أثر التعاقد من الباطن على التزامات طرفي العقد الأصلي

طالب الدكتوراه محمد غاوي سند
قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قم، إيران
Aliamery268@gmail.com
الدكتور محمد مهدي عزيز اللهي
أستاذ، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قم، إيران
mm.azizollahi@qom.ac.ir

The effect of the internal contract on the obligations of the parties to the original contract

Mohammad Ghawi Sanad
PhD student , Special Law Department , Faculty of Law , University of Qom , Iran
Dr. Mohammad Mehdi Azizullahi
Professor , Department of Special Law , College of Law , University of Qom , Iran

الملخص:-

نظراً للاهمية التي تحتلها العقود في حيات الافراد، يبرم الافراد في حياتهم الكثير من العقود والتي تبرز في هذه العقود الكثير من المشاكل، والاخطاء التي تحصل من احد المتعاقدين أو كليهما، فان مثل تلك الأخطاء لابد ان يكون لها حلول يتم من خلالها تسوية هذه المشاكل وتلافيها، من اجل استمرار المعاملات واستقرارها بين الافراد، فان المتعاقد الذي تكون شخصيته، أو احدى صفاته معتبره عند التعاقد ينبغي ان يلتزم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد تنفيذا شخصياً، ولا يجوز له ان يكل تنفيذ هذا الالتزام إلى الغير بصورة كاملة أو جزئية، لان شخصيته أو الصفات التي يتمتع بها هذا التعاقد كانت هي الدافع لابرام العقد، كالكفائة التي يتمتع بها المتعاقد أو الملائة المالية أو المهارات التي يمتلكها المتعاقد تعتبر هي السبب الجوهري للتعاقد معه، فان المدين لايحق له ان يتعاقد من الباطن مع شخص اخر اجنبي عن العقد لتنفيذ التزامه التعاقدي، لكون ان المتعاقد الذي كانت شخصيته محل اعتبار قد ارتضاه الطرف الاخر في العقد دون غيره، نظراً لما يتمتع به شخصية هذا المتعاقد والصفات التي يتمتع بها، ميزته عن غيره، فلا يحق لمن يمتلك هذه الصفات ان يتعاقد مع شخصاًاخر لم يرتضيه الطرف الاخر، ولا يمتلك الصفات التي يتمتع بها المتعاقد الذي تكون شخصيته معتبره في هذا العقد

لذلك فان على المتعاقد في عقود التي يتم مراعات شخص المتعاقد، يجب عليه ان ينفذ التزاماته التعاقدية تنفيذاً شخصياً، وان لايقوم بنقل التزاماته الناشئة عن العقد، ولا الحقوق المترتبة عليه إلى الغير، لان الطرف الاخر لم يقدم على ابرام مثل هذا العقد، لولا تمتعه ببعض الصفات التي كانت هي السبب الرئيسي للتعاقد معه، اما العقود التي تقوم على الجانب المالي، والتي يتم النظر إلى موضوع العقد بغض النظر عمن ينفذ هذا العقد، والتي من الممكن ان يتم نقل الحقوق، والالتزامات الناشئة عن مثل تلك العقود إلى غير المتعاقدين، ولكي يتمكن المدين من التعاقد مع الغير يجب ان لايكون هنالك نص قانوني يمنع المتعاقد من التنازل عن العقد إلى شخصاً اخر أو التعاقد من الباطن مع متعاقد اخر وكذلك يجب ان تكون طبيعة الالتزام الذي يرغب المتعاقد التنازل عنه إلى شخص اخر قابلة للانتقال إلى غير المتعاقد.

الكلمات المفتاحية: التعاقد من الباطن، العقد الأصلي، الإلتزامات الناشئة عن العقد، إبرام العقد، التنازل للغير، المدين.

Abstract:-

According to the importance of contracts in people's lives, there are many contracts in people's lives, and there are many problems in these contracts, and the mistakes that occur between one of the contracting parties and both of them, so such mistakes must be resolved through the settlement of these problems. and their compensations, for the purpose of the continuation of transactions and settlements between individuals, the contracting party, who is a person, he is one of the valid characters when entering into a contract, he should commit himself to the implementation of the obligations arising from the contract personally, and it is not permissible for him to implement this obligation to others in full or in part, because His character, the qualities that he enjoys in this contract is the defense to the conclusion of the contract, such as the sufficiency that the contractor enjoys, his financial capacity, and the skills that the contractor possesses are considered to be the essential reason for contracting with him, so the debtor does not have the right to enter into an internal contract with a third party outside of the contract for the execution of the contract. Al-Tharadabi, because the person who has the personality of the other party in the contract is the source of validity, the satisfaction of the other party is not the same. The other party does not possess the qualities enjoyed by the contracting party, which is a valid personality in this contract

Therefore, the contracting party in the contracts that are observed by the contracting party must fulfill his contractual obligations personally, and he does not transfer his obligations arising from the contract, nor the rights arising from the contract, to others, because the other party did not submit such a contract, unless Enjoying some qualities that were the main reason for contracting with him, but the contracts that are based on the financial side, which are considered the subject of the contract regardless of who executes this contract, and it is possible to transfer the rights and obligations arising from such contracts to non-contractors. And so that the obligor can contract with a third party, there must be no legal provision that prohibits the contracting party from assigning the contract to another person.

Key words: contract, original contract, obligations arising from the contract, conclusion of the contract, agreement with others, the debtor.

المبحث الأول

مفهوم التعاقد من الباطن وتمييزه عما يشتبه به

المطلب الأول

ماهية التعاقد من الباطن وشروطه

الفرع الأول ـ ماهية التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن هو قيام المدين الاصلي بالتعاقد مع شخص اخر على تنفيذ الالتزام الناشيء عن العقد، ويسمى الشخص الثالث بالمتعاقد من الباطن، ويمكن ان يتضمن العقد من الباطن تنفيذ الالتزام التعاقدي بالكامل، أو تنفيذ جزء من هذا الالتزام[١].

فالمتعاقد يجب ان يلتزم بتنفيذ العقد بنفسه وفقاً لما تقتضيه بنود العقد، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

فلا يحق له التعاقد مع غيره في تنفيذ هذا الالتزام، واذا ماقام بذلك فهذا يعتبر تعاقد من الباطن، والذي لايجيزه القانون، ولايعطي له الحق في ذلك الابموافقة الدائن، واذا وافق الاخير على التعاقد من الباطن فان المتعاقد من الباطن يحل محل المتعاقد الاصلي، في تنفيذ الالتزام التعاقدي والحصول على الحقوق الناشئة عن هذا العقد[٢].

ففي عقد المقاولة من الباطن يعتبر المقاول الاول صاحب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن، ويلتزم بكافة الالتزامات التي يلتزم بها رب العمل، من توفير كافة المستلزمات التي يتطلبها عقد المقاولة الاصلي، لكي يقوم المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ويلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ الالتزامات وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد ويلتزم بانجازه خلال الفترة المحددة، كما يجب عليه ان يلتزم بالضمان العشري، تجاه المقاول الاصلي باعتباره رب العمل له[٣].

والتعاقد من الباطن يجب ان يتم بموافقة المتعاقد الاصلي، إذ ان نشأت العقد من الباطن لايكون باتفاق المدين مع الغير فحسب، بل لابد من موافقة المتعاقد الاصلي على قيام المدين بالتعاقد من الباطن.

ففي العقودالتي يتم مراعاة شخصية المتعاقد، أو صفة من صفاته فيها عند ابرام العقد لايمكن ان يقبل المتعاقد تنفيذ الالتزام الا من قبل المدين تنفيذاً شخصياً[٤].

فالمتعاقد الاصلي هو الذي يجب ان ينفذ الالتزامات الناشئة عن العقد، مقابل ان يحصل على البدل المادي لتنفيذ هذا الالتزام.

واذا ماحصل تعاقد من الباطن فان المدين يكون هو ملتزم بتنفيذ الالتزام تجاه الدائن، ولاتكون هنالك رابطة بصورة مباشرة بين الدائن والمتعاقد من الباطن، ويعتبر شخصاً اجنبياً لا يمكن ان يطالبه بتنفيذ الالتزام الا من خلال المدين[٥].

ويترتب على موافقة الدائن على التعاقد من الباطن، نشوء علاقة جديدة بين المدين والمتعاقد من الباطن، ويبقى المدين الاصلي ملتزم امام الدائن، في تنفيذ الالتزام استناداًإلى شروط العقد الأصلي.

ان العلاقة المدين الاصلي والمدين من الباطن يحكمها العقد من الباطن، واما العلاقة فيما بين الدائن في العقد الاصلي والمدين من الباطن فلا توجد هنا بينهم علاقة مباشرة[٦].

ولكن بأمكان الدائن الرجوع عن طريق الدعوى غير المباشرة، إذا اخل المتعاقد من الباطن بتنفيذ التزاماته التعاقدية[٧].

بينما العقد الاصلي فهو يبقى حاكماً للعلاقة بين الدائن والمدين الاصلي، والذي يحدد التزامات كلا الطرفين و يحدد حقوق الدائن والمدين.

ان العقد من الباطن هوالذي ينظم حقوق المدين الاصلي والمدين من الباطن، والذي يعتبر المدين الاول دائن للمدين من الباطن، فالعقد من الباطن هو الذي يتم بموجبه تحديد الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن العقد من الباطن.

اما الدائن الاصلي فلايكون هو احد اطراف العقد من الباطن ولكن يستطيع ان يرجع عليه بالدعوى يقيمها باسم المدين الاصلي[٨].

كما ان الدائن بأمكانه الرجوع إلى المدين الاصلي، في حالة حصول اخلال في تنفيذ العقد، سواء كان هذا الاخلال ناشيء عن فعل المدين نفسه، والذي يتم الرجوع اليه استناداً لشروط العقد المبرم.

أو قد يكون الاخلال ناشيء عن خطأ المدين من الباطن، والذي عهد اليه المدين الاصلي بتنفيذ جزء من الالتزام، ويكون الرجوع إلى المدين الاصلي وفقاً لمسؤوليته المدنية عن فعل الغير وهذه المسؤولية تنشأ عند حصول اخلال من قبل الاشخاص الذين يتم استخدامهم من قبل المتعاقد، فتتحقق مسؤوليته المدنية عن هذا الخطأ في تنفيذ الالتزام التعاقدي[٩] كالتعاقد بين المريض والطبيب، وان يعهد الطبيب بتنفيذ جزء من التزاماته العقدي إلى مساعديه من الكادر الطبي، أو الممرضين ويحصل خلل في تنفيذ العقد من جانب الكادر الطبي، فان المدين يعد مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه الدائن عن الاشخاص الذين يستخدمون عنده، أو الذين تم التعاقد معهم من الباطن لتنفيذ جزء من التزامه [١٠] وكذلك يبقى المقاول مسؤولاً في عقد المقاولة، عن سلامة وضمان الاعمال التي يقوم بها المقاول من الباطن، في العقد من الباطن، وكانه هو من قام بتنفيذ هذه الاعمال في عقد المقاولة فيكون هو المسؤول في مواجهة رب العمل، لكون المقاول يعتبر هو المدين في التنفيذ بناءاً على العقد الاصلي[١١] ويكون المقاول الاصلي ملتزم بانجاز الاعمال تجاه الدائن، وكذلك يكون ضامناً لانجاز هذه الاعمال والتي تستمر فترة الضمان لمدة عشرة سنوات، والتي نصت عليها بعض التشريعات ومنها ما نص عليه القانون الفرنسي، ويعد ذلك تشدداً في مسالة الضمان، بالنظر لما يشكل خطر سقوط البناء وانهياره لرب العمل[١٢].

الفرع الثاني ـ شروط التعاقد من الباطن:

هنالك عدة شروط لابد من توافرها لكي يتمكن المدين من التعاقد من الباطن مع شخص اخر من الغير، لتنفيذ الالتزام التعاقدي الناشيء عن العقد، والذي تعهد المدين بتنفيذه تجاه الدائن والتي تتلخص بما يلي:-

أولاً: وجود عقد صحيح.

يشترط لكي يتمكن المدين من التعاقد من الباطن، لابد من ان يكون هنالك عقد صحيح مستوفي لاركانه، لكي تترتب عليه الاثار القانونية، وقد حدد المشرع العراقي اركان العقد بالرضا والمحل والسبب فالتراضي هو اتجاه ارادة المتعاقدين إلى القيام بالتصرفات القانونية التي يترتب عليها اثار قانونية من شأنها انشاء الالتزامات التعاقدية، والتي يلتزم طرفي العقد بتنفيذها [١٣] ويجب ان تكون هذه الارادة صادرة عن شخص كامل الاهلية،

كون ان الارادة الصادرة عن الصغير والمجنون لا يكون لها أي اعتبار، أو قيمة قانونية، ولاتحدث اثرها وان اقترنت بارادة الطرف الاخر، كونها صدرت غير سليمة، أي يجب ان تكون هذه الارادة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا [١٤] والاكان العقد باطل، ولايرتب عليه الاثار القانونية، فان وجود التصرف، واتجاه ارادة المتعاقدين لانشاء العقد غير كافية لان تنتج اثرها، بل لابد ان تكون الارادة صادرة من شخصين هم اهلاً للتعاقد[١٥] أي ان يكون طرفي العقد الصادر عنهم الايجاب والقبول كليهما يمتلكان الاهلية الكافية لصدور التصرف منهم، فالايجاب وهو مايصدر من الطرف الاول من رغبة حقيقية للتعاقد، اما القبول فهو مايصدر من المتعاقد الاخر والذي يدل على رغبة هذا الطرف بالاقتران بالايجاب الصادر لتكوين العقد وترتيب اثاره القانونية، لذا يجب ان تكون ارادة الطرفين المتعاقدين سليمة، والا اعتبر العقد باطلاً[١٦].

واما المحل فهو مايجب على المدين ان يلتزم به، والذي يعتبر الركن الثاني من اركان العقد والذي يجب ان يكون موجوداً، أو ممكن الوجود كما يجب ان يكون معين تعييناً كافياً ونافياً للجهالة وكذلك يجب ان يكون محل العقد مشروعاً، أي غير ممنوع التعامل به بسبب مخالفته للنظام العام أو الاداب العامة والاعد العقد باطلاً[١٧].

اما السبب فأنه الركن الثالث من اركان العقد، وهو الباعث الدافع لابرام العقد، والذي يكون في عقد البيع مثلاً الدافع لابرام العقد من قبل البائع هو حصوله على ثمن المبيع، والسبب الباعث لابرام العقد من قبل المشتري وهو حصوله على المبيع، والذي ينبغي ان يكون السبب غير ممنوع قانوناً، والا اعتبر العقد باطلاً، كالمستأجر الذي يقوم بأستأجار داره للمجون، أو لغرض الدعارة[١٨] وقد تضمنت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على مايلي:-

١- يعد العقد باطلاً إذا لم يكن له سبب، أو كان السبب ممنوع من الناحية القانوناً أو مخالف للنظا العام أو للاداب العامة.

٢- ويفترض ان يكون في كل التزام ان له سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقم الدليل على غير ذلك.

٣- اما إذا ذكر السبب في العقد، فيعتبر ان هذا السبب هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على مايخالف ذلك)[١٩].

فيكون اول شرط من شروط التعاقد من الباطن هو وجود عقد سابق للعقد من الباطن وفي حال عدم وجود عقد سابق له، يعتبر في هذه الحالة العقد عقداً اصلياً وليس عقداً من الباطن[٢٠].

ثانياً: - عدم وجود شرط يمنع التعاقد من الباطن

والشرط المانع من التعاقد من الباطن هو الشرط الذي يضعة الدائن على المدين يمنعه من التعاقد مع الغير من الباطن، أي ان المدين يكون راغباً بالتعاقد مع هذا المدين دون غيره، فلا يحق للاخير التعاقد من الباطن [٢١] لذلك فان التعاقد من الباطن لايتحقق بوجود عقدين يرتبط احدهما بالاخر، بل لابد من عدم وجود شرط يمنع المدين من التعاقد من الباطن، وعدم اعتراضه على قيام المدين من التعاقد مع الغير لتنفيذ الالتزام التعاقدي [٢٢]، ويمكن ان يكون الشرط المانع من التعاقد صريحاً، أو قد يكون ضمنياً ويمكن ان يكون مطلقاً، أو قد يكون فيه قيد كأن يشترط الدائن استحصال الموافقته المسبقة على قيام المدين بالتعاقد من الباطن [٢٣] لذا يجب ان يلتزم المدين بصورة قطعية بالشرط المانع، فهو يعتبر بمثابة قيد على حق المدين في ايكال تنفيذ الالتزام التعاقدي إلى الغير، عن طريق التعاقد من الباطن، وتكون الصورة الغالبة في الشرط المانع من التعاقد هو ان ترد بصورة قطعية، أي ان يمنع المتعاقد من التعاقد من الباطن بصرة قطعية [٢٤]

ان الشرط المانع يعتبر ملزم للمدين، سواء كان التعاقد من الباطن بصورة جزئية أو كلية، فلا يحق له التعاقد من الباطن في حالة وجود الشرط المانع حتى بصورة جزئية وان مخالفة الشرط المانع يترتب عليه بطلان هذا العقد [٢٥]

ثالثاً: ان لايكون العقد قائماً على الاعتبار الشخصي

يعتبر العقد من عقود الاعتبار الشخصي، إذا كانت شخصية المتعاقد قد تم مراعاتها عند التعاقد أي ان لاتكون شخصية المتعاقد، أو احدى صفاته هي الباعث الرئيسي التي دفعت الدائن إلى ابرام العقد واذا ماكانت شخصية المدين قد اخذت بنظر الاعتبار عند التعاقد، فلا يحق لهذا المدين ان يسند إلى الغير تنفيذ هذا الالتزام، عن طريق التعاقد من الباطن، لتنفيذ الاعمال الناشئة عن العقد والتي التزم بتنفيذها بصورة شخصية [٢٦] ويحق للدائن ان يرفض التنفيذ من غير المدين في العقود التي من المفترض على المدين ان يقوم

بتنفيذها تنفيذاً شخصياً، وان يطلب الزام المدين بالتنفيذ الشخصي لالتزاماته التعاقدي، الناشئة عن العقد فمثلاً في عقد العلاج الطبي لايحق للطبيب ان يوكل غيره في تنفيذ هذا العقد لكون ان شخصيته قد تمت مراعاتها عند التعاقد، وبامكان المريض ان يرفض المعالجة من طبيب اخر تعاقد من الباطن مع الطبيب الاول[٢٧]، إذ يكون للمريض الحق في اختيار الطبيب الذي يعتبر هو الاقدر على تشخيص الحالة المرضية التي يتعرض لها، ومن ثم ايجاد العلاج المناسب لها، واذا ماكان هنالك طبيب اخر يعمل بالنيابة عن الطبيب الذي تم التعاقد معه فأن للمريض الحق في رفض المعالجة مع هذا الطبيب، والمطالبة بفسخ العقد، أو طلب الزام المتعاقد الاصلي بمعالجته[٢٨].

فالعقود التي يكون للمدين اعتبار خاص في العقد والتي تكون شخصيته المحور الرئيسي في التعاقد، بحيث ان شخصيته هي الدافع الرئيسي، والباعث للتعاقد فانها تعتبر من عقود الاعتبار الشخصي[٢٩].

ويلتزم المدين الذي تكون شخصيته محل اعتبار ومحور للتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه، ولايجوز له ان يخول غيره بتنفيذ الالتزام، فان الالتزامات التي تبنى على الاعتبار الشخصي تكون غير قابلة للانتقال إلى شخص اخر غير المتعاقد [٣٠] لذلك فاذا كانت شخصية المدين قد تمت مراعاتها عند التعاقد، أو صفة من صفاته كأن يتطلب العقد ان يتمتع المدين بمهارات وخبرات معينة قد تم تحديدها مسبقاً من قبل الدائن، ووجدها في المدين الذي تم التعاقد معه، والتي لاتتوفر تلك الخبرة والمهارة في غيره من المتعاقدين، فيجب على المدين ان ينفذ الالتزام تنفيذاً شخصياً، وليس للمدين التعاقد من الباطن مع شخص اخر لتنفيذ الالتزام[٣١] ويعدُّ من مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي ان يقوم المدين بتنفيذ العقد تنفيذاً شخصياً بنفسه دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن[٣٢] فاذا كان عقد الايجار قائماً على شخصية المستاجر أو مهنته، فان وفاته تؤدي إلى انتهاء عقد الايجار، ويكون ذلك بناءً على طلب ورثة المستاجر، لكون ان عقد الايجار قد روعيت فيه شخصية المتعاقد[٣٣].

المطلب الثاني

خصائص التعاقد من الباطن

١- يعتبر التعاقد من الباطن من عقود المعاوضة، أي ان كل طرف في العقد يلتزم مقابل

مايحصل عليه من منفعة مادية، لقاء تنفيذ الالتزام، وبمعنى اخر ان كل طرف من اطراف العقد يحصل على منفعة، مقابل قيامه بالعمل الملتزم بتنفيذه ففي عقد المقاولة من الباطن، يلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ الاعمال التي التزم بتنفيذها مقابل حصوله على الاجر، فيكون عقد معاوضة بالنسبة للمقاول من الباطن لانه اخذ الاجر مقابل قيامه بأعمال المقاولة[٣٤] فيجب ان يكون المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد له قيمة مادية، فلا يمكن ان يعتبر من عقود المعاوضة مايحصل عليه المتعاقد من تعويض ادبي فمثلاً الاب الذي يدفع لابنه الاموال مقابل ان يحصل على العاطفة، والحنان فلا يكون هذا من قبيل عقود المعاوضة، بل يكون من عقود التبرع، فالاب في هذه الحالة يكون متبرعاً لابنه بهذه الاموال وسواء اكان المتعاقد يحصل على المقابل المادي من المتعاقد نفسه، أو من شخص اخر كالمتعهد عن الغير، اوالكفيل فأنه يكون عقداً من عقود المعاوضة [٣٥] وفي عقود المعاوضة يكون الضمان اشد مماهو عليه في عقود التبرع، لان المتبرع في عقود التبرع لايكون ضامناً للاستحقاق، بخلاف عقود المعاوضة التي يكون فيها المتعاقد ملتزم بضامناً التعرض والاستحقاق، وضامناً للعيب الخفي، وان كان لايعلم بالاستحقاق [٣٦] يعدُّ التعاقد من الباطن من العقود الرضائية.

٢- يكفي لتحقق التعاقد من الباطن ان يرتبط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول المتعاقد الاخر فمجرد تحقق الارادة لدى الاطراف، واتجاهها لابرام هذا العقد، وان تكون هذه الارادة غير معيبة، وهو مايعني ان يكون رضا كلا الطرفين سليماً، فان التعاقد من الباطن ينشأ ويتحقق بحصول التراضي بين المتعاقدين [٣٧] ان القاعدة العامة في العقود هي ان تكون رضائية، الا إذا وجد نص في القانون يقضي بان تأخذ تلك العقود شكلاً معيناً، فلا تنعقد هذه العقود الاخيرة، الا إذا تمت مراعاة تلك الشكلية فيها وهنا لابد من التمييز بين الشكلية المطلوبة لاثبات العقد، والشكلية المطلوبة لانشاء هذا العقد فأذا تطلب القانون شكلاً معيناً لاثبات العقد فأن ذلك لايجعل هذا العقد من العقود الشكلية بل يبقى هذا العقد من العقود الرضائية كون ان الشكلية هنا تكون للاثبات وليست للانعقاد [٣٨] فان كانت الشكلية التي يجب ان يتخها العقد يلزم على تخلفها،

وعدم مراعاتها عدم انعقاد العقد فانها تعتبر من العقود الشكلية اما في حالة ان لم تكن للشكلية هذه الاهمية في العقد، فأن العقد يبقى من العقود الرضائية ومثال على ذلك بعض العقود التي تزيد قيمتها اكثر من عشرة الاف دينار، والتي يجب ان يتم ذلك بالكتابة لاثبات هذه العقود، وان هذا الشرط لايؤدي إلى ان تصبح تلك العقود من العقود الشكلية، فان الشكلية هنا تكون للاثبات، وان عدم حصولها لايعني عدم امكانية اثباتها، بل يمكن اثبات ذلك بالطرق الاخرى من طرق الاثبات كاليمين أو اقرار المدين [٣٩] فأن العقود الرضائية لايستلزم لانعقادها سوى وجود ارادة للطرفين، وتكون غيرمعيبة بعيب من عيوب الرضا[٤٠].

٣- يعتبر التعاقد من الباطن من العقود الملزمة للجانبين يعتبر هذا النوع من التعاقد من العقود الملزمة للطرفين، فالمدين من الباطن ملزم بتنفيذ العقد من الباطن وفقاً لما تم الاتفاق عليه في شروط العقد من الباطن، والدائن من الباطن ملزم بتمكين المدين من الباطن بالقيام باعماله، وتقديم كل مايحتاجه من وسائل في سبيل انجاز تلك الاعمال، كما يلزم بدفع اجرة الاعمال التي يتم تنفيذها، وفقاً لما هو متفق عليه بين طرفي العقد من الباطن [٤١] فعقد المقاولة من الباطن يترتب عليه التزامات متبادلة لطرفي العقد، ويصبح كل طرف بالعقد دائناً ومديناً في هذا العقد، كعقد المقاولة من الباطن والذي يلتزم المدين من الباطن بأكمال وتنفيذ اعمال المقاولة وتسليمها إلى الدائن من الباطن، والدائن من الباطن يلتزم بدفع الاجرة المستحقة للمدين مقابل قيامه بتنفيذه التزامه التعاقدي[٤٢] وهذا يختلف عن العقود الملزمة لجانب واحد، والتي تنشيء التزام على احد اطراف العقد كعقد الوديعة، وعقد القرض فلاتترتب على تلك العقود التزامات متقابلة لطرفي العقد، فيكون المودع هو دائن فقط، ويكون المودع لديه هو مدين فقط في هذا العقد في حين ان العقود الملزمة للجانبين ترتب اثار على كلا المتعاقدين بأعتبارهما دائن ومدين في ذات الوقت، وتنشيء التزامات متبادلة على كلا الطرفين[٤٣].

المبحث الثاني

تمييز التعاقد من الباطن عما يشتبه به

المطلب الأول

تمييز التعاقد من الباطن عن التجديد

هو الاتفاق الذي يتم بموجبه تغيير الالتزام، القديم بألتزام اخر، فيؤدي إلى وجود التزام جديد، وانهاء الالتزام السابق، ويشترط لتحقق التجديد هو ان يكون هنالك التزام سابق، وان يتكون التزام جديد يكون بديل عن الالتزام السابق، وان يكون لدى طرفي العقد القصد في التجديد الالتزام [٤٤] اذن التجديد هو الاتفاق الحاصل بين الدائن والمدين وشخص اخر، من الغير على تغيير احد اطراف العقد كتغيير الدائن بشخص اخر، من الغير أو الاتفاق على تغيير المدين بشخص اجنبي عن العقد أو ان يصبح الغير مديناً للدائن بدلاً من المدين الاول في العقد أو قد يتم التوافق بين طرفي العقد على استبدال موضوع الالتزام، بالتزام اخر مختلف عن الالتزام الاصلي [٤٥] وقد نص المشرع العراقي في المواد ٤٠١و ٤٠٢ من القانون المدني العراقي على جواز موضوع التجديد وتضمنت تلك المواد مايلي:-

يجوز ان يتفقا الطرفين على تجديد الالتزام، على ان يقوما باستبدال الالتزام الاصلي، التزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره، كما يجوز ان يتفقا على تجديد الالتزام بان يغيروا الدائن إذا اتفق الطرفين واجنبي، على ان يكون هذا الطرف الاجنبي هو الدائن الجديد، أو ان يتم تغيير المدين إذا حصل اتفاق بين المدين مع اجنبي، على ان يحل هذا الاجنبي محل المدين الاصلي[٤٦] واما التعاقد من الباطن فكما بينا سابقاً هو تعاقد المدين مع شخص اخر من الغير لتنفيذ جزء من الالتزام التعاقدي، اوتنفيذه بالكامل[٤٧]، والذي اجاز المشرع العراقي في بعض العقود للمدين ان يتعاقد من الباطن مع شخص اخر لتنفيذ الالتزام التعاقدي، إذ ضمنت المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي على:- يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل بالكامل، أو جزء منه، إلى مقاول اخر، إذا لم يمنعه من ذلك شرط مانع في العقد، أو ان لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه الركون إلى كفايته الشخصية ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا، نحو الدائن الاصلي، عن العمل الذي

يقوم بتنفيذه المقاول الثاني[٤٨] فيتشابه التجديد والتعاقد من الباطن من حيث ان كليهما يؤدي إلى تغيير احد اطراف الالتزام الاصلي [٤٩] ولكن يختلف التعاقد من الباطن الذي يبقى فيه المدين الاصلي ملتزماً تجاه الدائن، مع وجود العقد من الباطن إذ يمثل دور المتعاقد من الباطن هو تنفيذ الالتزام الذي عهد اليه المدين الاصلي، بموجب العقد من الباطن، والذي يبقى المدين الاصلي مسؤولاً امام الدائن بينما التجديد يؤدي إلى انهاء الالتزام القديم، ونشوء التزام جديد، فان تم تغيير المدين بشخص اخر من الغير، فان هذا الغير يكون هو المدين في العقد، والذي يحل محل المدين الاصلي وتبرأ ذمة الاخير من هذا الدين [٥٠] ويرى الباحث ان هنالك اختلاف اخر بين التجديد والتعاقد من الباطن، وهو ان في التعاقد من الباطن لايمكن للدائن الاصلي ان يرجع على المتعاقد من الباطن الابالدعوى غير المباشرة، لعدم وجود عقد بينهما اما التجديد فان الدائن يستطيع الرجوع إلى المدين، الذي تم الاتفاق على استبداله بدلاً من المدين الاصلي بصورة مباشرةً، لانه طرف في الاتفاق الحاصل في التجديد.

المطلب الثاني

تمييز التعاقد من الباطن عن حوالة الدين

حوالة الدين هي تصرف قانوني بمقتضاه يحل شخص من الغير محل المدين الاصلي بتنفيذ الالتزام، دون ان يؤثر ذلك على اصل الالتزام، فيلتزم الغير بان يقوم بالوفاء بدلاً من المدين الاصلي، تجاه الدائن بذات الالتزام الحاصل بينهما، وبنفس الشروط والمواصفات المتفق عليها، بين الدائن والمدين الاصلي

تكون لحوالة الدين ثلاثة اطراف هم المحيل، وهو المدين الاصلي الذي يقوم بأحالة الدين إلى شخص اجنبي، ويسمى هذا الشخص المحال عليه، وأما الدائن فيدعى المحال له[٥١] وقد نصت المادة ٣٣٩ من القانون المدني العراقي على (١- ان حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

٢- تكون الحوالة مطلقة إذا احال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بادائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه، أو من العين التي عنده وديعة، أو مغصوبة أو احالة على شخص ليس له شيء عليه، أو عنده)[٥٢] ويجب ان

تتوافر في الحوالة شروط معينة، وهي الشروط التي يجب ان تتوافر في كل التزام، وهي الرضا والمحل والسبب، أي يجب ان يحصل التراضي بين اطراف الحوالة، وان يكون هذا التصرف صادر عن ارادة غير معيبة باحد عيوب الارادة اما المحل فيجب ان يكون المحل موجوداً، اوممكن الوجود، ومعين وكذلك يجب ان يكون المحل مشروعاً واما السبب في الحوالة وهو وجود المقابل المادي لالتزام المحال عليه بقبول الحوالة، أو هو نيته بالقيام بالتبرع نيابة عن المحيل [٥٣]، اما التعاقد من الباطن وهو التعاقد الذي بموجبه يتفق المدين في عقد معين، مع شخص اجنبي عن العقد الاصلي على ان يتعهد الاخير بمقتضاه بتنفيذ الالتزام التعاقدي، والذي يبقى الطرف الاول وهو المدين الاصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد تجاه الدائن بينما حوالة الدين والذي تبرأ ذمة المدين الاصلي في العقد (المحيل) بحصول حوالة الدين فكلاهما يتشابهان في ان كلا التصرفين يؤدي إلى استبدال المدين بمدين اخر في تنفيذ الالتزام بمدين اخر[٥٤] واما محل الاختلاف بين حوالة الدين والتعاقد من الباطن فهو إن التعاقد من الباطن يبقى المدين الاصلي مسؤولاً امام الدائن وهذا ما بينته المادة الفقرة ٢ من المادة ٦٦١ من القانون المدني المصري والخاصة بالمقاولة من الباطن[٥٥] بينما حوالة الدين تؤدي إلى انقضاء الالتزام السابق وينشأ محله التزام جديد والذي يكون فيه المحال عليه هو المدين[٥٦] ان حوالة الدين تكون فيها نفس الشروط في اصل الالتزام اما التعاقد من لباطن فأنه يكون هنالك عقدين الاول هو العقد الاصلي والعقد الثاني هو العقد من الباطن والذي يكون بمعزل عن العقد الاول والذي قد يختف عنه من حيث البنود والالتزامات[٥٧].

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن

بينا سابقاً ان التعاقد من الباطن هو عقد جديد، يتم ابرامه بين المدين والمتعاقد من الباطن، وهو عقد مستقل إلى جانب العقد الاصلي، ويتم من خلال هذا التعاقد تنفيذ بنود العقد الاصلي، من قبل المتعاقد من الباطن فنكون امام عقدين العقد الاصلي، الذي يتم بين الدائن والمدين الاصلي، والعقد من الباطن الذي يتم الاتفاق عليه بين المدين الأصلي

والمتعاقد من الباطن، والذي يحكم العلاقة بينهما العقد من الباطن.

في حين ان العلاقة بين الدائن والمدين الاصلي يحكمها العقد الاصلي، واما العلاقة بين الدائن والمتعاقد من الباطن، لاتكون هنالك أي علاقة تعاقدية فيما بينهم، لذلك فان التعاقد من الباطن تنشأ عنه ثلاث علاقات، وتعتبر هذه العلاقات اثار للتعاقد من الباطن، والتي سنبينها في المطالب التالية:-

المطلب الاول:- العلاقة بين المدين الاصلي والمتعاقد من الباطن

المطلب الثاني:- العلاقة بين الدائن والمدين الاصلي

المطلب الثالث:- العلاقة بين الدائن والمتعاقد من الباطن

المطلب الأول

العلاقة بين المدين الاصلي والمتعاقد من الباطن

ان العلاقة بين المدين الاصلي والمتعاقد من الباطن يحكمها العقد الجديد، الذي يتم ابرامه بين المدين الاصلي والمتعاقد من الباطن، وان العقد الجديد لايؤثر على العلاقة القائمة بين المدين الاصلي والدائن، وانها تبقى خاضعة لبنود العقد الاصلي ففي عقد الايجار مثلاً يبقى الدائن ملتزماً تجاه المستأجر الاصلي، بالتزاماته العقدية والمحددة في بنود العقد الاصلي، والذي يحق للمستأجر ان يطلب منه تنفيذها، فله ان يطلب تسليم العين المستأجرة، وله كذلك ان يطالبه بالقيام بالترميمات الضرورية، وله ان يطالبه بضمان العيب الخفي وللدائن ان يطالب المستأجر الاصلي بتنفيذ العقد، وان قام بالتعاقد من الباطن، فيحق له ان يطالبه بدفع الاجرة، وكذلك له ان يطالبه باجراء الصيانة على العين، وكذلك اعادة العين المستأجرة حال انقضاء عقد الايجار [٥٨] فتبقى العلاقة بين المستأجر والمتعاقد من الباطن محكومة بالعقد من الباطن، ولايحق للمتعاقد من الباطن ان يخل بتنفيذ التزامه التعاقدي تجاه المستأجر بحجة وجود الشرط مانع من التعاقد من الباطن ويحق للمؤجر من الباطن مطالبة المستأجر من الباطن برد العين بعد فسخ العقد، وكذلك يحق للمدين من الباطن ان يطالب المؤجر من الباطن بالتعويض، بعد حصول الفسخ والذي يكون ناتجاً عن اخلال المستأجر الاصلي بتنفيذ التزامه تجاه المؤجر [٥٩] ومن الامثلة على ذلك ايضاً فيما يتعلق بعقد المقاولة، فيعتبر المقاول رب عمل بالنسبة للمتعاقد من الباطن،

فيلتزم بالقيام بما يلزم من الاجراءات لغرض تمكين المتعاقد من الباطن، من الوفاء بالتزامه، واكمال الاعمال الملقاة على عاتقه والناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، فيلتزم المقاول الاصلي بتقديم الادوات، والمستلزمات الضرورية لانجاز الاعمال والتي التزم بتقديمها له المتعاقد الاصلي، وتقديم المواصفات والخرائط المطلوبة له في الوقت المعين لتمكينه من القيام باعمال في الوقت المناسب، وكذلك يلتزم باستلام الفقرات التي تم انجازها من قبل المقاول من الباطن ويلتزم المقاول من الباطن باكمال الاعمال التي التزم بتنفيذها وفقاً للتوقيتات التي تم الاتفاق عليها، وتسليمها والتزامه بالضمان بعد ان يقوم بتسليمها تسليماً نهائياً [٦٠]، وبخلافه يعتبر مخلاً بالتزامه وتتحقق مسؤوليته العقدية، والتي يستطيع دفع هذه المسؤولية باثبات السبب الاجنبي، كالحادث الفجائي، أو ان الاخلال كان ناشئاًنتيجة لخطأ الدائن كتاخيره في تسليم المستلزمات الضرورية لاكمال العمل [٦١] ويلتزم كلا طرفي العقد من الباطن بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد من الباطن، فعلى سبيل المثال إذا كان التنازل عن عقد الايجار، فان المدين الاصلي يلتزم بنفس الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر في عقد الايجار كألتزامه بتسليم العين للمتعاقد من الباطن، باعتبارهمستأجر وتمكينه من الانتفاع بها والقيام بالاجراءات اللازمة لصيانتها، ويلتزم كذلك بالضمان ويقابل ذلك يلتزم المتعاقد من الباطن باعتباره مستأجر بجميع الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر، وفقاً لبنود العقد من الباطن فيلتزم المستأجرمن الباطن بدفع الاجرة، للمؤجر من الباطن وكذلك يلتزم بالمحافظة على العين المستأجرة، واستعمالها وفقاً لطبيعتها ويلتزم برد العين بعد انتهاء عقد الايجار[٦٢]، وقد نصت المادة ٧٧٦ من القانون المدني العراقي على مايلي:

(١- في حال ايجار المستأجر المأجور، تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر خاضعة لاحكام عقد الايجار الاول، اما العلاقة مابين المستأجر الاول والمستأجر الثاني، فتسري عليها احكام عقد الايجار الثاني فيكون المستأجر الاول ملزماً بالاجرة للمؤجر وليس لهذا قبضها منه) [٦٣]، وفي حال اخلال المتعاقد من الباطن بالتزاماته التعاقدية، فان المدين الاصلي هو الذي يتحمل مسؤولية هذا الاخلال في مواجهة الدائن، فيرجع الدائن على المدين الاصلي، ويكون لهذا الاخير الرجوع على المتعاقد من الباطن[٦٤].

المطلب الثاني

العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي

تستمر العلاقة بين الدائن والمدين الاصلي قائمة، على الرغم من وجود العقد من الباطن، فيبقى كلا المتعاقدان ملتزم تجاه الاخر فعلى سبيل المثال يبقى الدائن في عقد الايجار ملتزم بان يسلم العين المستأجرة إلى المدين الاصلي، وليس للمستأجر من الباطن وتمكينه من الانتفاع بها، ويلتزم كذلك بالضمان وكذلك بالصيانة للعين المستأجرة فيكون المستأجر الاصلي ملتزم تجاه الدائن باعتباه مستأجر، كما يلتزم امام المستأجر من الباطن باعتباره مؤجر[٦٥] ولاينتهي عقد الايجار الاول بانتهاء عقد الايجار من الباطن، ويعتبر المدين الاصلي مسؤولاً عن الخطأ الذي يصدر من المتعاقد من الباطن كاخلال بتنفيذ الالتزام، أو اتلاف العين المستأجرة، أو استعمالها استعمالاًلايتلائم مع طبيعتها، اوعدم قيامه بأجراءات الصيانة اللازمة المطلوبة لحماية العين من التلف

ولا يمكن للمدين التنصل من هذه المسؤولية بادعائه ان الخطأ صدر من المتعاقد من الباطن لعدم وجود رابطة عقدية بين الدائن والمتعاقد من الباطن فيكون هو المسؤول امام الدائن عن هذه الاخطاء [٦٦] وقد نصت المادة ٨٨٢ من القانون المدني العراقي على مايلي:-

(١- يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته، أو في جزء منه إلى مقاول اخر، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون إلى كفايته الشخصية، ٢- ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني)[٦٧].

في حين ان المشرع المصري بين في القانون المدني المصري، ان المدين الاصلي تبرأ ذمته في حالة قبوله التعاقد من الباطن بصورة صريحة، أو ضمنية فقد نصت المادة (٥٩٧)منه على مايلي:- (تبرأ ذمة المستأجر الاصلي قبل المؤجر سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له، في حالة التنازل عن الايجار اما فيما يتعلق بمايفرضه عقد الايجار الاصلي من التزامات في حالة الايجار من الباطن فهي:-

اولاً- إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار، أو الايجار من الباطن

ثانياً:- إذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له، أو من المستأجر من الباطن دون ان يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه، قبل المستأجر الاصلي)[٦٨].

ان المدين تبرأ ذمته من تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد الاصلي، في حال قيام الدائن بتوجيه انذار إلى المدين من الباطن يطلب فيه تنفيذ التزامه كتوجيه المؤجر للمستأجر من الباطن لدفع الاجرة ففي هذه الحالة لايحق للدائن الرجوع على المستأجر الاصلي، ولكن يكون ذلك بالقدر الذي يلتزم به المستأجر من الباطن[٦٩].

المطلب الثالث

علاقة الدائن بالمتعاقد من الباطن

ان العلاقة بين الدائن والمدين الاصلي يحكمها العقد الاصلي، اما العلاقة بين المدين الاصلي والمتعاقد من الباطن فتخضع لاحكام العقد من الباطن، الاان الدائن والمدين من الباطن لاتكون بينهما علاقة بشكل مباشر، لعدم وجود أي رابطة عقدية بينهما، ولايحق للدائن ان يطلب من المدين من الباطن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولايمكن للمدين ان يطلب من الدائن تنفيذ الالتزامات العقدية، وله ان يطالب المدين الاصلي بالتزامات الدائن، ففي عقد الايجار مثلاً يكون للمدين من الباطن ان يطالب المستأجر بتنفيذ التزاماته التعاقدي، باعتباره مؤجر بالنسبة له، ولايحق للمدين من الباطن الرجوع بشكل مباشرعلى المؤجر، لعدم وجود رابطة عقدية بينهما[٧٠] لذلك فان الدائن لايستطيع الرجوع على المتعاقد من الباطن، الابالدعوى غير المباشرة، للمطالبة بحقوق المدين الاصلي، لكون التعاقد من الباطن لايترتب عليه وجود مركز قانوني للدائن تمنحه الحق بمطالبة المتعاقد من الباطن بتنفيذ الالتزام[٧١] فأن للدائن الاصلي والمدين من الباطن، يكون لكليهما الرجوع على الاخر باستعمال الدعوى غير المباشرة فلا يستطيع الدائن في عقد الايجار مثلاً، مطالبة المدين من الباطن بأجراء الترميمات، ولا مطالبته بالمحافظة على العين المستأجرة، ولارد العين الابالدعوى غير المباشرة وكذلك المدين من الباطن لايستطيع مطالبة المؤجر، بتمكينه من استعمال العين المستأجرة، ولا بمطالبته بأجراء الاصلاحات على هذه العين، ولايستطيع ان يطالبه بضمان العيوب الخفية، ولايحق لهم ان

يرجع احدهما على الاخر بالدعوى المباشرة [٧٢] الا ان بعض التشريعات قد اعطت الحق بالرجوع مباشرة، تارةً للدائن بالرجوع مباشرة على المدين من الباطن، أوللمدين من الباطن بالرجوع على الدائن، ولكن في حالات محددة نذكر منها مانصت عليه المادة(٨٨٣)من القانون المدني العراقي والمتضمنه:-

(١- يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرةً بما لهم في ذمة المقاول، بشرط ان لايتجاوز القدرالذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق، قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل.

(١-ولهم في حالة توقيع الحجز من احدهم على ماتحت يد رب العمل، أو المقاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي، أو للمقاول الثاني وقت توقيع الحجز ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه.

(٢- وحقوق المقاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة، مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل [٧٣]).

فيكون وفقاً لهذه المادة للمقاول من الباطن، والعمال الرجوع بشكل مباشرة على رب العمل، للمطالبة بحقوقهم قبل المقاول الاصلي، على ان لايتعدى ماله من حقوق بذمة رب العمل، ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة، وكذلك نصت المادة(٥٩٦) من القانون المدني المصري والخاصة برجوع المؤجر على المستأجر من الباطن والتي نصن على مايلي:-

(١- يكون المستأجر من الباطن ملزماً بان يؤدي للمؤجر مباشرة، مايكون ثابتا في ذمته للمستأجر الاصلي وقت ان ينذره المؤجر

٢- ولايجوز للمستأجر من الباطن ان يتمسك قبل المؤجر، بما يكون قد عجله من الاجرة للمستأجر الاصلي، مالم يكن قد تم قبل الانذار وفقاً للعرف، أواتفاق ثابت تم وقت الايجار من الباطن)[٧٤]، وفقاً لهذه المادة فان للمؤجر الرجوع بصورة مباشرة على المستأجر من الباطن دون استعمال الدعوى غير المباشرة.

الاستنتاجات:

١- تبين من خلال البحث عدم وجود مواد خاصه في القانون المدني تبين موضوع التعاقدمن الباطن الا في بعض العقود وبشكل عرضي كما في عقد المزارعه وعد الوكالة.

٢- من الباطن مع متعاقد اخر وكذلك يجب ان تكون طبيعة الالتزام الذي يرغب المتعاقد التنازل عنه إلى شخص اخر قابلة للانتقال إلى غير المتعاقد

٣- يكون للمدين ان يتعاقد من الباطن في حال عدم وجود شرط مانع في التعاقد من الباطن أو نص قانون يمنع من ذلك أو ان طبيعة العقد تسمح بالتعاقد من الباطن

٤- يجب على المتعاقد ان يحصل على موافقه الدائن الاصلي عند التعاقد من الباطن وقد تكون هذه الموافقه كما قد تكون ضمنيه

٥- في حال عدم الموافقة على التعاقد من الباطن يحق للمتعاقد الاصلي رفض هذا التصرف القانوني وطلب الفسخ والتعويض إذا كان له مقتضى

٦- ان اغلب تشريعات الدول قد لاتميز بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد واشارة إلى الموضوعين في ان واحد في حين ان هناك اختلاف ي جوهري بين الموضوع والذي يظهر جلياً في شكل العقد والذي يكون في التعاقد من الباطن من خلال ابرام عقد ثاني مستقل عن العقد الاصلي تابع له في حين ان التنازل عن العقد يكون بنفس العقد لكن المتنازل يحل محل شخص اخر في نفس العقد.

٧- في حال التعاقد من الباطن فالعلاقة بين المتعاقدين الاصلين يحكمها العقد الاصلي اما الدائن الاي والمدين من الباطن فأنها تخضع لاحكام العقد من الباطن ولاتكون هنالك علاقة مباشرة بين الدائن الاصلي والمدين من الباطن بل يكون لكليهما الرجوع على الاخر فيما عليه من التزامات عن طريق الدعوى غير المباشرة.

التوصيات:

١- ان يتم بيان احكام التعاقد من الباطن في القانون المدني وبصورة تفصيلية دقيقة لما

لهذه الموضوع من اهمية في حماية الافراد لكون التعاقد من التصرفات المهمة والتي يمارسها الانسان بشكل مستمر في حياته اليومية ولكي تتم هذه العملية بصورة دقيقة لكون التعاقد من الباطن من الحقوق التي يتمتع بها المتعاقدان ان بيان الحالات التي يحق فيها للمدين الاصلي التعاقد من الباطن لكي يكون كلا المتعاقدين على بينة فيما له من حقوق وماعليه من التزامات نتيجة لهذه التصرفات يجب ان يتم التمييز بين تصرف المتعاقد في كلا الحالتين في التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن لكون ان اثار كلا التصرفين تختف عن التصرف الاخر ففي التناز عن العقد يبقى العقد قائم وهو الذي يحكم الطرفين والذي يتغير هو شخص المتنازل الذي يكل التزاماته إلى الغير ويحل الاخير محه في تنفيذ الالتزامات والحصول على الحقوق الناشئة عن العقد المتنازل عنه

٢- ان عدم اشتراط المتعاقد شرط مانع من التعاقد من الباطق هذا لايعني موافقته على التعاقد من الباطن وانما قد يكون غافلا لم يدرج هذا الشرط أو لاعتقاده بان المتعاقد لايقوم بذلك

٣- يفترض بالمشرع العراقي ان ينظم اثارالتعاقد من الباطن بشكل يتلائم مع الاهمية التي ينبغي ان تكون لهذه التصرف على العقد لا ان يتركها عائمة على الرغم من مساسها بحقوق الافراد

٤- يجب على المتعاقد ان يتخذ الحيطة والحذر عند توقيع العقود والاهتمام بكافة بنود العقد وصياغتها صياغة لايمكن للطرف الاخر ان يستغل اية ثغرة لمصلحته الشخصية ممايترتب عليه ضياع حقوق الطرف الاخر

هوامش البحث

(١) لارا مارون، المقاولة من الباطن، ص ١٤
(٢) مصطفى النايل المنزول، مصدر سابق، ص ٩٦
(٣) طارق كاظمعجيل، مصدر سابق ٤١٣
(٤) رنده سعدي، تجربة الجزائر في دعم المقاولة من الباطن ص٢٩٥
(٥) جعفر الفضل، الوجيز في العقود المدنية البيع والايجار والمقاولة ص٤٣٤
(٦) خولة كاظم محمد المعموري، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي ص ٥ مجلة جامعة بابل
(٧) انظر (المادة ٢٦١من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١)
(٨) نسرين مصطفى محمد العساف، العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في القانون الاردني ص٣٤٤
(٩) محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة في الالتزامات في القانون المصي ص ٣٧٦
(١٠) عبد المجيد الحكيم وجماعته، نظرية الالتزام في القانون العراقي ص١٧٦
(١١) عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الوسيط، العقود الواردة على العمل ج١ ص ٢١٩و٢٢٠
(١٢) موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني،ج٧، ص ١٩٣
(١٣) عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد ج ١، ص ١١٤
(١٤) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة في الفقه الاسلامي ص ٩٣
(١٥) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام مقارنة مع الفقه الاسلامي ص ١٠١
(١٦) محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ص١٠٢
(١٧) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ج ١، ص ٤٦٥
(١٨) عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق ص ٤٥٠
(١٩) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ١٣٢
(٢٠) فضيلة شعبان، نطاق تطبيق المقاولة من الباطن في ضل قانون الصفقات العمومية ص ١٨٥
(٢١) حبيب عبد مرزا الامير، مصدر سابق ص٣١٣
(٢٢) رندة سعدي، تجربة الجزائر في عقد المقاولة من الباطن ص ٢٩٥
(٢٣) حشاش حليمة، عقد المقاولة من الباطن، ص ٢٥
(٢٤) طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٣٩٩
(٢٥) سمير تناغو، عقد الايجار ص ٢٧٤ - ٢٧٦
(٢٦) جليل حسن الساعدي وحوراء كطان شنيشل، اطراف عقد المقاولة على البرامج الخاصة بالمعلومات دراسة مقارنة ص ٨٢
(٢٧) جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ص٥٥
(٢٨) زينة غانم يونس، مصدر سابق ٧٨

(٢٩) زروق يوسف، حماية الاعتبار الشخصي في العقود الالكترونية ص١٣
(٣٠) محمود ابو موسى، التعاقد من الباطن في نطاق عقود الاشغال العامة في فلسطين،، ص ٩٣
(٣١) ابراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الاسلامي، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٦ / ع٢٠١٠ / ٧٥٠
(٣٢) علي بن شعبان، عقد الاشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن ص٤٥٤
(٣٣) محمد عبد الظاهر حسين، عقد ايجار الاماكن في ظل التشريعات الجديدة، ص ١٥٤
(٣٤) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ج ١ ص١٣٥
(٣٥) عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص٦٥
(٣٦) عبد المجيد الحكيم وجماعته، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج ١ ص٢٦
(٣٧) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١١٢
(٣٨) عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، نظرية العقد ج١ ص٩٢
(٣٩) عبد الفتاح عبد الرزاق، مصدر سابق ص٦٠
(٤٠) نعيم احمد نعيم، مصدر سابق،ص ٩٩
(٤١) جليل حسن علي وحوراء كطان شنيشل، مصدر سابق ص٨١
(٤٢) عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ص١٣٠
(٤٣) محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ص١٥
(٤٤) محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ص ٩٧٤
(٤٥) نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، نطاق التنازل عن العقد، احكام التنازل عن العقد ص٩٧
(٤٦) القانون المدني العراقيرقم ٤٠ لسنة١٩٥١، المواد ٤٠١- ٤٠٢
(٤٧) سليمان طماوي، الاسس العامة للعقود الادارية،ص ٤٤٠
(٤٨) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ٨٨٢
(٤٩) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨المادة ٣٥٢
(٥٠) عبد المجيد الحكيم وجماعته، مصدر سابق،ص٢٨٣
(٥١) مخلوفي حورية، حوالة الدين، ص ١٠
(٥٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١المادة ٣٣٩
(٥٣) عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق ص٢٢٢
(٥٤) سامي الماجد، العقد من الباطن في الفقه الاسلامي ص٣
(٥٥) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المادة ٦٦١
(٥٦) رضا متولي وهدان، تجديد الالتزام ص٨٦
(٥٧) عفافسة مفيدة، مصدر سابق ص١١

(٥٨) عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص٤٣٥
(٥٩) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني ص ٦٥١ و٦٥٢
(٦٠) محمد جبر الالفي، عقد المقاولة، الانشاء والتعمير (حقيقته،تكييفه، صورة) ص ١٣
(٦١) محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، ص ١٢١
(٦٢)خلدون وسيلة، التنازل عن الايجار والايجار الفرعي في القانون المدني الجزائري ص ١٠٣ و ١٠٤
(٦٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ٧٧٦
(٦٤) السنهوري، الوسيط، ج ٧ ص٢٢٢
(٦٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٦، المجلد الاول ص ٧٢١
(٦٦) سليمان مرقس، مصدر سابق ص٦٥٥
(٦٧) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ٨٨٢
(٦٨) القانون المدني المصري رقم١٣١لسنة ١٩٤٨ المادة ٥٩٧
(٦٩) خلدون وسيلة، مصدر سابق، ص ١٠٦
(٧٠) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء ٦ مجلد الاول ٧٣١
(٧١) سمير تناغو، مصدر سابق، ص ٢٨٥
(٧٢) عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٢٤١
(٧٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ٨٨٣
(٧٤) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المادة ٥٩٦

قائمة المصادر والمراجع

١. ابراهيم ششو، عقد المقاولة في الفقه الاسلامي، جامعة دمشق م ٢٦ العدد الثاني سنة ٢٠١٠
٢. احمد محمود ابو موسى، التعاقد من الباطن في نطاق عقود الاشغال العامة في فلسطين، دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية الناشر الجامعة الاسلامية، غزة، سنة النشر ٢٠١٧
٣. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الايجار- المقاولة) منشورات زين الحقوقية، سنة النشر ٢٠١٢
٤. جلال على العدوي، الوجيز في مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني دار الجامعة للطباعة والنشر، سنة النشر ١٩٨٥

٥. جليل حسن الساعدي وحوراء كطان شنيشل، اطراف عقد المقاولة الوارد على البرامج الخاصة بالمعلوماتية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية بالعدد ٣٣، ٧٢، ١١٢ سنة النشر ٢٠١٢

٦. حبيب عبيد ميرزا، الشرط المانع في عقد الايجار، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول سنة ٢٠١٢

٧. حشاش حليمة، عقد المقاولة من الباطن، جامعة الحلي محند اولحاج سنة النشر ٢٠١٦

٨. خلدون وسيلة، التنازل عن الايجار والايجار الفرعي في القانون المدني الجزائري، جامعة الاخوة منتوي، قسنطينة، سنة ٢٠١٦

٩. خولة كاظم محمد المعموري، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، سنة النشر ٢٠١٦، العدد ١، المجلد ٢٤

١٠. رضا متولي وهدان تجديد الالتزام نطاقه – تأهيله – اثاره دار الجامعة الجديد للنشر الاسكندرية، سنة النشر ٢٠٠١

١١. رندة سعدي، تجربة الجزائر في دعم المقاولة من الباطن، الناشر المركز الجامعي افلو معهد الحقوق والعلوم السياسية الجزائر سنة النشر ٢٠٢١

١٢. زروق يوسف، حماية الاعتبار الشخصي في العقود الالكترونية، مكتبة الدراسات القانونية، الجزائر سنة النشر ٢٠١٧

١٣. زينة غانم يونس العبيدي، ارادة المريض في العقد الطبي، دار الكتب القانونية في مصر، سنة النشر ٢٠١١

١٤. سامي بن عبد العزيز الماجدي، العقد من الباطن في الفقه الاسلامي، دار النشر، جامعة الامام بن محمد سعود الاسلامية سنة النشر ١٤٢٩

١٥. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، سنة النشر ١٩٧٥

١٦. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، سنة النشر ١٩٩٨

١٧. سمير عبد تناغو، عقد الايجار، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، سنة النشر٢٠٠١

١٨. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، دار السنهوري، سنة النشر ٢٠١٦

١٩. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة النشر ١٩٩٨

٢٠. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة مع الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة سنة النشر ١٩٨٤

٢١. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج ١، دار الكتب والوثائق العراقية، سنة النشر ١٩٦٧

٢٢. عبد المجيد الحكيم واخرون، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، جامعة بغداد، سنة النشر ١٩٨٦

٢٣. عفافسة مفيدة، التنازل عن العقد، تم النشر من قبل جامعة الجزائر، سنة النشر ٢٠١١

٢٤. على بن شعبان، عقد الاشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الانسانية في جامعة قسنطينة في الجزائر، العدد ٤١ لسنة ٢٠١٤

٢٥. فضيلة شعبان، نطاق تطبيق المقاولة من الباطن في ظل قانون الصفقات العمومية، جامعة الوادي، ٢٠١٩

٢٦. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٢٧. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٢٨. لارا مارون ونا، المقاولة من الباطن، الجامعة اللبنانية، سنة النشر٢٠١٩

٢٩. محمد جبر الالفي، عقد المقاولة، الانشاء و التعمير (حقيقته، تكييفه، صوره) مجمع الفقه الاسلامي جده، سنة النشر ٢٠٠١

٣٠. محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة واثرها في العقود الملزمة للجانبين، مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، سنة النشر ٢٠١٣

٣١. محمد عبد ظاهر حسين، عقد ايجار الاماكن في ظل التشريعات الجديدة، دار النهضة العربية، سنة النشر ١٤٢٢ هجرية

٣٢. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، سنة النشر ١٩٦٧

٣٣. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة النشر ١٩٧٥

٣٤. محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، المطبعة العالمية، سنة النشر ١٩٧٨

٣٥. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة في الالتزامات في القانون المصري، المطبعة العالمية، سنة النشر ١٩٧٨

٣٦. مخلوفي حورية، حوالة الدين، جامعة الجزائر، سنة النتشر ٢٠١١

٣٧. مصطفى النايل المنزول، شرح احكام العقود في القانون السوداني، المكتبة الوطنية في السودان، سنة النشر ٢٠٠٩

٣٨. موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة النشر ٢٠٠٧

٣٩. نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة للنشر، سنة النشر ٢٠٠٤

٤٠. نسرين مصطفى العساف، العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في القانون الاردني، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية العدد ٤ لسنة ٢٠٢٠

٤١. نعيم احمد نعيم، النظام القانوني لعقد الوكالة بالعمولة، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية في مصر، سنة النشر ٢٠١١.