ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

Doctrinal shift

Assistant. Dr. Muhannad Ibrahim Hussein
College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq
Mohanad.i.h@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- **Received** 1**January 2026**
- **Accepted** 1**February 2026**
Available online 1 March 2026

Keywords:
- Transformation
- reduction
- invalidation

Abstract: This study examines the theory of contract conversion within the Iraqi Civil Code, a legal mechanism designed to salvage void legal acts by transforming them into other valid contracts, provided their essential elements are met. The text elucidates the fundamental distinctions between contract conversion and similar concepts—such as contract characterization (تكييف العقد) or rectification —(تصحيح العقد)stressing that conversion hinges upon the presumed (hypothetical) intent of the contracting parties . Furthermore, the research details the four conditions required to effectuate this conversion, the most prominent being that the void contract must incorporate the elements of a different valid contract that achieves the parties' economic objective. The source reinforces its theoretical framework by presenting judicial precedents from the Iraqi Court of Cassation, notably the conversion of a real estate sale executed outside the competent department into an undertaking to transfer ownershi [Finally, the text provides findings and recommendations to the Iraqi legislator to bolster this theory, with the aim of minimizing contract nullity and the consequent waste of time and effort .

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

التحول العقدي

م.د. مهند ابراهيم حسين

كلية القانون، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق

Mohanad.i.h@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١ / كانون الثاني/ ٢٠٢٦
- القبول : ١ / شباط/ ٢٠٢٦
- النشر المباشر: ١/أذار/٢٠٢٦

الكلمات المفتاحية :
- **التحول**
- **الانتقاص**
- **البطلان**

الخلاصة: تتناول هذه الدراسة نظرية تحول العقد في القانون المدني العراقي، وهي آلية قانونية تهدف إلى إنقاذ التصرفات الباطلة من خلال تحويلها إلى عقود صحيحة أخرى إذا توافرت أركانها. يوضح النص الفروق الجوهرية بين تحول العقد وبين مفاهيم مشابهة مثل تكييف العقد أو تصحيحه، مؤكداً أن التحول يعتمد على الإرادة المفترضة للمتعاقدين. كما يشرح البحث الشروط الأربعة اللازمة لإتمام هذا التحول، وأبرزها أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر صحيح يلبي الغاية الاقتصادية للأطراف. ويدعم المصدر تأصيله النظري باستعراض تطبيقات قضائية من محكمة التمييز العراقية، مثل تحول بيع العقار خارج الدائرة المختصة إلى تعهد بنقل الملكية. ويختم النص بتقديم نتائج وتوصيات للمشرع العراقي لتعزيز هذه النظرية بهدف تقليل حالات بطلان العقود وما يترتب عليها من ضياع للوقت والجهد.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : ان التحول العقدي يختلف عن تكييف العقد ، اذ ان العبرة ليست بأسم التصرف وانما بمضمون هذا التصرف فتغيير الاسم ليس الا تفسيراً حقيقياً لإرادة المتعاقدين الذي لا يتغير بل ان تلك الارادة تبقى صحيحة، اما في التحول فأن التصرف اصلاً باطل ولابد من الكشف عن الارادة غير الحقيقية الباطلة ، والتحول الى الارادة الصحيحة ، كما ويختلف تحول العقد عن تصحيح العقد ، فتحول العقد استبدال عقد قديم باطل بعقد جديد صحيح بدون اية اضافات ، اما تصحيح العقد فيفترض بقاء العقد القديم أي العقد الاصلي مع إزالة العيب اللاحق عليه.

اولا : اهمية البحث

لموضوع التحول العقدي اهمية بالغة اذ ترتبط اهميته بالآثار التي تترتب عليه والمتمثلة بعدم انتاج العمل القانوني المشوب بالبطلان لنتائجه القانونية، وبالتالي فأن ذلك يشكل سببا في ضياع الوقت والجهد والنفقات ومن ثم عقبة تحول دون تحقيق الغاية التي يسعى اليها القانون المدني بقواعده الصريحة والضمنية.

ثانيا : مشكلة البحث

تبرز مشكلة الموضوع من خلال عدم تنظيم القانون المدني للتحول العقدي في حالة البطلان بنظرية واضحة ودقيقة وانما اعتمد على النص على البطلان في نصوص متفرقة و بالتالي غياب العديد من حالات معالجة البطلان التي كان من الممكن معالجتها ومنها البطلان النسبي من خلال حالة تصحيح العقد الباطل بالانتقاص و التحول.

ثالثا : منهجية دراسة موضوع البحث

ان هذه الدراسة ومن اجل تحقيق اهدافها وحل مشكلتها توجب علينا اعتماد المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي اشارت لهذا الموضوع في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) مع الاشارة لاراء الفقه والمنهج التطبيقي من خلال ايراد القرارات القضائية كلما اقتضى الامر ذلك.

رابعا: هيكلية البحث

تم تناول موضوع البحث من خلال خطة تتكون من مقدمة ومطلبين وخاتمة كما ياتي:

المطلب الأول : ماهية التحول العقدي

الفرع الأول : تعريف التحول العقدي

الفرع الثاني : شروط التحول العقدي

المطلب الثاني : آلية التحول العقدي وتطبيقاتها القضائية

الفرع الأول : التصحيح العقدي الموضوعي

الفرع الثاني : التطبيقات القضائية للتحول العقدي

المطلب الاول

ماهية التحول العقدي

ان هذه النظرية تتلخص في ان العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر ، فيتحول العقد الذي قصد اليه المتعاقدان ، وهو العقد الباطل ، الى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبذلك يكون العقد الباطل قد انتج اثراً قانونياً .

ويمكن القول إن تحول العقد هو إصباغ صبغة مختلفة على العقد من شأنها تغيير الوصف القانوني له إلى وصف أخر فيترتب على الوصف الجديد أثار قانونية صحيحة لم تكن تترتب في حالته الأصلية كونه باطل، ولكن يتحول بذلك إلى تصرف منتج لجميع أثاره القانونية، وهو ما يجعله التزام غير الذي تم تحريره ومن ثم تسري عليه جميع القواعد القانونية المنظمة لهذا الالتزام الجديد، واستنادا الى ما تقدم قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الفرع الاول تعريف التحول العقدي والفرع الثاني شروط التحول العقدي.

الفرع الاول

تعريف التحول العقدي

لم يورد المشرع العراقي في القانون المدني تعريف لتحول العقد، واكتفى بتقرير حكم تحول العقد الباطل، ولنعرض فيما يلي تحول العقد لغة، ثم تعريفه اصطلاحا.

اولاً تعريف التحول العقدي لغة.

التحول هو تغيير الحال من حال إلى أخرى، وحالت القوس واستحالت بمعنى انقلبت، وحال عليه العهد تحول أي انقلب حال لونه من حال إلى حال[١]، حاول الشيء أراده وحوله فتحول، وحال إلى مكان آخر يحول حولا وتحول أي تحول من مكانه وانتقل عنه، وحولته تحويلا نقلته من موضع إلى

[١] ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص ٢٠٨

موضع فتغير إما بالذات أو بالحكم أو بالقول، والحائل هو كل شيء يتحرك من مكانه ، وحولت الشيء نقلته إلى مكان آخر[١] .

ويأتي بمعنى الزوال عن الشيء إلى غيره تحول عن الشيء زال عنه وأنصرف عنه إلى غيره ، وحال الرجل يحول تحول من موضع إلى موضع آخر [٢]، ويستفاد لنا مما تقدم أن التحويل لغة مصدر حول الشيء، والتحول أثر للتحويل وتدور معانيه على النقل والتغيير والتبديل.

اما تعريف العقد لغة فهو عقد الشيء أي يعقده عقداً، فانعقد وتعقّد، يعني شدّه، فانشّد، وهو نقيض الحل، وفي الأصل هو للحبل وما نحوه من المحسوسات، ثمّ أطلق على أنواع العقود في البيع والمواثيق وغيرهما، وكذلك في العقيدة، ويقصد بها ما يعقد عليه الإنسان قلبه من آراء بتصميم وجزم[٣].

ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً .

فمن الفقهاء من حاول وضع تعريف لتحول العقد يبين معناه بشكل واضح وفقا لفهمه لهذا النظام أو وفقا للوظيفة التي يؤديها تحول العقد في إنقاذ العقود، فقد عرف تحول العقد بأنه عملية قانونية يستوفي بموجبها العقد الباطل العناصر والشروط القانونية لعقد آخر يكون له نتيجة مشابهة ويطابق الهدف المرجو من قبل أطراف العلاقة العقدية فيصبح صحيحا بهذا المعنى وحقيقة نجد أن من يتمعن في هذا التعريف يتبين أنه قد أوضح إلى حد كبير المعنى المقصود بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح وهذا يتجلى من خلال بيان الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد وهي بطلان العقد الأصلي وضرورة استجماع العقد الباطل لأركان وعناصر عقد آخر صحيح وأخيرا الإرادة الافتراضية لتحول العقد، كما تميز التعريف كذلك بذكر الهدف الرئيسي من فكرة تحول العقد ألا وهي العمل على تحقيق الهدف الاقتصادي للمتعاقدين من خلال العقد الصحيح الآخر الذي تضمنه العقد الباطل[٤] .

---

[١] أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين الجزء الثالث ، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، الدكتور إبراهيم السامرائي، (١٠٠-١٧٥هـ)، ص ٢٩٨.

[٢] الكبير محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الثاني، تحقيق عبد الله على ، محمد أحمد حسب الله هاشم محمد الشاذلي جمهورية مصر العربية، دار الحديث، ص١٩٠.

[٣] معجم لسان العرب لأبن منظورعقدج -ج٣ - ص ٢٩٦.

[٤] منصور حاتم محسن ، العقد الباطل ، محاضرة منشورة على شبكة الانترنيت في موقع كلية القانون ، جامعة بابل ٢٠١٣ .

وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية تحول العقد ، حيث نصت المادة (١٤٠) منه على "**اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فأن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد**" ، وتقرر هذه المادة حكم مفاده أن توفر اركان وشروط تصرف صحيح في تصرف باطل مع اتجاه نية المتعاقدين المفترضة الى ابرام التصرف الصحيح لو كانا يعلمان ببطلان التصرف الأول، يستلزم ان يتحول العقد الباطل إلى العقد الصحيح ، ومن أمثلة ذلك هي تحول البيع بثمن تافه الى هبة وتحول السند الرسمي الفاقد لأحد شروطه الى سند عادي وتحول الورقة التجارية الفاقدة لأركانها الشكلية لسند عادي.

الفرع الثاني

شروط التحول العقدي

إن العقد إذا توافرت شروطه ترتبت آثاره المرجوة منه، أما إذا تخلّف بعض شروطه فإنه يكون باطلا أو فاسدا ولا يترتب عليه أي أثر ، لكنّ هذا العقد الباطل إذا كان يتضمن عناصر عقد آخر رغم بطلانه، فإنّ العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل يتحوّل إلى العقد الذي توافرت عناصره فيه وهو العقد الصحيح، وبالتالي تترتب آثار العقد الصحيح المشروعة، ولكن لكي يصح تحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر يجب توافر عدة ضوابط ومن خلالها يتعرف على حقيقة التّحوّل وماهيته، وهي الركائز التي تقوم عليها نظرية التحوّل فلا مجال لإعمالها إلا من خلال توافر الشروط مجتمعة[١].
وسوف نتناول هذه الشروط على النحو الاتي :

الشرط الأوّل: تعرض العقد للبطلان الجزئي

إن تعرض العقود للبطلان يسبب انعدام آثارها وتفقد استمرار وجودها ويكون حكمها معدوما، وهذا البطلان يحدث نتيجة لتخلّف شرط من شروط صحته، فهو جزاء يوقع نتيجة لاختلال في تكوين العقد وبطلان العقد هو المرحلة الأولى التي يمر بها تحوّل العقد وهو الركن الأساس الذي يقوم عليه حتى ينتج أثره فلو كان العقد صحيحا فإنّه لا يتم التحوّل حتى ولو تضمن عناصر عقد وأيضا لا بد أن يكون

---

[١] د. فتحي والي – نظرية البطلان – القاهرة – ١٩٦٠ – ص ٢٠٢ .

البطلان بطلانا كليا، أما إذا كان نسبيا فإنّه لا مجال لتحوّل العقد بل لانتقاصه إذا كان العقد قابلا للانقسام[١].

وفي الحقيقة نجد أن نظرية البطلان من النظريات الدقيقة التي كان في كثير من مسائلها محل خلاف سواء عند فقهاء الشّريعة أو شرّاح القانون، لذا كان ينبغي التعمق في هذه النظرية حتى يمكن الوقوف على تفصيلاتها وجزئياتها التي قد تخفى على الكثير، وأيضا بحكم أهميتها بالنسبة لموضوع تحوّل العقد لأنّ مجاله هو العقد الباطل بطلانا كليا وكانت إرادة المتعاقدين متجهة إليه والمشتمل على عناصر وأركان عقد آخر صحيح [٢].

الشرط الثاني : أن تؤدي صيغة العقد الباطل الى معنى عقد صحيح اخر.

الألفاظ أو العبارات التي يتكوّن منها العقد، والتي تدلّ على اتفاق الطرفين على الصيغة هي إنشاء العقد، وهو ما يطلق عليه الإيجاب والقبول، والصيغة هي أحد أركان العقد مع العاقدين والمعقود عليه.

ولأنه لما كانت إرادة العاقد من الأمور التي لا يمكن معرفة مرادها من الموافقة أو عدمها فهي من الأمور الباطنة أو الداخلية جعلت الصيغة للدّلالة على ما في الإرادة الباطنة، فدلت الصيغة على رضاها أو عدم الموافقة على إجراء العقد ويكون التعبير عما في الإرادة الباطنة عن طريق التلفظ، أو عن طريق غيره كالكتابة ، ولكن أحيانا تكون الصيغة مخالفة لما عليه في العقد الظاهر، مع وجود نية لإنشاء عقد آخر وقد دلت عليه القرائن أو يكون العقد الذي أنشئ لم يستكمل الأركان، ولكنه موافق والإشارة أو التعاطي، وغيرها لأركان وشروط عقد آخر[٣] ، ففي هذه الحالة يثار تساؤل مفاده هل نلغي العبارة التي صدرت من أهلية قابلة لإجراء العقد ونجعل الصيغة المعبرة وكأنها لم تكن؟ أو نقول باعتبار الصيغة التي جاءت مخالفة للعقد وذلك عن طريق النظر إلى مقصود المتعاقدين وإرادتهم في إبرام العقد، فإذا جاءت موافقة لعقد آخر يتحول العقد من باطل الى صحيح .

في ففي بعض الأوقات قد يكون العقد الذي صدر غير كامل الشروط والأركان أو فيه صفة زائدة على العقد ممّا يجعله باطلا، ولكنّه في نفس الوقت تحمل هذه الصيغة التي صدرت من كامل الأهلية

---

[١] د. ضياء شيت خطاب – الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية العراقية – بغداد – ١٩٧٣–ص ٨٥ .

[٢] د. ضياء شيت خطاب – المصدر نفسه – ص ٨٧ .

[٣] د. نبيل إسماعيل عمر – الطعن في التماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية – الإسكندرية – ١٩٨٣ – ص ١٠٥ .

في طياتها معنى عقد آخر تنطبق عليه هذه الصيغة وهذه الشروط والأركان، مع وجود المقصد الحقيقي من الألفاظ وهو إنشاء العقد[١] .

و اصحاب الرأي السابق يقولون: بتحوّل العقد من عقد باطل إلى عقد صحيح، ولكنه ليس في نفس العقد وإنّما يتحوّل إلى عقد آخر صحيح تنطبق عليه الشروط والأركان و توافقه وإن كان يوجد بعض الخلل في الصيغة .

الشرط الثالث : موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر

من شروط التحوّل أن يتضمن التصرّف الباطل جميع عناصر التصرّف الآخر الذي يتحوّل إليه ولا يسوغ استكمال العقد الجديد بعناصر خارجة عن العقد الباطل، وإلا لم يكن هناك محل للتحوّل.

وقد اختلف الشراح حول الطبيعة التي يتصف بها العقد الجديد، هل يجب أن يكون العقد الجديد من نوع آخر يختلف عن نوع العقد الأصلي أم أنّ اختلاف مضمون العقد يكفي لإعمال مبدأ التحوّل ؟ فنجد في ذلك يشترط في العقد الجديد ان يكون مختلفا عن العقد الأصلي في طبيعته ولا يكفي اختلاف المضمون لإعمال مبدأ التحوّل وهنالك رأي فقهي يرى أن مجرد اختلاف المضمون بين العقدين كاف لإعمال التحوّل دون اشتراط أن يكون للعقد الأصلي نوعا يختلف عن العقد الجديد فيكفي أساسا أن يتميز العقد الجديد عن العقد الباطل بأي تغيّر، إذ تقوم الحاجة إلى التحوّل إلى عقد آخر من نفس النوع في المضمون فالعقد المتغير من حيث مضمونه فقط هو عقد آخر، فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتصادي والغاية المطلوبة عن طريق العقد الجديد فإنّ التحوّل يكون جائزا ، وعند المقارنة بين الرأيين السابق الإشارة إليهما يمكن القول بأن الاتجاه الأول قد جانب الصواب باشتراط اختلاف النوع بين العقدين وهذا الاشتراط يعتبر من قبيل التحكم الذي لا مع اختلاف دليل عليه، شأنه التقليل من كما أن اشتراط اختلاف النوع بين العقدين لإعمال التحول في العقود من تطبيق نظرية التحول في العقود، الأمر الذي يتعارض والنمو الاقتصادي في المجتمع[٢] .

الشرط الرابع : احتمال انصراف ارادة المتعاقدين الى التصرف الاخر الذي نريد تحويل العقد الاصلي اليه

---

[١] د. عبد الباسط جميعي – سلطة القاضي الولائية – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الثاني – ص ١٩٦٩ – ص ٧٥.

[٢] د. ضياء شيت – مصدر سابق – ص ١١٥ .

اي اننا نتساءل هنا : لو كان المتعاقدان وقت ابرام التصرف الاصلي قد علما ببطلانه اكان من المحتمل ان يريدا هذا التصرف الاخر ؟ فاذا كان هذا محتملا تحول العقد ، والا بطل فالتحول يقوم على ارادة مفروضة لا على ارادة حقيقية ، ويستطيع القاضي الكشف عن هذه الارادة المفروضة بالقرائن القضائية فيمكن ان يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره، او من استمرار تنفيذهما العقد الاصلي ان نيتهما المحتملة قد انصرفت الى التحول ، حتى لو نازع احدهما ذلك بعدئذ[١] .

المطلب الثاني

آلية التحول العقدي وتطبيقاتها القضائية

هنالك اثار عرضية ناتجة عن التصرف الباطل باعتباره واقعة مادية ومن اهم هذه الاثار هي ما استخلص من نظرية تحول العقد التي صاغها الفقه واخذ بها القانون المدني العراقي , اي ان التصرف او العمل القانوني الباطل يتضمن رغم بطلانه على تصرف قانوني اخر فيتحول التصرف الذي قصده المتعاقدان الى تصرف اخر صحيح لو توافرت عناصره في التصرف الباطل وبذلك يكون التصرف الباطل قد انتج اثراً قانونياً عرضيا لا اصلياً ،وان الغاية الاساسية للقضاء هي ضمان الحماية القانونية للناس كافة ، وبغية بيان موقف القضاء العراقي حيال موضوع التحول العقدي لا بد لنا من معرفة التطبيقات القضائية الخاصة بالتحول العقدي في القانون المدني العراقي وذلك في فرعين الأول التصحيح العقدي الموضوعي والثاني التطبيقات القضائية للتحول العقدي .

الفرع الأول

التصحيح العقدي الموضوعي

ان القاعدة الاساسية في الاتفاقات المنعقدة قانونا تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين أي ان الطرفين ملزمان بتنفيذ الاتفاق ، مع ملاحظة النصوص القانونية الموضحة لإرادتها ومتى تم العقد مستوفيا للأركان والشروط كان ملزما للأطراف بالوفاء به أي ان التعامل بين الاشخاص يجب ان يكون على اساس صحيح ، والقانون بحد ذاته يحميه ويحفظ هذه الحقوق والتصرفات اما اذا لم يتم التعامل

---

[١] د. صلاح الدين الناهي – مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي بالمرافعات – طبع الأردن – ١٩٩٦ – ص ١٨٧ .

على أسس صحيحة فعندئذ يكون العقد باطلاً لا وجود له قانونا ولا يترتب عليه أي أثر ومع ذلك نجد ان بعض التصرفات الباطلة منتجة لبعض الآثار اما باعتبارها واقعة مادية واما باعتبارها تصرفا قانونيا ، وما ينتجه العقد باعتباره تصرفا قانونيا انما هي آثار اصلية ناتجة عن العقد [١] .

يفهم معنى تحول العقد في الاصطلاح القانوني من صياغة المشرع العراقي لمنطوق المادة (١٤٠)التي تنص على انه :"**اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر فأن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد** " أي ان التصرف أو العمل القانوني الباطل يتضمن رغم بطلانه على عناصر تصرف قانوني آخر فيتحول التصرف الذي قصد اليه المتعاقدان إلى التصرف الآخر الصحيح الذي توافرت عناصره وبذلك يكون التصرف القانوني الباطل قد انتج أثرا عرضيا لا أصليا ، مثال ذلك الكمبيالة التي لم تستوف الشكل اللازم قانوناً باطلة باعتبارها كمبيالة ولكنها تتحول الى سند دين عادي صحيح من الناحية الشكلية[٢] ، و يجب ان يكون التصرف الأصلي باطلا ويقصد بالباطل هنا التصرف الباطل مطلقا عند المشرع العراقي، ويترتب على هذا اذا كان التصرف الأصلي صحيحا فأنه لا يتحول حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف ، مثال ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية لا تتحول الى وصية لأن الهبة وقعت صحيحة فلا يتحول الا التصرف الباطل ولو تبين ان كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة , كذلك العقد المعلق على شرط واقف أو فاسخ فاذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف سقط العقد لأن العقد صحيح ولكن المتعاقدان ارادا تعليقه على هذا الشرط الفاسخ والواقف ولم يريدا ان يتحول العقد الى آخر اذا سقط عقدهما بمفعول الشرط وكذلك يجب ان يكون التصرف الأصلي باطلا بأكمله فلو كان جزء منه باطلا أي بطلاناً نسبياً والتصرف قابلا للانقسام فعند ذلك لا يتحول بل ينتقص وهو ما نص عليه القانون المدني العراقي [٣] , ومثال ذلك الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة خمس سنوات فان العقد يصح في خمس سنوات ويبطل

---

[١] اجود علي غالب العزاوي , تحول العقد بين الشريعة والقانون , بحث منشور في مجلة الآداب , جامعة بغداد , كلية الآداب , جامعة بغداد , المجلد الاول , العدد (٢٢) , ١٩٧٨ , ص ٤٠١ .

[٢] عبد المجيد الحكيم , الوسيط في نظرية العقد , الجزء الاول , شركة الطبع والنشر الاهلية , بغداد , ١٩٦٧ , ص١٤٩ .

[٣] المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على انه :"**اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل , اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً** "

فيما زاد عن خمس سنوات وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي" **كل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين، فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين، وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخالفه** " وهنا قد يكون محل لتحول التصرف في هذه الحالة الى تصرف آخر كما قد يكون هناك محل لتحول الشق الباطل من التصرف المنتقص الى تصرف صحيح مع بقاء الشق الصحيح على حاله [١].

وتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه تؤدي قانونا الى جعله صحيحا كما لو عرض صائغ على شخص فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فيظل الشخص الذي اشتراه مرتبطا بالعقد فاذا عرض الصائغ قص الياقوت على المشتري ادخل عنصر جديد فص الياقوت . كذلك في عقود المعاوضة، اذا استغل أحد الأطراف، فللطرف الآخر ان يتوقى دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ، فعرض ما يكفي لرفع الغبن ، عنصر جديد في العقد أدى الى اجازته .

والتصحيح لا يجرى في العقد الا بتغيير في عنصر من عناصره اما ابداله بعنصر جديد ، كما في ابدال فص الزجاج بفص الياقوت ، واما بزيادة فيه ، كالتكملة في حالة الغبن . من هنا يظهر إن التصحيح مزيج من تصرف ارادي وعمل مادي يصدر من الطرف الذي لم يتقرر البطلان لصالحه . وليعلم أن التصحيح كما تقدم – يكون بأراده المتعاقد أو بحكم القانون

أما مراجعة العقد ، فقد تكون في عقد نشأ صحيحا ولكنه لم يستكمل مسائله غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان أو في عقد نشأ معيبا كانقاص الالتزام في الاستغلال وهي لا تكون الا من عمل القاضي من هنا يظهر الفرق بين التصحيح والمراجعة أو بين تحول العقد والتصحيح والمراجعة فتحول العقد – كما قدمنا – يكون باستبدال عقد جديد بعقد قديم من غير ادخال أي عنصر جديد وعدم ادخال أي عنصر جديد هو الذي يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته

أما الاجازة فهي استيفاء العقد القابل للأبطال بعناصره كما هي وفي هذا تتفق مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة والعقد القابل للإبطال عند اجازته يجاز ذاته دون أن يحل محله عقد جديد وهنا

([١]) عبد المجيد الحكيم , الوسيط في نظرية العقد , الجزء الاول , مصدر سابق , ص١٥٢ .

الفارق بينه وبين التحول وهو وجه الاتفاق مع التصحيح والمراجعة اذ كلا من التصحيح والمراجعة يستبقي العقد الأصلي ولكن يدخل عليه عناصر جديدة .

و ان انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى تصرف قانوني صحيح هو الذي تحول اليه التصرف الباطل الأصلي وليس معنى هذا ان ارادة المتعاقدين ارادة حقيقية في هذا التصرف لو كانا على علم ببطلان التصرف الاصلي والا لما كان هذا تحولا بل كان اعمالاً للارادة الحقيقية عن طريق تفسيرها وانما ارادتهما المحتملة انصرفت إلى هذا التصرف أما ارادتها الحقيقية فلقد انصرفت الى التصرف الأصلي الباطل فالتحول اذن لا يقوم على ارادة حقيقية بل على ارادة مفروضة تستخلص من الواقعة فيفرضها عندئذ القانون تستخلص هذه الارادة من الغاية العملية التي يريد المتعاقدان الوصول اليها ولكن اختارا طريقا قانونيا تبين بطلانه فان كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي الى الغاية نفسها كان من الممكن القول انهما أرادا هذا الطريق القانوني الصحيح المؤدي الى تلك الغاية التي قصداها لو كانا قد علما ببطلان الطريق القانوني الذي ابتغاه فالعبرة اذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية الموصلة اليها والقاضي يستخلص من الواقعة المادية الباطلة عناصر التصرف الصحيح التي انصرفت اليه ارادة المتعاقدين المحتملة وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في اقامة التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ويجعل منه أثرا عرضيا له [١].

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية للتحول العقدي

نظم المشرع العراقي في القانون المدني العراقي نظرية التحول العقدي في المادة (١٤٠) منه ، ويتبين من هذه المادة انه لغرض اعمال التحول لابد من ان يكون العقد الاصلي باطلا ، و ان تتوافر فيه اركان عقد صحيح اخر ، وان يفترض ان نية الطرفين كانت ستتجه الى العقد الاخر الصحيح لو كانا

---

[١] محمد صديق محمد عبدالله , موضوعية الارادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة) , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق , جامعة الموصل , ٢٠١٠ , ص١٦٢.

يعلمان ببطلان الاول [١] وبذلك سنتناول البعض من الامثلة على التطبيقات القضائية للتحول العقدي وكما ياتي :

اولا: المبدأ التمييزي

(كما وتقضي هذه المحكمة بان بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل ملكيته في الطابو ، والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن لان العقد صحيح وان لم تنتقل به ملكية العقار) [٢]

ويتبين لنا من المبدأ السابق ان التعهد بنقل ملكية عقار هو عقد صحيح ، ذلك ان عقد بيع العقار وان كان باطلا بوصفه بيع لعدم استيفاء الشكل المقرر قانونا الا انه عقد صحيح باعتباره عقد غير مسمى ، بدلالة المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي .

ثانيا: المبدأ التمييزي

(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز وجد ان الطرفين كانا قد ابرما عقد صدق من كاتب عدل الحلة بتاريخ ١٩٩٥/٣/٧ تضمن بيع المصحح عليه (المدعى عليه) داره الى طالب التصحيح (المدعي) خارج دائرة التسجيل العقاري الطابو واستلامه منه جزء من الثمن المتفق عليه ، وان من جملة ما تضمنه هذا العقد توكيل المصحح عليه (البائع) وكيلين دور بين مجتمع ومنفرد لتسجيل هذا البيع في دائرة الطابو وكذلك اباحة البائع للمشتري اشغال الدار المبيعة والتصرف بها كتصرف البائع بملكه . فواضح من هذا العقد الخارجي انه ولو انصب على بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، غير انه اشتمل على التزامات اخرى يعتبرها القانون صحيحة وترتب اثارها القانونية وهي التزامه بنقل ملكية دار سكناه الى طالب التصحيح ، واباحته له حق اشغالها والتصرف بها ، وبما ان التزام المدين بنقل ملكية الدار المتخذة مسكنا له الى دائنه هو اسقاط من جانبه لحق التمسك بسكنى الدار ، كما ان اباحته لدائنه اشغال الدار والتصرف فيها هو الاخر تنازل عن حقه في سكناه ، فلهذه الاسباب يكون طالب التصحيح (المدعي) محقا في طلب تصديق الحجز الاحتياطي الواقع على

([١]) د. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، اطروحة دكتورا مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٠ .

[٢]() القرار المرقم ٧٦/هيئة عامة/١٩٩٠ ، بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٥ ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الاولى ، ١٩٩٠. ،ص٤٧.

الدار ضمانة لاستيفاء الدين المدعى به من المطلوب التصحيح ضده (المدعى عليه – البائع) فكان على محكمة البداءة ان تلاحظ هذه الجهة وتقرر تصديق الحجز المقرر عليها تطبيقا للمادة (١٣٩) من القانون المدني باعتبار ان بيع الدار باطل والالتزام بنقل الملكية واباحة الاشغال والتصرف صحيحان ليجيء قرارها متفقا مع حكم المادة (١/١٥٠) منه التي تستلزم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ...) [١].

ويتضح لنا من المبدأ التمييزي اعلاه ان العقد الخارجي ولو انصب على بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، غير انه اشتمل على التزامات اخرى يعتبرها القانون صحيحة وترتب اثارها القانونية وهي التزامه بنقل ملكية دار سكناه و يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية استنادا للمادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي .

ثالثا : المبدأ التمييزي

(ان دعوى المميز /المدعي قد تضمنت طلبه الزام المميز عليه / المدعى عليه / اضافة لتوليته بقيمة المنشأت التي قدرها بمائة وثلاثة وخمسون مليون وستمائة الف دينار والتي اقامها على العقار موضوع الدعوى بناءا على عقد المساطحة المبرم بين المميز وشريكه من جهة والمميز عليه / اضافة لتوليته من جهة اخرى وقد اتجهت محكمة الاستئناف الى تقدير التعويض الذي يستحقه المميز عن قيمة المنشات على ضوء احكام المادة ١٢٧ من القانون المدني وهي تتضمن (تنتقل ملكية البناء والمنشات الاخرى عند انتهاء حق المساطحة الى اصحاب الارض على ان يدفع للمساطح قيمتها مستحقة للقلع ، هذا اذا لم يوجد شرط يقضي بغيره) ومن استقراء هذا النص يلاحظ انه يتعلق بحق المساطحة بمعناه القانوني والذي اشترطت المادة (٢/١٢٦٦) من القانون المدني وجوب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فان لم يتم تسجيله فيكون بمثابة عقد خاص وهو اجارة طويلة فكان يتعين على المحكمة استكمال تحقيقاتها في الدعوى بجلب اضبارة الدعوى الاستئنافية ٣٢١/س/هـ١/٢٠٠٦ المتعلقة بفسخ العقد المبرم بين الطرفين للتحقق عما اذا كان العقد هو عقد مساطحة مسجل لدى التسجيل العقاري ليتسنى لها تطبيق احكام المادة (١٢٧٠) من القانون المدني ام تحول الى عقد اجارة طويلة ومن ثم تطبيق احكام المادة ٧٧٤ من القانون المدني مع مراعاة احكام

---

[١]() رقم القرار : ٢٤١/هيأة عامة اولى ١٩٩٥ ، بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢١ ، النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، (نيسان مايس حزيران) ، ١٩٩٥، ص٥١ .

العقد وقرار الفسخ المشار اليه ومدة انتفاع المميز من تلك المنشات طالما ان العقد يشير الى ايلولتها الى المميز عليه عند انتهاء المدة المحددة له . نظرا لعدم مراعاة المحكمة للنقاط المشار اليها وهي مؤشرة في نتيجة الدعوى مما اخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفقا للنهج اعلاه) [١]

ويتبين لنا من القرار اعلاه ان عقد المساطحة اذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة(١٢٦٦ ف ٢) مدني يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد اجارة طويلة وان طلب فسخه تطبق بحقه احكام المادة ٧٧٤ مدني وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالاطلاع على اضبارة التسجيل العقاري فان كان قد سجل تطبق احكام المادة (١٢٧٠) مدني .

وخلاصة القول من مقتضى تحول العقد ان التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف اخر صحيح ، فيتحول التصرف المعقود اصلا وهو التصرف الباطل الى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح ، اذا تبين ان ارادة الطرفين كانت تنصرف الى ابرام هذا التصرف الصحيح ، فاذا لم تتجلَ هذه الارادة على ذلك النحو فانه لا يتم التحول ويبطل العقد الاصلي ويزول ، وان تحول العقد يكون بحكم القانون لا بحكم القضاء ، ودور القضاء في هذا النوع من التحول العقدي هو دور كاشف لا منشئ لهذا الحق لانه ثابت بنص القانون ، فالقرار الذي يقضي بالتحول يقع باثر رجعي يرتد الى تاريخ انعقاد التصرف الباطل الاصلي ، وصحة هذا التصرف الجديد واثاره لا تسري بحق المتعاقدين فقط بل باتجاه الغير ايضا .

---

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٧٣٣ /عقد مساطحة /٢٠٠٨ ، تاريخ اصدار الحكم ٢٠٠٨/٨/٥ . منشور على الموقع الالكتروني https//www.sjc.iq/qview.

الخاتمة

أولا : النتائج

١- التحول العقدي تكييف قانوني يتعلق بمخالفة الإجراء التعاقدي لنموذجه القانوني .

٢- سقوط الحق في ممارسة الإجراء العقدي لا يعني بطلانه فقد يكون ذلك الإجراء مستكملا لشروطه القانونية الا انه لا ينتج اثاره لسقوط الحق في ممارسته .

٣- تلعب الإرادة دورا في وجود الإجراء القضائي دون ترتيب اثاره.

٤- لأنتقاص وتحول الإجراء العقدي اثر مهم في تقليل حالات البطلان وما يترتب عليها من ضياع الوقت والجهد والنفقات.

٥- انتقاص الإجراء العقدي الباطل يقوم على عزل العناصر الصحيحة من الإجراء العقدي الباطل ومحاولة ترتيب اثاره ذاتها ولو بصورة جزئية فهو لا ينتج اجراء جديد، وانما يرتب اثار على المعطيات الصحيحة في العمل الباطل.

٦- في تحول الإجراء العقدي الباطل فأن الإجراء الجديد يرتب اثاره بصورة اصلية ومن تأريخ حصول التحول، أي انه لا يعد امتدادا اجرائيا للأجراء العقدي الباطل.

ثانيا : التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بتنظيم نظرية البطلان تنظيما واضحا ودقيقا من خلال ايراد نصوص قانونية تعالج التحول وفق التطورات الحاصلة في العقود بصورة عامة وبالاخص في العقود الالكترونية .

٢- نوصي المشرع العراقي الأخذ بفكرة تصحيح الاجراء العقدي الباطل بالانتقاص والتحول في حال تحقق البطلان الكلي او البطلان النسبي بما يتماشى مع رغبة المشرع ومصلحة المتعاقدين.

المصادر والمراجع

١. ابراهيم مصطفى : أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

٢. أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين، الجزء الثالث ، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، الدكتور إبراهيم السامرائي، (١٠٠-١٧٥هـ) .

٣. محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل : لسان العرب، الجزء الثاني، تحقيق عبد الله على ، محمد أحمد حسب الله هاشم محمد الشاذلي جمهورية مصر العربية، دار الحديث.

٤. د . عباس العبودي : شرح احكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، العراق ، ٢٠١٥.

٥. عبد المجيد الحكيم : الوسيط في نظرية العقد , الجزء الاول , شركة الطبع والنشر الاهلية , بغداد , ١٩٦٧.

٦. د. صلاح الدين الناهي : مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي بالمرافعات ، طبع الأردن ١٩٩٦ .

٧. نشأت محمد الاطرش : شرح قانون اصول المحاكمات المدنية , الطبعة الاولى , دار الثقافة للطبع والتوزيع , الاردن , ٢٠١٢.

٨. د. ضياء شيت خطاب : الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية العراقية ، بغداد ١٩٧٣،

٩. د. فتحي والي : نظرية البطلان ، القاهرة ، ١٩٦٠ ،

١٠. د. نبيل إسماعيل عمر : الطعن في التماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية ، الإسكندرية ١٩٨٣.

١١. محمد صديق محمد عبدالله : موضوعية الارادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة) , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق , جامعة الموصل , ٢٠١٠.

١٢. منصور حاتم محسن : فكرة تصحيح العقد ، اطروحة دكتورا مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.

١٣. اجود علي غالب العزاوي : تحول العقد بين الشريعة والقانون , بحث منشور في مجلة الآداب , جامعة بغداد , كلية الآداب , جامعة بغداد , المجلد الاول , العدد (٢٢) , ١٩٧٨ ,

١٤. عبد الباسط جميعي : سلطة القاضي الولائية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني، ١٩٦٩.

١٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٧٣٣ /عقد مساطحه /٢٠٠٨ ، تاريخ اصدار الحكم ٢٠٠٨/٨/٥ . منشور على الموقع الالكتروني .https//www.sjc.iq/qview .

١٦. رقم القرار ٧٦/هيئة عامة/١٩٩٠ ، بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٥ ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الاولى ، ١٩٩٠.

١٧. رقم القرار : ٢٤١/هيأة عامة اولى/ ١٩٩٥ ، بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢١ ، النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، (نيسان مايس حزيران) ، ١٩٩٥.

١٨. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

١٩. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩