قسم العلوم المالية والمصرفية الاسلامية

القانون التجاري و الشركات التجارية

المرحلة الثانية

اعداد/ م. زينه محمد سعدون

المحاضرة الاولى

تعريف القاعدة القانونية وخصائصها

تعرف القاعدة القانونية بأنها ((قاعدة عامة مجردة ملزمة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتقترن بجزاء مادي توقعه السلطة العامة على من يخالفها.))

إلا أنه ذهب جانب آخر من الفقه إلى عدم اعتبار الجزاء من عناصر القاعدة القانونية فعرفها ((القاعدة المجردة التي تلزم مراعاتها لأنها تهدف إلى كفالة النظام الاجتماعي.))

نرى أن التعريف الأخير الذي لا يعتبر الجزاء عنصر من عناصر القاعدة القانونية لأن الجزاء لا يطبق إلا إذا تمت مخالفة القاعدة القانونية وقد توجد قواعد قانونية لا يترتب عليها جزاء محدد، فالقاعدة القانونية موجودة قبل وجود الجزاء ويطبق الجزاء عند مخالفتها فهو أثر لمخالفة القاعدة القانونية، وليس ركناً فيها

خصائص القاعدة القانونية

تحدد خصائص القاعدة القانونية بما يأتي

قاعدة سلوك

قاعدة اجتماعية

قاعدة عامة مجردة

قاعدة واجبة الاتباع

قاعدة سلوك : القاعدة القانونية وجدت لتنظيم السلوك الخارجي للأفراد داخل الجماعة بشكل يكفل النظم الاجتماعية، أما نشاط الأفراد الداخلي من أمنية ورغبة فلا يخضع للقانون.

ولكن تهتم القاعدة القانونية بالدوافع والنوايا إذا كان لها علاقة بسلوك خارجي كالتفكير بالسرقة أو القتل، فمن يسرق أو يقتل بعد تفكير وتبيت نية لا يعامل أمام القانون كمن قتل دفاعاً عن النفس أو المال ودون تفكير بالجريمة ولا توقع عليه نفس العقوبة لأنه أرتكب الجريمة وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه وعن ماله.

وفي مجال الالتزمات يؤثر سوء وحسن النية على احكام الالتزامات فمن يفكر بسوء نية وبتغرير أو إكراه أو استغلال لا يقع تحت طائلة القانون ما لم يقم بنشاط خارجي مبني على هذا التفكير

وتعتبر قواعد سلوك لأنها تحدد سلوك الافراد في الجماعة صراحة أو ضمنا ,فالقواعد التي تتضمن أمراً ونهياً عن اقتراف جرائم معينة أو التي تأمر الزوج بالنفقة على زوجته جميعها تحدد سلوك الافراد في الجماعة.

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

القاعدة القانونية لا توجد إلا حيث توجد الجماعة، وذلك لأن الغرض من القواعد القانونية تنظيم روابط الجماعة، وإذا كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك يأتمر بها الافراد، فمن هذا لا توجد القاعدة القانونية إلا حيث يكون هناك مجتمع، لذلك فالقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية

وباختلاف المجتمعات من بيئة إلى أخرى، لابد أن يخلق اختلاف في القواعد القانونية من دولة لأخرى فالقانون الذي يصلح في فرنسا لا يصلح أن يطبق عندنا أو في البلاد الأسلامية

و حتماً وتطور المجتمع في البيئة الواحدة أيضاً يخلق اختلاف في القواعد القانونية من عصر إلى عصر ويخلق قواعد قانونية جديدة تواكب هذا التطور الطبيعي للمجتمع.

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

التجريد والعموم صفتان تثبتان لكل قاعدة قانونية، ومن هنا كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة.

ويراد بالتجريد... أن يوجه الخطاب في القاعدة القانونية على الأشخاص بصفاتهم، فالقاعدة القانونية لا تخاطب شخص بعينه، ولا تتناول القاعدة القانونية الوقائع بشروطها، فهي لا توضع لتطبق على واقعة بعينها، وإنما على كل واقعة تتكرر إذا توافرت شروط تطبيقها.

وبعبارة أخرى فإن القواعد القانونية تطبق على الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم، وتعالج الوقائع بشروطها لا بذواتها، فتصبح ذلك عامة في تطبيقها

. ولا ينفي صفة التجريد عن القاعدة القانونية مخاطبتها فئة من فئات المجتمع، كالقواعد المنصوص عليها في قانون العمل، لأنها تطبق على كل شخص تتوافر فيه شروط تطبيق القاعدة القانونية.

وقد تخاطب القاعدة القانونية شخصاً واحداً ومع ذلك لا تفقد صفة التجريد، مثل القواعد التي تبين مركز رئيس الدولة، لأن هذه القواعد تخاطبه بصفته ليس بذاته وتطبق على من يأتي بعده في نفس المنصب

ويترتب على وصف القاعدة القانونية بالتجريد تحقق مبدأ الناس سواسية أمام القانون، فالتجريد يجعل القاعدة القانونية تحقق هدفها المتمثل في العدل والمساواة فيما بين المخاطبين بها

القاعدة القانونية واجبة الاتباع

القاعدة القانونية وجدت لتنظم العيش في الجماعة وتكفل استقرارها ولا يتم ذلك إذا ترك الأمر إلى إرادة الأفراد فلا بد من اقتران القواعد القانونية بالجزاء للإجبار على اتباعها
ويقصد بالجزاء بأنه ضرر يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله، ويترتب على عدم اتباع الأوامر والنواهي التي وردت في القواعد القانونية.

تعريف القانون التجاري و مصادره

القانون التجاري هو فرع من فروع القانون الخاص عرفته مدونة التجارة في المادة ١ على انه " ينظم القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية و التجار ". بمعنى انه ينظم الأعمال التجارية التي تنشأ سواء بين التجار فيما بينهم أو بين التجار و زبنائهم،

المحاضرة الثانية

طبيعة وتطور و حركية العمل التجاري :

الأنشطة التجارية عرفت تطورا و حركية في مفهومها القانوني ، فمفهوم التجارة لغويا ينحصر في معناها الاقتصادي أي عملية الوساطة بين المستهلك و المنتج في حين انه في معناه القانوني يشمل بالإضافة إلى المفهوم الاقتصادي أعمال التحويل و التصنيع وأنشطة الخدمات و الأعمال البنكية و كلها أعمال تجارية ينظمها القانون التجاري بل أكثر من هذا هناك مجموعة من الأعمال التي كانت تعتبر بصفتها مدنية ثم تم ضمها إلى العمل التجاري و على سبيل المثال : عملية استخراج البترول و عملية بيع العقار نفس الشيء بالنسبة لتطبيق القانون التجاري على غير التجار بالنسبة للكمبيالة عندما تسحب من غير التجار و عند الاكتتاب بالأسهم و السندات ،فهذا التوسع في الأعمال التجارية وهذه الحركية في مفهومه جاءت نتيجة للتطور الاقتصادي و الاجتماعي و المالي،الشيء الذي جعل البعض يقول بان القانون التجاري هو قانون الأعمال بصفة عامة.

طبيعة استقلالية القانون التجاري :

القول بان القانون التجاري هو قانون الأعمال جاء نتيجة تعدد و تشعب المواضع المرتبطة بالعمل التجاري وبالتالي نتيجة انفتاحه على محيطه ،فهناك مواضع مرتبطة به و تشكل جزءا منه كما تلاه القانون التجاري العام قانون الشركات قانون المحاسبة ثم قانون الملكية في حين أن هنالك مواضع أخرى تخص محيط المقاولة و التاجر على سبيل المثال القانون الضريبي الذي يخص الضرائب المفروضة على التاجر هناك أيضا قانون التامين والقانون البنكي الخ...من القوانين التي تخص محيط المقاولة و التاجر.

مصادر القانون التجاري :

حددت مدونة التجارة مصادر القانون التجاري في المادة ٢ حيث نصت على انه : " فصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع مبادئ أساسية للقانون التجاري " في هذه المادة ٢ أشار المشرع فقط إلى المصادر الرسمية في حين أن هنالك مصادر أخرى لها أهميتها و المتمثلة في المصادر التفسيرية و على أي فيمكن تناول هذه المصادر على النحو التالي :

١) مصادر خارجية : ويتعلق الأمر أساسا بالمعاهدات و الاتفاقات الدولية التي تهدف إلى وضع قوانين موحدة في مجال التجارة الدولية وهي تأخذ شكلين مختلفين : اتفاقيات دولية خاصة بالعلاقات التجارية الخارجية للدول الموقعة على الاتفاقية في حين تبقى العلاقات التجارية الداخلية خاضعة للقانون الداخلي ومن جهة أخرى هناك اتفاقيات دولية تضع قوانين موحدة وواجبة التطبيق بين الدول المتعاهدة فتكون بذلك العلاقات التجارية الداخلية و الخارجية خاضعة لنفس القواعد القانونية .

٢) مصادر داخلية : ويتعلق الأمر بتلك الواردة في المادة ٢ من مدونة التجارة السالفة الذكر وهي من المصادر الرسمية وأضاف لها الفقه و القضاء صنف آخر من المصادر و هي المصادر التفسيرية.

العرف التجاري : وهو ما درج التجار عليه من قواعد في تنظيم معاملاتهم التجارية الشيء الذي يعطي لهذه القواعد بحكم تكرارها في الزمن واعتقاد التجار بالزاميتها قوة ملزمة فيما بينهم شانها شان النصوص التشريعية .أما العادة التجارية فهي قواعد طارد الناس على اتباعها زمنا طويلا في مكان معين أو بخصوص مهنة معينة إلا أنها على عكس العرف التجاري لا يتوفر فيها ركن الإلزام أي انه لم يتكون بالرغم من تكرارها الاعتقاد في لزوم العادة وضرورة احترامها على عكس العرف التجاري فهي تخضع لسلطان الإرادة بحيث يمكن على مخالفتها و نظرا لأهميتها في الحياة التجارية فان المشرع المغربي رجح القاعدة العرفية و العادة التجارية على القانون المدني .ففي حالة نزاع تجاري تطبق قاعدة القانون التجاري فان لم توجد فالقاعدة العرفية أو العادة التجارية فان تم توجد ا تطبق حينئذ القاعدة الآمرة المدنية.

الاعمال التجارية

المادة ٥

تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس .

اولا : شراء او استئجار الاموال منقولة كانت ام عقارا لاجل بيعها او ايجارها.

ثانيا : توريد البضائع والخدمات.

ثالثا : استيراد البضائع او تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير. ثالثا : استيراد البضائع او تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير.

رابعا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الاولية.

خامسا : النشر والطباعة والتصوير والاعلان.

سادسا : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة.

سابعا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى.

ثامنا : البيع في محلات المزاد العلني.

تاسعا : نقل الاشياء او الاشخاص.

عاشرا : شحن البضائع او تفريغها او اخراجها.

حادي عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية.

ثاني عشر : استيداع البضاع في المستودعات العامة.

ثالث عشر : عمليات المصارف.

رابع عشر : التامين.

خامس عشر : التعامل في اسهم الشركات وسنداتها.

سادس عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة واعمال الوساطة التجارية الاخرى.

المادة ٦

يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته.

المحاضرة الثالثة

***التاجر Merchant**

نصت الفقرة أولاً من المادة ٧ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤: (يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً) وفق أحكام هذا القانون.

***شروط اكتساب صفة التاجر:-**

- بلوغ سن الرشد (١٨ سنة) و التمتع بكامل القوى العقلية ويعتبرفي هذه الحاله كامل الأهلية فيجوز له القيام بجميع أنواع التصرفات القانونية، ومنها الأعمال التجارية. (مدني ٤٦) المشرع العراقي لم يفرق بين الشخص الطبيعي والمعنوي في كيفية اكتسابهما صفة التاجر، مع التأكيد على أن الشخص المعنوي لا يتمتع بالاهلية إلا في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يقررها القانون.
- ثانياً : شرط الاحتراف: يجب اتخاذ التجارة حرفة معتادة (ممارسة العمل التجاري على سبيل الارتزاق) لا يشترط أن تكون التجارة هي حرفته الوحيدة. اخضاع قطاع الدولة للاحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في قانون التجارة عدم اعتبار من يمارس حرفة صغيرة تاجراً كيفية اكتساب الشخص صفة التاجر.

العقد التجاري و اركانه:-

***العقد في القانون:** هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يتعهد فيه كل منهم بأشياء أو وعود أو انجاز اعمال متبادلة بحيث ينفذها وفق القانون.

يقوم قانون العقود على العبارة اللاتينية pacta sunt servanda التي هي "العقد شريعة المتعاقدين". وإذا تم الإخلال بالعقد فإن القانون يقدم ما يعرف ب(التدابير القضائية) للتعامل مع ذلك، أحيانا تكون العقود مكتوبة مثلما هو الحال عند شراء أو إيجار منزل، إلا أن النسبة الغالبة من العقود تكون شفهيا، مثلما هو الحال عند شراء كتاب أو سلعة من السوق، ويندرج قانون العقود تحت ظل القانون المدني كجزء من القانون العام للالتزامات .وتعد النظرية العامة للعقود من أهم النظريات القانونية قاطبة.

***العقد التجاري**

هو العقد الذي يخضع لقواعد القانون التجاري ، و هي تلك القواعد التي تراعي ما تحتاجه التجارة من سرعة وثقة تظهر غالبا في تكوين العقد التجاري وفي أثباته وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه.

أركان العقد

- الرضا : يعني تراضي كل من الطرفين على العقد، ويعد أهم أركان العقد إذ هو التعبير عن إرادة التعاقد لدى المتعاقدين.

وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن لكل شخص حرية التعاقد من عدمه، وعليه فإن الدخول في مفاوضات لا يلزم الشخص في أن يتعاقد في نهاية المفاوضات، بل له أن يرفض التعاقد دون أن تنعقد مسؤوليته من حيث المبدأ، كما يترتب على هذا المبدأ أن للشخص حرية كاملة في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه .

- عناصر الرضا: الإيجاب والقبول المطابق للإيجاب.
- عيوبه :الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال.
- المحل :وهو الركن الثاني من أركان العقد: ويتكون من جزئين؛
- *محل العقد* :هو العملية القانونية التي تراضى الأطراف على تحقيقها مثل البيع أو الإيجار أو المقاولة.
- *محل الالتزام* :هو الآداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن. وهو يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهو يكمن في الإجابة على السؤال: بماذا التزم المدين؟
- السبب :وهو الركن الثالث من أركان العقد، ويقصد به: الغرض الذي يقصد إليه الملتزم، أو أن السبب هو الإجابة على السؤال؛ *لماذا التزم المدين؟*، أو الدافع الباعث إلى التعاقد ويتحدد السبب حسب نوع (أو طائفة) العقد

اولا:- التراضي

هو توافق أرادتين بقصد احداث أثر قانوني ويعتبر التراضي موجوداً إذا تطابقت ارادتي المتعاقدين وتوافرت شروط المحل والسبب. بهذا ينعقد العقد ولكن وجود التراضي لا يكفي لكي يستقر العقد نهائياً بل يجب أن يكون التراضي صادراً من ذي أهلية وخالياً من العيوب وهذه هي شروط الصحة التي يترتب على تخلف أحدها أن يكون العقد قابلاً للإبطال ونخلص من ذلك ضرورة توفر شرطين للتراضي وهي وجود التراضي وصحة التراضي.

الشرط الأول : وجود التراضي :

لكي يوجد التراضي لابد من التعبير عن الإرادة بين طرفي التعاقد وأن تتطابق الإرادتان.

أولاً:التعبير عن الإرادة :

يجب لكي يعتد بالإرادة أن يعبر عنها أي أن تتخذ مظهراً خارجياً يدل عليها فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً فالتعبير الصريح هو ما يدل مباشرة على المعنى المقصود من الإرادة مثل استعمال لفظ البيع أو الشراء أو كتابتها وقد يكون التعبير الصريح إشارة كهز الرأس عمودياً للدلالة على الموافقة أو أفقياً للدلالة على الرفض.

ويكون التعبير **ضمناً** إذا كان مظهره ليس موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك يدل عليها بطريقة غير مباشرة.

والأصل أنه لا فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني فكل منها يكفي للتعبير عن الإرادة ولكن قد ينص القانون أو يتفق العاقدان على أن يكون للتعبير عن الإرادة صريحاً ففي مثل هذه الحالات لا يكفي التعبيرالضمني

ثانياً:تطابق **الارادتين**:-

ينعقد العقد إذا صدر إيجاب من أحد العاقدين وإقترن به قبول من المتعاقدين الآخر وبالتالي فإن تطابق الإرادتين يكون بالإيجاب والقبول.

أ- الإيجاب :

الإيجاب هو تعبير عن إرادة المتعاقدين يدل بصورة قاطعة على أنه يقبل التعاقد وفقاً لشروط معينة ولذلك يجب لاعتبار التعبير عن الإرادة إيجابياً – أن يكون دلاً على أرادة نهائية وأن يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد المزمع إبراءه.

ب- القبول:

القبول هو تعبير عن إرادة من وجه الإيجاب ، يفيد موافقته على الإيجاب ويؤدي القبول إلى إتمام العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً أي لم يكن قد سقط بسبب من الأسباب المذكورة في الفقرة السابقة.

مطابقة القبول للإيجاب :

يجب –لكي يتم العقد أن يطابق القبول والإيجاب فإذا لم يكن مطابقاً بأن كان يتضمن إضافة أو نقصاً أو تعديلاً للإيجاب فإن العقد لا ينعقد ويعتبر هذا القبول رفضاً للإيجاب يتضمن إيجاباً جديداً.

ويشترط أن يطابق القبول والإيجاب في جميع المسائل التي اشتمل عليها الإيجاب سواء ذلك في المسائل الأساسية في التعاقد أو المسائل التفصيلية ، هذا مع ملاحظة أن عدم ذكر المسائل التفصيلية لا يضع من إبرام العقد.

السكوت قد يكون تعبيراً عن القبول :

لا يقصد بالسكوت في هذا الصدد مجرد الامتناع عن الكلام وإنما يقصد به اتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة والفرق واضح بين السكوت بهذا المعنى وبين التعبير الضمني على الإرادة فالأخير موقف إيجابي حتى ولو كان صاحبه صامتاً أما السكوت فوضع سلبي.

المحاضرة الرابعة

الشرط الثاني صحة التراضي :

لكي تتحقق صحة التراضي يجب أن تكون صادرة من ذي أهلية سليمة الإرادة خالية من العيوب
يجب لإتمام العقد أن يكون التراضي موجوداً ولكن وجود التراضي لوحده لا يكفي لإستقرار العقد بصفة نهائية ، وإنما يجب أن يكون التراضي صحيحاً وتتحقق صحة التراضي إذا كانت كل من الإرادتين صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب حال تخلف أحدها أن يكون العقد قابلاً للإبطال وعيوب الإرادة هي الغلط ، والتدليس ، والإكراه ، والاستغلال.

الغلط:-

هو وهم يقوم في ذهن الشخص ، فيصور له الأمر على غير حقيقته والغلط الذي يعيب الإرادة هو تصور المتعاقد أمر على غير حقيقته ويقبل بهذا التصور على التعاقد ولا يتصور أن نجعل العقد قابلاً للأبطال لوقوع الغلط لذلك يجب أن يكون الغلط على درجة من الأهمية تبرر إبطال العقد لذلك لابد من توافر شروط معينة في الغلط الذي يعيب الإرادة.
شروط الغلط الذي يعيب الإرادة :
أولاً : الغلط الجوهري:-
يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ في نظر المتعاقد الذي وقع فيه حدً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط فالعبرة إذ لمعرفة ما إذا كان الغلط جوهرياً بشخص المتعاقد الذي وقع فيه .. والغلط الجوهري الذي يعيب الإرادة قد يكون في صفة جوهرية في الشيء أو في شخص المتعاقد كما قد يكون في القيمة أو في الباعث أو في القانون.

ثانياً : اتصال المتعاقد الآخر بالغلط:

حتى يكون لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد اتصل بالغلط والقول بغير هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات إذا يفاجأ المتعاقد بالأبطال دون أن يكون في استطاعته أن يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر لذلك ذهب رأي إلى أن استقرار التعامل يتطلب أن يكون الغلط مشتركاً أي وقع فيه كل من المتعاقدين ولكن غالبية الفقهاء لم يقبلوا فكرة الغلط المشترك لأن استقرار التعامل لا يتطلب بالضرورة أن يكون الغلط مشتركاً بل يكفي أن يكون الغلط فردياً طالماً أن المتعاقد الآخر كان يعلم بهذا الغلط وترك مع وقع في غلط دون أن ينبهه إلى ذلك.

التدليس :

التدليس هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد.

عناصره:-

أولاً : استعمال طرق احتيالية:

هذا العنصر له جانبان وهما :

(1)الجانب المادي ،وهو الحيل المستعملة التي توهم المغرر به بغير الحقيقة هذه الحيل تأخذ في العمل صوراً مختلفة.

(2)أما الجانب المعنوي فهو نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع فإذا انتفت نيه التضليل فلا تدليس .ويجب أن يكون القصد من التضليل الوصول إلى غرض غير مشروع.

ثانياً : التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

يتوافر هذا العنصر إذا كانت الحيل المستعملة قد بلغت حداً من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد والعبرة في هذا بشخص المتعاقد.

الإكراه :

الإكراه الذي يعيب الإرادة هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد والذي يعيب الإرادة في الإكراه ليس هو الوسائل التي تستعمل في الإكراه وإنما هبه الرهبة التي تولدها هذه الوسائل في النفس.

المحاضرة الخامسة

عناصر الإكراه :

أولاً : استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق التهديد بخطر جسيم محدق.

يتوافر هذا العنصر باستعمال وسائل تهديد المتعاقد أو غيره بخطر جسم محدق بالنفس أو المال كما يتوافر إذا استعمل صاحب الحق حقه للحصول على فائدة غير مشروعة أو إذا استعمل شخص نفوذه الأدبي ليحقق غرضاً غير مشروع .. والإكراه قد يقع على الجسم ، كالضرب أو الحبس وهذا الإكراه الحسي ، وقد يقع على النفس كالتهديد بإيقاع الأذى دون إيقاعه فعلاً وهذا وهو الإكراه النفسي وليس هناك فارق بين الإكراه النفسي فكلاهما يعيب الإرادة إذا ولد في نفس المتعاقد رهبة إلى التعاقد

ثانياً: أن تولد هذه الوسائل رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد

إن الذي يعيب الإرادة ليست هي وسائل الإكراه المستعملة وإنما الرهبة التي تحدثها هذه الوسائل في النفس ويشترط في الرهبة التي تعيب الإرادة أن تكون قائمة على أساس وهي تكون كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطرا جسيماً يهدده هو أو غيره ولمعرفة ما إذا كان الإكراه قد ولد في نفس المتعاقد رهبة تبعث على التعاقد ينظر إلى شخص المتعاقد المكره ، أي أن المعيار شخصي.

ثالثاً : اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه:

يحدث الإكراه عادة من الطرف الآخر في العقد ، وفي هذه الحالة يفسد الإكراه الرضا ويكون العقد قابلاً للإبطال ولكن الإكراه قد يحدث أيضاً من الغير كما لو هدد شخص جاره بالحاق الأذى به إذا لم بيع منزله إلى آخر في هذه الحالة لا يكون الإكراه سبباً لإبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم الإكراه .. قد لا يحدث الإكراه من أحد المتعاقدين أو من الغير ، وإنما تسببه ظروف تهيأت مصادفة لا دخل لأحد فيها فإذا استغل أحد المتعاقدين الرهبة التي ولدتها هذه الظروف في نفس المتعاقد الآخر وحصل منه

على فائدة ما كان ليحصل عليها لولا هذه الظروف فإن الإكراه يتحقق في هذه الحالة.

الاستغلال

الفرق بين الغبن والاستغلال :

الغبن هو عدم التعادل بين ما أخذ المتعاقد وما أعطى ، والعادة أن يتجاوز عدم التعادل حداً معيناً ، لأن من النادر أن يتساوي البدلين تماماً في عقود المعاوضات بل هناك قدر من عدم التعادل لا يؤثر في العقود .أما الاستغلال فهو انتهاز ضعف في المتعاقد الآخر ، والحصول منه على عقد معاوضة فيه غين أو على تبرع.

عناصر الاستغلال :

أولاً : العنصر الموضوعي:

يتحقق هذا العنصر في عقود المعاوضة ، إذا كان هناك اختلال فادح بين الالتزامات المتقابلة فإذا كان بصدد عقد بيع وكانت قيمة المبيع لا تتناسب مطلقاً مع الثمن تحقق الاختلال الفادح بين الالتزامات البائع والتزامات المشتري ولم تضع القوانين حداً لما يعتبر اختلال فادحاً ولذلك فالأمر متروك لتقدير القاضي.. كما أن العبرة في تقدير قيمة الشيء ليست بثمنه في الأسواق وإنما العبرة بقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد .. وطبيعي أن العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت التعاقد فلا يؤثر عليها ما يطرأ بعد ذلك من ارتفاع أو انخفاض في الأسعار

<u>ثانياً : العنصر النفسي:</u>

يتحقق العنصر النفسي إذا كان اختلال التعادل أو عدم وجود المقابل قد جاء

نتيجة استغلال ضعف في المتعاقد الآخر ، وهذا هو الذي يجعل الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة . الضعف الذي يتوافر به العنصر النفسي للاستغلال في حالتين الطيش البين والهوى الجامح لذلك لا يجوز تطبيق نظرية الاستغلال إذا كنا بصدد حالة من حالات الضعف غير هاتين الحالتين.

<u>جزاء الاستغلال :</u>

إذا توافر عنصرا الإستغلال الموضوعي والنفسي كان لمن وقع عليه أن يطلب إبطال العقد أو إنقاض التزاماته .. فإذا طلب المتعاقد الإبطال فإن القاضي قد يجيبه إلى طلبه إذا رأي أن هذا التعاقد ما كان ليبرم العقد لولا الاستغلال ولكن القاضي قد لا يجيبه إلى طلبه ويكتفي بالحكم بإنقاض التزاماته إذا تبين أن المتعاقد كان سيبرم العقد دون استغلال ولكن قبل شروطاً باهظة ما كان ليقبلها لولا الاستغلال .. وقد يرفع المتعاقد المغبون دعوى الانقاص من البداية ففي هذه الحالة لا يكون للقاضي أن يحكم بالأبطال لأن القاضي لا يجوز أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصم وسواء كنا بصدد دعوى إبطال أو إنقاض يجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من وقت إبرام العقد ولا كانت غير مقبولة .

<u>ثانياً: المحل</u>

وهو الركن الثاني من أركان العقد.

محل الالتزام ومحل العقد

أ. محل الالتزام

محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين، والمدين يلتزم إما بإعطاء شيء كنقل الملكية للشيء المبيع، أو ترتيب حق عيني على شيء كالرهن، وأما القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل، أو الامتناع عن عمل كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاولة نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع.

ب. ومحل العقد

هو العملية القانونية، التي يراد تحقيقها من طريق التراضي. وهذه العملية القانونية، تتحقق من طريق جملة الالتزامات الناشئة عن العقد.

ومحل العقد يتنوع بحسب الغايات المتعددة، التي يريد المتعاقدون تحقيقها.

ويشترط في محل العقد، ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب.

ويجب أن يستوفي محل الالتزام، إذا كان شيئاً، الشروط الآتية:

*أن يكون الشيء موجوداً، أو قابلاً للوجود.

*أن يكون داخلاً في التعامل.

*أن يكون معيّناً أو قابلاً للتعيين.

ويجب في محل الالتزام، إذا كان أداء عمل، أو الامتناع عن عمل:

*أن يكون ممكناً.

*أن يكون مشروعاً.

*أن يكون عملاً شخصياً من جانب المدين.

<u>ثالثا:- السبب</u>

وهو الركن الثالث من أركان العقد.

والسبب في العقد، هو الغرض الذي يقصد المتعاقد إلى تحقيقه، أو هو الباعث، الذي حمل المتعاقد على

إبرام العقد. والبواعث التي تحمل الإنسان على إبرام عقد ما، هي بواعث متعددة، ومتنوعة، ومختلفة من عقد إلى أخر، ومن متعاقد إلى آخر. فإذا سألت لماذا اشترى فلان هذا المنزل؟ كانت الإجابة لأنه يريد أن يسكنه، أو يريد استغلاله فندقاً، أو يؤجره ... وهكذا. وسبب العقد، أي سبب العملية القانونية، التي يريد العاقد تحقيقها، هو ما يُعرف بالباعث أو الدافع الفردي، أو الباعث الذاتي. ويجب أن يكون سبب العقد مشروعاً، أي لا يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب، أما السبب في الالتزام: فهو ما يحمل الشخص على الالتزام، وهو واحد في كل نوع من أنواع العقود، ففي البيع مثلاً سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع إليه، وسبب التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو التزام هذا الأخير بدفع الثمن إليه. أيّ أنه في كافة عقود البيع سبب التزام المشتري أو سبب التزام البائع واحد لا يتغير. والسبب في هذا المعنى يشترط فيه شرطاً واحداً وهو أن يكون موجوداً.

وإذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلاً.