فِكرة الأثر الأقوى للعقد

المدرس ضمير حسين المعموري
كلية القانون/جامعة بابل
المدرس نبيل مهدي زوين
كلية القانون/جامعة الكوفة

المقدمة

القانون،بوصفه علم ، يسعى إلى الكمال والتكامل ،من خلال الخروج من الجزئيات إلى الكليات ومن الخصوصيات إلى العموميات،وذلك بواسطة القواعد العامة التي تحكم الظواهر المتشابهة . والبحث ،هذا ،محاولة في إطار الكشف عن العموميات التي تحكم القانون[1].

فالواقعة القانونية بمعناها العام تصرفا أم واقعة مادية، فضلا عن المراكز القانونية ينظمها المشرع أما بصورة عامة أو خاصة ، وإرادة المشرع في تنظيمه لهذه الأحكام سواء أكانت عامة أم خاصة تتحرك فيها هذه الإرادة بتوجهات-سواء كانت هذه التوجهات تمثل ثوابت الصياغة التشريعية التي تأخذ شكلا وصورة خارجية ملحوظة للعيان وملموسة للحواس أو توجهات داخلية ترصد بعين العقل البحثي - حيث تشكل النسغ الداخلي الذي تنساب فيه أفكار المشرع من خلال النصوص ومعانيها، من ذلك فكرة الأثر الأقوى للعقد أو للتصرف التي يقرر المشرع بموجبها عند التنازع بين اثرين أو أكثر أقوى الآثار الممكنة لهذا العقد أو ذاك.

وسنحاول تحديد المقصود بفكرة الأثر الأقوى من خلال تحديد مضمونها وبيان شروط عملها في المبحث الأول والإشارة إلى جملة تطبيقاتها في المبحث الثاني وهذا ما سنتوفر عليه تباعا.

المبحث الأول: ماهية الأثر الأقوى

سنحاول في هذا المبحث تحديد مضمون فكرة الأثر الأقوى وهذا ما سيتحقق لنا من خلال المطلب الأول وتحديد شروط عملها وهذا ما سيكون محلا للحديث في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مضمون الأثر الأقوى

ابتدءا نقرر أن فكرة الأثر الأقوى للعقد هي ليست قاعدة ولا مبدءا من مبادئ القانون ولا ثابتا من ثوابت الصياغة التشريعية لكنها توجهات يعمل المشرع عليها في تنظيم وحسم المراكز والتصرفات القانونية وحسم التزلزل الذي يعتري مسيرتها أو ترددها بين اثرين أو أكثر بل نعتقد أنها تمثل إحدى القنوات أو الآليات التي يعمل المشرع بموجبها من خلال تغليبه اعتبارات النفاذ على عدمه تقديرا منه لضرورة حماية المصلحة محل

التصرف والتي نعتقد أنها تمثل النسغ الداخلي الذي تتحرك بموجبه إرادة المشرع عند تنظيمه للمراكز القانونية التي تعد فنارات يهتدى بها للوصول إلى إرادة المشرع سواء في الصياغة أو عند الاحتكام إلى تحديد معنى النص الغامض عند تفسيره ، والتي يقرر بموجبها انه لو اعترض سبيل التصرف أو الواقعة أثران احدهما أقوى من الآخر فانه يقرر الأثر الأقوى على الأثر الأقل قوة من ذلك أن المشرع يقرر إذا ما وقع العقد على شيئين احدهما مشروع والآخر غير مشروع فانه يبطل العقد في حدود المحل غير المشروع ويمضيه في المحل المشروع ما لم يكن هذا المحل غير المشروع هو الدافع الباعث للتعاقد ،وكذلك اذا ما وقع عقد باطل فانه يبحث في مدى إمكانية أن يتوفر فيه عقد آخر صحيح ، وإذا ما وردت في العقد ألفاظ غامضة وكان اللفظ يحتمل تفسيرين ، وكان من نتيجة التفسير الأول أن يكون العقد معه باطلا ومن نتيجة التفسير الثاني أن يكون العقد صحيحا فان المشرع يرجح ويفضل التفسير الذي يوفر حياة للعقد على التفسير الذي يودي بحياة العقد تطبيقا لقاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله "ومن ذلك التحول والانتقاص والتصحيح أو التعديل[٢].

ولا يعني أن المشرع لا يخرج عن هذا التوجه الذي ترسمه فكرة الأثر الأقوى للعقد ، فأحيانا ،كما في عقود الإذعان ، مثلا ، يرجح المشرع التفسير الذي يكون فيه تحقيقا لمصلحة الطرف المذعن بغض لنظر عن تحقق الأثر الأقوى من عدمه ، وكذلك فكرة عدم قابلية العقد على التجزئة ـ وهي أن العقد إذا ما ا أرتبط بأمر غير مشروع كان هو الدافع الباعث على التعاقد فيقرر هنا بطلان العقد كله ولا يعمل فكرة الأثر الأقوى للعقد وأشير إلى أن مفهوم الأثر الأقوى للعقد مثلما يغطي مرحلة الانعقاد فهو يغطي أيضا مرحلة التعاقد أيضا فالشروط محكومة بالمبدأ الذي يقضي أن الأصل صحتها.

وتحظى فكرة الأثر الأقوى بأهمية في النظم القانونية بغض النظر عن نوع الفلسفة الغالبة وان كنا لا ننكر أنها تكون أكثر وضوحا وتمركزا في النظم القانونية الاشتراكية أو التي تنشط فيها قيم التضامن الاجتماعي والاقتصادي منها في النظم الرأسمالية أو الفردية ،وذلك للدور الاجتماعي والاقتصادي الذي يلعبه العقد كوسيلة لتحقيق أهداف ومقاصد المشرع ،ومنذ البداية نؤشر انه عملا بما تقدم فلا نجد هذه الفكرة وقد عبر المشرع تعبيرا صريحا من خلال استخدام المصطلح ذاته إلا انه ضمنيا يمكن الوقوف عليها واستنباطها من توجهات المشرع. وما يؤكد لنا أن هذه الفكرة أنها فكرة داخلية تكشف عن توجهات المشرع اتجاه جانب من الفقه إلى القول بنظرية التحول على الرغم من عدم النص عليها تشريعيا كما في القانون اللبناني[٣].

فالعقد الباطل مثلا كأصل عام لا يتمتع بوجود قانوني ولا تترتب عليه أية آثار بوصفه عقدا وهذا الحكم،بإطلاقه قاد إلى نتائج اقتصادية واجتماعية غير مرغوب فيها لما يترتب عليها وقد سعى المشرع إلى تجنب هذه الآثار ،قدر المستطاع ،من خلال تحاشي بطلان العقد وعدم إهدار قيمته الاجتماعية والاقتصادية إلا حينما يقود ذلك إلى آثار سلبية لا تتفق وغايات المشرع ومقاصده [٤].

المطلب الثاني : شروط تطبيق فكرة الأثر الأقوى

منذ البدء علينا أن نقرر بان الفكرة مجال البحث تتخذ من العقد أو التصرف القانوني نطاقا لها مما يعني بأننا سنجعل المسؤولية التقصيرية أو العمل غير المشروع جانبا لان ملاحظة توجهات المشرع في هـذا المجال تشعرنا بكل وضوح بعدم إمكانية تطبيق الفكرة موضوعة البحث ونعني هنا فكرة الأثـر الأقـوى علـى المسؤولية التقصيرية لان التوجهات التي تحكم العمل غير المشروع كما تصرح بذلك نصوص القانون المدني العراقي لا تسمح بها ،فالمادة ٢١٣ مدني عراقي تنص "يختار أهون الشرين فإذا تعارضـت مفـسدتان روعـي أعظمهما ضررا.ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ...." في حين نصت المادة ٢١٤ مدني عراقي على "١ـيتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام " "[٥] ودرء المفاسد أولى من جلب المنافع[٦].اذا فالتصرف القانوني أو العقد بشكل أوضح هو نطاق بحثنا والشروط التي يمكن استنتاجها من مجموع التطبيقات التشريعية هي كما يلي

أولا : إمكانية ترتيب العقد لآثاره

لابد لتطبيق هذه الفكرة أن يعترض سبيل العقد أثران أحدهما أقوى من الآخر [٧] فالعقد توافق أرادتين على إنشاء التزام أو أكثر أو هو اتجاه إرادة الطرفين لإحداث اثر معتد به قانونا [٨] ومعنى ذلك أن تكون هناك إرادتان متوافقتان على مضمون العقد مع إضافته إلى محل قابل لحكمه وان يكون له سبب ويلزم أن يكون عقدا اكتمل بتطابق الإرادتين فيه ونسارع للقول ،هنا أن كلامنا لا يعني أن الفكرة تتخذ من العقد كصورة للتـصرف القانوني محلا وحده ،بل التصرف القانوني الصادر بإرادة منفردة يدخل في نطاق عمل الفكرة وعدم تخصيصه بالبحث وإفراد العقد بالذكر لا لشيء إلا لتبعية التصرف الصادر بإرادة منفردة للعقد في اغلب أحكامه ،وكما يقرره المشرع العراقي في المادة (١٨٤) [٩]،ولنطالع معا نص المادة (٨١)مدني عراقي التي يقرر فيها الأثر الأقوى المتمثل باعتبار السكوت قبولا في أحوال معينة ((١-لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا.٢-ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو اذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.وكذلك يكون سكوت المشتري بعد تسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط.)) [١٠] ،هذا في مرحلة التعاقد وكذلك في مرحلة الانعقاد حيث ورد في المادة (١٣٦) مدني عراقي ما يلي (١ـ(إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد .٢ـويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا)). أما اذا كنا في المرحلة السابقة على التعاقـد كمـا فـي المفاوضات فلا مجال لإعمال هذه الفكرة إذ قرر المشرع أن النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها عند الشك لا يعتبر إيجابا وإنما دعوة إلى التفاوض [١١] فعند تزاحم اثرين وهما اعتبار التعبير عن الإرادة إيجابا أم دعوة للتفاوض رجح المشرع هنا اعتماد الأثر الأضعف المتمثل باعتبار التعبير دعوة للتفاوض على الأثر الأقوى المتمثل بالإيجاب .

ويجب أن يكون العقد قد نشأ صحيحا فأما العقد الباطل [١٢] غير القابل للتحول إلى عقد آخر صحيح أو غير القابل

لإدخال عنصر جديد لتصحيحه، أو الموقوف في كليته لحظة توقفه [١٣] لا يمكننا تصور فكرة الأثر الأقوى فيهما لان العقد في الأول لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا والثاني صحيح نافذ غير لازم وهو لا يفيد الحكم في الحال وإنما يفيده عند إجازته ممن يملك الإجازة صراحة أو دلالة حيث تستند الإجازة إلى الوقت الذي تم فيه العقد وبأثر رجعي [١٤] فلا يمكن تصور إنتاجهما _كل من العقد الباطل والموقوف [١٥] لحظة توقفه لأثر العقد بوصفه تصرفا فضلا عن تزاحم الآثار العقدية .

مع الإشارة أن المشرع قد يرتب ،في بعض الحالات على العقد الباطل أثاره الأصلية لا باعتباره واقعة مادية كما في الآثار العرضية بل باعتباره عقدا فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء وفي هذا خروج صريح عن القواعد العامة ويبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر لاسيما اذا اصطحب ذلك حسن نية وهي رعاية واجبة لاستقرار المعاملات ،من ذلك العقد الصوري وتصرفات الوارث الظاهر والشركة التي لم تستوف الإجراءات القانونية فأنها تقع باطلة ومع ذلك فقد قضى القانون بان في مثل هذه الشركة الباطلة فان تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقا لشروط الشركة التي قضي ببطلانها، [١٦]وهذا يجعل الشركة الباطلة تنتج آثارا كما لو كان عقد تأسيسها صحيحا فالشركة الفعلية تعتبر شركة صحيحة.من الناحية الواقعية وان لم تكن كذلك من الناحية القانونية[١٧].

ونشير إلى أن مفهوم الأثر الأقوى للعقد مثلما يغطي مرحلة الانعقاد فهو يغطي أيضا مرحلة التعاقد أيضا فالشروط محكومة بمبدأ الأصل صحتها

ويجب أن يكون العقد حقيقيا أي أن لا يكون صوريا، ويقصد بالصورية إظهار المتعاقدين خلاف ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما، فهي تتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه، فنكون بصدد عقدين، عقد حقيقي يخفيه المتعاقدان يسمى بالعقد المستتر؛ وهو يوضح حقيقة ما اتفق عليه المتعاقدان، ويسمى في العمل بورقة الضد، والعقد الآخر؛ هو العقد الظاهر، ويسمى بالعقد الصوري نظرا لكونه غير حقيقي[١٨].

وقد نصت المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي على انه (١- اذا ابرم عقد صوري فلـدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢- وإذا تعرضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين) كما أشارت م(١٤٨) مدني عراقي على انه: (١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم. ٢- وإذا ستر المتعاقدان عقد حقيقي بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائطه).

فالمادة ١٤٧مدني عراقي تشير بوضوح إلى أن المشرع يقرر سيادة العقد الظاهر بالنسبة لدائني المتعاقدين وخلفهما الخاص اذا كانوا حسني النية كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر اذا كان العقد الصوري يضر بهم وهذا كله بغض النظر عن تحقق الأثر الأقوى أم الأقل لان المشرع يحاول من خلال ذلك محاربة كل الأشكال غير الحقيقة وان يجعل المكر السيئ لا يحيق إلا بأهله وعليهم تدور دائرته ،وذات الأمر يمكن تقريره بوضوح

بشان المنهج الذي ترسمه (١٤٧)مدني عراقي ،حيث تقرر السيادة للعقد المستتر فيما بين المتعاقدين أنفسهم وخلفهم العام وتنفي أي اثر للعقد الظاهر فيما بينهم طالما استوفى العقد الحقيقي فيما بينهم شرائطه ،وهذا كله كما قدمنا لا يكون محكوما بالحد الأدنى أو الأعلى للآثار المتحققة.

ثانيا : عدم الإخلال بالتوازن العقدي

يجب لإعمال الفكرة أن لا يطرأ في مسيرة العقد ما يؤدي إلى الاختلال بالتوازن العقدي ،فمن اجل تقرير وتحكيم الأثر الأقوى للعقد لابد من أن يكون سيره سيرا طبيعيا لا يعترض سبيله عوامل تؤدي إلى اختلال التوازن الذي بني عليه العقد أصلا أو أن تعترضه قوة قاهرة أو حوادث عامة استثنائية فينعدم التوازن في الأولى ويختل في الثانية،وهذا ما سنراه في كل من كل الظروف الطارئة والقوة القاهرة على التتابع بشيء من الأجمال. .

١ــ-نظرية الظروف الطارئة

وتفترض انه اذا ما كان العقد عقد ملزما للجانبين ممن يتراخى التنفيذ فيه سواء كانت عقود زمنية مستمرة كالإيجار أو العمل أو كانت عقودا دورية كالتوريد ولا يشترط أن يتحقق التراخي لجميع الالتزامات بل يكفي احدها[١٩] مثلا بغير خطا من المدين وقبل حلول اجل التنفيذ تتغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية في الفترة الفاصلة مابين الانعقاد والتنفيذ والتي كانت تعتبر أساسا لتوازن العقد عند تكونه تغيرا مفاجئا غير متوقع ناشئ من حوادث عامة استثنائية نشأت بعد العقد وينبني على هذا الحدوث وان لم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا إلا انه أصبح مرهقا للمدين ويهدده بخسارة فادحة ومتى ما تحققت الشروط السابقة جاز للمحكمة أن تعدل الالتزام وذلك برده أو إنزاله من الحد المرهق إلى الحد المعقول بعد إجراء الموازنة مابين المدين والدائن [٢٠].

ويظهر واضحا أن تحقق ما يسمى الظروف والحوادث الاستثنائية العامة يؤدي-وفق توجه المشرع العراقي والمصري - إلى تعديل الالتزامات وتحويلها من حدها وسقفها الأعلى الذي كان يهدد المدين بخسارة فادحة إلى الحد المعقول وقطعا أن مفهوم الحد المعقول مفهوم مرن واسع يختلف تطبيقه باختلاف الظروف وتباين معطياتها . وهذا عدول من المشرع عن فكرة الأثر الأقوى تغليبا لاعتبارات العدالة والموازنة بين أطراف العلاقة العقدية .

٢ ــالقوة القاهرة

يمكننا القول أن القوة القاهرة حادث غير متوقع ومستحيل الدفع تجعل المدعى عليه غير ملزم بالضمان [٢١] وهي صورة من أهم صور السبب الأجنبي التي أشارت إليها المادة (٢١١)مدني عراقي "اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطا المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " كما أشارت المادة (١٦٨)مدني عراقي إلى "اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه.وكذلك يكون الحكم إذ تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه ."

وكذلك ما أشارت إليه المادة (٤٢٥)مدني عراقي بان "ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ."[٢٢] ويظهر انه الالتزامات تنقضي بالسبب الأجنبي وان السبب الأجنبي يودي إلى انقضاء الالتزامات العقدية .لا بأصلها فحسب ، بل بتوابعها فتنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التابعة للالتزام ومن ثم انفساخ العقد وذلك بانحلال العقد انحلالا كاملا وذلك بعودة لطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[٢٣] مما يمتنع عليه إنتاج أثاره فضلا عن التزاحم في إنتاج الآثار وهذا ما أشارت إليه بدقة واقتصاد في الصياغة المادة "١٥٩"مدني مصري[٢٤].

ثالثا : عدم مخالفة النظام العام والآداب

يجب علاوة على ما تقدم أن لا يؤدي إعمال هذه الفكرة إلى مخالفة النظام العام والآداب أو تغليب المصالح الدنيا على المصالح العليا،وهذا ما سنبينه تباعا

١ــ النظام العام والآداب العامة

(قبل تعريفهما أو محاولة تقديم تعريف لهما ،تلك المهمة الصعبة والمعقدة والتي بذلت إزائها جهود كبيرة ومحاولات متعددة كان الضياع نصيبها وعدم التوفيق حليفها،نقرر أنهما فكرتان معياريتان تستعصيان على التحديد الجامد الثابت والبيان المحكم ،وهما من نماذج الصياغة المرنة التي توفر للقانون سبل التطور والملائمة المستمرة مع الظروف المحيطة مما يجعله قادرا على الاستجابة لمستجدات الواقع المتغيرة،وهما فكرتان نسبيتان متغيرتان مختلفتان باختلاف الزمان والمكان وتغير الجماعة وثقافتها،ويضيق ويتسع نطاق هاتين الفكرتين تبعا لنمط الفلسفة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع،والتي أشار إليهما المشرع العراقي في مواضع متعددة [٢٥]،ومع سبق التسليم بصعوبة تقديم تعريف جامع فان هذا لا يمنع من نقل ما يقدمه الفقه بهذا الخصوص "النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية للجماعة ،أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يمكن تصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"[٢٦]من ذلك قواعد قانون العقوبات والقواعد المتعلقة بالحريات العامة وكالقواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي عدا المتعلقة بالاختصاص المحلي والقواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للجماعة وقواعد الأهلية والقواعد التي تحكم الحالة المدنية وكذلك بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد عندما تتصل بالمصالح الأساسية للجماعة ،ويذكر انه ليست جميع قواعد النظام العام تشتملها وتتضمنها حتما نصوص قانونية[٢٧] .

أما الآداب العامة فلم يكن أمر تعريفها بأسهل من مهمة تعريف النظام العام ومع ذلك فقد عرفها البعض بأنها "القواعد التي جرى المجتمع على إتباعها وتواضع عليها الناس وأصبحت من عادات المجتمع وتقاليده بحيث أصبح الأفراد يرون أنفسهم ملزمين بإتباعها"[٢٨].

فإذا ما تنازع أثران متعادلان من حيث القوة أو مختلفان إلا أن احدهما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة في حين يتفق الآخر فيصار إلى تغليب الأثر المتفق مع النظام العام والآداب العامة بغض النظر عن كونه الأثر الأقوى أم الأدنى ،من ذلك عدم جواز الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة أكثر من خمس سنين [٢٩]وكذلك

عدم جواز الاتفاق على فوائد تزيد على(٧٪)[٣٠] وكذلك عدم جواز الاتفاق على عدم إنقاص الالتزام إلى الحد المرهق حسب المادة (١٤٦) مدني عراقي.فلتعارض الأمثلة المبسوطة آنفا مع النظام العام لم يسلم المشرع فيها بالأثر الأقوى وقبل بالأثر الأدنى لان الأول يحقق إضرارا لا يمكن قبولها.

وكذا يمكن القول فيما يتعلق بما يسمى بالشركة _الفعلية_ حيث عمل الفقه والقضاء ومنذ فترة طويلة على الحد من آثار البطلان وتضييق نطاقه ما توفر لهم إلى ذلك سبيلا فكان من نتائج ذلك على سبيل المثال الشركة الفعلية والتي هي شركة اعتراها عيب في إجراءات تأسيسها ،ودون أن يلحقها التصحيح ومع ذلك استمرت تتعامل مع الغير وتمارس نشاطاتها الاقتصادية قبل أن يصدر قرار من القضاء ببطلانها،أو أنها شركة تأسست بشكل صحيح إلا أنها انحلت لسبب أو لآخر أو فسخ عقد تأسيسها ومع ذلك استمرت بالعمل في الفترة اللاحقة للحكم بالبطلان أو الانحلال فاكتسبت حقوقا وتحملت التزامات .فاعترف الفقه بان مثل هذه الشركة تكون تصرفاتها التي قامت بها قبل البطلان وبعد الفسخ بأنها صحيحة على أساس الوجود الفعلي وليس القانوني طالما ارتبطت مع الغير حماية لهم،إذ يقتصر البطلان هنا على المستقبل دون أن يرتد إلى الماضي عملا بالأثر الرجعي للبطلان [٣١] وغني أن الهدف هو حماية الغير الذي اطمأن لقيام الشركة وتعمل معها وهو حسن النية فضلا عما يحققه هذا القول من استقرار للمراكز القانونية واستقرار للمعاملات ومعها المصالح المرتبطة بها [٣٢].

وبهذا القدر نكتفي ونقول انه لا يمكن إعمال هذه النظرية أي الاعتراف بصحة تصرفات شركة باطلة من الناحية القانونية عندما يكون غرض هذه الشركة مخالفا للنظام العام والآداب كما لو كانت هذه الشركة ،على سبيل المثال تتخذ من تهريب المخدرات أو الرقيق أو الاتجار بالأسلحة غير المشروعة غرضا لها،وبالتالي عدم إعمال الأثر الأقوى لان في إعماله اعتراف وإقرار للغرض غير المشروع والمخالف للنظام العام والآداب.

أما فيما يتعلق بتغليب المصالح الدنيا على المصالح العليا كما اذا كان هناك شك في معنى عبارة العقد الغامضة التي تتراوح بين وجوه متعددة وكل وجه منها محتمل مع عدم إمكانية ترجيح احدهما على الآخر فكما معلوم فالقاعدة التي تحكم في هذا السياق هي أن الشك يفسر لمصلحة المدين وكما واضح من المنطوق انه لإعمال هذه القاعدة لابد من أن يكون هناك شكا يتعذر كشفه فإذا كان ممكنا الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين تم الأخذ بها ولو كانت في غير مصلحة المدين كل هذا مالم يكن العقد عقدا من عقود الإذعان اذ يفسر الشك في هذه الحالة لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا [٣٣]،وهذا كله غير محكوم بالأثر الأقوى من عدمه حيث قيل "يؤخذ بالقليل المتيقن من الفعل اذا كان في الكثير شك" [٣٤]

رابعا : عدم التعارض مع إرادة المتعاقدين

وأخيرا يجب أن لا يؤدي تطبيق فكرة الأثر الأقوى ذلك إلى تحميل العقد وجعله ينتج التزامات لم تتجه إليها إرادة الأطراف أو أن يقود العقد إلى تحقيق أثار غير عادلة حيث يعمل المشرع بموجب الأثر الأدنى دون الأكثر أو الأقوى تحقيقا للتوازن بين الالتزامات (انظر المادة ١٤٦ /٢الظروف الطارئة) ولسبق الحديث في ما يتعلق بالمادة ١٤٦ فنتحدث هنا عن ضرورة أن لا يودي ذلك إلى تحميل العقد نتائج لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين

كما لو اتفقا على تحقيق الأثر الأدنى أو المساوي دون الأعلى حيث أن ما تتجه إليه الإرادة واجب الالتزام به والتقيد بتنفيذه طالما أراده المتعاقدان ولم يكن سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ولم يرد على محل مخالف للقانون وانظر في هذا المجال المادة (٤٥) من قانون التجارة العراقي [٣٥] النافذ حيث ورد فيها ما يلي " أولا -اذا كتب مبلغ الحوالة بالحروف وبالأرقام معا فالعبرة عند الاختلاف بما كتب بالحروف .ثانيا -اذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بأقلها مبلغا.)

خامسا_أن تتوفر مقومات مادية تساعد على الإعمال كما في التحول والانتقاص والتفسير وإعمال الكلام أولى من إهماله لكن اذا تعذر إعمال الكلام يهمل .

المبحث الثاني: تطبيقات فكرة الأثر الأقوى

ظهر لنا من خلال البحث أن لهذه الفكرة جملة تطبيقات تبدأ من اللحظة الأولى في حياة العقد إلى مراحل انعقاده ومن ابرز التطبيقات الشركة الفعلية والتحول والانتقاص وإعمال الكلام أولى من إهماله فضلا عن بعض التطبيقات التي أشير لها ضمنا بين طيات البحث ،عليه سنحاول في هذا المبحث التعرض للتطبيقات المذكورة باستثناء الشركة الفعلية لسبق التطرق إليها ،مما يلزم معه تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص مطلبا لكل واحد من التطبيقات تباعا .

المطلب الأول : إعمال الكلام أولى من إهماله

قاعدة من قواعد الفقه الإسلامي التي تبنتها مجلة الأحكام العدلية وتأثر بها القانون المدني العراقي فضلا عن جانب من القوانين العربية المدنية وهي تعكس توجها ثابتا وواضحا في الفقه الإسلامي لا نجد حاجة للتدليل عليه لشيوعه مؤداه تصحيح التصرفات وتقرير أثرها أو آثارها على عدم الأثر أو ضيق نطاقه .إعمال الكلام أولى من إهماله لكن اذا تعذر إعمال الكلام يهمل وهذا ما نصت عليه المادة(١٥٨) مدني عراقي وكذلك مادة(١٥٧) لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح ويراد منها"إن اللفظ الوارد في العقد ، إن كان لا يرتب حكما بمقتضى معنى له ويرتب حكما بمقتضى آخر وجب حمله على المعنى الأخير سواء أكان حقيقة أم مجازا ،مع الإشارة أن الحقيقة تقدم على المجاز عملا بقاعدة (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز) فإذا تعذر حمل العبارة على الحقيقة وأمكن حملها على المجاز حملت لان حملها على المجاز بعد تعذر حملها على الحقيقة أولى من عدم الحمل أصلا ،ويراد من الحقيقة ":كل لفظ أفيد به ما وضع له في أصل الاصطلاح الذي وقع فيه التخاطب والمجاز كل لفظ أفيد به معنى مصطلح عليه غير ما كان في أصل الاصطلاح الذي وقع التخاطب به " [٣٦] وقال أخر ما علمه الإنسان من طريق نص أهل اللغة أن لفظا ما موضوعا لمعنى ما لا خلاف فيه أما المجاز فهو اللفظ الموضوع لمعنى مخصوص [٣٧] والحقيقة تقسم إلى وبدره المجاز أيضا إلى حقيقة ومجاز لغوي وحقيقة مجاز شرعي أو قانوني وحقيقة ومجاز عرفي ، ولا يعمل بالحقيقة اذا توفر شرطين الأول وجود علاقة عقلية بين المعنى والمجازي والحقيقي تسوغ للمتكلم أن يقصده بذلك المعنى والثاني وجود القرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيق ويرتبط

بهذه القاعدة قاعدة أخرى (اذا تعذر إعمال الكلام يهمل)أي عندما يتعذر الحمل الحقيقي أو المجازي فالإهمال نصيب مثل هذا الكلام[٣٨] وعلى هذا فلو أوقف شخص ماله على أولاده ولم يكن له إلا أحفاد حمل المعنى على الأحفاد لتعذر الحقيقة في الأولاد

ولإعمال هذه القاعدة" لابد أن يكون المعنى دالا على الغرض المقصود من التعاقد ومطابقا له ولطبيعته اذ قد يكون المعنى الذي يحتمله اللفظ منافيا للغرض المقصود من التعاقد أو مناقضا لطبيعة ، مما يتعذر معه أن يترتب أي اثر قانوني على المعنى[٣٩] " اذا تعذر إعمال الكلام فيصار إلى إهماله مع الذكر أن تعذر حمل عبارات العقد على معناها الحقيقي أو المجازي يرجع إما إلى مانع قانوني أو مانع عقلي ونعني بالمانع القانوني تعارض واصطدام مضمون الكلام المزمع إعماله مع ما سبق وان أوجبه المشرع أما المانع العقلي فيراد منه أن تكون العبارة العقدية أو مضمونها" مخالفا لما قصده المتعاقدان بحيث يستحيل عقلا استخلاص المضمون المطلوب من ظروف ووقائع العقد" [٤٠] ويقترب من هذا القول بأنه (اذا تعارض الإعطاء والحرمان ولا مرجح بينهما يقدم الإعطاء) وعلى هذا لو صدر من الواقف لفظان ، يقضي احدهما الإعطاء والآخر الحرمان ، مع عدم وجود ما يرجح احدهما على الآخر تقدم الإعطاء على الحرمان وعمل به وذلك لغرض الواقف من وقفه الإعطاء لا الحرمان ولان في تقديم العطاء على الحرمان تقرب من قصد الواقف [٤١].ويظهر إمكانية القول أن العمل بموجب الأثر الأقوى مرتبط بما تكون عليه نية المتعاقد ومنسجما مع قصده وغرضه الذي يسعى إلى تحقيقه.

ثانيا : تحول العقد [٤٢]

نص المشرع العراقي في لمادة (١٤٠) من القانون المدني على نظرية التحول حيث نص على ما يلي "اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد ".

ونستنج من هذا النص انه لغرض إعمال التحول لابد من توفر شروط،أولا أن يكون العقد الأصلي باطلا وان تتوفر فيه أركان عقد صحيح آخر ثانيا وان يفترض أن نية الطرفين كانت ستتجه إلى العقد الآخر الصحيح لو كانا يعلمان ببطلان الأول ."ومقتضى تحول العقد أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح ،فيتحول التصرف المعقود أصلا ،وهو التصرف الباطل ،إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح ،اذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا التصرف الصحيح ،فإذا لم تتجلى هذه الإرادة على ذلك النحو فانه لا يتم التحول ويبطل العقد الأصلي ويزول [٤٣] وتحول العقد هو إحدى السبل التي يحد بها المشرع من بطلان العقود ويقلل الآثار السلبية له ، ومن نافلة القول أن نقرر ،هنا ، أن الطرفين أنفسهما لم يقصدا،واقعا العقد الذي توافرت أركانه لكن يمكن القول من باب اعتماد الأثر الأقوى أن نيتهما اتجهت إلى ذلك أو كانت ستتجه إلى العقد الصحيح الآخر متى ما علمت ببطلان العقد الأصلي .ومن أمثلة التحول أن الورقة التجارية عندما تتخلف منها بيانات إلزامية لا تعد ورقة تجارية بل تتحول إلى سند عادي وهو ما أشارت إليه المادة (٤١) من قانون التجارة النافذ "اذا خلت الورقة من احد البيانات الإلزامية في المادة (٤٠)من هذا القانون

فتعتبر حوالة ناقصة ....."وكذلك ما أشارت إليه المادة (٢١) إثبات عراقي بقولها "اذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمتها الفقرة السابقة فلا يكون لها إلا حجية السندات العادية في الإثبات اذا كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بصمات إبهامهم " [٤٤] .

فيلزم أن نلقي الضوء على هذه الشروط الثلاثة بشكل موجز

فأولا من الشروط هوان يقع التصرف الأصلي باطلا وقد سبق وان بينا المقصود بالبطلان في القانون المدني العراقي،وإلا فعندما يكون التصرف الأصلي صحيحا فلا مجال للقول بالتحول حتى لو توفرت في التصرف المبرم أركان تصرف آخر صحيح ،كما انه ووفقا للقانون العراقي لا مجال في البين للقول بتحول العقد القابل للإبطال لان المشرع العراقي لم يتبنى هذا النوع من العقود الباطلة ،بل تبنى وتأثرا منه بالفقه الإسلامي أو بجانب منه،نظرية العقد الموقوف والذي يقابل العقد القابل للإبطال في بعض التقنينات العربية لكن بشكل معكوس ،كما لا أمكانية لإعمال نظرية التحول في العقد لموقوف لا قبل الإجازة ولا بعدها على حد سواء لأنه في الحالين عقد صحيح ،أما اذا نقض العقد الموقوف ممن يملك حق نقضه فقد أصبح عقدا باطلا وبأثر رجعي وهنا لا مانع من إعمال التحول اذا توافرت أركانه المبسوطة ،وغني عن القول أن العقد اذا كان باطلا في جزء منه فلا يكون محلا للتحول بل للانتقاص مالم يكن هذا الجزء الباطل هو الباعث الدفع للتعاقد ،وعنده يبطل العقد اجمعه لا ينتقص ومعها يكون محلا للتحول بضميمة بقية الشروط [٤٥] أما ثاني الشروط فهي أن تتوفر في العقد الباطل جميع أركان العقد الآخر الصحيح ،فإذا لم يتوفر هذا الشرط استحال التحول ،كما لا يجوز إضافة عنصر أو أكثر إلى التصرف الآخر ليصبح تصرفا صحيحا ومن ثم محلا للتحول[٤٦]،وهكذا يلاحظ بان التصرف المقصود أصلا باطل في اجمعه ويختلف عن التصرف الصحيح وجودا واسما وآثارا وهناك من اشترط أن يختلف نوعه أيضا[٤٧]،لكننا واستنادا لنص المادة (١٤٠)نؤيد ما ذهب إليه جانب من عدم إمكانية اشتراط الاختلاف في النوع لان النص لا يحتمل مثل هذا القيد[٤٨] .وثالثا يجب أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى التصرف الصحيح الآخر الذي تحول إليه التصرف الباطل،فكما أن أرادتهما الحقيقة اتجهت إلى العقد الباطل فلأغراض الحفاظ على حياة التصرف نفترض أن إرادتهما الافتراضية ذهبت إلى تبني التصرف الصحيح أو أنها كانت ستتجه إليه لو علمت ببطلان التصرف الأصلي ،ولا نرى إمكانية ولا صحة القول بالإرادة المحتملة _كما يذهب جانب واسع من الفقه إلى ذلك[٤٩] لعدم إمكانية الإقرار بان للشخص إرادتين في ذات اللحظة وهذا يدخل في جمع المنافيات كما يعبر عنه الفقه الإسلامي . وإذا ما توفرت الشروط السابقة فان التصرف الباطل يحول إلى عقد صحيح بحكم القانون لا بحكم القضاء فالقرار الذي يقضي بالتحول هو حكم كاشف وليس منشئا ،ولا يستطيع احد المتعاقدين أن يرفض العقد الصحيح الجديد ،لكن يستطيع كلاهما إقالته والتصرف الصحيح الجديد لا يحتاج إلى أي عمل من قبل المتعاقدين واثر التحول يقع بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ انعقاد التصرف الباطل الأصلي ،وصحة هذا التصرف الجديد وآثاره لا تسري بحق المتعاقدين فقط بل باتجاه الغير أيضا[٥٠] .

ثالثا : انتقاص العقد [٥١]

أو ما يطلق عليه البعض بالبطلان الجزئي وهو من الآثار العرضية للعقد الباطل والذي مؤداه أن العقد اذا ما تضمن شقا صحيحا وشقا باطلا فيبطل الثاني-الباطل - منه ويصح الأول-الصحيح وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في المادة (١٣٩) من القانون المدني بما نصه آلاتي ((اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل .أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا.)) فإذا لم يكن التصرف الأصلي باطلا بأكمله بل البطلان انصب على شق منه وكان التصرف قابلا للانقسام ،فلا يتحول التصرف بل ينتقص ،فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح ،إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا"[٥٢]وهي فكرة ،كما يقرر غير واحد ،معروفة في الفقه الإسلامي يقررونها بكل وضوح وصراحة[٥٣] كأن يكون مهر الزوجة مبلغا من المال وكمية من المخدرات فيثبت المهر في الأول ويبطل في الثاني وكذا لو زاد المتعاقد الفائدة عن السقف القانوني أو مدة البقاء في الشيوع أكثر من الحد القانوني تخفض في المثالين إلى الحد القانوني[٥٤]،ويلاحظ أن فكرة الانتقاص لا تطبق اذا كان العقد الأصلي باطلا وغير قابل للانقسام أما لطبيعة المحل أو لانصراف نية المتعاقدين على أن العقد ما كان ليتم من غير الشق الباطل . ويظهر من نص المادة (١٣٩)انه يلزم للقول بالانتقاص توفر شرطين،أولهما أن يكون العقد باطلا في شق منه ،فيطرح الشق الباطل جانبا ويصح ما تبقى من العقد ،إلا أن الانتقاص ما كان ليكون لو تحقق البطلان في العقد بأجمعه ،فهنا ،يكون محلا للتحول لا للانتقاص ، أما ثاني الشروط فهي أن يكون بطلان العقد جزئيا ،ومع ذلك فهناك فرضية يقضى معها ببطلان العقد اجمعه رغم أن البطلان الواقع فيه هو بطلان جزئي وذلك متى ما تبين أن العقد ما كان ليقع من غير الشق الباطل ،فهاهنا تطبق أحكام المادة((١٤٠))وليس المادة ((١٣٩))وهذا ما يعبر عنه بعدم قابلية العقد للانقسام[٥٥].

الخاتمة

١. إن فكرة الأثر الأقوى للعقد هي ليست قاعدة ولا مبدءا من مبادئ القانون ولا ثابتا من ثوابت الصياغة التشريعية لكنها توجهات يعمل المشرع عليها في تنظيم وحسم المراكز والتصرفات القانونية وحسم التزلزل الذي يعتري مسيرتها أو ترددها بين اثرين أو أكثر.

٢. الفكرة مجال البحث تتخذ من العقد أو التصرف القانوني نطاقا لها مما يعني أنها لا تعمل في نطاق المسؤولية التقصيرية أو العمل غير المشروع.

٣. رأينا أن العقد لا بد أن يمكن ترتيبه لآثاره و يعترض مسيرته أثران احدهما أقوى من الآخر.

٤. ــ ويجب أن يكون العقد قد نشأ صحيحا فأما العقد الباطل غير القابل للتحول إلى عقد آخر صحيح أو غير القابل لإدخال عنصر جديد لتصحيحه ، أو الموقوف في كليته لحظة توقفه فلا يمكننا تصور فكرة الأثر الأقوى.

٥. وكذلك يجب أن يكون العقد حقيقيا أي أن لا يكون صوريا

٦. ويجب لإعمال الفكرة أن لا يطرأ في مسيرة العقد ما يؤدي إلى الاختلال بالتوازن العقدي

٧. وان لا يؤدي إعمال هذه الفكرة إلى مخالفة النظام العام والآداب أو تغليب المصالح الدنيا على المصالح العليا

٨ أن لا يؤدي ذلك إلى تحميل العقد وجعله ينتج التزامات لم تتجه إليها إرادة الأطراف أو أن يقود إلى تحقيق آثار غير عادلة .

٩. أن تتوفر مقومات مادية تساعد على الإعمال كما في التحول والانتقاص والتفسير وإعمال الكلام أولى من إهماله.

المصادر

١ـد احمد محمد محرز ـالوجيز في قانون الشركات التجارية ـمطبعة النسر الذهبي للطباعة ـالقاهرة -٢٠٠٣.

٢ـد إسماعيل غانم ـفي النظرية العمة للالتزام ـمصادر الالتزام-الناشر مكتبة عبد الله وهبة عابدين ـمصر ـ ١٩٦٦.

٣ـد أياد ملوكي ـتحول العقد-بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ـتصدرها كلية القانون جامعة بغداد ـمج السابع ـع الأول والثاني -١٩٨٨.

٤ـد أيمان طارق الشكري .سلطة القاضي في تفسير العقد ـرسالتها لنيل درجة الدكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ٢٠٠٢.

٥ـحامد شاكر الطائي ـاستحالة التنفيذ وإثرها على الالتزام العقدي ـرسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل -٢٠٠٢.

٦ـد حسن علي الذنون ـالنظرية العامة للالتزامات ـطبع جامعة المستنصرية -١٩٧٦.

٧ـد حسن كيرة ـالمدخل إلى القانون ـمشاة المعارف بالسكندرية -١٩٧١.

٨ـد سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية ، شارع شريف بالقاهرة ، ١٩٥٦

٩ـصاحب عبيد الفتلاوي ـتحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي ـرسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد -١٩٨٦.

١٠ـعباس مرزوك فليح العبيدي ـالاكتتاب في رأسمال الشركة المساهمة ـرسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد -١٩٩٠.

١١ـد عبد الرزاق احمد السنهوري ـالوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـج١،ج٢-دار إحياء التراث العربي .

١٢ـد عبد الرزاق احمد السنهوري ـمصادر الحق في الفقه الإسلامي ـمنشورات محمد الداية ـج٤-بلا تاريخ .

١٣ـد عبد الله الجليلي ـالشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو الآداب العامة ـالمطبعة العالمية ـالقاهرة -

١٩٥٨.

١٤_عبد المجيد الحكيم _الموجز في شرح القانون المدني _مصادر الالتزام _ط٥_ج١-مطبعة النديم _ بغداد بلا تاريخ طبع.

١٥_د عبد المنعم فرج الصده _مصادر الالتزام _دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري _دار النهضة العربية للطباعة والنشر -١٩٧١.

١٦_عدنان سرحان إبراهيم _الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن _ رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد -١٩٨٦.

١٧_علي حيدر أفندي ، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، مطبعة بغداد، بغداد، ١٩٥٠

١٨_د فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط١، بلا مكان ولا تاريخ نشر.

١٩_د مصطفى الجمال _النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية -١٩٨٧.

٢٠_منصور حاتم محسن _فكرة تصحيح العقد _رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجس كلية القانون جامعة بغداد - ٢٠٠٦.

٢١_منير القاضي _ شرح المجلة _ط١_ج٤ _مطبعة العاني -١٩٤٩.

٢٢_د نبيل إبراهيم سعد _النظرية العامة للالتزام _مصادر الالتزام _دار الجامعة الجديدة _الازاريطة -٢٠٠٤.

القوانين

١_القانون المدني العراقي

٢_القانون المدني المصري

٣_القانون المدني السوداني

٤_القانون المدني الجزائري

٥_القانون المدني الأردني

٦_قانون الموجبات والعقود اللبناني

٧_مجلة الالتزامات والعقود المغربية

٨_مجلة الالتزامات التونسية

٩_قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

١٠_قانون الإثبات رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩.

الهوامش:

١. د- فتحي والي ـنظرية البطلان في قانون المرافعات ـط١-بلا مكان أو تاريخ نشر ـص٦٣.

٢. ويلاحظ أن الفقه الإسلامي يزخر بتطبيقات فكرة الأثر الأقوى للعقد انظر منير القاضي ـ شرح المجلة ـطـج٤ مطبعة العاني -١٩٤٩-ص١٤١

٣. د عبد المنعم فرج الصده ـمصادر الالتزام ـدراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ـدار النهضة العربية للطباعة والنشر -١٩٧١-ص٣٧٥.

٤. صاحب عبيد عبد الزهرة الفتلاوي-تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي ـرسالة دكتوراه مقدمةإلى جامعة بغداد ـكلية القانون-١٩٨٦-ص١٢.

٥. انظر بهذا الخصوص المادة ٢٦ و٢٧ و٢٨ و ٢٩ و٣٠ من مجلة الأحكام العدلية .

٦. المادة ٣٠ مجلة الأحكام العدلية .

٧. العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل إلى حكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل ٢ـوإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم في الحال)،ويكون العقد موقوفا اذا كان العاقد لا يملك الولاية على نوع التصرف أو المال بعبارة أخرى يكون العقد موقوفا أما لنقص الأهلية أو لعدم الملك أو لتعلق حق الغير والعقد الموقوف في صحيحا غير نافذ د.عبد المجيد الحكيم ـالموجز في شرح أحكام القانون المدني ـج١-المصادر-ط٢ ـشركة الطبع والنشر الأهلية ـبغداد-١٩٦٣م-١٣٨٣هـ-ص٢٨١.

٨ عرفت المادة (٧٣)مدني عراقي العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)

٩. وقد نصت على ما يلي "١ـلا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون ٢ـويسري عليها ما يسري على العقد من أحكام إلا ما تعلق بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام "

١٠. وانظر تطبيقا لهذه القاعدة نص المادة (٢/٧٨١)مدني عراقي ((أما اذا طلب المؤجر بعد انقضاء المدة من المستأجر زيادة الأجر المسمى وعين تلك الزيادة وطلب منه قبولها أو الإخلاء فسكت المستأجر ،فان سكوته يعتبر رضا وقبولا للزيادة من أول المدة التي أعقبت انتهاء الإجارة الأولى .))

١١. انظر المادة (٨٠)من القانون المدني العراقي.

١٢. انظر المادة (١٣٧من القانون المدني العراقي التي نصت على أن (١ـالعقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفقا باعتبار بعض أوصافه الخارجة.٢ـفيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد٣ـويكون باطلا أيضا اذا اختلت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون .)وانظر المادة ١٣٨ /١(العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا .) .

١٣. يمكن تصور ذلك كما في البطلان أو التوقف الجزئي راجع المادة ٩٤من القانون المدني السوداني . ـ (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو موقوفاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أو يقف إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو موقوفاً فيبطل العقد كله)

١٤. انظر المادة ١٣٦ مدني.عراقي (إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد). .ولا

يمنع هذا أن العقد الصحيح النافذ غير اللازم –أي الموقوف –بعد إجازته يكون محلا لفكرة الأثر القوى انظر الفقرة /٢ من المادة ١٣٦ مدني عراقي (ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر قي هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبرا لعقد نافذا .)فهنا تزاحم بين الحياة والموت لكن المشرع غلب حياة العقد على موته.

١٥. مع الإشارة إلى إمكانية ترتيب الآثار من قبل العقد القابل للإبطال في التشريعات التي أخذت به كالمصري.

١٦. عبد الرزاق احمد السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي –منشورات محمد الداية – ج ٤ ص ١٠٧ – ١٠٨.

١٧. يمكن القول أن المشرع العراقي كان قد اقر بنظرية الشركة الفعلية بموجب نصوص القانون المدني الخاصة بالشركات قبل إلغائها حيث بينت المادة (٦٢٨مدني عرقي)(يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وألا كان باطلا،وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذي افرغ فيه ذلك العقد .غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير .ولا يكون له اثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان)انظر المادة (٥٠٧)مصري و(٤٧٥)سوري .حيث الغي الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني المتضمن المواد (٦٢٦_٦٨٣)من القانون المدني بموجب قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة الملغي ١٩٨٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية المرقمة٢٩٣٥ لعام و١٩٨٤ونتيجة لذلك لم يعد بالإمكان تقرير الأخذ بنظرية الشركة الفعلية في التشريع العراقي .ومثله من بعده قانون الشركات النافذ رقم ٢١ لسنة١٩٩٧ المعدل المنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم ٣٦٨٩ في ٢٩ /١٩٩٧/٩.وانظر في انتقاد موقف المشرع العراقي د عباس مرزوك فليح العبيدي –الاكتتاب في رأسمال الشركة المساهمة –رسالته للماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد -١٩٩٠ ص٣١ وما بعدها .

١٨. السنهوري-المصدر السابق – الوسيط- ج٢- ص١٣٩٢.

١٩. انظر قرار محكمة النقض المصرية "انه لا يشترط في تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني – ان تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد حدوث الحادث الطارئ ،بل يكفي وجود التزام على احد المتعاقدين متراخي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين ،دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك "د. مصطفى الجمال – النظرية العامة للالتزامات –الدار الجامعية -١٩٨٧ص٢٣١.

٢٠. انظر المادة ١٤٦/ب مدني عراقي و المادة ٢/١٤٧ مدني مصري ،وانظر كذلك عبد الرزاق احمد السنهوري –الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- ج١-دار إحياء التراث العربي –ص٦٤٢وما بعدها وكذلك د. إسماعيل غانم –في النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام –الناشر مكتبة عبد الله وهبة-عابدين –مصر ١٩٦٦ص٣١٥-٣١٨.وكذلك د عبد المجيد الحكيم–الموجز في شرح القانون المدني –مصادر الالتزام –ط٥-ج١-مطبعة النديم – بغداد بلا تاريخ طبع .ود سليمان مرقس –نظرية العقد –دار النشر للجامعات المصرية –شارع شريف بالقاهرة -١٩٥٦ص٣٣٣.ويذكر أن القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا يجيز للقاضي تعديل العقد بناء على طلب احد الطرفين في هذه الحالة ،حيث يذهب الرأي الراجح فقها في فرنسا إلى انه لا يجوز لأي من الطرفين الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة في غير العقود الإدارية بعد انعقاد العقد لتعديل أحكامه وذلك لعدم إمكانية المساس بقوة العقد الملزمة كون أن العقد شريعة المتعاقدين في غير أحوال المساس بقوته باتفاق الطرفين وبموجب الأسباب التي بينها القانون ،وكذا موقف قانون الموجبات والعقود اللبناني والذي جاء تأثرا بموقف القانون المدني الفرنسي المنوهة عنه أعلاه ويتجلى بوضوح أن المشرع الفرنسي واللبناني يعمل فكرة الأثر الأقوى للعقد ويلتزم بها حتى في الأحوال التي يختل بها التوازن العقدي . إلا أن هذا الموقف لم يمنع جانبا آخرا من الفقه الفرنسي إلى محاولة القول بوجود هذه النظرية مستندا في ذلك إلى المبادئ العامة للقانون كمبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية أو مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق أو مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب ومثل هذه المحاولات ما

كان لتجد لنفسها مكانا في إطار القانون المدني ومعه انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى"ليس في أحكام القانون المدني ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد بل أن هذا مناف للأصل العام القائل بان العقد شريعة المتعاقدين ". مصطفى الجمال ـمصدر سابق ـص٢٢٢ـص٢٢٩.

٢١. لمزيد من التفصيل بشان القوة القاهرة انظر حامد شاكر الطائي ـإستحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي ـرسالة ماجستير مقدمة إلى ملس كلية القانون جامعة بابل ص ٧٨ وما بعدها ..

٢٢. وتطابقها المادة ٣٧٣ مدني مصري ة وانظر كذلك المادة (١٢٣٤)مدني فرنسي ـ.

٢٣. حامد شاكر الطائي ـإستحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي ـرسالة ماجستير مقدمة إلى ملس كلية القانون جامعة بابل ص ١٣٧ .

٢٤. "في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه،انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"

٢٥. انظر على سبيل المثال المواد كل من (٣٢) و(٥٩) و(١٣٠)و (١٣١) و(١٣٢) و(١/٢٨٧و٢/) من القانون المدني العراقي ،وقد قضت المادة (٦)من القانون المدني الفرنسي"كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة يكون باطلا ولا يعمل به "وانظر المادة ١٢٦ و١٣٥ مدني مصري .

٢٦. د.حسن كيرة ـالمدخل إلى القانون_منشاة المعارف بالإسكندرية_١٩٧١_ص٤٨.

٢٧. حسن كيرة ـالمصدر نفسه_ص٤٨ وما بعدها.

٢٨. د.عبد المجيد الحكيم ـــمصدر سابق_ ص١٩٦.

٢٩. انظر المادة (١٠٧٠)مدني عراقي والتي نصت على ما يلي "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالك يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو شرط .ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة إلى اجل يجاوز خمس سنين.فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة ،فلا يكون الاتفاق معتبرا إلا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه ."وانظر بهذا المنى أيضا "٨٣٤"مدني مصري و"٧٨٨"مدني سوري.

٣٠. انظر نص المادة (١٧٢) مدني عراقي "١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر للفوائد على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة .فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار.٢-وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها عن الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ثبت أن هذه العمولة لا تقابلها خدمة حقيقة يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة "

٣١. انظر د احمد محمد محرز ـالوجيز في الشركات التجارية ـ مطبعة النسر الذهبي للطباعة ـ القاهرة -٢٠٠٣ص١٥٠-١٥١،وانظر كذلك وبشي من التفصيل عدنان إبراهيم سرحان ـالأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن ـ رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ١٩٨٦ص٢٦٠ وما بعدها.

٣٢. يميز الفقه بين الشركة الفعلية والشركة الواقعية حيث يراد من الشركة الواقعية شركة نشأت بصورة تلقائية "حيث يقوم شخصان أو أكثر باعتبارهم شركاء بقصد استغلال مشروع معين دون أن يتخذوا الإجراءات الضرورية واللازمة لتأسيس شركة بالمعنى القانوني "ـانظر احمد محمد محرز ـالمصدر السابق ـص ١٥٠..وان كان كل من الشركة الفعلية والواقعية من جهة الواقع ومن الناحية العملية ينضويان تحت مفهوم الشركة الفعلية .

٣٣. انظر المادتين (١٦٦،١٦٧)مدني عراقي .وانظر بهذ الخصوص د .نبيل إبراهيم سعد ـالنظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام-دار الجامعة الجديدة_الازاريطة-٢٠٠٤ص٢٦٧.

٣٤. علي حيدر افندي ـترتيب الصنوف في أحكام الوقوف ـ نقله إلى العربية المحامي أكرم عبد الجبار و "الحاكم "محمد احمد العمر ـ مطبعة بغداد ـ بغداد -١٩٥٠ ـص٥١.

٣٥. قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤المنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم ٢٩٨٧ في ١٩٨٤/٤/٢.

٣٦. علاء الدين أبي يكر محمد بن احمد السمرقندي ـميزان الأصول ـط١ـج١ -مطبعة الخلود-منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية -١٩٨٧

٣٧. محمد رضا المظفر ـ أصول الفقه-ط ٤-ج١طبع وتوزيع جبار الحاج عبود ـبلا مكان نشر ـص٢٣.وبذات المعنى انظر د مصطفى الزلمي ـ أصول الفقه في نسيجه الجديد ط٩ـج ٢،١ بغداد ـشركة الخنساء للطباعة المحدودة ـص٣٨٦.

٣٨. إيمان طارق الشكري-سلطة القاضي في تفسير العقد ـرسالتها لنيل درجة الدكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد -١٤٢٢ه -٢٠٠٢ص٧٠ والسنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٦-المجمع العلمي العربي الإسـلامي ـ منشورات محمد الداية ـ ص٣٨-انظر المادة "٢١٦"أردني "إعمال الكلام أولى من إهماله لكن اذا تعذر إعمال الكلام يهمل ومثله مدني سوداني "٩٨"وبعض القوانين تبنت نفس القاعدة وبصياغات مختلفة انظر "٣٦٧"عقود وموجبات لبناني و "٤٦٥"التزامات وعقود مغربيو المادة "٥١٨ "مجلة الالتزامات والعقود التونسية و"١١٥٧ ى و١١٥٨ "فرنسي

٣٩. إيمان طارق الشكري ـالمصدر السابق -ص٧١

٤٠. المصدر نفسه، ص٧٢

٤١. علي حيدر افندي ـ المصدر السابق -ص٢٠.

٤٢. انظر المادة (١٤٠)مدني عراقي (اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد .) انظر المواد (١٤٤مصري و١٤٥ سوري و١٠٥ جزائري و٩٥ سوداني

٤٣. د نبيل إبراهيم سعد ـ المصدر السابق ـ ص٢٥٨

٤٤. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم ٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣

٤٥. السنهوري ـ المصدر السابق ـ الوسيط ج[1]ص٥٤٧،ونبيل إبراهيم سعد ـالمصدر السابق ص ٢٥٨ وانظر كذلك أستاذنا الفاضل الدكتور أياد ملوكي ـ تحول العقد ـ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية- تصدرها كلية القانون جامعة بغداد ـ المجلد السابع ـ العدد الأول والثاني سنة ١٩٨٨ص١٨٣.

٤٦. السنهوري ـالمصدر السابق نفسه ـص٥٤٩.وانظر كذلك د منصور حاتم محسن ـ فكرة تصحيح العقد ـرسالته لنيل درجة الدكتوراه ،مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد -٢٠٠٦-ص٧٠-٧١.

٤٧. أستاذنا د أياد ملوكي ـالمصدر السابق ـص١٩٣ وانظر الفقه المشار إليه من قبله .

٤٨. المصدر نفسه_ص.١٩٣

٤٩. د. عبد الرزاق السنهوري ـ المصدر نفسه ص٥٤٩ و د.عبد المجيد الحكيم المصدر السابق -ص ٢٤٣ و د حسن علي الذنون ـ النظرية العامة للالتزامات ـ طبع الجامعة المستنصرية -١٩٧٦ ـ ص ١٧٢ وما بعدها .

٥٠. استاذنا د.أياد ملوكي ـ المصدر السابق ـص ٢٠٢.

٥١. انظر المادة (١٣٩) مدني عراقي التي نصت على ما يلي "اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحد ه هو الذي يبطل .أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا" وقارن معها نص المادة ٧٢٠ مدني عراقي "الصلح لا يتجزأ،فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد "وانظر فيما يتعلق بمواقف بعض القوانين العربية من الانتقاص المادة (١٤٣ مصري و١٤٤ سوري و١٠٤ جزائري و٩٤ سوداني .)

٥٢. د. عبد المجيد الحكيم ـ المصدر السابق ـص ٢٤٦.

٥٣. د.حسن الذنون ـالمصدر السابق ـص١٢٨.

٥٤. انظر المادة ١٧٢ مدني عراقي ((.....فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها ....))وكذلك المادة (١٠٧٠(لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو شرط .ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة إلى اجل يجاوز خمس سنين .فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة ،فلا يكون الاتفاق معتبرا إلا لمدة خمس سنين .)) وانظر كذلك المادة (١٢٦٧) مدني عراقي ((لا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين سنة.))

٥٥. د.عبد المجيد الحكيم ـ المصدر السابق ـص ٢٤٦ود.حسن لذنون ـ المصدر السابق ـص١٢٨،ونبيل إبراهيم سعد ـ المصدر السابق ـ ص٢٥٠.