التزامات العقد غير المسماة "دراسة مقارنة"

أ.م.د. صفوان محمد احمد عميري
جامعة تكريت- كلية القانون

"Unnamed Contract Obligations "Comparative Study

Assistant Professor Dr. Safwan Mohammed Ahmed Omri
Universityof Tikrit - College of Law

المستخلص: يعد العقد اهم واوسع مصادر الالتزام وبذلك يشكل من اهم موضوعات القانون المدني ان لم يكن اهمها على الاطلاق, فلا يمكن ان يمر يوم الا ويجد الانسان ذاته مبرما اكثر من عقد وبذلك مرتبا في ذمته التزامات عدة وكانت هذه الالتزامات واضحة للمتعاقدين اذ ان المشرع نظمها وسماها لذلك لذا فان المتعاقد منذ البدء يكون على بينة من امره فلا يتفاجأ بالتزام ما لم يكن يتوقعه وقد اطلقنا على ذلك مصطلح الالتزامات المسماة اي التي سماها المشرع ونظم احكامها, فبينا ماهية هذه الالتزامات بوجه عام ثم تطرقنا الى التعريف بالالتزام وبينا انواع الالتزامات. في مقابل هذه الالتزامات المسماة هنالك التزامات اخرى قد لا يعلمها المتعاقدين او احدهما على الاقل وفي ذات الوقت يكون المدين فيها مجبرا على الوفاء بها والا ترتبت مسؤوليته المدنية هذه الالتزامات ظهرت نتيجة للتقدم السريع في مناحي الحياة لذا سابقا لم يتنبأ بها المشرع المدني في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقد كنا اول من اطلق عليها مصطلح الالتزامات غير المسماة المنبثقة عن العقد المبحث الاول:- ماهية الالتزامات بوجه عام فبينا تكييف هذه الالتزامات غير المسماة ثم حددنا اهم انواع الالتزامات غير المسماة التي تجد لها تطبيقات عمليا جمة ومنها الالتزام بضمان السلامة والالتزام بالتبصير والالتزام بالمشورة. **الكلمات المفتاحية:** الالتزامات غير المسماة، السلامة، المشورة، التبصير.

Abstract: The contract is the most important and broadest source of obligation, and thus constitutes one of the most important topics of civil law, if not the most important of all. Not a day can pass without a person finding himself concluding more than one contract, and thus arranging several obligations on his conscience. These obligations were clear to the contracting parties, as the legislator organized and named them for that reason. Therefore, the contracting party is aware of his situation from the beginning, and is not surprised by an obligation that he did not expect. We have called this the term named obligations, that is, those that the legislator named and regulated their provisions. We explained the nature of these obligations in general, then we addressed the definition of obligation and explained the types of obligations. In contrast to these named obligations, there are other obligations that the contracting parties, or at least one of them, may not know about, and at the same time the debtor is obliged to fulfill them, otherwise his civil liability will result. These obligations appeared as a result of the rapid progress in the aspects of life, so previously the civil legislator did not anticipate them in the Iraqi Civil Law No. 40 of 1951. We were the first to call them the term unnamed obligations arising from the contract. The first section: - The nature of obligations in general. We explained the classification of these unnamed obligations, then we identified the most important types of unnamed obligations that find many practical applications, including the obligation to guarantee safety, the obligation to provide insight, and the obligation to consult. **Keywords:** unnamed obligations, safety, consultation, insight.

المقدمة

المقدمة : أولاً – أهمية الدراسة :

وتنبع أهمية الدراسة في كون العقد اهم مصادر الالتزام ان لم يكون اهم اهم موضوعات القانون المدني مما جعله محل خصب للدراسات القانونية، ونظرا لهذه الاهمية نرى ان المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نظم الالتزامات التي يضمها العقد الا انه لم

ينضم بعض الالتزامات وقد يكون ذلك راجعا الى عدم التنبؤ بها من قبل المشرع انذك وهي ما ارتأينا ان نسميها بالالتزامات غير المسماة .

ثانياً – إشكالية الدراسة :

يثير البحث في الالتزامات غير المسماة إشكاليات تتمحور حول هل أن المشرع نظم جميع الالتزامات التعاقدية، وما هي الالتزامات التي لم ينص عليها المشرع, وهل أن الالتزامات التي اقرها المشرع العراقي في نطاق العقد كافية لتحقيق الغرض من تشريعها، وهل يمكن ان تثار التزامات غير منصوص عليها قانونا او اتفاقا؟ كل هذه الإشكاليات ستكون محوراً لدراستنا.

ثالثاً – نطاق الدراسة :

إن نطاق هذه الدراسة ينحصر في بيان الالتزامات التعاقدية التي لم ينص عليها المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

رابعاً – منهجية الدراسة :

ولسبر اغوار الموضوع من جوانبه القانونية المختلفة ، سنعتمد في دراستنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية في قانون القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ثم اجراء المقارنة بين هذين القانونين .

خامساً – هيكلية الدراسة :

يدور محور هذه الدراسة حول (الالتزامات غير المسماة) وقد استوجب ذلك منا أن نتولى تقسيمها على مبحثين

المبحث الاول:– ماهية الالتزامات بوجه عام

المطلب الاول:– التعريف بالالتزام

المطلب الثاني:- انواع الالتزامات

المطلب الثالث:- تكييف الالتزامات غير المسماة

المبحث الثاني:- انواع الالتزامات غير المسماة

المطلب الاول:- الالتزام بضمان السلامة

المطلب الثاني:- الالتزام بالتبصير

المطلب الثالث:- الالتزام بالمشورة

المبحث الاول : ماهية الالتزامات بوجه عام: تعد نظرية الالتزام من اهم نظريات القانون المدني وان الالتزام هو مصطلح مرادف للحق الشخصي, فلو نظرنا الى العلاقة بين الدائن والمدين من جانب الدائن لاطلقنا مصطلح الحق الشخصي على هذه العلاقة اما اذا نظرنا اليها من جانب المدين لاطلقنا تسمية نظرية الالتزام. وينشأ هذا الالتزام من خلال احد مصادره وهذه المصادر هي الاسباب القانونية التي تنشئ الالتزام. وبناء على ذلك فقد قسمنا هذا المبحث على ثلاثة مطالب, المطلب الاول التعريف بالالتزام اما المطلب الثاني فهو انواع الالتزامات وخصائصها اما المطلب الثالث يتناول تكييف الالتزامات غير المسماة.

المطلب الأول: التعريف بالالتزام: عرفت المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي الحق الشخصي او الالتزام بانه (...بانه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن بأن ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان ان يمتنع عن عمل).من هذا التعريف نستخلص خصائص الالتزام وهي ان الالتزام رابطة قانونية وشخصية واخيرا يجب ان يكون محل الالتزام هو قيام المدين بأداء مالي([1]).

([1])د. عبد المجيد الحكيم, الاستاذ عبد الباقي البكري, الاستاذ محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, ج١ مصادر الالتزام, بدون مكان نشر, ١٩٨٠, ص ٦-٧.

ان محل الالتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين نحو الدائن ، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء كإعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشيء المبيع. وقد يكون القيام بعمل كإجراء عملية جراحية أو رسم لوحة فنية ، وقد يكون الامتناع عن عمل . كالامتناع عن افتتاح محل تجاري في مكان معين لعدم منافسة تاجر آخر هو الدائن بهذا الالتزام. وفي جميع الأحوال يتبعى أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية . أي يمكن تقويمه بالنقود([1]).

من خلال التعريف المتقدم يتبين لنا ان عناصر الالتزام هما: عنصر الواجب أو المديونية ، وعنصر الجزاء أو المسؤولية ، وبموجب العنصر الأول ينبغي على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذي يفرضه عليه الالتزام فينفذ الأداء الذي التزم به في مواجهة دائنه سواء كان هذا الأداء عملا أو امتناعا عن عمل أو في صورة التزام بإعطاء ، فإن لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية في التزامه ، كان للدائن الحق في تحريك العنصر الثاني المتمثل في الجزاء أو المسؤولية ، فيستعين بموجبه بالسلطة القضائية التي تملك إجبار المدين على تنفيذ التزامه قهراً وقسرا ما دام قد رفض أداءه لدائنه رضاء واختيارا وبناء على ما سبق ينقسم الالتزام من حيث إمكانية جبر المدين على تنفيذه أو عدم إمكانية ذلك ، إلى التزام مدني والتزام طبيعي ، فالالتزام المدني هو التزام توافر له عنصرا الالتزام وهما عنصر المديونية وعنصر المسئولية ، فيجبر المدين على تنفيذه قهراً وقسراً إن لم يبادر بتنفيذه مختارا ، أما الالتزام الطبيعي فهو التزام توافر له عنصر المديونية ولم يتحقق له عنصر المسئولية ، ومن ثم فإنه إن لم يقم المدين مختارا بتنفيذ هذا الالتزام المتعهد بتنفيذه ، فلا سبيل لإجبار المدين على تنفيذه ، ومن أمثلة الالتزام الطبيعي وجود دين في ذمة شخص سقط بالتقادم ، فالتزام المدين بالوفاء بهذا الدين التزام طبيعي لا يجبر عليه لافتقاره لعنصر الجزاء أو المسؤولية ، ولكن إن وفَّى به مختارا وهو يعلم بحقيقته كدين طبيعي كان وفاءً صحيحا ولا يملك الرجوع فيه أواسترداده([2]).

[1] د.سمير تناغو, مصادر الالتزام ،ط١ مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ٢٠٠٩ ص ١.

[2] د.خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، بدون ذكر دار نشر ٢٠١٩-٢٠٢٠، ص ٦-٧.

المطلب الثاني: انواع الالتزامات وخصائصها: التزامات مدنية والتزامات طبيعية والتزامات شخصية والتزامات عينية والالتزام بإعطاء ، والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل والتزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية والتزامات باتة والتزامات معلقة على شرط والتزامات منجزة والتزامات مضافة إلى أجل والتزامات بسيطة والتزامات تضامنية والتزامات تضاممية والتزامات تخييرية والتزامات بدلية . التزامات أصلية والتزامات تبعية والتزامات قابلة للانقسام والتزامات غير قابلة للانقسام والتزامات متتابعة والتزامات غير متتابعة([1]), والتزامات إرادية والتزامات غير إرادية وكذلك التزامات صريحة والتزامات ضمنية. ان هذه الالتزامات هي التزامات مسماة نظمها المشرع لذا فهي تختلف عن الالتزامات غير المسماة من عدة نواحي

١- الفرق بين الالتزامات الضمنية والالتزامات غير المسماة هو ان الاولى من التزامات العقد التي نص عليها القانون والتي يتوقعها الطرفين وان لم ينص عليها العقد صراحة, بينما الالتزامات غير المسماة هي التي لم ينص عليها العقد ولا القانون ولم يكون طرفي العقد او احدهما على الاقل يتوقعه.

٢- ان الالتزامات غير المسماة هي دائما التزامات بنتيجة.

٣- ان الالتزامات غير المسماة هي من نتاج الفقه أي محاولات فقهية اما الالتزامات المسماة فهي من صنع المشرع, لذا لا يمنع من تدخل المشرع والنص على بعض هذه الالتزامات وبذلك تنقلب الى التزامات مسماة.

٤- الالتزامات غير المسماة متعدد غير محصورة بينما الالتزامات المسماة مذكورة على سبيل الحصر.

[1] د.نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ج١ مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٤، ص١١-١٢.

٥- الالتزامات غير المسماة هي التزامات عرفية بينما الالتزامات المسماة فهي مكتوبة في صلب العقد وهذه هي الالتزامات الصريحة وقد لا تكتب في صلب العقد وانما تستخلص ضمنيا ويكون المتعاقد متوقعا لها وهذه هي الالتزامات الضمنية.

٦- الالتزامات غير المسماة تتعلق ببعض العقود دون غيرها مثل الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل او العقد الرياضي.

٧- ان الالتزامات غير المسماة تنبثق عن العقود المهنية, بينما الالتزامات المسماة فيمكن ان تنبثق عن العقد سوء كان مهنيا ام لا.

٨- الالتزامات غير المسماة هي غالبا ما تكون التزامات تبعية, بينما الالتزامات المسماة فهي التزامات اصلية قائمة بذاتها.

الخلاصة يمكن تعريف الالتزامات غير المسماة بانها(التزامات عرفية غير مكتوبة لا يتوقعها طرفي العقد او احدهما, وتتوافر ببعض العقود دون غيرها).

المطلب الثالث: تكييف الالتزامات غير المسماة: ان التكييف هو اعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة, فالتكييف هو تطبيق القانون على الواقعة([1]). لذا يمكن ان يقال ان هذه الالتزامات غير المسماة لا تعدوا ان تكون الزاما ضمنيا وبالتالي تخضع لأحكام هذا الالتزام ولكن نقول ان الالتزامات غير المسماة تختلف عن الالتزام الضمني وذلك بطريق القياس على حالة التعبير الضمني عن الارادة فقد قضى القانون المدني المصري في المادة ٩٠/ ٢ (**ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا...**)([2]) وكذلك الحالة في الالتزام الضمني فقد قضى به القانون كما هو الحال عندما يتم مطالبة شخص بدين ويسكت فهذا دليل على التزامه الضمني بالدين, بينما الالتزامات غير المسماة لم تذكر لا بنص القانون ولا في العقد – بشكل

[1] استاذنا د. محمد سليمان الاحمد, اهمية الفراق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية, مجلة الرافدين للحقوق, مجلد١, عدد ٢٠, السنة التاسعة, ٢٠٠٤, ص١١٠.

[2] لا يوجد نص مما ثل في القانون المدني العراقي ولكن ذلك لا يمنع ان يكون السكوت تعبيرا ضمنيا كما في حالة السكوت الملابس في المادة ٨١.

صريح او ضمني وان كان العقد مصدرها– ولكن يلزم المدين بالوفاء بها كما في الالتزام بالتبصير.

ونحن نرى ان مصدر الالتزامات المسماة هو القانون بينما العقد هو مصدر الالتزامات غير المسماة فهناك بعض انواع العقود تتضمن التزامات غير مسماة لم ينص عليها القانون ولم يتفق عليها المتعاقدين الا انها تنهض في هذه العقود ويجب الوفاء بها وهذا الامر يجعل هناك ربط بين الالتزامات المسماة مع العقود المسماة وهي العقود التي نظم المشرع احكامها وخصها بأسماء معينة. اذ يعمد المشرع الى بعض العقود , التي شاع تداولها بين الناس ، كالبيع والهبة والايجار والقرض والوكالة والخ ... ، فيضع لها احكاما خاصة لتحقيق اغراض معينة, اما العقود غير المسماة فيقصد بها العقود التي لم يفصل القانون احكامها تحت اسم خاص بها ولم تنال عناية المشرع بترتيب احكام خاصة بها([1]).

المبحث الثاني: انواع الالتزامات غير المسماة: قلنا سلفنا ان مصدر الالتزامات غير المسماة هو العقد, اذا ان تقدم الحياة والتطور التكنولوجي الحديث افرز عددا من العقود وفي ذات الوقت ونتيجة لحداثة هذه العقود فان المتعاقد يجهل كثير من الالتزامات النابعة من طبيعة هذه العقود وهذا المتعاقد بطبيعة الحال ملزم بالوفاء بها والا عد مخلا بهذا الالتزام, وهذه الالتزامات متعدد ولكن سوف نتناول اهمها, ولبيان هذه الالتزامات الشائعة في التعامل قسمنا المبحث على ثلاثة مطالب المطلب الاول الالتزام بضمان السلامة اما المطلب الثاني فهو الالتزام بالتبصير واخيرا المطلب الثالث تناول الالتزام بالمشورة.

المطلب الأول: الالتزام بضمان السلامة: بذل الفقه جهود لتعريف الالتزام بضمان السلامة وحسب نظرة كل فريق لهذا الالتزام وعلى ذلك انقموا على فريقين الاول عرفه بالنظر الى شروط او صفات هذا الالتزام واما الفريق الثاني فقد عرف هذا التزام من خلال طبيعة ومضمون الالتزام.

[1] د. غني حسون طه, الوجيز في العقود المسماة, ج١, عقد البيع, مطبعة المعارف, بغداد, ١٩٦٩-١٩٧٠ ص ٨-٩.

فالفريق الاول: عرف الالتزام بضمان السلامة بقوله يتصف الالتزام بضمان السلامة – في نظرنا – بثلاث صفات : فلا بد أولا من وجود خطر يتعرض له أحد المتعاقدين ، وأن يكون لأحد المتعاقدين (المدين بالالتزام بالسلامة) سلطة الرقابة والهيمنة على الآخر (الدائن في الالتزام بالسلامة) ، والمدين في الالتزام بالسلامة في الغالب من الأحوال مدين محترف([1]).بمعنى ان الالتزام بضمان السلامة يتحقق بتوافر ثلاثة شروط:-

١- وجود خطر يهدد سلامة جسد الدائن.

٢- ان يعهد الدائن نفسه للمدين.

٣- ان يكون المدين محترفا(مهنيا).

ويلاحظ ان التعريف اعلاه اقتصر على تحديد الخطر الذي يهدد سلامة جسد الدائن دون امواله.

اما الفريق الثاني: فقد عرفه بالنظر الى طبيعة ومضمون هذا الالتزام بقوله الالتزام بضمان السلامة يتمثل في سيطرة المدين على الأشخاص وعلى الأشياء التي تثير الضرر الجسدي ؛ وتنفيذه بطريقة كاملة يستلزم خطوة مزدوجة : توقع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن والتصرف حيال هذه الأخطار إما بمنع وقوعها أو التقليل من آثارها([2]) .

ويمكن ان نعرف الالتزام بضمان السلامة بأنه (التزام غير مسمى في عقد ينطوي على خطورة يمكن ان تهدد سلامة الدائن في جسده او ماله وبه يعهد الدائن نفسه للمدين الذي يكون محترفا).

[1] د. محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود ، دار النهضة العربية, القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص١٤٣.

[2] د. عبد القادر اقصاصي, الالتزام بضمان السلامة في العقود, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية,٢٠١٠, ص٢١٨.

أما فيما يتعلق بطبيعة الالتزام بضمان السلامة فقد ثار الخلاف في الفقه حوله وانقسم الفقه على ثلاثة اراء : الرأي الأول : يرى أن الالتزام بالضمان هو التزام بتحقيق غاية[١]لأن الغاية من الالتزام بالضمان في عقد البيع مثلا مرجوة في ذاتها سواء كان في ضمان التعرض والاستحقاق أو في ضمان العيوب الخفية ، فالقانون مثلاً قد ألزم كلاً من البائع والمؤجر بضمان العيوب الخفية حتى لو كانا يجهلانها[٢]. والرأي الثاني يرى ان الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق غاية او وسيلة وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء على حسب هذا الرأي ووفقا لموضوع العقد[٣].

اما الرأي الثالث : فيذهب الى أن الالتزام بضمان السلامة هو التزام يختلف عن الالتزام بتحقيق غاية والالتزام بوسيلة[٤]فيرى هذا الرأي أن الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتعويض عن ضرر تحقق عن حالة طارئة أو خطر ما ومن ثم فالضامن ملزم بتعويض هذه الحالة الطارئة أو ذلك الخطر ، بينما المسؤول يعوض نتائج الخطأ الذي اقترفه[٥].

ونحن نرى ان الالتزام بضمان السلامة هو دائما التزام بتحقيق نتيجة أي ملزم بتحقق النتيجة التي تعهد بتحقيقها, كون ان الملتزم لا يتخلص من مسؤوليته الا بإثبات السبب الاجنبي.

---

(١) د. أنس السيد عطية ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٥٢٣.

(٢) ايمان محمد طاهر عبد الله العبيدي, الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة الموصل,٢٠٠٣, ص١٠.

(٣)د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج١ ،مصادر الالتزام, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٦٤, ص٧٤٦ . ، د. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٢٠٦ ، د. محمد علي عمران ،مرجع سابق، ص١٩٧.

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونيين المصري والكويتي" دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية", رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, دار حراء, القاهرة, ١٩٧٤، ص٢١٠.

(٥) د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية, ج١, مطبعة جامعة القاهرة, ١٩٧٨، ص٤٠٨-٤٠٩, د. محمد علي عمران ، مرجع سابق، ص١٩٧, ايمان محمد طاهر عبد الله العبيدي, مرجع سابق, ص١٠.

المطلب الثاني:الالتزام بالتبصير: يعرف الالتزام بالتبصير بأنَّه تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبًا في ضوء حاجاته وهدفه من إبرام العقد[١]، وأنَّ كلمة تبصير تحمل معنى (النصيحة) في جميع الأحوال[٢]. ان هذا التعريف يوحي بان الالتزام بالتبصير هو التزام في مرحلة التفاوض على العقد **(التعاقد المزمع)** بينما الالتزام بالتبصير يجب ان يتوافر في جميع مراحل العقد.

لذا يمكن تعريف الالتزام بالتبصير هو التزام غير مسمى بموجبه يلتزم احد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الاخر بأي معلومة ذات اهمية في عملية التعاقد وفي أي مرحلة من مراحل العقد.

إنَّ هذا الالتزام ينشأ في عاتق المدين منذ لحظة قرار الدائن إيداع ثقته في شخص المدين ، متى اتخذت هذه الإرادة شكلاً ماديًا محسوسًا بالدخول في مفاوضات جادة حول عناصر عقد تقديم الاستشارة المراد إبرامه[٣]. وبموجب هذا الالتزام يلتزم المدين بتبصير الدائن بالجوانب الفنية لعملية التعاقد من حيث المخاطر المترتبة على هذه العملية، وإنَّ هذا الالتزام يندرج في إطار التخصص الفني والمهني للمدين المهني[٤].

إنَّ التزام المدين بالتبصير له مظهران، الأول هو الالتزام بالنصيحة وهو التزام المدين المهني بأنْ يحيط دائنه بكافة المعلومات والبيانات التي من شأنها أنْ تؤدي إلى رضاء حر مستنير ومن شأنه المساعدة على إيجاد نوع من التوازن في مراكز العلاقة العقدية المراد إبرامها بهدف عدم

(١) د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٤١.

(٢) د. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للاصدارات القانونية،١٩٩٩, ص٤٣.

(٣) د. إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري في مصر وفرنسا " دراسة قانونية مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م، ص١٢٣ .

(٤) د. أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري "البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١، ص٥٥.

امكانية المطالبة ببطلان العقد[١]. أما المظهر الثاني فهو امتداد لهذا الالتزام إلى مرحلة تنفيذ العقد[٢]. وإنَّ هذا الالتزام ذو جانبين جانب إيجابي إذ يبصر الدائن بكل ما يفيده في مجال العملية التعاقدية المقدم عليها والجانب السلبي هو عدم إخفاء المدين لأي معلومات تفيد الدائن [٣]. والسؤال الذي يثار هنا هو إذا سكت أو كتم المدين بيانات أو معلومات عن الدائن وكانت تتعلق بالعقد المراد إبرامه وعدم العلم بالمعلومات هذه دفع الدائن إلى إبرام العقد فما هو الحل؟

يتجه بعض الفقه في مصر إلى أنَّ مسؤولية المدين هي مسؤولية في مجال الرضاء في العقد، وليست مسؤولية عقدية, لذلك لا تثار مسؤوليته العقدية[٤]. فالمدين يعد في هذه الحالة مدلسًا وفقًا لنظرية التدليس في القانون المدني؛ إذ انَّه وفقًا لهذه النظرية يعد المدين مدلسًا مادام الدائن لا يستطيع الوقوف على الواقع بدون الإدلاء بهذه البيانات وكانت هذه البيانات لها أهمية في نظر الدائن بحيث لو علم بها على الوجه الصحيح لما أبرم العقد[٥]، وهذا هو موقف القانون المدني المصري بموجب المادة (٢/١٢٥) والتي تنص على «ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنَّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

ولم ينظم القانون المدني العراقي هذه المسألة كما نظمها القانون المصري، فقط نظم السكوت في عقود الأمانة لذلك ندعو المشرع العراقي إلى انتهاج منهج قرينه المصري في تنظيم هذه المسألة الهامة وخصوصًا إذا ما علمنا أنَّ العقد المراد إبرامه هنا هو عقد مهني ذي الأهمية الاقتصادية. أما الموقف في فرنسا فإنَّ السكوت وحده لا يعد تدليسًا إلا إذا وجد نص قانوني أو

(١) د. إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري، مرجع سابق، ص١٢٣-١٢٤.

(٢) المرجع السابق، ص١٢٩.

(٣) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف بالاسكندرية,٢٠٠٤، ص٣٠-٣١.

(٤) د. إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري، مرجع سابق، ص١٢٦ .

(٥) د. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص١٣٣.

وجد اتفاق يفرض على المدين الالتزام بالإفضاء أو كان المدين ذا صفة تفرض عليه مثل هذا الالتزام، وبالطبع ومن تحصيل الحاصل يعد المدين المهني ذا صفة[١].

وينبثق عن الالتزام بالتبصير أيضا التزام آخر هو التزام بالتحذير والذي يفرض على المدين نصح دائنه وتنبيهه إلى ضرورة التزام رأي المدين، ويعرف الالتزام بالتحذير بأنَّه «عبارة عن نصيحة سلبية تفترض إثارة الانتباه إلى العواقب التي يمكن أنَّ تنجم عن عدم الأخذ بالنصائح الموصى بها»[٢].

ورأينا إن الالتزام بالتبصير يجب أنْ ينظم وينص عليه في القانون صراحة ذلك درءاً للمشاكل القانونية التي يمكن أن تثار في حالة عدم النص عليه.

المطلب الثالث: الالتزام بالمشورة: الالتزام بتقديم المشورة يُعرف بأنه « اتفاق بين شخصين أحدهما مهني يقال له الاستشاري – متخصص في فرع من فروع – المعرفة الفنية ، يلتزم بمقتضاه في مواجهة الطرف الآخر – يقال له العميل – ومقابل أجر يقدم على وجه الاستقلال استشارة ودراسة هي أداء من طبيعة ذهنية من شأنها أن تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات العميل([٣]).

ويمكن ان نعرف الالتزام بتقديم المشورة بانه التزام بتقديم معلومات يتوافر في بعض العقود التي تبرم بين مدين مهني على قدر من المعرفة الذهني في تخصص ما ودائن لا تكون لديه سلطة على قرارات المدين ولقاء اجر يقدمه الدائن للمدين.

١- ومن ذلك يظهر أن جوهر عقد تقديم المشورة هو الالتزام بالمشورة والذي يمر بمرحلتين ، الأولى قيام المدين المهني بتجميع كل ما يلزمه في معلومات وبيانات

(١) د. إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية الاستشاري، مرجع سابق، ص١٢٨.

(٢) د. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات "" دراسة مقارنة "" دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٢.

[٣] د . حسن حسين حسن البراوي ، عقد تقديم المشورة ، رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, ١٩٩٨, ص ٥٦

من أجل تقديم مشورة فاعلة للدائن وقد يقوم بتجميع هذا المعلومات والبيانات أما من الدائن نفسه أو يقوم المدين نفسه بالاستعلام عن هذه المعلومات بما له من تخصص وخبرة في هذا المجال ، أما المرحلة الثانية فهي تنفيذ المدين لمهمته([1]). وعلى المدين أن ينفذ هذا الالتزام على أكمل وجه وإلا قامت مسؤوليته عن عدم الوفاء بهذا الالتزام ، ويذهب رأي إلى أن المسؤولية الناشئة هنا هي مسؤولية عقدية ناتجة عن العقد الأصلي المبرم بين المدين المهني والدائن([2]) . بينما يذهب رأي آخر إلى أنه يجب التفرقة بين الدائن إذا كان شخصا عاديًا أو شخصا معنويا عند مسألة المدين إذ يذهب هذا الرأي إلى القول بإعفاء المدين ولو بصورة جزئية من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بتقديم المشورة بحجة أنه إذا كان الدائن شخصا معنويا فإن جهة الإدارة تدخل طرفا هنا وتستطيع أن تستغني عن مشورة المدين([3]) . وحسب رأينا لا يمكن الأخذ بالرأي الأخير على إطلاقه حيث أن منح المدين إعفاء ولو جزئيا قد يؤدي إلى عدم الالتزام بهذا الالتزام على الوجه المطلوب مما يؤدي إلى الإضرار بالدائن وخصوصا أذا كانت العقود التي يطلب فيها الاستشارة هي من العقود الكبيرة كعقود نقل التكنولوجيا مثلا .

ونحن نرى انه يمكن ان تنقلب مسؤولية المدين العقدية في الالتزام غير المسمى الى مسؤولية تقصير اذا ارتكب المدين خطأ جسيم او غش او جريمة, لذا نوصي المشرع المدني العراقي ان يمنح الدائن حق الخيرة بين المسؤوليتين.

[1] د . ميرفت ربيع عبد العال ، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٧ ، ص ١٣٢ .

[2] استاذنا د . محمد شكري سرور, مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٥ ، ص ٩٩ .

[3] د . أحمد شعبان محمد طه المسؤولية المدنية عن من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري ، في ضوء أحكام الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ م , ص ٢٩٣.

الخاتمة: في ختام بحثنا الموسوم التزامات العقد غير المسماة تبين لدينا مدى اهمية نظرية الالتزام بوجه عام ومدى اهم الالتزامات التي لم ينص عليها العقد وهي ما اطلقنا عليها الالتزامات غير المسماة وبعد بحث الموضوع توصلنا الى عدة نتائج كانت ثمرة البحث وكذلك تقدمنا بعدة توصيات الى من يهمه الامر علنا نجد صداها في تشريعات مستقلة او تعديل التشريعات القائمة.

اولا النتائج:-

٢- تقسم الالتزامات بشكل عام على التزامات مدنية والتزامات طبيعية والتزامات شخصية والتزامات عينية والالتزام بإعطاء ، والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل والتزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية والتزامات باتة والتزامات معلقة على شرط والتزامات منجزة والتزامات مضافة إلى أجل والتزامات بسيطة والتزامات تضامنية والتزامات تضاممية والتزامات تخييرية والتزامات بدلية . التزامات أصلية والتزامات تبعية والتزامات قابلة للانقسام والتزامات غير قابلة للانقسام والتزامات متتابعة والتزامات غير متتابعة, والتزامات إرادية والتزامات غير إرادية وكذلك التزامات صريحة والتزامات ضمنية.

٣- ان مصدر الالتزامات المسماة هو القانون بينما العقد هو مصدر الالتزامات غير المسماة فهناك بعض انواع العقود تتضمن التزامات غير مسماة لم ينص عليها القانون ولم يتفق عليها المتعاقدين الا انها تنهض في هذه العقود ويجب الوفاء بها وهذا الامر يجعل هناك ربط بين الالتزامات المسماة مع العقود المسماة وهي العقود التي نظم المشرع احكامها وخصها بأسماء معينة. اذ يعمد المشرع الى بعض العقود , التي شاع تداولها بين الناس ، كالبيع والهبة والايجار والقرض والوكالة والخ ... ، فيضع لها احكاما خاصة لتحقيق اغراض معينة, اما العقود غير المسماة فيقصد بها العقود التي لم يفصل القانون احكامها تحت اسم خاص بها ولم تنال عناية الشارع بترتيب احكام خاصة بها.

٤- ان طبيعة العقد هي التي تحدد ما اذا كان هذا العقد ينطوي على التزامات غير مسماة.

٥- تعرف الالتزامات غير المسماة بانها التزامات عرفية غير مكتوبة لا يتوقعها طرفي العقد او احدهما, وتتوافر ببعض العقود دون غيرها.

٦- الفرق بين الالتزامات الضمنية والالتزامات غير المسماة هو ان الاولى من التزامات العقد التي نص عليها القانون والتي يتوقعها الطرفين وان لم ينص عليها العقد صراحة, بينما الالتزامات غير المسماة هي التي لم ينص عليها العقد ولا القانون ولم يكون طرفي العقد او احدهما على الاقل يتوقعه.

٧- ان الالتزامات غير المسماة هي دائما التزامات بنتيجة.

٨- ان الالتزامات غير المسماة هي من نتاج الفقه أي محاولات فقهية اما الالتزامات المسماة فهي من صنع المشرع, لذا لا يمنع من تدخل المشرع والنص على بعض هذه الالتزامات وبذلك تنقلب الى التزامات مسماة.

٩- الالتزامات غير المسماة متعدد غير محصورة بينما الالتزامات المسماة مذكورة على سبيل الحصر.

١٠- الالتزامات غير المسماة هي التزامات عرفية بينما الالتزامات المسماة فهي مكتوبة في صلب العقد وهذه هي الالتزامات الصريحة وقد لا تكتب في صلب العقد وانما تستخلص ضمنيا ويكون المتعاقد متوقعا لها وهذه هي الالتزامات الضمنية.

١١- الالتزامات غير المسماة تتعلق ببعض العقود دون غيرها مثل الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل او العقد الرياضي.

١٢- ان الالتزامات غير المسماة تنبثق عن العقود المهنية, بينما الالتزامات المسماة فيمكن ان تنبثق عن العقد سوء كان مهنيا ام لا.

١٣- الالتزامات غير المسماة هي غالبا ما تكون التزامات تبعية, بينما الالتزامات المسماة فهي التزامات اصلية قائمة بذاتها.

١٤- ان الالتزامات غير المسماة عديدة ولكن اهمها الالتزام بضمان السلامة والالتزام بالتبصير والالتزام بالمشورة.

١٥- يعرف الالتزام بضمان السلامة بأنه التزام غير مسمى في عقد ينطوي على خطورة يمكن ان تهدد سلامة الدائن في جسده او ماله وبه يعهد الدائن نفسه للمدين الذي يكون محترفا.

١٦- يعرف الالتزام بالتبصير هو التزام غير مسمى بموجبه يلتزم احد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الاخر بأي معلومة ذات اهمية في عملية التعاقد وفي أي مرحلة من مراحل العقد.

١٧- يعرف الالتزام بتقديم المشورة بانه التزام بتقديم معلومات يتوافر في بعض العقود التي تبرم بين مدين مهني على قدر من المعرفة الذهني في تخصص ما ودائن لا تكون لديه سلطة على قرارات المدين ولقاء اجر يقدمه الدائن للمدين.

١٨- يمكن ان تنقلب مسؤولية المدين العقدية في الالتزام غير المسمى الى مسؤولية تقصيرية اذا ارتكب المدين خطأ جسيم او غش او جريمة.

ثانيا التوصيات:-

١- نوصي المشرع العراقي باعادة تنظيم انواع الالتزامات وحصرها في مادة قانونية بدلا من التنظيم الحالي الذي ينطوي على بعثرة هذه الالتزامات في نصوص القانون المدني.

٢- نوصي المشرع العراقي بتنظيم العقود المهنية والنص صراحة عليها في صلب القانون المدني العراقي كونها من اهم العقود التي تمس جسد المتعاقد او ماله.

٣- نوصي المشرع العراقي بالنص على ان التزام المدين في العقود المهنية هو التزام بنتيجة دائما لمنعه من التخلص من مسؤوليته.

٤- نوصي المشرع العراقي اعطاء ميزة للدائن في الالتزام غير المسمى من خلال اعطاءه حق الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

المراجع

الكتب القانونية العامة

١- أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت ، ١٩٨٣.

٢- خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، بدون ذكر دار نشر ٢٠١٩-٢٠٢٠.

٣- سمير تناغو, مصادر الالتزام ،ط١ مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٤- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصادر الالتزام, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٦٤.

٥- عبد المجيد الحكيم, الاستاذ عبد الباقي البكري, الاستاذ محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, ج١ مصادر الالتزام, بدون مكان نشر, ١٩٨٠.

٦- غني حسون طه, الوجيز في العقود المسماة, ج١, عقد البيع, مطبعة المعارف, بغداد, ١٩٦٩-١٩٧٠. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١١م.

٧- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ج١ مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٤.

الكتب القانونية المتخصصة

٨- إبراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري في مصر وفرنسا " دراسة قانونية مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥.

٩- أحمد شعبان محمد طه المسؤولية المدنية عن من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري ، في ضوء أحكام الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ م .

١٠- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري "البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١.

١١- أنس السيد عطية ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ١٩٩٦.

١٢- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للاصدارات القانونية،١٩٩٩.

١٣- د. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات "" دراسة مقارنة "" دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٤- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف بالاسكندرية, ٢٠٠٤.

١٥- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

١٦- عبد القادر اقصاصي, الالتزام بضمان السلامة في العقود, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية,٢٠١٠.

١٧- محمد شكري سرور, مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٥ .

١٨- محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٨٠.

١٩- محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية, ج١, مطبعة جامعة القاهرة, ١٩٧٨.

الرسائل

٢٠- ايمان محمد طاهر عبد الله العبيدي, الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة الموصل,٢٠٠٣.

٢١- حسن حسين حسن البراوي ، عقد تقديم المشورة ، رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, ١٩٩٨.

٢٢- عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونيين المصري والكويتي" دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية", رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, دار حراء, القاهرة, ١٩٧٤.

٢٣- ميرفت ربيع عبد العال ، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٧.

الابحاث

٢٤- محمد سليمان الاحمد, اهمية الفراق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية, مجلة الرافدين للحقوق, مجلد١, عدد ٢٠, السنة التاسعة, ٢٠٠٤.