ان النائب يتحكم فيصلحتين متعارضتين : الأولى مصلحة الشخصية باعتباره مشترياً ، والثانية مصلحة الأصيل باعتباره بالعملاً . وهذا التعارض قد تحول دون تحقيق الحماية اللازمة لمصلحة الأصيل .

والحكم اعلاه يطبق - سواء اكانت النياية اتفاقية كالوكيل في بيع مال مجسره ومن عين مصلحاً لشركة او شركة . او كانت ليايتهم قضائية كالسنديقه او المحارص النقضائي . او كانت النياية في بيع مال الغير بناء على امر السلطة العامة كالوظف العام الذي يتوب عن الدولة في بيع اموالها بموجب امر من السلطة الادارية .

وكذلك لا يجوز للماسرة والخبراء شراء الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها لان السمسار او الخبير اما ان يكون نائباً عن صاحب المال بان

(١) تعتبر محكمة التمييز (شراء ملك موكله لزوجته شراء لنفسه بصورة غير مباشرة وباسم مستعار . ومخالفاً لحكم المادة ٥٥٢) القرار ١١٥٩ هيئة موسعة لول / ٩٨١ في ١٨٢/٢/٢٧ - الشاهدي . ص ١٧٩ .

(٢) قرار محكمة التمييز ٤٤٨ / استثنائية / ٨٥ - ٨٦ في ٩٨٧/٥/٢٦ . الشاهدي . ص ١٩٧ .

يكون لديه توكيل بالبيع وفي هذه الحالة يستحق عليه الشراء لنفسه ككل وكيسل
أو أن لا يكون له توكيل بالبيع فتكون مهته عادية محضة لا عملاً قانونياً . مهمة
السماسر تقتصر على العثور على شخص يرتضي التعاقد مع صاحب المال . وتقتصر
مهمة الخبير على تقدير قيمة المال تقديراً عادلاً . وفي هذه الحالة لا يجوز لهما
شراء المال إلا بموافقة المالك .

نظراً بأن مخالفة حكم المادة ٥٩٢ تجعل العقد موقوفاً على اجازة المالك
فإذا اجاز المالك فقد في مواجهته إما ان يتخذه وبيع المسأل ثانية فـ
المشترى الاول يلتزم بمسروفات البيع الثاني وتمويل الموكل مما يكون له
لحقة من ضرر نتيجة نقص قيمة المبيع .

ويصل بعض الفقهاء جزء الإخلال بالحكم المانع من الشراء ، بالنجس
قواعد النياية التي تكفي بعدم نفاذ صرف النائب في حق الاصيل إلا اذا تم
في حدود ثبائته . وحيث ان شر . النائب لنفسه يعتبر تجاوزاً لحدود النياية
فإن تصرف النائب لا ينفذ في حق الاصيل إلا اذا تم في حدود ثبائته
وحيث ان شراء النائب لنفسه يعتبر تجاوزاً لحدود النياية فإن تصرف النائب
لا ينفذ في حق الاصيل إلا اذا اجاز . الأخير (١) .

(١) راجع اعني حسن ط ٤ ص ٢٦٧ . هامش (١) والفقهاء القدر البسة .

الفصل الثاني

بيع الحقوق المتنازع فيها

تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٩٣ من القانون المدني على أنه (ويعتبر الحق متنازعا فيه ، اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جدي) .

فالحق يعتبر متنازعا فيه في حالتين هما :-

١ - اذا رفعت به دعوى امام المحاكم . على ان ينصب النزاع على اصل الحق او موضوع الحق اى متعلقا بوجوده او بطريقة التخلص منه كالنكار الدين كله او بعضه من قبل المدين او ادعاء المدين سقوط الدين بنفسه لفتة . . اما المراد بالحق التي يضحها المدين لتأخير الوفاء بالدين كالدفع بعدم اختصاص المحكمة . او الدفع بعدم وجود صفة في رهنها . لانها لا تجعل الحق حقا متنازعا فيسه .

والحق يعتبر متنازعا فيه حتى ولو صدر فيه حكم عالم يكتسب الصفة النهائية بان استنفذ طرق الطعن او مرت المد المقدرة للطعن في الاحتكام (١)

٢ - لا يشترط لاعتبار الحق متنازعا فيه ان ترفع بشأنه الدعوى امام المحاكم بالفعل . بل يكفي لاعتباره كذلك ان يقوم بشأنه نزاع جدي ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد .

وتقدير ما اذا كان هناك نزاع بشأن الحق امر متروك لمحكمة الموضوع تستخلصه من ظروف كل قضية ووقائعها ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها . ولكن محكمة الموضوع تخضع لرقابة محكمة التمييز في تكيفها لوصف النزاع . اى انها تخضع لهذه الرقابة عند فصلها في كون هذه الوقائع والظروف تؤدي او لا تؤدي الى اعتبار الحق متنازعا فيه . ذلك لان التكيف هنا مسألة قانونية (٢) .

(١) السنهوري ج ٤ ص ١٦٨ . الهلالي وحامد زكي ص ٦١٩ .

(٢) العامري . ص ١٧٨ . غني حسون طه ص ٣٦٩ .

ويجب قيام النزاع وقت البيع لا قبله ولا بعده - فالعقد لا يعتبر واردا على
حق متنازعا فيه اذا كان النزاع قد انحصر بحكم نهائي قبل العقد .

وحكم التشريع العراقي (وكذلك المصري) يختلف في هذا الصدد عن حكم
التشريع الفرنسي ، لان التشريع الاخير يشترط لاعتبار الحق متنازعا ليس
ان تكون الخصومة قائمة بشأه امام القضاء بالفعل ، بل حين يكتمل التشريع العراقي
والمصري لذلك ان يكون هناك نزاع جدي حول الحق (١٧٠٠ م مدني فرنسي) .
ويجب عند بيان حكم بيع الحقوق المتنازع فيها التطرق الى امرين :-
الاول هو بيع الحق المتنازع فيه لغير عمال القضاء والثاني منع عمال القضاة
والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها . ومقتضى سنيحة في الفرعين التاليين .

(١) نقل عن الهلالي وسامه ذكرى ص ٦٢٠ .

المسرح الاول

البيع لغير عمال القضاء

عنه الكلام عن حكم بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء يجب التطرق الى الامور التالية -

- ١ - حق الاسترداد
- ٢ - آثار الاسترداد
- ٣ - حالات امتناع الاسترداد

المبحث الاول

حق الاسترداد

١ - العلة في الراد حق الاسترداد :

تنص الفقرة الاولى من المادة ٥٦٣ من القانون المدني على ان (الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص آخر بمقابل ، للمتنازل عنه ، لا يحظر عن المطالبة اذا هو رد الى المشتري الثمن الحقيقي الذي له مع المضروقات وهوانه الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع (١) .

فالمسرح يسوغ لمن عليه الحق المتنازع فيه (المتنازع ضده) التخلص من مطالبة المشتري (المتنازل له) مقابل رد الثمن الحقيقي والمضروقات والفواتير القانونية -

والعلة في اعطاء المدين هذا الحق هي تقليل المتاعبات ، والضرب على ايدي المضاربين والمرايين ومنعهم من طغاضاء المدينين بلا رحمة ولا شفقة (٢) .

(١) المتنازل هو مدعي الحق المتنازع فيه . والمتنازل له هو مشتري هذا الحق والمتنازل ضده هو المدين عليه .
(٢) الهلائي وحامد زكسي ص ٦٦٦ .

والواقع ان من يقدم على شراء حق متنازع فيه اما يقدم مضاربا لانه يصرح
تفقا احتماليا لا يعلم وقت ابرامه ما اذا كان سيؤدي الى كسب او خسارة . ولذلك
لهو يشتري الحق بشئ يتناسب مع احتمال الكسب والخسارة وهو اقل من قيمة
الحق ذاته . والغالب ان يبدل المشتري في سبيل كسبه كل جهده وبنفقة لاقتراء
الحق امام القضاء . بل قد يلجأ الى وسائل غير مشروعة لتحقيق هذا
الغرض . ولهذا قيل بأن من يشتري حقا متنازعا فيه يكون في الغالب مسرعا
محتريا الشئ الغضائي (١) .

٣ - العقود التي يجوز فيها الاسترداد :

اختلف الفقه في هذا الصدد . فرائ يذهب الى عدم ثبوت حق الاسترداد
الا اذا كان التصرف بيعا ، بينما ان الفقرة الاولى من المادة ٩٦٣ تجيز الاسترداد
مقابل رد الثمن . والمقابل لا يكون تماما الا في البيع (٢) .

ويذهب رأي آخر الى القول بثبوت حق الاسترداد سواء تم التنازل مسبقا
طريق البيع او المقايضة او الصلح على بدل لان المشرع يقول بالحق المتنازع فيه
اذا نزل صاحبه بمقابل ٥٠٠٠٠٠ . ولو اراد البيع لنص على ذلك صراحة (٣) .

وحسب هذا الرأي اذا حصل التنازل عن طريق المقايضة دفع المدعي عليه
الى التنازل له البديل اذا كان متليا وقيمته اذا كان قيبا . اما اذا حصل
التنازل عن طريق الصلح ، كما لو تنازع شخصان على دين كل يدعيه
لنفسه وتنازل احدهما للاخر عن دعواه مقابل مبلغ من النقود ، فيجوز للمدعي
التخلص من الدين بدفع بدل الصلح للتنازل له .

ويذهب رأي ثالث - الى ان حق الاسترداد يثبت اذا كان التصرف معاوضة
وكان المقابل من النقود او الاشياء المثلية على الاقل حتى يتمكن المشتري مسبقا
ان يدفع متفهما الى التنازل له .

(١) بصدده الاراء براجح السهوى ج ٤ ص ٢٠١ هامش (١) . مرتضى
ص ٥٧٠ هامش (٣) . محي حسن طه ص ٣٧١ ذنون ص ٣٣٣ . الصراف
ص ٢٥٧ شئب ص ٢٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية للقانون المصري - ج ٤ ص ٢٠٤

والراجع عندنا هو ان حق الاسترداد يثبت اذا كان التصرف معاوضة وفيه
معنى المضاربة وقد يكون هذا التصرف بيعا او عقايضة . . او صلحا في مقابل
بدل تقدي او هبة يموض اذا كان هذا الموض من الاحمية بحيث يرتفع الي
مربية المقابل .

٣ - الحقوق التي يثبت فيها الاسترداد :

وحق الاسترداد يثبت في جميع الحقوق المتنازع فيها . سواء اكان حقا
عينا او حقا شخصا فاذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصا كدين في الذمة
جاز للمدين ان يتخلص من مطالبة المتنازل له باستعمال حق الاسترداد فيصبح
دائنا ومدينا له وينقضي الدين باتحاد الذمة . اما اذا كان الحق المتنازع
فيه حقا عينا كحق الملكية . فان استرداده يكون شراء فيه معنى الصلح
بين الطرفين المدين نشأ النزاع بينهما قبل البيع .

٤ - كيفية وقوع طلب الاسترداد :

يكون طلب الاسترداد باعلان المتنازل خصمه رفينه في الاسترداد . ولا يشترط
شكل خاص لهذا الاعلان .

ولكن يلاحظ بانه اذا كانت هناك دعوى امام القضاء بالحق المتنازع فيه
وقعا الدائن وادخل فيها المشتري خصما او رفعها المشتري ابتداء لمطالبة
المدين بالحق الذي اشتراه . فللمدين الاعلان عن رفينه في الاسترداد عن
طريق طلب يوجهه الى المشتري في المحكمة بالشكل العادي الذي تبدي فيه
الطلبات في الدعوى المطورة امام المحكمة .

وطلب الاسترداد امام القضاء يجب ان يكون بصفة اسلية لا احتياطية . ولذلك
لا يجوز للمتنازل خصمه ان يطلب مثلا رفض الدعوى لعدم صحة الدين او لانقضائه
وان يطلب بصفة احتياطية الحكم له بالاسترداد . ذلك لان الطلب الاحتياطي
لا يحسم النزاع كما انه اذا قدم طلب احتياطي بالاسترداد وحكم بثبوت الدين
نصح الحق غير متنازع فيه ومن ثم انتفت المحكمة من الاسترداد .

أما إذا كان هناك نزاع جدي لم ينتقل بعد إلى القضاء ، فطلب الاسترداد في هذه الحالة ، يكون بإعلان المدين عن رغبته في ذلك بالطرق العادية ، فإن لم يوافق المشتري على هذا الطلب كان للمدين اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بحصول الاسترداد وصحته .

ويكمن استعمال حق الاسترداد إلا إذا حسم النزاع ، حيث يمتنع الاسترداد لأن الحق يصبح حقا غير متنازع فيه .

هـ - ما يجب على المشتري دفعه :

حسب الفقرة الأولى من المادة ٥٩٣ سالفة الذكر على المشتري أن يسرد فعلا إلى المشتري الثمن الحقيقي أو على الأقل أن يعرضه عليه عرضا حقيقيا مع المصروفات وفوائد الثمن القانونية من وقت البيع .

ومع ذلك يجب الشراخ إلى الإكفاء بإبداء المشتري استعداده لدفع الثمن مع المصاريف والفوائد (١) - ولرجح الرأي الأول لأن الفرض من الاسترداد هو حسم النزاع وهذا الفرض لا ينطبق إلا بدفع الثمن ومطابقته فعلا أو بعرضه عرضا حقيقيا (٢) .

وإذا كان الحق المتنازع فيه محل عقود تنازل متعددة ، فالمشتري يلتزم بإبداء الثمن الحقيقي الذي دفعه المتنازل له الأخير ، لأن الاسترداد إنما يشتم منه (٣) .

وإذا كان المتنازل قد منح اجلا له للوفاء بالثمن ، فالمدين المشتري أن يستفيد من تسعة الأشهر المتفق عليه ، لكن للمعكمة أن تارده في مدة العاكسة بتقديم ضمان كاف يؤمن سداد الدين (٤) .

(١-٢) تشب من ٢٩٢ ، السهوري ج ٤ ص ٢٠٢ مرقس من ٥٧٢ - ذنون من ٣٦١ .

فني حسون طه من ٣٧٧

(٣) السهوري ج ٤ ص ٢٠٣ .

(٤) النور سلطان من ٤٢٢ - الصراف من ٢٥٩ .

المبحث الثاني

الاسترداد

الاسترداد يحسب الرأي الراجح - لا يعتبر شراء جديدا - بل هو ينطوي على حصول المستري محل المنازل له بالسر رجعي - في الضفة التي قدمها الأخير مع المنازل (١) - - وترتب على ذلك النتائج التالية :-

١ - **العلاقة بين المسترد والمنازل له** : يترتب على طول المسترد محل المنازل له بأثر رجعي واعتبار الأخير كأن لم يكتسب الحق في يوم من الأيام وهذا يعني ان جميع الحقوق التي رتبها المنازل له على الحق المتنازع قبضه لأسرى في مواجهة المسترد لورودها على حق صلتك للغير -

٢ - **العلاقة بين المنازل والمنازل له** : تخضع هذه العلاقة للعقد المبرم بين المنازل والمنازل له - فهذه العقد لا يفسخ بسبب استعمال حقوق الاسترداد ولذلك يلتزم المنازل له بدفع الثمن للمنازل - كما للمنازل الرجوع على البائع بضمحل التعرض الشخصي - لان المنازل (البائع) ضمن التعرض الشخصي هذا ، سواء كان تعرضا ماديا او قانونيا - والا كان للمستري المطالبة بفسخ البيع مع تعويضه عما لحقه من ضرر بسبب ذلك (٢) -

ولكن ليس للمنازل له الرجوع على البائع بضمحل تعرض الغير او باستحقاق هذا الغير للمبيع اذا كان المنازل له مالا يكون له حق مطالبة متنازعا قبضه وقت البيع (٣) -

٣ - **العلاقة بين المنازل والمسترد** : لاتنشأ علاقة مباشرة بين المنازل والمسترد لان الاسترداد لا يعمد ان يكون طريقا لا يبرأ ذمة المدين - كما ان المسترد لا يعتبر خلفا للمنازل - لان الحق المتنازع فيه لا ينقل الى المسترد من المنازل بسبب من المنازل له -

ويترتب على ما تقدم انه لا يجوز للمنازل مطالبة المسترد بالثمن الا ضمن طريق الدعوى غير المباشرة - وفي هذه الحالة يكون معرضا لزعامة دائنسي المنازل له الاخرين (٤) -

(١-٢) السهبوري ج ١ ص ٢٠٥ - ونكس ذلك - منصور مصطفى منصور ف ١٢٠

(٣) السهبوري ج ١ ص ٢٠٦ - علي صون طه ص ٣٨٠ -

المبحث الثالث

حالات امتناع الاسترداد

تنص المادة ٩٤٤ مدني على اربعة حالات يتمتع فيها استرداد الحق المتنازع فيه . ويمكن ان تضاف اليها حالة خامسة استنادا ال المفهوم المخالف لحكم الفقرة الاولى من المادة ٩٤٣ سألقة الذكر . ولذلك فحالات امتناع الاسترداد هي الحالات الخمسة التالية :-

١ - اذا تم التنازل عن الحق المتنازع فيه للغير بغير عوض . وهذه الحالة تستتبع من المفهوم المخالف للفقرة الاولى من المادة ٩٤٣ والتي تقتضي شرط لثبوت الاسترداد التنازل عن الحق بمقابل .

٢ - اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزائيا بشخص واحد . كما لو باع الوارث حقوقه في الشركة بعد موت المورث وكان بينها حق متنازع فيه .

والسبب في منع الاسترداد في هذه الحالة هو ان الحق المتنازع فيه يفتقد ذاتيته ويغيب في العناصر الاخرى فتتقدم فكرة المساوية لدى المشتري فيسحق الحق المتنازع فيه بالتمام .

٣ - اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين وريثة او علة آخرين . وباع احدهم نصيبه للاخر . كما لو ادعى المورث ان له ديناً قبل ان يسم مات من ولديه وباع احدهم نصيبه في الدين للاخر .

والسبب في المنع هنا ان البيع في هذه الحالة ليس مبيحا على فكرة المساوية، بل المقصود هنا هو انها حالة الشروع او على الاقل التقليل من عدد الشركاء، كما ان اجازة حق الاسترداد في هذه الحالة لا يحسم النزاع . لان النزاع سيحسم بالنسبة لتصيب الوارث المشتري (١) .

(١) الهلالي وعامد زكي ص ٦٣٠ . السنهوري ج ٤ ص ٢٠٨ .

١ - إذا نزل الدين عن الحق المتنازع فيه لدائنه وفاقا لدين مستحق له فاعتسه لأن الدائن لا يقصد المضاربة وإنما يقصد الحصول على حقه - خاصة وأن الدائن قد لا يجد سبيلا آخر للحصول على دينه - كما أن الدين قد لا يتيسر له الوفاء بدونه إلا بهذه الكيفية (٢) -

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه متعلقا بمقار وبيع لم انتقلت إليه ملكية هذا المقار كما لو اشترى الدين المتنازع فيه من انتقلت إليه ملكية المقار المرهون تأمينا لسداد هذا الدين - لأن الغاية من الشراء ليست المضاربة بالحق المتنازع فيه - وإنما هي تخصيص المقار عن الرهن -

(٢) الهلال وسامد زكي ص ٦٣٦ -

الفصل الثاني

منع عمال القضاء والمعلمين من شراء

الحقوق المتنازع فيها

- تمنع المادة ٩٥ مذي عمال القضاء والمعلمين من شراء الحقوق المتنازع فيها ،
أما المادة ٩٦ تمنع المحامي من التعامل فيها .

المبحث الأول

منع عمال القضاء والمعلمين من الشراء

لا يجوز لعمال القضاء والمعلمين شراء الحقوق المتنازع فيها ، ولا كان
المعد باطلا بطلانا مطلقا .

ويلزم لبطان المفد توامر الشروط التالية :-

- ١ - يجب ان يكون الحق متنازعا فيه .
- ٢ - ان يكون الراغب في الشراء من الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة ٩٥ أعلاه
لان النص المذكور حكم استثنائي لايجوز القياس عليه ويرتب عكسي
ما تقدم ان الحكم مدار البحث لايسرى على الخبراء والمرجسين والمفراشيين
والعرائس ورجال الشرطة (١) .
- ٣ - ان يكون النزاع المنطلق بالحق واخلا من اختصاص المحكمة التي يباشر
راغب الشراء سله في دارتها .

وبناء عليه فبان سالك البداية لا يستطيع شراء الحق المتنازع فيه اذا كان
النظر في النزاع المتعلق بهذا الحق من اختصاص محكمة . اما حكماء محكمة
التمييز فيمنع عليهم شراء اي حق متنازع فيه في اي محكمة مسمى الحاكم لان

(١) السنيهوري ج ١ ص ٢٧٠ - ذنون ص ٣٤٩ - العامري ص ١٨٨ - لغني حسون
طه ص ٣٨٥ .

اختصاص محكمة التمييز يستد الى جميع أنحاء الدولة (٢) .

ويجب لو اقر هذا الشرط وكست الشراء والا فيعتبر العقد صحيحا فتلا اذا
التسري حاكم حقا متنازعا فيه يدخل النزاع المتعلق به ضمن اختصاص محكمة
غير المحكمة التي يعمل فيها . ثم نقل بعد الشراء الى المحكمة المختصة بنظر
النزاع فالعقد يعتبر صحيحا في هذه الحالة (٣) .

ويرى بعض الشراح انه كان الاجدر بالمشروع ان يمنع حال الفناء من شراء
الحقوق المتنازع فيها . سواء كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التسيبي
يباشرون اعمالهم فيها ام لا وذلك لابعاد حال الفناء عن موطن الشبهة واستتلال
القوة (٤) .

(٢) غنى حسن طبعه ص ٢٨٦ .

(٣) السنهوري ج ٤ ص ٢٧١ .

(٤) العامري . ص ١٨٤ .

المبحث الثاني

منع المعاص من التعامل في الحقوق

المنازع فيها

لم يكتف المشرع بمنع المعاص من شراء الحقوق المنازع فيها ، بل هو حرمة من التعامل مع موكله في هذه الحقوق الا كان هو الذي يتولى الدفاع عنها (٥٩٦ م عدلي) .

لنص المادة ٥٩٦ لا يكتفى بمنع المعاص من الشراء ، بل هو يحرمه ممن جميع اوجه التعامل الاخرى التي يمكن ان يرد على حق متنازع فيه .

والسبب في هذا المنع هو منع المعاص من استغلال خبرته ودرايته بالفاسون لايهام موكله بضعف مركزه في الدعوى للوصول بذلك الى اتفاق يكون فيه التوكيل مفيداً (١) .

ويترتب على الحكم اتقاء انه لا يجوز احكام ان يتفق مع موكله بان يصرف من كسبه الخاص على الدعوى لقاء ان يتقاسم معه الحق الذي سيحصل عليه نتيجة الدعوى ، او ان يتفق مع موكله على ان تكون اعابته حصة معينة مما يحكم به لموكله ، كما ليس له شراء الحق المنازع فيه اذا كان يتولى هو الدفاع ، عنه والا اعتبر التعامل باطلا بطلانا مطلقا .

(١) السهري ج ٤ ص ٢٧٩ - العامري ص ١٨٥ - لحن حنون طه ص ٣٨٩ .

الفصل الثالث

المقايضة

نتناول المقايضة في فرعين : نخصي أولها لتعريفها وإركانها . وثانيهما
• أحكامها .

المسرح الأول

تعريف المقايضة وإركانها

١ - تعريف المقايضة :

المقايضة هي بيع العين بالعين . وقد نصت على ذلك المادة ٥٠٧ مـ من
القانون المدني بقولها (البيع باعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقد وهو
البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة) .
فالفارق الرئيسي بين البيع والمقايضة هو أن المقايضة لا تمن فيها إذا ما تبادل
مال بمال . بينما المقابل في البيع هو مال من النقود .

ويشترط في البعدين في المقايضة أن تكون من الحقوق المالية . سواء أكانا من
الحقوق العينية كحق الملكية أو حق الانتفاع . أو من الحقوق الشخصية كدين في
الذمة أو حق الإجازة أو من الحقوق الذمعية . أما إذا كان أحدهما أو كلاهما
عقلاً أو اعتباراً عن عاقل . فالعقد لا يعتبر مقايضة وإنما يعتبر عقد غير مسمى .

ولكن ما الحكم إذا كان البدلان من النقود ؟

يذهب الفقه في فرنسا ومصر (١) إل اعتبار العقد مقايضة في هذه الحالة
لنائل البدلين فيه . أما التشريع العراقي فيعتبره بيعاً صرفاً (٥٠٧ م مدني)
ولكنه لم يضع أحكاماً خاصة به إلا أن الفقه يذهب إل وجوب تطبيق أحكام
المقايضة عليه لأن عقد الصرف أقرب إل المقايضة منه إل البيع المطلق (٢) .

(١) النور سلطان ٤٦٣٦

(٢) المصروف من ٢٦٧

٢ - اركان المايضة :

اركان عقد المايضة هي الرضا والمحل والسبب . مع ملاحظة ان المحل فسي المايضة هو الشيئان المتمايز فيما - ويشترط فيها شروط البيع - وقصدت الفترة الاولى من المادة ٥٩٧ من القانون المدني على ذلك بقولها (١) - لكل من البديلين في بيع المايضة حكم البيع فتختار فيما شروطه - وان وقعت متزعة في امر السلم لزم ان يسلم ويسلم كل من المتمايزين معا) .

والمايضة عقد رضائي الا اذا اشترط القانون غيرها شكلا معينا - كما لسو كان احد البديلين او كلاهما عقارا - حيث يشترط لاسقاطها البيع التكتيبيس المقرر قانونا (٢/١١٢٦ م مدني) - اما السبب فيصح للاحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

المسرح الثاني

احكام المايضة

احكام المايضة ، فيما يتعلق بانتقال الملكية - هي نفس احكام البيع ، أي ان الملكية لنقل بمجرد انعقاد المايضة اذا كان كل من البديلين منفولا معينا بالذات ، وبالا عرلا اذا كان منفولا معينا بالتزوج ، وتسجيل المايضة في دائرة التسجيل العدادي اذا كان عقارا .

والالتزامات كل طرف من طرفي المايضة هي التزامات البائع بالنسبة للبديل الذي تايض به والتزامات المشتري بالنسبة للبديل الذي تايض عليه (٢/٥٩٧ م مدني) .

كما يرتب على المايضة احكام ضمان التمريض والاستحقاق والعيوب الخفية المقررة في عقد البيع وقد نصت على ذلك المادة ٥٩٨ من القانون المدني بقولها (١) اذا استحل الشيء الذي نسبه المايض او رد بعيب ، جاز لهذا المايض اما ان يسترد الشيء الذي تايض به ، او ان يطالب بقيمة الشيء الاخر وثقت الاستحقاق او

يقبضه وقت المقايضة حاليا من اعيب ، وله في الحالتين ان يطالب بتحويل اذا كان هناك وجه للدفع .

على ان احكام البيع التالية لا تسرى على المقايضة :-

١ - احكام الثمن وشروطه : - لان المقايضة لا تخضع لانظمة مقابلها للدينار حتى لو كانت المقايضة بمعدل الا اذا بلغ هذا المعدل من الاهمية بحيث يمكن معها اعتبار العقد بيعا لامقايضة (١) .

٢ - احكام الفين : لا تسرى الاحكام الخاصة بدعوى تكملة الثمن بسبب الفين الفاضل ، والسبب في ذلك هو ، ان المشرع دأب في دعوى تكملة الثمن ان القاصر او وصيه قد يضطر ال البيع لضرورة ملجته وحاجة شديدة ال النقود ولو كان الثمن بخسا . وهذا السبب لا يوجد له في المقايضة ، الا لثمن لها ولا تعود تستهوي اليها (١) .

الا ان هذه الاحكام تسرى على المقايضة اذا كانت المقايضة بمعدل تقدي وكان المعدل التقدي من الاهمية بحيث يمكن اعتبار العقد بيعا لامقايضة (٢) .

٣ - احكام التسليم : في البيع المطلق يجب دفع الثمن قبل تسليم المبيع الا اذا وجد اتفاق يغير ذلك ، اما في المقايضة فيجوز تسليم البديلين في وقت واحد ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك (٥٩٧ م مدني) .

٤ - مصاريف العقد : مصاريف عقد البيع تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق بخلافه في حين مصاريف هذه المقايضة يتحملها المتقايضان مناصفة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك (٨٣ و ٦٠٠ م مدني) .

٥ - احكام الشفعة : تنص المادة (٥) من قانون الشفعة المصري على عدم جواز الاخذ بالشفعة ممن تملك بغير المبايعة . وهذا يعني عدم سرعان احكام الشفعة في المقايضة في التشريع المصري .

(١) الصراف ص ٢٦٩ - تحت عنوان طه ، ص ٢٩٤ .

(٢) الهلالي وحامد زكي ص ٦٤٣ .

(٣) الصراف ص ٢٩٦ - تحت عنوان طه ص ٣٩٤ .

وجاء القانون المدني غالباً من نص بهذا الصدد . أما التراجع لهم على خلاف فريق يذهب الى عدم جواز الاخذ بالشفعة في حالة المقايضة ، لان التصريح الخاصة بالشفعة تنسب الى البيع دون المقايضة ، وان الشفعة ثابتة على خلاف القياس فليوما لا يقاس عليها (٢) . ويجوز غيرهم الاخذ بالشفعة في المقايضة . لان المقايضة نوع من انواع البيوع وان الشريعة الاسلامية التي يعتبر مصدراً أساسياً من مصادر التشريع العراقي لا تميز بين البيع والمقايضة بل تعتبرهما فيما (٣) . وتبيل الى الرأي الاخير لان القرض من المراد حق الشفعة هو دفع القرض عن الشفيع ، وهذا القرض يتحقق فيما كان العقد او مقايضة .

(١) صلاح الدين الناهي ، التعليقات الوافية على متون القوانين من ٣٨ .
(٢) شاكر ناصر الوسيط ج ٢ ص ١٠٤ . حسن ذنون ، الحقوق المدنية الاصلية من ١٦١ .

الفصل الرابع

بيع ملك الغير

الموع الاول

نطاق بيع ملك الغير

لم يورد المشرع العراقي احكاما خاصة ببيع ملك الغير ، وانما هو اكتفى بالاشارة اليه عند الكلام عن العقد الموقوف ، وجعله تطبيقا للقواعد العامة

المقودة في الفقه الاسلامي للتصرف الفضولي .

وعلى كل يلزم لاغتبار البيع بملك الغير ان يكون متصبا على عين معينة بالذات منقولة لغير البائع وقت ابرام العقد . ويشترط على ذلك ان البيوع التالية لا تعتبر ببيع ملك الغير .

١ - بيع الشيء المعين بالتبوع والشيء المستقبل . لان البيع لا ينتقل ملكية الشيء المعين بالتبوع الا بعد الافراز ، كما ان العقد لا ينتقل ملكية الشيء المستقبل ، بل لابد من وجود هذا الشيء .

وفي الحالتين اعلاه لا يمكن القول ان البائع قد باع شيئا لغير مملوك الا بعد ان تتعين هذه الاشياء بذاتها بفرزها او بوجودها . اما قبل التعيين فيقتصر التزام البائع على تعيينها اذا كانت موجودة ، او ايجادها اذا كانت غير موجودة .

٢ - التعهد عن المالك بان يبيع الشيء الى شخص آخر لانه ليس ببيع وانما هو تعهد عن الغير . وهذا يلزم المتعهد ولا يلزم المالك لانه يرضى المالك التعهد لان للمتعهد له الرجوع على المتعهد بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب اخلال الاخير بالتزامه .

٣ - اذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط واقف او فاسخ لان البائع يعتبر بالتماما بملكه ، مملوك له وان كانت ملكيته للشيء معلق على شرط فاسخ او واقف ، فاذا تحقق الشرط الواقف او تخلف الشرط الفاسخ اصبحت ملكية المشتري

للشيء ملكية بانه - اما اذا لم يتحقق الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ
اصبح المشتري غير مالك :

1 - البيع الملحق على شرط اكتساب البائع للملكية - لان البائع ملق بالتزام
بنقل الملكية بشرط واقف هو تملكه للشيء - فاذا تحقق الشرط واصبح البائع
مالكا للشيء انتقلت الملكية الى المشتري ، واذا تخلف الشرط سقط البيع .

2 - بيع جزء مفروز من المال للشارع : اذا باع احد الشركاء جزءا مفروزا من المال
الشارع فانه يعتبر بالمال ملك الغير بالنسبة لحصص شركائه في هذا الجزء
ولكن اذا قسم المال بين الشركاء ووقع الجزء المفروز المبيع في حصة الشريك البائع
يعتبر بالمال ملكه ويصبح البيع بائنا وناقفا - اما اذا وقع في نصيب شريك اخر
غير البائع اعتبر المتصرف بالمال ملك الغير - ولا يمكن تصور بيع جزء مفروز من
العقار الشائع من قبل احد الشركاء في التشريع العراقي - لان احكام فانسبون
التسجيل العقاري تحول دون إبرام مثل هذا العقد ، اذ يجب تسجيله في
دائرة التسجيل العقاري وهذه المادة تسع عن تسجيله لصدوره من احد
الشركاء .

الفصل الثاني

حكم بيع ملك الغير

كان القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم يجيزان بيع ملك الغير، لأن المراد بالبيع بموجبها كان قاصرا على التزام البائع بتسليم المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعا عادتا وعلى الوجه الذي بيناه سابقا .

ويعتبر القانون المدني الفرنسي الجديد بيع ملك الغير باطلا (١٥٩٩ م فرنسي) ولكن يلاحظ ان العقباء في فرنسا على خلاف تحول ماحية هذا البطلان لفرق يذهب الى ان العقد لا يعتبر باطلا بل هو قابل للفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم ملكية المبيع الى المشتري . ويذهب آخرون الى بطلان البيع مطلقا لانعدام السبب او المحل . فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل الملكية اليه وهو غير ممكن بالنسبة للبائع . كما ان محل البيع مستحيل استحالة مطلقة نظرا لعاقبة المبيع لغير البائع . ويذهب فريق ثالث الى اعتبار البيع باطلا بطلانا نسبيا بسبب الخطأ الذي وقع فيه المشتري في شخص البائع وفي صفة جوهرية في المبيع في وقت وأصله .

ويذهب القضاء الفرنسي الى اعتبار العقد الوارد على ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري الذي له التصك به دون البائع او المالك الحقيقي . على ان حق المشتري ينقض اذا المر المالك العقد او صار البائع مالكا للمبيع (١) .

ويعتبر انسوخ المصدري بيع ملك الغير عقدا قابلا للابطال لمصلحة المشتري الا انه غير نافذ في مواجهة المالك ولو اجازته المشتري مالم يقره المالك نفسه . كما ان البيع يفتق صحيتها اذا صار البائع مالكا للمبيع .

(١) نقلا عن : غني حنون طه ص ٣٦٦ و ٤٠٠ .

ويعتبر المشرع العراقي بيع ملك الغير عقدا صحيحا ولكنه موقوف على اجازة المالك الحقيقي - ويترتب على ذلك ان للمالك الحقيقي اجازة العقد ونقصه خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علمه بمصدر العقد من الفضولي - فان لم ينقضه خلال هذه المدة اعتبر مكوته اجازة له - واذا اجاز المالك العقد اعتبر المشتري مالكا للمبيع من يوم الاتفاق الذي تم بينه وبين الفضولي لان الاجازة الملحقه تعتبر بحكم الوكالة السابقة -

اما اذا نقض المالك الحقيقي البيع فانه يعتبر باطلا من يوم الاتفاق ولذلك يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد - ويترتب على ذلك ان للمشتري استرداد ما دفعه للفضولي مع مطالبته بالتعويض اذا كان هو حسن النية - كما يجب عليه رد المبيع الى مالكه -

واذا كان المشتري قد تسلم المبيع وملك بيده ، فان الفضولي يتحمل تبعية الهلاك اذا كان المشتري حسن النية ، او اذا كان الهلاك يتعدى من الفضولي - اما اذا كان المشتري سوء النية فانه هو يتحمل ذلك ما لم يكن الهلاك حاصلًا بتعدى من الفضولي -

محتويات

الكتاب الاول عقد البيع

المقالة	الصفحة
١	فصل تهيؤي : أصل عقد البيع ، عناصره وتمييزه عن غيره من العقود
٢	فصل من العقود
٣	الفرع الاول : أصل عقد البيع صريحا ومبذورا
٤	الفرع الثاني : عناصر من عقد البيع
٥	الفرع الثالث : تمييز عقد البيع عن غيره من العقود
٦	الباب الاول : اركان عقد البيع
٧	الفصل الاول : التراضي
٨	الفرع الاول : وجود الرضا وصحته
٩	المبحث الاول : التراضي على المسائل الجوهرية
١٠	المبحث الثاني : الايجاب الموجب أو المجهور
١١	المبحث الثالث : سلامة الرضا من العيوب
١٢	المطلب الاول العطف في صفات المبيع
١٣	المطلب الثاني : خيار الرخصة
١٤	الفرع الثاني : صور الرضا واولاه
١٥	المبحث الاول : الرضا بالبيع وبالضمان

المحتوى

٢٦	المطلب الاول : الوعد بالبيع
٤٢	المطلب الثاني : الوعد بالتفصيل
٤٤	المطلب الثالث : الوعد بالشراء
٤٦	المطلب الرابع : الوعد بالبيع وبالشراء
٥٠	المبحث الثاني : البيع بشرط الخيار
٥٤	المبحث الثالث : البيع بشرط التجربة
٥٨	المبحث الرابع : البيع بشرط المسئولية
٦١	المبحث الخامس : البيع بشرط العريضة
٦٥	الفصل الثاني : محل عقد البيع
٦٥	النوع الاول : المبيع
٦٦	النوع الثاني : الثمن
٦٩	المبحث الاول الثمن مبلغ من النقود
٧٢	المبحث الثاني : الثمن مقدر او مقابل للتقدير
٧٨	المبحث الثالث : الثمن الجسدي
٨٢	الباب الثاني : أحكام عقد البيع
٨٢	الفصل الاول : التزامات البائع
	النوع الاول : نقل ملكية المبيع
٨٣	المبحث الاول : نقل ملكية المبيع المعين بالذات
٨٦	المبحث الثاني : نقل ملكية المبيع المعين بالنوع
٨٨	المبحث الثالث : نقل ملكية الخيار
٨٩	المطلب الاول : مرحلة ما قبل التسجيل
٩٤	المطلب الثاني : مرحلة ما بعد التسجيل
٩٩	النوع الثاني : تسليم المبيع

١٩	المبحث الاول : أهمية التسليم وطرقه
١٠٣	المبحث الثاني : زمان التسليم ومكانه وبصايرها
١٠٥	المبحث الثالث : مطلقات البيع وحالته عند التسليم
١٠٧	المبحث الرابع : حكم نقص المبيع أو زيادته أو هلاكه
	القصر الثالث : ضمان التعرض والاستحقاق والميوب الحقة
١١٨	المبحث الاول : ضمان التعرض والاستحقاق
١١٨	١ - ضمان التعرضين
١١٨	أ - ضمان التعرض الشخصي
١٢١	ب - ضمان التعرض الصادر عن الغير
١٢٢	٢ - ضمان الاستحقاق
١٣٠	٣ - تعديل احكام ضمان التعرض والاستحقاق
١٣٣	المبحث الثاني : ضمان الميوب الحقة
١٣٣	١ - احكام الضمان القانوني
١٣٣	أ - شروط الميوب المرجح للضمان
١٣٧	ب - احكام ضمان الميوب الحقة
١٤١	ج - سقطات ضمان البائع للميوب الحقة
١٤٣	٢ - احكام الضمان الائتماني
١٤٤	٣ - التمييز بين العيب والغلط
١٤٧	القصر الثاني : التزامات المشتري
١٤٧	القصر الاول : دفع الثمن
١٤٧	المبحث الاول : ما يدفعه المشتري للبائع
١٤٩	المبحث الثاني : زمان ومكان دفع الثمن
١٥٠	المبحث الثالث : حق المشتري في حبس الثمن
١٥٠	المطلب الاول : حالات ثبوت حق حبس الثمن
١٥١	المطلب الثاني : سقوط حق حبس الثمن

الصفحة

١٥١	المبحث الرابع : ضمانات البائع في استيفاء الثمن
١٥١	كلمة من البيع
١٥٤	كلمة من البيع
١٥٤	الفرع الثاني : دفع مصاريف عقد البيع
١٥٥	الفرع الثالث : تسليم المبيع
١٥٩	الباب الثالث : بعض أنواع البيوع الخاصة
١٥٩	الفصل الاول : بيع الاولياء والوكلاء وشراؤهم لانفسهم
١٥٩	الفرع الاول : بيع الاولياء وشراؤهم لانفسهم
١٦١	الفرع الثاني : بيع الوكلاء وشراؤهم لانفسهم
١٦٣	الفصل الثاني : بيع العقوق المتنازع فيها
١٦٥	الفرع الاول : البيع لغير عمال القضاء
١٦٥	المبحث الاول : حق الاسترداد
١٦٩	المبحث الثاني : انكار الاسترداد
١٧٠	المبحث الثالث : حالات امتناع الاسترداد
١٧٢	الفرع الثاني : بيع عمال القضاء والمعلمين شراؤهم
١٧٢	العقوق المتنازع فيها
١٧٢	المبحث الاول : بيع عمال القضاء والمعلمين من المصراة
١٧٤	المبحث الثاني : بيع المعلمين من الصائل في العقوق المتنازع فيها
١٧٥	الفصل الثالث : المقايضة
١٧٥	الفرع الاول : تعريف المقايضة واركائها
١٧٩	الفرع الثاني : احكام المقايضة
١٧٩	الفصل الرابع : بيع ملك الغير
١٧٩	الفرع الاول : نطاق بيع ملك الغير
١٨١	الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير

المحتويات

الكتاب الثاني

(عقد الإيجار)

تأليف

الدكتور / صاحب عييد الفتلاوي

كلية القانون

عقد الإيجار

فصل تاسع

(أهمية عقد الإيجار وخصائصه)

(لمحة تاريخية)

يعتبر عقد الإيجار من أهم العقود المسماة بمد عقد البيع وبه يستطيع المالك استغلال أملاكهم واستثمارها . ويصح في ذات الوقت لغير المالك الانتفاع بما لا يملكون . لذلك فهو من الناحية العملية يعد من أكثر العقود تداولاً إذ لا يستلزم عن مباشرته أحد من الناس إلا من يملك كل ما يحتاج إليه ويمسك به ما يكتفه وهذا هو النادر . (١)

ولم يكن عقد الإيجار معروفاً في العصور الأولى للإنسانية وقت أن كان النظام الاجتماعي يقضي بوجود طبقتين من الناس أتالت لهما . طبقة الملاك وعزلاً . كانت لهم الأرض والبيوت . وطبقة العبيد يعملون في الأرض ويخضعون في البيوت لحساب أسيادهم فلم يكن هناك حاجة لعقد الإيجار . ولكن هذه الحالة الاجتماعية لم تدم . وما لبث أن تكون بالتدريج طبقة وسطى بين الطبقتين من الطبقة اعلى . وملاك اقتاعوا ما يملكون ومنظروا السعي بغير تحرروا فارتقوا نفس أسباب العيش من كسب أيديهم . فهبطوا إلى طبقة أدنى . وتقابل الفريقان فكان منهم ومن تسلمهم تلك الطبقة الوسطى . وهذه كانت تعمل في أرض الملاك وتسكن بيوتهم . ولذلك نشأت الحاجة إلى عقد الإيجار . لتحديد العلاقة القانونية بين الطرفين بوسائل المالك من جهة أخرى إلى استغلال أملاكهم بطريقة الإيجار . بعد أن تحرر عقد كبير من العبيد . فلم يعودوا يستطيعون استغلال الأرض بواسطة العبيد . وأخذت الطبقة العاملة تستغل الأموال وتقسّم العلة مع أصحاب هذه الأموال وتدفع لها نصيبها في سكن أجسرة بموجب عقد إيجار . وتوسّعت طبقة الملاك إلى هذه الحالة فأخذت في تشييد المنازل لإيجارها لمن لا قبل له بأعماله

(١) كاظم الشيخ جاسم - أحكام إيجار المطار وفقاً للقوانين الخاصة - مطبعة أهل البيت - كربلاء ١٩٦٧ - ص ٧٧

المسكن الذي يأوى إليه ، وعاد ذلك بالفائدة على الفريقين ، لفريق المؤجرين
يستطون أموالهم على خير وجه ، وفريق المستأجرين ينتفعون بالشيء الذي
لا يستطيعون امتلاكه (١) .

والإيجار في الشريعة الإسلامية ثابت بالكتاب والسنة والاجماع وهو عقد
يقيد تملك المنافع بعوض ويعرفونه بأنه عقد على منفعة مباحة معلومة تأخذ شيئاً
قريباً مدة معلومة عن عين معلومة أو موصوفة في اللغة أو عمل معلوم بمسوخ
معلوم . ويأتي إقرار الشريعة الإسلامية بنظام الإيجار دفعا للحرص والمشقة من
العياد وقد وردت أحكام الإيجار في المواد (١٠٤-١١١) من مجلة الأحكام العدلية
والمواد (١٧٠ - ١٧٣) من مرشد الحيوان (٢) .

وقد عني القانون المدني العراقي بعقد الإيجار فخص له الفصل الأول من
الباب الثاني (المواد من ٧٢٢ - ٨٤٦) ولكن قانون إيجار العقار النافذ رقم ٨٧
لسنة ١٩٢٩ المعدل مع العديد من قرارات مجلس قيادة الثورة الصادرة بمسند
لغاد هذا القانون قد قيمت الكثير من أحكام القانون المدني كما سنرى .

(١) د- عبد الرزاق أحمد السنهوزي - شرح القانون المدني في العقود - عقد
الإيجار - دار الفكر للطباعة والنشر - بلاسنة ، طبع - ص ٤٣٠ .
(٢) أشار القرآن الكريم في بعض الآيات إلى موضوع الإيجار من ذلك مثلا :- الآية
٢٥ ، ٢٦ من سورة القصص والآية ٧٧ من سورة الكهف .
انظر في ذلك استاذنا د- سعدون العامري - الوجيز في شرح العقود المسماة
- عقد الإيجار ص ٣ - مطبعة العاني - بغداد ١٩٧٤ - ص ١٩٩ . د- زكية
عبد الفتاح ، د- جعفر الفضلي - الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات
الإيجارية في ضوء قانون العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ - وزارة العدل
مركز البحوث القانونية - بغداد ، ١٩٨٤ - ص ١ .

ثانيا - أهمية عقد الأيجار

لنظام الأيجار أهمية بالغة ، فهو من الناحية الاجتماعية يعد الوسيلة التي تمكن بها الطبقة المتوسطة أو الطبقات الضعيفة اقتصاديا في المجتمع من الحصول على مسكن يأويها دون ان تضطر الى دفع تكاليف إنشاء هذا المسكن . وهو النظام الذي يمكن طبقة المزارعين البسطاء من استغلال الأرض والعيش على ما تيسر ثمارها . كما يعد الأيجار وسيلة يمكن بها أفراد المجتمع من الانتفاع بمنتجات العقارات التي لا يستطيعون شراؤها أو حيازتها .

ان عقد الأيجار هو أكثر العقود شيوعا بين الأشخاص فلما نجد شخصا في المجتمع لا يكون مزرعا أو مستأجرا سواء بشكل مباشر أو غير مباشر . لذلك فإن الهيكل الاجتماعي لأي مجتمع يشتمل على طائفتين ، المؤجرين والمستأجرين . وكلا من الطائفتين تدخل في علاقة قانونية مع فئاته الأخرى بشكل دائم يجعل الاتصال بينهما مستمرا مما قد يثير بعض النزاعات . لذلك يعد عقد الأيجار هو المستور المنظم لهذه العلاقات . كما يعد التنظيم القانوني الذي يضعه المشرع لهذا العقد من الأهمية يمكن احيث يجب ان يهدف هذا التنظيم الى اقامة هذه العلاقات على شيء من التوازن والتعاون والمساواة لتحقيق المنفعة المشتركة لكل من الطائفتين .

وتبرز أهمية عقد الأيجار أيضا في تأثيره على توزيع الدخل بين أفراد المجتمع ، حيث لم يترك أطراف العلاقة الأيجارية أحرارا في الاتفاق على ما يشاءون من الأجرة وإنما يعد في غالبية الدول بقول النيات الاجتماعية والاقتصادية السري تحديد الأجرة (١) .

ومما تجدر الإشارة اليه هنا ضرورة ان يتحقق التوازن بين المؤجر والمستأجر من الناحية الاجتماعية ، كما يجب من الوجهة الاقتصادية ان يضمن لكل من رأس المال (ويشمله المؤجر) والعمل (ويشمله المستأجر) نصيبه العادل . وهذا يعني ان اهتمام المشرع يجب ان لا ينحصر في حماية المستأجر باعتباره الطرف الضعيف

(١) د - رمضان أبو السعود - دروس في العقود المسماة - عقد الأيجار في القانون المصري والليبياني - الدار الجامعية ١٩٨٦ - ص ١ وما بعدها .

في هذه العلاقة وإنما يجب أن يتعدى ذلك إلى رعاية مصالح المأجرين ، وبالعكس ذلك سيؤدي عدم وجود هذه الرعاية إلى إحجام المالك عن استثمار أموالهم مع ما يترتب على هذا الأمر من تغير لمخطط الدولة الهادفة دائماً نحو حل جذري لازمة السكن يساهم فيه القطاع الخاص بشكل فعال (١) .

ثالثاً - تعريف عقد الإيجار

تنص المادة (٢٢٢) من القانون المدني العراقي على أن ((الإيجار تسليمك منفعة معلومة بموض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور (٢) .

ويتبين من هذا التعريف أن في عقد الإيجار تكون بصدد طرفين مزججسـو مستأجر ، يلتزم الأول بجعل الآخر متلفعاً بشيء معين لمدة معلومة في مقابل مبلغ من معلوم لهذه المنفعة يسمى بالاجرة . ويستفاد من هذا التعريف أيضاً بأن عناصر الإيجار هي التسكين من الانتفاع والاجرة والمدة .

لقد تأثر التشريع العراقي كما يبدو - في تعريفه لعقد الإيجار بفقهاء الشريعة الإسلامية وبالتعاريف العديدة التي وردت في هذا الفقه التي تشير إلى أن المؤجر لا يلتزم بجعل المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة بل هو يلتزم بتسليمك

(١) د. السهومي - المصدر السابق - ص ٦ ، د. كمال قاسم ثروت - عقد الإيجار - ط ٢ - مطبعة الواسع الوسام - بغداد ١٩٧٦ - ص ١٠

(٢) يعرف القانون المدني المصري عقد الإيجار في المادة (٥٥٨) منه بأنه ((عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين من مدة معينة للمأجر معلوم)) . كما يعرفه قانون الموجبات والمقود اللبناني في المادة ٥٢٢ منه بقوله : ((إيجار الأشياء عقد يلتزم به المرء أن يولي شخصاً آخر حق الانتفاع بشيء ثابت أو منقول أو بحق ما لمدة معينة مقابل مبلغ يلتزم هذا الشخص أدائه إليه) -

المنفعة للمستأجر وتركه يستفح بالعين الا انه مع ذلك خالف هذا الفقه فيما يتعلق بطبيعة الالتزام التقني على عائق المؤجر حيث جعل هذا الالتزام ايجابيا من خلال ضرورة تمكن المؤجر للمستأجر الانتفاع بالمأجور ، لذلك يلحسم بعض الاساتذة (١) الى ان التقنين العراقي حاول ان يوفق بين الفكرتين المتعارضتين - التكرة السلبية والفكرة الايجابية - لتجمع بينهما في تعريفه للايجار في المادة (٧٢٢) ، إذ ان العبارة الاولى مأخوذة من فقه الشريعة الاسلامية وتوحى باعتناء المذهب السني في تصوير التزامات المؤجر ، وكان من نتائجها ما قضت به المادة (٧٤٢) من ان على المؤجر بهد قبضه الاجر المسس المشروط تعجيله ان ينظم المأجور للمستأجر بالحالة التي هو عليها وقت العقد ، اما العبارة الثانية من المادة (٧٢٢) فتوحى بالانخذ بالمذهب الايجابي في تصوير التزامات المؤجر ، وكان من نتائجها ما قضت به المادة (٧٥٠) من التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة . بحيث اذا امتنع عن ذلك كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم باذن من المحكمة ويرجع على المؤجر بما صرفه بالقدر المعروف . ولكن يمكن القول ان هذا المزج تطلب منه في جملته الصفة الايجابية (٢) .

ولا شك بان هذا الوضع التوفيقى للمتنوع العراقي في تعريفه لعقد الاجارة قد اوقعه في شيء من التناقض كان سببا لكثير من الاستفسارات التي وجهت اليه كما سنرى .

(١) حيث عرفت المادة (٥٧٧) من مرشد الحيران الايجار بأنه ((تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصورة من العين المؤجرة في التسرع ونظر العقلاء بمؤسس يصلح اجراء)) كما عرفت المادة (٤٥٠) من مجلة الاحكام العدلية بأنه ((بيع المنفعة الملوحة في مقابل عوض معلوم)) وهناك تعاريف اخرى لعقد الاجارة في فقه الشريعة الاسلامية - للتزيد من التفاصيل عنها : - أنطوس - السهورى - المصدر السابق ص ١٦ وما ورد فيها من هوامش . ص ١٧ .
(٢) د - سليمان مرلس - المطول في شرح عقد الاجارة - ١٩٥٤ - ص ٢١ .

رابعاً - خصائص عقد الإيجار

يمكن أن نستخلص من التعريف المذكور لعقد الإيجار عدة خصائص نوجزها كما يلي :-

1- الإيجار عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل خاص . فهو يتمه بمجرد توافق إرادة الطرفين المتعاقدين إما كانت الوسيلة التي اختارها للتعبير عن إرادتهما فينبهته الإيجار بالكتابة والمساكنة أو الإئتمار الدالة ~~ألا~~ أن هذه القاعدة لا تعد من النظام العام . ولذلك فليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على اشتراط الكتابة وكذا للاستناد أو من أجل اثبات العقد .

ومع أن الأصل في عقد الإيجار أنه عقد رضائي إلا أن قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل أوجب كما تعتقد أيرام عقود الإيجار كتابية (بالسنة للمقارن الخاصة لأحكامه) . ويستطيع استنتاج ذلك من خلال بعض النصوص كمنس الفقرة الرابعة من المادة السابعة التي تلزم المؤجر أيداع نسخة من عقد الإيجار لدى دائرة ضريبة العقار التي يسبح المأجور في منطقتها خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ أبرامه . ويعكس ذلك سبب عرض المؤجر للمعقوبة التي ترد لها الفقرة الثانية من المادة الثالثة والعشرين من هذا القانون التي تتراوح بين الخمس عدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين وبطرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بأحدى هاتين المعقوبتين . ولا شك بأن مثل هذا النص وغيره من النصوص لا يجعل من عقد الإيجار عقداً شكلياً وإنما العرض منه فطرس نوع من الرقابة من قبل الجهات المختصة والتأكد من مدى مراعاة المتعاقدين لأحكام قانون إيجار العقار ومدى الالتزام بالنسب المقررة قانوناً ليدلات الإيجار .

2- الإيجار عقد ملزم للجانبين أو من العقود التبادلية . حيث يولد التزامات متقابلة تقع على عاتق كل من أطرافه . فالمؤجر يلتزم بتسليم المأجور وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وأجراء الإصلاحات الضرورية في العين المؤجرة . ويلتزم المستأجر بالوفاء بالأجرة وبأجرة الترميمات التأجيرية

وعدم استعمال المأجور خلافا للامراض المبينة في عقد الايجار بما يترتب على ذلك اعادة لسعة المؤجر أو الحاق الضرر بالمأجور (١) . وفي ذلك مسن الالتزامات التي سترأها لاحقا .

وترتبط التزامات الطرفين ارتباطا وثيقا بحيث لو ابطال التزام احدهما او انقض بطل الالتزام المقابل وانقضى . وطالما كان عقد الايجار من العقود الملزمة للجانبين فانه يخضع لقواعد الفسخ اذا اخل احد اطرافه بالتزامه من التزاماته .

عقد الايجار من عقود المعاوضة ، وذلك لان كلا من طرفيه يأخذ مقابل ما يساوي يعطي / وهذه من الصفات التي يشترك فيها الايجار مع عقد البيع . فالمؤجر يأخذ الاجرة مقابل المنفعة التي يستوفيها المستأجر من المأجور والعكس صحيح وعلى ذلك يختلف عقد الايجار عن العارية التي يترك المميز بمقتضاها

منفعة الشيء للمستعير بلا عوض (٢) .
مصدرها: الفقه الإسلامي، الذي يقتضيه المصلحة الواجبة دورا حسيو

عقد الايجار عقد يرد على المنفعة ، لان الغرض منه هو تمكين المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة معينة يعود بعدها الى المؤجر / فهو لا يخلو المستأجر اى حيا على التمتع نفسه يمكنه من التصرف فيه . وهذا ما يميز عقد الايجار عن البيع الذي يقصد منه نقل ملكية الشيء الى المشتري ، بحيث يكون له فضلا عن استعماله واستغلاله / ان يتصرف فيه بجميع انواع التصرفات القانونية والمادية . ولما كان الايجار يرد على المنفعة ، فانه لا يكون الا على الاشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر . فلا يرد على تلك التي تستهلك من اول استعمالها لها (٣) .

(١) م ١٧ / فق هـ من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢) المادة (٨١٧) مدني عراقي ، المادة (٦٣٥) مدني مصري .

العربية - ١٩٦٧ - ص ٢٠ .

(٣) ١- محمد لبيب شبيب - الوجيز في شرح احكام الايجار - دار النهضة

٢- توفيق حسن فرج - عقد الايجار - الدار الجامعية - بيروت ١٩٨٤ -

ص ١٤ .

هو - الإيجار من عقود المدة أو العقود الزمنية فالزمن عنصر جوهري فيه .
بذلك يختلف عن العقود الفورية التلقية التي لا يلعب فيها الزمن دوراً
جوهرياً (١) - وعلى هذا الأساس يرتبط تنفيذ عقد الإيجار بمدة معينة ،
لمنظمة الشيء المؤجر لا تمنح للمستأجر إلا ل أجل معين وذلك على خلاف
عقد البيع الذي تنتقل فيه ملكية الشيء نهائياً إلى المشتري - وطالما كان
عقد الإيجار من عقود المدة فإنه لا يمكن الحصول على المنفعة كلها فور انعقاد
العقد وإنما يلزم الزمن ليتم الحصول عليها ، ولذلك إذا فسح عقد الإيجار
أو ابطال فإنه لا يمكن انكار الآثار التي ترتبت عليها العقد قبل الفسخ أو الإبطال
فهي آثار قد تحققت وانتهت .

وطالما كان عقد الإيجار يرتبط بمدة معينة فهو لذلك عقد مؤقت لا يمكن فيه
أن تكون متعة العين المؤجرة قد صحت للمستأجر بدون تحديد مدة - (٢)

كما أن عقد الإيجار يعد من أعمال الإدارة إلا أنه عقود التصرف كالبيع ، لأنه
يتم وسيلة لاستغلال الشيء والحصول على ثماره وهو يولد التزامات
واقفوناً شخصية ، وهذا هو الأصل - ولذلك لا يشترط في المؤجر لكي
يكون له الحق في إبرام عقد الإيجار أن يكون له أهلية التصرف وإنما يكفي هنا
أن يتمتع بأهلية الإدارة فقط .

فانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل فإنه يستند اعتماداً قانونياً
ويلاحظ أن عقد الإيجار إذا كان وارداً على العقارات الخاضعة لإحكام
غير هذا التي لهذا الامتداد (٣) - والسؤال الذي يطرح هنا هو - هل
يعد عقد الإيجار في ظل هذا الاعتماد صلاً من أعمال الإدارة ، أم أن قسم
تجديده المدة يحمل هذا العقد داخلاً ضمن أعمال التصرف ؟

(١) د - سمير محمد السيد لثاقو - عقد الإيجار ص ٢ - منشأة المعارف
بالاسكندرية ١٩٧٠ - ص ٥ -

(٢) د - رمضان أبو السعود - المصدر السابق - ص ٣٠ -

(٣) تنص المادة الثالثة من قانون إيجار العقار على ما يلي (١) يستند عقد الإيجار
بحكم القانون بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شافلاً العقار ومستمراً على
دفع الأجرة طبقاً لإحكام هذا القانون (٢)

ان الفاء نظرة فاحصة على أحكام قانون ايجار العقار وبشكل خاص المادة
الذاتية منه يبين لنا ان المستأجر اذا ظل ملظاً بالزامه المقررة في القانون ،
فان المؤجر لا يستطيع اخراجه من العين المؤجرة الا اذا توفى سبب
من اسباب التخلية التي سندرسها تفصيلا فيما يمش . وهكذا
يضي ان للمستأجر الحق في البقاء في المأجور بعد انتهاء عقد الايجار لمدة
غير محددة ولم يعد للمالك فيما لذلك كامل الحرية في الانتفاع بملكه
والتصرف فيه بالتأجير ان يشاء وبالأجرة التي يراها . ان هذا الاقتطاع
من سلطات المالك على ملكه قد حدث لصلحة المستأجر حيث اكتسب الأخير
بولدها . ولم يعد للمالك في حقة الامر سوى الحق في تحصيل الأجرة وكأنه
قد أصبح من ذوي الرواتب الثابتة كل شهر .

اما المستأجر فقد أصبح انتفاعه بالعين المؤجرة شبه دائم . ولهذا يبدو
ان للمستأجر طبقاً لقوانين ايجار العقار ان يشترط بعض مزايا الحق العيني .

ولهذا الأسباب ذهب بعض الامانة المسيحيين بشرح أحكام قوانين الايجار
(الخاصة) ان ان تأجير العقارات الخاضعة لهذه الأحكام يشتر من قبيل
اقبال التصرف ولذلك لا تثبت أهمية التأجير الا لمن كانت له أهمية
التصرف في خصوص هذه العقود (١) .

خاصة - تمتد عقد الايجار عن غيره من العقود

يختلف الأيجار عن غيره من العقود - فاذا كان الايجار من العقود التي ترد
على المنفعة ، فانه يختلف عن البيع الذي يرد على الملكية حيث تنقل فيه الملكية
الى المشتري . كما يختلف من العقود التي ترد على عمل الإنسان كعقد العمل وعقد
المقاوله . وهو يختلف من العقود التي لا يوجد فيها مقابل كالعارية . ويختلف
أيضا عن الوديعة لان المودع عنده لا ينتفع بالشيء كالمستأجر . ولا كان المستأجر
يلتزم برد الشيء ذاته في نهاية الايجار فانه بذلك يختلف عن القرض الا لا يرد
القرض الشيء ذاته . بل منسوخة .

(١) مزيد من التفصيل راجع مؤلف د- رمضان ابو السعود - المصدر السابق -
ص ٣١ وما بعدها .

ومع وفوح خصائص عقد الإيجار فقد تدق التفرقة بينه وبين بعض العقود الأخرى لدرجة يصعب معها تحديده طبيعة العقد ووصفه . وفي هذه الحالة نشود مشكلة معرفة ما هو العقد الذي نواجهه .
 وقد يكون من المفيد أولاً الرجوع إلى الوصف الذي اعطاه الطرفان للعقد حيث يجب أن يعرفا قبل إبرامهما ما أرادوا عمله . ومع ذلك ينبغي الحذر وعدم الاعتدال بهذا الوصف كالمسلم به ، ذلك لهما قد يخطئان في الوصف وقد يخفيان - عن قصد - حقيقة العقد . ولهذا يجب الاستناد بالوصف العملي . وتلخص المحكمة في تكليفها للعقد الذي يعرض عليها لראية محكمة التمييز (١) .

وتعرض فيما يلي للتمييز بين الإيجار والوديعة والقرابة وتحدد العمل وحقوق المنفعة . أما التفرقة بين الإيجار من جهة والبيع والقابضة من جهة أخرى لسوف لا يخفى فيها نظراً لأن هذا المؤلف يتطرق لشرح عقود البيع والإيجار والقابضة بشكل يمكن الطالب من التمييز بينهما إلى حد بعيد . ومن الجدير بالذكر أن بعض الاساتذة المعتبرين بهذا الموضوع ذهبوا إلى تمييز عقد الإيجار عن أمور أخرى غير ما تقدم ، من ذلك مثلاً تمييز عقد الإيجار عن الشركة ، الوكالة ، حوالة الحق بمقابل ، حق الارتفاق (٢) .

١ - الإيجار والوديعة :-

الإيداع . عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتسم إلا بالقبض (٣) . وبذلك يختلف الإيجار عن الوديعة ، لأن الأمر الأساس في عقد الإيجار هو الانتفاع بالشيء بينما يكون هذا الأمر في عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع . ولهذا لا يدفع الوديع أجراً ، بل من الجائز أن يتفق مع المودع أن يتقاضى من الإيجار عن حفظه للوديعة . ويلتزم الوديع برد الوديعة إلى المودع بمجرد طلبه

- (١) د . توفيق حسن مخرج - المصدر السابق - ص ١٧ .
 (٢) لمزيد من التفاصيل راجع د . رمضان أبو السمود - المصدر السابق ص ٦٢ .
 د . صبير عبد السيد تاليف - المصدر السابق - ص ١٦ .
 د . السنهوري - عقد الإيجار - المصدر السابق - ص ٢٤ - ٤٠ .
 (٣) م ٩٥٩ مدني عماني والنظر أيضاً م ٧١٨ مدني مصري م ٦٩٠ عوجبات وعلود ليشاني .

الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة الوديع - وللوديع ان يلزم المودع
بسلم الشيء في اي وقت الا اذا ظهر من العقد ان الاجل قد عين لمصلحة
المودع (١) لما استأنجرت للاصل انه لا يلتزم برد العين المأجورة الا بعد القضاء
بقد الأيجار (٢) .

وعلى الرغم من هذه الاختلافات الأساسية بين المقدين فإن من المتصور
ان يختلط مع بعضها في بعض الصور - فالمقد الذي تسح بقتضاه ادارة أحد
المعارض لأحد الأشخاص بوضع أشياء تخصه للمعرض على الجمهور في مقابل مبلغ
معين هل يعتبر أيجارا ام ودية لهذه العروض ؟

نعت المحاكم الفرنسية في بعض أحكامها باعتبار المقد ودية . وفي أحكام أخرى
باعتباره أيجارا . وفي أحكام غيرها باعتباره مقدا غير مسمى . والامر يتوقف في
الواقع على ما اذا كانت ادارة المعرض تلتزم بحفظ الأشياء المروضة ام انها تترك
لكان لصاحب العروض بحرسها بنفسه (٣) - والعقد الآخر الذي اثار اکتسور
من غيره جدلا في الفقه والقضاء هو العقد المطلق بالخزائن الحديدية في المصارف
التي شاع استعمالها ال الان . وكان الرأي السائد في الفقه والقضاء يذهب الى
اعتبار هذا العقد أيجارا للخزانه (٤) . وهناك رأي آخر يذهب الى اعتبار هذا
المقد ودية على اساس ان التزام المصرف بالمحافظة على الخزانه التزام جوهرى
ولو كان المصرف موجبا للخزانه لكان التزامه بالمحافظة عليها التزاما ثانويا .
في حين ان العميل اذا تعاقد مع المصرف للحصول على هذا الالتزام (٥) .

ويلاحظ استاذنا د . سعدون العامري بحق ان هذا المقد ليس مقد ودية
عادية وانما هو من عقود الحفظ المهنية حيث يجب الشخص الودية المأجورة حرفة

- (١) انظر م ٩٦٩ مدني عراقي م ٧٢٢ مدني مصري م ٧١١ موجبات وظروف لبناني
- (٢) د . سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٢٠٤ .
- (٣) د . سنجير عبد الحميد تانغو - المصدر السابق - ص ١٢ .
- (٤) د . السنهوري - المصدر السابق - ص ٣٦ . د . عباس الصفوانى - شرح فقهى
البيع والأيجار - مطبعة الامانس - بغداد - ١٩٥٦ - ص ٢٩٥
- مرفق - شرح عقد الأيجار - ص ٢٤ .
- (٥) السنهوري في رايه الآخر المشار اليه في مؤلفه الوسيط . ج ٦ . لق ١٠ ص ١٧ .

له كصاحب المزاب (الكراج) بالنسبة الى السيارات التي تودع عنده ، والمصرف
بالنسبة الى الخزانه كما لاحظنا .^(١)

ويبدو ان جانباً من الفقه المصري (٢) حاول الجمع بين الاتجاهين فذهب
الى اعتبار هذا العقد مركباً من الإيجار والوديعة ، حيث يجب ان تطبق عليه
احكام الإيجار فيما يتعلق بالانقضاء بالخزانه ومدته المصطف والاجرة ، واحكام
الوديعة فيما يتعلق بحفظ الخزانه وحراستها ، فاذا تعارضت احكام هذين العقدين
وجب تطبيق احكام الوديعة لان الغرض الاساسي من العقد هو الحفظ ، في حين
لم يكن إيجار الخزانه الا وسيلة لتحقيق ذلك الغرض . بينما اتجه رأي آخر
صوب اعتبار هذا العقد غير مسمى تطبيق بشأته احكام العقد القريب اليه ، وهو
عقد الإيجار .^(٣)

وقد حسم القانون اللبناني الخلاف حول هذا الموضوع وأخذ بما اتجه اليه
الرأي من قبل في ظل القانون الفرنسي ، معتبراً ان قواعد الإيجار هي التي تطبق
وان كان يرادى انه نص كذلك على التزام المصرف بسلامة الخزانه وحفظها . فقد
نصت المادة (٣٠٦) من قانون التجارة اللبناني على ان (الودائع التي توضع
في الصناديق الحديدية عن سلامة الصناديق المأجورة) .^(٤)

(١) د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٢٠٥ .

(٢) د. محمد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ٢٠٤ .

جلال المدوي - عقد الإيجار - بيروت - ص ٢٢ هامش (٢) وكذلك بند ١٠٠
ص ١١٩ ، وافق مع هذا الرأي د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق ص
٢٢ .

(٣) د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق ص ٦٠ .

(٤) د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٢٢ .

٢ - الإيجار والعارية

(١) العارية ، عقد به يئتم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بسلا عوقى على أن يردّه بعد الاستعمال ولا تتم العارية إلا بالقبض (١) ، والذي يميز العارية كما هو واضح من هذا النص أنها مجانية أي من عقود التبرع ، فإذا اتفق عليها هذا الوصف وأشترط مقابل للانتفاع فعدت رصفها باعتبارها عارية ، وسرت عليها أحكام الإيجار ، وتختلف العارية عن عقد الإيجار في أن العقد الأخير عقد رضائي ، في حين أن العارية تعتبر من العقود العينية التي لا يكفي التراضي لاعتمادها بل لابد من القبض لتتمها ، ومع ذلك فإن كلا من الإيجار والعارية يشتركان في أن الغرض منهما هو لتأمين المستأجر أو المستعير من الانتفاع بالنسي المؤجر أو المعار .

وعلى الرغم من وجود هذه الفروق البينة بين الإيجار والعارية إلا أن اللبس قد يحصل بينهما في بعض الحالات التي كانت مداراً للنقاش والاختلاف بين أساندة القانون .

من ذلك مثلاً حالة ما إذا باع شخص منزلاً واستبقى لنفسه حق السكن فيها مدة معينة بعد البيع أو إذا باع شخص لآخر أرضاً استبقى لنفسه فيها حق الصيد مثلاً - فهل تنبئ هذه الحقوق بناء على عقد عارية دون مقابل ، أم أنها تشبعت بناء على عقد إيجار بمقابل ؟ ينبغي جانب من الفقه أن العقد هنا يشتر إيجاراً لأن هناك مقابل للانتفاع خصم من ثمن البيع (٢) ، ولكن الفقه الحديث يميل إلى عدم اعتبار العقد إيجاراً لما يترتب على اعتباره كذلك ضرورة تطبيق قوانين إيجار العقار وما يترتب على ذلك من امتداد قانوني للعقد ، وكذلك يشتر العقد فيما فقط والثمن فيه مكون من عنصرين أحدهما أساسي هو المبلغ النقدي المنطبق عليه والثاني ثانوي هو السكن بالمنزل والاستفادة من حق الصيد لمدة معينة (٣) .

(١) م ٨٤٧ مدني عراقي .

(٢) السنهوري - عقد الإيجار - المصدر السابق - ص ٣١ .

٥- سليمان مرقي - شرح عقد الإيجار - فق ٢٣ -

(٣) ٥- صبر عبد السيد تاملو - المصدر السابق - ص ١١ .

وفي بعض الحالات قد تقوم الجهات الرسمية بتأجير قطعة أرض لأحد الأندية مثلا لإقامة ملعب رياضي بأجر رمزي أو تافه ، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد إيجار حقيقي نظرا لتخلف الأجرة وإنما بصدد عارية . ويعتبر العقد هنا عارية حقا ولو ساء الطرفان إيجار . وكثيرا ما يقع هذا بين بعض الأثرياء والجمعيات والهيئات الخيرية . حيث يتبرعون بأماكن تخصص لاستعمال تلك الهيئات في تحقيق بعض المراضها ويحرمون نفودا يذكرون فيها أنهم يؤجرون تلك الأماكن وأنهم تنازلوا عن الأجرة التي قبضوها لمدة طويلة . فالعقد هنا يعتبر في حقيقته عارية وليس إيجارا (1) .

٣ - الإيجار والعمل :-

عقد العمل هو (الاتفاق بين العامل وصاحب العمل ، يلتزم فيه العامل بأداء الأجر المتفق عليه للعامل) (٢) . وعلى هذا الأساس فالمقصود بالعامل من الناحية القانونية ((كل من يؤدي عملا لقاء أجر ، ويكون تابعا في عمله لإدارة وتوجيه صاحب العمل الذي يتعهد به كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عمالا أو أكثر لقاء أجر (٣) . والعمل يختلف عن الإيجار كما هو ظاهر فسي أنه لا يقوم على الانتفاع بشئ ، بل بخدمات العامل . ولم يمنع هذا القانون الفرنسي من اعتبار العمل نوعا من الإيجار فهو إيجار لعمل العامل على أساس نظرية اقتصادية كانت سائدة في بداية القرن التاسع عشر عند وضع التفتين الفرنسي . يعتبر العمل على أساسها سلعة يجوز تأجيرها كما تؤجر الأشياء . غير أن هذا النظر لم يمد له مجال في الوقت الحاضر مما أوجب انفصال عقد العمل عن عقد

(١) انظر د . توفيق حسن فسرج - المصدر السابق - ص ٢٧ ، د . السبوري - الوسيط - ج١ - ق ٥ .

(٢) م ٢٩٦ من قانون العمل العراقي الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ وقد نصت المادة ٦٧٤ من القانون المدني المصري ((عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)) .

(٣) م ٨ / ف٢ من قانون العمل العراقي الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧

الإيجار باعتبار أن أحدهما يرد على عمل السائق أيضا يورد الآخر على الانتفاع
بشيء (١) *

ومع ذلك لا زال هناك مجال للشك في معرفة طبيعة بعض العقود وهل انهما
عقود عمل أم عقود إيجار - فإذا استأجر شخص مركبة سائقها من صاحب
مركبات لتل أنتمة ، فهل يعتبر العقد واقعا على عمل السائق أو على الانتفاع
بالعربة ؟ يرى الأستاذ السهوري أن العبارة هنا بعمل السائق فيكون هذا
الاتفاق عقد عمل . وإذا تعاقبت شركة مركبات مع سائق على أن تعطيه مركبة
يستغلها للتقل على أن يعطي للشركة ربحا معينا وبأجل الأرباح يأخذ لنفسه ،
فهل يعتبر هذا الاتفاق عقد عمل ويكون السائق عاملا لدى الشركة ، أم إيجار
ويكون السائق مستأجرا للعربة من الشركة ؟

يتعب القضاء الفرنسي أن الاتفاق هنا عقد عمل ، لأن صلة السائق بالشركة هي
صلة التابع بالتنوع ، وأجر السائق على صلة هو الفرق بين أيراد العربة وما يندفعه
السائق للشركة فهو أجر متغير وهذا جائز في عقد العمل (٢) *

وعلى كل حال فالإسناد الذي يجب اشتاده لمعرفة طبيعة العقد وعمل السائق
عقد عمل أم إيجار ينبغي في ضرورة مراعاة مبنى ما يكون للشركة أو رب العمل
من حق الإشراف والتوجيه ، فإذا كان للشركة أو رب العمل مثل هذا الإشراف
والتوجيه بما ينضوي تحت مفهوم عقد العمل المقصود بالعامل كنا يحدد نفسه
عمل ، أما إذا لم يكن لهما ذلك كنا يحدد عقد الإيجار (٣) *

(١) د - مسير عبد السيد تنالو - المصدر السابق - ص ١٩ -

(٢) د - السهوري - عقد الإيجار - دار الفكر للطباعة والنشر - المصدر السابق -

ص ١٤ -

(٣) الطر : د - مسنون العامري - المصدر السابق ص ٢٠٧ -

الإيجار وحق الانتفاع

يشبه حق المنتفع حق المستأجر من وجوه كثيرة ، فكل من المنتفع والمستأجر ينتفع بشئ ، لا يملكه وعدم مينة . الا ان الحقين يختلفان أيضا من وجوه كثيرة أهمها :

(١) ان حق المستأجر حق شخصي ، أما المنتفع فحقه عينى ، ويترتب على ذلك ان المنتفع يستطيع ان يبرهن حقه رهنا رسميا ، أما المستأجر فلا يستطيع ذلك .

(٢) حق المنتفع ينقضى حتما بموته ، أما حق المستأجر ، فيورث عنه الألمانى العقد على عدم التصرف اثناء اى ورتة المستأجر .

(٣) حق المنتفع قد يكون يعرض او يغير يعرض ، أما حق المستأجر فهو يعرض دائما .

(٤) ان حق المنتفع يكون مصدره اى سبب من اسباب كسب الحقوق العينية كالعقد والوصية والهبة ووضع اليد وغيرها عند الميراث ، أما حق المستأجر فتصدره العقد دائما .

(٥) أن حال الانتفاع لا يند من سوى التزاما عاما على عاتق مالك الرقبة هو ان يترك صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشئ ، أما عقد الإيجار فان التزام المؤجر بتسكين المستأجر من الانتفاع هو التزام ايجابى يقتضى ان يستمر المؤجر بتسكين المستأجر من الانتفاع بالشئ ، المؤجر طوال مدة عقد الإيجار .

وعلى الرغم من هذه الفروق الواضحة فان الإيجار يكتسب بالانتفاع فى بعض الحالات :-

١ - الإيجار لدى حياة المستأجر قد يكتسب بحق المنتفع ، لان كلا منهما لا يورث بل ينتهى بموت المستأجر أو المنتفع . على انه من المتفق عليه ان الإيجار قد يكون لدى حياة المستأجر دون ان يكون له من وراء ذلك حق عينى على الشئ ، المؤجر لان طول المدة وقصرها لا تأثير له فى طبيعة العقد .

٢ - هناك عقود الأيجار التي تسرم لفترات طويلة وتعمل للمستاجر حقا عينيا على العين المؤجرة ، من هذه العقود عقد العكر (١٢٠) وهذه العقود لا يجوز الخلط بينها وبين عقود الأيجار العادية لأنها تعمل للمستاجر حقا عينيا ، ولكن من ناحية أخرى لا يجوز لهذا السب وحده خلطها بحق الانتفاع لأنها تنقل إلى الورثة على عكس حق الانتفاع الذي يقتضي بوفاء المنتفع (١٢٠)

وأخيرا - التنظيم القانوني لعقد الأيجار

نظم التسرع العراقي عقد الأيجار كما استلقت في نواحي (٧٢٢ - ٨٤٦) من القانون المدني ، إلا أنه اعطى كل التدخل مما في ذلك شأن الكثير من الدول لوضع قواعد قانونية خاصة بنظم العلاقة بين المؤجر والمستاجر وتنجيب الكثير من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية .

وعلى هذا الصعيد صدرت في العراق الكثير من القوانين - كقانون الأيجار والاستئجار رقم (٣٩) لسنة ١٩٤٢ تم القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٤٣ فقانون مراقبة اجارة العقار رقم (٣٩) لسنة ١٩٤٥ وقانون العقار قانون مراقبة اجارة العقار عن الاوقاف رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٧ - ثم صدر بعد ذلك مرسوم مرائفة اجارة العقار رقم (٩) لسنة ١٩٥٣ فالقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٥٦ السقني الذي بموجب القانون رقم (٦) لسنة ١٩٥٨ (٣) وكان امر هذه السلطة من التغييرات القانونية قانون تنظيم اجارة العقار رقم (٢٧) لسنة ١٩٧٣ وللمدى

(١) وهو عقد يجتمع للمستكر حقا عينيا في الأرض المعنكرة ويلج عادة على أرض خربة يقتضي استصلاحها مدة طويلة .

(٢) د - السعدوي - عقد الأيجار - المرجع السابق - ص ٢٤ ، ٢٥ .

د - تنافس - المصدر السابق - ص ٢١ .

د - رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ٧٦ .

د - العامري - المصدر السابق - ص ٢٠٨ .

(٣) د - عصمت عبد الجبير بكر اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الأيجار

ودراسة مقارنة - رسالة ماجستير في القانون مقدمة الى كلية القانون لسي

جامعة بغداد - ١٩٧٢ - ص ٢٤ .

ان من أهم صفات قانون أيجار العقار انه يفيد حرية المتعاقدين في تحديد الاجرة ، وكذلك يقرر الامتداد القانوني لعقود الأيجار ، ويوضح أسبابا معينة للتنحية ، والقواعد التي يتضمنها في هذا الشأن تبعه من النظام العام ولا يجوز الانتقاع على بعضها . . . ويلاحظ انه اذا لم يوجد حكم خاص في قانون أيجار العقار بشأن أحكام القانون المدني هي التي يجب تطبيقها ، لأن قانون أيجار العقار لا يحتوي كما هو معلوم على كل القواعد الواجبة التطبيق بصدد الأيجارات ، لهذا فإن القانون المدني يظل منطبقا خارج كل الحالات التي يحصل فيها التعارض . . فعلا عن كل ما لا يعرض له قانون أيجار العقار بالتنظيم .

وقرارات مجلس قيادة الثورة المتعلقة بإيجاز العقار - تم صفرها لقرارات مجلس
مجلس قيادة الثورة توفى العمل به لغاية ١٩٧٩/٧/١ وإعادة العمل باللوائح
السابقة خلال المدة المذكورة .

وقد وجد أن الضرورة تقتضي إعادة النظر في القواعد التي ينص عليها القوانين
السابقة تحقيقاً لأهداف الثورة في القضاء على الاستغلال وحل المشاكل الاجتماعية
طبقاً لقواعد العدالة فتسرع القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ الذي ينص على أساس
تحديد جهن التوزيع والمستأجر وتحديد التزاماتهما تحديد واضحاً كما ينص على
التوازن بينهما فالزم كل طرف بعدم المساس بحقوق الطرف الأخر . ومنسح
استغلال التوزيع حابه للمستأجر الملحة للسكن . ومنع استغلال المستأجر المأجور
استغلالاً يتربى به على حساب التوزيع (١)

وأيضاً زمن طويل على تاريخ اتخاذ قانون إيجاز العقار رقم (٨٧) لسنة
١٩٧٩ في ١٩٧٩/٧/١ حتى تعاقبت عليه التعديلات المتتالية لإحكامه
حيث والمزعة لها حيناً آخر . ومن التعديلات ما ألغى أبنياً جديدة إلى أسباب
التحلية المتخصص عليها في القانون ومنها ما جاء مقسراً لبعض أحكامه تعديلاً ما منع
حق طلب التحلية لأشخاص لم يكن لهم من قبل الحق في طلب التحلية ومنها
ما نص على وقف تنفيذ أحكام تحلية الدور التي تشغلها عوائل الصنكريين بصرف
النظر عن أسباب التحلية (٢) .

(١) راجع بحثنا الموسوم - ملاحظات في قانون إيجاز العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩
الصادر - منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون جامعة
بغداد - المجلد السابع - العدد الأول والثاني ١٩٨٨ - ص ٢٢٢ .
كالمثل الشيخ جاسم - قواعد إيجاز العقار - ط١ - طبعة الجاهل ١٩٨٧ -
ص ٤٤٤ .

(٢) بحثنا الصادر إليه سابقاً ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

الباب الاول

اركان عقد الايجار

عقد الايجار كبير، من العقود لا يقوم الا بتوافق اركان ثلاثة هي -
التراضي والحل والسبب - لما كانت هذه الارقان قد فصلها المشرع في
القسم المخصص للعقد واركائه بصفة عامة - لذلك يبدو ان لا ضرورة في اعادة
ترويضها سابق دراسته في النظرية العامة للالتزام وانما تفرض لهذه الارقان اذا
كان في ذلك شأنا جديدا يخص عقد الايجار، بالنسبة للسبب في عقد الايجار
لانتمتع ان هناك شيئا جديدا يمكن اصاصته في عقد الايجار - لذلك نكتفي بالاحالة
الى نظرية السبب في النظرية العامة للالتزام، وبمقتضاها يكون الايجار باطلا
اذا لم يكن له سبب او كان له سبب ولكنه مخالف للنظام العام او الاداب مثال
ذلك عقد ايجار منزل بقصد اعداده لامصال غير مشروعة، كالمعاملة او القمار - فاذا
استأجر شخص منزلا بقصد اعداده لثل هذه الاغراض كان العقد باطلا - وفي
هذا تطبيق للقواعد العامة .

اما بالنسبة لركن التراضي في عقد الايجار فهو محض تطبيق للقواعد العامة ،
ومع ذلك فتوجد بشأنه بعض الامور التي لا بد من الاشارة اليها -

يقدر لدينا الحق في عقد الايجار الذي يعد مزدوجا ، فمثل التزام المؤجر هو
المنفعة التي يلتزم بتأمين المستأجر منها ، ومثل التزام المستأجر هو دفع الاجرة
(المتفق عليها او المقررة بموجب احكام قانون ايجار العقار) الى المؤجر - وكسلا
الالتزامين يرتبطان بعنصر مهم هو لغة حيث ان عقد الايجار يعتبر محض
العقود المؤقتة وليس كعقد البيع الذي يجب ان يكون دائما .

وبناء على ما تقدم سنعرض لدراسة اركان عقد الايجار بالشكل التالي :-

الفصل الاول	- التراضي في عقد الايجار -
الفصل الثاني	- التأجير -
الفصل الثالث	- الاجرة -
الفصل الرابع	- مدة الايجار -

الفصل الأول

التراضي في عقد الإيجار

الإيجار كما لاحظنا من العقود الرضائية ، يشترط لانفاذه كسائر العقود الأخرى وجود التراضي بين المتعاقدين . ووجود التراضي يكون يتلاني إرادتي الطرفين على إنشاء عقد الإيجار بينهما . وهذا يعني وجود الإرادة لدى كل منهما تم التعبير عنها في العالم الخارجي . وقد يكون التعبير عن الإرادة صادرا عن طرفي العقد أو عن يمثلهما ، حيث يتم التعاقد بطريق النيابة .

إن التعبير عن الإرادة لابد أن يتضمن نطاق التعبير عن الأيجاب والقبول . بحيث يكون مضمون التعبير واحدا . فلا يختلفان في أمر من الأمور ، ولكن ذلك لا يعني وجوب أن يتضمن الأيجاب والقبول جميع التفاصيل . بل يكفي الأ يختلف المؤجر مع المستأجر بشأن هذه التفاصيل ما دام التراضي قد تم بشأن العناصر الأساسية للإيجار . فتطابق الإرادتين يجب أن يتم بحسب الأصل فيما يتعلق بأهمية الأيجار والتنسيء المؤجر والأجرة وعدة الأيجار . (١)

ولكن وجود الرضا لا يكفي وحده لكن يتعد الأيجار صحيحا . بل يلزم أن يكون رضا كل من المتعاقدين صحيحا خاليا من العيوب . وهذه العيوب التنسيء تجعل العقد موقوفا على الإكراه والغلط والخبث مع التقرير . أما الاستقلال فإنه لا يجعل العقد موقوفا ولكنه يميز للمتعاقدين أن يطالب برفع الخبث عنه إلى الحد المقبول وذلك خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد . (٢) .

(١) د . شبيب - المصدر السابق - ص ٢٧ .

(٢) د . العائدي - المصدر السابق - ص ٢٠٩ م ١١٢ - ١٢٥ مدني جزائي - المزيد من التفاصيل راجع : د . كمال تاسم ثروت - المصدر السابق - ص ٢٤ وما يتبعها .

المبحث الاول

الاهلية في عقد الايجار

لكي يكون الرضا صحيحا يجب ان يكون كل من المؤجر والمستاجر متمتعاً بالاهلية اللازمة لإبرام عقد الايجار - وقد نصت على ذلك المادة (٧٢٣) من القانون المدني العراقي بالقول (١) يشترط لانقضاء الايجار اهلية العقدين وقت العقد - بان يكون كل منهما عاقلًا مميزًا ويشترط لنفاد كونه العالدين عاقلين غير مجنونين وكون المؤجر مالكاً لما يؤجره او وكيلًا للمالك او ولياً عليه (٢) - ويبدو من هذه المادة (١) ان عقد الايجار الذي يبرمه صغير غير مميز اي لم يبلغ سن السابعة كاملة او المجنون جنونا مطلقا (٣) يكون باطلا لان المجنون والصغير غير المميز عديمي الاهلية -

أما عقود الايجار التي يبرمها الصغير المميز ومن في حكمه (المستوه والسفيه وذو العقله) فتنتقل موقوفة على اجازة ولية او وصيه في الحدود التي يجسود فيها للمولي أو الوصي ان يبرم عقد الايجار ابتداءً لياية من الصغير ذلك لان عقد الايجار هو من عقود الادارة الدائرة بين النفع والضرر (٤) -

ومما يجدر الاشارة اليه هنا بان ناقص الاهلية في القانون المصري يجوز له بالتالي ادارة هذه الاموال في بعض الحالات ان يتصرف في امواله ويجوز له وتاجيرها - من ذلك بلوغ الصبي السادسة من عمره وكان يكتب عن غلبه ، حيث يصبح مقتضى المادة (٦٣) من قانون الولاية على المال اعلا لتصرف لبيسا

(١) التي يذهب بعض الاساتذة (د. العامري - المصدر السابق - ص ١٠٠) الى الاعتقاد بان المشرع العراقي لم يكن بحاجة الى ذكرها لانها لا تلحق ان تكون تطبيقاً للقواعد العامة في الاهلية -

(٢) أما تصرفات المجنون في حالة افاقته فتكون مستبعدة وعليه فان عقود الايجار التي يبرمها خلال فترة افاقته تنتقل صحبة لان تصرفاته المذكورة تكون بحكم التصرفات التي تصفو من الشخص العاقل - انظر م ١٠٨ مدني عراقي ، د. كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ١٦ م رقم ٢٤ - ص ٢١٠ - ٢١٠ - ٢١٠ - المصدر السابق - (٣) د. العامري - المصدر السابق - ص ٣١٥ -

يتكسب من أجر أو غيره، بشرط أن لا يتعدى أثر التزامه حدود المال الذي يتكسبه من مهنته أو صناعته فإذا استتري من أجره شيئاً يصلح للتأجير، كان له حقيق بأجره، - إذ هو يملكه بيعة ومن يملك الأكثر يملك الأقل - كما نص المادة (٥٦) من قانون الولاية على المال المصري عيسى أن ((المقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة)) ولكن لا يجوز أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة.. - إلا بأذن من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك)) (٦) -

وإذا اكمل الصغير المميز سن الخامسة عشرة من العمر، فيجوز لوليّه بعد الحصول على ترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير مطلقاً من أمواله وبأذن كنه بالمجانرة (الفقرة الأولى من المادة (٩٨) مدني عراقي)، ويعتبر الصغير بالنسبة للتصرفات المناهضة تحت الأذن بمنزلة البالغ من الرشد (م ٩٩ مدني عراقي)، ويمكن أن يفتقر الإيجار التي يبرمها الصغير المأذون تعتبر صحيحة وناقذة ولا تكون موقوفة على إجازة الولي إلا إذا تجاوز الصغير الحدود التي رسمها له وليه. فإذا كان إذن الولي مطلقاً فإنه يجوز منحها للصغير أن يبرم الإيجار دون أن يقيد بنسبة أما إذا جاء الأذن مقيداً كما لو أذن للصغير إبرام عقود الإيجار لمدة لا تتجاوز سنتين مثلاً، فإذا أبرم الصغير عقد الإيجار لمدة خمس سنوات فإن الإيجار للنسبة الثالثة والرابعة والخامسة يكون موقوفاً على إجازة الولي (٦) -

(٦) - د- تناهت - المصدر السابق - من ٢٨ - ٢٩ -

(٧) ويرى البعض (د- الصراف - المصدر السابق - من ٣١٦) بأن إذن الولي للصغير يؤدي إلى أنه لا يحق لذلك الولي القيام بالأعمال التي أذن للصغير القيام بها، فلا يجوز له مثلاً إيجار أموال الصغير فإذا أبرمها مع ذلك فإن الإجازة تكون موقوفة على إجازة الصغير -

هذا وقد نصت العبارة الأخيرة من الفقرة (أولاً - أ) من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ على ما يلي (ويعتبر من أكل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الأهلية) (١) . وهذا يعني أن عقود الأيجار التي يبرمها من أكل الخامسة عشرة من عمره وأذن له بالزواج من قبل المحكمة تعتبر صحيحة نافذة . ومن المقارنة بين النصوص الواردة في القانون المدني وقانون رعاية القاصرين يتضح أن الصغير الذي أكل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة يعتبر كامل الأهلية . يصبح له الحق في التصرف بكامل أمواله فتكون جميع تصرفاته صحيحة نافذة ومنها إيجاراته . أما الصغير الذي يأذن له بممارسة التجارة فيعتبر بمنزلة البالغ من الرشد في حدود التصرفات الداخلة تحت الأذن . أي أنه يتمتع بأهلية كاملة في نطاق هذه التصرفات .

(١) نصت المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على ما يلي :- ((إذا طلب من أكل الخامسة عشرة من العمر الزواج للقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يعده دعائه . فإن لم يعترض أو كان اعتراضه قيسر جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج)) .

المبحث الأول

من له الحق في الإيجار

أولاً - المالك : ومالك الشيء - باعتباره يستطيع التصرف بذلك الشيء - بيعه وما يترتب على ذلك من انتقال ملكيته فهو يستطيع من باب أولى أن يؤجره أي أن يمكن الشيء من الانتفاع به - ولهذا فإن المالك يحق له أن يؤجر ملكه ويكون عقد صحيحاً نافذاً طالما كان بالغا سن الرشد وغير محجور عليه . لأن من يملك حق التصرف يملك حق الإدارة كما نعلم . وكما يكون الشيء مملوكاً لشخص واحد فإنه من الممكن أن يكون مملوكاً لأكثر من شخص واحد وتكون في هذه الحالة إزاء ملكية شائعة كما لو اشترى عدد من الأشخاص عقاراً فإن كل شخص منهم أصبح مالكا على الشيوع .

وقد عالج القانون المدني العراقي هذا الموضوع في عدة مواد حيث نصت المادة (٧٣٦) منه على مايلي :- ((يجوز إيجار الحصة الشائعة للشريك أو لغيره)) كما أكتت هذا الحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٠٦٦) بقولها :- ((يجوز للشريك على الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه)) .

أن حق المالك على الشيوع يتقيد بعدم الأضرار بمالي الشركاء كما أنه يتقيد من ناحية أخرى بما جاء في المادة (١٠٦٤/ف١) مدني عراقي التي تنص بأن :- ((تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . وما يستقر عليه رأي أصحاب القدر الأكبر من الحصص في اتصال الإدارة المتعادلة يكون طرزا للجميع حتى الاغلبية التي خالفت هذا الرأي)) (١) .

ويلاحظ جانب من الفقه المصري بحق (٢) بأن قوانين إيجار العقار لسد قروت تبدأ الامتداد القانوني لطود الإيجار بالنسبة للمأجور الذي يظلمح لإحكام هذه القوانين . وهذا يعني أن الاغلبية اذا قامت بتأجير العقار لسد

(١) انظر في ذلك ... د- كمال قاسم قروت - المصدر السابق - ص ٢٨ وما بعدها .

٢- عامري - المصدر السابق - ص ٢٦١ - ٢٦٢ .

(٢) د- رمضان أبو السعود - المصدر السابق - ص ١١٦ .

سنة واحدة ، فإن هذا المدة يستد الى اكثر من ثلاث سنوات اذا لم يوجد مستحقي
من السباب التخيلية التي لصت عليها قوانين ايجار العقار او كما تنسى في مصر
قوانين ايجار الاماكن -

ثانيا - الإيجار الصادر من له حق الانتفاع بالشيء

- مالك حق المنفعة :-

حق المنفعة حق عيني يتحول صاحبه استعمال الشيء المنفع به وتوايحه
والاستيلاء على ثماره مدة المنفعة به (م ١٢٥٢ مدني عراقي) لان القانون المدني
يجوز تملك منافع الاماكن عقارا كانت أم متقولا (م ١٢٤٩ مدني عراقي) ،
وللمنتفع استعمال الشيء عن طريق تاجيره لاي مدة يراها بشرط الا تزيد عن مدة
حق الانتفاع ذاته فلا يتفقد المنتفع عنها بمدة الثلاث سنوات التي يتفقد بها مسن
يكون له الحق في الادارة لان للمنتفع لا يدير المال وانما يشغل حقا له وان كان
بمدة معينة هي مدة حياته او لمدة أقل من ذلك ، ويتفقد المنتفع هذا الحق موقوتا
بان تكون الاجارة الصادرة عنه مفيدة بالثمن الذي يبقى فيها حق الانتفاع قائما ،
فاذا كانت مدة الانتفاع عشر سنوات جاز للمنتفع ان يؤجر الشيء لاية مدة بشرط
الا تتجاوز العشر سنوات ، والا تجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع لان حـق
الانتفاع ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل (م ١٢٥٧ مدني
عراقي) ، فاذا اجر المنتفع الشيء لمدة عشر سنوات وبقي حيا طوال هذه المدة
فان الاجار يبقى قائما حتى انقضاء العشر سنوات اما اذا مات بعد انقضاء خمس
سنوات مثلا فان الاجار ينتهي بموته لزوال حق المنفعة ، ويبقى بالنسبة للسنوات
الخمس التالية لموته موقوتا على اجازة المالك الذي عاد اليه حـق المنفعة بموت
المنتفع (م ٢٢٢ مدني عراقي) - ويرى البعض (١) بأن هذه الاحكام
ينمطل تطبيقها اذا كان محل الانتفاع عقارا خاضعا لاحكام قوانين ايجار
العقار بسبب وجود الامتداد القانوني في هذه القوانين ، حيث ليس من
الممكن ان تنقض الاجارة الصادرة من المنتفع بانقضاء حق الانتفاع ، ويعني

(١) د. رمضان ابراهيم - المصدر السابق - ص ١٥٣ .

انه لا يمكن للمستفيد ان يقوم باي ابرام عقود الايجار ايا كانت بداتها اذا كان حق الانتفاع واردا على عقار يخضع لهذه القوانين الخاصة .

ب - الايجار الصادر من صاحب حق الاستعمال او حق السكنى

يصح ان يكون لسليتك المنفعة فاصرا على الاستعمال او على السكنى (م ١٢٦١ مدني عراقي) . ويتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق وامرته في خاصة المصنف (م ١٢٦٢ مدني عراقي) . فلا يجوز تاجيره للغير واذا قام صاحب حق السكنى بالاستعمال بتأجير نفسه للغير ومع ائتمه باطلا لوروده على حق لا يقبل التأجير (١) . ولكن مع ذلك يجوز لصاحب حق الاستعمال او حق السكنى ان ينزل عن الحق ويؤجر الشيء في حالة وجود شرط صريح او صريح قوي يذهب الى ذلك (م ١٢٦٣ مدني عراقي) . وقد اراد المشرع بهذا الاستثناء ان يدخل شيئا من المرونة يخفف من حدة البسما الذي يلغى بعدم جواز النزول عن الحق او تأجير الشيء المحصل به اذا طرأت ظروف على صاحب الحق تجعل التقيد بهذا المبدأ مزيدا الى الضيق والخرج كان يوصي شخص يسكن بيت لاولاده ثم يمر الزمن فيضيق بهم البيت . او يصح لغيره ان يسكنهم او ينقلون الى بلد اخر فلا يستطيعون سكناه . فم اذا طرأت ظروف من هذا القبيل جاز لصاحب الحق ان ينزل عنه او يؤجر الشيء المحلل به . ولاشك بان تقدير وجود كفاية المبرر للنزول عن هذا الحق بعد امره متروكنا لقاضي الموضوع .

س

وقد تحتاج الدار التي تقرر عليها حق السكنى الى اصلاح . لذلك يلتزم صاحب هذا الحق باحراية على ان يكون المأني التي يقيمها ملكا خالصا له ينتقل الى وراثته . فاذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الاصلاح . للمصلحة ان تؤجر الدار لشخص اخر يقوم بالاصلاح خصما من الاجرة ويرد الدار في نهاية الايجار لصاحب حق السكنى (م ١٢٦٤ مدني عراقي) .

(١) د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ١٥٦ -

ثالثاً - الإيجار الصادر من الدائن المرتهن وهنا حيازياً :-

الدائن المرتهن رهن حيازة ، هو يجوز شيئا للمدين تأميناً على دينه ، وله أن يستغل العين المرهونة وفقاً لما اعتدت له ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ويستعمل الفلأ من الدين ، وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العين عقاراً كانت أم منقولاً ، على أن يخصم الاجرة من الدين فتستزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين (١) ، هذا وقد نصت المادة (١٣٣٩ / ف١) من القانون المدني العراقي على ان :- (١) يتولى المرتهن ادارة المرهون رهناً حيازياً وطالبه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد) .

وفي ضوء هذا النص يستطيع الدائن المرتهن ان يؤجر المرهون لاي شخص حتى اذا كان المستأجر هو الرهن لان الإيجار هو الطريق الطبيعي للإدارة والاستغلال ، ولكن لما كان المرتهن لا يملك الا حق الإدارة ، فلا يجوز له ان يؤجر المرهون لمدة تزيد على ثلاث سنوات (٢) ، ولكن هذا الامر يصطدم ببدا الامتداد القانوني لعقد الإيجار بالنسبة للعقارات الخاضعة لاحكام قوانين الإيجار الخاصة ، وعلى هذا الاساس يمنع على لدائن المرتهن تاجير هذه العقارات اللهم الا اذا تم هذا الإيجار للرهن ذاته (٣) .

-
- (١) د - السنهوري - عقد الإيجار - المصدر السابق - ص ١٠٢ .
وانظر ايضاً المادة (١٣٤٠) مدني عراقي .
 - (٢) د - العامري - المصدر السابق - ص ٢١٤ .
 - (٣) د - رمضان ابر السعود - المصدر السابق - ١٦٦ .

رابعة - الاجازة الصادر من الوكيل

الوكالة ، فقد يلزم به شخص ليرى مقام نفسه في تصرف جائز معلوم (م ٩٢٧ مدني عراقي) وقد تكون عامة كما قد تكون خاصة (م ٩٢٦ مدني عراقي) والوكالة الخاصة هي التي تتناول صلا قانونيا معينة ولا تخول الوكيل صفة النيابة الا في مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية ووفقا لطبيعة ذلوع العمل والعرف الجاري (١) .

وعلى هذا يكون ايجاز الوكيل صحيحا وانقذا بحق الموكل بشرط ان لا يتجاوز الوكيل الحدود التي رسمتها الوكالة - فاذا وكل ائلك شخصا بايجاز معين لمدة معينة صح ايجازه لهذه المدة أو المدة التي تقل عنها ، اما اذا عهد الوكيل الاجازة لمدة تزيد على المدة المحددة في الوكالة فان الاجازة يكون موقوفا على اجازة الموكل - ويجوز للمستاجر الذي تعاقده مع الوكيل ان يحدد للموكل ميعادا مناسبيا يميز فيه الشاغل - فان لم تصرف الاجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد (م ٩٤٤ مدني عراقي) - اما اذا كان التوكيل مطلقا مفوضا صح ايجاز الوكيل لاية مدة يشاء ، ويسرى ايجازه في حق الموكل (٢) .

(١) نفس المصدر - ص ١٧٢ .

(٢) د. العامري - المصدر السابق - ص ٢٦٤ ، د. كمال قاسم كروت - المصدر

السابق - ص ٥٠ .

المبحث الثالث

القيود الواردة على التراخيص في عقد الإيجار

على الرغم من أن عقد الإيجار يعد من العقود الرضائية إلا أن هناك بعض القيود الواردة في قانون إيجار العقار يجبر بمقتضاها على التأجير بشروط توفيق بعض الشروط التي أشارت إليها التوضيح القانونية بهذا الشأن وسنذكر تلك الحالات :-

أولاً - نقل العاملين في الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة :-

نصت المادة (١٦) من قانون إيجار العقار على مايلي ((يجوز لمن نقل من العاملين في الدولة أو لدى الأشخاص المعنوية العامة أو من العمل في مدينة أخرى، أن يشغل المسكن الذي كان يشغله سابقاً بشروط عقد الإيجار السابق لنفسه ، طبقاً لأحكام هذا القانون على أن يتحمل الأجرة من تاريخ إخلاء المأجور فعلاً)) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأن ((وضع هذا المبدأ جاء حلاً لمشكلة طائفة عانها الموظفون المقولون أو المنسبون للعمل في مدينة أخرى في البحث عن سكن في هذا المأجور أو عدم السكن فيه ، كما صان حقوق المأجر في الأجرة بأن في هذا المأجور ، أو عدم السكن فيه ، كما صان حقوق المأجر في الأجرة بـأن حفظ له الحقوق في السنة ، ما بين إخلاء المأجور وبين تسطه)) . يدعو من نص المادة أعلاه أن المشرع العراقي استهدف إعطاء الأولوية للعامل في الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أو المنسب للعمل في مدينة أخرى ، أحلى فيها مسكناً كان يحتاجه شخص آخر نقل منه ، أن يجيء أسباب الراحة والطمأنينة والاستقرار للموظف لكن يؤدي واجبانه الوظيفية على أتم وجه ولا يشكل وهو في هذه الحالة في البحث عن سكن يطمئن إليه مع عائلته ما يؤثر التأكيد على المصلحة العامة . وقد برزت الحاجة إلى مثل هذا النص في الوقت الذي ظهرت فيه أزمة السكن في كل مكان .

ولاجل تطبيق نص المادة (١٦) من قانون اجاز العقار لا بد من توافر الشروط التالية :-

١ - ان يكون النقص الذي نقل او سبب الى المدينة من الماعين في الدولة او لدى الاشخاص المنوية العادة منقول . و منسب للعدل في مدينة اخرى . وهذا يعني ان الاولوية لا تعطى هنا لموظف قديم في المدينة ساكن فيها قبل اخلاء الموظف المنقول لسكنه اذا اراد هذا الموظف القديم تغيير سكنه . انما تعطى الاولوية لموظف جديد ينتقل او يسبب الى المدينة ولم يكن ساكنا فيها من قبل . ووفقا للنص لا بد ان لا يكون الموظف الجديد قد جاء ليحل محل الموظف القديم في نفس الوظيفة حيث يقول النص :

((١٠٠٠) ان يشغل المسكن الذي كان يشغله سلفه ((١٠٠٠)) . (٦) .

وإذا كان من الضروري ان يكون المنقول من المدينة والمنقول اليها يعطى لدى نفس الدائرة او الجهة . وليس من الضروري ان يؤدى ان نفس العمل كما يعتقد . وهذا ما سلاحظه بعد قليل في نص مائل في قانون اجاز الاعاكن المصري .

٢ - ان يكون العقار المراد استثماره مسكنا حيث ان هدف التنصير كما قلنا هو توفير السكن للموظف المنقول . وهذا يعني ان العقار المستاجر اذا كان متجرا او مزرعا او مخزنا فلا يطبق حكم هذا النص .

٣ - ان يكون هذا المسكن قد شغله موظف تم اخلاء بسبب نقله من المدينة . وبذلك يخلو السكن من الموظفين القديمن المنقول من المدينة ليحل محله الموظف الجديد المنقول الى المدينة . لذلك اذا كان الموظف لم ينتقل من المدينة، انما اخلى المسكن الى مسكن اخر في نفس المدينة . فالمسكن الخالي لا اولوية له لموظف منقول الى المدينة (٢) .

(١) كظم الشيخ جاسم - قواعد اجاز العقار - ص ١٧١ - وما بعدها .

(٢) نفس المصدر - ص ١٧٤ .

وبمما سببه التحدث عن نص المادة (١٦) من قانون إيجار العقار الحالي سوى من الضروري الإشارة إلى نص المادة (٢٠١/٧) من قانون إيجار الأماكن المصري التي تقول : « للعامل المنقول إلى بلد بدلا من عامل آخر حتى الأولوية على غيره في استئجار السكن الذي كان يشغله هذا العامل إذا قام بإعلان المؤجر في مسكن أسبوعين على الأكثر من تاريخ الإخلاء برغبته في ذلك بكتاب موثق عليه بطمس الوصول على أن يعزز ذلك عن طريق الجهة التي يعمل بها المتبادلان وبحظر على تلك التحالف قبل انقضاء هذه المدة وعلى العامل المنقول إلى بلد آخر أن يخلى السكن الذي يشغله بمجرد حصوله على سكن في البلد المنقول إليه إلا إذا قامت ضرورة طبعته تمنع من إخلاء مسكنه » - ويشترط لإكمال هذا النص أن يكون كلا من العاملين تابعين لجهة عمل واحدة لها فروع في كل من البلاد المنقول منها والمنقول إليها . والأشترط أن يكون العامل الذي نقل إلى البلد قسده شغل ذات الوظيفة أو قام بملات العمل الذي كان يقوم به العامل المنقول من البلد (١) « ووفقا » لهذا النص أيضا على العامل المنقول إلى بلد آخر أن يخلى المسكن الذي يشغله بمجرد حصوله على سكن في البلد المنقول إليه إلا إذا قامت ضرورة طبعته تمنع من إخلاء مسكنه - فإن لم يحصل بعد على سكن في البلد الذي نقل إليه أو كان لديه أولاد في البلد المنقول منه في المدارس - ولكن إذا انتفت هذه الضرورة الملحة وامتنع الموظف المنقول من البلد عن إخلاء مسكنه - فإن المؤجر يستطيع مطالبة هذا الموظف بالإخلاء وذلك عن طريق المعوى . كما يملك ذات الحق أيضا الموظف الذي نقل إلى البلد فهو صاحب حق مباشر في مطالبة الموظف المنقول بتخليه التزامه بالإخلاء .

ومما يميز النص المصري السابق ضرورة أن يقوم العامل المنقول إلى البلد بإعلان المؤجر في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ الإخلاء برغبته في ذلك كما يجب أن يعزز هذا الإعلان بإخطار من الجهة التي يعمل بها المتبادلان ويجب أن يستوفي هذا الإخطار الشكل اللازم في هذا الصدد بمعنى أن التعزيز إذا كان صادرا من جهة حكومية فيجب أن يكون صادرا من شخص ذو صفة ومسؤولية ومفردا يحتم هذه الجهة .

(١) - رمضان أبو السعود - المصدر السابق - ص ١٧٨ .

مسكن بديلة ، طالما لم يكن له مسكن في البلد الذي نقل اليه . وهذه الاولوية انما تكون في استئجار المسكن لحسب - وعلى ذلك اذا رغب المالك في شغل المسكن بنفسه كان له ذلك وليس للعامل اجاره في هذه الحالة على تاجيره له . فمفهوم الاولوية الوارد في النص انها اولوية للعامل المنقول عند رغبة المؤجر في تاجير المسكن للغير .

ويلاحظ انه اذا توافرت الشروط المنقمة ورقض المؤجر التاجير للعامل المنقول الى البلد كان لهذا العامل رفع دعوى أمام القضاء ليحكم له بتججير المسكن ويقوم حكم المحكمة مقام عقد الإيجار) طبقا للقواعد العامة (١) .

ومن خلال مقارنة بسيطة بين النص العراقي والنص المصري ، يبدو لنا ان النص المصري اكثر وضوحا ودقة من النص العراقي ، فضلا عن ان هذا النص يحقق كما نعتقد التوازن التام في المصالح بين العاملين المنقولين من جهة وبينهم وبين المؤجر من جهة اخرى ولا يضع أي منهم تحت رحمة الاخر دون مبرر ، وتشترك الماترة التي يرتبط بها الموقف المنقول من وال المدينة في هذه العملية وهو ما يقتضيه النص العراقي . لذلك ندمر التشريع الى ضرورة اعادة النظر بنص المادة (١٦) من قانون ايجار العقار بما يحقق هذه الاهداف .

ثانيا - بقاء العقار المهد للسكن خاليا لمدة تزيد على تسعين يوما يلتزم مالك العقار المهد للإيجار لغرض السكن باختيار دائرة ضريبة العقار بخلوه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الخلو ولا يجوز ان يبقى خاليا بسنون عذر مشروع مدة تزيد على تسعين يوما من تاريخ اكمال بنائه أو خلوه . فإذا امتنع مالكة عن ايجاره خلال المدة المذكورة ، تولت السلطة المالية ايجاره (١) .

وقد وضحت الفقرة (ب) من المادة (١٦) من تعليمات ايجار العقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ اسلوب تاجير العقارات الخالية للمواطنين فإذا تمت للسلطة المالية ان العقار المهد لغرض السكن بقي خاليا لمدة تزيد على (٩٠ يوما)

(١) نفس المصدر - ص ١٧٩ - ١٨١ .

(٢) م ٢٠ من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

يدون عدد مشروع ، ان تبادر الى ايجاره وفقا لاحكام القانون ، بعد تبليغ صاحب المطار او من يتولى عنه قانونيا ، بتسليم مفاتيح المطار خلال مدة ستة ايام ، وعند امتناعه تقوم اللجنة المشكلة لهذا الغرض ، بتسليم المطار وتسليمه الى دائرة ضريبة المطار المختصة بعد تنظيم محضر يبين اوصاف المطار ونوعه وموجوداته ونواقصه لغرض تأجيره (٩) . ثم تقوم دائرة الضريبة المختصة بالاعلان بحسن المطار الحالي لغرض تأجيره ، وفي حالة وجود اكثر من راضٍ للتأجير ، وتساوي العروض نظري الاتصالية على النحو التالي :-

(١) من استملك داره او قطعة ارض يملكها ،

(٢) ذوي الدخل الاقل نسبيا ،

(٣) من يعيل اسرة اكثر عددا (٤)

وتسري الاحكام المذكورة كذلك على المقارن الشيفة حديثا اعتبارا من تاريخ

انقائها الذي تمهينه لجان التدبير في دائرة ضريبة المطار ، (٥)

ان الهدف من وضع المادة (٢٠) من قانون ايجار المطار ينجلي في الحد من ترك الكثير من المقارن المدة للسكن خالية دون التجير بهدف المضاربة والحصول على الربح بدل ايجار سكن ، ولاتك بان هذا النص يسهم كذلك في التخفيف من أزمة السكن .

وتطبق من المادة (١٠) سائفة الذكر لآيد من توفر الشروط التالية :-

- أن يكون المطار الحالي مسكنا صفاً للايجار ، وهذا يعني ان النص لا يشمل المقارن الاخرى كالمعاشيات والمطاعم والدكاكين والسراريب (والكراجات) .

(١) وتتكون هذه اللجنة في مراكز المحافظات من مدير ضريبة المطار وضابطي أمن وشرطة المنطقة ومختار الحلة اما في مراكز الاضية والنواحي فتتألف من مدير المال (في مركز القضاء) ومأمور المال (في مركز الناحية) بالإضافة الى ضابطي أمن وشرطة المنطقة ومختار الحلة .

(٢) الفقرة (ج) من المادة (١١) من التعليلات المشار اليها .

(٣) الفقرة (د) من المادة (١١) من التعليلات .

كذلك لا ينقل العقارات غير بناء الأبنية حتى لو كانت عدة المسكنين ،
كذلك العقارات المحجوزة من قبل اصحابها لقطعة من المصنف أو النساء ،
وأيام الأعياد والمناسبات والمطل الرسمية .

٢ - ان يقر المسكن خاليا مدة تزيد على تسعين يوما ، دون ان يشغله صاحبه
أو يؤجره ، أبدا من تاريخ اكتمال البناء أو خلوه . وهذا يعني ان المدة اذا كانت
(٩٠) يوما بالنسبة أو المثل منها فلا يجوز تطبيق نص المادة (٢٠) كذلك نسردنا
بان هذه الفترة يجب ان تكون متصلة غير منقطعة .

٣ - أفتتاح صاحب المسكن التالي من ايجاره دون عذر مشروع . وهذا يعني
انه اذا كان هناك تبة عذر مشروع فلا يجوز تطبيق نفس المادة (٢٠) . ان
تقدير هذا العذر وكفايته ، يعود الى القاضي الموضوع لان عبارة العذر المشروع
جاءت مطلقة . حيث تنطوي تحتها حالات كثيرة يعود امر تقديرها الى القاضي .
ومن الامثلة على العذر المشروع قيام الشخص بأجراء ترميمات واملاحات أو
اتناء بيته نحو الهدم ومباشرة بتنظيم الخراط والحصول على اجازة البناء
أو انتظار ولقاء القادم من الخارج بعد انتهاء بيته أو زمالته الدراسية أو قومه
بصحبة زوجته بعد السفر بها حديثا لغرض السكن في هذا المقار وهكذا .

ويظهر من نص هذه المادة انه لا حاجة الى توجيه اذار لصاحب العقار تنظ بعدد
الاحرازات المتأخر اليها ، اي يكفي بمرور الفترة الزمنية المحددة قانونا (وهي المدة
التي تزيد على تسعين يوما) بدون عذر مشروع الا اننا نرى ان توجيه الاستاذ
بعد امرا ضروريا لامطاء مالك العقار الفرصة الاخيرة لايجار عقاره ، وفقا لمعامل
الضغط النفسي والضحية التي قد تسبب من جراء ايجار العقار دون رغبة
مالكة . كذلك سيساهم هذا الاجراء في الحد من حالات الترهين والعداوة التي
قد تنجبتها البعض للايقاع بأشخاص آخرين ، وهذا ما يبرز عنه الشرع طبعاً .

هذا وقد نصت المادة (٢١٨) من قانون ايجار الاماكن المصري رقم ٤٩ لسنة
١٩٧٩ بان (لايجوز ابقاء المسكن المدة للاستغلال خالية مدة تزيد على اربعة
اشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بلاجرة القانونية) (١٦) .

(١٦) مزيد من التفاصيل عن شرح هذا النص راجع : ٥٠ رمضان ابو السعود -
المصدر السابق - ص ١٩ وما بعدها

الفصل الثاني

المحل في عقد الإيجار

المحل في عقد الإيجار هو العنصر القانوني الذي يراد اتصافها بين المؤجر والمستاجر لأشياء التزامات بينهما ، وتمثل هذه التزامات تكوين المستاجر من الانتفاع بالمأجور ، عقارا كان أم متقولا ، أم حقا لمدة معينة مقابل اجرة يلتزم بها المستاجر ، وعلى هذا الأساس لا بد من الاتفاق بين الطرفين على المأجور والاجرة والسدة .

ولهذا فأننا في صدد الكلام عن المحل في عقد الإيجار ينبغي ان نعرض لدراسة الشيء المؤجر لسم الاجرة واخيرا التمس في عقد الإيجار ، وستتم هذه الدراسة في أطوار أحكام القانون المدني وقانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل .

المبحث الأول

الشيء المأجور

يذهب الرأي السائد في الفقه ، بأن الشيء المؤجر من الناحية القانونية الدقيقة ليس هو ذات العين المؤجرة ، بل هو الحق الذي يكون للمؤجر على هذه العين ، فإذارة - وهذا هو الغالب - يكون للمؤجر على العين المؤجرة حق الملكية ، فيؤجر في هذه الحالة حق ملكيته ، ولما كان حق الملكية ينتج بالشيء المملوك ويصحان شيئا واحدا ، لذلك كان المألوف ان يقال ان المؤجر يؤجر العين ذاتها لاحق ملكيته فيها ، وتارة يكون للمؤجر على العين المؤجرة حق دون حق الملكية - وهذا الحق قد يكون حقا عينيا كحق الانتفاع ، فيؤجر المؤجر حق الانتفاع لاحق الملكية ، لانه يملك الانتفاع دون الملكية ، وقد يكون هذا الحق حقا شخصيا كحق المستاجر ، فيؤجر المؤجر حقه كمستاجر لمستاجر من الباطن في الحالات التي يجوز له فيها اجراء مثل هذا التصرف مع الأخذ بنظر الاعتبار موقف قانون إيجار العقار الناقد من حق الإيجاز من الباطن او التنازل عن الإيجار الذي مستدرسه تفصيلا (١) .

(١) انظر في ذلك : د- السهوي - الوسيط - ج٦ - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٣ - ص ١٢٥

المطلب الاول

شروط الشيء المؤجر (١)

شروط الشيء المؤجر هي نفس الشروط التي تقتضيها القواعد العامة . حيث يشترط في الشيء المأجور ان يكون موجودا او يمكن الوجود وان يكون مبيئا او قابلا للتعيين ، كما يجب ان يكون قابلا للتعامل فيه اي ان التعامل فيه ينبغي ان يكون مشروعاً . ويضاف الى هذه الشروط الثلاثة شرط اخر نظيه طبيعية عند الايجار . التي تنجلي في التزام المستأجر برد ذات الشيء المؤجر عند انتهاء مدة الايجار . ولا قد يجب ان يكون الشيء المأجور غير قابل للاستهلاك .

اولاً - وجود الشيء المؤجر -

يجب ان يكون الشيء المؤجر موجوداً وقت العقد ، والايجار في ذلك شأنه شأن سائر العقود . وعلى ذلك يكون ايجار الشيء المضموم باطلا ، فإذا اجبر الشخص داراً ظن انها موجودة وهي غير موجودة . - اجبر المنتفع حق الانتفاع ثم تبين ان هذا الحق ليس له ، او اجبر المستأجر حقه من الباطن (في الاحوال التي يجوز له فيها ذلك) ثم تبين ان الايجار الاصلي باطل فليس له حـق يؤجره . كان الايجار في جميع هذه الاحوال باطلا لانعدام المحل .

وان كان الشيء قد وجد ولكنه هلك هلاكاً كلياً قبل العقد ، كان الايجار باطلا لانعدام المحل . فإذا اجر شخص داراً وتبين انها احترقت قبل الايجار ، او اجبر المنتفع حق الانتفاع وتبين ان هذا الحق قد انقضى قبل الايجار . فإبان الايجار يكون باطلا . اما اذا كان الهلاك جزئياً ، بان احترق جزء من الدار مثلاً . فإبان الايجار يبطل في هذا الجزء . ويبقى صحيحاً في الجزء الباقي . الا اذا تبين ان الايجار

(١) للمزيد من التفاصيل راجع : د- السنهوري - ج٢ - المصدر السابق - ص ١٢٦ وما بعدها د- توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها . د- العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها .

ما كان ليشتر بغير الجزاء الذي أحرق ليبتل كله ولذا لنظرية انقاص المنفعة
وم ١٣٩ مدني عراقي) - (١)

وإذا كان الشيء مضموناً وقت العقد - ولكنه يمكن الوجود في المستقبل - كأبجار
دار قبل بنائها على أن يبدأ الأبجار وقت تمام البناء - فإن الأبجار يكون صحيحاً،
ولا يشترط أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد - بل يكفي أن يكون ممكن
الوجود - ويكون العقد في هذه الحالة مضافاً إلى أجل واقف ما دام الشيء محقق
الوجود -

ثانياً : - تعيين الشيء المؤجر

ويجب أن يكون الشيء المؤجر معيّنًا تعييناً كاملاً، فيوصف وصفاً تاماً
للجهالة - فليس أبجار منزل مثلاً - يجب أن يحدد المنزل تحديداً كاملاً يذكر موقعه
ورقمه وعدد طوابقه إذا كان الأبجار ينصرف إلى المنزل كله - ولي أبجار طابق من
منزل أو شقة في عمارة يجب أن يتحدد رقم الطابق أو الشقة - ولي أبجار أرض
يجب أن تعين بحدودها - وحدودها - وترقيمها في السجل العقاري - الخ - وإذا أجرة
سيارة معينة الذات - وجبان يبين أجرة السيارة بجزءها وإن يذكر أوصافها المميزة
وليس من الضروري أن يكون الشيء معيّنًا لمعلا بل يكفي أن يكون قابلاً
للتعيين - فإذا استأجر شخص من آخر مركبة للنقل من صنف معين بأجرة
معينة فللمؤجر أن يسلم السيارة مركبة ما دامت من الصنف المتفق عليه
وتصلح للخدمة المقصود منها - وإذا استأجرت مدرسة سيارات لنقل التلاميذ
ومن عددهم - فللمؤجر أن يسلمه سيارات تكون كافية لنقل هذا العدد من
التلاميذ وتكون صالحة للنقل - وإذا لم ينفق على درجة الشيء من الجودة - التزم
المؤجر بشيء من صنف متوسط -

(١) أما إذا هلك الشيء بعد العقد - سواء كان ذلك قبل التسليم أو بعده - فيجوز
للمستأجر في هذه الحالة فسخ العقد أو انقاص - الأجرة حسب الأحوال كما
سنرى ذلك -

الثالث - قابلية الشيء للتعامل فيه -

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه حينما يخرج من دائرة التعامل بطبيعته أو يقتضي القانون أو كان التعامل فيه غير مشروع . ومن المأمور ان غالباً يجوز بيعه لايجوز ايجاره . ولكن يلاحظ بان هذا القول غير صحيح على اطلاقه لوجود ماورد جوهرى بين عقد البيع وعقد الايجار . ذلك لان البيع يرد على الملكية في حين ان الايجار لا يرد الا على المنفعة . وينتزع على ذلك ان بعض الاموال التي لايجوز بيعها يجوز مع ذلك ايجارها كالاموال الموقوفة والاموال العامة بالقدر الذي لا يتعارض فيه تاجير الاموال الاخيرة مع الغرض الذي خصصت من اجله

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لان ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع الى مخالفة التعامل للنظام العام أو الاداب . فاجاز المنزل المعد للتعمير أو لعب القمار يكون باطلا لعدم مشروعية المحل . ويختلف هذا عن حالة المنزل الذي لا يكون معدا للعبارة . ولكن يستاجر الشخص بقصد استعماله للعبارة أو لعب القمار . فان العقد يكون باطلا في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب . والسبب هنا بمعنى الباعث المانع الى التعاقد حتى كان هذا الباعث معلوما للتأجير .

رابعاً - عدم قابلية الشيء المؤجر للاستهلاك -

يلزم ان يكون الشيء المؤجر غير قابل للاستهلاك . والقصد بذلك ان الاجار لا يمكن ان يرد على الاشياء التي تستهلك من اول استعمال لها . ذلك ان الاجار يشترط على حائز المستاجر التزاما بالمحافظة على الشيء المؤجر ورده في نهاية المدة المحددة للانتفاع (١) .

ومع هذا فان لارادة الطرفين دخلا في هذا الصدد . فقد يكون الشيء قابلاً للاستهلاك من اول استعمال له . ومع ذلك يشترط على المستاجر ان يرده بذاته عند انتهاء الاجار . وذلك متى كان القصد من الاجار الانتفاع بالشيء على نحو يختلف عن الاستعمال الذي اعد له بحسب طبيعته . من ذلك مثلا حالة مسا

(١) انظر المادة (٧٧١) من القانون المدني العراقي .

إذا استاجر تاجر حبوب غلالاً من نوع معين موجود لدى المزجر لكي يعرضها في معرض تسم يردعا إلى مالكيها بذاتها .

وإذا كان الأيجار لا يبرد إلا على الإتياء التي لا تملك من أول استعمال لها أي الإتياء التي تقبل الاستعمال المتكررة . فإن بعض القوانين (١) أجازت أيجار الإتياء التي تغلظ شيئاً من قيمتها جراء الاستعمال . أي بعد هذا وهذا طبعياً طالما كان الغلظ من قيمة الشيء نتيجة الاستعمال المتكرر للشيء .

المطلب الثاني

نطاق سريان قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

لدراسة نطاق سريان قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لابد من معرفة المقارنات المستثناء من هذه الأحكام . نظر لما يترتب على هذا الأمر من أهمية وأثار وبشكل خاص ما يتعلق بمقدار الأجرة وأسباب التخلية وغير ذلك .

أولاً - المقارنات المشمولة بأحكام قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلي :- (تسري أحكام هذا القانون على المقارنات المبنية الواقعة ضمن حدود أمانة العاصمة والقطاعات والبلديات ويستثنى من ذلك المقارنات المملوكة للدولة والقطاع الاشتراكي والانتعاش المتوية العامة . هذا المصنف منها للسكن لتخصيم أحكام هذا القانون مع مراعاة الاستثناءات الواردة في البندين (ج ، د) من الفقرة (٢) من هذه المادة ١٠) .

ومن هذا النص نفهم أن أحكام هذا القانون تسري على المقارنات المبنية الواقعة ضمن حدود أمانة العاصمة بالنسبة لمحافظة بغداد (١) والبلديات بالنسبة لبقية

(١) انظر المادة (٥٣٤) من قانون المرحبات والمقود المتناسي .
(٢) نصت محافظة بغداد والوحدات الادارية المرتبطة بها ضمن حدود مدينة بغداد (محدود امانة العاصمة) بموجب قرار مجلس قيادة الثورة الرقم (١٣٠) لسنة ١٩٨٧/٦/١٧ وحلت محلها مائة بغداد ولم توزع الوحدات الادارية (خارج حدود امانة العاصمة) على المحافظات الجاورة لمدينة بغداد .

الحفاظات الأخرى بما في ذلك العقارات التي تستأجرها أو تؤجرها الدولة أو
الأشخاص المعنوية العامة .

وبموجب هذا النص تسرى أحكام القانون على العقارات المشيدة الواقعة ضمن
حدود إمارة بغداد والبلديات ، أي أنها لا تسرى على الأراضي ((ما دامت غير
مدينة)) - والبياتين حتى وإن كانت تقع داخل تلك الحدود . كذلك لا يسرى
النص على العقارات المشيدة الواقعة خارج تلك الحدود المشار إليها في النص -
والوقوف على حدود إمارة بغداد والبلديات يتم بالرجوع إلى الخرائط الخاصة
بالإمارة أو البلديات المعنية وفي حالة تعديل حدود أي منهما يلزم الرجوع إلى
القرارات الصادرة بهذا الشأن للتحقق من حدود إمارة بغداد أو حدود البلدية .

ويقصد بالدولة كافة الأجهزة كالوزارات والشركات والمنشآت والمديريات
العامة وغيرها سواء كانت مدنية أو عسكرية . أما الشخصية المعنوية فهي
مصطلح يطلق على مجموعة من الأشخاص تستهدف فرض معين . أو مجموعة من
الأموال تخص لفرض معين . ويعترف القانون لهذه المجموعة بالشخصية
القانونية المقررة للإنسان وتصبح أهلاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات (١)
وفيه داعي التشريع بنص الفقرة (١) من المادة الأولى من قانون أيجار العمار
سنة ١٩٦٥ وجعلها محل الاعتبار الرئيسي لتحديد مجال تطبيق القانون ، فأخضع
لاحتكاه العقارات المدة للسكن التي تؤجرها أو تستأجرها الدولة أو الأشخاص
المعنوية العامة . فحكم النص بقتصر على العقار المخصص للسكن أي العقار الذي
حيزه ليكون سكناً واعد لذلك بطبيعته وقت البناء حتى لو استعمل في غرض
آخر غير السكن . إلا أن العقار الذي يصلح بطبيعته لأن يكون مسكناً يصلح في
الوقت ذاته لأغراض أخرى كأن يكون مدرسة أو مستشفى أو ملجأ أو مؤسسة
تعليمية أو مكتبة لمحام أو عيادة لطبيب أو لمتفأ . . . الخ .

(١) للمزيد راجع م ١٧ - ١٩ مدني، عراقى . و- شاب توها منصور - القانون
الإداري - الكتاب الأول - ط ١ - دار العراق للطبع والنشر ، ١٩٧٩ - ١٩٨٠ ،
ص ٧٢ وما بعدها .

أما العقارات التي لم تهباً لتكون مسكناً ولم تعد بطبيعتها لذلك ولدت البنية
للأحيوية والحمايات والمخازن والمطابخ والمغاسي والكراجات والمكاتب والمعاصر
والمدارس والمعامل وغيرها فلا تخضع لحكم النص .

وما تسلكه الدولة (كشخصية معنوية) من عقارات مبنية . إما أن تملكها ملكية
خاصة كما يملك الأفراد أموالهم فيكون لها التصرف فيها يسألر الوجوه التي
يتصرف فيها الأفراد في «أولهم ولكن في حدود المصلحة العامة . وإما أن تكون
أموالاً مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون . إن النوع الأول من
إسلاك الدولة هو الذي يتصور تحت مفهوم النص القانوني دون أملاك
الدولة المخصصة للمنفعة العامة . فإذا اجرت الدولة أو إحدى المصالح الحكومية
داراً لأحد الأفراد فإن حكم النص ينسب أيجار هذه الدار لها العقارات المبنية
والتي تنسب من الأموال العامة فلا يجوز التصرف فيها وإنما يجوز إعطاء منعتها
إلى شخص في مقابل جعل أمين بإنهاء تحقيق المصلحة العامة بعيداً عن المضاربة
والاستغلال . ولا يجوز للمنفع هنا أن يتسلك بأحكام قانون الإيجار (كتسلكه
مثلاً بالامتداد القانوني للعقد بعد انتهاء مدته) بل يجوز للجهة الإدارية المختصة
إسراجه في أي وقت ولو قبل وقت انقضاء مدة الترخيص الأصلي متى انتهت
المصلحة العامة ذلك . (١) .

ثانياً - العقارات المستثناءة من أحكام قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

وجدها في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه ولذلك لا يجوز استثناء عقارات أخرى
استثنى قانون إيجار العقار وعلى سبيل الحصر بعض العقارات من أحكامه
شريطة ورود في هذه الفقرة . كما لا يجوز اتفاق المتعاقدين على استثناء عقار أحسر
من أحكام هذا القانون والعقارات المستثناءة هي :-

١- مخزونات السيمياء والمغاسي والحدائق ومحلات شرب الحبوب والعقارات التي
استخرتها الشركات الخاصة التي يزيد رأسمالها على خمسين ألف دينار .
ولقد نطس التشريع في ذلك إلى الأرباح الوفيرة التي يجنيها مستأجر هذه

(١) راجع بحثنا الموسوم «ملاحظات في قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة
١٩٧٩ (العدل)» المنشور إليه سابقاً - ص ٢٢٤ وما بعدها .

المقارن مضافا الى ذلك العناصر الاخرى التي لتتعلق في العلاقة الاجبارية
 وضرورة ترك امر تحديد العلاقة بين الطرفين الى القوانين الخاصة بها
 والقانون المدني (١) ويقتصد بمحل شرب المشروبات ، المحل الذي يقدم
 المشروبات الكحولية الى الزبائن ، اما ذلكاين بيع المشروبات فملا
 يشملها النص وبالتالي فهي خاضعة لاحكام القانون (٢) ويستثنى ايضا
 من احكام القانون كل طار تستأجره شركة خاصة (اعلية) عراقية كانت
 لم امنية صرف النظر عن نوعها وشروطها كان الغرض من ايجار المقار
 جلة طارا لشركة او لسكن العاملين فيها او لانتاجه كمخزن لموادها . . .

المح

وهذا يعني ان الشركة المستأجرة اذا كان ولسالها يقل عن خمسين ألف
 دينار او كان خمسون ألف دينار بالتمام فانها تعد غير مستثناة من احكام
 قانون ايجار المقار (٣) علما بان هذا الاستثناء يقتصر على حالة استئجار
 الشركة للمقار ولا يشمل حالة ايجار ملكها للمغير . . . (٤)

واستثنى القانون مؤقتا المقار المدة لسكن المبنة حديثا لمدة ثلاث
 سنوات من تاريخ اكمال بنائها تشجعا لاصحاب الاعمال على استقلالهم
 في انشاء هذه المقار معاونة من القطاع الخاص في العمل على حل مشكلة
 السكن (٥) ويجب ملاحظة ان المقار المبنة حديثا لا تستثنى من احكام
 القانون الا اذا كانت معدة للسكن كالدور والشقق - اما الحوايت والمحللات
 وغيرها من المقار التي لم تكن معدة للسكن فهي تطبق للقانون حسي
 وان كانت مبنية حديثا ولم تنص عليها اكثر من ثلاث سنوات . ويجري
 احساب مدة الاستثناء المثار اليها من تاريخ اكمال بناء المقار ، استنادا
 الى الكسوف الذي تجريه دائرة حرية المقار وشهادة الاعطاس الضريبة التي

- (١) الفقرة الثالثة من المذكرة الايضاحية لقانون ايجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .
- (٢) م/١٢٤ من تطبيقات ايجار المقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ .
- (٣) الشامي سعد خليل الراضي - شرح قانون ايجار المقار - ط ١ - ١٩٨٢ - ص ٦٧ .
- (٤) كالم في التصيح جاسم - قواعد ايجار المقار - ص ٥٣ - ٥٤ .
- (٥) الفقرة الثالثة من المذكرة الايضاحية .

تصدرها الدائرة وفق قانون صربية العقار رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ المعدل
بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٩ - ويختبر يوم اكمال البناء اليوم السرى
لعدد فيه رسوم اصال القوة الكهربائية . (١)

كما يستثنى القانون العقارات المعدة للسكن التي تزجرها الدولة او الاشخاص
المعنوية للعاملين فيها . لان طبيعة العلاقة بين المنتظمين بهذه العقارات وبين
الدولة والاشخاص المعنوية العامة تقتضي وضع قواعد خاصة لتحديد الاجرة
على مقدار الراتب والمخصصات وكيفية استيفائها وكذلك قواعد الانتفاع
بالمجاور ومدى البقاء فيه الى غير ذلك (٢) فقصده جسرت بعض الوزارات
والمصالح الحكومية الاخرى والاشخاص المعنوية العامة على اثناء مساكن
لوطنيتها وعائلاتها . الذين يعملون في المنشآت التي تقيها كالمحطات والمعامل
والمصانع وغيرها ، بقصد التيسير عليهم وحتى توفر لهم لسطا من الاطمئنان
في معيشتهم تمكنهم من اداء الاعمال والواجب المتوقعة بهم على أكمل وجه .
وتفرا الى ان اخضاع العلاقات التي تقوم بين الوزارة وموظفيها في هذه
المساكن لقانون ايجار العقار يفوت الحكمة من انشائها ، اذا يترتب على
احكام القانون الاخير ان ينسك بعض الموظفين او العمال بالبقاء في هذه
المساكن حتى بعد تقادم من عملهم الذي من اجله صرح لهم بالاقامة في
هذه المباني ، او بعد انتهاء الخدمة لاي سبب من الاسباب . الامر الذي
ينجم عنه صعوبة ايجاد مساكن لمن يحل محلهم من الموظفين او العمال .
علوة على الاختلاف الواضح في العلاقة التي تقوم بين الوزارة وموظفيها
في شأن هذه المساكن وتلك التي تقوم بين الاطراف مؤجرين ومستأجرين .
لان الموظفين والعمال لا يشغلون هذه المساكن بموجب ايجار حتى تسرى
عليهم هذه التشريعات الخاصة . بل بموجب ظاه ادارى يخضع للنظام
الترخيص الادارى (٣)

- (١) انظر : حسن عفاى العجيلي - شرح قانون ايجار العقار - ط١ - ١٩٨٣ -
ص ٩ . كاظم الشيخ جاسم - نفس المصدر ، ص ٥٤ .
(٢) الفقرة الثالثة من الفقرة الايضاحية .
(٣) كاظم الشيخ جاسم - المصدر السابق - ص ٥٥ - ٥٧ .

ومن القوانين والأنظمة والتطبيقات التي تنظم تأجير هذه المقارات قانون
بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٦ المعدل ونظام التصرف
بمقارات الإدارة المحلية رقم (٦) لسنة ١٩٦٥ ونظام أيجار مقارات عدد -
سكك عديد الجمهورية العراقية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٦ . ونظام المزايدات
والمقاصات رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ الخاص بالإرفاق والتطبيقات عدد (١)
لسنة ١٩٦٩ الصادرة بشأن تطبيقه والتطبيقات عدد (١) لسنة ١٩٧٢
الخاصة ببيع وإيجار مقارات البلديات .

٤ المقارات المدة للسكن التي تؤجرها الدولة أو الأشخاص المنوية العامة
التي يصدر وزير المالية بيانا باستثنائها م

أجازت الفقرة (د) من المادة الأولى من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة
١٩٧٩ لوزير المالية أن يصدر بيانا يستثنى فيه من أحكام هذا القانون
بعض المقارات المدة للسكن التي تؤجرها الدولة أو الأشخاص المنوية
العامة التي تقضي طبيعة استغلالها أو الانقاع بها أن توضع قواعد خاصة
لايجارها وتحديد أجرتها وتعيين حقوق والتزامات متاجرها . كالسجون
والمباني الأخرى التي تشيدها دائرة المسائل والسياحة وما شابه ذلك .
وتطبق في هذه الحالة أحكام القوانين الخاصة وأحكام القانون المدني هذه
التفاد التصريح الخاصة (١) . ويذكر أن قوانين الإيجار الخاصة السابقة
على القانون النافذ كانت خالية من نص مشابه (٢) .

٥ المقارات المؤجرة للأجانب اشخاصا او هيئات -

كذلك استثنى البند (هـ) من الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون إيجار
العقار المقارات المؤجرة للأجانب اشخاصا او هيئات - ويدخل في هذا الحقل
الشركات والمقارات والتفصيليات والمنظمات وما شابهها /

(١) انظر الفقرة (٢) من المذكرة الإيضاحية لقانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة
١٩٧٩ .

(٢) د - صحت عبد الحميد بكر - شرح قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ -
ط ١ - مطبعة شركة التايمس - بغداد ص ٤٢ .

ويظهر من النص بأن كل عقار سواء كان مبدا للسكن أو غير السكن هو
مستثنى من أحكام قانون إيجار العقار الناظر مادام العقار مستأجرا من
أجنبي شخصا أو هيئة - كذلك فسان لفظ (الأجنبي) لا يشمل رعايا
الدول العربية، ونهذنا فإن لصوص هذا القانون تطبيق على كل من يحمل
جنسية أحد الدول العربية ويعامل في ذلك معاملة العراقي باستثناء الذين
يسكنون في المستشفيات الدبلوماسية أو القنصلية أو الهيئات والمنظمات
الدولية أو الإقليمية أو العربية (١). لأن الهدف الرئيسي لهذا القانون هو
حماية المواطنين المستأجرين، ولأن العاملين في المستشفيات الدبلوماسية وغيرها
يتمتعون بمزايا عالية لا يتمتع بها الفرد العربي العادي المقيم في العراق، فهم
ليسوا بحاجة لحماية هذا القانون (٢).

وقد كانت العقارات المذكورة فيما تقدم مستثناءة من أحكام قانون إيجار
العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، فإن العقود التي تنظم يتناها تخضع
لأحكام القانون المدني والفوانين الخاصة التي تنظمها.

وقد أضيف استثناء جديد من قانون إيجار العقار الناظر إلى الفقرة (٢) من
المادة الأولى بموجب القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٠ (٣) الذي جاء فيه -

المادة الأولى -

يضاف ما يأتي إلى الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون إيجار العقار المرقم
(٨٧) لسنة ١٩٧٩ ويعد (و) يتناها لها -

و - العقارات أو الشقق المعدة لغير المراض السكن والعقارات أو الشقق المعدة
للسكن المزججة لغير المراض السكن كالكنائس والمواثر والطرانس والأقسام الداخلية
أو النوادي -

(١) - (٢) الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة
١٩٧٩ -

(٣) التصور في الوقائع العراقية العدد ٣٣١٩ في ٦/٨/١٩٩٠ -

المادة الثانية -

تحذف الفقرة (ج) من البند (١) من المادة الرابعة من القانون ويحتق ما يتعلق بها حيثما ورد في القانون (١)

المادة الثالثة -

تحذف الفقرة (٢) من المادة (٢٢) ويعدل مطلعها ما يأتي :-

٢ - أ - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مئتي دينار ولا تزيد على الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كسبل مؤجر لم يودع سلطة من نقد الايجار الذي ابرمه مع المستاجر لدى ضريبة العقار خلال المدة المحددة بالفقرة (١) من المادة السابقة من هذا القانون .

ب - تسرى أحكام الفقرة (أ) اعلاه على مؤجري العقارات المذكورة في الفقرة (٢) من المادة الأولى من هذا القانون .

المادة الرابعة -

ينفذ هذا القانون بعد مرور سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية

ان الاسباب التي دفعت التسرع الى هذا التعديل هو ان الكثير من مستاجري العقارات التجارية قد استغلوا قانون اجار العقارات النافذ وتمسكوا بالاجارات القديمة كما سيترجم هذا التعديل والحركة العمرانية في القطر وخصوصا البناء العمودي فضلا عن المورد المالي والاقتصادي والمد من النهب الضريبي مما يهدم ميزانية الدولة (٢)

وبهذا التعديل ستخضع العقارات لتشار اليها في الفقرة (د) اعلاه لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي تنظمه أحكام القانون المدني .

(١) علما بان الفقرة (ج) اعلاه عدلت نسبة ٨٪ من القيمة الكلية بالنسبة للعقارات الواردة في المادة الأولى من هذا القانون .
(٢) انظر الاسباب المرجحة للتعديل .

المبحث الثاني

الأجرة

تعرف الأجرة بأنها المال الذي يتقدم المستأجر بتقليده للمؤجر مقابل التزام المؤجر بتسكين المستأجر من الانتفاع بالثأجور - والأجرة على هذا الأساس تعد محل التزام المستأجر ويشترط فيها أن تكون موجودة وميثلة أو قابلة للتعيين ومشروعة أي مما يجوز التعامل فيها (١) .

وفي ضوء أحكام القانون المدني تكون الأجرة عادة من النقود تدفع مرة واحدة أو على شكل أقساط في مدة متساوية . ولكنها خلافاً للمسنن في عقد البيع ، يجوز أن تكون أي شأن آخر كجزء من المحصول أو الانتفاع بشئ، آخر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة . كما يجوز أن تكون الأجرة بناء بقيمة الثأجر في العين المؤجرة ويصبح ملكاً للمؤجر عند نهاية عقد الأيجار ، أو تحسينات يدخلها المستأجر على العين وقد تكون الأجرة بضاعة تدفع بحلة واحدة أو على عدة دفعات . ولهذا نصت المادة (٧٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه (٢) يصح أن تكون الأجرة نقوداً ، كما يصح أن تكون أي حال أخرى (٣) . ومن الممكن أن يتفق على أن تكون الأجرة مبلغاً من النقود وشيئاً آخر ، كأن تزجر الأرض لقاء مبلغ معين وكبيسة معينة من المحصول .

ويشترط في الأجرة أن تكون جديدة أو حقيقية . تصرف فيها إرادة الطرفين إلى التزام المستأجر بأداء أجرة معينة نظير انتفاعه بالثأجور . أما الأجرة البهية وهي التي يكون فيها شئ فاحتس فألها لانسخ من صحة الأيجار إلا إذا كان الشئ الذي كحن بأحد الطرفين ناشئاً عن تفريره كما يجوز للمتعاقد الذي استغفلت حاجته أو طبيسته أو هواه أو غصفت أدراكه أو عدم خبرته فرضي بأجرة بخسة إن طالب برفع الشئ عنه إلى المد المتقول وذلك في خلال سنة من إبرام عقد الأيجار مع ملاحظة أن أيجار أموال الدولة أو الوقف أو المحجورين بأجرة بخسة يجعل العقد

(١) السنهوري - الوسيط - ج٦ - المصنف السابق - ص ١٥٨ .

بمستل (١) *

وإذا كان الأصل في القانون المدني العراقي ان يتفق المتعاقدان على تحديد الاجرة ، فإن قانون اجارة العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، (ويقتصر ما يتعلق بالمر بالمقارنات المعاصرة لاحكامه) قد وضع نصاً ثابتة في المادة الرابعة فيه لايجوز الاتفاق على خلافها - حيث حاول المبرع هنا حماية المسافر من الارتفاع الكبير الذي حصل على بدلات الاجارة -

واراء ذلك منظم هذا البحث الى مطلبين يتناول الاول منهما تحديد الاجرة في القانون المدني العراقي بينما يتخصص الاخر لبيان موقف قانون اجارة العقار من تحديد الاجرة والنسب القانونية التي وضعت لها *

المطلب الاول

اولاً - تحديد الاجرة في القانون المدني العراقي

الأصل ان يتفق المتعاقدان على تحديد الاجرة التي يلتزم المسافر بذاتها او ان يظن على الامس التي تحدد بمقتضاها ، وتختلف طريقة تعيينها باختلاف طبيعتها - فإذا كانت الاجرة من التفرقة تحددت بمقارنها ، وإذا كانت شيئاً معيناً بذاته تحددت ببيان هذا الشيء ، بياناً ثابتاً للجهالة ، وتحديداً محددياً كافيًا - وإذا كانت الاجرة نصيباً او قسماً من المحصول او المنتجات التي يظنها المأجور فإنه يجب ان تحدد النسبة على نحو واضح - وإذا كان عملاً معيناً يجب ان يتحدد هذا العمل بتحديد كافي كالتالي *

وإذا لم يعين الطرفان الاجرة على النحو السابق ، فإنه ينبغي ان يعرّف الامس التي يتم تقديرها بموجب ، حيث لا تتدخل الإرادة بعد ذلك في تحديد مقدار الاجرة او مداها او طبيعتها - وقد يتفقان على ان تكون الاجرة نسبة من الربح او الدخل اليومي للمصل على أساس نسبة معينة من دخل المسافر - كما قد يتك

(١) - د. العائري - المصدر السابق - ص ٢٢٤ - د. توفيق حسن فراج - المصدر السابق - ص ١٦٠ - م ١٢٤ من القانون المدني العراقي *

الطرفان تعيينها للشخص ثالث على نحو ما يتم في حالة تعيين الثمن في البيع الذي لا يشاء عند دراستنا لعقد البيع - ولكن لا يصح ترك تحديد الاجرة لخلق ارادة المزجر او المستاجر - لكي لا يوضع احدهما تحت رحمة الاخر (١) .

ومن الاسس التي يمكن اعتمادها لتقدير الاجرة في القانون المدني العراقي ما اوردته لنا المادة (٧٣٨) التي اشارت الى الحالات التي يمكن الاخذ فيها باجرة المشمل اذا لم يغلغ المتعاقدان على مقدار الاجرة او على كيفية تقديرها - او اذا

تضمنت الثبات الاجرة المدعي بها - ولا شك بان حكم هذه المادة لا يشمل حالة عدم استطاعة المتعاقدين الاتفاق على مقدار الاجرة ، اي اختلافهما بتسأل ولكن من اركان عقد الايجار ما يتم معه التعديلات . ولكنه يشمل حالة الغشال الاتفاق على الاجرة او ائسي تقديرها ، كما يشمل حالة الاتفاق على الاجرة مسج تعتبر الثبات ذلك لاي سبب من الاسباب (٢) .

وفي تحديد الايجار يجوز تحديد الاجرة عن كامل مدة الايجار او عن الفترات التي تشملها عقد الايجار كأجرة الساعة او اليوم او الشهر او السنة او الموسم الزراعي - والاصل ان تتساوى الاجرة عن جميع مدة الايجار ولكن لا يوجد ما يمنع من ان تتفاوت الاجرة في مدة منها في الاخرى - فيجوز مثلا ان تكون اجرة السنة الاولى اعلى من اجرة السنوات التالية ، وكثيرا ما يحصل ان تكون اجرة طرف المتعاقدين في الليالي الاولى اعلى من اجرة الليالي اللاحقة ، خصوصا اذا اتفق النزول على البناء في الفتنق مدة طويلة على سبيل الاقامة فيه - وقد تكون كذلك اجرة الاراضى الزراعية بحسب وفرة المحصول او قلته ، وهذا ما يطلق عليه ترديد الاجرة على اكثر من صورة واحدة - وهو ما اشارت اليه فعلا المادة (٧٣٧) من القانون المدني العراقي (٣) .

- (١) راجع : د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ١٦٣ .
(٢) د. العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٧ . د. الصراف - المصدر السابق ص ٣١٥ .
(٣) د. العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٦ . د. السهوري - الوسيط - ص ١٦٣ ، ١٦٧ .

ثانياً - إثبات دفع الأجرة

من الالتزامات الأساسية التي تلقى على عاتق المستأجر ضرورة دفعه للأجرة المقررة اتفاقاً أو قانوناً في مواعيدها المحددة . إلا أن النزاع قد يحصل بين الأئين بشأن دفع أو عدم دفع هذه الأجرة . ولم يخف هذا الأمر على المشرع الذي وضع النصوص القانونية اللازمة للتصديق له حداً للنزاعات المتوقعة . ولما كان المستأجر هو المكلف بدفع الأجرة فهو مكلف أيضاً بإثبات دفعها طبقاً للقواعد العامة . كما أن قيام المستأجر بتسديد قسط من الأيجار يعتبر قرينة على تسليمه للأقساط الشهرية السابقة (المادة ٧٦٩ مدني عراقي) ، لأن مسن المعروف أن المؤجر لا يستلم أجرة شهر لاحق دون أن يكون قد استلم أجرة الشهر السابق ، إلا أن ذلك يعد قرينة قانونية قابلة للإثبات العكس ، وهنالك على مهمة المؤجر الذي يستطيع إثبات ذلك بالشهادة عندما يكون القسط أو البديل لا يتجاوز الخمسين ديناراً ، في حين أن القسط الذي يتجاوز الخمسين ديناراً لا يجوز للمؤجر أن يثبت عدم تسديده بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون يقضي بخلاف ذلك (م ٧٧ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٧) .

ومن الجدير بالذكر بأن المستأجر غير ملزم بحفظ الوصولات التي تؤيد تسديده للأجرة بعد طهي خمس سنوات عليها ، حيث تسقط الأجرة عنه بالتقادم بانتهاء السنوات الخمس بالاستناد إلى المادة (١٤٢) مدني عراقي باعتبار الأجرة حقاً دورياً متجدداً . ويعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماح الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء (م ١٣٤ مدني عراقي) . فمريان التقادم للأجرة يبدأ من وقت حلولها . ولا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها وتسمع عن سماح الدعوى لزود الزمان بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعي (م ١٤٢ مدني عراقي) .

المطلب الثاني

تعدد الاجرة في قانون ايجار المقار

حيثما نتكلم عن تحديد بدلات الايجار في ضوء احكام قانون ايجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ فاننا نلحظ بذلك تلك المقارا والتي تسرى عليها احكام هذا القانون والمذكورة في المادة الاولى منه «ونتيجة لدراسة النواحي الاقتصادية والاجتماعية وضع قانون ايجار المقار قواعد المادة الرابعة منه وكما يلي :-

١ - ٥ / من القيمة الكلية في العقارات او الشقق المعدة للسكن المؤجرة لهستدا المرص (المادة ١ / فقرة ١) - ومن هذا المنطلق نذكر ان نسبة ٥ / من القيمة الكلية هي الحد الاقصى الذي يجوز ان تحصله الاجرة السنوية للعقارات والشقق المعدة للسكن المؤجرة لهذا الغرض - فاذا كان المقار دارا او شقة مؤجرة للسكن وقدم المؤجر عند الايجار الى دائرة ضريبة المقار المختصة لتأييده وفق احكام القانون فعليه ان يقدم طلب لتقدير القيمة العمومية للمقار لتتولى اللجان المختصة مهمة التقدير طالما كان المأجور دارا فان بدل ايجارها الشهري يحسب وفقا للمعادلة التالية :-

$$\text{القيمة الكلية} = \text{قيمة الارض} + \text{قيمة البناء}$$

$$\frac{\text{القيمة الكلية للمقار} \times}{100}$$

١٠٠

$$\text{بدل الايجار الشهري للمقار} =$$

١٢

اما اذا كان المأجور شقة معدة للسكن فيجوز احتساب بدل ايجارها حسب الشهري على الوجه التالي :-

$$\text{القيمة الكلية للشقة} = \frac{\text{قيمة الارض} + \text{قيمة البناء}}{\text{مساحة الكلية لجميع الطوابق}} \times \text{مساحة الشقة}$$

بدل الإيجار السنوي للشقة = القيمة الكلية للشقة ×

١٠٠

بدل الإيجار السنوي

بدل الإيجار الشهري =

١٢

ويقصد بالقيمة الكلية مجموع قيمة الأرض والبناء، وقت التقدير السنوي تحريه السلطة المالية منلة بلحان التقدير التبيكلة في دوائر ضريبة العقار. حيث يتخذ هذا التقدير أساسا في تعيين الحدود العليا للاجرة - كما وان جانب العدالة يتطلب أخذ وقت تقدير القيمة الكلية للمأجور بنظر الاعتبار، ولذلك فقد أخذ بقيمة البناء عند إجراء التقدير لا قيمته عند البناء - لأن وقت التقدير هو وقت الانتفاع بالعقار ولا قيمة لوقت البناء نظرا لما يحصل فيه من الدثار وترميم وإصلاح - كذلك الحال بالنسبة للأرض وتقدير قيمتها في وقت إجراء التقدير لما قد يحصل في هذه القيمة من اختلاف قد يكون كبيرا ، مع أخذ قيمة العملة وهبوطها وارتفاع أسعار المواد وأجور العمل أو انخفاضها بنظر الاعتبار

من ناحية أخرى يراعى في تقدير قيمة العقارات موقتها ومساحتها ومرافقها وعدد الطوابق والمستلزمات فيها ودرجة عمرائها والمزاد الانشائية التي استلضحت فيها ومساحة الأرض التي يشيد عليها العقار ومفروساتها وغير ذلك .

ووفقا لكل علم المعايير المتقدمة اذا كان الناتج يقدر بدل الإيجار السنوي التثبت في عقد الإيجار الواقع من قبل الطرفين (المؤجر والمستاجر) او يزيده عليه فيثبت البدل في العقد نفسه باحضاره غير متجاوز النسبة المحددة قانونا ، أما اذا كان الناتج اقل من البدل السنوي التثبت في العقد صحيحة في الاخير الى مساوئ الناتج المعتمد من قبل لجنة التقدير وفق الحسابات الاجرة على اكثر من صورة واحدة ، وهو ما اشارت اليه لعملا المادة (٧٣٧) من مع استفاظ المؤجر بحقه في الاعتراض على قرار لجنة التقدير لدى لجنة

التعقيب - أما إذا كانت أجرة العقارات تقل عن النسب المحددة قانوناً فسي
المادة الرابعة ، فتبقى على حالها دون زيادة لأن الأجرة في العقود المذكورة
كان قد استقر التعامل عليها ونظم الطرفان أوضاعها المالية وبيزائيد ما العائلية
على أساسها (١) ومما تجدر الإشارة إليه أن تخفيض بدلات الأيجار المتسار
إليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون أيجار العقار لايمسرى على
العقارات المشيدة حديثاً خلال مدة استثنائها من أحكام القانون (٢)

ورغبة من الدولة في الصاف اصحاب العقارات التي استأجرها منهم قبل تاريخ
١٩٧٥/١ - حيث كانت الأجرة منخفضة عنها بعد هذا التاريخ بسبب ارتفاع
قيمة العقارات فقد قضى القانون في السند (ب) من الفقرة (٢) من المادة (٤) بزيادة
أجرة هذه العقارات الى النسب الوارد ذكرها في الفقرة (أولاً) - وواضح من ذلك
أن القانون قد ميز بين الدولة يصفها مستأجراً وبين الأفراد المستأجرين فحملها
وجدها زيادة الأجرة في العقود المذكورة (٣)

ب - ٧/ من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المؤجرة على شكل غرف للسكن -
والملاحظ هنا أن المشرع لم يشترط أن تكون هذه العقارات معدة أصلاً
للسكن بل اشترط أن تكون مؤجرة على شكل غرف للسكن أصلاً للنسب .
كذلك فإن المشرع زاد في نسبة الأجرة السنوية فحملها ٧٧ من القيمة الكلية .
لأن العقار الذي يؤجر على شكل غرف للسكن يكون معرضاً للأندثار السريع
والتهديم الذي يستوجب إجراء الترميمات المستمرة بسبب كثافة الاستعمال
فيه (٤)

(١) وهذا ما لا تفضله لأنه يأخذ مصلحة المؤجر بنظر الاعتبار ، علماً بأن لمايسة
المشرع دائماً السعي وراء أحداث التوازن التعاقدى بين المؤجر والمستأجر .
فلا يعقل أن تبقى بدلات الأيجار المنخفضة على حالها ، على الرغم من التضخم
الكبير الذي حدث في الأسعار . وقيمة العملات في كافة أنحاء العالم ، فسأذا
كانت مصلحة المستأجر جديرة بالحماية فإن مصلحة المؤجر يجب أن تعتبر
كذلك .

(٢) ، (٣) ، (٤) - راجع : الفقرة الخامسة من الفكرة الإيضاحية لقانون أيجار
العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٦ .

هذا وقد أوضحت الفقرة (ب) من المادة العاشرة من التعديلات رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ كيفية احتساب القيمة الكلية للفرقة المستأجرة وكما يلي :-

$$\text{القيمة الكلية للفرقة} = \frac{\text{قيمة الأرض} + \text{قيمة البناء}}{\text{المساحة الكلية}} \times \text{مساحة الفرقة}$$

$$\text{الاجرة السنوية للفرقة} = \frac{\text{القيمة الكلية للفرقة} \times \gamma}{100}$$

بدل الأبعاد التسري للفرقة = الاجرة السنوية للفرقة + ١٢

٢٨- ع X من القيمة الكلية في العقارات والشقق المعدة لغير الغراض السكن او قس العقارات او الشقق المعدة للسكن المؤجرة لغير الغراض السكن كالمكاتب والدوائر والمدارس والاقسام الداخلية والنوادي . وهذا النص يشمل نوعين من العقارات :-

١- العقارات والشقق المعدة لغير الغراض السكن ، اي العقارات - والشقق في العمارات غير المبنية للسكن والاستقرار العائلي وانما تبنيت في الاصل للاستعمالات الأخرى غير السكن كالمحاميات والمقاهي والوكالات .

٢- العقارات والشقق في العمارات المعدة في الاصل للسكن ولكنها مؤجرة لالغراض الأخرى غير السكن ، كالتفاحا طراف ومكاتب الدوائر الرئيسية والاقسام الداخلية والنوادي مثلا .

وبالنسبة لنوعي العقارات المذكورة في الفقرتين اعلاه ، تعتبر نسبة (٢٨) من القيمة الكلية هي الحد الاعلى ، فاذا كانت الاجرة السنوية تزيد عن هذه النسبة فتتخض لتصل ال حد الحد اما اذا كانت تقل عنها فتبقى على حالها دون تعديل او تغيير ، ولكن اذا كانت الدولة او احد الاشخاص المعنية العامة مستأجرة للعقار او الشقة قبل ١/١/١٩٧٥ فتزاد الاجرة السنوية لتصل ال نسبة (٢٨) من القيمة الكلية وتسري الزيادة اعتبارا

من تاريخ صدور قرار لجنة التدبير - (١) - .

ومما تجدر الإشارة إليه انه في حالة استهلاك التاجر فليس لمستاجر العقار المستهلك الاستمرار بتشغاله بعد استهلاكه بنفس الاجرة السابقة استنادا للقانون ايجار العقار باعتبار ان تبدل المالك لا يغير مقدار الاجرة . ذلك لأن المادة (١٦) من قانون الاستهلاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ نصت على تحرر العقار المستهلك من الحقوق التي عليه . لذلك يكون للمستلك حق مطالبة المستاجر باجر التسليم من تاريخ صدور حكم الاستهلاك (٢) . كذلك فقد منح القانون المؤجر او المستاجر او الوسيط او اي شخص آخر من الحصول على اى مال او منفعة خارج نطاق عقد الايجار المبرم وفق أحكام قانون ايجار العقار ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدال المجاز من اجرة (٣) ويطالب المؤجر او المستاجر او الوسيط او اي شخص آخر حصل على مال او منفعة خارج نطاق عقد الايجار المبرم وفق أحكام القانون بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين (٤)

-
- (١) راجع المادة (٧) من التعليمات عدد (٦) لسنة ١٩٧٩ د. - حضرت عبد المجيد بكو شرح قانون ايجار العقار - المصدر السابق - ص ٥٦ - ٥٣ .
هذا وقد حذفت الفقرة (ج) من البند (١) من المادة الرابعة بموجب تعديل قانون ايجار العقار بالقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٠ المشار اليه سابقا .
بتاريخ ١٢/٥/١٩٧٩ / المنشور في الوقائع العدلية - السنة الأولى - العدد الأول - حزيران ١٩٧٩ - ص ١٠ .
- (٢) قرار محكمة استئناف منطقة بنغازي بصفحتها التمييز رقم ٧١٩ / حقلية الصادر (٣) المادة (٢١) من قانون ايجار العقار .
(٤) م ٣٣ / فقرة ٤ من قانون ايجار العقار .

الإجرة والآلات

نصت المادة الخامسة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلي
(١) - للمستأجر الخيار في استئجار العقار المعد للسكن مؤثماً أو غير مؤثماً
فإذا وافق على استئجاره مؤثماً يضاف إلى الإجرة السنوية ٢٠٪ من قيمة
الآلات ٢ - ملكي المنزل (البانسيونات) الحق في إيجارها مؤثمة مع مراعاة النسب
التصريح عليها في الفقرة السابقة) ٠

أن حق المؤجر لا يقتصر على إيجار العقار المعد للسكن فقط بل يمتد إلى
الآلات الموجودة في العقار - وعلى هذا فإن المؤجر يستطيع أن يؤجر العقار المعد
للسكن سواء كان داراً أو شقة أو غرفة مع الآلات أو بدونها والخيار مشروط
للمستأجر أن شاء استأجره مؤثماً أو بدون آلات ٠

ولكن إذا كان العقار (بانسيوناً) أي معداً في الأصل للسكن مؤثماً فليس
للمستأجر الخيار في هذه الحالة بل ملكه المنزل (البانسيون) الحق في إيجاره
مؤثماً مع مراعاة زيادة ٢٠٪ من قيمة الآلات إلى الإجرة السنوية ٠ وتتولى لجان
التقدير في دوائر ضريبة العقار تقدير قيمة الآلات ولها أن تستعين بخبير أو أكثر
يتمثل كل من المؤجر والمستأجر اجرتة التي تقدرها اللجنة مناصفة (١) ٠

ولا توجد في مثل هذه الحالة أية علاقة عند تقدير قيمة الآلات بين القيمة
الكلية للعقار المراد إيجاره وقيمة الآلات التي يحتويها ، حيث تقوم لجنة ضريبة
العقار بتقدير القيمة الكلية للعقار باعتبارها خالياً من الآلات ثم يعثرى احتساب
بدل إيجاره وفق المادة الرابعة من القانون وحسب نوع العقار - يجرى بعدها
تقدير قيمة الآلات التي يحتويها المأجور مشروطة في ٢٠٪ ويضاف الناتج إلى
بدل إيجار العقار المحسوب سابقاً ليكون بدل الإيجار مقدراً مع الآلات (٢) ٠

(١) المادة الثامنة من التعليمات عدد (٦) لسنة ١٩٧٩ ٠

(٢) سعد خليل الراضي - المصدر السابق - ص ٢٠ ٠

العقارة تحديد الأجرة

نصت المادة السادسة من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على أن (مالك العقار - أن يطلب زيادة الأجرة - إذا قام بموافقة المساجر ببناء مخدمات في المأجور تزيد في قيمته أو منفعتة على أن لا تتجاوز الزيادة النسب المخصوص عليها في البنود (أ - ب - ج) من الفقرة (١) من المادة الرابعة من قية المخدمات ولتفجر تطبيق هذا النص لابد من توفر الشروط التالية :-

- ١ - الحصول على موافقة المساجر للقيام ببناء المخدمات لأن امتياز ذلك مستمر إلى - ولا يشترط في هذه الموافقة شكلا معينا ، ولهذا يجوز أن تكون تحريرية أو شفوية - ويقع عبء اثباتها إن كانت شفوية على المؤجر - وكما نفضل لو أن التسرع حصر نوع هذه الموافقة (بالموافقة التحريرية) دفعا للنزاعات والمشاكل التي قد تحصل بين المؤجر والمساجر بسبب الموافقات الشفوية .
- ٢ - أن تزيد المخدمات في قيمة أو منفعة المأجور - ولا يشترط هنا توفر زيادة القيمة وزيادة المنفعة مما لطلب زيادة الأجرة بل يكفي أحدهما لذلك .
- ٣ - إقامة مخدمات جديدة : أقتصر هذا النص كما يلاحظ على المخدمات دون الترميمات والتجديدات - لذلك لابد من القيام بإثباته أو توسيع قسي المأجور .
- ٤ - أن يقدم مالك العقار طلبا إلى السلطة المالية التي يقع العقار في منطقتها لزيادة بدل الأيجار السنوي للعقار - وتعمل السلطة المالية الطلب الذي لجان ضريبة العقار المختصة بعد تدوين المعلومات الخاصة بالعقار كما هي في سجلات الضريبة على أصل الطلب مرافقا به البيانات المقدمة من المالك .
- ٥ - أن لا تتجاوز الزيادة في بدل الأيجار السنوي النسب المخصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الرابعة من القانون - وتقوم اللجان المذكورة بإعادة النظر في تقدير بدل أيجار العقار وقيمتة بعد التأكد من بناء مخدمات قسي العقار وقيامها بتقدير كلفتها بغية استخراج جدول الأيجار الجديد للعقار .

وتصدر اللجنة قرارها ويبلغ لكل من الملك والسلطة المالية والمستأجر
ويعتبر التبليغ إلى أحد طرفي العقد عند مراجعته تبليغاً أصولياً (١) .

وكما أجاز القانون لملك العقار أن يطلب زيادة الإجرة على الأساس السنوي
لاحتراف في المدة السادسة . أجاز للمستأجر وفقاً للمادة التاسعة منه أن
يطلب تخفيض الإجرة إذا كان المالك قد قام ببناء مسكن أو طابق أو أكثر
في المأجور عندما يتسع لذلك ولا يخل بمنفعة المستأجر في هذه الحالة أن
يطلب تخفيض الإجرة بما يناسب نقص المنفعة . (٢) .

اسلوب الوفاء بالإجرة في قانون إيجار العقار

بموجب الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة
١٩٧٩ تمنح إجرة العقارات المشمولة بأحكامه سلفاً وبقساط شهرية بصرف
النظر عن مدة سريان عقد الإيجار ، ويعتبر كل اتفاق يلغى بخلاف ذلك باطلاً .
ويعتقضى هذا النص يدفع بدل الإيجار مباشرة للمؤجر أو من يقوم مقامه قانوناً .
وقد أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة دفع الإجرة بواسطة الكاتب العدل أو بحواله
مصرفية أو برصيدية لحساب المؤجر . وفي ذلك تسهيل للمستأجر ليختار الأسلوب
الذي يراه سهلاً ومناسباً له ، خصوصاً إذا ما حاول المستأجر الوفاء بالإجرة
إلا أنه لم يجد المؤجر أو وكيله بعد البحث عنهم أو أنه لا يمتلك الوقت الكافي
لإصال الإجرة بنفسه وغير ذلك من الأسباب .

ويستثنى من مبدأ تسديد بدلات الإيجار بقساط شهرية سلفاً ، حالة ما إذا
كانت الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة مؤجرة . فللمستأجر أن يدفع بدل
الإيجار شهرياً أو بقسط واحد أو أكثر (م ١٠ / ف ١٠) من قانون إيجار العقار ،
وحالة العقارات التي تستأجرها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة . وفي هذه
الحالة تراعى شروط دفع الإجرة المنصوص عليها في عقد الإيجار (المادة ١٠ / ف ٢
من القانون) .

(١) د . محسن عبد المجيد بكسر - شرح قانون إيجار العقار - لصدر السابق -
ص ٥٦ .

(٢) المادة التاسعة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

ولم توضح المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ السبب السفي دفع المشرح الى استثناء العقارات المذكورة في الفقرتين المذكورتين في الاصل ، ولكن هناك من يعتقد بان السبب بالنسبة للفقرة الاولى هو مراعاة جانب المستاجر وذلك بترك حرية تسديد بدل الايجار له شهريا او بقرسط واحد او اكثر ولالتقاء طابع الاستغلال من هذا المقعد ، وكذلك التخفيف عن الاجهزة المسؤولة في دوائر الدولة والاشخاص المنوية العامة عند تسليم بدلات الايجار شهريا .

اما بالنسبة للفقرة الثانية ، فيبدو ان السبب هو مراعاة جانب المؤجر لكي يستطيع بدل الايجار صفقة واحدة او على قسطين حسبما ورد في العقد المبرم بين الطرفين ولتشجيع القطاع الخاص على تاجير العقار الى الدولة او الاشخاص المنوية العامة ، وتذليل الصعوبات امام هذه الجهات للحصول على العقارات لاتخاذها مقرات ومكاتب لها (١)

وقد يستتبع المؤجر عن استلام قسط الايجار المستحق من المستاجر لاي سبب من الاسباب ، وفي مثل هذه الحالات يجوز للمستاجر وفقا لما تقتضي به الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون ايجار العقار ان يودع القسط المستحق لدى ائرة الكتاب العدل في المدينة التي يقع فيها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه ، ويتحمل المؤجر هنا مصاريف الالذار والايذاع التي تستقطع عن القسط المودع ، وبهذا الاجراء من قبل المستاجر سيلاقي امكانية مطالبته بالتخفية بسبب عدم دفعه بدل الايجار وفقا لفقرة (١) من المادة السابعة عشرة من القانون اذا ما توافرت شروطها .

وقد تكون ملكية العقار المأجور شائعة ، وفي هذا الصدد ذهب القضاء العراقي الى ان ايداع قسط الايجار المستحق باسم أحد الشركاء يعني بالفرض القصد (٢)

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر - المصدر السابق - ص ٦٤ .
(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤١ / هيئة عامة / ١٩٧٧ في ٢٦/٣/١٩٧٧ مشهور في مجلة القضاء - العدد ٢ - السنة ٣٢ - ١٩٧٧ - ص ٢٨٩ .

المبحث الثالث

مدة الإيجار

عقد الإيجار من عقود المدة أو العقود الزمنية تقاس فيه المنفعة بالعين بقياس زمني ، بحيث لا يمكن تحديد مدى انتفاع المستأجر إلا بالمدة التي ينتفع فيها بالعين والأصل في الإيجار التاقبت فلا يصح أن يفصل الانتفاع بالعين عن ملكيتها بصفة دائمة . كما أن عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية ، والالتزامات الشخصية لا يصح أن تكون موزمة .

ويجب أن تحدد المدة في العقد فإذا عرض لها الطرفان واختلفا حول تحديدها ولم يصلا إلى حل بشأنها ، لا يتعد العقد لتختلف عنصر جوهرى من عناصره ، وهو عدم الاتفاق على عنصر المدة . ومع ذلك فإن الطرفين قد لا يتعرضان للمدة عند التعاقد وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلا ويتولى القانون تحديدها (١) .

ويراعى أنه إذا كان للطرفين تحديد مدة الإيجار فإنه ينبغي أن يدخل في الاعتبار إلى جانب ذلك ما يقضى به قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، من حيث تحديد المدة وفرض التديد القانونى لعقد الإيجار ، في النطاق الذى يسرى فيه هذا القانون . وعلى هذا الأساس سندرس مدة الإيجار في القانون المدنى وقانون إيجار العقار في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول

((المدة في ضوء أحكام القانون المدنى))

من مستلزمات الإيجار أن يعقد لمدة محددة . حيث قضت المادة (٧٢٢) من القانون المدنى العراقى بأن الإيجار ((تسببك منفعة معلومة بعوض معلوم لمسقة معلومة ... الخ)) فتأيد انتفاع المستأجر يتنافى مع طبيعة عقد الإيجار . ولهذا فالمالب أن يتفق المتعاقدان على المدة لأن المدة ركن لا يتم الإيجار بعبونه ولكن قد يحصل أن لا يتعرض المتعاقدان للمدة أصلاً ، أو أن يتفقا على أن يكون الإيجار

(١) ٢- توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

لمدة غير معينة ، أو أن يتقفا على مدة معينة ولكن يتحدد اتيانها ، وفي هذه الحالات الثلاث لا يعتبر الإيجار باطلا بل يكون صحيحا ويتكفل القانون بتحديد المدة (١) . وهذه المدة قد تكون قصيرة لأن المشرع لم يضع حدا أدنى لمدة الإيجار بحيث لا يجوز أن تقل عنه وبالتالي فإنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أية مدة قصيرة للإيجار كما لو اتفقا على أن تكون مدة الإيجار ساعة أو أي جزء من الساعة أو يوما أو أسبوعا أو شهرا ، كما قد يتفق على مدة طويلة أصغرها سنة أو عدة سنوات أو أية مدة زمنية أخرى .

وإذا لم يكن المشرع العرفي قد وضع حدا أعلى لمدة الإيجار بالمعنى الذي لا يجوز للطرفين تجاوزه ، فإن الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) من القانون المدني أعطت الحق لكل من المؤجر والمستأجر أن يطلب إنهاء الإيجار بعد مضي ثلاثين سنة على انعقادها فيما إذا كانت المدة المتفق عليها للإيجار تزيد على ثلاثين سنة أو كان الإيجار مؤبدا ، حيث تنص هذه الفقرة على ما يلي :

« إذا كان عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبدا جاز إنهاءه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين مع مراعاة المواجيب القانونية المنصوص عليها في المادة التالية (٢) من المادة (٧٤١) ويكون باطلا (٣) كسبل اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وعلى هذا الأساس إذا حدد الطرفان مدة الإيجار تزيد على الثلاثين سنة واشترطا في العقد بأنه لا يجوز لأي منهما طلب إنهاء الإيجار بعد مضي ثلاثين سنة عليه فإن هذا الشرط لا يؤخذ به ، حيث يجوز للمؤجر أو المستأجر بالرغم من وجود الشرط المذكور طلب إنهاء الإيجار بمجرد مرور مدة الثلاثين سنة بعد مرور مواجيب التنبية بالاحلال لأن الشرط المذكور يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام وهذا ما قصده المشرع بقوله في الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) « (٤) ويكون باطلا كسبل اتفاق يقضي بغير ذلك » . أي أن الإيجار لا يكون باطلا بمجرد أحوااله على الشرط الذي يسمح أي من الطرفين إنهاء الإيجار وإنما الذي يبطل هو الشرط فقط دون العقد .

(١) د- العامري - المصنف السابق - ص ٢٢٨ .

وإذا - مدالطرفان مدة معينة للإيجار فإنه لا يشترط أن تأتي تلك المسددة متصلة حيث لا يوجد ما يمنع من أن تكون منقطعة - ففقد المؤجر الدار لمدة ثلاثين سنوات متصلة بحيث لا يتخلل المدة المذكورة فترة زمنية تعود ليهما العيّن إلى المؤجر - كما أنه تكون مدة الإيجار منقطعة كما لو أجر فلم يستأجر مرة واحدة في الأسبوع ولمدة سنة أو ثم ناخير مسرح مرتين في الأسبوع لمدة ثلاثة أشهر مثلا أو ناخير منعكورة يسوم واحد من أيام الأسبوع (٦) .

وقد جاءت الفقرة التالية من المادة (٧١٠) من القانون المدني العراقي باستثناء مهم حيث أجازت أن تكون مدة الإيجار مدة حياة المؤجر أو المستأجر ولو كانت المنعز في هذه الحالة على ثلاثين سنة - والواقع أن الإيجار لمدة حياة المؤجر أو المستأجر لا يعتبر مؤبدا لأن حياة الإنسان مؤقتة - فإن كان الإيجار لمدة حياة المستأجر - بقي الإيجار ملزما للمؤجر والمستأجر ما بقي المستأجر حيا ولو مات المؤجر من بعده - أما إذا مات المستأجر فإن الإيجار ينتهي ولا يتخلل إلى وراثته من بعده - وإذا كان الإيجار لمدة حياة المؤجر - بقي الإيجار نافذا ما دام المؤجر حيا ولو مات المستأجر قبله - وعند ذلك يتخلل الإيجار إلى وريثة المستأجر ولا ينتهي إلا بموت المؤجر - كذلك يجوز أن يكون الإيجار لمدة حياة كل من المؤجر والمستأجر ويسوم ما بقي أحد منهما حيا فإذا مات أحدهما أنتقل الإيجار إلى وراثته وينتسب إلى أن يموت الآخر - (٦)

وقد اعتبر المشرع العراقي عقد الإيجار الذي يتفق فيه على أن يبقى نافذا ما دام المستأجر يدفع الأجرة - أنه مفقود لمدة حياة المستأجر - غير أن عقده الإيجار ينتهي في هذه الحالة مطلقا على شرط فاصح هو أن يريد المستأجر إنهاءه بنية المؤجر إلى ذلك لينتهي - أما الإيجار الذي ينص في عقده أنه يبقى ما دامت العين الأجرة باقية فهو إيجار مؤبد يجوز إنفاؤه بعد القضاء ثلاثين سنة إذا لم تهلك العين قبل ذلك - (٦)

(١) د - كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ٩٦ ومما يفتقها د - عباس الصراف - المصدر السابق - ص ٢٤٧ .
(٢) راجع د - العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .
د - الشهوري - الوسيط - ج١ - المصدر السابق - ص ١٤٦ -
(٣) د - العامري - المصدر السابق - ص ٢٣٠ -

ومن الجدير بالذكر هنا ان بعض التشريعات كالتانون المدني المصري مثلا لم تضع حدا أقصى للمدة التي يجوز التأجير فيها . لذلك ذهب غالبية الشراح الى انه لا يجوز ان تكون مدة الايجار مسرفة في الطول بحيث تفصل قطعة الشيء غير جائز وان كان تسيبا ، وتركوا تقدير ما اذا كان الايجار مؤثما او مؤثما المؤجر عن ملكيته مدة طويلة . واعتبروا طول مدة الايجار في مثل هذه الحال تأييدا لقاضي الموضوع يفصل فيه وفقا لطبيعة الشيء المؤجر والغرض الذي استأجر من اجله بحيث يكون له ان يعتبر ايجار مفقود معين لمدة عشرين سنة ايجارا مؤثما في حين يكون له ان يعتبر ايجار قطعة ارض للبناء عليها غير مؤثمة ولو كانت يده غسبون عاما . وانفق الشراح على انه بالنسبة لتأجير الاراضي لايجوز ان تزيد مدة الايجار على سنتين عاما وذلك لياسا على عقد الحكر (١) .

وقد نصت المادة (٧٤٦) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة او عقد لمدة غير محددة او اذا تمدت اثبات المدة المسمى بها فيعتبر الايجار منتظما للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين اذا هو له التمسك الاخر بالاختلاف في الموعد الاتمي بيانها :-

(أ) في الاراضي اذا كانت المدة المحددة لدفع الاجرة سنة اشهر او اكثر يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة اشهر . فاذا كانت المدة اقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الاخير . كل هذا مع مراعاة حقل المستأجر في الحصول وقتا لتعرف .

(ب) في المنازل والحواريات والكتائب والتاجر والحاص والمغازن وما الى ذلك اذا كانت المدة المحددة لدفع الاجرة اربعة اشهر او اكثر يكون التنبيه قبل انتهائها بشهرين . فاذا كانت المدة اقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الاخير .

(١) وهو عقد يجعل للمحتكر حقا عينيا في الارض المحتكرة ويقع عادة على ارض خربة يقتضى استصلاحها مدة طويلة . راجع -
د . محمد ابيي تشب - المصدر السابق - ص ٢٦ . المادة ٩٩٦ - مدني مصري .

وج في المساكن والفرف المؤتنة وفي اي شيء غير ما تقدم اذا كانت المدة المطلوبة لدفع الاجرة شهرين او اكثر يكون التنبيه قبل نهايتها بشهر واحد . مسا
كانت المدة اقل من ذلك كان التنبيه قبل تصفها الاخير (١) .

ويظهر من هذه المادة انه اذا علق الايجار ولم تذكر فيه المدة فاذا كان موضوع الايجار ارضاً وانفق الطرفان على ان يدفع المستأجر الاجرة بعد سنة مثلا فانه يجب على المؤجر ان ينبه عليه بالاختلاف قبل انتهاء السنة بثلاثة شهور على الاقل . اما اذا كان المستأجر يدفع الاجرة في اقل من سنة شهور كان الواجب على المؤجر ان ينبه على المستأجر بالاختلاف قبل ابتداء تصفها الاخير . (١) .

ولنضرب مثلا على ايجار المنزل او الخواص فنفرض ان ميعاد دفع اجرة هو كل ثلاثة اشهر فمدة الايجار تكون ثلاثة اشهر تستد الى ثلاثة اشهر ثانياً فثلاثة اشهر . ثالثاً وهكذا الى ان يحصل التنبيه بالاختلاف من احد الطرفين . وتنبيه بالاختلاف يجب ان يحصل قبل - شهر ونصف على الاقل من انقضاء مدة الثلاثة اشهر . واذا كانت الاجرة تدفع شهريا فيجب ان يكون التنبيه قبل نصف شهر على الاقل . اما اذا كانت الاجرة تدفع سنويا او كل سنة اشهر فيجب ان يكون التنبيه قبل شهرين . فاذا حصل التنبيه بميعاد كان غير نافذ ولو كان سبب التأخر قوة فاعرة . (٢) . ونفس القاعدة تطبق في حالة اجارة المساكن والفرف المؤتنة . ولكن هذه الاحكام لا تنصر من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها فيجوز اطالة مدة التنبيه او تقصيرها . وسواء كانت مدة الايجار معينة او غير معينة فان المدة المذكورة تبدأ من التاريخ الذي حددته الطرفان في العقد لسريانها . فقد يبرم الايجار بتاريخ معين ولمدة معينة الا ان الاتفاق بينهما يتم على سريان المدة من تاريخ لاحق لانقضاء الايجار . فان مدة الايجار تسري منها من هذا التاريخ اللاحق وليس من تاريخ الانقضاء . اما اذا سكت الطرفان عن تحديد التاريخ الذي تبدأ منه مدة الايجار بالسريان فان مدة الايجار تبدأ من تاريخ ابرام العقد . وقد

(١) د . عباس الصراف - المصدر السابق - ص ٣٤٩ .

(٢) د . العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٢ .

نصت على المادة (٧٣٦) من القانون المدني بالقول ((تبدأ مدة الإيجار من الوقت الذي سمي في العقد وإن لم يسم فمن تاريخ العقد - (١))

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي لم يجر للمؤجر مطالبة المستأجر بالتنظية إلا إذا توفر أحد الأسباب الواردة في المادة السابعة عشرة منه . فقد حدد عددا لا يقدار المستأجر بالتخلف ولا نهائه في البناء في التأجير . وستتكم من هذه المدد القانونية عند دراستنا لانتهاء عقد الإيجار .

ـ المطلب الثاني

السنة في قانون إيجار العقار

أوجب قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ تعيين مدة الإيجار في العقد . حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على ما يلي : ((تعين مدة الإيجار في العقد وعند عدم تعيينها يعتبر الإيجار منعقدا لمدة سنة تبدأ من الوقت المسمى في العقد فإن لم يسم فمن تاريخ تسليم المأجور إلى المستأجر حاليا من الشواغل) (٢) .

والاصل وفقا لهذا النص يتجلى في تحديد مدة الإيجار من قبل المتعاقدين . إلا أن عدم تعيينها لا يترتب عليه بطلان العقد بل يعتبر منعقدا لمدة سنة تبدأ من الوقت المسمى في العقد وفي حالة عدم تسمية هذا الوقت فمن تاريخ تسليم المأجور إلى المستأجر حاليا من الشواغل .

وعلى الرغم من أن مدة الإيجار تكون غالبا محددة بموجب العقد المبرم بين انتهاء المدة المحددة لا ينهي عقد الإيجار ما دام المستأجر باقيا في المأجور ومستمرا على دفع الأجرة وموفيا بكافة التزاماته القانونية بالاستناد إلى المادة الثالثة المؤجر والمستأجر أو باعتبارها سنة بموجب القانون إن لم تكن محددة في العقد . فإن من قانون إيجار العقار ويتم بقاء المستأجر في المأجور دون الحصول على موافقة المؤجر أو حتى لو عارض في بقاء المستأجر بعد انتهاء المدة المحددة في العقد فإن بقاء المستأجر في المأجور حق مستمد من القانون وليس من العقد .

(١) د . كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ١٠٣ .

الباب الثاني

العقد الإيجار

ذكرنا بأن عقد الإيجار عقد به يسكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بالماجور خلال مدة معينة مقابل بدل يلتزم به الأخير . ومن المؤكد أن عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين حيث يحصل كل من طرفيه على مقابل لما يعطي وهو عكسه يرد على المنفعة خلال المدة المحددة على أن يرد المأجور إلى المؤجر في نهاية المدة . فالإيجار يولد التزامات متبادلة على طائفتين طرفيه تتجلى بالنسبة للمؤجر في تسليم المأجور وصيانته وضمان العيوب فيه وضمان التعرض والاستحقاق - كما يجب على المستأجر دفع بدل الإيجار واستعمال المأجور فيما اتفق عليه أو فيما اعد له والمحافظة عليه وعدم التصرف فيه إلا في حدود ما يبيحه القانون أو الاتفاق وأخيراً رده عند انتهاء العقد مع أخذصوص القوانين الخاصة بقانون إيجار المقار ينظر الاعتبار فيما يتعلق بالامتداد القانوني لعقد الإيجار أو أسباب التخلية . ومن أهم الأمور التي تناقش في هذا المجال الطبيعة القانونية لحق المستأجر ومدى إمكانية التصرف بهذا الحق فيما نسيه الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار ونظرة القوانين المدنية والقوانين الخاصة بقانون إيجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ إلى هذا الموضوع .

لقد تناول القانون المدني العراقي بحث آثار عقد الإيجار في المواد (٧٤٢-٧٧٨) وهي نصوص تعتبر مكملة لإرادة المتعاقدين حيث يجوز الاتفاق على خلافها تسديداً أو تخفيفاً ما دام ما اتفقتا عليه غير مخالف للنظام العام والآداب - وهي عبارة أخرى نصوص لا تمد من النظام العام .

وفي ضوء ما تقدم سنعرض هذه المواضيع في أربعة فصول متتالية تناول فيس أولها التزامات المؤجر وفي ثانيهما التزامات المستأجر كما سندرس طبيعة حق - المستأجر والتصرف فيه في ظل القانون المدني وقانون إيجار المقار في الفصل الثالث أما الفصل الرابع فستخصصه لبحث انتهاء عقد الإيجار الذي يتضمن دراسة أسباب التخلية في قانون إيجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

الفصل الاول

التزامات المؤجر

ان تعريف المشرع العراقي لعقد الايجار يبين لنا بوضوح طبيعة واهمية التزامات المؤجر التي توجب عليه ان يولي المستاجر حق الانتفاع بالمأجور، والقيام بكل ما من شأنه ان يؤدي الى هذه الغاية، فيلزم ان يقوم بتسليم المأجور وان يتمكن المستاجر من الانتفاع به على نحو دائم من خلال صيانه كما يعمل على دفع ما قد يقع للمستاجر من تعرض ويتلافى ما قد يكون في المأجور من عيوب - وكل هذا في سبيل جعل المأجور في حالة تؤدي الى الغرض الذي اتفق عليه او الذي اعد له المأجور -

وإذا كانت النصوص القانونية الواردة في القانون المدني بهذا الشأن تعطي نصوصاً مكتملة حيث يمكن لطرفي العقد الاتفاق على خلافها، فان هناك لصوصاً قانونية واردة في قانون ايجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ تشكل التزامات جديدة تقع على عاتق المؤجر بالنسبة للمقار التي تخضع لاحكام هذا القانون كجزء من وظيفة المقار الاقتصادية لاجبوزالاتفاق على خلافها، من ذلك التزام المؤجر بضرورة اختيار دائرة ضريبة المقار بطلو المقار والتزامه بإيداع نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبة المقار في مدة حددها القانون

لذلك سنتعالج هذه الالتزامات في نوع احكام القانون المدني العراقي وقانون ايجار المقار -

المبحث الأول

تسليم المأجور

المطلب الأول

كيفية التسليم وزمانه ومكانه ونطاقه

كيفية التسليم :-

نصت المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي :

((يسرى على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم البيع من أحكام ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقين المأجور ، كل هذا ما لم يوجد نص بخلافه)) .^١ ولم يكتف المشرع العراقي بهذا بل نص في المادة (٧٤٣) على ان ((تسليم المأجور يكون بأجازة المؤجر وترخيصه للمستأجر في أن يدفع به بلا مانع ، ويلزم أن يبقى المأجور يد المستأجر بما متصلا مستمرا الى القضاء الأجرة) .

وينبغي لنا ان النص الأخير بين كيفية حصول التسليم بما يتسجم مع طبيعة عقد الإيجار القانونية التي تختلف طبعاً عن عقد البيع - كما رأينا - والتي تنطوي على ضرورة القيام بأمرين :-

اولهما وضع المأجور تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، وثانيهما اجازة المؤجر وترخيصه للمستأجر الانتفاع به (١) .

والتسليم الحقيقي لا يشترط فيه انتقال الحيازة المادية فعلاً من المؤجر الى المستأجر . ولكن يشق بوضع العين تحت تصرف المستأجر بحيث يستطيع

(١) د. العائري - المصدر السابق - ص ٢٢٤ .

جيازتها دون مانع - وينتفق ذلك اذا كانت العين المؤجرة منسجلاً
بتسليم مفاتيحه للمستاجر وأخلاته من المستاجر السابق ومنقولاته - واذا كانت
العين المؤجرة أرضاً زراعية فيكون تسليمها بوضعها تحت تصرف المستاجر بعد
أخلائها من الآلات والمواسي - ويترتب على ذلك انه اذا وجد مانع يحول دون
انتفاع المستاجر بالعين فلا يعتبر المؤجر قد قام بواجب الوفاء بالتزامه بالتسليم
ويستوى ان يكون هذا المانع مادياً أم قانونياً - ويستوى ان يكون المانع ناشئاً
بين فعل المؤجر نفسه أو من فعل أحد أتباعه أم راجعاً الى فعل الغير - فبالا
كانت هناك اشياء في العين المؤجرة تخص المؤجر أو مستاجر سابق بحيث لا يتمكن
المستاجر من الانتفاع بها وهي على هذه الصورة كان هذا مانعاً من التسليم
أو كان هناك شخص يشغل العين فيلتزم المؤجر في كل هذه الاحوال بمسانة يقوم
بأخلائها - ويضاف الى ما سبق ضرورة اخطار المستاجر بأن العين موضوعة
تحت تصرفه وان الاخطار يتم بأي طريق ولكن يجب اثبات حصوله يقسح
على عاتق المؤجر (١) -

ويصح ان يكون التسليم حكماً (معموماً) اذا كان الشيء في يد المستاجر قبيل
الايجار لاي سبب من الاسباب ، كما اذا كان مودعاً لدى او معارفاً له - ففسي
هذا الغرض يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين على تغيير سبب الحيازة
التي بمجرد ابرام الايجار (٢)

زمان ومكان التسليم وثلاثته

نصت المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي على ان ((يسرى على الالتزام
بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام وعلى الاخص ما
يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور - كل هذا ما لم
يوجد نص يخالفه)) وهذا يعني ان المشرع العراقي احال بقوله الى نص
المادة (٥٣٦) الواردة ضمن النصوص المنطقة لتقيد البيع والتي تقضي بأن

(١) راجع لي ذلك - د- تناخو - ص ١٢٧ - د- الصراف - ص ٢٥٧
(٢) د- شبيب - ص ١١٩ - د- تناخو ص ١٢٧ - د- العامري - ص ٢٣٥

((على البائع ان يسلم المبيع وتواضعه الى المشتري عند تقده الثمن ولو شـرط
المشتري اخذ المبيع في وقت معين قبل تقده الثمن جائز)) .

ان الاجرة في عقد الايجار تقابل المنفعة وهذه قاعدة أساسية لا بد من اخذها
بنظر الاعتبار دائما لذلك فان دفع الاجرة يعني ضرورة تسليم المأجور . وهذا ما
اكدته لنا المادة (٧٤٢) بالقول ((على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط
ان يسلم المأجور الى المستأجر . . . الخ)) . ولكن هذا الامر لا يبعد من النظام العام
حيث يجوز الاتفاق على خلافه كان يتفق المتعاقدان على تسليم المأجور المسمى
المستأجر بمجرد انقضاء الايجار على ان يؤجل دفع الاجرة الى تاريخ لاحق يتفق
عليه . وقد يتفقان على دفع الاجرة مقدما على ان يؤجل تسليم الاجرة الى محاسب
معين (١) . وقد لاحظنا مما بان الاجرة بالنسبة للعقارات المتسولة بأحكام قانون
أيجار العقار يجب دفعها مقدما وباتساع شهرية ويعد هذا الامر من النظام العام
الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه (٢) .

اما عن مكان تسليم المأجور فهو يختلف تبعا لوجود اتفاق بين الطرفين على
تحديد المكان الذي يسلم فيه المؤجر العين الى المستأجر من عدم وجود ذلك الاتفاق .
الا ان نص المادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي التي أحالت اليها المادة (٧٤٨)
تشير الى ان مطلق عقد الايجار يقتضي تسليم المأجور في المحل الذي هو موجود
فيه وقت التعاقد . واذ كان المأجور مطلقا ولم يبين محل وجوده . اعتد ر مكانه
محل إقامة المؤجر (٣) . أما بالنسبة لتفقات التسليم يسود التسرع
نصا خاصا بذلك ما يقتضي الرجوع لحكم القواعد العامة الواردة في المادة (٣٦٨)
التي تضع هذه التفقات على عاتق المدين (المؤجر) ما لم يوجد اتفاق او عرف
او نص يقتضي بغير ذلك . والامثلة على هذه التفقات كثيرة منها تفقات تسليم اله
زراعية مستوردة يجب على المؤجر دفع اجرة شحنها ونقلها ورسومها الكمبركية
لكي يتمكن المستأجر من استلامها . وتفقات اخلاء العين المؤجرة مما بها من ائتمنة .

(١) د. العامري - ص ٢٢٥ .

(٢) المادة (١٠) من قانون ايجار العقار الناقد .

(٣) راجع - د. كمال قاسم ثروت - ص ١٢٥ . د. العامري - ص ٢٢٥ .

وتفقات اعلام المستاجر بوضع الشيء تحت تصرفه . وتفقات مسح الارض ولياسها
اولا التمسى التسليم ذلك .

كما تشمل تفقات التسليم المصاريف اللازمة لرزمة او افرازه فيما اذا كان
سنا مثلا كاحرة الكيل او الورن او المعد والقياس (١) .

المطلب الثاني

ما يجب على المؤجر تسليمه وحكم التقص او الزيادة : يلتزم المؤجر بتسليم الشيء
المتفق عليه في العقد ولا يجوز له تسليم شيء آخر بدلا منه الا اذا قبل المستأجر
ذلك . كما يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة بمقدارها المبين في العقد دون زيادة
او نقصان . الا ان تسليم المأجور لوحده قد لا يكون كافيا . خصوصا في الحالات
التي تسج المأجور فيها ملحقات معينة لا يمكن الانتفاع به بدونها (٢) .

وفيما يتعلق بملحقات المأجور احالت المادة (٧١٨) مدني عراقي الى الاحكام
الواردة في باب البيع الخاصة بملحقات المبيع .

ولتحديد ما اذا كان الشيء من ملحقات المأجور ام لا لابد من الرجوع اولا الى
اتفاق الطرفين حيث لا يوجد ما يمنعها من اعتبار بعض الاشياء كملحقات للعين
حتى وان كانت طبيعة العبير او عرف الجهة بتعيين بعدم احد ارجا مسكن
الملحقات .

امسا اذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين بهذا الشأن فيلزم الرجوع عندها الى
العرف لتحديد ما يعتبر من الملحقات . وفي حالة عدم وجود عرف يتم الرجوع
الى طبيعة العين للفصل فيما اذا كان الشيء يعتبر من الملحقات ام لا .

ويمكن القول بان ما يعتبر ملحقا للعين هو كل شيء احد بصورة دائمية لخدمة
العين بحيث ينقص الانتفاع بها بدون الملحق . فاذا كانت العين ارضا زراعية فان

(١) د . العامري - ص ٢٣٦ - د . تناغو - ص ١٢٦ - د . شبيب - ص ١٢٧ -

٢ - ثروت - ص ١٤١ .

(٢) د . شبيب - ص ١١٩ - د . العامري - ص ٢٣٦ .

المحلات المخصصة لمخزن الحبوب أو المعامل تعتبر من ملحقات الأرض وكذلك الأمر بخصوص الدور المدة لسكن الفلاحين والمحلات المدة لبناء المواشي ليسا والشرب والطريق . أما الأدوات والآلات الزراعية وكذلك المواشي ، فلا تعتبر من ملحقات الأرض وبالتالي فإن الأيجار لا يشملها إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على شمولها بالأيجار أو وجد عرف يلفظي بجمعها من الملحقات . ويدخل في إيجار المحلات المدة للسكن كالقصور والشقق ، الأبنية المنبثقة فيها كالدواليب المثبتة في الجدار والناسن ، كما وتدخل كذلك مرافق الدار بما في ذلك الابنية المخصصة للخدم وحديقة الدار والكراج إن وجد وحقوق الارتفاق . ولا يعتبر مسن ملحقات الدار عقود التأمين وسندات ملكية المزجر في حالة كون الأخير مالكا للدار وإنما كان المأجور متفولا كالسيارة مثلا فإن إيجارها يشمل الحسق في استعمال طاراتها الاضافية وأدواتها الاحتياطية . (١)

أما فيما يتعلق بنقص المأجور أو زيادته ، فقد فرق المشرع العراقي بين حالة تقدير الاجرة جملة ، وحالة تقديرها بسمر الوحدة ، ولم يرتب في الحالة الأولى أي اثر على الزيادة في العين المؤجرة واكتفى بأن يرتب على النقص فيها حقا للمستأجر في فسخ الاجارة فقد نصت المادة (٧٤٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : ((المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان تشمل على عدد معين من الحجر والمرافق فظهرت ناقصة ، فإن شاء فسخ الاجارة وان شاء قبلها بالأجر المسمى وليس له انقاص الاجر)) . وكما جاء في المادة (٧٤٦) مدني عراقي ((إذا استأجرت أرض على انها تشمل على مساحة معينة فتبين انها زائدة او ناقصة صحت الاجارة ولزم الاجر المسمى ولكن في حالة النقص يكون المستأجر مخيرا في فسخ الاجارة)) . فلو كنا أمام أرض استأجرت بمساحة معينة كالف متر مربع مثلا وحددت أجرتها بصورة اجالية مقدارها الف دينار سنويا لجميع مساحة الأرض ثم ظهرت زائدة بأن كانت مساحتها الف ومائة متر فإن الأيجار يكون صحيحا في هذه الحالة أيضا ولا يلزم المستأجر الا بدفع الاجر المسمى أي الف دينار دون

(١) د. ثروت - ص ١٢٩ .

ما يترتب على الزيادة في المساحة من اجرة (١) . واذا كان القالون قد اعطى للمستأجر حق المسخ في حالة نقص العين ولم يسط للمؤجر هذا الحق في حالة الزيادة ، لذلك لان العيب الموجودة كانت في يد المؤجر لا في يد المستأجر ، واذا قدر المستأجر الذي يجهل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا قدر للمؤجر في امس كانت الحيطه تقضي عليه فيه ان يتبين قدر ما يؤجر قبل الاقدام على تأجيله (٢) . كذلك فان الزيادة في المساحة في حالة تحديد الاجرة بصورة اجمالية يعتبر وصفاً والوصف لا يذبح عنه شيء من الاجرة بينما يختلف الامر لو اشترت الزيادة اصلاً لان العمل له ما يضاف من الاجرة . . اما السهم في اعطاء المستأجر الحق في نسخ العقد في هذه الحالة فيجد تبريره في ان هذا الاخير لو كان عالماً بمساحة الارض فربما لم يكن قد اقدم على ابرام عقد الايجار الذي قد لا يحقق الاغراض التي يروم الوصول اليها بمنزل هذه المساحة (٣) .

اما اذا كان الايجار قد جرى بسعر الوحدة القياسية ، كان مستأجر شخص أرضاً مساحتها (١٠٠) متر مربع بسعر خمسين ديناراً للمتر المربع الواحد في السنة ، فاذا ظهرت الارض زائدة او ناقصة كان - غير متخيلاً بين القيسخ وعنده عند الزيادة او النقصان - فاذا اختار البعض في الايجار ان الوجوب ينسب عليه بان يدفع من الاجرة ما يقابل الزيادة وكان له ان ينقص منها ما يقابل النقصان . وان احتياط المؤجر في هذه الحالة وعدم تأجيله أرضه بصورة اجمالية وانتسبه الايجار بسعر الوحدة القياسية هو ان يندى جعل له الحق في طلب او زيادة الاجر عند ظهور زيادة في الارض المؤجرة (٤) .

ان الاحكام المتقدمة ليست من النظام العام ، حيث يجوز الاتفاق على خلافها ، كذلك فان احكام نقص المبيع او زيادته تنطبق على حالة نقص المأجور او زيادته بالتدريج الذي لا تتعارض فيه هذه الاحكام مع النصوص الخاصة بمقد الايجار ،

(١) - د. العامري - ص ٢٣٧ ، د. تروت - ص ١١٧ .

(٢) - ص ١٢١ .

(٣) - تروت - ص ١٨٨ .

(٤) - الصيرالي - ص ٣٦١ .

استناداً الى المادة (٧٤٨) التي اجالت الى احكام تنظيم المبيع في المادة (٥٤٦) فيما يتعلق بتسليم المأجور - وعلى هذا الاساس فان حق المستأجر في طلب الفسخ ومن المؤجر في المطالبة بتكتملة الاجرة بنسبة ظهور الزيادة في المأجور في الحالة التي يكون له مثل هذا الحق مقيد بقيدين - اولهما ان تتجاوز الزيادة او النقص ٥٪ من مقدار المأجور وثانيهما ان ترفع الدعوى خلال مدة ثلاثة اشهر من وقت تسليم المأجور تسليماً فعلياً لا تسليماً معنوياً حيث لا يؤخذ بنظر الاعتبار التسليم المعنوي لانه لا يمكن المستأجر من التأكد من مساحة الارض والى يعتقد بالتسليم الفعلي لان التسليم هنا وحده يحقق ذلك الغرض (١) .

ولا شك بان المعيار الذي اعتمده المشرع العراقي هنا هو معيار تحكفي بوصفه نسبة معينة يجب ان تتجاوزها الزيادة او النقص . ونحن لانحيد الجزئ اليسير هذا المعيار ، ونفضل الاساس الذي تبناه المشرع المصري في المادة (٤٢٣) والسني اخذ فيه بجسامة النقص او الزيادة . حيث لا يعطى المستأجر حق المطالبة بالفسخ الا اذا كان النقص او الزيادة جسيماً . وتقدير ما اذا كان النقص او الزيادة جسيماً امر يترك لتقدير قاضي الموضوع الذي يأخذ بطبيعة المأجور ومسا يحيد العلاقة التفاضلية من طرف بنظر الاعتبار .

المطلب الثالث

الحالة التي يجب تسليم المأجور عليها

نصت المادة (٧٤٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي :

(على المؤجر بعد قبضه الاجر المشروط تمجيله ان يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي هو عليها وقت العقد - فاذا كانت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغييراً يخل بالمنفعة المقصودة . فالمستأجر مخيراً ان شاء قبضه وان شاء سح الاجارة) . وقد استمد المشرع العراقي حكم هذه المادة من نص المادة (٦٤٢) من مرقه الحيران (٢) . وظاهر ان هذا النص مصطبغ بالصيغة السلبية فيما يتعلق بالتزامان

(١) - د. الحامري - ص ٢٢٨ ، د. كمال قاسم تروث - ص ١٢٠ .

(٢) التي تنص بان (على المؤجر بعد قبضه الاجر المشروط تمجيله ان يسلم للمستأجر العين للمؤجرة بالهيئة التي راعا وقت العقد . فان كانت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغييراً يخل بالسكنى فالمستأجر مخيراً ان شاء قبضها وان شاء سح الاجارة) .

المؤجر، حيث يلتزم المؤجر بأجراء الإصلاحات التي يحتاج إليها المأجور. ونسبت
بعض الأسرحة (١) .

غير أن المادة (٧٢٢) مدني عراقي عرفت عهد الإيجار بأنه (تسليم منفصلة
معلومة لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) .
ويبدو أن التشريع عاد في هذه المادة وجعل التزام المؤجر إيجابياً خلافاً لما ورد في
المادة (٧٤٦) الفقرة الذكر (٢) .

وقد كان الاجتهاد بالتسرع العراقي به لا من محاولته المزج بين النظرية التي
من شأنها تسليم المأجور بالعالة التي كان عليها وقت العقد ، والنظرية الإيجابية
التي توجب على المؤجر أن يجعل المأجور بحالة تصلح للانتفاع به ، أن يأخذ
بما أخذت به القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني المصري (١) والنسبون
البرجيات والنفوس ميباني (٢) والقانون المدني الفرنسي (٣) وقوانين أخرى
فيجعل التزام المؤجر إيجابياً يترجمه بتسليم المأجور في حالة تصلح معها أن يرضى
به أحد له من منفعة وفقاً لما سم عليه الإعا في الز وفقاً لطبيعته المأجور (٤) .

(١) وفيه هذا الوضع مذهب اثنين المدعي المصري القديم الذي كان المؤجر
يلتزم بتوجيه تسليم المأجور (بالعالة التي يكون عليها في الوقت الميعين
لابتداء انتفاع المستأجر به) د - برهان محمد عطا الله - الوسيط في قانون
إيجار الأماكن - مؤسسة البحوث الجامعية بالاسكندرية - ١٩٨٢ - ص ١١٠
١٨٩٦ (١) .

(٢) يرى استاذنا د - كمال قاسم ثروت عدم وجود تداخل بين النصين ، حيث أن
تخصص القانون المدني العراقي جاءت منسجمة مع بعضها بما في ذلك
المادتين (٧٧٢ ، ٧٩١) د - كمال قاسم ثروت - ص ١٠٧ ، ١١٠ .
(٣) التي نصت المادة (١٦٤) منه يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة
وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن ترضى بما أخذت له من منفعة ، وفقاً لما
سم عليه الاتفاق أو الطبيعة العين .

(٤) نصت المادة (٥٤٧) منه أن على المؤجر (تسليم المأجور بحالة ينسب
معه للمستأجر أن يستعمله لغرض المقصود منه بحسب ما عينته ، أو بحسب
التخصص الذي اتفق عليه المتعاقدان) .

(٥) نصت المادة (١٧٢) من القانون المدني الفرنسي على أن المؤجر يلتزم
بتسليم الشيء في حالة حسنة من جميع الوجوه) .

له من معناه وفقاً لما لم عليه الاتفاق أو وفقاً لطبيعة المأجور (١) .
ويبدو أن مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد التفت إلى هذا الموضوع
في نص المادة (٧٢٨) التي تقول :- (أولاً) يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وخدمته
أن المستأجر في حالة يصلح معها للائتماع المقصود بمقتضى الاتفاق أو بحسب ما
حدده المأجور (٥) .

غير أن واتسع قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٦ - كما نعتقد -
ينفذ إلى هذه النقطة الهامة في المادة الثامنة من القانون التي نصت على ما يلي :
(على المؤجر أن يسلم المأجور بحالة تصلح للائتماع به وفق العقد) والاصح - في
تقديرنا - وضع النص بالشكل التالي : (على المؤجر أن يسلم المأجور بحالة
صلح للائتماع به وفق العقد أو وفقاً لما اُتد له) .

وعلى هذا الأساس يتعين على المؤجر تسليم المأجور بحالة تصلح معها للائتماع
للفرض المقصود . ويتحدد هذا الفرض بحسب طبيعة الشيء أو بحسب
التخصيص الذي اتفق عليه المتعاقدان .

لهذا ينبغي أن يكون المأجور عند التسليم صالحاً للفرض المقصود بحسب ما
هيته ، فإذا كان هذا للسكن يجب أن يكون صالحاً لهذا الفرض بحيث تكون
الابواب والنوافذ ودورات المياه وكافة مرافقه صالحة لاداء الفرض منها على نحو
عائق . فالمؤجر قبل بدء الائتماع يزم بكل الإصلاحات وينصرف ذلك الشيء
الشيء ذاته وإلى كل ما يعتبر من التحققات اللازمة ليعمله صالحاً لاداء - الفرض
المقصود منه . مثل اجهزة التبريد أو خزانات المياه أو المصاعد أو السلالم أو غير
ذلك مما يعد من التحققات اللازمة للائتماع بالمأجور . وأن تعلق الأمر بتأجير
أرض زراعية ينبغي أن يسلم المأجور في حالة يصلح معها للزراعة . وفي هذا الصدد
يتعين عليه أن يزيل كل اثر لما قد يكون المستأجر السابق قد احدثه بالعيس .

(١) - سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٦ .

(٢) - وزارة العدل العراقية - مشروع القانون المدني - ١٩٨٤ . ويبدو من نص
المادة (٧٢٨) من المشروع مدى التأثير بنص المادة (٥٦٤) من القانون المدني
المصري .

وإذا تعلق الأمر بتأجير محل تجاري ، يجب أن يسلم في حالة صالحة للفرش المعد له ، وكذلك الأمر إذا تم تأجير مصنع حيث يتعين أن يكون صالحاً للعمل ، فتكون الآلات والأدوات صالحة لاداء المرض المقصود .

ومثلما يجب على المؤجر تسليم المأجور صالحاً للانتفاع به وفق ما ابتدله ، يجب كذلك تسليمه صالحاً لاداء الاعراض المتفق عليها في العقد . فقد يتفق على تخصيص المأجور لمرض آخر فتأجير مبنى كان معداً للسكن بحسب طبيعته لاستعماله مصنعاً يجب أن يجهز بصورة يمكن منها ان يؤدي المرض المتفق عليه ، وتأجير مبنى كان معداً لتجارة مثلا لكي تمارس فيه تجارة الخضراوات والفاكهة يجب ان يسلم بحيث يكون صالحاً للمرض المتفق عليه ، فيقوم بذلك بسمل اسواق تسال الخضراوات وانتاد كل ما يلزم للوضع الجديد . وتأجير سيارة عادية لاستعمالها ((تاكسي)) يوجب على المؤجر ان يقوم بما يلزم لجعلها صالحة للاستعمال على النحو المتفق عليه ، فيقوم باستخراج التراخيص الادارية اللازمة وتزويدها بمواد . (١) .

المبحث الثاني

التزام المؤجر بميانة المأجور

سنت اشرنا اذن من المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي بأن وعلى المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور اذى الى اخلال في النعمة المقصود منه . ولا شك بأن سبب ايراد هذا النص يتجلى في ضرورة ان تحقق للمستأجر غاية في الانتفاع المقصود من المأجور سواء كانت هذه الغاية متفق عليها او انها تنجم مع ما اعد له المأجور وفقا لطبيعته .

ان مؤلف القانون المدني العراقي يأنى مطلقا مع اتجاه القوانين العاصرة التي سارت بنفس هذا الاتجاه وتأثر القانون المدني العراقي بها (١) .

(١) للمزيد راجع : ١- توفيق حسن لرج - المصدر السابق - ص ٤٨٨ ومسا بعدها .

(٢) الفهرست السادس ٥٦٦ عدلي حسري ، موجبات وظروف كبتاني .

والنقص بالاصلاحات والترميمات التي يلتزم المؤجر بها (الترميمات الضرورية) للانتفاع بالماجور سواء كانت لازمة لحفظه من الهلاك أم لا . ومثال الاصلاحات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك ، تقوية اساسات منزل مهدد بالانهيار لضعف اساساته ، او ترميم تصدع حدث في جدران المنزل او سقفه . وهكذا الترميمات لتتبع بطابع الاستعمال لضرورتها لحفظ العين من الهلاك ، ولهذا السبب فان القيام بها ليس التزاما على المؤجر حسب . بل حق له ايضا ، لا يجوز للمستأجر أن يمنع من مباشرته (١) . والنوع الثاني من الاصلاحات الضرورية هو ما يكون لازما لحفظ العين من الهلاك ، ولكن الانتفاع بها على الوجه المقصود من العقد . مثال ذلك القيام بالاصلاح اللازمة لتجسيص الاسطح او القيام باصلاح المصعد او السلم . (٢)

اما الترميمات الطفيفة والتأجيرية، فانها تقع على عاتق المستأجر مسأ نام العرف يقتضي بذلك . وهذه الترميمات تأتي عادة اما جبرا ، اعمال المستأجر او بسبب الاستعمال المألوف للماجور . مثال ذلك اصلاح زجاج النوافذ وحفريات المياه والافعال التي اصابها العطب . وللقضاء دور واسع في ترميم طبيعة هذه الترميمات وهل انها ضرورية ام انها تأجيرية وعلى القاضي ان يراعي في كل ذلك معرفة الجهة الذي يختلف من مكان الى اخر ومن زمان الى اخر . ولا يعتبر حكم المادة (٧٥٠) مدني عراقي من النظام العام اذ يجوز الانتفاع على خلافها ، حيث يجوز للمتعاقدين الخروج على العرف فيما يقتضي بسببه فينتفا على ان تكون بعض هذه الترميمات او كلها على المستأجر لا على المؤجر او على ان يعفى المؤجر منها .

وإذا امتنع المؤجر عن القيام بالاصلاحات والترميمات الضرورية فـ كان للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو القيام بالترميم بنفسه وعلى حساب المؤجر .
به أخذ اذن المحكمة بذلك (٣)

(١) د- تاملو - ص ١٢٧ .

(٢) نفس المصدر - ص ١٢٦ - ١٢٨ .

(٣) المادة (٧٥٠) ، ف٢ مدني عراقي .

وقد نصت المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري على انه (يجوز للمستاجر في حالة الترميمات المستعجلة والبسيطة ان يقوم بنفسه باجرائها دون حاجة الى اذن القاضي) . وهذا تطبيق من تطبيقات القواعد العامة الواردة بشأن التنفيذ العيني . ويمكن الاخذ بحكمته عندما مع عدم وجود نص صريح خاص بهذه الحالة كقضاء بنص الفقرة (٢) من المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي (١) .

اما بالنسبة لهلاك العين المؤجرة فقد عالجت المادة (٧٥١) من القانون المدني العراقي - والهالك قد يكون كلياً - وبحسب الفقرة الاولى من المادة (٧٥١) اذا هلكت العين المؤجرة هلاكاً كلياً ، فان تنفيذ التزامات المؤجر . وكلها تنطلق بالعين المؤجرة وتهدف الى تمكين المستاجر من الانتفاع بها يصبح مستحيلاً . فتنتفيض هذه الالتزامات وتنتفيض الالتزامات القابلة . وينسخ العقد من تلقاء نفسه وهذا يخضع لتطبيق القواعد العامة (٢) .

اما الهلاك الجزئي فقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٥١) مدني عراقي بقولها : (اما اصبح (أي التأجير) في حالة لا يصلح منها للانتفاع الذي اجسر من اجله او فسخ هذا الانتفاع نقصاً كيرا ولم يكن للمستاجر به في شيء من ذلك حاز له اذا لم يتم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة التأجير الى الحالة التي كان عليها . ان يطلب اما انقاص الاجرة او فسخ الاجارة) (٣) .

ويبدو من هذا النص ان التشريع العراقي لا يبيح في حالة الهلاك الجزئي اجبار المؤجر على اجراء التجديد بل يترك له الخيار في ذلك ، لان التجديد غالباً مما تكون نفعاته بالهضبة . بخلاف الترميم فان نفعاته تكون مستتلة ولذلك يلتزم به المؤجر . والامثلة على الهلاك الجزئي واختلال الانتفاع كثيرة . من ذلك الهدام حائط او سقف في المنزل المؤجر ، او جفاف تروحة كانت تروى منها الارض المؤجرة ولكن ينبغي الا يكون الهلاك الجزئي سبباً حتى ياتخذ شكل الهلاك الكلي . ومن ذلك ما قضيت به محكمة النفس الفرنسية . من ان المباني وان كانت لم تنهك

(١) التي لقول (٢) - ويجوز في حالة الاستعجال ان يتخذ المالك الالتزام على نفقة المدين بدلاً من المحكمة - د - المصري - ص ٢٤٤ ، د - الصرف ص ٣٦٥ -

(٢) د - تاملو - ص ١٤١ -

لكلها ، فانها بسبب قدمها أصبحت في حالة يرثى لها ، ولم تعد تسمح بالاستغلال
لأنها بسبب قومتها أصبحت في شيلاء من حطب خشخشة لفظظا على لسط دنيو لغرد
الأرض ، ولا يسكن العمال ، فإن الهلاك يعتبر كليا وينسخ العقد (١) .

وفي جميع الأحوال يجوز للمستأجر ان يطالب المؤجر بالتعويض عما أصابه
من ضرر الا اذا كان الهلاك راجعا الى - ب لايد للمؤجر فيه . أما اذا كان
الهلاك بسبب فعل المستأجر أو فعل أحد من يسأل عنهم ، فإن للمؤجر الحق
في ان يطالبه بالتعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقديية (٢) .

لاحظنا بأن الترميمات او الإصلاحات الضرورية قد تكون الغاية منها اكمال
الانتفاع بالمأجور بعد ان أدى التلف الذي أصابه في أحداث خلل أو نقص فسي
هذه المنفعة ، وقد تكون الغاية منها حفظ المأجور من الهلاك . وقد عالجت المادة
(٧٥٢) مدني عراقى حق المؤجر في إجراء الترميمات الضرورية لحفظ المأجور
بالقول :- (١) - اذا احتاج المأجور لصيانة ضرورية لصيانه فليس للمستأجر
ان يمنع المؤجر عن اجرائها فان ترتب على ذلك ما يضر بالسكن أو يخل بالمنفعة
ان يمنع المؤجر عن اجرائها فان ترتب على ذلك ما يضر بالسكن أو يخل
بالمنفعة جاز للمستأجر ان يطلب فسخ الايجار او القاضى الاجرة .

٢ - ومع ذلك اذا بغى المستأجر في المأجور الى ان تمت الترميمات سقط حقه
في طلب الفسخ (٢) .

ويبدو من النص بأن هذا النوع من الترميمات او الإصلاحات يثبت حقيق
اجرائها للمؤجر ولو لم يطلب منه المستأجر ذلك ، بل ولو عارضه المستأجر
في القيام بها ، لان هذه الترميمات كما اسلفنا لازمة لحفظ العين المؤجرة مثال ذلك
تشقق الجدران في المنزل المؤجر مما يهدده بالسقوط .

وتتوسع المحاكم في تفسير اصطلاح الترميمات ، فهي لا تسمح للمؤجر باجراء
الترميمات بالمعنى الدقيق ، وهي التي تتضمن القيام بعمل اجباري في العين

(١) د- تناغو ص ١٤١ ، ١٤٢ .

(٢) قارن الفقرة الثالثة من المادة (٧٥٦) مدني عراقى بند - العاصمى
ص ٢٥١ .

فحسب . بل انها تسمح له كذلك بأن يمتنع عن العين الاشياء التي تهدد سلامتها. كان يطلب من دائرة مسألة الماء وقف سيره في الانابيب الموجودة في المنزل المؤجر اذا كان هذا ضروريا لحفظ العين .

غير ان القانون وان كان قد اعطى المؤجر حق اجراء الترميمات اللازمة لصيانة العين وحفظها من الهلاك ، فهو اعطى المستأجر الحق في انه الا ترتب على القيام بالترميمات ما اضر بانتفاعه بالمأجور جاز له ان يطلب اما فتح الايجار او انتاص الاجرة بقليل ما ينقص من الانتفاع . ولكن حق المستأجر في الفسخ يختلف تبعاته في المأجور الى وقت انمام الترميمات التي اجراها المؤجر ، ويستطيع ان يقابل بالانص الاجرة بما يوازي نقص المنفعة (١) .

المبحث الثالث

التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق

يضمن المؤجر للمستأجر التعرض له في الانتفاع بالعين المؤجرة ويأمن هذا الضمان منجما مع التزام المؤجر بضرورة تمكين المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل الاجرة التي يدفعها المستأجر .

ويضمن المؤجر التعرض الصادر منه شخصا او من احد اتباعه ، سواء كان معرضا ناديا او تعرضا متبا على سبب قانوني . كذلك يضمن التعرض الصادر عن الغير اذا كان متبا على سبب قانوني . ولا يضمن التعرض المادي الا اذا التفت على خلاف ذلك .

وقد تناول المشرع العراقي ضمان التعرض والاستحقاق في المواد : ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣ . وحيثما لا نجد نصا قانونيا بشأن امر معين في هذا المجال يمكن الرجوع الى الاحكام الخاصة بعقد البيع بشرط ان يكون ذلك متفقا مع طبيعة عقد الايجار المبررة لدينا .

في ضوء ما تقدم يتعرض في مطلبين متتابعين لدراسة ضمان التعرض الصادر عن الغير .

(١) د . الصراف - ص ٢٧٠ .

٢ - التظلم الأول

ضمان التعرض الصادر عن المؤجر

نصت المادة (٧٥٣) من القانون المدني العراقي على انه ((لا يجوز للمؤجر ان يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الاجارة ولا ان يحدث في الأجرود تغييراً يمنع من الانتفاع به او يدخل بالمنفعة المقنود عليها) .

٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر عنه او من اتيائه بسبب يتعد هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر ممن اى مستأجر آخر او اى شخص تلقى الحق من المؤجر) .

كما نصت المادة ٢٢ / الفقرة (٧) من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلي :-

من ضمانات دينار ولا تزيد عن الف دينار او باحدى جانبي الطرفين كمثل ((مطالب بالحس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد عن سنتين وبترامة لا تقل مؤجر تعرض للمستأجر في الانتفاع بالمأجور دون وجه حق) (١) .

ينصح من هذه النصوص ان المؤجر ممنوع عليه التعرض الشخصي للمستأجر سواء كان تعرضاً مادياً ام قانونياً ويعتبر من صور التعرض القانوني ان يدعي المؤجر بحق على العين بحيث يمنع للمستأجر من الانتفاع بها - فإذا لم يكن المؤجر مالكة للمأجور وتملكه بعد الاجارة فلا يستطيع ان يسند الى حق الملكية الذي اى اليه لينزع الأجرود من تحت يده المستأجر (١) . ومن ذلك ايضاً ان يظهر حق ارتفاق على الارض المؤجرة لارض اخرى مجاورة لها . ثم تزول هذه الارض بالبركات الى المؤجر فيحاول استناداً الى ملكية الارض المجاورة ان يانسرح حق الارتفاق على العين المؤجرة ولا يحق للمؤجر في الامثلة السابقة ان يخرج المستأجر من العين او يدخل بانفعاله بها . لانه ضامن لحق المستأجر في الانتفاع .

(١) د. الصراف - المصدر السابق - ص ٣٧٢ . د. العامري - نفس المصدر - ص ٢٤٧ .

ولا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الفساد ، اذ ان الفساد والاسترداد لا يجتمعان (١) .

أما التعرض المادي فهو اي فعل يعطل به المؤجر استعمال المستأجر للأجود دون أن يستد في هذا ال حق قانوني يبيع له ذلك . فإذا اراد أن يحدد فسي الأجود تغييرا ماديا يخل بالانتفاع من دون ضرورة فإن هذا يعتبر تعرضا ماديا يمنع المؤجر من حراة . ومن صور التعرض المادي كذلك أن يطلق المؤجر حوائطه للرهن في الأرض المؤجرة والقائمة الأوصاح من الطابق الاعلى الذي يمكنه شخصيا على الطابق الاسفل المؤجر . وكذلك تاجير العين للمستأجر آخر او التنازل من حق الانتفاع فيها .

وقد تار الخلاف الفقه بالنسبة لتأدية المؤجر للمستأجر في مزاولة حرقه او عينة معينة . وهل يعتبر هذا صورة من صور التعرض المادي ام لا ؟

يرى البعض أن الاصل في ذلك حرية المالك في استعمال ملكه كيف يشاء . فإذا أجر لشخص شيئا ليتفجع به التلغاغا معينا فإن هذا لا يمنع أن يتفجع هو الاخر بملكه كأنتفاع استأجر بالأجود . فالذي يؤجر دكانا لآخر لا يمنع عليه أن يزاول نفس الهيئة التي يزاولها المستأجر في دكان ملاصق للدكان المستأجر . ولكن بعض الشراح يلعب ال أن المؤجر لا يستطيع ممارسة انتفاع مشابه لانتفاع المستأجر بالأجود في نفس الجهة والا اعتبر متعرضا له . ولكن الراجع هنا أن المؤجر يضمن عدم منافسة المستأجر اذا تعهد له بذلك صراحة او ضمنا . وهو اي (المؤجر) يضمن عدم المنافسة التي لا يقصد بها سوى الاضرار بالمستأجر لأن في ذلك مساواة لاستعمال الحق وهو ما لا يزيد كذلك (١) .

وحيثان المؤجر لتعرضه الشخصي لا يقتصر على فعله هو بل يشمل جميع الاعمال التي قد تصدر من الباعة وهو ما اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة (٧٥٣) مدني عراقي . والقانون وان لم يحدد معنى التابع . الا ان المتفق عليه هو أن معنى التابع هذا اوسم من معنى التابع في المسؤولية التقصيرية . فالاتباع الذين يسأل عنهم المؤجر اكثر من الاتباع الذين يسأل عنهم في المسؤولية

(١) السنهوري - ص ٣٠٣ . تناقرو - ص ١٥٩ .

(٢) الصيراف - ص ٣٧٢ .

التقصيرية (١) ويعتبر من اتباع المؤجر الوكيل والولي والوصي والقيم أي كسل من ينوب عن المؤجر نيابة انطالية او قانونية او قضائية . ويعتبر مسن الاتباع كذلك الخلف الخاص للمؤجر وخلقه العام كما ويعتبر مسن الاتباع مستخدموا المؤجر وعماله والاصدقاء والضيوف والخدم والفراد العائقة (٢)

ويشترط لقيام ضمان المؤجر عن فعل من يسأل عنهم ان يقع الفعل من أحدهم بحكم ماله من حيلة بالمؤجر والا فإنه لا يضمنه فإذا منع وكيل المؤجر او عامله او البواب المعين من قبله المستأجر من دخول العين المؤجرة او حال دون استقبال زائريه او دون وصول خطاباته ورسائله او لسو سرق البواب امتعة المستأجر او اشترك في سرقتها، احتيرت هذه الاعمال تعرضا صادرا من المؤجر شخصيا وتوجب ضمانه . اما اذا عهد المستأجر الى بواب المنزل ادارة أمواله في اناء نيابه فبعد البواب هذه الاموال او اتلفها لم يضمن المؤجر ذلك ، لان هذا العمل قد جرى بالنظر الى صفة البواب الشخصية ، وليس بصفته من احوال المؤجر في تنفيذ التزامه .

المطلب الثاني

ضمان التعرض الصادر من الغير

لا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال الصادرة منه او من احد اتباعه ، بل يمتد هذا الضمان الى الاعمال الصادرة من الغير بشرط ان تكون مبنية على سبب قانوني ، فهو لا يضمن التعرض المادي من الغير بخلاف التعرض الشخصي الصادر منه . فهو ضامن له سواء كان قانونيا او عاديا .

ويستوى لقيام التعرض القانوني ان يحصل عن طريق فعل عادي يستند فيه المدعي الى حق يدهى وجوده على المأجور كأن يبنى في الارض المؤجرة او يزرعها مدعيا ملكيتها ، او ان له حق انتفاع او حق ايجار ، او ان ينصب التعرض لمسي شكل دعوى يرفعها المدعي طالبا ثبوت حق له مما يخل بانتفاع المستأجر . ولا

(١) لاحظ المواد ٢٦٩، ٢٦٨ مدني عراقي

(٢) د - لروت - المصدر السابق ص ١٦٤ .

يتم كونه الحق غير قائم على أساس قوى ليستوى لقيام التعرض ان يكون قائماً على أساس ما او لا أساس له عيسى الاطلاق ، ويستوى كذلك ان يكون الحق المدهى به حقا عينيا او شخصيا . ففي كل هذه الاحوال تقوم مسؤولية المؤجر عن التعرض الصادر عن الغير . والى ذلك اشارت لكتابة (٧٥٤) مدني عراقسي بقولها -

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاموال التي تصرفه او عن اتياعه بل يمتد -
عند الضمان الى كل تعرض مبيني على سبب قانوني من اي مستأجر اخر او من اي شخص تلقى الحق عن المؤجر (((١) .

وإذا حصل تعرض للمستأجر من الغير وجب عليه ان يبادر الى اخطار المؤجر بذلك لكن يقوم بواجبه في دفعه ، ولم يستلزم القانون شكلا خاصا لهؤلاء الاخطار كذلك لم يحدد القانون موعدا يجب ان يتم الاخطار خلاله . ولكنه اوجب ان يقوم المستأجر بالاخطار في وقت ملائم يسمح للمؤجر بان يدافع عن حقوقه وان ياتر واجبه في دفع التعرض .

فإذا لم يعلم المستأجر باخطار المؤجر بحصول التعرض ، او تأخر في حصول الاخطار فإنه يتحمل نتائج قصيره وعلى ذلك فإذا ثبت المؤجر انه كان في امكانه ان يدفع التعرض لو اخطر به في الوقت الملائم ، فلا يكون للمستأجر ان يرجع عليه بالضمان اذا فقد حقا من الحقوق التي له على العين المؤجرة . بل ان للمؤجر في هذه الحالة ان يطالب المستأجر بتعرض ما لحقه من ضرر نتيجة لتجساج التعرض في تعرضه . كما لو وضع شخص يده على العين المؤجرة مدهيا اليه ماليتها . فلم يخطر المستأجر المؤجر بذلك بل اكتفى بترك العين للمتعرض ، فقد المؤجر بذلك حيازتها الترتيب لم يكن له سواها سندا للملكية او تملكها التعرض بالتقادم المكتسب . اما لو ثبت ان التعرض كان لابد ان ينجح في دعواه وليس قام المستأجر باخطار المؤجر في الوقت المناسب . او كان المؤجر يعلم بالتعرض

(١) - د - الصراف - ٢٧٥ -

رغما عن عدم اخطاره به . فان عدم قيام المستاجر بالاطوار اصلا . او تأخره فيه لا يؤثر على حقه في الرجوع على المؤجر بالضمان . (١)

وعلى كل حال فان نتيجة الدعوى أما ان تكون في صالح المؤجر وفي هذه الحالة يثبت الحق للمستاجر في المأجور كما هو . وأما ان يكسب المدعي هذه النتيجة فيترتب لذلك ضمان الاستحقاق على المؤجر فيستطيع المستاجر أن يطالبه بالفسخ او بانقاص الأجرة على حسب ظروف الدعوى التي اقامها مدعي الاستحقاق ويحسب نتيجة هذه الدعوى . فإذا زال الانتفاع تماما أمكن الفسخ . وكذلك اذا نقص هذا الانتفاع بشكل كبير أما اذا كان مقدار ما أصاب المأجور من الاستحقاق ما يقلل من الانتفاع بحيث لا يفيق المستاجر عن ممارسة الانتفاع بصورة جدية . فإنه (اي المستاجر) يستطيع ان يطالب بانقاص الأجرة بنسبة ما نقص من الانتفاع . وثبت له في كل الاحوال مطالبة المؤجر بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة للفسخ ونتيجة للتعرض الحاصل من مدعي الاستحقاق وذلك اذا اثبت على المؤجر اي خطأ او إهمال بسبب مسؤوليته عين

التعرض والاستحقاق (٢)

أما بالنسبة للتعرض المادي فلا يضمنه المؤجر حيث لا علاقة له به . ويشترط لذلك ان يكون التعرض من الغير ، وان يقع هذا التعرض بعد تسليم العين المؤجرة الى المستاجر . لان المؤجر طبقا لالتزامه بالتسليم ، عليه ان يدفع التعرض الواقع قبل التسليم ولو كان تعرضا ماديا . ويشترط ان يكون التعرض ماديا لا يقوم على اي سبب قانوني يدعيه الغير . كان يرسل الغير ماشيته ترعى قسي الارض المؤجرة دون ان يدعي حقا في ذلك ، او يحرق زراعة المستاجر ، او يسرق منقولات المستاجر دون ان ينسب إهمال الى المؤجر او تابعيه في ذلك ، او يحدث اعتداء على العين المؤجرة . والحكمة من عدم ضمان المؤجر لهذا التعرض انه لا يمكن ان ينسب اليه باي شكل . وقد يكون هو ضحيته اذا حدثت اضرار العين المؤجرة بسبب التعرض . بل قد يكون هو ضحية المستاجر ، اذا كان

(١) د . شبيب - ص ١٥٧ .

(٢) انظر المادة (٧٥٤) مدني عراقي . د . الصراف - ص ٢٧٥ - ٢٧٦ .

التمرض بسبب خلافات بين المستاجر والتمرض (١) .

وقد اشارت المادة (٧٥٥) عدلي عراقي الى حالة من حالات التمرض المسادي الصادر من الغير بالقول :-

١ - اذا نصب المأجور ولم يتمكن المستاجر من رفع يده المصعب ، جواز ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة .

٢ - فاذا قصر في رفع يده المصعب ، وكان ذلك ممكنا ولم يتخذ المؤجر بوقوع العصب ملام تسلط عنه الاحرة ، ولسه ان يرفع على المصعب الدعوى بالتعويض .

ان الحق الذي يعطيه هذا النص للمستاجر في طلب الفسخ او انقاص - الاجرة ليس اسامه مسؤولية المؤجر من ضمان التمرض ، فالمؤجر غير مسؤول عن ضمان التمرض المادي الصادر من الغير ، ولما اسامه تحمل المؤجر نتيجة حرمان المستاجر من الانتفاع بالمأجور ، فحيث يحرم المستاجر بسبب لا يده له فيه من الانتفاع بالمأجور كالمغضب الذي لا يتمكن المستاجر من دفعه او هلاك المأجور او لغير ذلك من الاسباب ، فان الذي يتحمل نتيجة ذلك هو المؤجر لا المستاجر وينتقل تحمله لهذه النتيجة في حق المستاجر في طلب فسخ الايجار او انقاص الاجرة دون ان يكون له حق في التعويض لان التعويض جزاء للمسؤولية عن ضمان ولا محل لهذا الجزاء في تحمل نتيجة الحرمان من الانتفاع بالمأجور وهذه القاعدة اساسها ان الاجرة تقابل الانتفاع فاذا زال هذا الانتفاع او نقص وجب الفسخ او انقاص الاجرة .

غير انه يجب على المستاجر ان يبادر الى اخطار المؤجر بكل امر يستوجب تدخله كالتصاحب بالمأجور مثلا او اعداد ضرر فيه حتى يتمكن هذا من دفع الضرر النسيب عن هذا التمرض للمأجور والا كان المستاجر مسؤولا عن تعويض المؤجر من الضرر الذي نسيب عن هذا التصير وفقا للقواعد العامة ، ولا يستطيع

(١) انظر في ذلك - د. تاملو - ص ١٧٨ - د. السنهوري - الوسيط - ج ٦ - لحن

٢٨٢ - ص ٢٧٢ .

المتأجر في هذه الحالة من باب اول ان يطالب بفسخ الايجار او انقاص الاجرة اذا كان قد قصر في دفع التعرض بالرغم من تمكنه من ذلك ، ولكن يبقى حقيق المتأجر بالرجوع على المتعرض بالتعويض تاجبا بصراحة نص الفقرة الثانية من المادة (٧٥٥) - وأساس المطالبة بالتعويض هنا هو قواعد المسؤولية التقصيرية كما يجوز للمؤجر أيضا بموجب هذه القواعد الرجوع على المتعرض عنا صاحبها من ضرر بسبب تعرضه (١) .

الاتفاق على تعديل احكام الضمان

ان جميع القواعد المتقدمة المتعلقة بضمان التعرض لا تعتبر من النظام العام بل تعتبر بطبيعة لارادة المتعاقدين ، حيث يجوز الاتفاق على خلافها تشديدا او تخفيفا او اعفاء - فيجوز ان يتفق المؤجر مع المتأجر على الا يضمن الا لوقفا معينة من التعرض او ان لا يضمن الا التعرض المبني على سبب قانوني الصادر من اجنبى عنه كما انه يصح ان يشترط عدم ضمانه لتعرضه الشخصي متلما يصح ان يشترط المتأجر على المؤجر ضمان الاخير لكافة انواع التعرض بما في ذلك التعرض المادى الصادر من الغير ، ولكن المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي قيدت ذلك بالقول :-

((يصح باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض ... اذا كان المؤجر قد اخطى عن عثر سبب هذا الضمان)) (٢) ويأتي هذا النص تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بان العثر يفسد كل شيء والاتفاق على الاعفاء من العثر غير جائز لانه مخالف للنظام العام .

(١) د- العامري - ص ٢٥٩ - ٢٦٠ .

(٢) ويتطابق هذا الحكم نص المادة ٥٧٨ من القانون المدني المصري .

المبحث الرابع

ضمان المؤجر لعيوب المأجور وتختلف الوصف فيه

يرتب القانون المدني في ذمة المؤجر التزاما امر يتجلى في ضمانه للعيوب او تخلف الوصف في المأجور مما يؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع به او نقصان هذا الانتفاع الى حد كبير وقد تناولت المادة (٧٥٦) مدني عراقي ذلك بالقول :

١ - يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور مسن عيوب تحول دون الانتفاع به . او تنقص مسن هذا الانتفاع انقاصا كبيرا . ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها .

٢ - وهو مسؤول ايضا عن خلو المأجور من صفات تعهد صراحة بتوافرها او خلوه من صفات يقتضيها الانتفاع به . كل هذا ما لم يلفض الاتفاق بغيره .
تم اعتناقت م (٧٥٥) مدني عراقي الى ذلك ما يلي :-

((لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستأجر قد اخطر به او كان يعلم به وقت التعاقد . وكذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان يسهل على المستأجر ان يتحقق وجوده ، الا اذا اعلن المؤجر خلو المأجور من العيب)) .

ومما يلاحظ على نص الفقرة الثانية من مادة (٧٥٦) من القانون - المدني العراقي اشارتها الى تخلف الوصف المرغوب فيه القى لم تشير اليه احكام عقد البيع خلافا للفقهاء الاسلامي الذي تناول هذا الموضوع بمزيد من الاهتمام .

به المستأجر . ولا يشترط في العيب ان يكون قديما اي راجعا الى ما قبل وشروط العيب الموجب للضمان تجلبي في ان يكون العيب مؤثرا وخفيا ولا يعلم التسليم . كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع لان طبيعة عقد الايجار في ضرورة اقامة انتفاع المستأجر بالمأجور تقتضي ان يضمن المؤجر العيب الطاريء بمسده الايجار ايضا .

وعلى هذا الاساس فان شروط هذا الضمان يمكن تلخيصها كما يلي :-

١- يجب ان يكون العيب مؤثرا :-

ويقصد بذلك ان يكون من شأنه ان يحول دون الانتفاع بالماجور على النحو المقصود من الايجار او نقصان هذا الانتفاع بشكل كبير بحيث ان المستاجر كان يستغنى عن الاستئجار او كان يدفع اجرة اقل لو علم بالعيب . كوطوية المنزل المؤجر او شدة الحرارة فيه مما يضر بصحة المستاجر وعائلته . ومن هنا القبول ايضا ذكر المستاجر في العقد ما يشتمل من الانتفاع بالماجور مما يجعله صالحا لاداء هذا الغرض ، والا اعتبر ذلك عيبا فيه . فاذا اشترط المستاجر في العقد انه استاجر ارضا لزراعتها لماكته من نوع معين او لى زراعة اخرى . ولم تكن الارض صالحة لهذا النوع من الزراعة . فان العيب يكون مؤثرا لانه يخل بالانتفاع المقصود من الايجار . وقد يتمهد المؤجر بوجود صفة معينة في المايجور كصلاحية لزراعة نوع معين من المحصولات الزراعية . دون ان تكون كذلك فعلا . فان ذلك يعني قوات صفة تعهد المؤجر بوجودها . وهو ما يأخذ حكم العيب . واذا لم يذكر المتعاقدان شيئا عن المنافع المقصودة من العين المؤجرة . وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع الى طبيعة العين . فاذا كان بالعين عيب يخل بهذه المنافع وجب على المؤجر الضمان . والعيب الذي يرجع الى طبيعة العين كما نذهب الى ذلك محكمة القضا المصرية (١) الالة الطارئة التي تخلوا منها القطرة (السليمة للشئ) (١) .

وتقرر الفقرة الاولى من المادة (٧٥٦) مدني عراقي عدم ضمان المؤجر للمعيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها . فقد يكون العيب مؤثرا ولكن العرف قسي التعامل جرى على عدم اعتباره عيبا . مثال ذلك جريان العرف على التسامح قسي رطوبة المنزل اذا لم تكن غير مألوفة وكذلك التسامح بوجود الحشرات في الارض الزراعية اذا لم يكن من العسير ازالتها (٢) .

(١) شنب - ص ١٧٢ . تناظر - ص ٢٠٠ . السهوري الوسيط - ج٦ - ص ٢٢٧ - ص ٢٢٧ .

(٢) السهوري الوسيط - ج٦ - ص ٢٣٩ .

يجب ان يكون العيب خفياً .

يكون العيب خفياً اذا كان المستاجر لا يعلم به عند إبرام الأيجاز ولم يستطع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص الشيء المؤجر بعناية الشخص المعتاد . فاذا كان المستاجر يعلم بالعيب عند التعاقد . اما لان المؤجر اعطاه به او من اي طريق آخر . وبالتالي فان المؤجر لا يضمنه . وذلك لان علمه بهذا العيب يمد ظاهراً لا خفياً . المستاجر به يفيد اما انه راعى وجوده عند تحديده للاجرة ، او انه قبل التسؤل عن صفه في المصان ما دام لم يشترط على المؤجر ان يقوم بإزالته قبل بسده الانتفاع .

كذلك اذا كان العيب ما يستطیع المتسا اكتشافه لو انه بذل في فحص المأجور عناية الشخص المعتاد فان هذا العيب يعتبر ظاهراً ، فلا يضمنه المؤجر . وعلى ذلك لا تعتبر رطوبة العقارات التي تقع على شواطئ الانهار او وجسود المياه الجوفية لها عيباً خفياً (١) .

ولكن ضمن ناحية اخرى فان المؤجر يضمن العيب ولو لم يكن خفياً اذا كان قد اكد للمستاجر خلق العين من العيب اذا كان قد تعمد اخفاء العيب عنها . (٢) .

(١) شنب - ص ١٧٤ . العامري - ص ٢٦٣ . السنهوري - الوسيط - ج٤ - ص ٤٤٠ .
(٢) تافز - ص ٢٠٣ . العامري - ص ٢٦٣ . السنهوري - الوسيط - ج٤ - ص ٤٤١ .

التزام ضمان العيب وتختلف الوصف في عقد الإيجار

إذا توافرت شروط الضمان المشار إليها يحق للمستأجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار أو أنقاص الاجرة ويحق بذلك للمستأجر المطالبة بالتعويض إذا سأ لحق به ضرر ، إلا أن المطالبة بالتعويض تنوقف على علم المؤجر أو علم علمه بوجود العيب في المأجور .^١ وبتعبير آخر فإن المشرع العراقي أخذ مبدأ حسن النية في هذا المجال (٦) . حيث لا يحكم بالتعويض إلا إذا كان المؤجر سيء النية يعلم بوجود العيب . ويترض القانون أن المؤجر يعلم بوجود العيب . وعليه هو إذا ما أراد أن يتحمل مسؤولية ان يثبت . أنه كان لا يعلم ذلك . بأن يكون العيب قد طرأ بعد التسليم ولم يطره به المستأجر . أو أن يكون العيب موجوداً قبل التسليم ولكنه لا يعلم به وما كان يستطيع العلم به لو أنه فحص المأجور بحناية الرجل المعتاد . ويذهب جانب من الفقه أن التزام المؤجر بضمان العيب هو التزام بنتيجة . وكان ينبغي أن يكون المؤجر مسؤولاً عن التعويض سواء كان يعلم بوجود العيب أو لم يعلم به . (٦)

ولا شك بأن حق المستأجر في المطالبة بالفسخ يخضع لسلطة القاضي التقديرية الواسعة . فله أن يجزيه أو يرفضه تبعاً لحسامة النفس في المصلحة المترتب على وجود العيب . وتختلف الوصف المقصود .

وبسبب نص المادة (٧٥٨) من القانون المدني العراقي الذي يختلف حسن نص المادة (٥٧٧) مدني مصري فيما يتعلق بالإشارة الأخير إلى جواز مطالبة المستأجر بالتنفيذ العيني ، تثار التساؤل حول إمكانية مطالبة المستأجر في ظل القانون العراقي بالتنفيذ العيني أيضاً .

(١) وقد نصت على ذلك المادة (٧٥٨) مدني عراقي: (١ - إذا وجد بالمأجور عيب ينطبق معه الضمان ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو أنقاص الاجرة .
٢ - فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب انتمز المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب .) .

(٢) د - الشهوري - الوسيط ج٦ - فق ٣٢٣ - ص ٤٤٩ . د - تاملو حسي ٢٠٧ .

ويكاد الفقه يتفق (١) على جواز مطالبة المستأجر بالتنفيذ العيني الذي يتمثل بقيام المؤجر بإصلاح العيب بشرط أن لا يتكلف هذا الإصلاح نفقات باهظة وتشرط أن يتم في مدة معقولة حتى لا يهدم المستأجر من الانتفاع مدنيوية - ويترك تحديد مدة المعقولة التي يتم فيها أصلاً العيب لتقدير القضاء - ويتفق الاتجاه إلى طلب التنفيذ العيني مع ما تقتضيه القواعد العامة في تنفيذ الالتزام (٢) .

ولكننا نفضل لو أن المشرع العراقي عدل تشريع المبرى في الإشارة إلى إمكانية التنفيذ العيني بشكل صريح لكي يستمد من الاجتهادات الفقهية في الإضحة أو عدم الإضحة به (٣) .

على أن أحكام الضمان المتقدمة ليست من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على تغييرها تشديداً أو تخفيفاً أو إلغاءً - وقد اجازت ذلك فعلاً المادة (٧٥٦) مدني عراقية بقولها :-

(... كل هذا ما لم يخض الاتفاق بتغييره) - وكذلك فإن المادة (٧٥٩) مدني عراقية تعزز الاتفاق على الإلغاء من الضمان أو الحد منه طالما أن المؤجر لم يخض تخساً سبب هذا الضمان .

(١) بالنسبة للقوانين التي لم تنشر إلى التنفيذ العيني كالقانون العراقي وقانون الوجبات والعقود اللبناني .

(٢) حيث تنص المادة (٢٤٦) مدني عراقية على ما يلي (١ - يجوز للمدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عيبياً متى كان ذلك ممكناً .

٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني أضراراً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض قدره إذا كان ذلك لا يتحقق بالمدين فوراً جسيماً .) .

(٣) وهو ما عالجه مشروع القانون المدني العراقي الجديد الصادر عن وزارة العدل العراقية عام ١٩٨٤ في المادة (٧٥٢) التي تقول (١) إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق منه الضمان - جاز للمستأجر أن يطلب إصلاح العيب أو أن يتسوم بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان هذا الإصلاح لا يرهق المؤجر - وذلك دون إخلال بحق المستأجر في طلب إنهاء العقد أو انقاص الأجرة - وله أيضاً أن يطلب بالتعويض ما لم يثبت المؤجر أنه كان يجهل وجود العيب .) .

ومن أمثلة الاتفاق على التخفيف - ان يشترط المأجر عدم التزامه بالتعمير،
او عدم مسؤوليته عن العيوب التي توجد في ملحقات العين او عدم ضمانه للعيوب
التي تطرا على العين المؤجرة أثناء مدة الايجار (١) .

ومن أمثلة الاتفاق على التشديد ان ينص العقد على مسؤولية المأجر عن
العيوب ولو لم يكن مؤثرا او غليا او مع علم المستأجر به .

اما فيما يتعلق بالانقضاء من الضمان مطلقا فتتاله عدم التزام المأجر بالتفليس
العينى او انقراض الاجرة . و الفسخ او التعمير (٢) .

ان دعوى رجوع المستأجر على المأجر بضمان العيوب وتختلف الوصف لا تسقط
بعض سنة اشهر من وقت التسليم كما هو الحال في دعوى رجوع المشتري على
البائع . لان المشرع العراقي لم يورد في باب الايجار نصا مماثلا للسادة
(٥٧٠) الواردة في باب البيع ، فلا يصح القياس على هذه السادة او التوسع
في تفسيرها لان حكمها استثنائي ولا يتفق مع طبيعة الايجار الذي يفرض على
المأجر التزاما مستمرا بتكثيف المستأجر من الانقضاء بالمأجور وبهيأته . ولهذا
فان دعوى ضمان العيب وتختلف الوصف لا تسقط الا بعض خمس عشرة سنة
تطبيقا للقواعد العامة (٣) .

(١) السهورى - نفس المصدر - فق ٣٣١ - ص ١٥٣ .

(٢) تنالو - ص ٢٠٨ .

(٣) د- العامرى - ص ٢٦٦ - ٢٦٧ -

المبحث الخامس

أخبار دائرة ضريبة العقار وإيداع نسخة من عقد الإيجار لديها

يعتبر أخبار دائرة ضريبة العقار بخلو العقار وإيداع نسخة من عقد الإيجار لدى هذه الدائرة من التزامات المؤجر الهامة التي نص عليها قانون إيجار العقار وهو ما سندرسه في العليين التاليين :-

المطلب الأول

أخبار دائرة ضريبة العقار

تنفيذاً لسياسة التسرع في الاعتماد بالوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للملكية وضع قانون إيجار العقار نص المادة (٢٠) التي تقول :- ((يلتزم مالك العقار المد للإيجار لعرض السكنى بأخبار دائرة ضريبة العقار بخلوه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الخلو ولا يجوز أن يبقى خالياً بدون عذر مشروع مدة تزيد على تسعين يوماً من تاريخ الكمال بنائه أو خلوه فإذا امتنع مالكه عن إيجاره تحسلاً للمدة المذكورة تولت السلطة المالية إيجاره وفقاً لأحكام هذا القانون)) (١٠)

ويستلزم القيام هذه الحالة الخاصة التي تنطوي على أخبار في التأجير أن يكون الترخيص المطلوب استيجاره معد للإيجار لعرض السكنى وعليه لا يتحقق

(١) وقد عالجته المادة (٢١٨) من قانون إيجار الأماكن المصري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ هذا الموضوع بقولها :- ((لا يجوز إبقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على أربعة أشهر إذا تقدم لاستيجارها مستأجر بالأجرة القانونية)) .

ومن الملاحظ على هذه المادة أنها تقتضي أن يتقدم لشغل المكان مستأجر يطلب السكن في هذا السكن فيرقض المؤجر التأجير له . وهذا يعني أن لا محل لمؤاخذة مستغل المكان إذا بقي السكن خالياً مدة تزيد على أربعة أشهر دون أن يتقدم أحده لاستيجاره .

د- رمضان أبو السمود - المصدر السابق - ص ١٩٢ .

هذا القيد إذا كان المكان معداً لأن يكون متجراً أو معرضاً أو مخزناً أو أي مكان آخر لا يصدق عليه المكان المهد للمسكن - ويعلم من ذلك أنه يجوز للمالك أن يترك المبنى أو المكان الذي لا يعد مكاناً خالياً مدة تزيد على تسعين يوماً دون أن يسأل عن ذلك - ولا شك بأن ما دفعه المشرع إلى سلوك هذا الاتجاه رتبته في الإسهام في حل أزمة السكن - كذلك لا بد أن يكون هذا السكن معداً للإيجار للمبر وعلى ذلك لا يسرى هذا القيد على المسكن الذي يحتجزه المالك لانقضاء التخصي أو لانقضاء أحد أولاده أو أقاربه الذين يعولهم، كما لو احتجز المالك مكاناً لزواجه أو لزواج أحد أولاده أو لفتح مكتب أو عبادة له أو لأحد هؤلاء - ولا يشترط أن تلبّح حاجة المالك وأولاده للسكن المحتجز عند الضرورة - كما لا يشترط أن يكون الولد على أهلية الزواج أو على وشك التخرج، لأن العثور على مسكن مناسب قد لا يكون سهلاً إذ قد يستغرق مدة طويلة - (١)

هذا وقد حددت المادة (٢٠) السابقة مدة زمنية تزيد على التسعين يوماً لا يجوز بقاء العقار فيها خالياً، استناداً من المشرع بأنها المدة الكافية التي تسمح للمالك والتي لا يجوز بقاء العقار بعدها خالياً لما يتطوّر عليه ذلك من ضرر بالصالح العام الذي يتجلى في ضرورة إسهام هذه العقارات في حل أزمة السكن بدلاً من بقاءها خالية دون شأنه كذلك فإن مثل هذا التصرف قد يعطّل الشك بأن المالك إنما يريد مستأجراً معيناً يرغى بعض مطالبه غير المشروعة أو المخالفة للقانون - الأمر الذي يتطلب تفويت هذه الفرصة عليه - إلا أن خلو العقار هنا لا يأخذ على إطلاقه بل لا بد أن يكون بدون مشور مشروع ولم يبين لنا المشرع معنى المبر المشروع مما يلقي على القضاء مهمة دراسة كل قضية على حدة لمعرفة وجود هذا الشرط أو عدم وجوده، وهو ولا شك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال -

وإذا ما أخذنا بمفهوم المخالفة فإن ذلك يعني جواز بقاء العقار خالياً مدة تزيد على تسعين يوماً متى وجد لدى المالك عذر مشروع، كما لو

(١) د - رمضان أبو السعود - ص ١٩٢ -

أزاد حنقه وبدأ لعلا بإجراء المعاملات الإصولية ، كالحصول على اجازة البناء وتنظيم حارطته او كان بالنظر ولده وعروسه القادمين من شهر العسل او المقيمين في الخارج من أجل السكن فيه .

ومن الملاحظ على النص أيضا بأنه الزم المالك بإخبار دائرة ضريبة العقار بخلوه ، اعتباراً من يوم الاخلاء ، ولغاية خمسة عشر يوماً التالية ، ومنح بقية العقار خالياً لمدة المحددة فيه من يوم اكمال البناء ان كان جديداً او من يسوم خلوه ان كان مشغولاً سابقاً من قبل مستاجر او من قبل المالك الذي انتقل اليه سكن آخر .

ان مرور السنة القوتية المشار اليها في المادة (٢٠) من قانون اجراء العقار دون ان يقوم المالك بتأجير عقاره للمفلسكن يخول السلطة المالية مئة ايداً ضريبة العقار القيام بتأجيره ، وفقاً لاحكام القانون والتعليقات الصادرة بهذا الشأن (١) . بعد تبليغ صاحب العقار او من ينوب عنه قانوناً بتسليم مفاتيح العقار خلال مئة ستة ايام . وعند امتناعه تقوم اللجنة المشكلة لهذا الغرض بدخول العقار وتسليمه الى دائرة ضريبة العقار المختصة بعد تنظيم محضر يبين اوصاف العقار ونوعه وموجوداته ونواقصه لغرض تأجيره . وتتكون هذه اللجنة في مراكز المحافظات من مدير ضريبة العقار وضابط امين المنطقة وضابط الشرطة فيها ومختار المحلة . اما في الاكضية والنواحي فتتألف اللجنة من نفس الاشخاص المشار اليهم في مراكز المحافظات فيما عدا مدير ضريبة العقار الذي يكون بداله مدير المال في القضاء ومأمور المال في الناحية . وبعد ان تستلم دائرة ضريبة العقار من اللجنة التي دخلت العقار ، تصدق اعلاناً بتأجيره ويحدد وجود اكثر من واحد للتأجير وتساوى عروضهم تطبق الافضلية حسب الضوابط التالية :-

(١) تعليقات قانون اجراء العقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ .

- ١ - لمن استولت داره او قطعة ارض يملكها .
- ٢ - ذوي الدخل الاقل سيبا .
- ٣ - من يعمل اسرة اكثر عددا . (١)

والسؤال الذي يطرح هنا هو : هل يلزم توجيه المزار الى المالك قبل قيام السلطة المالية باجراءاتها الخاصة بتأجير العقار ، خصوصا وان هذه الاجراءات كما لاحظنا تنطوي على شئ من القسوة على المؤجر ؟

يذهب القضاء العراقي في بعض قراراته الى عدم ضرورة توجيه هذا الانذار ، لذلك فان مضي المدة المحددة قانونا بعد كالمبا لقيام السلطة المالية بتأجير العقار عند امتناع المالك عن تأجيره بغير حق او مسوغ قانوني (٢) ولتقتنا لفصل توجيه انذار للمؤجر لتبنيه الى امر قد يكون فات عليه ولم يحسب حسابا لتأنيجه وانساره ، ولينثل ذلك فرصة اخيرة له قبل الاقدام على هذه الاجراءات الشديدة التي تنتهي بتأجير المزار جبراعلى مالكة، وهو ما لا نجيله بل نفضل قيلم علاقات اجارية وانسانية في ان واحد بين المؤجر والمستاجر . ولا يخفى ما لهذه العلاقات الرضائية والانسانية بين المؤجر والمستاجر من نتائج يلف في طبيعتها طمئنان المالك على ملكه وتحفيز المستاجر للمحافظة عليه .

(١) المادة (١١) / فق ج) من تعليمات وزارة المالية رقم (٦) لسنة ١٩٧٦ - ومن الجدير بالذكر ان احكام الفقرات (ا، ب، ج) من المادة (١١) من التعليمات تسمى على العقارات المشيعة حديثا من تاريخ اكمال بنائها - ويعتبر بناء العقار كاملا من اليوم الذي يتم فيه ايصال القوة الكهربائية الى العقار .

(٢) راجع قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٢ / هيئة طاعة اول / ١٧٧ / ١٧٧٧ / ٥ / ٢٦ - مجلة القضاء - العدد ٤٣ - السنة ١٩٧٧ - ص ٢٠٥ .

المطلب الثاني

إيداع نسخة من عقد الإيجار لدى دائرة ضريبة العقار

من واجبات المؤجر الأخرى التي نص عليها قانون إيجار العقار في الفقرة الرابعة من المادة السابعة ضرورة إيداع المؤجر نسخة من عقد الإيجار لدى دائرة ضريبة العقار التي يقع المأجور في منطقتها خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ أبرامته .

وعندما يقوم المؤجر بإيداع نسخة من العقد لدى دائرة ضريبة العقار فإن هذه الدائرة ستطلب منه تقديم طلب يرفق بالعقد لتقدير القيمة العمومية للمأجور . وكذلك فإن الإشارة إلى إيداع نسخة واحدة من العقد لا يمنع من إيداع أكثر من نسخة واحدة كان يودع المؤجر ثلاث نسخ أو أكثر ويمكن تأييدها جميعاً . وفي حالة إيداع نسخة واحدة وتأيدها في دائرة ضريبة العقار يمكن تنظيم صور أخرى طبق الأصل أو اللجوء إلى الاستنساخ . وفي هذه الحالة لا بد من تأييدها من الدائرة من خلال ختمها وتوقيع الموظف المختص عليها بعد مطابقتها مع النسخة الأصلية .

ويجب على مدير الضريبة أن يتأكد من كون الإيداع للمقد قد تم خلال المدة المحددة قانوناً والتي يجب أن لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ أبرامته . وعند ذلك عليه أن يجبل المطلب ويرتقته عند الإيجار إلى شعبة الضريبة الاساسية لتفويين المعلومات الكاملة عن العقار مع تدوين رقم وتاريخ المطلب وكذلك عنوان المؤجر الكامل (١) .

وفي حالة عدم قيام المؤجر بهذا الواجب يعاقب بالعقوبات المحددة لا تتقاسم عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ألف دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين (٢) .

(١) المحامي حسن عدوى الدجيلي - المصدر السابق - ص ٤٦ .

(٢) م ٢٣ / ف ٢ من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

الفصل الثاني

التزامات المستاجر

عالتج المواد (٧٦٠ - ٧٧٤) من القانون المدني الجزائري التزامات المستاجر الرئيسية التي تتفق مع طبيعة عقد الإيجار الذي ينص على الانتفاع بالمأجور، مما يتطلب استعماله وفقا للاتفاق او وفقا لما اعد له . وهو ما يمثل الالتزام الاول، ثم الوفاء بالاجرة التي تقابل الانتفاع بالمأجور . ولا بد ان يكون هذا الوفاء وفقا لما حدده الطرفان اذا كان العقار خاضعا لاحكام القانون المدني او وفقا لاحكام قانون ايجار العقار حينما يخضع العقار لاحكامه، وهو ما يعتبر من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه . وبشكل الوفاء بالاجرة الالتزام الثاني للمستاجر ويعتبر رد المأجور بعد انتهاء مدة الايجار فليس طبق احكام القاسميين المدني وقانون ايجار العقار الالتزام الثالث ، ويأتي هذا الالتزام منسجا مع طبيعة عقد الايجار المؤقتة التي تنجلي في ضرورة انتهائه حتما في يوم من الايام .

ويضيف قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بعض الالتزامات الاخرى التي لا بد من الاشارة اليها ، كالاتزام بضرورة استعمال المأجور بشكل لا يلحق ضررا بالمأجور ولا يسيء الى سمعة المأجر . وان لا يزعج العقار عن الباطنين كلا او جزاء او يتنازل عنه وان لا يسكن فيه غير من ذكروا في العقد الا بموافقة المأجر التحريرية ، او وجود نص قانوني او حكم قضائي .

ويتربى على مخالفة المستاجر لالتزاماته هذه الكثير من النتائج القانونية، كغرض العقوبات الجزائية التي نص عليها قانون ايجار العقار في الحكم عليه بالتغليية في حالات اخرى وهذا ما ستولس دراسته عند دراسة اسباب التخلي في قانون ايجار العقار في البحث الرابع من كتاب عقد الايجار . وعلى هذا الاساس مقتصر دراستنا على التزامات المستاجر الثلاث الرئيسية المذكورة . فلما مع تجنب تكرار شرح الاحكام كلما امكن ذلك .

المبحث الأول

الالتزام بوفاء الأجرة

درست فيما سبق الأجرة كمرآة في عقد الإيجار ، وبحثنا طبيعتها وكيفية تحديدتها في القانون المدني وقانون إيجار العقار ، وستفحص دراستنا في هذا المجال على بيان كيفية الوفاء بالأجرة في ظل القانون المدني فقط نظرًا لتقدم دراسة أسلوب الوفاء بالأجرة في قانون إيجار العقار ، كما ستعالج الجزء الذي يترتب على عدم الوفاء بالأجرة في القانون المدني فقط على أمل دراسة هذا الموضوع في قانون إيجار العقار كسبب من أسباب التحلية التي اشترت إليه الفقرة الأولى من المادة (٦٧) من هذا القانون ، كل ذلك سيخصصه المطلب الأول من هذا البحث ، أما المطلب الثاني فيخصصه لدراسة امتياز المؤجر على المتقولات الموجودة في المأجور شأنًا للمؤجر في استيفاء بدل الإيجار :

المطلب الأول

تسمية الوفاء بالأجرة وجزء الإخلال بهذا الالتزام

إن من أهم التزامات المستأجر دفع الأجرة الملتق عليها إذا كان المأجور يخضع لإحكام القانون المدني أو دفع الأجرة وفقًا للنسب المحددة قانونًا إذا كان العقار يخضع لإحكام قانون إيجار العقار وهو ما سبق أن شرحناه تفصيلًا .

ووفقًا للقانون المدني العراقي (م ٧٦٥) يصح أن ينص العقد على تأجيل الأجرة أو تأجيلها أو تفويضها إل المالك متفق عليها تسويدي للسي أوقات معينة ، وإذا اشترط تأجيل الأجرة ، لزم المستأجر دفعها وقت العقد ، وللؤجر أن يحبس المأجور حتى يسدده للذ الأجرة ، وإذا اشترط تأجيل الأجرة أو تفويضها ، لم يلزم الأجرة أو الانقضاء المتفق عليها إلا عند حلول الأجل المتفق عليه (م ٧٦٦ مدني عراقي) ، أما إذا لم يتفق على مواعيد دفع الأجرة وجب دفعها مؤخرًا لأن الأجرة لا تسحق إلا إذا استوفى التأجير

المنفعة أو تمكن من استيفائها (م ٧٦٨ مدني عراقي) . ولكن العرف ليس
المراد جرى على دفع القسط الاول من الايجار مقدما سواء كان هذا
القسط لشهر واحد أو لعدة اشهر على ان تدفع الاقساط الاخرى لاحقا
وفي الواجب المتفق عليها . (١)

ويكفي لاستحقاق الاجرة ان يوضع المأجور تحت تصرف المستاجر
للاستفاد به حتى ولو لم يتطعم به فعلا . فاذا اجرت سيارة لمدة معينة
ووضعت تحت تصرف المستاجر ليستعملها في تنقلاته ، وجبت عليه الاجرة
المتفق عليها حتى ولو لم يشمل السيارة ايديا او لم يستعملها الا لبعض
الوقت . ذلك لان التسليم شرط ليس لزوم الاجرة (م ٧٧٠ مدني عراقي) فإذا
انقضت مدة الايجار قبل التسليم فلا يلزم المستاجر بشيء من الاجرة . لان
الاجرة تقابل المنفعة . فلا تسحق الا اذا استوفى المستاجر تلك المنفعة
ولما للاتفاق او وفقا لما ائمه له المأجور (٢) .

والمدعي بالاجرة في الاصل هو المستاجر . فاذا ما توفي التزم ورثته بهذا
في حدود ما لديه من تركة . لان الايجار لا ينقضي بوفاء المستاجر الا في حالات
 معينة ستاتي على ذكرها . والورثة يلتزمون بدفع الاجرة بموجب عقد الايجار ،
حيث لا تضامن بينهم وتقسيم الاجرة بينهم كل بقدر نصيبه والميراث . ولكن
الاجرة المتأخرة التي حلت قبل موت المستاجر للزم بها التركة نفسها ولا
تقسم على الورثة . واذا تعدد المستاجرون لعين واحدة . فالتزامهم بدفع
الاجرة لا يكون بطريق التضامن ، الا اذا نص عقد الايجار . او فهم ذلك دلالة
من الظروف التي تحيط بالعقد والالتزام بطريق التضامن لا يشترط فيه لفظ

(١) ولقد سبق وان اشرنا بأن المادة العاشرة من قانون ايجار العقار رقم (٨٧)
لسنة ١٩٧٩ قد نظمت هذا الامر بالسنة للمقارنات الغاشقة لاكتسابه
بالقول :- (تدفع سلفا اجرة المقارنات لتسوية بانكأام هذا القانون باقساط
شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الايجار ويقع باطلا كل اتفاق
يقضي بخلاف ذلك) .

(٢) انظر المادة (٨٦٨) مدني عراقي . د- العامري - ص ٣٦٨ - ٣٦٩ .
د- الصراف - ص ٣٨٩ . د- سليمان مرقس - عقد الايجار - ط٣ - ١٩٦٨
- ص ٣٥١ .

خاص . بل يكفي كل ما يؤدي إلى هذا المعنى . كما إذا اشترط المؤجر لنفسه حق الرجوع على أي من المستأجرين ولحجز على محصوله أو أمواله الأخرى لاستيفاء الأجرة . وإذا كان المستأجرين المراد أسرة واحدة ولا يوجد عقد إيجار مكتوب . فهناك فريضة على أن المستأجر هو الزوج . وهو المسؤول عن دفع الأجرة . ويجوز تغير المستأجر دفع الأجرة عن المستأجر . كما يدفع الفيهر الدين عن المدين . مثال ذلك أن تدفع الزوجة عن زوجها أجرة المنزل الذي تسكنه معه . ويكون الدفع صحيحا ينطفيء به التزام المستأجر . ولئن دفع الأجرة الرجوع بها على المستأجر طبقا للقواعد العامة . (١)

أما المدائن بالأجرة ويحق له قبضتها فهو المؤجر . أو ورثته إن كان قد توفي لأن الإيجار لا ينتهي بوفاته . والورثة ليسوا دائنين بالتضامن . كما هو الحال بالنسبة لورثة المستأجر الذين لم يكونوا كذلك مدينين بالتضامن . وما تجدر الإشارة إليه أن للموَجِر أن ينزل عن الأجرة الفيهر كما ينزل عن أي حق أحسر له . وترامى في ذلك قواعد حوالة الحق (٢) .

ولمّا يتعلق بإمكان دفع الأجرة اعتماد المشرع المراتي على قواعد العامة (م ٢٦٦ مدني مرامي) التي تشير إلى أن الوفاء يكون في موطن المدين أو في المكان الذي يوجد فيه محل اتصاله . إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك (٣) . ونفس الشيء يقال بالنسبة لتفقات دفع الأجرة كعسروقات إرسالها بحوالة بريدية أو مصرفية أو إرسالها بواسطة رسول . حيث يتحملها المستأجر ما لم يتفق على غير ذلك . لأن المستأجر هو المدين بالأجرة .

(١) - د - السنهوري - الوسيط - ج٦ - فق ٣٤١ . ص ٤٦٤ - ٤٦٥ .

(٢) - د - السنهوري - الوسيط - ج٦ - فق ٢٤٢ - ص ٤٦٥ .

(٣) - وقد سلك مشروع القانون المدني

لنا نصا بهذا الخصوص معتمدا في ذلك على القواعد العامة . علما بأن المشرع المصري كان قد وضع لنا نصا خاصا يكون الوفاء بالأجرة طبقا للمدني موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك -م ٥٨٦/فق ٢ مدني مصري) . ونرى بأن هذه المادة قد تكون ذات صلة نظرا لكفاية القواعد العامة أولا . ولأن الاتفاق أو العرف السائد هما الغالبان في تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في هذا المجال تأييدا .

والقاعدة العامة ان نفعات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص
يخص بغير ذلك ، وهو ما اشارت له المادة (٣٦٨) من القانون المدني العراقي .
والسؤال هنا ، ماذا لو انزل المستاجر بالتزامه هذا ، ولم يدفع الاجرة المقررة
قانونا او اتفاقا ؟

في حالة عدم الوفاء بالاجرة المقررة قانونا في المادة الرابعة من قانون ايجار
المغار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ، سيتعرض المستاجر لسبب من اسباب التخلية
تالجنة الفقرة الاولى من المادة (١٧) من قانون ايجار المغار ووضعت له مهلة
واجراءات معينة يستطيع المؤجر عند استفادها طلب تخلية المأجور ، وهذا
المغار .

ما ستعرض له بشكل مفصل عند دراستنا لاسباب التخلية في قانون ايجار
أما الاخلال بتنفيذ هذه الالتزام في ظل احكام القانون المدني فيعطي للمؤجر
باعتباره دائنا حق المطالبة بالتنفيذ العيني لاستيفاء دين الاجرة ، فلذا اعدت
المستاجر ورفع دعوى بالدين فان القاضي يحكم له بما استحقه فعلا ، ويجوز
تنفيذ هذا الحكم على أي مال من اموال المدين ، ولكن المؤجر هنا يفضل التنفيذ
على تلك المقتولات الموجودة في العين لان له حق امتياز عليها ، ولكن
للمؤجر ان يطلب مسح الايجار بدلا من التنفيذ العيني ، ويتضح القاضي هنا
بسلطة تقديرية واسعة في الاستجابة او عدم الاستجابة لطلب المؤجر ملاحظا
في ذلك موقف المستاجر ومدى وحجم اخلاله بتنفيذ التزامه وامكانية منحه فرصة
للوفاء بهذا الالتزام - واذ طلب المؤجر دفع الاجرة فيجوز له ان يعدل عنه
ال طلب المسح ما دام الحكم لم يصدر بعد ، ولكن اذا صدر الحكم بدفع الاجرة
فلا يجوز طلب المسح عند الامتناع عن دفع الاجرة التي حكم بها ، ولكن يجوز
مستقبلا طلب المسح عند الامتناع عن دفع الاجرة لمدة اخرى - ويجوز مسح
طلب المسح طلب التنفيذ العيني للاجرة التي استحققت لانها حق ثابت للمؤجر ،
ويجب للحكم بالفسخ اعداد المستاجر بالدفع .

وبجانب طلب التنفيذ العيني ، والمسح يجوز للمؤجر المطالبة بالتعويض عن
الاضرار التي اصابته ، كمسروفات دفع الدعوى والموائد والتاخير وفقا للقواعد

العامية ، وكذلك ما أصابه من ضرر لفسخ العقد قبل انتهاء مدته . كان تبني
العين دون إيجاز وبغير تفسير من المؤجر . ويجب للحكم بالتعويض أن يقوم
المؤجر بإعذار المستأجر (م ٢٨٢ مدني ترمي) . وإذا تضمن العقد النص على
تعويض الغائبي يجب أن لا يزيد هذا التعويض عن مقدار الضرر حتى
لا يكون مصدر السراء للمؤجر . (١)

المطلب الثاني

الضمان بالتدبير للمؤجر

أكدت بعض القوانين ضرورة توفير الضمانات الكافية للمؤجر وصولا إلى
حقه في استيفاء الأجرة . ومن ذلك مثلا القانونين المصري والفرنسي اللذين فرقوا
على مستأجر العقار وضع منقولات كإثبات في الأمور ضمانا لوفاء بدل الإيجاز . كما
قرروا للمؤجر حق امتياز على المنقولات الموجودة في العين وحقه في حبس هذه
المنقولات واستردادها إذا ما نقلت بغير علمه ورغم معارضته (٢) .

والمنقولات التي يشتملها المستأجر في العين المؤجرة تختلف باختلاف العيّن
وباختلاف استعمالها . فإذا كانت منزلا كانت المنقولات في المادة مفروشات
وإدوات وأثاث منزلية أخرى . وإذا كانت العين حانوتا أو مخزنا كانت المنقولات
بضائع . وإذا كانت المنقولات قليلة لا تعدى اثاث هذا المكتب
الضرورية لتسيير عمله . وأن كانت مصنعا كانت المنقولات الآلات ومصنوعات
وإن كانت أرضا زراعية كانت المنقولات المواشي والآلات الزراعية وكذلك
المحصولات التي تنتجها الأرض وهكذا بقية العقارات . ويشترط أن تكون
هذه المنقولات ملكا للمستأجر . وهي تعتبر كذلك ما لم يثبت العكس (٣) .

(١) راجع في ذلك : د . تاملو - فق ١٤٢ ، د . السنهوري ، نفس المصدر

فق ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٤٦ ، د . شبيب فق ١٧٠ .

(٢) د . توفيق حسن فرج - ص ٨٠١ .

(٣) د . السنهوري - ص ٤٩٢ - ٤٩٣ ، د . تاملو - ص ٢٢١ .

وإن ما وقع خلاف على كفاية ما وضع في العين المؤجرة من منقولات لضمان الإجرة فإن المحكمة السلطة التنفيذية التزمت في اللجوء إلى كافة الوسائل للاستعانة بالخبراء لمعرفة مدى كفاية هذه المنقولات لضمان دين الإجرة أو عدم كفايتها .

ويعتقد البعض (١) أن ذلك يأتي من باب الإسراف والمبالغة التي تسودها التشريع لحماية المؤجرين وهم عادة من طبقة الملاك الكبار . ولكننا لا نؤيد هذا الاتجاه لسبب بسيط ، هو أن الحاجة إلى مثل هذا الضمان لا يبرز إلا عند اغتال المستأجر بالتزعم في الوفاء بالإجرة وهو ما اعتبره التشريع من أهم التزامات المؤجر .

أما بالنسبة للتشريع العراقي فلم يلزم المستأجر بوضع منقولات تكسونه قيمتها كافية لضمان الوفاء بالإجر ، وإنما جعل المنقولات الموجودة فعلاً في المأجور مثقلة بحق امتياز للمؤجر . وقد نطقت لنا ذلك المادة (١٣٧٤) من القانون المدني العراقي بقولها :-

(١) أجرة المأني والأراضي الزراعية ، ثلاث سنوات ، أو لسنة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر ينقضي عقد الإيجار ، لها جميعها حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكة للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي .

(٢) ويقع حق الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من المستأجر الأصلي ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم الإيجار ، فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت حق الامتياز إلا على المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في مدة المستأجر منه في الوقت الذي ينفرد فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصلي .

(٣) وإذا نطقت الأموال المثقلة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرهن من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يسبق في العين أموال كافية لضمان

(١) د . عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - ١٩٥٢ - لفق ٢٢٢ ، ص ٣٧٤ .
د . الصراف ص ٢٩٢ .

المبالغ المتأخرة . نفس حق الامتياز قائما على الاموال التي ملكت دون ان يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير حسن النية على هذه الاموال .

٢ - وتستوفي هذه المبالغ المتأخرة من ثمن الاموال المتلفة بحق الامتياز بعد ائديون الواردة في المواد السابقة . الا ما كان من هذه الديون لغير نافذة في حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية :

وينضج من هذه المادة ان القانون العراقي جعل للمؤجر حق امتياز على ما يكون موجودا في العين المؤجرة من منقولات مملوكة للمستاجر قابلة للحجز ومن محصول زراعي . ويستطيع المؤجر بقتضى هذا الامتياز استيفاء حقوقه المتولدة من عقد الايجار مقدما على الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين الذين يكون مرتبته علما بان هذا الامتياز يحتل المرتبة السادسة بين حقوق الامتياز الاخرى . (١)

ان هذا الامتياز لا يثبت لكل مؤجر بل يقتصر على مؤجر العقار دون مؤجر المثلول، كما ان هذا الامتياز يتحدد بمبلغ الاجرة المنقولة عن سنوات اذ كان المستاجر مدينا للمؤجر باجرة تزيد على هذه المدة . اما اذا قلت مدة الايجار عن هذا القدر فان حق المؤجر يثبت على كسب الاجرة . (٢) ثم ان الامتياز لا يضمن دين الاجرة محددة على الوجه السابق فقط ، وانما يضمن ايضا كل حق يتولد للمؤجر قبل المستاجر بقتضى عقد الايجار كالتعويض الذي يستحقه المؤجر بسبب اساءة المستاجر استعمال العين المؤجرة ، او بسبب

(١) على ان بعض القوانين - كالقانون اللبناني - بالاضافة الى انه لم يفرض على المؤجر وضع منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الوفاء بالاجرة فانسه قصر الضمان الذي يخول للمؤجر على ما يوجد فعلا في العين من منقولات وجعل له حق حبسها ، ولم يقرر له حق امتياز عليها . راجع المواد (٥٧٤، ٥٧٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني عد . توفيق حسن فرج - ص ٨٠٦-٨٠٢ .

(٢) ومن الملاحظ بان المادة ٥٨٨ مدني مصري ألزمت المستاجر بوضع منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الاجرة عن سنتين ، او عن كسب مدة الايجار اذا قلت عن سنتين .

اهدائه تغييراً فيها بدون إذن المُرَجِر (١) .

ومن الملاحظ أيضاً ان التشريع العراقي لم ينص صراحة على السماح للمُرَجِر
عسائراً لكل حق يشته له بمقتضى عقد الايجار . ان يحبس المنقولات القابلة
للمرَجِر موجودة في العين المرَجرة ما دامت متقلة بامتياز المرَجِر ولو لم تكن
مموكة للمسافر . كما فعل التشريع المصري . ولكن المادة (١٢٧٤) السالفه
نصت معنى مغايراً هو بقاء حق الامتياز قائماً على الاموال التي نقلت من
العين المرَجرة على الرغم من معارضة المرَجِر او على غير علم منه بشرط
ان لا يفتسي فسي المأجور اموال كافية لضمان دين الاجرة . وهذا يعني ان
الاموال الباقية اذا كانت كافية فان المرَجِر لا يستطيع ان يعترض على خروج
الاموال الاخرى كما لا يبقى له حق امتياز عليها . ويرجع هذا الامر في تقديره الى
سلطة القاضي التقديرية . كل هذا مشروط بان تكون تلك الاموال ملكاً
للمسافر في العقد او معرفة المرَجِر لهذه المهنة او الحرية يلزم قرينة بسيطة
النسبة (٢) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا ان الفقرة الثانية من المادة (١٢٧٤) عالجت موضوع
الامتياز في سائر الايجار من الباطن . ومعلوم ان الاصل في القانون العراقي هو
جواز ايجار من الباطن والاستثناء هو عدم جواز ذلك في حالة وجود ما يسيبه
بالشرط المانع (المادة ٢٧٥ مدني عراقي) (٣) .

(١) وفي هذا يختلف القانون العراقي والمصري عن القانون اللبناني حيث
يتقرر بمقتضاء هذا الحق لضمان مبالغ الاجرة فقط . ولا يضمن هذا الحق
ما قد يستحق للمُرَجِر من مبالغ اخرى من قبل المسافر كالمبلغ تعويض عن
الضرر ولقت منه مثلاً . ومعنى ذلك انه لا يجوز استعمال الحق في العيس على
الاثاث وسائر المنقولات الموجودة في المأجور عسائراً لحق المرَجِر في التعويض
قبل المسافر .

د . توفيق حسن فرج - ص ٨٢

(٢) د - المصري - ص ٢٧٦ - ٢٧٧ .

(٣) وهذا ينعكس ما جاءت به المادة (١١) من قانون ايجار العقار الحالي التي
حظرت الايجار من الباطن او التنازل عنه كلاً او جزءاً ويقع باطلاً كسل اتفاق
يقضي بخلاف ذلك وهو ما سنتولى دراسته لاحقاً .

ولذلك فرقت المادة (١٢٧١/فق ٦) بين خالتيين :-

أولهما : اشتراط المؤجر صراحة على المستاجر عدم الايجار ضمن الباطن،
أي وجود شرط مانع يحول دون جواز اجراء هذا التصرف من قبل المستاجر.
وفي هذه الحالة يبقى حق الامتياز قائما على المنقولات والمحصولات
الملوكة للمستاجر من الباطن .

وثانيهما : عدم وجود هذا الشرط المانع او عند الاتفاق . اي جواز قيام
المستاجر الاصلي بالتأجير من الباطن استنادا الى الاصل العام في القانون
المدني . وهنا لا يثبت حق الامتياز الا على المبالغ التي تكون مستحقة
للمستاجر الاصلي في ذمة المستاجر منه (المستاجر من الباطن) في الوقت الذي
يندر فيه المؤجر بعدم دفع حقه للمبالغ للمستاجر الاصلي . ويبدو لنا جليا
بان المشرع اراد حماية مصلحة المؤجر على الرغم من عدم وجود علاقة مباشرة
بينه وبين المستاجر من الباطن . ولكنه الزم المؤجر في ذات الوقت بضرورة تبييه
المستاجر من الباطن بوجود دين اجرة له بذمة المستاجر الاصلي وبمكس هذا،
اي في حالة توجيه مثل هذا الاستدراك ، يصبح المستاجر من الباطن في حل من
هذا الالتزام القانوني .

ولم يعالج القانون المدني العراقي امتياز المؤجر على المنقولات الملوكة للغير
كزوجة المستاجر مثلا . بينما عالجت هذا الموضوع الهام المادة - (١١٤٣) من
القانون المدني المصري بقولها :-

((وبثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجبة المستاجر . او كانت مملوكة
للغير ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق
للغير عليها ، وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة والضائعة)) .
ويبدو من هذا النص ان المنقولات الموجودة في المأجور وتكون غير مملوكة
للمستاجر . اما ان تكون مملوكة لزوجبة المستاجر . واما ان تكون مملوكة للغير
اي غير الزوجة وغير المستاجر . من الباطن الذي اشترنا اليه .

فانما كانت المنقولات مملوكة لزوجبة المستاجر . فهناك قرينة على ان الزوجة
عندما وضعت منقولات مملوكة لها في عين استاجرها زوجها قد قبلت ضمنا

ان يكون هذه المنقولات ضامنة للاجرة ، فيكون للمؤجر حق امتياز عليها . أما
 بما لم ترد الزوجة ذلك - فعليها ان تمنح هذه القرينة بإعلانها للمؤجر ان
 المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ملكها وانها لا تريد بوضعها في العين ان تكون
 ضامنة للاجرة . حتى لا يتولى المؤجر عليها وحتى يطالب المستأجر (الزوج) بوضع
 منقولات اخرى ضامنا للاجرة . وهذا كله على فرض الاخذ بقراءة ان الجواز
 ملك المرأة المطلقة . فإذا استطاعت ان تسرد اثبات المنزل بغير هذه القرينة
 بعد قطعها امام قرينة اخرى هي رضاها المصطنع بان يكون الاثبات ضامنا للاجرة ،
 فيسقط المنقولات منقولة بحق امتياز المؤجر - اما عند غير المسلمين فليست هناك
 قرينة ما على ان الجواز ملك للزوجة . ولذلك يستعمل المؤجر حق امتياز على
 المنقولات باعتباره ملكا للمستأجر نفسه . (١) أما المنقولات الموقوفة للغير فسيلا
 ينسبها الامتياز الا اذا كان المؤجر حسن النية لا يتم بوجود حق للغير عليها .
 ووجود المنقولات في العين المؤجرة قرينة على انها موقوفة للمستأجر . ولذلك
 ياترخص حسن نية المؤجر في ذلك بل ان يثبت العكس (٢) . كما اذا كان المستأجر
 مصلحا للسيارات او الاجهزة الكهربائية او معروفا بامتلاكه فتكثر الودائع لديه .
 او كان صديقا او صديقا للفقير او يائسا بالزاد . فظاهر ان السيارات او الاجهزة
 الكهربائية او الاشياء الاخرى الموجودة في العين المؤجرة ليست ملكا للمستأجر
 وانما هي ملك لعائلة او لآخرين (٣) .

(١) السبوري - ص ٥٠٤ .

(٢) انظر الفقرة الثانية من المادة (١١١٣) من قانون مصري - تنالو - ص ٢٢٤ .

(٣) راجع السبوري - ص ٥٠٥ .

المبحث الثاني

الالتزام بالعاقلة على الأجير

لم يورد لنا المشرع العراقي ضمن أحكام عقد الأجير نصاً يوضح لنا مستوى العناية الذي يجب على المستأجر القيام به مثلما فعل ذلك القانون المدني المصري (١) إلا أن ذلك لا يشكل - كما نعتقد - نصاً يلام عليه المشرع العراقي، بسبب وجود نص المادة (٢٥٦) التي يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن والتي تنص على ما يلي:-

١ - في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بأدائه أو كان مطلقاً منه أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، لأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شؤله الخاصة متى تبين أن المعتادين قصداً ذلك (٢)

والأصل أن يستخدم المستأجر العين المؤجرة على النحو المتفق عليه، ويمكن ذلك لا بد من الرجوع إل ما اعتاده الأجير أو ما يقتضيه العرف، وهو ما أشارت إليه المادة (٧٦٢) مدني عراقي بقولها:-

(١) في المادة (٥٨٣) منه التي تقول:- ((يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة ولي المعقطة عليها ما يبذله الشخص المعتاد))

(٢) ومن الجدير بالملاحظة أن الفقرة الأولى من المادة (٢١١) من القانون المدني المصري جاءت مشابهة للمادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي مما يعني أن المادة (٥٨٣) مدني مصري - ما هي إلا تطبيق لمبدأ عام قرره المادة (٢١١) المشار إليها، راجع:-

٥: السنهوري - ق ٢٨٠ - ص ٥٢٢.

((أياً كان المأجور يجب على المستأجر أن يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار فإن سكت العقد وجب عليه أن يستعمله بحسب ما أهد له وقلنا لا يقتضيه القول)) .

وهذا لاتفاق قد يكون صريحاً كما إذا أجزت دار للسكنى فقط . وقد يكون ضمناً يستفاد من ظروف التعاقد نفسها ، كما إذا أجزت سيارة ونص في العقد على أنه لا يجوز أن يركب فيها أكثر من عدد معين من الأشخاص ، فذلك يفيد أن الغرض من تأجيرها هو نقل الأشخاص . ويمكن القول أن ذكر مهنة أو حرفة المستأجر ليس العقد أو معرفة المؤجر لهذه المهنة أو الحرفة يقيم قرينة بسيطة على أن الغرض من الإيجار يتجلى في مباشرة هذه المهنة أو الحرفة . (١)

وفي حالة عدم الاتفاق على طبيعة الاستعمال ، لابد من الرجوع إلى ما أهد له المأجور . ويتضح القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحديد ما أهد له المأجور - بالاعتماد على طريقة بناؤه ومنطقته - فهناك فرق كبير بين مأجور اهد ليكن محلاً لبيع الفواكه أو محلاً للحلابة أو مكتباً - وهناك فرق كذلك بين منطقة تجارية تستخدم فيها المحلات والمقارن الأخرى لممارسة النشاطات التجارية ، وبين منطقة هادئة من المألوف استخدام عقاراتها للسكن فقط .

وعلى هذا الأساس لا يجوز للمستأجر استعمال المأجور خلافاً للاتفاق أو لما أهد له المأجور . ولكن السؤال هنا ، ماذا لو استعمل المستأجر المأجور خلافاً لكل ما تقدم ؟

يبدو أن المشرع العراقي أراد حماية مصلحة المؤجر حينما يكون هذا لتفسير في الاستعمال مضراً بالمأجور . وهذا يعني أن التفسير الذي لا يلحق ضرراً بالمأجور لا يدخل في إطار هذه الحماية لانقضاء العلة وهذا ما يمكن الاستدلال عليه بنص المادة (٧٦٠) مدني عراقى التي تقول :-

((من استحق منفعة معينة بعقد الإجارة فله أن يستولي عليها أو مظهرها أو دونها ولكن ليس له أن يستولي ما فوقها)) .

(١) د - شطب - ص ١٨٢ .

ولكن هذا لا يمر يبقى خاضعا لرعاها واتفاق المتعاقدين حيث يجوز تقييده
الاستعمال حتى ولو لم يلحق التغيير ضرر بمصالح المؤجر ، لان تغيير الاستعمال
يعني ان كلا من طرفي العلاقة التعاقدية سب مصالحه بدقة وتصرفا على هذا
الاساس ، وقد نصت على ذلك فعلا الفقرة الاولى من المادة (٧٦١) بقولها :-

((يعتبر التقييد في الاجارة سواء اختلف الانتفاع باختلاف المستعملين ام لم
يختلف)) -

يعني كل حال فان على المستاجر استعمال الاجور بالفكل الذي يحاسب
عليه ، فمن يستاجر دارا للسكن لا يصح له ان يتركه بعدا طويلا دون سكنه
او دون صيانته وملاظمته ، ومن يستاجر سيارة او آلة ميكانيكية يجب عليه
استعمالها او عدم تركها ، اذا كان في ذلك ما يلحق الضرر بها .

ناحية اخرى فان من اهم التزامات المستاجر ضرورة عدم الاساءة فسي
استعمال الاجور ، كترك الامطار تسرب ما يؤدي الى تلف الاجور بسبب
سبب يمكن تلافيه ، او ترك حنفيات المياه مفتوحة دون مرور او تحميل الاجور
اذا كان حيوانا او مركبة اكثر من طاقته كان يكون سيارة ذات عذولة فيصاح
الى استعمالها في حيوانات تزيد عما احدث وصممت له .

استعمال المستاجر للاجور بما يسمى اليه ينطى الحق للمؤجر المطالبة
بالتسليم الحسي عن طريق ازالة الضرر او المطالبة بالتسليم ، وهو يستطيع
دائما المطالبة بالتسليم عن تلك الاضرار التي اصابته بسبب اساءة الاستعمال
وهو ما اشارت اليه المادة (٧٦٥) مدني العراقي بقولها :-

((استعمال المستاجر للاجور على خلاف المتعارف معه ، فيضمن الضرر المتولد
منه)) -

ويجب اثناء استعمال المستاجر للمعين بعض الحثل او التلف كتنحطيم
زجاج النوافذ او تخرب الاجهزة الكهربائية او حنفيات المياه ، فيلزم المستاجر
باصلاح وترميم هذه الامور (م ٧٦٣ مدني العراقي) .

كذلك فان المتسرع العراقي اعتبر المأجور امانة بيد المستاجر ، والامانة كما
تعني المادة (٩٥٠ / ف ٢) مدني عراقي غير مضمونة على الامين بالهلاك ، سواء

كان ذلك بسبب يمكن التحرز منه أم لا . وأما بحسبها إذا حلتك يستعمله
أو يتعمد أو تقصير منه . (١)

(١) وقد ذهب الفقه المصري عند دراسته لنص المادة (٥٨٣/فق ٢ مدني مصري)،
التي بينت لنا مسؤولية المستأجر عن تلف أو هلاك العين المؤجرة (٢) ، التي
إن المشرع قد افترض أن هلاك المأجور راجع إلى خطأ المستأجر لأن العين لم ي
حياته وتحت إشرافه . والمؤجر غير ملزم باتيان خطأ المستأجر ، بسبب يستفيد
من هذه القرينة القانونية . ومع ذلك فهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، إذ يجوز
للمستأجر أن يفي مسؤوليته عن الهلاك ، إذا أثبت له بدل في المحافظة على
المأجور ما يبذله للرجل الامتياذي ، والله كان يستعمل المأجور وفقاً للاتفاق
أو وفقاً لما اعد له ، أو أن الهلاك قد حصل بسبب اجنبى كقوة القاهرة او خطأ
المستأجر نفسه أو خطأ شخص من الغير من يسأل عنهم المستأجر (٣) .

ومن الجدير بالذكر بأن قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ - اعتبر
إن احدث للمستأجر بالمأجور ضرراً جسيماً عمداً أو سهواً ، أو احدثه تغييراً
جوهرياً فيه دون موافقة المؤجر التحريرية ، أو استعماله خلافاً للفرض المبين
في عقد الايجار بما يترتب عليه اساءة لسعة المؤجر أو إلحاق الضرر بالمأجور ،
من الاسباب التي تخول المؤجر مطالبة المستأجر بأخلاء المأجور ، وهذا ما استعالجه
بشكل مفصل عند دراستنا لاسباب التخلية في قانون ايجار العقار (٤) .

(١) د - العامري - ص ٢٨١ .

(٢) بقولها :- ((المستأجر مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من
تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً)) .

(٣) وقد تشدد المشرع المصري في مسؤولية المستأجر عن الحريق واعتبره
التزاماً بتحقيق نتيجة بموجب المادة (٥٨٤ /فق ١) التي تقول :-

((المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة الا اذا اثبت ان الحريق نشأ عن
سبب لا يد له فيه)) - لمزيد من التفاصيل راجع المصادر التالية :-

٥ - السهوي - سبق ٣٩٧ ص ٥٦٥ وما بعدها ، د - تناشو - سبق ١٤٧ ص ٢٤٢
وما بعدها ، د - شخب - ص ١٩٤ وما بعدها .

(٤) انظر الفقرات (ج.د.هـ) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧)
لسنة ١٩٧٩ .

المبحث الثالث

رد المأجور

قلنا ان عقد الايجار يعتبر من العقود الموقوفة التي تنصب على الانتفاع بالمأجور، ولا بد له من نهاية تنتهي بانقضاء مدته او بفسخه لاي سبب من اسباب الفسخ او بانتهائه لاي سبب من اسباب التخلية المبني عليها في قانون ايجار العقار . وعلى هذا الاساس فان اعادة المأجور بقدته مع ملحقاته (ان كانت هناك ملحقات) يعد من واجبات المستاجر الاساسية (١) ولا يحق له اعادة شيء اخر محل ما استأجره حتى ولو كان المفضل من المأجور الا في حالة موافقة المؤجر على ذلك . ولا بد من تسليم المأجور بنفس الطريقة التي استلم بها من قبل المستاجر من خلال وضعه تحت تصرف المؤجر بحيث يتمكن من وضع يده عليه وحيازته . ولا بد ان يقرن ذلك باخطار المؤجر . الذي قد لا يكون على علم بانقضاء مدة العقد او رد المأجور مما يؤدي الى الخلق الضرر بالمأجور ويكتفي هنا بوضع المأجور تحت تصرف المؤجر واخطاره بذلك . فان تخلف عن الاستلام فان المستاجر يعتبر موفيا بالتزامه ويتحمل المؤجر كافة الاضرار والاثار التي قد تترتب على عدم استلامه للمأجور .

اما بالنسبة لمكان الرد فهو المكان الذي تسلم فيه المستاجر المأجور ما لم يحدد الاتفاق او العرف مكانا اخر . كما يعتبر وقت القضاء عقد الايجار زمانا للمره سواء كان الانقضاء طبيعيا او كان جراء فسخ العقد اوسبب من اسباب التخلية (٢) علما بان للمستاجر الحق في حبس المأجور اذا كان يستحق تعويضاً لم يتسلم اليه بعد او لم يحصل على تأمين كاف يضمن الوفاء بهذا التعويض (٣) .

(١) قد تكون الملحقات موجودة اصلا او انها قد نشأت خلال مدة الايجار . كما هو الحال بالنسبة لنتاج الماشية المؤجرة ، او طين النهر الذي يتكون اتمسكاً الايجار (د - شنب - ص ٢١٩) .

(٢)ظر المادة (٧٧١) مدني عراقي .

(٣) وقد اشارت الى ذلك فعلا المادة ٧٨٧ مدني عراقي بقولها : (١ - لايجوز لمن انتقلت اليه ملكية المأجور ولم يكن الايجار نافذا في حقه انه يجبر المستاجر على الاخلاء بعد التنبيه عليه بذلك في المواجد المبينة في المادة (٧٤١) .

(يتبع)

هذا وقد نظمت المادة (٧٧٢) من القانون المدني العراقي الحالة التي يجب ان تكون عليها العين المؤجرة وقت ردها بالقول :

(١) - للمستأجر ان يرد المأجور في الحالة التي تسلمه عليها الا ما يكون قد اصابه من هلاك او تلف لسبب لا يد له فيه .

٢- فان كان تسليم المأجور للمستأجر قد تم دون وضع بيان بأوصافه فيفترض . حتى يقوم الدليل على العكس ان المستأجر قد تسلمه قسري حالة حسنة (١) .

ومن هذا النص يبدو ان على المستأجر رد المأجور ومطابقته بالحالة التي كان عليها عند بدء الانتفاع . وتحدد حالة المأجور بحسب ما هو مذكور في محضر الجرد الذي يبين اوصاف المأجور . فاذا لم يوجد مثل هذا المحضر انشأه المشرع ان المستأجر استلم المأجور في حالة حسنة لانه لو كان قد تسلمها في حالة غير حسنة لآبى ذلك عند تحرير العقد فاذا هو يعمل لحمل وحده نتيجة اصالة - (١)

٢ - ولذا تبين المالك الجديد المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار فان المؤجر طرزا بتحويل المستأجر ما لم يتفق على غير ذلك ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التحويل من المؤجر او من المالك الجديد بإبارة . المؤجر او الا بعد ان يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التحويل)) (١)

(١) ويستفاد من هذا ان المالك الجديد من هذا الوقت يحق ويعتبره متناقضا مع نص المادة (٧٤٢) مدني عراقي التي تعتبر المؤجر موفيا بالتزامه اذا سلم المأجور بالحالة التي هو عليها وقت العقد ولو تكن هذه الحالة حسنة . ولكننا نعتقد بان نص المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي لا يبد من اخذ بنظر الاعتبار أيضا فهو يعرف لنا عقد الايجار بالقول : ((الايجار تسليم منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) . ولا شك بان العبارة الاخيرة في هذا نص ترسم لنا صبورة واضحة عن الحالة التي يسلم عليها المأجور لاستيفاء المنفعة المقصودة منه ولذلك فقد اقترحنا ضرورة اعادة النظر بنص المادة (٧٤٢) مدني عراقي ووضع نص جديد يتحجم مع الخط الاجرائي الذي رسمه المشرع العراقي في المادتين (٨٢٢ . ٧٧٢) من القانون المدني . لمزيد من التفصيل راجع ص ٩٠ من هذا المؤلف .

ومع ذلك يبقى له ان يثبت ان حالة العين لم تكن حسنة وقت استلامها، فالقرينة التي اقامها المشرع تقبل اثبات العكس بكل طرق الاثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن لان المسألة تتعلق بواقعة مادية. والمستاجر يسأل عن هلاك العين تلفها، لا اذا ثبت ان ذلك راجع الى سبب اجنبي او الى الاستعمال المألوف للمأجور. ويكفي ان يثبت المستاجر انه بذل في المحافظة على المأجور ما يبذله الشخص الاعتيادي. (١)

وقد يخلف المستاجر بهذا الالتزام (اي الرد عند انقضاء مدة عقد الإيجار) ، ومنعها يستطيع المؤجر تطبيقاً للقواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني اذا كان ممكناً، كما يستطيع المطالبة ببدل ايجار المثل بالاضافة الى التمويطات عن الاضرار التي سببها اخلال المستاجر هذا، والتي تبرز سلطة القاضي التقديرية واسعة في تحديدها، مثال ذلك ما فات المؤجر من ربح وما لحقه من خسارة بسبب فقدانه لصفحة رابحة من بيع المأجور او في تأجيله لشخص اخر أو لسي زراعة الارض بنفسه في الوقت المناسب، فيما لو اخلت من قبل المستاجر عند انقضاء مدة الإيجار. (٢)

هذا وقد أكد القانون المدني العراقي على بقاء المأجور امانة في يد المستاجر عند انقضاء الإيجار كما كان ائتماراً، ولذلك يعتبر المستاجر ضامناً لما يصيب تلف المأجور، كما يعتبر المستاجر ضامناً ايضاً اذا طلب المؤجر المأجور عند انقضاء مدة الإيجار ولكن المستاجر امتنع عن تسليم المأجور ثم الحق بالتلف فيما بعد بالمأجور (المادة ٧٧٣ مدني عراقي). (٣)

(١) تنالو - ص ٢٥٢، السهوري - فق ٤١٧ - ص ٦٠٠، العامري - ص ٢٨٢، شلب - ص ٣١٩.

(٢) ويستطيع المستاجر ان يدفع المسؤولية عنه اذا ثبت انقضاء الخطأ من جانبه وأنه كان يستعمل المأجور بحسب المألوف ويبدل في المحافظة عليه بحاية الرجل الاعتيادي (د- تنالو - ص ٢١٣).

ويعتبر المستاجر قد ارتكب جريمة خيانة الإمانة إذا كان المأجور منقولاً ولم يتم المستاجر برده إلى المؤجر منه طلب الأخير له بعد حلول الالتزام بمرته (١) .

وقد يقوم المستاجر بإعاق بعض المصروفات على المأجور ، وربما تكون هذه المصروفات ضرورية ، يضطر المستاجر إلى إعاقها لحفظ العين المؤجرة من الهلاك أو التلف ، كالتلفات التي تصرف في إصلاح منزل قابل للتلف أو قسي بناء جدار متهدد يهدد بسقوط العمار ، أو في صرف المياه من أرض مهددة بالتلف بسبب عمرها بمياه الفيضان ، وتخضع هذه المصروفات للقاعدة القانونية العامة المنصوص عليها في المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي التي تقول :-

(١) على مالك الذي يدعي ملكه أن يؤدي إلى المأجر جميع ما يلزمه مسكن المصروفات الإلزامية . والمصروفات الإلزامية هي المصروفات التي يفتقر الإحتياج التي يضطر الشخص إلى إعاقها لحفظ العين من الهلاك) .

كما قد تكون هذه المصروفات كفاية يقصد بها زخرفة العين أو تجهيلها دون أن يضيف شيئاً إلى جوهر العين كترميم صورة زيتية على جدران المنزل أو سطفتها بالورق الملون (٢) ، وتخضع هذه المصروفات أيضاً إلى حكم القاعدة العامة المقررة في الفقرة الثالثة من مادة (١١٦٧) التي تقول :

(٢) إذا كانت المصروفات كفاية فليس للمأجر أن يطالب بشئ منها وعلى ذلك

يجوز له أن يترفع ما استحدثه منها على أن يبيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أصر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها مستحقة للفلم) .

وإصطلاح مستحقاً للفلم أخذ من التسمية الإسلامية ، ويقصد به قيمة الأشياء

وهي مقلوبة بعد استقطاع مصارف قيمها (٣) .

وهناك نوع ثالث من المصروفات وهي المصروفات النافعة التي لا يقتضيها حفظ العين من الهلاك والتلف ، ولا تعتبر في ذات الوقت كفاية لأنها لم تنفق من

(١) قانون - د - حميد السعدي - جرائم الإعتداء على الأموال - ص ٥٨٠ - ٥٨١ .

١ - السلهوري - ص ٦١٤ .

(٢) د - شبيب - ص ٢٢٢ .

(٣) د - المصروفات - ص ٣٩٦ .

أجل الرينة والزخرفة . بل في تحسين العين وجعلها أكثر صلاحية للانتفاع بها .
وقد تكون هذه المصروفات قد انفقت في القيام بالترميمات التاجيرية كأصلاح
زجاج النوافذ أو حنفيات المياه ، حيث يتحملها المستأجر ، وقد تتفق على
الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين ، أو في زيادتها وتحسينها ، كما لو أدخل
إليها النور أو الغاز ، والهاتف ، أو أكثر في غيرها المرافق وحسن من استعمالها ،
أو كانت العين للأجرة أرضاً زراعية فنسب المستأجر فيها مصاريفاً وترعاً للمياه (١)

وقد عالجت المادة (٧٧٤) مدني عراقي هذا النوع من المصروفات بقولها :-

((١ - إذا انفقت الأجرة وكان المسأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجاراً أو قام بتحسينات أخرى ما يزيد من قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه الزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات - فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يملك ما استخدمه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع .

٢- أما إذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك يعلم المؤجر ودون اعتراض منهُ فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما انفقه أو ما زاد في قيمة المأجور ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك .

٣ - فإذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بأمر المؤجر ، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما انفقه بالتقدير المعروف - ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك))

وعلى هذا الأساس فإن اتفاق هذه المصروفات قد يكون دون علم المؤجر أو بعلمه ومعارضته لها ، وهنا لابد من قيام المستأجر بقلع ما أحدثه من مباني ومنشآت وتحسينات على حسابها الخاص بشرط أن لا يضر هذه الأزالة بالمأجور فإذا كان القلع ضرراً جاز للمؤجر أن يملك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع (أي قيمة الأتية ، وهي مقلوبة بمد استقطاع مصاريف قلعها) .

(١) د. شبيب - ص ٢٢٣ . السنهوري - ص ٦١٦ .

كما قد تكون هذه الصروفان قد انفقت بعلم المؤجر ودون معارضته أي بموافقته
الصفتية ، فإن المؤجر يرد للمستأجر الأقل مما (من مواد وأجزاء عمل) أو مما
الاتفاق في قيمة المأجور لهذه السنة ، انتمم المؤجر أن يدفع له مقدار مساو زاد
في القيمة فقط ، وإذا كان الاتفاق قد زاد في قيمة المأجور بأكثر منه لسم
يدفع المؤجر للمستأجر سوى ما انفقه من مال ما لم يكن قد حصل بينهما اتفاق
بعضي بخلاف ذلك - أما في الحالة الأخيرة حيث يكون الاتفاق قد تم بناء على
أمر من المؤجر أي بناء على رغبته الصريحة فإن المؤجر يكون ملزماً بأن يؤدي
للمستأجر ما انفقه بالقدر الذي يظن به العرف ما لم يتفق على غير ذلك . (٦) .

(٦) - د - الصرف - ص ٣٦٦ - ٣٦٧ .

الفصل الثالث

طبيعة حق المتاجر والتصرف فيه

اختلف الفقهاء بالنسبة لطبيعة حق المتاجر بين من يعتبره حقاً شخصياً وبين من يذهب الى انه حق عيني ، ويسوق كل جانب ما لديه من الحجج لدعم وجهة نظره - ولكن الامر الذي اكتسب أهمية كبيرة هنا هو حق المتاجر كحق الأيجار من الباطن او التنازل عن الأيجار فينبغي اعتبار القوانين المدنية ومنها القانون المدني العراقي ان الاصل هو جواز الأيجار من الباطن او التنازل عمن الأيجار - بحيث القوانين الخاصة بقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الى تحريم هذا التصرف واعتباره باطلاً - بعد ان كان قانون ايجار العقار السابق رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ قد أجاز هذا التصرف بشروط موافقة المؤجر التحريرية ، وعلى هذا استناداً في هذا الفصل طبيعة حق المتاجر في بحث اول قسم ندرس بعد ذلك حق المتاجر في الأيجار من الباطن او التنازل عن الأيجار كحق القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار في بحث ثان -

المبحث الاول -

طبيعة حق المتاجر

كان من المتفق عليه أن حق المتاجر هو حق شخصي ولكن وجود بعض الظواهر القانونية دفع بعض الفقهاء الى الدفاع عن عينية حق المتاجر ، وكسان على رأس المؤلفين عن هذه الفكرة القاضي الفقيه ترولون رئيس محكمة النقض الفرنسية الذي جمع حوله تفراً من الفقهاء وطائفة من المحاكم ، الا أن عطفه المحكمة بالذات قضت على نظرية رئيسها لكن تثبت حق المتاجر الشخصي فقط دون ان يكون لهذا الحق صفة عينية - (١)

(١) السنهوري - ص ٦٣١ - تاملو - ص ٢٥٨ - العامري - ص ٢٨٧ -

وكانت أقوى الحجج التي استند إليها المدافعون عن عينية حق المستأجر تجلي في سر بيان عقد الايجار في حق المالك الجديد عند انتقال ملكية العين المؤجرة الى الغير اذا كان عقد الايجار ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية . ويلجس على ذلك أيضا انتقال الحقوق العينية الأخرى الى الغير دون حق الملكية كحق الانتفاع او من الحيابة . ويقول انصار الحق العيني ان هذا دليل على أن للمستأجر حق التتبع . اذا انه يستطيع ان يحتج بعقد كإستأجر على كل من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة او من انتقل اليه حق عيني فيها . وشأن المستأجر في ذلك هو شأن المنتفع وشأن الدائن المرتهن . فكل من هؤلاء يستطيع بموجب حق التتبع ان يحتج بعقد على الغير . واذا لم يكن هناك شك في ان حق كل من المنتفع والدائن المرتهن هو حق عيني . لما أشك فيه ان حق المستأجر هو الآخر حقا عينيا . (١) . وقد رفض القفه والقضاة هذه الحجة . لان نفاذ حق المستأجر في مواجهة المالك الجديد ليس تطبيقا لفكرة التتبع . ولكنه استثناء من مبدأ نسبية الر عقد . فالاصل الا تصرف المالك العقد الا الى عاقديه والخلف العام لهما . ولكن استثناء من هذا مبدأ فانه اذا انشا العقد التزامات وحقوقا شخصية يتصل بشيء انتقل به ذلك الى خلف خاص . فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء . اذا كانت من مستلزمات . وهذه هي نظرية الاستخلاف . وطبقا لها فان حق المستأجر لا يكون نافذا فحسب في مواجهة المالك الجديد . بل يصبح هو أيضا مدينا في مواجهة المالك الجديد بمقتضى عقد الايجار . كما كان مدينا في مواجهة المالك السابق . تطبيقا لفكرة القوة الملزمة للعقد (٢) .

ومن الحجج الأخرى لاصحاب نظرية الحق العيني امكانية قيام المستأجر بدفع التعويض المادي الصادر عن الغير بنفسه دون اللجوء الى المؤجر . كذلك يستطيع المستأجر ان يقيم دعوى استرداد الحيابة مادام قبل نزع يده يتصرف بالماجور تصرفا متواصلا وسليما . ومعلوم ان المادة (٧٥٥) مدني عراقى تجيز للمستأجر

(١) السهوى - ص ٦٣٣

(٢) تاملو - ص ٢٥٦ . السهوى - ص ٦٣٤ .

ان يطلب رفع يد العاصب اذا كان ذلك باعقابه ، كما تجيز له ان يطالسه العاصب بالتعويض . ولا كان الأصل في دعوى استرداد الحيابة : انها مقصورة لحماية الحقوق العينية وحيابتها حيابة قانونية فان هذا يعتبر اعتداء من الشرع بان المستاجر حقا عينيا على المأجور (٦) . ويسوق اصحاب هذه الآراء حججا اخرى لدعم موقفهم كالاتناد الى القاعدة التي انقضي بوجوب تسجيل عقد الايجار اذا زادت مدته على حد معين (تسع سنوات في الفانسون الهسرى والتي عشرة سنة في اغانون الفرنسي) . ويتخذون من هذا التسجيل دليلا على ان حق المستاجر من عيب لان الحقوق العينية وحدها هي التي تسجل . وقد رد على هذه الحجة بان هناك حقوقا شخصية اخرى تسجل ، كذلك فانه لو صح ان عقد الايجار يجب تسجيله لان للمستاجر حقا عينيا لوجب تسجيل جميع عقود الايجار ايا كانت مدة العقد (٧) .

الا ان كافة هذه الحجج لاتعمد امام الكثير من الطائفتي التي ترجح كفاية الحق الشخصي وفي طبيعتها تعريف عقد الايجار الوارد في المادة (٧٢٢) مدني عراقي الذي ينطى في انه :

(١) تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة ، وبه يلتزم المؤجر ان يتمكن المستاجر من الانتفاع بالمأجور (٨) .

وفسروا اقطار المؤجر بكل تعرض قانوني يحصل للمستاجر باعتبار المؤجر هو الجسم الحقيقي في ذلك ، اما بالنسبة للمدع التعرض الثاني فلا علاقة له بصفة الشخص المتافع سواء كان مستاجرا ام لم يكن . اذ ان التعرض اليه ماديا تحية التدوس القانونية من النظر عن صفته . ومما يدع الشك كثيرا عن نظرية الحق الشخصي عند ذكر المادة (٦٨) مدني عراقي حق المستاجر كحق عيني . على الرغم من درجتها الحقوق العينية على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال .

(٦) - العامري - ص ٢٨٨ .
 (٧) - السنهوري - ص ٦٣٩ .

يبدو اذن ما تقدم ان صاحب نظرية الحق الشخصي يمتلكون حجبا اقوى لدعم موقفهم - الا ان ذلك لا يمتى لهاية المطاف او القول الفصل . بسبب بروز بعض الظواهر القانونية التي امنتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية ، ما ادى الى صدور الكثير من قوانين الايجار الخاصة التي زادت من تدخل التشريع في تنظيم العلاقات الايجابية على حساب مبدأ سلطان الارادة - وهذا ما ادى الى ظهور مبدأ الاعتماد القانوني لمقد الايجار الذي قوى حق المستاجر واكسبه الكثير من الثبات والاستقرار بشكل لا يتفق الا مع خصائص الحق المبني حيث لا يستطيع المأجر وفقا لذلك ان يطالب المستاجر باخلاء المأجور الا لسبب من اسباب التخلية المنصوص عليها قانونا (١) بحيث اصبح المأجر (٢) كأنه شريك للمؤجر في ملكه (٣) .

تأجيل ترجيح حق المستاجر الشخصي :-

(١) ان حق المستاجر يعتبر منقولا سواء كان المأجور عقارا ام منقولا . لان هذا المقعد لا يلزم المؤجر بنقل ملكية المأجور الى المستاجر ، بل يقتصر على التزام المؤجر بتسليم المأجور خاليا من الشواغل ويمكن المستاجر من الانتفاع بالمأجور وفقا للاتفاق . (٢) لا احد له التمسك به .

ومما يترتب على ذلك عدم جواز قيام المستاجر برهن حقه هذا رهنا تامينيا لان هذا النوع من الرهن لا يصح الا بالنسبة للعقار . ولكن الرهن الحيازي جائز هنا لانه يرد على العقار وعلى المنقول . ولكن الرهن الحيازي يؤدي الى حرمان المستاجر من الانتفاع بالشيء ، لان اغاذه يقتضي انتقال حيازة العين الى الدائن المرتهن . كذلك لا يشترط عند الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار تسجيل هذا التصرف في دائرة التسجيل العقاري ، ويعتبر مثل هذا التصرف نوعا من حوالة الحق ، وتنتج في التنازل قواعد حوالة الحق في

(١) نظر المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

(٢) كما ينسحب الى ذلك الاستاذ السهوري - ص ٦٥٢ .

(٣) للمزيد من التفاصيل راجع : د . عصمت عبد المجيد بكر - اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الايجار - المصدر السابق - ص ٥٩ وما بعدها .

ضرورة تسوية الأجر للمحالة وإطلاقه منها . من ناحية أخرى فإن المحكمة المختصة بمظر الدعوى الثالثة من طه الأيجار هي محكمة موطن المدعى عليه وليست محكمة العقار . (١)

جاء ليس للمستأجر أن يدفع بنفسه التعرض الصادر عن الغير المبنى على سبب قانوني بل لابد له من إخطار المؤجر بذلك . والاستعانة به في دفع حسم التعرض . وكذلك لا يجوز للمستأجر أن يدفع الدعوى على مستأجر آخر سابق عليه وانتهي طه إيجاره . يطلب منه إخلاء العين . بل يجب عليه دفع الدعوى على المالك مباشرة . وإن دفع المالك الدعوى على المستأجر السابق يطلب منه إخلاء العين . فليس للمستأجر الجديد أن يدخل فيها . (٢)

(١) انظر المادة (٣٧، ٣٦) من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (٨٣) لسنة

١٩٦٩ . د . تاملو . ص ٢٦٨ . د . الصراف . ص ٤٠٦ .

(٢) د . تاملو . ص ٢٦٦ . د . الطامري . ص ٢٩٠ .

المبحث الثاني

الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار

على الرغم من الاختلافات التي لاحظناها بشأن تكييف حق المستاجر وحمل
انه حق عيني أم انه حق شخصي ، فان الرأي الراجح هنا يفضل اعتبار هذا
الحق شخصياً يستطيع معه المستاجر التصرف فيه كأي حق شخصي آخر بالبيع
او الهبة أو الرهن وهنا خيارياً او الإعارة ، ولكن الحياة العملية تزيحنا
ان أكثر التصرفات التي يجريه المستاجر للتصرف في حقه تنصرف عادة السرى
التنازل عن الإيجار او الإيجار من الباطن ، ولذلك نرى ان الدراسات الفقهية
والقانونية تهتم على الأغلبي بحدين الموضوعين (1) الإيجار من الباطن او التنازل
عن الإيجار (2) سواء كان ذلك في ظل أحكام القانون المدني اوفي ظل أحكام القوانين
الخاصة كقانون إيجار العقار العراقي رقم (87) لسنة 1979 مـ مثلاً .

وهناك في هذا الشأن موضوع آخر لا يقل أهمية عما تقدم أشار إليه قانون
إيجار العقار في المادة (13) منه يطلق عليه اسم المساكنة او اسكان الغير مع
المستاجر ، حيث وضع لنا قانون إيجار العقار مبدأ أجاز فيه للمستاجر ان يذكر
في العقد أسماء الأشخاص الذين يسكنون معه في المأجور ، ونص أيضاً على
الأشخاص الذين يجوز للمستاجر ان يسكنهم معه ولو لم يذكرها في العقد ،
او لم تحل الموافقة التحريرية لاسكانهم من قبل المأجر ، وقد وأعى التشريع في
ذلك الروابط العائلية والعادات والتقاليد الاجتماعية في العراق التي لا يجوز
انفصالها .

تكييف التصرف والفرق بين الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار

قد يتفق المتعاقدان على طبيعة التصرف بشكل واضح لا ليس فيه ، ولكن
قد يتفق المتعاقدان على هذا التصرف دون بيان طبيعته ، وهل انه إيجار من
الباطن أم انه تنازل عن الإيجار ، وهنا لا بد للقاضي ابتداءً من تلمس كافة
الوسائل لمعرفة التكييف السليم لهذه العلاقة بالرجوع الى نية المتعاقدين
المشتركة ، او الرجوع الى الظروف المحيطة بالعقد او شروطه التي ارتضاها
الطرفان .

ومن المعايير التي يشير اليها الفقه في هذا المجال كيفية دفع الثمن، وهل انه دفع دفعه واحدة ام كان مقسما . حيث يصح اعتباره تنازلا عن الايجار في الحالة الاولى وايجارا من الباطن في الحالة الثانية . ولكن هذا المعيار قد لا يكون كافيا خصوصا في ايامنا هذه التي قد يطلب فيها المؤجر دفع بدل الايجار مقدما ولعدة سنوات . وهذا ما دفع القوانين الخاصة ومنها قانون ايجار العقار الحالي الى منح ذلك . ووجوب ان تدفع سلفا اجرة العقارات المشمولة باحكام هذا القانون باقساط شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الايجار ويقع باطلا ككل اتفاق يقضي بخلاف ذلك . (١)

ومن المعايير الاخرى المعتمدة الرجوع الى طبيعة التصرف وهل انه يشمل كل المتأجر ام جزءا منه . حيث يصح اعتباره تنازلا في الحالة الاولى وايجارا من الباطن في الحالة الثانية .

ومن اهم الدلائل التي يستطيع القاضي الرجوع اليها وجود عقدين احدهما بين المؤجر والمستأجر واثانيهما بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن . وغالبا ما تختلف شروط هذين العقدين عن بعضهما مما يدل على ان التصرف هو ايجار من الباطن .

ولكن كافة المعايير المتقدمة ون كانت محوطة للقاضي للوصول الى حقيقة التصرف واعطاء التكييف القانوني الصحيح له . الا انها ليست حاسمة بل انها دلالات تقريبية توصل القاضي الى مبتغاه وقد لا تجديه نفعا . وعندما سيرجع القاضي افتراضا انصرف نية المتعاقدين الى التأجير من الباطن لانه الاكثر شيوعا والاقترب الى اذهان الناس من التنازل عن الايجار . (٢)

عقدين عند الايجار من الباطن احدهما بين المؤجر والمستأجر الاصلي واثانيهما بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن وقد يختلف العقدان عن بعضهما من حيث الشروط . اذ قد تكون لاجرة في العقد الثاني اقل او اكثر من الاجرة في عقد الايجار الاصلي كما قد تكون المدة اقصر او اطول من المدة المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر الاصلي . وهنا تكون الاجارة من الباطن فيما يتعلق

(١) المادة لعاشرة من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

(٢) انظر د: العامري - ص ٢٩٢ . د: الصراف - ص ٥٠٤

بالمدة الزائدة موقوفة على اجازة المؤجر الاصلي . وقد يتفق المتعاقدان على ان تكون شروط الايجار من الباطن هي نفس شروط العقد الاصلي . أما إذا لم يحدد شروط الايجار من الباطن فإنه يفترض انها اتفقا ضمناً على أن تكون شروط الايجار من الباطن هي نفس شروط العقد الاصلي من حيث الاجرة ومن حيث المدة . ولا شك بان التزامات المستأجر الاصلي تجاه المستأجر من الباطن هي نفس التزامات المؤجر بالنسبة للمستأجر الاصلي . كذلك فإن حقوق المستأجر الاصلي في مواجهة المستأجر من الباطن هي نفس حقوق المؤجر في مواجهة المستأجر الاصلي . خصوصاً ما يتعلق منها بحق الامتياز على ما يكون في المأجور من منقولات مملوكة للمستأجر من الباطن قابلة للمحجز او محصولات زراعية . أما التنازل عن الايجار فإنه ينقل الى التنازل اليه الحق بأنه يشروطه ووصافه . لذلك قيل ان التنازل عن الايجار هو تنازل عن الحق بطريق البيع او الهبة . كذلك ليس للتنازل عن الايجار حق امتياز على منقولات التنازل اليه كما لاحظنا ذلك في الايجار من الباطن . ومن الفروق الأخرى التي يضيفها جانب من الفقهاء بين الاتيين هو ان التنازل عن الايجار هو تصرف في الحق ، فيجب ان تتوفر فيه اهلية التصرف ، ما الايجار من الباطن ، فهو من افعال الإدارة ، فلا تشترط فيه اهلية الإدارة (١) .

تس يستطيع التاجر التاجر من الباطن او التنازل عن الايجار ؟

اولاً : في القانون المدني

الاصل في القانون المدني العراقي جواز الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار ما لم يقض الاتفاق او العرف بعدم جواز ذلك كلاً او جزءاً . والسبب هنا اشارت المادة (٧٧٥) مدني عراقي بقولها :-

(١) تنالو - ص ٢٦٨ - السنجوري - ص ٦٦٤

(المستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول
وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجازة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو
بفرضه) (١) .

والحكمة من هذا النص أن الإيجار في الأصل ليس من العقود التي تهتم
بالاعتبار الشخصي للمستأجر، فلا فرق في استلام الإجازة من المستأجر الأصلي
أو من المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه . كذلك فإن هذه التصرفات مستزمنة
من الضمانات لصالح المؤجر لأن المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه سيبطلان
مستزمنين قبل المؤجر لجانب المستأجر الأصلي . ولكن هذه القاعدة لا تطبق
طبعاً إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار، كما هو الحال في عقود المزارعة،
حيث لا يجوز للمزارع وفقاً للمادة (٨١٠) من القانون المدني العراقي أن يؤجر
الأرض إلى غيره أو يتنازل عن الإيجار إلا بإرضاء صاحب الأرض .

ولكن هذه القاعدة إذا كانت تتفق مع طبيعة عقد الإيجار باعتباره من العقود المالية
في الأصل إلا أنها ليست مطلقة لأنها قاعدة ممكنة لارادة المتعاقدين وليست أمرة
لذلك يجوز الاتفاق على خلافها من خلال اتفاق المؤجر مع المستأجر على تسليم
جواز الإيجار من الباطن أو المتنازل عن الإيجار إلا بعد الحصول على موافقة
المؤجر . وهذا ما اصطلح على تسميته بالشرط المانع (٢) .

الشرط المانع من الإيجار من الباطن أو المتنازل عن الإيجار :-

طالما يأتي الشرط المانع خلافاً للأصل العام الذي يميز الإيجار من الباطن
أو المتنازل عن الإيجار، فلا بد أن يترك مطلقاً في دلالاته، علماً بأنه قد يكون صريحاً
وقد يكون ضمناً يستكشف من طبيعة العقد أو من ظروف التعاقد خصوصاً إذا
كانت شخصية المستأجر محل اعتبار . وقد يكون الشرط المانع هذا مطلقاً لا يميز

(١) وقد سارت في هذا الاتجاه اغلب القوانين الأدي كالقانون المصري (م٥٦٣)
والسوري (م٥٦٠) والليبي (م٥٦٦) وقانون الموجبات والعقود اللبناني
(م٥٨٤) . كما جعلت القوانين اللاتينية المتنازل عن الإيجار من الباطن جائزاً
ها لم يوجد شرط مانع . أما التقنين المدني الألماني فينقض في المادة (٥٤٩)
بأنه لا يجوز للمستأجر الأصلي أن يتنازل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن
إلا بإذن المؤجر - د. المستهوي - ص ٦٦٧ .

(٢) د. شب - ص ٢٤٢، د. تالمو - ص ٢٦٩، د. الصراف - ص ٤٠٥ .

الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار في كمال المأجور ولكل الناس - بينما قد يتطلب هذا النوع من جزء من المأجور - كما ان التخليه قد يتصرف اليه مستأجر معين او هيئة معينة دون غيرها - وسواء كان الشرط المانع صريحا او ضمنا فلا يجوز التوسع في تفسيره - حيث يجوز للمستأجر ان يدخل معه شركاء في استغلال العين المؤجرة ما داموا غير مستأجرين من الباطن - وله ان يسكن معه صديقا دون ان يكون مستأجرا - واختلف الفقه بالنسبة للاعارة - فذهب البعض الى جواز الاعارة لانها ليست ايجارا من الباطن ولا تنازلا عن الايجار - على ان لا يفرق عدة الاعارة عدة الايجار الاصيل - وعلى ان لا ينزل المستجير عن استعمال العين للمؤجر ولو على سبيل التبوع (١) - وذهب راي آخر الى ان النسخ من التأجير يقتضي منح المستأجر من اعارة الشيء المؤجر - اذا يترتب على هذه الاعارة نفس ما يترتب على التأجير من الباطن (٢)

ولا يجوز للمؤجر ان يمتنع عن الزيادة على التأجير من الباطن في التنازل عن الايجار الا لسبب مشروع (م ٧٧٥/٢ مدني - عراق) - وبمكس ذلك يعتبر ممتصلا في استعمال هذه العين - فاذا تعذر على المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه - وانظر الى ايجارها من الباطن - فلا يجوز للمؤجر ان يتسلك بالشرط المانع اذا لم تكن له اية مصلحة في تقيده - كان يكون المستأجر الجديد في حالة يسار ويعادل من الناحية الاولى مركز المستأجر السابق (٣) وفي حالة تعذر المجر فلنقاضي ان يرخص المستأجر في الايجار من الباطن في التنازل عن الايجار -

ويجب عدم ادراك اكثر الناس للفرق بين الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار - اعتبر المشرع ان منح المستأجر من ان يؤجر للغير يقتضي منعه من التنازل عن الايجار - ولمكس صحيح - وفي ذلك اشارت الفقرة الثانية من المادة

(١) د - السنهوري - ص ٦٦٩

(٢) د - شلب - ص ٢٥١

(٣) وفي فرنسا يؤخذ بهذا المبدأ اذا لم يكن الشرط المانع مطلقا - اما اذا جاء الشرط المانع مطلقا فالرأي الراجح الزام المستأجر به حتى لو لم يكن للمؤجر صالح في تقيده - وحتى لو أدى تقيده - الى تنقذ انتفاع المستأجر بالمأجور - والسبب في ذلك يعود لنص المادة (١٧١٧) مدني فرنسي التي طالبت بتقيده الشرط المانع بدقة - د - السنهوري - ص ٦٧١ -

١٣٥٥
١٣٥٥

(٧٦١) من القانون المدني العراقي (١) .

وجزاء مخالفة المستأجر للشرط المانع يمكن الرجوع فيه للقواعد العامة . حيث يجوز لتأجير المطالبة بالتنفيذ العملي للعقد باختيار الأجير من الباطن أو التنازل المأجور باعتبارهما شافلين للعقد دون سند . وللمن الآخر من حق الرجوع على المؤجر في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابها إذا لم يكن أي منهما ملماً بالشرط المانع عند إبرام العقد .

والمؤجر ايضاً يدل المطالبة بالتنفيذ العملي ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المستأجر لالتزامه المقررة في العقد ، فإنه حكم بالفسخ وجب اخلاء العين المؤجرة من المستأجر الأصلي ومن المستأجر الباطن أو التنازل اليه .

والمؤجر بالإضافة إلى ما تقدم حتى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب تلف العين جراء الأجير من الباطن أو التنازل عن الأجير أو بقائهما خالية بعد الحكم بالفسخ وتخراج المستأجر من الباطن وحتى القضاء مسددة الطه لاصلية (١) .

بيع الشئ أو التجسس

نصت المادة (٧٦١/٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي :-

((إذا كان المأجور عقاراً انشئ فيه مصنع أو متجر أو زوايد المستأجر أن يبيع الشيء المنشأ جازاً للمصلحة بالرغم من وجود القيد المانع ان الحكم بإبقاء الأجير نظراً قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يخلق المأجور من ذلك ضرر محقق)) .

ويعنى هذا النص تعطيل حكم الشرط المانع في حالة انشاء مصنع أو متجر في المأجور حتى ولو لم يتنازل المؤجر عن الشرط المانع جراححة أو تدنيساً . علماً بأن المصنع أو المتجر قد يقوم بإنشائه مالك العقار أو غيره .

(١) انظر في ذلك تـ دـ عبد الفتاح عبد الباقى - لـق ٢٦٦ .

(٢) دـ شبيب - ص ٢١٥ ، دـ توفيق - ص ٢٧٦ .

والحكمة من وراء هذا النص هو تسهيل بين المصانع والتاجر بحيث لا يرضى المشتري ان يقدم على الشراء دون حلو له محل المتاجر الاصلى ، خصوصا اذا كان المكان قريبا وملاننا . بالاشارة الى ان هذا الاجراء سوف لا يقدم زبائن وعلاء المصنع او المحل التجارى .

ويشمل هذا النص جميع انواع المتاجر والمصانع سواء كان المصنع كبيراً فيه الات ضخمة وعدد كبير من العمال او صغيراً يباشر فيه المتاجر بنفسه صناعة يدوية ، وسواء كان المتجر كبيراً ام حائولاً صغيراً (١) .

وتشترط المادة (٧٦١) مدني عراقي الائمة تقديم ضمان كاف ولا يشترط ان يكون الضمان المقدم من المشتري من التامينات العينية ، بل يصح ان يكون تأميناً شخصياً ، وعلى ذلك يجوز ان يقدم المشتري للمؤجر شيئاً يبره له وهذا تأمينياً او حيازياً او ان يقدم له كفيلاً يتعهد بالوفاء بالالتزامه اذا لم يف هو به ، وتقدر كفاية الضمان امر يخضع لسلطة القاضي التقديرية (١) كذلك تشترط المادة (٧٦١) مدني عراقي ان لا يلحق المؤجر جراء هذا التصرف ضرر محقق ، كان يكون المشتري من السمة لا تتوافر فيه الاعتبارات التي راعاها المؤجر في المتشاجر ، او ان يؤدي لهذا البيع الى منافسة المؤجر في . منه سواء كانت هذه المنافسة مشروعة او غير مشروعة . ويكلف المؤجر هنا باثبات وقوع الضرر ارجح تقدير مقداره (٢) .

وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي لم يشترط ان يكون هناك ضرورة تدفع البائع الى بيع المتجر او المصنع ، فان المادة (٥٩٤) مدني مصري ، وضمت مثل هذا الشرط الذي يعود في تقديره الى قاضي الموضوع ، ومن الامثلة التي يوردها الفقه المصري بهذا الصدد حجز المتاجر عن العمل او تقاعده ليضطر الى بيع المتجر ، او موت المتاجر وحجز الورثة عن ادارة المتجر ليضطرون الى بيعه ، او كساد التجارة ، او افلاس المتاجر ليبيع المتجر جبراً ، او عرضة السلي يلقه من مباشرة عمله وهكذا (٣) .

(١) د- بنافسو - ص ٢٧١ .

(٢) د- شنب - ص ٢٥٥ .

(٣) انظر في ذلك - د- السنهوري - ص ٦٨١ ، د- شنب - ص ٢٥٥ .

(٤) د- السنهوري - ص ٦٧٩ ، د- نفاقو - ص ٢٧١ ، د- شنب - ص ٢٥٥ .

هذا وقد عالجته المادة (١٢) من قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩
هذا الموضوع بالفرع :-

(١) إذا كان المأجور عقارا انسي، فيه مصنع وباع المستأجر المصنع حل المشتري
محل المستأجر في عقد الإيجار طبقا لاحكام هذا القانون (١) .

ويبدو من النص ان المشرع عالج العقار الذي انشيء فيه مصنع فقط، وليس
يتطرق الى العقار الذي انشيء فيه متجر كما هو الحال في المادة (٧٦١) مدني
عراقي سابقة . ولم يأت ذلك اعتباطا، لان المشرع حاول بهذا النص حماية
الصناعة وتشجيعها لانشاء المصانع (١) . ولم يعد المشرع - كما يبدو - ضروية
توفير مثل هذه الحماية بالنسبة للمحللات التجارية . ولكننا - نعتقد - بأن
نص المادة (٧٦١) مدني عراقي يعتبر اكثر اتقانا وصلاحيه من نص المادة (١٢)
المشار اليها . لانها توفر لنا ما لا توفره المادة (١٢) ، خصوصا وان النشاط
التجاري وازدهاره يعد من الامور الضرورية جدا والتي تفضل الا تقيت عن
بال المشرع . لان هذا النشاط لا يقل اهمية عن النشاط الصناعي . يسأل ان
النشاط الصناعي والنشاط التجاري متوازن لا يفرقان، وهما وجهان لعملة
واحدة يمكن ان نسميها بالنشاط الاقتصادي الذي لابد من حمايته وتوفير عناصر
ديومته .

وطبقا للمادة (١٢) المتقدمة محل المشتري محل المستأجر للعقار مسن حيث
التسكين من الانتفاع وتحديد الاجرة واسباب التحلية وغير ذلك من احكام . فلا
يكون للزجر الحق في القامة دعوى منع المعاوضة على المشتري وطلب قلع المصنع،
لان القانون لم يعتبر ذلك تنازلا عن الإيجار ولا أيجارا من الباطن (٢) .

ومن الملاحظ على نص المادة (١٢) انها لم تحدد لنا نوع المصنع او حجمه، فقد
يكون المصنع واسعا يستخدم عددا كبيرا من العمال او صغيرا لا يستخدم سوى
عدد محدود من العمال . ويصح ان يتبع هذا المصنع الملابس على اختلاف أنواعها
او الاواني البلاستيكية او الاثاث . قطع الغيار الاخرى .

(١) المذكرة الايضاحية لقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون ايجار العقار . رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار لغيره

قانون إيجار العقار

إذا كان الأصل في القانون المدني كما لاحظنا جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار وإلا لما وجد شرط مانع يقول بكون ذلك، فإن الأمر على عكس ذلك في قوانين الإيجار الخاصة، حيث قلب قانون تنظيم إيجار العقار العراقي رقم (١٧) لسنة ١٩٧٢ (المنشور) صفة الوضع، فجعل من القاعدة المنصوص عليها في المادة (٧٧٥) مدني عراقي استثناء ومن الاستثناء قاعدة * وينتج ذلك من نص الفقرة (ب) من المادة التاسعة من هذا القانون التي لم تجز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار بدون موافقة المؤجر التحريرية وتأييد الجهة المختصة بتطبيق قانون حرية المضارسة تقع العار في منطقتها * وبمعنى ذلك يستطيع المؤجر طلب تخلية للمؤجر (١) *

إلا أن قانون إيجار العقار رقم (٨٦) لسنة ١٩٦٤ وفي الفقرة الأولى من المادة (١٤) حظر صراحة الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار حتى ولو تم ذلك بإتفاق المؤجر والمستأجر، حيث اعتبر ذلك من النظام العام، وفي ذلك تقسول المادة (١٤) / ١ - ٢ -

(١) يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً ويقع باطلاً ككل اتفاق ينص بخلاف ذلك)

وبهذا النص وضع القانون حداً لاستخدام المستأجرين حاجة الأشخاص الذين يستأجرون من الباطن وخاصة طالب استئجار الغرف لعدة للمساكن وللغرض كذلك حداً لآثار المستأجر الأول على حساب المؤجر بدون حق (٢) والغالب

(١) نشر المادة السادسة من قانون تنظيم إيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٢ * وتمتد التشريعات الاستثنائية للمساكن في مصر نفس هذا النهج، حيث ينتج التنازل أو الإيجار من الباطن إلا بإذن كتابي صريح من المالك * لمزيد من التفاصيل راجع عدد - برهام محمد عطا الله - (الوسيط في قانون إيجار المساكن - مؤسسة لثقافة الجامعة بالاسكندرية - بلاشة طبع - ص ٢٢٤ وما بعدها) *

(٢) المذكورة الأبحاث في قانون إيجار العقار *

ان يكون بدل الايجار من المياطين كبيراً شديداً، ببدل الايجار المتفق عليه بين المزارع والمستأجر الأصلي، لذلك من قوانين الأيجار الخاصة قد جادت أساساً لحماية المستأجرين وتوليد الأمان لهم في الحصول على سكن بأجرة مناسبة ودون ان يتعرضوا لطلب التخليع بين شجرة وأخرى ولم يتم في عقد التسرع ان تستقبل هذه الحماية ليجي الأرباح الطائلة على حساب مالك العقار .

تم مخالفة الفقرة الثانية من المادة (١١) قانون الأيجار المبرمة قبل العمل بهذا القانون في ١١/٧/١٩٧٩ بالقول :

(١) اذا كان الايجار من المياطين او المنازل تنه قد تم قبل العمل بهذا القانون سواء كان بموافقة المالك التعميرية او بدونها حل المالك محل المستأجر الأصلي في العقد الذي أبرمه هذا المستأجر من المياطين او المنازل اليه .
وبهذا يعني ان كافة العقود التي أبرمت قبل ١١/٧/١٩٧٩ سواء كانت بموافقة المزارع التعميرية او بدون موافقة سيحل ليها المالك محل المستأجر الأصلي وبذلك تصبح العلاقة بين ذلك وبين المستأجر من المياطين علاقة مباشرة تؤدي الى خروج المستأجر الأصلي من نطاق هذا التعامل .

لا ان المستأجر الأصلي قد يزير من المياطين جزءا من العقار ويشمل بنفسه الجزء الآخر منه ، ولذا آجاء القانون في هذه المادة تدوير البناء في هذا الجزء به مستأجر بأجرة نقدية وفق أحكام قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ (١) وعلى هذا الأساس تكون العلاقة بين المزارع والمستأجر الأصلي متكومة بمسند الأيجار المبرم بينهما قبل نشأة هذا القانون ، أما من حيث الاجرة التي احسدها وفقا للنسب التي رتبها المادة الرابعة من قانون ايجار العقار ، والتي يجب ان لا تزيد على ٥٪ او ٧٪ او ٨٪ من القيمة لكلية للعقار وحسب نوعه وطبيعته استغلاله .

ومضى ما خالف للمستأجر أحكام المادة (١١) من قانون ايجار العقار، فانه سيخوض لفرع عقوبة جزائية شديدة المنتهى (٢٣/٢٣) من القانون وحسب الحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن

(١) م ١١/٦٦ من قانون ايجار العقار

شمسانة دينار ولا تزيد على الف دينار او باحدى هاتين القطعتين . كما
الانس الاخرى الذي يشرب على قيام المؤجر بهذا التصرف . فيتجلى في اعطاء
المؤجر حق طلب تغذية المأجور وفقا للمادة (ب) من المادة السابعة عشرة من
القانون .

هذا وقد اعتبر القضاء العراقي بان ادخال المسافر خارجا في العمل فسي
الفرق المنتج للصون مع اشتراكه في الارباح . لا يعتبر اجارة مسن
الباطن لان الخية يعتبر اجيرا . ولم يتناول المؤجر عن حقه في اذرة الفرن (١) . الا
ان قيام المسافر باشتراك اخر في اشغال المأجور يعتبر تنازلا عن جزء مسن
المأجور (٢) . كما قضى بان اسكان المسافرة ولها الزوج الميول لها وابنتها
الارملة منذ بداية العقد باعتبارهم عائلة واحدة لا يكون مخالفة قانونية لتخص
المادة (١) من قانون ايجار العقار (٣) . غير ان استنجاز العرصة لاتخاذها مراما
للسيارات واحلات اهلية عليها من المسافر يعني جواز ايجار المسافر
الدكاكين المنشأة على العرصة الى الغير لتعمل اشغالها جميعا بنفسه ولا يعتبر
ذلك ايجارا من الباطن . لان المسافر قد وضع في حسابه حتما انه سيؤجر
الدكاكين الى الغير لتعمل اشغاله جميع الدكاكين واستغلالها من قبله (٤) .

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٣٣٠) / هيئة عامة اول (٧٦) في ١١/٢٠
مجلة القضاء العراقية الصادرة عن نقابة المحامين - العدد (٢) - السنة (٣٢)
- ١٩٧٧ - ص ٢٩١ .

(٢) قرار محكمة استئناف نينوى الرقم (١٩١) / ت . ب / (٩٨٠) في ١١/٧/٢٠ -
مجلة الوقائع العدلية - العدد (٢٧) تشرين الاول ١٩٨٠ - السنة (٢) - ص
٤٧٧ .

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد الرقم (٩٣١) / حقوقية / (١٩٧٩) في ١١/٥/٢٧
(٤) قرار محكمة استئناف الحكم المدني رقم (١٩) / تمييزية / (١٩٨٠) فسي
١٩٨٠ / ٢ / ٢٨ - الوقائع العدلية - العدد (١٦) ايار ١٩٨٠ - السنة (٣) -
ص ٢١٥ .

النار الأيجار من الباطن والتنازل عن الأيجار

١- النار الأيجار من الباطن :

يتعين علينا ونحن نبحث هذا الموضوع ان ندرس العلاقات التالية :-

١- علاقة المستاجر الاصلى بالمستاجر من الباطن .

يحكم العلاقة بين المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن العقد الجديد المبرم بينهما (م ٢٧٦ مدني عراقي) الذي قد يتفق مع العقد المبرم بين المؤجر والمستاجر الاصلى من حيث الشروط وقد يختلف عنه في ذلك . اذا قد يكون الغرض من العقد الثاني يختلف عن الغرض المنبث في لعقد الاول ، وهذا يحق للمؤجر الاصلى ان يعترض على ذلك باعتباره اخلافا من المستاجر الاصلى بالتزامه بعدم استحصال العين المؤجرة في غير الغرض المقصود من الأيجار (٦) . وقد يختلف العقد الثاني بالنسبة لعدد الأيجار او المدة ، حيث يكون عدد الأيجار الثاني اكثر (وهذا هو الغالب) او قد يكون اقل من البعدل في عقد الأيجار المبرم بين المؤجر والمستاجر الاصلى (وهذا هو النادر) . كما قد تكون مدة العقد الثاني منسرفة لال ما تسلي من مدة العقد الاول ، اما اذا كانت مدة العقد الثاني اكثر من مدة العقد الاول بين المؤجر والمستاجر الاصلى فان ما تبقى من المدة يبقى موقوفا على اجازة المؤجر الاصلى ، وتعتبر الاجازة عن المدة الزائدة التي تقرها المؤجر اجازة مستقلة عن الاجازة من الباطن انعقدت مباشرة بين المؤجر والمستاجر من الباطن فيكون المستاجر من الباطن مستأجرا اصليا (٢) .

والتزامات المستاجر الاصلى قبل المستاجر من الباطن هي التزامات المؤجر التي سبق لنا وان درصناها مع احتمال تمددتها بشروط اخرى يتفق عليها المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن بما لا يتناقض مع شروط العقد الاصلى . كذلك فان التزامات المستاجر من الباطن قبل المستاجر الاصلى هي نفس التزامات المستاجر الاصلى قبل المؤجر التي لاحظناها فيما تقدم .

(١) د . شبيب - ص ٢٦٠ .

(٢) انظر في ذلك د . سليمان زمرق - ص ٢٥٤ من ٢٦٠ هامش (٤) د . عبد

الفتاح عبد الباقي - فن ٢٧٧ من ١٢٤ هامش (٦)

ومع ان تلك الايجار من الباطن مستقل عن عقد الايجار الاصلي ، فان القضاة عقد الايجار الاصلي لاي سبب نفسه لاحد المستاجر الاصلي بالتزاماته او انقضائه بانتقال ملكية العين المؤجرة الى مشتري لا يسرى في حقه الايجار الاصلي او غير ذلك من الاسباب ، تؤدي حتما الى انقضاء الايجار من الباطن ، لان المستاجر الاصلي يزجر حقه للمستاجر من الباطن ، فان القضاة حق المستاجر الاصلي فان ذلك يكون بمثابة هلاك المحل بما يترتب عليه الفسخ العقد ، بما العكس (اي انقضاء ايجار من الباطن لاي سبب) (١) قبل انتهاء عقد الايجار الاصلي فانه لا يؤدي الى انتهاء عقد الايجار الاصلي (٢) .

٢ - علاقة المستاجر الاصلي بالمؤجر له

يمكن علاقة المؤجر بالمستاجر الاصلي عقد الايجار المبرم بينهما ، حيث تبقى كافة التزامات المؤجر والتزامات المستاجر التي ذكرناها سابقا قائمة ، بالإضافة الى تزايد مسؤولية المستاجر الاصلي ، اذ يصبح مسؤولا لا عن أعماله حسب بل أيضا عن أعمال المستاجر من الباطن ، فإذا نكث العين بخطاء هو او بخطأ المستاجر من الباطن ، تحلقت مسؤوليته نحو المؤجر (٣) وقد اشارت الى ذلك فعلا المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها :

(١) - في حالة ايجار المستاجر المأجور ، ترى العلاقة بين المؤجر والمستاجر الاول خاضعة لاحكام عقد الايجار الاول ، فليكون المستاجر الاول ملزما بالاجرة للمؤجر ، وليس لهما قبضتها من المستاجر الثاني ، ألا اذا احواله المستاجر الاول عليه او وكله بقبضها منه) .

وقد قرر المشرع ان قمة المستاجر الاصلي قبل المؤجر تبوأ اذا اقر الاخير الايجار من الباطن سراحة او ضمنا ، ويحصل هذا الاقرار من خلال القبول الصريح بالايجار ، انما دون اي قيد ، او باستيفاء المؤجر للاجرة مباشرة

- (١) كان تكون عقد الايجار من الباطن اقل من مدة العقد الاصلي
 (٢) د - السنهوري - فق ٤٧٠ - ص ٧٠٤ ، د - تناقر - ص ٢٨٠ .
 (٣) د - السنهوري ص ٧٢٢ ، د - سليمان مرتضى - فق ٢٥٥ ص ٤٦٢ ، د - عبد الفتاح عبد الباقي - فق ٢٧٩ .

من المستاجر الثاني دون ابناء، أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستاجر الاول (٥) ولأنك بأن هذا القبول يأتي لاحقاً لحصول الايجار من الباطن، ولا يتم إلا بعد ان يتعرف المؤجر على شخصية المستاجر وقناعته بقوله معها يدرج للحلول بدل المستاجر الأصلي، لأنه قادر على الوفاء بكافة الالتزامات المترتبة لخدمة المستاجر الأصلي، ان لم يكن أحياناً الفصل منه (٦). ولكن برادة المستاجر الأصلي تكون في حدود مال من حقوق قبل المستاجر من الباطن - فإذا كانت الاجرة من الباطن أقل من الاجرة الأصلية، فإن المؤجر يرجع على المستاجر الأصلي بالفرق بين الاجرتين - أما إذا كانت الاجرة من الباطن تزيد على الاجرة الأصلية، فإن الزيادة تكون للمستاجر الأصلي - أما إذا كانت لاجرة متساوية فإن استيفاءها من المستاجر من الباطن مباشرة يعني برادة ذمة المستاجر الأصلي (٧).

٣ - علاقة المؤجر الأصلي بالمستاجر من الباطن :-

لا ترتبط المؤجر بالمستاجر من الباطن علاقة مباشرة، طالما ادركنا بأن طبيعة الاجار الاول مستقل عن عقد الاجار الثاني، ولذلك ليس للمؤجر ان يطالب المستاجر من الباطن بالاجرة مباشرة (٨) وعلى هذا الأساس ليس للمؤجر الا الرجوع على المستاجر من الباطن وفقاً للتواعد العامة ومن خلال الدعوى غير مباشرة بشرط تحقق شروط الدعوى (٩). ولكن رجوع المؤجر على المستاجر من الباطن عن هذا الطريق مبررة لتساوي وسلبات الدعوى غير المباشرة، لأن المستاجر من الباطن يستطيع ان يدفع فيها بكافة المدفوعات التي يجوز له التسك بها في مواجهة ذمته المستاجر الأصلي، كما انه اذا طوَّب بالوفاء بالاجرة من قبل كل من المؤجر والمستاجر الأصلي تعين عليه ان يفي بها الى حد، لاخير دون المؤجر، نظر، للقيام العلاقة المباشرة بينهما - كما ان الرجوع

(١) مادة ٧٧٨ مدني عراقي .

(٢) راجع ١ - ٥ - العامري - ص ٢٩٨ - ٥ - السنهوري - ص ٧٢٣ .

(٣) لثاقب - ص ٢٨٤ .

(٤) الا اذا احالة المستاجر الاول او وكله بتفويضها (م ٧٧٦ مدني عراقي) .

(٥) م (٢٦٦) مدني عراقي .

بهذه الدعوى من شأنه ان يؤدي الى ان يزاحم المؤجر في نتائجها سائر دائنسي
المستأجر الاصلي ويخضع معهم لقسمة ما يستخلص عنها قسمة غراما .
وتلحقيا لكل هذه السطيات وحماية للمؤجر الذي يعتبر الاصلي في كل هذه
العلاقات التعاقدية ، اعطى المشرع وينص القانون الحق للمؤجر في الرجوع مباشرة
على المستأجر الثاني بدين الاجرة ، والى ذلك اشارة المادة (٧٧٦) من القانون
المدني العراقي بقولها :

٢٦٦ - ومع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزما بان يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون
تأثرا في دعوته للمستأجر الاول وقت ان ينذر المؤجر ولا يجوز له ان يتسكك
قبل المؤجر بما يكون قد عبثه من الاجرة للمستأجر الاول ، ما لم يكن تعجيل
الاجرة متشيا مع العرف ومدونا بسند ثابت التاريخ .

ويبدو من هذا النص ضرورة توجيه اذار للمستأجر من الباطن بعدم دفع
الاجرة المستحقة عليه للمستأجر الاول ، وهذا يعني ان المستأجر الثاني يستطيع
ان يدعي انه سدد للمستأجر الاول ما استحق عليه من الاجرة قبل الاذار ،
غير انه يشترط لكي يسري الوفاء في مواجهة المؤجر ان يكون متشيا مع
العرف ومسندا الى سند ثابت التاريخ (١) .

يضاف الى ما تقدم اعطاء المشرع للمؤجر حق الامتياز على المفولات والمحصولات
المملوكة للمستأجر من الباطن اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر
الاصلي عدم الايجار من الباطن ، اما اذا لم يشترط المؤجر الاصلي ذلك فعلا
ثبت له حق الامتياز الا على المبالغ التي مستحقة للمستأجر الاصلي في ذمة
المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن بعدم
دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصلي (المادة ١٢٧٤ / ف٢ مدني عراقي) .

(١) وقد اشارت المادة (٢٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩
الى الحالات التي يكون فيها تاريخ السند ثابتا ، ويلاحظ هنا ان النص لم
يشر الى شكل الاذار الذي يوجهه المؤجر للمستأجر من الباطن ، ولذلك
يفترض البعض ان يكون الاذار بواسطة الكاتب العدل ، د - تناقرو - ص
٢٨٦ .

٢ - النار التنازل عن الإيجار :-

١ - العلاقة بين المستأجر المتنازل والتنازل له عن الإيجار

يعلم العلاقة بين المستأجر (متنازل) والمتنازل إليه أحكام حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء ، وتنطبق حوالة الحق هنا للمستأجر عن حقوق في مواجهة المؤجر . كما تشمل حوالة الدين بدأ يلقي على عاتق المستأجر مــــن النــــمات لصالح المؤجر (١) وقد يعصب التنازل على كل التاجير او على جزء منه . كما قد ينصرف للعدة المتبقية من عقد الإيجار او ال مدة اقل منها . ولا يجوز ان يكون التنازل لمدة أطول من المدة الأصلية وبكس ذلك لا يكون التنازل نافذا في حق المؤجر فيما زاد عن مدة الإيجار الأصلية .

ويصح ان يكون التنازل عن الإيجار بتقابل او بغير مقابل .وإذا كان بتقابل فهو بيع ويكون المقابل هو شئ البيع وهو غير الاجرة التي يلتزم المتنازل له بدفعها للمؤجر . فالاجرة التي يدفعها المتنازل له للمؤجر هي نفس الاجرة التي كان المستأجر ملتزما بدفعها وهي مضمونة كما تعلم بامتياز المؤجر وهي قسي العادة يدفع على شكل اقتساط يتفق عليها . أما التمن الذي يدفعه المتنازل له للمستأجر فمبلغ يتفق عليه فيما بينهما . ويعود أن يكون اقل من الاجرة او اكثر منها او معادلا لها . وهو في الغالب مبلغ جملة لا اقتساطا ، وهو مضمون بامتياز للبائع لا بامتياز للمؤجر . ومن هنا فإن التنازل له يلتزم بأمرين .

اولهما لمن التنازل الذي يدفعه للمستأجر الأصلي (التنازل) جملة واحدة على الاغلب وانابهما الاجرة التي يدفعها للمؤجر على شكل اقتساط - (٢) وعلى هذا الاساس فالعلاقة التي تقوم بين المستأجر والمتنازل له هي علاقة حوالة وليس علاقة ايجار . فلا يعتبر المستأجر مؤجرا للمتنازل له ، ولا يلتزم نحوه بالتزامات المؤجر ولا تكون له حقوق المؤجر قبله (٣) .

(١) وال ذلك اشارت المادة (٧٧٧) مدني مرافق طولها (٥) في حالة التنازل عن الإيجار يحمل المتنازل اليه محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل اليه في تنفيذ التزاماته (١) .

(٢) د- تهاجو - ص ٢٧٨ د- السكوري - ص ٦٩٧ .

(٣) د- محمد الفلاح عبد الباقي - حق ٢٧٣ - ٤٢٧ .

ب - علاقة المستأجر المتنازل بالمؤجر :-

ستختل هنا العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي (المتنازل) وتحل محلها علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل اليه - ولكن المستأجر (المتنازل) يبقى وبحكم القانون ضامناً لوفاء المتنازل اليه بالتزاماته (١) وتنتهت سيكون للمؤجر مديونتها هو المتنازل اليه وضامناً هو المستأجر المتنازل .

وهناك اراء مختلفة في هذا الشأن يلحظ بعضها الى اعتبار المستأجر (المتنازل) مديناً وعندما يصبح للمؤجر مديان ، بينما يلحظ بعض الفقهاء الى اعتبار المستأجر (المتنازل) كليلاً للمتنازل اليه (٢) وتبرأ ذمة المستأجر الأصلي من هذا الشأن عنه صدور قبول صريح بالمتنازل عن الايجار ، وقد يكون هذا القبول صدياً ، كما لو استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل لــــه دون ان يبدى ان يحتفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (٣) وان يطالب المؤجر بتنفيذ اي التزام اخر غير الاجرة ، كعمل الترفيحات التاجيرية او دفع تعويضات عن تلك اصاب العين او غير ذلك دون ان يحتفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي ، ولاشك بان القبول المقصود هنا هو القبول اللاحق على المتنازل عن ايجار (٤) .

ج - العلاقة بين المؤجر والمتنازل اليه :-

سنتسا هنا علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له ، حيث سجل المتنازل له محل المستأجر الأصلي في نفس العقد بشروطه ووصافه ، فيستطيع المؤجر مطالبة المتنازل له بالوفاء بكافة الالتزامات التي رسمها العقد ، ولا شك بان السبب في ذلك كما نلاحظ هو احكام حوالة الحق وحوالة الدين التي تنظم العلاقة بين المؤجر والمتنازل له .

(١) المادة (٧٧٧) مدني عراقي .

(٢) للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك :-

٠ سليمان مرقس - فن ٢٥٥ ص ٤٦٤ ، د. السنهوري - الوسيط ج٦ -

ص ٢١٨ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - فن ٢٧٤ ص ٤٢٩ .

(٣) المادة ٧٧٨ مدني عراقي .

(٤) د. تانغو - ص ٢٨٣ ، د. العامري ص ٣٠١ .

الفصل الرابع

انتهاء عقد الإيجار

إن الطريق الطبيعي لانتهاء عقد الإيجار هو بانقضاء مدته المتفق عليها بين المتعاقدين ، وهذا ما سندرسه في المبحث الأول من هذا الفصل ، إلا أن الإيجار قد ينتهي قبل انقضاء مدته بسبب وضع أحد المتعاقدين كما هو الحال عند وفاة المستأجر أو إصابه أو في الحالات التي تحدث فيها ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار مرهقا بالنسبة للمؤجر أو المستأجر على حد سواء ، أو تغيير محل إقامة المستأجر إذا كان موقفاً ، إن هذه التفاصيل سيكون محلها المبحث الثاني من هذا الفصل ، أما المبحث الثالث لسيكون لدراسة انتهاء الإيجار بسبب حالة المأجور وخصوصاً ما يترتب على انتقال ملكية المأجور من انتقال في القانون المدني وقانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٦ ، وضمن المبحث الرابع من هذا الفصل ستكون لنا مناقشة مفصلة لأسباب النسخة في قانون إيجار العقار ، حيث وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر ، ولا يجوز طلب نسخة المأجور الخاص بحكمها إلا عند أحد هذه الأسباب .

انتهاء الإيجار بانقضاء مدته

يتضمن عقد الإيجار بانتهاء المدة المتفق عليها دون الحاجة إلى تنبيه (١) ، على الرغم من فائدة هذا التنبيه من الناحية العملية ، لأنه يعبر عن إرادة المؤجر في عدم الرقبة في تجديد عقد الإيجار ، وعلى هذا الأساس لابد أن يطالب المستأجر المأجور عند حلول الأجل المتفق عليه ، ويمكن ذلك بطريق مباشر ، ويستطيع المؤجر مطالبة بأجر المثل بالأضافة إلى كافة التعويضات الأخرى .

ولكن المستأجر قد يشترط على المؤجر ضرورة تنبيه قبل مدة معينة لكسب يتدبر أمره في تجديد عقد الإيجار ، ويمكن ذلك فإن العقد سيستد إلى مدة أخرى محددة أو غير محددة ، وإذا كانت المدة غير محددة تسرى عليها أحكام المسادة (٧٤٦) من القانون المدني العراقي (٢) .

(١) - (٢) م (٧٧٦) مدني عراقي .

والتنبيه بالاخلاء، عمل ارادي من جانب واحد، وهو لذلك ينتج اثره دون اشتراط موافقة الطرف الاخر عليه، كذلك لا يشترط فيه شكلا معيناً ليصح او رسالة مسجلة او غير مسجلة، كما يصح توجيهه بواسطة الكاتب العدل ان يكون شفويا، ولكن يفضل ان يكون التنبيه بواسطة الكاتب العدل تسيلا لاثبات حصوله.

ولكن المستأجر قد يبقى في المأجور على الرغم من انتهاء مدة عقد الايجار يعلم المؤجر ورضاء ودون اعتراض منه (١) - حيث يصح الايجار هنا قد تحدد بشروط اولال ولكن لمدة غير محددة، وتسرئ على الايجار اذا تجدد على هذا الوجه احكام المادة (٧٤١) مدني عراقي - ويعتبر هذا التجديد الضمني ايجارا جديدا لا مجرد امتداد للايجار الاصلي - ومع ذلك تنتقل ال الايجار: التجديد التامينات العينية التي كانت للايجار القديم - بما الكفالة شخصية كانت ام عينية، فضلا تنتقل ال الايجار الجديد الا اذا رخص الكفيل بذلك (٢) -

وعلى هذا الاساس نستطيع ان نجعل الفروق بين الامتداد الاعادي لعقد الايجار وبين التجديد الضمني بالنقاط الموجزة التالية :-

١ - التجديد الضمني يتم باتفاق ضمني لابد من صحته من توافر اهلية التأجير والاستئجار في كل من طرفيه وقت التجديد - فاذا كان كل منهما اهلا لذلك وقت إبرام العقد الاول، ثم اصبح احدهما ناقص الاهلية وقت التجديد، فلا يتم التجديد الا بمرعاة قواعد الولاية على المال، اي بموافقة القيم او الوصي او الولي في حدود سلطة اي منهم - اما امتداد الايجار فلا يشترط فيه اهلية المتعاقد وقت حدوثه، فاذا كان اهلا للمتعاقد وقت إبرام العقد اولا، فلا اثر لنقص اهليته بعد ذلك على امتداد الايجار -

(١) وقد يسبق ذلك تنبيه المؤجر للمستأجر بعدم رغبته في تجديد عقد الايجار الا في حالة زيادة الاجرة مثلا وسكون المستأجر وبفائه على الرغم من هذا التنبيه والعكس قد يكون صحيحا حينما ينيه المستأجر المؤجر بعدم رغبته في البقاء في المأجور عند انتهاء مدة العقد الا اذا خفض المؤجر بدل الايجار المتفق عليه وسكت المؤجر عما يدل على رضاه على هذا التعديل -

(٢) المادة (٧٨٠) من القانون المدني العراقي -

٢ - في التجديد الضمني إذا كان عقد الإيجار السابق ثابتاً بسنة رسمي يجوز كطية بقتضاء ، فإن الإيجار الجديد لا يفسر كذلك ، ولابد من الحصول على حكم للتفدية بقتضاء ، أما في امتداد الإيجار فإنه إذا كان عقد الإيجار الأصلي ثابتاً بسنة رسمي يجوز التفدية به بعد الامتداد لأن الإيجار الأصلي والامتداد عقد واحد فالسنة الرسمي يشطبها جميعاً .

٣ - لا يفسر الإيجار الجديد في حالة التجديد الضمني ثابت التاريخ لحدود تسوية تاريخ الإيجار القديم بخلاف حالة امتداد الإيجار إذ يفسر الإيجار المتد ثابت التاريخ بأداء الإيجار الأصلي كذلك ، لأن العقد واحد بالنسبة إلى الطرفين .

٤ - الكفالة شخصية كانت أو عينية لا تنقل إلى الإيجار الجديد إلا إذا أقرها الكفيل ولكنها تسفر قائمة في حالة امتداد الإيجار .

٥ - إذا تعدد المستأجرون فإن التجديد لا يتم بالنسبة لهم جميعاً إلا إذا اتجهت أراؤهم جميعاً إلى ذلك ، ويترتب على ذلك أن التجديد قد يسرى بالنسبة لبعضهم دون البعض الآخر ، وهذا على خلاف الامتداد حيث يستمر العقد بالنسبة للجميع (١) .

وهناك نوع آخر من امتداد يطلق عليه الامتداد القانوني لعقد الإيجار ، يشق له القانون رابطة الإيجار بعد انتهاء مدة العقد وحتى المستأجر هنا في اليقظة في المأجور لا يستمد من العقد وإنما من نص القانون .

وقد أشارت المادة الثالثة من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ إلى هذا الموضوع بقولها :

((يستمد عقد الإيجار بحكم القانون بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاعراً بالعقد ومستمراً على دفع الأجرة طبقاً لأحكام هذا القانون)) .

ومما تفضل لوان الشرع استبدال عبارة ((ومستمراً على دفع الأجرة)) بعبارة ((ومستمراً على الوفاء بالتزاماته)) لأن التزامات المستأجر لا تقتصر على دفع الأجرة .

(١) د. تاملو ص - ٣٠٦ ، د. السهوي - فق ٥٣٢ ص ٧٧٧ ، د. العنبري ص ٣٠٨ .

دفع الإجرة فقط بل إن دفع الإجرة يعتبر دليلاً من التراضيء بحيث يحسب
في المستأجر الوفاء بها .

ويعتبر هذا النص من النظام لعام ، حيث لا يجوز الإنفاق على خلافه ، كذلك
فإن هذا النوع من الامتداد يسرى طبيعياً على تلك العقارات الخاصة بالحكم
فإن إيجار العمار وهو ملزم للمؤجر دون المستأجر بخلاف الامتداد الاتفاقي
الذي تحدثنا عنه الذي يلزم للمؤجر والمستأجر على حد سواء (١) .

المبحث الثاني

انتهاء الإيجار بسبب وضع أحد المتعاقدين

سبغت هنا بإيجار شديد الحالات التي تؤدي إلى انتهاء الإيجار بسبب وضع
أحد المتعاقدين من ذلك مثلا موت أحد المتعاقدين الذي عالجه المصنف (٧٨٢)
عنه تراعى :-

١ - لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطالبوا بفسخ العقد إذا ابتوا
أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مورثهم أو
لمسح الإيجار مجاوزاً لحدود حاجتهم ، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواجبة
التبعية بالأخلاء في المادة (٧٤١) وأن يكون طلب الفسخ في مدة ستة أشهر
على الأكثر من وقت موت المستأجر (١) .

ويبدو لنا من نص المادة أعلاه أن الأصل عدم انتهاء الإيجار بموت المستأجر
حيث ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، ولكن وفاة المستأجر قد يضع الورثة في مأزق
عادي يشغل في عدم تمكنهم من الوفاء بالتزاماتهم المادية تجاه المؤجر خصوصاً
إذا كان المستأجر (المؤجر) صاحب مورد مادي انتهى بوفاته ، مما دفع للتسرع
المساح لهم بالمطالبة بفسخ عقد الإيجار ، وكذلك فإن مركز المستأجر الاجتماعي

(١) د. العاصمي - ص ٣١١ ، ٣١٢ .

قد يتطلب وجوده في ماجور بمواصفات معينة وفي منطقة عمرانية، لذلك فـإن وفاته ينتهي معها الإسياب التي تكس وراء استئجار مثل هذا لعقد مما يحصل الورثة يطلب فسخ العقد والعيب في ماجور مناسب يفي بحاجاتهم المألوفة أو ربما العودة إلى مسكن كان المورث يملكه ولكن بمواصفات وموقع لا ينسجم مع مركزه الاجتماعي أو الوظيفي .

وحتى ينظم المشرع هذه الحالة من حالات الإنهاء الإيجار وضع الشروط التي تحقق مصلحة طرفي العلاقة التعاقدية، حيث لابد من تقديم طلب الفسخ خلال مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر، حتى لا يفتى الوضع للفا بين المؤجر والمستأجر، كذلك أوجب المشرع على ورثة المستأجر أن ينيهوا المؤجر برغبتهم في أخلاء الماجور مراعيين المواهب المخصوص عليها في المادة (٧٤٦) من القانون المدني العراقي التي سبقت الإشارة إليها .

وقد يرم عقد الإيجار بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات تتعلق بشخصه فإذا مات المستأجر جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد (م ٧٨٤ مدني عراقي) ويرى جمهور التراجع أن حق طلب الإنهاء بسبب موت المستأجر دون المؤجر بحجة أن الحكمة من تقرير الإنهاء في هذه الحالة لا تنوافر إلا بالنسبة بصيب المؤجر إذا أراد الورثة إبقاء العقد (١).

ولكننا نرى أن المادة واضحة ولا داعي لتحميلها أكثر مما تحتل فهي تعطي الحق للورثة أو للمؤجر في طلب الفسخ، أما حالة ما إذا كان أحد الورثة يمارس نفس مهنة المورث (المستأجر) فأننا نعتقد بأن للمؤجر حتى في هذه الحالة الحق في طلب فسخ عقد الإيجار لأنه ممارسة نفس الحرفة قد لا يكون كافياً بدون الاعتبارات الشخصية الأخرى التي أخذها المؤجر بنظر الاعتبار، فقد يكون المستأجر طبيباً مشهوراً ويتخصص معين مطلوب في المنطقة التي يقع فيها الماجور أو صيدلياً بارعاً ويستفيد منه المؤجر الذي كان طبيباً في نفس الممارسة، فلا يعني كون أحد الورثة طبيباً أو صيدلياً أن كافة الاعتبارات المتوقعة في المستأجر المتوفي قد توفرت في أحد أبنائه وإن حصل ذلك فهو ربما من باب النادر .

(١) لمزيد من التفاصيل راجع : د. شنب المصدر السابق ص ٢٩١، د. العامري ص ٣٢٢، د. الصراف ص ٤٢٥ .

أما بالنسبة لإبرام عقد الإيجار بسبب الاعتبارات الشخصية الأخرى لبقصد
بها مفاد المتأجر من حيث الإمانة ولاحلاق العالمة واليسار ١٠٠ الخ ١ والتدهير
ذلك يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي مستهدفاً بمروط العقد وظروفه .
ومن الملاحظ بأن طلب إنهاء الإيجار في هاتين الحالتين لا يشترط فيه طلب
الإنهاء خلال سنة شهر من تاريخ حصول الوفاء (م ٧٨٢ مدني مرآة) ، ولا التباع
بموايد النسبة المتعار إليه في المادة (٧٤٦) مدني مرآة .

والحالة الأخرى إفسار المتأجر التي ألتى لا يقرب عليها أن تجعل الإجرة
التي لم تستحق بعد . ولكن المشرع من ناحية أخرى حاول حماية المؤجر لأباح
له حق مطالبة المسافر بتأمينات مناسبة تكفل له الوفاء بالاجرة التي لستم
تستحق بعد . فإذا لم يقدم المتأجر هذه التأمينات يعود الحق للمؤجر في طلب
إنهاء حق الإيجار . والقاضي هو الذي يقدر الوقت المناسب لتقديم التأمينات
ومدى كفايتها إذا كانت هذه التأمينات رهنا أو كفالة .

هكذا وقد اجازت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٥) مدني مرآة) للمتأجر الذي
لم يرض له الإيجار من الماطن أو التنازل عن الإيجار (سبب وجود القسط
المانع الذي أشرنا إليه) بأن يطلب الفسخ على أن يدفع للمؤجر تعويضاً عادلاً .
ووصف التعويض بأنه عادل يعني أنه لا يلزم أن يكون تعويضاً كاملاً يشمل مسا
لحق المؤجر من خسارة وما فاته من كسب ، بل على القضاء أن يراعي إحصار
المتأجر .

أما إذا جرت للمؤجر حاجة شخصية للمأجور فلا حق له في طلب فسخ العقد .
ولكن هذا الأمر ليس من النظام العام ، حيث لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الطرفين
في عقد الإيجار أو في اتفاق لاحق على أنه يجوز للمؤجر أن يفسخ العقد إذا وجدت
له حاجة شخصية للمأجور . ويعتبر مثل هذا الاتفاق صحيحاً يجب العمل به ،
ويعتبر ذلك بمثابة تعليق الإيجار على شرط فاسخ . فإذا أراد المؤجر إعمال
هذا الاتفاق ، وجب عليه أن ينبه المتأجر بالاخلاء في الموايد المبينة في المادة
(٧٤٦) مدني مرآة ، ما لم يفسخ الاتفاق بغير ذلك . فإذا كان متفقاً على أن
يكون الإنهاء بمجرد ظهور الحاجة ، أو بعد مراعاة موايد محددة في العقد ، وجب

طبق هذا الاتفاق واستبعاد المواعيد المنصوص عليها قانوناً وإذا اختلفت
المتاعدان حول وجود الحاجة الشخصية للمؤجر من عدمها كان للقاضي
على ضوء البنية المشتركة للطرفين (١) الموضوع أن يقرر ذلك ويبت في الموضوع
وقد أعطت المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي الحق للموظف أو المستخدم
الذي يدهس عمله تغيير موطنه أن يطلب فسخ إيجار مسكنه إذا كان الإيجار
محدد المدة على أن يراعى مواعيد التنبيه في المادة (٧٤١) ولا يعتبر هذا الأمر
من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على خلاف ما ورد في المادة (٧٩٣) مدني
عراقي ، شفا بأن القوانين كالمادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري - قبله
تعتبر ذلك من النظام العام ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك (٢) .

وقد أقر فرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٩١١) الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١٩
عنوان (٢) مستخدم (١) ومنح تعيين أي عراقي في الخدمة المدنية إلا بصفة موظف
أو عامل (٢) - تم صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٥٠) بتاريخ
١٩٨٧/٣/١٦ والذي يعتبر كافة العمال في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي
موظفين ، وظل قانون العمل الجديد رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ سارياً على العمال
القطاع الخاص والمختلط والمعاملين في القطاع التعاوني (٣) .

(١) د. شبيب - ص ٢٦٥ ، د. العامري - ص ٣١٦ .

(٢) نصت المادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري على ما يلي ((يجوز للموظف
أو المستخدم إذا يدهس عمله أن يطلب فسخ إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار
محدد المدة على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة (٥٦٢) ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك)) ويأتي هذا النص في
تقريرنا الفصل من نص المادة (٧٩٣) مدني عراقي التي استخضمت الحسوف
(١) في غير محله مما أدى إلى مزيد من النقد من قبل الفقهاء لنص هذه المادة
أنظر في ذلك د. عباس الصراف - ص ٤٢٦ ، د. العامري - ص ٣٢٥ .

(٢) القرار منشور في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) - العدد (٢٥٤٧) في
١٩٧٦/٩/٦ .

(٣) القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية - العدد (٣١٤٣) في ١٩٨٧/٣/٣ .
لمزيد من التفاصيل راجع د. سهيل حسين الفتلاوي الجواب القانونية
لقرار تحويل العمال إلى موظفين - مجلة القانون العدد - العشرين -
السنة - الثالثة عشر - ١٩٨٧ - ص ٦٣ .

والملاحظ ان نص المادة (٧٩٣) مدني عراقي لم يشير الى العمال . الا ان الراجح
شموله لطائفة العمال نظرا لاتحاد العلة التي دفعت المشرع الى وضع هذا
الحكم . وكما نلاحظ لو ان المشرع العراقي ذكر هذه الطائفة الكبيرة بشكل
صريح دلما الاجتهاد والتفسير او اللجوء الى استبدال التعداد الوارد فيها بكلمة
واحدة وهي (العاملون) كما اشارت الى ذلك المادة (١) من قانون ايجار
العقار النافذ التي سبقت الاشارة اليها فيما تقدم . وكذلك تفضل الاشارة الى
العاملين لدى الدولة او الاشخاص المتبوية العامة او القطاع الخاص او المختلط
او التعاوني للحد من التفسيرات والتأويلات الفقهية والتضالية .

يبقى لدينا بعد ذلك حالة فسخ الايجار لطرف . ظروف غير متوقعة ترهق
احد المتعاقدين . وهو ما اشارت اليه المادة (٧٩٢) مدني عراقي بقولها :-

(٧٩٢) - اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب فسخ العقد
قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ الايجار مسن
بها الامر او في اثناء سيره مرهقا . على ان يراد من يطلب فسخ مواجبه
التنبيه بالاحلال المبينة بالمادة (٧٩١) وعلى ان يروض الطرف الاخر تموضعا

عادلا

١٠ - فاذا كان المؤجر هو الذي يطلب الفسخ . فلا يجبر المستاجر على ود
المأجور حتى يستوفي التمويض او حتى يحصل على تأمين كاف ((.
ويشترط هنا كما هو واضح في النص ان يكون الايجار محدد المدة
وان تحدث ظروف من شأنها تجعل التنفيذ مرهقا سواء كان ذلك من بداية
تنفيذ العقد او اثناء سيره . سواء اخص بها المؤجر او المستاجر / ولا يشترط
ان تكون هذه الظروف خطيرة وخطيرة وغير متوقعة كما اشارت الى ذلك المادة (٧٩١-٨)
مدني مصري . كذلك لا يشترط ان تكون هذه الظروف عامة بل يحق ان تكون
خاصة بشخص المؤجر او المستاجر كما لو استاجر شخص مكانا لمزاولة حرفة
او مهنة معينة . ثم اقمعه المرض عن ذلك او استاجر شخص مسكنا لفضاء اجازته
استنوية ثم الفيت هذه الاجازة . وقد يكون الطرف خاصا بالمؤجر . كما اذا اجر
شخص منزلا لم يشروع في بنائه . ثم سمات حالته المادية فجأة فلم يستطع البعه في

البناء أو لم يستطع انجاء كما لو لطفه دين فادح لا يجد لقاء الا من ضمن
تعيين المؤجرة قبالتها وسلمها الى المشتري خالية - وتقدير هذه الظروف والرضا
من حيث ارفاق المؤجر او المستاجر مسألة موضوعية يفعل فيها القضاء على
سواء ظروف الحال . وكذلك يشترط ان تكون هذه الظروف غير متوقعة اي يجب
ان لا يكون لطالب الانهاء يد في تحقق الظروف والا كان متوقعا ، فاذا استأجر
شخص مكانا لمزاولة مهنة سرية كالمطبخة تسم عين موظفا لدى الدولة او لدى
احدى الشركات بناء على طلبه ، فلا يجوز له طلب انهاء الايجار . (١)

ويجوز تطبيق الانهاء في جانب عقالة لا يد من الشبهة بالاخلاق في المواهب المخصوص
عنيا في المادة (٧٤١) والتعويض يستثنى بادل - واذا كان المؤجر هو الذى طلب
انهاء العقد ثبت للمستاجر الحق في حبس العين فلا يجبر على ردها حتى
يحتوي التعويض او يحصل من المؤجر على تأمين كافي للوفاء بهذا التعويض .

وإذا كان جانب من اللقطة يذهب الى ان هذه الحالة تعد تطبيقا تشريعا خاصا
لنظرية الظروف الطارئة (١) فانها تلف مع من يذهب الى ان هذا انهاء اى ((مبدأ
انتهاء الايجار للمعذر)) يعد مبدأ خاصا وبشروط خاصة تختلف عن نظرية
الظروف الطارئة وتناولها وليس ادل على ذلك من ايراد الفروقات الواضحة
بين الاثنين والتي تعد اختلافات اساسية لا يجوز معها النظر الى هذا الموضوع
على انه تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة (١) .

(١) د - شنب - ص ٢٦٨ -

(٢) د - السهوي - ص ٨٥٥ ، د - العاصري - ص ٢١٨ .

(١) ان من اهم ما يختلف فيه العذر عن الظروف الطارئة ما يلي (١) لا يشترط
في العذر ان يكون عاما - (٢) العذر يعطى الحق في انهاء الايجار امسا الظروف
الطارئة فتقتصر على رد الالتزام الرهن الى الحد المعقول والتأكيد على
ضرورة تنفيذ العقد -

المبحث الثالث

انتهائها، الايجار بسبب انتقال ملكية المأجور

سيتمسك هذا المبحث دراسة انتهاء الايجار بسبب انتقال ملكية المأجور فسي
القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ وذلك في
المطلبين التاليين :-

المطلب الاول

انتقال ملكية المأجور في ضوء احكام القانون المدني

قد تنتقل ملكية المأجور الى المستاجر فتجتمع في شخص واحد صفة المأجر
والمستاجر مما يؤدي الى انقضاء الالتزام بانحد اللذة، سواء اكان الايجار ثابت
التاريخ ام لا . ولكن ملكية المأجور قد تنتقل الى غير المستاجر ولا بد ان تعرف
هنا بين ايجار ثابت التاريخ واخر غير ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية . فاذا
كان العقد غير ثابت التاريخ كان للمؤجر ان اذا ما رأى بان مصلحته تقتضي
ذلك . كان يرى منقلى الملكية ان الايجار بشروطه التي يتضمنها صفة رابحة
وانه لن يجد مستاجرا اخر بشروط افضل . فيتسلك بالايجار . كذلك قد
تكون المدة الباقية لانتهاء الايجار اقل من مدة التنبيه بالاخلاء الذي يمتين على
منقلى الملكية توجيهه للمستاجر اذا ما اراد اخلاء العين . فيفضل ان يتسلك
بالايجار لانه ينتهي في مدة اقل من المدة التي يخلى فيها العين لو انه تسلك
بعدم نقاد الايجار (١) .

ولكن عقد الايجار قد يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب
عليه انتقال الملكية ، وعندما سيكون مثل هذا العقد نافذا في حق المالك الجديد (٢)

(١) د- السنهوري - الوسيط ج٦ - المصدر السابق - ص ٨٤٥ .
(٢) المادة (٧٨٦) مدني عراقي . ولي مصر لا يكفي ثبوت التاريخ لوحده اذا كانت
مدة ايجار العقار تزيد على تسع سنوات بل لابد من تسجيل عقد الايجار قبل

وليات هذا التاريخ لم يكون في سند رسمي يثبت فيه موظف عام او شخص مكلف بحضرة عامة طبقا للاوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه او منسبا لاول به ذرو الشك في حضوره (٢) . اما اذا كان السند عاديا (٤) فانه لا يكون ثابت التاريخ الا اذا ثبت باحد الحضور التي ادرجتها لنا المادة (٢٦ / اولا) مسن قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي تقول :-

(١) لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا عند ان يكون له التاريخ

الذي قد سلكه تاريخ السند تأييدا في احدى الحالات التالية :-

١- من يوم ان يصدق عليه انكاتب العدل .

٢- من يوم ان يثبت حضوره في ورقة اخرى ثابتة التاريخ .

٣- من يوم ان يثبت عليه قاضي او موظف عام مختص .

٤- من وفاة احد من لهم على السند اثر معترف به من خط او امضاء او بصحة ايهام او من يوم ان يصبح مستحيا على احد من هؤلاء ان يكتب او يثبت لعله في حقه وبوجه عام من يوم وقوع اي حادث اخر يكون قاطعا في ان السند قد صدر قبل وقوعه (٥) .

ولا شك بان تعاد عقد الايجار في مواجهة المالك الجديد يعني حلول هذا المالك محل المالك القديم فيما له من حقوق وما عليه من التزامات وتصبح بتلك العلاقة مباشرة بين هذا المالك والتمس . حيث يجب على الاخير ان يفي بكافة الالتزامات التعاقدية مع المالك الجديد . ونفس الشيء يقال حينما يحترق المالك الجديد عند الايجار على الرغم من عدم تعاد بحقه للاسباب التي ذكرناها .

تسجين التعريف التنازل للملكية وفقا للمادة (١١) من قانون الشهر العقاري، فلا لم يسجل لم ينصرف اثر الايجار للمالك الجديد الذي سجل عقده الا لمدة تسع سنوات فقط بشرط ان يكون الايجار ثابت التاريخ ومايضا على التصرف التنازل للملكية .

(٢) المادة (٢١/فق ١) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .
(٤) يعتبر السند العادي عاديا من وقته ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء او بصحة ايهام (م ٢٥ / اولا) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .

ولا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية المأجور ولم يكن الايجار نافذا في حقه ان يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة (٧٤١) او حتى انقضاء الايجار بضمي مدته اى المدينين الحرب . واذا ليه المالك الجلسيد المستاجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار فان المؤجر يكون ملزما بتعويض المستاجر ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او من المالك الجديد نيابة عن المؤجر او الا بعد ان يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض . وللمستاجر الحق في حبس المأجور حتى يتولى التعويض المشار اليه (١) .

وقد اشارت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٨) مدني عراقي الى عدم جواز تسك المستاجر بما عجله من الاجرة على من انتقلت اليه الملكية اذ اثبت هذا ان المستاجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية او كان يستطيع ان يعلم بذلك . فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن الاتبات فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر .

المطلب الثاني

انتقال ملكية المأجور في ضوء احكام

قانون ايجار العقار

نصت المادة الرابعة عشرة من قانون ايجار العقار على ما يلي :-

(١) ~~عزل~~ ~~يعمل~~ المالك الجديد للعقار محل سلطه المؤجر في العقود والالتزامات المقررة بموجب هذا القانون .

٢ ~~على~~ ~~المالك~~ ~~الجديد~~ ان يحظر المستاجر بواسطة الكاتب العدل بانتقال ملكية العقار اليه خلال ثلاثين يوما تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تسجيله باسمه ويرفق بالاعطار وثيقة صادرة من دائرة التسجيل العقارى تؤيد ذلك وعليه

(١) المادة (٧٨٧) مدني عراقي -

د- سمون العاصري - ص ٣١٤ .

أيضا مراجعة دائمة ضرورية. العقار لتأجير انتقال الملكية خلال ثلاثين يوما
تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تسليم المسافر (١٢) .

يبدو من نص المادة اعلاه ان انتقال ملكية فيها يكون انتقالا رضائيا . ان انتقال
الملكية هنا قد يتم بواسطة الشراء ، أو الهبة أو الإرث أو الوصية أو الاستملاك (١١) .
وانتقال الملكية لا يتم الا بعد تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم
المالك الجديد لان العقد لا ينفذ الا باستيفاء هذا الاجراء (٢)

والملاحظ على نص المادة (١١) انها تقرر حلول المالك الجديد للعقد بحسب
سلفه وسريان . بعد بصفه حتى ولو تم يكن بينه المسافر منذ ايجار ثابت التاريخ
سابق للتصرف الناقل للملكية . كما اشارت الى ذلك المادة (٧٨٦/فق ١) مسن
القانون المدني العراقي . وكذا نسى لو ان هذه المسألة وضعت
مثل هذا الشرط للمحافظة على الاستقرار في التعامل ودفع الانتعاش الى تنظيم
علائقهم التعاقدية بشكل موثق حسب للتراعات التي قد تحصل في هذا الميدان
الهام .

ولا شك بان سريان الأيجار بحق المالك الجديد يحق التنازل سريان المدة المنقضية
عليها بين المالك القديم (المؤجر) والمسافر أو بعد انقضاء هذه المدة وامتناع
الأيجار بحكم القانون وفقا للمادة الثالثة من قانون ايجار العقار .

وحتى تبدأ العلاقة بين المالك الجديد والمستأجر ويعرفه كمن معها ما عليه
من حقوق والتزامات لابد من الوفاء بها تجنبا للكثير من الآثار القانونية والزمت
الفترة. ثمانية من المادة (١٤) المادة الجديد القيام بتسليم المسافر بانتقال الملكية.
واختبرت ذلك أحد الواجبات التي لابد للمالك الجديد القيام بها . وحصر المقترح
هذا التيسير بدائرة الكاتب العدل فقط . وكذلك لا يجوز تسليم المسافر بأيئة
طريقة أخرى كالرسالة المسجلة أو غير المسجلة أو الرسول أو التيسير الشفوي .

(١) علما بان الاستملاك قد يكون رضائيا وله يكون قضائيا راجع : المادة (١١)
ومادة (٩) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٠ وشرحه للسيد مصطفى
حجيد - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٨١ ص (٥١، ٣٩) .
(٢) راجع المادة (٦٠٢، ٥٠٨) من القانون المدني العراقي .

وحسب ما فعل المشرع بأخذ هذه الوسيلة للاختار لكن يُعطي هذا الموضوع صلا
 يستحق من جديد أولاً ولكن يحسم كافة النزاعات المحتملة بين طرفي العلاقة
 التعاقدية ثانية. وقد أعطى القانون للمالك الجديد مدة ثلاثين يوماً تبدأ من
 اليوم التالي لتاريخ تسجيل العقار باسمه على أن يرفق بهذا الاختار وتيقنة
 صادرة من دائرة التسجيل العقاري توثق انتقال الملكية وهذه الوثيقة هي
 صورة السجل العقاري التي لا تصدر عادة إلا بعد استيفاء كافة الإجراءات القانونية
 المعروفة وإذا كان على المزجر إيداع نسخة من عقد الأيجار لدى دائرة ضريبة
 العقار خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ إبرام العقد، فإن على المالك
 الجديد مراجعة دائرة ضريبة العقار لتأشير انتقال الملكية لديها خلال
 ثلاثين يوماً ابتداءً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المستاجر، وعندئذ تستصبح العلاقة
 كذلك مباشرة بين المالك الجديد وهذه الدائرة خصوصاً فيما يتعلق بتأجيله
 أو مراعاة العلاقة الأيجارية.

هذا وقد تأنج قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٠٤٢) الصادر بتاريخ
 ١٩٨٢/٨/١٧ (١) موضوع انتقال ملكية العود المطبوكة بالذولة عن طريق الترخيص،
 ولم يجوز طلب تغليتها وبشرط توفر أحد أسباب التخلي المنصوص عليها في المادة
 (١٧) من قانون أيجار العقار.

وإذا شغل أنكيه من خلال البيع الجبري الذي يتولاه القضاء أو الجهات الرصد
 المختصة الأخرى - وفي مثل هذه الحالة لا يجبر المالك أو الشريك أو المستاجر
 لهذا العقار على تغليته إذا ذهب في الاستمرار على شغله بصفة مستاجر ولو
 أحكام هذا القانون (١) - ولم يشر النص كما نلاحظ إلى المستاجر الذي قد
 يكون شاملاً لهذا العقار بالفعل أو من يسكن العقار بدون مقابل كأن يكون

(١) المنشور في لوائح العراقية - العدد (٢٨٦٦) الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٨/٣٠
 (١) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥) من قانون أيجار العقار على ما يلي :-
 (١ - لا يجبر المالك أو الشريك الذي يشغل العقار إذا بيع قضاء أو بواسطة
 جهة مختصة أخرى على تغليته إذا ذهب في الاستمرار على شغله بصفة
 مستاجر وفق أحكام هذا القانون).

بذلك قد استكفه مجاناً على حصيل التصامح أو على حصيل الاعارة (م ٨١٧ مدني
عراقي) ونعتقد بأن ذلك يعد تعصبا في هذه الفقرة خصوصا .

أما ما قارنا الأمر مع نص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها التي تشير إلى
إمكانية أن يكون التصامح مستأجرا . كذلك فإن هذه الفقرة تستخدم عبارة
(أما يبيع قضاء أو بواسطة أية جهة مختصة) ونفضل أن تكون العبارة هذه
بالشكل التالي : (أما يبيع من قبل جهة رسمية مختصة) .

وتقوم الجهة الرسمية المختصة القائمة على البيع بتسليم التصامح قبل خمسة
عشر يوما على الأقل من تاريخ الاعلان من البيع لإبداء رغبته في شغل العقار - فإذا
تطلب التصامح عن ابداء رغبته في اشتغال العقار بصفة مستأجر خلال تلك المدة
فليس له أن يتمتع بهذا الحق ، ويحجر على تغطية العقار كمن يبيع العقار
باختياره . وتبدأ مدة الخمسة عشر يوما من اليوم التالي لتاريخ التبليغ أما
اليوم الأخير من الخمسة عشر يوما فيدخل في حسابها أما إذا صادف ذلك
اليوم عطلة رسمية فلا يدخل في حسابها حيث يمدد إلى أول يوم يليه من أيام
العمل (١) .

وحينما يعنى التصامح رغبته في البقاء وفقا للأصول لابد أن نلاحظ صفة
التسامح . فقد يكون هذا التصامح مائكا أو شريكاً . وعندنا يحدد بدل الإيجار
في ضوء النسب القانونية التي حددتها المادة الرابعة من قانون إيجار العقار
وحسب نوع العقار . ونفس الشيء يقال بالنسبة للتسامح الذي يمكن العقار
على حصيل التصامح أو العارية . أما إذا كان التصامح مستأجرا فيصير ال تحديد
الاجرة وفق أحكام قانون إيجار العقار إطاء بمعنى أن تبقى الاجرة على حالها
إذا كانت أقل من النسب الواردة في المادة الرابعة من هذا القانون ، حينما
يكون تاريخ عقد الإيجار سابقا لتاريخ نفاذ قانون إيجار العقار في ١/٧/١٩٧٩ ،
وتنخفض إلى النسب القانونية إذا كانت تزيد عليها . (٢) أما إذا كان عقد
عقد الإيجار مبرما بعد نفاذ قانون إيجار العقار فيصير ال اعتماد النسب التي
نرمها هذا القانون .

(١) المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
(٢) الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون إيجار العقار .

المبحث الرابع

اسباب التخلية في قانون ايجار الطار رقم ٨٧

لمسة ١٩٧٩ المعدل

معدت المادة (١٧) من قانون ايجار الطار رقم (٨٧) لمسة ١٩٧٩ الاسباب التي يجوز للمؤجر الاستناد اليها لطلب تخلية الأجر . وفيه وردت خمسة اسباب على سبيل الحصر لا المثال ، مما يعني هجم جواز اضافة اسباب جديدة للتخلية خلافا لما ورد في المادة المشار اليها ، لاقتدار اسباب التخلية من النظام العام .

لذلك فان دعاوى التخلية ستزد اذا لم تؤسس على احد الاسباب الواردة في

المادة (١٧) - (١٦)

هذا وقد وضعت المادة (١٧) كما سلاحظ قيدا لطلب التخلية في حالة عدم دفع القسط المستحق . صان به المشرع مصلحة المشاجر ومنعه في الوقت نفسه من التناهي في الامتناع عن الدفع في الميعاد المعين . كما جعل القانون الاجبار من الباطل او التنازل عنه سببا للتخلية وان كان به المؤجر ، وليس في الفقرة (ك) على ان تحقق لضرورة الملجئة للمؤجر نفسه في السكن ، يجيز له طلب التخلية ، وأورد في الفقرة المذكورة أمثلة للضرورة الملجئة يسمح القياس عليها . كما اوردت المادة (١٧) سببا جديدا للتخلية الكلية او الجزئية ، هي رغبة المالك في اضافة طوابق جديدة يلتصق العمود اليها لتخلية غرفة من الدار او دكان او جزء منه يستعمل ملما للعمود للطوابق العليا ، وهذا مبدأ يتجبع على توسيع المصبران .

(١) انظر في ذلك في قرار محكمة ايجار طار الكرخ المرقم (٤١٣/ت/٨٩) في ١٩٨٩/٩/٢٥ وقرارها المرقم (٦٣١/ت/٩٨٩) في ١٩٨٩/٩/٣٠ - الميسر مشورين .

قرار محكمة استئناف منطقة بغداد وبصفحتها التمييزية المرقم (٤٤٣/حقوقية/١٩٧٩) في ١٩٧٩/٧/٣ المشهور في الوقائع العدلية - العدد الثالث - السنة الثانية - كانون الثاني ١٩٨٠ - ص ١٣

لما الأسباب الأخرى لطلب التخلية فقد اختلفت بها القوانين السابقة واستمر العمل عليها (١) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا ان كافة الأحكام الصادرة بالاستناد الى أحد أسباب التخلية يمكن التمكن ضمن فيها تمييزاً لدى محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية خلال عشرة أيام من اليوم التالي للنطق بالحكم اذا كانت المرافعة حضورية - أما في حالة صدور القرار بحق المستأجر غيابياً قلته الاعتراض عليه أمام المحكمة التي أصدرت القرار خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من اليوم التالي لتبليغه، علماً بأن دعاوى التخلية لاى سبب من الأسباب الواردة في المادة (١٧) أو المدعى ناشئة عن تطبيق قانون إيجار العقار تمتد من الدعاوى المستجدة (م ٢٢ من قانون إيجار العقار) التي يجب ان تفصل فيها المحكمة بأسرع وقت ممكن (٢) .

وتنص على ما تقدم سنعالج أسباب التخلية تباعاً وفق التسلسل الوارد في المادة (١٧) لغة الذكر .

المطلب الأول

عدم الوفاء بقسط الإيجار المستحق

اعتبرت الفقرة (١) من المادة (١٧) ان عدم وقاء المستأجر بقسط الإيجار - المستحق لعقار خاضع لسريان قانون إيجار العقار يعد في طبيعة الامتياز التي تخول المؤجر حق مطالبة المستأجر بالتخلية خصوصاً وان دفع الأجرة يعتبر من أهم التزامات المستأجر . وقد أوضحت لنا هذه الفقرة هذا الموضوع بقولها :

مما اذا لم يدفع المستأجر قسط الإيجار ولم مرور سبعة أيام على استحقاقه والإذار المؤجر له بعد انتضائها بواسطة الكاتب العدل بوجوب دفعه خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بالإذار وتكون مصاريف الإذار والإيداع في حقه

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون إيجار العقار .

(٢) (م ٢٠٤) مرافعات عراقية ، كاظم الشيخ جاسم - قواعد إيجار العقار - ص ٦٧ .

٣٠٧ - ص ٣٠٨ ، سعد خليل الرافعي - ص ٦٧ .

الحالية على المتأجر بعدها من هذه الحماية الا مرتين في السنة الواحدة يجوز للمؤجر بعدها ان يطلب التخليه اذا لم يدفع المتأجر القسط المستحق خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه (١٠) .
وانطبق نص هذه الفقرة لابد من توفر الشروط التالية :-

استحقاق قسط الايجار

الاصل في الاجرة انها لا تستحق الا بعد استيفاء المنفعة او التمكن من استيفائها، لان الاجرة تقابل المنفعة (م ٧٦٨ مدني محراقي) ، ولكن المادة العاشرة من قانون ايجار العقار اشترطت دفع الاجرة سلفا وباقساط شهرية بالنسبة للعقارات الخاصة لاحكام هذا القانون ، واذا كان المؤجر هو الدولة او الاشخاص المتبوية العامة ، فللمتأجر ان يدفع الاجرة شهريا او بقرض واحد او اكثر . أما التي تتأجرها الدولة او الاشخاص المتبوية العامة فتراعى بشأنها شروط دفع الاجرة المنصوص عليها في عقد الايجار (١) .

هذا وقد وفرت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة العاشرة من قانون ايجار العقار عدة سبل للوفاء بالاجرة عند استحقاقها في حالة امتناع او عدم

(١) كانت الفقرة (١) من المادة الخامسة من قانون تنظيم ايجار العقار وقسم (١٧) لسنة ١٩٧٣ (المضري) لنص على ان عدم قيام المتأجر بدفع بدل الايجار او القسط المستحق منه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه ، يعتبر سببا من اسباب التخليه - ولاشك بان هذا النص كان منقدا لانه يتشدد مع المتأجر الى حد بعيد بمجرد عدم تمديد اجرة المستحقه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقها يكفي للحكم بالتخليه - لمزيد من التفاصيل راجع : د . همت عبد المجيد بكر - احكام نظية المأجور عند الجريمة للطباعة - بغداد ١٩٨٨ - ص ١٨ .

(١) الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون ايجار العقار .

استناع المؤجر من استلامها ، حيث يستطيع المستأجر دفع الأجرة وبأسطة الكتاب العدل أو احواله المصرفية أو البريدية (٢) .

س٢ - مرور سبعة ايام على استحقاق الأجرة .

ان استحقاق الأجرة لوحده لا يعد كافيا ، بل من مرور عدة سبعة ايام على استحقاقها - ويبدو واضحا ان المشرع حاول وضع صمام امان آخر لحماية المستأجر مستفيدا من العقد الموجه الى نص المادة التاسعة من القانون الملغى رقم (١٧) لسنة ١٩٧٣ -

س٣ - توجيه اخطار

تم اطلاق المشرع حماية اخرى للمستأجر تتجلى في ضرورة توجيه اخطار اليه من طريق الكتاب العدل حصرا ، يطلب فيه المؤجر تسديد العدل المستحق خلال ثلاثة ايام من تاريخ تبليغه بالانذار . لذلك لا يعتبر الانذار مستوفيا لشروطه القانونية اذا طالب المؤجر المستأجر بدفع بدل الايجار خلال سبعة ايام او ثلاثة ايام من تاريخ الانذار - (١) كذلك لا يجوز مطالبة المستأجر بتخليه التاجور مباشرة بانذار مسير له بواسطة الكتاب العدل - ما لم يسبق ذلك اخطار يتضمن المطالبة ، بدفع اقساط الايجار التي تأخر المستأجر عن دفعها في ضوء المدد القصار التيها في الفقرة (أ) من المادة (١٧) (٢) ولاشك بان الانذار لا يعد مستوفيا لشروطه

(٢) الا ان ايداع بدل الايجار لدى الكتاب العدل ناقصا يعتبر سببا من اسباب التخلف . قرار محكمة ايجار عقار الكرخ الرقم (١٨٤/ت/١٨٨/١٩٨٨ فسي ١٩٨٨/٥/٢٩ (غير منشور) . ويعكس ذلك فان ايداع بدلات الايجار لدى الكتاب العدل قبل تبليغ المدعي عليه بالانذار المسير اليه من قبل المدعى يعني وفاة المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة مما يفيد عدم تولف الشروط الواردة في الفقرة (أ) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار . قرار محكمة ايجار عقار الكرخ الرقم (٣١٨/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/٥/٢٨ - (غير منشور) .
(١) قرار محكمة بدانة الكرخ الرقم (٧٣٦/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/١١/١٥ (غير منشور) ، قرار محكمة ايجار عقار الكرخ الرقم (٨١٩/ت/١٩٨٩ فسي ١٩٩٠/٢/١٧ (غير منشور) .
(٢) قرار محكمة ايجار عقار الكرخ الرقم (٢٢٤/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/٦/٧ (غير منشور) .

القانونية أيضا اذا طالب المؤجر بأكثر من الاجرة المتفق عليها قبل قانون ايجار
المقار في ١٩٢٩/٧/١ . لان ذلك يعد مخالفا لنص الفقرة من المادة الرابعة
من القانون التي تنص على بقاء الاجرة على حالها دون زيادة (١) .

ويجب ان يكون الانذار واضحا يشتمل على اسم المستاجر الكامل الصحيح
ومقدار قسط الايجار والشهر الذي يعود اليه هذا القسط وتلبيس الايجار والسنة
التي يجب دفع القسط خلالها اعتبارا من تاريخ التخليغ بالانذار بما لا يخالف
نصوص القانون .

٤ - عدم دفع الاجرة بعد الانذار .

وعلى هذا الاساس اذا قام المؤجر بانتظار لمدة سبعة ايام من تاريخ
استحقاق قسط الايجار ثم وجه انذار بواسطة الكاتب العدل يوجب دفعه
خلال ثمانية ايام من تاريخ التبليغ بالانذار ولم يتم المستاجر بوفاء الاجرة . فان
المؤجر يستطيع عندئذ اقامة دعوى التخلية وفقا للاصول (٢) .

غير ان الحماية التي اعطاها المشرع للمستاجر ليست دائمة وانما هي
محددة بمرتين في السنة . ولا يدور فيها هذا الحق الى السوات القادمة . وبعد
انتهاء هاتين الفترتين يستطيع المؤجر مطالبة المستاجر بالتخلية اذا لم يدفع
القسط المستحق خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه دون حاجة الى
انذار (م ١٧/ف ا) .

وهذا يعني ان المشرع منح المستاجر فرصة اخيرة وهي مدة الخمسة عشر يوما
من تاريخ استحقاق بدل الايجار . ان دفع بدل الايجار خلالها يخلص من خطر
التخلية وان لم يدفع قام المؤجر بمطالبته بالتخلية .

(١) قرار محكمة ايجار الكرخ المرقم ٦٣٢/ت/٩٨٩ في ١٤/١٠/١٩٨٩ (الميسر

منشور) .

(٢) يراجع في ذلك قرار محكمة ايجار عقار الكرخ (غير المنشور) المرقم

٤٦٠/ت/١٩٨٩ في ٢٨/٨/١٩٨٩ .

المطلب الثاني

الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار

واسكان الفيسر

١ - الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار

وفر قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الكثير من الحماية للمستأجر، ولكنه لم يسمح له بالمقابل الاتراء على حساب المؤجر او استغلال هذه الحماية خلافا للاغراض التي رسمها المشرع . لذلك حظر القانون النافذ الايجار مسن الباطن او التنازل عن الايجار واعتبر ذلك من النظام العام ، فضلا عن العقوبة الجزائية التي سيتعرض لها المستأجر بالاستناد الى الفقرة الخامسة من المادة (٢٣) من قانون ايجار العقار اذا ما خالف الحظر المشار اليه .

ولكن المشرع لم يكتف بكل ذلك بل اعتبر ان قيام المستأجر بهذا التصرف (اي الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار) يعد سببا من اسباب التخلية التي اشارت اليها الفقرة (ب) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار النافذ .

ويقع عبء اثبات الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار على عاتق المؤجر . ولذلك قد يفلح المؤجر في اثبات ذلك وقد لا يفلح علما بان اثبات هذا الامر قد لا يكون سهلا ، خصوصا بالنسبة لاثبات استيفاء المستأجر الاصل الاجرة من المستأجر من الباطن . لذلك يلجأ القضاء في الكثير من الاحيان الى منح احد اطراف الدعوى تحليف الطرف الاخر اليمين القانونية لحسم هذا النزاع المستند الى الفقرة (ب) من المادة (١٧) . (١)

ولم يستجب القضاء العراقي الى طلب المؤجر بالتخلية بدعوى الايجار مسن الباطن حينما لاحظ بان اسكان المستأجرة ولدها المتزوج المعيل لها وابتها الارملة

(١) انظر في ذلك قرارى محكمة ايجار الكرخ (غير المنشور) المرقم من ٣٠٣/ت/١٩٨٩ ، ١٣٧/ت/١٩٨٩ الصادرين بتاريخ ١٩٨٩/٨/٩ .
- ١٩٨٩/٨/١٥

تعتبرها بما حاله وانما لا يتناول بمحاكمه قانونية استوجبه التحلية (١) كالمادة
فان افعال المسجون اعاد في احوال واساطع حتى الادارة لا يعتبر اجاره حسن
لرباط (٢)

ب - المساكنة

يعتد بالمساكنة لتنظيم العلاقة القانونية بين المجر والمسنجر بالمسببة
في اجراء سجنهم مع المسنجر بحكم الاتفاق او القانون او القضاء، ولا شك بان
هذا النص بعد ضروريا، اذ لا يمكن ترك موضوع استغلال المجر مطلقا لمن
تتأثر المسنجر اسكانهم معه، لما قد يلحقه ذلك من ضرر بالمجر او بسنة المجر
وقد نظم قانون اجراء العقار المساكنة في المادة (١٢) منه التي جعلت الاصل
عدم حرار اسكان غير من ذكروا في العقد الا بموافقة المجر التحريرية (م ١٢/١٢)
وهذا يعني ان المجر قد حسب لعدد الساكنين حسابا، فانفق مع المسنجر على
ذكر اسماهم في العقد، علما بان الاصل في العلاقات الاجارية عدم درج الناس
على ذكر من يسكن في المجر، لذلك فان هذا النص - كما يبدو لنا - جاء
بسبب منعارف عليه، الا ان المسنجر قد يرغب في اسكان غير من ذكروا
في العقد، ولا يسمح له بذلك الا بعد اخذ موافقة المجر التحريرية، وهذا يعني
ان الموافقة الشفهية لا يعول عليها - كذلك فان النجوى الى الوسائل الاخرى
كالشهادة مثلا لا يعد جائزا، ان هذا الاتجاه سيقلل من المنازعات التي قد تحصل
بسبب ادعاء المسنجر موافقة المجر الشفهية، خصوصا وان الثبات هذه الموافقة
قد لا يكون سهلا *

الا ان المشرع راعى من ناحية اخرى علاقات المسنجر العائلية التي تعد جزءا
من السنية الاجتماعية، فاستثنى من الاصل العام الوارد في الفقرة الاولى من المادة

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٣١/حقوقية / ١٩٧٩
الصادر في ٢٧ / ٥ / ١٩٧٩، الوقائع العدلية - العدد الثاني - السنة الاولى -
سوز ١٩٧٩ - ص ٢٨ *

(٣) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٣٣٠/عامة اول / ١٩٧٦ في ٢٠ / ١١ / ١٩٧٦
محلة القضاء - السنة (٣٢) - العدد (٢) - ١٩٧٧ - ص ٣٩١ *

(١٢) طائفة من الأشخاص الذين يرتبطون بالمسافر علاقات النسب كالاصول
والاصول - الجد ، واسه - اجده وان عسو ، الام وابيها - الجد لام حواها
ان اجده لام وان علوا ، والفروع المسافر وارواجهم (١٦) ، ويقصد بالفروع الاجناء
(الذين او اليست) وابنائهم وان نزل ، والاخوة والاحوات غير المتزوجين ، والاخت
الارملة التي تولى زوجها ، او المطلقة (م ١٢/٢٥) . بعد كان المشرع في وضعه
هذه الاستثناءات مدفوعا ببعض الضرورات الاجتماعية ، خصوصا بالنسبة
للاصول او الفروع او الارملة او المطلقة التي يتعذر سكنها لوحدها او مع
بعضها الصغار - لكن هذه الضرورات قد تكون اقل أهمية للذين او اليست بعض
الزواج وتكوين عائلته او عوائل جديدة ينضمها احوال الاستقلال في مسائل اخرى
خصوصا وان الزوج يكلف تسريعا وفانورا باعداد مسكن مستقل لزوجته - ولم
يتم التبرع عند هذا الحد وانما انما سكن من يطني الفاسون او العرف او
التقاليد الاجتماعية بتأجيله المستاجر له او باقامته معه (م ١٢/٢٥) ، ويستقيم
الحاشي في معرفة للعرف او التقليد الاجتماعية بكافة الوسائل بما في ذلك
الاستاس برأي الخبراء .

وفي محاولة من المشرع للانتظام آل مصلحة المؤجر وضع بعض القيود لتطبيق
على الفقرة الثانية من المادة (١٢) وهي -

~~سكن~~ ان يسع المأجور سكني من استئنتهم هذه الفقرة ، ولم يبين لنا النص
المقصود بهذه السعة ومن يسع المأجور او لا يسع لسكني هؤلاء - لذلك
سيصحح هذا الامر مرة اخرى لسلطة القاضي التفسيرية .

(١) وعلى هذا الاساس ذهبت محكمة ايچار نظام الكرخ في قرارها المرتقم
٥١٦/ت/١٩١٦ في ١٢/٢/١٩١٩ (غير منشور) ان ان سكن اليست مع زوجها
لا يحد ايچارا من الباطن يوجب النخلة لان الفقرة الثانية من المادة (١٢)
سنتت سكن الفروع وارواجهم .

(١) ومن الامثلة التي تطرب على العادات والتقاليد الاجتماعية السائدة فسن
فطونا مسكن الم او الخال او الخالة مع المستاجر ، اذا كانوا كبار السن ولا
يوجد من يرعاهم في ايامهم الاخيرة ، او سكن بنت الاخ الطالبة في الجامعة
مع عيها لعدم سماح التقاليد الاجتماعية بسكنها في القفق لوحدها وتيسر
ذلك من الامثلة .

س ٢ - ان لا يملك اي من هؤلاء دارا لسكنى .^(١) ولم يبين لنا النص المقصود بهذه الدار . وكما نفضل ان يشير النص الى كون هذه الدار واقعة في حدود المدينة التي يقع فيها المأجور وان تكون صالحة للاستعمال . ويمكن تلخيصها قانونا ان كانت مستأجرة .

ثم اجازت الفقرة الثانية من المادة (١٢) في عبارتها الاخيرة سكن اي من هؤلاء حتى وان كان يملك دارا لسكنى . اذا اقتضت الضرورة الاجتماعية سكناء مع المستأجر . فتال ذلك سكن الاغت المصلحة مع ائبيها حتى ولو كانت تلك دارا لسكنى لصعوبة سكنها لوحدها . ونفس الشيء يقال بالنسبة للاحت الاقامة او العم كبير اسن او المصاب بمرض الذي تقضي العوامل الالسانية والاجتماعية اسكائه مع المستأجر على الرغم من تملكه دارا لسكنى لا يطوق على السكن ليهنا وحده .

وعند ترك المستأجر للمأجور بصورة نهائية وليست مؤقتة (١) يحل من يقي من الاشخاص المتعار اليهم في الفقرتين (٢٠١) من المادة (١٢) محل المستأجر في المأجور (٢) وترك المستأجر للمأجور قد يكون بسبب الانتقال الى دار حكومية اعطيت للمستأجر بتسهيلات مجزية او بسبب انتقال المستأجر الى مدينة اخرى (١) ولكن تطبيق الفقرة الثالثة من المادة (١٢) مقيد بعدم رجعة المؤجر سكن المأجور منهم او اولاده القاصرين بضمه او باحد اولاده المتزوجين اذا لم يكن المراد

(١) لم يعتبر سفر المستأجر الى الخارج للحصول على شهادة دراسية اعلى تركا للمأجور . ولذلك فان هذا الترك لا يبيح للمؤجر اقامة دعوى التخلية على من بقي من الاشخاص الساكنين مع المستأجر طبقا للفقرة الثالثة من المادة (١٢) من قانون ايجار العقار - قرار محكمة استئناف منطقة بغداد رقم ١٨٢٠/ج/١١٦٨١ في ١٦/٧/١٩٨٢ - مجموعة الاحكام المدنية - السنة (١٢) - العدد (١) - ص ١٢٢ - ١٢٤ .

(٢) المادة ١٢/٢ - ٢ .

(١) اما وفاة المستأجر فلا تعتقد بانها تعتبر من حالات ترك المستأجر للمأجور . لان عقد الايجار لا ينتهي بسوت المؤجر او المستأجر . وتنتقل كافة الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الى ورثة المستأجر (م/٧٨٢/ عدلي عراقى) .

دارا أخرى يستطيع أن يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة - وممن
الواضح أن التبرع حول الأشغال إلى مصلحة المؤجر لزمه أخرى ، حيثما يتسرك
المستأجر الأصلي المأجور - وقد خسر حق المؤجر في طلب التخليه به شخصيا
أو بحد أولاده (المزوجين) ويشمل لفظ الأولاد اليدين والبنات - إلا أن حق المؤجر
في المطالبة بالتخليه متروك بعدم امتلاك من يرغب السكن أو زوجه أو أحده
أولاده الفاضلين دارا أخرى خالية في حدود المدينة التي يقيم فيها المؤجر أو
بإمكان تخليها فلورا ، فإذا كان يملك دارا أو دورا في حدود المدينة التي يقيم
فيها عادة ولكنه لا يستطيع أن يسكنها لكونها مستأجرة ولا يستطيع احتلالها
لعدم توفر سبب من أسباب التخليه المخصوص عليها في المادة (١١) من قانون
إيجارالعقار ، فلا يعتبر مالكها لدار يستطيع أن يسكنها (٢) .

وعلى هذا الأساس استطاع المؤجر أن يطلب تخليه المأجور عندما انتقل
المستأجر من المأجور تاركاً فيه شقيقه ، لأن المؤجر كان يرغب في اسكان ولديه
المزوج - وهو ما يخضع لنص الفقرة الثالثة من المادة (١٢) من قانون إيجار
العقار (٣) .

ومما لا شك فيه بأن المؤجر يستطيع أن يطلب التخليه دائماً إذا سكن المستأجر
غير من اشارة اليهم المادة (١١) ، ولكن يجب اثبات سكن الآخرين مسبق
المستأجر ومع على اتفاق المؤجر - والمستأجر أن يدفع هذا الإيداع بكافة ما يتيسر
له من وسائل (١) .

(٢) - نصت عبد الحميد - أحكام تخليه المأجور بالصدر السابق - ص ٥٦ -
(٣) قرار محكمة استئناف بغداد الرقم (١١٢٦/ج/١٩٨٠) في ٦/١٠/١٩٨٠ ،
مجلة الوقائع العدلية - السنة (٣) - العدد (٤٤) - ص ٣٠٣ - ٣٠٤ .
(١) جاء في قرار محكمة إيجار عقار الكرخ الرقم ٦٣٥/ت/١٩٨٦ في ١٢/١٢/١٩٨٦
ما يلي :- ((أسس المدعي دعواه بطلب التخليه بسبب اسكان المدعى
عليه وشقيقته وشقيقتها بدون موافقة المدعي ، ونتيجة التحقيقات الجارية لاسم
بسكن المدعي من اثبات دعواه لأن إقامة هؤلاء كانت مؤقتة وليست دائمة .

المطلب الثالث

الاضرار باللاجور او الاساءة لسعة المؤجر

ان من اهم التزامات المستاجر في القانون المدني العراقي استعمال الاجسور بما يتفق مع العقد او وفقا لما اعد له المأجور دون الحاق الضرر به او بسعة المؤجر ويعكس ذلك يستطيع المؤجر المطالبة بازالة الضرر او فتح العقار بالاضافة الى حقه في الترخيص . (المواد ٧٦٢ : ٧٦٤ مدني عراقي) .

وقد اكد قانون ايجار العقار هذا الاتجاه من جديد واعتبره سببا من اسباب التخلية في الفقرات (جديدة) من المادة (١٧) التي جاء فيها :-

بعد اذا احدث المستاجر باللاجور ضررا جسيما عمدا او اعمالا ولم يزله بعد اشداره .

بعد اذا احدث المستاجر تغييرا جوهريا في المأجور دون موافقة المؤجر التحريرية ولم يزله رغم اشداره .

بعد اذا استعمل المستاجر خلافا للقرض المبين في عقد الايجار بما يترتب على ذلك اساءة لسعة المؤجر او الحاق الضرر باللاجور) .

وسنأتي على شرح هذه الفقرات الثلاث على التوالي :

أولا - احدث ضرر باللاجور

لكن يكون الضرر موجبا للتخلية وفقا للفقرة (ب) المشار اليها يجب ان يكون جسيما اي يحل اخلافا كبيرا بالمنافع المتوخاه من المأجور . ولا شك بان تقدير هذا الضرر وانطباق وصف الجسامة عليه امر يخضع الى تقدير قاضي الموضوع . واحداث اضرار يكون مقصدا اي اتجهت نية المستاجر فعلا الى احدثه . وقد يكون مصدرة الاحمال اي عدم بذل عناية الرجل المعتاد التي يتطلبها القانونيون لحماية اموال الاخرين وحياتها . ويحصل ذلك حينما يستخدم المستاجر المأجور بشكل غير مألوف .

ولكن يقيم المؤجر دعوى التحلية يجب أن تتوفر بعض الشروط :-

١ - أن يحصل التغيير الجوهرى دون موافقة المؤجر التحريرية . وهذا يعنى أن موافقة المؤجر التحريرية تمتح تطبيق هذا النص بشرط التزام المستأجر بحدود الاذن الممنوح له . وحسنا فعل المشرع بالاعتصام على الموافقة التحريرية فقط ، لما قد تثيره الموافقات التسفيهية من مخازعات بسبب صعوبة الاتبات .

٢ - مجرد حصول التغيير اجوهري وبدون موافقة المؤجر التحريرية لا يعطى الحق للمؤجر المطالبة بالتحلية ، بل يتطلب الامر توجيه اذار الى المستأجر لازالة هذه المخالفة (١) ، يسمح فيه المستأجر مهلة كافية لازالة هذا التغيير ، وإذا اختلف في كفاية هذه المدة تكون المودة الى سلطة القضاء . وبعد تحقق هذه الشروط يحق للمؤجر المطالبة بالتحلية مع إعادة المأجور الى وضعه السابق والمطالبة بتعويض الاضرار التي سببها فعل المستأجر .

ثالثا - استعمال المأجور خلافا لتفرض الميين في العقد .

نظم القانون المدني - كما نعلم - موضوع استعمال المأجور ، فهو أساسا أن يستعمل بحسب ما اعد له ووفقا لما يقتضيه العرف ، او ان يستعمل على النحو الميين في عقد الايجار ان في تعرض او اغراض معينة اتفق عليها المتعاقدان وحسب لها كلاً من المؤجر والمستأجر حسابا (٢) .

الا ان القانون المدني اجاز تغيير الاستعمال في الاجراء (م ٧٦٦ مدني عراقي) ، مما يعنى عدم جواز مخالفة هذا التغيير في عقد يعتبر ضريعة المتعاقدان وقد انعكس هذا الاجراء على القوانين الخاصة التي حاولت جردها حماية المستأجر والتفليل من الحالات التي يستطيع المؤجر التمسك بها لاختلاء المأجور ، دون أن تغفل هذه القوانين حقيقة لا يناس منها وهي ان مصلحة المؤجر لا يند ان تأخذ حيزها من الحماية . ويرز ذلك فعلا في بعض القوانين الخاصة كما هو

(١) ويعتقد بان هذا الاذار يجب ان يتم بواسطة الكاتب العدل ايضا .

(٢) راجع المادة (٧٦٦) مدني عراقي .

بالمآجور ، وبالتالي فلا يعد هذا الأمر سببا للتخلية (١) .

ومن الامثلة التي تقرب على استعمال المآجور بما يلحق الضرر به اتخاذ الدار المتساجرة مكانا لاستقبال الزوار واسكانهم (٢) ، او اتخاذ المعزق المتساجر حزن المواد كعمل تصنع الخل ، او تحويل استعمال المآجور من معرض لبيع وشراء السيارات الى محل لتسلي وتسليم السيارات ، واستعمال الدكان السنوي لبيع للمرض بيع المواد المعلية والمطبوقة لتصليح وصيغ السيارات . . . الخ (٣) .
ومن لحالات التي تعتبر اساءة لسمة المآجور استعمال المآجور للعب القمار او تخزين المواد الهربية او الدعاية وغيرها .

ومن الملاحظ على النص انه لا يشترط توجيه اذكار الى المتساجر كما لا يشترط للسلطانية بالتخلية مرور فترة على المخالفة ، بل ان مجرد المخالفة التي يقع حسب اتيانها على المآجور يكفي للحكم على المتساجر بالتخلية . كذلك فان ازالة المخالفة لا تخلص المتساجر من هذه الاثار ، الا اذا عرفت المآجور عن ممارسة هذا الحق الذي قرره له القانون .

(١) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٢٨٦) ج/٨٥ - ٨٦ في ٢/٣/١٩٨٦ .
اشارة اليه الدكتور محسن عبد المجيد - احكام تخلية المآجور - المصنف السابق - ص ٧٠ .

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (١٥٤) حقوقية/١٩٧٦ في ١٤/١٠/١٩٧٦ .
الوقائع المدنية - السنة الثانية - العدد الثامن - كانون الثاني ١٩٨٠ - ص ١٣ .

(٣) راجع د. محسن عبد المجيد - نفس المصنف - ص ٦٨ ، ولاحظ القرارات غير المنشورة التي اشار اليها في نفس الصفحة .

المطلب الرابع

انتفا. حاجة المتاجر للتأجير

هناك حالات تنفي معها الحماية القانونية للمتاجر لاقتفاء حاجته أصلا للتأجير - مما يعني ضرورة عودة التأجير إل صاحبه أو أن من هو اعسق في الانتفاح به - من ذلك عدم استعمال المتاجر لمدة معينة أشار إليها القاسون أو بناء المتاجر أو تسلكه هو أو زوجته تقارا بحسب الانتقال إليه واستغلاله .

أولا - ترك المتاجر

صت الفقرة (و) من المادة (١٧) من قانون أيجار المطار على مايلي - يجوز للمتاجر أن يطلب تغطية المطار ، إذا لم يبق في المتاجر احد ممن ذكروا في الفقرة (ب) من المادة الثالثة عشرة أو أصبح المطار المتأجير حاليا بسبب عدم الاستعمال لمدة تزيد على ~~سنتين~~ ^{٦٥} دون علم مترواح .

يصح من النص أن المطار قد يخلو من الأشخاص الذين أشارت إليهم الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من القانون ، وهو طائفة من الناس أراد التسرع صاينهم - وذلك لايجوز للمتاجر أن يطلب تغطية المتاجر عند وجودهم - إلا أن ترك المتاجر للمتاجر وعدم وجود أي من هؤلاء - يجعل الحماية منقبة ، ولا بد عندئذ من عودة المتاجر إل حاله - ونظرا لشرح هذا الموضوع عند التعرض للمسألة فلا داعي بنا إل إعادة شرحه من جديد -

أما الحالة الأخرى فهي ترك المتاجر حاليا دون استعمال لمدة تزيد على سبعين يوما دون علم مترواح -

وقد استبدل المترواح من ترك المتاجر للمتاجر لهذه المدة الطويلة بمسقم الخاصة له - ولكن هذا الترك يجب أن يكون لمدة تزيد على التسعين يوما وهذا حتى أن المدة إذا كانت أقل من ذلك أو تسعين يوما بالتنام فلا يجوز تطبيق الشروط الهامة لتطبيق هذا النص ضرورة أن يكون ترك المتاجر دون علم مترواح يجوز تطبيق هذا النص ، فضلا عن أن هذه المدة يجب أن تكون متصلة وليس متقطعة ، ومن الشروط الهامة لتطبيق هذا النص ضرورة أن يكون ترك المتاجر دون علم مترواح - ولا شك بأن مشروعية العلم أمر يعود إل تقديره إل القاضي

الموضوع لذلك فإن ترك المأجور نظرا لسفر الزوج وزوجته الى خارج القطر من اجل المعالجة قد يعد عذرا مشروعا . كذلك فإن سفر المستأجر الى الخارج وبقاء من اجار اتفانون بقائهم في المادة (١٣) منه يعد كذلك عذرا مشروعا .

ويبدو من النص ان لاجابة للمعذر لعدم الاشارة اليه ، كذلك فإن عيب نيات خلو الخار وتركه دون استعمال يقع على عائق التوجيه .

من ناحية اخرى فان الحكمة من هذا النص لاتتجلى في عقار ظل خاليا دون استعمال ما يتناقض مع فلسفة التشريع الاقتصادية والاجتماعية ، . استغلال كافة احوارات لحل أزمة السكن فقط، وانما يتماشى مع القواعد القانونية العامة المعروفة التي تؤكد ان ترك المأجور دون استعمال قد يلحق ضررا به . كذلك فانه ليس من الحكمة ان يجبر المالك على تأجير عقاره اذا ظل خاليا (م ٢٠ من قانون الايجار) ، ولا يطبق هذا الامر بعدق المستأجر عند تركه للمأجور

ثانيا - بئنه المستأجر او تملكه عقارا للسكن

من أبرز سيررات الامتداد القانوني عقود الايجار ، ان المستأجر في حاجة حقيقية الى السكن المؤجر اليه ، فاذا زالت هذه الحاجة الى هذا السكن زالت اسباب الامتداد القانوني ومن ثم يكون من المنطق الحكم عليه بالتخليه ، فالاولى ان ينقل الشخص الى داره التي شيدتها حديثا او تملكها من ان يبقى مستأجرا للمسكن الغير (١) .

من هنا كانت الفقرتان (زج) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل اسبابا للتخليه ، حيث نصت الفقرة (ز) على ما يلي :

(اذ بنى المستأجر عقارا للسكنى في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة) ، كما نصت الفقرة (ح) : (اذا تملك المستأجر او كان يملك في حدود المدينة التي يقيم فيها عدة عقارا مباحا لسكناه يمكن تخليته قانونا او كان خاليا وليسوا اجراء للمغير بعد خلوهم) .

(١) د- محنت عبد المجيد بكر - شرح قانون ايجار العقار - المصدر السابق - ١٥٠ .

والعلة من وراء تشريع هذه النصوص - من ناحية أخرى - ملاحظة المشرع
أن البعض أخذ يحتجز أكثر من مسكن واحد بقصد الإيجار ، كما بإيجارها
يبلغ مرتفع إلى غير خصوصاً بعد ارتفاع بلدات الإيجار بتلك كميات . حيث
يرى المستأجر أن بدل إيجار المسكن الذي يحتاجه منذ فترة قد يكون قليلاً
إذا ما قورن ببذل الإيجار العالي الذي قد يحصل عليه بإيجاره داره المشيئة أو
المملوكة له ظل ظروف اقتصادية تتجهم على الاستفادة من الفرق بين التباين
بعض النظر عن مبدأ الاتراء على حساب الغير ، ذلك فرض القانون على
هذا المستأجر جزء قانونياً يقضي بإخلاله المسكن الذي يشغله عن طريق
الاستئجار على أن تتوفر الشروط القانونية المطلوبة وفقاً للفقرتين (١) و (٢) من
المادة (١٧) من قانون إيجار العقار (١) .

وقد لاحظ المشرع فيما بعد بأن نص الفقرة (١) لم يكن موفقاً حيث
ترد بشأنها الكثير من الملاحظات ، لذلك أضاف الفقرة (٢) من المادة (١٧) من
قانون إيجار العقار بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٨٢ (١) التي تقول -
١ - إذا نسي زوج المستأجر عقاراً لسكنها في حدود المدينة التي يقطن
فيها عادة .

٢ - إذا تملك زوج المستأجر أو كان يملك في حدود المدينة التي يقطن
فيها عادة ، عقاراً صالحاً لسكنها يمكن تخلية قانوناً أو كان خالياً
أو اخطى ولو أجره للغير بعد ظهوره .

وإذا كانت هذه الإضافة مما يحد عليه المشرع للتوسع ، فإن وضعها بهذا الشكل
كما نرى - لم يكن موفقاً فيه مرة أخرى ، حيث كان يحسن به إعادة تسوية
الفقرتين (١) و (٢) بشكل جديد تضاق عليه عبارة (أو زوجة) (١) بدل عبارة
التكرار التي لا يبرر له .

(١) كالمصنف السابق - قواعد إيجار العقار - المصدر السابق - ص ٢٢٨ .
(٢) المنشور في الجريدة الرسمية بعدد رقم (٢١٢٨) في ١٩٨٢/٣/٧ .
(١) أي زوج المستأجر .

كذلك كان يحسن بالتمتع وهو يحدد إعادة النظر بالفقرتين (د، ح) أن يضيف إلى عبارة (أو زوج المسافر) عبارة أخرى لا تقل أهمية عما تقدم إلا وهي عبارة (أو أحد اولاده القاصرين) . إذ إن طلب الإخلاء بسبب بناء المسافر أو تملكه عقار في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة لا يقتصر على المسافر حسب ما تملكه عقارا في حدود المدينة بل يحتوي فيه أن يكون قبله أو من زوجة أو أحد اولاده القاصرين باعتبارهم يشكلون أسرة واحدة (٢) .

ويلاحظ كذلك بأن التمتع يشترط بالنسبة لملك العقار أن يكون صالحا لسكنى المسافر في حين لم يشترط ذلك بالنسبة لتشبيد عقار جديد للسكنى . وقد كان من المظهر اشتراط مثل هذا الشرط في حالة التشبيد أيضا ، فلو تكون الدار المشيدة سكن غير صالحه لسكنى المسافر نظرا لغيرها بالنسبة لافراد عائلته الكبيرة أو بعدا عن مقر أعماله أو غير ذلك من الأمور والاعتبارات التي تجعل العقار المشيد حديثا غير صالح لسكنى المسافر (٣) .

ويشترط للحكم على المسافر بالتخليه وفقا للفقرتين (د، ح) من المادة (١٧) من القانون أن يكون حالكا لهذا العقار بصورة مستقلة وليس مضافا كما يعتبر منه سكانه واستعماله دون موافقة بقية الشركاء. (١) . ونرى ببيان الإشارة إلى ذلك في البعض قد يعتبر امرا ضروريا يجعلنا في منأى عن الاجتهادات القضائية والاختلاف في أحكام القضاء .

(٢) و قد ما سارت عليه فعلا نصوص قانون اجار العقار الحالي . مثال ماورد في المادة (١٧/د) التي اعتبرت الزوج والزوجة والاولاد القاصرين أسرة واحدة - ومن المفيد القول هنا أن المادة (٥٨) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد نصت على ما يلي :- (تتكون الأسرة من الشخص وزوجته واولاده) .
قانون المادة (٣٨) مدني عراقي .

(٣) د - عصمت عبد المجيد بكر - شرح قانون اجار العقار - ص ١٥٢ .

(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفحتها التمييزية المرقم (٢٨٣٢) / حقوقية (١٦٧/ / الزوج في ٢٦/١٢/١٩٧٩ - الوقائع القضائية - العدد (١٤) لسنة الثانية - نيسان ١٩٨٠ - ص ١٦٣ .

والم يوسع النص أيضا المقصود بحدود المدينة، ويحل يراد بها نهاية العمران
والإسكان، ثم حددت بلدية المدينة بعمق دفع - بعض التراجع - إلى اعتبار ذلك نصا
يجب تكميله (٢).

ولا تنكح بأن المقصود هنا هو حدود أمانة بغداد أو حدود البلدية وليس
الحدود الأخرى (٣).

ولا ضرر هنا على الإطلاق - كما نعتقد - من جعل عبارة النص كما يلي:
"في حدود أمانة بغداد أو حدود بلدية المدينة" (٤) - وبذلك تتجسد
الاختلافات الملموسة والفضائية التي يسببها وضع النص التالي:

وقد أثار موضوع تسمية العقار المتاجر في حالة بناء المتاجر أو امتلاكه
نظرا لاختلاف العقار المتاجر قد سكت فيه لوجوه المتاجر التالية، اختلاف
وإسما في أسماء الفراشات الفضائية من قبل محاكم الاستئناف القطر، بالإضافة
إلى تداول الآراء - واجتهادات بشأن ترجيح هذا التوقف الفضائي أو ذلك من
موضوع التسمية.

(٢) حين عدلي الديجيلي - المصدر السابق - ٦٨.

(٣) ولم يتضمن قانون تنظيم إيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ حد صغوره
نصا مماثلا، إلا أن القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٥ أضاف المقتضين (٣ - ج)
إلى المادة التاسعة من القانون المذكور وقد جاء فيها:

١ - إذا بنى المتاجر في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة -
ج - إذا تملك المتاجر في حدود البلدية التي يقيم فيها عادة دائرة خالصة
أو يستطيع أخلاصها بموجب أحكام هذه المادة - كما نص القانون رقم
(١٨٤) لسنة ١٩٧٨ والمفوض على حائزين الحاليتين في المادة (٢٣ / ط) التي
تقول: (ط - إذا بنى المتاجر أو تملك عقارا للسكن في حدود بلدية
لمدينة التي يقيم فيها عادة).

فقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بما يلي :-
استدللت ان المستاجر يسكن زوجته الثانية في الدار التي شيعها لسلا
يحكم بتخلية المأجور الذي يسكنه مع زوجته الاولى . لان الزوج مكلف قانونا
بتهيئة بيت شرعي مستقل لكل زوجة من زوجاته (١) .

بينما ذهبت محكمة استئناف بابل الى رأي معاكس ، حيث (يحكم على
المستاجر بالتخلية اذا تملك دارا ولو اسكن فيها زوجته الثانية) (٢) .
واضحت محكمة استئناف البصرة نفس الموقف المتخذ من قبل محكمة
استئناف بغداد بقولها :-

المستاجر بالتخلية بسبب امتلاكه دارا ما دامت زوجته الثانية
توفى السكنى مع شرتها وكانت تارة لا تنسج لسكنى الزوجتين
ولولدهما) (١) .

وقد تبادل رجال القانون الآراء حول صحة هذا القرار او ذلك . مقدمين
المبررات القانونية والمصلحة للدفاع عن ارائهم (٣) .

وقد لاحظنا سابقا المحكمة من وراء وضع المشرع لنص الفقرةين (زوج) والتي
تتعلق في حياة المستاجر وسكنه في طار يطمئن اليه وعائلته طالما توفرت

(١) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٨١١ / حقوقية / ١٩٨٠) قسري
١٩٨٠ / ٤ / ٣٦ ، مجموعة الاحكام المعدية - العدد الثاني ، السنة (١١) -
١٩٨٠ - ص ١٧٨ .

(٢) قرار محكمة استئناف بابل المرقم (١٨٩ / حقوقية / ١٩٨٠) في ١٤ / ٤ / ١٩٨٠
- الوقائع المعدية - العدد (٣٣) - السنة الثانية - اب ١٩٨٠ - ص ٣٧٩ .
(٣) قرار محكمة استئناف البصرة المرقم (١٢٧ / ت / ١٩٨٠) في ٩ / ٨ / ١٩٨٠
مجموعة الاحكام المعدية - العدد الثالث - السنة الحادية عشرة - ١٩٨٠ -
ص ١٤٧ .

(٤) راجع امر عدد الناشر في الوقائع المعدية - العدد ٢٢ - السنة المشقة
الثانية - ٣٣ اب - ١٩٨٠ ص - ٥٧٦ . كاظم الشيخ جاسم - قواعد اجراء
المقار - ص ٢٣٤ .

الاسباب القانونية لذلك ، في حين ان هذا المستأجر حينما يشهد او يملك عقارا فان مثل هذه الحماية تنتفي وبمعكس الامر لصالح المؤجر الذي يمد هو الآخر مواظنا لابد من حماية مصالحه والحيلولة دون انراء المستأجر (الذي شيسد او تملك عقارا) على حسابه ، حيث يطلب من المستأجر السكن في عقاره وترك عقار المؤجر وفقاً للقانون .

الا ان مثل هذا الوضع - كما نرى - لا ينطبق على الشخص الذي يسكن زوجته الاخرى (٣) في العقار المستأجر في حين يسكن زوجة ثانية في العقار المشيد او المملوك ، اذ ان اسباب حماية المستأجر من قبل المشرع لا زالت باقية لم تنته بعد ، فالمشرع الذي يحمي أسرة المستأجر الاول ، يحمي في الوقت نفسه امرته الثانية او اثالثة ، لذلك فان ما ذهبت اليه محكمة استئناف بغداد ومحكمة استئناف البصرة يعد صحيحا لا ثالثة فيه .

الا ان الامر لا ينتهي عند هذا الحد ، بل لابد من معالجة جذرية تضع حدا لهذا الاختلاف القضائي ائبين ، ويتم ذلك في تقديرنا من خلال الوصلتين التاليتين :-

معالجة نص الفقرتين (زوج) بما يكفل توضيح هذا الامر ويحقق اهداف المشرع المعروفة .

معدّل المادة (٢٢) من قانون ايجار العقار اتمى لاتجيز الطعن في الدعوى الناشئة عن احكام هذا القانون بطريق تصحيح القرار التمييزي ، حيث تتمتع محكمة الاستئناف في النظر تمييزاً في الطعون في طائفة من الاحكام ومنها الاحكام الخاصة بتخلية المأجور بدافع رغبة المشرع في التخفيف من اعباء محكمة التمييز (١) .

(٣) قد يكون الشخص هنا متزوجاً باكثر من اثنتين ال الحد الذي يسمح به الشرع والقانون .
(١) انظر المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

ولا شك بأن الإخذ بجواز الطعن بالقرارات الصادرة من محاكم الاستئناف من قبل محكمة التمييز (التي تعتبر قوة الجهاز القضائي والتي تتمتع بالمدارية والخبرة المالية) سيؤدي إلى توحيد الأحكام وعدم تشتتها بهذه الانجاسات المختلفة التي لاحظناها على الرغم من اتحاد جوهر الموضوع المطروح على محاكم الاستئناف المختلفة . كذلك فإن هذه الوحدة في اتخاذ القرارات سيزيد من ثقة المواطن بقطائنا العراقي المتقدر . وعكس ذلك سيحصل في حالة التناقض في نسي اتخاذ القرارات القضائية .

المطلب الخامس

هدم العقار او اضافة طوابق جديدة اليه

اولا - هدم العقار واعادة بنائه

اعتبرت الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار ، هدم العقار لاعادة بنائه بشكل اوسع سببا من اسباب التخليه بقولها :-
(وإذا أراد المالك هدم العقار لاعادة بنائه بشكل اوسع يشتمل على عدد اكبر من المساكن او بشكل عمارة سكنية متعددة الطوابق لا تقل طوابقها على ثلاثة طوابق) .

وينبغي من نص الفقرة اعلاه ان أشرع اجاز للمالك فقط هدم العقار الذي لا يشترط فيه ان يكون قديما او ايلا للسلط . ولو ان الغالب في الملاك القيام بالهدم في حالة قدم العقار ، ولكن لا يستبعد قيام المالك بهدم عقار لا يزال متبنا بهدف بناء عمارة سكنية جديدة تضم عددا كبيرا من الطوابق .

ولاشك بان الحكمة من وراء هذا النص تنجلي في دفع اصحاب رؤوس الاموال الخاصة لاستثمار اموالهم في بناء الوحدات السكنية للتخفيف من أزمة السكن . فضلا عن ان هذا الاتجاه يشجع الحركة العمرانية في القطر .

وحتى يتفق المشرع على هذه الغاية اشترط ان يضم البناء الجديد عددا اكبر من المساكن او عمارة سكنية لا تقل طوابقها عن ثلاثة طوابق . وهذا يعني

ان هدم البناء لإعادة بنائها بشكل اوسع . او القيام ببعض الترميمات او
التحسينات او تقطيع المقار الى عدد من الاجزاء لا يخضع لحكم هذا النص . لذلك
فان بناء عمارة تجارية مهما كان عدد طوابقها لا يبطئ الحق للمالك طلب التخليه
وبناء عمارة سكنية يقل عدد طوابقها عن ثلاثة طوابق لا يمكن المالك طلب
التخليه (١) .

ولكن يطبق هذا النص بشرط ان يوجه التاك الى المستاجر اذاوا يرفض
به صورة مصدقة من اجازة البناء مع خارطة قبل مدة لا تقل عن تسعين يوما
من تاريخ طلب التخليه (٢) ان يسرع بانهدم والبناء خلال مدة لا تزيد عن تسعين

يوما من تاريخ التخليه الفعلية (٢) ويتضمن هذا الانذار اشعارا للمستاجر
بحزم المالك على هدم العقار ويرفق مع هذا الانذار اجازة البناء التي تصدر
عادة من وحدات امانة بغداد او من الوحدات البلدية في المحافظات . ويجوز ان
تتفق خارطة البناء مع اجازة البناء . اما الاختلاف بينهما فله يكون سببا لرد
الدعوى (٣) كذلك فان الانذار يجب ان لا يخرج عن المدد التي اشترت اليها الفقرة
(١) من المادة (١٩) من القانون لذلك فان طلب التخليه يجب ان يكون قبل مدة
لا تقل عن تسعين يوما من تاريخ طلب التخليه . اما المطالبة بالتخليه خلال امانية
ايام فامر لا سند له من القانون (٤)

(١) لذلك ردت المحكمة دعوى المدعي حينما لاحظت بان اجازة البناء والخارطة
تشير الى طابقين فقط وهو ما يخالف نص الفقرة (ط) من المادة (١٧) . قرار
محكمة ايجار عقار الكرخ - العدد (٧١٦/ت/٨٩) في ٢٨/١٠/١٩٨٩ (غير
منشور) .

(٢) الفقرة الاولى من المادة (١٩) من قانون ايجار عقار - ومن الملاحظ ان هذه
الفقرة لم تنشر الى ضرورة ان تكون خارطة البناء مرفقة مع اجازة البناء وهذا
ما يشكل في تقديرنا نقصا في النص لا بد من تلافيه .

(٣) قرار محكمة ايجار عقار الكرخ - العدد (٧١٦/ت/٨٩) في ٢٨/١٠/١٩٨٩
(غير منشور) .

(٤) قرار محكمة ايجار عقار الكرخ العدد (٨١٠/ت/١٩٨٩) في ١٩/١١/١٩٨٩
(غير منشور) .

وحسب الاستقلال المؤجر هذا السماح القانوني اعطى الحق للمستأجر في العودة وشغل المأجور بالشروط السابقة أو التعويض عن الإضرار التي أصابته بسبب التخلي. إذا لم يباشر الهدم والبناء خلال تسعين يوماً من تاريخ التخلي دون علم مشروع (١٦). فلما بان القانون لم يحدد مدة معينة لإكمال البناء بعد حدمه وكفل بالشرط الخروج بالهدم والبناء خلال مدة لاتزيد على تسعين يوماً من تاريخ التخلي الفعلية .

ولم يكتفِ التشريع في هذا المجال بنص الفقرة (ط) المشار إليها . بل مرز ذلك بقرار مجلس قيادة الثورة الرقم (١٢٢٢) الصادر بتاريخ ١٣/١١/١٩٨٢ الذي جاء فيه :-

١ - ويجوز لملك الدار المؤجرة ان يطلب تخلية داره لغرض حدمه وإعادة بنائه بشكل عمارة سكنية متعددة الطوابق لانتقل عن ثلاثة طوابق .

٢ - يحتفظ المستأجر السابق للدار بحقه في استئجار إحدى التوقي السكنية في العمارة القائمة على أرض الدار بموجب عقد إيجار جديد يتم تنظيمه وفقاً لأحكام قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٦ وبأجر سنوي لا يزيد على المتصور عليها في الفقرة (١٦) من المادة الرابعة من القانون المذكور .

٣ - إذا لم يباشر مالك الدار المؤجرة ببناء العمارة السكنية خلال مدة سنة واحدة من تاريخ التخلي الفعلية . تصدر وتسجل باسم وزارة المالية (٢٠) .

ويبدو للقارئ من أول وهلة بأن الفقرة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة الرقم (١٢٢٢) المذكور تعد زائفة . حيث تنص فيها الفقرة (ط) من المادة (١٧) المشار إليها . بل ان هذه الفقرة تعد - كما نرى - أوسع مدى من الفقرة (١٦) من قرار مجلس قيادة الثورة . لأنها تشمل حدم العقار لإعادة بنائه بشكل أوسع يشمل على عدد أكبر من المساكن أو بشكل عمارة سكنية . في حين ان الفقرة الأولى من القرار (١٢٢٢) تتضمن بناء العمارات السكنية فقط . وبذلك تتناول جانباً من المشكلة ليس إلا .

(١) الفقرة الثانية المادة (١٦) من قانون إيجار العقار .

لذلك فإن الفقرة (ط) من المادة (١٧) تشير الى رغبة المالك هدم العقار
بينما تستعمل الفقرة الاولى من القرار (١٢٢٢) عبارة (يجوز لملك العقار)،
وبهذا تعد صيغة الفقرة (ط) ادق - كما نعتقد - من صيغة الفقرة الاولى من
القرار لان كلمة العقار اوسع مدى ولا تشمل كافة انواع العقارات التي قد
تكون مسكنا او دكانا او مخزنا او اى نوع اخر من العقارات التي يمكن المطالبة
بهدها تحقيقا لمتطلبات نص المادة (١٧/ط) - ولجل حماية حق المستاجر بغض
النظر عن نوع العقار المستاجر. نترح ان يكون نص الفقرة (٢) مسن القرار
(١٢٢٢) كما يلي :-

ويحفظ المستاجر السابق للمصدر بحقه في استئجار احد العقارات المائلثة
المفاعة تطبيقا لنص الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم
(١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بموجب عقد ايجار جديد
يتم تنظيمه وفقا لاحكام قانون ايجار العقار وباجر سنوى لا يزيد على النسب
المنصوص عليها في الفقرة (١-أ) من المادة الرابعة من القانون) .

كذلك نترح ان نقرأ الفقرة الثالثة من القرار رقم (١٢٢٢) كما يلي :-

إذا لم يباشر المالك المشار اليه في الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون
ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بالهدم والبناء بدون عذر مشروع خلال
مدة سنة واحدة من تاريخ التخلي الفعلي يصادر العقار ويسجل باسم
وزارة المانية .

ان هذا النص المقترح يوفر لنا الميزات التالية :-

١ - استخدمت الفقرة (٣) من المادة (١٢٢٢) عبارة (مالك الدار المؤجرة) فسي
حين ان احقار المراد هدمه قد لا يكون بالضرورة دارا وهذا ما تؤكده فعلا
بعض القرارات القضائية، حيث جاء في احدهما :-

لؤجر الدكان طلب تخليته لهدمه إذا كان الغرض من الهدم انشاء بناء
يحتوى على طابق ارضي يشمل على سبعة دكاكين وشقة ارضية سكنية

وطابقان يشمل أربع شقق سكنية (١)

ب - جعلت الفقرة (٣) من لقرار رقم (١٢٢٢) المادة التي يجب أن يباشر خلالها ائالك الهدم والبناء سنة واحدة من تاريخ التغطية بدلا من فترة التسمين يوما المشار اليها في المادة (١٩) / الفقرة الأولى من قانون ايجار العقار وحسنها فعل المشرع بأطالته المدة الى سنة ، لان فترة التسمين يوما قليلة كفترة يراد فيها الهدم والشروع بالبناء ، خصوصا اذا ما أخذنا بنظر الاعتبار الصعوبات الفنية وتنظيات مواد البناء وتحتها أحيانا أو عدم توفر الأيدي العاملة المطلوبة وحسابات تغطيات السوق - إلا ان ما يؤخذ على نص هذه الفقرة انها اشارت الى مصادرة العقار وتسجيله باسم وزارة المالية - ولا شك بأن مثل هذا الإجراء ليس بالأمر السهل ، لانه يمثل انتهاكا للملكية شخص يفترض أن تتوفر المبررات الكافية لانزعاجها دون مقابل ، ولكن تتحقق الأهداف التي يروم المشرع الوصول اليها ، لا بد ان يكون مزوف صاحب العقار عن الهدم والبناء او عن احدهما (دون صدور مشروع) وأن يترك أمر تقدير ذلك الى القضاء . وهذا ما التفتت اليه فعلا الفقرة الثانية من المادة (١٩) من قانون ايجار العقار بقولها :-

(أو لم يباشر الهدم والبناء في العقار الذي اخلى بمقتضى الفقرتين (ط ، ي) من المادة السابعة عشرة بدون صدور مشروع ... الخ) .
اي أن هذه المادة اشارت فعلا الى ضرورة عدم وجود عذر مشروع لتطبيق ما ورد فيها .

(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم (٢٣٦٢) حقوقية / (٧٧٩) في ٢٦ / ١١ / ١٩٧٩ - الوقائع اعدلية - العدد ١٤ - نيسان ١٩٨٠ - ص ١٦١ .

تاليا - اضافة طوابق جديدة الى بناء قائم

أوردت المادة (١٧) من قانون ايجار العقار سببا جديدا لتخلية الكليسة او الجزئية ، هي رغبة المالك في اضافة طوابق جديدة يقتضي الصعود اليها تخلية غرفة من الدار او دكان او جزء منه ، يستعمل درجا للصعود للطوابق العليا . وهذا مبدأ يتضح على توسيع العمران (١) وقد جاء ذلك في الفقرة (ب) من المادة (١٧) التي تقول :-

ولو اراد المالك اضافة طوابق جديدة الى بناء قائم وكانت تخلية المأجور كغلا او جزءا ضرورية بالمقدار الذي يقتضيه مصلحة العمل (١) .

ومن الملاحظ على هذا النص اشارته الى اضافة طوابق جديدة وهذا يعني ان ما يضاف من البناء يجب ان يكون طابقين فاكثر ولا يجوز ان يكون طابقاً واحداً ، ولو اراد المشرع ذلك لخص عليه كما نص في المادة التاسعة من القانون . كذلك فان النص لم يبين لنا نوع البناء القائم ، ما يعني ان المعيار تمد مطلقاً لتسلي البناء القائم بغض النظر عن نوعه كما لو كان كراجاً او مخربساً او داراً - ا - ج (١)

(١) المذكرة الايضاحية لقانون ايجار العقار .

(٢) وقد اجاز القانون افضالك من ناحية اخرى ان يبني مسكناً او طابقاً او اثرت في المأجور اذا كان يسع لذلك على ان لا يخالف اطمه البناء المعمول بهما ولا يحل اخلاصا حسيما بمنفعة المتاجر ، كان يبني مسكناً او اكثر في حديقه اعداد و يبني طابقاً اخر ليستفك المالك به في استغائه بنفسه او بايجاره للغير مطلقاً بذلك مصلحته ومصلحة من له حاجة في السكنى ، اما اذا كان الاخلال حسيما بمنفعة المتاجر فان القانون يسع المالك من البناء ، واذا لم يكن الاخلال حسيما جاز للمتاجر ان يطلب تخفيض الاجرة بما يناسب نفس المنفعة . راجع المادة التاسعة من قانون ايجار العقار والمذكرة الايضاحية . ومن الجدير بالذكر ان ما نصت عليه المادة التاسعة المذكورة لا يمد سببا مسن اسباب تخلية .

(٣) وقد لاحظ انقضاء العرائن ان البناء القائم يجب ان يكون قويا يدوم لاصناف طوابق جديدة اليه ، اما اذا كانت الدار قديمة البناء (خرية) فانها لا تصلح اساساً لاضافة طوابق جديدة ايها ما يعني ان الفقرة (ب) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار لا تمد منطبقه وبالتالي ترد دعوى طالب التخليه . قرار محكمة ايجار عقار الكرخ - العدد (٧١٦/ت/٨٩ في ٢٨/١٠/١٩٨٩ وغير منشور اثنار اليه سابقاً .

من ناحية اخرى فان تخليع العقار هنا قد تكون كلية او جزئية ، ولا يصحار
اليها الا اذا كانت ضرورية لاضافة الطوابق الجديدة ، وتقدير مدى هذه الضرورة
يعود الى سلطة القاضي التقديرية الذي يرى من خلال الاستماعة بالخير : ضرورة
تخليع غرفة او اكثر من المأجور استجابة لمقتضيات العمل . وقد لا يرى القاضي
ضرورة لذلك . كما لو كان اجناء القائم بجوار قطعة ارض فارغة تعود الى المالك
يستطيع ان يستخدمها لتنصب سلم لتصعيد مواد البناء المطلوبة وهكذا .

ولكي يطبق هذا النص لا بد ان يوجه المالك الى المستاجر انذارا يرفق به صورة
مصدقة من اجازة البناء مع خارطة البناء قبل مدة لا تقل عن تسعين يوما من تاريخ
التخليع وان يشرع بالبناء خلال مدة لا تزيد على تسعين يوما من تاريخ التخليع
الفعلية (م ١/١٩) . فان لم يباشر بالبناء خلال هذه المدة وبموت عمدر مشروع
فلمستاجر الحق في شغل المأجور بالشروط السابقة او التعويض عن الاضرار
التي اصابته بسبب التخليع (م ٢/١٩) اضافة الى العقوبة التي فرضتها على
المؤجر الفقرة الثالثة من المادة (٢٣) من قانون ايجار العقار ، وهي الحبس
التسديد مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن
الف دينار ولا تزيد على خمسة الاف دينار او باحدهما .

المطلب السادس

الضرورة الملجئة

اعتبرت الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار النافذ الضرورة
الملجئة التي نخول المؤجر مطابفة المستاجر بتخليع المأجور بقولها :-

(اذا استجعت بعد العقد ضرورة تلجئه الى سكنى الدار المأجور بنفسه ولم
تكن له او زوجته او واحد اولاده القاصرين دارا اخرى على وجه الاستقلال
يستطيع ان يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة الخ) .

ولكي تطبق هذا النص لا بد من وجود عقد ايجار بين طرفي العلاقة التماقدية.
وقد اودعت نسخة منه لدى دائرة ضريبة العقار استنادا الى لفقرة الرابعة من

المادة السابعة من قانون ايجار العقار - ونستطيع ان نبيّن من خلال هذا العقد تخصيص المؤجر والمستاجر لأعمال هذا السبب من اسباب التخلي .

كذلك فإن هذه الضرورة يجب ان تكون (ملجئة) اولا وقد استجبت بمسند العقد ثانيا (١) . وهذا يعني ان الضرورة او الحاجة لوعدنا لانكفي لتخليّة المأجور . بل لابد ان تكون بأوصاف معينة سماها التشريع (الضرورة الملجئة) والسؤال هنا . ما المقصود بالضرورة الملجئة ؟

ذهبت محكمة استئناف البصرة أن انه ليس للضرورة الملجئة تعريف شامل وضوابط عامة . بل ان المسألة نسبية تختلف وتفاض حسب معاييرها وتفسير بتغيير الظروف والملازمات التي تحيطها (١٠) . ولكن محكمة استئناف منقبة بأبل حاولت وضع صورة مصفرة للضرورة الملجئة في محاولة منها لتعريفها بقولها :-

وهي ضرورة تصوي وحاجة طليقة ماسة شديدة تلجئ المؤجر إلى نقل داره وهي بمثابة اخرى الضرورة الملجئة التي فوضت على المؤجر كرها وليس اختيارا . فيجب ان تكون الضرورة الملجئة خارجة عن إرادة طالب التخلي لاجرد رغبة يروم تحقيقها) (٢) .

(١) وهذا يعني ان الضرورة الملجئة اذا كانت قبل إبرام العقد فلا يعتد بها وإذا كانت بعد العقد فلا بد ان نأكد المحكمة من وجود مبرراتها في الفترة المصوّرة بين إبرام العقد وأقامة الدعوى . لذلك ردت المحكمة دعوى المدعي بمسند أن نأكدت من عدم وجود اسباب ضرورية تعتبر من قبيل الضرورات الملجئة في الفترة بين إبرام العقد وأقامة الدعوى . انظر في ذلك قرار محكمة ايجار نغار الكرخ المرقم (٤٠٢/ت/١٩٨٩) في ٩/٩/١٩٨٩ وقرارها المرقم (٣١٧/ت/١٩٨٩) في ١٥/٨/١٩٨٩ (غير منشور) .

(٢) قرار محكمة استئناف منطقة البصرة المرقم (٢٦٦/ت/ب/١٩٨٨١) فسي ١٠/١٠/١٩٨١ ، اشار اليه د . محسن عبد المجيد بكر الضرورة الملجئة ٢٦ للسكن - دار القاسمية للطباعة - بغداد - ١٩٨٢ .

(٣) قرار محكمة استئناف بابل المرقم (٤٦٠/ج/١٩٧٩) في ١٣/١٢/١٩٧٩ مجلة أوقائع المدنية - العدد (١١) - السنة (١) - ص ٨٣ . وقرارها المرقم (٥٤/ج/١٩٨٠) . مجلة أوقائع المدنية - العدد (١٩) السنة (٢) ص ٢٨٥ .

وقد سار القضاء العراقي في أحدث القرارات الصادرة عنه على هذا المنوال، حيث لا يجوز أن يخلق المؤجر لخدمة ضرورة ملحة يطالب بسببها بتخليصة

المأجور (١).

وعلى كل حال فإن تقدير الضرورات الملحة أمر يعود أولاً وأخيراً للسلطة القاضي التقديرية، ويقع عبئها على عاتق المؤجر الذي يديمها وله أن يبين في سبيل إثباتها بجميع طرق الإثبات.

وقد حصر المشرع الضرورة الملحة بالدار المستأجرة فقط، وهذا يعني أن هذا السبب من أسباب اخلية لا ينصرف إلى غير الدور المستأجرة كالجوانيت والمخازن والمحلات وغيرها، وكما نصل استخدام عبارة (سكنى المأجور) بدل عبارة (سكنى الدار المأجور) لأن كلمة عقار تعد اشمل، حيث تضم العقار السكنية والشركات بالإضافة إلى الدور السكنية، كما حصر المشرع الضرورة بها بالمؤجر نفسه دون أن ينصرف ذلك إلى أولاده المزوجين، كما كان الحال عليه سابقاً في الفقرة (د) من المادة التاسعة من قانون تنظيم إيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ (المفهي)، ولكن يطبق هذا النص بشرط أن لا يكون للمؤجر أو زوجه أو أحد أولاده القاصرين داراً أخرى يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة، ويبدو أن المشرع اعتبر هؤلاء أسرة واحدة، لذلك فسأنا امتلاك أي منهم داراً في حدود المدينة التي يقيم فيها مادة يتجني العلة في النص التي أريد فيها سكن المؤجر في المأجور بسبب حاجته الملحة إليه، فإذا انتفعت

(٦) مثال ذلك طلب المدعي تخلية الدار التي يسكنها لكونه يسكن مع أفراد عائلته في غرفة واحدة غير مريحة، وقد ظهر للمحكمة أن المدعي عند تملكه لهذه الدار كان يسكن داراً واسعة تعود لوالدته، لذلك تكسبون الضرورة اللجنة غير متوفرة، قرار محكمة إيجار عقار الكرخ الرقم (١٨٨/ت/٥٠٠) في ١٩٨٨/٥/٢٩ (غير منشور)، كذلك فإن بيع المالك لداره واستئجاره لدار أخرى لا تكفي لعائلته الكبيرة ثم طلب تخلية داره المستأجرة بحجة عدم امتلاكه داراً لا يمد ضرورة ملحة، لأن هذه الضرورة كانت من خلق المؤجر، قرار محكمة إيجار عقار الكرخ الرقم (١٧٢/تخلية/١٨٨/١٨٧) في ١٩٨٧/١١/٨ (غير منشور)، وانظر في نفس الاتجاه قرار محكمة إيجار عقار الكرخ الرقم (٤٠٢/ت/١٨٩) في ١٩٨٩/٩/٢٤ الذي جاء فيه: (ويظهر لمحكمة بأن المدعي يحاول أن يخلق لنفسه الضرورة الملحة).

عند الحاجة بسب وجود دار أخرى لهذه الأبنية فلا يبقى مجال لطلب التغطية.
لذلك يجب على المحكمة أن لتأكد عند إقامة دعوى التغطية لهذا السبب من عدم
امتلاك المؤجر أو زوجة أو أحد أولاده الخاصين دارا على وجه الاستقلال (١).
من خلال الاستمارة بدوائر الأحوال المدنية ودوائر التسجيل العقاري المختصة.

التطبيقات التشريعية للضرورة الملجئة

بعد أن وضعت لنا الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم
(٨٧) لسنة ١٩٧٩ الأساس القانوني العام للضرورة الملجئة، أوردت لنا بعد
ذلك بعض الحالات التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر مما يعني جسوا
القياس عليها (٢).

وسنأتي على شرح هذه الحالات تباعا :-

أولا - النقل بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو انتهاء الخدمة

نصت الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة
١٩٧٩ على ما يلي :-

إذا كان المؤجر من العاملين في دول المير الدولة أو القطاع الاشتراكي (مسن)
عسكريين أو رجال شرطة أو موظفين أو عمال) سواء داخل القطر أو خارجه
ونقل إلى المدينة التي فيها داره بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو انتهت
خدمته لأي سبب كان (٣).

يشير النص إلى حالتين من حالات الضرورة الملجئة أحدهما نقل أحد
الأشخاص الموصوفين في النص بناء على مقتضيات المصلحة العامة إلى المدينة

(١) فإذا كان المؤجر يملك دارا مشتركة فإنه لا يعتبر وفقا لهذا النص مالكها
لدار أخرى.

(٢) الفقرة (١٥) من المذكرة الإيضاحية.

التي يقع فيها المأجور . وثانيهما انتهاء خدمة أي من هؤلاء دون تحديد
أسباب ذلك (١) .

وعلى هذا الأساس فإن النقل يجب أن يكون بناء على مصلحة الدائرة
التي يعمل فيها الشخص المنقول ، وليس على طلبه هو . على الرغم من أننا
نسلم بحقيقة لا مناص منها ، وهي أن النقل يتم دائماً بناء على ما يحقق مصلحة
للدائرة التي يعمل فيها الموظف ، حتى وإن كان الطلب قد قدم من قبله .
حيث إن هذا الطلب لا يلزم الدائرة إذا كان يتنافى مع مصلحتها التي
تعتبر أهم وأشمل من المصلحة العامة .

كذلك فإن النقل يجب أن يكون إلى المدينة التي يقع فيها المأجور (٢) . أما
إذا كان النقل إلى مدينة أخرى حتى ولو كانت قريبة من المدينة التي يقع فيها
المأجور فلا يطبق النص (٣) .

ومما يلاحظ بمناسبة تطبيق هذا النص أن الموظف قد ينتقل بناء على
معضيات المصلحة العامة إلى مدينة يقع فيها المأجور العائد لزوجته وقد سار
القضاء العراقي على إعطاء الزوجة المزعجة حق طلب تخلي المأجور لهذا
السبب بغية السكن فيه مع زوجها ما داما لا يمتلكان داراً أخرى ، باعتبار أن

(١) وتذكر بأن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٥٠) في ١٩/٣/١٩٨٧ المتعلق
إليه سابقاً ، قد اعتبر جميع العمال في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي
موظفين يتساوون معهم في الحقوق والواجبات ، علماً بأن نص الفقرة (ك/١)
لا يشمل العمال في القطاع الخاص .

(٢) استخدام النص كلمة (دار) وقد يكون المأجور شقة سكنية أو مشغلاً .
(٣) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٢٥٩٠/حقوقية/١٩٧٩) قسماً
١٩٧٩/١٢/٤ - الوقائع العدلية - السنة الثانية - العدد - ١٤ - نيسان
١٩٨٠ - ص ١١١ . وأنظر القرارات المتضمنة التي أشار إليها - صحت
عبد المجيد بكر - أحكام تخلي المأجور - المصدر السابق - ص ١٤٩ هامش
٩٣ .

الزوج والزوجة والأولاد القاصرين يتكلمون أسرة واحدة (٢) - وقد يحصل لعكس
أي أن المفعول بناء على مقتضيات المصلحة العامة هي الزوجة بينما تعود ملكية
الآب والجداد إلى الزوج مما يعني جواز تطبيق نفس الحكم في هذه الحالة - ومن
الجدير بالملاحظة أن نص المقرة (١٠٠) من المادة (١٧) لم يوضح لنا هذا
الأمر بشكل حلي على الرغم من أنه أتبعه ألفاظ الغرائبي بنسج - كما اعتقد
مع المنطق القانوني والحلي - إلا أن تعديل هذا النص بما يحقق مقتضاها
قد يمد لعمراً ضرورياً يحصل بعيداً عن الاجتهادات القضائية والاختلاف في
أعداد القرارات -

أعلى كمن حاله فإن أول مهمات القاضي الأساسية التأكد من طبيعة نقل
الوظف وأنه تم بناء على مقتضيات المصلحة العامة - ويحصل ذلك من خلال
طلب نسخة من الأمر الإداري أو طلب إظهار الموظف برهنها إن كان الأمر
يقتضي ذلك -

وفي حالة نقل الموظف إلى مدينة يمتلك فيها عدة دور - نرى أن من حق المأجر
اختيار القرار الذي يشاء ولا يستطيع المستأجر الاعتراض على ذلك لسببين -

أولهما أن النص جاء مطلقاً وغير مقيد بشروط (أولاهما أن هذا الاختيار

يعتبر - في تقديرنا - مسألة شخصية تتعلق بالمأجر وظروفه وما يحتاجه

ولذلك لا يجوز أن نحيل النص أكثر مما يحتمل بإعطاء المستأجر حق الاعتراض

على هذا الاختيار من أجل أن يختار المالك داراً أخرى يعتقد أنها أفضل له -

الحالة الثانية التي عالجها النص تنتهي الخدمة لأي سبب كان كالتقاعد

والفصل والاعتزال والاستقالة - وقد حاول المشرع هنا إتاحة الفرصة أمام

الموظف الذي تنتهي خدمته للاحتفاظ في المدينة التي يملك فيها داراً للسكن

سواء كانت المدينة التي يقيم فيها عادة عند انتهاء خدمته أو كانت مدينة أخرى

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد رقم (٢٢٤٢) / حقوقية / ١٧٩ في ٧/١١/١٧٩ -

القوانين العدلية - السنة الثامنة - العدد الثامن - كانون ١٩٨٠ ص ١١ -

كسقط رأسه . ويصح هذا التطبيق بشكل خاص بالنسبة للموظف الذي يمكنه
داراً حكومية بسبب وجوده في العمل الوظيفي ، ولا بد له من إخلالها بسبب
تركه النشاط الرسمي .

ثانياً - عودة المؤجر من الخارج بعد انتهاء مهمته العلمية أو الوظيفية

عالجت الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار النافذ حالة أخرى
من حالات الضرورة الملحة تخص عودة المؤجر إلى المدينة التي تقع فيها الدار
المستأجرة بعد انتهاء مهمته العلمية أو التدريسية والوظيفية . وقد تمثل ذلك
في البندين الثاني والثالث من الفقرة (ك) التي تقول :

(٢ - إذا كان المؤجر ممن ذكروا في لفقرة السابقة وانتهى دراسته أو

تدريبه خارج العراق وعاد إلى المدينة التي تقع فيها داره .

إذا كان المؤجر موظفاً معارة خدمته إلى خارج القطر أو طالب بعثة

أو زمالة أو إجازة دراسية أو طالباً يدرس في الخارج بموافقة الحكومة

العراقية وعاد إلى المدينة التي تقع فيها داره بعد انتهاء مهمته الوظيفية أو

العلمية .)

ويبدو واضحاً من النص الأول أنه يشمل المؤجر إذا كان من العاملين في
دوائر الدولة أو القطاع الأشترأكي من عسكريين أو رجال شرطة أو موظفين
بعد أن ينتهي دراسته أو تدريبه خارج العراق وليس داخل العراق . ولم يحدد
لدا النص مدة الدراسة أو التدريب التي يستطيع معها المؤجر ممارسة حقه
في طلب التخليط . والتي الآخر الذي يشير إليه نص الفقرة (ك-٢) هو أن
العودة يجب أن تكون إلى المدينة التي يقع فيها الأجرور . وهذا يعني عدم كفاية
العودة إلى الوطن . إذ ربما تكون هذه العودة إلى مدينة أخرى غير تلك التي
يقع فيها الأجرور . وبذلك تنتفي العلة من وجود هذا النص التي أريد فيها
توفير السكن للمدارس أو للتدريب العائد إلى الوطن وتخليصه من جهد كبير
سبب البحث عن مسكن بطنان إليه

ثم جاء نص الفقرة (ك-٣) من نص الفقرة السابقة فأعطى الحق للموظف العودة خدماته الى خارج القطر في ان يطلب بتخليه داره بعد انتهاء مهنته الوظيفية وعودته الى المدينة التي تقع فيها الدار المستأجرة (١) . ويبدو واضحاً عدم شمول النص للموظف المغارة خدماته داخل القطر ، ولا يشمل أيضاً إيجاد الموظف الى الخارج للعمل هناك ، مما اعتبره البعض يعنى للمصا في النص يجب تلايه (٢) .

ويشمل نص الفقرة (ك-٣) طالب البعثة الذي يدرس على حساب الحكومة العراقية والتمتع برمالة قد تكون دراسية او تدريبية ، كذلك للتمتع بأجازة دراسية قد تخصص للدراسة في إحدى الجامعات العربية أو الاجنبية . وأضاف النص حالة جديدة، حيث يشمل بحكمه الدارسين خارج العراق بموافقة الحكومة العراقية ويواصلون دراستهم على نفقتهم الخاصة . وتمت هذه التفاتة بحيد عليها المشرع تنجيماً للدارسين على حسابهم الخاص بعد حصولهم على الموافقات الاصولية .

ويشترط دائماً بالنسبة لمن أشارت اليهم الفقرة (ك-٣) العودة الى المدينة التي تقع فيها الدار المستأجرة ، ولا يكفي بالعودة الى الوطن فقط . كذلك لابد من انتهاء المهنة الوظيفية او العلمية . وهذا يعنى ان العودة قبل ذلك لا يسمح المؤخر حق المطالبة بالتخليه .

ويبدو للقارى بساطة ضرورة البتدين (٢٠١) من الفقرة (ك) في بند واحد بعد التنسيق بينها دفعا للتكرار الذي لا يبرر له ولقترح ان يكون النص بالشكل التالي :-

(١) وقد أجاز قرار مجلس قيادة الثورة الرقم (١٢٥٧) في ٢٤/٩/١٩٧٨ اطاره خدمات الموظف للعمل في الاقطار العربية والمجالس والمنظمات والمؤسسات والشركات المشتركة العربية والاجنبية والدولية - نشر القرار في الجريدة الرسمية - العدد (٢٥٧) في ٩/١٠/١٩٧٨ .

(٢) د . محمد عبد المجيد بكر - احكام تخلية المأجور - المصدر السابق ص ١٥٩ .

وإذا كان المؤجر من ذكروا في الفقرة السابقة أو كان موظفا معارة عدوانه
إلى الخارج أو طالب بدمه أو زواله دراسية أو طالبها يدين في الخارج
بموافقة الحكومة العراقية إلى المدينة التي يقع فيها داره بعد انتهاء
مهته الوظيفية أو العادية أو التدريبية (١)

الثالث - حالة المؤجر العسكري

أضاف البند (١) من الفقرة (١٧) حالة جديدة من حالات الضرورة الملجئة
خص فيها المشرع المؤجر إذا كان عسكريا بالقول -

إذا كان المؤجر من العسكريين وانظر باختلاف العار أو الصفة الحكومية
التي يسكنها - بأمر من جهة معروفة بذلك - أو باختلاف الدار التي يسكنها بصفة
متاجر - تنفيذاً للحكم بالتخلية مكتسب درجة البتات -

ويبدو لنا أن هذه الحالة كانت توضح للقاعدة العامة التي وضعتها الفقرة
(١٧) من المادة (١٧) بمعنى أن توفر هذه الأسباب المشار إليها في البند (١)
قد يطلع القاضي أساساً للحكم بالضرورة الملجئة بعض النظر عن صفة
المؤجر إلى سواء كان المؤجر عسكرياً أم مدنياً - ولقد هذه الحالة تطبقها
تفصلياً للضرورة الملجئة - ولكن اعتماد المشرع التزايد بالمسكن وأطالته
بعض المزايا التي تتفق مع طبيعة مهامه دفع المشرع إلى نقل هذه الحالة من
مرتبة التطبيقات التفصالية التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية إلى مرتبة
التطبيقات التشريرية التي تنحصر فيها سلطة القاضي إلى حد بعيد -

- (١) ومن القرارات القضائية الحديثة بهذا الشأن ما جاء بقرار محكمة اجازة
قصر الكرخ المرقم (٤٠٩/ت/١٩٨٩) في ١٠/٧/١٩٨٩ (محرر منشور) الذي
يقول - ثبت للمحكمة تحقق الضرورة الملجئة للمدعي بسبب سفره فسي
اجازة دراسية في الخارج وبموافقة الحكومة وعودته بعد انتهاء مهته العلمية
استناداً إلى كتاب مرجعه الرسمي المبروز من قبله ٠٠٠ الخ -
- (٢) وقد حلت هذه الإضافة بموجب القانون رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٢ المنشور
في الجريدة الرسمية بعدد المرقم (٢٩٠١) في ١٣/٩/١٩٨٢ -

ولكن يطبق هذا النص لايد من الاثبات الي ضرورة تحقق شروطه ، في ان يكون الزجر مسكرا . وقد اخطر باخلاء الدار او الضفة التي يسكنها من جهة دخولة بذلك (١) . ولا شك بان المحكمة ستتأكد من هذا الاخطار اولاً . ومن الجهة المختصة المحولة باصداره تالياً ، من خلال طلب نسخة من الاخطار . والحالة الثانية التي أشار اليها النص . حالة اخلاء الدار التي يشملها المسكري بصفة صغار . تعهداً لحكم بالتخلية مكتسب درجة البتات (٢) . وهذا يعني انسه لاينكم مجرد اقامة دعوى التخلية على الزجر المسكري او حتى صدور حكم بالتخلية . بل لايد ان يكتسب هذا الحكم درجة البتات . باستفاد طرق الطعن القانونية . ثم ابداع هذا الحكم دائرة التنفيذ المختصة (٣) .

رابعاً - ايلولة المأجور للسقوط

يشير العقار ايلا للسقوط حينما يشكل من الناحية المبرانية خطراً على حياة الساكن والجار وعابر السبيل على حد سواء . وقد اعتبرت الفقرة (ل) من المادة (١٧) ايلولة المأجور للسقوط حينما من امباب التخلية . وكانت الفقرة (و) من المادة التاسعة من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٧٣ (الفرع) تنص على الدار والثقة والتشغل .

- (١) لفضل استخدام عبارة اخطر باخلاء العقار الذي يسكنه بدل هذا لتعداد .
- (٢) لفضل هنا ايضاً استخدام كلمة (عقار) بدل دار . إذ ان العقار يشمل ما يلي :-
- (٣) د - محنت عبد الجيد - احكام تخلية المأجور - ص ١٦٢ .

إذا ثبت بموجب وثيقة رسمية صادرة عن دائرة البلدية التي تقع الدار في حدودها ان الدار المستأجرة أصبحت ايلة للسقوط - ويخس منها عتس

سلامة المواطنين (١) -

ويلاحظ بان نص الفقرة (د) جاء موجزا ولم يوضح الكثير مسين الامور الضرورية وخصوصا ما يتعلق منها بكيفية اثبات ايلولة المأجور للسقوط ومتى يعتبر ذلك مصدرا للخطر سواء على الساكنين فيه او على العقارات المجاورة او على المواطنين بشكل عام - لذلك نقترح وضع النص التالي :

إذا أصبح المأجور ايلة للسقوط ويخس منه على سلامة المواطنين بموجب وثيقة رسمية صادرة عن جهة مختصة : ويمكن ان تكون هيئة الجهة البلدية التي يقع العقار في حدودها ، حيث يزيد المهندس المختص ليهما ايلولة العقار للسقوط ، كذلك يمكن ان تكون هذه الجهة المحكمة المختصة بعد اجراء الكشف الموقعي للعقار للتأكد من حالته ، حيث تستعين المحكمة في مثل هذه الاحوال بمرقعة اهل الخبرة بالاضافة الى قائمتها (٢) .

ولا يشترط لتطبيق هذا النص القضاء مدة عقد الايجار ، كذلك لا يشترط قيام المالك ببناء العقار الايل للسقوط بعد هذه ، ولا يلزم من النتيجة القانونية افادة تاجيره للمستأجر السابق .

والسؤال الذي طرحه السراج والمختصون في هذا الميدان هو : - هل يشترط طلب الاخلاء لهذا السبب من يملك العقار فقط ، أم يجوز للمؤجر غير المالك طلب الاخلاء أيضا ؟

(١) ومن الملاحظ ان هذا النص يمتد القصور لجملة اسباب منها انه اشارة الى الدار المستأجرة فقط ، في حين كان يجدر الاشارة الى المأجور بشكل عام ، لان ايلولة السقوط وخطورتها لا تقتصر على الدار المستأجرة فقط بل تعداها الى كل لعقارات المستأجرة لا تراض اخرى سواء اعلنت اساسا للسكن او لم تكن كذلك - وقد خصص هذا النص ايضا الحصول على وثيقة رسمية بدوائر البلدية فقط ، وفي ذلك تطبيق لا سبرر له ، على الرغم من ان دوائر البلدية قد تكون الاقرب الى هذا الموضوع من غيرها ، الا اننا يجب ان لا ننسى دور القضاء الفاعل في امكانية اثبات حالة المأجور .

(٢) انظر قرار محكمة استئناف منطقة بغداد بدقتها التمييزية الرقم (١٧٢٣) / حقوقية / ١٩٨٠ في ١٦/١٢/١٩٨٠ ، اشار اليه القاضي سعد خليل الراضي - المصدر السابق - ص ١٦٤ .

د. ج. داني إلى أن لائحة المطار أو بلدية - بعد صياغة من صوب التصرف في
 قدر لا بأسوا إلا اللاتك ، وكذلك فلا يجوز طلب الاخلاء لهندا النسب الا منسب
 اللاتك - ويدهم هذا الرأى موقفه ينص المادة (٥٦) المعدل من نظام الطريق
 لسنة رقم (٤٤) لسنة ١٩٦٥ التي تستخدم عبارات (صاحبه) اي صاحب
المطار و(صاحب اللاتك) (٦) - ولكن هناك من يعتقد بأن للمؤجر ولو لم يكن
 مالك الحق في طلب الاخلاء أيضا لان مسؤوليته عما يمكن ان يسبب المتأخر
 من ضرر بسبب عدم تنفيذ التزامه بصيانة المتأخر من مسؤولية بلدية - فلذلك
 ان يقع على هذه المسؤولية يجب ان يسمح له بالمطالبة بالتغطية (٣) .

وإذا كان المطار مسؤولاً فعند الشخص يرى البعض بأن طلب الاخلاء يجب
 ان يقع من م. حديدا - الا أن يكون احداهم مقوضا في ذلك من الباقيين بالتفان او
 شخصي حكم قضائي او نص ايرسي (٣) بينما لا يميل النجاء اخر الى ذلك ويرى
 فيه خطرا من الناحية الواقعية لا في المطار الا ان التسقوط من خطر على سلامة
 السكان - فضلا عن ان طلب الاخلاء لاحتياج المطار الى الترميم يعتبر من أعمال
الحفظ التي يجوز لكل شريك في الشروع ان يتخذها ، ولو كان ذلك بتيسر
 مراعاة المصلحة (٤) .

(١) كالم الشيوخ جاسم - قواعد اجاز المطار - ص ١٧٣ .

(٢) - سمعون العامري - ص ٣٤٧ .

(٣) كالم الشيوخ جاسم - نفس المصدر - ص ١٧٣ .

(٤) - سمعون العامري - ص ٣٤٧ .

فهرست الكتاب الثاني

عقد الإيجار

المصطلح التمهيدي

أهمية عقد الإيجار وعناصره

- أولاً - أهمية تاريخية
- ثانياً - أهمية عقد الإيجار من الناحية الاقتصادية والاجتماعية
- ثالثاً - تعريف عقد الإيجار
- رابعاً - عناصر عقد الإيجار من الناحية الموضوعية والشخصية
- خامساً - تمييز عقد الإيجار عن غيره من العقود

الباب الأول

مركبات عقد الإيجار

- | | |
|---------------|---|
| الفصل الأول | التراضى في عقد الإيجار |
| المبحث الأول | الاطلية في عقد الإيجار |
| المبحث الثاني | من له الحق في الإيجار |
| المبحث الثالث | القبول الوافدة على التراضى في عقد الإيجار |
| الفصل الثاني | في عقد الإيجار |
| الفصل الثاني | المحل في عقد الإيجار |
| المبحث الأول | الشيء المأجور |
| المبحث الثاني | الأجرة |
| المبحث الثالث | مدة الإيجار |

الباب الثامن

أشوا عقد الإيجار

- الفصل الأول :- التزامات المؤجر -
المبحث الأول :- تسليم المأجور -
المبحث الثاني :- التزام المؤجر بصيانة المأجور -
المبحث الثالث :- التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق -
المبحث الرابع :- ضمان المؤجر لميوب المأجور وتغلف الوصف فيه -
المبحث الخامس :- اأيار دائرة العقار وإهداع نسخة من عقد الإيجار
- الفصل الثاني :- التزامات المستأجر -
المبحث الأول :- الالتزام بوفاء الإجرة -
المبحث الثاني :- الالتزام بالمحافظة على المأجور -
المبحث الثالث :- رد المأجور
- الفصل لثالث :- طبيعة حق المستأجر والتنصرف فيه -
المبحث الأول :- طبيعة حق المستأجر -
المبحث الثاني :- الإيجار من الباطن والتنازل من الإيجار
- الفصل الرابع :- انتهاء عقد الإيجار -
المبحث الأول :- انتهاء الإيجار بانقضاء مدته -
المبحث الثاني :- انتهاء الإيجار بسبب وضع أحد المتأقدين -
المبحث الثالث :- انتهاء الإيجار بسبب انتقال ملكية للمأجور -
المبحث الرابع :- أسباب التخلية في قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل -

أهم مصادر الكتاب الثاني

عقد الإيجار

- ١ - برهام محمد نظا الله - الوسيط في قانون إيجار الاماكن - مؤسسة الثقافة العلمية بالاسكندرية - بلا سنة طبع
- ٢ - توفيق حسن فرج - عقد الإيجار - الدار الجامعية - بيروت ١٩٨٤
- ٣ - حسن عددي العجيلي - شرح قانون إيجار العقار - ط ١ - ١٩٨٣
- ٤ - رمضان أبو السعود - دروس في العقود المسماة - عقد الإيجار - لسي القانون المدني المصري والليبياني الدار الجامعة ١٩٨٦ .
- ٥ - زكية عبد الفتاح ، جعفر الفضلي - الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات الإيجارية في سوريا ، قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ - وزارة العدل - مركز البحوث القانونية سنة ١٩٨١
- ٦ - ط ٣ - مطبعة العاني ١٩٧٤ .
- ٧ - الوجيز في شرح العقود المسماة - ج ١ - عقد الإيجار - صميم عبد السيد تاملو - عقد الإيجار - الدار الجامعية - ١٩٨٤ .
- ٨ - محمد خليل الراضي - شرح قانون إيجار العقار - ط ١ - ١٩٨٣ .
- ٩ - سليمان مرقس - عقد الإيجار - ط ٢ - ١٩٦٨ .
- ١٠ - سليمان مرقس - المطول في شرح عقد الإيجار ١٩٥٤ .
- ١١ - شهاب تومسا منصور - القانون الإداري - الكتاب الأول - ط ١ - دار العراق للطبع والنشر ١٩٧٩ - ١٩٨٠ .
- ١٢ - صاحب عيد الفتاوى - ملاحظات في قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة المجلد السابع - العدد الأول والثاني ١٩٨٨ .
- ١٩٧٩ العدد - مجلة العلوم القانونية -

الكتاب الثالث

عقد المقابلة

تمهيد :

التعريف بعقد المعاونة وأهميته وخصائصه وتكليفه وتمييزه عما يشبهه به من عقود أخرى .

تناول القانون المدني العراقي أحكام عقد المعاونة في الفرع الأول من الفصل الأول في الباب الثالث من الكتاب المخصص للعقود المسماة الواردة على العمل المعنون (عقد المعاونة والإستصناع) . وقد خصص له التشريع سبعة وعشرون مادة من المادة ٨٦٤-٨٩٠ . فمرف عقد المعاونة في المادة (٨٦٤) ونفس الفترة الثانية من المادة ٨٦٥ مرف عقد الاستصناع . ثم تناول التزامات المتعاون في المواد من (٨٦٦-٨٧٢) . وتناولت في المواد من (٨٧٣-٨٨١) التزامات رب العمل . ثم بعد ذلك تكلم عن أحكام المعاونة من الباطن في المقاول الثانوي (١) في المادتين (٨٨٢ و ٨٨٣) . ثم تناول أخيراً الأسباب التي ينشأ بها عقد المعاونة في المواد من (٨٨٤-٨٩٠) . وسوف نسير في دراستنا لعقد المعاونة على هذا النهج . فتدرسها في ثلاثة أبواب تخصص الباب الأول للكلام في أركان عقد المعاونة . وفي الباب الثاني لبحث في آثار عقد المعاونة . وفي الباب الثالث لبحث في أسباب انتهاء المعاونة . على أن يسبق ذلك تمهيد موجز في التعريف بعقد المعاونة وأهميته وخصائصه وتكليفه القانوني وتمييزه عما يشبهه به من عقود أخرى .

أولاً : تعريف عقد المعاونة

عرفت المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي بأنه (المعاونة به يتمه أحد الطرفين أن يصح شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتمه به الطرف الآخر) .

ويسمى أيضاً (بالمعاون الفرعي) أو (معاون المقاول) كما يطلق عليه المشرع العراقي .

يخلص من هذا التعريف أن لعقد المعاولة عدة خصائص يمكن أجمالاً فيميناها
بالتالي :

١- عقد المعاولة عقد رجائي لا يشترط في انعقاده شكل معين فيجوز إبرامه
بالكتابة أو شفهية . والكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المعاولة (١) .
ويسمى الطرف الذي يؤدي العمل لحساب الغير (المعاول) ويسمى الطرف
الأخر (رب العمل) .

٢- عقد المعاولة ملزم لجانبيه ، فالمعاول يلتزم بأتمام العمل ثم تسليمه ويقبض
عليه الضمان ، ورب العمل يلتزم بتسليم العمل بعد اتمامه ويدفع الاجر .
٣- انه عقد من عقود المعاوضة .

٤- يقع التراضي في عقد المعاولة على عنصرين هما التمسك المطلوب صنعه أو
العمل المطلوب تأديته من المعاول وهو احد المتعاقدين والاجر الذي يتعهد
به رب العمل وهو المتعاقد الآخر .

٥- انه عقد وارد على العمل : فالاداء الرئيسي في العقد مطلوب من المعاول
وهو القيام بعمل معين .

ثانياً : أهمية عقد المعاولة

لم تعرض مجلة الاحكام العدلية والتي كانت مطبوعة قبل صدور القانون المدني
لعقد المعاولة تحت هذا العنوان ، وإنما عرضت له في احد فصول الباب السابع
من كتاب البيوع ، وفي بعض اصوص متفرقة من كتاب الاجارة . فإذا قدم
الصانع العمل والعميل بما انعقد البيع استعاناً وطبقت عليه أحكام البيع ، وإذا
كانت العيين من المنصع ، كان الصانع اجيراً مشتركاً وطبقت عليه أحكام
الاجارة .

(١) عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٧ - ص ٦٠
محمد كامل مرسي - العقود المسماة - ج ١ - ص ٢٧٨ .

وكان الفصل من ذلك ، ولقد وضع المحلّة ، نظير العلامة القانونية ييسر
مصنّع وصانع يعمد إليه بعمل ما ، فكان وضع الصانع بالنسبة للمصنّع
أقرب ما يكون إلى العامل بالنسبة لرب العمل .

ولكن هذا النظر أصبح غير متلائم مع الحاجات الحاضرة والتطورات
الاقتصادية الحديثة ، فقد تعددت أشكال المعاولة وسورها ، وازداد حجمها زيادة
صحية لها اثرها في اقتصاد البلاد ، ولي اوضاع العاملين في هذا القطاع ، ووجب
أن ينظم عقد المعاولة نظماً شاملاً ، يتفق مع أهمية الاقتصادية والاجتماعية ،
ويواجه جميع الصور المختلفة للمعاولات ، مما حدا بالدولة إلى إصدار
تشريعات خاصة تنظم عقد المعاولة في القطاع الاستراتيجي ، كالتسويق العامة
لماولات الاصل المهنية المدنية وتعيين تنفيذ ومتابعة مشاريع اتصال
عقد النسبة القرية وغيرها .

وبما حدا لواقعت الدولة تشريعات تنظم اتصال عقد المعاولة في مشاريع التولية
والقطاع الاستراتيجي لهذا العقد من أهمية لا يفس القانون المدني الحالي
الحاجة الملحة لتثل هذا العقد .

ثالثاً : التكيف القانوني لعقد المعاولة :-

في فرنسا ظل عقد المعاولة محتفظاً بمقتضى الإيجار والعمل كما كان من قبل في
ظل القانون الروماني بقيت العلامة في هذا العقد علاقة صانع بمصنّع
بالنسبة للاعمال اليدوية لاقترب مركز الصانع بالنسبة للمصنّع من مركز
العامل إلى رب العمل ، أما بالنسبة للاعمال العقلية التي تكون محلاً للمعاولة
فقد اعتبرها القضاء الفرنسي عقود وكالة لينتج عن أصحابها صفة الأجير لرب
العمل . (١)

(١) - السهوزي - المصدر السابق - ص ١٦ - ١٧

وإذا كانت هذه النظرة أصبحت لا تتشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة
ازاء تعدد اشكال المقاوله وصورها في العمل مما يستوجب مرونة التنظيم القانوني
لهذا الغند بحيث يتسجم مع الحالات المختلفة (١) . فقد انفصل عقد المقاوله في
سطم التشريعات المدنية الحديثة عن عقدي الايجار والعمل وهذا امر بديهي .
اذ بينما يرد عقد الايجار على منفعة الشيء، ترد المقاوله على العمل ،وإذا كان
كلا من عقدي العمل والمقاوله يردان على العمل ،لأن الاول يرد على العمل نفسه
ذاته أما الثاني فيرد على نتيجته (٢) .

ومن الجدير بالذكر انه لكي يصف القاضي عقدا بأنه مقاوله يجب أن يتبين له
بعد تفسيره أن العرض الاساسي والهدف الحقيقي الذي اتجهت اليه ارادة
المتعاقدين هو قيام احداهما مستقلا وباسمه بانجاز عمل معين لحساب المتعاقد
الآخر في مقابل اجر ، فهاتان الصيغتان ، القيام بالعمل مستقلا ، وكون العمل
يتم في مقابل اجر ، تميزان عقد المقولة عن غيره من العقود التي تشبهه به في
حالات خاصة كالبيع والايجار والعمل والوكالة وعقود اصحاب المهن الحرة وعقد
الاشغال العامة والوديعة والشركة (٣) .

وابسأ : تمييز عقد المقاوله عن غيره من العقود :

أن الخصائص التي ذكرناها لعقد المقاوله تجعل هذا العقد يتميز عن غيره
من العقود ، ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاوله بعقود أخرى التي قد تشبهه به
في حالات خاصة . كما نرى فيما يلي :-

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري (مجموعة الاعمال التحضيرية)
ج٥ - ص ٥ و ٦ .

(٢) نتيجة قرة - احكام عقد المقاوله - ص ٢٠ ، كمال قاسم ثروت - عقوده
المقاوله - ج ١ ص ٦ و ٧ .

(٣) محمد ابيب شبيب - شرح احكام عقد المقاوله - ص ١٤ .

١ - تمييز المقاول من البائع

لا صعوبة في التمييز بين المقاول والبائع في حالة ما اذا قدم رب العمل اقامة واقصر المقاول على تقديم عمله فقط (م ٨٦٥ / ١) من القانون المدني العراقي . فلا شك في ان العقد في هذه الحالة هو عقد مقاوله لاشبهه فيه - وانما تقوم اشبهه في حالة ما اذا قدم المقاول العمل والمادة معا (م ٨٦٥ / ٢) من القانون المدني العراقي . كان يتعاقد شخص مع تجار على ان يصنع له اثاثا ويقدم التجار المصنوب من عنده . فهل يبطل العقد في الحالة اشتملة على مقاولية لو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الاثاث بالنسبة للتجار ؟

حيث ان القول بان العقد مقاوله او بيع شيء مستقبل له اصبته المصلحة (١)

(١) وتبين هذه الاهمية في الوجوه التالية :-

١ - لرب العمل ان يتدخل من عند المقاوله ويطلب التنفيذ في اي وقت قبل تكماله على ان يوضع المقاول في م ٨٨٥ / مدني) . اما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة .

٢ - في لبيع تسري الفوائد عن الثمن من يوم اصدار المشتري بطلعه او من يوم تسليم المبيع اليه اذا كان قابلا لانتاج ثمرات او ايرادات اخرى (م ٥٢٢ / ١ مدني) اما في المقاوله فلا يستحق المقاول فوائد على الاجر المستحق له الا من يوم المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة .

٣ - للبايع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا . اما في المقاوله فلا امتياز المقاول الا اذا كان العمل تشييد بناء او منشآت اخرى (م ١٣٧٩ / مدني)

٤ - في البيع لا بد من اتفاق على الثمن والا كان البيع باطلا . اما في المقاوله فانما لم يحدد الاجر لم تكن المقاوله باطلة . ويرجع في تحديدها الى قيمة العمل وتلفقات المقاول (م ١ / ٨٨٠ مدني) . انظر السنهوري - المصدر السابق - ص

٢٢ - ٢٤ هامش ٣ . مصدر لبيب شيب - ص ١٥ هامش ١ .

اختلفت الآراء في هذه المسألة (١) ولكن الرأي الراجح والذي أخذ به معظم الفقهاء، ونميل إلى الأخذ به، هو الذي يذهب إلى أن العقد يكون مقاولاً أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل (٢) فإذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة، فالمقدّم مقاولاً، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل، فالمقدّم بيع (٣) .

٤ - المقاول والعمال

يتحدّد عقد المقاول مع عقد العمل في أن كلّ منهما يردّ على العمل، إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدین تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لهما العقد الآخر، وبخاصة في تحمل التبعة حيث ينحطها المقاول ولا ينحطها العامل، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة .

إن معيار التفرقة بين عقد المقاول وعقد العمل هو أنه في عقد العمل يكون رب العمل مسؤولاً عن العامل مسؤولية المتبرع عن التابع، لأن العامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، أما في عقد المقاول، فإن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً عن رب العمل طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما (٤) .

(١) انظر في تفصيل هذه الآراء، السنهوري - المصدر السابق - من ٢٧-٢٤ .

محمد أبيب شبيب المصدر السابق - من ٢٢-١٦ .

(٢) وهذا الرأي يستند إلى القاعدة التي تنصّ على أن الغرض يبيح العمل .

(٣) السنهوري - المصدر السابق - من ١٧-٢٦، محمد أبيب شبيب المصدر

السابق - من ١٩ .

(٤) السنهوري - المصدر السابق - من ٨، محمد كامل مرسي ج٢ من ٢٤-١٩

لزيد من التفاصيل .

٣ - القفولة والابجار

عقد القفولة يرء على العمل . نلصا عقد الابجار يرء على الانقاع بالنسبة
الزجر .

ومع ذلك فقد يصعب احياناً تحديد ما اذا كان العقد قفولة ام ابجار . اذ قد
يستخدم القاول في اءاء عمله بعض اءياء ينفع بها رب العمل بطريق غير
مباشر مما يحدث معه في كثير من الفروض تءاخلاً ملحوساً بين عقد القفولة وعقد
الابجار . ويضرب الفقه امثلة عديدة لهذا التءاخل كما هو في حالة العقد المبرم
بين المستهلك ومصطحة اسالة الماء والكهرباء . (١)

٤ - القفولة والوكالة

تنفق القفولة والوكالة في أن كلا منهما عقد يرء على العمل يؤءبه القاول
او الوكيل لمصلحة الغير . ولكنهما يختلفان في كون محل الوكالة تصرف قانوني
في حين انه عمل مائري في القفولة . ويترب على هذا الاختلاف ان القاول وهو
يرءى العمل الماى لمصلحة رب العمل لا يتوب عنه وانما يعمل مستقلاً وباسمه
الخاص . اما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً
عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فيتصرف اءر هذا التصرف ال اكمل .
ولتتميز بين القاول والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

لا يخضع القاول لاشراف رب العمل ولا يكون نائباً له اما الوكيل فيعمل
في كثير من الاحيان باشراف المائل وفي هذه الحالة يكون نائباً له ويكون
الوكيل مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع

(١) محمد ابيب شبيب المصدر السابق ص ٢٣ الشهوري - المصدر السابق
ص ٨٤٠

- ٢ - المقاول تكون دائما باجر ، اما الوكالة فقد تكون باجر او بدون اجر .
 ٣ - التصرفات التي يجريها المقاول لا ينصرف الرضا الى رب العمل ، اما الوكيل فلانه ينوب عن الموكل يلزمه بتصرفاته ، وينصرف الرضا عنه التصرفات مباشرة الى الموكل .

مسألة - يتحمل المقاول وحده الضرر بسبب تنفيذ العمل . اما الوكيل ، فالموكل يكون مسؤولا عما احسب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا بمقتضى (١) (م/ ٢/٩١١ مدني) .

المقاول والوديعة

المقاول ترد على عمل يقوم به شخص لآخر ، اما الوديعة فترد على لسو
معين من العمل هو حفظ الشيء لصلحة المودع وردده اليه عينا .

(والاصل في الوديعة ان تكون بشئ اجر (م ٩٦٨ مدني) ، واذا اتفق على اجر فهو عادة اجر زهيد يكافئ ما بذله المودع عنه من جهد في حفظ الوديعة دون ان ينفي كفا من وراء ذلك فهو ليس بمضارب . اما المقاول فهي عقد من عقود المضاربة يعني المقاول من ورائها الكسب . ومن قسم تكون المقاول دائما باجر . ومن اجل ذلك تكون مسؤولية المودع عنه اخف من مسؤولية المقاول ، ولكن من المودع والمودع عنه ان يتحمل من العقد قبل انقضاء اجله ما لم يكن الاجل في مصلحة الطرف الاخر (م ٩٦٩ مدني) (اما المقاول فالتحمل منها مفيد بالتعويض (م ٨٨٥) .

(١) السنهوري - المصدر السابق - ص ١١ - ١٥ محمد كامل مرسي ص ١٧٥ - ١٧٨ .

٦ - المقاول والشركة

الشركة عقد به يتقدم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع
المستطاع بتقديم حصة من المال أو عمل لأجله ما لم ينشأ عنه من ربح أو
خسارة (الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٢
وهذا التعريف مقتبس من المادة ٦٦٦ للقانون المدني) - (١) والشريك
به يكون حصة في رأس المال التزامه بالتقديم بالعمل تعود على الشركة بالتعاقد
وإن يكون العمل مثلاً هو الحصول على ترخيص للاستيراد أو نحو ذلك ، فيحصل
الشريك ، إذا العمل حصة له في الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة
معيه . وهذا قد تلتبس المقاول بالشريك ، فإذا كان الشريك الذي دخل
بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة ، أما
إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة اجرا مقابل (تراخيص الاستيراد)
التي حصل عليها مبلغاً معيناً أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يتشارك
في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاوله ، التزم فيها
الدول بالحصول على تراخيص الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة
أن تعطي المقاول اجرا على ذلك .

(والذي يميز الشركة عن المقاول هو أن الشريك في الشركة تكون هذه نسبة
الاشتراك في نشاط ذي نسبة) وهذه الية هي نية تكوين الشركة أو إرادة كل
شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط يتطوى على قدر من المخاطرة
أما المقاول فليس عليه هذه النية ولا يريد أن يتدخل مع الشركاء تبعية
المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة ، بل هو يقدم عملاً معيناً ويتقاضى
اجره على هذا العمل . فإذا وجدت نية تكوين الشركة يكون العقد شركة ، وإذا

(١) لمزيد من التفصيل انظر (الشركات التجارية) لزميلينا الدكتور باسم محمد
صالح والدكتور عدنان احمد ولي ص ٥٠٠ .

انضمت هذه الية فيكون العقد مقارلة . وهذه مسألة وقائع يستغل بتقديرها

قاضي الموضوع (١) .

٧ - المقارلة والاشغال العامة (٢)

المقارلة عقد من عقود القانون الخاص . وانها في نطاق هذا القانون قد تكون عقدا مدنيا وقد تكون عقدا تجاريا . وانها قد تكون عقدا مختلطا . فتكون مدنية با نسبة لسرب العمل . وتجاريا با نسبة للمقاول . وفي جميع الحالات لا يجب الخلط بين المقارلة وعقد الاشغال العامة وهو عقد اداري من عقود القانون العام

وعقد الاشغال العامة هو عقد يقتضاه تعهد الادارة الى شخص من اشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بمقار مقابل اجر . تطبيقا للمنفعة العامة (٣) ومن هذا التعريف يمكننا ان نستخلص انه يشترط لكي تكون بصدد عقد اشغال عامة ثلاثة شروط :-

١- ان ينصب العقد على عقار .

٢- ان يتم لحساب شخص معنوي عام .

٣- ان يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة . ولو لم يتصل هذا لعمل

بمال عام او يرافق عام - (٤)

واعتماد المقدم عقد اشغال عامة لا عقد مقارلة يترتب عليه عدم خضوعه لاحكام القانون المدني . سواء في ذلك احكام النظرية العامة للمقارلة واحكام مقارلة المقارلة . الا في

- ١ - الحنوزي - المصدر السابق - ج ٧ ص ٣٠-٣١ و ج ٥ ص ٢٢٢ .
- ٢ - تفصيل ذلك : محمد لبيب شنب - المصدر السابق ص ٥٠ وما بعدها . محمد عبد الرحيم مختبر ص ٤٨ في عقد المقارلة طبعة ١٩٧٧ .
- ٣ - انظر في تعريف عقد الاشغال العامة : سليمان الطماوي في العقود الادارية ص ٧٩ . د. محمود الجبوري في العقود الادارية من ص ١٩-٢٠ .
- ٤ - الطماوي - المصدر السابق - ص ٨١ .

الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام . ويبرر ذلك بالفرض المقصود من الأشغال العامة وهو تحقيق منفعة عامة . لهذا الفرض يتطلب أن يخضع عقد الأشغال العامة للقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع لها عقد القارة المبرم لتحقيق مصلحة خاصة .

ويلاحظ أن تكليف عقد الأشغال العامة بتحدد بصفة رب العمل وكونه شخصا من أشخاص القانون العام ولا أثر لصفة القاول هل هذا التكليف . ولذلك فمن الأهمية بمكان تحديد ما إذا كان رب العمل شخصا عاما أو خاصا . ولا صعوبة في الأمر إذا تعلق الأمر بالدولة نفسها أو بأحد مصالحها المسلم بصفتها العامة أو إذا تم العمل لحساب فرد لا شك في صفة العامة . وإنما تنفرد العمومية بالنسبة للشركات المساهمة العامة وشركات القطاع المختلط التي تساهم الدولة أو المؤسسات العامة في رأسالتها بنسب مختلفة .

وبنحو الرأي الراجح في الفقه أن اختطاع العقود التي تبرمها الشركات المساهمة العامة العامة وشركات القطاع المختلط للقانون الخاص . وبالتالي فإن العقود التي تبرمها بقصد الجواز عمل معين بواسطة الغير تعتبر عقاوبات لأشغال عامة . (١) .

(١) تزيد من التفصيل . انظر محمد عبد الرحيم - المصدر السابق ص ١٨ وما بعدها . الموسوعة الضامنة للبيادى . الفاتورية في مصر والدول العربية للظرف المذكور ص ١٢١ . محمد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ٥٣ .
وانظر في هذا المعنى قرار محكمة التمييز الرقم ٢١١٣ / حوقية / ٦٤ في ٦٥/٤/١١ لقاء محكمة التمييز - المجلد الثالث ص ١٢٦ . كما يلاحظ على القرار رقم ٧٢٣ / حوقية / ١٦٥ في ٥/١١/١ . لقاء محكمة التمييز المجلد الثالث ص ١٢٤ .

الباب الأول تركيب عقد القابضة

تركيب عقد القابضة ، كالأركان في سائر العقود ، ثلاثة : التزامي والمضيق والسبب . ولما كان السبب قد تمت تربيته في النظرية العامة للأحكام ، فإنه سوف يقتصر دراستنا على التزامي والمضيق . في عقد القابضة مستلزم ، فهو بالنسبة إلى التزامات القابض العمل الذي تعهد بأدائه بموجبه عقد القابضة وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذي يتعهد المتعاقدان بتأدية هذا العمل .

وبناء على ذلك سوف نخصص الفصل الأول للكلام في التزامي والمضيق الثاني للكلام في محل أو العمل والأجر .

الفصل الأول التزامي في عقد القابضة

ونبحث فيه : (١) شروط الإنفاذ في التزامي
(٢) شروط الصحة في التزامي

المبحث الأول

شروط الإنفاذ

كراهة الإيجاب والقبول :

يجب لا نفاذ القابضة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها . فليس التزامي بين رب العمل والقابض على ناحية العقد والعمل الذي يؤديه القابض لرب العمل والأجر الذي يتقاضاه منه .

وقد رأينا أن المادة ٨٦٤ من القانون المدني وهي تعرف القابضة تذكر هذه العناصر . ويكون ذلك خلافاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد ، فيجوز التمييز عن التزامي عن راحة أو سناً

ولم يأت القانون بأحكام خاصة بتشكيل العقد ، فيجوز أبرامه بالكتابة أو شفاهة والغالب أن يكون بمرض من أحد طرفي العقد وقبول من الطرف الآخر .
ويجب التراضي على ماهية العقد بأن تنبع إرادة كل من الطرفين السي أبرام عقد مقاول . فلز أن شخصا تمهه أن يقوم بعمل لآخر ولم يتعرض للاجر ولكنه اراد بتمهده أن يبرم عقد مقاول فيتقاضى اجرا . وكان الآخر يعتقد أن الاول يقوم بالعمل دون اجر . لم يكن هناك عقد بين الطرفين ، لا عقد لغير مسي كما كان يعتقد المتقاعد الآخر . ولا عقد مقاول كما كان يعتقد المقاول الاول .
ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته ، فيعين تمييزا كالميا . فلو أن المقاول مثلا رسم صورة زيتية ، بينما قصد رب العمل قيام المقاول بنحت تمثال فإن التراضي يكون معمولا لعدم وجود تطابق بين الإرادتين فلا ينقذ العقد .
ويجب التراضي على الاجر الذي يدفعه رب العمل بأن يوافق احد الطرفين على مقدار الاجر الذي معرضه للطرف الآخر وليس من الضروري أن يبين الاجر في العقد ، فإذا سكنت المتعاقدان عن تعيين الاجر ، لا يبطل العقد ويتكفل القانون بتعيينه ، وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة ٨٨٠ من القانون المدني بقولها : (إذا لزم تحدد الاجرة سلفا او حددت على وجه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونقلت المقاول) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

شروط صحة المقاوله هي شروط صحة اي عقد اخر :

توافر الاهلية اللازمة وسلامة التراضي من عيوب الإرادة ، فإذا كان التراضي صادرا من ناقص الاهلية او كان مميبا يبيح من عيوب الإرادة كانت المقاوله موقوفه على اجازة الولي او الوصي .

وبحث في شروط صحة المقاوله في فريحين :

الاهلية اللازمة لأبرام عقد المقاوله .

عيوب الإرادة في المقاوله .

الفرع الأول

الأهلية في عقد المقاولة

أ- أهلية رب العمل :

يلتزم رب العمل بدفع الأجرة ، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من أعمال التصرف
فيجب إذن أن تتوافر في رب العمل أهلية التصرف ، أي يجب أن يكون بالغاً
سن الرشد وأن يكون عاقلاً وغير محجور عليه لسفه أو غفلة ، فإذا كان رب
العمل ناقص الأهلية وهو الصغير المميز ومن في حكمه وهو المعتوه والسفيه وذو
العقله كان عقده موقوفاً على اجازة وليه أو وصية . ولكن قد تكون المقاولة
بالنسبة لرب العمل من أعمال الإدارة ، كالعقد الذي يبرمه رب العمل مع
المقاول لترميم منزله أو يصنع له بدلة فانفق مع الخياط على خياطة بدلة له .
فتسل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ، ويكفي فيها أن تتوافر في رب العمل
أهلية الإدارة ، ومن ثم يجوز للصغير المميز أن يبرم عقد المقاولة في هذه
الأعمال بصفته رب عمل دون حاجة إلى إذن وليه أو وصية .

ب- أهلية المقاول :-

المقاولة بالنسبة للمقاول تعتبر أيضاً من أعمال التصرف ، حتى لو التزم بتقديم
العمل دون المادة فهو مضارب بعمله ، معرض للربح والخسارة وقد يصيبه
مسؤولاً عن تعويض رب العمل عما يلحقه من أضرار ، وبالتالي فإن عقد المقاولة
يكون من الأعمال الدائرية بين النفع والضرر ، ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر
في المقاول أهلية التصرف بأن يكون بالغاً سن الرشد وأن يكون عاقلاً ، ويميز
محجور عليه لسفه أو غفلة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان المقاول ناقص
أهلية كان عقده موقوفاً على اجازة وليه أو وصية .

الفرع الثاني

عيوب الأداة في القولة

يكون عقد القولة صحيحاً إذا شابه عيب من عيوب الأداة وهي الإكراه والغلط والغش مع التفريط والاستغلال . فإذا شاب إرادة المفاوض أو رب العمل عيباً من الإكراه أو الغلط أو الغش مع التفريط كان العقد موقوفاً على إجازة من تقدر الوقف لمصلحته وله أن يجيز العقد أو ينقضه خلال مدة ثلاثة أشهر من الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه الغش مع التفريط . أما عيب الاستغلال فإنه لا يمنع نفاذ العقد . ولكنه يجيز للمتعاقد المتضرر أن يطالب برفع الدين عنه إلى الحد المعقول خلال مدة ستة من تاريخ إبرام العقد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة وعقد القولة شأنه شأن سائر العقود في عيوب الأداة .

على أن الغلط في عقد القولة له تطبيقات عملية لا تفلو من الأهمية . لا سيما الغلط في شخص المفاوض أو الغلط في الحساب .

الغلط في شخص المفاوض

الأصل أن الغلط في شخص المفاوض لا تأثير له في صحة العقد . ولكن إذا كانت شخصية المفاوض محل اختيار عند رب العمل كالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معماري أو رسام . يكون الغلط فيه عيباً من عيوب الرضا ويكون العقد موقوفاً على إجازة رب العمل بشرط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط نفسه أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده (م ١٦٦ مدني) . فيستطيع المتعاقد الذي وقع في الغلط أن يجيز القولة أو ينقضها خلال مدة ثلاث أشهر من تاريخ تبين الغلط (١٣٦٣ مدني) .

الغلط في الحساب والغلط المادي :

تنص المادة ١٢٠ مدني على أنه (يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي . وإنما يجب تصحيح هذا الغلط) .

فالغلط في الحساب الذي قد يقع أحياناً في عقد القولة أو الغلط المادي ليهما لا يؤثر في صحة القولة وإنما يصحح هذا الغلط . وتبقى القولة صحيحة .

الفصل الثاني

العمل في القنولة

العمل في عقد القنولة كما قلنا . مزدوج . فهو بالنسبة الى التزامات القنول العمل المتعاقد على ناديه . وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الاجر الذي تعهد بدفعه للقنول .

وبناء على ذلك سقسم هذا الفصل الى مجلدين لخص المبحث الاول للكلام عن العمل ونخص المبحث الثاني للكلام عن الاجر .

المبحث الأول

العمل في القنولة

لم ترد نصوص متعلقة بالعمل كمرکز في القنولة ، فوجب تطبيق القواعد العامة سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العمل ، او فيما يتعلق بانواع العمل .

الشروط الواجب توافرها في العمل :-

هذه الشروط طبقا للتواعد العامة ، هي أن يكون العمل ممكنا وان يكون ممينا او قابلا للتحسين ، ان يكون مشروعاً .

يجب اولا أن يكون العمل ممكنا . لانه لا التزام يستحيل والا كان المقدر باخلا (م ١٢٧ مدني) . والقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة وهي ان يكون العمل مستحيلا في ذاته . لا أن يكون مستحيلا بالنسبة للقنول فحسب وانما يستحيل على أي شخص آخر اجاز العمل كما لو تم الاتفاق مثلا مع احد الانخاص على استحضار دواء لشفاء جميع الامراض فيكون المقدر باطلا . كما لو تكون الاستحالة قاتنية كما لو تعهد محام بتعيين قضية بعد انقضاء اليماد القانوني . وحكم الاستحالة القاتنية هو حكم الاستحالة الطبيعية .

ويجب ثانيا أن يكون العمل ممينا او قابلا للتحسين . فيكون العمل ممينا اذا لشكرت طبيته واوراله وبين ذلك بيانا كالتالي . ولذا لم يكن العمل ممينا ، وجب

ان يكون ظهر الاصل قابلاً لتدوين. ويصح التعاهد على بناء مستطعم يشمل على
 كما حرير، وذلك معرفة مع المرافق اللازمة - ويجب أخيراً أن يتكون العسل
مستوعباً - إذا كان غير مستوعب فإن كان مخالفاً للقانون أو النظام المعمول
 الآداب، كانت المقالة باطلة فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل المشاهدة أو للعب
 القمار، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب المخدرات أو البضائع من الكمارك أو على
 ارتكاب جريمة -

أقسام العسل :

إن العسل الذي يرد به المقاول يتنوع من مقاوله إلى أخرى تنوعاً كبيراً - فمن
 ناحية طبيعة العسل قد يكون العسل متصللاً بشيء، معين وقد يكون مفصلاً الشيء،
 غير موجود والمقصود من المقاوله إيجاد مادة يوردها المقاول من اعتماد يوردها
 رب العسل - وقد يكون الشيء، موجوداً فعلاً وهو معلوك لرب العسل ويصح عسل
 المقاول على هذا الشيء، الموجود وقد يكون العسل غير متصل بشيء، معين بل هو
 مجرد عسل كالنقل والطبخ والنشر والإعلان والتدريس - ومن ناحية حجم
 العسل تتدرج المقاوله من مقاوله صغيرة إلى مقاوله كبيرة ومن ناحية جنس
 العسل هناك مقاولات أصبح لها الآن اسم معروف لانتشارها - فهناك مقاولات
 البناء ومقاولات الأعمال الكهربائية ومقاولات المرافق العامة ومقاولات الاشتغال
 العامة الخ -

والأعمال التي ترد عليها المقاوله إما أن تكون إعمالاً مادية، وإما أن تكون أعمال
عقلية ومنه يتبعها إما أن تكون أعمالاً قانونية كما في التعاهد مع المحامي، وإما
 أعمالاً فنية كما في التعاهد مع طبيب أو فنان أو - نفس مما سبق - (١)

- كذلك تنقسم الأعمال التي أعمالاً عامة وأعمال خاصة، والأولى تتعلق بالمرافق
 العامة والاشتغال العامة والنقل - والثانية تتعلق بالأفراد والشركات التي لا تسلم
 عهد المولة أو المؤسسات العامة -

(١) ودعت إحدى المحاكم الفرنسية إلى القول بأن العقد الذي أبرمته زوجة
 أحد أسرى الحرب في ألمانيا مع شخص لتهريب زوجها من الأسر يعتبر عقد
 مقاوله - (محكمة نانسى مقاوله - محكمة نانسى)

المبحث الثاني

الاجر في المقاولة

الاجر ذكرى في عقد المقاولة ، وهو المال الذى يلتزم رب العمل باعطائه للمقاول
في مقابل قيام هذا الاخير بالعمل المعهود به اليه .

فالاجر أذن هو محل التزام رب العمل ، ويشترط فيه ما يشترط في أي محل
للتزام ، أن يكون موجودا ومعينا او قابلا للتعيين ومشروعا ، أما المشروعية
فلا جديد فيها ، وشأن الاجر في ذلك شأن العمل .

فالاجر لابد من وجوده في عقد المقاولة والا كان العقد من عقود التبرع ، فلا
يعتبر مقاولة ، بل يعتبر عقدا غير مسمى ، ويلاحظ أن الاجر ، وان كان ركنا في
المقاولة ، الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان فإذا لم
يحدداه تكفل القانون بتحديد ، ونبقى المقاولة صحيحة متى تبين من الظروف
على أن العمل مما كان ليؤدى الا لقاء اجر يقابله (م 2/88 مدينى) ، هذا بخلاف
التراضى والعمل ، فهما ركنان في المقاولة لا شأن للقانون بتحديدهما ، فلماذا

هم يتوانوا في المقدمات المقاولة باطلة ولكن يجب التمييز بين ما اذا كان
المتعاقدان قد عرضا للاجر ولم يتفقا عليه فعد ذلك تكون المقاولة باطلة لانعدام
واحد اركانها .

وبين ما اذا كان المتعاقدان لم يعرضا للاجر اصلا بل سكتا عنه وهنا تكون
المقاولة صحيحة وتكفل القانون بتحديد الاجر كما سنرى .

والاصل في الاجر أن يكون نقودا ، وهذا هو الغالب ، ولكن يجوز أن يكون
الاجر من غير النقود ، كما هو الشأن في عقد الإيجار ، فقد يكون استئجارا او مستندات
او بضاعة او بيتا او ارضا او سيارة او غير ذلك ، بل يصح أن يكون الاجر عملا ،

كثافة الجاس - مع المقاول على أن ينشئ له دارا في مقابل أن يتراجع المصالحى ففى
بعض قضايا المقاول، وهنا تكون المقابلة مفايسة مثل يمثل (١٦).

والاصيل أن المتقدين هنا اللذان يقومان بتحديد الاجر، وذلك يحدد المسه
بموجب مفايسة على اناس الوحدة او يحددان اجرا اجاليا على أساس تصميم
متعلق عليه .

(١٦) محمد ابيوب شبيب - المصدر السابق - ص ٩٥ .

الباب الثاني

المسؤولية

يترتب على عقد المعاونة ان تنشأ التزامات في ذمة المفاوض، والتزامات مقابلة في ذمة رب العمل . وقد يتعاقد المفاوض مع مفاوض من الباطن (مفاوض المفاوض) لانجاز بعض الاعمال المجهود بها اليه ، او لانجاز جميع هذه الاعمال .

لذا سنتعرض هذه المباحث في الفصول ثلاث ، نخصص الفصل الاول منها للكلام عن التزامات المفاوض والفصل الثاني للكلام عن التزامات رب العمل ، ونخصص الفصل الثالث للكلام عن المعاونة من الباطن والتنازل عنها .

الفصل الاول

التزامات المفاوض :

يلتزم المفاوض نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة :-

- 1- الالتزام بانجاز العمل المتفق عليه .
- 2- الالتزام بتسليم العمل بعد انجازه .
- 3- الاالاتزام بضمان العمل بعد تسليمه .

البحث الاول : انجاز العمل

1- طريقة انجاز العمل

الالتزام الرئيس الذي يترتب في ذمة المفاوض هو الالتزام بانجاز العمل . فيجب على المفاوض أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فسي عقد المعاونة وطبقا للشروط الواردة فيه . فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف وبخاصة اصول الصناعة والفن في العمل الذي يقوم به المفاوض .

مخصصها أصول الشركة وعموماً وبذليلها أو لتساير العمل ذلك . كما يجوز في العقد - سواء قدم المفاوض التردد من عند أو لعمد - العمل^١ فإذا خالف المفاوض الشروط والتواضعات التي فيها أو الشروط التسييرية سراًتها دون حاجة التي ذكرها - فذلك صراحة أو ضمن أصول وبذليله حتى لأن يثبت رب المصلح خطياً صراحة بالترسية ويجب عليه الجزاء - وذلك دون حاجة في جانب المفاوض - لأن مخالفة هذه الشروط هي دالها الخطأ (١) ولا يستطيع المفاوض أن يتخلص من المسؤولية للاتبات التي يجب الإجابة التي باتيات أن مخالفة الشروط ترجع أن قوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطأ رب العمل نفسه أو لغيره (٢)

وإذا احتاج المفاوض في اجراءه للعمل أن يتولى أعمالاً ويجوز عليه أن ياتي بها - ويكون ذلك على غلظة فالدوات العمل وسهلاته تشمل الات البناء والادوات الأخرى التي يستعملها المفاوض في عمله تكون على المفاوض يتغير من ما لم يخلص الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك - كذلك إذا احتاج المفاوض في اجراءه للعمل - أن ياتي عامة أو إلى الشخص يداونه ويمسكون تحت اشرافه فإنه يكون على المفاوض أن ياتي به ويضمان اجورهم ما لم يخلص الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك - م ١٦٧/٢ يعني

مبدأ - العناية اللازمة في اجراء العمل :

الالتزام بالاجراء العمل في المفاوضة ان يكون التزاماً بتطبيق غاية وأساساً

أن يكون التزاماً بتطبيق غاية

فإن كان التزاماً بتطبيق غاية - لا غاية بناء أو ترميمه أو عممه - فمسئلاً يبرأ

(١) محنة ليبب شنب - المصدر السابق - ص ٩٠

(٢) الدهوري - المصدر السابق - ص ٦٦

المقاول من التزامه إلا إذا تحفظت العناية وأجر العمل المطلوب، ولا يكفي أن يثبت في القيام به عناية الشخص المتعاقد، مما دام العمل لم يتم اجراءه فان المقاول يكون مسؤولاً، ولا تستثنى مسؤوليته إلا اذا التمس السبب الاجنبي، وانتفاء مسؤوليته في هذه الحالة، إنما يأتي من غير الخلافة السببية لا من غير الخطأ (١) .

وأن كان الالتزام التزاماً بتدبير مناهج - كعلاج مريض أو تدارك عمل أو المرافعة في قضية - فان المطلوب حسن المقاول في هذه الحالة هو يثبت عناية الشخص المتعاقد في الجاز العمل المجهود اليه، فيجب على الطبيب أن يثبت عناية من لمشي بسواء من الأطباء، في علاج المريض طبقاً للاصول الطبية، وليس عليه أن يشفي المريض . وتقول الفقرة الأولى من المادة (٢٥٦) من القانون المدني في هذا المعنى ما يلي :-

في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فمدين المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يتقاسمه الشخص المتعاقد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود) .

وهذا وقد يقتصر نمود المقاول بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل ثلاثة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، أو يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معاً . وهنا يجب التمييز بين هاتين الحالتين :-

(١) كما لو ألت المقاول أن خطا رب العمل هو الذي سبب تأخره في اجراء العمل - وهذا ما قررتة محكمة تمييز العراق في قرار لها . (رقم القرار ١٧٦٤ / ١٧٦٤ / ١٩٦٨ - قضاء محكمة التمييز - المجلد السادس ١٩٦٩ - ص ٣٧٠) . وانظر أيضاً القرار رقم ١٦ / ٥٥٩ / ٧٥ في ٧٦ / ١ / ٢١ ، مجموعة الاحكام القضائية - العدد الاول السنة السابقة ص ٦٧ .

لذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها :-
تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٦٥) من القانون المدني على ما يأتي :-
(كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا ، ويكون المسئول
استثناءً) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة (٨٦٦) من القانون المدني على ما يأتي :-
(إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسؤولاً عن جودتها
وعليه ضمانها لرب العمل)

ويظهر من النصوص المتقدمة انه اذا قدم المقاول مادة العمل كلها او بعضها
وكان للمادة قيمة محدوسة ، فان العقد يكون استثناءً (مزيجاً من بيع ومقولة)
سواء كانت المادة اكثر من كمية العمل او الل ، ويحل البيع على المادة وتسرى
احكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاوله على العمل وتنطبق احكامها عليه . وقد
طبق نص الفقرة الاولى من المادة (٨٨٦) للسالف الذكر هذه القاعدة ، فجعل
المقاول مسؤولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل . وذلك ان المقاول في
هذه الحالة يكون بالما للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للميوب
العنفة ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط واقف هو تمام صنع المادة (١)

وتسرى في ضمان العيوب الخفية الاحكام الثلاثة لطبيعة عقد الاستصناع وهي
احكام عقد البيع فيكون المقاول ملزماً بالضمان اذا لم تتوافر في المادة الصفات
التي كفل لرب العمل وجودها فيه . او كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها او من
نفعها بحسب الغاية المقصودة منها . ولا يضمن المقاول العيوب التي كان لرب العمل
يعرفها وقت تمام صنع الشيء ، او كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو انه

(١) محمد لبيب شنب - المصدر السابق - ص ١١٢ - انظر كذلك قرار محكمة
التمييز رقم ٧٦٥/١ م/٧٨/١ في ٧٨/١/٦ - مجموعة الاحكام المعدلة -
العدد الرابع - السنة العاشرة - ص ٢٩

يخص النبي، بمثابة الرجل المعتاد، إلا إذا ثبت رب العمل أن المقاول قد كلفه
له عار النبي، من هذا القبيل، أو إذا ثبت أن المقاول قد تعدى أخطاءه، فالمصيب
لها منه (م ٥٤٩ مدني) (١) - ولا يضمن المقاول مبرا عرى العرف على المتابع
به، وإذا تسلم رب العمل العمل وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن
يتأكد من ذلك، وفقا للمألوف في التعامل، فإن لم يفعل يتغير فأبلا للنبي (م ٥٦٠
مدني) -

أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف بالفحص المعتاد ثم كلفه رب
العمل وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره، ولا يصح فأبلا للنبي، بما
فيه من عيب (م ٢/٥٦٠ مدني) (٢) ولذا اعطى رب العمل المقاول بالمصيب في الوقت
الملائم، كان له أن يرجع بالضيان على النحر المبين في المادة (٥٦٢) من القانون
المدني، وتبقى دعوى الضمان ولو حلتك النبي، بأن عيب كان، ويجب على
رب العمل في كل الأحوال أن يخطر المقاول بالمصيب قبل طهي ستة أشهر من
تاريخ تسلمه للنبي، تسليما فعلياً، إلا إذا كان المقاول قد اعطى العيب عن رب
العمل فشا عنه، فإن رب العمل في هذه الحالة يستطيع أن يرجع عليه خلال مدة ١٥
سنة (م ٥٧٠ مدني) -

- (١) انظر في هذا الصدد قرار محكمة التمييز رقم
٧٦/١٢/١٢ في ٧٦/١٢/٥٢ مجموعة الأحكام العدلية العدد الرابع لسنة
السابعة ص ٢٩ وقراراتها رقم ٣٠٧ و ٢٥/١٢/٢٠٨ في ٢٥/٩/١٠ مجموعة
الأحكام العدلية - العدد الثالث السنة السادسة ص ٦٣ -
- (٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧٢/ حنة خاصة اول ٢٦/ في ٧٣/٦/٢ -
الشفرة القضائية العدد الثاني السنة الرابعة - ص ١٥٣ -

كاتباً :

وقد يقدم المقاول عمله فقط ورب العمل هو الذي يقدم المادة . وقد نصحت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٨٦٦) من القانون المدني العراقي بقولها : إذنا كان رب العمل هو الذي يقدم المادة . فطى المقاول ان يعرض عليها ويردني اصول الفن في استعمالها وان يؤدى حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد اليه ما بقي منها . فذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب احواله او لفة كثرته ففدية . التزم بحد قيمته لرب العمل (١)

فيجب على المقاول في هذه الحالة ان يحافظ على المادة المسطحة اليه من رب العمل وان ينفذ في ذلك عناية الشخص المعتاد والا كان مسؤولا عن هلاكها او تلفها او ضياعها او سرقتها (١) . ولذا امتاح العنق الي التفتت. تحسب المقاول لانها تعتبر جزءا من النفقات العامة التي أدخلها في حسابها عند تقدير الاجر (٢) كذلك يجب على المقاول ان يستخدم المادة طبقا لاصول الفن . ويستعمل منها القدر الذي لا يتجاوز العمل المطلوب منه . وان يقدم حسابا لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي ان وجد (٣) .

ولذا كلف المقاول في هذه عمله ان ياتاة بما لا تصلح منها للفرض المقصود . ويجب عليه ان يخطر رب العمل فورا بذلك والا كان مسؤولا عن كل مسا جرتب على احواله من نتائج ما لم تكن المادة من نوع لا يستطيع المقاول مثله ان يعلم بها . والا حكم السابغة لانظرو ان تكون تطبيقا للقواعد العامة .

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٣٦ / حنة عامة اول / ٧٤ / ١ في ٧٤ / ١ / ١ - المنشرة

الضمانية العدد الثاني - السنة الخامسة - ص ١٠٩

(٢) السهورى - المصدر السابق ص ٧٢-٧٣ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٣٦ الثالث، الذكر .

مسؤولية القاول عن خطأ وخطأ لا يحميه

يخلص مما تقدم أن القاول يكون مسؤولاً عن خطأ مسؤولية عقدية ، وبما أنه في جانب الخطأ ، فننحفظ مسؤولية إذا هو مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحراف عن أصول الفن والفنانيه الصنعة ومنها : أو اساءة اختيار المادة التي تصنعها من مادة ليستعملها في العمل أو تولد من ضاية الضمير المعناه فسي المحافظة عن المادة التي لديها له رب العمل ، أو تبنت عدم كفايته والصوره التي ، ويوجه عام لها هو مخالف واجباً من واجباته .

فإذا تبين خطأ على النحو المتقدم ، وكان هو الذي قدم المادة المصنعة أو صنعت بسبب خطأ ، تحمل هو الحسارة ، فلا يرجع على رب العمل لا يحميه المادة التي صنعت أو تلفت ولا يحمي العمل ، بل يكون فوق ذلك مسؤولاً عن تعريض رب العمل لعا اصابه من الضرر بسبب اخلاله بالتزاماته ، وإذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة ، يجب عليه أن يعرض رب العمل قيمتها ، ولا يرجع عليه بالضرر العمل ويكون فوق ذلك مسؤولاً عن التعريض كما سبق القول ، وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة .

أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أخذ القاول رب العمل لتنظيم العمل ، فإن مسؤولية القاول تنفي ، بما لم تبين رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ القاول .

وإذا استعان القاول بشخص يساعد في إنجاز العمل ، أو استخفاه في ذلك ، فإنه يكون مسؤولاً عنه مسؤولية التبوع عن التابع ، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعديرية ، بل هي مسؤولية عقدية ، ويكون القاول مسؤولاً أيضاً قبل رب العمل عن القاول من الباطن (القاول الثانوي) ، ولو أن هذا الأخير ليس له صلاحية تبعية القاول أو الترافع ، بل يحمل مستغلاً عنه فلا يعتبر تابعاً له (٢) ، وقد نصت المادة (٢/٨٨٢) من القانون المدني العراقي على ذلك صراحة بقول:

ولكنه (أي المقاول) يبنى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل ضمن المقاول
التالي .

وأيضا :- عدم التأخر في إنجاز العمل :-

كذلك يلتزم المقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها . فإن لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه .
تبعاً لقدرة المقاول ووسائله ، وبمراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة ،
وحسب عرف حرفته (١) .

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاماً ببذل عناية . فلا يكفي لامضاء المقاول عن المسؤولية عن التأخير أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميدان ولكنه لم يتمكن ممن ذلك . بل يجب عليه حتى تنتفي مسؤوليته ، أن يثبت السبب الأجنبي ، فأذا ثبت القوة القاهرة أو الحادث الجائي أو فعل الغير ، ألتفتت ثلاثة السببية ولم تحقق مسؤوليته .

خلاصة :- جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل :-

إذا إخل المقاول بالتزامه بإنجاز العمل فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الإخلال . ويكون لرب العمل في هذه الحالة ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أما أن يطلب التنفيذ العيني ، وأما أن يطلب فسخ العقوبة ، مع التمييز في كلتا الحالتين أن كان له حقتى . بعد أن يتدر رب العمل المقاول كما تقتضي بذلك القواعد العامة . وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٨) من القانون المدني حيث تقول : (إذا تأخر المقاول في الإبتداء بالعمل أو تأخر في إنجازه تأخراً لا يبرهن عنه مطلقاً أن يتمكن

(١) محمد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ٩٣ .

(٢) النظر قرار محكمة تمييز رقم ٧٥/٢٤/٢٩٠ في ٧/٧/٧٥ مجموعة الأحكام العدلية المبد الثاني - السنة السادسة ص ٦٥ .

من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها .جاز لرب العمل فتح العقد دون انتظار حلول الاجل .

وقد يختار رب العمل الترخيص العملي ، وله في هذه الحالة ان يطلب من المحكمة ترجيحاً في تنفيذ الالتزام بواسطة عقود اخر على نفاذ العقود الاول اذا كان هذا ممكناً ونسج به طبيعة العمل ولم تكن شخصية العقود محل اعتبار في العقد .
وعنى عن البيان ان لرب العمل ان ينفذ العمل على نفاذ العقود دون ترخيص من المحكمة اذا كان العمل مستمراً لا يحتمل الابطاء . كما اذا كان الامر يتعلقنا بتزجيم منزل أمين المسنوط او المانة جناح لمعرض على وتلك الافتتاح وللغاضي بعد ذلك ان يست قيبا اذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

وقد يختار رب العمل فتح عقد القابضة . اذا كان الاخلاص جسيماً بحيث يبرر الفسخ . كان يكون التنفيذ العملي مستحيلاً . او يلى العقود مستعاضاً عن التنفيذ اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد . فحينئذ يحكم بفسخ العقد مسج تعويض رب العمل عن الاضرار التي لحقته من جراء اخلال المقاول بالتزامه .
ومن ناحية اخرى ، فانه اذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل او في اتمامه تأخر لا يرجح معه مطلقاً ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها . او اذا انقضت مسلكاً يتم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه . او اني فعلاً من شأنه ان يعطل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فان نص المادة ٨٦٨ مدني يجيز لرب العمل ان يطلب فسخ العقد دون انتظار حلول اجل التسليم . وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً اذا تأخر المقاول في تنفيذ التزامه تأخرًا يصح معه تأييداً او كبير الاحتمال انه لن يتمكن من اتمام العمل في الميعاد . فيكون بذلك قد اخل مقدماً بالتزامه .

المبحث الثاني

التزام المقاول بتسليم العمل

يلتزم المقاول بتسليم العمل المطلوب إنجازَه إلى رب العمل، والعمل هو العمل الذي يقع عليه التسليم، والتسليم يختلف باختلاف طبيعة الشيء أو الشيء. فإذا كان المقاول هو الذي قدم المادة وجب عليه تسليمها مستوفى على النحو المتفق عليه، أما إذا كان رب العمل هو الذي يقدم المادة للمقاول يلتزم بردها بعد أن يجري فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو تصليح، وهو في ذلك إما يرد لرب العمل ملكه أو ملكية الشيء، ما زالت بالية لرب العمل، وهو في الحالتين يسلم العمل بموجب التزام في ذمته بالتسليم بالشيء من عقد المقاولة. ويلتزم المقاول كذلك برد ما بقي من المادة التي قدمها رب العمل (م 1/817)، وكذلك الأدوات والمواد التي يكون قد تسلمها من رب العمل ولم تعد الحاجة لتسليمها لاستخدامها عند بدء إنجاز العمل.

كيف يكون التسليم

يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن من الاستيلاء عليه والانطلاق به دون عائق، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلاً على العمل، ويختلف طريقة التسليم باختلاف العمل، فالمقاول البنّاء يسلم البناء بالتسليم إليه وبين رب العمل ضمن طريق تسليم مفاتيحه إلى رب العمل أو بوضع تحت تصرفه على ما سبق بيانه، وكذلك التجار والمهيكات والنجارين وغيرهم من أصحاب الحرف والصناعات.

زمان التسليم

ويكون التسليم في الموعود المتفق عليه لإنجاز العمل، فإذا لم يكن هناك موعود متفق عليه ففي الموعود المتقاول لإنجاز العمل، وفقاً لطبيعته وأهرف الحرفة، وقد

يجل موعد التسليم ويكون للمقاول أجر مستحق في ذمة رب العمل في نفس هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستولي اجره . وذلك طبقا للقواعد العامة (م ٢٨٠) مدني . وفي الدفع بعدم التنفيذ ويتناول حق الحبس كذلك كل ما سله رب العمل من عادة لاستخدامها في الجاز العمل مسن ادوات والآلات ومستندات ووثائق وتصاميم وغير ذلك (١) .

وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفي مواجهة دائتي رب العمل العاديين والمتأخرين .

مكان التسليم :-

يكون التسليم في المكان المتفق عليه فان لم يكن هناك اتفاق . ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة . واذا كان العمل واقعا على عمار . كان التسليم في مكان العمار . اما اذا كان واقعا على متقول . فيكون التسليم في موطن المقاول تطبيقا للقواعد العامة . ما لم يكن هناك اتفاق . او عرف . لانه هو المدين بالتسليم (٢) (م ١/٢٩٦ مدني) .

جزء الاخلال بواجب التسليم :-

اذا لم يتم المقاول بتسليم العمل كاملا في الزمان والمكان الواجب تسليمه لربها . فانه يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم . ويكون لرب العمل . وفقا للقواعد العامة . طلب التنفيذ العيني او طلب الفسخ مع التعمير في الحالتين ان كان له مقتضى . ويجب على رب العمل في جميع الاحوال ان يبدأ اولا باعداد المقاول بالتسليم .

(١) محمد لبيب شبيب - المصدر السابق ص ١٠١

(٢) السنهوري - المصدر السابق ص ٩٢

فإذا طلب رب العمل التنفيذ العملي ، فيجب المفاوض على التسليم إذا كان هذا ممكناً ، وإذا كان التسليم يقتضي تدخل المفاوض شخصياً جاز الانتجاع السري التهديد المالي ، وإذا كان يمكن الحصول على مثل هذا الشيء جاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المفاوض بعد استئذان المحكمة ، أو بدون استئذنها في حالة الاستعجال (١) .

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ، وخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلاً ، فتراً دعت من دفع الأجرة ، ويرجع التعويض بما أصابه من ضرر ، والمحاكمة سلطة تقديرية في فسخ العقد ، وقد ترى المحكمة أن يجعل المفاوض حتى ينسوم بالتنفيذ العملي إذا كان قد اجز معظم العمل ولم يبق الا القليل ، وسواء طلب رب العمل التنفيذ العملي أو الفسخ ، فإن له أن يطلب في الحالتين التعويض عما أصابه من ضرر من جراء اخلال المفاوض بالتزامه .

ولما كان التزام المفاوض بالتسليم التزاماً بتحقيق غاية ، فإن مجرد عدم قيامه بالتسليم يعتبر اخلافاً منه بالالتزام ، ولا حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فسي جانب المفاوض ، لعدم التسليم ذاته هو الخطأ ، ولا تنتفي مسؤولية المفاوض الا اذا اثبت السبب الاجنبي ، او اثبت ان العمل قد هلك او تلفد وهم انه يسأل فسي المحافظة عليه عنابة لشخص المعتاد (١) ، وإذا كان الاخلافاً هو مجرد التأخير في تسليم العمل بسبب راجع ال قوة قاهرة او ال فعل الغير او ال خطأ رب العمل نفسه فإن مسؤولية المفاوض تنتفي كذلك .

تحصل تبعة هلاك الشيء قبل تسليمه له

إذا ملك الشيء محل المفاوضة قبل تسليمه لرب العمل بسبب حادث فجائي او قوة قاهرة فإن هلاكه او تعيبه يكون على المفاوض وليس له أن يطلب لا باجرة

(١) المصدر السابق .

صله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين . إلا إذا كان المقاول قد اعذر رب العمل أن ينسلم ، فالذي يتحمل النتيجة هو رب العمل ، سواء كان هو الذي قدم المادة أو كان المقاول هو الذي قسمها . ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول .

الهلاك بخطأ المقاول :-

إذا هلك الشيء أو تعيب بخطأ المقاول أو ما يعادل الخطأ ، كان يعذر رب العمل المقاول أن ينسلم الشيء ، فلا يسلمه ، فإن الفقرة الثالثة من المادة ٨٨٧ (مدني) تجعل الهلاك أو التعيب على المقاول لأن خطأه هو الذي سبب الهلاك أو التعيب ، فيلزم بتعويض رب العمل عما يكون قد ورد من عادة العمل ويعطى رب العمل من دفع الأجرة إلى المقاول .

الهلاك بخطأ رب العمل :-

أما إذا كان الهلاك أو التعيب بخطأ رب العمل ، أو ما يعادل الخطأ فإن يكون رب العمل قد اعذر من قبل المقاول لتسلم الشيء ، فلم يفعل ، أو كان سبب الهلاك عيباً في المادة التي وردها للمقاول ، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٨٨٧ (مدني) تجعل الهلاك على رب العمل ، لأن خطأه هو الذي سبب الهلاك . ويكون للمقاول الحق في الأجرة وفي التعويض عند الاقتضاء .

المبحث الثالث

الالتزام بالقسمان :-

وضع المشرع العراقي ، شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات الأخرى ، أحكاماً خاصة في ضمان المقاول والمهندس المعماري للمنشآت الثابتة التي يقومون بتصميمها ، نظراً لما لهذه المنشآت من أهمية كبيرة . فندرس أولاً أحكام القسمان بوجه عام ، ثم ندرس الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول .

المطلب الاول

الضمان بوجه عام -

نعمنا أن المقاول يلتزم بتنفيذ العمل المجهود به اليه وفقا للمواصفات المتفق بها . وطبقاً لاصول الفن الذي يحكم هذا العمل . ويترتب على ذلك انه يعتبر لا بالتزامه اذا جاء العمل غير مطابق لهذه المواصفات . أو غير متفق مع تلك حول . اذ يعتبر العمل في هذه الحالة معيباً . فالمقاول اذذ يضمن محبوب عمله . في ذلك فالتمس المصاري الذي وضع تصميماً لبناء يكون مسؤولاً اذا لم يـ مع عند وضعه لهذا التصميم القيود والاشتراطات التي تفرضها القوانين لانظمة الخاصة بالبناء . كما هو الحال بالنسبة لتحديد اقصى ارتفاع للبناء مثلاً . كذلك قد يتعد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها . وفي هذه الحال يكون مسؤولاً من جودتها وعليه ضمانها لرب العمل فاذا لم تكن هنالك شروط أو مواصفات على درجة المواد من حيث جودتها ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف اخر التزم المقاول بأن يقدم مواداً من صنف متوسط (م ٨٦٦

عراق مدني)

فاذا تبين أن ثمة محبوب في عمل المقاول أو في المواد المقدمة منه . كان مغلاً بالتزامه . وجاز لرب العمل أن يطالب: أما بالتنفيذ العيني . ويكون ذلك باصلاح هذه العيوب اذا كان ذلك ممكناً . ولو ادى ذلك الى اعادة القيام بالعمل من جديد مع مراعاة ما للتقاضي . من سلطة في رفض الحكم بالتنفيذ العيني . والاقتصر على الحكم لرب العمل بتعويض تقدي . اذا كان في التزام المقاول بالتنفيذ العيني واعداد العمل اوراق له (م ٢/٢٤٦ مدني) . واذا طالب رب العمل بالتنفيذ العيني فأن له فضلاً عن ذلك المطالبة بتعويض الاضرار التي لا يجنبها هذا التنفيذ كالضرر الناشئ عن تأخير استلامه للعمل . بسبب الوقت الذي يستغرقه اصلاح ما قام به المقاول .

ولرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العيني . أن يطلب فسخ القارولة لاخلال المقاول بالتزامه وتسليمه عملاً معيباً . ويخضع طلب الفسخ للتواعد العامة

فلا يلتزم القضاء بأجابه أو تحقق له خلال المفاوض بالتزاماته ، وذلك اذا كان هذا الاخلال قليل الاهمية وكان المفاوض قد نفذ التزاماته في جملتها (م ١/١٧٧ مدني) :
رأى رب العمل ان يقبل العمل بمبويه ، فلا يطلب اصلاحه ولا فسخ العقد ، ويكون له في هذه الحال أن يطالب بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب عيوب العمل او عيوب المواد المستخدمة ، ويتم ذلك عادة عن طريق نقص الاجر المستحق للمفاوض بمقدار التعويض المستحق لرب العمل .

ويقع على رب العمل عبء اثبات عيوب العمل ، او عيوب المواد المستخدمة فيه ، ومتى اثبت رب العمل ذلك ، كان المفاوض مسؤولا عن هذه العيوب ولا يكلف رب العمل غير سابق لما هو متفق عليه ، او لما توجبه اصول المهنة ، فاذا اثبت ذلك ان التزام استأجر بالتقيام بالعمل على كوجه ، ينتق عليه وندنا لاصول المهنة ، التزم بنتيجة يثبت الاخلال به بمجرد اثبات عدم تحقق هذه النتيجة ، اي بالثبات ان العمل غير مطابق لما هو متفق عليه ، او لما توجبه اصول المهنة ، فاذا اثبت ذلك كان المفاوض مسؤولا عن هذا الاخلال ، ولا يستطيع ان يدفع مسؤوليته هذه الا باقامة الدليل على ان سببا اجنبيا عنه هو الذي ادى الى هذه العيوب .

أثبات قبول العمل على ضمان المفاوض :-

قبول العمل هو اقرار رب العمل بما قام به المفاوض من عمل بعد مباحثته واطرافه بانه قد تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه ولما توجبه الاصول الفنية .
لما هو اثر هذا القبول على التزام المفاوض بالضمان ؟
لاشك انه اذا كانت عيوب العمل ظاهرة وقت القبول بحيث انه كان في استطاعة رب العمل او من انا به عنه ان يكتشفها لو بذل في فحص العمل ما يبذله الشخص المعتاد ، فان قبول العمل رغم ظهور هذه العيوب يسقط حق رب العمل في الرجوع على المفاوض بضمانيها . وهذا تحكم رغم عدم النص عليه ينتق مع القواعد العامة ، اذ ان قبول رب العمل له دون تحفظ رغم علمه بهذه العيوب ،

بقية أنه قد قدر أنها لا تؤثر على العمل ولا تلحق من قبته أو أنه قد تنازل عن حقه في الرجوع على المقاول بالضمان، وإذا كان رب العمل لم يكتشف عيبه العيوب لأنه لم يبدل في فحص العمل عنابة الشخص المتعاقد، فإنه يكون مهسلا وعليه أن يتحمل نتيجة أعماله، فلا يكون له الرجوع أيضا على المقاول بالضمان. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ من القانون المدني بقولها: - (متى تم تسليم العمل بعبلا أو حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق) (١).

أما إذا كان العيب في العمل خفيا، أي ليس من الموضوع بحيث يمكن كشفه وقت التسليم أو قبيل العمل، ولم يخفه المقاول فشا عن رب العمل، فإن المقاول يكون ضامنا للعيب، وعلى رب العمل أن يخبر المقاول بالعيب حال اكتشافه له، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ من القانون المدني بقولها: - (أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وكنت التسليم بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها ولا اعتبر أنه قد قبل العمل) -

وقد يعمد المقاول إلى إخفاء العيب في العمل أو إخفاء المخالفة للشروط الواردة في العقد فشا منه - فلم يستطيع رب العمل أن يكتشفه وقت تسليم الشيء أن تقبل العمل، وفي هذه الحالة يكون المقاول مسؤولا عن نفسه، وبمجرد أن يكتشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان، أي بإصلاح العيب مع التعويض أو بالتسليم مع التعويض خلال مدة ثلاث سنوات من كشفه العيب - لأن المقاول يكون مسؤولا مسؤولية التصيرية ودعوى المسؤولية تسقط في كسبل الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم إخفاء العيب فشا (م ٢٢٢ مدني) (١)

(١) السهوري - المصدر السابق ص ١٠٠-١٠٢ -

والإحكام المتقدمة ليست من النظام العام - فيجوز الاتفاق على ما يخالفها
و لكن لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من الضمان إذا كسبان العيب واجعا إلى غير
المقاول أو إلى خطأ جسم منه ، وهذا بخلاف أحكام الضمان الواجبة على المهندس
المضاري والمقاول بالنسبة إلى عيوب البناء ، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظام
العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

المطلب الثاني

ضمان المهندس المضاري والمقاول لعيوب البناء (الضمان العشري)

لم يترك المشرع التزام المهندس المضاري والمقاول خاضعا للأحكام العامة في
الضمان التي تسرى على كل عقود المقاولات إما كانت طبيعة العمل التي تسرد
عليه . بل وضع أحكاما خاصة لهذا الضمان ، شهد فيها من مسؤولية المهندس
والمقاول وانزهما بالضمان عن عدم الذي يقع في المباني والمنشآت الأخرى
ومن كل عيب يقع فيها من شأنه تهديد سلامة تلك المنشآت ، إذا وقع حسبا
العدم أو العيب خلال مدة مدونة - وذلك نظرا لما لا يترتب على عدم الأمان
من استمرار جديفة تعيب الأرواح والأموال ، ولا تقتصر على من كان طرفا في
التعاقد . بل يمتد إلى الغير - وكذلك تحت المهندس والمقاول على بذل كل عناية
وجهد واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والشككة لتكون المباني والمنشآت التي
يضمونها صلبة وسليمة لا يخشى منها على رب العمل ولا على الغير - خاصة
أن رب العمل غالبا ما يكون جاهلا ببن البناء - وبالتالي لا يستطيع اكتشاف مسا
به من عيوب وقت تسلط فضلا عن أن كثيرا من هذه العيوب ما يكون خفيا ولا
يظهر الزه إلا بإدخال البناء لفترة من الزمن (١) .

(١) تروت امين الاسيوطي في مسؤولية المهندس المضاري - ص ٥٠٨ - مصطفى
رجب في بحثه القيم (الضمان العشري لمهندس ومقاول البناء) المنشور في
مجلة العلوم القانونية - المجلد ٧ - العدد الأول والثاني - ص ٧٠ .

وقد نصت المادة (٨٧) من قانون الميراث (المعدل) على هذه الترتيبات
الخاصة بقولها :- (١) - يعتبر المهندس المعماري والمقاول ما يفتتح خلال خمس
سنوات من تدهم كل أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو ما أقاموه حسن المنشآت
لايته أخرى ، وذلك حتى أو كان التدهم ناشئا من عيب في الأرض ذاتها أو كان
رب العمل قد جاز إقامة المنشآت المعينة ما أم يكن المتعلقان قد أراها أن يتحقق
هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

ولبدأ مدة السنوات العشر من وقت انقضاء العمل وتسليمه ، ويكون بالتسليم
كل شرط يعتمد به الأبناء أو أحد من هذا الضمان .

٢ - ولا تسري الفقرة السابقة على ما قد يكون المقاول من حق في الرجوع
على المقاولين الذين قبلوا منه العمل .

٣ - ويسهل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (١) من هذه المادة ما يوجد في
المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد سلامة البناء وسلامته .

٤ - تسقط دعوى الضمان المنصوص عليها في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة
من وقت حصول التدهم أو الكشف العيب .

والنص كما يوضح يعرض ضمان المهندسين المعماريين والمقاول المتهتمين أو المعبود
التي تصيب ما أقامه من مباني ومنشآت لأية أخرى ، ونظرا لمطورة المهتم
المباني أو تصددها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة للغير كما قد يفتتح ، فالضمان
هنا ضمان خاص مقصور على فترة معينة ، وهذه الفترة تحددها بحدود طرفيها
الضمان وسببه ، فإذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفيه ، ويجب أن يبين
جزاء هذا الضمان ، وأن يبين في الوقت ذاته الظروف التي يفتتح أو لا يفتتح فيها
الضمان .

هذه الموضوعات الأربع ندرتها على التوالي :
(١) طرف ضمان المهندسين .

✓ (٢) يجب الضمان

✓ (٣) جزاء الضمان .

✓ (٤) انعقاد الضمان .

(١) طرفا الضمان :-

وصا طرفا عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة . فلكي يتحقق الضمان ، يجب
ان يكون هناك عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة . وانتهي وترتب في ذمته الضمان
ويكون مسؤولا عن عيوب البناء . هو المهندس المعماري والمقاول في عقد المقاوله .
واندى يطالب بالضمان في عقد المقاوله هو رب العمل او من يحمل محله لسي
بتفدية الضمان . فالتقسيم للمقاول هما المدينان بالضمان ورب العمل مسو
لدائن بالضمان وصا طرفا عقد المقاوله .

أولا :

الاشتقاق المسؤوليين عن عيوب البناء (المدين بالضمان)

لا يسأل عن عيوب البناء وفقا لاحكام (المادة ٨٧٠) الا المهندس المعماري
والمقاول . يقصد بالمهندس المعماري في هذا المجال الشخص المكلف من قبل
رب العمل . باعداد الرسومات والتصاميم اللازمة لاقامة المباني او المنشآت
الاخري . والاشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء . فاذا اشترك اشخاص
في القيام بهذه المهمة كانوا جميعا مسؤولين في حدود ما قاموا به من عمل . ويلاحظ
ان الشخص الذي يضع الرسومات والتصاميم اللازمة لاقامة بناء ويشرف على
تنفيذها يعتبر في حكم المادة (٨٧٠) مهندساً معمارياً ويكون مسؤولاً . سواء
كان له الحق قانوناً في حمل هذا اللقب او لم يكن له ذلك . إذ ان العبرة ليست
بالسفة القانونية للمهندس معماري . بل بطبيعة الاعمال التي يقوم بها (١) .

(١) ثروت اليس ص ١٠ . مصطفى رجب ص ٩٤

وقد يعمت ان تقتصر مهنة المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ . وفي هذه الحال لا يسأل عن تهم البناء او حسا يظهر فيه من عيوب الا اذا ثبت ان ذلك يرجع الى التصميم الذي وضعه (م ٨٧١ مدني) ووقع عليه اثبات ان العيب يرجع الى التصميم على عاتق رب العمل . فان جاز من انه يتحمل المهندس المعماري مسؤولا .

ويجب لمسألة المهندس المعماري وفقا للمادة (٨٧٠) ان يكون مرتبطا بسرب العمل بمقتضى مقابلة كما ذكرنا . ان يكون ملتزما بالتزام بوضع التصميم والاشراف على العمل في مقابل اجر . فان كان للمهندس يقوم بالعمل دون ان يرتبط مع رب العمل بمقتضى . كما لو قام به سعانا خدمة لرب العمل . او كان يقوم بالعمل بناء على عقد اخر غير المقابلة . كما كان مرتبطا برب العمل بمقتضى عمل . وكان يقوم بسله تحت اشرافه وادارته . فانه لا يكون مسؤولا وفقا للمادة (٨٧٠) . بل تترب مسؤولية في الحالة الاولى وفقا للاحكام العامة في المسؤولية التصيرية . وفي الحالة الثانية وفقا لاحكام العمل . ولكن متى كان العقد الذي يربط المهندس برب العمل بمقتضى مقابلة . فانه يكون مسؤولا ولو تحدد اجروه بمبلغ ثابت طوال فترة التي يستغرقها العمل .

والشخص الثاني المسؤول عن الضمان وفقا للمادة (٨٧٠) هو المقاول . ويضد به كل شخص تعهد لرب العمل بتقانة بناء او منشآت ثابتة اخرى في مقابل اجر دون ان يخضع في عمله لاشراف او ادارة رب العمل . ويجب ان يكون المقاول مرتبطا مع رب العمل بمقتضى مقابلة . فذا كان من يقوم بتاميل ينجزه تحت اشراف ورقابة رب العمل بناء على عقد عمل . فانه يعتبر عاملا لا مقاولا وبالتالي لا يكون مسؤولا وفق المادة (٨٧٠) .

كذلك اذا كلف المقاول مقاولا من الباطن (المقاول الثانوي) بانجاز العمل كله او بعضه . فان المقاول من الباطن لا يكون مسؤولا تجاه رب العمل . لانه لا توجد

رابطه عقدية بينهما والمقرر ان المادة (٨٧٠) انما تنظم المسؤولية المقترية للمقاول
مع ملاحظة ان لزوم المقاول عن القولة الى غيره لا يخل بحق رب العمل في
الرجوع عليه ، كما لو كان هو الذي قام بالعمل ما دام لم يقبل هذا النزول ولم
يقصد ابراء المقاول الاصيلي من التزاماته (١) .

فإذا قام شخص بأعمال بناء على عقد - أو بربطه برب العمل - فإنه يكون
مؤولاً وفق المادة (٨٧٠) ، سواء كان قد كلف بإنجاز كل الاعمال اللازمة
لإقامة البناء ، أم كان مكلماً فقط بنوع من هذه الاعمال ، وعلى ذلك يشمل نطاق
مسؤولية فضلا عن المقاول العام ، مقاولي البناء ، ومقاولي الاساسات ، ومقاولي
الاسمال لصحية ، مع مراعاة ان مسؤوليتهم تقتصر على ما قاموا به من اعمال
ولكن المسؤولية لا تشمل من يقتصر عمله على القيام باعمال لا تهدف سلامة البناء
او متانته اذا تمت بحسب . كمقاول البياض والدمان . كذلك يسأل المقاول ايضاً
كأنت الطريقة التي اتبعت في تحديد ابرء ، أي سواء كان هذا التحديد قد تم
جراحاً - او على اساس الوحدة .

ايضاً انه

الانطخاص للمستفيدين من ضمان المهندس والمقاول (المائن بالضمان)

الالتزام بالضمان الذي تفرزه المادة (٨٧٠) على المهندس المساري والمقاول
مقرر لصالح رب العمل ، لذلك فلا يستطيع ان يتسك باحكامه الا رب العمل ،
لذا توفي رب العمل فلورثته الحق في التمسك به في مواجهة المهندس والمقاول .
كذلك اذا انتقلت ملكية البناء في حياة رب العمل ، فإن خلفه الخاص كالمسترد
والموهور له يستطيع ان يرجع على المهندس والمقاول باحكام هذا الضمان . لان

(١) راجع قرار محكمة التمييز رقم ٧٤٠ / م / ٧٢ في ٧٢ / ٧ / ٢٢ - التسوية
القضائية العدد الثالث - السنة الرابعة من ١٢٠

التي في الرجوع بالضمائم على حدة، إلا الشخص يعتبر من ملحقات المبيع الذي ينقل معه إلى من انتقلت إليه الملكية، دون حاجة إلى النص عليها صراحة في العقد، ولو كان السبب الذي استعملت به الملكية لا يلزم التأخر بالضمائم (١) .

كما غير رب العمل وخالفه انعام والقاصر فلا يستطيع الرجوع على المهندس والمقاول وفقاً لاحكام المادة (٨٧٠) وبصفة خاصة إذا كان المقاول الاصلي قد تولى من المقاول الثانوي بعضها للغير، فإنه لا يرد الطرح المستند بهذه المادة فيرجع على المقاول من الباطن (٢) . وذلك لأن المقاول الاصلي والمقاول من الباطن من الأشخاص الفعية متساويان فلا حاجة لتقرير مسؤولية استثنائية بينهما، في حين أن رب العمل لا يمكن اختياره في مستوى المهندس أو المقاول من الناحية الفنية (٣) .

الاضرار التي يسأل عنها المهندس والمقاول -

لا يسأل المهندس والمقاول وفقاً للمادة (٨٧٠) إلا عن الاضرار الناشئة عن اهمهم كلياً أو جزئياً فيما يفيدوه من بيان أو تقويم من منشآت لأمانة اخرى، أو عما يوجد في هذه المباني والمنشآت من عيوب يتربط عليها اضرار مثالة الهندسباء وبملا منه (٣) .

وعلى ذلك يجب لا يطالب هذه المادة أن يكون العمل الذي عهد به إلى المهندس والمقاول هو تشييد مبين أو إقامة منشآت ثابتة أخرى من أي نوع كان . فالمسائل والعقارات والمدارس والمستشفيات الخ . كل هذه بيان يجوز أن يتحقق فيسبب مقارلاتها الضمان، ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيده بالطابوق أو بالحجارة . بل يجوز أن يكون قد شيده بالخشب أو غيره من المواد . المهم أن يكون البناء

(١) محمد كامل مرسي - المصدر السابق - ص ٥٠٩ . محمد تبيب شبيب في شرح احكام عقد البيع ص ١٤١ .

(٢) تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب المصري في مجموعة الاعمال التشريعية ج ٤ ص ٢٢ .

(٣) المظر قرار محكمة التمييز رقم ٦٥٦ / حوقية / ٦٩ في ٢١ / ١٠ / ٦٩ . قرار محكمة التمييز - العدد السابق - ص ٣٠٢٢ .

مستقرا ثابتا في مكانه لا يمكن نقله دون عهده ، أما المنشآت الثابتة الأخرى التي
يستخدمها النعم فور دخل فيها أقامة الجسور والمقناطر والسدود الخ (١) - وتدخل
الترميمات اللازمة لمباني والمنشآت الثابتة ضمن الأعمال التي يشملها النص .
منى كانت ذات علاقة بعناصر جوهرية في البناء وسلامته (٢) .

ولا يسأل المهندس والمقاول عن كل ضرر يصيب المباني والمنشآت التي
اقامها ، بل تقتصر مسؤوليتهم وفقا للمادة (٨٧٠) على تدهم المباني والمنشآت
تهدما كليا أو جزئيا (أي انفصال جزء من البناء) ، أو وجود عيوب يترتب عليها
تهديد متانة البناء وسلامته ، كضعف الأساس ، أو قدم الاخشاب والحدود
المستعملين في البناء ، أما العيوب الأخرى التي لا يترتب عليها تهديد متانة البناء
أو سلامته فلا تدخل في نطاق المسؤولية المشددة ، وعلى ذلك لا يسأل المالك
والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) عن توزيع الأماكن داخل البناء توزيعا غير مريح
أو عدم جمالها . ولا يشترط في العيب أن يكون قديما ، أي موجودا وقت قبول
رب العمل فالمسؤولية تتناول العيوب القديمة كما تتناول العيوب الطارئة بعهد
القبول ، وفي ذلك يفتو خروج احكام المهندس والمقاول على القواعد العامة في
المسؤولية الناشئة عن عقد المعاونة إذ لا يضمن المقاول عيوب عمله ، وفقا لهذه
القواعد ، إلا كانت هذه العيوب قديمة ، أي موجودة في العمل عند تسليمه ،
أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا في ذلك الوقت ، أما مسؤولية المهندس

(١) اسهتوري المصدر السابق - ص ١٠٧ - ١٠٨ .

(٢) ذ ب ديوان التدوين القانوني إلى أن تعبير (منشآت ثابتة أخرى) الواردة
في المادة ٨٧٠ يشمل أعمال التبليط وتأسيس مشاريع الماء والكهرباء وشبكات
الاسلاك الكهربائية وانابيب توزيع المياه (ل ٣/١٣٦ في ٢٣/١/٩٥٧ القضاء
المدني احرقر في ١٩٦١ ج ٢ ص ٢٩١ .

والمستاورد وفقاً للمادة (٨٢٠) ، متحقق ولو لم يثبت أن العيب قد موجود في المبنى وقت إقرار رب العمل له (١) .

وبدعي أنه إذا كان العيب طارئاً فلا معنى لاشتراطه أن يكون خفياً وقت القبول ، لأنه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت ، أما إذا كان العيب قديماً أي موجوداً في المبنى وقت القبول ، فإن المقاول والمهندس لا يضمنان إلا إذا كان خفياً غير معلوم لرب العمل في ذلك الوقت ، وغير ممكن كشفه ولو بذل عنايته الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته للمبنى

أما إذا كان العيب معلوماً لرب العمل وقت المعاينة والقبول ، أو كان ظاهراً بحيث كان في استطاعته أن يكتشفه أو أنه بذل في فحص المبنى عنايته الشخص المعتاد ، فإن القبول يعني المقاول والمهندس من ضمانه ، ما دام قد تم القبول دون أي تحفظ بشأن هذا العيب . ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة لأن القبول يقيد موافقة رب العمل على البناء بهالته التي عليها وقت حصوله ، أي قبوله بالعيب الذي به ، وإلا لرفض العمل أو نحرص على أن يحتفظ بحتة في الرجوع ويجب أن يلاحظ بأن القبول لا الاستلام المؤقت هو الذي يمنح رب العمل من الرجوع على المقاول بسبب عيب ظاهر (٢) .

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٩٣٥ / حقوقية / ٩٦٨ (هيئة عامة) فسي ٦٨/١٠/١٨ قضاء محكمة التمييز - المجلد السادس - ص ٣٦٦ ، وكذلك القرار رقم ٦٥٦ الألف الذكر .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٣١٤ / ٧/١٢/ ٥٧/١/٨ والذي جاء فيه - ترتفع مسؤولية المقاول عن أعيوب الظاهرة وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق بمجرد تسليمه العمل فعلاً وتبقى مسؤولية المقاول قائمة عن العيوب الخفية والمخالفات غير الظاهرة التي لا يستطيع رب العمل ملاحظتها وقت التسليم)) مجموعة الأحكام العدلية - العدد الأول - السنة السادسة ص ٨٦

مدة الضمان

يضمن المهندس المصاري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تسليم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو المكونة من منشآت ثابتة أخرى ، أو مساكن يوجد فيخلال هذه الفترة من عيوب تهدد سلامة البناء وسلامته (م ١/٨٧٠ مدني) فيشترط إذن لأعمال مسؤولية المهندس والمقاول أن يحدث الضرر الذي يضمنه في خلال عشر سنوات ، تبدأ من وقت قبول العمل ، أي من وقت معاينة رب العمل للبناء ، وإقراره بمطابقته لما هو منفق عليه ، فإذا حذر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر ، أما إذا لم يحضر محضر ، ويمكن استخلاص القبول ضمناً من تسليم رب العمل للبناء ، دون ابداء أي تحفظ ، فإن المدة تحسب من تاريخ هذا الاستلام ، فإذا لم يحضر محضر بالقبول ، ولم يتبع تاريخ شغل رب العمل للبناء ، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه ، أو انساب عنه المهندس المصاري ، وذلك على أساس أن عمل هذه التسوية يقيه القبول من وقتها على الأقل (١) .

ومدة العشر سنوات هي مدة الخيار لثبات البناء وعدم تنفيذ الأعمال وليست مدة تادم ، ولذلك فإنها لا توقف ولو وجد مانع يتعذر على رب العمل أن يطالب بخته ، أو كان رب العمل غير كامل الأهلية أو غائباً أو محكوماً عليه بعبوسية جنائية ولم يكن له نائب يتفله قانوناً .

ويترتب على أن هذه المدة ليست مدة تقادم بل مدة اختيار أنه يجوز الاتفاق على اطاعتها .

وغالباً ما يكون متفقاً على أن يتم استلام العمل على مرحلتين : مرحلة يكون فيها الاستلام مؤقتاً وتستمر فترة معينة ، وبعدها يصبح الاستلام نهائياً

(١) المصطفى - المصدر السابق - ص ١٢٢ .

والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء معاينة
عقلية تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه ، إذ توجد عيوب لا يمكن
اكتشافها إلا باستعمال البناء ، ومن المقرر أن الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب
العمل بالبناء ، وبالتالي فإن مدة العشر سنوات لا تبدأ من تاريخ الاستلام
المؤقت ، بل من تاريخ الاستلام النهائي بشرط أن يفيد القبول كما قدمنا ، وإذا
استغ رب العمل عن قبول البناء دون أسمه بغير وقوع رقم رصومه إلى الله واستلام
رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه (م ٢٨٧٣ مدي) ، وبالتالي تبدأ مدة
الضمان في السريان (١) .

وإذا تم قبول العمل على دفعات ، وكان من الممكن الفصل بين ما قبل فسي
كل دفعة ، فإن مدة الضمان تبدأ من يوم قبول كل جزء ، أما إذا كانت المهام
أو المنشآت تكون وحدة لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية
السلامة والمتانة فلا تبدأ مدة العشر سنوات إلا من تاريخ قبول آخر دفعة .

ولكن هل يجب أن يتكشف العيب خلال عشر سنوات من تاريخ القبول ؟ أم
يكفي أن يثبت وجوده في خلال هذه المدة ولو لم يتكشف إلا بعد ذلك ؟

يبدو من عبارة الفقرة الثابتة من المادة (٨٧٠) أنه يكفي أن يوجد العيب فسي
خارج هذه المدة ، بحيث أنه إذا اكتشفه رب العمل بعد انقضائها وتكفي
وجوده خلال مدة الضمان كان له الرجوع على المهندس والمقاول .

وإذا احتاج البناء إلى اصلاح ، فقام به المقاول فمرا بمسؤوليته منه ، ولم يتمكن
تفجير بين الاعمال الاصنية واعمال الاصلاح التي اجريت قبل عطي مسند
الضمان فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ تمام الاعمال الجديدة (٢) .

(١) محمد كامل مرسي - المصدر السابق - ص ٥٠٧ .

(٢) محمد لبيب قنبل - المصدر السابق ص ١٢٢ .

والخلاصة انه يشترط لإمكان الرجوع رب العمل على المهندس والمقاول بالهدم وفق المادة (٨٧٠) ان يحدث التهدم او يوجد العيب في خلال السنوات العشر التي تعقب قبول العمل ، فاذا مضت هذه السنوات ، ولم يحصل التهدم ولم يوجد عيب برأت ذمة المهندس والمقاول نهائيا بحيث لا يجوز الرجوع عليهما بالتسوية . يجب ما يحدث بعد ذلك من تهدم او يوجد من عيوب . ولو ثبتت خطاها ، ان ولو كان ذلك راجعا الى مخالفة عمدة لشروط ومواصفات العقد . ولكن اذا كان المقاول قد استقبل طرفا احتيالية التحمل رب العمل على قبول بناء غير مطابق لمواصفات المثلج عليها . فمر هذا القبول يكون ، باطلا وبطلان لا يمنع على رب العمل الرجوع بالقسمان ولو لم يقع التهدم او يتكشف العيب الا بعد مضي عشر سنوات من تاريخ القبول .

ولكن اذا التزم رب العمل بوصفة حارسا للبناء ، بتعويض من اصابه ضرر بسبب تهدم هذا البناء ، هل يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول بما دللته الظروف ، او كان له مضي على القبول اكثر من عشر سنوات ؟

يقر القضاء في مصر بوجه عام هذا الرجوع متى اسان أن الظروف لو طالب المقاول مباشرة ، بما كان لهذا الاخير ان يدفع هذه المطالبة بنفس عشر سنوات على قبول رب العمل البناء ، لأن مسؤولية المقاول نجاحه مسؤولية التصيرية (١) ، وهذا الحكم ، محل نظر في نظر بعض لفقته في مصر (٢) .

مسئـلة الاكسسـات

لاشك ان رب العمل الذي يطالب المهندس والمقاول بتعويض ما اصابه عيب ضرر ، يلتزم اولا بالثبات عقد المفاوضة المهتم بينه وبين كل منهما ، وبالبيانات حصول تهدم كس أو جزئي في البناء الذي القاه ، أو وجود عيب ع دم تناهه . ولذا ، ولقد طبقنا استواعد اجابة في المسؤولية المدنية .

(١) محرر الفس ٢٨ يولية ١٩٢٨ ، د الورق الاسبوعي ١٩٢٨ - ٥٦٢

(٢) مجلة اميب قنبي - المصدر السابق - ص ١٢٢

واكن هل يلتزم رب العمل بالثبات وجود خطأ في جانب المهندس او المقاول
الذي يرجع عليه ؟ تتوقف الاجابة على هذا السؤال على معرفة طبيعة الالتزام
الواقع لدى كل من المهندس والمقاول . هل هو التزام بوسيلة . اى بمجرد بذل
عناية معقولة في شئ جدها . ام هو التزام بنتيجة . من بقاء البناء سليماً خـ . لال
العشر سنوات التالية لتسليمه ؟

الذي يدرجه البعض (١) في هذا الشأن هو ان لالتزام المهندس والمقاول هو
التزام بنتيجة فهما لا يلتزمان بمجرد بذل عناية او جهد في سبيل اقامة بنـاء
متين وديموم . بل يلتزمان بنتيجة هي ان يظل البناء الذي يقيمانه سليماً ومتيناً
لمدة عشر سنوات بعد قبول رب العمل له . ويرون ان عبارة المادة (٨٧٠) نفسها
توجب الاخذ بهذا الرأي . اذ استعمل المشرع تعبير (الضمان) للدلالة على
مسؤولية المهندس والمقاول . وهو نفسه التعبير الذي استعمله فيما يتعلق بضمان
التعرض وضمان اميوب الخفية التي قد توجد في الشيء المبـوع والمزجر دون حاجة
الى ثبات الخط من جانبها .

بل ولو كانا لا يضمنان بوجود الحق النهائي يستند اليه الغير في تعرضه . او
العيوب الذي يؤثر في قيمة او منفعة الشيء (٢) . ونحن نميل الى الاخذ بهذا
الرأي . ويلاحظ ان اعتبار التزام المهـنسى والمقاول التزاما بنتيجة لا يخالف
لاحكام العامة في عقد المعاولة . فقد - جـهـ ان رأينا ان التزام المقاول بالقيام بالعمل
على توجه المتفق عليه . ووفقا لاصول الفن . هو التزام بنتيجة . يثبت الاخـلال
به بمجرد اثبات عدم تحقق هذه النتيجة . فكذلك التزام المهندس ومقاول البناء
باقامة بناء لا يهتدم ولا توجد به عيوب في خلال عشر سنوات هو التزام بنتيجة .

(١) محمد بهيب شبيب - المصدر السابق - ص ١٢٣ . سليمان مرقص (دروس
في المسؤولية المدنية لطلبة قسم الدكتوراه) - ص ٣٩٨ . مازو . ١١٢٩ جـدة
١٣٦٧ .

(٢) محمد بهيب شبيب - شرح احكام عقد البيع - ص ١٩٣ . وشرح احكام
الايجار للمؤلف نفسه ص ٣١٥ .

ويتركب عنى الحكم المتقدم انه بمجرد ثبوت عدم تحقق الشهادة المقدسة -
الى اقامة الدليل على حصول ايهام كلنى او جزئى ، او على وجود عيب في البناء ،
يشتر المهندس والمقاول ملحقين بالتزامهما ، وبالتالي يحل لرب العمل الرجوع
عليهما بالتساوى دون حاجة الى اثبات خطأ في جانب اى منهما (١) .

وقد استقر القضاء الفرنسى على القول بوجود قرينة طئسى خطأ المهندس
والمقاول تعنى رب العمل من عيب البناء . وان كان قد قصر نطاق قيام عبء
القرينة على المقاوله الجرافية (٢) .

(٢) سببى الضمان

يتحقق الضمان اذا قام سببى ، وسبب الضمان لما ان يرجع ال عيب لى
التصميم ، واما ان يرجع الى وجود عيب في البناء ، ويصح في جميع الاحوال ان
يتم خلال عشر سنوات من وقت تسليم العمل .

والتصميم يضعه عادة مهندس معمارى واحيانا يضعه رب العمل . فبأذا
وضع رب العمل وكان مهيأ فلا يرجع على احد . أما اذا وضعه شخص اخر
فبئذ كالمهندس او المقاول كان والمسح التصميم هو المسؤل عن عيوب التصميم
ويلتزم بالضمان . وينسأل المهندس عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو الذى
وضعها اذا كان قد تبنى وقام بالانصراف على تنفيذها (م ١٨٧١ مدنى) .

وقد يرجع سبب الضمان الى وجود عيب في البناء ، وذلك لعدم مراعاة المقاول
الاصول السليمة في اقامة البناء ، مما أدى الى انهياره ، او خلاف المقاول المتسروط
التي وضعها رب العمل او كانت المواد المستخدمة رديئة او غير صالحة . لى

(١) - ديبان مرقور في تطبيق له بجلة القانون والاقتصاد - السنة السابعة -

ص ٦٥٦ ، تبعة ١٥ ، محمد تيبب شيب - المصدر السابق ص ١٣٤ .

(٢) - محمد تيبب شيب - المصدر السابق - ص ١٤٠ . جيلر الطلبي - المد

السابق - ص ٤١٩ .

كل هذه الحالات يسمح المقاول مسؤولاً عن الضمان باعتباره الشخص الذي تولى
المقابل في المسؤولية عن الضمان باعتباره الشخص الذي تولى البناء . ولذا اشترط
المهندس على تنفيذ ذلك العمل . فان المهندس يشترك مع المقاول في المسؤولية عن
الضمان . ١١١٠ - اي ان المسؤولية هنا هي مسؤولية تضامنية
بين المقاول والعمى المقاول على ما سيأتي فيما بعد تفصيله .

وقد لا يرجع سبب العيب الى عيب في التصميم ولا الى التصميم ولا الى عيب
في البناء وانما يرجع الى وجود عيب في الارض التي اقيم عليها البناء . فان المهندس
والمقاول يكونان مسؤولين عن الضمان وعلى سبيل التضامن وفقاً لنص الفقرة
الاولى من المادة ٨٧٦ مدني (١) . اما عند الضمان التي يقوم فيها سبب الضمان
بعد سبق لبا للكلام عنها .

(٣) كبرية نفع المسؤولية (كيف ينتهي الضمان) :-

وايضا ان انا عمى والمقاول يسألان عن تهمم البناء ، الذي اقامه اذا حصل
ذلك في خلال عشر سنوات من تاريخ قبول العمل ، وانه لا يلزم لهذه المسألة
اثبات حد في جانب منهما . ولكن ذلك لا يعني انه لا يمكن تهما اية وسبب
التخصص من هذه المسؤولية . ذلك ان مسؤولية المهندس والمقاول وان لم يتم على
الخطا . فهي مع ذلك تتطلب طبقاً للقواعد العامة ان يكون الضرر الذي اصاب رب
العمل منسوبا الى فعل المقاول او المهندس . اي الى عملية اقامة البناء . وبعبارة
اخرى يجب ان تكون هناك علاقة سببية بين التهمم او العيب وبين نشاط كل
من المهندس والمقاول . فاذا انقضت هذه العلاقة فلا محل لسؤاله اي منهما .

ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول التي تقرر وفقاً للمادة
(٨٧٠) . يمكن دفعها بنفي دابطة السببية . اي باتبات ان التهمم او العيب نشأ

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٦٦ / هيئة عامة / ٧٣ في ٧٤/٢/١٦ -
اشارة القضائية عدد ١ السنة ٥ - ص ١٦٨ وقرارها رقم ١٤٠ / حقوقية
٦٢ / في ٦٣/١٢/١٧ قضاء محكمة التمييز المجلد الاول ص ٨٤ .
جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ١٢٠ .

من حيث اجدي لا يدلها فيه . كقوله قاهرة او خطأ رب العمل او خطأ شخص . من الغير لا يسأل عنه المهندس ولا رب العمل (١)

ولكن لا يمكن ان يكتفى لمسئولية المهندس او المقاول ان يثبت انهما اتفقا على ان يتخذوا في جانبه . لان اتخاذ مثلا كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول تهم او وجود ثوب . او ابقاء حياية الشخص المتعاقد في وضع التصميم والاعراف على العمل او القيام بعملية البناء . لان التزامها ليس بوسيلة بل هو بتطبيق نتيجة كذلك لا تنتفي مسؤوليتها اذا ظل سبب التهم او العيب مجهولا . ويتعذر في القوة القاهرة . وفقا للقواعد العامة . الا يكون من الممكن توقعها او دفعها وان يكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا . فلا يمكن ان تكون قد جعلته مستحيلا . وقد حرم المذبح في المادة (٨٧٠) على الشخص صراحة على ان المهندس والمقاول يتساوان ولو كان التهم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها (١) . فمجرد وجود عيب في الارض ادى الى التهم او الى عيب في البناء . لا يمكن ان يكتفى للمسئولية وذلك لانه متوقع . ومن واجبات المهندس المعماري ان يقوم بعمل الاحتياطات اللازمة على الارض التي سيبني عليها . ليحرف طبيعتها ويكتشف عيوبها

كما ان عدم العيوب من الممكن لئلا تتألفها القماره بتقوية الاراس . فمسئلا تتوالى في عيوب التربة بصفة عامة . الشروط الواجب توافرها فيما يتعلق قوة قاهرة او حادثا مفاجئا . فتبين ان التهم يرجع الى عيب في الارض لا يكتفى بالاراس والمقاول من المساوية . وقد نفس بأنه اذا كان المفسر مسؤولا حسن

(١) محمد كاسل حرمي - المصدر السابق - ٥٠٢ . شروط التمس الايجوتي
- المصدر السابق - ص ١٧ . النظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ١٩٧١/٨
في ١٩٧١/٥/٦ بالفتوة القضائية - العدد الثاني - السنة الثانية ١٩٧٢
ص ٤٥ . والذي جاء فيه . اذا اشتمل رب العمل المذبح اشتمالا غير صحيح
اى الى تهم فيه لا يسأل المقاول ولو حصل خلال مدة الضمان (١)
(١) نظر قرارى محكمة التمييز السابقى الذكر .

التهمم الناسي- عن عيوب التربة ، فإنه يكون مسؤولاً من باب اول عن عيوب
البنائي القديمة المتخذة كدعامة لامبال التعلية ، اذا لم يفر هذه المباني ولم يواجه
في مشروعه الاملاحات اللازمة لازالة هذه العيوب (١) .

ولكن اذا كان عيب الارض من العيوب غير المتوقعة ، وكان من المستحيل على
المهندس ان يكتشفه باتباع القواعد الفنية التي يتبعها مهندس حريص ، لسان
هذا العيب يعتبر قوة قاهرة وبالتالي ينفي المسؤولية عن المهندس والمقاول (٢)
ومثال ذلك ان توجد اطلال حياض اترية تحت الارض على عمق كبير في منطقة
لم تكتشف بها الار من قبل ولم يقل احد بوجود الار بها . وفيما يتعلق بخطأ
رب العمل ، فإنه ينفي ، مسؤولية المقاول والمهندس ، بشرط ان لا يثبت خطأ في
جانبيهما ، فانه ثبت خطأ في جانب المهندس او في جانب المقاول ، فإن مسؤوليتهما
لا ترتفع كلية بسبب خطأ رب العمل ، بل ينتشر الضرر ناشئاً عن خطأ مشترك ،
وبالتالي توزع المسؤولية على الطرفين ، ويكون ذلك بنقص التعويض المستحق
لررب العمل ، ومن صور ذلك ان يكون انه هم او العيب قد حصل بسبب اتباع
تعليمات اثار بها رب العمل ، او ان يكون رب العمل الذي ادى قيساً
بعد ان التهمم او العيب : (م ٢/٨٧ مدني) (٣) ، لان الاسل ان المهندس والمقاول
غير ان في فن البناء يعكس رب العمل الذي يقترحه ليه الجهل بهذا الفن (٤) .

(١) محمد لبيب شنب - المصدر السابق - ص ١٣٦ .

(٢) انظر (تقرير لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب المصري) مجموعة
الاحمال التصديرية ج ٥ ص ٢٢ . توفيق حسن قسوق في مذكرات لطلبة كلية
الهندسة ١٩٥٨ ص ٣٦ ، ثروت انيس - المصدر السابق - ص ١٧ ، محمد
ليبي شنب - المصدر السابق - ص ١٣٦ .

(٣) ثروت انيس - المصدر السابق - ص ١٢ .

(٤) قرار محكمة التمييز رقم ٨٣٠ / ٢٤ / ٧٣ / ٤ - النشرة القضائية
العدد الثاني - السنة الخامسة ص ١١٤ .

ولذلك فإن دخول ربه العمل في إقامة المنشآت المبررة بصورة يومية بواسطة
معمية ، أو بتقدير حوله معمية ، أو بالوثيقة على تصميم معمية لا يعفي المهندس
والمقاول من المسؤولية ، لأنه كان من الواجب عليهما تنبيه ربه العمل إلى عدم كفاية
الراصفات أو إلى عيوب المواد ، فإذا كان قد عمل في ذلك فإن تدخل ربه العمل لا
يعفيهما من المسؤولية ، وإذا كان قد أتى ربه العمل إلى ما في الراصفات من القصور
وباستخدام هذه المواد فإنه يكون من الواجب عليهما رفض تلك العمل إذا كان
أو ما في المواد من عيوب ولكنه أصر على الخوض في العمل وفقاً لهذه الراصفات
بترتيب عليه تهم البناء أو وجود عيوب تهدم حياته وبلاية (١)

فإن الذم لا يسببه ربه العمل فالهما يديران مخاطرهما ولا يتعريف خطأ ربه
العمل خطأهما (٢) ولذلك توزع المسؤولية عليهم ، ولا يتقضى من ذلك الاحالة
ما إذا كان ربه العمل من الخبرة في فن البناء ما يفوق خبرة المهندس المعماري
والمقاول الذي يعالجه معهما ، لأن الذم للمهندس والمقاول في مثل هذه الحساب
لتعليمات ربه العمل لا يعتبر خطأ منهما وبالتالي فإن الضرر يعتبر راجعاً إلى
خطأ ربه العمل وحده ، فترفع مسؤولية كل من المهندس والمقاول (٣)

رغد فطس في فرنسا بأن المهندس المعماري لا يلتزم فقط بالالتزام على
إعمال البناء ، بل على المكان الذي يجري فيه العمل ، وأنه يرتكب خطأ إذا لم
يشطر ربه العمل بالأخطار الناتجة عن وجود بضائع مكسدة في مكان العمل ولم
يطلب منه رفعها ، أو تقوية مشغبات الحريق ، ويكون المهندس مسؤولاً عن الإضرار

(١) محكمة التمييز الفرنسية في ١٣ / ١ / ١٩٨٢ المتطور في مارس ١٩٨٢ ص ٢٩
(٢) محمد لبيب كتب - المصدر السابق - ص ١٢٨ ، قرارات المحاكم العميرية
والفرنسية المشار إليها في الكتاب .
(٣) المصدر السابق وقرارات المحاكم الفرنسية المشار إليها ، ص ١٢٨ ، ص ١٢٩

الناشئة عن ذلك بالرغم من خطأ رب العمل الذي لم يرفع هذه الضمانات . كذلك
إذا كان التهم له تقاً عن عيوب المواد التي وردها رب العمل ، فإن ذلك لا يسويها
المقاول والمهندس من المسؤولية ، إذا كانت هذه العيوب ظاهرة أو كان من الممكن
اكتشفها ، لأنه كان من الواجب عليهما رفض استخدام هذه المواد (١)

وبلاحظ أن وجود مهندس من قبل رب العمل يراقب البناء لا اثر لسه على
مسؤولية المقاول تجاه رب العمل ، ولو تلقى من المهندس تعليمات تخالف اصول
فن البناء ، لأنه مستقل عنه في عمله ولا يلتزم بالطاعة اوامر المالك اذا كانت
تخالف هذه الاصول او لا تطابق المواصفات المتفق عليها في العقد .

تفويض المهندس والمقاول في المسؤولية

يضمن المهندس المماثل والمقاول ما يحصل من اضرار او عيوب في المباني
التي الامامها - (م ١/٨٧٠ مدني) .

وعلى ذلك يستطيع رب العمل ان يرجع عليها مع المسؤولية ، فاذا حكم
له بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء اضرار او العيب ، كان له ان يقتضي
هذا التعويض منها معاً او من واحد منهما فقط .

ولرب العمل ان يكتفي بالرجوع على المالك وحده او على المقاول وحده ،
وفي هذه الحالة يحكم على من رجح عليه بتعويض كل الضرر الذي اصاب رب
العمل .

رجوع المهندس والمقاول الواحد على الآخر

وتكفي التضامن من المهندس والمقاول لا يقوم الا في علاقتهما برب العمل ، اما
في ثلاثة ما الواحد بالآخر لا تضامن ، بل تقسم المسؤولية عليهما .

(١) المصدر السابق وثقارات المحاكم الفرنسية المتأريتها في

فإذا كانت مسؤولية ما قد قامت دون ان يثبت خطأ من جانب اى منهما ، فان
المسؤولية تقسم عليهما بالتساوي ، اى يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم
به . ولكن اذا ثبت ان تهدم البناء او وجود عيب يرجع الى خطأ المهندس فقط
او الى خطأ المقاول فقط ، فان ذلك وان لم يمنع رب العمل من الرجوع عليهما
مما او على اى ما بالمسؤولية نظرا لتضامتهما ، فانه يجيز لغير المخطئ . منهما
تحمل المخطئ المسؤولية كاملة . فاذا ثبت ان الضرر قد نشأ عن خطأ المهندس
وحده .

لان التصميم الذى وضعه كان معيباً مثلاً ، وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث
لسم يكن في وسع المقاول ان يكتشفه ولو بذل عناية مقاول عادى في دراسة
التصميم ، فان المهندس يجب ان يتحمل في النهاية عبء المسؤولية الكاملة ، فاذا
كان قد دفع كل التعويض المستحق لرب العمل ، لم يجز له الرجوع على المقاول
بشئ ، واذا كان قد دفع نصف هذا التعويض فقط ودفع المقاول النصف الاخر ،
كان للمقاول ان يرجع عليه بما دفعه ، واذا كان المقاول هو الذى دفع التعويض
الكامل ، كان له الرجوع بكل ما دفعه على المهندس (١) .

ويلاحظ ان المهندس يسأل عن عيب التصميم ولو لم يكن هو واضعه اذا كان
قد قبله ، وقام بالاشراف على تنفيذه - كما تقدم القول - وكذلك اذا ثبتت
ان الضرر قد نشأ عن خطأ ارتكبه المقاول ، بحيث ان هذا الخطأ كان هو
السبب الوحيد للضرر . فان المقاول يجب ان يتحمل عبء المسؤولية الكاملة ،
كما لو ثبتت ان التهدم او العيب قد نشأ عن استخدام المقاول لمواد معيبة
بموجب خفية لم يكن في وسع المهندس اكتشافها ولو بذل عناية مهندس عادى في
محصه لهذه المواد ، ولم يقع منه اى افعال او تقصير في الاشراف على عملية

(١) انظر في هذا المعنى قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧ / هيئة عامة اولى / ٧٢ في
٧٣ / ٦ / ٢ النشرة القضائية المعد الثاني السنة الرابعة - ص ١٥٢ .

ببناء وإدارتها ، ففي هذه الحال إذا كان المقاول هو الذى دفع التعويض كسبه
لرب العمل ، فلا يجوز له أن يرجع بشئ على المهندس .

وإذا كان لم يدفع سوى نصف هذا التعويض ، ودفع للمهندس النصف الاخر
جاز للمهندس أن يرجع على المقاول بما دفعه ، وإذا كان المهندس هو الذى دفع
التعويض كاملا ، كان له أن يرجع بكل ما دفعه على المقاول .

اما إذا تبين ان التهمم او المييب قد نشأ عن خطأ كل من المهندس والمقاول ،
فان المسؤولية تقسم عليهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في احداث الضرر ،
مع مراعاة درجة جسامه هذا الخطأ ، وذلك سواء كان كل منهما قد ارتكب خطأ
مستقلا عن الخطأ الذى ارتكبه الاخر ، ام كان الاثنان قد ارتكبا خطأ مشتركاً .

وعلى ذلك توزع المسؤولية بين المهندس والمقاول ، فإذا ثبت ان الضرر نشأ
عن عيب ظاهر في التصميم ، فالمهندس الذى وضع هذا التصميم المييب يعتبر
مخطئاً ، والمقاول الذى قبل تنفيذ ، رغم ما ظهر فيه من عيوب ، يعتبر ايضاً
مخطئاً .

كذلك توزع المسؤولية اذا ثبت ان الضرر يرجع الى ما ورد به المقاول من
مواد معيبة بعيوب ظاهرة ، لان المقاول يعتبر ضامناً لجودة المواد التى يوردها ،
فيقال عن عيوبها ، والمهندس يعتبر مخطئاً اذا سمح باستخدامها رغم ما بها
من عيوب ، أو أهمل في فحصها ، رغم ان هذا الفحص كان من ثلثة كشف هذه
العيوب .

وإذا كان الضرر واجماً الى عيب في الارض وكان هذا العيب ظاهراً للمقاول ،
فانه يكون مسؤولاً مع المهندس ، أما اذا كان هذا العيب لا يمكن اكتشافه الا بعمل
بمعمل اختبارات جس التربة التى يقوم بها المهندس ، وكان المهندس قد قام
بمعمل هذه الاختبارات ائلمه او خبره بانه قد قام بها ، ففي هذه الحال يتحمل
المهندس وحده المسؤولية كاملة .

ويستدرك كل من المهندس والمقاول من الغير في علاقة ما الواحد بالآخر ، وذلك لأنه لا يوجد عقد يربط بينهما ، ولو أن كلا منهما يرتبط مع رب العمل برابطة عقدية . ويرترب على ذلك أن الواحد منهما في رجوعه على الآخر لما يرجع وفقا لاحكام المسؤولية التقديرية ، ليتعين على من يدعي أن الضرر قد نشأ بهذا الآخر ، أن يثبت هذا الخطأ وفقا لاحكام هذه المسؤولية .

كما يلاحظ أيضا أن من دفع التمييز و اراد الرجوع على الآخر ، أن يستعمل -أول رب العمل لهذا الرجوع ، لأنه يحل محله فيها (م 1/379 مدني) ، فيكون الرجوع في هذه الحالة يدرى الحلول .

طبيعة مسؤولية المهندس والمقاول :

رأينا ان المسؤول وفقا للمادة (870) هو المهندس المصاري الذي ارتبط مع رب العمل بمقتضى مقابلة موضوعية وشح تصميم بناء والامثال على تنفيذه ، والمقاول المرتبط بمقتضى مقابلة موضوعية هو القيام بعملية البناء وفقا للتصميم المعمول .

فطراف المسؤولية إذن مرتبطان تقديرا ، فضلا عن ذلك ، فان عتق المسؤولية لا تنتهق الا اذا حصل تهديم او عيب ، أي اذا حصل اختلال بالالتزام بعلامة البناء ، وهذا الالتزام ينشأ عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة ، ورب العمل من جهة اخرى .

ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول وفقا للمادة (870) هي مسؤولية عقدية ، لأنها ناشئة عن الاختلال بالتزام عقدي وذلك سواء نص على هذا الالتزام صراحة في العقد ، أو لم ينص لان هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقابلة بنص القانون .

وتبدو أهمية اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية في انها

لا يلتزمان الا بالتوقيع العربر الذي كان يمكن تولفه عباده وقت المناقشه (١)
(م ١٦٩ / ٢ مدني)

حكم الاطلاقات المعتاد لاحكام المسؤولية

يجوز. وفقا للقواعد العامة ، الاطلاق على ان تكون مسؤولية المهندس والمقاول
اخذ من المسؤولية التي تقرها المادة (٨٧٠) ، كان يتلقا على ضمان سلامة
البقاء لمدة الطول من عشر سنوات او على الاكثري بالتوقيع كل الاضرار الناشئة
عن التهم او العيب ولو كانت غير متوقعة ، بل يجوز الاطلاق على ان يحصل
المقاول نتيجة التهم الناجم عن حادث مفاجيء او قوة قاهرة (م ٢٥٩ / ١ مدني).

ولكن خلافا للقواعد العامة التي تجيز الاطلاق على اعفاء المدين من اية
مسؤولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه المتبادر (م ٢/٢٥٩ مدني) ، نصت
الفقرة الاولى من المادة (٨٧٠) على ان يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء
المهندس والمقاول من الضمان او الحد منه .

وبذلك تكون مسؤولية المهندس المعماري والمقاول من النظام العام .
ويبرر ذلك ان تهم المياني لا يصيب رب العمل وحده بالضرر ، بل يؤدي الى
مخاطر تصيب الغير في الارواح واهوال ، وانه لو اجيز الاطلاق على الاعفاء
من هذه المسؤولية للمهندسون والمقاولون الى تضمن عقودهم بنودا تعفيهم
من المسؤولية ، وفي ذلك ضرر بارهاب الاحمال الذين لا يلهسون غالبها في مسائل
البناء (٢) .

(١) انظر ثروت انيس - المصدر السابق - ص ١٣ ، محمد لبيب شنب - المصدر
السابق ص ١٤٣ .

(٢) انظر مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري ، الجلسة ٣٢ -
مجموعة الاصل التحضيرية ج ٥ ص ٢٩-٣٠ ، ثروت انيس - المصدر السابق
ص ١٨ .

والقاعدة (١٧٢) صريحة في إخراج الاتفاقات التي تصدق على الخلف من الدولة
بغض عن الاتفاقات التي تصلي عنها ، وعلى ذلك يقدم بطلا لكل اتفاق يقصد به
جرمان رب العمل من الرجوع على المهندس والمقاول في حالة حصول التدهم أو
وجود عيب . كما يبطل الاتفاق على أن ضمان المهندس والمقاول يقتصر على
التدهم فقط دون الدخول الجزئي أو وجود عيب ، أو أنه لا يحق لرب العمل أن
أثما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان .

وكذلك لا يجوز الاتفاق على قصر مدة الضمان بعموماً أقل من عشر سنوات
(١) لأن مثل هذه الاتفاقات تعتبر عدا من الضمان ويبطل بصريح النص . ولكن
ذلك لا يحول دون المنع الضمان على مدة أقل إذا كان المتعاقدان قد اتفقا
على تبني المشتات مدة أقل من عشر سنوات (٢/٨٧٠ م.ق.م).

ولا يكفي ذلك مجرد النص في عقد المفاوضة على مدة الضمان أقل من المدة التي
يحددها القانون . بل يجب أن يبين من الغرض الذي قصده المتعاقدان بالمدة
التي اتفقا عليها أن يقضى لمدة أقل من عشر سنوات .

وإذا ثبت قدماء بعدم جواز الاتفاق على الإطفاء من الضمان أو الحد منه ،
أثما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان .

أما بعد تحقق سبب الضمان ، أي بعد حصول التدهم أو وجود العيب ، فهو
في ذلك ، وقد ثبت حقه في الضمان أن يترد من هذا الحق كله أو بمقتضى نزول
صريحاً أو ضمناً . ومن صور النزول الضمني ، أن يقوم رب العمل بعد علمه
بالتدهم بدمج باقي أجر المهندس أو المقاول دون تحفظ ، أو أن يقوم بإصلاح
العيب دون تحفظ وتكون إن يثبت حالته (٢) .

(١) تزوت انيس - المصدر السابق - ص ١٨ .

(٢) السهوي - المصدر السابق - ص ١١٢-١١٣ ، محمده تيبب شهاب المصدر

السابق - ص ١١٥ .

تقديم دعوى الضمان (المسؤولية) الضمان -

تسقط دعوى الضمان التي يجوز لرب العمل رفعها ضد المهندس والمقاول في سنة واحدة يبدأ سريانها من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب (م ١/٨٧١ مدني). فإذا انكشف العيب او حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت تسلمه البناء كان امامه سنة واحدة اخرى لرفع دعوى الضمان .

وإذا انكشف العيب في آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء ، كان امامه سنة اخرى لرفع دعوى الضمان ، فيكون قد انقضى أحد عشر سنة من وقت تسلم البناء وهذه أقصى مدة يمكن أن تقضي من وقت التسلم الى وقت رفع دعوى الضمان . فإذا انقضت مدة التقديم ولم ترفع الدعوى ، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقديم ولا يجوز سماعها (١).

ولما كانت هذه المدة هي مدة تقديم ، فإنها تقبل الوقف والانقطاع ، حيث توقف بالمعذر الشرعي ، حيث لا تسرى بحق الصغير والمحجور عليه اذا لم يكن له ولي ، وبحق الشخص الغائب في بلاد اجنبية نائية (م ٤٣٥ مدني) ، وكذلك تنقطع برفع الدعوى او بقرار المقاول او المهندس بحق رب العمل (م ٤٣٧ و ١/٤٣٨ مدني) .

المسؤولية نحو الغير -

دعوى الضمان - كما قلنا - تقدم على المسؤولية المقدمية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس والمقاول من جهة اخرى . اما بالنسبة للغير ، فليست

(١) ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه لا يجوز التمسك بالتقديم اذا سقط المقاول حقه بالتسك ببدء السنة الواردة في القانون . رقم القرار ٣١١ / سنة ثامن اول ١٧٣ في ١٦/٢/١٧٤١ - النشرة القضائية - العدد الاول - السنة الخامسة من ١٦٨٠ نظر لذلك القرار رقم ٨/س/٧٠ في ٢٤/٤/٧١ .
١١. مجلة القضائية العدد ٢ السنة الثانية ص ٢٩ .

فإنه رابطة عقدية ، فإذا أهدم البناء مثلا وأصاب أحد المارة بضرر كان للمتضرر أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسؤولية التقصيرية، وهي مبنية على خطأ متعمد . كما أن الضرر أن يرجع بالتعويض على المالك أو المهندس بشرط أن يثبت من جانب المسؤول خطأ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية (م/٢٢٩/١ عدلي) .

وإذا رجح على رب العمل . كان لهذا أن يرجع على المالك أو الناظر بدعوى الضمان على النحو الذي قدمناه، بشرط أن يحصل التهم في خلال مدة التبرعات التالية لتسلم البناء وأن يرفع دعوى الضمان في خلال سنة من وقت حصول التهم (١) . ونظام دعوى الضمان قبل المهندس والمالك بالخطأ، ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الضرر بحدوث الضرر وبالتخصيص المسؤول عنه . ونسقط في كل حال بأغلبية ١٥ سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م/٢٣٦ عدلي) .

(٤) مسؤولية المهندس والمالك (جزء الضمان)

إذا تحققت مسؤولية المهندس المعمارى والمالك وفقا للمادة (٨٧٠) ، فإنها يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحق من جراء التهم في البناء أو وجود عيب فيه ، ويشمل التعويض ، وفقا للقواعد العامة ، ما لحق مسكنه من أضرار وما لحق به من كسب . وعلى ذلك فيشمل التعويض النفقات اللازمة لإعادة البناء إذا كان قد تهدم كله ، أو إعادة بناء الجزء التهم ، أو لإصلاح العيب وإذا كانت إعادة البناء أو الإصلاح لم تزد إلى إصلاح كل الضرر . كان ترتب عليها تسوية منظر المبني ، أو الإزالة من منقته ، مما يلحق من قيمته الإيجارية . كان ترتب العمل الحق في التعويض عن ذلك أيضا .

(١) الجمهورى - المصدر السابق - ص ١٢٠-١٢١ ، محمد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ١٤٨ . انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ١٧ / احتشافية / ١٩٨٥/٨٤ / في ١١/١/٨٥

ولذا أدى تهمم البناء التي تسلكه رب العمل قبل البدء - فإن ما يقفه المفاوض
من شروطه - يدخل ضمن التعويض المنطوق لانه قبل المفاوضين والمفاوض (1)
والآن التعويض يجب أن يقتصر على الضرر الذي كان يمكن توقعه مسبقاً
وعند انعاده - فلا يدخل الضرر غير المتوقع - الا اذا ثبت غير او خطأ جسيم في
حساب المفاوض (م/١٦٦٦ ص ١٤٦)

والسكدة بدلاً من الحكم بتعويض نقدي أو بحكم بالتفويض العيني واستعادة
الحال الى ما كانت عليه دى ان تقرر التمسك والقبول بأطراف البناء الجزء المتهم
او اصلاح العيب بولها أن تعدد لهما اجلا لانعام ذلك ، وان يرضى ارب العمل
بالقيام بالاصلاح على نفقته اذا مرض الاجل ولم يقوم به .

والشيار بين الحكم بتعويض نقدي وبين الامر بإعادة الحال الى ما كانت عليه
موقوف المحكمة - فلا يستطيع رب العمل او المقاول الزاء ا باختيار ايهما ،
وللمحكمة قبلاً عن الحكم بإعادة الحال الى ما كانت عليه ، أن تحكم بتعويض ارب
العمل اذا كانت إعادة الحال ان تزيل الضرر الذي لحقه ، كما ليسوا استغرق
الاصلاح وقتاً - فضاقت على رب العمل بذلك دفعه البناء في خلال هذا الوقت .

(١) ثروة اويس - المصدر السابق - ص ١٦ ، بعد لويدي كليب - المفسر
السابق - ص ١٤٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى ما ذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها المرقم ٥٧٦/
مذ ق ١٩٧٠ / ١٨ / ٦ / ١٩٧٠ - النشرة القضائية - كانون اول ١٩٧٠ -
العدد الاول ص ١٥٩ .

الفصل الثاني

التزامات ربه العمل

يلتزم ربه العمل تجاه المفاوض بالتزامات ثلاث:

- ١ - تمكين المفاوض من التفاوض العملي .
- ٢ - تأمين العمل وقبوله بعد التفاوض .
- ٣ - دفع المفاوض المنفق عليه (الاجور) .

المبحث الأول

تمكين المفاوض من التفاوض العملي

يلتزم ربه العمل بالقيام بكل ما هو ضروري لتمكين المفاوض من التفاوض العملي الفعلي . فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصاً من سلطات معينة ، كان على ربه العمل ان يحصل على هذا الترخيص . وإذا كان متفقاً مع المفاوض على ان يضم له الادوات والالات اللازمة او المواد الأولية التي تستخدم في العمل ، يجب على ربه العمل ان يقوم بتوفير هذه الاشياء (١) .

كما يلتزم ربه العمل ان يترك المفاوض يتجز العمل ، فلا يضع اعاque العقبات ولا يحد من العمل بعد ان عهد به اليه الا لسبب مشروع ، فهو لا يستطيع ان يرجع يارادته وحده من العقد ويحل منه الا في الحدود وطبقاً للشرط الذي عساه القانون (٢) .

(١) - الصدهوري - المصدر السابق - ص ١٤٤ ، محمد ابيوب شهاب - المصدر

السابق ص ١٤٩ .

(٢) - الصدهوري - المصدر السابق - ص ١٤٥ .

فإذا لم يقدم رب العمل بما هو ضروري لتنفيذ العمل - كان المقاول وفداً.
لذاتها العامة، ان يطلب التنفيذ الصبي اذا كان ذلك ممكناً، كالترخيص له بأن
يورد الأدوات والمواد اللازمة للمعمل على نفقة رب العمل، وإذا كان التنفيذ
العيني غير ممكن الا بتدخل رب العمل شخصياً، كما لو احتاج الأمر الى وجوه
في مكان العمل، فحوز الحكم عليه بفرامة تهدئة له لحمله على تنفيذ التزامه (١)
والمقاول في جميع الاحوال ان يطلب التعويض عن الضرر الذي اصابه من
جرام عدم قيام رب العمل بالتزامه، او من جرام تأخره في القيام به (٢).

والمقاول بدلاً من طلب التنفيذ العيني، أن يطلب فسخ المفاولة لاختلال رب
العمل بالتزامه، والتعويض عما اصابه من ضرر بسبب ذلك، وللمحكمة سلطة
التدبيرية لقبول الفسخ والتعويض او امهال رب العمل حتى يقول بالتنفيذ (٣).

المبحث الثاني

تسليم العمل وقبوله

يلتزم رب العمل بتسليم العمل بعد انجازه، والتسليم هنا ليس مجرد الاستيلاء
على العمل بعد أن يضعه المقاول تحت تصرف رب العمل دون عائق، كما هو
الحال في التزام المقاول بالتسليم، بل انه يتضمن إضافة الى جانب ذلك تقبل
العمل والموافقة عليه بعد فحصه ومعاينته وهو ما تقتضيه طبيعة المفاولة، فهي
تتبع تلي حل لم يكن قد بدأ بعد وقت إبرام العقد - أي لم يكن موجوداً - فوجب
عند إبرازه ان يستوفي رب العمل من انه موافق للشروط المتفق عليها او لاصول
الصدقة، ويكون ذلك بفحصه ومعاينته ثم الموافقة عليه، أي تقبله، والتي يقع
عادة ان رب العمل يقوم بتقبل العمل وتسليمه في وقت واحد.

(١) الدهوري - المصدر السابق - ص ١٢٥ . محمد لبيب شبيب - المصدر
السابق ص ١٧٧ .

(٢) المصدران السابقان .

(٣) المصدران السابقان .

ولكن لا يوجد ما يمنع من ان يفصل التقبل والتسلم، فيسبق ائتمنا الاخر
 اويله (١) - فإذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع من معاينته العمل وتسلمه
 ولم دونه الى ذلك اعتبر انه قد تسلم العمل ووافق عليه (م ١٨٧٣) .
 وبشرط - حتى يكون رب العمل ملزما بتسليمه على هذا الوجه ان يكون
 العمل موافقا للشروط المتفق عليها ، او لما تظفر به اصول الصداقة في العمل محل
 القارة ، ان خاليا من العيوب - وفتى عن البيان انه اذا حصل اختلاف بين
 الطرفين حول ما اذا كان العمل موافقا او غير موافق ، فانه يجوز لايمنا ، وفقا
 للقواعد العامة ، أن يطلب نهب غير على ثقته لمعاينة العمل ووضع تقرير يثبت
 حاله لتكون محل اعتبار فيما او رفع الامر الى القضاء (٢) .

وطبقا لقاعدة الزامية من المادة (٨٧٣) من القانون المدني العراقي ، يجوز لرب
 العمل ان يحتج من تسلم العمل اذا كان العيب او المخالفة للشروط او اصول الصناعة
 التي تبرر امتناع رب العمل صريحة بحيث تجعل العمل غير صالحا -
 لغرض المقصود منه كما يستفاد من ظروف التعاقد - فاذا لم يبلغ العيب او
 المخالفة هذا الحد من الجسامة ، بقي رب العمل ملزما بالتسلم ، ولكن يكسبون
 له الحق ، اما في طلب التماس القابل بما يتناسب مع اصابة العيب او المخالفة (٣) ،
 واما في طلب الزام المقاوم بالاصلاح في اجل معقول يحدده اذا كان الاصلاح ممكنا
 ولا يتكلف نفقات زهق المقاوم (م ٣/٨٧٣ معني) .

(١) السوردي - المصدر السابق - ص ١٤٧-١٤٨ ، محمد ابيي شيب - المصدر
 السابق - ص ١٥٢ .

(٢) المصدر السابق - ص ١٤٩ .

(٣) ودعيت محكمة التمييز الى أن التماس قبة العمل المنجز جائز بالمقدار الذي
 قدره المبرء ، استنادا الى المادة ٨٧٣-٢ من القانون المدني العراقي - قرار
 رقم ٢٧٦ / حوقية / ١٩٦٦ في ١٤ / ١٢ / ١٩٦٦ (قضاء محكمة التمييز ، المجلد
 الرابع ص ١٣٧) .

ولم يصح الأحوال يجوز المقاول إذا كان العمل يمكن إصلاحه ، أن يتسوم
بهذا الإصلاح في مدة معلومة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل ضرارا أو تلفا
بمادة (م ٣/٨٧٣ مدني) .

وإذا كان العمل مكون من اجزاء متميزة ، أو كان الاجر محسوبا بمعددة الوضعية
كأن يكون المقاول قد تعهد برصف طريق وحده الاجر على اساس كسب وحسنة
طولية يتم رصفها ، فإنه يجوز لكل من المقاول ورب العمل ، طبقا لنص الفقرة
الاولى من المادة (٨٧٤) من القانون المدني العراقي ، أن يطلب اجراء المعاينة
والتسليم عقب انجاز كل جزء او طلب انجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كالية
بالنسبة للعمل في حقله . فإذا ما تم التسليم كان للمقاول ان يستولي من الاجر
بمقدار ما انجز من العمل ، وذلك بعد اجراء معاينته وتقبله (١) .

ويعرض فيما دفع الاجر عنه ، ان رب العمل قد غايبه وتقبله ما لم يثبت
ان ما دفعه ليس الا مبلغا قدمه للمقاول تحت الحساب (م ٢/٨٧٤ مدني) .

ويعرض نص المادة (٨٧٥) مدني لاهم ما يترتب على تسليم العمل وتقبله
من نتائج ، فمن وقت تسليم العمل لا يضمن المقاول العيوب والمخالفات الظاهرة
التي لا يمكن اكتشافها بالفحص العادي . ذلك انه اذا كان العيب في العمل
واضحا يمكن للشخص العادي ان يكتشفه بالمعاينة ، بالمفروض انه اذا تقبل
رب العمل دون ان يتعرض ، انه قبله معينا ونزل من حقله في الرجوع على
المقاول من اجل هذا العيب ومن ثم يتفرض ضمان المقاول للعيوب بمجرد تقبل
العمل مع مراعاة احكام الضمان الخاص فيما يتعلق بالبياني والمنظفات الثابتة المنصوص
عليها في المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي (م ١/٨٧٥ مدني) .

أما اذا كانت العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ، واسم بلحظها رب
العمل وقت تسليمه ثم اكتشفها بعد ذلك ، فإنه يجب عليه ان يخطر المقاول بها بمجرد

(١) السبوري - المصير السابق - ص ١٥١ - ١٥٢ ، محمد لبيب تنب - المصدر
السابق - ص ١٥٢ .

أولها هو في اللغة أن يعنى بها حرف الجرقة ، ولا اعلم انه قد قيل العمل
فأما في نظام القانون في الوقت المناسب لأن لرب العمل الحقوق المخصوصة طبقاً
في المادة ٨٧٣ وم ٨٧٤ / ٦ مدني .

إن ما ذكره بعض الطرفان على خلافه ، فالأحكام التقضية ليست منسوبة للنظام
العام وذلك بحسب أحكام المبدأين الأساسيين في حالة المبدأين الأساسيين ، ومن نسب
يجوز الانتقال على تقدير تعيين المأول بتعيينه منه لفحصان العيب ، كما يجوز
الانتقال إلى بعض الطرفين أو لإلغاء منه ، فيستلزم المأول عدم مخالفة العيب
بغير تعيين العيب ولو كان العيب عقاباً .

ومن من شأنه أنه يعنى المأول العيب عقاباً منه ، فلم يستطع رب العمل أن
يكتسبه وقد نقل العمل ، لأنه في هذا العرض يكون للمأول مسؤولاً عن نفسه ،
ويجوز أن يكون رب العمل العيب يكونه الحق في الرجوع على المأول بالتعيين
هو عرض لا يجوز فيه الانتقال على تعيينه الضمان ولا الإلغاء منه .

المبحث الثالث

درج الإيجار

يقول بحثنا الإيجار كركن في عقد المأولة ، ولأن لبعده كالأجر في غيره من العمل ،
والإجر - كما قد بيناه - لا بد من وجوده في عقد المأولة باعتباره ركناً فيها ، ولأنه كان
ذلك من آثار الإيجار ، فلا يصح مقابلة بل عقاباً غير مسمى (١) .

ويستلزم في الإيجار أن يكون عقاباً أو عقاباً للعيبين ، غير أن الإيجار وإن كان ركناً
في المأولة إلا أنه لا يستلزم ذلك في العقد ولا يستلزم أن يعده المأولان ، فإذا
المبعضاء تكفل القانون بتعيينه وتبقى المأولة صحيحة ، ولكن أيهاين أن العمل
في المأولة ما كان لئلا إلغاء آخر ، حتى يفرغ من أن هناك اتفاقاً حقيقياً طبعياً

(١) - الدكتور - المصدر السابق - ص ١٤٠ .

وجود الاجر . وقد نصت المادة (٢/٨٨٠) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها :-

(ويجب اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمنيّاً على وجوب الاجر إذا تبين من الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان ليزدى الا لثاء اجر يقابله) .

ويمكن القول برجه عام أن اصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس وكذلك ارباب الحرف والصنعة كالحياط والنجار يعملون بأجر . فاذا تعاقد العميل مع احد منهم فالمفروض أن العمل يكون بأجر ، حتى لو سكت المتعاقدان وإن لم يذكرها شيئاً من ذلك (١) أما مقدار الاجر فيحدده القانون كما تقدم .

ويجب التمييز بين اتفاق المتعاقدين على الاجر واختلاف ما في تعيين مقداره . ففي هذه الحالة تكون المفاوضة باطلة لا نندام احد اركانها (٢) . وحين عدم تقدم على مقدار الاجر ، اذا يتكفل القانون في هذه الحالة بتعيين هذا المقدار عند سكوت المتعاقدين عن تعيينه (٣) وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٨٨٠) من القانون المدني العراقي بقولها :- (اذا لم تحدد الاجرة سلفاً او حددت على وجه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المفاوض) .

ويخلص من نص الفقرة المذكورة ان تعيين مقدار الاجر يقوم على عنصرين : قيمة العمل الذي اتمه المفاوض ، وما تكبده من نفقات في الجازه . وعند الخلاف يمين القاضي مقدار هذا الاجر مسترشداً بهذين العنصرين ، ويسترشده بوجه خاص بالمعرف الجاري في الصنعة في تحديد قيمة العمل .

وتشمل نفقات المفاوض الثمان المواد التي استخدمت في العمل واجور العمال وغير ذلك من النفقات التي صرفها فعلاً لانجاز العمل . وقد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار الاجر .

(١) الشهورى - المصدر السابق - ص ١٥٥ .

(٢) الشهورى - المصدر السابق ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٣) المصدر السابق ص ١٥٧ . جملت الفضيلي ص ٤٣١ .

ويحل محل المقاول كذلك في الدائنية بالأجر للمقاول من اليانظن (المقاول الثاني) والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي على أن (يكون للمقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بأنهم في ذمة المقاول . بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون لدينا به للمقاسم الأول الأصغر وقت رفع الدعوى . ويكون لسال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي (رب العمل) . ولستود لبحث هذا الموضوع عند الكلام عن المقاول الثاني .

وإذا تعدد المقاولون ، ثم يكونوا دائنين متضامين بأجورهم ، بل يفرد كل منهم بأجره الخاص ، ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين ، ما لم يوجد اتفاق مسج رب العمل على غير ذلك (١) .

وقت الوفاء بالأجر :-

يشترط رب العمل أن يدفع الأجر في الترتيب المتفق عليه في العقد . وغالباً ما يكون في عقد المقاونة اتفاق على مواعيد دفع الأجر . وهذه المواعيد قد تكون سابقة على انتهاء العمل وتسليمه وقد تكون لاحقة على ذلك . ويجرى العمل في المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على الساط بحسب ما يتم إجاره من العمل .

أما إذا لم يوجد اتفاق على إيجاد معين أو مواعيد معينة وكان هناك عسرف فلتسغه يحدد مواعيد دفع الأجر . ويجب اتباع ما يقضي به العرف . وأكثر ما يكون في المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسليم العمل . وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فيستحق دفع الأجر عند تسليم العمل من قبل رب العمل . وهذا الحكم هو الذي تعطي به طبيعة المقاونة . فالمقاول يتعهد بموجب

(١) - مهدي - المصدر السابق - ص ١٩٧ .

هذا العقد بانجاز عمل معين مقابل اجر معين ، وبمجرد تمام عقد المفاوضة يصبح
الاجر بالاجر في مقابل عمل لم ينجزه ، فمن الطبيعي الا يستحق الاجر الا بمسئ
انجاز العمل وتقبله من قبل رب العمل (١) .

والاحكام المتقدمة نصت عليها المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها -
يستحق دفع الاجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى الاتفاق او العرف بغير ذلك
مع مراعاة احكام المادة (٨٧٤) .

وهذا النص يشير في عبارته الاخيرة الى وجوب مراعاة حكم المادة (٨٧٤) ، والتي
تنصن بأنه اذا كان العمل مكونا من اجزاء متميزة او كان الثمن محسوبا بغير
الوحدة ، فانه يجوز للمفاوض ان يستولي من الثمن بقدر ما انجز من العمل وذلك
بعد اجراء حمايته وتقبله ، على ان يكون ما تم انجازه جزءا متميزا ، او قسما ذا
اهمية كالمية بالنسبة الى العمل في جملته .

فاذا لم يتم رب العمل بدفع الاجر في الموعد ، كان مخالفا بالتزامه ، وحق للمفاوض
طبقا للقواعد العامة ان يجبره على الوفاء بالاجر بالحجز على امواله وبهجمها بالمراد
المطلي وقفاض اجرة من ثمنها ، كما يحق للمفاوض ان يطلب فسخ المفاوضة وتعرض
ما اصابه من ضرر بسبب عدم وفاء رب العمل بالتزامه .

ويحق للمفاوض طبقا للقواعد العامة ان يستنج عن تنفيذ التزامه بالعمل ما دام ان
رب العمل متمتعا عن الوفاء بالاجر (م ٢٨٢/١ مدني) ، واذا كان المفاوض قد اتسم
العمل فله ان يحيسه وأن يستنج عن تسليمه الى رب العمل حتى يسوم بالوفاء
بالاجر (م ٢٨٠/١ مدني) .

هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فان دفع الاجر عند تسلم العمل يشترط لئلا
ان يتلون مطابقا للمواصفات والشروط المتفق عليها ولا حول العرقلة في هذا النوع

(١) المصدر السابق - ص ١٩٩ .

من العمل - فإذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشروطة أو غير متفق مع ما تقتضيه أصول الحرفة ، فلهرب العمل حسب الاجر فلا يدفعه لاني الميعاد المتفق عليه ولا يي الميعاد الذي يقتضي به العرف ولا عند تسليم العمل . . حتى يقوم المقاول بإصلاح العيوب التي قامت العمل .

وهذا ما تقتضي به القواعد العامة (م ١/٢٨٠ مدني) (١) . ويترتب على ذلك أيضا انه اذا تأخر المقاول في تسليم العمل ، جاز لرب العمل ان يمتنع عن دفع الاجر ولو كان الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل . واذا كان الاجر يدفع على الحساب ، كل تسط يدفع بعد تمام جزء معين من العمل . وتأخر المقاول في تمام هذا الجزء من الميعاد والمتفق عليه ، جاز لرب العمل ان يمتنع عن دفع التسط من الاجر المقابل لتجزء الذي لم يتم (٢) .

مكان الوفاء بالاجر :-

لا يوجد نص خاص يبين المكان الذي يجب فيه دفع الاجر ، وعليه يجب الرجوع في ذلك الى القواعد العامة ، وهذه القواعد تقتضي بان يكون الدفع في المكان المتفق عليه ، فان لم يوجد اتفاق كان الدفع في المكان الذي يقتضي به العرف .

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف يجب تطبيق المادة (٣٩٦) من القانون المدني وهي تنص على انه : - (١) - اذا كان الشيء المنعوم به عليه ما حمل ومؤونه كالتكليفات والموزونات ، ونحوها ، وكان العقد مطلقاً لم يبين فيه مكان التسليم ، سلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه الوقت العقد ٢ - وفي الالتزامات الاخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء او في المكان الذي يوجد فيه محل اعماله اذا كان الالتزام يتعلق بهذه الاموال ما لم يتفق على غير ذلك .

(١) السهبوري - المصدر السابق ص ١٩٩ - ٢٠٠ محمد لبيب شبيب - المصدر

السابق - ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٢) السهبوري - المصدر السابق - ص ٢٠٠ . محمد لبيب شبيب - المصدر

السابق ص ١٥٦ .

ويطرح من نص هذه المادة انه اذا كان الاجر مما له محل ودرجة معينة (مثلا معينة بالوقت) فإنه يلزم دفعه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت ابرام عقد المفاوضة (م ١/٢٩٦) اعا اذا كان الاجر من المثلثات ويكون غالبا مطلقا من الطرود فالوظف يكون في موطن المدين وهو رب العمل أو في مركز عمله اذا كانت المفاوضة متعلقة بحد الاعمال (٦) .

عدم جواز تعديل الاجر لتفق عليه :-

فما اتفق المتعاقدان على مقدار الاجر او على الاسس التي يقوم عليها التقييم مما يجوز تعديل الاجر المتفق عليه بالزيادة او النقصان الا بالتناق العارفين ولا يجوز اجمدهنهما ان يستعمل بالتعديل (٦) وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد (م ١/١١٦ مدني) والتي تنص بانه :-

اذا بلغ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع منه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي .

عنى :- استثناء من القاعدة المذكورة توجد ثلاث حالات يجوز فيها تعديل الاجر بالزيادة او بالنقص دون حاجة لاتفاق العارفين . وهذه الحالات هي :-

اولا :-

التناق على الاجر بمقتضى مقايضة على اساس سعر الوحدة

فقد ايجاز التشريع اعرافى زيادة الاجر بالحدود معينة اذا اسطر المفاوض والسكا معاوية مقايضة مجاوزة محسوسة . فقد نصت المادة (١/٨٧٩) من القانون المدني

- (١) استهزى - المصدر السابق ص ٢٠١ . محمد لبيب شبيب - المصدر السابق
(٢) دعيت محكمة التمييز في قرارها ١ الى انه يلزم رب العمل بتقيضة الاعمال
ص ٥٦٦ كمال قاسم ثروت المصدر السابق - ص ١٨٤ - ١٨٦
الاضافية اذا كان يعلم بها عند تسليمه العمل ولم تكن للمفاوض نية التبرع لان ذلك يعتبر موافقة ضمنية على تلك الاعمال الاضافية (قرار رقم ١٧٣/٢م/٢٢٦
في ٧٤/٢/٢٤ - النشرة القضائية العدد ٤ - ١٩٧٤ ص ١٦٣)

المراد على أنه :- (١) - إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة وتبين
بناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة
نوار مستغل لخدمة الأعمال منتهت غير تلك المحسوبة (بمقتضى ما يلاحظه المحكم في المادة
في المقايضة مجاوزة محسوبة وجب على المفاوض أن يخبر في الحال رب العمل مبينا
بمقدار ما يتوقعه من المصروفات ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز
به قيمة المقايضة من نفقات) .

يتبين من نص الفقرة المذكورة أنه يجب توفر شروطا ثلاثة لتطبيقه :

١ - أن يكون الإجراء في المفاوضة متفق عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة فإذا
كان مقدار الإجراء غير متفق عليه أصلا ، أو كان متفقا عليه ولكنه كان إجسرا
أجاليا على أساس تصميم معين ، فإن النص لا يطبق ، لأن القاضي في هذه
الحالة هو الذي يقوم بتعيينه .

٢ - أن تكون المجاوزة للمصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوبة ليسبب
لم يكن مبررا وقت العقد .

والغرض من المقايضة مجاوزة محسوبة ، مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في
المقايضة لا مجاوزة أعمارها . فإذا ورد في المقايضة مثلا كميات معينة للأعمال
الخاصة بالأساس ، ثم رأى المفاوض عند حفر الأساس أنه يجب تمييزه أكثر مما
تدر في المقايضة وأن هذا التمييز يقتضي استخدام كميات من العمل تزيد زيادة
محسوبة عما هو وارد في المقايضة ، فتلك هي المجاوزة المحسوبة التي يقتضيها
الشروط الثاني (١) .

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة محسوبة أو غير محسوبة يخضع لقاضي الموضوع
وتقديره ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز .

(١) السلهوري - المذهب السابق - ص ١٦٤ .

ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة ، بل يجب كذلك أن تكون مما لا يمكن تبيئها وقت إبرام العقد ، أي أن لا تكون متوقعة والمما تبيئت في أثناء العمل .
فإذا كانت متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها ، زاد الأجر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل (١) .

٢ - أن يخطر المقاول رب العمل حال تبيئه للزيادة بذلك ، مبينا ما يتوقعه من المصروفات (م ٨٧٩/١مدي) ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذا الاخطار ولا ميعادا معينا يجب أن يتم فيه . ويكفي على المقاول حبه التيات أن الاخطار قد تم كما يجب أن يتم الاخطار فور تبيئه المقاول للزيادة مع بيان مقدار حسده الزيادة . فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة أو تأخر في اخطاره دون مبرر أو لم يذكر في الاخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو على الأقل الاسس النسبي تقوم عليها المجاوزة المتوقعة سقط حقه في المطالبة بها (٢) .

ومن ناحية أخرى نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٧٩) على انه : «فإذا كانت المجاوزة التي يخضعها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل ان يتدخل مسن «المقد» ، فإن اراد التدخل يجب أن يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول مسن جميع ما أنفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل)» .

فهذا النص تكفل ببيان الحكم في حالة ما اذا كانت المجاوزة جسيمة . ويستخلص من هذا النص انه اذا كانت المجاوزة جسيمة ، فإن رب العمل يكون بالخيار بين امرين - الامر الاول أن يهني مقيدا بالمقاولة ويطلب من المقاول اتمام العمل وفي هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة ويكفي طسه

(١) الجمهوري - المصدر السابق - ص ١٦٥ - انظر ايضا قرار محكمة التمييز
المرقم ٣٣٦ السالفة الذكر .

(٢) الجمهوري - المصدر السابق - ص ١٦٦ .

المقابلة نافذة بجميع شروطه - والامر الثاني أن يتحمل رب العمل من المقابلة اذا رأى أن الزيادة الجسيمة في الاجر مبررة له - وفي هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل دون ابطاء -

فاذا ابطأ في هذا الطلب بلا مبرر ، كان للمقاول ان ينفذ في العمل ويفترض ان يرب تعديل قد اختار الامر الاول ، اي ابقاء لقابلة مع الزيادة في الاجر - فاذا تقسم رب العمل بهذا الطلب ، وجب على المقاول ان ينفذ تنفيذ العمل ، ويتحمل رب العمل من المقابلة -

وتكفي يجب عليه أن يعرض المقاول من جميع ما اتفق من المصروفات وما الجزء من الأرباح دون ان يبرهنه مما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل (١)

ثانياً :- الاتفاق على اجر اجمالي على اساس تصميم معين

تنص المادة (٨٧٧) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :

إذا أبرم العقد بأجرة محددة جزئياً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، وليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة على الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو أن يكون مادوناً له منه وقد اتفق مع المقاول على أجرته - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة - إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة -

يبين من هذا النص انه ابرم العقد بأجر اجمالي ، او كما يقول النص (بأجرة تبين من هذا النص انه اذا ابرم للمقد بأجر اجمالي ، او كما يقول النص (بأجرة حددت جزئياً) ، على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فالقاعدة العامة حسي عدم جواز تعديل الاجر المتفق عليه ، وليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الاجر

(١) السنهوري - المصدر السابق - ص ١٦٧ - ١٦٨ .

التي أو تعديل في هذا التصمم تعديل أو إضافة (١) .
 ومع ذلك فهذه الاستناد أو يجوز فيها زيادة الاجر . الاستناد الاول نصت
 عليه المادة ٨٧٧، إضافة الذكر وهو اذا كان التعديل أو الإضافة في التصمم
 سببت نظار رب العمل أو بناء على اتفاق بين المفاوض و رب العمل .
 والاستناد الثاني هو التمييز التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من المتعاقدين .
 فبذلك فلا ينحيز الاستنادين في حالتين :-

الخاصة الاول :-

وتسأل في امور من نصت عليها المادة (٨٧٧) وهما :

الاول :-

اذا كان التعديل أو الإضافة في التصمم بسبب خطأ رب العمل .

الثاني :-

اذا كان التعديل أو الإضافة بناء على اتفاق المفاوض و رب العمل (٢) .

الاصمم الاول :-

اذا كان التعديل أو الإضافة في التصمم بسبب خطأ من
 رب العمل . فإذا ارتكب رب العمل خطأ وتسبب هذا الخطأ في زيادة التلزمات
 اللازمة لتنفيذ العمل ، فإن المفاوض يستحق زيادة في الاجر المتفق عليه بحسب مقدار
 ما رآه به تلافاه . كان يقدم رب العمل للمفاوض معلومات خاطئة عن الأحمال

(١) تروى من التفصيل انظر الشهودي - المصدر السابق - ص ١٧٢-١٧٤ محمد
 لبيب شيب - المصدر السابق - ص ١٦٦-١٦٦ . انظر أيضا قرار محكمة التمييز
 رقم ٦٧/١٢/١٩٧٧ في ٢٦/١/٦٦ الذي دعت فيه دل انه ليس للمفاوض المطالبة
 بقيمة عملت قيامه به خلافا لشروط العقد . (بحسوة الاحكام الدولية - العدد
 الثاني - السنة السابعة - ص ٦٦) .

(٢) الشهودي - المصدر السابق - ص ١٧٢-١٧٤ محمد لبيب شيب - المصدر
 السابق - ص ١٦٦-١٦٧ .

التي يريد ما للبناء . أو أنه قدم له أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المفاوض أن يهدم
في الجزء الذي لا يملكه رب العمل وأن يعدل في التصميم على مقتضى المساحنة
الحقيقية التي يملكها رب العمل (١) .

الإصر الثاني :-

إذا كان التعديل أو الإضافة في التصميم بناء على اتفاق مع رب العمل فلا
يجوز للمفاوض أن يجري أي تعديل أو إضافة في التصميم المتفق عليه إلا
بحوافة رب العمل . ولكن إذا أذن له رب العمل بذلك وانفق مع المفاوض على
مقدار الاجر الزائد الذي سينجم عن التعديل أو الإضافة فإنه يجوز في هذه
الحالة أن يرجع المفاوض بالزيادة في الاجر بشرط أن يكون الاتفاق مكتوباً إذا كان
عقد المفاوضة الأصلي مكتوباً .

واشترط المشرع أن يكون الاتفاق على الزيادة في الاجر مكتوباً إذا كان عقد
المفاوضة الأصلي مكتوباً ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فإنه إذا كان عقد المفاوضة
مكتوباً . فلا يجوز اثبات الزيادة في الاجر إلا بالكتابة .

ومن ذلك ترى أن الكتابة ليست لازمة للاتيات (١) .

الحالة الثانية :-

إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمفاوض (نظرية
الشروط الطارئة) نص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :-
ليس للمفاوض إذا توفقت أسعار المواد الأولية واجور الأيدي العاملة أن يستند

(٢) وأكدت محكمة التمييز في قرار لها بأنه ليس للمفاوض المطالبة بأجره الزيادة
الحاصلة في العمل الذي حددت أجرته جزئياً . إلا إذا كان حصول الزيادة خطأ
رب العمل أو بدونه وقد اتفق مع المفاوض على أجرته على أن يجعل مسنداً
الاتفاق كتابة (قرار رقم ١٤٢٨/٢٣/١٩٦٢ في ٧٤/٢١٦ - السيرة القضائية
عدد ١ ص ١٦١) .

(١) تزيد من التفصيل انظر السنهوري - المصدر السابق - ص ١٧٩ . محمد لبيد
سلف - المصدر السابق - ص ١٦٧-١٦٨ .

الى ذلك ليطالب بزيادة في الاجرة حتى ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عميرا . على انه اذا اثارنا التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول اثارنا تماما بسبب حوادث لم تكن في الحبان وقت التعاقد واندم بذلك: لاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة . جاز ان تقضى بزيادة في الاجرة او فسخ العقد .

يتضح من هذا النص ان المشرع قد حرص على انه لا يكون لارتفاع تكاليف العمل اثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد . وهو نص له مقابل في غالبية القوانين العربية . فالاصل العام يقضي بان ارتفاع تكاليف العمل كارتفاع المواد الاولية واجور الايدي العاملة او غيرها من التكاليف لا يكون له اثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد .

ومن ثم فلا يجوز للمقاول ان يرفع هذه التكاليف ان يطلب زيادة في الاجر ولكن اذا كان على المقاول ان يتحمل عبء ارتفاع اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة وغيرها من التكاليف . فذلك انما يكون على اساس ان هناك لارتفاع متوقع .

لكن اذا تعلق الامر بارتفاع غير متوقع في الاسعار والاجور . كان قامت حرب مثلا وتوقف انتاج المواد اللازمة للعدل . فارتفعت اسعارها اضعافا مضاعفة مما كانت عليه وقت ابرام العقد فالامر يختلف . فمثل هذا الارتفاع في الاسعار لم يكن متوقفا وقت ابرام المقاولة . ولم يكن من الواجب على المقاول مراعاته . وبالتالي فلا يكون مقصودا ان لا يعمل له حساب عند تحديد الاجرة اجمالا . وبذلك ينتهي الاساس الذي يوجب تحميل المقاول عبء هذه الاحداث (١) .

وقد اقر المشرع هذا النظر . فبعد ان قرر في صدر المادة (٧٨٧) انه ليس للمقاول ان يطالب بزيادة في الاجرة استنادا الى ارتفاع اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة . نص في العبارة الاخيرة من هذه المادة على ما يأتي :

(١) محمد لبيب شبيب - المصدر السابق ص ١٧٤ .

على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول
أو يارا تاعا بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وانعم بعد ذلك
الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقابلة، جاز للمحكمة أن تغطي بزيادة
في الأجرة أو يفسخ العقد .

وهذا النص تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقابلة التي قررتها
الفترة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي (١) والتي تنص الاتي:-
على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواقع توقعها، وترتب على
حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين
بيش يهدده بخسارة فاصلة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين
أن تغطي الالتزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا
كل اتفاق على خلاف ذلك .

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ضوء نص المادة (٧٨٧) هي نفس
لرود تطبيق النظرية في مباحها العام (٢) . كما يبين من المقارنة ما بين نصي
هذه المادة ونص المادة (١٤٦) (٣) .

ويظهر من نص المادة (٨٧٨) أنه يشترط لجواز اجرة المقاول ان يتوافق
شرطان :

الشرط الاول :-

أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، ويتداعى
بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقابلة وينهار معه التوازن
الاقتصادي بين التزامات المقاول والتزامات رب العمل .

- (١) غازي عبد الرحمن التوازن الاقتصادي في المقدماتم تنفيذه / منشورات مركز
البحوث القانونية بغداد ١٩٨٦ ص ٥٣ . قرار محكمة التمييز رقم
٧١٤ و ٧١ و ٨٤٥ / ١٣ / ١٩٧٩ في ١٩ / ١ / ١٩٨٠ .
- (٢) الشهورى - المصدر السابق - ص ١٨١ .
- (٣) مزيد من التفاصيل في نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها
انظر الشهورى - الجزء الاول - فترة ٤٠ .

ويجب أن تكون الحوادث عامة ، أي غير خاصة بالمقاول وحده ، كقيام حرب مثلا ، وأن تهدد المقاول بمسارعة فادحة ، أي أن من شأن هذه الحوادث العامة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وصعبا (1)

وتقدير ما إذا كان المقاول مهددا ، وبالتالي كون التوازن الاقتصادي بيبسبب التزامات كل من المتعاقدين قد انهار ، مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع مستهديا بطررف كل دعوى ، مع مراعاة الاعتداد بالظروف الخاصة بالمقاول مسن حيث هناك أو فقره ، إذ يجب أن يقدر الأرهاق تقديرا موضوعيا لا ينظر فيه السى المقاول المقصود بالذات ، بل على مقاول عاى لو وجد في مثل ظروف هذا المقاول في ضوء ما يلتزم به بالمقابلة على التزامات رب العمل (2) .

نقطة سبعة الثانية :-

أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ، فلا يتغير أن انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من الطرفين ، بل يجب أن يشأ هذا إلا يار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وهذا يستوجب :-

- ١ - أن تطرا بعد إبرام العقد حوادث أو ظروف لم تكن موجودة وقت التعاقد .
- ٢ - أن تكون هذه الحوادث عامة ، أي غير خاصة بالمقاول ، بل شاملة لكل الناس أو طائفة غير محددة منهم ، كحرب أو فيضان (3) .
- ٣ - أن تكون هذه الحوادث استثنائية ولم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، ويقصد

(1) قرار محكمة التمييز رقم ٣٤٨/م/٧٣ في ٧/٧/٧٣ الذي جاء فيه أنه ليس للمقاول أن يطلب زيادة مبلغ المفاولة بحجة ارتفاع الأسعار إذا كانت الزيادة المطالب بها ضئيلة بالنسبة لجموع مبلغ المفاولة . (لنشرة القضائية - عدد ٤ - السنة الرابعة ص ١٥٦) .

- (2) المستهوري - الصدر السابق ص ٨٤١ ، محمد لبيب شبيب ص ٥٧١
- (3) قرار محكمة التمييز رقم ٩٢٣ / ج / ١٩٦٦ في ٢٤ / ١١ / ١٩٦٦ - قضاء محكمة التمييز - المجلد الرابع ١٩٦٦ ص ١٢٧ .

بذلك أن يكون حوادث نادرة او غير عادية او غير مألوفة، ولم يتوقع المتعاقدان حدوثها، وان يكون مما لا يستطيع دفعها (١) .

ومعيار التوقع او الحسبان معيار موضوعي، فلا ينظر فيه الى ما تولعه اوجسه المتعاقدان فعلا، بل الى ما كان يجب ان يتولعه شخص عادي لو وجد في مسلسل ظروفها بحسب السير المادى للامور (٢) .

فاذا نوافر هذان الشرطان، كان للمقاول أن يطالب بزيادة الاجر المتفق عليه، فان لم يرض رب العمل بهذه الزيادة كان للمقاول أن يلجأ الى القضاء طالبا الحكم بها او بفسخ العقد، وللقاضي سلطة تقديرية في نظر هذا الطلب، فلا يلتزم بالفسخ ولو طلبه المقاول بل له أن يحكم بزيادة الاجر، اى الابقاء على العقد، اذا اهدى رب العمل قبوله لذلك .

كما أن للقاضي لا يتقيد بالحكم بزيادة الاجر، بل له أن يحكم بالفسخ ولو لم يطلبه المقاول وذلك اذا كان يترب على زيادة الاجر ارضاء رب العمل مثلا .

ولكن اذا حكم انقاضي بزيادة الاجر، فهل يتحتم عليه أن تكون هذه الزيادة سوية لقيمة الزيادة في نفقات المقاول بسبب الحوادث الاستثنائية ؟

لو اجرنا ذلك لكان معناه تحميل رب العمل وحده عبء الحوادث الاستثنائية العامة ولا يتفق ذلك مع المدالة التي اوجت بها المادة (٨٧٨)، ولا مع نظرية الظروف الطارئة التي أخذ بها المشرع في المادة (١٤٦)، والتي اعتبرت المادة (٨٧٨) مجرد تطبيق خاص لها بمقدد المقاول (٣) .

- (١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٥٨٨/٢م/٧٣ في ٧٤/٤/٢٢ والذي ذهبت فيه الى أن نسقوا أن يتسلك بالظروف الطارئة الناتجة عن الامطار والفيضانات وان اشترط خلاف ذلك، ما دامت الامطار قد عطلت بصورة غير اعتيادية ولا متوقعة . (النشرة القضائية - العدد الثاني السنة الخامسة ص ٩٣) .
- (٢) محمد لبيب شنب - ص ١٧٧ . انظر ايضا قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٦ تصحيح قرار ١٩٦٨ / في ٧/١٣ / ١٩٦٨ - النشرة القضائية عدد ١١٢ - السنة الثانية ١٩٧٢ ص ١٤٥ .
- (٣) مذكرة المشروع التمهيدى (مجموعة الاممال التحضيرية للقانون المدنى المصرى) ج ٥ ص ٤٢ .

الموقع من المفاوض ، ويكون ذلك بتحصيل المفاوض الاثر في استيفاء المفاوض
الاولية واجور المصال . أما المفاوض غير المفاوض عن الارتفاع فيوزح على المفاوض ورب
العمل .

ورغم أن النص قد قصر الجزاء على زيادة الاجر او المسخ ، فإنه يجوز للمفاوضي
تطبيقا لنص المادة (١٤٦) ، وهو نص عام ، أن يوقف تنفيذ المفاوضة حتى يسرد
الحادث الطارى ، اذا كان وقتيا وينظر زواله بعد وقت قصير (٢) وكان ذلك لا يخلو
على رب العمل الفالدة التي يفضدها من وراء اجاز العمل (٣)

ثالثا :-

اجور المهندس المعماري

تنص المادة (٨٨١) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :-

١) - يستحق المهندس المعماري اجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايمة
واخر عن ادارة الاعمال ، فاذا لم يحدد العقد هذه الاجور يجب تقديرها وفقا
للعرف الجاري .

٢ - غير انه اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس ويجب
تقدير الاجرة بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة
هذا العمل .

يتضح من هذا النص أن الاصل في تحديد مقدار الاجر الذي يتقاضاه المهندس
هو الاتفاق بينه وبين رب العمل . أما اذا لم يوجد اتفاق على مقدار الاجر ،
فالمفروض مع ذلك أن المهندس يعمل بأجر ويرجع في تقدير هذا الاجر الى العرف
الجاري في مهنة المهندسين المعماريين .

والغالب أن الاتفاق يحدد اجرا للمهندس على وضع التصميم والمقايمة واجرا
اخر مستقلا عن ادارة الاعمال والالتفاف على التنفيذ . هذا اذا كان كذلك
مجهودا به الى المهندس . أما اذا عهد اليه بعمل دون آخر فالاتفاق يحدد اجرا
واحدا على هذا العمل .

(٢) السنيوري ج١ ص ٦٤٧ ، عبد الحى حجازي في نظرية الالتزام طبعة ١٩٦٠ ص

٢٦٢ ، محمد ليث شنب ص ١٧٨ .

(٣) السنيوري - المصدر السابق - ص ١٨٥ .

وكذلك تبين لنا الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر أحد الاستثناءات التي يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأجر، أو في الأجر المقدّر بحسب العرف الجاري إذا لم يكن هناك اتفاق .

وهذا الاستثناء الذي نصت عليه الفقرة اعلاه لا يجعل للمهندس حقا في أجره كاملا إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم . بل جعل تقدير أجر المهندس في هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذي استغرقه المهندس في وضع التصميم مع مراعاة كفاءة المهندس وسهولة تقدير أجره بحسب الزمن وبحسب طبيعة التصميم من حيث من حيث الدقة والصعوبة الفنية .

وغالبا ما يكون تقدير الأجر على هذا النحو من شأنه أن يجعل الأجر أقل من الأجر المتفق عليه أو من الأجر المقدّر بحسب العرف الجاري .

ويعلل ذلك بأن رب العمل لم يستفد شيئا من التصميم ، وقد عرض لما لحسن من عمله لموظفا كاملا ، وإن هذا التعويض أقل من الأجر المستحق له (١) .

جزء آخر أخلاقي وبالعقل بالتزامه بدفع الأجر :

إن لم يدفع رب العمل الأجر وقت استحقاقه أو تأخر في الدفع ، أو لم يدفع في المكان الواجب الدفع فيه ، أو أخل بأي التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر ، فللمقاول أن يطلب التنفيذ العيني ، فيصدر حكما على رب العمل بالأجر المستحق ، وله أن يطلب فرق ذلك تعريضا عن جميع ما أصابه من ضرر من جراء اخلال رب العمل بالتزامه .

والمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العيني على أموال رب العمل أن يستعمل حقه في الإختيار حيث يقرر له القانون حقا في ذلك (م ١٣٧٩ مدني) .

(١) السهوري - المصدر السابق ص ١٩٣ ، كمال قاسم نوتسالمصدر السابق ص ٣٢٥ .

والمقاول بدلا من التنفيذ العمي . أن يطلب فسخ عقد المقاولة ، وطلبه هذا يكون خاصا لسلطة القاضي التقديرية في اجابته طلبه مع التعويض اذا كان له مقتضى والمقاول بالاضافة الى ما تقدم أن يحبس العمل المكلف بإنجازه حتى يستوي اجراءه . وتسرى في حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفي حقه القواعد العامة المقررة في الحق في الحبس .

ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كامل العمل حتى يستوفي كامل اجراءه .

ولكن اذا كان العمل مقسم الى اجراء يستحق المقاول اجرا عن كل جزء يضم انجازه ، فإن حق الحبس لا يقع الا على الاجزاء التي لم يدفع الاجر الذي يقابلها (1)

(1) الشهورى - المصدر السابق - ص ٢٠٥ . محمد كامل مرسى - المصدر السابق - ص ٥٢٨ .

الفصل الثالث

المقابلة من الباطن والتنازل عن المقابلة

يستعرض كلا من المقابلة من الباطن والتنازل عن المقابلة في مبحثين :-

المبحث الأول

المقابلة من الباطن :

تعهد المقابلة من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول ، الذي يحسد إليه بتنفيذ عمل ، مع مقاول آخر من أجل تنفيذ هذا العمل كله او جزء منه .

فالمقاول لا تكون له صفة المقاول الا مع رب العمل ، اما بالنسبة الى من تعامل معه (أي المقاول من الباطن) (١) فتكون له صفة رب العمل ، ويلجأ الى المقاول من الباطن عادة في العمليات الجسدية التي تتناول اعمالا مختلفة فالمقاول الذي يقبل المقابلة يتفق مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الاجزاء المتعددة المتعلقة بحرف مختلفة ، ويحتفظ لنفسه بالاشراف وتسيير الاعمال (٢) .

هذا وقد اجازت الفقرة الاولى من المادة (٨٨٢) مسن القانون المدني العراقي للمقاول أن يعهد بالعمل او في جزء منه الى مقاول آخر اما لم يشترط من ذلك شرط في العقد ، او تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتناء على الكفاءة الشخصية للمقاول ، كأن يكون العمل محل المقابلة عملا فنيا ، لكن فيه رب العمل الى كفاءة المقاول الشخصية في هذا العمل او ما اشترطه في ادائه .

فتعددت وتحم ان يقوم المقاول بالعمل شخصيا ، وليس عن البيان ان هذا النوع لانحول دون المقاول وبين الامتانة باشخاص اخرين ، فنيين او غير فنيين في انجاز العمل ، ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين ثانويين (مقاولين من الباطن) ، بل يعملون عند المقاول بمقتضى عمل لا بمقتضى مقابلة .

(١) ويسمى ايضا (المقاول الثاني) ، او (مقاول المقاول) ، او (بالمقاول المرص)

(٢) محمد كامل مرسي - المصدر السابق - ص ٥٢٩ .

فإذا لم يكن هناك شرط مانع أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار عند التعاقد ، وعهد المقاول بتنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول من الباطن فإن المقاول من الباطن تكون صحيحة وتنعقد حتى في حق رب العمل - (١)

وتكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، علاقة رب عمل بمقاول يعطىها عقد المتأولة من الباطن ، فيكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول مسن الباطن رب عمل ، وعليه جميع التزامات رب العمل ، كما يكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلي مقاولا عليه جميع التزامات المقاول (عند الاحكام الاستثنائية المتعلقة بالضمان الخاص في المباني والمنشآت التابعة المنصوص عليها في المادة - ٨٧) .

ولكن المقاول الأصلي يسأل اذا رب العمل عن اعمال المقاول من الباطن وقد نصت تلئ هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٨٨٢) ، فإذا اخل المقاول مسن الباطن بالتزامه طبعاً للشرط والمواصفات المتفق عليها ولاصول الصنعة ، او بالتزامه بتسليم العمل بعد انجازه او ظهر في عمله عيب ، كان المقاول الأصلي مسؤولاً عن ذلك قبل رب العمل (م/٨٨٢م/٢ مدني) (٢) اما المقاول من الباطن فيكون مسؤولاً عن ذلك قبل المقاول الأصلي .

وحتى بالذكر ان مسؤولية المقاول الأصلي عن اعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المتأولة الأصلي ونست مسؤولية تتبوع عن تابعه ، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له .

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٤/١م/٣٨٥ في ٧٥/٢/١٩ والذي جاء فيه انه يجوز للمقاول ان يكمل تنفيذ العمل بجملة او بجزء منه إلى مقاول آخر ويكون للمقاول الثاني حق مطالبة رب العمل مباشرة بما له في ذمة المقاول الاول بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي مالم يوجد شرط في عقد المتأولة يمنع المقاول من التنازل لغيره (مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول - السنة السادسة ص ٩٢) .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٥/٢م/٢٩٠ في ٧٥/٧/٧ والذي جاء فيه : يسأل المقاول الأصلي عن الاضرار التي يحدثها المقاول الثانوي الذي عهد اليه بالعمل (مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثالث - السنة السادسة ص ٦٥) .

وتقوم هذه المسؤولية على افتراض أن كل أعمال المفاوض من الباطن لم يمسس بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً صادرة عن المفاوض الأصلي ومن ثم يكون مسؤولاً عنه عنها .

ولما كانت المسؤولية هنا محددة فإنه يجوز الاتفاق على ما يوافقها ، فيجوز أن يدرج المفاوض على رب العمل إلا يكون مسؤولاً عن المفاوض من الباطن كما يجوز أن يتحمل رب العمل حلول المفاوض من الباطن من المفاوض الأصلي في كل ظروفه والبرامبه . فتحويل المفاوضة من الباطن إلى تنازل عن المفاوضة وتسرى عليها أحكام المفاوضة كما سيأتي بيانه .

والأصل أن لا تقوم علاقة مباشرة ما بين رب العمل والمفاوض من الباطن، إلا لا يربطهما أي تعاقب، فلا يطالب أيهما الآخر مباشرة بتفدية التزاماته، وإنما يكون للمفاوض من الباطن طبقاً للقواعد العامة، أن يرجع على رب العمل في خصوص المقابل المستحق له قبل المفاوض الأصلي، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المفاوض الأصلي يطالب له أياً ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمفاوض الأصلي .

وتكفي هذه الدعوى غير المباشرة تسمح للدائن المفاوض الأصلي أن يراجعوا المفاوض من الباطن، فلا يحتاج وحده بما يستخلصه من رب العمل، بل يخلصه فيه نتائج دائني المفاوض الأصلي مقاسمة الغرماء، ومن أجل هذا حتى المتسرع المفاوض من الباطن مزاحمة دائني المفاوض الأصلي بأخطائه دعوى مباشرة وفق اتفاقه بيمينه مزاحمة دائني المفاوض الأصلي، كما أنه هذه الحماية إلى مجال المفاوض الأصلي مجال المفاوضة من الباطن .

لأن هؤلاء العمال لا يفلتون في الحاجة إلى الرقابة عن المفاوض حسن الباطن (١) .

(١) يزيد من اختصاصات نظر البحث القيم (مسؤولية المفاوض التنازلي) لإميليانا الدكتور محمد مبارك المنجوري - المصدر السابق ص ٣١٢ - ١٣٤ . كما قال تاسم تروت - المصدر السابق ص ٢٥٠-٢٨٢ . انظر أيضاً قرار محكمة التمييز رقم ٢٣٤/١٤/٧٦ في ٧٦/١٠/٢٧ مجموعة الأحكام القضائية - المصدر الرابع - السنة السابقة ص ٧٧ .

ويحدد، محل الامتياز بالمبالغ التي تكون واجبة على رب العمل وقت الحجر بخصي
تعد المفاولة الذي اشترك العمال والمفاول من الباطن في تنفيذه (١)
وقد نصت على هذه الاحكام المادة (٨٨٣) من القانون المدني العراقي بقولها -
١ - يكون للمفاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المفاول الاول في تنفيذ
العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في حصة المفاول بشرط ان لا يتجاوز
هذا القدر الذي يكون مديونا به للمفاول الاصلي . وقت رفع الدعوى،
ويكون لعمال المفاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المفاول الاصلي ورب العمل .
٢ - ولهم في حالة توفيق الحجر من احدعم على ما تحت يد رب العمل او المفاول
الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمفاول الاصلي او للمفاول الثاني وقت توقيع
الحجر . ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز اداء هذا المبالغ اليهم مباشرة
٣ - وحقوق المفاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة مقدمة على حقوق مسن
يتنازل له المفاول عن حقه قبل رب العمل) .

وهذه الاحكام لها مقابل في جميع التقنيات العربية .

(١) محمد تبيب شبيب - المصدر السابق - ص ١٦١ .

المبحث الثاني

التنازل عن المفاولة

لم يمرض القانون المدني العراقي للتنازل عن المفاولة كما مرض للمفاولة من الباطن (١) وذلك لان التنازل عن المفاولة المل وقومها في العيساء المعطية من المفاولة من الباطن ، وادا وقعت ليكفي في تنظيمها القواعد العامة (٢) .

وياخذ التنازل عن المفاولة احدى الصورتين :-

الصورة الاولى :-

ان يتنازل المفاول للغير من جميع مقد المفاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، وتطبيقا للقواعد العامة يحل المتنازله محل المتنازل (المفاول) فسي جميع حقوقه والتزاماته قبل المتعاقد الآخر (رب العمل) ، ويصبح هو المفاول تجاه رب العمل .

ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المفاول الاصلى ، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته .

وعليه فان انتقال التزامات المفاول الى المتنازل له يكون موثقا على قبول رب

العدل (م/٣٤٠/١ مدني)

(١) ولكن مشروع القانون المدني نص في المادة ٨٢٦ منه على ما يأتي : (لا يجوز ان يتنازل المفاول عن المفاولة او يعهد بتنفيذها الى مفاول آخر الا بعد موافقة صاحب العمل التحريرية) . وكذلك نصت المادة الثالثة من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية على ما يلي : (لا يجوز للمفاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من رب العمل التنازل عن المفاولة او اى جزء منها او اية منفعة او مصلحة له فيها او بموجبها) .

(٢) السنة وري - المصدر السابق - ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

١٠ - باسـيـة لـ انتـقال حـقوق المـقاول الـى المـتـنازل له ، فـان ذلـك لا يـتم الا بـاتـفاق
بـين المـقاول المـتـنازل والمـقاول المـتـنازل له . ولـكن التـنازل لا يـكون سـاريـا في حـق رب
العـمل الا اذا اـعلن اليـه (م ٣٦٣ مدني) *

الصورة الثانية :-

ان يتنازل رب العمل عن عقد المقولة ، كان يبيع الارض التي فاول على ابناء
بناء فيها ويتنازل في الوقت نفسه للمشتري عن عقد المقولة وما ينشأ عنه من
حقوق والتزامات *

فالمتنازل هنا هو رب العمل وليس المقاول ، وفي هذه الحالة يحل المشتري (المتنازل
له) محل رب العمل (المتنازل) في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد المقولة .

وعني عن البيان أن للمقاول أيضا أن يتنازل عن مستحقاته (الاجر) قبيل رب
العـمل لـخص لـثـلث عن طـريق حـوالـة الحق ، وبعـندئذ تطـبق احـكامها ، والـتي يـكـفي
تسريانها في حق رب العمل : اعلان الحوالة اليه (م ٣٦٣ مدني) *

الجاب الثالث

انتهاء عقد المقاولة :-

هناك اسباب عامة واسباب خاصة ينتهي بها عقد المقاولة .

اولا : الاسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة :-

ينتهي عقد المقاولة بالاسباب التي تنتهي بالمقود عموما - فهو ينتهي انهاء الوفا اذا ما قام طرفاه بتنفيذ التزاماتهما ، ولا يتخلف بعد ذلك الا التزام المقاول بالفسان ، كما هو الحال في ضمان المهندس المصاري والمقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الاخرى مدة عشر سنوات من وقت التسليم (م ٨٨٤ مدني) .

وكذلك قد ينتهي عقد المقاولة دون تنفيذ وفقا للقواعد العامة كما لو اطلق طرفاه عمدا انهاءه ، وهذا هو التقابل من العقد (الاقالة) ، او اخل احدكما بالتزاماته المتعاقد الاخر بفسخ العقد .

وينتضي عقد المقاولة ، طبقا للقواعد العامة ، باستحالة تنفيذ العمل المقود عليه . وقد حرص المشرع أن ينص على ذلك صراحة في الفقرة الاولى من المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي بقولها :- (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المقود عليه) وتختلف الآثار المترتبة على استحالة التنفيذ بحسب ما اذا كانت هذه الاستحالة واجبة الى خطأ المقاول ، او الى خطأ رب العمل ، او كانت بسبب اجنبية . وقد سبق لنا الكلام عن هذه الآثار عند الكلام عن استحالة تسليم العمل . كذلك تنتهي المقاولة بانقضاء المدد المحددة لها اذا كان العمل المتفق عليه يتجدد بمتروك بسعة معينة ينجز خلالها ، كمقود الصيانة .

ثانيا : الاسباب الخاصة لانتهاء المقاولة :-

تنتهي المقاولة بسببين لانتهى بها المقود المالية عادة وهما :-

- ١ - تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المفردة .
- ٢ - موت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد .