البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد

م.م. علي حسن كاظم

كلية التربية للعلوم الصرفة/ جامعة بابل

The partial nullification of the contract as an application of the theory of contract optics

Researcher: Ali Hassan Kazem

University of Babylon / College of Education for Pure Sciences

Ali.alwash1960@gmail.com

Abstract

The partial invalidity of the contract is only a trace of the original effects that result from the invalid, Contract, Where The contract is not wholly void, but part of it which leads to its fall and Prevent the fall of the other part as an independent contract

key words: contract reduction, contract correction, contract transformation, split nodes.

الملخص

أن البطلان الجزئي للعقد ما هو الا أثر من الآثار الاصلية التي تترتب على العقد الباطل حيث لا يكون العقد باطلا بأكمله وإنما جزءاً منه مما يؤدي إلى سقوطه والحيلولة دون سقوط الجزء الآخر الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً

الكلمات المفتاحية: انتقاص العقد، تصحيح العقد، تحويل العقد، انقسام العقد

المقدمة

يعد العقد اهم وسيلة لأجراء المعاملات او التصرفات القانونية وكما عرفته المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بأنه (ارتباط الايجاب من احد العاقدين بقبول اخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

ويعرف الفقهاء العقد بأنه اتحاد إرادتين او اكثر على انشاء التزام او نقله او تعديله، ويظهر في هذا التعريف النزعة الشخصية حيث تم النظر الى العقد على انه منشئ للالتزام، ولا ينعقد العقد ألا باقتران الايجاب بالقبول وتوافقهما على زجه يحدث أثره القانوني وبه يحدد مضمون العقد وتنتج اثاره من حقوق والتزامات، والى جانب ذلك فقد حدد القانون اركانا وشروطا معينة لا يمكن بدونها قيام العقد، وهذه الاركان هي التراضي والمحل والسبب.

اما شروط صحة العقد فهي يجب ان يكون العقد صادرا من كامل الاهلية وسلامة الارادة من العيوب التي قد تشوبها وهي كما حددها المشرع العراقي بالغلط والإكراه والغبن مع التغرير والاستغلال، فإذا ما توافرت للعقد اركانه وشروط صحته، كان العقد صحيحا ونافذا منتجا لأثاره من حقوق والتزامات قانونية، ولكن ما الحكم إذا انعدم احد هذه الاركان ؟ وما هو الحكم إذا اختل شرط من شروط صحته كأن يكون العقد صادرا من شخص ناقص الاهلية، او إذا شاب الرضا غلط او غبن مع تغرير او أكراه، او استغلال، او إذا صدر العقد من شخص ليست له الولاية على محل العقد؟

ومن اجل الاجابة على اشكالية البحث المطروحة اعلاه تم تقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث، المبحث الاول ماهية البطلان الجزئي للعقد وفيه مطلبين، اولهما تعريف البطلان الجزئي، وثانيهما تمييز البطلان الجزئي للعقد عن غيره من النظريات المشابهة له، اما المبحث الثاني فموسوم بعنوان شروط نظرية انتقاص للعقد وفيه مطلبين، اولهما قابلية العقد للانقسام والتجزئة، وثانيهما، عدم جوهرية الشق او الشرط الباطل، اما المبحث الثالث فكان بعنوان التكييف القانوني للبطلان الجزئي للعقد، وفيه ثلاث مطالب، المطلب الاول البطلان الجزئي تعديل قانوني للعقد، المطلب الثاني للبطلان الجزئي تعديل قضائي للعقد، المطلب الثالث للبطلان الجزئي تصحيح للعقد.

وفي ختام هذا البحث توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نوجزها تباعاً.

المبحث الأول

ماهية للبطلان الجزئي للعقد أن للكلام عن البطلان الجزئي للعقد لابد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما تعريف البطلان الجزئي العقد، وفي ثانيهما تمييز البطلان الجزئي للعقد عن غيره من النظريات المشابهة له، وذلك تباعا على النحو الأتي:

المطلب الأول

تعريف البطلان الجزئي

كان من شأن دراسات فقهاء القانون المدني حول فكرة البطلان الجزئي ان اختلفت التعاريف المقدمة لتحديد معنى البطلان الجزئي، وذلك كله نابع من اهمية هذه الفكرة وضرورتها على صعيد القانون المدني والقوانين الخاصة الاخرى.

أولا: البطلان الجزئي لغة:

هو الخسران في الحظ او نقضه وانتقاصه، اخذ منه قليلا على حد ما يجيء عليه هذا الضرب من الابنية بالأغلب، انتقص الشيء أي انتقص حقه، والنقيصة العيب والوقيعة من الناس والفعل انتقص وكذلك انتقاص الحق[1]، او هو الفساد وسقوط الحكم فالعمل الباطل عمل ضائع او خاسر او عديم القيمة[2].

وجاء في فاكهة البستان (بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا) بمعنى ذهب ضياعاً وخس[3].

كما جاء ايضاً بطل، ذهب خسرا وضياعا، فهو باطل، بطل عطله، ابطل الشيء ذهب به ضياعاً، جعله باطلاً، الباطل ضد الحق جمع اباطيل[4].

ثانيا: البطلان الجزئي الاصطلاحي:

لقد تعرض فقهاء القانون المدني لتعريف البطلان الجزئي، ومنهم من كان موفقا في الوصول الى معناه ومنهم من خلط بينه وبين تحول العقد.

فقد تم تعريف البطلان الجزئي بأنه (تجزئة العقد في حالة ما إذا انصب على محل بعضه قابل لترتيب اثر العقد عليه وبعضه ليس كذلك)[5].

كما وعرف البعض البطلان الجزئي على انه (بأنها تخفيف من التزامات احد الطرفين نتيجة مخالفة الحدود التي وضعها الشارع لهذه الالتزامات وكبديل للنتيجة الطبيعية وهي سقوط الآثار جميعا نتيجة البطلان)[6]. ويذكر البعض تعريفا بأنه (الانتقاص هو الذي يضع القاعدة العامة لما يسمى بالبطلان الجزئي لجزء من العقود التي يبرمها الافراد إذا كان البطلان لا يمس ألا جزءا منها، وإبقاء باقيها صحيحا ألا إذا تبين انها ما كانت لتتم بأكملها بغير الجزء الذي وقع باطل، فعندئذ يمتد البطلان بأكمله، ويضرب الفقه مثلا لذلك أن ينصب البيع على عدة اشياء يكون واحد منها غير قابل للتعامل فيه فيعد البيع باطلا بالنسبة لباقي الأشياء ألا إذا تبين ان الصفقة واحدة لا يمكن تفريقها فيكون البيع بأكمله باطلاً)[7]. ويرى اخرون ان البطلان الجزئي ما هو ألا اثر من الآثار الاصلية التي تترتب على العقد الباطل، حيث لا يكون العقد باطلا بأكمله، وإنما جزء منه مما يؤدي الى سقوطه والحيلولة دون سقوط الجزء الاخر الصحيح باعتباره عقدا مستقلاً.

(1) ابن منظور، **لسان العرب**،دار صادر، مجمع التحقيق اللغوي، بيروت، 2006، 299
(2) فرج علوان هليل : البطلان في قانون المرافعات المدنية، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص9.
(3)فؤاد افرام البستاني :**منجد الطلاب**، ط45، دار المشرق، بيروت، لبنان 1986، ص36.
(4)عبد الحكيم فوده : (البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة)، المجلد الاول، الجزء الاول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص17-18.
(5)د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص 122.
(6)د. جميل الشرقاوي. نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1956، ص 82
(7)د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 254.

وكما قال البعض في تعريف البطلان الجزئي بأنه (قد تترتب على العقد الباطل أثار اصلية بالرغم من بطلانه وذلك بصفة استثنائية مراعاة لاعتبارات معينة نرى الان صورة خاطئة تترتب فيها على العقد الباطل بعض أثاره الاصلية دون البعض الاخر وهذه الصورة لا يكون العقد فيها باطل بأكمله وإنما يكون باطلا او قابلا للأبطال في جزء منه وصحيحا في الجزء الاخر وفي هذه الحالة يستبعد الجزء الباطل أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا وهذا ما يقال له انتقاص العقد)[1].

وفي هذا الصدد تنص المادة (139) من القانون المدني العراقي على انه (إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق هو وحده الذي يبطل، اما باقي العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ألا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم ألا بغير الشق الذي وقع باطلا)[2].

وتقرر هذه المادة قبول الحكم الذي أسسته نظرية انتقاص العقود، ومفاده ان العقد إذا تلبس بعدة امور وكان صحيحا بالنظر الى بعضها وباطلاً بالنظر الى الامور الاخرى، فأن هذا الشق يبطل من العقد، يبقى صحيحا الجزء الاخر، ألا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم ألا بهذا الجزء المبطل وبالتالي فيطل العقد بأكمله[3].

المطلب الثاني

تمييز البطلان الجزئي للعقد عما يشابه به من المفاهيم الاخرى

لا ريب في ان كل شيء على وجهة الارض له من النظائر الكثير والكثير، والبطلان الجزئي للعقد هو جزء من النظريات الموجودة في التشريع والفقه القانوني، لذلك له من النظائر وله من الشبه، وما يشتبه به عدة نظريات سنأخذ منها الاتي:

الفرع الاول: البطلان الجزئي والانتقاص.

يذهب البعض[4] الى اعتبار الانتقاص بطلانا جزئياً ويستعمل احدهما مرادفاً للاخر فهل يعد الانتقاص حقاً بطلاناً جزئياً؟ تبادر بالعقل بان الخلط بين البطلان الجزئي والانتقاص يتأتى من ان كلا من البطلان الجزئي والانتقاص، يؤدي نفس النتيجة وهي حذف الشق الباطل او المعيب من التصرف، والابقاء على الشق الآخر.

غير ان امعان النظر يوضح الفارق الاساسي والجوهري بينهما والذي يتمثل في ان الانتقاص لا تثار فكرته، الا اذا تحقق مجاله وهو البطلان الجزئي، الذي يعد مجال الانتقاص، الامر الذي يجعل الانتقاص أثراً ونتيجة للبطلان الجزئي[5].

وبعبارة اخرى، يستلزم اعمال الانتقاص المرور بمرحلتين:

الاولى: وهو بطلان التصرف جزئياً، والثانية: وهو انقاص الجزء او الشق الباطل من التصرف.

اما اعتبار الانتقاص بطلاناً جزئياً، فذلك يستوجب صحة التصرف جميعه، ثم يأتي الانتقاص لحذف واستبعاد شق صحيح فيه والابقاء على الشق الاخر، مع ان الحادث ان البطلان الذي يتحقق اولاً ثم يأتي الانتقاص ثانياً ويستبعد الشق الباطل وبناءً على ما تقدم، لا يعد الانتقاص بطلاناً جزئياً[6]، ولكن لما كان البطلان الجزئي وسيلة للانتقاص[7]، وكما يحدث في بعض الحالات، يتم التعبير عن نتيجة العمل بوسيلته، فانه يمكن التعبير– مجازاً– عن احدهما بالآخر، فيعبر عن الانتقاص بالبطلان الجزئي.

(1)د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة،،1971، ص363.
(2)م 139، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ والمعدل.
(3)د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1987، ص 125.
(4)راجع في ذلك سميلية : Philippe Similer : La nullitePaelille des actesjuridques – Paris 1969 No351،
(5)د. عبد العزيز المرسي، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، سنة 2006، ص24
(6)وينكر بعض الفقه، ما يسمى بالبطلان الجزئي ومن ثم لا يعتبر الانتقاص بطلاناً جزئياً. اذ البطلان لديه، نوع واحد وهو البطلان الكلي على اعتبار البطلان، على اعتبار البطلان وصف للتصرف ومن ثم لا يتصور ان يقال بعيب التصرف في جزء منه فقط، فيكون باطلاً في هذا الجزء، لان التصرف ارادة والارادة وحده لا يتصور تقسيمها وكذلك البطلان نفسه باعتباره وصفاً، لا يقبل التجزئة. ومن ثم لا يمكن القبول بان نصف التصرف صحيح ونصفه باطل، لان الصحة والبطلان وصفان متناقضان (راجع : د. جميل الشرقاوي ورسالته ص81،80)
(7)عكس ذلك سميلية (الذي يعتبر الانتقاص مجرد وسيلة من وسائل البطلان الجزئي، مصدر سابق.

الفرع الثاني: البطلان الجزئي والتحول.

للتميز بين الانتقاص والتحول لابد من ان نعالج نقطتين هما اوجه الشبه واوجه الخلاف بينهما:

1- اوجه الشبه بينهما:

من اوجه الشبه بين كل من نظام الانتقاص والتحول ان كلا منهما أثرا يترتب على بطلان التصرف، فالأصل ان العقد الباطل عديم الأثر ولكن لا تعتبر هذه القاعدة مطلقة، حيث ان القانون رتب في بعض الاحيان آثارا تستدعيها مصلحة كل طرف من الطرفين المتعاقدين، وكذلك حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات، ويتضح من ذلك ان بطلان العقد يعد شرطا رئيسيا لترتيب الآثار الاستثنائية والمتمثلة في انتقاص العقد وتحوله، ولكن يجب في الاول ان يكون العقد باطلا في جزء منه فقط أي باطلا بطلانا جزئيا، ومما تجدر الاشارة اليه ان هناك من يذهب الى القول بعدم وجود ما يسمى بالبطلان الجزئي للعقد وانه في حالة بطلان العقد الجزئي (لا نكون ألا امام بطلان عادي يتفق مع المبادئ المسلمة في نظرية البطلان من ان مخالفة العقد لأحكام القانون ولو في جزء منه يؤدي الى بطلانه بأكمله، ويجب ان لا نخدع بوجود عدة تصرفات في ظاهر تصرف واحد، فنحسبها تصرف واحد، بل يجب ان نتحرى في قصد المتعاقدين انفصالها فيبطل التصرف المخالف للقانون وحده)[1].

كما يجب ملاحظة ان النظريتين 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[2].

2 - أوجه الاختلاف بينهما:

ان أوجه التشابه بين الفكرتين لا ينفي ما يوجد بينهما من اختلافات تفرضها طبيعة كل منهما، فبينما التحول يعتبر أثرا من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل كواقعة مادية بحسب أقوال الفقهاء، ألا ان الانتقاص على حد قول الأقلية من فقهاء القانون المدني الذين يعتبرون الانتقاص أثرا اصليا يترتب على العقد الباطل باعتباره تصرفا قانونيا[3].

وتحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، اما الانتقاص فيفترض بقاء نفس العقد مع اهمال الجزء الباطل منه، كذلك يجب ان يكون هناك عقد باطل في احد اجزائه دون الاجزاء الاخرى لأنه لو كان باطلا في جميع اجزاءه لما كان هناك محل لانتقاصه، وانه قد يتحول الى تصرف اخر ويعتبر 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 يكون هناك محل للانتقاص بل للتحول إذا توافرت شروطه[4].

من كل ما تقدم يتضح ان كلا من فكرة الانتقاص والتحول تمثل نظاما خاصا ومستقلا عن الأخر، وذلك نابع من طبيعة كل من النظريتين التي تتطلب شروطا معينة بتحققها تترتب أثار تختلف عن غيرها على الرغم من اوجه التشابه ونقاط الالتقاء بينهما.

حيث ان العقد وسيلة قانونية وضعت لتكون اداة تعامل بين الافراد، وقد استلزم القانون لانعقاده شروطاً واركاناً معينة بتحققها يصبح العقد صحيحاً، اما اذا تخلف شرط من هذه الشروط او ركن من هذه الاركان، كان العقد باطلاً، فالبطلان هو الجزء الذي يلحق الجزء القانوني نتيجة تخلف شرط من شروطه او ركن من الاركان لانعقاد صحته[5].

(1)د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص 85.
(2)أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، 1958، ص 235.
(3)د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الاول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 4، مطبعة السلام، 1978، ص 452
(4)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج4، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954، ص 99.
(5)د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات المجلد الاول، نظرية العقد الارادة المنفردة، ط4، مطبعة السلام، 1978، ص452.

الا ان البطلان قد يكون كلياً فيبطل التصرف القانوني بأكمله، وقد يكون جزئياً يصيب جزءاً او شقاً من العقد دون اجزاءه الاخرى، وهذا ما يطلق عليه بالبطلان الجزئي ويرى جانب كبير من الفقهاء ان الانقاص هبة البطلان الجزئي، فاعتبروا الاول مجرد وسيلة للخلاف الجزئي[1].

الفرع الثالث: البطلان الجزئي وترتيب التصرف الباطل لبعض الآثار:

ان البطلان وان كان يعدم العقد كليا ويلغي اثاره ألا انه في بعض الحالات والتي استثناها المشرع حفاظا على استقرار التعامل تترتب عليه أثار اصلية وأثار عرضية كالزواج غير الصحيح، وقد فسر ترتيب العقد الباطل لبعض الآثار بأنها لا تترتب على التصرف الباطل نفسه، وإنما سببها وجود العناصر السلمية المتبقية في العقد.

ويذهب جانب اخر من الفقه الى دحض هذا الرأي ويذهب الى انكار وجود تشابه وتماثل بين فكرة ترتيب التصرف الباطل لبعض الاثار وبين فكرة انتقاص العقد، وذلك ان البطلان عندما ينصب على التصرف المعيب يعدمه ويلغي كل اثاره، ألا انه في بعض الحالات قد يرتب القانون عليه أثار مختلفة تستدعيها الحاجة لاستقرار التعامل، ألا انه في بعض الحالات يرتب القانون عليه أثارا مختلفة تستدعيها الحاجة لاستقرار التعامل، ألا ان هذه الاثار هي قانونية وليست أثرا يرتبها التصرف الباطل، اما الانتقاص فهو يسقط الشق المعيب فقط ويلفي أثاره ألا انه يبقي الشق الصحيح وأن الآثار المترتبة عليه ما هي ألا أثار صحيحة وسليمة ينتجها تصرف صحيح وسليم[2].

الفرع الرابع: البطلان الجزئي ونظرية الظروف الطارئة

ان نظرية الظروف الطارئة هي استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتتلخص هذه النظرية في ان العقد كان من العقود المستمرة التنفيذ او الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا، وطرأت ظروف اقتصادية لم توقعها المتعاقدان عند ابرام العقد ادت الى اختلال التوازن الاقتصادي الى كان موجودا عند ابرام العقد اختلالا خطيرا وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد وإنما (ينقص) هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة، وان هذه النظرية تشترط اربعة شروط حتى يتم تطبيقها وهذه الشروط هي الاتي:

1: ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ او الفورية وكان تنفيذ العقد مؤجلا، كبيع الثمار على أشجارها بشرط بقائها حتى تنضج، ففي هذين النوعين من العقود من الممكن ان تطرأ ظروف او حوادث لم يكن في الوسع توقعها عند ابرام العقد.

2: ان تجد في أثناء تنفيذ العقد ظروف او حوادث استثنائية عامة ويقصد بصفة خاصة ان تكون تلك الظروف او الحوادث خاصة بالمدين، كموته او افلاسه.

3: ان لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث ألاستثنائية عند ابرام العقد ويترتب على ذلك ان الحادث لكي يعتبر خرقا يجب ان يكون مما لا يستطاع دفعه، فإذا كان في الاستطاعة دفعه ان يكون متوقعا او غير متوقع.

4: ان تجعل هذه الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا.

وبعد توافر الشروط سالفة الذكر فالمحكمة ان ترفع الارهاق الى الحد المعقول عن المدين، وقد عبر القانون العراقي عن ذلك بقوله (تنقص الالتزام الى الحد المعقول) وتعبير ترفع الارهاق خير من تعبير تنقص الالتزام ذلك ان القاضي قد يرى ان الارهاق يزول إذا منح المدين مهلة للتنفيذ[3].

ويجب عدم الخلط بين نظرية الانتقاص ونظرية الظروف الطارئة، وذلك لأن الاولى تكون بإنقاص العقد الذي تم ابرامه بين الطرفين وأصبح في شق منه صحيح وشق منه باطل، لذلك فأن الشق الصحيح هو الذي يصح، وان الشق الباطل هو الذي يبطل ويكون ذلك في العقد المبرم بين الطرفين ولا علاقة بالظرف الطارئ به.

(1)د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص371.
(2)عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص 369.
(3) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 1986، 161.

اما نظرية الظروف الطارئة فأن العقد يكون منذ البداية صحيح بأكمله ألا ان ظروف استثنائية استجدت أثناء تنفيذ الالتزامات جعلت تلك الالتزامات مرهقه للمدين، لذلك يلجأ المدين الى القضاء لغرض اعادة التوازن مع التزامات الدائن بغية رفع الارهاق الى الحد المعقول بإنقاص التزاماته او زيادة التزامات الدائن، وبالتالي يعاد التوازن بين الطرفين، ولا مجال لذلك في نظرية انتقاص العقد لأن العقد اساسا قد ابرم بين الطرفين وكان شق منه باطل ويشترط ان لا يكون هذا الشق هو الدافع او الباعث على التعاقد بين الطرفين، لأنه لو كان كذلك لما صح العقد في الجزء الاخر منه وبذلك يمكن التمييز بين النظريتين.

أما رأي الشخصي بان البطلان الجزئي له ذاتية وخصوصية تجعله يكون مميزاً عن غيره من النظريات القانونية التي يشتبه بها في كثير من اوجه الشبه، كما في نظرية انتقاص العقد والتحول واثار العقد الباطل والظروف الطارئة.

المبحث الثاني

شروط نظرية البطلان الجزئي للعقد

ان نظرية انتقاص العقد 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 يكون هذه المعايير موضوعية، وبالتالي فأن مجال او نطاق تطبيق هذه النظرية يتحقق بتحقق شروط حددها القانون ونظمها في نصوص قانونية.

وبغية اتمام الكلام عن هذه المعايير او الشروط، لا ضير في تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، اولهما قابلية العقد للانقسام والتجزئة، وثانيهما عدم جوهرية الشق او الشرط الباطل، وذلك تباعا على النحو الاتي:

المطلب الاول

قابلية العقد للانقسام والتجزئة

ان فكرة انتقاص العقد تتطلب اساساً ان يكون العقد قابلا للانقسام والتجزئة، فإذا لم يكن كذلك فلا مجال لتطبيق هذه الفكرة، وترجع عدم قابلية العقد للانقسام اما الى طبيعة المحل الذي يرد عليه، وهذا ما يسمى بالانقسام المادي او الموضوعي، واما ان يرد الى الطبيعة القانونية للتصرف، ولذا فأن امكانية اعمال الانتقاص يقيد بقابلية التصرف القانوني للانقسام الى شقين، شق باطل يسقط ويستبعد من التصرف، وشق صحيح قائم بذاته ومستقل عن الشق الباطل، وهذا هو مكمل لقابلية التصرف للانقسام.

وعليه فأن الكلام عن هذا الشرط يتطلب توضيح نقطتين غاية في الاهمية وهما الاتي:

الفرع الاول: قابلية العقد للانقسام المادي.

لقد أشار المشرع العراقي في المادة (336 /ف 1) من القانون المدني العراقي على قابلية التصرف القانوني للانقسام حيث نص المادة المذكورة على انه (يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم)[1].

يتضح من النص المتقدم، ان طبيعة المحل إذا كانت مما لا تقبل الانقسام أن التصرف بدوره يقبل الانقسام المادي أيضا، وعليه إذا كان التصرف القانوني غير قابل للانقسام والتجزئة من الناحية المادية البحتة كان ذلك مانعا من اعمال نظرية الانتقاص، لذا فأن طبيعة التصرف إذا كانت تجيز انقسامه ماديا وهو الانقسام الراجع الى طبيعة المحل الذي يرد على العقد، وكان المتبقي من التصرف قائما بذاته وله وجود مستقل عن الشق الباطل وأمكن اعمال الانتقاص (مع توافر باقي شروطه) ومثال ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك، فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة فهذا العقد له القابلية على الانقسام المادي او الموضوعي[2].

(1)م 336 / ف 1، القانون المدني العراقي.

(2)د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في شرح القانون المدني، ج 2، احكام الالتزام، ط 2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1997، ص 293.

الفرع الثاني: القابلية للانقسام بحسب الطبيعة القانونية.

هناك بعض التصرفات لا تقبل بطبيعتها القانونية ان تنقسم بذاتها فتحول دون وجودها جزئيا حيث لا يتصور بالنسبة لهذه التصرفات وان كانت تقبل الانقسام المادي ان توجد بصورة مجزئة، لأنها اما ان تكون صحيحة وموجودة بأكملها، وأما ان تبطل بمجموعها، مثال ذلك عقد الصلح، وقد نصت المادة (720 / ف 1) من القانون المدني العراقي على انه (الصلح لا يتجزأ بطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد)[1].

وبناءً على هذا النص إذا بطل جزء من الصلح امتد بطلانه ليؤثر في بقية العقد فيسقط هو والعقد معا ما لم تكن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض والذي نستنتجه من عبارات العقد او من ظروف التعاقد، ان نية المتعاقدين انصرفت الى جعل اجزاء العقد مستقلة بعضها عن البعض الاخر، بحيث انه إذا بطل احدهما فأن ذلك ليس له تأثير على بقية اجزاء العقد، وكذلك الحال بالنسبة للقسمة التي تأبى طبيعتها القانونية ان تكون باطلة في جزء منها وصحيحة في الجزء الاخر، فهي اما ان تكون صحيحة بأكملها وأما ان تكون باطلة دون أمكانية تجزئتها وإسقاط الشق المعيب منها فقط، ومثال ذلك إذا كان احد المتقاسمين عديم التمييز ولم يمثله نائبه القانوني فأن القسمة تبطل بالنسبة لجميع المتقاسمين دون ان يكون باطلاً بالنسبة لعديم التمييز مع ان القسمة تقبل الانقسام المادي ألا ان طبيعتها القانونية حالت دون ذلك[2].

وكذلك الامر بالنسبة الى عقد المقايضة حيث تحول طبيعته القانونية دون أعمال الانتقاص لكونه غير قابل للانقسام، فلا يمكن ان يعتبر صحيحا بالنسبة لأحد طرفيه باطلا بالنسبة للطرف الاخر[3].

ويتضح مما تقدم بيانه، ان قابلية التصرف القانوني للانقسام المادي البحت لا يكفي لتحقق شرط القابلية للانقسام بكامله وبالتالي امكانية اعمال فكرة الانتقاص بإسقاط الشق المعيب وأعمال الباقي من العقد قدر الامكان، وإنما يجب مع ذلك ان تقبل الطبيعة القانونية للعقد للانقسام والتجزئة، والذي يقصد به ان يكون محل التصرف القانوني بذاته قابل للانقسام لأن هذه التصرفات لا يمكن تصور قيامها بصورة مجزئة بحيث إذا شاب احد اجزائها عيب ابطله وحده دون ان يمتد بطلانه الى بقية الاجزاء، بل العكس من ذلك، فأن البطلان الجزئي يحتم بالضرورة بطلانها بأكملها للحيلولة دون الاخلال بتوازن التصرف القانوني.

المطلب الثاني

عدم جوهرية الشق او الشرط الباطل

أن المعيار المنضبط لفكرة الانتقاص والذي اتفقت عليه غالبية القوانين الوضعية هو معيار ذاتي يعتمد ونية المتعاقدين أساسا له، ومن هنا كقاعدة عامة كانت نية وإرادة الاطراف المتعاقدة بانصرافها الى امضاء العقد رغم انتقاصه واستبعاد الشق الباطل منه من الشروط المهمة لتطبيق فكرة الانتقاص، فإذا ظهر من إرادة المتعاقدين ان الالتزامات التي ولدها العقد تقبل التجزئة بعد البطلان فأن الالتزام يبقى صحيحا قائما بجزئه الصحيح دون الجزء الذي لحقه البطلان، أما إذا تبين ان هذه التجزئة تتعارض مع ما قصدت إرادة المتعاقدين فعندئذ لا يعمل بنظرية انتقاص العقد، وعليه فأن أرادة الطرفين قد تجعل العقد القابل للانقسام المادي او القانوني غير قابل للانقسام من ناحية أرادتهما وهو ما يطلق عليه القابلية للانقسام الشخصي، وذلك يكون عدم جوهرية الشق الباطل بالنسبة للمتعاقدين، وعليه فأن كل من فكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي وفكرة عدم جوهرية الشق الباطل مرتبطين بنية وإرادة المتعاقدين، فمتى كان الشق الباطل عنصرا منظورا اليه في العقد فرض ذلك عدم قابلية التصرف للانقسام في نية المتعاقدين.

(1)م 720 /ف 1، القانون المدني العراقي
(2)عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص 398.
(3)عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص 399.

وعليه وللتعرف على عدم جوهرية الشق او الشرط الباطل تم تقسم هذا المطلب الى الاتي:

الفرع الاول: قابلية العقد للانقسام الشخصي.

ان قابلية العقد للانقسام المادي او الموضوعي لا يكفي للقول بأن شرط الانقسام متحقق، وبالتالي امكانية عمل الانتقاص، بل يجب فوق ذلك ان يكون العقد قابلا للانقسام ليس من الناحية المادية والقانونية فقط، وإنما من ناحية إرادة الطرفين، أي ان هذه الإرادة انصرفت الى جعل العقد قابل للتجزئة، وذلك بإبقاء العقد بعد بتر الشق الباطل منه، مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة فهذا العقد من الناحية المادية والقانونية له القابلية على الانقسام لأن ذلك التصرف وطبيعته تقبل ذلك الانقسام، ألا ان إرادة الطرفين مع ذلك هي التي يمكن ان تجعل العقد غير قابل للانقسام، بأن تتجه الى جعل العقد وحدة واحدة لا تتجزأ فقعد القسمة في المثال السابق وان كان قابلا للانقسام المادي وان طبيعته القانونية تسمح بذلك أيضا فيمكن القول بأعمال الانقسام من هذه الناحية ألا ان ذلك مرهون في النهاية بأن لا يثبت احد الطرفين او كلاهما ان العقد كل واحد لا يمكن ان يتجزأ ولارتباط الشق الباطل بالشق الصحيح ارتباط لا يمكن فصلهما لأهمية وجوهرية الشقين (الباطل والصحيح) في نظرهما، بحيث ان القسمة ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف[1].

وهناك من يرى انه من غير المستطاع ان نحكم ان هذا التصرف قابل للانقسام الشخصي ام لا، لأن الظروف التي تتحكم في احتياجات ورغبات الافراد تختلف من شخص لأخر، فقد يكون الشق الباطل في ظرف ما عنصرا مهما بالنسبة لأحد المتعاقدين، بينما لا نجده يعول عليه أي أهمية في ظروف اخرى، وبناءاً على ما تقدم فأن الحكم في هذه المسألة راجع الى قاضي الموضوع الذي يستقر بتقدير جوهرية وأهمية الشق الباطل وبالتالي قابلية التصرف للانقسام الشخصي حسب ظروف التعاقد وملابسات الموضوع[2].

ويلاحظ ان التطبيق الرئيس لفكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي نجده في التصرفات التي تتميز بعدة عمليات مرتبطة احدهما بالأخرى لتكون عملية قانونية واحدة بشكل تصرف مركب فكل عملية منها لها وجودها الذاتي والمستقل يطلق عليها بالمجموعة العقدية لكن فكرة ارتباط بعضهما مع البعض الاخر في نظر المتعاقدين يؤدي الى ان بطلان احدهما يؤثر على العمليات الاخرى فتبطل تبعا لذلك[3].

لأن ليس الطبيعة المادية او القانونية لهذه العمليات تحول دون قصر البطلان على ما تعيب من العمليات، وإنما للطبيعة التي قصدها المتعاقدين، مثال إذا رغب شخص في هبه عقار الى شخص اخر ولكونه لا يملك العقار يقوم بتسليمه المال الكافي لشرائه ويقوم هذا الاخير بشراء العقار فعلا، هذه العملية القانونية هي في حقيقتها هبه وأن تضمنت عمليتين قانونيتين متميزتين من الناحية المادة والقانونية، ألا انهما غير متميزتين في نظر الواهب والموهوب له، وإنما هما في نظرهما تصرف قانوني واحد لا يتجزأ بحيث إذا كان احدهما معيب امتد العيب الى التصرف الاخر لكونهما غير قابلين للانقسام الشخصي في نظر المتعاقدين، ويلاحظ ان القضاء الفرنسي طبق فكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي حماية للغير حسن النية وهو البائع في المثال اعلاه، فقصر البطلان على الهبة دون البيع، حيث طبق هذه الفكرة بين الواهب والموهوب له معتبرا بذلك ان ما تمت هبته في حالة الهبة ليس مبلغا من النقود وإنما العقار نفسه، وبالتالي فهو الذي يسترده الواهب اثر بطلان الهبة ويبقى البيع صحيحا في العلاقة بين الواهب والبائع ويحل الواهب محل المشتري، أي يصبح هو المشتري بدلاً من الموهوب له.

ومما يجدر التنويه اليه ان القابلية للانقسام الشخصي هو احد الشروط التي يجب توافرها لأعمال نظرية الانتقاص بحيث إذا تخلف احدهما تعذر تطبيق فكرة الانتقاص حتى لو توافرت الشروط الاخرى، لذا فأن شرط القابلية للانقسام الشخصي وان توافر فأن ذلك لا يعني اعمال الانتقاص بصورة تلقائية دون النظر الى الشروط الاخرى، لذا فأن أبعاد البعض لهذا الشرط لا يحمل أي نوع من الصحة، لقولهم انه في بعض التصرفات المركبة رغم قابليتها للانقسام والتجزئة ألا ان بطلان احدهما يؤثر على بقية العمليات الاخرى

(1)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 549.
(2)عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص 402.
(3)ابراهيم الدسوقي، المفهوم القانوني لانتقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الاولى، العدد الثاني، 1987، ص 98.

التبعية، كما في عقد الايجار المتضمن وعدا بالبيع، فقد يحدث أو ان يبطل عقد الايجار فأن بطلانه يعطي الحق للمستأجر او المؤجر التخلص من عقد الوعد بالبيع، مع ان لكل منهما وجودا مستقلا عن الاخر، وأنهما قابلين للانقسام، فمن الممكن ابرام عقد الايجار دون اقرانه بعقد الوعد بالبيع، ألا ان سبب بطلان العقدين يرجع الى عدم قابلية التصرف المركب في عقد الايجار والوعد بالبيع الى الانقسام في نظر المتعاقدين[1].

الفرع الثاني: جوهرية الشق او الشرط الباطل.

ان فكرة جوهرية الشق او الشرط الباطل ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة عدم قابلية التصرف القانوني للانقسام الشخصي، فكلاهما يعدان وسيلة للتعبير عن إرادة الاطراف المتعاقدة، ويرتبطان بهذه النية سوى ان مصطلح قابلية التصرف للانقسام الشخصي اكثر دقة للتعبير عن أرادة المتعاقدين في العمليات القانونية المركبة، بينما التعبير الاكثر وضوحا ودقة عن هذه الإرادة بالنسبة للتصرفات البسيطة هو مصطلح الشق الدافع للتعاقد، وعليه إذا كان الشق الباطل جوهريا في نظر المتعاقدين استلزم ذلك عدم قابلية التصرف للانقسام الشخصي لأن إرادة الطرفين انصرفت الى جعل العقد وحدة واحدة لا تتجزأ، فإذا كان الشرط الباطل بتصرف تبرعي او بمقابل يمثل اهمية خاصة بالنسبة للمتعاقدين كان من هام العوامل التي دفعته الى التعاقد، فإن بطلانه سيؤثر على ارادته لإمضاء العقد مما يؤدي الى بطلان التصرف الاخير لتعيب الرضا والإرادة، وبعكس ذلك يعد العقد صحيحا والشرط لا غيا، ومعرفة كون الشق دافعا للتعاقد ام لا من المسائل التي يقدرها قاضي الموضوع[2].

وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الشرط بمثل تعبير المشرع المصري لكون قد نقل احكام نظرية الانتقاص من القانون المصري الذي تأثر بدوره بالفقه الفرنسي، بقوله في نص المادة (139) بقوله ((ألا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً) فالمقصود بهذه المادة هو ان العقد ما كان ليتم في قصد وإرادة المتعاقدين دون ان يقصد ان الشق الباطل يشكل ركنا من أركان العقد وبدونه لا ينعقد[3].

وبعبارة ادق ان العقد يتوقف مصيره اساسا على ارادة المتعاقدين (بعد توافر الشروط الاخرى التي قد ترتضي إمضاء العقد رغم ما لحقه من بطلان لبعض اجزائه او ان تجعل هذه الارادة من الشق الباطل عنصرا مهما منظورا اليه ولولاه لما اقدمت على التعاقد ولتطبيق هذا الشرط يجب ان لا يكون الشق الباطل باعثا رئيسيا لأحد المتعاقدين او كلاهما سواء في عقود المعاوضات المالية او عقود التبرعات ويكفي بهذا الصدد الاكتفاء بإرادة احد المتعاقدين لإثبات كون الشق او الشرط الباطل دافعا للتعاقد ام لا)، وهذا الحل هو ما اعتمدته التشريعات المختلفة، ذلك ان الاعتداد بإرادة كلا المتعاقدين لإثبات اهمية الشق الباطل سيحول دون إعمال الانتقاص حتى لو كان العقد باطلا في جزء منه مما يهدر هدف الانتقاص، فالدوافع والبواعث التي تدفع الافراد الى التعاقد كثيرة ومتنوعة وتختلف تبعا لاحتياجات ورغبات كل منهم والذي يراد تلبيتها من خلال التصرفات القانونية، فمن البديهي ان تختلف وتتضارب مصالح كل منهم[4].

أما عبء إثبات جوهرية الشق الباطل فتقع على عاتق من يتمسك ببطلان العقد بأكمله وهذا ما اتبعته اغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي، وفي ضوء ما تقدم نصل الى نتيجة وهي ان الشق او الشرط الباطل ما هو ألا تعبير عن قصد وإرادة المتعاقدين وهو ما يتوقف عليه معيار الانتقاص، ألا انه يلاحظ ان هذا الشرط يكون غير ذي فائدة في حالات استثنائية اوجب فيها المشرع اعمال الانتقاص لاعتبارات معينة تتعلق بالنظام العام والمصلحة العامة، مثال ذلك الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد على خمس سنوات، فإذا جاوز الاتفاق المدة المذكورة تقرر تخفيضه الى الحد المسموح به قانونا وهو خمس سنوات[5].

(1)ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص 98 – 100.
(2)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، 570.
(3)د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 127.
(4)ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، 115 – 116.
(5)ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص 117.

وكذلك يكون هذا الشرط المتعلق بقصد وإرادة المتعاقدين ليست له فائدة تذكر بالنسبة للتشريعات ذات النزعة الموضوعية والمتمثلة بالشريعة الاسلامية والقوانين الاشتراكية فهي لا تعلق أهمية خاصة على الإرادة الذاتية فيما يخص نظرية الانتقاص متى ما كان ذلك ممكنا باستبعاد الشق الباطل وأعمال الباقي منه سواء كان الجزء المشوب بعيب البطلان جوهريا وأساسيا في نظر المتعاقدين ام لا، طالما كان ذلك يتماشى مع اهداف الخطة الموضوعية لاقتصاد البلد والسير على نهج هذا الاتجاه الذي هو الاصلح والأفضل للمصالح المتنازعة[1].

المبحث الثالث

التكييف القانوني للبطلان الجزئي للعقد

لم يتعرض غالبية فقهاء القانون المدني الى تحديد ذاتية وماهية انتقاص العقد وتكييفه تكييفا قانونينا دقيقا يوضح من خلاله اهداف الانتقاص وغايته فجاءت الدراسات الفقهية بحدود ضيقة وقاصرة عن تحديد ماهية الانتقاص.

وبغية التوصل التي تكييفا قانونيا صحيحا الى نظرية الانتقاص تم تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب، اولهما الانتقاص تعديل قانوني للعقد، وثانيهما الانتقاص تعديل قضائي للعقد، وثالثهما الانتقاص تصحيح للعقد، وذلك على النحو الاتي:

المطلب الاول

البطلان الجزئي تعديل قانوني للعقد

لقد اثار الخلاف في الفقه حول نص المادة (139) من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة (143) من القانون المدني المصري، فيما إذا كانت تعد تطبيقا خاصا لفكرة انتقاص العقد، حيث ذهب بعض الفقهاء[2]وهو من يمثل هذا المذهب الى ان ما قيل في المادة (143) جاء ليعتنق حلا يعد تطبيقا لمبدأ انتقاص العقد بالنسبة للتصرفات الباطلة في جزء منها وبمنظوره ان لا يصح القول بوجود تصرف في جزء منه باطل والجزء الاخر صحيح وبالتالي تجزئة التصرف ما دام قابلا لذلك واستبعاد ما يشوبه من عيب البطلان للمحافظة على صحة الجزء الاخر، لذا نراه قد ميز بين الحكم الذي جاءت به المادة (143) وبين النصوص الاخرى التي جاءت لتعالج حالات خاصة، فيرى ان المادة (143) وضعت لتنظيم حالة من حالات البطلان بصورة عامة أي انها تعد تطبيقا للبطلان الكلي للعقد على اعتبار ان الشق الباطل والشق الصحيح، وهذا لا يتفق مع ما تقرره المادة (143) التي تشترط ان يكون العقد قابلا للانقسام والتجزئة من الناحية المادية والقانونية والشخصية[3].

ويرى بعض الفقهاء[4] ان التصرفات المعيبة جزئيا لا يمكن انتقاصها باستبعاد الشق الباطل وأعمال الشق الصحيح منها طالما كانت هذه التصرفات قابلة للتجزئة والانقسام ذلك ان الانتقاص اصلا يتطلب لأعماله بالنسبة للتصرفات الباطلة في جزء منها الوحدة والارتباط بين شقي التصرف الباطل والصحيح ألا ان المادة (143) من المدني المصري المقابلة للمادة (139) من القانون المدني العراقي، لم تتطلب هذه الوحدة والترابط بين شقي العقد المعيب في جزء منه، وإنما على العكس اشترطت قابلية العقد للانقسام والتجزئة، وفي نهاية الامر فأن هذه المادة تعد تطبيقا للبطلان الكلي للعقد لأنها تواجه تصرفا يشمل على التزامين التزام باطل يسقط ويستبعد من التصرف والتزام صحيح يبقى وينتج آثاره فيما بين اطراف التعاقد.

ويعزز بعض الفقهاء[5] رأيه بالأمثلة التي ضمنها المشرع المصري والتي هي اثنين: اولهما، عن هبة يقترن بشرط غير مشروع حيث يبطل الشرط وتبقى الهبة صحيحة، وثانيهما عن بيع يتعدد محله ويقع الغلط الجوهري في احد اجزائه وهنا لا يقع البطلان المطلق لو النسبي من العقد، ألا على الشق الذي قام به سببه، وبناءاً عليه يبطل الشرط غير المشروع بطلانا مطلقا، ويبطل البيع الذي وقع

(1) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 297.
(2) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان العقد القانوني، مصدر سابق، ص83.
(3) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص 83.
(4) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان العقد القانوني، مصدر سابق، ص85.
(5) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان العقد القانوني، مصدر سابق، ص89

الغلط الجوهري فيه بطلانا نسبيا، ويظل الباقي صحيحا منتجا لكافة آثاره كما لو كان تصرفا اصليا وكل ذلك مرهون بعدم أثبات ان الشق الذي بطل لا ينفصل عن جملة التعاقد، وبعبارة ادق ان لا يكون الشق او الشرط الباطل هو الباعث والدافع للتعاقد، ففي عقد الهبة فإن المتبرع وان ادرج نصا او بندا يحمل الموهوب له عبئا اضافيا، ألا انه مع ذلك لم يعلق اهمية خاصة على اشتراطه ولا ينتظر به قبول الموهوب له لذا فانه متى ما كان شرطا غير مشروع بطل، ألا ان بطلانه لا يمتد الى عقد الهبة فيبطله وبالتالي يسقطه لأنها هبة غير منجزة بالإضافة الى عدم وجود ارتباط بينهما، كذلك الحال بالنسبة للبيع المتعدد المحال والذي وقع في احد اجزائه ويمكن ان يتم دون الاخر لذلك فإذا ما وقع الغلط في احدهما يستبعد من معاملة البيع لبطلانه وإنزال ما يقابله من ثمن ويبقى الاخر صحيحا[1].

ومن هنا نصل الى نتيجة واحدة والتي كان يقصد توضيحها الاستاذ جميل الشرقاوي وهي ان مجرد الانتقاص تعديل للعقد الباطل في جزء منه يؤدي الى استحداث التزامات جديدة تحل محل الالتزامات القديمة التي كان سيرتبها العقد الباطل ومصدر هذه الالتزامات هو القانون وليس إرادة الطرفين بالنسبة للحالات الخاصة التي نص عليها المشرع المصري والتي تعد تطبيقا للانتقاص، اما ما جاءت به المادة (143) فهو ليس ألا لتنظيم بطلان عادي كامل يرد على تصرف مستقل وليس بطلانا جزئيا[2].

المطلب الثاني

البطلان الجزئي تعديل قضائي للعقد

ان نظرية انتقاص العقد من النظريات القانونية المسلم بها في وسط فقه القانون المدني، وقد حاول الكثير من الشراح الاستناد اليها بصدد تكييفهم لانتقاص العقد ومنهم من وجود ان الانتقاص ما هو ألا تطبيق خاص من تطبيقات الالتزام القضائي.

وللوقوف على معنى الانتقاص تعديل قضائي للعقد، لا نرى ضيرا في ان نتناول المفردتين الاتيتين:

اولاً: القرار القضائي تعديلا قضائيا للعقد:

لقد تناول البعض بأن قيام القاضي بتعديل العقد وانتقاصه معتمدا بذلك على سلطته التنفيذية وذلك بالقضاء على الالتزامات التعاقدية لعدم عدالتها ونشوء التزام جديد مصدره حكم القاضي، فعندما يقوم بتعديل العقد ومن ثم انتقاصه في حالة إذا ما وجد ان العقد يرتب التزامات غير متعادلة بين اطرافه على الرغم من صحته وان الحكم الصادر من قاضي الموضوع بهذا الشأن يكون مصدرا لنشوء التزام جديد وهو التزام قضائي يستند الى إرادة القاضي التي تحل محل إرادة المتعاقدين التي كانت سبب في نشوء التزامات تعاقديه غير عادلة مما يجدر معه استبدالها بالتزامات جديدة عادلة تحل محل التزامات الطرفين ويكون سبب وجودها إرادة القاضي لا إرادة المتعاقدين، وهذا الحكم يتضمن تجديدا جبريا او ضروريا للالتزام بمعنى ان تغير طبيعة الالتزامات الجديدة من اتفاقية الى عقدية الحكم القاضي المنشئ للالتزام القضائي، وقد سبق ان تم تعريف الانتقاص على انه نية ورغبة الطرفين المتعاقدين وبدونها لا يمكن أعمال الانتقاص[3].

وهناك من يرى ان فكرة الانتقاص القضائي لا تنسجم مع انتقاص العقد حيث ان نية الطرفين هي الاساس في الانتقاص فكيف إذن يمكن الحكم بانقضاء الالتزامات العقدية ليحل محلها التزامات قضائية، وكذلك فأن الانتقاص وما يميزه عن غيره من النظم هو ان العقد يبقى كما هو دون تغيير في تكييفه او طبعه حيث يبقى الشق الصحيح كما هو دون تعديل مع بتر الشق الباطل منه وهذا القول لا ينسجم مع طبيعة فكرة الالتزام القضائي[4].

ثانيا: العلاقة بين نظرية الانتقاص ونظرية القرار القضائي:

مما سبق تعرفنا على مضمون فكرة القرار القضائي، أما الان فنحاول معرفة مدى الصلة التي تربط فكرة الانتقاص بفكرة الالتزام القضائي، حيث ان قيام القاضي بتعديل العقد وانتقاصه يكون مصدرا لنشوء التزام قضائي للعقد يقوم به القضاء وفقا لسلطته التقديرية،

(1) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني. مصدر سابق، ص 93.
(2) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص 256.
(3) ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص 118.
(4) د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1969، ص 211.

ووسيلة هذا التعديل هو تجديد الالتزام التي تقوم عليه فكرة الالتزام القضائي ورغم كون الانتقاص في نظر هذا الرأي تطبيقا لفكرة الالتزام القضائي ألا انه يعد تطبيقا خاصا، ثم عقد صاحب هذا الرأي مقارنة بين فكرة الانتقاص وتعديل العقد لما لها ن الخصائص التي تميزه عن غيره وان كان يعدان مصدرا للالتزام القضائي الجديد، فبالنسبة للانتقاص فأنه لا يرد ألا على عقد باطل جزء منه، أي ان يكون في شق منه باطلا والشق الأخر صحيحا بينما التعديل لا يرد ألا على عقد صحيح، ألا انه غير عادل، وكذلك فأن الانتقاص يعد استثناء من عدم قابلية العقد للتجزئة والانقسام، بينما التعديل يعد استثناء من مبدأ مخالفة العقد للقابلية والنقض، وأخيرا وهذا أهم ما يميزه عن التعديل هو ان الاول يقوم على نية وإرادة الطرفين، بينما التعديل يضم إرادتهما بسبب عدم تعادل العقد، ويترتب على قول الدكتور سمير تناغو بأن قيام القاضي بتعديل العقد وانتقاصه أعمالا لسلطته التقديرية القضاء على الالتزامات التعاقدية لعدم عدالتها ونشوء التزام قضائي جديد مصدره حكم القاضي، وهذا الحكم يتضمن تجديدا جبريا او ضروريا للالتزام، بمعنى ان تتغير طبيعي الالتزامات الجديدة من اتفاقية الى عقدية بحكم القاضي المنشئ للالتزام القضائي، وبدونهما لا يمكن اعمال الانتقاص، فيكف إذن يمكن الحكم بانقضاء الالتزامات العقدية ليحل محلها التزامات قضائية[1].

وأخيرا فان نظرية الالتزام القضائي تتضمن تجديدا للالتزام، وكما نعرف ان التجديد لا يرد على العقود الباطلة وكذلك لا يقع ألا بالاتفاق، أي انه ستند الى نية ورغبة التجديد، وكذلك يرى الدكتور سمير تناغو بأن التجديد يكون جبريا وحتميا وهذا لا يستقيم مع القول بأن الانتقاص يتطلب شروطا عدة لإعماله من اهمها قابلية العقد للانقسام والتجزئة من الناحية المادية ومن ناحية قصد وإرادة المتعاقدين[2].

المطلب الثالث

البطلان الجزئي تصحيح للعقد

ان ما يؤخذ على النظريات السابقة انها قد خلطت بين فكرة الانتقاص ونظريات اخرى ولكثرة سهام النقد التي وجهت الى ما سبق من النظريات من حيث انها نظريات عامة لفكرة الانتقاص وتعديلا للعقد وفي جميع حالات الانتقاص وتطبيقاتها على الرغم من أن الانتقاص قد لا يتضمن تعديلا للعقد في اغلب الحالات، وكل ما يترتب على الانتقاص يتمثل بأثر اساسي هو اسقاطه للشق الباطل والمعيب من العقد وذلك بهدف منع الفساد والبطلان من الوصول الى ما بقي من العقد الذي يرد عليه، وهذا التصحيح قد يكون بإسقاط شق من العقد في حالات وقد يكون تخفيضا لبعض الشروط التي تخالف الحدود القانونية المقررة لها من حالات اخرى وهذه الحالة الاخيرة، هي التي تتضمن تعديلا للعقد، ولكن هذا التعديل ليس هو المقصود لذاته، وإنما هو وسيلة جاء بها المشرع ليمكن من خلالها تصحيح التصرف وهذا ما لم تشير اليه النظريات المختلفة[3].

ويضيف أصحاب هذا الرأي ان الانتقاص وان كان ينطوي على التعديل في بعض احالاته ألا انه لا يمكننا ان نرتب عليه طبيعة الانتقاص القانونية، حيث ان هدف الانتقاص وجوهرة هو تصحيح العقد المعيب جزئيا وما التعديل ألا وسيلة الانتقاص المادية لتحقيق غرضه[4].

والى جانب ذلك فأن النظريات المختلفة التي قيلت بصدد تكييف الانتقاص وأن كانت تركز على مسألة اعتبار الانتقاص تعديلا للعقد، ألا انها لم تقتصر على ذلك التعديل، وإنما تضمنت ما يخالف طبيعة الانتقاص اصلا وهو الغاء العقد كله واستبداله بعقد اخر جديد حيل محله، لذلك فأن هذه النظريات تصل في النهاية الى ما يسمى بالاستبدال والتجديد وليس فقط التعديل، وهذا لا يلائم الانتقاص لأن القاضي لا يملك فيه الحكم بإلغاء العقد واستبداله لأن نظام الانتقاص يقتضي منه ان يحافظ على جوهر العقد بالإبقاء على تكييفه دون تغيير سوى في حجم ومضمون العقد، لذا فهو ليس بحاجة الى هذه النظم القانونية التي جاءت بها النظريات السابقة،

(1)د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص 211.
(2)د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص 456.
(3)ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص 114.
(4)عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص 356.

ومن ناحية اخرى فأن الانتقاص ونظريات التعديل يعيبها أيضا انها بصدد تكييفها للانتقاص ركزت على وسيلة التعديل احيانا وأغفلت هدفه وجوهره الذي يمكن في تصحيح العقد رغم ما للوسيلة من دور ثانوي وقليل الاهمية مقارنة بهدف جوهر الانتقاص[1].

نرى ان بعض الفقهاء وضع تعريفاً لمصطلح العقد فقد ذكرنا بان (تصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً الى جعله صحيحاً)[2].

بينما يرى الآخر بأن هذا التعريف ليس تعريفاً شاملاً لكل حالات تصحيح العقد وتطبيقاته، فتعريف التصحيح بأنه ادخال عنصر جديد على العقد المواد تصحيحه، يجعل التصحيح مقصوراً على بعض حالات التغيير في عنصر من عناصر العقد، وليس جميعاً فهو يقصر التصحيح على الاضافة والابدال.

لذا يكون من الافضل ان يستبدل مصطلح (ادخال) بمصطلح (التغيير)، فتعريف التصحيح بأنه تغيير في عنصر من عناصر العقد ينسجم مع ما ذكره الدكتور السنهوري من تطبيقات لتصحيح العقد[3].

وبناء على الآراء التي قيلت بهذا الصدد نجد ان الانتقاص نظام قانوني مستقل من حيث وجوده ومجال أعامله وهو البطلان الجزئي وخصائصه التي تميزه عن غيره من الانظمة القانونية القريبة منه والمشتبه به، وهو أيضا مستقل عن باقي الانظمة من حيث هدفه وغرضه والذي يمكن في تصحيحه للعقد المعيب جزئيا بإسقاطه الشق المعيب وقصر البطلان عليه دون مده الى ما بقى من صحة العقد فوسيلة الانتقاص هي قصر نطاق مدى البطلان على ما تعيب من العقد فقط سواء كان ذلك عن طريق إسقاطه من العقد او تعديله بتخفيض الشروط المغالى فيها[4].

وعليه ان الانتقاص ما هو ألا وسيلة قانونية متميزة وتنفرد عن غيرها من الانظمة لما لها من استقلالية ووجودية وذاتية يستطيع القاضي بمقتضاها تصحيح العقد المعيب في جزء منه باستئصال ما شابه من عيب والإبقاء على ما تبقى من العقد الصحيح، ويقضي استنادا الى النصوص القانونية التي تنظمه وتجعله وسيلة شرعية.

وإذا تم اعتبار الانتقاص هو مجرد تصحيح للعقد الباطل جزئيا فيجب ان نسير الى انه لا يقصد بذلك التصحيح بالمعنى الواسع والذي يشمل حالات كثيرة وتحقق لدى الفقه بإدخال عنصر جديد على العقد يؤدي الى جعله صحيحا[5].

وعليه فأن القاضي سيحدث تغير في شكل العقد وعناصر العقد، وهذا التغيير قد يتم بإبدال عنصر جديد بالعنصر القديم، كما لو اتفق على شراء شيء أثري والذي لم يتفق عليه، وقد يتم التغيير بالزيادة في العنصر القديم كما في حالة الاستغلال بغبن احد طرفي العقد، فيعرض الطرف المستغل على قاضي الموضوع الزيادة في التزاماته وبما يكفي لرفع الغبن عن الطرف المغبون، وكذلك الحال في تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن لرفع المثل في بيع عقار ناقص الاهلية، او يتم التغيير أخيرا بانتقاص العنصر القديم كما في حالة تخفيض الأجل ألاتفاقي للبقاء في الشيوع الى الأجل الثانوي وهو خمس سنوات[6].

ومن هنا فأن التصحيح يتسع ليشمل كل الحالات السابق ذكرها ألا ان البعض منها لا يمكن ان ندخله ضمن نطاق تصحيح العقد أثر انتقاصه، فالتصحيح الذي يترتب أثر انتقاص العقد يشمل فقط حالة انتقاص العنصر القديم، ومن ناحية اخرى فأن التصحيح المترتب أثر الانتقاص يجب ان يأخذ على نحو واسع فيشمل كل حالات التصحيح التي تترتب أثر انتقاص العقد فلا يقتصر على رفع المغالاة في عنصر من عناصر العقد، إنما يمتد ليشمل حالة إسقاط وأبطال شق منه[7].

(1)د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص 212.
(2)د. السنهوري، الوسيط ف شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص501.
(3)د. منصور حاتم، فك تصحيح العقد، اطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م.
(4)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 567.
(5)عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص 159.
(6)ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص 10.
(7)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 568.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الموسوم بعنوان (نظرية انتقاص العقد في التشريع العراقي) توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات، نتعرف عليهما في نقطتين، اولهما النتائج، وثانيهما التوصيات.

اولاً: النتائج:

1: اتضح من خلال هذه الدراسة ان المشرع العراقي عند تنظيمه لقواعد وأحكام القانون المدني ومن بينهما أحكام نظرية انتقاص العقد، كان متأثرا بموقف القوانين الغربية مستمدا اغلب أحكامه وقواعده.

2: ان المعيار الموضوعي يرجح في القوانين الوضعية التي أقامت نظرية الانتقاص على أساس ذاتي وان هذا المعيار هو الاصلح والأقرب للواقع والمنطق وأكثر حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات، حيث ان الانتقاص يعني بتر أو استئصال الشق او الشرط الباطل من التصرف القانوني للإبقاء على ما صح منه.

3: اتضح من هذه الدارسة ان القاضي له سلطة تقديرية لتفادي اهدار العقد بأكمله مما يساهم في تأكيد الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات.

4: ان لنظرية البطلان الجزئي خصائص ومميزات تبعده عن الخلط عن غيره من النظم والنظريات الاخرى والتي وأن كانت تشترك معه في كونها تشكل وسيلة لتصحيح التصرف من العيب الذي يلحقه.

5: ان نظرية البطلان الجزئي لم يقتصر تطبيقها في مجال القانون المدني فقط، وإنما امتد ليشمل قوانين اخرى، كالقانون الدولي العام والقانون الاداري وقانون العمل والقانون التجاري، حيث اخذت هذه القوانين بفكرة الانتقاص، حيث اخذ القانون الدولي العام بهذه الفكرة في نطاق المعاهدات، وقد دار الخلاف في نطاق الفقه الدولي حول امكانية تقسيم المعاهدة واستبعاد النصوص الباطلة منها او عدم امكانية ذلك، وقد استقر الفقه بالقول بتقسيم المعاهدات إذا ما اعترى البطلان بعض نصوصها فلا يبطل ألا ما به سبب البطلان ويظل صحيحا ما لم يسمه هذا السبب فمنها يدركها البطلان، فأن البطلان الجزئي اقرب اليها فيزول منها الشق الباطل ويستمر الجزء الصحيح.

ثانيا: التوصيات:

1: نود ان نلفت نظر المشرع بعدم ترك الحرية المطلقة لإرادة المتعاقدين لتنظيم أحكام العقود وترتيب أثاره وأدراج ما يشاءون من الشروط فأن ذلك سيؤدي الى اختلال التوازن بين المصالح العامة والخاصة، لأن المتعاقدين يسعون دائما من خلال تصرفاتهم القانونية الى تحقيق مصالحهم الخاصة مما تسمو هذه المصالح على مصالح المجتمع، وفي هذا الامر اضرار بمصالح المجتمع ولا ريب ذلك ابدا.

2: نلتمس من القضاء العراقي تطبيق نظرية انتقاص العقد متى ما كان هناك مجال لتطبيقها انسجاما مع مصلحة الافراد واستقرار المعاملات وتحقيق هدف اصحاب العلاقة في الوصول الى الغرض الذي قصداه من وراء قيامهم بإبرام العقد.

3: الاكثار من الدراسات القانونية المتخصصة في مجال القانون المدني المتعلقة بنظرية انتقاص العقد.

المصادر والمراجع

اولا: القران الكريم.

ثانيا: الكتب العربية:

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، مجمع التحقيق اللغوي، بيروت، 2006.

ثالثا: الكتب القانونية:

1- احمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، 1958.

2- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

3- د. حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد،1969.

4- د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1970.

5- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الاول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 4، مطبعة السلام،1978.

6- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج 4، نظرية السبب والبطلان، دار أحياء التراث العربي، 1954.

7- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1978.

8- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج 2، أحكام الالتزام، ط 3، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.

9- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، ط 5، مطبعة نديم، بغداد، 1977.

10- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1987.

11- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

رابعا: الرسائل الجامعية:

1- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة،1965.

2- عبد العزيز المرسي، نظرية انتقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية القانون/ جامعة القاهرة، 1989.

3- د. منصور حاتم: فكرة تصحيح العقد، اطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 2006م.

خامسا: البحوث:

1- ابراهيم الدسوقي، المفهوم القانوني لانتقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الاولى، العدد الثاني، 1987.

2- ابراهيم الدسوقي، مجال وانتقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الاولى، العدد الثاني، 1987.

سادسا: القوانين:

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، النافذ والمعدل.