المقدمة:-

اولاً:- فكرة موضوع البحث

يُعدُّ العقدُ أهم مصادر الالتزام التي تربط الشخص في معاملاته مع الآخرين، والعقود إنما شُرعت في هذا المجال لإشباع حاجات الأفراد ، وتحقيق رغباتهم ، ومصالحهم الإقتصادية والإجتماعية بشرط ألّا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، فعرفّت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي، العقد بأنّه ((إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) ، فالأثر القانوني الذي يثبت في المعقود عليه ،نتيجة إتجاه إرادة المتعاقدين لإحداثه ، ليس امراً إعتباطيا ، وإنما خاضع لإرادة المتعاقدين ، الراغبين بإيجاد هذا العقد وإبرامه، وهذا يعني أنّ التوافق الذي حصل بينهما ، قد إنصب على ذات المحل أيّا كانت ماهيته، وتبعا لهذا يلتزم المتعاقد ، لاحقا بتسليم هذا المعقود عليه ذاته ،إلى المتعاقد الآخر .

ويبدو ، المرتكز الذي تستند اليه هذه الفكرة في مسألة الإعتداد بذاتية المحل ، رغم إنّها قد تظهر ، للوهلة الأُولى ، مما يقتضيه العقد الذي يكون محله شيئاً عينياً ، إذ إنّ من مقتضى العقد هو قيام المتعاقد بتسليم ذات ما إنّصب عليه التعاقد والذي إرتضته إرادة الطرفين ، إلاّ إنّه ، مع هذا ، قد لايكون لهذا الإعتداد من دور في بعض من العقود والتي تسمح للمتعاقد فيها بتسليم شيئاً آخر غير ماتم الإتفاق عليه ابتداءً ، أو بالتخيير بين أشياء عديدة ، يظهر الإعتداد فيها لاحقاً عند التنفيذ .

وجدير بالذكر إنّ الأهمية التي أعطاها القانون لاتقتصر على مرحلة تكوين العقد إنّما تتعدى إلى تنفيذه ، فمرحلة التنفيذ لاتقل أهمية عن مرحلة تكوين وإنعقاد العقد ، لأنّ المتعاقد له دخل في هذا التصرف القانوني سعيًا منه للحصول على مقابل لِما التزم به للآخر، فيسعى كل منهما إلى الوصول بالعقد إلى مرحلة تنفيذه، لإنها هي المقصود من التعاقد بينهما.

وتتنوع دلالات فكرة الاعتبار العيني للمعقود عليه، وتتغير أحكامها في كل حالة يكون للإعتبار العيني فيها تأثير، سواء كانت حالات الغلط في ذاتية المعقود عليه، أو في صفة جوهرية فيه .

وكذا حالات النقصان والزيادة في المعقود عليه ، ثم حالات سلامة المعقود عليه ، وفي كل هذه المظاهر القانونية نجد هذه الفكرة متجلية دلالة .

ثانيا:- أهمية البحث:-

تتجلى أهمية فكرة الاعتبار العيني للمعقود عليه، رغم غموضها الأولي، وتعدد المفاهيم فيها ، كمفهوم الإعتبار ،ومفهوم العين، والمعقود عليه ، في استقرار المعاملات والإهتمام بجودة المبيع- كما هو نص المادة ((١١٦٦)) من القانون المدني الفرنسي الجديد، وحماية أطراف المعاملة التعاقدية بوجود معقود عليه لا تعتريه العيوب أو التلف أو الهلاك ، وهذا حقٌ لكل متعاقد أنْ يحصلَ على مبيعٍ سليمٍ من العيوب والتلف، وبما تفرزه هذه الفكرة من أحكام وآثار لاتتعلق بذات المعقود عليه وعينِه ، بل تتعداه إلى الصفات الجوهرية، والمقدار والسلامة، ومظاهر أُخرى كالعيب بصورة عامة ، والخفي بصورة خاصة، وما لهذه المظاهر من آثار على فوات الغاية المقصودة من العقد، بهذا الإعتبار العيني، ومن ثم إلى إنتفاء المنفعة المقصودة عند عدم إلتزام أحد المتعاقدين بالوفاء بما إلتزم به، أمّا الآخر فإمّا يكون له خيار الفسخ وعودة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرامه، أو يستمر العقد موقوفاً ،هذا وفق الأصل، والإستثناء قد يكون غير ذلك، بمعنى إنْ كان الغلط قد وقع على صفة جوهرية للمعقود عليه ، فالأصل أنْ يكون حكمه الوقف والإستثناء إمّا إنهاء الرابطة العقدية أو القبول بالمبيع كما هو ، وقد تزداد أهمية هذه الفكرة في محاولة البحث لإستخلاص قواعد خاصة لهذا الموضوع عن طريق تتبع المواد القانونية المتناثرة التي أشارت إليه دلالةً ، وكذلك ماهو متناثر في شروحات الفقهاء التي أشارت إلى هذه الفكرة ، ولِما تقدّم وغيره، ولغرض الإحاطة بفكرة الإعتبار العيني ، وموقف التشريع العراقي والمقارن منها، وتحديد مضمونها ومظاهرها وآثارها، آثرنا البحث فيها عن قرب .

ثالثا: مشكلة البحث:-

إنَّ أصلَ فكرةُ الاعتبار بما هو هو قد تناوله الفقه الإسلامي وعبر عنه إفتراضٌ _ وهو سهل المؤنة – والمشرع العراقي وشراح القانون تناولوهُ ولكنْ من جهةِ طرفي العقد ، فاطلقوا عليه بالاعتبار الشخصي ، تارةً في العقد وأخرى في التعاقد ، وثالثة في عقد المقاولة ، ورابعة في

الشركات الخاصة ، وهذا مُسلَّم به ولم نجد من تناولهُ من جهةِ المعقود عليه الذي هو لُبُ العقد ، سواء كان ذلك لغرضٍ صحيحٍ من أحد المتعاقدين ، أو الرغبة الجدِّية عند أحدِهم أو كليهما على عينٍ مُعتبرةٍ ، أو لخصوصيةٍ موجودةٍ في العينِ المبيعةِ ، أو لإهميةٍ فيها ، وبحثنا ينصب على إثباتِ ذلك ولكنْ تختلفُ العقود على تعددها بلحاظ الزاوية التي يُنظر اليها ، فهي من حيث الانعقاد إمَّا رضائية أو شكلية أو عينية ، ومن حيث الأثر فهي أمّا مُلزمة للجانبين أو لجانب واحد ، ومن حيث المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد فهي أما عقود معاوضة أو عقود تبرع أو عقود توثيق ، ومن حيث الطبيعة أما عقود محددة أو أحتمالية ، أيضا تكون فورية أو مستمرة التنفيذ أذا نظرنا اليها من حيث التنفيذ ، ومن حيث تنظيم المشرع لها فهي أما عقود مُسماة أو عقود غير مسماة ، واذا نظرنا الى هذه العقود من زاوية المحل أو المعقود عليه نجدُ تفاصيل هذه الزاوية بينتها المواد ((٧٤ ، ٧٥ ، ١٢٦)) من القانون المدني العراقي النافذ ، ففي أي عقد يكون الاعتبار العيني وما هو تأصيله التشريعي في القانون المدني العراقي النافذ ، والمقارن _ والتي تمثلت بالقانون المدني المصري ، والقانون المدني الفرنسي الجديد ، حيث إعتمدنا على نسخة دالوز في ترجمة النصوص الفرنسية ، ولذلك وبعد النظر في تعريف العقد، والتركيز فيه على ركن المعقود عليه، أُثيرت مجموعة من التساؤلات والإستفهامات والإثارات ، التي تحتاج إلى أجوبة ، وحلول وذلك ببحثها، فهل للإعتبار العيني وجود في التصرفات القانونية ؟ وهل تُلحظ أهميته في المعقود عليه من أحد المتعاقدين أو من كليهما، كما في عقد المقايضة حيث يكون كلا البدلين بحكم المبيع كما نصّت الفقرة اولاً من المادة (٥٩٧) من القانون المدني العراقي، وهل اعتدّت التشريعات بالإعتبار العيني في المعقود عليه ؟ وإذا كان كذلك فما مدى العلاقة بين هذا الإعتبار ، وتنفيذ العقد، وهل يجوز التنازل عن هذا الإعتبار إلى آخر ، وما هي الآثار المترتبة على إنتفاء الإعتبار العيني ؟ وما الطبيعة القانونية لهذا الإعتبار المقصود بالبحث ،

كلُّ هذه الإستفهامات والتساؤلات تحتاج الى إيضاح، وإستجلاء هذه الفكرة التي يشوبها الغموض ، ومحاولة تأطيرها تشريعيا والإستدلال عليها من مقاصدها ، وأحكامها المتناثرة بين طيات النصوص، ومحاولة تحديد مظاهرها التي ترتكز عليها وهذا ما سينبني عليه بحثنا .

رابعا:- نطاق البحث:-

تقتصر دراستنا هذه على المعاملات المالية في نطاق القانون الخاص ، والعقود كما هو معلوم كثيرة ومتعددة ، وإستقراؤها جميعاً في مجال بحثنا قد يصعب علينا الإلمام بالفكرة من جانب ، ومن جانب آخر الإستيعاب الزمني سيكون مشكلاً ، فالإرادة قد تتجه لإحداث أثر على المبيع نفسه في عقد البيع، وعلى المأجور في عقد الإجارة ، وعلى الإستصناع نفسه في عقد الإستصناع ، وعلى العمل ذاته في عقد المقاولة ، ولكثرتها سنضيقّها ونُخصصّها بعقد البيع بإعتبار أنَّ عقد البيع من أهم العقود المسماة الواردة على الملكية ، ولا بُدَّ أنْ يكونَ محله أو المعقود عليه عيناً يُراد نقل ملكيتها مقابل ثمن نقدي في البيع المطلق ، وقد يكون محل البيع حق وليس مالاً ، فيكون بحثنا مقتصراً على الإعتبار العيني في المعقود عليه (المبيع) .

خامسا:- منهجية البحث:-

سنتبع في بحثنا المنهج الموضوعي التحليلي، فمن جانب الموضوعية سيكون تركيزُنا على أحكام القانون المدني العراقي أولاً، والمقارن ثانياً، وإستطلاع بعض أحكام الفقه الإسلامي قدر الحاجة في بعض مواضع البحث ، وما تقدم هو الشيء البارز ولكننا قد لانستغني عن بقية المناهج في طيات بحثنا قدر مايحتاجه وليس مطلقاً وخصوصا المنهج التركيبي بحيث نطرح التطبيقات ثم نستخلص النظرية ، أمّا من حيث التحليل فلا نقتصر على عرض النصوص القانونية ، بل نتعدى إلى تحليلها والتعليق عليها وإبداء الرأي فيها، والترجيح إنْ كان هناك مايدعوا إلى ذلك .

سادسا:-خطة البحث:-

سنقسم بحثنا إلى فصلين نخصص الإول لبيان ماهية الإعتبار العيني للمعقود عليه وسيتضمن مبحثين : الأول مفهوم الإعتبار العيني للمعقود عليه ، وسنقسمه إلى مطلبين يكون الأول لبحث مضمون الإعتبار العيني للمعقود عليه ، وسيكون ذلك بفرعين يكون الأول لتعريف الإعتبار العيني ، والثاني لتعريف المعقود عليه ، أمّا المطلب الثاني فسنخصصه لبحث شروط الإعتبار العيني بعد تقسيمه إلى فرعين الأول لبحث الشروط العامة ، والثاني لبحث الشروط

الخاصة . أمّا المبحث الثاني فسيكون لبحث التكيّيف القانوني للاعتبار العيني للمعقود عليه وذلك بمطالب ثلاثة : الأول سيخصص لبحث الباعث إلى التعاقد والثاني سيكون لبحث العنصر الجوهري للعقد والثالث سيخصص لبحث الشرط المقترن بالعقد ، أمّا الفصل الثاني فسنخصصه لأهم المظاهر القانونية للإعتبار العيني، بثلاثة مباحث سيكون الأول لبحث الإعتبار العيني لذاتية المعقود عليه ، وسنقسمه الى ثلاثة مطالب ، الأول سيكون لبحث النظريات التي حددت مفهوم الغلط ، والثاني لبحث الغلط في ذاتية المعقود عليه ، والثالث لبحث الغلط في صفة جوهرية فيه ، والمبحث الثاني سيكون لبحث الإعتبار العيني لمقدار المعقود عليه ، فسنبحث حالة النقصان في مطلب أول ، وحالة الزيادة في مطلب ثانٍ ، أمّا المبحث الثالث سيكون لبحث الإعتبار العيني لسلامة المعقود عليه ، وسنقسمه إلى مطلبين : الأول لبحث السلامة في العيوب الخفية في للمعقود عليه ، وذلك بفرعين ، الأول لبحث تعريف العيب الخفي ، والثاني لبحث تأثير العيب في المبيع على الإعتبار العيني له ، أمّا المطلب الثاني فسيكون لبحث السلامة في هلاك المعقود عليه وذلك بفرعين : الأول لبحث تبعة هلاك المعقود عليه ، والثاني لبحث أثر الإعتبار العيني في حالة الهلاك ، ومن المهم الاشارة اليه من أنَّ العلم في عمليات البحث العلمي هو مَن يقودُ البحث ، وفرضُ قوالبٍ ثابتةٍ عليه قد تُعيق حركته لذا لم يكون هناك توازن بالدقة المقررة لهذا السبب ، فتعاملنا مع فكرة التوازن مابين الفصول والمباحث والمطالب بمرونة قدر المستطاع ، ونسال الله التوفيق.