

النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية

رسالة تقدم بها
محمد عبد حمادي الفهداوي

إلى

مجلس كلية القانون في جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة ماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ المساعد الدكتور
إبراهيم إسماعيل إبراهيم

الإهداء

إلى روح والدي الطاهرتين اللتين كانتا
لي هاجساً للتقوى وينبوعاً للمحبة
ودافعاً لارتقاء سلم العلم ...

إلى زوجتي الصابرة

أطفالي فلذات كبدي

أهدي لهم ثمرة جهدي وسهري وتعبي

محمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ هَفْصًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا
كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا
إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا
إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا
وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا
وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا
عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾

[البقرة : 286]

مقدمة

سنحاول في هذه المقدمة أن نعطي تصوراً عن موضوع هذا البحث وبالشكل التالي :

أولاً : التعريف بموضوع البحث .

لعل ما يميز المعاملات التجارية بأنها تمتاز بالسرعة وما تحتاجه من الثقة والائتمان الأمر الذي يجعلها أن تسير التطورات التي تفرضها الحاجة والضرورة الاقتصادية والتقدم الحضاري عموماً .

حيث أن التطور الاقتصادي الذي شهده العالم في ميادين التجارة وتداول الثروات كان له الفضل في خلق الكثير من العقود التجارية لتلبية حاجات السوق ، الأمر الذي يجعل لتلك الخدمات الواردة على تلك العقود أن يكون لها الأثر الإيجابي لنمو التجارة وتطورها وكذلك لتحقيق أغراض المشروعات التجارية والصناعية .

بيد أن عقد شراء الحقوق التجارية أو ما يعرف بعقد الـ (Factoring) ، يُعد من العقود التي أوجدتها الساحة التجارية وذلك للاستجابة لحاجات الحياة التجارية والمتعاملين فيها ، حيث يُعد هذا العقد من الوسائل الفعالة التي ساهمت في رفع المستوى التجاري داخلياً وخارجياً وذلك من خلال ما تقدمه مؤسسة شراء الحقوق التجارية والمتمثلة بالبنك أو المؤسسة المالية للمشروع التجاري أو الصناعي والذي يمثله التاجر أو المنتج الكثير من المعطيات ومنها الحصول على الاعتمادات المالية لاسيما تعجيل حقوقهم على مدينهم وقبل أجل الاستحقاق .

كذلك يقوم هذا العقد على أهم الضمانات التي يحقق فيها للتاجر أو المنتج بعداً اقتصادياً واستثمارياً لاسيما أن أهمها هو عدم رجوع المؤسسة المالية على التاجر أو المنتج في حالة إفلاس أو إعسار أو تعنت المدينين (عملاء التاجر أو المنتج) عن الوفاء بتلك الحقوق .

هذا فضلاً عن أن هذا العقد يقوم بالكثير من الخدمات الإدارية والمحاسبية والمعلوماتية التي تحيط بمراكز التجار وعمالهم ، الأمر الذي تعجز الكثير من النظم القانونية والمصرفية عن تلبيته .

مما جعل هذا النظام يُعد من الوسائل التي تقوم بالاداءات المتنوعة ذات الطبيعة الخاصة .

لقد عرفت عقود شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) ، في بداية أمرها في الولايات المتحدة الأمريكية ثم انتشرت هذه العقود إلى الدول الأوروبية بإنشاء شركات متخصصة في تطبيق هذا النظام إلا أن الظهور الرسمي لهذا العقد كان في فرنسا حيث يعود تاريخه الى عام 1965 م ⁽¹⁾ .

(1) انظر عمر بقة : عقد الفاكورنغ عقد شراء الحقوق التجارية ، بحث منشور على الموقع السوري الالكتروني www.barasy.com بتاريخ 10 كانون أول / 2007 م ، ص 1

هذا وقد أشارت التقديرات الإحصائية في خصوص هذا العقد ان عدد المؤسسات المالية التي تمارس عقد الـ (Factoring) ، في فرنسا بلغ في عام 1968 م بحدود أربع عشرة مؤسسة او شركة اخذت على عاتقها بحدود مليوني دين ويعادل قيمته (26 مليار فرنك فرنسي) اما في نهاية العام 1994 م ، بلغ عددها 23 مؤسسة أو شركة اخذت على عاتقها نحو سبعة ملايين وستمئة ألف دين وبما يعادل قيمته 128.7 مليار فرنك فرنسي وكان من بينها نسبة تقدر بـ 7 % تقريبا على الصعيد الدولي (1) .

اما في عام 2000 م ، حيث يشكل ارتفاع مؤسسات شراء الحقوق التجارية مؤشراً ايجابياً حيث وصل عددها الى خمس وعشرين مؤسسة او شركة اخذت على عاتقها اكثر من ستين مليار يورو من بينها 20 % تقريبا من هذا الناتج على الصعيد الدولي و 80 % على الصعيد الداخلي الفرنسي (2) .

الا أن التطور الذي حدى بهذا العقد على أن اهميته اصبحت على نطاق عالمي حيث عقدت له الكثير من الاتفاقيات المتعلقة بشأن توحيد قواعد القانونية والتنظيمية (3) .

هذا ويعد هذا العقد من العقود الغير مسماة وذلك لكونه لم يحظ بأي تنظيم تشريعي لحد الان وهذا يعني انه يمكن ان يترك لإرادة المتعاقدين حرية اختيار النظام القانوني وشروط عقدهم وهذا ما جعل بعض المؤسسات المالية المصرح لها بممارسة هذا العقد الاستعانة ببعض احكام القانون المدني لاسيما احكام حوالة الحق والحلول الاتفاقي عند انتقال حق التاجر او المنتج الى المؤسسة المالية وهكذا كان لهذا النظام دوره العملي والفعل في العملية الاقتصادية .

بـ ثانياً- أهمية البحث ودوافع اختياره :

ويتضح مما تقدم أن لأهمية هذا العقد ودوره في رفد التجارة سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي الاثر البالغ في اختيار هذا الموضوع مما حفز في الباحث ذاته الكثير من الدلالات والتي تمثلت بالاتي :

① - تُعد مشكلة تحصيل الحقوق التجارية احدى عوامل تعثر المؤسسات التجارية الصغيرة والمتوسطة الحجم وما ينتج عنها من اخطار لاسيما خطر التصفية وانتهاء شخصيتها وهذا الامر نجده يعكس الاثر السيئ الذي ينعكس سلباً على الاقتصاد الوطني وتتجلى هذه المشاكل بعوامل عدة منها ، تخلف المشتريين عن الوفاء عند اجل الاستحقاق وكذلك حاجة المشاريع الصناعية والتجارية الى الاعتمادات المالية لادامة واستمرارية مشاريعهم الامر الذي يؤدي ان ينتظر التاجر او المنتج في الحصول على الاعتمادات لحين اجل الاستحقاق وهو في أمس الحاجة الى تلك

(1) انظر عمر بقلة : المصدر السابق ، ص 1 .

(2) انظر : محمد ماجد كيلارجي : عقد الفاكторинг بحث منشور على الموقع الإلكتروني

WWW . damascusbar.org/Arab : c/dbar/mak. Kilarji . ص 1 .

(3) انظر : محمد ماجد كيلارجي : مصدر سابق ، ص 1 .

السيولة مما يؤدي الى انكماش مشاريعهم التجارية وبالتالي تؤثر في مستوى الاقتصاد الوطني .

هذا فضلاً عن قلة الامكانيات الادارية والمحاسبية والمعلوماتية وما يتعلق من تنظيم حسابات المدينين الامر الذي يؤدي الى ارهاق ميزانية التاجر او المنتج باعباء مالية اضافية مما لو مارسها وحقق اغراضها .

② - ويعد من اهم الاسباب التي جعلت اختيارنا لهذا البحث هو عدم تناول مشرعنا العراقي هذا العقد بالتنظيم ولم نجد هناك أي قرار قضائي أو رأي فقهي قد تناول هذا الموضوع ولم تكن هنالك أي كتابات مسبقة لكاتب عراقي او طالب بحث تعمق بمدلول هذا الموضوع وأعطى ورسم لحدود هذا العقد من المعطيات التي ينبغي أن يشار اليها ويكون لها معنى عملي او قانوني .

ونحن ندرك ان العراق يمتلك الكثير من المعطيات المالية والبشرية لانتشار مثل هذه العقود لتكون قادرة على تلبية حاجة التجار والمنتجين ، علماً أن قانون المصارف العراقية المرقم 94 لسنة 2004م سمح للاستثمار الاجنبي في العراق بعد الحصول على الترخيص القانوني من البنك المركزي العراقي⁽¹⁾ ، الى جانب المصارف العراقية ونرى أنه لا بأس أن يكون نظام هذا العقد منطلقاً لتلك الاستثمارات وبتوجيه الادارة العراقية ، وذلك لمواجهة تعثر الديون التي تفاقمت في الفترة الاخيرة في المصارف العراقية ، مما يشكل انتكاسة مالية على النظام المصرفي العراقي ، علماً أن الديون المتعثرة لمصرف الرافدين مثلاً بلغت نسبتها 50 % في نهاية عام 2003 م مقابل 32.6 % عام 2002 م⁽²⁾ .

بـ ثالثاً - نطاق البحث :

تتصب دراسة هذا العقد على النظام القانوني الوارد عليه وذلك لكونه من العقود التي انفردت بها الساحة التجارية ، ونظراً لكونه عقداً اطارياً تتدرج تحته الكثير من النظم القانونية ، فلا بد من تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد ومدى تقارب بعض هذه الانظمة منه وتاصيلها القانوني له ، وكيف يتميز عن كل هذه النظم مما جعل هذا العقد ينفرد عنها جميعاً على أنْهم من وسائل التمويل ذات الطبيعة الخاصة .

بـ رابعاً - خطة تقسيم البحث :

ومن اجل ان نعطي لهذا البحث ابعاده اللازمة والتي يمكن لنا الاحاطة من خلاله بكل جوانبه القانونية والعملية والتي تتلائم مع طبيعته الخاصة فقد ارتأينا ان نقوم بتقسيمه الى ثلاثة فصول نسبقها بمقدمة وكالاتي :

الفصل الأول :

(1) انظر المادة (4) من الباب الثاني من قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2004 م .

(2) مقال منشور في جريدة الصباح العراقية بتاريخ 5 / 5 / 2006 م.

ويتضمن هذا الفصل بحث عن مفهوم هذا العقد من حيث تعريفه وخصائصه وأسباب بروزه ، وكذلك التوغل في طبيعته القانونية والأساس الراجح لانتقال حق التاجر أو المنتج الى مؤسسة شراء الحقوق التجارية .

الفصل الثاني :

وهو المهم في بحثنا حيث ينصبّ على الآثار القانونية التي تترتب على علاقة مؤسسة شراء الحقوق التجارية بعميلها التاجر أو المنتج من حيث حقوق والتزامات كل منها فضلاً عن الشكليات التي من شأنها إرجاع تلك المؤسسة المالية على المدينين بتلك الحقوق وما يترتب عليها من آثار .

الفصل الثالث :

سنبحث فيه عن انتهاء هذا العقد من خلال بيان الاسباب العامة التي تؤدي الى انقضائه فضلاً عن الاسباب الخاصة على ان يكون ضمن مفاعيلة دور الإرادة المنفردة في انهاء هذا العقد .

هذا ونحن نسير قدماً في معطيات هذا البحث نامل أن يكون اسهامة متواضعة في اغناء الفكر القانوني ولخدمة المكتبة القانونية ولا يمكننا الادعاء باننا نستطيع الاحاطة بكل جوانبه وعلى مبدأ (المرء عالم ما دام يطلب العلم فان ظن انه علم فقد جهل)... والله تعالى من وراء القصد .

المحتويات

رقم الصفحة	التفاصيل
1	المقدمة
7	الفصل الأول : ماهية عقد شراء الحقوق التجارية.
8	المبحث الأول : مفهوم عقد شراء الحقوق التجارية .
9	المطلب الأول : التعريف بعقد شراء الحقوق التجارية .
9	الفرع الأول : تعريف عقد شراء الحقوق التجارية .
14	الفرع الثاني : مزايا عقد شراء الحقوق التجارية ونطاقه .
14	أولاً : مزايا عقد شراء الحقوق التجارية .
16	ثانياً : نطاق العقد .
17	الفرع الثالث : خصائص عقد شراء الحقوق التجارية .
20	الفرع الرابع : وظائف عقد شراء الحقوق التجارية .
21	المطلب الثاني : تأصيل عقد شراء الحقوق التجارية .
21	الفرع الأول : السبب الدولي .
24	الفرع الثاني : السبب الاقتصادي .
26	الفرع الثالث : السبب الاجتماعي .
28	المطلب الثالث : الدور التجاري والتمويلي لعقد شراء الحقوق التجارية .
28	الفرع الأول : الدور التجاري للعقد .
30	الفرع الثاني : الدور التمويلي للعقد .
32	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعقد شراء الحقوق التجارية
33	المطلب الأول : عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الوكالة .
40	المطلب الثاني : عقد شراء الحقوق التجارية وعقد التأمين .
46	المطلب الثالث : عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الرهن التجاري
49	المطلب الرابع : عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الخصم التجاري
53	المطلب الخامس : عقد شراء الحقوق التجارية والتجديد أو الإنابة
55	المطلب السادس : الطبيعة الخاصة لعقد شراء الحقوق التجارية
60	المبحث الثالث : الأساس القانوني لتحويل الحقوق في عقد شراء الحقوق التجارية
63	المطلب الأول : حوالة الحق .
71	المطلب الثاني : الحلول الإتفاقي .
75	الفرع الأول : الملتزم بالوفاء يعد من الغير .
76	الفرع الثاني : استيفاء الدائن حقه .
77	الفرع الثالث : الاتفاق على الحلول .
82	الفرع الرابع : انتقال الحقوق بماهيتها من ذمة الدائن .
83	الفرع الخامس : ضمان وجود الحق .
85	الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة على عقد شراء الحقوق التجارية

86	المبحث الأول : العلاقة القانونية بين المؤسسة المالية والتاجر أو المنتج .
87	المطلب الأول : حقوق والتزامات المؤسسة المالية .
87	الفرع الأول : حقوق البنك أو المؤسسة المالية .
87	أولاً : ملكية الحقوق المحولة والضمانات التي تتبعها .
93	ثانياً : استحقاق مصاريف العقد .
96	ثالثاً : حقه في المراقبة والاطلاع .
96	رابعاً : سحب سفاتج يثبت حقوق المؤسسة المالية والتزاماتها .
98	خامساً : حساب الرهن لضمان حقوق البنك .
99	الفرع الثاني : التزامات البنك أو المؤسسة المالية .
99	أولاً : الالتزام بأداء الحقوق للتاجر أو المنتج .
104	ثانياً : الالتزام بتقديم المعلومات .
105	ثالثاً : الالتزام بفتح حساب جاري باسم التاجر أو المنتج .
108	رابعاً : ضمان بعض الحقوق الواردة في العقد .
109	المطلب الثاني : حقوق والتزامات التاجر أو المنتج .
110	الفرع الأول : حقوق التاجر أو المنتج .
110	أولاً : حصوله على الاعتمادات .
112	ثانياً : مسك الحسابات .
113	ثالثاً : استشارة البنك بشأن المعلومات .
114	الفرع الثاني : الالتزامات المترتبة على التاجر أو المنتج .
115	أولاً : الالتزام بوجود الحق .
115	ثانياً : الالتزام بشرط الاقتصار (شرط الجماعية) .
118	ثالثاً : إخطار المدينين بحلول المؤسسة المالية .
122	رابعاً : الالتزام بإدلاء المعلومات .
124	المبحث الثاني : العلاقة التي تربط المؤسسة المالية بالمدينين .
125	المطلب الأول : انتقال الحقوق بكل توابعها إلى المؤسسة المالية .
128	المطلب الثاني : حلول المؤسسة المالية محل التاجر أو المنتج .
137	المطلب الثالث : التزام المدينين بالوفاء .
143	المبحث الثالث : شكلية الرجوع في نظام عقد شراء الحقوق التجارية .
144	المطلب الأول : الاسترداد الأصلي بالرجوع على المدين .
145	الفرع الأول : شكل الرجوع على المدين ومتطلبات الائتمان .
147	الفرع الثاني : شكل الرجوع على المدين ومخاطر الائتمان .
148	الفرع الثالث : أنواع الاسترداد .
148	أولاً : الاسترداد الودي .
150	ثانياً : الاسترداد القضائي (الجبري) .
152	الفرع الرابع : عدم أحقية المدين الرجوع على المؤسسة المالية ... القاعدة والاستثناء .
154	المطلب الثاني : الاسترداد في نطاق الأثر الملزم للعقد .

154	الفرع الأول : الاسترداد بأسلوب المقاصة .
159	الفرع الثاني : استرداد الائتمان بالرجوع على التاجر أو المنتج .
162	المطلب الثالث : الاسترداد في نطاق السريان .
162	الفرع الأول : الرجوع على الغير سيء النية (الموفى له) .
165	الفرع الثاني : الرجوع على الغير حسن النية (الموفى له) .
167	الفصل الثالث : انتهاء عقد شراء الحقوق التجارية .
169	المبحث الأول : الأسباب العامة لانقضاء العقد .
169	المطلب الأول : انتهاء العقد بتحقيق الغرض .
170	الفرع الأول : تحقيق غرض التاجر أو المنتج .
172	الفرع الثاني : تحقيق غرض مؤسسة شراء الحقوق التجارية .
174	المطلب الثاني : استحالة التنفيذ .
176	الفرع الأول : استحالة تنفيذ التزام التاجر أو المنتج للعقد .
180	الفرع الثاني : استحالة تنفيذ التزام مؤسسة شراء الحقوق التجارية .
183	المطلب الثالث : فسخ العقد .
185	الفرع الأول : الفسخ الإتفاقي .
188	الفرع الثاني : الفسخ القضائي .
191	المطلب الرابع : انتهاء مدة العقد .
192	الفرع الأول : عقد شراء الحقوق التجارية " محدد المدة " .
194	الفرع الثاني : عقد شراء الحقوق التجارية " غير محدد المدة " .
196	المبحث الثاني : الأسباب الخاصة لانقضاء العقد .
196	المطلب الأول : انهيار الاعتبار الشخصي .
197	الفرع الأول : الوفاة .
199	الفرع الثاني : الإفلاس .
207	الفرع الثالث : فقد الأهلية .
212	الفرع الرابع : الحكم بعقوبة جنائية على التاجر أو المنتج .
214	المطلب الثاني : انتهاء العقد بالإرادة المنفردة .
215	الفرع الأول : عزل البنك أو المؤسسة المالية .
220	الفرع الثاني : تنحي مؤسسة شراء الحقوق التجارية عن العقد .
222	الفرع الثالث : إنهاء العقد بسبب وجود الغش وانعدام السبب .
225	الخاتمة :
231	المصادر والمراجع :

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل - كلية القانون

تجزئة العقد

رسالة تقدم بها الطالب

عبد الامير جفات كروان

الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

اشراف

الدكتور منصور حاتم محسن

أستاذ القانون المدني المساعد

2008م

1429هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿1﴾

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿2﴾ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ ﴿3﴾

مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ﴿4﴾ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴿5﴾ اهْدِنَا

الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ﴿6﴾ صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ

الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ ﴿7﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمُ

(سورة الفاتحة)

إهداء

إلى روح والدي «رحمة الله تعالى عليه».

والى والدي أطال الله تعالى في عمرها.

والى زوجتي أحترافاً بصبرها معي على إنجاز هذه الرسالة.

والى أولادي زينب ومحمد وحسين وزهراء، على أكن نكوة وافتعالهم لطلب العلم.

أهدي جهدي المتواضع هذا.

عبد الأمير

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله رب العالمين، أما بعدُ:

فان هذه لحظة وفرصة، أعلن فيها بعضاً مما أسررتة، من الشكر والتقدير لعدد يصعب إحصاؤه، من أولئك الناس الذين لهم فضل في انجاز هذه الرسالة، منهم من له فضل مباشر، ومنهم من له فضل غير مباشر، فضلاً عن أولئك الكرام الذين طلبوا عدم الإشارة إلى دورهم، جزاهم الله خيراً.

أتوجه بالشكر والتقدير إلى أستاذي الدكتور منصور حاتم محسن، المشرف على هذه الرسالة، الذي كان عوناً دائماً في هذا العمل، بدءاً من اختيار عنوانه وتوفير مصادره ومتابعة انجازه، وكان لحسن أسلوبه، وملاحظاته العلمية القيمة، دور مهم في إتمام الرسالة. ثم تعزز هذا الدور بتوليئه عمادة الكلية.

ثم أتوجه بالشكر والتقدير إلى أستاذي، الأستاذ الدكتور جعفر عبد الأمير الياسين، الذي حظيت دورتنا برعاية عمادته للكلية. فله كل الامتنان والتقدير.

وأعلن في هذه اللحظة، شكري لأساتذتي في كلية القانون، في مرحلة الدراسة الأولية دون استثناء. واشكر أساتذتي في الدراسات العليا كل من الدكتور عباس علي محمد الحسيني، الذي أفاض عليّ بملاحظاته وتوجيهاته، والدكتور ميري كاظم عبيد، والدكتور حسن حنتوش الحسناوي، والدكتورة إيمان طارق الشكري، والدكتور إبراهيم إسماعيل، والدكتور هادي الكرعاوي، والدكتور حكمت عبد الرزاق الدباغ، والدكتور رياض طارق العميدي، والدكتور علي ناصر غالب. كما اشكر أستاذي الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي، لملاحظاته القيمة. والشكر موصول للدكتور هادي حسين الكعبي، والدكتور سلام عبد الزهرة عبد الله، والسيد ضمير حسين المعموري، والسيد غسان عبيد محمد المعموري، والسيد خير الدين كاظم، على ملاحظاتهم والمصادر التي فضلوا بها. واشكر كذلك السيد عامر عجاج لجهوده ومساعدته الاخوية.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى المقوم اللغوي الدكتور ثائر سمير الشمري والمقوم العلمي لهذه الرسالة وإلى لجنة المناقشة رئيساً وأعضاءً على ما بذلوه ويبدلونه من جهد في دراسة وتقويم الرسالة.

وهذه لحظة اذكر فيها بالشكر والعرفان, كل المعلمين والمدرسين الذين أسهموا في إنتاج عبد الأمير جفات الطالب. في الابتدائية السادة علي عباس السماوي في الأول الابتدائي, وحسان عطية في الثاني الابتدائي, وكاظم ظاهر الكروي في الثالث الابتدائي, وعبد الأمير كتاب, في الرابع الابتدائي, عن كل المعلمين والمدرسين الآخرين الذين كانوا عمالقة في دورهم.

كما اشكر زميلاتي وزملائي في الدراسات العليا كلهم, ولاسيما الأخ الزميل طارق عبد الرزاق, وفقه الله على ما أتحنفي به من المصادر.

واشكر الذين أمدوني بالمصادر العلمية كلهم, وخص بالذكر منهم السيد المحامي محمد علي خليل , هذا الرجل الذي فتح لي - كما لغيري - مكتبته الشخصية وأمدني بعشرات الكتب القانونية.

والشكر هنا موصول للجنود المجهولين كلهم, الذين لا يستغني عنهم أي باحث واعني بهم موظفي المكتبات في جامعة بابل وكلية القانون فيها, وجامعة القادسية وكلية القانون في جامعة بغداد وكلية الحقوق في جامعة النهرين ومكتبة المعهد القضائي وكلية القانون في جامعة كربلاء ومكتبة كلية القانون في جامعة أهل البيت وكلية القانون في جامعة الكوفة ومكتبات الروضات الحسينية والعباسية والحيدرية ومكتبة الإدارة المحلية في الحلة وفي كربلاء ومكتبة كلية الحلة الجامعة وموظفات الشؤون العلمية والدراسات العليا في كلية القانون بجامعة بابل.

كما اشكر موظفي وموظفات محكمة استئناف بابل الاتحادية ومحكمة استئناف كربلاء الاتحادية والمحامين والمحاميات الذين قدموا العون في البحث عن الأحكام القضائية غير المنشورة.

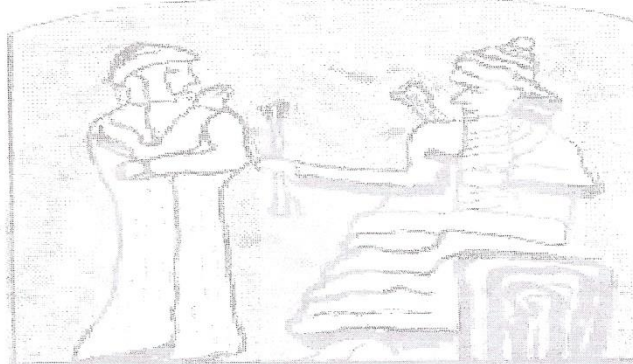
ولا بد أن اشكر السيد رعد ياسين الذي بذل جهدا كبيرا في تنضيد وطباعة هذه الرسالة واشكر ابني محمد وبنتي زهراء اللذين بذلا جهدا كبيرا في ذلك أيضا.

إنني ممتن لكم جميعا وتكاد الدمعة تنزل من عيني وأنا اذكر دوركم هذا الذي أشرت إلى جزء صغير منه. واعتذر من كل أولئك الكرام الذين أعانوني في مسيرتي العلمية ولم يتسع المقام لذكرهم بالاسم أو لم تسعف الذاكرة في الوصول إليهم. أسأل الله أن يعوضكم عن نسياننا هذا بذكر طيب لهم عنده.

عبد الأمير

اقرار المقوم اللغوي

اشهد بأن رسالة طالب الماجستير (عبد الامير جفات
كروان) الموسومة (تجزئة العقد) قد تمت مراجعتها وانها
صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية.



التوقيع: 
المقوم اللغوي : د. نائر سمير الشمري
الكلية: التربية الاساسية / جامعة بابل
College of law

اقرار المشرف

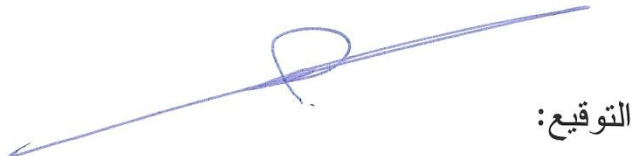
اشهد بان الرسالة الموسومة بـ (تجزئة العقد) والمقدمة من قبل الطالب (عبد الامير جفات كروان) قد تمت باشرافي في كلية القانون في جامعة بابل، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع: 

الاسم: أ.م.د. منصور حاتم محسن

التاريخ: ١٥ / ٩ / ٢٠٠٨

استناداً للتوصيات المقدمة أرشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع: 

الاسم: أ.م.د. هادي حسين عبد علي الكعبي

معاون العميد للدراسات العليا والشؤون العلمية

التاريخ: ١٥ / ٩ / ٢٠٠٨

اقرار لجنة المناقشة

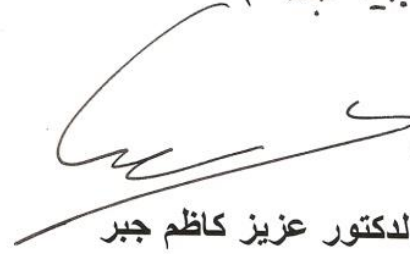
نحن اعضاء لجنة المناقشة نشهد اننا قد اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة
(تجزئة العقد) وقد ناقشنا الطالب (عبد الامير جفات كروان) في محتوياتها وكل ما
له علاقة بها ونرى انها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص
بتقدير (جيد جداً).

 التوقيع:

الاسم: الدكتور ميري كاظم عبيد

المرتبة العلمية: استاذ مساعد

عضواً

 التوقيع:

الاسم: الدكتور عزيز كاظم جبر

المرتبة العلمية: استاذ

رئيس اللجنة

 التوقيع:

الاسم: الدكتور منصور حاتم محسن

المرتبة العلمية: استاذ مساعد

عضواً ومشرفاً

 التوقيع:

الاسم: الدكتور هادي حسين الكعبي

المرتبة العلمية: استاذ مساعد

عضواً

صدقت من لدن مجلس كلية القانون – جامعة بابل

 التوقيع:

الاسم: الدكتور منصور حاتم محسن

المرتبة العلمية: استاذ مساعد

عميد الكلية

محتويات الرسالة

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
5	الباب الاول: ماهية تجزئة العقد
6	الفصل الاول: مفهوم تجزئة العقد
6	المبحث الاول: تعريف تجزئة العقد
16	المبحث الثاني: نطاق تجزئة العقد
17	المطلب الاول: تجزئة العقد من حيث وجودها
26	المطلب الثاني: نطاق تجزئة العقد البسيط والعقد المركب
27	الفرع الاول: ما يزول من العقد وتتحقق به التجزئة
39	الفرع الثاني: تحديد نطاق العقد البسيط والعقد المركب
47	المبحث الثالث: تمييز تجزئة العقد عن بعض النظم القانونية المشابهة
47	المطلب الاول: تمييز تجزئة العقد عن تعديل العقد قضائيا
57	المطلب الثاني: تمييز تجزئة العقد عن انتقاص العقد
64	المطلب الثالث: تمييز تجزئة العقد عن وقف تنفيذ العقد مؤقتا
69	المطلب الرابع: تمييز تجزئة العقد عن تنفيذ جزء منه بطريق التعويض
75	المطلب الخامس: تمييز تجزئة العقد عن انتاج العقد الباطل لبعض الاثار
80	الفصل الثاني: شروط تجزئة العقد ومصادرها
81	المبحث الاول: شروط تجزئة العقد
82	المطلب الاول: الشروط المتعلقة بالعقد موضوع التجزئة
82	الفرع الاول: اقتصار سبب زوال العقد على جزء منه
84	الفرع الثاني: ان يكون الجزء المتبقي قابلا للبقاء مستقلا

96	المطلب الثاني: الشروط الخارجة عن العقد موضوع التجزئة
96	الفرع الاول: وجود النص القانوني
101	الفرع الثاني: حسن النية
108	المبحث الثاني: مصادر تجزئة العقد
111	المطلب الاول: تجزئة العقد بالتراضي
116	المطلب الثاني: تجزئة العقد بالارادة المنفردة
126	المطلب الثالث: تجزئة العقد بالتقاضي
131	المطلب الرابع: تجزئة العقد بالواقعة المادية
136	المطلب الخامس: القانون كمصدر مباشر لتجزئة العقد
141	الباب الثاني: تطبيقات تجزئة العقد
143	الفصل الاول: تجزئة العقد لبطلان او ابطال جزء منه
145	المبحث الاول: حصر البطلان في جزء من العقد
147	اولا: بطلان جزء من العقد في القوانين المدنية
153	ثانيا: الخلاف الفقهي حول بطلان جزء فقط من العقد
155	ثالثا: موقف الفقه الاسلامي من بطلان جزء من العقد
157	المبحث الثاني: تجزئة العقد الباطل في جزء منه وفقا للقواعد العامة في البطلان
158	اولا: تجزئة العقد لبطلان التراضي في جزء منه
159	ثانيا: تجزئة العقد لبطلان المحل في جزء منه
162	ثالثا: تجزئة العقد لعدم مشروعية سبب جزء منه
162	رابعا: تجزئة العقد لعدم استيفاء الشكل المطلوب في جزء منه
164	خامسا: تجزئة العقد المركب لبطلان احد اجزائه
166	سادسا: تجزئة العقد بتشريع لاحق ذي طبيعة امرة

168	سابعا: تجزئة العقد لبطلان بعض الشروط المقترنة به
171	المبحث الثالث: تجزئة العقد الباطل في جزء منه وفقا للنصوص الخاصة في البطلان
189	المبحث الرابع: تجزئة العقد المهدد بالبطلان في جزء منه
190	المطلب الاول: تجزئة العقد الموقوف في جزء منه
198	المطلب الثاني: تجزئة العقد القابل للابطال في جزء منه
205	الفصل الثاني: تجزئة العقد بانحلال جزء منه
207	المبحث الاول: الفسخ الجزئي للعقد
208	اولا: رأي المنتقدين للفسخ الجزئي
211	ثانيا: الاراء المؤيدة للفسخ الجزئي
216	ثالثا: الفسخ الجزئي في الاحكام القضائية
218	رابعا: رأينا في الخلاف
221	خامسا: الفسخ الجزئي في الفقه الاسلامي
223	المبحث الثاني: تجزئة العقد بسبب العجز في المعقود عليه
224	المطلب الاول: تجزئة العقد بسبب العجز في مقدار المعقود عليه
235	المطلب الثاني: تجزئة العقد بسبب الهلاك الجزئي او الاستحالة الجزئية
242	المبحث الثالث: تجزئة العقد بسبب الاستحقاق الجزئي والعيب الخفي
243	المطلب الاول: تجزئة العقد بسبب الاستحقاق الجزئي
257	المطلب الثاني: تجزئة العقد بسبب العيب الخفي
273	الخاتمة
282	المصادر
a-d	ملخص الرسالة باللغة الانجليزية

المقدمة

قبل الدخول في صلب رسالتنا من تقديم موجز نوضح فيه جوهر فكرة الرسالة واهمية موضوعها والمنهج الذي اعتمدناه في البحث ونطاقه واخيرا، الخطة التي وضعناها لبحث الموضوع.

اولا: جوهر فكرة الرسالة.

يتخذ الاشخاص من العقد وسيلة قانونية فعالة في معاملاتهم المالية التي تقع ضمن نطاق القانون المدني. ولكل من هذه العقود وحدته، من حيث النشأة والاثار التي يفترض تنفيذها للوصول إلى الغاية التي ارادها كل من اطراف العقد، وعول عليها فيما خطط له من معاملات لاحقة. غير أن هذه الوحدة كثيرا ما تُهدم بزوال جزء من العقد دون تنفيذ وبقاء جزئه الآخر. فيتجزأ العقد . وقد يكون الاجدى للمتعاقدين الاجتزاء بما بقي من العقد سليما ،وهو الغالب من الاحوال،وقد لا يكون ذلك فيتوجب زوال العقد كله. فيزول الجزء السليم تبعا لزوال الجزء المعيب. وقد اولى المشرع اهتماما ملحوظا لهذه الاحتمالات، فوجد أن استقرار التعامل يستلزم ضبطها قدر الامكان.

فالتجزئة لا تقع عند كل عارض يواجه العقد، بل لا بد لتحقيقها من وجود شروط معينة وضعها المشرع ضمانا لاستقرار التعامل ولذلك ، فلا بد من استجلاء هذه الشروط، كما أن لتجزئة العقد مصادر قانونية منها تنشأ التجزئة انسجاما مع العلة التي من اجلها وضع المشرع التجزئة حلا لبعض ما يعترض العقد.

وحيث أن التجزئة تستلزم زوال جزء من العقد دون تنفيذ،فانها تقع كلما حصل ذلك لبطلان او ابطال جزء فقط من العقد ،مثلما تقع كلما انحل جزء فقط منه ولكل منها خصوصيته التي لا بد من استعراض تطبيقاتها لتتضح الفكرة ،التي سعت من اجل بلورتها هذه الدراسة، فكل عقد يمكن أن يكون محلا للتجزئة عند اللزوم، ما لم يكن ثمة مانع يرجع لارادة المتعاقدين في عقدهما او أن طبيعة الامور تأبى أن تمكن من فصل جزء من العقد وازالته، مع بقاء الجزء الآخر عادلا ونافعا.

ثانيا: اهمية الموضوع.

تكتسب هذه الدراسة اهميتها من حقيقة أن تجزئة العقد بازالة جزء منه والاكتفاء بجزئه الآخر فقط , تعد امرا استثنائيا . اذ المفروض أن العقد تم من اجل تحقيق اهدافه بتنفيذه كاملا . وقد نص القانون على هذه الطبيعة الكلية للعملية التعاقدية . ولذلك كان لا بد من ضبط هذا الاستثناء ومعرفة حدوده لتجنب التوسع فيه عند تطبيقه مع تخلف شروطه. فدراسة العقد لا تستغني عن معرفة متى يكون معرضا لزوال جزء منه والاقتصار على جزء فقط، ومتى لا يكون ذلك. ولا بد من تحديد شروط عملية التجزئة تلك.

والمتنبع للفقہ القانوني يجد أن الاستثناءات هي التي حظيت بالاهتمام الاكبر والاعمق من الدراسة، فالاصول تكاد تكون مفهومة ومنطقية ولا تثير عناء في دراستها بخلاف الاستثناءات، وهكذا كان شأن دراسة نظرية الفسخ كحل استثنائي في حياة العقد فالاصل بقاء العقد والاستثناء فسخه والاصل الصحة والاستثناء البطلان والاصل السلامة من العيب والاستثناء وجود العيب وهكذا. ولكنك ترى أن الفسخ والبطلان والعيب حظيت بالدراسة اكثر من الاصول التي خرجت عليها وهي بقاء العقد وتنفيذه او صحة العقد او السلامة من العيب.

ولذلك فمن المهم للغاية الدراسة العميقة لموضوع تجزئة العقد بالاكتفاء بجزء منه دون جزئه الآخر الذي يزول دون تنفيذه وضبط هذه الفكرة من حيث شروطها ومناطق اعمالها ومصادرها وتميزها وتطبيقاتها.

وتسعى هذه الرسالة إلى أن تكون لبنة في هذا البناء، محاولة جمع مكونات الموضوع المنتشرة في مساحة واسعة من نظرية العقد، وتنظيمها وترتيبها ومقارنتها وابداء الرأي فيها على نحو منظم، واقتراح التعديلات على النصوص القانونية ذات العلاقة اذا لزم الامر.

وقد كشفت هذه الرسالة للباحث، أن الموضوع على درجة كبيرة من السعة والشمول ويحتاج إلى المزيد من الدراسة المعمقة لمن يريد ذلك، مؤسسا على هذه اللبنة من اجل نظرية منضبطة لفكرة تجزئة العقد. فلم نجد دراسة سابقة تتبعت هذه الفكرة في مضان تحققها جميعا، على الرغم من أن الفقہ تناول تطبيقات لهذه الفكرة ضمن سياقات اخرى في العقود المدنية ونظرية العقد. بينما حظيت الفكرة المعاكسة ونعني بها وحدة العقد وعدم تجزئته بدارسات مستقلة تمت الاشارة اليها في الرسالة. كل هذا يعطي لدراسة تجزئة العقد قدر كبير من الاهمية.

ثالثاً: منهج الدراسة ونطاقها.

تتبع هذه الدراسة في تناول موضوعها , المنهج المقارن، للوقوف على ماهية الفكرة، ثم البحث عن تطبيقاتها في القوانين المدنية، وذلك على نحو مقارن مع الفقه الاسلامي ما امكن ذلك.

ففكرة تجزئة العقد موجودة في القوانين المدنية التي تتناولها الدراسة جميعاً، وهي بالدرجة الاساس القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وبالقدر الذي تتطرق فيه إلى القانون المدني الفرنسي. وتجزئة العقد، من الحلول التي وضعها المشرع في بعض الحالات التي تعترض العقد. وقد تفاوتت التشريعات المذكورة في الاخذ بها في المسألة الواحدة، فتجدها كلها قد اخذت بالتجزئة في بعض الحالات ولكنها تباينت في حالات اخرى من حيث الاخذ بتجزئة العقد لصالح حلول اخرى. ولذلك كانت المقارنة مفيدة في الوقوف عند محاسن هذا الحل او ذاك ومساوئهما. وقد افادت الدراسة من احكام محكمة التمييز ومحكمة النقض في مصر وبعض احكام القضاء في فرنسا، للوقوف على الكيفية التي طبق فيها القضاء نصوص القوانين الخاصة بتجزئة العقد في ارض الواقع، وكيف تباينت هذه الاحكام وحاولت الدراسة ابداء رأي الباحث في القضايا الخلافية.

وتقارن الرسالة موقف الفقه والقضاء المدنيين، بموقف الفقه الاسلامي الذي عرضنا له في معظم موضوعات الرسالة ولا سيما التطبيقات، من خلال بيان اراء فقهاء المسلمين بمذاهبهم المختلفة التي كشفت عن الغنى والتنوع والعمق في الحلول المستنبطة في هذا الفقه، معتمدين المراجع المهمة ولا سيما القديمة منها لعلماء كل مذهب. وقد اوضحت هذه المقارنة مدى القوة والتفوق في الفقه الاسلامي الذي لم تزد اختلافاته إلا غنى وعمقا. كما أن الرسالة تتناول تجزئة العقد في نطاق القانون المدني، دون القوانين الاخرى، والتي تخرج من نطاق هذه الدراسة.

رابعاً: خطة البحث.

تحتم علينا دواعي ما يجب في البحث القانوني من توازن بين احجام اجزائه المتماثلة، من فصول ومباحث بقدر الامكان، وما يتميز به موضوع الرسالة من سعة وتنوع، أن نقسمها على بابين، الأول لبيان ماهية تجزئة العقد والمبادئ العامة فيها والثاني للتطبيقات التشريعية لها . ثم نقسم كل باب على فصلين.

يتناول الباب الأول ماهية تجزئة العقد في فصلين، يتطرق الأول منهما إلى مفهوم تجزئة العقد من خلال مباحث ثلاث، الأول لتعريف تجزئة العقد، والثاني لبيان حقيقة وجود التجزئة ونطاقها، والمبحث الثالث لتمييز تجزئة العقد عن بعض النظم القانونية المشابهة كتعديل العقد وانتقاصه وايقاف تنفيذه وغيرها.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب نتناول شروط تجزئة العقد في مبحث، ومصادر تجزئة العقد في مبحث ثان.

اما الباب الثاني فنعده لتطبيقات تجزئة العقد، ونقسمه على فصلين يتناول الاول منهما تجزئة العقد لبطلان او ابطال جزء منه وذلك كله في أربعة مباحث , اما الفصل الثاني من هذا الباب، فيتناول التجزئة الناتجة عن انحلال جزء من العقد في ثلاثة مباحث، اولها نخصه للفسخ الجزئي للعقد، والثاني لتجزئة العقد بسبب العجز في المعقود عليه، والمبحث الثالث لتجزئة العقد في حال الاستحقاق الجزئي والعيب الخفي.

ثم نختم الرسالة بخاتمة موجزة، تتضمن اهم الافكار والاستنتاجات والمقترحات المستخلصة منها.

وعسى أن يجعل الله التوفيق حليفنا فيما نقصد اليه.

الباب الأول

ماهية تجزئة العقد

لا بد لبيان ماهية تجزئة العقد، من التطرق إلى جملة من الامور بقدر من التفصيل، واولها وضع تعريف لهذا المصطلح في ضوء تطبيقاته القانونية واستخداماته التشريعية والفقهية , يجمع تحت عموم مدلوله كل ما يصدق عليه وصف تجزئة العقد.

ويتطلب حُسْنُ العرض منا أن نبين المجال او النطاق الذي يتم فيه أعمال هذا النظام القانوني، وما اذا كان ممكنا في العقود على اختلاف تصنيفاتها، ام انه مقتصر على بعضها دون بعضها الآخر.

والدارس في القانون، يجد مصطلحاته متقاربة بعضها مع بعضها الآخر، فيكون بين بعضها سمات مشتركة بينما تفترق في اخرى. ولا يشذ مصطلحنا عن هذه القاعدة، مما يقتضي تمييزه عما يشته به من المصطلحات الاخرى، فتتضح بذلك ماهيته على نحو افضل.

ثم أن تجزئة العقد التي تجد سندها في نصوص القانون، لا بد لها من شروط تضبط كيفية تطبيقها، والا ادت إلى زعزعة الاستقرار المطلوب في المعاملات المالية المدنية. كما يقتضي ايضاح الموضوع الكشف عن المصادر أي الاسباب القانونية التي منها تنشأ تجزئة العقد.

وهكذا سنتناول موضوع هذا الباب في فصلين. نخصص الأول للتعريف وبيان نطاق تجزئة العقد وتمييزها عن غيرها من النظم القانونية، بينما يتناول الفصل الثاني شروط تجزئة العقد ومصادرها.

الفصل الأول

مفهوم تجزئة العقد

لا بد ابتداءً، من تعريف تجزئة العقد. فعلى الرغم من الإشارة إلى هذا المصطلح في النصوص القانونية والدراسات الفقهية، لم نجد تعريفاً له، الأمر الذي يتطلب منا وضع هذا التعريف في مجال القانون المدني ومقارنته مع مصطلح تفرق الصفقة المعروف في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه.

ولكي يكون بالإمكان ضبط هذا المفهوم، لا بد من دراسة المجال الذي يتم فيه تطبيقه، وعندما يتم تطبيقه فماذا يشمل ذلك. وبعبارة أوضح اين ومتى يتم أعمال تجزئة العقد وما الذي تشمله هذه التجزئة.

وتحديد مصطلحنا هذا يستلزم أن نميزه عن غيره من النظم القانونية المشابهة، مثل تعديل العقد وانتقاص العقد ووقف تنفيذه وانتاج العقد الباطل لبعض الآثار، وتنفيذ جزء من العقد بطريق التعويض.

وهكذا نقسم موضوع هذا الفصل، على ثلاثة مباحث اولها لتعريف تجزئة العقد وثانيها لبيان نطاقها والثالث لتمييزها عن النظم القانونية المشابهة.

المبحث الأول

تعريف "تجزئة العقد"

ليس اصطلاح تجزئة العقد جديداً، فقد ورد ذكره في بعض النصوص القانونية⁽¹⁾، كما استخدمه الفقه في الدراسات القانونية ذات العلاقة كما سنرى فيما سيأتي من هذا المبحث.

(1) انظر المادة 1-720 من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن (الصلح لا يتجزأ)، فبطان جزء منه يقتضي بطلان العقد). وهي توافق المادة (1-557) من القانون المدني المصري.

غير انك لاتجد محاولة لتعريف هذا المصطلح، تنطبق على تطبيقاته. ولا نحاول أن نستبق الامور ونخوض في التطبيقات هنا، انما مع غياب التعريف، لا بد من عرض موجز لبعض حالات تجزئة العقد، ليكون التعريف الذي سنقترحه للمصطلح واضحاً في ذهن.

فمن المؤكد، أن العقد إذا نشأ، وجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه⁽¹⁾. أي أنه يجب أن ينفذ تنفيذاً كاملاً ، فليس من شأن التنفيذ الجزئي للعقد أن يحقق الغرض المشروع الذي ابتغاه أطراف العقد إلا جزئياً. غير أن الأمور لا تسير على هذا النحو دائماً، بل كثيراً ما يظهر أن جزءاً من العقد كان باطلاً، أو أن تشريعاً جديداً ظهر فسبب بطلان جزء من العقد أو أن جزءاً من العقد كان موقوفاً (عراقي) أو قابلاً للإبطال (مصري أو فرنسي) فاستخدم من له الحق في الإبطال حقه هذا فأزال جزءاً من العقد.

كما قد يكون العقد كله صحيحاً ولكن التنفيذ كان جزئياً، ويقتنع القاضي بفسخ العقد فيما لم ينفذ منه فقط. كما قد تحصل إحدى الحالات التي يتعذر فيها التنفيذ الكامل، أما لأن المبيع المعين في العقد قد ظهر ناقصاً، أو لأن جزءاً منه قد هلك أو استحق، أو ظهر أحد الأشياء المعقود عليها معيباً، أو تحصل واقعة قانونية كالموت تجعل من التنفيذ الكامل مستحيلاً فينفسخ جزء من العقد. وقد يكون للعائد الحق، طبقاً لنصوص القانون، في التحلل من جزء من العقد، كما في العقود غير اللازمة ، فإذا مارس المتعاقد حقه هذا، بقي جزء من العقد وزال الجزء الآخر. وهذه الحالات تتفق مع بعضها في أن جزءاً من العقد بقي صحيحاً نافذاً، بينما زال الجزء الآخر منه دون تنفيذ.

وعلى الرغم من أنه ليست حالات انتقاص العقد جميعاً تعني تجزئة له كما سنوضحه في المبحث التالي⁽²⁾، إلا أن جانباً من الفقه ينص على ذلك فيعد أن (المادة 139 مدني عراقي تقرر بانه في حالة البطلان الجزئي للعقد فانه يسقط الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح ، وهذا كقاعدة عامة وهي تجزئة للعقد)⁽³⁾. بل وأكثر من ذلك يعرف بعض الفقه انتقاص العقد بانه (تجزئة العقد في حالة ما اذا انصب على محل بعضه قابل لترتيب

(1) نصت المادة 150-1 من القانون المدني العراقي على انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق

مع ما يوجبه حسن النية) وهي تطابق المادة 148-1 من القانون المدني المصري.

(2) انظر ص 57 وما بعدها من هذه الرسالة.

(3) د. عقيل فاضل حمد الدهان ، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي،

اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، 2006، ص16.

ويرى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، انه (إذا امكن تجزئة العقد صح العقد في شقه الصحيح وبطل في شقه الآخر لان بطلان العقد كله ليس باولى من تصحيحه)(2).

ويشير جانب من الفقه المصري إلى نص المادة 143 من القانون المدني المصري التي تتناول حال كون العقد في شق منه باطلاً، او قابلاً للابطال بينما يكون صحيحاً في الشق الآخر، (فـ) كان هنالك اتجاه يذهب إلى أن العقد لا يتجزأ، فهو اما أن يبطل كله او يصح كله، ولم ياخذ المشرع بهذا الاتجاه بل قرر على العكس مبدأ تجزئة العقد بشروط معينة.(3)

ويرى بعضهم أن فكرة انتقاص التصرفات القانونية تقوم(على ان العقد القابل للتجزئة تتم تجزئته إذا انصب بعضه على محل في شق منه قابل لان يترتب اثر العقد عليه، والبعض الآخر ليس كذلك، لأنه غير صحيح)(4)

واذ يتناول بعضهم شروط انتقاص العقد ينص على انه (يتعين لكي نكون امام انتقاص للعقد بالمعنى القانوني الدقيق ألا يترتب على تجزئة العقد تغيير في طبيعته القانونية)(5).

وعموماً فاننا نجد أن العقد إذا كان باطلاً في جزء منه فان احد الحلين لهذه الحالة هو (تجزئة ذلك التصرف بسقوط الجزء الباطل وبقاء الجزء الصحيح..)(6) والحل الآخر هو زوال العقد كله.

-
- (1) د.حسن علي الذنون , اصول الالتزام , مطبعة العاني, بغداد, 1970, ص122.
 - (2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق في الفقه الاسلامي , الجزء الرابع , دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت , لبنان, بلا سنة طبع, ص140.
 - (3) د.سمير تناغو , نظرية الالتزام , منشأة المعارف , الاسكندرية, بلا سنة طبع, ص91.
 - (4) د.منذر الفضل, النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي, دراسة مقارنة, الجزء الأول, مصادر الالتزام , ط1, 1991, ص217.
 - (5) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل, نظرية الالتزام , المصادر الارادية للالتزام, العقد والارادة المنفردة, ط1, مطبوعات جامعة الكويت, 1995, ص355, كما يقول (إذا امكن تجزئة التصرف الباطل جزئياً باسقاط شقه الباطل دون شقه الصحيح....). البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية , دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانتقاص, مطبوعات جامعة الكويت, 1988, ص198,
 - (6) د.عقيل فاضل حمد الدهان, مصدر سابق, ص3.
- وقد تناول الفقه وهو يحلل بطلان العقد في جزء منه وبقاء الجزء الآخر صحيحاً , تجزئة ذلك العقد في العديد من الابحاث الاخرى اضافة لما ذكرناه(1).

والذي نفيده منه في العرض المتقدم أن اصطلاح تجزئة العقد ليس غريبا على الفقه القانوني لتوصيف حال زوال جزء من العقد كونه باطلا او مبطلا, وبقاء الجزء الآخر بوصفه عقدا صحيحا نافذا.

وحال زوال جزء من العقد وبقاء الجزء الآخر ليست قاصرة على بطلان او إبطال جزء من ذلك العقد, بل تشمل كذلك حالات انحلال جزء فقط من العقد وبقاء جزئه الآخر, كافةً ٩

فقد يتفق المتعاقدان على اقالة جزء من العقد لا غير, وهو ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني العراقي (ولو كان بعض المبيع قد تلف ,صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن.) فيتجزأ العقد هنا إلى جزء بقي نافذا واخر زال بالاقالة.

وفي العقود غير اللازمة⁽²⁾ بطبيعتها فانه (ليس للرجوع في حال عدم لزوم العقد لاحد العاقدين دون الآخر اثر رجعي فاذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد انفسخ العقد من وقت رجوعه وبقيت اثار العقد إلى وقت الرجوع قائمة)⁽³⁾ فاذا حصل ذلك فان جزءاً من العقد يتم تنفيذه بينما يزول العقد بالنسبة إلى المستقبل.

(1) انظر على سبيل المثال د. عادل حسن علي السيد , احكام انقاص العقد الباطل, مكتبة زهراء الشرق للطباعة والنشر, 1988, ص223, د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية , مصدر السابق, ص186, هامش رقم(1), ندى عبد الكاظم حسين, نظرية انتقاص العقد, رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق, جامعة النهرين, 2000, ص46 وكذلك ص54.

(2) وعدم اللزوم قد يرجع إلى طبيعة العقد فيكون صفة اصلية ثابتة فيه وقد يكون في احد العقود اللازمة إذا وجد خيار للعاقد فيكون عدم اللزوم صفة مؤقتة بوجود الخيار, انظر تفصيل ذلك , الشيخ محمد ابو زهرة, الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية, دار الفكر العربي, بلا سنة طبع, ص421, د. احمد فراج حسين, الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية, ط1, مؤسسة الثقافة الجامعية, بلا سنة طبع, ص338, حسن عبد الله محمد العنسي, دور الارادة المنفردة في نقض العقد, رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون, جامعة بابل, 2000, ص86 وما بعدها.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص198.

ومن تطبيقات الغاء جزء من العقد بالارادة المنفردة – والتي سنعرض تفاصيلها خلال الرسالة – عزل الوكيل او اعتزاله الوكالة قبل اتمام العمل الموكل به (المادة 947-

1 من القانون المدني العراقي والمادتان 715 و 716-1 من القانون المدني المصري) . وتحلل رب العمل من عقد المقاوله بسبب مجاوزة المصروفات القيمة المقدرة في المقايضة مجاوزة جسيمة اثناء تنفيذ عقد المقاوله طبقا للمادة 879 من القانون المدني العراقي الموافقة للمادة 657 من القانون المدني المصري, وهنا يتم فسخ العقد(دون أن يكون لهذا الفسخ اثر رجعي, فما تم تنفيذه من العقد ينتج اثره ويفسخ العقد في الشطر الذي لم ينفذ.)⁽¹⁾ (فالامر اذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاوله تنفيذا جزئيا.)⁽²⁾ وهذه من حالات الفسخ الجزئي للعقد التي تؤدي إلى تجزئته (فنحن اذن بصدد فسخ جزئي , يفرق فيه رب العمل بآراءه المنفردة صفقة المقاوله)⁽³⁾

ويتجزأ عقد الاعارة إذا رد المستعير الشيء المعار قبل انقضاء العقد⁽⁴⁾ او طلب المعير انتهاء الاعارة في احوال معينة.⁽⁵⁾ حيث يبقى العقد لما نفذ منه ويزول بالنسبة إلى المستقبل ونفس الحكم في عقد الوديعة⁽⁶⁾, حيث يكون للمودع طلب رد الوديعة. كما أن للوديع ردها متى شاء فينهي العقد دون اثر رجعي. كما يتجزأ العقد إذا كان التنفيذ جزئيا او معيبا وقُضي بفسخ العقد فسحا جزئيا لا كليا, (ولا ريب أن الفسخ الجزئي هو صورة

-
- (1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, العقود الواردة على العمل, الجزء السابع, المجلد الأول, دار احياء التراث العربي, بيروت, لبنان, بلا سنة طبع, ص169.
 - (2) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الخامس, مطبعة دار الكتاب العربي, بلا سنة طبع, ص40, وب نفس المعنى د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء السابع, المجلد الأول, المصدر السابق, ص168.
 - (3) د.عصام انور سليم, عدم تجزئة العقد, منشأة المعارف, الاسكندرية, 1994, ص364.
 - (4) انظر المادة 861-2 مدني عراقي والمادة 643-3 مدني مصري.
 - (5) انظر المادة 862 مدني عراقي والمادة 644 مدني مصري.
 - (6) انظر المادة 969-1 مدني عراقي والمادة 722 مدني مصري.

نموذجية من صور تفرق الصفقة)⁽¹⁾ اي تجزئة العقد ذلك لانه إذا(رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير، بحيث يبرر الفسخ، بقي عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله، او يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر.)⁽²⁾

كما نص القانون المدني العراقي في بعض الموارد، على اخذ المعقود عليه الناقص⁽³⁾ او الهالك جزئياً⁽⁴⁾ او المعيب في بعض منه⁽⁵⁾، بحصته من الثمن ونص على الحق في انقاص الاجرة بسبب نقص الانتفاع عما اتفق عليه في العقد⁽⁶⁾ وهذه صور للفسخ الجزئي، والذي هو صورة نموذجية للعقد الذي يزول جزء منه ويبقى جزؤه الآخر نافذاً. وفي عقود المدة، يؤدي فسخ العقد قبل انقضاء مدته، إلى زواله بالنسبة لما بقي من المدة، وبقاءه بالنسبة لما نفذ منها ولا يكون للفسخ من اثر رجعي هنا⁽⁷⁾ فكأن العقد قد زال في جزء، وبقي في جزء آخر منه. وهكذا يتعذر حصر الحالات التي يخرج فيها الامر عن اصل وجوب تنفيذ العقد كاملاً فيزول جزء منه ويبقى جزء آخر. وهذا الوضع القانوني هو الذي عنينا به تجزئة

-
- (1) د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 15.
 - (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص 701.
 - (3) انظر المادة 543 والمادة 545 من القانون المدني العراقي.
 - (4) انظر المادة 547 من القانون المدني العراقي.
 - (5) انظر المادة 561 من القانون المدني العراقي.
 - (6) انظر مثلاً المواد 744، 747، 751، 752، 754-2، 755-1، 758-1، 844-1 من القانون المدني العراقي.
 - (7) انظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، 1946، ص 51، وكذلك ص 251، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1934، ص 143، د. عبد الحي حجازي، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950، ص 8.

العقد فنستخلص له التعريف التالي⁽¹⁾ : تجزئة العقد⁽²⁾ تعني (زوال جزء من العقد او ازالته دون تنفيذ، وبقاء الجزء الآخر، بوصفه عقداً مستقلاً، بمقتضى نص القانون.) ونوضح باختصار بعض ما ورد في التعريف، على أن تفصيل هذا التعريف هو غاية هذه الرسالة.

(زوال جزء من العقد)، الزوال يعني التلاشي عندما يكون ذلك بحكم القانون كما في بطلان جزء من العقد، او انفساخ جزء منه لاستحالة تنفيذه، او بالاتفاق لوجود شرط فاسخ لجزء في العقد ويتحقق هذا الشرط .و(جزء العقد) هو عقد على غرار العقد الاصلي انما جزء منه .

(او إزالته) هي زوال جزء من العقد بتدخل الارادة، كما في ابطال جزء من العقد او نقض جزء موقوف من العقد ،او فسخ جزء من العقد بالارادة المنفردة،او بالطلب إلى القاضي،او إقالة جزء من العقد باتفاق إرادتي طرفيه.

(دون تنفيذ) تميزا له عن انقضاء جزء من العقد بتنفيذه عينا او بمقابل. فتنفيذ جزء من العقد هو الطريق الطبيعي لزواله وليس فيه اخلال بوحدة العقد ولو تأخر تنفيذ الاجزاء الباقية إلى وقت لاحق.

(بقاء الجزء الآخر) اي أن الجزء الذي يبقى من العقد بعد زوال الجزء الآخر، يبقى بوصفه عقداً.

(1) مع أن هذا التعريف يرد في بداية الرسالة إلا انه من اخر ما كتبناه منها في ضوء ما توصلنا اليه من خلال البحث.

(2) وليبيان المعنى اللغوي للجزئية: جاء في لسان العرب لابن منظور "جزأ الشيء جزأ" وجزأه , كلاهما جعله اجزاء , وكذلك التجزئة , وجزأ المال بينهم مشدد لاغير: قسّمه .والجزء في كلام العرب: النصيب. والجزء: الاستغناء بالشيء عن الشيء وكأنه الاستغناء بالاقل عن الاكثر فهو راجع إلى معنى الجزء .ابن الاعرابي : 'يُجزئ قليل من كثير ويُجزئ هذا من هذا : اي كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه. وجزأ بالشيء وتجزأ: قنع واكتفى به, واجزأه الشيء كفاؤه, الجزء الثاني ,باب الجيم, ط3, دار احياء التراث العربي, مؤسسة التاريخ العربي, بيروت لبنان, ص 267. اما العقد(فهو وصل الشيء بالشيء على سبيل الاستيثاق والاحكام والعهد والالتزام . والعقد التزام على سبيل الاحكام), الفخر الرازي , التفسير الكبير, المجلد الرابع, ط4, دار احياء التراث العربي, بيروت ,لبنان, 2001, ص276.

(بوصفه عقدا مستقلا) اي أن الجزء الذي يبقى من العقد، يمتلك أركان العقد وشروطه من ذات نوع العقد الاصلي الذي¹²تجزأ وله مقومات البقاء مستقلاً.

(بمقتضى نص القانون) فتجزئة العقد بوصفها خروجاً على اصل وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، لا بد لإعمالها من الاستناد إلى نص في القانون، يضبط شروطها ويمنع من التوسع فيها .

وهذه المعاني التي ذكرناها في معرض بيان التعريف لها سندها في القانون والفقه تتكفل باثباته هذه الرسالة.

وفكرة تجزئة العقد على النحو الذي عرضناه، نجدها في كتب الفقه الاسلامي، ولكنها تحت تسميات اخرى، كتفريق الصفقة وتفرق الصفقة وتبعيض الصفقة(1).

فقد روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم، انه دفع ديناراً إلى حكيم ابن حزام رضي الله عنه وامره أن يشتري له اضحية، فاشترى شاتين ثم باع احدهما بدينار وجاء بدينار وشاة إلى النبي صلى الله عليه واله وسلم، فدعا له بالبركة، وقال عليه الصلاة والسلام (بارك الله في صفقة يمينك)(2).

-
- (1) الصفقة لغة مشتقة من الصفق) وهو الضرب الذي يسمع له صوت... تصافقوا : تبايعوا وصفق يده بالبيعة والبيع على يده صفقا: ضرب بيده على يده وذلك عند وجوب البيع والاسم منها الصفق، ويقال ربحت صفقتك للشراء وصفقة رابحة وصفقة خاسرة... وإنما قيل للبيعة صفقة لانهم كانوا إذا تبايعوا تصافقوا بالايدي... والصفقة تكون للبائع والمشتري . وفي حديث ابي هريرة : الهام الصفق بالأسواق اي التبايع) ابن منظور لسان العرب، الجزء السابع، مصدر سابق، باب الصاد، ص365. واما التفريق: فرق الشيء، قسمه وفرق الاشياء قسمها وفرق الشيء: بدده ووزعه. د.سعدى ابو حبيب، القاموس الفقهي، بلا سنة ومكان الطبع، ص284، وانظر كذلك ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، باب الفاء، ص242، والتبعيض، بعض كل الشيء طائفة منه سواء قلت او كثرت ، وبعضه تبعيضا جزأته . الامام محب الدين الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس، المجلد الخامس، فصل الباء من باب الضاد ، دار الفكر بلا سنة طبع، ص8، وجاء في معجم الفاظ الفقه الجعفري: التبعض: التجزؤ: الانقسام (الى ابعاض) التبعض: التجزئة والتقسيم (الى ابعاض): الاخذ من الشيء بعضه وترك الباقي، د. احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري، ط1، مطابع الدخول، الدمام، السعودية، 1995، ص96.
- (2) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع ، ط3، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص344، انظر كذلك الشيخ زين الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الثاني، ط6، قم، ايران، 1426هـ، ص122.

وجاء في كتاب المجموع(الصفقة هي عقد البيع لانه كان عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد)(1) وجاء في الكفاية (الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء، ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه)(2).

ومن هذا يتضح أن الصفقة التي استخدمت للدلالة على انعقاد عقد البيع، صارت تدل على عقد البيع ذاته ومن ثم على عموم العقد(3).

جاء في كشاف القناع) الصفقة هي المرة من صفق له البيع اي ضرب بيده على يده, وهي عقد البيع لان المتبايعين يفعلان ذلك. ومعنى تفريقهما ,اي تفريق ما اشتراه بعقد واحد.... وهو أن يجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح بيعه، صفقة واحدة بثمن واحد(4).

وقد يراد بتفريق الصفقة أن القبول لم يطابق الايجاب وإنما انصب على جزء من الصفقة التي عرضها الموجب في ايجابه، وهنا يكون(المراد بتفريق الصفقة في اصلاح الفقهاء ,تجزئة المعقود عليه، بالرضا ببعض دون بعض، مخالفا في ذلك القبول للايجاب(5).

-
- (1) الامام ابو زكريا محي الدين بن شرف النووي, كتاب المجموع, الجزء التاسع, دار احياء التراث العربي, بيروت, لبنان, بلا سنة طبع, ص469.
 - (2) جلال الدين الخوارزمي الكرلاني, -الكفاية , مطبوع بهامش شرح فتح القدير, الجزء الخامس, دار احياء التراث العربي, دار الكتب العلمية, بيروت ,لبنان, بلا سنة طبع, ص464, انظر بهذا المعنى الشيخ احمد ابراهيم بك مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي, محاضرات لطلبة الدكتوراه, كلية الحقوق, جامعة فؤاد, 1944-1945, مكتبة عبد الله وهبة, مصر, ص67 في الهامش.
 - (3) د.عبد الستار ابو غدة, الخيار واثره في العقود, الجزء الثاني, بلا سنة ومكان الطبع, ص471.
 - (4) الشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي, كشاف القناع, الجزء الثالث, ط1, دار احياء التراث العربي, مؤسسة التاريخ العربي, بيروت ,لبنان, 1999, ص202, وجاء في معنى تفريق الصفقة كذلك(وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد), ابن قدامة المقدسي, ت682 هـ, الشرح الكبير, مطبوع بهامش كتاب المغني, الجزء الرابع, دار الكتب العلمية, دار القماطي للطباعة والنشر , بيروت, لبنان, بلا سنة طبع, ص37.
 - (5) الشيخ احمد ابراهيم بك , العقود والشروط والخيارات, بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد , العدد السادس , السنة الرابعة, هامش رقم (1), 1934, ص651.

ويعرف بعضهم(تبويض الصفقة: أن يكون بعض المبيع او العين المستأجرة, بحال معينة وليس كلها او كما لو وجد في 144 فوق تفاح، عشر تفاحات فاسدة او خراب في بعض غرف الدار لا كلها ... تبويض الصفقة: اخذ بعض المبيع ورد بعض(1).

ومنهُ يتضح أن الصفقة تتفرق (اي يتفرق عقد الايجار)، لان بعض المأجور لا يصلح للعقد وليس كله فيصح العقد فيما يصلح ويزول فيما لا يصلح. او أن بعض المعقود عليه قد تلف، فيبقى العقد بالنسبة إلى الباقي غير التالف.

وجاء في الموسوعة الفقهية) تتفرق الصفقة بتفصيل الثمن ،كأن يقول بعثك هذا بكذا وهذا بكذا، فيقبل الآخر . وبتعدد المشتري او البائع وبالجمع في صفقة بين ما يجوز بيعه وما لايجوز بيعه ،كخل وخمر.ومعنى تفرق الصفقة، تفريقها في الحكم. ففي حال تفصيل الثمن مثلا يجوز للمشتري قبول احد المبيعين ورد الآخر.وفي حال الجمع بين الحلال والحرام في صفقة، يصح العقد في الحلال ويبطل في الحرام.(2) وهو كلام ينسجم مع منهج الفقه الاسلامي الذي يتوسع في ضرب الامثلة التفصيلية لبيان الفكرة العامة.

وقد يتضمن العقد المركب عقدين مختلفين في الحكم فيكون (معنى تفريق الصفقة في اختلاف الاحكام ، أن يكون لكل من العقدين حكما يخصه)(3) وتتفرق الصفقة اذا اشترى سلعتين فتستحق احدهما، فانه يتخير، بين التزام الاخرى بقسطها من الثمن والفسخ فيها. ولا فرق في الصفقة المتبعضة، بين كونها متاعا واحدا، فظهر استحقاق بعضه، او امتعة كما مثل هنا(4) وهذا الخيار يعطي للمشتري عند تفرق الصفقة عليه(5).

(1) د.احمد فتح الله، مصدر سابق، ص96.

(2) وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية ، الجزء الثالث عشر، ط1، مطبعة الموسوعة الفقهية، الكويت، 1987، ص81.

(3) الشيخ سليمان الجمل- حاشية الجمل على شرح المنهج، الجزء الثالث، دار الفكر العربي، ص98، وانظر كذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص46، هامش رقم(1).

(4) زين الدين العاملي، الروضة البهية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص122.

(5) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الثاني، ص46، هامش رقم (1).

ومن التعريفات الواضحة لتفريق الصفقة(أن لا يتناول حكم العقد جميع المعقود عليه او يتناوله ثم ينحسر عنه فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة ،قد تفرقت او تبعضت او تجزأت، وبكل هذه المترادفات يعبر الفقهاء فيسمونها(تفرق الصفقة) او (تبعضها) او (تجزؤها))(1). ومنه يتضح أن تفريق الصفقة، يشمل الحالات جميعها، التي يكون فيها العقد باطلا في جزء منه، لان المعقود عليه في جزء منه لا يصلح أن يتناوله حكم العقد، كالخمر مع الخل او اية حالة اخرى لا يصلح فيها المحل كله لظهور اثر العقد بل، جزء منه فقط، وقد يتناول حكم العقد المعقود عليه جميعه، فالعقد صحيح كله ولكنه ينحسر عن

بعضه ،كما لو استحق بعض المعقود عليه او هلك قبل تسليمه، فيزول حكم العقد عن ذلك الجزء ويبقى بالنسبة للجزء الآخر. فتتفرق الصفقة بعد أن كانت مجتمعة.

(وتتفرق الصفقة لا تنحصر صورته في محل العقد ,بل قد ينشأ عن تعدد العاقد كما لو كان المشتري رجلين اشترى شيئاً واحداً واطلعا على عيب بالمبيع فانه لا ينفرد احدهما بالفسخ دون صاحبه في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد:ينفرد)⁽²⁾.

ولذلك فان جوهر فكرة تجزئة العقد يتفق مع مدلول تفريق الصفقة في الفقه الاسلامي، مع بعض الاختلاف في التفاصيل، يتضح من خلال الرسالة.

المبحث الثاني

نطاق تجزئة العقد

تتحقق تجزئة العقد كلما زال من العقد جزء دون تنفيذ وبقي جزء اخر بوصفه عقداً مستقلاً. وتجزئة العقد استثناء من وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه⁽³⁾. وليبيان

(1) د.عبد الستار ابو غدة, مصدر سابق, ص471 , وعرفه بعضهم (بأنه صرف العقد إلى بعض ما دل عليه اللفظ

من المبيع وقصده العاقدان), الامام اكمل الدين البابر تي ,شرح العناية على الهداية, مطبوع بحاشية شرح فتح القدير , الجزء الخامس, دار احياء التراث العربي, دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, بلا سنة طبع, ص485.

(2) د.عبد الستار ابو غدة,المصدر السابق, ص431.

(3) انظر المادة 1-150 من القانون المدني العراقي والمادة 1-148 من القانون المدني المصري المطابقة لها.

نطاق هذه التجزئة, نعرض اولا لمسألة تجزئة العقد من حيث وجودها في القانون والفقه المدنيين, ثم أن هذه التجزئة لا تحصل الا بزوال جزء من العقد بالمعنى الاصطلاحي لهذا التعبير فليس كل ما يزول من العقد, يتحقق فيه معنى (الجزئية) من العقد, وبتحديد معنى الجزء, يتضح نطاق التجزئة, إذ بزوال هذا الجزء تتحقق التجزئة وليس بغيره. ثم نتناول مجال تطبيق التجزئة على العقد البسيط وعلى العقد المركب. فنقسم هذا المبحث على مطلبين الأول نخصه لتجزئة العقد من حيث وجودها والثاني لنطاق تجزئة العقد البسيط والعقد المركب.

المطلب الأول

تجزئة العقد من حيث وجودها

نعرض هنا على نحو مركز لوجود تجزئة العقد في مجال النظرية العامة للالتزام والتنظيم القانوني لبعض العقود.

فقد نصَّ المشرع على وحدة العقد والقوة الملزمة لـ⁽¹⁾ تلك الوحدة والقوة الملزمة المبنية على توفر أركان العقد الصحيحة والمشروعة ذاتا ووصفا.⁽²⁾

(1) نصت المادة 146-1 من القانون المدني العراقي على انه(إذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص القانون او بالتراضي) وهي موافقة للمادة 147-1 من القانون المدني المصري ولذلك لا يستطيع احد العاقدين الاخلال بوحدة العقد بالرجوع فيه كله او في بعضه ولا نقضه ولا تعديله (اي اجراء اي تغيير فيه) إلا بالتراضي مع العاقد الآخر او بالاستناد إلى نص في القانون, وهذا ما يسري على القاضي كذلك فليس له نقض العقد او تعديله بدعوى أن ذلك تقتضيه العدالة, فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. انظر في تفصيل ذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الأول, مصدر سابق, ص625, د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن مصادر الالتزام الارادية, وغير الارادية, منشأة المعارف الاسكندرية, 2002, ص115, د.محمد علي البدري, النظرية العامة للالتزام, الجزء الأول, مصادر الالتزام , ط2, الجامعة المفتوحة, 1993, ص166, د.محمد حسن قاسم, الوجيز في نظرية الالتزام, دار الجامعة الجديدة للنشر, 1994, ص88, د. رمضان ابو السعود, مصادر الالتزام, ط3, دار الجامعة الجديدة, للنشر, 2003, ص216.

(2) نصت المادة 133 من القانون المدني العراقي على (1. العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخل, 2. وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال).

وهذا الموقف من المشرع يسوغه المنطق، وتقتضيه حقيقة أن أطراف العقد قد انصرفت اراداتهم، إلى الارتباط به لتنفيذ¹⁷ ما تضمنه من التزامات جميعاً، ناهيك عما يحضى به العقد من اهمية معروفة في معاملات الناس اليومية.

غير أن المشرع قد تنبه أيضاً إلى أن هذه الحالة المثالية المنشودة لا تتحقق دائماً، بل يتعرض العقد إلى الكثير مما يخل بوحدة التي ذكرناها، اما لما يلحقه من بطلان او ابطال يصيب جزءاً منه او لحصول ما يؤدي إلى انحلال جزء منه. والنتيجة أن يصير هذا) العقد الواحد... عقدين, احدهما ينتج اثاره ويلزم في حق العاقد والاخر يلغو في حقه⁽¹⁾، على حد تعبير بعضهم متسائلا. والاصل في العقود والالتزامات الناتجة عنها، القابلية على التجزئة والانقسام إلا إذا كان محلها لا يقبل الانقسام من حيث طبيعته او في قصد

المتعاقدين⁽²⁾ . وسنفصل في هذا الموضوع في موضع لاحق من هذه الرسالة⁽³⁾ ولذلك نصت القوانين على هذا الاستثناء⁽⁴⁾ (اي عدم القابلية للانقسام) كما تناوله الفقه ايضا . يقول الفقيه الفرنسي جاك غستان (أن اللانقسامية الذاتية لافتراض طالما انها تتوقف حسب تعريفها على ارادة الفريقين ... ينتج عن ذلك أن انقسامية الموجبات الناشئة عن العقد هي المبدأ، واللانقسامية، هي الاستثناء)⁽⁵⁾. ولا تعني قابلية العقد للانقسام تجزئته تلقائيا والاخلال بوجوب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه، ولكنها تعني امكان حصول هذه التجزئة إذا توفرت الشروط الاخرى لإجرائها.

-
- (1) د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص18.
 - (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص1145، وقرارات محكمة النقض في الهامش(1) ب. وانظر كذلك مصطفى العوجي، القانون، المدني، الجزء الأول، العقد، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص66.
 - (3) انظر المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الباب ص 81 وما بعدها من هذه الرسالة.
 - (4) انظر المادة 336 من القانون المدني العراقي والمادة 300 من القانون المدني المصري .
 - (5) جاك غستان بالتعاون مع كرسstof جامان ومارك بيو: المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص130، ويقصد باللانقسامية الذاتية : هي اللانقسامية الناتجة عن ارادة الفريقين (المتعاقدين) . المصدر نفسه، ص126.

والفقه الذي بحث في عدم تجزئة العقود والتصرفات القانونية، حدد نطاق هذا المبدأ في العقود التبادلية التي انصرفت فيها ارادة المتعاقدين¹⁸، إلى عدم ابرام العقد إلا ككل لا يقبل التجزئة⁽¹⁾. وقد مر انفا أن هذه الحالة هي الاستثناء، وان الاصل عدم انصراف الارادة إلى جعل العقد لايقبل التجزئة. وحتى في الحالات التي نص فيها المشرع على عدم جواز تجزئة عقد من العقود، كما في عقد الصلح، حيث نصت المادة 720-1 من القانون المدني العراقي على أن (الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد). وهي تطابق المادة 557-1 من القانون المدني المصري، حتى في هذه الحال، فان هذا النص من النصوص المفسرة، اي المكمل لارادة المتعاقدين⁽²⁾. ولذلك فان المادة نفسها في فقرتها الثانية، اجازت تجزئة عقد الصلح، حيث نصت (2- على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين

من عبارات العقد او من الظروف، أن المتعاقدين قد توافقا على أن اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض). وهي تطابق الفقرة الثانية من المادة 557 من القانون المدني المصري. فقاعدة عدم تجزئة الصلح (ليست من النظام العام، فيجوز أن تتجه نية المتعاقدين صراحة او ضمنا، إلى اعتبار اجزاء الصلح، بعضها مستقلا عن بعض. فاذا بطل جزء منه، بقيت الاجزاء الاخرى قائمة لانها مستقلة عن الجزء الباطل

- (1) انظر د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 659، وهو يذكر انه (اذ سواء في العقد البسيط او في العقد المركب ، لا بد أن تكون ارادة العاقدين المشتركة قد انصرفت إلى عدم ابرام العقد الا ككل او أن يكون احدهما ما كان ليبرمه إلا ككل على نحو يعلمه العاقد الآخر او من المفروض حتما أن يكون قد علمه وقبله). ويذكر ايضا (اننا نود أن نبين أن ما لايجوز تبعيضه من التصرفات القانونية بصرفه إلى بعض ما ورد عليه من ادعاءات متبادلة هو ما كان من قبيل عقود المعاوضة او من قبيل العقود التبادلية (الملزمة للجانبين)) ، ص 649، وبمفهوم المخالفة، فان التجزئة ممكنة دائما في العقود غير التبادلية كالتبرعات وفي العقود التي لم تنصرف ارادة المتعاقدين إلى جعلها كل واحد لا يقبل التجزئة، وهي الاصل الغالب من العقود، انظر في الرجوع في الهبة المواد 620، 621، من القانون المدني العراقي ، ويكون الرجوع جزئيا إذا كان الموهوب له قد تصرف بجزء من الموهوب تصرفا مزيلا للملكية المادة 623-ج من القانون المدني العراقي ، والموافقة للمواد 500، 501، 502 من القانون المدني المصري على التوالي.
- (2) د. عقيل فاضل حمد الدهان، مصدر سابق، ص 78، د. عصام انور سليم ، مصدر سابق، ص 628.

وبذلك يتجزأ الصلح طبقا لارادة المتعاقدين⁽¹⁾.

وهذا الاستثناء الخاص بعدم تجزئة عقد الصلح، دليل على أن الاصل فيما عداه من العقود ،هو تجزئتها، إذا كانت باطلة في جزء منها. وهو ما نصت عليه فعلا المادة 139 من القانون المدني العراقي، الموافقة للمادة 143 من القانون المدني المصري. حيث نصت المادة 139 من القانون المدني العراقي على انه (إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا) فالاصل تجزئة العقد، إذا كان باطلا في جزء منه، والاستثناء عدم التجزئة .

وتتسع دائرة نطاق تجزئة العقد، فتشمل العقود الصحيحة كذلك. فعلاوة على الاقالة لجزء من العقد التي نصت عليها المادة 182 من القانون المدني العراقي، في فقرتها الثانية بقولها(.... ولو كان بعض المبيع قد تلف، صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن.)، فان المشرع وهو يضع حلولاً لبعض الحالات التي تعترض العقد، عمد إلى اعطاء الخيار، للمتعاقد الذي لم يأت الخلل من جهته، بان يُجزئ العقد. فاذا استحال تنفيذ جزء من العقد(البيع مثلاً) استحالة مطلقة، ففي مثل هذه الحال لا يزول العقد كله بحكم القانون بانفساخه كلياً، وإنما يزول جزء منه بمقدار الاستحالة، ولكن يخير المتعاقد بين فسخ العقد كله وبين تنقيص الثمن متى كان محل الالتزام قابلاً للانقسام(2). ويكون الانفساخ جزئياً(3) كما وتتحقق التجزئة في حال الهلاك الجزئي للمعقود عليه المعين بالذات(4)، اذا اختارها المتعاقد.

-
- (1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص550-ص551.
 - (2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، 2005، ص176، القاضي حسين عامر، الغاء العقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1953، ص132.
 - (3) د. صلاح الدين الناهي، القانون المدني العراقي، الكسب دون سبب والفضالة كمصدر للالتزام، ص82، نقلاً عن د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص176، هامش رقم(1).
 - (4) انظر المادة 547 من القانون المدني العراقي الموافقة للمادة 437، 438 من القانون المدني المصري.

كما تتحقق التجزئة اذا استحق المعقود عليه جزئياً(1)، او تعيب بعضه دون بعض(2)، وذلك إذا طلب المشتري تجزئة العقد، باخذ الباقي من المبيع بحصته من الثمن. وفي العقود الزمنية، وهي العقود التي تنصب على اداءات مستمرة او دورية التنفيذ(3)، فان الزمن عنصر جوهري فيها، ويقاس اداء المتعاقد بعنصر الزمن. فاذا حصل ما يؤدي إلى انتهاء هذا العقد قبل انقضاء مدته باحد طرق الانهاء، فانه يتعذر إعمال الاثر الرجعي لهذا الانهاء. فما نفذ من العقد لا يمكن الرجوع فيه(4)، ويكون العقد تجزأً إلى جزء يبقى نافذاً هو ما تم تنفيذه من العقد، واخر يزول هو الجزء المتعلق بالمستقبل. والشئ نفسه يحصل إذا توقف تنفيذ العقد الزمني محدد المدة، مدة معينة(5).

ولابد اخيرا ان نشير، الى أن ارادة الاطراف من اهم موانع تجزئة العقد غير ان دور الارادة في العقود في عصرنا الحاضر، قد اصبح اكثر تنظيما وتحديدا .(فهي محددة في ذلك بقيود النظام العام التي ترجع إلى الاستقرار في التعامل، وبالقيد التي ترجع إلى حماية الضعيف).⁽⁶⁾ فالقانون يعترف للإرادة بسلطان، ولكن يحصره في دائرة معقولة، تتوازن فيها الارادة مع العدالة والاستقرار والصالح العام.

-
- (1) انظر المادة ال555 من القانون المدني العراقي.
 - (2) انظر المادة 651 من القانون المدني العراقي.
 - (3) د.عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , الجزء الثاني, مصادر الالتزام , مطبعة نهضة مصر , 1954, ص103, د. محمد علي البديري, مصدر سابق, ص39.
 - (4) انظر بهذا المعنى, د. حسن علي الذنون, دور المدة في العقود المستمرة , بغداد, 1988, ص8, د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الأول, مصدر سابق, ص166-167, فريد فتیان, مصادر الالتزام, مطبعة العاني, بغداد, 1956-1957, ص34, د. منذر الفضل , النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي, مصدر سابق, ص73, د.عبد الفتاح عبد الباقي, دروس في مصادر الالتزام, مطبعة نهضة مصر, القاهرة, 1969, ص55.
 - (5) د.عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام, الجزء الثاني, المصدر السابق, ص106, د. عبد الفتاح عبد الباقي, المصدر السابق, ص55.
 - (6) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص34, انظر كذلك د. منذر الفضل , المصدر السابق, ص43, د.سمير تناغو , نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص20.

فقد كثرت القيود القانونية، من قبيل تحديد سعر الفائدة في العقود⁽¹⁾، ووضع حد اعلى للاجرة⁽²⁾، وقوانين التسعير الجبري للسلع²¹ والخدمات، ويعمد المشرع احيانا إلى النص على بطلان نوع بعينه من الشروط في العقد⁽³⁾، وهذه القيود، شأنها شأن النظام العام، تتغير مع الزمان والمكان⁽⁴⁾.

وفي فرنسا يعطي المشرع للقضاء، سلطة حماية المستهلك بالغاء الشروط غير المألوفة، اذ (أن الشروط غير المألوفة، اي التي تبدو مفروضة على غير المهنيين او المستهلكين، باساءة استعمال قوة الفريق الآخر الاقتصادية، وتعطي هذا الفريق فائدة مفرطة).⁽⁵⁾ مما يستدعي حماية الطرف الضعيف. (واصبحت محكمة النقض في فرنسا

منذ قرارها بتاريخ 14 ايار 1991 تسمح بابطال الشروط غير المألوفة، حتى في حال غياب مرسوم منع. وقد تأكد هذا الاجتهاد ضمنا بمرسوم 10 اذار -1993، الذي يسمح لقاضي الاساس قبل ابطال شرط غير مألوف، بان يطلب رأي لجنة الشروط غير المألوفة، وهكذا جرى الانتقال من تعديل العقود من قبل المشرع، إلى تعديله من قبل المحاكم⁽⁶⁾.

وخلاصة القول أن حماية العقد من التجزئة، بداعي احترام سلطان الارادة وما اتجهت اليه، لم يعد كما كان في الماضي ايام طغيان مبدأ سلطان الارادة.

-
- (1) انظر المادة 1-172 من القانون المدني العراقي والمادة 1-227 من القانون المدني المصري.
 - (2) كالمادة الرابعة من قانون ايجار العقار في العراق رقم 87 لسنة 1979 المعدل .
 - (3) كما في المادة 985 من القانون المدني العراقي والمادة 750 من القانون المدني المصري الخاصة بعقد التأمين .
 - (4) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص339، د.حسن كيهر، المدخل إلى القانون، دار المعارف، الاسكندرية، ص47، د. حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1956، ص66، د. مصطفى الجمال، الوجيز في القانون المدني، الدار الجامعية، الاسكندرية، ص20، المحامي محسن ناجي، اثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الأول، السنة الرابعة والعشرون، 1969، ص18.
 - (5) الفقيه الفرنسي جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000، ص177.
 - (6) الفقيه جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المصدر السابق، ص178-ص179.

اما في **الفقه الاسلامي**، فان هذا الفقه²² الذي يؤكد على القوة الملزمة للعقد استنادا إلى الايات القرآنية كما في قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)⁽¹⁾ وقوله تعالى (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)⁽²⁾، فان هذا الفقه لم يغفل حال تعرض الصفقة إلى ما يفرقها، بعد أن كانت مجتمعة، وتصدى لمسائلها التفصيلية، على نحو اتسم بوجود خلافات فيما بين مذاهبه وفقهاء المذهب الواحد، ومن الابحاث اللافتة في هذا المجال ما اورده صاحب كتاب القواعد الفقهية⁽³⁾، وهو يتناول (قاعدة انحلال العقود) . ونعرض هنا لبعض الجوانب ذات الصلة بفرق العقد. فالمراد من انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة، هو أن العقد الواقع على هذا المركب، واقع على كل جزء من اجزائه..... فالعقد

باعتبار مجموع ما تعلق به، عقد واحد ولكن باعتبار اجزائه عقوداً متعددة لكن لا مستقلة بل تكون ضمنية.⁽⁴⁾ ويضيف هذا الفقيه، بان من العقود ما لا يقبل الانحلال، بحيث أن كل جزء من اجزاء المتعلق، قابل لان يتصف بما يتصف به الكل. مثال ذلك عقد النكاح الواقع على امرأة، فان المجموع يتصف بانها زوجة معقودة لفلان. ولكن كل عضو منها لا يتصف بانه زوجة معقودة لفلان. ولكن في أكثر العقود والمعاملات، يتصف الجزء بما يتصف به الكل، وان كان بعنوان الجزء المشاع لا الجزء الخارجي الشخصي (اي المفرز). والحاصل أن الانحلال في العقود عبارة عن تعلق العقد بالاجزاء، مثل تعلقه بالكل، اي كما يكون المجموع في قبال مجموع ما جعل في العقد عوضاً، يكون كل جزء من احد العوضين، في قبال الجزء من العوض الآخر.⁽⁵⁾

وتظهر ثمرة ذلك (فيما إذا كان بعض المبيع مما يملكه العاقد، وبعضه الآخر مما لا يملكه بل ملك للغير، او بعضه مما يملك ومال شرعاً يجوز المعاوضة عليه، كالغنم والخل وبعضه

(1) اول الاية الاولى من سورة المائدة.

(2) من الاية (34) من سورة الاسراء.

(3) السيد محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي المهريزي ومحمد حسين الدرايني، الجزء الثالث، ط1، مطبعة الهادي، ايران، 1419هـ، عن المعجم الفقهي، الاصدار الثالث، قرص مدمج، تسلسل 952 في القرص، ص159-ص175.

(4) السيد محمد حسن البجنوردي، المصدر السابق، ص159.

(5) السيد البجنوردي، المصدر السابق، ص160.

الآخر ما لا يملك، اي ليس بمال شرعاً كالخنزير والخمر. فلو باع مجموع غنم وخنزير صفقة واحدة، او خل وخمر كذلك، اي صفقة واحدة، فان قلنا بعدم الانحلال فلا بد من القول ببطلان المعاملة ... واما إذا قلنا بالانحلال، فكانه صدر منه عقدان، احدهما تعلق بما هو ليس بمال شرعاً وهو ما تعلق بالخمر والخنزير مثلاً، فيكون باطلاً والآخر تعلق بما هو مال، وهو الذي تعلق بالغنم والخل مثلاً، فيكون صحيحاً. غاية الامر للمشتري او البائع اي الجاهل منهما .. خيار تبعض الصفقة، والا فأصل المعاملة صحيح ولا اشكال فيه.⁽¹⁾

وانحلال العقد، يتوقف على المعقود عليه. فاذا كان اجزاء مستقلة، مثل ثوب وشاة، امكن انحلال العقد، وإذا كان شيئاً واحداً، امكن انحلاله بالنسبة، اي الثلث والربع دون الاجزاء. اما إذا كان المعقود عليه لا يقبل الانحلال، كالزوجة الواحدة لا يمكن أن يكون

العقد على نصفها دون النصف الآخر, فالعقد لا ينحل (والضابط الكلي لصحة الانحلال هو انه لو اوقع عقدا مستقلا عليه كان صحيحا) (2). اي أن الضابط في انحلال العقد أن كل جزء يصلح لأن يكون عقدا مستقلا.

وتستند قاعدة انحلال العقود (اي تفريقها)، إلى أدلة شرعية منها بناء العرف والعقلاء في معاملاتهم على صحة الجزء الذي استوفى الشرائط، وبطلان الجزء الآخر الفاقدا لشرائط الصحة. كما أن الانحلال على طبق القواعد الأولية، وليس امرا خارجا عن القواعد كي يحتاج إلى دليل. (3) غاية الامر اعطاء المتعاقد خيار تبعض الصفقة . اما إذا كان الانضمام والاجتماع منظورا او شرطا، فيأتي خيار تخلف الشرط او خيار تبعض الصفقة. (4)

ومع هذا التعميم الذي يغلب فيه المعيار الموضوعي، فإن الفقهاء يقيّدون هذه القاعدة في بعض الموارد التي تعرض وتتفرق فيها الصفقة. ولكن لا يوجد بين المذاهب الإسلامية من ينكر جواز تفرق الصفقة في حالات بعينها، غاية الامر أن رضا المتعاقد الذي يختل بسبب هذا التفرق، يجبر بإعطائه الخيار.

(1) السيد الجنوردي، مصدر سابق، ص 161.

(2) السيد الجنوردي، المصدر السابق، ص 163.

(3) السيد الجنوردي، المصدر السابق، ص 166-168.

(4) السيد الجنوردي، المصدر السابق، ص 170-171.

وستمر علينا امثلة كثيرة على ذلك، ونذكر هنا بعض الحالات التي نصت عليها

24

مذاهب الفقه الاسلامي.

جاء في كتاب الاجارة من العروة الوثقى (إذا تلفت العين المستأجرة بعد استيفاء منفعتها في بعض المدة، فتبطل بالنسبة إلى بقية المدة، فيرجع من الاجرة بما يقابل المتخلف من المدة، أن نصفاً فنصف وان ثلثاً فثلث، مع تساوي الاجزاء بحسب الأوقات، ومع التفاوت تلاحظ النسبة،..... وإذا تلف بعض العين المستأجرة تبطل، بنسبته ويجيء خيار تبعض الصفقة) (1) وجاء ايضا (لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار، فالظاهر تقسيط الاجرة لأنه يكون حينئذ من قبيل تبعض الصفقة) (2).

وفي الفقه الحنفي اذا هلك بعض المبيع (قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص، سواء كان نقصان قدر او وصف، وخير المشتري بين الفسخ والإمضاء... وان كان بأفة سماوية: أن نقصان قدر طرح من المشتري حصة الفائت من الثمن ولله الخيار في الباقي وان نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن لكنه يخير بين الاخذ بكل الثمن او الترك.)⁽³⁾

وجاء في الفقه الشافعي (إذا اشترى رجلان سلعة من رجل في صفقة واحدة ثم وجدا بها عيبا فان رداها معا كان ذلك لهما وان امسكاها معا كان ذلك لها وان اراد احدهما رد حصته واراد الآخر امساك حصته جاز)⁽⁴⁾ وجاء في الفقه المالكي (إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمرا وخنزير، او غير ذلك فالصفقة كلها باطلة، وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام، بقسطه من الثمن.)⁽⁵⁾

-
- (1) السيد محمد كاظم اليزدي الطباطبائي، العروة الوثقى، الجزء الثاني، دار المسيرة، بيروت، لبنان، ص215.
 - (2) السيد محسن الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، الجزء الثاني عشر، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص40 من المتن والهامش رقم(2).
 - (3) ابن عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ويليهِ في الحاشية تكملة الحاشية المسماة قرّة عيون الاخبار للسيد محمد علاء الدين افندي وهو ابن الشيخ محمد امين، الجزء السابع، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دار النفاش، الرياض، 1998، ص78.
 - (4) ابوالحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء الخامس ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص250.
 - (5) ابن جزي، القوانين الفقهية، المكتبة الثقافية، بيروت، ص172.

المطلب الثاني

نطاق تجزئة العقد البسيط والعقد المركب

بعد ان اتضح لنا وجود تجزئة العقد، وانها يمكن ان تحصل بمتخلف انواع العقود عندما يزول جزء من العقد، سواء أكان ذلك لبطلان ام ابطال ام انحلال هذا الجزء دون تنفيذ، وبقاء الجزء الاخر بوصفه عقدا مستقلا بقي ان نتناول: في اية مرحلة في حياة العقد يمكن ان تحصل هذه التجزئة. ثم ما الذي يزول من العقد حتى نقول انه تجزأ، ونتناول ذلك على العقد البسيط والعقد المركب، فهذا مما يتطلبه تحديد نطاق تجزئة العقد.

فمن حيث المرحلة التي تحصل فيها التجزئة نقول، ان التجزئة يمكن ان تحصل بدأ من انعقاد العقد لا قبله. فالحديث عن تجزئة العقد يستلزم وجود العقد اولاً، اما قبل ذلك فثمة ايجاب ينتظر القبول .

والبحث في التجزئة في المرحلة السابقة على الانعقاد، يخرج عن نطاق تجزئة العقد، وان كان يدخل في نطاق تجزئة التصرف القانوني، على وصف ان كلاً من الايجاب والقبول تصرف قانوني بارادة منفردة وليس عقدا .

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى، فان العقد لا ينعقد اصلا ما لم يطابق القبول الايجاب , ولا سيما في المسائل الجوهرية، وحتى المسائل الثانوية، اذا كان الايجاب قد تضمنها(2).

كما لا يدخل في نطاق تجزئة العقد، الاتفاقات المرحلية التي يتوصل اليها المتفاوضون

(1) انظر المادة 85 من القانون المدني العراقي والمادة 89 من القانون المدني المصري وانظر كذلك . د. منذر

الفضل ,مصدر سابق, ص113, فريد فتیان, مصادر الالتزام, مصدر سابق, ص45, د. مجيد حميد العنبيكي, مبادئ القانون الانكليزي, بغداد, 2001, ص15.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص217, د. رمضان ابو السعود, مصدر

سابق, ص77, د. صالح ناصر العتيبي , فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية, دراسة مقارنة , ط1, 2001, ص47. والفقهاء الفرنسي جاك غستان , المطول في القانون المدني تكوين العقد, مصدر سابق, ص318-ص319.

تمهيدا للتوصل الى العقد النهائي، وهي ما يسمى بالعقود الجزئية(1).

والفقه الاسلامي متفق مع الفقه القانوني في وجوب مطابقة الايجاب للقبول، وكون هذا هو دليل التراضي على العقد(2) و²⁶نتناول في فرعين ما يزول من العقد وتتحقق به التجزئة، ثم تطبيق ذلك على العقد البسيط والعقد المركب.

الفرع الاول

ما يزول من العقد و تتحقق به تجزئته

يتجزأ العقد - كما ذكرنا في التعريف - اذا زال منه جزء دون تنفيذ . فالتجزئة تتطلب ان يزول بعض العقد، وان يكون هذا البعض جزءاً من العقد. ولتوضيح هذا نقول: قد يزول من العقد شرط وقد يزول منه شق⁽³⁾ (أي جزء)، سواء أكان ذلك لبطلانه ام ابطاله

-
- (1) (والعقد الجزئي اتفاق يتم ابرامه اثناء المفاوضات يحدد الاطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق عليها)، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص141، فاذا نظرنا الى العقد الجزئي بالمقارنة بالعقد النهائي كان جزءاً من مرحلة التفاوض لا غير.
- (2) الشيخ بشير النجفي، الدين القيم، المعاملات، القسم الاول، مطبعة الاكاديمية العسكرية، دار الاوقاف الجديدة، بيروت لبنان، ص24، السيد محمد الصدر، منهج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، القسم الاول، دار المجتبى، قم، طهران، ص37. الكاساني، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص323، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص428، احمد إبراهيم بك، مذكرات مبتدأة، مصدر سابق، ص65، هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، دار التعارف للمطبوعات، 1996، ص208، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الثاني، ط1، دار الفجر للتراث، القاهرة، ص329، زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2002، ص406. د. احمد فراج حسين، الملكية، ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص160، الشيخ محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص203.
- (3) الشق، الفلع، الصدع، الشق : النصف، الجانب، الجزء، د. احمد فتح الله، معجم الفاظ الفقه الجعفري، ص245- ص246، وجاء في لسان العرب لابن منظور ص181-ص183، مادة ش ق ق، ما يلي: الشق والشقة: نصف الشيء اذا شق، يقال : اخذت شق الشاة وشقة الشاة ... ومنه : اتقوا النار ولو بشق تمره أي نصف تمره ... والشقيق الاخ، وشق الرجل وشقيقه اخوه، والشقيقة: داء يأخذ بنصف الرأس والوجه. فالشق لغة هو النصف او عموم الجزء .

ام لاستحالة تنفيذه ام عدم تنفيذه ، وعموما لانحلاله باحد طرق الانحلال.

وليس كل شرط يزول او يتخلف يتحقق فيه معنى الجزئية . فالشرط قد يقصد به (ما يتطلبه المشرع، لترتيب اثر قانوني معين، وهذا ما يسمى بالشرط القانوني كاشتراط المشرع لصحة العقد، ان يكون كل من المتعاقدين متمتعاً بالاهلية اللازمة لابرام العقد)⁽¹⁾. وهذه الشروط يؤدي تخلفها الى اختلال ركن العقد ولا يتصور ان يكون الشرط ذاته باطلاً، لانه مطلوب قانوناً في ذاته وان امكن تصور تخلفه. فاذا تخلف الشرط القانوني بالنسبة

لجزء من العقد، ادى الى بطلانه وعندئذ يكون العقد باطلا في جزء او شق منه. وقد يترتب على ذلك تجزئة العقد وهو ماستتناوله بعد قليل.

وفضلا عن المعنى السابق للشرط (أي الشرط القانوني)، فقد ياتي الشرط كوصف في الالتزام، ويقصد به هنا: امر مستقبل غير محقق الوقوع، يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله (2). وهذا هو الشرط بمعناه الدقيق الذي يفيد التعليق (3).

وشرط التعليق قد يكون شرطا واقفا وقد يكون شرطا فاسخا. ويكون شرطا واقفا اذا توقف على تحققه وجود الالتزام، ويكون فاسخا اذا توقف على تحققه زوال الالتزام (4).
(ويتميز الشرط بهذا المفهوم بانه عنصر عرضي في الالتزام، مصدره الارادة ولا ينشئ التزاما .. فيعد الشرط امرا عارضا يضاف الى التزام استكمل اركانه وشروط نشوئه. (5).

(1) ايمان طارق الشكري، اثر الشرط في حكم العقد دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، 1998، ص5.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الاستاذ عبد الباقي البكري، الاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، ص158.

(3) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل: البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مصدر سابق، ص119.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص27 وما بعدها.

(5) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، 2000-2001، ص159.

والشرط كوصف في الالتزام يجب ان يكون ممكنا، أي غير مستحيل. كما ان الاستحالة تكون مادية اذا خالف الشرط طبيعة²⁸ الاشياء فحال ذلك دون تحققه بصورة مطلقة (1). كما قد تكون الاستحالة قانونية اذا منع القانون مثل هذا الشرط (2). كذلك يجب ان لا يكون مخالفا للنظام العام والاداب.

فاذا كان الشرط واقفا وكان مخالفا للنظام العام والاداب، او كان مستحيلا، فانه يكون باطلا ويكون العقد المعلق عليه غير موجود بالتالي، لان الشرط المستحيل لا يتحقق والشرط المخالف للنظام العام والاداب لا ينبغي ان يتحقق (3).

اما اذا كان الشرط المستحيل او المخالف للنظام العام فاسخا، فان العقد يستقر لعدم تحقق الشرط، ما لم يكن الشرط الفاسخ هو الدافع الى التعاقد فيزول العقد بزواله (4). وهكذا نرى ان الشرط كوصف في الالتزام ،لا يدخل في مضمون الالتزامات العقدية بل هو امر خارج عن هذا المضمون، ويؤدي زواله اما الى زوال العقد المعلق عليه كله او بقائه كله(5)، فلا يؤدي الى اية تجزئة للعقد.(6)

-
- (1) د.محمد شتا ابو سعد : الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني والشرعية الاسلامية ,عالم الكتب ,القاهرة, 1981,ص191.
 - (2) د.محمد شتا ابو سعد: المصدر السابق، ص192، وقد نصت المادة 286 -2 من القانون المدني العراقي على ما يلي(ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا).
 - (3) نصت المادة 287 -1 من القانون المدني العراقي على انه(اذا علق العقد على الشرط المخالف للنظام العام او الادب كان باطلا اذا كان هذا الشرط واقفا فاذا كان فاسخا كان الشرط نفسه لغوا غير معتبر) وهي توافق المادة 266 من القانون المدني المصري, انظر كذلك ,د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الثالث, مصدر سابق, ص27.
 - (4) نصت المادة 287 -2 من القانون المدني العراقي على انه(ومع ذلك يبطل العقد الذي علق على شرط فاسخ مخالف للاداب او للنظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد) وهي توافق المادة 266 -2 من القانون المدني المصري.
 - (5) انظر في ذلك ,د.فتحي عبد الرحيم عبد الله , د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن ,مصدر سابق, ص163.
 - (6) هذا باستثناء اننا يمكن ان نتصور العقد وقد علق جزء منه فقط على شرط . فاذا كان ذلك الشرط واقفا وكان مستحيلا او باطلا , فان الجزء المعلق عليه من العقد يزول, فتتحقق التجزئة واذا كان الشرط فاسخا فلا اثر لزواله على الجزء المعلق عليه الا اذا كان هذا الشرط هو الدافع الى التعاقد فيزول عندئذ الجزء المعلق عليه وتتحقق بذلك تجزئة العقد ايضا.

اما شرط التقييد فيقصد به ما يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما من امر مستقبلي ممكن ,مشروع , يقيدان به حكم العقد(1) . فالعقد المقترن بشرط التقييد عقد منجز غير موصوف، غير انه يكون مقيدا لا مطلقا(2).

والشرط المقترن بالعقد بوصفه قيذا، قد يتعلق بصفة (وصف) في المعقود عليه وهذا هو الاكثر، وقد يتعلق بمقدار المعقود عليه.

ومثال تعلق الشرط بوصف في المعقود عليه، لو اشترط المشتري ان يكون لون السيارة ابيضَ فاذا هي صفراء. فالشرط هنا تعلق بصفة في المعقود عليه، ولا يؤدي فواتها

او اختلافها الى زوال جزء منه، وانما يؤدي الى اختلال رضاء المتعاقد الذي وجد السيارة على غير الصفة التي اشترطها في العقد. فالمعقود عليه ما يزال .هو: سيارة كاملة ولكنها على غير الوصف المشروط فالذي فات وصف لا قدر، أي ليس جزءاً من المعقود عليه بل صفةً فيه. والقول نفسه يصدق على من اشترط ان تكون السيارة التي اشترها من الطراز المصنوع في سنة 2000 فاذا هي مصنوعة في سنة سابقة فالذي فات من المعقود عليه صفة فيه لا مقدار منه. وقد قضت محكمة التمييز بان(اختلاف وصف السيارة المباعة وظهور كونها موديل 948 لا سنة 954، يفوت وصفا مرغوبا فيه ويعد غلطا في صفة جوهرية في نظر المتعاقدين، مما ينطبق عليه حكم المادتين 117، 118 مدني ويترتب على ذلك، عدم نفاذ العقد ويكون طلب فسخ العقد واسترداد الثمن من قبل المشتري، صحيحا قانونا)(3) .

وهذا النوع من الشروط يؤثر في العقد من حيث ان المتعاقد قد عوّل في اصدار رضائه بالعقد على وجود هذا الشرط ،وبالتالي تحققه، ولذلك فانه يرتبط بركن الرضاء

-
- (1) ايمان طارق الشكري: مصدر سابق، ص11.
 - (2) ايمان طارق الشكري، المصدر السابق، ص15.
 - (3) قرارها رقم 2065 / حقوقية/66 في 15/11/1966، نقلا عن ابراهيم المشاهدي ،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص165-ص166 . والحكم اذ عدّالعقد موقفا طبقا للمادتين 117 , 118، مدني عراقي لحصول غلط في صفة جوهرية في المعقود عليه في نظر المتعاقدين لم يكن موقفا فيما اشار اليه من صحة طلب الفسخ . اذ الصحيح ان للمتعاقد الذي توقف العقد لمصلحته ان ينقض العقد أي يبطله طبقا للمادة 134 مدني عراقي لا ان يطلب فسخه مع تكيفه على انه موقوف.

وكذلك بركن السبب. وقد كان القانون المدني العراقي موقفا ودقيقا، حيث نص على (المادة 131 - 1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة.2- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للاداب وإلا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد، فيبطل العقد ايضا .)

ومن هذا النص نلاحظ ان الشرط امرٌ مضاف الى العقد فشرط التقيد (التزام بامر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم

العقد.(1) وهو لذلك وان كان بندا من بنود العقد أي انه ينتمي الى العقد , الا ان هناك عقداً وشرطاً متفق عليهما من لدن المتعاقدين. ويؤكد هذا القول ان الشرط اذا كان باطلا ولم يكن هو الدافع الى التعاقد , قالت المادة 131 من القانون المدني العراقي انفة الذكر (لغا الشرط وصح العقد) فالعقد ما يزال عقدا تاما ولو بدون الشرط .

وهذا بخلاف المادة 139 من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا).

فهذه المادة تتناول بطلان شق (جزء) من العقد وليس شرطا او وصفا فيه فتذكر ان العقد اذا بطل جزء منه فان الذي يظل هو(الباقي من العقد) وليس العقد, وهذا الجزء الباقي لا يكون عقدا الا اذا توفرت له شروط اساسية اخرى سنعرض لها لاحقا (2) وهكذا فاذا بطل الشرط فالذي يبقى هو (العقد). واذا بطل الجزء فالذي يظل هو (الباقي من العقد).

والشرط بمعنى الصفة(او الوصف) في المعقود عليه يمكن ان يكون باطلا, كما يمكن ان يكون صحيحا ولكنه يتخلف او يفوت او لا ينفذه الملتزم به. فاذا كان الشرط باطلا نصت المادة 131 من القانون المدني العراقي في عجز فقرتها الثانية في هذه الحال

(1) ايمان طارق الشكري : اثر الشرط في حكم العقد ,مصدر سابق, ص11, انظر كذلك د.ابراهيم الدسوقي ابو

الليل, البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية, مصدر سابق, ص123.

(2) انظر المبحث الاول من الفصل الثاني من هذا الباب ص 81 وما بعدها.

على انه(لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن للشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا). وهكذا ففي كلا الحالتين لا يتجزأ العقد اذا ألغى الشرط لبطلانه. فأما ان يُلغى وحده ويبقى العقد على حاله بدون الشرط فلا يتجزأ، او يُلغى العقد ايضا لان الشرط هو الدافع الى التعاقد, اي انه سبب العقد فيزول كل العقد ولا يتجزأ كذلك .

وعن هذه الحالة الاخيرة يقول الدكتور السنهوري(اذا كان الشرط الباطل هو الدافع, فان التصرف وشرطه يكونان غير قابلين للتجزئة، ويسقط التصرف كله ولا يجوز انتقاصه.(1)

ولا توجد قاعدة عامة كالمادة 131 من القانون المدني العراقي مارة الذكر في القانون المدني المصري. ويقتصر النص على المادة 143 المناظرة للمادة 139 من القانون المدني العراقي الخاصة ببطلان جزء (شق) من العقد وليس شرطاً فيه. ويذهب الفقه في مصر الى تطبيق المادة 143 من القانون المدني المصري على بطلان الشروط كذلك⁽²⁾. ونحن نرى ان مسلك القانون المدني العراقي هو الافضل , اذ الشرط يتميز عن الشق للفوارق التي اوضحناها, ولان الشرط لا تتحقق فيه غالباً صفة الجزئية من العقد, بخلاف الشق, الذي هو جزء من العقد, على النحو الذي سنوضح فيه معنى الجزء بعد قليل. وفضلاً عن الحكم العام الذي اوردته القانون المدني العراقي في المادة 131 بشأن الشروط الصحيحة والباطلة المقترنة بالعقود, فانه نص صراحة على بطلان بعض الشروط وعدّها لغوا مع بقاء العقد, ولم يخضعها للمعيار القسدي الذي يتم الرجوع بموجبه الى ارادة المتعاقدين وما اذا كانت قد انصرفت الى جعل الشرط دافعاً الى التعاقد فيبطل العقد لبطلانه. وكان المشرع في ذلك هادفاً الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق في الفقه الاسلامي, الجزء الخامس, دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع, ص 100.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية, مصدر سابق, ص 143 وما بعدها.

التعاقدية⁽¹⁾. فزوال هذه الشروط وان كان يعني زوالاً لبند من العقد, الا انه لا يعني زوال جزء منه. فالشرط وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الاعفاء⁽²⁾.

واذا كان الشرط صحيحاً وقد تعلق بوصف مرغوب في المعقود عليه, فان الاثر الذي يترتب على فواته او عدم الوفاء به يختلف باختلاف القوانين. فقد عامل القانون المدني المصري فوات الوصف المرغوب فيه معاملة ظهور العيب في المبيع وطبق عليه احكام ضمان العيب الخفي حيث نصت المادة 447 من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى على انه (يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه او اذا كان بالمبيع عيب....). وسنرى لاحقاً في هذه الرسالة⁽³⁾ ان المشرع المصري طبق احكام ضمان الاستحقاق الجزئي على ضمان العيب⁽⁴⁾, وهي

(1) من ذلك المادة 167 مدني عراقي في فقرتها الثانية (والمادة 149 مدني مصري) التي عدت باطلا كل شرط او اتفاق على منع تعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها ومثل ذلك بطلان كل شرط او اتفاق على عدم تطبيق احكام نظرية الظروف الطارئة(المادة 146 -2 مدني عراقي والمادة 147 -2 مدني مصري) او الاتفاق على، او اشتراط عدم تخفيض الشرط الجزائي، (المادة 170-2 مدني عراقي والمادة 224 مدني مصري) وكذلك بطلان كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع (المادة 259-3 مدني عراقي والمادة 217 -3 مدني مصري). وبطلان شرط عدم ضمان الاستحقاق اذا تعمد البائع اخفاء حق المستحق، (المادة 556-3 مدني عراقي والمادة 445-3 مدني مصري)، وبطلان شرط عدم ضمان العيب الخفي اذا تعمد البائع اخفاء العيب(المادة 568-2 مدني عراقي والمادة 453 مدني مصري) ، وبطلان شرط الاعفاء او الحد من ضمان التعرض او العيب في عقد الايجار، المبني على الغش (المادة 759 مدني عراقي والمادة 578 مدني مصري) ، وبطلان بعض الشروط في عقد العمل الخاصة بانتهاء عقد العمل غير محدد المدة (المادة 917, 918 مدني عراقي) ، وغير ذلك من الحالات التي عَدَّيها المشرع بعض الشروط لغوا . فزوال هذه الشروط لبطلانها لا يعني زوال جزء من العقد والذي يبقى على حاله كاملا دون الشرط.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 678-679 .

(3) انظر المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة ص 242 وما بعدها.

(4) نصت المادة 450 مدني مصري على انه(اذا اخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له ان يرجع

بالضمان على النحو المبين في المادة 444) والمادة 440 هي المادة الخاصة بحكم الاستحقاق الجزئي في القانون المدني المصري ، انظر كذلك د.سمير تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2005 ، ص 302، د.انور سلطان ، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية، بيروت ، لبنان، 1973، ص 262، د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2003، ص 77.

تقوم على اساس بقاء العقد وتنفيذه بطريق التعويض⁽¹⁾ سواء رد المشتري المبيع المعيب وطالب بقيمته وقت الرد، او احتفظ به وطالب بالتعويض عن العيب او فوات الوصف المشروط فيه. وفي كلا الحالتين لا تحصل تجزئة للعقد الذي ينفذ بطريق التعويض، كله اذا رد المبيع او بعضه اذا احتفظ بالمبيع المعيب وطالب بالتعويض عن العيب او فوات الوصف.

(بينما لم ترد في القانون المدني العراقي نصوص مماثلة تجعل من مجرد عدم توفر صفات اشترطها المشتري في المبيع، ووافق عليها البائع، منضوية تحت الحكم نفسه الذي يسري على ضمان البائع للعيوب الخفية)⁽²⁾.

ولذلك فان القواعد العامة هي التي تطبق. ويعد فوات الوصف المشروط بالعقد اخلافا من المدين يعطي الدائن الحق في طلب فسخ العقد(المادة 177 من القانون المدني العراقي) ، او طلب التنفيذ بطريق التعويض لما فات عليه طبقا للمادة 168 من القانون المدني

العراقي بحسب الحال. فلا تجزئة في الاحوال كلها. من هذا يتضح ان الشرط المتعلق بوصف في المعقود عليه لا يترتب على بطلانه او فواته، تجزئة للعقد .

غير ان الشرط قد لا يتعلق بوصف في المعقود عليه، وانما هو جزء منه ولكنه صيغ في صورة جملة شرطية، كما لو تعهد شخص لآخر بنقل ملكية ارض واشترط المتعهد له ان تكون مساحتها 1000 دونم، وحدد سعر الدونم الواحد. وبعد قياسها ظهر أن مساحتها 800 دونما . فالشرط لم يتحقق، وادى فواته الى فوات جزء من المعقود عليه . اي ان الشرط قد تعلق بمقدار (قدر) المعقود عليه لا بصفة او وصف فيه .

وفي المثال المتقدم اذا رضي المتعهد له بالعقد على ان يشمل المقدار الموجود (800 دونما) بحصته من الثمن فان العقد (التعهد بنقل ملكية الارض) يكون قد تجزأ الى جزئين اي عقدين : احدهما صحيح محله تعهد بنقل ملكية 800 دونما بحصتها من الثمن والآخر زال لانعدام محله وهو (تعهد بنقل ملكية 200 دونما) بحصتها من الثمن.

وكذلك الحال لو باع (أ) فاكهة معينة الى (ب) واشترط المشتري ان تكون 20 طناً

(1) د.سمير تناعو , عقد البيع, مصدر سابق, ص269. د.توفيق حسن فرج , اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان , مطبعة جامعة الاسكندرية, 1971, ص256. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الرابع, ص95.

(2) د.كمال ثروت الوندائي, شرح احكام عقد البيع, دراسة مقارنة , ط1, مطبعة دار السلام, بغداد, 1973, ص232 في الهامش.

وقبل التسليم هلك منها بقوة قاهرة خمسة اطنان، فالشرط لم يتحقق، وبفواته فات قدر من المعقود عليه (اي جزء منه) فاذا اخذ المشتري الباقي من الفاكهة (15) طناً فبالحصة من الثمن طبقاً للمادة 547-1 من القانون المدني العراقي والمادة 438 من القانون المدني المصري. ويكون العقد قد تجزأ الى جزء ينفذ محله (15 طناً) من الفاكهة بحصتها من الثمن، والجزء الآخر زال بزوال محله وهو خمسة اطنان بحصتها من الثمن.

والخلاصة ان الشرط الذي يزول بزواله او عدم تحققه جزء من العقد، وبالتالي يؤدي الى تجزئة العقد، ليس الشرط كوصف في الالتزام ولا الشرط المقترن بالعقد والمتعلق بوصف او صفة في المعقود عليه، فمثل هذا الشرط يؤدي فواته الى اختلال رضا المتعاقد فيعطى الخيار بين ان يرضى بالعقد كله بالحال التي هو عليها، او ان يتحلل منه لفوات الوصف. فالعقد يبقى وحدة واحدة في كلا الحالتين، وقد يتم اللجوء الى التعويض عن

فوات الوصف اذا استحال على المتعاقد الرد. فهذا التعويض ليس تجزئة للعقد. انما الذي يؤدي الى زوال جزء من العقد وبالتالي تجزئته، هو الشرط الذي يؤدي فواته الى فوات جزء اي قدر من المعقود عليه، وبالتالي فوات جزء من العقد اذا تحققت الشروط الاخرى للتجزئة.

وعلى اساس هذا التحليل الذي قدمناه، لا نتفق مع من يذهب الى التعميم بان العقد اذا ظهر (شرط من شروطه باطل فان هذا الشرط وحده يسقط ويبقى بقية العقد كقاعدة عامة ، وفي ذلك تجزئة للتصرف وتفرقة للصفقة)⁽¹⁾. فمن ناحية اذا ألغي الشرط لبطلانه، يبقى العقد وليس (بقية العقد) وذلك طبقا لنص المادة 131 من القانون المدني العراقي . ومن ناحية اخرى فان بطلان الشرط لا يؤدي الى تجزئة العقد وتفريق الصفقة، الا اذا كان فيه معنى الجزئية، على النحو الذي بسطناه انفا.

هذا بالنسبة الى زوال الشرط اما زوال الشق او الجزء من العقد، فيتحقق عندما يكون الجزء الذي يزول منه بمثابة عقد صغير، بينما يبقى الجزء الاخر من العقد بوصفه عقدا مستقلا، اي ان العقد الاصلي يصير عقدين احدهما ينتج اثاره ويلزم في حق العاقد والاخر يُلغى⁽²⁾.

لذلك فلكي يكون الجزء الذي يزول من العقد في صورة عقد مستقل يجب ان يتضمن هذا الجزء زوال او فوات جزء من المعقود عليه هو بمثابة محل العقد الذي زال بينما

(1) د. عقيل فاضل حمد الدهان , مصدر سابق, ص 67.

(2) د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص 18.

يبقى الجزء الاخر من المعقود عليه, فلا عقد بلا محل⁽¹⁾.

35
فلو ان عقد بيع وقع على مال كان جزءاً منه مملوكاً للبائع والجزء الاخر مملوك للغير دون توكيل منه , فهذا العقد موقوف في الجزء المملوك للغير في القانون المدني العراقي⁽²⁾ , قابلٌ للابطال لصالح المشتري في هذا الجزء في القانون المدني المصري⁽³⁾ فاذا نقض المالك الحقيقي هذا العقد بالنسبة للجزء غير المملوك للبائع (في ظل القانون المدني العراقي)⁽⁴⁾ ، بطل هذا الجزء، واذا تحققت الشروط الاخرى للتجزئة، تجزأ العقد الى جزء يبقى واخر يزول . واذا ابطال المشتري الجزء القابل للابطال (في ظل القانون المدني المصري)⁽⁵⁾ وتحققت كذلك باقي شروط تجزئة العقد، تجزأ العقد ايضا فيبقى الجزء الذي محله المال المملوك للبائع بحصته من الثمن بوصفه عقدا مستقلا ويزول الجزء الاخر من العقد ومحله الجزء المملوك للغير من المعقود عليه بحصته من الثمن. وكلا الجزأين في

صورة عقد بيع ولكنه اصغر من العقد الاصلي الذي تجزأ الى عقدين، احدهما يبقى ويلزم وينفذ والاخر زال بالنقض او الابطال.

واستنادا الى هذا التحليل فان زوال بعض الاجزاء البسيطة او التافهة التي جرى العرف على التسامح فيها، او بعض الامور الثانوية، لا يعني زوال جزء من محل العقد وبالتالي لا يعني زوال لجزء من العقد. فالمتعاقد يلزم بتسليم المعقود عليه (المبيع مثلا) بحسب ما يقضي به العرف. فالمادة 433 من القانون المدني المصري نصت في فقرتها الاولى على انه (اذ عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك....).

(ومن المقرر انه لا يعتد بالنقص او الزيادة في قدر المبيع اذا كان الفرق طفيفا

-
- (1) د.سمير تناغو, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص70.
 - (2) نصت المادة 1-135 مدني عراقي على مايلي(من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك.
 - (3) نصت المادة 1-466 مدني مصري على ما يلي(اذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري ان يطلب ابطال البيع, ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار , سجل العقد او لم يسجل).
 - (4) انظر المادة 3-135 والمادة 139 مدني عراقي .
 - (5) انظر المادة 143 مدني مصري.

وجرى العرف بالتسامح فيه, فلا يترتب على وجود هذا الفرق اي اثر)⁽¹⁾ كما نص المشرع العراقي في العديد من الموارد على³⁶عدم الاعتماد بالنقص الذي يتسامح فيه عرفا⁽²⁾.

وقد تميز **الفقه الاسلامي** بدقة العرض والتحليل والاستدلال في التمييز بين الشرط والعقد، وبين الوصف والقدر، وبين الوصف والجزء، على النحو الذي نعرضه الان :-
ومن ابلغ ما قيل في هذا الموضوع، ما ذكره الشيخ مرتضى الانصاري: (قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط، لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف، على المشهور لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على تقابل احد العوضين الا بالآخر , والشرع لم يزد على ذلك اذ امره بالوفاء بذلك المدلول العرفي، فتخلف الشرط لا يقدر في تملك كل منهما لتتمام العوضين , هذا ولكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة، بان يشتري مركبا، ويشترط كونه كذا وكذا جزء كأن يقول بعثك هذه الارض او الثوب او الصبرة على ان يكون كذا ذراعا او صاعا، فقد جعل الشرط تركبة من اجزاء معينة، فهل

يلاحظ حينئذ جانب القيدية، ويقال ان المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة ونحوها في العبد، لا يوجب فواتها الا خيارا بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن، او يلاحظ جانب الجزئية فأن المذكور وان كان بصورة القيد، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه فالمبيع في الحقيقة هو كذا وكذا جزأ.....).

(وبالجمله فالفائت عرفا وفي الحقيقة هو الجزء وان كان بصورة الشرط فلا يجري فيه ما مر من عدم التقابل الا بين نفس العوضين.) (3)

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1961، ص117-ص118، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص60-ص61، د. سمير تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص211، د. انور سلطان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص194، وقد نصت المادة 448 من القانون المدني المصري (لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامع فيه).

(2) من ذلك مثلا ما قضت به المادة 756-1 مدني عراقي من عدم ضمان المؤجر للعيوب التي تحد من انتفاع المستاجر اذا جرى العرف بالتسامع فيها او ما نصت المادة 546-1 مدني عراقي من وجوب تجاوز النقص او الزيادة في المبيع خمسة في المائة من القدر المحدد لیت اعمال المواد الثلاث السابقة عليها والخاصة بحكم نقص وزيادة المبيع .

(3) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص36-ص37، انظر كذلك الحر العاملي، وسائل الشيعة، الجزء الثامن عشر، مصدر سابق، كتاب التجارة، ابواب الخيار، الباب الرابع عشر، الحديث 23064، ص27-ص28.

والشرط الفاسد لا يجب الوفاء به، وهو داخل في الوعيد، وهو يؤدي الى فساد العقد اذا ادى الى جهالة احد العوضين، فيكون 37 البيع غررا. وكذلك لو كان الاشتراط موجبا لمحذور اخر في اصل البيع كاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً. (1)

اما الشرط الذي لا يتعلق بركن العقد فهناك من يرى انه (اذا بطلت الشروط بطل البيع لان التراضي انما وقع على هذا الشرط وبدونه لا تراضي). (2)

وعلى العكس يرى فقيه اخر (منع مقابلة الشرط بشيء من العوضين عرفا ولا شرعا لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن. غاية الامر كون الشرط قيذا لاحدهما.... فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين، ولذا لم يكن في فقده الا الخيار بين الفسخ والامضاء مجانا). (3)

وبعبارة اخرى (غاية الامر ان فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين). (4)

وعموما (لو تعذر الشرط فليس للمشتري الا الخيار، لعدم دليل على الارش فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا وشرعا انما هي بين المالكين والتقييد امر معنوي، لا يعد مالا وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه).⁽⁵⁾

ونظير هذا القول ما ينقله الدكتور السنهوري عن صاحب البدائع (ولو اشترى جارية على انها بكر او طبخة او خبازة او غلاما على انه كاتب او خياط او باع عبدا بالف درهم، على انها صحاح او على انها جياذ نقد بيت المال.... فالبيع جائز، لان المشروط صفة للمبيع او الثمن صفة محضة، لا يتصور انقلابها اصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال).⁽⁶⁾

-
- (1) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص40.
 - (2) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، الجزء الاول، مصدر سابق، ص165.
 - (3) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص42.
 - (4) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص43.
 - (5) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص33.
 - (6) الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، ص168 وما بعدها. نقلا عن د. السنهوري، مصادر الحق، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص102.

ويعلق الدكتور السنهوري على ما اورده صاحب البدائع قائلا (والفرق واضح بين الشرط الذي هو صفة للمعقود عليه في حقيقته³⁸، وبين الشرط المقترن بالعقد. فصفة المعقود عليه لا يتصور انقلابها اصلا، وليست لها حصة من الثمن.... ثم ان الصفة المحضة ليست عينا).⁽¹⁾

وهذا هو مسلك مجلة الاحكام العدلية، فالمادة 310 تنص على انه (اذا باع مالا بوصف مرغوب، فظهر خاليا من ذلك الوصف، كان المشتري مخيرا، ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه في الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار (خيار الوصف)، مثلا لو باع بقرة على انها حلوب، فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا، وكذا لو باع فصا على انه ياقوت احمر، فظهر اصفر يخير المشتري). فهنا يعطي فوات الوصف الحق للمتعاقد في الخيار بين الفسخ او الامضاء بالثمن كله، وليس له اخذه وتنزيل شيء من الثمن بدلا من

الوصف، الا اذا كان فيه ما يمنع رده من الاسباب المشروعة لان الاوصاف تابعة للمبيع وداخله فيه فليس لها حصة من الثمن.(2)

الفرع الثاني

تحديد نطاق العقد البسيط والعقد المركب

قد يكون العقد بسيطاً وقد يكون مركباً.

اولاً: العقد البسيط (هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة). (3) ويكون العقد البسيط عقداً مسمى كعقد البيع والإيجار والمقاوله، وقد يكون عقداً غير مسمى كعقد البحث العلمي. وفي الأحوال كلها يتضمن العقد البسيط عملية قانونية من نوع واحد من العقود.

-
- (1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص 102-103.
 - (2) محمد سعيد الراوي، مصدر سابق، ص 189. سليم رستم باز، مصدر سابق، ص 165.
 - (3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 157. وبالمعنى نفسه، رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 34. د. مصطفى الزلمي، مصادر الالتزام برد غير المستحق، مصدر سابق، ص 126. فريد فتیان، مصادر الالتزام، مطبعة العامل، بغداد، 1956-1957، ص 34. د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 12.

وتتم تجزئة هذا العقد اذا زال منه جزء على النحو الذي عرضناه انفاً، ولذلك لا تتحقق التجزئة بمجرد فوات وصف في المعقود³⁹ عليه او امر ثانوي جرى العرف على التسامح فيه، انما يجب لتحقيق التجزئة ان يزول من العقد جزء منه يشمل جزءاً من محل العقد.

ويزول جزء من العقد اما لبطلانه او ابطاله، بينما يبقى الجزء الاخر لتوفر شروط بقائه عقداً مستقلاً، تطبيقاً للمادة 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من القانون المدني المصري الموافقة لها، عند توفر شروط تطبيق تلك المادة.

وسنرى في التطبيقات التي سنتناولها⁽¹⁾ ان زوال جزء من العقد لبطلانه، يمكن ان يكون بسبب تعدد احد اطراف العقد وانعدام رضاء احدهم، او عدم اهليته فيبطل العقد بالنسبة اليه فقط⁽²⁾، كما في شركات الاموال. كما قد يكون بسبب بطلان جزء من محل

العقد لعدم توفر الشروط القانونية فيه، كما لو كان جزء من المحل مخصصا للمنفعة العامة، او كان مخالفا للنظام العام او الاداب(3)، فيكون بذلك شق من العقد باطلا، فاذا توفرت شروط تجزئة العقد، اقتصر الزوال على جزء من العقد وبقي الجزء الاخر عقدا مستقلا(4). ويمكن ان يكون السبب غير مشروع بالنسبة لبعض الاشياء المعقود عليها، اي ان سبب العقد يكون باطلا في جزء منه، فيكون العقد باطلا في ذلك الجزء، صحيحا في الجزء الاخر. فاذا لم يكن الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد، امكن فصله مع بقاء الجزء الصحيح من العقد قائما(5).

ويمكن ان يكون العقد موقوفا في جزء منه في القانون المدني العراقي، اذا تحقق احد

-
- (1) انظر الفصل الاول من الباب الثاني من هذه الرسالة.
 - (2) انظر في تفصيل ذلك د.صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص119. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مصدر سابق، ص111.
 - (3) انظر بهذا المعنى د.سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص74-75. د.عبد المجيد الحكيم واخرين، الجزء الاول، مصدر سابق، ص99.
 - (4) انظر في تفصيل ذلك د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص218.
 - (5) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي، مصدر سابق، ص122. د.عبد العزيز المرسى حمود، مصدر سابق، ص140-141.

اسباب توقف العقد(1) بالنسبة لذلك الجزء، فاذا نقض المتعاقد هذا الجزء وحده، بقي الجزء الاخر صحيحا نافذا طالما توفرت الشروط الاخرى لتجزئة العقد. ويصدق القول نفسه في ظل القانون المدني المصري، اذا كان العقد قابلا للابطال في جزء منه، واقتصر الابطال على ذلك الجزء من العقد(2).

كما يتسع نطاق تجزئة العقد ليشمل حالات العقد الصحيح التي يزول فيها جزء من العقد لانحلاله، وهو ما فصله في التطبيقات(3) سواء أكان هذا الانحلال بالاتفاق، كما في اقالة جزء من العقد(4)، ام كان ذلك بالارادة المنفردة للمتعاقد الذي اعطاه القانون الحق في التحلل من العقد، كما في عقد الوكالة(5)، حيث يجوز للموكل عزل الوكيل، كما يجوز للوكيل ان يعتزل قبل اتمام العمل الذي تتضمنه الوكالة، كما يمكن ان ينحل جزء من العقد

بالتقاضي، او في الاحوال التي حددها القانون، كما في هلاك جزء من المعقود عليه بقوة قاهرة⁽⁶⁾ وغيرها من الاحوال التي سنعرض لها في محلها.

ويقال الشيء نفسه عندما تحصل واقعة مادية، تؤدي الى استحالة تنفيذ جزء من العقد⁽⁷⁾. وفي العقود الزمنية يؤدي انفساخها او انهاؤها الى تجزئة العقد، فيبقى ما نفذ منه لتعذر الاثر الرجعي للفسخ في العقد الزمني⁽⁸⁾، ويزول العقد بالنسبة الى المستقبل فقط. الى غير ذلك من الاحوال التي يزول فيها جزء من العقد البسيط.

(1) وحالات توقف العقد في القانون المدني العراقي يمكن ردها الى (مواطن اختلال الرضاء، سواء نشأ ذلك عن نقص في الاهلية او عن عيب في الرضاء لا يضاف اليها الا تصرف الفضولي في ملك غيره) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الاول، مصدر سابق، ص115. انظر كذلك المواد 115، 117، 121، 135، 944 مدني عراقي.

(2) د.عبد العزيز المرسي حمود، مصدر سابق، ص143. انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص260. وانظر المواد 120، 121، 122، 123، 124، 143 من القانون المدني المصري.

(3) انظر الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(4) انظر المادة 182-2 من القانون المدني العراقي.

(5) انظر المادة 947 من القانون المدني العراقي والمادتين 715، 716 من القانون المدني المصري.

(6) انظر المادة 547 مدني عراقي والمادة 438 مدني مصري.

(7) كما في واقعة هلاك الماحور بقوة قاهرة التي تؤدي الى انتهاء عقد الايجار بالنسبة الى المستقبل بعد ان نفذ في الفترة السابقة (المادة 751 مدني عراقي).

(8) د.سمير تناغو نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص25.

وفي الفقه الاسلامي يتجزأ العقد البسيط (اي تتفرق الصفقة) اذا انحل جزء من العقد كونه باطلا، او لانحلاله باحد طرق الانحلال⁽¹⁾ كاستخدام الخيار.

ففي الفقه الجعفري اذا تضمنت الصفقة ما يقبل التملك وما لا يقبله، صحت في الاول وبطلت في الثاني. جاء في المكاسب (لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة، بثمن واحد صح في المملوك عندنا كما في جامع المقاصد، واجماعا كما في الغنية⁽¹⁾).

وعندما يشترط في العقد ان يكون المبيع بمقدار معين فظهر ناقصا، فاذا كان المبيع متساوي الاجزاء، كان للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بالحصة من الثمن وهو ما يعني فسخ العقد بمقدار ما فات من المبيع⁽²⁾، وقد يشترط احد المتعاقدين لنفسه في العقد،

الحق في الفسخ في جزء من العقد (لو شرط البائع الفسخ في كل جزء من المبيع برد ما يخصه من الثمن, صح الاشتراط, ونفذ الفسخ فيما قابل المردود)(3) .

(والمدعى قابلية العقد للانحلال (اي التجزئة) اذا كان المعقود عليه كذلك, فاذا تحقق ذلك بالفعل وانتقل الانحلال من مرتبة القابلية في المعقود عليه, الى مرتبة الفعلية, انحل العقد بتبعه الى جزأين وقرارين)(4), وهكذا يمكن ان يكون الفسخ في جزء من العقد استنادا الى اشتراط في العقد نفسه.

وفي الفقه الحنفي اذا تلف بعض المبيع بافة سماوية, فاذا كان بيد البائع ونقص من قدره فتسقط حصته من الثمن ويكون الخيار للمشتري بين فسخ البيع واخذ المبيع بحصته من الثمن) ويسمى هذا الخيار خيار تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل التسليم.(5)

(1) الشيخ مرتضى الانصاري, كتاب المكاسب تحقيق وتعليق السيد محمد كلانتر, الجزء التاسع, مصدر سابق, ص276.

(2) الشيخ مرتضى الانصاري, المكاسب, الجزء الثالث, مصدر سابق, ص32.

(3) محمد تقي الخوئي, الشروط او الالتزامات التبعية في العقود, المجلد الثاني, دار المؤرخ العربي, بيروت, لبنان, 1993, ص333.

(4) محمد تقي الخوئي, المصدر السابق, ص340.

(5) الاستاذ علي حيدر, درر الحكام شرح مجلة الاحكام, المجلد الاول, ط1, دار الجيل, بيروت, لبنان, 1991, ص227.

وجاء في البدائع: (ولو جمع بين ما هو مال وما هو ليس بمال في البيع بان جمع بين حر وعبد او بين عصير وخمر او بين ذكوة وميتة وباعهما صفقة واحدة, فان لم يبين كل واحد منهما من الثمن, لم ينقد اصلا بالاجماع, وان بين فذلك عند ابي حنيفة وعندهما) اي ابو يوسف ومحمد) يجوز في العصير والعبد والذكية ويبطل في الحر والخمر والميتة(1).

ثانيا: اما العقد المركب او المختلط فهو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعا فاصبحت عقدا واحدا كالعقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (2). وقد خلقت التطورات في الحياة المعاصرة نماذج من العقود المركبة اكثر تعقيدا كالايجار المختلط بوعدهم بالبيع وعقد الايجار التمويلي الذي تندمج فيه عقود الايجار والوكالة والتمويل والائتمان والشراء

(البيع)⁽³⁾. وفي هذه العقود تمتزج عناصر عقد مسمى بعناصر عقد مسمى آخر او اكثر او بعناصر مستجدة, لتصبح عقدا واحدا يحقق اغراضا تهدف الى تحقيقها عادة عدة عقود مختلفة (4) . ويرى بعضهم ان هناك عقدا رئيسا اجتمع به عقد ثانوي او اكثر وليس هناك عقد مختلط او مركب(5).

وتطبق على العقد المختلط, احكام العقود المسماة المكونة له(6). واذا تنافرت هذه الاحكام, طبقت القواعد الخاصة بالعقد الذي تعد عناصره اهم عناصر التعاقد, وفق ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين(7).

-
- (1) الكاساني, بدائع الصنائع, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص338.
 - (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص157, د. رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص34, فريد فتیان , مصادر الالتزام, مصدر سابق, ص35, هامش 1, مصطفى الزلمي, مصادر الالتزام برد غير المستحق, مصدر سابق, ص126, د. سعدون العامري, الوجيز في شرح العقود المسماة, الجزء الاول في البيع والايجار, ط3, مطبعة العاني, بغداد, 1974, ص5.
 - (3) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية, مصدر سابق, ص97 ومابعدھا.
 - (4) د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص12, د. كمال ثروت الوندائي, شرح احكام عقد البيع, مصدر سابق, ص7.
 - (5) د. غني حسون طه, المصدر السابق, ص13. , د. كمال ثروت الوندائي, شرح احكام عقد البيع, المصدر السابق, ص7-8.
 - (6) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص7, د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص13, د. انور سلطان, المصدر السابق, ص11.
 - (7) د. غني حسون طه, المصدر السابق, ص14, د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط, ج4, المصدر سابق, ص7.

وليست وحدة المحرر الذي يحتوي 43 عقود, هي المعيار في وجود العقد المركب انما المعيار هو الارادة المعلنة او الضمنية للمتعاقدين(1) . والاصل عد المركبات العقدية مستقلة عن بعضها وقابلة للانفصال, ما لم يثبت ارتباطها (ذلك ان استقلال التصرفات القانونية يشكل القاعدة فيتعين اثبات عدم القابلية للتفرق اي للتجزئة الذي لا يمكن ان يتأتى في الاصل الا من ارادة الطرفين)(2) ولذلك فاذا اقترن عقد ايجار اعتيادي على عين معينة, مع وعد ببيعها للمستأجر بعد وفاء اقساط الايجار لمدة معينة اذا ابدى رغبته خلال مدة محددة, ثم ظهر ان الوعد بالبيع باطل باحد اسباب البطلان, فان مصير عقد الايجار يتوقف على مدى انصراف ارادة اطراف التعاقد, الى جعل العقدين وحدة لا تنفصل من

عدمه. فاذا كان الوعد بالبيع هو الدافع للتعاقد لكلا الطرفين او لاحدهما, فان عقد الايجار يزول بزوال الوعد بالبيع, والا بقي عقد الايجار رغم بطلان الوعد بالبيع. وهذا تطبيق للمادة 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من القانون المدني المصري.

وفي عقد التأجير التمويلي, يمكن تصور بطلان احد المركبات العقدية كعقد الوكالة ومع ذلك يبقى العقد قائماً بان يباشر المؤجر بنفسه عملية شراء المعدات والتجهيزات وهكذا⁽³⁾.

وفي الفقه الاسلامي خلاف واضح حول مشروعية العقد المركب بان تتضمن الصفقة عقدين مختلفي الحكم كالبيع والاجارة او البيع والاعارة او البيع والهبة . ولعل مرد ذلك هو الخلاف في تأويل الاحاديث الشريفة التي نهت عن بيعتين في بيعة او صفقتين في صفقة .

وفي الفقه الحنفي يعد احتواء البيع على عقد اخر نوعاً من الشروط الفاسدة كما لو اشترى المشتري مالا بشرط ان يهبه البائع او يتصدق عليه او ان يقرضه مالا معلوما او

(1) د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص52.

(2) د. عصام انور سليم, المصدر السابق, ص96.

(3) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية, مصدر سابق, ص98-ص99.

ان يبيعه او يؤجره فالبيع فاسد لان هذه الشروط فيها نفع لاحد المتعاقدين⁽¹⁾ .

44

وقد جوز زفر اشتراط ان يقدم المشتري رهنا بالثمن استحسانا, اذ القياس لا يجيز اشتراط عقد اخر في عقد البيع⁽²⁾.

وللمذاهب الاسلامية الاخرى تاويل مختلف لمعنى البيعتين في بيعة المنهي عنها, (قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا او بخمسة عشر دينارا الى اجل, قد وجبت للمشتري باحد الثمنين, انه لا ينبغي ذلك, لانه ان اخر العشرة كانت خمسة عشر الى اجل, وان نقد العشرة كانت انما اشترى الخمسة عشر التي الى اجل.)⁽³⁾

ويقول ابن قيم الجوزية في جامع الفقه ما يلي (وقد فسرت البيعتان في البيعة بان يقول ابيعك بعشرة نقدا او بعشرين نسيئة . وهذا بعيد من معنى الحديث من وجهين احدهما, انه لا يدخل الربا في هذا العقد والثاني ان هذا ليس بصفقتين انما هو صفقة واحدة

باحد الثمنين وفسر بان يقول خذ هذه السلعة بعشرة نقدا, واخذها منك بعشرين نسيئة ... وهذا هو المعنى للحديث ... ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى وهذا هو بعينه الشرطان في بيع, فان الشرط يطلق على العقد نفسه... فالشرطان كالصفقتين(4).

وفي المذهب الشافعي جاء في الاستذكار في معنى بيعتين في بيعة (ان ابيعك عبدا

(1) علي حيدر , درر الحكام ,المجلد الاول, مصدر سابق, ص162, انظر كذلك السرخسي, المبسوط ,الجزء الثالث عشر , ص19-ص20.

(2) انظر الكاساني , الجزء الرابع, مصدر سابق, ص380, السرخسي, الجزء الثالث عشر, مصدر سابق, ص20-ص21.

(3) الامام مالك بن انس, الموطأ, ط2, دار الجيل ,بيروت, دار الاوقاف الجديدة, المغرب, 1993, كتاب البيوع, باب 33, النهي عن بيعتين في بيعة, العدد77, ص577-ص578, انظر كذلك بالمعنى نفسه, مختصر خليل, مطبوع في متن مواهب الجليل لشرح مختصر خليل, الجزء السادس, ط1, دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, 1995, ص228, وانظر ابي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرعيني, مواهب الجليل لشرح مختصر خليل, الجزء السادس, ط1, دار الكتب العلمية , بيروت, لبنان, 1995, ص228.

(4) ابن قيم الجوزية, جامع الفقه, الجزء الرابع, ط1, دار الوفاء ,جمهورية مصر العربية, المنصورة, 2000, ص114-ص115.

بالف نقدا او بالفين الى سنة, ولا اعقد البيع بواحد منهما فهذا تصرف عن ثمن غير معلوم(1).
جاء في منهاج الطالبين للنووي (ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم كاجارة وبيع او سلم,⁴⁵
صحا في الاظهر ويوزع المسمى على قيمتهما او بيع ونكاح صح النكاح وفي البيع والصداق قولان(2). وجاء في المذهب للشيرازي (وان يجمع بين بيع واجارة او بين بيع وصرف او بين عبيدين بشرط الخيار في احدهما دون الاخر, بعوض واحد ففيه قولان (احدهما) انه يبطل العقدان....(والثاني) انه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما(3).

وفي الفقه الحنبلي(وان جمع بين بيع واجارة او صرف, صح فيهما ويقسط العوض عليهما في احد الوجهين)(4).

وفي الفقه الجعفري, يجوز الجمع في صفقة واحدة, بين عقدين مختلفي الحكم. جاء في شرائع الاسلام(ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمن واحد, كبيع وسلف او

اجارة وبيع او نكاح واجارة, صح ويقسط العوض على قيمة المبيع واجرة المثل ومهر المثل(5).

- (1) ابن عبد البر, الاستذكار, الجزء الخامس, ط1, دار احياء التراث العربي, بيروت, لبنان, 2001, ص462.
- (2) النووي, منهاج الطالبين, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص56.
- (3) الشيرازي, المجموع شرح المذهب, الجزء التاسع, المتن, ص483.
- (4) ابن قدامة المقدسي, ت620هـ, المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني, الجزء الثاني, ط3, المكتبة السلفية, القاهرة, ص19.
- (5) المحقق الحلبي, شرائع الاسلام, الجزء الاول, منشورات مكتبة الحياة, بيروت, لبنان, 1986, ص175-176, انظر كذلك الشيخ محمد حسن النجفي, جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام, الجزء الثالث والعشرين, ط7, دار احياء التراث العربي, بيروت, لبنان, ص233, وبضيف (بلا خلاف اجده فيه) وايضا (وحينئذ فان احتيج الى ان يقسط العوض بتعدد المالك او غيره قسط على قيمة المبيع واجرة المثل بلا خلاف ولا اشكال وعلى مهر المثل), ص234, وانظر كذلك العلامة الحلبي, تذكرة الفقهاء, الجزء الاول, القسم الاول, مصدر سابق, ص195.

المبحث الثالث

46

تميز تجزئة العقد عن بعض النظم القانونية المشابهة

لا شك ان مفهوم تجزئة العقد بدأ يتضح في اذهاننا اكثر, بعد ان توصلنا الى تعريف مناسب له, وبعد ان عرضنا مجال اعماله. غير ان وجود بعض النظم القانونية التي تشترك معه في عدد من الجوانب, يوجب ان نميز تجزئة العقد عن تلك النظم القانونية المشابهة, حتى تزداد الصورة وضوحا وتحديدا لمفهومنا.

فمن ناحية تشابه تجزئة العقد - بوصفها تتضمن زوالا لجزء من العقد - مع تعديل العقد الذي يجريه القاضي, طبقا لنصوص القانون, من حيث ان التعديل قد يتضمن حذف بعض من الالتزامات التي أنشأها العقد فضلا عن وجوه اخرى للشبه. فلا بد من بيان الاختلاف بين المفهومين.

كما تشتهر تجزئة العقد مع مفهوم انتقاص العقد المعروف, والذي يتضمن انقاصا لشرط او بند او جزء باطل من العقد, فما هو معيار التمييز بين الاثنين؟ وتشتهر تجزئة العقد, مع إنتاج العقد الباطل لبعض الآثار, فهل تعد الأخيرة تجزئة للعقد؟ وكيف نميز بين الاثنين؟ وقد يتم اللجوء إلى تنفيذ جزء من العقد عينا وجزء بطريق التعويض فيثور السؤال : ألا يعد ذلك تجزئة للعقد؟ وهكذا سنتناول موضوع هذا المبحث بعد تقسيمه على خمسة مطالب تتناول تباعا هذا التمييز.

المطلب الاول

تمييز تجزئة العقد عن تعديله قضائيا

بعد ان اقر المشرع بما للارادة من سلطان, معتبرا ما تتوصل اليه من عقد على نحو مشروع, بمثابة الشريعة او القانون بالنسبة لاطرافه فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين, او للأسباب التي يقرها القانون.⁽¹⁾ فلا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة القاضي, بدعوى ان النقص او التعديل تقتضيه العدالة⁴⁷, ولا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين, فان العقد وليد ارادتين وما تعقده ارادتان لا تحله ارادة واحدة⁽²⁾. بعد كل هذا عاد المشرع واستثنى من ذلك, نقض العقد او تعديله بالتراضي او استنادا لسبب يقره القانون⁽³⁾. كالنصوص التي تناولت نظرية الاستغلال, وتعديل الشرط الجزائي, ومنح المدين نظرة الميسرة, وتعديل اجر الوكيل, ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقول في نظرية الظروف الطارئة.⁽⁴⁾ وهذه الحالات كلها استثناءات جاءت على خلاف الاصل, كما ان سلطة القاضي في تعديل العقد هي استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين, وهو استثناء يستند الى مبادئ العدالة⁽⁵⁾. فالقاضي في هذه الحال يحل ارادته محل ارادة المتعاقدين, وينشئ اثارا جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان. والقانون لا يعطي

للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد, الا في الحالات التي يبدو فيها بوضوح ان العقد اصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتسوغه في الوقت نفسه(6).

- (1) انظر المادة **1-146** مدني عراقي والمادة **1-147** مدني مصري والمادة **1134** مدني فرنسي.
 - (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوجيز , مصدر سابق, ص**244**, مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص**279-280** د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي, نطاق العقد , دراسة مقارنة , اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون, جامعة بغداد, **2006**, ص**23**, انظر كذلك قرارات محكمة النقض في مصر, الطعن رقم **1804** لسنة **56** قضائية جلسة **1990/4/5** والطعن رقم **312** لسنة **60** قضائية جلسة **1994/6/9**, والطعن رقم **541** لسنة **67** قضائية جلسة **1999/2/1**. نقلا عن الوجيز , ص**244**.
 - (3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص**625** والوجيز , مصدر سابق, ص**243-244**. د. الياس ناصيف , موسوعة العقود المدنية والتجارية , البحث الاول, احكام العقد, الجزء الثاني, مفاعيل العقد, **1987**, ص**15**.
 - (4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوجيز, المصدر السابق, ص**244**, د. الياس ناصيف. المصدر السابق, ص**16-17**.
 - (5) د. راقية عبد الجبار علي, سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة مقارنة, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد, **2000**, ص(ح) من المقدمة وانظر بهذا المعنى د. سلام عبد الزهرة عبد الله , المصدر السابق, ص**23**.
 - (6) د. سمير تناعو , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص**272**.
- ويمكن ان نقتبس تعريفا لسلطة القاضي في تعديل العقد, يوضح معنى تعديل العقد قضائيا فهذه السلطة هي (الصلاحية التي ⁴⁸منحها المشرع للقضاء, والتي تتمثل بقيام القاضي بعمل ايجابي يجريه على العقد بالحذف او الاضافة او التحوير والتغيير في بنوده, فينزل منزلة المتعاقد بغية تحقيق العدالة, التي يسعى المشرع الى تحقيقها بين المتعاقدين)⁽¹⁾.

وعلى الرغم من اشارة هذا التعريف الى عملية التغيير والحذف والاضافة..... الخ, ولكنه اغفل الخاصية الفريدة لهذا التغيير التي يختص بها التعديل القضائي, وهي انه تغيير باتجاه واحد هو الاتجاه المعاكس للميل او الاختلال الحاصل في العقد. فاذا كان التوازن

مختلا من جهة المدين فيجعل تنفيذ التزامه مرهقا فان التعديل ياخذ اتجاه معاكس لذلك, فيعمل على تقليل الارهاق الى الحد المقبول, بانقاص التزامات المدين او يعمد الى زيادة التزامات الدائن ولا يكون انقاصا من طرفي العقد(وفي الحالات كلها التي اعطى فيها القانون

(1) د.راقية عبد الجبار علي, مصدر سابق, ص6. ولذلك يخرج عن هذا المعنى الاصطلاحي لتعديل العقد قضائيا

الحالات التي يحصل فيها تغيير في مضمون العقد باتفاق الاطراف او لحصول احوال طارئة تؤدي الى هذا التغير على الرغم من ان المشرع اطلق عليها احيانا تعديلا للعقد. ويحصل مثل هذا التغير في عقود الشركات مثلا. ذلك لان هذه العقود تمتد من حيث الزمان لفترة طويلة وقد يحدث خلالها ان تتغير الظروف والاضاع الاقتصادية التي نشأت في ظلها مما يحتم الاعتراف لها بامكانية تعديل عقدها (نظامها الاساسي) ليلائم المتغيرات الحاصلة . انظر في تفصيل ذلك في العراق د. باسم محمد صالح , د. عدنان احمد ولي, القانون التجاري , الشركات التجارية , المكتبة القانونية, بغداد, 1989, ص211, حول تعديل عقد الشركة المساهمة عند تخفيض رأسمالها وانظر المواد 57, 62, 63, 69, 70, من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة

1997 المعدل.

وفي الفقه المصري انظر د. محمد فريد العريني القانون التجاري , الجزء الثاني, الشركات التجارية, دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية, 1995, ص465, وكذلك ص467 وما بعدها و ص505 وما بعدها وليس في ذلك خروج على القوة الملزمة للعقد فمثل هذه التغييرات (التعديلات) جائزة طبقا للمادة 146 مدني عراقي و 147 مدني مصري, غير ان التغيير اذا تمثل في ازالة جزء من العقد بالتقاييل فانه يكون تجزئة للعقد كما سيأتي بيانه في المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب , انظر ص111 وما بعدها من هذه الرسالة .

القانون للقاضي, سلطة تقديرية لتعديل العقد, كان ذلك بهدف اقامة التوازن بين التزامات الطرفين المتقابلة او اعادة هذا التوازن, اذا كان قائما وقت العقد ولكنه اختل بعد ذلك.(1) ونستعرض عدداً من الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد استنادا لنص القانون, لتتضح من خلالها خصائص التعديل وجوانب تميزه عن تجزئة العقد.

ففي حال الاستغلال(2) , نصت المادة 125 من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف إدراكه, فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد, ان يطلب رفع

الغبين عنه الى الحد المعقول. فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا, جاز له في هذه المدة, ان ينقضه).

ففي عقود المعاوضة يكون المتعاقد, ضحية الاستغلال ان يطلب من القاضي رفع الغبن خلال سنة (3) من وقت العقد. وللقاضي تعديل العقد المعيب بالاستغلال, بما يرفع الغبن الفاحش بزيادة التزامات الطرف الغابن او انقاص التزامات الطرف المغبون (4), اذ النص مطلق لم يقيد وسيلة التعديل لرفع الغبن. وفي عقود التبرع, أعطى القانون للمتعاقد طلب نقض العقد لا تعديله.

-
- (1) د. سمير تناغو , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص273.
 - (2) وللاستغلال عنصران , مادي يتمثل في الغبن الفاحش والثاني نفسي هو الاستفادة من حال ضعف احد المتعاقدين لتحقيق الغبن , انظر في تفاصيل ذلك, د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص140-ص142, د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي المقارن, كلية الحقوق, جامعة المنصورة, 1978, ص253 وما بعدها , د. وليم سليمان قلاذه, التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري, دراسة مقارنة , ط1, المطبعة التجارية الحديثة, القاهرة, 1955, ص281 وما بعدها, د. عبد الحكم فودة, البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة, دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية, 1993, ص182 وما بعدها.
 - (3) وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم فلا تقبل الوقف والانقطاع, د.حسن علي الذنون, محاضرات, مصدر سابق, ص59.
 - (4) د. عبد المجيد الحكيم , الاستاذ عبد الباقي البكري, الاستاذ المساعد محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, الجزء الاول, مصدر سابق, ص94, انظر بشأن الخلاف حول امكان التعديل بالزيادة استاذنا د. منصور حاتم محسن , فكرة تصحيح العقد , دراسة مقارنة, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد, 2006 , ص52.

اما في القانون المدني المصري, فقد نصت المادة 129 منه (1) على اعطاء المتعاقد المغبون الخيار بين دعوتين له رفع أي منهما خلال سنة من وقت العقد, هما دعوى ابطال العقد ودعوى انقاص التزاماته. فاذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الابطال , لايزال القاضي يستطيع ان يختار بين أمرين: فاذا رأى (ان هذا المتعاقد لم يكن ليبرم العقد اصلا لولا هذا الاستغلال, اجابه الى طلبه فابطل العقد, واذا رأى ان الاستغلال لم يفسد الرضا الى هذا الحد, وان المتعاقد المغبون دون استغلال كان يبرم العقد بشروط اقل ابهاضا ,

رفض ابطال العقد, معاوضة كان ام تبرعا, واقتصر على انقاص الالتزامات الباهظة, كما يفعل في دعوى الانقاص⁽²⁾.

كما يستطيع المتعاقد الغابن في هذه الدعوى في عقود المعاوضات ان يتوقى ابطال العقد, اذا هو عرض على الطرف المغبون, ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. ولا يشترط ان تكون الزيادة بجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء, بل يكفي ان تجعل الغبن غير فاحش.⁽³⁾ اما اذا رفع المتعاقد المغبون دعوى الانقاص, او رفع دعوى الابطال ولكن القاضي رأى الاقتصار على انقاص التزاماته, قضي بانقاص هذه الالتزامات الى الحد الذي لا يجعلها باهظة. ولا يتحول القاضي عن الانقاص الى زيادة التزامات الطرف الغابن. فالقانون لا يجيز ذلك, كما لا يجوز للقاضي الحكم بالابطال في هذه الحال⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة **129** مدني مصري على مايلي¹. اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ينقص التزامات هذا المتعاقد . **2**. ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة. **3**. و يجوز في عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الاخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوجيز , مصدر سابق, ص**144**.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , المصدر السابق ذاته والموضع ذاته. عكس ذلك د. سمير تناعو حيث يرى ضرورة اعادة التوازن الحقيقي للعقد , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص**68**.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص**144**.

وهكذا ففي دعوى الانقاص, سواء رفعت بصورة اصيلة او رفعت دعوى الابطال ورأى القاضي الاقتصار الى الانقاص , لم يعد العقد قابلا للابطال , لان المتعاقد المغبون يكون قد نزل عن حقه في الابطال في الحالة الاولى, ولعدم قناعة القاضي بحقه في الابطال في الحالة الثانية, فلا يعود العقد مهدداً بالبطلان , ويكون ما يقوم به القاضي تعديلا له. (وانقاص التزامات المتعاقد المغبون هو تعديل للعقد بما يحقق التوازن فيه)⁽¹⁾. فالعقد المعيب بالاستغلال, قابل للابطال لصالح العاقد الذي استغل ضعفه او قابل

للانقاص⁽²⁾. ولذلك فان دعاوي الاستغلال في القانون المدني المصري هي دعوى ابطال و دعوى تعديل⁽³⁾, ومتى كان العقد في شق منه معيبا بالاستغلال , فاذا طلب المتعاقد ابطال الجزء القابل للابطال من العقد, فالاصل هو ابطال هذا الجزء وحده طبقا للمادة **143** من القانون المدني المصري, ما لم يثبت المتعاقد الاخر, ان العقد ما كان ليتم دون الشق الذي وقع قابلا للابطال فيبطل كل العقد. فاذا اقتصر الابطال على الجزء المعيب بالاستغلال, تجزأ العقد الى جزأين احدهما يبقى والاخر يزول . اما اذا طلب المتعاقد انقاص التزاماته وقضي له بذلك, كان ذلك تعديلا للعقد⁽⁴⁾, لا زوال لجزء من العقد بل زوال لجزء من التزامات التعاقد المغبون, أي اعادة التوازن لعقد اختل فيه هذا التوازن وكذلك الحال اذا عرض المتعاقد الغابن , ما يرفع الغبن عن المتعاقد المغبون, فيكون ذلك تعديلاً للعقد. كما اعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل عقود الاذعان في القانون المدني العراقي, فنص في المادة **2-167** الموافقة للمادة **149** من القانون المدني المصري على انه(اذا تم العقد بطريق الاذعان, وكان قد تضمن شروطا تعسفية ,جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او يعفي الطرف المذعن منها, وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف

(1) د.سمير تناغو , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص68.

(2) د.فتحي عبد الرحيم عبد الله, مصدر سابق, ص256.

(3) د.سمير تناغو , نظرية الالتزام , المصدر السابق, ص69, د.راقية عبد الجبار علي, مصدر سابق, ص67.

(4) د.سمير تناغو , نظرية الالتزام, المصدر السابق, 68.

ذلك). وسلطة القاضي في التعديل هنا من النظام العام⁽¹⁾ كما هو واضح من صراحة النص. ويكون التعديل برفع التعسف (عدم التعادل في الشروط)⁵² أي بازالة اعباء عن طرف من اطراف العقد, وهو الطرف المذعن(وفقا لما تقضي به العدالة)⁽²⁾ وسلطة القاضي جوازية, فقد يرى عدم ضرورة التعديل⁽³⁾.

ومن الحالات التي اعطى فيها المشرع للقاضي سلطة التعديل , تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة. وقد نص عليها في الفقرة الثانية من المادة **146** من القانون المدني العراقي الموافقة للفقرة الثانية من المادة **147** من القانون المدني المصري. ويكون, بموجب هذه النظرية, (للقاضي حرية واسعة في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول)⁽⁴⁾. فقد يرى انقاص الالتزام المرهق, او زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق, او وقف التنفيذ مدة معينة⁽⁵⁾.

وقد تم تعديل العقود النافذة بتخفيض استحقاق المقاولين الى **50%** فقط من استحقاقهم بحسب العقد الاصلي بسبب تقلبات الاسعار عام **1996** في العراق, وذلك استنادا الى تعليمات صادرة من مجلس الوزراء عام **1996**⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الحكم فودة, تفسير العقد دراسة مقارنة, منشأة المعارف, الاسكندرية , **2002**, ص**439**.

(2) د. راقية عبد الجبار , مصدر سابق, ص**114**, وقضت محكمة التمييز (**1**) عقد نقل البضائع المبرم مع مصلحة السكك الحديدية هو عقد اذعان. **2**. الشرط الذي يجيز للمصلحة مضاعفة اجور الخزن في حال تراكم البضائع والتأخير في اخراجها شرط تعسفي يجوز للمحكمة تعديله. رقم القرار **1518**, **1621** /حقوقية **1968**/ في **1970/12/17**.

(3) د. عبد الحكم فودة , المصدر السابق, ص**439**-ص**440**.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز , مصدر سابق, ص**254**.

(5) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, المصدر السابق, ص**252**-ص**255**, انظر في تطبيق نظرية الظروف

الطارئة وتعديل العقد قرارات محكمة التمييز **325**/موسعة اولى /**1985-1986** في **1988/8/1**

,**324**/موسعة اولى/ **1988** في **1988,575/8/30**/موسعة اولى/ **1988** في **1989/3/1**,

176/موسعة اولى/ **1989** في **1989/9/13**, **22-23**/موسعة اولى /**1989** في **1989/4/4**,

841/مدنية اولى/ **1992** في **1992/8/24**, **1394**/مدنية اولى/ **1992** في **1992/12/11**,

1255-125/مدنية اولى/ **1992** في **1992/11/26** نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء

محكمة التمييز, الجزء الرابع, مطبعة الزمان, بغداد, **2000** ص**182**-ص**198**. **451**/مدنية رابعة

/ **1975** في **1976/1/27** مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول, **1976**, ص**38**.

(6) وقضت محكمة التمييز استنادا الى هذه التعليمات للمدعي بنصف المبلغ المدعى به, انظر قرارها

وللقاضي تعديل الشرط الجزائي كذلك, وهو ما نصت عليه الفقرتان, 2 و 3 من المادة 170 من القانون المدني العراقي.(1) الموافقتان للمادتين 224 و 225 من القانون المدني المصري. حيث يكون للقاضي تخفيض الشرط الجزائي اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه(2), او كان الشرط الجزائي مبالغ فيه الى درجة كبيرة . كما يجوز زيادة الشرط الجزائي اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر, وكان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيماً.(3) وسلطة القاضي هذه من النظام العام(4), وان كانت جوازية كما هو واضح من النص القانوني, والتعديل يحصل باتجاه واحد,زيادة او انقاص بحسب الحال.(5) وللقاضي كذلك سلطة تعديل اجر الوكيل طبقاً للمادة 940-2 من القانون المدني العراقي الموافقة للمادة 709-2 من القانون المدني المصري.

→ رقم 1074/الهيئة الاستشارية منقول/2006 ت/162 في 2007/2/27 (غير منشور).

- والقرار معلل بالطرف الطارئ عام 1996 في العراق باطلاق مذكرة التفاهم وهبوط الاسعار بصورة كبيرة ومفاجئة.
- (1) وقد نصت هاتان الفقرتان على يلي(المادة 170 2- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة 3- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيماً).
- (2) انظر،استاذنا محمد علي الطائي: طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري. دراسة مقارنة في القانون العراقي مجلة القضاء، العددان، الاول والثاني، السنة 1984، ص39، 105 وما بعدها , وانظر على سبيل المثال قرارات محكمة التمييز رقم 179، 187/هيئة عامة اولى/1976 في 1976/11/10 منشور في مجموعة الاحكام العدلية , العدد الرابع، السنة السابعة، 1976، ص52، والقرار 325/موسعة اولى/ 1984-1985 في 1986/1/28 , نقلا عن ابراهيم المشاهدي ,المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء الرابع، مطبعة الزمان ،بغداد، 2000، ص12، قرار محكمة التمييز 1969/أ/21 في 1970/6/24 مجلة القضاء العددان الاول والثاني السنة 1984، ص106.
- (3) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، 1982، ص188 وما بعدها، د. انور سلطان , النظرية العامة للالتزام , احكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص178.

(4) د.انور سلطان , المصدر السابق, ص177.

(5) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المصدر السابق, ص197.

ومن خلال هذا الاستعراض لمفهوم تعديل العقد قضائيا وتطبيقاته الرئيسية, نستطيع ان نحدد اوجه تشابهه مع تجزئة العقد ووجه اختلافه عنها. فهما يتفقان من حيث ان التجزئة تعني زوال جزء من العقد دون تنفيذ⁵⁴, والتعديل يتضمن ازالة بعض الالتزامات اذا رأى القاضي تحقيق العدالة عن طريق التخفيض, وعموما يتضمن النظامان احداث تغير في العقد. ويتفقان كذلك في وجوب الاستناد الى ارادة المشرع عن طريق نص القانون للقيام بهما. كما يتفقان في ان كليهما اجراء استثنائي لمعالجة خلل في العقد, قد يكون لازمة عند تكوينه او طراً عليه اثناء التنفيذ.

الا ان بين النظامين فروقاً جوهرية:

فتجزئة العقد لا يمكن ان تتم خلافا لارادة المتعاقدين وكما سنرى⁽¹⁾, فان ارادة المتعاقدين المعبر عنها صراحة او ضمنا في عقدهم اذا انصرفت الى جعله وحدة لا تقبل التجزئة , فانه يتعذر على احدهما التمسك بتجزئة العقد, أي التمسك بالباقي من العقد على الرغم من زوال الجزء الاخر, ويزول لذلك كل العقد اما ببطلانه كله لبطلان جزئه الذي لا ينفصل عن باقي العقد, او لانحلال جزء منه أي ان ارادة المتعاقدين تستطيع ان تمنع تجزئة العقد. اما تعديل القاضي للعقد فانه يتم رغما عن ارادة المتعاقدين⁽²⁾, بل انهما لا يستطيعان الاتفاق مسبقا على منع القاضي من تعديل العقد . فقد لاحظنا ان سلطة القاضي المنصوص عليها في الحالات التي استعرضناها هي من النظام العام.

وتختلف تجزئة العقد من حيث الآلية او الطريقة او الناحية الفنية التي يتم بها تعديل العقد. فالتجزئة تحافظ على توازن العقد نفسه الذي هو عليه منذ انعقاده بالنسبة للجزء الذي يزول والجزء الذي يبقى من العقد. فاذا زال اداء من هذا الطرف, زال الاداء المقابل له من الطرف الاخر. فلو ان عقد بيع وقع على عدة اشياء وابطل بالنسبة لاحدها لوقوع العاقد في غلط⁽³⁾, فان الشيء الذي وقع الغلط فيه يزول من التعاقد, والتمن الذي يقابله يزول كذلك. واذا هلك بعض

(1) انظر المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة, ص 82 وما

بعدها.

(2) د.راقية عبد الجبار علي, مصدر سابق,ص38, د.سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي, مصدر سابق, ص25.

(3) وذلك تطبيقاً للمادة 143 مدني مصري.

المبيع عند البائع قبل التسليم واختار المشتري اخذ الباقي, فانه ياخذ بحصته من الثمن 55 (المادة 1-547) من القانون المدني العراقي. فهنا يتجزأ العقد الى جزأين (أي عقدين), الجزء الباقي ومحلله المبيع السليم بحصته من الثمن, والجزء الذي يزول ومحلله المبيع الهالك بحصته من الثمن. فالتوازن ذاته يبقى في كلا الجزئين. أي ان عملية التجزئة تحافظ على توازن العقد الاصلي نفسه, ولذلك اذا كان المشتري قد دفع الثمن كاملاً , استرد حصة الجزء الذي زال من العقد.

اما التعديل القضائي فان الهدف منه هو اعادة التوازن المختل في العقد, الى الحد المعقول فيقوم التعديل على اساس احداث اختلال معاكس له فالطرف الذي زاد العبء عليه في العقد, يجب انقاص العبء عنه, او زيادة العبء على العاقد الاخر حتى يعود التوازن (ولا يشترط التساوي) الى العقد.

فالتجزئة عمل متعادل, والتعديل عمل غير متعادل, لاعادة التوازن الى ميزان العقد. ولذلك فان التجزئة هي زوال لجزء من العقد دائماً اما التعديل فقد يكون في صورة اضافة على الالتزامات الاصلية في العقد , بما يرفع الغبن الى الحد المعقول.

وفي تجزئة العقد, الجزء الذي يزول هو أنموذج مصغر للعقد. ففي عقد المعاوضة (كالبيع) يتضمن هذا الجزء التزامات متقابلة. فيزول جزء من المبيع وجزء من الثمن أي ان الذي يزول هو عقد. اما في التعديل القضائي فان الذي يزول هو جزء من التزام او التزام على احد الطرفين , فهو لا يكون عقداً بل عبئاً. ولذلك قلنا في عرضنا لحالة الاستغلال, ان المتعاقد اذا طلب ابطال الجزء الذي حصل فيه الاستغلال في العقد, وأجابه القاضي الى طلبه مبطلاً هذا الجزء ومبقياً ما تبقى من العقد طبقاً للمادة 143 من القانون المدني المصري, فان جزءاً من العقد يزول بالابطال هو المبيع (مثلاً) وما يقابله من الثمن. وهذا عقد بيع . وقلنا ان هذه تجزئة للعقد الى جزأين: جزء بقي وجزء زال.

اما اذا طلب المتعاقد المستلّي انقاص الثمن واجابه القاضي الى ذلك فان الذي يزول هو جزء من التزام المشتري بدفع الثمن , أي جزء من التزام وليس جزءاً من عقد, وهذا تعديل للعقد الذي بقي على حالته الاصلية بعد ان صار عادلا.

كذلك فان تجزئة العقد تعني ازالة جزء من العقد محدد. فيقال احيانا ان هذا الجزء يبتتر فلا يجوز ان يبقى منه شيء , في حين ان التعديل فيه مجال واسع للاجتهد وإعمال سلطة القاضي التقديرية, فقد مر بنا في هذا المطب ان التعديل لا يعني الوصول الى المساواة وانما ازالة الغبن الى الحد المعقول.⁵⁶ (1)

وهناك فوارق جزئية اخرى غير ان ما ذكرناه يكفي لوضع حد فاصل واضح بين النظامين.

المطلب الثاني

تمييز تجزئة العقد عن انتقاص العقد

إنقاص او انتقاص العقد, من المصطلحات المعروفة والشائعة في فقه القانون المدني, ومع ذلك فلكي نميزه عن تجزئة العقد, لا بد من بيان موجز لمدلوله, ناهيك عما يرد بشأنه من خلط مع مصطلحات قريبة منه. ولم يرد ذكره في النصوص القانونية, غير انه صار عنوانا لنظرية ظهرت في الفقه الألماني في القرن التاسع عشر وتم تقنينها في المادة **139** (2) من القانون المدني الألماني ومنه انتشرت في القوانين المدنية الحديثة, فاعتمده

(1) ابراهيم سيد احمد, الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي, دراسة مقارنة فقها وقضاء, ط1, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, 2003, ص44.

(2) وتنص هذه المادة باللغة الألمانية (Let ein teil eines rechtsqeschafts nichtig so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig wenn nicht anzunehmen ist, das es Auch ohre den nichtigen Teil vorgenommen sein wutde).

وبالعربية : (اذا كان احد اجزاء التصرف القانوني باطلا , بطل التصرف كله, الا اذا ثبت ان التصرف كان سيبرم دون الجزء الباطل منه) نقلا عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية, مجلة الحقوق, تصدر عن كلية الحقوق جامعة الكويت, السنة الحادية عشر, العدد الثالث, سبتمبر , 1987, ص67-ص68. ولمزيد من التفاصيل انظر مثلا , د. عبد العزيز المرسي حمود, نظرية انقاص

التصرف القانوني في القانون المدني المصري, رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ,جامعة عين شمس, **1988** ص**295**, د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل. المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية , مصدر سابق, ص**67** وما بعدها. د. صلاح الدين الناهي, الوجيز الوافي, مصادر الحقوق الشخصية, مصادر الالتزامات, مطبعة البيت العربي, عمان الاردن, **1984**, ص**194**, د. صاحب عبيد الفتلاوي, تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي, رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون , جامعة بغداد, مسحوبة على الرونيو, **1986**, ص**162**.

المشرع العراقي في المادة **139** من القانون المدني العراقي والمشرع المصري في المادة **143** من القانون المدني المصري,⁽¹⁾ ومفادها ان العقد اذا كان في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . اما الباقي من العقد فيظل صحيحا بوصفه عقدا مستقلا, الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا, فيبطل العقد كله حينئذ وقد وضع الفقه القانوني – وهو الذي ابتدع المصطلح- تعريفات لمصطلح انتقاص العقد, نذكر هنا بعضا منها لتتضح الصورة.

فقد عرف بعضهم انتقاص العقد بانه(الجزء الذي يتحقق بحذف احد اجزاء التصرف القانوني الباطل جزئيا, باسقاط القدر الباطل, ويبقى العقد ذاته صحيحا ان كان ذلك مطابقا لارادة الاطراف).⁽²⁾ وناخذ على هذا التعريف ان الانتقاص هو عملية حذف جزء وبقاء الجزء الاخر وليس الاثر او الجزء المترتب عليها.

ويعرفه بعضهم بانه(جزء يلحق في بعض الاحيان العقود الباطلة اذا كانت باطلة في شق منها فقط, ومثاله انقاص الفائدة الاتفاقية اذا جاوزت السعر القانوني)⁽³⁾. كما عرفه بعضهم بانه(اثر من الاثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل في جزء منه وهو اجراء ينصب على تصرف او عقد يتضمن في احد اجزائه عيبا يبطله فيستبعد من التصرف للابقاء على صحة الشق الاخر طالما امكن ذلك).⁽⁴⁾

ومن التعريفات اللافتة تعريف الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون حيث يعرف انتقاص العقد بانه(تجزئة العقد في حال ما اذا انصب على محل بعضه قابل لترتيب اثر العقد عليه وبعضه ليس كذلك)⁽⁵⁾ وهنا يجعل الاستاذ الذنون انتقاص العقد صورة من صور

(1) وسنفصل في هذا الموضوع في هذه الرسالة لا حقا, انظر المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الثاني , ص145 وما بعدها.

(2) د.عقيل فاضل حمد الدهان, مصدر سابق, ص146.

(3) المجمع العلمي العراقي , مصطلحات قانونية, أقرتها ندوة دمشق, 1973, مطبعة المجمع العلمي العراقي, بغداد, 1972, ص47.

(4) ندى عبد الكاظم حسين, نظرية انتقاص العقد, مصدر سابق, ص10, وانظر تعريفات اخرى نقلتها الباحثة, ص7-ص10.

(5) د.حسن علي الذنون, اصول الالتزام مصدر سابق, ص122.

تجزئة العقد وذلك في الحال التي يكون فيها بعض من محل العقد قابلا لحكمه.

ويعرفه اخر بانه(حصر البطلان في الشق المعيب من التصرف وعدم مده الى الشق

الاخر الصحيح بهدف انقاذ التصرف من مصير البطلان الكامل)(1).

من هذه التعريفات ومن نصوص المادتين 139 من القانون المدني العراقي و

143 من القانون المدني المصري, نستطيع ان نحدد اهم شروط انتقاص العقد وهي ان

يكون العقد في شق منه باطلا, وان يكون العقد قابلا للتجزئة, وان لا يكون الشق الباطل

على درجة من الاهمية, بحيث ان العقد ما كان ليتم بدونه او انه لا ينفصل عن الباقي من

العقد.(2)

ولذلك فان نطاق تطبيق(نظرية انتقاص العقد), هو(العقد اذا تلبس بعدة امور وكان

صحيحا بالنظر الى بعضها, وباطلا بالنظر الى بعضها الاخر, فان العقد لا يبطل في

الجميع بل يبطل منه ما لا يكون صحيحا بالنظر اليه, ويبقى عقدا مستقلا صحيحا بالنظر

الى ما كان صحيحا فيه, فكأنه جاء من الابتداء عقدا مستقلا به. عملا بقاعدة تصحيح العقود

قدر الامكان. فالعقد اذا لا يبطل بل ينتقص, ولكن اذا تبين ان الشق الذي وقع باطلا لم يكن العقد ليتم

بدونه بل هو عنصر منظور اليه , فانه يكون باطلا في الجميع لعدم امكان

(1) د.عبد العزيز المرسي حمود, مصدر سابق, ص16.

(2) انظر في تفاصيل هذه الشروط , د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص188-ص189,

د.سمير تناغو , ص91, د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل , نظرية الالتزام, المصادر الارادية, مصدر سابق,

ص353-ص355,د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام ,مصدر سابق

ص376 وما بعدها وبهذا المعنى, د. عبد الرازق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق,

ص501, مصادر الحق, الجزء الرابع,مصدر سابق,ص102 , المستشار انور طلبة, الوسيط في القانون

المدني, الجزء الاول, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, ص399- ص400, وانظر قرار محكمة

النقض في مصر, الطعن رقم 1577 لسنة 49 القضائية جلسة 1983/3/20 نقلا عن قمر محمد موسى.

الموسوعة الجامعة , الجزء الثاني, ص1258,د.ندى عبد الكاظم حسين, اثار بطلان العقد دراسة مقارنة,

اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد, 2007ص81 وما بعدها.

الفصل بينهما)⁽¹⁾ فهذا اذن معنى "انتقاص العقد" اصطلاحا . غير ان المشرع استعمل تعبير (الانقاص) و(التخفيض) ليس بهذا المعنى الاصطلاحي بل استعمله استعمالا مطابقا لمعناه اللغوي.⁽²⁾

ففي حال تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة نصت المادة 146-2 من القانون المدني العراقي (2-147 من القانون المدني المصري) على انه(..... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول). وهنا لا تنطبق نظرية انتقاص العقد لان هذا العقد ليس باطلا في جزء منه. ومع ذلك التمس الامر على بعضهم, وعدّ هذه الحالة من تطبيقات انتقاص العقد.⁽³⁾ والصحيح ان هذه احدى حالات التعديل القضائي للعقد كما مربنا في المطلب السابق.

كذلك ذكر المشرع لفظ **التخفيض** للدلالة على الانقاص بالمعنى اللغوي في الفقرة (2) من المادة 170 من القانون المدني العراقي والمادة 224 من القانون المدني المصري والخاصة بجواز تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي, وهي من تطبيقات التعديل القضائي للعقد في حين عدها بعضهم ⁽⁴⁾ من تطبيقات نظرية انتقاص العقد.

كما استعمل المشرع لفظ الانقاص في احكام العقود المسماة .ففي احكام عقد البيع ذكر(انقاص الثمن) في المواد 547, 1-562 , 2-563, 564, 565, من القانون المدني

العراقي كما ذكر انقاص الاجرة في مواضع عديدة في عقد الايجار. وانقاص الثمن او الاجرة كثيرا ما

- (1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 125.
 - (2) النقص لغةً: الخسران في الحظ. انقصه لغة وانتقصه وتنتقصه اخذ منه قليلا قليلا. وانتقص الشيء: نقص والفعل الانتقص وكذلك انتقص الحق. وفي حديث بيع الرطب بالتمر قال (ص): ينقص الرطب اذا يبس؟ قالوا: نعم, ابن منظور, لسان العرب, الجزء السابع, مصدر سابق, ص 100, مادة نقص, وهذا هو المعنى الحسابي او الرياضي أي عكس الزيادة.
 - () النقص لغة هو الخسران والخط من الشيء) قرار محكمة التمييز رقم 185 /حقوقية/ 1969 في 1969/7/26, مجلة القضاء, العدد الثالث, تموز, اب, ايلول, 1969, السنة الرابعة والعشرون, ص 121.
 - (3) انظر مثلا ندى عبد الكاظم حسين, نظرية انتقص العقد, مصدر سابق, ص 128, عبد العزيز المرسى حمود, مصدر سابق, ص 256-ص 285.
 - (4) انظر مثلا: ندى عبد الكاظم حسين, نظرية انتقص العقد, مصدر سابق, ص 124-125, د. عبد العزيز المرسى حمود مصدر سابق, ص 245 وما بعدها.
- يمثل فسخا جزئيا⁽¹⁾ للعقد كما سنرى في باب التطبيقات وبالتالي تجزئة له. ذلك لان العقد لا يتضمن جزءاً باطلاً, وانما يفوت جزء من الاداءات التي يتضمنها العقد لسبب معين. وهي لذلك لا تعد من تطبيقات نظرية انتقص العقد, وانما هي انحلال للعقد في جزء منه, أي تجزئة للعقد. ولذلك لا بد ان نشير الى ان مصطلح انتقص العقد يمكن ان يثير التباساً, من حيث ان معناه الاصطلاحي لم يرد بشأنه أي ذكر للانقاص او الانتقص في النص القانوني الذي ينطبق عليه (المادتين 139 من القانون المدني العراقي 143 من القانون المدني المصري) بينما ورد ذكر الانقاص والتخفيض في نصوص قانونية من ضمن نظريات اخرى كتعديل العقد او فسخ العقد جزئيا كما مر بنا.
- ومن ناحية اخرى فان من تطبيقات انتقص العقد ما لا يترتب عليه الا إنتقاص من حيث الصورة, بينما تحصل زيادة في اثار العقد بسببه. ولتوضيح ذلك, نذكر المثال التالي:
- يعد شرط الاعفاء من المسؤولية (2) التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي او الاعفاء من ضمان الاستحقاق (3) او ضمان العيب الخفي (4) باطلا اذا اقترن بغش من المتعاقد الذي

وضع هذا الشرط ولذلك يعد كأن لم يكن فالشرط باطل والعقد صحيح⁽⁵⁾. ويعود الضمان الذي يقرره القانون طبقاً لنصوصه. فزوال هذا الشرط الباطل يعد من تطبيقات انتقاص العقد ذلك لأنه يعني زوال بند من بنود العقد. ولكن هذا الانتقاص يؤدي في حقيقته إلى ظهور آثار جديدة للعقد. فقد عاد التزام المتعاقد بعد زوال المانع الذي هو الشرط الموضوع في هذا العقد. أي أن الانتقاص هو انتقاص صورة (أي يزول بند من

(1) قضت محكمة النقض المصرية أن (طلب تخفيض الأجرة مقابل النقص في المنفعة إنما هو طلب بفسخ جزئي لعقد الإيجار بما يتعلق بهذا النقص) الطعن 1129 لسنة 47 القضائية جلسة 1981/12/21، نقلاً عن د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الخامس، أحكام عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 148. وكذلك د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الثاني، ط 4، ص 310.

(2) انظر المادة 2-259 مدني عراقي المادة 2-217 مدني مصري.

(3) انظر المادة 3-556 مدني عراقي المادة 3-445 مدني مصري.

(4) انظر المادة 2-568 مدني عراقي المادة 453 مدني مصري.

(5) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 170.

العقد) ولأن هذا الشرط هو شرط إسقاط، فإن زواله يؤدي إلى عودة الالتزام القانوني بالضمان أي زيادة آثار العقد لا نقصانها⁽⁶⁾. ولذلك لا غرابة إذا حاول بعضهم وضع تسمية أخرى لهذه الفكرة (فكرة انتقاص العقد)، مثل (قصر العقد) أي جعله مقتصرًا على شقه الصحيح والتي تكون أوفق من مصطلح انتقاص العقد⁽²⁾.

وعلى أية حال، فإننا نميز الآن تجزئة العقد عن انتقاصه. فالانتقاص يتفق مع تجزئة العقد في أن بعضاً من العقد يزول ويظل الباقي من العقد بوصفه عقداً مستقلاً في كليهما. و(انتقاص العقد يقوم في جوهره على تفسير لإرادة المتعاقدين)⁽³⁾ وكذلك الحال في تجزئة العقد فإنها يجب أن لا تخالف إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية. إلا أن بين النظامين فوارق مهمة نذكرها فيما يلي:

فمن حيث النطاق، فإن نطاق انتقاص العقد هو العقد الباطل في شق منه، فإذا كان مجال الانتقاص مطلقاً فيما يتعلق بأنواع التصرفات القانونية... فإن هذا المجال يتقيد من

- (1) وقضت محكمة التمييز (ان الشرط الذي اتفق عليه الراهن و المرتهن والقاضي بانتفاع المرتهن بالمرهون دون مقابل لحين تسديد بدل الرهن هو شرط غير معتبر لانه يخالف نص المادة 1340 من القانون المدني ويلزم المرتهن بدفع اجر المثل مقابل انتفاعه بالمرهون). القرار 438 /مدنية ثانية 1981/10/14 مجموعة الاحكام العدلية ,العدد الرابع, تشرين الاول, تشرين الثاني, كانون الاول, 1981, ص37, نلاحظ ان انتقاص العقد بسقوط الشرط الباطل استحدث التزامات جديدة كان الشرط الباطل يهدف الى اسقاطها أي انه احدث زيادة لا نقصاناً.
- (2) انظر د. سليمان مرقس, نظرية العقد, دار النشر للجامعات المصرية, 1956, ص301. وكذلك د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل وهو يعلق على المادة 143 مدني مصري بالقول (فالنص يقرر مبدا قصر البطلان فيما تعيب من العقد وعدم مده الى ما تبقى منه صحيحا وهذا ما يحدث في حال بطلان العقد بطلانا جزئيا), بحثه, المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية, مصدر سابق, ص61. وتعبير انتقاص العقد يترك لدينا- ولا ندري ان كان يشاركنا هذا الراي غيرنا -الاحساس بأن الاهتمام هو فقط بالجزء الذي يبقى من العقد اما ما ينتقص فهو مجرد زوائد لا تملك مشروعية البقاء مع العقد بخلاف التجزئة التي تنظر الى جزئي العقد: الجزء الذي يبقى وذاك الذي يزول. فالجزء الذي يبقى له كيانه كعقد صحيح مستقل. والجزء الذي يزول قد يتحول الى عقد اخر صحيح اذا توفرت شروط تحول العقد. انظر بهذا المعنى الاخير, د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط , الجزء الأول, مصدر سابق, ص501, فهناك جزءان يتفرقان عن بعضهما لا جزء واحد ينتقص.
- (3) د.اياد عبد الجبار ملوكي, تحول العقد, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد, المجلد السابع, العدد الاول والثاني, 1988, ص191.

جهة اخرى بقصره على التصرفات القانونية التي لحقها البطلان او كانت قابلة للابطال في شق منها⁽¹⁾ والبعض اكثر تحديدا فيقول (لا يُتصور انتقاص الا اذا وجد بطلان لجزء من التصرف القانوني)⁽²⁾.

(فلا يجوز اذن ان يكون العقد كله صحيحا اذ لا محل للانتقاص في هذه الحال)⁽³⁾

اما تجزئة العقد فان نطاقها الحالات جميعها التي يزول فيها جزء من العقد دون تنفيذ ويبقى الجزء الاخر قائما. ولذلك فانها تشمل العقد الباطل في جزء منه ويزول هذا الجزء الباطل, بينما يظل الجزء الصحيح بوصفه عقدا مستقلا . كذلك فان نطاق تجزئة العقد يشمل العقد الصحيح الذي ينحل جزء منه فيزول, سواء أكان هذا الانحلال بالتراضي, فيكون ذلك اقالة لجزء من العقد, ام بالارادة المنفردة, كعزل الوكيل من بعض الوكالة او تقييد وكالته, ام بالتقاضي كما في حالات الفسخ القضائي الجزئي للعقد جميعا. كما تحصل

التجزئة عند انتهاء عقد المدة قبل الاوان أي قبل استنفاد مدته فيبقى ما نفذ منه، ويزول بالنسبة الى المستقيل . وبهذا المعنى يكون نطاق تجزئة العقد اوسع من نطاق انتقاص العقد. ومن ناحية اخرى فان انتقاص العقد يتحقق في الحالات كلها التي يزول فيها بعض العقد، متى كان هذا البعض باطلا، سواء أكان هذا البعض شرط تقييد ام شرط تعليق ام مجرد وصف في محل الالتزام العقدي، ام كان هذا البعض جزءاً من العقد، بمعنى ان الجزء الذي يزول هو أنموذج مصغر للعقد الاصيل.

اما تجزئة العقد فانها لا تتحقق الا اذا كان ما يزول من العقد هو جزء وليس مجرد قيد او وصف فيزول جزء من التزامات احد الاطراف وما يقابلها من التزامات الطرف

-
- (1) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مصدر سابق، ص 91، وكذلك نظرية الالتزام، مصادر الالتزام الارادية، مصدر سابق، ص 353، انظر بهذا المعنى كذلك د. سمير تناغو ، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 91، د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 217، ندى عبد الكاظم حسين، نظرية انتقاص العقد، مصدر سابق، ص 87
- (2) د. عقيل فاضل حمد الدهان، مصدر سابق، ص 145.
- (3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، مصدر سابق، ص 189. فالانتقاص اذن نطاقه العقد الباطل في جزء منه لا غير.

الآخر (في العقد الملزم للجانبين) أي ان ما يزول هو عقد كذلك.

ولذلك فان بطلان شرط اسقاط ضمان العيب المبني على الغش، يعد انتقاصا للعقد بينما لا يعد تجزئة للعقد ، فلم يؤد الى زوال جزء من العقد أي الى زوال التزامات متقابلة، الا اذا كان هذا الشرط قد وضع له مقابل معلوم على حده، فيزول هو والمقابل له من الطرف الآخر فيكون ذلك تجزئة للعقد.

وهكذا يكون نطاق انتقاص العقد هنا، اوسع من نطاق تجزئة العقد الباطل في شق منه. فالاول يشمل زوال شرط باطل او جزء باطل من التزام او جزء باطل من عقد بينما يقتصر نطاق الثاني (تجزئة العقد) على زوال جزء باطل من العقد.(1)

يتضح مما تقدم ان هناك مساحة مشتركة في نطاق كل من تجزئة العقد وانتقاص العقد تتمثل في الحالات التي يبطل فيها جزء من العقد بالمعنى المتقدم فيزول هذا الجزء الباطل وحده ويظل الباقي من العقد بوصفه عقدا مستقلا. فهذه الحال هي تجزئة للعقد وهي في الوقت نفسه تقع تحت وصف انتقاص العقد بالمعنى المعروف في الفقه. بينما يفترقان اذا كان العقد صحيحاً كله او كان ما يبطل من العقد هو دون جزء العقد أي مجرد شرط او وصف لا مقابل له.

المطلب الثالث

تمييز تجزئة العقد عن وقف تنفيذ العقد مؤقتا

قد يكون السبب الذي يعوق تنفيذ العقد ذا طبيعة مؤقتة، بحيث يمكن المحافظة على العقد بايقاف التنفيذ مدة محددة، واستئنافه بعد زوال هذا السبب. وهذا بخلاف ما لو كان السبب ذا طبيعة دائمة، تجعل من التنفيذ غير ممكن حتى في المستقبل فيؤدي الى انحلال الرابطة العقدية.(2)

(1) قارن مع د. عقيل فاضل الدهان، حيث يعد صور انتقاص العقد جميعا، تجزئة للعقد. مصدر سابق، ص3.

(2) انظر بهذا المعنى، د. صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص209.

ووقف تنفيذ العقد مؤقتا ينسجم مع الاتجاه الهام للحفاظ على العقود الصحيحة قدر الامكان بهدف تنفيذها. فهذا هو الهدف من التعاقد، ثم هو ينسجم مع هدف استقرار المعاملات، وتلافي اضطرابها، وذلك بدلا من اللجوء الى فسخ العقد عند ظهور ما يعوق تنفيذه مؤقتا. وهو اخيرا يتفق مع ما يتطلبه تنفيذ العقود من التحلي بحسن النية.(1)

وبغياب تعريف لوقف تنفيذ العقد من المشرع، وضع الفقه تعريفات متباينة لهذا المفهوم، نذكر بعضها لنستخلص منها خصائص هذا النظام القانوني. فقد عرفه بعضهم بانه (فسخ مؤقت، يعرض في اثناء وجود عقد مستمر، دون ان يصيب العقد لا في اثاره السابقة، ولا في اثاره اللاحقة على فترة الايقاف، ومن ثم يؤدي الايقاف في العقد المستمر

الى محو جزئي ونهائي لاثار العقد. وهذا يؤدي في نهاية الامر الى ان ينفذ العقد تنفيذا جزئيا(2) وهو تعريف منتقد كونه يخلط بين ايقاف التنفيذ والفسخ على اساس ان الفسخ ازالة للعقد وايقاف التنفيذ ابقاء له على الرغم من وجود الاستحالة المؤقتة للتنفيذ(3) ويعرفه بعضهم بان(4) انقضاء مؤقت لا رجعة فيه لالتزامات جوهرية بسبب استحالة تنفيذ مؤقتة او بسبب ممارسة المتعاقد لحق يحول بينه وبين تنفيذ العقد, او بسبب عدم التنفيذ الراجع لخطأ المتعاقد وذلك كله دون ان يمس وجود واستمرار الرابطة العقدية(4). وهناك من يعرفه بانه(5) فكرة تنطبق في حال حدوث تعطيل او اعاقبة مؤقتة في تنفيذ العقد, ناجمة عن حادث يخرج عن ارادة الافراد, يهدف الى الحفاظ على الرابطة العقدية, خلال مدة الانقطاع, من اجل استئناف التنفيذ مرة اخرى حين تنتهي تلك الاعاقبة(5).

-
- (1) د. صالح ناصر العتيبي , مصدر سابق, ص211.
 - (2) LEBRET: Suspension et resolution des contrats Rev.crit, leg et jur.1924,p581. نقلا عن د.وسن قاسم غني الخفاجي , ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود , اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون, جامعة بغداد, 2006, ص10.
 - (3) د.وسن قاسم غني الخفاجي, المصدر السابق, ص11.
 - (4) د.حسام الدين الاهواني, النظرية العامة للالتزام , الجزء الاول, المجلد الاول, ط3, القاهرة, 2000, ص521, نقلا عن د.صالح ناصر العتيبي , مصدر سابق, ص212.
 - (5) د.وسن قاسم غني الخفاجي , مصدر سابق, ص13.
- ومن هذا العرض نستخلص شروط وقف تنفيذ العقد وحالاته. فيشترط ان تكون هناك استحالة تنفيذ مؤقتة وليست دائمة(1), فالاستحالة دائمة, فانها تؤدي الى انقضاء العقد ويبقى المتعاقد مسؤولا عن التعويض ان كان هناك تقصير في جانبه(2) كما يجب ان تكون لاحقة لنشوء العقد, لانها لو كانت سابقة على التعاقد فان العقد يكون باطلا لاستحالة المحل.(3) وقد طبقت محكمة النقض المصرية وقف عقد العمل في حال اعتقال العامل, فالاعتقال يعد قوة قاهرة مستقلة عن ارادة العامل الذي يعد بريئا ما دام ان حكما جنائيا لم يصدر بعقابه, وذلك لان الاصل هو البراءة والاعتقال بطبيعته امر مؤقت.(4)

ويجب كذلك لوقف تنفيذ العقد توفر حسن النية , ولذلك يجب ان تكون الاستحالة المؤقتة راجعة الى سبب اجنبي عن العقد, أي ان لا تكون للمتعاقدين يد في تحقيق الاستحالة.(5) ويقتضي حسن النية كذلك ان يكون عدم التنفيذ في حدود الاستحالة المترتبة على السبب ولا تتعدها(6). ويجب كذلك ان لا تكون مدة تنفيذ العقد ذات اعتبار جوهري في نظر المتعاقدين(7) فيؤدي وقف التنفيذ المؤقت للعقد الى ضرر المتعاقد, وقد يفوت عليه غرضه(8) . كما لو كان الاداء المطلوب محددا بمناسبة معينة. ولا يقتصر وقف العقد على حال القوة القاهرة المؤقتة, وانما قد يتم وقف العقد بسبب استعمال المتعاقد لحق مقرر له

-
- (1) القاضي حسين عامر, مصدر سابق, ص132.
 - (2) د. عبد الرازق احمد السنهوري, نظرية العقد, مصدر سابق, ص468.
 - (3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص97. وانظر المادة 127 مدني عراقي والمادة 132 مدني مصري.
 - (4) قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم 339 لسنة 41 القضائية جلسة 1977/3/6 نقلا عن د صالح ناصر العتيبي , مصدر سابق, ص216.
 - (5) د.وسن قاسم غني الخفاجي , مصدر سابق, ص37.
 - (6) د.صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص216.
 - (7) د.وسن قاسم غني الخفاجي, المصدر السابق, ص43.
 - (8) بهذا المعنى حسين عامر, المصدر السابق, ص132.

في القانون وفق شروطه القانونية, فالقانون يُعطي العامل الحق في الاضراب ويعطيه احيانا الحق في الاجازة بدون راتب, او ~~64~~ يلتحق العامل بالخدمة العسكرية, فيتوقف عن ممارسة العمل, ويوقف العقد خلال هذه الفترات.(1)

كما يلجأ القضاء الى وقف تنفيذ العقد احيانا اذا حصل ظرف طارئ مؤقت يجعل تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا طبقا لشروط نظرية الظروف الطارئة, وقدّر القاضي ان هذا الظرف سيزول في وقت قصير.(2)

ووقف التنفيذ يقع في العقود الفورية, كما لو حظرت الدولة تداول سلعة معينة لفترة محددة, فان عقود البيع المبرمة قبل هذا القرار تعد موقوفة⁽³⁾. ووقف تنفيذ العقود الفورية لا يؤثر في وجود العقد⁽⁴⁾ وانما يؤجل تنفيذه لا غير, ولا يزول جزء منه

اما العقود الزمنية فانها اما ان تكون محددة المدة, او غير محددة المدة فاذا كان العقد الزمني غير محدد المدة, يرى بعضهم, ان وقف التنفيذ لا يؤثر على وجود العقد وانما يؤجله فقط.⁽⁵⁾ فاذا استحال على العامل, العمل بسبب قوة قاهرة فلا تقطع تلك المدة من مدة العقد الكلية التي هي غير محددة.

ونحن نرى ان وقف تنفيذ العقد الزمني في هذه الحال يؤدي الى زوال جزء منه, ذلك لان اداء العامل يتحدد بالوحدات الزمنية, وتوقف العقد لفترة معينة يؤدي الى فوات اداء العامل خلال تلك الفترة, وفوات الاجر الذي يستحقه كذلك. وبذلك يزول جزء من عقد العمل يقابل تلك المدة.

واذا كان عقد ايجار محدد المدة فالرأي الراجح ان توقف هذا العقد مدة محددة يؤدي الى زوال جزء منه يقابل تلك المدة⁽⁵⁾.

-
- (1) د. صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص218.
 - (2) د. عبد الرازق احمد السنهوري, الوجيز , مصدر سابق, ص255, د.سمير تناغو , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص150.
 - (3) د.صالح ناصر العتيبي , المصدر السابق, ص225.
 - (4) د. عبد الحي حجازي, عقد المدة, مصدر سابق, ص155, د. وسن قاسم غني الخفاجي, مصدر سابق, ص17.
 - (5) د.وسن قاسم, المصدر السابق, ص17
 - (6) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة , المصدر السابق, ص155.

واذا كانت مدة التوقف اطول من مدة العقد محدد المدة فان العقد نفسه ينتهي تبعا لذلك.⁽¹⁾ من هذا العرض, نلاحظ ان وقف تنفيذ العقد الزمني مدة محدودة يؤدي حتما الى زوال جزء منه دون تنفيذ. وهو هنا يعد تجزئة لهذا العقد. اذ ان التجزئة هي زوال جزء من العقد دون تنفيذ وبقاء جزئه الاخر. غير ان وقف التنفيذ المؤقت يستلزم العودة الى تنفيذ العقد بعد زوال سبب التوقف, بينما تتحقق تجزئة العقد الزمني فضلا عن الفرض المذكور

عندما ينتهي العقد الزمني قبل انتهاء مدته، بصورة نهائية كذلك، اذ يبقى ما نفذ منه ويذول العقد بالنسبة الى المستقبل فقط.

اما في العقود الفورية التنفيذ فان وقف تنفيذها لا يترتب عليه زوال جزء منها (ومن ثم فالفسخ الجزئي الذي ينشأ عن الوقف ليس من مستلزمات الوقف وانما هو مجرد اثر لايحقق في الاحوال جميعا)⁽²⁾. ولذلك لا يؤدي وقف تنفيذ العقد الفوري التنفيذ الى تجزئة العقد.

وصفوة الكلام : ان تجزئة العقد تعني دائما زوال جزء منه، اما وقف التنفيذ المؤقت للعقد فالاصل انه يؤدي الى تأجيل تنفيذ العقد دون زوال جزء منه، عدا العقود الزمنية التي تحتم طبيعتها زوال جزء من العقد . فيؤدي توقفها الى تجزئتها. وفيما عدا هذا فان النظامين يختلفان من حيث نطاق اعمال كل منهما. فتجزئة العقد نطاقها العقد الباطل في جزء منه او الموقوف جزء منه او القابل للابطال في جزء منه وكذلك الحالات جميعا، التي ينحل فيها جزء من العقد ويبقى الجزء الاخر، اما وقف التنفيذ فان نطاقه الحالات التي يتعذر فيها تنفيذ الالتزامات العقدية، مدة محددة، يستأنف التنفيذ بعدها عند زوال سبب التوقف.

(1) د.وسن قاسم غني الخفاجي، مصدر سابق، ص19، د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص106.

(2) د.عبد الحي حجازي، عقد المدة، مصدر سابق، ص155.

المطلب الرابع

تميز تجزئة العقد عن تنفيذ جزء منه بطريق التعويض⁶⁸

(اثر العقد هو انشاء الالتزام. اما اثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه وتنفيذ الالتزام اما ان يكون تنفيذا عينيا او تنفيذا بمقابل عن طريق التعويض. والاصل في تنفيذ الالتزام

ان يكون تنفيذاً عينياً..... وذلك اذا توفرت شروط معينة. اما اذا اختلفت هذه الشروط فان التنفيذ يكون بمقابل⁽¹⁾.

فاذا اصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين⁽²⁾, او عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العيني, او عندما يكون في التنفيذ ارهاق شديد للمدين, بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضرراً كبيراً للدائن, في هذه الاحوال كلها, يتم التحول من التنفيذ العيني الى التنفيذ بطريق التعويض⁽³⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز , مصدر سابق, ص835. ويشترط لاقتضاء التنفيذ العيني شروط اربعة: **1** . ان يكون التنفيذ العيني ممكناً, **2**. ان يطلبه الدائن او يتقدم به المدين, **3** . الا يكون فيه ارهاق للمدين او يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه الى التعويض يلحق بالدائن ضرر جسيماً, **4**. ان يعذر المدين, انظر الوسيط , الجزء الثاني, مصدر سابق, ص759-760 والوجيز, مصدر سابق, ص847, وانظر كذلك المادة **246** مدني عراقي والمادة **203** مدني مصري , انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم واخرين , الجزء الثاني, مصدر سابق, ص16 حيث يضيف فوق هذه الشروط **1**. ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ, **2**. ان يكون امتناع المدين عن التنفيذ غير مشروع, وهذه شروط التنفيذ العيني الجبري اما اذا تم التنفيذ العيني اختياراً كان ذلك وفاء من المدين للالتزام , انظر د. سمير تناغو , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص502, انظر كذلك, الطعانان **2469** , **2517** جلسة **1991/5/16** نقلاً عن د. السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص835-836 هامش **1**.

(2) وقضت محكمة تمييز العراق (كان المدعي قد استحصل على حكم قضائي مكتسب درجة البتات يقضي بالزام المدعي عليه بتسليمه مادة المعجون عينا فكان عليه تنفيذ الحكم وعند اثبات تعذر التنفيذ العيني من قبل المدين يصار الى اقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض) الاضبارة رقم **847** / مدنية اولى/ منقول , **2000**, في **2000/6/25** (غير منشور).

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط , الجزء الثاني, مصدر سابق, ص823, د. انور سلطان , النظرية العامة للالتزام , احكام الالتزام , مصدر سابق , الاسكندرية , ص167-168, بهذا المعنى ايضا د. محمد فتح الله النشار, حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي والقانون المدني , دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية , **2002**, ص103, د. رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص235, د. احمد شوقي عبد الرحمن, المصادر الارادية , مصدر سابق ص149.

والتنفيذ بطريق التعويض لا يجتمع مع التنفيذ العيني , لان الدائن سيتقاضى حقه مرتين عندئذ⁽¹⁾, الا ان هذا يصدق على الحالات التي يكون فيها امتناع المدين عن التنفيذ

العيني كاملا .(اما اذا نفذ المدين بعض التزاماته وامتنع عن تنفيذ بعضها الاخر ,حل التعويض عن عدم التنفيذ محل عدم التنفيذ الجزئي للالتزام, وجاز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني الجزئي للالتزام)(2). والتعويض اما ان يكون قضائيا حيث يقدره القضاء او يكون اتفاقيا وهو الشرط الجزائي حيث يتفق المتعاقدان مقدما على مقدار التعويض، او قانونيا حيث يقدره القانون, وهو تحديد سعر الفائدة(3).

والاستحالة التي تسوغ التحول الى التنفيذ بطريق التعويض هي الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين لا الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه(4). وفي هذه الحال الاخيرة ينقضي الالتزام دون تعويض(5) لعدم تحقق شروط المسؤولية العقدية(6).

(1) قرار محكمة النقض المصرية, الطعن رقم **1228** لسنة **1967** القضائية هيئة عامة جلسة

2001/6/24, نقلا عن, د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز , مصدر سابق, ص**885**.

(2) د. عبد المجيد الحكيم واخرون , الجزء الثاني, مصدر سابق, ص**44** وبالمعنى نفسه, د. فتحي عبد الرحيم عبد

الله و د. احمد شوقي عبد الرحمن , شرح النظرية العامة للالتزام, الكتاب الثاني, الاثار, الاوصاف, الانتقال, الانقضاء, الاثبات, **2001,2000**, ص**20** .

(3) د. انور سلطان , المصدر السابق ص**170**, د.سمير تناعو , نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص**411**, د.

حسن علي الذنون, محاضرات في القانون المدني العراقي, نظرية العقد مصدر سابق, ص**180**.

(4) نصت المادة **168** مدني عراقي (الموافقة للمادة **215** مدني مصري) على ما يلي: (اذا استحال على

الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت من سبب اجنبي لا يد له فيه, وكذلك يكون الحكم اذا تاخر الملتزم في تنفيذ التزامه) ,د.محمد فتح الله النشار,مصدر سابق, ص**104** , انظر بهذا المعنى كذلك قرارات محكمة النقض المصرية الطعن رقم **199**

لسنة **36** القضائية جلسة **1970/11/24** والطعن رقم **873** لسنة **48** القضائية جلسة **1983/12/8**

نقلا عن ابراهيم سيد احمد, عقد الوديعة فقها وقضاء, ط**1**, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, **2003** ,

ص**123-132**, على التوالي ,وقرار محكمة التمييز رقم **493** /مدنية اولى / **1977** في

1977/10/3 ,مجموعة الاحكام العدلية, العدد الثالث والرابع, السنة الثامنة, **1977** ص**39**.

(5) د.عبد الرزاق احمد السنهوري , الوجيز, مصدر سابق, ص**848**.

(6) واركان هذه المسؤولية العقدية هي الخطأ وهو عدم تنفيذ الالتزام العقدي والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ

والضرر , انظر د. محمد فتح الله النشار, مصدر سابق, ص**104**.

والذي يهمننا, هو الفرض الذي يكون فيه المدين قد اوفى ببعض من التزاماته بموجب العقد عينا, ثم تحقق الاختلال في احد شروط التنفيذ العيني التي ذكرناها بالنسبة للجزء المتبقي دون تنفيذ, كأن يصبح تنفيذ ذلك الجزء مستحيلا بخطأ المدين او مرهقا او كان تدخل المدين الشخصي ضروريا لتحقيق التنفيذ العيني, ولم يُجْدمعهُ التهديد المالي للتغلب على تعنته وامتناعه .

هنا اذا لم يطلب الدائن فسخ العقد, او طلبه ولم يستجب القاضي طبقا لسلطته التقديرية, فلا يبقى الا واحد من حلين اخرين⁽¹⁾: تنفيذ ما بقي من العقد بطريق التعويض (أي تنفيذه بمقابل), وفي هذه الحال يكون العقد قد بقي ونفذ كاملا ولو ان جزءاً منه نفذ عينا وجزءاً نفذ بطريق التعويض, والحل الثاني ان يفسخ هذا الجزء من العقد فيرد المتعاقدان الى حال ما قبل التعاقد بالنسبة لهذا الجزء فقط. فاذا كان الدائن قد دفع المقابل الى العاقد الاخر, وجب رده اليه, ويكون لفسخ هذا الجزء اثر رجعي. وهكذا – في هذا الفرض الاخير- يكون جزء من العقد نفذ عينا بينما تم فسخ الجزء الذي لم ينفذ أي ان العقد قد فسخ جزئيا. وهذه من الحالات الأنموذجية لتجزئة العقد (او تفرق الصفقة)⁽²⁾ فاذا كان تنفيذ جزء من العقد بمقابل يشترك مع تجزئة العقد (بفسخ جزء منه) في ان كلا النظامين يتضمنان تنفيذ جزء فقط من العقد عينا الا ان الفرق بعد ذلك واضح بين الاثنين

فالتنفيذ بطريق التعويض يقوم على اساس قيام العقد بكامله اما تجزئة العقد فتقوم على زوال جزء منه. ففي التنفيذ بطريق التعويض للجزء المتبقي من العقد (الذي لم ينفذ عينا) يقدر القاضي التعويض طبقا للمادة **169** من القانون المدني العراقي (الموافقة للمادة **221** من القانون المدني المصري)⁽³⁾ فتشمل عناصر هذا التعويض : ما اصاب الدائن من خسارة و ما ضاع عليه

(1) انظر في هذه الحالات د. حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص100.

(2) د. عصام انور سليم , عدم تجزئة العقد , مصدر سابق, ص15.

(3) نصت المادة **169** مدني عراقي: (1- اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي

التي تقدره.2- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او أي حق عيني اخر او التزام بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او

لتأخره عن الوفاء به.3- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة محل أو كسب يفوت.

من كسب, بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام, او التأخير في الوفاء(1). فإذا كان ما لم يتم الوفاء به, التزام بتسليم بضاعة تعهد بتسليمها المدين الى الدائن, فانه (أي المدين) يدفع تعويضاً عما اصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن اعلى, وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت انه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه(2). اما اذا تمت تجزئة العقد بفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه, فانه يتوجب اعادة الحال بالنسبة لهذا الجزء من العقد الى ما قبل التعاقد ففي المثال المتقدم , يتوجب اعادة الحصة من الثمن الذي دفعه المشتري عن البضاعة التي لم تسلم, زادت قيمة البضاعة ام نقصت(3), واذا لم يكن قد دفعه فتبرأ ذمته منه ولا محل للتعويض عن الخسارة اللاحقة او الكسب الفائت فهذان اثران لتنفيذ العقد بمقابل لا لفسخه, انما قد يكون هناك محل للتعويض اذا ارتكب المدين خطأ تكون مسؤوليته عنه تقصيرية , فالعقد زال بالنسبة لهذا الجزء , فلا يصح اساساً للتعويض.(4) ويمكن القول ان المواد القانونية التي توجب رد القيمة مع التعويض ان كان له مقتضى, تقيم قرينة على ان المشرع اختار حل التنفيذ بمقابل لذلك الجزء من العقد. وبالعكس اذا ذكر رد الثمن و انقاصه او الاخذ بالحصة من الثمن او انقاص الاجرة فانه

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص885, د. فتحي عبد الرحيم عبد الله, و د. احمد شوقي عبد الرحمن, مصدر سابق, ص28, وانظر قرار محكمة النقض في مصر الطعن رقم 3956 لسنة 68 القضائية جلسة 2000/5/28. نقلاً عن ابراهيم سيد احمد , عقد الوديعة فقها وقضاء, مصدر سابق , ص203- 204. انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم 1610 /حقوقية/ 1968 في 1969/9/24 مجلة القضاء , العدد الاول, كانون الثاني, شباط, اذار , السنة الخامسة والعشرين/ 1970, ص108 وكذلك د. حسن علي الذنون, محاضرات في القانون المدني العراقي , مصدر سابق, ص109.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص885.

(3) ولذلك يعبر عنه القانون بـ(انقاص الثمن) او (الاخذ بالحصة من الثمن) وفي عقد الايجار (انقاص الاجرة) او نحو ذلك من العبارات. انظر المواد 543, 545, 547, 561, 564, 724, 747, 751, 752, مدني عراقي والمواد 434, 438, 569, مدني مصري على سبيل المثال.

(4) وقضت محكمة النقض في مصر(اذا فسخ العقد فلا يصلح اساسا للرجوع بالتعويض وانما يتم التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية) الطعن رقم **1643** السنة **55** القضائية جلسة **1990/12/5** نقلا عن ابراهيم سيد احمد , عقد الوديعة فقها وقضاء , مصدر سابق, ص**233**.

قرينة على ان المشرع اختار الفسخ الجزئي حلا⁽¹⁾. وسنفصل في ذلك في الباب الثاني الخاص بالتطبيقات.

وعلاوة على هذا الفارق من حيث الماهية بين النظامين , هناك فوارق من حيث الاثر, فنلاحظ هاهنا, ان التنفيذ بمقابل افضل للدائن اذا ارتفعت قيمة الاداء الذي لم ينفذ من قبل المدين, بينما يكون فسخ الجزء الذي لم ينفذ (أي تجزئة العقد) افضل للدائن اذا هبطت تلك القيمة .

كما ان تجزئة العقد هنا بفسخ جزء منه, تعطي الدائن ميزة اخرى هي انه لو كان قد دفع مقابل الاداء الذي لم ينفذه المدين, وكان هذا مالا قائما بذاته , ثم افلس المدين, فانه يسترد هذا المال دون ان يزاحمه بقية الدائنين فيه, اذ بالفسخ يعود الدائن مالكا له باثر رجعي⁽²⁾.

(ويلاحظ ان دعوى الفسخ - وهي التي تجزيء العقد اذا كان الفسخ جزئيا - من شأنها ان تجعل الدائن في مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية , ذلك انه يسترد ما اعطاه دون ان يشترك معه بقية دائني المدين , فهو ممتاز من هذه الناحية بعكس ما اذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد, فانه يصبح في هذه الحال كبقية الدائنين ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء.)⁽³⁾

(1) انظر بهذا المعنى د. كمال ثروت الوندأوي, شرح احكام عقد البيع , دراسة مقارنة, مصدر سابق, ص**188**, في الهامش, د. سعدون العامري, الوجيز في شرح العقود المسماة , الجزء الاول, مصدر سابق , ص**138-139**, د. توفيق حسن فرج, اثر حسن النية , مصدر سابق, ص**256**.

(2) وقد نصت المادة **641** من قانون التجارة العراقي رقم **149** لسنة **1970** وهي ضمن الباب الخامس من القانون والخاص باحكام الافلاس والصلح الواقي منه. وهذا الباب مايزال نافذا استنادا الى المادة **331** من قانون التجارة العراقي النافذ ذي الرقم **30** لسنة **1984**, على ما يلي: (1- لكل شخص ان يسترد من التفليسة الاشياء التي تثبت له ملكيتها وقت اشهار الافلاس. 2- ويجوز لامين التفليسة, بعد اخذ رأي المراقب والحصول

على اذن من حاكم التفليسة رد الشيء الى مالكه.) كما نصت المادة **644** من القانون نفسه انه (1- اذا فسخ عقد البيع بحكم او بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم باشهار افلاس المشتري، جاز للبائع استرداد البضائع كلها او بعضها من التفليسة بشرط ان توجد عينا.)

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص712، هامش 4.

ولا بد من ملاحظة ان الالتزام بالتعويض، يبقى مضمونا بضمانات الوفاء بالالتزام الاصلي نفسها، فهو ليس التزاما جديدا(1). اما اذا تجزأ العقد (أي فسخ جزء منه) فان هذه الضمانات تزول بالنسبة لهذا الجزء.

ومن الحالات التي ينفذ فيها جزء من العقد عينا وجزء بطريق التعويض تلك، الحالات التي يقدر فيها المتعاقدين مقدار التعويض مسبقا في صورة شرط جزائي في العقد، ثم يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ عيني جزئي للعقد ، فاذا قضي بتنفيذ المتبقي من العقد بطريق التعويض، فان القاضي يخفض مقدار الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) بما يتناسب مع ما تم تنفيذه من العقد(2)، وذلك طبقا للمادة **2-170** من القانون المدني العراقي والموافقة للمادة **2-224** من القانون المدني المصري.

وقد قضت محكمة التمييز بان(حصول الطالب على دبلوم واحد من اصل الدبلومين المتعاقد عليهما، قد اوفى بجزء من التزامه الاصلي. مما يجوز معه تخفيض التعويض وفقا للفقرة (2) من المادة **170** من القانون المدني)(3). وقضت محكمة التمييز كذلك(اذا استقال الطالب من الوظيفة قبل اكمال مدة الخدمة التي تعهد بها، فيعتبر ناكلا عن تنفيذ تعهده ويلزم مع كفيله بمبلغ التعهد بعد تنزيل ما يناسب المدة التي خدمها في الدولة)(4)

(1) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص20.

(2) المصدر السابق، ص38، انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم 69/س/21 في 1970/6/24 حيث جاء فيه:(حصول طالب البعثة على شهادة تقل عن الشهادة التي تعاقد عليها يعتبر تنفيذا جزئيا للالتزام يعفي المدين من التعويض عما يناسبه)، ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني مركز البحوث القانونية، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988، ص263.

(3) قرار محكمة التمييز رقم الاضبارة 331/هيئة عامة اولى/74 في 1975/4/19 منشور في مجلة العدالة ، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل في الجمهورية العراقية ، العدد الثاني، السنة الاولى، نيسان ، مايس، حزيران، 1975، ص403-ص406، والقرار 130/مدنية عامة اولى/77 في 1977/7/2، مجموعة الاحكام العدلية، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة، 1977، ص57. والقرار 416 /مدنية ثانية/ 971 في 1974/1/13، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة السادسة، ص69. وقضت محكمة التمييز

(من نفذ جزء من العقد فلا يلزم الا بمقدار الجزء غير المنفذ من العقد حسب احكام الفقرة (2) من المادة 170 مدني قرارها 1059 /حقوقية/ 67 في 1968/10/3. نقلا عن : قضاء محكمة التمييز , المجلد الخامس القرارات الصادرة سنة 1968. منشورات وزارة العدل في جمهورية العراق , محكمة التمييز - المكتب الفني , دار الحرية للطباعة, مطبعة الحكومة, بغداد, 1971, ص249.

(4) قرارها رقم 418 /مدنية ثانية/ 1973 في 1974/11/14, مجموعة الاحكام العدلية , العدد الاول, السنة السادسة, ص85, وقضت ايضا(يقتصر الحكم بالتعويض الاتفاقي على الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام) قرارها 195 /حقوقية/ 1967 في 1967/7/1 , مجلة القضاء , العدد الرابع, كانون الاول, 1967, السنة الثانية والعشرون, 1967, ص145.

ففي مثل هذه الاحوال لا يتجزأ العقد بل يبقى كله قائما , انما ينفذ بعضه عينا, وبعضه بطريق التعويض.

بينما قضت محكمة التمييز ما نصه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح للاسباب التي استند اليها, ذلك ان المدعية /المميز عليها اشترت الدار مع الهاتف ولم يحدد مبلغا معيناً للهاتف من بدل البيع. وحيث ان المدعى عليه امتنع عن نقل الهاتف باسمها, لذا تستحق استعادة بدل الهاتف حيث استعانت المحكمة بثلاثة خبراء لتقدير قيمة الهاتف وقت البيع, وكان تقديرهم صالحا لان يكون سببا لما استند اليه من اعتبارات في التقدير, لذا قرر تصديق الحكم(1). ورد قيمة الهاتف وقت البيع دليل على فسخ العقد جزئيا (أي تجزئته) لاعادة الحال الى ما كانت وقت التعاقد بالنسبة للجزء المتعلق بالهاتف. اما لو كان القرار التنفيذ بمقابل فيجب رد قيمة الهاتف وقت الحكم. كما قضت محكمة التمييز (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز موافق للقانون فالمحكمة قضت بفسخ العقد في الجزء الذي لم ينفذ منه.... وقد قضت بفسخ ما لم ينجز من العقد بعد ان تبين لها ما يدعو الى هذا الفسخ, وعليه تكون الاعتراضات التمييزية غير واردة.(2)

المطلب الخامس

تميز تجزئة العقد عن انتاج العقد الباطل لبعض الآثار

مع ان منطق البطلان يفرض ان يكون العقد الباطل عديم الاثر(3), فان القانون نفسه في مواضع كثيرة نص(على اثار لبعض التصرفات الباطلة , كما ان القضاء والفقه يسلمان باستبقاء بعض اثار التصرفات الباطلة في احوال لم ينص عليها القانون. ذلك انه كثيرا ما تصطدم العدالة بمنطق المبدأ الذي يقضي بان التصرفات الباطلة لا تترتب عليها اثار . حقيقة ان المقصود من بطلان التصرف هو حماية مصالح معينة ولكن قد يكون

-
- (1) قرار محكمة التمييز رقم 2427 /مدنية ثالثة / 2001 , في 2001/10/29 (غير منشور).
- (2) قرار محكمة تميز العراق رقم 134/مدنية ثالثة / 1976 في 1976/3/20 نقلا عن مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول, السنة السابعة, 1976, ص14.

- (3) د.سليمان مرقس, نظرية العقد, مصدر سابق, ص289, د. عبد المجيد الحكيم واخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص123.

التصرف الباطل قد نفذ فعلا واحتفظ بكيانه لمدة معينة, فخلق قيامه وتنفيذه مراكز ومصالح جديرة بالحماية, وقد تكون مراعاة هذه المصالح⁷⁵ ألزم من مراعاة المصالح التي يرمي البطلان الى حمايتها.(1)

والاثار التي تترتب على العقد الباطل(2) منها ما هو ثانوي ومنها ما هو اصلي او اساسي . ومن الاثار العرضية للعقد الباطل تحوله الى عقد صحيح من نوع مختلف وذلك) اذا وافق هذا التصرف الباطل, عناصر تصرف اخر صحيح(3) . فالاثار الذي تترتب على العقد الباطل هو تحوله الى تصرف يعد صحيحا,(4) في هذه الحال , لكنه مختلف في نوعه عن التصرف الاصلي الذي وقع باطلا.

وقد يرتب العقد الباطل اثاره بوصفه عقدا, كما في عقد الشركة الذي يحكم ببطلانه لعدم استيفاء الشكل الذي اوجبه القانون وهي هنا تسمى بالشركة الواقعية او الفعلية, فيعتد القانون بهذا العقد في الفترة بين تاسيس الشركة والحكم ببطلانها(5).

-
- (1) د.حلمي بهجت بدوي, اثار التصرفات الباطلة, بحثه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد, السنة الثالثة, العدد الاول, , يناير 1933, ص380-ص381.

- (2) وينكر بعضهم على العقد الباطل انتاجه لاي اثر, فتحول العقد يكشف عن ان العقد الاول الباطل, وهم يزول بمجرد اعمال قواعد التفسير والتكييف, وانه لا يوجد الا تصرف واحد هو التصرف الصحيح(التصرف الذي تحول العقد الباطل اليه) واما التعويض الذي يمكن ان يحكم به عند بطلان العقد فيخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية. والالتزام بالرد مصدره الالتزام برد غير المستحق واما الاثار المتعلقة بحقوق الغير حسن النية فمصدرها اما الحيازة او نص القانون, واما الشركات الواقعية فتقوم على اساس الاطمئنان للظاهر ولا تقوم على احياء التصرف الباطل. انظر تفاصيل ذلك لدى, د. جميل الشرقاوي, نظرية بطلان التصرف القانوني, رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة, 1956, ص400-411.

(3) د. احمد يسري , تحول التصرف القانوني, دراسة مقارنة, للمادة 144 من القانون المدني المصري على اساس المادة 140 من القانون المدني الالماني, رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة هيدلبرج, المانيا, سنة 1955, ترجمة المؤلف نفسه, مطبعة الرسالة, مصر, 1958, ص36, انظر كذلك د. اياد ملوكي , تحول العقد, مصدر سابق, ص178.

(4) د. حلمي بهجت بدوي , المصدر السابق, ص407.

(5) د. عبد الحميد الشواربي, البطلان المدني والاجرائي , منشأة المعارف, الاسكندرية , 1996, ص727, د. سمير تناعو , نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص90.

في هذه الحالات كلها وفي غيرها, ينتج العقد الباطل جزءاً من الاثار التي كان سيرتها لو كان صحيحا, وهنا يتشابه مع تجزئة العقد التي تعني زوال جزء من العقد بلا تنفيذ وبقاء جزء منه منتجا لاثاره, مما يستتبع ان يصبح العقد منتجا لبعض اثاره الاصلية وليس كلها, فبماذا تتميز تجزئة العقد عن انتاج العقد الباطل لبعض الاثار القانونية؟

اذا بطل العقد او ابطال زال كله وفقد وجوده القانوني, فليس للعقد الباطل وجود قانوني⁽¹⁾ . بينما تعني تجزئة العقد زوال جزء منه, أي فقدان هذا الجزء لوجوده القانوني بوصفه العقد الذي قصده المتعاقدان, بينما يبقى الجزء الاخر محتفظا بوجوده القانوني الكامل, وهذا فارق جوهري بين تجزئة العقد وبين انتاج العقد الباطل لبعض اثاره .

وتنتج الاثار الثانوية او العرضية للعقد الباطل ليس عن كونه عقدا ولكن بوصفه واقعة مادية.⁽²⁾ ففي تحول العقد لا تنتج الاثار من العقد الباطل, وانما من العناصر التي تجمعت امام القاضي فحول العقد الباطل الى عقد صحيح مختلف.⁽³⁾ اما الاثار التي ينتجها العقد بعد تجزئته, فانها اثار العقد قبل التجزئة نفسها, ولكنها اقل, ذلك لان جزءاً من العقد قد زال فزال معه اثاره كذلك.

اما الاثار الاصلية التي قد ينتجها العقد الباطل في بعض الاحوال, كما في الشركة الفعلية فانها تاتي على سبيل الاستثناء, وتتطلبها الضرورات العملية ووجوب حماية حسن النية, والحقوق التي اكتسبها الغير وما اطمأن اليه من ظاهر الامور.⁽⁴⁾

ففي الشركة الفعلية⁽⁵⁾, يعتد القانون باثار عقدها الذي ابطال حماية لمن تعامل مع هذه الشركة بحسن نية اذ قد يكون من جراء هذه المعاملات ان اصبحت الشركة دائنة او

- (1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص495.
 - (2) د. عبد المجيد الحكيم واخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص124.
 - (3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, نظرية العقد, مصدر سابق, ص637.
 - (4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري نظرية العقد, مصدر سابق, ص618, د. صاحب عبيد الفتلاوي, تحول العقد, مصدر سابق, ص145, د. ندى عبد الكاظم حسين, اثار بطلان العقد, مصدر سابق, ص3.
 - (5) انظر في تفاصيلها د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص250 وما بعدها, د. حلمي بهجت بدوي, مصدر سابق, ص319 وما بعدها.
- مدينة وقد تكون حققت ارباحا, وتقتضي ضرورات حماية حسن النية واستقرار التعامل, الاعتماد باثار عقد الشركة في الفترة بين تأسيسها والحكم ببطلانها, وعلى سبيل الاستثناء تحقيقا للعدالة.(1)

وهذه كلها مصالح رجحها المشرع على إعدام اثار العقد جميعا, ولا سيما اذا تعلق سبب البطلان بتخلف ركن الشكل(2) ثم ان هذه الاثار مقتصرة, على الرأي الراجح, على البطلان لتخلف الشكل(3). اما اذا كان البطلان لتخلف احد الاركان الموضوعية او لعدم مشروعية نشاط الشركة او سببها, فانها لا تكون شركة فعلية(4).

كما ان الاثار التي تترتب على الشركة الفعلية, تكون قاصرة على الفترة السابقة على الحكم بالبطلان وليس بالنسبة للمستقبل(5). كما يذهب بعضهم الى ان هذه الاثار هي اثار قانونية وليست اثار يرتبها العقد الباطل لان البطلان يعدم التصرف و يلغي اثاره كلها.(6)

-
- (1) د. عبد الحميد الشواربي, البطلان المدني والاجرائي, مصدر سابق, ص727, د. محمد فريد العريني, القانون التجاري, الجزء الثاني, الشركات التجارية, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, 1995 و ص47 وما بعدها.

- (2) عدنان ابراهيم سرحان, الاوضاع الظاهرة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة, جامعة بغداد, 1986, ص246.

- (3) يرى الفقه العراقي ان عقد الشركة (على الرغم من عدم النص) يجب ان يكون مكتوبا والا كان باطلا, ذلك لان اجراءات التأسيس, لا يتصور اتمامها من غير ان يكون العقد مكتوبا. ويترتب على تخلف الكتابة بطلان عقد الشركة نفسه وهو (بطلان من نوع خاص يختلف عن البطلان المطلق المقرر بمقتضى القواعد العامة للبطلان . فلا يمكن ان يحتج به الشركاء قَبْلَ الغير, بيد ان للغير اثبات وجود الشركة "الفعلي" أي العقد,

بوسائل الاثبات كافة حماية له من حال انكار الشركاء وجود عقد الشركة اضاراً به). د. باسم محمد صالح, د. عدنان احمد ولي, القانون التجاري - الشركات التجارية, مصدر سابق, ص41, وانظر كذلك المادتين **17,20** من قانون الشركات العراقي رقم **21** لسنة **1997** المعدل التي يظهر منهما بوضوح لزوم الكتابة لاتمام اجراءات تاسيس الشركة.

(4) انظر بشأن ذلك د. محمد فريد العريني , مصدر سابق, ص55, د. علي البارودي, د. جلال وفاء محمد, القانون التجاري والبحري , دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية , **1994**, ص151, عدنان ابراهيم سرحان, مصدر سابق, ص248.

(5) انور العمروسي, الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه واحكام القضاء, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, **2002**, د. صاحب عبيد الفتلاوي, تحول العقد, مصدر سابق, ص149, د. محمد فريد العريني, مصدر سابق, ص54, د. علي البارودي, د. جلال وفاء محمد, المصدر السابق, ص150.

(6) د. ندى عبد الكاظم حسين, نظرية انتقال العقد, مصدر سابق, ص11.

اما الاثار التي ينتجها الجزء المتبقي من العقد عند تجزئته, فانها اثار لعقد صحيح من نوع العقد الاصلي نفسه.

78

وعموماً فان اثار العقد الباطل, هي اثار صحيحة لعقد باطل اقتضتها ضرورات التعامل, اما اثار العقد بعد التجزئة فهي اثار صحيحة لعقد صحيح, وان كانت بعضاً من اثاره الاصلية.

غير ان العقد الواحد قد يكون صحيحاً في جزء منه وباطلاً في جزئه الاخر فاذا امكن فصل هذين الجزأين, بان لم يكن العقد ما كان ليتم دون الجزء الذي وقع باطلاً فان هذه احدى حالات تجزئة العقد التي نص عليها القانون⁽¹⁾, فيستقل كل جزء بحكمه , الجزء الصحيح ينتج اثار العقد الاصلية التي قصدها المتعاقدان ولكنها ليست اثار اصلية كاملة وانما اثار اصلية منتقصة بازالة الشق الباطل⁽²⁾ , ولذلك لا نؤيد الرأي الذي يذهب الى عدها اثاراً عرضية للعقد الباطل.⁽³⁾

اما الجزء الباطل, فمصيره كمصير أي عقد باطل بما في ذلك امكان تحول هذا الجزء الباطل الى عقد صحيح من نوع اخر, اذا توفرت شروط نظرية تحول العقد.⁽⁴⁾

- (1) انظر المادة **139** مدني عراقي والمادة **143** مدني مصري.
- (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص99, د. سليمان مرقس, نظرية العقد, مصدر سابق, ص303, استاذنا د. منصور حاتم محسن, مصدر سابق, ص91-ص92.
- (3) من هذا الرأي د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص125, د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص497, والوجيز, مصدر سابق, ص188, د. سمير تناعو, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص90, دراقية عبد الجبار, مصدر سابق, ص34, د. ندى عبد الكاظم حسين, اثار بطلان العقد, مصدر سابق, ص80.
- (4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص501, ومصادر الحق, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص102, انور طلبة, الجزء الاول, مصدر سابق, ص400.

الفصل⁷⁹ الثاني

شروط تجزئة العقد ومصادرها

إذا تحقق السبب الذي يستدعي اللجوء الى تجزئة العقد, فان هذه التجزئة لا تحصل إلا إذا تحققت الشروط اللازمة لها. ففي الوقت الذي يسعى المشرع الى المحافظة على الاجزاء الصحيحة من العقود, او الاجزاء الممكنة التنفيذ ما امكن ذلك, فان هذا لا يمكن ان يتم في الاحوال جميعاً, فالنظام القانوني نظام متكامل لا يجوز ان يتعارض بعضه مع بعضه الاخر. ولذلك فان عملية تجزئة العقد يجب ان تتوافق مع النظم القانونية الاخرى, فعلاوة على وجوب اقتصار سبب التجزئة على جزء من العقد, فان الجزء الاخر الذي يبقى صحيحاً بعد زوال الجزء الذي قام به سبب التجزئة, يجب ان يمتلك اركان بقائه بوصفه عقداً مستقلاً, وهي الاركان التي اشترطها القانون في العقود كلها. ثم ان استناد التجزئة الى نص القانون يوجب كذلك تلاؤمها مع بعض المبادئ التي تسود مختلف النظم القانونية كمبدأ حسن النية.

وإذا تحققنا من الشروط اللازمة لتجزئة العقد, جاز ان نسال عن مصادر تلك التجزئة. ولا يكفي القول هنا ان القانون هو سند كل عملية تجزئة للعقد, فالقانون هو سند

النظم الاخرى التي تستمد مشروعيتها منه. وانما يجب الوقوف على المصادر المباشرة التي تؤدي، باستنادها الى نص القانون، الى حصول تجزئة العقد.

واذا كان مفهوما في الفقه القانوني المعاصر ان مصادر الحقوق الشخصية كما الحقوق العينية واسباب تعديلها وانهاؤها ترجع الى الواقعة المادية والتصرف القانوني , فان تجزئة العقد بوصفها تغييرا في الوضع الاصلي للعقد, كما نشأ ابتداءً يمكن كذلك ردها الى هذين المصدرين ومركباتهما (أي الواقعة المركبة من تصرف قانوني وواقعة مادية). فيتوجب ان ندرس كيف يؤدي هذان المصدران الى تجزئة العملية التعاقدية.

وهكذا تخلص لنا خطة البحث في هذا الفصل مقسمة على مبحثين يتناول الأول شروط تجزئة العقد فيما يتناول الثاني مصادر تجزئة العقد.

المبحث الاول

80

شروط تجزئة العقد

ليست تجزئة العقد غاية بحد ذاتها , وانما يتم اللجوء اليها لان في العقد مشكلة أو عيباً , قد يكون لازماً من لحظة تكوينية كمخالفة جزء منه لقاعدة قانونية امرة , جعلته باطلا او قابلا للابطال او موقوفا في ذلك الجزء , او طرأ عليه بعد تكوينه فاصاب جزءاً منه فجعل ذلك الجزء مستوجبا للانفساخ او الفسخ او الانهاء او الرجوع او غير ذلك. وقد تتوافق ارادة اطرافه على الاستغناء عن جزء منه فيتم التراضي على ازالة ذلك الجزء لانه اصبح غير ذي جدوى لهم.

ولذلك فان الجزء الذي يزول هو عموما الجزء الذي لم يعد صالحا للتنفيذ طبقا للظروف التي طرأت او انكشفت, اما لانه باطل او لانه ابطال او لانه صار مستحقاً للانحلال . وذلك كله لا يمكن ان يحصل الا في الاحوال وبالشروط التي نص عليها القانون. فالعقد بعد انعقاده صحيحا لا يعود لاحد عاقيه بارادته المنفردة, ان يغير او يبطل فيه الا بالتراضي او طبقا لنص قانوني.(1)

والقانون يسمح بذلك كله للحفاظ على الجزء الباقي ممكن التنفيذ من العقد. اما الجزء الذي سيزول فلا يهم ان يكون كبيرا او صغيرا او جوهريا او ثانويا. انما المهم ان يكون

الجزء المتبقي قابلاً لأن يكون له وجوده القانوني, اي وجوده بوصفه عقداً مستقلاً وبالتالي له اركان العقد وشروطه.

ولذلك فان شروط التجزئة تهدف الى ضمان الوجود القانوني المستقل للجزء المتبقي, وهي شروط بعضها يتعلق بالعقد موضوع التجزئة, وبعضها شروط خارجة عن هذا العقد ولكنها مفروضة بحكم القانون . وهكذا نتناول موضوع هذا المبحث في مطلبين, يتناول الاول الشروط المتعلقة بالعقد موضوع التجزئة, ويتناول الثاني الشروط الخارجة عن العقد موضوع التجزئة.

(1) انظر المادة (1-146) مدني عراقي و المادة (1-147) مدني مصري وقد تقدم ذكر نصهما. وينبغي ملاحظة انه حتى في العقود غير اللازمة فانه وان كانت طبيعة هذه العقود هي التي اوجبت عدم لزومها , فان المشرع نص على حالات جواز التحلل جزئياً منها بالارادة المنفردة كما في عقود الوكالة والوديعة والاعارة وغيرها.

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالعقد موضوع التجزئة

لا بد من تحقق شروط معينة في العقد الذي يكون محلاً للتجزئة, وهذه الشروط يتعلق بعضها بالجزء الذي يزول من العقد, ويتعلق بعضها الآخر بالجزء الذي يبقى بوصفه عقداً مستقلاً.

فالسبب الذي يؤدي الى زوال العقد, يجب ان يكون قائماً في جزء منه دون باقيه. والا ادى سبب زوال العقد , متى كان قائماً في العقد باجزائه كلها, الى زوال العقد كله.(1)

اما بالنسبة الى الجزء السليم من العقد, والذي سوف يبقى , فانه يجب ان تكون له مقومات العقد الصحيح, ولذلك لا بد ان يكون بالامكان انفصاله عن الجزء الذي يزول(2) مع بقاء اركان العقد قائمة فيه من محل وسبب ورضاء. ولا يبقى المحل ما لم يكن محل العقد الاصلي قابلاً للتجزئة من الناحية الطبيعية ولا يبقى الرضاء والسبب, ما لم يكن من الممكن انصراف الارادة الى قيام الجزء الباقي من العقد. وهكذا نتناول موضوعنا في فرعين: الاول نخصه لشروط الجزء الذي يزول من العقد, والثاني نخصه لشروط الجزء الباقي منه.

الفرع الاول: اقتصار سبب زوال العقد على جزء منه

وهذا الشرط منطقي، ذلك لان قيام سبب زوال العقد، اذا شمل العقد كله فلا يبقى منه شيء ولا نكون مع تجزئة للعقد بل زواله كلياً. فالتجربة لبطلان جزء من العقد، يجب ان يقتصر البطلان فيها على احد الاجزاء دون الاجزاء الاخرى لانه لو كان العقد باطلا

(1) انظر بهذا المعنى د. عبد العزيز المرسى حمود. مصدر سابق ص 384 وما بعدها. فاذا كان السبب البطلان وجب

ان يكون في جزء من العقد واذا كان مما يؤدي الى الانحلال فيجب ان يقوم في جزء من العقد ايضا.

(2) قضت محكمة التمييز (اذا كان العقد في شق منه باطلا وكان الشق الاخر صحيحا ولا يمكن تجزئتهما فيبطل

العقد في الجميع) قرارها 499 ح -1956 في 1956/3/27 نقلا عن عبد الرحمن العلام. المبادئ القضائية

لاحكام محكمة التمييز القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، 1957، ص 122.

في اجزائه كلها فان أي جزء منه يبقى بعد ازالة جزء باطل، يكون باطلاً.(1)

واذا كان العقد مركبا ، فان البطلان، يجب ان يكون مقتصرا على احد المركبات العقدية دون باقي تلك المركبات. ففي عقد الائتمان التأجيري - وهو عقد مركب من ايجار وبيع ووكالة وكفالة ووعد بالبيع احيانا - يجب ان يكون البطلان محصورا في احدها كعقد الوكالة او الكفالة، فيبطل التصرف المعيب وحده، وتبقى سائر التصرفات الاخرى صحيحة، طالما توفرت الشروط الاخرى(2).

واذا كان العقد بسيطا، فيجب ان يقتصر البطلان على جزء منه فقط كجزء من المحل او السبب ، اذا كان محله عدة اشياء وكان السبب بالنسبة لاحدها باطلا ، او كان التراضي معدوما بالنسبة لاحد المتعاقدين ، اذا كان احد اطراف العقد متعدداً.

اما في حال الفسخ الجزئي، فيجب ان يكون الداعي اليه عارضا اصاب جزءاً من العقد، كالهلاك او استحالة التنفيذ او العيب او الاستحقاق او غير ذلك من الاسباب.

فالهلاك(3)، يجب ان يكون جزئيا ، اما اذا كان الهلاك كلياً فان العقد كله يفسخ

لاستحالة تنفيذه(4).

والاستحقاق الذي يمكن ان يؤدي الى تجزئة العقد لابد ان يكون جزئيا, لان استحقاق كل المبيع لا يدع مجالا لاستبقاء جزء من العقد. والعيب الذي يتحقق ضمانه والذي يؤدي الى تجزئة العقد لابد ان يصيب احد الاشياء المباعة صفقة واحدة لكي يكون للمشتري رد المعيب, والاحتفاظ بالسليم(5).

- (1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص99, وكذلك , الوجيز . مصدر سابق, ص189, د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية , مجلة الحقوق , تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الكويت, السنة الحادية عشر , العدد الثاني , يونيو 1987, ص15.
- (2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, نظرية الالتزام, المصادر الارادية, مصدر سابق. ص353.
- (3) الهلاك الذي يؤدي الى انفساخ جزء من العقد هو الذي يحصل بعد العقد وقبل القبض. فاذا كان الهلاك قد حصل قبل العقد, ادى الى بطلان ذلك الجزء من العقد لعدم وجود محله(د. سمير تناغو, نظرية الالتزام , مصدر سابق ص70), اما اذا حصل الهلاك بعد القبض فلا اثر له على العقد لانه يكون قد نفذ. والهلاك الذي يؤدي الى الانفساخ هو الذي يرجع لسبب اجنبي اما الهلاك الذي يحصل بفعل البائع بعد العقد وقبل القبض فيكون على البائع ويؤدي الى التزامه بالتعويض (م168, مدني عراقي) (م215, مدني مصري) واذا حصل الهلاك بفعل المشتري عد قابضا للمبيع وعليه دفع الثمن كاملا(م547, مدني عراقي).
- (4) د. عبد المجيد الحكيم واخرون الجزء الاول, مصدر سابق ص95, انظر كذلك نص المادة 179 من القانون المدني العراقي.
- (5) نصت المادة 561 مدني عراقي على ما يلي:(ما بيع صفقة واحدة , اذا ظهر بعضه معيبا, فاذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له ان يرد الجميع ما لم يرض البائع. اما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن).

فاذا كان كل المعقود عليه معيبا فليس للمشتري الا رده كله او قبوله كله .(1)

وفي العقود الملزمة لجانب واحد, حيث يكون للمتعاقد ان يرجع في جزء من العقد مثلما يكون له ان يرجع فيه كله(2), فلا تتحقق التجزئة الا اذا كان الرجوع في جزء من العقد. ففي عقد الوكالة لا تكون هناك تجزئة للعقد, الا اذا اقتصر العزل على جزء من الوكالة . كما لو قيد الموكل الوكالة ببعض الاعمال دون بعض. فيكون هذا عزلا جزئيا من الوكالة.(3) كما يتجزأ عقد الوكالة اذا كانت قد عقدت لمدة معينة - فيكون هنا عقدا زمنيا - وتم عزل الوكيل قبل انتهاء تلك المدة. فيزول العقد بالنسبة الى المستقبل فقط.

الفرع الثاني: ان يكون الجزء المتبقي قابلا للبقاء مستقلا

فالتجزئة تهدف الى استبقاء الجزء الصحيح الممكن التنفيذ من العقد بوصفه عقدا مستقلا من نوع العقد الاصلي نفسه, وان يكن اقل منه من الناحية الكمية وليس الكيفية,

(اي الا يترتب على تجزئة العقد تغييرا في طبيعته القانونية)(4). وهو لا يكون كذلك الا اذا توفرت له اركان وشروط اي عقد من محل ورضاء وسبب, ولكن من نوع العقد الاصلي. ولذلك فان محل العقد الذي يبقى بعد التجزئة هو جزء من محل العقد الاصلي, و من هنا يجب ان يكون محل العقد الاصلي قابلا للتجزئة من الناحية الطبيعية, حتى يمكن الحصول منه على محل صالح لظهور اثار العقد المتبقي عليه(5).

كما يجب ان يكون الجزء المتبقي من العقد مقصودا من المتعاقدين, وبكلمة اوضح يجب ان تكون ارادة المتعاقدين المعبر عنها في عقدهم الاصلي صراحة او دلالة, تنصرف الى امضاء الجزء المتبقي من العقد الاصلي بوصفه عقدا مستقلا , وهذا يشكل ركن التراضي بالنسبة للجزء المتبقي من العقد.

(1) نصت المادة **1-558**, مدني عراقي على ما يلي:(اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بئمنه المسمى).

(2) د. عصام انور سليم, مصدر سابق ص**406**.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء السابع, المجلد الاول, مصدر سابق, ص**662**.

(4) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل: نظرية الالتزام, مصدر سابق ص**355**.

(5) فالعقد بحسب المادة **73** من القانون المدني العراقي (هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

اما ركن السبب, فيتحقق عندما لا يكون الدافع الى التعاقد قد زال بزوال الجزء الذي ابطال او فسخ (او زال بوجه عام) من العقد الاصلي. اي ان المتعاقد ما يزال يجد في الجزء الباقي من العقد, دافعا كافيا له لإمضائه. وهذا يستخلص تارة من تفسير العقد موضوع التجزئة من قبل القاضي للوقوف على مقاصد ونوايا ودوافع المتعاقدين , كما يحصل باعطاء الحق للمتعاقد الذي تجزأ عليه العقد(تفرقت عليه الصفقة), الخيار للتعبير صراحة عن ارادته للجزء المتبقي من العقد على الرغم من تفرق الصفقة.(1) وهذه الاركان يجب توفرها مجتمعة .

اولا: توفر ركن المحل للجزء المتبقي من العقد.

محل هذا الجزء هو بعض محل العقد الاصلي، فهو محل العقد الاصلي ولكنه اقل من الناحية الكمية (2)، وحيث ان محل العقد يتكون من محال الالتزامات التي ينشؤها هذا العقد (3)، فان محال الالتزامات في العقد الاصلي، يجب ان تكون قابلة للتجزئة حتى يمكن الحصول منها على محل العقد الذي يتبقى بعد التجزئة.

(1) فمثلا في عقد البيع اذا كان المبيع جملة من الموزونات او المذروعات التي ليس في تبويضها ضرر ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا (كان المشتري مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن) م543، مدني عراقي، واذا ظهر بعض المبيع معيبا ولم يكن في تفريقه ضرر (كان للمشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن) م561، مدني عراقي. واذا هلك بعض المأجور ونتج عن ذلك نقص كبير في الانتفاع ولم يكن للمستأجر يد في ذلك جاز له (ان يطلب اما انقاص الاجرة او فسخ الاجارة) م1-571، مدني عراقي. في كل هذه الصور التي يزول فيها جزء من العقد بزوال محله يعطي الخيار للمتعاقد الذي تفرقت الصفة عليه ليعبر عن ارادته صراحة حين التجزئة.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل. نظرية الالتزام، مصدر سابق ص354-355، د. صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق ص114.

(3) لان المحل في الواقع ركن في الالتزام لا في العقد، د. جعفر الفضلي. الوجيز في العقود المدنية، البيع و الايجار والمقاولة، عمان، 1997، ص57. ومع ذلك فان اهمية دراسة محل الالتزام لا تظهر الا بالنسبة الى الالتزام الارادي، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الاول، مصدر سابق، ص95) ومن هنا فان للبيع محلين هما المبيع والثمن (د. جعفر الفضلي، المصدر سابق، ص57، د. سعيد عبد الكريم مبارك، د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة البيع، الايجار، المقاولة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، 1992-1993، ص65، د. محمد علي البدري، مصدر سابق، ص113). ولذلك من المتصور ان يتعدد محل العقد بتعدد الالتزامات التي ينشئها (، د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص143.

85

والاصل ان الالتزامات تقبل التجزئة (1) الا ما انطبق عليه الاستثناء الوارد في القانون (2). والاستثناء، منه ما يرجع الى الغرض الذي قصده المتعاقدان والى نيتهما، وهو ما نتناوله في فقرة قادمة من هذا الفرع، ومنه ما يرجع الى طبيعة المحل وهو ما نتناوله الان.

فقد نصت المادة **336** من القانون المدني العراقي (المادة **300** من القانون المدني

المصري) .على ما يلي: (م**336** يكون الالتزام غير قابل للانقسام :-

1. اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعة ان ينقسم.) فعدم القابلية للانقسام والتجزئة ترجع هنا

الى طبيعة المحل.(3)

وحيث ان القابلية للانقسام هي الاصل كما ذكرنا فاننا نتناول الاستثناء حتى يخلص لنا

الاصل واضحا.

فعدم القابلية للانقسام من الناحية الطبيعية اما ان تكون مطلقة عندما تكون راجعة الى

اصل الخلقة اي الى طبيعة الحق ذاته كحق الارتفاق وحق الرهن ,فمن يلتزم بترتيب حق

ارتفاق او ترتيب حق رهن لا يستطيع ان يجزئ التزامه.(4)

(1) مصطفى العوجي, القانون المدني، الجزء الاول، العقد، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص66. ويجري

قضاء محكمة النقض في مصر على ان(الاصل في الالتزام الذي يتعدد فيه الدائنون او المدينون او كليهما سواء عند انشاء الرابطة العقدية او بعدها... ان يكون قابلا للانقسام الا اذا نص صراحة في الاتفاق على غير ذلك او اذا كان الالتزام... واردا على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم...). الطعون ارقام **1080,923** لسنة **51** القضائية

جلسة **1983/5/24**. نقلا عن د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوجيز، ص**1145** هامش رقم(1) ب.

(2) ونصت على هذا الاستثناء المادة **336** من القانون المدني العراقي والمادة **300** من القانون المدني المصري

(يكون الالتزام غير قابل للانقسام:- **1-** اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم.**2-** اذا تبين من الغرض الذي

رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك).

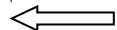
(3) وتعبير (قابلية المحل للانقسام من الناحية الطبيعية) اي التي ترجع الى طبيعة المحل ادق واشمل من تعبير (قابلية

المحل للانقسام من الناحية المادية) لان الاول يستوعب الاموال المعنوية كحقوق المؤلف والمخترع والفنان وهي حقوق ترد على اشياء غير مادية (م**70-1**، مدني عراقي). من الذين تناولوا الموضوع تحت عنوان(القابلية للانقسام المادي البحت) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي، مصدر سابق، ص**195**، وباتجاهه نفسه، د.ندى عبد الكاظم حسين، اثار بطلان العقد، مصدر سابق، ص**82**، د.صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص**116**.

(4) الاصل ان يكون الالتزام بنقل الحق العيني كحق الملكية قابلا للانقسام ويكون ذلك انقساما معنويا الى ملكية نصف

الارض على الشيوع ورבעها وخمسها. انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوجيز، مصدر سابق، ص**1143**

والاحكام القضائية المشار اليها في الهامش رقم(2). انظر قرار محكمة التمييز الاضبارة رقم **1806**/م



2001/3 في **2001/8/16**، مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في

وإذا كان محل الالتزام الامتناع عن عمل فالأصل فيه ان يكون غير قابل للانقسام.(1) وقد

تكون عدم القابلية للانقسام نسبية عندما لا تكون راجعة الى اصل الخلقة وانما لعارض من عمل الانسان كالالتزام ببناء منزل فهو التزام غير قابل للتجزئة, لا باصل خلقة (والا فمن الممكن ان نتصور تجزئة بناء المنزل, فيقوم بوضع اساسه وتشبيد حيطانه مقاول, ويقوم بعمل ابوابه ونوافذه مقاول ثان, ويقوم بتجهيزه بالادوات الصحية مقاول ثالث وهكذا. ولكن الالتزام عندما يقع على بناء منزل في مجموعه فقد جعل محل الالتزام كلاً غير قابل للتجزئة). (2)

ولا نؤيد من يذهب (3) الى ان عقد البيع اذا ورد على عدة اشياء مقابل ثمن واحد قدر جملة لهذه الاشياء, ثم تبين ان البيع باطل بالنسبة لاحد هذه الاشياء فقط وصحيح بالنسبة للاشياء الاخرى, فان البيع يبطل في مجموعه بسبب عدم قابلية مقابل التصرف للانقسام ماديا بداعي تعذر تحديد ما يخص الشيء الذي وقع بيعه باطلا من الثمن. ونذهب الى ما ذهب اليه رأي مخالف وهو ان هذا القول اذا كان له مجال واسع في

→ جمهورية العراق, العددان الاول والثاني, السنة 56, 2002, ص 253, حيث قضت بابطال البيع بالنسبة لبعض الورثة الذين طلبوا نقض البيع وامضائه بالنسبة للباقيين مع ان المبيع سيارة واحدة. فيكون الالتزام بنقل الملكية هنا قابلاً للتجزئة. تفاصيل القرار سنوردها لاحقاً في المبحث الرابع من الفصل الاول من الباب الثاني في هذه الرسالة. عكس ذلك د.سمير تناعو, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص 469 حيث يرى انه من غير المتصور انتقال الملكية نصف انتقال او ان يترتب الحق العيني بطريقة جزئية.

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرين, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص 216, غير أن الالتزام بالامتناع عن المنافسة يمكن أن يكون قابلاً للانقسام استثناءً إذا فصلت أعمال عدم المنافسة التي يتضمنها التزام واحد فيمكن تصور اخلال الملتزم باحد هذه الاعمال كأن يخل بالالتزام بعدم اقامة متجر مماثل بينما يلتزم بعدم نزع مستخدمي المتجر فيكون الالتزام بعدم المنافسة قابلاً للانقسام. د. عبد الرزاق احمد السنهوري. الوجيز مصدر سابق, ص 1144, هامش رقم (1).

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, المصدر السابق, ص 1145, وانظر بالمعنى نفسه د. عبد المجيد الحكيم واخرين, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص 217. مصطفى العوجي, مصدر سابق, ص 63.

(3) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي للعقود ولتصرفات القانونية, مصدر سابق, ص 196, د. صالح ناصر

العتيبي, مصدر سابق, ص 117.

وقضت محكمة التمييز (اذا تضمن العقد بيع مكائن و سيارات بثمان اجمالي دون تعيين ثمن المكائن والسيارات بصورة منفصلة ولم يسجل عقد البيع بالنسبة للمكائن لدى الكاتب العدل, فيكون العقد باطلا بالنسبة للمكائن والسيارات معا). قرارها رقم 801/مدنية ثانية/1973 في 1974/4/8. نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المبادئ

القانونية في قضاء محكمة التمييز. مصدر سابق, ص 194.

ظل القانون المدني الفرنسي الذي يفتقد الى نص مماثل لنص المادة **143** من القانون المدني المصري (**139** من القانون المدني عراقي), فانه بوجود النص على ان العقد اذا كان في شق منه باطلا او قابلا للابطال, فان هذا الشق وحده هو الذي يبطل, الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال, فانه لا يشترط المشرع لاجل ذلك الا يكون الثمن قد حدد على نحو اجمالي لعدد من المبيعات وهكذا فيجوز تقدير حصة المبيع او المبيعات الداخلة في دائرة التعامل من الثمن الاجمالي (ويكون تقدير هذه الحصة بتقويم كل شيء من الاشياء المباعة صفقة واحدة وايجاد النسبة بين قيمة الجائز التعامل فيه وقيمة ما لا يجوز التعامل فيه ثم نستخرج حسابيا حصة الاشياء المتمولة قانونا من جملة الثمن)⁽¹⁾. والواقع ان الثمن او عموما المقابل في عقود المعاوضة يقبل الانقسام من الناحية المادية اذا كان مبلغا من النقود. غير ان تحديد ثمن اجمالي يمكن ان يعد قرينة على امكان انصراف نية المتعاقدين الى جعل العقد وحدة واحدة لاتقبل التجزئة, فالذي يقف بوجه التجزئة ليس عدم الانقسام من الناحية الطبيعية, وانما انصراف ارادة المتعاقدين الى عدم التجزئة, في حال ثبوته لدى القاضي بصورة واضحة, على النحو الذي نتناوله في الفقرة التالية.

وشرط القابلية للانقسام من الناحية الطبيعية, لغرض تامين محل صالح للجزء المتبقي, مرهون بالشرط التالي الا وهو انصراف ارادة المتعاقدين الى امكان الاحتفاظ بهذا الجزء⁽²⁾, وهو ما يوفر ركن التراضي لهذا الجزء وهو ما نتناوله الان.

ثانيا: توفر ركن التراضي على الجزء المتبقي من العقد.

وهذا الركن يستخلص من تفسير العقد للوصول الى ارادة اطرافه, وذلك ما لم تكن هذه الارادة صريحة في نصوص العقد, اذا كان مكتوبا. ونظرا لان شروط التعاقد واجزاءه تختلف اهميتها من عقد الى اخر وكذلك من متعاقد الى اخر, فان استخلاص انصراف نية الاطراف الى الاحتفاظ بالجزء الباقي من العقد من عدمه يجب ان تترك لتقدير

(1) د. عصام انور سليم. مصدر سابق, ص 369-370.

(2) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن, مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية, مصدر سابق, ص 96.

القاضي يستخلصها من خلال بحثه عن نية طرفي العقد واراقتها.⁽¹⁾

وتعد ارادة المتعاقدين والغرض الذي⁸⁸ قصدها من التعاقد, من القيود على قابلية الالتزامات للتجزئة كاصل عام كما اوضحنا والى هذا ذهبنا المادة **336** من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية (المادة **300**-ب من القانون المدني المصري) حيث نصت(م**336** -يكون الالتزام غير قابل للانقسام :-.....**2**- اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما, او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك.), فمحل الالتزام يكون قابلا للتجزئة من الناحية الطبيعية ولكن المتعاقدين اراداه غير قابل للانقسام بالاتفاق بينهما, وقد يكون ذلك صراحة او ضمنا.

فيكون الاتفاق صريحا, اذا اشترط في العقد الذي انشأ الالتزام الا يجوز تنفيذه منقسما.وقد يكون الاتفاق ضمنيا اذا تبين ان الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل في تنفيذه للتجزئة.(فمن اشترى ارضا ليبنى عليها مدرسة او مستشفى او دارا, وكان البناء ينقضي على مساحة الارض المبيعة, وقد دخل ذلك في حساب المتعاقدين , فان الارض وان كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها, الا انها في هذه الحال لا يمكن تجزئتها بالنسبة الى الغرض الذي رمى اليه المشتري, وقد علم به البائع, وكان محل اتفاق ضمني بينهما.)⁽²⁾

(1) د.عبد العزيز المرسي حمود ,مصدر سابق, ص**402** , د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل,البطلان الجزئي , مصدر

سابق, ص**201** , وقد قضت محكمة النقض في مصر بان(الاصل ان الالتزام يكون قابلا للانقسام اذا ورد على محل يقبل بطبيعته ان ينقسم الا انه يصح تقرير عدم انقسام الالتزام بارادة المتعاقدين .ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما اذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت الى قابلية او عدم قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالاوراق دون تعقيب عليها من محكمة النقض.) الطعن رقم **654** لسنة **45** القضائية جلسة **1978/5/25**, نقلا عن د.عبد الرزاق احمد السنهوري .الوجيز ,مصدر سابق, ص**1145**-ص**1146**.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري الوجيز,المصدر السابق, ص**1146**.د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ,الجزء الثاني ,مصدر سابق, ص**216**.وقد قضت محكمة النقض في مصر بانه(لا يكفي لابطال العقد في شق منه بالتطبيق

للمادة **143** من القانون المدني مع بقائه قائما في باقي اجزائه , ان يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب ايضا الا يكون هذا الانتقاص متعارضا مع قصد المتعاقدين بحيث اذا تبين ان ايا من العاقدين ما كان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب فان البطلان او الابطال لابد ان يمتد الى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده .(الطعن رقم **404** لسنة **34** القضائية جلسة **1968/5/16** والطعن رقم **11** لسنة **37** القضائية

ويمكن تصور توفر التراضي على جزء من العقد, في حال تعدد طرف في العقد ويكون احد الاشخاص المتعاقدين في هذا الطرف, عديم الاهلية او ناقصها او اصيب رضاه باحد عيوب الارادة ثم استخدم خياره في ابطال العقد (مصري) او نقضه اذا كان موقوفا (عراقي) بالقدر الذي يتعلق به. فان رضاء باقي العاقدين يبقى صحيحا ويمكن ان يستمر العقد معهم متى توفرت الشروط الاخرى لتجزئة العقد. ويمكن تصور ذلك في عقد بيع شيء مملوك لعدد من الاشخاص بينهم قاصر, نقض العقد بالنسبة اليه فقط⁽¹⁾. كما يمكن تصوره في عقود شركات الاموال, حيث لا يكون للاعتبار الشخصي اهمية) ففيها اذا بطل عقد الشركة بالنسبة لاحد المكتتبين, فانه يستمر صحيحا بالنسبة للباقيين⁽²⁾.

ولهذا الشرط اهمية خاصة في العقود المركبة, حيث انها تتكون من اكثر من عقد لكل منها تنظيمه القانوني الا ان ارادة الاطراف جعلت من هذه العقود المتعددة عقدا واحدا (قد) لا يقبل الانقسام والتجزئة في نظر اطرافه⁽³⁾.

غير انه يمكن في بعض هذه الطائفة من العقود ان نتصور امكان ان يكون احد العقود ذا اهمية ثانوية بالنسبة للعملية القانونية المركبة هذه, ولذلك يضل ما تبقى من العقد المركب قائما بعد ابطال او بطلان احدى المركبات العقدية. ففي عقد الائتمان الايجاري يمكن تصور بطلان عقد الوكالة, دون ان يؤدي ذلك الى انهيار عقد الائتمان الايجاري بان يتولى المؤجر بنفسه عملية شراء المعدات والتجهيزات, بخلاف ما لو كان البطلان قد اصاب عقد الايجار نفسه او عقد شراء المعدات والتجهيزات فان ذلك يؤدي الى بطلان العقد كله⁽⁴⁾, لانه يفوت المقصود الاساسي

→ جلسة **1973/4/21**, نقلا عن قمر محمد موسى, الموسوعة الجامعة, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص **960**-

ص **961**. انور طلبه, الجزء الاول, مصدر سابق, ص **400**, معوض عبد التواب, المرجع في التعليق على نصوص

القانون المدني, الجزء الاول, ط **3**, دار المعارف, الاسكندرية, ص **370**-ص **371**.

(1) وقضت محكمة التمييز, (وحيث وجد ان بيع السيارة قد جرى وفق الانموذج المعد من مديرية المرور العامة ولاقرار المدعى عليهم البالغين بصحة هذا العقد وكون السيارة في حيازة المدعي لذا كان على المحكمة ان تقضي بتمليك المدعي سهام البالغين في السيارة موضوعة الدعوى لتوفر الشروط التي اوجبها قرار مجلس قيادة الثورة رقم **166**

لسنة 1999 بالنسبة لسهام هؤلاء و ترد الدعوى بقدر سهام القاصرين.) قرارها رقم 2129 /م/ 2000/3 (غير منشور).

- (2) د.صالح ناصر العتيبي ,مصدر سابق ,ص 119.
- (3) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل,البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ,مصدر سابق ,ص 202.
- (4) المصدر السابق نفسه ,ص 98-ص 99.

الذي اراده المتعاقدان.

90

والى جانب هذا المعيار الذي اعتمدته القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري, والذي ياخذ في الحسبان قصد المتعاقدين المعبر عنه في عقدهما صراحة او ضمنا للقول بامكان تجزئة العقد من عدمها. فان هناك المعيار الموضوعي الذي ياخذ في الحسبان امكان تجزئة العقد من الناحية الطبيعية, دون ان يلتفت الى ارادة اطرافه او احدها للقول بالتجزئة(1).

ويؤيد بعضهم(2) هذا الاتجاه, لانه ليس من السهل التوصل الى قصد المتعاقدين لمعرفة فيما اذا كان الشق الباطل ذا اهمية بالنسبة اليهما ام لا, فالامر يتعلق بمسألة نفسية لا يمكن تحديدها بدقة. ولان كل ما يحصل هو استبعاد جزء من العقد (مما يعني ان الاثار الاصلية التي قصدها المتعاقدان فيما يتعلق بالصحيح من العقد ستترتب كما ارادها المتعاقدان, ومن ثم فان تطبيق الانتقاص لا يمكن ان يكون اعتداء على ارادتهما ولا يفرض التزامات جديدة بطبيعتها على عاتقهما)(3), ولذلك تعيب صاحبة هذا الرأي على المشرع العراقي والمشرع المصري اخذهما بارادة المتعاقدين في المادتين 139 مدني عراقي و 143 مدني مصري وتقترح تعديلهما (بالصورة التي تحصر شروط الانتقاص بالناحية الموضوعية فقط)(4) ونحن نأخذ على هذا الرأي مأخذ عدة: فالقول بصعوبة الوصول الى ارادة المتعاقدين صحيح ولكنه لايسوغ اهدارها وعدم البحث عنها. لان مثل هذا القول يوصل في النهاية, الى عدم جدوى قيام القاضي بتفسير العقد للوصول الى المقاصد الحقيقية لاطرافه, وهو ما لم يقل به احد. اذ الانتقاص تفسير لارادة المتعاقدين(5)

(1) من ذلك مثلا المادة **169** مدني اردني التي تنص فقرتها الاولى على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله الا اذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي). فالمعيار هنا تعيين حصة كل شق في العقد وليس قصد عاقديه.

(2) د. دندى عبد الكاظم حسين، اثار بطلان العقد، مصدر سابق، ص 85-86.

(3) المصدر السابق نفسه، ص 86.

(4) المصدر السابق نفسه والموضع نفسه.

(5) انور طلبه، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 399، الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 260.

ثم كيف لا يكون هناك اعتداء على ارادة المتعاقدين، والحديث يدور حول ازالة جزء من عقدهما؟ صحيح ان ازالة جزء من العقد⁹¹ لا تضع التزامات جديدة على عاتق اطرافه، ولكنها تمس بما بُني عليه رضاء المتعاقد، ويمكن ان تفوت عليه ما قصد الى تحقيقه من العملية التعاقدية. واذا كانت ارادة التعاقد ليست صريحة في عدم ارادة التجزئة، فما هو الرأي اذا كان العقد صريح في عدم جواز تفريق الصفقة على المتعاقد؟ لا شك ان في كل ذلك اهدار للحرية التعاقدية ولمبدأ عدم جواز التزام الشخص بالعقد رغما عن ارادته.

ولا نؤيد اقتصار شروط التجزئة على الناحية الموضوعية فقط، وليس صحيح ما ذهب اليه الباحثة من ان الشريعة الاسلامية (لا تعلق اية اهمية خاصة على الارادة الذاتية فيما يخص اعمال الانتقاص)⁽¹⁾. والامر على العكس من ذلك تماما فالفقه الاسلامي هنا يطبق المعيارين الموضوعي- وهو من مزايا هذا الفقه- والذاتي كذلك، وذلك باعطاء المتعاقد الذي تفرقت عليه الصفقة بسبب بطلان جزء منها الخيار بين امضائها فيما يتبقى منها بحصته من المقابل او الفسخ في الجزء المتبقي. فلا يكتفي بالبحث عن ارادة المتعاقد لحظة التعاقد بل يعطيه الخيار عند تقرير بطلان الجزء من العقد وذلك حرصا من هذا الفقه، على ضمان ان تكون التجارة عن تراضٍ، مصداقا لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَٰئِمٍ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)⁽²⁾ وهذه امثلة من اقوال فقهاء المسلمين:-

جاء في منهاج الطالبين للنووي (باع خلا وخمرا..... يتخير المشتري ان جهل فاذا اجاز فبحصته من المسمى باعتبار قيمتهما وفي قول بجميعه ولا خيار للبائع)⁽³⁾ فبيع الخل جائز

وبيع الخمر باطل هنا يصح العقد بالنسبة للخل ويكون للمشتري الخيار بالحصة من الثمن على قول وبالثمن جميعه على قول آخر.

وفي الفقه الحنفي اذا احتوت الصفقة على ما يصح بيعه وما لا يصح بيعه وسمي لكل واحد منهما ثمنا كالعبد والحر قال ابو يوسف و محمد(العقد جائز في العبد بما سمي مقابله

(1) د. دندى عبد الكاظم , اثار بطلان العقد. مصدر سابق , ص 86.

(2) من الاية 29 من سورة النساء.

(3) النووي, منهاج الطالبين, الجزء الثاني, مطبوع في متن مغني المحتاج للشربيني, ط 1, دار المعرفة, بيروت,

لبنان, 1997, ص 54.

من الثمن(1) واذا قلنا بتفرق الصفقة فللمشتري الخيار مع جهله واذا كان عالما بالحال فلا خيار له لانه يكون مقصرا.(2)

وفي الفقه الجعفري, (لو باع انسان ملكه وملك غيره صفقة واحدة صح البيع فيما يملك, وتوقفت صحة بيع غيره على اجازة المالك, فان اجاز صح, والا فلا, وحينئذ يكون للمشتري خيار تبويض الصفقة(3).

ومن هذا يتضح الاهتمام الفائق بارادة المتعاقد الذي تفرقت الصفقة عليه في الفقه الاسلامي, فيعطى الخيار اذا كان جاهلا سبب البطلان والا فلا حاجة للخيار لانه يكون قد اقدم عن بصيرة سابقة.

ونحن هنا نقترح ان ياخذ المشرع العراقي في المادة 139 بالرأي الراجح في الفقه الاسلامي باعطاء الخيار للعائد الذي تفرقت عليه الصفقة بسبب بطلان جزء من العقد ولا سيما اذا كان جاهلا سبب هذا البطلان, وتعديل هذه المادة بموجبه .

اما تجزئة العقد في غير حالات البطلان في جزء من العقد , فانها تتم بارادة من تفرقت عليه الصفقة باعطائه الخيار او استنادا الى الجواز القانوني الذي اعطاه المشرع لاحد اطراف العقد(4). اما الطرف الذي جاء تفرق الصفقة من جهته, كالبائع اذا ظهر المبيع ناقصا, او استحق جزءاً منه, او هلك قبل التسليم جزء منه, او ظهر بعض المعقود عليه معيبا, او المؤجر اذا هلك بعض المأجور, فلا خيار له لانه هو المقصر او هو من يتحمل تبعة سبب التجزئة.

ثالثاً: توفر ركن السبب للجزء المتبقي من العقد

والسبب هنا بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد. فاذا زال الباعث الى التعاقد بزوال جزء من

(1) السرخسي، ابو بكر محمد بن احمد، المبسوط، الجزء الثالث عشر، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان،

2002 ص 6.

(2) المصدر السابق نفسه، ص 8.

(3) السبزواري، السيد عبد الأعلى، جامع الاحكام الشرعية، ط 8، مطبعة الديواني، بغداد، 1992 ص 214، السيستاني،

السيد علي الحسيني، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، ط 3، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ص 30، انظر

كذلك المحقق الحلي، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري الجزء الأول، منشورات مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، 1986،

ص 165.

(4) كما في استحقاق بعض المبيع (م 555 مدني عراقي) وتحقق ضمان العيب في بعض الصفقة ولم يكن في

تفريقها ضرر (م 561 مدني عراقي) او ظهور عيب في المأجور يتحقق معه الضمان (م 1-758 مدني

عراقي). او الرجوع في بعض الهبة (م 623-ج، و، مدني عراقي) على سبيل المثل وغيرها كثير.

العقد فان العقد كله يزول، اذ لا يقوم العقد ~~ولا~~ سبب. (1) وارى ان الاهتمام يجب ان ينصب

على الجزء المتبقي من العقد والتأكد من توفر مقومات وجوده المستقل (أركانه وشروطها)

اذ ان هذا الجزء هو مقصود عملية تجزئة العقد، لا الى الجزء الذي يزول. ولذلك نعتقد ان

القول بان الوجود الذاتي المستقل لهذا الجزء في نظر المتعاقدين (لا يتحقق الا اذا كان الشق

الباطل من التصرف قليل الاهمية من حيث ارتباطه وعلاقته بالشق الصحيح وغير

جوهرى في نية وقصد المتعاقدين) (2)، قول ليس بالدقة الكافية، وذلك من النواحي التالية:-

(فالولا) لم يقيد المشرع نص المادة 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من

القانون المدني المصري، بان يكون الشق الباطل من التصرف قليل الاهمية وضعيف

الارتباط بالشق الصحيح، وانما اشترط، لكي يكون بالامكان فصل الشق الباطل وابقاء

الشق الصحيح، ان لا يكون الشق الباطل من الاهمية بالنسبة لاحد العاقدین بحيث ان العقد

ما كان ليتم بدونه. وهو لذلك يجب ان يكون بمثابة الركن او شرطاً للركن بحيث انه لو زال

من العقد لأدى الى زوال العقد كله، وشتان ما بين الحالين. (وثانياً) ان تطبيقات القضاء

لتجزئة العقد في حال بطلان جزء منه تدل على انه - متى تحققت الشروط الاخرى

للتجزئة- يستغني عن الجزء الباطل ولو كان كبير الاهمية، متى كان الجزء الصحيح

مقصوداً من المتعاقدين، ويستطيع ان يحوز على وجوده القانوني المستقل (3).

ولكن الجزء الذي يزول من العقد لبطلانه مثلا , متى كان هو الدافع الوحيد الى التعاقد فانه يؤدي الى بطلان العقد كله بزواله. ومع ذلك فيمكن ان يزول مع الجزء الباطل جزء من الدافع الذي حدا بالمتعاقد للدخول في العقد الاصلي ويبقى جزء اخر يكفي لبقاء الجزء الصحيح , فاذا باع شخص دارين , من اخر , صفقة واحدة وكان دافعه الى شراء احدهما استخدامها للسكن والاخرى لاستخدامها في اعمال غير مشروعة فان بطلان بيع هذه

(1) (م 1-132) مدني عراقي. انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم واخرين, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 105.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي, مصدر سابق, ص 209.

(3) نذكر هنا امثلة من افضية محكمة التمييز حيث تمت تجزئة العقد وازالة جزئه الباطل على الرغم من اهمية هذا الجزء وجوهريته. (اذا انصب عقد الشركة على بيع نصف المضخة للشريك والمشاركة في الزراعة ولم يسجل بيع المضخة لدى الكاتب العدل فيقتصر البطلان على الشق المتعلق ببيع المضخة لعدم تسجيله وتبقى المشاركة في الزراعة صحيحة (م 139, مدني عراقي). رقم القرار 772/مدنية ثانية/ 973 في

1974/3/14 مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول, السنة السادسة, ص 124.

الدار الاخيرة لبطلان سببه لا يمنع من بقاء البيع صحيحا بالنسبة للدار الثانية. ولا يمكن القول هنا ان الجزء الذي بطل من العقد جزء ثانوي بل هو جوهري كما لا يمكن ان يقال انه لم يكن دافعا الى التعاقد. ولكن نظرا لتعدد الدوافع في هذا العقد فان زوال احدها لبطلانه لا يحرم الجزء الباقي من دافعه المشروع الذي يسوغ بقاءه.

ان عبارة المادة 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من القانون المدني

المصري (الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا) لا يقتصر معناها على المعيار الشخصي او الذاتي اي لا يقتصر معناها على ان العقد ما كان ليتم من حيث نية اطرافه , وانما تأخذ كذلك بالمعيار الموضوعي, اي ان العقد ما كان ليتم من حيث محل العقد كذلك بان يكون غير قابل للتجزئة⁽¹⁾, على الرغم من ان المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري غلبت الجانب الذاتي والشخصي بقولها ان النص المذكور ليس الا تفسيرا لارادة المتعاقدين.⁽²⁾

وعلى اية حال فان كون الجزء الذي يزول من العقد هو الدافع الى التعاقد, يؤدي الى انهيار العقد بكامله اذا زال ذلك الجزء منه.

غير ان هذا الطابع الدافع للجزء الذي يزول من عدمه يثير التساؤل عما اذا يجب ان

يكون دافعا لكلا الطرفين ام يكفي ان يكون دافعا لطرف واحد⁽³⁾. لاشك انه في العقود

الملزمة لطرف واحد, وفي التصرفات المجانية, يكفي ان يكون الجزء الذي يزول من العقد هو الدافع للطرف الملزم حتى يؤدي الى زوال العقد برمته. اما العقود التبادلية اي عقود المعاوضة. فانه من الناحية العملية, لايمكن تطلب ان يكون الجزء الذي يزول من العقد, هو الدافع الى التعاقد لكلا الطرفين لغرض الحكم بالبطلان الكلي. ذلك لان مصالح الطرفين في هذه الحال متعارضة فهذا يسعى الى بطلان العقد كله وهذا يسعى الى بطلان

-
- (1) ويرى د.صلاح الدين الناهي, ان المعيار الذي يستفاد من القانون المدني العراقي ليس معيارا ذاتيا محضا (بالرغم من ظاهر عبارة النص العراقي المذكور لان العبرة في تقدير قصد العاقد بالارادة المشتركة. ومعيار تطابق الارادة المشتركة ليس بالمعيار الذاتي المحض). الوجيز الوافي مصدر سابق, ص 195.
- (2) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص 260.
- (3) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي, مصدر سابق, ص 217, د.صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص 132.

جزئه فقط, والاول يسعى الى اثبات ان الجزء الباطل هو الدافع بالنسبة اليه والثاني يسعى لاثبات عكس ذلك ليتمسك بالجزء الصحيح من العقد. (ومن هنا يتعذر عملا في الغالبية العظمى من الحالات تطلب ان يكون الشق الباطل دافعا الى التعاقد بالنسبة لكلا الطرفين. لذلك فالمنطق يفرض الاكتفاء باثبات احد المتعاقدين فقط, ان الشرط الباطل كان دافعا له الى التعاقد ليبطل العقد كله) (1). اما في العقد الصحيح الذي يزول بعضه باحدى طرق انحلال العقد فان العاقد الذي تفرقت عليه الصفقة يمارس خياره في ابقاء الجزء السليم من العقد او فسخ العقد كله وقت اجراء التجزئة, اي وقت استخدام الخيار حيث يكون له في هذه اللحظة ان يقرر ما اذا كان يجد في ما بقي من العقد دافعا كافيا, والا تحلل من العقد كله.

المطلب الثاني

الشروط الخارجية عن العقد موضوع التجزئة

وهما شرطان: (الاول) تتطلبه حقيقة كون تجزئة العقد خروج عن اصل وجوب احترام العقد ووجوب تنفيذه بالصورة التي حصل الاتفاق عليها, الا اذا نص القانون على

جواز الخروج على هذا الاصل, او تم التراضي على ذلك. ولذلك يتوجب لاجراء تجزئة العقد وجود الرخصة القانونية.

والشرط الثاني هو توفر حسن النية, هذا الشرط اللازم في مراحل حياة العقد كلها, ونجده يدخل في تجزئته كذلك وبصور تتفاوت بحسب طبيعة النظام الذي تتم به التجزئة. ولذلك نتناول هذين الشرطين في فرعين متعاقبين.

الفرع الاول: وجود النص القانوني.

تستمد تجزئة العقد مشروعيتها من ارادة المشرع ذلك لانه بعد ان اوجب تنفيذ العقود طبقا لما اشتملت عليه(2) عاد واستثنى من ذلك حال الاتفاق بين المتعاقدين او اذا نص القانون

(1) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي, مصدر سابق, ص220, وبهذا المعنى, د. صالح ناصر العتيبي,

مصدر سابق, ص133-ص134.

(2) نصت المادة 146 في فقرتها الاولى على ما يلي(اذا نفذ العقد كان لازما فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي) وهو يطابق نص المادة 147-1 من القانون المدني المصري.

على امكان تعديل العقد, او الرجوع عنه فغضلا عما نصت عليه المادة 139 من القانون المدني العراقي (المادة 143 من القانون المدني المصري) من تجزئة العقد اذا كان باطلا في شق منه, ما لم يكن العقد ما كان ليتم بدون الشق الذي وقع باطلا.

ونصوص القانون تناولت تجزئة العقد - اي تفريقه الى جزء يزول دون تنفيذ واخر يبقى نافذا بين اطرافه - بصورة متباينة, وتضمنت هذه النصوص قيودا خاصة ارتأى المشرع ان المصلحة تقتضي تقييد التجزئة بها. ولذلك يجب اجراء التجزئة طبقا للنص الذي ينظمها. ولتوضيح ذلك نستعرض بعض هذه النصوص:-

ففي العقود التي جاء تنظيم المشرع لها أمراً في الاكثر من قواعدها كعقد العمل, تولى المشرع نفسه تجزئة العقد دون الالتفات الى ارادة المتعاقدين, وذلك حماية للطرف الضعيف (العامل) في هذه العقود. (1)

فاذا تضمن عقد العمل شرطاً ينص على عدم منافسة العامل لرب العمل(2), وكان صحيحا لتوفر الشروط التي نص عليها القانون(3), ثم تضمن شرطاً جزائياً على العامل عند

مخالفته شرط عدم المنافسة⁽⁴⁾, وكانت فيه مبالغة, فقد نص المشرع على مايلي(اما اذا وقعت في الشرط الجزائي مبالغة تجعله وسيلة لاجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة اطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا ويسري بطلانه الى شرط عدم المنافسة ايضا)⁽⁵⁾. اي ان المشرع ابطال الشرط الجزائي وشرط عدم المنافسة معه, اذا كان في الشرط الجزائي مبالغة تجعله وسيلة لاجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة اطول.

فالمشرع هنا, ازال جزءا من العقد, هو شرط عدم المنافسة مع الشرط الجزائي الضامن له. علما ان شرط عدم المنافسة يجب ان يكون مقابله تعويض للعامل يتناسب مع مدى

(1) انظر د. عبد العزيز المرسى حمود، مصدر سابق، ص 59 وما بعدها.

(2) انظر (م 910-1) مدني عراقي (والمادة 686-1) مدني مصري.

(3) نظر (م 910-2) مدني عراقي والمادة 686-2 مدني مصري.

(4) انظر المادة 911، مدني عراقي، والمادة 687، مدني مصري.

(5) انظر المادة 911-2 مدني عراقي والمادة 687 مدني مصري.

هذا القيد وذلك بنص القانون (م 910-2-د) مدني عراقي⁽¹⁾. والعلة في مسلك المشرع هذا هو خطورة هذه القيود، وتفاوت المركز⁹⁷ الاقتصادي لطرفي العقد. ولذلك كانت قواعد عقد العمل آمرة اجمالا⁽²⁾. وهذا القول يصدق ايضا على القواعد القانونية التي نظمت احكام عقد الايجار بقوانين خاصة ذات صفة آمرة. فاذا خالف العقد تلك الاحكام، فان الجزء المخالف يزول من العقد، ويظل العقد مع ذلك صحيحا فيما بقي منه.

وفي حال بطلان جزء من العقد، نص المشرع على بطلان ذلك الجزء وحده، واما ما بقي من العقد صحيحا، فيبقى بوصفه عقدا مستقلا، ما لم يكن العقد ما كان ليتم من غير الجزء الذي وقع باطلا. (3).

وهنا نلاحظ ان المشرع ترك للقاضي التحري عن توفر الشروط التي ارادها المشرع قبل اعمال التجزئة. وهي ان يكون العقد باطلا في جزء منه فقط، وان يكون قابلا للتجزئة

عل نحو يبقى فيها الجزء الصحيح بوصفه عقدا مستقلا) وقد فصلنا في هذا الامر فيما سبق من هذا المبحث). ولكن في الاحوال كلها يجب ازالة الجزء الباطل والا بطل العقد كله. غير ان المشرع ,متى كان العقد صحيحاً باجزائه كلها, ولكن تعذر تنفيذ جزء منه لنقص في المعقود عليه الذي بيع جملة مع تحديد قدره فظهر ناقصاً(4) او هلك جزء منه قبل التسليم(5) او استحق بعضه(6) او ظهر عيب يوجب الضمان في بعض المبيع(7), وغير

-
- (1) نصت هذه المادة على(د- ان يقرر العقد للعامل تعويضاً عن هذا القيد الوارد على حريته في العمل , يتناسب مع مدى هذا القيد).
- (2) د. شاب توما منصور ,شرح قانون العمل,دراسة مقارنة ,ط5,دار الطبع والنشر الاهلية ,بغداد ,1972, ص41 ,د. عادل حسن علي السيد.مصدر سابق,ص159.
- (3) انظر المادة 139 مدني عراقي والمادة 143 مدني مصري.
- (4) انظر المادة 543, 545 مدني عراقي ,والمادة 434 مدني مصري.
- (5) انظر المادة 547 مدني عراقي والمادة 438 مدني مصري.
- (6) انظر المادة 555 مدني عراقي.
- (7) انظر المادة 561 مدني عراقي.

ذلك من الصور⁽¹⁾, ترك الخيار للمتعاقد – إذا تحققت الشروط التي تطلبها النص القانوني- ان يمارس حقه في الاختيار, بين التجزئة او الفسخ الكلي. فالعقد هنا صحيح كله,انما طراً ما يزيل جزء منه.والعاقد الذي تفرقت عليه الصفقة لم يصدر منه ما يلام عليه ولذلك لا يحتاج الى ان يثبت ,انه وقت التعاقد ما كان ليرضى العقد الا كوحدة واحدة,وانما له ان يحكم ارادته وقت ان ظهر الطارئ الذي يؤدي الى زوال جزء من العقد(نقص او هلاك جزئي او استحقاق جزئي او عيب....) فيبقى الجزء من العقد (اي يجزئ العقد),او يطلب فسخ العقد كله.

ويجب مراعاة النص الذي اعطى الرخصة في تجزئة العقد وما قد يرد فيه من قيود لاعماله علاوة على الشروط العامة التي اوردها وعلى سبيل المثال قيدت المادة 561 مدني عراقي حق المشتري في رد بعض المبيع الى البائع عندما يكون بعضه معيباً ,بالا

يكون في تفريقه ضرر. فنصت على انه (ما يبيع صفقة واحدة, اذا ظهر بعضه معيبا , فاذا لم يكن في تفريقه ضرر , كان للمشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن....). فلا بد ان يكون المبيع مما ليس في تفريقه ضرر لاعمال هذا النص القانوني.(2) كذلك يجب مراعاة القيد الوارد في المادة **544** من القانون المدني العراقي

(1) النصوص التي تعطي مجالا مماثلا للتجزئة كثيرة منها في القانون المدني العراقي المادة **623** -ج,و الخاصة بالرجوع في بعض الموهوب والمادة **744** الخاصة بانقاص الاجرة لنقص حجرة عند تسليم المأجور , والمادة **747** الخاصة بانقاص الاجرة لنقص مساحة الارض المؤجرة والمادة **751** الخاصة بانقاص الاجرة لنقص الانتفاع والمادة **752** الخاصة بانقاص الاجرة للاخلال بالمنفعة والمادة **758** الخاصة بانقاص الاجرة للعيب وحالات فسخ عقد الايجار بالعذر قبل انتهاء مدة العقد المواد **789-793** مدني عراقي لان فسخ عقود المدة يكون دون اثر رجعي. فيبقى ما نفذ من العقد ويزوال ما بقي في المستقبل وكذلك حالات الاخلاء للضرورة الملجنة(المادة **17**) من قانون ايجار العقار العراقي رقم **87** لسنة **1979** المعدل, حيث ينتهي العقد قبل انقضاء مدته او امتداده القانوني والمادة **1-801** الخاصة بتجزئة عقد ايجار الاراضي الزراعية بسبب آفة أدت الى هلاك المحصول قبل حصاده والمادة **1-844** الخاصة بتجزئة عقد ايجار واسطة النقل لو تعطلت في الطريق. والمادة **879** الخاصة بانتهاء عقد المقاولة من جانب رب العمل اذا تجاوزت المصروفات مجاوزة جسيمة, ما كان مقدرا في المقايضة. وهذا على سبيل المثال حيث يوجد غيرها كثير كما في انتهاء عقد الاعارة المادة **1-861** وعقد الوكالة المادة **1-947** وعقد العمل م-**922** مدني عراقي. وسوف يتم تناول بعض الحالات عبر هذه الرسالة في المبحث الخاص بمصادر تجزئة العقد وفي التطبيقات كذلك.

(2) وقيد انتفاء الضرر في تفريق محل العقد موجود في العديد من المواد منها مثلا المادة **543** مدني عراقي. الذي لا يجيز اخذ المبيع الناقص بحصته من الثمن, الا اذا كان المشتري قد اتفق مع البائع وقت التعاقد على ذلك. وقضت محكمة التمييز⁹⁹ (اذا ظهرت مساحة العقار المبيع ناقصة نقصا يتأثر به الثمن المسمى جملة واحدة, وكان يتعذر تبويض الصفقة للضرر, فللمشتري حق الفسخ طبقا للمواد **117, 118, 544** مدني)(1).

وكذلك لا تتم تجزئة العقد خلافا للنص القانوني الذي يعطي الرخصة للمتعاقد . والقاضي هو الذي يتأكد من تحقق شروط النص وقيوده قبل الحكم بتجزئة العقد من خلال فسخ جزء منه .

وفي عقد الصلح وضع المشرع قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس, هي ان بطلان جزء من عقد الصلح يستتبع بطلان الصلح كله, الا اذا ثبت ان اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض⁽²⁾. وهذا خلاف الاصل في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري المنصوص عليه في المادة **139** من القانون المدني العراقي) والمادة **143** من القانون المدني المصري), حيث يقيم المشرع فيهما قرينة قانونية بسيطة, ان العقد يقبل التجزئة اذا كان شق منه باطلا, ما لم يثبت العكس.

ففي عقد الصلح يراعى النص التشريعي الذي ينظم حال بطلان شق منه, ولا تتم التجزئة الا طبقا للنص القانوني الذي ينظمه .

ومن هذا العرض, نلاحظ ان اجراء التجزئة يجب ان يتم طبقا للشروط العامة مع توفر الجواز القانوني الذي يتوجب مراعاة موجهه, وما يرد فيه من قيود بدقة.

-
- (1) القرار رقم **34/حقوقية/963**, في **1963/4/11**, نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز, مصدر سابق, ص **181** واشارة القرار للمواد **117, 118** تنطبق على حال كون النقص في المساحة ناشئ عن غلط جوهري وقع فيه المتعاقد ويكون الاوفق استعمال تعبير (للمشتري حق نقض او ابطال العقد) بدلا من (حق فسخ العقد) الذي ينطبق على المادة **544** مدني المشار اليها في القرار ايضا.
- (2) انظر المادة **720** مدني عراقي ونصها (1). الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد. **2**. على ان هذا الحكم لا يسري, اذا تبين من عبارات العقد او من الظروف ان المتعاقدين قد توافقا على ان اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض), الموافقة للمادة **557** مدني مصري. وانظر مثلاً د. عبد الحكم فوده, احكام الصلح في المواد المدنية والجنائية, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, ص **58-59**. انظر كذلك, د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص **355** وكذلك, البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية, مصدر سابق ص **198**, ندى عبد الكاظم حسين. نظرية انتقاص العقد, مصدر سابق, ص **57**.

الفرع الثاني: حسن النية (في جانب طالب التجزئة)¹⁰⁰

حسن النية من المبادئ الاساسية في القوانين الحديثة⁽¹⁾ والتي يلزم توفرها في التصرفات القانونية, ولا سيما العقد⁽²⁾ ومع عموم نطاق تطبيق هذا المبدأ, نجد له حضورا خاصا عندما يوجد في العقد عيب عند نشوئه, يستلزم زوال جزء منه, او ازالة هذا الجزء بعارض لاحق على نشوء العقد. وحيث ان حسن النية مفترض⁽³⁾, فان ما يجب ضمانه هو

انتفاء سوء نية المتعاقد, والا كان لسوء النية مفعول مضاد لما يرمي هذا العاقد الى تحقيقه من العقد. وسنعرض فيما يلي لاثار حسن او سوء نية المتعاقد على تجزئة العقد في صورها المختلفة حتى نتضح اهمية هذا الشرط.

فاذا كان العقد باطلا في جزء (شق) منه فان الاصل الذي افترضه القانون, ان هذا الجزء وحده هو الذي يبطل, ويظل ما بقي من العقد بوصفه عقدا مستقلا الا اذا كان العقد ما كان ليتم بدون الجزء الذي وقع باطلا. (4) فاذا تمسك احد اطراف العقد ببطلان العقد كله مع كون الجزء الباطل ليس جوهريا اي انه مجرد شرط ثانوي او امر قليل الاهمية لا يحول دون بقاء العقد فيما بقي صحيحا, فان هذا المسلك يتعارض مع حسن النية في التعامل (5), اي ان هذا المتعاقد سيئ النية, ويترتب على ذلك عدم التفات القاضي في حكمه, الى ما يتمسك به هذا المتعاقد من بطلان العقد كله, ويذهب بالتالي الى اصل ما يقضي به النص القانوني, وهو تجزئة هذا العقد.

-
- (1) د. محمد علي البديري, مصدر سابق, ص 167, د. الياس ناصيف, مصدر سابق, ص 16-17.
 - (2) د. حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص 101.
 - (3) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن. المسؤولية المدنية للمدين المحترف, منشأة المعارف, الإسكندرية, 2003, ص 63, نقض مصري, الطعن 811 في 16/5/1977 السنة 28 القضاء, نقلا عن, ابراهيم سيد احمد, عقد الوديعة فقها وقضاء, مصدر سابق, ص 29.
 - (4) انظر المادة 139, مدني عراقي والمادة 143, مدني مصري.
 - (5) د. صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص 113.

وكذلك لا يجوز لاحد المتعاقدين التمسك بالبطلان الكلي للعقد, لمجرد التخلص من الالتزامات التي يفرضها عليه, على الرغم من ان القاعدة القانونية التي خولفت وترتب بطلان العقد اثر مخالفتها, لم تنقرر الا لحماية الطرف الاخر من التصرف. فاذا ابرم عقد قرض بضمان عيني وكفالة شخصية, فلا يجوز للكفيل لكي يتخلص من كفالته, التمسك بعييب في الرهن, يؤدي الى بطلانه ومن ثم بطلان عقد القرض ذاته, وتبعاً له عقد

الكفالة(1). وسوء نية المتعاقد الذي يتمسك ببطلان العقد كله يؤدي مفعوله في صالح المتعاقد المتمسك بالتجزئة.

وفي بيع ملك الغير, اذا وقع البيع على ما يملكه البائع وما لا يملكه صفقة واحدة , فان العقد يكون قابلا للابطال في الشق المتعلق بملك الغير لصالح المشتري.(2) فاذا ابطال هذا الشق وتوفرت الشروط الاخرى لتجزئة العقد على النحو الذي بسطناه, فان عقد البيع يتجزأ فيزول الجزء المتعلق بملك الغير, ويبقى عقد البيع صحيحا في الباقي. غير ان حق المشتري في ابطال الجزء المتعلق بملك الغير (وبالتالي تجزئته للعقد) , لا يجوز التمسك به على نحو يتعارض مع حسن النية كما لو اصبحت بامكان البائع تملك الشيء بعد زوال مانع كان يقف في طريق ذلك.

وقضت محكمة النقض في مصر .(طلب المشتري ابطال البيع رغم صيرورة انتقال ملكية المبيع الى البائع ممكنا , تعسف من المشتري في استعمال حقه في الابطال ومنافاة لما يوجبه حسن النية)(3).

وقد يقع المتعاقد في غلط جوهري في واحد من عدة اشياء بيعت في عقد واحد , فيكون العقد قابلا للابطال بالنسبة لجزئه المتعلق بالشيء الذي وقع المتعاقد في الغلط الجوهري

(1) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص354.

(2) انظر المادة 466 مدني مصري.

(3) الطعن رقم 3552 لسنة 58 القضائية جلسة 1996/4/18, نقلا عن د. عبد الفتاح مراد, التعليق الموضوعي على القانون المدني, ص271, و ابراهيم سيد احمد, التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء , ط1, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, 2000, ص102, انظر كذلك الطعن رقم 345 لسنة 29 القضائية جلسة 1964/6/11, اورد سعيد احمد شعله , قضاء النقض المدني في عقد البيع , منشأة المعارف, الاسكندرية, ص405.

فيه. فاذا ابطال هذا الجزء فان تجزئة العقد تتحقق بتوفر شروطها الاخرى. الا ان المتعاقد الواقع في الغلط لا يستطيع ان يتمسك به على نحو يتعارض مع حسن النية(1). وقد نصت على ذلك المادة 124 من القانون المدني المصري بقولها:(1- ليس لمن وقع في غلط ان

يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.2-ويبقى بالاحص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه, اذا اظهر الطرف الاخر استعداداً لتنفيذ العقد).

فهدف الابطال للغلط هو رفع الغلط فاذا امكن رفع اثار الغلط مع بقاء العقد انعدمت علة الابطال(2) .

فاذا عرض الطرف الاخر على المتعاقد الذي وقع في غلط ما يحقق هدفه الذي يدعي ان وقوعه في الغلط قد فوته عليه, لا يكون هناك سبب لتشيبته بالابطال والا كان سيئ النية. كأن يعرض بائع التحف اعطاء المشتري التمثال الاثري الذي اراد شراؤه(3).

وهذا ايضا جزء من مبدأ عام هو عدم التعسف في استعمال الحق (4). وفي تجزئة العقد بانحلال جزء منه , يذهب جانب من الفقه(5) الى ان المدين اذا لم يقم بتنفيذ ما وجب عليه في العقد كاملاً, فاقام الدائن الدعوى امام القضاء مطالبا بفسخ العقد بكامله, فان على القاضي(ان يستوحي اولاً وقبل كل شيء نية الطرفين المتعاقدين واذا كان هذا المبدأ يرغم الدائن على تقبل مهلة قضائية للتنفيذ, فانه يمنعه من تحتيم طلب الفسخ التام للعقد عندما يقدم له التنفيذ الجزئي ترضيه كافية)(6) .

(1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص121. د.مصطفى محمد الجمال, الوجيز في القانون المدني, مصدر سابق, ص121. د.محمد كامل مرسي, شرح القانون المدني الجديد ج, 1 مصدر سابق, ص321 .

(2) د.محمد علي البدرى, مصدر سابق, ص97.

(3) د.رمضان ابو السعود, مصادر الالتزام, مصدر سابق, ص120, د.محمد علي البدرى, المصدر السابق, ص98, د.سمير عبد السيد تناغو. نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص59, د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن, مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية, مصدر سابق, ص64, انظر بهذا المعنى كذلك د.عصام انور سليم ود.محمد حسن قاسم, مبادئ القانون. مدخل الى القانون, مدخل الى الالتزامات, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 1993, ص312.

(4) د.رمضان ابو السعود. المصدر السابق, ص119, د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن, المصدر السابق, ص64.

(5) د.حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص101.

(6) د.حسن علي الذنون. النظرية العامة للفسخ, المصدر السابق, ص101.

ويرى فقيه اخر⁽¹⁾ ان للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية, ان يحكم بالفسخ الجزئي رعاية لمصلحة المدين, وذلك اذا تمسك المدين بالفسخ الجزئي, اي اذا رد طلب الدائن بالفسخ الكلي بابداء طلب مقابل له بالاقتصار على الفسخ الجزئي, فاذا كان المحل قابلا للانقسام في نية العاقدين, فان القاضي يستجيب لطلب الفسخ الجزئي, بشرط ان لا يكون المدين سيئ النية. اذ في حال سوء النية لا يجوز له ان يتمسك بالفسخ الجزئي, فليس للمدين سيئ النية ان يستفيد من العقد فيحكم القاضي بفسخ العقد كله, الا ان يطلب الدائن اقتصار الفسخ على الجزء الذي لم ينفذه المدين.

ومن هنا نرى اثر حسن نية طالب الفسخ الجزئي على استجابة القاضي والحكم لصالحه بذلك, اي بتجزئة العقد.

وفي ضمان الاستحقاق, يميز المشرع العراقي من حيث الاثر بين كون البائع سيئ النية وبين كونه حسن النية.⁽²⁾ وسنرى في الباب الخاص بالتطبيقات ان الاستحقاق الجزئي سبب من اسباب تجزئة العقد في القانون المدني العراقي اذا كان البائع حسن النية⁽³⁾. فاذا تمسك المشتري بالباقي من المبيع فان التعويض الذي يحصل عليه عن الجزء الذي فات من العقد بسبب الاستحقاق الجزئي, هو ما يقابل هذا الجزء من الثمن فضلا عن المصاريف والتعويضات الاخرى التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة **554** من القانون المدني العراقي. وهذا يعد بمثابة فسخ لهذا الجزء من العقد. بخلاف ما لو كان البائع سيئ النية, فيتوجب عليه رد قيمة الجزء الذي فات بسبب الاستحقاق مع التعويضات الاخرى المنصوص عليها في المادة **2-554** من القانون المدني العراقي.

(1) د. عبد الحي حجازي, بحثه بعنوان (مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ) منشور في مجلة القانون والاقتصاد, السنة الاولى, العدد الاول والثاني والسنة الثانية العدد الاول والثاني, السنة الاولى, العدد الاول, ص 203-204.

(2) انظر المادة **554** من القانون المدني العراقي.

(3) البائع حسن النية هو الذي لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع والبائع سيئ النية هو الذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع. د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص 138, وكذلك ص 140. د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص 284 و 289. د. كمال ثروت الوندائي, مصدر سابق, ص 187 و 191.

ورد القيمة دليل على ان الأمر هو تنفيذ بمقابل للجزء الذي استحق, اي بقاء العقد لا زوال جزء منه (1), فتتحقق التجزئة مع حسن نية البائع لا مع سوء نيته.

واذا استحال تنفيذ جزء من العقد, فاذا كان المدين سيئ النية يعلم بوجود هذه الاستحالة فانه يحرم من الدفع بتوفر الاستحالة) لان سوء النية يدل على ان المدين له دخل في حدوث الاستحالة(2) ولذلك يحكم عليه بالتعويض استنادا الى المادة **168** مدني عراقي. هذا بخلاف ما لو كان المدين حسن النية لا يعلم سبب الاستحالة, فان الجزء الذي استحال تنفيذه ينقضي بحكم القانون, فيتجزأ العقد اذا اختار الدائن الباقي منه.

وفي تجزئة العقد في مجال ضمان العيوب الخفية, لا بد من تحقق حسن نية المشتري كشرط لدعواه بضمان العيب الخفي. وحسن نية المشتري هي عدم علمه بالعيب اذا كان خفيا. (3) اذ قد يكون العيب خفيا لا يظهر بالفحص العادي ومع ذلك يعلمه المشتري. (4) اما العيب الظاهر فعلم المشتري به مفترض ولا يضمنه البائع(5). وحسن نية المشتري مفترض هنا. وقضت محكمة النقض في مصر انه متى كان العيب خفيا فيفترض ان المشتري لا يعلم به, فاذا اراد البائع التخلص من الضمان, فعليه هو عبء اثبات ان المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع(6).

(1) انظر في تمييز الفسخ الجزئي عن التنفيذ بطريق التعويض لجزء من العقد المطلب الرابع من المبحث الثالث من الفصل الاول من الباب الاول. وانظر في تفاصيل تجزئة العقد بسبب الاستحقاق المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(2) حامد شاكر محمود, استحالة التنفيذ واثرها على الالتزام العقدي, دراسة مقارنة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل, **2002**, ص **124**.

(3) يتوجب على المشتري ان يفحص المبيع بنفسه قبل التعاقد, واذا لزم الامر بواسطة خبير للتحقق من سلامته من العيوب والا كان مقصرا ما لم يكن البائع قد اكد له خلو المبيع من العيب او اخفى العيب غشا منه. (م **559** مدني عراقي, والمادة **2-447** مدني مصري), انظر في تفصيل ذلك. د. عباس الصراف, شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي, مطبعة الاهالي, بغداد, **1956**, ص **207**. د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص **148**, وانظر كذلك. د. توفيق حسن فرج, اثر حسن النية في رجوع المشتري بالضمان. مصدر سابق, ص **186**.

(4) د. توفيق حسن فرج, اثر حسن النية في رجوع المشتري بالضمان, المصدر السابق, ص **186**.

(5) د. عباس الصراف, شرح عقدي البيع والايجار, المصدر السابق, ص 206.

(6) نقض مصري, جلسة 1966/10/2, مجموعة المكتب الفني, السنة 17, ص 1557 نقلا عن انور

العمروسي, العقود الواردة على الملكية في القانون المدني, ط 1, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, ص 202
ويعد شرط حسن النية بالنسبة للمشتري (شرطا لازما للرجوع بالضمان في حال
ظهور عيب في المبيع, ولا تثير هذه المسألة خلافات, سواء في محيط القوانين المختلفة ام
في محيط الفقه والقضاء)(1).

فاذا بيعت مجموعة من الاشياء التي لا يضرها التبعض صفقة واحدة, ظهر بعض
المبيع معيبا, فان حكم القانون المدني العراقي(2), ان للمشتري رد الجزء المعيب واستعادة
ما يقابله من الثمن واستبقاء الجزء السليم من المبيع بحصته من الثمن وليس للمشتري رد
كل المبيع ما لم يرض البائع. فالتجزئة هنا لازمة ما لم يرض البائع برد الجميع وفسخ العقد
كله اذا طلب المشتري ذلك. غير ان المشتري لا يستفيد من هذا الحكم اذا كان سيئ النية,
عالما بالعيب الخفي. وبذلك تمنع التجزئة, ويفوت عليه الضمان ويلزم بالعقد في الجزء
المتعلق بالمبيع المعيب, والمبيع السليم.

الا ان سوء نية الملتزم بالضمان- وهو هنا البائع بالطبع- يجعله ضامنا ولو كان
بمقدور المشتري العلم بالعيب, كما لو كان البائع قد اخفى العيب غشا منه. (المادة 559 من
القانون المدني العراقي و المادة 2-447 من القانون المدني المصري)(3).

ويعد سوء نية البائع مفترضا اذا كان محترفا كصانع السيارة فان علمه بالعيب
مفترض. ولذلك هنالك قاعدة موضوعية مفادها افتراض سوء نية البائع محترف الاتجار
بالسيارات, ومن غير الجائز له اثبات عكس ذلك, ولا يتضمن ذلك خروجا على قاعدة
افتراض حسن النية, حيث تؤسس على تحمله التزام بنتيجة بالضمان وليس مجرد بذل
عناية, بحيث يمتنع عليه التخلص من المسؤولية الخاصة بضمان العيب, الا باثبات سبب
اجنبي لايد له فيه, يخرج عن مجال الشيء ذاته.(4)

واساس هذا الحكم طبيعة عمل منتج السيارة وما يوجبه عليه من التدقيق في عمليتي
التصميم والتصنيع وما تتطلبه من توفير السلامة, فاذا تحقق مع ذلك عيب خفي مؤثر

(1) د. توفيق حسن فرج, اثر حسن النية, مصدر سابق, ص 186.

- (2) انظر المادة **561** من القانون المدني العراقي.
- (3) انظر كذلك , انور العمروسي, العقود الواردة على الملكية، مصدر سابق, ص**193**.
- (4) د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن , المسؤولية المدنية للمدين المحترف, مصدر سابق, ص**63**.

في السيارة فان ذلك يعد بمثابة خطأ جسيم يوجب الغش.⁽¹⁾ ويصدق هذا الحكم بمواجهة المشتري غير المحترف.

وفي العقود غير اللازمة كعقد الوكالة حيث يمكن عزل الوكيل من لدن الموكل قبل انتهاء المدة, او العمل الموكل به, مما يؤدي الى تجزئة العقد بزوال ما لم ينفذ منه وبقاء ما تم تنفيذه فان حق الموكل هذا يجب ان يستند الى سبب معقول, والا كان الموكل سيئ النية (فيستحق المحامي (الوكيل) كامل الاتعاب عملاً بنص المادة **60** من قانون المحاماة)⁽²⁾.

ومن الاحوال التي يلعب فيها حسن النية دوراً مباشراً في تجزئة العقد, الحال التي نصت عليها المادة **987** مدني عراقي, وذلك عندما يطلب المؤمن فسخ عقد التأمين لاخلال المؤمن له بتعهداته. فاذا كان هذا الاخلال عن غش, فان الاقسط التي تم دفعها تصبح حقا خالصا للمؤمن وكذلك الاقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها. فلا يتجزأ العقد هنا (اما اذا كان المؤمن له حسن النية, فانه يترتب على الفسخ ان يرد المؤمن الاقساط المدفوعة او يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما)⁽³⁾ والاصل هو افتراض حسن النية وعلى المؤمن ان يثبت سوء نية المؤمن له. أي ان الاصل هو تجزئة قسط التأمين ما لم يثبت سوء نية المؤمن له في حال تعمله كتمان امر او تقديمه بياناً كاذباً عن قصد.⁽⁴⁾ وفي الحال الاخيرة يترتب على الفسخ, ان تصبح الاقساط التي قبضها المؤمن حقا له بحيث لا يستطيع المؤمن له استرداد شيء منها.⁽⁵⁾

- (1) د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن, مصدر سابق, ص**64**.
- وهو يعرض كيف ان سوء نية البائع يؤثر حتى في الواجبات القانونية على المشتري اذا وجد العيب, فلا يلزم اخطاره البائع في وقت قصير او اقامة الدعوى خلال سنة, ص**73** ويبطل كل اتفاق على تخفيف الضمان او الاعفاء منه ص**87** ويتوجب تعويض المشتري عن الاضرار المتوقعة وغير المتوقعة, ص**100** حيث المسؤولية هنا تقصيرية.
- (2) قرار محكمة التمييز رقم **261/2017** هيئة عامة اولى/ **1977** في **1977/9/2** مجلة القضاء العدان **3,4**, السنة **32**, تموز - ك **1,1977**, ص**192**, اي ان الوكيل ينزل لكن يعوض تعويضاً قد يقوم مقام التنفيذ الكامل للعقد فيحصل على الاجر كله (كما في القرار المشار اليه) او على بعضه بحسب تقدير القاضي. انظر في تفصيل ذلك د. السنهوري, الوسيط, الجزء السابع, المجلد الاول, مصدر سابق, ص**665**.

- (3) انظر المادة 2-987 مدني عراقي وانظر قرار محكمة التمييز رقم 1974/102 في 1974/5/19، مجلة العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل، العدد الثاني، السنة الاولى، نيسان، مايس، حزيران، 1975.
- (4) د.كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد التأمين، ط1، مطبعة الزهراء، بغداد، 1978، ص107.
- (5) د.كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص108.

المبحث الثاني

107

مصادر تجزئة العقد

العقد، بوصفه تصرفاً قانونياً، نتاج الارادة عندما تتجه لاحداث اثر قانوني⁽¹⁾، وحيث ان تجزئة العقد، كما مر بنا⁽²⁾ تعني زوال جزء منه دون تنفيذ وبقاء الجزء الاخر، فان مصادر تجزئة العقد هي الاسباب القانونية التي تؤدي الى زوال جزء من العقد دون تنفيذ، وهي الاسباب ذاتها التي تؤدي الى زوال العقد بوجه عام دون تنفيذ⁽³⁾.

وحيث اوجب القانون احترام العقد الصحيح ووجوب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه⁽⁴⁾ لذلك فان زوال جزء من العقد دون تنفيذه، يستلزم وجود الجواز القانوني لذلك. فالقانون اذن هو المصدر غير المباشر لتجزئة العقد، وان الاسباب القانونية التي تؤدي الى زوال جزء من العقد اي تؤدي الى تجزئته، هي الاسباب والمصادر المباشرة لتجزئة العقد التي تستمد مشروعيتها من نصوص القانون، الذي هو المصدر غير المباشر لها⁽⁵⁾. غير اننا نميز - مع بعض الفقه⁽⁶⁾ بين المصادر القانونية او الاسباب المباشرة لتجزئة العقد والاساس

-
- (1) فالتصرف القانوني كما يقول الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري (عمل الارادة المحضة تتجه الى احداث نتائج قانونية محددة) وهو على نوعين، نوع يرجع لارادة الشخص منفردا والاخر يرجع الى ارادة مقتترنة بارادة طرف اخر وهذا هو العقد، الوجيز، مصدر سابق، ص24، انظر كذلك على سبيل المثال، د.سمير تناعو. نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص14، د.عبد المجيد الحكيم واخرين، ج1، مصدر سابق، ص15. د.وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص2.
- (2) انظر المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول.
- (3) وسيأتي تفصيلها فيما يلي من هذا المبحث.

(4) انظر المادة 1-146، مدني عراقي والمادة 1-147، مدني مصري. وقد تقدم نصهما وكذلك المادة 1134 مدني فرنسي.

(5) وحتى بالنسبة لمصادر الالتزامات فان القانون هو الذي يعطيها تلك المصدرية باعترافه بالاثار القانونية التي تحدثها. انظر في ذلك، د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 11، د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 188.

(6) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 66.

القانوني، الذي هو (العلة او الحكمة او الفلسفة)⁽¹⁾ التي تقف وراء مسلك المشرع. فنقول كلمة هنا عن هذا الاساس القانوني لتجزئة العقد، قبل تفصيل مصادرها.

وراء تجزئة العقد بصورها كلها، حكمة مشتركة، هي ان العقد، اذا اصبح جزء منه غير مشروع لبطلان او ابطال، او اصبح جزء منه مستحيل فانفسخ، او كان التنفيذ جزئيا او معيبا ففسخ ذلك الجزء بحكم القضاء، او تحلل المتعاقد بارادته المنفردة من العقد غير اللازم في جزء منه دون باقيه، فان هذا الجزء في هذه الصور كلها يزول. فهذا هو حكم القانون. غير ان الجزء الصحيح لا يزول تلقائيا لمجرد زوال الجزء الاخر، فهو يملك وجوده القانوني وتعلقت به مصلحة اطراف التعاقد او احدها. فزالته هو الاخر لزوال الجزء الذي زال يحتاج الى سبب من القانون، وعلى قول الفقه الاسلامي (لانه ليس ابطاله فيهما لبطلانه في احدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في احدهما)⁽²⁾. ولذلك وجدنا ان المشرع، كلما زال او تعرض جزء من العقد للزوال، كثيراً ما افترض امكان بقاء الجزء الاخر لينفذ، ولكن مع مراعاة ان بقاء هذا الجزء يجب ان يكون محققا لمصلحة المتعاقدين، ولا ينافي المبادئ القانونية. فهو لا يجب ان يتعارض مع ارادة الاطراف والا كان مفروضا عليهم. ولذلك فان الجزء الذي يزول اذا كان هو الدافع الى التعاقد، يزول العقد كله. وابقاء الجزء السليم من العقد هو نوع من دفع الضرر عن المتعاقدين. فاذا كان هذا الدفع للضرر يجلب ضررا اكبر فان المبدأ يقول ان الضرر لايزال بمثله، فلا تبقى جدوى من تجزئة العقد.

ولذلك فان من القواعد المهمة في بعض مذاهب الفقه الاسلامي ان (ما لا يدرك كله لا يترك كله) وقد وجدنا العديد من فقهاء القانون يتداولون هذه القاعدة ويعللون انقاص العقد او تجزئته بها⁽³⁾. وهو قول ينسب لامير المؤمنين علي ابن ابي طالب عليه السلام وقيل حديث نبوي شريف⁽⁴⁾.

(1) د.مصطفى ابراهيم الزلمي, نظرية الالتزام برد غير المستحق , دراسة مقارنة, مصدر سابق, ص66.

(2) النووي.المجموع ,الجزء التاسع ، مصدر سابق, ص469.

(3) انظر مثلا د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ,المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية، مصدر سابق, ص74, د.عبد

العزیز المرسى حمود, مصدر سابق, ص16, د.ندى عبد الكاظم, اثار بطلان العقد , مصدر سابق, ص45, د. سليمان

مرقس، نظرية العقد، مصدر سابق، ص301.

(4) الشيخ ناصر مكارم ,القواعد الفقهية ,الجزء الاول، ص547 وما بعدها.

وهكذا فان الحكمة الظاهرة من تجزئة العقد، هي الحفاظ ,ما امكن ,على الجزء الصحيح من العقد اذا كان بعضه باطلا، و109الجزء السليم من العقد الصحيح اذا كان بعضه معيبا، لان ازالة الجزء المعيب ليس باولى من الحفاظ على الجزء السليم. وفي ذلك استقرار للتعامل وحماية للمصالح المشروعة.

اما مصادر تجزئة العقد فهي ذاتها التي تنشئ الالتزام او تعدله او تنقله او تنهيه او تكسب الحق العيني.وهي لذلك لا تعدو التصرف القانوني والواقعة القانونية(1) بوصفهما السبب المباشر للتجزئة بينما يقف القانون وراء ذلك كله بوصفه المصدر غير المباشر له,فهو الذي يحدد الاثار القانونية التي تترتب على الوقائع والاعمال(2). ولذلك فان التجزئة قد تنشأ عن تصرف قانوني تشترك فيه اكثر من ارادة ويكون ذلك في صورة التراضي على اقالة جزء من العقد، او بعبارة اخرى الاقالة الجزئية للعقد.

وقد تنشأ التجزئة عن تصرف بارادة منفردة، كما في العقود غير اللازمة كالوكالة والاعارة والوديعة اذا تم انهاؤها قبل انتهاء ميعادها، او اذا تم تحديدها في بعض ما اشتمل عليه العقد الاصلي بارادة احد العاقلين، استنادا لنص القانون .

كما قد تنشأ التجزئة عن واقعة قانونية طبيعية، كما لو اهلكت قوة قاهرة بعض المعقود عليه، فانفسخ العقد فيما يخص الجزء الهالك، وبقي نافذا في الباقي.

وقد تنشأ التجزئة عن واقعة مركبة من تصرف قانوني وعمل مادي، كما لو استخدم الدائن رخصته القانونية في طلب فسخ جزء من العقد لنقص في المعقود، عليه او استحقاق او عيب او هلاك جزئي واستجاب له القضاء. فطلب العاقد الفسخ الجزئي هو تصرف

- (1) انظر في تفاصيل التصرف القانوني والواقعة القانونية كمصادر لكسب الحقوق وتعديلها وانهاؤها د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، مصدر سابق، ص 72-76، والوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 127-134. انظر كذلك د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 14-15. د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص 1-3. د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص 11-13. د. عبد المجيد الحكيم واخرين، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 15-16.
- (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، مصدر سابق، ص 74، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 131، ويقول الفقيه الفرنسي ديجي (ان الاثر القانوني الذي ينشأ عن التصرف الارادي مرده القانون الوضعي). ديجي، مطول القانون الدستوري، الجزء الاول، 1921، ص 288-229، نقلا عن د. عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1972، ص 35.

قانوني وعمل القضاء عمل مادي، باج 110هما تحصل التجزئة. وكذلك الحال في طلب العاقد من القضاء ابطال جزء العقد القابل للابطال لمصلحته، او طلب العاقد الذي توقف العقد في جزء منه لمصلحته، من القضاء نقض ذلك الجزء.

وتحصل التجزئة تارة بنص القانون مباشرة، كما في بطلان جزء من العقد او صدور تشريع جديد ذي طبيعة آمرة يجعل جزءاً من العقد باطلاً. ونخصص مطلبنا لكل من هذه المصادر لبيان كيف يؤدي الى تجزئة العقد اي زوال جزء من العقد وبقاء الجزء الاخر.

المطلب الاول: تجزئة العقد بالتراضي

(للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده)⁽¹⁾ وتراضي المتعاقدين اذا امكن ان يزيل العقد كله، فانه يمكن كذلك ان ينصب على جزء من العقد فيزيله بينما يبقى الجزء الاخر نافذا بين اطرافه. وقد نص المشرع العراقي على احد هذه الفروض في الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني، حيث تصح الاقالة في جزء من العقد، عندما يتلف مثلا جزء من المعقود عليه، حيث نصت على ما يلي (2- ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائما وموجوداً في يد المشتري و لو كان بعض المبيع قد تلف، صحت الاقالة في الباقي يقدر حصته من الثمن. اما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة). وهي تعرض لاقالة العقد كله او بعضه بعد ان تم التنفيذ (2) فتكون اقالة العقد بعد انعقاده و قبل

(1) المادة 181 من القانون المدني العراقي وهي موافقة للمادة 190 من مجلة الاحكام العدلية ويجب ان تتوفر في العاقدین عند الاقالة الاهلية اللازمة للعقد الاصلي نفسها، ذلك لان الاهلية من شروط وجود التراضي وصحته . د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، ج1، مصدر سابق، ص63، وكذلك يجب خلو ارادتهما من عيوب الرضاء لكلي يكون صحيحا , د. سمير تناغو , نظرية الالتزام , مصدر سابق، ص52.

(2) انظر منير القاضي، ملتنقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول، مطبعة العاني بغداد، 1952، 1951، ص291 هذا ويذهب بعضهم الى امكان اقالة العقد بالارادة المنفردة لاحد المتعاقدين استنادا الى اتفاقهما المسبق على جواز الإقالة بالإرادة المنفردة او تحظى بموافقة الطرف الاخر فيما بعد. انظر في ذلك ابراهيم فاضل الدبو، صور من التعامل المالي في الاسلام، مطبعة الديواني، بغداد، 1984، ص189. وارى ان هذا اشبه بخيار الشرط منه بالاقالة التي تستلزم التراضي عليها وفقا لصراحة نص المادة 181 مدني عراقي السالفة الذكر في المتن.

111

التنفيذ ممكنة من باب اولى. وهو ما يستفاد كذلك من نص المادة 181 من القانون المدني العراقي مارة الذكر. كما يمكن ان تكون الاقالة، في جزء من العقد، بعد بدء التنفيذ، ولكن قبل اكتماله، فنتم الاقالة فيما لم ينفذ من العقد فيكون ذلك تجزئة له. وقد قضت محكمة التمييز بانه (اذا كان الثابت في الوقائع ان الما قول قدم طلبا الى رب العمل لتصفية حسابه وصرف استحقاقه عن العمل المنفذ المنجز وعن قيمة المواد المطروحة في ساحة العمل وان رب العمل قد وافق على ذلك، فان هذا التصرف يعد اقالة للعقد وفقا للمادة 181 من القانون المدني) (1). فيكون صرف استحقاق الما قول، بموجب العقد عما تم تنفيذه مع اقالة العقد في الباقي منه، يعني الاعتراف بجزء من العقد و زوال الجزء الاخر، وهي تجزئة للعقد. واقالة جزء من العقد تعني فسخاً لذلك الجزء منه في القانون المدني العراقي ذلك لان (الاقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد) (2) في هذا القانون.

وليس في القانون المدني المصري نصوص مقابلة للمواد 181-183 من القانون المدني العراقي التي عالجت اقالة العقد. غير ان الفقه في مصر يَعدُّ التقايل من طرق انحلال العقد (3). والاصل هنا ان التقايل ليس له اثر رجعي ولكن قد يتراضى المتعاقدان على ان يكون للتقايل مثل هذا الاثر الرجعي فيعد العقد، بهذا التقايل كأن لم يكن (4)، بخلاف

القانون المدني العراقي الذي يعد الاقالة بين المتعاقدين فسخ، فيكون لها اثر رجعي، في الحالات التي يكون فيها للفسخ ذلك الاثر الرجعي.

(1) قرارها رقم 37/موسعة اولى /1992 في 15/3/1992، نقلا عن ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء

محكمة التمييز، الجزء السادس، مطبعة الزمان، بغداد، 2001، ص215.

(2) المادة 183 من القانون المدني العراقي، وقد اخذ القانون المدني العراقي برأي ابي حنيفة في تعريفه للاقالة

وينتقد بعضهم هذا التعريف فيقول (ما الموجب لهذا الازدواج في تكييف العقد فما كان، فسحا في حق المتعاقدين ينبغي ان يكون فسحا في حق الآخرين ايضا لان حقيقة الفسخ واحدة فهي لا تختلف من شخص لآخر والاصل

اعتبار الحقائق) ابراهيم فاضل الدبو، مصدر سابق، ص181

(3) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز، مصدر سابق، ص275. د.سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر

سابق، ص169. د.رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص274.

(4) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص690-691. د.سمير تناغو

نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص170. نقض مصري، جلسة 1966/4/7، مجموعة المكتب الفني لمحكمة

النقض، السنة 17، ص394.

وعلة جواز الاقالة في جزء من العقد انه اذا كان الاصل ان العقد شريعة المتعاقدين

112

فانما يجوز نقضه او تعديله باتفاق الطرفين، سواء عند النقض او التعديل او حتى

باتفاقهما عند التعاقد على اعطاء احدهما الحق في التحلل من العقد كلياً او جزئياً (1).

ويمكن ان يتضمن العقد نفسه اتفاقاً على جواز تقليص حجم العقد بنسبة معينة فاذا تم

ذلك اثناء التنفيذ كان في حكم الاقالة لجزء من العقد اي تجزئة للعقد بالتراضي. وقضت

محكمة التمييز (اذا كان عقد المقاوله يجيز تقليص حجم العمل بنسبة 20% منه، واختلف

طرفا العقد في مقدار القسم الذي جرى تقليصه، فيتعين الاستعانة بخبراء من المختصين،

للتثبت فيما اذا كان تقليص حجم العمل قد جاوز في مقداره الحد المسموح به في العقد) (2).

وحيث ان الاقالة تقوم على التراضي، فلا بد فيها من ايجاب وقبول صريحين او

ضمنيين. (3) وهو مذهب القضاء في العراق ومصر. فقد قضت محكمة التمييز (ان الاقالة في

حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد. فهي ينبغي ان تكون برضاء الطرفين واقتران

الايجاب بالقبول على الوجه القانوني، ليثبت اثره في المعقود عليه) (4) كما قضت محكمة النقض

في مصر انه (ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما (المتعاقدين) على فسخ العقد والتقابل عنه .
وكما يتم ذلك بايجاب وقبول صريحين، يصح ان يكون ضمنيا (5) .

-
- (1) د. عصام انور سليم , مصدر سابق, ص 629.
 - (2) قرارها رقم 333 في /موسعة اولى / 86 في 1986/9/21, نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء العاشر, مصدر سابق, ص 36.
 - (3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 690 . منير القاضي , ملتقى البحرين , مصدر سابق, ص 260, والاقالة هنا عقد على انتهاء العقد الاصلي , فالعقد مثلما يكون انشاء الالتزام او نقله (يمكن كذلك ان يكون من اثاره تعديل الالتزام او انهاءه) د. عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , الجزء الثاني, مصدر سابق , ص 19.
 - (4) قرارها رقم 450 /مدنية اولى / 1974 في 1975/3/19. مجموعة الاحكام العدلية , العدد الاول, السنة السادسة, ص 19. وبنفس المبدأ قرارها رقم 894 /مدنية رابعة/ 1974 في 1974/9/26, النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز , العدد الثالث, السنة الخامسة, 1977, ص 17.
 - (5) الطعن رقم 897 لسنة 49 القضائية جلسة 1983/1/4. والطعن 769 لسنة 49 القضائية جلسة 1984/3/20. والطعن 2083 لسنة 53 القضائية جلسة 1990/1/29. نقلا عن قمر محمد موسى, الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني . الجزء الثاني , مصدر سابق , ص 1164- ص 1166. كما قضت محكمة التمييز (اذا ترك المستأجر المأجور فاجره (اي المؤجر) الى مستأجر اخر كان ذلك اقالة منه للعقد الاول والزم بارجاع ما قبض كعربون من بدل الايجار) قرارها رقم 1978 - 1952 في 1953/2/14 وبنفس المعنى قرارها رقم 325 ح - 1956 في 1956/4/24 نقلا عن عبد الرحمن العلام , مصدر سابق , ص 109.

ولا تجتمع الاقالة مع الحق في طلب التعويض(1). وتعد اقالة العقد الباطل باطلا(2)
لان العقد الباطل معدوم فتكون الاقالة بلا موضوع . ويصدق هذا على الاقالة بالعقد كله او في جزء منه.

وفي الفقه الاسلامي , تعد الاقالة من الامور المستحبة بان يتراضى الفريقان على الرجوع عن العقد عند ندمهما او ندم احدهما .(3) وقد جاء في الحديث الشريف (من اقال نادما اقال الله عثراته يوم القيامة)(4) وايضا(اقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا في حد) (5)

ويشترط لصحة الاقالة الايجاب من احد المتعاقدين والقبول من الاخر.(6) وان تقع فيما يقبل الفسخ من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما , لا فيما لا يقبل الفسخ من العقود والتصرفات كالنكاح والعتاق والابراء. ويشترط لصحتها ان يكون المبيع قائما فاذا تلف كله لاتصح الاقالة واذا تلف بعضه تصح في الباقي بحصته من الثمن المسمى ولكن هلاك

- (1) قضت محكمة التمييز انه(حيث ان عقد المعاوضة اذا فسخ سقط الالتزام المترتب عليه المادة 180 مدني عراقي لذلك فليس من حق المدعي المطالبة بالتعويض بعد ان اقدم هو نفسه على اقالة العقد وكان عليه ان اراد التمسك باحكام العقد وبالاثار المترتبة عليه ان يطلب الفسخ مع التعويض قضاءً وطبقاً لما هو مقرر في المادة 177 من القانون المدني) قرارها رقم 348 /استئنافية/84- 85 في 1986/6/21 نقلاً عن ابراهيم المشاهدي المختار من قضاء محكمة التمييز ,الجزء الاول,مصدر سابق,ص108.
- (2) قضت محكمة التمييز انه(اذا كان العقد الذي تمت اقالته باطلاً فان هذه الاقالة تعد باطلة ايضاً ويعاد الطرفان الى الحال التي كانا عليها قبل العقد عملاً بالمادة 138 من القانون المدني) قرارها رقم 631 /مدنية اولى/ 1990/ في 1990/12/11 نقلاً عن ابراهيم المشاهدي ,المختار من قضاء محكمة التمييز ,الجزء الاول,مصدر سابق وص111.
- (3) د.صبحي المحمصاني ,النظرية العامة للموجبات في الشريعة الاسلامية,الجزء الثاني,مصدر سابق, ص486.
- (4) اخرجه ابو داود في سننه, البيوع, باب فضل الاقالة ,برقم3460.
- (5) اخرجه ابو داود في سننه,في الحدود باب في الحد يشفع فيه برقم 4375.
- (6) الكاساني,الجزء الرابع,مصدر سابق,ص593, ونصت على هذا الحكم مجلة الاحكام العدلية في المادة 191.

الثلث لا يكون مانعاً منها.(1)

114

ويجوز ان تقع الاقالة في بعض العقد دون بعضه (2) . يقول السيد علي السيستاني () تقع الاقالة في جميع ما وقع عليه العقد وفي بعضه ويتقسط الثمن حينئذ على النسبة. واذا تعدد البائع او المشتري، تصح الاقالة بين احدهما والطرف الاخر بالنسبة الى حصته. ولا يشترط رضی الاخر(3) .

من هذا كله يتضح ان اقالة العقد او جزءاً منه، اي تجزئته، جائزة للعلة ذاتها التي رأيناها في القوانين الوضعية، وهي ان تراضي اطراف العقد الذي بني عليه العقد ذاته، يمكن ان يزيل العقد كله كما يمكن ان يزيل بعضه فقط.

- (1) د.صباحي المحمصاني، مصدر سابق، ص487 ، نصت على هذا الحكم المادتان 195، 196، من مجلة الاحكام العدلية. انظر في تفصيل ذلك علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام. مصدر سابق ، ص165- ص175، وكذلك محمد حسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة، الجزء الاول، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشرف، 1362هـ، ص167، انظر في خلاف الفقهاء حول جواز الاقالة في حال هلاك كل المبيع او بعضه. ابراهيم فاضل الدبو، مصدر سابق ، ص198- ص203، وهو يقول: اما عند هلاك بعضه فلا ارى باسا من اجراء الاقالة على الباقي سواء أكان المعقود عليه مثليا ام قيميا لوجود محل البيع في هذه الحال. ولا حجة لمن منعها في القيمي لان القيمة هي الثمن الحقيقي للعرض التالف ومعرفتها ليست بالامر العسير، المصدر السابق، نفسه، ص202.
- (2) علي حيدر درر الحكام ، مصدر سابق . ص165. محمد سعيد الراوي، شرح مجلة الاحكام العدلية، الجزء الاول، القسم الثاني ، شرح كتاب البيع، مطبعة دار السلام، بغداد ، 1342هـ، ص81، سليم رستم باز اللبناني ، شرح المجلة، دار احياء التراث العربي، ص94.
- (3) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ط3، 2001، ص92، والحكم ذاته لدى السيد محمد الصدر ، منهج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، القسم الاول، دار المجتبى، ايران، ص95، ونذكر هنا ان الاقالة في الفقه الجعفري (فسخ لا بيع ... سواء وقعت بلفظ الفسخ ام الاقالة في حق المتعاقدين والشفيع و هو الشريك. اذا لا شفعة هنا بسبب الاقالة وحيث كانت فسخا لا بيعا فلا يثبت بها شفعة للشريك لاختصاصها بالبيع). الشهيدان محمد بن جمال الدين مكي العاملي وزين الدين الجبجي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، تعليق السيد محمد كلانتر، الجزء الثالث، ط3، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص546، انظر كذلك السيد عبد الاعلى السبزواري، جامع الاحكام الشرعية ، مصدر سابق، ص233. وبالمعنى نفسه، المحقق الحلي، شرائع الاسلام، المجلد الاول، مصدر سابق، ص190، محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الاسلامي فقه العقود، اصول عامة ، ط1، منشورات دار محبي الحسين عليه السلام، 2003، ص141.

المطلب الثاني: تجزئة العقد بالارادة المنفردة

قد يعطي القانون لاحد المتعاقدين او لكليهما، الحق في ان يستقل بالغاء العقد⁽¹⁾. وقد نُصَّ على ذلك في العديد من العقود، نذكر منها الوكالة والاعارة والوديعة والمقاوله والقرض والايراد الدائم وعقد التامين والهبة والشركة⁽²⁾.

ففي القانون المدني العراقي، للموكل الحق في ان يعزل وكيله او ان يقيد من وكالته، كما ان للوكيل ان يعزل نفسه⁽³⁾. والحكم نفسه في القانون المدني المصري⁽⁴⁾ والوكالة قد

- (1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 173، د. عباس الصراف، أحكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مصدر سابق، ص 326. و يطلق على انتهاء العقد بالارادة المنفرد تسميات متنوعة باختلاف العقود . ففي القانون المدني العراقي، يطلق عليه في عقد الهبة رجوع (المادة 620 مدني عراقي) وفي عقد الاعارة انتهاء (المادة 861 مدني عراقي) وفي عقد المقاولة فسخ (المادة 885 مدني عراقي) او تحلل (المادة 2-879 مدني عراقي). وفي عقد العمل انتهاء (المادة 917 مدني عراقي) او فسخ (المادة 922 مدني عراقي) وفي عقد الوكالة عزل (المادة 947 مدني عراقي) وفي عقد الوديعة رد (المادة 996 مدني عراقي) وهناك تسميات اخرى احيانا.
- (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 691، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المصادر الارادية، مصدر سابق، ص 116، د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص 217، د. عباس الصراف، أحكام عقد البيع، مصدر سابق، ص 326، (والاصل هو عدم جواز ذلك. لان العقد لا يجوز نقضه الا بارادة المتعاقدين معا. ومع ذلك فقد اجاز المشرع الغاء العقد بالارادة المنفردة لاحد المتعاقدين في بعض العقود التي تسمح طبيعتها بذلك، ومع توافر شروط معينة روعي فيها حماية الطرف الاخر في العقد) د. سمير تناغو، المصدر السابق، ص 170.
- (3) تنص المادة 1-947 من القانون المدني العراقي على انه (للموكل ان يعزل الوكيل او يقيد من وكلاته وللوكيل ان يعزل نفسه). ولا عبرة باي اتفاق يخالف ذلك. ولكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل او التقييد دون رضا هذا الغير). انظر قراري محكمة التمييز، الارقام 92، 93/هيئة عامة اولى/ 71 في 11/3/1972، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الثالثة، ص 90. نقلا عن ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص 739، ومجلة القضاء، العدد الثالث، السنة 31، تموز-آب، ايلول، 1976، ص 215، وجاء في قرار اخر (من حق الموكل عزل الوكيل الدوري ولا يحتاج ذلك لاقامة دعوى فسخ الوكالة)، مجلة القضاء العدد الثاني، نيسان، ايار، حزيران، 1969، السنة 24، ص 145.
- (4) انظر المادتين 715 و 1-716 من القانون المدني المصري ويشترط في حالة العزل ان توجد الاهلية الواجبة في حال التوكيل نفسها لان العزل يقع على الحقوق نفسها التي تكون موضوع التوكيل، د. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، ط 2، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، مصر، 1938، ص 458. انظر كذلك في انتهاء الوكالة بارادة اي من الطرفين وكذلك تقييدها، حسين عامر، الغاء العقد، مصدر سابق، ص 203.

يكون محلها انجاز عمل قانوني معين، وقد يكون محلها القيام باعمال قانونية خلال اجل محدد او غير محدد. وأياً كانت الحال، فان عزل الوكيل او تقييد وكلاته بعد ان يكون قد انجز بعض التصرف القانوني الموكل به (كما لو كان موضوع الوكالة شراء سيارة

مشتركة بين اثنين، فنقل الوكيل ملكيته حصة احدهما، ولم ينجز نقل ملكية حصة الاخر ثم تم عزله او اعتزاله). او عزل الوكيل عندما تكون الوكالة لمدة محددة قبل انتهاء تلك المدة، في هذه الحالات يكون عقد الوكالة قد تجزأ الى جزأين، احدهما تم تنفيذه والاخر زال دون تنفيذ وهذا هو معنى تجزئة العقد (وكما للموكل ان يعزل الوكيل كذلك له من باب اولى ان يقيد من وكالته، كأن يوكله في البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن، ويكون هذا عزلا جزئيا من الوكالة)(1) .

وايا كانت صورة انتهاء عقد الوكالة، فانه لا يترتب على هذا الانهاء اثر رجعي، فتبقى الآثار التي رتبها وقت ان كانت قائمة، ولا تزول هذه الآثار بزوالها(2). وذلك رعاية لمصلحة الغير الذي تعامل معه الوكيل. وهذا مما يؤدي حتما الى أن الجزء الذي نفذ من عقد الوكالة يبقى، بينما يزول العقد بالنسبة للمستقبل اي بالنسبة للجزء غير المنفذ، فاذا كانت الوكالة مأجورة، ادى ذلك الى تبعض الصفقة في عقد الوكالة المأجور بالنظر لمدته، حيث يتم استبقاء ما ينفذ من هذه الوكالة، الى حين الغائها، ويستحق عنه الوكيل القدر الذي يقابله من اجره المتفق عليه، ويُلغى ما بقي من عقد الوكالة.(3) وهذا هو مذهب محكمة التمييز ايضا.(4) فقضت في قرار حديث لها ان (عزل الوكيل الذي تضمن التزامه بموجب وكالته اقامة دعويين لتصفية الشركة، احدهما بفسخ الشركة، والاخرى عن استحصال المبالغ بعد ان انجز دعوى الفسخ دون ان يبدأ بدعوى استحصال المبالغ يجعله

(1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – العقود الواردة على العمل، الجزء السابع،

المجلد الاول، مصدر سابق، ص662.

(2) المصدر السابق، ص645.

(3) د.عصام انور سليم، مصدر سابق، ص268.

(4) انظر قرارها رقم 1341/ الهيئة العامة الاولى منقول/2001 في 2001/9/25 (غير منشور) وقرارها

رقم 199 ص1953 في 1953/3/14، نقلا عن عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية لاحكام محكمة

التمييز، مصدر سابق، ص68.

يستحق جزءاً من الاتعاب فقط عن الدعوى 171 المنجزة، دون الدعوى الاخرى التي لم يبدأ بها، ويحدد استحقاق المحامي بواسطة خبير.(1) ويعد حق الموكل في عزل الوكيل وحق

الوكيل في الاعتزال في اي وقت من النظام العام في القانونين المدني العراقي والمدني المصري⁽²⁾ وهو ما يتضح من سياق نص المادة **1-947** من القانون المدني العراقي (للموكل ان يعزل الوكيل او يقيد من وكالته ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك.....) كما نصت المادة **715-1** من القانون المدني المصري على انه (يجوز للموكل في اي وقت ان ينهي الوكالة او يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك). وعلة هذا الحكم ان طبيعة عقد الوكالة القائمة على الثقة والاعتبار الشخصي بين طرفيه، تستلزم عدم اللزوم هذا⁽³⁾ .

ولا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص مماثل يعد حق عزل الوكيل او اعتزاله من النظام العام. فيجوز الاتفاق على عدم قابلية الوكالة لالغاء بشرط ان يقتصر ذلك الاتفاق على عملية معينة او وقت معين لتعارض النظام العام مع التزام ابدى غير قابل للالغاء⁽⁴⁾.

-
- (1) قرار محكمة التمييز رقم **627**/مدنية اولى منقول /**2002**, في **2002/6/9**, منشور في مجلة القضاء, مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق. العددان الاول والثاني, السنة **56**, **2002**, ص**273**.
- (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء السابع, م**1**, مصدر سابق, ص**664-665**, وقضت محكمة التمييز (حيث ان الذي تراه هذه المحكمة هو ان للموكل ان يعزل وكيله متى شاء ولو كان الموكل قد شرط عدم عزل الوكيل. وذلك لان الوكالة حق الموكل له ابطاله متى شاء....) قرارها **42**/ مدنية ثانية/**74** , في **1974/5/23**, نقلا عن ابراهيم المشاهدي , معين القضاة, الجزء الثالث, بغداد, **2001**, ص**282-283**.
- (3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, المصدر السابق, ص**375**, د. احمد فراج حسين, الملكية ونظرية العقد, مصدر سابق, ص**301**, د. محمد كامل مرسي, العقود المدنية الصغيرة, مصدر سابق, ص**457**.
- (4) voir planiol, Ripert et savatier, contrat de mandat paris, L.G.D.J. 1954, no. 1492, p. 936 (4). colin, capitant et julliot de la morandiere, cours élémentaire de droit civil francais, tome 2, 10^{éd} paris, dallaz, 1984, no. 1369, p. 875. malaurie et aynés, cours de droit civil les contrats spéciaux, paris, editions cujas, 1986 no 555, p. 2321.

وتعرض تجزئة العقد بالارادة المنفرد في مجال عقد المقاوله. فاذا ابرم العقد على اساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين ان المصروفات تتجاوز تلك المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة, جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد فاذا اراد التحلل وجب ان يبادر به

دون ابطاء, مع تعويض المقاول عما انفق من المصروفات جميعاً، وما انجز من الاعمال, دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل.⁽¹⁾ وبموجب نص المادة **879** من القانون المدني العراقي (المادة **657** من القانون المدني المصري) (يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما انجزه المقاول من الاعمال وفقاً لشروط العقد دون الزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات انفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة فالامر اذن لم يسفر الا عن تنفيذ المقابلة تنفيذا جزئياً)⁽²⁾.

ويجبر المقاول على هذا التنفيذ الجزئي وليس له ان يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل⁽³⁾. ورب العمل يتصرف بآرائه المنفردة فيطلب من المقاول دون ابطاء ان يوقف التنفيذ ولا يشترط للطلب شكل خاص ويقع عبء اثبات هذا الطلب على رب العمل. ويجب على المقاول عندئذ ان يوقف التنفيذ. ويتحلل رب العمل من المقابلة⁽⁴⁾ وهكذا فان رب العمل (يفرق... الصفقة على المقاول اذ لا يلتزم رب العمل، اذ ينهي العقد الا بايفائه قيمة ما انجزه من الاعمال مقدرة

(1) نصت المادة **879** من القانون المدني العراقي على ما يلي (1). اذا ابرم العقد على اساس مقاييسه بسعر الوحدة وتبين في اثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول ان يخبر في الحال رب العمل مبيناً مقدار ما يتوقعه من المصروفات فاذا لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات. فاذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد فاذا اراد التحلل وجب ان يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفق من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل). وهي موافقة للمادة **657** مدني مصري. انظر كذلك د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص 417-ص 418، د. سعيد مبارك وآخرين، مصدر سابق، ص 473-ص 474.

(2) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص 40.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الاول، مصدر سابق، ص 168.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص 167-ص 168.

وفقاً لشروط العقد دون ان يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل⁽¹⁾ وهذا الحق الذي اعطي لرب العمل في التحلل من عقد المقابلة وتجزئة العقد، بان يدفع قيمة ما انجز

من الاعمال دون تعويض اضافي, يجد تسويغه في ان المشرع راعى اختلال رضاه بسبب ما ظهر من زيادة جسيمة في المصروفات لم تكن معروفة له وقت التعاقد.

ولذلك يختلف الامر عن حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة في اي وقت ووقف التنفيذ قبل اتمامه، والذي نصت عليه المادة **885** من القانون المدني العراقي والمادة **663** من القانون المدني المصري. فهنا يجوز لرب العمل التحلل من العقد بناء على مصلحته هو (بارادته المنفردة دون ان يكون ملزماً بابداء اي سبب او عذر يدفعه الى ذلك..... لان الامر متروك الى ارادة رب العمل وحده حيث لم يشترط القانون تقديم اي عذر او مبرر يجعله يقدم على التحلل من العقد)⁽²⁾.

ولكن المشرع وازن هذا الحق الذي اعطاه لرب العمل, بحماية مصلحة المكاوول كذلك. فواجب على رب العمل, تعويض المكاوول عما انفقته من المصروفات جميعاً, وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه, لو انه اتم العمل⁽³⁾.

وهنا يكون التعويض على اساس النفقات الحقيقية للمكاوول, لا على اساس اسعار عقد المقاولة, وهو تعويض مصدره نص القانون ولا يعد تنفيذاً بمقابل لعقد المقاولة اذ ان العقد

(1) د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص 263.

(2) د. كمال قاسم ثروت, الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة, الجزء الثاني, ط1, مطبعة اوفسييت الوسام, بغداد, 1976, ص 303-304.

(3) د. جعفر الفضلي, مصدر سابق, ص 441-442, د. سعيد مبارك واخرون, مصدر سابق, ص 492, انظر المادة 1-885 مدني عراقي والمادة 1-663 مدني مصري وانظر قرار محكمة التمييز رقم 75/1م/236 في 1975/8/6. مجموعة الاحكام العدلية, العدد الثالث, السنة السادسة, ص 66.

قد زال بتحلل رب العمل منه⁽¹⁾ كما ان للمحكمة وفق المادة 885 من القانون المدني العراقي (والمادة 663 من القانون المدني المصري)، ان تخفض التعويض المستحق للمقاول بما يعادل ما يكون المقاول قد اقتصدته من جراء فسخ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في امر اخر.⁽²⁾ ولذلك نرى ان حصيلة هذا الحكم هي ان التعويض، وإن كان يأخذ بالحسبان مقدار ما نفذ من العقد، الا انه يعوض عنه على اساس ما انفقته المقاول من المصروفات لا على اساس بنود العقد. فلا نجد معنى تجزئة العقد هنا. كما ان المقاول يحقق ما كان يتوقعه من كسب، لو نفذ العقد كاملاً، فلا يكون قد فات عليه من جراء التحلل شيء. ويمكن القول هنا ان هذا حكم خاص راعى فيه المشرع خصوصية عقد المقاولة وما قد يعرض فيه لرب العمل من امور تجعله يعدل عن مشروعه فيتدخل من العقد ولكن دون اضرار بالمقاول.⁽³⁾ وقضت محكمة التمييز (ان حق رب العمل في فسخ عقد المقاولة لا يحرم المقاول من حقه . في تقاضي قيمة العمل الذي انجزه فعلاً)⁽⁴⁾.

- (1) د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 259 و قارن هذا مع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الاول، ص 242-243، حيث يعد ان القانون هنا اقل بوجه المقاول التنفيذ العيني اذ لا مصلحة له فيه) وابقى باب التعويض مفتوحاً يدخل منه الى تنفيذ العقد على الوجه الذي يتفق مع مصلحته) من هذا الرأي، انظر كذلك د. سعيد عبد الكريم مبارك واخرين، مصدر سابق، ص 493.
- (2) انظر المادة 885-2 مدني عراقي والمادة 663-2 مدني مصري. وانظر د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص 301.
- (3) ويذهب بعضهم الى ان نص المادة 885 مدني عراقي و (المادة 663 مدني مصري) ولو انه يبدو للوهلة الاولى خروجاً على القواعد العامة اذ ان رب العمل يتحلل بآرادته وحده من عقد ملزم له خلافاً لقاعدة اللزوم في العقود (م 1-146 مدني عراقي، م 1-147 مدني مصري) الا انه من حيث النتيجة (تطبيق القواعد العامة بما يسائر طبيعة عقد المقاولة بالنسبة الى المقاول) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك واخرين، مصدر سابق، ص 493، ويعدده بعضهم الاخر (خروجاً غير جسيم) عن الشريعة العامة (بل يمكن ان يقال انه لا يعدو ان يكون خروجاً ظاهرياً على مبدأ القوة الملزمة للعقد). د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 259، ولكن التأمل في النص يظهر انه خليط من آثار الفسخ (دفع المصروفات وقيمة الاعمال المنجزة) والتنفيذ بمقابل (دفع الكسب الفائت على المقاول) وهذا الاخير من آثار التنفيذ بمقابل حسب المادة 169-2 مدني عراقي وهو يفترض قيام العقد بينما عقد المقاولة زال بالتحلل منه.
- (4) قرارها رقم 630/مدنية اولى/79، 1979/10/3. نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص 662.

وقد اعطى المشرع في عقود اخرى, لاحد المتعاقدين الحق بانهاء العقد بارادته المنفردة. وبسبب انعدام الاثر الرجعي لهذا الانهاء, فان العقد يتجزأ لا محالة : فيبقى ما تم تنفيذه منه ويزول العقد بالنسبة لما لم ينفذ منه . ومن امثلة ذلك عقد الاعارة, حيث يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انقضاء الاعارة ما لم يكن الرد مضرا بالمعير فلا يجبر على قبوله⁽¹⁾ فيكون العقد قد نفذ جزئيا فقط. كما يجوز للمعير ان يطلب انهاء الاعارة قبل انقضائها في احوال معينة⁽²⁾.

وفي عقد الوديعة (للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء)⁽³⁾. وفي القانون المدني المصري نصت المادة **722** منه على انه (يجب على المودع عنده ان يسلم الشيء الى المودع بمجرد طلبه, الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع عنده, وللمودع عنده ان يلزم المودع بتسليم الشيء في اي وقت, الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع)⁽⁴⁾ وهذه الاحكام النابعة من طبيعة عقد الوديعة, تؤدي الى تنفيذه جزئيا فقط اي انه ينفذ بالنسبة للجزء الذي تم منه وينتهي بالنسبة الى المستقبل.

وفي عقد التأمين على الحياة) يجوز للمؤمن له على الحياة الذي التزم بدفع اقساط

(1) نصت المادة **2-861** من القانون المدني العراقي على انه (وفي كل الاحوال يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة. غير انه اذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله) وهي تطابق المادة **3-643** من القانون المدني المصري.

وجاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي لدى مناقشة هذه المادة (ان حق المعير في الرجوع في اي وقت كان مبدأ معقولا اذ ليس من الانصاف حرمان المالك من الاستفادة من ملكه وهو لم يأخذ عوضا عن المنفعة. نعم اذا كان المعير قد حدد للمستعير وقتا ثم رجع عن اعارته قبل الوقت وحصل من ذلك ضرر للمستعير فانه يضمن الضرر له .) ضياء شيت خطاب وآخرون, الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي, الجزء الرابع, بغداد, **2002**, ص **177**.

(2) نصت على هذا الحكم المادة **862** من القانون المدني العراقي وعددت هذه الاحوال, وهي تقابل المادة **644** من القانون المدني المصري.

(3) المادة **969-1** من القانون المدني العراقي.

(4) انظر كذلك ابراهيم سيد احمد. عقد الوديعة فقها وقضاءً, مصدر سابق, ص58-ص59, د. قدري عبد الفتاح الشهاوي, احكام عقد الوديعة, في التشريع المصري والمقارن, منشأة المعارف, الاسكندرية, 2002, ص93. دورية, ان يتحلل في اي وقت من العقد باخطار كتابي يرسله الى المؤمن, قبل انتهاء الفترة الجارية وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الاقساط اللاحقة¹²²(1). فيكون عقد التأمين على الحياة في هذه الحال قد تجزأ بالارادة المنفردة للمؤمن له على الحياة استنادا الى الحق الذي اعطاه القانون له.

وفي الفقة الاسلامي هنالك طائفة من العقود تكون لازمة في حق احد الطرفين دون الآخر كعقد الرهن. وهنالك عقود تكون غير لازمة من الطرفين, فيكون لكل منهما فسخها دون حاجة لرضاء الطرف الثاني. ومثالها عقود الشركة والوكالة والاعارة والمضاربة والوديعة وغيرها(2). فهذه العقود بسبب طبيعتها (لا يكون من مصلحة العاقدين والمعاملات المالية ان تكون لازمة)(3). اي انها لكي تؤدي وظيفتها لا بد ان تكون غير لازمة فيكون لكلا العاقدين ان يفسخها منفردا, من غير توقف على رضاء العاقد الآخر(4), اي بارادته المنفردة.

ومعظم هذه العقود من عقود المدة فاذا استبد احد العاقلين بفسخها في الاثناء كان ذلك انهاء للعقد بالنسبة الى المستقبل, وليس للفسخ هنا اثر رجعي, فيبقى ما تم تنفيذه من العقد صحيحا(5), فيتجزأ العقد. فعقد الايداع مثلا ليس عقدا لازما. وقد نصت المادة 774 من مجلة الاحكام العدلية بان(لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء) ولذلك فان للمودع ان يسترد الوديعة متى شاء لانه صاحب المال. وللوديع ايضا ان يرد الوديعة متى اراد, لانه متبرع بخصوص حفظ الوديعة. ويصح ذلك سواء أكان عقد الايداع مؤقتا لسنة واحدة مثلا ام لم يكن.(6) ونصت المادة 794 من المجلة على انه(يلزم

(1) المادة 996 من القانون المدني العراقي, المطابقة للمادة 759 من القانون المدني المصري.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص281.

(3) علي حيدر, درر الحكام, المجلد الاول, مصدر سابق, ص110.

(4) محمد ابو زهرة, الملكية ونظرية العقد, مصدر سابق, ص421.

(5) د.احمد فراج حسين, الملكية ونظرية العقد,مصدر سابق,ص301, محمد ابو زهرة ,الملكية ونظرية العقد,المصدرال سابق,ص424.

(6) علي حيدر,درر الحكام ,المجلد الثاني,المصدر السابق,ص262-ص263 ,يستثنى من ذلك اذا كانت الوديعة بأجر ولمدة معينة فليس لاحد العاقين ان يفسخها قبل مضي المدة لانه في هذه الحال في صورة عقد الاجارة ,سليم رستم باز,شرح المجلة ,مصدر سابق,ص430.

رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها...⁽¹⁾ كما قد يتجزأ عقد الوديعة اذا اودع شريكان 123 مالهما المشترك عند شخص, ثم طلب احدهما حصته في غياب الاخر, وكانت من المثليات فعلى الوديع اعطائها له.⁽²⁾ وفي الفقه الجعفري فان الوديعة من العقود الجائزة⁽³⁾ وللمالك الرجوع فيها متى شاء, وعلى الوديع(رد الوديعة حيث يؤمر به,او يريده هو الى المالك او وكيله)⁽⁴⁾ ويفسخ العقد بمطالبة المودع او بردها من قبل الوديع.⁽⁵⁾

وعقد الاعارة هو الاخر يشبه عقد الوديعة من حيث كونه عقدا جائزا , (فللمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء)⁽⁶⁾. ومتى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها اليه فورا واذا اوقفها واخرها بلا عذر, فتلفت العارية, او نقصت قيمتها, ضَمَنَ⁽⁷⁾

وعقد الوكالة عقد جائز من الطرفين, فللوكيل ان يعزل نفسه مع حضور الموكل ومع غيبته, وللموكل ان يعزله بشرط ان يعلمه العزل ولو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل⁽⁸⁾. ويترتب على ذلك ان الوكيل لو نفذ جزءاً من الوكالة ثم انعزل او اعتزل, تجزأ العقد الى جزء تم تنفيذه, واخر يزول بالنسبة الى المستقبل.

ولا تجيز مجلة الاحكام العدلية(المادة 1521 والمادة 1522) عزل الوكيل او

اعتزاله

(1) انظر في شرح المادة,سليم رستم باز, مصدر سابق,ص440.

(2) نصت المادة 796 من مجلة الاحكام العدلية على ما يلي(اذا اودع رجلان مالا مشتركا لهما عند رجل ثم جاء احد الشريكين في غيبة الاخر وطلب حصته من المستودع ,فان كانت الوديعة من المثليات اعطاه المستودع حصته, وان كانت من القيميات فلا يعطيه اياها.) انظر سليم رستم باز,شرح المجلة ,المصدر السابق,ص442.

(3) زين الدين العاملي.الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية , المجلد الرابع ,مصدر سابق,ص230,المحقق الحلي,شرائع الاسلام ,المجلد الاول,مصدر سابق,ص227.

(4) زين الدين العاملي، الروضة البهية، المصدر السابق، ص247.

(5) السيد محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الاسلامي، عقود الاحسان، منشورات ميراث ماندكار، قم، 2003، ص79.

(6) المادة 806 من مجلة الاحكام العدلية، انظر في تفصيلها علي حيدر، درر الحكام، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص339-340، سليم رستم باز، المصدر السابق، ص448. وبنفس المعنى، انظر زين الدين العاملي، الروضة البهية، المجلد الرابع، مصدر سابق، ص258.

(7) المادة 825 من مجلة الاحكام العدلية، انظر سليم رستم باز، المصدر السابق، ص458.

(8) سليم رستم باز، شرح المجلة، المصدر السابق، ص822-823.

الوكالة اذا تعلق بها حق الغير فيجبر الوكيل على ايفاء الوكالة.⁽¹⁾ وهو رأي ليس محل اتفاق في الفقه الاسلامي. ففي الفقه الجعفري¹²⁴ يجوز العزل والاعتزال للوكيل ولو تعلق بالوكالة حق الغير. ذلك لامكان الوصول الى هذا الحق من الموكل نفسه بطرق مختلفة⁽²⁾. (وصرف تعلق الحق على الموكل، لا يوجب عليه ابقاء الوكيل مع امكان خروجه من الحق بوسائل اخرى كثيرة. كما ان تعلق الحق على الموكل لا يسلب حريته في عزل نفسه، الا ان يكون مستأجرا او شرط ذلك عليه في عقد لازم)⁽³⁾ وقد لاحظت ان العقد يتفرق في هذه العقود الجائزة كلما تم انهاؤه بارادة احد المتعاقدين المنفردة قبل انتهاء مدته اذا كان من عقود المدة او قبل انتهاء موضوعه ان لم يكن من عقود المدة.

ويتجزأ العقد بالارادة المنفردة للمتعاقد في بعض الخيارات. ففي الفقه الاسلامي يمكن للمتعاقد ان يمارس حقه بالخيار دون حاجة الى رضاء المتعاقد الاخر او قضاء القاضي (اي بارادته المنفردة هو) وذلك باستثناء المذهب الحنفي الذي يوجب التراضي او التقاضي في حال خيار العيب بعد القبض⁽⁴⁾ ومن امثلة ذلك خيار المشتري اذا ظهر المبيع ناقصا عند التسليم بعد ان عين مقداره بالعقد فله ان يفسخ العقد او ياخذ المبيع بحصته من الثمن وكذلك اذا هلك جزء من المبيع او استحق. وفي بعض حالات خيار العيب. وحيث يكون للمتعاقد الاخذ بالحصّة من الثمن يكون العقد قد تجزأ (او تكون الصفقة قد تفرقت) وستتناول هذه الحالات بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الثاني فنحيل هنا الى ما سنعرضه هناك.

- (1) جاء في المادة **1521** من مجلة الاحكام العدلية (للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة ولكن ان تعلق به حق الغير فليس له عزله.....) وجاء في المادة **1522** من المجلة (للموكل ان يعزل نفسه من الوكالة ولكن لو تعلق به حق الغير كما ذكر انفا يكون مجبورا على ايفاء الوكالة).
- (2) محمد الحسين آل كاشف الغطاء , تحرير المجلة, الجزء الرابع , مصدر سابق, ص31.
- (3) محمد الحسين آل كاشف الغطاء, المصدر السابق, ص31.
- (4) محمد ابو زهرة , الملكية ونظرية العقد, مصدر سابق, ص450-451, د. احمد فراج حسين , الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية, مصدر سابق, ص347-348.
- (5) عبد الستار ابو غدة, الخيار و اثره في العقود, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص433.

المطلب الثالث

125

تجزئة العقد بالتقاضي

هنا لا تكفي الارادة المنفردة وحدها لتجزئة العقد, بل لابد من التعبير عن الارادة المنفردة المتجهة الى تجزئة العقد, في صورة طلب الى القضاء ولا بد فضلا عن ذلك من حكم القضاء المنشئ لتجزئة العقد⁽¹⁾. فمصدر تجزئة العقد هنا واقعة مركبة من تصرف قانوني (هو طلب المتعاقد الى القضاء تجزئة العقد), وعمل مادي هو عمل القاضي نفسه. وهذا المصدر لتجزئة العقد يتحقق في حال الفسخ الجزئي للعقد بحكم القضاء, وكذلك في حال ابطال الجزء القابل للابطال من العقد ونقض الجزء الموقوف من العقد مع بقاء الجزء الاخر قائما.

فاذا لم ينفذ المدين ما وجب عليه بالعقد, جزئيا (وفي حكمه ان يكون التنفيذ معيبا) ولم يكن هناك اتفاق على عدل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي, فان الدائن متى طلب فسخ العقد (وهذا تصرف بارادة منفردة)⁽²⁾ فان الامر يتوقف على تقدير القاضي, هل يفسخ العقد كله ام يفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه ويبقى الجزء الاخر, ام يقضي بتنفيذ جزء منه عينا وجزء بطريق التعويض. وهو ياخذ بالحسبان الظروف المحيطة بالقضية⁽³⁾ ومدى اهمية الجزء الذي لم ينفذ من العقد. والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما اذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يسوغ الحكم بالفسخ. (فاذا رأى القاضي ان عدم

التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ, بقي عليه ان يرى هل يقضي بفسخ العقد كله او يقتصر

(1) (تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من اعمال التصرف) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء

الاول, مصدر سابق, ص703.

(2) (يلزم من هذا ان الاهلية اللازمة لاستعمال حق الفسخ (والاصح حق طلب الفسخ) ورفع الدعوى به هي

الاهلية اللازمة لأبرام العقد المراد فسخه). دحسن على الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص26.

(3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص178, د. حسن علي الذنون, محاضرات,

مصدر سابق, ص123.

على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر²⁶ يقضي بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين

لايحتمل التجزئة, او كان يحتملها, ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساس في الالتزام⁽¹⁾.

وهكذا فان الفسخ الجزئي, الذي هو في حقيقته تفريق للصفقة (اي تجزئة العقد)

يتوقف على قرار القاضي في النهاية والذي يكون مُنشأً للتجزئة بناءً على طلب المتعاقد.

وينضوي تحت عنوان الفسخ الجزئي الحالات التي اعطى فيها القانون للمتعاقد الحق

في انقاص المقابل, لان المتعاقد الاخر لم يقدّم بالاداء الواجب عليه طبقاً للعقد. وتحقيق

الانقاص المتقابل للاداءات يتم اما رضاءً (وهي الاقالة) والا فعن طريق القضاء. ويكون

بالطلب الى القضاء وصدور الحكم به.

وللتمثيل لهذه الحالات, نذكر حال ظهور المبيع الذي تحدد مقداره في العقد ناقصاً

عند التسليم(المادة 543-المادة 545 من القانون المدني العراقي) فاذا اراد المشتري

اخذ المبيع الموجود بحصته من الثمن, ولم يتراضَ مع المتعاقد الاخر فعليه ان يقيم دعوى

انقاص الثمن⁽²⁾. وكذلك الحال اذا استحق جزء من المبيع واراد المشتري الاحتفاظ بالباقي,

فلا بد من دعوى ضمان الاستحقاق⁽³⁾, وفي تحقق ضمان العيب الخفي يقيم المشتري

دعوى ضمان العيب الخفي⁽⁴⁾.

ومثل هذا يقال عن حالات انقاص الاجرة في عقد الايجار عندما يتحقق السبب الذي

يستوجب ذلك. ففي هذه الحالات كلها تتحقق التجزئة بواقعة مركبة من تصرف قانوني

بارادة منفردة(طلب المتعاقد) مع حكم القاضي(عمل مادي) وسوف نتوسع في تحليل هذه الحالات في محلها المناسب من الرسالة(5).

-
- (1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ,الوسيط,الجزء الاول,مصدر سابق,ص701, وقريب من ذلك د.عبد المجيد الحكيم واخرون,الجزء الاول,مصدر سابق,ص178, وانظر كذلك المادة 177 مدني عراقي والمادة 157 مدني مصري.
 - (2) انظر الفقرة الثانية من المادة 546 من القانون المدني العراقي ,د.جعفرالفضلي,الوجيز في العقود المدنية,مصدر سابق,ص100, انظر كذلك المادة 433 والمادة 434 من القانون المدني المصري.
 - (3) د.سعيد مبارك واخرون,مصدر سابق,ص123, د. سعدون العامري ,مصدر سابق ,ص137.
 - (4) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني,الجزء الرابع,مصدر سابق , ص738 وما بعدها ,د.اسعد دياب ,ضمان عيوب المبيع الخفية, دراسة مقارنة, ط1, دار اقرأ, بيروت, لبنان, 1983, ص111 وما بعدها ,د.جعفر الفضلي ,الوجيز في العقود المدنية,مصدر سابق,ص136.
 - (5) انظر الفصل الثاني من الباب الثاني الخاص بالتطبيقات التشريعية.

وفي عقود المدة حيث الراجح انعدام الأثر الرجعي للفسخ.(1) فان تحقق السبب الذي يجيز للمتعاقد طلب انهاء هذه العقود قبل الاوان(2) (اي قبل الميعاد المحدد لانتهائها) يؤدي بالتأكيد الى تجزئة هذه العقود, الى جزء يظل نافذا هو ما سبق تنفيذه من العقد قبل

-
- (1) د.حسن علي الذنون,النظرية العامة للفسخ,مصدر سابق,ص51,وكذلك ص251 ,د.عبد الرزاق احمد السنهوري.نظرية العقد,مصدر سابق,ص143,د.عبد الحي حجازي,عقد المدة, مصدر سابق,ص8. د.سليمان مرقس,نظرية العقد,مصدر سابق,ص428-429, وللدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري في المسألة قولان:الاول وهو الاقدم حيث يقول بشأن اثر الفسخ في ارجاع كل شيء الى اصله(واذا كان العقد مستمرا كالايجار وفسخ فالمنفعة التي استوفاه المستأجر قبل الفسخ يجب ان يعوض عنها .وقد يقدر التعويض بمقدار الاجرة ولكنه لا يكون اجرة) ,نظرية العقد ,المصدر السابق,ص699,وهذا القول يعني ان لفسخ عقد المدة اثر رجعي,والقول الثاني وهو الاحدث حيث يقول (واذا كان العقد زمنيا كالايجار وفسخ, لم يكن لفسخه اثر رجعي لان طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الاثر.فالزمن فيها معقود عليه وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه .وتكون الاجرة المستحقة عن هذه المدة لها صفة الاجرة لا التعويض), الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص712.
 - (2) في عقد الايجار مثلا .يجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا فسخ العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم اصبحت اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم او اصبحت الايجار مجاوزا لحدود حاجاتهم (المادة 2-783 مدني عراقي) (المادة 2-601 مدني مصري) وكذلك اذا لم يعقد الايجار الا بسبب حرفة المستأجر او لاعتبارات

تتعلق بشخصه ثم مات جاز لورثته او للمؤجر ان يطلبوا فسخ العقد) المادة **784** مدني عراقي المادة **602** مدني مصري). انظر قرار محكمة التمييز رقم **1102**/مدنية ثالثة/ **76** في **1977/8/6**, منشور في مجموعة الاحكام العدلية العدان الثالث والرابع, السنة الثامنة, **1977**, ص **22**, (اذا ابرم عقد الايجار لاغراض تتعلق بحرفة المستأجر او بشخصه جاز للمؤجر طلب فسخ العقد عند موت المستأجر). وقضت محكمة التمييز ايضا (اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ الايجار مرهقاً) (المادة **792** مدني)) قرارها **628**/موسعة اولى/ **83-82** في **1984/1/29**, نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, الجزء الاول, مصدر سابق, ص **125**, مجلة القضاء العدان الاول والثاني, السنة **39**, **1984**, ص **179**. والقرار **170**/عقار **88-87** في **1987/9/8**. المشاهدي, المصدر السابق, ص **148**. واذا اعسر المستأجر ولم تقدم للمؤجر تأمينات تكفل الوفاء بالاجرة التي لم تحل فيجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار) المادة **785-2** مدني عراقي والمادة **603** مدني مصري) وكذلك الحال اذا اخل المؤجر او المستأجر بالتزامات اي منهم جاز للاخر طلب فسخ الايجار وكذلك الحال اذا تحققت حال من حالات الفسخ بالعدر (المادة **789-793** مدني عراقي والمواد **607-609** مدني مصري) وهذه امثلة ليست على سبيل الحصر. وفي القوانين الخاصة بايجار الاماكن كقانون ايجار العقار رقم **87** لسنة **1979** المعدل في العراق, تم النص على اسباب حصرية بالنسبة للمؤجر لطلب تخلية العقار الخاضع لاحكام هذا القانون (انظر المادة **17** من القانون نفسه).

الفسخ وجزء ينتهي, هو الجزء المتعلق بما بقي من المدة المحددة للعقد. (ذلك لان التزامات الطرفين في هذه العقود تتقابل مع بعضها تقابلا تاما متجددا بتجدد المدة الزمنية التي تولف مدة بقاء العقد. وان ما تم منها في جانب يقابله ما تم منها في الجانب الاخر, وكان كلا من هذين الالتزامين انقضى انقضاء عاديا لا يتصور فيه الفسخ. وعلى هذا فاذا ما فسخ العقد المستمر لاي سبب من اسباب الفسخ, فان اثر الفسخ يقتصر على الزمن التالي له ولا يرقى ابدى الى تاريخ سابق عليه)⁽¹⁾

ففي عقد التأمين اذا لم يقدم المؤمن له معلومات يعدها المؤمن جوهرياً وكان المؤمن له حسن النية, فان المؤمن يمكن مع ذلك ان يطلب فسخ العقد. فاذا كانت مدة العقد سنة وتم دفع قسط التأمين عنها مقدماً, ثم فسخ العقد بعد شهرين من بدء مدته, فان المؤمن يلتزم بان يرد للمؤمن له ما يقابل عشرة اشهر من قسط التأمين, هي المدة المتبقية بعد الفسخ بينما يحتفظ من قسط التأمين بما يقابل الشهرين السابقة على الفسخ, ذلك لانه كان مسؤولاً عن

دفع التعويض لو ان الخطر المؤمن ضده قد وقع خلال فترة الشهرين التي سبقت فسخ العقد, فيكون من العدل اذن الاحتفاظ به.(2)

(1) د.حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص251-ص252, انظر قرار محكمة التمييز 581 /حقوقية/63 في 1963/12/8 نقلا عن ابراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز, مصدر سابق, ص543 ونرى ان الرجوع اذا كان مستحيلا بالنسبة الى الزمن فما فات منه لا يرجع ابدأ, فانه لا يجب ان يصور كذلك بالنسبة لاثار العقد الزمني. فالرجوع فيها يعني ازالة هذه الاثار بوصفها اثارا لعقد المدة مع انها حصلت في الوقع وتم استيفائها. و فرق بين ان تكون قد حصلت في الوقع وان تكون اثار لعقد المدة نفسه. وهو ما يحصل في حال بطلان عقد المدة فتزول اثاره السابقة باثر رجعي بوصفها اثارا قانونية للعقد مع بقاءها كواقع ولذلك يعوض المؤجر عن مدة الانتفاع باجر المثل لا بالاجر المسمى ولو تصادف ان تساوى الاثنان أحيانا. انظر بهذا المعنى, د. عبد الرزاق احمد السنهوري, نظرية العقد, مصدر سابق, ص653. ونرى انه في حال فسخ عقد المدة فان ما نفذ منه دون اخلال لا يجب الرجوع فيه لانه نفذ طبقا لعقد صحيح. ولكن يجب تطبيق الاثر الرجعي بالنسبة الى المدة بين الاخلال بالعقد وفسخه لاسيما عندما يكون الاخلال من المؤجر فالفسخ يكون اثره ازالة اثار العقد من تاريخ الاخلال بالالتزامات الذي استوجب فسخ عقد المدة.

(2) د.كمال قاسم ثروت, الوجيز في شرح احكام عقد التأمين, مصدر سابق, ص146.

وتجزئة العقد القابل للابطال في شق(129 جزء) منه, مصدرها واقعة مركبة من تصرف قانوني وحكم قضائي. فالمادة 143 من القانون المدني المصري قضت بان العقد اذا كان في شق منه قابلا للابطال, فان هذا الشق وحده هو الذي يبطل, بينما يظل الباقي من العقد كعقد مستقل, ما لم يكن العقد ما كان ليتم دون الشق القابل للابطال. وبابطال هذا الجزء وبقاء الجزء الصحيح كعقد مستقل يتجزأ العقد. ولكن لا بد اولا من ابطال الجزء القابل للابطال. فهو جزء موجود وصحيح(1) ومنتج لاثاره (2) ضمن العقد قبل ابطاله ممن شرع الحق في الابطال لمصلحته(3). اذ لا يجوز ان يتمسك بحق ابطال العقد القابل للابطال(او جزئه) الا العاقد الذي شرع لحمايته(4), او خلفه العام او الخاص(5). وليس للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها. فليس لها ان تحل محل العاقد في تقدير مصلحته. ولذلك لا بد من طلب ممن تقرر الحق في الابطال لمصلحته(6) ثم لا بد من حكم من القضاء. غير ان

القاضي الذي يرفع اليه هذا الطلب يتعين عليه الحكم بالابطال متى ثبت لديه سببه, فلا يجوز له مع ثبوت سبب الابطال, رفض الحكم به⁽⁷⁾. وهذا الحكم منشئ للبطلان⁽⁸⁾. وهو يزيل هذا الجزء باثر رجعي كما يزيل اثاره⁽⁹⁾.

وهكذا فان تجزئة العقد القابل للابطال في شق منه, تستلزم واقعة مركبة من تصرف قانوني بارادة منفردة للمتعاقد مضافا اليه حكم القضاء المنشئ للبطلان, وهو عمل مادي للقاضي. خلافا للعقد الباطل في شق منه والذي لا يحتاج تقرير بطلان هذا الشق الى طلب من احد فيمكن ان تقرر المحكمة من تلقاء نفسها واذا طلبه ذو مصلحة

(1) د.محمد لبيب شنب دروس في نظرية الالتزام, مصادر الالتزام , دار النهضة العربية, 1976-

1977, ص226.

(2) د.مصطفى الجمال.النظرية العامة للالتزامات, مصدر سابق, ص181.

(3) انظر المادة 138 مدني مصري.

(4) د.سليمان مرقس, نظرية العقد, مصدر سابق, ص313, د.مصطفى الجمال, المصدر السابق, ص181.

(5) مصطفى العوجي, القانون المدني, الجزء الاول, العقد, مصدر سابق, ص519.

(6) د.محمد لبيب شنب , دروس في نظرية الالتزام , المصدر السابق, ص226.

(7) د.سليمان مرقس, نظرية العقد, المصدر السابق, ص319.

(8) د.محمد لبيب شنب , دروس في نظرية الالتزام, المصدر السابق, ص226.

(9) د.سليمان مرقس, نظرية العقد, المصدر السابق, ص319.

فحكم المحكمة كاشف للبطلان لا منشئ له¹³⁰. ويقال ما يماثل هذا بالنسبة للعقد الموقوف في شق منه في القانون المدني العراقي, فاذا اراد المتعاقد نقض هذا الجزء الموقوف, فله الطلب الى القضاء ذلك⁽²⁾, خلال المدة القانونية ويتحتم على القاضي اجابة هذا الطلب خلافا للفسخ⁽³⁾, حيث للقاضي سلطة تقديرية. وهذه واقعة مركبة من تصرف قانوني وعمل مادي.

المطلب الرابع: تجزئة العقد بالواقعة المادية

ونقصد بها الواقعة المادية في مقابل التصرف القانوني, اي الواقعة الطبيعية او الفعل المادي للانسان. فالوقائع القانونية هي التي (تخلق في سماء القانون وتنشئ العلاقات

القانونية كلها او تؤثر فيها سواء أكانت هذه العلاقات ترجع الى القانون الخاص ام الى القانون العام⁽⁴⁾. والوقائع القانونية (اما ان تكون وقائع مادية وهذه تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية اذا كانت اعمالا مادية, او انها تكون تصرفات قانونية, فيخلص من ذلك ان مصادر الروابط القانونية لا تعدو ان تكون الواقعة المادية والتصرف القانوني)⁽⁵⁾

وقد عرضنا في المطالب السابقة كيف ان التصرف القانوني المكون من ارادات متعددة يمكن ان يؤدي الى تجزئة العقد (الاقالة لجزء من العقد), ثم التصرف القانوني المكون من ارادة منفردة كمصدر لتجزئة العقد وكذلك عرضنا كيف ان الواقعة المركبة من تصرف قانوني وعمل مادي تؤدي الى تجزئة العقد. والان نرى كيف ان الواقعة المادية

-
- (1) د. رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص181-182, د. عبد الفتاح عبد الباقي, مصدر سابق, ص272, المستشار محمد محمود المصري والمستشار احمد عابدين, الفسخ والانسفاخ والتفاسخ, البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, 1988, ص54-55, محمد عبد الرحيم عنبر وفريد محمد عنبر, الوجيز في نظرية البطلان, دراسة مقارنة, الطبعة الاولى, 1981, ص57.
 - (2) استاذنا د. ميري كاظم عبيد, العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون المدني, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون, جامعة النهرين, 1999, ص59, حيث يذكر ذلك بصدد التوقف للاكراه.
 - (3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص117.
 - (4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص23.
 - (5) عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, المصدر السابق, ص23, وانظر في تفاصيل الواقعة القانونية والتصرف القانوني كمصادر (اسباب) للروابط القانونية. د. السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص127-134. د. رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص11-13, د. سمير تناغو. نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص13-15.

وحدها تؤدي الى تجزئة العقد استنادا الى نص القانون, الذي هو (من وراء كل ذلك محيط
131
فهو الذي يحدد الاثار القانونية التي تترتب على الوقائع والاعمال.)⁽¹⁾

ومن الوقائع المادية التي يمكن ان تؤدي الى تجزئة العقد, تلك الظواهر الطبيعية التي تحدث والتي تقع تحت وصف القوة القاهرة, فتؤدي الى استحالة تنفيذ جزء من العقد فينفسخ هذا الجزء⁽²⁾. فاذا تحققت شروط تجزئة العقد اقتصر الامر على زوال هذا الجزء وحده, والا زال العقد كله. ذلك لان (من اثر السبب الاجنبي ان يعفي المدين من التزامه

كله اذا استحالة التنفيذ كلية، وينفسخ العقد باكماله. اما اذا كانت استحالة التنفيذ جزئية، فلا يعفى المدين الا من الجزء الذي يستحيل تنفيذه، ويلزم تنفيذ العقد في الباقي منه(3) .

وهذه الواقعة التي تسبب الاستحالة يجب ان تكون تالية لنشوء العقد صحيحا . فاذا كانت سابقة عليه فان العقد ذاته يكون باطلا (اي انه لا ينشأ اصلا). (4) واذا اقتصر على جزء من العقد كان هذا الجزء وحده باطلا.

كما يجب ان تكون الواقعة المادية اجنبية عن المدين، فاذا كانت هذه الواقعة من افعال المدين، فان العقد لا ينفسخ وانما يبقى قائما لينفذ بطريق التعويض. فالاستحالة هنا راجعة الى خطأ المدين ولذلك تتحقق مسؤوليته العقدية، ويجبر على تنفيذ العقد بطريق التعويض(5).

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري , الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص131, نظرية العقد, مصدر سابق, ص74.

(2) تؤدي استحالة التنفيذ الى الانفساخ بحكم القانون اذا كانت راجعة الى قوة قاهرة, انظر في ذلك مثلا, د. عبد الرزاق احمد السنهاوري, الوجيز , مصدر سابق, ص151, د. سمير تناعو, نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص72, د. صلاح الدين الناهي, الوجيز الوافي, مصدر سابق, ص209.

(3) حسين عامر , مصدر سابق, ص123.

(4) تنص المادة 1-127 مدني عراقي الموافقة للمادة 132 مدني مصري على انه(اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا).

(5) نصت المادة 168 مدني عراقي الموافقة للمادة 215 مدني مصري على انه(اذا استحالة على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب احبني لا يد له فيه, وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

ومن امثلة الواقعة المادية التي تؤدي الى تجزئة العقد, هلاك المأجور هلاكا

كلياً(1), مما يؤدي الى انفساخ العقد بحكم القانون من تلقاء نفسه . وقد قضت محكمة النقض

في مصر ان(عقد الايجار انقضاؤه بهلاك العين المؤجرة كلياً ايا كان سببه. اثره. انفساخ

العقد من تلقاء نفسه, المادة 569 /1 مدني)(2) . وحيث ان عقد الايجار عقد زمني, لا

يكون للانفساخ فيه اثر رجعي على الرأي الراجح في الفقه كما اوضحنا في المطلب

السابق, فان ما نفذ منه يبقى صحيحا ويزول العقد بالنسبة الى المستقبل فقط, فيتجزأ العقد وسبب التجزئة هو الواقعة المادية المتمثلة بالهلاك.

واقعة موت المتعاقد تؤدي احيانا الى تجزئة بعض العقود. وقد وردت في القانون المدني العديد من النصوص التي مؤداها انتهاء جزء من العقد او انفساخه بسبب هذه الواقعة .

ففي عقد الاعارة نصت المادة **1-863** من القانون المدني العراقي الموافقة للمادة **645** من القانون المدني المصري على ما يلي(تنتهي الاعارة بموت المستعير ولا تنتقل الى ورثته الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك) ولان الاعارة عقد زمني فان انتهاءها بواقعة موت المستعير تؤدي الى تجزئتها كما مر بنا. وفي عقد الوديعة نصت المادة **1- 970** مدني عراقي على انه (اذا مات الوديع ووجدت الوديعة عينا في تركته فهي امانة في يد الوارث) ويفهم من هذا النص ان الوديعة كعقد ينتهي بموت الوديع ويبقى الشيء المودع امانة بيد الورثة ذلك لان الوديعة يلحظ فيها شخص الوديع اذ يكون محل ثقة المودع ويجب ان ينحل العقد بموت الوديع الا اذا اتفق على غير ذلك⁽³⁾. واذا كانت الوديعة في مصلحة المودع عنده ومات المودع, فانها لا تنتهي بموته بل تبقى الى ان ينقضي الاجل اذ هي لمصلحته⁽⁴⁾.

(1) نصت الفقرة(1) من المادة **751** مدني عراقي الموافقة للفقرة (1) من المادة **569** مدني مصري على ما يلي(اذا هلك المأجور في مدة الايجار هلاكا كلياً, يفسخ العقد من تلقاء نفسه).

(2) الطعن رقم **8437** لسنة **63** القضائية. جلسة **2000/5/18** نقلا عن ابراهيم سيد احمد, الاخلاء لاساءة استعمال العين المؤجرة فقها وقضاء. منشأة المعارف, الاسكندرية, ط1, **2003**, ص**191**.

(3) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الخامس, ص**263**.

(4) د.قري عبد الفتاح الشهاوي, احكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن, منشأة المعارف, الاسكندرية, **2002**, ص**95**.

وفي عقد العمل يفسخ العقد (وهو عقد¹³³ مدة) بموت العامل⁽¹⁾. وانفساخ العقد بهذه الواقعة (الموت) يؤدي الى تجزئته الى جزء تم تنفيذه واخر يزول بالنسبة الى المستقبل.

وفي عقد الوكالة ينتهي العقد بموت الموكل او الوكيل او بخروج احدهما عن الاهلية⁽²⁾. وقضت محكمة التمييز ان (الوكالة تنتهي بوفاة الموكل حسب احكام المادة **946** من القانون المدني ولا يحق للوكيل- بعد موت موكله - ان يباشر اي حق من الحقوق الموكل بها)⁽³⁾ .

وفي عقد الكفالة يتجزأ العقد بموت المكفول له, وانحصر ميراثه بالمدين, فيبرأ الكفيل من الكفالة وتنقضي فيما بقي من مدتها, ويبقى فيما فات منها في الماضي لانعدام الاثر الرجعي هنا.⁽⁴⁾ وفي عقد المقاولة تؤدي الواقعة التي تسببت في استحالة تنفيذ العقد الى انتهائه بحكم القانون. والى ذلك اشارت المادة **886 - 1** من القانون المدني العراقي, المادة **664** من القانون المدني المصري, بقولها (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه). ويختلف مدى التعويض في هذه الحال تبعاً لما اذا كانت الاستحالة راجعة الى قوة القاهرة او الى خطأ المقاول او خطأ رب العمل. فاذا كانت الاستحالة راجعة الى قوة القاهرة, احالت المادة **886** من القانون المدني العراقي الى المادة **889** منه التي نظمت التعويض الذي يدفع لتركه المقاول اذا انتهت المقاولة بسبب موته طبقاً للمادة **888** من القانون المدني العراقي (م **666** من القانون المدني المصري) والتي نصت في الفقرة (1) منها على انه (تنتهي المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته

(1) تنص المادة **923** مدني عراقي المطابقة للفقرة **1** من المادة **697** مدني مصري على انه (لا يفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل, ما لم تكن شخصيته قد روعيت في العقد ولكن يفسخ العقد بموت العامل).

(2) نصت المادة **946** مدني عراقي الموافقة للمادة **714** مدني مصري على ما يلي (تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية....).

(3) قرار محكمة التمييز رقم **533/** مدنية اولى / **91** في **1991/11/27** وبفس المعنى القرارات التالية **666/** مدنية اولى / **92** في **1992/6/22**, **145/** موسعة اولى / **1984-1985** في **1985/6/26**, نقلاً عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, مصدر سابق, الجزء السابع, ص **169**, ص **172**, ص **158**, على التوالي. وانظر قرار محكمة التمييز, رقم **932/** حقوقية رابعة / **970** في **1970/9/26**, النشرة القضائية, السنة الاولى, العدد الثالث, ايار, **1971**, ص **149**.

الشخصية محل اعتبار في التعاقد⁽¹⁾ ولذلك فاذا كانت المقاولة قد بدأ بتنفيذها ثم انقضت بالاستحالة, او بوفاة المقاول الذي كانت شخصيته محل اعتبار في العقد يتوجب (على

رب العمل ان يدفع للتركة قيمة ما تم من الاعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم وذلك, بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الاعمال والنفقات)⁽²⁾ غير ان القانون المدني العراقي زاد على ما تقدم من حكم مشترك بينه وبين القانون المدني المصري في هذه المسألة فجاء في عجز الفقرة (1) من المادة 889 ما يلي) وتعتبر الاعمال والنفقات نافعة في جملتها اذا كان موضوع المقاوله تشييد مبان أو انشاء أعمال كبيرة اخرى). ففي هذه الحال يكون التعويض عن قيمة الاعمال والنفقات كاملة وهو لذلك تعويض عن الجزء الذي تم تنفيذه من العقد بينما يزول ما لم ينفذ منه, دون تعويض .

ونرى انه على الرغم من التماثل في هذه الحال الاخيرة مع تجزئة العقد, من حيث انها زوال جزء منه وبقاء او تنفيذ الجزء الاخر, الا ان ظاهر المواد القانونية المتقدمة يرجح زوال العقد كله وبناء التعويض على الكسب دون سبب⁽³⁾ اي ان العقد لم يتجزأ بل زال بكامله. وفي العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي, يؤدي موت المتعاقد الى انتهاء العقد عند الحد الذي وصل اليه التنفيذ وعدم انتقاله الى الخلف العام⁽⁴⁾. مثال ذلك موت المريض في عقد العلاج الطبي يؤدي الى انتهاء العقد للفترة اللاحقة على الوفاة فقط. وموت العالم في عقد البحث العلمي يؤدي الى انتهائه عند هذا الحد⁽⁵⁾, وبالتالي تجزئة هذه العقود, لبقاء ما تم تنفيذه منها وزوالها بالنسبة لما بعد واقعة الموت.

(1) انظر للتفاصيل ,د.جعفر الفضلي,الوجيز في العقود المدنية ,مصدر سابق,ص444, وما بعدها ,واياد احمد البطاينة ,الاعتبار الشخصي واثره في التعاقد,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ,جامعة بابل,1999,ص161.

(2) من الفقرة(1) من المادة 889 من القانون المدني العراقي.

(3) د.سعيد مبارك واخرون ,مصدر سابق,ص499. , د.جعفر الفضلي ,الوجيز في العقود المدنية ,مصدر سابق,ص446.

(4) انظر المادة 142 مدني عراقي , والمادة 145 مدني مصري.

(5) اياد احمد البطاينة,المصدر السابق,ص157-ص158.

المطلب الخامس :القانون كمصدر مباشر لتجزئة العقد.

يضع المشرع من بين القواعد القانونية التي تتناول العقد، عددا من القواعد الامرة، اي الواجبة الاتباع لكي ينشأ العقد صحيحا. وهي قواعد تتناول تارة اركان العقد وتارة شروط هذه الاركان (1). كما يضع المشرع قواعد هي جزء من النظام العام في الدولة فيكون من نتائج مخالفتها لحوق وصف البطلان بالعقد وبالتالي انعدام اثره (2).

والعقد الباطل معدوم كتصرف قانوني مع ان له وجوده المادي (3) ولذلك فان مصدر تقرير البطلان هو القانون (4). فهو الذي تولى مباشرة ازالة هذا العقد، من خلال عدم الاعتراف بوجود شرعي له. ويصدق هذا القول على اي جزء من العقد يخالف ما اوجبه القانون لكي ينشأ صحيحا (5) ولذلك فان دور القاضي في حال البطلان كاشف، ولاسلطة تقديرية له بعد ان يكون قد ثبت لديه سبب البطلان وهو يختلف عن دوره في حال الفسخ الذي يكون له فيه مثل هذه السلطة التقديرية (6) وذلك ما لم يكن ثمة شرط في العقد بعّده مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي (7).

(1) كالمواد 127, 128, 129, 132, 137, مدني عراقي والمواد 114, 131, 132, 133, 136 مدني مصري وغيرها.

(2) كالمواد 130, 132, مدني عراقي و المواد 135, 135 مدني مصري و غيرها , ويعد بعضهم ان القانون يضع أنموذجا للواقعة ويحدد ما يتطلبه فيه فاذا لم تأت الواقعة وفق أنموذجها القانوني فان هذه الواقعة تعد معيبة وهي لذلك لا تنتج اثار الواقعة الصحيحة , انظر د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، ص6-ص7.

(3) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزامات، مصدر سابق، ص222، د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص299، وانظر الهامش (1) في الصفحة نفسها.

(4) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني والاجرائى والموضوعي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص421 وانظر هذا المعنى كذلك في د. وليم سليمان قلادة . المصدر السابق، ص291-ص292.

(5) انظر المادة 139 مدني عراقي والمادة 143 مدني مصري.

(6) د. عبد الحكم فودة , البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، 1992، ص69.

(7) انظر المادة 178 مدني عراقي والمادة 158 مدني مصري.

وسبب هذا الفرق ان العقد الباطل (او الجزء الباطل من العقد) ليس له وجود قانوني بينما في حال الفسخ يقوم القاضي بازالة عقد (أو جزء من العقد في حال الفسخ الجزئي) كان له وجوده القانوني الصحيح.(1).

فازالة هذا الجزء الباطل من العقد, نتجت عن القانون مباشرة من خلال عدم اعترافه به لكونه مخالف للقواعد القانونية الواجبة الاتباع لنشوءه صحيحا. ومن هذه الناحية – اي عدم الحاجة لطلب تقرير البطلان – يختلف البطلان عن ابطال العقد (او جزء من العقد) اذا كان قابلا للابطل. فهنا لابد من طلب المتعاقد الذي تقرر الحق في الابطال لمصلحته من القضاء – ما لم يكن قد تراضى مع العاقد الاخر على ذلك – ابطال الجزء القابل للابطال(2) فهذا الجزء لايزول تلقائيا.

والعلة هنا هي ان العقد القابل للابطال (وكذلك الجزء القابل للابطال) عقد صحيح منتج لاثاره ولكنه مهدد بالزوال اذا تمسك بالابطال من تقرر الحق لمصلحته.(3) فاذا قضي بابطاله كان هذا الابطال منشأً لحال البطلان(4) فيزول العقد باثر رجعي(5) ويجب رد الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد(6).

وبهذا يتضح ان تجزئة العقد في حال القابلية للابطال في شق منه تكون بتصرف بارادة منفردة في صورة طلب يقدم الى القضاء فضلا عن الحكم القضائي المنشئ(7)

-
- (1) انظر بهذا المعنى د.رمضان ابو السعود.مصادر الالتزام ,مصدر سابق, ص167,د.عبد الفتاح عبد الباقي,مصدر سابق,ص285,محمد عبد الرحيم ,مصدر سابق ,ص19-ص20.محمد محمود المصري ,مصدر سابق,ص56,د.عبد الحكم فوده, البطلان, مصدر سابق,ص66-ص67, د.فتحي عبد الرحيم عبد الله ,مصدر سابق ,ص445.
 - (2) د.سمير تناغو ,نظرية الالتزام ,مصدر سابق,ص102,كذلك د.فتحي عبد الرحيم عبد الله ,مصدر سابق ,ص453,د.سليمان مرقس.نظرية العقد .مصدر سابق,ص318-ص319.
 - (3) د.رمضان ابو السعود ,مصادر الالتزام ,مصدر سابق,ص167-ص168.د.عبد الفتاح عبد الباقي,مصدر سابق,ص262.
 - (4) د.سمير تناغو .نظرية الالتزام ,مصدر سابق,ص102.د.محمد لبيب شنب,دروس في نظرية الالتزام ,مصدر سابق,ص226.
 - (5) د.حسن على الذنون,محاضرات ,مصدر سابق,ص73.د.فتحي عبد الرحيم عبد الله ,مصدر سابق,ص446.

(6) د. سليمان مرقس, نظرية العقد, مصدر سابق, ص 319.

(7) د. سليمان مرقس, نظرية العقد, مصدر سابق, ص 318-319.

اما في حال البطلان في جزء من العقد فان القاضي يمكن ان يحكم به من تلقاء نفسه دون طلب الخصوم⁽¹⁾, وهو بحكمه بالبطلان يكشف عن حقيقة انعدام العقد (او الجزء)¹³⁷ الباطل, بحكم القانون. فتكون التجزئة (اي زوال جزء من العقد) قد حصلت بحكم القانون. ويظل القانون هو المصدر المباشر لزوال العقد الباطل او الجزء الباطل من العقد سواء أكان هناك نص صريح بحال البطلان كالنص على بطلان الاتفاق على عدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة اذا تحققت شروطها⁽²⁾, ام عدم تخفيض الشرط الجزائي⁽³⁾, ام النص على بطلان شراء القضاة مال المحجور لانفسهم او بيع اموالهم للمحجور⁽⁴⁾ وغيرها. ام كان هذا البطلان مفهوما من احكام القانون ولم يرد به نص. مثال البطلان المفهوم, البطلان الذي يترتب على تطبيق القاعدة العامة التي تقول, ان كل عقد فقد ركنا او اختل منه ركن يكون باطلا, ففي حال وجود نص صريح لايكون هناك محل لتقدير القاضي, فهو لا يملك الا النطق بالبطلان. اما البطلان الذي يفهم من القواعد العامة فهو الذي يكون محل تقدير القاضي كالبطلان المبني على مخالفة النظام العام او الاداب فان القاضي في هذه الحال يقدر ما اذا كان العقد مشروعا او غير مشروع ولكن القاضي اذا قرر ان العقد غير مشروع فهو يطبق احكام القانون في القضاء بالبطلان كما يطبقها في قضائه ببطلان عقد نقص ركن من اركانه⁽⁵⁾. ومحل تقدير القاضي هو تحقق سبب البطلان وليس تقدير الحكم بالبطلان من عدمه بعد تحقق سببه. فالبطلان واقع بحكم القانون.

ولذلك, فاذا كان العقد الباطل في جزء منه محل منازعة بين المتعاقدين لتقرير البطلان الكلي ام بطلان جزء من العقد فحسب, فان قيام القاضي بالتحري عن تحقق الشروط المطلوبة لتجزئة العقد ليقضي ببطلان جزء منه اعمالا لحكم المادة 139 من القانون المدني

(1) انظر المادة 141 مدني عراقي والمادة مدني مصري.

(2) انظر المادة 146-2 مدني عراقي والمادة 147-2 مدني مصري.

(3) انظر المادة 170-2 مدني عراقي والمادة 224 مدني مصري.

(4) انظر المادة 591 مدني عراقي.

(5) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, نظرية العقد, مصدر سابق, ص 609-610 في الهامش.

العراقي (143 من القانون المدني المصري), لا يجعل من عمل القاضي هذا منشئاً لتجزئة العقد, بل ان قراره هو اعمال لحكم القانون وتقرير له في الدعوى المعروضة وهو لا يحتاج اي طلب الى القضاء به. والاصل ان القاضي (في ظل القانونين المدني العراقي والمدني المصري) يذهب الى تجزئة العقد ما لم يثبت الطرف الذي يتمسك ببطلان العقد كله, ان الجزء الذي وقع باطلا لا ينفصل عن جملة التعاقد.⁽¹⁾ وقد ينص المشرع على عدم عدّ العقد الا في حدود معينة كالمادة 724 من القانون المدني العراقي والموافقة للمادة 559 من القانون المدني المصري التي تنص على انه (ليس لمن لا يملك الا حق الادارة ان يعقد اجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات , فاذا عقدت الاجارة لمدة اطول من ذلك انقصت المدة الى ثلاث سنوات. ما لم يوجد نص يقضي بغيره) فيكون المشرع قد ازال من العقد ما زاد عن الثلاث سنوات. وحيث ان هذه تجزئة لعقد الايجار بزوال جزء منه, فان القانون هو مصدر هذه التجزئة. ولو صدر بها حكم قضائي, فهذا الاخير لا يكون الا كاشفاً, كقرار محكمة التمييز الذي جاء فيه (اذا عقدت الاجارة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ثم صدر حكم بانقاصها الى ثلاث سنوات عملاً بالمادة 724 من القانون المدني وكان المستأجر قد شيد بناء في المأجور تنفيذاً للعقد فيكون من حق المستأجر الرجوع على المؤجر للمطالبة بقيمة البناء بنسبة المدة غير المنفذة من العقد والتعويض عما فاتته من كسب)⁽²⁾ واذا كان الكلام عن العقد الباطل والجزء الباطل من العقد وبالتالي زوالهما هو من قبيل المجاز اذ لا وجود

(1) انظر في هذا المعنى. د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص 189. د. راقية عبد

الجبار, مصدر سابق, ص 37, وقضت محكمة النقض في مصر (بطلان العقد في شق منه او قابليته للابطال اثره بطلان هذا الشق وحده. الاستثناء تعذر اتمام العقد بغير الشق الذي وقع باطلا). الطعن رقم 711 السنة 47 القضائية جلسة 1981/2/10. نقلاً عن فتيحة قره, مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها محكمة النقض. الدائرة المدنية في خمس سنوات. 1980-1984, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, ص 408.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 3/الاستئناف/1986-1987 في 1987/6/17, ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, الجزء الثامن, مصدر سابق, ص 60. وقضت (ان المتولي اذا عقد الايجار لاكثر من

المدة المخولة له قانونا فلا يعتبر العقد الا في حدود المدة التي اجازها القانون)القرار **1509-1955** في **1955/10/23**, نقلا عن عبد الرحمن العلام.مصدر سابق, ص**28**.

لاي منها في الحقيقة والواقع⁽¹⁾. فان صدور قانون جديد ذي طبيعة امرة يمكن ان يجعل جزءاً من عقد صحيح نافذ، باطلا لتعارضه معه فيكون الحديث هنا عن جزء حقيقي من العقد يبطل ويزول بفعل الاثر المباشر للقانون الجديد⁽²⁾. ويكون القانون هو المصدر المباشر لزوال هذا الجزء من العقد, من خلال سلب هذا الجزء من العقد صفة المشروعية. من امثلة هذه القوانين تلك التي تنظم ايجار الاماكن وهي كثيرة,وقد نصت المادة **17** من القانون رقم **36** لسنة **1981** في مصر بشأن ايجار الاماكن على ما يلي: (ينتهي بقوة القانون عقود التأجير لغير المصريين بانتهاء المدة المحددة قانونا لاقامتهم بالبلاد, بالنسبة للاماكن التي يستأجرها غير المصريين, من تاريخ العمل باحكام هذا القانون ...) ⁽³⁾ فيزول جزء من العقد انتهى بقوة القانون, وقد طبقت محكمة النقض في مصر هذا النص في العديد من احكامها⁽⁴⁾

وسنفصل في هذا الموضوع في موقع لاحق من هذه الرسالة.⁽⁵⁾

(1) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون,الجزء الاول,مصدر سابق,ص**121**.

(2) والاثر المباشر للقانون هو ان يطبق القانون الجديد من وقت العمل به على الوقائع الجديدة التي تنشأ لأول مرة بعد بدء العمل به وعلى الاثار الحالية والمستقبلية للوقائع القديمة التي نشأت في ظل قانون سابق.انظر في تفصيل ذلك .د.عبد الحي حجازي.المدخل لدراسة العلوم القانونية-**1**، القانون,مطبوعات جامعة الكويت, **1972**,ص**609** وما بعدها .د.مصطفى الجمال ,الوجيز في القانون المدني,الدار الجامعية, الاسكندرية, ص**80** د.حسن كيرة.المدخل الى القانون ,منشأة المعارف,الاسكندرية,ص**362-363**.

(3) انظر في تفصيل ذلك .جمال الدين طه جمعة المحامي واحمد شاكر المحامي,المرجع العلمي في الامتداد القانوني لعقد الايجار ,دار المطبوعات الجامعية,الاسكندرية,مصر **1996**,ص**680-684**.

انظر احكام محكمة النقض ,الطعن **417** لسنة **54** القضائية جلسة **1990/3/8** و **2413** لسنة **52** القضائية جلسة **1989/2/13** و **1015** لسنة **59** القضائية جلسة **1989/11/22**.نقلا عن جمال الدين طه جمعة المحامي واحمد شاكر المحامي,المصدر السابق ص**681-682**.

الباب¹⁴⁶ الثاني

تطبيقات تجزئة العقد

نتناول في هذا الباب, بعضاً من تطبيقات تجزئة العقد التي وردت في القوانين المدنية ونعرض لها على نحو مقارن بالشريعة الاسلامية, حيث سيكون من شأن هذا العرض والمناقشة والمقارنة, ايضاح المبادئ التي تناولها الباب الاول من هذه الرسالة.

ففي تعريفنا لتجزئة العقد, بيّنا إنها تعني ان العقد الواحد يصير جزأين اي عقدين, احدهما يبقى صحيحاً نافذاً, والاخر يزول باحد طرق زوال العقود, دون ان ينفذ, وفي هذه الحقيقة الأخيرة تكمن آية خروج التجزئة عن الاصل العام في العقود, وهو وجوب تنفيذها, متى كانت مشروعة, طبقاً لما اشتملت عليه.

وزوال جزء من العقد, يكون باحد طرق زوال العقود وهذه الطرق⁽¹⁾ هي الانقضاء والابطال والانحلال. وانقضاء العقد, او اي جزء فيه, هو الطريق الطبيعي لزوال العقد اذ يكون قد نفذ بصورة تامة, وهو لذلك يخرج عن معنى تجزئة العقد, حيث ان الجزء الذي يزول في تجزئة العقد, يزول دون تنفيذ. فلا نتناول زوال جزء من العقد بالانقضاء اي بتنفيذه, ايا كانت الطريقة التي يتم بها هذا التنفيذ.⁽²⁾

(1) انظر في بيان طرق زوال العقد د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر

سابق, ص689-693.

(2) وزوال العقد عند تنفيذ الالتزامات التي انشأها رأي الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري, انظر الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص689, من هذا الرأي ايضاً, د.مجيد حميد العنكي, مبادئ العقد في القانون الانكليزي, مصدر سابق, ص155, د.سمير تناغو, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص169, وهو يعد الانقضاء (الطريق الطبيعي لزواله) اي العقد. د.رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص247. وبخالف جانب من الفقه هذا الرأي فهو (يلاحظ بدءاً, التمييز بين مسألة انحلال العقد وبين مسألة انقضاء الالتزامات الناشئة عنه بالوفاء او ما يقوم مقامه. فانقضاء الالتزامات هنا لا يعني زوال العقد وانما هو تنفيذ له وتأكيد لوجوده اما

انحلال العقد فيفترض نشأته صحيحاً ثم ورود سبب بعد ذلك يقضي عليه)، د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، مصدر سابق، ص 124. وبالمعنى نفسه، د. سليمان مرقس، نظرية العقد، مصدر سابق، ص 406 وهو يعد الوفاء (تأكيداً لوجود العقد وصحته والانقضاء انما يرد على ما يتم تنفيذه من الالتزامات الناشئة عن العقد لا على العقد ذاته). بينما يرى بعضهم ان التنفيذ يؤدي الى زوال العقد لانقضاء الالتزامات التي رتبها ولكنه يبقى بوصفه واقعة قانونية وسنداً لهذه الالتزامات وما ترتب عليه من مراكز قانونية، انظر د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 341.

والطريق الاخر لزوال العقد- وكذلك جزء العقد- هو ان يكون هذا الجزء باطلا فيزول بحكم القانون، او يكون هذا الجزء قابلاً للإبطال، في القانونين المدني المصري والمدني الفرنسي. او يكون الجزء موقوفاً في القانون المدني العراقي فيطلب من تقرر الحق في ابطال العقد (او نقضه بتعبير القانون المدني العراقي)، ابطال هذا الجزء ويحكم بذلك⁽¹⁾. وزوال جزء من العقد لبطلانه او ابطاله يؤدي الى تجزئة العقد، مع ملاحظة ان الكلام عن الجزء الباطل، كما عن العقد الباطل، هو على سبيل المجاز. (اذ لا وجود له في الحقيقة والواقع)⁽²⁾.

اما الطريق الثالث لزوال العقد - او جزئه - فهو الانحلال. وهو زوال العقد الذي نشأ صحيحاً باثر رجعي او دون اثر رجعي. يستوي ان يكون ذلك قبل البدء بالتنفيذ او قبل ان يتم التنفيذ. فاذا كان الزوال لجزء من العقد فقط، اي انحلال جزء منه فقط، كانت تلك صورة من صور تجزئة العقد. وهكذا فان الجزء الذي يزول من العقد دون تنفيذ، لا يعدو ان يكون زواله اما لبطلان جزء منه، فيزول بحكم القانون، او بابطاله اذا كان قابلاً للإبطال (في القانونين المدني المصري والمدني الفرنسي) او كان موقوفاً (كما في القانون المدني العراقي) او بانحلاله. فنتناول تطبيقات تجزئة العقد في فصلين، يتطرق اولهما الى تجزئة العقد لبطلان او ابطال جزء منه، ويتطرق الفصل الثاني لتجزئة العقد بانحلال جزء منه⁽³⁾. فتكون خطتنا في البحث على النحو التالي:- الفصل الاول: تجزئة العقد لبطلان او ابطال جزء منه.

الفصل الثاني: تجزئة العقد بانحلال جزء منه.

(1) مع التباين بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف والذي سنعرض له في الفصل الاول من هذا الباب، فان نقض العقد الموقوف يؤدي ابطالا له تماماً كابطال العقد القابل للإبطال فيزيله باثر رجعي. انظر في استعمال تعبير ابطال العقد الموقوف، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الاول مصدر سابق، ص 123، واستاذنا د. منصور حاتم محسن، مصدر سابق، ص 34، وص 35، وغيرهما.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 121.

(3) هذا ونوه باننا ركزنا في هذه التطبيقات على عقد البيع - مع الاشارة الى العقود الاخرى - كونه اهم العقود واكثرها شيوعاً وان الالتزامات فيه كـ (الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم يجاوز نطاقه عقد البيع الى كل عقد ناقل للملكية بل والى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع) وهذه الالتزامات والضمانات (

كان من الممكن جعلها نظرية عامة في العقد دون ان يقتصر على عقد البيع) الا ان التقنيات درجت على ادماج هذه الالتزامات في عقد البيع حيث تكون القواعد العامة لها هناك وتقتصر على بيان الحالات التي تختص فيها بعض العقود باحكام خاصة ضمن تنظيم تلك العقود. د. السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص622-623, انظر كذلك, د. مصطفى الزلمي, محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون, جامعة بغداد, 2003, ص4, عبد القادر محمد اقصاوي, ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع, رسالة ماجستير, مقدمة الى جامعة بابل, كلية القانون, 1999, ص8-9.

الفصل الاول

تجزئة العقد لبطلان او ابطال جزء منه

اذا انعدم اي ركن من اركان العقد, او شرط من الشروط التي اوجب القانون توفرها في هذه الاركان, فان العقد لا يقوم طبيعة (1). اذ لا يمكن تصور قيام العلاقة العقدية مع انعدام احد اركانها. فيبطل العقد وتتلاشى اثاره (2). فاذا انعدم الركن او كان غير مشروع, تسرب هذا الانعدام او عدم المشروعية تلك الى العقد كله فابطلته.

وقد يوجد التراضي ولكن يختل احد شروط صحته, ففي هذه الحال ينعقد العقد, كما لو صدر من ناقص الاهلية او ممن تعرضت ارادته الى الاكراه او وقع في وهم لوتبيته لما تعاقد على النحو الذي حصل. او تعرض الى تغيير عرّضه للغبن في التعاقد. فالارادة لا يكفي ان تكون موجودة وان يتطابق الايجاب والقبول, بل يجب فوق ذلك ان تكون الارادة سليمة غير معيبة باي عيب. وتتبعي التفرقة بين عيب الارادة وانعدامها (3). وانعدام الارادة يؤدي الى بطلان العقد كما لو صدر من مجنون او عديم الاهلية كالصبي غير المميز, اما تعيبها فانه يؤدي الى ان يكون العقد موقوفا في القانون المدني العراقي قابلا للابطال في القانون المدني المصري. وفي الحالتين يكون العقد مهدداً بالبطلان (4). غير ان الركن قد لا يتخلف كله وانما تقتصر المخالفة على جزء منه, كما لو تعدد احد اطراف التعاقد فيقوم سبب البطلان في واحد منهم. فهل سيكون ركن الرضا معدوما ويبطل العقد كله؟

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص492.

(2) يجعل بعض الفقه البطلان ملازماً لتلاشي اثار العقد فيعده (وصف يلحق بالتصرف القانوني فيجعله غير قادر على انتاج اثر قانوني) د. جميل الشرقاوي, نظرية بطلان التصرف القانوني, مصدر سابق, ص373. وعلى

الرغم من ان هذا هو الاصل فان العقد الباطل قد يترتب اثاره كاملة استثناء . ولذلك يرى بعضهم الاخر ان البطلان هو(وصف يلحق بالعقد يترتب قانونا على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها). انظر استاذنا د.منصور حاتم محسن ,مصدر سابق, ص20, انظر في تعريف البطلان د.جميل الشرقاوي,المصدر السابق,ص54 وما بعدها و ص 140 .و د.فتحي والي.نظرية البطلان في قانون المرافعات, مصدر سابق, ص7 وما بعدها.

(3) د.سمير تناغو ,نظرية الالتزام ,مصدر سابق,ص52-ص53.

(4) استاذنا د.منصور حاتم محسن,فكرة تصحيح العقد,مصدر سابق,ص29.

وقد يكون سبب البطلان في واحد فقط من الاشياء التي تم التعاقد عليها بان كان غير صالح للتعامل فيه ,فهل يطل العملية التعاقدية برمتها؟ وقد يكون في العقد قيد او شرط غير مشروع فهل يؤدي ذلك الى بطلان العقد بكامله ,وما عسى ان يكون تاثير الجزء الذي حصل البطلان في حدوده على العقد اذا كان هو الدافع الى التعاقد وكذلك اذا لم يكن هو الدافع الى التعاقد؟ ولا يقتصر البطلان على ذلك الذي تحكمه القواعد العامة وانما وردت نصوص اخرى في القانون المدني واحيانا في قوانين خاصة تناولت تنظيم بعض الاوضاع القانونية التي هي من اختصاص القانون المدني(كعقد الايجار مثلا لا حصرا) .وهذه الحالات من البطلان لاتخضع كلها للقواعد العامة, وانما تناول النص الذي فرضها احكاما وشروطا واثارا خاصة, (وهذا البطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه وقد يضع له حكما خاصا لحماية مصلحة عامة فيخرج به عن القواعد العامة)(1) .

كما قد يكون عدم صحة التراضي قد تعلق بجانب من العقد فقط, كما لو حصل الغلط في واحد من الاشياء المتعددة التي تم التعاقد عليها, فيكون هذا الشق وحده هو الموقوف في القانون المدني العراقي او هو القابل للابطال في القانونين المدني المصري والمدني الفرنسي,فما عسى ان يكون تاثير استعمال العاقد خياره في نقض الجزء الموقوف او ابطال الجزء القابل للابطال على بقية العملية العقدية؟ وما هي الضوابط في ذلك كله؟

وهكذا سنتناول موضوع هذا الفصل حيث نقسمه على اربعة مباحث يتناول الاول حصر البطلان في جزء من العقد .ويتناول الثاني تجزئة العقد الباطل في جزء منه طبقا للقواعد العامة في البطلان ويتناول الثالث تجزئة العقد في جزء منه وفقا للنصوص الخاصة في البطلان. بينما يتناول المبحث الاخير تجزئة العقد المهدد بالبطلان في جزء منه.

(1) من قرار محكمة النقض في مصر رقم 7448 لسنة 63 القضائية جلسة 14 نيسان 1994, نص القرار

نقله استاذنا د.منصور حاتم محسن,مصدر سابق,ص155-ص158, انظر كذلك د.عبد الرزاق احمد

السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص492.

المبحث الاول

حصر البطلان في جزء من العقد

يوحي نص المادة 137 من القانون المدني العراقي التي عرفت العقد الباطل (1) , معطوفا على نص المادة 1-133 منه, التي عرفت العقد الصحيح(2) , بان العقد لا يكون الا باطلا كلياً او صحيحاً كلياً. فالاولى جعلت البطلان جزاء اختلال ركن العقد او بعض اوصافه, والثانية اشترطت المشروعية ذاتاً ووصفاً ليكون العقد صحيحاً, لولا ان المادة 139 من القانون المدني العراقي قد اقرت بإمكان ان يكون البطلان في شق من العقد, ثم فصلت قليلاً, فبينت ان هذا البطلان في جزء من العقد يمكن ان يكون قاصراً على هذا الشق. كما يمكن ان يتعداه فسيروا الى بقية العقد فيبطلها, اذا كان العقد لا يتم بدون الشق الذي وقع باطلاً فجاء فيها(المادة 139- اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً بوصفه عقداً مستقلاً, الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً). والمشرع العراقي في هذه المادة يكون قد اخذ بما يسمى(نظرية انتفاص العقد) ومفادها ان العقد اذا تلبس بعدة امور, وكان صحيحاً بالنظر الى بعضها وباطلاً بالنظر الى بعضها الاخر, فان العقد لا يبطل في الجميع, بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر اليه. ويبقى عقداً مستقلاً صحيحاً بالنظر الى ما كان صحيحاً فيه, فكأنه جاء من الابتداء عقداً مستقلاً. لكن اذا تبين ان الشق الذي وقع باطلاً لم يكن العقد ليتم بدونه, بل هو عنصر منظور اليه, فانه يكون باطلاً في الجميع, لعدم امكان الفصل بينهما(3).

(1) نصت المادة 137 من القانون المدني العراقي على (1- العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتباره ذاته او وصفاً باعتباره بعض اوصافه الخارجية. 2- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع. 3-

ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهول جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون).

(2) نصت المادة **1-133** من القانون المدني العراقي على ان (1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخل).

(3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الجزء الاول، مصدر سابق، ص125. وقضت محكمة التمييز بانه (يبطل العقد جميعه اذا كان لا يتم بغير الشق الذي وقع باطلا)، قرارها **915** /مدنية ثانية / **974** في **1975/4/1** مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السادسة، نيسان -مايس-حزيران، **1975**، ص66.

ويقابل المادة **139** من القانون المدني العراقي التي تقدم بيانها، المادة **143** من القانون المدني المصري والتي تتفق في الحكم مع المادة **139** من القانون المدني العراقي، باستثناء انها تتناول، فضلا عن حكم العقد الباطل في شق منه، حكم العقد القابل للابطال في شق منه كذلك. وهي تجري على النحو التالي (المادة **143**: اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال فيبطل العقد كله)⁽¹⁾.

وقد ضربت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، امثلة لتطبيق حكم المادة **143** مدني مصري بهبة اقترنت بشرط غير مشروع، فيبطل هذا الشرط وحده وتبقى الهبة صحيحة. وببيع ورد على عدة اشياء وقع العاقد في غلط جوهرى بشأن شيء منها فيبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا (اي يكون قابلا للابطال)، ويظل ما بقي من العقد صحيحا بوصفه عقدا مستقلا، ما لم يقم الدليل على ان الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال، لا ينفصل عن جملة التعاقد⁽²⁾. ومع ان فكرة تفريق الصفقة التي تضمنت شقا صحيحا واخر باطلا، مقول بها في الفقه

(1) جرى قضاء محكمة النقض (في مصر) على ان المادة **143** من القانون المدني المصري، تفيد انه ما لم يقم من

يدعي البطلان الدليل على ان الشق الباطل او القابل للابطال، لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقي من العقد صحيحا بوصفه عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده. الطعن رقم **6670** لسنة **62** /قضائية،

جلسة **2000/5/16**، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة **26**، الجزء الثاني، ص **1757** نقلا عن د. عبد

الرزاق احمد السنهوري ,الوجيز, مصدر سابق، ص189, وابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي ,مصدر

سابق، ص87-ص88.

(2) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص121-ص122 مع ملاحظة ان حكم

الشرط في القانون المدني العراقي يخضع للمادة 131 منه.يراجع التمييز بين الشرط والشق في المبحث الثاني من

الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة، ص27 وما بعدها. وقضت محكمة النقض المصرية ان (مقتضى

المادة 143 من القانون المدني انه اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل

الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا) الطعن 711 لسنة 47 قضائية جلسة

1981/2/1. قمر محمد موسى ,الموسوعة الجامعة، ج2، مصدر سابق، القاعدة رقم 1313 ص961.

الاسلامي وفي مراحل المبكرة كما سيجيء بيانه لاحقا، فان نظرية انتقاص العقود التي

تضمنتها المادة 139 من القانون المدني العراقي، من النظريات الحديثة في القوانين

المدنية، ولعل اصلها في التقنيات الجرمانية، ولاسيما التقنين الالمانى وتقنين الالتزامات

السويسري والتقنين البولوني.(1)

ومع ذلك فان العقد اذا كان باطلا في جزء منه دون باقيه، فان التقنيات لم تقف موقفا

واحدا في شان اثر بطلان هذا الجزء على باقي العقد، وهل يقتصر البطلان على الشق

الذي وقع فيه، ام يمتد ليشمل العقد كله (2).وهناك اتجاهان في التشريع احدهما يجعل

الاصل بطلان العقد كله متى بطل او ابطال شق فيه، والاستثناء هو اقتصار البطلان على

الجزء الباطل. ويكون ذلك عندما يثبت ان ارادة المتعاقدين منصرفة الى الاحتفاظ بالجزء

الباقى من العقد(3). والاتجاه الثاني يجعل الاصل اقتصار البطلان على الجزء الذي وقع فيه

والاستثناء امتداد البطلان الى العقد كله، عندما يتبين ان ارادة المتعاقدين ما كانت تبرم

العقد دون الجزء الذي وقع باطلا.(4) ثم ان في الفقه تباينا حول مدى امكان ان يقتصر

البطلان على شق فقط من العقد،بين من يقول بامتناع ذلك متى كنا بصدد عقد واحد، وبين

من يقول بامكان حصول البطلان في جزء من العقد او ما يطلق عليه "البطلان الجزئي".

وفي الفقه الاسلامي اقوال تتفق مع هذه الاتجاهات كلها. وهكذا نتناول موقف القوانين المدنية, وموقف الفقه الاسلامي تباعا.

اولا: بطلان جزء من العقد في القوانين المدنية

اعتنق القانون المدني العراقي، المادة **139** منه⁽⁵⁾ والقانون المدني المصري، المادة

-
- (1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط , الجزء الاول, مصدر سابق, ص 500.
 - (2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية, مصدر سابق, ص 67.
 - (3) من ذلك التقنين المدني الالمانى , المادة **139** والقانون المدني الاردني, المادة **169**.
 - (4) من ذلك المادة **139** مدني عراقي والمادة **143** مدني مصري والمادة **2/20** التزامات سويسري والمادة **143** مدني ليبي والمادة **144** مدني سوري.

- (5) د. وليم سليمان قلاده , مصدر سابق, ص 299. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون , الجزء الاول, مصدر سابق, ص 125.

143 منه الاتجاه الذي يقول ان الاصل الواجب التطبيق اذا كان العقد في شق منه باطلا, هو ان هذا شق وحده هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فانه يبقى بوصفه عقدا مستقلا, ما لم يكن الشق الذي وقع باطلا هو الدافع الى التعاقد, فيبطل العقد كله. وهو ما يتضح من نص هاتين المادتين السابق ذكرهما .

ويعد اصل هاتين المادتين بوجه خاص المادة **2/20** من قانون الالتزامات السويسري⁽¹⁾ التي تجري على النحو التالي(اذا لم يكن العقد معيبا الا في بعض من شروطه) استعمل النص الفرنسي شروط Clauses بينما طبقا للنصين الايطالي والالمانى جاء السياق بتعبير الا في بعض اجزائه) فهذه الشروط وحدها(او طبقا للنصين الايطالي والالمانى فهذه الاجزاء وحدها) هي التي تبطل, ما لم يكن ثمة محل لافتراض ان العقد ما كان ليبرم بدونها⁽²⁾. وليس في الامر اهدار لارادة المتعاقدين فالمشرع وضع قرينة قابلة لاثبات العكس, هي ان العقد يمكن تجزئته ولذلك فان البطلان يقتصر على الجزء الباطل وحده. ولكن هذا مشروط بالاستثناء الذي وضعه المشرع وهو ان لا يتعارض ذلك مع قصد المتعاقدين . غير ان المتعاقد الذي يتمسك بالبطلان الكلي يقع عليه عبء اثبات ان

العقد ما كان ليتم بدون الجزء الذي وقع باطلا. والى هذا اشارت المذكرة الايضاحية بقولها) غني عن البيان ان هذه الاحكام التشريعية ليست الا مجرد تفسير لارادة المتعاقدين(3).

ولا بد من التنويه بان القضاء وهو يتوصل الى ارادة المتعاقدين عن طريق التفسير انما يتوصل الى ارادة مفترضة لا ارادة حقيقية اذ لا يمكن الجزم بان المتعاقدين قد توقعا هذا المصير للعقد وعبرا عن ارادتهما. ولذلك فان المقصود هو تحديد ما يمكن ان تتجه

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص260.

(2) voir:Tandogan(Haluk). la nullite, l'annulation et la résiliation partielles des contrats thèse Lausanne ,1952,p51.

نقلا عن د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص316.

(3) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص260, انظر كذلك انور

العمروسي, الدعاوي المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه واحكام القضاء, مصدر سابق, ص39.

اليه ارادة المتعاقدين لو انهما علما بالعيب الذي يبطل العقد في شق منه فقط, وتحديد ما اذا كانا سيستمران على الرغم من ذلك العيب في التعاقد, ام سيرفضانه كلية(1). وعلى الرغم من صعوبة الوقوف على هذه الارادة المحتملة, فانه يمكن الاستعانة للوصول اليها بالهدف الذي يقصده المتعاقدان من التعاقد ومدى فائدة الشق الصحيح من العقد على ضوء المصالح المختلفة التي يرمي اليها المتعاقدان, وكذلك نية المتعاقدين و ارادتهما المعبر عنها.(2)

فاذا تعذر على الطرف الذي يطلب البطلان الكلي للعقد اثبات ان العقد ما كان ليتم دون الشرط الذي وقع باطلا, وجب اعمال القرينة التي افترضها المشرع وهي ان الارادة منصرفة الى الاحتفاظ بالجزء الصحيح من العقد.(3)

ويلاحظ ان القوانين التي اخذت بهذا الاتجاه(القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي والقوانين المدنية الاخرى ذات الاتجاه المماثل) تنحو منحى عمليا واكثر واقعية, فالعاقد لا يمكنه لابطال العقد والتخلص منه, ان يتمسك بعيب يؤثر فقط في احد شروطه او اجزائه غير الجوهرية ولا يحول دون بقاء العقد فيما بقي منه صحيحا. كما ان

الحل الذي اعتمدته هذه القوانين يتمشى مع القاعدة المأثورة (ما لا يدرك كله لا يترك كله). كما ان هذا الاتجاه اكثر انسجاما مع مبادئ حسن النية ويعمل على تحقيق امن المعاملات واستقرارها. ولذلك يسوّغ الفقه السويسري مبدأ الانقاص باعتبارات اجتماعية وعملية وليست قانونية(4) . ومن ذلك ان التصرفات القانونية مرتبطة ببعضها والغاء احدها قد

(1) philippe Simler :la nullite partielle des actes juridiques, paris , 1969,p424.

نقلا عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني....., مصدر سابق, ص69.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني...., مصدر سابق, ص70.

(3) د. عبد العزيز المرسى حمود, مصدر سابق, ص301 , وقد قضت محكمة النقض في مصر ان (مفاد نص المادة 143 مدني انه اذا لم يقدم من يدعي البطلان الدليل على ان الشق الباطل او القابل للابطال لا ينفصل عن جملة التعاقد, يظل ما بقي من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده) الطعن رقم 1577 السنة 49 قضائية جلسة 1983/3/20, قمر محمد موسى, الموسوعة الجامعة, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص1258.

(4) piotet:la formation du contrat en doctrine generale et en droit prive Suisse,1965,p31 .

نقلا عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني...., مصدر سابق, ص74.

يؤثر في الآخر ويؤدي الى اضطرابها واختلالها. ناهيك عن الفائدة المتحققة للمتعاقدين وحماية مصالحهم .

هذا والى جانب هذا الاتجاه الذي يأخذ - كأصل - بافترض انصراف ارادة المتعاقدين الى امكان تجزئة العقد ما لم يثبت العكس , هناك الاتجاه الذي يأخذ- كأصل- بأن البطلان لو حصل في جزء من العقد, فانه يمتد الى اجزاء العقد كافة فيبطلها كلها(1), ما لم يثبت ان المتعاقدين كانا سيبرمان العقد دون الجزء الذي وقع باطلا.(2) ومن هذا الاتجاه القانون المدني الالمانى حيث تنص المادة 139 منه على انه(اذا كان احد اجزاء التصرف القانوني باطلا, بطل التصرف كله, الا اذا ثبت ان التصرف كان سيبرم دون الجزء الباطل منه)(3).

وهذا الاتجاه هو الآخر قصدي, تراعى فيه ارادة المتعاقدين وامكان انصرافهما الى عكس القرينة التي افترضها القانون. والارادة المقصودة فيه, هي الارادة التي يتوصل اليها

القاضي عن طريق التفسير وظروف التعاقد وملابساته والهدف منه وما يكون قد عبر عنه المتعاقدان صراحة من نية(4).

فاذا لم يثبت من يتمسك ببطلان جزء من العقد فقط بان العقد كان سيتم من غير الجزء الذي وقع باطلا,طبق القاضي القرينة التي افترضها القانون وابطل العقد كله.(5)

(1) د.وليم سليمان قلادة, مصدر سابق, ص299.

(2) د.صاحب عبيد الفتلاوي, تحول العقد, مصدر سابق, ص162.

(3) نص المادة 139 مدني الماني باللغة الفرنسية:

(lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle l'acte tout entier est nul, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait été conclu).

نقلا عن د. عبد العزيز المرسي حمود, مصدر سابق, ص295.
ونصها باللغة الألمانية:

(Let ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde).

نقلا عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني....., مصدر سابق, ص68.

(4) د.عبد العزيز المرسي حمود, مصدر سابق, ص296.

(5) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني....., مصدر سابق, ص71.

ومع ان المشرع العراقي اخذ في المادة 139 من القانون المدني بالاتجاه الاول كما

ذكرنا ومثله فعل المشرع المصري في المادة 143 من قانونه المدني فانه أي المشرع العراقي , اخذ بالاتجاه الثاني الذي يجعل الاصل بطلان العقد كله, ما لم يثبت العكس, استثناءً, وذلك في المادة 720 من القانون المدني العراقي المطابقة للمادة 557 من القانون المدني المصري, الخاصة بالصلح والتي تجري على النحو التالي(المادة 720:

1- الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد.2- على ان هذا الحكم لا يسري, اذا تبين من عبارات العقد او من الظروف, ان المتعاقدين قد توافقا على ان اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض). فالاصل عدم تجزئة هذا العقد اذا ابطال جزء منه ما لم يظهر من عبارات العقد او من ظروف التعاقد, ان المتعاقدين قصدا امكان تجزئة عقدهم

هذا ,وهذا الحكم هو ما يتفق مع طبيعة الصلح اذ كثيرا ما تنصرف ارادة المتعاقدين الى عدم تفريق عملية التصالح ما لم يثبت العكس.

ويلاحظ ان الاختلاف الاساس بين الاتجاهين المذكورين لا يظهر الا في تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الاثبات, وفي الاثر الذي يترتب على عدم تمكن هذا الطرف من اثبات دعواه. فتكون النتيجة هي تطبيق القرينة التي افترضها القانون وهي نتيجة متعاكسة.(1)

اما القانون المدني الفرنسي, فانه لم يتضمن نظرية عامة للانقاص الا ان ذلك لا يعني ان القانون الفرنسي يجهل هذا النظام كلية, بل يتضمن القانون الفرنسي العديد من النصوص المتفرقة التي تأخذ بفكرة الانقاص. من هذه النصوص المادة **900** من القانون المدني الفرنسي الخاصة ببطالان الشروط الواردة في التبرعات, والمادة **1172** من القانون نفسه الخاصة ببطالان الشروط الواردة في التصرفات غير المجانية, أي التصرفات بمقابل(2). ووفقا للمادة **900** من القانون المدني الفرنسي , كل شرط مستحيل

(1) د. عبد العزيز المرسى حمود, مصدر سابق, ص 296.

(2) وتنص المادتان باللغة الفرنسية:

Art 900: "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites."

Art 1172: toute condition d'une chose impossible ou contraire aux honnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend"

نقلا عن د. عبد العزيز المرسى حمود, مصدر سابق, ص 303

لمخالفته للقانون او حسن الاداب, يلحق بالتصرفات التبرعية يكون باطلا ولا يؤثر ذلك في التصرف نفسه الذي يبقى صحيحا. 151

اما المادة **1172** وهي الخاصة بالتصرفات بمقابل غير التبرعية فتأخذ بعكس الحل السابق حيث تبطل التصرف كله اذا ادرج فيه شرط باطل . الان ان القضاء في تطوره الاخير اخضع كلا المادتين لنظام واحد. فلم يبطل التصرفات بمقابل الا اذا كان الشرط الباطل الذي تتضمنه هذه التصرفات هو الدافع الباعث الى التعاقد, فان لم يكن كذلك بطل الشرط فقط, وبقي العقد صحيحا. وبالنسبة للتصرفات المجانية فقد اشترط لانقاصها , ببطالان الشرط المعيب فقط دون التصرف ذاته, الا يكون هذا الشرط هو الدافع الى التبرع

فان كان كذلك بطل الشرط وكذلك التبرع.(1)

وقد صار مستقرا في قضاء النقض الفرنسي ان قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة لتقدير ما اذا كان الشرط الباطل في اتفاق ما, يمثل تابعا جوهريا, وما اذا كان ابطاله يحتم من ثم ابطال الاتفاق(2).

وقد توسع القضاء الفرنسي في تطبيق واعمال فكرة الانقاص, فلم يقتصر على بطلان شرط من الشروط ... بل مد نطاق الانقاص ليشمل بطلان أي شق في التصرف القانوني .. طالما كان الجزء المتبقي صحيحا من التصرف, يمكن ان يتواجد وجودا ذاتيا مستقلا. ويتحقق الانقاص كذلك في بطلان التصرف تجاه شخص معين وصحته في مواجهة اخرين او بطلان احد العمليات القانونية التي يتضمنها تصرف قانوني مركب.(3)

(1) انظر في ذلك مازو,دروس في القانون المدني, الجزء الثاني,ط6, 1985, رقم 329,ص308. نقلا عن د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل,المفهوم القانوني,مصدر سابق,ص80.

(2) Voir notamment.cass.cir.3^e 19 oct. 1983.gaz.pal.Dimanche .18au Mardi 20 mars 1984, com .17juin 1963,Bull.civ 1963 no.305p.254,civ 3^e ,ferr.1969,j.c.p.1969 II 15942,(2^eespèce),notej-ph.Levy.rev.trim .dr.civ,1971p.627,obs.Y.loussouarn.Adde. civ.3,5 ferr 1971 Bull.civ.1971 III no 84 P.61,Civ 3^e ,22oct 1970,j.c.p.1971,II,16636 bis,note,j,ph,levy.

(3) نقلا عن د.عصام انور سليم ,مصدر سابق,ص337 .
Simler,philippe,OP,cit,p393
نقلا عن د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل.المفهوم القانوني,مصدر سابق,ص81.

ثانيا:الخلاف الفقهي حول بطلان جزء فقط من العقد.

يتجاذب مقولة(البطلان الجزئي للعقد)(1), اتجاهان متباينان, الاول يرى ان الاعتراف ببطلان جزء من العقد وانتقاص العقد بإبقاء جزئه الصحيح دون الجزء الباطل, يمثل اعتداء على مبدا سلطان الارادة بتعديل اتفاقات الافراد على الرغم من ارادتهم.(2) ويرى الاتجاه الثاني ان الانتقاص ينسجم مع الاتجاهات الحديثة في القانون التي تجعل قيمة التصرف في موافقته للقانون لا في حرية منشئيه(3).

والاتجاه المعارض لفكرة تجزئة العقد (او انتقاصه بوجه عام) ليس قاصرا على الفقه في ظل القانون المدني الفرنسي بل حتى في ظل القوانين التي تضمنت نصا صريحا يقضي ببطلان العقد في شق منه كالمادة **143** من القانون المدني المصري . ففي مصر يرى بعض الفقه ان انقاص العقد, تقييد للارادة وقضاء على حريتها في نطاق التصرف القانوني مما يعد احلالاً للمركز القانوني المنظم محل التصرف القانوني وفرضا

(1) وليس المقصود بالبطلان الجزئي انه مرتبة من البطلان يختلف عن البطلان الكلي من حيث الماهية, فالبطلان من حيث الماهية واحد, هو صفة التصرف القانوني او جزئه اذا خالف الشروط القانونية اللازمة لنشوءه صحيحا , انما يكون هذا البطلان كليا اذا شمل نطاقه العقد كله وعلى العكس يكون جزئيا اذا اقتصر على جزء من العقد ونحن نفضل استخدام (بطلان جزء من العقد) على تعبير (البطلان الجزئي) والاول استخدمه المشرع عندما قال (اذا كان العقد في شق منه باطلا.....) لان في هذا دفع لشبهة القول بمراتب مختلفة للبطلان. كما لا يمكن التعميم والقول ان البطلان الكلي هو المبدأ والبطلان الجزئي هو الاستثناء (د.بدي عبد الكاظم حسين. اثار بطلان العقد , دراسة مقارنة, مصدر سابق, ص7) ذلك لان الاول نطاقه عندما يكون العقد كله باطل والثاني نطاقه عندما يكون العقد في جزء منه باطل وفي هذه الحال الاخيرة يعتمد الامر موقف المشرع للقول بان أي من الاثنين هو الاصل واي هو الاستثناء كما مر بنا. والقانون المدني العراقي من القوانين التي عت البطلان الجزئي هو الاصل اذا كان العقد في شق منه باطلا والبطلان الكلي هو الاستثناء. (المادة **139** مدني عراقي).

Capitant: De la cause des obligations, paris, 1923, no 98. (2)

نقلا عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني....., مصدر سابق, ص82.

(3) شيفاليه, مقالته في مجلة القانون والاقتصاد, **1912**, العدد الثاني, ص195, نقلا عن عبد العزيز المرسي

حمود, مصدر سابق, ص307.

لاثار قانونية لم تتجه اليها ارادة المتعاقدين⁽¹⁾. كما يعد حكم البطلان الكلي ابلغ اثراً من مجرد الانقاص, لانه سيكون رادعا للطرف الذي يفرض في العقد شروطا باطلة, فهو سيجد ان التصرف باكماله سوف يضيع عليه بسبب هذه الشروط. كما في شركة التأمين التي تضع في العقد شروطا تعسفية, فانها ستجد ان التأمين كله سيضيع عليها بسببها⁽²⁾.

غير ان هذه الاراء لا تخلو من المبالغة. فمن ناحية ليس للقاضي ان يغير في التصرف على وجه يخالف ما اتفق عليه عا قده, فدور القاضي يقف عند حد تقرير ما اذا

كان التصرف الباطل في شق منه يمكن ابقاؤه وتنفيذه في شقه الصحيح ام لا يمكن ذلك.(3) وتفاصيل اراء الدكتور جميل الشرقاوي في اعتراضه على انتقاص العقد عرض لها الفقه في مصر والعراق ولكنه كثيرا ما عارضها وابدى عدم اتفاقه معها(4). وهي- على قدر ما نرى- مبالغه في اتجاهها الفردي الذي يعتد الى حد بعيد بسلطان الارادة وقدرتها على انشاء الالتزامات, مع ان الاتجاهات الحديثة في الفقه تضع حدودا معقولة لهذا السلطان, بعد ان كثرت العقود والشروط القانونية وتدخل المشرع في تنظيم العقود(5), ونحن لذلك لا نؤيدها.

والرأي المشار اليه يتفق مع نظرة صاحبه الى التصرف القانوني الذي هو الارادة الواحدة فقط وان العقد لديه هو عبارة عن مجموعة من التصرفات القانونية, متعددة يقدر عدد الارادات الداخلة في تكوينه وطالما ان الارادة هي جوهر التصرف, وان الارادة لا تتجزأ فان جزء الارادة لا ينتج اثرا, فالتصرف اما صحيح واما باطل كلية(6) .

(1) د.جميل الشرقاوي,مصدر سابق,ص89.

(2) د.جميل الشرقاوي, المصدر السابق, ص91.

(3) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني...., مصدر سابق,ص84.

(4) انظر مثلاً د.عبد العزيز المرسي حمود,مصدر سابق,ص312-315. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم

القانوني لانقاص التصرفات القانونية , مصدر سابق,ص84-86, د.ندى عبد الكاظم حسين, اثار بطلان

العقد, مصدر سابق, ص53-56.

(5) انظر في نقد سلطان الارادة , الفقيه جاك غستان, تكوين العقد, مصدر سابق, ص193-194.

(6) د.عبد العزيز المرسي حمود , مصدر سابق, ص314.

ثم ان القاضي في بحثه عن امكان تجزئة العقد, يرجع دائما الى ارادة المتعاقدين
154
فيأتي قراره بالاستناد اليها. فاذا تبين له ان ارادة المتعاقدين لم تكن تقبل الانقاص لو علمت
بالبطلان الجزئي وقت ابرام العقد, لما امكنه فرضه على الرغم من هذه الارادة(1) .

وعلى خلاف هذا الرأي – كما ذكرنا – فلإنقاص انصار كثيرون بل هم الاكثرية الساحقة في الفقه: فالدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري مثلاً يقول (وانتقاص العقد ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم)⁽²⁾. ويقول الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل (وهكذا ننهي بشرعية وملائمة الانتقاص الى جانب فوائده العملية)⁽³⁾ . ونحن نؤيد هذا الاتجاه لما فيه من حماية للقدر الصحيح من العقد والذي هو جدير بهذه الحماية, طالما كان بقاؤه لا يتعارض مع النية المحتملة للمتعاقدين ولما مر من مسوغات عملية وقانونية, وهو في النهاية ينسجم مع القول بان (ما لا يدرك كله لا يترك كله).

ثالثاً: موقف الفقه الاسلامي من بطلان جزء من العقد.

يشهد هذا الموضوع خلافاً واضحاً في اقوال فقهاء المسلمين فيما بين المذاهب المختلفة وحتى في علماء المذهب الواحد, حيث نجد في المذهب الواحد قولين في جواز تفريق الصفقة او عدم جواز ذلك في الفرض الذي يكون فيه جزء من العقد باطلاً. ويعلل أي من القولين بعلل مختلفة وهي كثيراً ما تكون: مدى تحقق الضرر او الجهالة, ومدى تحقق الربا, وغلبة الحرام على الحلال في العقد.

ففي الفقه المالكي اذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام بالعقد على سلعة وخمر

(1) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني, مصدر سابق, ص 85.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 501.

(3) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المفهوم القانوني, مصدر سابق, ص 86, انظر كذلك, د. ندى عبد الكاظم, اثار

بطلان العقد, مصدر سابق, ص 58-59, وكذلك رسالتها نظرية انتقاص العقد, مصدر سابق, ص 34. وانظر

قريب من هذا المعنى د. اياد عبد الجبار ملوكي, بحثه عن تحول العقد, المنشور في مجلة العلوم

القانونية, تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد, العددان الاول والثاني, المجلد السابع, 1988, ص 178.

د. صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص 112, د. محمد علي البديري, مصدر سابق, ص 149-150.

او خنزير او غير ذلك. فالصفقة كلها باطلة وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة, واحدة صح البيع فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على اجازته(1).

وفي الفقه الشافعي كذلك قولان, فاذا تضمنت الصفقة ما يجوز بيعه وما لايجوز بيعه, جاء في مغني المحتاج (لو باع في صفقة واحدة حلاً وحراماً كأن باع مذكاة وميتة او خلا وخمراً... صح البيع في ملكه من الخل والمذكاة.... وبطل في غيره في الاظهر اعطاء لكل منهما حكمه والثاني يبطل فيهما. وفي علته وجهان: احدهما الجمع بين حلال وحرام لقول ابن عباس (ما اجتمع حرام وحلال الا وغلب الحرام الحلال) والثاني جهالة العوض الذي يقابل الحلال(2).

وفي الفقه الحنبلي خلاف مماثل لما وجدناه في المذهبين السابقين جاء في الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي (ان يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد... فلو باع عبده وعبد غيره بغير اذنه او عبداً وحرّاً او خلا وخمراً ففيه روايتان(3) ، أي البطلان في الكل والبطلان في الجزء.

وفي الفقه الحنفي تفصيل في هذه المسألة , جاء في بدائع الصنائع (لو جمع بين ما هو مال وما هو ليس بمال في البيع بان جمع بين... عصير وخمر او بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة, فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد اصلاً بالاجماع, وان بين فكذاك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في العصير... والذكية ويبطل في.... الخمر والميتة) ويعلل حكم ابي حنيفة بـ(ان الصفقة واحدة وقد فسدت في احدهما فلا تصح في الاخر)(4).

(1) ابن جزى, القوانين الفقهية, المكتبة الثقافية, بيروت, لبنان, ص172.

(2) الشربيني, الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب, مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج, الجزء الثاني, ط1, دار المعرفة, بيروت, لبنان, 1997, ص54, انظر كذلك النووي, المجموع, الجزء التاسع, مصدر سابق, ص469.

(3) ابن قدامة المقدسي, الشرح الكبير, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص37-38, وانظر كذلك حاشية الشيخ سليمان بن عبد الله على المقنع, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص19.

وفي الفقه الجعفري، جاء في الروضة البهية¹⁵⁶ (وكذا لو باع ما يملك مبنيا للمجهول وما لا يملك..... كالخزير مع الشاة فانه يصح في المملوك بنسبة قيمته الى مجموع القيمتين من الثمن..... ويقوم... الخزير عند مستحله... وهذا مع جهل المشتري بالحال ليتم قصده الى شرائهما... اما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لافضائه الى الجهل بثمن المبيع حال البيع)⁽¹⁾.

ومن هذه الاقتباسات يلاحظ امران: اولهما ان اكثر آراء الفقهاء تجيز صحة الجزء الصحيح اذا ظهر ان في العقد جزء باطل. وثانيهما: ان البطلان الكلي للعقد يحصل بسبب تسرب عنصر اخر الى العملية العقدية كافضاء تفرق الصفقة الى الجهالة اوالى الغرر. غير ان هذا العرض يكفي للقول، ان بقاء الجزء الصحيح على صحته اذا بطل جزء من العقد، موجود في المذاهب الاسلامية كلها على التفصيل الذي بيّناه.

المبحث الثاني

تجزئة العقد الباطل في جزء منه وفقا للقواعد العامة في البطلان

وهذه التجزئة هي التي تخضع لحكم المادة **139** من القانون المدني العراقي⁽²⁾، والتي يشترط لتحقيق التجزئة طبقا لها، ان يكون العقد باطلا في جزء منه صحيحا في الجزء الاخر، وان يكون العقد قابلا للانقسام من الناحية الموضوعية وكذلك من الناحية الذاتية، بان لا تكون ارادة اطرافه قد انصرفت الى جعله لا يتم دون الجزء الذي وقع باطلا، على النحو الذي فصلناه في محله من هذه الرسالة⁽³⁾.

(1) الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 23.

(2) نظم القانون المدني العراقي احكام بطلان العقد في المواد **137-141** منه وكذلك تناولت القواعد العامة في مواد اخرى احكاما تتعلق بالبطلان كالمادة **1-127** التي تناولت بطلان العقد لاستحالة محله والمادة **128-3** لعدم تعيين المحل المادة **130-1** لعدم مشروعية المحل والمادة **131-2** التي تناولت احكام الشرط الباطل المقترن بالعقد كما تناولت المادة **132** بطلان العقد لانعدام السبب او عدم مشروعيته.

(3) ينظر المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة، ص 82 وما بعدها.

ونظرا لتوافق احكام القواعد العامة في البطلان في القانونين المدني العراقي والمدني المصري فسنتناول موقف القانونين معا لتحاشي التكرار.

وبطلان جزء من العقد هنا يمكن ان يكون في صورة بطلان ركن التراضي بالنسبة لاحد المتعاقدين المتعديدين في احد طرفي العقد, لانعدام اهليته كما يمكن ان يكون في صورة بطلان جزء من المحل يؤدي الى بطلان العقد في جزء منه, كما يمكن ان يكون في صورة بطلان السبب بالنسبة لجزء في العقد. كما يمكن ان يتخلف ركن الشكل بالنسبة لجزء من العقد فيبطل هذا الجزء.

وفي العقود المركبة تمثل المركبات العقدية اجزاء من العقد فاذا بطل احدها وتحققت الشروط الاخرى المطلوبة للتجزئة, امكن تجزئة هذه العقود المركبة. وعلى الرغم من ان الكثير من الشروط وان كانت بنودا في العقد, فانها لا تمثل جزءا بالمعنى الذي نقصده, فاذا ألغي مثل هذا الشرط لم ينقص من العقد جزء. فاما ان يبقى العقد على حاله على الرغم من زوال الشرط, او يزول كله مرة واحدة اذا كان الشرط دافعا الى التعاقد. غير ان من الشروط ما يمثل جزءاً كما سنرى. وسنعرض لهذه التطبيقات تباعا.

اولا: تجزئة العقد لبطلان التراضي في جزء منه.

وبطلان التراضي في جزء منه, يكون عندما ينعدم التراضي في جزء منه بسبب انعدام الاهلية لا عندما يتعيب بعيب الاكراه او الغلط او التغرير مع الغبن او الاستغلال, فهذه الاخيرة تؤدي الى عدم صحة التراضي⁽¹⁾ على الرغم من انه موجود مع توفر الاهلية القانونية اللازمة, فلا يكون العقد باطلا ولكنه يكون موقوفا في القانون المدني العراقي, قابلا للابطال في القانون المدني المصري, على تفصيل فيما يخص عيب الاستغلال.

ومتى انعدمت الاهلية بالنسبة لجزء من التصرف, كان هذا الجزء باطلا ومع تحقق الشروط الاخرى لتجزئة العقد فان هذه التجزئة تصبح ممكنة⁽²⁾, ويمكن تصور هذه الحال في فروض, منها مثلا ان يقوم الصغير المميز المأذون له بالتجارة⁽³⁾ بعقد مركب من

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 63.

(2) د. صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص 119.

(3) المادة (98) مدني عراقي, والمادة (112) مدني مصري.

بيع لاحد الاموال الداخلة في الاذن وهبة لاحد امواله غير الداخلة في الاذن. فالبيع هنا صحيح لان الصغير المأذون له في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد⁽¹⁾. اما هبة امواله غير الداخلة في الاذن فهو ليس اهل لها وتكون باطلة⁽²⁾. فاذا لم يكن الشطر المتعلق بالهبة هو الدافع الى التعاقد, امكن فصله عن العقد وبقاء عقد البيع صحيح. اي ان العقد قد تجزأ.

كما يمكن تصور التجزئة في الفرض الذي يتعدد فيه احد طرفي العقد فيكون شخصين او اكثر. فاذا حصل البطلان بالنسبة لاحدهم ولم يكن اشتراكه محل اعتبار في العقد, امكن ازالة العقد بالقدر الذي بطل وهو القدر المتعلق به. وتعد شركات الاشخاص مثالا على ذلك, فهذه الشركات لا تقوم على الاعتبار الشخصي ويمكن ان يكون اكتتاب احد المساهمين باطلا لعدم اهليته فتبطل الشركة بالنسبة اليه, دون بقية المكتتبين لضعف او انعدام الاعتبار الشخصي في هذه الشركات كما قدمنا⁽³⁾.

ثانيا: تجزئة العقد لبطلان المحل في جزء منه.

يمكن تصور العيب الذي يؤدي الى بطلان جزء من المحل في حال اختلال الشروط التي اوجب القانون تحققها في ذلك الجزء. فالمحل يجب ان يكون ممكنا⁽⁴⁾ فاذا التزم شخص في عقد وكان جزءاً من الالتزامات التي تضمنها العقد مستحيلة استحالة مطلقة كانت تلك الالتزامات باطلة بالقدر المستحيل فاذا امكن حصر البطلان في الجزء الذي وقع فيه, بان كان العقد سيتم من دون الجزء الذي وقع باطلا, امكن تطبيق المادة **139** من القانون المدني العراقي (المادة **143** من القانون المدني المصري) وازالة الجزء الباطل مع بقاء العقد صحيحا بالقدر غير المستحيل من

(1) المادة **99** مدني عراقي, اما المادة **112** مدني مصري فيقتصر الاذن بموجبها على اعمال الادارة .

(2) المادة (1-97) مدني عراقي والمادة (1-111) مدني مصري د. عصام انور سليم و د. محمد حسن قاسم.

مبادئ القانون, مصدر سابق, ص 184-185.

(3) د. صالح ناصر العتيبي , مصدر سابق, ص 119, د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل. البطلان الجزئي للعقود

والتصرفات القانونية, مصدر سابق, ص 111.

(4) نصت المادة **1-127** من القانون المدني العراقي على انه(اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا) والمادة **122** مدني مصري(اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا).
الالتزامات(1).

159
وقد يلتزم الشخص في عقد يكون محله غير مشروع بان كان ممنوع التعامل فيه في قسم منه ومشروعاً في القسم الآخر كما لو تضمنت الصفقة بيع مجموعة اشياء ظهر ان بعضها مواد مخدرة ممنوعة. فاذا كان العقد سيتم من غير هذه الاشياء التي حضر القانون التعامل بها ,امكن ازالة الشق الباطل من العقد وبقاء الشق الاخر الصحيح والذي محله مشروع.(2)

ويدخل في عدم مشروعية المحل ما اذا كان من الاشياء التي منع القانون الافراد من التعامل فيها لتخصيصها للمنفعة العامة ومثل ذلك كل مخالفة للنظام العام والاداب انطوى عليها ذلك المحل(3). فمتى كان جزءاً من محل العقد من هذه الطائفة كان المحل باطلاً في جزء منه, وامكن تجزئة العقد استنادا الى المادة **139** من القانون المدني العراقي (**143** من القانون المدني المصري)(4).

وفي هذه الحال كما في الحالات الاخرى التي يزول فيها جزء من العقد بسبب بطلان ذلك الجزء وتحقق شروط التجزئة, فانه يتوجب في عقد المعاوضة انقاص المقابل (العوض) بنسبة الجزء الذي زال بالبطلان. ففي حال بطلان جزء من العقد لعدم دخول جزء من المحل في دائرة التعامل, تحدد حصة الاشياء الداخلة في دائرة التعامل من

(1) د.صالح ناصر العتيبي , مصدر سابق, ص118-ص119, د.ندى عبد الكاظم حسين , اثار بطلان العقد , مصدر سابق, ص65.

(2) نصت المادة **1-130** مدني عراقي على انه(يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونيا ولا مخالف للنظام العام او الاداب والا كان العقد باطلا), وهي موافقة للمادة **135** مدني مصري . وقضت محكمة النقض في مصر ب(ان النص في المادة الاولى من القانون رقم **50** لسنة **1969** يدل على ان النهي واراد على تجاوز الملكية لخمسين فدانا وان البطلان يشوب العقد فيما يترتب عليه وقوع المخالفة اما ما لا يترتب عليه وقوع المخالفة , فانه يكون صحيحا بحسب الاصل الا اذا كان محل التعاقد غير قابل للتجزئة بطبيعته او بحسب ارادة عقديه او كان غير قابل لها بحكم القانون) .

(3) انظر في هذا المعنى د.سمير تناغو، نظرية الالتزام ، مصدر سابق، ص74-ص75، د.عبد المجيد الحكيم واخرين، الجزء الاول، مصدر سابق، ص99.

(4) ويمثل الفقه لهذا الفرض قسمة الاموال التي يكون بعضها مملوكاً وبعضها موقوفاً فتصح بالاموال المملوكة وتبطل قسمة الاموال الموقوفة، انظر د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص218.

الثلث الاجمالي، ويكون ذلك بتقويم كل شيء من الاشياء المباعة صفقة واحدة وايجاد النسبة بين قيمة الجائز التعامل فيه منها وقيمة¹⁶⁰ ما لا يجوز التعامل فيه وينزل من الثلث ما يعادل هذه النسبة، فتتضح حصة الاشياء الداخلة في دائرة التعامل وحصة الاشياء غير الداخلة ، من الثلث وهو ما يقوم به القاضي(1). وقد قضت محكمة النقض المصرية في نزاع بشأن ارض بيعت ،بعضها مملوك للبائعين مساحتها عشرة افدنة وبعضها مملوك للدولة ملكية خاصة قد باعها ولم يتم تسديد كامل الثلث ،حيث جاء فيه (لا تناقض في قضاء الحكم (المطعون فيه) بصحة العقد ونفاذه عن العشرة افدنة وابطاله فيما زاد عن ذلك عملاً بالمادة **143** من القانون المدني ومقتضاها انه اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا وهو ما لم يقدّم الدليل عليه بوصفه لا ينفصل عن جملة التعاقد(2).

كما يمكن ان يختل محل العقد بان يظهر ان جزءاً من المحل الذي تم تعيينه غير موجود وقت التعاقد، بان كان قد هلك قبل العقد. واذا كان المحل المعين بالذات غير موجود فالعقد باطل ولا شك(3) ولكن اذا كان انعدام المحل عند التعاقد قاصراً على جزء من المحل فقط، امكن اقتصار البطلان على هذا الجزء وعدم امتداده الى باقي العملية العقدية(4)، شريطة ان يكون المحل قابلاً للانقسام الطبيعي وان لا تكون ارادة المتعاقدين منصرفة الى عدم تجزئة العقد. ولكن اذا كان الهلاك بحيث يجعل الشيء لا يحقق الغرض الذي قصد اليه الدائن كان الهلاك الجزئي حكمه حكم الهلاك الكلي(5). وهكذا في الصور

(1) د.عصام انور سليم، مصدر سابق، ص370، عكس ذلك د.صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص117، حيث يعد تحديد ثمن اجمالي مانعاً من التجزئة وهو ما لا نؤيده.

(2) نقض مصري في 21 يناير / 1976. مجموعة احكام النقض، السنة السابعة والعشرون، العدد الاول، رقم

60، ص257-263، نقلاً عن د.عصام انور سليم، مصدر سابق ، ص371.

- (3) انظر المادة **129** مدني عراقي, انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم واخرين, الجزء الاول, مصدر سابق, ص **95**.
- (4) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي, مصدر سابق, ص **112**, د. صالح ناصر العتيبي, مصدر سابق, ص **117**.
- (5) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص **146**, هامش رقم (1).

المحتملة كلها، لحصول البطلان بالنسبة لجزء فقط من محل العقد فان العقد يتجزأ الى عقدين احدهما صحيح محله الجزء **الم161** المشروع من المحل والاخر باطل محله الجزء الباطل من المحل وذلك شريطة توفر الشروط اللازمة للتجزئة ولاسيما قابلية المحل نفسه للتجزئة وعدم انصراف ارادة اطراف العقد الى جعله لا يتم دون الجزء الذي وقع باطلا.

وفي عقود الشركات ينصرف معنى محل العقد (الى الاستقلال التجاري اي الموضوع الذي أنشئت للقيام باستغلاله... وهذا المحل يشترط فيه ان يكون ممكنا ومشروعاً) ⁽¹⁾. ومن الممكن ان نتصور ان شقا من نشاط الشركة يكون مخالفا للنظام العام او يكون مستحيلا. وفي هذه الحال يكون مقتضى تطبيق المادة **139** من القانون المدني العراقي (**143** من القانون المدني المصري) ان يبطل الشق الباطل من نشاط الشركة اذ الاغلب ان يكون من مصلحة الشركاء مواصلة الجوانب الاخرى المشروعة او الممكنة من عملها طالما كانت الغاية هي تحقيق الارباح واقتسامها بين الشركاء ⁽²⁾. فتبقى الشركة مزاولة نشاطها المشروع وبعبارة اخرى يبقى الجزء الصحيح من عقد الشركة. غير ان هذا بالطبع يستلزم ان لا يكون الشق الباطل من نشاط الشركة هو الغرض الرئيس او هو الدافع الى انشاء الشركة, فعندها لا مناص من بطلان العقد كله. ⁽³⁾

ثالثا: تجزئة العقد لعدم مشروعية سبب جزء منه.

يبطل العقد كله اذا كان سببه غير مشروع ⁽⁴⁾ والسبب هنا بمعنى الباعث الدافع الى

(1) د. باسم محمد صالح. د. عدنان احمد ولي , الشركات التجارية, مصدر سابق, ص **23**.

(2) نصت المادة 4 اولا من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل (الشركة عقد يلتزم به شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة).

(3) د. عصام انور سليم .مصدر سابق,ص367.

(4) نصت المادة 132 من القانون المدني العراقي. الموافقة للمادتين 136, 137 من القانون المدني المصري على ما يلي (1- يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام والاداب.2- ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك.3- اذا ما ذكر سبب العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك) .

التعاقد .كما يبطل العقد اذا التزم المتعاقد دون سبب. ولكن السبب قد لا يوجد بالنسبة لشق من التصرف فقط دون باقيه كما قد يكون عذم¹⁶² المشروعية متحققاً بالنسبة لجزء من العقد دون اجزائه الاخرى.

فاذا اشترى شخص دارين بعقد بيع واحد وكان دافعه الى ذلك استخدام احدي الدارين للسكن واستخدام الدار الاخرى لاغراض مخالفة للنظام العام والاداب على نحو يعرفه المتعاقد الاخر, فان عقد البيع يكون صحيحاً بالنسبة للدار المشتراة لاغراض السكن ويكون باطلاً بالنسبة للدار الاخرى لعدم مشروعية السبب(1). فاذا لم يكن شراء هذه الاخرية هو الدافع الى التعاقد كله, امكن فصل الجزء الباطل من العقد عن جزئه الصحيح الذي يبقى بوصفه عقداً لدار واحدة بحصتها من الثمن. وفي هذا يقول الدكتور السنهوري (وبواعث الارادة كثيرة متنوعة. منها الدافع وغير الدافع ومنها الرئيس وغير الرئيس. فالباعث الدافع الرئيس هو الذي يعتد به ومتى امكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده اذ يكون هو السبب)(2). فالمهم اذن الا يكون الباعث الدافع الرئيس غير مشروع والا يبطل العقد كله لبطلان سببه.

رابعا: تجزئة العقد لعدم استيفاء الشكل المطلوب في جزء منه.

يتطلب القانون في بعض العقود ان يكون التعبير عن الارادة واخراجها بشكل خاص, كورقة رسمية مثلا وهذا الشكل ليس لاثبات التصرف بل هو ركن لانعقاده لا يقوم التصرف بدونه(3), كالرسمية في عقد الرهن التأميني المادة 1286 من القانون المدني العراقي, والمادة 1-1031 من القانون المدني مصري. وكعقد الهبة في القانون المدني المصري (المادة 1-488 من القانون المدني مصري) وهذا العقد عيني في القانون المدني العراقي, لا يتم الا بالقبض في المنقول (المادة

603-1 من القانون المدني العراقي) وشكلي في العقار لا ينعقد الا بالتسجيل (المادة 602

من القانون المدني العراقي). وفي القانون المدني المصري على الرغم من ان الهبة باطله ما لم تتم

(1) انظر بهذا المعنى د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي, مصدر سابق, ص112, د. عبد العزيز

المرسي حمود, مصدر سابق, ص140-141.

(2) د. عبد الرازق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص456.

(3) بهذا المعنى د. السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص35, د. سمير تناغو, نظرية الالتزام, مصدر سابق,

ص22. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص23.

في ورقة رسمية (المادة 1-488 من القانون المدني المصري), الا ان الفقرة الثانية من
163

هذه المادة نصت على انه (2- ومع ذلك يجوز في المنقول ان تتم الهبة بالقبض دون حاجة

الى ورقة رسمية) . (فاذا وهب شخص لآخر منقولين وقام الموهوب بتسلم احدهما ولم

يتسلم الاخر, فان الهبة لا تقوم عندئذ الا بالنسبة للمنقول الذي تسلمه الموهوب له)(1) .

خامسا: تجزئة العقد المركب لبطلان احد اجزائه.

وتعد العقود المركبة ميدانا واسعا لحصول تجزئة العقد, فالعقد المركب يتكون من

عدد من العقود يجمعها غرض واحد , هو تحقيق العملية الاقتصادية التي يهدف اليها

اطراف التعاقد. وهذه العقود هي حصيلة سلطان الارادة وحريتها في التعاقد في حدود

النظام العام والآداب(2). والعقود المركبة متنوعة وفي تزايد مع تنوع متطلبات الحياة المعاصرة.(3)

ومن العقود التي صارت مشهورة ويتناولها الفقه بكثرة عقد التأجير التمويلي ويسمى

احيانا عقد الائتمان التأجيري واحيانا عقد الليزنج(4).

(1) د. عبد العزيز المرسي حمود, مصدر سابق, ص142. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي, مصدر

سابق, ص116.

(2) د. عقيل فاضل حمد الدهان, مصدر سابق, ص20.

(3) وقد كيفت محكمة التمييز العقد على انه مركب حيث لم تلاحظ محكمة الموضوع (ان العقد المبرم بين الطرفين

يشير الى ان الطرفين تعاقدتا على ان يبيع المميز نصف المضخة العائدة له الى المميز عليه بمبلغ الف دينار يسدده المميز عليه مما يصيبه من واردات المضخة ولا يصبح مالكا للنصف الا بعد تسديد الثمن كاملا وان

الطرفين يشتركان في الزراعة وبيع المحاصيل الزراعية وحيث ان هذا العقد قد كلفته محكمة التمييز بقرارها الصادر برقم **478/حقوقية/1966** بتاريخ **1966/7/27** بكونه عقدا مركبا بتناول بيع المضخة والمشاركة في الزراعة) ويواصل القرار (وحيث ان الثابت في اوراق الدعوى ان نصف الماكينة لم يسجل لدى الكاتب العدل باسم المميز عليه لذا فان بيع المميز الماكينة الى المميز عليه يكون باطلا وحيث انه اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فيظل صحيحا بوصفه عقدا مستقلا كما تنص المادة **139** من القانون المدني لذا فان بطلان بيع الماكينة لا تأثير له على صحة عقد الشركة الذي عقده الطرفان على الزراعة وبيع الحاصلات الزراعية). القرار رقم **772/مدنية ثانية/973** في **1974/3/14** مجموعة الاحكام العدلية. العدد الاول، السنة السادسة، ص124- ص125.

(4) انظر د.جعفر الفضلي، عقد الايجار التمويلي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد25، لسنة **1991**، ص131، د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مصدر سابق، ص97. ومن الامثلة الاخرى على هذه العقود: الايجار المقترن بوعد بالبيع وعقد بيع المحل التجاري، انظر في ذلك د.عصام انور سليم و د.محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، مصدر سابق، ص262.

وهذا العقد يتضمن عقودا متعددة تدخل في تكوينه على نحو مترابط استنادا الى ارادة اطرافه، وهم متعددون لتعدد الروابط العقدية التي يتضمنها. فهو يتضمن عقد ايجار بين الجهة الممولة وبين المستثمر مؤجر المعدات التي يتم شراؤها بعقد بيع يدخل ايضا ضمن المركبات العقدية. وحيث ان المؤسسة المالية تفتقد الاختصاص الفني فتقوم بتوكيل غيرها بالشراء، فضلا عن عقد ائتمان مالي يدخل ضمن المركبات يكون ضمانا للمؤجر (الممول). وهكذا يتضمن هذا العقد عقود البيع والتاجير والوكالة والائتمان¹⁶⁴(1).

وفي مثل هذا العقد المركب يمكن تصور حصول البطلان في احدى المركبات العقدية. ويجب معرفة مدى تأثير بطلان هذا الجزء من العقد المركب على بقية مكوناته.

ان مؤدى تطبيق المادة **139** من القانون المدني العراقي (والمادة **143** من القانون المدني المصري)، ان الجزء الذي وقع فيه البطلان هو الذي يزول وحده ويبقى العقد صحيحا في الجزء الباقي، الا اذا كان الجزء الذي وقع فيه البطلان من الاهمية بحيث ان العقد ما كان سيتم بدونه، فيبطل العقد المركب كله. ويمكن تصور البطلان في عقد الوكالة وبذلك يكون تأثيره غير جوهري في بقية المكونات، ولكن اذا وقع البطلان في عقد التاجير او عقد البيع، فلا يمكن تصور قيام بقية مكونات العقد المركب (التاجير التمويلي) بدونهما او بدون احدهما.(2)

وكثيراً ما يكون الارتباط وثيقاً بين مكونات هذه العقود المركبة اذ ان وحدة الغرض هو الذي جمع شتات عقود مختلفة لتكون عملية عقدية واحدة. وهو ارتباط يعود الى ارادة اطرافها بالدرجة الاساس. ولذلك فان زوال احد هذه العقود، يؤدي الى زوال العقد المركب بكامله اذا ثبت ان العقد تم كوحدة لا تقبل التجزئة .

وفي فرنسا تطبق المادة **1172** من القانون المدني الفرنسي، على وصف ان المركبات العقدية بمثابة شروط اضافية في عقد رئيس، وقد رأينا ان القضاء الفرنسي يستخدم فكرة الباعث الدافع لتقرير بطلان العقد كله او جزء منه. ولذلك اذا كان احد المركبات العقدية مستحيلاً او مخالفاً للنظام العام والاداب فلا يبطل العقد كله الا اذا كان

(1) د.جعفر الفضلي ، بحثه، مصدر سابق، ص139.

(2) انظر بهذا المعنى ، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي، مصدر سابق، ص98-ص99.

الطرفان قد قصدا الى تعليق وجود العقد على الشرط الباطل الجوهري⁽¹⁾. وفي ظل القانون المدني الفرنسي يتمتع قضاة الموضوع بسلطة مطلقة¹⁶⁵ في تقدير ما اذا كنا بصدد كل لا يتجزأ، في صدد نطاق بطلان العقود المركبة.⁽²⁾

سادساً: تجزئة العقد بتشريع لاحق ذي طبيعة امرة.

الاصل عدم رجعية القوانين التي يجب ان تطبق على ما يقع من تاريخ العمل بها. ولا اثر لها فيما وقع قبل ذلك من وقائع وتصرفات، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه⁽³⁾. وقد نصت الفقرة تاسعا من المادة **19** من دستور جمهورية العراق النافذ على انه (ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم).⁽⁴⁾

(1) د.عصام انور سليم ، مصدر سابق، ص391-392.

(2) Comp.savatier (René),la théorie des obligations,vision,juridique et économique, paris,dalloz,1967,no.162,p230.

حيث يذهب الى ان المخالفة الجزئية في الاتفاق للقانون تجعل للمحاكم ان تقضي ببطلان جزئي او كلي للعقد

المركب, تبعاً لما اذا كانت نية الطرفين قد جعلته قابلاً للانقسام (أي التفريق) ام لا, نقلاً عن د. عصام انور سليم, المصدر السابق, ص 388 في المتن, والهامش رقم 189.

(3) د. عبد الحي حجازي. المدخل لدراسة العلوم القانونية -1-, القانون, مصدر سابق, ص 609. الاستاذ عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير المدخل لدراسة القانون, جامعة بغداد, 1989, ص 112. د. مصطفى الجمال, الوجيز في القانون المدني, مصدر سابق, ص 79. فريد فتیان, مقدمة القانون المدني, شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة, بغداد, 1954, ص 91 وما بعدها.

(4) كما نصت المادة العاشرة من القانون المدني العراقي على ما يلي (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الاداب). وانظر قرارات محكمة التمييز التالية بهذا المعنى. القرار رقم 52/هيئة عامة 1990/ في 1990/7/22 إبراهيم المشاهدي المختار من قضاء محكمة التمييز, الجزء الثالث, مصدر سابق, ص 178, والقرار رقم 70/مدنية اولى 1990/ في 1990/8/11 إبراهيم المشاهدي المختار من قضاء محكمة التمييز, الجزء الخامس, مصدر سابق, ص 62. والقرار رقم 372/هيئة عامة اولى 1975/ في 1976/4/3 منشور في مجلة القضاء العدد الثالث السنة 1976/31 ص 226.

166

وفي ضوء ذلك يؤخذ بمبدأ عدم الرجعية⁽¹⁾, مع الاثر الفوري او المباشر للقانون الجديد⁽²⁾. ففي مصر, لو فرضنا ان مستأجراً تعاقداً على استئجار عدد من الدور السكنية في مدينة واحدة بعقد واحد, حيث كان القانون يجيز ذلك ثم صدر قانون يحضر احتجاز اكثر من دار سكن واحدة في المدينة الواحدة – وقوانين ايجار اماكن السكن من النظام العام⁽³⁾. فان مقتضى تطبيق الاثر الفوري لهذا القانون, صيرورة عقد الايجار هذا صحيح بالنسبة لدار واحدة فقط بحصتها من الاجرة. فيتجزأ العقد مما يقتضي تحديد حصة الدار

(1) ويعني مبدأ عدم الرجعية ان القانون الجديد لا يملك اعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون او انقضاء مركز قانوني او توافر بعض عناصر هذا التكوين او الانقضاء او من ترتيب اثار معينة على مركز قانوني اما الاثار الممتدة زمنياً فان ما تم في ظل القانون القديم لا يمس القانون الجديد وما لم يتم في ظل القانون القديم يخضع للقانون الجديد تطبيقاً للاثر المباشر. ويستثنى من ذلك كله, ان ينص القانون الجديد على الاثر الرجعي او يكون هذا القانون تفسيرياً. انظر في تفاصيل ذلك. د. عصام انور سليم و د. محمد حسن قاسم, مبادئ القانون, مصدر سابق, ص 101 وما بعدها. د. حسن كيرة, المدخل الى القانون, مصدر سابق, ص 339 وما بعدها.

(2) ويعني الاثر الفوري ان ينطبق القانون الجديد من وقت العمل به على الوقائع الجديدة التي تنشأ لأول مرة بعد بدء العمل به وعلى الاثار الحالية والمستقبلية لوقائع قديمة نشأت في ظل قانون سابق، ويسري ذلك على المراكز القانونية دون المراكز التعاقدية التي تخضع لإرادة الاطراف. الا اذا كانت القاعدة القانونية الجديدة من النظام العام فيجب عندئذ التمييز بين القواعد التي تحمي مصلحة عامة حيث يكون لها اثر مباشر والقواعد التي تحمي مصلحة خاصة فلا يطبق اثرها المباشر على الاثار الحالية والمستقبلية للوقائع القديمة التي نشأت في ظل قانون سابق. انظر في تفصيل ذلك. د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص 609 وما بعدها. د.مصطفى الجمال، الوجيز في القانون المدني، مصدر سابق، ص 80 وما بعدها. د.حسن كيره، المدخل الى القانون، مصدر سابق، ص 362 وما بعدها، الاستاذ عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير، مصدر سابق، ص 116.

(3) وقد قضت محكمة النقض في مصر (لما كان ذلك وكانت قوانين الايجار الاستثنائية قد نصت على بعض الشروط والقيود بان حظرت على المتعاقدين الاتفاق عليها وكانت هذه النصوص امرة، فان البطلان المترتب عليها هو بطلان من نوع خاص نص عليه القانون لاعتبارات متعلقة بالنظام العام كما هو الحال في تحديد اجرة الاماكن المؤجرة وحظر احتجاز اكثر من مسكن في البلد الواحد..... و اوجبت على المحكمة المختصة ابطال التصرف المخالف واعتباره كأن لم يكن وبرد الحال الى ما يتفق مع احكام القانون). قرارها رقم 7448 لسنة 63 القضائية جلسة 14 نيسان 1994 نقلا عن استاذنا د.منصور حاتم محسن. مصدر سابق، ص 156 و د.نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة - الايجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 175-176.

من الاجرة وقد نصت المادة 17 من القانون رقم 136 لسنة 1981 في مصر بشأن
167
ايجار الاماكن على ما يلي(تنتهي بقوة القانون عقود التاجير لغير المصريين بانتهاء المدة المحددة قانونا لاقامتهم بالبلاد وبالنسبة للاماكن التي يستأجرها غير المصريين من تاريخ العمل باحكام هذا القانون (1981/7/31) يجوز للمؤجر ان يطلب اخلاءها اذا ما انتهت اقامة المستاجر غير المصري في البلاد. وتثبت اقامة غير المصريين بشهادة من الجهة الادارية(1) وهي تظهر كيف ان التشريع الأمر اللاحق يسري بأثر مباشر على العقود المبرمة قبله فيؤدي الى ازالة مدتها الزائدة عن المدة التي حددها القانون الجديد (اي تجزئة هذه العقود الى جزء نافذ يبقى وجزء اخر يزول).
سابعا: تجزئة العقد لبطلان بعض الشروط المقترنة به.

قدمنا بان الشرط بمعناه كشرط قانوني او كوصف في الالتزام، سواء أكان شرطا واقفا ام فاسخا، لا يؤدي زواله او عدم تحققه الى تجزئة العقد(2).

اما شرط التقييد فاما ان يكون بمعنى الصفة، واما ان يكون بمعنى الجزء على النحو الذي بسطناه في محله في هذه الرسالة (3) والشرط اذا كان مجرد صفة في المعقود عليه اقتصر تأثيره على ركني الرضا والسبب، ولتوضيح ذلك هذه بعض الامثلة: اذا وهب (أ) داراً الى (ب) واشترط عدم تصرفه بها لا هو ولا خلفه العام الى الابد. فمحل عقد الهبة لا ينقص منه شيء لو ألغي هذا الشرط لمنعه قانونا ولكن أهمية هذا الشرط هي في مدى ما كان يعوله المتعاقد على وجوده، ولذلك فان علاقة هذا الشرط بالرضا وكذلك بالسبب. فاذا كان الشرط هو الدافع الى الهبة بان اراد الواهب بقاء الدار في ملك (ب) وورثته من

(1) وقد قضت محكمة النقض في مصر بموجب هذا النص في العديد من احكامها منها مثلاً.

الطعن رقم 417 لسنة 54 القضائية جلسة 1990/3/8، الطعن رقم 2413 لسنة 52 القضائية جلسة 1989/2/13، الطعن رقم 1015 لسنة 59 القضائية جلسة 1989/11/22. نقلاً عن جمال الدين طه المحامي واحمد شكري المحامي، المرجع العلمي في الامتداد القانوني لعقد الايجار، مصدر سابق، ص 680-684.

(2) يراجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول، من هذه الرسالة، ص 26 وما بعدها.

(3) يراجع المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة. ص 16 وما بعدها.

بعده، فان الهبة ما كانت لتتم لولا هذا الشرط فتبطل لبطلانه بسبب كونه مؤبداً. (1) واذا لم يكن الشرط على هذا القدر من الاهمية في قصد واضعه، فانه (اي الشرط) يمكن ان يبطل دون اخلال برضاء الواهب. فلا يترتب على بطلان هكذا شرط تجزئة للعقد لان المقصود بالتجزئة ليس مجرد زوال جملة شرطية من العقد او مجرد زوال قيد او وصف لا مقابل له، وانما زوال جزء من محل العقد ايضا.

ومن هذا النوع من الشروط التي لا يتاثر مضمون العقد لبطلانها، الشرط الذي ينص فيه المتعاقدان في عقدهما على عدم تطبيق احكام نظرية الظروف الطارئة اذا حصلت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، تتحقق فيها شروط اعمال المادة 146-

2 من القانون المدني العراقي او المادة 147-2 من القانون المدني المصري. فمثل هذا الشرط يُلغى ويعد كأن لم يكن. ومن امثلتها كذلك لو نص عقد الازعان على شرط بعدم

مراجعة المحكمة لتعديل الشروط التعسفية. فهذا الشرط يُلغى ولا تأثير له في العقد طبقاً للمادة **2-167** من القانون المدني العراقي والمادة **149** من القانون المدني المصري. ومثاله كذلك ما لو شرط في العقد عدم تخفيض الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد حتى مع عدم حصول ضرر او تنفيذ الالتزام في جزء منه , فمثل هذا الشرط يعد لغوا بحكم المادة **2-170** من القانون المدني العراقي والمادة **3-224** من القانون المدني المصري, والشئ نفسه يقال عن شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية الذي يتضمنه عقد من العقود فهو لغو بحكم المادة **3-259** من القانون المدني العراقي والمادة **3-217** من القانون المدني المصري⁽²⁾.

(1) نصت المادة **823** من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى على ما يلي (اذا تضمن العقد او الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في حال. فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة).

(2) والقول نفسه يصدق على شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية اذا تضمن الاعفاء من الفعل العمد والخطأ الجسيم والغش (فشرط الاعفاء وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الاعفاء) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص **679**.

وكذلك يبطل كل شرط بعدم ضمان الاستحقاق او انقاص الضمان اذا كان البائع قد تعمد
169
اخفاء حق المستحق المادة **3-556** من القانون المدني العراقي والمادة **3-445** من القانون المدني المصري والقائمة تطول⁽¹⁾.

وهذه الشروط وامثالها هي من ناحية زائدة على المضمون الاصلي للعقد - ككل شرط تقييد -⁽²⁾ ومن ناحية ثانية هي باطلة بحكم القانون ولا يجوز عدها جزءاً من مضمون العقد. وكل ما هنالك ان رضاء المتعاقد يمكن ان يكون قد نيط بالشرط . وهو لا يكون كذلك الا اذا كان في الشرط معنى التعليق وليس التقيد بالنسبة لهذا العاقد . وهذه الشروط يصعب تصور كونها الدافع الى التعاقد فمن الصعب ان يكون دافع المتعاقد من الدخول في عقد مقالة هو للاعفاء من احكام نظرية الظروف الطارئة او يكون دافع الشركة من التعاقد هو

ان تفرض شرطاً تعسفياً دون رقابة القضاء او ان يكون المتعاقد دخل في العقد للاعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار او عدم انقاص الشرط الجزائي. ولكن في هذه الاحوال كلها يمكن ان يكون المتعاقد قد علق رضاه بالعقد على الشرط الذي وضعه، والذي هو باطل، فيبطل العقد اذا تحقق معنى التعليق.(3)

(1) وقضت محكمة التمييز (ويقع باطلا الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تاخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات او في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف ان التاخر كان لعذر مقبول (المادة 985 من القانون المدني))، رقم القرار 345/موسعة اولى/92 في 16/1/1993. نقلا عن ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الثاني، بغداد، 1999، ص 95. وقضت ايضا(شرط الاعفاء من المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن الاستعمال غير الاعتيادي للمأجور باطل عملاً بالمادة 3/259 من القانون المدني). القرار 347/مدنية اولى /90 في 13/10/1990 والقرار 922 /مدنية ثلاثة /974 في 15/7/1974، نقلا عن ابراهيم المشاهدي، معين القضاة، الجزء الاول، بغداد، 2000، ص 340 .

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي، مصدر سابق، ص 123.

(3) انظر قريب من هذا المعنى د. عصام انور سليم. مصدر سابق، ص 339 حيث يورد فكرة من هذا القبيل فيقول (لا يكون العقد الاصلي باطلا الا اذا كان الشرط المتفق عليه فيه هو سبب العقد برمته. او بالاحرى شرطا جوهريا وباعثا ودافعا لارادة الطرفين , ما كان العقد لينعقد بدونه, وان شرط الاعفاء (من المسؤولية) لا يلعب عادة هذا الدور لان سبب العقد هو الحصول على الاداءات المتقابلة وليس على عدم المسؤولية المحتملة. وان الامر لا يكون غير ذلك الا في الفروض الاستثنائية ولكن المتصورة التي قد يقصد فيها الطرفان تعليق اتفاقهما على الغاء التعويض).

وهكذا فان امثال هذه الشروط لا يؤدي زوالها بالبطلان الى تجزئة العقد وان كانت ازالتها ضرورية لتصحيح العقد الذي لا يتم الا اذا كان سليما من شوائب البطلان كلها، حيث (ان زوال البطلان لا يتحقق مع بقاء سببه)(2) غير ان الشرط يمكن ان يكون فيه معنى الجزء من العقد على الرغم من صياغته بعبارة شرطة من ناحية الصياغة اللغوية، فاذا ظهر بطلان هذا الشرط فانه يعني ان جزءاً من العقد يبطل.

فلو اشترى شخص من اخر مجموعة من التحف واشترط عليه ان يشمل البيع تحفة اخرى معينة اضافة اليها، وتم تحديد ثمن المجموعة من التحف ولكن اغفل المتعاقدان تحديد

ثمن التحفة الاضافية, وحيث ان تعيين الثمن شرط لصحة البيع, فان البيع يكون باطلا بالنسبة لهذه التحفة الاضافية. وبالتالي صار الشرط باطلا واستتبع بطلانه بطلان جزء من العقد. هنا تطبق بالطبع احكام المادة **139** من القانون المدني العراقي. فيبطل بيع التحفة الاضافية ويبقى العقد صحيحا في الباقي. ما لم يثبت ان الشرط كان من الاهمية بحيث ان العقد ما كان ليتم دونه فيبطل ما تبقى من العقد ايضا.

المبحث الثالث

تجزئة العقد الباطل في جزء منه وفقا للنصوص الخاصة في البطلان

ليست حالات البطلان كلها تخضع للقواعد العامة في البطلان انما تخضع الحالات التي نص عليها المشرع بنصوص خاصة لاحكام المقررة في تلك النصوص⁽²⁾. ولذلك اذا كان يلزم لتجزئة العقد الباطل في جزء منه طبقا للقواعد العامة (او بوجه عام لانتقاصه) ان يكون العقد باطلا في شق منه فقط, وان الباقي من العقد له مقومات العقد المستقل, واخيرا عدم انصراف قصد المتعاقدين الى جعل العقد لا يتم دون الجزء الذي وقع باطلا⁽³⁾, وان القاضي الذي يفصل في النزاع هو الذي يستجلي تحقيق هذه الشروط عن

(1) استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن, مصدر سابق, ص79.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سباق, ص492, د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل,

مصادر الالتزام, مصدر سابق, ص344 هامش (1) وانظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية 7448

لسنة 63 قضائية في 14 نيسان, 1994 السالف الاشارة اليه.

(3) انظر المادة 139 مدني عراقي والمادة 143 مدني مصري. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, نظرية الالتزام,

مصدر سابق, ص353 وما بعدها, ندى عبد الكاظم, نظرية انتقاص العقد, مصدر سابق, ص55.

طريق تفسير ارادة المتعاقدين وظروف التعاقد و لان (فكرة الانتقاص تقوم اساسا على

احترام ارادة المتعاقدين وانقاذ ما يمكن انقاذه من هذه الارادة ولا تتجه الى مخالفتها)⁽¹⁾, ,

وتجزئة العقد الباطل (او انتقاصه بوجه عام) تهدف الى الوصول الى عقد صحيح من خلال استبعاد الجزء الباطل وابقاء الجزء الصحيح, اذا كان ذلك فان المشرع في حالات معينة وجد ان المعيار القسدي الذي يناط به تقرير امكانية بقاء الجزء الصحيح من العقد

بعد ازالة الجزء الباطل اعتمادا على عدم انصراف ارادة المتعاقدين الى عكس ذلك، لا يحقق الغاية التي اراد المشرع تحقيقها او المصلحة التي اراد حمايتها بتقرير البطلان. وهذا ما يطلق عليه: الدور الايجابي لفكرة النظام العام، بمعنى ان المشرع لا يتوقف عند تحديد معيار عام، ويترك تحديد تحققه من عدمه في كل حال على حدة من لدن القضاء، وانما يتجاوز ذلك ليفرض حكمه الأمر، ويحدد الجزاء المترتب على المخالفة بالنسبة للجزء او الشرط الذي حصلت المخالفة لقواعد النظام العام فيه. وكذلك بالنسبة الى التصرف برمته. وكثيراً ما يفرض احلال النص القانوني الذي يقرره محل الشرط او الشق الذي وقع باطلاً، متجاهلاً ما انصرفت اليه ارادة اطراف العقد من حيث امكانية الاستغناء عن الجزء الباطل.(2)

وموقف المشرع هذا برأينا تسوغه الضرورة العملية لتحقيق هدف المشرع فلو اخذنا النصوص التي تضع حدا اعلى لسعر الفائدة الاتفاقية وهو بالطبع من النظام العام(3)، فلا يجوز تجاوز هذا الحد. ولو فرضنا اننا اعتمدنا المعيار القسدي لبيان امكان المحافظة على العقد مع انقاص الفائدة الزائدة فان هذه الزيادة تكون عادة عنصراً جوهرياً ودافعاً لارادة المقرض لتقديم القرض، ومن السهل عليه اثبات انه ما كان ليرضى بالعقد دون هذه الزيادة الربوية ومن ثم يبطل العقد كله لبطلان الزيادة، فيتوجب اعمال اثر هذا البطلان وهو رد المتعاقدين الى حال ما قبل التعاقد، اي حرمان المقرض من مبلغ القرض،

(1) د.سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص91، د.رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص188.

(2) د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي.....، مصدر سابق، ص338. وبنفس المعنى د.عادل حسن

علي السيد، مصدر سابق، ص145. د.عبد العزيز المرسي حمود، مصدر سابق، ص99- ص100.

د.صالح ناصر العتيبي، مصدر سابق، ص135.

(3) د.عادل حسن علي السيد، المصدر السابق، ص146.

فلا يجرؤ مقرض على الادعاء للقضاء شاكياً من زيادة الفوائد عن الحد القانوني، وبالتالي لا يتحقق غرض المشرع في الحد من الفوائد الربوية بالقدر المقرر قانوناً مع بقاء¹⁷² العقود ويكون من اللازم لتحقيق هدف المشرع ان يقرر هو (أي المشرع) الانقاص وابقاء العقد بالحد القانوني للفوائد.

لذا فالأفضل، المحافظة على العقد من الانهيار ما دام متفقاً مع ما يروم المشرع تحقيقه من أهداف⁽¹⁾. و نتناول فيما يلي بعضاً من هذه التطبيقات مبينين نواحي خروجها عن القواعد العامة في البطلان.

فبالنسبة للتنظيم القانوني لعقد الإيجار صدرت قوانين لتنظيم إيجار العقار ذات طبيعة استثنائية جاءت على خلاف القواعد العامة وتعد قواعداً من النظام العام⁽²⁾ فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ويسري القانون الجديد على الآثار المترتبة على عقد الإيجار ، حتى وإن كان مبرماً قبل نفاذه⁽³⁾ .

من هذه القوانين في العراق قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل النافذ حالياً وفي مصر القانون رقم 49 لسنة 1977 والقانون رقم 136 لسنة 1981. وتعد أحكام تحديد الأجرة واسلوب الوفاء بها من أبرز التطبيقات التي تم الخروج فيها عن القواعد المنصوص عليها في القانون المدني تلك القواعد التي تُبنى على أساس حرية أطراف العقد للوصول الى تحديد الأجرة واسلوب الوفاء بها. فتم فرض حد أعلى للأجرة بغية اسباغ الحماية الكاملة على المستأجر مع فرض جزاءات قضائية ومدنية في حال

(1) استاذنا د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، مصدر سابق، ص161.

(2) د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص311، د.جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص223، د.نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص40.

(3) د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 ، ط1، دار الكتاب الجديد، بغداد، 1981، ص44-45. وقضت محكمة النقض في مصر (قواعد تحديد الأجرة وتعيين اسباب الاخلاء تعلقها بالنظام العام سريانها باثر فوري من تاريخ نفاذها) الطعن رقم 2270 لسنة 67 القضائية جلسة 1999/5/12 والطعن رقم 2418 لسنة 69 قضائية جلسة 2000/6/14 والطعن رقم 2358 لسنة 67 قضائية جلسة 1999/7/1 . نقلاً عن ابراهيم سيد احمد ، الاخلاء لاساءة استعمال العين المؤجرة فقها وقضاء، مصدر سابق، ص183 و ص138 و ص184 على التوالي.

ثم ان المشرع اخذ دور القاضي ولم يعتد بارادة اطراف العقد فقرر في حال زيادة الاجرة عن الحد المقرر في القانون, بطلان القدر الزائد من الاجرة وبقاء العقد صحيحاً(2). وعلى الرغم من ان النص المعدل الحالي للمادة الرابعة سألقة الذكر ليس صريحاً في ذلك, الا ان هذا المعنى يستفاد من منع الزيادة في الاجرة الذي نصت عليه المادة الرابعة وفرض جزاء جنائي على المخالفة, مع العلم ان القوانين السابقة على القانون رقم **87** لسنة **1979** كانت صريحة في ذلك حيث نصت الفقرة (2) من المادة الثالثة من القانون رقم **67** لسنة **1973** (الملغي) على انه (يقع باطلا كل اتفاق في عقود ايجار دور السكن على بدل يزيد عن الحد الاعلى المبين في الفقرة (1) من هذه المادة. ويجب تخفيض الاجرة الى الحد المسموح به, ويحكم برد ما استوفي زائداً عن الحد المذكور) كما نصت الفقرة (اولا) من المادة السابعة من القانون رقم (184) لسنة **1978** (الملغي) على ان (لا يزيد بدل الايجار السنوي على 7% من القيمة العمومية للماجور وفق احكام القانون, ويقع باطلا ما يزيد على ذلك وتخفيض الاجرة الى الحد الاعلى المذكور). وكانت المادة الرابعة من القانون رقم **87** لسنة **1979** قبل التعديل بالقانون رقم **56** لسنة **2000** تنص في فقرتها (2- أ) على ان (تخفض الاجرة السنوية للعقارات المشمولة بهذا القانون في العقود المبرمة قبل العمل به الى النسب المشار ...).

-
- (1) د. عصمت عبد المجيد بكر, المصدر السابق, ص46, د. جعفر الفضلي, الوجيز, مصدر سابق, ص217 هذا ونصت المادة الرابعة من قانون ايجار العقار في العراق رقم **87** لسنة **1979** المعدل على ما يلي (1- لا تزيد الاجرة السنوية للعقارات المشمولة باحكام القانون على النسبتين الآتيتين:-
- أ. 5% خمس من المئة من القيمة الكلية في العقارات او الشقق المعدة للسكن المؤجرة لهذا الغرض.
- ب. 7% سبع من المئة من القيمة الكلية في العقارات او الشقق المؤجرة على شكل غرف للسكن). ونصت المادة الثالثة والعشرون من القانون نفسه في فقرتها الاولى على مايلي: (1- يعاقب بالحبس الشديد مدة لا تقل عن (6) ستة اشهر ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات وبغرامة مقدارها (50,000) خمسون الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من المؤجر والمستأجر اذا اتفقا على ايجار عقار سكني بأجرة سنوية تزيد على الحد الاعلى المقرر بموجب القانون).

(2) وفي هذا يتفق تخفيض الاجرة مع تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية التي تعد (اجرة للقرض) كما سيجيء في قرار محكمة النقض المصرية بعد قليل.

ولا يعني البطلان هنا بطلان الاتفاق بكامله وانما يعني ان البطلان يتناول ما زاد من الاجرة على الحد الاقصى وتنقص الاجرة¹⁴¹ الى هذا الحد (فالبطلان جزئي يشمل المبلغ الذي يزيد على الحد الاقصى للاجرة فقط اما ما عدا ذلك فيبقى صحيحا)⁽¹⁾.

وقد قيلت في تكييف تخفيض الاجرة الى الحد الاقصى اذا كانت تزيد عليه, اراء عدة, فيرى بعضهم⁽²⁾ في ذلك ضربا من ضروب انتقاص العقد فهذا الشق وحده هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فيظل صحيحا بوصفه عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلا. ولا نستطيع ان نرى ما رآه القائلون بهذا الرأي لان المادة **139** من القانون المدني العراقي (والمادة **143** من القانون المدني المصري) لا تتحقق شروطها كلها هنا, اذ ان انقاص الاجرة وابقاء العقد يتم بارادة المشرع مهما كان قصد المتعاقد وهو خلاف اشتراط هذه المادة ان يكون التخفيض متفقا مع قصد المتعاقدين⁽³⁾. ولذلك لا يمكن اعتبار تخفيض الاجرة تطبيقا لنظرية انتقاص العقد المنصوص عليها في المادة **139** من القانون المدني العراقي والمادة **143** من القانون المدني المصري. فالمشرع لجأ الى هذا الحل لان اللجوء الى المعيار القسدي لا يحقق غايته في وضع حد اقصى للاجرة مع بقاء العقد في الاحوال جميعا⁽⁴⁾. ويذهب رأي اخر⁽⁵⁾, الى (ان الامر هنا يتعلق بنظرية البطلان الجزئي وليس بنظرية انتقاص العقد

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر, مصدر سابق, ص 72. د. جعفر الفضلي, الوجيز, مصدر سابق, ص 223, انور العمروسي, الدعاوي المسماة, مصدر سابق, ص 40.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء السادس, المجلد الثاني, ص 1025, د. رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص 188, د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن, المصادر الارادية, مصدر سابق, ص 97. وهو الرأي الغالب في الفقه بشأن تكييف تخفيض الفوائد الى الحد القانوني. انظر ذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوجيز, مصدر سابق, ص 189, د. سمير تناعو, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص 91. د. عبد المجيد الحكيم واخرين, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 125, د. رمضان ابو السعود, المصدر السابق, ص 189.

(3) د. نبيل ابراهيم سعد, مصدر سابق, ص 340. وانظر كذلك مثل هذا الرأي الذي قيل بصدد تخفيض سعر الفائدة (وهي مماثلة لهذه الحالة من حيث الجوهر). استاذنا د. منصور حاتم محسن, مصدر سابق, ص 163.

(4) د. عادل حسن علي السيد, مصدر سابق, ص 149. د. جلال العدوي, اصول المعاملات, بيروت, ص 37 و ص 238 نقلا عن د. عادل حسن علي السيد, المصدر السابق, ص 149. د. نبيل ابراهيم سعد, مصدر سابق, ص 341, د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص 311.

(5) د. نبيل ابراهيم سعد, مصدر سابق, ص 341.

وفق المادة 143 مدني (مصري) ويقصد بالبطلان الجزئي هو بطلان شرط او بعض الشروط المخالفة لقواعد متعلقة بالنظام العام¹⁷⁵ التوجيهي , بقوة القانون دون النظر الى ما كانت ستتجه اليه ارادة المتعاقدين) ولا نتفق مع هذا الرأي لعدم دقته , ذلك لان ما يعرف (ب) البطلان الجزئي هو وصف يلحق جزءاً من العقد لمخالفته للقواعد القانونية الواجبة الاتباع كي ينشأ صحيحا . غير ان الامر يتعدى ذلك فتتم ازالة هذا الجزء وعندئذ يكون ذلك امرا اخر , فهو عند بعضهم انتقاص , وعند اخر انتقاص مفروض , وعند بعضهم تعديل , وهكذا فلا يغني (البطلان الجزئي) عن سواه. على ان بعضهم يخلط بين المصطلحين فيعد البطلان الجزئي انتقاصا للعقد⁽¹⁾.

ولعل في الامر شبه من التعديل من حيث كونه تخفيضا للالتزامات الزائدة بغض النظر عن قصد المتعاقد بل رغما عنه (كما هو شأن التعديل) بحكم القانون ومن جانب واحد من العقد هو جانب المستأجر , بينما لا يمس التخفيض شيئا من التزامات المؤجر غير ان تخفيض الاجرة مع تشابهه من هذه الناحية مع التعديل الا انه يفارقه من حيث انه يتم بقوة القانون وانه يحصل بالنسبة الى عقد يحتوي على بند باطل في حين ان التعديل على رأي بعضهم⁽²⁾ لا يرد الا على عقد صحيح ليعيد اليه التوازن العقدي بين الطرفين , ولا يقع الا من القاضي.

ويذهب رأي الى ان ذلك يشبه تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية الذي يزيد على الحد الاعلى وهو 7% الى هذا الحد , فقد قضت محكمة مصر الكلية بان تخفيض الاجرة الى الحد الاقصى المنصوص عليه قانونا (تصحيح إجباري لا اختياري يجري بانتقاص جزء من الاتفاق ويترتب عليه رد الاجرة الزائدة الى الحد القانوني مع بقاء العقد نافذا بهذا التصحيح منذ نشوئه لا من وقت تصحيحه وان الاتفاق على الاجرة الزائدة يشبه تماما الاتفاق على فائدة تجاوز الحد المقرر. ووجه المشابهة ان الفوائد تعد من وجهة التكييف

القانوني اجرة للقرض. وان المتأمل في النصوص الخاصة ببطلان الاتفاق ورد الزائد في الحالتين يلاحظ ما بينهما من تماثل في المبنى وفي المعنى على صورة يمكن معها القول

(1) د. مصطفى الجمال. الوجيز, مصدر سابق, ص 202.

(2) استاذنا د. منصور حاتم محسن, مصدر سابق, ص 136.

بان المشرع نقل احكام اجرة الاماكن عن احكام فوائد الديون, ومن المعروف في عالم القانون ان الاتفاق على الفوائد الزائدة لا¹⁷⁶ تصحح الاجازة ولا الصلح ولا الاقرار كما ان نية الطرفين لا تأثير لها فيه. (1) غير ان هذا التوصيف بوصفه تصحيحاً لا يحل مشكلة تكييف عملية انقاص الاجرة فالتصحح هو النتيجة التي لا شك و لا غبار عليها ولكن الخلاف هو في تكييف وسيلة التصحيح لا في حقيقة حصول التصحيح ذاتها. فالمحكمة عتت التصحيح قد تم (بانقاص جزء من الاتفاق) وكلمة (انقاص) هنا لا يمكن ان يكون لها مدلول انتقاص العقد كما أوضحنا.

وبرأينا ان تخفيض الاجرة وتخفيض الفوائد(2), لا يجدي تكييفها استنادا الى القواعد العامة في البطلان. فهي من ناحية جاءت بنصوص خاصة, اهدرت بعض الشروط المقررة في النظرية العامة للبطلان وما يتصل بها من اثار كانتقاص العقد مثلاً. فالحديث عن الانتقاص هو حديث عن انقاص اجباري, وعن التعديل هو حديث عن تعديل قانوني, وعن التصحيح بانه تصحيح تشريعي اجباري, وهكذا, واذا عدنا الى الشروط التي ذكرناها لتجزئة العقد(3), نجد ان شرط امكان تجزئة العقد من الناحية الشخصية او الذاتية ومقتضاه عدم انصراف ارادة المتعاقدين الى جعل العقد وحدة لا تتجزأ, لا يتحقق مع فرض القانون ازالة الجزء الباطل, حتى ان العقد بوضعه النهائي يمكن ان يقال عنه انه من صنع القانون بالنسبة للجزء الذي تمت مخالفته. ولعل المادة 25 من القانون رقم 136 لسنة 1981

في مصر واضحة في ان العقد او الشرط (وهو محل البحث هنا) يبطل وترد الحالة الى ما يتفق مع احكام القانون حيث نصت:- (يقع باطلا مطلقا كل شرط او تعاقد يتم بالمخالفة لاحكام هذا القانون او القوانين السابقة له المنظمة للعلاقة بين المستأجر والمالك, وفضلا عن الحكم بالغرامة المنصوص عليها في هذه القوانين تقضي المحكمة المختصة ببطلان

التصرف المخالف واعتباره كأن لم يكن ,وبرد الحالة الى ما يتفق مع احكام القانون مع الزام المخالف بالتعويض ان كان له مقتضى).

(1) قرارها في 1954/11/13, نقلا عن د.عبد الرزاق السنهوري, الوسيط, الجزء السادس, المجلد الاول, ف662.

(2) انظر المادة 172 مدني عراقي والمادة 227 مدني مصري.

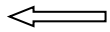
(3) انظر المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة, ص 81 وما بعدها.

وكما تقول محكمة النقض المصرية) وهو حكم مغاير تماما للآثر المترتب على البطلان في القواعد العامة(1). ولذلك فان تكييف تخفيض الاجرة الى الحد الذي نص عليه القانون بانه تعديل مفروض بحكم القانون، لا يكون فيه بعد عن الواقع اذ هو يتضمن جوهر فكرة التعديل. وتكييفه بانه انقاص او تجزئة مفروضة او اجبارية، هو الآخر لا يبعد عن جوهر فكرة التجزئة والانقاص. غير انه يخضع للنص القانوني الذي فرضه لا للقواعد العامة في التجزئة او الانقاص. وتصحيح العقد هو الغاية في الاحوال كلها. غير اننا لا بد ان ننوه الى ان ما يزول من العقد بتخفيض الاجرة او تخفيض الفائدة الاتفاقية الى الحد المعتبر في القانون، هو جزء من التزام لا جزء من عقد. ولتوضيح ذلك نقول ان ما يزول هو جزء من التزام المستأجر في دفع الاجرة وجزء من التزام المقترض في دفع الفائدة . وما لم يكن هناك مقابل له على العاقد الآخر فانه يبقى جزء من التزام لا غير. فالعقد هنا هو عقد معاوضة وجزؤه يجب ان يتضمن التزامات متقابلة والمثال التالي يوضح المقصود.

لو استأجر شخص في مصر بعقد واحد عدداً من الدور السكنية لنفسه في مدينة واحدة يزيد عن الحد المقرر في قانون الايجار، او قام شخص بتأجير وحدات مفروشة تتجاوز الحد المسموح به قانونا، فان تطبيق المادة 25 من القانون رقم 136 لسنة 1981 في مصر، التي سبق ذكرها، يؤدي الى تخفيض عدد الدور او الوحدات المفروشة الى الحد المسموح به قانونا(2). وفي هذه الحال تزول اجارة المساكن الزائدة وما يقابلها من الاجرة، من العقد. وهذه "جزء عقد" لا "جزء التزام" فقد زالت من جانب

(1) قرارها 7448 سنة 63 قضائية في 14 نيسان 1994 السابق الاشارة اليه.

(2) وجاء في قرار محكمة النقض في مصر (لما كان ذلك، وكانت قوانين الايجار الاستثنائية قد نصت على بعض الشروط والقيود بان حضرتت على المتعاقدين الاتفاق عليها وكانت هذه النصوص امرة فان البطلان المترتب عليها هو بطلان من نوع خاص نص عليه القانون لاعتبارات متعلقة بالنظام العام كما هو الحال في تحديد اجرة الاماكن المؤجرة وفقا لمعايير معينة وخضوع عقود ايجار الاماكن للامتداد القانوني وحظر احتجاز اكثر من مسكن في البلد الواحد وحظر تاجير وحدات مفروشة تجاوز الحد المسموح به قانونا وحظر التاجير المفروش على الملاك والمستأجرين غير المصريين وغيرها من الشروط والقيود التي نصت عليها قوانين ايجار الاماكن وقد عالج المشرع هذه الحالات المخالفة في المادة 25 من القانون



المستأجر الدور الزائدة ومن جانب المؤجر 178 ما يقابل تلك الدور من اجرة. فالدور وما يقابلها من اجرة هي في الحقيقة محل عقد ايجار (هو جزء من عقد الايجار الاصلي) بخلاف تخفيض الاجرة وحدها فهو تخفيض التزام المستأجر دون مقابل فهي لا تملك صورة العقد (او جزء العقد) . وفي رأينا انه في العقد الملزم للجانبين اذا اقتصر الامر على انقاص التزام من طرف واحد كان ذلك تعديلا بغض النظر عن كونه قضائيا او قانونيا فلا يهم في تحديد جوهر التعديل ,وسيلته, واذا كان انقاص التزامات متقابلة كان ذلك تجزئة للعقد.

ولذلك فان بطلان عقد الايجار في المثال السابق بالنسبة للدور الزائدة عن الحد الذي قرره القانون وما يخصها من الاجرة وتصحيحه في القدر المسموح به بحصته من الاجرة، هو تجزئة للعقد بخلاف مجرد انقاص الاجرة الزائدة الذي هو اقرب الى معنى التعديل , على ما يبدو لنظرنا المتواضع.

واذا كان يُعترض على كون تخفيض الفائدة او تخفيض الاجرة اذا تم العقد في ظل القانون الذي حدد مقدار كل منهما ,بان الزيادة باطلة والتعديل يكون على العقد الصحيح وعلى النحو الذي عرضناه في هذا المبحث, فان هذا الاعتراض لا يكون وجيها اذا كان العقد صحيحا ثم صدر قانون جديد حدد مقدارا للاجرة او للفائدة يقل عن الحد السابق والذي تم العقد في ظله, فيكون العقد صحيحا بكامله بما في ذلك مقدار الاجرة او الفائدة التي ابطل القانون الجديد القدر الزائد منها, فالذي يحصل بتخفيض الاجرة والفائدة هنا هو تعديل لعقد كان صحيحا في ظل قانون سابق لكي يلائم القانون الجديد.

ومن التطبيقات التي اهدر فيها المشرع قصد المتعاقدين وازال الجزء المخالف للقانون ليبقى الجزء الصحيح من العقد قائما تلك النصوص التشريعية التي تفرض سعرا

➡ رقم 136 لسنة 1981 بان رتب البطلان المطلق عند مخالفة كل شرط او تعاقد لاحكام تلك القوانين واوجبت على المحكمة المختصة بابطال التصرف المخالف واعتباره كأن لم يكن ويرد الحال الى ما يتفق مع احكام القانون وهو حكم مغاير تماما للآثر المترتب على البطلان في القواعد العامة ...) قرارها 7448 في 14 نيسان 1994 السابق الاشارة اليه.

اجباريا بالنسبة لبعض السلع⁽¹⁾ وتلك المتعلقة بالحد الأدنى لاجور العمال ,ولو اطلق المشرع المعيار القسدي لكان البطلان الكلي للعقد هو الحال الغالب, وحيث ان هذا ليس هو ما يبيغيه المشرع فيتعين استبعاد المعيار القسدي وفرض ما يوجب القانون من حل لتحقيق السياسة التشريعية التي يهدف المشرع الى تحقيقها⁽²⁾.

ومن المفيد ان نعرض للتطبيقات التشريعية الخاصة بعقد العمل, والتي تاخذ خصوصيتها من كون عقد العمل يخضع للقواعد الخاصة به في القانون المدني⁽³⁾. وكذلك للقواعد المتعلقة به في قوانين العمل⁽⁴⁾. والاخيرة ذات صفة آمرة⁽⁵⁾ اقتضتها ضرورة حماية الطرف الضعيف في هذا العقد وهو العامل.

(1) وقضت محكمة النقض في مصر بان(تحديد اثمان السلع المستوردة المحددة الربح كفيئته حصر عناصر تكاليف الاستيراد المحددة لمجموع النفقات التي تكبدها المستورد حتى مخازنه في منطقة مركزه الرئيس وتحديد اقصى ربح الذي يرخص للمستورد باضافته بما لا يتجاوز 30% من تلك التكلفة ورد ما دفع زيادة على ذلك وليس على سعر التكلفة), الطعن رقم 6300 لسنة 64 القضائية جلسة 1996/5/14. نقلا عن د. عبد الفتاح مراد, التعليق على القانون المدني, رد ما يخالف التسعير الجبري, مصدر سابق, ص263-ص264.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, البطلان الجزئي....., مصدر سابق, ص238-ص239.

(3) انظر المواد 925-900 من القانون المدني العراقي, والمواد 698-674 من القانون المدني المصري.

(4) يسري في العراق حاليا قانون العمل رقم 71 لسنة 1987 وفي مصر قانون العمل الموحد رقم 137 لسنة

1981 وبعض القوانين الاخرى. انظر فيما يخص قانون العمل في مصر . د. عبد العزيز المرسى حمود

, مصدر سابق, ص58, وكذلك قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 .

(5) د. عادل حسن علي السيد، مصدر سابق، ص 159، د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل، دراسة مقارنة، ط 5، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1972، ص 41. وقد انتقد الفقه قرار محكم تمييز العراق – هيئة قضايا العمل في دعوى بين عامل في احدى الشركات الاجنبية يعمل بعقد لمدة سنة التحق بالخدمة العسكرية وعندما عاد منها اراد استئناف العمل، حكمت له محكمة العمل باعادته ولكن محكمة التمييز نقضت الحكم وقالت (ان العقد شريعة المتعاقدين وقانونهما الخاص وهو الذي يحدد حقوق والتزامات طرفيه). القرار برقم 483/العمل ن/984 في 15/8/1984. وقد علق د. شاب توما منصور على القرار قائلاً ان جانباً كبيراً من الفقه والقضاء يعد (علاقات العمل هي علاقات تنظيمية وليست تعاقدية ولهذا فان تأكيد الهيئة عل تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العلاقة بين طرفي الدعوى هو اتجاه لا نقر الهيئة الموقرة عليه). القرار والتعليق، مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الاول، السنة 45، 1990، ص 242-246.

وتمثل الحقوق الواردة في قانون العمل الحد الأدنى لحقوق العمال⁽¹⁾ ولذلك فان العقود التي ترتب للعامل حقوقاً اكثر من الحد الأدنى لا تمثل اية مخالفة ولا نتفق مع من يعد ذلك مخالفة لصالح العامل⁽²⁾. ذلك لان القانون اذا حدد الحد الأدنى للاجر، فلا تكون المخالفة الا باتفاق على اجر اقل منه. اما الاجر الاعلى منه فلا يتحقق فيه معنى المخالفة اصلاً.

(واذا وجد عند تنفيذ القانون الجديد (للعمل) بان احكامه تتعارض مع عقود سبق ان ابرمت بين رب العمل والعامل، سرت احكام القانون الجديد الا اذا كانت تلك العقود انفع للعامل)⁽³⁾.

بقي ان نسال عن اثر بطلان بعض الشروط التي ترد في عقد العمل على العقد ذاته. هل يبطل العقد تبعاً لذلك ام يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً؟. يذهب رأي الى ان العقد يبقى (صحيحاً ما لم يتبين ان المتعاقد ما كان ليتعاقد لولا وجود هذا الشرط وعندئذ يبطل هذا التعاقد كذلك طبقاً للقواعد العامة)⁽⁴⁾ غير ان اكثرية الفقه تذهب بحق الى خلاف ذلك ووجوب اقتصار البطلان على الشرط وحده دون العقد الذي يجب ان يبقى على

(1) نصت المادة 9 من قانون العمل العراقي رقم 71 لسنة 1987 على ما يلي (تمثل الحقوق الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل، تطبق على العمال احكام هذا القانون او احكام التنظيم الخاص ايهما افضل).

ونصت المادة الرابعة من قانون العمل المصري انه(يقع باطلا كل شرط يخالف احكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به) ويستمر العمل باية قرارات او شروط افضل تكون مقررة او تقرر في عقود العمل الفردية او الجماعية او الانظمة الاساسية او غيرها من لوائح المنشأة او بمقتضى العرف).

(2) د.عبد العزيز المرسي حمود, مصدر سابق, ص60, د.شباب توما منصور, شرح قانون العمل , مصدر سابق, ص41.

(3) د.شباب توما منصور, شرح قانون العمل , مصدر سابق, ص42. وقضت محكمة شؤون العمال الجزئية في القاهرة بما يلي(وحيث ان القاعدة هي عدم رجعية القوانين بمعنى انه لا يسوغ للقاضي ان يطبق قانونا على وقائع حدثت قبل نفاذه , غير ان هذه القاعدة لا تنصرف الى قوانين العمل لتعقلها بالنظام العام. وذلك ترديدا لمبدأ هو ان القوانين المتعلقة بالنظام العام تكون ذات اثر مباشر يبدأ من وقت صدورها بحيث تخضع لها اثار العقود التي ابرمت قبل صدورها كافة وحتى ولو ادى ذلك الى تعديل الروابط القانونية التي استقرت اعمالا لاحكام القانون القديم) نقلا عن د.شباب توما منصور , المصدر السابق, ص43.

(4) د.عبد الحميد الشواربي, البطلان المدني والاجرائي والموضوعي, مصدر سابق, ص809. صحته(1) . ومن غير ذلك نكون قد اهدرنا الحماية التي ارادها المشرع للطرف الضعيف في عقد العمل ولما تجرأ العامل على الشكوى18 من خرق قانون العمل.

ولذلك فان بطلان المخالفة للقانون في عقد العمل وازالتها دون العقد لا يعد تطبيقا للمادة 143 مدني مصري (المادة 139 مدني عراقي) على رأي الفقه. ذلك لان ازالة الشرط تتم دون الاكتراث للدافع الى تضمينه في العقد(2).

بينما يذهب رأي اخر الى ان ابطال البند المخالف للقانون بينما يظل الباقي من العقد صحيحا منتجا لاثاره، هو تعديل لعقد العمل وليس انقاصا له. فالانقاص لا يمكن ان يتم اجراءه اذا كان الشرط الباطل دافعا الى التعاقد(3). ونحن نميل الى القول بان هذه الاحكام لا يجدي تكييفها وفق القواعد العامة في البطلان وانما تخضع لنصوص قانون العمل والقانون المدني التي قررتها. ولذلك فهي احكام خاصة بالحالات التي وردت بشأنها ونكرر هنا الرأي الذي ابديناه بصدد تخفيض الاجرة في عقد الايجار وتخفيض الفوائد الربوية في عقد القرض اذا تجاوزتا الحد الذي قرره القانون, وهو ان الشرط اذا ابطال وازيل ولم يكن له مقابل في التزامات المتعاقد الاخر (كما هو شرط تحديد ساعات العمل باكثر من الحد الاعلى المقرر) فان الغاء هذا الشرط هو اقرب الى معنى التعديل القانوني للعقد ولا سيما ان العملية تتم جبرا على رب العمل (المستفيد من الشرط). والذي يحصل

عملا ان الشرط ذاته يعدل احيانا كما هو الحال بالنسبة لساعات العمل اذا كانت اكثر من الحد القانوني، فانها تعدل الى الحد الاعلى الذي قرره القانون. والاجرة اذا كانت

(1) استاذنا د. منصور حاتم محسن, مصدر سابق, ص 170, د. عبد العزيز المرسى حمود, مصدر سابق, ص 62, وهو ينقل هذا الرأي عن د. حمدي عبد الرحمن, شرح قانون العمل, 1975, ص 32, انظر كذلك د. عادل حسن علي السيد, مصدر سابق, ص 160, وهو ينقل هذا الرأي عن كل من د. إسماعيل غانم, شرح قانون العمل, 1961, ص 79, د. محمد لبيب شنب, شرح قانون العمل, ط 4, 1983, ص 27, د. حسام الدين الاهواني, شرح قانون العمل, 1983, ص 72 وغيرهم.

(2) محمود جمال الدين زكي, شرح قانون العمل, 1983, ص 90, نقلا عن د. عادل حسن علي السيد, مصدر سابق, ص 161.

(3) د. حمدي عبد الرحمن, شرح قانون العمل, 1975, ص 33, نقلا عن د. عادل حسن علي السيد, مصدر سابق, ص 161, حيث لا يوافق على القول بتكليف ابطال الشرط بانه تعديل لعقد العمل.

اقل من الحد الاعلى فانها تزداد (ترفع) الى الحد الأدنى للاجور¹⁸² (1). وهذا يؤكد ان الامر لا يكون انقاصا في الاحوال كلها بل تعديلا (بالزيادة احيانا).

اما اذا كان للشرط مقابل يزول معه كما في شرط عدم المنافسة بين العامل ورب العمل فان التكليف الذي نراه الاقرب للصحة هو انها تجزئة للعقد لان العقد يزول جزء منه يتكون من التزامات متقابلة فاعامل يزول عنه قيد عدم المنافسة ويفقد التعويض الذي يتقاضاه لذلك وهو ما فصله فيما يأتي:-

شرط عدم المنافسة اتفاق بين رب العمل والعامل على الا يجوز للعامل بعد انتهاء عقد العمل ان ينافس رب العمل ولا ان يشترك في اي مشروع يقوم بمنافسته (2). ويشترط لصحة هذا الاتفاق ان يكون العامل بالغاً سن الرشد وقت ابرام عقد العمل وان يكون الشرط محددا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ويقتصر على الحد الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (3). وهذا القدر من شروط صحة شرط عدم المنافسة مشترك بين القانونين المدني العراقي والمدني المصري. واشترط القانون المدني العراقي فوق ذلك ان لا يؤثر هذا الشرط على مستقبل العامل الاقتصادي بما ينافي العدالة واخيرا اشترطت الفقرة 2 -د من المادة 910 من القانون المدني العراقي (وان يقرر العقد للعامل تعويضا

عن هذا القيد الوارد على حريته في العمل يتناسب مع مدى هذا القيد) كما يمكن ان يتضمن التعهد بعدم المنافسة شرطاً جزائياً⁽⁴⁾.

فاذا تمت مخالفة اي من شروط صحة هذا الاتفاق فان القانون لم يحدد ما هو الجزاء بالضبط. وهناك بصدد هذا الموضوع مذهبين. فلو فرضنا ان الاتفاق لم يكن محدداً من حيث الزمان او كانت المدة المحددة مغالى فيها بحيث تتجاوز تلك المدة اللازمة لحماية رب العمل , يذهب اتجاه في القضاء الفرنسي الى ابطال شرط عدم المنافسة المغالى فيه من

-
- (1) نصت المادة **47** من قانون العمل العراقي رقم **71** لسنة **1987** على ما يلي (لا يجوز الاتفاق بين صاحب العمل والعمال على اجر اقل من الحد الأدنى لاجر العامل غير الماهر).
 - (2) انظر المادة **1-910** مدني عراقي والمادة **1-686** مدني مصري.
 - (3) انظر المادة **2-910** مدني عراقي والمادة **2-686** مدني مصري.
 - (4) انظر المادة **1-911** مدني عراقي والمادة **687** مدني مصري.

حيث مدته⁽¹⁾. وحيث ان هذا الحل يؤدي الى اهدار الحماية لرب العمل من منافسة العامل له. فقد عُدَّ غير عادل. وظهر اتجاه في القضاء الفرنسي يقضي بانقاص مدة شرط عدم المنافسة الى القدر اللازم لحماية مصلحة رب العمل فيبقى شرط عدم المنافسة صحيحاً بالقدر اللازم لحماية مصلحة رب العمل ويظل ما زاد على ذلك⁽²⁾.

وفي مصر هناك من يؤيد بطلان شرط عدم المنافسة كلياً⁽³⁾ وهناك من يؤيد انقاص مدته وابطال الزيادة وحدها⁽⁴⁾. ويرى في ذلك تطبيقاً للمادة **143** من القانون المدني المصري حيث يمكن فصل الجزء الباطل عن الجزء الصحيح من مدة الشرط فاذا تبين ان رب العمل ما كان ليبرم الاتفاق لو علم ان مدته ستتقص ابطال الاتفاق برمته. وفي العراق يؤيد بعض الفقه اقتصار البطلان على ما يجاوز المدة اللازمة لحماية مصالح رب العمل⁽⁵⁾.

اما رأينا فانه. ومن مراجعة نصوص القانون المدني الخاصة بشرط عدم المنافسة (المادة **910-911** من القانون المدني العراقي و (المادة **686-687**) من القانون المدني

المصري نجد انها وضعت (شروطا لصحة هذا الاتفاق) والمقصود شرط عدم المنافسة ولذلك فان مخالفة أي من هذه الشروط يجعل شرط عدم المنافسة (ليس صحيحا) اي شرطا باطلا .واذا

(1) انظر في ذلك Bernard Teyssie:Reflexion sor les consequences de la nullite d'une clause d'un contrat ,dalloz 1976 p28.

نقلا عن د.براهيم الدسوقي ابو الليل ,البطلان الجزئي,مصدر سابق,ص166.

(2) انظر في هذا الاتجاه,احكام القضاء الفرنسي : باريس 15 اكتوبر 1954 .دالوز 1955-77 قسم الاحكام

المختصرة نقض اجتماعي فرنسي 21 اكتوبر 1960 , المجموعة 5-1960 رقم 912 , ص699,

كولمار 11 يناير 1964 الاسبوع القانوني 1965 رقم 14267 .اجتماعي فرنسي 8 مايو 1967 ,

دالوز 1967 ,ص8690. نقلا عن د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل ,المصدر السابق ,ص167.

(3) انظر سهير منتصر ,شروط عدم المنافسة في عقود العمل الفردية والجماعية في القانون المصري والفرنسي

1982 ,ص51, نقلا عن د.عادل حسن علي السيد ,مصدر سابق , ص183.

(4) د.عادل حسن علي السيد, مصدر سابق,ص183-ص184.

(5) استاذنا د.محمد علي الطائي, التكييف القانوني لمركز العامل في نطاق علاقات العمل ,بحث منشور في مجلة

العدالة ,تصدرها وزارة العدل ,العدد الاول,السنة الثانية,2000, ص75-ص76. نقلا عن استاذنا

د.منصور حاتم محسن,مصدر سابق, ص170.

اريد حماية الطرف الضعيف اي العامل وجب ان يكون هذا البطلان كليا. ولا يردع رب

العمل غير ذلك فلا يبقى امامه الا عمل184فاق جديد على شرط عدم منافسة جديد وفقا

للقانون. واما تطبيق احكام المادة 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من

القانون المدني المصري. والقول بان رب العمل اذا تبين انه (ما كان يبرم الاتفاق لو علم

ان مدته ستقتصر على ذلك فان الاتفاق باكملة يبطل) (1) ، قول غير منطقي، فرب العمل

الذي لم يرض بمدة اقصر لعدم المنافسة، كيف ينصفه القانون بابطال شرط عدم المنافسة

كلها فيحرمه من اية حماية.

وشرط عدم المنافسة اذا كان ضمن عقد العمل، فان بطلانه كليا يؤدي الى زوال جزء

من العقد يتمثل بالشرط نفسه بوصفه قيда على العامل (فهو التزام سلبي) ويقابله التعويض

الذي نص عليه القانون(2). فالشرط وعوضه يمثلان جزء عقد بزواله يتجزأ عقد العمل.

اما اذا كان الشرط في اتفاق مستقل عن عقد العمل فانه على القول بابطاله جزئيا في المدة الزائدة وابقائه بالقدر الضروري لحماية مصالح العامل يتجزأ العقد ايضا فتزول منه المدة الزائدة والنسبة التي تقابلها من عوض الشرط . هذا وقد نصت المادة **2-911** من القانون المدني العراقي على ما يلي (اما اذا وقعت في الشرط الجزائي مبالغة تجعله وسيلة لاجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة اطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا . ويسري بطلانه الى شرط عدم المنافسة ايضا) وهي توافق حكم المادة **687** من القانون المدني المصري. ومنها نرى انصراف ارادة المشرع الى البطلان الكلي لشرط عدم المنافسة عندما لا تتم مراعاة الشروط القانونية ولم يجعل الحل انقاص قيمة الشرط الجزائي وفي هذه الحال يتجزأ العقد كذلك اذا كان الشرط واردا ضمن عقد العمل حيث يزول من عقد العمل الشرط وما يقابله من العوض, وهو جزء عقد تتحقق به تجزئة العقد على النحو الذي عرضناه ويظل الباقي من العقد نفسه صحيحا.

وهناك شبه بين القواعد القانونية في البطلان التي تفرض تجزئة العقد باستبعاد شقه الباطل جبرا على المتعاقد وبين الرأي السائد في **الفقه الاسلامي**, والذي ياخذ بالمعيار

(1) د. عادل حسن علي السيد, مصدر سابق, ص184.

(2) راجع الفقرة 2- د من المادة **910** مدني عراقي . وكذلك د.عادل حسن علي السيد, مصدر سابق, ص183.

الموضوعي في مشروعية تفريق الصفقة من جهة ان المعيار الموضوعي لتجزئة العقد (لتفريق الصفقة) لا يعول على قصد المتعاقدين وانما على القابلية للتجزئة من الناحية 185 المادية بالدرجة الاساس. اي انهما يلتقيان من ناحية عدم التعويل على قصد المتعاقدين. ولذلك سنعرض فيما يلي لتطبيقات تفريق الصفقة بسبب بطلان جزء من العقد في اقوال فقهاء المذاهب الاسلامية:-

ففي الفقه الجعفري اذا تضمنت الصفقة ما يجوز بيعه وما لا يجوز صحت فيما يجوز بيعه بحصته من الثمن جاء في كتاب المكاسب (لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة واحدة بثمن واحد صح في المملوك عندنا)(1) ولان الصفقة تتفرق هنا يثبت خيار تفريق الصفقة للمشتري كما في موارد تفرق الصفقة كلها عند من يقول بهذا

الخيار حيث للمشتري ان يفسخ الباقي من العقد او يبقيه بالحصة من الثمن.(2) ومن هذا نلاحظ عدم اهدار قصد المتعاقد.

واذا تضمنت الصفقة شرطا فاسدا(3)، فما اثره على العقد؟ لا خلاف ان الشرط اذا كان فاسدا فلا يجب الوفاء به. كما انه اذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد (كاشتراط عدم التملك في عقد البيع) او مستلزما للمحال (كاشتراط بيع المبيع من البائع لانه يسبب الدور) او مستلزما لجهالة احد العوضين (كما لو قال اشتريت منك الفرس بشرط ان يكون له العديد من الصفات الحسنة) او مخالفا للكتاب كأن يشترط ان يعمل الخشب المبيع صنما وعموما اذا ادى الشرط الى اختلال ركن العقد ، فانه يفسد العقد ايضا(4).

اما اذا كانت الاستحالة في الشرط نفسه او مخالفة كتاب الله في الشرط نفسه كأن يقول بعثك الكتاب بشرط ان تشرب الخمر او لم يكن في الشرط فائدة لأحد . قيل يبطل

(1) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، تعليق السيد محمد كلانتر، الجزء التاسع ، مصدر سابق، ص276.

(2) الشيخ زين الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص122.

(3) يشترط لصحة الشرط امور اهمها: 1- ان لا يخالف الشرع، 2- لا ينافي مقتضى العقد، 3- ان يذكر ضمن العقد

صريحا او ضمنا او يذكر قبل العقد ويبين العقد عليه. 4- ان يكون مقدورا. 5- ان لا يكون مجهولا ويؤدي

الى جهالة البيع. السيد عبد الاعلى السبزواري، مصدر سابق، ص220 فاذا لم تتحقق هذه الشروط كان

الشرط فاسدا.

(4) محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، عرض واستدلال، الجزء الثالث، ص5، مؤسسة

انصاريان، قم، ايران، 2004، ص179-ص182.

العقد ايضا(1) وقيل يبطل الشرط دون العقب(2).

وللقائلين بفساد العقد ايضا حجتان (الاولى) ان للشرط قسط من العوض فاذا سقط صار العوض مجهولا و(الثانية) ان التراضي حصل على العقد و الشرط فبدون الشرط تصبح المعاملة لا عن تراضٍ وتصبح المعاوضة اخرى تحتاج الى تراضٍ جديد وانشاء جديد وبدونه يكون التصرف اكلا للمال لا عن تراضٍ(3) . اما رد القائلين بعدم فساد العقد دائما اذا فسد الشرط فيقولون(منع مقابلة الشرط بشيء من العوضين عرفا ولا شرعا لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن وغاية الامر كون الشرط قيذا لاحدهما يكون له دخل في زيادة العوض ونقصانه والشرع لم يحكم على هذا العقد الا بامضائه على

النحو الواقع عليه فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين .ولذا لم يكن في فقده الا الخيار بين الفسخ والامضاء مجانا(4).

ثم ان القيد قد يكون ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا فاذا انتفى القيد (الشرط) انتفى المطلوب (لانه ركنه) .ولكن القيد قد لا يكون ركنا ككون العبد صحيحا .ان الشرط هنا ليس من قبيل الاول فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط، تصرف لا عن تراض(5). (نعم غاية الامر ان فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين). (6) فاذا فسد الشرط وصح العقد على قول القائلين بذلك، هل يعطى المتعاقد الخيار كما في حال فوات الشرط الصحيح؟ قيل (الاقوى في المقام عدم الخيار)(7). وقيل يعطى الخيار بين الفسخ

(1) العلامة الحلي , الحسن بن يوسف بن مظفر، تذكرة الفقهاء، الجزء الاول، القسم الاول، مطبعة النجف، 1375هـ، ص165.

(2) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص40. السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص58. محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص182.

(3) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص41-ص42.

(4) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص42.

(5) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص43.

(6) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص43.

(7) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص46.

والامضاء لان رضاء المتعاقد نيظ بالشرط ولو كان فاسدا(1) وفي الاحوال كلها لا يؤخذ

187

من الثمن شيء كما هو الحال في فوات الشرط الصحيح لعدم الوفاء به فلا يترتب على ذلك الا خيار المشتراط(2) اما اذا كان الشرط بمعنى الجزء وليس القيد(3) (فان وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفاتت .وبالجملة فالفاتت عرفا وفي الحقيقية هو الجزء وان كان بصورة الشرط فلا يجري فيه ما مر من عدم التقابل الا بين

نفس العوضين.)⁽⁴⁾ ومعنى هذا يطبق ليس حكم فساد شرط في العقد وانما فساد (بطلان) جزء من العقد والذي سبق بيان حكمه.

وفي المذاهب الاسلامية الاخرى الخلافات نفسها على تفصيل في كل مذهب ففي المذهب الشافعي جاء في كتاب المجموع (اذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد ... ففيه قولان) (احدهما) تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز (والقول الثاني) ان الصفقة لا تتفرق فيبطل العقد فيها واختلف اصحابنا في علته فمنهم من قال يبطل لان العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم كما لو جمع بين اختين في النكاح او باع درهما بدرهمين ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن)⁽⁵⁾ ويكون الحل هو البطلان الكلي اذا عللنا البطلان بالجمع بين الحلال والحرام اما اذا كان التعليل بجهالة الثمن يقول النووي (وان قلنا ان العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الاجزاء لان العوض غير مجهول ولا يبطل الرهن والهبة لانه لا عوض فيه)⁽⁶⁾.

وعلى القول بتفريق الصفقة) يتخير المشتري ان جهل الحال لضرار التبعض فان كان عالما فلا خيار له لتقصيره)⁽⁷⁾.

(1) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 183.

(2) السيد علي السيستاني، مصدر سابق، ص 58-59، السيد عبد الاعلى السيزواري، مصدر سابق، ص 220.

(3) يراجع المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول في الفرق بين الشرط والجزء.

(4) الشيخ مرتضى الانصاري، المصدر السابق، ص 37.

(5) النووي، المجموع، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص 469.

(6) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

(7) الشرييني، مغني المحتاج، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 55.

وفي الفقه الحنفي اقوال متباينة بشأن هذه الفروض. جاء في بدائع الصنائع (ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع، بان جمع بين حر وعبد او بين عصير وخمر او بين ذكية وميتة، وباعهما صفقة واحدة، فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن، لم ينعقد اصلا بالاجماع. وان بَنَ فكَذلك عند ابي حنيفة، وعندهما يجوز في العصير

والعبد والذكية, ويبطل في الحر والخمر والميتة⁽¹⁾. ويعلل حكم ابي حنيفة ب(ان الصفقة واحدة وقد فسدت في احدهما, فلا تصح في الاخر)⁽²⁾. (ووجهة قولهما ان الفساد بقدر المفسد لان الحكم يثبت بقدر العلة, والمفسد خص احدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجيء من قبل جهالة الثمن فاذا بين حصة كل منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى)⁽³⁾ ومن هذا يتضح ان القول بتفريق الصفقة (اي بتجزئة العقد) هنا يعتمد انتفاء السبب الذي يستدعي الفساد في نظر الفقيه فاذا وجد التفريق يسبب جهالة حكم ببطلان الكل, واذا لم يسبب التفريق جهالة, صح الجزء الصحيح وبطل الجزء الباطل.

المبحث الرابع

تجزئة العقد المهدد بالبطلان في جزء منه

قد يستجمع العقد اركانه كلها, سالمة وشروطها القانونية متحققة انما يكون العيب في صحة التراضي على الرغم من وجوده. ولان المصلحة التي تقتضي الحماية هنا هي مصلحة المتعاقد الخاصة⁽⁴⁾, لم يقرر المشرع ان يجعل حكم هذا العقد المعيب, البطلان, ففي القانون المدني العراقي يعد مثل هذا العقد موقوفا, اي ان له وجوده القانوني ولكنه لا ينتج اياً من اثاره⁽⁵⁾. وفي القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي يكون العقد موجودا

(1) الكاساني, بدائع الصنائع, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص338.

(2) المصدر نفسه, الموضع نفسه.

(3) المصدر نفسه, الموضع نفسه.

(4) انظر بهذا المعنى استاذنا د. منصور حاتم محسن, مصدر سابق, ص24 وما بعدها.

(5) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص114. وليست اسباب توقف العقد في القانون

المدني العراقي محصورة بعيوب الرضا كما سنرى لاحقا.

قانونا وناظرا ولكنه قابل للإبطال. ففي المصدرين هناك خطر يهدد هذا العقد. ففي القانون المدني العراقي للمتعاقد الذي جاء التوقف لحمايته ان ينقض العقد كما له ان يجيزه خلال المدة المحددة في القانون وفي القانون المدني المصري للمتعاقد ان يطلب ابطال هذا العقد ايضا. والذي يهمنا في موضوع تجزئة العقد هو معرفة مصير العقد الموقوف في جزء منه

فقط والعقد القابل للإبطال في جزء منه فقط، ومتى يبطل كله أو يزول جزء منه فقط. فنبحث موضوعنا موزعينه على مطلبين يتناول الأول تجزئة العقد الموقوف في جزء منه، ويتناول الثاني تجزئة العقد القابل للإبطال في جزء منه.

المطلب الأول

تجزئة العقد الموقوف في جزء منه

العقد الموقوف تعبير استعاره القانون المدني العراقي والقوانين التي جرت مجراه من الفقه الاسلامي. ويعني وقف العقد (عدم افادة حكمه في الحال فلا تنتقل الملكية الى العاقد الاخر حتى ينفذ العقد بالاجازة الصريحة او الضمنية)⁽¹⁾.

والعقد الموقوف قسم من اقسام العقد الصحيح اذ نصت المادة **133-2** من القانون المدني العراقي على انه (اذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال).⁽²⁾

(1) د.محمود سعد الدين الشریف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص 247، وعرفت مجلة الاحكام العدلية البيع الموقوف في المادة 111 بقولها (البيع الموقوف هو الذي تعلق به حق الغير كبيع الفضولي). انظر في تفصيل ذلك، محمد سعيد الراوي، مصدر سابق، ص 12، سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سابق، ص 66.

(2) وتوقف العقد ليس مرتبة من مراتب بطلانه. فمع انهما يشتركان من حيث عدم انتاج العقد الموقوف اثرا قبل الاجازة الا ان العقد الموقوف له وجود مادي وقانوني اما العقد الباطل فلا وجود قانوني له. والعقد الموقوف تلحقه الاجازة ويصح بالتقادم بخلاف العقد الباطل. والعقد الموقوف يجيزه او ينقضه من تم التوقف لمصلحته بخلاف العقد الباطل فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه ويحكم القاضي بالبطلان من تلقاء نفسه، انظر في تفصيل المقارنة، استاذنا د.ميري كاظم عبيد، مصدر سابق، ص 220-224.

وحالات توقف العقد في القانون المدني العراقي يمكن ردها الى (مواطن اختلال الرضاء، سواء نشأ ذلك عن نقص في الاهلية او عن عيب في الرضاء لا يضاف اليها الا تصرف الفضولي في ملك غيره)⁽¹⁾ ويمكن تلخيص هذه الحالات فيما يلي:

اولاً: عقد ناقص الاهلية لصغر او سفه او غفلة اذا كان من المعاوضات ينعقد موقوفاً على اجازة وليه او اجازته هو بعد بلوغه اذا كان له ولي عند تعاقدته(2).

ثانياً: اذا عيبت ارادة المتعاقد بعيب الاكراه او الغلط او التغرير مع الغبن(3).

ثالثاً: اذا تصرف احد في ملك غيره فضولاً. وعموماً تقع تصرفات الفضولي موقوفة على اجازة الاصيل بما في ذلك تجاوز الوكيل حدود الوكالة او تصرفه دون توكيل اصلاً(4).

ويتوقف مصير العقد الموقوف على ما يحصل له من اجازة او تقادم او نقض فاذا اجيز, نفذ, وكذلك اذا انقضت المدة التي حددها القانون للتقادم ولم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد فانه يعد نافذاً ويجب استخدام خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر من وقت زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير. او من وقت علم الولي بصدور العقد او علم المالك بصدور عقد الفضولي(5).

هذا ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي ينظم حال حصول سبب التوقف في جزء فقط من العقد كما لو وقع غلط المتعاقد في واحد من عدة اشياء تعاقد عليها او باع شخص مالا يملكه ومالا اخر معه لا يملكه بل كان فضولياً في بيعه, او حصل من المتعاقد

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص115.

(2) المادة 97 من القانون المدني العراقي, د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, المصدر السابق, ص69 و ص72,

استاذنا د.ميري كاظم عبيد, مصدر سابق, ص16.

(3) المواد (115, 117, 121) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة 1-135 والمادة 1-944 من القانون المدني العراقي.

(5) انظر المواد 134, 135, 136 من القانون المدني العراقي, انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم وآخرون,

الجزء الاول, مصدر سابق, ص117. هذا واذا كان سبب التوقف راجع الى مجاوزة الوكيل حدود الوكالة

عالجت المادة 2-944 مدني عراقي ذلك بان يحدد المتعاقد مع الوكيل ميعاداً للاصيل يجيز فيه التعاقد فان لم

تصدر الاجازة خلال ذلك تحلل من العقد. وهو خلاف القاعدة التي ذكرناها في الاجازة والتقادم.

تغرير بوسائل التغرير التي بينها القانون والفقه, بالنسبة لبعض من الاشياء التي تم التعاقد

عليها وتحقق فيها غبن فاحش يسوغ توقف العقد بالنسبة لهذه الاشياء.¹⁹¹

ولا شك انه دون نص قانوني يقضي بان التوقف يقتصر على الجزء الموقوف من العقد فان المتعاقد يستطيع ان يطلب نقض العقد كله ولو كان التوقف قد تحقق سببه في جزء من العقد, ذلك لان مثل هذا المتعاقد يكون مع اصالة وحدة العملية التعاقدية. وهو ما لا يتماشى مع توجه المشرع العراقي في القانون المدني الذي يذهب الى (تصحيح العقود قدر الامكان)⁽¹⁾ والمادة **139** من القانون المدني العراقي تشهد بذلك.

ولا نتفق مع من تذهب الى عدم الحاجة الى هذا النص وان اقتصار (تطبيق فكرة الانتقاص على العقد الباطل دون ان يشمل العقد الموقوف.... هو وضع صحيح فالعقد الموقوف بعد ان يتقرر مصيره بالبطلان يعد كالعقد الباطل لا حكم له من وقت نشوئه فالمشرع بذكره العقد الباطل في النص انما شمل بذلك ايضا العقد الموقوف بعد ان تقرر مصيره بالبطلان)⁽²⁾.

وهذا القول يغفل ان المتعاقد الذي يستعمل خياره في نقض العقد الموقوف لمصلحته قد يختار نقض العقد كله كما اسلفنا ويصعب منعه من ذلك او على الاقل يكون عبء اثبات ان العقد كان سيتم بدون الجزء الذي وقع موقوفا على المتعاقد الاخر فاذا لم يثبت ذلك نُقض العقد كله وهو خلاف توجه المشرع العراقي الذي افترض في المادة **139** من القانون المدني ان العقد يتجزأ وان البطلان يقتصر على الجزء الباطل فجعل الاصل مع من يتمسك بالباقي من العقد.

ولذلك نعتقد ان هذا النص الذي يشمل العقد الموقوف لا غنى عنه ويمكن ان تكون صيغته على النحو التالي (اذا كان العقد في جزء منه موقوفا, فان خيار العاقد في النقص يقتصر على الجزء الموقوف. اما الباقي من العقد فيظل عقداً صحيحاً نافذاً, الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الجزء الذي وقع موقوفاً).⁽¹⁾

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 125.

(2) د. ندى عبد الكاظم حسين, نظرية انتقاص العقد, مصدر سابق, ص 35.

(3) ولغرض الفائدة ننقل نص المادة **169** من القانون المدني الاردني التي تناولت في فقرتها الاولى حكم العقد

الباطل في شق منه وفي فقرتها الثانية حكم العقد الموقوف في شق منه, فلم يغنه حكم العقد
وقد تسنى للقضاء العراقي في بعض الاحكام تجزئة العقد الموقوف في جزء منه

عندما لم تحصل اجازة هذا الجزء الموقوف بل تمت المطالبة بنقضه فاقصر النقص

(الابطال) على ذلك الجزء وحده. ففي دعوى قام المدعى عليه فيها بنقل ملكية السيارة المملوكة لمورث المدعين باسمه على الرغم من انه وكيل عن بعض منهم وانه غير مخول بالبيع بموجب تلك الوكالة واستعمل وصايته على الشركاء القاصرين ودون اذن مجلس رعاية القاصرين. ابطلت محكمة الموضوع تسجيل السيارة المسجلة باسم المدعى عليه واعادت تسجيلها باسماء الورثة وحسب القسام الشرعي. نقضت محكمة التمييز هذا الحكم وجاء في قرارها(ان المدعى عليه سجل سيارة باسمه رغم انه وكيل عن البعض من الشركاء فيها دون ان يكون مخولا بالبيع كما انه وصي على القاصرين الشركاء وان الاذن الذي استخلصه من رعاية القاصرين لم يكن بموافقة مجلس رعاية القاصرين كما يتطلب ذلك قانون رعاية القاصرين كل هذه العيوب تجعل من بيع السيارة وتسجيلها باسم المدعى عليه قابلة للابطال بحق المدعية والاشخاص الثلاثة استنادا لاحكام الوكالة(1) والمادة **592** من القانون المدني(2) وحيث ان المحكمة قضت بابطال البيع بالنسبة للورثة كافة دون طلب البعض منه مما اخل بصحة حكمها لذا قرر نقضه من هذه الجهة(3). وحيث انه ليس في القانون المدني العراقي عقد قابل للابطال فالمقصود هو ولا شك العقد الموقوف(4)

-
- البطل عن حكم العقد الموقوف في شق منه(المادة **169**. **1**- اذا كان العقد في شق منه باطلا, بطل العقد كله الا اذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي. **2**. واذا كان العقد في شق منه موقوفا. توقف في الموقوف على الاجازة فان اجيز, نفذ العقد كله وان لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته).
- (1) نظمت المادة **944** مدني عراقي حكم مجاوزة الموكل حدود الوكالة او عمل احد دون توكيل اصلا وجعلت العقد موقوفا على اجازة الموكل.
- (2) نصت المادة **592** مدني عراقي على انه(**1**- ليس للكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها..... **2**- على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا اجازاه من تم البيع لحسابه, متى كان وقت الاجازة حائزا للاهلية الواجبة).
- (3) قرار محكمة التمييز رقم **1806**/مدنية ثالثة/ **2001** في **2001/8/16**. مجلة القضاء. مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق, العددان الاول والثاني, السنة **56**, **2002**, ص.
- (4) د.جعفر الفضلي, الوجيز في العقود المدنية, مصدر سابق, ص **167**.

بموجب احكام الوكالة والمادة **592** الخاصة بشراء الوكلاء لأنفسهم الاموال للموكلين ببيعها. وقد ذهب الحكم الى تجزئة العقد بمقدار ما طُلب نقضه ممن لهم الحق بذلك وقضت محكمة التمييز في قرار ثان (غير منشور) لها(لدى عطف النظر على الحكم المميز والقاضي برد دعوى المدعية وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لثبوت ان المدعية هي من ورثة (س.غ) مورث المدعى عليهم بموجب دعوى تصحيح القسام المرقمة (**4/ب/1993**) وان بيع سهامها قبل ادخالها في القسام أي بتاريخ سابق على تاريخ تصحيح القسام لا يقدح في حقها بطلب ابطال بيع سهامها لان حقها في الميراث حق ثابت وان تصحيح القسام كاشف له وليس منشأ فتعتبر بحكم القانون مالكة سهامها منذ وفاة والدها ويكون البيع الجاري لسهامها صادرا ممن لا يملك سهامها فهو باطل بحكم القانون وكان على المحكمة ملاحظة ذلك عند اصدار حكمها المميز.(1)

وهذا الحكم يتناول حال بيع الشخص ما يملك وما لا يملك (أي بيع الفضولي) فيبطل في الجزء الذي بيع فضالة متى طلب المالك ذلك خلال ثلاثة اشهر من علمه بوقوع البيع على ملكه(2) بينما يبقى البيع صحيحا في الجزء الباقي من المبيع وبذلك يتجزأ العقد الموقوف في جزء منه

وفي قرار اخر غير منشور ايضا.وبعد تصحيح القسام الشرعي ظهر ان المدعية تملك سهامها في الساحبة التي بيعت قبل تصحيح القسام الشرعي فقضت محكمة الموضوع بابطال سلسلة البيوع على الساحبة والاياعاز الى مديرية مرور بابل بتأشير التسجيل بموجب القسام الشرعي المصحح.نقضت محكمة التمييز الحكم واوعزت الى محكمة الموضوع لاصدار الحكم في الدعوى(والذي يجب ان يقتصر على حصة المدعية من الساحبة موضوع الدعوى وليس ابطال سلسلة البيوعات الجارية عليها واعادة تسجيلها باسم ورثة المتوفي (س.ج) حسب ما ورد في القرار المميز لان البيوعات المنصبة على

(1) قرار محكمة التمييز رقم **510/مدنية ثانية/1997** في **1997/6/29** (غير منشور) وبهذا المضمون

نفسه قرار محكمة التمييز المرقم **1045 /مدنية ثانية/ 2000** في **2000/5/28** (غير منشور) حيث تم نقض البيع بالنسبة لسهام الورثة الذين ظهرت حقوقهم بعد تصحيح القسام الشرعي وابقائه بالنسبة لبقية الورثة صحيحا.

حصص باقي الشركاء صحيحة ولا موجب لإبطالها واذ ان المحكمة اصدرت حكمها دون ملاحظة ذلك مما اخل بصحته قرر نقضه⁽¹⁾. وهذا الحكم ايضا تطبيق لتجزئة العقد الموقوف في جزء منه لوقوعه على ملك الغير فيقتصر النقض على الجزء الموقوف ويبقى الجزء الاخر من العقد صحيحا.

وفي دعوى اخرى كان مورث المدعى عليهم قد باع السيارة المرقمة **24125** نينوى سوبر خارج دائرة المرور المختصة وبعد ان استكمل المدعي (المشتري) الاجراءات المطلوبة للتسجيل ظهر ان بعض الورثة قاصرين بينما اقر البالغون بيع مورثهم ولكن محكمة الموضوع ردت طلب المدعي بالاياعاز الى مديرية مرور نينوى بتسجيل السيارة باسمه وفق القرار المرقم **166** في **1999/8/31** فقضت محكمة التمييز (وحيث وجد ان بيع السيارة قد جرى وفق النموذج المعد من مديرية المرور العامة ولاقرار المدعى عليهم البالغين بصحة هذا العقد وكون السيارة في حيازة المدعي, لذا كان على المحكمة ان تقضي بتمليك المدعي سهام الورثة البالغين في السيارة موضوعة الدعوى لتوفر الشروط التي اوجبها قرار مجلس قيادة الثورة رقم **166** لسنة **1999** بالنسبة لسهام هؤلاء وترد الدعوى بقدر سهام القاصرين).⁽²⁾.

وهذا القرار يتناول امورا عديدة، بعضها يخرج عن اطار موضوعنا انما الذي نريد ان نستخلصه منه فكرة تجزئة البيع الذي قضي بصحته بالنسبة للبالغين وابطاله بالنسبة للقاصرين.

وفي الفقه الإسلامي تكثر تطبيقات تفرق الصفقة اذا كانت موقوفة⁽³⁾ في جزء منها

(1) قرار محكمة التمييز رقم **44/مدنية** ثالثة / **2002** في **2002/1/15**. (غير منشور).

(2) قرار محكمة التمييز رقم **2129** /مدنية ثالثة/ **2000** في **2000/12/18** (غير منشور).

(3) العقد الموقوف في الفقه الاسلامي يتحقق في الحالات التي لا تكون للعاقدين فيها⁽¹⁾ الولاية على محل العقد.(2)الولاية على نوع التصرف. والولاية على محل العقد بان يثبت للعاقدين حق الملك في هذا المحل او النيابة عن المالك ولا يتعلق بالمحل حق للغير بان يكون مرهونا او مستأجرا. ولذلك فان عقد الفضولي موقوف لعدم ولايته محل العقد. وكذلك المالك للعين المستأجرة او المرهونة ليست له ولاية كاملة على محل العقد. اما الولاية على التصرف فتتحقق باستكمال القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره والولاية على التصرف هي

الاهلية للتصرف. ولذلك فان العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ولكن نقصه احد عنصرى النفاذ: الملك او الاهلية. د.عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق في الفقه الاسلامي, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص128.

وصحيحة نافذة في الجزء الاخر. ويعد بيع الفضولي لما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة من اكثر تلك التطبيقات.

وفي الفقه الحنفي (اذا كان البيع في شق نافذا وفي شق موقوفا دخل المبيع كله في العقد اذ ينعقد البيع في الشقين, فاذا سقط الشق الموقوف لعدم اجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن, وهذا جائز لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاءً,..... ويتفق في هذا الرأي الائمة الثلاثة ويخالفهم زفر فهو يذهب الى عدم جواز انتقاص العقد في اية حال لان العقد قد وقع على المجموع والمجموع لا يتجزأ)(1).

وفي الفقه الحنبلي, (اذا باع مشاعا بينه وبين غيره بغير اذن شريكه كعبد مشترك بينهما او ما يقسم عليه الثمن بالاجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الاخر ...) واذا(باع عبده وعبد غيره بغير اذنه او عبدا وحرًا... ففيه روايتان)(2) (اي البطلان في الكل والبطلان في الجزء الباطل وحده). فنلاحظ ان في المذهب الحنبلي خلافا في بعض صور بيع الفضولي بين من يقول بالبطلان في الكل ومن يقول في البطلان في الجزء فقط فتتفرق به الصفة.

وفي الفقه الشافعي قولان في المسألة ايضا بناءً على القول بجواز تفرق الصفة من عدمه, فلو باع(عبده وعبد غيره) قيل تبطل في الكل وقيل(تفرق الصفة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز لانه ليس ابطاله فيهما لبطلانه في احدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في احدهما فيبطل حمل احدهما على الاخر وبقي على حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز)(3) (فإن اجاز فبحصته من المسمى باعتبار قيمتهما وفي قول بجميعة)(4).

(1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص142.

(2) ابن قدامة المغني, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص37-ص38, والمقنع, الجزء الثاني, مصدر سابق,

(3) النووي، المجموع، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص 469.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 55.

وفي الفقه المالكي (ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع بينهما فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على اجازته)⁽¹⁾ وهو قول موجز ولكنه بليغ. فالبيع هنا بعضه صحيح نافذ لازم فيما يملك اما فيما لا يملك فموقوف على اجازة المالك. ومقتضى هذا القول ان المالك لو رد في حصته بطلت لوحدها. وهو معنى تفرق الصفقة.

وفي الفقه الجعفري خلاف بين من يقول بصحة بيع الفضولي وبين من يقول ببطلانه. فاذا باع ما يملك مع ما لا يملك يتوقف الحكم على القول بصحة بيع الفضولي من عدمها) لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطلان الفضولي، فالظاهر ان حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله والحكم فيه الصحة لظهور الاجماع بل دعواه من غير واحد)⁽²⁾.

(اما القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الريب في الصحة مع الاجازة بل وكذا مع الرد فانه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك. غاية الامر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله بالمال عند علمائنا كما في التذكرة ثم ان البيع المذكور صحيح بالنسبة الى المملوك بحصته من الثمن وموقوف في غيره بحصته)⁽³⁾. يضاف الى ذلك، اذا لم يجز المالك و(اراد المشتري رد الجميع كان له ذلك)⁽⁴⁾.

وهذا مفهوم لان الصفقة تفرقت على المشتري فيكون له الخيار بين الامضاء بالحصصة وبين رد الجميع. وهذا هو خيار تبويض الصفقة⁽⁵⁾ ويشترط بعض الفقهاء لاعطاء الخيار المذكور ان يكون المشتري جاهلا بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع⁽⁶⁾.

(1) ابن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص 172.

(2) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، بتعليق السيد كلانتر، الجزء التاسع، مصدر سابق، ص 230.

(3) المصدر السابق نفسه، ص 231-232.

- (4) المحقق الحلي، شرائع الاسلام، المجلد الاول، مصدر سابق، ص165.
- (5) السيد عبد الاعلى السبزواري، مصدر سابق، ص214، السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص30.
- (6) زين الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص22.

المطلب الثاني

تجزئة العقد القابل للإبطال في جزء منه

اتبع القانون المدني المصري نهج القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بأثر نقص او عوارض الاهلية⁽¹⁾ وعيوب التراضي⁽²⁾، على العقد فجعله قابلا للإبطال ممن تقرر هذا الحق لمصلحته يضاف الى ذلك النصوص القانونية الاخرى في القانون المدني المصري التي قررت ان يكون العقد قابلا للإبطال رعاية لمصلحة المتعاقد الخاصة⁽³⁾.

يتضح من هذا ان العقد القابل للإبطال يقابل في بعض حالاته، الحالات التي يواجهها العقد الموقوف في القانون المدني العراقي⁽⁴⁾. والعقد القابل للإبطال، وان كان به عيب يجعله مهددا بالإبطال، فانه عقد صحيح منتج لاثاره⁽⁵⁾. ويجوز لمن شرع الحق في الإبطال

-
- (1) جعلت المادة 111-2 مدني مصري، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر الصادر من الصبي المميز قابله للإبطال لمصلحته، وكذلك الحكم بالنسبة للنفية وذوي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر (المادة 115-1 مدني مصري) وكذلك تصرفات من يحتاج الى المساعدة القضائية اذا تمت دون معاونة المساعد (المادة 117-2 مدني مصري).

- (2) انظر المواد 129، 127، 125، 122، 120، من القانون المدني المصري.

- (3) كالمادة 466 من القانون المدني لمصري الخاصة ببيع الشيء المعين بالذات المملوك للغير.

- (4) استاذنا د. منصور حاتم محسن، مصدر سابق، ص40.

ويتفق العقد القابل للإبطال مع العقد الموقوف في ان لكل منهما وجودا قانونيا كاملا وكلاهما متأرجح بين الصحة والبطان اي مهددان بالبطان وخيار الاجازة والنقض مقتصر على العاقد الذي شرع لمصلحته في كليهما فيصح العقد بالاجازة نهائيا ويبطل بالنقض نهائيا وبأثر رجعي من الابتداء ومعظم اسبابهما مشتركة كنقص الاهلية وعيوب التراضي وعدم الولاية على المال. ولكنهما يختلفان من حيث مدد التقادم وفي حكم بيع ملك الغير ويختلفان من حيث اثر الاجازة بالنسبة لحقوق الغير فتزيلها في العقد الموقوف وتبقى هذه الحقوق في العقد القابل للإبطال كما يختلفان من حيث ان العقد الموقوف لا ينتج اثرا في فترة سباته بخلاف العقد القابل

للابطال .ولذلك يفضل العقد الموقوف العقد القابل للابطال ولاسيما من حيث عدم انتاجه الاثر حتى يجاز فهذا مدعاة لاستقرار التعامل لا ان ينفذ ثم قد يبطل.

انظر في ذلك استاذنا د.ميري كاظم عبيد,مصدر سابق,ص220-ص224.

(5) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ,الوسيط,الجزء الاول,مصدر سابق,ص491 حيث يقول ان العقد في المرحلة الاولى قبل ان يتقرر بطلانه يكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل فينتج الاثار القانونية كلها التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا.انظر كذلك نظرية العقد,مصدر سابق,ص617,والوجيز ,ص198,انظر كذلك د.رمضان ابو السعود,مصادر الالتزام,مصدر سابق,ص167-ص168 , د.عبد الفتاح عبد الباقي, مصدر سابق,ص262.

لمصلحته ان يتمسك بابطاله . فاذا قضي له بذلك، عَدَّ باطلا و زال العقد باثر رجعي وعَدَّ 198
كأن لم يكن⁽¹⁾. كما يمكن ابطاله بتراضي عاقديه⁽²⁾. ولذلك لا يكفي برأينا القول بان العقد القابل للابطال عقد صحيح وانما هو (عقد صحيح مهدد بالبطلان) حتى اذا زال هذا التهديد باحد اسباب زواله صار عقدا صحيحا ولا يعود قابلا للابطال ابدًا.⁽³⁾

فاذا كان العقد قابلا للابطال في شق منه فقط امكن تطبيق المادة **143** مدني مصري عليه والتي تنص على انه(اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال فيبطل العقد كله). ومفاد هذا التطبيق ان الاصل، ان للمتعاقد ابطال الشق القابل للابطال وحده وهو الشق الذي لم تتوفر بالنسبة اليه اهلية التعاقد اللازمة او حصل بشأنه غلط او تدليس او استغلال او سبب من الاسباب التي نص القانون على جعلها سببا لقابلية العقد للابطال, ما لم يثبت ان العقد ما كان ليتم بدون الشق القابل للابطال فيكون للمتعاقد طلب ابطال العقد كله.

وهكذا تكون ازالة الجزء الذي وقع قابلا للابطال مباشرة وبخطوة واحدة فلا نحتاج الى الابطال اولا ثم الى الانتقاص او التجزئة ثانياً وانما يتم الانتقاص على العقد القابل للابطال في شق منه وبدون ذلك لا يكون للنص المصري(المادة **143**) مدني في ذكره العقد القابل للابطال من معنى , ولأصبح هو والنص العراقي(المادة **139**) مدني سواء.
كما انه بدون النص على العقد القابل للابطال في ضمن المادة **143** مدني مصري يكون للعقد ان يطلب ابطال العقد كله دون حاجة الى إثبات ان العقد ما كان ليتم

(1) د.حسن علي الذنون, محاضرات, مصدر سابق, ص73, د.رمضان ابو السعود, المصدر السابق, ص169.

(2) د.عبد الفتاح عبد الباقي, المصدر السابق, ص261.

(3) والعقد القابل للإبطال يختلف عن العقد الباطل من ناحية من له التمسك بالإبطال أو البطلان كما ان الاجازة والتقديم لا يردان على العقد الباطل وهما يردان على العقد القابل للإبطال. كما يختلفان من حيث مدة التقديم بالنسبة لدعوى البطلان وهو التقديم الطويل بينما هو اقل من ذلك باختلاف القوانين بالنسبة للعقد القابل للإبطال, انظر في ذلك, د.عبد الرزاق احمد السنهاوري, نظرية العقد, مصدر سابق, ص615, د.عبد الفتاح عبد الباقي, مصدر سابق, ص272, د.رمضان ابو السعود, مصدر سابق, ص181-182, محمد محمود المصري, مصدر سابق, ص54-55, د.محمد عبد الرحيم عنبر, مصدر سابق, ص57.

بدون الشق الذي وقع قابلا للإبطال, وذلك متى كان هذا العقد قابلا للإبطال في شق منه⁽¹⁾ ولعل من تطبيقات تجزئة العقد القابل للإبطال في جزء منه, المثل الذي ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري. وهو ان يباع ورد على عدة اشياء وقع العاقد في غلط جوهري⁽²⁾ بشأن شيء منها فلا يصيب البطلان النسبي (اي القابلية للإبطال) من العقد الا الشق الذي قام به سببه وعلى ذلك يبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا ويظل البيع فيما بقي من العقد صحيحا بوصفه عقدا مستقلا. ما لم يقيم من يدعي البطلان الدليل على ان الشق الذي بطل بطلانا نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد.⁽³⁾

وكذلك فإن (اثر الغلط قد لا يتركز في جعل العقد قابلا للإبطال, بل قد يكون اثره تجزئة العقد الى جزء باطل وجزء صحيح فيسقط الجزء الباطل من العقد ويبقى الجزء الصحيح بعد اسقاط الجزء الباطل منتجا لاثار العقد في حدود ما تبقى منه)⁽⁴⁾.

ويجب ان يطلب المتعاقد الذي تقرر الحق في ابطال العقد لصالحه ابطال الجزء القابل للإبطال منه وعلى المحكمة ان تجيبه الى طلبه ما لم يثبت المتعاقد المتمسك بإبطال العقد كله بان العقد كله ما كان ليتم من دون الشق الذي وقع قابلا للإبطال فيتم ابطال العقد كله ذلك لان المعيار وفق المادة 143 قصدي يجب النظر فيه الى ارادة المتعاقدين وما انصرفت اليه وقت التعاقد⁽⁵⁾. ومن ناحية اخرى اذا ابدى المتعاقد الاخر

(1) ويطلق الدكتور عبد الرزاق احمد السنهاوري عبارة (انتفاص العقد القابل للإبطال) على ازالة الشق القابل للإبطال من العقد وابقاء شقه الصحيح عقدا مستقلا, الوجيز, مصدر سابق, ص199.

(2) والغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال هو الغلط الجوهرى المشترك مع العاقد الآخر لا الفردى أى يجب أن يكون العاقد الآخر على علم أو من السهل عليه أن يعلم ويجب أن يكون من الجسامة بحيث يتمتع العاقد عن إبرام العقد لو لم يعلم به. وقد نظمت المواد **120, 121, 122, 123, 124** من القانون المدنى المصرى احكام هذا الغلط .

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى , الجزء الثانى, مصدر سابق, ص**260**.

(4) د. عادل حسن على السيد, مصدر سابق, ص**223**.

(5) وقضت محكمة النقض فى مصر (لا يكفى لإبطال العقد فى شق منه بالتطبيق للمادة **143** من القانون المدنى مع بقائه قائماً فى باقى أجزائه, أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب أيضاً أن يكون هذا الانتقاص متعارضاً مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أياً من المتعاقدين ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب فإن البطلان لا بد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على الشق وحده) الطعن رقم **11** لسنة **37** قضائية جلسة **1973/4/21** والطعن رقم **404** لسنة **1934** قضائية جلسة **1968/5/16**.
قمر محمد موسى , الموسوعة الجامعة , الجزء الثانى, ص**960**.

استعداده لتنفيذ العقد فلا يعود للمتعاقد الغالط الحق بالتمسك بإبطال الجزء الذى وقع الغلط
200

بشأنه ذلك لأن هذا خلاف مقتضى حسن النية الذى نصت عليه المادة **124** مدنى بقولها(1). ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية .2. ويبقى بالاختصاص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد). (مثال ذلك أن يعرض بائع العاديات إعطاء المشتري التمثال الاثري الذى اراد شراءه .)(1)

ويمكن كذلك تصور أن يكون العقد قابلاً للإبطال بسبب عيب التدليس(2) الواقع فى شق من العقد. فإذا لجأ أحد المتعاقدين أو نائب عنه على نحو يعلمه المتعاقد إلى حيل من الجسامة بحيث لولاها لما تعاقد المتعاقد الآخر بالنسبة إلى جزء من الصفقة المكونة من عدة أشياء. ففي هذه الحال وكما مر بنا فى عيب الغلط إذا وقع فى جزء من العقد , فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال فى الجزء الذى حصل فيه التدليس وعندئذ للمتعاقد أن يطلب إبطال هذا الجزء دون باقى العقد الذى يظل صحيحاً بوصفه عقداً مستقلاً ما لم يثبت أن العقد كله ما كان ليتم بدون الشق الذى حصل التدليس بالنسبة إليه فيتم إبطال العقد كله.

ويقال الشيء نفسه بالنسبة إلى الإكراه(3) إذا حصل بالنسبة للمتعاقد ليضم فى عقده أشياء لا يريد إدخالها فى العقد إنما أدخلها فى العقد بسبب الرهبة التى أصابته فيمكن تجزئة العقد بإزالة الجزء الذى دخل فى العقد تحت تأثير الإكراه وبقاء العقد بالنسبة للباقي منه صحيحاً وذلك فى دعوى إبطال للإكراه .

وفي عقود الشركات يمكن ان يشوب رضاء احد الشركاء عيب من عيوب الارادة وقت التعاقد كالغلط او التدليس او الاكراه فيقع العقد قابلا للابطال لمصلحة من شاب العيب رضاه . ومتى طلب الشريك الابطال وقضي له به زالت عنه صفة الشرك وتحلل

(1) د.سمير تناغو . نظرية الالتزام , مصدر سابق, ص59. د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص369.

(2) انظر المادتين (125, 126) من القانون المدني المصري, والتدليس يعيب الارادة بسبب الغلط الذي يولده لدى المتعاقد الاخر ومن هذه الجهة يتفق في النتيجة مع الغلط. انظر د.ابراهيم الدسوقي, نظرية الالتزام, مصدر سابق, 370, د.سمير تناغو, نظرية الالتزام, مصدر سابق, ص59.

(3) انظر المادتين (127, 128) من القانون المدني المصري

من التزاماته قبل الشركة واسترد حصته ان كان قد قدمها وامتنع عليه الاشتراك في الارباح تعين عليه ردها ان كان قد قبضها. فاذا كانت الشركة من شركات الاشخاص امتد اثر هذا الابطال الى بقية الشركاء وادى الى انهيار العقد برمته وذلك لان شخصية الشريك في هذا النوع من الشركات محل اعتبار خاص عند التعاقد . بخلاف ما اذا تعلق الامر بشركة من شركات الاموال فان اثر الابطال يقتصر على من شاب العيب رضاه ويظل العقد صحيحا منتجا لاثاره التي تتمثل في خلق شخص معنوي هو الشركة بالنسبة لباقي الشركاء. وخروج احد الشركاء على هذا النحو يؤدي الى تجزئة عقد الشركة بزوال جزء من رأسمالها واحد الشركاء فيها(1).

ولا بد ان ننوه بان المعيار الذي يفرق بين "البطلان المطلق" و"البطلان النسبي" من زاوية المصلحة المحمية حيث الاول يتقرر لحماية المصلحة العامة والثاني لحماية المصالح الخاصة وارتباط المصلحة العامة بفكرة النظام العام، فان فكرة النظام العام ذاتها تتسم بالنسبية من حيث الزمان والمكان(2). ولذلك يمكن ان تكون بعض الحالات التي تقع تحت وصف البطلان المطلق ان تنتقل الى وصف البطلان النسبي في وقت اخر. ففي فرنسا لم يعد البطلان المطلق محافظا على وحدة وتجانس موضوعاته واصبحت مخالفة النظام العام الاقتصادي للحماية تسوغ بطلانا لصالح الاشخاص المحميين فيكون نظامهم هكذا قريبا من نظام البطلان النسبي الذي يترتب على نقص الاهلية(3) ويقول الفقيه الفرنسي جاك غستان كذلك (يعد غياب السبب عيبا له خطورته الخاصة التي تتعلق

بالصالح العام.... غير انه ليس من الاكيد ان الصالح العام يتطلب ابطال عقد مجرد من السبب والحل متنازع فيه اليوم على وجه العموم). (4)

وفي مصر يَعدُّ جانبٌ مهمٌّ من الفقه ان نص المادة **824** من القانون المدني المصري

(1) د. محمد فريد العريني, القانون التجاري, مصدر سابق, ص48-ص49. انظر كذلك د. علي البارودي. د. جلال وفاء محمد, القانون التجاري والبحري, مصدر سابق, ص149.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص339, د. حسن كيرة, مصدر سابق, ص53, د. عبد الفتاح عبد الباقي, مصدر سابق, ص288, د. حسن الذنون, محاضرات, مصدر سابق, ص66.

(3) الفقيه جاك غستان, تكوين العقد, مصدر سابق, ص114.

(4) المصدر السابق نفسه, ص966-ص967.

التي تجري على النحو التالي) اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد او الوصية صحيحا طبقا لاحكام المادة السابقة. فكل تصرف مخالف له يقع باطلا). وقد حددت المادة **823** من القانون المدني المصري شروط صحة شرط المنع من التصرف الذي يرد في العقد او الوصية فنصت على انه (1- اذا تضمن العقد او الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة. 2- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او للمتصرف اليه او للغير. 3- والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدة حياة المتصرف او المتصرف اليه او للغير) (1) هذا النص من النصوص الأمرة التي يترتب عليها البطلان المطلق (فالتصرف المخالف للشرط المانع هو اذن في التقنين المصري تصرف باطل بطلانا مطلقا بصريح النص). (2) وتقول المذكرة الايضاحية (فالشرط المانع من التصرف صحيح فان خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف) (3)

بينما ذهبت محكمة النقض في مصر ان المصلحة التي يحميها هذا الشرط هي مصلحة خاصة لمن وضع الشرط لمصلحته وله التنازل عنها ولذلك فان البطلان ليس مطلقا. ولا محل للتحدي بما ورد في المذكرة الايضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من انه بطلان

مطلق لعدم قابلية المال للتصرف(4) وهكذا اذا باع شخص مجموعة من امواله صفقة واحدة وكان بضمنها مال هو ممنوع من التصرف به بموجب شرط مشروع فان

-
- (1) انظر نقض مصري, الطعن رقم 794 لسنة 52 قضائية في 1985/3/31 نقلا عن ابراهيم احمد السيد, الشرط الجزائي, مصدر سابق, ص81.
 - (2) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري, الوسيط, الجزء الثامن, مصدر سابق, ص525.
 - (3) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء السادس, ص77. انظر في الخلاف بشأن تكيف هذا البطلان, الوسيط, الجزء الثامن, مصدر سابق, ص527, الهامش رقم (2).
 - (4) الطعن رقم 750 لسنة 41 القضائية جلسة 1975/12/31, المستشار سعيد احمد شعلة, قضاء النقض المصري, في عقد البيع مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاما 1988-1931, مصدر سابق, ص410-ص411. وانظر نقض مصري, الطعن 1180 السنة 49 قضائية في 1983/3/24. نقلا عن ابراهيم سيد احمد. الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانون المصري والفرنسي, مصدر سابق, ص80.

العقد يكون قابلا للابطال في الجزء المتعلق بالمال الممنوع من التصرف فيه والقابلية للابطال هنا حق مقتصر على من وضعه²⁰³ المنع من التصرف لمصلحته بحسب رأي محكمة النقض فاذا طلب ابطال بيع هذا المال المشروط عدم التصرف به كان له ذلك وابطل العقد فيما يتعلق بهذا المال وبقي صحيحا فيما بقي من الاموال ما لم يكن العقد ما كان ليتم بغير الجزء الذي ابطال. ويكون بذلك قد تجزأ تطبيقا للمادة 143 مدني مصري في هذه الحال حسب اجتهاد محكمة النقض المصرية في الوقت الحاضر.

وببيع ملك الغير قابلا للابطال من لدن المشتري في القانون المدني المصري(1) وهو كذلك لا يسري في حق المالك. ففي عقد البيع اذا تضمن المبيع شيئا معيناً بالذات لا يملكه البائع كان جزء العقد الذي محله ذلك الشيء قابلا للابطال من لدن المشتري فاذا اراد هذا الاخير استعمال حقه في الابطال, اقتصر ذلك على الجزء القابل للابطال المتعلق بالشيء المملوك للغير طبقا للمادة 143 مدني مصري ما لم يكن العقد ما كان ليتم دون الشيء المملوك للغير فيبطل كله. وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية ايضا(2) وترتب عليه تجزئة العقد القابل للابطال في جزء منه.

(1) انظر المواد **466-468** من القانون المدني المصري.

(2) حيث جاء في حكم لها) اذ كان الثابت من محاضر الحجز ورسو المزاد ان الحجز لم تنصب على المصنع كمنشأة تجارية بمنقولاتها المعنوية وانما اقتصر على بعض منقولات مادية وهي التي جرى بيعها بالمزاد العلني الذي رسا على الطاعنة الثانية فلم تملك سوى هذه المنقولات دون الرخصة وهو ما لازمه ان يكون البيع الصادر منها الى الطاعن الاول في شأن هذه الرخصة بيعا لملك الغير , غير نافذ في حق المطعون ضده الاول ولما كان المعطون ضده الاول لم يوجه ثمة مطاعن على رسو المزاد على الطاعنة الثانية فيما بيع لها من ادوات المصنع ولا بيعها لها للطاعن الاول ولكن عدم نفاذ هذا البيع الاخير فيما تضمنه من تنازل الطاعنة الثانية عن رخصة المصنع الى الطاعن الاول لا ينال من صحة البيع فيما عداه لقابلية المبيع للتجزئة. طعن رقم **639** لسنة **42** القضائية جلسة **1983/12/29** نقلا عن قمر محمد موسى , الموسوعة , الجامعة , الجزء الخامس , مصدر سابق , القاعدة **4585** , **4586** , ص **2717** - ص **2718** وتتلخص حيثيات الدعوى ان منقولات مادية في مصنع قد بيعت بالمزاد ليس كمنشأة تجارية فلم يتضمن البيع إجازة المصنع . قام المشتري ببيع المنقولات المادية مع إجازة المصنع الى شخص اخر فعديع الاجازة بيعا لملك الغير فابطل هذا الجزء من العقد وبقي البيع صحيحا بالنسبة للمنقولات المادية دون الاجازة.

الفصل الثاني

تجزئة العقد بانحلال جزء منه

ان الغاية من انشاء العقود هو الحصول على تنفيذها والعقد متى نشأ صحيحا نافذا وجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وطبقا لما يوجبه حسن النية في التعامل⁽¹⁾ . وهذا هو الاصل , ولكن كثيرا ما تعترض تنفيذ العقد اوضاع , تجعل من هذا التنفيذ التام متعذراً اما لاستحالاته او لعدم امكانية الاجبار عليه , وبدلا من ذلك يكون بالامكان تنفيذ جزء من العقد دون جزئه الاخر . والمشرع تصدى لهذه الفروض في النظرية العامة للالتزامات حيناً⁽²⁾ وفي احكام العقود التي تناولها احيانا اخرى⁽³⁾ , وتحصل ازالة جزء من العقد باستخدام العاقد خياره في بعض الحالات التي نص عليها القانون كما في العجز في مقدار المبيع الذي بيع جملة مع تحديد مقداره او هلاك جزء من المبيع او استحقاق جزء منه او ظهور العيب على تفاصيل وضوابط حددها القانون , مثل هذا القول يعرض في عقد الايجار كذلك . كما قد يتفق المتعاقدان على اقالة جزء من العقد او ان طبيعة العقد ذاته من حيث

كونه غير لازم تجيز لاحد المتعاقدين او كليهما طبقا للقانون الغاء العقد كله او بعضه بارادته المنفردة.

ولتجنب التكرار فسوف لا نتناول اقالة جزء من العقد ذلك لانه ليس في الامر ما نضيفه بقدر تعلقه بموضوع رسالتنا الى ما سبق وبسطناه في محله⁽⁴⁾. كما ان الاقالة لجزء

(1) انظر المادة 150 من القانون المدني العراقي والمادة 148 من القانون المدني المصري اللتين سبقت الاشارة اليهما.

(2) كما في المادة 177 مدني عراقي الخاصة بحكم الفسخ في العقود الملزمة للجانبين وتقابلهما المادة 157 من القانون المدني المصري . والمادة 182 مدني عراقي التي تناولت اقالة العقد في جزء منه.

(3) انظر على سبيل المثال المواد 543, 544, 545, 546, 547, 555, 561, 563, 564, 623, ج, د, 724, 747, 751-2, 752, 754-2, 758, من القانون المدني العراقي وغيرها الكثير مما سيرد ذكره في سياق البحث والمواد 433, 434, 438, 444, 502, ج, و, 569. من القانون المدني المصري وغيرها الكثير مما سيرد ذكره.

(4) انظر المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة، ص 111 وما بعدها.

من العقد ليست خروجا على القوة الملزمة للعقد من حيث كونه شريعة المتعاقدين، اذ ان الخروج على وحدة العقد المستمدة من المادة 205 المتعاقدين طبقا للقانون في هذه الحال، يتم بارادة اطراف العقد انفسهم، تلك الارادة التي انشأت العقد والمستمدة من مصلحة اطرافه. كما لا نتناول التحلل من العقد بالارادة المنفردة مكتفين بما عرضناه في الباب الاول⁽¹⁾.

انما الذي نتناوله في هذا الفصل هو عدد من تلك التطبيقات التي يستطيع فيها احد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين، إذا توفرت الشروط التي نص عليها القانون، ان يجبر المتعاقد الاخر على تجزئة العقد، خلافا لاصل وحدة العملية التعاقدية، فيبقى جزء من العقد وينحل جزءه الاخر، وقد تناولها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فضلا عن الاحكام الواردة في الفقه الاسلامي، وهي تطبيقات تستعصي على الحصر لانها مثلما ترد في العقود المسماة يمكن ان ترد في العقود غير المسماة إذا انطبقت الضوابط القانونية في كل حال.

ولا بد ان ننوه بانه في العقود الملزمة للجانبين, حيث يكون ميدان تطبيق الفسخ, هناك خلاف فقهي بصدد تجزئة العقد, اي فسخه جزئيا, بين من يقول بضرورتها بوصفها حلا عادلا في الحالات التي بينها المشرع عندما تعرض للعقد ويكون الاصلح ابقاء الجزء السليم من العقد, وبين معترض على مشروعيتها بوصفها تهدد مبدأ سلطان الارادة, حيث تنصرف ارادة اطراف العقد الى جعله كلا لا يتجزأ. ولذلك نمهد بمبحث يتناول هذا الخلاف الفقهي مع بيان رأينا فيه ثم نتناول عدد من صور التجزئة الاخرى في مباحث متتابعة فتخلص لنا خطة البحث على النحو التالي:

المبحث الاول: الفسخ الجزئي للعقد.

المبحث الثاني: تجزئة العقد بسبب العجز في المعقود عليه.

المبحث الثالث: تجزئة العقد بسبب الاستحقاق الجزئي والعيب الخفي.

(1) انظر المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الاول من الرسالة, ص 116 وما بعدها.

المبحث الاول

206

الفسخ الجزئي للعقد

قد لا يكون عدم تنفيذ الالتزامات العقدية من جانب المدين كليا بل قد يكون عدم التنفيذ جزئيا فحسب او قد يكون هذا التنفيذ معيبا⁽¹⁾. وفي هذه الحال إذا لم يمكن الحصول على التنفيذ العيني الكامل من المدين، نكون امام فروض (حلول) ثلاثة لا غير: الأول ان يتم فسخ العقد قضائيا بناء الى طلب الدائن، ما لم يكن ثمة شرط في العقد بوصفه مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى اعدار ولا الى حكم قضائي⁽²⁾. والثاني ان يتم تنفيذ جزء من العقد تنفيذا عينيا بينما يتم اللجوء الى التعويض - اي التنفيذ بمقابل - بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ من العقد. فيكون قد تم الابقاء على العقد كاملا. والحل الثالث هو ان يتم ابقاء العقد بالقدر الذي تم تنفيذه فيؤدي الدائن التزامه المقابل للقدر الذي نفذه المدين, بينما يتم فسخ الجزء الذي لم ينفذ من العقد⁽³⁾. وهذا الحل الاخير هو تجزئة العقد. ذلك لان الفسخ

الجزئي صورة أنموذجية لتجزئة العقد اي لتفرق الصفقة(4). والقاضي يحكم بفسخ العقد كله) إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة او كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساس من الالتزام(5). وفيما عدا هذا الفرض- اي الفسخ الكلي للعقد – يبقى خيار القاضي بين ان يفسخ العقد جزئيا بالقدر الذي لم ينفذ منه وابقاء ما تم تنفيذه، او تنفيذ الجزء الذي لم ينفذ عينا عن طريق التعويض – التنفيذ بمقابل- ولا شك ان اثارا مهمة للغاية تترتب على اختيار اي من هذين

-
- (1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص701.
- (2) وقد نصت المادة 178 من القانون المدني العراقي على ما يلي: (يجوز الاتفاق على ان العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته). وهي تطابق المادة 158 من القانون المدني المصري.
- (3) انظر بشأن هذه الحلول الثلاثة د. حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص100.
- (4) د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص15.
- (5) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص701.
- الحلين إن بالنسبة للدائن او بالنسبة للمدين(1). فالدائن في حال فسخ العقد جزئيا (اي تجزئة العقد) يعفى من جزء من المقابل يعادل الجزء الذي فات عليه بسبب عدم التنفيذ الجزئي او تنفيذ معيب للعقد من لدن المدين. والتعادل يراعى فيه وقت التعاقد وذلك يعبر عنه القانون (بانقاص الثمن) في عقد البيع(2) او (انقاص الاجرة) في عقد الايجار(3).
- واذا كان الدائن قد دفع هذا القدر الزائد من المقابل الى المدين, تعين استرداد ذلك الجزء, لانه بفسخ العقد جزئيا تبرأ ذمته من الجزء المفسوخ. وان لم ينفذه , لم يعد ملزما به, فلا يجوز مطالبته به واذا كان هذا المقابل مالا قائما بذاته فان الدائن يسترده دون ان يزاحمه بقية الغرماء فيه إذا افلس او اعسر المدين, اذ بالفسخ يعود الدائن مالكا له بأثر رجعي.(4)

ولان الفسخ – ناهيك عن الفسخ الجزئي- من الحلول الاستثنائية في حياة العقد(5) فقد اختلف الفقه والقضاء في الاخذ بالفسخ الجزئي او الفسخ الكلي او الابقاء على الرابطة

العقدية منتجة لاثارها على الرغم من التنفيذ العيني الجزئي او المعيب عن طريق التنفيذ بمقابل. و نتناول الان اراء المنتقدين والمؤيدين للفسخ الجزئي للعقد ونتبعها برأينا في الخلاف.

اولا: رأي المنتقدين للفسخ الجزئي.

ويمكن اجمال الانتقادات التي وجهها المعترضون على فكرة الفسخ الجزئي للعقد -- اي تجزئته- فيما يلي: فالانتقاد الاول يتلخص في ان التطبيقات الواردة في القانون والخاصة بالفسخ الجزئي كحال هلاك المبيع جزئيا او نقص قيمته لتلفه قبل التسليم او هلاك العين

(1) انظر بشأن المقارنة بين الفسخ الجزئي للعقد وتنفيذ جزء منه بمقابل المطلب الرابع من المبحث الثالث من الفصل الاول من الباب الاول من الرسالة ص 69.

(2) انظر المواد : 543, 545, 547, 561, 564, من القانون المدني العراقي, وانظر المواد 434, 438, من القانون المدني المصري.

(3) انظر المواد 724, 747, 751, 752, من القانون المدني العراقي والمادة 569 من القانون المدني المصري على سبيل المثل.

(4) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الاول, مصدر سابق, ص 712, هامش (4), وانظر كذلك المادتين 641, 644, من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 من الباب الخامس الخاص بالافلاس والذي ما يزال نافذا استنادا الى المادة 331 من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 وقد ورد نصهما على ص 73, الهامش رقم 2, من هذه الرسالة.

(5) د. حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص 25.

المؤجرة جزئيا انما وردت في نصوص خاصة (واردة على سبيل الحصر فهي لا تصلح سندا لمبدأ عام يطرد القياس عليه ويتم اعماله فيما ليس فيه نص خاص. فلا يجوز اتخاذ مثل هذه النصوص الخاصة سندا لمبدأ عام يجعل الفسخ الجزئي حلا عاما.. وذلك لان هذه النصوص استثنائية املتها في بعض العقود المسماة اعتبارات خاصة من حيث السياسة التشريعية ومعلوم ان القاعدة الاصولية المعمول بها في تفسير النصوص القانونية تقضي بان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه او القياس عليه فلا يصح ان نستخلص من الاستثناءات قياسا عليها مبدأ عاما(1) ويعلل هذا الرأي موقفه بانه متى تضمن العقد صفقة واحدة فانه يتعين احترام الارادة التعاقدية فيما انصرفت اليه بغض النظر عما إذا كان المعقود عليه قابلا للانقسام من الناحية الطبيعية او المادية او غير قابل لذلك غير ان المشرع, واستثناءً من هذا المبدأ العام – كما يذهب هذا الرأي – قد يجد احيانا ان ارادة احد المتعاقدين غير

جديرة بالحماية من حيث ارتباطها بالعقد كوحدة واحدة, فيحرمه من حقه في ان لا تتفرق الصفقة عليه بينما يجد الطرف الاخر اكثر استحقاقا للحماية القانونية فيخوله حق طلب الفسخ الكلي لعدم التنفيذ الجزئي كما يخوله الحق في تفريق الصفقة على الطرف الاخر بان يطلب الفسخ الجزئي, كما في طلب انقاص ثمن المبيع عند هلاكه جزئيا بفعل لا يرجع الى المشتري, وهو ما يعد فسخا جزئيا للعقد, وان اقترن بالتعويض إذا كان له مقتضى(2).

والانتقاد الثاني الذي وجه الى فكرة الفسخ الجزئي للعقد انه لا يمكن التعويل على كون الالتزام العقدي يقبل التجزئة او لا يقبلها للقول بان الفسخ يكون جزئيا او كليا عند اخلال المدين بالتنفيذ او تنفيذه بصورة معيبة. اذ لا يشفع في استخلاص نية المتعاقدين في هذا الصدد طبيعة محل الالتزام الذي لم ينفذ إلا تنفيذا جزئيا من حيث مدى قابليته ماديا او طبيعيا للتجزئة من عدمه إذ قد يتعلق غرض المشتري (في عقد البيع) او حاجته بجملة ما اشتراه من المبيع, بحيث لا يغنيه بعض ما تعاقد عليه كما قد يتعلق غرض العاقد الاخر بجملة الثمن لا ببعضه دون بعض. ويذهب هذا الرأي الى حد القول بانه (فيما

(1) د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص 437.

(2) د. عصام انور سليم, المصدر السابق, ص 437- ص 438.

عدا الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على تعدد الصفقة في المحرر المثبت لتعاقدتهما, لا يسوغ القول في نظري بان المحل يقبل الانقسام في نية المتعاقدين(1) وذلك خشية افتراض القضاة ارادة ضمنية للمتعاقدين قد لا تكون قائمة فعلا. وما يجب التعويل عليه هو ما إذا كنا بصدد عقد واحد ملزم للجانبين او اكثر من عقد اي هو ما إذا كان التعاقد مشتملا على صفتين او صفقات متعددة او مشتملا على صفقة متعددة في حق العاقدين.(2)

والوجه الثالث للنقد الموجه لفكرة الفسخ الجزئي للعقد انه عندما يذهب مؤيدو الفسخ الجزئي الى ضرورة مراعاة حسن نية المدين وهو يقوم بالتنفيذ جزئيا او تنفيذا معيبا, فاذا طلب الدائن في هذه الحال الفسخ الكلي للعقد فان القاضي لا يستطيع, وهو يجد المدين حسن النية, ان يحكم به (اي الفسخ الكلي) وإنما يكتفي بفسخ العقد جزئيا بالقدر الذي لم ينفذ منه طالما كان التنفيذ الجزئي يمثل اشباعا للدائن.(3) فان منتقدي فكرة الفسخ الجزئي

يرون ان الفسخ في القواعد العامة في القانون المدني لا يعتمد سوء نية المدين (المادة 157 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 177 من القانون المدني العراقي) وان حسن النية الذي تطلبه القانون في المادة 148 من القانون المدني المصري (المادة 150 من القانون المدني العراقي) يتناول تنفيذ العقد لا فسخه. علاوة على ان سوء نية المدين او حسنهما مسألة نفسية يصعب اثباتها او تحري الدقة في اثباتها فمن غير المستحسن الركون اليها حفاظا على الاستقرار في التعامل.

تلك باختصار اهم الانتقادات الموجهة للفسخ الجزئي للعقد.

- (1) د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص 444.
 - (2) المصدر السابق نفسه, ص 444.
 - (3) د. عبد الحي حجازي, مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ, مصدر سابق, ص 188-189, بالمعنى نفسه, حامد شاكر محمود الطائي, مصدر سابق, ص 49.
- وفي الفقه الفرنسي : vior weill et Terre les obligation ,op, cit, no487.pp.509-510.storck, art.préc, no 105,Planiol, Ripert et Esmein op.cit,no 430,PP,580-581.cass.civ.1^{er} arv.1924, s. 1925.1,371

نقلا عن د. عصام انور سليم, ص 431

210

ثانيا: الاراء المؤيدة للفسخ الجزئي.

غير انه على الرغم من هذه الانتقادات فان لفكرة الفسخ (او الانفساخ) الجزئي للعقد وجودها في النصوص التشريعية بوصفها واحدة من الحلول عندما يكون تنفيذ المدين لالتزامه العقدي جزئيا بخطئه او لسبب اجنبي لا يد له فيه كما ان لها انصارها في الفقه المدني العراقي والمصري والفرنسي ولها تطبيقاتها القضائية(1).

ففي فقه القانون المدني نجد لفكرة الفسخ الجزئي للعقد انصاراً كثيرين دافعوا عنها وعللوها اذ يقول الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون وهو يناقش حال ان يكون عدم التنفيذ جزئيا او معيبا وهنا (لا يعدو الحل ان يكون احد امور ثلاثة, اما فسخ العقد بكامله وازالة الرابطة التعاقدية, او الاحتفاظ بالعقد جملة وترك المخاطر على عاتق الدائن الذي لم يحصل إلا على جزء مما هو مستحق له, واما الفسخ الجزئي . ويبدو للوهلة الاولى ان الحل الاخير اقربها للعدالة, فللدائن الحق في ان يحصل على ما التزم له خصمه به جميعا

ولكن يجب ان نسمح له بان لا يدفع إلا ما يقابل ما حصل عليه بالفعل⁽²⁾ وهو يقول بقاعدة التكافؤ التام بين طبيعة عدم التنفيذ ومدى اثاره فلا يستبعدا إلا في حال ما إذا كانت الالتزامات التي لم تنفذ إلا تنفيذا جزئيا غير قابلة للانقسام لطبيعتها او لان الطرفين المتعاقدين قد علّها كذلك سواء دل على هذا القصد نص صريح في العقد او دلت عليه القوانين وظروف الحال.⁽³⁾ ومن هذا يتضح ان ما نسبته المعترضون

(1) ونحن سنعرض عددا من التطبيقات التشريعية التي تناولت الفسخ الجزئي في المباحث المتبقية من هذا الفصل. كما نحيل الى المبحث الثالث من الفصل الاول من الباب الاول ص 47 وما بعدها الذي توصلنا فيه الى ان مصدر تجزئة العقد هو القانون ذاته والذي تستند اليه المصادر المختلفة لتجزئة العقد، ففي ضوء النص التشريعي فقط وبالشروط التي حددها يكون بالامكان اجراء التجزئة . ويكفي في هذا المكان التذكير بان النصوص التشريعية التي قررت الفسخ الجزئي كثيرة، وقد سبقت الاشارة الى العديد منها فيما مر وسنأتي على ذكر نصوص اخرى فيما يلي من الرسالة .

(2) د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، مصدر سابق، ص100 والحل الثاني الذي ذكره (الاحتفاظ بالعقد وترك المخاطر على عاتق الدائن) إذا كان المقصود به الابقاء على العقد مع تنفيذ بعضه عينا وبعضه بمقابل، فلا تكون المخاطر على الدائن في هذه الحال ما لم يتنازل الدائن ذاته عن حقه في طلب التعويض عن الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام.

(3) د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، مصدر سابق، ص100- ص101.

على فكرة الفسخ الجزئي⁽¹⁾ من ان انصار هذه الفكرة يعولون على قابلية العقد للتجزئة من الناحية المادية او الطبيعية وحدها دون الاعتداد بقصد المتعاقدين وما انصرفت اليه ارادتهم المشتركة، ليس دقيقا، حيث يقرر الاستاذ د. الذنون هنا بان الفسخ الجزئي لا يتعين عندما تنصرف ارادة المتعاقدين الى جعل عقدهم غير قابل للقسمة وبالتالي يؤخذ بالحسبان المعياران الموضوعي والشخصي لقابلية العقد للتجزئة.

وهنا يقول الدكتور عبد الرازق احمد السنهوري بان القاضي (يقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة)⁽²⁾ . وعدم احتمال الالتزام للتجزئة قد يكون من الناحية المادية او باتفاق المتعاقدين صراحة او ضمنا من خلال الغرض الذي تم التعاقد من اجله وهو ما يقرره الدكتور السنهوري ايضا⁽³⁾.

ومقتضى مفهوم المخالفة هنا ان الفسخ يكون جزئيا متى كان التنفيذ جزئيا وكان العقد يقبل التجزئة من الناحية الطبيعية وفي اعتبار المتعاقدين صراحة او ضمنا.

ويرد الاستاذ الدكتور الذنون على المعترضين على فكرة الفسخ الجزئي الذين يعدونه (خروجاً على قاعدة وحدة العقد)⁽⁴⁾ وكونه (اي الفسخ الجزئي) يعد تعديلاً قضائياً للعقد بوصفه شريعة المتعاقدين ثانياً، فيجب على القاضي ان يقتصر على تطبيق العقد وتفسير نصوصه لا تعديله. فيقول : (ان مبدأ وحدة العقد لا يؤخذ على اطلاقه فهو إذا كان عاماً مطلقاً في ركن العقد الاصلي وهو الرضا المكون من الايجاب والقبول، إلا انه ليس كذلك دائماً فيما يتعلق بركن المحل)⁽⁵⁾ ففي حال القوة القاهرة الجزئية إذا ما اصاب الهلاك جزءاً من محل العقد وكان هذا المحل مما تجوز قسمته اقتصر انفساخ العقد

(1) راجع الاعتراض الثاني المار ذكره انفا.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 701.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز، مصدر سابق، ص 1143 وكذلك ص 1146.

(4) وهذه العبارة (خروجاً على قاعدة وحدة العقد) التي نقلها د. عقيل فاضل الدهان في اطروحته المشار اليها كمصدر سابق على ص 215 من الاطروحة، نسبها الى الاستاذ الدكتور الذنون بينما كان الاستاذ يرد عليها ويفندها بوصفها من الاعتراضات على فكرة الفسخ الجزئي، فلاحظ ذلك.

(5) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، مصدر سابق، ص 101.

على الجزء التالف وبقي سليماً فيما عداه⁽¹⁾ ويضيف الاستاذ الدكتور علي الذنون بان
212
القاضي عليه وهو يفسر العقد ان يستوحي اولاً وقبل كل شيء نية الطرفين المتعاقدين مقيدة بمبدأ حسن النية الذي يعم العقود والتصرفات جميعاً واذا كان هذا المبدأ يرغب الدائن على تقبل مهلة قضائية للتنفيذ فانه يمنعه من تحميم طلب الفسخ التام للعقد عندما يقدم له التنفيذ الجزئي ترضية كافية⁽²⁾.

ويقر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري الفسخ الجزئي للعقد وهو يناقش حال عدم التنفيذ الجزئي، بوصفه (أي الفسخ الجزئي) واحداً من خيارين فيقول (إذا كان عدم التنفيذ جزئياً – ويعد في حكم عدم التنفيذ الجزئي ان يكون التنفيذ معيباً – فلا يزال للدائن حق

المطالبة بالفسخ. والقاضي في استعمال حقه في التقدير، ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يسوّغ الحكم بالفسخ، أو يكفي اعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ. فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يسوّغ الفسخ، بقي عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر. ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساس من الالتزام⁽³⁾.

ويذهب الدكتور مصطفى الجارحي الى القول بأن الرأي الراجح في الفقه يؤيد سلطة القاضي في اختيار الفسخ الجزئي لأنه قد يبدو للقاضي أكثر ملاءمة وأوفر لمصلحة الطرفين والعدالة، ولا سيما إذا كان الالتزام قابلاً للتجزئة والانقسام ويكون الفسخ الجزئي بتخفيض الثمن بمقدار النقص أو الاستحقاق أو تخفيض الاجرة أو فسخ العقد المستمر بالنسبة للمستقبل أو تخفيض اجر العامل الذي تعطل عن العمل بسبب الاضراب⁽⁴⁾.

(1) د.حسن علي الذنون , النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص101.

(2) المصدر السابق نفسه، الموضع نفسه.

(3) د.عبد الرزاق احمد السنهاوري, الوسيط, مصدر سابق, ص701.

وقضت محكمة التمييز (إذا اكمل المقاول البناء فلا حاجة للمطالبة بفسخ العقد إذا ظهرت نواقص ومخالفات وإنما يجوز ان تقتصر المطالبة على المطالبة بقيمة النواقص). القرار 118/ مدنية اولى / 91 في 1991/1/25 نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, ج10, مصدر سابق, ص36.

(4) د.مصطفى عبد السيد الجارحي , فسخ العقد, دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي , ط1, دار النهضة العربية , القاهرة, ص107. نقلا عن د.عقيل فاضل الدهان, مصدر سابق, ص215.

ويدافع الاستاذ الدكتور عبد الحي حجازي في بحثه بعنوان(مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ) المشار اليه آنفا، عن فكرة الفسخ الجزئي ونعرض هنا آراءه، فيرى أن سلطة القاضي التقديرية في حال عدم التنفيذ الجزئي قد تصل الى أن يأخذ بحل وسط بين الإبقاء على العقد مع التعويضات عن الجزء الذي لم ينفذ وبين فسخ العقد بأكمله. وهذا الحل الوسط هو الفسخ الجزئي. وذلك بأن ينقص القاضي من كم اداء الدائن بقدر ما نقص من اداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي. ويضيف الدكتور حجازي ويمكن أن نجد

تطبيقات متعددة لهذا الفسخ الجزئي في ثنايا القانون. من ذلك ما نصت عليه المادة **438** من القانون المدني المصري بقولها (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه جاز للمشتري اما ان يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع و اما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن) وما الحكم بانقاص الثمن في مقابل نقص قيمة المبيع إلا فسخ جزئي للبيع⁽¹⁾ وكذلك المادة **2-569** من القانون المدني المصري التي تعطي المستأجر إذا هلك العین المؤجرة جزئيا الخيار في انقاص الاجرة و بقدر نقص الانتفاع وهذا ايضا فسخ جزئي⁽²⁾.

وكثيرا ما يحصل الفسخ الجزئي في البيوع التي تنطوي على جملة اداءات متتابعة كما في عقد التوريد حيث يمكن ان يقتصر الفسخ على الاداء المعيب او الناقص كأن ينصب الفسخ على اداء واحد من عدة اداءات. والذي يساعد على امكان حصول الفسخ الجزئي في هذا النوع من العقود هو انها تنشئ سلسلة من الاداءات المتقابلة او ازواجا من الاداءات مستقل بعضها عن بعض, بحيث يمكن فصل كل زوج من الاداءات عن سائر الازواج الاخرى دون ان يضار بذلك غرض المتعاقدين من التعاقد. ويترتب على قابلية هذه العقود للانقسام, انه يمكن ان يقع الفسخ على احد هذه الاداءات دون ان يؤثر في سائرها. وتطبيقا لهذه الفكرة يجوز وقف عقد التوريد وعقد التأمين. والوقف عبارة عن فسخ جزئي ونهائي يصيب العقد المستمر في فترة معينة دون ان يصيبه في وجوده السابق على هذه الفترة ولا في وجوده اللاحق عليها. ويتعين الاخذ بالمعيارين الموضوعي

(1) د. عبد الحي حجازي، بحثه، مصدر سابق، ص 186- 187.

(2) د. عبد الحي حجازي، بحثه المشار اليه، ص 186- 188.

والشخصي لتقدير قابلية المحل للانقسام من عدمها⁽¹⁾.

وفي القانون الفرنسي نجد للفسخ الجزئي للعقد مكانه. فالمادة **1644** من القانون المدني الفرنسي على سبيل المثال تعطي المشتري إذا ظهر المبيع معيبا او ناقصا الخيار بين دعويين, دعوى رد المبيع واستعادة الثمن (وذلك فسخ كلي للعقد) ودعوى تخفيض الثمن⁽²⁾.

ولهذا التخفيض من الثمن احكامه فكما يجوز للمشتري ان يطلبه, يجوز للبائع ذلك حتى يقابل به طلبا بالفسخ من جانب المشتري بل ان التخفيض يجوز ايضا ان يفرضه القاضي المطروح عليه الفسخ عندما يقدر ان نقص النوعية او الكمية في الشيء المسلم ليس كافيا لتسويغ الفسخ⁽³⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي⁽⁴⁾ انه إذا كان عدم التنفيذ الجزئي الذي لا يصل من الجسامة الى حد يسوّغ الحكم بالفسخ الكلي للعقد، يمكن معالجته بواسطة التعويضات لاكمال المحل بمقابل لما لم يتم تنفيذه منه جزئيا، ومع ذلك فثمة جزاء اخر يفضي الى نتائج مماثلة. فهذا العقد يمكن معالجته ايضا بتقليص مقابل الالتزام الاخر فيقابل مع التنفيذ غير الكامل تنفيذ اخر غير كامل، وذلك من خلال الفسخ الجزئي، ويرى هذا الفقه ان دعوى الفسخ الجزئي تفضل دعوى التعويض فهذه الاخيرة ليست سوى دعوى تنفيذ، من يباشرها هو مجرد دائن يفضل عليه اصحاب الحقوق العينية ويتحمل مزاحمة دائني مدينه الاخرين، وعلى العكس ففي حال الفسخ الجزئي يكون العاقد الذي حصل على هذا الفسخ مالكا يطالب بالشيء الذي عاد من جديد مملوكا له لما هنالك من اثر رجعي في

(1) د. عبد الحي حجازي، بحثه المشار اليه، مصدر سابق، ص 186- ص 188.

(2) د. اسعد دياب، مصدر سابق، ص 17.

(3) CF.civ.1^{er} avr.1924,s.1925, 1.371 et com.4juin 1980,Bull civ 1980,lv.no.239 .p194

نقلا عن د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 456.

(4) Voir Scioldo.Zurcher(jean),la résolution des contrats au cas d`inexécution partielle, th.lyon,1934,pp,133-138

نقلا عن د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 428- ص 429.

صدد ما قضي به من فسخ جزئي.⁽¹⁾ ثم ان الحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ الجزئي لا يجدي إذا كان محل الالتزام من النقود كدفع ثمن المبيع إذا كان عدم توفرها هو الذي دفع الى الوفاء الجزئي. فاذا كان ما سلمه البائع قابلا للتجزئة امكن رد جزء منه مقابل ما لم يوف به من الثمن. ولا يغفل هذا الفقه المعيار الشخصي عندما تكون النية الصريحة او الضمنية للطرفين قد انصرفت الى معنى يعارض تجزئة المحل. وعلى الرغم من ان هذا الفقه لا يذهب الى الزعم بان الفسخ الجزئي هو المبدأ ولا ان يتم استبعاده لمصلحة الفسخ

الكلي, بل يجب في كل حال ان نبحث عما إذا كان المحل في نية الطرفين يقبل او لا يقبل التجزئة(2).

ثالثا: الفسخ الجزئي في الاحكام القضائية.

وقد تسنى للقضاء في العراق وفي مصر وفرنسا ان يطبق الفسخ الجزئي للعقد في قضايا كثيرة سنتناول العديد منها في المباحث اللاحقة من هذا الفصل ولكننا سنورد بعضها فقط لتعزيز الفكرة العامة في هذا المبحث فتطبيقا للمادة **543** من القانون المدني العراقي, قضت محكمة التمييز بانه (إذا ظهرت قطعة الارض المبيعة ناقصة وكان قد سمي ثمنها جملة او بسعر الوحدة فللمشتري المطالبة برد الثمن عن المساحة الناقصة)(3).

وقضت محكمة التمييز (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز موافق للقانون فالمحكمة قضت بفسخ العقد في الجزء الذي لم ينفذ منه كما ان ما اثاره وكيل المميز من اعتراضات من ان المحكمة فسخت العقد جزئيا دون ان تلاحظ حجم العقد وما انجزه موكله منه, فهذه الاعتراضات ايضا غير واردة , لان رفض طلب الفسخ منوط بتقدير محكمة الموضوع وقد قضت بفسخ ما لم ينجز من العقد بعد ان تبين ما

(1) Vior Scioldo –Zurcher(jean), op.cit,p135

نقلا عن د.عصام انور سليم,مصدر سابق, ص428, انظر بهذا المعنى د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص712 , هامش4.

(2) Vior Scioldo –Zarcher.op cit,pp 138-140

نقلا عن د.عصام انور سليم, مصدر سابق, ص429- ص430.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 1562/مدنية ثالثة /1973 في 1974/3/17 , منشور في مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول, السنة السادسة, ص44.

يدعو الى هذا الفسخ(1) وهو قرار صريح بالفسخ الجزئي للعقد.

وفي مصر قضت محكمة النقض ان(ان طلب تخفيض الاجرة مقابل النقص في المنفعة انما هو طلب بفسخ جزئي لعقد الايجار بما يتعلق بهذا النقص. ومفاد نص المادة **565** من القانون المدني ان الاجرة تنقص بمقدار ما ينقص من الانتفاع سواء أكان ذلك

راجعا الى فعل المؤجر ام الى سبب اجنبي وهو حكم يتفق مع قواعد الفسخ والانفساخ والتي تسوي بين هاتين الحالتين في الاثر المترتب على نقص المنفعة(2).

وفي فرنسا قضت محكمة استئناف باريس بالفسخ الجزئي لعقد امداد بنظام كومبيوتر يتعهد بموجبه متخصص بالكومبيوتر لقاء اجر بان يضع تحت تصرف عميله في مدة محددة نظام كومبيوتر عامل مكون من مجموع اجهزة الكومبيوتر وبرامج تشغيلية لتنفيذ مهمة معينة, فقضت محكمة باريس الاستئنافية بان العقد يتعين فسخه فيما يتعلق بالامداد ببرامج التشغيل لان من حق الدائن الذي يحق له طلب الفسخ الكلي لمجرد ألا تكون الاجهزة صالحة للاستعمال إلا مع برامج التشغيل يحق له ألا يطلب سوى الفسخ الجزئي, لان غير المتعهد سلمه البرامج الملائمة لآلة الكومبيوتر التي ظهرت بكفاءة جيدة ومطابقة للاتفاق(3).

(1) قرار محكمة التمييز رقم 134/مدنية ثالثة/ 1976, في 1976/3/20, منشور في مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول, لسنة 1976, ص14, ومن القرارات التي ترفض الفسخ الكلي للعقد وتفسخه جزئيا بانقاص الاجرة لنقص المأجور قرار محكمة التمييز رقم 363/حقوقية/ 1968, في 1968/11/3 نقلا عن عبد الرحمن العلام, مصدر سابق, ص365, وقرارها 48/س/1970, هيئة عامة, في 1970/4/11 نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز, مصدر سابق, 146.

(2) محكمة النقض المصرية, الطعن رقم 1129 لسنة 47 القضائية جلسة 1981/12/21, نقلا عن د. سليمان مرقس, شرح القانون المدني, الجزء الثالث, العقود المسماة, المجلد الثاني, مصدر سابق, ص310.

(3) قرار محكمة استئناف باريس في 5 نوفمبر سنة 1986 :

Voir Roulet(valdo),la,résolution partielle du contrat de fourniture d'un systeme informatique "clés en mains" les petites attaches,27mai 1987 ,année 376,e no63,pp16-27

نقلا عن د. عصام انور سليم, مصدر سابق, ص454-455.

رابعا: رأينا في الخلاف.

بعد هذا العرض لآراء المعترضين والمؤيدين لفكرة الفسخ الجزئي، لاحظنا أنه، لا المعترضون يقولون بامتناع الفسخ الجزئي مطلقاً ولا المؤيدون يقولون بتطبيق الفسخ الجزئي مطلقاً كلما كان التنفيذ جزئياً أو معيباً. ولذلك فإن هناك مساحة مشتركة بين الفريقين: فالمعترضون على الفسخ الجزئي للعقد يمنعون الحكم به – كما رأينا – متى كانت الصفقة متحدة وليست متعددة وبعبارة أخرى عندما تتصرف ارادة المتعاقدين الى جعل العقد وحدة لا تتجزأ، على نحو ورد صراحة في العقد او يمكن الاستدلال عليه من خلال ظروف التعاقد او ان يكون احدهما ما كان ليبرم ذلك العقد الا ككل على نحو يعلمه العاقد الاخر او من المفروض حتما ان يكون قد علمه وقبله.

ولكن القائلين بالفسخ الجزئي لا يذهبون الى تجزئة مثل هذا العقد الذي لا يقبل التجزئة بارادة المتعاقدين. فقد مر بنا⁽¹⁾ ان التجزئة تستلزم ان لا تكون ارادة الاطراف قد انصرفت الى جعل العقد لا يقبل الانقسام وهو ما يطلق عليه عدم القابلية للانقسام من الناحية الشخصية⁽²⁾. اما اذا كان العقد يقبل التجزئة في قصد المتعاقدين وتحققت الشروط الاخرى المطلوبة لتجزئته، فمثل هذا العقد يطلق عليه المعترضون على الفسخ الجزئي وصف العقد المتعدد او الصفقة المتعددة. ويعتبر فسخ جزء منه بمثابة فسخ عقد مستقل عن الاجزاء الاخرى⁽³⁾. واجمالاً فإن القائلين بالفسخ الجزئي يمنعون ما لم تتحقق شروط اعماله والمعارضون على الفسخ الجزئي يجيزونه اذا انتفت موانعهم.

ولا نرى وجهة في الاعتراض على تولي القضاء مهمة الوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين وما اذا انصرفت الى جعل العقد قابلاً للتجزئة في نيتهما او غير قابل لها، بداعي ان القضاة يمكن ان يتشبثوا بنية ضمنية يفترضونها على خلاف الواقع بل واكثر من ذلك عدم الاعتراف بقابلية العقد للتجزئة، ما لم يكن ذلك منصوص عليه في

(1) انظر ما سبق من هذه الرسالة ص 84 وما بعدها.

(2) انظر د.براهيم الدسوقي ابو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مصدر سابق، ص 201 وما بعدها.

(3) انظر هذا المعنى لدى د.عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 444- ص 445.

المحرر المثبت للعقد. فمن ناحية، الاصل في التصرفات قابليتها للانقسام والذي يحتاج الى

الدليل والى توفر شروط خاصة هو عدم القابلية للانقسام. وليس العكس⁽¹⁾. ثم انه لا سبيل الى الغاء هذا الدور الاصيل للقضاء في تفسير العقود للوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين مستعينا بالمعايير التي نص عليها القانون ولا سيما تلك المعايير الموضوعية من حسن النية، والعرف والعدالة والامانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين ومن الوقائع وظروف التعاقد⁽²⁾. تلك المعايير التي تبعد القاضي الى حد كبير عن الشطط وافترض خلاف الواقع. وفوق هذا كله، فان دور القاضي في التفسير ليس له محل متى كانت ارادة الاطراف معبر عنها على نحو واضح وصريح.⁽³⁾

كما لا نتفق مع الاعتراض على الاعتداد بحسن نية المدين للحكم له بالفسخ الجزئي للعقد بالضد من طلب الدائن فسخ العقد كله وذلك متى كان التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين يمثل اشباعا كافيا للدائن ، بداعي ان حسن النية امر نفسي يصعب الوقوف عليه وان حسن النية مبدأ يحكم تنفيذ العقود وليس فسخها. فهذا الاعتراض مردود عليه من نواح عدة. فحسن النية مبدأ يسود في مراحل العقد كلها⁽⁴⁾ . وهو ليس فقط مسألة نفسية انما تدل عليه وقائع الحال وسلوك المتعاقد ومدى حرصه على الايفاء بالتزاماته العقدية. ومع ان الوقوف على حسن نية المتعاقد مسألة دقيقة الا ان هذا لا يسوغ انكار دور هذا المبدأ في تقرير فسخ العقد كلياً او جزئياً. فحسن النية من العوامل التي يعتمدها القاضي في الحكم بالفسخ الكلي او الجزئي للعقد بموجب المادة **177** من القانون المدني العراقي والمادة **157** من القانون المدني المصري⁽⁵⁾.

-
- (1) انظر بهذا المعنى د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز، مصدر سابق، ص **1094**.
 - (2) انظر بهذا المعنى د. ايمان طارق الشكري. سلطة القاضي في تفسير العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، **2002**، ص **1**، انظر كذلك د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، مصدر سابق، ص **489**. انظر كذلك نص المادة **150-2** مدني مصري، وانظر نقض مصري في **1971/3/25** المكتب الفني السنة **22** رقم **63** ص **401** نقلا عن د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد، المصدر السابق، ص **491**، هامش رقم **(19)**.
 - (3) انظر المادة **150-1** مدني مصري. وانظر د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها، منشورات جامعة المنصورة، كلية الحقوق، **1977**، ص **8** وما بعدها.
 - (4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز، مصدر سابق، ص **245**.

(5) د. سليمان مرقس, نظرية العقد, مصدر سابق, ص 417.

وإذا كان الفسخ ذا طبيعة مزدوجة بوصفه وسيلة ضمان للدائن وجزاء قانونيا على
219
عدم التنفيذ الكامل من لدن المدين⁽¹⁾, فإن هذا الجزاء لا بد ان يتأثر بحسن او سوء نية
المدين.

واخيرا فاذا نفذ المدين ما التزم به بالعقد تنفيذا جزئيا. ثم زادت قيمة المعقود عليه فان
تنفيذ الجزء الذي لم ينفذ عينا, عن طريق التعويض يكون من مصلحة الدائن. وبالعكس فان
هبوط قيمة المعقود عليه يجعل مصلحة الدائن في الفسخ الجزئي للعقد واسترداد مقابل ما
لم ينفذ منه. وحيث ان عدم التنفيذ الجزئي, بحسب الفرض, يرجع لخطأ المدين اذ ان مجرد
عدم التنفيذ يحقق خطأ العقدي ومن ثم مسؤوليته العقدية⁽²⁾. وحيث ان غاية الالتزام تحقق
مصلحة الدائن المشروعة, فان العدالة تقتضي اعطاء الدائن, المستعد لتنفيذ التزامه المقابل
كاملا اذا لزم, او هو نفذ كاملا فعلا, اعطاءه الخيارات الثلاث التالية: - الاول: طلب
التنفيذ العيني متى تحققت شروطه والا فطلب الفسخ الكلي للعقد, الثاني: طلب التنفيذ
بطريق التعويض للجزء الذي لم ينفذ عينا, والثالث: طلب الفسخ الجزئي للعقد بالقدر الذي
لم ينفذ منه وهذا الخيار الاخير هو تجزئة العقد, ما لم يكن ما لم ينفذ من العقد مجرد
وصف وليس جزءاً فيكون للعاقدة خيار الفسخ او الامضاء, حيث لا تجزئة.

وقد ادى انتقاد القواعد العامة للالتزامات الى نص قانوني واضح بهذه الخيارات الى
تباين اراء الفقه والقضاء كما رأينا. ونحن نقترح تعديل المادة 177 من القانون المدني
العراقي (المقابلة للمادة 157 من القانون المدني المصري) بحيث تنص صراحة على
هذه الخيارات. ومن بينها الفسخ الجزئي للعقد والذي يبقى مجرد خيار من خيارات الدائن
التي تخضع لتقدير القضاء في ضوء تحقق شروطها. كما نقترح حذف الفقرة (2) من
المادة نفسها لانها امثلة لافائدة منها.

ونقترح النص التالي للمادة 177 مدني عراقي:-

(1) د.حسن علي الذنون , النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص 24.

(2) وذلك ما لم يكن عدم التنفيذ راجعاً لقوة قاهرة أو لسبب اجنبي أو لخطأ الدائن. فتتعدم مسؤولية المدين العقدية لا لانعدام ركن الخطأ العقدي لكن لانعدام رابطة السببية بين الخطأ والضرر. انظر في ذلك د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص154 وما بعدها.

المادة 177: (1-) (الفقرة 1 الحالية)

220

2- وللدائن، اذا كان تنفيذ المدين جزئياً، ان يطلب تنفيذ الجزء المتبقي

من العقد بطريق التعويض او ان يطلب فسخ العقد بالقدر الذي لم ينفذه

المدين مع التعويض ان كان له مقتضى، ما لم يكن العقد ما كان ليتم دون

الجزء الذي لم ينفذ، فيفسخ العقد كله.)

وهي بذلك تقنن الفسخ الجزئي بوصفه واحداً من خيارات ثلاث امام الدائن في حال

التنفيذ الجزئي للعقد من جانب المدين.

خامساً: الفسخ الجزئي في الفقه الاسلامي.

تتجلى عناية الفقه الاسلامي بنظرية الفسخ في مباحث الخيارات وهي من اهم مباحث

عقد البيع الذي هو اهم العقود واكثرها شيوعاً⁽¹⁾. وعلى الرغم من اغراق هذا الفقه في

بيان احكام المسائل التفصيلية والجزئية⁽²⁾ فان الباحث في هذا الموضوع يستطيع ان يجد

مكانا واضحا للفسخ الجزئي بوصفه واحدا من خيارات العاقد عندما يعترض تنفيذ العقد

بعض العوارض كهلاك جزء من المبيع بأفة سماوية او استحالة تنفيذ التزام المدين بصورة

جزئية او استحقاق جزء من المبيع او العيب الخفي وغير ذلك من المسائل التفصيلية التي

تناولها هذا الفقه . على ان هناك خلافا بين علماء المذهب الواحد ناهيك عن الخلاف بين

المذاهب الاسلامية ومرد هذا الخلاف على ما ظهر لنا من خلال البحث هو التوسع في

معنى الضرر المطلوب استبعاده من حصول تفريق الصفقة او عدم التوسع فيه وكذلك

الاختلاف في تقدير مدى حصول جهالة في تحديد مقدار ما يزول من المبيع ومقدار ما

يقابله من العوض عند تفرق الصفقة. فحيث لا ضرر، او الضرر قليل من تفريق الصفقة،

قل بجواز تفريقها، وحيث لا جهالة او كانت الجهالة غير فاحشة في تقدير مقابل ما لم ينفذ

من العقد قيل بتفريقه. فالأكثر اذن هو الاخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد قابلية العقد

او الصفقة للتفريق من عدم قابليتها، غير اننا نجد في

(1) د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، ص4- ص5.

(2) المصدر السابق نفسه، ص22.

الفقه المالكي⁽¹⁾ والفقه الجعفري⁽²⁾ اعتدداً واضحاً بمقاصد المتعاقدين للقول بتفريق الصفقة من عدمه. وليس هنا مكان استعراض تفاصيل ذلك، إنما أردنا أن نثبت هنا أن للفسخ الجزئي مكانه في أقوال الفقهاء الإسلاميين على الرغم من الخلاف، على أن نبين التفاصيل في المباحث الخاصة بالتطبيقات.

ففي الفقه الحنفي مثلاً، يجوز أخذ المبيع بحصته من الثمن أو فسخ البيع إذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة التي ليس في تبغيضها ضرر مع بيان قدرها سواء سمي ثمنها جملة أو فصل لكل كيل أو فرد أو وزن منها ثمن على حدة إذا ظهرت ناقصة أو زائدة عند التسليم.⁽³⁾ أما إذا كان في تبغيضها ضرر وسمي ثمنها جملة فالخيار إما بفسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن المسمى إذا ظهرت ناقصة أو زائدة عند التسليم.⁽⁴⁾ وسيمر علينا تعليل الفرق بين الحكمين والخلاف بشأنه في المبحث القادم.

ويتوسع الفقه الجعفري في الفسخ الجزئي أي الأخذ بالحصّة من الثمن في عقد البيع ويعطيه خيار للمشتري إذا عرضت إحدى الحالات التي سبق ذكرها فلو ظهر المبيع الذي حدد قدره في عقد البيع ناقصاً عما شرط في العقد، يختلف الحكم بينما إذا كان المبيع مختلف الأجزاء أو متفققاً. فلو باع أرضاً على أنها عشرة أذرع فظهرت ناقصة ذراعاً يخير المشتري بين الفسخ والامضاء على خلاف بين من يقول بالامضاء بالثمن المسمى لكون الأجزاء مختلفة، والقول الآخر بالحصّة من الثمن. ونظراً لاختلاف الأجزاء تحدد النقيصة من الثمن بنسبة القيمة حال نقصها وكمالها. ولا يسقط خيار المشتري بأن يحط البائع من الثمن قدر النقصان. أما في بيع متساوي الأجزاء فلا خلاف في أن الامضاء

(1) انظر ابن رشد، أبا الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ط1، دار

الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1989، ص144.

(2) محمد الحسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الأول، مصدر سابق، ص187.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص361، انظر كذلك السيد علي حيدر، درر الحكام، المجلد الاول، مصدر سابق، ص199- ص200، ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص476، مجلة الاحكام العدلية، م 223.

(4) المرغنياني، الهداية، شرح بداية المبتدئ، مطبوع في صدر هامش شرح فتح القدير، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص477، الكاساني، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص361، مجلة الاحكام العدلية ، م 224، السيد علي حيدر، درر الحكام، المجلد الاول، مصدر سابق، ص200.

يكون بالحصة من الثمن⁽¹⁾ واذا تلف بعض المبيع بعد العقد وقبل القبض انفسخ البيع في التالف وتخير المشتري بين الفسخ والامضاء²²² بالحصة من الثمن في الباقي⁽²⁾.

وفي الفقه الحنبلي يقول ابن قدامة في المغني (فمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الارش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن)⁽³⁾ .

وفي الفقه الشافعي (لو باع عبديه فتلف احدهما قبل قبضته لم ينفسخ في الاخر على المذهب بل يتخير، فان اجاز فبالحصة قطعاً).⁽⁴⁾

والمسائل التي عالجها فقهاء المذاهب الاسلامية اكثر من ان تحصى.

المبحث الثاني

تجزئة العقد بسبب العجز في المعقود عليه

اذا تضمن العقد التزاما بتسليم شيء، فان الاصل هو ان ينفذ هذا الالتزام عينا، أي طبقا لما تضمنه العقد ذاته.⁽⁵⁾ كما تكفلت القوانين المدنية بوضع بعض القواعد القانونية المكملة لارادة المتعاقدين لتلافي ما قد ينشأ من نزاع اذا اغفل المتعاقدان بيان ما يجب تسليمه وكيفية هذا التسليم⁽⁶⁾.

(1) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ص191- ص193، انظر بالمعنى نفسه، محمد الحسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الاول، مصدر سابق، ص187.

- (2) العلامة الحلي، المصدر السابق، ص263، محمد الحسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص231، ويقول: الا اذا كان التالف وصفا فلا يقابله جزء من الثمن فيخير المشتري بين الرد والامساك بالثمن كله او بالارش كالعيب الحاصل قبل القبض.
- (3) ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص86.
- (4) النووي، منهاج الطالبين، مطبوع في متن مغني المحتاج للشرييني، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص56، وانظر هذا الحكم في مغني المحتاج للشرييني، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص56 ايضا.
- (5) د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الاول، عقد البيع، مصدر سابق، ص244، د.محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1961، ص117.
- (6) قضت المادة 537 من القانون المدني العراقي بان يدخل في البيع من غير ذكر كل ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا للغرض من الشراء، وكذلك التوابع المتصلة المستقرة وكل
- ولم ينص القانون المدني العراقي على بيان الحال التي يجب تسليم المبيع عليها تاركا ذلك لحكم القواعد العامة ولارادة المتعاقدين²²³، ولكن القانون المدني المصري لم يفته ان يشير الى ذلك. فنص في المادة 431 منه على ان (البائع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري بالحال التي كان عليها وقت البيع). وقد رتب المشرع على بعض صور العجز في المبيع عند التسليم اعطاء الخيار للمشتري بين الفسخ او اخذ المبيع بالحصة من الثمن، بينما اعطى الخيار في صور اخرى بين الفسخ والاخذ بالثمن كله. والعجز قد يكون طفيفا وقد يكون جسيما، فما هو المعيار وما هي الضوابط في ذلك كله؟ ثم ان المعقود عليه قد يهلك جزئيا، تارة بقوة قاهرة واخرى بفعل البائع او بفعل المشتري او بفعل اجنبي، فما عسى ان يكون اثر ذلك على العقد؟ وفي الالتزام بعمل، قد يستحيل على المتعاقد الوفاء بما التزم به بصورة جزئية، فمتى يكون الحكم انفساخ ذلك الجزء وحده؟ ولبيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين وعلى النحو التالي.
- المطلب الاول: تجزئة العقد بسبب العجز في مقدار المعقود عليه.
- المطلب الثاني: تجزئة العقد بسبب الهلاك الجزئي والاستحالة الجزئية.

المطلب الاول

تجزئة العقد بسبب العجز في مقدار المعقود عليه(2)

اذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المزروعات او العدديات

→ ما يجري العرف على انه من مشتملات البيع. وهي موافقة لاحكام المواد **230-232** من مجلة

الاحكام العدلية، وفي القانون المدني المصري قضت المادة **432** على ان التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

(1) د.غني حسون طه، المصدر السابق، ص**243**، د. كمال ثروت الوندأوي، شرح احكام عقد البيع، مصدر سابق، ص**140-141**، هامش رقم (2)، د.صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ومدى تأثيره بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، **1979**، ص**181**.

(2) نظرا لان الاحكام التي اوردها القانون المدني العراقي بشأن العجز في المعقود عليه مأخوذة من مجلة الاحكام العدلية والفقہ الحنفي مباشرة ارتأينا في هذا المطلب وعلى خلاف ما اتبعناه في الرسالة ان نقارن القانون المدني العراقي بالفقہ الاسلامي في الوقت والمكان نفسيهما لان من شأن ذلك تجنب التكرار اذا استعرضنا كلا منهما على حدة بعد استعراض حكم القانون المدني المصري فيما بينهما.

مع بيان مقدارها ثم ظهر بها عند التسليم عجز أي نقص في المقدار، فان الحكم في القانون المدني العراقي جاء موافقا لمجلة الاحكام العدلية²²⁴ المأخوذة بدورها عن الفقہ الحنفي. وهو يختلف بحسب ما اذا كان الثمن قد تم تحديده بسعر الوحدة ام تم تحديده جملة، وبحسب ما اذا كان المبيع مما يطرؤه التبويض او لا يضره التبويض. ولذلك جاء الحكم مختلفا في بعض الفروض، عما تأخذ به المذاهب الاسلامية الاخرى وعن حكم القانون المدني المصري وهو ما نستعرضه تباعا.

فقد نصت المادة **543** من القانون المدني العراقي انه (اذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المذروعات التي ليس في تبعضها ضرر او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة او بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا كان المشتري مخيرا ان شاء فسخ العقد وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن). ويتضح من نص هذه المادة ان المناط في اعطاء الخيار بين الفسخ او الاخذ بالحصة من الثمن هو انتفاء ضرر التبويض من عدمه ايا كانت طريقة تحديد الثمن (جملة او بسعر الوحدة). ومع انتفاء ضرر التبويض يمكن للمشتري اخذ المبيع بحصته من الثمن. والمعيار موضوعي⁽¹⁾.

والاخذ بالحصة من الثمن كما بينا اكثر من مرة هو فسخ جزئي لعقد البيع يعني تجزئة العقد الى جزء محله المبيع الموجود بحصته من الثمن وجزء محله المقدار الناقص

بحصته من الثمن. فلو اشترى شخص كمية من الحنطة على انها **100** طن بثمن اجمالي مقداره **5000** ديناراً او بسعر الوحدة على اساس ان سعر الطن خمسون ديناراً ثم وجد عند التسليم ان مقدار الحنطة تسعون طناً، فان المشتري مخير بين فسخ البيع او اخذ الحنطة الموجودة بمبلغ **4500** دينار⁽²⁾. وقضت محكمة التمييز (اذا ظهرت الارض المبيعة ناقصة وكان قد سمي ثمنها جملة او بسعر الوحدة فللمشتري المطالبة

(1) د.عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار، مصدر سابق، ص171.

(2) د.سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الاول في البيع والايجار، مصدر سابق، ص120، د.عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار، المصدر السابق، ص171، د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص245.

برد الثمن عن المساحة الناقصة) (المادة **543** من القانون المدني)⁽¹⁾. ورد الثمن عن المساحة الناقصة فسخ لجزء من العقد أي تجزئة له بمقدار ما نقص من مساحة الارض وما يقابلها من الثمن.

وحكم المادة **543** من القانون المدني العراقي موافق لحكم المادة **223** من مجلة الاحكام العدلية. كما انه يتفق مع فقه المذهب الحنفي⁽²⁾ ما عدا انه لا خيار للمشتري بالفسخ اذا كان عالماً بنقص المبيع قبل القبض في الفقه الحنفي⁽³⁾.

وللفقه الجعفري الحكم نفسه في الفرض الوارد بالمادة 543 من القانون المدني العراقي والمادة 223 من المجلة⁽⁴⁾.

وتتصدى المادة 1-544 من القانون المدني العراقي لفرضية اخرى فتقرر انه اذا بيعت جملة من الموزونات او المذروعات التي في تبويضها ضرر او من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً فللمشتري فسخ البيع او اخذ المبيع بالثمن كله، الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن).

ويسوّغ هذا الحكم في ان النقص يأخذ حكم الوصف اذا عين الثمن جملة وكان المبيع يضره التبويض. وحيث لا يقابل الوصف جزء من الثمن كان الخيار يدور بين الفسخ

والاخذ بالثمن كله عند ظهور المبيع ناقصاً⁽⁵⁾. وافضل من هذا التسويغ – اذ النقص نقص جزء من المبيع لا وصف فيه- برأينا ان الثمن لما كان قد حدد جملة وان المبيع يضره

(1) رقم القرار 1562/مدنية ثلاثة/1973 في 17/3/1974, مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول, السنة

السادسة, ص44, وانظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم 737/مدنية اولى/90 في 5/6/1991, نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, الجزء الثاني, ص19.

(2) الكاساني, بدائع الصنائع, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص361, المرغيباني, الهداية, الجزء الخامس, مصدر

سابق, ص476, ابن الهمام, شرح فتح القدير, الجزء الخامس, مصدر سابق, ص476, علي حيدر, المجلد الاول, مصدر سابق, ص199-200.

(3) المادة 229 من مجلة الاحكام العدلية, انظر شرحها, علي حيدر, المجلد الاول, المصدر السابق, ص207.

(4) محمد الحسين آل كاشف الغطاء, تحرير المجلة, الجزء الاول, مصدر سابق, ص186.

(5) د.عباس الصراف, شرح عقدي البيع والايجار, مصدر سابق, ص172, د.سعدون العامري, مصدر سابق,

ص120, د.غني حسون طه, مصدر سابق, ص247.

التبويض فان معرفة الحصة من الثمن قد تؤدي الى الجهالة من ناحية ولحصول الضرر بالتبويض فكان منع تجزئة العقد لدفع الجهالة المحتملة والغرر في تقدير الثمن والضرر المحتمل من التبويض. بخلاف ما لو تحسب لها العاقد عند التعاقد فيجوز الاخذ بالحصة من الثمن لاندفاع المحاذير المذكورة.

وحكم المادة 544-1 من القانون المدني العراقي يوافق فقه الحنفية في مثل هذا

الفرض وهو يماثل حكم فوات الوصف⁽¹⁾ ولان الحكم ليس من النظام العام جاز الاتفاق

على ما يخالفه⁽²⁾ غير ان في المذهب الجعفري رأي مختلف. فاذا عُدَّ النقص بمنزلة فوات

الوصف او العيب في المبيع فان في المذهب رأي يقول بانه في حال العيب الموجب

للزمان يكون الخيار بين الفسخ والامضاء بالارش او بدونه⁽³⁾. (والاوصاف وان كانت

لا تقابل بالاعواض.... ولكن النقص ليس فقد وصف بل فقد جزء ولا ريب ان الثمن يقسط

على الاجزاء والابعاض وان لم يقسط على الاوصاف. فالزيادة والنقصية لها شأن

وملاحظة ولا تذهب على البائع ولا المشتري⁽⁴⁾ كما يراعى قصد المتعاقدين بدقة هنا

سواء أكان المبيع جملة في تبويضه ضرر ام لا (فان لوحظ الوزن الذي ذكره من باب

التقييد ثم انكشف زيادته او نقصه, فاللازم الحكم حينئذ اما بالبطلان او الخيار على اختلاف الاعتبارين من انه من قبيل المتباينين او من قبيل تخلف الشرط. وان لوحظ على نحو الداعي أي ان المقصود بيع هذه الجملة بالثمن المعين كيفما كان وانما ذكر الوزن المخصوص لا على جهة التقيد بل على نحو الصفة التوضيحية لا الاحترازية ويكون من باب الخطأ في التطبيق فالبيع صحيح حتى مع انكشاف النقيصة او الزيادة ولا خيار⁽⁵⁾.

-
- (1) منير القاضي, شرح المجلة, الجزء الاول, مطبعة العاني, بغداد, 1947, ص235-236, علي حيدر, المجلد الاول, مصدر سابق, ص200, ابن الهمام, شرح فتح القدير, الجزء الخامس, مصدر سابق, ص477.
 - (2) د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص126.
 - (3) العلامة الحلي, تذكرة الفقهاء, المجلد الاول, مصدر سابق, ص353.
 - (4) محمد الحسين آل كاشف الغطاء, تحرير المجلة, الجزء الاول, مصدر سابق, ص187, وانظر كذلك العلامة الحلي, تذكرة الفقهاء, المصدر السابق, ص191-192, السيد علي السيستاني, منهاج الصالحين, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص35.
 - (5) محمد الحسين آل كاشف الغطاء, المصدر السابق, ص187.

من هذا يتضح ان الحكم في الفقه الجعفري يختلف عن حكم القانون المدني العراقي في المسألة من ناحيتين: اما الاولى فاعطاء الخيار بالاخذ بالحصة من الثمن وبالتالي تجزئة العقد لان النقص جزء وليس وصفا. واما الثانية فهي مراعاة الاعتبار الشخصي المتمثل بقصد المتعاقدين حين ذكروا المقدار وهل على سبيل التقييد ام لمجرد التوضيح فاذا كان المقدار على سبيل التقييد فان النقص يكون بمثابة الغلط الموجب للبطلان والا اعطي الخيار للمشتري. اما اذا كان على سبيل التوضيح فان النقص لا اثر له على العقد ولا يعطى الخيار لحصوله.

ويعالج السيد علي السيستاني فرضية خاصة قريبة من هذه المسألة (قد يؤخذ الوزن شرطا في المكيل او المعدود, او الكيل شرطا في الموزون, مثل ان يبيعه عشرة امان من الدبس, بشرط ان يكون كيلها صاعاً, فتبين ان كيلها اكثر من ذلك لرقعة الدبس او يبيعه عشرة اذرع من قماش, بشرط ان يكون وزنها الف مثقال, فتبين ان وزنها تسعمائة, لعدم احكام النسج, او يبيعه عشرة اذرع من الكتان بشرط ان يكون وزنه مائة مثقال, فتبين ان وزنه مائتا مثقال لغلطة خيوطه ونحو ذلك مما كان التقدير فيه ملحوظا صفة كمال للمبيع

لا مقوما له والحكم انه مع التخلف بالزيادة او النقيصة يكون الخيار للمشتري لتخلف الوصف, فان امضى العقد كان عليه تمام الثمن والزيادة ان كانت فهي له.(1).

ولكن متى حدد الثمن في الفرض السابق بسعر الوحدة, فعلى الرغم من ان المبيع من المثليات التي في تبويضها ضرر فان تحديد الحصة من الثمن يمكن ان يتم دون شبهة الجهالة والضرر. ولذلك جاء حكم المادة **545** على النحو التالي (اذا بيعت جملة من الموزونات او المذروعات التي في تبويضها ضرر او من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها بسعر الوحدة ثم وجد ان المبيع زائدا او ناقصا عند التسليم فللمشتري فسخ البيع او اخذ المبيع بحصته من الثمن) فاذا اشترى المشتري ارضا على انها الف متر (مربع) كل متر (مربع) بعشرين ديناراً وظهرت الارض عند التسليم تسعمائة متر

(1) السيد على السيستاني, منهاج الصالحين, الجزء الثاني, مصدر سابق , ص35- ص36.

(مربع) كان له اما ان يفسخ البيع او ان يدفع عن الارض ثمانية عشر الف دينار.(1)

228

والمادة **545** من القانون المدني العراقي تتفق مع حكم المادة **225** من مجلة

الاحكام العدلية وهو الحكم المعول عليه في الفقه الحنفي(2).

وفي الفقه الجعفري يعطى في مثل هذا الفرض الخيار بين الفسخ وبين اخذ المقدار بحصته من الثمن مع النظر الى قصد المتعاقدين كما بسطناه في الفرض السابق(3) ولتحديد الحصة من الثمن في الفقه الجعفري يختلف الامر بين ما اذا كان المبيع مختلف الاجزاء وبين ما اذا كان متفق الاجزاء. ففي الفرض الاول, (مختلف الاجزاء) تحدد الحصة بالنسبة بين قيمة المبيع حال النقيصة وقيمه حال الكمال فينزل من الثمن بتلك النسبة, اما في المبيع متفق الاجزاء فان نقصان الثمن يكون بنسبة نقصان المقدار(4).

ومن هذا يتضح ان تحديد الثمن بسعر الوحدة او بالجملة واختلاف او اتفاق الاجزاء لا يكون مانعا من الاخذ بالحصة من الثمن, وبالتالي فسخ جزء من العقد بمقدار النقص وحصته من الثمن أي تجزئة العقد او تفريق الصفقة بتعبير الفقه الاسلامي. غير ان هذا يعطى كخيار للمشتري مع حقه في فسخ العقد كله اذا وجد في ذلك مصلحته.

ولم تتحدث المواد **543-545** عن حق المشتري في طلب التنفيذ العيني اذ ان البائع بتسليمه جملة المبيع يكون قد نفذ التزامه عينا غير ان ثمة خطأ حصل او امر حصل فظهر مقدار المبيع ناقصا عن المقدار المذكور في العقد فكان حق المشتري قاصرا

(1) د.عباس حسن الصراف, احكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي, مصدر سابق, ص475- ص476.

د.غني حسون طه, مصدر سابق, ص248.

(2) علي حيدر, المجلد الاول, مصدر سابق, ص201, الكاساني, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص364,

البابرتي, شرح العناية, الجزء الخامس, من شرح فتح القدير, مصدر سابق, ص478.

(3) الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء, تحرير المجلة, الجزء الاول, مصدر سابق, ص188. (روي عن

الامام جعفر الصادق(عليه السلام) في رجل باع ارضا على انها عشرة اجرة فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا. فلما مسح الارض اذا هي خمسة اجرة . قال ان شاء استرجع فضل ماله واخذ الارض وان شاء رد البيع واخذ ماله كلهم. الحر العاملي, وسائل الشيعة, ط2, مؤسسة آل

البيت عليهم السلام لاحياء التراث, 2003, الجزء الثاني عشر, كتاب التجارة ابواب الخيار, الباب 14,

ص361, ح1, محمد تقي المدرسي, الوجيز في الفقه الاسلامي فقه العقود, مصدر سابق, ص131.

(4) العلامة الحلي, تذكرة الفقهاء, الجزء الاول, القسم الاول, مصدر سابق, ص191- ص193.

على الخيار المذكور(1).

229

اما اذا كان المبيع مقدارا معيناً من الموزونات او المذروعات او المكيلات او العدديات فان حق المشتري في طلب التنفيذ العيني تضمنه القواعد العامة في الالتزامات بخلاف الفرض في المواد **543-545** من القانون المدني العراقي حيث تباع جملة من المثليات مع بيان قدرها فتظهر ناقصة.

وحيث ان خيار المشتري بفسخ العقد لظهور النقص قد يلحق ضرراً بالبائع الذي تفوت عليه الصفقة حينئذ, ولان البائع يستطيع تلافي السبب الذي يعطي المشتري هذا الحق في حال نقص المبيع عن القدر المحدد اذا كان من المثليات وذلك بان يسلم الى المشتري المقدار الناقص فان العدالة تقتضي برأينا اعطاء البائع الحق بتسليم المقدار الناقص عينا ليدفع عن نفسه خطر فسخ العقد. وهذا الحق الذي نقترحه للبائع لا يضر المشتري وهو حق للبائع لا التزام عليه فهو قد اوفى بالتزامه الاصلي بتسليم المبيع المتفق

عليه عينا, مع انه ظهر ناقصا عن المقدار المحدد في العقد, فيستطيع ان يساير المشتري في طلبه الفسخ اذا وجد ذلك في مصلحته.

والاحكام المختلفة في المواد **543-545** من القانون المدني العراقي لا تسوغها الفروض الواردة في تلك المواد. اذ بينا ان الوصول الى الحصة من الثمن دون غرر او جهالة فاحشة امر ممكن بل ان المادة **565** من القانون المدني العراقي تعطي مبدا عاما في كيفية انقاص الثمن ثم ان اراء الفقهاء المسلمين ليست متفقة تماما بشأن المسألة. ونحن نفترح استبدال المواد **543-546** بمادة واحدة على النحو التالي.

المادة 543: 1. اذا بيعت جملة من المكيلات او الموزونات او المذروعات او العدديات مع بيان قدرها ثم ظهر المبيع عند التسليم ناقصا او زائداً بما لا يتسامح به عرفاً, فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد او اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن, ما لم يكن المتعاقدان قصداً غير ذلك.

2. وليس للمشتري فسخ البيع اذا كان المبيع من المثليات التي لا يضرها التبعض وكان البائع مستعداً ليسلم المقدار الناقص عينا.

(1) انظر نظير هذا الرأي في الفقه المصري, د. اسماعيل غانم, الوجيز في عقد البيع, القاهرة, **1963**, ص **187**.

3. لا تسمع دعوى المشتري او البائع بموجب هذه المادة بعد انقضاء ثلاثة اشهر من وقت التسليم الفعلي للمبيع.

والنص المقترح في الفقرة (1) له سند من اقوال الفقهاء المسلمين كما مر بنا وان لم يكن محل اجماعهم كما انه يعطي المشتري الحق بالاخذ بالحصة من الثمن بغض النظر عن كون المبيع يضره التبعض او لا يضره, او كان الثمن قد حدد بسعر الوحدة او جملة. فالنقص او الزيادة هي جزء حقيقة فيقابلة جزء من الثمن. وتحديد الحصة من الثمن ممكن في الاحوال كلها كما ذكرنا ويكون خيار تجزئة العقد في هذه الحال ثابتا للمشتري في الصور جميعها كما ان الفقرة الثانية تقتضيها العدالة كما سبق وبيننا ونقلنا نص الفقرة الثالثة عن الفقرة الثانية من المادة **546**. كما تضمن المقترح الاستغناء عن الفقرة الاولى

من المادة **546** التي تقيد حق طلب الفسخ بكون النقصان او الزيادة يتجاوز **5%** وهي نسبة تحكمية اقترحنا تركها للعرف السائد في كل حالة.

هذا وطبقا للمادة **748** من القانون المدني العراقي تسري احكام التسليم في البيع على عقد الايجار وهي تجري على النحو التالي (يسري على الالتزام بتسليم المأجور ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من احكام وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور. كل هذا ما لم يوجد نص يخالفه).

كما نصت المواد **744-747** احكام الزيادة والنقص في المأجور وهي تناظر المواد **543-545** في عقد البيع .

اما في القانون المدني المصري فتقضي المادة **431** السابق الاشارة اليها بوجوب تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك⁽¹⁾ وطبقا للمادة **433** من القانون المدني المصري يكون البائع مسؤولا عن نقص المقدار المعين في العقد من المبيع بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك⁽²⁾ وتجري في

(1) د.محمد لبيب شنب, مصدر سابق, ص122, المستشار انور العمروسي, العقود الواردة على الملكية في القانون المدني, مصدر سابق, ص99-100, د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص558. د. انور سلطان, العقود المسماة, شرح عقدي البيع والمقايضة, دار النهضة العربية, بيروت, لبنان, 1973, ص194.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص571, د.علي حسن يونس, القانون التجاري, العقود التجارية وعمليات البنوك, دار الحماي للطباعة, ص26, وهو يقول ان العرف التجاري مستقر في مصر ان مقدار المبيع في بعض البيوع التجارية محدد على وجه التقريب وانه في تجارة القطن تصل الزيادة والنقص الى 10% من الكمية المباعة.

فقرتها الاولى على النحو التالي) اذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك. على انه لا يجوز للمشتري ان يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع الا اذا اثبت ان هذا النقص من الجسامة بحيث لو انه كان يعلمه لما اتم العقد) ونصت المادة **434** من القانون نفسه على انه) اذا وجد في المبيع عجز او زيادة فان حق المشتري في طلب انقاص الثمن او في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا) والمشرع المصري لم يشأ ان يورد التفاصيل التي اوردها

القانون المدني العراقي، والقانون المصري القديم (فبعضها يكفي في استخلاصه القواعد العامة وبعضها ينطوي على شيء من التحكم يحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين فاقصر على نص يعد تلخيصا لما تقدم من الاحكام وهو منقول عن التقنين البولوني والمشروع الفرنسي الايطالي)⁽¹⁾.

ويقضي نص المادة **433** من القانون المدني المصري بان البائع يضمن للمشتري القدر الذي عينه للمبيع بحسب العرف. ومعنى هذا الضمان انه اذا نقص عن المقدار المعين كان للمشتري ان يفسخ العقد بشرط ان يكون النقص جسيما بحيث لو علمه المشتري لما اقدم على التعاقد. ولم يشترط ان يكون هذا النقص اكثر من خمسة من المئة⁽²⁾ (كما فعل المشرع العراقي). والخيار الثاني ان ينقص الثمن. ومعيار جسامه النقص معيار ذاتي لا موضوعي . فالعبرة بان يكون من شأن النقص ان يؤدي الى امتناع المتعاقد عن الدخول في العملية التعاقدية لو كان يعلم به. ويقع على عاتق المشتري اثبات ذلك⁽³⁾. (وليس من

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص 60.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص 572، د. سمير تناعو، عقد البيع، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 211، د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 117، د. انور سلطان، مصدر سابق، ص 194.

(3) الاستاذ مصطفى احمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ط 5، مطابع دار الفكر، دمشق، 1963، ص 148-149، د. منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، ص 133. وتقدير الجسامة متروك في النهاية لتقدير قاضي الموضوع، د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 118، انور العمروسي، العقود الواردة على الملكية، مصدر سابق، ص 119.

الضروري ان يكون انقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع فقد يكون الضرر اكثر او اقل
232
من ذلك)⁽¹⁾ وهي نقطة يفترق فيها القانون المدني المصري عن القانون المدني العراقي الذي جعل انقاص الثمن متناسبا مع نقص المبيع. ولعل مرجع ذلك الى ان الفقه الاسلامي لا يجمع بين الحق في الفسخ مع التعويض⁽²⁾ وقد كان حكم القانون المدني العراقي مأخوذا مباشرة من مجلة الاحكام العدلية، على الرغم من ان القواعد العامة في هذا القانون تجيز

التعويض المقترن بالفسخ ان كان له مقتضى كما ورد في المادة **177** مثلا من القانون المدني العراقي التي سبق ذكر نصها.

كما لم يفرق القانون المدني المصري – خلافا للقانون المدني العراقي- بين ما اذا كان المبيع يضره التبعض او لا يضره التبعض. وبين ما اذا كان الثمن محددا بسعر الواحدة او مقدرا جملة واحدة⁽³⁾. وقد سبق قولنا ان بعض اقوال فقهاء المذاهب الاسلامية لا تعير هذا التميز اثرا في الحكم. والقانون المدني المصري من هذه الناحية يفضل حكم القانون المدني العراقي برأينا.

ومتى اختار المتعاقد انقاص الثمن عند تحقق الشروط القانونية لذلك فانه على الرغم مما قيل في الفقه المصري – كما اشرنا الى ذلك- من ان مقدار انقاص الثمن لا يلزم ان يكون متناسبا مع مقدار النقص وانما يدور مع مقدار الضرر الحاصل من جراء النقص. وعلى الرغم مما ورد في الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري من اشارة الى ذلك, فان انقاص الثمن يعني دائما ازالة جزء من العقد وليس تنفيذا بمقابل للجزء غير المنفذ. اذ

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص572, فاذا لم يكن النقص جسيما للمشتري الا انقاص الثمن, د. سمير تناغو, مصدر سابق, ص213-214, د. انور سلطان, مصدر سابق, ص194, انور العمروسي, العقود الواردة على الملكية, مصدر سابق, ص116.

(2) د. حسن علي الذنون, النظرية العامة للفسخ, مصدر سابق, ص273.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص572, د. انور سلطان, العقود المسماة, شرح عقدي البيع والمقايضة, مصدر سابق, ص194, انور العمروسي, العقود الواردة على الملكية, مصدر سابق, ص119, انظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية جلسة 1970/11/3 السنة 53, المحاماة, العدد السابع والثامن, ص48. نقلا عن المستشار انور العمروسي, المصدر السابق, ص123, نوفل مشرف حردان, الالتزام بالتسليم في عقد البيع, دراسة مقارنة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل, 2004, ص83.

الثمن هو مقابل المبيع في ذمة المشتري²³³ والجزء منه مقابل نقص المبيع زوال الجزء من العقد أي فسخ جزئي للعقد⁽¹⁾. اما امكان ان يزيد ذلك عن مقدار التناسب فيكون تكييفه على انه تعويض قد يقتضيه ضرر حصل للمشتري من جراء نقص المبيع يكون خاضعا في حكمه للقواعد العامة في التعويض المصاحب للفسخ. ويقول الاستاذ مصطفى احمد

الزرقاء في معرض شرحه للمادتين **401, 402** من القانون المدني السوري المطابقتين للمادتين **433, 434** من القانون المدني المصري ما يلي) والجزء الذي يلزم البائع بحصته من الثمن اذا اختار المشتري الابقاء على المبيع (وحكم له بذلك) هو ما يعادل فوات الجزء الناقص من المبيع وقد اوجب القانون الرجوع الى العرف في تحديد المقدار⁽²⁾. بقي ان نشير الى ان حق المشتري في دعوى الفسخ او انقاص الثمن قد حددت لها القوانين مدة سقوط قصيرة من اجل استقرار التعامل⁽³⁾ فهي في القانون المدني العراقي ثلاثة اشهر(المادة **546** من القانون المدني العراقي) وفي القانون المدني المصري سنة واحدة(المادة **434** من القانون المدني المصري) وتبدأ هذه المدة من تاريخ التسليم الفعلي اذ في هذا التاريخ يمكن للمشتري التأكد من نقص المبيع بخلاف ما لو كان التسليم حكيماً⁽⁴⁾ ولا يسري على هذه المدة الوقف بسبب نقص الاهلية, ولكن يسري عليها الانقطاع⁽⁵⁾ كما لا يجوز الاتفاق على زيادتها او انقاصها⁽⁶⁾ طبقاً **1-388** من القانون المدني المصري (الموافقة للمادة **1-443** من القانون المدني العراقي).

-
- (1) د. عبد الحي حجازي, بحثه بعنوان مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ, مصدر سابق, ص175.
 - (2) مصطفى احمد الزرقاء, مصدر سابق, ص147.
 - (3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص575, د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص122.
 - (4) انظر قرار محكمة التمييز رقم **112/مدنية** اولى/89 في **1989/10/8** نقلاً عن ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص15.
 - (5) د. سمير تناغو, مصدر سابق, ص214, د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص578.
 - (6) د. سمير تناغو, مصدر سابق, ص214, هامش (1), الاستاذ احمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي, شرح القانون المدني, عقود البيع والحوالة والمقايضة (في التقنين القديم والجديد), ط3, مطبعة الفجالة الجديدة, **1954**, ص334, وهو يرى ان هذه المدة هي مدة حرمان من المطالبة او منع من رفع الدعوى متى انقضت تلك المدة. وليس مدة سقوط بالتقادم بالمعنى المعروف وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة **1622**.

وتطبق احكام البيع نفسها في حال نقص مقدار العين المؤجرة اذا كانت معينة بالذات وضمن المؤجر للمستأجر ان تشتمل على مقدار معين⁽¹⁾. وكذلك الحال (اذا خالف المؤجر شروط العقد بما ادى الى نقص في المنفعة المستوفاة من المأجور فيصبح من حق المستأجر طلب انقاص الاجرة طبقا لحكم المادة **744** من القانون المدني العراقي)⁽²⁾ وانقاص الاجرة بمقدار نقص المنفعة المتعاقد عليها في عقد الايجار يعد فسخا جزئيا لعقد الايجار في حدود هذا النقص فيكون ذلك تجزئة للعقد⁽³⁾.

المطلب الثاني

تجزئة العقد بسبب الهلاك الجزئي او الاستحالة الجزئية

متى كان الهلاك جزئيا فانه إذا كان سابقا على التعاقد ادى الى بطلان العقد بالقدر المتعلق بالجزء الهالك لعدم وجود محله حال التعاقد. ويكون للمتعاقد الاخر التمسك بما بقي من العقد صحيحا بحصته من الثمن (إذا كان العقد بيعا) ما لم يكن الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد⁽⁴⁾. و أما إذا كان الهلاك بعد التعاقد فلا اثر له في انعقاد العقد صحيحا انما يجعل العقد منفسخا لاستحالة تنفيذه بسبب هلاك الشيء المعين بالذات⁽⁵⁾.

واحكام الهلاك -الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا – محلها عندما يكون المعقود عليه معين بالذات اما إذا كان من المثليات فان هذه الاخيرة لا تهلك لوجود مثلها⁽⁶⁾ والهلاك

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص 491، د. عبد الرزاق

احمد السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، المجلد الاول، مصدر سابق، ص 209- ص 210، والمادة 566 من القانون المدني المصري.

(2) قرار محكمة التمييز، رقم 314 /مدنية اولى/ 91، في 13/10/1991 نقلا عن ابراهيم المشاهدي،

المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 166.

(3) وقضت محكمة النقض في مصر ان (طلب تخفيض الاجرة مقابل النقص في المنفعة انما هو طلب بفسخ جزئي

لعقد الايجار بما يتعلق بهذا النقص) الطعن رقم 1129 لسنة 47 القضائية، جلسة 1981/12/21 نقلا

عن د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 310.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، مصدر سابق، ص 471.

(5) د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 164.

- (6) د.عباس حسن الصراف, شرح عقدي البيع والايجار, مصدر سابق, ص177, د.غني حسون طه, مصدر سابق, ص163, انظر كذلك المادة 64 مدني عراقي والمادة 85 مدني مصري.
- الجزئي هو الهلاك او التلف المادي لجزء من المبيع او الذي يترتب عليه نقص في مقدار المبيع لا نقصان في قيمته لاسباب اقتصادية²³⁵(1). وقد نصت المادة 547 من القانون المدني العراقي على ما يلي (1. إذا هلك المبيع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع. وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه, فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع انقاص الثمن).
- (2. على انه إذا كان هلاك المبيع او نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري او بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملا في الحال الاولى, والزام البائع بالتعويض في الحال الثانية).
- ونحن هنا لا نتعرض لاحكام الهلاك إلا بالقدر الذي يتعلق بتجزئة العقد وهو ما يحصل في حال الهلاك الجزئي الذي يقع بقوة قاهرة بعد التعاقد وقبل التسليم(2). اما بعد التسليم فان البائع يكون قد اوفى بالتزامه واصبح المشتري هو المسؤول عن تبعة الهلاك ولو حصل بفعل البائع الذي سيكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية عن فعله الضار(3).
- وحكم المادة 547 من القانون المدني العراقي ينسجم مع القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين التي حددتها المادة 179 الخاصة باحكام الهلاك(4). غير انها أضافت الحكم الخاص بهلاك جزء من المبيع وهو اعطاء الخيار للمشتري بين فسخ العقد وبين ابقائه مع انقاص الثمن, وهذا الخيار الاخير هو تجزئة للعقد.
-
- (1) د.سعدون العامري, مصدر سابق, ص126, د.عباس الصراف, شرح احكام عقدي البيع والايجار, مصدر سابق, ص188.
- (2) وذلك ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على تعديل احكام تبعة الهلاك طبقا للمادة 259 مدني عراقي (217 مدني مصري).

(3) د.عباس حسن الصراف, شرح احكام عقدي البيع والايجار, المصدر السابق, ص176- ص177.

(4) نصت المادة 179 مدني عراقي على ما يلي:(1- اذا هلك المعقود عليه في المعاولسات وهو في يد صاحبه

انفسخ العقد سواء أكان هلاكه بفعله ام بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. 2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

وحيث ان هلاك المعقود عليه المعين بالذات قبل تسليمه يؤدي الى استحالة تنفيذ

الالتزام بالتسليم فان مؤدى هذه الاستحالة انفساخ العقد كما نصت على ذلك المادة 179²³⁶

من القانون المدني العراقي(1). فاذا كان الهلاك جزئيا شملت الاستحالة ذلك الجزء من

العقد وادت الى انفساخه وايا كان سبب الاستحالة الجزئية فانه متى كان الالتزام العقدي

قابلا للتجزئة فانه) يقع على المدين واجب تنفيذ التزاماته التي لم تطرأ عليها الاستحالة,

ولكن هذا الواجب قد ينتفي إذا كان.... مما لا يتحقق به ما كان مقصودا من التعاقد والامر

في هذا متروك لتقدير قاضي الموضوع فيقضي بفسخ العقد جميعه إذا كان العقد غير قابل

للتجزئة.(2). وهذا الحكم لا يقتصر على عقد البيع بل هو يشمل كل المعاولسات وهو ما

يستدعي اضافة معناه في ذيل المادة 179 من القانون المدني العراقي ولذلك نقتراح

تعديلها الذي سنقدمه لاحقا.

ومن ناحية اخرى فان الهلاك متى تم بفعل البائع ادى الى استحالة التنفيذ بخطأ البائع)

العائد) وهو ما يوجب التزامه بالتعويض وليس انفساخ العقد(3) ليكون الحكم متفقا مع حكم

المادة 168 من القانون المدني العراقي التي قضت بانه) إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ

الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن

سبب اجنبي لا يد له فيه. وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه.(4). ولذلك يتعين

حذف كلمة (بفعله) من الفقرة الاولى من المادة 179 من القانون المدني العراقي لانه يجعل

حكم المادة 179 في حال الهلاك بفعل المدين مخالفا لحكم المادة 168 من القانون المدني

العراقي الذي هو تنفيذ الالتزام العقدي بمقابل وليس انقضاؤه عندما تكون الاستحالة

(1) د.سعون العامري, مصدر سابق, ص123.

(2) حامد شاكر محمود, مصدر سابق, ص48, د. وسن قاسم غني, اطروحتها, مصدر سابق, ص9.

(3) د.سعدون العامري, المصدر السابق, ص124, د.عبد المجيد الحكيم واخرون, الجزء الاول, مصدر سابق,

ص181, بهذا المعنى انظر حامد شاكر محمود, مصدر سابق, ص117 وما بعدها.

(4) وقضت محكمة التمييز انه (إذا باع المدعى عليه عقاره على الرغم من علمه بحجزه فيلزم بالشرط الجزائي

بسبب استحالة تسجيل العقار باسم المشتري لان الاستحالة لم تكن بسبب اجنبي لا يد للمدعى عليه فيه).

قرارها رقم 53/حقوقية/82 في 1982/5/22، منشور في مجموعة الاحكام العدلية, العدد الثاني، السنة

الثالثة عشرة, 1982, ص131.

بخطأ المدين(1).

237

ونقترح النص المعدل الاتي للمادة 179 من القانون المدني العراقي:-

(المادة 179: 1- اذا هلك المعقود عليه (المعين بالذات) في المعاوضات وهو

في يد صاحبه) بسبب اجنبي لا يد له فيه) انفسخ العقد ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه (ما لم يكن قد اعذر العاقد الاخر بالتسليم).

(2- فاذا كان الهلاك جزئيا انفسخ من العقد ما يقابل ما هلك. ويخير العاقد بين

الاحتفاظ بالباقي من العقد وطلب فسخه.))

وبهذا يستقيم النص مع ما جاء في المادة 547 من القانون المدني العراقي ويرتفع

التعارض المشار اليه مع المادة 168 من القانون المدني العراقي. كما يتضمن هذا

المقترح الغاء الفقرة(2) الحالية من المادة 179 لكونها مجرد تطبيق للمبدأ العام في

خصوص عقد البيع وتعوض عنها المادة 547 من القانون المدني العراقي, ويرسي

النص حكما عاما للهلاك الجزئي في المعاوضات مما يزيل الخلاف الفقهي حوله.

كما نقترح تعديل المادة 168 من القانون المدني العراقي باضافة فقرة ثانية اليها

على النحو التالي:-

المادة 168: 1- (المادة الحالية نفسها).

2- فاذا كانت الاستحالة الناشئة عن سبب اجنبي جزئية او وقتية انفسخ ما يقابل

الجزء المستحيل ويخير الدائن بين الاحتفاظ بالباقي من العقد وبين الفسخ.(2).

(1) وقد تُرِيه الى هذا العيب في نص المادة **179** (التسوية بين حكم الهلاك بفعل المدين وحكم الهلاك بسبب

اجنبي). انظر في ذلك حامد شاكر محمود, مصدر سابق, ص**210**.

(2) ولمزيد من الايضاح والفائدة نذكر ان المادة **247** من القانون المدني الاردني رقم **43** لسنة **1976** تنص

المادة على ما يلي(في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا, انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية, الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين). كما نصت المادة **215** من القانون المدني الكويتي في فقرتها الثانية على ما يلي(فاذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الاحوال ان يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ او ان يطلب فسخ العقد).

وحكم القانون هنا منطقي. اذ بهلاك جزء من المبيع المعين بالذات يصبح تنفيذ ذلك الجزء مستحيلا على البائع اذ هو المدين بالتسليم والتزامه بالتزام بتحقيق نتيجة, فالذي يتضرر من التجزئة هو المشتري وقد دفع المشرع هذا الضرر عنه باعطائه الخيار بين استبقاء ما لم يهلك من المعقود عليه او الفسخ. واذا اختار الباقي من العقد فلا يدفع سوى حصة المبيع من الثمن⁽¹⁾.

وفي عقد الايجار يؤدي الهلاك الجزئي للمأجور الى تجزئة العقد في حالتين: الاولى اذا اختار المستأجر الابقاء على عقد الايجار مع انقاص الاجرة بنسبة النقص في المنفعة. والحال الثانية هي فسخ العقد كله بسبب الهلاك الجزئي او الكلي فيتجزأ العقد بزواله بالنسبة للمستقبل دون ما تم تنفيذه منه⁽²⁾. وهو ما تقرره المادة **751** من القانون المدني العراقي .

وفي القانون المدني المصري نصت المادة **438** منه على ما يلي:(اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه, جاز للمشتري اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع واما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن). ومقارنة حكم هذه المادة بحكم المادة **547** من القانون المدني العراقي - التي مر نصها ومناقشتها- نجد ان الاثنين تعطيان المشتري الخيار بين اخذ المبيع بالحصة من الثمن والفسخ, باستثناء ان القانون المدني المصري يشترط جسامه نقص قيمة المبيع لاعطاء الحق في

(1) إذا كان الهلاك جزئيا فان البيع لا يفسخ من تلقاء نفسه وانما لا بد وان يطلب المشتري فسخ البيع من المحكمة المختصة. حامد شاكر محمود, مصدر سابق, ص168, د.جعفر الفضلي, مصدر سابق, ص103.

(2) وقضت محكمة التمييز بانه (اذا استملك العقار المأجور فيكون حق الانتفاع به قد هلك وينفسخ عقد الاجرة, ولا مانع من مطالبة المؤجر بباقي البذل) قرارها رقم 1395 /حقوقية/ 62 في 1962/5/29 منشور في مجلة القضاء العدان الاول والثاني السنة العشرون, 1962, ص140, وقضت ايضا (اذا كان هدم السينما بسبب قانوني فيعتبر العقد منفسخا فيما بقي من مدته وتنفي المسؤولية عن التعويض قرار محكمة التمييز رقم 66/هيئة عامة / 971 في 1971/11/13 منشور نقلا عن ابراهيم المشاهدي, المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز, مصدر سابق, ص265. وقضت محكمة استئناف البصرة (اذا احترق العقار المأجور كليا فيعتبر عقد الايجار منفسخا بحكم المادة 751-1 من القانون المدني ولا يحق للمستأجر المطالبة باشغال المأجور عند اعادة بنائه من قبل مالكة) رقم القرار 397/ت/ب / 1981 في 1981/11/12. وكذلك قرار محكمة التمييز رقم 1585 /مدنية رابعة/ 976 في 1977/7/6, مجموعة الاحكام العدلية, العدد الرابع, السنة العاشرة, 1979, والعدد الثالث والرابع, السنة الثامنة, 1977, ص23.

الفسخ, ومتى كان الهلاك الجزئي بقوة قاهرة²³⁹ فان حق المشتري في طلب التعويض ينتفي لعدم الرابطة السببية بين فعل البائع والهلاك. فلا يكون للمشتري سوى الخيار المذكور⁽¹⁾ والفسخ وانقاص الثمن لا يقعان بقوة القانون بل لا بد لاجلها من التقاضي⁽²⁾.

واذا لم يكن الهلاك الجزئي من الجسامة بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع وكذلك اذا رتب المشتري للغير حسن النية حقا عينيا على المبيع فلا يملك المشتري عندئذ سوى خيار انقاص الثمن⁽³⁾. واختيار المشتري لابقاء العقد بالحصة من الثمن هو فسخ جزئي لعقد البيع وهو لذلك تجزئة للعقد كما مر بنا.

وللهلاك عند محكمة النقض المصرية معنى اضيق من الاستحالة القانونية للوفاء بالالتزام بالتسليم, وعندها لا يعد استيلاء السلطة المختصة على جزء من المبيع هلاكا تجري عليه احكام الهلاك الذي تنظمه المادة 438 وانما احكام استحالة التنفيذ التي تنظمها المادة 159 من القانون المدني المصري والتي متى كانت جزئية ادت الى انفساخ العقد بقدرها.⁽⁴⁾

(1) د.سمير تناغو, عقد البيع, مصدر سابق, ص235, بينما يستحق التعويض اذا كان الهلاك الجزئي بفعل البائع. ولا خيار للمشتري اذا كان الهلاك بفعله وعليه دفع الثمن كاملا. د.سمير تناغو, المصدر السابق, ص234, مصطفى الزرقاء, مصدر سابق, ص176. د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص616-617, انور العمروسي, العقود الواردة على الملكية, مصدر سابق, ص143.

(2) د.انور سلطان, العقود المسماة, مصدر سابق, ص204, د.سمير تناغو, عقد البيع, مصدر سابق, ص235.

(3) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, المصدر السابق, ص618, د.انور سلطان, المصدر السابق, ص204, الاستاذ احمد نجيب الهالبي, مصدر سابق, ص741, انور العمروسي, العقود الواردة على الملكية, المصدر السابق, ص144.

(4) وقضت محكمة النقض المصرية بانه) لما كان الهلاك المنصوص عليه في المادة 437 من القانون المدني هو - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية فان استيلاء الاصلاح الزراعي - بعد البيع- على قدر من الاطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجري عليه احكام الهلاك في البيع فزاء هذه الاستحالة بالنسبة لتنفيذ التزام البائعين ينقضي تبعا لذلك التزام المدعي الخاص بدفع ثمن العقار المذكور ويصبح عقد البيع مفسوخا بالنسبة لهذا الجزء المستولى عليه وذلك طبقا لنص المادة 159 مدني). نقض في 1966/2/1 مجموعة المكتب الفني, السنة السابعة عشرة, ص205. وكذلك النقض في 1968/2/22 مجموعة المكتب الفني, السنة التاسعة عشرة, ص345, والنقض في 1969/3/13 مجموعة المكتب الفني, السنة العشرون, ص432, نقلا عند.سمير تناغو, عقد البيع, مصدر سابق, ص231 و ص234.

وتقرر المادة 569 من القانون المدني المصري²⁴⁰ حكم هلاك العين المؤجرة جزئيا او نقص الانتفاع بها نقصا كبيرا لسبب لا يرجع الى المستأجر فاذا لم يقيم المؤجر باصلاح الخلل في ميعاد مناسب فللمستأجر ان يطلب تبعا للظروف اما انقاص الاجرة او فسخ الايجار ذاته(1) دون اخلال بحقه في تنفيذ التزام المؤجر بنفسه وفقا لاحكام القانون(2).

وفي عقد النقل اذا حالت القوة القاهرة دون اتمام النقل كما لو منعت السلطات السفر الى بعض الجهات مما اضطر الناقل الى تفريغ البضاعة في غير المحل المتفق عليه فهل يستحق الناقل اجرة عن المقدار الذي نفذ من عملية النقل ام تفوت عليه الاجرة كلها؟ يذهب الرأي الراجح الى ان الناقل يستحق قدرا من الاجرة يتناسب مع ما تم تنفيذه من النقل. اذ السبب هو القوة القاهرة وقد يكون الناقل قد اوصل البضاعة الى مكان قريب من

الجهة المتفق عليها. وهناك رأي مرجوح يذهب الى ان العقد يفسخ ويسقط تبعا لذلك التزام المرسل بدفع الاجرة.(3)

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، المجلد الاول، مصدر سابق، ص294- ص295.

د.سليمان مرقس، عقد الايجار، مصدر سابق، ص345- ص347.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء السادس، المجلد الاول، المصدر السابق، ص291.

(3) د.علي حسن يونس، مصدر سابق، ص223- ص224. هذا وتنص المادة 844 من القانون المدني العراقي

في فقرتها الاولى على ان(من استأجر واسطة نقل للركوب الى محل معين بأجر معلوم وتعطلت في الطريق فالمستأجر مخير ان شاء انتظرها حتى زوال العطل، وان شاء فسخ الاجارة ودفع ما اصاب تلك المسافة من الاجر المسمى.) والخيار الذي اورده هذه المادة يؤدي الى تجزئة العقد بنسبة المسافة المقطوعة متى اختار المسافر(المستأجر) فسخ الاجارة ودفع ما اصاب المسافة المقطوعة من الاجر المسمى.

المبحث الثالث

241

تجزئة العقد بسبب الاستحقاق الجزئي والعيب الخفي

هنا يتعرض العقد مرة اخرى بعد ان نشأ صحيحا الى عارض جديد يهدد التنفيذ التام لمضمونه. ومحل الكلام هنا عندما يدعي شخص من غير المتعاقدين حقا على المعقود عليه فيثبت هذا الحق ويحكم له بذلك، دون ان يستغرق هذا الحق المعقود عليه كله وانما بعضه فقط، او يظهر المعقود عليه مثقلا بتكليف لحساب الغير لا علم للمتعاقد به وقت العقد، وهذا ما يدعى الاستحقاق الجزئي، فيتصدى المشرع لهذه الحال من خلال احكام ضمان الاستحقاق. وهذه الاحكام متباينة من حيث الاساس الذي تقوم عليه. فبعض القوانين

تعالجها بازالة جزء من العقد (أي تجزئة العقد) وبعضها تعالجها بالابقاء على الجزء المستحق وتنفيذه بمقابل.

وقد يظهر في المعقود عليه (المبيع مثلا) عيب خفي تتحقق معه شروط ضمان العيب التي استوجبها القانون, فلا يعود التنفيذ تاما, بل معيبا, فاصبح العقد مهددا بوجوده ايضا. وقد وضع المشرع احكاما لضمان العيب الخفي تؤدي احيانا الى ازالة جزء من العقد و احيانا الى ابقاء العقد بكامله, ونحن في هذا المبحث الذي نقسمه على مطلبين نتناول هذه الاحكام على نحو مقارنة موضحين متى اعطى المشرع الحق للمتعاقد بازالة جزء من العقد؟ وما هي شروط ذلك؟ وما هو مناط هذا الحكم؟ متى استبقى المشرع العقد كاملا وقرر تنفيذ الجزء المستحق بطريق التعويض، وما علة هذا الحكم؟

وفي ضمان العيب سنناقش الاختلاف بين القانونين المدني العراقي والمدني المصري في حكم ضمان العيب وما هي الصور التي يعطى فيها المتعاقد الحق في طلب ازالة جزء من العقد في مقابل العيب, وعلة ذلك وشروطها.

وفي هذه الحالات كلها ستقارن ذلك بفقه المذاهب الاسلامية وما تعلله به, فتكون خطتنا على النحو التالي:-

المطلب الاول: تجزئة العقد بسبب الاستحقاق الجزئي.

المطلب الثاني: تجزئة العقد بسبب العيب الخفي.

المطلب الاول

تجزئة العقد بسبب الاستحقاق الجزئي

يتفرع ضمان الاستحقاق عن ضمان التعرض فهما ضمان واحد لا ضمانان يلزم بهما البائع في عقد البيع (او المؤجر في عقد الايجار)(1). فاذا تعرض اجنبي للمشتري مدعيا حقا على المبيع فان على البائع دفع هذا التعرض بان يثبت عدم احقية المتعرض في تعرضه فاذا نجح في ذلك فانه يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض عينا اما اذا لم ينجح بان اثبت الاجنبي وقضي له بالحق على المبيع فان تنفيذ البائع لضمان التعرض عينا قد صار مستحيلا.(2) ومتى كان الاستحقاق كليا فان هذه الاستحالة كلية ومتى كان الاستحقاق جزئيا فان الاستحالة جزئية. واستحالة دفع التعرض وبالتالي اثبات حق المستحق والحكم

له بذلك يعني استحالة نقل الملكية اذا كان حق المستحق هو حق الملكية، او استحالة الحيازة الهادئة اذا كان حق المتعرض غير حق الملكية.

غير ان القوانين , عند تحقق هذه الاستحالة , وضعت حلولاً مختلفة فالقانون المدني العراقي ميز بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية , وفي الحال الاولى وضع حلاً هو في حقيقته فسخ (او انفساخ) للعقد وفي الحال الثانية استبقى العقد وقضى بتنفيذه بمقابل كما سنبين ذلك فيما يلي, والقانون المدني المصري عمد الى استبقاء العقد وتنفيذه بطريق التعويض على الرأي الراجح في الفقه المصري, وفي القانون المدني الفرنسي حكم اقرب الى الفسخ اما في الفقه الاسلامي فالراجح زوال الرابطة العقدية, مع اقوال مختلفة سنعرض لها في محلها.

-
- (1) وضمان التعرض والاستحقاق لا يقتصران على عقد البيع وانما يجريان في البيع وفي غيره من العقود الاخرى ولكن فقهاء المسلمين وفقهاء القانون اعتادوا على الاختصار على البيع في تطبيقاتهم من حيث ان البيع هو (ام العقود) وما يسري عليه بصدد ضمان التعرض والاستحقاق يسري على العقود الاخرى ولا يقتصر على البيع فقط. د. مصطفى الزلمي, محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون، مصدر سابق، ص4. انظر بهذا المعنى كذلك, د. جعفر الفضلي, الوجيز في العقود المدنية البيع والايجار والمقولة, مصدر سابق، ص106.
- (2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص659-660, د. كمال ثروت الوندائي, مصدر سابق, ص184-185. عبد القادر محمد اقصاصي، مصدر سابق، ص132.

والذي يهمنا هو استجلاء فكرة تجزئة العقد في ذلك كله وهي لا تتحقق الا مع الاستحقاق الجزئي⁽¹⁾. انما ربط المشرع 243 الاستحقاق الجزئي بالاستحقاق الكلي على ما سنبينه فيما يلي: ففي القانون المدني العراقي: نصت المادة 555 على ما يلي:

- (1. اذا استحق بعض المبيع او كان مثقلاً بتكاليف لا علم للمشتري به وقت العقد كان للمشتري ان يفسخ العقد.)
- (2. واذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق).

وهذه المادة تعطي الخيار للمشتري حسن النية الذي لا يعلم سبب الاستحقاق الخيار بين فسخ عقد البيع كله, وبين الاحتفاظ بالباقي من المبيع والمطالبة بالتعويض عما اصابه بسبب الاستحقاق الجزئي, واختيار المشتري لفسخ العقد كله لا يتضمن اية تجزئة, انما التجزئة عندما يختار الاحتفاظ بالباقي من المبيع مع المطالبة بالتعويض . غير ان الفقرة

الثانية من المادة 555 لم تبين كيف يكون هذا التعويض . وهنا (يطبق حكم المادة 554 على حال الاستحقاق الجزئي فيما يتعلق بالتعويض فتلزم التفرقة بين ما اذا كان البائع عالما بالاستحقاق او جاهلا به)⁽²⁾ ويلاحظ ابتداء ان قانوننا المدني لا يميز بين ان يكون الاستحقاق الجزئي او التكليف الذي ظهر على المبيع جسيما او بسيطا فالحكم واحد كما هو ظاهر نص المادة (555) مدني عراقي.⁽³⁾ بخلاف القانون المدني المصري كما سيأتي،

(1) (والاستحقاق الجزئي هو ان يفقد المشتري جزءا من المبيع سواء أكان جزءا مفزرا ام شائعا فيه ام اضطرار المشتري للتخلص من تعرض الدائن المرتهن الى دفع دين يقل عن قيمة المبيع او حرمان المشتري من حق ارتفاق موجب اكد له البائع وجوده او كان ظاهرا لدرجة ادخله المشتري في حسابه عند تقدير الثمن) د.عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار ، مصدر سابق، ص198، انظر في تعريفه ايضا، د.جعفر الفضلي، الوجيز، مصدر سابق، ص116.

(2) د.عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار، المصدر السابق، ص200.

(3) د.جعفر الفضلي، الوجيز، المصدر السابق، ص166، د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص293، د.سعدون العامري ، مصدر سابق، ص142، د.عباس الصراف، احكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مصدر سابق، ص581، عكس ذلك د.حسن علي الذنون، الذي يرى وجوب الاخذ بمعيار الجسامة لانه تطبيق للقواعد العامة ، شرح القانون المدني العراقي، عقد البيع، بغداد، 1953، ص225، وكذلك ذهب الى هذا الرأي د. عباس الصراف في كتابه شرح عقدي البيع والايجار، المصدر السابق، ص199.

بيانه. وتنص المادة 554 من القانون المدني العراقي التي يجب الرجوع اليها لتقرير مدى التعويض واساسه في حال الاستحقاق الجزئي²⁴⁴ على ما يلي(1- اذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع او زادت وله ان يسترد ايضا قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق جميعا عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتّقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى.)

(2 – اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع وان يطالب تعويضا عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.) ويتضح ان للقانون المدني العراقي حكمين مختلفين من حيث اساس التعويض ومدى ما يستحقه المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي تبعا لكون البائع حسن او سيئ النية. فاذا كان البائع

حسن النية (لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع)⁽¹⁾ فللمشتري 1- استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع او زادت. 2- قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها. 3- مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق جميعا , عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتّقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى.

والفيصل في تكييف هذا الحكم هو الفقرة الخاصة باسترداد تمام الثمن والتي يعدها الفقه دليلا على ان الحكم هنا هو من قبل فسخ عقد البيع لا استبقائه لان استبقاء العقد وتنفيذه بمقابل يقتضي رد القيمة لا الثمن.⁽²⁾ ولذلك يعّون (ان المشرع العراقي كأكثر التقنيات الاخرى لا يميز تمييزا واضحا بين الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى البطلان من جهة اخرى وهو في ذلك متأثر باحكام الفقه الاسلامي التي لا تجيز للمشتري

-
- (1) سعدون العامري , مصدر سابق, ص138 , د. جعفر الفضلي, الوجيز, مصدر سابق, ص113.
- (2) يقول د. محمد لبيب شنب, شرح احكام عقد البيع, مصدر سابق, ص171 (فالزام البائع برد الثمن الذي قبضه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع هو اثر من اثار الفسخ حيث يتعين اعادة المتعاقدين الى الحال التي كانا عليها قبل العقد. ولكن التزام البائع بالزيادة التي تطرأ على قيمة المبيع هو اثر من اثار التنفيذ بطريق التعويض).

الرجوع على البائع الا بالثمن ولو زادت قيمة المبيع او نقصت وقت الاستحقاق)⁽¹⁾.
وهذا القول تردّد لرأي الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري حيث يقول في اكثر من مورد (وقد خلط التقنين المدني العراقي (المادة 554) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ والابطال فوجب على البائع في ضمان الاستحقاق رد الثمن وهذا ما فعله ايضا التقنين المدني الفرنسي، المادة 1630 و المادة 1631 فرنسي)⁽²⁾ (وظاهر هذا الحكم (المادة 554 مدني عراقي) لا يتفق مع قواعد التنفيذ بمقابل بل هو تطبيق لقواعد الفسخ)⁽³⁾.

والواقع ان حكم القانون المدني العراقي يحتاج الى تأمل ونحن لم نستطع ان نرى ما ذهب اليه الدكتور السنهوري والفقه العراقي المشار اليه انما الذي يظهر لنا ان الاساس الذي يمكن ان يفسر لنا موقف المشرع العراقي هو فكرة الاستحالة التي يتضمنها ضمان الاستحقاق تلك الاستحالة التي انكشفت بالحكم لصالح المستحق فيما ادعاه من حق على

المبيع فجعلت نقل الملكية (وهي في عقد البيع اهم حكم له بل هي حكمه الاساس) من البائع الى المشتري مستحيلا.(4)

ولكن المشرع العراقي لم يجعل اثر استحالة التنفيذ العيني لالتزام البائع بنقل الملكية مقتصرًا على اعطاء المشتري الحق بان يطالب بتنفيذ التزام البائع عن طريق التعويض، خلافا للقانون المدني المصري.(5) وانما التزم (المشرع العراقي) بمقتضى القواعد العامة التي تميز في اثر الاستحالة بين ان تكون راجعة لخطا المتعاقد فتؤدي الى التنفيذ بطريق التعويض او راجعة لسبب اجنبي فتؤدي الى الانفساخ(المادة 168 مدني عراقي).

(1) د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص137-ص138, د. جعفر الفضلي, الوجيز, مصدر سابق, ص113, د. كمال ثروت الوندائي, مصدر سابق, ص187-ص189 في الهامش. د. سعيد مبارك واخرون , مصدر سابق, ص124, غني حسون طه, مصدر سابق, ص285.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص675-ص677 الهامش (2).

(3) د.سعدون العامري, المصدر السابق, ص139.

(4) انظر هذا الاثر للاستحقاق الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص95.

(5) بينما ذهبت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الى ان استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية, الناشئة عن الاستحقاق لم تبق امام المشتري الا ان يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض , انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الرابع , مصدر سابق, ص95, وكذلك د. محمد لبيب شنب, مصدر سابق, ص154.

فعدان الاستحالة لا ترجع الى خطأ البائع حسن النية الذي لا علم له بسبب الاستحقاق فقد تفاجأ به. فكان الاثر المترتب على استحالة نقل الملكية بسبب الاستحقاق، في حال حسن نية البائع هو انفساخ عقد البيع وتحمل البائع لتبعة هذا الانفساخ بان يرد الثمن الى المشتري ولذلك لا نجد في احكام ضمان التعرض والاستحقاق الكلي أي كلام عن زوال العقد فهذا الزوال تم بحكم القانون نتيجة الاستحالة. فهناك دعوى الاستحقاق(وهي لا تتعلق بعقد البيع بين البائع والمشتري) ودعوى الضمان التي تبدأ من حيث زال العقد.

ففي ضمان الاستحقاق الكلي، اذا كان البائع حسن النية لا يطلب المشتري الحكم بفسخ العقد، فالعقد قد انفسخ، بل يطالب بالمبالغ المقررة له بموجب ضمان الاستحقاق ولذلك فان ضمان الاستحقاق الحقيقي يتجلى بالمبالغ التي يردها البائع سوى الثمن . فالثمن يرد الى المشتري كأثر للانفساخ واما المبالغ الاخرى فهي اثار ضمان الاستحقاق الحقيقية.(1)

اما اذا كان البائع يعلم وقت العقد بان المبيع مستحق لغيره فانه سيئ النية . ومخطئ فعامله على هذا الاساس وجعل الاثر المترتب على الاستحالة الناتجة عن خطئه هذا , الحكم عليه بالتنفيذ بمقابل في حال سوء نيته(المادة 168 من القانون المدني العراقي والمادة 215 من القانون المدني المصري) ولذلك لا يزوال العقد هنا بل يبقى اساسا للتعويض فالحكم هنا مختلف ليس من حيث مدى التعويض وحسب بل ومن حيث اساس التعويض . ولم نجد من

(1) ويؤيد هذا الرأي ان اشتراط عدم الضمان (وهو يصح فقط بالنسبة لفعل الغير ولا يجوز هذا الشرط بالنسبة للاستحقاق بفعل البائع) يترتب عليه سقوط التعويضات باستثناء الثمن (او القيمة في القانون المصري) ما لم يكن البيع احتماليا وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.(فاذا كان الاستحقاق ناشئا عن فعل الغير , ولم يتعهد البائع اخفاء حق هذا الغير صح شرط عدم الضمان ولكن البائع يبقى مسؤولا عن رد قيمة المبيع ويكون البائع غير مسؤول عن رد شيء ما , اذا صحب شرط عدم الضمان احد امرين: علم المشتري بسبب الاستحقاق او شراؤه ساقط الخيار. لان البيع في هذه الحال يكون بيعا احتماليا (الاعمال التحضيرية ،الجزء الرابع ،ص106, وبالمعنى نفسه، د. عباس الصراف ,شرح عقدي البيع والايجار، مصدر سابق، ص204.د.سعيد مبارك واخرون، مصدر سابق، ص130, د.جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص121-122, د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص176, وانظر نص المادة 557 مدني عراقي والمادة 446 مدني مصري. وهذا يدل على ان رد الثمن (او القيمة) ليس اثرا لضمان الاستحقاق وانما اثرا لانفساخ العقد(او جزئه) بسبب الاستحالة.

يقول ان القانون العراقي اخذ بالتنفيذ بمقابل في حال سوء نية البائع في ضمان الاستحقاق. ²⁴⁷ والدليل على ذلك انه اعطى المشتري المطالبة بقيمة المبيع وليس ثمنه المسمى, (القيمة هنا تساوي ثمن المبيع في العقد وهو ما اوجبه الفقرة (1) من المادة 554 زائدا ما زادات به قيمة المبيع عن الثمن وهو ما اوجبت رده الفقرة الثانية الخاصة بالبائع سيئ النية). والفقه متفق على ان رد القيمة دليل على التنفيذ بمقابل.(1) والدليل الاخر هو اعطاء المشتري الحق بالمطالبة بما لحقه من خسارة وما فاته كسب وهو لا يتم الا بتحقق المسؤولية العقدية بموجب المادة 168 والمادة 169 فقرة (2) عند الاستحالة بسبب خطأ المدين التي حكمها التنفيذ بطريق التعويض ومن هذا كله تتجلى الدقة والاقتراب من العدالة في حكم القانون العراقي بتمييزه بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية وهو ما لم يوفق اليه القانون المدني المصري. والذي ساوي بين الحالتين في الحكم كما سنرى بعد قليل.

ومن هذا يتجلى كذلك ان حكم القانون المدني العراقي لا يفترق عن حكم القانون المدني المصري الا في حال حسن نية البائع اما البائع سيئ النية فيكاد الحكم ان يكون متطابقا وكلا القانونين يستند الى استبقاء عقد البيع وتنفيذه بمقابل. وفيما يلي مقارنة بين فقرات التعويض في كلا القانونين في هذه الحال (سوء نية البائع) والتي تثبت هذا التطابق: كلا القانونين يوجب رد قيمة المبيع المستحق الى المشتري (الثلث زائدا ما زادت به قيمة المبيع في القانون المدني العراقي) وكلا القانونين يوجب رد قيمة الثمار التي لزم المشتري بردها الى المستحق وكذلك رد المصروفات النافعة والكمالية ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق , فضلا عن رد الخسارة اللاحقة والكسب الذي فات المشتري من جراء الاستحقاق.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع , مصدر سابق, ص676, د. جعفر الفضلي, مصدر سابق, ص113 في الهامش, عبد القادر محمد اقصاصي, مصدر سابق, ص139, د. سعيد مبارك وآخرون, مصدر سابق, ص124. اما اذا نقصت قيمة المبيع عن الثمن لاي سبب من الاسباب فان المشتري يستطيع الرجوع بدعوى الفسخ لا بدعوى الضمان لان دعوى الفسخ تهيب له استرداد الثمن الذي دفعه كله والفرض انه اكبر من قيمة المبيع وقت الاستحقاق , د. محمد لبيب شنب, مصدر سابق, ص158.

غير اننا نأخذ على المشرع العراقي عدم اعتداده بحسن او سوء نية المشتري في الاستحقاق الكلي. فالمشتري سيئ النية او المتواطئ مع البائع على شراء مالا يملكه البائع لا يستحق سوى رد الثمن بموجب المادة 135 من القانون المدني العراقي, والخاصة بحكم بيع الفضولي, ونرى ان حكم المادة 555 من القانون المدني العراقي لا ينطبق الا على المشتري حسن النية(1).

وقد تلافى المشرع العراقي ذلك في حكم الاستحقاق الجزئي الذي اشترط فيه عدم علم المشتري بالاستحقاق الجزئي.

والان وبعد ان رأينا حكم المادة 554 من القانون المدني العراقي في كيفية تحديد مفردات التعويض الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 555 منه, عندما يختار المشتري الاحتفاظ بالباقي من المبيع وبعد ان اوضحنا التكييف الذي نعتقه في كل حال نعود فنقول: اذا كان البائع حسن النية واستحق بعض المبيع واختار المشتري الاحتفاظ بما بقي منه فان مقتضى حكم المادة 555 مع المادة 554 من القانون المدني العراقي, هو زوال الجزء الذي استحق بانفساخه وبالتالي تعاد حصة الجزء المنفسخ من الثمن الى

المشتري مع باقي التعويضات التي نصت عليها الفقرة(1) من المادة 554 من القانون المدني العراقي والانفساخ الجزئي للعقد هو صورة لتجزئته أي بقاء جزء من العقد وزوال جزئه الاخر دون تنفيذ. اما اذا كان البائع سيئ النية فقد رأينا ان تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة 555 من القانون المدني العراقي على التعويض الذي يستحقه المشتري الذي احتفظ بالباقي من المبيع يؤدي الى استبقاء الجزء الذي اصابه الاستحقاق من العقد وتنفيذه بمقابل على النحو الذي بيناه والذي يتفق مع حكم القانون المدني المصري, واستبقاء العقد كله لا يتضمن تجزئته ولو تم تنفيذ جزء منه عينا وجزء بطريق التعويض.

اما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة 444 منه على ما يلي(1- اذا استحق بعض المبيع او وجد مثقلا بتكاليف فكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما اتم العقد كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على ان

(1) انظر بهذا المعنى رأي الدكتور توفيق حسن فرج. اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان, مصدر سابق, ص269, حيث يقترح تعديل القانون المدني المصري بحيث(انه عندما يراد الرجوع على البائع بالمبالغ الاخرى او التعويضات بصفة عامة , غير الثمن , ينبغي ان ينظر الى حسن او سوء نية المشتري وقت البيع ... وان يعمم الحكم الوارد في صدد بيع ملك الغير بالنسبة لاستلزام حسن نية المشتري للرجوع بالتعويض عندما يحكم بإبطال البيع).

يرد له المبيع وما افاده منه).

249

(2- فاذا اختار المشتري ,استبقاء المبيع او كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة لم يكن له الا ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق).

وحكم القانون المدني المصري في الاستحقاق الجزئي او الكلي لا يميز بين ان يكون البائع حسن النية او سيئ النية بل هو حكم واحد, يقوم على اساس استبقاء عقد البيع وتنفيذه بمقابل(1) بعد أن جعل الاستحقاق, التنفيذ العيني لنقل الملكية وضمان التعرض, مستحيلا.

(فالاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا مع قيام عقد البيع, والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع انما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع, ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام فلم يبق امام المشتري الا ان يطالب بتنفيذ الالتزام بطريق التعويض(2).

ولذلك فان التعويض يقوم) على اساس تعويض المشتري عن فقده للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق , لا على اساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن(3). فضلا عن ذلك فان التعويضات الاخرى التي تدفع للمشتري في حال الاستحقاق الكلي تشمل ما فاتته من كسب وما لحقته من خسارة وهذا كله تطبيق لقواعد التنفيذ بمقابل التي تقوم على اساس بقاء العقد لا زواله.

ولذلك فان القانون المدني المصري يتفق في حكمه هذا مع القانون المدني العراقي في حال سوء نية البائع كما مر بنا.

-
- (1) د.سمير تناغو , عقد البيع, مصدر سابق, ص269, د.توفيق حسن فرج, أثر حسن النية, مصدر سابق, ص256.
 - (2) الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص95.
 - (3) د.عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص676, د.سمير تناغو , عقد البيع, مصدر سابق, ص268. انظر كذلك بهذا المعنى د. مصطفى الزلمي, محاضراته على طلبه الدكتوراه, 2003, مصدر سابق, ص4.

غير ان القانون المدني المصري في ذيل المادة (443)⁽¹⁾ منه قد أعطى للمشتري الحق في الرجوع بدعويان اخريان هما دعوى الابطال على اساس ان الاستحقاق اظهر ان البائع قد باع ملك غيره ودعوى الفسخ على اساس اخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع.(2)

وهاتان الدعويان تقومان على اساس زوال العقد لا بقاءه. والرجوع فيهما يرتب رد ثمن المبيع الى المشتري لا قيمته.(3)

ويلاحظ ان المادة 444 من القانون المدني المصري قد ميزت في حال الاستحقاق الجزئي بين فرضين: الاول ان تكون خسارة المشتري من جراء الاستحقاق الجزئي قد بلغت حدا لو علمه لما اتم العقد فيكون له رد الباقي من المبيع والمطالبة بالمبالغ المبينة في المادة 443 ويذكر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري: (و يبدو ان المشتري اذا كان يرد بقية المبيع وما افاده منه الى البائع في هذه الحال, فليس يرد ذلك بناء على ان عقد البيع قد فسخ ولكن على اساس ان المشتري لا يستطيع ان ياخذ من البائع هذه الا بعد ان يستنزل منها ما افاده من المبيع فوجد المشرع ان الاوفق ان ياخذ المشتري التعويضات ويرد بقية

المبيع وما افاده منه فيصل بذلك من طريق اسهل الى النتيجة نفسها⁽⁴⁾ يذكر ذلك لان
المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري نصت على

(1) تنص المادة 443 من القانون المدني المصري على مايلي: (اذا استحق كل المبيع كان للمشتري ان يطلب من
البائع: 1- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. 2- قيمة الثمار التي الزم المشتري
بردها لمن استحق المبيع. 3- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري ان يلزم بها المستحق وكذلك
المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيئ النية. 4- جميع مصروفات دعوى الضمان. ودعوى الاستحقاق عدا ما
كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة 440 ، 5- وبوجه عام تعويض
المشتري عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري
مبنيا على المطالبة بفسخ البيع او ابطاله.)

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع ، مصدر سابق، ص 156-157.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص 676، سمير تناغو ، مصدر سابق،
ص 268، د. مصطفى الزلمي، محاضرات لطلبة الدكتوراه ، 2003، ص 4.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص 688. ويعلل د. سمير تناغو عملية
رد المتبقي بانه بعد ان حصل المشتري على التعويض عن الاستحقاق الكلي فانه من العدل ان يرد للبائع ما
بقي من العين المباعة، عقد البيع مصدر سابق، ص 278، انظر انور العمروسي، العقود الواردة على الملكية ،
مصدر سابق، ص 179.

انه) اما اذا كان الاستحقاق غير جسيم فليس للمشتري ان يطلب الفسخ ولا يكون له ، الا
المطالبة بالتعويض طبقا لما تقدم.)⁽¹⁾ 251

فهذه العبارة تفترض انه اذا كان الاستحقاق جسيما فالذي يفعله المشتري هو فسخ
البيع) ولكن يبدو ان الافضل من الناحية الفنية عدم القول بفسخ البيع في حال الاستحقاق
الجسيم ، وإلا لم يكن مفهوما كيف ياخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق
الكلي- و هي تفترض حتما ان البيع باقٍ - مع القول بفسخ العقد⁽²⁾.

اما الفرض الثاني بموجب المادة **444** فهو ان يختار المشتري على الرغم من
الخسارة استبقاء المبيع او ان الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفرض الاول .
فليس له في هذه الحال الا ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق
الجزئي للمبيع طبقا للقواعد العامة.⁽³⁾

وحيث ان القانون المدني المصري اخذ برد قيمة ما يستحق فانه في حال الاستحقاق
الجزئي، قد يسبب الاستحقاق زيادة في قيمة الباقي من المبيع(كما لو تم فتح شارع تجاري

أنشأ على جزء من العقار) وفي هذه الحال تؤخذ الزيادة بالحسبان في تقدير التعويض وينقص منه بقدرها(4).

ومن هذا يتضح ان احكام القانون المدني المصري بصدد ضمان الاستحقاق الجزئي لا يترتب عليها تجزئة العقد اذ هي تقوم على اساس بقاء هذا العقد حيث يكون هو اساس التعويض, بينما تجزئة العقد تستلزم زوال جزء منه هذا ما لم يكن رجوع المشتري بالضمان ليس على اساس دعوى ضمان الاستحقاق بل دعوى الفسخ او دعوى

-
- (1) الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص101.
 - (2) د.عبد الرزاق احمد السنهاوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص689, هامش(1).
 - (3) د. عبد الرزاق السنهاوري, الوسيط الجزء الرابع, مصدر سابق, ص689-690, وقضت محكمة النقض في مصر(اذا اختار المشتري وفقا لحكم المادة 444 من القانون المدني استبقاء المبيع, فانه لا يكون له الا ان يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمتة معييا ومصروفات دعوى الضمان التي اضطر اليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب), طعن رقم 51 لسنة 33 القضائية جلسة 1967/1/26, قمر محمد موسى, الموسوعة الجامعة, الجزء الخامس, المجلد الاول, مصدر سابق, قاعدة رقم 5373, ص3105.

- (4) د.عبد الرزاق احمد السنهاوري, الوسيط, الجزء الرابع, المصدر السابق, ص689, هامش(3).
- الابطال- كما مربنا- فيكون من شأن هاتين الدعويتين في حال الاستحقاق الجزئي ازالة جزء العقد الذي استحق بالفسخ الجزئي - الذي مر بيانه- او بابطال جزء من العقد طبقا للمادة 143 من القانون المدني المصري كما مر بنا, وهاتان الصورتان تجزئان العقد انما ليس على اساس دعوى ضمان الاستحقاق.

ويقترح الفقه في مصر توحيد اساس (وبالتالي مدى) التعويض في القانون المدني المصري في حال الاستحقاق وجعل الاساس في دعوى الاستحقاق زوال العقد لا بقاءه كما هو الحال في دعوى الفسخ, وتعديل القانون المدني المصري بهذا المعنى.(1) ان تأسيس ضمان الاستحقاق على اساس الفسخ او الابطال يؤدي في حال الاستحقاق الجزئي, عندما يختار المشتري الاحتفاظ بالباقي من المبيع, الى تجزئة العقد اذ سيأخذه بحصته من الثمن, لا بانقاص قيمة ما استحق منه

وفي القانون الفرنسي:

عالج القانون المدني الفرنسي احكام الاستحقاق الكلي والجزئي في المواد **1630-1638** ومن خلال اسلوب التعويض الذي اعتمده عند حصول الاستحقاق الكلي، نجد انه مبني على اساس زوال العقد وليس بقاءه⁽²⁾. فالمشتري في حال الاستحقاق الكلي يرد الثمن نقصت او زادت قيمة المبيع (المادة **1630** و **1638** من القانون المدني الفرنسي) فضلا عن باقي المصاريف بما في ذلك التعويض عن العطل والضرر وهو هنا يقارب حكم القانون المدني العراقي في حال حسن نية البائع ويختلف عن حكم القانون المدني المصري المؤسس على بقاء العقد وتنفيذه بمقابل⁽³⁾. وفي حال الاستحقاق الجزئي نصت المادة **1636**⁽⁴⁾

(1) د.توفيق حسن فرج، أثر حسن النية، مصدر سابق، ص 261-264، كما يوجه د.مصطفى الزرقاء نقده

للمادتين **411** و **411** مدني سوري المطابقتين للمادتين **443** و **444** مدني مصري والخاصتين بحكم الاستحقاق الكلي والجزئي ويدعو الى ترتيب اثار الاستحقاق على فسخ العقد او ابطاله لا على استبقاء البيع وبالتالي استرداد الثمن لا القيمة، مع التعويض وهو ما يحقق اسنجاما في احكام القانون، شرح القانون المدني السوري، مصدر سابق، ص 211 في الهامش.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص 677، هامش (2).

(3) د.مصطفى الزلمي، محاضرات، مصدر سابق، ص 3.

(4) نصوص المواد الفرنسية نقلا عن د. مصطفى الزلمي، محاضراته، مصدر سابق، ص 6. وعن عبد القادر اقصاصي، مصدر سابق، ص 151-152.

من القانون المدني الفرنسي على انه) اذا لم ينتزع غير جزء من المبيع ولكنه كان بدرجة تمنع المشتري من الشراء بغير الجزء المنتزع بالنسبة للمبيع كله فللمشتري فسخ العقد). وهكذا فان خيار الفسخ والامضاء وفق هذه المادة يعتمد على جسامه الجزء المستحق ولا يجوز الفسخ ما لم يكن العقد ما كان ليتم بدون الجزء الذي استحق.

بينما قضت المادة **1635** من القانون المدني الفرنسي بانه اذا لم يفسخ البيع في حال انتزاع جزء منه فتدفع قيمة الجزء المنتزع للمشتري بحسب قيمته عند الاستحقاق وليس بنسبة ثمن المبيع كله وذلك سواء أكان المبيع قد زاد في القيمة ام نقص. وبذلك خالف الحكم في حالة الاستحقاق الكلي الذي يقوم على اساس استرداد الثمن دون زيادة او نقصان لا القيمة.

وقد اثار الفقه في فرنسا فكرة الصراع بين بقاء العقد او زواله في حال ضمان الاستحقاق فالعقد قد يبقى في حال بناء ضمان الاستحقاق على اساس التنفيذ بمقابل ومن ناحية اخرى قد يزول بسبب الفسخ او الابطال . ويحبذ هؤلاء الفقهاء فكرة زوال العقد اذ من حيث الواقع هذا هو الذي يحصل. فنحن امام عاقلين في عقد ملزم للجانبين لم ينفذ احدهما التزامه بسبب الاستحقاق وهذا يعني عدم تنفيذ العقد أي زواله) وليس من المنطقي ان عقدا من العقود التي تزول ينفذ في الوقت ذاته, حتى ولو كان ذلك التنفيذ بطريق التعويض او المقابل⁽¹⁾ فمن الناحية الواقعية ينقضي البيع باثر رجعي ولهذا فان ما تم من اداءات تنفيذا للعقد ينبغي ان يرد كما هو الشأن في حال ما اذا ابطل العقد او فسخ⁽²⁾.

(1) B.Gross:La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats ,thèse
Bibliothèque de droit privé,T.X(II) 1964 no .339.p323

وجاء فيه ما نصه

"il ne parait pas logique qu'un contrat qui disparaît soit en même temps exécuté ,
même par équivalent"

نقلا عن د. توفيق حسن فرج ,مصدر سابق, ص264, هامش(1)

(2) Mazeaud دروس في القانون المدني , الجزء الثالث, بند 966 ص821 ونص ما قاله باللغة الفرنسية:

La vente ,se,trouve, en effet, retroactivement an éantie,les prestations faites en
exécution du contrat doivent être restituées, comme, dans le cas où le contrat est annulé
ourésolu.

نقلا عن د.توفيق حسن فرج المصدر السابق ,ص264, هامش(2).

والقانون المدني الفرنسي على هذا النحو يقرب حكمه من حكم القانون المدني العراقي في حال حسن نية البائع حيث يقوم على²⁵⁴ اساس زوال عقد البيع واسترداد الثمن مع التعويضات⁽¹⁾ علما ان الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي كما قدمنا لا يجعل رجوع المشتري على البائع في حال الاستحقاق الكلي على اساس قيام العقد ولكن يجعله على اساس انقضائه.⁽²⁾

اما في الفقه الاسلامي , فان استحقاق المبيع يكشف عن حقيقة ان البائع قد باع ملك غيره ومتى كان الاستحقاق لجزء من المبيع فان بيع ملك الغير قد وقع على جزء من

المعقود عليه, وهذه من المسائل الخلافية في الفقه الاسلامي من حيث حكم بيع ملك الغير
واثر هذا في العقد اذا كان ملك الغير جزءاً من المعقود عليه.

ففي الفقه الحنفي, يؤدي استحقاق جزء من المبيع الى بطلان البيع في ذلك الجزء
واما اثر بطلان هذا الجزء , فيفرق فيه الفقه الحنفي بين ما اذا ظهر الاستحقاق الجزئي
قبل تمام القبض او بعده . فاذا كان قبل القبض التام للمبيع , فان الصفقة لم تتم بعد فيعطى
المشتري الخيار بين الفسخ , لان الصفقة تفرقت عليه , وامضاء العقد في جزئه الصحيح
بحصته من الثمن أي الرضاء بتفرق الصفقة (أي تجزئة العقد) وهذا الحكم واحد سواء
أكان المعقود عليه واحدا ام متعددا وسواء أكان مثليا ام قيميا وسواء ادى الاستحقاق الى
عيب الشركة مع المالك للجزء المستحق ام لا⁽³⁾. اما بعد قبض المبيع فان الفقهاء هنا
يفرقون بين ما اذا كان الاستحقاق يؤدي الى عيب او ضرر او لا يؤدي الى ذلك. فاذا كان
استحقاق جزء من المبيع يورث الصفقة عيبا (كاستحقاق احد مصراعي الباب) فان
المشتري بالخيار بين الفسخ لدفع الضرر او القبول بالباقي من المبيع بحصته من الثمن
وهنا يكون العقد (الصفقة) قد تفرق الى جزء يزول واخر يبقى. واما اذا لم يؤثّر الاستحقاق
الجزئي للعقد الى عيب في المبيع كما في استحقاق احدى الدارين المبيعيتين صفقة واحدة,
فلا خيار للمشتري ويلزم بالاخذ بالحصّة من الثمن. أي تتم تجزئة الصفقة

(1) د. مصطفى الزلمي, محاضرات , مصدر سابق, ص4.

(2) د. توفيق حسن فرج, مصدر سابق, ص264.

(3) انظر في ذلك السرخسي, المبسوط, الجزء الثالث عشر, مصدر سابق, ص76.

جبرا على المشتري لعدم الضرر⁽¹⁾.

255

اما في الفقه الشافعي فانه اذا (باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة فلا يصح البيع في
عبد غيره وفي صحته في عبده قولان مشهوران احدهما لا يصح واصحهما يصح.)⁽²⁾
ويكون ذلك بالحصّة من الثمن على الاشهر من بين اقوال فقهاء المذهب⁽³⁾ ومنه يظهر ان
الحكم في الفقه الشافعي هو جواز تفريق الصفقة على الاشهر في حال الاستحقاق الجزئي.
وفي الفقه الجعفري فان البائع اذا باع ملكه وملك غيره صفقة واحدة صح البيع فيما
يملك وتوقفت صحة بيع ملك غيره على اجازة المالك , فاذا اجاز صح والا فلا, وحينئذ

يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة , فله فسخ البيع فضلا عما يملكه البائع.(4) واذا امضى المشتري البيع فيما يملك البائع فبحصته من الثمن فيقوم كل من المالين بقيمته السوقية , ويرجع المشتري بحصته من الثمن نسبتها الى الثمن نسبة قيمة مال غير البائع الى مجموع القيمتين . فاذا كانت قيمة ماله عشرة وقيمة مال غيره خمسة والثمن ثلاثة , يرجع المشتري بواحد وهو الثلث ويبقى للبائع اثنان. وهما ثلثا الثمن, ما لم يكن للاجتماع دخل في زيادة القيمة ونقصها.(5)

هذا اذا كان المشتري لا يعلم بان البائع لا يملك هذا الجزء اما اذا كان المشتري يعلم بحقيقة الاستحقاق, قيل لا يرد البائع الثمن وقيل يردده.(6).

واذا كان المشتري لا يعلم بالاستحقاق فانه بحكم المغرور فيرجع على بائعه بعوض المنافع الذي دفعه الى المالك ويرجع كذلك عليه بما انفق على العين التي تسلمها من البائع كعلف الفرس وما اشبه.(7) واما اذا كان المشتري عالما بسبب الاستحقاق فلا رجوع له الا بالثمن.

(1) السرخسي, المبسوط, الجزء الثالث عشر, مصدر سابق, ص76.

(2) النووي, المجموع, الجزء التاسع, مصدر سابق, ص471.

(3) النووي, المجموع, المصدر السابق, ص474-475.

(4) السيد علي السيستاني , منهاج الصالحين, الجزء الثاني, مصدر سابق, ص30

(5) المصدر السابق نفسه, الموضع نفسه.

(6) محمد جواد مغنية , الجزء الثالث, مصدر سابق, ص110.

(7) محمد جواد مغنية , الجزء الثالث, المصدر السابق, ص111.

المطلب الثاني

256

تجزئة العقد بسبب العيب الخفي(1)

من العوارض الاخرى التي تعترض تنفيذ العقد تنفيذا كاملا ظهور عيب(2) في المبيع

يتحقق به ضمان العيوب الخفية.(3)

فاذا تحقق ذلك (ضمان العيب الخفي) وجب إعمال الاحكام التي وضعتها القوانين المدنية له. وهي احكام اختلفت من حيث مدى اعتدادها بوحدة العملية التعاقدية وامكان

تجزئتها. فبينما جعل القانون المدني المصري حكم العيب الخفي حكم الاستحقاق الجزئي نفسه, جعل القانون المدني العراقي الاصل اعطاء المشتري الخيار بين الرد (الفسخ)

(1) وضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق يجاوز نطاقه عقد البيع الى كل عقد ناقل للملكية بل والى كل عقد ينقل الانتفاع وبخاصة اذا كان من عقود المعاوضة وذلك لان من ينقل الملكية او الانتفاع الى شخص اخر يجب عليه ان ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت اليه من الانتفاع بالشيء فيما اعد له ومن ثم يجب ان يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع. د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص712, بهذا المعنى كذلك د. احمد شوقي عبد الرحمن, مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات, منشأة المعارف, الاسكندرية, 2003, ص3-ص5.

(2) والعيب هو الآفة او العاهة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء المبيع والتي تفضي اما الى انقاص قيمته عند التجار وارباب الخبرة واما الى فوات غرض صحيح للمشتري من شرائه. د. عباس الصراف, احكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي, مصدر سابق, ص489, وعرفته المادة 558 فقرة 2 كما يلي(والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه). وانظر كذلك د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص292.

(3) ويشترط في العيب الموجب للضمان ان يكون : 1- عيبا خفيا ولم يكن بمقدور المشتري ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي ن العناية ما لم يثبت ان البائع اكد للمشتري خلو المبيع من هذا المعيب او اخفى العيب غشا منه (المادة 559 مدني عراقي). 2- وان يكون مؤثرا (وهو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان في امثال المبيع عدمه) (المادة 2-558 مدني عراقي). 3- ان يكون قديما (ويكون العيب قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم) (المادة 2-558 مدني عراقي). 4- عدم اشتراط البراءة من العيب (المادة 567 مدني عراقي) وانظر في ذلك كله د. سعدون العامري, المصدر السابق, ص148-ص150, د. عباس الصراف, شرح عقدي البيع والايجار, المصدر السابق, ص209-ص210, د. جعفر الفضلي, مصدر سابق, ص123-ص134, انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم 2785/حقوقية/58 البصرة, في 1959/2/8. نقلا عن سلمان بيّات, القضاء المدني العراقي, الجزء الثاني, شركة الطبع والنشر الاهلية,

والامضاء بالثمن كله, ما لم يمتنع الرد فيرجع المشتري بنقصان الثمن على البائع او يكون المبيع عدة اشياء بيعت صفقة واحدة لا يضرها التبويض فيرد المعيب بحصته من الثمن. بينما هناك خلاف في الفقه الاسلامي بشأن حكم هذه المسألة. وستتناول هذا تباعا بالقدر الضروري لبيان مدى تجزئة العقد بسبب تحقق ضمان العيب الخفي.

ففي القانون المدني العراقي , نصت المادة **1-558** منه على انه(اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بئمنه المسمى) . وهو حكم مأخوذ عن مجلة الاحكام العدلية المادة **337** منها, يعطي للمشتري ,متى ظهر عيب قديم في المبيع, الخيار بين الفسخ والامضاء بالثمن المسمى كله.(1) وليس للمشتري في هذه الحال امساك المبيع واخذ ما يقابل النقصان بسبب العيب.

وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها بانه (اذا ظهرت السيارة معيبة كان المشتري مخيرا ان شاء ردها وان شاء قبلها بئمنها المسمى وليس له ان يطالب بنقصان الثمن او فرق السعر)(2) .

وحكم كهذا لا ينطوي على تجزئة للعقد فالعقد اذا فسخ كله ظل محتفظا بوحده و اذا بقي بكل الثمن ظل كذلك دون تجزئة مع ان المشتري حصل على مبيع معيب, هو في الحقيقة منقوص بسبب العيب, الا ان جزء العقد لا يمكن القول بزواله ما لم يزل من التزام المشتري ما يقابل ما نقص بسبب التنفيذ المعيب لالتزام البائع. فالجزء الذي يزول يجب ان يكون صورة مصغرة لعقد البيع ذاته.

ولذلك لا غرابة ان يوجه الى حكم القانون المدني العراقي هذا, نقد كثير حيث (ينبغي لغرض تحقيق العدالة بين الخصوم التعمق في معرفة جسامة العيب , فاذا ظهر ان العيب جسيم فيعطى المشتري الخيار بين الفسخ او امضائه مع المطالبة بجزء من الثمن يقابل الجزء الذي فات من المبيع بظهور العيب بوصفه ان البائع قد اخل بالتزامه

(1) د.سعيد مبارك واخرون, مصدر سابق, ص136, د.غني حسون طه , مصدر سابق, ص314. د.كمال

ثروت الوندائي , مصدر سابق, ص237.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 1144 /مدنية ثانية, 1976 في 1976/10/12, النشرة القضائية , السنة

الخامسة , العدد الرابع, ص38.

بضمان العيب. اما اذا ظهر ان العيب غير جسيم فيكون المشتري بالخيار ان شاء رده وان شاء قبله بالثمن المسمى في العقد)(1) كذلك قيل (ان المادة **558** لا تحقق العدالة ولا تنسجم مع القواعد العامة)(2) ونحن نؤيد الأخذ بمبدأ اعطاء المشتري الخيار بين الفسخ

والامضاء بالحصة من الثمن. وهو حكم وإن فارق حكم المجلة فإنه يتفق مع اقوال فقهاء مسلمين كثيرين ولا سيما في الفقهاء الجعفري والحنبلي كما سنرى(3).

ولذلك يرى بعض الفقه انه يجوز للمشتري طبقاً للقواعد العامة ان يطالب البائع بتنفيذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً وذلك باصلاح العيب او استبدال المبيع بغيره على نفقة البائع اذا كان ممكناً(4). والا استعمل المشتري خياره بين الفسخ ورد المبيع او قبوله وانقاص الثمن لتعذر الرد.(5)

غير ان تجزئة العقد نجدها في الفرض الذي تناولته المادة **561** من القانون المدني العراقي وكذلك اذا امتنع رد المبيع بسبب احد موانع الرد. فقد نصت المادة **561** من القانون المدني العراقي على ما يلي(ما بيع صفقة واحدة , اذا ظهر بعضه معيباً , فاذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له ان يرد الجميع ما لم يرض البائع . اما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن). وهذه المادة تفرق في حال ما اذا ظهر العيب في بعض المبيع صفقة واحدة بين ما اذا كان المبيع يقبل التفريق (التجزئة) او لا يقبلها. وجعلت من حصول الضرر من التفريق معياراً لتقرير القابلية للتجزئة.

(1) د. جعفر الفضلي, مصدر سابق, ص 137.

(2) صاحب عبيد عبد الزهرة, ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ومدى تأثيره بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية, ص 219.

(3) د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص 315.

(4) د. حسن علي الذنون, عقد البيع, مصدر سابق, ص 244-245, د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص 315-316, عكس ذلك وان البائع ليس له الا الخيار بين الفسخ او الاخذ بالثمن كله. د. كمال ثروت الوندأوي, مصدر سابق, ص 338.

(5) د. سعيد مبارك وآخرون, مصدر سابق, ص 136.

فاذا كان العيب في بعض المبيع ولم يكن في تفريقه, ضرر امكن افراد جزئه المعيب بالرد الى البائع واسترداد ما يصيبه من الثمن بل واكثر من ذلك ليس للمشتري رد المبيع

كله ما لم يرض البائع بذلك. ومن هذا يتبين برأينا ان المادة **558-1** من القانون المدني العراقي خاصة بالعيب الذي يشمل المبيع المفرد غير القابل للتجزئة او العيب الذي يشمل افراد المبيع المتعدد كلهم بينما يتناول حكم المادة **561** من القانون المدني العراقي حال العيب في جزء من المبيع او واحد من الاشياء المتعددة في عقد بيع واحد والا ظهر حكم المادة **561** من القانون المدني العراقي وكأنه خلاف حكم المادة **558** من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى والذي يتصدر احكام ضمان العيب الخفي.

فاذا تم رد الجزء المعيب واستعادة حصته من الثمن, كانت تلك تجزئة للعقد⁽¹⁾ أي زوال لجزء منه دون تنفيذ ويمكن تكييفها بوصفها فسخا جزئيا للعقد.⁽²⁾ اما اذا كان في التفريق ضرر, طبق حكم المادة **558-1** من القانون المدني العراقي وهو الفسخ او الامضاء بالثمن كله.⁽³⁾ وهذا واضح لان الاشياء التي لا تقبل التفريق تعد بحكم الشيء الواحد. ومقياس القابلية للتجزئة دون ضرر هو امكان الانتفاع بكل شيء مستقلا عن الاشياء الاخرى دون نقص قيمته.⁽⁴⁾

وهذا المعيار موضوعي⁽⁵⁾ ينظر فيه لوظيفة الشيء في ذاته والمنفعة المتحصلة منه بحكم طبيعته وامكان تحصيلها منه بمعزل عن الاشياء المبيعة الاخرى وليس بالنظر الى غرض المتعاقد. وأرى انه لا بد من اخذ كلا المعيارين بالحسبان, الموضوعي حيث يجب ان يكون المبيع قابلا للتجزئة بحيث يمكن الانتفاع بالجزء مستقلا عن الاشياء الاخرى, وكذلك المعيار الشخصي حيث يجب ان يكون المبيع قابلا للتجزئة منظورا اليه من زاوية غرض المشتري من الشراء والذي كان معلوما او من المفروض ان يكون كذلك بالنسبة للبائع من خلال ظروف التعاقد وطبيعة المعقود عليه. اذ قد يكون المعقود

(1) د.عقيل فاضل حمد الدهان, مصدر سابق, ص179.

(2) د.اسعد دياب, مصدر سابق, ص202.

(3) د.سعدون العامري, مصدر سابق, ص135, د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص316.

(4) د.غني حسون طه, المصدر السابق, ص316, منير القاضي, شرح المجلة, الجزء الاول, مصدر

سابق, ص320.

(5) د.عقيل فاضل الدهان, مصدر سابق, ص181.

عليه قابلا للتجزئة موضوعيا ولكنه ليس كذلك في قصد المتعاقد, فيكون غير قابل للتجزئة.⁽¹⁾

ويعد تحديد الثمن على اساس سعر الوحدة او بيان سعر افراد المبيع كل على حدة قرينة على القابلية للتجزئة دون ضرر. وقد تسنى لمحكمة التمييز تطبيق حكم المادة 561 من القانون المدني العراقي في حكم لها حيث قررت(ان الكمية المعيبة لم تستلم وانما اخبرت جمعية التمور عنها وكشفت عليها وايدت وجود العيب لذا يصبح من حق المشتري فسخ ما لم يستلم, نظرا لامكان تفريق الصفقة, بعد تعيين ثمن كل طن واستلام جزء من كميات التمور الصالحة)⁽²⁾ وقد فارق القانون المدني العراقي في المادة 561 منه حكم مجلة الاحكام العدلية المادة 351 منها, بان جعل الحكم واحد قبل قبض المبيع وبعد قبض المبيع في حين كانت المجلة تفرق بينهما. جاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي(لا وجه للفرقة في الحكم بين ما اذا ظهر بعض المبيع معيبا بعد القبض وبين ما اذا ظهر بعضه معيبا قبل القبض. وما ذكره الفقهاء من وجه للفرقة وجه غير دقيق ولا عملي ... فهو قبل القبض يستلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز..... اما.... بعد اتمام الصفقة فجائز وان تمام الصفقة يكون بالقبض. وهذا التعليل منقود من نواحٍ شتى, اولا ان عقد البيع يتم بارتباط القبول بالايجاب ولا دخل للقبض في تمامية العقد فصفقة البيع تامة قبل القبض كما انها تامة بعده. ثانيا ان اعتبار التفرقة بين تمامية الصفقة وعدم تماميتها اعتبار تحكيمي. ثالثا ان المشتري قد يكون غرضه متعلقا بكل المبيع دون بعضه فاذا ظهر بعضه معيبا بعد القبض والزمنه بالبعض الاخر غير المعيب فات غرضه وتحمل ضررا.)⁽³⁾

(1) انظر ما تقدم من هذه الرسالة , المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الاول,ص 81 وما بعدها.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 1044/حقوقية/1959, البصرة, في 1959/6/6, سليمان بيات , القضاء المدني العراقي, الجزء الثاني , ,ص69.

(3) القانون المدني العراقي مجموعة الاعمال التحضيرية . اعداد ضياء شيت خطاب واخرين , مطبعة الزمان, بغداد, 2002, ص59, والرأي المشار اليه طرحه السيد منير القاضي وايدته فيه باقي اعضاء لجنة مشروع القانون المدني وعدل المشروع بموجبه.

اما اذا ظهر مانع من الرد⁽¹⁾ فان حكم القانون المدني العراقي هو الاخذ بالحصة من

الثمن أي انقاص الثمن بما يتناسب مع العيب الموجود , وان سمي ذلك تعويضا.⁽²⁾

ولتأصيل هذا الحكم يرى بعض الفقه ان العيب هو هلاك جزئي يتحمل المدين (البائع) تبعته لان العقد ملزم للجانبين ,ويذهب رأي اخر الى ان تخفيض الثمن, الغاء جزئي للعقد مقابل عدم التنفيذ الجزئي الناجم عن وجود عيب في المبيع وان هذا الالغاء الجزئي معادل لعدم التنفيذ الجزئي . بينما يذهب رأي ثالث الى ان تخفيض الثمن نوع خاص لا تحكمه قواعد القانون العادية التي ترعى نشأة العقد والغاءه وتعديله(3).

ونحن نرى ان تخفيض الثمن في مقابل العيب هو ازالة جزئية لعقد البيع, اذ العيب نقص في المبيع قابله انقاص الثمن انقاصا نسبيا. فيكون جزء من العقد قد زال فهو اشبه بالفسخ الجزئي لعقد البيع وان كانت دعوى الضمان تتميز عن دعوى الفسخ في شروطها الخاصة واحكام سقوطها وكونها لاتسري في البيوع القضائية والادارية متى تمت بالمزاد, لكن هذه الفروق لا تمس جوهر المسألة من حيث كونها ازالة لجزء من العقد دون تنفيذ, أي تجزئة للعقد. واقتصار الفسخ على جزء من العقد دون ان يتناوله كله ينسجم مع الغاية من العقد بتنفيذه ولو جزئيا.(4)

(1) موانع الرد في القانون المدني العراقي هي:

أ. حدوث عيب جديد في المبيع عند المشتري بعد التسليم (المادة 562 مدني عراقي) .

ب. زيادة شيء من المبيع من مال المشتري. (المادة 563 مدني عراقي)

ج. هلاك المبيع في يد المشتري(المادة 564 مدني عراقي)

د. تصرف المشتري بالمبيع المعيب قبل اطلاقه على العيب(مفهوم المخالفة للمادة 566 مدني عراقي)

انظر تفاصيل ذلك, د.جعفر الفضلي , مصدر سابق, ص138-140, د.سعيد مبارك واخرين ,مصدر سابق, ص137-138. د.سعدون العامري, مصدر سابق, ص153-155, د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص316-321.

(2) وقضت محكمة التمييز بانه(اذا اضاف المشتري ابنية جديدة على العمارة التي اشتراها وتبين ان فيها عيوباً خفية فان حقه ينحصر في المطالبة بالتعويض عن تلك العيوب طبقاً للمادة 565 ويمتنع عليه رد الجميع) (المادة 563-1 من القانون المدني) . رقم القرار 245 / الاستئنافية 85-86 في 1987/2/25. نقلاً عن ابراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء الثاني , بغداد , 1999, ص5, علماً ان المادة 565 هي المادة الخاصة بكيفية انقاص الثمن انقاصاً نسبياً.

(3) انظر عرض هذه الاراء . د.اسعد دياب , مصدر سابق, ص206-207.

(4) د.اسعد دياب, المصدر السابق, ص201.

بقي ان نشير الى ان كيفية انقاص الثمن في عقد البيع بسبب امتناع الرد (او لاي

سبب اخر عندما يقضي القانون بذلك) قد بينتها المادة 565 من القانون المدني العراقي

والتي نصت على انه (يقدر نقصان الثمن بمعرفة ارباب الخبرة بان يقوم المبيع سالما ثم يقوم معيبا وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان) وقد بينا مرارا ان الفقه يعد انقاص الثمن يرتبط بازالة جزء من العقد وهنا يفسخ جزء من العقد والذي مقتضاه اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد فيكون رد الثمن (او جزءه) صورة لذلك. وسنضرب مثالا او اكثر لكيفية انقاص الثمن عند عرض مواقف الفقه الاسلامي فهناك مصدر هذه الفكرة في القانون المدني العراقي.

بقي ان ننوه بان احكام ضمان العيب الخفي ليست من النظام العام فيجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان ما لم يكن هذا الاتفاق مبنيا على تعمد اخفاء العيب فهذا ضرب في الغش الذي يجعل شرط اسقاط الضمان او انقاصه باطلا لا اثر له(1).

وفي القانون المدني المصري تم انتهاج حل اخر مختلف عن القانون المدني العراقي اذا ظهر عيب في المبيع. فقد تم تطبيق احكام ضمان الاستحقاق الجزئي.(2) وقد نصت المادة 450 من القانون المدني المصري على انه(اذا اخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له ان يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة 444). والمادة 444 من القانون المدني المصري التي اوردنا نصها بصدد ضمان الاستحقاق في القانون المدني المصري تبين حكم هذا الضمان وتطبق هنا على ضمان العيب الخفي وقد تقدم في بيان حكم الاستحقاق الجزئي في القانون المدني المصري ان هذا الحكم يقوم على اساس استبقاء عقد البيع وتنفيذه بمقابل على اساس ان ضمان الاستحقاق يفترض قيام العقد لا زواله. وعند مقارنة حكم المادة 450 من القانون المدني المصري بالمادة 558-1 من القانون المدني العراقي اللتان تقدم نصهما

(1) د. سعدون العامري , مصدر سابق, ص158, د. جعفر الفضلي , مصدر سابق, ص144.

(2) د. سمير تناغو , عقد البيع, مصدر سابق, ص302, د. انور سلطان , العقود المسماة , مصدر سابق, ص262,

د. احمد شوقي عبد الرحمن , مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات, مصدر سابق,

ص77.

يذكر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري (والحكم يختلف عن حكم التقنين المصري كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقي بالفقه الحنفي في هذه المسألة فهو لا يجيز في خيار العيب الا الفسخ او استبقاء المبيع بكل الثمن, فاذا تعذر الفسخ بتعذر رد المبيع جاز

للمشتري في هذه الحال انقاص الثمن ويكون نقصان الثمن طبقا لما قرره المادة 565 عراقي متفقة في ذلك مع احكام الفقه الاسلامي).⁽¹⁾

وتعلل المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي مسلك المشرع المصري هذا قائلة (فان الضمانين مردهما الى اصول واحدة في القواعد العامة فالواجب اذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق).⁽²⁾ ويجب هنا التمييز بين فرضين : الاول ان يكون العيب جسيما بحيث لو ان المشتري كان يعلمه وقت البيع لما اقدم على الشراء, والفرض الثاني ان يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لا قدم على الشراء على الرغم من ذلك ولكن بثمن اقل.⁽³⁾

فاذا كان العيب جسيما كان المشتري مخيرا بين رد المبيع المعيب⁽⁴⁾ وما افاده منه الى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حال الاستحقاق الكلي وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب. وفي الفرض الثاني اذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار اليها لا يكون للمشتري الا ان يطالب البائع بتعويض

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط , الجزء الرابع, مصدر سابق, ص 739 في الهامش.

(2) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص 133.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص 740, احمد شوقي عبد الرحمن ,

مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية و مصدر سابق, ص 79.

(4) والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي اشارت الى هذا الرد بوصفه فسحا فتقول (ومقتضى هذا التطبيق ان

العيب الجسيم يكون المشتري مخيرا فيه بين الفسخ او ابقاء المبيع مع التعويض طبقا لما تقضي به القواعد

العامة) , الجزء الرابع, ص 133. . فعدت الرد فسحا للبيع, بينما يرى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري,

ان هذا(لا يكون فسحا للبيع على الرغم مما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال

التحضيرية , الجزء الرابع, ص 133 بل هو رجوع بضمان العيب على اساس بقاء البيع قائما وهو مصدر

الضمان كما هو الامر في ضمان الاستحقاق) , الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص 741, هامش (3), وقد

عرضنا هذه الفكرة في المطلب السابق. عكس ذلك وعدّ الرد فسحا, د. انور سلطان , العقود المسماة, مصدر

سابق, ص 262. د. محمد لبيب شنب, شرح احكام البيع, مصدر سابق, ص 193.

عما اصابه من ضرر بسبب العيب, ويكون التعويض طبقا للقواعد العامة.⁽¹⁾

واذا امتنع الرد بسبب الهلاك او تعذر⁽²⁾ المشتري بالمبيع او تغيره عنده او ظهور

عيب جديد عند المشتري فان القواعد العامة هي التي تطبق.⁽²⁾ من هذا يتضح ان العقد لا

يتجزأ في ضمان العيب على الأرجح في ظل القانون المدني المصري لان نقصان العيب ينفذ بطريق التعويض على اساس بقاء العقد كاملا فينفذ جزء منه عينا وينفذ الجزء الاخر بطريق التعويض كما مر بنا.

اما في القانون المدني الفرنسي: فاذا تحققت شروط ضمان العيب وقام المشتري بما يلزم عليه بموجب القانون من اجراءات للدعوى ضمن المهل القانونية فان المادة **1644** من القانون المدني الفرنسي اعطت المشتري الخيار بين دعويين .

هي: اما اقامة دعوى رد البيع واعدة الثمن Action réhibitoire واما المطالبة بتخفيض الثمن Action estimatoire. وهذا الخيار تكريس للمبادئ التي كان معمولاً بها في القانون الروماني⁽³⁾ غير ان هذا الخيار قد يتعذر فيتعين سلوك طريق واحد هو اما طريق الفسخ واما طريق تخفيض الثمن. فاذا تعذر الرد على المشتري فلا يمكنه ان يتذرع بطلب الرد عندئذ(ويتحقق هذا الوضع اذا كان المشتري قد باع بدوره المبيع الى الغير)⁽⁴⁾ كما قد يحصل في حالات كتعيب المبيع عند المشتري او ترتيب المشتري حقوق

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص741, د. احمد شوقي عبد الرحمن, مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية, مصدر سابق, ص81, د. محمد لبيب شنب, شرح احكام البيع, المصدر السابق, ص193. وقضت محكمة النقض المصرية انه(اذا اختار المشتري - وفقا لحكم المادة 444 من القانون المدني- استبقاء المبيع فانه لا يكون له الا ان يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمتة معييا ومصرفات دعوى الضمان التي اضطره البائع اليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب)(نقض 1967/1/26. مجموعة المكتب الفني , السنة الثامنة, ص264) نقلا عن د. سمير تناغور, عقد البيع , مصدر سابق, ص302-303.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط, الجزء الرابع, المصدر السابق, ص746, د. محمد لبيب شنب , المصدر السابق, ص193.

(3) Colin et capitan: cours élémentaire de droit civil français 2éd T II P530 نقلا عن د. اسعد دياب, مصدر سابق, ص172.

(4) Planiol et Ripert: Traité pratique de droit civil français 2éd. TXpar Hamel n134. نقلا عن د. اسعد دياب, المصدر السابق, ص179.

للغير على المبيع بعد علمة بالعيب وحالات اخرى نصت عليها القوانين الفرنسية كما في

وفي حال طلب المشتري استنادا للخيار الذي اعطته المادة **1644** من القانون المدني الفرنسي الاحتفاظ بالمبيع المعيب مع انقاص الثمن او اذا تعذر عليه الرد بأحد موانع الرد واجبر على الاحتفاظ بالمبيع مع طلب انقاص الثمن فان تكييف انقاص الثمن هنا انه بمثابة الغاء جزئي للعقد مقابل عدم التنفيذ الجزئي الناجم عن وجود عيب في المبيع وان هذا الالغاء الجزئي معادل لعدم التنفيذ الجزئي⁽²⁾ بينما يذهب رأي الى عد صورة لتحمل تبعة الهلاك التي تقع هنا على المدين وهو البائع حيث العيب بمثابة هلاك جزئي للمبيع.⁽³⁾ وهناك من يعدّه حقا من نوع خاص لا يخضع للقواعد العامة⁽⁴⁾.

وأيا كان تصوير عملية تخفيض الثمن مقابل العيب فانها تؤدي الى تجزئة العقد بزوال جزء منه محله ما فات من المعقود عليه بسبب العيب وما يقابله من ثمن.

وفي الفقه الاسلامي تعد مباحث خيار العيب من اوسع المباحث في احكام عقد البيع ولكننا سنتطرق الى قدر يسير مما يتضح به تفرق عقد البيع بسبب تطبيق احكام ضمان العيب.

والمذاهب الاسلامية تنقسم في اقوالها على اتجاهين اساسيين الاول هو رأي الفقه الحنفي والشافعي حيث الاصل في خيار العيب هو الامضاء بالثمن كله او الفسخ ما لم يمتنع الرد فيصار الى انقاص الثمن مع تفصيل يتعلق فيما اذا كان المبيع عدة اشياء ظهر العيب في بعضها .

(1) انظر في تفاصيل ذلك د.اسعد دياب، المصدر السابق، ص179- ص182.

(2) انظر في تفاصيل هذا الرأي د.اسعد دياب، مصدر سابق، ص206.

(3) د.اسعد دياب، المصدر السابق، ص207.

(4) د.اسعد دياب، المصدر السابق، ص207.

واتجاه اخر هو رأي الفقه الجعفري والفقه الحنبلي حيث الاصل اعطاء الخيار للمشتري اذا تحقق ضمان العيب , بين الفسخ والامساك بالحصة من الثمن.

وسنعرض رأي الفقه الحنفي كما قننته مجلة الاحكام العدلية فالمادة **337** من المجلة نصت على ان(ما بيع مطلقا اذا ظهر به عيب قديم يكون المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى وليس له ان يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب. وهذا يقال له خيار العيب).

ويعلل اعطاء الخيار المذكور باختلال رضا المشتري بظهور العيب فيدفع باعطائه الخيار بين الفسخ والامساك ولم يعط الخيار بانقاص الثمن لانه يؤدي الى الاضرار بالبائع الذي لم يرض بالبيع الا على اساس الثمن المسمى بالعقد .فانقاص الثمن يدفع ضرر المشتري ولكنه يضر البائع والضرر لا يزال يمثلته(المادة **25** مجلة) بخلاف الخيار بين الفسخ والامساك فانه لا يضر البائع كما ان السلامة من المعيب وصف والوصف لا يقابله حصة من الثمن.(1)

فاذا امتنع الرد لم يبق لدفع ضرر المشتري الا انقاص الثمن.(2) وموانع الرد في الفقه الحنفي هي ذاتها التي ذكرناها في بيان احكام ضمان العيب الخفي في القانون المدني العراقي.

والعدول من الرد الى انقاص الثمن ليس مطلقا بل مقيد بعدم رضاء البائع باسترجاع المعيب بسبب العيب الحادث(3).

(1) محمد سعيد الراوي, شرح مجلة الاحكام العدلية , القسم الثاني, شرح كتاب البيع, مصدر سابق, ص213- ص215, علي حيدر, المجلد الاول, مصدر سابق, ص337, سليم رستم باز اللبناني , شرح المجلة , مصدر سابق, ص180-ص181, د. عبد الرزاق احمد السنهوري, مصادر الحق, الجزء الرابع, مصدر سابق, ص255, د.عبد الكريم زيدان , المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية , مؤسسة الرسالة , بيروت, ط15, 1998, ص325.

(2) محمد ابو زهرة, مصدر سابق, ص448, د. احمد فراج حسين, مصدر سابق, ص344, د.عبد الكريم زيدان, المصدر السابق, ص326.

(3) محمد سعيد الراوي, المصدر السابق, ص221 , محمد ابو زهرة, المصدر السابق, ص448-ص449.

وانقاص الثمن ازالة للعقد بقدر جزئه المعيب (بقدر العيب) فهي تتضمن تجزئة له
 واذا بيع مجموع صفقة واحدة فظهر في بعضه عيب يفرق الفقه الحنفي هنا بينما اذا كان
 قبل القبض او بعده، فان كان قبل القبض فالصفقة لم تتم بعد على قول فقهاء الفقه الحنفي
 فلا يجوز تفريقها قبل التمام فيكون الخيار بين الفسخ والامضاء بالثمن كله اما اذا كان
 ظهور العيب بعد القبض فيفرق بين ما اذا كان في التفريق ضرر فيكون الخيار كما هو
 قبل القبض وان لم يكن في التفريق ضرر اختار المشتري بين رد المعيب بحصته من
 الثمن سالما وليس له ان يرد الجميع ما لم يرض البائع⁽¹⁾. وقد عرضنا لاختلاف هذا الحكم
 عن حكم المادة **561** من القانون المدني العراقي.

وهكذا فان معيار دفع الضرر هو الذي يقرر قبول تفريق الصفقة من عدمه بعد
 القبض. اما قبل القبض فتفريق الصفقة , الاصل فيه المنع في الفقه الحنفي.

وفي الفقه الجعفري يحكى عن الاجماع على حكم (ظهور العيب في المبيع يوجب
 تسلط المشتري على الرد واخذ الارش بلا خلاف)⁽²⁾. أي ان الخيار في حال العيب
 الموجب للضمان يكون للمشتري بين فسخ البيع ورد المبيع واسترداد الثمن وبين اخذ

(1) انظر المادة **351** من مجلة الاحكام العدلية , وشرحها, سليم رستم باز , مصدر سابق, ص **194-196**,
 علي حبر , المجلد الاول, مصدر سابق, ص **360**.

(2) الشيخ مرتضى الانصاري, كتاب المكاسب, الجزء الثاني , مصدر سابق, ص **322**. ويقول الشيخ محمد حسن
 النجفي (وكيف كان فانه ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار بين فسخ العقد واخذ الارش
 اجماعا محصلا ومحكيا مستقيضا صريحا وظاهرا) جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام, الجزء الثالث
 والعشرون, ص **236**, ويقول السيد عبد الاعلى السبزواري (كل من انتقل اليه شيء معين بالبيع او الشراء
 فوجد فيه عيبا مستقرا فله الخيار بين فسخ العقد او امضائه بلا ارش او امساك المعيب مع اخذ الارش). جامع
 الاحكام الشرعية , مصدر سابق, ص **218**, والظاهر ان امضاء العقد بلا ارش يتحقق في حال ما اذا لم يؤد
 العيب الى نقص في المالية حيث عنده (لا يشترط في العيب ان يكون موجبا لنقص المالية نعم لا يثبت الارش
 الا اذا لم يكن كذلك), ص **219**, وهو الرأي الغالب في الفقه الجعفري. وجاء في النهاية للطوسي (من
 اشترى شيئا على شرط الصحة والسلامة ثم ظهر فيه عيب سبق وجوده عقد البيع ولم يكن قد تبرأ صاحبه اليه
 من العيوب كلها كان له ان يرد المتاع ويسترجع الثمن ان شاء او يطالب بالارش بين قيمة المتاع صحيحا
 وبينه معيبا وليس للبائع عليه في ذلك خيار) الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي, النهاية في
 مجرد الفقه والفتاوى دار الكتاب العربي , بيروت , لبنان , ط **2**, **1980**, ص **229**, وفي اللعة الدمشقية,
 الجزء الثاني, (فاذا خرج معيبا تخير المشتري بين الرد والارش), زين الدين العاملي, مصدر سابق,

ص37. بنفس المعنى السيد محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الاسلامي، فقه العقود ، مصدر سابق،

ص136.

الارش واستبقاء عقد البيع والقول هنا للشيخ مرتضى الانصاري الذي يضيف(وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الاجماع على التخيير بين الرد والارش).⁽¹⁾ والادلة النقلية في الفقه الجعفري لا تعطي الخيار على هذا النحو للمشتري) انما هذا الخيار متحصل من دليل (الاجماع) (فالتخيير بين الفسخ والامضاء بعد استرجاع التفاوت لم يرد في شيء من النصوص)⁽²⁾ ويعلل الشيخ الانصاري ذلك على النحو التالي(واما الارش فلم يوجد في الاخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد، فيجوز ان يكون الارش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين احد طرفي التخيير بتعذر الآخر)⁽³⁾ وهناك قول اخر في كيفية الخيار عند تحقق شروطه (لو اشترى شيئاً فوجد فيه عيباً فان له الخيار بين الفسخ برد المعيب وامضاء البيع، فان لم يمكن الرد جاز له الامساك والمطالبة بالارش ، ولا فرق في ذلك بين المشتري والبائع، فلو وجد البائع عيباً في الثمن كان له الخيار المذكور).⁽⁴⁾ وعلى هذا القول لا يكون للعائد المطالبة بالارش الا اذا تعذر الرد.

وعلى عدّ العيب بمثابة فوات الوصف لا فوات الجزء، والوصف لا يقابل بجزء من الثمن فان الارش لا يعد على وفق القاعدة(ان الاجزاء يقابلها جزء من الثمن بخلاف

(1) الشيخ مرتضى الانصاري، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص323.

(2) هاشم معروف الحسني، مصدر سابق، ص418.

(3) الشيخ مرتضى الانصاري ، المصدر السابق، ص322.

ونقل الشيخ الصدوق(وفي رواية جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما(ع)) في الرجل يشتري الثوب من الرجل او المتاع فيجد له عيباً قال: ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن ؟ وان كان خاط الثوب او صبغه او قطعه رجع بنقصان عن العيب)، من لا يحضره الفقيه، 1-4، دار المرتضى ، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص619، الحر العاملي، وسائل الشيعة، الجزء الثاني عشر، كتاب التجارة ابواب الخيار، الباب السادس عشر، الحديث الثالث، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ط2،

2003، ص363، محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الاسلامي، فقه العقود، مصدر سابق، ص131.

(4) السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص53، ويقول العلامة الحلي (الاصل في البيع من الاعيان والاشخاص، السلامة من العيوب والصحة، فاذا اقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين فانما بنى على الاكثر ظنه المستند الى اصالة السلامة، فاذا ظهر عيب سابق على العقد وجب ان يتمكن من التدارك وذلك بثبوت الخيار بين امضاء البيع وفسخه). تذكرة الفقهاء، الجزء الاول، القسم الاول، مصدر سابق، ص325.

الاصناف) ولولا الاجماع على اخذ الارش²⁶⁹ مع التمكن من الرد لوجب القول بالخيار بين الرد والامساك مجانا مع التمكن من الرد كسائر الخيارات واذا تعذر الرد جازت المطالبة بالارش⁽¹⁾ وقيل ايضا) اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا سابقا على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه كان مخيرا بين الفسخ والامضاء بالارش وبه قال احمد لانه ظهر على عيب لم يقف على محله فكان له المطالبة بالارش كما حدث عنده عيب ولان الثمن في مقابلة السليم فاذا ظهر عيب كان قد فات جزء من المبيع، فكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن لان الارش في الحقيقة جزء من الثمن⁽²⁾ والقول بان فوات الوصف بالعيب يجعله بمنزلة فوات الجزء فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن. ويكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة وهذا ما يجعل الارش على وفق القاعدة. والشيخ الانصاري يعد هذا الاستنباط فيه تكلف (وهو صعب جدا).... ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة وغيره⁽³⁾ وعلى هذا القول الاخير فان الامساك بالارش لا يتضمن تفريق للصفقة بل هو تدارك لضرر المشتري أي هو صورة من صور التعويض بينما على القول السابق الذي عده فوات جزء يقابله جزء من الثمن يكون الامساك بالارش تفريق للصفقة وبالتالي تجزئة لعقد البيع واذا كان اعطاء الخيار للمشتري عند تحقق ضمان العيب هو لدفع الضرر عنه بسبب فوات وصف السلامة في المبيع فان دفع الضرر يجب ان لا يكون بتفريق الصفقة على البائع لان ذلك اضرار به فلا يدفع الضرر بمثله.

(لو اشترى عبيد من رجل بألف صفقة فوجد باحدهما عيبا لم يكن له رد المعيب بل اما ان يردهما معا او يأخذ الارش⁽⁴⁾).

(1) انظر بهذا المعنى محمد جواد مغنية , فقه الامام جعفر الصادق , الجزء الثالث, مصدر سابق, ص219- ص221.

(2) العلامة الحلي, تذكرة الفقهاء , مصدر سابق, ص353.

(3) الشيخ مرتضى الانصاري, الجزء الثاني , مصدر سابق, ص323.

(4) العلامة الحلي, تذكرة الفقهاء, مصدر سابق, ص412, الشيخ مرتضى الانصاري, الجزء الثاني, ←

(ولو اشترى عبدا ثم مات المشتري وخلف وارثين فوجدا به عيبا لم يكن لاحدهما رد حصته خاصة للتشقيص..... لان الصفقة وقعت متحدة فلا يجب على البائع اخذه بل له الارش خاصة ولو اتفقا على الرد جاز قطعاً.(1)

ولكن اذا تعدد البائع واتحد المشتري انتفت العلة في الفرض السابق وامكن للمشتري التصرف بخياره مع كل بائع على انفراد (لان تعدد البائع يوجب تعدد العقد. وايضا فانه لا يتشقص على المردود عليه ما خرج عن ملكه(2).

(واما التعدد في الثمن بان يشتري شيئا واحدا بعضه بثمن وبعضه الاخر بثمن اخر فلا اشكال في كون هذا عقدين ولا اشكال في جواز التفريق بينهما(3).

اما كيف يحدد مقدار الارش فهناك اتفاق بين الفقهاء من مختلف المذاهب فيما اطلعنا عليه من المصادر وهو ان (يقوم المبيع صحيحا ومعيبا وينظر في نسبة النقيصة من القيمة فيؤخذ من الثمن بنسبتها. فان اختلف اهل الخبرة في التقويم عمل على الاوسط.(4)) فاذا قوم صحيحا بثمانية ومعيبا باربعة وكان الثمن اربعة ينقص من الثمن

→ مصدر سابق, ص338, الشيخ الطوسي , النهاية, مصدر سابق, ص393, الشيخ حسن

النجفي, جواهر الكلام, الجزء الثالث والعشرون, مصدر سابق, ص247-ص248 ويقول (بلا خلاف اجده فيه بل في الغنية الاجماع عليه) عكس ذلك قول السيد علي السيستاني (اذا اشترى شيئين صفقة واحدة أي بشرط الاجتماع فظهر عيب في احدهما كانه له الخيار في رد المعيب وحده كما له الخيار في ردهما معا, ولكن اذا اختار رد المعيب فقط كان للبائع الفسخ في الصحيح ايضا) (اذا اشترك شخصان في شراء شيء فوجدها معيبا جاز لا حدهما الفسخ في حصته ويثبت الخيار للبائع حينئذ على تقدير فسخه) , منهاج الصالحين , الجزء الثاني, مصدر سابق, ص56.

(1) العلامة الحلي, تذكرة الفقهاء, المصدر السابق, ص413, الشيخ مرتضى الانصاري, المصدر السابق,

(2) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، المصدر السابق، ص414، الشيخ مرتضى الانصاري، المصدر السابق، ص341.

(3) الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص338.

(4) المحقق الحلي، شرائع الاسلام، المجلد الاول، مصدر سابق، ص177، الشيخ حسن النجفي، جواهر الكلام، م23، مصدر سابق، ص288، الشيخ مرتضى الانصاري، كتاب المكاسب، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص381، محمد جواد مغنية، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص221، العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، الجزء الاول، القسم الاول، مصدر سابق، ص372، ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، مصدر سابق،

النصف وهو اثنان وهكذا⁽¹⁾. 271

وفي الفقه الحنبلي يعطى المشتري، اذا توفرت شروط ضمان العيب، الخيار بين الفسخ والامساك (واذا اختار المشتري امساك المعيب واخذ الارش فله ذلك وهذا قول اسحاق. وقال ابو حنيفة والشافعي ليس له الا الامساك او الرد وليس له ارش الا ان يتعذر رد المبيع ولنا انه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولان فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة اقفة فبانّت تسعة او كما لو اتلفه بعد البيع)⁽²⁾.

وانت ترى ان الفقه الحنبلي قريب في هذا الحكم من الفقه الجعفري فضلا عن انه يعد العيب فوات الجزء من المبيع يستوجب رد جزء من الثمن هو الارش. فهو صورة لتفرق الصفقة على هذا النحو. ولذلك فان اختيار المشتري لابقاء المبيع واخذ الارش قبول منه يتفريق الصفقة.

→ ص240، حاشية الخرشي المالكي، على مختصر خليل، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص510، د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص326، انظر كذلك مجلة الاحكام العدلية المادة 346، محمد سعيد الراوي، الجزء الاول، مصدر سابق، ص222- ص224، سليم رستم باز، مصدر سابق، ص190، علي حيدر، المجلد الاول، مصدر سابق، ص353 والمادة 565 مدني عراقي.

$$\text{وعموما فمقدار نقصان الثمن} = \frac{\text{قيمة المبيع سليما} - \text{قيمتة معييا}}{\text{قيمة المبيع سليما}} \times \text{الثمن المسمى بالعقد}$$

بمعادلة رياضية

(1) السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، ص55، مسألة 167.

الخطاتمة

بعد هذا السفر الطويل في تعقب فكرة تجزئة العقد من حيث وجودها وشروطها ومصادرها وتطبيقاتها , نوجز اهم النتائج التي توصلنا اليها, واهم المقترحات.

النتائج:

اولا: مع ان العقد, بسيط كان ام مركب ,ينشا بوصفه كيانا قانونيا واحدا , الا ان وحدته هذه تقبل التجزئة. والاصل في العقود وفي اثارها, انها تقبل التجزئة والانقسام, الا اذا حالت دون ذلك, طبيعة العقد, او انصرفت ارادة المتعاقدين الى جعلها وحدة لا تقبل الانقسام. وعندئذ ينشأ هذا العقد موحدا, وينقضي موحدا .

ثانيا: غير انه, مع ان الاصل في العقود انها تقبل التجزئة والانقسام, الا ان الاصل كذلك وجوب تنفيذها طبقا لما اشتملت عليه. ذلك لان التنفيذ الجزئي او الناقص, قد لا يحقق للمتعاقد ما ابتغاه من تعاقد. وقد يفوت عليه غرضه من العملية التعاقدية .

ثالثا: ومع ان الاصل هو وجوب تنفيذ العقود طبقا لما اشتملت عليه, فأن ظروفنا وحالات لا حصر لها, يمكن ان تواجه العقد, كما يمكن ان تواجه المتعاقدين, فتجعل من هذا التنفيذ الكامل والشامل لمضمون العقد, امرا غير مسموح به قانونا - لان جزءاً منه ظهر باطلا, او بطل بعد ان كان صحيحا, او ابطال ممن له الحق في الابطال, - كما يمكن ان يكون هذا التنفيذ الكامل للعقد غير ممكن, لعارض اصاب المعقود عليه, فذهب بجزء منه, او لتحلل المتعاقد - مستخدما رخصته القانونية - من جزء من

العقد, او لاسباب اخرى عرضناها . وفي هذه الحال صار لزاما على المشرع, ان يتصدى لهذا الوضع الاستثنائي, الذي يواجهه العقد. فهل يزول العقد كله, ام يبقى الجزء الصحيح والممكن التنفيذ بوصفه عقدا مستقلا؟

رابعا: واذا كان زوال الجزء الباطل, او ²⁷³البطل, او الجزء الذي انحل من العقد, امرٌ مفهوم وبديهي , فان مصير الجزء الاخر من العقد , أي الجزء الصحيح او الجزء الذي لم ينحل ليس حتميا . فهو قد يتبع الجزء الذي زال من العقد فيزول, معه, وقد لا يتبع ذلك الجزء, وانما يبقى له كيانه, بوصفه عقدا مستقلا, فنتحقق بذلك تجزئة العقد.

خامسا: ان المشرع قد تحسب لهذا الوضع, فقرر في المادة القانونية نفسها (المادة 146- 1 من القانون المدني العراقي, 147-1 من القنون المدني المصري), ان التنفيذ الكامل للعقد يمكن الخروج عليه, اذا تراضى المتعاقدان على ذلك, او نص القانون على جوازه. ومن هذا الاستثناء, يتفرع كل تغيير في العقد, عن مضمونه الاصيل, الذي تم وقت التعاقد. فيتفرع من ذلك تعديل العقد قضائيا, وانتقاص العقد, وزال بعض الشروط بارادة المشرع, وكذلك تجزئة العقد.

سادسا: لان المشرع هو الذي نص على وحدانية وشمول العملية التعاقدية وتنفيذها , فان تجزئة العقد, تستلزم سندا من نص القانون, بوصفها خروجاً على وجوب التنفيذ الكامل للعقد. وطبقا لهذا النص القانوني, يمكن التعامل مع الجزء المتبقي من العقد, وهل يبقى ام يزول . ولذلك لم يكن موقف المشرع واحدا ازاء هذه الحال , فهو (أي المشرع), وجد, في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري, انه اذا كان جزء من العقد باطلا, فان الاصل هو تجزئة هذا العقد , وليذهب الجزء الباطل الى مصيره من الزوال, ويبقى الجزء الصحيح عقدا مستقلا. الا اذا كان العقد لا يتم بدون الجزء الذي زال لبطلانه او ابطاله, فيزول العقد كله عندئذ, وتكون هذه الحال الاخيرة, أي زوال العقد كله, هي الاستثناء . بينما اعطى, غالبا, للمتعاقد الذي فات

عليه جزء من العقد الصحيح, لعارض اصاب العقد من هلاك او استحالة او نقص او استحقاق او غير ذلك , اعطاه الخيار, بين ان يجرى العقد, فيكتفي بالجزء الباقي, او يتحلل من العقد كله. بينما اعطى للمتعاقدين الحق في اقالة جزء من العقد, وتجزئته باتفاقهما ولو لم يحصل للعقد أي عارض يعوق التنفيذ الكامل له.

سابعا: ومع هذا التنوع في النصوص القانونية التي اباحت تجزئة العقد, علاجا للعوارض التي تعترضه , فاننا وجدنا ان هناك شروطا مشتركة بين هذه الحالات, استخلصناها من دراسة النصوص القانونية وتحليلها, واعتمدنا في ذلك طريقة لا تخلو من الجدة . وحيث ان الموضوع هو زوال جزء من العقد, وبقاء الجزء الاخر, فان الامر استلزم منا, تحديد الشروط الواجب توافرها ليحصل ذلك. وهي, ان يكون السبب الداعي لزوال العقد, مقتصر على جزء منه فقط, كما ولا بد من توفر شروط في الجزء المتبقي, لكي يكون عقدا مستقلا. ولذلك بحثنا في توفر الاركان لهذا الجزء ليكون عقدا, ولعل في هذا يكمن الخروج عن الاسلوب التقليدي في تناول شروط القابلية على الانقسام. كما بحثنا شروط التجزئة الاخرى, من ضرورة توفر حسن النية, والنص القانوني الذي يجيز تجزئة العقد .

ثامنا: ومن الامور التي تناولها بحث فكرة تجزئة العقد, ذلك المبحث الذي تناول مصادر هذه التجزئة, على نحو سعيينا فيه للرجوع الى التقسيم العلمي لمصادر الالتزامات والحقوق, والتي عرضها الدكتور السنهوري وسواه من الفقهاء , فعمدنا الى رد مصادر تجزئة العقد, الى الواقعة المادية والتصرف القانوني, فهذه هي المصادر المباشرة التي تنشئ الالتزامات وتعديلها وتنقلها, وهي ذاتها التي تكسب الحق العيني. والقانون من وراء ذلك كله, مصدر غير مباشر للحقوق كلها, وما يطرأ عليها . فقد عمدنا الى التدرج في بيان هذه المصادر لتجزئة العقد من تصرف قانوني بتوافق ارداتين, (الاقالة), الى تصرف قانوني بارادة منفردة, يجرى العقد, ثم الى واقعة مركبة من تصرف قانوني, وعمل مادي, عندما يطلب المتعاقد الفسخ الجزئي للعقد (تصرف قانوني), ويحكم له القاضي بذلك (عمل مادي), ثم الواقعة المادية, (كالموت والهلاك), عندما تجزئ العقد. واخيرا نص القانون, عندما يؤدي الى تجزئة العقد مباشرة . وهو تصنيف غير مسبوق على حد اطلاقنا, بقدر تعلق الامر بتكييف

مصادر تجزئة العقد, وردها الى المصدرين الاساسين للحقوق الشخصية والعينية, ونعني بهما الواقعة المادية والتصرف القانوني.

تاسعا: وكنا قد توصلنا الى تعريف لتجزئة العقد, وهو (زوال جزء من العقد, او ازالته, دون تنفيذ , وبقاء الجزء الاخر, بوصفه عقدا مستقلا , بمقتضى نص القانون.) ونزعم انه تعريف لم يسبق التطرق اليه. وهو يلخص جوهر الفكرة, كما يلخص مصدرها وشروطها بإيجاز تام . فنحن امام عقد يزول, او يُزال بعضه, دون تنفيذ, بينما يبقى بعضه نافذا, استنادا الى نص القانون. ومنه يبرز وجه الخروج على اصل وحدة العقد, ووجوب تنفيذه الشامل او زواله الكامل .

عاشرا: ولعل من الامور المهمة في هذه الرسالة, ما ذهبنا اليه, من انه, ليس كل ما يزول من العقد يمثل تجزئة له. اذا انه قد يخرج العقد عند التنفيذ عن مضمونه الاصلي, بتعذر تنفيذ بعض الامور البسيطة التي يتسامح العرف فيها. وقد تبطل فيه بعض الشروط المتعلقة باوصاف في المعقود عليه, او اوصاف في الالتزام. فلا يعني زول مثل هذه الامور, زوال لجزء من العقد, فالعقد ما يزال على حاله, وكأن شيا لم يذهب منه , انما الذي يجب ان يزول لتحقيق به التجزئة, هو جزء من العقد في صورة عقد, لكن, على نحو اصفر من الناحية الكمية, من العقد الاصلي. ولذلك يجب ان يزول جزء من محل العقد, ويبقى الجزء الاخر, ويكون أحد الجزأين محلا للجزء الذي يزول من العقد, والاخر محلا للجزء الذي يبقى من العقد . فالشرط اذا زال من العقد, ليس له حصة من المقابل بحسب الاصل, ما لم ينص العقد على هذه الحصة, وما لم يكن الشرط فيه معنى الجزئية من العقد, على النحو الذي عرضناه في محله من الرسالة . وكنا في ذلك قد استفدنا من المقارنة بالفقه الاسلامي, الذي تتضح فيه هذه الفكرة على نحو جلي ليس كما في القانون المدني او فقهاء . ولذلك فان زوال الشروط لبطانها, او عدم الوفاء بها, لا يفرق الصفقة, مع انه يعطي الحق في الخيار بين الفسخ والامضاء, بخلاف فوات جزء من المعقود عليه, الذي هو لازم للقول بتفريق الصفقة في الفقه الاسلامي.

ولذلك استحسنّا موقف المشرع العراقي, الذي ميز بين اثر بطلان الشروط, في المادة 131- 2 يُلغى الشرط ويبقى العقد او يُلغى الشرط والعقد اذا كان الشرط دافعا, وبين اثر بطلان الجزء, (الشق), في المادة 139 من القانون المدني العراقي, حيث يزول جزء, ويبقى جزء, ولا يبقى عقد في الاحول كلها. ولا يبقى عقد بوجه خاص, اذا كان العقد, لا يتم بدون الجزء الباطل منه²⁷⁶. فيجب التحقق من توفر اركان العقد في الجزء الباقي. وقد خالفنا الفقه الذي ذهب الى ان تجزئة العقد تتحقق, في تلك الاحوال كلها (أي سواء زال منه شرط, أو زال منه جزء).

حادي عشر: ولعل في هذه الفكرة الاخيرة - أي التمييز بين الجزء ومجرد القيد او الشرط في العقد - يكمن واحد من اهم الفوارق, بين تجزئة العقد الباطل في جزء منه, وما يسمى انتقاص العقد. فهذا الاخير يشمل أي بند ينتقص من العقد, اذا كان هذا البند باطلا, سواء أكان شرطا ام جزءاً, صغيرا ام كبيرا, ناهيك عما بينهما من فروق من حيث نطاق تطبيق كل منهما .

ثاني عشر: كما ميزنا تجزئة العقد عن تعديله , حيث التجزئة تتفق مع ارادة المتعاقدين, والتعديل يجري على الرغم من تلك الارادة. وفي التجزئة يزول جزء من العقد, فيه التعادل والتوازن نفسهما الموجودان في العقد الاصلي, وفي التعديل يجري القاضي عملية غير متوازنة, لاعادة التعادل الى الحد المعقول في عقد اختلف فيه هذا التعادل. ولعل من النتائج المهمة في تمييز تجزئة العقد عن غيرها, تمييزها عن تنفيذ جزء من العقد عينا, وجزء بمقابل . هنا يبقى العقد كله قائما, انما تنفذ اجزائه بطريقتين مختلفتين. بينما في تجزئة العقد, ينفذ جزء, ويزول جزء دون تنفيذ. وقد عرضنا, للاثار المهمة التي تترتب على ذلك كله .

ثالث عشر: وحين تناولنا تطبيقات تجزئة العقد, وجدناها تخرج عن الحصر, طالما ان المشرع قد اباح في القواعد العامة في القانون, بنصوص محددة, تجزئة العقد كما في المادة 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من القانون المدني المصري - عندما يكون شق من العقد باطلا, او في صياغة المواد الخاصة بالفسخ او الانفساخ - مع بعض القصور الذي اقترحنا معالجته - . هذا فضلا عن المواد الخاصة, التي نص

عليها في ثنايا احكام العقود المدنية, التي نظمها . ولذلك عرضنا لتطبيقات أنموذجية بالنسبة لحالات بطلان او ابطال جزء من العقد, او فسخ جزء من العقد او انحلاله او التحلل منه , مراعين في ذلك اهمية هذه التطبيقات, وتلافي تكرار ما تناولناه في الباب المخصص للمبادئ العامة في تجزئة العقد.

رابع عشر: في بحثنا وتحليلنا لتجزئة العقد في حال الاستحقاق, ظهر لنا ان للقانون المدني العراقي, حكمين مختلفين, من حيث اساس كل منهما, ومن حيث الاثار, في حالتي حسن نية, وسوء نية البائع. وفي الحال الاولى (حسن نية البائع), يقوم الحكم على اساس زوال العقد, (او جزء منه في حال الاستحقاق الجزئي) وفي الحال الثانية (سوء نية البائع), يقوم الحكم على اساس قيام العقد وتنفيذه بمقابل (او تنفيذ جزء منه بمقابل في حال الاستحقاق الجزئي). وما توصلنا اليه لا يتفق مع ما يذهب اليه الدكتور السنهوري, والفقهاء العراقي الذي اطلعنا عليه, من ان حكم القانون المدني العراقي, يقوم على اساس زوال العقد في الحالتين. وقد قدمنا مسوغات ما توصلنا اليه في محلها.

خامس عشر: ولان رسالتنا تتناول تجزئة العقد من حيث ماهيتها وتطبيقاتها, وبيان متى تتحقق ومتى تتخلف, فاننا تجنبنا الخوض في الاثار المترتبة على تلك التجزئة. فهذه الاثار تختلف باختلاف النظام القانوني الذي تتم فيه التجزئة من ناحية, ولانها تخرج عن صلب موضوع الرسالة من جهة اخرى . فلو ان تجزئة العقد وقعت بسبب ابطال جزء منه , فان الجزء الباقي صحيح من العقد ينتج اثار العقد الصحيح, والجزء الباطل يطبق عليه اثار بطلان العقد, من امكان التحول الى عقد اخر, او الرد والتعويض اذا كان له مقتضى. اما اذا كانت التجزئة لانحلال جزء من العقد بالفسخ, فان الجزء المتبقي, ينتج اثار العقد الاصلي, بينما تترتب اثار الفسخ على الجزء الذي تم فسخه من العقد, كالالتزام برد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد مع التعويض اذا كان له مقتضى, وهكذا. و هذه الاثار كلها يدخل مضمونها في اختصاص نظم قانونية اخرى. أي ان بحثها لا يدخل في نطاق هذه الرسالة التي تريد ان تصل الى ماهية ونطاق وشروط ومصادر تجزئة العقد. فاذا ما حصلت هذه التجزئة, تولت نظم قانونية اخرى بيان اثارها.

عرضت لنا, ونحن نحلل تطبيقات فكرة تجزئة العقد في القانون المدني مقارنة بالفقه الاسلامي, بعض الجوانب التي اختلف الفقه بشأنها اختلافا واضحا. وكان من بين اسباب الاختلاف, افتقار القانون المدني الى النص الواضح. وقد ايدنا الاتجاه الراجح في الفقه, واقترحنا بعض النصوص القانونية المعدلة للقانون المدني العراقي, في ضوء ما توصلنا اليه من خلال البحث .

ومع الاخذ بالحسبان, ما يتوجب على باحث مثلنا من التواضع, بمواجهة نصوص مهمة في القانون المدني, فاننا نقدم هذه التوصيات والمقترحات, لتكون مادة اولية للتأمل من لدن الاساتذة والباحثين الاخرين, ومن سيضعون مشروع قانون مدني جديد في العراق مستقبلا, وذلك بالقدر المتعلق بموضوع رسالتنا.

اولا: نصي بان ياخذ المشرع العراقي بالراجح في الفقه الاسلامي في المادة 139 من قانوننا المدني ويعديلها باعطاء الخيار للمتعاقد الذي تفرقت عليه الصفقة بسبب بطلان او ابطال جزء من العقد , بين الامضاء او فسخ الباقي من العقد, ولا سيما اذا كان هذا المتعاقد جاهلا بسبب البطلان .

ثانيا: نقترح ان يتضمن القانون المدني العراقي, نصا ينظم حكم العقد الموقوف في جزء منه, على غرار النص الخاص بالعقد الباطل في جزء منه, يلائم طبيعة العقد الموقوف. علما ان القانون المدني المصري نظم حكم العقد القابل للابطال في شق منه, في المادة نفسها الخاصة بالعقد الباطل في شق منه. وهي المادة 143 من القانون المدني المصري. كما وتضمنت القوانين المدنية التي تاخذ بالعقد الموقوف كالقانون المدني الاردني, حكما خاصا بالعقد الموقوف في جزء منه (المادة 169-2 من القانون المدني الاردني).

وقد عرضنا مسوغات الحاجة لهذا النص في محلها من الرسالة والنص المقترح هو التالي (اذا كان العقد في جزء منه موقوفا, فان خيار العاقد في النقص, يقتصر

على الجزء الموقوف. اما الباقي من العقد فيظل عقدا صحيحا نافذا , ما لم يتبين ان العقد ما كان ليتم بغير الجزء الذي وقع موقوفا).

ثالثا: نقترح حذف الفقرة الثانية من المادة 177 من قانوننا المدني, لانها مجرد امثلة لا ضرورة لها, وان تضاف, مكانها, فقرة تبين حكم حال التنفيذ الجزئي من لدن المدين. ذلك لان النص الحالي لا يوضح حكمها مما سبب الخلاف الذي عرضناه في الرسالة حول الفسخ الجزئي والنص المقترح هو:

المادة 177: (1 -) (الفقرة 1 الحالية) 2 - وللدائن , اذا كان تنفيذ المدين جزئيا, ان يطلب تنفيذ الجزء المتبقي من العقد بطريق التعويض, او ان يطلب فسخ العقد بالقدر الذي لم ينفذه المدين, مع التعويض ان كان له مقتضى, ما لم يكن العقد ما كان ليتم دون الجزء الذي لم ينفذ, فيفسخ العقد كله.)

رابعا: بالنظر للنقد الذي وجه الى تنوع الاحكام في المواد 543 - 546 من قانوننا المدني, ولكون هذه الاحكام ليست محل اتفاق في الفقه الاسلامي, اقترحنا استبدال هذه المواد بمادة واحدة, حكمها واحد في الحالات التي عرضت لها المواد الاربعة الحالية, وتتفق مع اتجاه اخر في الفقه الاسلامي, وقد فصلنا مسوغات رأينا في محلها من الرسالة, والنص المقترح هو:

المادة 543: 1. اذا بيعت جملة من المكيلات او الموزونات او المذروعات او العدييات, مع بيان قدرها, ثم ظهر المبيع عند التسليم ناقصا او زائداً, بما لا يتسامح به عرفا, فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد, او اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن , ما لم يكن المتعاقدان قصدا غير ذلك.

2. وليس للمشتري فسخ البيع, اذا كان المبيع من المثليات التي لا يضرها التبعض, وكان البائع مستعدا ليسلم المقدار الناقص عينا.

3. لا تسمع دعوى المشتري او البائع بموجب هذه المادة بعد انقضاء ثلاثة اشهر من وقت التسليم الفعلي للمبيع).

خامسا: اقترحنا تعديل نص المادة 179 من قانوننا المدني وذلك بحذف كلمة (بفعله) من الفقرة الاولى, الذي يجعل حكمها مناقضا لحكم المادة 168 من قانوننا المدني مع اضافة

عبارات ضرورية لدقة النص, وحذف الفقرة الثانية التي هي مجرد مثال, ووضع فقرة خاصة بحكم الهلاك الجزئي بدلا عنها. والنص المقترح هو :

(المادة 179: 1-) اذا هلك المعقود عليه (المعين بالذات) في المعاوضات وهو في يد صاحبه (بسبب اجنبي لا يد له فيه) انفسخ العقد ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه (ما لم يكن قد اعذر العاقد الاخر بالتسليم).

(2-) فاذا كان الهلاك جزئيا انفسخ من العقد ما يقابل ما هلك. ويخير العاقد بين الاحتفاظ بالباقي من العقد وطلب فسخه.))

سادسا: واقترحنا اضافة فقرة ثانية للمادة 168 توضح حكم الاستحالة الجزئية في تنفيذ العقد وعلى النحو التالي:

المادة 168: 1- (المادة الحالية نفسها).

2- فاذا كانت الاستحالة الناشئة عن سبب اجنبي, جزئية او وقتية, انفسخ ما يقابل الجزء المستحيل ويخير الدائن بين الاحتفاظ بالباقي من العقد وبين الفسخ.)

سابعا: واخيرا نوصي بالعدول عن العرف الحالي في كتابة الرسائل والاطاريح في العراق, حيث يتم البدء بالقسم العام تليه التطبيقات. وقد وجدنا خلال بحثنا ان الاولى الابتداء بالتطبيقات وتحليلها, للتوصل الى المبادئ والاسس المشتركة والماهية بعدئذ. وهذا ينسجم مع المنطق, اذ ان التوصل الى مبادئ عامة يكون من خلال تحليل جزئيات الواقع . ولذلك وجدنا من الايسر بالنسبة الينا, البدء في كتابة هذه الرسالة بعد تجميع مادتها الاساسية لدينا, بكتابة الفصل الثاني من الباب الثاني وهو الفصل الاخير منها, ثم الرجوع الى الفصول التي قبله تدريجيا, أي كتابتها من النهاية الى البداية, علما ان الرسائل المصرية التي اطلعنا عليها تبدأ بالتطبيقات وتنتهي بالمبادئ العامة على ما يبدو.

والحمد لله رب العالمين

المصادر

ملاحظة: أوردنا بعضاً من آيات الذكر الحكيم في هذه الرسالة، للاستشهاد بها، تأييداً لبعض الأفكار المشار إليها في الرسالة، كالتراضي في التجارة والأمر بالوفاء بالعقود وغيرها. وهذه الرسالة، أبسط من أن يدعي صاحبها أن القرآن الكريم من مصادرها.

كتب الحديث والتفسير

- 1- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، بلا سنة طبع.
- 2- الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن المتوفي 1104هـ: تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ط2، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، 2003م.
- 3- الشيخ الصدوق: من لا يحضره الفقيه، أربعة أجزاء في مجلد واحد، ط1، دار المرتضى، بيروت، لبنان، 2006م.
- 4- الفخر الرازي: التفسير الكبير، المجلد الرابع، ط4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2001م.

كتب الفقه الإسلامي

- 5- ابن الهمام، الشيخ كمال الدين محمد ابن عبد الواحد: شرح فتح القدير، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 6- ابن جزّي: القوانين الفقهية، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 7- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1989م.
- 8- ابن عابدين الدمشقي: رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين وإليه في الحاشية تكملة الحاشية المسماة قرّة عيون الأخبار للسيد علاء

الدين افندي وهو ابن الشيخ محمد امين، الجزء السابع، ط1، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، دار النقاش، الرياض، 1998م.

9- ابن عبد البر: الاستذكار، الجزء الخامس، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2001م.

10- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن احمد المتوفى سنة 620هـ: المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني، الجزء الثاني، ط3، المكتبة السلفية القاهرة، بلا سنة طبع.

11- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن احمد المتوفى سنة 620هـ: المغني، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

12- ابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة 682هـ: الشرح الكبير، مطبوع بهامش كتاب المغني، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، دار القماطي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

13- ابن قيم الجوزية: جامع الفقه، الجزء الرابع، ط1، دار الوفاء، جمهورية مصر العربية، المنصورة ، 2000م.

14- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2002م.

15- الانصاري، الشيخ مرتضى: كتاب المكاسب، الجزأين الثاني والثالث، مؤسسة النعمان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1990م.

16- الانصاري، الشيخ مرتضى: كتاب المكاسب، تحقيق وتعليق السيد محمد كلانتر، الجزء التاسع، ط1 المحققة، منشورات جامعة النجف الدينية، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، 1397هـ.

17- البابرّي، اكمل الدين محمد بن محمود: شرح العناية على الهداية، مطبوع في حاشية شرح فتح القدير، دار احياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

- 18- البجنوردي، السيد محمد حسن: القواعد الفقهية، الجزء الثالث، تحقيق مهدي المهريزي ومحمد حسين الداريني، ط1، مطبعة الهادي، ايران، 1491 هـ، عن المعجم الفقهي، الاصدار الثالث، قرص مدمج، تسلسل 952 في القرص.
- 19- البهوتي، الشيخ منصور بن يونس بن ادريس: كشف القناع، الجزء الثالث، ط1، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1999م.
- 20- الشيخ بشير النجفي: الدين القيم، المعاملات، القسم الاول، مطبعة الاكاديمية العسكرية، دار الاوقاف الجديدة، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 21- الجمل، الشيخ سليمان: حاشية الجمل على شرح المنهج، الجزء الثالث، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع.
- 22- الحطاب الرعيني، أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء السادس والجزء السابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م.
- 23- الحكيم، السيد محسن: مستمسك العروة الوثقى، الجزء الثاني عشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 24- الحلي، العلامة، الحسن بن يوسف بن المطهر: تذكرة الفقهاء، الجزء الاول، القسم الاول، مطبعة النجف، 1375هـ.
- 25- الحلي، المحقق: شرائع الاسلام في الفقه الجعفري، الجزء الاول، منشورات مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، 1986م.
- 26- الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، الجزء الخامس، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م.
- 27- الراشدي، شيخ الاسلام برهان الدين ابي الحسن علي بن عبد الجليل ابي بكر المرغياني: الهداية شرح بداية المبتدئ، مطبوع في صدر هامش شرح فتح القدير، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

- 28- السبزواري, السيد عبد الأعلى: جامع الاحكام الشرعية، ط8، مطبعة الديواني، بغداد، 1992م.
- 29- السرخسي, ابو بكر محمد بن احمد: المبسوط، الجزء الثالث عشر، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2002م.
- 30- الشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب: حاشيته على المقنع لابن قدامة المقدسي، ط3، المكتبة السلفية، القاهرة.
- 31- السيستاني, السيد علي الحسيني: منهاج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، ط3، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، 2001م.
- 32- الشربيني, الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبوع بهامش، منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، الجزء الثاني، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م.
- 33- الشيرازي: المجموع شرح المذهب، الجزء التاسع، بلا مكان وسنة الطبع.
- 34- الصدر, السيد محمد: منهج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، القسم الأول، دار المجتبى، قم، طهران، بلا سنة طبع.
- 35- الطوسي, الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1980م.
- 36- العاملي, زين الدين الجبعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الثاني، ط6، قم، ايران، 1426هـ.
- 37- العاملي, الشهيد محمد بن جمال الدين مكي و زين الدين الجبعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تعليق السيد محمد كلانتر، الجزء الثالث والرابع، ط3، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 38- الكاساني, علاء الدين ابو بكر بن 285م: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط3، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000م.

- 39- الكرلاني, جلال الدين الخوارزمي: الكفاية، مطبوع بهامش شرح فتح القدير، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 40- الامام مالك بن انس: الموطأ، ط2، دار الجيل، بيروت، لبنان، دار الاوقاف الجديدة، المغرب، 1993م.
- 41- الماوردي, ابو الحسن علي ابن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء الخامس، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م.
- 42- السيد محمد الصدر: منهج الصالحين، الجزء الثاني، المعاملات، القسم الاول، دار المجتبى، قم، طهران، بلا سنة طبع.
- 43- مختصر خليل: مطبوع في متن مواهب الجليل للحطاب، الجزء السادس، ط1، دار الكتب العملية، بيروت، لبنان، 1995م.
- 44- النجفي, الشيخ بشير: الدين القيم، المعاملات، القسم الاول، مطبعة الأكاديمية العسكرية، دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 45- النجفي, الشيخ محمد حسن: جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، الجزء الثالث والعشرين.
- 46- النووي, ابو زكريا محيي الدين بن شرف: كتاب المجموع، الجزء التاسع، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 47- النووي, ابو زكريا محيي الدين بن شرف: منهاج الطالبين، الجزء الثاني، مطبوع في متن مغني المحتاج للشربيني، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997م.
- 48- اليزدي, السيد محمد كاظم الطباطبائي: العروة الوثقى، الجزء الثاني عشر، دار المسيرة، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

كتب فقهية اخرى

- 49- أ.ابراهيم فاضل الدبوي: صور من التعامل المالي في الاسلام، مطبعة الديواني، بغداد، 1984م.
- 50- الشيخ احمد ابراهيم بك: مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي، مكتبة عبد الله وهبه، 1944-1945م .
- 51- د.احمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا سنة طبع.
- 52- الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الثاني، ط1، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2000م.
- 53- سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، دار احياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- 54- د.صباحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات في الشريعة الاسلامية، الجزء الثاني، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1972م.
- 55- د.عبد الرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الاجزاء الثاني والثالث والرابع والخامس، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 56- د.عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط15، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998م.
- 57- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الاول، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991م.
- 58- الشيخ محمد ابو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع.
- 59- محمد تقي الخوئي: الشروط والالتزامات التبعية في العقود، المجلد الأول والثاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، 1993م.
- 60- السيد محمد تقي المدرسي: الوجيز في الفقه الاسلامي، فقه العقود، اصول عامة، ط1، منشورات دار محبي الحسين عليه السلام، 2003م.
- 61- السيد محمد تقي المدرسي: الوجيز في الفقه الاسلامي، عقود الاحسان، منشورات ميراث ماندكار، قم، 2003م.

- 62- محمد جواد مغنية: فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، عرض واستدلال، الجزء الثالث، ط5، مؤسسة انصاريان، قم، ايران، 2004م.
- 63- محمد الحسين آل كاشف الغطاء: تحرير المجلة، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الاشرف، 1362هـ.
- 64- محمد سعيد الراوي: شرح مجلة الأحكام العدلية، القسم الثاني، شرح كتاب البيع، مطبعة دار السلام، بغداد، 1342هـ.
- 65- منير القاضي: شرح المجلة، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، 1947م.
- 66- الشيخ ناصر مكارم: القواعد الفقهية، بلا مكان وسنة الطبع.
- 67- هاشم معروف الحسني: نظرية العقد في الفقه الجعفري، عرض واستدلال ومقارنات، دار التعارف للمطبوعات، 1996م.

كتب الفقه القانوني

- 68- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل: البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الإنقاص، مطبوعات جامعة الكويت، 1988م.
- 69- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، 1982م.
- 70- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل: نظرية²⁸⁸ الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1995م.
- 71- إبراهيم سيد احمد: الإخلاء لإساءة استعمال العين المؤجرة فقها وقضاء، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
- 72- إبراهيم سيد احمد: التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م.
- 73- إبراهيم سيد احمد: الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003م.

- 74- إبراهيم سيد احمد: عقد الوديعة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003م.
- 75- د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن: قواعد تفسير العقود الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1977م.
- 76- د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن: مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
- 77- د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن: المسؤولية المدنية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
- 78- د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن: مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار المعارف، الاسكندرية، 2002م.
- 79- الاستاذ احمد نجيب الهلالي و د.حامد زكي: شرح القانون المدني، عقود البيع والحوالة والمقايضة (في التقنين القديم والجديد)، ط3، مطبعة الفجالة الجديدة، 1954م.
- 80- د.اسعد دياب: ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة، ط1، دار اقرأ، بيروت، لبنان، 1983م. 289
- 81- د.اسماعيل غانم: الوجيز في عقد البيع، القاهرة، 1936م.
- 82- د.الياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، الجزء الثاني مفاعيل العقد، دراسة مقارنة 1987م.
- 83- د.انور سلطان: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا سنة طبع .
- 84- د.انور سلطان: العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1973م.
- 85- المستشار انور طلبة: الوسيط في القانون المدني، الجزء الاول، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بلا سنة طبع.

- 86- المستشار انور العمروسي: الدعاوي المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م.
- 87- المستشار انور العمروسي: العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002م.
- 88- د.باسم محمد صالح و د.عدنان احمد ولي: القانون التجاري، الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، 1989م.
- 89- د.توفيق حسن فرج: اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مطبعة جامعة الاسكندرية، 1971م.
- 90- د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م.
- 91- د.جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار والمقولة، عمان، 1997م.
- 92- جمال الدين طه المحامي و احمد شاکر المحامي: المرجع العملي في الامتداد القانوني لعقد الايجار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996م.
- 93- د.حسن علي الذنون: اصول الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1970م.
- 94- د.حسن علي الذنون: دور المدة في العقود المستمرة، بغداد، 1988م.
- 95- د.حسن علي الذنون: شرح القانون المدني العراقي، عقد البيع، بغداد، 1953م.
- 96- د.حسن علي الذنون: محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1956م.
- 97- د.حسن كيره: المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 98- حسين عامر، القاضي: الغاء العقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1953م.
- 99- د.رمضان ابو السعود: مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003م.
- 100- د.سعدون العامري: الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول، في البيع والايجار، ط3، مطبعة العاني، بغداد، 1974م.

- 101- د.سعيد عبد الكريم مبارك، د.صاحب عبيد الفتلاوي، د.طه الملا حويش: الموجز في العقود المسماة، البيع، الإيجار، المقاوله، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، 1992-1993م.
- 102- د.سليمان مرقس: شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الثاني، ط4، بلا سنة طبع.
- 103- د.سليمان مرقس: نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، 1956م.
- 104- د.سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
- 105- د.سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام، منشأة المعارف الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 106- د.شباب توما منصور: شرح قانون العمل، دراسة مقارنة، ط5، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1972م.
- 107- د.صلاح الدين عبد اللطيف الناهي²⁹¹: التوجيه الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، المصادر الإرادية، مطبعة البيت العربي، عمان، الأردن، 1984م.
- 108- د.عادل حسن علي السيد: احكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق للطباعة والنشر، 1998م.
- 109- الاستاذ عبد الباقي البكري و المدرس زهير البشير: المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد، 1989م.
- 110- د.عباس حسن الصراف: أحكام عقد البيع في القانون المدني الكويتي، بلا سنة طبع.
- 111- د.عباس حسن الصراف: شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956م.
- 112- د.عبد الحكم فودة: احكام الصلح في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 113- د.عبد الحكم فودة: البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، 1993م.

- 114- د. عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002 م.
- 115- د. عبد الحميد الشواربي: البطلان المدني والاجرائى والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م.
- 116- د. عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الخامس، احكام عقد الايجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003م.
- 117- د. عبد الحي حجازي: عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الاول، 1950م.
- 118- د. عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية 1- القانون، مطبوعات جامعة الكويت- 1972م. 292
- 119- د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954م.
- 120- د. عبد الرحمن عياد: اساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة، الاسكندرية، 1972م.
- 121- د. عبد الرزاق احمد السنهاوري: نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1934م.
- 122- د. عبد الرزاق احمد السنهاوري: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004م.
- 123- د. عبد الرزاق احمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية اللالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 124- د. عبد الرزاق احمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، اثار الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 125- د. عبد الرزاق احمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

- 126- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 127- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الدائم والصلح، دار احياء الخامس، العقود والتي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 128- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الثاني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الايجار والعارية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 293
- 129- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 130- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن، حق الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 131- د. عبد الستار ابو غدة: الخيار وأثره في العقود، الجزء الثاني، بلا مكان وسنة طبع.
- 132- د. عبد الفتاح عبد الباقي: دروس في مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1969م.
- 133- د. عبد الفتاح مراد: التعليق الموضوعي على القانون المدني، رد ما يخالف التسعير الجبري، بلا سنة ومكان طبع.
- 134- د. عبد المجيد الحكيم، الاستاذ عبد الباقي البكري، الاستاذ المساعد محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزان الاول والثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجمهورية العراقية، 1980م.
- 135- د. عصام انور سليم: عدم تجزئة العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994م.
- 136- د. عصام انور سليم، د. محمد حسن قاسم: مبادئ القانون، مدخل الى القانون، مدخل الى الالتزامات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1993م.

- 137- د. عصمت عبد المجيد بكر: شرح قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979، ط1، دار الكتاب الجديد، بغداد، 1981م.
- 138- د. علي البارودي، د. جلال وفاء محمددين: القانون التجاري والبحري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994م.
- 139- د. علي حسن يونس: القانون التجاري 2004، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الحمامي للطباعة، بلا سنة طبع.
- 140- غستان، جاك: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000م.
- 141- غستان، جاك، بالتعاون مع كرستوف جامان ومارك بيو: المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد او اثاره، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000م.
- 142- د. غني حسون طه: الوجيز في العقود المسماة، الجزء الاول، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970م.
- 143- فتحي عبد الرحيم عبد الله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي المقارن، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1978م.
- 144- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن: شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، 2000-2001م.
- 145- د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، بلا سنة طبع.
- 146- فريد فتیان: مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1956-1957م.
- 147- فريد فتیان: مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، 1954م.
- 148- د. قدری عبد الفتاح الشهاوي: احكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقاون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002م.

- 149- د.كمال ثروت الوندأوي: شرح احكام عقد البيع، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973م.
- 150- د.كمال قاسم ثروت: الوجيز في شرح احكام عقد التأمين، ط1، مطبعة الزهراء، بغداد، 1978م. 295
- 151- د.كمال قاسم ثروت: الوجيز في شرح احكام عقد المقولة، الجزء الثاني، ط1، مطبعة اوفسيت الوسام، بغداد، 1976م.
- 152- د.مجيد حميد العنكي: مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد، 2001م.
- 153- د.محمد حسن قاسم: الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1994م.
- 154- د.محمد حسن منصور: محاضرات في احكام قانون الايجار، بلا سنة طبع.
- 155- د.محمد حسين عبد العال: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- 156- د.محمد شتا ابو سعد: الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني والشرعية الاسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1981م.
- 157- محمد عبد الرحيم عنبر، فريد محمد عنبر: الوجيز في نظرية البطلان، دراسة مقارنة، ط1، 1981م.
- 158- د.محمد علي البدري: النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ط2، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1993م.
- 159- د.محمد فريد العريني: القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995م.
- 160- د.محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الاول، المطبعة العالمية، مصر، 1954م.
- 161- د.محمد كامل مرسي: العقود المدنية الصغيرة، ط2، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده بمصر، 1938م.

- 162- المستشار محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين: الفسخ والانفساخ والتفاسخ، البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988م.
- 163- د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1976-1977م. 296
- 164- د. محمد لبيب شنب: شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1961م.
- 165- د. محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955م.
- 166- د. مصطفى ابراهيم الزلمي: محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون، جامعة بغداد، 2003م.
- 167- مصطفى احمد الزرقاء: شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ط5، مطابع دار الفكر، دمشق، 1963م.
- 168- د. مصطفى الجمال: النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1987م.
- 169- د. مصطفى الجمال: الوجيز في القانون المدني، الدار الجامعية، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 170- مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الاول، العقد، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م.
- 171- معوض عبد التواب: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الاول، ط3، دار المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 172- د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ط1، 1991م.
- 173- د. منصور مصطفى منصور: العقود المسماة، بلا سنة ومكان طبع.
- 174- الاستاذ منير القاضي: ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1951-1952م.
- 175- د. نبيل ابراهيم سعد: العقود المسماة، الايجار، منشأة المعارف، 2003م.

- 176- د.وليم سليمان قلادة: التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، ط1، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، 1955م.

الرسائل والاطاريح الجامعية

297

- 177- د.احمد يسري: تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة للمادة 144 من القانون المدني المصري على اساس المادة 140 من القانون المدني الالمانى، رسالة دكتوراه من جامعة هيدلبرج، المانيا، 1955م، ترجمة المؤلف نفسه، مطبعة الرسالة، مصر، 1958م.
- 178- اياد احمد البطاينة: الاعتبار الشخصي وأثره في التعاقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 1999م.
- 179- ايمان طارق الشكري: اثر الشرط في حكم العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 1998م.
- 180- د.ايمان طارق الشكري: سلطة القاضي في تفسير العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2002م.
- 181- د.جميل الشرقاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م.
- 182- حامد شاكر محمود: استحالة التنفيذ واثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 2002م.
- 183- حسن عبد الله محمد العنسي: دور الارادة المنفردة في نقض العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 2000م.
- 184- د.حسن علي الذنون: النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر، 1946م.
- 185- د.راقية عبد الجبار علي: سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000م.

- 186- د.سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي: نطاق العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م.
- 187- د.صاحب عبيد الفتلاوي: تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، مسحوبة على الرونو، 1986م.
- 188- صاحب عبيد الفتلاوي: ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ومدى تاثره بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 1979م.
- 189- د.صالح ناصر العتيبي: فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون بجامعة عين شمس، ط1، 2001م.
- 190- د.عبد العزيز المرسي حمود: نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988م.
- 191- عبد القادر محمد اقصاصي: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 1999م.
- 192- عدنان ابراهيم سرحان: الاوضاع الظاهرة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1986م.
- 193- د.عقيل فاضل حمد الدهان: عدم تجزئة التصرف القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م.
- 194- د.مصطفى ابراهيم الزلمي: نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد، كلية القانون، 2005م.
- 195- د.منصور حاتم محسن: فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م.
- 196- د.ميري كاظم عبيد: العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة النهرين، 1999م.

- 197- د. ندى عبد الكاظم حسين: اثار بطلان العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2007م.
- 198- ندى عبد الكاظم حسين: نظرية انتقاص العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2000م 299
- 199- نوفل مشرف حردان: الالتزام بالتسليم في عقد البيع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 2004م.
- 200- د.وسن قاسم غني الخفاجي: إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م.

المقالات و البحوث القانونية

- 201- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد الثاني يونيو، 1987م.
- 202- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المفهوم القانوني لإنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد الثالث، سبتمبر، 1987م.
- 203- الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم بك: العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد السادس، السنة الرابعة، 1934م.
- 204- د.أياد عبد الجبار ملوكي: تحول العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون جامعة بغداد، المجلد السابع، العدد الأول والثاني، 1988م.
- 205- د.جعفر الفضلي: عقد الإيجار التمويلي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد 25، سنة 1991م.
- 206- د.حلمي بهجت بدوي: اثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الاول، يناير، 1933م.

- 207- د. حلمي بهجت بدوي: اثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الثالث، مارس، 1934م.
- 208- د. شهاب توما منصور: تعليق على قرار محكمة تميز العراق، مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الأول، السنة 45، 1990م.
- 209- د. عبد الحي حجازي: مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العددان الأول والثاني من السنة الأولى و العدد الأول من السنة الثانية و العدد الاول من السنة الثالثة.
- 210- محسن ناجي، المحامي: اثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الاول، السنة الرابعة والعشرون، 1969م.
- 211- محمد علي الطائي: طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والاداري، دراسة مقارنة في القانون العراقي، مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق، العددان 1-2، السنة 39، 1984م.

كتب اللغة والمعاجم والموسوعات

- 212- ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين: لسان العرب، الاجزاء الثاني والسابع والعاشر، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- 213- د. احمد فتح الله: معجم الفاظ الفقه الجعفري، ط1، مطابع الدخول الدمام السعودية، 1995م.
- 214- الزبيدي، الامام محب الدين الواسطي الحنفي: تاج العروس من جواهر القاموس، المجلد الخامس، دار الفكر، بلا سنة طبع.
- 215- د. سعدي ابو حبيب: القاموس الفقهي، بلا مكان وسنة طبع.

- 216- المجمع العلمي العراقي: مصطلحات قانونية اقترتها ندوة دمشق، 1973م، مطبعة المجمع العلمي العراقي، 1974م.
- 217- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية الموسوعة الفقهية، الجزء الثالث عشر، ط1، مطبعة الموسوعة الفقهية الكويت، 1987م.

مصادر القرارات القضائية

- 218- ابراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988م.
- 219- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الاول، مطبعة الزمان، بغداد، 1999م.
- 220- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الثاني، مطبعة الزمان، بغداد، 1999م.
- 221- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الثالث، مطبعة الزمان، بغداد، 2000م.
- 222- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، 2000م.
- 223- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الخامس، مطبعة الزمان، بغداد، 2000م.
- 224- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء السادس، مطبعة الزمان، بغداد، 2001م.
- 225- ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء السابع، مطبعة الزمان، بغداد، 2002م.
- 226- أ. ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الثامن، مطبعة الزمان، بغداد، 2002م.
- 227- أ. ابراهيم المشاهدي: معين القضاة، الجزأين الاول والثالث، بغداد، 2001م.

- 228- المستشار احمد سمير ابو شادي: مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات، 1961-1966م، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، بلا سنة طبع.
- 229- المستشار انور طلبه: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، 1931-1981م، الجزء الخامس، دار نشر الثقافة، الاسكندرية 1985م.
- 230- المستشار سعيد احمد شعله: قضاء النقض التجاري في الافلاس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 231- المستشار سعيد احمد شعله: قضاء النقض المصري في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاما، 1931-1988م، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 232- سلمان بيات: القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، شركة الطبع والنشر الاهلية، 1962م.
- 233- عبد الرحمن العلام: المبادئ القضائية لاحكام محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، 1957.
- 234- العدالة مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل في الجمهورية العراقية، العدد الثاني، السنة الاولى، 1975م.
- 235- فتيحة قره: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية في خمس سنوات، 1980-1984م، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- 236- القضاء: مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق:-
العددان الاول والثاني، السنة 20، 1962م.
العدد الرابع، السنة 22، 1967م.
العدد الثاني، السنة 24، 1969م.
العدد الثالث، السنة 24، 1969م.
العدد الاول، السنة 25، 1970م.

- العدد الثالث، السنة 31، 1976م.
- العددان الاول والثاني، السنة 39، 1984م.
- العدد الاول، السنة 45، 1990م.
- العددان الاول والثاني، السنة 56، 2002م
- 237- قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس، القرارات الصادرة، سنة 1968، منشورات وزارة العدل في الجمهورية العراقية، محكمة التمييز، المكتب الفني، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، 1971م.
- 238- قمر محمد موسى: الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، الجزءان الثاني والخامس دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003م.
- 239- محمد احمد عابدين: احكام النقض في قوانين العمل والتامين الاجتماعي ونظام العاملين في القطاع العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986م.
- 240- مجموعة الاحكام العدلية: يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل في الجمهورية العراقية :-

- العدد الاول، السنة السادسة، 1975م.
- العدد الثاني، السنة السادسة، 1975م.
- العدد الثالث، السنة السادسة، 1975م.
- العدد الاول، السنة السابعة، 1976م.
- العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة، 1977م.
- العدد الرابع، السنة الثانية عشرة، 1981م.
- العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة، 1982م.
- 241- النشرة القضائية: يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز :-
- العدد الثالث، السنة الاولى، 1971م.
- العدد الاول، السنة الثالثة، 1975م.
- العدد الثالث، السنة الخامسة، 1977م.
- العدد الرابع، السنة الخامسة، 1977م.
- 242- قرارات محكمة التمييز غير المنشورة :-

- القرار رقم 510/مدنية ثانية/1997 في 1997/6/29م.
- القرار رقم 1045/مدنية ثانية/2000 في 2000/5/28م.
- القرار رقم 2129/مدنية ثالثة/2000 في 2000/12/18م.
- القرار رقم 847/مدنية اولى منقول/2000 في 2000/6/25م.
- القرار رقم 1341 /الهيئة العامة الاولى منقول/2001 في 2001/9/25م.
- القرار رقم 2427/مدنية ثالثة /2001 في 2001/10/29م.
- القرار 44/مدنية ثالثة/2002 في 2002/1/15م.
- القرار 1074/الهيئة الاستئنافية منقول/2006، ت/162 في 2007/2/27م.

الدساتير والقوانين والمجموعات القانونية

- 243- دستور جمهورية العراق لسنة 2005م النافذ.
- 244- القانون المدني العراقي، رقم 40، لسنة 1951م.
- 245- القانون المدني المصري، رقم 131، لسنة 1948م.
- 246- القانون المدني الفرنسي.
- 247- قانون التجارة العراقي، رقم 149، لسنة 1970م، الباب الخامس(الافلاس).
- 248- قانون الشركات العراقي، رقم 21، لسنة 1997م المعدل.
- 249- قانون ايجار العقار في العراق، رقم 87، لسنة 1979 م المعدل.
- 250- القانون المدني الاردني، رقم 43، لسنة 1976م.
- 251- قانون ايجار الأماكن المصري، رقم 136، لسنة 1981م.
- 252- قانون العمل العراقي، رقم 71، لسنة 1987م.
- 253- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، الجزء الرابع، الجزء الخامس، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي بلا سنة طبع.
- 254- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، اعداد ضياء شيت خطاب واخرون، مطبعة الزمان، بغداد، 2002م، الجزء الرابع.
- 255- مجلة الاحكام العدلية. 305

The Severance of Contract

A Thesis

**Submitted to the Council of the College of Law,
University of Babylon in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of MA in Private Law**

By

Abdul Ameer Cheffat Karawan

Supervised by

Asst. prof.

Dr. Mansoor Hatim Muhsin

A.H 1429

A.D2008

The Severance Of Contract
a

Abstract

The general rule, according to the Iraqi, Egyptian and French law, is that the contract comes into existence as a unified legal

entity. It also has to be performed completely and comprehensively.

However, the rule is that the contract, although united, is also divisible unless this is prevented due to the nature of the contract's subject matter or due to the common will of the contractors. But, the partial performance of contract is not permitted unless it is done in accordance with the provisions of the law, or agreed upon by the parties of the contract subsequently.

In many cases, the comprehensive performance of contract can not be achieved, due to either a part of the contract being void or voidable (suspended according to the Iraqi civil law) and the party, having the right, revoked that part, or due to the termination of apart of the contract according to the legal means, prescribed in the law.

Put it another way, the problem is: can a party to a contract enforce partial performance of that contract? And in which cases and under what conditions can this be done?

The study is divided into two main parts. The first deals with the essence of Severance of Contract whereas the second is devoted to its applications.

Our study adopts the comparative method in which the subject is studied mainly according to the Iraqi and Egyptian civil law and sometimes, the French civil law when possible compared with the attitude of the Islamic jurisprudence.

Part one consist of two chapters. The first chapter deals with the definition of our term. Severance of contract means that the contract is split into two parts, one part remains as an independent valid contract and the other vanished or revoked or terminated in accordance with the provision of law.

In this chapter, the scope of severance of contract is studied, which reveals that the contract, whether simple or compound, may be subject to severance which happens whenever apart of the contract vanishes and the other part remains as an independent contract.

However, not every minor term of the contract that vanishes, especially, which the custom tolerated with, is considered as severance.

In fact, we mean by the part which vanishes, apart of the contract, having the form of a contract i.e. the original contract is split into two contracts one remains while the other vanishes.

In this chapter, we distinguish our term from a few similar legal terms, such as the judicial amending of contract, reduction of contract, performance of apart of contract by remedies and other terms.

The second chapter of this part is dedicated to the conditions of severance of contract and its sources. Here we find that among the conditions, is that the reason calling for splitting the contract must be in apart of it only, such as the partial voidance of the contract or partial revocation or partial recession of contract. The other condition is that severance must not contradict with the will of the contractors whether explicitly or tacitly.

The remaining part of contract must also possess all the legal conditions of a valid contract.

The indirect source of severance is the law. However, it takes place through direct sources such as mutual termination of part of contract, partial cancellation of contract by unilateral will whenever authorized by law, by the judge when demanded by one party or by natural incident such as death when putting an end to a contract that is executed partially. Furthermore, the law can be a direct source for severance when it nullifies a part of a contract, or this part becomes void according to a new legislation.

In the second part of our thesis, we study the application of severance. This is tackled in ^C chapters.

The first chapter deals with the severance of contract if the contract is partially void or partially suspended (in the Iraqi law) or partially voidable (Egyptian and French law).

When a part of the contract is void, this part alone is nullified, the rest of the contract remains as an independent valid contract

unless the original contract would not have been agreed upon without the part that occurred to be void. A similar rule applies when a part of the contract is voidable or suspended.

Proper amendment to the Iraqi civil law is proposed as the latter has no article for the case of a contract partially suspended.

The second chapter of this part deals with severance of contract by termination, cancellation or recession of a part of it, due to partial performance or partial impossibility to perform or deficient performance of contractual obligations.

In all applications, the civil laws provisions are compared among each other and with the Islamic jurisprudence, using a great number of judicial decisions.

Proper amendments to the concerned articles of the Iraqi civil law are proposed to clearly provide the rules for cases demanding severance, to minimize the differences in the legal jurisprudence and judicial decisions.

شكر وتقدير

الحمد لله تعالى على ما أولانا به من النعم ، فهو صاحب العطاء الأول والآخر ، والقادر على تحقيق الأماني ، فها إن دعائي واستخارتي قد استجيب لها وحقق لها ما تصبو ، وأصبحت رسالتي بفضلته تعالى ترى النور ، وتحذو في العلم مطلباً .

هذا ويطيب لي وبعد جهديس باليسير أن أتقدم بوافر شكري وعظيم تقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور إبراهيم إسماعيل ، حيث كان بفضل الله تعالى معطاءً ولم يتخر عليّ علماً أو جهداً في الإشراف والمتابعة ، وقدحز في نفسي بواذر النجاح من خلال متابعته السديدة فضلاً عن التحرّي عن كلّ ما يلهم رسالتي جذوة العلم والفائدة ، وكان لتوجيهاته وإرشاداته القيمة أثراً إيجابياً لتمكيني من أن أكمل هذه الرسالة وتخطّي العراقيل كافة والظروف الصعبة التي واجهتني .

كما يطيب لي أن أتقدم بالشكر إلى كلّ من أسدى لي يد العون وكان هاجسه حقيقة معي ، وكل من قم لي فكرة أو ذلل لي عقبة يدعوني واجب العرفان أن أديته خالص شكري وفي المقام الأول عمادة وأساتذة كلية القانون في جامعة بابل ، حيث كان لتوجيهاتهم الأثر القيم في تنمية قدراتي وصواب اتجاها في تحقيق ما صبوت إليه .

كما أتقدم بالشكر والعرفان للأستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض ، والأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي ، إذ حضيت بمقابلتهما أثناء سفري إلى دولة مصر الشقيقة حيث قموا لي النصيح وإسداء المعاونة التي حققت لي أسباب النجاح كما وأخص بالشكر مكاتبات كليات الحقوق في جامعة القاهرة وجامعة عين شمس والقائمين عليها كافة ، حيث كانوا معطاءً في تزويدي بكل ما أحتاجه من المصادر العربية والأجنبية .

كما وأتقدم بالشكر والامتنان إلى مكتبة كلية الحقوق في جامعة دمشق والعاملين فيها وكذلك العاملين في مكتبة الأسد ، وذلك لإغناء رسالتي من المصادر المهمة والتي ساعدتني في إكمال دراستي هذه .

كما وأتوجه بالشكر للعاملين في دور النشر لاسيما مكتبة النهضة العربية وكذلك دار الفكر العربي ، وذلك لما قدموه لي من خدمة ، كما ويدعوني واجب العرفان أن أتوجه بشكري إلى الأستاذ عبد العزيز حسوبه مدير عام الدائرة القانونية في البنك المصري لتنمية الصادرات والسيد مدير عام الشركة المصرية لضمان الصادرات والأخ الأستاذ علاء زكريا معاون مدير عام الدائرة القانونية في الشركة المصرية لضمان الصادرات ، كونهم لم يألوا جهداً في المساعدة وتحقيق مطلبي في الحصول على المصادر المهمة التي كان لها دور إيجابي في إغناء رسالتي ، هذا وأتوجه بالشكر إلى كلّ العاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة بابل ومكتبة كلية القانون في جامعة بغداد والمكتبة المركزية ومكتبة كلية الحقوق في جامعة النهرين .

كما ويدعوني واجب الجميل أن أبدي شكري للأخت آسيا مسؤولة مكتبة وزارة العدل وكل العاملين فيها .

وفي الختام أتوجه بالشكر الجزيل إلى أفراد عائلتي الحنونة والصابرة حيث كانت لي خير عونٍ في شدّأزري واستلهام أُملي ومعاونتي في تحقيق هذا المطلب السخي .

هذا وأكرر شكري لله العظيم الذي يستحقّ ذلكَ وأسأله أن يسدّد خطي الجميع في الخير والعطاء والتوفيق ، وأن يَمَنّي بكلّ العون لردّالجميل والله الموفق .

قرار لجنة مناقشة

نشهد أننا أعضاء لجنة التقويم والمناقشة ، قد اطلعنا على الرسالة الموسومة (النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية) وناقشنا الطالب (محمد عبد حمادي) في محتوياتها وفيما له علاقة بها بتاريخ 2008/9/4 وإنها جديرة بالقبول لنيل درجة ماجستير في القانوني الخاص

.

الأستاذ المساعد
د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي
عضواً ومشرفاً

الأستاذ المساعد
د. إيمان طارق الشكري

الأستاذ المساعد
د. صفاء تقي عبد نور العيساوي

الأستاذ المساعد
د. عباس مرزوك فليح العبيدي
رئيساً

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد شراء الحقوق التجارية

يُعَدّ عقد شراء الحقوق التجارية من الوسائل المتطورة في تمويل المشروعات التجارية والصناعية ، كما يُعَدّ من أحدث أساليب الإدارة الحديثة لما تقتضيه تلك العملية في إبراز الدور الحيوي لتنمية نشاط التجار والمنتجين عبر برنامج هذا العقد ، وذلك بقيام البنك المصروح له ممارسة هذا النشاط بإمدادهم بقيمة حقوقهم تجاه مدينهم قبل ميعاد الاستحقاق (1) ، وبعدم أحقيته بالرجوع عليهم في حالة عجزه عن تحصيلهما من مديني التاجر أو المنتج لاسيما إذا كان السبب يعود إلى إعسار أو تعنت أو إفلاس أولئك المدينين عند ميعاد الاستحقاق (2) .

يضاف إليه الخدمات الإدارية والمحاسبية ومنها الأعلام عن المركز المالي والشخصي لعملاء التاجر أو المنتج بالقدر الذي يضمن تحصيلها بيسر ، كما أنها تُعَدّ من الخدمات التكميلية التي يتم النص عليها في العقد (3) . وفي ظل غياب التنظيم التشريعي لهذا العقد ، فقد اعتُبر من العقود غير المسماة كوننا لم نجد نصاً تشريعياً يعالج وينظم أحكامه (4) .

ولما كانت الحقوق التجارية محل العقد التي ينزل عنها التاجر أو المنتج إلى البنك أو المؤسسة المالية غير ثابتة في ورقة تجارية وبالتالي غير مندمجة في صكوك ، فإن تسليم المستندات والمخالصة التي تثبت الحقوق إلى البنك أو المؤسسة المالية لا يكفي لنقل الحق إليها ، لذلك جرى البحث عن وسيلة قانونية كي تكون سهلة ومناسبة (5) ، وذلك من أجل تحقيق هذا الغرض ، حيث إن الأعمال التجارية مناطها السرعة والبساطة (6) .

ويبدو أن سير الأعمال التجارية في نطاق عقد شراء الحقوق التجارية تنفر من التعقيد والبطء وبالتالي ينبغي أن تستجيب للهدف الذي يسعى إليه كل من مؤسسة شراء الحقوق التجارية والتاجر أو المنتج ، وقد تردد الرأي في فرنسا (7) في البحث عن تلك الوسيلة بين أساليب معينة وتتمثل في عقد الوكالة وعقد التأمين عقد الرهن وعقد الخصم التجاري والتجديد والإنابة .

وسنقوم باستعراض أوجه الشبه والاختلاف بين عقد شراء الحقوق التجارية وبين تلك العقود التي خصها المشرع بالتنظيم أو العمليات التي استقر العرف

(1) انظر : تورية توفيق : مصدر سابق ، ص 45 .

(2) Look : FREDY SALIN Ger.op.cit. N. 13.002 . p.226 .

(3) انظر : د. علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، مصدر سابق ، ص 119 .

(4) Look : GAVALDA Droit Pancaire. op . cit . N. 420 K N 501

(5) انظر : د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 1988 م ، مصدر سابق ، ص 420 .

(6) انظر : د. علي البارودي ، القانون التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 ، دار الجامعة العربية ، 2004 ، ص 13 .

(7) انظر : د. محمود عبد الرحمن : الحلول الشخصي : مصدر سابق ، ص 381 .

المصرفي على أحكامها ، من شأن استبعاد الأحكام القانونية لتعارض هذا النظام مع تلك القواعد التقليدية علماً بأننا سنخصص في الطبيعة الخاصة لعقد شراء الحقوق التجارية مطلباً خاصاً بين معطيات هذا البحث ووفق التقسيم الآتي :

المطلب الأول

عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الوكالة بالعمولة

حيث نبدأ في بحث الطبيعة القانونية لعقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) لاسيما في مدى ملائمة الأحكام القانونية لعقد الوكالة واستجابتها لهذا النظام لمعرفة الطبيعة الخاصة لهذا العقد رغم التشابه بين العقدين .

ولكن هل يمكن أن نأخذ بفكرة الوكالة لنؤسس عليها عدم رجوع المؤسسة المالية على التاجر أو المنتج ؟ ، مما هو واضح في إطار هذا العقد جرت البنوك أو المؤسسات المالية المصرح لها بممارسة هذا النشاط النص في العقد على الاحتفاظ بحقوقها في تحصيل الحقوق المقدمة إليها ولكن بصفتها وكيلاً ، وهي الحقوق التي لا تكون ضماناتها كافية ، أو تلك الحقوق المشكوك في تحصيلها ، وكذلك يتجسد دور البنك بذلك عندما تكون سمعة المدين لا ترتقي إلى أن يقبل البنك الديون المستحقة عليه ، وكذلك عندما لا يكون ذلك معروفاً لمؤسسة شراء الحقوق التجارية (1) مما يجعل البنك أن يقوم بتحصيل تلك الحقوق بصفته وكيلاً عن الطرف الثاني (التاجر أو المنتج) (2) ، والوكالة وفقاً لهذا الاتجاه الفقهي هي وكالة بالعمولة وذلك لكون البنك أو المؤسسة المالية تستحق عند تحصيلها حقوق التاجر أو المنتج على عمولة مقدرة .

ويلاحظ أن قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 لم يتضمن قواعد لتنظيم الوكالة بالعمولة على الرغم من أن هذا القانون أورد الوكالة السابق ذكرها ضمن الأعمال التجارية التي حددتها المادة الخامسة منه (3) .

ولم نجد ما يرد ذكره عن أحكام الوكالة بالعمولة في قانون تنظيم الوكالة الملغي ذي الرقم 26 لسنة 1994 أو النافذ ذي الرقم 51 لسنة 2000 ، ويبدو أن إلغاء الأحكام الخاصة بالوكالة التجارية عموماً أحدث فراغاً قانونياً وبذلك ندعوا مشرعنا العراقي إلى معالجته وذلك بوضع أحكام الوكالة التجارية لاسيما الوكالة بالعمولة وذلك لكون سير العمليات التجارية تقتضي تلك الأحكام ولكوننا من الصعب أن نجد تفسيراً معقولاً لنهج مشرعنا عند إغفاله الوكالة التجارية (4) .

(1) لمزيد من الإيضاح انظر : د. فايز نعيم رضوان : مصدر سابق ، ص 75 .

(2) Look . Jean . louis . op . cit . N 583 . p . 531 .

(3) انظر : الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي المرقم 30 لسنة 1984 .

(4) تناول القانون المدني العراقي أحكام الوكالة من المادة (927- 949) ولكن الأحكام التي وردت فيه لم نجد قد خصص لها باب خاص عن الوكالة بالعمولة التي هي موضوع بحثنا .

هذا وقد تطرقت المادة (211) من قانون التجارة الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970 والتي عرفت الوكالة بالعمولة بكونها عقداً (يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل ⁽¹⁾ .

والوكالة بالعمولة لم تعد وفق أحكام قانون التجارة الملغي إلا نوعاً من أنواع الوكالة التجارية حيث وردت أحكامها مع أحكام التمثيل التجاري في الفصل المخصص للوكالة التجارية وكذلك الحال في قانون تنظيم الوكالة التجارية النافذ . ولدى الرجوع إلى قانون تنظيم الوكالة التجارية المرقم 51 لسنة 2000 نجده تطرق عن الوكالة التجارية عموماً حيث نصت الفقرة أولاً من المادة الثالثة على أنه (الوكالة التجارية هي كل عمل تجاري يقوم به في العراق شخص بصفة وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي من خارج العراق سواء أكانت وكالة تجارية أم وكالة بالعمولة أم أية وكالة تجارية أخرى منصوص عليها في القوانين الخاصة بالتجارة والشركات والنقل) ولكي تكون الوكالة بالعمولة تجارية ينبغي للتصرف القانوني الذي كلف الموكل وكيله إجراؤه أن يكون تجارياً ⁽²⁾ .

ومما يؤيد هذا الاتجاه كون عقد شراء الحقوق التجارية هو عقد وكالة ذلك لأن التاجر أو المنتج لا يطالب البنك أو المؤسسة المالية بقيمة حقوقه فور تقديمه السندات المقدمة إليه ولكنه ينتظر حتى حلول أجل الاستحقاق ⁽³⁾ ، ويبدو أن أعمال الوفاء بقيمة تلك الحقوق هو تصفية لعقد الوكالة في الحصول عليها من المدينين بها عند أجل الاستحقاق .

ويترتب على تكييف عقد شراء الحقوق التجارية أنه عقد وكالة بالعمولة بموجبه يستطيع المدين أن يدفع في مواجهة البنك أو المؤسسة المالية بالدفوع نفسها التي يتمسك في مواجهة التاجر أو المنتج عند انتقال الحقوق إلى البنك ⁽⁴⁾ ، وذلك لكون البنك في العقد يُعدّ نائباً عن التاجر أو المنتج يطالب بحقوقهم وفق عقد الوكالة لاسيما أن هذه الحقوق تنتقل مباشرة إلى ذمة التاجر أو المنتج ولا تمر في ذمة البنك أو المؤسسة المالية ⁽⁵⁾ مما يجعل البنك أو المؤسسة المالية يملك حق الرجوع على التاجر أو المنتج بكل المصاريف لاسيما أقساط التأمين على البضاعة وكذلك حق الحبس لاستيفاء حقوقه بسبب تنفيذ الوكالة ⁽⁶⁾ .

-
- (1) وهو يطابق المادة 166 فقرة (1) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.
(2) د. أكرم يا ملكي : العقود التجارية – وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 مطبعة العاني – بغداد – 1972 ، ص 32 .
(3) وقد يعجل البنك قيمة حقوق التاجر أو المنتج طبقاً لعقد الوكالة ولكن بشرط تحصيلها فهو يقبدها في الجانب الدائن ولكن خطرهما قائم على الآخر . انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 2000 ، مصدر سابق ، ص 566 .
(4) انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 61 .
(5) وذلك لكون الوكالة بالعمولة تصرفاً قانونياً وإن كان يجري الوكيل هذا التصرف باسمه ولكنه ينصرف لحساب موكله ، انظر : د. مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص 111 .
(6) انظر : د. ثروت حبيب : دروس في القانون التجاري ، مطبعة جامعة القاهرة 1977-1978م ، ص 401-414 .

ومما يلاحظ أنه من غير الممكن تكييف عقد شراء الحقوق التجارية بعقد وكالة بالعمولة لكون البنك يقوم بشراء حقوق التاجر أو المنتج بشكل نهائي وهذه الحقوق تكون محلاً لهذا العقد وتدخل في ضمان الوفاء ، أمّا الحقوق الأخرى فيقوم البنك أو المؤسسة المالية بتحصيلها من المدينين بصفته وكيلًا عن التاجر أو المنتج (1) . ويبدو أن تلك الحقوق لا يمكن أن ترتقي بضماناتها إلى حد قبول البنك والسبب في ذلك هو أن يلزم البنك عميله بمبدأ شرط القصر بقيمة حقوقه قبل مدينه . وحيث يُعدّ شرط القصر من أهم شروط عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) وذلك لإقتضاء الرجوع على التاجر أو المنتج بقيمة الحقوق التي خرجت عن كونها محلاً للعقد في حالة عجز البنك عن تحصيلها من المدينين بها (2) .

وهذا الإجراء نجده يشكل دوراً ثانوياً لمؤسسة شراء الحقوق التجارية ، حيث يتحقق في حالة استثنائية وهو رغبة البنك في الحصول على العمولة من التاجر أو المنتج نظير تحصيل حقوقه غير المقبولة وبصفته وكيلًا (3) . ومما لا يصح إجمالاً أن يكون البنك مجرد وكيلًا عن التاجر أو المنتج لكونه يقوم بالوفاء بقيمة حقوقهم التي تمثلها السندات والتي سبق قبولها ودخولها في ضمان الوفاء وبدون انتظار أجل الاستحقاق (4) . من خلال قيدها في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح باسم التاجر أو المنتج وهذا على خلاف الوكيل الذي يتجلى التزامه بتوريد المبالغ للموكل بعد خصم العمولة حتى وإن قضت تعليمات الموكل إلى الوكيل بالعمولة البيع بثمن مؤجل وباع الوكيل بثمن معجل فلا يجوز هنا للموكل مطالبة الوكيل طبقاً لعقد الوكالة بأداء الثمن إلا عند حلول أجل الاستحقاق (5) . هذا ويُعدّ الفصيل بين عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الوكالة بالعمولة أنّ المؤسسة المالية في عقد الـ (Factoring) تقوم بتحويل الحقوق التي تمثل البضائع والخدمات تحويلاً ناقلاً للملكية إلى ذمتها ، وذلك لكون البنك يقوم بتنفيذ عقد شراء الحقوق التجارية باسمه ولحسابه الخاص هذا على عكس الوكيل بالعمولة حيث يقوم

(1) لأن البنك في عقد الشراء الحقوق التجارية يقوم بإبرام العقد باسمه ولحسابه الخاص على عكس دوره بصفته وكيلًا عندما يقوم بإبرام العقد باسمه ولحساب موكله وخضوعه لتعليماته وما يترتب عليها من آثار انظر : د. أكرم يا ملكي : العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص 29-33 .

(2) انظر : د. علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، مصدر سابق ، ص 134 .

(3) هذا ويجب على البنك في نطاق عقد الوكالة أن يحترم العمل المكلف به وأن يقوم بالأعمال المادية التي يقتضيها تنفيذ الوكالة ، ولتعليمات الوكيل يمكن أن تكون أمرة أو أن تكون بيانية أما الأخيرة تقتضي أن يحدد الموكل الأهداف العامة أو الغرض الذي يمكن أن يرمى إليه في هذا العقد ، انظر : هاني دويدار : النظام القانوني للتجارة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، ط 1 ، 1997 ، ص 48-51 .

(4) وهذا ما يميزه عن عقد الوكالة بالعمولة الذي لا يضمن أي تعجيل للمبلغ ولا التأمين ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسهم . انظر : هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 2 .

(5) انظر : د. مصطفى كمال طه : مصدر سابق ، ص 117 .

البنك أو المؤسسة المالية بتنفيذ عقد الوكالة بالعمولة باسمه الخاص ولحساب الموكل (1) حيث تنتقل قيمة الحقوق مباشرة إلى ذمة التاجر أو المنتج ولا تمر في ذمة البنك أو المؤسسة المالية (2) .

كذلك تلتزم مؤسسة شراء الحقوق التجارية بعدم رجوعها على التاجر أو المنتج بقيمة الحقوق التي كانت محلاً لعقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) إذا فشلت في تحصيلها بسبب إعسار المدين ، حيث تتحمل مخاطر إعسارهم أو إفلاسهم (3) .

في حين نجد الوكيل يرجع على الموكل بكل المصاريف إذا فشل في تحصيلها مثل أقساط التأمين التي دفعها (4) وهذا يدل على أن الوكيل يلتزم بتنفيذ الوكالة لحساب عميله وحسب تعليماته ، حيث انه لا يضمن تنفيذ الغير لالتزامه إلا أن هناك شرطاً يسمى شرط الضمان ، وهذا الشرط لا يفترض ولكن يجب النص عليه في العقد أو في القانون وفيه يؤمن خطر عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين ضد إعساره أو تعنته ولكن يعترضه أمران الأول وهو ارتفاع العمولة نظير تنفيذ هذا العقد ، أما الأمر الثاني هو أن الوكيل بالعمولة لا يضمن تنفيذ المدين لالتزامه الراجع إلى خطأ التاجر أو المنتج (5) .

هذا ويُعدّ عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) من عقود الإذعان لأنه يتضمن شروطاً موضوعية عتّة من قبل مؤسسة شراء الحقوق التجارية في قالب أنموذجي لا يمكن للتاجر أو المنتج مناقشتها والاعتراض عليها إلا فيما يخص سعر الفائدة ومقدار العمولة وكذلك مدة العقد (6) .

(1) لم يتطرق قانون الوكالات التجارية النافذ ولا الملغي المرقم 26 لسنة 1994 عن تعريف الوكالة بالعمولة وحين لم نجد ذلك في قانون التجارة النافذ سوى ما تقدم ذكره في المادة 211 من قانون التجارة 149 لسنة 1970م (الملغي) حيث عرفت الوكالة بالعمولة بكونها عقداً (يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل) وهو يطابق المادة 166 فقرة (1) من قانون التجارة المصري . وعليه ندعو المشرع العراقي التطرق إلى الوكالة بالعمولة لمعالجة هذا النقص التشريعي الحاصل ، كذلك انظر : محمد فريد العريني ، مصدر سابق ، ص 59 .

(2) الوكيل بالعمولة فرداً أو شركة يتعاقد مع الغير باسمه لحساب موكله ، انظر : الطعن رقم 692 ق . جلسة 1983/3/28 س 34 ، المستشار أحمد محمود حسني ، ملحق قضاء النقض التجاري منشأة المعارف ، الإسكندرية 1990 فقرة 205 .

(3) Look FREDDY SALIN GER . OP. Cit . N. 13.002 P. 226 .

(4) انظر : د. ثروت حبيب ، دروس في القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 401 .

(5) يضمن الوكيل بالعمولة بموجب شرط الضمان نتائج القوة القاهرة وكذلك تنفيذ المدين مقابل عمولة مرتفعة قد ترهق التاجر الموكل . انظر : د. محمود سمير الشرقاوي : الوجيز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975 ، ص 54 ، د. مصطفى كمال طه : مصدر سابق ، ص 120 .

(6) انظر : تمييز سوري 58/6/22 ، ص 371 لعام 1958م منقول عن مجلة القانون السورية ق 1 1950-1990م والصادرة عن وزارة العدل السورية ، ص 245 .

ويترتب على أن دور البنك في عقد الـ (Factoring) لكي يأخذ دور الوكيل بأن لا يكون طرفاً ثانياً أصيلاً بالعملية كأن يبيع بضاعة ما كلف بشرائها وذلك للتعارض ما بين مصلحة الوكيل والموكل الذي وثق به (1) .

أما دور البنك أو المؤسسة المالية في عقد شراء الحقوق التجارية يقوم على نقل ملكية التاجر أو المنتج إلى البنك نظير قيام الأخير بالوفاء بقيمة هذه الحقوق عند أجل الاستحقاق والغالب هو أن يكون الوفاء بقيمة تلك الحقوق قبل ميعاد الاستحقاق فضلاً عن الخدمات الإدارية والمحاسبية (2) .

ويبدو أن عقد الوكالة بالعمولة لا يمكن الأخذ به في مضمار عقد شراء الحقوق التجارية وإن كان يقترب منه بعض الشيء لكونه يُعَدَمُ النظريات المهجورة لاسيما في تأسيس رجوع مؤسسة شراء الحقوق على التاجر أو المنتج وذلك لكون البنك في عقد شراء الحقوق التجارية عند مطالبته المدين إنما يطالبه باسمه ولحسابه الخاص وليس بالنيابة كما في عقد الوكالة (3) .

المطلب الثاني

عقد شراء الحقوق التجارية وعقد التأمين

التأمين هو عقد بمقتضاه يلتزم المؤمن بضمان خطر عدم الوفاء بقيمة الحقوق التجارية العائدة للتاجر أو المنتج عند ميعاد الاستحقاق سواء كان ذلك ناتجاً عن إفسار المدين أو إفلاسه وكذلك الكوارث والأخطار السياسية (4) .

وقد تناول المشرع العراقي هذا العقد في الفصل الثالث من الباب الرابع التي تناولت العقود الاحتمالية ، هذا وقد عرفتته الفقرة (1) من المادة (983) من القانون المدني العراقي التأمين بأنه : (عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن) (5) .

والحوادث التي يغطيها التأمين كثيرة منها تأمين الأموال واهم أنواعه التأمين البحري وتأمين الحريق وتأمين السرقة وتأمين الأشخاص حيث يتضمن الأخير عدداً كبيراً من الأغذية التأمينية التي توفر حماية للأشخاص ضد الحوادث العرضية التي يتعرضون لها (6) .

(1) انظر : د. زكي زكي الشعراوي : العقود التجارية في القانون والفقه والقضاء المصري ، دار النهضة العربية (د.ت) ، ص 37 .

(2) Look : FREDDY SALIN GER . OP. Cit . N. 13.002 P. 226
Leo DARCY . op . cit . N. 1.16

(3) انظر : هاني دويدار : عقد تحصيل الديون التجارية ، مصدر سابق ، ص 317 .

(4) انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 61 .

(5) وتقابله المادة (747) من القانون المدني المصري . (713) مدني سوري .

(6) انظر : فؤاد عبد الله عزيز : التأمين في العراق الواقع وآفاق المستقبل ، موسوعة القوانين العراقية ، بغداد ص . ب . 45537 ، ص 42 .

وئُعدّ شركة التأمين التجاري العراقي من المؤسسات التي أنشأت لهذا الغرض (1) حيث يقوم بممارسة جميع أنواع التأمين وفقاً لقانون شركات ووكلاء التأمين رقم (49) لسنة 1960 .

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف عقد شراء الحقوق التجارية بأنه وثيقة تأمين من شأنها تضمن استيفاء حقوق التاجر أو المنتج التي يبرمها الأخير مع المؤسسات التي تقوم بإبرام عقد الـ (Factoring) وقد ساعد هذا الجانب الفقهي في رأيه أن شركات التأمين في بداية ظهور هذا العقد تداخلت وقامت بإبرامه مع بعض التجار والمنتجين وذلك لضمان استيفاء تلك الحقوق (2) .

ويترتب على أن التاجر أو المنتج (المؤمن له) يكون ملزماً بتسديد الأقساط المتفق عليها حيث لا يمكن للأخير الحصول على قيمة التعويض المراد تغطيته بوثيقة التأمين إلا عند تحقق الخطر وعند ذلك يلزم البنك أو المؤسسة المالية بصفته مؤمناً بهذه الحقوق (3) .

ومما يقوي هذا الاتجاه أن الذي يقوم بممارسة أعمال التأمين عبارة عن شركات مساهمة تؤدي هذا الغرض حيث بصور قانون الشركات النافذ أصبح المجال مفتوحاً للقطاع الخاص بتأسيس شركات تأمين وإعادة تأمين لهذا الغرض (4) كما هو الحال في مؤسسات شراء الحقوق التجارية التي تُعدّ بمثابة مؤسسات مالية تقوم بإبرام عقود الـ (Factoring) حيث تم إنشاء البنوك وأخذت المؤسسات المالية تمارس الدور الفاعل لهذا العقد بإبرامه ومن ثمّ تحصيل حقوق التجار والمنتجين (5) ، بيد أن كلاً من عقد التأمين وعقد شراء الحقوق التجارية يقوم على مبدأ تحمل المخاطر عن عدم تحصيل الحقوق ، فنجد أن مؤسسة شراء الحقوق التجارية تتحمل مخاطر إفسار المدينين وكما يحدث في وثائق التأمين حيث تتحمل شركة التأمين المخاطر المؤمن عليها (6) كذلك تحل شركة التأمين محل المؤمن له لاستيفاء مبلغ التعويض على من تسبب في إحداث ضرر (7) كما هو شأن حلول

(1) انظر : عقد التأسيس والنظام الأساسي لشركة التأمين التجاري العراقي المؤسسة في العراق . مطبعة دار التضامن للطباعة والنشر ، بغداد ، (د.ت) ، ص 3 .

(2) Look : R Reaetta " Le factoring ' rapport pnesente au congres des ag . ries . journad d,agrees 1970 p. 203 منقول عن د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 79 .

(3) Look Cotherine D,hoir . op. cit . No 506 . كذلك أنظر : د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، ق 1 ، دار الحكمة جامعة بغداد ، ط 2 ، 1992 م ، ص 246-281 .

(4) انظر : المادة العاشرة فقرة ثانياً مع قانون الشركات المرقم 21 لسنة 1997 ، كذلك انظر : فؤاد عبد الله عزيز ، مصدر سابق ، ص 8 .

(5) Look : Leo D Arcy . op . cit No . 1.33 . أنظر : فضل حجازي ، عقد الفاكترنغ ، عقد شراء الديون التجارية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.laoo.fadl.com ، ص 2 .

(6) انظر : د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 79 ، فؤاد عبد الله عزيز ، مصدر سابق ، ص 29 .

(7) انظر : المادة (1001) من القانون المدني العراقي ويقابله المادة (771) من القانون المدني المصري .

مؤسسة شراء الحقوق التجارية محل التاجر أو المنتج قبل المدينين لاستيفاء تلك الحقوق التي تم تعجيلها لهم .

ومن حيث وجود الحق نجد أن من شروط عقد التأمين ينبغي أن يكون محل التأمين موجوداً حيث يُعَدُّ محل التأمين هنا هو الخطر إذ يرتبط به وجوداً وِعَدماً والذي يترتب على انعدامه إلغاء وجود التأمين ، وفي قرار لمحكمة تمييز العراق على أنه (يقع عقد التأمين باطلاً إذا تبين أن الخطر المؤمن ضده كان قد زال أو تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد)⁽¹⁾ حيث إنه لا حاجة للتأمين دون وجود الخطر⁽²⁾ وكما هو الشأن في عقد شراء الحقوق التجارية عقد الـ (Factoring) إذ يقع على عاتق التاجر أو المنتج الالتزام بوجود الحق الذي تم تحويله إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية .

ولدى مقارنة عقد شراء الحقوق التجارية بعقد التأمين من خلال تكييفه على أنه وثيقة تأمين لضمان الاعتمادات أو الإئتمان نجد أن النتائج التي تترتب على عقد شراء الحقوق التجارية تختلف تماماً عما هو في عقد التأمين .

وكما هو واضح يُعَدُّ عقد التأمين من العقود الاحتمالية ومما يؤكد هذا الرأي أنَّ هناك قرار لمحكمة سلطنة عمان على أنه (يشترط في الخطر المؤمن منه أن يكون احتمالياً غير محقق الوقوع ولا يكون متعلق بمحض إرادة المؤمن وأن يكون محدد تحديداً دقيقاً وذلك بتحديد طبيعته ومحلّه وسببه)⁽³⁾ وذلك لأن المؤمن عادة لا يلتزم بدفع مبلغ التعويض للمؤمن له إلا عند تحقق الخطر المؤمن منه ، عندئذ يُعَدُّ حادثاً احتمالياً قد يقع أو لا يقع . لذلك لا يمكن تحديد مقدار الخسارة أو الربح بالنسبة للطرفين وقت التعاقد⁽⁴⁾ بينما نجد أن عقد شراء الحقوق التجارية لا يكون محلّه إلا الحقوق الحالة أو المؤكدة وليس الاحتمالية⁽⁵⁾ .

أما من حيث السبب حيث نجد السبب في عقد شراء الحقوق التجارية هو بمناسبة تحويل ملكية الحقوق من ذمة التاجر أو المنتج إلى البنك أو المؤسسة المالية تحويلاً ناقلاً للملكية بينما في عقد التأمين يكون السبب هو التزام المؤمن له بدفع الأقساط في الأجل المتفق عليه⁽⁶⁾ .

(1) أنظر القرار 148 / ح 1 / 1972 ، بتاريخ 15/6/1972م ، النشرة القضائية العدد الثاني السنة الثالثة ، ص 34 .

(2) انظر : د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري النظرية العامة ، مصدر سابق ، ص 247 .

(3) انظر : الدعوى رقم (544) / 91 جلسة الأربعاء ، يناير 1992 . منقول عن المجلة العربية للفقهاء والقضاء عدد 17 لسنة 1995 .

(4) انظر : د. نوري طالباني ، القانون التجاري العراقي ، ج 1 ، ط 1 ، دار الطبع والنشر الأهلية بغداد (د.ت)، ص 148 .

(5) Look . CHRISTION Gavalda . op . cit . No . 430 .

(6) ويُعَدُّ من الالتزامات المترتبة على المؤمن له وحسب ما نصت عليه المادة (986) الفقرة (أ) من القانون المدني العراقي هو (أن يدفع الأقساط أو الدفعة المالية الأخرى في الأجل المتفق عليه) . كذلك انظر : د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري مصدر سابق ص 267 .

ومن حيث الخدمات الملحقه والتي يقوم بها عقد شراء الحقوق التجارية وتتمثل بإدارة حسابات عملائها لاسيما الإدارية والمحاسبية ونظام المعلومات والتي تلبي متطلبات العمليات الائتمانية لصالح التاجر أو المنتج ، فهي تُعدّمن الواجبات الملحقه على عاتق مؤسسة شراء الحقوق التجارية ، بينما لا تجد ذلك في عقد التأمين فالخدمات تشمل المؤمن له ولا تتعدى إلى المدينين (1) .

ويبدو من خلال الرجوع إلى شروط عقد التأمين نجد أن الخدمات التي تقوم بها شركات التأمين تتعلق فقط بالمؤمن له دون أن تمتد إلى المدينين .

أما من حيث تحويل ملكية الحقوق إلى ذمة البنك أو المؤسسة المالية نجد في عقد شراء الحقوق التجارية عقد الـ (Factoring) أن البنك يقوم بشراء حقوق التاجر شراء باتاً بعقد نهائي ولا يلتزم التاجر أو المنتج تجاه البنك بأقساط التأمين كما هو في شأن نظام التأمين ولكن يشكل التزامه بأداء العمولة والفوائد (2) وهي التي تقابل حجم المخاطر التي يتعرض لها البنك أو المؤسسة المالية عند تحصيله تلك الحقوق من المدينين عند أجل الاستحقاق .

أما من حيث الوفاء بقيمة حقوق التاجر أو المنتج وهو الطرف الثاني في عقد شراء الحقوق التجارية ، فنجد أن مؤسسة شراء الحقوق التجارية تلتزم بالوفاء بقيمة الحقوق المقبولة والتي دخلت في ضمان الوفاء ، ويكون ذلك أما بتعجيلها فور تقديم السندات التي تمثل الحقوق إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية من خلال قيدها في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح باسم التاجر أو المنتج أو الانتظار لحين حلول أجل الاستحقاق ، عندما يتم استيفاء تلك الحقوق من المدينين ، وهم عملاء التاجر أو المنتج (3) بينما لا نجد ذلك في عقد التأمين حيث نجد أن المؤمن لا يقوم بدفع مبلغ التعويض إلا بعد تحقق الخطر حيث إشارة المادة (988) من القانون المدني العراقي في هذا الخصوص على أنه (متى تحقق الخطر أو حل أجل العقد أصبح التعويض أو المبلغ المستحق بمقتضى عقد التأمين واجب الأداء) (4) .

ومن حيث قيمة الحقوق المدفوعة إلى التاجر أو المنتج نجد التزام البنك بقيمة الحقوق المقبولة يشكل التزاماً أصلياً عليه ، حيث نجده يقوم بالوفاء بقيمة تلك الحقوق كونه يُعدّمديناً بها وليس مؤمناً عليها كما هو شأن عقد التأمين (5) بينما لا نجد الأخير أن يلتزم بتغطية الدين كاملاً بل يستبقى جزء منه كنسبة معينة من مبلغ التأمين عند موعد الاستحقاق على عاتق المؤمن له ، ولعدم وجود قاعدة ثابتة في تحديد سعر التأمين . الملاحظ أنّ بعض شركات التأمين تلجأ إلى استيفاء نسبة مئوية من مبلغ التعويض ، فنجد مثلاً إنّ النسبة المئوية التي تستوفيها شركة التأمين العراقية عن

(1) وتسمى بـ (إدارة الخطر) وتتوزع بوظائفها الفنية والحسابية والإدارية والمالية والتجارية .

انظر : فؤاد عبد الله ، مصدر سابق ، ص 28 .

(2) انظر : د. محمود عبد الرحمن ، الحلول الشخصي ، مصدر سابق ، ص 378 .

(3) انظر : د. نادر شافي ، مصدر سابق ، ص 1 .

(4) انظر : المادة (754) مدني مصري والمادة (720) مدني سوري .

(5) Look : Catherine D'hoir . op . cit . No . 521

القسط السنوي لتأمين الحريق عند التأمين لمدة تقل عن سنة هي من (50 إلى 150 % من سعر الحريق السنوي (1) .

يتضح فيما تقدم الفارق بين النظامين في حين أن عقد التأمين يواجه خطر عدم الوفاء عند تحققه بينما نجد في عقد شراء الحقوق التجارية غير ذلك ، حيث أنه لا يسمح مطلقاً بتحقيق وقوع الخطر بالنسبة إلى الدائن (2) .

و لكي يكون عقد التأمين نافذاً على طالب التأمين وهو الشخص الذي يهدده الخطر ينبغي عليه دفع الأقساط ، عندها تكون شركة التأمين ملزمة بدفع التعويض وبشرط تحقق الخطر (3) . حيث نجد ذلك من خلال تطبيقات القضاء العراقي وهو ما استقرت عليه محكمة التمييز (بتحقيق خصومة المؤمن قَبْلَ مسبب الضرر قَبْلَ دفعه لمبلغ التأمين استناداً إلى أحكام المادة (6) من قانون المرافعات المدنية العراقي لأنه للمؤمن مصلحة محتملة في إقامة الدعوى (4) .

المطلب الثالث

عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الرهن التجاري

بينما اتجه بعض الفقهاء (5) إلى تكييف عقد شراء الحقوق التجارية ضمن حظيرة عمليات البنوك التي لم يتناولها المشرع بالتنظيم ، وهي عبارة عن أعراف مصرفية أصبحت خاضعة للنظام القانوني للبنوك ووفقاً لما استقر عليه العمل المصرفي .

فذهب إلى أن عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) يعد بمثابة عقد قرض مضمون برهن حيازي واردة على مستندات حقوق التاجر أو المنتج . وما دمنّا نُعدّ عملية شراء الحقوق التجارية من عمليات الائتمان يمكن أن نتصور أن البنك أو المؤسسة المالية قامت بإقراض التاجر أو المنتج مبلغاً يوازي قيمة الحقوق التي تمثلها السندات ، وبذلك تُعدّ تلك الحقوق تجاه التاجر أو المنتج

(1) لمزيد من التفاصيل عن هذه النسب راجع د. فؤاد عبد الله عزيز ، مصدر سابق ، ص 132 .

(2) انظر : المادة (988) و (989) من القانون المدني العراقي . كذلك انظر : د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص 281 .

(3) انظر : فؤاد عبد الله عزيز ، مصدر سابق ، ص 38 .

(4) وقد نصت المادة (6) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969م على أنه (... ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إذا كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ...) ، كذلك أنظر قرار قضائي منقول عن عمار كريم كاظم ، الحلول الشخصي وتطبيقاته في القانون المدني العراقي والمقارن ، رسالة ماجستير - جامعة بابل ، 2005 ، ص 72 . ولكي يتحقق الحلول القانوني للمؤمن ينبغي أن يكون الأخير قد دفع مبلغ التعويض للمؤمن له إذ أنه لا حلول قانوني للمؤمن إلا بعد حصول = الوفاء . انظر : د. البشير زهرة ، التأمين البري ، دار أبو سلامة للطبع والنشر - تونس - 1975 منقول عن عمار كريم كاظم : المصدر سابق ، ص 71 .

(5) Look : R Rodiere Et - j . L. Rives Lange droit bancaire Dallaz 1980 . (5) p . 335 . s . p . 251 . 1970 . منقول عن د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 83-84 .

ضامنة لاسترداده ومما يقوي هذا الاتجاه أن الضمان الذي يلتزم به التاجر أو المنتج لا يقتصر على مستند واحد ، ولكن المشروعات التجارية أو الصناعية عمدت إلى تجميع حقوقها لدى أحد عملائها في كشف مفصل مرفق بها تلك السندات حيث يتم تقديمها للبنك مانح القرض وهذا ما يطلق عليه في عقد شراء الحقوق التجارية بشرط الاقتصار أو " شرط الجماعية " (1) .

وقد تناول قانوننا التجاري العراقي النافذ الرهن التجاري في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الرابع الخاص بالعقود التجارية والعمليات المصرفية وفي المواد (186-201) حيث نصت المادة (187) فقرة (2) على أنه (يعتبر الدائن المرتهن أو العدل حائزاً المرهون في الحالتين الآتيتين :

2- إذا تسلم سنداً يمثل المرهون ويعطي حائزاً حق تسلمه) (2) .

حيث أن الحقوق التجارية التي يتم رهنها والتي تمثلها سندات التاجر أو المنتج تُعدّ من المنقولات غير المادية والغالب فيها هي الحقوق الثابتة في الصكوك الاسمية كالسندات متى كانت اسمية ، حيث يكون رهنها بحوالة يذكر أنها على سبيل الرهن ويتم قيدها في دفاتر الجهة التي أصدرت تلك الصكوك (3) ويتم نفاذ هذا الرهن في حق المدين دون حاجة إلى إعلانه بالرهن أو قبوله وبهذا نصت الفقرة (3) من المادة (189) من قانون التجارة العراقي بهذا الخصوص على انه (يكون الرهن المشار إليه نافذاً في حق المدين دون حاجة إلى إعلانه إليه أو قبوله إياه) (4) وهذا ما نجده في عقد شراء الحقوق التجارية حيث تكون الحوالة نافذة على المدين بموجب الحلول الاتفاقي ومخالصة الحلول دون حاجة إلى قبوله أو رضائه (5) .

وفي ظل تكييف عقد شراء الحقوق التجارية على أنه عقد رهن وارد على مستندات التاجر أو المنتج وبالتالي يكون البنك أو المؤسسة المالية دائناً مرتهناً بقيمة تلك الحقوق ، حيث يقع على التاجر أو المنتج التزام برد قيمة القرض المضمون برهن تلك الحقوق عند حلول أجل الاستحقاق (6) .

ولكن لا يمكن لنا تقرير ذلك بالنسبة لعقد شراء الحقوق التجارية حيث أن التاجر أو المنتج لا يلتزم برد أي مبلغ إلى البنك المقرض وفق مدلول عقد القرض المضمون برهن الحقوق والذي سبق ذكره ولكن حصوله على قيمة حقوقه تكون بصورة نهائية مما يتعذر لمؤسسة شراء الحقوق التجارية الرجوع عليه عند فشلها

(1) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، ط 2000 ، مصدر سابق ، ص 565 .

(2) انظر : المادة (120) ثانياً فقرة (ب) من قانون التجارة المصري .

(3) انظر : د. محمود فريد العريني ، مصدر سابق ، ص 130 .

(4) وتقابله المادة (121) فقرة (3) من قانون التجارة المصري .

(5) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 2000 ، مصدر سابق ، فقرة 536 .

(6) انظر : بخصوص الإجراءات المتخذة في حالة عدم قيام المدين بالوفاء . د. مصطفى كمال طه : العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص 56 .

في تحصيلها من المدينين في حالات إعسارهم أو إفلاسهم أو تعنتهم (1) وعلى العكس من ذلك ففي الرهن التجاري يتم رجوع الدائن المرتهن على قيمة الحقوق محل الرهن عند حلول أجل الاستحقاق على المدين بها وهو التاجر أو المنتج ولمقتضيات السرعة يتم التنبيه بالوفاء وإذا تعذر عليه الوفاء يتم طلب الأذن ببيع الأشياء المرهونة لاستيفاء حقه من ثمنها (2) .

ومما هو واضح أن مؤسسة شراء الحقوق التجارية تقوم بشراء الحقوق المقبولة للتاجر أو المنتج بشكل نهائي والدليل على ذلك أن البنك يستطيع أن يتصرف بالمستندات التي تمثل تلك الحقوق بالبيع مرة ثانية وكما يحصل ذلك في مسلك التجارة الدولية إذ يمكن الاستعانة ببنوك أخرى عن طريق إبرام عقود شراء أخرى مع البنوك الأجنبية المراسلة (3) وهذا مما لا يصح في مجال عقد القرض المضمون برهن الحقوق حيث لا يمكن أن يرخص للدائن المرتهن تملك الشيء المرهون أو التصرف فيه ، هذا وقد نصت المادة (196) من قانون التجارة العراقي على أنه (يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق بعد انعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك المرهون أو بيعه ...) (4) ، وذلك دون مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون (5) .

ويبدو فيما سبق ذكره أن عقد رهن الحقوق التجارية لا يستقيم مع عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) حيث أن القرض بطبيعته يحتاج إلى إجراءات معقدة (6) وضمانات خاصة إذ ليس من المنطقي أن يلجأ إليها التاجر أو المنتج لتحصيل حقوقه التي لا يتجاوز أجل استحقاقها 180 يوماً (7) سيما وأن مؤسسة شراء الحقوق التجارية متى كان قبولها لسندات التاجر أو المنتج حاصلًا كانت ضامنة للحق وعندئذ لا يمكنها أن تكون على تلك الحقوق دائن مرتهن .

وفي حقيقة الأمر لا يمكن للبنوك التجارية في كثير من الأحيان أن تقبل إقراض عملائها إلا لتمويل المشروعات ذات الأجل الطويلة في الوقت الذي يحتاج فيه التاجر أو المنتج هذه القروض وفاءً لالتزاماته (8) .

(1) Look : FREDDY SALINGER . OP. Cit . N. 13.002 .

(2) انظر المادة (18) من قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980م ، أنظر : د. سعيد مبارك ، أحكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980م ، ط 1 ، 1989م ، ص 76 ، كذلك أنظر : د. زكي زكي الشعراوي : مصدر سابق ، ص 56 .

(3) Look : Freddy Salin Ger . op . cit . No . 13.06 .

(4) ويقابله المادة (129) من قانون التجارة المصري .

(5) انظر نص المادة (193) من قانون التجارة العراقي ، المادة (126) من قانون التجارة المصري .

(6) انظر إبراهيم ممدوح زكي : الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي ، القرض ، التسهيل الائتماني . بدون مكان طبع ، من مكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة (د.ت) ، ص 67 .

(7) انظر : هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 2 .

(8) انظر : د. علي البارودي ، القانون التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م ، دار الجامعة الجديدة ، 2004م ، ص 385 .

المطلب الرابع

عقد شراء الحقوق التجارية وعقد الخصم التجاري

يُعدّ الخصم التجاري من عمليات الائتمان ، فهو يقترب كثيراً من عقد شراء الحقوق التجارية كونه يحمل أطراً قانونية تناولها المشرع بجملة من الأحكام .

هذا وقد تناول مشرّعنا التجاري موضوع الخصم في المواد (283-286) ووضع لها بعض الأحكام التي تعالج مضمون هذا العقد ، حيث نصت المادة (283) فقرة أولاً على أنّ الخصم هو (اتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة ورقة تجارية أو أي مستند آخر قابل للتداول إلى المستفيد مقابل نقل ملكيته إلى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين الأصلي) (1) .

فمضمون هذه العملية هو أن يقوم العميل بتظهير ورقة تجارية لم يكن أجلها قد حل تظهيراً ناقلاً للملكية (2) وفي المقابل من ذلك يلتزم البنك بإعطائه قيمتها بعد خصم مقدار الأجر الذي يستحقه عن هذه العملية وهي فائدة أو عمولة يتم احتسابها عن الخدمات التي يقوم البنك بها نظير هذا العقد (3) .

ومما يقوي هذا الاتجاه أنّ في كلا العقدين يتم تحويل ملكية الحقوق التجارية إلى حساب البنك أو المؤسسة المالية والتي قامت بالوفاء لعميلها التاجر أو المنتج وتعتجيل حقوقه ، هذا فضلاً عن الخدمات الإدارية والمالية لتحصيل هذه الحقوق ، وكذا احتساب الفائدة والعمولة ومصاريف التحصيل (4) .

كذلك يتم قيد المبلغ المراد وفائه في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح باسم المشروع التجاري أو الصناعي كما يتم بمقتضى عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) ، حيث تتم تلك الخطوات التي سبقت الإشارة إليها باسم التاجر أو المنتج (5) .

إلا أنّ هناك شرطاً يوجب الاتفاق عليه في عقد شراء الحقوق التجارية يجعل الحق لمؤسسة شراء الحقوق التجارية الرجوع على التاجر أو المنتج بقيمة الحقوق التي قامت بتمويلها للأخير كلما كانت الوقائع تشير إلى عدم الوثوق بعملاء التاجر أو

(1) ويقابلها المادة (351) من قانون التجارة المصري .

(2) الغالب أن يكون الخصم وارد على ورقة تجارية ولكن لا يمنع من خصم حقوق أخرى بشرط أن تكون معنية المقدار وفي أجل معين من تقديم السند ، انظر : د. محي الدين إسماعيل : العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها ، مكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، بدون مكان طبع ، سنة الطبع ، 1975 ، ص 591 .

(3) انظر : د. علي البارودي : القانون التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999 ، مصدر سابق ، ص 421 .

(4) وتتحلل الأجر إلى ثلاثة عناصر الفائدة والعمولة ومصاريف التحصيل . انظر : د. سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 286 .

(5) انظر : د. محمود سمير الشرقاوي : الوجيز في القانون التجاري ، مصدر سابق ، فقرة 530 ، ص 363

المنتج من تصرفات تنطوي على أضعاف الائتمان لدى مؤسسة شراء الحقوق التجارية بشكل يفقع العينين كما عبر عنه أحد الفقهاء الفرنسيين (1).

وهو بذلك يقترب من الخصم التجاري حيث يتم الرجوع على العميل عند عدم إعادة مبلغ الورقة التجارية أو السند التجاري وينتج في حالات تعذر مؤسسة شراء الحقوق التجارية الحصول عليها عند موعد الاستحقاق (2).

ورغم تشابه هذين العقدين على أنَّهما ينتميان إلى حظيرة عمليات الائتمان . إلا أنه هناك أوجه اختلاف بينهما تتمثل في نواح متعددة .

فمن ناحية تقديم الحقوق التي تمثلها الأوراق التجارية إلى البنك يظل لصاحب الأوراق التجارية في عملية الخصم التجاري الحرية الكاملة في تقديم كل أوراقه أو اقتصاره على تقديم البعض منها ، وللتاجر الحرية أيضاً في اللجوء إلى بنك آخر لخصم بعض أو كل الأوراق التجارية التي بحوزته ، ويكون للبنك بالمقابل الحرية في قبول كل أو بعض الأوراق المقدمة إليه للخصم (3) ويتضح فيما تقدم أنه على خلاف ما هو جاري العمل عليه في عقد شراء الحقوق التجارية (Factoring) حيث نجد مؤسسة شراء الحقوق التجارية تلزم التاجر أو المنتج بشرط الاقتصار (4) على تقديم سندات التي حررها على مدينه للبنك وأن يقتصر التقديم على بنك دون سواه ، وذلك لكي يتسنى لمؤسسة شراء الحقوق التجارية قبول الحقوق التي تدخل في ضمان الوفاء كي تكون محلاً لعقد شراء الحقوق التجارية ، أما الحقوق الأخرى التي تكون ضمانتها ضعيفة فيتم قبولها بصفته وكيلاً عن التاجر مقابل عمولة ، وبالتالي يخول البنك أو المؤسسة المالية حق الرجوع على التاجر أو المنتج عند عدم استيفائها من المدينين عند موعد الاستحقاق وهذا الأمر يُعدّ من أهداف عقد شراء الحقوق التجارية وذلك من أجل بناء الثقة واتساقاً مع أهداف العقد وذلك لأن من سمات هذا العقد هو ضمان الوفاء لحقوق المشروع التجاري أو الصناعي وهو في حقيقته يُعدّ التزاماً صرفياً للبنك قبل عملائه .

أما من حيث التزام مؤسسة شراء الحقوق التجارية السلمي وهو عدم رجوعها على التاجر أو المنتج فهو يشكل التزاماً جوهرياً عليها بما يحتمه عليها الطبيعة الخاصة لهذا العقد والذي سبق ذكره (5) ولكن في الخصم التجاري لا يمكن أن يتحقق

(1) انظر : د. نبيل إبراهيم سعد : نحو قانون خاص بالائتمان ، مصدر سابق ، ص 25 ، انظر كذلك ، p.70 . VASSEUR . M . منقول عن د. رضاء السيد عبد الحميد ، النظام المصرفي وعمليات البنوك وفقاً لقانون البنوك رقم 37 لسنة 1992 وقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 . ط 1 بدون مكان طبع ، سنة الطبع 2000 ، ص 71 .

(2) انظر : د. سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري ، مصدر سابق ص 285 .
(3) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 2000 ، مصدر سابق ، فقرة 601 ص 652 .

(4) انظر : د. علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية و ضماناتها ، مصدر سابق ، فقرة 97 ، ص 122 .

(5) في حين نجد أنَّ البنك يملك حق الرجوع على (التاجر والمنتج) في الخصم التجاري إذا تعذر استيفاء الحق عند أجل الاستحقاق انظر : د. علي جمال الدين عوض : موجز عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص 421 .

ذلك وإن كان هناك ضمان يؤمن خطر عدم وفاء المدين إلا إنه يُدّمن صور الخصم ويسمى بشرط الجراف (1) وفيه لا يضمن (التاجر أو المنتج) للبنك استيفاء الحقوق من المدين ولا يمكن للبنك الرجوع عليه إذا تعذر عليه ذلك ، ومما يؤخذ عليه ارتفاع العمولة ، حيث تكون مرهقة لإمكانات المشروع التجاري أو الصناعي لاسيما إذا كان الخصم التجاري مصحوباً بضمان عدم الرجوع (2) .

وإن كان الغرض يؤدي إلى أن الدائن بالحقوق قبل مدينه يأخذ حكم المظهر فإنه في هذه الحالة يظل ضامناً للوفاء عند فشل البنك في تحصيل الحقوق من المدينين وهذا الأمر يتقاطع في عقد شراء الحقوق التجارية حيث أن التاجر بعد انتقال ملكية حقوقه إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية ودخولها في ضمان الوفاء لتلك المؤسسة وقيد قيمتها في الجانب الدائن من الحساب الجاري أصبحت العملية هنا تخص البنك بانتقال تبعه خطر عدم الوفاء عليه وبالتالي يصبح التاجر أو المنتج بمنأى عن هذا الخطر (3) .

ويبدو فيما سبق ذكره أن الخصم التجاري وإن كان يقترب من عقد شراء الحقوق التجارية من حيث تعجيل الاعتمادات إلى التاجر أو المنتج وكونه يُدّمن عمليات الائتمان إلا إنه ونظراً لطبيعة هذا العقد الخاصة يتقاطع معه من حيث الالتزام بعدم الرجوع عند فشله في تحصيل حقوق عملائه من المدينين بها عند أجل الاستحقاق .

المطلب الخامس

عقد شراء الحقوق التجارية والتجديد أو الإنابة

لا يمكن أن تُدّتحصيل حقوق التاجر والمنتج في سياق عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) من قبيل التجديد حيث أن ذلك يتطلب تغيير شخص الدائن (4) ولا يتم ذلك إلا بموافقة المدين ، وبذلك نصت المادة (402) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ...) .

ويترتب على فكرة التجديد هو سقوط جميع التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي (5) . وكذلك الحال بالنسبة للإنابة الكاملة حيث تُدّصورة من صور التجديد (1)

(1) انظر : فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 94 .

(2) وكذلك يتم الرجوع في الخصم التجاري بقيمة الاعتماد الممنوح عند تعذر تحصيله من المدينين وذلك بإجراء القيد العكسي أو بالاحتفاظ بحيازة الورقة التجارية للرجوع على الضامنين بها . انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 218 .

(3) انظر : هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص 319 .

(4) انظر : نص المادة (402) ، من القانون المدني العراقي . المادة (352) من القانون المدني المصري . والمادة (350) من القانون المدني السوري .

(5) تنص المادة (404) من القانون المدني العراقي على إنه (إذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات ...) ، كذلك انظر المادة (356) من القانون المدني المصري والمادة (354) فقرة (2) من القانون المدني السوري .

ولكن في الرجوع على معطيات فكرة شراء الحقوق التجارية نجدها لا تتناسب مع مقتضيات التجديد أو الإنابة لاسيما أن سقوط التأمينات في فكرة التجديد تضر بمصالح البنك أو المؤسسة المالية في حالة سكوت الاتفاق على ذلك (2).

ونحن نرى بان عقد شراء الحقوق التجارية يُعدّ من وسائل الإنتمان ، حيث اقتضاء عناصر الضمان يدرأ احتمالات خطر عدم الوفاء وبالتالي يأمن خطر الرجوع على المشروع التجاري أو الصناعي بقيمة تلك الحقوق . وفيما يتعلق بالإجراءات لاسيما موافقة المدين نجدها لا تتناسب إطلاقاً مع مقتضيات السرعة في المعاملات التجارية لعقد الـ (Factoring) نظراً لكون هذا الإجراء ينتج عنه إرهاق للمشروع التجاري أو الصناعي بهذا الخصوص . أما من حيث الإنابة في الوفاء ، يكون ذلك عند حصول المدين على رضا الدائن على أن يقوم شخص ثالث بالوفاء بدله (3) لأنّ ذلك يُعدّ وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام تتنافى مع عقد شراء الحقوق التجارية إذا ما علمنا أن الالتزام بمنح الائتمان ينتج عن علاقة مؤسسة شراء الحقوق التجارية بالتاجر أو المنتج وتتمثل بالدائن الأصلي قبل مدينيه وليس مع المدين ، فإذا ما تبين أن انعقاد هذا العقد مع مدين وليس مع دائن عند ذلك لا يكون مؤهلاً بالحصول على تلك الحقوق من قبل البنك أو المؤسسة المالية بمقتضى عقد شراء الحقوق التجارية (4) .

المطلب السادس

الطبيعة الخاصة لعقد شراء الحقوق التجارية

تطرقنا عن الطبيعة القانونية لعقد الـ (Factoring) ومدى تشابهه مع العقود التي تناولها المشرع بالتنظيم أو التي استقر العرف المصرفي عليها ... وإذا كانت هناك خطوط يلتقي بها أو يقترب منها هذا النظام إلا أنه يتقاطع معهما جميعاً ويتميز بخصائصه القانونية والاقتصادية التي يمكن دراستها بشكل مستقل لمعرفة أحكامه ، مما جعل هذا العقد يُعدّ من وسائل الوفاء ذات الطبيعة الخاصة (5) .

- (1) انظر : نص المادة (406) فقرة (1) من القانون المدني العراقي ، كذلك انظر : هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص 318 .
- (2) ذلك لأن التجديد يترتب عليه عدم انتقال التأمينات إلى تكفل تنفيذ الالتزام إلا إذا تبين ذلك في الاتفاق ، انظر : هاني دويدار ، المصدر السابق ، ص 318 .
- (3) وذلك يأتي من أسباب ترجيح الحلول الإتفاقي على حوالة الحق بخصوص عدم ضرورة موافقة المدين في انتقال حقوق التاجر أو المنتج لمؤسسة شراء الحقوق والتي سيتم تناولها = في المبحث الثالث من هذا الفصل ، كذلك انظر : المادة (405) فقر (1) من القانون المدني العراقي . المادة (357) من القانون المدني السوري .
- (4) انظر : هشام محمد فضلي ، مصدر سابق ، ص 35 .
- (5) محاضرة ألقاها أستاذنا الدكتور إبراهيم إسماعيل إبراهيم على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون جامعة بابل عن الطبيعة القانونية للعقد بتاريخ 2005/5/10 ، وانظر كذلك : د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 72 ، وقد أوجدت الحياة التجارية الضرورة في وجود

ويمكن التماس هذه المزايا من خلال قيام البنك أو المؤسسة المالية بكل الخدمات الإدارية والمالية لاسيما حله محل المشروع التجاري أو الصناعي في تحصيل الحقوق من مدينهم مع ضمان خطر عدم الوفاء بتلك الحقوق عند الاستحقاق في حالة إعسار أو إفلاس المدينين بهما (1) وهذا يمثل التزاماً رئيساً على مؤسسة شراء الحقوق بقيمة السندات المقبولة التي دخلت في ضمان الوفاء ويتمثل بقيدها في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح باسم المشروع التجاري أو الصناعي سواء تم تعجيلها للتاجر أو المنتج أو تأجيلها إلى ميعاد الاستحقاق ، فإن هذا يؤكد انتقال تبعّة الخطر إلى البنك وذلك لكون الحقوق انتقلت إليه بشكل بات ونهائي (2) . هذا فضلاً عن كون عقد الـ (Factoring) من العقود الأنموذجية حيث يكون الراجح أن تُعرض عقود هذا النظام بطريق الإذعان بشروط مقررة ولا تقبل المناقشة (3) وما على التاجر إلا الموافقة عليه ومن الأمثلة هو ما ينص العقد على التزام التاجر أو المنتج تقديم جميع سندات التي حررها على مدينه دون استثناء وذلك ليتمكن البنك اختيار الحقوق التي تدخل في ضمان الوفاء ، وهي تلك الحقوق التي تكون ضماناتها قوية مع احتفاظه بحق تحصيل الحقوق الأخرى بصفته وكيلًا ، لاستفادة هذه المؤسسة من العمولة مقابل خدمة التحصيل ناهيك عن بناء الثقة مع المدينين الذين سبقت لسنداتهم الرفض وعدم قبولها ضمن الالتزام الأساسي لعقد الـ (Factoring) ودخولها في ضمان الوفاء وهو ما يسمى بمبدأ الجماعية (4) .

ولكن هل يمكن تكييف عملية تحصيل الحقوق التجارية التي يقوم بها البنك بدوره وكيلًا عن المشروع التجاري والصناعي كي تكون كافية لتحقيق مدلول عقد شراء الحقوق التجارية ؟

للإجابة عن هذا السؤال يمكن القول ابتداءً هو عندما تدخل الحقوق التي تمثلها السندات العائدة للتاجر أو المنتج في ضمان الوفاء لدى مؤسسة شراء الحقوق التجارية يعني هذا بأن حقوق التاجر أو المنتج قد دخلت إلى ذمة البنك أو المؤسسة المالية ، وتقييد الوفاء بها في الجانب الدائن من الحساب الجاري للتاجر أو المنتج مع التزام البنك بعدم الرجوع عليهم عند تحقيق أسباب الرجوع كإفلاس مدينهم أو إعسارهم ولكن صفة الوكالة وإن كانت تبرر مقتضيات عقد شراء الحقوق التجارية بتحصيل حقوق التاجر أو المنتج ولكنها لا تؤمن له خطر عدم الرجوع ، بمعنى أن يكون الحق للبنك في الرجوع على التاجر أو المنتج عند فشله في تحصيلها لكون

بعض تلك العقود ذات الطبيعة الخاصة ومن أمثلتها عقد الانتماء الإيجاري حيث يعدّ من العقود المركبة مما اختلفت طبيعته القانونية حيالها ، أنظر د. فايز نعيم رضوان ، عقد الانتماء الإيجاري ، دار الفكر العربي ، 1985م ، ص 74 وما بعده .

- (1) انظر : تورية توفيق : مصدر سابق ، ص 23 .
- (2) انظر : هاني دويدار : مصدر سابق ، ص 307 .
- (3) انظر : د. مصطفى كمال طه : العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص 14 .
- (4) وهذا المبدأ يقضي بإلزام العميل تقديم جميع سندات التي حررها على مدينه لقاء البضاعة التي باعها أو الخدمة التي تم أدائها بدون استثناء ، مع اختيار البنك الحقوق التي تدخل في ضمان الوفاء عن تلك المراد تحصيلها بصفته وكيلًا عن التاجر أو المنتج . انظر تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 75 .

خطرها قائم على الأخير (1) ، وإذا كان التزام البنك أو المؤسسة المالية هو التزام سلبي ، يعني عدم رجوعه على التاجر أو المنتج في حالات إفلاس أو إعسار مدينهم فإننا نلاحظ لهذا الالتزام خصائصاً رئيسة ينفرد بها وتتمثل بالآتي :

الفرع الأول : إن ضمان عدم الرجوع على المشروع التجاري أو الصناعي يقوم به شخص ليس أجنبياً من العلاقة وإن كان من الغير في علاقة الدائن بالمدين (2) .

مما يترتب عليه بأن الخدمة الائتمانية والتي من خلالها يضمن التاجر الحصول على مستحقاته متفادياً في ذلك أخطار إعسار المدينين أو إفلاسهم حيث يتحمله البنك أو المؤسسة المالية المصرح لها بهذا العقد ، وبذلك فإن مؤسسة شراء الحقوق تقوم بمنح الائتمان وكذلك هي التي تضمنه وهذا ما يميزه عن الوكالة أو التأمين (3) ، إذ يتميز بطابعه الخاص لتلك العمليات الائتمانية لأن من مقتضيات الائتمان الأصل أن يكون لصالح مانح الائتمان وليس لمتلقيه .

الفرع الثاني : إن الضمان وفقاً للقواعد العامة هو مقرر بنصوص القانون كما في شرط الضمان في الوكالة بالعمولة (4) كون الوكيل يضمن تنفيذ المدين التزامه بالوفاء مقابل عمولة تحددها المحكمة عند عدم الاتفاق .

ولعدم وجود نص يعالج هذا الموضوع من قانون التجارة النافذ وكذلك قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم 51 لسنة 2000 أمكن التطرق إلى نصوص بعض التشريعات المقارنة ، حيث نصت المادة (176) فقرة (2) من قانون التجارة المصري على أنه (يستحق الوكيل بالعمولة الضامن أجراً خاصاً تحدده المحكمة عند عدم وجود اتفاق عليه أو عرف في شأنه) ونحن بدورنا ندعوا المشرع إلى معالجة هذا النقص التشريعي الحاصل على الرغم مما أشاره القانون الملغي بخصوص هذا الأمر (5) .

أما الالتزام في عقد شراء الحقوق التجارية فهو مصدر اتفاقي تحدده بنود العقد .

(1) حيث تنشأ عن عقد الـ (Factoring) عدة عمليات بعضها ينشأ عن عقد شراء الحقوق التجارية وبعضها ينشأ عن الوكالة العادية ويتعين الرجوع على الأحكام العامة حيث لم توجد أحكام تنظيم هذا العقد . لمزيد من التفاصيل انظر : د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية و ضماناتها ، مصدر سابق ، فقرة 99 .

(2) Look : Catherine Dihor . op . cit . No . 517 .

ويعد الموفي هنا هو البنك أو المؤسسة المالية بمقتضى الحلول الاتفاقي . انظر في معنى الحلول الاتفاقي د. محمود عبد الرحمن . النظرية العامة للالتزامات ، ج2 ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، (دب) ، ص 476 .

(3) انظر : هشام محمد فضلي ، مصدر سابق ، ص 95 .

(4) انظر : د. نوري طالباني ، مصدر سابق ، ص 143 . نقض سوري برقم 352 بتاريخ 1970/4/8 ، نقلاً عن صبحي سلوم : تشريعات التجارة ، ط1 ، 1984م ، مصدر سابق ، ص 482 .

(5) انظر : نص المادة 221 من قانون التجارة العراقي الملغي المرقم 149 السنة 1970 .

الفرع الثالث : إن ضمان البنك أو المؤسسة المالية ينتج أثره قبل حصول الخطر . أي بمعنى قبل وقوعه وهذا الأمر لا يمكن حصوله في عقد التأمين ذلك لأن المؤمن له لا ينبغي أن يحصل على التعويض إلا بعد تحقق الخطر وبنسبة أقل بكثير مما أن يحصل عليه (1) لذلك نجد أن مؤسسة شراء الحقوق التجارية تنفرد عن العلاقات القانونية الأخرى في العقود التقليدية بكونها لا تنتظر حلول الخطر في تحصيل الحقوق والوفاء بها نتيجة تعنت أو إفلاس المدينين كما في عقد التأمين.

الفرع الرابع : إن مؤسسة شراء الحقوق التجارية تقوم بفوائد مزدوجة لطرفي العقد ، أما بالنسبة للمشروع التجاري أو الصناعي نجده يحصل على حقوقه قبل مدينه سواء بتعجيلها له أو الانتظار لحين حلول أجل الاستحقاق وأما بالنسبة لالتزام البنك فهو لا يكون على سبيل التبرع بل هو يتم على سبيل المعاوضة ، حيث تستحق المؤسسة المالية عليه العوض من الفوائد والعمولات (2) ، ولا يعني هذا كونه مضاربة وإنما هو حاصل الخدمات التي تقوم بها عند تحصيلها حقوق عملائها من التجار والمنتجين .

الفرع الخامس :

لا يتطلب عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) أي نوع من الشكلية ، فهو يُعَدَمُ العقود الرضائية ولن يتطلب العرف التجاري أي شكلية معينة ولكن مما جرى عليه العرف هو تحرير عقودها على شكل قوالب نموذجية تشتمل على جميع الضمانات والالتزامات المقررة للبنك والأحكام العامة بهذا الشأن (3) . وبذلك يمكن القول أن عقد شراء الحقوق التجارية يُعَدُّ فريداً من نوعه لما يحمله من إسهامات مختلفة كونه يُعَدُّ أداة حديثة للتمويل والضمان ، لما يتضمنه من الآليات الإدارية والمحاسبية الفاعلة التي تسهم باختيار المشروعات وكفاءة المدينين ومدى قدرتهم على الوفاء .

المبحث الثالث

الأساس القانوني لتحويل الحقوق في عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring)

لقد أصبح عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) من الأساليب المتطورة والأشكال الجديدة لتمويل المشروعات التجارية والصناعية حيث بموجبه يعتمد نظام

(1) انظر : فؤاد عبد الله عزيز ، مصدر سابق ، ص 38-133 .

(2) Look : jean louis . op . cit . No . 583 .

والأصل أن يستحق البنك أو المؤسسة المالية المصاريف اللازمة لتنفيذ العقد وذلك لانتهاء نية التبرع في المعاملات التجارية . انظر : د. أكرم ياملكي ، العقود التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة 149 لسنة 1970 ، مصدر سابق ، ص 18

(3) انظر : نموذج عقد خدمات الـ (Factoring) الصادر عن الشركة المصرية لضمان الصادرات ، وإذا كان عقد شراء الحقوق التجارية لا يعَدُّ من العقود الشكلية ولا يوجد جزاء على تخلف كتابته إلا أنَّ العرف والضرورات العملية التي تجسدت في الأخذ بهذا العقد استقرت على كتابته ، حيث تعد الكتابة إحدى وسائل إثباته وفقاً للقواعد العامة للإثبات . انظر : فضل حجازي ، مصدر سابق ، ص 1 .

الـ(Factoring) نشاطه . وذلك مقابل انتقال الحقوق التي سبق وأن كانت ملكاً للتاجر أو المنتج كالبضائع التي تم بيعها أو الخدمات التي تم توريدها إلى عملائهم وهم المدينين تحويلاً ناقلاً للملكية ، مع ضمان البنك أو المؤسسة المالية الوفاء بتلك الحقوق التي تمثلها سندات التاجر أو المنتج .

ولا بد أن يتخذ الطابع العملي بخصوص انتقال الحقوق محل هذا العقد الوسائل القانونية المناسبة لتحقيق هذا الغرض (1) .

ولعل الطبيعة القانونية التي انفرد بها هذا العقد في تحقيق أغراض عقد الـ(Factoring) واقترابه من بعض العقود التي خصها المشرع بالتنظيم أو التي جاءت بها الأعراف المصرفية ، حيث مرّ بنا ذلك في المبحث السابق بخصوص البحث عن تلك الطبيعة القانونية المناسبة لهذا العقد بخصوص الكشف عن تلك الطبيعة والمدى التي يقف عنده هذا العقد ليُعدّمن العقود التي تلبي حاجة المشروعات التجارية والصناعية كونها ذات طبيعة خاصة وذلك لمواكبة الحياة التجارية وما يتلاءم وتداول الثروات ومنها السرعة واليسر (2) .

بيد أننا ندرك أن اقتصاد السوق قد أضفى بظلاله على العمليات الاقتصادية عموماً ، لاسيما عقد شراء الحقوق التجارية على الرغم من أنه يُعدّمن العقود غير المسماة وذلك لكونه لم يحظَ بأي تنظيم تشريعي يعالج مضمونه (3) ، حيث يُعدّ عقداً إطارياً تندرج تحته الكثير من العمليات القانونية ومنها عقد الحساب التجاري وحوالة الحق وكذلك نظام الحلول الاتفاقي .

وإنّ من القواعد التي يمكن الرجوع إليها في تنظيم عقد شراء الحقوق التجارية هي أنظمة البنوك أو المؤسسات المالية على أنّها مؤسسات تقوم بتقديم الائتمان وبالتالي يكون خضوعها إلى نصوص القانون كما في خضوع هذا العقد إلى قواعد القانون البنكي ومنها القانون الفرنسي الصادر في 1984/1/24 (4) . وكذلك قانون التجارة الأمريكي الذي بدأ العمل به في 1954/7/1 لتنظيم العمليات التي تتعلق بعقد الـ(Factoring) وما يترتب عليها من آثار (5) ، ثم الأمر الصادر في بلجيكا حيث ينظم قانون 1919/10/25 المعدل بقانون 1958/3/31 المتعلق بتظهير السندات لحساب المؤسسة المالية المعتمدة وفق هذا الغرض (6) .

وكثير من الأحيان يضع مجلس إدارة البنك قواعد الرقابة والإشراف على البنك أو المؤسسات المالية والضوابط المترتبة بأنشطتها مع مراعاة الأعراف المصرفية التي يتضمنها لهذا الغرض (7) .

(1) راجع في هذا الشأن د. محمود عبد الرحمن ، الحلول الشخصي ، مصدر سابق ، ص 381 .

(2) انظر : د. محمود فريد العريني : القانون التجاري ، ط 2004 ، مصدر سابق ، ص 13

(3) Look : Jean louis . op . cit . No . 582

(4) Look : Catherine D'hoir . op . cit . No . 523

(5) Look : S. Rolin : Le Factoring – 1972 . op . cit . p . 88

(6) انظر : L.th. Leger : منقول عن تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 143 .

(7) انظر : د. محي الدين إسماعيل ، شرح قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم 88 لسنة 2003 ، مكتبة النهضة العربية ، 2004 ، ص 85 .

ولما كانت التشريعات المختلفة لم تتناول هذا العقد بأي إطار تنظيمي مما جرى البحث عن الوسائل الأخرى التي يمكن الالتجاء إليها لاسيما أن هذا العقد وإن كان حديثاً على الساحة التجارية ولكنه يُعدّ من نتاج الأعراف المصرفية ، حيث كان أسلوب بيع الديون التجارية هو امتداد لهذا العقد فهو يعود إلى 5000 عام ترجع بداياته إلى العصر البابلي ، ولكن التطورات التي حدثت في شأن عقد شراء الحقوق التجارية (Factoring) تعود إلى القرن التاسع عشر المنصرم (1) .

وقد جرى البحث عن الأساس القانوني المناسب لتحويل حقوق التاجر أو المنتج إلى البنك أو المؤسسة المالية (2) في إطار عقد شراء الحقوق التجارية فكان هناك من الأسس المستبعدة والتي أصبحت لا تساير مضمون هذا العقد بشكله الحالي . حيث كانت تلك الصيغ قد تبلورت في أسلوبين هما الأسلوب السفطي وكذلك أسلوب حوالة دايلي التي تم اعتمادهما لتطبيق هذا العقد .

أما بشأن الأسلوب السفطي فهو يُعدّ من الوسائل المرنة في تحويل حقوق التاجر أو المنتج وذلك بتظهير السفطة تظهيراً ناقلاً للملكية وكذلك تعجيل قيمتها وعدم أحقية المصرف بالرجوع على التاجر أو المنتج ، ولكن الذي يعيها هو أن شرط القصر لم يؤخذ به في هذا الجانب ، حيث أن السندات التي يتم تظهيرها لا تركز على حقوق التاجر أو المنتج بالكامل (جميع حقوقه لدى مدينه) بل يتم تظهيرها بشكل منفرد مما جعل هذا الأسلوب يعيب العقد هذا فضلاً عن أنّ العمولة التي يتقاضاها البنك عن هذا العقد تكون نسبتها عالية بشكل يرهق إمكانيات التاجر أو المنتج (3) .

مما تقدم يتضح أنّ هذا الأسلوب أصبح لا يساير منطق عقد الـ (Factoring) وذلك لكون المؤسسات المالية المصرح لها بممارسة هذا العقد أصبحت لا تشكل عِبةً على التاجر أو المنتج لاسيما في اقتضاء العمولات والفوائد التي هي نظير خدماتها عن تحصيل حقوقهم التي هي محل العقد .

أما الأسلوب الثاني هو حوالة دايلي (Dailly) حيث اعتمدها المشرع الفرنسي لتكون مركزاً وسطاً بين أحكام قانون الصرف وأحكام القانون المدني ومهمتها هو نقل الحقوق في إطار عقد شراء الحقوق التجارية (4) ولكن رغم التسهيلات التي تقدمها هذه الحوالة للمشروع التجاري أو الصناعي من الاعتمادات إلا أن مؤسسات شراء الحقوق التجارية عدا القليل منها عزفت عن الاعتماد على هذا الأسلوب وفضلت عليها الحلول الاتفاقي (5) وذلك بسبب تعقد الإجراءات الخاصة بها وعدم كفاية الضمانات التي تقوم بتقديمها ، حيث تُعدّ حوالة الحق في نطاقها عبارة عن

(1) Look : LEO . D . ARCY . op . cit . No . 1.10 .

(2) انظر : د محمود عبد الرحمن : الحلول الشخصي ، مصدر سابق ، ص 381 .

(3) انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ص 63 وما بعدها . د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 90 وما بعدها .

(4) انظر : قانون Dailly الصادر بالجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 1981/1/13 ، منقول عن تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 149 .

(5) انظر : هشام محمد فضلي ، مصدر سابق ، ص 48 .

ضمانات الاعتماد يمكن خلالها للبنك أو المؤسسة المالية الرجوع على التاجر أو المنتج عند عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق في حين نجد الحوالة في عقد شراء الحقوق التجارية تُعَدُّ مقابل الحصول على الاعتمادات وليس لضمانه (1) .

ولكن بعد أن تعذر اللجوء إلى الأسس المستبعدة في أن تشكل نمطاً لنظام (Factoring) نظراً لما يتمتع به عقد شراء الحقوق التجارية من طبيعة خاصة يتسم بأسلوبه وقواعده ، بعدها أصبح اللجوء إلى الأسس المتبعة لهذا النظام وهما حوالة الحق والحلول الاتفاقي ... سنقوم بتخصيص مطلب مستقل لكل منهما .

المطلب الأول

حوالة الحق

تُعرَّف حوالة الحق بأنها عبارة عن (اتفاق أو عقد يتفق فيه الدائن مع شخص ثالث على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين ، فيحل هذا الشخص محله (محل الدائن) في الحق نفسه ، وينتقل إليه الحق بصفاته وتأميناته ودفعه) ويسمى الدائن محيلاً ويسمى الأجنبي الذي هو الدائن الجديد محالاً أو محال له والمدين محال عليه (2) .

هذا وقد نصت المادة (362) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للدائن أن يحول إلى غيره ماله من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المحال عليه (3) .

يتضح فيما تقدم أن حوالة الحق هي عقد رضائي حيث يشترط فيها رضاء المحيل والمحال له وهما المتعاقدان في الحوالة وتتم من دون الحصول على رضاء المحال عليه لكون رضائه غير ضروري ويتضح ذلك من نص المادة (362) وفي فقرتها الأخيرة .

ولكننا في صدد ما تَقَمُّ لا ننظر إلى طبيعة العلاقة بين المحيل والمحال له وإنما يمكن ما نعينه الحوالة نفسها في هذا الخصوص بمعنى الاتفاق الذي يتم بصدها نقل الحقوق من المحيل إلى المحال له وذلك بصرف النظر عن الدافع أو الباعث إليها .

بيد أن محل هذا العقد هي الحقوق الشخصية للدائن ، والقاعدة أن الحقوق الشخصية يمكن حوالتها أيا كان محلها (4) ولكن يستثنى منها ما يمنعه نص في

(1) Ph. Aramling . D. Schmid دالوز سيري 1981 عدد 31 ، ص 218 منقول عن تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 150 .

(2) انظر : د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج2 ، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، ط2 ، مطبعة جامعة بغداد ، 1967 ، ص 317 .

(3) وتقابلها المادة (303) من القانون المدني المصري ، المادة (303) من القانون المدني السوري .

(4) انظر : د. عبد المنعم البدر اوي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ج2 ، أحكام الالتزام ، بلا مكان طبع ، سنة الطبع 1992 ، ص 295 .

القانون كما في الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها إلا في حدود الجزء القابل للحجز ، كحق المستعير في استعمال الشيء المعار وبهذا الصدد نصت المادة (364) من القانون المدني العراقي بهذا الخصوص على أنه (لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلاً للحجز)⁽¹⁾ .

والاستثناء الآخر هو إذا منع تحويل تلك الحوالة اتفاق المتعاقدين كاشتراط المؤجر عدم نزول المستأجر عن حقه قبل الغير وسياق هذا الحكم العام قد نصت عليه المادة (362) من القانون المدني العراقي وتقابله المادة (303) من القانون المدني السوري والمادة (303) من القانون المدني المصري .

والاستثناء الثالث هو ما تمنعه طبيعة الحق المرتبطة بشخص الدائن عندما تكون شخصية الأخير محل اعتبار⁽²⁾ ومثال على ذلك الحق في النفقة وذلك لعدم قابليته للحجز⁽³⁾ ، والحق في التعويض كما ورد في الفقرة (3) من المادة (205) من القانون المدني العراقي .

وينتقل الحق إلى المحال له بكل صفاته كما لو كان الحق تجارياً أما إذا كان الحق ثابتاً في سند رسمي صالح للمطالبة به يكون للمحال له حق التنفيذ عليه ، وكذلك ينتقل بكل تأميناته كما لو كان مضموناً بكفالة أو رهن أو امتياز وكذلك بكل فوائده كما لو كان الحق منتجاً لفوائد⁽⁴⁾ .

وينتقل الحق بما يرد عليه من دفع إلى المحال له بحيث يمكن للمدين أن يتمسك بها قبل المحال له بكل الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (الدائن) وقت صيرورة الحوالة نافذة في حقه⁽⁵⁾ كما لو دفع المدين بانقضاء الالتزام بأحد طرق الانقضاء بين حقه وحق المحيل أو بطلان الالتزام ويستطيع التمسك بالدفع الخاصة بالمحال له كالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به ودين نشأ في ذمة المحال له⁽⁶⁾ وهذا الأمر نجده في عقد شراء الحقوق التجارية حيث ينتقل الحق مثلاً بكل الدفع إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية⁽⁷⁾ .

-
- (1) وتقابلها المادة (304) مدني مصري ، والمادة (304) مدني سوري .
 - (2) انظر : د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005 ، ص 279 .
 - (3) والحق في النفقة غير قابل للحوالة وذلك لعدم قابليته للحجز لاسيما إذا كان تقريرها هو لسد حاجة صاحبها وبالتالي لا تجوز حوالتها أو الحجز عليها ، أنظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، مصدر سابق ، ص 319-320 .
 - (4) انظر : المادة (365) من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة (307) مدني مصري ، والمادة (307) مدني سوري .
 - (5) كذلك أنظر د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الثاني ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية 1992 ، ص 257 .
 - (6) انظر : المادة (366) مدني عراقي ، المادة (312) مدني مصري ، المادة (312) مدني سوري .
 - (7) انظر : د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 331 .
 - (7) انظر في هذا الشأن د. هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص 326 .

ويترتب على حوالة الحق نقل الحق من المحيل إلى المحال له ويمكن للأخير مطالبة المدين بالوفاء على أنه أصبح مالكا للحق بمقتضى مخالصة الوفاء (1) والمدين لكي يلتزم بالوفاء يجب أن يخطر به ، والإخطار هنا يكون بناءً على طلب المحيل أو طلب المحال له هذا وقضت محكمة النقض المصرية على أنه (... فإن إعلان صحيفة الدعوى التي رفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بالوفاء يعد إعلاناً بالمعنى المقصود قانوناً ...) (2) .

ولربما يطرح سؤال : هل يقوم علم المحال عليه (المدين) بصدور الحوالة مقام الإعلان أو القبول ؟

يذهب الفقه والقضاء الفرنسي من أنه لا يغني العلم بالحوالة عن الإعلان أو القبول وحجتهم في ذلك من أن القانون إذا رسم طريقاً معيناً للعلم بتصرف من التصرفات فينبغي أن يتم وفق هذه الطريقة دون سواها ويشبهون ذلك بتسجيل العقار وفق شكليات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لإشهار الحقوق العينية ، بيد أن المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي خفت من حدة هذه المادة ومفادها هو أن علم المحال عليه بالحوالة وسكوته وقيامه بالوفاء للمحيل أو الغير يجعله مخطئاً ومسؤولاً بتعويض المحال له عن الضرر الذي أصابه واعتبار الحوالة باطلة في حق المحيل أو الغير التي تم الوفاء له ويلتزم المدين بالوفاء مرة ثانية للمحال له ويعبر عن ذلك في الفقه الفرنسي بالمثل الشائع (من أساء الوفاء وفي مرتين) *qu : paye Mal Paye deux fois* (3) وحاول جانب من الفقه (4) تطبيق أحكام حوالة الحق فيما يتعلق بتنظيم نقل الحقوق من ذمة المشروع التجاري أو الصناعي إلى البنك أو المؤسسة المالية المصرح لها ممارسة عقد الـ (Factoring) وذلك للتشابه الواضح في كيفية انتقال الحق فيهما معاً .

هذا ولأن من سمات انتقال الحقوق إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية يستطيع البنك أو المؤسسة المالية مطالبة المدين بقيمة تلك الحقوق عند أجل الاستحقاق (5) . وإذا كنا نبحث عن مدى ملاءمة حوالة الحق لعقد شراء الحقوق التجارية ، فهما يتشابهان في حالة عدم ضمان التاجر أو المنتج يسار المدينين وقت إبرام الحوالة مما يترتب عليه عدم رجوع مؤسسة شراء الحقوق التجارية عليه عند عجزها في

-
- (1) انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 153 .
(2) نقض مدني 1978/5/16م مجموعة أحكام النقض ، س 29 ص 1262 نقلاً عن د. محمود عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزامات ، مصدر سابق ، ص 437 .
(3) ولكن المشرع العراقي قيد نفاذ الحوالة في حق المحال له أو حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له ، انظر : نص المادة (363) من القانون المدني العراقي والمادة 305 مدني مصري والمادة (305) مدني سوري . بلانيول وريبير وأسيمان ، ج 7 ف 1122 ص 436-438 منقول عن د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، مصدر سابق ص 325-326
(4) Look: H. BILELER "La Cession de creamces" comme instrument de .cre'dit dans Le droit des etats unis Revue de La Banque 1964.p.566 منقول عن د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص 106 .
(5) لكون المحال له يُعَدُّ مضارب ويبتغي إلى تحقيق الربح ، انظر : عبد العالي صالح محمد: الوفاء مع الحلول – دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه – كلية القانون جامعة بغداد ، 1998 ، ص 167 .

تحصيل حقوقها التي قامت بوفائها للمشروع التجاري أو الصناعي ، كذلك نجد في حوالة الحق لا يضمن المحيل يسار المحال عليه إلا وقت الحوالة وبذلك نصت المادة (369) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ...) (1) .

هذا ويُعدّ التزام المحيل بضمان وجود الحق المحال به من أهم التزاماته جميعاً فلولاً هذا الضمان لما أمكن لوجود الحوالة .

والضمان القانوني الذي يقع على عاتق المحيل بوجود الحق ينتقل مع الحق من غير النص عليه ، حيث أن ضمان الحق وتوابعه ينصب عند إبرام العقد (2) .

بيد أننا نجد الالتزام بوجود الحق في عقد شراء الحقوق التجارية يشكل التزام على عاتق التاجر أو المنتج بأن الحق الذي تمثله السندات المشتراة صحيحة وقائمة ومملوكة له وحده وأن تكون خالية من كل رهون أو حقوق للغير وأن تكون نهائية وغير قابلة للإلغاء (3) .

وتعدّ حوالة الحق من الأسس المدنية المطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية وقد عزز هذا الدور رواج الصادات الأمريكية إلى خارج حدودها مما أدى إلى إنشاء شبكات لعقد شراء الحقوق حيث تقوم بالتحويل لهذا النظام وتحقيق أهدافه وهي عبارة عن مؤسسات مالية ضخمة (4) تخضع للنظام المصرفي وقواعده ولكن يؤخذ على هذا النظام أنّ لكل ولاية أمريكية نظام خاص بها وبالتالي لم تعرف شكل خاص لها فنجد بعضها يفرض أخطار المدين بالحوالة وإلا عُتِّ باطلة ، وبعضها الآخر يُثبت سندات هذه الحقوق في محرر رسمي يسمح بإثبات الحق المحرر به ، والبعض الآخر يفرض أن يتم تسجيلها في دفاتر الحسابات لتلك المؤسسات لإمكان اعتبارها نافذة في حق المحال إليه ، أما البعض الآخر يفرض تسجيلها من طرف السلطة العامة (5) .

وفي انكلترا فإن نظام الـ (Factoring) يأخذ شكليات حوالة الحق لتحويل حقوق التاجر أو المنتج إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية ولكن يشوبها التعقيد بسبب الشكليات المعتمدة لديهم حيث إن تلك الحوالة لن تتم إلا بمحرر كتابي يتم القبول عليه من قبل المدين (6) .

إلا أنه رغم التشابه بين حوالة الحق وعقد شراء الحقوق التجارية نجد أن الأحكام المطبقة على حوالة الحق لا تستطيع أن تساير الوضع التجاري وما يتسم به من سرعة في انتقال الحقوق إلى مؤسسة شراء الحقوق (البنك أو المؤسسة المالية)

(1) تقابلها المادة (309) مدني مصري ، المادة (309) مدني سوري .

(2) أنظر نص المادة (368) من القانون المدني العراقي ، كذلك انظر د. عبد المنعم البدر اوي :

النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 302-304

(3) انظر المادة (7) فقرة (1) من عقد خدمات التخصيم (Factoring) الصادر عن الشركة المصرية لضمان الصادرات السابق ذكره .

(4) انظر : هشام محمد فضلي ، مصدر سابق ، ص 5 وكذلك :

Look : jean Louis . op cit . No. 582 .

(5) انظر : تورية توفيق : مصدر سابق ، ص 155 .

(6) انظر : تورية توفيق ، المصدر السابق ، ص 158 .

وذلك بسبب الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة مما تؤدي إلى إرهاق التاجر بالشكل الذي يشكل حائلاً في اقتضاء عمل هذا النظام وفي سرعة تداول الثروات .
أمّا من حيث محل الحوالة فهي ترد على الحقوق الشخصية إلا ما استثنى منه بل وتجوز أن يكون المحل مجرد حق احتمال أو مستقبل (1) ولكن الأمر ليس على ما نراه في عقد الـ (Factoring) (2) ، حيث أن الحقوق التي تكون محل عقد شراء الحقوق التجارية لا ترد إلا على الحقوق الحالية والمؤكدّة وليس الحقوق الاحتمالية .
ويبدو أن الائتمان الذي تلتزم به مؤسسة شراء الحقوق التجارية قبلَ عملائها التجار والمنتجين يُعدّضامن قيمة الحقوق التي هي للأخير قبل مدينهم ولن ينتج أثره إلا إذا كانت الحقوق التي هي محل سندات التاجر أو المنتج (قيمة الحق) حالة ومؤكدّة .

أما من حيث نفاذ الحوالة فلا يمكن أن تنتج أثرها قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها أو أعلنت له حيث نصت المادة (363) من القانون المدني العراقي على أنه (لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له ...) (3) .

ومما يستفاد من هذا النص أن المدين ليس يعقل أن تسأله في حالة وفائه للدائن القديم بدلاً من الدائن الجديد (الموفي الذي حل محل الدائن) إلا إذا كان قد أحيط علماً بتلك الحوالة كما أن الدين المحال به ربما يكون محلاً لحقوق أخرى تترتب عليه مثلاً حوالة جديدة بل يمكن أن يكون محلاً لحجوزات أو رهون أخرى تؤثر في وفاء المدين عند غياب الإعلان له أو قبوله .

وقد يكون الإعلان بإجراء بوجهه الكاتب العدل للمحال عليه وهذا يكون بناء على طلب المحيل أو المحال له فيكون إعلان المدين ضماناً لحق المحيل وحق المحال له ، أما حق المحيل هو التخلص من الضمان وتقتضي مصلحة المحال له هو أن يستأثر بالحق المحال به لنفسه (4) .

إلا أن قبول المحال عليه يعد بمثابة الطريق الثاني لكي يتم نفاذها عليه (5) .
بيد أن شرط اعتراف المدين العلم بالحوالة في ورقة رسمية ثابتة التاريخ وذلك من أجل منع التواطؤ من تقديم تاريخها بقصد اكتساب أسبقية على حق دائن آخر (6) وبذلك قضت محكمة تمييز العراق على إنه (السند العادي حجة قاصرة على موقعه وليس له أثر على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت) (7) .

(1) أنظر : د. عبد المنعم البدر اوي ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 275 .

(2) Look : jean stoufflet : Droit Bancaire op . cit . No . 429 .

(3) ويقابلها المادة (305) مدني مصري ، والمادة (305) مدني سوري .

(4) انظر : د. عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج 2 ، أحكام الالتزام ص 238 .

(5) أنظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في أحكام الالتزام ، مصدر سابق ص 324 .

(6) أنظر : د. عبد المنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص 347 .

(7) رقم القرار (25) / حقوقية / 65 بتاريخ 1965/5/5 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث ، ص 79 .

ويترتب على قبول المدين الحوالة أو إعلانها له هو نفاذها على الغير ، والغير هنا هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة ، ويأتي ذلك عندما يحيل الدائن حقه إلى أكثر من دائن جديد ليصبح كل واحد من هؤلاء الدائنين في حكم الغير بالنسبة للتاجر ، ويترتب على قبول المحال عليه الحوالة صيرورتها نافذة في حق الغير (1) .

بيد أن الإشكالية تكمن في رجوع مؤسسة شراء الحقوق التجارية على المدين بالحقوق الضامنة للاسترداد إذا ما تمت المطالبة بها وطبقاً لأحكام حوالة الحق ، ودفع المحال عليه بعدم إعلانها للحوالة وبالتالي عدم نفاذها في حقه ، حيث أن هذا الأمر يتطلب لصحته ونفاذه شروطاً قد يصعب توفرها ، وقد يعطل اشتراطها سير العمليات التجارية على نحو سهل وسريع .

ولكن ما يميز عقد شراء الحقوق التجارية وفق ما جرى عليه العرف المصرفي أن المدين يكون ملزماً بالوفاء بمجرد المطالبة به ما دام لم يسبق له الوفاء بالدين إلى الدائن الأول (2) .

ويتضح فيما تقدم ذكره وبعد أحجام البنوك أو المؤسسات المالية في الأخذ بأحكام حوالة الحق للأسباب التي سبقت الإشارة إليها ، استقر الفقه والقضاء (3) على استبعاد فكرة حوالة الحق وأخذ يؤسس رجوع مؤسسة شراء الحقوق التجارية على المدين وفق أحكام الحلول الاتفاقي .

المطلب الثاني

الحلول الاتفاقي

بالنظر لعدم ترجيح جانب من الفقه والقضاء ملائمة الأحكام المنصوص عليها في حوالة الحق (4) لعقد شراء الحقوق التجارية وذلك لعدم ملائمتها للطبيعة الائتمانية لهذا العقد على الرغم من أن هذا العقد (Factoring) نشأ في أحضان

(1) انظر : د. عبد المجيد الحكيم : الوجيز في نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 239 .

(2) انظر : هاني دويدار : مصدر سابق ، ص 321 .

(3) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 88 ، مصدر سابق ، ص 420 .

(4) انظر : د. علي جمال الدين عوض الاعتمادات المصرفية وضماناتها : مصدر سابق ، ص 125 .

حوالة الحق وكان العالم آنذاك لا يعرف غيرها (1) ولذلك عكف عن الأحكام الواردة في حوالة الحق ولجأ إلى أحكام الحلول الاتفاقية (2) . ويعرف الحلول الاتفاقية بأنه عبارة عن اتفاق بمقتضاه يحل شخص من الغير (الموفي) محل الدائن (الموفى له) في حقوقه يمكنه مطالبة المدين بما ترتب بذمته للدائن (3) .

والحلول الاتفاقية المنصوص عليه في المادة (1250) من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة (380) من القانون المدني العراقي حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه (للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك ويكون الاتفاق بورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء) (4) .

فالحلول الاتفاقية يمكن أن يتم بإرادة المدين أو أن يتم بإرادة الدائن ولكن الذي يهمننا في هذا المقام هو الاتفاق الذي يتم بإرادة الأخير (5) .

وهذا الحلول تكون له فائدة بالنسبة للدائن وكذلك المدين . أما فائدته بالنسبة للدائن هو استيفاء حقه قبل ميعاد الاستحقاق أو عند ذلك الموعد دون إتباع إجراءات التنفيذ الجبري بحق المدين ، أما بالنسبة للأخير فالفائدة أن الحلول قد يقلل من مبلغ

(1) محاضرة ألقاها أستاذنا الدكتور إبراهيم إسماعيل إبراهيم على طلاب الدراسات العليا كلية القانون جامعة بابل عن طبيعة انتقال الحقوق في عقد شراء الحقوق التجارية إلى البنك أو المؤسسة المالية بتاريخ 2005/6/21 . وقد عمل المشرع الفرنسي على ابتكار حوالة حق في إطار صلب القانون المدني بالصيغة المصرفية وذلك للحد من المؤسسات الائتمانية في البحث عن أطر قانونية تتسم بالبساطة والفاعلية حيث تضم حوالة دايلي والذي حدا بعدم ملاءمتها لعقد شراء الحقوق التجارية في الوقت الحاضر . انظر : هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 43 .

(2) انظر : د. نادر شافي : مصدر سابق ، ص 5 .

(3) Look . Ponsard . (A)Blondel (p) droit civ : 1979 T . 710

منقول عن د. طلبة وهبه : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ، دراسة مقارنة ط1 ، دار الفكر العربي ، بدون سنة طبع ، ص 297 ، فالحلول الاتفاقية هو عملية مركبة من شقين فهو من جهة وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن ، إذ الدائن يستوفي حقه من الموفي ، فبذلك ينقضي هذا الحق بالنسبة إليه ، وكذلك هو انتقال للحق بالنسبة إلى المدين حيث أن المدين لم يوفي الحق بنفسه فلا ينقضي الدين بالنسبة إليه بل تنتقل إلى الموفي كونه وفي الحق في مقابل أن يحل محل الدائن قبله في هذا الحق انظر : عبد الرزاق- السنهوري : الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، المصادر ، الأوصاف ، الانتقال ، الانقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط 2004 ، ص 1243 .

(4) ويقابلها المادة 327 من القانون المدني المصري ، والمادة 326 مدني سوري ، هذا وتنص المادة (1250) من القانون المدني الفرنسي على أنه يكون الحلول اتفاقية (1-) عندما يتفق الدائن مع الغير الذي أوفى له حقه على الحلول محله في حقوقه ودعاويه وامتيازه ورهونه العقارية في مواجهة المدين ...) انظر هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 47 .

(5) والحلول الاتفاقية يرجع إلى القانون الروماني فقد كان هذا القانون يقضي على أن ينزل الدائن عن دعواه لمن يقوم بالوفاء عنه . انظر : د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الأوصاف ، الحوالة ، الانقضاء ، دار إحياء التراث العربي ، 1958 ، ص 661 .

الدين الذي بذمته إذا ما دفع الغير مبلغ الدين الأصلي⁽¹⁾ ، لاسيما إذا كان رجوع الموفي هو بمقدار ما أوفاه ، ويحل الموفي محل الدائن دون تدخل المدين أو الحصول على رضائه في هذه العلاقة⁽²⁾ وهذا ما أكدته محكمة تمييز العراق في إحدى قراراتها التي جاءت فيها (نفذ شخص كمبيالة لدى دائرة التنفيذ وحضر الدائن أمام الرئاسة وأفاد أمام رئيس التنفيذ أنه قبض مبلغ السند من شخص وأن يتنازل لهذا الشخص عن طلبه ، لكن رئيس التنفيذ قد رفض هذا الطلب مستنداً إلى المادة (239) من القانون المدني التي تقضي في سقوط حق الشخص الذي يوفي بدين غيره دون أمره ولكن محكمة التمييز نقضت الحكم مطبقة المادة (380) التي تعطي الموفي حق الحلول وأن رئيس التنفيذ لم يلاحظ أن الموفي لم تكن لديه نية التبرع)⁽³⁾ .

ويترتب على الحلول الاتفاقي انتقال جميع الحقوق محل العقد من الدائن إلى الموفي في مواجهة المدين حيث نصت المادة (381) من القانون المدني العراقي على أنه (من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن)⁽⁴⁾ ونستنتج من هذا النص أن الموفي يحل محل الدائن في حقوقه بخصائصها كما لو كان تجارياً وبتوابعه فيما لو كان الحق منتجاً لفوائد وما يكفله من تأمينات كما لو كانت شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن⁽⁵⁾ .

وكذلك ينتقل الحق إلى الموفي مثقلاً بالدفع كالدفع بالبطلان كما لو نشأ العقد باطلاً ، حيث يستطيع المدين الدفع بالبطلان في مواجهة الموفي والدفع بانقضاء الالتزام للدائن الأصلي⁽⁶⁾ .

ولكن يجب التنويه إلى حالة قد تكون غائبة عن نظر القضاء ألا وهي أن الدفع لا تنتقل إلى الموفي إلا في حالة الحلول القانوني والحلول الاتفاقي بالاتفاق مع الدائن فقط ، أما الحلول الذي يتم بإرادة المدين لا يمكن للأخير التمسك بالدفع قبل الموفي ذلك لأن الدين قد تغير من حيث المصدر والسبب ، بعد أن كان ناشئاً عن عقديع

(1) أنظر نص المادة (398) مدني عراقي ، المادة (348) مدني مصري ، والأصل هو أن يتحمل المدين نفقات الوفاء ومنها نفقات العدد والوزن والكيل فضلاً عن النفقات الخاصة بالمخالصة ومصاريف الصكوك وحوالة البريد وغيرها التي تقتضيها نفقات الوفاء ، أنظر : د. محمود عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 473 .

(2) أنظر : عبد العالي صالح محمد : الوفاء مع الحلول – دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص 109 .

(3) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم 317 ، 1962 نقلاً عن عمار كريم كاظم ، مصدر سابق ص 119 .

(4) يقابلها المادة (329) مدني مصري ، والمادة (328) مدني سوري والمادة (396) مدني كويتي .

(5) أنظر : د. طلبه وهبه خطاب ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 305 .

(6) أنظر نص المادة (366) مدني عراقي ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج 2 ، أحكام الالتزام ، ص 342 .

نراه مثلاً قد أصبح ناشئاً عن عقد قرض وإذا كان هناك دفوع يمكن التمسك بها فإنه يتمسك بتلك الدفوع الناشئة عن عقد القرض فقط ، سيما وأن الوفاء الحاصل بإرادة المدين تنشئ من خلال شروط أشبه أن تكون إذعان ، حيث أن القانون تشدد في الشروط التي يتم بها الحلول بإرادة المدين مثل تسجيل القرض في ورقة رسمية وأن يذكر في عقد القرض أن المال المقترض خصص للوفاء بالدين للدائن وأن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من المال المقترض (1) ، كما وأن المشرع العراقي قد أغفل هذا الجانب ، حيث جاءت المادة (381) من القانون المدني العراقي عامة ولم تستثن حالة الحلول بالاتفاق بين المدينين والمدين .

وإذا كان تقرير الفقه أن الشروط القانونية التي يتوجب توافرها في الحلول الاتفاقي متوافرة في عقد شراء الحقوق التجارية (2) فهو عندئذ يحمل سمة مشتركة تقترب كثيراً من عقد شراء الحقوق التجارية ويمكن أن تتمثل بالآتي :

الفرع الأول : الملزم بالوفاء يُعَدُّ من الغير .

يُعدُّ الملزم بالوفاء في الحلول الاتفاقي غريب من العلاقة التي تربط الدائن بالمدين (3) قبل الاتفاق على الحلول بين الموفي وبين الدائن ، حيث أن من يدعي بالحلول يجب أن يكون أجنبياً عن الدين وذلك لأن من يدفع دينه الخاص لا يمكن أن يتمسك بالحلول .

حيث تنشأ ثلاث علاقات في عقد شراء الحقوق التجارية ، كالعلاقة التي تربط الدائن الأصلي بالمدين قبل الحلول ، والعلاقة التي تربط مؤسسة شراء الحقوق التجارية بالدائن والعلاقة التي تربط مؤسسة شراء الحقوق بالمدين بعد الحلول (4) والمتمثلة بمخالصة الوفاء ، ولكن الذي يهمننا هو العلاقة القانونية التي تربط المؤسسة المالية (الموفي) بالدائن الأصلي في الحلول وهي التي تمثل العلاقة الثانية .

ويتضح مما تقدم أنَّهُ وإن كان هناك تشابه بين الحلول الاتفاقي وحوالة الحق ، إلا أننا نجد أن ما يحيله الدائن هو المقصود في حوالة الحق ، بينما يكون الوفاء مع الحلول هو المقصود في عملية الحلول الاتفاقي بإرادة الدائن ولكن يجب أن نفهم أنه لا يكفي أن يكون الموفي من الغير فحسب بل ينبغي أن تكون مؤسسة إئتمان تمارس دورها في دعم العملية الائتمانية في إبرام عقود (Factoring) (5) . وفق الأحكام الصادرة بشأنها .

(1) انظر : د. عبد الباقي البكري – الوجيز ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 258 .

(2) انظر : هاني دويدار : المصدر السابق ، ص 321 .

(3) Look : Cass – com 20.1-1998 D, aff – 1998 . p . 1360

منقول عن N . 517 . cotherine D'hoir op . cit .

(4) ومما يجعل عقد شراء الحقوق التجارية عقداً إطارياً تندرج تحته الكثير من العمليات القانونية . انظر : د. محمود عبد الرحمن . الحلول الشخصي، مصدر سابق ، ص 379 .

(5) نصت المادة الثانية فقرة (1) من قرار رئاسة مجلس الوزراء المصري المرقم 1446 لسنة 2000م بأنه يشترط للشركة التي تباشر نشاط (Factoring) أن تتخذ شكل شركة مساهمة ، وتمارس عقد الـ (Factoring) مؤسسات وبنوك خاضعة للجنة التنظيم البنكي الفرنسي

الفرع الثاني : استيفاء الدائن حقه

يُمْكِن عقد الحلول الاتفاقي الدائن استيفاء حقه قبل مدينه ، حيث يستطيع الدائن الذي يتلقى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير (الموفي) كي يحل محله فيترتب على هذا الاتفاق حلول الموفي محل الدائن في حقوقه قبل مدينه (1) ويقترب ذلك كثيراً من عقد شراء الحقوق التجارية ، وبموجب هذا العقد يستطيع التاجر أو المنتج أن يستوفي حقه من البنك أو المؤسسة المالية مقابل السندات المقبولة . وهي تلك التي يقوم التاجر أو المنتج بتحويلها تحويلاً ناقلاً للملكية (2) فيقوم البنك بقيد قيمة الاعتماد الممنوح للتاجر في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح باسم التاجر أو المنتج وقيد قيمة العمولة والفوائد التي تُدَحِّقوَقاً للبنك وديوناً على التاجر في الجانب المدين من هذا الحساب (3) على أن الوفاء بقيمة حقوق التاجر أو المنتج تشكل التزاماً رئيساً على البنك أو المؤسسة المالية سواء تم الوفاء في الحال (تعجيل المبلغ) أو فـي الموعـد المتفق عليه (ميعاد الاستحقاق) (4) .

الفرع الثالث : الاتفاق على الحلول

لكي يكون الحلول الذي يتم بإرادة الدائن منتجاً لأثره ، يجب توافر الشروط التي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (380) من القانون المدني العراقي وهما أن يكون الحلول في ورقة رسمية وأن لا يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء . أما من حيث أن يكون الحلول في ورقة رسمية على الرغم من أن الحلول يُعَدُّ من التصرفات الرضائية (5) إلا أنه يمكن أن نَعُدَّ استثناءً قد فرضه المشرع وذلك لحماية الآثار الخطيرة التي قد تترتب على العقد وضمن حقوق كل من الدائن والمدين (6) وهذا يعني أن يكون الاتفاق على الحلول أمام موظف عام يقوم بتوثيق هذا الحلول (7) وربما قد يكون من يؤدي هذه الوظيفة مثل الكاتب العدل أو منفذ العدل أو حتى مدير التسجيل العقاري وهذا أمر يمكن استنتاجه كون المشرع العراقي لم يحدد الجهة التي يلقي عليها مسؤولية توثيق الاتفاق على الحلول .

بمقتضى قانون 1993/11/21 . انظر : د. نادر شافي : عقد الفاكْتورنغ، مصدر سابق ، ص

2

(1) انظر د. جميل الشرقاوي : أحكام الالتزام ، الكتاب الثاني ، ط 1992م ، مصدر سابق ، ص 291 .

(2) Look : Leo D. Arcy . EXPORT TRADE - op. cit . N -1. 36 - 1.37

(3) انظر : د. محمود عبد الرحمن : الحلول الشخصي ، مصدر سابق ، ص 381 .

(4) انظر : د. علي جمال الدين عوض - الاعتمادات المصرفية و ضماناتها مصدر سابق ، ص 121- 124 .

(5) انظر : د. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، ج 2 ، 1978 ، ص 187 .

(6) في حين أن القانون الفرنسي أجاز أن يكون الاتفاق على الحلول ثابتاً في ورقة عرقية ، انظر : عمار كريم كاظم ، مصدر سابق ، ص 120 .

(7) انظر عبد العالي صالح محمد : مصدر سابق ص 110 .

إلا أن المشرع رغم أنه اشترط أن يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية إنما كانت الغاية من وراء ذلك هو الاحتجاج بها على الغير فإن ذلك لا يمنع من تحرير ورقة عرفية للاحتجاج بها على المدين سواء كانت ثابتة التاريخ أم مؤشرة على هامش السجل الأصلي (1) .

وتتشابه الصورة في عقد شراء الحقوق التجارية كما في الحلول الاتفاقي فيقوم البنك أو المؤسسة المالية بالتعاقد مع أحد التجار أو المنتجين على شراء جميع حقوقه لدى مدينه والوفاء بقيمتها مقابل عمولة تحصيل وفائدة يتفق عليها عن المدة من تاريخ شراء الحق وحتى ميعاد الاستحقاق (2) .

ويتم اختيار الحقوق التي تكون محلاً لعقد شراء الحقوق التجارية ، وتتمثل بالحقوق التي يتم نقل ملكيتها إلى مؤسسة شراء الحقوق التجارية مع احتفاظ الأخير بتحصيل بعض حقوق التاجر أو المنتج بصفته وكيلاً ، وهي التي تكون ضماناتها ضعيفة ولا ترتقي إلى حد قبول البنك (3) .

وإذا سلمنا أن هذا العقد يتحقق باتفاق الموفي والدائن فينبغي أن يكون هذا الاتفاق بإرادة الدائن ، بيد أنه ليس هناك من ضرورة لموافقة المدين على الحلول وهو على خلاف حوالة الحق فيُعدّ من شروط نفاذ الحوالة عليه وعلى الغير هو إعلانه أو قبوله تلك الحوالة (4) .

ومن الجدير بالذكر إن الفائدة المرجوة من الإعلان أو الموافقة على الحلول هو إحاطة المدين بحلول البنك محل التاجر أو المنتج قبل مدينهم وذلك لكونه الوسيلة الفعالة لغلق باب التحايل (5) .

ويتطلب الحلول الإشارة إلى ثنية أطراف العلاقة التعاقدية بوضوح بخصوص إحلال مؤسسة شراء الحقوق التجارية محل التاجر أو المنتج في حقهم لدى مدينهم (6) فنجد أن مؤسسات شراء الحقوق تقوم بدرج شرط الحلول بمناسبة كل عملية وفاء لأحد عملائها ووفق الصيغة التالية (نقل حقوقك لقاء قيامنا بالوفاء بها يؤدي إلى حلولنا محلك صراحة في كل ما يمكن أن تكون قد حصلت عليه في مواجهة مدينك من حقوق ودعاوى وامتيازات ورهون رسمية أو حيازية وغيرها من التأمينات) (7) .

هذا وينبغي أن يكون الحلول في وقت الوفاء نفسه بتلك الحقوق ، ومدلول المعاصرة هو عدم تأخير هذا الاتفاق عن وقت الوفاء فإذا حصل ذلك يُعدّ الاتفاق غير صحيح وعندها لا يمكن للبنك أو المؤسسة المالية مطالبة التاجر أو المنتج بذلك

(1) انظر : د. محمد وهبه : شرح النظرية العامة للالتزامات ، ط3 ، القاهرة ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، 1947 ، ص 141 .

(2) انظر : د. محمود عبد الرحمن ، الحلول الشخصي ، مصدر سابق ، فقرة 163 ، ص 377 .

(3) Look : jean – Lauis – Rives – Longe op cit – p 583 .

(4) انظر د. محمد طه البشير ، الوجيز في مصادر الالتزام ، ج2 ، مصدر سابق ، ص 238 .

(5) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط88 ، مصدر سابق ، ص422 .

(6) انظر : هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 70 .

(7) انظر : هشام محمد فضلي ، المصدر السابق ، ص 70 .

الحق لأن الوفاء يقضي على الدين (1) ، أما القضاء العراقي فقد أكد على معاصرة الحلول للوفاء ، ففي قرار محكمة تمييز العراق جاء فيه (وفي قضية طالب فيها صاحب مكوى إلزام دائرة الكهرباء بقيمة الملابس المحترقة نتيجة خلل في الأسلاك الكهربائية فردت محكمة بداءة الموصل دعواه لكونه لم يكن مالكا لتلك الملابس وقد صدق القرار في محكمة التمييز ورغم أن القرار قد جاء صحيحاً من حيث النتيجة إلا أنه لم يكن صحيحاً من حيث التسبيب حيث كان على محكمة الموضوع أن تضيف إلا أنها لم تجد ما يشير إلى اتفاق المدعي مع أصحاب الملابس على الحلول محلهم وحصول الوفاء من قبله بقيمتها لهم) (2) .

ونحن نؤيد الاتجاه الذي يرى بمعاصرة الوفاء مع الحلول حيث وإن كان الحلول لاحقاً للوفاء فإن الوفاء يقضي على الالتزام ولا يمكن لهذا الحلول إعادة الالتزام إلى حالته بعد انقضائه .

هذا ويُعدّ الوفاء معاصراً للحلول في حالة قيد السندات التي تمثل حقوق التاجر أو المنتج في الجانب الدائن المفتوح باسم المشروع التجاري أو الصناعي لدى مؤسسة شراء الحقوق التجارية حيث يُعدّ وفاءً بقيمتها (3) . ويمكن أن يطرح سؤال هل يمكن لمؤسسة شراء الحقوق التجارية الاتفاق على الحلول قبل الوفاء ؟

للإجابة على هذا السؤال بخصوص هذا الموضوع يرى إتجاه من الفقه أنه لا يصح الحلول قبل الوفاء ، ومما يقوي هذا الجانب أن شركات التأمين عن الحريق أو عن الحوادث الأخرى عندما اعتادت على إيراد الشروط التي بموجبها يلتزم المؤمن له بأن يحل شركة التأمين محله في حقوقه ودعاويه ضد الغير المسؤول عن حدوث الضرر لا يمكن أن يُعدّ حلولاً وإنما يُعدّ تنازلاً عن حق احتمالي (4) .

وهناك رأي لا يجد ما يمنع حصول الاتفاق على الحلول قبل الوفاء حيث يُعدّ الحلول صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية بشرط أن يعقبه الوفاء فعلاً ، حيث يُعدّ شرطاً لتحقيق الحلول (5) .

ونحن نتفق مع ما سلكه مشرعنا في المادة (380) فقرة (1) من القانون المدني والذي يقصد فيه تعاصر الاتفاق على الحلول مع واقعة الوفاء لكون هذا الشرط يتفق مع المنطق القانوني السليم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع تقنين القانون المدني المصري إيضاحاً بعدم جواز تأخر الاتفاق عن الحلول عن وقت الوفاء كالاتي (وقد قصد من هذه الشروط هو درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد

(1) انظر : د. طلبه وهبه خطاب : أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 298 .

(2) انظر : قرار محكمة تمييز العراق رقم (4369) ، م 1 ، 1998/6/27 ، نقلاً عن عمار كريم كاظم ، مصدر سابق ، ص 121 .

(3) انظر : هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص 322 .

(4) انظر : د. عبد السلام ذهني بك : النظرية العامة في الالتزامات ، بلا مكان طبع (د.ت)، ص 415 .

(5) انظر : عبد العالي صالح محمد ، مصدر سابق ، ص 114 .

استوفى حقه فيتفقان غشاً على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتين ثانٍ في المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء (1) .

ونحن نؤيد ما جاء به قرار المحكمة بأن يكون الحلول معاصراً للوفاء ، فإن صح الحلول بعد الوفاء يكون ذلك دليلاً على الإضرار بحقوق الدائنين المرتين اللاحقين للدائن عند إقرار النص على ذلك ، ويمكن التعبير عن هذا الأمر بمخالصة الوفاء مع الحلول عندما يقوم التاجر أو المنتج تسليمها لمؤسسة شراء الحقوق التجارية مع السندات التي تمثل حقوقه قبل مدينه .

وإن اشتراط ثبوت المخالصة في الوفاء مع الحلول هو للاحتجاج بها على الغير والحيلولة دون التواطؤ الحاصل بين الدائن والموفي ليطالب المدين بالوفاء مرة أخرى بعد أن كان الدائن قد قام باستيفائه قبل الاتفاق على الحلول (2) .

وإن القانون عندما يشترط المعاصرة بين الحلول والوفاء فينبغي أن يكون هذا الاتفاق في تاريخ ثابت وكما عبر عنه المشرع العراقي في المادة (380) الفقرة (1) أن يكون بورقة رسمية ثابتة التاريخ وهذا ما يميز تاريخ الحلول السابق والموافق لحلول الموفي محل الدائن ، ومن خلال استعراض ما يجري العمل به طبقاً لعقد شراء الحقوق التجارية نجد أن التاجر أو المنتج حينما يلتزم بتحويل حقوقه إلى البنك إنما يعبر عن رغبته بحلول البنك محله في استيفاء حقوقه على الرغم من أن تحويل هذه الحقوق يتم قبل موعد الاستحقاق ، وبذلك جرى على أن الوفاء بقيمة الحقوق وقيدتها في الجانب الدائن يأتي بعد حصول البنك أو المؤسسة المالية على مخالصة الحلول (3) .

وقد تشدد القضاء الفرنسي حيال كون الحلول معاصراً للوفاء حيث جعل هذا الشرط متحققاً عن طريق اعتبار قيد السندات في الجانب الدائن من الحساب الجاري بمثابة وفاء لها دون انتظار تصفية بينهما (4) .

الفرع الرابع : انتقال الحقوق بماهيتها من ذمة الدائن

يترتب على حلول الموفي في الحلول الاتفاقي محل الدائن هو أن ينتقل إليه حق الدائن نفسه ليتم الرجوع على الموفي عنه كما لو كان الدائن نفسه يطالب

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري ، ج2 ، القاهرة ، المطبعة الأميرية ، بولاق ، 1942م ، ص556 .

انظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم (518) في 1977/2/23 نقلاً عن عمار كريم كاظم ، مصدر سابق ، ص120 .

(2) انظر : عبد العالي صالح محمد ، مصدر سابق ، ص113 ، أنظر : د. فايز نعيم رضوان ، مصدر سابق ، ص114 .

(3) انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص172 .

(4) انظر : هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص223 ، ويورد السيد جاك مستر في رسالته عن الحلول الشخصي صيغة أخرى تدرجها المؤسسة في عقد الإطار ، وتقضي بأن طلب العميل الوفاء بقيمة الحقوق المقبولة والموقع عليها تصلح وتكفي كسند لحلول المؤسسة المالية محله في الحقوق على مدينه ومن لحظة الوفاء ، انظر : هشام محمد فضلي ، مصدر سابق ، هـ 1 ص70 .

به (1) ، وقد نصت المادة (381) من القانون المدني العراقي على أنه (من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه لما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن) (2) .

ويبدو أن الطبيعة القانونية للوفاء مع الحلول هي التي تحدد آثاره ، وإن الوفاء من الغير (الموفي) حتى وإن أدى هذا إلى انقضاء حق الدائن إلا إن ذمة المدين لا زالت مشغولة بذلك الحق ، لذلك ينبغي في الأصل أن يحل الموفي محل الدائن قبل مدينه بمركزه نفسه الذي كان له قبل الحلول .

وينتقل للموفي حق الدائن بكل خصائصه كما لو كان تجارياً وتوابعه كما لو كان منتجاً لفوائد وتأميناته سواء كانت شخصية أو عينية وبكافة دفعاته سواء اللصيقة بالحق أو الخارجة عنه (3) .

الفرع الخامس : ضمان وجود الحق

إذا كان الدائن بمقتضى قواعد الحلول الاتفاقي لا يضمن وجود الحق ولا يسار المدين (4) ، ولكن في الحقيقة لا يوجد في طبيعة نظام الحلول ولا في النصوص القانونية التي تتضمنها ما يمنع تعديل هذه القواعد (5) .

ويمكن لإرادة المتعاقدين تنظيم الضمان بإرادتهما لأَنَّ القواعد القانونية التي وردت بشأن الضمان هي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين (6) .

ومما جرى العمل عليه في مؤسسات شراء الحقوق التجارية أن التاجر أو المنتج يضمن وجود الحق وقت التحويل وذلك لأن من شروط صحة التحويل ينبغي أن يكون الحق موجوداً ، فإذا تخلف هذا الشرط كان التحويل باطلاً كما لو كان الحق غير موجود أو كان ملكاً للغير (7) .

ونظراً للطبيعة الخاصة التي يتسم بها عقد شراء الحقوق التجارية حيث يُعدّ من العقود الإئتمانية التي لا تقوم على المضاربة ، وإذا كان العوض الذي تحصل عليه المؤسسة المالية من التاجر أو المنتج فهو لا يعدو إلا أن يكون نظير الخدمات التي يقوم بها البنك لتحصيل حقوق الأخير وما يترتب عليها من مصروفات (8) .

(1) انظر : د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، أحكام الالتزام ، الكتاب الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ص 357 .

(2) ويقابلها المادة (329) مدني مصري ، والمادة (328) مدني سوري .

(3) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 2000 ، مصدر سابق ، ص 574-575 .

(4) أنظر : المادة (369) مدني عراقي ، أنظر : د. أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص 342 .

(5) انظر : د. عبد الباقي البكري : الوجيز في نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 244 .

(6) انظر : د. عبد المنعم البدر اوي : مصدر سابق ، ص 303 .

(7) انظر : تورية توفيق : مصدر سابق ، ص 51 .

(8) وتتلخص بالفوائد والعمولات والمصروفات الأخرى التي تستحقها مؤسسة شراء الحقوق التجارية نظير خدمات تحصيل حقوق التاجر والمنتج انظر : هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص 313 .

ويتضح فيما سبق ذكره على أنه يُعدّ العوض في الحلول الاتفاقي هو ما تحصل عليه مؤسسة شراء الحقوق التجارية من مصاريف التحصيل لقاء القيام بمهامها المختلفة لتحصيل حقوق التاجر أو المنتج في سياق عقد الـ (Factoring) .

هذا وقد تناولت المادة (368) فقرة (1) على إنه إذا كانت الحوالة بعوض فإن المحيل لا يضمن وجود الحق إلا وقت إبرام الحوالة وذلك لأن التاجر أو المنتج عندما يضمن وجود الحق وعدم يسار المدين وقت إبرام الحوالة الأمر الذي يجعل مؤسسة شراء الحقوق التجارية يتعذر عليها الرجوع عليه عند فشلها في تحصيل حقوقها من المدينين عند أجل الاستحقاق .

ولذلك نجد أن مؤسسات شراء الحقوق التجارية تحرص على إدراج شرط يلتزم بموجبه التاجر أو المنتج بضمان وجود الحق وعدم إضراره برجوع البنك على عملاء الأخير ، وإعطاء الحق للمؤسسة المالية الرجوع على عميلها عند انتقاء شروط ضمان عدم الرجوع (1) .

ويبدو أنه إذا كان لا بد من طريق استثنائي لرجوع مؤسسة شراء الحقوق التجارية في حالة سقوط حق التاجر في ضمان عدم الرجوع فلا مناص من أن الرجوع الذي يتحقق على الأخير أن يكون وفق قواعد الحلول الاتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني (2) .

ورغم ترجيح قواعد الحلول الاتفاقي لمقتضيات عقد شراء الحقوق التجارية لكننا لا نجزم ملاء منه المطلقة لهذا العقد ، وحيث يترك الأمر لمسار الحياة التجارية القائمة التي من شأنها خلق أسلوب جديد يواكب مقتضيات السرعة والسهولة التي هي مناط العمليات التجارية كونها تمثل طابع اقتصادي يهدف إلى تداول الثروات .

(1) أنظر : هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 77 .

(2) إذا قام الموفي بوفاء الدين ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود أو كان باطلاً أو كان قد انقضى فإن الموفي لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان إذ إن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه فلا يجب عليه الضمان وإنما يرجع الموفي في هذه الحالة على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، فقد تبين أنه وفي حقاً غير موجود فله أن يسترده ، أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 ، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان 2000م ، ف 409 ، ص 709 .

الفصل الأول

ماهية عقد شراء الحقوق التجارية

يُعَدُّ عقد شراء الحقوق التجارية من الأشكال الجديدة لعقود التمويل كما يُعَدُّ من أحدث أساليب الإدارة الحديثة لما يتمتع به من مرونة ومسايرة العملية الاقتصادية

فهو يُعَدُّ من الوسائل التي تؤدي إلى رفع المستوى التجاري داخلياً وخارجياً وذلك من خلال ما تقدمه مؤسسة شراء الحقوق التجارية (البنك أو المؤسسة المالية) للمشروع التجاري أو الصناعي من الضمانات الكافية والخدمات الملحق بها ، الأمر الذي يخرجها من الجمود التي قد تتعرض له بسبب ضعف الإمكانيات المالية والوسائل الإدارية التي عجزت الأخيرة في الحصول عليها من البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى بسبب الشروط المشددة التي ترهق أداء التاجر أو المنتج . وقد نتج عن هذا العقد الكثير من المزايا ، فضلاً عن الخصائص التي يتميز بها عن باقي العقود التقليدية وذلك بسبب العمق التاريخي ، فضلاً عن الأسباب التي حدثت بتطوره بشكل يواكب الحياة التجارية .

فهو يتميز بطبيعة خاصة وأن تشابه مع بعض العقود التقليدية الأخرى التي خصها المشرع بالتنظيم أو التي أتى بها العرف التجاري المصرفي ، مما جعل له تأصيلاً قانونياً كونه يعدّ من العقود التي ولدتها الأعراف المصرفية ولم يحظَ بأي تنظيم تشريعي يعالج أحكامه (1) .

سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتكلم عن مفهوم هذا العقد في الأول منه وعن طبيعته القانونية في الثاني منه بينما نفرّد للثالث منه الكلام عن الأساس القانوني لتحويل الحقوق التجارية لعقد الـ (factoring) .

المبحث الأول

مفهوم عقد شراء الحقوق التجارية

إنَّ عقد شراء الحقوق التجارية لعقد الـ (factoring) يعدّ من الوسائل المتطورة لرشد المشروعات التجارية والصناعية الصغيرة والمتوسطة بالضمانات التي من شأنها أن تجعلها تستمر في مجالها الاقتصادي سيما وأنها قد لا تمتلك الكفاية المالية اللازمة للتوغل أكثر في معطيات العملية الاقتصادية داخلياً وخارجياً .

فضلاً عن أنَّ العقد يتصف بالشئ فحقه بلديد من الخصائص بما يجعله يكتسب الطبيعة الخاصة في مجال عمله الائتماني هذا .

Look Catherine D'Hoir – Loupretre . Droit credit ellipses 1999 . n ; (1) 501-502 , p . 133 .

انظر كذلك د. فايز نعيم رضوان : عقد شراء الحقوق التجارية ، دار الفكر العربي ، 1986 ، ص 9 و 72 . وقد يرد في متن الرسالة اسم البنك أو المؤسسة المالية أو مؤسسة شراء الحقوق ، فيراد بها البنك أو المؤسسة المالية ، وقد يرد اسم المشروع التجاري أو الصناعي ، أو التاجر أو المنتج فيراد بها الأخير (التاجر والمنتج) .

بيد أن اللجوء إلى البنوك للحصول على الاعتمادات غالباً ما يواجه التاجر أو المنتج فيها الكثير من الصعوبات بسبب تعقد الإجراءات الخاصة للحصول على تلك الاعتمادات مما يؤدي إلى تعثر الإنتاج وطمسه وتقويض رأسماله ، كما حصل ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية قبل الحرب العالمية الثانية بالنسبة لصناعة السجاد حيث واجهت ركوداً وجموداً أبان تلك الفترة بسبب صعوبة حصول التجار على تلك الاعتمادات الكافية لمساعدتها على الاستمرار (1) إلا أن هذا الأمر لم يستمر طويلاً ، الأمر الذي جعل تلك المشروعات في أن تجد غايتها عبر نظام عقد شراء الحقوق التجارية عقد الـ (factoring) حيث يُعدّ منقذاً لما تمتلكه من مقومات مالية وإدارية ومحاسبية من شأنها تحقيق أهداف تعدي حقيقتها تجارية وتمويلية للتاجر أو المنتج (2) وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص الأول منه عن التعريف بهذا العقد وفي الثاني منه عن أسباب تطوره وانتشاره وفي الثالث عن دوره التجاري والتمويلي التي حدا بهذا النظام .

المطلب الأول

التعريف بعقد شراء الحقوق التجارية (3)

سنبحث في هذا المطلب عن تعريف هذا العقد ومزاياه ونطاقه ثم نكتب عن خصائصه فضلاً عن وظائف هذا العقد كلّها في فرع مستقل .

الفرع الأول : تعريف عقد شراء الحقوق التجارية

لقد حاول الفقه إعطاء تعريف جامع لعقد شراء الحقوق التجارية الـ (factoring) وكذلك لتحديد المقصود به ولكن في ظل غياب التنظيم التشريعي والقضائي لهذا العقد فهو يعدّ من العقود الغير مسمّاة كونه لم يرد بشأنه أي تنظيم تشريعي يحدد فيه أحكامه وآثاره ، حيث أنّ القوة الملزمة لهذا العقد يمكن أن تستمد من إرادة الطرفين ، فهو يعدّ عقد إذعان كونه يتضمن شروطاً مسبقة يضعها البنك ولا يمكن للعميل مناقشتها سوى ما يتعلق بسعر الفائدة والعمولة وكذلك مدة العقد (4) .

(1) انظر تورية توفيق : وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس : 1987 ، ص 1 .

(2) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 1988 ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ص 415 .

(3) يُعدّ عقد شراء الحقوق التجارية من العقود الرضائية والذي تتوافر فيه الأركان الأساسية (الموضوعية) الواجب توافرها في سائر العقود كي يُعدّ ناجزاً وصحيحاً كالرضا والمحل والسبب نكتفي بذكرها فقط .

(4) انظر : د. مصطفى كمال طه : العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، 2005 ، ص 14 ، تورية توفيق ، مصدر سابق ص 55 ، (والعقد غير مسمى هو العقد الذي لم يطلق عليه القانون اسماً معيناً ولم ينظم أحكامه ومن ثم أنه يخضع للقواعد العامة المقررة في = القانون المدني) انظر : المستشار أنور طلبية : المطول في شرح القانون المدني ، ج 2 ، ط 1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 198 .

فذهب اتجاه بأنه ((نقل لحق شخصي تجاري إلى شركة متخصصة تتولى تحصيله متحملة نتائج هذا التحصيل ، ويكون النقل إما بشراء الحق قبل حلول أجله ، وأما بحيازته لمجرد تحصيله (1) وعرفه اتجاه ثانٍ بأنه : ((ذلك العقد الذي بمقتضاه تنتقل الحقوق التجارية لأحد التجار أو المنتجين إلى أحد البنوك أو المؤسسات المالية المصرح لها بهذا النشاط الذي يضمن الوفاء بها حتى في حالة العجز المؤقت أو الدائم للمدينين فيها عند قيامه بتحصيل هذه الحقوق مقابل عمولة معينة يتفق عليها مقابل تدخله لضمان وتحصيل هذه الحقوق)) (2) .

أما المشرع الفرنسي فقد عرف هذا العقد : ((بأنه عبارة عن عملية أو منهج لإدارة المالية التي بمقتضاها أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية المصرح لها بممارسة هذا النشاط من خلال الشروط الواردة في العقد بإدارة حسابات عملاء المشروع التجاري أو الصناعي المستفيد عن طريق شراء حقوقه لدى هؤلاء العملاء وضمان الوفاء بها مع تحمله مخاطر عدم استيفاء هذه الحقوق في حالة تعنت أو إفلاس أو إفسار المدينين بها)) (3) . .

وقد أعطى بنك فرنسا هذا التعريف عن هذا العقد بقوله ((يقوم نظام شراء الحقوق على انتقال الدائنية التجارية لصاحبها إلى مؤسسة متخصصة يطلق عليه مشتري الحقوق)) (affectorage) والتي تتحمل تغطية المديونية وضمان نهايتها حتى في حالة العجز المؤقت أو الدائم للمدين)) (4) .

من خلال ملاحظتنا للتعريفات التي تناولت هذا العقد نجد أنها اقتصر على ما يعنى بتنفيذ العقد ولم تتطرق إلى الخدمات الإدارية والمحاسبية التي يلتزم بها البنك أو المؤسسة المالية للطرف الثاني في تنفيذ العقد ((المشروع التجاري أو الصناعي)) .

بيد أنه يُعدّ مصطلح الـ (factoring) انكلو سكسوني دخل إلى فرنسا عام 1965 على غرار ما كان متبعاً في البلاد الإنكلو أمريكية ، حيث يُعدّ هذا النظام من النظم المالية لتداول الحقوق التجارية ذات الأجل القصيرة التي لا تزيد على الـ 180 (5) يوماً .

(1) انظر DE chillaz عمليات البنوك ط6 ، 1980 ، دالوزباريس ، ص 604 ، ص 687 ، منقول عن هاني دويدار ، عقد تحصيل الديون التجارية : بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، العدد الأول والثاني ، 1991 ، ص 301 .

(2) انظر 7-9-1969 . Look Revers- cadoret " Lefactring .

منقول عن د. فايز نعيم رضوان : مصدر ، سابق ص 11

(3) المرسوم الفرنسي الصادر في نوفمبر 1973م ، الجريدة الرسمية الفرنسية 5 . J يناير 1974 منقول عن د. فايز نعيم رضوان : مصدر سابق ، ص 13 .

(4) Look : Catherine D'hoir – Laureter . Droit du credit op. cit . 500 , p. 133 .

(5) Look : christain Gavalda , Drait BanCaire . Litesce Edition 1999 No . 429 . p. 211 .

وعلى الرغم من اعتبار مصطلح الـ (factoring) انكلو أمريكي إلا أن المشرع الفرنسي تدخل وترجم مصطلح هذا العقد إلى مصطلح ((affacturage)) في القرار الصادر بتاريخ 1973/2/29 والتي أخذت من كلمة ((factoring)) والتي يقصد بها السند التجاري حيث يُعدّ أساس العقد وموضوع انتقال الحقوق فيه (1).

من الملاحظ أن عبارة ((factoring)) وفق معطيات هذا العقد أصبحت تدل على موضوع عقد شراء الحقوق التجارية تحت تسميات مختلفة لبحوث وكتابات إلى ما يقابلها في العربية ، فمن الصعوبة بمكان أن نجد ترجمة وافية لهذا المصطلح رغم محاولات البعض التحري عن التسمية المقابلة والموافقة لهذا العقد . فنجد بعضهم سماها بوكالة التسويق (2) ولكن هذه التسمية لا يمكن الأخذ بها وذلك بسبب أن وكيل التسويق يقوم بتسويق وتوزيع المنتجات العائدة لعملية البائع وهذا يطابق دور الوكيل في الماضي وحيث انه يقوم بعمل قانوني لحساب موكله بمعنى أنه يُعدّوكيلاً عنه والعقد هنا يُعدّوكالة تخضع لأحكام هذا العقد (3).

أما الآن فأصبح هذا الدور الحيوي للعقد يمثل جانب التمويل من قبل بنوك أو مؤسسات مالية تقوم بهذا الغرض .

ومن الطبيعي أن يقوم البنك بإعطاء الاعتمادات مقابل عمولة أو فائدة لتحصيل تلك الحقوق (4) هذا من الناحية الاقتصادية ، وأما من الناحية القانونية نجد أن دور الوكيل في عقد شراء الحقوق التجارية يقوم بشراء حقوق التاجر أو المنتج شراءً باتاً ولا يمكن له الرجوع على عميله إذا فشل في تحصيلها بسبب إعسار أو إفلاس مدينهم أما الوكيل فله حق الرجوع إذا فشل في تنفيذ الوكالة . مما يدل على أن دور وكيل التسويق لا يستقيم مع متطلبات عقد شراء الحقوق الـ (factoring) .

(1) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية ، دار النهضة العربية ط3 ، 2000 ، ص 564 ، أنظر : تورية توفيق : مصدر سابق ، ص 19 ، وهذه السندات تقبل التداول بطريق التظهير والتي يمكن تحويل الحق الثابت فيها إلى المؤسسة المالية . انظر : قرار محكمة تمييز العراق المرقم (832) مدنية أولى / 1979 تاريخ القرار 1980/10/26 نقلاً عن مجموعة الأحكام العدلية العدد الرابع 1980 ، ص 190 .

(2) انظر : د. علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية 1994 ، ص 117 ، ويسمى بـ (عقد خدمات التخصيم أو الـ factoring) الواردة في نموذج العقد الصادر عن الشركة المصرية لضمان الصادرات والمؤيدة بالقانون رقم 21 لسنة 1992 بإنشاء النظام الأساسي لها .

(3) د. علي جمال الدين عوض : موجز عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ن 1969 ، ص 277 .

(4) انظر : هاني دويدار : مصدر سابق ، ص 301 ، حيث يختلف الوضع القانوني للوكيل بالعمولة كونه يتعاقد باسمه ولحساب موكله فتتصرف الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد لحساب الموكل ، انظر : د. زكي زكي الشعراوي : العقود التجارية في الفقه والقضاء المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (دون مكان طبع) و (دبت) ، ص 30 .

ومنهم من أطلق عليه تسمية الائتزام بضمان عدم الرجوع⁽¹⁾ حيث يضمن هذا النظام وفاء المدين وعدم رجوعه على العميل عند فشله في الحصول على حقوقه بسبب إعسار أو تعنت المدين ويكون ذلك مقابل عمولة أو فائدة إن تحقق غرض أي منها .

بينما البعض سماها شراء الائتزامات التجارية قصيرة الأجل (factoring)⁽²⁾ .

إلا أنه رغم وجود بعض الفوارق بين هذه التعريفات يظهر بجلاء ارتباط قيمة الوفاء بقيمة السندات والتي تمثل نقل قيمة الحقوق بمقابل (عمولة وفائدة) مما يجسد فكرة عقد شراء الحقوق التجارية⁽³⁾ .

وعليه فلا يختلف التعريف الذي نقترحه عن التعريفات التي عرضها الفقه والتي سبق وتم بيانها إلا فيما نضيفه عن جل الخدمات الإدارية والفنية والمحاسبية ، وإجمالاً لهذه التعريفات يمكننا أن نعرف هذا العقد (بأنه عقد يتم بمقتضاه تحويل حقوق التاجر أو المنتج لدى مدينه إلى البنك أو المؤسسة المالية المصرح لها بممارسة هذا النشاط تحويلاً ناقلاً للملكية مع ضمان الوفاء بقيمة هذه الحقوق معجلاً أو أجلاً لقاء فائدة أو عمولة يحددها الطرفان في العقد مع عدم أحقية الطرف الثاني في الرجوع على التاجر أو المنتج عند فشله في تحصيل هذه الحقوق بسبب إعسار أو إفلاس أو تعنت المدينين فضلاً عن الخدمات الإدارية والمحاسبية الأخرى المقدمة والتي تهدف إلى ضمان وسهولة تحصيل تلك الحقوق) .

الفرع الثاني – مزايا عقد شراء الحقوق التجارية ونطاقه

إن تزايد أهمية هذا العقد في الوقت الحاضر يرجع إلى عوامل عدّة تشكل بالحقيقة مزاياه وتحدد نطاقه ، هذا وسنقوم بتخصيص فقرة لكل منها :

أولاً : مزايا عقد شراء الحقوق التجارية

وتتمثل المزايا الواردة في هذا العقد بالآتي :

1- ضمان حصول التاجر أو المنتج على قيمة مستنداته .

من المزايا التي أوجدها نظام هذا العقد هو أن يضمن التاجر أو المنتج الحصول على حقوقه لدى مدينه والذي يُعدّ أهم التزام بالنسبة للبنك أو المؤسسة المالية ، حيث يكون هذا الائتزام باتاً ونهائياً بالشكل الذي يجعل الدائن بمنأى عن خطر إعسار المدينين أو تعنتهم أو إفلاسهم فيما إذا قام بنفسه بمهمة متابعة وتحصيل هذه الحقوق ،

(1) انظر : هشام محمد فضلي : عقد شراء الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، 1997 ، ص 6 .

(2) انظر : السيد عبد المقصود وفا رجب : شراء المديونيات التجارية متوسطة الأجل ، مجلة الأهرام الاقتصادية 24 ، أغسطس 1992 ، فقرة 2 ، ص 2 .

(3) والحقوق التجارية تُعدّ أحد أقسام الحقوق الخاصة والتي تقسم بدورها إلى قسمين ، وهما الحقوق المدنية ، والحقوق التجارية . أنظر : د. رزق الله أنطاكي ، الحقوق التجارية البرية ، مطبعة الجامعة السورية ، 1948م ، ص 1 . د. محمد سعيد فرهود ، القانون التجاري ، من منشورات جامعة حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات ، 1986-1987م ، ص 8 .

إذ تنتقل تبعة هذا الخطر إلى عاتق البنك القائم بالتحصيل والمصرح له بممارسة هذا النشاط (1).

2- يُعدّ نظام شراء الحقوق التجارية الـ (factoring) وسيلة ناجحة لتقليل النفقات ولإدارة المشروع التجاري والصناعي .

إن امتلاك هذا النظام وسائل إدارية ومحاسبية من شأنها إنجاح عملية تحصيل الحقوق بالنسبة للتاجر أو المنتج ، ومسك حساباته ، إذ نجد البنك أو المؤسسة المالية يقوم بهذا الدور بما يوفر على التاجر أو المنتج ما يمكن أن يتحمّله من أعباء مالية ، حيث يقوم بتحرير السندات على العملاء وكذلك مسك سجلاته وحسابات مدينه ، كونه يُعدّ جهازاً إدارياً ومحاسبياً رصيناً يحيط بمراكز العملاء (عملاء التاجر أو المنتج) (2).

3- رفع كفاءة التحصيل من جانب البنك والتي تصب في فائدة التاجر أو المنتج بالشكل الذي يجعل هذه الكفاءة تزيد من قدرات التحصيل وتخفيض قيمة الحقوق الغير متحصلة لما لهذا النظام من أطر قانونية وإدارية ومحاسبية قادرة على تحقيق ذلك (3) . مثلاً نجد أن نشاط البنك المصري لتنمية الصادرات الاستثماري في هذا الجانب حقق أرباحاً صافية بلغت 120.7 مليون جنيه في العام 2000 مقابل 92.1 مليون في ميزانية العام السابق (4) .

4- يقوم هذا العقد بدور خطير في تنمية الصادرات والواردات في العديد من الدول .

لأجل تحقيق هذا الهدف تنظّم مؤسسات الشراء دوائر تغطي الكثير في الدول وذلك للتعاون فيما بينها ، حيث تقوم باستثمار أموالها لهذا الغرض وذلك لتكوين قاعدة تتضمن حقوق العملاء التي ينصب عليها هذا العقد ، حيث يتم التركيز أساساً للتمويل القطاعي بمعنى أن مؤسسات شراء الحقوق تسعى إلى توسيع قطاعها الاستثماري حيث نجد فروع البنك المصري لتنمية الصادرات توسع ليشمل 14 فرعاً فضلاً عن المركز الرئيسي لتحقيق هذا الغرض (5) .

(1) Look : Freddy Salin Ger . factoring . the Law and practice of in voice finance . third edition , No. 13.001 . p. 226

كذلك انظر : السيد عبد المقصود وفا رجب ، مصدر سابق ، ص 4 .

(2) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 1988م ، مصدر سابق ، ص 415 .

(3) انظر : د. حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية ، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق 1983م ، ص 74 .

(4) انظر : التقرير السنوي الصادر عن البنك المصري لتنمية الصادرات عام 2000 ، ص 10 .

(5) انظر : التقرير السنوي الصادر عن البنك المصري لتنمية الصادرات عام 2001 ، ص 9 .

5- ومن المزايا التي يتيحها العقد للبنك أو المؤسسة المالية هو الحصول على العمولة أو الفائدة لقاء الخدمات التي يقوم بها حيث نجد أن أجهزته مهيأة لمثل هذه الأعمال (1).

6- وهناك مزايا أخرى يتيحها هذا العقد للمشروع التجاري أو الصناعي هو الخوض في الأسواق الخارجية بعد أن كان يخشى على قدراته المالية التعثر في استيفاء حقوقه لدى عملائه المدينين ، حيث ثبت له بأن هذا النظام لديه المقدرة وبفضل أجهزته المتطورة على تحصيل تلك الحقوق متجاوزاً كل المصاعب (2) .

ثانياً : نطاق العقد

لا يمكن أن تكون الحقوق مطلقه لكي تشكل محلاً لعقد شراء الحقوق الـ (factoring) حيث يكون محله الحقوق التي يصبح أجل استحقاقها (90 – 180 يوماً) فهي إذن تكون قصيرة الأجل وتتم على أسس نموذجية كالتجهيزات والنسيج والملابس وكذلك المواد الاستهلاكية وكذلك بعض مواد التجهيزات الكهربائية فضلاً عن تقديم الخدمات (3) .

ويمكن القول أن نطاقه يقتصر على المشاريع التجارية أو الصناعية مما يجعل هذا النظام متسقاً بالنسبة للبنك أو المؤسسة المالية للوقوف على حقيقة المراكز المالية لهذه المشروعات وحسب أسسه النموذجية (4) .

ولا يعرف العقد أن يكون المستفيد منه شخصاً طبيعياً بل يمكن للأشخاص المعنوية إبرام عقد شراء الحقوق الـ (factoring) لتحصيل الحقوق العامة مثلاً (5) .

الفرع الثالث : خصائص عقد شراء الحقوق التجارية

يُعَدُّ هذا العقد من العقود الغير مسماة وإذ يُعَدُّ من عقود الإذعان فهو ينفرد بطبيعته الخاصة (6) ويتسم بالخصائص التالية :

أولاً : إنه عقد ينصب على أكثر من حق واحد .

حيث يتضح أن هذا العقد يتضمن شرطاً يلزم المشروع التجاري أو الصناعي بالاقتران على البنك أو المؤسسة المالية التي تعاقدها لاستيفاء حقوقه لدى مدينيه

(1) Look : jean . Lauis . Rives Lange . monique contamane . Raynaud (1) Droit bancaire, Dalloz 6 Edition . 1995 No 582 . p . 529

(2) انظر : هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص 308 .

(3) انظر عقد خدمات التخصيل ((faetoring)) والوثائق الملحقة الصادرة عن الشركة المصرية لضمان الصادرات السابق ذكره . انظر : د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية ، مصدر سابق ، ص 120 .

(4) انظر : د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط 3 ، 2000م ، مصدر سابق ، ص 563 .

(5) هناك تجربة رائدة في مصر حيث قام بنك مصر بهذا الشأن تحصيل قيمة فواتير الإضاءة لصالح مؤسسة الكهرباء . انظر : د. حسن حسني ، مصدر سابق ، ص 74 .

(6) Look : jean stoufflet . Drait Bancaire . Litece . Edition 1999 , no . 429 (6) .. p211

ويسمى بمبدأ الجماعية (Leprincipe de qlobalito) ومفاده التزام العميل بتقديم جميع سندات التجارية التي تم تحريرها على مدينه دون استثناء ما هو مؤداه احترام هذا الشرط⁽¹⁾ وإذا ما تحقق هذا الشرط سوف يقابله التزام على عاتق مؤسسة شراء الحقوق التجارية بأن دورها لا يقتصر على تلك الحقوق المقبولة والمثبتة في سندات التاجر أو المنتج ولكنه يقبل تلك الحقوق المثبتة في سندات غير مقبولة عائدة لذلك التاجر أو المنتج حيث يتعامل مع الأخيرة بخصوص تحصيلها بصفته وكيلًا ، هذا ويتجلى لمؤسسة شراء الحقوق التجارية الالتزام بضمان عدم رجوعها على المشروع التجاري أو الصناعي في حالة عدم استيفائها تلك الحقوق والمتعلقة بسندات التاجر أو المنتج التي تم قبولها ودخولها لديها في ضمان الوفاء⁽²⁾ .

ونرى بأن الحكمة من سياق هذا النظام في التعامل مع الحقوق التي يتم قبولها لديه وكذلك التي لم يتم قبولها هو لتقليل المخاطر المحتملة بقدر المستطاع عن مؤسسة شراء الحقوق في حالة التعرض لها عند تحصيلها الحقوق المتمثلة بسندات ضعيفة يصعب أو يستحيل تحصيلها ويترك أمر السندات القوية التي تكون ضمانات تحصيلها مؤكدة لدى عميلها فيكون ذلك أشبه بتوازن المخاطر المحتملة .
وإذا عدتلك الخاصية السابق ذكرها هي التي تميز عقد شراء الحقوق التجارية عن غيرها من العقود حيث يترك لطرفيها الحرية في التعاقد⁽³⁾ .

ثانياً : من حيث المدة .

يمكن أن يترك لطرفي العقد تحديد مدته ، وفي الغالب تكون هذه المدة طويلة وذلك لكي يتمكن البنك أو المؤسسة المالية دراسة كافة الاحتمالات والمخاطر التي تحول دون تحصيل تلك الحقوق ، وقد يتم تجديد مدة العقد بإعلان الطرفين عن رغبتهم على أن لا تتجاوز مدة العقد أما سكوتهم فيعني الاستمرار به⁽⁴⁾ .

إلا أنه لم يوجد نص تشريعي يعالج مسألتها تحديد مدة العقد بحديها الأعلى والأدنى على الرغم من استطاعة إرادة الأطراف من تحديد مدة أقصى لتنفيذه⁽⁵⁾ ونقترح أن يتدخل مشرعنا ويضع حداً أقصى لمدة هذا العقد إن كان له حظٌ وافرٌ في تطبيقاتنا المصرفية وذلك لنرى إلى أي مدى يمكن لإرادة الأطراف الحق في تحديد الزمن بوصفه عنصراً أساسياً من عناصره .

ثالثاً : من حيث ملكية الحقوق

(1) انظر : هاني دويدار : مصدر سابق ، ص 314

Look : jean stoufflet op – cit .No. : 430 . p . 211 .

(2) انظر : د. علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، مصدر سابق ، ص 124-123 .

(3) انظر : د. مصطفى كمال طه : العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص 13 .

(4) الأصل في العقود التجارية أن يكون لإرادة المتعاقدين كامل الحرية في إبرامها وتحديد مضمونها وذلك طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، انظر : د. زكي زكي الشعراوي ، مصدر سابق ، ص 13 ، تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 56 .

(5) انظر : د. حسن حسني ، مصدر سابق ، ص 79 .

بموجب عقد شراء الحقوق التجارية (factoring) تنتقل ملكية الحقوق المثبتة في سندات التاجر أو المنتج إلى البنك أو المؤسسة المالية المصرح لها بممارسة هذا العقد والذي ينتج عنه التزامين على عاتق المؤسسة المالية وهما التزام إيجابي ويتمثل ذلك بتعجيل حقوق التاجر أو المنتج قبل ميعاد الاستحقاق وكذلك التزام سلبي والذي يتضمن ضمان عدم رجوع البنك أو المؤسسة المالية على التاجر أو المنتج عند فشله في تحصيل تلك الحقوق من المدينين بها (1) .

بيد أن انتقال ملكية الحقوق إلى ذمة البنك أو المؤسسة المالية يوافق ما جاء في المادة (136) من قانون الممتلكات الانكليزي الصادر عام 1925 الذي نظم عملية تحويل الحقوق ، حيث ذكرت تلك المادة أعلاه بان يتم التنازل عن الحقوق بأمر كتابي وأن يتم التوقيع عليه من المتنازل (التاجر أو المنتج) قبل مدينيه (2) .

رابعاً : إدارة وتبسيط حسابات التاجر أو المنتج

بالنظر لامتلاك مؤسسة شراء الحقوق العنصرين الإداري والمحاسبي لإدارة وتبسيط حسابات الدائن بالشكل الذي يجعل المشروع التجاري أو الصناعي بعيداً عن كل المعوقات والتكاليف التي ترهقه من أن يقوم بتحصيلها بنفسه لاسيما إذا كان للدائن مدينون كثر متواجدون في مناطق مختلفة ، الأمر الذي يتعذر معه استيفاء حقوقه تاركاً لهذا النظام مهامه المؤكدة في تحصيلها بالقدر الذي يجعل تركيز التاجر أو المنتج أن ينصب فقط على الإدارة الفنية لمشروعه (3) .

الفرع الرابع : وظائف العقد

يعدّ العقد من الأشكال الجديدة لعقود التمويل ، وبقدر ما يتمتع به من المزايا والخصائص الكثيرة والمتنوعة نراه يختص بوظيفتين ، هما الوظيفة الرئيسية والوظيفة التابعة حيث يشكلان جوهر العلاقة الرابطة بين أطرافه وعلى الشكل التالي:

أولاً : الوظيفة الرئيسية للعقد

يشكل التزام البنك أو المؤسسة المالية في عقد شراء الحقوق التجارية الوظيفة الرئيسية للعقد والناجمة عن تقديم الائتمان بمظهره الإيجابي والسلبي (4) . وإذا كان الائتمان بمظهره يشكّل دوراً ذا أهمية لمواجهة حاجات التاجر ومنها السيولة النقدية فيمكن لنا القول أن هذا النظام يشكل الأنموذج الصائب الذي من شأنه مواجهة مشاكل التحصيل كلها كونها تُعدّ من المعوقات التي تواجه التاجر أو المنتج فيما لو قاموا بتحصيلها بأنفسهم .

ثانياً : الوظيفة التابعة للعقد

-
- (1) انظر : هشام محمد فضلي : مصدر سابق ، ص 154 .
(2) Look : Freddy Salin Ger , factoring . the low and practice of in voice . op . cit , No 13.004 . p 228
(3) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، ط88، مصدر سابق ، ص 415
(4) حول هذا الموضوع راجع الفقرة (3) من الفرع الثالث من هذا المبحث .

وهو التزام البنك أو المؤسسة المالية بتقديم الخدمات الإدارية والمحاسبية والملحقة لها والتي لها أهمية قصوى لطرفي العقد .

بالنسبة للعميل (التاجر أو المنتج) نجده يقوم بالاتفاق مع البنك أو المؤسسة المالية على تحصيل حقوقه بالشكل الذي يرفع عن كاهله الأعباء المالية كلها والإدارية والمحاسبية في الرجوع على المدينين وهو يأتي في نطاق مد جسور الثقة بين العميل ومؤسسة شراء الحقوق التجارية على قبول سندات كلها بما فيها تلك التي سبق للمؤسسة رفضها ، من شأنه أن يقوم بتلك الخدمات عوضاً عن التاجر أو المنتج (1).

أما بالنسبة لمؤسسة شراء الحقوق فإن الاعتماد الممنوح بشأن كل مدين للتاجر أو المنتج هو بالحقيقة نتيجة لامتلاك هذا النظام جهاز استعلامي يحيط بكل العملاء ومدينهم من شأنه الكشف عن كل ما تشكله الضمانات المقدمة للمؤسسة المالية وحالاتها التي يتطرق إليها أحكام العقد أو القانون ، بالشكل الذي يجعل المؤسسة متيقظة لكل ما يطرأ على العملاء من تغيير ويتحقق ذلك من خلال حسن إدارة حسابات التاجر أو المنتج من قبلها ، والسندات الناتجة عن كل عملية ، هذا فضلاً عن قيامها بالاستيثاق عن موقف العملاء من الغير في كل شأن يخص الاعتماد (2).

المطلب الثاني

تأصيل عقد شراء الحقوق التجارية

إذا كانت المزايا التي انعطفت على عقد شراء الحقوق والتي حدثت بتطوره ناتجة عن كونه وسيلة متطورة تلبي حاجة المشروع التجاري أو الصناعي في إطار هذا العقد إنما تقوم على التعاون الجدي بين مؤسسة شراء الحقوق والمشروع التجاري أو الصناعي لتحصيل حقوقهم تجاه مدينهم ، لا شك أن هذا النظام يرجع إلى أسباب دولية واقتصادية واجتماعية تمخضت عنه وجعلته يُعدّ من الأشكال الجديدة لعقود التمويل ليكتسب بذلك الطبيعة الخاصة .

هذا وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع لإيجاز هذه الأسباب :

الفرع الأول : السبب الدولي

وإذا كان من الأسباب الدولية لانتشار وازدهار هذا العقد هو بمناسبة تحصيل الحقوق الخارجية والوفاء بها تفادياً لصعوبات وتكاليف هذه الحقوق من قبل الدائن وتحاشياً للانتقال عبر المسافات البعيدة من أجل تحصيلها .

لقد نشأ هذا العقد في إنكلترا في نهاية القرن الثامن عشر ثم انتقل إلى أميركا الشمالية عندما كانت مستعمرة بريطانية ، حيث كان ذلك عندما احتاجت العلاقات

(1) انظر : د. محمود عبد الرحمن : الحلول الشخصي ، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، (د.ت) ، ص 379 .

(2) انظر : أحمد هريدي : كيف تقترض من البنوك ، دار الكتب المصرية ، (د.ت) ، ص 14-13 .

التجارية الأمريكية إلى وسيلة فنية لتحصيل حقوق تجار ومنتجي إنكلترا لدى عملائهم الموجودين في أميركا (1) .

لم يكتفِ الوكلاء الأمريكيان في التعامل مع السوق المحلي بل توجهت أنظارهم إلى السوق الأجنبية وخاصة الأسواق الأوروبية مستفيدين من برنامج التأمين على الصادرات الذي وضعته حكومة كنيدي عام 1961م حيث أنشأت لها فروعاً من البنوك المحلية حتى انتشرت تقنياتهم عبر أوروبا (2) .

أما في فرنسا فقد ظهر هذا العقد بشكله العلني عام 1965 (3) وقد أنشأت العديد من الشركات لتأدية هذا الغرض نذكر منها الشركة الفرنسية لشراء الحقوق s.f.f وشركة فرنسا (Heller) لشراء الحقوق حين كانت من الشركات الأكثر ذيوياً وكانت الاعتمادات التي خصصت لهذه الشركات بلغت في عام 1995 على (100) مليار فرنك فرنسي (4) .

وفي باقي الدول الأوروبية تطور عقد الـ (factoring) بشكل كبير لا سيما في العقود الأربعة الماضية حيث كان يقوم بدعم الأعمال الداخلية وربطها بالتجارة الدولية حيث شهدت عقود الستينات والسبعينات من القرن الماضي تطور هذا العقد في إيطاليا وأسبانيا والمملكة المتحدة ، ففي إيطاليا مثلاً ساعد انتشار هذا العقد إلى ظهور الكثير من المشترين للبضائع وبالتالي أدى إلى انتعاش هذا العقد فيها وتطوره (5) .

ثم استمر تطور هذا العقد حتى ظهرت شبكات دولية لممارسة هذا الدور التمويلي الذي هو عبارة عن فروع للشركة الأم ومهمته تسهيل تحصيل الحقوق التجارية عبر الدول متجاوزة حدود إنكلترا وتتضمن الخدمات الملحقه كافة التي تُعدّ من جل التزامات مؤسسة شراء الحقوق التجارية لاسيما الإدارية والمحاسبية وكل ما يحيط بمراكز العملاء ومدينيهم ، ومن أمثلة تلك الشركات (Factor) أو (Heller) (general Factoring – international factor) (6) .

(1) Look . jean Lous – op . cit . no 581. p . 529

(2) انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص13.

(3) انظر : عمر بقة : مصدر سابق ، ص 1 .

(4) Look . Rives . Lang . monque contaméne – Raynaud , Droit bancaire (4) Dalloz Edition , 1995 No . 581- p – 529

(5) Look : LEO D . Arcy . Export Trade . the Law and practive of international trade No 1.028

(6) Look . Mukoie (o) Le Factoring technique de gestion et financement une analyse dr . ec'on . the'se mont pellier . 1975 . p. 219
منقول عن تورية توفيق : مصدر سابق ، ص 16 .

وبذلك أصبح هذا العقد منتشرًا بشكل واسع على صعيد التجارة العالمية وفي عام 1988 تم توقيع اتفاقية دولية لتوحيد القواعد المتعلقة بعمليات الـ (Factoring) والتي هي اتفاقية أوتاوا لعام 1988⁽¹⁾.

هذا وقد ازداد عدد الشركات أو المؤسسات التي تعتمد نظام الـ (Factoring) إلى خمس وعشرين مؤسسة أو شركة وقد اهتمت بأكثر من ستين مليار يورو بينها 20% تقريباً على الصعيد الدولي و 80% على الصعيد الداخلي الفرنسي⁽²⁾. أما في الدول العربية فلم يحظى هذا العقد بأي تنظيم تشريعي ولم نجد له أي تطبيقات عملية باستثناء البنك المصري لتنمية الصادرات وذلك لتنمية صادراتها عبر الدول بواسطة هذا الأخير ، حيث يقوم بدور تمويلي لأنشطة التاجر أو المنتج وعبر هذه المؤسسة والقيام بمهمة تحصيل الحقوق كإطار لنظام شراء الحقوق التجارية⁽³⁾.

ثم تلاه بعد ذلك الشركة المصرية لضمان الصادرات حيث كان لهذه المؤسسة نظامها وشروطها لقيام مثل هذا العقد وتنفيذه⁽⁴⁾.

أما في لبنان صدر عن مصرف لبنان القرار المرقم 7507 في 2000/1/12 الذي نشر للمرة الأولى فيها اسم الشركة اللبنانية للفاكتورنج ش.م.ل ضمن لائحة المؤسسات المالية⁽⁵⁾.

ولكننا لم نجد من خلال هذا البحث عن هذا العقد الذي انتشر عطاؤه أي دور لمشرعنا العراقي ولا للتطبيق العملي المصرفي أي ذكر بخصوصه . لذلك نوجه لمشرعنا الكريم الدعوة في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي سيما اتجاهات اقتصاد السوق الحر أن يكون لهذا النظام حظاً وافراً في الأخذ به أسوة بالبلدان التي سبق لها أن أخذت به لما لهذا النظام من قدرة على تلبية متطلبات العملية الاقتصادية وذلك بتوسط البنوك أو المؤسسات المالية المصرح بها بممارسة هذا الدور الحيوي .

الفرع الثاني – السبب الاقتصادي

يكتسب عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) دوراً إيجابياً في تمويل المشروعات التجارية أو الصناعية وذلك لدعم العملية الاقتصادية بدفعها إلى أمام . حيث أن تعجيل حقوق التاجر أو المنتج قبل ميعاد الاستحقاق وتخليصه من الأعباء الإدارية والمحاسبية بالشكل الذي يجعله يتجه نحو الإدارة الفنية لمشروعه التجاري أو الصناعي متفادياً كل المشاكل التي تواجهه ، وحيث يُعدّ

(1) انظر : د. نادر شافي : عقد الفاكترنج ، عقد شراء الحقوق التجارية ، بحث منشور على مجلة الجيش اللبناني عدد 241 في 22/1/2007م ، وعلى الموقع الإلكتروني www.edbebank.com ، ص 1 .

(2) انظر : عمر بقلّة ، مصدر سابق ، ص 1 .

(3) البنك المصري لتنمية الصادرات عبارة عن شركة أنشأت بقانون خاص رقم 95 لسنة 1983 ويخضع لأحكام قانون البنك المركزي المصري . انظر : التقرير السنوي للبنك للأعوام (1999-2004م) .

(4) حيث يُعدّ عقد الـ (Factoring) كأداة لشراء الحقوق التجارية عبر هذه الشركة .

(5) انظر : د. نادر شافي ، مصدر سابق ، ص 2 .

هذا النظام من عوامل زيادة الانتاج وتحسين ظروف المشروع التجاري أو الصناعي (1). وقد حرصت الشركات التي أخذت بهذا الدور الحيوي ومنها الأنكلو أمريكية وكذلك الفرنسية بإبراز الدور الاقتصادي لهذه المشروعات ليس على نطاق التجارة الداخلية فحسب بل عمدت إلى وضع الأساليب الحديثة لما تمتلكه من الآليات المعتمدة لتحصيل الحقوق على نطاق التجارة الخارجية ، ذلك لأن نظام شراء الحقوق يُعدّ من الأشكال الجديدة وممن الأساليب الإدارية الحديثة (2).

ويبدو أن لهذا الدور أهمية كبيرة ، حيث نجد أن للتاجر أو المنتج الكثير من العملاء منتشرين على نطاق جغرافي واسع إلى حد ما في مختلف الدول إلى حد ما يتعذر عليه أن يقوم بتحصيل حقوقه عند ميعاد استحقاقها بدون مواجهة مشاكل في تحصيلها ، حيث بإمكانه اللجوء إلى من يقوم بتحصيلها وحلها محلها متفادياً الصعوبات كلها ، لذلك يمكن القول أن وجود هذه المؤسسات جاءت لتلبية حاجات التاجر أو المنتج في تحصيل حقوقه لدى مدينه مقابل فائدة أو عمولة أو حسب شروط العقد مع ضمان عدم رجوع البنك على الأخير عند فشله في تحصيل تلك الحقوق من المدينين بها (3) ، قد تشكلت لهذا الغرض الكثير من المؤسسات المالية التي أصبحت تعرف ببيوت المال (Factoring Houses) (4).

ولا غنى عن دور المؤسسة المالية في مجال التجارة الخارجية (الصادرات) حيث تقوم بتنمية دور الصادرات من خلال الخدمات التي تقوم بتقديمها للمشروع التجاري أو الصناعي مثل تقديم المعلومات المتعلقة بالأسواق الخارجية وقنوات تصريف البضاعة المصدرة وأهم تلك الخدمات هو ما يطمح إليه التاجر أو المنتج لتلبية حاجاته ومصالحه التي تتمثل بتعجيل قيمة حقوقه لدى مدينه بشأن كل عملية تصدير (5) دون أن ترهقه تلك الإجراءات فيما لو باشرها بنفسه ، كالا اعتماد المستندي التي لا يمكن لها أن تواكب مقتضيات السرعة التي يتطلبها عقد الـ (Factoring) (6).

الفرع الثالث – السبب الاجتماعي

من الأسباب التي جعلت عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) ينتشر اجتماعياً في الكثير من الدول هو كونه يقوم على

(1) Look : jean stoufflet . op. cit N . 429 . p . 211

(2) انظر : د. محمود عبد الرحمن : الحلول الشخصي ، مصدر سابق ، ص 378 وما بعدها

(3) انظر في وصف عملية تحصيل الديون التجارية : د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، ج 1 ، 1987 ، ص 522 ، فقرة 444 .

(4) انظر : (christain Gavlda) العقد المسمى بالـ (Factoring) مجلة الأسبوع القانونية ، 1966 ، ف 6 .

(5) انظر : د. محمود عبد الرحمن محمد : الحلول الشخصي : مصدر سابق ، ص 378 .

(6) انظر : في هذا الشأن د. محي الدين إسماعيل : موسوعة أعمال البنوك في الناحيتين القانونية والعملية ، ج 2 ، 1987 ، ص 743 .

الاعتبار الشخصي⁽¹⁾ حيث نجد لشخصية العميل (التاجر أو المنتج) مركز ثقل بالنسبة للتعاقد مع مؤسسة شراء الحقوق ، كسلوكه وانتظامه لأعماله التجارية ، فهو عامل مشجع بالنسبة لمؤسسة شراء الحقوق التجارية حينما تقوم بمنح الاعتماد الذي تمثله السندات المقبولة لدى تلك المؤسسة ، ولأنَّ من غير الممكن أن نجد البنك يتعامل مع العميل كونه ميسوراً وبسبب امتلاكه الموارد بل لا اعتبارات أخرى مهمة في هذه العلاقة مثل سمعته وأمانته وحسن تصرفه وسلوكه وقابليته على الأداء بشكل إيجابي ذلك أن تنفيذ العقد يُعدّ أولى من العقد نفسه⁽²⁾ .

بيد أننا نجد مؤسسة شراء الحقوق تمتلك الآليات المتاحة كجهاز للمعلومات الذي يستطيع أن يحيط بمراكز العملاء ونشاط الإدارة للمشاريع التجارية والصناعية⁽³⁾ .

هذا فضلاً عن أنه يتضمن الكثير من الأسئلة حول من يريد التعاقد عبر قنوات هذا النظام كالياناعات التي تخص العميل مثل الاسم التجاري ومدى امتلاكه رأس المال الذي يستطيع من خلاله إدامة واستمرارية نشاطه التجاري كذلك عن كل ما يحيط بالبضاعة من معلومات كإنتاجها وجودتها ومدى رواجها في السوق وسهولة تصريفها ، وهي لا تقل شأن عن الخدمات الملحقة التي يقدمها هذا النظام هذا فضلاً عن مقدار الفوائد والعمولات التي يستحقها عن هذه الخدمات كذلك تشمل هذه المعلومات مدة العقد التي يتفق بشأنها أطراف العلاقة التعاقدية على تنفيذ العقد .

ويبدو أن هذا يتحقق عبر امتلاك هذا النظام الوسيلة الفنية المثلى سواءً المالية أو الإدارية منها أو المحاسبية التي تتكفل بتلبية حاجات المصلحة المشتركة للتاجر أو المنتج أو مؤسسة شراء الحقوق من جراء تنفيذ ذلك العقد⁽⁴⁾ .

ومما هو واضح أن مؤسسة شراء الحقوق لا تكتفي بجمع المعلومات الخاصة بعميلها التاجر أو المنتج بل تمتد أيضاً إلى عملاء هم المدينين في ظل التحريات الدقيقة عنهم ولأسباب التي سبق لنا ذكرها وذلك ليتسنى لها اختيار الحقوق المضمونة لإدخالها بضمان الوفاء من خلال تقييدها في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح باسم المشروع التجاري أو الصناعي⁽⁵⁾ .

بيد أنَّ للبنك أو للمؤسسة المالية رفض إجراء التعاقد بشأن العميل متى تبين أن سلوكه وسمعته مشكوك فيها أو إذا طرأ عليها ما يخل بهذه الشخصية كإفلاسه مثلاً

(1) Look : christoin Gavalda , Droit Bancaire op . cit No . 430 .

(2) كذلك يَعدّ تنفيذ العقد لدى المؤسسة المالية قبل عملائها على أنه يحمل مبدأ أنَّ العقد شريعة المتعاقدين . انظر : أحمد هريدي ، مصدر سابق ، ص 13 .

(3) انظر : د. محمود عبد الرحمن : مصدر سابق ، ص 379 .

(4) انظر : د. علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، مصدر سابق ، ص 119 ، هشام محمد فضلي ، مصدر سابق ، ص 149 .

(5) ذلك باعتبار عقد شراء الحقوق عقداً إطارياً تنضوي تحته الكثير من العمليات ومنها قيود الحساب الجاري ذلك كونه يقوم على الاعتبار الشخصي وما لسمات شخصية المتعاقدين من اثر بالغ في انعقاده . انظر : د. سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، 1978 ، ص 308-312 .

فهو عندئذ يكون سبباً لفسخ العقد وحيث يمكن لأطراف العلاقة استبعاد نتائج الاعتبار الشخصي وذلك لكونه يُعدّ من جوهر العقد وليس من طبيعته (1) .

المطلب الثالث

الدور التجاري والتمويلي لعقد شراء الحقوق التجارية

سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول منه عن الدور التجاري وفي الثاني منه عن الدور التمويلي .

الفرع الأول – الدور التجاري للعقد

يُعدّ عقد شراء الحقوق من عقود الخدمات المصرفية الواردة على العمل (2) وطبيعي أن يقوم بهذا الدور المعتاد البنك أو المؤسسة المالية المصرح لها بممارسة هذا النشاط وحسب ما جرى عليه العرف المصرفي (3) .

ومثلما هو معروف أن هذا العقد انتشر في بداية القرن العشرين انتشاراً واسعاً وأدى إلى تحقيق أغراض اجتماعية عديدة وكان النموذج الذي تحقق وأصبح عبر مؤسسات مالية مصرح لها بممارسة هذا النشاط ، حيث مارست هذا العقد مؤسسات مالية ضخمة تقوم بخدمات العملاء في عمليتي الضمان والتمويل ، تقادياً للمشاكل التي شهدتها العالم في الفترة الماضية والتي كان لها الأثر البالغ في تعثر أعمال عقد شراء الحقوق الـ (Factoring) بسبب تلك الفترة حيث كانت الفرصة سانحة أمامهم لإثبات دورهم التجاري من خلال تقديم التسهيلات المالية للمشاريع التجارية والصناعية (4) .

لذلك نجد أن دور عقد شراء الحقوق لا يتوقف عند حد ضمان الوفاء بقيمة حقوق التاجر أو المنتج التي تمثلها سنداته بل أيضاً تشكل الخدمات الإدارية والمحاسبية والتي تُعدّ من أحد الأسس المهمة لنجاح وانتشار هذا العقد في الحياة التجارية ذلك لأن التنظيم العملي والفني للمشاريع في ظل هذا النظام ساهم في تقدمها وشكل حافزاً للعملية التجارية التي جاءت من أجلها (5) .

(1) هناك من المبادئ المعبرة عن الارتباط بين الائتمان والثقة وعبرة هذا المبدأ تقول ((الائتمان مات والموفي السيئ قتله)) نقلاً عن د. نبيل إبراهيم سعد : نحو قانون خاص بالائتمان ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، (د.ت) ، ص 25 .

(2) هي خدمات يقوم بها البنك أما وكيلاً عن عميله أو مؤجراً خدماته أو مودعاً عنده فالتوكيل مثل تحصيل الحقوق لدى مدينيه . انظر : د. حسن حسني ، مصدر سابق ، ص 57 .

(3) Look : Leo Darcy . export trade – op . cit . No . 1.32 . christain (3) . cavalda . Drait Bancaire op . cit . No 430 .

(4) حيث كانت الرسوم الكمركية التي فرضها قانون 1883م الأمريكي أدى إلى كساد تجارة النسيج مما أخفق عملية شراء الحقوق في تلك الفترة . انظر : تورية توفيق ، مصدر سابق ، ص 11-12 .

(5) LOOK.: S.Rolin . le factoring . 1972 . p. 15

لذلك نرى أنَّ عقدَ شراء الحقوق الـ (Factoring) قادرٌ على خلق مصالح مشتركة لأطرافه سواءً من جانب البنك أو المؤسسة المالية من جهة أو المشروع التجاري أو الصناعي من جهة أخرى ، حيث تكون لأطرافه الرغبة الإرادية لتوسيع نشاطهما التجاري وبالتالي إلى زيادة الإنتاج .

فمن جانب المؤسسة المالية يُعدّ حافزاً لها من خلال تملكها الآليات المعتمدة التي تكفل نجاح هذا العقد في جانبيها الفني والإداري من خلال منح الاعتماد ، أما بالنسبة للتاجر أو المنتج يؤدي هذا النظام إلى زيادة معاملاته وتقديم أكثر عدد من السندات ليحضى بموافقة تلك المؤسسة وقبولها كي تدخل في ضمان الوفاء ، واستناداً لمبدأ الجماعة (1) .

كذلك يلتزم البنك بموجب شروط العقد بإمداد التاجر بالمعلومات الكاملة عن عملائه بكل ما يحسن صحة الوقوف عن سلامة المركز المالي لهم ، وهذا ما يثبتته الواقع العملي لهذا النظام نظراً لما يمتلكه من جهاز معلوماتي لاسيما قبل الاقدام عن كلّ عملية وفاء (2) .

وكلما كان دور هذا الجهاز إيجابياً كلما تصاعدت وتيرة التحصيل وبالتالي يؤدي إلى تقليل نسبة المخاطر عن السندات الغير متحصلة التي تمثل الحقوق المشكوك فيها ، وهي الحقوق التي لا ترتقي إلى ضمان الوفاء من جانب المؤسسة المالية .

الفرع الثاني : الدور التمويلي للعقد

من خلال البحث عن مفهوم عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) عن دوره التمويلي نجد أنه حقق ويحقق دوراً إيجابياً في تنمية الصادرات والواردات بين الدول ، حيث يسهم بالوفاء بقيمة الحقوق التي تمثلها السندات ، وهي حقوق التاجر أو المنتج قبل مدينه العملاء مما جعله أداة فاعلة في مناطق جغرافية واسعة من العالم لتلبية هذا الغرض وما وجود البنوك أو المؤسسات المالية المصرح لها بهذا النشاط إلا لتأكيد دور هذا النظام وجذوته (3) .

وإذا كان دور مؤسسة شراء الحقوق التجارية المعنية بهذا الأمر قادراً على تقديم الائتمان بالمظهر الإيجابي والسلبي وما يلحقها من الخدمات الملحقة التي تشكل جوهر هذا النظام وأسس العلاقة التي تربط أطرافه فهو يقابل حلول البنك محل التاجر أو المنتج في حقوقه تجاه مدينهم ، الأمر الذي يجعل الأخير بمنئى عن خطر إفسار المدينين واللجوء إلى البنك لغرض الحصول على قيمة حقوقه (4) وفق آليات وبرنامج هذا العقد .

ولكن الدور الذي يقوم به البنك في تحصيل حقوق التاجر أو المنتج لا يتم على سبيل التبرع وإنما يتم على سبيل المعاوضة ، حيث يستحق عن تلك الخدمات التي

(1) Look :FREDDY SALIN GER . op . cit . p . 226 .

(2) انظر : د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية ، 1989 ، ص 646 وما بعدها .

(3) انظر : Look : jean lawis . op . cit . p 529 .

(4) انظر : Look : Catherine D,hoir. Op . cit . No 510 . p . 135 .

يؤديها فائدة أو عمولة أو حسب ما تقتضيه طبيعة هذا الاتفاق المبرم بين أطرافه (1) وقد وجدت الكثير من الدول التي تمارس هذا النظام غايتها بإبراز الدور الفني لهذا العقد لاسيما الأمريكية والإنكليزية والفرنسية منها ، حيث كانت هذه المؤسسات تقوم بدورها الائتماني بشكل فعال وناجح (2) .

بيد أن تلك المؤسسات نجدها تقوم بدورها الرئيس في سياق الخدمات المصرفية لتأدية ما يترتب عليها من التزام لتنفيذ مضمون العقد ، إذ أن الإخلال بتنفيذ مقتضيات هذا العقد يترتب المسؤولية التعاقدية عليها (3) .

إلا أن ظهور هذا النظام في بلادنا العربية يعطي مؤشراً إيجابياً لمعطيات هذا النظام في دفع العملية الاقتصادية إلى إمام ، وهو ما يتمثل في دور البنك المصري لتنمية الصادرات والشركة المصرية لضمان الصادرات (4) حيث يقومان بدورهما الائتماني في سياق عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) الأنموذجي ، فهو يحدد شروطه والتزاماته تجاه عملائه وهم التجار والمنتجين على أكمل وجه .

(1) انظر : د. محمد حسين عبد العال ، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر ((في ظل فكرة اتفاق الإطار (مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد الثالث – العدد الأول 2006 ، ص 31 ، المشرع الكويتي عند تشريعه للفوائد فهو لم يقرها بقوة القانون بل اشترط اتفاق الطرفين على استحقاقها . انظر : د. حسني حسن المصري : الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها . مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ملحق العدد الأول العدد مارس 2003 ، ص 115 .

(2) حيث كانت عمليات الـ (Factoring) تشكل موضوع اتفاقية (otawa) أوتوا Look : jean Lauis op . cit . No 581 .

(3) انظر : د. حسن حسني ، مصدر سابق ، ص 74 ، انظر : د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزامات في القانون المدني العراقي ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، 1980م ، ص 164 .

(4) ومن المؤشرات الإيجابية والرائدة هو ظهور هذا العقد في لبنان تحت اسم شركة الفاكورتونج اللبنانية سوليفاك (ش.م.ل) حيث كانت نشأته حديثة في العام 2000م وذلك من أجل خلق جو اقتصادي استثماري وفق معطيات هذا العقد ، انظر : د. نادر شافي : عقد الفاكورتونج ، مصدر سابق ، ص 4 .

Babel university
Law college

**Lawful system for contract buying the
trading law(the factoring)**

Survey comparison

**Thesis produced by muhammed abd humady
To councilthe law college in babel university**

**It's apart from requirements to obtain of
master certificate in special law.**

**Supervision by :
Dr. Ebrahiem Esmaeel Ebraheem**

2008

Considered contract buying the trading law or the factoring from the new contracts that's appears at the trading area, that's considered from the contracts which grant needs the trading and industrial projects which had the short term, which don't exceed the time of it's term more than 180 days.

This operation be embodied through engagement by the bank or the financial establishments which dealing this purpose, that's assume engaging this energy, through the financing and assurance.

The France law that's produced at 21/11/1993 it's bold engaging this energy for the company that's depends at the banks system.

Therefore required the person and establishment as a criminal, whom using this energy without gets for previous permission from the establishment who responsible about this matter.

About the law naturally of the contract if it's nearly from some system which specialized by the legal with organization or that's comes by the banks law, but it's considered complex contract .

It's contain some of contracts as attorney ship contract, adversary contract and pledge contract, it's divided this contract by multiply it's different elements.

Although this contract was it's beginning don't passing area of reality order but the economical situation and the naturally of this system make that we can't depend on the reality order therefore that's been using the agreement solution's system which it's according to the civilian Law.

Because the available laws conditions in the agreement solutions also available in a factoring or contract buying the trading law and represented by comeback the creditor his reality and make accord about the solutions and time the solutions with payment.

That's considered the factoring from the trading contracts which had the especial truly, that's contain more of distinct, which can financing the trading and industrial project's that's the small and medium with depending.

Which can depend of the bank or the establishment in this matter two reality: the first represented on positive reality and in it's the bank who working in this matter by salvation the reality of merchant or producer before the time of deserving to be can investing the money that's he get's it to maintain his different projects and investing it in paying the industrial operation and getting of the winner's without waiting to the time of it deserving and let the investing chance from his investing if he waiting to get it tell the time of deserve.

For knowing the contain of this contract is the reality late buying which is binds of the merchant or the producer which represented hi engagement for his borrowing as a commodities that's delivery or services that's produced to the borrowing. And now the agreement solution's system the law found that's we can conversion the reality of merchant or producer to the bank or the finances establishment, that's when the merchant or producer conversion his reality before his borrowing so he delivery the bank most of the bonds that's represents this reality Through agreement contain the band and supporting for conversion that's realties and it's called the agreement of the debt.

And we followed with the solution bonds this agreement that's showing the bank or the establishment is now replace with the merchant or the producer before the borrowing for them.

And the second engagement represented in system of factoring contract and called the negative engagement which represent in not returning the establishment who can dealing by this activity returning for the merchant or the producer when it failure in received it's reality from the borrowing when the time of deserving when refusing the borrowing for it to return the money.

The bank or the establishment with the finance we saw it produced the services for this contract and it's called the

managing finance services, because from the discrimination of this contract that make it's word famous, that's it's contain from managing informational and finically system can to lead the financing of the merchant or producer, also knowing all of his friends from the merchant and them borrowing as his famous and if he is difficult in his treating or no and if he can be realty in his buying for his borrows, because from the properties that's contain this contract is depends on the personally respect. When the personal of every one of it border consider really thing and if any thing happens in this contract that's broken this respect considered one of causes lead to failure the contract.

Also this contract considered accept contract don't need the shapes in it, whatever the strengthen of the contract seeing the extremes this contract special shape as a writing for the proof or conversion the reality according to agreement solution system. This system depend on collective benefit between his sides the bank or the establishment also the merchant or the prod.

Considered this contract from the unnamed contracts so the law had not putting laws repairing it's contain, therefore considered from the contracts that's came from the custom bank and after that it's had it's system for what contain according to the law of the contract and the foundation that's most conversion the reality according to it.

I'm divided the search for three parts and before that I have an introduction in the first chapter processing in it the understanding of this contract by it's definition, range and it's low originally, which showing through it the causes that's lead to it's developing as the international , social and industrial causes.

To touch on the naturally of this contract extent of it's near from some traditional contracts as a proxy contract, advance contract and pledge contract also the renovation and delegate and to touch in this chapter about the law foundation to convert the real merchant or producer according to judgments of the agreement solutions therefore the agreement was at the judgment of the agreement solution's.

In the second chapter we searching the subject of the law excitation supplement at this contract in the relation of the consequence establishment with it's agent the merchant or the producer through the reality and engagement every one also the law relation that's connect the consequence establishment with the borrows.

In the third chapter we searching subject the end of the contract according to general causes as a repeal and impossible the running or the special causes that's end with it this contract by the single wishing for every one from them, whatever we can't say this contract consider absolute to be suitable for the future economical operation , although it's the best from the meaning of the economical operation because it's been available all of needing of the economical operation therefore all of the consequence establishment that's treating by this type of the contracts be able to realization the purpose of the industrial and trading projects by positive shape.

Ministry of Higher Education and Scientific Research

A form of Outcomes of dissertations and theses for higher studies at the Iraqi universities

Form number	

University	Babel	College	Law

Department	Special	Section	Commercial

Title of the dissertation	The legal system for trading realities bought contract	Date of record the dissertation:	Nature of research : Academic	Office benefitted: date of contract:	

Student's name	muhammed A. H. N. alfhdawi	Age and date of birth	1/1/1963	Sex	male	Employer	
Date of admission		admission channel	direct				

Supervisor's name	scientific title	employer	sex	age
Dr. E. E. Ebrahim	assistant professor	university of Babel / legal college	male	55 years / born 1953

- 1- Mention the Quadra name and surname as it is in the dissertation or thesis.
- 2- Employer mention. Ministry or office of the student.
- 3- Determine the nature of the research: academic or practical, if practical mention the name at the office benefitted and the number and the date of the signed contract.

Date of official letter form university		certificate	master	general specialization	special dep.	Accurate specialization	commercial dep.
Key words :							
Summary of thesis							
The legal system for trading realities bought contract We are present summary of this subject according to the next division: First: research subject definition: The bought contract of trading realities or what knowing the factoring contract is from the new shapes for the financing contracts and considered also from the novel managing manners at the trading area for what does it have from the pliancy and accompanying the economical operation. This contract considered from the unnamed contract because it had no legal organizing treating the judgments, so that’s mean it's can be let for the contract the freedom of choice the legal system and the contracts conditions. Second: the research importance and the causes of choice. The contract's importance and it's activities in assistance the trading at the international or interior domain it has the effect in choice the subject that's represented by: The problem of getting the commercial realities is one of more elements had trip the commercial establishment that's the smaller or middle volume and what's products from thoughts from it's. the clearance dangerous and ends its moral personality, this problems represented by several elements, from it's fail to pay on time by the bought and commercial projects needing to the cash fluidity to save the continuity at it's different activities and from it's: realities precipitate before the time of payment and also from the importance that's leads to choose this research is not take this project by the Iraqi laws by the organizing and we don’t have any judgment sign or doctrine opinion that's discuss this subject and there is no writes for written or Iraqi research study make deep of this subject and give and drawing the limits for this project from the data that's must be refers to it and being to it the working and legal meaning. Third: the research domain:The studying in this contract is focus on the version of the legal system because it's from the contracts that's makes at all of the commercial domain by considered it from the finance element's that's had the special natural. Fourth: plan of research division:According to what produced, I have to divide the research for three parts, we search at first about the natural of the contract by the definition and limit it's legal natural and the legal foundation to finance the realities of the merchant or the product before his borrows to the bank or the finance establishment that's had the permission to practice this contract.At the second we search about the legal effects about this contract from realities and duties for every one from the limbs of the contractor realities in this system (bank or the finance establishment) or (the merchant or the product) or the agents who deserves this realities. At latest we search the end of the contract whether by the general causes that's ends by it all the commercial contracts or the special causes that's specialist of this contract because it's from the contracts that's considered by the personal respect. At the termination we searched the important results that's we arrive at it, and the recommendations that's we suggest to do at it. The god is behind the aim.							
NOTE : Wrote 200 – 300 word in summaey of thesis .							

The name and sign of the scientific assistance

The name and sign of the supervisor at the higher education in the college

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

استمارة مستخلصات رسائل وأطاريح الدراسات العليا للجامعات العراقية

رقم الاستمارة	

الجامعة	بابل	الكلية	القانون

القسم	الخاص	الفرع	التجاري

عنوان الرسالة او الاطروحة	النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية	تأريخ تسجيل الاطروحة	طبيعة البحث : أكاديمي	الجهة المستفيدة تأريخ العقد	الجامعة

اسم الطالب	محمد عبد حمادي ناصر	العمر والتولد	1963/1/1	الجنس	ذكر	جهة الانتساب	
تاريخ القبول		قناة القبول		مباشر			

اسم المشرف	الدرجة العلمية	جهة الانتساب	الجنس	العمر
الدكتور: إبراهيم إسماعيل إبراهيم	أستاذ مساعد	جامعة بابل / كلية القانون	ذكر	55 سنة تولد 1953

1- يذكر الاسم الرباعي واللقب وكما ورد في الرسالة او الاطروحة.

2- جهة الانتساب تذكر الوزارة او الجهة للطالب الموظف.

3- تحدد طبيعة البحث أكاديمي او تطبيقي وفي حالة التطبيق تذكر اسم الجهة المستفيدة ورقم وتاريخ العقد المبرم.

التاريخ صدور الامر الجامعي	الشهادة	الماجستير	الاختصاص العام	الفرع الخاص	الاختصاص الدقيق	التجاري
الكلمات المفتاحية						
المستخلص بلغة الرسالة او الاطروحة						
النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية يمكن ان نفرد لمعطيات هذا الموضوع تلخيصا وفق التقسيم التالي:- اولا – التعريف بموضوع البحث. يعد عقد شراء الحقوق التجارية او ما يعرف بعقد ال factoring من الاشكال الجديدة لعقود التمويل كما يعد كذلك من الاساليب الادارية الحديثة على الساحة التجارية وذلك لما يتمتع به من مرونة فضلا عن مساهمة العملية الاقتصادية. ويعد هذا العقد من العقود الغير مسماة وذلك لكونه لم يحظ بأي تنظيم تشريعي يعالج أحكامه وهذا يعني انه يمكن ان يترك لارادة المتعاقدين حرية اختيار النظام القانوني وشروط عقدهم. ثانيا- أهمية البحث ودوافع اختياره. أن أهمية العقد ودوره في رفد التجارة سواء على الصعيد الداخلي او الدولي كان له الاثر في اختيار الموضوع والتي تتمثل بالاتي: - تعد مشكلة تحصيل الحقوق التجارية إحدى عوامل تعثر المؤسسات التجارية الصغيرة او المتوسطة الحجم وما ينتج من أخطار لا سيما خطر التصفية وانتهاء شخصيتها المعنوية وتتجلى هذه المشكل بعدة عوامل منها : تخلف المشترين عن الوفاء بتلك الحقوق عند أجل الاستحقاق وكذلك حاجه المشروعات التجارية الى السيولة النقدية لادامة استمرارها في نشاطاتها المختلفة لا سيما تعجيل حقوقهم قبل أجل الاستحقاق. - ويعد من أهم الأسباب التي دفعتنا الى اختيار هذا البحث هو عدم تناول مشرنا العراقي هذا العقد بالتنظيم ولم نجد هناك اي قرار قضائي او رأي فقهي قد تناول هذا الموضوع ولم تكن هناك اي كتابات مسبقة لكاتب او طالب بحث عراقي تعمق بمدلول هذا الموضوع وأعطى ورسم لحدود هذا العقد من المعطيات التي ينبغي ان يشار اليها ويكون لها معنى قانوني او عملي. ثالثا- نطاق البحث تنصب دراسة هذا العقد على النظام القانوني الوارد عليه وذلك لكونه من العقود التي انفردت بها الساحة التجارية على انه من وسائل التمويل ذات الطبيعة الخاصة. رابعا- خطة تقسيم البحث. وترتبيا على ما تقدم تم تقسيم البحث الى ثلاثة فصول بحثنا في الاول عن ماهية العقد من حيث التعريف به وتحديد طبيعته القانونية والاساس القانوني لتمويل حقوق التاجر او المنتج قبل مدينه الى البنك او المؤسسة المالية المصرح لها بممارسة هذا العقد، أما في الفصل الثاني بحثنا فيه عن الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد من حيث حقوق وواجبات كل من أطراف العلاقة التعاقدية في هذا النظام سواء (البنك او المؤسسة المالية) او (التاجر او المنتج) ام عملانهم المدينين بتلك الحقوق ، وفي الاخير بحثنا أنتهاء العقد سواء بالاسباب العامة التي تنتهي بها كل العقود التجارية ام الاسباب الخاصة التي يختص بها هذا العقد وذلك لكونه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي. وختامنا بحثنا ببيان أهم النتائج التي توصلنا اليها، والتوصيات التي أقترحنا العمل بها، والله من وراء القصد.						
ملاحظ* : تدون 200 – 300 كلمة في حقل المستخلص بلغة الرسالة .						

المصادر والمراجع

أولاً : الكتب القانونية :

- 1- إبراهيم سيد أحمد : مسؤولية البنوك عن العمليات المصرفية فقهاً وقضاءً ، دار الكتب القانونية : مصر ، المحلة الكبرى ، 24 شارع عدلي ، 2004 م .
- 2- إبراهيم ممدوح زكي (المستشار) : الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي ، القرض التسهيل الائتماني ، بدون مكان طبع ، (د.ت) من مكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة .
- 3- أحمد إبراهيم البسام : الشركات التجارية ، ط2 ، مطبعة العاني ، 1967 م .
- 4- أحمد محرز (الدكتور) : القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1980 م .
- 5- أحمد محمود حسني : ملحق قضاء ، النقض التجاري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1990 م .
- 6- أحمد هريدي : كيف تقترض من البنوك ، مطبعة سعد سمك للمطبوعات الاقتصادية ، دار الكتب المصرية ، (د.ت) .
- 7- أسامة أحمد شتات : الشركات المساهمة التجارية ، دار الكتب القانونية ، مصر – المحلة الكبرى ، 2005 م .
- 8- أكرم ياملكي (الدكتور) : العقود التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 م ، مطبعة العاني ، بغداد – 1972 م .
- 9- أنور سلطان (الدكتور) : النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005 م .
- 10- أنور طلبه (الدكتور) : المطول في شرح القانون المدني ، ج2 ، ج3 ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 م .
- 11- إلياس ناصيف (الدكتور) : الكامل في قانون التجارة ، الشركات التجارية ، ج2 – منشورات بحر المتوسط - بيروت . باريس ، (د.ت)
- 12- باسم محمد صالح (الدكتور) : القانون التجاري ، القسم الأول ، النظرية العامة ، ط2 ، مطبعة جامعة بغداد ، 1992 م .
- 13- البشير أبو زهرة (الدكتور) : التأمين البري ، دار أبو سلامة للطبع والنشر ، تونس ، 1975 م .
- 14- توفيق حسن فرج (الدكتور) : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، 1978 م .
- 15- ثروت حبيب (الدكتور) : دروس في القانون التجاري ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1977-1978 م .
- 16- جبار صبار طه : أحكام الحساب الجاري وتطبيقاته المصرفية على ضوء قانون التجارة العراقي ، رقم 30 لسنة 1984 م ، ط1 ، بدون مكان طبع و (د.ت) ، 1988 م .

- 17-جميل الشرقاوي (الدكتور) :
- النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1981م .
- النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية ، أحكام الالتزام ، الكتاب الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988م .
- النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1992م .
- 18-حمد الله محمد حمد الله : القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999-1998م .
- 19-حمدي عبد المنعم (الدكتور) : العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي ، رقم (18) لسنة 1993م لدولة الإمارات العربية المتحدة = في ضوء الفقه والقضاء والنصوص المقارنة في دول مجلس التعاون الخليجي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، (دب.ت) .
- 20-حسن الخطيب (الدكتور) : مبادئ القانون التجاري ، مطبعة حداد ، البصرة ، 1965-1964م .
- 21-حسن علي ذنون (الدكتور) : النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1949م .
- 22-حمزة محمود الزبيدي (الدكتور) : إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني ، ط1 ، مؤسسة الوراق للطباعة والنشر ، 2002م .
- 23-رزق الله أنطاكي (الدكتور) : الحقوق التجارية البرية ، مطبعة الجامعة السورية ، 1948م .
- 24-رضا السيد عبد الحميد (الدكتور) :
- النظام المصرفي وعمليات البنوك ، وفقاً لقانون البنوك رقم 37 لسنة 1992م وقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999م ، ط1، بدون مكان طبع ، 2000م .
- انتهاء وكالة العقود وآثاره في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999م ، دراسة مقارنة مع القانون الكويتي والقانون الفرنسي ، مطبعة قباء ، 2004-2003م .
- 25-زكي زكي الشعراوي (الدكتور) : العقود التجارية في القانون والفقه والقضاء المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (دب.ت) .
- 26-سعيد مبارك (الدكتور) :
- أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980م ، ط1 ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل ، 1989م .
- الموجز في العقود المسماة ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ،

- رقم الإيداع بدار الكتب 9 ، لسنة 1993 م .
- 27-سميحة القليوبي (الدكتورة) :
- الشركات التجارية النظرية العامة ، الشركات ، دار النهضة العربية ، ط3 ، 1992م .
- شرح العقود التجارية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1992م .
- القانون التجاري ، الشركات التجارية الخاصة ، ج2 ، دار النهضة العربية ، 1981م .
- الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، 1978م .
- 28-طالب حسن موسى : الموجز في الشركات التجارية ، ط3 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975م .
- 29-طلبه وهبه خطاب (الدكتور) : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ، دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (د.ت) .
- 30-عاطف الأخرس : مبادئ القانون التجاري ، ط1 ، دار البركة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001م .
- 31-عبد الباقي البكري (الدكتور) :
- النظرية العامة للالتزامات ، ج1 ، مصادر الالتزام ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1959-1960م .
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ، مصادر الالتزام ، 1980م .
- الوجيز في نظرية الالتزام ، ج2 ، أحكام الالتزام .
- 32-عبد الحميد الشواربي (الدكتور) : الإفلاس ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، (د.ت) .
- 33-عبد الرزاق السنهوري (الدكتور) :
- الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، المصادر ، الإثبات ، الآثار ، الأوصاف ، الانتقال ، الانقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة 2004م .
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج3 . الأوصاف ، الحوالة ، الانقضاء ، دار إحياء التراث العربي ، 1958م .
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط1 ، المجلد الثاني ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2000م .

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3
، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشورات
الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2000م.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج7 ،
العقود الواردة على العمل ، ط3 ، منشورات
الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000م .
- الوسيط في شرح القانون المدني ، ج3 ، نظرية
الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف
الإسكندرية ، 2004م .
- 34- عبد السلام ذهني بك : النظرية العامة في الالتزامات ، بلا مكان طبع ، (د.ت) .
- 35- عبد الفتاح عبد الباقي (الدكتور) :
- دروس في أحكام الالتزام ، مطبعة جامعة القاهرة ،
مصر ، 1992م .
- نظرية الالتزامات في القانون الكويتي ، مجموعة
محاضرات ألقاها في جامعة الكويت ، بدون مكان =
= طبع ، (د.ت) ، 1974م .
- 36- عبد القادر الفار (الدكتور) : أحكام الالتزام ، آثار الحق في القانون المدني ،
مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ط1 ، 2004م .
- 37- عبد الله غزالي العزاوي : شرح قانون كتاب العدول رقم 33 لسنة 1998م ، ط1
، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2001م .
- 38- عبد المجيد الحكيم (الدكتور) :
- الموجز في شرح القانون المدني ، ج1 ، مصادر
الالتزام ، ط4 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1947م .
- الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج2 ،
أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، ط2
، مطبعة جامعة بغداد ، 1967م .
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني
العراقي ، ج1 ، ج2 ، مصادر وأحكام الالتزام
1980م .
- 39- عبد المنعم البدر اوي (الدكتور) : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني
المصري ، ج2 ، أحكام الالتزام ، بدون مكان طبع ، 1992م .
- 40- عدنان ولي أحمد العزاوي (الدكتور) : القانون التجاري ، الشركات التجارية ،
مطبعة بيت الحكمة ، (د.ت) .
- 41- عزيز العكيلي (الدكتور) : الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد ، أحكام
الإفلاس ، مطبعة دار السلام ، ط1 ، بغداد ، 1973م .
- 42- عصمت عبد المجيد بكر (الدكتور) : الوجيز في شرح قانون الإثبات ، بغداد ،
مطبعة الزمان ، 1997م .

- 43- علي جمال الدين عوض (الدكتور) :
 - الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية ، 1994م .
 - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار = (يتبع علي جمال الدين عوض) = النهضة العربية ، ط1981م ، ط1988م .
 - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية ، 1989م .
 - عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية ، ط3 ، دار النهضة العربية ، سنة الطبع 2000م .
 - موجز عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة الطبع 1969م .
- 44- علي البارودي (الدكتور) و محمد فريد العريني (الدكتور) : القانون التجاري ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 ، لسنة 1969م دار الجامعة العربية ، 2004م .
- 45- علي العريف (الدكتور) : شرح القانون التجاري المصري (الإفلاس) ، 1951م .
- 46- فايز نعيم رضوان (الدكتور) :
 - عقد الائتمان الايجاري ، دار الفكر العربي ، 1985م .
 - عقد شراء الحقوق التجارية ، دار الفكر العربي ، 1986م .
- 47- فؤاد عبد الله عزيز : التامين في العراق الواقع وآفاق المستقبل ، موسوعة القوانين العراقية ، بغداد ، ص.ب. : 455537 .
- 48- فائق محمود الشماخ (الدكتور) : القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، رقم الإيداع من المكتبة الوطنية ، بغداد – 390 لسنة 1988م .
- 49- فوزي محمد سامي (الدكتور) :
 - شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، المجلد الثاني – مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1997م .
 - شرح القانون التجاري الأردني ، الشركات ، المجلد الرابع ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، 1997م .
 - شرح القانون التجاري ، في الشركات التجارية ، المجلد الثالث - مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1997م .

- شرح القانون التجاري ، مصادر القانون التجاري
الأعمال التجارية ، التاجر - العقود التجارية -
المجلد الأول ، دار الثقافة والنشر ، عمان ، ط 1 ،
1997م .
- 50- ماجد الحلواني (الدكتور) : نظرية الالتزام العامة ، انقضاء الالتزام ، ج 3 ،
مطبعة جامعة دمشق ، 1961م .
- 51- محمد حسام لطفي (الدكتور) : المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، القاهرة ،
1995م .
- 52- محمد طه البشير (الدكتور) :
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني
العراقي : ج 1 ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم
العالي ، 1980م .
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني
العراقي : ج 2 ، أحكام الالتزام .
- 53- محمد وهبه (الدكتور) : شرح النظرية العامة للالتزامات ، ط 3 ، مطبعة لجنة
التأليف والترجمة والنشر ، 1947م .
- 54- محمود سعيد فرهود (الدكتور) : القانون التجاري ، من منشورات جامعة حلب ،
مديرية الكتب والمطبوعات ، 1986-1987م .
- 55- محمود سمير الشرقاوي (الدكتور) : الوجيز في القانون التجاري ، دار النهضة
العربية ، القاهرة ، 1975م .
- 56- محمود عبد الرحمن (الدكتور) :
- الحلول الشخصي : دراسة مقارنة في القانون
المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة
(د.ب) .
- النظرية العامة للالتزامات ، ج 2 ، أحكام الالتزام
، دار النهضة العربية ، القاهرة (د.ب) .
- 57- محي الدين إسماعيل علم الدين (الدكتور) :
- العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها
، مكتبة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،
بدون مكان طبع ، 1975م .
- شرح قانون البنك المركزي والجهاز
المصرفي والنقد رقم 88 لسنة 2003م ،
دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،
2004م .
- موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين
القانونية والعملية ، ج 1 ، ج 2 ، 1987م .

- 58- مرتضى ناصر نصر الله : الشركات التجارية : مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1969م .
- 59- مصطفى كمال طه (الدكتور) :
- أساسيات القانون التجاري والقانون البحري ، مطبعة
الدار الجامعية ، (د.ت) .
- العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، 2005م .
- 60- معوض عبد التواب (المستشار) : المستحدث في القضاء التجاري – ط3 –
مطبعة منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997م .
- 61- منذر الفضل (الدكتور) : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني مقارنة
بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، ج2 ، أحكام الالتزام ، مكتبة
الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998م .
- 62- منير القاضي : المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي
– مطبعة الحكومة – بغداد ، 1948م .
- 63- منير قزمان (المحامي) : البيوع التجارية في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر
الجامعي . الإسكندرية ، 2006م .
- 64- منير محمود الوتري (الدكتور) : الوجيز في المصطلحات القانونية والتجارية،
ج2 . القانون التجاري ، (د.ت) .
- 65- نبيل إبراهيم سعد (الدكتور) : نحو قانون خاص بالائتمان ، دار منشأة المعارف
، الإسكندرية ، (د.ت) .
- 66- نوري طالباني (الدكتور) : القانون التجاري العراقي : الجزء الأول ، ط1 ،
دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، (د.ت) .
- 67- هاني دويدار (الدكتور) : النظام القانوني للتجارة ، المؤسسة الجامعية
للدراسات والنشر ، ط1 ، 1997م .

ثانياً : البحوث والدراسات :

- 68- إبراهيم إسماعيل إبراهيم (الدكتور) : محاضرات تم إلقتها على طلبة الدراسات
العليا في كلية القانون . جامعة بابل . عن عقد شراء الحقوق التجارية وطبيعته
القانونية ، عام 2005م .
- 69- إبراهيم المستشار : بحث منشور حول فسخ العقد واستحالة تنفيذه في مجلة
المحاماة المصرية العدد التاسع . السنة الثالثة عشر ، 1932م ، على الموقع
الإلكتروني : www.washim.biz .
- 70- أحمد عبد الخالق (الدكتور) : البنوك الشاملة – بحث منشور على الموقع
الإلكتروني: www.arablawninfo.com .
- 71- السيد عبد المقصود وفا رجب : شراء المديونيات التجارية ، متوسطة الأجل
بحث منشور في مجلة الأهرام الاقتصادية في 24 أغسطس ، 1992م .

- 72- التقرير السنوي الصادر عن البنك المصري لتنمية الصادرات لعام 1994م .
- 73- التقرير السنوي الصادر عن البنك المصري لتنمية الصادرات لعام 1999م .
- 74- التقرير السنوي الصادر عن البنك المصري لتنمية الصادرات لعام 2000م .
- 75- التقرير السنوي الصادر عن البنك المصري لتنمية الصادرات لعام 2001م .
- 76- المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري ، ج 2 ، القاهرة ، المطبعة الأميرية ببولاق ، 1942م .
- 77- حسني حسن المصري (الدكتور) : الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ملحق العدد الأول والثاني ، مارس ، 2003م .
- 78- خالد جاسم الهندياني (الدكتور) : وقف عقد العمل . دراسة تأصيلية مقارنة ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.arablawninfo.com .
- 79- سعيد بن ناصر الحريسي : حق فسخ العقد وآثاره – بحث منشور في جريدة الرياض العدد (13878) وعلى الموقع الإلكتروني : www.alriyath.com .
- 80- شكر محمود عبد الله : جريمة التزوير في السندات العادية في القانون العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث مكتوب منقول من مكتبة وزارة العدل العراقية .
- 81- صبحي سلوم : تشريعات التجارة ، ط 1 ، 1984م .
- 82- صلاح الدين عوني : جريمة التزوير والتطبيقات القضائية ، آذار 1985م ، من مكتبة وزارة العدل العراقية .
- 83- عبد الحميد سلمان : الاستثمار الجديد للمحال التجارية ، استغلال تحت غطاء العقد شريعة المتعاقدين " بحث منشور في جريدة الثورة السورية " ، عدد 13428 بتاريخ 2007/10/3م .
- 84- عبد الوهاب علي بن سعد الرومي (الدكتور) : أساس انفساخ العقد ، دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني – ق 2 – مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 4 ، 2003م .
- 85- عمار حاج علي : عقد الفاكторинг : بحث منشور على موقع منتديات نقابة المحامين وعلى الموقع الإلكتروني : www.aleppobar.org . بتاريخ 2007/1/29م .
- 86- عمر بقله : عقد الفاكторинг ، عقد شراء الديون التجارية : بحث منشور على الموقع السوري للإستشارات والدراسات القانونية وعلى الموقع الإلكتروني : www.barasy.com .
- 87- فضل حجازي : عقد الفاكторинг ، عقد شراء الديون التجارية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.law.fadl.com .
- 88- كرماج عبد الرحمن محمد (القاضي) : (التزام المصرف في الاعتماد المستندي) وهي جزء من متطلبات الدراسات القانونية المتخصصة ، القسم المدني ، 1992م ، وهي من كتب مكتبة وزارة العدل العراقية .

- 89- كنده إلياس عبيد : " نظرية الظروف الطارئة " بحث علمي قانوني مقدم إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة دمشق لنيل شهادة الدبلوم في القانون الخاص ، 2001م .
- 90- لاحم ناصر : عقود الاذعان ، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط ، العدد 10171 لسنة 2006م .
- 91- محمد السرطاوي (الدكتور) : إعادة تقييم الإجراءات - جريدة الدستور الأردنية ، العدد 15598 في 2007/9/30م .
- 92- محمد حسين عبد العال (الدكتور) : إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار ، منقول عن مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد الأول ، عام 2006م .
- 93- محمد ماجد كيلارجي : عقد الفاكторинг ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.damascusbar.org/arab:c/dbar/mak.kilarji .
- 94- مشاعل عبد العزيز الهاجري (الدكتورة) : الالتزامات المدنية والإثبات . بحث منشور في قسم القانون الخاص . كلية الحقوق – جامعة الكويت – 2005م ، وعلى الموقع الإلكتروني : [Law . Kunir . edu . Kw / Mashael / oE % 20 % 20 ppT . ppT](http://Law.Kunir.edu.Kw/Mashael/oE%20%2025%20ppT.ppT) .
- 95- مصطفى عبد الله : تطور المسؤولية المدنية للبنوك التجارية ، بحث منشور على شبكة المعلومات القانونية العربية ، بتاريخ 2007/8/25م ، وعلى الموقع الإلكتروني : www.eastlaws.com .
- 96- مصطلحات قانونية (مؤلف) صادر عن اتحاد المجامع اللغوية العلمية العربية – ندوة دمشق ، 1972م .
- 97- منصور عبد العزيز : عقد التوريد المعلوماتي وحالات فسخه ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني : www.damascusbar.org . والصادر عن نقابة المحامين – فرع دمشق .
- 98- نادر شافي (الدكتور) : عقد الفاكторинг : بحث منشور على مجلة الجيش اللبناني ، عدد 241 بتاريخ 2007/1/22م ، وعلى الموقع الإلكتروني : www.lebebarmy.gov .
- 99- نشرة الكترونية صادرة عن البنك المصري لتنمية الصادرات ، منشورة على الموقع الإلكتروني : www.edbebank.com .
- 100- نشرة صادرة عن الشركة المصرية لضمان الصادرات والمتعلقة بعقد الـ (Factoring) وعلى الموقع الإلكتروني : e.mail:ecge@internetegypt.com .
- 101- هاني دويدار (الدكتور) : عقد تحصيل الديون التجارية – بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، الصادر عن كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول والثاني ، 1991م .

ثالثاً : الرسائل والأطاريح :

- 102- تورية توفيق : وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية – أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1987م .
- 103- حسن حسني (الدكتور) : عقود الخدمات المصرفية : أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1983م .
- 104- رفيف صلاح الدين شيعان : مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة ، رسالة ماجستير في القانون – جامعة بغداد – 2002م .
- 105- صفاء تقى عبد نور : القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل ، 2005م .
- 106- عبد العالي صالح محمد : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998م .
- 107- عمار كريم كاظم : الحلول الشخصي وتطبيقاته في القانون المدني العراقي والمقارن ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، 2005م .
- 108- هشام محمد فضلي : عقد شراء الحقوق التجارية - أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 1997م .

رابعاً : القوانين والأنظمة العراقية :

- 109- عقد التأسيس والنظام الأساس لشركة التأمين التجاري العراقي المؤسسة في العراق . مطبعة دار التضامن للطباعة والنشر ، بغداد ، (د.ب) .
- 110- القانون المدني العراقي 40 لسنة 1951م
- 111- قانون الإثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979م .
- 112- قانون البنك المركزي العراقي الصادر في 2004/3/7م .
- 113- قانون التجارة العراقي 30 لسنة 1984م .
- 114- قانون التجارة العراقي 149 لسنة 1970م .
- 115- قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971م المعدل .
- 116- قانون التنفيذ العراقي المرقم 45 لسنة 1980م .
- 117- قانون الشركات العراقية المرقم 21 لسنة 1997م .
- 118- قانون الشركات العراقي المرقم 36 لسنة 1983م .
- 119- قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969م .
- 120- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969م .
- 121- قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2004م .
- 122- قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1989م .
- 123- قانون تنظيم الوكالات التجارية المرقم 51 لسنة 2000م .
- 124- قانون تنظيم الوكالات المرقم 26 لعام 1994م .

125- قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 م .

خامساً: القوانين والأنظمة العربية والأجنبية :

- 126- القانون المدني السوري المرقم (84) لسنة 1949 م .
- 127- القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 م .
- 128- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 م .
- 129- القانون المدني المصري المرقم 131 لسنة 1948 م .
- 130- عقد خدمات التخصيل الـ (Factoring) الصادرة عن الشركة المصرية لضمان الصادرات والمؤيدة بالقانون 21 لسنة 1992م بإنشاء النظام الأساسي لها.
- 131- قانون البنك المصري لتنمية الصادرات رقم 95 لسنة 1983 م .
- 132- قانون البنوك والائتمان المصري رقم 163 لسنة 1957 م .
- 133- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 م .
- 134- قانون التجارة المصري المرقم (17) لسنة 1999 م .
- 135- قانون الشركات البحريني رقم 28 لسنة 1975م وتعديلاته .
- 136- قانون الشركات الكويتي رقم 15 لعام 1960م وتعديلاته .
- 137- قانون العمل الكويتي لسنة 1959م المعدل بالمرسوم الأميري 43 لسنة 1960م منشور إلى الموقع الإلكتروني : www.egkw.com .
- 138- قانون تنظيم الوكالة التجارية المصرية الرقم 120 لسنة 1982 م .
- 139- قانون رقم 37 لسنة 1992م المعدل لقانون البنوك والائتمان المصري رقم 163 لسنة 1957 م .
- 140- قانون رقم 159 لسنة 1981م بشأن الشركات المساهمة المصرية .

سادساً : المجموعات القضائية والمجلات :

- 141- الجريدة الاقتصادية . جريدة العرب الدولية العدد 5133 صادرة في 2007/10/31م وعلى الموقع الإلكتروني : www.eleqt.com .
- 142- قرار رئاسة مجلس الوزراء المصري المرقم (1446) لسنة 2000م بشأن شروط الشركات العاملة في عقد الـ (Factoring) .
- 143- قرار رقم 25 حقوقية - 65 بتاريخ 1965/5/5 ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الثالث .
- 144- قرار قضائي أردني : رقم 245 - 1990م - ورقم 150 لسنة 1953م منشور على الموقع الإلكتروني: www.qnoun.com .
- 145- المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، الرباط ، المغرب ، العدد 9 لسنة 1989م
- 146- المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، العدد 17 لسنة 1995 م .
- 147- المبادئ القانونية لمحكمة التمييز بقلم إبراهيم المشاهيدي ، بغداد ، مطبعة العمال المركزية ، 1988م

- 148- جريدة الوقائع العراقية ، عدد 3846 في 2/ تشرين أول/2000م .
- 149- مجلة الأسبوع القانوني الفرنسي الصادرة عام 1966م .
- 150- مجلة الحقوق : جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد الأول 2006م .
- 151- مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، مارس ، 2003م .
- 152- مجلة القانون السورية ، ق1 ، 1950-1990م الصادرة عن وزارة العدل السورية .
- 153- مجلة القضاء ، العدد 3 و 4 تموز 1972م ، مطبعة العاني ، بغداد .
- 154- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني – 1977م .
- 155- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الأول – 1980م .
- 156- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الرابع – 1980م .
- 157- مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني – 1982م .

سابعاً : المصادر الأجنبية :

- (158) Catherine D'hoir – Laupretre. Droit du Cre'dit ellipses 1999 .
- (159) Chrastain Gavalda, Drate Ban Caire – Litece – Edition 1999 .
- (160) Ch. GAVALDA " Factoring " ency. Dalloz. 1973 .
- (161) Deschanel el Lemione " A ffacturage " 1994.
- (162) FREDDY SALINGER." Factoring the Law and practice of in voice finance, third edition" .
- (163) H. BILELER " La cassion de cr'eamces comme instrument deLa cr'edit dans le droit des etatsuis" Revue de Banqae 1964.
- (164) Jean Lauis. Rives Lange. Monique contamaine. Raynoud. Drait ban caire, Dalloz be Edition. 1995 .
- (165) Jean stouff Let. Drait. Ban caire. Litece. Edition 1999.

- (166) Mukoie (O) : Le factoring technique de gestion et financement une analyse dr.eco'n. these, Montpellier 1975.
- (167) Rives " Long Monique contaminate Raynaud. Droit bancaire, Dalloz. 6 Edition, 1995.
- (168) S. Rolin " Le Factoring ". 1972.
- (169) Leo darcy . export trade the law and practice of international trade .
- (170) R. RODIERE Et J. L. RIVES-LANGE " droit bancaire ". Dalloz 1980.
- (171) S. PISAR " aspects juridique du factoring international Banque 1970 .

Ministry of Higher Education and Scientific Research

A form of Outcomes of dissertations and theses for higher studies at the Iraqi universities

Form number	

University	Babel	College	Law

Department	Special	Section	Commercial

Title of the dissertation	The legal system for trading realities bought contract	Date of record the dissertation:	Nature of research : Academic	Office benefitted: date of contract:	

Student's name	muhammed A. H. N. alfhdawi	Age and date of birth	1/1/1963	Sex	male	Employer	
Date of admission		admission channel	direct				

Supervisor's name	scientific title	employer	sex	age
Dr. E. E. Ebrahim	assistant professor	university of Babel / legal college	male	55 years / born 1953

- 1- Mention the Quadra name and surname as it is in the dissertation or thesis.
- 2- Employer mention. Ministry or office of the student.
- 3- Determine the nature of the research: academic or practical, if practical mention the name at the office benefitted and the number and the date of the signed contract.

Date of official letter form university		certificate	master	general specialization	special dep.	Accurate specialization	commercial dep.
Key words :							
Summary of thesis							
The legal system for trading realities bought contract We are present summary of this subject according to the next division: First: research subject definition: The bought contract of trading realities or what knowing the factoring contract is from the new shapes for the financing contracts and considered also from the novel managing manners at the trading area for what does it have from the pliancy and accompanying the economical operation. This contract considered from the unnamed contract because it had no legal organizing treating the judgments, so that’s mean it's can be let for the contract the freedom of choice the legal system and the contracts conditions. Second: the research importance and the causes of choice. The contract's importance and it's activities in assistance the trading at the international or interior domain it has the effect in choice the subject that's represented by: The problem of getting the commercial realities is one of more elements had trip the commercial establishment that's the smaller or middle volume and what's products from thoughts from it's. the clearance dangerous and ends its moral personality, this problems represented by several elements, from it's fail to pay on time by the bought and commercial projects needing to the cash fluidity to save the continuity at it's different activities and from it's: realities precipitate before the time of payment and also from the importance that's leads to choose this research is not take this project by the Iraqi laws by the organizing and we don’t have any judgment sign or doctrine opinion that's discuss this subject and there is no writes for written or Iraqi research study make deep of this subject and give and drawing the limits for this project from the data that's must be refers to it and being to it the working and legal meaning. Third: the research domain:The studying in this contract is focus on the version of the legal system because it's from the contracts that's makes at all of the commercial domain by considered it from the finance element's that's had the special natural. Fourth: plan of research division:According to what produced, I have to divide the research for three parts, we search at first about the natural of the contract by the definition and limit it's legal natural and the legal foundation to finance the realities of the merchant or the product before his borrows to the bank or the finance establishment that's had the permission to practice this contract.At the second we search about the legal effects about this contract from realities and duties for every one from the limbs of the contractor realities in this system (bank or the finance establishment) or (the merchant or the product) or the agents who deserves this realities. At latest we search the end of the contract whether by the general causes that's ends by it all the commercial contracts or the special causes that's specialist of this contract because it's from the contracts that's considered by the personal respect. At the termination we searched the important results that's we arrive at it, and the recommendations that's we suggest to do at it. The god is behind the aim.							
NOTE : Wrote 200 – 300 word in summaey of thesis .							

The name and sign of the scientific assistance

The name and sign of the supervisor at the higher education in the college

الخاتمة

توصلنا من خلال هذا البحث (النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية) وحاولنا من خلاله رسم حدوده ومدى مساهمته في رفد العملية التجارية لاسيما في تمويل المشروعات التجارية والصناعية الصغيرة او المتوسطة وبما له من دور فعال لتلبية الحاجات المختلفة للتجار والمنتجين ، وذلك لاستثمار اموالهم عبر برنامج هذا العقد .

فضلاً عن دوره الحيوي من خلال المؤسسة المالية في خدمة عملائه لاسيما شراء حقوقهم الآجلة الدفع وقيامه للوفاء بها قبل موعد الاستحقاق .
كذلك يقوم العقد من خلال البنك أو المؤسسة المالية بدوره كملتزم بالضمان بمعنى ابراز دوره الحيوي في عدم الرجوع على التاجر او المنتج في حالة تخلف المدينين عن الوفاء بتلك الحقوق عند افلاسهم او اعسارهم او تعنتهم بدون وجه حق هذا فضلاً عن الخدمات الادارية الملحقه والتي تشكل جوهر نظام هذا العقد ومضمونه .

وقد تناولنا هذا العقد من حيث مفهومه وقد أفردت له الكثير من الاراء حول تعريفه والوقوف على حقيقته ، وقد اعتمدنا لتحديد طبيعته القانونية الكثير من النظم التي تناولها المشرع بالتنظيم او التي جاءت بها الاعراف المصرفية .
وتبين لنا أن هذا العقد وإن كان يقترب من الكثير من الأنظمة القانونية التي خصها المشرع بالتنظيم ، إلا أنه ينفرد عنهما جميعاً بخصائصه الذاتية والتي اعطت له الصورة الواضحة على أدّهُ من العقود التي تلبي حاجة المشروعات التجارية والصناعية ذات الطبيعة الخاصة .

ولقد تطرقنا عن التأسيس القانوني لهذا العقد عبر نظامين قانونيين اما الاول فهو النظام الأمريكي المعتمد على اساسه تحويل حقوق التاجر او المنتج الى المؤسسة المالية بمقتضى احكام حواله الحق المنصوص عليها في القانون المدني ، اما الثاني فهو النظام الفرنسي وفي ظل هذا المفهوم السابق ذكره وعبر احكام الحلول الاتفاقي ، حيث كان لكل من هذين النظامين اهدافه ونتائجه .

بعد ذلك بحثنا انتهاء العقد والسبل التي ادت الى انقضائه سواء كانت اسباب هذا الانقضاء عامة ام كانت خاصة . الا ان دراستنا لهذا الموضوع أوصلتنا إلى حصيلة من النتائج والتوصيات التي نرى ضرورة الاخذ بها وتتمثل بالاتي :

☆ أولاً - النتائج :

اسفرت دراستنا في النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية بجملة من النتائج يمكن اجمالها بالشكل التالي :

1- فيما سبق ذكره أصبح عقد شراء الحقوق التجارية الـ (Factoring) لا يقوم به سوى البنوك والمؤسسات المالية الضخمة والتي يؤخذ على عاتقها مسؤولية التمويل وكذلك الضمان ، حيث ان القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1993/11/21م قصر مزاولة نشاط هذا العقد على الشركات التي تعتمد نظام المصارف حيث قضى

بتجريم الأشخاص والمؤسسات التي تمارس هذا النشاط من دون حصولها على ترخيص مسبق من اللجنة المصرفية .

هذا وقد سارت الكثير من الدول الاوربية على هذا النهج من قصر نشاط الـ (Factoring) بالمؤسسات المالية المرخص لها قانوناً .
2- يُعدُّ عقد الـ (Factoring) نظاماً قانونياً مركباً فهو يتكون من بعض العقود التقليدية ويتسم بتعدد عناصره المختلفة .

على الرغم من أنّ مجاله العملي قد تجلّى في البداية وفق أحكام حوالة الحق الا انه لم يتم ترجيحه وذلك لكثرة إجراءاته وتعقيدها علماً أنّ العمليات التجارية تمتاز بالسرعة وقلة الإجراءات والتكاليف مما جعل الاخذ باحكام الحلول الاتفاقي وترجيحها على احكام حوالة الحق ، وذلك لكون الشروط القانونية المتوافرة في احكام الحلول الاتفاقي متوافرة كذلك في عملية الـ (Factoring) او عقد شراء الحقوق التجارية ، وتتمثل باستيفاء الدائن لحقه ، والاتفاق على الحلول ، وتزامن الحلول مع الوفاء .

3- اتضح ان نظام هذا العقد لا تخضع له الا الحقوق التجارية قصيرة الاجل التي لا يتعدى نطاق اجل استحقاقها عن الـ 180 يوم وفي بعض الحالات تصل لمدة سنة ، ولعل السبب من وراء ذلك هو الفائدة المرجوة منه وذلك لدفع المشروعات التجارية والصناعية لاستثمار الاموال خلاله في أسرع وقت ، فضلاً عن حصول البنك على المصروفات والتي تتمثل بالفوائد والعمولات مما لو كانت قد فوضها لأجل طويلة تتخلف منها تلك الغاية كما لو كانت تتمخض في إجراءات القروض المصرفية مثلاً . هذا فضلاً عن أنّ البنك او المؤسسة المالية اقتصر حتى الآن على ممارسة هذا العقد لحساب المشروعات التجارية او الصناعية وذلك لكي يسهل عليه الوصول الى حقيقة المراكز المالية لتلك المشروعات .

4- يتضح من خلال التطبيق العملي لهذا العقد ان نطاقه لا يقتصر على تحصيل الحقوق التجارية الداخلية للدولة بل يتعدى ذلك الى نطاق التجارة الخارجية ، حيث اصبح هذا العقد قادراً على القيام بدور تجاري خطير في تنمية الصادرات بين الدول وهذا ما حدى بالبنك المصري لتنمية الصادرات المصرية الاضطلاع بدوره التمويلي حيث يُعدّ مساهماً رئيسياً في الشركة المصرية لضمان الصادرات والتي تقوم بدورين تمويلي وتأميني ضد المخاطر التجارية التي تتعلق بعملية التصدير والتي تغطي تلك العمليات في مداخلها المختلفة لاسيما التعويض عن الخسائر المحتملة في الاسواق الخارجية وكذلك الحماية ضد عدم قيام المستورد بسداد حصة الصادرات السلعية والخدمية فضلاً عن الحماية الكاملة ضد المخاطر الناتجة عن تلك العمليات وما يتعلق بها سواء كانت سياسية او اقتصادية، هذا فضلاً عن الضمان بحيث يكون تحصيل الحقوق الواردة على هذا العقد بكل ما تقتضيه السرعة والكفاءة العالية .

5- تُعدّ أحكام الحلول الاتفاقي الوسيلة الاكثر ملائمة لنظام الـ (Factoring) ، في الوقت الحاضر بالقياس مع احكام حوالة الحق وذلك لكون هذا العقد لا يقوم على المضاربة وان كان ما يحصل عليه من الفوائد والعمولات لقاء تحصيل الحقوق لا

يمكن أن نعّها مضاربة بقدر ما يكون حاصل ونتيجة الخدمات التي يستوفيهما من التاجر او المنتج نتيجة خدمات تحصيل حقوقهم لدى مدينيهم .

بيد انه اذا ما قارنا أحكام الحلول الاتفاقي مع الاحكام الواردة في حوالة الحق نجد ان الاخيرة لا يمكن أن تلبي مقتضيات هذا العقد نظراً لما تتطلبه العملية الاقتصادية من مبررات السرعة والسهولة ، وذلك بسبب الإجراءات الطويلة والمكلفة بالنسبة للتاجر والتي يمكن أن تصبح عقبة أمام سرعة وتداول الثروات ، طبقاً للمادة (363) من القانون المدني العراقي لا يمكن أن تكون حوالة الحق نافذة على المدين إلا إذا تحقق قبول المحال عليه أو إعلانها له وتتم بإجراءات معينة من قبل التاجر أو المنتج و البنك أو المؤسسة المالية .

ومثلما هو معروف ان الإعلان يتم بورقة من أوراق المحضرين ، بحيث يكون متضمناً بعض البيانات الضرورية يتم استيفائها باتخاذ الشكل المطلوب لتحقيق صفة النفاذ ، وهذا يتقاطع مع مقتضيات هذا العقد كونه من العقود الرضائية وإن كانت الشكالية تخص بعض جوانبه إلا انها من المعطيات التي فرضها العرف والضرورات العملية بحيث لا تكون نافذة عليه الا باتخاذ صفة القبول او الاعلان .

بيد ان عدم العلم بالحوالة لاسيما في الحلول الاتفاقي يخلق بعض الاشكاليات في هذا العقد ويأتي في حالة قيام المدين بالوفاء لغير الدائن الحقيقي والنتيجة عن عدم قبوله الحوالة أو إعلانها له (1) ، ولا يصح ذلك عندما تخضع اجراءات التنفيذ لهذا العقد لاثبات سوء نية المدين من قبل البنك او المؤسسة المالية اذا وقى الاول للدائن وهو يعلم بصعود الحوالة (2) ، لأن ذلك يتنافى مع مبررات ذلك العقد .

★ ثانياً – التوصيات :

ونحن إذ نقوم بتقديم التوصيات عن هذا البحث وذلك لضرورة ما نراه من ضرورة الأخذ بها وذلك لما لهذا العقد من دور ايجابي في دفع العملية الاقتصادية الى أمام ويمكن تجسيدها وفق الآتي :

1- لما كان بلدنا العراق من الدول التي اصبحت تتجه الى اقتصاد السوق الحر واصبح يمتلك كل المقومات التي من شأنها نجاح هذا العقد ، فلا بد من الاهتمام بهذا النظام ووضع التنظيم القانوني له ليصبح من العقود المسماة والتي يمكن من السهولة بمكان تطبيق احكامه وعلاقات اطرافه ومدى حقوق والتزامات كل منهم .

هذا نحن نوجه عناية مشرنا العراقي ان يعطي الترخيص لممارسة هذا العقد وعن طريق قانون البنك المركزي الصادر في 7 / 3 / 2004 م ، او عن طريق قانون المصارف العراقية المرقم 94 لسنة 2004 م اسوة ببعض الدول العربية التي انتشرت فيها معالم هذا العقد ومثالها الشركة المصرية لضمان الصادرات وكذلك الشركة اللبنانية للفاكتورنج ش.م.ل. حيث صدر اسم هذه الشركة من جملة

(1) انظر الفقرة (1) من المادة (372) من القانون المدني العراقي .

(2) انظر الفقرة (2) من المادة (372) من القانون المدني العراقي .

الشركات التي اخذت تمارس هذا العمل وبمقتضى القرار ذي الرقم 7507 والصادر بتاريخ 12 / 1 / 2000 عن مصرف لبنان .

2- ومن خلال ما تقدم في الفقرة (5) من النتائج السابق ذكرها عن مدى ملائمة أحكام الحلول الاتفاقي الراجعة لعقد شراء الحقوق التجارية فاننا نلفت عناية مشرنا على ان الفقرة الاولى من المادة (380) من القانون المدني العراقي والتي لم تلزم قبول المدين شرطاً لنفاذ الحوالة عليه وعلى الغير بان من مقتضيات حلول البنك او المؤسسة المالية (الموفي) في هذا العقد محل التاجر او المنتج ينبغي ان يذكر فيما معناه علم المدين بالحوالة ولا ينبغي ان تكون تلك المعلومة مبتسرة ، حيث بينت تلك المادة السابق ذكرها اتفاق الدائن مع الموفي على الحلول بدون الحصول على رضاء المدين ، وحبذا لو تدارك مشرنا وأضاف في ما يعني بوصول هذا الاتفاق الى علم المدين ولو لم يكن رضاءه حاصلاً ، كأن يذكر مثلاً (للدائن الذي ولو لم يقبل المدين على ان يصل الاتفاق الحاصل بين الاطراف الى علمه ...) ، وذلك ليكون الحلول منتجاً لآثاره قاطعاً الطريق أمام سوء نية المدين عندما يقوم بالوفاء لغير الدائن الحقيقي وهو يعلم بالحلول .

3- وتعزيزاً لمقتضيات التنمية الاقتصادية في العراق والنهوض بواقع الاقتصاد الحر في مجال الاستيراد والتصدير والذي لا يمكن ان يحقق الدور المرسوم له الا بتدخل مصرفي معتمد لهذا الغرض ، وذلك لان ضعف الإمكانيات المادية والادارية لاصحاب المشاريع التجارية والصناعية لا يتيح لهم الاستمرار بهذه المهمة سواء من حيث التصدير او الاستيراد الا اذا كان هناك تمويل مصرفي وفق آليات نظام الـ (Factoring) ، لكي يلبي حاجة المشاريع التجارية والصناعية من خلال دوره الائتماني بتعجيل حقوق التاجر او المنتج قبل مدينه ، وتأمين المسؤولية الناتجة عن اعسار او افلاس المدينين على عاتق المؤسسة المالية وفق شروط الضمان المعتمدة في هذا العقد ، ويكون ذلك على حذو الأنظمة المعتمدة في القطر المصري والقطر اللبناني .

واذا كان عقد شراء الحقوق التجارية قد حقق الوسيلة المناسبة لطموح المشروعات التجارية أو الصناعية فإن الغاية من هذا النظام على أنها تُعدّ إسهامة حضارية فاعلة تشكّل عمقاً اقتصادياً لتطویر المجتمع وارتقائه .



الجامعة – بابل
الكلية – القانون
القسم – الخاص
الفرع – التجاري

عنوان الرسالة – النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية.
الشهادة – ماجستير في القانون الخاص .

أعضاء لجنة المناقشة :-

أستاذ مساعد د. أيمن طارق الشكري عضوا.
أستاذ مساعد د. صفاء تقي عبد نور العيساوي عضوا.
أستاذ مساعد د. إبراهيم أسماعيل إبراهيم عضوا ومشرفا.
أستاذ مساعد د. عباس مرزوك فليح العبيدي رئيسا.

ملخص الرسالة:

النظام القانوني لعقد شراء الحقوق التجارية

يمكن ان نفرد لمعطيات هذا الموضوع تلخيصا وفق التقسيم التالي:-

اولا – التعريف بموضوع البحث.

يعد عقد شراء الحقوق التجارية او ما يعرف بعقد ال factoring من الاشكال الجديدة لعقود التمويل كما يعد كذلك من الاساليب الادارية الحديثة على الساحة التجارية وذلك لما يتمتع به من مرونة فضلا عن مساهمة العملية الاقتصادية. ويعد هذا العقد من العقود الغير مسماة وذلك لكونه لم يحظ بأي تنظيم تشريعي يعالج أحكامه وهذا يعني انه يمكن ان يترك لارادة المتعاقدين حرية اختيار النظام القانوني وشروط عقدهم.

ثانيا- أهمية البحث ودوافع اختياره.

أن أهمية العقد ودوره في رفد التجارة سواء على الصعيد الداخلي او الدولي كان له الاثر في اختيار الموضوع والتي تتمثل بالاتي:

- تعد مشكلة تحصيل الحقوق التجارية إحدى عوامل تعثر المؤسسات التجارية الصغيرة او المتوسطة الحجم وما ينتج من أخطار لا سيما خطر التصفية وانتهاء شخصيتها المعنوية وتتجلى هذه المشكل بعدة عوامل منها : تخلف المشتريين عن الوفاء بتلك الحقوق عند أجل الاستحقاق وكذلك حاجه المشروعات التجارية الى السيولة النقدية لادامة استمرارها في نشاطاتها المختلفة لا سيما تعجيل حقوقهم قبل أجل الاستحقاق.
- ويعد من أهم الأسباب التي دفعتنا الى اختيار هذا البحث هو عدم تناول مشرعنا العراقي هذا العقد بالتنظيم ولم نجد هناك اي قرار قضائي او رأي فقهي قد تناول هذا الموضوع ولم تكن هناك اي كتابات مسبقة لكاتب او طالب بحث عراقي تعمق بمدلول هذا الموضوع وأعطى ورسم لحدود هذا العقد من المعطيات التي ينبغي ان يشار اليها ويكون لها معنى قانوني او عملي.

ثالثا- نطاق البحث

تنصب دراسة هذا العقد على النظام القانوني الوارد عليه وذلك لكونه من العقود التي انفردت بها الساحة التجارية على انه من وسائل التمويل ذات الطبيعة الخاصة.

رابعا- خطة تقسيم البحث.

وترتيباً على ما تقدم تم تقسيم البحث الى ثلاثة فصول بحثنا في الاول عن ماهية العقد من حيث التعريف به وتحديد طبيعته القانونية والاساس القانوني لتمويل حقوق التاجر او المنتج قبل مدينه الى البنك او المؤسسة المالية المصرح لها بممارسة هذا العقد، أما في الفصل الثاني بحثنا فيه عن الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد من حيث حقوق وواجبات كل من أطراف العلاقة التعاقدية في هذا النظام سواء (البنك او المؤسسة المالية) او (التاجر او المنتج) ام عملانهم المدينين بتلك الحقوق ، وفي الاخير بحثنا أنتهاء العقد سواء بالاسباب العامة التي تنتهي بها كل العقود التجارية ام الأسباب الخاصة التي يختص بها هذا العقد وذلك لكونه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

وختاماً بحثنا ببيان أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي أقترحنا العمل بها، والله من وراء القصد.