خطة البحث

المقدمة

المبحث الأول

نظرية تحول العقد

المطلب الأول / شروط تحول العقد

المطلب الثاني / موقف القانون المدني العراقي من تحول العقد

المطلب الثالث / الطبيعة القانونية لتحول العقد

المطلب الرابع / تحول العقد في الفقه الأسلامي

المطلب الخامس/أثر تحول العقد

المبحث الثاني

تصحيح العقد الباطل

المطلب الأول/ مفهوم العقد الباطل

المطلب الثاني/ دور القاضي في تصحيح العقد

المطلب الثالث/ موقف الفقه الأسلامي من تصحيح العقد

المطلب الرابع / أوجه الشبه و الأختلاف بين تحول العقد و تصحيح العقد

المطلب الخامس / أثر تصحيح العقد

الخاتمة

قائمة المصادر و المراجع

الفهرست

السادة رئيس و أعضاء لجنة المناقشة المحترمون

الموضوع / توصية المشرف

بناء على ما جاء بالأمر الأداري الصادر من رئاسة الأدعاء العام في أقليم كوردستان – العراق المرقم(٢/ ١٧٩) في (١٨/ ٦/ ٢٠١٧) حول تسميتي مشرفا على البحث الموسوم (نظرية تحول العقد و تصحيح العقد الباطل في القانون المدني العراقي و الفقه الأسلامي) والمقدم من قبل عضو الأدعاء العام السيد(سالار محمد رشيد) فقد أشرفت على البحث المذكور و وجدته مستوفيا للشروط الشكلية و الموضوعية كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من أصناف الأدعاء العام ، و أصبح جاهزا للمناقشة ، للتفضل بالأطلاع .....مع التقدير .

المشرف

صلاح الدين لطيف صادق

عضو الأدعاء العام

دائرة الأدعاء العام في السليمانية

المقدمة

ان الأنسان منذ نشأته والى يومنا هذا قد أحتاج الى القوانين الطبيعية و الشرائع السماوية و القوانين الوضعية لتنظيم علاقاته المتنوعة و قد تطورت تلك العلاقات بشكل مستمر وفق المراحل التي تمر بها المجتمعات , فالمشرع مهما كان فطنته و حذقه لا يمكن أن يحيط بدقائق الأمور و تفاصيلها ,فضلا عن ذلك فأن من أهم سمات التشريع الثبات و الأستقرار، في حين أن الحياة الاقتصادية والأجتماعية متطورة ومتغيرة و هذا يقتضي تطورا في الأحكام القانونية ، ولما كان من المتعذر على المشرع أن يتدخل بين الحين و الآخر لمواكبة هذه التطورات فأنه يعمل على منح القاضي نوع من السلطة للوصول الى تحقيق العدالة وايصال الحقوق الى أصحابها ، فالقاضي البارع هو من يكون تفكيره القضائي مبدعا و واضحا و حاسما، فيقوم بالبحث عن القاعدة القانونية المنطبقة على الواقعة المعروضة أمامه و يزيل الغموض الذي يكتنفها ، وقد منح القاضي سلطات واسعة من خلال أعطائه دوراً ايجابيا في تكييف و تكملة العقد و كذلك في تحديد نطاق العقد و عملية انتقاص العقد و تحول العقد من دون أن تناقض القاعدة المهمة و الشهيرة أن العقد شريعة المتعاقدين . ولا تخرج عن نطاق سلطان الأرادة بل و أنها تطبيق لقاعدة اعمال الكلام أولى من اهماله ان كان ممكنا . حيث أن سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطة استثنائية هدفها الرئيسي تحقيق أكبر قدر من العدالة بين الطرفين المتعاقدين وهي سلطة ذات مساس بالآثار التي ينتجها العقد محل النزاع [1].

ان العقود التي يبرمها الأنسان منها صحيح و لازم ومنها باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا و يعتبر البطلان جزاء الأخلال بركن من أركان العقد ، فالبطلان هو جزاء عدم استجماع العقد لأركانه مستوفيا لشروطه وهو بهذا المعنى يختلف عن عدم السريان الذي يكون العقد فيه صحيحا و منتجا لآثاره بين المتعاقدين ولكنه لا يسري في حق الغير حسن النية الذي يتمسك بالبطلان ، كما يختلف البطلان عن الفسخ فالبطلان سببه عيب في أركان العقد أي عيب صاحب نشوء العقد ، اما في الفسخ فالعقد ينشأ صحيحا ولكن أحد المتعاقدين لا ينفذ التزامه فيفسخ العقد و يزول التزام المتعاقد الآخر و ينقسم البطلان الى ثلاث درجات وهي: انعدام و بطلان مطلق و بطلان نسبي[2].

.....

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الأسلامي ،الجزء السادس، دار الفكر للطباعةسنة / ١٩٥٤ م، ص١٤

(٢) د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامةللألتزامات ، القسم الأول ، مصادر الألتزام، دار النهضة العربية ١٩٨٧ م

و لكن الفقه يرفض هذا التقسيم الثلاثي للبطلان لعدم وجود فرق بين الأنعدام و البطلان المطلق و يؤخذ بتقسيم البطلان الى البطلان المطلق و البطلان النسبي و يتحقق الأول اذا انعدم ركن من أركان العقد أو أختل شرط من الشروط الواجب توافرها في كل ركن ، أما الثاني فيتحقق في حالة صدور التصرف من ناقص الأهلية أو الذي يشوبه عيب من عيوب الرضا . وهو صحيح ينتج آثاره حتى يبطل ، والعلة في هذا النوع من البطلان هي المحافظة على مصلحة شخص معين ، كالقاصر . والبطلان النسبي لايكون بقوة القانون ، بل لابد فيه من حكم ينشئه. أما البطلان المطلق وصف يلحق العمل القانوني و يمنع تنفيذه لوجود العيب في هذا العمل و يمنع أيضا ترتيب الآثار القانونية التي تترتب أصلا على مثل هذا العمل [1].

و قد ينتج العقد الباطل آثارا بأعتباره واقعة مادية مثل ذلك الزواج غير الصحيح فهو في الشريعة الأسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع و وجوب النفقة و التوارث ما بين زوجين و لكنه ينتج اثارا عرضية كوجوب العدة والمهر بعد الدخول و ثبوت النسب و سقوط الحد و لو مع العلم بالبطلان. و من اهم الاثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل اثران يستخلصان من تطبيق نظرية تحول العقد الباطل و تصحيح العقد و نظرية الخطأ عند تكوين العقد , و سنقصر الكلام في هذا البحث على نظرية تحول العقد و تصحيح العقد الباطل ، حيث يعتبر تحول العقد من اثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل.

و قد أخذت بهذه النظرية معظم التشريعات الحديثة و طبقت من قبل القضاء. لأن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح كما لو كان التصرف المبرم بين الطرفين هو عقد بيع و لكن اذا تخلف أحد عناصره فهذا العقد يمكن أن يتحول الى عقد أو تصرف آخر توافرت فيه العناصر اللازمة لأبرامه و بذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا أصليا و يستلزم لصحة تحول العقد توافر عدد من الشروط اللازمة لأجراء مثل هذا التحول ، و العقد الباطل ليس عملا قانونيا لكن واقعة قانونية اذ هو لا وجود له كعقد لكنه عمل مادي أو واقعة قانونية، مع وجود عقد باطل بطلانا مطلقا ، ورغم عدم انتاج أي اثر قانوني عليه ، بل يترتب أثر عرضي كواقعة قانونية .

و قد ينتج أثرا قانونيا ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني بأعتباره عقدا و هذا خروج عن النطاق المألوف يقتضيه ضرورة استقرار المعاملات (حماية الظاهر) و وجوب حماية حقوق الغيرحسن النية [2].

.....

(١) د. ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص، الجزء الاول ، الاسكندرية، سنة ١٩٧٤ م ، ص٧٣٧

(٢) الدكتور رمضان أبو السعود ،مبادئ الألتزام في القانون المصري و اللبناني ،الدار الجامعية ،سنة ١٩٨٦م ،ص ١٩٧.

أما تصحيح العقد فينصب أيضا على العقد الباطل شأنه في ذلك شأن التحول و يعتبر التصحيح أيضا من الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل و يمكن تصحيح العقد الباطل بواسطة التصحيح عن طريق ادخال عنصر جديد على هذا العقد أي أن التصحيح يجري بتغيير عنصر من عناصر العقد بأبداله بعنصر جديد أو بزيادة العنصر أو بأنتقاصه ، و من هنا تكمن أهمية موضوع بحثنا لأن النظم القانونية المعاصرة تسعى دائما الى التقليل من حالات بطلان العقود و تسعى أيضا الى تحقيق غايات الناس و أهدافهم بما يؤمن تصحيح العقود.

و أن هذا الموضوع له أصل في الشريعة الاسلامية و لها الفائدة العلمية و العملية للباحثين و القضاة، و سنتولى بحث حالتي تحول العقد الباطل و تصحيحه من خلال بحثنا ان شاء الله في مبحثين ففي المبحث الأول نتكلم عن نظرية تحول العقد و نبين شروط تحول العقد و موقف القانون المدني العراقي من نظرية تحول العقد ثم التكييف القانوني لتحول العقد و تحول العقد في الفقه الاسلامي و أثر تحول العقد في خمسة مطالب . أما المبحث الثاني نخصصه لدراسة تصحيح العقد الباطل من خلال بيان مفهوم العقد الباطل و دور القاضي في تصحيحه و كيفية اجراء مثل هذا التصحيح بالتطرق الى بعض الامثلة و النماذج ، وموقف الفقه الاسلامي من تصحيح العقد و في المطلب الرابع نبحث فيه أوجه الشبه و الاختلاف بين نظرية تحول العقد و تصحيح العقد الباطل تكميلا للموضوع و تسهيلا للفهم و في المطلب الخامس و الأخير نتكلم عن أثر تصحيح العقد ، ثم نعرض أهم الاستنتاجات و التوصيات والمقترحات التي نتوصل اليها في الخاتمة ، و نسأل من الله التوفيق و الصواب ، اللهم أرنا الحق حقا و ارزقنا اتباعه و أرنا الباطل باطلا و ارزقنا اجتنابه .

الباحث

المبحث الأول

نظرية تحول العقد

ان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل يتطرق الى تحول العقد في المادة(١٤٠) حيث تنص على أنه (اذا كان العقد باطلا و توافرت فيه أركان عقد آخر فأن العقد يكون صحيحا بأعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد) .ولأجل القاء الضوء على الموضوع سوف نقسم هذا المبحث الى خمسة مطالب في الأول نتطرق الى شروط تحول العقد وفي الثاني نشير الى موقف القانون المدني العراقي من نظرية تحول العقد و في المطلب الثالث نتكلم عن الطبيعة القانونية لتحول العقد . أما المطلب الرابع نبحث فيه عن تحول العقد في الفقه الأسلامي و نختم هذا المبحث بمطلب خامس الذي نوضح فيه أثر تحول العقد .

المطلب الأول

شروط تحول العقد

تعتبر نظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها فقهاء الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح وهو نص المادة(١٤٠) و تتلخص هذه النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد اليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل الى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونياعرضيا لا أصليا .

حيث تنص المادة (١٤٠) من القانون المدني الالماني على انه ((اذا كان العمل القانوني يعين بشروط عمل قانوني آخر فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به اذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه و يعلمان بالبطلان)).

وقد عرف فقهاء الشريعة الأسلامية فكرة تحول العقد كما عرفوا فكرة انتقاص العقد ، فالفقيه ابن رجب الحنبلي يقرر في قواعده أنه اذا أعار شيئا و اشترط عليه العوض صح وانقلب العقد الى مقايضة [١].

والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) ينص على تحول العقد في المادة (١٤٤) والتي تنص على أنه ((اذا كان العقد باطلا أو قابلا للأبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فأن العقد يكون صحيحا بأعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد)) . وهذا النص مأخوذ من القانون المدني الألماني المادة (١٤٠) الذي قنن الدراسات الفقهية السابقة على نظرية تحول العقد و منذ أن أخذ القانون الالماني بها عرفت النظرية في التشريعات الأخرى [٢] و ظهرت لها الدراسات في بعض المؤلفات الخاصة [٣].

.....

(١) الحافظ ابي الفرج عبد الرحمان بن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الأسلامي ، راجعه و قدم له و علق عليه طه عبدالرزاق سعد ، طبعة ١٩٧٢ ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، القاعدة / ٣٨ ، ص ٥٠ ، نقلامن: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، تأليف: الاستاذ عبدالمجيد الحكيم و الاستاذعبدالباقي البكري و الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام م ١٩٨٦ ، ص ١٢٦

(٢) المادة(١٤٥) القانون المدني السوري، المادة(١٤٤) القانون المدني الليبي، المادة(٣٢٨) القانون المدني التونسي، المادة(٣٠٩) القانون المدني المغربي.

(٣) د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق ، ص ٢٥٧

نظرية البطلان في الفقه الحنفي أكثر شمولا و أوسع مدى منها في القانون المعاصر و يرجع اتساعها الى نواح ثلاث (قيام العقد ، نفاذ العقد ، لزوم العقد) وقد فرق الفقه الحنفي بين العقد الصحيح و الباطل و الفاسد بخلاف المذاهب الأخرى فالعقد عندهم صحيح و باطل فقط ، و ان اصطلاح العقد الباطل و الفاسد عندهم مترادفان [1].

كلمة التحول في اللغة جاءت من فعل خماسي (تحول) تحولا، تحول الى ، تحول عن، ولها ستة معان: [2]

- تنقل من مكان الى مكان ،أو من حال الى حال .

- تحول في الأمر :تغير في وضع الى آخر .

-انصرف عنه الى سواه.عن زميله الى سواه.

- طلب الحيلة.

-احتال.

-انقلب.

تحول العقد اصطلاحا : استبدال عقد جديد صحيح بعقد باطل ، مع ا تجاه ارادة المتعاقدين الى ابرام عقد معين، و بالشروط المعينة و المطلوبة وان هناك شروطا ثلاثة لتحول التصرف الباطل الى تصرف آخر صحيح وهي :

١- بطلان التصرف الأصلي بطلانا كليا.
٢- ان تتضمن التصرف الباطل عناصر تصرف آخر صحيح.
٣- انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى هذا التصرف الآخر .

وقد وردت هذه الشروط بشكل صريح في التشريعات التي أخذت بهذه النظرية و أن فكرة تحول العقد و انقلابه ليست مجرد تفسير لأرادة المتعاقدين بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلهما ويبد لهما من عقدهما القديم الباطل عقدا جديدا يقيمه لهما ، و يشترط لأكمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للابطال ، فاذا كان صحيحا فلا يملك القاضي بأي وجه من الوجوه ان يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو علما بأمره .

.....

(١) دكتور عبدالحميد الشواربي ، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي ،المكتب الجامعي الحديث / ٢٠١٠ ، الطبعة الاولى ، ص ٤١٠

(٢) المعجم الوسيط، ابراهيم مصطفى و حامد عبدالقادر و احمد حسن الزيات و محمد علي النجار، الطبعة الاولى، دارالدعوة ١٩٨٩م،استانبول ، ص ٢٠٩ والمعجم العربي الحديث ، لاروس، الدكتور خليل الجر ، مكتبة لاروس –باريس، ١٩٧٣، ط/١، ص ٢٧٨

و يشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعا في العقد الباطل الأصلي فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر انشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي.و يشترط أخيرا أن يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الأرتباط بالعقد الجديد.

و يستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق تحويل العقد ليست سلطة تحكيمية ، فأذا كان يتولى عن العاقدين اعادة انشاء التعاقد الا أنه يسترشد في ذلك بأرادتهما بالذات.و ما هي الشروط الثلاثة سوى قيود بها أن تحد من نطاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة و نيتهما الحقيقية ، و لعل اعتبار الكمبيالة التي لا تستوفي ما ينبغي لها من الشروط الشكلية سندا أذنيا أو مجرد تعاقد مدين بسند عادي ،من ابرز التطبيقات العملية التي يمكن اعتباره من فكرة التحول [1] .

و يتضح جليا من هذا انه لكي يتحول العقد يلزم أن يكون التصرف الأصلي باطلا او قابلا للابطال و يجب أن ينصرف البطلان الى التصرف كله لا الى شق منه كما في حالة انتقاص العقد [2] . و قد أضاف جانب من الفقه شرطا آخر و هو أن يكون هناك اختلاف في الطبيعة بين التصرف الباطل و التصرف الذي يتحول اليه، بمعنى أن العقد الجديد الصحيح مخالف تماما عن العقد الباطل القديم الذي نبني منه العقد الجديد [3] .

ومايلي شرح موجز للشروط المذكورة :

الشرط الأول : يجب أن يوجد تصرف أصلي باطل و تترتب على هذا الشرط نتيجتان :

١-لا يمكن أن يتصور التحول اذا كان التصرف الأصلي صحيحا لأنه لا يتحول الى تصرف آخر صحيح كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول حتى و لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الأخير، مثال ذلك : هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية فيتبين ان كلا من الواهب و الموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة فلا يتحول الهبة الى الوصية في هذه الحالة لان الهبة وقعت صحيحة . و البطلان هنا يعني انعدام الاثر القانوني للعقد او التصرف الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد ، بسبب انعدام تطابق الأرادتين أو انعدام المحل أو السبب و عدم مشروعية المحل أو السبب أو صدور التصرف ممن لم يبلغ سن التمييز – عديم الأهلية- او انطباق صفة البطلان المطلق بحكم القانون.

.....

(١)الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،المصدر السابق ،ص٤٩٧ .

(٢)الدكتور توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ج/١، مصادر الالتزام ، الناشر منشورات الحلبي الحقوقية سنة ١٩٧٨ ص٢٢٥

(٣)الدكتور جميل الشرقاوي،المصدر السابق ،ص٢٥٩

٢-يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلا بالجملة ، أما اذا كان جزء منه باطلا و كان التصرف قابلا للأنقسام و التجزئة فلا يكون هناك محل للتحول بل قابلا للأنتقاص فيزول الجزء الباطل و يبقى الجزء الصحيح .مثل : قسمة تقع على أعيان بعضها موقوفة و بعضها مملوكة فتقع قسمة الموقوف باطلة و تبقى قسمة المملوك صحيحة الا أذا اثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت تتم في المملوك دون الموقوف .

و القول بأن التصرف الباطل ينتج أثرا يتعارض مع منطق البطلان يعين عدم ترتب أي أثر من آثار التصرف المخالف للقانون و لذا فمن اللازم أن نحدد حقيقة مصدر الآثار التي تعزى الى التحول و هل هو التصرف الباطل أم تصرف قانوني آخر؟ و يتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في الوصية يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها اذا كان هو الدافع الى التصرف أو يبطل وحده اذا لم يكن هو الدافع يدخل في نطاق قاعدة انتقاص العقد و يدخل ضمن نطاق هذه القاعدة أيضا ما يشترط فيه القانون أن يقف عند حدود الحد المعين على ان ينقص مايزيد على هذا الحد كعقد بقاء في الشيوع الاتفاقي مدة اكثر من خمس سنوات ، فيبطل الشرط و يخفض الى الحد الجائز قانونا حيث تنص المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل على أنه((اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق هو الذي يبطل ، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا بأعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين أن العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا)) .وكذلك عقد قرض بفوائد تزيد على النسبة المسموحة بها قانونا وهي سبعة في المائة ، فيبطل النسبة الزائدة و ينتقص الى الحد الجائز قانونا أي تنتقص الفوائد الى سبعة في المائة [١] في الحالات السابقة لا يتحول العقد بل ينتقص مادام قابلا للتجزئة ، أما اذا لم يكن قابلا لها فانه يبطل بالجملة خاصة وأن القاضي حين يقرر البطلان انما يطبق النصوص التي تقضي ببطلان العقود المخالفة في محلها او سببها للنظام العام او الاداب ، وان التوسع في الادوار الممنوحة للقاضي قد تؤدي الى تحكم القضاء في عقود الافراد وهذا يخالف فلسفة تحول العقد و انتقاصه وهي مقتضيات العدل و استقرار المعاملات . وقد أكدت هذا المعنى محكمة تمييز العراق حيث جاء في قرار لها (ان عقد البيع تضمن المبيعات عديدة من المنقولات و غير المنقولات ، وقد نص العقد على ثمن المبيعات دون أن يفصل لكل ثمنه ، وحيث أن العقد تضمن في شق منه بيعا باطلا و في الشق الآخر بيعا فاسدا لجهالته في الثمن لذلك يعتبر العقد منذ تاريخه غير لازم ، و حيث أن التعويض الأتفاقي انما يستحق في العقود الصحيحة لذا يكون الحكم الاستئنافي المميز القاضي بأعادة الثمن وحده للمشتري دون التعويض المطالب به موافقا للقانون من حيث النتيجة لذا قرر تصديقه) [٢].

.....

(١) ينظر : المادة (١٧٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل ، المادة (٨٣٤) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة(١٩٤٨)

(٢) رقم القرار (٢٧٥٠/ حقوقية/ ٥٩/ بعقوبة) في (١٤-٣-١٩٦٠)أشار اليه المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الأول ، شركة الطبع والنشر الاهلية١٩٦٢، ص ١٤٢،

الشرط الثاني: أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول اليه وبشرط عدم اضافة عنصر جديد الى هذا التصرف الآخر ، فأذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول ، مثل ذلك شخص باع أرضا الى آخر ثم تبين أنها غير مملوكة

له فلا يتحول البيع الى بيع يقع على أرض مشابه مملوك للبائع حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان بذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض. فالشخص الذي اشترى شيئا وهو يعتقد أنه أثري يظل مرتبطا بالعقد اذا عرض البائع ان يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراؤه أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجودا في العقد الأول وهو الشيء الأثري بالذات فتتخلف بذلك شرط من شروط التحول و هذه الحالة يطلق عليها في الفقه القانوني تصحيح العقد الباطل .

الشرط الثالث: انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى هذا التصرف الآخر الذي يتحول اليه التصرف الاصلي . يظهر من هذا الشرط أن المتعاقدين كانا يريدان هذا التصرف الاخر لو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطل و ليس لأنهما أرادا التصرف الآخر أرادة حقيقية ، فأرادتهما الواقعية تتجه الى التصرف الاصلي اي ان تنصرف نية المتعاقدين الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الأصلي من اسباب البطلان[1]، فتجري عملية التحول بأستخلاص الأرادة الحقيقية الضمنية ابتداء و المفروضة انتهاء أي يستخلصها القاضي من غاية المتعاقدين العملية التي يريدان الوصول اليها ومن الظروف المقارنة الواقعية للتصرف اذ العبرة بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية التي تبين بطلانها ، و الغرض من ذلك وضع معيار للقاضي لتحقيق العدالة فعليه أن يقوم بأستخلاص ماكانت تنصرف اليه نية المتعاقدين عند ابرام العقد و هذا التكييف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة التمييز [2] ،حيث جاء في قرار محكمة التمييز العراق (ان عقد المشاركة بملكية السيارة باطل اذا لم يسجل لدى دائرة المرور أو لم تقم دعوى بأثبات الملكية خلال سنة من نفاذ قانون المرور رقم(١٧) فان للشريك في السيارة بعقد خارجي ان يطالب بنصيبه من منافعها للفترة المبتدئة من تاريخ العقد الى تاريخ نفاذ القانون دون الفترة التالية لذلك البطلان ....لاينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة المرور المختصة و استوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة و فرضت الفقرة (٦) على من انتقلت اليه ملكية مركبة بأي سبب من أسباب الملكية ولم يتم تسجيل نقل ملكيتها وفق الشكلية المنصوص عليها ...فأن مشاركته في ملكية السيارة بموجب العقد الخارجي تصبح باطلة و بالتالي يكون محقا بنصيبه من منفعة السيارة ..) [3]

.....

(١) د. احمد يسري، تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة للمادة / ١٤٤ من القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه من جامعة هيدلبرج – المانيا ، مطبعة الرسالة، ص ٨٣

(٢) د. عبد الحميد محمود البعلي ، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون ، بحث مقدم الى مؤتمر المصارف الاسلامية بين الواقع و المامول ، سنة ٢٠٠٩، ص ٣٣

(٣)مجموعة الاحكام العدلية ، يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الاول، السنة الثانية عشرة ، رقم القرار: ٤٠٦-مدنية رابعة- ١٩٨٠ في ٢٨-٣-١٩٨١، ص ١٦

المطلب الثاني

موقف القانون المدني العراقي من نظرية تحول العقد

لقد أخذ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) المعدل بكل من نظرية تحول العقد و انتقاص العقد فقد تناولت المادة (١٣٩) منه انتقاص العقد ، أما فيما يتعلق بتحول العقد فقد نص عليه في المادة (١٤٠) منه والتي تنص على أنه : (اذا كان العقد باطلا و توافرت فيه أركان عقد آخر فأن العقد يكون صحيحا بأعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد) .

و يتبين من هذا أن القانون المدني العراقي اشترط لتحول العقد الباطل الى عقد صحيح نفس الشروط التى نص عليها القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)[1] ولم يحدد المشرع العراقي حالات تحول العقد لا على سبيل المثال ولا على سبيل الحصر بل حدد الاطار القانوني و الشروط التي يجب توافرها لتحقق امكانية تحول العقد و أسند امر تطبيقه الى القاضي ، بعكس ما جاءت به مجلة الاحكام العدلية حيث ذكرت حالات تحول العقد في بعض موادها ، فالمادة (٦٤٨) تنص على انه(لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب الى الحوالة . و يصبح الاصيل بريئا من المكفول به و ليس للطالب مطالبة سوى الكفيل –المحال عليه- و كذلك لايطالب في الحوالة الاصيل المحيل مع الكفيل – المحال عليه) . و كذلك تنص المادة (٦٤٩) من المجلة على انه(الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة كما لو قال احد للمديون أحلني بمالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامنا أيضا فأحالة المديون على هذا الوجه فللطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء).

ويؤخذ على المشرع العراقي أنه لم يعط القاضي سلطة تقديرية في مجال تحول العقد بما يكفل تحقيق اهداف التحول وعدم الأكتفاء بالمعنى الذي قصدت اليه الأرادة دون النظر الى أي اعتبار آخر اجتماعي أو اقتصادي . لأن نظرية التحول بوضعها الحالي تعكس تكريسا لمبدأ سلطان الأرادة الذي تكون فيه الارادة حرة من أن تتجه لأحداث أي أ ثر من الآثار من عدمه. و بذلك تكون العبرة في تطبيق النظرية بالغاية العملية للمتعاقدين لا بالارادة القانونية و الاقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية، ودون الأعتداد بالمضمون العقدي ، صحيح أن هناك قيودا يفرضها القانون للحد من سلطان الارادة كالنظام العام و الاداب الا انها قيود ذوات طابع سلبي بمعنى أنها تقتصر على منع المتعاقدين من الأتفاق على مايتعارض مع مصلحة المجتمع.

.....

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية تحول العقد مع المقارنة و الموازنةبين نظريات الفقه الغربي و ما يقابلها في الفقه الاسلامي و القانون المدني العراقي، الجزء الأول ، في انعقاد العقد و أركان العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ١٣٨٧ هجري - ١٩٦٧ ميلادي، ص ٤٨٦

مع أن المشرع أعطى سلطة واسعة للقضاء في تفسير العقد و مدى امكانية تنفيذه وقد أوردت قواعد تفسير العقد متأثرة بمجلة الأحكام العدلية خصوصا المادة (٦٠) منها ، و تندرج تحت قاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله). [١] فالقاضي انما يستعين في ذلك بسلطته في تفسير العقود يكيف بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم مادام لاينحرف في هذا التكييف عن الغاية الاقتصادية التي قصدا اليها المتعاقدان وهو بهذا التفسير أحل الغاية الاقتصادية التي قصداها محل الغاية القانونية المعلنة متوخيا في ذلك التمشي مع نية المتعاقدين . لأن هذه النظرية متعلقة بطبيعة العقد و تكييفه وتقوم على أساس الأرادة المفترضة بهدف انقاذ العقد من البطلان من خلال استبداله بعقد جديد صحيح اذا تبين أن ارادة المتعاقدين تتجه اليه لو علما ببطلان عقدهما الأصلي . ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الشأن قرار لمحكمة تمييز العراق حيث جاء فيه (يبطل العقد جميعه اذا كان لا يتم بغير الشق الذي وقع باطلا)[٢] .

ومن الجدير بالذكر أن مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد تناول موضوع التحول في المادة (٣٨٠) منه بالنص التالي (اذاكان العقد باطلا وتوافرت فيه عناصر عقد آخر فان هذا العقد يكون صحيحا ، بأعتباره العقد الذي توافرت عناصره ، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرامه) ويلاحظ على هذا النص انه جاء مطابقا لنص المادة(١٤٠) من القانون المدني العراقي الحالي ، وأنه لاينسجم مع متطلبات المرحلة الراهنة ، لأنه أعاد الى الاذهان مرة اخرى الوضع التقليدي لنظرية تحول العقد والتي اعتمدت مبدأ سلطان الارادة أساسا لها ، وهو يتناقض مع دور العقد الحالي و وظائفه [٣].وعلى هذا الاساس جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق (يعتبر سند الكمبيال ورقة عادية اذا وقعه المدين بطبعة اصبعه و شهد شاهد واحد بدلا من شاهدين على ذلك) [٤] .كما أكدت في قرار آخر لها تطبيق نظرية تحول العقد و انتقاص العقد معا ، حيث جاء في نص القرار (اذا ثبت أن هبة الدار الواقعة في دائرة التسجيل العقاري قد تم اثناء مرض الموت فيخرج التصرف مخرج الوصية ويقدر عموم التركة حين الوفاة فأن خرجت الدار من الثلث فلا يبطل تسجيلها وان زادت عن الثلث أبطل الجزء الزائد فقط) [٥].

.....

(١)الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، ايضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد ، الطبعة الاولى ،ايران –طهران/ ٢٠١٤، ص ٩٩

(٢) قرار محكمة التمييز-العدد/ ٩١٥-مدنية ثانية / ١٩٧٤ ميلادي في(١٩٧٤/٤/١) المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة، ص ٦٦

(٣) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ١٤١٨ هجري – ١٩٩٧ ميلادي ، ص ٢١

(٤) مجموعة الاحكام العدلية يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثالث، السنة العاشرة ١٩٧٩، رقم القرار ٧٤ / تمييزية / ١٩٧٩ في ٢٩-٨-١٩٧٩، ص ١١١

(٥) النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الثالث، السنة الرابعة، رقم القرار ٤٧ و ٤٨ / مدنية ثانية عقار/٧٣ في ٢٤-٩-١٩٧٣، ص ١٢٧

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لتحول العقد

هناك عدة آراء في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لنظرية تحول العقد او الأساس القانوني الذي تتوقف عليه هذه النظرية فكلها متقاربة في مضمونها و فحواها ومتباينة في مبناها نسبيا ، فمنهم من يرى بأن نظرية تحول العقد تعتمد على الأرادة القانونية و الأرادة العملية للمتعاقدين مستندا على توافر الشروط القانونية التي حددها المشرع فالأرادة القانونية ماهي الا وسيلة الى تحقيق غرض عملي فاذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة وان أنصار هذه النظرية منهم من يشترط في التحول أن تنصرف ارادة المتعاقدين احتياطيا الى العقد الصحيح الذي تحول اليه العقد الباطل فلا تكفي الارادة المحتملة بل يجب أن يكون المتعاقدان قد توقعا احتمال بطلان العقد الأول فانصرفت ارادتهما الى العقد الآخر عند تحقيق هذا الاحتمال [١] .

وقد رأى جانب من الفقه أن تحول العقد ليس الا مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فيه أي استثناء و مبنى ذلك يعود الى تكييف العقد فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى استبعاد هذا التحول . فالتحول يدور حول تكييف العقد بحيث يمكن القول أن تكييف العقد اذا استقر على كون عقد ما باطلا فان ذلك لا يحول دون تكييف الصفقة على أساس من عقد آخر صحيح ، فالعبرة بالتكييف الصحيح و بالغاية الأقتصاديةمن التصرف القانوني لأن لهذه الغاية دورا كبيرا في تحديد المقصود من العقد و تكييفه [٢] .والجانب الآخر يرى ان تحول العقد يرجع الى سلطة القاضي في تفسيره للعقد الذي ينتج أثرا قانونيا ليس هو العقد الباطل الذي أبرمه المتعاقدان بل هو العقد الصحيح و اساسه عناصر مستقلة عن هذا العقد تجمعت في دائرته و فسرها القاضي تفسيرا تمشى فيه مع نية المتعاقدين فاستخلص منها العقد الصحيح وبذلك أن نظرية تحول العقد ليست استثناء عن القاعدة التي تقول أن العقد الباطل لا ينتج أثرا و بالتالي هذا العقد الصحيح ليس اساسه العقد الباطل.ومن الذين يرجعون تحول العقد الى نظرية الارادة ، من يذهب الى أن العقد القابل للأبطال ولكن لم يبطل بعد ، يجب أن يكون قابلا للتحول ، ولكن يجب أن تراعى في ذلك عناصر التحول الأخرى و خاصة الأرادة [٣].

.....

(١)الدكتور انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، طبعة/ ١٩٨٥ ميلادي ، بند/ ٢٥٢ و ما بعده ، وكذلك ينظر: الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في القوانين العربية، طبعة/ ١ ، سنة/ ١٩٥٨، ص ١٦٥ و ما بعدها

(٢)الدكتور صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية و المملكة الاردنية الهاشمية و الكويت ، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات الارادية ، ١٤٠٤ هجري- ١٩٨٤ ميلادي ، مطبعة البيت العربي- عمان ، ص ١٩٦

(٣) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، آثار التصرفات الباطلة ، القسم الاول ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد الثالث، السنة الثالثة /١٩٣٣، ص ١٣٢

ومهما يكن من الأمر فأن تحول العقد ليس تفسيرا أو تكييفا للعقد و انما هو عمل تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقدا جديدا تقيمه لهما ، و ذلك بناء على نيتهما المحتملة مهتديا بأرادة المشرع ، كما لا يشبه تحول العقد بانصراف العقد الى النية الظاهرة أو الباطنة و ذلك لان التحول يقع في العقود الباطلة في حين أن انصراف العقد الى النية الظاهرة أو الباطنة يقع بحثه في العقود الصحيحة و التحول يقع بأقامة المحكمة نفسها مقام العاقدين [١].

تسهيلا للفهم وتقريبا للأذهان ولكي يتسنى لنا مفهوم تحول العقد اكثر وضوحا ، من المفيد أن نأتي ببعض الأمثلة و النماذج : الكمبيالة التي لم تستوف الشكل الواجب قانونا فتتحول من كمبيالة باطلة الى سند أذني متى توافرت شروطه و الا تحولت الى سند عادي متى توافرت شروطه . فالشروط القانونية للكمبيالة لكي يعد صحيحا هي (عبارة سند الامر في متن السند باللغة التي كتب بها، غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود ، تاريخ الأستحقاق ، مكان الاداء،اسم من يجب الوفاء له أو لأمره ، تاريخ و مكان انشاء السند واسم و توقيع و مقام من أنشأ السند) فأذا خلت الورقة من أحد البيانات المذكورة تعتبر سندا لأمر ناقصا و لايكون له كورقة تجارية قابلة للتداول الا استثناء [٢] ففي حالة بطلان الكمبيالة وفق شروط القانون التجاري تتحول الى سند عادي في الاثبات اذا كانت تتوفر فيه شرط وجود كتابة مع وجود خط أو امضاء أو بصمة ابهام من ينسب اليه السند [٣] و كذلك القسمة الرضائية للمال الشائع اذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية تكون باطلة لأن من شروط صحة القسمة يجب أن يتمتع كل الشركاء بالأهلية الكاملة مع اتفاق جميعهم على هذه القسمة ولكن اذاكان ناقص الاهلية مأذونا بالتجارة أي أذن له وليه بترخيص من المحكمة وأكمل الخامس عشر ة سنة من العمر ، تتحول القسمة الرضائية الباطلة الى قسمة المها يأة – الزمانية او المكانية- الصحيحة (قسمة المهايأة هي قسمة انتفاع للمال الشائع لا قسمة ملكية فهي أتفاق مؤقت وتكون على نوعين أولا المهايأة المكانية وهي التي يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء يوازي حصته من المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء . والمهايأة الزمانية هي نفس الأتفاق ولكن ينصب الأتفاق على المناوبة بالأنتفاع على كل أو جزء من المال الشائع) و أن المهايأة تدخل في أعمال الأدارة التي يسمح للماذون بالتجارة ، بخلاف قسمة الأعيان التي تعتبر من أعمال التصرف [٤]. من يتعهد تعهدا لا رجوع فيه أن يجعل شخص آخر وارثا له فيكون التعهد باطلا لأن الشريعة الأسلامية لا تعرف عقد اقامة وارث يكون هذا التعهد باطلا ولكن يتحول الى وصية صحيحة ، وهي تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت في حدود ثلث التركة ، و يستنتج من نية المتعهد أنه ينوي اعطاء حصة من التركة الى المتعهد له بعد موته في حدود الثلث [٥].

.....

(١) الدكتورة راقية عبد الجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت –لبنان ، الطبعة الاولى / ٢٠١٧ ميلادي، ص ٥٦

(٢) الدكتور علي البارودي، شرح القانون التجاري الطبعة/ ١ ، دار الهدى للمطبوعات ، ص ٥٠

(٣) ينظر : المادة (٢٥) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)

(٤) ينظر المواد (٩٧) و(١٠٥) و (١٠٧٨) و (١٠٧٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة (١٩٥٩) المعدل .

(٥) المادة (٦٤-٧٣) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة(١٩٥٩)المعدل .

ـ و كذلك الحال وصية لاحقة لوصية سابقة فأذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت الى العدول من الوصية السابقة أي يتحول التصرف الباطل الى عدول صحيح ، كما لو أوصى شخص في حياته لشخص آخر بشيء معين من ماله وهو يملك كامل قواه العقلية و يتمتع بأهلية الأداء الكاملة ثم أصيب بمرض في عقله يجعله ناقص الأهلية و أوصى لشخص آخر غير الموصى له الأول بنفس الشيء الموصى به ، فالوصية الثانية تكون باطلة ولكن تتحول الى العدول الصحيح من الوصية الاولى الصحيحة [١].

ـ ومن امثلة تحول العقد ، اذا قال مالك المال للعامل في عقد المضاربة ، خذ المال والربح كله لك ، يكون عقد مضاربة باطلة لكنها يتحول الى عقد قرض صحيح مستوف لشروطه و أركانه ، لأن المضاربة تتطلب تقسيم الربح و الخسارة وفق الاتفاق المبرم بين الطرفين[٢] .

ـ قال الزركشي : وهو أحد كبار فقهاء المذهب الشافعي، من قال لشخص ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم

معلومة ، فلو حملنا العقد على انه مساقاة فأنها فاسدة – باطلة- اذ أن المساقاة لا تكون بالدراهم وانما بما يخرج من الثمر ، فيحمل هذا العقد على الاجارة[٣] .و المساقاة عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره[٤].

ـ يتحول عقد الوديعة الى عقد العارية اذا كان الوديع مأذونا بالأستعمال و عقد العارية تتحول الى عقد القرض اذا كان الشيء مما يستهلك بالأستعمال ، و الوكالة تتحول الى الفضالة و يصير الوكيل فضوليا اذا خالف الوكيل و جاوز الحدود المرسومة لوكالته ، ثم أجازه الموكل. و كذلك يتحول القرض الى وصية لو أقرض رجل دراهم و قال: اذا مت فانت في حل[٥].

من كل ما تقدم يبدو أن سلطة القاضي في نطاق التحول ليست سلطة تحكمية وهو يفسر نية المتعاقدين وفي ضوء ذلك يقوم بأنشاء التعاقد من جديد، مستعينا بسلطته في تفسير العقود والتصرفات و مستندا بالغرض الأقتصادي للطرفين ويبحث عن الأرادة الحقيقية الضمنية للمتعاقدين وعلى هذا الأساس فأن دور القاضي قاصر على التثبت من تحول التصرف بعد أن يتبين له توافر شروطه.

.....

(١) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية / ١٩٦٦ميلادي ، ص٤٩٥

(٢) الدكتور حيدر جبار محمود ، تحويل العقد المالي و اثره في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، ص ٣٠ ، المأخوذ من : الرابط الالكتروني (isaj.net)

(٣) الزركشي ، المنثور في القواعد ، المحقق محمد حسن محمد حسن اسماعيل ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، الناشر دار الكتب العلمية ، سنة ١٤٢١ هجري – ٢٠٠٠ميلادي ، ص ١٠٦

(٤) المادة(٨١٦) القانون المدني العراقي المعدل .

(٥) د. عبد الحميد محمود البعلي ، المصدر السابق ، ص ٤٩

المطلب الرابع

تحول العقد في الفقه الأسلامي

ان فقهاء المسلمين أهتموا بضرورة استثمار العقد و الأستفادة منه في الحدود التي لا تخالف أحكام الشرع ولا تخل بميزان العدل و الحق ، لذلك وضعوا جملة من القواعد التي يمكن أن يسترشد بها القاضي في التعامل مع العقود المبرمة . أن الفقهاء طبقوها في أحكامهم من خلال القاعدة الشهيرة (العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني) و(اعمال الكلام أولى من أهماله ولكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) لأن الأحكام الشرعية انما تترتب على ماقصداه المتعاقدان ايجاده من العقد لا على مطلق المعاني التي تفيدها الألفاظ التي استعملاها في العقد ، و يتفرع منها قواعد أخرى وهي أبرز تطبيق لنظرية تحول العقد ، منها (الكفالة بشرط العوض بيع)و(الاعارة بشرط العوض ايجارة) و (الهبة بشرط العوض بيع) و (الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة) و (الحوالة بشرط براءة المحيل كفالة) [1] ،ومن ذلك أن حكم الرهن هو الذي يطبق في بيع الوفاء وهو البيع بشرط أن البائع اذا رد الثمن أسترد المبيع . فالعقد وان تم بلفظ البيع الا أنه في حقيقته رهن.

وقد أعتبرت الشريعة الأسلامية والقوانين التي أخذت عنها ،كتطبيق لنظرية تحول العقد،كافة التصرفات الصادرة عن المريض في مرض الموت ، من هبة و وقف و الاستئجار و المهر و البيع و الشراء و الابراء و الكفالة و غير ذلك من المعاملات، حكمها حكم الوصية في اعتبارها من الثلث [2]. كما تطرق الفقهاء المسلمون في مؤلفاتهم لموضوع تحول العقد بشكل واضح لا لبس فيه ، ولم يقف الأمر عند الفقهاء عند حد اقرار نظرية التحول و تطبيقها ، بل ذهبوا الى أبعد من ذلك ، عندما أقاموا التحول على اساس موضوعي بدلا من الاساس الذاتي ، فالارادة عندهم تنشيء العقد فقط ولكن أحكام العقود واثارها تكون من الشارع لامن العاقد . فالعاقد ينشيء العقد فقط ولكن لاينشيء الاثار ، ولذا يقول الفقهاء عن العقود انها أسباب جعلية شرعية وليست بأسباب طبيعية [3]. ومن تطبيقات الفقه الأسلامي التي يمكن تقريبها من فكرة تحول العقد مايقرره الفقيه ابن رجب في قواعده أنه(اذا أعار شيئا و اشترط عليه العوض صح وانقلب الى قرض فيملكه بالقبض اذاكان من المكيلات أو الموزونات ، واذا اجره الارض بثلث مايخرج منها كان اجارة باطلة وتحول العقد الى المزارعة) وما جاء في (الأشتباه والنظائر للسيوطي من أنه (لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الاول ، فهو اقالة بلفظ البيع) ذلك أن الأصل في مذهبي ابي حنيفة و الشافعي أن بيع المشتري للمبيع قبل قبضه فاسد ، و هذا باع المشترى المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الاول ، فهو بيع فاسد ولكنه مع ذلك يتحول الى أقالة صحيحة اذ ينطوي العقد على جميع عناصر الأقالة [4].

.....

(١) الدكتور عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، سنة ٢٠١١ ، ص ٣٣٥

(٢) الامام علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج/٧، ط/٢،دار الكتاب العربي ، بيروت، ١٩٨٢، ص ٣٧٠

(٣) محمد ابو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ط/١، مطبعة فتح الله أليياس نوري و أولاده ، مصر/١٩٣٩، ص ٢١٦

(٤) نقلا عن: دكتورة هند فالح محمود صالح العلاف ، نظرية البطلان في القانون المدني دراسة تحليلية مقارنة، دارالكتب القانونية ، مصر-الامارات ،ط/ ١، سنة النشر/٢٠١٥، ص ٣٧٧

المطلب الخامس

أثر تحول العقد

بعد أن يتم التحول نكون أمام عقد جديد ، من الضروري معرفة آثاره و دوره من وجهة نظر مختلف النظم القانونية السائدة ، لأن اثار التحول تخضع لمبدأ ثابت يتعلق أساسا بوظائف العقد المختلفة في الشرائع السماوية و القوانين الوضعية من منطلق أن العقد لايعدو أن يكون وسيلة فنية للتبادل الاقتصادي في المجتمع . و تختلف التشريعات في تحديد طبيعة الآثار التي تترتب عند تحول العقد الباطل الى عقد صحيح ، ففي ظل التشريع الاسلامي و القوانين المتأثرة به و المعروف بأنتهاجه النزعة الموضوعية في بناء أحكامه الكلية والجزئية في دائرة المعاملات ، نجد بأنه أقام أساس التحول على المعيار الموضوعي بدلا من المعيار الذاتي الذي أتجهت اليه غالبية التشريعات الوضعية ، و هذا يعني أن آثار التحول في الفقه الاسلامي لادخل لأرادة المتعاقدين في ترتيبها وانما على أساس أذن المشرع بترتيبها . فالشريعة الاسلامية أخضعت اثار التحول لحكم الشارع . أما القوانين الرأسمالية على الرغم من قيامها على الحرية والمبادرة الفردية، الا أن آثار التحول فيها لابد أن تخضع لقيود النظام العام و الآداب على الرغم من أن هذه القيود تأتي ضيقة في حدودها و مداها . ومن المعلوم أن آثار التحول ينتج أثره بأثر رجعي و تكون له نتائج معينة بالنسبة للأشخاص ذات العلاقة ، أي له آثار من حيث الزمان و من حيث الاشخاص . فمثلا اذا تم التصرف بالموهوب بعقد هبة باطلة ، وبعد تحول الهبة الى عقد بيع صحيح ، فينفذ التصرف من تأريخ انعقاد الهبة المذكورة باثر رجعي و يكون التصرف معتبرا و صحيحا تجاه المتعاقدين والغير .

ان اتجاه الذي سلكه الفقه الأسلامي يتماشى مع الأتجاه الذي أنتهجه التشريعات ذات النهج الموضوعي التي تخضع العقود في تكوينها و آثارها لمتطلبات خطط التنمية التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني أي بشرط عدم اصطدامها مع غاية المصلحة العامة. واذاكان الاساس في ترتيب أثر التحول في ظل النظم التقليدية يرتكز على ارادة المتعاقدين فأن الأمر لايبدو كذلك بالنسبة للنظم الحديثة التي تعتمد نهجا موضوعيا ، ونتيجة لذلك فأن أثر التحول سيتأثر بدرجة كبيرة بهذا المفهوم ، فهذه النظم الحديثة تسعى الى المحافظة على العقود وعدم اهدارها من خلال تغيير مضمونها بما يتفق مع خططها لتحقيق المصلحة العامة . وان نهج الفقه الاسلامي هذا لايعني اهدار ارادة المتعاقدين واهمال رضاهما في ترتيب اثار تحول العقد ، بل العكس صحيح ، اذ ان الرضا في العقود له سلطان لا يستهان به في أحكام العقود و آثارها ، رغم خضوعها للنظام العام و أن دائرة قواعد النظام العام في الفقه الأسلامي أوسع منها في الفقه الغربي، فاذا كان الاصل في الفقه الأسلامي حرية التعاقد في حدود النظام العام فأن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية [1].

.....

(١) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج/١ ، جامعة الدول العربية – معهد البحوث والدراسات العربية /١٩٥٤، ص ٨٢

فعند تحقق شروط اعمال التحول ، رتب ذلك انشاء عقد جديد ، سرى أثره في حق جميع الاشخاص بوصفه عقدا صحيحا ، كما ان هذا الاثر لايسري في حق المتعاقد فحسب ، وانما يسري في حق الغير ايضا ، وهذا الاثر يترتب بأثر رجعي من وقت ابرام العقد الباطل . وتطبيق مبدأ الاثر الرجعي للتحول لم يكن الا لأعتبارات وجد فيها المشرع تحقق المصلحة العامة . و تخفيف الضرر الذي قد يلحقها نتيجة لبطلان العقود ، ومن هنا فان الضرورة العملية فرضت هذا المبدأ .

و عند اعمال التحول و بأثر رجعي أمكن تحقيق الحماية القانونية للحقوق و المصالح و عدم اهدارها وفقا لما يفرضه منطق البطلان [1].

فمثلا عند تحول عقد ما سيمثل الرابطة العقدية التي ترتب أثرها بين أطرافها وهم المتعاقدان في العقد الباطل ، أي أن أثر التحول سيترتب في الدرجة الاولى بين المتعاقدين فهما من سيلزمان بالعقد الجديد الذي حل محل عقدهما الاصلي ، وصحة العقد الجديد ستسري في مواجهة المتعاقدين و خلفهما و دائنيهما ، كما أنه يسري في مواجهة الغير أيضا و في مواجهة أي شخص ثالث قد يملك حقا يتأثر بصحة العقد أو بطلانه ،ومن تأريخ ابرام العقد الباطل القديم ،استنادا الى أن العقد الصحيح يعتبر حجة في مواجهة الكافة .

وقد استقر قضاء محكمة تمييز العراق على اعتماد نظرية تحول العقد بشكل واضح في ترتيبها للآثار ، وفي قرار لها تقول (ان عقد البيع الخارجي وان كان باطلا وفقا للمواد (٩٠ و ٥٠٨و ١١٢٦-٢) من القانون المدني لتخلف ركن التسجيل بدائرة الطابو فيه الا أنه تضمن عقدا صحيحا وهو الأباحة) [2].

.....

(١) الدكتورة ندى الشجيري ، اثار بطلان العقد دراسة مقارنة، ج/١، سنة الطبع/ ٢٠١٦ ميلادي ، دار السنهوري لبنان – بيروت ، ص ٥١

(٢) رقم القرار ٦٥١/ حقوقية / ١٩٦٩) ، في ٩١-١٠-١٩٦٩، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، دارالحرية للطباعة-بغداد / ١٩٧٢ ، ص ١٧٩

المبحث الثاني

تصحيح العقد الباطل

سوف نقسم هذا المبحث الى خمسة مطالب نبين في المطلب الأول مفهوم العقد الباطل وفي المطلب الثاني نتطرق الى الكلام عن دور القاضي في تصحيح العقد الباطل والمطلب الثالث نخصصه لموقف الفقه الأسلامي في تصحيح العقد ، وفي المطلب الرابع نسلط الضو ء على أوجه الشبه و الأختلاف بين تحول العقد و تصحيح العقد . وفي المطلب الخامس و الأخير نتحدث عن أثر تصحيح العقد .

المطلب الأول

مفهوم العقد الباطل

تصحيح العقد الباطل هو ادخال عنصر جديد على العقد الباطل بطلانا نسبيا بحيث يؤدي الى جعله صحيحا ، عن طريق المحافظة على بنيان العقد الموجود الذي يعد معيبا من حيث النظرة القانونية ، و يشمل تصحيح التصرف القانوني المعيب الصادر من الأرادة المنفردة .العقد هو ارتباط الأيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه [١] .فمنشأ العقد هو الأرادة لذلك عرف العقد في الفقه بأنه تطابق ارادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية ، أي هو توافق ارادتين أو اكثر على انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو انهائها [٢] .وهو ارتباط ايجاب و قبول بوجه مشروع يثبت اثره في محله ، فيقصد بالأيجاب والقبول هنا كل مايدل على ارادة المتعاقدين وما يرضيهما بأبرام العقد سواء كان ذلك بالقول أو الفعل أو الأشارة المعهودة . كما يكون الأيجاب و القبول بالمشافهة و يكون بالمكاتبة و بالأشارة الشائعة الأستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبأتخاذ أي مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكا فيه لدلالته على التراضي [٣].

والباطل في اللغة : جاءت الكلمة من (بطل و بطولا و بطلانا . بضمهن : ذهب ضياعا و خسرا) و(عمل باطل ...خاسر لافائدة فيه)

- ابطل الأجير : تعطل[٤].والأبطال : النقض و الألغاء و الأفساد و الأزالة ، يقال أبطل الشيء جعله باطلا . والأبطال عند فقهاء الشريعة الأسلامية : يستعمله بمعنى الألغاء و النقض[٥].

.....

(١) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) المعدل .

(٢) الدكتور عبد الرزاق احمدالسنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية، الناشر منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة/ ١٩٩٨ ميلادي، بيروت لبنان ، ص ٢٨

(٣) المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي.

(٤) القاموس المحيط ، العلامة اللغوي محمد يعقوب الفيروزآبادي ، المحقق: ابو الوفاء نصر الهوريني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٩ ميلادي ، الطبعة الثانية، ص ٩٨ .

(٥) مفردات ألفاظ القرآن، راغب الأصفهاني ، تحقيق صفوان عدنان داودي ،ط/١، دار القلم دمشق –دار الشاميةبيروت، ص ١٢٩

ان مفهوم البطلان عند فقهاء القانون هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (التراضي، المحل ، السبب) أو شرط من شروط الصحة (الأهلية ، سلامة الأرادة) و العقد الباطل يجب ان يكون قد وجد بالفعل و يتوافر فيه كل الاركان اللازمة لوجوده ولكنه لايترتب عليه الآثار القانونية سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا ، و جدير بالذكر أن العقد الذي لا تتوافر الأركان اللازمة له يعد معدوما وليس باطلا ولا يمكن تصور وجوده وبالتالي لا يمكن تصحيحه و بطلانه ظاهر بحيث يتعين على القاضي أن ينطق به ولو من تلقاء نفسه[1].

ان العقود الباطلة تنقسم الى العقود الباطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها للقانون كما اذا كان المخالفة متعلقة بالنظام العام ، و كذلك العقود التي يشترط القانون لأنعقادها شكلا معينا ولم يراع هذا الشكل .والبطلان النسبي أو العقد القابل للأبطال فيكون العقد قائما ولكن معيبا بعيب من عيوب الرضا وهي نقص أهلية المتعاقد المميز و الغلط والتدليس و الأكراه و الأستغلال ، وقد شرع الأبطال النسبي لمصلحة المتعاقد ناقص الأهلية أو لمن وقع في غلط أو المدلس عليه أو المكره أو لمن أستغل ، فان أحدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الأبطال فيصح العقد و يبقى قائما لآثاره.

ان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل تناول موضوع البطلان في المواد (١٣٧ – ١٤١) بشكل وافي وقد عرفت المادة(١٣٧) منه بأن (العقد الباطل هو مالايصح أصلا باعتبارذاته أو وصفا بأعتبار بعض أوصافه الخارجية) . كما تنص المادة (٩٠-١) منه على أن (اذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد الا بأستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك) .وكذلك نص المادة (٥٠٨) منه (بيع العقار لاينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة و أستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) . وأساس البطلان يرجع الى طبيعة المصلحة محل الحماية اذن يتقرر البطلان المطلق اذا انطوى ابرام العقد على مخالفة قاعدة تستهدف حماية مصلحة عامة ، و يقرر البطلان النسبي اذا انطوى العقد على مخالفة قاعدة تستهدف حماية مصلحة خاصة. فمجال تصحيح العقد هو البطلان النسبي وهو عقد منتج لكل آثاره بين المتعاقدين وبالنسبة للغير الا أن المشرع أعطى الحق لأحد المتعاقدين المطالبة بأبطاله و زوال كافة آثاره بأثر رجعي .

فأسباب البطلان كثيرة منها تعود الى شكلية العقد و منها الى وجود خلل في الأركان ومنها بسبب مخالفة القانون – النصوص الآمرة-وكذلك عدم مشروعية السبب و مجهولية المعقود عليه جهالة فاحشة ، والعقد الباطل لاينعقد ولا يفيد الحكم أصلا ، واذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان . ففي حالة بيع العين المؤجرة بعقد باطل بطلانا مطلقا للمستاجر حق طلب الحكم ببطلان العقد المبرم بين المؤجر والمشتري، ولو لم يكن طرفا في عقد البيع . وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالأجازة[2].

.....

(١) الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، ط/ ١٩٥٤ ميلادي، ص ٤٩٨.

(٢) المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة(١٩٥١)المعدل.

وقد استقر القضاء في العراق على هذا المبدأ فقد جاء في قرار محكمة تمييز العراق (ان بيع غير المنقول لاينعقد الا اذا سجل في دائرة الطابو لذا يعتبر وقوع العقد على مال غير منقول خارج دائرة الطابو باطلا ، واذاكان العقد في شق منه باطلا و في الشق الآخر صحيحا ولايمكن تجزئتها فيبطل العقد في الجميع لذا كان على المحكمة ابطال العقد كله) [1] فالعقود الباطلة بطلانا مطلقا تتميز بالخصائص الآتية :

١- يقع بطلانها بقوة القانون .

٢- لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانها.

٣- لايزول بطلانها بالأجازة.

٤- لا تعتبر سببا صحيحا في التملك بالتقادم.

و يمكن تلخيص خصائص العقود الباطلة بطلانا نسبيا كالآتي :

١- تكون صحيحة باديء ذي بدء.

٢- لايطلب بطلانها الا من شرع البطلان لمصلحته.

٣- يجوز تصحيحها بالأجازة.

٤- يسقط الحق في ابطالها بالتقادم.

٥- ليس للقاضي أن يقضي ببطلانها من تلقاء نفسه.

٦- تعتبر سببا صحيحا في التملك بالتقادم.

٧-عند ابطالها ترد الحالة الى ماكان عليه قبل البطلان [2].

من هذا يتضح أن عملية تصحيح العقد تقع على العقود الباطلة بطلانا نسبيا و عملية تحول العقد تقع على العقود الباطلة بطلانا مطلقا. ومن الأمثلة لهذه الحالات ، العقود المعيبة بعيوب الرضا التي يمكن تصحيحها بالأجازة . قيام شخص قاصر-ناقص الاهلية- برهن ماله مقابل دين فعقد الرهن في هذه الحالة باطل نسبيا ، ثم يجيزه بعد بلوغه سن الرشد و اصبح كامل الاهلية فاذا مضت عليه المدة القانونية أصبح صحيحا و سقط الأبطال بالتقادم و تحسب المدة من يوم زوال العيب[3] .وجدير بالذكر أن البطلان النسبي يسقط بمرور مدة التقادم[4] .

.....

(١) رقم القرار (٤٤٩/حقوقية/ ٥٦ بصرة) في (٢٧-٣-١٩٥٨) ، أشار اليه المحامي سلمان بيات ، المصدر السابق ، ص١٤١

(٢) دكتور عبدالحميد الشواربي ، عاطف الشواربي ، عمرو الشواربي ، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي ، المكتب الجامعي الحديث / ٢٠١٠، الطبعة الاولى، ص ٤٤٨- ٤٥٢

(٣) المادة(١٣٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل .

(٤) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزءالثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨ص ٦١٦

وفي الأستغلال مع الغبن في عقود المعاوضة يجعل العقد باطلا نسبيا حيث يحق للمتعاقد المغبون الذي لحقه غبن فاحش نتيجة الأستغلال ،المطالبة برفع الغبن الى الحد المعقول ، خلال سنة من وقت العقد ، فعرض القاضي ما يكفي لرفع الغبن هو ادخال عنصر جديد في العقد أدى الى تصحيح العقد [١] .

وبموجب سلطة القاضي التقديرية التي يهتدي بها بظروف الدعوى فله زيادة الثمن بقدر تكفي لرفع الغبن الى الحد المعقول، كما له أن ينقص مقدار المبيع اذاكانت ظروف الدعوى تجعل الأنقاص أولى ، وهذا لاتعني أن يصل القاضي الى حد اقامة تعادل حقيقي بين المتعاقدين بل المقصود أن تكفي الزيادة في الثمن أو الأنقاص في مقدار المبيع ليزيل الغبن الفاحش [٢].

ومن قبيل تصحيح العقد أيضا تخفيض الفوائد الأتفاقية الى النسبة الجائزة قانونا وهي التي تنص عليها المادة(١٧٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) المعدل (١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد سبعة في المائة ، فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة و تعيين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار. ٢- وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها أشترطها الدائن اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة و تكون قابلة للتخفيض اذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة) [٣].

وتخفيض الأجل الأتفاقي للبقاء في الشيوع الأتفاقي الى خمس سنين ، المنصوص عليه في المادة(١٠٧٠) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة(١٩٥١) المعدل ، فهو تصحيح العقد عن طريق الأنتقاص وهو اجباري بحكم القانون ، فتنص على أنه (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط ، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين ، فأذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة ، فلايكون الأتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين ، وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه) . ومثال على تغيير في عنصر محل العقد و استبداله بعنصر آخر يكون موافقا للقانون ، كعقد توريد البضائع اذاكان محل العقد بضاعة أجنبية يقوم بالنسبة لها أمر منع استيراده ، فيمكن تصحيح العقد من خلال توريد بضاعة مشابهة من داخل البلاد .لكل ماتقدم يظهر أن المشرع لم يهمل ارادة المتعاقدين في حالة انتقاص العقد ، التي هي معيار قيام هذه النظرية في الفقه الغربي والفقه الأسلامي .

.....

(١) المادة(١٢٥) من القانون المدني العراقي ، المادة(١٢٩) من القانون المدني المصري .

(٢) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقود في قوانين البلاد العربية ، طبعة/ ١٩٥٨، ص ٢٣١ .

(٣) استثنى المشرع العراقي الديون المصرفية من النسب المقررة في القانون المدني ، في قانون البنك المركزي العراقي رقم(٦٤) لسنة (١٩٧٦) .

المطلب الثاني

دور القاضي في تصحيح العقد

على الرغم من أن القواعد القانونية قد وضعت لتنظيم حياة الأفراد وأنها ذات صلة وثيقة بالمجتمعات ، وأن النصوص التشريعية تتصف بالعمومية والتجريد و المحدودية فهي من جهة محدودة و وقائع الحياة متجددة و غير محدودة لذا كان لابد من بذل الجهد في سبيل استخلاص الحكم القضائي من تلك النصوص التشريعية المحدودة، مع أنها تفقد صلتها تدريجيا عن الواقع كلما تغيرت القيم الأجتماعية السائدة في المجتمع وتطورت الحياة الأجتماعية و الأقتصادية وخصوصا في هذا العصر الذي يتسم بالسرعة و التكنولوجيا و العالم الرقمي يسيطر على كل جوانب الحياة ، فالقاضي ملزم باصدار الحكم في النزاع المعروض عليه رغم فقدان النص التشريعي أو غموضه والا عدَ ممتنعا عن احقاق الحق وهذا مايتعلق بطبيعة العمل القضائي . و رغم عدم قدرة المشرع على امكانية حل هذه المشكلة بشكل متكامل الا أن هناك وسائل قانونية و طرق تنظيمية في نطاق العملية القضائية بأتخاذها تؤدي الى نوع من المعالجة و التغطية ، وان المشرع أعطى صلاحيات واسعة للقاضي و أحيانا تلزمه بالألتجاء اليها والسير بالعمل القضائي عليها للوصول الى سد هذه الثغرات عن طريق سن القواعد و الاحكام التي تساعد القاضي في هذا المجال . فمنها اسناد القاضي بسلطة تصحيح العقد الباطل بطلانا نسبيا من أجل توقي اضمحلال العقود المبرمة و عدم زعزعة استقرار المعاملات و المحافظة على الثقة والأطمئنان وتحقيق أكبر قدر من العدالة بين المتعاقدين و مواكبة المستجدات . فتشريع القواعد التي تحظر على القاضي الامتناع عن احقاق الحق و أوجب عليه وضع الحلول القانونية الملائمة عند فقدان النص لأستيعاب كافة الوقائع المعروضة على المحاكم ، من خلال الأجتهاد القضائي في اطار ضوابط محددة و يكون بتطبيق المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) المعدل التي تنص على أنه (١-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها و في فحواها ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مباديء الشريعة الأسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . ٣- و تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء و الفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) و كذلك المادة (١٧) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) قد اعطى سلطة تقديرية للقاضي في توجيه اجراءات الاثبات و لو بغير طلب من الخصوم والتي جاء فيها(اولا: للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم اتخاذ أي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازما لكشف الحقيقة) .وان المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة(١٩٦٩) تنص على أنه(لايجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عدَ القاضي ممتنعا عن احقاق الحق ...)[1].

.....

(١) ونفس الحكم في المادة(٣) من قانون اصول المحاكمات اللبناني (١٩٣٣)، والمادة(٤) من قانون المدني الفرنسي .

ان دور القاضي في تصحيح العقد يكمن في تحري و تطبيق القواعد القانونية المنطبقة على الواقعة المعروضة أمامه من خلال اضافة عنصر جديد على العقد الباطل بحيث يؤدي الى جعله صحيحا وليس استخلاص عقد جديد من العقد الاصلي الباطل واستنتاجه من نية المتعاقدين الخفية. ويكون ادخال عنصر جديد اما بالاضافة أو بالأنقاص أو بالأبدال ، فالتصحيح هو مزيج من تصرف ارادي الصادر من العاقدين و عمل مادي يقوم به القاضي و يقع في بعض الحالات بحكم القانون دون أن تكون لأرادة المتعاقدين دور في ذلك وفي الحالات الأخرى يقع التصحيح بأرادة المتعاقد الحقيقية [١].

فاذا عقد الا يجار مؤبدا ، وفقا لأحكام القانون المدني العراقي، يبقى عقد الأيجار قائما ولايبطل اذ يبقى ساريا الى ثلاثين سنة أو الى مدة أقل يقدرها القاضي بحسب الظروف و هذا الانقاص يتم بحكم القانون ، ويعد العقد منعقدا لهذه المدة، وبعد ذلك يحق لأي من الطرفين أن ينهي الأيجار بعد التنبيه على الآخر بالأخلاء في المواعيد المقررة قانونا . وبهذا التصحيح أخذ القانون المدني العراقي في المادة(٧٤٠) حيث جاء فيها(اذا عقد الا يجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو أذا كان مؤبدا جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب احد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية...) [٢] .والسلطة الممنوحة للقاضي في تصحيح العقد بحكم القانون تكون في عقود المعاوضة و التبرع و الاذعان ، فلا خلاف بين الفقهاء بأن عقود المعاوضة هي المجال الطبيعي لأعمال سلطة القاضي في تصحيح العقد بسسبب عيب الاستغلال ، و يعرف المعاوضة بانه : العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما اعطاه كعقد البيع و الأيجار و العمل و المقاولة . ويقصد بالتبرع هي تلك العقود التي لايأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه ، كالهبة والعارية والوكالة اذاكانت بغير أجر.وقد جعل المشرع العراقي للقاضي سلطتين : احداهما في عقود المعاوضات حصرا و تتمثل برفع الغبن عن المتعاقد المغبون الى الحد المعقول و ثانيهما سلطة ابطال عقود التبرع . وسلطة القاضي في تصحيح و تعديل عقد الأذعان يقضي بضرورة توفير حماية قانونية للطرف المذعَن ، تعيد قدرا من التوازن الاقتصادي الى عقود الأذعان [٣].وعلى هذا فأن الأبقاء على العقد نفسه بتغيير في مضمونه و عناصره دون تغيير في نوعه أو تكييفه يعد تصحيحا للعقد الباطل . وأن استعمال القاضي لسلطته ليس عمل القاضي بعلمه الشخصي ، وتتفق النظم القانونية الحديثة على أن الأجتهاد هو الطريق الأفضل للوصول الى الحكم القضائي عند تحقق مبرراته و شروطه. فالأجتهاد القضائي هو عملية ذهنية يتولاها قاضي محكمة الموضوع المختصة بنظر النزاع و نتيجته الحكم القضائي الذي يصدره القاضي و الأخير قد يكون مصيبا في الحكم الذي يصدره وقد يكون مخطئا فيه . ويكون تحت رقابة محكمة التمييز [٤].

.....

(١) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق، ص ٥٠١

(٢) الدكتور سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الطبعة الثالثة، الجزء الاول ، البيع والايجار، مطبعة العاني ، بغداد/ ١٩٧٤ م ، ص ٢٢٩

(٣) المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي ، المادة(١٤٩) من القانون المدني المصري .

(٤) المستشار عباس قاسم مهدي الداقوقي ، الأجتهاد القضائي مفهومه – حالاته-نطاقه، الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية/ ٢٠١٥، ص ٨

المطلب الثالث

موقف الفقه الأسلامي من تصحيح العقد

ان العقد الباطل في الفقه الأسلامي يأخذ نفس الحكم للعقد الباطل في القانون المعاصر ، فالباطل والعدم سواء ومن ثم فهو لا ينتج أثرا ما بأعتباره تصرفا قانونيا . ولايتصحح بالأجازة و يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللقاضي بل يجب عليه أن يقضي ببطلانه ولو من تلقاء نفسه . ولكن ينتج بعض الآثار باعتباره واقعة قانونية . والعقد عند الجمهور ينقسم الى الباطل والصحيح ، وعند الحنفية الى الباطل والفاسد والصحيح [١].

فكرة تصحيح العقد فكرة معروفة في الفقه الأسلامي يقررونها بكل صراحة و وضوح ، فأبن نجيم الحنفي يقول في هذا المعنى : اذا سمي للمهر مايحل ومايحرم كان تزوجها على عشرة دراهم و دن - وعاء ضخم للخمر والخل كالبرميل - من الخمر، فلها العشرة وبطل الخمر، واذا جمع في البيع وقف وملك لايسري الفساد الى الملك ، واذا شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام فأنه يصح في الثلاثة و يبطل فيما زاد ، ومنها الوصية فلو أوصى لأجنبي و وارثه فللأجنبي نصفها و بطلت بالنسبة للوارث [٢] .أشهر نموذج على تصحيح العقد الباطل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية في مجال عقد البيع يسمى بتفريق الصفقة، وله عدة صور حيث قرر الفقهاء أن البطلان يتجزأ ، والمراد به: أن يشمل التصرف على ما يجوز و ما لا يجوز ، فيكون في شق منه صحيحا ، وفي الشق الآخر باطلا، ومن هذا النوع الجمع بين مايملك البائع و ما لايملكه في البيع الواحد وبيعهما صفقة واحدة كمن باع مشاعا بينه وبين غيره بغير اذن شركائه كأرض مشتركة لم تقسم بينهم ، فهذا البائع جمع بين ما يجوز بيعه وما لايجوز بيعه وهو حصة شركائه ، فيصح البيع فيما يملكه، و يبطل فيما لايملكه . وكذلك بيع المجهول و المعلوم أي محل العقد بعضه معلوم و بعضه مجهول . او اذا باع شيئين أحدهما يصح البيع فيه والآخر لايصح[٣] .

ان تصحيح العقد موجود في معظم الكتب الفقهية للمذاهب الأسلامية ولكن بأشكال ومسميات مختلفة أو بدون مسمى و يمكن أن نراه خلال امعان النظر في المسائل التي أفتوا فيه ، وأشترطوا الموازنة بين حقوق الطرفين وعدم الحاق الضرر الكبير بأحد اطراف العقد . و امكانية تجزئة العقد او محله. مثلا، ان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ، ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق ، لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ، و لم توجد الأجازة من المالك فبطل .

.....

(١) ينظر: الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، الطبعة الثانية، ص ١٩٣

(٢) الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، الاشتباه و النظائر، تحقيق و تعليق عبدالعزيز محمد الوكيل ، طبعة/١٩٦٨، ص ١١٤-١١٥ . نقلا عن: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير، الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص ١٢٦

(٣) ينظر: مصطفى احمد الزرقا ، عقد البيع ، الطبعة الثانية/ ١٤٣٣ هجري – ٢٠١٢ ميلادي ، دار القلم – دمشق ، ص ١٠ ومابعده

وللمشتري الخيار في الباقي ان شاء رضي به بحصته من الثمن ، وان شاء رده، سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب ، لأنه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام ، فصار كعيب ظهر في السلعة قبل القبض . وان كان الأستحاق بعد قبض البعض دون البعض ، فكذلك الجواب سواء ورد الأستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض ، فأن كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق [١].

ومن الفقهاء من يرد تصحيح العقد و يعتبرونه باطلا ، ونجد في ثنايا الكتب الفقهيةالقديمة والحديثة عند تناولهم في المسائل المتنوعة ما يدل على قبولهم و اقرارهم بفكرة تصحيح العقد ،ففي مسألة -١٥١٩: وكل صفقة جمعت حراما و حلالا فهي باطلة كلها، لايصح منها شيء مثل: ان يكون بعض المبيع مغصوبا ، أو لا يحل ملكه ، أو عقدا فاسدا سواء كان أقل الصفقة أو أكثرها أو أدناها أو أعلاها ، أو أوسطها ، وقال مالك: ان كان ذلك وجه الصفقة بطلت كلها ، وان كان شيئا يسيرا بطل الحرام و صح الحلال . قال علي : وهذا قول فاسد لا دليل على صحته ، لا من قرآن و من سنة ، و رواية سقيمة، ولا قول صاحب ، ولا قياس . و قال آخرون يصح الحلال – قل او كثر- و يبطل الحرام – قل او كثر [٢] .والحكم في الرهن والهبة و سائر العقود اذا جمعت ما يجوز و ما لا يجوز كالحكم في البيع الا ان الظاهر فيها الصحة ، لأن العقد وقع صحيحا فذهاب بعضه لا يفسخه ، وكما لو وجد احد المبيعين معيبا فرده او أقال احد المتبايعين الآخر في بعض المبيع . مسألة- ٣٢ : وان باع عبده و عبد غيره باذنه بثمن واحد ، فهل يصح ؟ على وجهين: احدهما يصح فيما و يتقسط الثمن على قدر قيمتهما ، وهو قول(مالك و أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، لأن جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد و كما لو باعا عبدا واحدا لهما. و الثاني لايصح لأن كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن و هو مجهول [٣] .وبسبب اختلاف نظرة الفقه الأسلامي للبطلان عن الفقه الغربي ، فأن تصحيح العقد في الفقه الغربي يقوم على معيار ذاتي ، اي نية المتعاقدين هل كانا يريدان أن ينعقد العقد ويتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو لا؟ اما أساس هذه النظرية في الفقه الأسلامي يقوم على معيار موضوعي ، فنرى العقد اذاكان في شق منه صحيحا وفي شق منه باطلا كبيع فاكهة وخمر يبطل العقد كله عند فقهاء الحنفية لأنه بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعا بالحصة ابتداء وهذالا يجوز أو يبطل عند فقهاء المذاهب الأخرى لجهالة العوض لعدم أنقسامه على المحل بالأجزاء[٤] .

.....

(١) الامام علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق و تعليق: الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، المجلد السابع ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة الثالثة/ ٢٠١٠ ميلادي ، ص ٣٤١

(٢) الامام الجليل المحدث الفقيه الاصولي ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، المحلى بالاثار ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، المجلد السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الاولى / ٢٠١٠ ، ص ٥٠٣

(٣) موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي ، المغني ، تحقيق الدكتور محمد شرف الدين خطاب و الدكتور السيد محمد السيد ج/٥، دار الحديث القاهرة ، طبعة / ١٤٢٥ هجري -٢٠٠٤ ميلادي ، ص ٢٦٤

(٤) اجود علي غالب العزاوي ، نظرية انتقاص العقد بين الشريعة والقانون ، مطبعة الامة –بغداد، ١٣٩٧ هجري-١٩٧٧ م، ص ٢٧

المطلب الرابع

أوجه الشبه و الأختلاف بين تحول العقد و تصحيح العقد

قد يختلط مفهوم تصحيح العقد مع مفهوم تحول العقد بسبب تقارب كلا النظامين و تشابههما ، و لمعرفة الحد الفاصل بينهما لابد من بيان أوجه التشابه و الأختلاف بينهما :

اولا : نقاط التشابه :

١-من حيث المبدأ ، كلاهما استثناء على مبدأ عدم تجزئة العقد ، لأن الأصل هو عدم جواز تجزئة العقد اذا كان صحيحا ، والأستثناء هو المسموح تجزئته لضرورة ما و بشروط خاصة و لا يجوز التوسع فيها.

٢- من حيث النتيجة : ان كلا من تحول العقد و تصحيح العقد تؤدي الى زوال البطلان المتمثلة بأنعدام العقد .

٣-من حيث الغرض : الهدف من كلا النظامين هو التقليل من حالات البطلان قدر الأمكان لحماية الثقة المشروعة في المعاملات و رعاية حقوق الغير الذي أطمأن اليه ، و تحقيق العدالة و الأستقرار.

٤-من حيث الأثر الرجعي : القرار الذي يقضي بالتحول هو حكم كاشف و ليس منشأ ولايستطيع احد من المتعاقدين أن يرفض العقد الصحيح الجديد ، ولكن يستطيع كلاهما بالأتفاق اقالته [١] ،بذلك فأن أثر التحول يرتد الى تأريخ انعقاد التصرف الباطل بأثر رجعي و يسري بحق المتعاقدين و الغير [٢].كما أن تصحيح العقد يجعل العقد صحيحا من وقت ابرام العقد الباطل أي له أثر رجعي .

٥-من حيث الأستناد : يستند كل من التحول و التصحيح على ارادة المشرع و دور القاضي في كلتا العمليتين يقتصر على التحقق من توافر الشروط المتطلبة فيهما .

٦-ان كل من التحول و التصحيح يتم في مرحلة تنفيذ العقد و تقوم به المحكمة وفق الشروط التي رسمها المشرع التي تخفى على العاقدين في أكثر الحالات.

٧-كلاهما يرتبان آثارا على هذا العقد خلافا للقاعدة العامة التي تعتبر العقد الباطل عدما لايترتب عليه أي أثر ، لتلافي بعض الآثار غير المحمودة التي كان من المحتمل حصولها في حالة اهدار آثار العقد الباطل .

.....

(١) المادة(١٨١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل .

(٢) عبدالرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد، المصدر السابق ، ص ٥٤٩

ثانيا : نقاط الأختلاف : وعلى الرغم من نقاط الألتقاء و التشابه بين تحول العقد وتصحيح العقد الا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما تجعل كلا منها نظاما مستقلا بطبيعته و شروطه و آثاره .من أهم نقاط التباين :

١-ان المتمعن بأحكام نظرية تحول العقد يتبين له و خاصة من شروط هذه النظرية أن تحول العقد يكون في حالة كون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، و لكنه يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح ، أما تصحيح العقد فأن العقد الأصلي يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للأبطال و يتم تصحيحه بأدخال عنصر جديد عليه بحيث يؤدي الى جعله صحيحا.

٢- تحول العقد يعد من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل بوصفه واقعة قانونية أو واقعة مادية ، و يتحقق بأستبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل . أما في تصحيح العقد تترتب الآثار الاصلية باعتبارها تصرفا قانونيا او عقدا وليس واقعة مادية ويكون العقد المصحح يبقى بعد زوال البطلان دون تغيير في طبيعته أو نوعه أي بدون أستبداله[١] .

٣-زوال البطلان في التصحيح يتم بأجراء تغيير في أحد عناصر العقد الباطل ، بالأستبدال أو الأضافة أو الأنقاص . بينما في التحول يتم زوال البطلان بأحلال عقد آخر صحيح محل العقد الباطل .

٤-يقع التصحيح أحيانا بحكم القانون دون أن يكون للمتعاقدين دور في ذلك و قد يقع بأرادة المتعاقدين الحقيقية الظاهرة. على المتعاقدين أو الغير اذا أراد أن يقف ضد التصحيح و يتمسك بالبطلان الكلي يجب عليه اثبات انصراف ارادة المتعاقدين الى كون العقد وحدة واحدة غير قابل للتجزئة سواء بحكم القانون او حسب الأتفاق أو بحكم طبيعة محل العقد . أو اثبات ان العقد ماكان ليبرمه أحد المتعاقدين بدون الشق الباطل المراد تصحيحه لكون الأخير هو الدافع الى التعاقد[٢] ،بينما مدار التحول هو الكشف عن الارادة الفرضية او المحتملة للمتعاقدين . و تستخلص هذه النية من قبل المحكمة. وهذا ما أكدته صراحة محكمة النقض المصرية ، في قرارين لها ، حيث بينت فيهما الفرق بين تصحيح العقد الباطل و تحوله . حيث جاء في قرار الأول (أن البطلان قد لايرجع لأعتبارات شكلية أو موضوعية، فقد يرجع الى بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه ، وقد يضع له المشرع حكما خاصا لحماية المصلحة العامة فيخرج عن القاعدة العامة في البطلان ، فقد يذهب المشرع الى تصحيح العقد الباطل وذلك بأدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا الى جعله صحيحا و هذا ما يسمى بنظرية تصحيح العقد الباطل وهي تخرج عن نطاق نظرية تحول العقد الباطل التي تستلزم عدم اضافة عنصر جديد على هذا العقد ....)[٣].

.....

(١) ينظر: الاستاذ زهير المارتيني ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، حلب الطبعة الاولى / ١٩٦٦ - ١٩٦٧ ص١٤٤-١٤٥

(٢) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول ، نظرية العقد ، مطبعة نوري –القاهرة ،/ ١٩٤٣ ميلادي ، ص ٢٣٨

(٣) رقم القرار (٦٣/٧٤٤٨)القضائية في (١٤-٤-١٩٦٤) منشور في مجموعة الاحكام الصادرة من الدوائر المدنية و التجارية و الاحوال الشخصية لمحكمة النقض المصرية ، السنة/ ٤٥ ،ج / ١، ص ٧٠٩

ومن خلال القرار الثاني يتضح عدم جواز تطبيق تحول العقد اذا كان هناك تغيير في عنصر من عناصر العقد ، حيث جاء فيه ((تحول العقد يكون ممتنعا اذا كان يستلزم ادخال صفة جديدة للمتعاقد الذي يعقد العقد ، و اذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره الى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية، فأنه لايكون قد خالف القانون))[١].

٥-الآثار التي تترتب على العقد الباطل عند تحول العقد هي آثار عرضية أو كما تسمى أحيانا آثار ثانوية ، أما الآثار التي تترتب على العقد الباطل عند تصحيح العقد فهي آثار أصلية أو كما تسمى أحيانا بالآثار الجوهرية .

٦-الآثار الأصلية يرتبها القانون في بعض الحالات على العقد الباطل ، هي الآثار التي ينتجها العقد ان كان صحيحا ، في حين أن أساس الاثار العرضية في حالة تحول العقد هو انصراف نية المتعاقدين المحتملة الى التصرف الآخر الذي تحول اليه التصرف الأصلي . ان هذا الفارق بين الآثار العرضية و الآثار الأصلية للعقد الباطل يتضائل أهميته عند الأبتعاد عن مبدأ سلطان الأرادة الذي أعتمد كأساس للتحول ، فأذا كان أساس التحول موكولا لحكم القانون او غايات العقد الاقتصادية و الاجتماعية في ضوء التوجيه الاقتصادي للعقود ، فأن هذا الفارق سينقلب تشابها بين الحالتين الى حد كبير. وقد ظهرت ذلك في بعض المشاريع القانونية الحديثة في ميدان تنظيمها للعلاقات التعاقدية . حيث نصت المادة(٣٧٤) من مشروع القانون المدني العراقي على مايلي((اذاكان العقد باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي أرادها المتعاقدان ، ولكن يجوز ان تترتب عليه الاثار التي يقررها القانون))[٢].

وهناك حالات يترتب فيها على العقد الباطل جميع آثاره ، دون تحقق تحول العقد او تصحيح العقد ، فالشركة الواقعية وهي شركة تجارية باطلة ، وسبب بطلانها يكون على صورتين ، فهو اما أن يكون لعدم توافر أركان العقد (الرضا، المحل ، السبب) اي وفقا للقواعد العامة التي تنطبق على جميع العقود ، او ان يكون من نوع البطلان الخاص بالشركات ، اي بسبب عدم استيفاء الاجراءات التي يتطلبها القانون عند تكوين الشركة التجارية . فأذا كان البطلان لعدم استيفاء الاوضاع القانونية عند تكوين الشركة فيترتب عليها جميع اثاره فيما بين اطرافه لمدة معينة ، هي الفترة بين انعقاده والحكم ببطلانه ، و يذهب البعض الى اكثر من ذلك فيرتب هذه الاثار ليس فقط بين الطرفين بل بالنسبة لكافة الناس. وذلك بالاقرار للشركة الباطلة بالشخصية المعنوية ، وبهذا تصبح الشركة المعتلة في حكم الشركة الصحيحة مادامت قد ظهرت بهذا المظهر[٣].

.....

(١) رقم القرار(٢١/١٩٢) القضائية في (٢٦-١١-١٩٧٠) مشار اليه في : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف –الاسكندرية /٢٠٠٤، ص ١٩٢

(٢) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقود ، المصدر السابق ، ص ٩٣

(٣) الدكتور سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية / ١٩٥٦ ميلادي ، ص ٢٩٩

ومن العقود الباطلة التي ترتب آثارها ، مثال ذلك اذا باع شخص شيئا لآخر بمقتضى عقد باطل جاز للمشتري التمسك ببطلان هذا العقد قبل البائع ، ولكن اذا تصرف المشتري في هذا الشيء لشخص آخر ، فيكون تصرفه باطلا لأن بطلان العقد الأصلي يترتب عليه بطلان العقد الثاني ،الا ان ماتقدم يخرج على التطبيق المنطقي للبطلان و يصطدم بقاعدة ان من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ، فلا يجوز للمشتري الأول التمسك بالبطلان قبل المشتري الثاني . فالعقد الثاني وان كان باطلا لكنه يترتب جميع آثاره الأصلية بين المشتري الأول والمشتري الثاني [1].

و الحالة الأخرى التي تترتب فيها على العقد الباطل آثاره الأصلية هي حالة الصورية التي تمثل خروجا عن تطبيق القواعد المنطقية للبطلان ، فالعقد في هذه الحالة لاوجود له الا في الظاهر فقط و يثبت ذلك في ورقة ضده. لذلك فان هذا العقد بأعتباره منعدما قانونا ، كان يجب أن لا يترتب عليه أثر لا فيما بين عاقديه ولا بالنسبة للغير الا أنه مع ذلك يعتبر قائما بالنسبة الى الغير حسن النية ، وهو يشمل دائني المتعاقدين و الخلف الخاص ، اذ يكون لهؤلاء متى كانوا حسني النية ان يتمسكوا به، ومعنى هذا أن العقد ينتج آثاره الاصلية بالنسبة اليهم [2] .

.....

(١) د. حلمي بهجت ، آثار التصرفات الباطلة ، القسم الثاني ، المصدر السابق، ص ٣٤٣

(٢) الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد، المصدر السابق، ص ٩٥

المطلب الخامس

أثر تصحيح العقد

الأصل لايرتب العقد أي اثر مالم يكن صحيحا، ولكن من الأستثناءات على هذا الأصل وفي القوانين والأنظمة التي تقر بالبطلان الجزئي ، قد نجد أن عيب البطلان الذي يشوب العقد لايشمل الا جزءا منه فينتج عنه أثرا خلال تطبيق مايسمى بالأنتقاص عن طريق استئصال و اسقاط الجزء الباطل من العقد ، مما أثار جدلا بين الفقهاء واتخذوا مواقف و مذاهب مختلفة ، فمنهم من تصدى لهذا المبدأ و تنكر له مقررا عدم وجود مايسمى بتصحيح العقد الباطل ، وان المبدأ الثابت عندهم هو بطلان العقد كليا و ليس جزئيا ، بينما هناك جمع من الفقهاء دافعوا عن هذا الأستثناء وبرروا له التبريرات المنطقية و بحجج مختلفة، وكان لهذا الأختلاف في الأتجاهات الفقهية أثرها على التشريع و القضاء . وأن الأقرار بالبطلان الجزئي تتركز على استبعاد و اسقاط الأجزاء الباطلة من العقد فقط لضمان ديمومته و استمراره في البقاء عملا بمبدأ المحافظة على العقود و عملا بقاعدة مالايدرك كله لايترك جله، ولذلك فأن معظم التشريعات والمذاهب الفقهية تؤيد الأستثناء الوارد على البطلان ويرون أن اطلاق الحكم بالبطلان الكلي ليس في الأصل أكثر حماية للحقوق والمصالح لأنه سيؤدي الى الأحاطة بالعقد بأكمله واذا ما أراد المتعاقدان ترتيب الحقوق كان عليهم اعادة ابرام العقد من جديد في الوقت الذي كان من الممكن الأبقاء على عقدهم الأصلي طالما أنه لم يكن باطلابأكمله وهذا ما سيحفظ جانبا من الآثار التي أنصرفت اليها أصلا ارادتهما عند ابرام العقد [1].

والأثر المترتب على تصحيح العقد هو أثر أصلي الذي ينتج الى حد معين جزءا من الآثار التي سعى اليها المتعاقدان عند ابرام العقد لأن الأنتقاص نظام قانوني يترتب كأثر عند بطلان العقد جزئيا عملا بمبدأ تصحيح العقود قدر الأمكان فهو تقييد لنطاق البطلان[2] .وهذا يقتضي اعمال الأثر الرجعي للبطلان الجزئي، انحسار تطبيقه فيما بين المتعاقدين فقط لأنه حجة على الجميع ، ليكون مبدأ أعم و أشمل وهو سريان أثره حتى بالنسبة للغير انطلاقا من القاعدة العامة وهي الحماية القانونية لحقوق الغير .وطالما أن العقد المصحح يعد عقدا صحيحا منتجا لآثاره من تاريخ ابرام العقد الاصلي ، يجب أن يؤخذ بنظر الأعتبار الحفاظ على ما يخلفه من آثار بالنسبة للمتعاقدين والغير .

.....

(١) ينظر: الدكتورة ندى الشجيري ، نظرية انتقاص العقد ، المصدر السابق ، ص ٦٩

(٢) الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣

الخاتمة

خير العمل ماحسن أخره وخير الكلام ماقل ودل ، وبعد الأنتهاء من كتابة هذا البحث توصلت الى الأستنتاجات و المقترحات الآتية :

أولا : الأستنتاجات :

١-ان قواعد بطلان العقد واحدة أيا كان سبب البطلان ، فهو وصف يلحق التصرف القانوني ويؤدي الى انعدامه و القضاء على آثاره منذ نشأته .

٢-العقد الباطل ليس عملا قانونيا لكن واقعة قانونية و قد ينتج آثارا عرضية، وأحيانا رغم بطلانه ينتج آثارا أصلية.

٣-نظرية تحول العقد و تصحيح العقد الباطل ، من أهم الآثار العرضية للعقد الباطل بنوعيها المطلق والنسبي.

٤-ان نظرية تحول العقد أخذ بفكرتها ابتداء القانون الالماني في المادة(١٤٠) ومنها أقام رجال القانون نظرية كاملة .

٥-ان تحول العقد في الفقه الأسلامي تحكمه أصول الصناعة الفقهية و أستخدم الفقهاء مصطلحات التحول و التحويل و الأقتراب عند الأنتقال من عقد الى آخر استجمع شرائطه الشرعية .

٦-شروط تحول العقد الباطل الى عقد صحيح هي:

- بطلان التصرف الأصلي بطلانا كليا.
- تضمنه عناصر تصرف آخر صحيح.
- انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى هذا التصرف الآخر.

٧- شروط تصحيح العقد الباطل الى عقد صحيح هي:

- وجود عقد باطل بطلانا جزئيا .
- عدم كون الجزء الباطل دافعا للتعاقد.
- حصول التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل القابل للتجزئة.
- بقاء العقد المصحح على نوعه دون تغيير.

٨-رغم أن المشرع العراقي قد أعطى سلطة واسعة للقاضي في تفسير العقود ، الا أنه لم يعطيه صلاحيات واسعة في عمله القانوني أثناء تطبيقه قواعد وأحكام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح .

ثانيا :المقترحات :

١-عندما يعقد المواطن العادي عقدا ما، لايعلم بدقة العقود و تفاصيلها و لايلم بالأركان والشروط الواجبة قانونا لكي يعد عقده صحيحا، وبسبب كثرة العقود المبرمة و عدم الألتفات الى موضوع البطلان حيث يوجد أعداد منها يتم دحضها والطعن فيها بالبطلان من قبل أحد المتعاقدين أو الغير ،وهذا يخالف ما أراده التشريعات الحديثة و يسيء بمبدأ استقرار المعاملات . وان النصوص القانونية أوجبت على القضاة محاولة التقليل من حالات البطلان عن طريق تطبيق فكرتي تحول العقد و تصحيح العقد ، عليه نوصي السادة القضاة و اعضاء الادعاء العام و رجال القانون عموما و ندعوهم الى أن يهتموا بهذا الموضوع حق الاهتمام و يتأملوا فيه بأمعان عن طريق القراءة والبحث والتحليل و يعتبرونه واجبا عليهم لأن المهمة الملقاة على عاتقهم في هذاالمجال هي الكشف و التحري عن امكانية تطبيق نظرية تحول العقد و تصحيح العقد الباطل و التحقق من توافر شروطهما القانونية وهذه هي جزء من الأمانة والعدل اللذان يأمرنا الله بهما ،حيث قال تعالى في سورة النساء الآية ٥٨/ { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا } .

٢-بالنظر لعدم امكانية حصر حالات تحول العقد و تصحيح العقد بسبب التطورات التكنولوجية و الاقتصادية و التغيرات الاجتماعية و الثقافية تظهر أنواع مختلفة من العقود الجديدة غير المعروفة من قبل ، و أنه لاينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان ، من هذا المنطلق نقترح للمؤسسات التشريعية اصدار تشريعات جديدة على شكل قوانين خاصة أو اجراء تعديلات على نصوص القوانين النافذة بهدف مواكبة هذه التطورات و سد الثغرات القانونية المستجدة و لتحديد الأطر القانونية الواضحة للتطبيق و العمل في هذا المجال .

٣-نوصي بتعديل نص المادة(١٣٩) من القانون المدني العراقي بشكل يوضح هل يجب أن يكون الشق الباطل دافعا لكلا المتعاقدين او يكتفي بارادة احدهما حتى يمنع انتقاص العقد و يبطل العقد كله .

٤-نقترح اجراء تعديل على المادة(١٤٠) من القانون المدني العراقي، و يصوغ من جديد متضمنا اضافة قيد جديد لتحول العقد وهو عدم مخالفة العقد الآخر الجديد -المحول اليه -لأحكام القانون و لأهداف العقد الاجتماعية .

٥-نقترح اضافة فقرة جديدة لنص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي ، يحدد فيها كيفية معرفة و طريقة استخلاص نية المتعاقدين عند تحول العقد ، لأن النية شيء خفي في القلوب ، فأذا كان أحد المتعاقدين في مصلحته أن لا يبدي نيته الحقيقية عند ابرام العقد الأصلي تواجه المحكمة الصعوبة ، وربما لاتنجح في الوصول الى معرفة النية الصادقة و بالتالي يؤدي الى الجور و عدم العدل في حكمها على العقد والقضية معا .

وبعد هذا الجهد المتواضع أتمنى أن أكون قد وفقت في عرض الموضوع و بيانه وفي النهاية أرجو من الله العلي القدير التوفيق والصلاح في أمورنا و الهداية لما فيه صالحنا جميع

قائمة المصادر والمراجع بعد القرآن الكريم

أولا : الكتب و الرسائل العلمية والبحوث القانونية :

١	الدكتور ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص، الجزء الاول ، الاسكندرية، سنة ١٩٧٤ م
٢	الحافظ أبي الفرج عبد الرحمان بن رجب الحنبلي ، القواعد في الفقه الاسلامي ، راجعه و قدم له و علق عليه طه عبدال سعد ، طبعة ١٩٧٢ ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية
٣	الامام الجليل المحدث الفقيه الاصولي ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، المحلى بالاثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الاولى / ٢٠١٠
٤	أجود علي غالب العزاوي ،نظرية انتقاص العقد بين الشريعة والقانون ،مطبعة الامة – بغداد ١٣٩٧هجري – ١٩٧٧ ميلادي
٥	الدكتور احمد يسري، تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة للمادة / ١٤٤ من القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه من جامعة هيدلبرج – المانيا ، مطبعة الرسالة
٦	الدكتور أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، طبعة/ ١٩٨٥ ميلادي
٧	الدكتور توفيق حسن فرج , النظرية العامة للالتزام , الجزء الاول , مصادر الالتزام , الناشر منشورات الحلبي الحقوقية سنة ١٩٧٨
٨	الدكتورجميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دارالنهضةالعربية،القاهرة/١٩٨١
٩	الدكتور حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، نظرية العقد ، القاهرة/١٩٤٣ ميلادي
١٠	الدكتورة راقية عبد الجبار علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت –لبنان ، الطبعة الاولى / ٢٠١٧ ميلادي
١١	الدكتور رمضان ابو السعود , مبادئ الالتزام في القانون المصري و اللبناني ,الدار الجامعية ,سنة ١٩٨٦م
١٢	الزركشي ، المنثور في القواعد ، المحقق محمد حسن محمد حسن اسماعيل ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، الناشر دار ال العلمية ، سنة ١٤٢١ هجري – ٢٠٠٠ميلادي
١٣	الاستاذ زهير المارتيني ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، حلب –سوريا،الطبعة الاولى / ١٩٦٦ -١٩٦٧
١٤	الدكتور سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الطبعة الثالث، البيع والا يجار، مطبعة العاني ، بغداد/ ١٩٧٤ م
١٥	الدكتورسليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية / ١٩٥٦ ميلادي
١٦	الدكتورصاحب عبيد الفتلاوي ، تحول القد دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ١٤١٨هجري
١٧	الدكتور صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية و المملكة الاردنية الهاشمية و الكويت ، ١٤٠٤ هجري- ١٩٨٤ ميلادي ، مطبعة البيت العربي- عمان

١٨	المستشار عباس قاسم مهدي الداقوقي ، الاجتهاد القضائي مفهومه –حالاته-نطاقه، الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية
١٩	الدكتور عبد الحميد محمود البعلي ، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون ، بحث مقدم الى مؤتمر المصارف الاسلامية بين الواقع و المامول ، سنة ٢٠٠٩
٢٠	الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي
٢١	الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، الطبعة الثانية، الناشر منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة/ ١٩٩٨
٢٢	الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية / ١٩٦٦ميلادي
٢٣	الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج/١ ، جامعة الدو العربية –معهد البحوث والدراسات العربية /١٩٥٤
٢٤	الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية تحول العقد مع المقارنة و الموازنةبين نظريات الفقه الغربي و ما يقابلها في الفقه الاسلامي و القانون المدني العراقي، في انعقاد العقد و اركان العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٣٨٧ هجري -١٩٦٧ ميلادي
٢٥	الدكتور عبدالمجيد الحكيم و الاستاذعبدالباقي البكري و الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي الجزء الاول ، مصادر الالتزام م ١٩٨٦
٢٦	الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقود في قوانين البلاد العربية ، طبعة/ ١٩٥٨
٢٧	الدكتور عبد الودود يحيى ، الموجز في نظرية العامة للالتزامات ، القسم الاول ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨٧ م
٢٨	الدكتور عبدالحميد الشواربي ، عاطف الشواربي ، عمرو الشواربي ، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي ، المكتب الجا الحديث
٢٩	الدكتور عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، سنة ٢٠١١
٣٠	الامام علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق و تعليق : الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، المجلد السابع ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة/ ٢٠١٠ ميلادي
٣١	الدكتور علي البارودي، شرح القانون التجاري الطبعة/ ١ ، دار الهدى للمطبوعات /٢٠١٤
٣٢	الدكتورمحمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ط/١، مصر/١٩٣٩
٣٣	الدكتورمحمد شرف الدين خطاب والدكتور السيد محمد السيد،دار الحديث القاهرة ، ج/٥، ط/٢٠٠٤ ميلادي
٣٤	الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، ط/ ١٩٥٤ ميلادي

٣٥	الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، ايضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد ، الطبعة الاولى ،ايران –طهران
٣٦	الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، الطبعة الثانية/١٩٩٩
٣٧	الدكتور مصطفى احمد الزرقا ، عقد البيع ، الطبعة الثانية/ ١٤٣٣ هجري – ٢٠١٢ ميلادي ، دار القلم – دمشق
٣٨	الامام موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي ، المغني ، تحقيق الدكتور ش شرف الدين خطاب و الدكتور السيد محمد السيد ،ط/ ٢٠٠٤ ميلادي ، ج/ الخامس
٣٩	الدكتورة ندى الشجيري ، اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ، سنة الطبع/٢٠١٦ م ، دار السنهوري –لبنان -بيروت
٤٠	الدكتورة هند فالح محمود صالح العلاف ، نظرية البطلان في القانون المدني دراسة تحليلية مقارنة، دارالكتب القانونية ، مصر-الامارات ،ط/ ١، سنة النشر/٢٠١٥

ثانيا : المعاجم والقواميس :

١	الدكتور أبراهيم مصطفى و حامد عبدالقادر و احمد حسن الزيات و محمد علي النجار، المعجم الوسيط، المعجم الوسيط، الطبعة الاولى، دار الدعوة ١٩٨٩ميلادي – استانبول
٢	الدكتور خليل الجر ،المعجم العربي الحديث ، لاروس، ، مكتبة لاروس –باريس، ١٩٧٣، الطبعة الاولى
٣	العلامة راغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القران ، ط/١، دار القلم – دار الشامية، تحقيق صفوان عدنان داودي
٤	الدكتورمحمد يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، المحقق/ابو الوفاء نصر الهوريني ، دار الكتب العلمية، بيروت /٢٠٠٩ م ، ط/ ٢

ثالثا : المجلات القانونية و القضائية و المواقع الألكترونية :

١	الدكتور حلمي بهجت بدوي ، آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، العد دالثالث ، السنة الثالثة
٢	الدكتورحيدر جبار محمود ، تحويل العقد المالي و اثره في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، الرابط الالكترونيisaj.net
٣	المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية١٩٦٢م
٤	النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الثالث، السنة الرابعة
٥	مجموعة الاحكام العدلية يصدرها قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الاول والثاني و الثالث
٦	مجموعة الاحكام الصادرة من الدوائر المدنية و والتجارية والاحوال الشخصية لمحكمة النقض المصرية ، ج/١ ، سنة/٤٥

رابعا : متون القوانين :

١	قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة(١٩٧٩)
٢	قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل
٣	قانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٤) لسنة (١٩٧٦)
٤	القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل
٥	القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)
٦	قانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٤) لسنة (١٩٧٦

الفهـرســت

الموضوع	الصحيفة
خطة البحث	١
توصية المشرف	٢
المقدمة	٣-٥
المبحث الاول :نظرية تحول العقد	٦-١٩
المطلب الاول :شروط تحول العقد	٧-١١
المطلب الثاني :موقف القانون المدني العراقي من تحوا العقد	١٢-١٣
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لتحول العقد	١٤-١٦
المطلب الرابع : تحول العقد في الفقه الاسلامي	١٧-١٧
المطلب الخامس :أثر تحول العقد	١٨-١٩
المبحث الثاني: تصحيح العقد الباطل	٢٠-٢٣
المطلب الاول: مفهوم العقد الباطل	٢١-٢٤
المطلب الثاني :دور القاضي في تصحيح العقد	٢٥-٢٦
المطلب الثالث: موقف الفقه الاسلامي من تصحيح العقد	٢٧-٢٨
المطلب الرابع : أوجه الشبه والاختلاف بين تحول العقد و تصحيح العقد	٢٩-٣٢
المطلب الخامس :أثر تصحيح العقد	٣٣-٣٣
الخاتمة	٣٤-٣٥
قائمة المصادر و المراجع	٣٦-٣٩
الفهرست	٤٠