مجلة كامبريدج للبحوث العلمية

مجلة علمية محكمة تصدر عن مركز كامبريدج
للبحوث والمؤتمرات في مملكة البحرين

العدد ـ ٤١

كانون الثاني ـ ٢٠٢٥

CAMBRIDGE
RESEARCH AND CONFERENCES CENTER

CJSP
ISSN-2536-0027

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN–2536–0027

الانتقاص ودوره في تقليل حالات البطلان في القانون المدني

أ.د.محمد علي عبده
كلية الحقوق/ استاذ مشارك في القانون الخاص الجامعة الاسلامية فرع خلدة
مصطفى سالم كاظم جبر
طالب الدكتوراه /الجامعة الاسلامية

الملخص
تُعَدُّ فكرة انتقاص العقد من المفاهيم القانونية التي تهدف إلى الحفاظ على صحة العقود، حتى إذا تضمن العقد جزءًا باطلاً. تقوم هذه الفكرة على استبعاد الجزء الباطل من العقد والإبقاء على الأجزاء الصحيحة، بشرط أن يكون الجزء الباطل قابلاً للفصل دون التأثير الجوهري على باقي العقد وحيث ان هذه النظام في الفقه الإسلامي يُعرف بمفهوم "تفريق الصفقة"، حيث يُعتبر العقد الذي يحتوي على جزء باطل وجزء صحيح قابلاً للتجزئة، فيُبطل الجزء الباطل ويُنفذ الجزء الصحيح. ومع ذلك، إذا كان الجزء الباطل جوهريًا ولا يمكن فصل العقد إلى جزأين مستقلين، فقد يؤدي ذلك إلى بطلان العقد بالكامل. وقد نصت المادة ١٣٩ من القانون المدني الألماني على أنه إذا كان العقد يحتوي على جزء باطل، فإن العقد يبقى صحيحًا إذا كان من الممكن افتراض أن الأطراف كانوا سيبرمون العقد بدون الجزء الباطل. هذا يعني أن العقد لا يُبطل بالكامل إلا إذا كان الجزء الباطل جوهريًا لدرجة تجعل الأطراف يمتنعون عن إبرام العقد بدونه.
كلمات مفتاحية\ انتقاص العقد، بطلان العقد ، الانقسام والتجزئة، ارادة الاطراف

Summary
The idea of contract derogation is a legal concept that aims to maintain the validity of contracts, even if the contract includes a part invalid. This idea is based on excluding the invalid part of the contract and keeping the correct parts, provided that the false part is severable without materially affecting the rest of the contract, and since this system in Islamic jurisprudence is known as the concept of "dispersing the transaction", where the contract containing a false part and a valid part is considered divisible, so the invalid part is invalidated and the correct part is executed. However, if the invalid part is substantial and the contract cannot be separated into two separate parts, this may result in the entire contract being invalid. Article ١٣٩ of the German Civil Code states that if the contract contains a null and void part, the contract remains valid if it can be assumed that the parties would have concluded the contract without the invalid part. This means that the contract is not completely invalidated unless the invalid part is so fundamental that the parties refrain from concluding the contract without it.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

اهداف البحث

وتتمثل اهداف البحث في تقديم حلول قانونية لمواجهة آثار بطلان العقود بهدف تحقيق استقرار التعاملات والحد من انتشار البطلان، خاصة في ظل تعقيد المعاملات وتوسعها في العصر الحديث. إضافة إلى ذلك، تناقش الفقرة الآثار الجانبية التي تترتب على العقود الباطلة، مشيرة إلى أهمية هذا الموضوع في تكييف العقود مع متطلبات الواقع العملي وضمان استمراريتها.

مشكلة البحث

ان هذه البحث محاولة للإجابة على سؤال هل يوجد ما يدعو الى نظرية انتقاص العقد

المقدمة

تهدف هذه الدراسة والتي تناولتها المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي الى الحفاظ على العقود التي تحتوي على أجزاء باطلة من خلال إبطال الجزء المعيب فقط والإبقاء على الأجزاء الصحيحة، مما يسهم في استقرار المعاملات وحماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية وفقًا للمادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي، إذا كان العقد باطلاً في جزء منه وصحيحًا في جزء آخر، يُبطل الجزء الباطل ويظل الجزء الصحيح قائمًا، بشرط أن تكون إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى تنفيذ العقد بدون الجزء الباطل. تعد هذه النظرية تطبيقًا لمبدأ مرونة القانون في معالجة العقود، حيث تسعى إلى تصحيح التصرفات القانونية بدلاً من إلغائها بالكامل، مما يتماشى مع غايات المشرع في تحقيق العدالة والحفاظ على استقرار المعاملات. من الجدير بالذكر أن المشرع العراقي تأثر في تنظيمه لهذه الأحكام بمواقف القوانين الغربية، مما يعكس التوجه نحو تبني حلول قانونية مرنة تتناسب مع التطورات الحديثة في المعاملات المدنية.

المبحث الاول/ماهية الانتقاص

تعتبر من النظريات المهمة في القانون المدني، خاصة فيما يتعلق بصحة العقود وآثارها. وعند الحديث عن هذه النظرية، يمكن تقسيم المبحث إلى مطلبين رئيسيين

المطلب الاول/مفهوم الانتقاص

كان من شأن دراسات فقهاء القانون المدني حول فكرة الانتقاص ان اختلفت التعاريف المقدمة لتحديد معنى الانتقاص، وذلك كله نابع من اهمية هذه الفكرة وضرورتها على صعيد القانون المدني والقوانين الخاصة الاخرى، لذلك لا نرى ضيرا في أن نوضح معنى الانتقاص على النحو الآتي :

الفرع الاول/الانتقاص لغة

هو الخسران في الحظ او نقضه وانتقاصه اخذ منه قليلا على حد ما يجيء عليه هذا الضرب من الابنية بالأغلب، انتقص الشيء أي انتقص حقه، والنقيصة العيب والوقيعة من الناس والفعل انتق وكذلك انتقاص الحق[١]

الفرع الثاني/الانتقاص اصطلاحا

الانتقاص في القانون المدني يُعد مفهومًا قانونيًا هامًا يرتبط بالعقود الباطلة جزئيًا. وقد تناوله فقهاء القانون بتفسيرات متعددة، بعضها أصاب المعنى الحقيقي، بينما خلط البعض الآخر بينه وبين مفاهيم أخرى كتحول العقد. وفيما يلي توضيح وتعريف للانتقاص بناءً على الفقه القانوني الذي يراه أثرًا من الآثار الأصلية للعقد الباطل جزئيًا

فقد تم تعريف الانتقاص بأنه تجزئة العقد في حالة ما إذا انصب على محل بعضه قابل لترتيب اثر العقد عليه وبعضه ليس كذلك[٢]كما وعرف البعض الانتقاص على انه بأنها تخفيف من التزامات احد الطرفين نتيجة مخالفة الحدود التي وضعها الشارع لهذه الالتزامات وكبديل للنتيجة الطبيعية المخالفة وهي سقوط الآثار

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

جميعا نتيجة البطلان [٣]، وإبقاء باقيها صحيحا ألا إذا تبين انها ما كانت لتتم بأكملها بغير الجزء الذي وقع باطل، فعندئذ يمتد البطلان بأكمله، ويضرب الفقه مثلا لذلك أن ينصب البيع على عدة اشياء يكون واحد منها غير قابل للتعامل فيه فيعد البيع باطلا بالنسبة لباقي الأشياء ألا إذا تبين ان الصفقة واحدة لا يمكن تفريقها فيكون البيع بأكمله باطلاً)[٤] ويذكر البعض تعريفا للانتقاص بأنه (الانتقاص هو الذي يضع القاعدة العامة لما يسمى بالبطلان الجزئي لجزء من العقود التي يبرمها الأفراد إذا كان البطلان لا يمس ألا جزءا منه) ويرى آخرون ان الانتقاص ما ألا اثر من الآثار الاصلية التي تترتب على العقد الباطل حيث لا يكون العقد باطلا بأكمله، وإنما جزء منه مما يؤدي الى سقوطه والحيلولة دون سقوط الجزء الآخر الصحيح باعتباره عقدا مستقلاً وكما قال البعض في تعريف الانتقاص بأنه (قد تترتب على العقد الباطل أثار اصلية بالرغم من بطلانه وذلك بصفة استثنائية مراعاة لاعتبارات معينة نرى الآن صورة خاطئة تترتب فيها على العقد الباطل بعض أثاره الاصلية دون البعض الآخر وهذه الصورة لا يكون العقد فيها باطل بأكمله وإنما يكون باطلا او قابلا للأبطال في جزء منه وصحيحا في الجزء الآخر وفي هذه الحالة يستبعد الجزء الباطل أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا وهذا ما يقال له انتقاص العقد)[٥] وفي هذا الصدد تنص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على انه إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق هو وحده الذي يبطل اما باقي العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ألا إذا تبين العقد ما كان ليتم ألا بغير الشق الذي وقع باطلا)[٦] وتقرر هذه المادة قبول الحكم الذي أسسته نظرية انتقاص العقود، ومفاده ان العقد إذا تلبس بعدة امور وكان صحيحا بالنظر الى بعضها وباطلاً بالنظر الى الامور الأخرى فأن هذا الشق يبطل من العقد، يبقى صحيحا الجزء الآخر، ألا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم ألا بهذا الجزء المبطل وبالتالي فيطل العقد بأكمله[٧]

المطلب الثاني: تمييز الانتقاص عن ما يتشابه به من النظم الاخرى

لا ريب في ان كل شيء على وجهة الارض له من النظائر الكثير والكثير وانتقاص العقد هو جزء من النظريات الموجودة على الارض لذلك له من النظائر وله من الشبه، وهذه ما سوف نبينه من خلال الفرعين الآتيين

الفرع الاول: الانتقاص والتحويل

للتميز بين الانتقاص والتحول لابد من ان نعالج نقطتين هما اوجه الشبه و اوجه الخلاف بينهما :

١ اوجه الشبه بينهما :

من اوجه الشبه بين كل من نظام الانتقاص والتحول ان كلا منهما أثرا يترتب على بطلان التصرف فالأصل ان العقد الباطل عديم الأثر ولكن لا تعتبر هذه القاعدة مطلقة، حيث ان القانون رتب في بعض الاحيان آثارا تستدعيها مصلحة كل طرف من الطرفين المتعاقدين وكذلك حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات، ويتضح من ذلك ان بطلان العقد يعد شرطا رئيسيا لترتيب الآثار الاستثنائية والمتمثلة في انتقاص العقد وتحوله، ولكن يجب في الاول ان يكون العقد باطلا في جزء منه فقط أي باطلا بطلانا جزئيا، ومما تجدر الاشارة اليه ان هناك من يذهب الى القول بعدم وجود ما يسمى بالبطلان الجزئي للعقد وانه في حالة بطلان العقد الجزئي لا نكون ألا امام بطلان عادي يتفق مع المبادئ المسلمة في نظرية البطلان من ان مخالفة العقد لأحكام القانون ولو في جزء منه يؤدي الى بطلانه بأكمله، ويجب ان لا نخدع بوجود عدة تصرفات في ظاهر تصرف واحد، فنحسبها تصرف واحد، بل يجب أن نتحرى في قصد المتعاقدين انفصالها فيبطل التصرف المخالف للقانون وحده) [٨]كما يجب ملاحظة ان النظريتين تقومان على فكرة أساسية مؤداها استبقاء العقد

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

الذي أصيب بالبطلان الى اكبر قدر ممكن طالما ان لا يزال متفقا مع اهداف القانون او مع اغراض المتعاقدين في حالة عدم تعارضهما مع احكام القانون، ويحصل التداخل بين الفكرتين أيضا من حيث ان كلا منهما يعتمد المعيار الذاتي الذي يطلق للإرادة الفردية حريتها في أبرام التصرفات القانونية، وذلك في التشريعات التي تسودها النزعة الفردية والتشريعات الاخرى التي سارت على هذا النهج [٩]

٢ : أوجه الاختلاف بينهما :

ان أوجه التشابه بين الفكرتين لا ينفي ما يوجد بينهما من اختلافات تفرضها طبيعة كل منهما، فبينما التحول يعتبر أثرا من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل كواقعة مادية بحسب أقوال الفقهاء، ألا ان الانتقاص على حد قول الأقلية من فقهاء القانون المدني الذين يعتبرون الانتقاص أثرا اصليا يترتب على العقد الباطل باعتباره تصرفا قانونيا [١٠]وتحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، اما الانتقاص فيفترض بقاء نفس العقد مع اهمال الجزء الباطل منه، كذلك يجب ان يكون هناك عقد باطل في احد اجزائه دون الاجزاء الأخرى لأنه لو كان باطلا في جميع اجزاءه لما كان هناك محل لانتقاصه، وانه قد يتحول الى تصرف اخر ويعتبر هذا التصرف الآخر صحيح عند توافر شروط التحول، وقد يكون هناك مجال في حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل لوحده الى عقد اخر صحيح، والى جانب ذلك فأنه يشترط ان يكون العقد قابلا للانقسام في حالة الانتقاص لأنه إذا لم يكن كذلك، فان العقد يبطل وفي هذه الحالة لا يكن هناك محل للانتقاص بل للتحول إذا توافرت شروطه [١١]من كل ما تقدم يتضح ان كلا من فكرة الانتقاص والتحول تمثل نظاما خاصا ومستقلا عن الأخر، وذلك نابع من طبيعة كل من النظريتين التي تتطلب شروطا معينة بتحققها تترتب أثار تختلف عن غيرها على الرغم من اوجه التشابه ونقاط الالتقاء بينهما.

الفرع الثاني: الانتقاص والبطلان الجزئي

ان العقد وسيلة قانونية وضعت لتكون أداة تعامل بين الأفراد، وقد استلزم القانون لانعقاده شروطا واركانا معينة بتحققها يصبح العقد صحيحا أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط او ركن من هذه الاركان، كان العقد باطلا، فالبطلان هو الجزاء الذي يلحق التصرف القانوني نتيجة تخلف شرط من شروطه او ركن من الاركان انعقاد صحته [١٢]ألا ان البطلان قد يكون كليا فيبطل التصرف القانوني بأكمله، وقد يكون جزئيا يصيب جزءا او شقا من العقد دون اجزاءه الاخرى وهذا ما يطلق عليه بالبطلان الجزئي، ويرى جانب كبير من الفقهاء، ان الانتقاص هو البطلان الجزئي، فاعتبروا الاول مجرد وسيلة للخلاف الجزئي [١٣]ألا ان البعض الآخر يرى خلاف ذلك، ويعلل رأيه بأن الانتقاص والبطلان الجزئي يؤدي كل منهما يؤدي الى استئصال الجزء الباطل من العقد واستبعاده كليا مع الاحتفاظ بصحة الجزء الآخر، وعلى حد قولهم ان الانتقاص يفترض بطلان العقد جزئيا أي تعيينه في شق منه مع صحته في الشق الآخر كيما يمكن اعماله لتحقيق هدفه وهو المحافظة قدر الامكان على استمرار وديمومة الشق الصحيح، فيفترض ان يكون البطلان الجزئي متحققا اصلاً، ثم يأتي الانتقاص ليؤدي دوره في بقاء العقد بشقه الصحيح [١٤] وخلاصة القول ان البطلان الجزئي ما هو ألا وسيلة من وسائل الانتقاص، فالانتقاص لا يمكن ان يؤدي عمله ألا بعد تقرير بطلانه جزئيا، وبعدها يأتي لقصر نطاق البطلان على ما تعيب من العقد بهدف انقاذه من السقوط من دائرة البطلان.

الفرع الثالث: الانتقاص ونظرية الظروف الطارئة

ان نظرية الظروف الطارئة هي استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتتلخص هذه النظرية في ان العقد كان من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا وطرأت ظروف اقتصادية لم توقعها المتعاقدان عند ابرام العقد ادت الى اختلال التوازن الاقتصادي الى كان موجودا عند ابرام العقد

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

اختلالا خطيرا وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد وإنما ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة، وان هذه النظرية تشترط اربعة شروط حتى يتم تطبيقها وهذه الشروط هي الاتي :

١ : ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ او الفورية وكان تنفيذ العقد مؤجلا، كبيع الثمار على أشجارها بشرط بقائها حتى تنضج، ففي هذين النوعين من العقود من الممكن ان تطرأ ظروف او حوادث لم يكن في الوسع توقعها عند ابرام العقد

٢ : ان تجد في أثناء تنفيذ العقد ظروف او حوادث استثنائية عامة ويقصد بصفة خاصة ان تكون تلك الظروف او الحوادث خاصة بالمدين، كموته او افلاسه .

٣ : ان لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الاستثنائية عند ابرام العقد ويترتب على ذلك ان الحادث لكي يعتبر خرقا يجب ان يكون مما لا يستطاع دفعه فإذا كان في الاستطاعة دفعه ان يكون متوقعا او غير متوقع

٤ : ان تجعل هذه الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا .

وبعد توافر الشروط سالفة الذكر فالمحكمة ان ترفع الارهاق الى الحد المعقول عن المدين ، وقد عبر القانون العراقي عن ذلك بقوله (تنقص الالتزام الى الحد المعقول) وتعبير ترفع الارهاق خير من تعبير تنقص الالتزام ذلك ان القاضي قد يرى ان الارهاق يزول إذا منح المدين مهلة للتنفيذ [١٥]

ويجب عدم الخلط بين نظرية الانتقاص ونظرية الظروف الطارئة، وذلك لأن الأولى تكون بإنقاص العقد الذي تم ابرامه بين الطرفين وأصبح في شق منه صحيح وشق منه باطل لذلك فأن الشق الصحيح هو الذي يصح، وان الشق الباطل هو الذي يبطل ويكون ذلك في العقد المبرم بين الطرفين ولا علاقة بالظرف الطارئ به .

اما نظرية الظروف الطارئة فأن العقد يكون منذ البداية صحيح بأكمله ألا ان ظروف استثنائية استجدت أثناء تنفيذ الالتزامات جعلت تلك الالتزامات مرهقه للمدين لذلك يلجأ المدين الى القضاء لغرض اعادة التوازن مع التزامات الدائن بغية رفع الارهاق الى الحد المعقول بإنقاص التزاماته او زيادة التزامات الدائن وبالتالي يعاد التوازن بين الطرفين، ولا مجال لذلك في نظرية انتقاص العقد لأن العقد اساسا قد ابرم بين الطرفين وكان شق منه باطل ويشترط ان لا يكون هذا الشق هو الدافع او الباعث على التعاقد بين الطرفين، لأنه لو كان كذلك لما صح العقد في الجزء الآخر منه وبذلك يمكن التمييز بين النظريتين.

المبحث الثاني :شروط نظرية انتقاص العقد وتكييفها القانوني

تُعتبر نظرية انتقاص العقد من النظريات القانونية التي تعتمد على معايير محددة لضمان تطبيقها بشكل سليم، وهذه المعايير تُنظَّم وفقًا للنصوص القانونية وتُقسَّم عادة إلى نوعين:

١. معايير ذاتية:

ترتبط بإرادة المتعاقدين، حيث يكون تحقيق الانتقاص متوقفًا على نية الأطراف ومدى قبولهم باستمرار العقد بدون الجزء الباطل.

٢. معايير موضوعية:

تتعلق بطبيعة العقد نفسه، ومدى إمكانية استمرار العقد قانونيًا وفعليًا بعد إزالة الجزء الباطل. ولتوضيح هذه المعايير والشروط والتكييف القانوني لها ، يُمكن تقسيم الموضوع إلى المطلبين التاليين

المطلب الاول :شروط تطبيق نظرية انتقاص العقد

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

للكلام عن الشروط الواجب توفرها لتطبيق هذه النظرية لابد لنا من ان نقسم هذه المطلب الى فرعين وكما يلي

الفرع الاول: قابلية العقد للانقسام والتجزئة

إن نظرية انتقاص العقد تستند في أساسها إلى قابلية العقد للانقسام والتجزئة، حيث لا يمكن تطبيق هذه النظرية إلا إذا أمكن فصل الجزء الباطل من العقد مع بقاء الجزء الصحيح قائمًا بذاته ومؤديًا للغرض المرجو منه. وعليه، فإن قابلية العقد للانقسام تُعتبر شرطًا جوهريًا لتفعيل فكرة الانتقاص يقصد بالانقسام المادي أن يكون المحل موضوع العقد قابلًا للتجزئة بشكل فعلي أو عملي، بحيث يمكن فصل الجزء الباطل عن العقد مع استمرار الأجزاء الأخرى. إذا كان المحل غير قابل للانقسام ماديًا بطبيعته، فإن العقد يصبح غير قابل للتجزئة، مما يحول دون تطبيق نظرية انتقاص العقد. النص القانوني: المادة (٣٣٦/ف١) من القانون المدني العراقي تنص المادة على أنه: "يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم[١٦]يتضح من النص المتقدم إن طبيعة المحل إذا كانت مما لا تقبل الانقسام أن التصرف بدوره يقبل الانقسام المادي أيضا، وعليه إذا كان التصرف القانوني غير قابل للانقسام والتجزئة من الناحية المادية البحتة كان ذلك مانعا من اعمال نظرية الانتقاص، لذا فأن طبيعة التصرف إذا كانت تجيز انقسامه ماديا وهو الانقسام الراجع الى طبيعة المحل الذي يرد على العقد، وكان المتبقي من التصرف قائما بذاته وله وجود مستقل عن الشق الباطل وأمكن اعمال الانتقاص) مع توافر باقي شروطه) ومثال ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك، فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة فهذا العقد له القابلية على الانقسام المادي الموضوعي [١٧] اما بالنسبة لقابلية العقد للانقسام بحسب الطبيعية القانونية هناك بعض التصرفات لا تقبل بطبيعتها القانونية ان تنقسم بذاتها فتحول دون وجودها جزئيا حيث لا يتصور بالنسبة لهذه التصرفات وان كانت تقبل الانقسام المادي ان توجد بصورة مجزئة، لأنها اما ان تكون صحيحة وموجودة بأكملها، وأما ان تبطل بمجموعها، مثال ذلك عقد الصلح وقد نصت المادة (٧٢٠ / ف ١) من القانون المدني العراقي على انه الصلح لا يتجزأ فالبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد)[١٨] وبناءا على هذا النص إذا بطل جزء من الصلح امتد بطلانه ليؤثر في بقية العقد فيسقط هو والعقد معا ما لم تكن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض والذي نستنتجه من عبارات العقد او من ظروف التعاقد أن نية المتعاقدين انصرفت الى جعل اجزاء العقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر بحيث انه إذا بطل احدهما فأن ذلك ليس له تأثير على بقية اجزاء العقد، وكذلك الحال بالنسبة للقسمة التي تأبى طبيعتها القانونية ان تكون باطلة في جزء منها وصحيحة في الجزء الآخر، فهي اما ان تكون صحيحة بأكملها وأما ان تكون باطلة دون أمكانية تجزئتها وإسقاط الشق المعيب منها فقط، ومثال ذلك إذا كان احد المتقاسمين عديم التمييز ولم يمثله نائبه القانوني فأن القسمة تبطل بالنسبة لجميع المتقاسمين دون ان يكون باطلاً بالنسبة لعديم التمييز مع ان القسمة تقبل الانقسام المادي ألا ان طبيعتها القانونية حالت دون ذلك [١٩]وكذلك الأمر بالنسبة الى عقد المقاضية حيث تحول طبيعته القانونية دون أعمال الانتقاص لكونه غير قابل للانقسام، فلا يمكن ان يعتبر صحيحا بالنسبة لأحد طرفيه باطلا بالنسبة للطرف الآخر[٢٠]

ويتضح مما تقدم بيانه، ان قابلية التصرف القانوني للانقسام المادي البحت لا يكفي لتحقق شرط القابلية للانقسام بكامله وبالتالي امكانية اعمال فكرة الانتقاص بإسقاط الشق المعيب وأعمال الباقي من العقد قدر الامكان، وإنما يجب مع ذلك ان تقبل الطبيعة القانونية للعقد للانقسام والتجزئة، والذي يقصد به ان يكون محل التصرف القانوني بذاته قابل للانقسام لأن هذه التصرفات لا يمكن تصور قيامها بصورة مجزئة بحيث

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

إذا شاب احد اجزائها عيب ابطله وحده دون ان يمتد بطلانه الى بقية الاجزاء، بل العكس من ذلك فأن البطلان الجزئي يحتم بالضرورة بطلانها بأكملها للحيلولة دون الاخلال بتوازن التصرف القانوني.

الفرع الثاني: عدم جوهرية الشق او الشرط الباطل

أن المعيار المنضبط لفكرة الانتقاص والذي اتفقت عليه غالبية القوانين الوضعية هو معيار ذاتي يعتمد ونية المتعاقدين أساسا له، ومن هنا كقاعدة عامة كانت نية وإرادة الاطراف المتعاقدة بانصرافها الى امضاء العقد رغم انتقاصه واستبعاد الشق الباطل منه من الشروط المهمة لتطبيق فكرة الانتقاص، فإذا ظهر من إرادة المتعاقدين ان الالتزامات التي ولدها العقد تقبل التجزئة بعد البطلان فأن الالتزام يبقى صحيحا قائما بجزئه الصحيح دون الجزء الذي لحقه البطلان، أما إذا تبين ان هذه التجزئة تتعارض مع ما قصدت إرادة المتعاقدين فعندئذ لا يعمل بنظرية انتقاص العقد و عليه فأن أرادة الطرفين قد تجعل العقد القابل للانقسام المادي او القانوني غير قابل للانقسام من ناحية أرادتهما وهو ما يطلق عليه القابلية للانقسام الشخصي ، وذلك يكون عند جوهرية الشق الباطل بالنسبة للمتعاقدين، وعليه فأن كل من فكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي وفكرة عدم جوهرية الشق الباطل مرتبطين بنية وإرادة المتعاقدين فمتى كان الشق الباطل عنصرا منظورا اليه في العقد فرض ذلك عدم قابلية التصرف للانقسام في نية المتعاقدين.

وعليه وللتعرف على عدم جوهرية الشق او الشرط الباطل تم تقسم هذا الفرع الى الاتي:

اولا : قابلية العقد للانقسام الشخصي :

ان قابلية العقد للانقسام المادي او الموضوعي لا يكفي للقول بأن شرط الانقسام متحقق، وبالتالي امكانية عمل الانتقاص، بل يجب فوق ذلك ان يكون العقد قابلا للانقسام ليس من الناحية المادية والقانونية فقط، وإنما من ناحية إرادة الطرفين، أي ان هذه الإرادة انصرفت الى جعل العقد قابل للتجزئة، وذلك بإبقاء العقد بعد بتر الشق الباطل منه، مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة فهذا العقد من الناحية المادية والقانونية له القابلية على الانقسام لأن ذلك التصرف وطبيعته تقبل ذلك الانقسام ألا ان إرادة الطرفين مع ذلك هي التي يمكن ان تجعل العقد غير قابل للانقسام، بأن تتجه الى جعل العقد وحدة واحدة لا تتجزءا فقعد القسمة في المثال السابق وان كان قابلا للانقسام المادي وان طبيعته القانونية تسمح بذلك أيضا فيمكن القول بأعمال الانقسام من هذه الناحية ألا ان ذلك مرهون في النهاية بأن لا يثبت احد الطرفين او كلاهما ان العقد كل واحد لا يمكن ان يتجزأ ولارتباط الشق الباطل بالشق الصحيح ارتباط لا يمكن فصلهما لأهمية وجوهرية الشقين الباطل والصحيح) في نظرهما بحيث ان القسمة ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف [٢١]. وهناك من يرى انه من غير المستطاع أن نحكم ان هذا التصرف قابل للانقسام الشخصي ام لا لأن الظروف التي تتحكم في احتياجات ورغبات الافراد تختلف من شخص لأخر، فقد يكون الشق الباطل في ظرف ما عنصرا مهما بالنسبة لأحد المتعاقدين، بينما لا نجده يعول عليه أي أهمية في ظروف اخرى، وبناءا على ما تقدم فأن الحكم في هذه المسألة راجع الى قاضي الموضوع الذي يستقر بتقدير جوهرية وأهمية الشق الباطل وبالتالي قابلية التصرف للانقسام الشخصي حسب ظروف التعاقد وملابسات الموضوع [٢٢] ويلاحظ ان التطبيق الرئيس لفكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي نجده في التصرفات التي تتميز بعدة عمليات مرتبطة احدهما بالأخرى لتكون عملية قانونية واحدة بشكل تصرف مركب فكل عملية منها لها وجودها الذاتي و المستقل يطلق عليها بالمجموعة العقدية لكن فكرة ارتباط بعضهما مع البعض الآخر في نظر المتعاقدين يؤدي الى بطلان احدهما يؤثر على العمليات الاخرى فتبطل تبعا لذلك [٢٣]لأن ليس الطبيعة المادية او القانونية لهذه العمليات تحول دون قصر البطلان على ما تعيب من العمليات، وإنما للطبيعة التي قصدها المتعاقدين، مثال إذا رغب

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

شخص في هبه عقار الى شخص اخر ولكونه لا يملك العقار يقوم بتسليمه المال الكافي لشرائه ويقوم هذا الاخير بشراء العقار فعلا، هذه العملية القانونية هي في حقيقتها هبه وأن تضمنت عمليتين قانونيتين متميزتين من الناحية المادة والقانونية ألا انهما غير متميزتين في نظر الواهب والموهوب له وإنما هما في نظرهما تصرف قانوني واحد لا يتجزأ بحيث إذا كان احدهما معيب امتد العيب الى التصرف الآخر لكونهما غير قابلين للانقسام الشخصي في نظر المتعاقدين، ويلاحظ ان القضاء الفرنسي طبق فكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي حماية للغير حسن النية وهو البائع في المثال اعلاه، فقصر البطلان على الهبة دون البيع، حيث طبق هذه الفكرة بين الواهب والموهوب له معتبرا بذلك ان ما تمت هبته في حالة الهبة ليس مبلغا من النقود وإنما العقار نفسه وبالتالي فهو الذي يسترده الواهب اثر بطلان الهبة ويبقى البيع صحيحا في العلاقة بين الواهب والبائع ويحل الواهب محل المشتري أي يصبح هو المشتري بدلاً من الموهوب له . ومما يجدر التنويه اليه ان القابلية للانقسام الشخصي هو احد الشروط التي يجب توافرها لأعمال نظرية الانتقاص بحيث إذا تخلف احدهما تعذر تطبيق فكرة الانتقاص حتى لو توافرت الشروط الاخرى لذا فأن شرط القابلية للانقسام الشخصي وان توافر فأن ذلك لا يعني اعمال الانتقاص بصورة تلقائية دون النظر الى الشروط الاخرى لذا فأن أبعاد البعض لهذا الشرط لا يحمل أي نوع من الصحة، لقولهم انه في بعض التصرفات المركبة رغم قابليتها للانقسام والتجزئة ألا أن بطلان احدهما يؤثر على بقية العمليات الأخرى التبعية، كما في عقد الايجار المتضمن وعدا بالبيع، فقد يحدث أو ان يبطل عقد الايجار فأن بطلانه يعطي الحق للمستأجر او المؤجر التخلص من عقد الوعد بالبيع، مع ان لكل منهما وجودا مستقلا عن الآخر، وأنهما قابلين للانقسام فمن الممكن ابرام عقد الايجار دون اقرانه بعقد الوعد بالبيع ألا ان سبب بطلان العقدين يرجع الى عدم قابلية التصرف المركب في عقد الايجار والوعد بالبيع الى الانقسام في نظر المتعاقدين [٢٤]

ثانياً : جوهرية الشق او الشرط الباطل :

ان فكرة جوهرية الشق او الشرط الباطل ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة عدم قابلية التصرف القانوني للانقسام الشخصي فكلاهما يعدان وسيلة للتعبير عن إرادة الاطراف المتعاقدة .

ويرتبطان بهذه النية سوى أن مصطلح قابلية التصرف للانقسام الشخصي أكثر دقة للتعبير عن أرادة المتعاقدين في العمليات القانونية المركبة، بينما التعبير الأكثر وضوحا ودقة عن هذه الإرادة بالنسبة للتصرفات البسيطة هو مصطلح الشق الدافع للتعاقد وعليه إذا كان الشق الباطل جوهريا في نظر المتعاقدين استلزم ذلك عدم قابلية التصرف للانقسام الشخصي لأن إرادة الطرفين انصرفت الى جعل العقد وحدة واحدة لا تتجزأ فإذا كان الشرط الباطل بتصرف تبرعي او بمقابل يمثل اهمية خاصة بالنسبة للمتعاقدين كان من هام العوامل التي دفعته الى التعاقد فإن بطلانه سيؤثر على ارادته لإمضاء العقد مما يؤدي الى بطلان التصرف الاخير لتعيب الرضا والإرادة وبعكي ذلك يعتبر العقد صحيحا والشرط لاغيا، ومعرفة كون الشق دافعا للتعاقد ام لا من المسائل التي يقدرها قاضي الموضوع [٢٥] وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الشرط بمثل تعبير المشرع المصري لكون قد نقل احكام نظرية الانتقاص من القانون المصري الذي تأثر بدوره بالفقه الفرنسي، بقوله في نص المادة (١٣٩) بقوله ((ألا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً فالمقصود بهذه المادة هو ان العقد ما كان ليتم في قصد وإرادة المتعاقدين دون ان يقصد ان الشق الباطل يشكل ركنا من أركان العقد وبدونه لا ينعقد [٢٦]وبعبارة ادق أن العقد يتوقف مصيره اساسا على ارادة المتعاقدين بعد توافر الشروط الأخرى التي قد ترتضي إمضاء العقد رغم ما لحقه من بطلان لبعض اجزائه او ان تجعل هذه الارادة من الشق الباطل عنصرا مهما منظورا اليه ولولاه لما اقدمت على التعاقد ولتطبيق هذا الشرط يجب ان لا يكون الشق الباطل باعثا رئيسيا لأحد المتعاقدين او كلاهما سواء في عقود

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

المعاوضات المالية او عقود التبرعات ويكفي بهذا الصدد الاكتفاء بإرادة احد المتعاقدين لإثبات كون الشق او الشرط الباطل دافعا للتعاقد ام لا)، وهذا الحل هو ما اعتمدته التشريعات المختلفة ذلك ان الاعتداد بإرادة كلا المتعاقدين لإثبات اهمية الشق الباطل سيحول دون إعمال الانتقاص حتى لو كان العقد باطلا في جزء منه مما يهدر هدف الانتقاص، فالدوافع والبواعث التي تدفع الافراد الى التعاقد كثيرة ومتنوعة وتختلف تبعا لاحتياجات ورغبات كل منهم والذي يراد تلبيتها من خلال التصرفات القانونية، فمن البديهي ان تختلف وتتضارب مصالح كل منهم [٢٧]أما عبء إثبات جوهرية الشق الباطل فتقع على عاتق من يتمسك ببطلان العقد بأكمله وهذا ما اتبعته اغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي، وفي ضوء ما تقدم نصل الى نتيجة وهي ان الشق او الشرط الباطل ما هو ألا تعبير عن قصد وإرادة المتعاقدين وهو ما يتوقف عليه معيار الانتقاص، ألا انه يلاحظ ان هذا الشرط يكون غير ذي فائدة في حالات استثنائية اوجب فيها المشرع اعمال الانتقاص لاعتبارات معينة تتعلق بالنظام العام والمصلحة العامة، مثال ذلك الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد على خمس سنوات فإذا جاوز الاتفاق المدة المذكورة تقرر تخفيضه الى الحد المسموح به قانونا وهو خمس سنوات[٢٨] وكذلك يكون هذا الشرط المتعلق بقصد وإرادة المتعاقدين ليست له فائدة تذكر بالنسبة للتشريعات ذات النزعة الموضوعية و المتمثلة بالشريعة الاسلامية والقوانين الاشتراكية فهي لا تعلق أهمية خاصة على الإرادة الذاتية فيما يخص نظرية الانتقاص متى ما كان ذلك ممكنا باستبعاد الشق الباطل وأعمال الباقي منه سواء كان الجزء المشوب بعيب البطلان جوهريا وأساسيا في نظر المتعاقدين ام لا، طالما كان ذلك يتماشى مع اهداف الخطة الموضوعية لاقتصاد البلد والسير على نهج هذا الاتجاه الذي هو الاصلح والأفضل للمصالح المتنازعة [٢٩]

المطلب الثاني :التكييف القانوني لنظرية انتقاص العقد

لم يتعرض غالبية فقهاء القانون المدني الى تحديد ذاتية وماهية انتقاص العقد وتكييفه تكييفا قانونينا دقيقا يوضح من خلاله اهداف الانتقاص وغايته فجاءت الدراسات الفقهية بحدود ضيقة وقاصرة عن تحديد ماهية الانتقاص وبغية التوصل التي تكييفا قانونيا صحيحا الى نظرية الانتقاص تم تقسيم هذا المطلب الى ثلاث فروع اولهما الانتقاص تعديل قانوني للعقد، وثانيهما الانتقاص تعديل قضائي للعقد وثالثهما الانتقاص تصحيح للعقد، وذلك على النحو الآتي :

الفرع الاول: الانتقاص تعديل قانوني للعقد

لقد اثار الخلاف في الفقه حول نص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة (١٤٣) من القانون المدني المصري فيما إذا كانت تعد تطبيقا خاصا لفكرة انتقاص العقد حيث ذهب الاستاذ جميل الشرقاوي وهو من يمثل هذا المذهب الى ان ما قيل في المادة (١٤٣)) جاء ليعتنق حلا يعد تطبيقا لمبدأ انتقاص العقد بالنسبة للتصرفات الباطلة في جزء منها وبمنظوره ان لا يصح القول بوجود تصرف في جزء منه باطل والجزء الآخر صحيح وبالتالي تجزئة التصرف ما دام قابلا لذلك واستبعاد ما يشوبه من عيب البطلان للمحافظة على صحة الجزء الآخر لذا نراه قد ميز بين الحكم الذي جاءت به المادة (١٤٣) وبين النصوص الأخرى التي جاءت لتعالج حالات خاصة فيرى ان المادة (١٤٣) وضعت لتنظيم حالة من حالات البطلان بصورة عامة أي انها تعد تطبيقا للبطلان الكلي للعقد على اعتبار ان الشق الباطل والشق الصحيح وهذا لا يتفق مع ما تقرره المادة (١٤٣) التي تشترط ان يكون العقد قابلا للانقسام والتجزئة من الناحية المادية والقانونية والشخصية [٣٠]ويرى الاستاذ جميل الشرقاوي ان التصرفات المعيبة جزئيا لا يمكن انتقاصها باستبعاد الشق الباطل وأعمال الشق الصحيح منها طالما كانت هذه التصرفات قابلة للتجزئة والانقسام ذلك ان الانتقاص اصلا يتطلب لأعماله بالنسبة للتصرفات الباطلة في جزء منها الوحدة والارتباط

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

بين شقي التصرف الباطل والصحيح ألا ان المادة (١٤٣) من المدني المصري المقابلة للمادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي لم تتطلب هذه الوحدة والترابط بين شقي العقد المعيب في جزء منه وإنما على العكس اشترطت قابلية العقد للانقسام والتجزئة، وفي نهاية الامر فأن هذه المادة تعد تطبيقا للبطلان الكلي للعقد لأنها تواجه تصرفا يشمل على التزامين التزام باطل يسقط ويستبعد من التصرف والتزام صحيح يبقى وينتج آثاره فيما بين اطراف التعاقد

ويعزز الاستاذ جميل الشرقاوي رأيه بالأمثلة التي ضمنها المشرع المصري والتي هي اثنين : اولهما، عن هبة يقترن بشرط غير مشروع حيث يبطل الشرط وتبقى الهبة صحيحة وثانيهما عن بيع يتعدد محله ويقع الغلط الجوهري في احد اجزائه وهنا لا يقع البطلان المطلق لو النسبي من العقد ألا على الشق الذي قام به سببه وبناءا عليه يبطل الشرط غير المشروع بطلانا مطلقا، ويبطل البيع الذي وقع الغلط الجوهري فيه بطلانا نسبيا، ويظل الباقي صحيحا منتجا لكافة آثاره كما لو كان تصرفا اصليا وكل ذلك مرهون بعدم أثبات ان الشق الذي بطل لا ينفصل عن جملة التعاقد وبعبارة ادق ان لا يكون الشق او الشرط الباطل هو الباعث والدافع للتعاقد، ففي عقد الهبة فإن المتبرع وان ادرج نصا او بندا يحمل الموهوب له عبثا اضافيا ألا انه مع ذلك لم يعلق اهمية خاصة على اشتراطه ولا ينتظر به قبول الموهوب له لذا فانه متى ما كان شرطا غير مشروع بطل، ألا ان بطلانه لا يمتد الى عقد الهبة فيبطله وبالتالي يسقطه لأنها هبة غير منجزة بالإضافة الى عدم وجود ارتباط بينهما، كذلك الحال بالنسبة للبيع المتعدد المحال والذي وقع في احد اجزائه ويمكن ان يتم دون الآخر لذلك فإذا ما وقع الغلط في احدهما يستبعد من معاملة البيع لبطلانه وإنزال ما يقابله من ثمن ويبقى الآخر صحيحا [٣١] ومن هنا نصل الى نتيجة واحدة والتي كان يقصد توضيحها الاستاذ جميل الشرقاوي وهي ان مجرد الانتقاص تعديل للعقد الباطل في جزء منه يؤدي الى استحداث التزامات جديدة تحل محل الالتزامات القديمة التي كان سيرتبها العقد الباطل ومصدر هذه الالتزامات هو القانون وليس إرادة الطرفين بالنسبة للحالات الخاصة التي نص عليها المشرع المصري والتي تعد تطبيقا للانتقاص اما ما جاءت به المادة (١٤٣) فهو ليس ألا لتنظيم بطلان عادي كامل يرد على تصرف مستقل وليس بطلانا جزئيا[٣٢]

الفرع الثاني : الانتقاص تعديل قضائي للعقد

ان نظرية انتقاص العقد من النظريات القانونية المسلم بها في وسط فقه القانون المدني وقد حاول الكثير من الشراح الاستناد اليها بصدد تكييفهم لانتقاص العقد ومنهم من وجود ان الانتقاص ما هو ألا تطبيق خاص من تطبيقات الالتزام القضائي

وللوقوف على معنى الانتقاص تعديل قضائي للعقد، لا نرى ضيرا في ان نتناول المفردتين الاتيتين ::

اولاً : القرار القضائي تعديلا قضائيا للعقد :

لقد تناول الدكتور سمير تناغو بأن قيام القاضي بتعديل العقد وانتقاصه معتمدا بذلك على سلطته التنفيذية وذلك بالقضاء على الالتزامات التعاقدية لعدم عدالتها ونشوء التزام جديد مصدره حكم القاضي، فعندما يقوم بتعديل العقد ومن ثم انتقاصه في حالة إذا ما وجد ان العقد يرتب التزامات غير متعادلة بين اطرافه على الرغم من صحته وان الحكم الصادر من قاضي الموضوع بهذا الشأن يكون مصدرا لنشوء التزام جديد وهو التزام قضائي يستند الى إرادة القاضي التي تحل محل إرادة المتعاقدين التي كانت سبب في نشوء التزامات تعاقديه غير عادلة مما يجدر معه استبدالها بالتزامات جديدة عادلة تحل محل التزامات الطرفين ويكون سبب وجودها إرادة القاضي لا إرادة المتعاقدين، و هذا الحكم يتضمن تجديدا جبريا او ضروريا للالتزام بمعنى ان

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

تغير طبيعة الالتزامات الجديدة من اتفاقية الى عقدية الحكم القاضي المنشئ للالتزام القضائي، وقد سبق أن تم تعريف الانتقاص على انه نية ورغبة الطرفين المتعاقدين وبدونها لا يمكن أعمال الانتقاص [٣٣]

وهناك من يرى ان فكرة الانتقاص القضائي لا تنسجم مع انتقاص العقد حيث ان نية الطرفين هي الاساس في الانتقاص فكيف إذن يمكن الحكم بانقضاء الالتزامات العقدية ليحل محلها التزامات قضائية، وكذلك فأن الانتقاص وما يميزه عن غيره من النظم هو ان العقد يبقى كما هو دون تغيير في تكييفه او طبعه حيث يبقى الشق الصحيح كما هو دون تعديل مع بتر الشق الباطل منه وهذا القول لا ينسجم مع طبيعة فكرة الالتزام القضائي [٣٤]

ثانيا : العلاقة بين نظرية الانتقاص ونظرية القرار القضائي :

مما سبق تعرفنا على مضمون فكرة القرار القضائي، أما الآن فنحاول معرفة مدى الصلة التي تربط فكرة الانتقاص بفكرة الالتزام القضائي، وهذا ما نستدله من قول الدكتور سمير تناغو من ان فكرة انتقاص العقد تتحلل الى تجديد جبري حتمي، حيث ان قيام القاضي بتعديل العقد وانتقاصه يكون مصدرا لنشوء التزام قضائي للعقد يقوم به القضاء وفقا لسلطته التقديرية، ووسيلة هذا التعديل هو تجديد الالتزام التي تقوم عليه فكرة الالتزام القضائي ورغم كون الانتقاص في نظر هذا الرأي تطبيقا لفكرة الالتزام القضائي ألا انه يعد تطبيقا خاصا، ثم عقد صاحب هذا الرأي مقارنة بين فكرة الانتقاص وتعديل العقد لما لها من الخصائص التي تميزه عن غيره وان كان يعدان مصدرا للالتزام القضائي الجديد، فبالنسبة للانتقاص فأنه لا يرد ألا على عقد باطل جزء منه أي ان يكون في شق منه باطلا والشق الأخر صحيحا بينما التعديل لا يرد ألا على عقد صحيح ألا انه غير عادل، وكذلك فأن الانتقاص يعد استثناء من عدم قابلية العقد للتجزئة والانقسام، بينما التعديل يعد استثناء من مبدأ مخالفة العقد للقابلية والنقض وأخيرا وهذا أهم ما يميزه عن التعديل هو ان الاول يقوم على نية وإرادة الطرفين، بينما التعديل يضم إرادتهما بسبب عدم تعادل العقد، ويترتب على قول الدكتور سمير تناغو بأن قيام القاضي بتعديل العقد وانتقاصه أعمالا لسلطته التقديرية القضاء على الالتزامات التعاقدية لعدم عدالتها ونشوء التزام قضائي جديد مصدره حكم القاضي، وهذا الحكم يتضمن تجديدا جبريا او ضروريا للالتزام بمعنى ان تتغير طبيعي الالتزامات الجديدة من اتفاقية الى عقدية بحكم القاضي المنشئ للالتزام القضائي، وبدونهما لا يمكن اعمال الانتقاص، فيكف إذن يمكن الحكم بانقضاء الالتزامات العقدية ليحل محلها التزامات قضائية [٣٥] وأخيرا فان نظرية الالتزام القضائي تتضمن تجديدا للالتزام، وكما نعرف ان التجديد لا يرد على العقود الباطلة وكذلك لا يقع ألا بالاتفاق أي انه ستند الى نية ورغبة التجديد، وكذلك يرى الدكتور سمير تناغو بأن التجديد يكون جبريا وحتميا وهذا لا يستقيم مع القول بأن الانتقاص يتطلب شروطا عدة لإعماله من اهمها قابلية العقد للانقسام والتجزئة من الناحية المادية ومن ناحية قصد وإرادة المتعاقدين [٣٦]

الفرع الثالث: الانتقاص تصحيح للعقد

ان ما يؤخذ على النظريات السابقة انها قد خلطت بين فكرة الانتقاص ونظريات اخرى ولكثرة سهام النقد التي وجهت الى ما سبق من النظريات من حيث انها نظريات عامة لفكرة الانتقاص وتعديلا للعقد وفي جميع حالات الانتقاص وتطبيقاتها على الرغم من أن الانتقاص قد لا يتضمن تعديلا للعقد في اغلب الحالات، وكل ما يترتب على الانتقاص يتمثل بأثر اساسي هو اسقاطه للشق الباطل والمعيب من العقد وذلك بهدف منع الفساد والبطلان من الوصول الى ما بقي من العقد الذي يرد عليه، وهذا التصحيح قد يكون بإسقاط شق من العقد في حالات وقد يكون تخفيضا لبعض الشروط التي تخالف الحدود القانونية المقررة لها من حالات

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

اخرى وهذه الحالة الاخيرة، هي التي تتضمن تعديلا للعقد، ولكن هذا التعديل ليس هو المقصود لذاته وإنما هو وسيلة جاء بها المشرع ليمكن من خلالها تصحيح التصرف وهذا ما لم تشير اليه النظريات المختلفة [٣٧] ويضيف أصحاب هذا الرأي ان الانتقاص وان كان ينطوي على التعديل في بعض احالاته ألا انه لا يمكننا ان نرتب عليه طبيعة الانتقاص القانونية، حيث ان هدف الانتقاص وجوهرة هو تصحيح العقد المعيب جزئيا وما التعديل ألا وسيلة الانتقاص المادية لتحقيق غرضه [٣٨]والى جانب ذلك فأن النظريات المختلفة التي قيلت بصدد تكييف الانتقاص وأن كانت تركز على مسألة اعتبار الانتقاص تعديلا للعقد ألا انها لم تقتصر على ذلك التعديل، وإنما تضمنت ما يخالف طبيعة الانتقاص اصلا وهو الغاء العقد كله واستبداله بعقد اخر جديد حيل محله لذلك فأن هذه النظريات تصل في النهاية الى ما يسمى بالاستبدال والتجديد وليس فقط التعديل، وهذا لا يلائم الانتقاص لأن القاضي لا يملك فيه الحكم بإلغاء العقد واستبداله لأن نظام الانتقاص يقتضي منه ان يحافظ على جوهر العقد بالإبقاء على تكييفه دون تغيير سوى في حجم ومضمون العقد، لذا فهو ليس بحاجة الى هذه النظم القانونية التي جاءت بها النظريات السابقة ومن ناحية اخرى فأن الانتقاص ونظريات التعديل يعيبها أيضا انها بصدد تكييفها للانتقاص ركزت على وسيلة التعديل احيانا وأغفلت هدفه وجوهره الذي يمكن في تصحيح العقد رغم ما للوسيلة من دور ثانوي وقليل الاهمية مقارنة بهدف جوهر الانتقاص [٣٩]وبناء على الاراء التي قيلت بهذا الصدد نجد ان الانتقاص نظام قانوني مستقل من حيث وجوده ومجال أعماله وهو البطلان الجزئي وخصائصه التي تميزه عن غيره من الانظمة القانونية القريبه منه والمشتبه به، وهو أيضا مستقل عن باقي الانظمة من حيث هدفه وغرضه والذي يمكن في تصحيحه للعقد المعيب جزئيا بإسقاطه الشق المعيب وقصر البطلان عليه دون مده الى نا بقى من صحة العقد فوسيلة الانتقاص هي قصر نطاق مدى البطلان على ما تعيب من العقد فقط سواء كان ذلك عن طريق إسقاطه من العقد او تعديله بتخفيض الشروط المغالي فيها [٤٠]

وعليه ان الانتقاص ما هو ألا وسيلة قانونية متميزة وتنفرد عن غيرها من الانظمة لما لها من استقلالية ووجودية وذاتية يستطيع القاضي بمقتضاها تصحيح العقد المعيب في جزء منه باستئصال ما شابه من عيب والإبقاء على ما تبقى من العقد الصحيح، ويقضي استنادا الى النصوص القانونية التي تنظمه وتجعله وسيلة شرعية . وإذا تم اعتبار الانتقاص هو مجرد تصحيح للعقد الباطل جزئيا فيجب ان نسير الى انه لا يقصد بذلك التصحيح بالمعنى الواسع والذي يشمل حالات كثيرة وتحقق لدى الفقه بإدخال عنصر جديد على العقد يؤدي الى جعله صحيحا [٤١].

وعليه فأن القاضي سيحدث تغير في شكل العقد وعناصر العقد، وهذا التغيير قد يتم بإبدال عنصر جديد بالعنصر القديم، كما لو اتفق على شراء شيء أثري والذي لم يتفق عليه، وقد يتم التغيير بالزيادة في العنصر القديم كما في حالة الاستغلال بغبن احد طرفي العقد فيعرض الطرف المستغل على قاضي الموضوع الزيادة في التزاماته وبما يكفي لرفع الغبن عن الطرف المغبون، وكذلك الحال في تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن لرفع المثل في بيع عقار ناقص الاهلية او يتم التغيير أخيرا بانتقاص العنصر القديم كما في حالة تخفيض الأجل الاتفاقي للبقاء في الشيوع الى الأجل الثانوي وهو خمس سنوات [٤٢]ومن هنا فأن التصحيح يتسع ليشمل كل الحالات السابق ذكرها ألا ان البعض منها لا يمكن ان ندخله ضمن نطاق تصحيح العقد أثر انتقاصه، فالتصحيح الذي يترتب أثر انتقاص العقد يشمل فقط حالة انتقاص العنصر القديم، ومن ناحية اخرى فأن التصحيح المترتب أثر الانتقاص يجب ان يأخذ على نحو واسع فيشمل كل حالات التصحيح التي تترتب أثر انتقاص العقد فلا يقتصر على رفع المغالاة في عنصر من عناصر العقد إنما يمتد ليشمل حالة إسقاط وأبطال شق منه [٤٣]

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

الخاتمة:

في ختام هذا البحث الموسوم بعنوان "الانتقاص ودورة في تقليل حالات البطلان في القانون المدني"، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نوجزها فيما يلي:

أولاً: النتائج

١. مفهوم انتقاص العقد: تُعد نظرية انتقاص العقد وسيلة قانونية تهدف إلى الحفاظ على العقود التي تحتوي على أجزاء باطلة، من خلال إلغاء الجزء الباطل والإبقاء على الأجزاء الصحيحة، مما يضمن استمرارية العقد وتحقيق إرادة المتعاقدين بقدر الإمكان.

٢. التطبيق في التشريع العراقي: أخذ المشرع العراقي بنظرية انتقاص العقد، حيث يُعتبر العقد الذي يحتوي على جزء باطل صحيحًا في الأجزاء الأخرى، بشرط إمكانية فصل الجزء الباطل دون التأثير على جوهر العقد.

٣. دور القاضي: يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تطبيق نظرية انتقاص العقد، حيث يقوم بتحديد ما إذا كان يمكن فصل الجزء الباطل والإبقاء على العقد في باقي أجزائه، مع مراعاة تحقيق العدالة بين الأطراف.

٤. التمييز بين الانتقاص والتحول: تختلف نظرية انتقاص العقد عن نظرية تحول العقد؛ حيث يركز الانتقاص على إزالة الجزء الباطل والإبقاء على العقد، بينما يسعى التحول إلى تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح تتوفر فيه الشروط القانونية.

ثانياً: التوصيات

١. توعية المتعاقدين: ضرورة زيادة الوعي القانوني لدى المتعاقدين حول أهمية صياغة العقود بدقة، والتأكد من توافق جميع الشروط مع القوانين النافذة لتجنب بطلان أي جزء من العقد.

٢. تدريب القضاة: توفير برامج تدريبية للقضاة لتعزيز فهمهم وتطبيقهم لنظرية انتقاص العقد، بما يضمن تحقيق العدالة والحفاظ على استقرار المعاملات.

٣. تعديل التشريعات: اقتراح تعديل بعض نصوص القانون المدني العراقي لتوضيح نطاق تطبيق نظرية انتقاص العقد، وتحديد المعايير التي يجب مراعاتها عند فصل الجزء الباطل من العقد.

٤. البحث الأكاديمي: تشجيع الدراسات الأكاديمية المتعمقة حول نظرية انتقاص العقد وتطبيقاتها في النظام القانوني العراقي، بهدف تطوير الفهم القانوني وتحسين الممارسات العملية.

نأمل أن تسهم هذه النتائج والتوصيات في تعزيز فهم وتطبيق نظرية انتقاص العقد في التشريع العراقي، بما يحقق العدالة ويضمن استقرار المعاملات القانونية.

قائمة المراجع

أ-القران الكريم

ب-كتب اللغة

١-ابو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب للشيرازي في فقه الامام الشافعي، ج٢، الفكر العربي، بيروت.

٢- ابو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب احمد كامل، استانبول، ١٣٢٣ للشيرازي في فقه الامام الشافعي، ج٩، مصطفى البابي الحلبي، مصر.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

٤- ابو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، ج٢، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، بدون سنة طبع.

ج-كتب القانون

١. ابراهيم الدسوقي ابو اليل البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى الطبعة الأولى مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٤ .

٢. أبراهيم الدسوقي، مجال وشروط الانقاص مجلة الحقوق الكويتية، السنة الأولى، العدد الثاني، ١٩٨٧ .

٣. أحمد إبراهيم الغول، الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٨

٤. احمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي و القانون المقارن ، منشورات عكاف، بدون سنة طبع .

٥. أحمد محمد علي داود أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج٢، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠١٦

٦. احمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة دار الأتيف ، ١٩٥٧.

٧. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٨. احمد يسري تحول التصرف القانوني مطبعه الرسالة، القاهرة ١٩٥٨.

٩. اسماعيل علم الدين نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية)، بدون طبعة ، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

١٠. إسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، مطبعة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦.

١١. انور السلطان النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٥

١٢. أنور السلطان مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي) ، الطبعة الثانية، المكتب القانوني ٢٠٠٢

١٣. أنور العمروسي ، البيوع الباطلة في القانون المدني، بدون طبعة دار محمود للنشر والتوزيع بدون سنة نشر.

١٤. أنور العمروسي أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون، ج٣، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، بدون سنة طبع.

١٥. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر ، ١٩٦٢.

١٦. انور سلطان جلال العدوي الموجز في العقود المسماة، ج ١ . (البيع)، دار المعارف، الإسكندرية ، ١٩٦٣.

١٧ انور سلطان احكام الالتزام دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٤.

١٨. أنور طلبة انحلال العقد، بدون طبعة المكتب الجامعي الحديث بدون سنة طبع.

١٩. أنور طلبة في عقد البيع في ضوء قضاء النقض، بدون طبعة ١٩٩٠.

٢٠ انور طلبة الحيازة المكتب الجامعي الحديث الازاريطة الاسكندرية ٢٠٠٤.

٢١. انور يوسف حسين ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، ٢٠١٤.

ISSN–2536–0027

٢٢ بيرك فارس حسين الجبوري القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والالكترونية قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية) (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ، ٢٠١٤.
٢٣ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٧٩.
٢٤. توفيق حسن فرج، عقد الايجار، دراسة لإحكام قوانين الايجارات الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤.
٢٥ توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزام، ج ١ ، مصادر الالتزام الدار الجامعية الاسكندرية ١٩٨٨.
٢٦. جاك غستان المطول في القانون المدني (تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان ٢٠٠٠
٢٧ جلال علي العدوي أصول المعاملات المكتبة المصرية الحديثة للطباعة والنشر ، ١٩٦٧

مصادر الهوامش:

[١] ابن منظور لسان العرب دار صادر مجمع التحقيق اللغوي، بيروت، ٢٠٠٦، ٢٩٩
[٢] د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٢٢
[٣] د. جميل الشرقاوي . نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة،١٩٥٦،ص٨٢
[٤]د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ ،ص٢٥٤
[٥]د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٧١،ص٣٦٣
[٦] م ١٣٩ : القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل .
[٧] د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٧، ص ١٢٥
[٨] د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص٨٥
[٩] أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٢٣٥
[١٠] د. سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط ٤. مطبعة السلام ١٩٧٨، ص ٤٥٢
[١١] . عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ٤ دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٤.ص٩٩
[١٢] د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ١٢٠
[١٣] د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ٣٧١
[١٤] عبد العزيز المرسي، نظرية انتقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية . القانون / جامعة القاهرة، ١٩٨٩،ص٣٦١
[١٥] د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام المكتبة القانونية، بغداد،١٩٨٦، ١٦١
[١٦]م ٣٣٦ / ف ١، القانون المدني العراقي .
[١٧] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في شرح القانون المدني، ج ٢، احكام الالتزام، ٢، دار الحرية للطباعة،بغداد،١٩٩٧، ص٢٩٣
[١٨] م ٧٢٠ ف ١، القانون المدني العراقي
[١٩] عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ٣٩٨ .
[٢٠] عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ٣٩٩ .
[٢١] د . عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٤٩

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

[٢٢]) عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ٤٠٢
[٢٣]) ابراهيم الدسوقي، المفهوم القانوني لانتقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الأولى، العدد الثاني،١٩٨٧،ص ٩٨
[٢٤]) ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ٩٨ - ١٠٠
[٢٥]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري مصدر سابق ٥٧٠ .
[٢٦]) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون مصدر سابق، ص ١٢٧
[٢٧]) ابراهيم الدسوقي مصدر سابق ١١٥ - ١١٦ .
[٢٨]) ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ١١٧ .
[٢٩]) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٩٧
[٣٠]) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ٨٣ .
[٣١]) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني . مصدر سابق، ص ٩٣ .
[٣٢]) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام مصدر سابق، ص ٢٥٦ .
[٣٣]) ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ١١٨
[٣٤]) د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩، ص ٢١١ .
[٣٥]) د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام مصدر سابق، ص ٢١١ .
[٣٦]) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام مصدر سابق، ص ٤٥٦ .
[٣٧]) ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ١١٤
[٣٨]) عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ٣٥٦ .
[٣٩]) د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام مصدر سابق، ص ٢١٢
[٤٠])د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٦٧
[٤١]) عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ١٥٩
[٤٢])) ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ١٠ .
[٤٣]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٦٨

CAMBRIDGE SCINTIFIC JOURNAL