جـــامـعـــة الـــشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي (دراسة مقارنة)

The Waiver of the Contract and Subcontracting in Personal Consideration Contracts (Comparative Study)

إعداد

مروة زكي أحمد الجميلي

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء

قدمت هذه الرسالة استكمالًا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الثاني، 2023

تفويض

أنا **مروة زكي أحمد الجميلي**، أفوّض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: مروة زكي أحمد الجميلي.

التاريخ: ١٢/٢/٢٠٢٣

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة والموسومة بـ **التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي (دراسة مقارنة)**.

للباحثة: مروة زكي أحمد الجميلي.

وأجيزت بتاريخ: 24 / 01 / 2023.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
أ. د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء	مشرفًا	جامعة الشرق الأوسط	
أ. د. أنيس منصور المنصور	عضوًا من داخل الجامعة ورئيسًا	جامعة الشرق الأوسط	
د. مصطفى موسى العجارمة	عضوًا من داخل الجامعة	جامعة الشرق الأوسط	
د. جهاد محمد الجراح	عضوًا من خارج الجامعة	جامعة العلوم الإسلامية	

شكر وتقدير

الحمد لله على تمام نعمته حمدًا كثيرًا، يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، الذي منَّ عليَّ بإتمام كتابة هذه الرسالة، ثم الشكر والامتنان **للأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء** لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة ولما بذله من جهد متواصل، ونصح وتوجيه من بداية مرحلة البحث حتى إتمام هذه الرسالة.

كذلك أتقدم بجزيل الشكر إلى **أعضاء لجنة المناقشة الكرام** على قبولهم مناقشة هذه الرسالة وعلى ما قدموه من جهد ووقت في تقويم وتصويب هذه الرسالة

***

الإهداء

اللهم لك الحمد كله واليك يرجع الفضل كله الى من هداني الى الصراط المستقيم. الله جل جلاله وعظم سلطانه

الى معلم البشرية وخاتم الانبياء والمرسلين شفيعنا يوم الدين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

الى من شرفني بحمل اسمة وبذل الغالي والنفيس في سبيل وصولي لهذا المكان روح والدي الطاهرة

الى نور عيني ومن رسم دعائها طريقي ينبوع العطاء والحنان امي العزيزة

الى من كانوا عوني ومن اشدد بهم ازري اخوتي واخواتي

الى اليد المخلصة التي كان لي الشرف ان استمد منها علمي وتعليمي والتي ساندتني وكانت عوني في هذا المجهود استاذي الفاضل الدكتور محمد ابراهيم ابو الهيجاء

الى كل من اخذ بيدي وساندني في انهاء رسالتي

اهدي ثمرة جهدي المتواضع

فهرس المحتويات

الموضوع الصفحة

تفويض ..... ب

قرار لجنة المناقشة ..... ج

شكر وتقدير ..... د

الإهداء ..... هـ

فهرس المحتويات ..... و

الملخّص باللغة العربية ..... ط

الملخّص باللغة الإنجليزية ..... ي

الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها 1

أولًا: المقدمة 1

ثانيًا: مشكلة الدراسة 2

ثالثًا: أهداف الدراسة 2

رابعًا: أسئلة الدراسة 3

خامسًا: أهمية الدراسة 3

سادسًا: الحدود الزمانية والمكانية لهذه الدراسة 4

سابعًا: محددات هذه الدراسة 4

ثامنًا: مصطلحات الدراسة 4

تاسعًا: منهج الدراسة 5

عاشرًا: الدراسات السابقة 5

الفصل الثاني: ماهية الاعتبار الشخصي في التعاقد 8

المبحث الأول: التعريف بالعقد وأركانه 9

المطلب الأول: تقسيمات العقود 10
المطلب الثاني: أركان العقد 14
المبحث الثاني: عقود الاعتبار الشخصي 16
المطلب الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد 17
المطلب الثاني: الأثر القانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد 23
الفصل الثالث: ماهية التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 29
المبحث الأول: التعريف بالتنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي 30
المطلب الأول: تعريف التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي 31
المطلب الثاني: شروط التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي 34
المبحث الثاني: التعريف بالتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 36
المطلب الأول: تعريف التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 37
المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 41
الفصل الرابع: أثر التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 45
المبحث الأول: موافقة المتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 46
المطلب الأول: الموافقة السابقة للمتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 47
المطلب الثاني: الموافقة اللاحقة للمتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي. 49
المبحث الثاني: رفض المتعاقد التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي 51
المطلب الأول: إنـهاء العقد 52
المطلب الثاني: المطالبة بالتعويض 58

الفصل الخامس: الخاتمة، النتائج والتوصيات 60

أولاً: النتـــائج.....60

ثانيا: التوصيـــات 61

ثالثًا: المـــــــراجع 62

التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي
(دراسة مقارنة)

إعداد: مروة زكي الجميلي

إشراف: الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء

الملخّص

ان اختيار هذا الموضوع قد جاء نظراً لأهمية الاعتبار الشخصي في بعض العقود واعتبارها دافعاً واساساً للتعاقد والذي نظمته التشريعات محل الدراسة في بعض القوانين الخاصة كقانون العمل والقانون المدني على سبيل المثال وتتمحور المشكلة الاساسية لهذه الدراسة في عدم تنظيم هذه العقود تنظيماً صريحاً في القوانين المدنية في الدراسات المقارنة وعدم كفاية التنظيم القانوني لمسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن هو ما دفع الباحثة لاختيار هذا الموضوع.

وقد توصلت هذه الدراسة الى العديد من النتائج اهمها ان الاثار القانونية للتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن تتمثل في الفسخ والمطالبة بالتعويض اذا ما كانت شخصية المتعاقد هي الاساس الذي قام عليه التعاقد ولم يجز المتعاقد الاخر هذا التنازل او التعاقد من الباطن ،كما ان التشريعات المقارنة لم تراعي مسألة الاعتبار الشخصي عند الحكم بالتعويض واثرهُ على قيمة التعويض ومقدارهُ ، كما توصلت هذه الدراسة الى العديد من التوصيات اهمها توصية المشرعان الاردني والعراقي بمراعاة الاعتبار الشخصي عند الحكم بالتعويض وعدم الاكتفاء بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً كون هذه العقود نشأت بدايةً وفق هذا الاعتبار من خلال اضافة نص مقترح يعالج تلك المسألة.

الكلمات المفتاحية: الاعتبار الشخصي، التنازل عن العقد، التعاقد من الباطن.

The Waiver of the Contract and Subcontracting in Personal Consideration Contracts (Comparative Study)

Prepared by: Marwa Zaki AlJumaily

Supervised by: Prof. Mohammad Abu Alhaijaa

Abstract

The reason behind choosing the subject of our study, came due to the importance of personal consideration in some contracts and considering it as a motive and basis for contracting, which was organized by the legislation under study in some special laws such as labor law and civil law, for example. Civil laws in comparative studies and the inadequacy of the legal regulation of the issue of contract waiver and subcontracting is what prompted the researcher to choose this topic.

This study reached several results, the most important of which is that the legal effects of waiving the contract and subcontracting are represented in termination and claiming compensation if the personality of the contractor is the basis on which the contract was based and the other contractor did not allow this waiver or subcontracting, and the comparative legislation did not take into account the issue of Personal consideration when awarding compensation and its impact on the value and amount of compensation, on the other hand, this study had also reached several recommendations, the most important of which is the recommendation of the Jordanian and Iraqi legislators to take into account the personal consideration when ruling for compensation and not to be satisfied with compensation for the damage actually caused, since these contracts were initially established according to this consideration by adding a proposed text that addresses this issue.

Keywords: Subcontracting the Waiver of the Contract, Personal Consideration.

الفصل الأول
خلفية الدراسة وأهميتها

أولًا: المقدمة

بالرغم من اهتمام نظرية العقد بتقسيم العقود إلى عدة طوائف تشترك كل منها في مقومات مشتركة بحسب حقائقها التي تقوم عليها والاغراض التي تسعى لتحقيقها والأحكام التي تعتريها إلى غير ذلك من الاعتبارات إلا أن تلك التقسيمات لم تتضمن ما يشير إلى تقسيم العقود من حيث الاعتبار الذي تقوم عليه، فتقسم العقود من حيث الاعتبار إلى عقود ذات اعتبار شخصي وعقود ذات اعتبار موضوعي.

على الرغم من الأهمية الكبرى التي شغلها هذا النوع من التقسيمات خاصة عند تبرير الحلول القانونية المختلفة والمتعلقة بإبرام العقود وآثارها على نحو يكشف عن أهميته البالغة فقد يلجأ البعض إلى اثارة وجوده لتبرير أوضاع قانونية معينة من ذلك ادعاء العاقد بغلط يجيز له طلب ابطال العقد عند الرغبة في التخلص من العلاقة القانونية أو تمسك الدائن بقيام المدين بالتنفيذ بنفسه عند الرغبة في رفض التنفيذ من الغير أو التمسك بإبقاء العاقد في نطاق عقوده وحقوقه والتزاماته فلا يستطيع حوالتها أو نقلها إلى غير ذلك.

فالأصل في العقود أنها لا تتأثر في تحقيق غايتها بأشخاص معينين أو بصفات موجودة في أطرافها، بل إن ذلك يتوقف على موضوع العقد ومحله كون تحقيق هذه الغاية يتماثل ويتساوى مهما اختلف شخص المتعاقد إلا أن لهذا الأصل استثناء يرد عليه وهي مسألة الاعتبار الشخصي.

ويمكن للحقوق ان يتم التنازل عنها أو التعاقد من الباطن فيها، ولأهمية هذا الموضوع واثره في تنفيذ العقد والتنازل عنه للغير أو التعاقد فيه من الباطن ارتأينا البحث في موضوع التنازل عن العقد

والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، وذلك من خلال خمسة فصول، في ظل إطار مقارن بين التشريع الأردني والتشريع العراقي.

ثانيًا: مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في بيان مدى قصور القواعد الواردة في نظرية العقد عن إيجاد مكان حقيقي لنظرية الاعتبار الشخصي وعدم إعطائها خصوصيتها في القانون المدني لاسيما مدى انعكاسها على مسألة التنازل عن العقود والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، وخلو القواعد القانونية من الالمام بمفاهيم المصطلحات القانونية؛ ومن بينها التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، وفي بيان آثار التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي من خلال طرح الأمثلة على ذلك، وكل ذلك في إطار مقارن بين التشريع العراقي والأردني .

والسؤال العام الذي يتمحور حوله موضوع هذه الدراسة هو: ما مدى كفاية التنظيم القانوني لمسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي في ظل القانون الأردني والعراقي؟

ثالثًا: أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. التعريف بالاعتبار الشخصي في التعاقد والتنازل عن العقد.

2. بيان ماهية التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

3. بيان وجهة نظر كل من التشريعين الأردني والعراقي بمسألة التنازل عن العقود والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

4. تحديد الآثار القانونية للتعاقد من الباطن.

رابعًا: أسئلة الدراسة

من المحور الرئيسي لمشكلة الدراسة تنبثق الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما هو مفهوم عقود الاعتبار الشخصي؟

2. ما هو التعاقد من الباطن؟

3. ما هو مفهوم التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي؟

4. كيف يتم التعاقد من الباطن في العقود؟

5. ما هي آثار التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي؟

خامسًا: أهمية الدراسة

تكمن الأهمية القصوى لهذه الدراسة في كون فكرة الاعتبار الشخصي تشكل العمود الفقري والجوهر الأساسي في بعض العقود على أساس توافر وانتفاء عنصر جوهري في العقد هو عنصر الاعتبار الشخصي من قيمة تأصيلية ضرورية لضبط القواعد التي تحكم طائفة تلك العقود فما بين القواعد العامة التي تسري على كل العقود والقواعد الخاصة التي تسري على كل عقد من العقود توجد مرتبة وسط من القواعد هي القواعد المشتركة التي تحكم مجموعة العقود فهذه القواعد ينبغي ان تأخذ حظها من العناية والبحث، هذا من جانب ومن جانب آخر تبرز أهمية هذه الدراسة من كونها فقيرة الاهتمام القانوني فلم تحظ بالاهتمام التشريعي والفقهي الكافي، وأيضًا في أن هذه الدراسة تبين ماهية التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي في كلا القانونين الأردني والعراقي، وتوضح كيفية التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي، وذلك من خلال الاسترشاد بعده امثلة. والفئة

المستهدفة من هذه الدراسة هي كل من القانونيين والعاملين في القطاع القضائي والباحثين في مجال الإجراءات القضائية والقانون المدني.

سادسًا: الحدود الزمانية والمكانية لهذه الدراسة

تبحث هذه الدراسة في القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 2645 بتاريخ 1976/8/1 وتعديلاته، وفي القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3015 بتاريخ 1951/8/9 وتعديلاته وقانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 وتعديلاته وقانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم 11 لسنة 1994 وتعديلاته وقانون العمل العراقي رقم 71 لسنة 1987 وتعديلاته.

سابعًا: محددات هذه الدراسة

لا يوجد ما يحد أو يمنع من نشر هذه الدراسة وتعميمها.

ثامنًا: مصطلحات الدراسة

- **التنازل عن العقد:** " العملية التي يمكن من خلالها للغير (الذي يسمى المتنازل له) أن يحل محل المتعاقد (الذي يسمى المتنازل) الذي تنازل عن مركزه في الرابطة التي كانت تربطه بالمتعاقد الأخر (الذي يسمى المتنازل ضده)"[1].
- **التعاقد من الباطن:** "قيام المتعاقد بإبرام عقد ثاني مطابق في طبيعته القانونية للعقد الأول إذا لم يكن للمتعاقد في العقد الأول حق ملكية على محل العقد الأول.
- **الباطن:** " الباطن لغة: هو ما غمض ولم يظهر، فهو الخفي"[2].

---

[1] عفافسة، مفيدة، (2011)، التنازل عن العقد، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر، ص2.
[2] الزبيدي، تاج العروس، ص264.

- **الاعتبار الشخصي:** عنصر الشخصية الذي يقوم على أساسه العلاقة، إما لصفة لصيقة بالشخص كعلامة في وجهه أو لشهادة يحملها.

تاسعًا: منهج الدراسة

سوف تعتمد الباحثة في هذه الدارسة كلاً من المنهج الوصفي والمنهج المقارن، إذ ستقوم الباحثة باستخدام وصف النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الدارسة وتحليلها، وصولاً الى بيان مضمون تلك النصوص ومدلولها في حين سيكون استخدام المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية بين مجموعه التشريعات كلما اقتضت الدراسة ذلك .

عاشرًا: الدراسات السابقة

تبين من خلال البحث في الدراسات المتعلقة بموضوع التنازل عن العقود التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي في إطار مقارن بين القانون الأردني والعراقي، لم نجد العديد من الدراسات في ذات الموضوع جامعةً لكل أجزائه، ولكن وجدنا من الدراسات ما يشرح موضوع التنازل عن العقد وحده وعن موضوع التعاقد من الباطن وحده أيضًا وأخيرا عن جزئية عقود الاعتبار الشخصي وحدها، ومن بين هذه الدراسات:

1. **علي، أ .م. د. علاء حسين، وعبد الجبار، د. سعد ربيع، وعبد الوهاب، م. م. محمد، (د.ت) التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار كلية القانون والعلوم السياسية، العدد السادس.**

كانت هذه الدراسة تتشابه وموضوع دراستنا من حيث الإطار العام للدراسة، من حيث أنها كانت موضحة لجزئية التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في ظل العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للأطراف العلاقة العقدية، ولكن يكمن الاختلاف الجوهري في أن الأولى لم تتطرق لوجهة نظر

التشريع الأردني حيث جاءت موضحة للقانون العراقي وحده دون التشريع الاردني، وفي أيضًا أن دراستنا هذه كانت متخصصة في جزئية التعاقد من الباطن في موضوع المقاولة من الباطن دون غيره من الأمثلة التي تطرقت إليه الدراسة الأولى فقد تطرقت رسالتنا هذه إلى البعض من الأمثلة التوضيحية الأخرى ففي مسألة التنازل عن العقود تطرقت رسالتنا إلى مسألة التنازل عن عقود الايجار، ولكن كان لمثال المقاولة من الباطن النصيب الأكبر في دراستنا.

2. إسماعيل، سمير ،(1975) ، الاعتبار الشخصي في التعاقد دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق الجامعة الإسكندرية.

تناولت هذه الدراسة في بيان مفهوم الاعتبار الشخصي ابتدأً من حيث ماهيته ونطاقه وحالاته والتركيز على دور الاعتبار الشخصي في مراحل تكوين العقد وابرامه وانعقاده وصحته ودوره في ترتيب آثار العقد وانقضاء تلك الآثار. إلا أن دراستنا تختلف عن تلك الدراسة في انها تتناول مفهوم عقود الاعتبار الشخصي وأثر التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في تلك العقود ومدى جواز التعاقد من الباطن والتنازل عند تلك العقود، وفي أنها كانت توضح وجهة نظر المشرع المصري دون الالتفات إلى التشريعين العراقي والأردني.

3. الملاحويش، عماد محمد ثابت (1992)، النزول عن العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد.

حيث تناولت هذه الدراسة التعريف بمفهوم النزول عن العقد وتميزه عن الأنظمة المشابهة له وبيان طبيعته القانونية وبشروطه وآثار ذلك النزول على العلاقات القائمة بين المتعاقدين وتطبيقات النزول عند العقد في عقود معينة. وتختلف دراستنا في أنها لم تتناول فقط حالة النزول عند العقد (التنازل عن العقد) بل شملت حالة التعاقد من الباطن ضمن عقود الاعتبار الشخصي، وأيضًا في أنها كانت توضح وجهة نظر المشرع العراقي دون الالتفات إلى المشرع الأردني.

4. الساعدي، جليل حسين (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد المجلد الثالث عشر، العدد الأول والثاني.

تناولت هذه الدراسة بيان مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد ونطاقه من حيث الأشخاص وأثره على انعقاد وتنفيذ العقد. إلا أن دراستنا كانت أوسع من ذلك في شمولها على مفهومي التنازل عند العقد والتعاقد من الباطن ضمن إطار الاعتبار الشخصي في اطارٍ مقارن بين القانون الأردني والعراقي، حيث لم تقتصر دراستنا هذه على التعريف بعقود الاعتبار الشخصي وإنما تطرقت إلى آلية التنازل عن مثل هذه العقود وآلية التعاقد من الباطن فيها، وكان ذلك من خلال أسلوب مقارن بين التشريع الأردني والعراقي.

5. أبو عرابي، د. غازي خالد، (2009)، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن.

كانت هذه الدراسة عبارة عن دراسة مقارنة بين العديد من القوانين من ضمنها القانون الأردني والعراقي، وكان المحور الرئيسي فيها هو عقد المقاولة من الباطن وحده دون غيره، وفرقت بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقد المقاولة من الباطن. وكان هذا هو الاختلاف الجوهري حيث إنها كانت فقط مبنية على عقد المقاولة من الباطن دون تفصيل حدود التنازل عن العقد وتوضيح ماهية عقود الاعتبار الشخصي.

6. حسن، نور أياد (2020) ، الاعتبار الشخصي وأثره في انتقال الحق في الخيارات الى الخلف، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد.

حيث تناولت هذه الدراسة بيان فكرة انتقال الحق في الخيارات الى الخلف وأثر الاعتبار الشخصي على انتقال الحقوق كافة مع الإشارة الى أحكام انتقال حقوق الخيار الاعتبارية والغير اعتبارية فقط دون التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون التطرق لدور المشرع الأردني وكان هذا هو الاختلاف الجوهري بينها وبين دراستنا هذه.

الفصل الثاني
ماهية الاعتبار الشخصي في التعاقد

تقتضي دراسة فكرة الاعتبار الشخصي أولًا أن نقف على ماهية التعاقد بشكل عام، ويتم ذلك بتعريفه وتحديد أقسامه والتفرقة فيما بينها، ومن ثم لا بد من بيان أركان العقد والآثار القانونية للعقد وتفسير العقد. ومن ثم الانتقال الى التعريف بالعقود ذات الاعتبار الشخصي وبيان أنواعه وتمييزيه عما يشتبه به من أنظمة.

لذا رأينا أن نقسم موضوع هذه الفصل إلى مبحثين يختص المبحث الأول في تعريف العقد وتحديد تقسيماته ومن خلال بيان أركان العقد.

اما المبحث الثاني فيدور حول تعريف الاعتبار الشخصي في التعاقد وسنحدد نطاقه من حيث الأشخاص والمضمون وتحديد آثاره لدور الاعتبار الشخصي في تكوين العقد ونبين دور هذا الاعتبار على تنفيذ العقد ونستعرض دور الاعتبار الشخصي في انقضاء العقد وذلك في ظل مقارنة التشريعات الأردنية مع التشريعات العراقية، والتشريعات المقارنة كالفرنسي والمصري في بعض المواضع.

المبحث الأول
التعريف بالعقد وأركانه

الاتفاق وفقًا لرأي الفقهاء؛ ما هو إلا توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو أكثر أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أما العقد فهو أخص من الاتفاق، حيث يعده الفقهاء توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله، وعليه فكل عقد اتفاق ولكن ليس كل اتفاق عقد؛ فالاتفاق لا يكون عقدًا إلا إذا نتج عنه التزام أو ناقلًا له. وعليه فإنه لا يوجد تعريف موحد للعقد في الفقه القانوني، حيث لم يقم مجمع فقهاء القانون بالإجماع على تعريف واحدٍ محدد للعقد.[1]

وقد عرف القانون المدني الأردني العقد بأنه:" ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للأخر."[2] وعليه فقد بين المشرع الأردني أن العقد ما هو إلا ارتباط الايجاب الصادر من قبل أحد أطراف العلاقة بالقبول الصادر من الطرفين الذي من شأنه أن يرتب التزامًا على كلا الطرفين. وعلى نفس النهج سار المشرع العراقي حيث عرف القانون المدني العراقي العقد بأنه: " ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه."[3]

ومن هذا التحديد لمفهوم العقد نتكلم عن تقسيمات العقد وأركان العقد ومراحله وآثاره وتفسيره وانحلاله وبيان تقسيماته، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تقسيمات العقود

المطلب الثاني: أركان العقد

---

[1] السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الفقرات 39/38. والفار، عبدالقادر، 2020، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الحادية عشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ص33-34. وملكاوي، د. بشار عدنان، 2004، الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني، سلسلة اعرف عن العلمية القانونية، عدد رقم 1، دار وائل، عمان - الأردن.

[2] المادة 87 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وتعديلاته المنشور بتاريخ 1976/8/10.

[3] المادة 73 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته المنشور بتاريخ 1973/4/22.

المطلب الأول

تقسيمات العقود

لم يتعرض المشرعين الأردني والعراقي إلى تقسيمات العقد بشكل مباشر مثلما فعل المشرع الفرنسي، فقد قسم المشرع الفرنسي العقود الى عقد ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد وعقود معارضة وعقود تبرع محدودة وعقود احتمالية، إذ اعتبر كلا المشرعين العراقي والأردني بأن هذا العمل من اختصاص الفقه القانوني وليس من اختصاص المشرع[1].

فالعقد من حيث التكوين أما أن يكون عقدًا رضائيًا يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، فالعقد الرضائي هو ما يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، باقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده هو المكون للعقد، وأغلب العقود وفق القوانين الحديثة تعتبر رضائية، كعقود البيع[2] والمقاولة[3].

أو أن يكون العقد شكليًا فلا يمنع العقد من أن يكون رضائيًا وأن يشترط فيه شكلًا معينًا لانعقاده، فالعقد الشكلي هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين فقط، ولكن لا بد له من شكل معين حدده القانون إضافة إلى تراضي المتعاقدين، كالرهن الرسمي[4].

---

[1] الفار، عبد القادر، مصادر التزام، مرجع سابق، ص 35.

[2] دريس، د. كمال فتحي، 2022، الوجيز في العقود الخاصة، الجزء الأول، عقد البيع والكفالة، إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد محه لخضر، الوادي – الجزائر، ص 5.

[3] الربيعي، كاظم حسن، 2015، الضمانات في عقود المقاولات، مجلة كلية مدينة العلم الجامعة، المجلد 7، العدد 2،بغداد – العراق، ص 85.

[4] المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، للمادة(106) ، المادة: (73)

"هذه المادة لا تعرض للحالة التي فيها يوجد عقد يسمى خطا بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي وانما تعرض لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي لا سيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي فمتى وجد وعد برهن رسمي مثلا وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده ان يجبر على ذلك قضاء ويقوم الحكم مقام العقد النهائي.

وهي تطابق المادة 102 مصري و103 سوري ومشروع أردني ". موقع قرارك الالكتروني.

أو أن يكون العقد عينيًا فلا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب إلى جانب ذلك تسليم العين محل العقد كالرهن الحيازي[1].

كما قد يكون العقد نوعان؛ عقد مسمى او عقد غير مسمى[2]، والعقد المسمى هو العقد الذي خصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس كعقد البيع الالكتروني[3] وعقد القرض العقاري[4]. والعقد غير المسمى هو عقد لم يضع له القانون اسمًا معينًا ولم ينص على القواعد التي تحكم انعقاده وآثاره، ومثل ذلك عقد الفندقة وهو عقد يبرمه المسافر مع صاحب الفندق، والعقد الذي يلتزم بمقتضاه

---

[1] موقع **الموسوعة القانونية** الالكتروني، القانون المدني، تعريف وأنواع الحقوق العينية حسب القانون، 2022. شوقي، بلقليل، 2015، الرهن الحيازي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، ص 18.

[2] أن البطاقة الائتمانية؛ هي بطاقة تصدر بواسطة مؤسسة مالية باسم العميل، وهي تقوم بوظيفتي الوفاء والائتمان، بحيث يكون لحاملها متابعة سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة ضمن الشروط المتفق عليها في العقد المبرم بينهما، إذ أن أساس فكرة البطاقة تدور حول الائتمان الذي تقدمه لحاملها، فيستطيع الحامل استعمالها في شراء مستلزماته حتى ولو لم يتوافر رصيد قائم في حسابه ليتم تسديد قيمتها لاحقاً حسب الاتفاق الذي بينه وبين مصدر البطاقة (البنك)، بحيث يكون هناك فاصلاً زمنياً بين الحصول على المشتريات والوفاء الفعلي بقيمتها؛ والعلاقة ما بين البنك كمصدر للبطاقة الائتمانية وحامل البطاقة هي علاقة تعاقدية يحكمها العقد المبرم بينهما، والذي يطلق عليه عقد حامل البطاقة (استمارة الحصول على بطاقة ائتمانية)، وهو عقد من العقود الغير المسمى والملزمة للجانبين، يرتب حقوق والتزامات متقابلة على عاتق الطرفين، وبموجب هذا العقد يقوم البنك بسداد قيم ما استحق على البطاقة نتيجة استخدام البطاقة، على أن يقوم حامل البطاقة بسداد هذه القيم للبنك مصدر البطاقة مضافاً إليها العمولات والفوائد المتفق عليها وفقاً لشروط وبنود ، وبذلك فإن العقد المبرم ما بين البنك مصدر البطاقة المدعية وحامل البطاقة المدعى عليها هي القواعد العامة في العقود باعتباره من العقود الغير المسمى ،وحيث ان البنك تربطه بحامل البطاقة علاقة ائتمانية بحتة يحكمها عقد مبرم بينهما كما سبق الاشارة اليه فأن هذا العقد يترتب التزامات متقابلة بين طرفيه من حيث التزام الجهة مصدرة البطاقة (البنك) بموجبه بإصدار البطاقة باسم الحامل ويوضع قيمة الائتمان تحت تصرفه، وبسداد ديون الحامل الناشئة عن استخدام بطاقته، وبمضاهاة توقيع الحامل لديها والمسجل على الفاتورة وبإرسال كشف حساب دوري للحامل بعملياته، وأخيراً بعدم الرجوع في العقد قبل انتهاء مدته، وفي المقابل يلتزم حامل البطاقة تجاه البنك بالتوقيع على البطاقة نفسها بنفس توقيعه لديها، والتوقيع على إشعار العملية بنفس التوقيع المحفوظ لدى البنك، وبعدم السماح للغير باستعمال البطاقة والالتزام بسحب ما هو مصرح له في العقد، والالتزام برد البطاقة عند انتهاء فترة العقد، وبإبلاغ البنك في حالة فقده لها أو سرقتها، وأخيراً الالتزام برد قيمة العمليات التي نفذت بواسطة البطاقة إلى البنك مضافاً إليها الفوائد والعمولات المتفق عليها . (انظر الكيلاني، محمود، (1996) النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص78، وايضاً مبارك، حنان ريحان، (د.ت)، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، ص23-38.)

[3] نظمت أسس عقد البيع الالكتروني في قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 14 لسنة 2015 المنشور في الصفحة 5292 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5341 بتاريخ 2015/5/17.

[4] المادة 684 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 3015 بتاريخ 1951/8/9، " هو ان يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلهما". هذال، سجى صاحب، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري،2021، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان – الأردن، ص 12.

شخص معين القيام بعمل معين مقابل إطعامه وإقامته، ومثال على ذلك أيضًا العقد الذي تتعهد بموجبه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين في مقابل نشره وبيعه، وفي مقابل نسبة معينة من أرباحه، ومن أمثلة تلك العقود كذلك عقد الإعلان والمباريات الرياضية[1].

ومن حيث أثر العقد فالعقد إما أن يكون ملزمًا للجانبين أو لجانبٍ واحد، فالعقد إما أن يكون منشئاً لالتزامٍ متقابل بين أطراف العلاقة كعقد البيع الذي يلزم البائع بالتنازل عن المبيع ويلزم المشتري بدفع ثمن المبيع، أو أن يكون ملزمًا لطرف واحد[2] كعقد الهبة الملزم للطرف الواهب بالتنازل عن الموهب حال الاستحقاق.

ومن حيث الطبيعة فأما أن يكون العقد محددًا أي يمكن تحديد مدة إتمام العقد أو احتمالي بحيث لا يمكن تحديد مدة معينة بسبب طبيعة العقد الخاصة التي تجعل تحديد مدة معينة لتنفيذه صعبة لحدوث أمر غير محقق أو غير معروف كعقود التأمين[43].

---

[1] بحث منشور على موقع حماة الحق – محامي الأردن الإلكتروني، بعنوان الفرق بين العقد المسمى والعقد الغير مسمى، المنشور بتاريخ 2020/9/27.

[2] الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص38.

[3] الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص40.

[4] "العقد المحدد هو عقد المعاوضة الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين، وقت إبرام العقد، قدر ما يأخذ وما يعطى، فتتحدد مقدماً قدر الأداء الذى يلتزم به كل متعاقد تجاه الآخر، ويكون العقد احتمالياً، حيث لا يتحدد وقت تكوين العقد قدر ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، إذ يتوقف ذلك على واقعة مستقبلة غير محققة وقوعها أو وقت حصولها، ولا يتمكن بالتالي أي من المتعاقدين أن يعرف قدر الكسب أو الخسارة التي تتحقق له وقت تمام العقد. ومن أمثلة العقود الاحتمالية عقد التأمين على الشيء من مخاطر السرقة أو الحريق. وعنصر الاحتمال يكون ركن السبب في العقد الاحتمالي، فإذا انتفى بطل العقد، كما لو اتفق على بيع مقابل إيراد مرت بمدى حياة شخص توفى قبل إبرام العقد. وبالنسبة للعقود الاحتمالية، فإن الغبن يقوم في حالة انتفاء التعادل بين احتمالات الربح والخسارة الخاصة بكل من العاقدين تجاه الآخر، كما لو تم البيع مقابل إيراد مرتب مدى حياة شخص يتوقع له عمر قصير بسبب مرض خطير أو شيخوخة متقدمة". موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية، قسم القانون / القانون الخاص/ المدني، العقود المحددة والعقود الاحتمالية(عقود الغرر)ن نشر بتاريخ 2018/6/20.

وهناك عقود المعاوضة وعقود التبرع وعقود الهبة والقروض بدون فائدة فالفرق بينهم أن عقد المعاوضة يتم بإعطاء مقابل لما أعطيَ. والعقود الفورية التي يكون التنفيذ فيها فوريًا كعقود البيع الذي يتم داخل متاجر التسوق، والعقود الزمنية التي يكون التنفيذ فيها مستقبلي كالعقود محددة المدة.

ومن تقسيمات العقود هناك العقود ذات الاعتبار الشخصي والعقود الغير خاضعة للاعتبار الشخصي والتي سنتحدث عنها في المبحث الثاني من هذا الفصل. وبعد بيان وتوضيح تقسيمات العقد سننتقل إلى تحديد أركان العقد في المطلب التالي.

المطلب الثاني
أركان العقد

يعد العقد أهم مصادر الالتزام الإرادية، ووسيلة هامة للتعامل بين الأفراد، يسمح لهم بتبادل المصالح، والعقد هو اتفاق يقوم بموجبه شخص أو عدة أشخاص أخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[1]. ولهذا الاتفاق أركان بني عليها العقد ولا يمكن التجاوز عنها تحت طائلة البطلان، فالركن هو أحد الجوانب في الشيء الذي يستند إليه ويكون من ماهيته وداخلا فيه، ومن أجزائه الأساسية، وهو الذي لا يقوم الشيء إلا به.

يقسم العقد بالنسبة إلى توافر أو عدم توافر أركانه وشروطه إلى عقد صحيح وعقد فاسد وعقد باطل، وعليه فإن البطلان هو الجزاء المترتب على اختلال ركن من أركان العقد (الرضا[2] والمحل[3] والسبب[4]) والتي وباختلالها لا تكتمل ركائز ومقومات العقد الصحيح، الذي بدوره يجعل تنفيذ الالتزام واجبًا على أطراف العلاقة.

وقد جاء في القانون المدني العراقي في المادة 141 منه (اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)، أما المشرع الأردني فقد جاء معرفًا للعقد الباطل في نص المادة 1/168 من القانون المدني حيث ورد تعريف البطلان على النحو التالي: (أن العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه و الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اي اثر ولا ترد عليه

---

[1] صارة، بوباكور و تينهينان، ملابة (2022)، الصورية في التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيز ي وزو، الجزائر، ص1.

[2] الرضا هو :" اتحاد إرادتين أو أكثر على أمر معين"، أنظر في موقع سطور الإلكتروني، بحث أركان العقد في القانون المدني.

[3] المحل هو : "عبارة عن الإداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لمصلحة الدائن"، انظر في المرجع السابق.

[4] السبب هو:" الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام". أنظر في المرجع السابق.

الاجازة). والعقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا وصادرًا عن أهله[1]، أما العقد الفاسد فهو ما اختل شرطٌ من شروطه لا ركن من أركانه؛ كأن يكون لانعقاد هذا العقد شرطُ أوجبه القانون يفسد العقد لعدم الالتزام به ويمكن تصحيحه على عكس العقد الباطل الذي اختل ركن من أركانه. ولكن يمكن للعقود أن تنفذ من قبل أطراف لم يتم ذكرهم أثناء انعقاد العقد ومنهم أن يتم إنابة طرف ثالث (أجنبي) لتنفيذ التزام في العقد أو الوفاء به.

وهناك عقود تقوم على أساس شخصية متعاقديها؛ أي عقود ذات اعتبار شخصي، وهذا ما سنقوم بشرحه في المبحث التالي.

[1] زيد، أنوار ياسر يوسف،(2022) نظرية العقد الفاسد في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس – فلسطين، ص8.

المبحث الثاني
عقود الاعتبار الشخصي

أصبح من المؤكد أن تحقيق غاية العقد لا يتأثر بأشخاص أو صفات المتعاقدين، بل يتوقف الأمر على مضمون وموضوع العقد ومحله وذلك لأن تحقيق غاية العقد تكون متساويةً ومتماثلةً مهما اختلفت شخصية المتعاقد، ولكن ومع ذلك قد تتأثر هذه الغاية بشخصٍ معين أو بصفة معينة، وعليه فلا يتحقق العقد بمضمونه[1].

ولا شك أنه ليس هناك في القانون المدني نظريةٌ أكثر عطاءً من نظرية الالتزام وذلك لكثرة تطبيقها، والعقد يعد الأساس الذي يقوم عليه بناء هذه النظرية[2]، وإن كان موضوع العقد بشكل عام قد تناولته العديد من الأبحاث والدراسات السابقة فموضوع الاعتبار الشخصي لم يتم التطرق إليه بالشكل الكافي ولهذا ارتأينا أن نبحث فيه، وقد قسمناه على مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد

المطلب الثاني: نطاق الاعتبار الشخصي في التعاقد وآثاره.

---

[1] علي، أ. د. حميد سلطان، (2020)، الاعتبار الشخصي في انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا، 2، بغداد – العراق، ص154.

[2] الساعدي، د. جليل حسن، (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، بدون رقم عدد، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد – العراق، ص 148.

المطلب الأول

مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد

لدراسة الاعتبار الشخصي في التعاقد لابد من التأكيد على أن الاعتبار الشخصي لدى أحد المتعاقدين لا يتم إلا بوجود أساس حرية التعاقد؛ أي أن يختاره بإرادته الحرة لبواعث خاصة تتصل بشخص المتعاقد المقابل، وهي إما أن ترجع إلى مهارة أو تخصص المتعاقد المقابل أو ترجع إلى الصفات التي يحملها ذلك المتعاقد وحيث إن حرية التعاقد تعد أمرٌ ملازمٌ للاعتبار الشخصي فإذا انعدمت أو انتفت حرية التعاقد وحرية اختيار المتعاقد الآخر انتفى معها الاعتبار الشخصي[1]. وقد حرص المشرعان الأردني والعراقي على إقرار وإبراز مبدأ سلطان الإرادة، وقد صرح المشرع العراقي عن مبدأ سلطان الإرادة في تعريفه للعقد في المادة 73 منه، حيث بين أن العقد ما هو إلا ارتباط الايجاب بالقبول من قبل أطراف العلاقة[2]. بينما صرح المشرع الأردني عنها في نص المادة 90 من القانون المدني على ذات الأساس[3].

تعد فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال العقود كافة، إذ في العديد من العقود تكون شخصية المتعاقد هي العنصر الأساسي في التعاقد، وقد ترتبط بالباعث الأساسي للتعاقد، لذا يتوجب علينا أن نلقي الضوء على مفهوم الاعتبار الشخصي، وذلك من خلال بيان مدلوله في المطلب الأول من هذا المبحث، ثم ننتقل في المطلب الثاني الى بيان اثره على العقد من حيث الانعقاد والتنفيذ .

---

[1] أحمد، هيلان عدنان، (2019)، الاعتبار الشخصي في التعاقد، كلية القانون، الجامعة العراقية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية المجلد 8 العدد 29، ص57.

[2] المادة 73 من القانون المدني العراقي:" العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

[3] المادة 90 من القانون المدني الأردني: " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد".

ان الاعتبار الشخصي يلعب دورًا أساسيًا ومهمًا، لاسيما في العقود التي تقوم عليه، ولبيان هذا سنبين مفهوم عنصر الاعتبار الشخصي، وذلك من خلال التعرض لمدلوله اللغوي، ثم مدلوله القانوني والذي سنقوم بالمقارنة فيه ما بين المشرع الأردني والعراقي بصورة شاملة والمشرع المصري والفرنسي بصورة خاصةٍ في بعض المواضع، وهو ما سنتناوله في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الاعتبار الشخصي لغةً

الفرع الثاني: الاعتبار الشخصي اصطلاحًا

الفرع الأول: الاعتبار الشخصي لغةً

يتكون مصطلح "الاعتبار الشخصي" من مقطعين؛ الأول اعتبار، والثاني شخص[1]، ونتناول كلاهما فيما يلي:

أولا: الاعتبار

يأتي الاعتبار بمعنى الاعتداد بالشيء؛ فاعتبر الشيء أي اعتد به[2]، وورد في لسان العرب أن الاعتبار هو الاعتداد[3]. ويقال اعتبر الشيء؛ أي أختبره ونظر فيه[4]، حيث يطلق الاعتبار على ما

---

[1] محمد، ياسر أحمد بدر، (2014)، أثر الاعتبار الشخصي على تكوين وتنفيذ العقد في القانون المصري، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، مصر، ص22.

[2] رضا، أحمد، (1960)، معجم متن اللغة، المجلد الرابع، دار مكتبة الجيل، ص 16 بيروت – لبنان.

[3] ابن منظور، جمال الدين، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، الجزء السادس، بدون سنة طبع، مادة عبر، ص205. وفي الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، الجزء الثاني عشر، بدون سنة طبع، مادة عبر، ص511.

[4] البستاني، بطرس، (لا يوجد سنة نشر)، محيط المحيط، الجزء الثاني، ص 1227.

يقابل الواقع، فهو اعتبار محض، وهذا أمر اعتباري فهو ليس بالأمر الثابت في الواقع، ولا وجود له إلا في عقل المعتبر مادام معتبرًا[1].

ثانيًا: الشخص

يأتي الشخص بمعنى الفرد العاقل المختار في مقابل الشيء، وكل ما يميز الشيء أو ينسب إليه يسمى صفة[2]. والشخصية هي الصفات المميزة للشخص عن غيره أو لذاته[3] فالشخص ذاته ومنصبُ أو مكانةُ يشغلها مميزُ عن غيره.

ومما سبق يمكننا تعريف الاعتبار الشخصي في اللغة بأنه عبارة عن مضاف ومضاف إليه، يقصد به الاعتداد بالفرد إما لذاته أو لصفة لصيقة تتميز فيه.

الفرع الثاني: الاعتبار الشخصي اصطلاحًا

ولكون التعريف والتوضيح ليس من دور المشرع فلم يعرف المشرع الأردني أو العراقي الاعتبار الشخصي في نصوصه ولكن أشار كلا المشرعين إلى شخصية المتعاقد في أكثر من موضع، ففي القانون المدني الأردني في المادة 207 منه أنه: (اذا أنشأ العقد حقوقا **شخصية** تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص فان هذه الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه.) حيث إن هذه الحقوق "الشخصية" هي حقوق لصيقة بفرد معين لذاته بسبب التزام أبرمه أو حق اكتسبه.

وقد سار التشريع العراقي على ذات نهج فورد ذكر شخصية المتعاقد في نص المادة 2/142 منه بأنه: (اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان

---

[1] البطاينة، إياد أحمد، (1999)، الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ص 5.

[2] المرجع السابق، ص6.

[3] الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، الجزء الرابع، بدون سنة طبع، مادة الشخص. – غير مرقم.

هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه.)

وعليه ترك أمر التعريف بالاعتبار الشخصي لفقهاء القانون، وبالرجوع الى بعض التعريفات للاعتبار الشخصي نجد ان بعض فقهاء القانون يرى أن التعاقد يتسم بالاعتبار الشخصي، إذا كان الاعتداد بشخصية المتعاقد باعثًا لرضا الطرف الاخر في العقد بالتعاقد، وبالتناوب "إن تعبير الاعتبار الشخصي يدل على أن اعتبار الشخص الذي تم التعاقد معه هو الذي دفع رضا المتعاقد الاخر إلى التعاقد"[1].

ويربط الفقهاء في تعريفهم للاعتبار الشخصي في التعاقد بين فكرة تمسك أحد أطراف العلاقة بوعد معين وبين اعتبار الوعد كالثمن الذي جلب الطرف الاخر للتعاقد، أي أن الاعتبار يشكل عنصر جذب لأحد الأطراف[2].

وفيه فإن أكثر ما يذكره فقهاء القانون المدني عن الاعتبار الشخصي؛ هو أن تكون شخصية المتعاقد هي محل الاعتبار، أو أن يكون لها اعتبار خاص في التعاقد. فقد أشار البعض إلى أن الاعتبار الشخصي هو: "أن يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد"[3].

---

[1] إسماعيل، د. سمير، (1975)، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، مصر، ص15. والساعدي، د. جليل، (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول والثاني، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد – العراق، ص148.

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

[3] البطاينة، اياد أحمد، (1999)، الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ص6.

ومن وجهه نظر الباحثة ان مصطلح الاعتبار الشخصي في العقود يراد به (الاعتداد بشخصيه المتعاقد او بصفة من صفاته الجوهرية التي تكون محل اعتبار بنظر رب العمل بشكل يؤثر في تكوين وتنفيذ العقد بصورة عامة ويفرض الاعتبار الشخصي على عاتق المتعاقد المعتد بشخصه التزامين أحدهما عدم الاخلال بالاعتبار الشخصي بتنازله عن العقد او تعاقده من الباطن والأخر هو الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد.

ومما سبق يتضح لنا بأن الاعتبار الشخصي في التعاقد هو الاعتداد بشخصية أحد أطراف العقد بصورة تجعل لتنفيذ الالتزام شرط الأخذ بعين الاعتبار شخصية أحد العاقدين أو كلاهما.

قد يقصد بالاعتبار الشخصي معنى ضيق ينحصر في الاعتداد بالشخص ذاته، يشمل فيه الاعتداد بصفات الشخص، فالغالب أنه لا يراعى شخص العاقد بقدر ما يعتد بصفة من صفاته، فالاعتداد بشخص العاقد ذاته لا بصفاته لا يتصور إلا في عقد الهبة على وجه الخصوص.

تختلف الصفات الشخصية المعتبرة في التعاقد من عقد لآخر، فما قد يعد صفة معتبرة في عقد قد لا يعد كذلك في عقد آخر، ومن هذه الصفات:

1. السمعة؛ كالسمعة التجارية التي يتمتع بها التجار من ثقة في مجاله، وكالمحامي أيضًا.
2. المهنة؛ كالعقد المبرم مع مقاول لامتهانه مهنة المقاولة والبناء والتعمير دونًا عن غيره، وكالوكالة المبرمة مع المحامي فلا يمكن توكيل شخص بصفته محامي عن آخر دون أن يكون محامٍ مجاز.
3. الكفاءة والشهادة العلمية؛ كالمحامي الحاصل على شهادة مزاولة مهنة المحاماة، والطبيب المجاز من وزارة الصحة.

4. الصحة؛ ففي عقود القروض تشترط البنوك أن يكون طالب القرض متمتعًا بصحة جيدة وألا يكون حاملًا لمرض، فبعض البنوك تمنع في أنظمتها الداخلية اقراض شخص يعاني من أمراض السكر والضغط تخوفًا من احتمالية وفاته وعدم تسديد قيمة القرض.

ولأن شخصية المتعاقد هي دومًا محل اعتبار في الرضا الصادر عن المتعاقد، وهذا نابع عن نظرية الالتزام ذاتها، إذ تستلزم التفكير بشخصية أطراف العلاقة، فيكون الاعتبار الشخصي لأطراف العقد ملزمًا لاستقرار العقد، فالعقد الذي تكون شخصية المعاقد فيه محل اعتبار لا يبقى إلا بسبب تجديد الإرادة العقدية الأصيلة، والتي تعدم قابلية الالتزام للانتقال للغير أو التنازل عنه[1]

وعليه سنقوم بتوضيع النتائج التي تترتب على الاعتراف بالاعتبار الشخصي في الفرع التالي.

[1] Laurent AYNES, La Cession de contrat et les Operations Juridiqes a Trois personnes, Personnes, p(231-232).

المطلب الثاني
الأثر القانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد

يختص هذا المطلب ببيان أثر الاعتبار الشخصي في انعقاد وتنفيذ العقد وذلك من خلال فرعين، يتعلق الفرع الأول بأثر الاعتبار الشخصي في انعقاد العقد، وينفرد الفرع الثاني في أثر الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد.

الفرع الأول: أثر الاعتبار الشخصي في انعقاد العقد

في العقود التي تتسم بالطابع الشخصي والتي تكون فيها شخصية المتعاقد أو صفته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، لا يعد ايجابًا أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركانه يعد دعوة إلى التفاوض فيكون لشخصية الشخص المعروض عليه التعاقد محل اعتبار[1]، ويكون الفعل الصادر عن الطرف الطالب للتعاقد هو طلب للتفاوض مع الطرف الآخر على التعاقد على مسألة معينة يكون لشخصيته محل اعتبار لقيام هذا التعاقد، فلا يكفي اعلان مؤسسة عن حاجتها لتعيين صيدلاني مزاول يحمل شهادة البكالوريوس في العلوم الصيدلانية واجازة مزاولة المهنة من نقابة الصيادلة ووزارة الصحة لغياب الاعتبار الشخصي في هذا المثال في حين لو تضمن هذا الإعلان مهارة معينة او صفة محدده في المعلن اليه لكنا امام اعتبار شخصي في انعقاد هذا العقد .

وقد نص القانون المدني المصري على أنه (إذا مات من صدر منه تعبير الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند الاتصال التعبير بعلم من وجه إليه

---

[1] Starck: op, cit, no 76, p26

والساعدي، د. جليل، (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مرجع سابق، ص155.

هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)[1]، وعليه فإن وفاة من صدرت عنه الايجاب أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره، فإن هذا لا يؤثر على امكان ترتب أثره إذا ما اتصل بعلم من وجه إليه[2]. وجاء التشريع العراقي على خلاف المشرع المصري فأسقط التعبير عن الإرادة حال وفاة صاحبها أو فقدانه.

في التشريع الأردني ورد نص صريح عن أحد حالات العقود ذات الطابع الشخصي وهي الوكالة والتي أنهى فيها أثر عقد الوكالة في حالة الوفاة أو فقدان الأهلية، وذلك في نص المادة 862 من القانون المدني الأردني.

وفي تطبيق اخر من القانون ذاته فقد نظم المشرع الأردني المادة 1/804 من ذات القانون حيث جاء فيها: (ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول اذا كان متفقا على ان يعمل بنفسه او كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد) .

ٍولقد اكد القضاء الأردني هذا الاتجاه حيث جاء في قرار محكمة بداية إربد الأردنية، رقم 2021/957، الصادر بتاريخ 2022/7/4 (في مسألة الاعتبار الشخصي في انتقال الحق للخلف لا يتصور فيه أن ينتقل الحق لشخص آخر وذلك بسبب خصوصية هذا النوع من العلاقات القانونية الناقلة للحقوق).وعلى ذات النهج سار المشرع العراقي في نص المادة 939 من قانونه المدني.

---

[1] المادة 97 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر أ، صدر في 1948/7/29.

[2] السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص187.

إن حكم العقد لا يختزل في نطاق العاقدين الأصليين، وإنما يمتد أثره إلى الخلف الخاص[1]، فالعقد منذ إبرامه يبقى مستقرًا في نطاق أطرافه دون أن يمتد أثره إلى الغير إلا أنه يمكن أن يعدل من وضعية الأشخاص القانونية ومراكزهم بامتداد أثره في مواجهة أشخاص كانوا في غنى عنه وقت ابرامه لاسيما انتقال الحقوق الناتجة عن العقد.

ولم يكن للاعتبار الشخصي أثره على عدم انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف فقط، وإنما له تأثير على عدم انتقال الحقوق الناتجة عن العقود بصورة عامة، وعليه فإن كان لشخصية الأطراف ذلك الاعتبار فإنه من غير الممكن أن نتصور التزام شخص أو تمتعه بمنفعة العقد الذي لم يكن طرفًا فيه؛ فيكون العقد مقتصراً ومحدداً في نطاق أطرافه[2].

وقد سار على ذات النهج التشريعين العراقي والمصري، ففي الطعن رقم 0307 لسنة 1966 لمحكمة النقض المصرية: (مفاد نص المادة 146 من القانون المدني المصري أنها إذ تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه. وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقا من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً).

---

[1] سكيكر، محمد علي، ومرسي، معتز كامل، (2005)، شرح القانون المدني، الالتزامات، ج 1، منشأ المعارف، مصر – الإسكندرية، ص631.

[2] علي، حميد سلطان، (2020)، الاعتبار الشخصي وأثره في انتقال الحق في الخيارات الى الخلف، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد الخاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا 2، بغداد – العراق، ص171.

وباستقراء موقف المشرعان الأردني والعراقي نجد انهما ذكرا الاعتبار الشخصي في انعقاد العقد في القانون المدني وما ورد في قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 وتعديلاته والمنشور على الصفحة 1173 من الجريدة الرسمية بالعدد 4113 الصادر بتاريخ 1996/4/16 في المادة 22 منه التي نصت على (لا ينتـــهي عقد العمل بسبب وفاه صاحب العمل الا إذا روعي في العقد شخصية صاحب العمل) وما جاء في قانون العمل العراقي رقم 71 لسن 1987 وتعديلاته في المادة 38 التي نصت على انه (لا ينتـهي عقد العمل بسبب وفاه صاحب العمل , الا اذا كانت شخصيته محل اعتبار).

الفرع الثاني: أثر الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد

يظهر أثر الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد من ناحيتين:

الناحية الأولى: مدى حق الدائن في رفض التنفيذ من غير المدين.

لقد جاء في التشريع العراقي في المادة 249 من قانونه المدني أنه: (في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ الالتزام بنفسه جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين). وعليه فقد أعطي للدائن الحق في رفض الوفاء من غير الشخص المتعاقد معه لاتصال شخصية المتعاقد بطبيعة الالتزام المبرم بين الطرفين، وفي ذات الوقت إن كانت طبيعة العقد غير مرتبطة بشخصية أحد المتعاقدين لا يجوز للدائن أن يرفض تنفيذ الالتزام من غير مدينه الأصلي[1].

[1]الساعدي، د. جليل، (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مرجع سابق، ص157.

وعلى ذات النهج سار التشريع الأردني حيث جاء في المادة 206 من القانون المدني الأردني أنه: (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام).

وهذا يعني أنه في حال كانت طبيعة الالتزام مرتبطة بشخصية أحد المتعاقدين جاز للدائن أن يوقف تنفيذ العقد بوفاة الشخص الذي تعاقد معه أو فقدانه لأهلية، وذلك بسبب طبيعة العقد المبرم.

وفي عقد المقاولة تحديدًا وبالنسبة لمسألة المقاول الفرعي فقد نظمها القانون المدني الأردني والعراقي والمصري والفرنسي وغيرها من القوانين، وحدد لها عقد الفيديك الدولي التي نظم أسس عقود المقاولة بشكل عام والمقاولة الفرعية، وأيضًا تناول قانون العمل الأساس العقدي بين المقاول الرئيسي أو الفرعي مع الأفراد العاملين لديه، والذي سنتناوله في فصلٍ لاحق.

الناحية الثانية: مدى حق الدائن في اجبار المدين على التنفيذ العيني.

"الأساس الذي يقوم عليه التنفيذ العيني، هو أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا متى كان ذلك ممكنًا، إلا أنه إذا كانت شخصية المدين أو أحد صفاته محل اعتبار في التعاقد، أي أن التنفيذ العيني يقتضي تدخلًا شخصيًا من المدين في تنفيذ التزامه، فإن ثمة حاجة إلى وسائل إكراه يلزم المدين من خلالها على التنفيذ العيني"[1].

وتتلخص وسائل الاكراه في القانون العراقي في الغرامة التهديدية أو الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي).

فقد رسم المشرع العراقي وسيلة تمكن الدائن اكراه مدينه على التنفيذ العيني عندما نص في المادة 253 من قانونه المدني على الغرامة التهديدية ووضحها من خلال نص المادة هذه حيث ورد فيها

[1]الساعدي، د. جليل حسن، (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مرجع سابق، ص 158.

أنه: (اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرار بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك).

وباستقراء التشريع الأردني نجد انه جاء خالياً من الغرامة التهديدية واكتفاءه فقط بالتعويض القانوني او الاتفاقي في المادة 1/209 من قانونه المدني على التعويض الاتفاقي أنه: (اذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم فلا يلزم الغير بتعهد فاذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعوض من تعاقد معه. ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به).

وعليه فقد اتفق كلا القانونين على وجوب الضمان حال لم يستطع المدين تنفيذ الالتزام بنفسه إذا كان التعاقد مبني على أساس شخصية المتعاقد.

الفصل الثالث

ماهية التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

أصبح من الممكن اليوم في المعاملات المدنية والتجارية أن يقوم المدين في العقد بالتنازل عنه للغير بعوض أو بدون عوض، ويترتب على هذا التصرف اثاراً قانونية حلول المتنازل له محل المتنازل في المركز القانوني الذي كان يحتله، وقد يكون التنازل عن العقد ككل بحيث يحل المدين الجديد محل المدين الأصلي في الالتزام كما قد يكون هذا التنازل من الباطن بتنفيذ جزء من التزامات المقاول الأصلي لمصلحة صاحب العمل.

ويتفق التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن – في عقود الاعتبار الشخصي– في النتيجة والشكل العام للعقد، فالنية هي قوام العقد وأن الإعلان عنها دليل وجودها، فهي سبب وجود التعبير ومعياره، والتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن اجتمعا على نية التعديل الجوهري في العقد، سنقوم بتوضيح ماهية التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن وذلك بالاسترشاد بعقود المقاولة من الباطن كمثال وعقد الإجارة. ولتوضيح ما سبق ستقوم الباحثة بالتعريف بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن من خلال مبحثين منفصلين، على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بالتنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي

المبحث الثاني: التعريف بالتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

المبحث الأول

التعريف بالتنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي

قد يقوم أحد أطراف العقد بالتنازل عن التزامه لمدين اخر في عقداً من عقود الاعتبار الشخصي تنازلاً كلياً او جزئياً، لذا نحاول في هذا المبحث توضيح مفهوم التنازل عن العقد وماهي شروطه، ويقتضي بنا هذا بيان تعريفه، ومن ثم تحديد شروطه وكل ذلك ضمن إطار العقود ذات الاعتبار الشخصي.

في ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي

المطلب الثاني: شروط التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي

المطلب الأول

تعريف التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي

إن التنازل عن العقد هو بمثابة حوالة حق وذلك فيما يتعلق بحقوق المتعاقد المتنازل له وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته، لذلك يجب اتباع الإجراءات التي تخضع لها حوالة الحق[1] وحوالة الدين[2] فحوالة الحق لا تنفذ في حق المدين إلى بعد قبوله أو اعلانه ولا تنفذ في حق الغير الا من تاريخ الاعلان، أو التاريخ الثابت لقبول المدين، أما حوالة الدين فهي لا تنفذ في حق الدائن الا إذا أقرها.

يعرف التنازل عن العقد بأنه هو تصرف قانوني يحل بموجبه المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته العقدية في مواجهة المتنازل لديه، فهو يسمح للمتنازل بمغادرة العملية العقدية كما يسمح ببقاء العقد واستمراريته رغم تغير أحد أطرافه. بدأ الفقه وكذا بعض التشريعات مؤخرا بالاهتمام بهذه النظرية أكثر فأكثر نظرا لما تقدمه من حلول عملية في الكثير من المجالات خاصة ما تعلق منها بالمؤسسات التي يرتبط وجودها بتنفيذ العديد من العقود كعقد العمل والتوريد والتأمين والإيجار والقرض وغيرها. وما زالت هذه النظرية محل جدل واسع بين الفقهاء بين متقبل لها ورافض، وبين من يرى

---

[1] حوالة الحق: هي اتفاق أو عقد بين الدائن وشخص أجنبي عن رابطة الالتزام على أن يحول له أداء حقه الذي في ذمة المدين فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق بجميع مقوماته وخصائصه فيسمى الدائن محيلاً، والدائن الجديد المحال له، ويطلق على المدين المحال إليه.

[2] حوالة الدين هي الوجه القانوني الآخر للحوالة المدنية، والمشرع الأردني تناول مفهوم حوالة الدين وفقًا لما جاء في المادة 993 من القانون المدني والتي قصدت فيه أن الحوالة نقل للدين والمطالبة من ذمة إلى ذمة شخص آخر، وذلك يعني أن الحوالة هي اتفاق يفترض التزامًا يستبدل فيه أحد طرفيه (الدائن أو المدين) مع إبقاء الالتزام كما كان قبل الاستبدال. وقد نص المشرع العراقي على حوالة الدين في المادة 339 من قانونه المدني على (أن حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه. وتكون مطلقة إذا احال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه او من العين التي عنده وديعة او مغصوبة، او احال على شخص ليس له شيء عليه او عنده. تكون مقيدة إذا احال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه او من العين التي له عنده امانة او مغصوبة)، السنهوري، مرجع سابق، ج 3، فقرة 239، ص417.

هذا التصرف جمع بين حوالة الحق وحوالة الدين وبين من يراه تصرف مستقل بذاته غير قابل للتجزئة."[1]

والتنازل عن العقد هو تصرف المتعاقد في حقه على محل العقد الذي لم يترتب له حق الملكية على ذلك المحل، فان كان حقه عينيا كحق المنفعة يقوم بالتصرف بحق المنفعة وان كان حقه شخصيا كما المستأجر يقوم بالتصرف في حقه بالإيجار، ويأخذ هذا التصرف شكل عقد البيع او الهبة او ما يماثلهما من التصرفات الناقلة للملكية[2]. لذلك يجب بوجه عام اتباع الاجراءات التي تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين، فاذا كانت حوالة حق فهي لا تنفذ في حق المدين الا بقبوله او بإعلانه اياها ولا تنفذ في حق الغير الا من تاريخ الاعلان او التاريخ الثابت لقبول المدين[3]. وإذا كانت حوالة دين فلا تنفذ في حق الدائن الا إذا اقرها.

خلاصة القول: انه إذا قام المتعاقد بالتنازل عن العقد فانه بذلك يكون قد ابرم عقدًا يختلف في طبيعته عن العقد الأول الذي كان هو طرفا فيه. ويكون العقد الثاني ناقلًا لحقوقه والتزاماته في العقد الاول وعليه لا يكون طرفا في المعادلة النهائية التي خلصت في اطرافها بانحصارها بين المتعاقد الاول والمتنازل له.

ومثالٌ على ذلك، فإذا قلنا أن رضاء المؤجر أو رب العمل والموكل بتنازل المستأجر عن عقد الإيجار يترتب عليه حلول المستأجر محل الأول فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ونشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه مع براءة ذمة المتنازل، سيصعب تفسيرها في ظل القواعد

---

[1] مصطفى، زواقي، والمبروك، منصوري، (2022)، التنازل عن العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، بحث منشور عبر الانترنت، ص2.

[2] علي، د. علاء حسين، وعبد الجبار، د. سعد ربيع، وعبد الوهاب، د. محمد، (د.ت)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، مرجع سابق، العراق، ص8.

[3] طبقا للمادة 363 من القانون المدني العراقي والمادة 993 من القانون المدني الأردني.

العامة للقانون المدني العراقي والقانون الأردني وعليه فلا خيار لدينا إلا القول: أن في مثل تلك التنازلات هي بمثابة تعاقد من الباطن وفقاً للمفهوم المحدد لذلك وهو نشوء علاقة جديدة بين المتنازل والمتنازل له إلى جانب العلاقة السابقة بين المتنازل أو المتنازل لديه إلا فيما نص عليه القانون صراحة كضرورة لمعالجة متطلبات التطور القانوني القائمة أو اتجهت إليه إرادة المتعاقدين صراحة ورضا المتنازل لديه صراحة بذلك ويجب أن يفسر التصرف في هذه الحالة أنه تجديد للدين يجب أن تتوافر شروطه القانونية[1].

[1] المحاقري، د. إسماعيل، (2007)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، العدد 7، مجلة البحوث القضائية، اليمن، ص176.

المطلب الثاني
شروط التنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي

من المعلوم ان مسألة التنازل عن العقد ما هي في الحقيقة الا عقداً , وكأي عقد لابد من ان تتوافر فيه الأركان العامة للعقود وشروطاً أخرى خاصة به تكون متفقه وطبيعته القانونية , فهي كلها عقود يتم التعديل فيها على ماهيه احد اطراف العقد او المنتفعين منه بموجب اتفاقاً جديد يبرمه احد اطراف العلاقة الأصليين , لذا ستقوم الباحثه هنا بتقسم المطلب الى فرعين وفق الاتي :

الفرع الأول : الشروط العامة لنشوء التنازل عن العقد

يشترط للتنازل عن العقد في عقود الاعتبار الشخصي أن يكون له محل وسبب ومبنيٌ على الرضا فالتنازل عن العقد كما هو معلوم هو عقداً رضائياً لايشترط لانعقاده أي شكلية معينه ويكون اثباته طبقاً للقواعد العامة في الاثبات ويجب ان تكون إرادة اطراف العقد خالية من أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال لان التنازل يكون قابلاً للبطلان في حال ما اذا كانت إرادة احد اطرافه قد شابها أي عيب من العيوب السابقة , اما محل التنازل عن العقد هو العقد الأصلي الذي جرى تنازل احد الأطراف عنه لمصلحة المتنازل له سواء اكان بمقابل او بدون مقابل فيجب ان يكون المحل موجوداً او قابلاً للوجود وان يكون معيناً تعيناً كافياً او قابلاً للتعيين وان يكون المحل مشروعاً .

اما السبب في عقد التنازل عن العقد باعتباره عقداً ملزماً للجانبين يجب ان يكون الباعث الدافع الى التنازل سواء اكان لتنازل عن العقد بمقابل او بدون مقابل مشروعاً والا وقع التنازل باطلاً .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة لنشوء التنازل عن العقد

وكون التنازل عن العقد من العقود الخاصة لذلك فهو يمتلك شروطًا خاصة، وهي ذات الشروط الخاصة للتعاقد من الباطن، فكلا العقدين هما عبارة عن تعديل في شخصية المتعاقد دون الرجوع إلى الطرف الأصلي في العقد. لابد لقيام التنازل عن العقد أن ينتفي الشرط المانع أي حالة اتفاق اطراف العقد الأصلي على عدم جواز قيام احد اطرافه بأن يعهد بالعمل المكلف به الى شخص اخر ويترتب على عدم مراعاه الشرط المانع من التنازل عن العقد للغير خضوع الطرف المكلف بتنفيذ العقد للجزاء من قبل المتعاقد الاخر (الأصلي) والشرط المانع من التنازل قد يكون مذكوراً صراحة في العقد وقد يكون بموجب اتفاق لاحق كما يمكن استخلاصه ضمنياً من ظروف التعاقد واذا ما قام الشك في ان هناك شرط مانع ضمني فيعتبر الشك في هذه الحالة بمعنى المنع فيمنع على المتعاقد التنازل عن العقد الا بعد استحصال موافقة صاحب العمل .، وان تنتفي أيضًا الاعتبارات الشخصية في هذا التعاقد، فلا يتصور التنازل عن عقد يقوم أساسه على الاعتبار الشخصي لأحد أطراف العقد للغير وذلك بسبب الخصوصية في عقد التنازل بالنسبة لاحد اطرافه والاعتبار الشخصي القائم في احد اطراف العقد كما يجب ان لا يكون العقد قد تم تنفيذه لان المتنازل له سوف يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فلا يمكن ان يتصور هذا الحلول اذا ما تم تنفيذ العقد المتنازل عنه لان حلول المتنازل له محل المتنازل في الحقوق والالتزامات يفترض ان يكون هذا الغير لايزال ملتزماً بالتزاماته تجاه المتنازل أي ان يكون المتنازل نفسه مازال ملتزماً تجاه الغير فيما عليه من التزامات فالمتنازل له يحل محل المتنازل في حقه بالانتفاع بالعين المؤجرة , بالمقابل يكون ملتزماً بدفع الأجرة المنصوص عليها بالعقد .

المبحث الثاني
التعريف بالتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

يعد التعاقد من الباطن أسلوب من الاساليب التعاقدية التي قد تختلط أحيانًا ببعض العمليات العقدية المشابهة لها، لذا نحاول في هذا المبحث توضيح التعاقد من الباطن والإحاطة به، ويقتضي بنا هذا التعريف به بدايةً، ثم تحديد شروطه وكل ذلك ضمن إطار العقود ذات الاعتبار الشخصي.

في ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

المطلب الأول

تعريف التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

ويعرف التعاقد من الباطن بأنه "قيام المتعاقد بإبرام عقد ثانٍ مطابق في طبيعته القانونية للعقد الأول ويتحقق أيضًا إذا لم يكن للمتعاقد في العقد الأول حق ملكية على محل العقد الأول، ويسمى العقد الثاني الذي أبرمه المتعاقد والمشابه في طبيعته للعقد الأول بالعقد من الباطن ويرد هذا العقد على ذات محل العقد الأول، هذا وإن النتيجة الأهم التي تترتب على هذا التصرف؛ هي أن يبقى المتعاقد الذي أبرم العقد من الباطن في المعادلة النهائية التي تحققت بعد العقد من الباطن ويكون مسؤولاً عن عمله وعمل من تعاقد معه من الباطن أمام المتعاقد الأصلي على وفق العقد الأصلي المبرم أو بنص القانون أو بما تقتضي به طبيعة الالتزام"[1].

ان التعاقد من الباطن هو طريق يلجأ اليه المدين (المتعاقد المشترك) لتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى عقده الأصـــلي مع الدائن (المتعاقد الأصلي) او للحصول على منفعة ناتجة عنه.

إن التعاقد من الباطن عملية عقدية تتكون من ثلاثة أطراف وعقدين، العقد الأول هو العقد الأصلي واطرافه هم المتعاقد الأصلي والمتعاقد المشترك، اما العقد الثاني فهو العقد من الباطن ويكون بين المتعاقد المشترك والمتعاقد من الباطن، وأن العقد من الباطن مرتبط بالعقد الأصلي وجوداً وعدماً وهو يضاف اليه، ويترتب على ذلك أن هناك ارتباطاً في وحدة المحل بين العقد الأصلي والعقد من

---

[1] علي، د. علاء حسين، وعبد الجبار، د. سعد ربيع، وعبد الوهاب، د. محمد، (د.ت)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور على مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، العراق، ص7.

الباطن، واسبقية العقد الأصلي للعقد من الباطن وصلاحية العقد الأصلي لأن ينتج عنه عقداً من الباطن[1].

ففي عقد الايجار مثلاً يلجأ المتعاقد المشترك بظروف خاصة كحاجته المادية مثلاً الى تأجير المأجور من الباطن الى مستأجر ثاني وذلك لغرض الحصول على منفعة من العقد الأصلي وهي فرق الأجرة بين العقد الأصلي والعقد من الباطن.

وفي نطاق المقاولة يلجأ المقاول الأصلي الى مقاول ثانوي لتنفيذ العقد الأصلي وذلك لعدم قدرته احياناً الى تنفيذ العقد الأصلي بمفرده نتيجة للحجم الكبير للمشروع محل العقد الأصلي وما يتفرع عنه من اعمال.

والتعاقد من الباطن في عقود المقاولة عرف أيضًا بأنه: " كل من يوكل إليه المقاول الأصلي تنفيذ العمل الذي التزم به في عقد المقاولة في جملته أو في جزء منه، ويتم هذا الإيكال عن طريق إبرام عقد ما بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي يعرف بعقد المقاولة الثانوي أو من الباطن يتضمن إلزام المقاول الثانوي بتنفيذ العمل الذي التزم به المقاول الأصلي في مواجهة صاحب العمل"[2].

كما عرفه اخر بأنه: "من يعهد إليه المقاول الأصلي بتنفيذ كل أو جزء من العمل الذي تعاقد بإنجازه هذا الأخير مع رب العمل وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن"[3]، وعليه فالمقاول من الباطن أو المتعاقد من الباطن هو المقاول الفرعي أو الثاني أو المتعاقد الفرعي أو الثاني.

---

[1] المرجع السابق، ص12.

[2] جعفر، محمد حنون، (2011)، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، ص156. وونا، لارا مارون، (2019)، المقاولة من الباطن رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، لبنان، ص13.

[3] يسن، عبد الرزاق، (1978)، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ص432.

وبناء على ما تقدم فإن التعاقد من الباطن هو: قيام أحد أطراف العقد بالتعاقد مع طرف ثالث ليقوم بتنفيذ الالتزام المترتب على المتعاقد الأساسي، ويسمى الأخير بالمتعاقد الفرعي ويكون المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن أفعال المتعاقد الفرعي بالتبعية أمام الطرف الثاني في العلاقة الأصلية.

وميزة هذا التعريف أنه يؤكد على مسؤولية المتعاقد الأصلي عن أعمال المتعاقد الفرعي؛ كمسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي، فإذا أخل المقاول الفرعي بأحد التزاماته يكون المقاول الأصلي مسؤولًا أمام صاحب العمل عن هذا الاخلال ومن ثم يعود على المقاول الفرعي فيضمن الأخير الخلل وفقًا للعقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي[1].

وبما أن عقود المقاولة هي من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للمتعاقدين، حيث نص المشرع الأردني على مشروعية المقاولة من الباطن، وبين أنه يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل كله او بعضه الى مقاول اخر إذا لم يمنعه شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تقتضي ان يقوم به بنفسه، وأبقى مسؤولية المقاول الاول قائمة قبل صاحب العمل[2].

وعلى ذات النهج سار المشرع العراقي فقد نص على أنه: "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول أخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد إلى كفايته الشخصية"[3].

فعقود المقاولة تحديدًا وإن كانت قائمة على الاعتبار الشخصي في طبيعتها؛ يمكن التنازل عن شخصية المتعاقد (المقاول الأصلي) في بعض المهام المتعاقد عليها، فيمكن للمقاول المكلف ببناء

---

[1] عرف عقد الفيديك المقاول الفرعي بأنه: "كل شخص عهد إليه بجزء من الأعمال متى كان ذلك بموافقة المهندس الاستشاري أو الخلفاء الشرعيين له، ومن باب أولى بموافقة صاحب العمل.

[2] المادة 798 من القانون المدني الأردني.

[3] المادة 882 من القانون المدني العراقي.

معرض سيارات أن يقوم بتوكيل مقاول آخر (مقاول فرعي) ليقوم بدوره بأعمال الديكور مثلاً، وذلك بعقد منفصل يكون أطرافه المقاولين وحدهم دون صاحب العمل أو المهندس الاستشاري المشرف.

ومما سبق نستخلص أنه يفترض لقيام عقد المقاولة من الباطن وجود عقدين متميزين يستقل أحدهما عن الآخر، فيكون العقد الأول هو عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني فيكون عقد المقاولة من الباطن وهو لاحق بالضرورة لعقد المقاولة الأصلي يبرم بين المقاول الأصلي، ومقاول آخر هو المقاول من الباطن[1].

[1] ونا، لارا مارون، المقاولة من الباطن، (2019)، مرجع سابق، ص16.

المطلب الثاني
شروط التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

إن التعاقد من الباطن وإن كان ناشئًا عن عقد سابق، إلا أنه يعتبر بدوره عقدًا، فلا بد من أن تتوافر فيه الشروط العامة للعقد، كونه يربط طرفين بعلاقة عقدية، وهذه الشروط هي نفسها الشروط العامة لإبرام أي عقد، سواء كان عقدًا أصليًا أم عقدًا فرعيًا، ويؤدي تخلف شرط من هذه الشروط إلى بطلان العقد، بطلانًا نسبيًا أو مطلق[1].

ولأن التعاقد من الباطن من العقود الخاصة فبالتالي للتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي شروطٌ عامة وأخرى خاصة، ولتوضيح هذه الشروط سنقوم بتقسيمها على فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط العامة لنشوء التعاقد من الباطن

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لنشوء التعاقد من الباطن

[1] ونا، لارا مارون، المقاولة من الباطن، (2019)، مرجع سابق، ص36.

الفرع الأول: الشروط العامة لنشوء التعاقد من الباطن

التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي يقوم على الشروط العامة ذاتها التي يقوم عليها العقد الأصلي القائم على الاعتبار الشخصي، وهي الرضا والمحل والسبب وشخصية المتعاقد، فلا يمكن التنازل عن أي من هذه الشروط العامة، فالتعاقد من الباطن وهو عقد لاحق مرتبط ارتباط مباشر بالعقد الأصلي[1].

فيكون الرضا في التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي كعقد المقاولة من الباطن، اتحاد إرادة المقاول الأصلي مع المقاول الفرعي على أن يقوم الثاني بتنفيذ التزام المقاول الأصلي بمواجهة صاحب العمل، وأن يقوم الأول بدوره بالتكفل بدفع النفقات والأجور للمقاول الفرعي[2].

وعلى ذات المثال السابق يكون المحل في عقد المقاولة الفرعي هو قيام المقاول الفرعي بتنفيذ العمل الموكل إليه من المقاول الأصلي، وبالتالي تطبق عليه القواعد المتعلقة بمحل العقد، أي أن يكون ممكنًا ومعينًا أو قابلاً لتعيين ومباحًا. وعليه فيلتزم المقاول الفرعي بتنفيذ العمل المتفق عليه[3]. والسبب هنا هو الغرض المباشر الذي يسعى المتِعاقد الوصول إليه.

---

[1] قمنا بالإشارة إلى شروط وخصائص عقود الاعتبار الشخصي في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[2] الطائي، حامد شاكر، (2015)، المفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة قانونية مقارنة، ص228.

[3] ونا، لارا مارون، (2019)، مرجع سابق، ص37-39.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لنشوء التعاقد من الباطن

لا يكفي توافر الشروط العامة لقيام التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي وحدها لصحتها، وإنما يقتضي توافر شروط خاصة وذلك لاعتبار التعاقد من الباطن من العقود الخاصة، والأمر نفسه ينطبق على عقد المقاولة من الباطن باعتباره عقدًا يتفرع عن عقدٍ أصلي، فيجب اجتماع الشروط العامة بالخاصة وهذه الشروط هي:

1. انتفاء الشرط المانع من العقد الذي يتم من الباطن

"ويقصد بالشرط المانع حالة اتفاق أطراف العقد الأصلي على عدم جواز قيام الأخير بأن يعهد بالعمل المكلف به إلى شخص آخر. ويرى الفقه أنه لا ينبغي أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة في العقد، فقد يكون بموجب اتفاق لاحق كما يمكن استخلاصه ضمنياً من ظروف التعاقد. وفي هذه الحالة لابد من وجود دلائل قاطعة تثبت بأن إرادة صاحب المشروع قد اتجهت إلى الموافقة على التعاقد من الباطن. وإذا قام شك في أن هناك شرط مانع ضمني، فيعتبر الشك في معنى المنع فيمنع عندها على المقاول التعاقد من الباطن إلا بعد الاستحصال على إذن صاحب المشروع"[1].

ويترتب على عدم مراعاة الشرط المانع في العقد، خضوع الطرف المكلف بتنفيذ العقد للجزاء من قبل الطرف الأصلي الآخر.

2. انتفاء الاعتبارات الشخصية لقيام التعاقد من الباطن

لا يعد الشرط المانع السبب الوحيد الذي يمنع المتعاقد كالمقاول من تكليف مقاول من الباطن لإنجاز العمل الموكل إليه من طرف صاحب المشروع، بل أن طبيعة الأعمال في حد ذاتها تحول

[1] السنهوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، بند 18، ص209.

دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن، وذلك بسبب خصوصية بعض الأعمال التي تستوجب مؤهلات وكفاءات شخصية لدى مقاول معين. فإذا كانت طبيعة العمل محل عقد المقاولة تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية، كأن يكون عملاً فنياً، كالتعاقد مع رسام، تعاقد معه صاحب المشروع نظراً لكفاءته الفنية، فلا يجوز للمقاول في هذه الحالة التعاقد من الباطن لإنجاز تلك الأعمال[1]. ولا يكون هذا الشرط موجودًا بصورة دائمة وإن كانت عقود المقاولة قائمة على الاعتبار الشخصي للمقاول الأصلي فهناك أعمال لا تحتاج مهارة معينة يمكن أن يقوم المقاول بإحالتها للغير.

[1] ونا، لارا مارون، مرجع سابق ص45.

الفصل الرابع

أثر التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

عنما يجري التنازل عن العقد للغير بصورتيه (كلياً او جزئياً) او التعاقد من الباطن وحلول المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية فأن العديد من التساؤلات التي تثار حول حق المتعاقد الاخر (صاحب العمل) في القبول او الرفض وما قد ينشأ عن ذلك من اثاراً تنعكس على حياه العقد عند الرفض وللإجابة على تلك التساؤلات ستقوم الباحثة باستعراض هذا الفصل من خلال مبحثين وذلك وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: موافقة صاحب العمل على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

المبحث الثاني: رفض صاحب العمل التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

المبحث الأول

موافقة المتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

ان من المتفق عليه ان قبول وموافقه الطرف الاخر من العقد او صاحب العمل في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي اذا كانا بصدد عقد مقاوله مثلاً ستنتقل بموجبها حقوقه والتزاماته بمواجهه المتنازل اليه وفي المقابل فأن حقوق والالتزامات هذا الأخير ستنتقل بمواجهه صاحب العمل ليحل بذلك محل المتنازل في الرابطة العقدية ويختلف التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن من حيث طبيعة التصرف القانوني نفسه، ففي التنازل عن العقد لا يوجد إلا العقد الأول الأصلي بين المتعاقد الأصيل والمتنازل له من قبل المتنازل عن العقد، أما التعاقد من الباطن فيوجد عقد أصلي بين الأطراف الأصليين للعقد، وعقد آخر من الباطن بين المتعاقد الأصلي في العقد الأساسي ومن المتعاقد الأخير (المتعاقد من الباطن).وهذا ما يثار نحوه عده تساؤلات تتعلق بوقت القبول من صاحب العمل ان كان سابقاً على التنازل او التعاقد من الباطن او لاحقاً له وللإجابةٍ على هذا التساؤل ستقوم الباحثة بتقسيم المبحث الى مطلبين كالاتي:-

المطلب الأول: الموافقة السابقة للمتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

المطلب الثاني: الموافقة اللاحقة للمتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

المطلب الأول

الموافقة السابقة للمتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

ولأن الإرادة هي الأساس الذي تقوم عليه العقود بشكل عام، والعقود ذات الاعتبار الشخصي بشكل خاص، فقد كان لإرادة صاحب العمل مكانة جوهرية في سريان العقود المتنازل عنها للغير أو المتقاعد فيها مع الغير من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

حيث لمبدأ سلطان الإرادة قوة ملزمة للعقد ولمبادئ أخرى كالحرية العقدية والعقد شريعة المتعاقدين ونسبية أثر العقد، ويقصد بهذا المبدأ أن الإرادة الحرة كافية لإنشاء ما يريده الأطراف في العقد ويتحقق كنتيجة، وعليه فهذه الإرادة تصبح ملزمة للأطراف[1].

وقد عالج المشرع الأردني مسألة التراضي في انعقاد العقد في المواد (90 – 115) من القانون المدني، وعالجها المشرع العراقي في المواد (285 – 297) من القانون المدني، وبالرجوع إلى نصوص المواد السابقة في القانون الأردني والعراقي يتضح لنا أن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون صريحًا بالكلام أو الكتابة[2]. ولأن العبرة في تفسير العقود تكون لما هو ظاهرٌ فيها فيجب أن يكون التعبير عن الإرادة بشكل صريح وليس ضمنيًا[3]. فمن المستقر عليه في الفقه القانوني ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان هذه القاعدة يمكن اعمالها عند قبول وموافقة صاحب العمل لتنتقل كافة الحقوق والالتزامات التي كانت في العقد الأصلي بمواجهه المتنازل اليه كما يستوي ان يكون هذا

---

[1] الفار، د. عبد القادر، وملكاوي، د. بشار عدنان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 43.

[2] المرجع السابق، ص 47.

[3] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص 244.

القبول صريحاً او ضمنياً كما جاء في احكام القانون المدني وبجرد هذا القبول لم يعد ممكناً الرجوع عنه حتى لو كنا بصدد عقود اعتبار شخصي.

ومما سبق فيمكن إجازة التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن فيه من خلال العقد الأصلي، ففي عقود المقاولة يمكن لصاحب العمل والمقاول أن يتفقا على اتاحة المجال للمقاول بالتعاقد مع مقاول فرعي واحد أو أكثر كلما احتاج الأمر لذلك على أن يتحمل المقاول الأصلي تنفيذ الالتزام بمواجهة صاحب العمل، فإن تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول فرعي وتأخر في تنفيذ التزامه وبالتالي تأخر المقاول الأصلي عن تنفيذ التزامه بمواجهة صاحب العمل، يتحمل المقاول الأصلي تبعيات هذا التأخير ومن ثم يعود على المقاول الفرعي بالعقد الثاني المبرم بينهم.

ومن تطبيقات ذلك قانون المالكين والمستأجرين رقم 11 لسنة 1994 وتعديلاته ففي عقود الإيجار يمكن لصاحب مجمع تجاري أن يقوم بتأجير مجمعه التجاري لشخص ويتيح له تأجير جزء من البناء أو كامله وحدة واحدة أو مجزأ للغير، ويكون المستأجر الأول ملزم بتسليم الإجارة لصاحب العقار وإن لم يتسلمه من المستأجر الآخر إلا إذا نص العقد على غير ذلك.

المطلب الثاني

الموافقة اللاحقة للمتعاقد على التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي.

وكما ذكرنا سابقًا فإن الإرادة هي الأساس الذي تقوم عليه العقود فإن اتفق أطراف العلاقة على أمر ما أصبح من الواجب عليهما التزام به. وعليه يجوز للأطراف الاتفاق بعد البدء بالتنفيذ على إضافة أمر كشرط جديد أو اتاحة التنازل عن العقد أو التعاقد مع الغير كتابةً، وذلك في حال استجد أمر يحول دون تنفيذ الالتزام من الطرف الأصيل.

ففي عقود المقاولة يمكن أن يطلب صاحب العمل من المقاول القيام بديكورات تحتاج إلى تقنيات فنية ومهارة غير متوافرة لديه، فيقترح صاحب العمل على المقاول الأصلي التعاقد مع مقاول آخر للقيام بهذا العمل الفني، فتضاف مسألة اتاحة التعاقد مع الغير بصورة لاحقة على العقد.

والتعبير عن الموافقة يجب أن يكون بعقد لاحق للعقد الأصلي، حيث إنه لا ينسب إلى ساكت قول[1]، وأيضًا لا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح[2]، فتكون الصراحة راجحة على الدلالة عند حصول معارضة بينهما قبل ترتب حكم مستند إلى الدلالة[3] .

ففي عقود المقاولة إن قام المقاول الأصلي بالتعاقد مع مقاولٍ فرعي من الباطن وعلم صاحب العمل بذلك، جاز لصاحب العمل الموافقة على الوضع الجديد في اتفاق لاحق للاتفاق السابق وعلى الاتفاق اللاحق أن يكون موضحًا للوضع الجديد بصورة صريحة لا تحتمل الشك والريبة فلم يحدد المشرع في قانون المالكين والمستأجرين الأردني وقت موافقة المالك او صاحب العمل الخطية مما يستنتج

---

[1] نص المادة 95 من القانون المدني الأردني. والمادة 85 من القانون المدني العراقي.

[2] جامع الفضولين، الفصل الرابع والثلاثون، (د. ت)، شرح القواعد للقرق أغاجي، ص 64.

[3] البورنو، الشيخ الدكتور محمد صدقي، (1996)، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، ط 4، مؤسسة الرسالة، لبنان – بيروت.

معه ان هذه الموافقة قد تكون متزامنة مع ابرام العقد او لاحقة عليه الى مابعد قيام المستأجر بتأجير العقار من الباطن وبالتالي حلول المستأجر الجديد محل القديم في الالتزامات اعمالاً لقاعدة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة).

المبحث الثاني

رفض المتعاقد التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

لما كان الاعتبار الشخصي هو عماد واساس ودافع صاحب العمل في المضي بإبرام العقد فيكون عدم قبوله لمسألة التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن هو الأكثر شيوعاً، فالمواصفات والمزايا في شخص المتعاقد معه هي الدافع كما ذكرت للتعاقد ومن هنا يثار التساؤل حول الاثار المترتبة على رفض التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي والتي تتمثل في انهاء العقد والمطالبة بالتعويض وهو ما ستتناوله الباحثة في هذا المبحث من خلال مطلبين وعلى النحو الاتي :-

المطلب الأول: انهاء العقد

المطلب الثاني: المطالبة بالتعويض

المطلب الأول

إنـــهاء العقد

تُعد الإرادة في حد ذاتها ظاهرة نفسية لا يعتد بها القانون ما بقيت في نفس صاحبها، ولا يكون لها وجود قانوني إلا إذا خرجت إلى حيز الوجود من خلال التعبير عنها، والإفصاح عن نية صاحبها[1].

فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في المادة 59 منها، (أن العقد يتم بموجب الإرادة الظاهرة للأطراف لا بإرادة الباطنة خاصةً في عقود الاعتبار الشخصي)، وهذا ما سار عليه المشرع العراقي أيضًا في المادة 73 من قانونه المدني.

فاذا كان الاصل هو جواز نقل الالتزام من وجهته الموجبة او السالبة و كذلك جواز ان يتعاقد المتعاقد من الباطن الا ان هذا الاصل هذا لا يجري على اطلاقه، وعليه يكون هذا الحق مقيداً اذا ما كانت شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار في العقد لان ذلك يلزم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه ، فطبقاً للقواعد العامة في الالتزام هناك ثمة حق للدائن في رفض التنفيذ من غير المدين فمصلحة الدائن لن تتحقق كاملة اذا كلف المدين شخصا اخر بالتنفيذ، ولذلك لان شخصية المدين او احدى صفاته هي محل الاعتبار في التعاقد ، و يعطي المشرعان الأردني والعراقي الحق للدائن في ان يجبر المدين على التنفيذ العيني اذا كان ممكنا[2]، و اذا امتنع عن التنفيذ بنفسه يجوز للمحكمة ان تفرض عليه غرامات تهديدية (الشرط الجزائي) كوسيلة من وسائل الضغط و

---

[1] يوسف، د. كاظم حمادي، و العبود، د. عباس زبون، (2020)، الإرادة الضمنية والسكوت المُعَبر عنها، دراسة مقارنة، بحث منشور على مجلة بحوث الشرق الأوسط، كلية القانون، جامعة بغداد، المقالة 14، المجلد 8، العدد 55 - الرقم المسلسل للعدد 3، بغداد – العراق، ص 43. وخالد عبد حسين الحديثي، (2012)، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 52. وعبد الزهرة، سلام، (2006)، نطاق العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة، بغداد، ص 67.

[2] المادة 264 من القانون المدني العراقي، والمادة 355 من القانون المدني الأردني.

الاجبار على التنفيذ[1] وفق القانون العراقـي او الشرط الجزائي(التعـويض الاتفاقي) وفق القانون الأردني .

حيث أن فسخ العقد[2،3] هو ارجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أي حل الرابطة العقدية التي تجمع المتعاقدين وازاله كل اثارها بحيث يصبح العقد في مثل هذه الحالة منعدماً كأنه لم يكن ويترتب على ذلك سواء اكان الفسخ مقرر بحكم القضاء او بحكم الاتفاق او بحكم القانون زواله بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن ووجوب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ورد كل ما قبض تنفيذاً للعقد ويسري ذلك فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير على ان لا يكون هذا الاخلال ناشئ عن سبباً اجنبياً لا دخل لإرادة المدين منه وان يكون طالب الفسخ على استعداد لتنفيذ التزامه مع قدرته على إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد[4]، وعليه فقد أعطي المتعاقد الأصلي الحق بالمطالبة بفسخ العقد في حال التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فيلزم المقاول بإعادة الحال إلى ما كان عليه وإعادة الأجور المصروفة أو دفع الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) إن نص العقد عليها عند فسخ العقد بسبب خطأ من المقاول.

إنّ الغاية من مطالبة الدائن بفسخ العقد، هو أنّ الدائن يريد التخلص من الضرر الذي لحقّه نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فلا يمكن أنْ يكون الدائن مقصراً في تنفيذ التزامه؛ لأنه لو كان

---

[1] المادة 253 من القانون المدني العراقي والمادة 360 من القانون المدني الأردني.

[2] راجع قرار محكمة التمييز الأردنية الحقوقية رقم 2022/3599 الصادر بتاريخ 2022/11/20، المنشور على موقع قرارك الالكتروني.

[3] نصت المادة 829 من القانون المدني الأردني:

1. يجوز فسخ العقد إذا حدث عذر يمنع تنفيذ موجبه.
2. ويجوز لاحد العاقدين عند وجود عذر طارئ يتعلق به ان يطلب فسخ العقد.
3. وفي الحالتين المشار اليهما يضمن طالب الفسخ ما ينشا عن الفسخ من ضرر للمتعاقد الآخر.

[4] السنهوري، مرجع سابق، ج7، 463.

كذلك لا يحقّ له طلب الفسخ، كما إنّ المدين لا يعد مُخلاً بتنفيذ ما التزم به إذا كان الدائن قد أخلّ بالالتزام الذي يوجبه العقد، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يشترط أنْ يكون الدائن الذي يروم طلب الفسخ قد نفذ التزامه فعلاً، وإنّما يكفي أن يكون الدائن مستعداً للتنفيذ في أي وقت[1]. الفسخ قد يقع بحكم القضاء، وقد يقع بحكم القانون، وهو ما يطلق عليه بالانفساخ وقد يقع بالاتفاق.

وللدائن جمله من الخيارات للمحافظة على تحقيق مصلحته وذلك من خلال منع المدين من التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن وتنوعت هذه الخيارات بتنوع المصدر الذي نشأ منه الاعتبار الشخصي في العقد، اذ قد يمنع المشرع المدين من التعاقد من الباطن او التنازل عن العقد لان شخصيتهُ محل اعتبار وذلك بنص القانون، وفي عقود اخرى يترك تقرير هذا المنع لاتفاق المتعاقدين على ان تكون شخصية أي منهما او كليهما محل اعتبار، وترك ذلك في طائفة اخرى من العقود طبقاً لما تقضي به طبيعة الالتزام[2].

أولا: منع التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي بنص القانون

هناك حالات نص عليها المشرعان الأردني والعراقي على عدم جواز التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن فيها وذلك تحت طائلة انهاء العقد، ومن أحد هذه العقود هي عقد الإجارة التي نص عليها المشرعان الأردني والعراقي.

فقد جاء في قانون المالكين والمستأجرين الأردني في حالات اخلاء المأجور (إذا أجر المستأجر المأجور أو قسمًا منه لشخصٍ آخر أو سمح بإشغاله دون موافقة المالك الخطية او أخلاه لشخص

---

[1] د. عدنان إبراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 293.

[2] علي، د. علاء حسين، وعبد الجبار، د. سعد ربيع، وعبد الوهاب، د. محمد، (د.ت)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور على مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، العراق، ص11.

آخر دون تلك الموافقة)[1]. وعلى ذات النهج سار المشرع العراقي في قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979، فقد منع المشرعان الأردني والعراقي تأجير الغير في العقار المؤجر ولكنهما لم يتطرقا بشكل مباشر إلى التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن.

ثانيًا: منع التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي باتفاق الطرفين.

ولأن العقد شريطة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، وعليه فقد يكون منع التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن مبنيٌ على بند تم الاتفاق عليه في العقد الذي أبرمه الطرفين.

حيث إنه في الشروط الخاصة للتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن أن ينتفي الشرط المانع من العقد الذي يتم التنازل عنه أو التعاقد من الباطن فيه، وأن تنتفي الاعتبارات الشخصية حيث يتمكن الأطراف من التنازل عنه للغير أو التعاقد من الباطن مع الغير.

فهذا المنع جاء على أساس أن شخصية المتعاقد هي الأساس الذي يقوم عليه العقد، فهي محل اعتبار في التعاقد المبرم، وهنا لا يتصور وتحت طائلة البطلان القيام الطرف الذي أبرم العقد على أساس شخصه أن يتنازل عنه للغير أو يتعاقد مع الغير من الباطن لتنفيذ جزء أو كل الالتزام ومن تطبيقات هذا المنع ماجاءت به المادة 798 من القانون المدني الأردني التي جاء فيها (يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل كله او بعضه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه شرطاً في العقد او لم تكن طبيعة العمل تقتضي ان يقوم به بنفسه) وكذلك المادة 804 من ذات القانون أعلاه التي عالجت مسألة فسخ العقد القائم على الاعتبار الشخصي عندما نصت في فقرتها الأولى على انه (ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول اذا كان متفقاً على ان يعمل بنفسه او كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار) وما جاء

[1] المادة 5/ج/3 من قانون المالكين والمستأجرين الاردني رقم 11 لسنة 1994 وتعديلاته، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1994/8/1.

في المادة 830 من ذات القانون التي نصت على انه (ينفسخ العقد بوفاة العامل كما ينفسخ بوفاة رب العمل اذا كانت شخصيته قد روعيت في ابرام العقد).

ثالثًا: منع التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن طبقًا لما تقتضيه طبيعة الالتزام

في بعض التعاقدات يكون لشخصية المتعاقد جوهرهًا – وإن لم يتم ذكر ذلك في ديباجة العقد – أساسيًا في تنفيذ الالتزام كأن يكون الالتزام مبرم مع طبيب التجميل المعين أو مع المغني المعين بالذات. ففي هذه الحالة يكون التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن باطلاً وإن لم ينص العقد عليه صراحةً، ويكون المرجع الأساسي في هذه الحالة هو الاعتبار الشخصي للمتعاقد[1].

إن إرادة الأطراف هي مصدر التزامهم لذلك لابد أن يتم تنفيذ العقد بكل ما يحتويه من التزامات وشروط اتفق عليها إلا ما كان منها مخالفًا للنظام العام أو القانون[2]. وفي حالة الإخلال بأي من الشروط أو الالتزامات العقدية تقوم المسؤولية العقدية جزاء هذا الاختلال ويكون المخل ملزمًا بالضمان.

ومن آثار الاعتبار الشخصي على التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن انه يقيد من ارادة المتعاقد المعتد بشخصه في التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن مع الغير على ذات محل العقد الاصلي.

فاذا تقيدت ارادة المتعاقد على النحو المتقدم فانه يمتنع عليه ذلك واذا اخل بالتزامه هذا فانه يتحمل المسؤولية العقدية، واختلفت معالجة العقود ايضا باختلاف مصدر نشوء الاعتبار الشخصي، فيكون التركيز على عدم نفاذ التصرف الذي ابرمه المتعاقد التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن من ناحية،

---

[1] السنهوري، مرجع سابق، ج7، ص209.

[2] علي، د. علاء حسين، وعبد الجبار، د. سعد ربيع، وعبد الوهاب، د. محمد، (د.ت)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، مرجع سابق، ص14.

ومن ناحية اخرى يوظف نصوصه القانونية لبيان من يتحمل تبعة الهلاك وكيفية الضمان، ومن ناحية ثالثة قد يعطى للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن, ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة 22 من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 وتعديلاته والتي نصت على انه (لا ينتهي عقد العمل بسبب وفاه صاحب العمل الا اذا روعي في العقد شخصية صاحب العمل), وكذلك ماجاء في عجز الفقرة 1 من المادة 798 من القانون المدني الأردني التي تناولت التعاقد من الباطن مانعة المقاول من التنازل او التعاقد من الباطن وايكال العمل الى مقاول فرعي اذا ما كانت طبيعة الالتزام او العمل تقتضي تأديته للعمل بنفسه بنصها على انه(يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل كله او بعضه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تقتضي ان يقوم به بنفسه) وكذلك ماجاء به قانون العمل العراقي رقم 71 لسنة 1987 في المادة 38 منه التي نصت على انه (لاينتهي عقد العمل بسبب وفاه صاحب العمل ,الا اذا كانت شخصيته محل اعتبار).

المطلب الثاني
المطالبة بالتعويض

لأن الأصل هو ان العقد شريعة المتعاقدين يلتزم أطراف العقد بالشروط الواردة فيه وفي حالة عدم التزام أحد أطراف العقد بالتزامه ألزم إما بقوة القانون أو بقرارٍ قضائي أو بموجب الاتفاق الوارد بينهم في العقد على القيام بتعويض الطرف الآخر، وهذا ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي فالشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) هو عقوبة تسلط على الطرف المخل بشرط من شروط العقد[1].

وقد "عرف الفقه الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي بأنه ذلك الشرط الذي يدرج عادة بالعقود والتصرفات القانونية المختلفة لكفالة احترامها وضمان تنفيذها، والشـرط الجزائي ما هو الا تقدير اتفاقي للتعويض الذي يتحمله المدين إذا أخل بالتزاماته التي تعهد بها، وقد يدرج الشرط الجزائي في طلب العقد الأصلي، وقد يتضمنه اتفاق لاحق[2]" , وهو ما نص عليه القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في المادة 803 منه التي نصت على انه (للمتضرر من الفسخ ان يطالب الطرف الاخر بتعويضه في الحدود التي يقرها العرف).

حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارٍ لها بأنّه "إذا أخلّ أحد أطراف العقد بالتزاماته التعاقدية، ونجم عن هذا الإخلال ضررٌ للطرف الآخر، يكون الطرف المخلّ ملزماً بالتعويض وذلك لأنه أخلّ بالتزام مفروض عليه بموجب القانون"[3]. وهذا ما ذهبت إليه محكمة

---

[1] بلحاج، الحبيب، (2017)، التدخل القضائي لمراجعة الشرط الجزائي، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جمعية الحقوقيين، ع 13، ص 295 – 296.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2021/114 بتاريخ 2021/12/14، المنشور على موقع قرارك الالكتروني.

[3] قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة المدنية، رقم 2015/3086، بتاريخ 2015/7/9، "قرار غير منشور".

التمييز الأردنية في قرارٍ لها بالقول: "استقر الاجتهاد القضائي على أنّه يجوز للأطراف الاتفاق على التعويض الاتفاقي في العقد."[1].

والاخلال في حالة التنازل عن العقد للغير أو التعاقد من الباطن في العقود ذات الاعتبار الشخصي يكون اخلالًا مهما كان مصدرهُ سواء اكان مخالفا لألتزاماً قانونياً كما في عقود الايجار او مخالفاً لألتزاماً اتفاقياً (لبنداً من بنود العقد) او وفقاً لطبيعة الالتزام في العقد المانع من التصرف بمجمله. وبناءاً على هذه المخالفة التي ارتكبها المتنازل والمتمثلة بمخالفة التزاماً قانونياً او اتفاقياً فيكون في مثل هذه الحالة لصاحب العمل الحق في المطالبة بالتعويض عما إصابة من ضرراً والذي يقدر قيمته او نسبته اهل الخبرة والاختصاص بهذا المجال والذي تقرره المحكمة المختصة.

فمن وجه نظر الباحثة ان اركان المسؤولية المدنية في المطالبة بالتعويض هنا متحققه فركن الخطأ المتمثل في التنازل نجده متحققاً، كما ان ركن الضرر المتمثل في عقد تنفيذ الالتزام القائم على الاعتبار الشخصي والذي دفع المتعاقد الى ابرام هذا العقد نجده متمثلاً ايضاً وبالنتيجة سيتحقق الركن الثالث من اركان المسؤولية العقدية وهي العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر ويكون الحق لصاحب العمل في طلب التعويض بسبب عدم تنفيذ المتعاقد له لالتزامه بالذات وتنازله للغير متفقاً واساس القانون.

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 2020/4996، بتاريخ 2020/12/31، "منشورات موقع عدالة".

الفصل الخامس
الخاتمة، النتائج والتوصيات

بعد أن استعرضنا الجوانب القانونية المختلفة لمسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، وذلك من خلال مقارنة القانون الأردني بالقانون العراقي فقد توصلنا أخيرًا إلى عدم وجود أي فرق بين القانونين في هذه المسألة تحديدًا، فقد اتجها في ذات الاتجاه، في معالجة تلك المسالة فكانت هذه الدراسة موضحة لوجهة نظر القانون العراقي والأردني وتطرقت للقانون المدني المصري والفرنسي في بعض المواضع. وأخيرًا فقد توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات، تسردها الباحثة على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. اخذ المشرعان الأردني والعراقي بمسألة الاعتبار الشخصي في العقود واعتدا بها في بعض الجوانب من ذلك ما تم النص عليه في كل من قانون العمل الأردني وتعديلاته رقم 8 لسنة 1996 وقانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم23 لسنة 1941 وقانون ايجار العقار العراقي رقم 87 لسنة 1979.

2. اجاز المشرعان الأردني والعراقي فسخ العقد في عقود المقاولة القائمة على الاعتبار الشخصي سواء اكانت شخصية المتعاقد محل اعتبار او كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك عند قيام المقاول بالتعاقد من الباطن من دون موافقه ورضا صاحب العمل.

3. للمتعاقد الذي لم يوافق على مسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن الحق في المطالبة بالفسخ والتعويض فمن الآثار القانونية للتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي

تتمثل في الفسخ والمطالبة بالتعويض، إذا ما كانت شخصية المتعاقد هي الأساس الذي قام عليه التعاقد، فلا يكون للعقد آثار في حال الاخلال بشخصية المتعاقد في العقود التي تقوم على هذا الأساس.

4. يكون التعويض وفقاً لما لحق المضرور من ضرراً أي وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض .

ثانيا: التوصيـــــات

نوصـــي المـــشرعان الأردني والعراقي بالتالي:

1. مراعاه الاعتبار الشخصي عند تقدير التعويض وعدم الاكتفاء بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً كون هذه العقود قد نشأت بداية وفق هذا الاعتبار الشخصي .
2. إضافة نص يعالج هذا القصور التشريعي في القانون المدني للتشريعات المقارنة يراعى فيه مسألة الاعتبار الشخصي عند تقدير التعويض وان يكون النص المقترح كالاتي (للمتعاقد في عقود الاعتبار الشخصي المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرراً مراعياً فيه مكانة المتعاقد الاخر واعتباره الشخصي الذي دفعه على التعاقد) إعطاء هذا الموضوع أكبر قدر من الأهمية على صعيد التشريع.

ثالثًا: المـــــــــراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانيًا: كتب اللغة

- ابن منظور، جمال الدين، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، الجزء السادس، بدون سنة طبع، مادة عبر، ص205. وفي الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، الجزء الثاني عشر، بدون سنة طبع، مادة عبر.
- رضا، أحمد، (1960)، معجم متن اللغة، المجلد الرابع، دار مكتبة الجيل، ص 16 بيروت – لبنان .
- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، الجزء الرابع، بدون سنة طبع، غير مرقم.

ثالثًا: الكتب القانونية

- أبو عرابي، د. غازي خالد، (2009)، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن.
- البراوي، حسن حسين، (2002)، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر.
- الحكيم، د. عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مطبعة النديم، ط5، بغداد، ص28. طه، غني حسون، (1971)، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد.
- دريس، د. كمال فتحي، 2022، الوجيز في العقود الخاصة، الجزء الأول، عقد البيع والكفالة، إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد محه لخضر، الوادي – الجزائر.

- الذنون، د.حسن، النظرية العامة للالتزامات، (1976)، مطابع جامعة المستنصرية، بغداد، ص27. الشريف، محمود سعد الدين،(1955)، شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة العاني، بغداد.
- سعد، نبيل إبراهيم، (2004)، التنازل عن العقد، نطاق التنازل عن العقد واحكام التنازل عن العقد، الإسكندرية – مصر.
- سعد، نبيل إبراهيم، (د، ت)، التنازل عن العقد، دار منشأ المعارف، الإسكندرية.
- السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، (بدون تاريخ نشر) وبدون طبعة ومكان نشر.
- الفار، عبدالقادر، 2020، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الحادية عشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن.
- الفضلي، د. جعفر، (2009)، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة 4، القاهرة – مصر.
- ملكاوي، د. بشار عدنان، 2004، الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني، سلسلة اعرف عن العلمية القانونية، عدد رقم 1، دار وائل، عمان –الأردن.

رابعًا: الرسائل والأبحاث العلمية

- إسماعيل، د. سمير، (1975)، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر.
- البطاينة، إياد أحمد، (1999)، الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق.
- جعفر، محمد حنون، (2011)، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، ص156. وونا، لارا مارون، (2019)، المقاولة من الباطن رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، لبنان.
- خالد عبد حسين الحديثي، (2012)، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- الربيعي، حازم أكرم صلال، (2017)، آثار الإرادة الباطنة في العقد، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والإنجليزي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق.
- زيد، أنوار ياسر يوسف (2022). نظرية العقد الفاسد في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس – فلسطين.
- صارة، بوباكور وتينهينان، ملابة (2022)، الصورية في التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيز ي وزو، الجزائر.
- الطائي، حامد شاكر، (2015)، المفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور على الانترنت.
- عبد الزهرة، سلام، (2006)، نطاق العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة، بغداد.

- عفافسة، مفيدة، (2011)، التنازل عن العقد، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر.
- علي، د. علاء حسين، وعبد الجبار، د. سعد ربيع، وعبد الوهاب، د. محمد، (د.ت)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور على مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، العراق.
- الكيلاني، محمود، (1996) النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر.
- المحاقري، د. إسماعيل، (2007)، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، العدد7، مجلة البحوث القضائية، اليمن.
- محمد، ياسر أحمد بدر، (2014)، أثر الاعتبار الشخصي على تكوين وتنفيذ العقد في القانون المصري، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، مصر.
- مصطفى، زواقي، والمبروك، منصوري، (2022)، التنازل عن العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، بحث منشور عبر الانترنت.
- هذال، سجى صاحب، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري،2021، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان – الأردن.
- يسن، عبد الرزاق، (1978)، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر.

- يوسف، د. كاظم حمادي، و العبود، د. عباس زبون، (2020)، الإرادة الضمنية والسكوت المُعَبر عنها، دراسة مقارنة، بحث منشور على مجلة بحوث الشرق الأوسط، كلية القانون، جامعة بغداد، المقالة 14، المجلد 8، العدد 55 – الرقم المسلسل للعدد 3، بغداد – العراق.

خامسًا: الكتب والدوريات

- أحمد، هيلان عدنان، (2019)، الاعتبار الشخصي في التعاقد، كلية القانون، الجامعة العراقية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية المجلد 8 العدد.
- الربيعي، كاظم حسن، 2015، الضمانات في عقود المقاولات، مجلة كلية مدينة العلم الجامعة، المجلد 7، العدد 2،بغداد – العراق.
- الساعدي، د. جليل، (1998)، الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول والثاني، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد – العراق.
- سكيكر، محمد علي، ومرسي، معتز كامل، (2005)، شرح القانون المدني، الالتزامات، ج 1، منشأ المعارف، مصر – الإسكندرية.
- علي، أ. د. حميد سلطان، (2020)، الاعتبار الشخصي في انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا، 2، بغداد – العراق.
- علي، حميد سلطان، (2020)، الاعتبار الشخصي وأثره في انتقال الحق في الخيارات الى الخلف، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد الخاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا 2، بغداد – العراق.

- مبارك، حنان ريحان،(د.ت)، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، بحث منشور عبر الانترنت.

سادسًا: القوانين والأنظمة

- قانون المالكين والمستأجرين الاردني رقم 11 لسنة 1994 وتعديلاته، المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 717 بتاريخ 1994/8/1.
- قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 وتعديلاته، والمنشور في الجريدة الرسمية، بالعدد 4113 في 1996/4/15.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وتعديلاته المنشور بتاريخ 1976/8/10.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته المنشور بتاريخ 1973/4/22.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر أ، صدر في 1948/7/29.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

سابعًا: المواقع الالكترونية

- موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية، قسم القانون / القانون الخاص/ المدني، العقود المحددة والعقود الاحتمالية (عقود الغرر)، نشر بتاريخ 2018/6/20.
- موقع قرارك الالكتروني.

ثامنًا: المراجع الأجنـــبية

- Consideration and Intention in the Law of Contract, October 2010, University of Otago.
- Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd(1915) AC.
- Ginossar, Droit reél, propriété et Créance, elaboration d'un systéme rationnel des droits patrimoniaux, L. G. D. J. 1960,
- Laurent AYNES, La Cession de contrat et les Operations Juridiqes a Trois personnes, Personnes.
- Malaurie (PH) et Aynes (I), les obligation, op. cit.