العنصر النفسي واثره في انتقاص العقد وتحوله ـ دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي

م.د. كاظم حمادي يوسف الحلفي
كلية القانون- الجامعة المستنصرية

المستخلص

ان البطلان وان كان يعدم العقد كلياً، ويلغي اثاره إلا انه في بعض الحالات، والتي استثناها المشرع حفاظاً على استقرار التعامل تترتب عليه أثار اصلية، وأثار عرضية، وقد فسر ترتيب العقد الباطل لبعض الآثار بأنها لا تترتب على التصرف الباطل نفسه ، وإنما سببها وجود العناصر السلمية المتبقية في العقد ، بمعنى لا يترتب على البطلان الغاء كل أثار العقد في جميع الحالات، وان ترتب هذه الآثار ما هي إلا مجرد تطبيق لفكرة انتقاص العقد، بينما التحول يُعد أثرا من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل كواقعة مادية بحسب قول البعض ، إلا ان الانتقاص على حد قول الأقلية من فقهاء القانون المدني الذين يعتبرون الانتقاص أثرا اصليا يترتب على العقد الباطل باعتباره تصرفا قانونيا . في حين ان تحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل ، وانه قد يتحول الى تصرف اخر، ويُعد هذا التصرف الاخر صحيح عند توافر شروط التحول، وقد يكون هناك مجال في حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل لوحده الى عقد اخر صحيح ،والى جانب ذلك فأنه يشترط ان يكون العقد قابلا للانقسام في حالة الانتقاص لأنه إذا لم يكن كذلك ، فان العقد يبطل وفي هذه الحالة لا يكن هناك محل للانتقاص بل للتحول إذا توافرت شروطه .

كما ان كل من نظريتي الانتقاص والتحول تقومان على فكرة أساسية مؤداها استبقاء العقد الذي أصيب بالبطلان الى اكبر قدر ممكن طالما ان لا يزال متفقا مع اهداف القانون، او مع اغراض المتعاقدين في حالة عدم تعارضهما مع احكام القانون ، ويحصل التداخل بين الفكرتين أيضا من حيث ان كلا منهما يعتمد المعيار الذاتي الذي يطلق للإرادة الفردية حريتها في أبرام التصرفات القانونية، وذلك في التشريعات التي تسودها النزعة الفردية والتشريعات الاخرى التي سارت على هذا النهج .وهنا يتبين اثر العنصر النفسي في اعمال كل من الانتقاص، والتحول، وبما تتجه اليه النية المشتركة للمتعاقدين.

Abstract

The invalidity, even if the contract is executed completely and cancels its effects, except that in some cases that the legislator has excluded in order to preserve the stability of the deal, it has original effects and occasional effects. The arrangement of the invalid contract has interpreted some of the effects as not resulting from the invalid behavior itself, but rather was caused by the presence

of the remaining peaceful elements in The contract, in the sense that the nullity does not entail the cancellation of all traces of the contract in all cases, and that these effects are arranged as nothing more than an application of the idea of diminishing the contract, while the transformation is an accidental effect of the null contract as a material fact, according to some saying, but that the derogation to Minority say only Dons civil law who consider the erosion aralia effect on the contract entails falsehood as a legal act. While the transformation of the contract is the replacement of a valid new contract with an invalid old contract, and it may be converted to another behavior, and this other behavior is correct when the conditions for the transformation are available, and there may be a field in the case of diminishing the transformation of the invalid part by itself into another valid contract, and besides That is, it is required that the contract be divisible in the case of derogation, because if it is not, the contract is voided and in this case there is no place for derogation, but for transformation if its conditions are met.

Also, each of the theories of derogation and transformation are based on a basic idea that maintains the contract that has been nullified as much as possible as long as it is still consistent with the objectives of the law, or with the purposes of the contractors in the event that they do not contradict the provisions of the law, and interference occurs between the two ideas also in that Each of them adopts the self-standard that gives the individual will their freedom to conclude legal actions, in the legislations that prevail in the individual tendency and the other legislations that followed this approach. Here the effect of the psychological element in the actions of each of the derogations and transformations, and what the common intention of the contractors.

المقدمة

اولاً- مدخل تعريفي بموضوع البحث.

ان نظرية انتقاص العقد، وتحوله تجد صداها في العقود الباطلة، سواء كان بطلان العقد بطلاناً كلياً أم جزئياً، فكلاهما من الاثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل، ذلك لأن الاصل في العقود الباطلة انها لا تنتج اثراً، ولا تفيد الحكم اصلاً، ووجودها، والعدم سواء، وبالرغم من هذه النتيجة التي رتبها القانون على العقد الباطل، إلا انه في بعض الاحيان يترتب على هذا العقد بعض الاثار كما سبق القول، ويعترف بها القانون، إذا كانت النية المشتركة للأطراف العقدية قاصدة احداث هذه الاثار، حتى وان لم يعبروا عنها بشكل صريح في العقد.

والآثار العرضية هذه لا تنتج عن العقد باعتباره عقداً صحيحاً بكل اركانه، أو بجزء منها فهو من حيث الواقع القانوني عقداً باطلاً، وإنما باعتباره واقعة مادية، تترتب عليه مثل هذه الآثار(انتقاص العقد وتحوله)، وهذا كله رهن نية المتعاقدين الحقيقية بقصدهم احداث هذه الآثار، وغالباً ما يتم تفسير عبارات العقد وصولاً الى هذه النية التي قصدها

اطراف العقد، وان لم يعبروا عنها بشكل صريح، فيعمد قاضي الموضوع الى احلال نفسه محل اطراف العقد في نفس ظروف التعاقد للكشف عن نية محتملة تتفق وتجسد نيتهما الحقيقية المشتركة في احداث مثل هذه الآثار، بمعنى ان للعنصر النفسي للأطراف التعاقدية دور بارز في الوصول وتتحقق مثل هذه الآثار، و من عدمها ايضاً . وإذا ما سلمنا الى هذه النتيجة، فهل يتوافق القانون العراقي مع القانون الانكليزي محل المقارنة بصدد هذه المسألة، أم ان هناك ثمة فوراق جوهرية بينهما.

ثانيا- اسباب اختيار موضوع البحث.

تتمثل اسباب اختيار موضوع بحثنا، والتي تُعد بالأهمية بمكان تبيان اثر العنصر النفسي في اعمال كل من نظريتي انتقاص العقد، وتحوله، فكلاهما يعدان وسيلة للتعبير عن إرادة الاطراف المتعاقدة، فلابد من تحري النية المشتركة للأطراف في كل منهما، وسوف نورد اسباب بحثنا، كما يأتي:-

١- تحديد طبيعة المعايير التي يستند عليها اعمال انتقاص العقد، وتحوله، اذ ان نظرية انتقاص العقد، وتحوله كغيرها من النظريات، او الافكار القانونية لها معايير تكون الاساس الذي تستند عليه، وهذه المعايير، اما ان تكون معايير ذاتية محورها ارادة المتعاقدين، وأما ان تكون هذه المعايير موضوعية، ومن ثم فأن مجال، او نطاق تطبيقهما يتحقق بتحقق شروط حددها القانون ونظمها في نصوص قانونية .

٢- بيان اثر العنصر النفسي، والمتمثل بقصد ،أو إرادة المتعاقدين، كشرط يتوقف عليه معيار الانتقاص، والتحول، إلا انه يلاحظ ان هذا الشرط يكون غير ذي فائدة في حالات استثنائية اوجب فيها المشرع اعمال الانتقاص، والتحول لاعتبارات معينة تتعلق بالنظام العام، والمصلحة العامة، وكذلك يكون هذا الشرط المتعلق بقصد ، أوإرادة المتعاقدين ليست له فائدة تذكر بالنسبة للتشريعات ذات النزعة الموضوعية.

٣- الوقوف على هدف، وجوهر الانتقاص، والتحول، والتحليل الموضوعي للنظم القانونية التي جاءت بها النظريات التي تناولت تكييف الانتقاص، والتحول، فقد ركزت على وسيلة التعديل احيانا، وأغفلت هدفه، وجوهره الذي يكمن في تصحيح العقد بالرغم ما للوسيلة من دور ثانوي، وقليل الاهمية مقارنة بهدف جوهر الانتقاص، والتحول.

٤- ايجاد دراسة مقارنة بين نظم قانونية مختلفة، فيما يتعلق بموضوع بحثنا، فالدراسات القانونية التي تناولت موضوع بحثنا، مع قلتها لم تتناول اثر العنصر النفسي في اعمال انتقاص العقد، وتحوله بدراسة مقارنة بين التنظيم القانوني العراقي، والتنظيم القانوني الانكليزي، اذ يوجد اختلاف في المنهاج، والادوات، والرؤية القانونية بصدد ذلك.

ثالثاً - نطاق البحث.

يهدف موضوع بحثنا الى تحيد القواعد القانونية التي تناولت اثر العنصر النفسي في انتقاص العقد، وتحوله، ومقارنة هذه القواعد بما يقابلها من نصوص قانونية وسوابق قضائية في القانون الانكليزي، معززين ذلك بالآراء الفقيه التي تناولت موضوع البحث.

رابعاً- الدراسات السابقة لموضوع البحث.

توجد عدة دراسات قانونية فيما يتعلق بموضوع بحثنا، ومن هذه الدراسات، ما يأتي:-

١- استاذنا الدكتور جليل الساعدي:
ـ العنصر النفسي في العقد - دراسة القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد ٢٧، العدد/٢، ٢٠١٢.
ـ الارادة الباطنة في العقد - دراسة في القانون المدني العراقي، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١١.
٢ - د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١.
٣- د. يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد١٦، العدد/٨٥ ، السنة ١٨،٢٠١٣.
٤- د.حازم اكرم صلال الربيعي، اثر الإرادة الباطنة في العقد - دراسة مقارنة بين النظام اللاتيني والانجلوسكسوني" القانونين العراقي والانكليزي انموذجاً"،ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس،لبنان،٢٠١٩.

ومن الجدير بالذكر ان الدراسات القانونية اعلاه، بالرغم من تناولها موضوع بحثنا، إلا اننا قد تناولنا موضوع البحث بمنهج، ورؤية مختلفة تماماً، من حيث التنظيم القانوني، والآراء الفقيه، والتطبيقات القضائية في كل من المنهجين العراقي، والانكليزي، بصدد موضوع البحث، وقد وصلنا الى رؤية مختلفة عن كل الدراسات السابقة.

خامساً - منهجية البحث.

اعتمدنا في موضوع بحثنا منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، والذي يتركز على القانون الانكليزي، وبما يتضمن من احكام قانون العقد، بوصفه مرتكز اساس ، ومقارنته بالقانون المدني العراقي، وبما يتضمن من قواعد عامة نظمت مسألة انتقاص العقد، وتحوله.

المبحث الاول: العنصر النفسي واثره في انتقاص العقد وتحوله في القانون العراقي

العقد الباطل لا ينعقد، ولا يفيد الحكم اصلاً، ومن حيث الاصل لا يترتب عليه اثر، ولكن في حالات معينة قد يترتب على العقد الباطل اثاراً معينة اصلية بوصفه واقعة مادية فيتم تقرير حقوق بشأنه، والتزام بالرد، وحماية مراكز قانونية، ومنها حماية الغير حسن النية، كما هو الحال في عقد الشركة الباطل، والعقد الصوري، كذلك فان العقد الباطل قد يترتب عليه آثار عرضية اخرى، ومنها حالة انتقاص العقد، وحالة تحول العقد، وهنا يكون للعنصر النفسي اثراً بارزاً في تحقق كل منهما، ومن هذا المنطق سنقسم المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول اثر العنصر النفسي في انتقاص العقد، وفي المطلب الثاني اثر العنصر النفسي في تحول العقد.

المطلب الاول: اثر العنصر النفسي في انتقاص العقد

لبيان اثر العنصر النفسي في انتقاص العقد، لابد ابتداءاً من تحديد المقصود بالعنصر النفسي في العقد، ومن ثم بيان المقصود بالانتقاص، وكيف يتحقق، فضلاً عن تمييز انتقاص العقد عما يشتبه به من اوضاع قانونية اخرى، كما ينبغي بيان اثر الارادة في

انتقاص العقد، وماهو اثر القضاء في انتقاص العقد، وسنخصص لكل من هذه المسائل فرعاً مستقلاً ، وكما يأتي:

الفرع الاول: تعريف العنصر النفسي في العقد

يُقصد بالعنصر النفسي في العقد، هو الارادة الباطنة، وهي ارادة كامنة في النفس، وهي الارادة الحقيقية و يؤخذ بالتعبير عنها على انه دليل عليها، ولكنه دليل يقبل اثبات العكس، ويكون للإرادة الباطنة اثر مهم في عملية التفسير، فإذا جاءت عبارات العقد واضحة ظاهرياً، ولكنها متعارضة في الواقع مع الارادة الحقيقية للمتعاقدين، فان وضوحها لا يقف حائلاً من دون تفسير، بل طرحها والبحث عن الارادة الحقيقية(الباطنة)،ويقوم التناقض بين عبارات التعبير الرئيس، وملحقاته من ظروف الواقع فتكشف بذلك عن وجود نية مغايرة واضحة، وعندئذ يتولد الشك في سلامة المعنى الحرفي، وهنا ينبغي على القاضي ان يتحول الى البحث عن هذه النية لأخذ الطرفين بحكمها[١].

وينبغي على قاضي الموضوع، وهو يتقصى الارادة الحقيقية لما في العقد من عبارات غير واضحة، اي ان بألفاظه غموضاً، أو ابهاماً، يتعين استجلاء معانيها عن طريق التفسير، وللقاضي بعض العوامل التي ينبغي له ان يستهدي بها في الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وهي كلها عوامل موضوعية، أو مادية يستطيع الاعتماد عليها من دون حاجة للبحث في دخيلة نفس كل من المتعاقدين، ومنها (طبيعة التعامل، والعرف الجاري في المعاملات، ومقدار الامانة التي يجب ان يتحلى بها كل من المتعاقدين في تبادل ارادتيهما، وطريقة تنفيذ عقد سابق بينهما)، وغير ذلك من العوامل.

وكما ينبغي على قاضي الموضوع وهو بصدد استخلاص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ان لا يفصل احداهما عن الاخرى، بمعنى ان يستخلص النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، لا ان يبحث عن احاهما بمعزل عن الاخر[٢].

اما الارادة المشتركة للمتعاقدين، فالمقصود بها " الاشتراك يعني التقابل والتلاقي، أما الارادة فهي العزم على الامر، والمقصود بالإرادة المشتركة هي ما اتفق عليه المتعاقدان، وتقابلت ارادتيهما الحقيقية بشأنه، فعبرا عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونه[٣].

---

(١) ينظر:د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن،منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٨٥،ص٧٣،ود.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام،ط٣، المجلد١،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان، ٢٠٠٠،ص١٨٨.

(٢) ينظر: د.سليمان مرقس، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر،١٩٥٦،ص٣٢٤ وما بعدها.

(٣) ينظر: د.عبد المجيد الحكيم، وعبدالباقي البكري، و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١، مصادر الالتزام،ط٤، المكتبة القانونية،بغداد،العراق، ٢٠١٠،ص١٥٢.

وهناك من يرى ان الارادة المشتركة، هي ما قصده المتعاقدان من الالفاظ التي استعملاها في التعبير عن ارادتيهما، ويتحقق وجودها من خلال اللجوء الى الارادة الباطنة[١].

ومن الجدير بالذكر ان الارادة المشتركة، أو (النية المشتركة)، هي بمثابة القانون لمن تعاقد، ومن ثم فهي قوام تبرير التفسير. ويستطيع قاضي الموضوع الكشف عن الارادة المشتركة من خلال الظروف المحيطة بالتعاقد، والمُتعلقة بكلا الطرفين، وليس بطرف واحد فقط.

ويذهب الرأي الراجح من انصار النظرية الذاتية في التفسير، بان البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مسألة واقع يستقل به قاضي الموضوع، إلا من حيث التسبيب فهي مسألة قانون، ويهتدي القاضي للكشف عن هذه النية بعوامل مختلفة منها(طبيعة التعامل، والثقة المشروعة بين المتعاقدين، ووفقاً للعرف الجاري)، وكذلك من العوامل الداخلية ما يفسر بها القاضي عبارات العقد، ومصدرها العقد ذاته[٢].

الفرع الثاني: تعريف انتقاص العقد وشروطه وتمييزه عن الاوضاع المشابه

هنا لابد من تعريف انتقاص العقد، وبيان شروط تطبيقه، ومن ثم تمييزه عن الاوضاع القانونية المشابهة، وكما يأتي:

المقصد الاول ـ تعريف انتقاص العقد:

هناك عدة تعريفات لانتقاص العقد كلها تدور حول معنى واحد، وهو بقاء العقد بعناصره الصحيحة باعتباره عقداً مستقلاً عن الجزء الباطل من العقد، الذي يبطل وحده. فيرى جانب من الفقه ان انتقاص العقد، هو" زوال الشق الباطل من العقد، وبقاء الشق الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً، طالما امكن قيام هذا العقد المستقل "[٣].

فالتصرف القانوني الاصلي إذا لم يكن باطلاً بأكمله، بل في شق منه، وكان التصرف قابلاً للأقسام، فسوف ينتقص التصرف، فيزول الشق الباطل، ويبقى الشق الصحيح، طالما كان بالإمكان اعمال هذا الشق، إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، فهنا يبطل العقد بكامله، مثال ذلك بيع شيء لا يجوز التعامل فيه وشيء يجوز التعامل فيه بعقد واحد، فالبيع باطل بالنسبة للشيء الذي لا يجوز التعامل به، وصحيح بالنسبة للشيء الاخر، ويدفع المشتري ما يقابل هذا الشيء من الثمن المتفق عليه مع البائع، إلا إذا اثبت من يطعن في البيع كله ان العقد ما كان ليتم في الشيء الذي يجوز التعامل فيه من دون الاخر، ففي هذه الحالة يبطل البيع كله، ومثال ذلك قسمة

---

(١) ينظر:د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،ط٣،المجلد١،مرجع سابق،ص٦٧٩.ود.عبدالحكم فودة،تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن،مرجع سابق،ص٤٠٥.

(٢) ينظر: د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،ط٣،المجلد١،مرجع سابق،ص١٨٩،هامش رقم ٣.

(٣) ينظر: د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، ج١، انعقاد العقد، الشركة الاهلية، بغداد، العراق، ١٩٦٧، ص٤٨٢ وما بعدها.

اعيان بعضها موقوف، وبعضها مملوك، فتقع القسمة باطلة بالنسبة للموقوف، وتبقى صحيحة بالنسية للملوك، إلا إذا اثبت من يطعن في القسمة كلها انها ما كانت لتتم في المملوك من دون الموقوف، اي ان المال المملوك يوازي حصص بالمال الموقوف قد وزعت على الشركاء على هذا الاساس، فتبطل القسمة كلها[١].

وهناك جانب اخر من الفقه يرى، بان انتقاص العقد، هو " تصحيح العقد ببتر الجزء الباطل منه مع الابقاء على العناصر اللازمة لوجود العقد، على ان لا يكون الجزء الباطل من العقد هو الدافع الى التعاقد"[٢].

بموجب التعريف سابق الذكر، فالانتقاص ماهو إلا انقاذ العقد من البطلان عن طريق استبعاد الجزء الباطل منه، ومن ثم تجنب مد البطلان الى اجزاء العقد الباقية، إلا ان ذلك يعتمد على عدم جوهرية الجزء الباطل ، فإذا اتجهت النية المتعاقدين المشتركة، أو احدهما الى ان الجزء الباطل من العقد ما كان ليتم بدونه، عندها لا يمكن انتقاص العقد، وانقاذه من البطلان الذي يهدده، ومن ثم فلا يمكن تصحيح العقد الباطل، إذا اثبت من يدعي البطلان الكلي بان الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد، وفي جميع الاحوال يجب ان يتضمن الجزء المتبقي من العقد(اي الاجزاء الصحيحة غير الباطلة) العناصر اللازمة لوجود العقد، من جهة اخرى، ينبغي ان لا يؤدي قطع جزء من العقد الى تغيير في وصفه القانوني، بمعنى ان لا يؤدي الى تغيير في نوعه وطبيعته، فإذا كان العقد بعد بتر الجزء الباطل منه قد اصبح نوعاً اخر غير الذي كان ينتمي اليه قبل البتر فعندها لا نكون امام تصحيح للعقد بانتقاصه، وانما نكون امام تحول للعقد الباطل الى عقد اخر، كما سنرى لاحقاً.

وقد نص المشرع العراقي بموجب المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي النافذ، على مسألة انتقاص العقد، والتي نصت على انه" إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً".

المقصد الثاني ـ شروط تطبيق انتقاص العقد:

ويشترط في تطبيق انتقاص العقد، توافر نوعين من الشروط، احدهما شروط موضوعية، والاخرى شروط ذاتية، أو شخصية، ونتناول بيان كل منها، على النحو الاتي:

اولاً- الشروط الموضوعية:

وهي شروط تتعلق بطبيعة الجزء نفسه الذي وقع باطلاً، فمتى كانت طبيعة المحل مما تقبل الانقسام مادياً، فان ذلك يعني انقسام التصرف القانوني، ومن دون ان يشكل ذلك اخلالاً بوحدته القانونية، ويكون كذلك متى ما امكن الانقسام من دون ان تفوت المنفعة المقصودة

---

(١) ينظر: المرجع نفسه،ص٤٨٣.

(٢) ينظر: د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد ـ دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر،٢٠١٠،ص٢٤٥.

من العقد على الرغم من تجزئته، وفي هذا الفرض يمكن اعمال الانتقاص، وتحقق الغرض من وصفه، وبما يتفق مع العنصر النفسي المتمثل بنية، أو ارادة الاطراف المتعاقدة[١].

وكما ينبغي ان يكون التصرف القانوني الى جانب قابليته للانقسام المادي قابليته للانقسام القانوني، بمعنى ان يكون من حيث طبيعته القانونية قابل للانقسام ايضاً، إذ يتعذر تحقق الانتقاص إذا لم يكن التصرف قابل للانقسام القانوني، ومثال ذلك القسمة الرضائية التي تقع بين الشركاء المتقاسمين، وكان من بينهم محجور، أو عديم الاهلية ، من دون حضور نائبه القانوني، أو من دون موافقة مدير رعاية القاصرين، أو وجود شريك غائب مما يترتب على ذلك بطلان القسمة بالنسبة للشركاء جميعاً، وليس فقط بالنسبة لعديم الاهلية، أو المحجور[٢].

ثانياً- الشروط الذاتية،أو الشخصية:

بتحقق هذه الشروط يبرز اثر العنصر النفسي لتطبيق الانتقاص، حيث تذهب غالبية التشريعات الى اشتراط نية، أو ارادة المتعاقدين لأعمال اثر البطلان الجزئي، وعلى هذه الارادة(العنصر النفسي) يتوقف تحديد مدى البطلان بالنسبة للعقد الباطل جزئياً، أذ ان قابلية الانقسام ، والتجزئة مادياً، وقانونياً لا يعني اعمال الانتقاص مباشرةً مالم يتم الرجوع الى ارادة الاطراف المتعاقدة ايضاً، وفيما إذا كانت سترضى بالإبقاء على العقد بعد انقاصه ام لا، لأن العقد ايضاً ينبغي ان يكون قابلاً للانقسام الشخصي، وهو ما يتوقف على العنصر النفسي للأطراف المتعاقدة، بتقرير مصير العقد سواء بالإبقاء على الجزء الصحيح منه بعد ازالة الجزء الباطل، أو بطلان العقد ككل إذا تبين ان نية المتعاقدين(العنصر النفسي) ما كانت سترضى بالعقد من دون الجزء الذي وقع باطلاً[٣].

ومن الجدير بالذكر ان نظرية انتقاص العقد تمتد جذورها في الفقه الاسلامي، فيقرر فقهاء الشريعة الاسلامية صراحةً نظرية انتقاص العقد، فابن نجيم الحنفي يقول في هذا المعنى، انه" إذا سمي للمهر ما يحل وما يحرم كأن تزوجها على عشرة دراهم ودن من الخمر، فلها العشرة ويبطل الخمر"[٤].وبموجب هذا لتفصيل الدقيق للفقه الاسلامي بتجزئة المحل لبطلان جزء منه، وهدر هذا الجزء الباطل ، وبقاء الجزء الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً، إنما هو تفصيل دقيق ينسجم فعلاً مع مضمون انتقاص العقد، بقصد الابقاء على العقود وتفعيل اثرها قدر الامكان.

---

(١) وهذا ما نصت عليه المادة(٣٣٦) من القانون المدني العراقي، على انه" يكون الالتزام غير قابل للانقسام: ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم.٢- إذا تبين من الغرض الذي يرمي اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك".

(٢) وهذا ما نصت عليه " الفقرة اولاً من المادة(١٠٧١)" من القانون المدني العراقي، على انه" ١- للشركاء إذا لم يكن بينهم محجور ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها". وايضاً ينظر:د.غني حسون طه،ومحمد طه البشير،الحقوق العينية الاصلية،ج١،المكتبة القانونية،بغداد،العراق،ص١١٩.

(٣) ينظر:د.ندى عبدالكاظم حسين، اثار بطلان العقد - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧،ص٨٤.

(٤) ينظر:د.عبدالمجيد الحكيم،وعبدالباقي البكري،ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١،مصادر الالتزام،مرجع سابق، ص١٢٦ وما بعدها.

ومما تقدم ذكره، يمكننا ان نضع تعريفاً لانتقاص العقد ،على انه " اثراً عرضياً ينتج عن العقد الباطل بجزء منه والذي يخص ركن المحل، فيزول هذا الجزء الباطل، ويبقى الجزء الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً، مالم يتبين ان الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد فهنا يبطل العقد ككل".

المقصد الثالث ـ تمييز انتقاص العقد عن الاوضاع المشابهة

قد يشتبه انتقاص العقد مع بعض الاوضاع القانونية القائمة المقاربة، كتحول العقد، وقد يصعب التمييز لدى البعض من الفقهاء بين انتقاص العقد، وحالة قائمة بذاتها ، وهي اقتران العقد بشرط باطل، فيجعلون من الاخيرة مثالاً للأولى[١]. وبالرغم ان هناك فارق جوهري بينهما، ولا يمكن بأي حال من الاحوال التشبيه بينهما. وبالنسبة للتمييز بين انتقاص العقد، وتحوله سنبحثه عند تناول دراسة التحول فيما بعد، وسنقتصر هنا بحث التمييز بين انتقاص العقد، وحالة اقتران العقد بشرط باطل.

ان مسألة انتقاص العقد، وكما سبق ذكره، إنما تتحقق بوجود عقد يجمع بين دفتيه البطلان، والصحة في آن واحد، بمعنى ان العقد صحيح في شق منه، وباطل في شق اخر، والبطلان الذي يعتري العقد في الانتقاص إنما يصيب ركن من اركان العقد، وهو المحل، ويصيب البطلان جزءاً منه، وليس كل المحل، لأن ركن المحل إذا شابه العيب كاملاً سيتعذر اعمال الانتقاص، فيكون العقد باطلاً بالكامل، وسيكون مدار البحث في التحول ان امكن اعماله هو الواجب في هذا الفرض، ونعتقد انه يتعذر اعمال الانتقاص إذا كان البطلان في السبب، أو التراضي، لأنه من غير التصور تحقق بطلان جزئي في اي منهما، بخلاف ركن المحل الذي يقبل البطلان الجزئي كما سنرى فيما يأتي.

فالانتقاص يتحقق في العقد الذي يكون في شق منه باطل، لذا فهو ابتداءاً يتضمن خلل بركن المحل منذ النشوء، فينتقص هذا الجزء الباطل ويزول، ويبقى الباقي من العقد باعتباره عقداً صحيحاً مستقلاً قائما بذاته، طالما ان نية المتعاقدين اتجهت الى ذلك، وهذا ما يبتغيه اعمال الاثر الفعال للعقد قد الامكان، هذا مالم يكن الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد، ولا يمكن ان يكون له اثار من دونه، ففي هذا الفرض يبطل العقد بالكامل، وقد اشارت المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي، صراحةً الى ذلك. ومن الامثلة العملية على ذلك، هي الاتفاق على المهايأة في الشيوع اكثر من خمس سنوات، فمحل العقد، وهو الانتفاع لمدة اكثر من خمس سنوات، إنما هو في جزء منه باطل، وهو القدر الزائد عن الحد المسموح به قانوناً، وهو خمس سنوات، ولكن في الوقت نفسه فأن هناك جزء صحيح، وموافق للقانون، وهو القدر المحدد بخمس سنوات، لذلك فيتم انتقاص العقد بحدود هذه المدة.

أما بالنسبة للعقد الذي يقترن بشرط باطل[٢]:

---

(١) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم،وعبدالباقي البكري،ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢،مرجع سابق،ص١٢٥، ود.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق، ص٢٤٦.

(٢) يميز فقهاء الشريعة الاسلامية بين نوعين من انواع الشرط الجعلي (الارادي)،وهما الشرط التعليقي، والشرط الذي يقترن به العقد، فالشرط التعليقي " هو الشرط الذي يتوقف عليه مصير اصل العقد ذاته بقاء ، أو انقضاء ، كالعقد المتعلق على شرط فاسخ، أو شرط واقف، أما الشرط المقترن بالعقد " هو الذي لا يؤثر على اصل العقد

فالمقصود به" ذلك الوصف الذي يلحق بالعقد الصحيح، والقائم ابتداءاً ،بمعنى ان اركان العقد صحيحة، ولا يتخللها ثمة خلل، ولكن يضع المتعاقدان شرطاً يقترن به العقد قد يؤثر على وجود الالتزام، أو زواله[١]،ويكون هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام، أو الآداب العامة، فيبطل الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحاً، لأن الشرط هذا لم يدخل في ماهية العقد، وتكوينه، ولم يكن جزءً من نظامه الداخلي، وان اقترن به لاحقاً بعد نشؤه، أو عند تكوينه[٢]، في حين ان البطلان المتحقق في الانتقاص يكون داخلاً في تكوين العقد ابتداءاً ،أو جزءً منه.

ومن الامثلة العملية على العقد الذي يقترن بشرط باطل، ان يبيع شخص سيارته الى شخص اخر، ويشترط عليه ان لا يضع فيها إلا وقود المحسن، فهذا شرط باطل لأنه يقيد حرية المالك بما يملك من دون ان يكن له باعث مشروع، فيكون العقد صحيح، ولكن الشرط باطل، فيبطل الشرط وحده.

وقد نظم المشرع العراقي، أحكام الشرط التعليقي، سواء أكان شرطاً واقفاً، أم شرطا فاسخاً، بأحكام خاصة ضمن اوصاف الالتزام بموجب المواد(١٨٦ـ ٢٩٠) من القانون المدني العراقي، أما بالنسبة لأحكام الشرط الذي يقترن بالعقد كشرط تأكيد مقتضى العقد، فقد نظمه المشرع العراقي، ضمن احكام محل العقد بموجب المادة(١٣٢١) من القانون نفسه، ويبدو ان هذا ما جعل البعض من الفقه يتجهون الى ان الشرط الباطل الذي يقترن به العقد هو تطبيق لحالة انتقاص العقد، إذا لم يكن هو الباعث الدافع اليه، فيبطل الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحاً، أما إذا كان الشرط المقترن بالعقد هو الباعث الدافع اليه، ففي هذه الحالة يرتقي الشرط الى مصاف السبب في النظرية الحديثة، فيبطل الشرط، والعقد، كعقد استئجار منزل المقترن بشرط استخدام المنزل للعب القمار، ومثل هذا العقد إذا كان صحيحاً حسب النظرية التقليدية، غير انه باطل حسب النظرية الحديثة للسبب، لأن التزام المؤجر، وان كان بتمكين المستأجر بالانتفاع بالمأجور طيلة فترة الايجار، غير ان العقد اقترن بشرط غير مشروع، وضعه المستأجر في العقد إذ خصص الانتفاع فيه بلعب القمار، وهذا شرط غير مشروع، وكان هو الدافع الى التعاقد، ومن ثم يبطل العقد بأكمله.

الفرع الثاني: اثر الارادة في انتقاص العقد

بقاءً، أو زوالاً، ولا على اثاره الاصلية، وإنما يؤثر على الاثار الفرعية، كالشرط الجزائي الذي يضعه المتعاقد بتقدير التعويض ابتداءاً عند عدو التنفيذ ، أو التأخر فيه. والشرط الباطل قد يكون مقترن بالعقد، فيبطل الشرط ، ويبقى العقد، لأنه والعدم سواء، للمزيد من التفصيل، ينظر: د.مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد،ج١،المكتبة القانونية،بغداد،العراق،ص٢٥٠ وما بعدها.

(١) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم،وعبدالباقي البكري،ومحمد طه البشير،احكام الالتزام،ج١، مرجع سابق،ص١٥٨.

(٢) يُقصد بالشرط " هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجاً عن حقيقته، أو ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء، للمزيد من التفصيل ، ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم،وعبدالباقي البكري،ومحمد طه البشير،احكام الالتزام،ج٢، المكتبة القانونية،بغداد، العراق، ٢٠١٠،ص ١٥٧.

يكون لإرادة المتعاقدين اثر فعال في مسألة انتقاص العقد، فتعد شرطاً اساسياً فيه، فلا يمكن انتقاص العقد إلا إذا تبين ان إرادة المتعاقدين، قد اتجهت الى الانتقاص كتصحيح للعقد، أما إذا تبين ان إرادة المتعاقدين ،أو احدهما اتجهت نحو البطلان، فعندها يحكم ببطلان العقد[١].

ويتبين اثر الإرادة في انتقاص العقد، من حيث اعتبار المحل ظرفاً شخصياً واقعياً متغيراً، تحدده إرادة الاطراف المتعاقدة ذاتها، فهو لا ينسب اليه وظيفة قانونية في تكوين العقد، وعلى ذلك فأنه لا يكون عنصراً قانونياً يتضمنه التعبير عن الإرادة، فالالتزام العقدي لا يستلزم محلاً مستقلاً عن مصدره، ومختلفاً عنه، لذا ينبغي البحث عنه في العنصر النفسي(نية، أو إرادة اطراف العقد)، من دون تحديد قانوني سابق يفرض عليه[٢]. على ان لا يفهم من ذلك ان الإرادة مطلقة في ما يتعلق بالمحل، بل ينبغي ان يكون ذلك بما يتفق والنظام العام، والقانون.

ومن الجدير بالذكر ان المتعاقدين لو علما ببطلان جزء من التصرف الاصلي ما قبلا به، فهناك إرادة واقعية انصرفت الى التصرف الاصلي بأكمله، وهناك إرادة قانونية تتفق مع الغرض القانوني للتصرف الذي اقدم عليه المتعاقدان[٣]، فتتوافق مع الحد الذي يسمح به القانون، وهذا ما يجعل من الانتقاص مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين بإزالة الشق الذي وقع باطلاً، بما يتفق مع الاثر الفعال للعقد[٤]. غير انه إذا تبين ان نية المتعاقدين انصرفت للإبقاء على الشق الذي وقع باطلاً، بمعنى انه هو الدافع الى التعاقد، عندئذ سيبطل العقد بكامله، ولا يقتصر البطلان على الشق الذي وقع باطلاً ابتداءاً[٥].

ومما تقدم ذكره، يتبين انه بالرغم من وضوح هذا الاستدلال القانوني للحل الذي يفرضه المعيار القصدي(العنصر النفسي في العقد) لانتقاص العقد، غير انه في بعض الحالات لا يُعد حلاً حتمياً، بل هو حل احتياطي لا يتقرر إلا إذا لم يوجد نص خاص يقرر حكماً مخالفاً، فقد يقرر القانون، وبنصوص خاصة نادرة استبعاد الشق الباطل من العقد، وان كان هو الدافع الى التعاقد، لذا والحالة هذه فلا يعول على الارادة الحقيقية للمتعاقدين بتحقق الانتقاص، وإنما بتطبيق نص القانون بتحقيق الغاية التي قصدها المشرع بحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، عن طريق استبعاد الجزء الذي وقع باطلاً لمخالفته النظام العام، فيبقى العقد صحيحاً، ويبطل الجزء الباطل وحده حتى وان كان هو الدافع الى التعاقد، تطبيقاً لقاعدة تصحيح العقود قدر الامكان، ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة(٤) من

---

(١) ينظر: د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد ـ دراسة مقارنة، مرجع سابق،ص٢٤٣.

(٢) ينظر: استاذنا د.جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد ــ دراسة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون ـ جامعة بغداد، المجلد٣٧، العدد٢، ٢٠١٢، ص ٧٣.

(٣) ينظر: د.عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية،١٩٨٨،ص١٥١.

(٤) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٤٨٣.

(٥) ينظر: د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد ـ دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص٢٤٨.

قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل[١]، والمتعلقة بتحديد زيادة الاجرة بنسب معينة لا يجوز تجاوزها، ويُعد هذا الحكم من النظام العام، اذ ورد النص فيه قاعدة آمرة، وكل اتفاق على خلافه يُعد باطلاً حتى، وان كان هو الدافع الى التعاقد، وبناءً على ذلك يُعد الاتفاق على نسب اعلى من النسب المقررة قانوناً باطلاً، اذ تخفض الى الحد القانوني ، ويستبعد الجزء الزائد عن ذلك الحد، ويبقى عقد الايجار قائماً بالرغم من اتجاه إرادة المؤجر الى ابرام العقد بأكثر من النسب المحددة قانوناً، وانه ما كان ليبرم العقد إلا على وفق ذلك، فالتقييد القانوني للأجرة يُعد امراً متعلقاً بالنظام العام، وان انقاصها الى الحد المقرر قانوناً يؤدي الى تحقيق الهدف الذي اراده المشرع من وراء هذا التحديد، لأن الاخذ بالمعيار القصدي(العنصر النفسي في العقد) سيقضي على الغاية التي من اجلها تدخل المشرع، ووضع حداً اقصى للأجرة[٢].

كذلك الامر إذا تم الاتفاق على عدم جواز انهاء عقد الإيجار إلا بعد مضي مدة ٥٠ سنة، فأنه يمكن لأي من الطرفين انهاء العقد بعد مرور ثلاثين سنة استناداً لنص المادة(٧٤٠/اولاً) من القانون المدني العراقي[٣]، اذ اعطت الحق لأي من الطرفين انهاء العقد بعد مرور هذه المدة بمراعاة مواعيد الاخطار الواردة في المادة(٧٤١) من القانون نفسه، ويكون باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، وان كان هو الدافع الى التعاقد، لذا فأن انقاص المدة المتفق عليها الى القدر المحدد قانوناً هو تطبيقاً لانتقاص العقد، ولا يعول على إرادة المتعاقدين بعدم جواز انهاء العقد إلا بمضي مدة تزيد على المدة المقررة قانوناً، حتى وان كانت هذه المدة هي الدافع الى التعاقد[٤].

الفرع الثالث: اثر القضاء في انتقاص العقد

ان لقاضي الموضوع اثر في اعمال نظرية انتقاص العقد لا يرقى الى اثره في اعمال نظرية تحول العقد، ومع ذلك فإن دور القاضي في انتقاص العقد يختلف بحسب طبيعة رؤية المشرع الى الجزء الباطل من العقد، فقد يقرر المشرع استبعاد هذا الجزء حتى وان كان هو الدافع الى التعاقد، وتارةً يجعل المشرع مصير العقد تبعاً للجزء الباطل إذا كان هو الدافع الى التعاقد، ومن ثم فيبطل العقد بكامله.

---

(١) فتنص المادة(٤) من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه" ١- لا تزيد الاجرة السنوية للعقارات المشمولة بأحكام القانون على النسبتين الاتيتين:- أ - (٥ %) خمس من المئة من القيمة الكلية في العقارات، أو الشقق المعدة للسكنى المؤجرة لهذا الغرض. ب - (٧ %) سبع من المئة من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المؤجرة على شكل غرف للسكنى ... الخ) وقد استثنى من التطبيق هذا الحكم بموجب الفقرة ثالثاً من نفس المادة العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثاً، واكتمل بناؤها ف ١٩٩٨/١/١، أو بعده.

(٢) ينظر: د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٣) فتنص المادة(٧٤٠/ اولاً) من القانون المدني العراقي، على انه" إذا عقد الايجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبداً جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناءً على طلب احد المتعاقدين، مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية، ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

(٤) ينظر: د.سعيد مبارك ود.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع - الايجار - المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد، العراق،ص٢٤٩.

وبموجب الحالة الاولى فإن مضمون انتقاص العقد بالأصل هو استبعاد الجزء الباطل منه، سواء اراد المتعاقدان ذلك أم لا ، لأن استبعاد ذلك الجزء في هذه الحالة يهدف الى تحقيق الاهداف التي اراد المشرع تحقيقها من القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها، فالقانون يقرر وجوب استبعاد الجزء الباطل، للإبقاء على العقد قائماً بعد ازالة البطلان عنه، ومن ثم يكون العقد صحيحاً وموافقاً للنظام العام، بعد ان يوصف بالعقد الباطل، ولكن للأثر العرضي الذي يترتب على مثل هذا العقد امكن الابقاء عليه، بعد ازالة الجزء الباطل، لذا يتجه البعض الى ان استبعاد الجزء الباطل يكون وجوبياً، لأنه يؤدي الى تحقيق ما يهدف اليه المشرع، فالمعيار القصدي يُستبعد هنا لأن اعماله قد يؤدي الى انعدام العقد عندما تتجه إرادة المتعاقدين الى البطلان الكلي للعقد بدلاً من استبعاد الجزء الباطل، وهذا ما يحول من دون تحقيق الاهداف التي قصد المشرع الوصول اليها من تنظيم القاعدة القانونية التي تحمي النظام العام، ومن ثم ينبغي استبعاد الجزء الباطل بغض النظر عما تتجه اليه إرادة المتعاقدين، فعندهم ان عمل قاضي الموضوع هنا ليس تعديلاً للعقد، لأن الاخير لا يكون إلا في العقود الصحيحة لإعادة التوازن العقدي بين اطراف العقد، فلا يقع إلا من قبل القاضي، بينما انقاذ العقد من البطلان باستبعاد الجزء الباطل منه يقع بحكم القانون، من دون ان يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، ومن الامثلة العملية على ذلك، الاتفاق بين الاطراف على فائدة تزيد هن الحد المقرر قانوناً(٧ %) فينبغي هنا تخفيض سعر الفائدة الى الحد المقرر قانوناً، وكذلك الاتفاق على المهايأة لمدة تزيد عن خمس سنوات، إذ ينبغي هنا ايضاً التقيد بالمدة المقررة قانوناً، ومن ثم يستبعد الجزء الباطل، ويبقى العقد باعتبار عناصره الصحيحة بغض النظر عما إذا كان الجزء الباطل يُعد هو الدافع الى التعاقد[١]

أما بالنسبة للحالة الثانية، وهي الحالة التي يكون فيها مصير العقد بحسب ما إذا كان الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد من عدمه، ومثاله بيع وقع على مال مملوك وما موقوف، وفي هذه الحالة يكون للشق الذي وقع باطلاً الفصل بتقرير مصير العقد ككل بحسب ما إذا كان هو الدافع الى التعاقد من عدمه، فإذا كان الجزء المتعلق بالوقف وهو الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد بأكمله، ويكون للقاضي عندئذ اثر في تقرير ذلك، ومن خلال تفسير إرادة المتعاقدين، للتوصل الى ما إذا كان الجزء الباطل يُعد هو الدافع الى التعاقد من عدمه، وتقرير مصير العقد على ضوء ذلك، وهذا ما قررته المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي[٢].

المطلب الثاني: اثر العنصر النفسي في تحول العقد

---

(١) ينظر: د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق، ص٢٢٧ وما بعدها.

(٢) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم،وعبدالباقي البكري،ومحمد طه البشير،احكام الالتزام،ج١، مرجع سابق،ص١٢٥،ود.ندى عبدالكاظم حسين،اثار بطلان العقد، مرجع سابق،ص٨٤.

لبيان اثر العنصر النفسي في تحول العقد، لابد ابتداءاً نت توضيح المقصود بالتحول، وتمييزه عن الاوضاع المشابهة، ومن ثم بيان اثر الارادة في تحول العقد، وماهو اثر القضاء في ذلك، وسنخصص لكل من هذه المسائل فرعاً مستقلاً وكما يأتي:

الفرع الاول: تعريف تحول العقد، وتمييزه عن الاوضاع المشابهة

سنعرض هنا تعريف تحول العقد اولاً، ومن ثم تمييز التحول عن الاوضاع القانونية المشابهة ثانياً،وكالاتي:

المقصد الاول ـ تعريف تحول العقد.

لا خلاف في الفقه بان اصل نظرية تحول العقد ترجع الى الفقه الالماني في القرن التاسع عشر، وتُعد من اهم الاثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل، وترمي الى تحول العقد الباطل الذي قصد المتعاقدان ابرامه الى عقد اخر تكون عناصره متوافره بتمامها في حطام ذلك العقد الباطل إذا ثبت ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى هذا العقد الاخر لو علما وقت ابرام العقد ببطلانه، فهي مثلاً تسمح بتحول عقد البيع المحرر في ورقة رسمية إذا ثبت بطلانه لصورية ثمنه الى عقد هبة، لأن الهبة لا يشترط فيها ثمن، ولأن عقد البيع الذي يقع باطلاً وجد بين حطامه الشكل الرسمي اللازم لعقد الهبة، ولأن الاطراف تعاقدا بثمن صوري يغلب فيهما ان نيتهما كانت تتجه الى ابرام عقد الهبة لو علما ان صورية الثمن سينكشف امرها، وان ذلك سيؤدي الى بطلان البيع[١].

وقد نظم المشرع العراقي تحول العقد، في المادة(١٤٠) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على انه" إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد".

ومن الجدير بالذكر ان مسألة تحول العقد موجودة في الفقه الاسلامي ايضاً، إذ الفقيه عبدالرحمن ابن رجب الحلبي يقرر في قواعده انه إذا اعاره شيئاً واشترط عليه العوض صح، وانقلب العقد الى قرض فيملكه بالقبض، وإذا اجره الارض بثلث ما يخرج منها كان اجاره باطلة، وتحول العقد الى مزارعة[٢].

ويمكننا ان نضع تعريفاً لتحول العقد، بأنه " اثراً عرضياً يترتب على العقد الباطل بوصفه واقعة مادية يؤدي الى تحول هذا العقد الباطل الى عقد اخر صحيح بتوافر اركانه، إذا تبين ان نية المتعاقدين انصرفت الى العقد الصحيح".

ولتحقق تحول العقد الباطل فلابد من توافر ثلاث شروط ، وهي كما يأتي:

١ـ بطلان التصرف الاصلي. ٢ـ ان يتضمن التصرف الاصلي عناصر تصرف اخر.

٣ـ انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الاخر.

وسنعرض لهذه الشروط تباعاً، وكالاتي:

---

(١) ينظر: د.سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر المصرية، القاهرة، مصر،١٩٥٦،ص٣٠٨، ود.عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٤٧٩.

(٢) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم،وعبدالباقي البكري،ومحمد طه البشير،احكام الالتزام،ج٢، مرجع سابق،ص١٢٦.

١- بطلان التصرف الاصلي:

إذ لو كان التصرف الاصلي صحيحاً لما امكن تحقق التحول. وهنا ينبغي ان يكون التصرف الاصلي باطل بطلاناً مطلقاً، وليس بطلان جزئياً، أما إذا كان التصرف الاصلي صحيحاً فلا يتحول الى تصرف اخر حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الاخر، فالهبة الصحيحة التي تتضمن عناصر الوصية، لا تتحول الى وصية، ولو تبين ان كلاً من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة[١].

٢- ان يتضمن التصرف الاصلي عناصر تصرف اخر:

ينبغي ان يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر العقد الاخر الذي يحل محله، فلا يجوز بأي حال استكمالها بعنصر جديد يلتمس خارج نطاق العقد الاصلي، فإذا باع شخص سيارة اخيه، وابطل البيع لوروده على ملك الغير، فلا يملك قاضي الموضوع ان يحول العقد من بيع سيارة الاخ الى بيع سيارة البائع نفسه، ولو كانت السيارتان متماثلتين، وذلك لأن سيارة البائع باعتبارها محلا لعقد البيع لم تكن من عناصر العقد الاصلي، فهي محل اجنبي عنه، فلا يجوز ان يتخذ منها محل للعقد الجديد الذي يراد اقامته محل ذلك العقد الاصلي الباطل[٢].

٣- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الاخر:

يُعد هذا الشرط نقطة ارتكاز وجوهر عملية التحول، فضلاً عن بيان اثر العنصر النفسي في التحول، إذ ينبغي ان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت وقت ابرام العقد الاصلي تنصرف الى الارتباط بالعقد الاخر لو انهما تبينا ما بالعقد الاصلي من اسباب البطلان، ومن اجل الوصول الى ذلك يستعين قاضي الموضوع بكل القرائن القضائية الممكنة، فيمكن ان يستخلص من سكوت المتعاقدين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره ومن استمرار تنفيذهما العقد الاصلي بعد ذلك مدة ما ان نيتهما المحتملة كانت تنصرف الى التحول، ولو نازع احدهما في ذلك بعدئذ[٣].

فيكون هنا للإرادة المحتملة الاثر البارز في تحقق التحول من العقد الباطل الى العقد الصحيح، فهي إرادة في جوهرها ناشئة من اتجاهاً اصلياً الى غرض قانوني اصلي، وتظهر في حالة بطلان الارادة الاصلية، ومن ثم عدم تحقق العقد الاصلي، ليتحقق بها العقد الاخر[٤].

ومن التطبيقات العملية التي نظمها القانون المدني العراقي في هذا المضمون، وعلى سبيل المثال ما قررته المادة(١٣٣٣) منه، على ان (بيع الوفاء يُعد رهناً حيازياً)[٥].

---

(١) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم، نظرية العقد، مرجع سابق،ص٤٨١.

(٢) ينظر: د.سليمان مرقس، نظرية العقد، مرجع سابق،ص٣١٠.

(٣) ينظر: المرجع نفسه، ص٣١١.

(٤) ينظر: د.عبدالفتاح حجازي محمد حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، مرجع سابق، ١٦٠.

(٥) بيع الوفاء " هو ان يشترط فيه متى رد البائع الثمن الى المشتري رد المشتري اليه المبيع". لمزيد من التفصيل، ينظر: د.غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ص٥١٩.

فالنص يعد بيع الوفاء رهناً حيازياً، وذلك لأن المتعاقدين، وان سماه بالبيع، إلا ان ارادتيهما المشتركة قد انصرفت الى الرهن والاستيثاق بالدين، فالعقد وان تم بلفظ البيع إلا انه في حقيقته رهن حيازي، فالإرادة وان اتجهت الى احداث غرض قانوني اصلي(نقل الملكية) وهو باطل في المثال السابق، فان ذلك لا يمنع من وجود إرادة محتملة لأحداث غرض قانوني اخر(الاستيثاق بالدين) وهذا الاحتمال يكون صحيحاً، وهو ما قصده المتعاقدان في عقدهما، نظراً لوجود إرادة محتملة متجهة الى هذا الغرض القانوني الاخر.

ومن الجدير بالذكر ان حالة العقد الناقل لملكية عقار الذي لم يستوفِ الشكل القانوني المطلوب، لا تنطبق عليه نظرية تحول العقد، فمن حيث الاصل، العقد الذي لم يستوفِ الشكل القانوني بنقل ملكية العقار لا ينعقد بحسب نص المادة(١١٢٦/ ثانياً) من القانون المدني العراقي، وهو عقد باطل بدلالة المادة(١٣٧/ ثالثاً) والشكل هنا يُعد ركناً في العقد، وليس وصفاً يضاف الى احد الاركان، فهنا لا تُغني عنه الإرادة شيئاً، بالرغم من انه ليس كافياً مالم يقترن بإرادة المتعاقدين، وهنا نحن ليس مع توجه المشرع العراقي بإيراد الجزاء المتعلق بتخلف الشكل بذات الفقرة المخصصة للجزاء المترتب على خلل احد الاوصاف، فالمشرع بهذه الفقرة نعتقد انه لم يميز بين الشكلية المقررة للانعقاد ، ومن ثم تُعد الشكلية هنا ركناً في العقد، وبين الاشهار بالتسجيل وهو شرط تعليق بعض اثار العقد بالرغم ان مشرعنا الموقر لم يأخذ بالإشهار واكتفى بالشكلية في التصرفات الواردة على العقار، ويختلف جزاء تخلف كل منهما عن الاخر، فتخلف الشكل في العقد الشكلي يحول من دون انعقاده، ولا يترتب عليه اي اثر، فيكون العقد غير موجود حتى مع الاقرار، أو اليمين، أما جزاء تخلف الاشهار فلا يؤثر في وجود التصرف، وإنما يعطل بعض اثاره فقط، فلا يكون المشتري مالكاً فعلاً للمبيع إلا إذا سجل عقده، ويمكن ان يتحقق له ذلك بحكم قضائي[١]، لذلك فالشكل الواجب لانعقاد التصرف يُعد ركناً في العقد، ومن ثم لا يلحق بالوصف لأنه خارج عن الماهية، وإنما يُعد من عناصر التكوين، والاثر الذي يترتب على تخلفه هو البطلان.

ومع ذلك فان العقد الباطل سيرتب اثراً اصلياً باعتباره عقداً صحيحاً، ويكون استثناءً سبباً صحيحاً، وكافياً للتمليك إذا تمت المساكنة، أو احداث بناء، أو غرس مغروسات، وذلك بدلالة نص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل(١١٩٨) المعدل. إذ يرى بعض من الفقه، أن العقد الباطل يمكن ان يرتب اثراً اصلياً كما لو كان عقداً صحيحاً، وذلك حماية للوضع الظاهر، والثقة المشروعة في التعاملات، ومن ذلك عقد الشركة الباطل، والعقد الصوري[٢].بينما هناك من يرى ان العقد الباطل لا يمكن بأي حال من الاحوال ان يرتب

---

(١) ينظر: د.سليمان مرقس، نظرية العقد، ص٦٦ وما بعدها، ود.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١، النظرية العامة، ،مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر،٢٠٠٤، ص١٢٧. و د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، مصادر الالتزام،ج١، مرجع سابق،ص٣١.

(٢) ينظر: د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١،المرجع السابق،ص٤١٥،و د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، مصادر الالتزام،ج١، المرجع السابق،ص١٢٤.

اثراً اصلياً كتصرف قانوني، لأنه لا وجود قانوني له، وان اي اثر يترتب لا يكون إلا بوصفه واقعة مادية وليس عقداً[١].

وكما ان للقضاء العراقي عدة قرارات بصدد التعهد الخارجي بنقل ملكية العقار وقضت بانه باطلاً لعدم استيفائه الشكل القانوني، وان المطالبة القضائية ينبغي ان تكون بالفرق بين البدلين بين قيمة العقار المعينة بالتعهد، وبين قيمته عند النكول، وفقاً لأحكام القرار ١١٩٨المعدل[٢].

المقصد الثاني ـ تمييز تحول العقد عن الاوضاع المشابهة

وسنعرض هنا لتمييز بين تحول العقد وحالة انتقاص العقد اولاً، وتمييزه عن التكييف ثانياً، وكما يأتي:

اولاً ـ تمييز تحول العقد عن انتقاص العقد.

يتنفق تحول العقد، وانتقاص العقد من انهما اثاراً عرضية تترتب على العقد الباطل، بالرغم ان هناك رأي من الفقه يعد الانتقاص من الاثار الاصلية للعقد باعتباره عقداً صحيحاً بجزء منه، وباطل بجزء اخر[٣].أما بالنسبة لوجه الاختلاف، فان تحول العقد لا يقتصر على مجرد تفسير إرادة المتعاقدين، كما هو الحال في انتقاص العقد، وإنما الى جانب التفسير الذي تقوم به محكمة

---

(١) ينظر: د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٥٦،ص٤٠١.

(٢) فقد جاء بحثيات (القرار المرقم ١٦١٢/ الهيئة المدنية / ٢٠١٥) انه" .... ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون، ذلك ان المدعي اوضح في عريضة دعواه في جلسة المرافعة ليوم (٢٩/ ١٠/ ٢٠١٤) بانه لا يطالب بفرق البدلين عن النكول في بيع سهام المدعى عليه في العقار، وإنما يطالب بالتعويض المادي والادبي عن العمل غير المشروع بسبب بيع العقار لشخص اخر، وحيث ان العلاقة التي تحكم الطرفين كانت ناشئة عن التعهد ببيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، والذي يُعد باطلاً لعدم استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون في المادة(٣،٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، وتنحصر المطالبة في هذه الحالة بالمطالبة بالفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمته عند النكول وفقاً لأحكام القار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ، مما تكون الدعوى وفقاً لما تقدم فاقدة لسندها القانوني وموجبة للرد، وهذا ما قضى به الحكم المميز، لذا تقرر تصديقه ، ورد الطعن التمييزي، وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٥/٣/٣٠)، القرار غير منشور، كذلك وبنفس المعنى القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٧٩٧ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥، والصادر في ٦/٢٣/ ٢٠١٥.

(٣) إذ يتجه (د. سليمان مرقس) ان مسألة انتقاص العقد ليست من الاثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل، وإنما هي من الاثار الاصلية بصورة استثنائية حمايةً لحسن النية وللمراكز الظاهرة للأشخاص، ويؤسس قوله على قاعدة" ان ما لا يدرك كله لا يصح ان يترك كله، ويتعين انقاذ ما يمكن انقاذه" فعنده العقد ليس باطل بكل اجزائه، وإنما بجزء منه، فيزول هذا الجزء، ويبقى الجزء الاخر باعتباره عقداً صحيحاً مستقلاً، على ان يشمل ذلك خفض التزامات الطرفين بنسبة واحدة حرصاً على توازن العقد، ويستشهد بمثالين الاول يتفق رجل مع خادمة على ان تخدمه وان يعاشرها لقاء مبلغ معين، فيقتصر العقد على الخدمة من دون المعاشرة، ويخفض الاجر المتفق عليه إذا ثبت انه روعي في تحديده ان يشمل مقابل الامرين معاً. والمثال الثاني يستشهد به في حالة ثبوت ان الالتزامات، أو الاشتراطات كانت غير قابلة للانفصال بعضها عن البعض، كما إذا اشترى شخص حصاناً، وعربة بعقد واحد، ثم تبين ان الحصان كان قد نفق وقت العقد، فان العقد يبطل كله، ولا ينتج اثراً لا فيما يتعلق بالحصان، ولا فيما يتعلق بالعربة. لمزيد من التفصيل، ينظر: د.سليمان مرقس، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٣٠١ ما بعدها.

الموضوع، تقوم ايضاً باستبدال عقدهما القديم الباطل بعقد جديد اخر توافرت في عناصره الصحيحة من حطام العقد الباطل، بناءً على نية المتعاقدين المحتملة، وهذه النية تجسد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[١].

ومما تقدم ذكره، يمكننا ان نستنتج ، ان التحول يكون في العقود الباطلة كلياً، والانتقاص يكون في العقود الباطلة بطلان جزئي، فهذا يعني ان العقد الجديد الذي ينشأ بسبب التحول يكون عقداً مستقل عن العقد الباطل، ومن ثم يخضع لنظام قانوني مستقل عن النظام الذي يحكم العقد الباطل سابقاً، كما هو الحال بالورقة التجارية التي تبطل لتخلف احد بياناتها فأنها تتحول الى سند دين عادي، في حين ان العقد القائم عند الانتقاص فانه يخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع له العقد قبل الانتقاص، والسبب في ذلك ان الانتقاص لم ينل من كل العقد فيبدله بعقد جديد، وإنما اصاب جزءً من العقد وهو الشق الباطل فأزال وجوده، وابقى على الشق الاخر الصحيح منه باعتباره عقداً مستقلاً، كما هو الحال بقسمة المهايأة التي تزيد مدتها على خمس سنوات، فتبقى صحيحة بحدود المدة المقررة قانوناً، وهي خمس سنوات.

ثانياً ـ تمييز تحول العقد عن تكييف العقد.

ان الكلام بصدد تمييز التحول عن التكييف لا يحتمل التأويل، إذ يرى جانب من الفقه ان نظرية تحول العقد لا تعدو ان تكون تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نظرية تكييف العقد، فمن المعروف ان التكييف اي اعطاء الاسم الصحيح الذي ينطبق على العقد بحسب القانون يُعد من صميم عمل القضاء، وهو لا يعتد في ذلك بالاسم الذي يطلقه المتعاقدان على العقد، لأن التكييف مسألة عملية، ومسألة قانونية، فإذا اعطى شخص شئياً يملكه الى شخص لينتفع به مدة معينة من دون مقابل فأن العقد يُعد عارية، ولو سماه المتعاقدان ايجاراً[٢]، كذلك عقد البيع الذي لا يلتزم به المشتري بالثمن المسمى، قد يتحول الى عقد هبة مستترة[٣]، وكذلك العقد الذي يتفق فيه المتعاقدين على المقايضة في حين ان ما يدفع به من الثمن نقداً يزيد عما يدفع عيناً، فأن المحكمة تكيفه على انه عقد بيع[٤].

وهنا في مثل هذه الحالات لا نستطيع القول إلا ان قاضي الموضوع لا يتمتع بسلطة تحكمية في نطاق التحول، فأنه إذا كان يتولى عن المتعاقدين اعادة انشاء التعاقد إلا انه يسترشد في ذلك بإرادتيهما بالذات[٥].

---

(١) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، مصادر الالتزام،ج١، مرجع سابق، ص١٢٧.

(٢) ينظر: المرجع نفسه،ص١٢٦،هامش رقم ٢.

(٣) ينظر: د.سعيد مبارك ود.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع ـ الايجار ـ المقاولة، مرجع سابق، ص٧٩.

(٤) علماً ان اغلب احكام البيع تسري على المقايضة باستثناء احكام الغَبن في المقايضة المطلقة، والتسليم والشفعة، ومصاريف العقد، والتي يتحملها الطرفان مناصفه مالم يوجد اتفاق، لمزيد من التفصيل، ينظر: د.سعيد مبارك ود.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع ـ الايجار ـ المقاولة، مرجع سابق، ص٣١١.

(٥) ينظر: د.سليمان مرقس، نظرية العقد، ص٣١١.

ونستنتج مما تقدم، ان قاضي الموضوع وهو بصدد التحول إنما يبحث عن إرادة حقيقية في بقايا حطام العقد الباطل ترضى بالعقد الجديد لو علمت ابتداءاً بما في العقد الاصلي من اسباب البطلان، ومن ثم فالقاضي لا مفر له إلا ان يستند الى إرادة المتعاقدين وصولاً لأعمال التحول، وما يؤيد قولنا ان المتعاقدين إذ ما قبلا بما توصل اليه القاضي يصران على العقد السابق وفق نيتهما المشتركة مما يترتب عليه بطلان العقد تماماً، ومن ثم يتعذر التحول، لذلك فأن المشرع العراقي بموجب المادة(١٤٠) من القانون المدني العراقي، كان صريحاً بالاعتماد على نية المتعاقدين لأعمال التحول، فنصت المادة على انه" إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فأن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد"، فالمشرع إذا تطلب انصراف نية المتعاقدين الى ابرام العقد الجديد الذي استخلصه القاضي من بقايا العقد الباطل. فإذا لم تنصرف نية المتعاقدين المشتركة الى هذا العقد الجديد تعذر اعمال التحول. وعلى هذا الاساس فالتحول يستند اساساً الى إرادة محتملة، وهي إرادة حقيقية يكشف عنها القاضي من ظروف وملابسات التعاقد، ودوافع المتعاقدين.

أما بالنسبة لتكييف العقد فإن القاضي لا يستند الى إرادة المتعاقدين بصورة كاملة، ومطلقة، فهو يسعى الى اعطاء العقد الوصف، والتسمية القانونية الصحيحة بغض النظر عن قصد المتعاقدين، وان كان الاخير يساعد في التوصل الى ما يسعى اليه القاضي عند تكييفه للعقد.

والذي يجمع بين التحول، والتكييف، ويعتبر التحول مجرد تطبيق من تطبيقات التكييف، وهنا نجده يتجه باتجاه ان التحول عنده إنما يُستشف من إرادة مفترضة يصيغها القاضي، ويفرضها على المتعاقدين، وبما يتلاءم، وتقدير المشرع، ليضع نفسه محل المتعاقدين، ويتمثل الحل الذي سيختاره المتعاقدان لو علما بالبطلان، فيفرض عليهما حلاً قد لا يتوقعه، ولا يرتضيه المتعاقدان، وفي مثل هذه الحالة من الممكن ان نعتبر ان تحول العقد من تطبيقات التكييف المتضمن التعرف على طبيعة العقد، واعطائه الوصف القانوني الدقيق للعلاقة القانونية بين المتعاقدين، وتطبيق النص القانوني الذي يحكمه.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي لم يقصد بذلك اعتبار التحول تطبيقاً من تطبيقات التكييف، وإلا كان قد استغنى عن الشق الاخير من نص المادة(١٤٠) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها، انه " ..... إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد".

ومما تقدم نستنتج ايضاً ان تحول العقد تُعد مسألة من مسائل الواقع يستند فيها قاضي الموضوع الى إرادة المتعاقدين المحتملة، ومن ثم لا يخضع فيها القاضي لمحكمة التمييز، أما بالنسبة للتكييف فأنه مسألة من مسائل القانون يخضع فيها قاضي الموضوع في عمله لرقابة محكمة التمييز، وان كانت محكمة التمييز عندنا في العراق محكمة واقع وقانون في ان واحد، ومن ثم فان كل تكييف والتحول يخضع لرقابة محكمة تمييز في العراق.

الفرع الثاني: اثر الإرادة في تحول العقد

لاشك ان للإرادة اثراً مهماً في تحقق تحول العقد اكثر مما يكون لها في مسألة انتقاص العقد، إذ التحول يتوقف على وجود إرادة محتملة للمتعاقدين تنصرف الى التصرف الاخر المستخلص من التصرف الاصلي، فالإرادة المحتملة هي إرادة حقيقية تتجه الى غرض قانوني اخر ناشئ من اتجاه الإرادة اتجاهاً اصلياً الى غرض قانوني اصلي، وتظهر في حالة بطلان الإرادة الاصلية، ومن ثم عدم تحقق الغرض الاصلي، ويتحقق بها غرض اخر اتجهت اليه ارادتيهما المحتملة، والذي يتوافق مع الغرض القانوني، فالتصرف الصحيح قائم على غاية يقصدها المتعاقدان، ويريدان الوصول اليها، وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه، فأن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي الى الغاية ذاتها، فمن الممكن القول بانهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح لو انهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذي اختاراه، ما دام الطريق الصحيح يؤدي الى الغاية الاقتصادية التي قصداها، فالعبرة أذن بالغاية الاقتصادية، وتفعيل اثر التعاقد، لا بالطريق القانوني، وهذا ما يتحقق بوجود الإرادة الحقيقية المحتملة[١].

الفرع الثالث: اثر القضاء في تحول العقد

يتمتع قاضي الموضوع بصدد مسألة تحول العقد بسلطة تقديرية اكثر مما يتمتع بها في مسألة انتقاص العقد، أذ كما يقول الفقيه(سالي) انه القاضي يبحث بمسألة التحول عن النية المفترضة، وهي إرادة قانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين للاستدلال على الإرادة المشتركة بعد ان يقارب ما استطاع من الارادتين، من دون ان يضحي بإحداهما لمصلحة الاخرى، وظاهر هذا الرأي كما يرى العلامة السنهوري، إنما يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما، بل هي إرادة من صنع القاضي، والذي يقوم بنسج خيوطها، ومن ثم يفرضها على المتعاقدين، لذلك يقول المرحوم العلامة الدكتور(عبد الرزاق السنهوري)، ان الإرادة الحقيقية هي الإرادة الكامنة في النفس، وهي الإرادة الباطنة، والتعبير عنها ليس إلا كاشفاً[٢].

وهذا ما دفع بعض الفقه العراقي الى القول بصدد مسألة التحول بان العقد، وان كان باطلاً بأكمله إلا ان تقصي نية المتعاقدين في العقد الباطل قد يؤدي الى نتيجة اخرى فقد يثبت للقاضي من بقايا العقد واقعة اتجهت اليها إرادة صاحب التعبير، ومن ثم فأنه ينبغي ان يتدخل القانون لأن النية الباطنة هي جوهر العقد، ومتى وجدت فأنه ينبغي ان يضع القانون لها جزاء، ويلزم المتعاقدين على اكمالها، وان الشرط المهم في التحول هو ضرورة انصراف النية الى العقد الجديد، فسلطة القاضي ليست تحكمية بقدر ماهي

---

(١) ينظر:د.عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٤٨٣ هامش رقم ١، ود. عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، مرجع سابق،ص١٦٠ ما بعدها.

(٢) ينظر: د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد١،ط٣،مرجع سابق، ص٦٧٨.

استرشاد بإرادة المتعاقدين لإعادة احياء العقد، وهذا ليس إلا قيد قُصد منه الحد من اطلاق تقدير القاضي لنية المتعاقدين المفترضة، ونيتهما الحقيقية[١].

ومن وجهة نظرنا المتواضعة، نجد ان الرأي الاخير بالرغم من وجاهة ما جاء به من نتيجة قانونية، خلاصتها استنتاج القاضي لتوافق التحول مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، إلا انه في الوقت نفسه فقد وضع معياراً جمع فيه ما بين الإرادة المفترضة والنية الحقيقية، إذ ان الإرادة المفترضة وبحسب مفهوم انصار النظرية الذاتية، بانها إرادة من انشاء القاضي اي وليدة صنع القضاء الذي ينظر النزاع، إذ يقوم القاضي بنسج خيوطها، والتوصل اليها من خلال وضع القاضي نفسه محل المتعاقدين، والعودة بهما الى وقت ابرام العقد، وفي نفس ظروفهم ليتوقع الحل الذي سيأخذان به، ويفترض ان هذا الحل الذي توصل اليه هو الحل الذي اتجهت اليه إرادة المتعاقدين، فإذا لم يجد القاضي إرادة صريحة، أو ضمنية للمتعاقدين، أولم يجد لها حلاً مباشراً، أو غير مباشر من قِبل المشرع، فانه يقوم بنفسه بأنشاء الحل، ولا يخفى على احد ان مثل هذا الحل(بواسطة الإرادة المفترضة) إرادة خيالية تخضع لتحكم قاضي الموضوع، وهي مسألة في غاية الخطورة لأنها تصوغ إرادة قد لا يتوقها المتعاقدان. في حين ان الإرادة الحقيقية هي إرادة كامنة في النفس(إرادة باطنة)، وان التعبير ليس إلا استقراء لهذه الإرادة، أو المظهر الخارجي لها، ويفترض ان التعبير عن الإرادة يجسد الإرادة الحقيقية، ولكن هذا الافتراض غير قطعي إذ يمكن اثبات العكس، والقاضي يتوصل اليها من خلال التفسير، مستعيناً ببعض العوامل الخارجية من دون حاجة للبحث في دخيلة نفس كل من المتعاقدين، ومن ذلك طبيعة التعامل، والعرف الجاري، ومقدار الامانة التي ينبغي ان يتحلى بها كل من المتعاقدين في تبادل ارادتيهما، وطريقة تنفيذ عقد سابق بينهما، فالقاضي في استخلاصه للإرادة الحقيقية المشتركة، لا يبحث عنها في احداهما من دون الاخرى، وان استخلاصه لها ليس إلا كاشفاً لا منشئاً ، لذا فهو لا يُنسب الى المتعاقدين إرادة لا تحتملها عبارات العقد.

ومن الجدير بالذكر ان من يذهب بالقول الى ان التحول يكون نتيجةً لإرادة مفترضة، فعنده الإرادة الحقيقية، هي تلك الارادة التي تصدرت من المتعاقدين متجهةً الى عقدها الاصلي الباطل، ومن غير المنطقي ان تقوم الى جانبها إرادة حقيقية اخرى تتجه الى التصرف الجديد، وهنا نكون إزاء تعديل للإرادة الاولى، ويكون لدينا عقدان مختلفان، وليس من المعقول كذلك ان تقوم إرادة اخرى احتياطية الى جانب الإرادة الحقيقية، فإذا ثبت بطلان التصرف الاصلي تحول الى تصرف اخر، وهو ما اتجهت اليه هذه الإرادة الاحتياطية.

ومما تقدم ، يتبين انه جاء نتيجة ان احد شروط اعمال التحول يقضي بأن لا يكون بطلان التصرف معلوماً لطرفيه عند اجراء التعاقد، لأنهما ارادا العقد الاصلي فقط، أما

---

(١) ينظر: استاذنا الدكتور جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون العراقي، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١١،ص٨٤ وما بعدها.

الارادة التي تستقيم مع منطق التحول بالنسبة للتصرف الجديد، فهي إرادة مفترضة يبحث عنها قاضي الموضوع في ظروف ابرام العقد الاصلي، وان كانت لم تظهر الى الوجود، إلا انها تمثل إرادة الطرفين لو كانا يعلمان بطلان عقدهما الاصلي، فمعيار التحول وضابطه، هو الإرادة غير الحقيقية في وقت ابرام التصرف الباطل، فالأمر يدور حول انشاء إرادة كانت تكون للطرفين في هذه اللحظة حتى لو انهما في الواقع لم يفكرا اطلاقاً في اي تصرف اخر، وهذا ما يقصده المشرع بتنظيم مادة التحول للوصول الى إرادة الغرض التي للطرفين الى اكتساب الصحة عن طريق اخر غير الذي قصداه اصلاً، وتكون العبرة اذن بتلك اللحظة التي ظهرت فيها الارادة الاصلية، ولا يمكن ان تنسب عبارة عند العلم بالبطلان الى وقت اخر غير وقت ابرام التصرف الاصلي، إذ بعد ذلك يكون البطلان معلوماً، ويمتنع التحول[١].

وهذا التصور سابق الذكر، اقرب ما يكون الى تصور الفقه الاسلامي، والمعروف بانتهاجه النزعة الموضوعية في بناء احكامه الكلية والجزئية في دائرة المعاملات، فعندهم الإرادة فقط تنشأ العقد، أما بالنسبة للآثار، والاحكام فأنها من اختصاص، وتقدير المشرع، ولا دخل لإرادة المتعاقدين في ترتيبها، وهذا ما يقترب مع التصور الذي اخذت به التشريعات ذات النهج الموضوعي، كالتشريع الالماني، فعندهم ان اثر البطلان بما يتعلق بالتحول يرجع تقديره الى قاضي الموضوع وفقاً لإرادة الطرفين المفترضة، اي افتراض توجهها الى التحول مالم يثبت خلاف ذلك، بمعنى اخر انه لا يكون على حساب إرادة الطرفين متى ما اعلنا رفضهما للعقد الجديد الذي نشأ بالتحول[٢].

ونحن نتفق مع اصحاب الرأي الاول، فتحول العقد الباطل الى عقد اخر صحيح بتوافر عناصره في العقد الاول، وان كان القاضي توصل اليه من ثنايا بقايا العقد الباطل باعتباره اثراً عرضياً، غير ان ذلك مرهون بإرادة المتعاقدين المحتملة، وهي إرادة حقيقية يستنتجها القاضي من ظروف، وملابسات كل قضية على حده.

فالقاضي انما يقوم بتفسير نية المتعاقدين، فعناصر العقد الصحيح عنده مجموعة، وقد اراداها المتعاقدان كلاً على حده، وكانا يردانها مجموعة لو علما ببطلان العقد الذي اختاراه، فالعقد الصحيح الذي يتحول اليه العقد الباطل، هو عقد انصرفت اليه إرادة المتعاقدين المحتملة، وكثير من العقود تقوم على الارادة المحتملة لا على الارادة الواقعية، والقاضي إنما يستعين في ذلك بسلطته في تفسير العقود، وهي سلطة واسعة يكيف بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحرف في هذا التكييف عن الغاية الاقتصادية التي قصد اليها المتعاقدين، وهو بهذا التفسير احل الغاية الاقتصادية المقصودة محل الغاية القانونية المعلنة متوخياً في ذلك الملائمة مع نية المتعاقدين[٣].

---

(١) ينظر: د.رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل الى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص٩٢ وما بعدها.

(٢) ينظر: د.ندى عبدالكاظم حسين، اثار بطلان العقد، مرجع سابق،ص٣٦.

(٣) ينظر: د.عبدالمجيد الحكيم، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٤٨٤.

المبحث الثاني: العنصر النفسي واثره في انتقاص العقد وتحوله في القانون الانكليزي

القانون الانكليزي، ومن خلال تطور تنظيم احكامه طبق نظرية انتقاص العقد في كثير من احكامه، ويُطلق عليها تسمية" تجزئة العقد" (Severance)، بل انه نظمها بشكل يفوق ما عليه تنظيم مشرعنا العراقي كما سنرى لاحقاً، أما بالنسبة لتحول العقد فان القانون الانكليزي لا يعرفها بالمعنى الذي نص عليه المشرع العراقي، وذلك لأن القانون الانكليزي متأثراً بالفكر الرأسمالي فانه من الطبيعي ان يمنح الافراد حرية كاملة في انشاء ما يشاؤون من العقود، ولا يحد من ذلك إلا حالات معينة وبشكل محدود، أما مسألة قيام القانون باستبدال عقدهم الاصلي بعقد جديد فانه امر لا يتدخل به القانون الانكليزي، بخلاف ما هو الحال عليه في القانون العراقي، ولكن نجد ان القانون الانكليزي يطبق التحول بصورة مخالفة للتطبيق الذي عليه في التشريع العراقي، فانه ينظر الى العقد الباطل، وبالرغم من بطلانه فانه من الممكن ان يتضمن الحكم بالتعويض، أو التنفيذ العيني، أو رد المدفوع، فيكون للمحكمة ان تعد العقد الباطل، وكأنه عقداً صحيحاً يرتب اثاره فيما بين المتعاقدين، أو الغير، ولذا سوف نتناول في هذا المبحث، اثر العنصر النفسي في انتقاص العقد(المطلب الاول)، واثر العنصر النفسي في تحول العقد(المطلب الثاني)، واثر القضاء في تجزئة العقد الباطل وتحوله (المطلب الثالث).وكما يأتي بيانه:

المطلب الاول: اثر العنصر النفسي في تحول العقد "قاعدة تجزئة العقد الباطل")Severance(

نظم القانون الانكليزي نظرية انتقاص العقد، ورسخ القضاء الانكليزي في كثير من احكامه ذلك التطبيق والتنظيم لنظرية الانتقاص، ولا يوجد في الغالب اختلاف في التطبيق، لما هو معمول به في التنظيم التشريعي العراقي، ولقد عرَف بعض الفقهاء الانكليز انتقاص العقد" تجزئة العقد" ، على انه: رفض الجزء ،أو الشق الباطل من الوعد في التعاقد، أو رفض العناصر المعترض عليها قانوناً بخصوص الوعد، والاحتفاظ بالوعود الاخرى للأجزاء الخاصة سارية المفعول من الوعد.

Severance means: The rejection from a contract of objectionable promises or the objectionable elements of a particular promise, and the retention of those promises or of those parts of a particular promise that are valid[1].

لذا فان القضاء الانكليزي، وفي بعض القضايا، ولوجود اجزاء من العقد غير قانونية، فانه يقوم باستقطاع الاجزاء الغير قانونية، سواء أكان ذلك باقتطاع الوعد الغير قانوني، أو اقتطاع الاجزاء الغير قانونية من الاعتبار في التعاقد(المقابل).

In some cases a contract is only partly illegal and it may be possible to sever the illegal part and to enforce the rest of the contract, tow situations require

([1]) See: G.C.CHESHIRS.C.H.S.FIFOOT.M.P.FURMSTON, the law of contract, eighth edition London, Butter worths , 1972,p.381. Also, www.inbried.co.uk.contract- law. Also, www.business dictionary.com.

discussion, by severance of illegal promises, and by severing illegal parts of the consideration[1].

ومن الجدير بالذكر ان قاعدة تجزئة العقد بالقانون الانكليزي، المقصود بها "استبعاد الشرط، أو الوعد المخالف للنظام العام، وابقاء الوعود، والشروط الاخرى القانونية قابلة للمجازاة، ومثل هذه التجزئة امر غير جائز في العقود غير المشروعة في القانون العام على اساس النظام العام، فاذا كان احد الوعود هو القيام بفعل يُعد في ذاته جريمة، أو يخالف بنود الاعراف، والعادات، أو الآداب العامة، فان المحكمة تنظر العقد ككل باعتباره باطلاً، وهنا لا تتم التجزئة للعقد.

If one of the promises to do an act which is either in itself a criminal offence or contra bonus mores the court will regard the whole contract as void[2].

وكما ان المبدأ نفسه يطبق إذا كانت عدم المشروعية مصدرها التشريع، أما العقود الباطلة في القانون العام على اساس النظام العام، أو الباطلة بمقتضى التشريع فيمكن تجزئتها[٣].

ولكن يُشترط في الحالة الاخيرة ان ينص التشريع على ذلك، ويلاحظ ان معظم الاحكام في هذه القاعدة تتعلق بعقود تقييد الاتجار[٤].

وقاعدة تجزئة العقد الباطل تستعمل في معنيين، أو غرضين:

الاول ـ تستبعد فيه الشروط، أو الوعد المخالف للنظام العام، ويحتفظ بباقي العقد صحيحاً ممكن مجازاته، كما هو الحال في ايراد جزء مخالف للوعد باستبعاد اختصاص السلطة القضائية من نظر قضية معينة قد تكون محل نزاع.

الثاني ـ لا يؤدي اعماله الى استبعاد الوعد، أو الشرط المخالف للنظام العام من العقد تماماً، ولكن يحدد مداه الى القدر الذي يكون فيه متفقاً مع مقتضيات النظام العام، كمثال لذلك عندما تكون الموافقة لكبح التجارة الى حد واسع غير معقول، فمثل هذه الموافقة باطلة بالقدر غير المعقول، ويتم تجزئة ذات الوعد بإزالة الميراث الغير معقولة.

The doctrine of severance in the case of a void contract is used with two meanings to serve two purposes:

First, it may be invoked to cut out altogether an objectionable promise from a contract leaving the rest of the contract valid and enforceable, as, for example, where a promise is void as being designed to oust the jurisdiction of the court.

([1])See: G.H.TREITEL,D.C.L.,F.B.A.,AN Outline of the law of contract, second edition , London, 1979,p.184.

([2]) See: CHESHIRS, FIFOOT, FURMSTON, the law of contract , op.cit.,p382.

([٣]) اذ ان القانون الانكليزي ينظر الى العقود المخالفة للنظام العام، أما غير مشروعة، والتي يُقصد بها " عقد ارتكاب جريمة، أو خطأ مدني، أو غش ، وعقد ضار بالأمن العام، وعقد فساد في الحياة العامة، وعقد غش في الدخل، وعقد ضار بدار العدالة"، وهناك عقود باطلة وهي" عقود غرضها استبعاد اختصاص المحاكم، وعقود تخل بنظام الزواج، وعقود تقييد الاتجار"، ينظر:

- CHESHIRS, FIFOOT, FURMSTON, the law of contract, op.cit.,p.3996.

([٤]) ينظر: د. فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، جامعة المنصورة، مجموعة البحوث القانونية، مصر، ١٩٧٨، ص٣٤٦.

Secondly, severance may operate to cut down an objectionable promise in extent, but not to cut it out of the contract altogether, as, for example, where an agreement in restraint of trade which is void as being unreasonable wide is converted into a valid promise by the elimination of its unreasonable features. In such a case, the promise remains in the contract shorn of its offending parts and so reduced in extent[1].

ومن الجدير بالذكر ان استبعاد وعد، أو شرط بأكمله، وفصله عن العقد، فان ذلك يتوقف على ما إذا كان هذا الوعد، أو الشرط يمثل الاعتبار(المقابل) بأكمله ام جزء منه، يوضح ذلك الحكم الذي قضت به المحكمة في قضية (Goodinson V. Goodin on) ، وتتلخص وقائعها في ان زوج انفصل ودياً عن زوجته، واتفق معها وفقاً لتفسير محكمة الموضوع، على ان يدفع لها مبلغاً من المال كل اسبوع مقابل ان تدفع كل الديون التي تعاقدت عليها حتى ذلك التاريخ، اذ لا تجعله مسؤولاً عن ديونها في المستقبل، وألا تتخذ اي اجراءات قضائية للمطالبة بنفقة زوجية، والاتفاق على الانفصال الودي صحيح في القانون الانكليزي، ولكن الشرط الاخير من الاتفاق باطل، لأن هدفه استبعاد اختصاص القضاء، لذلك قررت المحكمة استبعاد هذا الشرط، والابقاء على باقي الاتفاق صحيحاً، اذ ان وعد الزوج يجد له مقابلاً، بعد استبعاد الشرط الباطل، في الوعود الاخرى التي اخذتها الزوجة على نفسها[٢].

أما مسألة الابقاء على الوعد، أو الشرط المخالف للنظام العام مع انقاصه، أو تحديد مداه بما يتفق والحدود التي يسمح بها القانون العام من دون استبعاده بأكمله، فقد اثيرت على وجه الخصوص في عقود تقييد الاتجار اي العقود التي تمس حرية العمل، والاتجار، فالوعد بعدم منافسة موظف الخدمة، أو بائع المحل التجاري لمشتري هذا المحل، يكون باطلاً إذا جاوز حدود المعقولية، فهل يستطيع الموعود له ان يتفادى ابطال الوعد بأكمله، ويتمسك بانتقاصه الى حدود المعقولية، وبذلك يمكن اعمال الشرط، ومجازاته.

ويتنازع القضاء الانكليزي في هذا الشأن، امران، الاول، رغبته في اعطاء حل معقول، وعادل، والثاني، حرصه على فكرة ان العقد ينبغي ان يكون من صنع الاطراف، وألا تقوم المحكمة باي عمل يهدم الهدف الجوهري، والاساسي في الاتفاق، ولذلك، وبموجب الامر الاول ترفض كقاعدة عامة اي تعديل للوعد، أو الشرط، ولكنها تقبل امكانية ذلك إذا كان الاطراف انفسهم ضمنوا عقدهم الوعد، أو الشرط بطريقة تسمح بتحديد نطاقه، أو انتقاصه، والمثل الواضح لهذا الوعد القابل للانقسام وفقاً لعبارات الاطراف ما قضت به المحكمة في قضية(Price V. Green)، وتتلخص وقائع هذه القضية، ان بائع محل روائح في لندن، تعهد لمشتري المحل بأن لا يفتح محلاً منافساً في

([1]) See: CHESHIRS, FIFOOT, FURMSTON, the law of contract, op.cit.,p.382. also, G.H.TREITEL, AN Outline of the law of contract, op.cit.,p.184.

([٢]) ينظر: د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، مرجع سابق،ص٣٤٨.

لندن، أو وستمنستر في نطاق ٦٠٠ ميل حول هذه المدن، وهذا الشرط مخالف للقانون العام(common law)، ولكن المحكمة استبقته مع انقاصه، فاستبقت الشق الاول، وقصرت الحظر على لندن، ووستمنستر، لأن الاطراف انفسهم هم الذين اعطوا المحكمة عناصر انقاص اثر الشرط.

وكذلك لو اشترى شخص من اخر مكتبة في كامبرج، وتعهد البائع بان لن يفتح مكتبة مماثلة في كامبرج، أو اكسفورد، اذ التعهد هنا بالنسبة للبائع ملغي بالنسبة لأكسفورد، لأنه يتعلق بكامبرج وفيه تقييد للتجارة، لذا يستطيع البائع ان يطلب تجزئة الوعد الباطل من الوعد غير الباطل، وهو ما يتعلق بكامبرج.

Suppose that a buys a bookshop in Cambridge from B, and B promises not to engage in the bookselling business in Cambridge or in Oxford. Here B promise is valid so far as it relates to Cambridge but invalid so far as it relates to Oxford[1].

أما إذا كان الوعد غير قابل للانقسام الى اجزاء متميزة، فان القول بتجزئته يؤدي الى اتفاق يختلف في طبيعته عن الذي ابرمه الاطراف، وفي هذه الحالة لابد من ابطال الشرط، أو الوعد بأكمله، وبهذا الشأن قضت المحكمة في قضية(Baker V. Hedgecock)، وتتخلص وقائعها في ان مستخدم تعهد في عقد الاستخدام بان لا يعمل اي عمل اياً كان سواء لحساب نفسه، أو لحساب شخص اخر خلال سنتين من تركه العمل لدى مخدمه، وذلك في دائرة قطرها ميل حول مكان نشاط مخدمه، وبعد تركه الخدمة انشأ لنفسه محل بنفس النشاط على بعد مائة متر من مركز نشاط مخدمه، ويتفق المدعي(المخدم)، في ان الشرط مبالغ فيه، وغير معقول، لأنه يمنع المستخدم من اي نشاط، ولكنه طالب المحكمة باعتبار الشرط قابل للانقسام، ومجازاته في النطاق المعقول، واستبعاد النطاق غير المعقول، وقد رفض هذا الطلب، لأن اخذ المحكمة به يؤدي الى اصطناع اتفاق جديد[٢].

ومن الجدير بالذكر ان القانون الانكليزي بشأن انتقاص العقد(تجزئة العقد)،لا ينظر الى امكانية اعمال التجزئة إذا كان الخلل في مقدار المقابل (نقص في المحل)، فأن العقد يُعد باطلاً حتى لو لم يعلم الاطراف بذلك، إذ ان المقابل، وان كان مشروعاً غير انه غير مطابق للكمية المطلوبة، فيتعامل معه القانون الانكليزي بالبطلان، وقد قضت احدى المحاكم الانكليزية بشأن ذلك بأن العقد الذي يتضمن ٧٠٠ حقيبة من الذرة، وتبين ان من هذه الحقائب (١٠٩ حقيبة) مسروقة فالعقد يكون باطل بالرغم من عدم علم الطرفين بهذا النقص الحاصل في مقدار المقابل.

That where is a contract for the sale of specific goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract was made, the contract

---

([1]) See: G.H.TREITEL, AN Outline of the law of contract, op.cit.,p.184.

([٢]) ينظر: د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، مرجع سابق، ص٣٤٩ وما بعدها.

is void. So in (Barrow, Lane & Ballard Ltd.V. Philip Philips &Co.), A agreed to buy and B to sell 700 specific bags of nuts lying in a particular warehouse.

Unknown to both parties, 109 bags had been stolen prior to the sale the contract was held void. Although these statements refer strictly to those cases where the subject – matter of the contract has once been in existence, but has subsequently perished before the contract is made, it is conceived that the same principles apply where the subject – matter of contract has never been in existence at all[1].

ومما تقدم، فان القانون الانكليزي ينظم مسألة انتقاص العقد بفرضين اولهما، باستبعاد الجزء الباطل، والابقاء على الجزء الصحيح، وهذا ما يتعلق بالمحل في القانون العراقي، وثانيهما، فان القانون الانكليزي ينظم مسألة انقسام الشرط الباطل كلما امكن ذلك بحسب ما تسمح به نية الاطراف من عدمه، في حين المشرع العراقي يبطل الشرط وحده لمخالفته النظام العام، والقانون، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد بأكمله، ولم ينص قانونا المدني على امكانية انقسام الشرط الباطل وحده من عدمه[٢].

ومن وجهة نظرنا، نجد انه لا اشكال في تطبيق المحكمة امكانية انقسام الشرط نفسه إذا كان في شق منه باطل، والشق الاخر صحيح، فيبقى العقد، والشرط المقترن به بالقدر الذي يكون فيه هذا الشرط صحيح، ومثال ذلك لو باع شخص سيارته الى اخر، واشترط عليه ان يخصص يوماً في الاسبوع ينقل فيه صباحاً طلاب مدرسة، وفي المساء ينقل مشروبات كحولية، ومواد مخدرة، وبأجر اجمالي عن العمليتين، وهنا نجد انه الشرط في جزء منه باطل، وهو النقل في المساء، أما الجزء الاخر من الشرط، وهو نقل الطلاب في الصباح صحيحاً، ويبقى المشتري ملزماً به قدر الامكان، وينقص مقدار الاجرة بما يعادل هذا الجزء فقط.

المطلب الثاني: اثر العنصر النفسي في تحول العقد

القانون الانكليزي ومن خلال قواعده التنظيمية، وما رافق ذلك من تطبيقات قضائية، نجده لا يعرف نظرية تحول العقد، كما هو عليه الحال في قانوننا العراقي، وبحسب ما نصت عليه المادة(١٤٠) منه، فالقانون الانكليزي عنده العقد الباطل، والعقد غير المشروع بصورة عامة لا يرتب اثراً عرضياً، ولا يمكن ان يتحول التصرف الباطل، أو غير المشروع الى تصرف صحيح اخر مهما كانت نية الاطراف.

ومع ذلك فان القانون الانكليزي قد يرتب اثراً اصلياً على العقد الباطل باعتباره واقعة مادية، أو عمل قانوني يستطيع من خلالهما الطرف البريء ان يسترد ما دفع، كذلك فان

([1]) See: Chitty on contracts – volume 1 , General principles, London, 1983, p.179- 180.

([٢]) اذ نصت المادة(١٣١) من القانون المدني العراقي، على انه " ١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جارياً به العرف، والعادة. ٢- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد المتعاقدين، أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً، أو مخالفاً للنظام العام، أو للآداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً".

القانون الانكليزي قد يسمح للطرف البريء الذي وقع ضحية عقد باطل ان يطالب بالتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية.

ومن الجدير بالذكر ان المحاكم الانكليزية، تقسم العقود المخالفة للنظام العام الى عقود غير مشروعة، وعقود باطلة، واساس تقسيمهما ينبثق من مدى درجة الخطورة التي تنشأ عن العقد اخلالاً بالنظام العام، فاذا كانت درجة الخطورة عالية فالعقد يكون غير مشروع، وعدم المشروعية هنا قد تكون بذات العقد، وتتخذ الصور الاتية:-

١- عقد ارتكاب جريمة، أو خطأ مدني، أو القيام بالغش. ٢- العقد الضار بالأمن العام. ٣- العقد الضار بإدارة العدالة. ٤- العقد المثير للفساد في الحياة العامة. ٥- عقد الغش في الدخل.

وقد يكون العقد غير مشروع بقصد المتعاقدين بتحقيق غرض غير مشروع، وفي الحالة الاولى(عقد غير مشروع بذاته) لا يمكن حمايتها في المحاكم باي شكل كان، لأن المحكمة لا تسمح بالكلام فيه، فالشخص ليس له ان يطالب بحق، أو بعلاج استناداً الى معاملة غير مشروعة شارك فيها، فلا تحكم له بالتنفيذ غير المشروع للعقد، أو المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ، وما دُفع تنفيذاً لمثل هذا العقد لا يمكن استرداده. ومع ذلك قد يكون له الحق بالرجوع لا على اساس العقد، وإنما على اساس قواعد قانون الجرائم المدنية، فاذا كان احد اطراف العقد بريئا، والاخر مذنباً، وكان القانون يُحرم العقد لمصلحة احدهم، وهو البريء، كما هو الحال في المستأجر الذي دفع للمالك(سر قفليه، أو خلو رجل) بالمخالفة للقانون، حتى يسمح له بشغل المنزل، فانه يستطيع ان يرفع دعوى استرداد ما دفع من دون وجه حق.

أما العقد غير المشروع بقصد المتعاقدين، والذي يكون اقل خطورة، وهنا تميز المحكمة بين الطرف البريء، والطرف المذنب، بمعنى ان المحكمة بهذه الحالة ستبحث في قصد المتعاقدين، وعلى ضوء ذلك تقرر الحماية، والمجازاة للطرف البريء[١].

فالقضاء الانكليزي، وهو بصدد تفسير العقد يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا هو الاصل في القانون الانكليزي، ولا يختلف ذلك عن موقف قانوننا العراقي[٢]، غير انه يبحث عن هذه النية من العقد ذاته، وليس من خارجه، فلا يجوز الاعتماد على ما هو خارج عنه لأثبات ما يخالف بنوده، وفي سبيل ذلك يمكن ان تفهم الكلمات وفق المعنى الحقيقي، والحرفي بالمفهوم العام، والشائع، غير ان ذلك لا يمنع من تقديم اي دليل لأثبات ان الكلمات المستعملة في العقد قد قصد بها معنى خاص حسب ما يقضي به

---

(١) ينظر: د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، مرجع سابق، ص٣٢٦.

(٢) اذ تنص " الفقرة اولاً من المادة (١٥٥)" من القانون المدني العراقي، على انه " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".

العرف، أو التعامل التجاري[١]، فالمحكمة إذاً هي تصل الى نقطة تلاقي الإرادتين، والتي تتحقق بالنية المشتركة التي هي جوهر العقد كله[٢].

غير انه إذا اختلف قصد المتعاقدين، ولم يتم البلوغ الى النية المشتركة لهما، وكان العقد غير مشروع عند قصد احد المتعاقدين من دون الاخر، بمعنى ان المتعاقد الاخير بريء، فان المحكمة تسمع الى طلبه باسترداد ما دفع، وله ان يطلب التنفيذ على اساس ان العقد صحيحاً، فيكون للطرف البريء الخيار بين استرداد ما دفع بإبطال العقد، أو التنفيذ على اساس صحة العقد، مع التمسك بكل الاثار التي تترتب لصالحه من البطلان ذي الاثر الرجعي للعقد[٣].

وقد قضت احدى المحاكم الانكليزية في قضية(Pearce V. Brook)، بشأن عقد اجارة شقة، وسيارة بقصد ممارسة الدعارة، وتسهيل تجارة الداعرة، وهو اتفاق غير مشروع، وان علم المتعاقد بهذا الغرض يمنع معه الرجوع بأي نفقات[٤].

أما بالنسبة للعقود الباطلة، وهي الاقل خطورة على النظام العام من العقود غير المشروعة، وتتخذ هذه العقود الصور الاتية:-

١- العقود التي تخل باختصاص المحاكم. ٢- العقود التي تخل بنظام الزواج. ٣- العقود التي تقيد الاتجار.

ومثل هذه العقود، أما ان تكون باطلة كلياً، أو في جزء منها، والعقود الباطلة جزئياً تخضع لنظرية انتقاص العقد كما سبق القول في ذلك. أما بالنسبة للعقود الباطلة كلياً، فان البطلان يصيب العقد، وليس الحق فيها، بمعنى إذا تم الوفاء تنفيذاً للعقد الباطل المخالف للنظام العام، فان ابطاله لا يمنع من حق الرجوع لاسترداد ما دفع، وإذا كانت الاحكام القاطعة في هذا الشأن غير متوافرة، ولكن في العدالة على الاقل ينظر دائماً الى ان مخالفة النظام العام لا تمنع من حق الاسترداد.

وعلى اساس ذلك، فان النقود التي تدفع في الوساطة في الزواج فأنها قابلة للاسترداد، وقد قضت بذلك احدى المحاكم الانكليزية،في قضية(Mermann V. Chalesworth)،و تتلخص وقائعها، في ان المدعى عليه، قد وافق، وهو وسيط زواج، على ان يقدم للمدعية رجال بقصد الزواج منها، مقابل الوفاء بالحال بمبلغ من المال المتفق عليه بينهما، وعند تمام الزواج يتم دفع المبلغ المتبقي منه، وقد قدم لها عدة رجال، وتراسل مع الاخرين لصالحها، ولكن جهوده لم تكلل بالنجاح، ومن المقرر ان

---

(١) ينظر: د. مجيد حميد العنبكي مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد، ٢٠٠١، ص١٣١.

(٢) ينظر: استاذنا د.جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣) ينظر: د. مجيد حميد العنبكي مبادئ العقد في القانون الانكليزي، المرجع السابق،ص١١١،و د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، المرجع السابق،ص٣٣٠.

(٤) ينظر: د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، مرجع سابق، ص٣٢٩.

السمسرة بالزواج في القانون الانكليزي باطلة، لذا طالبت المدعية باسترداد المبلغ المدفوع، فحكمت لها محكمة الموضوع بذلك بالرغم من بطلان العقد[١].

ومن الجدير بالذكر انه هناك من العقود التي لا يرجى تنظيمها، أو التعامل بها باي شكل كان، مهما بلغت إرادة، أو قصد الاطراف لمخالفتها النظام العام، فلا يقبل قصد المتعاقدين باتفاقهم ورغبتهم بإتمامه، لأنه باطل بالأصل، ومن ذلك عقد الزواج الباطل، فعندما يكون هناك احتمال ان الزواج مستقر، وبعد كتابة العقد يتبين انه باطل، فإذا ارادَ الاطراف اتمامه، فلا يقبل ذلك منهم، ولا يوجد ثمة احتمال ان يتحول الى مستقر، لأنه فاشل بالأصل، ولا ترتب المحكمة عليه اي اثر.

Where a fund is settled in consideration and contemplation of marriage and that marriage is afterwards declared null and void for want of consummation there is a total failure of consideration and there is a resulting trust of the fund for the settlor[2].

المطلب الثالث: اثر القضاء في انتقاص العقد، وتحوله

يتبين ان القضاء الانكليزي، ومن خلال تطبيقاته ان له اثر في انتقاص العقد(تجزئة العقد)، ولكن لا يكون له ذات الاثر في تحول العقد، ذلك ان القاعدة المعمول بها، والتي ما زالت موجودة في القانون الانكليزي، وهي" ان على الاطراف ان يقرروا جميع عناصر مضمون عقدهم"، وعلى اساس هذه القاعدة، فالأفراد هم من يحدد مضمون عقدهم على ان تكون بنود العقد يقينية على نحو كافٍ على وفق معيار الرجل العاقل، أو المعتاد، فلا تستطيع محكمة الموضوع مثلاً، ان تضمن العقد بنداً، أو شرطاً لم يتفق عليه الاطراف، ولكن الامر يختلف عنه في العقود التجارية فان المحاكم الانكليزية جرت العادة لديها على تنفيذ العقود حتى، وان اتسمت بالغموض، والابهام، وذلك بالرجوع الى الاعراف التجارية، والمعاملات السابقة بين الاطراف[٣].

فالمحكمة لا تستطيع كمبدأ عام ان تقرر لهم عقداً من مضمون غير واضح، فهي من باب اولى لا تستطيع ان تفرض عليهم عقداً عند تقرير بطلان عقدهم الاصلي. وان الحكم بالتنفيذ للمدعي البريء، أو الحكم بالتعويض ليس معناه ان العقد انقلب، واصبح عقداً صحيحاً اخر، وإنما حمايةً لمصالح الطرف البريء في العقود الباطلة فتتعامل المحمة مع العقد، وكأنه عقد صحيح، طالما ثبت ان نية هذا الطرف سليمه، ولم يعلم بعدم المشروعية، وانه ضحية الطرف الاخر، ففي العقد غير المشروع بقصد المتعاقدين، أو

---

(١) ينظر: المرجع نفسه،ص٣٤٦.

(2) See: Chitty on Contract, Volume 2, Specific Contracts, London, 1955, p.506.

(٣) ينظر: د.يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد١٦،العدد٥٨، السنة ١٨، ٢٠١٣، ص٧٢.

احدهما لتحقيق غرض غير مشروع، فان المحكمة تفسر العقد بالبحث عن القصد، والنية لتمييز المذنب عن البريء لتقرير الحكم على ضوء ذلك[١].

ومن وجهة نظرنا، نجد ان تطبيقات القضاء الانكليزي، التي سار عليها تقترب من نظرية الخطأ عند تكوين العقد، التي نادى بها الفقيه الالماني(اهرنج) في تأسيس المسؤولية عن الابطال على اساس خطأ المتعاقد العقدي، وليس على واقعة مادية، فالأساس في هذه النظرية ان الشخص عندما يتعاقد فأنه يؤكد ارادته بضمان ابرام عقد صحيح، بحيث لا يقوم في جانبه سبب يوجب البطلان، فإذا طالب بعد ذلك ببطلان العقد فأنه يخل بتعهد ضمان صحة العقد في الاتفاق الضمني، فتنعقد مسؤوليته العقدية، فكل متعاقد تسبب، ولو بحسن نية في ايجاد مظهر تعاقدي اطمأن اليه المتعاقد الاخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته ان يعوض المتعاقد الاخر عما اصابه من الضرر بسبب اطمئنانه الى العقد، بحيث يرجع الى الحالة التي كان عليها لو لم يتعاقد، وهذه النظرية قد تعرضت للنقد، فهي تجعل الخطأ اقرب الى فكرة تحمل التبعة منه الى الخطأ التقصيري، كذلك فان الاخذ بها قد لا يتماشى في ذلك مع نية المتعاقد الحقيقية، حتى مع قيام عقد ضمني، لذلك فعندهم يتم الرجوع الى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد، باعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض، وهذا ليس إلا اثراً عرضياً للعقد باعتباره واقعة مادية لا باعتباره عقداً[٢].

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي، لم يطبق نظرية الخطأ عند تكوين العقد، فالعقد الباطل لا ينعقد، ولا يفيد الحكم اصلاً، ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومع ذلك فان ناقص الاهلية بالرغم من انه غير مسؤول بالرد سوى ما عاد عليه من نفع[٣]، غير انه إذا لجأ الى طرق احتيالية في اخفاء نقص اهليته، فأنه يستطيع ان يبطل العقد، غير انه يكون مسؤولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه لما اصاب المتعاقد الاخر من ضرر، ومسؤوليته هنا مسؤولية تقصيرية(واقعة مادية)، وليست مسؤولية عقدية[٤].

---

(١) ينظر: د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، مرجع سابق،ص٢٩٥،٣٢٦.

(٢) ينظر: د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١،مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية،مصر،٢٠٠٣،ص٤١٤. ود.سليمان مرقس، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٣٠٤.

(٣) وهذا بمقتضى نص المادة(١٣٨) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على انه" ١- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً. ٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. ٣- ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية إذا بطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد."

(٤)اذ تنص "الفقرة اولاً من المادة(٢٠٧)" من القانون المدني العراقي، على انه" تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

وبالنسبة للقانون الانكليزي، إذا تبين للمحكمة ان نية المتعاقدين غير مشروعة فالعقد لا يمكن مجازاته، لأنه غير محمي بالقانون، وفي ضوء ذلك فان اتفاق التعايش اللاأخلاقي في المستقبل يُعد غير مشروع، وكذلك الاتفاق على تشجيع البغاء باعتبار ان ذلك ضد القيم الاخلاقية الحميدة، ففي احدى القضايا التي نظرها القضاء الانكليزي، بهذا الصدد، هي قضية(Pearce V. Brooks)، والتي تتلخص وقائعها ان عاهرة اشترت بالأقساط مركبة من الطراز القديم من شركة لصناعة المركبات، وكان معلوماً ان الغرض من شراء تلك المركبة هو لجذب الزبائن من الرجال، ولما لم تستطع تلك المرأة من دفع الاقساط، اقامت الشركة الدعوى عليها مطالبة بالأقساط المتأخرة، وحكم بان الشركة كانت تعلم الغرض الذي تم الشراء لأجله، لذلك فان العقد باطل[١].

وعلى هذا الاساس فأن العقد غير المشروع، والذي يُعد محظور قانوناً لا تتصدى له المحكمة، كالعقد الذي يتضمن بيع بضائع مهربة، أو لغرض بيع الخمور للحانات البذيئة، وهذه العقود، وامثالها الاخرى غير قابلة للتنفيذ، لأن العقد غير قانوني، ومن ثم يكون اعماله من غير استحقاق، أو اعتبار قانوني بسبب بنوده التي هي غير قانونية.

An agreement which on the face of it is perfectly legal may yet be unenforceable if its object is illegal. For example, a contract or for the sale of liquor for the purposes of a brothel is unenforceable.

And a contract to commit an unlawful act, such , for example as for the sale of obscene prints, is void. On the other hand, the contract itself might not be illegal but its performance without due regard to statutory provisions may be illegal[2].

أما اثر القضاء الانكليزي في تجزئة العقد، نجده على خلاف ما عليه من اثر في تحول العقد، فإذا كان العقد في جزء منه باطل فالمحكمة يمكنها ان تعدل الوعد، أو الشرط إذا كان الاطراف انفسهم ضمنوا عقدهم الوعد، أو الشرط بطريقة تسمح بتحديد نطاقه، أو انقاصه، ولكن يكون ذلك في حدود المعقولية[٣].أما إذا لم تتمكن المحكمة من انقاص الوعد لأنه قد يؤدي الى اتفاق جديد يختلف بطبيعته عن الاتفاق الاصلي، فأن المحكمة لابد عليها إلا ابطال العقد بأكمله[٤].

ومما تقدم ذكره، يتبين ان للمحكمة سلطة تقديرية في انتقاص العقد الباطل في جزء منه، وبما يتلاءم مع نية الاطراف المعقولة، وبحدود، ومعيار الشخص المعتاد،

---

(١) ينظر: د. مجيد حميد العنبكي ، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، مرجع سابق، ص١٠٤.

(٢) See: Chitty on Contract, Volume 2,op.cit.,p.676.

(٣) القانون الانكليزي يأخذ بالمذهب الموضوعي في تفسير العقد، ومؤداه ليس العبرة بما كان ينوي المتعاقد من وراء عقده، وما ادركه المتعاقد الاخر، وفهمه من نية المتعاقد، وإنما العبرة بما كان يمكن للشخص المعتاد، أو العاقل ان يفهمه من بنود العقد لو كان مكانهم، لمزيد من التفصيل، ينظر: د.يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص٩٧.

(٤) ينظر: د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، مرجع سابق، ص ٣٤٩ وما بعدها.

والعاقل(Person Reasonable)، وان يسمح بذلك القانون، مالم يتبين ان الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد، والحالة هذه يبطل العقد بأكمله.

الخـاتــمـة

وبعد ان وصلنا الى خاتمة بحثنا هذا ،فلا يسعنا إلا ان نورد اهم النتائج التي توصلنا اليها، وبعض التوصيات ،والمقترحات، وكالاتي:-

اولاً- النتائج:

١- ان العقد الباطل من حيث الاصل لا ينعقد، ولا يفيد الحكم، ويترتب عليه ان يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومع ذلك فان العقد الباطل قد يترتب عليه اثار عرضية، كانتقاص العقد، وتحوله، ولكن بوجود اثر فعال واساسي للإرادة في تحقق كل منهما، اذ لا يمكن اعمال كل من انتقاص والتحول، من دون التوصل الى النية المشتركة للمتعاقدين.

٢- مسألة انتقاص العقد تتحقق إذا كان الخلل في ركن المحل، يترتب عليه بطلان جزء منه، من دون المتبقي الاخر، وبذلك يبقى العقد قائماً بذاته في شقه الصحيح، مالم يتبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً فيبطل العقد بأكمله، أما بالنسبة للشرط الباطل المقترن بالعقد، فلا يُعد من حالات انتقاص العقد، وإنما حالة قائمة بذاتها نظمها القانون بنصوص قانونية معينة.

٣- تبين لنا ان المشرع العراقي، لم ينظم مسألة انتقاص العقد بنص المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي، بشيء من الدقة القانونية الواقعية، لأنه عَدَ الجزء المتبقي من العقد الباطل عقداً مستقلاً صحيحاً، وهذا بدوره يعطي تصوراً على ان انتقاص العقد عند تحققه سينشأ عنه عقدان عقد باطل يتضمن الجزء الباطل، وقد اهمل قانوناً، وعقد اخر صحيح يتضمن الجزء الصحيح، واصبح عقداً مستقلاً، في حين ان حقيقة الانتقاص لا تعدو ان تكون مجرد استبعاد للجزء الباطل قانوناً مع بقاء العقد ذاته في الاجزاء المتبقية، من دون ان ينشأ عنه عقداً جديداً مستقلاً.

٤- كما وجدنا ان القانونين العراقي، الانكليزي، يتفقان بشكل ما في ترتيب اثار اصلية على العقد الباطل، والتعامل معه كعقد صحيح استثناءً من القاعدة العامة، وذلك لضرورات قدرها المشرع، تتطلب التعامل مع العقد، وكأنه تصرف قانوني لا باعتباره واقعة مادية.

٥- المشرع العراقي قد وقع في تضارب في بعض احكام نصوص القوانين، ومنها المواد (١٣٧)، والمادة(٥٠٨)، والمواد(١١٢٧،و١١٢٦)، فمن جانب اعتبر العقد الشكلي لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل المقرر قانوناً، ومن جانب اخر لم يهتم المشرع بضرورة مراعاة الشكل لصحة التصرف القانوني الوارد على العقار، كذلك فان المشرع في مواضع عَدَ الشكل من الاوصاف، وفي مواضع اخرى، وهو الغالب، توحي نصوصه على ان الشكل يُعد من اركان العقد.

ثانياً ـ التوصيات والمقترحات:

١ـ نوصي المشرع العراقي بتعديل نص "الفقرة ثالثاً من المادة(١٣٧)" من القانون المدني العراقي، وذلك بإلغاء الشق الاخير منها، والمتعلق بشكل العقد، ومن ثم اعتباره من ضمن اركان، وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة.

٢ـ نقترح الغاء نص المادة(٥٠٨) من القانون المدني العراقي، والاكتفاء بنص "الفقرة ثانياً من المادة(١١٢٦)" بعد تعديلها ليكون نصها، كالاتي:" ٢ـ العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا تم وفقاً للطريقة المقررة قانوناً، مالم ينص القانون على غير ذلك".

٣ـ نقترح تعديل نص المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي، ليكون نصها، كالاتي:" العقد الذي يكون باطلاً في جزء منه لا يحول من دون بقاء العقد صحيحاً في الجزء المتبقي منه، مالم يتبين ان العقد ما كان ليتم من دون الجزء الذي وقع باطلاً".

قائمة المصادر والمراجع

اولا- المراجع باللغة العربية

١ـ استاذنا الدكتورجليل الساعدي

ـ الإرادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون العراقي، كلية القانون ـ جامعة بغداد، ٢٠١١.

ـ العنصر النفسي في العقد ـ دراسة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون ـ جامعة بغداد، المجلد٣٧، العدد٢، ٢٠١٢.

٢ـ د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٥٦.

٣ـ د.غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية،ج١،و ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، بلا سنة نشر.

٤ـ د.رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل الى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.

٥ـ د.سعيد مبارك ود.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع ـ الايجار ـ المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد، العراق،بلا سنة نشر.

٦ـ د.سليمان مرقس، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٥٦.

٧ـ د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن،منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٨٥.

٨ـ د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام،ط٣، المجلد١ ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان، ٢٠٠٠.

٩ـ د.عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية،.١٩٨٨

١٠ـ د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، ج١، انعقاد العقد، الشركة الاهلية، بغداد، العراق، ١٩٦٧.

١١ـ د.عبد المجيد الحكيم، وعبدالباقي البكري، و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١،ج٢، مصادر الالتزام،ط٤، المكتبة القانونية،بغداد،العراق،.٢٠١٠

١٢ـ د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والانكليزي المقارن، جامعة المنصورة، مجموعة البحوث القانونية، مصر، ١٩٧٨.

١٣ـ د.مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد،ج١،المكتبة القانونية،بغداد،العراق، بلا سنة نشر.

١٤ـ د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد ـ دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر،٢٠١٠.

١٥ـ د.ندى عبدالكاظم حسين، اثار بطلان العقد ـ دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.

١٦- د. يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد١٦،العدد٥٨، السنة ١٨، ٢٠١٣.

ثانياً- المراجع باللغة الانكليزية.

1- Chitty on Contract, Volume 2, Specific Contracts, London, 1955.

2- Chitty on contracts – volume 1 , General principles, London, 1983.

3- G.C.CHESHIRS.C.H.S.FIFOOT.M.P.FURMSTON, the law of contract, eighth edition London, Butter worth's , 1972.

4- G.H.TREITEL,D.C.L.,F.B.A.,AN Outline of the law of contract, second edition , London, 1979.

ثالثاً - القوانين .

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

٢- قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

رابعاً- المواقع الالكترونية.

1- www.inbried.co.uk.contract- law.

2- www.business dictionary.com.