

وسائل التخفيف من اثار بطلان العقد بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي تحديث ٢٠٢٥

م.م حامد عدنان عكال *

م.م فيصل عدنان عكال **

Hammed adnan6@gmail.com
faisaladnanalaraqia.iqla

(*) الجامعة المستنصرية - كلية التربية الاساسية
(**) الجامعة العراقية - كلية القانون

المستخلص

تناولت هذه الدراسة بيان مفهوم وسائل التخفيف من اثار بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وتطرقنا فيها بيان مفهوم البطلان فقها وقانوناً وبيان اسباب البطلان ووسائل التخفيف من بطلان العقد من خلال اعمال نظرتي انتقاص العقد وتحول العقد وبيان المفهوم الفقهي والقانوني لهذه النظريتين واحكامهما وتطبيقاتها في الفقه والقانون الوضعي وتوصلنا الى انه اخذت الشريعة الاسلامية بنظرية الانتقاص واقامتها على اساس موضوعي وهو بيان العوض لكل شق او عدم عكس القانون المدني العراقي الذي اخذ بالنظرية على اساس ذاتي وهو الباعث الدافع الى التعاقد ونوصي بعدم التسرع في ابطال افعال المكلفين وابطال عقودهم حيث ان التخفيف من اثار البطلان هو مقصد قانوني وفقهي وان يكون تطبيق نظرية تحول العقد اجبارية على المتعاقدين وليست اختيارية.

الكلمات المفتاحية:

البطلان . انتقاص العقد. تحول العقد. التخفيف من البطلان. القانون المدني . ابطال العقد

لأستشهاد بهذا البحث: عكال، ح.ع.، & عكال، ف.ع. (٢٠٢٥). وسائل التخفيف من اثار بطلان العقد بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي. مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٩، ١٤٥-١٦٤.

<https://doi.org/10.61279/yyn18p70>

تاريخ النشر ورقيا: ٢٥ تموز ٢٠٢٥

تاريخ القبول: ٢٠٢٥/٦/١٠

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٥/٣/١٤

متوفر على الموقع الالكتروني: ٢٥ تموز ٢٠٢٥

متوفر على: <https://jpls.edu.iq/index.php/jpls/article/view/510>

متوفر على: <https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/issue/17079>

المجلة تعمل بنظام التحكيم المجهول لكل من الباحث والمحكمين

هذا البحث مفتوح الوصول ويعمل وفق ضوابط (نسب المشاع الإبداعي) (نسب المصنف - غير تجاري - منع الاشتقاق ٤.٠ دولي)

حقوق الطباعة محفوظة لدى مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية

حقوق الملكية الفكرية محفوظة للمؤلف

حقوق النشر محفوظة للنشر (كلية القانون والعلوم السياسية - الجامعة العراقية)

المجلة مؤرخة في مستوعب المجلات العراقية المفتوحة

للمزيد من المعلومات مراجعة الروابط في الشعارات ادناه

Means of mitigating the effects of the invalidity of the contract between Islamic jurisprudence and positive law

Issue 29
Year 2025

Assistant teacher Hamid Adnan Ekal^(*)

Assistant teacher Fasayl Adnan Ekal^(**)

(*)Al-Mustansiriyah University- College of Basic Education

Hammed adnan6@gmail.com

(**) Iraqi University -Faculty of Law

faisaladnanalaraqia.iqla

Abstract

This study dealt with the statement of the concept of means to mitigate the effects of the invalidity of the contract in Islamic jurisprudence and positive law, in which we dealt with the statement of the concept of invalidity, jurisprudence and legal, and the statement of the reasons for invalidity and the means of mitigating the invalidity of the contract through the work of the theories of the reduction of the contract and the transformation of the contract, and the statement of the statement of the legal and jurisprudential concept of these two theories, their provisions and their applications in jurisprudence and positive law. We concluded that Islamic law took the theory of reduction and established it on an objective basis, which is the statement of compensation for each incision or non-reverse of the Iraqi civil law, which was taken the theory on a subjective basis, which is the motive for contracting. We recommend not to rush to invalidate the actions of the assignees and invalidate their contracts

Keywords

Nullity, contract diminution, contract transformation, mitigation of nullity, civil

recommended citation

عكال، ح.ع.، & عكال، ف.ع. (٢٠٢٥). وسائل التخفيف من اثار بطلان العقد بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي. مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٩، ١٤٥-١٦٤. <https://doi.org/10.61279/yyn18p70>

Received : 14/3/2025

; accepted :10/6/2025

; published 25 July2025

published online: 25July2025

Available online at: <https://jpls.edu.iq/index.php/jpls/article/view/519>

Online archived copy can be found at: <https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/issue/17079>

Indexed by:



<https://doaj.org/toc/2664-4088>



prefix 10.61279

This article has been reviewed under the journal's double-blind peer review policy.

This article is open access and licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND 4.0).

Printing rights are reserved to the (Journal of the College of Law and Political Science) - AlIraqia University

Intellectual property rights are reserved to the author

Copyright reserved to the publisher (College of Law and Political Science - AlIraqia University)

For more information, follow the links below



IRAQI
Academic Scientific Journals



المقدمة

ان موضوع هذه الدراسة يكمن في المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي حول التخفيف من اثار بطلان العقد وبيان الاساس الفقهي والقانوني لكل طريقة من طرق التخفيف ودراسة الموضوع من الجانب الفقهي والقانوني يخدم كل منهم عن طريق الاخر لانهما صنوان كل منهما يخدم الثاني.

وان الفقهاء المسلمون درسوا العقد الصحيح وافعال المكلفين بيه ومعاملاتهم والاجتهاد فيها ولم يكتفوا بدراسة الصحيح من هذه المعاملات بل تعدوها الى الباطل منها والعقد الباطل عديم الاثر فهو في حكم العدم وهذا صحيح الا ان تحوله الى واقعة مادية ينتج اثرها على الواقع لذلك فقد حرص فقهاء الشريعة والقانون على صيانة اعمال المكلف عن الابطال او الالغاء قدر الامكان حرصا منهم في التخفيف من اثار البطلان عند توافر امكانية التصحيح لذلك قاموا بوضع مجموعة من النظريات والوسائل للتخفيف من اثار بطلان العقد.

اهمية الدراسة:-

تكمن اهمية الدراسة في بيان مفهوم البطلان فقها وقانوناً وبيان نظريات ووسائل التخفيف من اثار بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وبيان ضوابطها وشروطها والتطبيقات القانونية والفقهية لها وجمع شتات الوسائل والنظريات التي تهدف الى التخفيف في دراسة واحدة لان التسليم المطلق لاثار بطلان العقد يعني انعدام العقد وازالة اثره بين الطرفين من جهة وبالنسبة للغير من جهة اخرى وهذا يؤدي الى عدم استقرار

المعاملات التجارية والاقتصادية والعلاقات الاجتماعية وهذا ما لا يهدف اليه القانون والشريعة الاسلامية من اقامة العدل والتوازن في معاملات الانسان الاجتماعية والمالية لذلك نجد فقهاء القانون والشريعة سعوا حثيثاً على تفادي نتائج البطلان من خلال ايجاد الوسائل والنظريات التي تهدف الى التخفيف من اثار بطلان العقد

اهداف الدراسة:-

تصب اهداف الدراسة في التأكيد على مرونة الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي وحرصهما الشديد على صيانه اعمال اطراف العقد والمكلفين عن الابطال او الالغاء قدر الامكان حيث ان العقود الباطلة بجزئياتها المختلفة تحظى باهتمام بالغ لدى الباحثين في مجال الفقه الاسلامي كونها تعالج موضوعاً مهماً وحيوياً يحتاجه الناس في حياتهم اليومية وبشكل مستمر وكذلك الحاجة الماسة للوقوف على اسباب اختلاف الفقهاء قديماً وحديثاً حول العقود بين الاباحة والتحريم وضرورة توعية المجتمع بصورة عامة بأنواع العقود الباطلة حتى لا يثري اشخاص على حساب اشخاص اخرين بدون وجه حق .

مشكلة الدراسة:-

ان بطلان العقد هو الجزاء الذي ينصب على العقد والمقصود منه تعطيل فاعلية على انتاج اي اثر قانوني معتمد فالبطلان هو نتيجة رقابة القانون على استكمال العقد للمسائل الجوهرية التي لا بد من وجودها لصحة العقد ولما كان البطلان يعد عدم اثر العقد فأن المنطق

يقضي ان يكون البطلان بدرجة واحدة لا تقبل التدرج ولا تقبل التفاوت حيث لا تفاوت في العدم والذهاب بهذا النص يذهب الى زعزعة الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي في معاملات الانسان بصورة عامة فلا بد من البحث عن حالات يمكن بها التخفيف من اثار البطلان ولكن ما مدى مشروعية هذا التخفيف وماهي ادلة المشروعية فقهاً وقانوناً وهل يعد التخفيف من اثار بطلان العقد هي مقصداً من مقاصد فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون وماهي النظريات والوسائل التي يمكن بها تخفيف اثار بطلان العقد وماهي ضوابطها وشروطها وتطبيقاتها كل هذا ما سيتم بيانه وتوضيحه في هذه الدراسة.

المبحث الاول

مفهوم بطلان العقد في الفقه الاسلامي القانون الوضعي

واسباب البطلان

لا يترتب عليه اي اثر من الاثار نتيجة لخلل في ركن من اركانه او مخالفته لما قصد الشارع فيه اما في القانون الوضعي جاء تعريف البطلان عند فقهاء القانون الوضعي على وجهين فمنهم من يرى ان البطلان هو جزاء تخلف احد اركان العقد والقسم الاخر يرى ان البطلان هو وصف يلحق بالتصرف فيعدم اثره اما في الفقه الاسلامي فيرى الفقهاء ان العقد يصح عندما يكون مضافاً الى محله وتحقق كافة اركانه وشروطه.

الفرع الاول: مفهوم بطلان العقد في الفقه الاسلامي

يعتبر الفقه الاسلامي ان العقد صحيح متى صدر من أهله مضافاً الى محل قابل لحكمه ويكون كذلك متى ما اشتمل على اركانه وتكون هذه الاركان مستوفية لشروطها وبتخلف ركن او لم تستوفي احد الاركان شرائطها فيعتبر العقد غير صحيح والعقد غير الصحيح على درجة واحدة في جميع المذاهب الاسلامية فيما عدا المذهب الحنفي ويقال له العقد الباطل.

اما فقهاء المذهب الحنفي فقد قسموا العقد غير الصحيح الى عقد باطل وعقد فاسد فيكون باطلاً اذا لم تتوفر فيه جميع اركان العقد ويقال له غير مشروع بأصله. ويكون العقد فاسد اذا تخلف شرط من شروط اركان العقد ويقال له مشروع بأصله لا بوصفه. ١

كثيراً ما تنظم الشريعة الاسلامية احكام العقيدة من معاملات وعبادات وجاء ذلك في القرآن الكريم والسنة النبوية لحاجة الناس الى بيان هذا التنظيم في امور حياتهم العامة ويعرف فقهاء الشريعة البطلان بانه ضد الصحة ونقيضها وان العقد الباطل هو العقد الذي لا يترتب اي اثر من اثاره بسبب تخلف احد اركانه او شروطه وعرفوا الباطل هو الذي لا يقبل فيه القضاء اما فقهاء القانون فذهب الى ان تخلف شرط من شروط العقد او احد اركانه يؤدي الى بطلان هذا العقد وما يترتب هذا البطلان من اثار عديدة ويشترك الفقه الاسلامي والقانون الوضعي بان اسباب بطلان العقد كثيرة منها ما يكون بسبب انعدام اركان العقد او تخلف شرط من شروطه او قد يبطل العقد لاسباب اخرى وهي ما تنص عليه الشريعة الاسلامية او القانون الوضعي بنص خاص يشير الى بطلانه وعليه سنبين مفهوم البطلان في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وبيان اسباب هذا البطلان.

المطلب الاول: مفهوم بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

يعرف الفقه الاسلامي البطلان على انه ضد الصحة ونقيض لها والعقد الباطل عند الفقهاء المسلمين هو الذي

١. عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني . الجزء الاول . مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي . الطبعة الثانية ١٩٦٣ . ص ٢٨٦ .

وقد جاءت كلمة الباطل في عدة آيات من القرآن الكريم ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ ٣٤ وغيرها من الآيات القرآنية الكريمة .

علماء ان الفقهاء المسلمين لم يضعوا نظرية عامة للبطلان تشمل جميع القواعد والمبادئ العامة التي تحكم العقود ذلك ان فقهاء الشريعة الاسلامية درسوا العقود كلاً على حده دون محاولة لجمع الاحكام العامة للعقود في نظرية عامة شاملة وانما كان وليد الاستقراء والاستخلاص والاجتهاد الذي يصل اليه الفقهاء في دراسة القضايا الفردية والمشاكل الخاصة.

الفرع الثاني: مفهوم بطلان العقد في القانون الوضعي
أولاً :- البطلان جزاء لتخلف احد اركان العقد:-

لقد ذهب انصار هذا الرأي وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري ان الجزاء القانوني لعدم استيفاء العقد لكافة اركانه وشروطه هو البطلان وان العقد الباطل هو العقد الذي لم تكتمل فيه شروطه واركانه ويرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ان نتيجة اخلال المتعاقدين ببعض شروط العقد او اركانه او بسبب الاختلال في تكوينه هو اعتبار العقد بوجه عام غير قائم بسبب هذا النقص في تكوين العقد ويؤدي ذلك الى بطلان التصرف القانوني باثر رجعي الى تاريخ ابرام العقد ٤

والعقد الصحيح يقسم الى نافذ و موقوف والعقد النافذ هو العقد الذي يصدر ممن له الولاية على نوع التصرف وعلى محل العقد وعرفت المادة (١٠٨) من مجلة الاحكام العدلية عقد البيع الصحيح بانه (البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع اصلاً ووصفاً) ونصت المجلة كذلك بالمادة (١١١) على عقد بيع الموقوف بقولها (البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي). وعرفت المجلة الفضولي بالمادة (١١٢) منها على انه (هو من يتصرف بحق الغير بدون اذن شرعي).

وينقسم العقد النافذ الى عقد لازم وعقد غير لازم كما جاء بالمادة (١١٣) من مجلة الاحكام العدلية حيث نصت على (البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم الى لازم وغير لازم) وعقد البيع اللازم نصت عليه المجلة بالمادة (١١٤) حيث نصت على (البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات) اما عقد البيع غير اللازم جاء النص عليه بالمادة (١١٥) من نفس المجلة حيث نصت على انه (البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه احد الخيارات) والخيار هو ما نصت عليه المادة (١١٦) من نفس المجلة على انه (الخيار كون احد العاقدين مخيراً على ما سيجيء في بابها).

بقي اخيراً ان نعرف معنى البيع الباطل حيث جاءت المجلة بالمادة (١١٠) بالنص على (البيع الباطل ما لا يصح اصلاً يعني انه لا يكون مشروعاً اصلاً).٢

٢. مجلة الاحكام العدلية، المؤلف لجنة مكونه من عدة فقهاء وعلماء في الدولة العثمانية المحقق نجيب هوايني الناشر نور محمد كارخانه تجارب الكتب، ارم باغ كراتشي ص ٣٠
٣. سورة البقرة ايه رقم (١٨٨).
٤. عبد الحكم فودة، البطلان في القانوني المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون سنة ١٩٩٩، ص ١٨ وما بعدها.

ثانياً:- البطلان وصف لاحق على العقد او التصرف القانوني:-

يرى الدكتور جميل الشرقاوي في كتابة نظرية بطلان التصرف القانوني الى ان البطلان هو وصف في العقد او التصرف القانوني ذاته بسبب عيب معين في تكوين العقد او التصرف القانوني وان سبب هذا العيب هو مخالفة العقد او التصرف القانوني نصاً من النصوص الفقهية او القانونية ادت الى البطلان.^٥

وسواء كان البطلان هو جزاء تخلف احد اركان العقد او وصف لاحق للعقد او التصرف القانوني نرى ان البطلان هو وصف يلحق بالعقد بسبب تخلف شرط من شروطه او احد اركانه ويمكن تصويره في العبادات وفي المعاملات ففي العبادات ومثالها الصلاة اذا فقدت شرطاً كالوضوء تكون غير مبرئة للذمة ولا تصح لان الوضوء يعتبر شرطاً لصحة الصلاة ويمكن تصور البطلان كذلك في المعاملات حيث ان تصرف غير العاقل يعتبر باطل ولا يترتب عليه اي اثر شرعي لان غير العاقل يعتبر فاقداً لركن من اركان العقد وهو الرضا وقد عبر المشرع العراقي عن بطلان العقد في المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل حيث نصت على انه (١- العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار اوصافه الخارجية) واذا كان العقد لا ينعقد ولا يفيد الحكم به فإن الاثر المترتب على ذلك هو اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهو ما نصت عليه المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه (فاذا بطل العقد يعاد

المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بالتعويض) وقسم المشرع العراقي البطلان الى بطلان مطلق وبطلان نسبي . والبطلان المطلق (الكلي) يكون عند تخلف احد اركان العقد فيبطل العقد كاملاً ولا يحتاج البطلان الكلي الى دعوى قضائية لتقرير بطلانه والبطلان النسبي او الجزئي هو البطلان الذي يرد على تخلف احد شروط الصحة للعقد كما لو كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية فالعقد هنا موجود ومنتج لاثاره الى ان يطلب من له مصلحة بإبطاله ويجب بذلك اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد اما في الفقه الاسلامي فلا يوجد تدرج للبطلان العقد عند فقهاء الشريعة الاسلامية حيث ان البطلان لديهم هو بطلان مطلق عكس ما هو موجود في القانون المدني العراقي الذي يعتبر العقود الباطلة بطلاناً نسبياً هي من العقود الصحيحة ولكنها غير نافذة اما مواطن الاشتراك في القانون المدني العراقي والفقه الاسلامي يكمن في انهم اشتركوا في ان العقد المشوب بعيب من عيوب الارادة عقداً صحيحاً ولكنه غير نافذ ذلك ان الاضرار التي تنتج عن نقض العقد بعد نفاذه تكون اكثر من الاضرار التي تنتج عن نقض العقد قبل نفاذه ونجد هنا موطن قوه الفقه الاسلامي والتشريع العراقي في جعل العقد في حالة سكون لم يترتب أي اثر فاذا اجيز من قبل له الحق بالاجازة او بمضي المدة المنصوص عليها في المادة (٢/١٣٦) من القانون المدني العراقي فسيكون العقد نافذاً اما اذا لم يجيز فسينقضي العقد ومن دون اضرار تذكر أو بأقل الاضرار.^٦

٥. جميل الشرقاوي. نظرية بطلان التصرف القانوني. جامعة القاهرة. سنة ١٩٥٣. بند ٥٠، ص ١٤٠

٦. عباس فاضل عباس. العقد الباطل دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري =

المطلب الثاني: اسباب بطلان العقد

حرص المشرع العراقي على استقرار العقود والتصرفات القانونية من خلال تحديد حالات بطلان العقد واسبابه. وقد بين المشرع العراقي بان العقد يكون باطلاً في حال انعدام فيه التراضي او مجهولية المحل او انعدام السبب او في حال عدم اجازة العقد الموقوف او اغفال الشكلية التي نص عليها القانون وسنبين هذه الاسباب بالاتي:-

الفرع الاول: انعدام التراضي او اغفال الشكلية

يعرف التراضي بأنه توافق ارادتين على احداث اثر قانوني وان وجود الارادتين يكفي لوجود العقد ولكن لا يكفي لصحته وليكون العقد صحيحاً يشترط ان يكون رضا كل من المتعاقدين صحيحاً وغير مشوب بعيب.^٧

ويتم تحقيق هذا التوافق بتطابق القبول بالايجاب من قبل المتعاقدين بوجه يثبت اثره في المعقود عليه حسب ما نصت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي.^٨

اما اغفال الشكلية التي نص عليها القانون حيث نصت المادة (٩١) من القانون المدني العراقي على انه (٢)- فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل

معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً... ونصت المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ على انه (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).^٩

قد يتطلب القانون بالإضافة الى التراضي بين اطراف العقد وبيان محل وسبب العقد الى وجود شكلاً معيناً يرسمه القانون للعقد ويلزم باتباعه ولا يكون التصرف القانون موجوداً الا بهذه الشكلية.

والشكلية القانونية قد تكون شكلية رسمية وشكلية كتابية وكلاهما تكون مفروضة بحكم القانون لحماية مصالح الناس في تصرفات معينة والشكلية الرسمية تعني وجوب انعقاد العقد امام موظف مختص ببيع العقار حيث يجب نقل ملكية العقار امام موظف التسجيل العقاري والشكلية الكتابية هي الشكلية التي يتطلبها القانون لعقد معين كما هو في عقود الشركات وحسب ما نصت به المادة (٤/أولاً) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل حيث تلزم لإنشاء الشركة وجود عقد يلتزم به شخصان او اكثر.^{١٠}

=بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة بالعدد الثاني والثلاثون. سنة ٢٠٢٢ ص ٤٥٥.
٧. عبد المجيد الحكيم وآخرون, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, الجزء الاول مصادر الالتزام, الناشر العاتك لصناعة الكتب توزيع المكتبة القانونية ١٩٨٠, ص ٣١.
٨. نصت المادة (٧٣) على انه (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).
٩. انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣٤٤/ استئنافه عقار/ ٢٠١٠ في ٢٢/١٢/٢٠١٠ والمتضمن (ان عقد بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بالتسجيل في السجل العقاري)
١٠. منذر الفضل, الوسيط في شرح القانون المدني, مصادر الالتزام واحكامه, دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى ٢٠١٢, ص ١٧٣.

الفرع الثاني: انعدام المحل او السبب وعدم اجازة العقد الموقوف

نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي على انه (١- يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ٢- على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر). ونصت المادة (٢/١٣٧) من نفس القانون على انه (٢- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع)

بهذه النصوص يتبين ان المشرع العراقي كان حريص كل الحرص على بيان محل العقد بصورة نافية للجهالة حيث بين المشرع ان شروط المحل ان يكون موجوداً او ممكن الوجود ومعين او قابلاً للتعيين واخيراً يجب ان يكون المحل مشروعاً سواء كان محل عقد او محل التزام , ومحل العقد هو الهدف الذي يرمي اليه طرفا العقد لتحقيقه اما محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين سواء كان القيام بعمل او امتناع عن عمل.

اما السبب فقد نصت المادة (٢/١٣٧) بالنص اعلاه على اعتبار العقد باطلاً في حال كان سبب العقد غير مشروع وكذلك يكون العقد باطلاً اذا كان بدون سبب او كان السبب ممنوع قانوناً وفي حال تم ذكر السبب في العقد فيعتبر هو السبب الحقيقي الا اذا ثبت خلاف ذلك حسب نص المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي.

اما عدم اجازة العقد الموقوف فقد نصت المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على انه (١- اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ...)

بهذا النص عالج المشرع العراقي اجازة العقد الموقوف واعتبر ان عدم الاجازة فان التصرف يكون باطلاً بحق طرفي العقد. ١١

وان المشرع العراقي حسناً فعل عندما نص على هذه الاسباب والتي استلهمها من الفقه الاسلامي فلا نجد ما هو محل اختلاف بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في بيان اسباب البطلان فكلاهما بين ان اسباب البطلان اما ان تتعلق بصيغة العقد او بالعاقدين او بالمحل او عدم اجازة العقد الموقوف او اغفال الشكليات التي نص عليها القانون اما الفقه الاسلامي فلم ينص على شكليات سوى في عقد النكاح حيث لزم اشهار الزواج وبالرجوع الى اراء الفقهاء يرى الباحث ان الاشهار امر مستحب وليس شرطاً لصحة الزواج.

١١. انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٩٩١ وبتاريخ ٢٠٠٦/١٢/٥ والمتضمن (ان اقامة المميز المدعي لدعوى منع المعارضة بحق المميز عليه /المدعى عليه يمثل نقضاً لتصرف التشخص الثالث الفضولي والذي ابرم عقد الايجار مع المميز عليه بصفته فضولياً وبذلك فان العقد يكون موقوفاً على اجازة المالك المدعي والذي ثبت ان علمه بالتصرف المشار اليه قبل مدة تقل عن الشهرين).

المبحث الثاني

وسائل التخفيف من اثار بطلان العقد

تصرفات المتعاقدين قدر الامكان من خلال بتر الشق الباطل وابقاء الشق الصحيح ونبيين المفهوم الفقهي والقانوني لهذه النظرية وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي .

الفرع الاول: المفهوم الفقهي والقانوني لنظرية انتقاص العقد
ان مفهوم نظرية انتقاص العقد في الفقه الاسلامي فهي موجودة في جميع المذاهب الاسلامية ولم ينفرد مذهب من المذاهب بالنص عليها دون الاخر كما في القاعدة الفقهية (اعمال الكلام اولى من اهماله متى امكن فان لم يمكن أهمل) ويشترك فقهاء المذهب الحنبلي والشافعي على ان بطلان العقد في شقيه لسبب عدم قابليته للتجزئة وجهالة الانقسام وينتقص العقد في حال تفصيل الثمن اذا كان الثمن قابل للانقسام على المحل بالاجزاء اما المالكية فمنهم من ذهب الى ان العقد باطل في شقيه لبطلان الصفقة كلها كما لو كان عقد بيع على سلعة وخمر او غير ذلك فالصفقة كلها باطلة ومنهم من ذهب الى ينتقص الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح منه بقسطه من الثمن اما اذا كان شق منه نافذا وشق موقوف نفذ الشقين عند اجازة الموقوف اما اذا لم يجز فينقضي الموقوف وينفذ الشق النافذ اما المذهب الجعفري فقد ذهب الى انه اذا كان العقد في شق منه باطلاً وشق صحيح يجوز انتقاصه اذا كان الثمن معلوم للشقين وجهالة المشتري بالبطلان اما اذا كان المشتري يعلم بفساد العقد او بطلانه فيبطل العقد في شقيه اما اذا كان العقد

اشرنا سابقاً الى تعريف العقد الباطل ومن خلال التعريف تبين لنا انه لا يصح ولا يفيد الحكم اصلاً وبيننا ان الآثار الاصلية المترتبة على البطلان هو اعادة الحال الى ما قبل التعاقد بين الطرفين وان كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى ولكن قد ينتج العقد الباطل اثاراً عرضية ليس باعتباره عملاً قانونياً بل واقعة مادية او قانونية ومثال ذلك الزواج غير الصحيح وان كان لا ينتج اثاراً اصلية كحل التمتع والتوارث الا انه قد ينتج اثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الاحوال واستحقاق المهر بعد الدخول وسقوط الحد وثبوت النسب احتياطياً وكما هو الحال ايضاً في انتقال الضمان الى المشتري في حال بطلان عقد البيع بين البائع والمشتري فبعض الفقهاء اعتبر يد المشتري يد ضمان اذا تلف المبيع في يده والبعض الاخر اعتبر يد المشتري يد امانة .

وبناءً على ذلك ظهرت نظريتي انتقاص العقد وتحول العقد والتي اوجدها فقهاء الشريعة والقانون واعتبروها من وسائل التخفيف من اثار بطلان العقد وعليه سنعرض النظريتين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وبيان موقف كل منهما من كلتا النظريتين .

المطلب الاول: نظرية انتقاص العقد

تعد نظرية انتقاص العقد من اهم النظريات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي لما لها من اهمية في ابقاء على

موقوفاً في شق ونافذاً في شق آخر جاز انتقاصه اذا لم يجز الشق الموقوف والمشتري بالخيار في المضي بالعقد في الشق المنتقص اذا كان جاهلاً بالحال اما اذا لم يكن جاهلاً بالحال فلا خيار. ١٢

ونصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً). بهذا النص عالج المشرع العراقي نظرية انتقاص العقد ونلاحظ ان المقصود بهذه النظرية هو محاولة تخلص العقد من الشق المعيب والمضي بالشق الصحيح ويكون كذلك عندما لا يكون العقد باكملة باطلاً بل انه في شق منه باطل وشق اخر صحيح ومعلوم العوض وقابلية العقد للانتقاص حيث ينتقص الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً بذاته وان اعمال نظرية انتقاص العقد على العقد الباطل ليست اجبارية ومفروضة بحكم القانون بل يعد اعمالها اختيارياً لأطراف العقد. ١٣

وبهذا نرى ان المشرع العراقي قد اخذ بالمعيار الذاتي والذي يقوم على البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين في حال وجود شق من العقد باطل وشق صحيح فاذا كان الشرط الباطل هو الباعث الدافع الى التعاقد فيبطل العقد كله اما اذا كان الشق الباطل غير جوهري فيصح العقد في الشق الصحيح. وبذلك خالف المشرع العراقي ما ذهب اليه الفقه الاسلامي

الذي تبين لنا في اعلاه انه اخذ بالمعيار الموضوعي والذي يعني بيان العوض لكل شق او عدم بيانه سواء كان الشق المراد انتقاصه باطلاً او موقوفاً .

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية انتقاص العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

في الفقه الاسلامي نرى ان هناك تطبيقات كثيرة لنظرية انتقاص العقد في فقه الاحوال الشخصية والمعاملات المالية ففي نطاق تطبيق نظرية الانتقاص على الاحوال الشخصية للمسلمين نرى انه في حال جمع رجل في النكاح بين امرأة تحل له واخرى لا تحل له فتزوجهما بعقد واحد عليه يصح النكاح في حق من تحل له ويبطل النكاح في حق الاخرى وكذلك الحال لو كانت احدهما محرمة عليه والاخرى غير محرمة صح النكاح في الغير محرمة وبطل نكاح المحرمة. وكذلك الحال اذا سمي في المهر ما يحل وما يحرم فيصح ما يحل وبطل ما يحرم وكما لو تزوج رجل امرأة على عشرين دينار وكأس من الخمر فيصح العشرين ويبطل الكأس. ومن تطبيقات نظرية انتقاص العقد في فقه المعاملات المدنية كمن جمع في بيع شاة مذكاة واخرى ميتة بثمن واحد فلا يصح تجزئة البطلان هنا لتعذر امكانية الفصل بينهما لاتحاد الثمن وبالتالي فان البيع في هذا الحال يعتبر صفقة واحدة فيبطل كل البيع ولا مجال لاعمال نظرية انتقاص العقد على هذا البيع اما في حال سمي لكل شاة ثمن فصار العقد صفقتين

١٢. اجود علي غالب . نظرية انتقاص العقد بين الشريعة والقانون. مجلة كلية الاداب جامعة بغداد. سنة ١٩٧٩ بالعدد الخامس والعشرون . ص ٥٧٠ الى ص ٥٨٠.

١٣. منصور حاتم محسن. فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون سنة ٢٠٠٦. ص ١٨٤ وما بعدها

والقانون الوضعي وتطبيقات هذه النظرية في الفقه والقانون الوضعي.

الفرع الاول: المفهوم الفقهي والقانوني لنظرية تحول العقد
عرف الفقه الاسلامي نظرية تحول العقد وطبقها في عقود كثيرة وان لم يدون فقهاء الشريعة مفهوماً خاصاً للتحول في العقود الا انهم نظموا احكام هذه النظرية اعلى درجات التنظيم وما لم تصل اليه الكثير من التشريعات المدنية الوضعية الا حديثاً. ولكن لم يشير الفقه الاسلامي للتحول صراحة وانما يمكن استخلاص ان الفقهاء المسلمين قد اكدوا على هذه النظرية من خلال القواعد الفقهية ومثالها (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني وقاعدة اعمال الكلام خير من اهماله ما امكن وقاعدة حمل الكلام على المجاز اذا تعذرت الحقيقة)

وطبق الفقهاء مفهوم تحول العقد على كثير من المسائل في مجال المعاملات كما في عقود البيع والاجارة والمضاربة وغيرها الا ان الفقهاء لم يطلقوا عليه تحول العقد وعلى سبيل المثال ذهب الفقهاء المسلمون الى انه (اذا فسدت المضاربة فهي اجارة فاسدة) اي في حال فسدت المضاربة تحول العقد الى اجارة فاسدة.....) كما ان لتحول العقد اهمية في الفقه الاسلامي وذلك من خلال استقرار المعاملات بين الناس واعمال كلام المتعاقدين قدر الامكان وعدم اهماله وصيانة حقوق اطراف العقد من خلال

فيبطل الشق الفاسد من البيع ويصح الشق الصحيح وهي الشاة المذكاة. ١٤

اما في القانون الوضعي فنجد تطبيقات نظرية انتقاص العقد في القانون المدني العراقي بالمادة (١٠٧٠) منه حيث نصت على انه (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء بمقتضى نص او شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمس سنين) ١٥. وكذلك المادة (١٧٢) من نفس القانون حيث نصت على انه (١- يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر اخر للفوائد على ان لا يزيد هذا السعر عن سبعة في المائة فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار).

المطلب الثاني: نظرية تحول العقد

تعد نظرية تحول العقد من النظريات المهمة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي للاهمية البالغة لها في انعاش العقد الباطل من شبح البطلان ويكون ذلك من خلال تحول العقد الباطل الى عقد صحيح في حال كانت نية المتعاقدان تتجه نحو هذا العقد الصحيح وسنبين مفهوم نظرية تحول العقد في الفقه الاسلامي

١٤. نقلا عن امه حسين ابراهيم . التخفيف من اثار بطلان العقد في الفقه الاسلامي . اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة / قسم الفقه واصوله جامعة ال البيت سنة ٢٠١٩ . ص ١٠٧ الى ص ١١٠
١٥. انظر قرار محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد ٢٠٠٩/م/٦٨٤ وبتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٩ والمتضمن (ان لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص او شرط..)

الطرفين ١٦

اما في مفهوم نظرية تحول العقد في القانون الوضعي فقد نصت المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد). بهذا النص عالج المشرع العراقي موضوع بطلان العمل او التصرف القانوني الباطل والذي قد تضمن رغم بطلانه على عناصر تصرف قانوني معتبر اخر فيتحول التصرف الباطل الى هذا التصرف الصحيح والذي توفرت اركانه على ان تكون نية اطراف العقد تنصرف الى ابرام هذا التصرف الجديد نستنتج من ذلك انه يجب لتحول العقد او التصرف القانوني الباطل الى العقد او التصرف القانوني الجديد توافر شروط وهي:-

أولا :- بطلان التصرف الاصلي :-

يشترط المشرع العراقي ان يكون التصرف القانوني باطلاً بطلاناً مطلقاً او باطلاً بطلاناً نسبياً وتقرر بطلانه فيما بعد اما اذا كان التصرف الاصلي صحيحاً فلا مجال لاعمال هذه النظرية حتى لو اتجهت نية المتعاقدين الى التصرف الثاني وليس الاول الصحيح كما في الهبة الصحيحة التي تتضمن عناصر الوصية وبعد ذلك تبين ان كلا من الواهب والموهوب له كانا يفضلان الوصية على الهبة فلا تتحول الهبة الى وصية لان الهبة قد وقعت صحيحة ولا مجال لاعمال نظرية تحول

تحول العقد الى عقد اخر صحيح وتجنب اهماله الا انه نلاحظ عدم اعمال نظرية تحول العقد في عقود النكاح لان عقد النكاح عند انتهائه بالفسخ او بالطلاق فلا يتحول الى عقد اخر وانما يترتب على انهائه بعض الاحكام العملية كالنفقة والمهر والعدة وغيرها الا انه يمكن ان تدخل نظرية تحول العقد في تغير صفة عقد النكاح كما في حال عقد النكاح الموقوف حيث يصبح نافذاً بعد الاجازة كما لو ابرم ناقص الاهلية عقد نكاح فان هذا العقد يتوقف على اجازة وليه فان اجازته تحول العقد الى عقد نكاح نافذ.

وشروط تحول العقد في الفقه الاسلامي هي نفس ما ذكر في شروط اعمال النظرية في القانون الوضعي حيث استلهم فقهاء القانون شروط اعمال النظرية من الفقه الاسلامي وهي انتهاء العقد الاصلي بأي وجه من اوجه الانتهاء سواء بالبطلان او الفسخ او الفساد وان يتضمن العقد المنتهي مقومات العقد الجديد واخيراً ان يكون العقد الجديد المتحول اليه مشروعاً ويعني ذلك عدم جواز التحول الى عقود باطلة ونرى ان ما تتميز به شروط التحول في الفقه الاسلامي عن القانون الوضعي هي ان الفقه الاسلامي يجيز التحول الى عقد فاسد عكس القانون الذي يشترط ان يتحول العقد الى عقد صحيح وكذلك يعطي القانون الوضعي للمتعاقدين الحرية في اختيار التحول من عدمه اضافة الى وجوب حكم القاضي فيه بينما نرى ان تحول العقد في الفقه الاسلامي اجباري لاعتبار ان التحول احد اثار العقد بين

١٦. محمد فخري حمد. التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني. اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاردنية / كلية الدراسات العليا. سنة ٢٠٠٠ ص ٢٦ ومابعدها.

العقد على التصرف الصحيح. ١٧

**ثانيا :- تضمن التصرف الاصيل
المبطل لعناصر تصرف اخر صحيح :-**

بعد تحقق الشرط الاول في بطلان التصرف الاصلي يجب لتطبيق نظرية تحول العقد ان يكون التصرف الصحيح الذي تتجه نية المتعاقدين الى التحول اليه يتضمن جميع عناصر التصرف الاصلي المبطل فاذا تخلف عنصر من هذه العناصر فلا يمكن تحول هذا التصرف الاصلي الى تصرف جديد وان قبل المتعاقدين هذا التصرف الجديد كما لو اشترى رجلاً خاتماً على انه ذهب واذا به نحاس فالعقد هنا لا يتحول الى بيع خاتم وان قبل المتعاقدين بهذا الخاتم النحاس وانما نكون امام بطلان عقد بيع خاتم الذهب وتكوين عقد جديد وهو عقد بيع خاتم النحاس .

ثالثاً:- انصراف ارادة المتعاقدين الى هذا التصرف الجديد:-

يفترض هذا الشرط وجود ارادة افتراضية وهي التي تنصرف الى العقد الصحيح بدلاً من العقد الباطل الا ان هذا لا يعني وجود ارادتين ارادة حقيقية وهي التي انتجت العقد الاول والذي ابطل فيما بعد وارادة احتياطية تظهر في حالة بطلان العقد الاول لإنشاء عقد ثاني صحيح وان على القاضي البحث عن الارادة المفترضة للمتعاقدين ويقع عليه عبء التوصل الى هذه الارادة ويعد دليلاً على توفر هذه الارادة الافتراضية هو ان توجد نفس العناصر في العقد الصحيح وفي العقد

الباطل وهذا يدل على ان المتعاقدين لو كانوا يعلمون بطلان تصرفهم الاصيلي لاتجهت نيتهم الافتراضية وارادتهم الى انشاء تصرف اخر صحيح ويعين القاضي على التوصل لهذه الارادة البحث عن الغاية من التعاقد ففي حال كانت الغاية من العقد الصحيح نفس الغاية التي بحث عنها المتعاقدين في العقد الباطل فان هذا يدل على اتجاه ارادة المتعاقدين الى العقد الصحيح لو كانوا يعلمون بطلان التصرف الاصيلي. ١٨

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية تحول العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

ان تطبيقات نظرية تحول العقد في
الفقه الاسلامي كثيرة ومتنوعة منها في
مجال المعاملات المدنية فاذا باع شخص
لاخر شئ ولم يذكر ثمن المبيع فذهب
الفقهاء الى تحول العقد الى عقد هبة
لعدم ذكر ثمن المبيع في العقد وسبب
هذا التحول لان عقد الهبة لا يشترط فيه
الثمن والمتعاقدان اذا لم يذكر الثمن او
ذكر صورياً يغلب ان نيتهم اتجهت نحو
الهبة وليس البيع لان الهبة لا يشترط
فيها لفظ خاص ويدل عليها كل لفظ او
فعل مبني على الاعطاء وكذلك في حال اذا
قال البائع او المورج للطرف الاخر (بعتك
بلا ثمن) او (اجرتك بلا اجرة) فالبيع في
المثال الاول يتحول الى هبة والاجارة في
المثال الثاني تنقلب الى اباحة ١٩.

١٧. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام الجزء الاول، دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٢

١٨. نهلة احمد فوزي . المدونة المدنية في انحلال العقد فسخ العقد وبطلان العقد في ضوء احكام الفقه واحكام القضاء الطبعة الاولى سنة ٢٠١٢ . ص٩٠٨ وما بعدها.

١٩. هاشم معروف الحسني. نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات . مطبعة ونشر دار الغد بدون سنة نشر. ص ٣٢٦

على انه (إذا خلت الورقة من احد البيانات الالزامية المذكورة في المادة (٤٠) من هذا القانون فتعتبر حوالة ناقصة....) وغيرها في الكثير من نصوص القوانين.

اما في مجال الاحوال الشخصية فأبرز تطبيق لنظرية تحول العقد تكمن في بطلان عقد الزواج او فسادة فانه لا يصح باعتباره عقداً ولكن يصح اعتباره واقعة مادية ويرتب اثاره اذا ما اقترن بالدخول على الزوجة ومن اثاره درء الحدود وثبوت النسب ووجوب العدة واستحقاق المهر ٢٠

ومثالها ايضاً تعهد شخص لآخر ان يجعله وارثاً له فهذا التعهد باطل في احكام الشريعة الاسلامية ولكن يعتبر جمهور الفقهاء هذا التعهد وصية للشخص الاخر ويمكن الرجوع عنها الى ما قبل الوفاة.

اما في القانون الوضعي نرى ان تطبيقات نظرية انتقاص العقد في القوانين العراقية كثيرة ومنها قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ بالمادة (٢١) حيث نصت على انه (أولاً- السندات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام او مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه او ما ادلى به ذوي الشأن في حضوره. ثانياً- اذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمها الفقرة السابقة فلا يكون لها الا حجية السندات العادية في الاثبات...٢١). بهذا النص نرى ان المشرع العراقي قد سعى الى عدم اهدار السندات التي توقع بين الناس وتخلو من توقيع الموظف او المكلف بخدمة عامة ونص على تحويلها الى سندات عادية.

وكذلك نص المادة (٤١) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ حيث نصت

٢٠. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الاول. منشورات جامعة جيهان الخاصة. اربيل ٢٠١١. ص ٣٣٥.

٢١. انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٠٧٠ / احوال شخصية/ ٢٠٢٢ وبتاريخ ٢٠٢٢/٩/٦ والمتضمن (ان المدعى عليها استلمت كافة حقوقها بموجب الورقة الخارجية وهذه الورقة تعتبر سند عادي له حجيته في الاثبات سيما وان المدعى عليها اقرت به)

الخاتمة

بعد ختام هذه الدراسة نلتمس من المختصين ضرورة الاخذ بنظر الاعتبار ما توصلنا اليه من اهم النتائج والتوصيات لاعتقادنا بأهميتها ويمكن بيانها بالاتي:-

أولاً :- النتائج:-

١. اقامت الشريعة الاسلامية نظرية الانتقاص على اساس موضوعي وهو بيان العوض لكل شق او عدم بيانه سواء كان الشق باطلاً او موقوفاً على عكس القانون المدني العراقي الذي اخذ بالنظرية على اساس ذاتي وهو الباعث الدافع الى التعاقد فاذا كان الشق الباطل هو الباعث الدافع الى التعاقد فيبطل العقد.
٢. ان اعمال نظرية تحول العقد في الفقه الاسلامي يكون اجبارياً بين المتعاقدين لاعتبار ان التحول هو احد اثار العقد بين الطرفين عكس القانون المدني العراقي والذي يكون اعمال التحول فيه اختياري حيث يعطي القانون الحرية للمتعاقدين في تحول العقد من عدمه ولكن بوجوب حكم القاضي .
٣. لا يوجد تدرج لبطلان العقد في الفقه الاسلامي حيث ان البطلان

لدى الفقهاء المسلمين هو بطلان مطلق على عكس ما هو موجود في القانون المدني العراقي الذي يقسم البطلان الى بطلان مطلق وبطلان نسبي.

ثانياً :- التوصيات :-

١. عدم التسرع في ابطال افعال المكلفين وابطال عقودهم حيث ان التخفيف من اثار البطلان هو مقصد قانوني وفقهي.
٢. لغرض اعمال فكرة احياء العقد قدر الامكان عن طريق نظرية انتقاص العقد نرى تعديل المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الاتي (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحدة هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً اذا كان كل شق من العقد معلوم الثمن).
٣. نرى ان يكون اعمال نظرية تحول العقد اجبارية على المتعاقدين كما هو معمول به في الفقه الاسلامي وليست اختيارية وذلك لغرض احياء العقود الباطلة قدر الامكان من شبح البطلان.

Declaration of Conflicting

Interests

-The author declared that there isn't any potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The author received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

Ethical Statement

This research complies with ethical standards for conducting scientific studies. Informed consent was obtained from all individual participants included in the study.

Data availability statement

The data that support the findings of this study are available from the corresponding author upon reasonable request.

Supplemental Material

Supplemental material for this article is available online.

Acknowledgements

The authors did not declare any acknowledgements

إقرار تضارب المصالح

يُقر المؤلف بعدم وجود أي تضارب محتمل في المصالح فيما يتعلق بالبحث أو التأليف أو نشر هذا المقال.

التمويل

لم يتلق المؤلف أي دعم مالي لإجراء هذا البحث أو تأليفه أو نشره.

البيان الأخلاقي

هذا البحث يتوافق مع المعايير الأخلاقية لإجراء الدراسات العلمية. وقد تم الحصول على موافقة خطية من جميع المشاركين الأفراد المشمولين في الدراسة.

بيان توفر البيانات

البيانات متاحة عند الطلب من المؤلف المراسل.

المواد التكميلية

لا توجد مواد تكميلية لهذا البحث

الشكر والتقدير

لا يوجد شكر وتقدير أفصح به الباحث

المصادر

١. القرآن الكريم.
٢. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني الجزء الاول مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي الطبعة الثانية سنة ١٩٦٣.
٣. مجلة الاحكام العدلية. المؤلف لجنة مكونة من عدة فقهاء وعلماء في الدولة العثمانية المحقق نجيب هواويني الناشر نور محمد كارخانه. تجارب الكتب ارم كراتشي.
٤. عبد الحكم فودة. البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة. الطبعة الثانية. دار الفكر والقانون سنة ١٩٩٩.
٥. جميل الشرقاوي. بطلان التصرف القانوني جامعة القاهرة سنة ١٩٥٣.
٦. عباس فاضل عباس. العقد الباطل دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري. بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة العدد الثاني والثلاثون سنة ٢٠٢٢.
٧. عبد المجيد الحكيم وآخرون. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي الجزء الاول مصادر الالتزام الناشر العاتك لصناعة الكتب توزيع المكتبة القانونية سنة ١٩٨٠.
٨. منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. مصادر الالتزام واحكامه. دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى سنة ٢٠١٢.
٩. منصور حاتم محسن. فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة). اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون سنة ٢٠٠٦.
١٠. اجود علي غالب. نظرية انتقاص العقد بين الشريعة والقانون مجلة كلية الاداب جامعة بغداد العدد الخامس والعشرون سنة ١٩٧٩.
١١. امه حسين ابراهيم. التخفيف من اثار بطلان العقد في الفقه الاسلامي , اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة / قسم الفقه واصوله جامعة ال البيت سنة ٢٠١٩.
١٢. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام الجزء الاول دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٢.
١٣. نهلة احمد فوزي المدونة المدنية في انحلال العقد فسخ العقد وبطلان العقد في ضوء احكام الفقه واحكام القضاء الطبعة الاولى سنة ٢٠١٢.
١٤. حمد فخري حمد. التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني. اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاردنية كلية الدراسات العليا سنة ٢٠٠٠.
١٥. هاشم معروف الحسني. نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات مطبوعة ونشر دار الغد. بدون سنة نشر.
١٦. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الاول. منشورات جامعة جيهان الخاصة. اربيل ٢٠١١

ثالثاً:- القوانين :-

١٧. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
١٨. قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٧٧ المعدل.
١٩. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل .
٢٠. قانون الاثبات رقم (١٠٤) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٢١. قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

رابعاً :- قرارات المحاكم:-

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ٢٩٩١ في ٢٠٠٦/١٢/٥.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ٤٣٤٤/استئنافية عقار/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٢٢.
٣. قرار محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية ذي العدد ٦٨٤/م/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٢٩.
٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٢٠٧٠/احوال شخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/٦.

