التغيير في جزء من اجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية

((دراسة مقارنة))

منصور حاتم محسن

جامعة بابل/كلية القانون

mansoorhatem@yahoo.com

الخلاصة

تتعدد حالات التغيير في جزء من أجزاء العقد، بالانقاص أو الاضافة أو التعديل أو الأستبعاد بحكم القانون،وذلك لأسباب متعددة منها،من اجل تحقيق العدالة التعاقدية التبادلية واعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد التبادلي،وكذلك قد يكون التغيير من اجل تحقيق العدالة التبادلية عن طريق الأبقاء على العقد محققاً المنفعة المقصودة منه،وهذا قد يحصل بناء على طلب من الاشخاص وسلطة تقديرية للقاضي،وقد يكون تدخل من القاضي مباشرة دون حاجة الى طلب من أحد،وقد يكون بحكم القانون .

الكلمات المفتاحية:العقد ،جزء ،قانون،تغيير،عدالة.

Abstract

There are several cases of change in the part of the contract, Balannagas ,addition or Modification where multiple such reasons, the achievement of contractual justice ,reciprocity and restoring the balance between the rights and obligations .of the parties to the exchange the contract, and also may be change in order to achieve reciprocity justice by retaining on achieving the intended benefit decade, and this could happen at the request the people and the discretion of the judge , and may be the intervention of a judge directly without the need to request from one , it may be the rule of law.

Key Words: Contract ,Part,Law,Change,justice,Change in the part of the contract and its impact in the interactive justice.

المقدمة

تتعدد الحالات التي سمح المشرع أن تكون امام التغيير في جزء من اجزاء العقد،وقد يكون الهدف من هذا التغيير تحقيق العدالة التعاقدية التبادلية عن طريق حصول كل طرف على المنفعة المقصودة من العقد، فكما يقول الفقيه الفرنسي جاك غستان (ان العقد لايكون إلزامياً إلا اذا كان عادلاً))[1]، فالارادة هنا لها اثر في انشاء الرابطة العقدية،ولكن العدالة فوق الارادة،فالارادة محكومة بتحقيق العدالة إذ يجب أن يحصل كل طرف على المنفعة التي كان يبغي الحصول عليها من وراء العقد،وذلك يتجسد في البحث عن التعادل والتناسب بين حقوق طرفي العقد والتزاماته [2].

وهذا الامر قد يتحقق عن طريق الاضافة الى عنصر من عناصر العقد او الانقاص منها،إذ يكون التغيير في عنصر من عناصر العقد بالانقاص منه او إستبداله او الاضافة في جزء من اجزاء العقد أو استبعاده بحكم القانون لتحقيق المنفعة المقصودة من العقد،وذلك للحفاظ على العقد مرتباً لآثاره.

وستكون دراستنا في بحثنا الموسوم بـ ((التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية– دراسة مقارنة)) وفق قوانين أربعة،هي قانوننا المدني العراقي رقم٤٠لسنة ١٩٥١والقانون المدني المصري رقم ١٣١

---

(١) الفقيه الفرنسي جاك غستان/ المطول في القانون المدني/ تكوين العقد/ ترجمة منصور القاضي/ الطبعة الاولى/ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع /لبنان/ ٢٠٠٠ /ص٢٥٥.

(٢) د.ريما فرج مكي / تصحيح العقد – دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / شركة المؤسسة الحديثة للكتاب / لبنان/ ٢٠١١/٣٢٤-٣٢٥.

لسنة ١٩٤٨ وقانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في آذار ١٩٣٢،والقانون المدني الفرنسي فضلاً عن القوانين الخاصة بحماية حق المستهلك في العراق القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٠ وفي مصر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ وفي لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ اما في فرنسا فقانون الاستهلاك رقم ٩٤٩/٩٣ في٢٦/تموز/١٩٩٣ والمعدل بقانون١شباط رقم ٩٥/ ٩٦ لسنة ١٩٩٥.

وقد اختيرت هذه الدراسة لبيان العلاقة الدائمة والتلازم بين العدالة العقدية التبادلية وبين المنفعة المقصودة منه، وبين كل منهما من جهة وبين صور التغيير من جهة أخرى سواء أكان بالانقاص من جزء من اجزاء العقد أم الأضافة اليه او استبعاده نهائياً فضلاً عن بيان محل التغيير سواء أكان عنصراً اساسياً في العقد أم شرط يقترن به.وتم اختيار المنهج المقارن بين القوانين المشار اليها اعلاه،ووفق الخطة ادناه:

المقدمة:

المبحث الاول: ماهية العدالة العقدية التبادلية.

المطلب الاول: مفهوم العدالة التبادلية.

المطلب الثاني: مفهوم المنفعة المقصودة من العقد.

المبحث الثاني: محل التغيير.

المطلب الاول: عناصر العقد الاساسية.

المطلب الثاني:الشروط المقترنة بالعقد.

المبحث الثالث: صور التغيير

المطلب الاول : صور التغيير لتحقيق العدالة التبادلية.

المطلب الثاني: صور التغيير للابقاء على العقد.

الخاتمة.

المبحث الاول/ ماهية العدالة العقدية التبادلية

تقوم العدالة العقدية التبادلية على اساس التبادل بين طرفي العقد في الأداءات ، فالعقد وظيفته الاساسية أداة لتبادل الاموال والخدمات،مما يستدعي أن يتلقى كل طرف من اطرافه مُعادلاً لما أعطاه للطرف الثاني[1]. وهذا المقابل هو المنفعة المقصودة من العقد والتي يسعى المتعاقدان في العقد التبادلي الى تحقيقها، والتي تكون هدفاً لكل متعاقد في أي عقد آخر سواء كان تبادلياً أم لا.فالمتعاقد يبغي من وراء عقده تحقيق المنفعة المقصودة منه ،والتي تتحقق بأعادة التوازن المقصود منه، والتي تتحقق بأعادة التوازن بالتغيير بالاضافة او الانقاص او الاستبعاد لجزء من العقد للأبقاء على العقد والمحافظة على آثاره لتحقيق المنفعة المشتركة للمتعاقدين،لذا آثرنا ان نبحث في هذا النطاق المنفعة المقصودة من العقد لكونها ترتبط في أغلب حالات التغيير بالعدالة التبادلية،إذ يهدف التغيير تحقيق المنفعة المقصودة من العقد الى الابقاء على العقد والمحافظة عليه تجنباً لأهداره. لذا ندرس اولاً مفهوم العدالة التبادلية وبعد ذلك مفهوم المنفعة العقدية.وعليه سيقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الاول لدراسة مفهوم العدالة التبادلية واما المطلب الثاني فعنوانه مفهوم المنفعة المقصودة من العقد.

---

[1] جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٥٨.

المطلب الاول /مفهوم العدالة التبادلية

العدالة بشكل عام أو على وفق مفهومها الفلسفي،كما يذكر الفيلسوف أفلاطون هي ((ان يتلقى كل شخص ما يساوي انتاجه وان يؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته ومقدرته،فالانسان العادل هو الانسان الذي يبذل جهده لاعطاء الحق ومقدماً مايساوي قدر مايتلقاه عن هذا الجهد))[١]،او كما يذكر الفقيه هنري باتيفول ((التطلع الى العدالة المبنية على المساواة وهذه النظرية قديمة،إذ سبق ان اعرب ارسطو عن مقتضيات العدالة المبنية على المساواة في تبادل الحقوق والواجبات كما لاحظ مقتضيات العدالة التوزيعية،اذ ان الحياة في المجتمع تؤدي الى تكوين سلطة تطالب بتقديم الخدمات وتنظم منح مايقابلها وعليها ان تراعي ناحية العدالة في توزيع الأعباء ومنح الارباح،ولكن المساواة الحسابية في هذا لاتكفي قط ،إذ يجب توزيع الاعباء بما يتناسب مع الوسائل وتوزيع الارباح بالنسبة للحاجات أو الخدمات المقدمة، ففكرة العدالة هذه يحقق القانون الوضعي للحاجات أو الخدمات المقدمة،ففكرة العدالة هذه يحقق القانون متطلباتها الجوهرية في تأمين تعادل الخدمات في معظم الانظمة القائمة، وهذا يعني ان العدالة مبنية على المساواة في تبادل الحقوق والواجبات من جانب،ومن جانب آخر مقتضيات العدالة التوزيعية كون الحياة في المجتمع تؤدي الى تكوين سلطة تطالب بتقديم الخدمات وتنظم منح مايقابلها وتراعي ناحية العدالة في توزيع الاعباء ومنح الارباح))[٢].

يتضح من المعنى المتقدم للعدالة ، بأنها تكون على صورتين،الاولى هي العدالة التوزيعية وهي التي تكون في نطاق علاقات المجتمع او الدولة بالافراد بوصفهم اعضاء في مجتمع يسمى بـ ((الدولة)) إذ تقوم على اعطاء اعضاء في الهيئة الاجتماعية جميعا حصصاً متساوية ، يتمتع كل فرد بمنافع الخير العام،صحيح ان اساس العدالة هنا هو المساواة،ولكن المساواة هنا ليست المساواة الحسابية،إذ تقتضي العدالة التوزيعية ان يكون التوزيع بين الافراد بحسب ممتلكاتهم وقدراتهم وحاجاتهم فهي المساواة التناسبية التي تتناسب مع قدرة العضو في المجتمع ومكانته وقيمة الخدمة التي يؤديها للمجتمع [٣].

ويعني ذلك،ان العدالة التوزيعية تكون في نطاق علاقات الافراد بالمجتمع أي في العلاقات بين الجماعة السياسية والافراد بوصفهم اعضاء في تلك الجماعة السياسية،لذا فان هذا النوع من العدالة يخرج عن نطاق بحثنا،لان بحثنا يكون في نطاق العقد،أي في علاقة الافراد بعضهم ببعضهم الاخر وتحقيق العدالة في نطاق الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد،وهذا النوع من العدالة هو العدالة التبادلية،وهذا لايمكن ان يتحقق إلا في نطاق العقد الملزم للجانبين او العقد التبادلي الذي يُنشيءْ إلتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفي العقد .وتخرج من نطاق بحثنا ايضا العدالة التي تكون مصدراً من مصادر القاعدة القانونية والتي يرجع اليها القاضي في سد النقص الحاصل في التشريع ،والتي عرفها بعضهم بأنها ((القوة الكافية الملزمة التي تدعو العقل الى وضع حلول مُرضية))[٤]

---

[١] نقلاً عن :أستاذنا د. حسن علي الذنون / فلسفة القانون / الطبعة الاولى / مطبعة العاني / بغداد / ١٩٧٥/ ص١٦٣.

[٢] الاستاذ هنري باتيفول / فلسفة القانون / ترجمة الدكتور سموحي فوق العادة / منشورات عويدات / لبنان / ١٩٧٢/ص٩٦-٩٧.

[٣] د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية/ الجزء الاول / القانون / وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٢/ ص٢١٣-٢١٤.

[٤] اسماعيل نامق حسين / العدالة واثرها في القاعدة القانونية / دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر /مصر/٢٠١١/ص٥٥.

وقد جاء في المادة ١١٠٢ من القانون المدني الفرنسي((يكون العقد متبادلا او ملزماً للطرفين عندما يلتزم المتعاقدان بشكل متبادل بعضهم تجاه بعضهم الاخر))[١]. فالعقد الملزم للجانبين يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين أي يعتبر كل متعاقد دائنا ومديناً في آن واحد كعقد البيع والمقايضة والأجارة وغيرها، وهذا التقابل بين الالتزامات في ذمة طرفي العقد هو الذي يوضح كونها مجالاً للعدالة التبادلية ، ويذكر الفقيه جاك غستان بان هذا العقد هو ((عمل تبادلي يقيم معاً التزامات متبادلة يجب ان تكون متساوية من الجانبين))[٢]، فجوهر العقد بالنسبة للقانون هو تحقيق منفعة معينة يسمح بها القانون وكذلك التوافق مع العدالة التبادلية ، أي يتلقى كل طرف مقابلاً يعادل ما أعطاه أي العقد هو اتفاق ارادتين اتاح ارضاء حاجات طرفيه وفقاً للعدالة التبادلية [٣].

وعليه ، فأن العدالة التبادلية تكون في نطاق العقد الملزم للجانبين وهي نطاق بحثنا، اذ انها تكون ضمن علاقة طرفي العقد بما يولده من حقوق وواجبات ، اذ يكون هدف العدالة التبادلية تحقيق التوازن بين المنافع لكل من طرفي العقد أو بين الأداءات المتبادلة، ووصفت بالتبادلية لانها تكون بمبادلة الاشياء والخدمات بين الافراد ، أي المبادلة بين الاداءات المتقابلة ويجب أن يتحقق التعادل والتناسب بين ما أعطى وما أخذ كل طرف من طرفيه[٤].

وعلى هذا، فأن العدالة التبادلية في نطاق العقد تتحقق اذا كانت هناك حقوق لكل من طرفي العقد بما يقابلها من إلتزامات، وعلى هذا فأن البند الذي يفرض على المستهلك في عقد الاستهلاك دفع تعويض معين في الحالة التي يتنازل فيها عن العقد من دون ان يفرض دفع تعويض مماثل على عاتق الممتهن أو المحترف المسؤول عن عدم تنفيذ العقد يعد بنداً تعسفياً لايحقق العدالة التبادلية بوجوده[٥]. وكذلك يعد البند تعسفياً في عقد الاستهلاك عندما يتضمن حقا لبائع السلع أو مورد الخدمات في زيادة الاسعار من دون أن يعطي الحق للمستهلك في فسخ العقد عندما يكون السعر النهائي مرتفعاً نسبة الى الثمن المتفق عليه عند ابرام العقد[٦]. فهنا يتوجب تحقيق العدالة التبادلية ، فهذا التقابل يقضي بأن يحصل كل من المتعاقدين على ما له من حق ويترتب في ذمته المالية الالتزام المقابل له .

إلا ان هذا التساوي العددي في الحقوق والالتزامات المتقابلة لايعني إن هناك عدالة قد تحققت في العقد التبادلي ، فالعدالة التبادلية تقتضي توافر معياريين متلازمين في وجودهما ، المعيار الاول هو معيار التعادل والمعيار الثاني المكمل له هو معيار التناسب ، اذ يجب توافرهما مجتمعين معاً حتى تتحقق العدالة

---

[١] وتقابلها في قانون الموجبات والعقود اللبناني الفقرة (٢) من المادة ١٦٨ إذ جاء فيها ((العقد المتبادل او الملزم للفريقين هو الذي يكون فيه كل فريق ملتزماً تجاه الاخر على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما)) .اما القانون المدني المصري فلا يتضمن نصاً يعرف فيه العقد الملزم للجانبين ولكن اشار اليه بمناسبة انحلال العقد في المادة ١٥٧ منه في فسخ العقد دون ان يحدد مفهومه ، وكذلك الحكم في القانون المدني العراقي في المادة ١/١٧٧ منه .

[٢] الفقيه الفرنسي جاك غستان / مصدر سابق /ص٢٥٨.

[٣] المصدر السابق /ص٢٥٩.

[٤] أستاذنا د.حسن على الذنون / مصدر سابق / ص١٦٤، ويضيف الدكتور الذنون بأن التبادلية لاتقتصر على العدالة العقدية أي لاتكون في نطاق العقد فقط وانما تشمل العمل غير المشروع إذ يذكر في هذا الصدد ((لاتقتصر التبادلية على العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الافراد بل يطبق ايضا على العلاقات غير التعاقدية ، فاذا تسبب شخص بخطئه في الاضرار بغيره كان مقتضى العدالة التبادلية ان يلتزم الاول بأصلاح الضرر الذي أصاب الثاني وان يكون التعويض مالا او متناسباً مع ما لحق المضار من ضرر)).

[٥] انظر المادة ١/١٣٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي ٩٤٩/٩٣ في ٢٦/تموز /١٩٩٣ المعدل بقانون ١ شباط /١٩٩٥ رقم ٩٥-٩٦ وكذلك المادة ٣٥ من قانون حماية المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ ، والمادة ١٠ من قانون حماية المستهلك في مصر رقم ٧ لسنة ٢٠٠٦ اما في العراق فأن المادة ٨ من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بينت هذه الاحكام وغيرها من أمثلة توضح عدم تحقق العدالة التبادلية .

[٦] انظر في ذلك د.ربما فرج مكي / مصدر سابق / ص٢٨٨.

التبادلية. فعلى وفق المعيار الاول، يجب أن نكون امام مساواة في القيم المتبادلة بين الاداءات المتقابلة المتلازمة ، فالعدالة التبادلية تتحقق عندما يحصل كل طرف من اطراف العقد على منافع متكافئة ومتماثلة مع ما يحصل عليه الطرف الاخر من ذات العقد، ولايتطلب هنا تحقق التعادل المطلق بين الاداءات إذ يكفي تحقق التعادل النسبي ، فالاخير يسمح في تحديد القيمة المتلازمة للاداءات المتقابلة والتي يجب أن يُؤْخَذْ بنظر الاعتبار عند تحديدها ، نوع الالتزام والمنفعة الاقتصادية والقانونية المتحققة لكل من طرفي العقد، وطابعه الثانوي او الرئيسي لكل من طرفيه [١]. وهذا يستوجب توافر معيار آخر بموجبه تتحدد قيمة الاداءات بالنسبة لطرفي العقد ، وهو معيار التناسب وهذا المعيار يقتضي بأن يكون كل أداء من الاداءات المتقابلة ضرورياً لكل طرف من اطراف العقد وكذلك يجب أن لايكون مبالغاً فيه نسبة الى الاداء المقابل ونسبة الى وظيفته ، وعلى ذلك تتحقق العدالة التبادلية في عقد معين وفقاً لهذا المعيار اذا كان الالتزام ضرورياً وغير مبالغ في تحديده لان ذلك يسمح بتحقيق المنفعة المتبادلة لطرفي العقد [٢].

وعلى وفق ما تقدم، وعلى اساس المعيارين المتقدمين، فأن العدالة التبادلية في نطاق العقد ((هي حصول كل طرف من اطراف العقد على المنفعة المقصودة منه ولما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الاخر)).وهذا الامر جعل الفقه الحديث يتجه الى ان تكون العدالة التعاقدية التبادلية أساساً للألتزام يضاف الى اساس الارادة فلا يطبق الاخير بصفة مطلقة، بل يكون تحقيق العدالة التعاقدية بين اطراف العقد اساساً يصحح مذهب الارادة ويكبح حجامه،فاذا كان للارادة دور في خلق وتعديل وانقضاء الرابطة العقدية ، فأن هذه الارادة ليست ذات صفة مطلقة ولايحتمل القانون إستعمالها بما ينافي العدالة ، فالعدالة التعاقدية فوق الارادة ، إذ ان الاخيرة محكومة بتحقيق العدالة،والعقد يجب ان يكون مطابقاً للعدالة التي يكون هدفها تحقق المنفعة المقصودة من العقد [٣]. والتي سيكون المطلب الثاني مخصصاً لدراستها في الصفحات القادمة ، فالمنفعة المقصودة من العقد هي الهدف الذي تبغي العدالة التبادلية تحقيقه لكل من طرفي العقد .

المطلب الثاني/المنفعة المقصودة من العقد

لبيان مفهوم المنفعة المقصودة من العقد ، لابد ان نبين العلاقة المتلازمة بين منفعة العقد ومفهوم العدالة التعاقدية بالمعنى المتقدم في المطلب الاول ، وافضل من بيّن مدى التلازم بين المفهومين واهمية المنفعة بالنسبة للعقد،هو الفقيه جاك غستان في كتابه النافع والعادل في العقد اذ ذكر ((لايظهر النافع والعادل كعنصرين موضوعيين خارجين عن العقد ويتمان رقابته باسم المصلحة العامة والعدالة التعاقدية ، فالمفيد والعادل هما سندا للقوة الالزامية للعقد ومنهما يستنتج مجمل نظامه ان المنفعة والعدالة تشكلان اساس القوة الملزمة للعقد،والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها،بعبارة اخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله، فالعقد لايتمتع بالقوة الملزمة إلا لأنه نافع وعادل أي متوافق مع العدالة التعاقدية التبادلية، مما يعني بطريقة غير مباشرة، ان العقد مجرد من قوته الملزمة اذا لم يكن يحقق المنفعة المقصودة منه وكذلك الحكم اذا لم يحقق العدالة لكل من طرفيه))[٤]، وكذلك أكد غستان

---

[١] وانظر نص المادة ١٦٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني إذ جاء في الفقرة الاولى منها ((ان العقد ذا العوض هو الذي يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس)).

[٢] د.ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٢٢٢.

[٣] انظر الفقه المشار اليه في د. عبد الرحمن عياد / اساس الالتزام العقدي ، النظرية والتطبيقات / المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر / الاسكندرية /١٩٧٢ / ص١٣٨-١٣٩ . والذي أيده فيما ذهب اليه . وكذلك يؤيد هذا الرأي بقوة الفقيه الفرنسي جاك غستان في كتابه النافع والعادل في العقد .

J.Ghestin ,l'utile et le juste dans les contrats ,D.1982, p.14.

[٤] الفقيه جاك غستان / النافع والعادل في العقد / مصدر سابق / ص١٤ نقلا عن د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٣٧٢.

على ما تقدم في كتابه المطول في القانون المدني – تكوين العقد، اذ جاء فيه ((العقد حسب kelsen يستمد قوته الالزامية من ارادة المشرع في محاسبة من يخل ببنوده، ونفضل أن نقول إن المشرع وفقاً للقانون المُتُجَاوَزْ يجب ان لايفرض جزاءً إلا اذا كان العقد مفيد شرط ان يكون عادلاً ، فالضروري بالنسبة للقانون الموضوعي هو عدم ترتب اثار العقد إلا بالنسبة للعقود العادلة والنافعة))[١].

وعلى وفق ماتقدم ، يلتزم المتعاقدان بتنفيذ بنود العقد بشرط تحقيق المنفعة المقصودة والمتلازمة مع تحقيق العدالة التعاقدية، فالعقد اذن يستمد قوته الملزمة من القانون الوضعي وليس من ارادة المتعاقدين وكما يقول جاك غستان (ان مبدأ استقلالية الارادة ، تتضمن مسألة تشريعية تؤكد ضرورة الرجوع الى ارادة المتعاقدين كمبدأ حل عام ومجرد، والحال ان هذه الارادة ليست غاية في ذاتها، وإنما أداة لخدمة القانون الوضعي، وهي بهذه الصفة مجرد عنصر هام بالتأكيد)[٢]. وهذا يعني ان هناك تلازماً وارتباطاً واضحاً بين العدالة التبادلية والتي لاتتحقق إلا اذا تحققت المنفعة المقصودة من العقد .

أما مفهوم المنفعة المقصودة من العقد والتي يرتبط المتعاقدان على اساس تحقيقها بالنسبة لكل منهما بما يحقق العدالة التعاقدية التبادلية فيما بينهما ، فأن مفهومها – أي المنفعة – في القانون الوضعي وفي جميع المصادر التي درست ذلك ترجع الى كتب فلاسفة القانون الوضعي .

إذ يقول الفقيه الانكليزي Benthem المنفعة تعني خاصية في أي شيء، بها يميل لانتاج النفع أو الفائدة أو اللذة أو الخير أو السعادة، أو يمنع حدوث أو وقوع الضرر، الألم ، الشر أو عدم السعادة[٣].

ويشير أستاذنا الدكتور مجيد العنبكي في تحليل التعريف أعلاه ((في هذا الخصوص علينا ملاحظة نقطة مهمة، وهي ان المنفعة لما كانت خاصية في الشيء – هي القدرة على إشباع حاجة بشرية – فأن تلك الحاجة– في علم الاقتصاد – لايهم ما اذا كانت متفقة مع الاخلاق أو الصحة أو مخالفة لهما . فالمخدرات مثلا– رغم ضررها الخطير على الصحة تعتبر نافعة في نظر الاقتصاد بالنسبة الى المدمن عليها لانه يحتاجها ، أما في علم القانون فالمسألة على العكس منها في علم الاقتصاد فالحاجة يجب ان تدور في دائرة القانون المستمد من الاخلاق والصحة وغيرها من الامور المفيدة للمجتمع ، ولا أدل من ذلك محاربة القانون للمخدرات ، فالمنفعة في مجال الاقتصاد قد تعتبر في حالات معينة مفسدة ومخالفة في مجال القانون))[٤].

وعلى وفق ما تقدم ، فأن المنفعة هي القدرة على اشباع حاجة معينة ، ولكن لايقصد بها فقط خدمة أو سلعة بالمفهوم الاقتصاد وانما الحاجة التي تكون هدفاً للمنفعة يقصد بها المعنى الواسع لهذه الكلمة، فالحاجة تتطور لتأخذ شكل الهدف الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه ولاينحصر بالناحية الاقتصادية ، ولكن وفقاً للغالب ان تكون المنفعة سلعاً وخدمات متبادلة بين طرفي العقد تكون محلاً للاداءات المتقابلة .

ولابد من القول، بان قابلية الشيء لاشباع حاجة معينة لاتعني بالضرورة تحقق استيفاء المنفعة بل لابد من الانتفاع أولاً حتى تتحقق اشباع الحاجة لأي متعاقد ، فالانتفاع عملية خارجة عن ذات المنفعة فهو عملية تحصيل منافع الشيء وثماره،أي استيفاء هذه المنفعة ، وذلك يتحقق بالتسلط على ذات الشيء عادة ، أما تسليم المنفعة فيتخذ صورتين ،التسليم المادي او مايسمى بالفعلي والتسليم المعنوي او مايسمى بالحكمي

---

[١] الفقيه جاك غستان / تكوين العقد / مصدر سابق / ص٢٣٠-٢٣١.

[٢] المصدر السابق/ تكوين العقد / ص٢٣١.

[٣] كتابه مقدمة الى مفهوم الاخلاق والتشريع ، ص٢٥٦ ، نقلا عن استاذنا الدكتور مجيد حميد العنبكي / اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي / رسالته للماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد /١٩٧١ / ص٢.

[٤] استاذنا د.مجيد حميد العنبكي / مصدر سابق / ص ٢٢-٢٣.

ويتحقق الاخير بمجرد التخلية مابين المستأجر والمأجور تلزم معها الاجرة المسماة أو أجرة المثل ، وأن يستعمل المستأجر المأجور، وإلا يعد هو من فوّت المنافع على نفسه مع عدم وجود المانع من إستيفاء المنفعة المعقودة عليها[١].

والارتباط بين المصلحة والمنفعة أكده الدكتور على حمد صالح إذ يرى ونحن مانرجحه، بأن المصلحة هي ذات المنفعة فهي اشباع حاجة معينة لشخص، فالمصالح والمنافع هي ما يقصده ويهدف اليه المتعاقد من وراء ابرامه عقد معين ، فالمصلحة هي جلب منفعة ولكن وفقا للقانون يجب أن تكون مشروعة ، وقد تكون دفع مضرة معينة ، فالتصرفات الارادية يجب أن يعتد بها القانون ، سواء أكانت مصالح ام منافع مادية ام معنوية [٢].

يمكن القول مما تقدم ،إن المنفعة المقصودة من العقد ينظر اليها في اطار العدالة التبادلية على أساس الارتباط بين المفهومين فأذا وجد في العقد خلل بين حقوق والتزامات طرفيه فأنه يفتقد للعدالة التبادلية أي ما يحصل عليه احد المتعاقدين من منفعة لاتتناسب مع مايحصل عليه المتعاقد الاخر ، وهذا يؤدي الى القول بأن العقد لايحقق المنفعة المقصودة منه بالنسبة لاحد المتعاقدين ، أي إن تحقق العدالة التعاقدية التبادلية يعني حصول المتعاقد على المنفعة المقصودة من العقد ، وعند عدم حصول المتعاقد على المنفعة يعني عدم تحقق العدالة التبادلية ، فالعقد هو اداة لتبادل المنافع بين المتعاقدين .

ولابد من القول، بأن المنفعة التي يحصل عليها كل متعاقد يجب ان تتوافر فيها الشروط الواجب توافرها في محل العقد[٣]، الذي يهدف الى تحقيق هذه المنفعة وأساساً لها ، لذا يجب ان يتحقق وجود المنفعة وقت التعاقد أو يحتمل وجودها في المستقبل، فعدم وجودها يؤدي الى انتفاء وجود العقد اذا قصد المتعاقدان التعامل في منفعة متحققة موجودة فعلاً وقت التعاقد. اما اذا لم يقصد المتعاقدان ان يقع الالتزام على شيء محل المنفعة موجود فعلاً وقت نشوء العقد، جاز ان يقع الالتزام على شيء تتصل به المنفعة يمكن ان يوجد في المستقبل ، ومع ذلك فان القانون المدني العراقي قد تضمن صراحةً على توافر شرط امكانية الوجود في المستقبل وشرط تعيين المحل المستقبلي تعييناً نافياً للجهالة والضرر، في حين أجاز القانون المدني المصري والفرنسي والموجبات والعقود اللبناني التعامل في الاشياء المستقبلية من دون بيان صريح لهذه الشروط [٤].

اما اذا كانت المنفعة مقترنة بعمل يلتزم به احد المتعاقدين تجاه الاخر او يلتزم بالامتناع عنه ، فيجب ان يكون الاداء الذي يتولد عنه المنفعة ممكناً ، فاذا كان محل العقد مستحيلاً فأن المنفعة المقصودة من العقد لايمكن ان يحصل عليها المتعاقد الاخر لعدم وجود الالتزام وبطلان العقد المنشيء له ، لانه لا إلتزام بمستحيل [٥]. وقد جاءت بهذه الاحكام المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي " اذا كان محل الالتزام مستحيلاً

---

[١] د. ضمير حسين ناصر / منفعة العقد والعيب الخفي / دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / مكتبة زين الحقوقية والادبية / لبنان /٢٠٠٩/ ص٢٨-٢٩.

[٢] د. علي احمد صالح / المصلحة واثرها في القانون / دراسة مقارنة بين اصول الفقه الاسلامي والقانون الوضعي / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد /١٩٩٦ / ص٥٩-٦١والاراء التي أشار اليها بعد هذه الصفحات.

[٣] انظر نص المادة ١٨٨/ف١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وكذلك أنظر في القانون العراقي المادة ١٢٦ من القانون المدني التي ذكرت بأنه ((لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه .....)) فهنا قد خلط المشرع العراقي بين محل العقد ومحل الالتزام فالمقصود هو محل العقد وليس كما ذكره النص محل الالتزام . لذا ندعو المشرع العراقي الى تعديله وفقاً لهذه الصياغة وخاصة ان النص المذكور قد ورد تحت عنوان ((اركان العقد)) وهو موقف استاذنا الفاضل الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي / الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة / الطبعة الاولى / مطبعة شهاب / أربيل / ٢٠١١ / ص١٢٢.

[٤] المادة ١٢٩/ ١ من القانون المدني العراقي ، المادة ١٣١ / ف١ من القانون المدني المصري ، المادة ١٨٨/ ف٢ من قانون العقود والموجبات اللبناني / والمادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها ((يمكن ان تكون الاشياء المستقبلية موضوع التزام)).

[٥] د. عبدالرزاق احمد السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الاول / الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / ٢٠٠٠/ ص٤١٦-٤١٧.

في ذاته كان العقد باطلاً " [١]، ونقترح ان يعدل نص هذه المادة بأستبدال عبارة (محل الالتزام) بعبارة (محل العقد) لاسيما ان هذه المادة قد وردت تحت الفرع الاول من الفصل الاول من الباب الاول للقانون المدني والذي حمل عنوان (اركان العقد) ولم يكن العنوان اركان الالتزام، وعليه يعد العمل الذي ينشيء المنفعة المقصودة منه محلاً للعقد بينما الالتزام بتأديته هو محل الالتزام.وعلى هذا الاساس ، فان العمل المنشيء للمنفعة المقصودة من العقد يجب ان يكون من الممكن القيام به في ذاته اما اذا كان مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً، وهنا تكون الاستحالة مطلقة اما اذا كانت نسبية أي إن العمل مستحيلاً على المدين من دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه مما يتعهد به وعدم حصول المتعاقد الاخر على المنفعة المقصودة من العقد[٢].

من جهة ثانية، يجب ان تكون المنفعة المتحصلة عن محل العقد معينة تعييناً نافياً للجهالة او قابلة للتعيين،بمعنى يجب ان تكون المنفعة المقصودة من العقد محددة ومعينة للمتعاقدين وقت التعاقد او تكون قابلة للتعيين بحيث يتحقق العلم بها من المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة المؤدية للنزاع [٣]. فاذا كان الشيء محل العقد الذي ترتبط به المنفعة المقصودة من العقد،عيناً معينة بالذات فأن هذه العين يجب تعيينها وتحديد اوصافها تحديداً كافياً يجعلها معلومة عند المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة،وطريقة التعيين هذه تعتمد على طبيعة الشيء، فاذا كان عيناً معينة بالنوع فيجب تعيين مقداره ووصفه ولايغني ذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف، واذا ذكرت جميع الامور اللازمة لتعين محل العقد المعين بالنوع ولم تذكر درجة جودته ولم يمكن استخلاص هذه الجودة من ظروف التعاقد فأنها تعد من النوع الوسط[٤].

واذا كان محل العقد المنشيء للمنفعة العقدية عملاً مطلوباً تأديته او الامتناع عنه فيجب ان يكون معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة او قابلاً للتعيين وفقاً لظروف العقد [٥]. اما اذا كان محل العقد نقوداً لزم بيان قدر عددها المذكور في العقد مقداراً معيناً دون ان يكون الارتفاع او الانخفاض في قيمة هذه النقود وقت الوفاء أي أثر[٦]. لذا يذهب أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر الى انتقاد هذه الاحكام بالقول بأن تطبيقها يؤدي الى عدم حصول الدائن على المنفعة المقصودة من العقد عندما تنخفض قيمة النقود اذ يختل التوازن في العقد التبادلي ولاتتحقق العدالة التبادلية، لذا يرى ، ونحن نؤيده في ذلك، بوجوب تعديل القيمة الاسمية لمحل الالتزام النقدي على النحو الذي تتوازن به مع قيمته الاقتصادية المقدرة وقت تكوين العقد، حتى يحصل المتعاقد الدائن على المنفعة المقصودة من العقد واعادة التوازن اليه ، بينما تطبيق النصوص أعلاه يؤدي الى عدم تحقيق العدالة التبادلية بين المدين والدائن في العقد الذي يكون محله مبلغ من النقود، بمعنى انه لايؤدي الى حصول الدائن على المنفعة المقصودة من العقد بينما المدين يستفيد من ذلك بأن يتخلص من التزامه بدفع كمية من النقود ليس

---

[١] تقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٣٢) والفقرة الاولى من المادة ١٩١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني وتضمنت هذه الاحكام المادة ١١٢٩ من القانون المدني الفرنسي.

[٢] د. انور سلطان / مصادر الالتزام / الموجز في النظرية العامة للالتزام / دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني / دار النهضة العربية للطباعة والنشر / بيروت / ١٩٨٣/ص١٢١.

[٣] د. محمد عبد القادر الفار / مصادر الالتزام / مصادر الحق الشخصي في القانون المدني / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان – الاردن /١٩٩٦/ ص٨٦.

[٤] المادة ١٢٨ من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ١٣٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٩٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١١٢٩ من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيها ((١- يجب ان يكون موضوع الالتزام شيئاً محدداً لجهة نوعه على الاقل ويمكن ان يكون مقدار الشيء غير محقق شرط ان يكون تحديده ممكناً)).

[٥] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / جـ١ / في مصادر الالتزام / الطبعة الخامسة / مطبعة ندبم / بغداد/١٩٧٧ / ص١٨٩.

[٦] المادة (٦٩٠) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ١٣٤ من القانون المدني المصري ، وكذلك جاءت بذات الحكم المادة ١٨٩٥ من القانون المدني الفرنسي . اما قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم يرد فيه نص خاص في شأن الالتزام المحدد بالنقود وواجب تنفيذه بأسميه النقود المعينة بالعقد .

لها القيمة الشرائية ذاتها عند التعاقد[١]. وتحقيق العدالة التبادلية في العقد الذي يكون محله مبلغ من النقود وذلك بعدم الاعتماد على القيمة الاسمية للالتزام المحدد بالنقود، أي عدم التقييد بأسمية النقود المعينة بالعقد ، وهذا مايؤيده كذلك الدكتور أدوار عيد، اذ ذكر((ان عنصر الالزام في العقد يستمد من مصدرين الحق الوضعي الذي يشترط قيام العدالة التبادلية في العقود وحسن النية كمبدأ قانوني يفرض في كل تعاقد ،فأذا كان تحقيق الربح وحصول الخسارة هو من آثار كل عقد،إلا ان تحديد ربح فادح تقابله خسارة فادحة لايجب ان يكون اثراً لأي عقد،فالاستقامة العقدية،التي هي الترجمة العملية للحق الوضعي ولحسن النية في التعامل، ترفض كل اختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز ذلك الاختلال حدود ما هو مقبول او معقول في التعامل، مما يفرض ازالة الحد المتجاوز برد التوازن العقدي وتحقيق العدالة التبادلية لتحقيق المنفعة المقصودة من العقد ..... أي اعادة تقديم الالتزام العقدي المحدد بالنقود بعد ان تهبط قيمة هذه النقود هبوطاً فجائياً بالغاً بحيث ينعدم معه كل وزن لهذا الالتزام ولاتتحقق المنفعة المقصودة من العقد للدائن ، وتنعدم صفته كالتزام معادل او مقابل لالتزام الطرف الاخر في العقد))[٢].

اما الشرط الثالث الواجب توافره في المنفعة المقصودة من العقد ، والتي ترتبط بمحل العقد ، فهو أن تكون قابلاً للتعامل فيها بحكم طبيعتها أو بحكم القانون[٣].

يتضح مما تقدم في هذا المطلب،بأن المنفعة المقصودة من العقد هي محل الاداء أو محل الالتزام الذي يترتب في ذمة المدين تجاه الدائن والتي قد تتعلق بخدمة أو سلعة او عملاً معيناً مادياً او معنوياً ، واذا كان العقد تبادلياً يرتب التزامات متقابلة فيجب ان يحصل كل من المتعاقدين على المنفعة المقصودة من العقد والتي هي محل الالتزام المترتب في ذمة المتعاقد الاخر، وعند عدم حصول المتعاقد على المنفعة المقصودة من العقد وبما يتناسب مع مايحصل عليه المتعاقد الاخر، يفتقد العقد للعدالة التبادلية، وهنا يأتي دور المشرع في اعادة العدالة التبادلية للعقد حتى يحصل كل متعاقد على المنفعة المقصودة منه وذلك عن طريق التغيير في جزء من اجزاء العقد الذي يكون هدفه اعادة العدالة الى العقد وتحقيق المنفعة المشتركة للمتعاقدين من وراء إبرام العقد، والمحل الذي سيجري عليه التغيير لتحقيق العدالة التبادلية وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد سنتطرق اليه في المبحث القادم .

المبحث الثاني/محل التغيير

قد يكون من المناسب هنا قبل الخوض في محل التغيير الأشارة الى إنه لم يتم دراسة مفهوم التغيير في جزء من اجزاء العقد ، لكون هذا المفهوم يرتبط إرتباطاً وثيقاً بصور التغيير لذا آثرنا عدم الخوض في ذلك هنا قبل التحدث عن صوره في المبحث القادم تجنباً للتكرار .

إن مجرد اتفاق شخصين على أمر معين هو محل الاتفاق واتجاه ارادتهما الى سبب معين ، فأن هذا الاتفاق يصبح ملزماً بكافة بنوده وشروطه طالما لاينطوي على مخالفة للنظام العام والآداب، وتنشأ عنه آثار قانونية،لذا فأن أي تغيير في جزء من اجزاء هذا الاتفاق سيؤدي الى تغيير في الاثر الذي يترتب عليه ،

---

[١] وذلك في بحثه الذي يحمل عنوان تطويع العقد في ظل متطلبات الاسعار – دراسة في القانون المدني – منشور في مجلة جامعة النهرين / المجلد (٢) / العدد الثالث / تشرين الثاني / ١٩٩٨ / ص٨١.

[٢] في كتابه / اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية – نظرية الحوادث الطارئة – مكتبة زين الحقوقية – لبنان /١٩٩٠ / ص١٣٦و ص١٤٢ .

[٣] انظر المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي بفقرتيها . والتي تقابلها المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري إلا إن القانون المصري لم تحدد الموضوعات التي تدخل في موضوع النظام العام وحسناً فعل ذلك لان ذلك يترك لظروف المجتمع وكذلك الامر في المادة ١٩٢/ ف٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي وانما يطبق الحكم ذاته على وفق القواعد العامة .

والمتمثل في المنفعة المقصودة منه، ونقصد بالاتفاق هنا هو العقد، فالعقد ينشأ بأتفاق وتطابق بين ارادتين ارادة الموجب والقابل على تحقيق اثار قانونية معينة ، وبهذا المعنى جاء نص المادة ١٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني" الاتفاق هو كل إلتزام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية واذا كان يرمي الى انشاء علاقات إلزامية سمي عقداً " .

وعلى اساس ما تقدم، فأن التغيير بالاضافة في جزء من اجزاء العقد او الانقاص فيه او التعديل او الاستبدال يكون محله العقد بكافة أجزاءه، إلا ان أجزاء العقد لاتقتصر على عناصره الاساسية وإنما قد تقترن به شروط يتفق عليها المتعاقدين، وعليه فان محل التغيير قد يكون عناصر العقد الاساسية وقد يشمل التغيير الشروط المقترنة بالعقد وهذا ما سيكون في مطلبين ، يخصص الاول لدراسة عناصر العقد الاساسية اما الثاني فيخصص لدراسة الشروط المقترنة بالعقد .

المطلب الاول/عناصر العقد الاساسية

رأينا أن نبدأ في تحديد مفهوم عناصر العقد الاساسية ،بما ذكرهُ الدكتور ابراهيم الدسوقي أبو الليل الذي يرى ((ان العنصر الذي يمكن ان يحصل فيه التغيير هو كل عنصر لازم لأبرام التصرف القانوني إبراماً صحيحاً فيترتب على تخلفه عدم قيام التصرف أو عدم ترتيب آثاره، لذلك فلا يقتصر العنصر على أركان التصرف القانوني من ارادة ومحل وسبب أو غاية وشكل خاص بالنسبة لتصرفات معينة، بل يشمل كذلك شروط صحة التصرف من أهلية وارادة خالية من العيوب، لذلك يشمل كل شرط أو عنصر آخر يدخل في تكوين العنصر الجوهري ، ويكون بالتالي لازماً لقيام التصرف القانوني، كالثمن في البيع وبصفة عامة المقابل في التصرفات القانونية غير المجانية، وكذلك المدة بالنسبة لبعض التصرفات القانونية، وغير ذلك من العناصر التي تختلف بأختلاف التصرفات ....))[١].

وعليه،فان عناصر العقد الاساسية من رضا ومحل وسبب وكذلك الشكل والقبض في بعض العقود ، تعد جزءاً اساسياً في العقد،وأي تغيير ينصب عليها يعد تغييراً في جزء من اجزاء العقد ، ولكن هناك تغييرات يكون محلها هذه العناصر الاساسية لايكون هدفها تحقيق العدالة التبادلية وتحقيق منفعة العقد واعادة التناسب او التعادل بين طرفي العقد،ولاسيما مايرد على التراضي من تغيير ، كصدور الاجازة من المالك الأصلي أو بلوغ سن رشد المتعاقد وغيرها لذا تخرج هذه التغييرات وغيرها من نطاق بحثنا .

واستناداً الى ذلك، فان أغلب حالات التغيير في جزء من اجزاء العقد يكون محلها محل العقد اذ يخضع للأضافة او الاستبدال او الانقاص او الزيادة ، فالتغيير في محل العقد الصورة الرئيسية لحالات التغيير في جزء من اجزاء العقد [٢]، كونه يهدف الى تحقيق العدالة التبادلية واعادة التوازن بين حقوق طرفي العقد والتزاماته .وقد اشارت المادة (٧٤) من القانون المدني العراقي الى محل العقد بذكرها " ان يرد العقد على ١٠٠٠ ٢٠٠٠٠"[٣] والمادة (٧٥) منه اشارت الى شرط من شروط محل العقد وهو ان لايكون مخالفا للقانون والنظام العام والآداب اذ جاء فيها "يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لايكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او للآداب " وفي هذه النصوص ومايقابلها نجد إن المشرع أراد به محل العقد ولكنه خلط في الوقت ذاته بين محل العقد ومحل الالتزام . وهذا الخلط واضحاً في كثير من النصوص القانونية منها

---

[١] في كتابه / البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية / دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٨٨ / ص١٠٧.

[٢] التي سيتم دراستها في المبحث القادم .

[٣] ولايوجد نص مطابق لها في القوانين المختارة للمقارنة الا انها نظمت احكام محل العقد بنصوص متعددة ففي القانون المدني المصري في المواد (١٣١-١٣٥) وقانون الموجبات والعقود اللبناني من المادة (١٨٦ ولغاية ١٨٩) منه .

المادة ١٢٦ منه التي ذكرت " لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ويصح ان يكون المحل مالاً أو عيناً ....." وكذلك الأمر في المادة (١٢٧)/الفقرة الاولى منه اذ جاء فيها" اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً "[١]. ويتضح الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام كونه المشرع العراقي أشار الى هذه النصوص ونظمها تحت عنوان ((محل العقد)) في حين ان مضمون النصوص جاءت لتبين محل الالتزام كما أشرنا أعلاه .

وعلى اساس ما تقدم من موقف تشريعي،حاول الفقه القانوني ان يفرق بين محل العقد ومحل الالتزام ، ونحن نؤيد هذا التمييز، حيث عد محل العقد هو العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء العقد أي موضوع العقد من شيء أو خدمة أو عمل، بينما محل الالتزام هو الاداء الملتزم به المدين أما بتسليم شيء معين أو بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين. وعليه فأن محل الالتزام في عقد البيع هو تنفيذ ما أتفق عليه المتعاقدين، فمحل إلتزام البائع هو تسليم المبيع ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن،أما محل العقد فهو المبيع والثمن وهو المعقود عليه وهو موضوع الالتزام وليس محله، وهكذا الامر بالنسبة لعقد الايجار وغيره من العقود[٢]. وكذلك يمكن تبرير التمييز بينهما بسهولة وذلك لكون الأداء بالقيام بعمل او الامتناع عنه يعد أثراً يتحقق بعد تحقق عناصر العقد الاساسية او اركان العقد الثلاث والتي من ضمنها محل العقد،لذا فان انشاء الالتزام هو اثر يتحقق بعد تحقق محل العقد،لذا فأن موضوعه او محله يتعلق بالأثر وهو محل الالتزام المتحقق بعد اكتمال العقد بتوافر عناصره الأساسية، فالأداء ليس عنصراً في العقد وانما عنصراً في الالتزام الناشئ في العقد .

اما موقف القانون المدني الفرنسي،فأنه لم يقع في هذا الخلط،حيث ميز بين محل العقد ومحل الالتزام تمييزاً واضحاً في المادة ١١٢٦ منه إذ جاء فيها "إن موضوع كل عقد هو شيء يلتزم أحد الأطراف بأدائه أو يلتزم بعمله أو بالأمتناع عن عمله" وهذا يعني ان موضوع العقد او محله هو الشيء أو العمل أو الخدمة بينما محل الالتزام وهو ماورد عليه العقد، بينما محل الالتزام هو الاداء الملتزم به أو الممنوع القيام به وهذا واضح أيضاً في المادة ١١٢٨ التي جاء فيها"لايمكن أن تشكل موضوعاً للاتفاقيات سوى الاشياء التي هي محل التعامل التجاري".

ومن القوانين المدنية العربية التي ميزت بين محل العقد ومحل الالتزام ولم تقع في الخلط بينهما هو القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢، حيث عّد محل العقد هو المعقود عليه، وكان عنوان الفرع الثالث من الفصل الثاني هو محل العقد"المعقود عليه" ونظم احكامه في المواد ١٨٦-١٩٧،وقد جاء ذلك واضحاً في المادة ١٨٦ منه اذ جاء فيها " يلزم لكل عقد محل – معقود عليه – يضاف اليه يكون قابلاً لاحكامه، يكون محل العقد – المعقود عليه – مالاً او منفعة او ديناً او عملاً او امتناع عن عمل " . فلم يأت في نص المادة اعلاه او النصوص التالية أي ذكر(لمحل الالتزام) بخلاف القوانين المدنية العربية التي تحدثت عن محل الالتزام تحت عنوان (محل العقد) .

وهذا التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام وتحديد محل العقد يعد من النقاط الاساسية في بحثنا لكون التغيير لاينصب على محل الالتزام وانما يكون في جزء من اجزاء العقد وهو محل العقد وليس محل الالتزام

---

[١] وهذا الخلط وقع فيه المشرع المصري في القانون المدني في المادة ١٣٢ منه ، وهي تطابق المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي .

[٢] د. عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق / ص١٨١ ، استاذنا الدكتور مصطفى الزلمي / مصدر سابق / ص١١٨-١١٩، د. انور سلطان / مصدر سابق / ص١٢١ ،د. محمد عبدالقادر الفار / مصدر سابق / ص٨٣ . وانظر كذلك في هذه الاراء وغيرها ، د. مالك دوهان الحسن / شرح القانون المدني / الجزء الاول / مصادر الالتزام / مطبعة الجامعة / بغداد / ١٩٧٣ / ص٣٥٩-٣٦٠.

فالاخير اثر يترتب على وجود العقد . لذا جاء نص المادة ١٨٧ من القانون المدني اليمني واضحاً في تحديد شروط محل العقد أو المعقود عليه ، إذ جاء فيها " يشترط في محل العقد – المعقود عليه – مايأتي :

١-ان يكون قابلاً لاحكام العقد شرعاً.

٢-ان يكون محقق الوجود عند انشاء العقد .

٣-ان يكون معلوماً.

٤-ان يكون مقدوراً على تسليمه او القيام به .

وعموماً، فأن الشروط الواجب توافرها في محل العقد او المعقود عليه وفقاً للقوانين المدنية هي ان يكون محل العقد موجوداً او ممكن الوجود وكذلك يجب ان يكون المحل معيناً او قابلاً للتعيين اما الشرط الثالث فهو ان يكون المحل قابلاً للتعامل فيه.ولكون محل العقد يرتبط بالمنفعة المقصودة منه والذي يهدف الى تحقيقها للمتعاقدين، على اساس من العدالة التبادلية،لذا فإن شروط محل العقد الواردة أعلاه هي ذات الشروط الواجب توافرها في المنفعة المقصودة من العقد كونها ترتبط بمحل العقد والتي اشرنا اليها في المبحث السابق، لذا لا نتطرق لها الآن تجنباً للتكرار .

اما بخصوص السبب كعنصر اساسي للعقد ، فلابد من القول بان القوانين المدنية الحديثة تأخذ بنظريتين في تحديد معنى السبب،الاولى تنظر اليه هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه وهو بهذا المعنى شيء واحد لايتغير في النوع الواحد من العقود ولابد أن يستخلص من نوع العقد وطبيعة الالتزامات الناشئة عنه وهكذا نصل الى انه بمقتضى هذه النظرية فان سبب التزام احد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الاخر لانه الغرض المباشر او الغاية المباشرة التي يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء التزامه[١]. وقد اشترطت هذه النظرية ثلاثة شروط يجب توافرها في السبب، وهي ان يكون موجوداً وأنْ يكون صحيحاً وأنْ يكون مشروعاً[٢].وهذا ما جاء به القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣١ " ان الالتزام الذي لاسبب له او له سبب ولكن غير صحيح او غير مشروع ، لايمكن ان يكون له أثر" . وفي قرار حديث صادر عن محكمة النقض الفرنسية أيد هذا الاتجاه إذ جاء فيه " ان نشاط الجراح في طب الاسنان مستثنى من حدود السن او المدة فأن تنازل الجراح في طب الاسنان والذي باع عيادته عن احد نشاطاته التي يبقى من الجائز له متابعتها أو مباشرتها من جديد وتؤلف السبب للتعويض عن عدم المنافسة الذي تلقاه عند البيع والذي يتميز عن الدوافع"[٣].

وعلى وفق هذه النظرية التقليدية للسبب، يمكن ان يكون السبب محلاً للتغيير فيه كجزء من اجزاء العقد،في العقود التبادلية الملزمة للجانبين،سواء بتخفيض موضوع الالتزامات ام بزيادتها اذا كان هناك خلل واضح في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد ،وذلك للحفاظ على العدالة التبادلية اثناء تنفيذ العقد .فاذا تخلف أو لم يتم تنفيذ احد الالتزامات يفقد الطرف المقابل سبب التزامه،مما يبرر له المطالبة بعدم تنفيذ التزامه او اعادة العدالة التعاقدية التبادلية اذ يفترض تنفيذ الالتزامات، فكل التزام يجب ان يحقق المنفعة المقصودة منه،وفي العقود الملزمة للجانبين يجب عن ذلك في مرحلة تنفيذ العقد كذلك ولا تكتفي بمرحلة ابرامه ، فوجود

---

[١] د. السنهوري / الوسيط / الجزء الاول / مصدر سابق / ص٤٥٥ ومابعدها . د. عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق /ص٢١٤.

[٢] د. منذر الفضل / النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني – دراسة مقارنة – الطبعة الاولى / الجزء الاول / مصادر الالتزام / ١٩٩١/ ص١٩٣.

[٣] قرار لمحكمة النقض الفرنسية / الغرفة المدنية الاولى في ٤/٣/ ٢٠٠٧منشور في النشرة المدنية الاولى رقم ١٣٩ . نقلاً عن دالوز المترجمة للعربية لعام ٢٠٠٩ تعليقا على المادة ١١٣١.

السبب يحافظ على تحقيق العدالة التبادلية وكذلك يحقق بشكل اخر المنفعة المقصودة من العقد من يوم الابـرام الى مرحلة تنفيذ العقد كهدف مشترك يسعى المتعاقدان لتحقيقه[٤].

اما النظرية الثانية وهي الحديثة التي تستند على السبب والواقع فهي نظرية الباعث الـدافع للتعاقـد،أي السبب هو الغاية الغرض غير المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء تعاقده، وهو أمـر نفـسي خاص بالمتعاقد، ويتغير من عقد الى آخر في النوع الواحد من العقود،لانه شخـصي يعتمـد علـى غايـة المتعاقد، فهو الباعث الدافع للمتعاقد الذي يحمله على ابرام العقد،ووفقاً لهذه النظرية يكـون الـسبب محـلاً للتغيير بالأنقاص كما سنرى ذلك عند دراسة صور التغيير.

اما فيما يخص العقود الشكلية فأن تخلف الأجراءات الشكلية التي نص عليها القانون يؤدي الى بطلان العقد ولايترتب عليه أي أثر، لذا لايمكن ان تكون تلك الاجراءات محلاً للتغير الذي يهدف الى تحقيق العدالـة التبادلية لان هذا التغيير لايمكن ان يحقق غايته مع البطلان الكلي للعقد ،وكذلك الأمر بالنسبة للعقود العينية ، بما يتعلق بالقبض أو الحيازة ،فلا يتم هذا العقد إلا بالقبض. هذا ما يتعلق بعناصر العقد الاساسية إلا ان أجزاء العقد لاتقتصر على عناصره الاساسية وانما قد يتضمن العقد بعض الأتفاقات وتعد شـروطاً مقترنـةً بالعقـد وتكون محلاً للتغيير، وهذا ماسنراه في المطلب القادم .

المطلب الثاني/ الشروط المقترنة بالعقد

العقد من حيث شروطه اما ان يكون منجزاً أو معلقاً،العقد المعلق هو العقد المقترن بالـشرط التعليقـي كوصف من اوصاف الالتزام ،فهو عقد غير مؤكد وجوده،لان الشرط التعليقي هو" امر مستقل غيـر محقـق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله،فأذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقـق الـشرط سـمي الشرط واقفاً اما اذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي الشرط فاسخاً"[١] ، فعندما يعلق العقد على هذا الشرط بالمعنى المتقدم،فاسخاً أم واقفاً، فلا يكون محلاً للتغيير لانه لايعد جـزءاً مـن العقـد ، ولايدخل في نطاق بحثنا، فالشرط بالمعنى المتقدم امر عارض يلحق الالتزام بعد تكوينه، فلا يعد جـزءاً مـن العقد والحق والالتزام الناشئ عنه، ولايعد جزءاً من مضمون الارادة[٢].

اما النوع الثاني من العقد فهو المنجز وهو العقد الذي يكون وجوده مؤكداً غير معلق على شـرط ولا مضافاً الى المستقبل وهو ما جاءت به المادة ٢٨٥ من القانون المدني العراقي اذ نصت على"العقد المنجز هو ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولامضافة الى وقت مستقبل ويقع حكمه في الحـال" ولكـن قـد يقترن هذا العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة او فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير بشرط ان لايكون مخالفاً للنظام العام والاداب[٣]. وهذه الشروط تعد جزءاً من العقد وبنداً من بنوده فأي تغيير عليها بالاضافة او الانقاص او الاستبعاد هو تغيير في جزء من اجزاء العقد ، فالشروط المقترنة بالعقد هي التي يتفق عليها المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من حقـوق والتزامـات [٤]، او هـي"التـزام

---

[١] د. ريما فرج مكي / مصدر سابق / ص٢٩١-٢٩٣.

[٢] انظر المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي ، وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٦٥ ، وتقابلها في القانون الفرنسي المادة ١١٦٨ منه اما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد فصل هذه الاحكام في مواد عديدة تبدأ في المادة ٨١ وتنتهي بالمادة ٨٧ منه .

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الثالث / الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بـيروت / لبنـان / ٢٠٠٠/ص٢٥.

[٤] انظر نص المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي .

[٥] د. محمد رفعت الصباحي / الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد / دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة طنطـا / ١٩٨٣ / ص٨٣.

مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما،بحيث يتقيد حكم العقد تغييراً أو تعديلاً او اضافة "[١].

وعلى وفق التعريف أعلاه لمفهوم الشرط المقترن بالعقد ، بأن مضمون هذه الشروط حددته المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي بفقرتيها " ١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة .٢- ويجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام او للاداب، وإلا لغى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا".ووفقاً لرأينا، نعتقد بأن هذه المادة قد تضمنت نوعين من الشروط المقترنة بالعقد، الأول هو ما أشارت اليه الفقرة الاولى منها ، وهي الشروط المؤكدة لمقتضى العقد والشروط الملائمة له والشروط التي جرت بها العرف والعادة [٢]. فهي شروط ملائمة وصحيحة تقترن بالعقد ولكنها لاتغير من آثاره وانما تؤكدها او تكون ملائمة له، فهي لاتقيد حكم العقد بالاضافة او التغيير او التعديل كون مضمونها لايغير من حكم العقد وانما يتفق معه .

أما القسم الثاني من الشروط المقترنة بالعقد فهي الشروط التقييديه وهي التي تقيد حكم العقد بالاضافة او التغيير او التعديل فهي شروط تقييديه مقترنة بالعقد جاءت بها الفقرة (٢) من المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي،إذ ان مضمون هذا الشرط الذي فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير يتضمن تغييراً في حكم العقد بأشتراط أثر يختلف عن الاثر الذي يرتبه العقد عادة . كما هو الحال اذا اقترن عقد البيع بشرط الخيار،حيث ان المادتين ٥٠٩ و ٥١٠ من القانون المدني العراقي قد اعطت الخيار لأحد المتعاقدين أو كلاهما في عقد البيع،الحق في نقض العقد في مدة معينة، فأن لم ينقضه نفذ [٣]. حيث يكون العقد الذي يقترن بخيار الشرط غير لازم من جانب من له الخيار، إذ يجوز له الرجوع فيه [٤]. فهذا الشرط قد غيّر في حكم العقد تغييرا يخالف الحكم الذي يرتبه العقد أصلاً وهو اللزوم وخيار الشرط يأتي خلاف ذلك الأصل .

وعلى أية حال فإنَّ الشروط المقترنة بالعقد بالمعنى المتقدم أعلاه تكون محلاً للتغيير فيها ، سواء بأستبعادها او التغيير فيها بالزيادة او الانقاص منها ، وكثيرة هذه الشروط منها ، شرط الفائدة المتفق عليها في عقد القرض،وشرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون في عقد الرهن التأميني أو الحيازي او اتفاق الطرفين الدائن المرتهن والراهن على بيع المال المرهون من دون اتباع الاجراءات القانونية التي حددها القانون،او الشرط الذي يتضمن في عقد البيع سعراً اعلى من السعر الاجباري الذي حدده القانون،وغيرها من الامثلة التي جاءت بها النصوص القانونية التي تتضمن شروطاً تقترن بالعقد وتقيد حكمه أي تغير من الاثار التي يرتبها القانون عادة ، وسوف نتطرق الى هذه الشروط وغيرها عند دراسة صور التغيير في جزء من اجزاء العقد في المبحث القادم ونبين أحكامها ، أما الان فسوف نتحدث عن نوعين من الشروط المقترنة بالعقد ولها صور عديدة للتغيير يكون هدفها من وراء التغيير تحقيق العدالة التبادلية للعقد الذي أختلت في الاداءات المتقابلة لطرفيه ، وهذان الشرطان هما الشرط التعسفي الذي يقترن

---

[١] ايمان طارق الشكري / اثر الشرط في حكم العقد –دراسة مقارنة – / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بابل / ١٩٨٨ / ص١١.

[٢] انظر تفصيل هذه الشروط مع الامثلة التي ذكرها الدكتور عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق / ص٢١٢.

[٣] ولامقابل لها في القوانين محل المقارنة .

[٤] انظر في ذلك / د. عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي/الجزء الرابع / الطبعة الثانية الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / ١٩٩٨ / ص١٩٩.

بعقد الاستهلاك أو بأي عقد آخر من عقود الاذعان وفقاً للمفهوم الحديث للاذعان، والشرط الجزائي الذي يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض من قبل طرفي العقد .

اذا ان كلاً منهما يتضمن تقييداً لحكم العقد المقترن به،وهذا التقييد يؤدي الى اختلال التوازن العقدي مما يستوجب التدخل لاعادة العدالة التبادلية للعقد المقترن بهما،وذلك عن طريق التغيير في هذه الشروط.

فالشرط التعسفي يؤدي الى اختلال في التوازن العقدي، وأياً كان سبب هذا الاختلال اقتصادياً ام مهنياً أم معرفياً أم تقنياً ، مما يؤدي الى حصول احد الاطراف على ميزة فاحشة مبالغ فيها لايحصل عليها عادة في العقد لو كان خالياً من عدم التوازن، ولايقتصر وجوده على عقود الاذعان فقط وانما يمكن ان يوجد في أي عقد آخر، ولكن الغالب وجوده في عقد الاستهلاك،حيث يترتب عليه عدم توازن واضح بين الحقوق والالتزامات لكل من المهني او الممتهن او المحترف من جهة والمستهلك الطرف الضعيف من جهة اخرى[١].

لذا جاءت القوانين الخاصة بحماية المستهلك لتوفير حماية قانونية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية وهي قانون حماية المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥ وفي مصر قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، وفي العراق قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠. وقبل صدور هذه القوانين الثلاث قانون الاستهلاك في فرنسا رقم ٩٤٩/٩٣ في ٢٦ تموز ١٩٩٣ والمعدل بقانون ا شباط رقم ٩٥-٩٦ لسنة ١٩٩٥.

ان قياس التعسف في الشرط لايكون بالنظر الى كل شرط من شروط التعاقد على حدة ، بل بالنظر الى مجموع تلك الشروط فقد وفر احد الشروط منفعة او ميزة للممتهن او المحترف الذي اشترطه ، في حين ان هناك شرطاً اخر في ذات العقد اعطى للطرف الضعيف وهو المستهلك ما يقابل هذه الميزة او المنفعة ومن ثم ينتفي وصف التعسف،أي يجب النظر الى العملية التعاقدية بمجموعها أي شروط العقد جميعاً لتحديد هذا الاختلال واضفاء صفة التعسفية على الشرط [٢].

ويتفق الدكتور حسن عبد الباسط جميعي مع ما تقدم ، إذ يشير الى (الشرط التعسفي هو الشرط الذي يرد في العقود التي تتسم بعدم التكافؤ بين اطرافها في القوة الاقتصادية او في الخبرة أو الدراية الفنية او القانونية .... وبشكل يؤدي الى اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية)[٣]، ويُكمِل في هذا الصدد ((إن وصف التعسف الذي يلحق بأحد الشروط المقترنة بالعقد لايعني بالضرورة أن يتصف كل العقد بوصف التعسف.ولكن – وفي اغلب الاحيان– فأن إطلاق وصف التعسف على احد شروط العقد يقتضي أن يتم ذلك بمقارنة هذا الشرط بجميع الشروط التعاقدية الاخرى وبمراعاة ظروف التعاقد وظروف اطراف العقد . ويبين ذلك واضحاً حينما يهدف الشرط الى تحقيق مصالح مبالغ فيها اذا ما قيست بمعيار موضوعي كما هو الحال بالنسبة للشرط الذي يتيح فسخ العقد بالارادة المنفردة ، فهذا الشرط لايعد تعسفياً إلا اذا منح هذه الصفة – لأحد اطراف العقد – والذي يتميز بتفوقه الاقتصادي أو الفني – مع حرمان الطرف الآخر منها ، مما يؤدي

---

[١] اسراء خضير مظلوم / حماية المستهلك في نطاق عقد الاذعان / دراسة مقارنة / رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بابل / ٢٠١٢/ ص١٠١ ومابعدها.

[٢] د. آمانج رحيم احمد / حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني) / الطبعة الاولى / شركة المطبوعات للتوزيع والنشر / بيروت – لبنان / ٢٠١٠ / ص٢١١.

[٣] في كتابه / اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية / دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠ -١٩٩١ / ص٣٠٨.

الى تغليب مصالح الطرف الاول على مصالح الطرف الآخر بما يهدد التوازن المقبول بين الالتزامات المتولدة عن العقد))[١].

هذا بالنسبة لمفهوم الشرط التعسفي وهو لايختلف سواء أقترن بعقد الاستهلاك أو بأي عقد آخر من عقود الاذعان وفقاً للمفهوم الحديث للاذعان ، ولكن الاختلاف ينشأ بأثر اقتران الشرط التعسفي بالعقد ، اذ يختلف هذا بين الشرط التعسفي الذي يقترن بعقد الاستهلاك وبين الشرط التعسفي الذي يقترن بعقد آخر لايتوافر فيه وصف عقد الاستهلاك ، فعقد الاستهلاك يخضع للقوانين الخاصة بحماية المستهلك ، بينما العقود الاخرى المقترنة بصفة الشرط الجزائي فأنها تخضع للقواعد العامة التي تنظم عقود الاذعان وفقا للمادة ٢/١٦٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٩ من القانون المدني المصري[٢].

اما بخصوص الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي،فقد يحدد كل من الدائن والمدين في عقد معين قيمة التعويض في العقد المبرم بينهما او في اتفاق لاحق والذي يلتزم المدين بدفعه الى الدائن عند الاخلال بالتزامه التعاقدي[٣] ولايستحق الشرط الجزائي للدائن إلا اذا كان هناك خطأ عقدي من المدين، فأذا لم يكن مخطئاً فلا يترتب التعويض الاتفاقي في ذمته تجاه الدائن، ولا محل لاعمال الشرط الجزائي،وكذلك يجب ان يؤدي ذلك الخطأ العقدي الى إلحاق ضرر بالدائن ، فإذا لم يلحق الدائن أي ضرر لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقاً ،وكذلك لايستحق إلا إذا قامت العلاقة السببية على الخطأ العقدي والضرر الذي اصاب الدائن،أما اذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الاجنبي، لا محل لاعمال الشرط الجزائي، وكذلك يشترط لاستحقاقه أن يتم إعذار المدين في جميع الاحوال التي يجب فيها الاعذار، اما في الاحوال التي لاضرورة للاعذار فيها فانه لايشترط[٤].

فاذا أقترن العقد بشرط جزائي، كان الشرط الجزائي جزءاً من العقد فأي تغيير فيه بالزيادة أو الأنقاص يعد تغييراً في جزء من اجزاء العقد، وذلك في صور سنتحدث عنها في المبحث الثالث سنبينها ونبين أحكامها، فضلاً عن الصور الاخرى التي يكون محلها غير الشروط المقترنة بالعقد وستكون محور دراسة المبحث القادم .

المبحث الثالث/صور التغيير

قد علمنا في المبحث السابق،بأن التغيير في جزء من اجزاء العقد قد يكون محله عنصراً من عناصر العقد الاساسية او شرطاً يقترن به،ولكن صور التغيير هذه متعددة ، فقد يحصل التغيير عن طريق الانقاص او الزيادة في هذا الجزء وقد يحصل بأستبعاده نهائياً واقتطاعه من العقد وقد يحصل بأستبعاده واستبداله بجزء اخر يحل محله. ولكن لكل صورة من صور التغيير،هدفاً وغاية يسعى المشرع لتحقيقها من وراء السماح

---

[١] د. حسن عبد الباسط جميعي / مصدر سابق / ص٣٠٩ .

[٢] وهذا ما بيناه في بحثنا الموسوم (العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي – دراسة مقارنة) مقبول للنشر في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون/جامعة بابل .

[٣] المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٠ فقرة /١ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٤٤/ فقرة (١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني . اما القانون المدني الفرنسي فجاءت المادة ١١٥٢ بفقرتيها الاولى والثانية مقررة هذه الاحكام ((١-عندما تنص الاتفاقية على ان المتعاقد الذي يتخلف عن تنفيذها ملزم بدفع مبلغ معين بمثابة تعويضات ،لايمكن الحكم للمتعاقد الاخر بمبلغ يزيد او ينقص عن هذا المبلغ . ٢- غير انه يمكن ان يعمد القاضي حتى من تلقاء نفسه الى تخفيف قيمة البند الجزائي المتفق عليها او زيادتها ، وذلك في حال كانت قيمة البند الجزائي باهظة او زهيدة ويعتبر كل شرط مخالف كأنه لم يكن)).

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الثاني / نظرية الالتزام بوجه عام / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / ٢٠٠٠/ص٨٥٧ -٨٥٩.

للقاضي بأجراء التغيير أو اجراءه بحكم القانون،فقد يهدف الى اعادة العدالة التبادلية للعقد الذي فقدها، بأعادة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد الملزم للجانبين،وقد يكون هدف المشرع من هذه الصور المحافظة على العقد لما له من قيمة اقتصادية او غيرها بالنسبة للمتعاقدين او لأحدهما لذا يكون هدف صور التغيير هذه، الابقاء على العقد للمحافظة على المنفعة المقصودة منه.وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الاول لدراسة صور التغيير المتعلقة بتحقيق العدالة التبادلية اما المطلب الثاني فسيكون عنوانه صور التغيير للأبقاء على العقد.

المطلب الاول/ صور التغيير المتعلقة بتحقيق العدالة التبادلية

في هذا المطلب سنرى صور التغيير في جزء من اجزاء العقد ، التي يسمح المشرع فيها للقاضي بالتدخل في تغيير جزء من اجزاء العقد لتحقيق العدالة التبادلية بين طرفي العقد ، وسنبدأ بالصورة الاولى ألا وهي التغيير الحاصل في العقد المشوب بعيب الاستغلال لأعادة العدالة التبادلية للعقد الذي فقدها نتيجة وجود هذا العيب.

في البداية،لابد من القول بأن التغيير الذي نقصده في مجال الاستغلال هو التغيير في مجال عقد المعاوضة [1]، ففي هذه العقود هناك التزامات متبادلة بين طرفي العقد، فاذا سبب الاستغلال مع الغبن الفاحش إختلالاً في هذا التوازن،هنا جاز للقاضي التدخل بناء على طلب الطرف المُستغَل لأجراء التغيير في العقد اما بزيادة التزامات الطرف الآخر،الغابن أو انقاص التزامات الطرف المُستغَل بحسب القانون العراقي او انقاص التزامات الطرف المستغَل بحسب القانون المصري لأعادة العدالة التبادلية للعقد،وذلك كله في سنة بدءاً ابرام العقد،وهنا القاضي يعيد التوازن للعقد سواء أرضي الطرف المستِغل أم لا، بينما نرى تطبيق للتغيير في عنصر من عناصر العقد لايكون للقاضي أن يجبر الطرف الغابن أو المستغِل على اجراءه وإنما يكون مخيراً اذا اراد التمسك بالعقد،عليه أن يعيد التوازن الى العقد وذلك بعرض مايراه القاضي كافياً لرفع الغبن ، فالقاضي ليست لديه سلطة في اجراء هذا التغيير وانما للطرف الآخر الذي حصل على حقوق وامتيازات لاتتناسب مع ماحصل عليه الطرف المستغَل ،وهذا التطبيق نصت عليه المادة (١٢٩/الفقرة الثالثة) من القانون المدني المصري[2]. وسنكتفي بما ورد أعلاه عن الفكرة الرئيسة التي يهدف اليها تدخل القاضي في معالجة الاستغلال المقترن بالغبن من دون بيان شروطه وعناصره وجزئيه التي تكون كتب مصادر الالتزام مصدراً لها .

اما التطبيق الثاني فهو يتمثل بسلطة القاضي المتعلقة بالتعويض الاتفاقي سواء أكان بأعفاء المدين من هذا التعويض ام انقاص قيمته او العمل على زيادة قيمة التعويض ليتناسب مع الضرر الذي أُلحق بالدائن ، لكون الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي جزافي مسبق للتعويض عن الاخلال بالالتزام الاصلي المترتب في ذمة المدين.

---

[1] وهذا ماجاءت به المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها " اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته فلحقه غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن الى الحد المعقول " وتقابلها في القانون المصري المادة (١٢٩) منه مع اختلاف الجزاء المترتب على ذلك ، اما قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٢١٤) منه لم يعط للطرف المستغل الحق في رفع الغبن الى الحد المعقول ، وانما اعطى له الحق في طلب ابطال العقد المعيب.

[2] لا مقابل لها في القانون العراقي او اللبناني ، اما القانون الفرنسي فأن الغبن لايعيب الاتفاقيات الا في بعض العقود وتجاه بعض الاشخاص طبقاً للمادة (١١١٨) منه .

فقد يحدد المتعاقدان مقدماً بشرط في العقد مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه الى دائنه في حالة عدم تنفيذه لألتزامه او في حالة تأخره في تنفيذه،وهذا الشرط صحيح بوصفه شرطاً مقترنا بالعقد مادام لايخالف النظام العام والاداب،وسمي التعويض الاتفاقي هنا بالشرط الجزائي لأن مبلغ التعويض الذي يتضمنه يكون عادة اكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لألتزامه أو تأخره فيه،ويلجأ المتعاقدون الى الشرط الجزائي لتقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه في حالة اخلاله بتنفيذ التزامه تقديراً جزافاً فيتجنبون بذلك تدخل القضاء في تقدير التعويض وهو مفيد للدائن من ناحية الاثبات فهو يعفيه من اثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال مدينه بتنفيذ التزامه[١].

وعليه فأن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الحاصل للدائن تعد من النظام العام ولايمكن للاتفاق أن يسلبها من القاضي[٢]. حيث اجاز القانون للقاضي أن يتدخل في تعديل بنود العقود المتضمنة قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر أي يدخل ضمن اطار سلطة القضاء بأحقاق العدالة التبادلية التي تستند الى فكرة التبادل وتتجسد في البحث عن المنفعة المقصودة للعقد بالنسبة لكل من طرفيه بما يحقق العدالة التبادلية،ومن ثم ينبغي على المحكمة ملاحظة التناسب بين قيمة الضرر والتعويض الاتفاقي وليس التساوي بينهما [٣].

ومع ذلك فأن سلطة القاضي في تعديل قيمة التعويض الاتفاقي ليست مطلقة وانما مقيدة في الحالات التي جاء بها المشرع أولاً،ومن جهة أخرى لايستطيع القاضي التدخل لاعادة العدالة التبادلية وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد من تلقاء نفسه وانما يشترط لذلك طلب احد طرفي العقد ذلك،واثبات ما أشترطه المشرع لاجراء التعديل[٤]. بينما المشرع الفرنسي جاء بنص قانوني يمثل اكثر تقدماً في تحقيق العدالة التبادلية اذ اعطى للقاضي الحق في التدخل من تلقاء نفسه من دون حاجة لطلب أحد اطراف العقد، التدخل لاعادة التوازن بين الضرر وقيمة التعويض الأتفاقي في المادة (١١٥٢) منه،عندما تكون قيمة التعويض الاتفاقي باهظة أو زهيدة .

اما التطبيق الثالث الذي يمثل صور التغيير في جزء من اجزاء العقد لتحقيق العدالة التبادلية فهو في مجال سلطة القاضي في تعديل العقد الذي يوصف بأنه عقد إذعان ، وهذا ما جاء في المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي الفقرة(٢) منها " ... جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعِن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ..... " وهنا اعطى المشرع للقاضي سلطة التدخل لاعادة العدالة التبادلية للعقد حماية للجانب الضعيف في عقد الاذعان،بما يحقق مصلحة الطرف المذعن،اذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي"١- اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الثاني / احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي / طبعة ثانية / شركة الطبع والنشر الاهلية /بغداد / ١٩٦٧/ص٣٢.

[٢] المادة (١٧٠/ف٢) من القانون المدني العراقي والمادة ٢٤٤/ف٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٣١ من القانون المدني الفرنسي.

[٣] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في احكام الالتزام / مصدر سابق / ص٣٩.

[٤] المادة (١٧٠/ف٢) من القانون المدني العراقي ،والمادة (٢٦٦، ٢٦٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمواد (٢٢٤، ٢٢٥) من القانون المدني المصري .

اتفاق على خلاف ذلك"وتقابل هذه الفقرة المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري[١].ولا مقابل لها في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

تدخل القاضي على وفق النصوص اعلاه للتغيير في جزء من اجزاء العقد،جاء لتحقيق الثقة والاستقرار للعقد،وهذا لايتحقق ما لم تتحقق العدالة التعاقدية باعادة التوازن للعقد الذي فقده ، فهذه القواعد القانونية تهدف في اساسها لتحقيق العدالة التعاقدية التبادلية.فاذا رأى القاضي بأن عقد الاذعان يشتمل على شروط تعسفية كان له،أنْ يعدل تلك الشروط بحيث يزيل عنها وصف التعسف الذي حصل بجانب الطرف المذعِن،بل له ان يعفي الطرف المذعن من هذه الشروط اعفاءً تاماً وليس هناك حدود في ذلك إلا ما يقتضي به تحقيق العدالة التبادلية[٢].

اما التطبيق الرابع الذي جاءت به التشريعات المقارنة والذي بموجبه يتدخل القاضي لاعادة العدالة التبادلية للعقد،فهو بما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، فعندما يعرض على المحكمة نزاع معين يتعلق بحدوث ظرف استثنائي عام لم يكن في الوسع توقعه أدى الى قلب اقتصاديات العقد أي أدى الى اخلال بالتوازن المالي للعقد ، مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً،فهنا يتدخل القاضي لتحقيق العدالة التبادلية للعقد الذي فقدها بوجود هذه الظروف ، وذلك يتحقق برفع الأرهاق[٣].

وهذه الاحكام جاءت بها المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي"١- إذا نفذ العقد كان لازماً ، ولايجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. ٢-على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً،صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول إن أقتضت العدالة ذلك،ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".اما القانون المدني المصري فقد جاء بهذه الاحكام في المادة ١٤٧ منه، الفقرة الثانية منها، إذ جاء فيها " ومع ذلك،إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ،وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي ،وإن لم يصبح مستحيلاً ،صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة،جاز للقاضي تبعاً للظروف،وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين،ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلاً اتفاق على خلاف ذلك "[٤].

اما بالنسبة للتطبيق الأخير الذي سنتحدث عنه في دراستنا هذه ، فهو سلطة القاضي في منح المدين مهلة قضائية لتحقيق العدالة التبادلية،فما جاءت به المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي الفقرة الاولى منها".... يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ويجوز لها ايضاً ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة الى الالتزام في جملته " والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري الفقرة الثانية منها إذ جاء فيها" ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إن أقتضت الظروف ذلك، ويجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوفِ به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته " ويقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة ١٢٤٤/الفقرة الاولى منه،اذ جاء فيها"ولكن يمكن للقاضي آخذاً بعين الاعتبار وضع المدين ومعتداً بحاجات

---

[١] إذ جاء فيها " إذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

[٢] د. راقية عبد الجبار / سلطة القاضي في تعديل العقد / دراسة مقارنة / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / بغداد /٢٠٠٠/ ص١١٤.

[٣] انظر تفصيل ذلك / الدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / ج١ / مصدر سابق / ص٧٠٤ ومابعدها .

[٤] ولا مقابل لهذه النصوص القانونية في قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر سنة ١٩٣٢.

الدائن،ان يؤجل ايفاء المبالغ المتوجبة أو ان يسقطها في حدود مدة سنتين، ويمكن للقاضي بقرار خاص ومعلل أن يقضي بتوجب فائدة عن المبالغ المؤجلة الاستحقاق بنسبة مخفضة لاتقل عن الفائدة القانونية وأن تحسم مبالغ الايفاء أولاً من رأس المال. الى ذلك يستطيع ان يعلق هذه الاجراءات على اتمام المدين اعمالاً من شأنها أن تسهل أو تضمن بايفاء الدين.لاتطبق احكام هذه المادة على ديون النفقة ".

يتبين لنا مما تقدم،إن للقاضي منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه متى ما كان المدين حسن النية وعدم تنفيذ التزامه يعود لظروف خارجة عن ارادته،وما تبقى من الالتزام في ذمته يعد جزءاً قليل الاهمية بالنسبة للالتزام في جملته وان الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية،عندها يتدخل القاضي لمنح المدين مهلة قضائية لكي يتمكن من الحصول على المنفعة المقصودة من العقد عن طريق التعديل في المدة الممنوحة للوفاء بالتزامه،بما يتناسب مع حقوق الطرف الاخر .

من جانب آخر جاءت المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي بشأن نظرة الميسرة وسلطة القاضي في اعادة العدالة التبادلية للعقد،اذ جاء في الفقرة الثانية منها " يجوز للمحكمة بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه ان يحكم بأبقاء الاجل أو مدة بالنسبة الى الديون المؤجلة، ويجوز لها ان تمنح المدين أجلاً بالنسبة الى الديون الحالة اذا رأت أن هذا الاجراء تبرره الظروف وانه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً "[١]، إلا ان نظرة الميسرة الممنوحة للمدين تختلف عما يتم التحدث عنه في المهلة القضائية إذ ان المهلة القضائية تمنح للمدين الذي يطلب دائنه فسخ العقد لاخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي، أما نظرة الميسرة فهي تمنح للمدين العاجز المعسر عن الوفاء بدينه وتكون بمناسبة طلب الدائن من المدين تنفيذ التزامه العقدي لا طلب فسخه للعقد كما هو في المهلة القضائية[٢].

المطلب الثاني/ صور التغيير للأبقاء على العقد

يمثل العقد وسيلة للتعامل بين الافراد ليكون أداة لتبادل المنافع،والمنفعة المقصودة من العقد هي التي تدفع المتعاقد الى ابرام العقد،ومن ثم فأن المشرع أقر وسائل وصور عديدة يسمح فيها بالبقاء على العقد قدر الامكان بما له من مصلحة لكلا المتعاقدين،وهذه الصور تتضمن تغييراً في العقد بأقتطاع جزء منه لبطلانه والأبقاء على العقد مما يحافظ على المنفعة المقصودة منه، ولو في قسم منها .

إلا ان الوسائل والصور قد يُشترط بتحقيقها أن لايكون الجزء الباطل من العقد اساسياً أو جوهرياً بالنسبة للعقد،أي يشترط عدم جوهرية الشق الباطل بحيث يقوم العقد دون حاجة الى ذلك الشق الباطل [٣].ولكن من جهة ثانية فان هناك صوراً من التغيير بأقتطاع الشق الباطل من العقد يكون بحكم القانون وليس لقصد المتعاقدين أو ارادتهما أي أثرٍ في ذلك [٤].

وبالنسبة للقسم الاول من صور التغيير بأنقاص الجزء الباطل من العقد بشرط عدم جوهريته بالنسبة للمتعاقدين وفقاً للمواد ١٣٩ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٣ من القانون المدني المصري [٥]، فهي

---

[١] لا مقابل لها في القوانين المقارنة .

[٢] انظر في تفصيل هذا الاختلاف ، د. راقية عبد الجبار / مصدر سابق /ص١٥.

[٣] د. صالح ناصر العتيبي / فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية / دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / ٢٠٠١/ بدون مكان نشر / ص١١٣.

[٤] انظر اطروحتنا للدكتوراه / فكرة تصحيح العقد / دراسة مقارنة / دار الكتب القانونية / دار شتات للنشر والبرامجيات / مصر / ٢٠١٠/ ص٢٢٧ ومابعدها .

[٥] ولايوجد مقابل في قانون الموجبات والعود اللبناني . اما القانون المدني الفرنسي فقد جاء بتلك الاحكام في مادتين هما ٩٠٠ بشأن التبرعات والمادة ١١٧٢ بشأن عقود المعاوضات : انظر كيف حل الفقه المتعارض بين تطبيق هذين النصين في : آلان بينابنت / القانون المدني / الموجبات ، الالتزامات / ترجمة منصور القاضي / الطبعة الاولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / ٢٠٠٤ / ص١٦٨ ومابعدها .

اذ جاء فيه " ان انتقاص الشرط الباطل المقترن بالعقد وفقاً للمادة ١١٢٧ في عقود المعاوضات يكون اعتماداً على ارادة المتعاقدين وفيما اذا كان جوهرياً في نظر احد المتعاقدين او لم يكن كذلك، بينما في المادة ٩٠٠ الخاصة بالتبرعات يقتطع الجزء الباطل منه ويبقى العقد صحيحاً مرتباً لآثاره بغض النظر عن جوهرية هذا

تمثل الجانب الاكبر من صور التغيير في جزء من اجزاء العقد للأبقاء على العقد لما له من قيمة اقتصادية ومن ثم تجنب اهداره،ولكي يتحقق ذلك وفقاً للنصوص القانونية التي نظمت انقاص العقد الباطل في جزء منه، يجب ان يتحقق شرطان : الشرط الاول موضوعي والثاني شرط شخصي وكالأتي :

الشرط الاول:الشرط الموضوعي

كون العقد باطلا في جزء منه وقابلاً للانفصال عنه،وكما يذكر الدكتور عبد العزيز المرسي حمود ، ان يكون العقد معيباً في شق منه وقابليته للانقسام المادي والقانوني، وعلى وفق ذلك، فأذا كان العقد الباطل بطلاناً كلياً لايكون محلاً لتطبيق انتقاص العقد الباطل. ومن ثم يطبق الانقاص في حالة بطلان الشروط القانونية أو التبعية كشروط التقييد التي تعد محلاً للتغيير كما رأينا في المبحث السابق،كالشرط الجزائي عند أستبعاده من العقد وليس زيادته أو تقليله، وكذلك الشرط المانع من التصرف وغيرها. وكذلك الامر بالنسبة لمحل العقد يمكن ان يكون محلاً للتغيير ويتحقق فيه البطلان الجزئي في شق منه مع بقاء الشق الاخر صحيحاً،اذا امكن الفصل بين الشقين من الناحيتين المادية والقانونية. وكذلك يمكن ان يكون السبب محلاً للتغيير ويبطل جزئياً اذا امكن فصل ما بطل سببه عن العقد والابقاء على العقد بما تبقى، كما هو في حال عدم مشروعية الباعث بالنسبة لجزء من العقد كما اذا اشترى شخص دارين احدهما لسكناه والاخر لاستغلالها في عمل غير مشروع ، فأنه يصح العقد بالنسبة للشق الاول ويبطل بالنسبة للشق الاخر، وبذلك ينتقص من العقد مايتعلق بالشق الثاني مع بقائه صحيحاً قائماً بالنسبة للشق الاول . وكذلك الحكم بالنسبة للبطلان الجزئي للشكل،والبطلان الجزئي للرضا من حيث الوجود وصحة التراضي[١].

يتضح مما تقدم، بان الجزء الباطل من العقد اذا امكن فصله واقتطاعه من العقد والابقاء على العقد مرتباً لآثاره،عندها يمكن ان يكون مجالاً لاعمال الانقاص ولكن مع ذلك ، فأن قابلية العقد للانقسام المادي البحت لاعمال الانقاص، لاتكفي احياناً في بعض العقود،إذ ان القانون يمنع تحقق ذلك ، أي يشترط قابلية العقد للانقسام من الناحية القانونية،لان القانون يرى ان انقاص جزء من اجزاء عقد معين واقتطاعه من العقد الاصلي سيؤدي الى عدم تحقيق العدالة التعاقدية ومن ثم يؤثر في وجود العقد الذي يجب ان يحقق المنفعة المقصودة منه، ومن ثم فان الطبيعة القانونية لهذه العقود تحول دون وجودها جزئياً ، أي ان هذه العقود اما ان توجد كلياً وأما ان تبطل كلياً [٢]. ومن امثلة هذه العقود عقد القسمة وعقد الصلح فأذا أبطل عقد القسمة بالنسبة لأحد المتقاسمين، وكأنه عديم التمييز ولم يمثله نائبه القانوني، لذا لايتصور مع عقد القسمة ان يكون باطلاً بالنسبة لبعض اطرافه ، فيبطل في شقه المتعلق بهم ،ويكون صحيحاً بالنسبة ببعضها الاخر ، فهذه التجزئة لايقبلها عقد القسمة لانه يقوم على فكرة انهاء حالة الشيوع ، وكذلك الامر بالنسبة لعقد الصلح الذي جاءت به نصوص القانون مكرسة لهذا المبدأ[٣].

وهذا يعني ان مناط إعمال الانقاص هو بالشق الصحيح من العقد وذلك بان يكون قادراً عل انتاج الاثار نفسها التي كان يرتبها التصرف الاصلي وإن اختلفت من حيث الحكم وليس نوع الاثر، أي يحقق المنفعة المقصودة من العقد ولكن ليس بكميتها او عددها ، أي ينتقص من هذه الاثار بقدر ما نقص من العقد ، إذ

الجزء بنظر المتعاقدين . وقد تم توحيد الحل في جميع العقود سواء كانت معاوضات او تبرعات وفقا لما جاء في المادتين اعلاه في حل واحد اعتماداً على مدى جوهرية العقد الباطل ، انظر كذلك موقف القضاء الفرنسي في ذلك في ذات المصدر .

[١] د. عبد العزيز المرسي حمود / إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري / دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة/ القاهرة / ٢٠٠٦ / ص١٤٨-١٥٢.

[٢] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل / مصدر سابق / ص١٩٧.

[٣] المادة ٧٢٠ من قانوننا المدني ، والمادة ٥٥٧ من القانون المدني المصري ، وانظر في تفصيل ذلك : د. صالح ناصر / مصدر سابق / ص١٢٢ ، رسالتنا في تصحيح العقد ، مصدر سابق، ص٢٥٨-٢٥٩.

يترتب على الانقاص الابقاء على المنفعة المقصودة من العقد ولكن بتغيير حجمها وعددها[١]. فاذا ورد عقد البيع على عدة اشياء ، تبين هلاك إحداهما قبل البيع ، فلاشك في بطلان البيع بالنسبة لما هلك وصحته بالنسبة لباقي الاشياء .

الشرط الثاني:الشرط الشخصي

ومع ذلك،فان قابلية العقد للانقسام من الناحية الموضوعية او المادية والتي ترجع الى طبيعة الاشياء وحسب ما تقدم لاتكفي لتحقق شرط قابلية العقد للانقسام اللازم لاعمال الانقاص ، وفضلاً عن ذلك يشترط ان يكون العقد قابلاً للانقسام أيضاً في قصد طرفي العقد ،بان تنصرف نيتهما الى إمكان ابرام العقد بعد اسقاط جزأه الباطل،ففي المثال اعلاه ،فبالرغم من امكانية اتمام عقد البيع على الاشياء المتبقية، إلا ان ذلك قد لاينسجم مع قصد وارادة المتعاقدين اللذين تكون نيتهما قد انصرفت الى ابرام عقد البيع على جميع الاشياء بحيث اذا تخلف احدها امتنع البيع عندها يكون العقد غير قابل من الوجهة الشخصية أي بالنظر لقصد المتعاقدين[٢].

إلا ان شرط قابلية العقد للأنقسام الشخصي ليس بشرط مستقل لاعمال الانقاص ، وانما هو ملازم لشرط عدم جوهرية الشق الباطل من العقد،وعدم كونه دافعاً الى التعاقد،أي ان عدم قابلية العقد للتجزئة او الانقسام هو النتيجة المترتبة على تكييف الشرط بأنه الدافع للعقد،وكلا التعبيرين في الواقع ليس إلا مجرد تعبير وإيضاح لنية طرفي العقد[٣].

وقد عبر القانون المدني العراقي في المادة ١٣٩منه والقانون المدني المصري في المادة ١٤٣ منه عن هذا الشرط أي عدم جوهرية الشق الباطل،بأنه الشق الذي من دونه ما كان ليتم العقد،وبعضهم ينتقد ذلك بالقول بأن صياغتها صياغة عامة تربط بين جوهرية الشق وقيام العقد بصفة عامة مطلقة من دون ربط ذلك بالمتعاقد نفسه،ومع هذا النقد يشير الى ان المقصود بكون العقد لايقوم بغير الشق الباطل،انه لايكون أساسياً في قصد المتعاقدين ونيتهما أو نية أحدهما، وهذا ماعبرت عنه بالفعل المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري بقولها ان النص المذكور ليس إلا تفسيراً لارادة المتعاقدين[٤].

اما الاثر الذي يترتب على الانقاص فهو ان يبقى العقد في شقه الصحيح مكتسباً للصحة بحكم الانتقاص وعند توافر شروطه المنصوص عليها قانوناً،ومن ثم يبقى العقد محققاً للمنفعة المقصودة منه ولو لجزء من العقد فالحفاظ عليها أولى من اهدارها بالكامل. ومن جهة أخرى، قد يتحقق ذلك الانقاص بنص القانون أي من دون النظر الى ارادة المتعاقدين او احدهما،وفي هذا الصدد يمكن القول بوجود هذه النصوص القانونية،((إن هذه النصوص تمثل قيوداً مهمة على المعيار القصدي الارادي الذي يستند الى قصد المتصرف)) وعندها يتحقق الهدف الذي اراد المشرع تحقيقه من القاعدة القانونية باستبعاد الجزء الباطل من دون الاعتماد على ارادة المتعاقدين،وفي الوقت ذاته بقي العقد موافقاً للنظام العام[٥]. ومن تطبيقات ذلك عندما يتفق طرفا عقد القرض على فوائد تزيد على النسب المحددة قانوناً،عندها يعد الاتفاق باطلاً ويجب تخفيضه الى الحد المسموح

---

[١] قريب من هذا ، انظر د. عبد العزيز المرسي / مصدر سابق /ص٤٣١.

[٢] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل / مصدر سابق / ص١٩٠-١٩١.

[٣] المصدر السابق / ص٢٠٤-٢٠٥.

[٤] نقلاً عن :د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل / مصدر سابق / ص٢١٥.

[٥] انظر اطروحتنا للدكتوراه / مصدر سابق / ص٢٢٧-٢٢٨.

به قانوناً بأستبعاد الجزء الزائد غير المسموح به والمخالف للنظام العام محققاً لغاية المشرع في تشريع هذا النص.

ويطبق الحكم ذاته في حالة الاتفاق على ((اعطاء الدائن عمولة او منفعة تزيد هي والفائدة المتفق عليها على الحد القانوني،اذ يجب تخفيضها اذا ثبت بأن هذه العمولة او المنفعة التي اشترطها الدائن لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا منفعة مشروعة))[١].

وهذا الاستبعاد الذي يكون محله الجزء الباطل من العقد لايدخل ضمن سلطة القاضي في تعديل العقد، لان التعديل لايرد إلا على عقد صحيح لأعادة التوازن العقدي للطرفي العقد وتحقيق العدالة التبادلية التي فقدها، وهذا لايتم إلا من قبل القاضي،بينما هنا في استبعاد الجزء الباطل من العقد يتم بحكم القانون لأنقاذ العقد من البطلان[٢].من جانب آخر ، فأن شروط انتقاص العقد الباطل لم تتوافر جميعها ، فأستبعاد الجزء الباطل يتم على الرغم من جوهرية ذلك الجزء لمن اشترطه .

من التطبيقات الاخرى ما يتعلق بنظام التسعير الجبري اذ لايمكن الاتفاق على اسعار تزيد عما حدده المشرع،لان التسعير الجبري يعد من اهم مسائل النظام العام ، فمثل هذا الاتفاق يؤدي الى اهدار الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه من وراء القاعدة القانونية التي تحدد سعر لبعض السلع[٣]، لذا فأن استبعاد الجزء الباطل بحكم القانون يؤدي الى الابقاء على العقد وهذا ما يهدف اليه المشرع من القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها، وهذا الهدف لايمكن تحقيقه على وفق القواعد العامة للبطلان التي بموجبها يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيلتزم المشتري برد المبيع مما قد يجعله يفضل عدم التمسك بالبطلان والقبول بالثمن الذي يزيد على السعر المحدد قانوناً.

الخاتمة

في نهاية بحثنا الموسوم بالتغيير في جزء من اجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية – دراسة مقارنة – تبين من دراسة هذا الموضوع في المباحث الثلاثة الاستنتاجات الآتية :

١–يقصد بالتغيير في جزء من اجزاء العقد،الاضافة أو الاستبدال او التعديل او انقاص جزء من اجزاء العقد ، لذا أي حالة تنصب على جزء من اجزاء العقد لاتبقيه على حاله ، تعد تغييراً في هذا الجزء ، اما الجزء فهو لايتحدد بعنصر معين من عناصر العقد وانما وجدت تطبيقات تشريعية كثيرة ومتعددة تشمل كل عناصر العقد الاساسية،أي عناصر العقد الاساسية وغير الاساسية يمكن ان تكون محلاً للتغيير.

٢–التغيير في جزء من اجزاء العقد لايقتصر على عناصر العقد، وان كل الشروط المقترنة بالعقد يمكن ان تكون محلاً للتغيير، بل هي النطاق الطبيعي للتغيير في جميع صوره ، لاسيما استبعاد هذا الشرط بارادة المتعاقدين أو بغض النظر عن إرادتهما التي جاء بها القانون المدني الفرنسي من دون القوانين الاخرى.

---

[١] المادة ١٢٧/ ف٢ من قانوننا المدني والمادة ٢٢٧/ ف٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ٢٦٥/ ف١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني . اما القانون المدني الفرنسي فلايوجد فيه نص يحدد سعر معين للفائدة الاتفاقية ولكن قانون الاستهلاك في المادة ٣١٣/ فقرة ٤ منه اشترط عدم تجاوز القرض الاتفاقي الفائدة التي اجازها قانون النقد والمال بأكثر من الثلث ، المعدل الفعلي المشار اليه في قانون النقد والمال .

[٢] د. صاحب عبيد الفتلاوي / تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / مسحوبة على آلة الرونيو / ١٩٨٦ / ص١٩٧.

[٣] انظر المادة (١٣٠/ف٢) من قانوننا المدني التي اعتبرت قواعد التسعير الجبري من النظام العام . من جهة اخرى عدت محكمة تمييز مخالفة التسعير الجبري مخالفة للنظام العام ، اذ يجب التقييد بالسعر المحدد قانوناً . قرار ٥٨١/ مدنية ثالثة / ١٩٧٥ في ١٩٧٦/١/٢٩ منشورة في مجموعة الاحكام العدلية / عدد ١/ السنة ٧/ لسنة ١٩٧٦ / ص٦٩–٧٠ .

٣- للتغيير في جزء من اجزاء العقد ،صور عديدة ، ولكن جميع هذه الصور محل البحث متعلقة بتحقيق العدالة التبادلية وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد ، إلا اننا تحدثنا عن صور محددة للتغيير في جزء من اجزاء العقد،لانه من وجهة نظرنا لايمكن جمع التطبيقات التشريعية التي تتضمن تغييراً في جزء من اجزاء العقد،لذا تحدثنا عن نموذج من هذه الصور ليكون دليلاً للدخول الى تلك الصور التي جاء بها القانون المدني والقوانين الخاصة .

٤-هدف المشرع من وراء اجازة التغيير في جزء من اجزاء العقد،سواء أكان التغيير من قبل المحكمة ام تغيير تشريعي بحكم القانون،تحقيق العدالة التعاقدية التبادلية او الابقاء على العقد محققاً للمنفعة المقصودة منه، لذا كانت جميع صور التغيير التي وردت في البحث متعلقة بالعقد الذي يرتب اداءات والتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه .

٥-العدالة التعاقدية التبادلية تتحدد بنطاق العقود التبادلية التي ترتب التزامات متقابلة تعطي لكل طرف المنفعة التي تتعادل مع مايحصل على الطرف الآخر،بما يرتبط بمفهوم المنفعة المقصودة من العقد الذي لايقتصر على العقود الملزمة للجانبين وانما نطاقه يكون في أي عقد.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل/ البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية/دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٨٨

د.ادوار عيد/اثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية/نظرية الحوادث الطارئة/مكتبة زين الحقوقية/لبنان /١٩٩٠.

اسماعيل نامق حسين/العدالة واثرها في القاعدة القانونية/دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر /مصر/٢٠١١.

د.آمانج رحيم احمد/ حماية المستهلك في نطاق العقد /دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني/الطبعة الاولى/شركة المطبوعات للنشر والتوزيع/ لبنان/٢٠١٠.

د. انور سلطان/ مصادر الالتزام / الموجز في النظرية العامة للالتزام / دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني / دار النهضة العربية للطباعة والنشر/ بيروت / ١٩٨٣.

حسن عبد الباسط جميعي/في كتابه/ اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية / دراسة مقارنة بين القانون المصري ودولة الامارات والقوانين الاوربية مع اشارة للقوانين الانكلوامريكية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٠ -١٩٩١ .

د. حسن علي الذنون / فلسفة القانون / الطبعة الاولى / مطبعة العاني/ بغداد / ١٩٧٥ .

أ.د.ريما فرج مكي/تصحيح العقد-دراسة مقارنة/الطبعة الاولى/شركة المؤسسة الحديثة للكتاب/لبنان/٢٠١١ .

د. صالح ناصر العتيبي/ فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية / دراسة مقارنة / الطبعة الاولى / ٢٠٠١.

د. ضمير حسين ناصر/منفعة العقد والعيب الخفي/دراسة مقارنة/الطبعة الاولى/مكتبة زين الحقوقية والادبية/لبنان/ ٢٠٠٩.

د. عبد الحي حجازي/ المدخل لدراسة العلوم القانونية/الجزء الاول/القانون/وفقا للقانون الكويتي-دراسة مقارنة/ مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٢ .

د.عبد الرحمن عياد/اساس الالتزام العقدي،النظرية والتطبيقات/المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر/الاسكندرية /١٩٧٢ .

د.عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الاسلامي/الطبعة الثانية الجديدة/ منشورات الحلبي الحقوقية/ لبنان / ١٩٩٨.

د.عبد الرزاق احمد السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني االجديد/الجزء الاول/الطبعة الثالثة الجديدة/منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / ٢٠٠٠.

د. عبد العزيز المرسي حمود/إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري/ دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة/ القاهرة / ٢٠٠٦ .

د. عبد المجيد الحكيم/الموجز في شرح القانون المدني العراقي/الجزء الثاني/ احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي/طبعة ثانية/ شركة الطبع والنشر الاهلية /بغداد / ١٩٦٧ .

د.عبد المجيد الحكيم/الموجز في شرح القانون المدني/جـ١/في مصادر الالتزام/الطبعة الخامسة/مطبعة نديم/بغداد /١٩٧٧.

د. مالك دوهان الحسن/شرح القانون المدني/الجزء الاول/مصادر الالتزام/ مطبعة الجامعة / بغداد / ١٩٧٣ .

د. محمد عبد القادر الفار/مصادر الالتزام / مصادر الحق الشخصي في القانون المدني/مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان – الاردن /١٩٩٦ .

د.مصطفى ابراهيم الزلمي/الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة/الطبعة الاولى/مطبعة شهاب/أربيل/٢٠١١ .

د. منذر الفضل/النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني– دراسة مقارنة–الطبعة الاولى/الجزء الاول/مصدار الالتزام / ١٩٩١.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

اسراء خضير مظلوم/حماية المستهلك في نطاق عقد الاذعان/دراسة مقارنة/ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بابل / ٢٠١٢.

ايمان طارق الشكري/اثر الشرط في حكم العقد –دراسة مقارنة –/ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بابل / ١٩٨٨ .

د. راقية عبد الجبار/سلطة القاضي في تعديل العقد/دراسة مقارنة/اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/بغداد /٢٠٠٠.

د. صاحب عبيد الفتلاوي / تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي/اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد / مسحوبة على آلة الرونيو / ١٩٨٦ .

د. علي احمد صالح/المصلحة واثرها في القانون / دراسة مقارنة بين اصول الفقه الاسلامي والقانون الوضعي/اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد /١٩٩٦ .

د. مجيد حميد العنبكي/اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي/ رسالة للماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد /١٩٧١ .

د. محمد رفعت الصباحي/الاثار المترتبة على تخلف شروط العقد/دراسة مقارنة/ اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة طنطا / ١٩٨٣ .

د. منصور حاتم محسن/فكرة تصحيح العقد/دراسة مقارنة /اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد/دار الكتب القانونية/ دار شتات للنشر والبرامجيات/ مصر/ ٢٠١٠.

ثالثاً: الكتب الاجنبية المترجمة للعربية

جاك غستان/ المطول في القانون المدني/ تكوين العقد/ ترجمة منصور القاضي/الطبعة الاولى/المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع/ لبنان/ ٢٠٠٠ .

هنري باتيفول/ فلسفة القانون/ ترجمة الدكتور سموحي فوق العادة / منشورات عويدات / لبنان / ١٩٧٢ .

آلان بينابنت/ القانون المدني/الموجبات، الالتزامات/ترجمة منصور القاضي/الطبعة الاولى/المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / ٢٠٠٤ .

رابعاً:الكتب الفرنسية

- J.Ghestin ,l'utile et le juste dans les contrats ,Dalloz.1982.

خامساً: البحوث

د. صبري حمد خاطر/تطويع العقد في ظل متطلبات الاسعار – دراسة في القانون المدني – منشور في مجلة جامعة النهرين/ المجلد (٢) / العدد الثالث / تشرين الثاني / ١٩٩٨ .

سادساً: القوانين

١–القانون المدني الفرنسي

٢–القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣–القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٤–قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.

٥–قانون حماية المستهلك في العراق رقم١ لسنة ٢٠١٠.

٦–قانون حماية المستهلك في مصر رقم٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

٧–قانون حماية المستهلك في لبنان رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥.

٨–قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٣ رقم ٩٤٩/٩٣والمعدل بالقانون رقم ٩٦/٩٥ في ١٩٩٥/٢/١.

٩–القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ .