



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء - كلية القانون
الدراسات العليا / الماجستير
قسم القانون الخاص

تعدي الغرض من العقد

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

عبير صالح مهدي البناء

إلى

مجلس كلية القانون - في جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أستاذ القانون المدني الدكتور

علي شاکر عبد القادر البدری

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ . . . وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ . . . ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة يوسف: الآية (76)

الإهداء

أهدي ثمار جهدي إلى:

الروح التي ترعاني وأعيش في ظلها إلى روح أبي الحبيب
الذي أدعو الله له بالرحمة والمغفرة، وإلى نبع الحنان
والعطاء أمي، أطال الله في عمرها التي كانت مصدر
قوتي ونبادي طوال مسيرتي الدراسية والتي شجعتني
على المضي قدماً.

كما وأهديه إلى أخوتي وأخواتي حفظهم الله ورعاهم.

كما وأخص بالإهداء إلى روح الأستاذ الدكتور صاحب
الفضل علي شخصياً الدكتور (عباس علي محمد
الحسيني) رحمه الله.

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء
والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله، وبعد..

فياني أشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لي إنجاز هذا
العمل بفضله، فله الحمد أولاً وآخراً ~ ياربنا لك الحمد كما ينبغي
لجلال وجهك وعظيم سلطانك ~

ومن ثم أتوجه بفائق الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل
الدكتور **(علي شاكِر البدرِي)** على إشرافه وتوجيهه وسعة صدره
وصبره علي رغم مشاغله الكثيرة وضيق وقته.

كما واتقدم بالشكر إلى الأستاذ صاحب الفضل علي بتوجيه
النصح والإرشاد الدكتور (عبد الله عبد الأمير الشمري).

كما واتقدم بالشكر إلى الزميل الأستاذ (علي هادي
الزراعي) لمساعدته لي في الحصول على المصادر.

وأخيراً أتقدم بالشكر إلى الدكتور (رعد عداي حسين)
لتقديمه العون والمساعدة لي.

تصميم الرسالة

المقدمة		
المطلب الأول تعريف تعدي الغرض من العقد وخصائصه	المبحث الأول ماهية تعدي الغرض من العقد	الفصل الأول مفهوم تعدي الغرض من العقد
المطلب الثاني تقسيم العقود حسب الغرض منها وشروط التعدي		
المطلب الأول صور تعدي الغرض من العقد	المبحث الثاني صور تعدي الغرض من العقد وتمييزه عما يشته به	
المطلب الثاني تمييز تعدي الغرض من العقد عما يشته به		
المطلب الأول تأثير الإرادة والغرض في تعدي الغرض من العقد	المبحث الأول الأثر في تعدي الغرض من العقد	الفصل الثاني أحكام تعدي الغرض من العقد
المطلب الثاني الأثر الذاتي والموضوعي في تعدي الغرض من العقد		
المطلب الأول المصلحة في تعدي غرض العقد	المبحث الثاني المصلحة في تعدي الغرض من العقد وتطبيقاته	
المطلب الثاني تطبيقات تعدي الغرض من العقد		
الخاتمة		

محتويات الرسالة

الصفحة	الموضوع
أ	المحتويات
ت	الملخص
4-1	المقدمة
64-5	الفصل الأول – مفهوم تعدي الغرض من العقد
35-6	المبحث الأول – ماهية تعدي الغرض من العقد
20-6	المطلب الأول – تعريف تعدي الغرض من العقد وخصائصه
15-7	الفرع الأول – تعريف تعدي الغرض من العقد
20-15	الفرع الثاني – خصائص تعدي الغرض من العقد
35-20	المطلب الثاني – تقسيمات العقود حسب الغرض منها وشروط التعدي
28-20	الفرع الأول – تقسيمات العقود حسب الغرض منها
35-28	الفرع الثاني – شروط تعدي الغرض من العقد
64-36	المبحث الثاني – صور تعدي الغرض من العقد وتميزه عما يشته به
51-36	المطلب الأول – صور تعدي الغرض من العقد
45-36	الفرع الأول – التعدي الاتفاقي
51-45	الفرع الثاني – التعدي بطبيعة العقد
64-51	المطلب الثاني – تمييز تعدي الغرض من العقد عما يشته به
56-52	الفرع الأول – تمييز تعدي الغرض من العقد عن العقود الصحيحة المتعددة
64-57	الفرع الثاني – تمييز التعدي الغرض من العقد عن حالات انقاز العقد الباطل
127-65	الفصل الثاني – احكام تعدي الغرض من العقد
91-65	المبحث الأول – اثر تعدي الغرض من العقد
80-66	المطلب الأول – تأثير الإرادة والغرض في تعدي الغرض من العقد
75-66	الفرع الأول – إثر الإرادة في تعدي الغرض من العقد
80-75	الفرع الثاني – إثر الغرض في تعدي الغرض من العقد
91-80	المطلب الثاني – الأثر الذاتي والموضوعي في تعدي الغرض من العقد

84-80	الفرع الأول – الأثر الذاتي في تعدي الغرض من العقد
91-85	الفرع الثاني – الأثر الموضوعي الغرض من العقد
127-91	المبحث الثاني – المصلحة في تعدي الغرض من العقد في تعدي وتطبيقاته
107-92	المطلب الأول – المصلحة في تعدي الغرض من العقد
102-92	الفرع الأول – المصلحة في تعدي الغرض من العقد المشروط
107-102	الفرع الثاني – المصلحة في تعدي الغرض من العقد غير المشروط
127 -107	المطلب الثاني – تطبيقات تعدي الغرض من العقد
116-108	الفرع الأول – تعدي الغرض من عقد الإيجار
121-116	الفرع الثاني – تعدي الغرض من عقد الوكالة
127-121	الفرع الثالث – تعدي الغرض من عقد البيع
133-128	الخاتمة
147-134	المصادر

الملخص: -

إن تعدي الغرض من العقد أصبح له مجالاً خصباً في إبرام العقود، فغالباً ما يلجأ الأطراف المتعاقدة إلى الاتفاق على تعدي الغرض من العقد في إبرام العقود ورغم الانتشار الواسع له إلا أن المشرع لم يخصصه بتنظيم تشريعي، فكان هدف البحث هو الوقوف على أهم الآثار والأحكام القانونية التي تترتب على تعدي الغرض من العقد تشريعاً وقضاءً وفقهاً، وقد اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن في اعدادها، فانتهجنا الأسلوب التحليلي لعدد من النصوص القانونية الواردة في القوانين المدنية العربية خصوصاً القانون المدني العراقي والأردني والمصري والقانون المدني الفرنسي من القوانين الأجنبية للوقوف على ماهية الموضوع واستنباط المعايير التي اعتمدها في بيان الآثار القانونية لتعدي الغرض من العقد.

ثم تعرضنا لرأي الفقه في الحالات التي لم تنص عليها القوانين المقارنة لموضوع البحث متحررين الاعتبارات التي استند عليها كل اتجاه في بيان الآثار التي تترتب على ذلك، كما بينا موقف القضاء من تطبيقات تعدي الغرض من العقد والآثار التي تترتب على ذلك رغم صعوبة الحصول على القرارات التي تتعلق بالموضوع، مبينين الأساس الذي اعتمدت عليه المحاكم في اتخاذ هذه القرارات.

واظهر البحث في نهايته أهم الآثار التي تترتب على تعدي الغرض من العقد والذي يمثل أمر في غاية الأهمية، إذ يترتب عليه معالجة الآثار التي لم يرد بشأنها نص في القوانين المدنية المقارنة لموضوع البحث، حيث لم نتحيز لرأي فقهي معين، وإنما تطرقنا لبيان ميزات وعيوب كل منها، مبينين الحق المسبق للأطراف المتعاقدة في معرفة الآثار القانونية التي تترتب على تعدي الغرض من العقد، وخلصت الدراسة بالتوصية إلى تنظيم تشريعي من قبل القوانين المدنية لموضوع تعدي الغرض من العقد لما له من أهمية في مجال التعاقد في الوقت الحاضر.

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث:

الحمد لله حمد عبدٍ مقرٍ بنعمة مولاه، شاكرًا لفضله وعطاياه، والسلام على من أكرمه الله برسالاته، وخصه بعظيم مزاياه، محمد صل الله عليه واله. اما بعد:

إن الحياة اليومية لكل فرد من الافراد لا تكاد تخلو من إبرام عقد من العقود وذلك من أجل تحقيق غرض معين من خلال ذلك العقد لا شباع الحاجة إلى السلع والخدمات، وضمان الحقوق، واستثمار الأموال، لذلك عنى المشرع بتنظيم طائفة من العقود تحت مسمى العقوة المسماة، لشيوعها بين الناس، والتي أما أن تقع على الملكية، كالبيع، والمقايضة، والهبة، والقرض، والصلح، وأما أن تقع على المنفعة، كالإيجار والعارية، وأما أن تقع على العمل، وهي المقاوله، وأما عقود التوثيقات أو الضمان كالرهن والتأمين والكفالة وغيرها، وقد كانت العقود تتسم في البساطة بحيث لا يشتمل العقد إلا على صفقة واحدة ولا ينشئ إلا حقاً واحداً، وبقدر تعدد الحقوق والصفقات كان لا بد أن تتعدد العقود، إلا أن طريقة التعاقد هذه في الوقت الحاصل مع التطورات الحاصلة على كل الأصعدة لم يعد من المستساغ التعاقد بها وذلك لقصورها عن تلبية حاجة المتعاملين في التعاقد وظهرت فكرت تعدي الغرض من العقد كاستجابة لهذه الحاجات فلم يعد عقد البيع أو الإيجار أو القرض أو الرهن أو العمل قاصر على تحقيق غرض واحد كما في السابق فقد أتيحت للأطراف المتعاقدة الحق في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد، فقد اصبح بالإمكان تحقيق غرض الضمان إلى جانب غرض تمليك العين من خلال عقد البيع، كعقد البيع الذي يشترط فيه الاحتفاظ بالملكية لحين سداد كامل الثمن من قبل المشتري للبائع، كذلك اصبح بالإمكان تحقيق غرض تمليك العين إلى جانب تمليك المنفعة كما في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، وايضاً تحقيق غرض تمليك العين إلى جانب غرض الضمان في عقد غلق الرهن، وتحقيق غرض الضمان إلى جانب غرض العمل في عقد الوكالة غير القابلة للعزل وغيرها الكثير من الأمثلة في مجال التعامل في الحياة العملية فلم يعد العقد مقتصر على تحقيق الغرض الأصلي وإنما اصبح بالإمكان أن يتعدى إلى غرض آخر من خلال اتفاق الأطراف المتعاقدة واحيانا أخرى طبيعة التعاقد والظروف التي تحيط إبرام العقد هي التي تؤدي إلى تعدي الغرض من العقد.

ثانياً- أهمية البحث:

غرض العقد من المواضيع التي لم يتطرق لها فقهاء القانون بصورة صريحة بالتوضيح، وكذلك القوانين المدنية لم تتطرق إلى غرض العقد بالتنظيم لا من قريب ولا من بعيد، فكان اختيارنا لهذا الموضوع يهدف لتبيان ماهية الغرض في العقد وتمييزه عن كل ما يشته به، وكذلك تبيان أثر الغرض على حكم العقد، حتى نستطيع بعد ذلك التطرق إلى مفهوم تعدي الغرض من العقد الذي أصبح في الوقت الحاضر يرتبط بالواقع العملي، فقد أصبح أحد الظواهر المنتشرة في مجال إبرام العقود.

ثالثاً- اشكالية البحث:

إن مشكلة البحث تتمحور حول الأثر الذي يترتب على تعدي الغرض من العقد سواء كان باتفاق الأطراف المتعاقدة أم بطبيعة التعاقد، هل سنكون أمام عقد آخر جديد عن العقد الأصلي أم هو امتداد لأثر العقد لخارج الحدود التي رسمها القانون له، وما يؤدي ذلك من تأثير في حكم وحقوق العقد، كذلك مشكلة منع القانون صراحة تعدي الغرض من العقد هل سيؤدي ذلك إلى بطلان العقد، أم اقتصار الأثر على الاتفاق الذي تم به تعدي العقد لغرضه الأصلي وعده كأنه لم يكن دون أن يؤثر في العقد الأصلي.

رابعاً- أسئلة البحث:

إن اختيار تعدي الغرض من العقد- دراسة مقارنة - موضوعاً للبحث يرجع إلى إيماننا بأن موضوع رسالة الماجستير يجب أن يكون جديداً لم يسبق بحثه، وأن يتضمن كشفاً لجانب محجوب من الحقيقة بإزالة الغموض عنه أو إكمال جانب ما يزال ناقصاً فيها، لذا يمكن إجمال أسباب اختيار هذا الموضوع وذلك من الأجل الإجابة على الأسئلة الآتية:

- 1- تحديد حدود التعدي للغرض من العقد والتي تكون مشروعة قانوناً؟
- 2- معرفة مدى قدرة إرادة الأطراف المتعاقدة في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد؟
- 3- معرفة الأثر الذي يترتب على اتفاق الأطراف المتعاقدة على تعدي غرض العقد؟
- 4- معرفة هل أن تعدي الغرض من العقد العمدي باتفاق الأطراف المتعاقدة مشروعة قانوناً؟

- 5- معرفة إذا كان من الممكن أن يتعدى العقد الغرض منه بطبيعته؟
- 6- معرفة حكم تعدي الغرض من العقد بطبيعته من وجهة نظر القانون؟
- 7- معرفة الكيفية التي يتعدى فيها العقد الغرض منه بطبيعته؟
- 8- معرفة المصلحة للأطراف المتعاقدة من تعدي الغرض من العقد، والمنفعة المتحققة من جراء ذلك؟

خامساً- منهجية البحث ونطاقه:

إن دراستنا لتعدي الغرض من العقد، ستتخذ المقارنة سبيلاً لمعالجة موضوع البحث، فنعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني والقانون المدني المصري من القوانين العربية، بالإضافة إلى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي، وفي جميع موضوعات البحث المتعلقة بمفهوم الغرض أو شروطه أو تطبيقاته، في مواضع متعددة، مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي في الهامش، بقدر ما يتعلق بموضوع تعدي الغرض، مع الأخذ بنظر الاعتبار، الإشارة إلى تطبيقات تعدي الغرض من العقد، التي وردت في التشريعات، العراقية والاردنية والمصرية والفرنسية. وكل ما تقدم في مجال فرع القانون المدني، دون التطرق إلى تعدي الغرض من العقد الوارد في فروع القانون الأخرى.

سادساً- هيكلية البحث:

بما أن الغرض من العقد مصطلح لم تتناوله الدراسات القانونية بصورة مباشرة فإننا نجد أن نتناول التعريف به في الفصل الأول من هذه الرسالة فيكون عنوانه مفهوم تعدي الغرض من العقد والذي نتطرق من خلاله في المبحث الأول إلى التعريف بتعدي الغرض من العقد وبيات اهم صور للتعدي وتمييزه عما يشته به في المبحث الثاني حيث ينقسم المبحث الأول إلى مطلبين، المطلب الأول منه يختص بتعريف تعدي الغرض من العقد وبيان اهم الخصائص التي تخصه وذلك من خلال تقسيم المطلب إلى فرعين اما المطلب الثاني منه فيختص في بيان تقسيم العقود حسب الغرض منها وبيان شروط تعدي الغرض من العقد كذلك من خلال تقسيمة إلى فرعين اما المبحث الثاني هو الآخر ينقسم إلى مطلبين يختص المطلب الأول في بيان صور تعدي الغرض من العقد

والذي بدوره ينقسم الى فرعين اما المطلب الثاني فيختص في تمييزه تعدي الغرض من العقد عن غيرة من الأوضاع القانونية المرتبطة بالعقد كذلك في فرعين اما الفصل الثاني سنتطرق من خلاله الى بيان احكام تعدي الغرض من العقد من خلال تقسيمة الى مبحثين: حيث يختص المبحث الأول منه في توضيح أثر تعدي الغرض من العقد وذلك في مطلبين: المطلب الأول منه يهتم في توضيح أثر كل من الإرادة والغرض في تعدي الغرض من العقد من خلال تقسيمة الى فرعين اما المطلب الثاني فيهتم في توضيح الأثر الذاتي والموضوعي في تعدي الغرض من العقد كذلك من خلال تقسيمة الى فرعين في حين يهتم المبحث الثاني منه في بيان المصلحة في تعدي الغرض من العقد وتطبيقاته حيث يختص المطلب الأول في بيان المصلحة في تعدي الغرض من العقد في فرعين اما المطلب الثاني منه فينقسم الى ثلاثة فروع تهتم في بيان اهم تطبيقات تعدي الغرض من العقد .

الفصل الأول

مفهوم تعدي الغرض من العقد

تمهيد وتقسيم:

إن العقد محور العلاقات ما بين الافراد في تعاملاتهم اليومية فمن خلال إبرام العقد يستطيع الافراد الحصول على احتياجاتهم اليومية، فالعقود لا تنتهي ولا يرد عليها الحصر، كما أنه لا حدًا للصور التي يمكن لها أن تتخذها، فهي تقوم وتنتج آثارها كلما توافرت لها أركانها، وهي على كثرتها وعدم تناهيتها، ليست كلها من صنف واحد، وإنما تتنوع وتختلف، بل لا يظمها تقسيم واحد في تنوعها واختلافها، وإنما ترد في تقسيمات كثيرة متعددة. فكلما نظرنا في العقود من زاوية معينة أو وفقاً لأساس محدد، رأيناها تتغير وتتشكل زمراً وطوائف، وقد عمد الفكر القانوني إلى جمع كل ما ينتشبه منها في زمرة خاصة، حتى يمكن تبين القواعد الأساسية المشتركة التي تحكمها، وأن هذه العقود البعض منها مسمى خصها المشرع باسم وتنظيم خاص وذلك لشيوعها واهميتها في ميدان التعامل والبعض الآخر غير مسمى تخضع لمبدأ سلطان الإرادة للأفراد الذي هو مبدأ عام فتنعقد بمجرد توافق إرادة الأطراف في حدود القانون والنظام العام والأداب وهي غير محدده فلإرادة أن تبرم ما تشاء من العقود غير المسماة، أما العقود المسماة فإن تسميتها تدل على الغرض الذي يتحقق للأطراف من إبرامها فعقود التملكيات تحقق غرض التمليك للأطراف المتعاقدة مثال ذلك عقد البيع وعقد الهبة وعقد المقايضة وعقد الصلح وعقود المنفعة تحقق غرض تمليك المنفعة مثال ذلك عقد الايجار وعقد العارية وعقود تحقق غرض الضمان والتوثيقات مثال ذلك عقد التأمين وعقد الرهن وعقد الكفالة وعقود تحقق غرض العمل مثال ذلك عقد الوكالة وعقد المقاوله وهكذا، وغالباً الأطراف يتعاقدون قاصدين تحقيق الغرض الذي يتضمنه العقد، ولكن مع تطور الحياة العملية ظهرت الحاجة إلى تعدي الغرض الأصلي للعقد إلى غرض آخر يحقق الفائدة والمصلحة أكثر للأطراف المتعاقدة، أي تخطي التعاقد التقليدي والخروج الى نظام تعاقدى أكثر حداثة يواكب تطورات العصر، وهذا هو محور بحثنا في هذا المطلب الذي سوف نركز فيه على التعرف على ماهية تعدي الغرض الأصلي للعقد وذلك من خلال تخصيص المبحث الأول من هذا الفصل للتعريف بمفهوم تعدي الغرض من العقد وتبيان خصائصه وشروطه والكيفية التي يتم من خلالها تقسيم العقود

المسماة حسب الغرض المتحقق منها، أما المبحث الثاني: فسوف نخصه للبحث في صور تعدي الغرض من العقد وتمييزه عما يشته به وذلك على النحو الآتي: -

المبحث الأول

ماهية تعدي الغرض من العقد

لا بد لنا من البحث في تعريف تعدي الغرض من العقد لكي نتمكن من معرفة الخصائص التي يمتاز بها تعدي الغرض من العقد، لما ذلك من أهمية في معرفة الجدوى العملية من تعدي الغرض من العقد وهذا سيكون موضوع المطلب الأول الذي سوف نقسمه إلى فرعين أما المطلب الثاني سيدور البحث فيه حول معرفة التقسيمات للعقود للمسماة في القوانين المدنية المقارنة موضوع البحث وكذلك البحث في الشروط الواجب توفرها حتى نستطيع التوصل إلى تعدي الغرض من العقد وذلك في فرعين على النحو الآتي: -

المطلب الأول

تعريف تعدي الغرض من العقد وخصائصه

إن وضع تعريف لتعدي الغرض من العقد يتطلب منا أولاً أن نتطرق إلى التعريف اللغوي لمفردات تعدي الغرض من العقد، وذلك لوجود علاقة وطيدة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، فعند تصفح معاجم اللغة نجد في طياتها معاني عدة لمفردات تعدي الغرض من العقد، والتي لا بد أن نختار المعنى المناسب والمطابق منها للمعنى الاصطلاحي أن وجد، ومعرفة أي من التعريفات التي نستفاد منها في توضيح موضوع البحث ومن ثم نبين التعريف الاصطلاحي، وذلك حتى يتسنى لنا في نهاية المطاف ايجاد تعريف لتعدي الغرض من العقد أن أمكن ذلك وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب أما الفرع الثاني: منه فسوف نخصه إلى البحث في خصائص تعدي الغرض من العقد وكما يأتي:-

الفرع الأول

تعريف تعدي الغرض من العقد

أولاً - التعريف اللغوي: -

يعرف التعدي لغةً: هو مجاوزة الحد أو القدر أو الحق، يقال عدا فلان عدواً وعدواناً واعتداءً وتعدياً إذا ظلمه مجاوزاً للحد، والعادي هو الظالم وأصله من تجاوز الحد في الشيء، والتعدي:

مجاوزة الشيء إلى غيرة،⁽¹⁾ قوله تعالى: «فمن أبتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون»⁽²⁾

أي المجاوزون ما حد لهم وأمروا به، وعلى ذلك فإن التعدي في اللغة هو مجاوزة الحد أو الحق أو الشيء، ويقال: عداه تعدياً فتعدى أي تجاوزه.⁽³⁾

ويعرف الغرض لغةً: حزام الرجل، وله معان عديدة من ضمنها أنه الهدف المقصود بالرمي، القصد، ويقال: فهمت غرضك: قصدك، ثم جعل لكل غاية يتحرى ادراكها، وجمعه أغراض، فالغرض ضربان: غرض ناقص وهو الذي يشوق بعده شيء آخر، كاليسار والرئاسة ونحو ذلك مما يكون من أغراض الناس، وغرض تام، وهو الذي لا يشوق بعده شيء آخر كالجنة⁽⁴⁾، ويقال: هو الهدف الذي يرمى فيه، وفهم (غرضه) أي قصده.⁽⁵⁾

أما عن تعريف العقد لغةً: هو شد الشيء وإحكامه، كما يعني الربط، والتوثيق، والالتزام، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو: عقد البيع، والعهد، وغيرهما يقال: عاقدته، وعقدته، وتعاقدنا، وعقدت يمينه، والعقد مصدر استعمل اسماً فجمعه عقود⁽⁶⁾، كما في قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ...»⁽⁷⁾

(1) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، بلا طبعة، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1981م. ص419.

(2) سورة المؤمنون، الآية رقم (7).

(3) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص419.

(4) الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن، مطبعة دار الشامية، بيروت، 1996م، ص605.

(5) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص473.

(6) الراغب الاصفهاني، مصدر سابق، ص577.

(7) سورة المائدة، الآية رقم (1).

ثانياً - التعريف الاصطلاحي: -

تعريف التعدي في اصطلاح الفقه القانوني، فقد عرفه البعض بأنه «مجازة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً»⁽¹⁾، الذي نستدل عليه من هذا التعريف أن معنى التعدي هو قيام المتعدي بمجازة الحد المأذون له في حقه إلى غيره، دون أن يصف ذلك التجاوز بعدم المشروعية من ثم فلا يعني ذلك أن هذا التجاوز للحدود بالضرورة أن يكون غير مشروع.

ويذهب رأي فقهي آخر إلى تعريفه بالقول «مجازة الحد أو الحق دون تقييد»⁽²⁾، وهذا الرأي لا يختلف عن سابقه في المعنى، وثمة رأي آخر للفقهاء اجمع على أن التعدي هو «انحراف في السلوك» بمعنى أن ينحرف الفرد عن السلوك النموذجي أو السلوك الواجب الاتباع في التصرفات⁽³⁾، وذهب آخر إلى تفسير التعدي على أنه تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها، فهو انحراف في السلوك سواء كان الانحراف متعمداً أو غير متعمد، والانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الفعل أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال وتقصير.⁽⁴⁾

يطلق بعض الفقهاء على الحالات التي ينعدم بها الخطأ حالات مشروعية التعدي، إذا وقع

فعل التعدي استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون والشرع.⁽⁵⁾

يتبين لنا مما تقدم أن تعريف التعدي في اصطلاح الفقهاء يتفق مع التعريف اللغوي من حيث أنه مجاوزة للحد الذي يجب على الفرد التقيد به في تصرفاته، حيث أن تصرفات الفرد لها حكمها من وجهة نظر القانون والشرع والعرف، فبعض التصرفات مأمور بالإتيان بها وفق حدود، والبعض الآخر منهي عن الإتيان بها، وهناك قسم من التصرفات التي تكون مباحة تترك الحرية

(1) شهنك محمد جميل كريم، أثر القصد المدني في تضمين اليد دراسة تحليلية مقارنة، مطبعة دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011م، ص48.

(2) أحمد الزين أحمد حامد، بحث المبادئ الشرعية العامة لضمان العدوان (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة تأصيل العلوم، السنة (6) العدد (8)، 2015م، ص369.

(3) د. جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، ط3، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ص314.

(4) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، 1980م، ص215.

(5) ياسر صائب خورشيد، بحث حالات التعدي وحكمها في المسؤولية التقصيرية بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي منشور في مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 2012م، ص195.

للفرد من حيث الإتيان بها من عدمه، فمتى ما خالف الفرد في تصرفاته بالقيام بالتصرف للحدود الواجب عليه عدم مجاوزتها عد متعدياً.⁽¹⁾

وصفة القول إن المعنى الذي نقصده بالتعدي ليس معنى الخطأ والانحراف بل تجاوز الحد الذي بيناه في التعريف اللغوي.

أما عن تعريف الغرض في اصطلاح الفقه القانوني، فقيل هو ما لأجله يصدر الفعل من الفاعل⁽²⁾، أي هو الهدف وبذلك يبدو توافق المعنى اللغوي والاصطلاحي للغرض.⁽³⁾

ولا بد من القول إن غرض العقد ليس هو السبب في العقد، وقبل الخوض في ذلك لا بد من أن نشير إلى أن السبب قد يطلق ويراد به احد هذه المعاني الثلاثة للسبب والتي هي⁽⁴⁾:

1- السبب المنشئ: والذي يقصد به المصدر القانوني الذي أوجد الالتزام أو انشئه (العقد، الإرادة المنفردة، الكسب دون سبب والقانون) وهذا المعنى للسبب لا صلة له بموضوع بحثنا فلا نعود إليه.⁽⁵⁾

(1) د. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، مطبعة دار المطبوعات الجامعية، 1999م، ص395.
(2) علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة العقدية، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح:

<https://www.dorar.net/aqadia/1220/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B7%D9%84%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D9%85%D8%B3:-%D9%83%D9%84%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%BA%D8%B1%D8%A7%D8%B6> تاريخ الزيارة: 2019/12/12.

(3) ولا بد حين تبيان معنى الغرض من التمييز بينه وبين الغاية، فالغرض لا يعد الهدف الأخير للإرادة قبلوغه لا يكفي لإشباع الحاجة، ولذلك فهو لا يعدو أن يكون مرحلة من مراحل النشاط الإرادي في سبيل إشباع الحاجة، فالهدف الأخير للإرادة هو إشباع الحاجة، وهذا الإشباع يتم التعبير عنه بالغاية، ومن ثم كان الاختلاف بين الغرض والغاية هو كون الأول هدفاً قريباً للإرادة، وبعد القصد، والثانية هدفاً أخيراً له ()، وغرض العقد هدفه القريب، وهو ما فتى اتصالاً بحكمه، فلكل عقد حكم وحقوق، فغرض العقد هو مقصد العقد الذي شرع العقد من أجله، وهو ثابت في كل نوع من أنواع العقود، ويختلف باختلاف أنواع العقود وفئاتها، فهو في عقود البيع والهبة واحد إلا وهو نقل الملكية، وفي عقد الإيجار والإعارة واحد وهو تملك منفعة بعوض. د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني (دراسة تحليلية تركيبية مقارنة)، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م، ص199-200. عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، 1993م، ص45.

(4) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة) ط1، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م، ص284. د. محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004م، ص38-39.

(5) د. علي شاكر عبد القادر البدري، السبب الصحيح وأثره في الملكية (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، 2016م، ص43.

2- السبب القصدي أو الغائي والذي يقصد به الغرض المباشر أو الغاية المباشرة والقريبة التي يهدف أو يقصد المتعاقد الوصول إليها من جراء التزامه، وهو سبب موضوعي مجرد لذلك هو واحد في الفئة الواحدة من العقود، فهو بهذا المعنى يبتعد عن الاعتبارات الشخصية التي تدفع الأطراف المتعاقدة إلى التعاقد حيث ينظر إلى الهدف المباشر الذي حمل الأطراف على إبرام العقد، فهو بهذا المعنى يتصل بموضوع العقد، حيث أنه موضوعي لا شخصي وعلى هذا فهو لا يتغير باختلاف مقاصد الأطراف المتعاقدة وإنما باختلاف نوع العقد.⁽¹⁾

3- السبب الدافع: والذي يقصد به الباعث الذي دفع المتعاقد إلى إبرام عقد من العقود، وان الباعث هو أمر ذاتي يتعلق بنوايا الشخص المتعاقد كما أنه متغير من شخص إلى آخر في الفئة الواحدة من العقود، فما يدفع شخص لشراء منزل معين ليس هو نفسه دافع شخص آخر لشراء ذات المنزل وبهذا المعنى يكون خارج نطاق البحث.⁽²⁾

والمتحصل من مجموع الكلام اتصال غرض العقد بالسبب القصدي (الغائي)، فيكون واحداً في النوع الواحد من العقود، وهو يختلف عن السبب الباعث الذي يكون دافعاً للتعاقد ويختلف من متعاقد إلى متعاقد آخر في النوع الواحد من العقود فالباعث الدافع من وجهة النظر التقليدية من العناصر الذاتية؛ المتعلقة بنية الشخص المتعاقد خارجه عن العقد كما أنه من العناصر المتغيرة بخصوص كل متعاقد حتى في النوع الواحد من العقود.⁽³⁾

وبعد أن بينا معاني السبب اتضح لنا أن الغرض من العقد يقترب من السبب القصدي (السبب بالمعنى التقليدي) في بعض النقاط ولكنه يختلف عنه في نقاط أخرى، من أهم النقاط التي يلتقي فيها غرض العقد مع السبب القصدي انهما يمثلان الهدف القريب والمباشر من العقد الثابت في كل نوع من أنواع العقود وفئاتها كما أنهما شيء داخل العقد ونابع من ذات العقد، وعلى الرغم من ذلك فإن غرض العقد يختلف عن السبب القصدي من حيث كون غرض العقد يمثل الهدف من العقد، فكما هو معلوم أن كل عقد تقدم الأطراف المتعاقدة على إبرامه هناك غرض يراد بالعقد تحقيقه تترتب

(1) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقد)، مج1، ج1، مطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م، ص321.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص285. محمد علي عبده، مصدر سابق، ص39. د. علي شاكر عبد القادر البديري، مصدر سابق، ص45.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، ج1، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، ص439، د. محمد علي عبده، مصدر سابق، ص39.

عليه الآثار والنتائج، ففي عقد البيع والهبة والصلح الغرض هو التملك وفي عقد الإيجار والعارية الغرض هو تملك المنفعة وفي عقد الوكالة الغرض هو العمل وغيرها من العقود.(1)

أما بالنسبة للسبب القسدي فسبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام الطرف الآخر، كما في عقود المعاوضة الملزمة لجانبين فسبب التزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع هو سبب التزام المشتري بتسديد الثمن، وفي عقد الإيجار يكون واحداً لدى كل مؤجر وكل مستأجر، فكل مؤجر يبغى الحصول على الأجرة، وكل مستأجر يبغى الحصول على المنفعة من العين المؤجرة، أما بالنسبة إلى العقود العينية كعقد القرض والرهن الحيازي فإن سبب الالتزام بها يعود إلى القيام بالأداء أو التسليم فسبب التزام المقترض أو الراهن هو سبب تسليم القرض أو المرهون، أما عن عقود التبرع كالهبة فالسبب فيها هو الرغبة في منح الموهوب له شيء من دون مقابل كما أن السبب يعد ركن في العقد بينما الغرض لا يعد ركناً.(2)

أما فيما يخص تعريف العقد في اصطلاح الفقه القانوني، فهو لا يختلف عن المعنى اللغوي لذا سوف نكتفي بإيراد التعريف الذي يتوافق مع موضوع البحث والذي هو: «توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه»(3)، وتعريف آخر ورد في ذات المعنى «هو ارتباط إرادة بأرادته أخرى تطابقها، لأحداث أثر معتد به قانوناً أو شرعاً».(4)

أن اختيارنا لهذا التعريف للعقد كونه يتوافق مع تحديد مفهوم الغرض في العقد والذي كما ذكرنا سابقاً، يتضح مما تقدم أن العقد ما هو إلا ارتباط لإرادة الأطراف المتعاقدين من أجل تحقيق غرض معين من جراء هذا الارتباط والا لما أقدمت الأطراف المتعاقدين على إبرام العقد.

ولغرض الإحاطة بموضوع البحث حري بنا أن نبين موقف التشريعات القانونية المقارنة من تعريف التعدي لغرض العقد، ففيما يخص تعريف التعدي في التشريع فإنه لم يرد له تعريف صريح في التشريعات القانونية المقارنة موضوع البحث إلا أنه وردت إشارة إليه في نصوص

-
- (1) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 87.
 (2) د. محمود المظفر، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة (دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)، ط4، 2010م، ص 221-222.
 (3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 138.
 (4) د. محمود المظفر، مصدر سابق، ص 34.

المواد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية على اساس التعدي أحد أركان الخطأ (الركن المادي) كما في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل حيث ورد في المادة (186) منه والتي تضمنت «1- ... إذا كان في أحداث هذا الضرر قد تعمد أو تعدى، 2- وإذا أجمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان» إذا اخذنا بالمعنى المخالف لنص الفقرة الأولى من المادة أعلاه فإن التعدي إذا كان خالياً من عنصر الضرر كان مشروعاً من الناحية القانونية وبمعنى آخر ليس كل تعدي يكون غير مشروع⁽¹⁾، وهذا ما سبق الإشارة إليه أثناء الكلام عند تعريف التعدي في اصطلاح الفقه.

وكذلك يفهم من نص المادة اعلاه أن التعمد يوحي بإدراك الفاعل للتعدي قاصداً القيام به. كذلك التشريع الأردني قد وردت فيه إشارة الى التعدي في المادة (257) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م النافذ في الفقرة الثانية إشارة إلى شروط التسبب حيث جاء فيها «... وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر»، حيث جاء موقف المشرع الأردني مقارب من موقف المشرع العراقي، من حيث اشتراط التعدي في التسبب بالقيام بالفعل، في حين كان موقف كل من المشرع المصري والفرنسي مغاير حيث لم يشير إلى فعل التعدي لا من قريب ولا من بعيد حتى أنه لم يذكره كركن من أركان الخطأ في المسؤولية التقصيرية.

بعد أن بينا موقف التشريع من التعدي لا بد أن نعرض على موقف التشريع بخصوص الغرض ففي القانون المدني العراقي عرف العقد في المادة (73)، والقانون الأردني عرفه في المادة (87) معتمدين في التعريف على التعريف الذي ورد في مجلة الأحكام العدلية المادة (103) وكذلك المادة (168) من مرشد الحيران⁽²⁾ التي نصت على أن «العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه...»، حيث جاءت المواد في القوانين المذكورة في نص مشابه لهذا النص، وبما انا سبق وأن ذكرنا أن الغرض هو ما يترتب عليه الآثار والنتائج

(1) لقد أكد الفقه الإسلامي هذا الحكم في القاعدة «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي»، د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2002م، ص303.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص24.

في كل عقد، يتضح أن المشرع قد إشارة بصورة غير صريحة على غرض العقد من خلال تأكيده على الأثر الذي يظهر في المعقود عليه من جراء ارتباط إرادة الأطراف المتعاقدة.

الا أن المشرع الأردني قد عاد وخلق بين مفهوم الغرض والسبب القصدي في العقد حين عرف السبب القصدي في المادة (165) حيث نصت على أن «1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد»⁽¹⁾، نلاحظ أن المشرع الأردني قد خلط بين مفهوم السبب كركن من اركان العقد وبين الغرض الذي يتمثل في الهدف الذي يرمي الوصول اليه من قبل الأطراف المتعاقدة والذي سبق وان تحدثنا عنه اثناء تعريف الغرض في اصطلاح الفقه.⁽²⁾

أما المشرع الفرنسي في قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016 لم يعرف غرض العقد الا انه أشار الى هدف العقد في المادة (1162) التي نصت على «لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء كان هذا الأخير معلوماً من قبل جميع الأطراف ام لا»⁽³⁾ سبق وأن بينا أن الغرض يقصد به الهدف من العقد من خلال هذا نلاحظ أن القانون الفرنسي أشار إلى هدف العقد بصورة صريحة في المادة أعلاه على الرغم من استشكل جانب من رجال الفقه على أن المشرع الفرنسي قد استبدل كلمة السبب في العقد بالهدف أي إن التغيير جاء من ناحية الشكلية وليست موضوعية مستنديين في قولهم هذا على المبدأ الذي جاء فيه القانون المدني الجديد بالمادة المذكورة أعلاه بأن العقد لا يمكنه أن يخالف النظام العام من حيث شروطه ومن حيث الهدف منه مستنتجين من ذلك موقف المشرع الفرنسي حيال فكرة السبب بالنسبة اليه حيث وردت في الهدف من العقد الذي يجب أن لا يخالف النظام العام، حيث يذهبون إلى القول إن المشرع الفرنسي رغبة منه في تبسيط المفردات القانونية وتلافي استخدام عبارات قانونية تحمل معاني عدة، دفعة إلى تبني

(1) ورد في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ذات النص حيث نصت المادة (207) منه على «السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد» وكذلك نصت المادة (84) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(2) لقد جاء موقف المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932م أكثر توفيقاً من نظيره المشرع الأردني حيث ذكر في المادة (195) السبب الموجب في العقد بعيداً عن مفهوم غرض العقد مما جعله بعيداً عن اثاره الخلط واللبس بين المفهومين حيث نصت «أن سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل من العقد كالموجب المقابل في العقود المتبادلة والقيام بالأداء في العقود العينية ونية التبرع في العقود المجانية، أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنيا كان أو طبيعياً».

(3) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2018م، ص65.

مصطلح الهدف بدلاً عن مصطلح السبب، والذي مكنه من تبني ذات المنهج لفكرة السبب مستندا لهدف العقد، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن هذا الرأي مبالغ فيه فالمشرع في المادة المذكورة لم يشير إلى السبب بقدر ما أشار إلى مشروعية العقد وليس سببية العقد⁽¹⁾، حيث أن القضاء الفرنسي اعتمد على نص المادة المذكورة على اعتبار أن العقد باطل إذا كان احد الأطراف يسعى من خلال العقد الوصول إلى هدف غير مشروع حتى ولو كان المتعاقد الآخر لا يعلم بالهدف، بمعنى أن المتعاقد حسن النية الذي لا يعلم بالهدف غير المشروع يكون له طلب بطلان العقد إذا علم بعد إبرام العقد أن الهدف غير مشروع أو غير أخلاقي الذي يسعى إلى تحقيقه المتعاقد الآخر.⁽²⁾

يتحصل لدينا مما تقدم أن المشرع الفرنسي في المادة (1162) سألته الذكر قد أشاره لغرض العقد من خلال ذكره لهدف العقد رغم أنها لم توضح ذلك بصورة أكثر دقة ووضوح.

كما لا نرغب في الخوض في تعريف العقد في التشريع حيث سبق وأن بينا موقف المشرع العراقي والأردني من تعريف العقد، والذي جاء مخالف لموقف المشرع المصري الذي لم يرد في متنه نصاً قانونياً يعرف العقد بعكس المشرع الفرنسي الذي جاء بمفهوم مغاير لمفهوم المشرع العراقي والأردني في متن القانون المدني الفرنسي الذي عرفه في المادة (1101) قبل تعديل عام 2016 حيث نصت «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل»⁽³⁾، إلا أننا نجد موقف المشرع العراقي والأردني جاء بإشارة صريحة للأثر الذي يترتب عليه العقد كما ذكرنا ذلك سابقاً وهو ما يتصل بموضوع البحث.

والمتحصل مما تقدم أن العقد هو نقطة التقاء إرادة الأطراف المتعاقدة من أجل تحقيق الغرض، والعقد قد يتضمن غرض آخر غير الغرض الذي قصدته أو اتجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، عند ذكر أن العقد توافرت به اركان عقد صحيح آخر غير الذي قصدته إرادة الأطراف المتعاقدة فإن أول ما يتبادر إلى الذهن نظرية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، إلا أن العقد

(1) د. محمد عرفان الخطيب، بحث نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث (الثابت والمتغير)، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، السنة السادسة، 2018م، ص 375.

(2) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقد)، مصدر سابق، ص 347.

(3) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص 39.

الصحيح ذاته من الممكن أن يحتوي على اركان عقد آخر صحيح غير الذي قصدته إرادة الأطراف المتعاقدة.⁽¹⁾

وعلية يمكن أن نعرف تعدي الغرض من العقد بأنه «هو تجاوز الهدف من العقد إلى هدف آخر يمثل مصلحة الأطراف المتعاقدة أكثر من الهدف الأصلي للعقد وذلك أما باتفاق الأطراف المتعاقدة أو وفق طبيعة العقد مما يترتب تغيير في حكم العقد».

الحكم هو الأثر المترتب على التصرف.⁽²⁾

ويتحصل لدينا من التعريف أن تعدي الغرض من العقد أما أن يكون اتفاقي من قبل الأطراف المتعاقدة أو أن العقد بطبيعته يتجاوز غرضه الأصلي إلى غرض آخر يترتب على ذلك تغيير في اثار العقد فكما ذكرنا سابقاً أن العقد هو توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني مما يؤدي إلى تغيير حكم العقد نتيجة لذلك.

الفرع الثاني

خصائص تعدي الغرض من العقد

يتضح لنا من التعريف الذي توصلنا اليه في الفرع الأول لتعدي الغرض من العقد، أنه يمثل صيغة جديدة للعلاقات التعاقدية، تقوم على أساس وجود عقد أصلي اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة للاتفاق على تعدي الغرض الأصلي مما يؤدي إلى تحقيق غرض آخر للعقد مما يجعل العقد يتميز بخصائص عامة يلتقي بها مع غيره من العقود الأخرى ولكنه في الوقت نفسه يتميز عن العقود ببعض الخصائص التي تجعله ينفرد بطبيعته من الدخول تحت أحد الأشكال التقليدية للعقود والتي سوف نتناولها في هذا الفرع على النحو الآتي: -

أولاً- تغيير الغرض رضائياً: إن تعدي الغرض من العقد لا بد أن يكون برضا الأطراف المتعاقدة، فلا إرادة المشتركة للعاقدين هي التي تنشئ العقد وهي التي تحدد أثاره، فلا إرادة لها الحرية في إنشاء العقد مهما كان موضوعه دون أن تتقيد بنوع من أنواع العقود المسماة وكذلك لها الحرية

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م، ص635.

(2) أكرم محمود حسين البدو، بحث بعنوان حكم العقد (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج15، العدد55، السنة17، 2012م، ص5.

في تحديد اثار العقد المسمى وتعديل اثاره والنتائج التي تترتب عليه أي إن للإرادة حرية في اختيار الشروط المقترنة بالعقود المسماة، ولكن يجب أن ننوه إلى أن اتجاه إرادة الأطراف المشتركة على أحداث أثر قانوني يحميه القانون، مما يؤدي إلى أن المتعاقد يجبر على احترام هذا الأثر سواء كان انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها.⁽¹⁾

أي أن الإرادة التي أنشأت العقد قادرة على تعديله أو وقف نفاذه أو فسخه، وهذا ما لا يصح من طرف واحد، بل بموافقة كلا الأطراف والا حصل خلل في المساواة بين المتعاقدين، وهذا الأمر غير مسموح به لما يترتب عليه من مسؤولية عقدية تقع على الطرف المخل⁽²⁾، وهذا ما أكدته قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية⁽³⁾، وهذا ما قضت به المادة رقم (1/146) من القانون المدني العراقي «إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد الأطراف الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو التراضي» كما نصت كذلك المادة رقم (241) من القانون المدني الأردني على «أذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون» كما صرح القانون المدني المصري بذلك في المادة رقم (1/147) حيث جاء فيها «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون» كما وعبر القانون المدني الفرنسي عن ذلك في المادة رقم (1134) حيث نصت على «تحل الاتفاقات المبرمة قانوناً محل القانون ولأولئك الذين قاموا بها، ولا يجوز الغاؤها إلا عن طريق الاتفاق المتبادل أو لأسباب مأذون بها بموجب القانون ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية».⁽⁴⁾

(1) د. محمد حاتم البيات و د. أيمن محمد أبو العيال، الالتزامات (العقد والإرادة المنفردة)، مطبعة منشورات جامعة دمشق، ص38.

(2) د. مصطفى العوجي، العقد (مع مقدمة في الموجبات المدنية)، ط3، ج1، 2003م، ص112.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم 255/تنفيذ عقد/2008 حيث ورد فيه «يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولما كان العقد ملزم للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي» وقرار آخر أكد ذلك صادر من محكمة التمييز العراقية بالعدد 515/عقد/2010 حيث ورد فيه «إذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيستحق المبلغ الوارد في العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين ولا تنفذ بحقه القرارات الصادرة من الجهات المعنية لدائرة الطرف الآخر». قرارات منشورين على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح:

<https://www.hjc.iq/qview.462/> تاريخ الزيارة 2019/12/23م.

(4) فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة قديس يوسف- مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي- دالوز للغة العربية- بيروت، 2012م، ص1060.

يتبين لنا أن العقد يتم بتوافق ارادتين مستقلتين فإن تعدي الغرض من العقد الذي سبق وان اشارنا في تعريفه سابقاً أنه يتم باتفاق الأطراف المتعاقدة على ذلك ومن ثم فإنه لا يحق لأي طرف من الأطراف المتعاقدة أن ينفرد أو يستقل بتحديد الأثر القانوني وحدة دون الرجوع إلى الطرف الاخر، ولا بد أن نذكر هنا أن العقد كما لا يستطيع أي طرف من اطرافه الاستقلال في تحديد اثاره أو تعديله أو انهاءه فإن القاضي هو الآخر لا يجوز له أن يعدل أو يضيف ما لا ينطوي عليه أو يحدد آثار العقد بدعوى تطبيق قواعد العدالة⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن تعدي الغرض من العقد لا بد أن يكون هناك تطابق بين إرادة أطراف العقد على الاتفاق بتعدي الغرض من العقد إلى غرض آخر، فلو اختلفت إرادة الأطراف المتعاقدة على الغرض الذي يراد تعدي العقد له ففي هذه الحالة يبقى غرض العقد الأصلي دون أن يتعدى إلى غرض آخر لأن إرادة الأطراف اتفقت وتطابقت على غرض العقد الأصلي ومن ثم هو الذي يثبت أثر من انعقاد العقد، أي لا بد من وحدة الغرض الذي يتم الاتفاق عليه في التعدي للأطراف المتعاقدة، رغم أن القوانين أجازت للقاضي التدخل في مضمون العقد لأعاده التوازن الاقتصادي المختل في العقد، تحقيقاً للعدالة وتخفيف عن الطرف الذي لحق به الغبن والحد من قدرة الطرف القوي في العقد، واضحى للقاضي سلطة في تعديل الشروط التعسفية في العقد وتفسيرها لمصلحة الطرف الضعيف في العقد وانقاص التزاماته وتخفيف الالتزام إلى الحد المعقول، فالقاضي هنا يواجه خلل في مضمون العقد، وأن مصلحة المتعاقدين ومن بعدها المصلحة العامة اقتضت الإبقاء على العقد من أجل تحقيق الأهداف التي ابرم لتحقيقها مما يحقق التوازن العقدي المفيد للأطراف والمجتمع، ولا شك أن منح القاضي مثل هذه السلطة في نطاق العقد أمر خطير لا يجيزها المشرع إلا في حالات يبدو فيها أن العقد اصبح مخالفاً لقواعد العدالة مما اقتضى تدخل القاضي، أي إن هذه السلطة منحت له على سبيل الاستثناء وبموجب النص القانوني⁽²⁾.

ثانياً- تعدي الغرض يكون في العقود المسماة: العقد المسمى هو "كل عقد خصه

القانون بعنوان معين وجرى تنظيم أحكامه بنصوص خاصه مستقلة"⁽³⁾.

(1) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، ط1، مطبعة مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2018م، ص41.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، 1993م، ص7-8.

(3) د. محمود المظفر، مصدر سابق، ص59.

فالعقود المسماة هي التي تولى المشرع تنظيم آثارها وأحكامها، وخلع عليها بالضرورة اسماً خاصاً به، حيث أن الآثار تكون نتائج أصلية عن العقد من غير حاجة إلى اتفاق المتعاقدين على تنظيمها وذكرها واشتراطها، وهو على خلاف العقود غير المسماة والتي وأن اتخذت اسماً وعنواناً خاصاً كعقود النشر والاعلان والتوريد حيث ترك المشرع أمر تنظيمها ومعالجتها إلى القواعد العامة الواردة في نظرية العقد ولحرية الأطراف المتعاقدة في تحديد آثاره وأحكامه دون أن يخصه باسم خاص تاركاً لهم اختيار اسم خاص للعقد الذي يتلاءم مع غاياتهم من التعاقد، فالقانون ليس من وظيفته أن يضع نصوص وقواعد تنظم الروابط العقدية إلا إذا كانت على درجة من الأهمية وكانت ذات تطبيقات واسعة في الحياة العملية، حيث أن بعض القوانين المدنية تولت تقسيم العقود إلى عقود الملكية وأخرى عقود العمل وعقود الانتفاع، والعقود الغير المسماة لا تقع ضمن أي طائفة من هذه الطوائف للعقود المسماة، فهي عقود لا حصر لها وذلك بسبب تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية المستمر مما يؤدي بدوره دائماً إلى ظهور عقود جديدة غير معروفة من قبل.⁽¹⁾

وصفة القول أن تعدي غرض العقد يكون ضمن العقود المسماة والتي بينا المقصود بها فهي عقود محددة الغرض والمقاصد وذلك وفق أحكام القانون سواء نص القانون على ذلك صراحة أو ضمناً ومن ثم فإن المتعاقد قد يلجأ إلى الاتفاق على تعدي الغرض الأصلي منها وذلك بغية تحقيق أغراض أخرى منها تتفق ومصالحتهم ينتج عنه عقد غير مسمى وذلك لأنه يحقق أكثر من غرض من أغراض العقود المسماة دون إمكانية الفصل بين كل غرض إلى عقد منفصل عن الآخر أو تغليب أحد الأغراض وعده هو الغرض الأساسي وغيره غرض ثانوي وإنما يحقق الأغراض مجتمعة مع بعضها.⁽²⁾

(1) تقسم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، حيث أن الفرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى وجود أو عدم وجود تنظيم خاص لها في القانون، فإن وجد تنظيم خاص للعقد فهو عقد مسمى وأن لم يوجد تنظيم خاص به فهو غير مسمى. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مطبعة مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009م، ص5 وما بعدها. د. محمود المظفر، مصدر سابق، ص60-61، د. أيمن أبو العيال و د. فواز صالح، مصدر سابق، ص29-30.

(2) تكييف العقد الذي يحقق أكثر من غرض يقتضي الموازنة بين الأغراض التي يحققها فإذا تبين أن أحد الأغراض يعتبر أساسياً وغرض آخر هو غرض ثانوي فالعبرة بتكييف العقد بالغرض الأساسي الذي يحققه العقد، أما إذا كان من غير الممكن اعتبار إحدى الأغراض ثانوية بالنسبة للأخرى وكان من الممكن تحليل العقد إلى شقين، فيتم تكييف كل شق منه على حدى، والا فإن العقد يعد عقد غير مسمى ما دام ذلك غير ممكن. د. رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م، ص20.

ثالثاً- يؤدي التعدي أحداث أثر قانوني جديد: أن السمة البارزة لتعدي الغرض من العقد هو أحداث أثر قانوني مغاير للأثر القانوني الذي اشتمل عليه العقد الأصلي، أن الأصل في التعاقد اتفاق الأطراف المتعاقدة على أحداث أثر قانوني من جراء العقد.(1)

سبق وأن أشارنا أن التعدي يكون ضمن العقود المسماة التي تكون احكامها وأثارها منظمة بموجب القواعد الواردة في نصوص القانون، على هذا لا بد أن يكون فحوى التعدي هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على أحداث أثر قانوني مغاير للأثر القانوني الذي تضمنه العقد الأصلي، فلا نكون امام تعدي للغرض من العقد اذا لم يقصد الأطراف المتعاقدة من اتفاقهم أحداث أثر قانوني، فإن بعض الاتفاقات لا يمكن اعتبارها عقد وذلك لعدم وجود النية على أحداث الأثر القانوني.(2)

رابعاً- له نظام قانوني خاص: أن أهم ما يتميز به تعدي الغرض من العقد هو أنه له نظاماً قانونياً خاصاً، وهذا النظام القانوني الخاص يأتي من الطبيعة القانونية الخاصة له والتي تتمثل بكونه عقد تعدي غرضه الأصلي بموجب اتفاق بين الأطراف المتعاقدة جعل منه يمثل غرض مختلف عن الغرض الأصلي له أو أنه بطبيعته تضمن غرض آخر غير الغرض الأصلي له مع احتفاظه بأركانه الاصلية، كما أن نظامه القانوني الخاص هذا جعل من تنفيذه بطريقة تجمع بين أحكام تنفيذ العقد الأصلي وأحكام العقد الذي تعدي له العقد الأصلي من ناحية الغرض، فقد اشتركت عناصر عقدين تارة تكون غير متنافرة وتارة أخرى تكون متنافرة وأن الاشتراك بين هذه العناصر يتطلب الرجوع إلى الشروحات الفقهية والتشريعات المقارنة التي تبنت هذه الفئة من العقود حتى يتسنى لنا الوقوف على هذا الخليط من القواعد المختلفة التي تمثل الالتحام بينها.(3)

خامساً- حداثة تعدي الغرض من العقد: أن فكرة تعدي الغرض من العقد فكرة غير مطروقة من قبل تمتاز بالبعد عن السياقات التقليدية في نطاق العقد فهي تتناول موضوع يشير إلى إمكانية تعدي الغرض من العقد، فالمجتمع عرف العلاقات التعاقدية التي انطوت على أنواع متعددة من العقود وهي عقود تقليدية مثل عقد البيع والإيجار والهبة، حيث أن الأفراد من كثرة تعاملهم بهذه

(1) د. عبد الحق صافي، العقد، تكوين العقد، ج1، مطبعة النجاح الجديدة، 2006م، ص62.

(2) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقد)، مصدر سابق، ص41.

(3) د. درع حماد، البيع الإيجاري (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة مكتبة السنهوري، بغداد، 2012م، ص13.

العقود أصبحوا ملمين بأحكام هذه العقود وأشكالها فهي عقود شائعة الانتشار وكثيرة الاستعمال، الأمر الذي دفع المشرع إلى تنظيم هذه العقود⁽¹⁾، أما فكرة تعدي الغرض من العقد فهي حديثة رغم أن العلاقات التعاقدية عرفت عقد الإيجار السائر للبيع والوكالة غير القابلة للعزل وعلق الرهن والعديد من العقود الأخرى التي جاءت في ذات السياق إلا أنها لم تشير بصراحة إلى أن هذه العقود تعدي غرضها الأصلي إلى غرض آخر.

المطلب الثاني

تقسيمات العقود حسب الغرض منها وشروط التعدي

العقود ليست كلها من نوع واحد، فهي تختلف وتتنوع عن بعضها البعض وهذا التنوع والاختلاف يجعلها تنقسم إلى عدة أصناف، وذلك على حسب الزاوية التي ينظر إليها منها، فإذا نظرنا إليها من حيث الآثار نجدها تختلف عن العقود من حيث الانعقاد وكذلك تختلف عنها من حيث النفاذ عنها من حيث تنظيمها، وغيرها من التقسيمات أغير متناهية للعقود التي لا حصر لها، والذي يهمنا في موضوع بحثنا هو تبيان تقسيمات العقود من حيث الغرض منها والاثار الذي يرتبه وهذا ما سوف نبينه في الفرع الأول من هذا المطلب أما بالنسبة للفرع الثاني: منه فسوف نخصه للبحث في شروط تعدي الغرض من العقد وذلك كما يأتي:-

الفرع الأول

تقسيمات العقود حسب الغرض منها

إن تقسيم العقود حسب الغرض منها وردت في الفقه الإسلامي بصورة صريحة على خلاف الفقه القانوني الذي لم ترد فيه إلا نقلاً عن الفقه الإسلامي دون الإشارة الصريحة إلى أن هذا التقسيم

(1) د . رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة (عقد الإيجار في القانون المصري واللبناني)، ج1، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1983م، ص8.

يمثل العقود من حيث اغراضها معتمد تصنيف العقود المسماة إلى طوائف، حيث قسم بعض الفقهاء الإسلاميين العقود من حيث اغراضها إلى سبعة طوائف(1)

- 1- التملكيات: وهي ما يقصد به تملك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التملك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصرف والصلح أما إذا كان من غير عوض فهي عقود التبرعات كالهبة.
 - 2- الاسقاطات: وهي ما يقصد بها اسقاط حق من الحقوق سواء ببذل أو بدون بدل.
 - 3- الاطلاقات: وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة والاذن للصغير المميز بالتجارة.
 - 4- التقيدات: وهي منع الشخص من التصرف.
 - 5- التوثيقات: (أو التأمينات أو عقود الضمان) وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن.
 - 6- الاشتراك: وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح كعقود الشركات بأنواعها.
 - 7- الحفظ: وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، كعقد الإيداع وبعض خصائص الوكالة.
- وهذا هو التقسيم الغالب لدى الفقهاء في الفقه الإسلامي، بينما كان التقسيم للعقود في القوانين المدنية قد انحصر في خمسة طوائف والتي هي (عقود تقع على الملكية، عقود ترد على المنفعة، عقود ترد على العمل، عقود الغرر أو الاحتمالية، عقود التوثيقات الشخصية). (2)
- حيث ورد في القوانين العربية تصنيف للعقود المسماة، والتي منها تصنيف القانون المدني العراقي للعقود المسماة إلى عقود تقع على الملكية (البيع، الهبة، القرض، الدخل الدائم، الصلح) وعقود واردة على الانتفاع بالشيء (الإيجار، الإعارة) وعقود واردة على العمل (المقولة، الأستصناع، التزام المرافق العامة، الوكالة، الإيداع) وعقود احتمالية (المقامرة والرهان، المرتب مدى الحياة، التأمين) وعقد الكفالة. (3)

(1) د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ط3، ج10، مطبعة دار الفكر، دمشق، 2012م، ص234-235. د. محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي- قواعد الفقه ونظرياته العامة (نظرية الحق- الملكية- نظرية العقد)، مطبعة دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007م، ص184-185. عز الدين محمد خوجة، مصدر سابق، ص47.

(2) د. محمود المظفر، مصدر سابق، ص60.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مصدر سابق، ص50-51.

أما القانون المدني الأردني فهو كذلك ورد فيه تصنيف للعقود المسماة إلى عقود التمليك (البيع، الهبة، الشركة، القرض والصلح) وعقود المنفعة (الإيجار، الإعارة) والعقود الواردة على العمل (المقاول، العمل، الوكالة، الإيداع والحراسة) وعقود الغرر (الرهان والمقامرة، المرتب مدى الحياة والتأمين) وعقود التوثيق الشخصية (الكفالة والحوالة).

أما القانون المصري فقد جاء التصنيف فيه العقود التي ترد على الملكية (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض والدخل الدائم) والعقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الإيجار والعارية) والعقود الواردة على العمل (المقاول، والتزام المرافق العامة، عقد العمل، الوكالة، الوديعة والحراسة) عقود الغرر (المقامرة والرهان، الراتب مدى الحياة، عقد التأمين والكفالة).

كذلك ورد في القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ تصنيف للعقود المسماة حيث صنفها إلى عقود تتعلق بالملكية (عقد البيع، عقد المقايضة، عقد الشركة والصلح) وأخرى تتعلق بالانتفاع بالشيء (الإيجار والعارية) وعقود الغرر (المقامرة والمراهنة، الدخل مدى الحياة، عقد الإئتمان) وعقد الكفالة.

نلاحظ على القوانين في تصنيفها للعقود المسماة إنها جاءت مختلفة في بعض الجوانب فالقانون المدني الأردني ورد فيه صنف عقود التوثيق بينما مثل هذا الصنف لم يرد في كل من القانون المدني العراقي والمصري وكذلك القانون المدني الفرنسي، كما أنها لم تبين الأسس التي على أساسها تم تصنيف العقود بصورة صريحة وإنما ممكن أن نستدل على ذلك من خلال نصوص القوانين أن هذا التصنيف جاء على أساس الغرض من هذه العقود رغم أنها اختلفت فيما بينها في تحديد أغراض بعض العقود كعقد الكفالة فالقانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي لم يضعه ضمن صنف معين وإنما نظم أحكامه بصورة منفردة بينما القانون المدني الأردني فقد وضعه ضمن صنف عقود التوثيق الشخصية بينما القانون المدني المصري وضعة ضمن صنف عقود الغرر، وهذه التقسيمات التي وردت في القوانين على هذا النحو المختلف سيؤدي إلى عدم توحيد الغرض من العقود فالبعض قسم العقود من حيث غرضها على أساس حكمها كعقود الملكية وعقود الانتفاع

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، عقد البيع المادة رقم (1535)، المقايضة المادة رقم (1702)، عقد الشركة المادة رقم (1832)، عقد الصلح المادة رقم (2044)، عقد الإيجار المادة رقم (1708)، عقد الإعارة المادة رقم (1874)، عقود الغرر المادة رقم (1964)، عقد المقامرة والمراهنة المادة رقم (1965)، عقد الدخل مدى الحياة المادة رقم (1968)، عقد الإئتمان المادة رقم (2011)، عقد الكفالة المادة رقم (2322).

على أساس المحل الذي ترد عليه وأخرى على أساس صفتها الاحتمالية حيث أن هذه التقسيمات لم تأتي معتمدة على أساس منطقي موحد، بمعنى أن يأتي التقسيم للعقود حسب غرضها من حيث الوظيفة أو حكمها فلو قسم العقود حسب الغرض المتصل بمحلها منها كالعقود الواردة على العمل والعقود الواردة على الانتفاع أو تقسيمها حسب الغرض المتصل بحكمها فتقسم، إلى عقود ناقلة للملكية وأخرى ناقلة للمنفعة، لكن لو افترضنا هذه التقسيمات فسوف تصدم بعقود ليست من هذه وليست من تلك، كعقد الرهن فهو ليس ناقل للملكية أو للمنفعة وكذلك ليس من عقود العمل، فهو يمثل عقد من عقود التوثيق التي لم تدرج ضمن أي تقسيم من هذه التقسيمات التي افترضنا تقسيمها من حيث اتصالها بالغرض منها، على هذا لا نستطيع التوصل إلى تقسيم موحد للعقود حسب الغرض، لذا لا بد من أن نلجأ إلى تقسيم لهذه العقود على أساس منطقي موحد.⁽¹⁾

ربما ما ذهب اليه الفقيه بلانيول إلى تقسيم العقود في ثلاث طوائف محددة وذلك حسب محل الالتزام أما أن يكون حق أو عمل أو شيء، قد اثبت أنه يمكن وضع أساس منطقي موحد لتقسيم العقود، فالملتزم بالعقد إما أن يعطي مقابل لما أخذ أو لا يأخذ مقابل فإذا كان محل العقد نقل ملكية الشيء وقد اخذ مقابل له فهو عقد بيع وإذا لم يأخذ مقابل له فهو هبة، أما إذا كان محل العقد هو الانتفاع بالشيء وقد اعطى الملتزم بالعقد مقابل لما انتفع به فهو عقد أيجار أما إذا انتفع به من دون مقابل فهو عقد عارية، أما إذا كان محل العقد هو العمل فالملتزم إذا اعطى مقابل لما حصل عليه من العمل فهو عقد إجارة عمل أو استصناع أما إذا لم يعط الملتزم مقابل لما حصل عليه من عمل فهو عقد وكالة، إلا أن هذا التقسيم أيضاً عجز عن الإلمام بكل طوائف العقود التي في مجال التعامل بين الناس، حيث لم تشمل عقود التوثيق الشخصية (الضمان)، حيث أن الناس في تعاملاتهم تحتاج إلى العقود التي تلبى أغراضهم والتي تتمثل بعقود نقل الملكية وعقود الانتفاع بالشيء وعقود العمل والعقود التي تضمن لهم تعاملاتهم على درجة من الثقة والإئتمان التي هي من أهم وسائل التعامل.⁽²⁾

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، مطبعة شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1967م، ص89. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مصدر سابق، ص50. د. محمود المظفر، مصدر سابق، ص60.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، مج1، ج4، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص10. د. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، ط1، مطبعة دار نشر الثقافة، 1951م، ص5.

يتبادر إلى الذهن سؤال أن الناس في تعاقدهم ما هو الغرض الذي يسعون إلى تحقيقه؟، بمعنى آخر ماذا لو قسمنا العقود على أساس اغراض الناس من الاقدام على التعاقد، لربما من خلال الجواب على هذا السؤال أو تطبيق هذا التقسيم حسب اغراض التعاقد لتوصلنا إلى تقسيم موحد للعقود متصل بالغرض منها، أي تقسيم العقود على حسب الغرض منها المتصل بالوظيفة التي تؤديها كل طائفة من طوائف العقود، ذكرنا أن الناس في تعاملاتهم تحتاج إلى العقود التي تنقل الملكية وعقود أخرى توفر لها الانتفاع بالشيء وأخرى تتعلق بالعمل وعقود تضمن لهم تعاملاتهم المالية في حدود الثقة والأمان بحفظ حقوقهم.

يمكننا أن نقترح خمسة طوائف للعقود حسب الغرض منها المتصل بالوظيفة التي تؤديها في ميدان التعامل بين الناس والتي هي:

أولاً- العقود الواردة على الملكية: التي تشترك في خصائص تجمع بينها تتمثل بالالتزام أحد العاقدين تجاه المتعاقد الآخر بنقل ملكية شيء سواء كانت بعوض أو من دون عوض كعقد البيع الذي نصت عليه المادة رقم (506) من القانون المدني العراقي «البيع مبادلة مال بمال» في حين جاء نص القانون المدني الأردني دالاً بصريح العبارة على غرض البيع هو التمليك في المادة رقم (465) حيث نصت «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض» وكذلك كان موقف القانون المدني المصري بالدلالة الواضحة على غرض عقد البيع هو التمليك في المادة رقم (418) حيث نصت «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي» أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة رقم (1582) منه على «البيع عقد يلتزم بموجبه طرف بتسليم شيء والآخر بدفع ثمنه».(1)

وعقد الهبة الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة رقم (601) منه على «الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض» وكذلك القانون المدني الأردني نص في المادة رقم (557) منه على «1- الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض» كذلك القانون المدني المصري في المادة رقم (486) منه على «1- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض» أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة رقم (1105) منه على «ان عقد الاحسان

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1535.

هو العقد الذي يزود فيه احد الأطراف الطرف الآخر بمنفعة مجانية صرفة»⁽¹⁾، أما القانون الفرنسي الجديد لسنة 2016م فقد نص في المادة رقم (1107) منه على «... ويكون العقد تبرع عندما يقدم احد الأطراف للطرف الآخر منفعة دون الحصول أو انتظار الحصول على مقابل لما يقدمه»⁽²⁾ وعقد المقايضة الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة رقم (597) منه على «لكل من البديلين في بيع المقايضة حكم المبيع...» الواضح من النص أن المقايضة تأخذ حكم عقد البيع في التمليك، وكذلك نص القانون المدني الأردني في المادة رقم (522) منه على «المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود» وكذلك القانون المدني المصري نص في المادة رقم (484) منه على «المقايضة عقد به يلتزم كل متعاقد أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود» أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة رقم (1104) منه على «يكون العقد معاوضة عندما يتعهد كل طرف من الأطراف بإعطاء شيء أو بعمل شيء يعتبر العوض لما يعطاه و لما يفعله لأجله...»⁽³⁾، أما قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016م فقد نص في المادة رقم (1107) منه على «يكون العقد عقد معاوضة عندما يحصل كل طرف من الطرف الآخر على منفعة مقابل تلك التي يقدمها...»⁽⁴⁾.

وعقد الصلح الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة رقم (712) منه على «... ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه» لم يرد في كل من القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي نصاً مشابهاً للنص في القانون المدني العراقي وغيرها من العقود الواردة على نقل الملكية.

ثانياً- عقود واردة على الانتفاع بالشيء: كعقد الإيجار حيث نص القانون المدني العراقي في المادة رقم (722) منه على «الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور» كذلك نص القانون المدني الأردني في المادة رقم (658) منه على «الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم» كذلك نص القانون المدني المصري في المادة رقم (558) منه على

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1014.

(2) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص31.

(3) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1014.

(4) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص31.

«الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم» أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة رقم (1709) منه على «أن إجارة الأشياء عقد يلتزم بموجبه احد العاقدين أن يولي المتعاقد الآخر حق الانتفاع بشيء لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا المتعاقد اداءه اليه».(1)

و عقد العارية حيث نص القانون المدني العراقي في المادة رقم (847) منه على « الإعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة إلا بالقبض» كذلك نص القانون المدني الأردني في المادة رقم (760) منه على «الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين على أن يرده بعد الاستعمال» كذلك نص القانون المدني المصري في المادة رقم (635) منه على «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال» أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة رقم (1874) منه على «الإعارة نوعان: إعارة الأشياء التي يمكن استعمالها دون تخریبها، وإعارة الأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال، يطلق على النوع الأول اسم عارية الاستعمال، ويطلق على النوع الثاني أسم قرض الاستهلاك أو فقط القرض».(2)

ثالثاً- عقود الضمان أو التوثيقات (التأمينات الشخصية): وتشمل عقود التأمين بكل صورة كعقد الكفالة الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة رقم (1008) منه على «الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام» وقد كان نص القانون المدني الأردني في المادة رقم (950) مشابهاً لنص القانون المدني العراقي⁽³⁾ أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة رقم (772) منه على « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه» كذلك القانون المدني الفرنسي نص في المادة رقم (2288) منه على «كل من يكفل التزاماً، يخضع نفيه تجاه الدائن بتأدية هذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه»(4)

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1644.

(2) فايز الحاج شاهين، المصدر نفسه، ص1836.

(3) نص المادة (950) من القانون المدني الأردني «الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام».

(4) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص2030.

وعقد والرهن التأميني الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة رقم (1285) منه على «الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون وكل عقد من شأنه أن يضمن الحقوق في ميدان التعامل ويعزز الأمان والثقة كعقد التأمين» كذلك القانون المدني الاردني نص في المادة رقم (1322) منه على «الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون» كذلك القانون المدني المصري نص في المادة رقم (1030) منه على «الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون».

رابعاً- عقود واردة على العمل: كعقد الوكالة الذي نص عليه القانون المدني العراقي

في المادة رقم (927) منه على «الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم» كذلك نص عليه القانون المدني الاردني في المادة رقم (833) منه على «الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم» كذلك نص عليه القانون المدني المصري في المادة رقم (699) منه على «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل» أما القانون المدني الفرنسي نص في المادة رقم (1984) منه على «الوكالة أو التوكيل هي عقد يعطي شخص بمقتضاه شخصاً آخر سلطة القيام بعمل معين لصالح الموكل وباسمه»⁽¹⁾، وغيرها من العقود التي تتضمن القيام بعمل كعقود العمل والمقاوله والاستصناع.

خامساً- عقود الحفظ: والتي تتمثل بعقود حفظ المال كعقد الإيداع الذي نص عليه القانون

المدني العراقي في المادة رقم (951) منه على «الإيداع عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض» كذلك نص عليه القانون المدني الاردني في المادة رقم (868) منه على «الإيداع عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عيناً»

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1923.

كذلك نص عليه القانون المدني المصري في المادة رقم (718) منه على «الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردده عيناً» أما القانون المدني الفرنسي نص في المادة رقم (1915) منه على «الإيداع بوجه عام هو عقد يتسلم بموجبه الشيء من الغير مع الالتزام بحفظه ورده عيناً»⁽¹⁾

إن الغرض المتوخى من إيراد نصوص القوانين المقارنة التي تناولت العقود بالتعريف هو الاستدلال منها على الوظيفة التي يؤديها كل عقد من العقود والتي تتصل بالغرض الذي صنفنا العقد من ضمنه، والذي لاحظناه رغم أن النصوص القانونية بعض منها جاء متشابه في الصياغة وبعض الآخر مختلف، إلا أنها إشارة إلى ذات المعنى.

الفرع الثاني

شروط تعدي الغرض من العقد

ذكرنا مسبقاً أن تعدي الغرض من العقد ينشأ من عقد اتجهت أرادة الأطراف المتعاقدة إلى إبرامه مستجمع لجميع أركان العقد من رضا ومحل وسبب وأن هذه الأركان مشتملة على كل شروط صحتها، بأن يكون رضا الأطراف المتعاقدة صادر عن ذي أهلية سليماً من كل عيب قد يشوبه (كالإكراه، الغلط، الغبن مع التغيرير والاستغلال) وكذلك أن يكون كل من المحل والسبب مشتملة على شروط صحتها، حيث لا رغبة لنا في الخوض في هذا المجال المتعلق بالقواعد العامة في نظرية العقد والتي لا جديد يثار بشأنها في هذا الصدد، وإنما نرغب في تبيان الشروط التي يجب توفرها حتى ينتج تعدي الغرض من العقد اثاره والتي تضمن أن يكون التعدي في حدود القواعد العامة وبما يمثل مصلحة الأطراف المتعاقدة، أن هذه الشروط سوف نقوم بتوضيحها في النقاط الآتية: -

أولاً- وجود عقد صحيح: أن من أهم الشروط لتعدي الغرض من العقد هو وجود عقد صحيح سابق ذلك لان تعدي الغرض من العقد ينشأ بالتبعية للعقد الأصلي ولا يتصور وجوده من دون وجود العقد الأصلي الصحيح والذي يعرف بأنه «المنعقد والمشروع ذاتاً ووصفاً» أي العقد

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1871.

الذي يجمع شروط الصحة والانعقاد، والعقد الصحيح هو الذي يصدر من ذي أهلية مضافاً إلى المحل الذي يثبت فيه حكمه ويكون له سبب مشروع و أوصاف سليمة من الخلل، فالعقد حتى يكون صحيح يجب أن يكون مشتمل على شروط انعقاده التي هي (1- مطابق الإيجاب للقبول 2- اتحاد مجلس العقد 3- تعدد العاقدين 4- التمييز 5- محل قابل للتعامل فيه بأن يكون مالاً متقوماً 6- محل معين أو قابل للتعين) فإذا تخلف شرط من هذه الشروط أصبح العقد باطل غير صحيح⁽¹⁾، وهذا ما جاء في القانون المدني العراقي الذي نقله من الفقه الاسلامي حيث نصت المادة رقم (1/133) منه «العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من اهله إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع و اوصافه صحيحة سالمة من الخلل» وكذلك المادة رقم (167) من القانون المدني الأردني نصت على «العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع و اوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له» أما القانون المدني المصري فلم يرد فيه نص مشابه لنص القانون المدني العراقي والأردني بخصوص العقد الصحيح، أما فيما يخص القانون المدني الفرنسي لم يرد فيه نص على تعريف العقد الصحيح وإنما ورد في المادة رقم (1108) الشروط الأساسية لصحة العقد حيث نصت على «أن ثمة أربعة شروط أساسية لصحة اتفاقية: رضا الطرف الملتمزم، أهليته للتعاقد، موضوع حقيقي يشكل مادة للالتزام، سبب مشروع للالتزام»⁽²⁾، في حين ورد في قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016 نص على شروط صحة العقد وذلك في المادة رقم (1128) منه حيث نصت على «تعد ضرورة لصحة العقد: رضا الأطراف ، أهليتهم للتعاقد، مضمون مشروع ومؤكد»⁽³⁾ لابد من ذكر أن حكم العقد الصحيح هو أنه يثبت اثره حال الانعقاد⁽⁴⁾، بعد أن وضحنا المقصود من العقد الصحيح يتضح لنا أن التعدي يكون في عقد منعقد مرتب لأثاره وله غرض قائم وصحيح فيأتي التعدي ليغير الغرض الأصلي إلى غرض آخر مغاير في الأثر الذي يترتب على الغرض الأصلي في العقد، ولا يمكن أن يكون الاتفاق على تعدي الغرض في العقد الباطل لأنه غير

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 293-294.

(2) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1014.

(3) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص 50.

(4) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص 226.

منعقد أصلاً وتسميته بالعقد مجازية إذ لا وجود له في الحقيقة والواقع وغير مشروع أصلاً ولا تترتب عليه الآثار ولا يفيد الحكم.(1)

ثانياً- عدم مخالفة قاعدة قانونية أمره: يتوجب علينا أولاً أن نوضح المقصود بالقاعدة القانونية التي من مجموعها يتكون القانون والتي تعرف «القاعدة القانونية هي مبدأ قانوني غائي يستهدف تنظيم السلوك الانساني داخل المجتمع، وتوجيهه توجيهاً عاماً وملزماً وفق نظام اجتماعي يتوافق مع الغايات والاهداف المترسبة في الضمير الجماعي العام لمجتمع معين».(2)

يتضح لنا من خلال التعريف أن القاعدة القانونية تتميز بعدة خصائص من حيث كونها اجتماعية أي لا يمكن تصور وجودها إلا في داخل المجتمع وعامة مجردة أي غير موجه إلى شخص معين بالذات وملزمة أي يكون للقاعدة القانونية جزاء بحيث يجب على الأشخاص تطبيقها وعدم مخالفتها، وفي نطاق القانون المدني جزاء مخالفة القاعدة القانونية هو إعادة الأمور إلى نصابها وازالة الخلل الذي تترتب على مخالفة القاعدة القانونية أو إصلاحه قدر الإمكان وهو على أنواع(3)والتي هي:-

- التنفيذ العيني ويقصد به تنفيذ ذات الالتزام مثل إجبار البائع على تسليم ذات المبيع للمشتري.
 - التنفيذ بمقابل ويقصد به التعويض مثل التعويض عن الضرر الناتج عن العمل غير المشروع.
 - الحكم ببطلان الاتفاق المخالف للقاعدة القانونية مثل بطلان الاتفاق على بيع السلاح غير المرخص.
- لا بد أن نذكر أن القواعد القانونية جميعها ملزمة لكن درجة الالتزام تختلف فيما بين القواعد لذا تنقسم القواعد من حيث درجة الالتزام إلى قواعد أمره وقواعد غير أمره (القواعد المكتملة أو المفسرة).(4)

يقصد بالقاعدة الأمره بأنها القاعدة التي لا تستطيع إرادة الافراد الاتفاق على مخالفة حكمها أو تحاشيها، حيث أن علاقة الافراد بهذه القاعدة هي علاقة الخضوع التام، وصفة الأمر لا يعني

(1) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص121.

(2) د. بشرى النية، محاضرات المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، الناشر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، 2017م، ص2.

(3) د. محمد سأمير عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018م، ص10-11.

(4) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مطبعة منشأة المعارف، 1974، ص84.

انها تأمر أو تنهي لان هذه الصفة تجتمع في كل قواعد القانون إنما يفيد أن الاتفاق على مخالفتها من قبل الافراد سوف يؤدي إلى الحكم ببطلان اتفاقهم وترتب الحكم الأصلي الذي أريد استبعاده بالاتفاق.(1)

أما القاعدة غير الأمرة والتي تسمى بالقاعدة المفسرة أو المكملة والتي تتميز بقدرة إرادة الافراد الاتفاق على استبعاد تطبيقها والاخذ بحكم مغاير لحكمها، وأن هذه القواعد توجد في نطاق القانون الخاص، وهذه القواعد تنظم العقود المتعلقة بالبيع والوكالة والإيجار ... مثل تحديد مكان تسليم المبيع أو تحديد التزامات المتعاقدين بالضمان، أن صفة الالتزام في القاعدة الأمرة يأتي من كونها تصدر عن السلطة العامة التي تهدف إلى استقرار النظام والامن بما يحفظ المصلحة العامة للأفراد في داخل المجتمع، أما القاعدة غير الأمرة عندما نذكر أن الافراد بإمكانهم الاتفاق على مخالفتها هذا لا يعني انها غير ملزمة فهي قاعدة قانونية وذكرنا أن الالتزام يكون في جميع القواعد القانونية الأمرة وغير الأمرة وان كل ما في الأمر أن القاعدة غير الأمرة لا تطبق إلا اذا توفرت شروط تطبيقها، حيث يمكن استبعادها من قبل الافراد وذلك من خلال اتفاق على تنظيم غير التنظيم الذي تقضي به.(2)

هذا يعني أن القاعدة الأمرة ملزمة بذاتها بينما القاعدة غير الأمرة ملزمة من خلال إرادة الأطراف الذين يختارون تطبيقها على اتفاقهم.

بعد أن بينا المقصود بالقاعدة القانونية اتضح لنا أن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد يجب أن لا يخالف القاعدة القانونية الأمرة والالتزام عليه الحكم بالبطلان، أما فيما يخص القاعدة القانونية غير الأمرة فإن باستطاعة الأطراف استبعادها إذا كان اتفاقهم لا تتوفر فيه شروط تطبيقها.

ثالثاً. عدم مخالفة النظام العام والآداب: أن إرادة الأطراف المتعاقدة لها الحرية في

تكوين العقد وتحديد الآثار التي تترتب على العقد ولكن هذه الحرية غير مطلقة وإنما محدودة بقواعد النظام العام والآداب حيث أن لهذه القواعد دور في ترتيب آثار العقد(3)، إن مفهوم النظام العام هو مرن يصعب تحديده تحديد دقيق فهو بصورة عامة «مجموعة الأسس الاجتماعية والخلفية

(1) د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، 2008م، ص103.

(2) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص86.

(3) أيمن طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص44.

والاقتصادية والدينية والسياسية التي يركز عليها مجتمع من المجتمعات»، هذا يعني أن مفهوم النظام العام يختلف فيما بين المجتمعات كما أنه في المجتمع الواحد يختلف بتغير الزمان والمكان.(1) أما الآداب فيكون في أمة من الأمم وفي وقت معين ماهي إلا مجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملتزمين باتباعها وللدين أثره الكبير في توسيع دائرة الآداب في المجتمع طبقاً لمعيار ادبي يسود العلاقات الاجتماعية فيما بينهم، وهذا المعيار الأدبي هو نتاج المعتقدات الموروثة والعادات وما تواضع عليه الناس وجرى به العرف، فالآداب العامة هي الجانب المعنوي لمفهوم النظام العام وتشمل ما يسود المجتمعات من مبادئ أخلاقية واقتصادية وعقائد راسخة، يعد الخروج عليها مظهر من مظاهر الانحلال.(2)

إن القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ليست القواعد التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمعات، أو التي تحقق المصلحة العامة، لان كل قواعد القانون تهدف إلى تحقيق ذلك ، وإنما القواعد التي تتعلق بالنظام العام والآداب هي التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الإستغناء عنه من هذه الأهداف.(3)

وقد ورد في نصوص القوانين المدنية الإشارة إلى مصطلح النظام العام والآداب دون أيراد تعريف بها ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي حيث ورد في المادة (130) منه «1- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب والا كان العقد باطلا.2- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية». يتبين من هذه المادة في الفقرة الأولى منها رتب القانون الحكم ببطان العقد إذا كان محل مخالف للنظام العام والآداب أما في الفقرة الثانية منها اكتفى المشرع

(1) د. محمد سأمير عاشور، مصدر سابق، ص20. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مصدر سابق، 398.

(2) د. أحمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص110. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، المصدر نفسه، 399.

(3) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص91.

بايراد بعض المسائل التي تعد من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾، كما ونصت المادة 132 منه على «1-يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للأداب...».

كما أن المشرع الأردني هو الآخر كان موقفة مشابه لموقف نظيرة المشرع العراقي حيث لم يورد تعريف للنظام العام والأداب في القانون المدني الأردني وإنما اكتفى بالنص عليها في المواد رقم (163) و(165) كذلك المشرع المصري هو الآخر لم يختلف عن نظيره المشرع العراقي والأردني في المواد رقم (135) و (136)⁽²⁾، أما المشرع الفرنسي هو الآخر لم يعرف النظام العام والأداب واكتفى بالنص عليها في المادة رقم (6) من القانون المدني الفرنسي «لا يجوز بمقتضى الاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والأداب»⁽³⁾، وكذلك نص المادة رقم (1133) التي جاء فيها «يكون السبب غير مشروع عندما يحظره القانون أو عندما يخالف الأداب العامة أو النظام العام»⁽⁴⁾.

كما ونص عليها في قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016 في المادة رقم (1162) والتي نصت على «لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه...» والتي سبق وان أشرنا إليها.

إن عدم إيراد تعريف من قبل المشرع في مختلف القوانين المدنية لا يعد نقصاً تشريعياً لأن التعريف ليس من اختصاص المشرع وإنما هو من اختصاص الفقهاء، كما ونلاحظ من النصوص القانونية في حالة كون المحل أو السبب في العقد كان مخالف للنظام العام والأداب فإن الحكم الذي

(1) د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2، مطبعة مكتبة السنهوري، بغداد، 2015م، ص183.

(2) ورد في المواد رقم (163) مدني اردني «... 2- فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا. 3- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية» و (165) «... 2- ويجب أن يكون موجودا وصحيا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الأداب». كما ورد في المواد رقم (135) مدني مصري «إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الأداب كان العقد باطلا» و(136) «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الأداب، كان العقد باطلا».

(3) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص90.

(4) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1055.

يترتب عليه البطلان، وهذا يقودنا إلى القول إن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب هو الآخر سيكون باطلاً.

رابعاً- وحدة الاطراف: حتى نكون أمام تعدي للغرض من العقد لا بد أن يكون الاتفاق على تعدي الغرض من العقد بين الأطراف المتعاقدة في العقد الأصلي دون دخول طرف آخر في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد كما في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك الذي يكون بين الطرفين المؤجر (البائع) والمستأجر (المشتري) في المستقبل حيث عرف بأنه «العقد الذي يتعهد بمقتضاه البائع بأن ينقل للقابل إذا رغب في وقت لاحق وبعد انتفاعه بعقار ما في مقابل عوض، ملكية كل أو جزء من هذا العقار اذا قام بدفع أقساط معينة أو أجل دفع ثمن البيع أو المبلغ المتبقي لحين اعلان رغبته في الشراء»⁽¹⁾، أن الإيجار المنتهي بالتمليك العقد الأصلي فيه هو الإيجار والذي يكون فيه الغرض المتصل بوظيفته هو تمليك المنفعة لكن أرادة الأطراف اتفقت اذا رغب المستأجر بتملك العقار محل عقد الإيجار فإن العقد ينقلب بيع وبهذا يتغير الغرض إلى تمليك العقار للمستأجر(المشتري مستقبلاً) نلاحظ أن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد هو بين ذات اطراف العقد الأصلي الإيجار.

خامساً- وحدة المحل: إن من الشروط الواجب توفرها في تعدي الغرض من العقد هو وحدة المحل بين العقد الأصلي والعقد الناتج عن التعدي حيث أن تعدد المحل سوف نكون أمام عدة عقود وليس عقد واحد ففي بعض العقود المركبة التي تمتزج مع بعضها البعض لتحقق عدة أغراض في وقت يختلف المحل ويتعدد في كل عقد من هذه العقود، أي أن هذه العقود لا ترد على محل واحد حتى تحقق الأهداف المقصودة منها مثال ذلك عقد الفندق الذي يعرف بأنه «عقد يلتزم بمقتضاه صاحب الفندق بأن يهيئ للنزيل السكن، ويقدم له الخدمات التي تؤمن راحته أثناء أقامته في الفندق لقاء التزام النزيل بدفع الأجرة المقررة أو المتفق عليها بين الطرفين» نلاحظ أنه عقد مركب فهو مزيج من عدة عقود مختلفة، حيث يتحلل عقد الفندق إلى عدة عقود مسماة هي عقد الإيجار بالنسبة

(1) د. حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري (دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي)، مطبعة دار الكتب القانونية، 2007م، ص22.

للغرفة، وعقد بيع بالنسبة للطعام والشراب، وعقد عمل بالنسبة للخدمة، وعقد وديعة بالنسبة للمحافظة على الامتعة.(1)

مما نلاحظ أن العقد وأن كان متحد الأطراف المتعاقدة النزيل وصاحب الفندق دون تدخل طرف ثالث إلا أنه يخرج من نطاق تعدي الغرض من العقد وذلك بسبب تعدد المحل الذي أدى إلى إبرام عدة عقود في عقد واحد من أجل تحقيق عدة اغراض في وقت واحد، في حين تعدي الغرض من العقد يحقق أغراض عدة عقود مع بقاء المحل واحد لا يتعدد.

سادساً- التزامن بين تعدي الغرض من العقد والعقد الاصيلي: لا نعني بالتزامن بين

الاتفاق على تعدي الغرض من العقد والعقد الاصيلي هي أن تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إبرام العقد الاصيلي والاتفاق على تعدي الغرض من العقد في ذات الوقت اذ من الممكن في بعض الأحيان الاتفاق على تعدي الغرض من العقد أن يكون في وقت لاحق لأبرام العقد الاصيلي، ولكن الذي يهم أن وقت نفاذ العقد الاصيلي والعقد الذي نتج عن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد في ذات الوقت، ففي عقد غلق الرهن قد يتضمن عقد الرهن ذاته الاتفاق على تملك المرهون أو يلحق الاتفاق بالعقد الاصيلي الذي تم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على أن يملك الدائن المال المرهون في حالة عدم وفاء المدين للمدين المضمون عند حلول الأجل أي إن وقت نفاذ العقد الاصيلي.(2)

جملة ما توصلنا إليه أن عقد الرهن الذي هو عقد من عقود الضمان اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تغيير غرضه الضمان إلى غرض التمليك وذلك من خلال الاتفاق على تملك المرهون في حالة عدم الوفاء أي وقت التنفيذ مما يدل على أن العقد الاصيلي والعقد الذي نتج من الاتفاق على تعدي الغرض من العقد تنفيذهما يكون في ذات الوقت.

(1) د. عبد الحق صافي ، مصدر سابق، ص99. نادية كعب جبر الكعبي، رسالة ماجستير العقد المركب، مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهريين، 2005م، ص112.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسط التأمينات الشخصية والعينية، ج10، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص422. د. منصور حاتم محسن، بحث الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مج 21، العدد1، 2013م، ص5.

المبحث الثاني

صور تعدي الغرض من العقد وتميزه عما يشته به

إن موضوع هذا المبحث هو البحث في الحالات التي تشكل صور تعدي الغرض من العقد، أن التعدي أما أن يكون باتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة على ذلك، أو يحدث التعدي بطبيعة العقد نتيجة للظروف التي تحيط بانعقاد العقد أو تنفيذه مما يؤدي الي تعدي الغرض منه، وهذا ما سنوضحه في المطلب الأول من هذا المبحث في فرعين، كما نتطرق الى تمييز تعدي الغرض من العقد، عما يشته به من أوضاع قانونية وهذا ما سيكون موضوع المطلب الثاني من هذا المبحث على النحو الآتي: -

المطلب الأول

صور تعدي الغرض من العقد

إن تعدي الغرض من العقد يكون على صورتين، الصورة الأولى هي التي تكون متعمدة من قبل الأطراف المتعاقدة على تعدي الغرض وذلك من خلال الاتفاق حين إبرام العقد، أما الصورة الثانية هي الصورة غير عمدية للتعدي والتي تنشئ من طبيعة العقد دون اتفاق الأطراف المتعاقدة على ذلك، بناءً على ما تقدم سوف نخصص هذا المطلب للبحث في صور تعدي حيث نخصص الفرع الأول للبحث في صورة التعدي الاتفاقي ونخصص الفرع الثاني للبحث في صورة التعدي بطبيعة العقد وذلك على النحو الآتي: -

الفرع الأول

التعدي الاتفاقي

هذه الصورة من التعدي تتمثل باتفاق الأطراف المتعاقدة حين إبرامها لعقد من العقود المسماة على تعدي الغرض الأصلي من العقد من خلال إدراج بند عقدي يؤدي إلى تحقيق غرض جديد من العقد إلى جانب تحقيق الغرض الأصلي له.(1)

(1) فالبند العقدي «هو جزء من الكيان الوجودي لما يجسده تراضي الطرفين المتعاقدين ومن مجموعة يتكون العقد وهو نتاج ما اتفق عليه الطرفان في العقد» والبند العقدي وفق هذا المفهوم يمثل فقرات عقدية تنظم العلاقة بين=

إن الأطراف المتعاقدة حين تتفق على تعدي الغرض من العقد تكون مدركة للنتائج والآثار التي تترتب عليه، فكل بند يحقق للمتعاقدين غرضاً معيناً لا بد أن تتجه إليه إرادة الأطراف المتعاقدة من خلال توفر ركن الرضا به، والرضا لدى كل طرف متعاقد ينعقد بتوفر القصد، والقصد في ركن الرضا يختص بأمرين هي عبارة العقد وأثر العقد، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق إلا بإحاطة الأطراف المتعاقدة بالآثار التي تترتب على العقد من جراء تعدي الغرض منه، ذلك لأنه إذا لم تكن الأطراف المتعاقدة على علم بالآثار القانونية التي تترتب على التعدي فلا يمكن أن تتجه ارادتهما نحو الاتفاق عليه، حيث أن النية لا يمكن أن تتجه نحو أمور غير معلومة، أن هذه الصورة من التعدي من الممكن أن نقول عنها تعدي الغرض من العقد الاتفاقي أي ما يتم باتفاق ورضا الأطراف المتعاقدة.(1) مثال على ذلك اتفاق الأطراف المتعاقدة بصورة عمدية على تعدي الغرض من عقد الإيجار الذي يصنف من ضمن العقود المسماة التي غرضها الوظيفي تملك المنفعة في مقابل الاجر (البديل النقدي)، فيتفق الطرفان على أن يكون الاجر هو تملك عين عوضاً عن الاجر (البديل النقدي)، فنكون هنا أمام تملك عين في مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة أي نكون أمام عقد مبادلة عين بمنفعة، في هذه الحالة تعدى غرض عقد الإيجار من تملك المنفعة إلى تملك العين من خلال اتفاق الأطراف وهم مدركين نتيجة مثل هكذا اتفاق، كذلك تعمد الأطراف المتعاقدة على تعدي الغرض من عقد العمل وذلك من خلال الاتفاق على أن يكون الاجر في عقد العمل تملك عين بدل الاجر (البديل النقدي)، أي الاتفاق على أن يكون مقابل تقديم العمل تملك عين هذا يعني أن عقد العمل الذي يصنف من ضمن العقود المسماة التي غرضها الوظيفي هو العمل تعدى إلى غرض التملك وذلك من خلال اتفاق طرفي العقد.(2)

=المتعاقدين وتحدد التزاماتها و وسائل تنفيذ العقد وتمثل محتوى العقد الذي اتفقت عليه إرادة الأطراف المتعاقدة، ففي البند العقد تتحدد التزامات طرفي العقد وعند الاخلال بها يجوز الحكم بالفسخ، وهو يختلف عن شرط التعليق الذي يضيفه المتعاقدان سواء كان واقف أو فاسخ، فشرط التعليق لا يترتب عليه نشوء التزام في ذمة طرفي العقد. د. محمد سليمان الأحمد، بحث بعنوان البند العقدي المفترض، منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مجلس النواب في مملكة البحرين، العدد الأول، السنة الأولى، 2018م، ص19. عادل أحمد الجسمي، أطروحة دكتوراه بعنوان مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، مقدمة إلى كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م، ص 14.

- (1) د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مصدر سابق، ص196.
- (2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، ج4، مصدر سابق، ص22. د. طارق عجيل، المطول في شرح القانون المدني (اتعاقد العقد)، مطبعة مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2013م، ص35-36.

فتفسير هذه العقود أنها مزيج من أغراض يحققها أكثر من عقد من العقود المسماة ففي حالة عقد الإيجار مقابل تملك العين الآ نكون أما تحقيق غرض تملك المنفعة في عقد الإيجار وتحقيق غرض نقل الملكية في عقد من عقود التملك كعقد البيع، وكذلك الحالة الثانية في عقد العمل الآ نكون أما تحقيق غرض نقل الملكية وغرض العمل، وفي هذه الحالات وما يماثلها من تعدي الغرض من العقد، يتعدى العقد المسمى غرضه الأصلي من خلال اتفاق الأطراف المتعاقدة على ذلك، كما في بعض الأحيان تكون لإرادة الأطراف المتعاقدة غاية مزدوجة من إبرام العقد احدهما غاية مباشرة والثانية غير مباشرة، مثال على ذلك بيوع البورصة الأجلة ففيها تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق غاية مباشرة من عقد البيع الآ وهو انتقال المبيع في مقابل الثمن أي التملك، وفي ذات الوقت تتجه إلى تحقيق غاية غير مباشرة تتمثل في التأمين من تقلبات الأسعار، في هذه الحالة اختلف الغرض المباشر لإرادة الأطراف المتعاقدة عن الغرض غير المباشر وهذا يكون كذلك صورة من صور التعدي التي تتمثل باتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة على تعدي الغرض من عقد البيع الذي هو التملك إلى الغرض في عقد التأمين الآ وهو الضمان.(1)

كذلك في حالة عقد الوكالة غير القابلة للعزل فالأصل بالوكالة القابلة للعزل ولكنها تعدت بموجب الاتفاق بين الأطراف إلى وكالة غير قابلة للعزل حيث أن الأصل بعقد الوكالة هو تحقيق غرض العمل وبموجب التعدي أصبحت وكالة غير قابلة للعزل وحققت غرض الضمان بالإضافة إلى غرض العمل.(2)

كذلك الأمثلة التي سبق وان سقناها كعقد الإيجار المنتهي بتمليك العين المؤجرة (عقد البيع الإيجاري) وعقد الرهن الذي يؤدي إلى ملكية المرهون (عقد غلق الرهن)، ففي هذه الحالات قصد الأطراف تحقيق غرض آخر من العقد يحقق له المصلحة والمنفعة وكذلك عقد التأجير التمويلي الذي سوف نتطرق له لاحقاً الذي يتعدى الغرض تارة إلى ملكية الأموال محل العقد وتارة أخرى إلى الضمان.(3)

(1) د. رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، مصدر سابق، ص20-21.
 (2) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، نحو نظرية عامة للوكالة اللازمة (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2015م، ص 156 وما بعدها.
 (3) علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة الدار العلمية الدولية، عمان، 2002م، ص70.

مما تقدم يتضح حتى نعدُّ أن الأطراف المتعاقدة قد تعمدت الاتفاق على تعدي الغرض من العقد المسمى لابد أن يكون الغرض مغاير للغرض الأصلي منها وليس تغيير لنوع العقد مع بقاء الغرض ذاته دون تغيير.

ان الأطراف قد المتعاقدة تلجأ في سبيل الاتفاق على تعدي الغرض من العقد إلى الحيلة القانونية على وصفها وسيلة يستعين بها الأشخاص في نطاق العقد، إن مضمون العقد يفترض به أن يطابق الواقع ويكون عقد حقيقي إلا أن الأطراف المتعاقدة قد تتفق على إخفاء حقيقة العقد الذي اتفقت عليه وتظهر تصرف آخر ففي هذه الحالة نكون أمام الحيلة التي تعرف في نطاق العقود بالحيلة الصورية، فالحيلة الصورية وجدت لها المجال الخصب في التعاقد بين الافراد، فغالباً ما تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى الحيلة الصورية في إبرام العقود وذلك من أجل تحقيق مصلحة الأطراف المتعاقدة أو مصلحة احد الأطراف وقد يكون من أجل تحقيق مصلحة غيرهم.⁽¹⁾

تعرف الصورية «هي عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين» او هي «اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني لاظهاره على غير حقيقته».⁽²⁾
فالحيلة الصورية تنطوي على:⁽³⁾

- العقد الظاهر: وهو العقد الصوري الذي ينطوي على الخداع.
- العقد المستتر: وهو العقد الحقيقي ويعرف عادة بورقة الضد.

(1) يطلق جانب من الفقه تسمية الافتراض القانوني على الحيلة القانونية على اعتبار أن كل منهما يدل على ذات المعنى إلا أن الحقيقة أن لكل من الافتراض القانوني والحيلة القانونية مدلول خاص، فالافتراض القانوني هو من وضع المشرع حيث تعرف «وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه»، في حين الحيلة تكون من وضع الافراد يلجؤون اليها كمبرج قانوني للتخلص من قسوة تطبيق قاعدة قانونية، من وجهة نظر القانونيين أن لفظ الافتراض القانوني لا يخرج في معناه عن الحيلة القانونية لانطوائه على مخالفة الواقع والقانون وعلى هذا فإن اطلاق لفظ الافتراض القانوني على الحيلة القانونية أو العكس من ذلك من وجهة نظرهم صحيح. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص 402. د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبعة دار النهضة العربية، 1976م، ص 199. ايناس مكي عبد نصار، أطروحة دكتوراه بعنوان الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مقدمة إلى كلية القانون- جامعة كربلاء، 2016م، ص 45.

(2) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة دار السنهوري، بيروت، 2016م، ص 96.

(3) بن حاج زهيرة وبن قسيمة سامية، رسالة ماجستير بعنوان الحيلة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية-، 2016م، ص 32.

وتنقسم الحيلة الصورية إلى صورتين: الصورية المطلقة والصورية النسبية(1)

1- الصورية المطلقة: تتناول هذا النوع من الصورية التصرف القانوني في وجودة، أي إن التصرف الظاهري لا وجود له في الحقيقة، كذلك التصرف المستتر لا يتضمن تصرف آخر مختلف عن التصرف الظاهر، وإنما يقتصر التصرف المستتر على ورقة الضد التي يكون لها الدور في إثبات أن التصرف الظاهر هو تصرف غير موجود (تصرف صوري)، وهذا النوع من الحيلة الصورية خارج نطاق البحث كونها تنصب على تصرف غير حقيقي لا وجود له.(2)

2- الصورية النسبية: وتسمى أيضاً الصورية بطريق الاخفاء هذه الصورية ترد على نوع العقد لا على وجود العقد، فهي تنطوي على عقد ظاهر هو العقد الصوري وعقد خفي وهو العقد الحقيقي(3)، والصورية أما أن تتعلق بشرط من شروط العقد أو أحد أركانه أو ألتحايل على القانون،(4) تنقسم بدورها إلى صور والتي هي:

أ- الصورية بطريق التستر.(5)

(1) أكد قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ في 1956/6/7 أن الصورية نوعان وهما الصورية المطلقة والصورية النسبية، واعتمدت المحكمة في تحديد الصورية مطلقة ام نسبية على المعيار الموضوعي. أشار إلى القرار عرفات نواف فهمي مرداوي، رسالة ماجستير بعنوان الصورية في التعاقد (دراسة مقارنة)، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، 2010م، ص14. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مطبعة دار الجامعة الجديدة، 2009م، ص 174.

(2) د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ج2، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، 1965م، ص 60.

(3) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص96.

(4) د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، أحكام الالتزام، ط 9، مطبعة مكتبة الجيل الجديد، 2009م، ص107.

(5) الصورية بطريق التستر: أن هذه الصورية تتناول نوع العقد لا وجودة، فالأطراف المتعاقدة قد تلجأ إلى عقد الإجراءات الشكلية تكون فيه اقل من الإجراءات الشكلية في غيرة من العقود مثال ذلك عقد بيع العقار الذي يتطلب الشكلية فيلجأ الأطراف إلى خلق منازعة صورية بين البائع والمشتري ويتصالحان امام القاضي من خلال إبرام عقد صلح على العقار وبهذا يتخلصان من الإجراءات الشكلية في عقد البيع الذي يرد على العقار حيث نصت المادة رقم (508) من القانون المدني العراقي على « بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون»، هذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (5/الهيئة الموسعة المدنية/2019) حيث ورد فيه « بيع العقار خارج التسجيل العقاري المختصة لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا ولا يرتب أي أثر قانوني أو الزام بين طرفيه باستثناء اعادة الحال إلى ما كان قبل العقد ولا يستحق المدعي الفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم له به لأنه يستند إلى عقد باطل»، أن عقد الصلح من العقود الرضائية التي لا يشترط في تكوينها شكل خاص، بل يكفي توافق الايجاب والقبول حتى يتم الصلح، والكتابة ضرورية للأثبات لا للانعقاد.=

ب- الصورية بطريق التسخير.(1)

=حيث نصت المادة رقم (698) من القانون المدني العراقي على «الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي»، وكذلك نصت المادة رقم (647) من القانون المدني الأردني «الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي» أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة رقم (552) منه على «لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي» هذا يعني أن القانون المدني المصري هو الآخر اعتبر عقد الصلح من العقود الرضائية فالنص اشترط الكتابة للأثبات لا للانعقاد، كذلك القانون المدني الفرنسي نص في المادة رقم (2044) على «ان الصلح هو عقد ينهي بين الأطراف النزاع القائم أو يتجنبون نزاعاً قد يولد. يجب تحرير هذا العقد خطياً» أن التحرير الخطي الذي نصت عليه المادة المذكورة غير مشروط لصحة عقد الصلح وإنما لأثبات وجود عقد الصلح، إلا أن هذا التصرف لا يعتبر من قبيل تعدي الغرض من العقد حيث أن الغرض واحد في كل من عقد البيع وعقد الصلح إلا وهو التمليك فهذه الحالة أدت إلى تغيير في نوع العقد مع بقاء الغرض ثابت، وكذلك عقد الهبة في صورة عقد البيع وذلك من أجل التهرب من أحكام الرسمية أو عقد البيع في صورة عقد هبة بهدف حرمان الشفيع من المطالبة في الشفعة، أو عقد الوصية في صورة عقد بيع، من أجل عدم تعلق النفاذ على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث من التركة، أو عقد الهبة في صورة عقد قرض يذكر المدين في سند الدين، أن القيمة دفعت له نقداً، وهو في الواقع تبرع بما تعهد به ولم يستلم شيء، فهذه الحالة كالحالة الأولى أدت إلى تغيير نوع العقد مع بقاء غرض العقد ثابت، كذلك حالة تلبس العقد بواقعة معينة كما لو أراد شخص اهداء شخص مال لا يقبل الهبة لمانع فيقوم بالتخلي عن هذا المال بقصد النزول عن ملكيته ليصبح مالاً مباح يسمح للمهدى له أن يحصل عليه ويحزره بقصد التملك أن هذه الحالة هي الأخرى بقي غرض العقد ثابت ففي كلتا الحالتين الغرض هو التمليك، نصت المادة رقم (1104) من القانون المدني العراقي على «يصبح المنقول مباحاً إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته»، كذلك نصت المادة رقم (1077) من القانون المدني الأردني على «1- يصبح المنقول بغير مالك إذا تخلى عنه مالكة بقصد التخلي عن ملكيته»، والمادة رقم (871) من القانون المدني المصري نصت على «1- يصبح المنقول لا مالك له إذا خلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته»، إن هذه الصورة من الصورية النسبية والتي تتناول نوع العقد لا الغرض الذي يحققه تكون خارج نطاق تعدي الغرض من العقد، فتعدي الغرض من العقد لا ينصب نوع العقد وإنما يختص بالغرض من العقد. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ج 5، المجلد 2، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 517. لمزيد من التفصيل ينظر فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1941-1943. د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 61.

(1) الصورية بطريق التسخير: هذه الصورة من الصورية النسبية بطريق التسخير تتناول شخصية أحد الأطراف المتعاقدين، حيث يسخر أحد الأشخاص للتعاقد باسم شخص آخر، حيث تنصب الصورية هنا على شخص المتعاقد لا على التصرفات بالتغيير من أجل التحايل على أحكام القانون عند وجود مانع قانوني يمنع احد الأشخاص من القيام بالتصرف لصفة معينة فيه، فاذا وجد هذا المانع وحال دون إبرام العقد بين شخصين توسط بينهم شخص ثالث من أجل إبرام العقد مع احد الأطراف ومن ثم ينقل ملكية الشيء الذي حصل عليه من العقد إلى الشخص الذي حال المانع من قيامه بأبرام التصرف من قبله وذلك بموجب عقد آخر، لقد نصت المادة رقم (589) من القانون المدني العراقي على عدد من الموانع حيث ورد فيها «لا يجوز للوصي المنسوب أو القيم المقام من قبل المحكمة، أن يبيع مال نفسه للمحجور ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً، سواء كان ذلك في خير للمحجور ام لا». ونصت كذلك المادة رقم (548) من القانون المدني الأردني على «لا يجوز لمن له النيابة عن غيره بنص في القانون أو باتفاق أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما نيظ به=

ج- **الصورية بطريق الضد:** أن هذه الصورة من الصورية تتناول ركن من أركان العقد أو شرط من شروط العقد.(1)

ان هذه الصورة من الصورية النسبية بطريق الضد تدخل ضمن موضوع تعدي الغرض من العقد فقد ذكرنا أن الأطراف المتعاقدة تستطيع الاتفاق على تعدي الغرض من العقد من خلال ادراج بند عقدي (شرط) في العقد يحقق لها تعدي الغرض من العقد، لكن هذا لا يعني أن كل حالات الاتفاق على الصورية النسبية بطريق المضادة تحقق تعدي الغرض من العقد فمثلاً حالة عقد الهبة الذي تتجه في إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق غاية مباشرة تتمثل بنقل ملكية المال الموهوب في حالة الحياة بدون مقابل ولكن في ذات الوقت تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق غرض غير مباشر من خلال إدراج شرط في العقد على احتفاظ الواهب في حيازة الموهوب والانتفاع به مدى حياته، فلا ينتقل إلى الموهوب له إلا بعد وفاة الواهب وهذه الغاية غير المباشرة يحققها عقد الوصية، إلا أن هذه الحالة تخرج من صور تعدي الغرض من العقد حيث أن الغرض في كل من عقد الهبة والوصية هو التمليك.(2)

إن الحيلة الصورية في العقود حتى تتحقق تعدي الغرض من العقد لا بد أن تتوفر فيها جملة من الشروط والتي هي:

أ- **اتحاد الطرفان:** لغرض تحقيق تعدي الغرض من العقد بواسطة الحيلة الصورية يشترط فيها اتحاد الأطراف المتعاقدة بين العقدين، هذا يعني عدم دخول طرف ثالث للأطراف المتعاقدة في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد بواسطة الحيلة الصورية، كذلك لا بد أن يوجد شخصان فلا يتحقق تعدي الغرض من العقد بواسطة الحيلة الصورية من خلال شخص واحد، أي يتحقق ذلك في العقود الملزمة للجانبين، مثال ذلك بيع أحد الأطراف المتعاقدة إلى الطرف الآخر عقاراً في صورة

=بمقتضى هذه النيابة وذلك مع مراعاة أحكام الاحوال الشخصية». وايضاً نصت المادة رقم (471) من القانون المدني المصري على «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشترخوا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا» وهذه الصورة هي الأخرى تخرج عن نطاق البحث، حيث ذكرنا مسبقاً أن من شروط تعدي الغرض من العقد وحدة الأطراف المتعاقدة. د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المصدر نفسه، ص 61. د. محمد بن حسين الشامي، مصدر سابق، ص 107. عرفات نواف فهمي مرداوي، مصدر سابق، ص 18.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مصدر سابق، ص 175.

(2) د. رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 20-21.

عقد أيجار، فالعقد المتعدي هو عقد الإيجار الذي يتعدى إلى عقد البيع، أي تعدي غرض تملك المنفعة إلى تملك العين.⁽¹⁾

ب- التعاصر الزمني بين العقدين: يشترط في تعدي الغرض من العقد بواسطة الحيلة الصورية هو أن الاتفاق على العقد الأصلي والتعدي بواسطة الحيلة الصورية يكون في ذات الوقت، أي أن الاتفاق على العقد الصوري الظاهر يتم وقت صدور العقد الأصلي المستتر، على وصف أن العقدين لا يتجزآن في نية الأطراف المتعاقدة، أي متعاصران يصدران في ذات الأوان⁽²⁾

هذا ولا يشترط التعاصر المادي الذي يعني تنظيم العقد الحقيقي المستتر والعقد الظاهر في ذات الوقت بك تكفي المعاصرة الذهنية، فالتعاصر الذهني ضروري من أجل تحقيق الحيلة الصورية، أي المعاصرة التي دارت في نية الأطراف المتعاقدة وانعقدت على إبرام العقد الحقيقي المستتر بالعقد الظاهر، فليس من الضروري كتابة العقدين المستتر والظاهر في وقت واحد، أي وقت صدور العقد الظاهر وأن صدر العقد الحقيقي المستتر قبل أو بعد ذلك فلا يوجد ما يمنع صدور العقد الحقيقي المستتر بعد أو قبل تحرير العقد الظاهر بمدة فالعبرة بالإرادة المشتركة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، حيث أن انعدام التعاصر الزمني بين العقدين يجعلنا نكون أمام عقدين مستقلين أحدهما عن الآخر، العقد الثاني يكون لاحق ومعدل للعقد الأول ويكون ذلك متروك لقاضي الموضوع، إن كتابة العقد الحقيقي المستتر هي من أجل الإثبات، فالمبدأ العام هو اثبات الصورية بالكتابة.⁽³⁾

ج- الاختلاف بين العقدين من حيث الطبيعة والشروط والاركان: يشترط في تعدي الغرض من العقد بواسطة الحيلة الصورية هو اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة حين الاتفاق على الحيلة الصورية إلى تحقيق غرض مغاير للغرض الأصلي الذي يحققه العقد وحتى يتحقق ذلك لا بد أن

(1) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء)، أحكام الالتزام، ج2، ط1، مطبعة دار نارس للطباعة والنشر، 2006م، ص 215. عرفات نواف فهمي مرداوي، مصدر سابق، ص 11.

(2) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، المصدر نفسه، ص 215. محمد بن قادة خويرة، اطروحة دكتوراه بعنوان الحيلة كوسيلة للتعاقد في القانون المدني، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة وهران 2، 2017م، ص 164.

(3) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، مطبعة شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، 2018م، ص 148. عرفات نواف فهمي مرداوي، مصدر سابق، ص 12. محمد بن قادة خويرة، المصدر نفسه، ص 165.

تتطوي الحيلة الصورية في التعاقد على اتفاقيين مختلفين ومتعارضين وأن هذا الاختلاف يكون من ناحية الطبيعة من خلال اختلاف في ركن من الأركان أو شرط من الشروط، فإن الحيلة الصورية حتى تحقق تعدي الغرض من العقد لابد من الاختلاف بين العقد الأصلي (العقد الظاهر) وبين العقد الذي تعدى له الغرض من العقد (العقد الحقيقي المستتر) من حيث الطبيعة والشروط والاركان حتى يتحقق غرض مغاير للغرض الأصلي من العقد يتعدى له العقد، مثال ذلك هو أن يبيع شخص لآخر شقة في صورة عقد أيجار.⁽¹⁾

ولابد أن نذكر هذا لا يعني أنه اتفاق إضافي أو لاحق، فالاتفاق الإضافي أو اللاحق يعني عقد جديد بإرادتين جديدتين معدلة لاتفاق سابق جدي كلياً أو جزئياً، أن الحيلة الصورية تتفق مع الاتفاق الإضافي أو اللاحق على وجود اتفاق مغاير للاتفاق على العقد الأصلي، إلا أن الاتفاق الإضافي أو اللاحق يكون من أهدافه الأساسية هو تعديل شروط العقد الأصلي السابق كلياً أو جزئياً مما يعني عقد حقيقي جديد تكون وظيفته تعديل العقد الحقيقي السابق، أي لا وجود للصورية على الرغم من وجود اتفاقيين على عقدين، كما أن من شروط الصورية التي ذكرناها التعاصر الذهني الزماني بين الاتفاق على العقد الأصلي وبين الاتفاق على تعدي الغرض من العقد بواسطة الحيلة الصورية، وهذا غير مشروط في الاتفاق الإضافي أو اللاحق.⁽²⁾

يتبين لنا من خلال ما تقدم حتى تتحقق الحيلة الصورية تعدي الغرض من العقد لابد من اجتماع شروطها والتي تتمثل في اتحاد الأطراف بين العقد الأصلي والاتفاق على تعدي الغرض من العقد والتي تكون في العقود الملزمة للجانبين، ولابد أن يحقق التعدي غرض مغاير للغرض الأصلي من العقد، أي أن العقد الأصلي والعقد الذي تعدى له لابد أن يكونا مختلفين من حيث الطبيعة والشروط والأركان وكذلك لابد من تحقق التعاصر الزمني بين العقد الأصلي وبين الاتفاق على تعدي الغرض من العقد، فإن اختل أي شرط من الشروط المتقدمة لا نكون أما تعدي للغرض من العقد، أن حكم الحيلة الصورية ينقسم الى حيلة صورية مشروعة وهي التي لا تناقض مصلحة مشروعة ولا تهدم أصلاً مشروعاً، وحيلة صورية غير مشروعة وهي التي تناقض مصلحة مشروعة وتهدم اصل مشروع، والحيلة الصورية سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة فهذا الأمر

(1) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 97.

(2) عرفات نواف فهمي مرداوي، مصدر سابق، ص 31.

لا يتعلق بشخص المتعاقد وإنما يتعلق بالبائع من الحيلة السورية، حيث ينظر إلى الغاية المتحققة هل هي مشروعة أم غير مشروعة، فإذا كان البائع الدافع إلى انشاء التعاقد السوري مشروع فإن الغاية السورية تكون مشروعة وإذا كان البائع الدافع إلى انشاء العقد غير مشروع فإن الغاية من السورية تكون غير مشروعة، وإن كانت في ظاهرها مشروعة، أي أن الحكم على مشروعية الحيلة السورية من عدم مشروعيتها لا يتعلق بشخص الأطراف المتعاقدة وإنما بالبائع الدافع أو الغرض من الحيلة السورية، والقواعد القانونية لا ترتب البطلان على السورية إلا إذا كانت تخفي أمر غير مشروع.⁽¹⁾

الفرع الثاني

التعدي بطبيعة العقد

هذه الصورة الثانية من صور تعدي الغرض من العقد والتي تحصل نتيجة لطبيعة العقد من حيث انعقاده وذلك بتوفر عناصر تحقق غرض آخر من العقد محل التعاقد مما يؤدي إلى تعدي غرض العقد الأصلي إلى ذلك الغرض الآخر، وهذا الغرض لا بد أن يكون مغاير للغرض الأصلي، أي أن التغيير ليس في نوع العقد وإنما في نوع الغرض كما في عقد الوكالة غير قابلة للعزل بطبيعتها فإن الغرض فيها يكون مختلف في التعدي عن الغرض الأصلي في عقد الوكالة اللازمة أما إذا أدى توافر العناصر في العقد إلى تغيير في نوع العقد كما في عقد هبة صحيحة يتضمن عناصر الوصية⁽²⁾، ففي هذه الحالة لا نكون أمام تعدي الغرض من العقد لأن كل من عقد الوصية والهبة غرضهما هو التمليك، أن تعدي الغرض من العقد بطبيعته يستلزم توافر شروط معينة والتي هي:

- 1- أن تتوافر في العقد الصحيح الأصلي عناصر تؤدي إلى تعدي غرض العقد.
- 2- أن يكون الغرض الذي تحقق بسبب العناصر التي توافرت بالعقد مغاير للغرض الأصلي في العقد.

(1) د. عبد الاله بن مزروع المزروع، بحث بعنوان العقد السوري حكمة وأثرة (دراسة فقهية تطبيقية على أحكام القضاء السعودي)، منشور في مجلة العلوم الشرعية- جامعة القصيم، العدد2، المجلد12، 2018م، ص1017.

(2) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م، ص284.

3- أن يحصل التعدي بصورة تلقائية دون حاجة إلى تدخل إرادة الأطراف المتعاقدة على ذلك.

4- أن يحصل التعدي دون إضافة أو استبدال أو إنقاص بعناصر العقد الأصلي.

قد ينعقد العقد لمصلحة الاطراف المتعاقدة أو لمصلحة أحد الاطراف واحياناً اخرى قد ينعقد لمصلحة طرف ثالث ليس من أطراف العقد كما قد ينعقد العقد مرتبط بعقد آخر ملزم للجانبين وحالة اخرى انعقاد العقد لمصلحة عدة أطراف مع وحدة المحل غير القابل للانقسام كل هذه الحالات، حالات طبيعية في العقد ليس من الضروري أن تؤدي إلى تعدي الغرض من العقد⁽¹⁾، ولكن في بعض الاحيان يترتب على هذه الحالات تعدي للغرض من العقد وهذا ما سنوضحه في النقاط الآتية:-

أ- إبرام العقد لمصلحة أحد أطراف العقد: هذه الصورة تتحقق في حالة صدور الوكالة لمصلحة الوكيل الخالصة، عند صدور الوكالة في هذه الحالة فإنها تكون لازمة بطبيعتها من جانب الموكل دون الوكيل، أي تؤدي إلى تقييد الموكل في حقه بعزل وكيله، مثال ذلك الوكالة من قبل المدين (الموكل) إلى دائنة (الوكيل) في إدارة أمواله واستقطاع ديونه من ريعها، فهنا الموكل لا يستطيع عزل وكيله بينما الوكيل له الحق في انهاء الوكالة من جانبه وذلك لصدورها لمصلحته وهو أدرى بها فله الحق بالإنهاء للوكالة.⁽²⁾

الا أن المشرع العراقي لم يأخذ بعدم قابلية الوكالة للعزل بسبب انعقادها لمصلحة الوكيل الخالصة وهذا ما نستدل عليه من نص المادة رقم (1/947) من القانون المدني العراقي التي نصت على «للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير» أن هذا النص حصر عدم قابلية الوكالة للعزل في حالة انعقادها لمصلحة الغير دون مصلحة الوكيل، على خلاف كل من المشرع الأردني والمصري وكذلك الفقه والقضاء الفرنسي الذي أخذ بهذه التسمية للوكالة غير القابلة للعزل في حال انعقادها لمصلحة الوكيل، وفي هذه الحالة يترتب على عدم قابلية الوكالة للعزل تعدي الغرض الأصلي منها (العمل) إلى غرض (الضمان).⁽³⁾

(1) رعد عداي حسين، الوكالة المدنية غير القابلة للعزل، مطبعة مكتبة السنهوري، 2010م، ص125.

(2) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 263.

(3) نصت المادة رقم (863) من القانون المدني الأردني على «للموكل أن يعزل وكيله متى اراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فانه لا يجوز للموكل أن ينهيه أو يقيد بها دون موافقة من=

ب- إبرام العقد لمصلحة الغير: ويطلق عليها بالاشتراط لمصلحة الغير والتي تحصل إذا إبرم شخصان عقداً وأشترط أحد أطراف العقد على الطرف الآخر أن يكون هناك حق لشخص ثالث يحصل عليه مباشرة من العقد من غير أن يمر في ذمة الطرف المشتراط فمثل هذا العقد يتم إبرامه بين شخصين إلا أن تنفيذه يكون بين ثلاثة أطراف هم المتعاقدان وشخص ثالث يطلق عليه المنتفع وهو الذي اشترط الحق لمصلحته⁽¹⁾، وقد نص القانون المدني العراقي على جواز الاشتراط لمصلحة الغير في المادة رقم (152) منه حيث نصت على «1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. 2- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك،...» كذلك نص القانون المدني الأردني في المادة رقم (210) منه على «1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. 2- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك...».

والقانون المدني المصري هو الآخر نص على ذلك في المادة رقم (154) منه على «1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. 2- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك...».

أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة رقم (1121) منه على «تجوز المشاركة بالطريقة ذاتها لمصلحة الغير، عندما يكون هذا الأمر مشروطاً في مشاركة اجراها العاقد لنفسه أو في هبة أجراها لمصلحة شخص آخر، ومن قام بمثل هذه المشاركة لا يمكنه الرجوع عنها، إذا كان الشخص الثالث قد أعلن عن ارادته بالاستفادة منها». (2)

=صدرت لصالحه»، وكذلك نصت المادة رقم (2/715) من القانون المدني المصري على «1- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك...». د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود الواردة على العمل)، مصدر سابق، ص 660. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 131.

(1) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 145.

(2) أن امثلة هذه الحالة من التعاقد كثيرة في الحياة العملية ومنها عقد التأمين والامتياز والنقل والهبة المقترنة بشرط، فمقد التأمين له عدة صور وأهم صورة تأمين الشخص على حياته لمصلحة زوجته وأولاده الأحياء ومن =

هذه الحالة تتمثل في عقد الوكالة في حالة إبرامها لمصلحة الغير (شخص ثالث أجنبي) كما لو قام الموكل بإصدار وكالة لشخص الوكيل يخوله فيها إدارة مال من الأموال العائدة له من أجل وفاء دين في ذمته للغير، وكذلك إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الغير والوكيل مثالها الوكالة التي يصدرها المدين إلى الوكيل الدائن ويخوله بموجبها بيع مال عائد له ليستوفي من ثمنه دينه ويوفي كذلك دين بذمة الموكل للغير أو صادرة لمصلحة الغير والموكل ففي جميع هذه الحالات نكون امام اشتراط لمصلحة الغير لا يمكن نقضه من قبل الموكل المشترط فتصبح الوكالة لازمة غير قابلة للعزل من قبل الموكل والوكيل.⁽¹⁾ أي من العقود اللازمة التي لا يجوز لأحد الأطراف إنهاءها إلا بموافقة الطرف الآخر ويتحول غرض العقد من عقود العمل إلى عقود الضمان أو التمليك على حسب المصلحة التي تتحقق بسبب عدم قابلية الوكالة للعزل من قبل الموكل⁽²⁾، هذا ما تضمنه نص المادة رقم (947) من القانون المدني العراقي المارة الذكر والتي نصت على «... لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضا الغير»⁽³⁾، هذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الأردنية المرقم (2012/2575)⁽⁴⁾، كذلك نصت المادة رقم (865) من القانون المدني الأردني

= سيولد منهم، فمن خلال هذا العقد يكتسب اشخاص أجنب عن العقد حق مباشر، وكذلك صاحب المصنع الذي يؤمن لمصلحة العاملين لديه عما قد يتعرضون له من ضرر اثناء العمل، وغيرها من حالات إبرام عقد التأمين لمصلحة طرف ثالث اجنبي عن العقد، وأهم ما يعيننا أن التعاقد في هذه الحالة لم يؤدي إلى تعدي الغرض الأصلي من عقد التأمين حيث بقى العقد محتفظ بغرض الأصلي إلا وهو الضمان، كذلك في عقد البيع أو عقد الهبة عند اشتراط البائع أو الواهب على المشتري أو الموهوب له ترتيب حق أو ايراد إلى الغير فإن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر على غرض عقد البيع أو الهبة بالتعدي وإنما يبقى العقد محتفظ بغرضه الأصلي رغم ذلك. د. سمير عبد السيد تتاعو، مصادر الالتزام (العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب- القانون) مصدران جديان للالتزام (الحكم- القرار الإداري)، ط1، مطبعة مكتبة الوفاء القانونية، 2009م، ص 126 وما بعدها. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 570. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 145. فايز الحاج شاهين مصدر سابق، ص 1033.

(1) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 264.

(2) رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 94.

(3) نص المادة رقم (863) من القانون المدني الأردني سالف الذكر. نصت المادة رقم (715) من القانون المدني المصري على «2- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقبدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه». لمزيد نص مشابه في القانون المدني الفرنسي.

(4) نص القرار على «وحيث أن الوكالات المعطاة من مالك الأرض (المدعى عليه) هي وكالات غير قابلة للعزل بالمعنى المقصود في المادة (863) من القانون الأردني فهي وكالات صحيحة وقابلة للتنفيذ...». أحمد علي عويد، =

على «الوكيل أن يقبل نفسه من الوكالة التي لا يتعلق بها حق الغير...» يتضح من النص أن القانون الأردني قد نص صراحة بتقييد حق الوكيل في عزل نفسه من الوكالة اذا تعلق بها حق للغير، وهذا ما نصت عليه المادة رقم (2/716) من القانون المدني المصري حيث جاء فيها « غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي...»⁽¹⁾.

ج- إبرام العقد لمصلحة الأطراف المشتركة: أن غالبية العقود التي تبرم بين الأشخاص يكون الهدف منها هو تحقيق المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة خاصة في العقود الملزمة للجانبين فلا يتصور إبرامها إلا لتحقيق المصلحة لكلا الأطراف، والاصل على إبرام العقود في هذه الحالة لا يترتب عليه تعدي للغرض الأصلي من العقد إلا أن عقد الوكالة اذا ما إبرم لمصلحة الأطراف المشتركة الوكيل والموكل سوية فإنه يترتب عليه تعدي لغرض عقد الوكالة الأصلي، حيث تمثل الوكالة الصورة الأكثر شيوعاً في الحياة العملية وتعرف بالوكالة ذات المصلحة المشتركة، والتي تكون لازمة لكلا الطرفين الموكل والوكيل حيث لا يستطيع أي منهما انهاءها بإرادته المنفردة كما في الوكالة التي تصدر من الشركاء في المال المشاع إلى أحد الشركاء لإدارة المال المشاع لمصلحتهم المشتركة، ففي هذه الحالة كذلك يتعدى غرض عقد الوكالة من العمل إلى الضمان أو التملك على حسب المصلحة التي تتحقق لكلا الأطراف المتعاقدة.⁽²⁾

د- إبرام العقد مرتبط بعقد آخر ملزم للجانبين: العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة على ذمة كل من طرفي العقد ففي مثل هذا العقد يكون كل طرف من الأطراف

= بحث بعنوان المشكلات القانونية للوكالة غير القابلة للعزل الواردة على الأموال غير المنقولة في التشريع الأردني، منشور في مجلة دراسات، كلية الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد 3، 2017م، ص 97.
(1) أن هذه النصوص مستفاد من الفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص مجلة الأحكام العدلية حيث نصت في كل من المادة رقم (1521) على «للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ولكن أن تعلق به حق آخر فليس له عزله أما إذا رهن مدين ماله وحين عقد الرهن وبعده وآل آخر ببيع الرهن عند حلول أجل الدين فليس للراهن الموكل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن، كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي» والمادة رقم (1522) على «الوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة ولكن لو تعلق به حق الغير أما ذكر انفا يكون مجبوراً على ايفاء الوكالة».

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود الواردة على العمل)، مصدر سابق، ص 667. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 138.

دائن ومدين في الوقت نفسه⁽¹⁾، وقد يلجا الأطراف من أجل تسهيل تنفيذ إبرام العقد إلى إبرام عقد آخر كما في عقد الكفالة أو عقد الرهن أو عقد الوكالة وفي هذه الحالة يكون العقد الآخر تابع للعقد الأول فهو وسيلة لتنفيذ العقد الأول، إلا أن عقد الكفالة أو الرهن في حالة انعقاده في هذه الصورة فإنه لا يؤثر على الغرض الوظيفي المتحقق منه حيث يبقى غرض عقد الكفالة الضمان كذلك عقد الرهن يبقى محتفظ بغرضه الأصلي الضمان دون أن يتعدى إلى غرض آخر.⁽²⁾

أما عن صدور الوكالة مرتبطة بعقد آخر ملزم للجانبين حيث يكون عقد الوكالة شرطاً لإبرام العقد الرئيسي أو نتيجة مترتبة عليه أو وسيلة لتنفيذه، فقد تقوم الأطراف المتعاقدة عند إبرام عقد من العقود كعقد البيع أو عقد القرض أو عقد الهبة بالاتفاق على عمل وكالة ل أحد الأطراف المتعاقدة أو للغير وذلك من أجل تسهيل تنفيذ العقد الذي أبرموه، في هذه الحالة تكون الوكالة مستمدة من العقد الأصلي أو تابعة له ومن ثم تكون غير قابلة للعزل من قبل الموكل⁽³⁾، مثالها الوكالة التي يصدرها المؤمن له بعقد التأمين من المسؤولية يوكل فيها شركة التأمين مباشرة الدعاوى التي يرفعها المضرورين تجاهه، فهذه الوكالة تكون تابعة لعقد التأمين مما يترتب على ذلك تعدي غرض عقد الوكالة من العمل إلى الضمان، أو حالة الوكالة التي يقوم بها الموكل بتوكيل دائنة (دين ناتج من عقد سابق على عقد الوكالة) لإدارة مال مملوك للوكيل وذلك لغرض استيفاء الوكيل الدائن دينه (حق) من ريع هذا المال، فالوكالة في هذه الحالة قد ارتبطت بالعقد السابق أي عقد الدين والذي رتب الحق في ذمة الوكيل للموكل، ففي هذه الحالة الوكالة تكون غير قابلة للعزل بسبب ارتباطها بعقد آخر ملزم للجانبين إلا وهو عقد القرض.⁽⁴⁾

-
- (1) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 16.
- (2) فعقد الرهن في الفقه الفرنسي يجوز أن يفصل عن الالتزام المضمون به، حيث يجوز إنشاء عقد رهن لضمان حق مستقبل، مثال ذلك إنشاء عقد الرهن من قبل المصرف عند فتحه حساب اعتماد لأحد العملاء مضمون برهن يأخذه المصرف على عقار للعميل، ففي هذه الحالة وجد الرهن قبل وجود الدين. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسط التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص 26-27 وما بعدها.
- (3) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 283 وما بعدها.
- (4) لقد اكد ذلك قرار محكمة النقض المصرية في 1951/2/22 حيث اقرت المحكمة بصحة عدم قابلية الوكالة للعزل، في حال أعطيت لتنفيذ أو تسجيل العقد الأصلي بين الدائن ومدينه. حكم أشار اليه رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 128-129.

هـ - إبرام عقد محله لا يقبل الانقسام: هذه الصورة من العقد تخص عقد الوكالة الذي يبرم من قبل عدد من الموكلين لذات الوكيل، أي تعدد الموكلين وانفراد الوكيل الذي تناط به مهمة تنفيذ الوكالة، أي وكالة غير قابلة للتجزئة، فإن هؤلاء الموكلون ليس لهم عزل وكيلهم المشترك إذا كان محل عقد الوكالة لا يقبل الانقسام، فحتى يتمكن الموكلين من عزل الوكيل المشترك لا بد أن يكون ذلك باتفاق جميع الموكلين، وكذلك لا يستطيع الوكيل أن يتنحى عن الوكالة، هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية التي اشترطت موافقة كل الموكلين على عزل الوكيل حتى يتم عزله فعلاً، وقضت أن التصرفات التي يجريها الوكيل رغم عزله من قبل احد الموكلين تصرفات صحيحة لأن محل الوكالة لا يقبل الانقسام ومن ثم فإن عزل الوكيل لا يقع من قبل أحد الموكلين، أن الأثر الذي يترتب على هكذا صورة من التعاقد هو عدم قابلية الوكالة للعزل مما يترتب على ذلك تعدي غرض عقد الوكالة من غرض العمل إلى غرض الضمان.⁽¹⁾

المطلب الثاني

تمييز تعدي الغرض من العقد عما يشته به

أن تعدي الغرض من العقد قد يتشابه مع غيره ويختلط أحياناً مع الاوضاع التي قد تتشابه معه في بعض الصفات، لذا كان لا بد من تمييز تعدي الغرض من العقد عما يشته به من أوضاع وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول منه تمييزه عن أنواع العقود الصحيحة المتعددة وفي الفرع الثاني تمييزه عن حالات انقضاء العقد من البطلان على النحو الآتي: -

(1) لم يرد في كل من القانون المدني العراقي والأردني والمصري نص ينظم الوكالة المعطاة من قبل أكثر من شخص سواء كان محل العقد يقبل الانقسام من عدمه تاركاً تنظيم ذلك إلى القواعد العامة في القانون المدني بخلاف القوانين العربية الأخرى، فقد نصت المادة رقم (812) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على «إذا كانت الوكالة من قبل عدة اشخاص في قضية واحدة فلا يجوز العزل إلا باتفاق جميع الموكلين...» وقد اتجه ذات الاتجاه كل من قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث نصت في الفصل رقم (933) على «إذا أعطيت وكالة من عدة اشخاص من اجل نفس الصفة، لم يسغ الغائها إلا بموافقتهم جميعاً...» ومجلة الالتزامات والعقود التونسية نصت في الفصل رقم (1162) على «. لا يجوز عزل الوكيل الموكل من عدة أشخاص في أمر واحد إلا برضاهم جميعاً...». د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود الواردة على العمل)، مصدر سابق، ص 670. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 126. هبة بوذراع، رسالة ماجستير بعنوان النظام القانوني لعقد الوكالة، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة العربي بن مهيدي، 2016م، ص 72.

الفرع الأول

تمييز تعدي الغرض من العقد عن العقود الصحيحة المتعددة

سوف نتناول في هذا الفرع تمييز تعدي الغرض من العقد عن صور العقود الصحيحة المتعدد في فقرات على النحو الآتي: -

أولاً- تمييز تعدي الغرض من العقد عن العقد المركب: العقد المركب يعرف بأنه «العقد الذي يتكون من مزج عقدين أو أكثر، ويشتمل على جملة عناصر يصلح كل منها أن يكون محلاً لعقد من العقود». (1) فالعقد المركب هو مزيج من عناصر عقد مسمى بعناصر عقد مسمى آخر أو أكثر فيصبح عقد واحد غير مسمى يحقق أغراض تهدف إلى تحقيقها في العادة عدة عقود مسماة مختلفة (2) مما تقدم يتبين لنا أن العقد المركب يتميز بعدة خصائص والتي هي: (3)

- 1- أن العقد المركب هو مزيج من عدة عقود مختلفة.
- 2- أن العقد المركب يحقق أغراضاً تهدف إليها عدة عقود مسماة مختلفة.
- 3- أن العقد المركب يشتمل على جملة عناصر يصلح كل منها أن يكون محلاً لعقد من العقود.
- 4- أن العقد المركب هو عقد غير مسمى.

النتيجة التي نتوصل إليها أن تعدي الغرض من العقد يقترب من العقد المركب من ناحية تحقيقه أغراض عدة عقود مسماة في عقد واحد وان كلاهما ينتج عنه عقد غير مسمى، كذلك وحدة الأطراف المتعاقدة دون تغيير في طرف من الأطراف أو دخول طرف ثالث للعقد من أجل تحقيق اغراض العقد. إلا أن أهم نقطة خلاف بينهما هو أن تعدي الغرض من العقد لا يمكن الفصل بين الأغراض التي يحققها فهي تشكل وحدة واحدة بحيث لا يمثل كل غرض منها عقد منفصل مستقل عن الآخر كما

(1) تعريف آخر للعقد المركب بأنه «عقد واحد يحقق اغراضاً تهدف إليها في العادة عدة عقود مختلفة» ومن ابرز الامثلة التي يمكن سياقها في هذا المجال هو عقد النزول في الفندق، أو ما يسمى بعقد الفندق، المار ذكره سابقاً في الصفحة رقم (37). د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد الكفالة، ط5، ج7، مطبعة منشورات مكتبة صادر، بيروت، 1998م، ص7. د. عبد الباقي البكري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، مطبعة الشفيق، بغداد، 1960م، ص129، إشارة الية نادبة كعب جبر الكعبي، مصدر سابق، ص8. لمزيد من التفصيل ينظر د. سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة، البيع والإيجار، ط1، مطبعة المعارف، 1966م، ص6.

(2) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م، ص12.

(3) نادبة كعب جبر الكعبي، مصدر سابق، ص11.

في العقد المركب الذي يمكن تحليله إلى أكثر من عقد مسمى يحقق كل منها غرض منفصل عن غرض العقد الآخر، كذلك لا بد أن نشير إلى أنه لا يمكن في تعدي الغرض من العقد عدُّ أحد الأغراض غرضاً رئيسياً وتغليبها على الغرض الآخر، مما يعني عدم إمكانية عدُّ غرض العقد الأصلي أو الغرض الذي تعدى له العقد غرضاً رئيسياً وذلك لاتحاد كلا الغرضين معاً من أجل تحقيق الهدف من التعاقد⁽¹⁾، وهذا ما يحصل في تعدي العقد المركب لغرضه الأصلي إلى غرض آخر، فتعدي الغرض من العقد لا يقتصر فقط على العقود البسيطة وإنما يحصل كذلك في العقود المركبة كما في عقد البيع الإيجاري وعقد الإئتمان التأجيري أو ما يسمى بعقد الليزنج.

ثانياً- تمييز تعدي الغرض من العقد عن العقود المكملة: نقصد بالعقود المكملة بأنها

«العقود التي تبرم بين أطراف العقد أنفسهم في فترة تالية على إبرام العقد الأصلي وتلحق به من أجل تكملة هذا العقد»⁽²⁾، فهي العقود التي يلعب فيها العقد الأصلي الأول دوراً رئيسياً و أساسياً لأنه شرط وجود للعقد الثاني، ويبقى العقد الثاني مكماً وتابعاً للعقد الأول.⁽³⁾

أن العقود المكملة لها حالتين من حيث الإبرام والتي هي:

الحالة الأولى- إبرام العقد المكمل بين أطراف العقد الأول أنفسهم: ففي هذه الحالة يوجد عقدان أحدهما يكمل الآخر ويبرم بين الأطراف أنفسهم وذلك من أجل تسهيل تنفيذ العقد الأول، مثال ذلك عقد العمل الذي يبرم بين العامل وصاحب العمل ورغبة صاحب العمل في تسهيل مهمة العامل وتمكينه من تنفيذ العمل بسرعة وعلى أكمل وجه يبرم معه عقد آخر وهو عقد الإيجار من خلال توفير المسكن له، ففي هذه الحالة عقد الإيجار يكون تابع ومكمل لعقد العمل، وكذلك أطراف العقدين العمل والإيجار هم الأطراف أنفسهم في حين أن المؤجر هو رب العمل والمستأجر هو العامل.⁽⁴⁾

مما تقدم يتضح ان وجه التشابه بين كل من تعدي الغرض من العقد والعقود المكملة من حيث وحدة الأطراف بين العقد الأصلي وتعدي الغرض من العقد أو العقد المكمل ففي حالة المثال أعلاه

(1) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني-العقود المسماة (البيع - التأمين(الضمان) - الإيجار) دراسة مقارنة، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م، ص 9.

(2) د. أسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، ط1، مطبعة دار النهضة العربية، 2008م، ص78.

(3) د. غازي خالد أبو عرابي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، ط1، مطبعة دار وائل للنشر، 2009م، ص35.

(4) د. غازي خالد أبو عرابي، المصدر نفسه، ص36.

بالنسبة للعقد بين صاحب العمل والعامل فإن غرض العقد المكمل للإيجار مختلف عن غرض العقد الأصلي العمل فغرض العقد المكمل للإيجار هو تمليك المنفعة وهو يختلف عن غرض عقد العمل الذي غرضه العمل وهو بهذه النقطة يشبه تعدي الغرض من العقد الذي من شروطه اختلاف الغرض بين العقد الأصلي والتعدي.

إلا أنه أيضاً من شروط التعدي هو وحدة المحل بين العقد الأصلي وتعدي الغرض من العقد وهذا الأمر غير متحقق في مثال العقد المكمل للإيجار الذي أبرم بين صاحب العمل وبين العامل حيث أن المحل يختلف في كل من العقدين ففي العقد المكمل للإيجار المحل يتمثل بالمسكن للعامل بينما عقد العمل الأصلي محله هو العمل، كذلك مثال ثاني عقد تأجير الآلات الزراعية المكمل للعقد الأصلي تأجير الأرض الزراعية فإن الاختلاف واضح من حيث وحدة الغرض في كلا العقدين تمليك المنفعة مع اختلاف المحل في العقد الأصلي المحل هي الأرض الزراعية بينما في العقد المكمل الآلات الزراعية وهذا يخالف تعدي الغرض من العقد بصورة أساسية من حيث شروط الاختلاف في الغرض و وحدة المحل بين العقد الأصلي وتعدي الغرض من العقد.

الحالة الثانية- إبرام العقد المكمل بين أحد أطراف العقد الأصلي والغير: ففي هذه الحالة يبرم العقد المكمل بين أحد أطراف العقد الأصلي والغير الذي يستعين بهم من أجل تنفيذ العقد الأصلي، ففي هذه الحالة وجه الخلاف واضح بين تعدي الغرض من العقد والعقود المكملة وذلك من خلال دخول طرف ثالث في العقد المكمل بينما تعدي الغرض من العقد يبقى قاصراً على أطراف العقد الأصلي.(1)

ثالثاً- تمييز تعدي الغرض من العقد عن العقود المتتابعة: يقصد بالعقود المتتابعة تلك العقود التي تتابع في تاريخ انعقادها، مع تعلقها بمحل مشترك. بمعنى ارتباط عدة تصرفات بعقود متتابعة ومرتبطة فيما بينها رغم اختلاف أطرافها مكونه سلسلة عقدية متصلة.(2)

ان ما يميز هذا النوع من العقود انها تنحدر في سلسلة عقدية، أي انحدار العقد التالي من العقد السابق له، بمعنى آخر انحدار العقد الثاني من الأول والعقد الثالث من العقد الثاني هكذا حتى تتكون

(1) د. أسامة محمد طه إبراهيم، مصدر سابق، ص80. د. غازي خالد أبو عرابي، مصدر سابق، ص37. مازة حنان، مصدر سابق، ص66.

(2) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص39.

سلسله من العقد يكون فيها العقد السابق مرتكز ومحور للعقد الثاني، وتعد عقود البيوع المتعاقبة أو المتتابعة من الأمثلة الأبرز لهذا النوع من العقود، ففيها يبرم عقد البيع بين البائع والمشتري، ويلتزم البائع في تسليم الشيء محل عقد البيع إلى المشتري في الحالة التي كان عليها في وقت إبرام العقد، وفي المدة ما بين إبرام العقد وتسليم الشيء يحدث أن يقوم المشتري في إبرام عقد بيع يرد على ذات الشيء محل عقد البيع، وان المشتري الثاني هو الآخر قد يقوم بأبرام عقد بيع إلى مشتري ثالث وهكذا، والبائع الأول يلتزم بتسليم الشيء محل العقد إلى المشتري الأخير، وله أن يطالبه بالثمن إذا لم يكن قد حصل على الثمن من المشتري الأول.(1)

إن وجه الشبه بين تعدي الغرض من العقد والعقود المتتابعة تتمثل بوجود عقد أصلي سابق حيث أن وجوده شرط لتعدي الغرض من العقد وأنها تجتمع مع العقد الأصلي بوحدة المحل الذي ترد عليه.

إلا أن العقود المتتابعة تختلف عن تعدي الغرض من العقد من ناحية إذا كان العقد الأول شرط في وجود السلسلة العقدية في العقود المتتابعة، إلا أن هذا العقد الأول يختفي بمجرد إبرام العقد الثالث في السلسلة العقدية، فوجود العقد الأول شرط لوجود العقد الثاني، والعقد الثاني شرط وجود العقد الثالث، فإذا ما وجد العقد الثالث اختفى العقد الأول من السلسلة العقدية(2)، وهذا التتابع في العقود في السلسلة لا وجود له في تعدي الغرض من العقد كما وان تعدي الغرض من العقد لا يؤدي إلى اختفاء العقد الأصلي بل يبقى قائما فوجوده شرط لوجود التعدي، من ناحية أخرى فإن العقود المتتابعة يمكن الفصل فيما بين العقود بعضها عن البعض الآخر ويصبح كل عقد قائم بذاته مستقل عن غيره وهذا ما لا يمكن في تعدي الغرض من العقد.(3)

رابعاً- تمييز تعدي الغرض من العقد عن العقود التبعية: العقود التبعية هي العقود

التي يقصد بها توثيق التعامل وضمنان الوفاء، أو إطلاق التصرف للغير فيما يملكه الشخص للاستعانة

(1) د. أسامه محمد طه إبراهيم، مصدر سابق، ص69. مازة حنان، مصدر سابق، ص63.
 (2) فلاح حسن صالح اللهيبي، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019م، ص 109.
 (3) د. أسامه محمد طه إبراهيم، مصدر سابق، ص70. فلاح حسن صالح اللهيبي، المصدر نفسه، ص 109.

به وهي لا توجد وحدها، بل بإزاء عقود أخرى هي المقصودة لذاتها. وايضاً يحقق العقد التبعية توثيق العقد الأصلي أو ضمان الوفاء بالتزاماته، أو إطلاق التصرف للغير للقيام بمباشرة العقد الأصلي.(1)
إن من الخصائص التي تتمتع بها العقود التبعية هي(2):

أ-أنها عقود ليست مقصودة لذاتها وإنما هي لتأكيد مقتضى العقود الأخرى المقصودة أصالة للمتعاملين، فعقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي وعقد الكفالة كلها عقود يقصد منها ضمان دين ناشئ من عقد أصلي كعقد القرض أو غيره.

ب- يمكن للعقود التبعية أن تسبق العقد الأصلي، بالإضافة للمعهود من مقارنتها له أو إلحاقها به، لأنه عقدها قبل العقد الأصلي يحقق الاستيثاق للمستفيد منها ولا يضر الطرف الآخر إذ يتوقف أثرها على قيام العقد الأصلي.

ج- لا يسوغ فيها استهداف الربح، إذ يقتصر الغرض منها على تثبيت وتقوية موجب العقد الأصلي وضمن تنفيذ آثاره فنماء الرهن لمالكه وليس للدائن المرتهن، والكفالة عقد تبرع لا يجوز أخذ مقابل عنها، وتنتهي العقود التبعية بانتهاء العقد الأصلي لأنها تابعة له وفرع منه فإذا سقط الأصل سقط ما بني عليه لكن سقوطها هي لا يؤدي لسقوط العقد الأصلي.

يتبين مما تقدم أن العقود التبعية تقترب من تعدي الغرض من العقد بأنها تستند في وجودها على وجود عقد أصلي كما وتنتهي بانتهاء العقد الأصلي والغرض منها هو الضمان إلا أن العقود التبعية تختلف عن تعدي الغرض من العقد في أن العقود التبعية الغرض منها هو الضمان دائماً أما تعدي الغرض من العقد أحياناً يكون الغرض منه الضمان، كما أن العقود التبعية من الممكن أن تسبق العقد الأصلي في الوجود وهذا ما لا يمكن في تعدي الغرض من العقد كما أن العقود التبعية لا يشترط فيها وحدة الأطراف و وحدة المحل بينها وبين العقد الأصلي كما في تعدي الغرض من العقد.

(1) د. سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، مطبعة مكتبة صادر الحقوقية، بيروت، 1998م، ص119.

(2) د. اسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، ط1، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1988م، ص13-97. د. سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المصدر نفسه، ص121.

الفرع الثاني

تمييز تعدي الغرض من العقد عن حالات انقاز العقد الباطل

لقد خصصنا هذا الفرع للبحث في تمييز تعدي الغرض من العقد عن حالات انقاز العقد الباطل وذلك لغرض رفع الالتباس والتشابه بينها وبين تعدي الغرض من العقد بطبيعته خاصة أنها تحصل نتيجة توافر عناصر في العقد تؤدي إلى التعدي أو انقاز العقد من البطلان وهذا ما سنبحث فيه بصورة إديق وأكثر تفصيل في الفقرات الآتية على النحو الآتي:

أولاً تمييز تعدي الغرض من العقد عن تحول العقد: أن نظرية تحول العقد تتمثل في كون العقد الباطل قد يتضمن عناصر عقد آخر رغم بطلانه، فيتحول العقد الذي قصده المتعاقدان العقد الباطل، إلى العقد الصحيح الذي توافرت عناصره، وعلى هذا يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً، وهذا ما نصت عليه المادة رقم (140) من القانون المدني العراقي على «إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كان نيتهم تتصرف إلى إبرام هذا العقد» كذلك المادة رقم (144) من القانون المدني المصري نصت على «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد». (1)

هذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقي. (2)

يتضح مما تقدم أن تحول العقد يستلزم توافر شروط ثلاثة والتي هي:

(1) لم يرد في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي نص مشابه لنص كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

(2) قرارها المرقم : 1733/عقد مساطحه/2008 حيث ورد فيه «عقد المساحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة (2/1266) مدني يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وان طلب فسخه تطبق بحقه أحكام المادة (774) مدني وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالاطلاع على اضبارة التسجيل العقاري فإن كان قد سجل تطبق أحكام المادة (1270) مدني» منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح:

<https://www.hjc.iq/qview.631/> تاريخ الزيارة 2020/3/2.

- بطلان العقد الأصلي بأكمله: وجود عقد أصلي باطل فاذا لم يكن العقد الأصلي باطلاً وكان صحيحاً ثبت غير متحول، وإذا اقتصر البطلان على جزء منه، وكان العقد قابل للانقسام فلا نكون أمام تحول للعقد وإنما انتقاص للعقد وذلك بزوال الجزء الباطل وبقاء الجزء الصحيح من العقد.(1)

- أن يتوافر في العقد الباطل عناصر عقد آخر: أي أن العقد الأصلي رغم بطلانه يتضمن عناصر عقد آخر صحيح كما في عقد البيع بثمن تافه المكتوب بورقة رسمية، فهذا العقد جمع بين الاهلية التي فرض وجودها من خلال الكتابة في ورقة رسمية ونية التبرع وهذه هي عناصر عقد الهبة، كما يجب أن يتوفر في العقد الباطل جميع عناصر العقد الآخر الصحيح الذي يتحول له من دون إضافة عناصر أخرى جديدة وفي حال تخلف عنصر من العناصر فإنه لا يمكن استكمالها بغية تحويله.(2)

- إن يقوم الدليل على انصراف نية المتعاقدين إلى الارتباط في العقد الجديد لو انهما علما بأن العقد الأصلي باطل، مثال تحول العقد تعهد شخص بأن يجعل الغير وارث بجزء شائع من التركة باطل، إلا أنه من الممكن أن يتحول إلى عقد وصية صحيح.(3)

مما تقدم نلاحظ اشتراك تعدي الغرض من العقد مع تحول العقد من حيث الأثر القانوني لهما ينتج من خلال توافر عناصر في العقد الأصلي إلا انهما يفترقان في أن تعدي الغرض من العقد يكون في العقد الصحيح غير الباطل على خلاف تحول العقد الذي يكون في العقد الباطل أي أن تحول العقد ما هو إلا وسيلة لتفادي آثار البطلان.(4)

كما أن التحول هو عملية استبدال للعقد الباطل بعقد جديد صحيح – فالعقد الباطل – رغم بطلانه احتوى على عناصر عقد آخر صحيح، فيتحول العقد الباطل إلى ذلك العقد الصحيح الذي

(1) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م، ص 123 وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 497 وما بعدها. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، مصدر سابق، 126.

(2) علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، مطبعة موفم للنشر، 2013م، ص 365.

(3) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص 124.

(4) نصت المادة رقم (137) من القانون المدني العراقي على «العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية» كما ونصت المادة رقم (138) منه على «العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً»، كذلك نصت المادة رقم (168) من القانون المدني الأردني على «العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بان اختل ركنه أو محله أو الغرض منه والشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الاجازة».

توافرت عناصر من دون إجراء أي تغيير بالاستبدال أو الإضافة أو الانقاص على تلك العناصر وإنما التغيير يكون في نوع العقد و تكييفه وهذا الأمر غير موجود في تعدي الغرض من العقد حيث أن العقد الأصلي لا يستبدل بعقد آخر غيره إنما العقد ذاته دون تغيير في عناصره بالاستبدال أو الإضافة أو الانقاص يتعدى إلى غرض آخر يؤدي إلى تغيير في نوعه وتكييفه، إذ أن تحول العقد يتم عندما يحكم القاضي بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح من خلال الكشف عن ارادة غير موجودة وهي إرادة مفترضة للمتعاقدين التي كانت تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح، أما تعدي الغرض من العقد فيحصل نتيجة توافر عناصر في العقد دون حاجة إلى تدخل القاضي وقيامه بالبحث عن إرادة الأطراف المتعاقدة من أنها اتجهت إلى تحقيق تعدي الغرض من العقد، كما أن العقد الذي ينتج الأثر القانوني في تحول العقد هو ليس العقد الباطل وإنما العقد الصحيح الذي انقلب الية العقد الباطل بموجب سلطة القاضي في تفسير العقد وهذا يعني أن العقد الصحيح ليس أساسه العقد الباطل وإنما أساسه عناصر مستقلة اجتمعت في دائرته وفسرها القاضي تفسير يتماشى مع نية العاقدين واستخلص منها العقد الصحيح، وبهذا فإن تحول العقد هو ليس استثناء على قاعدة أن العقد الباطل لا ينتج اثر، فالعقد الصحيح الذي نتج عن التحول لا يعد أثر من اثار العقد الباطل كما تقدم، أما تعدي الغرض من العقد فأساس وجوده هو العقد الأصلي حيث أنه يعد أثر من اثاره، فالعقد الأصلي صحيح منتج للأثر كما سبق وضحنا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل.(1)

النتيجة التي توصلنا لها لا يمكن أن يعد تصحيح العقد تعدي للغرض من العقد للفرق الواضح بين كل منها.

ثانياً- تمييز تعدي الغرض من العقد عن انتقاص العقد: أن انتقاص العقد يكون خاص في حالات العقد الباطل بطلاناً جزئياً والتي تحصل حينما يكون العقد متكون من عدة أجزاء أو من عدة عناصر وشروط ويكون جزء منها باطل والجزء الآخر صحيح، أي أن مخالفة القانون لا تشمل العقد بأكمله وإنما تقتصر على جزء أو شرط من العقد وكان العقد قابل للانقسام ففي هذه الحالة ينتقص من العقد وذلك بإزالة الجزء الباطل منه والإبقاء على الجزء الصحيح منه، إلا اذا اتضح

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام (مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، ج1، 2، مطبعة شركة الطبع والنشر الاهلية، 1963م، ص 243. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مصدر سابق، ص637.

أن العقد ما كان ليتم بدون الجزء الباطل فالانتقاص وسيلة للإبقاء على العقد نفسه دون أن يكون عقد اخر.(1)

فانتقاص العقد نصت عليه المادة رقم (139) من القانون المدني العراقي «إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً» كذلك المادة رقم (169) من القانون المدني الأردني نصت على «1- إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي...» وايضاً المادة رقم (143) من القانون المدني المصري نصت على «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للأبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع أو قابلاً للأبطال فيبطل العقد كله».(2)

يتبين لنا من النص أن البطلان قد اقتصر على الشق الباطل من العقد، وأن انتقاص العقد مشروط في بقاء الجزء الصحيح منه بأن لا يتعارض مع قصد طرفي العقد والامتداد البطلان للعقد بأكمله إذا اتضح أن طرفي العقد ما كانا ليرتضيا بأبرام العقد دون الجزء الباطل، ويقع عبء اثبات البطلان الكلي على طرف العقد الذي يتمسك بالبطلان ويحصل ذلك في العقود التي يكون فيها الجزء الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد، هذا ولا يشترط أن يكون الجزء الباطل في العقد هو الباعث الدافع لكلا المتعاقدين بل يكفي أن يكون كذلك بالنسبة لأحد المتعاقدين الذي ما كان ليقبل بالعقد دون الجزء الباطل، فإذا تبين أن الجزء أو الشرط الباطل في العقد كان هو الباعث الدافع لأحد المتعاقدين فإن العقد يكون باطل بأكمله على شرط أن يكون المتعاقد الآخر قد علم بذلك، كما أن انتقاص العقد مشروط بقابلية العقد للتجزئة أي أن يكون محل العقد يقبل للانقسام بطبيعته، هذا يعني أن العقد إذا لم يكن قابلاً للانقسام فإن العقد يبطل بأكمله، بعبارة أخرى أن العقد إذا كان باطل جزء منه فإنه يتم استبعاد ذلك الجزء الباطل مع بقاء الجزء الآخر صحيح قائم بذاته، ما لم يتضح أن

(1) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة مكتبة عبد الله وهبه، 1966م، ص 295.

د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص 482.

(2) لم يرد في القانون المدني الفرنسي نص مشابه لنص كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني والقانون المدني المصري.

الجزء الباطل لا يقبل الانفصال عن العقد ففي هذه الحالة يبطل العقد بأكمله(1)، مثال ذلك مجموعة العقود أو العقد المركب كعقد بيع شيء يجوز التعامل فيه وشيء لا يجوز التعامل فيه في عقد بيع واحد، فعقد البيع صحيح بالنسبة للشيء الذي يجوز التعامل فيه وباطل بالنسبة للشيء الذي لا يجوز التعامل فيه، والمشتري يدفع الثمن الذي يقابل قيمة الشيء الجائز التعامل فيه، إلا إذا ثبت أن العقد ما كان يتم إلا بالجزء غير الجائز التعامل به ففي هذه الحالة يبطل عقد البيع كله(2)، ومثال العقود البسيطة اقتصار البطلان فيها على الشروط التبعية أو الثانوية مثال ذلك بطلان الشروط التعسفية في وثيقة عقد التأمين دون أن يمتد البطلان إلى كامل عقد التأمين(3).

المتحصل مما تقدم أن العقد الباطل الذي يتم إنقاذه من البطلان وذلك بانتقاص الجزء الباطل فيه والإبقاء على العناصر الصحيحة منه والتي تحقق للمتعاقدين غرض من الأغراض دون تغيير في نوع العقد وتكييفه فإنه لا يمكن أن يكون تعدي للغرض من العقد حيث أن الغرض في المثال السابق بقي واحد رغم الإنقاص من العقد دون تغيير فعقد البيع بقي عقد بيع إلا أن عناصره لم تبق على حالها دون تغيير وإنما شملها التغيير باستبعاد العناصر الباطلة من العقد في حين تعدي الغرض من العقد لا يؤدي إلى تجزئة العقد أو الانتقاص من عناصره وإنما يبقي العقد كما هو بعناصره كافة وشروطه إلا أن التغيير يشمل غرض العقد ومن ثم يغير من نوعه وتكييفه، أي أن تعدي الغرض من العقد لا يكون فقط في الجزء الذي توافرت به عناصر غرض آخر يختلف عن الغرض الأصلي في العقد وإنما التعدي يكون شاملاً لكل العقد الأصلي الصحيح غير الباطل.

ثالثاً- تمييز تعدي الغرض من العقد عن تصحيح العقد: إن تصحيح العقد يعرف بأنه

«زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المشرع يترتب عليها الإبقاء على العقد مصححاً بأثر رجعي»(4).

(1) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 277-279. د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص 295.
(2) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص 122. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 246.
(3) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 278.
(4) منصور حاتم محسن، أطروحة دكتوراه بعنوان فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، كلية القانون- جامعة بغداد، 2006م، ص 21.

فالمشرع أن يضع حد أقصى للالتزامات التي تنشئ بموجب العقد فيخفف الاتفاق المخالف ويعيده إلى الحد الذي وضعه مثال ذلك عقد الإيجار المؤبد عند حذف عنصر التأييد منه وإضافة عنصر آخر جديد له الذي يتمثل بالحد الأقصى للمدة في عقد الإيجار وهذا ما أكدته نص المادة رقم (1/740) من القانون المدني العراقي «إذا عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبداً جاز انهائه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية...»، كذلك نصت المادة رقم (671) من القانون المدني الأردني على «1- يجب أن تكون مدة الاجارة معلومة ولا يجوز أن تتجاوز ثلاثين عاماً فإذا عقدت لمدة اطول ردت إلى ثلاثين عاماً...»، والمادة رقم (563) من القانون المدني المصري نصت على «إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة. وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتي بيانها...»، والمادة رقم (1709) من القانون المدني الفرنسي نصت على «أن اجارة الأشياء عقد يلتزم بموجبه أحد العاقدين أن يولي المتعاقد الآخر حق الانتفاع بشيء لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا المتعاقد اداءه اليه»، فإذا أتفق المستأجر والمؤجر على مدة تزيد على ثلاثين سنة، أو أتفقا على أن يكون الإيجار مؤبداً فإن عقد الإيجار لا يكون باطلاً، وإنما يصح بحكم القانون بانقاص المدة وجعلها لا تزيد على ثلاثين سنة لأن هذه المدة هي الحد الأقصى للإيجار في القانون المدني العراقي، ويحق لكل من المؤجر والمستأجر طلب أنهائه بعد مضي هذه المدة وفقاً لمواعيد التنبيه المقررة قانوناً.⁽¹⁾

كذلك وضع المشرع حد أقصى لسعر الفائدة القانونية في العقد 4% بالمسائل المدنية و5% في المسائل التجارية أما سعر الفائدة الاتفاقية 7% سواء كان في المسائل المدنية أو المسائل التجارية، فإذا اتفقا المتعاقدان على فوائد تزيد على هذا السعر، وجب تخفيضها إلى 7% وتعين رد ما دفع زائداً على هذا السعر.⁽²⁾

(1) منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، مصدر سابق، ص 81.

(2) نصت المادة رقم (171) من القانون المدني العراقي على «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره»، ونصت المادة رقم (172) منه على «1- يجوز للمتعاقد أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على=

كذلك حدد المشرع مدة معينة يجوز فيها للشركاء الشيوع الاتفاق على قسمة المهايأة المكانية لمدة خمس سنوات لا يجوز للشركاء الاتفاق على مدة أكثر منها، فإذا زادت المدة في الاتفاق عن الخمس سنوات فإن قسمة المهايأة المكانية لا تبطل وإنما تبقى صحيحة في حدود الخمس سنوات، هذا ما نصت المادة رقم (1078) من القانون المدني العراقي على «1- يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة، فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين...»، كذلك نصت المادة رقم (846) من القانون المدني المصري على «1- في قسمة المهيأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء. ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين...»، لم يرد في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي نص مشابه لنص القانون في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.(1)

إن الأثر الذي يترتب على تصحيح العقد الباطل هو الإبقاء على العقد بعد زوال البطلان من خلال وسائل ترجع إلى إرادة المشرع قام بتحديددها، وأن دور القاضي ينحصر في التأكد من توافر شروط تصحيح العقد، والتصحيح يبقى العقد كما هو دون أي تغيير في نوعه أو طبيعته وكذلك دون أن يستبدله بعقد آخر، فلا وجود لعقد جديد يحل محل العقد الباطل، وإنما كل ذلك يحصل من خلال التغيير في عناصر العقد سواء كان بالإضافة أو الاستبدال أو الإنقاص، أن تعدي الغرض من العقد يكون كما ذكرنا بتوافر عناصر وشروط في العقد الصحيح تؤدي إلى تعدي الغرض الأصلي

= إلا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار...». كذلك نصت المادة رقم (226) من القانون المدني المصري على «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، وإن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره»، ونصت المادة رقم (227) منه على «1- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فأذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا القدر...»، لم يرد في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي نص مشابه لنص القانون في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

(1). محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج1، مطبعة شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، 2018م، ص 126-127.

للعقد إلى غرض آخر مما يترتب عليه تغيير في نوع العقد وطبيعته وكل ذلك يحصل من خلال الإبقاء على عناصر العقد الأساسية دون إضافة أو استبدال أو انتقاص منها، قد يتفق تصحيح العقد مع تعدي الغرض من العقد بطبيعته أنه في بعض الحالات يقع بحكم القانون دون أن يكون هناك دور لإرادة الأطراف المتعاقدة، إلا أن الخلاف واضح كذلك في أن تصحيح العقد الباطل يبقي على الغرض ذاته في العقد بعد التصحيح بينما تعدي الغرض من العقد الغرض الأصلي يتعدى إلى غرض آخر هو الذي يكون السبب في تغيير نوع العقد وتكييفه، وبهذا فإن تصحيح العقد هو الآخر لا يمكن عدّه تعدي للغرض من العقد للاختلاف الواضح بين كلا المفهومين.⁽¹⁾

(1) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 282.

الفصل الثاني

أحكام تعدي الغرض من العقد

تمهيد وتقسيم:

إن لإرادة الأطراف المتعاقدة الدور الاساسي البارز في إبرام العقد، بمعنى آخر ان الأمر الرئيس الجوهري فيه، هو الإرادة المشتركة لعاقديه، أو قصدهما المشترك للعاقدين هي التي تنشئ العقد، وهي التي تحدد آثاره، وذلك كله بما لا يخالف القانون والنظام العام في الدولة، وهذا هو مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أو سيادتها، فالعقد لا يرتب من الآثار إلا ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، اذ تهيمن الارادة على العقد من حيث إنشائه وما يرتبه من آثار، لذا يملك الطرفان المتعاقدان كامل الحرية في تحديد نوع التزام كل منهما ومداه من خلال حريتهما في تحديد مضمون العقد باختيار البنود والشروط التي يرتضونها ولا يحد من هذه الحرية إلا النظام العام والآداب وما يضعه المشرع من قواعد أمره، فالمشرع يملك السيطرة على العقود حتى لا تكون اداة بيد الافراد للاخلال بالأمن الاجتماعي، وهذا ما سيكون موضوع البحث في المبحث الأول من هذا الفصل من خلال البحث في أثر تعدي الغرض من العقد اما المبحث الثاني فنخصه للبحث في المصلحة من تعدي الغرض من العقد وتطبيقاته وذلك على النحو الآتي: -

المبحث الأول

أثر تعدي الغرض من العقد

للإرادة دور مهم في إبرام العقود وتنفيذها وفقاً لما تم عليه الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة الذي يحقق الغرض المشترك لها من وراء ذلك طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعند بقاء الظروف التعاقدية على حالها وقت إبرام العقد، ولكن يحدث في حالات يتغير غرض الأطراف المتعاقدة إلى غرض آخر يحقق المصلحة للأطراف المتعاقدة أكثر من الغرض الأصلي أو يحدث وتتغير الظروف فينتجاً الأطراف على الاتفاق على تعدي الغرض من العقد الأصلي إلى غرض آخر، لذا لا بد أن نوضح دور الإرادة في قدرتها على الاتفاق على تعدي الغرض من العقد وما يصاحب ذلك من تأثير للغرض في حكم العقد وهذا سيكون موضوع البحث في المطلب الأول من

هذا المبحث أما المطلب الثاني، فسوف نخصه للوقوف على الأثر الذاتي والموضوعي في تعدي الغرض من العقد وذلك على النحو الآتي: -

المطلب الأول

تأثير الإرادة والغرض على تعدي الغرض من العقد

القاعدة العامة في قيام العقد هو وجود إرادة لدى المتعاقد يعتد بها قانوناً متجه إلى أحداث أثر قانوني ولا بد من اقترانها بإرادة مطابقة لها أي متفقة معاً على إحداث ذات الأثر القانوني حتى يقوم العقد، وان الغاية المباشرة لإرادة الأطراف المتعاقدة من إبرام العقد هو تحقيق غرض من الأغراض، الذي يعنينا في هذا المطلب من البحث أن نوضح قدرة إرادة الأطراف المتعاقدة من الاتفاق على تعدي الغرض الأصلي من العقد وما هو تأثير الظروف على ذلك وهذا سيكون موضوع الفرع الأول من هذا المطلب أما الفرع الثاني منه نتطرق فيه لنبين العلاقة بين غرض العقد وحكمه وما يستتبعه تعدي الغرض من تأثير في حكم العقد وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول

إثر الإرادة على تعدي الغرض من العقد

إن الدور الأبرز للإرادة⁽¹⁾ في مجال التعاقد يتضح من خلال التعريف الذي ورد في العقد على أنه «اتفاق ارادتين على أحداث أثر قانوني معين»⁽²⁾، أن مبدأ سلطان الإرادة هو الذي كان سائداً في مجال العقد وأنصاره يرون أن الفرد هو محور العلاقات القانونية التي تربط بينه وبين غيره بواسطة علاقة عقدية أو قاعدة قانونية، وهذا يعني حرية الفرد في التعاقد من عدمه وتحديد

(1) تعريف الفقه للإرادة هو «توجه كامن في النفس يرمي إلى تحقيق أمر وتجسيده بمظهر خارجي بحيث يترتب عليه إنتاج أثر معتد به قانوناً». أسيل حسن رضا، رسالة ماجستير بعنوان دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة بغداد، 2015م، ص7.

(2) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقد)، مصدر سابق، ص46.

شروط العقد وموضوع العقد فالفرد له الحرية في أن يرتب علاقاته القانونية كما يشاء بمعنى أن يكون للإرادة أن تقرر الأثر القانوني الذي تريده.⁽¹⁾

وقد عبر أحد الفقهاء الفرنسيين عن ذلك بقوله «إذا تمت الاتفاقات، فكل ما اتفق عليه فيما يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيه»،⁽²⁾ وقد تبنى مدوني مجموعة نابليون الفرنسية هذه العبارة لمبدأ سلطان الإرادة فتضمنتها المادة رقم (1134) التي نصت على «الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها. وأنه لا يجوز إلغاؤها إلا باتفاقهم أو للأسباب التي يقرها القانون. وأنه يجب تنفيذها بحسن نية».

فلإرادة الدور في أن تنشئ وتنتهي وتنفذ وتعطل الالتزامات والحقوق التعاقدية التي رتبها بالاتفاق مع إرادة أخرى إلا أنها تكون محدودة بحدود القواعد القانونية الأمر والنظام العام والآداب كما ذكرنا ذلك مسبقاً.⁽³⁾

السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل بقي لإرادة الأطراف المتعاقدة دور في أحداث الأثر القانوني في ظل التطورات التي حصلت من خلال التعاقد بالوسائل الالكترونية وظهور العديد من نماذج العقود كالعقود التي أنتجتها التكنولوجيا وعقود شراء الموقع في القمر الصناعي وما شاكل ذلك من العقود، ففي مثل هذه العقود على الأطراف المتعاقدة الانضمام لها دون أن يكون لإرادتهم الدور في تحديد الأثر القانوني، تاركاً ذلك إلى القانون، وبهذا أصبح القانون قيماً على إرادة

(1) Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ces effets dans le droit contractuel algérien, mémoire., de magister en droit privé, institut de droit et des sciences administratives université. d'Oran, 1983, p. 06 et 08.

(2) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1060.

V. Code civil Français, D. Paris, France, 103e éd. 2004, p. 921, Art .1134, Al. 01

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites...».

(3) تترتب على مبدأ سلطان الإرادة نتائج مهمة وهذه النتائج هي: أولاً- أن الإرادة وحدها كافية في انشاء العقود أو العمل القانوني، وهذا ما يعرف بمبدأ كفاية الإرادة أو حرية العاقد والحرية في تكوين العقد، فالأفراد احرار في أن يتعاقدا وفي أن لا يتعاقدا ولا قيد عليهم سوى قيد عدم الحاق الضرر بالغير. ثانياً- إن الإرادة لها الحرية في تعيين الآثار التي تترتب من جراء التعاقد أو العمل القانوني أي أن القوة الملزمة في العقد تولد من الإرادة فلا يجوز الرجوع عن العقد أو تعديله إلا باتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة، فاذا ما ابرم العقد اعتبر شريعة المتعاقدين. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص 30. وايضاً د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 49.

الأطراف المتعاقدة من خلال تدخله هذا(1)، وقد أكد ذلك تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016م في المادة رقم (1102) والتي نصت على «لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله، ضمن الحدود التي يقرها القانون. لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام»(2)، أن هذا النص لا يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي بقي له الدور الأساسي في إنشاء العقود فعلى الرغم من القيود التي تحد من قدرة الإرادة على إنشاء التصرفات القانونية وتحديد اثارها فلا تزال الإرادة هي قوام العقود، فالقيود القانونية المتزايدة في مجال العقود يمكن النظر إليها أنها تهدف إلى إيجاد التوازن بين أطراف العلاقات التعاقدية الذي أختل بفعل من التطورات الاجتماعية والاقتصادية، فهذه التدخلات تهدف إلى الحد من التعسف الذي يمارسه أحد أطراف العلاقة التعاقدية في مواجهة الطرف الآخر الذي يمثل الطرف الضعيف معرفياً أو اقتصادياً في هذه العلاقة وتهدف بالأخير إلى تحقيق العدالة العقدية بين الأطراف ومنع أحد المتعاقدين من السيطرة على الطرف الآخر.(3)

ويمكن عدُّ تدخل القانون في هذه الحالة تدعيماً للإرادة العقدية لكي تكون إرادة حقيقية وهو بهذا المعنى لا يمكن أن يكون مضاد للحرية الفردية(4)، في علاقاته التعاقدية بل على العكس من ذلك يعد ضمان لحرية التي يتطلبها التعاقد فمن خلالها تتوفر الحماية للطرف الضعيف في العقود ومن ثم يمكن القول أن الإرادة لا تزال هي الأساس في العقود وأن ما يبدو من تراجع للإرادة إنما هو في الواقع دعم لها لتحقيق العدالة العقدية ومن ثم الصالح العام.(5)

(1)G .Chantepie & M .Latina ,La Réforme du Droit des Obligations :Commentaire Théorique et Pratique dans l'Ordre du Code Civil ,Édition Dalloz ,2016 ,p.84.

(2) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص 29.

(3) L'abus de domination en matière contractuelle, étude comparative en droit français et égyptien, AIX- MARSEILLE, 1992 p.9.

(4) (فالأصل حرية الافراد في تمتعها بالحقوق الطبيعية الثابتة لهم ولإنسانيتهم) ينظر د. همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2001م، ص 81.

(5) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقد)، مصدر سابق، ص 50.

حيث أن القوة الملزمة في العقد أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أنها تنبع من إرادة الافراد التي التزمت حرة مختارة بالالتزامات التعاقدية، وما ينتج من كون العقد هو حصيلة التقاء إرادة الأطراف المتعاقدة الحرة بالالتزام بالعقد، هو الزامية العقد للأطراف وكذلك للقاضي الذي لا يجوز له أن يعدل في مضمون العقد وإنما له أن يفسره على النحو الذي إرادته الأطراف من وراء العقد وليس وفق مفهومه الشخصي بل وفق ما اشتمل عليه نص العقد الذي يعكس إرادة الأطراف المفترضة وما يعبر عن روح العقد والغرض المقصود منه، أما عن تدخل المشرع في العقد فهو ينحصر بوضع ضوابط لحرية الأطراف المتعاقدة، أي القواعد الأمرة بحيث أن حرية الأطراف المتعاقدة لا تمس بالنظام العام والآداب وكذلك ما يتعلق بحماية الطرف الضعيف في العقد الذي هو بحاجة للحماية وكذلك للمحافظة على حرية المنافسة والفائدة الاقتصادية من العقد والحيلولة دون الاحتكار والاستغلال فيبطل المشرع بنود العقد المعطلة للحقوق الأساسية للأطراف المتعاقدة، كما وأن تدخل المشرع في بعض العقود من خلال النص على نظامها يكون من باب الاحتياط بمعنى أنها لا تحد من حرية الأطراف المتعاقدة ولكنها مكملة لما أغفلت عنها إرادتهم فهي قواعد مكملة لا امره (1).

بناءً على ما تقدم نتوصل إلى أن الإرادة لها الدور الأساسي في تعدي الغرض من العقد وذلك من خلال الاتفاق أو التعديل أو الاشتراط في العقد ما دامت لم تخالف ولم تتجاوز حدود المشروعية وطالما أن تعدي الغرض من العقد يتفق مع مصلحة الأطراف المتعاقدة هذا في ظل الظروف الطبيعية للتعاقد كما في عقد البيع الإيجاري والوكالة غير القابلة للعزل بالاتفاق وعقد التأجير التمويلي وغيرها من الاتفاقات التي تتم بين الأطراف المتعاقدة والتي تتضمن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد والتي سبق وان ذكرناها، إلا أن الوكالة غير القابلة للعزل بالاتفاق اختلفت القوانين في إباحة هذا الاتفاق فمنها من عدت هذا الاتفاق مخالف للنظام العام وقوانين أخرى إباحة هذا الاتفاق ولم تعده مخالفاً للنظام العام، ومن القوانين التي لن تبيح الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل القانون المدني العراقي حيث عدت أن حرية الموكل في عزل وكيله من النظام العام وكذلك حق الوكيل في عزل نفسه، ومن ثم لم يجز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على خلاف ذلك هذا ما

(1) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص110- 111- 112.

تضمنته المادة رقم (947) من القانون المدني العراقي حيث نصت على «للموكل أن يعزل نفسه أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك...» (1).
والسؤال الذي يثار في حالة اشتراط الوكيل على موكله في عقد الوكالة على إبقاءه وكيلاً، في هذه الحالة يعد الشرط باطل ولا يرتب أي أثر قانوني وذلك لمخالفته للنظام العام، وإذا ما وجد هذا الشرط يبقى حق الموكل في عزل وكيله ولا يلتزم نتيجة لذلك بأي تعويض إلا إذا كان متعسفاً، ويمكنه التخلص من التعويض الذي يترتب على العزل التعسفي اذا اتفق الموكل مع الوكيل سلفاً على الحق في عزله بأي وقت وبدون أي تعويض، على هذا لا تستطيع الأطراف المتعاقدة الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل وتبقى الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها هي فقط المباحة في ظل القانون المدني العراقي (2).

لقد انتهجت أغلب القوانين العربية نهج القانون المدني العراقي وعدت حرية الموكل في عقد الوكالة بعزل وكيله وحرية الوكيل كذلك في عزل نفسه من قواعد النظام العام لا تستطيع الأطراف المتعاقدة مخالفتها ومن بين هذه القوانين القانون المدني المصري حيث نص في المادة رقم (715) منه على «1- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول» (3).

أما الإتجاه الذي أجاز الإتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل يمثله القانون المدني الأردني الذي انفرد في موقفه عن موقف قوانين الدول العربية ولم يعد حق الموكل عزل وكيله في عقد الوكالة من قواعد النظام العام وكذلك لم يعد تنحي أو عزل الوكيل لنفسه من النظام العام حيث نصت المادة رقم (863) من القانون المدني الأردني على أن «للموكل أن يعزل وكيله متى اراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فانه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها

(1) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص204.

(2) إن هذا الأمر من قبيل الاعفاء من المسؤولية العقدية والتي نصت عليها المادة رقم (259) من القانون المدني العراقي «... 2- وكذلك يجوز الاتفاق اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص117.

(3) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص205.

دون موافقة من صدرت لصالحه»، بناءً على هذا النص للأطراف المتعاقدة أن تتفق على عدم قابلية الوكالة للعزل في ظل القانون المدني الأردني.⁽¹⁾

كذلك موقف القانون المدني الفرنسي أجاز الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل وموقفه هذا تضمنته نص المادة رقم (2004) منه حيث جاء فيها «يحق للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء. وازغام هذا الأخير عند الاقتضاء على تسليمه أما الوثيقة الخطية ذات التوقيع الخاص التي تتضمن الوكالة، وأما اصل الوكالة اذا لم تحرر بعقد رسمي سلم للوكيل أما نسخة طبق الأصل عنها اذا تم الاحتفاظ بالأصل».⁽²⁾

من خلال النص في القانون المدني الفرنسي يتضح أنه لم يعد الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل من النظام العام، هذا ما يتيح للأطراف المتعاقدة ادراج بند عدم قابلية الوكالة للعزل لكنه حق مقرر لصالح الموكل ومن ثم يستطيع التنازل عن حقه.⁽³⁾

فيما تقدم اتضح لنا دور الإرادة بالاتفاق على تعدي الغرض من العقد في الظروف الاعتيادية ولكن ماذا لو طرأت ظروف استثنائية هل سيكون هناك لإرادة دور في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد لمواجهة هذه الظروف وتحقق لهم المصلحة هذا ما سنبحثه في السطور الآتية: -

نصت المادة رقم (2/146) من القانون المدني العراقي على الظروف الاستثنائية حيث جاء فيها «على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»⁽⁴⁾، كذلك نصت المادة رقم (205) من القانون المدني الأردني على «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على

(1) رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص119.

(2) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص1935-1936.

(3) رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص120.

(4) نص قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم 143/الطرف الطارئ/ 2008 على الظروف الطارئة التي تطرأ في فترة نفاذ العقد حيث جاء فيه «طلب إنقاص الالتزامات المالية لأحد طرفي العقد للظروف الطارئة التي أدت إلى إخلال التوازن الاقتصادي لطرفي العقد بحيث أصبحت الالتزامات مرهقة عليه استناداً لأحكام المادة (2/146) مدني ويجب أن يتم هذا الطلب ضمن مدة نفاذ العقد و إلا اعتبر راضياً بالتزاماته التعاقدية و تكون مطالبته بعد انتهاء العقد لا سند لها من القانون». الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح:

<https://www.hjc.iq/qview.389/> تاريخ الزيارة : 2020/8/18م.

حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»، والمادة رقم (2/147) من القانون المدني المصري نصت على «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»، أما القانون المدني الفرنسي فقد انقسمت آراء الفقه بين اتجاهين: تقليدي معارض للأخذ بنظرية الظروف الطارئة لأنه يرى بأنها تؤدي إلى اضطرابات في المعاملات المالية وعدم الاستقرار فيها، والاتجاه الآخر الذي يمثل المذهب الاجتماعي يرى ضرورة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة رغم اختلاف وجهات النظر على المبادئ التي تقوم عليها النظرية فبعض يقيمها على مبادئ الاخلاق والبعض الآخر على مبادئ العدالة وبعض الآخر يقيمها على الضرورات الاجتماعية، أما على صعيد القضاء الفرنسي فعلى الرغم من المحاولات العديدة من فتح ثغرة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين حيث وقفت محكمة النقض الفرنسية بوجه النظرية وقضت عليها، في الوقت الذي اخذ القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، كذلك مجلس الدولة الفرنسي قد خرج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأخذ بمبدأ تعديل العقد بسبب تغيير الظروف على وصفه الأساس لنظرية الظروف الطارئة. (1)

إن النصوص القانونية التي بينت نظرية الظروف الطارئة أو الاستثنائية غير المعتادة جاءت في القوانين المدنية المقارنة متحدة متفقة من حيث العقود التي تشملها النظرية وشروط تطبيق النظرية والآثار التي تترتب على الأخذ بالنظرية والتي لا نرغب الخوض فيها، لكن لابد من الإشارة السريعة لها حتى يتسنى لنا أن نتعرف على دور الإرادة للأطراف المتعاقدة في مواجهة هذه الظروف، فمن حيث العقود التي تنطبق عليها النظرية هي العقود التي يوجد فاصل زمني بين إبرامها وبين تمام تنفيذها وهذا الفاصل يكون مدة زمنية طويلة نسبياً يسمح بحصول ظرف طارئ

(1) د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد (دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي)، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص 38. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، مصدر سابق، ص 11-12.

من غير المتوقع أي أن النظرية تنطبق على جميع العقود المتراخية التنفيذ بغض النظر اذا كانت عقود مستمرة أم عقود فورية مؤجلة التنفيذ.(1)

أما شروط النظرية فهي:(2)

- 1- أن نكون امام عقد متراخي التنفيذ أي لم يتم تنفيذه.
- 2- حصول حادث استثنائي عام لا يمكن توقعه وليس بالمستطاع دفعه.
- 3- أن يجعل الظرف تنفيذ الالتزام مرهق غير مستحيل.

ما يعيننا الكلام عنه هو الظرف الاستثنائي الذي يجب أن يكون لعامة الناس كحالة الفيضان غير المتوقع أو حالة إعلان الحرب، حيث لا بد أن يكون هذا الحادث غير متوقع ونادر الحدوث، ماذا لو حصلت هذه الظروف قبل إبرام العقد(3)، واستمرت مدة من الزمن هل من الممكن لإرادة الأطراف المتعاقدة أن تواجه هذه الظروف بأبرام عقد متعدي للغرض كالظروف التي مر بها العراق أيام الاحتلال في عام 2003م، حيث تعطلت المؤسسات الحكومية عن أداء مهامها لمدة من الزمن، نتيجة سقوط نظام الحكم ومنها دوائر المرور التي كانت مهمتها تسجيل العقود الخاصة بنقل الملكية للسيارات(4)، التجأت الأطراف المتعاقدة إلى إبرام عقد الوكالة من أجل أن يحقق أغراض

(1) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- اثبات الالتزام، طبعة بأشراف الجامعة المستنصرية، 1976م، ص152.

(2) د. عبد العزيز سلمان اللصاصمه، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مطبعة دار رمد للنشر والتوزيع، 2003م، ص190.

(3) أن هذه الظروف ليست من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة التي تحدث بعد إبرام العقد، لان نظرية الظروف الطارئة تحدث بعد إبرام العقد.

(4) نصت المادة رقم (3/5) من قانون المرور العراقي رقم 48 لسنة 1971م الملغي على «عند انتقال ملكية المركبة إلى شخص لآخر بأحد اسباب التملك فعلى المالك السابق والمالك الجديد الحضور لدى ضابط التسجيل والاعتراف أمامه بذلك لتأشير ذلك في سجل التسجيل ودفع الرسم المقرر لنقل الملكية». وقد صدر قانون المرور العراقي الملغي رقم (86) لسنة 2004م مؤكداً على تسجيل عقد المركبات في دائرة المرور حيث نصت الفقرة رقم (7) من القسم (5) تسجيل المركبات منه على «لا ينعقد بيع المركبة إلا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة (3) ثلاثة من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون» وهذا ما تضمنه قرار محكمة بداءة الحلة ذي العدد 24 / ب / 2017 في 2017/1/19م حيث ورد فيه «أن عقد بيع المركبة لا ينعقد إلا اذا تم تسجيله في مديرية المرور المختصة واستوفى الشكل الذي فرضه القانون وحيث أن العقد موضوع الدعوى لم يستوفى ذلك الشكل فيكون العقد باطل ولكون العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً واذا بطل العقد فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد...». عقيل عبد الحمزة كزار الخالدي، بحث بعنوان عقد بيع وشراء المركبات في قانون المرور العراقي النافذ بين الشكلية والبطلان، منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد2، سنة 2018م، ص 49.

عقد البيع واستخدمت الوكالة سند ملكية للسيارات⁽¹⁾، وعقد الوكالة في هذه الصورة يعد ساتر للبيع وهذا العقد ابتدعه الفقه حيث أن عقد الوكالة أبرم ليس لتحقيق الغرض الطبيعي المعتاد والمألوف منه المتمثل بقيام الوكيل بأبرام العقود أو التصرفات القانونية من جانبه ولمصلحة الموكل وإنما أبرم العقد من أجل تحقيق غرض عملي إلا وهو ستر عقد بيع حقيقي عاصر إبرام عقد الوكالة الصوري نسبياً، ورد على طبيعة العقد، حيث أن عقد الوكالة اخفا عقد البيع الحقيقي تحت ستار عقد وكالة، فالوكيل (المشتري) عندما أبرم العقد أبرمه لحسابه لا لحساب الموكل (البائع) في حين أن أصل عقد الوكالة إن الوكيل يعمل لحساب الموكل لا لحسابه، وفي هذه الصورة فإن الموكل في حقيقته بائع اشترى منه الوكيل الشيء (السيارة) الذي وكله في أن يبيعه لنفسه أو لغيره، ومن ثم يصح أن يقال للبائع الذي ستر البيع من خلال توكيل المشتري، بائع في صورة موكل، والمشتري يقال له مشتري في صورة وكيل، والصورية في عقد الوكالة تكون مشروعة كونها استثناء على الأصل لمواجهة ظرف استثنائي باتفاق ارادة الاطراف المتعاقدة على ذلك ومصدقة من قبل كاتب العدل، أي أن الأطراف المتعاقدة التجأت إلى الحيلة الصورية في إبرام عقد الوكالة من أجل ستر عقد البيع الحقيقي بعقد الوكالة الظاهري لمواجهة الظروف الاستثنائية⁽²⁾.

إن عقد البيع الحقيقي للسيارات الذي يكون مستور بعقد الوكالة الصوري ليس عقد باطل لمجرد ستره بعقد صوري آخر الذي هو عقد الوكالة الصوري، فالصورية في ذاتها ليست سبب لبطلان العقد الحقيقي الذي اتفق عليه الأطراف المتعاقدة، وإنما الصورية جاءت توافقاً مع مبدأ سلطان الإرادة والرضائية يكون العقد الحقيقي الذي اتفقت عليه الأطراف المتعاقدة عقد مستتر صحيح ومشروع متوافق مع القوة الملزمة بين الأطراف المتعاقدة مادام القانون لم يقض بعكس ذلك، فإن الأصل صحة عقد البيع المستور بتوكيل مهما كان الغرض من ستره سواء كان لمواجهة ظرف استثنائي أو تهرب من الرسوم أو تخفيف من اجراءات التسجيل التي يتطلبها القانون لإتمام عملية بيع السيارات ما دام الغرض مشروع، أي إن صحة عقد البيع المستور بالوكالة يدور وجوداً وعدمًا مع مشروعية الغرض الذي دعا إلى ستره⁽³⁾.

(1) د. عدنان إبراهيم سرحان و د. محمد سليمان الأحمد، بحث بعنوان فكرة العقد المتعدي الغرض، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 3، رقم 23، 2018 م، ص 117.

(2) د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص 316. د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 178.

(3) إسحاق أحمد حمدان، رسالة ماجستير بعنوان الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 2000م، ص 127.

مما تقدم يتضح أن لإرادة الأطراف أن تبرم عقد متعدي الغرض لمواجهة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة كما في عقد الوكالة الذي غرضه العمل وتعدي إلى غرض التمليك في عقد البيع وان عقد الوكالة في هذه الحالة ما هو إلا صورة من صور الوكالة غير القابلة للعزل لمواجهة الظروف الاستثنائية فيعد العقد استثناء على الأصل وفق أحكام القانون العراقي الذي عدّ الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل مخالف للنظام العام.

الفرع الثاني

أثر الغرض في تعدي الغرض من العقد

لكل عقد أثر يترتب عليه، والعقد ما هو إلا وسيلة وطريق للوصول إلى ذلك الأثر، فكل متعاقد له غاية يبتغيها من العقد ويرغب بالوصول إليها عن طريق العقد، أي إن المتعاقد يقصد الوصول إلى حكم العقد نفسه الذي يتحقق عنده الأثر، فالعقود ليس هدف بحد ذاته بل هو وسيلة لبلوغ هدف (غرض) معين لا يتحقق إلا بتنفيذه، حتى نتعرف على أثر الغرض في حكم العقد يتوجب علينا بيان ما المقصود بالحكم الذي تشتمل عليها العقود وذلك للأهمية الكبيرة له وارتباطه بالغرض، فتنفيذ العقد يتمثل بأعمال للحكم الذي تضمنها العقد، فلا بد لنا من التعريف به.⁽¹⁾

حكم العقد: «هو مجموعة الآثار والنتائج التي تترتب على كل عقد بحسب غرضه».⁽²⁾

فحكم العقد هو الأثر الخاص للعقد⁽³⁾، أو هو الأثر الأصلي للعقد أو هو الرض الجوهري الأساسي المقصودة من العقد والذي يختلف باختلاف أنواع العقود كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة وتملك المنفعة في عقد الإعارة والإيجار وتفويض التصرف في عقد الوكالة، فحكم العقد الأصلي يقال له موضوع العقد.⁽⁴⁾

(1) محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته الهامة)، ط2، مطبعة دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996م. ص 596.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مصدر سابق، ص199. عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، 1993م، ص47.

(3) لكل عقد من العقود أثران: أثر خاص الذي هو حكم العقد الذي يترتب بمجرد الانعقاد وأثر عام هو ما تشترك به كل العقود أو معظمها من نتائج واحكام. د. وهبه الزحيلي، مصدر سابق، ص223-224.

(4) موضوع العقد يتحدد بعبارات هي (المقصد الأصلي للعقد، الغاية النوعية من العقد، حكم العقد) ففي مرحلة ما قبل إبرام العقد سميت مقصداً أصلياً للعقد، أما مرحلة بعد وجود العقد سميت حكم العقد أي الأثر المترتب على =

إن الأحكام التي يتضمنها العقد هي أربعة أنواع والتي هي: (1) أولاً- الأحكام تتضمنها شروط العقد: ضمناً أو صراحةً مثال على ذلك الشروط التي يتضمنها عقد البيع والتي تحدد كيفية تسليم المبيع وتاريخ ومكان التسليم ومقدار الثمن وطريقة ومكان وتاريخ دفعه.

ثانياً- أحكام يقضي بها العرف في المكان الذي تم فيه إبرام العقد، خصوصاً العادات التجارية، خاصة انها معروفة من قبل أطراف العقد، على شرط أن تكون العادات مطردة ومتواترة في تعامل الناس، هذه الأحكام تعد كما لو أن المتعاقدين أتقفا عليها طالما أنهما لم يستبعداها، فهي شأنها شأن الأحكام التي اشتملت عليها شروط العقد.

ثالثاً- الأحكام التي تقضي بها القواعد القانونية التي تسري على العقد سواء كان مصدرها يرجع إلى التشريع أو العرف، فالعقد يشتمل بالإضافة إلى الأحكام التي تشتمل عليها شروطه، الأحكام التي تقضي بها القواعد القانونية والتي تنطبق على العقد سواء كانت قواعد عامة، بمعنى تسري على عامة العقود أو انها خاصة تسري على نوع خاص من العقود، كما لا بد من التفرقة بين القواعد الأمرة واجبة الاتباع وبين القواعد المكملة أو المفسرة.

رابعاً - الأحكام التي تعد من مستلزمات العقود، أن هذه الأحكام حتى وان لم يرد لها ذكر فهي تعد من مستلزمات العقد وتدخل في مضمونه، وما يقصد بمستلزمات العقد الأمور التي تفرضها طبيعة العقد والغاية التي يستهدفها، وفقاً للقانون والعرف والعدالة ومراعاة مقتضيات شرف التعامل وحسن النية، أن هذه الأحكام مجتمعة ينطوي عليها العقد وهي التي تنظم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وتحدد حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف.

=الانعقاد، أما المرحلة المتوسطة التي تقع بين مرحلة إيجاد العقد وتامة فتسمى موضوع العقد. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، مطبعة دار القلم، دمشق، 2004م، ص 403. د. وهبه الزحيلي، مصدر سابق، ص179.

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقه ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ج1، 1984م، ص 535 .

كما لا بد أن نميز حكم العقد عن المصطلحات الأخرى التي قد تشبه به والتي هي: أحكام العقد وحكمة العقد وحقوق العقد، فأحكام العقد: نقصد بها الأحكام المتعلقة بالصحة والبطان في العقود، أما حكمة العقد: ويقصد بها الانتفاع من محل العقد.⁽¹⁾

أما حقوق العقد: يمكن أن نميزه بينها وبين حكم العقد، بأن حكم العقد هو الحكم الأصلي له أما حقوق العقد فتمثل الأحكام التبعية للعقد، حكم العقد هو الهدف أما حقوق العقد تمثل الوسائل المستخدمة للوصول إلى ذلك الهدف، حكم العقد هو الأثر الأصلي منه أما حقوق العقد فهي الاعمال التي يجيب القيام بها للوصول إلى حكمة فحقوق العقد تمثل التزامات ومطالبات تؤكد حكم العقد وتكمله وتحفظه فهي تثبت في ذمة العاقد ويجب عليه الوفاء بها.⁽²⁾

إن أهمية التمييز بين حكم العقد وحقوقه تأتي من حيث كون حكم العقد هو الأثر الأصلي الذي يقع بحكم القانون، ويترتب فور انعقاد العقد النافذ، ولا يستطيع أطراف العقد (العاقدان) من توجيه القصد إلى اعمال حكم اخر، فحكم العقد في عقد البيع يفيد حل أو جواز التصرف بمحل العقد (التمن والمبيع) قبل الانتقال المادي أو قبل القبض، إذ يصح التصرف بمجرد انعقاد العقد فلا تستطيع إرادة الأطراف المتعاقدة أن تتفق على عدم انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، إرادة اطراف العقد لها أن تختار نموذج العقد، الذي يحقق لها الغرض الذي تبغيه من وراء إبرام العقد، فالمبدأ العام مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود والعقد شريعة المتعاقدين في التنفيذ.⁽³⁾

أما حقوق العقد فهي الوسائل التبعية كما ذكرنا فتتمثل في عقد البيع بالزام البائع بتسليم المبيع وقبول استلامه اذا رد اليه بسبب وجود عيب موجب للضمان وثبوت حقه في أن يطالب بالتمن، وإلزام المشتري بدفع الثمن وثبوت الحق في أن يطالب بتسليم المبيع وكذلك رد المبيع اذا

(1) د. أكرم محمود حسين البدو، حكم العقد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 55، 2012م، ص 9.

(2) نصت المادة (143) من القانون المدني العراقي على «عقد المعاوضة الوارد على الاعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه، والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للأخر» فثبوت الملك هو حكم العقد، والالتزام بالتسليم هو من حقوقه، كما نصت المادة (199) من القانون المدني الأردني على أنه «1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبذله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر مالم ينص القانون على غير ذلك. 2- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما اوجبه العقد عليه منهما» د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط6، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015م، ص 124. د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مصدر سابق، ص199 ما بعدها.

(3) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط1، مطبعة نشر احسان للنشر والتوزيع، 2014م، ص 294.

وجد فيه عيب وغيرها من الحقوق التي تثبت لكل متعاقد تجاه المتعاقد الآخر وذلك من أجل ضمان الانتفاع على وجه الكمال من العقد ، نستدل من ذلك أن حقوق العقد قابلة للزيادة فيها أو التقليل وكذلك يمكن التعديل فيها وكل تغيير فيها جائز ما لم يكن مخالف للقواعد القانونية الآمرة أو مخالفاً للنظام العام والآداب وكل ذلك يحصل مع بقاء حكم العقد ثابت دون أي تغيير.(1)

هذا ما يقودنا إلى القول إن إرادة الأطراف المتعاقدة لها الحرية في إبرام ما تشاء من العقود وفق الغرض الذي تبتغي تحقيقه وإذا ما أبرمت العقد بحرية تامة ثبت حكمه بمجرد الانعقاد، وإذا ما اتفقت الأطراف المتعاقدة على تغيير غرض العقد الذي أبرمته فإن ذلك سوف يؤدي إلى تغيير في حكم العقد أي أن الحكم مرتبط بالغرض الذي يرغب الأطراف تحقيقه من وراء التعاقد، هذا يعني إذا ما رغبت الأطراف المتعاقدة في تغيير حكم العقد لا بد لها أن تلتزم بالمبادئ الآتية: (2)

1- الأخذ بنظر الاعتبار دائماً قصد الأطراف المتعاقدة، فالعقود ماهي إلا وسيلة لخدمة الافراد، فالفرد الذي يرغب في إبرام عقد مع الطرف الآخر من أجل تحقيق منفعة أو مصلحة مشروعة، لا بد أن تترك له الحرية في ذلك مع الطرف في اختيار نوع العقد الذي يحقق لهما تلك المنفعة أو المصلحة إلى كليهما أو إلى أحدهما وحتى إلى غيرهما.(3)

2- ان هذه الحرية حق لأي متعاقدين فإن بمقدورهما إبرام أي نوع من العقود حتى وأن كان غير مسمى، أما في حالة اختيارهما لأي عقد من العقود المسماة فهذا معنى اختيارهما الضمني لحكم العقد، فحكم العقد أصلي، لا يتغير بنية أو قصد الأطراف المتعاقدة، فمن غير الجائز تغيير حكم عقد البيع في نقل الملكية.(4)

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، مصدر سابق، ص 479. د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1960م، ص 22. د. عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص 125.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مصدر سابق، ص 203-204.

(3) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، 1950م، ص 115. د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 109. ص 222.

(4) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الفكر العربي، 1976م، ص 258. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج 1، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954م، ص 62 وما بعدها. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 57.

3- المتعاقدان قد لا يسميان العقد بمسماه القانوني الصحيح، فالعبرة باتفاقهما وبما قصدها وذلك لان القاعدة في العقود، العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.(1)

4-لايحكم على العقد بالبطلان بمجرد أن نحس أن الأطراف المتعاقدة قد أتقفا على تغيير الحكم بل من الممكن عدُّ العقد صحيح وذلك من خلال إعطاءه حكم عقد آخر.(2)

جملة ما توصلنا إليه أن حكم العقد أثر أصلي ثابت بكل عقد من العقود المسماة بحسب الغرض الوظيفي لها بحكم القانون فهو يترتب كنتيجة طبيعية لغرض العقد فالإرادة لا تستطيع أن تحدد الحكم الذي يناسبها للعقد الذي تبرمه، وإنما تختار العقد الذي يحقق لها الغرض الذي تسعى من أجله لأبرام العقد والذي يكون حكمه ثابت ومحدد بحكم القانون، وإذا ما اتفقت الإرادة على تعدي الغرض من العقد فإن ذلك يؤدي تلقائياً إلى تغيير في حكم العقد ولا يمكن للإرادة أن تغيير في حكم العقد بطريقة مباشرة معزولة عن الغرض، وهذا يوصلنا إلى أن تعدي الغرض من العقد يؤدي كنتيجة منطقية إلى تغيير في حكم العقد، أي أن للغرض المتحقق من العقد دور مباشر في تحديد حكم العقد، هذا يعني أن تأثير الإرادة يكون غير مباشر على حكم العقد من خلال الغرض الذي يكون له التأثير المباشر على تغيير حكم العقد، فإرادة الأطراف المتعاقدة لا تستطيع أن تتفق على تغيير حكم العقد بمعزل عن الغرض الوظيفي الذي يحققه العقد، فلا تستطيع الإرادة الاتفاق على أن يكون حكم عقد الإيجار التملك مع بقاء الغرض فيه ثابت تملك المنفعة إلا أنها تستطيع ذلك من خلال الاتفاق على تعدي الغرض من العقد وذلك بالاتفاق على تملك عين محل الاجر النقدي ففي هذه الحالة الأطراف المتعاقدة بطريقة غير مباشرة غيرت في حكم عقد الإيجار من تملك المنفعة إلى تملك العين، كذلك في عقد العمل الذي يتفق فيه على تملك عين بدل الاجر هذا الاتفاق هو الآخر ترتب عليه تغيير في حكم عقد العمل إلى التملك أي أن الأطراف المتعاقدة بإمكانها أن تستبعد حكم العقد الأصلي وذلك من خلال الاتفاق على تعدي الغرض الأصلي من العقد، مما يعني أن الأثر الذي يترتب على تعدي الغرض من العقد هو تغيير في حكم العقد، فقد يتغير حكم العقد من تملك المنفعة إلى تملك العين أو من التملك إلى الضمان أو من العمل إلى تملك العين أو من العمل

(1) نصت المادة رقم (155) من القانون المدني العراقي على «1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني...». كذلك المادة رقم (214) من القانون المدني الأردني نصت على «1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني...». لم يرد نص مشابه في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي.

(2) د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص 296.

إلى الضمان، نستطيع أن نقول أن تعدي الغرض من العقد له تأثير مباشر على تغيير أحكام كل طوائف العقود المسماة التي سبق وان قسمناها إلى خمس طوائف حسب الغرض الوظيفي لها دون استثناء.

المطلب الثاني

الأثر الذاتي والموضوعي لتعدي الغرض من العقد

إن البحث في هذا المطلب سوف يدور حول الأثر الذاتي والموضوعي في تعدي الغرض من العقد من خلال معيارين هما: المعيار الذاتي الذي يعتد بنية الأطراف المتعاقدة من حيث انطواءها على حسن النية من عدمه، والمعيار الموضوعي الذي يعتد بالتصرف ذاته أو الغرض في موضوع بحثنا مستقل عن نية الأطراف المتعاقدة، وهذا ما سيتوضح من خلال الفرعين القادمين، حيث سنخصص الفرع الأول، للبحث في الأثر الذاتي ونخصص الفرع الثاني للبحث في الأثر الموضوعي وذلك على النحو الآتي: -

الفرع الأول

الأثر الذاتي في تعدي الغرض من العقد

إن الأثر الذاتي يعتمد على نفسية الطرف المتعاقد، ويتم تقدير حسن النية أو سوءها بالرجوع إلى ما اعتقد الشخص، فحسن النية في نطاق العقد يعني بالنظر إلى نية الطرف المتعاقد المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو السوء⁽¹⁾، فإذا ما اتجهت نية الأطراف المتعاقدة إلى الاتفاق على تعدي الغرض من العقد وأردنا معرفة حسن نية الأطراف من عدمها على هذا الاتفاق، فهذا يتطلب البحث في العوامل النفسية للمتعاقد والتي اسهمت في تحريك نيته، فحسن النية الذاتي⁽²⁾ ما هو إلا

(1) بن يوب هدى، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي -ام البواقي-، الجزائر، 2013م، ص 75.

(2) يقصد بمبدأ حسن النية بوجه عام «النية الخالية من العذر أو الخداع أو العذر السيء فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية أو الغش أو الرغبة في الأضرار بالغير وهو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير»، وقد عرف مبدأ حسن النية في مجال العقود على أنه «أسمى مظهر لحسن النية هو احترام الالتزام الموعد به». وقد ذهب العميد (RIPER) إلى اعتبار «حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع=

حالة ذهنية أي موقف نفسي في الشخص يتم الكشف عنها من خلال دلائل وقرائن خارجية يمكن وزنها وتقديرها من خلال معايير قانونية وموضوعية، حتى يتسنى الحكم على الشخص أنه حسن النية أم لا، بمعنى آخر أن حسن النية يتم البحث عنه في ذات الطرف المتعاقد حتى يتم الوصول إلى الحكم على نيته بأنها حسنة وفق القرائن الدالة عليها، وإذا ما تبين من خلال البحث سوء نية الأطراف بالاتفاق على تعدي الغرض من العقد حكم على التعدي بعدم المشروعية بغض النظر عن الغرض الجديد الذي تم الاتفاق على تحقيقه، كذلك في حالة كان احد الأطراف نيته سيئة في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد والطرف الآخر كانت نيته حسنة فإن الحكم على التعدي يكون غير مشروع وذلك لان الآثار التي تترتب على حسن النية تختلف عنها في حالة سوء النية، فإن القانون ينظر إلى مبدأ حسن النية وفق المعيار الشخص بوصفه حالة ذهنية تتمثل في حالة العلم أو الجهل بظرف أو واقعة ويرتب اثرأ قانونيا مختلف في حالة العلم عنها في حالة الجهل بذلك الظرف أو الواقعة، أما سوء النية فيقصد به اتجاه نية الطرف المتعاقد إلى غش الطرف المتعاقد المقابل عن قصد وسوء نية فهو يطابق الخطأ والذي يتمثل بقصد الاضرار بالغير، مما يعني أن سوء النية هو العلم اليقين بذلك الظرف أو الواقعة أي العلم بكافة عناصر التصرف القانوني والآثار كافة والتي تترتب عليه بالإضافة عن إرادة الاتيان بالفعل وتحقيق النتيجة المترتبة عليه.(1)

أن الأثر الذي يرتبه القانون وفق المعيار الذاتي لمبدأ حسن النية إذا ما ثبت حسن نيته الطرف المتعاقد عند إتيانه بالتصرف وأنه لم يكن يتوفر لديه قصد أحداث الضرر عدم تترتب

= والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي»، سواء كان ذلك في مرحلة المفاوضات أو تكوين أو تنفيذ العقد فمبدأ حسن النية يعتبر الحارس للعلاقات التي تربط بين الأطراف المتعاقدة فكل مرحلة من مراحل العقد يجب أن تتم بحسن نية فإن الإخلال بهذا المبدأ يترتب الالتزام بجبر الضرر اللاحق. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء)، مصادر الالتزام، ج1، ط1، مطبعة دار ثراس للطباعة والنشر، 2006م، ص215-216. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، مطبعة مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2006م، ص83.

J-L. Baudouin, les obligations, 3e éd, Cowans ville, Qué Yvon Blais, 1989, n°106 (cité par christianue Dubreuil, p 1089).

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود (دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية)، ط1، مطبعة دار دجلة، الأردن، 2008م، ص127. د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مطبعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010م، ص296.

المسؤولية عليه، بينما تترتب المسؤولية على الطرف المتعاقد إذا ما ثبت سوء نيته حين اتيانه بالتصرف حتى لو لم يترتب الضرر نتيجة لسلكه، أي أن الطرف المتعاقد يكون حسن النية ذاتياً في إبرام العقد حين لا تتوفر لدية نية الاضرار بالطرف المقابل في العقد سواء كان ذلك في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه.(1)

ان توافر نية الاضرار بالغير تنفي وجود حسن النية، بمعنى آخر أن نية الإضرار هي سوء نية ذاتي.(2)

(1) إن غالبية التشريعات اتفقت على النص على وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية بخصوص العقد في مرحلة التنفيذ ومن ضمن هذه التشريعات القانون المدني العراقي حيث نص في المادة رقم (1/150) على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»، يذهب اتجاه في الفقه إلى أن مبدأ حسن النية وأن أشار إليه المشرع العراقي في باب تنفيذ الالتزامات العقدية إلا أنه لا يقتصر على ذلك وإنما يشمل تنفيذ الالتزامات أياً كان مصدرها فالالتزام بالإتفاق مصدره القانون إلا أنه يجب تنفيذه بحسن نية، وان مبدأ حسن النية مبدأ عام يجب أن يسود العلاقات التعاقدية من حيث التفسير والتنفيذ فلا بد للأطراف من تعاون في تكوين العقد وتفسيره والابتعاد عن العش وسوء النية، كذلك جاء التشريع الاردني والمصري مطابق للتشريع العراقي بالنص على مبدأ حسن النية حيث نصت المادة رقم (1/202) من القانون المدني الأردني على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية» ونصت المادة رقم (1/148) من القانون المدني المصري على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية»، أما القانون المدني الفرنسي قبل تعديل سنة 2016م فقد نص في المادة رقم (1134) على أن «تقوم الاتفاقات ... ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية»، أي أنه كذلك حصر دور مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد إلا أن موقف المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد لسنة 2016م قد وسع من دائرة تطبيق مبدأ حسن النية لتشمل كافة مراحل العقد حيث نصت المادة رقم (1104) منه على «يجب التفاوض على العقود وأبرامها وتنفيذها بحسن نية، يعتبر هذا الحكم من النظام العام». وهذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 256/تنفيذ عقد/2008م حيث جاء فيه «يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولما كان العقد ملزم للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي»، وكذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها القضائية أن تفسير العقود يجب أن يتم وفقاً لما اشتمل عليه وكذلك يجب أن يتم بحسن نية وان الوصول إلى حسن النية في تنفيذ العقود من مسائل الواقع التي يكون فيها لقاضي الموضوع الاستقلالية، وان جانب من الفقه المصري يرى أن مبدأ حسن النية لا بد أن يسود العقد في مراحل الإبرام للعقد وتنفيذه وانقضاءه. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 14. د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص 29. أسيل حسن رضا، مصدر سابق، ص 65. القرار القضائي نقض 1977/5/16 الطعن 811 لسنة 43 ق ص 1214 نقلًا عن إبراهيم سيد احمد، عقد الصلح فقهاً وقضاءً، مطبعة دار الكتب القانونية، 2005م، ص 29. الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح: <https://www.hjc.iq/qview.462> تاريخ الزيارة: 2020/2/10.

(2) د. عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، مصدر سابق، ص 297 وما بعدها.

لقد عرف مبدأ حسن النية في مجال العقود هو «التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة والمشروعة للطرف المقابل»⁽¹⁾، ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن مبدأ حسن النية في مجال العقد يتميز بعدة خصائص منها توجيه الإرادة نحو تحقيق الغرض المباشر من العقد، وهذا ما يؤكد ضرورة أن يكون تعدي الغرض من العقد وفق مبدأ حسن النية للأطراف المتعاقدة، كما أن هذه السمة هي التي تميز مبدأ حسن النية عن الباعث الدافع ويبرز الاختلاف بينهما من حيث أن الباعث الدافع هو المحرك لتقوم النية بتوجيه الإرادة إلى الغرض المباشر من التعاقد، أي أن الباعث هو الذي يدفع النية نحو الهدف المراد تحقيقه وصوب الغاية، فالباعث الدافع هو الغرض البعيد غير المباشر الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد⁽²⁾، كما أن الاختلاف بينهما يتمثل في أن مبدأ حسن النية يحرص ويراقب على أن يكون الباعث الدافع إلى الاتفاق على تعدي الغرض من العقد مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب والقانون ومبادئ العدالة والعرف وعلى هذا الأساس يتم تحديد فيما إذا كان المتعاقد حسن النية أو سيء النية وذلك من خلال معرفة إذا كان الباعث مشروع فإن المتعاقد يكون حسن النية أما إذا كان الباعث غير مشروع فإن المتعاقد يكون سيء النية، فمبدأ حسن النية رقيب على مشروعية الباعث الدافع على تعدي الغرض من العقد.⁽³⁾

مما تقدم يتضح أن الأثر الذاتي له التأثير على مشروعية تعدي الغرض من العقد إلا أنها تواجه العديد من الصعوبات فكما سبق وأن اطلعنا أن مفهوم مبدأ حسن النية مرتبط بعنصري العلم والجهل، فالطرف المتعاقد حسن النية يجهل أنه يعتدي على حق الغير ويضر به، أما سيء النية فهو على علم أنه يعتدي على الغير ويضر به⁽⁴⁾، مما يعني أن الأطراف المتعاقدة إذا ما اتفقت على

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، مصدر سابق، ص 159.

(2) روزان طالب محمود السويطي، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، جامعة القدس، 2018م، ص 31.

(3) سليمة زواوي، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود، جامعة محمد الأول، وجدة، ص 31.

(4) نصت المادة رقم (1148) من القانون المدني العراقي على «1- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. 2- ولا تزال صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على الغير...». ونصت المادة رقم (1176) من القانون المدني الأردني على «يعد حسن النية من يحوز الشيء، وهو يجعل أنه يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية، ما لم يقم الدليل على غيره» والمادة (1177) منه نصت على «1- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير. 2- كما يزول حسن النية من وقت إعلان =

تعدي الغرض من العقد قد لا تكون على علم ما يترتب على هذا الاتفاق من ضرر يلحق بالغير، كما أن اثبات سوء النية وحسن النية أمر غاية في الصعوبة حيث أن الأصل هو حسن النية ومن يدعي العكس عليه الاثبات وهذا ما يتطلب الوقوف على الإرادة الباطنة للطرف المتعاقد⁽¹⁾، وهو أمر ليس سهلاً لأن الكشف عن النية واستحالة معرفتها في بعض الأحيان توجب على القاضي بالرجوع إلى الشخص نفسه لمعرفة حسن أو سوء نيته وذلك وفق قواعد العرف ومبادئ العدالة⁽²⁾، كما أنه لا يمكن الاخذ بالأثر الذاتي وحده لمعرفة حسن النية في الاتفاق على تعدي الغرض من العقد لأنه معيار غير مستقر وغير منضبط والقاضي يحدد مضمونه وفق كل حاله لوحدها مما يؤدي إلى أن يكون المعيار الذاتي أداة لتحكم القاضي والاختلاف في الأحكام رغم التشابه بين الوقائع كما أن تطبيق معيار حسن النية وفق المعيار الذاتي بمفرده بالنظر إلى النية المشتركة للأطراف المتعاقدة يؤدي إلى نتائج ظالمة⁽³⁾، فيكون من الطبيعي البحث عن حل خارج نطاق العقد من أجل معالجة التوازن العقدي في العقد⁽⁴⁾.

ونظراً للصعوبات سالفة الذكر في تطبيق الأثر الذاتي لمشروعية تعدي الغرض من العقد كان لابد من تطبيقه جنباً إلى جنب مع الاثر الموضوعي والذي سيكون موضوع الفرع القادم من المطلوب.

=الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى...». ونصت المادة رقم (965) من القانون المدني المصري على «1- يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ... 3- وحسن النية يفترض دائماً ما لم يتم الدليل على العكس». ونصت المادة (966) منه على «1- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير...».

(1) الإرادة الباطنة هي النية والقصد وتسمى الإرادة الحقيقية، أما الإرادة الظاهرة هي التعبير أو الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة بكلام أو بفعل. عز الدين محمد خوجه، مصدر سابق، ص51.

(2) نصت المادة رقم (2/150) من القانون المدني العراقي على «ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» وكذلك نصت المادة رقم (2/202) من القانون المدني الأردني على «ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف». ونصت المادة رقم (2/148) من القانون المدني المصري على «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

(3) سي اعمر أمينة وشاينة تركية، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود تأصيلاً وتحليلاً، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، 2018م، ص13-15.

(4) عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص89.

الفرع الثاني

الأثر الموضوعي في تعدي الغرض من العقد

إن المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال العلاقات العقدية، والذي يقصد به القيام بالتصرف بالاتفاق مع أحكام القانون والعرف ومبادئ العدالة، حيث أن القانون لا ينظر إلى التصرفات من حيث صحتها وعدم صحتها على وفق ما يعتقد الشخص فيها، وإنما ينظر إلى صحتها من وجهة نظر القانون والعرف ومبادئ العدالة إذا كانت تعدها مقبولة أو غير مقبولة، فالعبرة ليس بما يعتقد الشخص في تصرفه، فما يعتقد الشخص صحيح من وجهة نظرة قد تكون بمنظار المعيار الموضوعي الحقيقي النابعة من وجهة نظر القانون غير صحيحة، أن حسن النية فكرة أخلاقية خالصة، تمثل قاعدة للسلوك. تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، وبهذا المعنى تصبح هذه الفكرة فكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط أخلاقي للسلوك، يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع، أي أن حسن النية بالمفهوم الموضوعي يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات قواعد السلوك الأخلاقية، وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية، تتصف بالتجريد والعموم حتى ولو لم يتضمنها نص تشريعي كالوفاء بالعهد، الثقة المشروعة، الأمانة وشرف التعامل ومخالفة مقتضيات حسن النية، تتحقق لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به تلك المقتضيات، دون النظر لما إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أو لا يعلمه، فإمكان العلم يفيد سوء النية، ومن ثم المفهوم الموضوعي يتعدى حالة الجهل إلى العلم، والعلم المقصود هو امكانية العلم، لا العلم الحقيقي، وهذا ما يجعل المبدأ قاعدة سلوك⁽¹⁾، لقد أطلق جانب من الفقه على معيار حسن النية الذاتي أو الشخصي تعبير أمانة المتعاقد وأطلق على المعيار الموضوعي لحسن النية تعبير الأمانة العقدية.⁽²⁾

ويرى أحد شراح القانون أن القانون المدني العراقي إذا كان قد أخذ بمبدأ حسن النية في التنفيذ إلا أن ذلك لا يعني أنه تمسك بمعيار ذاتي بحث هاجراً المعيار الموضوعي الذي أقره

(1) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مصدر سابق، ص305. زيتوني فاطمة الزهراء، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2018م، ص35.

(2) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشبيد، ط1، مطبعة دار النهضة العربية، 1997م، ص198.

المشرع الألماني، فلا تعارض بين المعيارين بل يصح القول بأنهما متكاملان، وأن معيار حسن النية معيار ذاتي وموضوعي معاً، وعليه فإن حسن النية في تنفيذ العقود يقاس بالمعيارين الذاتي والموضوعي، فعلى المتعاقد أن يتجنب الخطأ تجاه المتعاقد الآخر، فإذا تجنب الخطأ العمد فمن الواجب عليه لكي يتصف بحسن النية تماماً أن يتجنب بالإضافة إلى ذلك خطأ الإهمال وهو الخطأ الذي يقدر كل عنصر به بمعيار موضوعي، وحسن النية أمر مفترض وهو قرينة قانونية عامة رغم أن المشرع لم يفترضه إلا في مواضع معينة وعلى ذلك لا يمكن نفيه إلا بأثبات سوء النية اثباتاً وهذا الإثبات يمكن أن يتم بجميع طرق الإثبات، وحيث أن حسن النية بصوره عامه حالة سلبية في الإنسان وان المفروض في كل فرد أن يتصف به فالإتصاف به شرط لنفي الخطأ وعدم تحقق المسؤولية وهذا ما يتأكد لدينا من خلال نص المادة رقم (150) من القانون المدني العراقي.(1)

من خلال ما تقدم نصل إلى النتيجة التي تتضمن أن مبدأ حسن النية لا بد أن يطبق وفق المعيار الذاتي والموضوعي في ذات الوقت، حيث أن هذين المعيارين يهدفان إلى منع المتعاقدان من القيام بالعمل الضار بمصلحتهما أو الوصول إلى الكسب غير المشروع سواء صدر هذا العمل عن قصد وتعمد من عدمه، وهذا ما يجب أن ينطبق في مجال تعدي الغرض من العقد حيث أن التعدي إلى هدف مغاير عن هدف العقد الأصلي لا بد أن يكون في مصلحة كلا الأطراف دون تحقيق مصلحة لأحد الأطراف على حساب الطرف الآخر أو الحاق ضرر بأحد المتعاقدين حيث أن التعدي لا بد أن يكون متوافق مع أرادة الأطراف المشتركة ولا بد أن يكون وفق معايير الأمانة والثقة المشروعة والوفاء بالعهد.

حيث أن التعدي إذا ما كان منطوي على عدم مراعاة مقتضيات حسن النية فإن ذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، وذلك انطلاقاً من المسؤولية العقدية التي تترتب على عدم تنفيذ العقد بحسن نية لأنها تمثل اخلال بالتزام عقدي.(2)

ان اتفاق الأطراف المتعاقد على تعدي الغرض من العقد لا بد أن يكون هذا الاتفاق منطوي على حسن النية وفق كلا المعيارين الذاتي والموضوعي أي لا بد أن لا تتوفر النية السيئة لدى الطرفين أو أحدهما في تحقيق التعدي وكذلك لا بد أن يكون الغرض الذي يتعدى له العقد مشروع

(1) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2012م، ص 97-98.

(2) د. على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 231.

من وجهة نظر القانون فاذا ما اتفق الأطراف على غلق الرهن (التأميني أو الحيازي) والذي يتمثل بإن عقد الرهن قد يتضمن اتفاق أو يلحق له اتفاق بين الأطراف المتعاقدة (الدائن المرتهن والمدين الراهن) على أن يمتلك المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون به عند حلول أجل الوفاء بالدين أن هذا الاتفاق تضمن تعدي للغرض الأصلي من عقد الرهن والذي يتمثل بالضمان إلى غرض آخر وهو التمليك، إن هذا الاتفاق على تملك المال المرهون يكون بثمن يحدده الطرفان لا يتناسب غالباً مع الثمن الحقيقي للمال المرهون ويقبل بذلك الراهن وذلك لحاجته للمال، ولذلك فإن القوانين المدنية عدة مثل هذا الاتفاق باطل.⁽¹⁾

وقد نص القانون المدني العراقي في المادة رقم (1301) على «لا يغلق الرهن فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون رهنًا تأمينيًا بالدين، أو بأي ثمن كان، ... حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن»⁽²⁾، ويتضح من النص المتقدم بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للعقار عند عدم وفاء الدين من قبل المدين الراهن في وقت حلول أجل الدين، وحكمة القانون المدني من النص على بطلان هذا الاتفاق هو حماية المدين الراهن من استغلال الدائن المرتهن حاجته إلى المال وقت عقد الرهن ومن ثم يصبح العقار المرهون ملك له بمجرد عدم قيام المدين بالوفاء عند حلول الأجل وهذا على حد سواء أن كان الثمن في مقابل الدين أو حتى وإن كان في مقابل ثمن أعلى من الدين، فيقبل المدين الراهن بهذا الاتفاق أما اعتماداً على قدرته على سداد الدين أو استخفافاً بالظروف التي قد تعجزه عن السداد، أو قد تكون قيمة المال المرهون أكثر من قيمة الدين بكثير يجعل الثمن أكبر من قيمة الدين (المضمون) ولكن لا يصل إلى قيمة المال المرهون ومن ثم يكون الاتفاق ليس من مصلحة المدين الراهن، وعليه عد القانون مثل هذا الاتفاق مخالف للنظام العام فهذا الاتفاق يكون باطل أياً كان الثمن المتفق عليه وكذلك كل اتفاق بين طرفي عقد الرهن يؤدي إلى تحقيق الغاية من الاتفاق على تملك المال المرهون، كما أن الحكم ببطلان هذا الاتفاق قد يكون لحماية الدائن المرتهن،

(1) مزيد من التفصيل ينظر: د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، مصدر سابق، ص4.

(2) الرهن الحيازي تطبق بشأنه ذات الأحكام التي تطبق بشأن غلق الرهن التأميني في القانون المدني العراقي وذلك بموجب نص المادة رقم (2/1341) منه والتي نصت على «والرهن الحيازي كالرهن التأميني ... وفي بطلان كل اتفاق يملك المرتهن المرهون عند عدم استيفائه للدين...».

مثال ذلك الاتفاق عند إبرام عقد الرهن على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون مع تحديد ثمن هذا المال المرهون، وعند حلول أجل الوفاء بالدين وعدم قيام الدائن الراهن بوفاء الدين المضمون بالرهن ونزلت قيمة المال المرهون كثيراً خاصة في حالة كون المال المرهون عقار، لذا عد هذا الاتفاق باطلاً ومخالفاً للنظام العام مما يعني أن كل صاحب مصلحة يجوز له أن يتمسك به أمام المحكمة وكذلك للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، إلا أن بطلان هذا الاتفاق لا يؤدي إلى بطلان عقد الرهن الأصلي وإنما يبقى صحيح ونافذ، مما يعني أن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد اذا كان باطلاً فإن هذا البطلان للاتفاق لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي، وإنما يبقى العقد صحيح نافذاً محقق للغرض الأصلي منه دون الغرض الذي تم الاتفاق على تعدي العقد له سواء كان هذا الاتفاق معاصر لأبرام العقد أو تم في وقت لاحق من إبرام العقد إلا اذا تبين أن هذا الاتفاق هو الدافع لأبرام عقد الرهن فيبطل كل من الاتفاق وعقد الرهن الأصلي⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة رقم (139) من القانون المدني العراقي حيث ورد فيها «اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً»⁽²⁾.

إن القانون الأردني نص في المادة رقم (1343) منه على «إذا اشترط في عقد الرهن تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه أن لم يؤده للراهن في الأجل المعين فالرهن صحيح والشرط باطل» نلاحظ أن القانون المدني الأردني حسم الأمر بشأن الاتفاق على تملك المال المرهون من

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، مصدر سابق، ص422. د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط4، مطبعة دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976م، ص112 وما بعدها. د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، مصدر سابق، ص5.

(2) نص المادة رقم (1/169) من القانون المدني الاردني « اذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا اذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي»، كذلك نص المادة رقم (149) من القانون المدني المصري نصت على « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للأبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع أو قابلا للأبطال فيبطل العقد كله»، ونص المادة رقم (1184) من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016م والتي ورد فيها «عندما لا يطل سبب البطلان إلا شرطاً أو عدة شروط في العقد فلا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد كله إلا اذا كان هذا الشرط أو هذه الشروط قد شكلت العنصر الدافع لتعهد الأطراف أو احدهم».

خلال عدّه شرط⁽¹⁾ يدرج في العقد وحكم بصحة العقد وبطلان مثل هذا الشرط، أي إن موقفه جاء مشابه إلى موقف القانون المدني العراقي، كما أن القانون المدني المصري لم يختلف عن موقف نظيره كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني في حكم الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن في وقت حلول أجل الدين وعدم تمكن المدين الراهن من الوفاء حيث نص في المادة رقم (1/1052) منه على «يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، ... ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن»⁽²⁾.

أما عن موقف القانون المدني الفرنسي فهو الآخر عدّ الاتفاق بين أطراف عقد الرهن والذي يتمثل بتملك المال المرهون اتفاق مخالف للنظام العام، فأى اتفاق بين أطراف عقد الرهن يملك الدائن المرتهن بموجبه المال المرهون يكون باطلاً وذلك استناداً إلى نص المادة رقم (2/2078) القديمة من القانون الفرنسي والتي ورد فيها «كل بند يجيز للدائن تملك الشيء المرهون أو التصرف به دون القيام بالإجراءات المتقدمة ذكرها يكون باطلاً» كما أن القانون المدني الفرنسي حكم أن بطلان بند تملك المال المرهون لا يؤدي إلى بطلان عقد الرهن الأصلي طالما أن هذا العقد قد وقع لسبب حقيقي مشروع وهذا ما أكده القرار القضائي الفرنسي / مدنية 1 / 4 كانون الأول/ديسمبر/ 2001 والذي نص على «إذا كان بطلان بند تملك المال المرهون لا يتناول سوى هذا البند فالأمر يختلف عندما يشكل هذا الأخير السبب الدافع لأجراء العقد الموجب إذ يمتد حينئذ بطلانه إلى العقد بكامله»⁽³⁾.

(1) عدّ القانون الأردني الاتفاقات التي تقترب بعقد الرهن والتي تتعلق بالاتفاق على تملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن شروط مخالفة للقانون تقترب بالعقد أو ما تسمى بشروط التقييد إلا أنه رغم وصف الفقه لهذه الاتفاقات بالشروط وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني اعتمدنا المصطلح التشريعي الذي أخذ به القانون المدني العراقي في المادة رقم (1301) منه والتي ورد فيها «...يقع باطلاً كل اتفاق... حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم...» وكذلك القانون المدني المصري في المادة رقم (1/1052) منه والتي ورد فيها «يقع باطلاً كل اتفاق... لو كان هذا الاتفاق قد أبرم...». كاظم عبيد حمادي، بحث بعنوان التمييز بين شرطي التقييد والتعليق (دراسة قانونية مقارنة بالشرعية الإسلامية)، مقدم إلى كلية القانون- جامعة القادسية، 2017م، ص16. د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، مصدر سابق، ص3.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، مصدر سابق، ص423.

(3) أشار إليه فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1958-1960.

إلا أن المشرع الفرنسي في القانون رقم (346) لسنة 2006 ألغى نص المادة رقم (2078) وحل محلها المادة رقم (2348) والتي نصت على «يمكن الاتفاق عند إنشاء رهن الحيازة أو بتاريخ لاحق، على أن يصبح المال المرهون ملكاً للدائن في حال التخلف عن تنفيذ التزام إيفاء الدين المضمون. تحدد قيمة المال يوم انتقال الملكية استناداً إلى تقرير خبير يعين ودياً أو قضائياً، في حال غياب تسعيرة رسمية للمال في سوق مالية منظمة وفقاً لأحكام قانون النقد والمال، يعد كل بند مخالف كأنه لم يكن. عندما تتجاوز هذه القيمة مقدار الدين المضمون، فإن الفرق يدفع إلى المدين أو يودع لحساب الدائنين الآخرين المرتهنين إذا وجدوا»⁽¹⁾

يتضح من النص أعلاه أن القانون الفرنسي قد أجاز الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على تملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن سواء إبرم هذا الاتفاق عند إبرام عقد الرهن أو لاحقاً، ولكن بشرط أن المال المرهون يحدد ثمنه من قبل خبير يختاره الطرفان أو يعين قضائياً إذا لم يكن ثمن المال المرهون سواء كان عقاراً أو منقولاً بوثائق رسمية، هذا يعني أن الاتفاق بين طرفا عقد الرهن، الدائن المرتهن والمدين الراهن على تملك المرهون مع تحديد للسعر من قبلهما سواء كان اقل من الدين المضمون أو أكبر فإنه يعد كأنه لم يكن حسب نص المادة أعلاه، فالقانون المدني الفرنسي على وفق هذا التعديل أراد أن يحافظ على عقد الرهن فقرّر عدم بطلانه بصورة مطلقة، عند اقترانه باتفاق يتضمن تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم تنفيذ المدين الراهن الالتزام المضمون، إذ قرر القانون بطلان هذا الاتفاق في حال لم تتحقق الضمانات التي حددها في هذه المادة وعد هذا الاتفاق صحيحاً إذا التزم الطرفان بهذه الضمانات لأنها تحقق حماية المدين الراهن وعدم استغلاله من قبل الدائن المرتهن. فالقانون المدني الفرنسي اشترط عدم تحديد ثمن المرهون من قبل طرفي عقد الرهن، بل يحدد على وفق الضمانات التي حددها في المادة أعلاه التي توفر حماية الراهن، فإذا تحققت هذه الضمانات تحقق عدم استغلال الراهن وحمايته وفي الوقت ذاته يبقى عقد الرهن صحيحاً. بعبارة أخرى أن القانون المدني الفرنسي لم يجعل الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن باطلاً في جميع الحالات وبصورة مطلقة كما كان في السابق قبل ٢٠٠٦م، وحسب المادة رقم (٢٠٧٨) القديمة الملغية، وإنما جعل هذا الاتفاق على وفق التعديل الصادر بموجب المادة رقم (٢٣٤٨) باطلاً وكأن لم يكن في حال عدم التقييد بالضمانات الواردة فيها التي

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 2091.

حددها المشرع من أجل تجنب استغلال الراهن، وعليه يكون باطلاً الاتفاق على تملك المرهون مقابل ثمن يتفق عليه طرفا عقد الرهن عند إبرام عقد الرهن، أو بثمن مساو للدين المضمون، أو الاتفاق على ثمن يقدر خلافاً لما نص عليه هذا التعديل إذ تعد هذه الاتفاقات باطلة وكأن لم تكن لأنها جاءت مخالفة للآثار التي رتبها القانون على عقد الرهن، ومعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، عندها يُبطل هذا الاتفاق.⁽¹⁾

من خلال ما تقدم نلاحظ أن القانون المدني الفرنسي في التعديل لسنة 2016م قد خالف كل من القوانين المدنية العربية موضوع المقارنة من خلال اجازته لتملك المرهون من قبل الدائن المرتهن في حالة عدم قيام المدين الراهن الوفاء بالالتزام المضمون به ولكن وفق شروط حددها وأن النتيجة التي نستخلصها من ذلك أن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد في عقد الرهن وذلك بتملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن أي تعدي غرض عقد الرهن من الضمان إلى التمليك غير مشروع في القوانين العربية إلا أنه مشروع في القانون المدني الفرنسي وفق الشروط التي حددها في المادة رقم (2348) منه، كما أن النتيجة التي نتوصل لها من أن الاتفاق على تعدي الغرض من العقد حتى يكون مشروعاً لا بد أن يكون ذلك من خلال تطبيق كلا المعيارين الذاتي والموضوعي لمبدأ حسن النية حتى نحكم على مشروعيته وإذا ما خالف ذلك فإن التعدي يكون غير مشروع ويحكم عليه بالبطلان مع بقاء العقد الأصلي صحيح محقق للغرض الأصلي منه، إلا إذا كان الاتفاق على تعدي الغرض الأصلي من العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد وكان هذا الاتفاق غير مشروع لمخالفته لمبدأ حسن النية فإن ذلك يؤدي إلى الحكم على العقد الأصلي بالبطلان.

المبحث الثاني

المصلحة في تعدي الغرض من العقد وتطبيقاته

إن المصلحة التي تتحقق للأطراف المتعاقدة من تعدي الغرض من العقد، هو تحقيق أكبر قدر من المصلحة للأطراف المتعاقدة من العقد وهذا سيكون موضوع المطلب الأول من المبحث

(1) د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، مصدر سابق، ص6.

أما المطلب الثاني فسوف نخصه للبحث في تطبيقات تعدي الغرض من العقد وذلك على النحو الآتي: -

المطلب الأول

المصلحة في تعدي غرض العقد

إن مفهوم المصلحة في العقد يرتبط بمفهوم المنفعة في العقد، فالمصلحة تتحقق للأطراف المتعاقدة من خلال إبرام العقد، فالمصالح والمنافع هي ما يقصده ويهدف اليه المتعاقد من وراء إبرام العقد من العقود، فالمصلحة ماهي إلا جلب المنفعة ولكن في حدود القانون، ومن أجل جلب المنفعة في العقد قد يتفق الأطراف على تعدي الغرض من العقد وذلك من خلال ادراج شرط في العقد حتى تتحقق المنفعة من التعدي لكلا الأطراف المتعاقدة، وهذا ما سنبحثه في الفرعين القادمين، حيث نبحت في الفرع الأول المصلحة في تعدي غرض العقد المشروط، والفرع الثاني نبحت فيه المصلحة في تعدي غرض العقد غير المشروط على النحو الآتي: -

الفرع الأول

المصلحة في تعدي غرض العقد المشروط

يعرف الشرط بصورة عامة «هو ما يتوقف الشيء عليه وجوداً أو صفهً دون أن يكون جزء من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ويلزم من وجوده الوجود»⁽¹⁾.
من خلال التعريف يتضح أن الشرط خارج عن حقيقة الشيء أو العقد وليس جزء منه ولكن لا يلزم من وجوده وجود الشيء أو العقد، ولكن عدمه يؤدي إلى عدم وجود الشيء أو العقد⁽²⁾.
إن الشرط في الفقه القانوني له معان ثلاثة:

أولاً-الشرط القانوني: وهو الذي يفرضه المشرع من أجل ترتيب اثره قانونياً معين أن مثال الشرط الذي يضعه المشرع لصحة إبرام العقد من قبل المتعاقدين أن يكونا متمتعاً بالأهلية

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام في القوانين المدنية العربية (الأوصاف- الانتقال- الانقضاء)، ط1، مطبعة مكتبة زين الحقوقية، 2019م، ص11.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص58.

القانونية اللازمة في إبرام العقد كما ولا بد أن يكون رضا الأطراف المتعاقدة خالياً من العيوب أو اشتراط وقوع الضرر لاستحقاق التعويض أو اشتراطه لاستحقاق الوارث للميراث موت المورث، وغيرها من الشروط التي يكون القانون المصدر لها من غير أن يكون للإرادة دور في الاتفاق على ثبوتها أو خلافها، فهي شروط يتطلبها القانون من أجل اكتمال الحق، فوجوده لا يكتمل ولا يترتب عليه أثر لولا هذه الشروط، فاذا توفرت ثبت أثر الحق من وقت تحققها دون أن يكون لها أثر رجعي⁽¹⁾، وهذا الشرط خارج نطاق بحثنا لأن مصدره القانون لا إرادة الأطراف المتعاقدة.

ثانياً- شرط التعليق: «هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله»، فاذا ترتب على وقوع الشرط وجود الالتزام كان الشرط واقفاً، أما إذا ترتب على وقوع الشرط زوال الالتزام كان موجوداً فعلاً قبل وقوع الشرط، كان الشرط فاسخاً.⁽²⁾

ان من الشروط التي يتفق الأطراف على ادراجها في العقد، هو شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يعرف «اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع ولو تم تسليمه إلى أن يستوفي كامل الثمن».⁽³⁾

لقد اثاره مسألة مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية جديلاً في القانون والفقهاء الحديث، فقد تردد بعض في البداية في صحة شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه يناهض حق الملكية في عقد البيع، حيث أن الأثر الذي يترتب عليه هو وجود المال محل عقد البيع في يد من لا يملكه الذي يعتقد أنه مالك للمال ويتعامل على ذلك الأساس في حين أنه يعد غير مالك له وان سبب هذا التردد والاعتراض حول مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية في القانون والفقهاء مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذ يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن مثل هذا الشرط منافي لمقتضى عقد البيع الذي يجب أن ينعقد مستوفي لجميع شروط لزومه وصحته ونفاذه وان يترتب عليه انتقال الملكية في الحال بمجرد انعقاد العقد من البائع إلى المشتري، فقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين أمرين: الأمر الأول، شرط البائع على المشتري

(1) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص14.

(2) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، ص7.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الاموال (دراسة مقارنة)، ط3، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006م، ص169.

عدم التصرف بالمبيع مطلقاً هذا الشرط بأجماع الفقهاء مخالف لمقتضى عقد البيع ويكون باطل، والأمر الآخر شرط البائع على المشتري عدم التصرف بالمبيع حتى سداد الثمن المؤجل، أن هذا الشرط اذا كان لمسوغ مشروع مثل ضمان الوفاء في تسديد الثمن كان صحيحاً⁽¹⁾

إن القوانين المقارنة موضوع البحث تعدّ الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية صحيح حيث نصت المادة رقم (1/534) من القانون المدني العراقي على «إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع»، وكذلك نصت المادة رقم (1/487) من القانون المدني الأردني على «يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع»، وكذلك نص القانون المدني المصري في المادة رقم (1/430) على «إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع».

أما عن موقف القانون المدني الفرنسي فالفقه يرى أن مثل هكذا اتفاق يعد صحيحاً وذلك لأن كل من نص المادة رقم (1138) من القانون المدني الفرنسي على «يكون التزام الشيء تاماً برضاء الأطراف المتعاقدين وحده. وهو يجعل الدائن مالكاً ويحمله مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسليمه، ولو لم يتم التسليم على الاطلاق، إلا اذا كان المدين قد أُنذر بوجوب التسليم ففي هذه الحالة يتحمل هذا الأخير مخاطر الشيء» ونص المادة رقم (1583) من القانون المدني الفرنسي على «يكون البيع تاماً بين الفرقاء والملكية مكتسبه حتماً للشاري تجاه البائع، منذ أن تم الاتفاق على الشيء والثمن رغم عدم تسليم الشيء أو أداء ثمنه بعد»⁽²⁾، واللذان تربطان نقل ملكية المبيع في عقد البيع بمجرد انعقاد العقد ليستا من القواعد الآمرة، وعلى أثر انتشار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع في الحياة العملية اضطر المشرع الفرنسي إلى تنظيم أثر هذا الشرط وبصورة خاصة اذا افلس المشتري وذلك بالقانون المرقم (12) مايو 1980.⁽³⁾

لقد تباينت وتعددت الاتجاهات حول الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية فقد انقسمت

إلى اتجاهين: اتجاه عدّه شرطاً واقفاً واتجاه آخر عدّه شرطاً فاسخاً.⁽⁴⁾

(1) عادل أحمد الجسيمي، مصدر سابق، ص 26.

(2) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1096 - 1536.

(3) أشار إلى ذلك د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 170.

(4) عادل أحمد الجسيمي، مصدر سابق، ص 35.

الاتجاه الأول: عدُّ شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً يتمثل في تسديد كامل الثمن من قبل المشتري، فيتوقف على تحقيق هذا الشرط تحقق وجود البيع ذاته فلا ينعقد عقد البيع قبل تسديد كامل الثمن ويبقى البائع مالك للشيء المباع ولا تنتقل ملكيته إلى المشتري، وأن عد شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً يترتب عليه عدُّ عقد البيع موجود غير نافذ، موجود يعني أن من حق الدائن أن يتخذ الإجراءات التحفظية وفي حالة وفاة الدائن في ظل هذا الشرط فإن حقوقه والتزاماته تنتقل إلى الورثة لأنه التزام موجود، وغير النفاذ يعني التزام غير المستحق فلا يقبل التنفيذ الجبري وكذلك لا يخضع للتقادم المسقط.⁽¹⁾

الاتجاه الثاني: عدُّ شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً يصبح المشتري مالكا للمال المباع في الحال ملكية تامة إلا أنها ملكية مهددة بالزوال طيلة المدة المتفق عليها في حال عدم تسديد كامل الثمن وتعود ملكية المال المباع إلى البائع، حيث يترتب على الشرط الفاسخ نقل الملكية ومن ثم إعادة نقل هذه الملكية.⁽²⁾

الاختلاف بين الاتجاهين وفق الاتجاه الأول حق المشتري ما هو إلا حق موجود ولكنه غير مؤكد الوجود أما وفق الاتجاه الثاني فإن حق المشتري ملكية تامة مهددة بالزوال.⁽³⁾ إلا أن الرأي الذي اتفق عليه الفقه والقضاء هو أن شرط الاحتفاظ بالملكية ما هو إلا شرط يحتفظ البائع بموجبه بملكية المبيع حتى تسديد كامل الثمن من قبل المشتري، أي هو شرط يؤخر انتقال الملكية من البائع إلى المشتري لحين الوفاء بالثمن، أي أننا أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس في تكوين العقد.⁽⁴⁾

أن هذا الشرط درج في عقود البيع المنصبة على المنقولات وغير المنقولات على حد سواء فقد درج في عقد بيع الأراضي والمحلات التجارية والدور وكذلك عقد بيع الآلات الميكانيكية التلفزيونات والدراجات والآلات الكاتبة وغيرها من المنقولات وأن إدراج مثل هكذا شرط في عقد البيع يضيء على عقد البيع غرض الضمان، فقد استقر الفقه على عدُّ شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان

(1) مقال بعنوان شرط الاحتفاظ بالملكية، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح: <https://universitylifestyle.net/> تاريخ الزيارة 2020/7/14.

(2) مقال بعنوان شرط الاحتفاظ بالملكية، المصدر نفسه.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، 183.

(4) شر ابن حمزة، رسالة ماجستير بعنوان (الملكية كوسيلة لدعم الائتمان) مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2008م، ص 77.

تبعي أي إنه وسيلة لضمان الوفاء بالحق⁽¹⁾، فالبائع في حالة افلاس المشتري له الحق في المطالبة باسترداد الشيء المبيع على وصفه مالك له ومن ثم يتجنب مزاحمة باقي الدائنين للمشتري، يتبين لنا أن ما يترتب على ادراج شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع هو تعدي غرض عقد البيع من تمليك العين إلى الضمان، أن هذا النوع من الضمان في عقد البيع تلجأ إليه الشركات التي تبيع السلع بالتقسيط، فإن هذه الشركات احتفاظها بملكية المبيع لغاية استيفاء الثمن من المشتري توفر ضمان بقدر أكثر من فسخ عقد البيع بعد انتقال الملكية إلى المشتري.⁽²⁾

النتيجة التي نتوصل لها أن الأطراف المتعاقدة تستطيع من خلال إدراج شرط التعليق سواء كان واقفاً ام فاسخاً في عقد البيع أن تصل إلى تعدي الغرض من عقد البيع أي يتعدى غرض العقد من تمليك العين إلى الضمان، فشرط التعليق سواء الواقف أو الفاسخ كلاهما يحقق الضمان للبائع فالشرط الواقف يحقق للبائع الضمان من خلال بقاءه محتفظ بالملكية حتى الوفاء بكامل ثمن المبيع من قبل المشتري، والشرط الفاسخ يعطي للبائع الحق في استرداد المبيع وإعادة الحال إلى ما كانت عليه في حالة إخلال المشتري في الوفاء بكامل ثمن المبيع.

ثالثاً- شرط التقييد: عرف «هو الشرط المقترن بالعقد والذي يضاف بإرادة الأطراف المتعاقدة ليغير بعض احكامه العامة»⁽³⁾، وهذا الشرط لا تأثير له على اصل العقد بالبقاء أو الزوال فهو جزء من العقد وبند من بنوده⁽⁴⁾، وكذلك عرف بأنه «التزام مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد حكم العقد تغييراً أو تعديلاً أو اضافة»⁽⁵⁾. فالمقيد هو حكم العقد والقيود هو ما التزم به العاقدان من شرط فضلاً عن حكم العقد الأصلي، فالعقد في حالة شرط التقييد هو عقد منجز تم إبرامه غير معلق على وجود شيء، لان التقييد يعني

(1) M. Cabrillac, art. Préc. N0. 20 et s. F. Perochon, la reserve de propriété dans la vente de meubles corporels these. Montpellier, 1987, Bibl. Dr, entreprise, t, 12, préf.J.M. Mousseron.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، ج4، مصدر سابق، ص 421. د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 177-206.

(3) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص134.

(4) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص294.

(5) ايمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص21.

وجود للشيء المقيد، والتقييد يصاغ عادة بعباراة «على أن» أو «بشرط أن» أو «على شرط أن» وغير ذلك⁽¹⁾، والشرط وفق هذا المعنى يتعلق بموضوع بحثنا تعدي الغرض من العقد فهو يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف المتعاقدة.

لقد نصت المادة رقم (131) من القانون المدني العراقي على شرط التقييد (الشرط المقترن بالعقد) حيث جاء فيها «1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جارياً به العرف والعادة. 2- كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا لغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً» وقد انفرد القانون المدني العراقي بهذا النص بالنسبة للقوانين المقارنة موضوع البحث.

من خلال النص أعلاه يتضح أن شرط التقييد (الشرط المقترن بالعقد) ينقسم على نوعين من الشروط: شرط صحيح وشرط غير صحيح، والشرط الصحيح هو الشرط الجائز اقترانه بالعقد فهو موافق للعقد ويحقق آثار العقد بأن يلزم المتعاقدين الوفاء به⁽²⁾، وهو بدوره ينقسم إلى عدة أقسام هي:⁽³⁾

1- الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد: وهذا الشرط الأطراف المتعاقدة لا تضيف من خلاله شيء جديد على حكم العقد، وإنما يكون متفق مع حكم العقد ومؤكّد ومبين له⁽⁴⁾، مثال ذلك اشتراط البائع استلام المبيع من قبل المشتري⁽⁵⁾، كذلك هذا النوع من شرط التقييد خارج نطاق بحثنا حيث أن حكم العقد يبقى كما هو دون تغيير.

(1) د. مصطفى أحمد الزرقا، مصدر سابق، ص567. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص70.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص297. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، المصدر نفسه، ص66.

(3) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص61.

(4) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص67.

(5) نصت المادة رقم (586) من القانون المدني العراقي على «1- يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها». ونصت المادة رقم (488) من القانون المدني الأردني على «يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية». وكذلك نصت المادة رقم (431) من القانون المدني المصري على «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع».

2- **الشرط الملائم للعقد:** وهو الشرط الذي لا يتطلبه العقد وإنما يقرر حكم العقد ويؤكدده من حيث المعنى بل هي من مصلحة العقد وكذلك تتعلق بها مصلحة الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾، مثال ذلك شرط دفع العربون في عقد البيع فإن نفذ المشتري العقد عدُ جزء من ثمن المبيع وان نكل عدُ جزءاً للنكول⁽²⁾، وهذا النوع من الشرط كذلك خارج موضوع البحث.

3- **الشرط الذي جرى به العرف:** وهو الشرط الذي تعارف عليه الناس، وأن كان غير ملائم للعقد أو مما ثبت النص عليه أو مما يقتضيه العقد، مثال ذلك تعارف الناس على اشتراط أن يكون النقل على البائع أو على المشتري للمبيع⁽³⁾، وهذا النوع من الشرط كذلك خارج موضوع البحث.

4- **الشرط الذي فيه منفعة:** وهو الشرط الذي فيه منفعة معلومة لاحد العاقدين أو الغير وأن كان ليس من مقتضى العقد، مثال ذلك اشتراط البائع على المشتري الانتفاع بالمبيع لمدة معلومة كسكن الدار المبيعة⁽⁴⁾، هذا الشرط يدخل في موضوع بحثنا، حيث سبق وذكرنا بالبحث السابق من العقد أن تعدي الغرض من العقد يكون الغاية منه هو تحصيل المنفعة لكلا المتعاقدين أو احدهما على الأقل والذي يترتب عليه تغيير في حكم العقد الأصلي، وهذا ما يترتب على شرط التقييد الذي فيه منفعة، والنتيجة التي نستخلصها من نص المادة رقم (131) سالفه الذكر أن الشرط لا بد أن يكون غير مخالف للقانون أو النظام العام والآداب والا فإن الشرط يعد لاغٍ كأنه لم يكن ويثبت حكم العقد الأصلي مالم يكن الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد ففي هذه الحالة يبطل العقد والشرط، وأن الشرط المخالف للقانون والنظام العام والآداب هو الشرط غير الصحيح (الباطل)⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج3، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1954م، ص 80. د. محمد سلام مذكور، مصدر سابق، 656.
(2) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص68.
(3) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، مصدر سابق، ص297.
(4) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص70.
(5) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص67.

صفوة القول إن الأطراف المتعاقدة تستطيع الاتفاق على تعدي الغرض من العقد من خلال إضافة الشروط التي تراها مناسبة إلى العقد ولكن في حدود القانون والنظام العام والآداب، ومن هذه الشروط كما ذكرنا سابقاً وفق القانون المدني الأردني غلق الرهن عدّه شرطاً وليس اتفاقاً كما في القوانين المقارنة موضوع البحث كما وعدّه شرطاً باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب.(1)

إن من الشروط التي لا بد أن نتطرق لها هو شرط المنع من التصرف الذي يمس سلطات المالك للحق العيني، حيث أنه يقيد حق الملكية في حدود معينة، فسلطة التصرف في الشيء المملوك هو أكثر ما يميز حق الملكية عن سواه من الحقوق العينية، وشرط المنع من التصرف يحرم المالك من هذا الحق، أن شرط المنع من التصرف غالباً ما يرد في عقود الهبة وفي الوصية، فمركز الواهب يسمح له بأن يضع مثل هذا الشرط على الموهوب له، وفي بعض الأحيان النادرة في الحياة العملية يرد شرط المنع من التصرف في عقود المعاوضة، كعقد البيع،(2) فهل يؤدي هذا الشرط اذا ورد في العقد إلى تغيير في غرض العقد ومن ثم يعد من قبيل تعدي الغرض من العقد أم أن الغرض يبقى كما هو دون تغيير رغم ورد شرط المنع من التصرف فيه؟، هذا ما سنتعرف عليه في القادم من البحث.

إن الأصل عدم مشروعية ورود شرط المنع من التصرف لان فيه حرمان للمالك من ممارسة سلطته التصرف في ملكه، وهو جوهر حق الملكية وكذلك مثل هذا الشرط يضر المصالح الاقتصادية، فهو يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال مما يعطلها عن أداء الوظيفة الاقتصادية لها، ولكن بسبب الانتشار لشرط المنع من التصرف في الحياة العملية فقد اضطر المشرع إلى مسايرة الواقع واجازة بعض صور شرط المنع من التصرف وذلك وفق شروط تجعل منه اقل ضرر بالمصلحة الاقتصادية دون أن يكون فيه اهدار لحق الملكية.(3)

إن القانون المدني العراقي لا يوجد فيه نص يشير بصراحة إلى شرط المنع من التصرف، إلا أنه توجد فيه نصوص متفرقة تعد من تطبيقات شرط المنع من التصرف من هذه المواد المادة

(1) نصت المادة رقم (1343) من القانون المدني الأردني على «إذا اشترط في عقد الرهن تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه أن لم يؤده للراهن في الاجل المعين فالرهن صحيح والشرط باطل».

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م، ص 44.

(3) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، ط7، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م، ص 51.

رقم (611) «تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط، فلو وهب مالاً لآخر بشرط أن يؤدي دينه المعلوم المقدار أو بشرط إن يقوم بنفقته إلى يوم وفاته، لزمت الهبة فإن لم يقم الموهوب له بالشرط كان للواهب أما أن يطالبه بالتنفيذ أو أن يفسخ الهبة». وكذلك المادة رقم (1070) منه تنص على «لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة اطول أو مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين، وينفذ شرط البقاء في الشيوخ في حق الشريك وفي حق من يخالفه»، وذلك على وفق القواعد العامة بالنسبة للشروط التي تقتزن بالعقد التي نصت عليها المادة رقم (131) من القانون المدني العراقي أنفة الذكر والمتمثلة بعدم مخالفة القانون والنظام العام والآداب، وعليه فإن شرط المنع من التصرف يكون مشروعاً في القانون المدني العراقي إذا كان يحقق مصلحة مشروعة جديدة للمتصرف أو المتصرف إليه وإذا كان لمدة معقولة أي مؤقتاً، ويخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وذلك حسب وقائع وظروف كل قضية.⁽¹⁾

أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة رقم (1028) منه على شرط المنع من التصرف حيث جاء فيها «ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محدودة» لقد أكد على الشروط الواردة في هذه المادة وكذلك في المادة التي تليها رقم (1029) حيث نصت على «يقع باطلاً كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوفر فيه أحكام المادة السابقة».⁽²⁾

كذلك القانون المدني المصري فقد نص على شرط المنع من التصرف في المادة رقم (823) والتي جاء فيها «1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبيناً على بائع مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة. 2- ويكون البائع مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير. 3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف

(1) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص109. د. محمد علي صاحب و د. أسماء صبر علوان، الحقوق العينية الاصلية، ج1، 2018م، ص 35-36.

(2) د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص51.

إليه أو الغير»، وكذلك أكد على الشروط الواردة في هذه المادة في المادة التي تليها رقم (824) حيث نصت على «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً».(1)

أما موقف القانون المدني الفرنسي فقد أجاز شرط المنع من التصرف في حالات استثنائية، والتي منها أجاز للوالدين التبرع إلى أولادهم بكل أو بعض أموالهم عن طريق الهبة أو الوصية مع اشتراطهم عليهم منع التصرف فيها طيلة مدة حياة الوالدين ضماناً لمستقبل أحفادهم في المادة رقم (1048) من القانون المدني الفرنسي القديم(2)، والتي جاء فيها «ان الأموال التي يحق للأباء والامهات أن يتصرفوا بها يجوز لهؤلاء أن يعطوها كلياً أو جزئياً لولد أو أكثر من أولادهم بموجب الهبات بين الأحياء أو الوصايا مع تكليف المتبرع لهم برد هذه الأموال إلى أولادهم المولدين والذين سيولدون في الدرجة الأولى فقط».(3)

نستخلص من موقف القوانين المدني المقارنة موضوع البحث يشترط لصحة شرط المنع من التصرف لابد أن تتوفر فيه شروط والتي هي:

- 1- أن يكون الباعث مشروعاً: ويقصد به أن تكون هناك مصلحة جدية مشروعة قانوناً للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير، وأن هذه المصلحة يقدرها القاضي بحسب ظروف كل حالة بحيث تنهض في رأيه مبرراً كافياً للتقييد سلطة تصرف المالك في ملكه خلافاً للقواعد العامة.(4)
- 2- أن يكون المنع من التصرف لمدة معقولة (مؤقتة): وان المدة تكون معقولة وأن كانت طيلة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير، فهذا الشرط لا يصح فيه التأييد ولا يجوز أن يكون لمدة طويلة تتجاوز الحاجة التي تتطلبه، أن تقدير المدة من حيث كونها معقولة من عدمه متروكة للقاضي حسب تقديره وفقاً لكل حالة من ناحية الظروف.(5)

(1) د. محمد علي صاحب و د. أسماء صبر علوان، مصدر سابق، ص 34.

(2) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص 107.

(3) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 981.

(4) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 107. د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 45.

(5) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية (الملكية)، 2009م، ص 75.

محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر نفسه، ص 108. د. محمد علي صاحب و د. أسماء صبر علوان،

مصدر سابق، ص 35.

إن شرط المدة المعقولة أو المحدد لصحة شرط المنع من التصرف ينفي التناقض بينه وبين مضمون حق الملكية، ومن ثم فإن اشتراطه في عقد من عقود المعاوضة كعقد البيع أو عقد الهبة فإنه لا يؤدي إلى تغيير الغرض في هذه العقود وإن قيد الحق لمدة من الزمن إلا أن الغرض بقي كما هو التمليك دون تعديدية إلى غرض آخر من الأغراض، ومن ثم فإن شرط المنع من التصرف على وفق المفهوم المتقدم الذي تناولناه فهو يخرج من نطاق تعدي الغرض من العقد ولا يعدُّ صورة من صورة رغم تقييد الحق لمصلحة احد الأطراف المتعاقدة لمدة من الزمن.(1)

لابد أن نذكر الفارق بين شرط المنع من التصرف وشرط الاحتفاظ بالملكية، حيث أن البائع الذي يشترط الاحتفاظ بالملكية للشيء محل عقد البيع يكون بمركز أقوى من البائع الذي يشترط المنع من التصرف على المشتري في الشيء محل عقد البيع، فالمشتري في حالة شرط المنع من التصرف يكون له سلطات المالك من حيث الانتفاع والاستغلال بالشيء محل عقد المبيع من دون سلطة التصرف، في حين لا يكون للمشتري في حالة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية اي من سلطات حق الملكية، كما أن للبائع الحق في استرداد الشيء المبيع من المشتري وكذلك من يد الدائن الحاجز في حالة عدم الوفاء بكامل الثمن من قبل المشتري، بينما لا يكون للبائع الحق في استرداد الشيء المبيع من المشتري في حالة اشتراط المنع من التصرف إلا بعد الحكم بفسخ عقد البيع، كما أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو من شروط التعليق في حين شرط المنع من التصرف من شروط التقييد.(2)

الفرع الثاني

المصلحة في تعدي غرض العقد غير المشروط

إن العقد ما هو إلا وسيلة لتبادل المنافع المادية أو لتبادل الخدمات التي تتقرر بموجب العقد على الطرفين المتعاقدين، فالتقاء إرادة الأطراف المتعاقدة في العقد يكون بخصوص موضوع معين أو عمل مادي معين يرى كل طرف في تحقيقه فائدة تعود عليه، وكل اتفاق لا تكون فيه المنفعة

(1) د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص52.

(2) عادل أحمد الجسمي، مصدر سابق، ص34.

المادية موضوع له لا يعد عقد من وجهة نظر القانون، وإذا كان الأساس بالعقد هو المنفعة⁽¹⁾، التي تعود على طرفيه فلا بد أن يكون في تعدي الغرض من العقد من المنفعة التي تغلب المنفعة التي تتحقق من العقد الأصلي لكلا الأطراف المتعاقدة، أي أن المنفعة التي تعود على الأطراف المتعاقدة من الاتفاق على تعدي الغرض من العقد هي التي تبرر هذا التعدي وتعطيه القوة الملزمة له وتكون سند لمشروعيته، فإذا ما كان تعدي الغرض من العقد خالي من المنفعة التي تعود على الأطراف المتعاقدة فإنه لا يكون هناك مبرر منه، ذلك لأن العقد بالأساس إذا ما خلا من المنفعة أو الفائدة لأطراف فإنه يعد بلا مبرر، كما أن القضاء لا يتدخل في هذه الحالة لا عطاء العقد القوة التنفيذية له، كما أن القانون الوضعي يعطي القوة التنفيذية للعقد في حالة إذا ما كان مفيد على الأقل لأحد الأطراف المتعاقدة⁽²⁾، لذا وضعت نظرية التعسف في استعمال الحق من أجل انقاذ العقد في حدود الفائدة المتحققة من العقد، وهذا يعني أن الأمر سيان في حالة تعدي الغرض من العقد فإن القانون لن يسبغ عليه المشروعية إلا إذا عاد بالنفع ولو على أحد الأطراف المتعاقدة على الأقل⁽³⁾.

إن المنفعة في نطاق العقد تطلق ويراد بها المقصد الأصلي الذي يهدف الأطراف المتعاقدة إلى تحقيقه من العقد أو هو ما يعرف بالغاية النوعية من العقد، حيث أن منفعة العقد هي «المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله، وهذا الموضوع واحد وثابت غير مختلف في كل افراد النوع

(1) أن مفهوم المنفعة في القانون الوضعي ترجع بالأساس إلى كتب فلاسفة القانون الوضعي، إذ يقول الفقيه الانكليزي Bentham المنفعة «تعني خاصية في أي شيء، بها يميل لإنتاج النفع أو الفائدة أو اللذة أو الخير أو السعادة، أو يمنع حدوث وقوع الضرر، الألم، الشر أو عدم السعادة»، ويشير الأستاذ الدكتور مجيد العنبيكي «في هذا الخصوص علينا ملاحظة نقطة مهمة، وهي أن المنفعة لما كانت خاصية في الشيء – هي القدرة على إشباع حاجة بشرية – فإن تلك الحاجة – في علم الاقتصاد – لا يهم ما إذا كانت متفقة مع الاخلاق أو الصحة أو مخالفة لهما. فالمخدرات مثلاً – رغم ضررها الخطير على الصحة تعتبر نافعة في نظر الاقتصاد بالنسبة إلى المدمن عليها لأنه يحتاجها، أما في علم القانون فالمسألة على العكس منها في علم الاقتصاد فالحاجة يجب أن تدور في دائرة القانون المستمد من الاخلاق والصحة وغيرها من الامور المفيدة للمجتمع، ولا أدل من ذلك محاربة القانون للمخدرات، فالمنفعة في مجال الاقتصاد قد تعتبر في حالات معينة مفسدة ومخالفة في مجال القانون». جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ط2، مطبعة مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008م، ص 271 ما بعدها. د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد 23، العدد 4، 2015م، ص 1680 وما بعدها.

(2) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 127.

(3) J Ghestin. L'abus dans les contrats, G.P 1981. II. P. 374 et s. et Traité de droit civil.

P. 187.

الواحد من العقود وإنما تختلف باختلاف نوع العقد⁽¹⁾، ولما كانت منفعة العقد مرتبطة بالمقصد الأصلي من العقد أي الغرض الأصلي من العقد وتتحقق متى ما حقق العقد الغرض الأصلي منه، فإن تعدي الغرض من العقد يعني تعدي المنفعة الاصلية للعقد إلى منفعة أكبر لكلا الأطراف المتعاقدة، أما إذا لم يحقق تعدي الغرض من العقد هذه المنفعة ففي هذه الحالة تنتفي الفائدة العملية من الاتفاق على تعدي الغرض الأصلي من العقد.⁽²⁾

فالمنفعة في نطاق العقد تطلق ويراد بها الغرض المراد تحقيقه من العقد الجائزة شرعاً وقانوناً وهذا ما يؤكده نص المادة رقم (2/558) من القانون المدني العراقي والتي نصت على «والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه...»، وكذلك نص المادة رقم (1/447) من القانون المدني المصري والتي نصت على «يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده»، وكذلك نص المادة رقم (1999) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على «... وهو ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة المقصودة» من خلال النصوص التي تطرقنا لها نتحصل لدينا نتيجة هامة أن المنفعة من العقد ترادف الغرض في العقد، أي إن سعي الأطراف المتعاقدة نحو تحقيق غرض العقد هو سعي لتحصيل المنفعة التي يحققها العقد، أي أن المنفعة هي القدرة على اشباع حاجة معينة، ولكن لا يقصد بها فقط خدمة أو سلعة بالمفهوم الاقتصادي وإنما الحاجة التي تكون هدفاً للمنفعة يقصد بها المعنى الواسع لهذه الكلمة، فالحاجة تتطور لتأخذ شكل الهدف الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه ولا ينحصر بالناحية الاقتصادية.⁽³⁾ إن القانون قد وضع شروط لا بد من توفرها في المنفعة حتى يعدها محل صالح للالتزامات العقدية، وإن هذه الشروط تكاد تكون ذات الشروط المطلوب توافرها في الشيء حتى يكون محل

(1) د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص400. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته الهامة)، مصدر سابق، ص520.

(2) د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المصدر نفسه، ص401.

(3) ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2008م، ص46. د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، مصدر سابق، ص1682.

للاللتزامات العقدية، وهذه الشروط هي أن تكون المنفعة موجودة أو ممكنة الوجود في المستقبل فعدم وجودها يؤدي إلى انتفاء وجود العقد، وهذا ينطبق على تعدي الغرض من العقد فعدم وجود المنفعة فيه للأطراف المتعاقدة يؤدي إلى انتفاء وجود التعدي، ومن جهة أخرى اشترط القانون أن تكون المنفعة المتحققة من العقد معينة تعييناً نافياً للجهالة أو قابلة للتعيين بحيث أن كل متعاقد يتحصل لدية العلم بالمنفعة التي سوف يحصل عليها من العقد⁽¹⁾، وهذا الشرط هو الآخر لا بد من توفره في تعدي الغرض من العقد بحيث يكون كل متعاقد متحقق له العلم بالمنفعة التي ستعود عليه من الاتفاق على تعدي الغرض من العقد بحيث يقدم على مثل هذا الاتفاق وهو عالم بما سيعود عليه بالمقابل منه، أما الشرط الأخير اذا تطلبه القانون في المنفعة التي تتحقق من العقد هو أن تكون مشروعة، وهذا الشرط هو الآخر لا بد من توفره هو الآخر في المنفعة التي تتحقق من تعدي الغرض من العقد، وقد تطرقنا في شروط مشروعية التعدي في المباحث السابقة من البحث.⁽²⁾

إن مفهوم المنفعة في نطاق العقد الذي تبرمه الأطراف المتعاقدة من أجل تحقيقها لكل طرف من الأطراف المتعاقدة ترتبط بتحقيق العدالة التعاقدية التبادلية أن العدالة التبادلية في نطاق العقد تتحقق في العقود التبادلية أي العقود الملزمة للجانبين فالعقد التبادلي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفي العقد، حيث نصت المادة رقم (1106) من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016م على «يكون العقد ملزماً للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان كل منهما اتجاه الآخر على وجه التبادل...»⁽³⁾، فالعقد الملزم للجانبين يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين أي يعد كل متعاقد دائناً ومديناً في أن واحد كعقد البيع والمقايضة والإيجار وغيرها، وهذا التقابل بين الالتزامات في ذمة طرفي العقد هو الذي يوضح كونها مجالاً للعدالة التبادلية، حيث يذكر احد الفقهاء أن العقد التبادلي هو «عمل تبادلي يقيم معاً التزامات متبادلة يجب أن تكون متساوية من الجانبين» فالعقد من وجهة نظر القانون هو تحقيق منفعة معينة يسمح بها القانون وكذلك التوافق مع العدالة التبادلية، أي يتلقى كل طرف مقابل ما أعطاه أي العقد هو اتفاق ارادتين اتاح ارضاء حاجات طرفيه وفقاً للعدالة التبادلية، إذ يكون هدف العدالة التبادلية تحقيق التوازن بين المنافع لكل من طرفي العقد أو

(1) نص المادة رقم (662) من القانون المدني الأردني «يشترط في المنفعة المعقود عليها: 1- أن تكون مقدورة الاستيفاء. 2- وان تكون معلومة علماً كافياً...».

(2) ضمير حسين ناصر المعموري، مصدر سابق، ص39.

(3) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص30.

بين الأداءات المتبادلة، ووصفت بالتبادلية لأنها تكون بمبادلة الاشياء والخدمات بين الافراد ، أي المبادلة بين الاداءات المتقابلة ويجب أن يتحقق التعادل والتناسب بين ما أعطى وما أخذ كل طرف من طرفيه.(1)

إن مفهوم المنفعة العقدية متلازم مع مفهوم العدالة التعاقدية، فالعدالة العقدية تقوم على أساس التبادل بين طرفي العقد في الأداءات فالعقد وظيفته الأساسية هو التبادل فيما بين الأطراف المتعاقدة، وهذا ما يترتب عليه أن لدى كل متعاقد يجب أن يتحقق التعادل بين ما يأخذ وبين ما يعطي، فالمقابل في العقد ذكرنا مسبقاً هو المنفعة والتي يسعى الأطراف المتعاقدة إلى تحقيقها، والتي تعد هدف لكل متعاقد في كل العقود، فالأطراف المتعاقدة تسعى إلى تحقيق المنفعة والتي تتحقق من خلال إعادة توازن العقد، وإن إعادة التوازن يتحقق من خلال التغيير بالإضافة أو الانقاص أو الاستبعاد لجزء من العقد من أجل الإبقاء على العقد والمحافظة على إثارة لغرض تحقيق المنفعة المقصودة التي تسعى لها الأطراف المتعاقدة(2)، وإن هذا التغيير يترتب عليه تغيير في الأثر الذي يترتب على العقد، حيث ذهب احد الفقهاء إلى القول «لا يظهر النافع والعاقل كعنصرين موضوعيين خارجين عن العقد ويتمان رقابته باسم المصلحة العامة والعدالة التعاقدية، فالعادل والعاقل هما سندا للقوة الإلزامية للعقد ومنهما يستنتج مجمل نظامه، أما المنفعة والعدالة تشكلان أساس القوة الملزمة للعقد، والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها، بعبارة أخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله، فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لأنه نافع وعاقل أي متوافق مع العدالة التعاقدية التبادلية، مما يعني بطريقة غير مباشرة،

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مصدر سابق، ص63. جاك غستان، مصدر سابق، ص258.

(2) القاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة أو للأسباب التي يحددها القانون، فالعقد هو بمثابة قانون للأطراف المتعاقدة في حدود مضمونه، وكل طرف يلتزم بتنفيذ الاتفاق الذي ورد فيه ولا يستطيع أي طرف أن يتحلل منه بأرادته المنفردة إلا في حدود القانون، كذلك القاضي لا يملك الحق في التغيير أو التعديل بالعقد وهذا ما تضمنه نص المادة رقم (1/147) من القانون المدني المصري والتي ورد فيها «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون» أما القوانين المقارنة موضوع البحث العراقي والأردني والفرنسي لم يرد فيها نص يتضمن عبارة العقد شريعة المتعاقدين كما في نص القانون المدني المصري. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص375. د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص112.

إن العقد مجرد من قوته الملزمة اذا لم يكن يحقق المنفعة المقصودة منه وكذلك الحكم اذا لم يحقق العدالة لكل من طرفيه»(1)

من خلال ما تقدم لا بد أن يكون تعدي الغرض من العقد الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة أو منفعة للأطراف المتعاقدة أكبر من المنفعة التي يحققها العقد الأصلي والذي يترتب عليه تغيير في الأثر المترتب على العقد في حدود العدالة التبادلية للأطراف المتعاقدة أي لا بد أن تكون المنفعة المتحققة في مصلحة كلا الأطراف المتعاقدة ولا يكون هناك تحقيق منفعة لاحد الأطراف على حساب الطرف الآخر لان ذلك سوف يؤدي إلى اضرار أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر أو الاضرار دون سبب مشروع لاحد الأطراف، وان العدالة التبادلية بين الأطراف المتعاقدة في تعدي الغرض من العقد لا تكون بالانقاص أو التعديل أو التغيير بجزء من أجزاء العقد وإنما يتم ذلك مع بقاء أجزاء العقد الأصلي الذي تم إبرامه كاملة دون المساس حيث أن المنفعة من تعدي الغرض من العقد تتحقق للأطراف بصورة عادلة من خلال الاتفاق على تعدي الغرض الأصلي من العقد كما في الأمثلة التي سقناها ففي عقد البيع الإيجاري العقد يبقى بكامل أجزائه دون المساس بها إلا أن الغرض يتعدى من تمليك المنفعة إلى تمليك العين وذلك في مقابل ثمن عادل يتم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة، والأمر ذاته في باقي العقود التي يتم فيها الاتفاق على تعدي الغرض من العقد.

المطلب الثاني

تطبيقات تعدي الغرض من العقد

إن أهم ما يميز تعدي الغرض من العقد أنه يكون في نطاق عقود المعاوضة اي العقود التبادلية من خلال اتفاق الأطراف المتعاقدة على تعدي غرض العقد الأصلي بغية تحقيق مصلحة أخرى تعود بنفع أكبر إلى الأطراف المتعاقدة، أن تعدي الغرض من العقد لا يقتصر على فئة معينة من فئات العقود المسماة التي قسمناها مسبقاً حسب الغرض الوظيفي لها في ميدان التعامل، إلا اننا سوف نتطرق إلى ذكر العقود الأكثر شيوعاً في الحياة العملية والتي يتعدى غرضها الأصلي إلى

(1) J.Ghestin ,l'utile et le juste dans les contrats ,D.1982, p.14.

نقلًا عن د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، مصدر سابق، ص1680.

غرض آخر إلا وهي عقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد البيع وذلك في فروع ثلاثة حيث نخصص الفرع الأول لتعدي الغرض من عقد الإيجار أما الفرع الثاني فنخصصه لتعدي الغرض من عقد الوكالة والفرع الثالث نخصصه لتعدي الغرض من عقد البيع حيث اننا سبق وان تطرقنا الى عقد البيع في المطلب السابق فسوفه نتركه الى خاتمة التطبيقات وذلك على النحو الآتي: -

الفرع الأول

تعدي الغرض من عقد الإيجار

سبق وأن عرفنا عند تقسيم العقود حسب الغرض الوظيفي من العقد أن غرض عقد الإيجار هو تملك المنفعة وما سنبحثه في هذا الفرع هو تعدي غرض عقد الإيجار من تملك المنفعة تارة إلى التملك وتارة أخرى إلى الضمان، وذلك بالفقرات الآتية على النحو الآتي: -

أولاً- تعدي غرض عقد الإيجار من خلال عقد البيع الإيجاري: والذي يعرف بأنه «عقد بموجبه يتم ايجار مال معين لمدة معينة مقابل أجر معين على أن ينقلب العقد بيعاً اذا وفي المستأجر بجميع التزاماته وفاء تاماً».(1)

إن من أركان عقد البيع الإيجاري المال المعقود عليه (محل التعاقد) والذي من الممكن أن يكون عقاراً أو منقولاً، أي أن عقد البيع الإيجاري لا يختص فقط بالعقود التي ترد على العقار دون المنقول وإنما يشمل العقار والمنقول المستأجرة من قبل المستأجر والتي يستطيع المستأجر أن يتفق مع المؤجر على أن يملكها اذا وفي بالتزاماته.(2)

مما يعني أن تعدي الغرض من عقد الإيجار إلى عقد بيع أي تعدي غرض تملك المنفعة إلى تملك العين المؤجرة سواء كانت عقاراً أو منقولاً، أن تكييف عقد البيع الإيجاري مختلف فيه بين اتجاهين فقهيين، الاتجاه الأول، يكيف البيع الإيجاري على أنه بيع بالتقسيط.(3)

(1) د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع- الإيجار- المقاوله)، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص18.

(2) د. حمدي أحمد سعد احمد، مصدر سابق، ص30.

(3) د. درع حماد، البيع الإيجاري، مصدر سابق، ص31.

وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي حيث عد عقد البيع الإيجاري عقد بيع معلق بانتقال الملكية فيه على شرط واقف إلا وهو الوفاء بكامل الثمن وأن سماه المتعاقدان عقد أيجار⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة رقم (534) منه والتي نصت على «1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. 2- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتبايعين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية. 3- وإذا سددت الأقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك. 4- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع ايجاراً».

أما عن موقف القانون المدني الأردني فإنه لم ينظم أحكام عقد البيع الإيجاري في حين نظم القانون المدني المصري أحكام عقد البيع الإيجاري وكان موقفه مشابه لموقف القانون المدني العراقي حيث عدّه عقد بيع معلق بانتقال الملكية فيه على شرط واقف هو الوفاء بكامل الثمن وهذا ما تضمنته المادة رقم (4/430) منه.⁽²⁾

كذلك القانون المدني الفرنسي لم ينظم أحكام عقد البيع الإيجاري بالنص عليه إلا أن الفقه الفرنسي والدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية يرون أن عقد البيع الإيجاري ليس إلا بيع بالتقسيط معلق على شرط فاسخ وان ما فيه أما صورية أو خطأ للوصف القانوني في العقد على خلاف الدائرة الجنائية الفرنسية التي عدّه عملية صحيحة منتجة لأثار عقد الإيجار.⁽³⁾

(1) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة- عقد البيع، مصدر سابق، 36. د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص18.

(2) المادة رقم (430) من القانون المدني المصري نصت على «1- إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. 2- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (224). 3- وإذا وفت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع. 4- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً». د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة- عقد البيع، المصدر نفسه، 36.

(3) د. درع حماد، البيع الإيجاري، مصدر سابق، ص32.

أما الاتجاه الثاني فينظر إلى عقد البيع الإيجاري على أنه عقد ذو ذاتية مستقلة مختلفة عن العقود المعروفة في ميدان تداول الثروات والأموال، فهذا العقد ظهر إلى ميدان التعامل نتيجة عدم تلبية العقود التقليدية الإيجار والبيع لحاجات الأطراف المتعاقدة مبررة استقلالية عقد البيع الإيجاري الناتج من اندماج عناصر عقد البيع والإيجار التي تفقد ذاتيتها واستقلالها لصالح استقلالية وذاتية عقد البيع الإيجاري الذي كونه بحيث يكون من المتعذر النظر لها بصورة مستقلة، فعقد البيع الإيجاري وفق الرؤيا لهذا الاتجاه يتحلل إلى عنصرين:⁽¹⁾

1- عنصر الإيجار: فأحد عناصر عقد البيع الإيجاري هو الإيجار والذي تسري بخصوصه أحكام عقد الإيجار وهذا العنصر ينظم العلاقة بين المتعاقدين بشكل فعال ومؤثر وان العلاقة بين المتعاقدين قد تنتهي على أنها علاقة إيجار فقط، وان عنصر الإيجار له وجود حقيقي لا صوري يقصد منها الأطراف المتعاقدة ستر عقد غيره.

2- عنصر الشراء: من خلال هذا العنصر يعمل عقد البيع الإيجاري على توفير الآلية القانونية الضرورية من أجل انتقال ملكية المأجور إلى المستأجر، وهذه هي رغبة الأطراف المتعاقدة التي تسعى إلى تحقيقها في الأخير من إبرام هذا العقد، ينطوي العقد بالأساس على إيجاب ملزم من المؤجر لا يستطيع الرجوع عنه اثناء سريان العقد بالبيع للمستأجر إذا ابدى رغبته في ذلك اثناء مدة عقد الإيجار، كما أن المستأجر ليس ملزماً قانوناً بالشراء فله الخيار أن شاء اشترى وان لم يشأ فلا يشتري، كما أن الأثر الذي يترتب عليه هو إمكانية انقلاب الأجرة إلى أقساط لثمن المأجور (المبيع) عند الشراء.

المحصلة أن رؤيا هذا الاتجاه لعقد البيع الإيجاري تؤكد وتتفق مع فكرة تعدي الغرض من العقد والتي نحن نؤيد فحواها، أنها تنظر إلى عقد البيع الإيجاري الى أنه عقد مستقل وقائم بذاته عن كل من عقد الإيجار والبيع رغم اندماج العقدين معاً في تكوينه، فتعدي الغرض من العقد مضمونه أن عقد البيع الإيجاري هو عقد ايجار تعدي غرضه الأصلي تملك المنفعة إلى غرض عقد البيع تملك العين، وعلى هذا فإن عقد البيع الإيجاري قد جمع بين مكونات كلا العقدين الإيجار والبيع دون أن يغلب أحدهما على الآخر، ومن ثم لا نستطيع أن نقول عنه عقد بيع دون عقد الإيجار أو العكس كما في رؤيا الاتجاه الأول لعقد البيع الإيجاري، فعقد البيع الإيجاري يتميز بأن له عناصر

(1) د. درع حماد، البيع الإيجاري، مصدر سابق، ص 40-41.

ثلاثة أساسية تتوضح معالمه من خلالها والتي تتمثل بوجود مدة زمنية ينتفع فيها متلقي الشيء محل العقد من خلال عقد الإيجار ومن بعد ذلك تنتقل ملكية الشيء تلقائياً في مقابل الأقساط الدورية والتي تمثل جزء من أجرة الانتفاع أما الباقي يمثل الثمن، وان هذا العقد الذي يمثل اختلاط وتمازج عمليتي الإيجار والبيع فقد اختلف الفقهاء حول تكييف العقد بين حالتين:

الحالة الأولى: يكون قصد الأطراف إبرام عقد بيع إلا أنهما يصفانه بأنه عقد إيجار بغية التحايل على الأحكام القانونية أو للتواطؤ والغش اضراً بالغير، ففي هذه الحالة يعتد بالقصد الحقيقي لإرادة الأطراف المتعاقدة فإن المحاكم وخاصة الفرنسية عدت هذا العقد بيعاً وذلك بعدما تبين أن إضفاء وصف الإيجار على العقد كان الغرض منه التهرب من الرسوم أو من الضريبة التي يوجبها القانون على عقد البيع.⁽¹⁾

أما الحالة الثانية: تتمثل بانتفاع المستأجر في الشيء محل العقد بصورة عقد إيجار وانتقال الملكية له يتوقف على إعلان الرغبة الصريحة من قبلة في نهاية المدة المتفق عليها مقابل مبلغ يعادل الثمن الحقيقي للشيء محل العقد أو يقاربه وهذا ما يعرف باسم البيع الإيجاري المفتوح عند البعض حيث تترك الحرية المطلقة للمستأجر في التملك من عدمه، أن تكييف هذه الحالة تتمثل بعقد إيجار مع وعد بالبيع وهذا ما يدل عليه قصد الأطراف المتعاقدة وظروف التعاقد التي لا تدع مجال للشك في تحديد ذلك رغم عدم وجود صعوبة في تكييف العقد في هاتين الحالتين فالحالة الأولى تكييف على أنها بيع بسيط والحالة الثانية إيجار مع الوعد بالبيع إلا أن هناك حالة ثالثة والتي تتمثل بالاتفاق بين طرفي العقد على انتفاع المستأجر (المشتري) بالشيء محل العقد من خلال عقد إيجار مدة معينة على أن تنتقل الملكية تلقائياً دون حاجة إلى إعلان الرغبة بالتملك بل بمجرد دفع القسط الأخير من المبلغ المتفق عليه سواء أكان ذلك بدفع مبالغ إضافية من أجل معادلة الثمن الحقيقي أو بدونه، فأصل الاتفاق هنا غرضه هو الانتفاع بالشيء محل العقد والتي يحققها عقد الإيجار وبموجب الاتفاق بين الطرفين اشتمل العقد على تحقيق غرض آخر وهو التملك الذي يحققه عقد من عقود نقل الملكية وهو عقد البيع في هذه الحالة هو الذي يحقق غرض نقل الملكية، فهنا لا نستطيع الفصل بين الغرضين في عقد مستقل عن الآخر ولا نستطيع كذلك عد غرض أساسي دون الغرض الآخر،

(1) لقد اخذ بهذا التكييف محكمة النقض الفرنسية بخصوص بائع أجهزة كهربائية وفرضت عليه دفع الرسوم التي كان يروم التهرب منها والتي تقدر ب20 أو 25% من ثمن المبيع. د. حمدي أحمد سعد أحمد، مصدر سابق، 128.

هذا ما يوصلنا إلى فكرة تعدي الغرض من العقد حيث نكيف هذا العقد على أنه عقد إيجار تعدي غرضه إلى تملك العين المؤجرة.(1)

كما أن عقد البيع الإيجاري يحقق الضمان في مدة انتفاع المستأجر (المشتري) بالعين محل العقد من خلال عقد الإيجار، ففي هذه المدة يبقى المؤجر (البائع) محتفظ بملكية العين محل العقد مما يترتب عليه في حال تصرف المستأجر (المشتري) بالعين محل العقد إلى الغير أو في حالة افلاسه فإن المؤجر (البائع) له الحق في استرداد العين محل العقد من الغير أو من التفليسة، يتبين لنا أن عقد البيع الإيجاري يحقق لنا تعدي الغرض من عقد الإيجار في مدة انتفاع المستأجر (المشتري) بالعين محل العقد بموجب عقد الإيجار يتعدى الغرض من الانتفاع بالعين إلى الضمان، أي أنه عقد تارة يحقق لنا تعدي الغرض من العقد إلى غرض الضمان وذلك في مدة سريان العقد وتارة أخرى يتعدى إلى التملك للعين محل العقد عند إنتهاء مدة عقد الإيجار.(2)

ثانياً- تعدي غرض عقد الإيجار من خلال عقد التأجير التمويلي: والذي له صورتان

الأولى منها تعرف «كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال المستأجر تأجيراً تمويلياً إذا كان هذا المال قد الت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي».(3)

إن هذا العقد يتم إبرامه بين شركة التمويل واحد المشاريع التي تحتاج إلى السيولة، فيقوم بتقديم طلب إلى شركة التأجير التمويلي، مفاده أن يعرض عليها بيع أصوله التي يمارس عليها نشاط مشروعة، ومن ثم يستأجر هذه الأصول في مقابل الأجرة المتفق عليها، فبموجب هذا العقد تقوم شركة التمويل بشراء أصول المشروع الذي يطلب التمويل في مقابل ثمن محدد وان هذا العقد يكون

(1) لمزيد من التفصيل ينظر د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة- عقد البيع، مصدر سابق، ص36. د. حمدي أحمد سعد أحمد، مصدر سابق، ص127 وما بعدها. د. درع حماد، البيع الإيجاري، مصدر سابق، ص31 ما بعدها. محمد يوسف عارف الحاج محمد، رسالة ماجستير بعنوان عقد الاجارة المنتهية بالتمليك (من التطبيقات المعاصرة لعقد الاجارة في الفقه الإسلامي)، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2003م، ص 81 وما بعدها.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 255.

(3) علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة الدار العلمية الدولية، عمان، 2002م، ص70.

موقوف النفاذ على إبرام عقد تأجير الأصول التي اشترتها الشركة من المشروع إلى ذات المشروع، وفي هذه الحالة تبقى الأصول لدى المشروع ويكون له حق استعمالها، أما بالنسبة لشركة التمويل فتحصل على حق الملكية للأصول، وما ينتج عن هذا العقد أن المشروع تبقى أصوله لديه وكذلك حصوله على السيولة النقدية التي هو يحتاج إليها.(1)

يتبين أن هذا العقد قد تم فيه الاتفاق على تعدي الغرض من العقد من عقد تمليك للمنفعة في عقد الإيجار إلى عقد تمليك العين في عقد البيع بين الأطراف المتعاقدة وذلك من خلال السماح للمستأجر بملكية كل أو بعض الأصول محل عقد الإيجار عند انتهاء عقد الإيجار سواء كان ذلك عن طريق تنفيذ وعد بالبيع من قبل المؤجر أو من خلال شراء ملكية الأرض المقام عليها المشروع (المستأجرة) بطريقة مباشرة أو من خلال طريق غير مباشر وذلك بانتقال ملكية أبنية المشروع المشيدة على الأرض التي تخص المستأجر بحكم القانون.(2)

أما الصورة الثانية منه تعرف «عبارة عن إيجار يضمن قرضاً يوفى دورياً من إيراد استعمال الشيء»(3)، مثال ذلك احتياج شخص إلى أموال غير منقولة أو منقولة ولكن لا تتوفر لديه السيولة المالية لشراء هذه الأموال فيلجأ إلى إحدى المؤسسات المالية (شركة اليزنغ) التي تشتري

(1) زياد أبو حصوه، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، مطبعة دار الراي، بيروت، 2005م، ص59.
(2) أما موقف القانون العراقي من عقد التأجير التمويلي، فإن الفكرة لم تنظم تشريعاً لحد الآن، ولم يقدم أي مشروع قانون بهذا الصدد حسب علمنا، باستثناء الإشارة إليه في قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004م في المادة رقم (1/27/ب) حيث نصت على « منح أمانات سواء كانت مضمونة أو غير مضمونه أو بامتياز وعلى سبيل المثال لا الحصر: أمانات المستهلكين و الرهن العقاري وبيع الحسابات المستحقة بخضم بحق رجوع أو بدونه تمويل المعاملات التجارية، بما في ذلك حق الرجوع وشراء أدوات قابلة للتداول بخضم دون حق الرجوع وخدمات التأجير التمويلي» وهذا أن دل على شيء فإنه يدل على قصور تشريعي من قبل المشرع العراقي على خلاف نظيرة كل من المشرع الأردني الذي نظم احكامه في قانون مستقل هو قانون التأجير التمويلي رقم (16) لسنة 2002م والذي نص في المادة رقم (3) منه على تعريفه «أ- يقصد بعقد التأجير التمويلي العقد الذي يحق للمستأجر بموجبه الانتفاع بالمأجور مقابل بدل أيجار يدفعه للمؤجر على أن يتحمل المستأجر أي مخاطر تتعلق بالمأجور» والمشرع المصري نظم احكامه في قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم (176) لسنة =2018م والذي بموجبه الغي قانون التأجير التمويلي رقم (95) لسنة 1995م حيث نص في القانون الجديد في المادة رقم (1) منه على تعريفه «1- التأجير التمويلي نشاط تمويلي يمنح بموجبه المؤجر حق حيازة واستخدام اصل مؤجر إلى المستأجر، لمدة محددة مقابل دفعات التأجير، وفقاً لأحكام عقد التأجير التمويلي، ويكون للمستأجر الحق في اختيار شراء الأصل المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحددين في العقد» والمشرع الفرنسي نظم أحكام التأجير التمويلي في القانون رقم (455/66) لسنة 1966م حيث يعتبر اول من وضع تشريع خاص لعقد التأجير التمويلي في القوانين اللاتينية. زياد أبو حصوه، مصدر سابق، ص46.

(3) د. اسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، ج1، مطبعة منشورات زين الحقوقية، 2007م، ص14-15.

له هذه المواد وفق المواصفات التي يحددها وثمان متفق عليه وتتعهد المؤسسة المالية بتأجير هذه المواد لقاء أجر معين،⁽¹⁾ فعقد التأجير التمويلي يعطي للمستأجر خيارات ثلاثة والتي هي:

- أما أن يشتري المال المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحددين في العقد على أن يرضى في تحديد الثمن مبالغ الأجرة التي أداها أي التمليك للعين محل العقد.

- أما تجديد عقد الإيجار لمدة جديدة.

- أو أن يعيد الأموال المؤجرة إلى المؤجر وينهي العقد.⁽²⁾

إن المستأجر إذا اختار التمليك للعين فإن العقد يتعدى غرضه من تمليك المنفعة إلى تملك العين محل العقد، أن هذه العملية تخول المستأجر حق تملك الأموال المؤجرة بغض النظر عن الآلية التي يتم فيها تملك هذه الأموال المؤجرة من قبل المستأجر، حيث يكفي أن يعلن المستأجر عن رغبته بتملك كل الأموال أو البعض منها في نهاية مدة الإيجار حتى تكون شركة التأجير التمويلي (شركة الليزنغ) ملزمة بنقل ملكية الأموال بمجرد إبداء الرغبة إلى المستأجر دون أن يكون لذلك أي أثر رجعي، وعند اختيار المستأجر تملك الأموال المؤجرة في نهاية مدة عقد الإيجار عليه أن يدفع ثمن هذه الأموال ويؤخذ بنظر الاعتبار ما تم تسديده على شكل اجرة.⁽³⁾

النتيجة المتحصلة أن عقد التأجير التمويلي في هذه الحالة تعدى عقد الإيجار للأموال المنقول وغير المنقولة على حد سواء الغرض الأصلي من العقد إلا وهو تمليك المنفعة إلى غرض تملك العين المؤجرة من قبل المستأجر، أي تعدى عقد التأجير إلى عقد البيع.

فعقد الإيجار التمويلي هو الآخر كما في عقد البيع الإيجاري لا يمكن أن نكفيه بتغليب عقد الإيجار ونعده عقد إيجار مقترن بوعده بالبيع نظراً للاختلاف بين العقدين فعقد التأجير التمويلي يحقق أغراض أكثر من عقد فهو يحقق أغراض عقد الإيجار واغراض عقد البيع وذلك بشراء المال محل العقد.⁽⁴⁾

(1) د. أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 14. زياد أبو حصوه مصدر سابق، ص 50.

(2) حنان كمال ضبان، رسالة ماجستير بعنوان عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة (دراسة فقهية)، كلية الشريعة والقانون/ الجامعة الإسلامية- غزة، 2015م، ص 10.

(3) د. أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 14. زياد أبو حصوه مصدر سابق، ص 50.

(4) محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م، ص 67. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، مصدر سابق، ص 48.

أما بخصوص المدة التي تسبق خيار المستأجر للتمليك أو حالة أن المستأجر لم يختار التملك للعين واختار احد الخيارين الاخران وهما أما تجديد عقد الإيجار أو انتهاء العقد فما الأثر الذي يترتب على العقد طيلة مدة سريانه هل سيحقق فقط أغراض عقد الإيجار أم أن غرض آخر سوف يتحقق للأطراف المتعاقدة سواء للمؤجر أو المستأجر من العقد؟، أن عقد التأجير التمويلي يوفر ضمان مؤكد وكاف لشركة التأجير التمويلي (المؤجر) من خلال أحكام عقد الإيجار التي تحقق فيها الضمان للمؤجر والتي تتمثل باحتفاظ المؤجر بملكية العين محل العقد مما يحول دون انتقال الملكية إلى المستأجر، حيث أن احتفاظ المؤجر بالملكية تضمن له عدم تصرف المستأجر بالعين محل العقد، فمن أحكام عقد الإيجار منع المستأجر من التصرف بالمأجور، فاذا ما تصرف به بالبيع أو الرهن إلى الغير يعد اساء للأمانة فعقد الإيجار من عقود الأمانة، كما أنه يضمن للمؤجر استرداد العين محل العقد اذا اعسر المستأجر أو في حالة اعلان افلاسه أو حالة اتخاذ إجراءات التصفية على أمواله، حيث يكون للمؤجر حق التقدم على سائر الدائنين الاخرين ولا يتقاسمون معه قسمة غرماء، فالعين محل عقد التأجير التمويلي لا تدخل في الأموال التي تخضع لتفليسة المستأجر فهي لاتعد من عناصر الضمان العام التي يتعلق بها حق الدائنين على شرط أن يكون تم شهر العقد⁽¹⁾، وليس فقط في هذه الأحوال يحق للمؤجر استرداد العين محل العقد وإنما يكون له كذلك عند اخلال المستأجر بالتزاماته اتجاه المؤجر كما في حالة اخلاله بدفع الأقساط التي تم الاتفاق عليها في العقد مما يجعل للمؤجر الحق في فسخ العقد بمجرد الاخلال من غير الحاجة إلى الاعذار أو حتى اتخاذ إجراءات قضائية، أن احتفاظ شركات التمويل (الليزنج) بملكية الأصل (العين) موضوع الإيجار يجعلها تتغاضى عن كثير من الضمانات التي تطلب في حالة التمويل النقدي.⁽²⁾

يتضح مما تقدم أن عقد التأجير التمويلي في مدة سريانه وحتى في حالات الخيارات الثلاثة التي يعطيها للمستأجر سواء في حالة اختار المستأجر لتجديد العقد أو انتهاء العقد أو في المدة السابقة على اختيار التملك للعين محل عقد الإيجار فإن غرضه لا يقتصر على عقد الإيجار فقط إلا وهو تملك المنفعة وإنما يتعدى هذا الغرض إلى غرض الضمان للمؤجر أي أن عقد التأجير التمويلي

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 234.

(2) د. محمود فهمي و د. منير سالم و د. عبد الله سالم، التأجير التمويلي (الجوانب القانونية والمحاسبية والتنظيمية)، مطبعة مكتبة دار النهضة، القاهرة، 1997م، ص 17. محمد عايد الشوابكة، مصدر سابق، ص 67. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، مصدر سابق، ص 46-47.

عقد تعدى الغرض منه إلى الضمان، رغم أنه لا يكيف على أنه عقد إيجار وذلك بسبب طبيعة المختلفة عن عقد الإيجار، فعقد الإيجار يمثل العلاقة الثنائية البسيطة التي بين المؤجر والمستأجر ولا يشتمل على العلاقات السابقة على إبرام عقد التأجير التمويلي، حيث تتضمن عقود تكون جزء من العقد والتي هي عقد شراء الأموال محل عقد التأجير التمويلي من البائع وعقد الوكالة التي بموجبها المؤجر يوكل المستأجر اختيار وتحديد مواصفات الأموال محل العقد وكذلك قد يوكله إبرام عقد شراء هذه الأموال كما أن عقد الإيجار لا يفسر أحكام انتهاء وتنفيذ عقد التأجير التمويلي فإن عملية إنهاء عقد التأجير التمويلي تنتهي بعدة طرق إلا وهي أما إنهاء العقد أو تجديد العقد أو شراء الأموال محل العقد، فعقد التأجير التمويلي يتكون من عدة عمليات عقدية وان تكييفه على أنه عقد إيجار تجله عقد مقتصر على العلاقة الثنائية البسيطة التي تربط بين المؤجر والمستأجر.(1)

جملة ما توصلنا إليه أن عقد التأجير التمويلي عقد تارة يتعدى الغرض منه إلى تملك العين محل العقد وتارة أخرى يتعدى غرضه إلى الضمان فهو عقد ذات طبيعة خاصة لا نستطيع أن نكيفه على عقد تأجير أو عقد بيع أو عقد وكالة فهو عقد يتعدى غرضه إلى عدة أغراض وان الغرض الغالب الذي يتعدى له هو التملك في حالة اختيار المستأجر تملك الأموال محل العقد، أما في غير هذه الحالة فإن الغرض الغالب الذي يتعدى له هو الضمان رغم أنه يحقق أغراض عقد الوكالة من خلال توكيل المؤجر للمستأجر اختيار المال محل العقد وتعيين مواصفاته وكذلك توكيله بإبرام عقد شراء هذه الأموال في بعض الأحيان أي يتعدى غرضه إلى العمل ولكن ليس بصورة أساسية وإنما بصورة ثانوية.(2)

الفرع الثاني

تعدى الغرض من عقد الوكالة

سبق وان ذكرنا عند تقسيم العقود من حيث الغرض المتصل بالوظيفة التي تؤديها أن عقد الوكالة من عقود العمل وأنها تنعقد غير لازمة يمكن إيقاع العزل فيها من قبل الموكل أو الوكيل وبإرادة منفردة إلا أنها في بعض الأحيان تنعقد لازمة وذلك لانعقاده لمصلحة الموكل أو الوكيل أو

(1) علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، مصدر سابق، ص 48.

(2) محمد عايد الشوابكة، مصدر سابق، ص 67. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، المصدر نفسه، ص 48.

لمصلحة الغير ومن ثم فإن إيقاع العزل يكون مقيد بموافقة من انعقدت لمصلحته وفي هذه الحالة يصبح الغرض من الوكالة هو الضمان.(1)

إلا أنه في بعض الأحيان عند انعقاد الوكالة لمصلحة الوكيل في حالات البيوع سواء للعقار أو المنقولات، أي الوكالة التي تنعقد بين المالك والمشتري والتي بموجبها ينقل المشتري ملكية المبيع إلى نفسه كما ذكرنا سابقاً بخصوص بيع السيارات بموجب الوكالة فإن الغرض في عقد الوكالة يتعدى من العمل إلى تملك العين محل العقد، أما بخصوص العقارات عندما تنعقد الوكالة بين الموكل والوكيل لمصلحة الوكيل مع انصراف نية الأطراف المتعاقدة الموكل والوكيل إلى نقل ملكية المال محل عقد الوكالة من الموكل إلى الوكيل، وليس من أجل القيام بالتصرفات لمصلحة أو لحساب الموكل، ففي مثل عقد الوكالة هذا يقوم الموكل بعمل وكالة إلى مصلحة المشتري مباشرة أو لشخص آخر على وصفه وكيل في مقابل أن الوكيل يقوم بدفع ثمن العقار، ومن ثم فإن الوكيل يقوم هو بالتصرف بالعقار لحسابه الشخصي من خلال عمله وكالة لمصلحة الشخص الذي يتعاقد معه فيصبح هو في مقام الموكل والمتعاقد معه وكيل، وان هذا العقد يبقى محتفظاً بكونه عقد وكالة ولا يمكن وصفه غير ذلك، فلا يمكن وصفه وعد بالبيع بالنسبة للشخص الذي يتعاقد مع الوكيل، ذلك لان الوعد بالبيع يقتصر بمدة في حين الوكالة في هذه الصورة لا تحدد بمدة يتصرف خلالها الوكيل، كما أن علاقة الموكل تنقطع بالمال محل عقد الوكالة بمجرد إبرامها.(2)

كما أن عقد الوكالة في هذه الصورة لا يمكن وصفه عقد بيع ابتدائي، ففي عقد البيع الابتدائي يتراخى تنفيذ الالتزامات من قبل الأطراف المتعاقدة إلى حين إبرام العقد النهائي للبيع، في حين أن الأطراف المتعاقدة تنفذ التزاماتها مباشرة في عقد الوكالة اللازمة أو الغير قابلة للعزل المنعقدة لمصلحة الوكيل بين البائع والمشتري باستثناء نقل الملكية العقارية فهي لا تنتقل إلا بموجب التسجيل العقاري.(3)

(1) رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 80 وما بعدها.

(2) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 140.

(3) هذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم 1028/ تسجيل عقار/ 2008 حيث جاء فيه «عقد بيع العقار بموجب عقد خارجي باطل ولا ينتج أثراً إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري». الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح: <https://www.hjc.iq/qview.680/> تاريخ الزيارة : 2020/8/18 م. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص 31.

كما أن هنالك فارق بين عقد البيع الابتدائي وعقد الوكالة من حيث اشتراط توافر أهلية التصرف في اطراف العقد، ففي عقد البيع لابد من توافر أهلية التصرف في كل من البائع والمشتري والا فإن التصرف يكون موقوف على إجازة الوصي أو الولي هذا اذا كان المتعاقد ناقص الأهلية، فاذا اعتبرنا العقد عقد بيع ابتدائي وكان الوكيل صبي مميز عدّ العقد موقوف على إجازة الولي، أما اذا اعتبرنا العقد وكالة فإن التصرف يكون صحيح وقد نصت على ذلك المادة رقم (930) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها «1- يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً، ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو إذن به الولي، ويصح توكيله بالتصرف الدائر بين النفع والضرر أن كان مأذوناً بالتجارة فإن كان محجوراً ينعقد موقوفاً على إذن وليه. 2- ويشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً، وان لم يكن مأذوناً»، كذلك نصت المادة رقم (1990) من القانون المدني الفرنسي على أنه «يمكن اختيار قاصر غير مأذون له بإدارة أمواله كوكيل...»⁽¹⁾، وان اثار عقد البيع سواء كان نهائياً أو ابتدائياً تنشأ في ذمة المتعاقدين⁽²⁾، بينما اثار عقد الوكالة تنشأ في ذمة الموكل مباشرة عندما تكون الوكالة نيابية⁽³⁾، أو تنشأ في ذمة الموكل اذا كانت الوكالة غير نيابية الذي يتوجب عليه أن ينقلها الموكل، أي أن اثار العقد تكون في ذمة العاقدين اذا كان العقد بيع ابتدائي ويكون في ذمة الموكل اذا كان عقد وكالة،

(1) لم يرد في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري نص مشابه.
(2) نصت المادة رقم (142) من القانون المدني العراقي على «1- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث،...» والمادة رقم (206) من القانون المدني الأردني نصت على «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...» والمادة رقم (145) من القانون المدني المصري نصت على « يتصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث،...» والمادة رقم (1119) من القانون المدني الفرنسي نصت على «لا يستطيع المرء بشكل عام الالتزام أو التعاقد باسمه الشخصي إلا لصالحه بالذات».

(3) نصت المادة رقم (942) من القانون المدني العراقي «حقوق العقد تعود إلى العاقد فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة، فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه»، ونصت المادة رقم (112) من القانون المدني الأردني على «اذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق وأحكام يضاف إلى الأصيل إلا اذا نص القانون على خلاف ذلك»، ونصت المادة رقم (105) من القانون المدني المصري على «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»، ونصت المادة رقم (1998) من القانون المدني الفرنسي على «يلزم الموكل بتنفيذ الالتزامات التي عقدها الوكيل وفقاً للسلطة المعطاة له. ولا يلزم بما تعدها من اعمال، إلا بمقدار موافقته عليها صراحة أو ضمناً».

وأيضاً للوكيل أن ينهي الوكالة المنعقدة لمصلحته بإرادته المنفردة لا نها لازمة من جهة الموكل لا من جهته، فإذا وصفنا الوكالة في هذه الصورة عقد بيع ابتدائي ترتب عليه حرمان الوكيل من هذا الحق إلا أن هذا الحق في الحقيقة يبقى للوكيل، كما أن الوكالة غير القابلة للعزل إذا ما توفى الموكل فأنها لا تنتضي ولا يترتب على ذلك انتقال الحق إلى ورثة الموكل وهذا يعني أن الوكيل يبقى له حق التصرف في المال محل عقد الوكالة غير القابلة للعزل إلى الشخص الذي انعقدت لمصلحته الوكالة، على خلاف عقد البيع الابتدائي إذا توفى المالك للعقار قبل أن يسجل في السجل العقاري يبقى مالكا للمال ومن ثم ينتقل إلى ورثته والذين يكون لهم حق التصرف في العقار. (1)

صفوة القول لا يمكن عدُّ الوكالة المنعقدة لمصلحة الوكيل بين البائع والمشتري عقد بيع ابتدائي وذلك لان هذا الوصف لا يتفق مع نية الأطراف المتعاقدة ومن ثم فإن العقد يبقى محتفظ بكونه عقد وكالة صوري يستر عقد بيع حقيقي للعقار أي تعدى الغرض الأصلي من عقد الوكالة العمل إلى غرض التمليك للعقار، أي أن الوكالة هنا ماهي إلا وسيلة للتحايل على القانون من خلال إعطاء البائع (الموكل) إلى المشتري (الوكيل) وكالة غير قابلة للعزل تخوله القيام بالتصرفات كافة التي تكون لمالك العقار كرهنه وادارته رغم عدم منحه سلطة نقل الملكية وتسجيلها لدى دائرة التسجيل العقاري. (2)

هذا ما يخص تعدي غرض عقد الوكالة من العمل إلى التمليك ولكن عقد الوكالة في بعض الأحيان يتعدى الغرض فيه من العمل إلى الضمان وذلك في حالة الوكالة غير القابلة للعزل التي تتعد لمصلحة الموكل أو الوكيل أو الغير حيث تكون أداة من ادوات الضمان غير المباشرة في تنفيذ الالتزامات التي تقع على الموكل لمصلحة الوكيل أو الغير وذلك لأنها تمتاز بعدم قابليتها للعزل من جانب الموكل وسبب إبرام هذا النوع من الوكالات بين الأشخاص هو بساطة هذه الوسيلة مقارنة بأدوات الضمان الأخرى وكذلك لأنها لا تتطلب شكلية معينة في اغلب الحالات كما انها تحقق للأطراف المتعاقدة السرية التي يرغبون بها في تعاملاتهم رغم انها لا تخلو من السلبيات، مثالها كما لو قام المدين بالتزام قانوني إلى شخص آخر بعمل وكالة له غير قابلة للعزل تمكنه من استيفاء دينه قبالاته، ففي مثل هذه الحالة تكون الوكالة غير القابلة للعزل ضمان في تنفيذ الالتزام الذي في

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، ج4، مصدر سابق، ص 484.

(2) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 142 وما بعدها. أسحاق أحمد حمدان، مصدر سابق،

ذمة المدين (الموكل) لصالح الدائن (الوكيل) لما تمتاز به من عدم قابليتها للأنهاء من جانب الموكل(1)

كذلك قد يلجأ الأشخاص إلى عقد الوكالة غير القابلة للعزل وذلك محل حوالة الحق وهذا ما يحدث في حالة حاجة الشخص إلى الأموال من أجل القيام بعمل معين فيقوم باقتراض هذه الأموال من قبل شخص آخر ومن أجل أن يضمن الحق لهذا الشخص على أمواله التي اقرضها عند حلول أجل الوفاء بها أو عندما يحصل المدين على الأموال، فيقوم الشخص المقترض (المدين) بعمل وكالة غير قابلة للعزل لمصلحة الدائن يخوله بها قبض الأموال التي تعود إلى المدين (الموكل)، وهذه الحالة كثيراً ما تحصل من أجل ضمان الديون فيقوم المدين المقترض للمال بعمل وكالة للدائن تخوله بموجبها بيع بعض الأموال العائدة له من أجل استيفاء دينه سواء كانت عقارية أو منقولة عند حلول أجل الوفاء وعدم قيام المدين بالوفاء به.(2)

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن الوكالة في حالة انعقادها لمصلحة الأطراف المتعاقدة الموكل أو الوكيل أو حتى الغير في غير عقود البيع بين البائع والمشتري والتي تنعقد لمصلحة المشتري يتعدى الغرض فيها من العمل إلى الضمان بمعناه الواسع والذي يتمثل في كونها غير قابلة للعزل مما يعطي الشعور بالاطمئنان لدى من انعقدت لمصلحته الوكالة بانه سوف يتمكن من استيفاء حقه، أن تحقيق الضمان لم يعد منحصر في نطاق التأمينات الذي يتمثل بنظام قانوني أساسه الكفالة والرهن والامتياز والاختصاص بل تجاوزت فكرة الضمان هذا النطاق، ففكرة الضمان تمثل في الواقع وظيفة اقتصادية أكثر من تمثلها نظام قانوني، بخلاف التأمينات التي تمثل نظام قانوني له سماته الخاصة ووسائله الفنية، فإذا كانت التأمينات نوع من أنواع الضمانات، فإن عكس ذلك غير صحيح، فليس بالضرورة كل ضمان هو نوع من أنواع التأمينات، حيث أن الضمانات لا تتحدد بفرع من الفروع فقد أصبحت وظيفة الضمان من الممكن أن تتحقق من العقود التي تكون وظيفتها العمل أو تمليك وحتى التي وظيفتها تمليك المنفعة كما اطلعنا على ذلك سابقاً في البحث، فعقد الوكالة هو الآخر تارة يتعدى فيه الغرض من العمل إلى تمليك العين وتارة أخرى يتعدى فيه الغرض إلى

(1) رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص 94-95. د. علي عبد العالي خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 156.

(2) د. علي عبد العالي خشان الاسدي، المصدر نفسه، ص 159.

الضمان سواء انعقدت الوكالة باتفاق الأطراف المتعاقدة على تعديها لغرضها أو تنعقد متعديه لغرضها بطبيعة انعقادها كما اطلعنا على ذلك سابقاً في البحث.

الفرع الثالث

تعدي الغرض من عقد البيع

إن محور البحث في هذا الفرع يدور حول تعدي الغرض من عقد البيع الذي سبق وان عرفنا الغرض الوظيفي الذي يتحقق من عقد البيع هو تمليك العين، أما في هذا الفرع نتعرف على تعدي غرض عقد البيع من تمليك العين إلى الضمان، لقد تعرفنا مسبقاً على تعدي غرض عقد البيع إلى الضمان من خلال إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في حين ما سنتعرف عليه في هذا الفرع هو تعدي غرض عقد البيع إلى الضمان وذلك من خلال نقل الملكية على سبيل الضمان وذلك من خلال عقد بيع الوفاء، والذي يعرف «بأنه عقد بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي والمصروفات خلال مدة معينة»⁽¹⁾.

وعرفه آخر «هو البيع الذي يشترط فيه البائع الاحتفاظ بخياره في استرداد المبيع خلال مدة معينة نظير رد الثمن إلى المشتري»⁽²⁾.

إن السبب وراء تسمية هذا العقد ببيع الوفاء نظر لوجود عهد الوفاء فيه من قبل المشتري برد المبيع مقابل رد الثمن من قبل البائع⁽³⁾.

إن بيع الوفاء يمثل وسيلة من وسائل الضمان من خلال نقل الملكية على وجه الضمان، لقد اختلفت القوانين المدنية المقارنة موضوع البحث في موقفها من تكييف عقد بيع الوفاء فقد نص القانون المدني العراقي في المادة رقم (1333) على «بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً»، من خلال

(1) نصت المادة رقم (118) من مجلة الأحكام العدلية على تعريف بيع الوفاء حيث ورد فيها «بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع»، كذلك نصت المادة رقم (454) من مرشد الحيران على «بيع الوفاء هو أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو اداه الدين الذي عليه يرد له العين المبيعه وفاء». د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 264.

(2) سعيد بن عبد الله بن محمد العبري، أطروحة دكتوراه بعنوان بيع الوفاء وأحكامه في الفقه الإسلامي، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 1997م، ص 18.

(3) د. علي هادي العبيدي، بيع الوفاء دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، 2009م، ص 4.

النص المذكور يتضح أن القانون المدني العراقي حسم كل نزاع بشأن تكييف عقد بيع الوفاء بالنص صراحة على عدّه رهناً حيازياً مستبعداً بذلك كل وسيلة للتحايل على أحكام الرهن، إلا أن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هل أن المشرع العراقي قد قصد من نص المادة المذكورة أن بيع الوفاء يطابق الرهن الحيازي ولا يختلف عنه في شيء؟ من الواضح أن المشرع لم يقصد المطابقة بينهما وذلك نظراً للفروق الواضحة بين كل من عقد بيع الوفاء وعقد الرهن الحيازي، ففي عقد بيع الوفاء المشتري يكون ضامن للشيء المبيع محل العقد فيده يد ضمان للشيء المبيع الذي بحوزته، بينما المرتهن في الرهن الحيازي يكون غير ضامن لان يد المرتهن يد أمانة للشيء الذي في حوزته، كما أن للمشتري في عقد بيع الوفاء الانتفاع في الشيء المبيع الذي في حوزته دون مقابل بينما لا يجوز ذلك للمرتهن في الرهن الحيازي، كما أن في بيع الوفاء لا بد من تحديد المدة التي يستطيع فيها البائع رد الثمن والمصروفات إلى المشتري حتى يتمكن من استرداد المبيع، وأن هذه المدة لا تكون قصيرة مما يستحيل على البائع رد الثمن، ولا تكون طويلة مما تؤدي إلى الأضرار بمصلحة المشتري، وهذا على خلاف الرهن الحيازي حيث يكون غير مقترن بمدة زمنية محددة.⁽¹⁾

ان الرأي الفقهي الأرجح يرد أن ما ورد في نص المادة أعلاه يمثل قاعدة قانونية مفادها أن كل بائع في عقد بيع الوفاء لم يقصد من العقد إلا صورته التي يستر بها اتفاق خفياً على قرض مضمون برهن حيازي، بعبارة أخرى أن المشرع العراقي عدّ عقد بيع الوفاء عقد صوري يستر قرض مضمون برهن حيازي، فالمال الذي يدفعه المشتري إلى البائع ثمناً للمبيع يعد بمثابة القرض، والمبيع الذي يتسلمه المشتري من البائع يعد بمثابة المال المرهون لضمان الوفاء بالدين.⁽²⁾

يتبين لنا من موقف القانون المدني العراقي أنه لم يكييف عقد بيع الوفاء على أنه عقد بيع معلق على شرط فاسخ وإنما عدّه عقد قرض مضمون برهن حيازي، أي أن العقد تعدى من غرض عقد القرض تمليك العين إلى غرض عقد الرهن الحيازي الضمان، رغم أن القانون المدني العراقي قد جاء بتكييف مختلف لعقد بيع الوفاء بوصفه عقد بيع صوري يستر عقد قرض مضمون برهن

(1) د. ميكائيل رشيد علي الزبياري، بحث بعنوان بيع الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي (دراسة مقارنة) منشور في مجلة كلية العلوم الإسلامية- الجامعة العراقية، العدد 3، 2012م، ص 241. بختيار صديق رحيم وسوران فرج عبد الله، بحث بعنوان بيع الوفاء من المنظور الفقهي والقانوني (دراسة تحليلية مقارنة)، منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 18، المجلد 5، 2016م، ص 298.

(2) د. ميكائيل رشيد علي الزبياري، المصدر نفسه، ص 241. بختيار صديق رحيم وسوران فرج عبد الله، المصدر نفسه، ص 299.

حيازي، إلا أنه كذلك حقق تعدي الغرض من العقد من تملك العين إلى الضمان، أي أن عقد بيع الوفاء في القانون المدني العراقي وان لم يعده عقد بيع حقيقي فقد تعدى الغرض فيه من تملك العين على وصفه عقد قرض إلى الضمان في عقد الرهن الحيازي.

أما القانون المدني الأردني فإن المشرع لم يتطرق إلى بيع الوفاء مما ينبغي علينا الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية والتي تعد جزء لا يتجزأ من القانون المدني الأردني؛ لان القانون المدني الأردني لم يبلغ من أحكام مجلة الأحكام العدلية غير الأحكام التي تتعارض مع نصوصه، مما يعني أن أي مسألة لم يرد بشأنها نص في القانون المدني الأردني يتحتم الرجوع فيه إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، أي أن موقف القانون المدني الأردني من بيع الوفاء يتم الرجوع فيه إلى نص المادة رقم (118) من مجلة الأحكام العدلية المشار إليها مسبقاً، مما يعني أن القانون المدني الأردني قد اعترف بعقد بيع الوفاء ولم يبطله وكذلك لم يجعله في حكم الرهن كما في القانون المدني العراقي، وإنما عدّه عقد صحيح مركب من ثلاثة عقد، أن القانون المدني الأردني في موقفه هذا راعي حاجة الناس إلى هذا النوع من عقد البيع تجنباً للربا الذي يعد ممنوعاً وفق أحكام القانون المدني الأردني.⁽²⁾ النتيجة المتحصلة أن عقد بيع الوفاء في القانون المدني الأردني هو عقد رهن حيازي نظراً للتشابه بين أحكام عقد بيع الوفاء وأحكام عقد الرهن، فكل من المشتري في عقد بيع الوفاء والمرتهن في عقد الرهن يكون ضامناً، نصت المادة رقم (1393) من القانون المدني الأردني على «1- لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حيازياً منقولاً أو عقاراً بغير إذن الراهن. 2- فإذا أذن الراهن وابع له الانتفاع بنفسه بلا شرط من الدائن فله الانتفاع بنفسه ولا يسقط من الدين شيء في مقابل ذلك. 3- وللمرتهن أن يستغله استغلالاً كاملاً بأذن الراهن على أن يحسم ما حصل عليه من الغلة أولاً من النفقات التي اداها عن الراهن وثانياً من أصل الدين»⁽³⁾، كما يجوز لكل من المشتري في عقد بيع الوفاء الانتفاع بالمبيع مجاناً من دون إذن البائع، والمرتهن في عقد الرهن الانتفاع في

(1) نصت المادة رقم (1/1448) من القانون المدني الأردني على «يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية»، مما يعني أن الحالات التي لم يرد بشأنها نص في القانون المدني الأردني يتم الرجوع فيها إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية. بختيار صديق رحيم وسوران فرج عبد الله، مصدر سابق، ص 298.

(2) د. علي هادي العبيدي، بيع الوفاء، مصدر سابق، ص 16.

(3) نصت المادة رقم (399) من مجلة الأحكام العدلية الأردنية على «بيع الوفاء الشرط في إذا شرط في الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك مثلاً: لو تقاول البائع والمشتري وتراضياً على أن الكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الإيفاء بذلك على الوجه المشروح، ...».

المرهون مجاناً من دون إذن الراهن، هذا يعني أن عقد بيع الوفاء وفق القانون المدني الأردني لا يتعدى الغرض منه حيث أنه يحقق أغراض عقد الرهن الحيازي التي تتمثل بالضمان لا غير على الرغم من تسميته عقد بيع الوفاء، فهو لا يحقق غرض عقد البيع رغم تسليم المبيع من قبل البائع إلى المشتري حيث أن التسليم يكون من مستلزمات عقد الرهن الحيازي (1).

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة رقم (465) منه على بطلان بيع الوفاء حيث نصت على «إذا أحتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً»، وما يترتب على بطلان بيع الوفاء في ظل القانون المدني المصري الأحكام التي تحددها القواعد العامة للبطلان، فبطلان عقد بيع الوفاء لا تلحقه أجازة ولا تسري عليه قواعد التقادم، ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك به كما وتستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يترتب أثر لا بين الأطراف المتعاقدة ولا حتى بالنسبة للغير، فعلى المشتري رد المبيع وثماره إلى البائع وعلى البائع أن يرد الثمن والمصروفات الضرورية والنافعة طبقاً لقاعدة استرداد غير المستحق، كما أن المبيع يكون خالي من كل حق عيني من أجل ضمان رد الثمن، فالقانون المدني المصري عدّ عقد بيع الوفاء باطلاً سواء عدّ بيعاً أو رهناً، وإذا كان قد تم تسجيله فعند تقرير البطلان يؤشر على هامش التسجيل بذلك (2).

في حين نص القانون المدني الفرنسي في المادة رقم (1659) على «أن حق استرداد المبيع أو استرداده وفاءً هو اتفاق يخول البائع استعادة المبيع في مقابل رد الثمن الأصلي والدفع المبين في م1673»، ونصت المادة رقم (1673) على «أن البائع الذي يستعمل شرط الاسترداد، عليه أن يسدد ليس فقط الثمن الأصلي بل أيضاً مصاريف البيع وتكاليفه الرسمية والإصلاحات الضرورية، وتلك التي زادت من قيمة العقار، وبمقدار هذه الزيادة، ولا يمكنه تسلم حيازة العقار إلا بعد إيفائه كل هذه الالتزامات» (3).

(1) د. علي هادي العبيدي، بيع الوفاء، مصدر سابق، ص 16.
 (2) د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني- العقود المسماة (عقد البيع)، ط4، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، 1980م، ص 494. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، ج4، مصدر سابق، ص 166. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص 348.
 (3) فايز الحاج شاهين مصدر سابق، ص 1626-1628.

إن القانون المدني الفرنسي نص صراحة على جواز اتفاق الأطراف المتعاقدة على استرداد المبيع وفاءً تحقيقاً لشرط الإلغاء الذي يعيد الأطراف المتعاقدة إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام عقد البيع دون إجراء انتقال جديد للملكية، أي أن عقد بيع الوفاء يتم تكييفه في ظل القانون المدني الفرنسي بوصفه عقد بيع معلق على شرط فاسخ، حيث أن المالك البائع الذي يمثل المدين يتخلى عن ملكه إلى المشتري الذي يمثل الدائن، فيتملك المشتري (الدائن) المبيع في ظل الشرط الفاسخ، المتمثل برد البائع (المدين) الثمن والمصروفات للمشتري (الدائن) مما يترتب عليه فسخ العقد وعودة المبيع إلى ملك البائع (المدين) بأثر رجعي.⁽¹⁾

أن عقد بيع الوفاء شأنه شأن عقد البيع من حيث توفر الأركان من رضا الأطراف المتعاقدة ومحل العقد (المبيع والثمن) ولا يشترط التسليم، وأن عقد بيع الوفاء يكون معلق على شرط فاسخ هو أن البائع (المدين) له رد الثمن والمصروفات التي ينفقها إلى المشتري (الدائن) على المبيع خلال مدة زمنية معينة، وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ففي حالة تحقق الشرط يفسخ عقد البيع ويعد كأنه لم يكن، أي أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري ولكن على خطر الزوال لأنه في حالة تحقق الشرط يرد المبيع إلى ملك البائع (المدين) وكأنه لم يخرج من ملكه في أي وقت من الأوقات، أي أن البائع يسترد ملكية المبيع خالي من كل الحقوق التي رتبها المشتري للغير، والمشتري يعد وكأنه لم يملك المبيع في أي وقت من الأوقات وله الحق في استرداد الثمن ونفقات العقد والمصروفات التي انفقها على المبيع كما له الحق في حبس المبيع لحين استيفاءه كل الثمن والمصروفات وذلك في ظل تطبيق القواعد العامة، وحتى يعد الشرط الفاسخ صحيح لابد من توفر أمرين هما:⁽²⁾

الأمر الأول- إن يكون الشرط الفاسخ معاصر لعقد البيع حتى ولو لم يذكر في عقد البيع، حيث تكفي المعاصرة الذهنية لدى الأطراف المتعاقدة، ففي حالة تخلف شرط المعاصرة الذهنية ينعقد البيع عقداً باتاً، والشرط اللاحق أما أن يكون بمثابة عقد بيع تحت شرط واقف أو وعد بالبيع تبعاً لنية الأطراف المتعاقدة، والمعاصرة الذهنية في الاتفاق على الشرط مع عقد البيع يتم التثبيت منها حتى ولو لم تذكر في محرر عقد البيع ذاته، إذ من الممكن إثبات الشرط في ورقة مستقلة وأن

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، ج4، مصدر سابق، ص 148.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 264.

كانت ذات تاريخ لاحق على تاريخ محرر عقد البيع طالما أن الاتفاق على عقد البيع منذ البدء انعقد مقترناً بالشرط.(1)

الأمر الثاني- إلا تزيد المدة التي يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات حيث نص في المادة رقم (1660) على «لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يتجاوز خمس سنوات وإذا اشترط ميعاد يزيد فيها أنزل إلى خمس سنوات» ونصت المادة رقم (1661) منه على «أن الميعاد المذكور محتتم لا يجوز للقاضي أن يحكم بإطالته».(2)

أما في حالة عدم قيام البائع (المدين) برد الثمن والمصروفات ففي هذه الحالة يعد عقد البيع باتاً منتج اثار عقد البيع من وقت انعقاد العقد وكأنه لم يكن مقترن بالشرط الفاسخ بأي وقت من الأوقات، ويصبح ملك المشتري للمبيع باتاً وتثبت الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع للغير ويزول امل البائع في إمكانية استرداد المبيع، فقد نصت المادة رقم (1662) من القانون المدني الفرنسي على «إذا لم يستعمل البائع دعوى الاسترداد وفاءً في الميعاد المتفق عليه، يبقى المشتري مالكاً بصورة نهائية».(3)

إن الأطراف المتعاقدة في عقد بيع الوفاء تحقق تعدي الغرض من عقد البيع من تملك العين إلى الضمان وذلك من خلال الاتفاق على ادراج الشرط الفاسخ في العقد، فإن إدراج الشرط الفاسخ يحقق للبائع الضمان في حالة تحققه من خلال إعطاء البائع الحق في استرداد المبيع خالي من الحقوق التي رتبها المشتري عليه للغير وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام عقد بيع الوفاء وكأن المبيع لم يخرج من ملك البائع في أي وقت من الأوقات في حالة قيام البائع بتسديد ثمن المبيع والمصروفات إلى المشتري، والذي يعيننا أن اتفاق الأطراف المتعاقدة على تعدي الغرض من عقد بيع الوفاء جائز في القانون المدني الفرنسي من خلال الاتفاق على ادراج الشرط الفاسخ في عقد البيع مما يحقق للأطراف المتعاقدة غرض عقد البيع في نقل الملكية الذي يتعدى إلى تحقيق غرض

(1) د. سليمان مرقس، العقود المسماة (عقد البيع)، مصدر سابق، ص 496. أو الصديق فاطمة والبار حدة، رسالة ماجستير بعنوان بيع الوفاء دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية- الجامعة الإفريقية أحمد دراية ادراج، 2019م، ص 29.

(2) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1627.

(3) سعيد بن عبد الله بن محمد العبري، مصدر سابق، ص 203. فايز الحاج شاهين، المصدر نفسه، ص 1627.

الضمان، أي أن عقد بيع الوفاء في ظل القانون المدني الفرنسي يمثل وسيلة من وسائل الضمان التي تعتمد على نقل ملكية المبيع على وجه الضمان.⁽¹⁾

يتبين لنا مما تقدم أن عقد بيع الوفاء سواء تم تكييفه على أنه عقد بيع معلق على شرط فاسخ أو تكييفه على أنه عقد بيع صوري يستتر قرض مضمون برهن حيازي فإنه يحقق تعدي الغرض من عقد البيع من غرض نقل الملكية إلى غرض الضمان، فقد سبق وأن ذكرنا أن الأطراف المتعاقدة تستطيع أن تتفق على تحقيق تعدي الغرض من العقد بصورة عمديه من خلال اللجوء إلى الحيلة الصورية أو من خلال إدراج شرط التعليق سواء الشرط واقفاً أو فاسخاً.

(1) فايز الحاج شاهين، مصدر سابق، ص 1626. د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 265.

الخاتمة

بعد أن انتهت رحلة البحث بات واضحًا لدينا أن تعدي الغرض من العقد يمثل موضوعًا مهمًا في مجال العقد في الحياة العملية، ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى جملة النتائج والمقترحات والتي سوف ندرجها على النحو الآتي: -

النتائج: -

1- أن التعدي هو مجاوزة الفرد للحدود الواجب عليه الالتزام بها في تصرفاته من وجهة نظر الشرع والعرف والقانون، إلا أن هذا التجاوز من قبل الفرد لا يعد من قبيل الخطأ، فليس كل تجاوز من قبل الفرد للحدود في تصرفه يعد غير مشروع، وعليه توصلنا إلى تعريف تعدي الغرض من العقد هو تجاوز الهدف من العقد إلى هدف آخر يمثل مصلحة الأطراف المتعاقدة أكثر من الهدف الأصلي للعقد وذلك أما باتفاق الأطراف المتعاقدة أو وفق طبيعة العقد مما يترتب تغيير في حكم العقد.

2- أن الغرض في العقد يمثل الهدف القريب الذي يقصد المتعاقد تحقيقه من إبرام العقد، وهو بهذا قد يختلط ويتشابه مع السبب القصدي أو الغائي (السبب بالمعنى التقليدي)، إلا أن الغرض يختلف عن السبب من حيث أن السبب يمثل ركن من أركان العقد، وأن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، بينما الغرض كل متعاقد ينظر إلى الهدف الذي يحققه من العقد دون النظر إلى سبب التزام المتعاقد الآخر.

3- أن تعدي الغرض من العقد يتمتع بعدة خصائص والتي هي: الرضائية وأنه يختص بالعقود المسماة كما أن له وظيفة تتمثل في أحداث أثر قانوني جديد مغاير للأثر الذي المترتب على العقد الأصلي وله نظام خاص به.

4- أن تقسيم العقود إلى خمس طوائف على حسب الغرض منها المتصل بالوظيفة التي تؤديها والتي هي: عقود واردة على الملكية، عقود ترد على تملك المنفعة، عقود الضمان أو التوثيق، عقود واردة على العمل وعقود الحفظ.

5- أن تعدي الغرض من العقد يستلزم توافر عدة شروط من أجل أن ينتج الآثار التي تترتب عليه وان من أهم هذه الشروط هو وجود عقد صحيح مستجمع لشروطه كافة حيث أن التعدي ينشأ بالتبعية للعقد الأصلي الصحيح، فتعدي الغرض من العقد لا ينشأ بصورة مستقلة.

6- أن تعدي الغرض من العقد يكون على صورتين، الصورة الأولى منه هو التعدي العمدي والذي يحصل باتفاق الأطراف المتعاقدة على تعدي الغرض الأصلي من العقد وذلك لما يحقق لهما فائدة أكبر، أما الصورة الثانية، منه فهو التعدي غير العمدي والذي يحصل نتيجة للطبيعة الخاصة للعقد.

7- أن تعدي الغرض من العقد من الممكن أن يحصل في العقود البسيطة وفي العقود المركبة ومن أمثلة العقود البسيطة عقد الوكالة، ومن أمثلة العقود المركبة هو عقد الإيجار المنتهي بالتمليك.

8- أن تكييف العقد الذي ينتج عن تعدي الغرض من العقد هو عقد غير مسمى حتى وان أطلق عليه المتعاقدان تسمية خاصة حيث أنه يحقق أغراض عدة عقود في الوقت ذاته والتي لا يمكن تغليب أحدها على الآخر وعدت غرض العقد الأساسي فكلا الغايتين تعدان أساسية لا يمكن الفصل بينهما.

9- أن تصحيح العقد لا يمثل صورة من صور تعدي الغرض من العقد بطبيعته رغم اقترابه من تصحيح العقد بأن كلاهما يحصل نتيجة لطبيعة العقد دون تدخل من قبل الأطراف المتعاقدة، إلا أن الخلاف واضح في أن الغرض في تصحيح العقد يبقى دون تغيير بعد الإضافة أو الاستبدال أو الانتقاص في عناصر العقد من أجل انقضاء العقد من البطلان، في حين أن تعدي الغرض من العقد يترتب عليه غرض مغاير لغرض العقد الأصلي الصحيح دون أي إضافة أو استبدال أو انتقاص في عناصر العقد الأصلي.

10- أن لإرادة الأطراف المتعاقدة الدور الأساسي في تعدي الغرض من العقد وذلك من خلال الاتفاق أو التعديل أو الاشتراط في العقد ما دامت لم تخالف ولم تتجاوز حدود المشروعية وطالما أن تعدي الغرض من العقد يتفق مع مصلحة الأطراف المتعاقدة هذا في ظل الظروف الاعتيادية للعقد، كما أن لإرادة الأطراف المتعاقدة أن تبرم عقد متعدي الغرض لمواجهة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة (أن هذه الظروف ليست من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة التي تحدث بعد إبرام العقد، لان نظرية الظروف الطارئة تحدث بعد إبرام العقد).

11- أن للإرادة الدور غير المباشر في تغيير حكم العقد وذلك من خلال الاتفاق على تعدي الغرض من العقد، فالنتيجة المنطقية التي تترتب على تغيير غرض العقد هو تغيير حكم العقد الذي يثبت للعقد على وفق الغرض الذي يحققه.

12- عدم إمكانية الأخذ بالأثر الذاتي وحده للحكم على تعدي الغرض من العقد بالمشروعية من عدمه وذلك لأنه معيار يرتبط ببنية الأطراف المتعاقدة والتي هي أمر نفسي باطني ليس من السهل التعرف عليه لذلك كان لابد من تطبيقه جنباً إلى جنب مع الأثر الموضوعي، فالأثر الذاتي يعبر عنه بأمانة المتعاقدين بينما الأثر الموضوعي يعبر عنه بالأمانة العقدية لارتباطه بمعايير الأمانة والثقة والوفاء بالعهد في ميدان التعاقد.

13- أن المنفعة في نطاق العقد ترادف وتقابل الغرض من العقد، فهي تطلق ويراد بها الغرض المراد تحقيقه من العقد والجائزة شرعاً وقانوناً، وأن تعدي الغرض من العقد لكي يتمتع بالمشروعية لابد أن يحقق منفعة أكبر من المنفعة المتحققة من الغرض الأصلي للعقد والا انتفت الفائدة العملية المبررة للتعدي.

14- أن شرط التقيد في العقد والذي يكون فيه منفعة يحقق تعدي الغرض من العقد، حيث أن الغاية من التعدي هو تحقيق المنفعة شرط أن يكون غير مخالف للقانون والنظام العام والآداب والا لغي الشرط وصح العقد بثبوت غرضه الأصلي، مالم يكن الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد عندها يبطل الشرط والعقد سويةً.

15- أن الأطراف المتعاقدة تستطيع الاتفاق على تعدي الغرض من العقد من خلال الاتفاق على شرط التعليق سواء كان شرط واقف أم شرط فاسخ في عقد البيع الأشياء المنقولة وغير المنقولة حيث يترتب على ادراجه تعدي غرض عقد البيع من تملك العين إلى الضمان، فالشرط الواقف يحقق للبائع الضمان من خلال بقاءه محتفظ بالملكية حتى الوفاء بكامل ثمن المبيع من قبل المشتري، والشرط الفاسخ يعطي للبائع الحق في استرداد المبيع وإعادة الحال إلى ما كانت عليه في حالة اخلال المشتري في الوفاء بكامل ثمن المبيع.

16- أن المنفعة المتحصل عليها من تعدي الغرض من العقد لا بد أن تتوفر فيها جملة من الشروط وان هذه الشروط تقترب من الشروط الواجب توفرها في الشيء حتى يكون محل للالتزامات العقدية، وهذه الشروط هي أن تكون المنفعة موجودة أو ممكنة الوجود في المستقبل، وأن تكون معينه تعييناً نافياً للجهالة أو قابلة للتعيين، وأن تكون المنفعة المتحققة من تعدي الغرض من العقد مشروعة.

التوصيات: -

1- نقترح على المشرع العراقي بالنص صراحة على المقصود من السبب في العقد كنظرية المشرع اللبناني بإضافة فقرة إلى نص المادة رقم (132) من القانون المدني العراقي موضحاً فيها كل من السبب الغائي بالمفهوم التقليدي والسبب الباعث الدافع إلى التعاقد بالمفهوم الحديث فيصبح النص «1- أن سبب الالتزام يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل من العقد كالسبب المقابل في العقود المتبادلة والقيام بالأداء في العقود العينية ونية التبرع في العقود المجانية، أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو المقابل الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً، أما سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الطرف المتعاقد على انشاء العقد وهو لا يعد جزءاً غير منفصل عن العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وأن تكن من فئة واحدة. 2- يكون العقد باطلاً...»، وذلك لغرض إزالة كل التباس وتشابه بين الغرض والسبب في العقد.

2- نقترح على المشرع العراقي بالنص الصريح في متن القانون المدني على تقسيم العقود المسماة وفق ما يتحقق منها من غرض متصل بالوظيفة التي تؤديها في ميدان التعامل وذلك للأهمية البالغة لهذا التقسيم في ضوء التطور الحاصل في مجال التعاقد الذي خرج عن النطاق التقليدي الذي لم يعد كافي لسد حاجة الافراد في إبرام العقود وذلك بالنص على «تنقسم العقود المسماة وفق الغرض الوظيفي المتحقق منها الى عقود التمليك وعقود تمليك المنفعة وعقود واردة على العمل وعقود الضمان أو التوثيقات بالإضافة الى عقود الحفظ».

3- نقترح على المشرع العراقي اعتماد فكرة تعدي الغرض من العقد من خلال النص على أن «العقد الصحيح إذا ما تضمن عناصر تحقق غرضاً جديداً من العقد إضافة الى الغرض الأصلي منه وذلك أما باتفاق الأطراف المتعاقدة أو بطبيعة التعاقد عد ذلك تعدياً للغرض من العقد».

4- نقترح على المشرع العراقي أن ينص صراحة في متن القانون المدني على المنفعة التي تتحقق للأطراف المتعاقدة من إبرام العقد مع الإشارة الى أهم الشروط الواجب توافرها فيها أسوة بنظيره

المشرع الأردني، الذي نص عليها في المادة رقم (662) من القانون المدني الأردني «يشترط في المنفعة المعقود عليها: 1- أن تكون مقدورة الاستيفاء. 2- وأن تكون معلومة علماً كافياً...».

5- نقترح على المشرع العراقي للنص صراحة على حكم العقد وحقوق العقد في متن القانون المدني، رغم اشارته غير الصريحة لهما في نص المادة رقم (143) من القانون المدني العراقي، اسوة بنظرية المشرع الأردني الذي نص على ذلك في المادة رقم (199) من القانون المدني الأردني، تجنباً لأي خلط واشتباه بين المصطلحين ومعرفة الآثار التي تترتب على كل منهما.

6- نقترح على المشرع العراقي بتعديل نص المادة رقم (1/947) وذلك بالنص على إجازة الاتفاق على عدم قابلية الوكالة للعزل كون مثل هذا الاتفاق ليس فيه مخالفة للنظام العام والآداب، فيصبح النص كالاتي «للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه، وللموكل والوكيل الاتفاق على خلاف ذلك،...»

7- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة رقم (534) من القانون المدني والتي عد فيها عقد البيع مؤجل الثمن أو كان الثمن يدفع أقساط عقد بيع بالتقسيط وعده عقد مستقل بذاته نظراً للطبيعة القانونية المستقلة له عن كل من عقد البيع والإيجار، تحت مسمى عقد البيع الإيجاري، فهو عقد اجتمعت فيه عناصر عقد الإيجار والبيع وكونت عقد مستقل بذاته عنهما، وذلك من خلال النص «... 4- وتسري احكام الفقرات الثلاثة على عقد البيع الايجاري حتى ولو سمي المتعاقدان البيع أيجاراً».

8- نقترح على المشرع العراقي أن ينظم تشريع خاص بعقد التأجير التمويلي اسوة بنظائره المشرعين في القوانين المقارنة موضوع البحث كل من (المشرع الأردني والمشرع المصري والمشرع الفرنسي)، نظراً لأهمية في العصر الحالي بسبب المزايا التي يتمتع بها فهو يعطي دفعة في تطوير ونمو النشاط الاقتصادي، كما وأنه أصبح أسلوب متبع في التعامل فيما بين الشركات في كثير من البلدان.

القرآن الكريم

المصادر

أولاً- كتب الفقه الإسلامي: -

- 1- عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، 1993م.
- 2- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الفكر العربي، 1976م.
- 3- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته الهامة)، ط2، مطبعة دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996م.
- 4- د. محمد كمال الدين امام، الفقه الإسلامي- قواعد الفقه ونظرياته العامة (نظرية الحق- الملكية- نظرية العقد)، مطبعة دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007م.
- 5- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ط1، مطبعة نشر احسان للنشر والتوزيع، 2014م.
- 6- د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، مطبعة دار القلم، دمشق، 2004م.
- 7- د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ط3، مطبعة دار الفكر، دمشق، 2012م.

ثانياً- الكتب القانونية: -

- 1- إبراهيم سيد احمد، عقد الصلح فقهاً وقضاءً، مطبعة دار الكتب القانونية، 2005م.
- 2- د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، ط1، مطبعة دار النهضة العربية، 1997م.
- 3- د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، 2008م.
- 4- د. أسامه أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.

- 5- د. أسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، ط1، مطبعة دار النهضة العربية، 2008م.
- 6- د. اسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، ط1، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1988م.
- 7- د. اسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، مطبعة منشورات زين الحقوقية، 2007م.
- 8- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة مكتبة عبد الله وهبه، 1966م.
- 9- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2002م.
- 9- د. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، ط1، مطبعة دار نشر الثقافة، 1951م.
- 10- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة منشأة المعارف، 1965م.
- 11- ايمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، ط1، مطبعة مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2018م.
- 12- ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة زين الحقوقية، 2018م.
- 13- د. بشرى النية، محاضرات المدخل لدراسة العلوم القانونية، الناشر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، 2017م.
- 14- جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ط2، مطبعة مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008م.
- 15- د. جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، ط3، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة.
- 16- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م.
- 17- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- اثبات الالتزام، مطبعة بأشراف الجامعة المستنصرية، 1976م.

- 18- د. حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري (دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي)، مطبعة دار الكتب القانونية، 2007م.
- 19- خالد عيد حسين الحديثي، تكميل العقد (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2012م.
- 20- د. درع حماد، البيع الإيجاري (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة مكتبة السنهوري، بغداد، 2012م.
- 21- د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة دار السنهوري، بيروت، 2016م.
- 22- د. رضا عبد الحلیم عبد المجید عبد الباری، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية (الملكية)، 2009م.
- 23- رعد عداي حسين، الوكالة المدنية غير القابلة للعزل، مطبعة مكتبة السنهوري، 2010م.
- 24- د. رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة (عقد الإيجار في القانون المصري واللبناني)، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1983م.
- 25- د. رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م.
- 26- زياد أبو حصوه، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، مطبعة دار الراي، بيروت، 2005م.
- 27- د. سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة، البيع والإيجار، ط1، مطبعة المعارف، 1966م.
- 28- د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع- الإيجار- المقاوله)، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
- 29- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد الكفالة، ط5، مطبعة منشورات مكتبة صادر، بيروت، 1998م.
- 30- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الإيجار، ط4، ج8، مطبعة منشورات صادر، بيروت، 1999م.
- 31- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني- العقود المسماة (عقد البيع)، ط4، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، 1980م.

- 32- د. سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، مطبعة مكتبة صادر الحقوقية، بيروت، 1998م.
- 33- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مطبعة منشأة المعارف، 1974.
- 34- د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مطبعة مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009م.
- 35- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب- القانون) مصدران جديان للالتزام (الحكم- القرار الإداري)، ط1، مطبعة مكتبة الوفاء القانونية، 2009م
- 36- شهنك محمد جميل كريم، أثر القصد المدني في تضمين اليد دراسة تحليلية مقارنة، مطبعة دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011م.
- 37- د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود (دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية)، ط1، مطبعة دار دجلة، الأردن، 2008م.
- 38- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، 1950م.
- 38- د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبعة دار النهضة العربية، 1976م.
- 40- ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2008م.
- 41- د. طارق عجيل، المطول في شرح القانون المدني (انعقاد العقد)، مطبعة مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2013م.
- 42- د. عبد الباقي البكري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، مطبعة الشفيق، بغداد، 1960م، ص129.
- 43- د. عبد الحق صافي، القانون المدني، العقد (تكوين العقد)، مطبعة النجاح الجديدة، 2006م.
- 44- د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مطبعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010م.
- 45- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت.

- 46- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود التي تقع على الملكية)، مج1، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت.
- 47- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (العقود الواردة على العمل)، مج 1، مطبعة احياء التراث العربي، بيروت، 1964م.
- 48- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت.
- 49- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ج 5، المجلد 2، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت.
- 50- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت.
- 51- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ط2، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م.
- 52-- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954م.
- 53- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، مطبعة دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954م.
- 54- د. عبد العزيز سلمان اللصاصمه، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مطبعة دار رمد للنشر والتوزيع، 2003م.
- 55- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقه ومقارنه بالفقه الإسلامي)، 1984م.
- 56- د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط6، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015م.
- 57- د. عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012م.
- 58- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام (مع المقارنة بالفقه الإسلامي)، 2، مطبعة شركة الطبع والنشر الاهلية، 1963م.
- 59- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مطبعة شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1967م.

- 60- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مطبعة شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، 2018م.
- 61- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، 1980م.
- 62- د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1960م.
- 63- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، مطبعة مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2006م.
- 64- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام في القوانين المدنية العربية (الاصناف- الانتقال- الانقضاء)، ط1، مطبعة مكتبة زين الحقوقية، 2019م.
- 65- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، 1993م.
- 66- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة) ط1، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م.
- 67- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1971م.
- 68- علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة الدار العلمية الدولية، عمان، 2002م.
- 69- د. علي شاکر عبد القادر البدری، السبب الصحيح وأثره في الملكية (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، 2016م.
- 70- د. علي عبد العالي خشان الاسدي، نحو نظرية عامة للوكالة اللازمة (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2015م.
- 71- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، مطبعة موفم للنشر، 2013م.
- 72- د. على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- 73- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، ط7، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م.
- 74- د. علي هادي العبيدي، بيع الوفاء دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، 2009م.

- 75- د. غازي خالد أبو عرابي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، ط1، مطبعة دار وائل للنشر، 2009م.
- 76- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مطبعة مكتبة السنهوري، بغداد، 2015م.
- 77- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
- 78- فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القدس يوسف- مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي- دالوز للغة العربية- بيروت، 2012م.
- 79- فلاح حسن صالح اللهبي، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019م.
- 80- د. محمد المظفر، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة (دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)، ط4، 2010م.
- 81- د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة مكتبة الجيل الجديد، 2009م.
- 82- د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، أحكام الالتزام، ط9، مطبعة مكتبة الجيل الجديد، 2009م.
- 83- د. محمد حاتم البيات و د. أيمن محمد أبو العيال، الالتزامات (العقد والإرادة المنفردة)، مطبعة منشورات جامعة دمشق.
- 84- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (العقد)، مج1، مطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م.
- 85- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني-العقود المسماة (البيع - التأمين(الضمان) - الإيجار) دراسة مقارنة، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م.
- 86- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، 2018م.
- 87- د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد (دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي)، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.

- 88- د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.
- 89- د. محمد سأمير عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018م.
- 90- د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني (دراسة تحليلية تركيبية مقارنة)، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م.
- 91- د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017م.
- 92- د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط4، مطبعة دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976م.
- 93- محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، 2018م.
- 94- محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م.
- 95- د. محمد علي صاحب و د. أسماء صبر علوان، الحقوق العينية الاصلية، 2018م.
- 96- د. محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004م.
- 97- د. محمود فهمي و د. منير سالم و د. عبد الله سالم، التأجير التمويلي (الجوانب القانونية والمحاسبية والتنظيمية)، مطبعة مكتبة دار النهضة، القاهرة، 1997م.
- 98- د. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، مطبعة دار المطبوعات الجامعية، 1999م.
- 99- د. مصطفى العوجي، العقد (مع مقدمة في الموجبات المدنية)، ط3، 2003م.
- 100- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء)، أحكام الالتزام، ط1، مطبعة دار ئاراس للطباعة والنشر، 2006م.
- 101- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء)، مصادر الالتزام، ط1، مطبعة دار ئاراس للطباعة والنشر، 2006م.

- 102- د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، مطبعة دار المعارف، مصر، 1957.
- 103- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، ط1، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م.
- 104- د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الاموال (دراسة مقارنة)، ط3، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006م.
- 105- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مطبعة دار الجامعة الجديدة، 2009.

ثالثاً- معاجم اللغة العربية: -

- 1- الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن، مطبعة دار الشامية، بيروت، 1996م.
- 2- محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، بلا طبعة، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1981م.

رابعاً- الاطاريح الرسائل: -

- 1- أحمد محمود أحمد أبو موسى، رسالة ماجستير بعنوان التعاقد من الباطن في نطاق عقود الاشغال العامة في فلسطين (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية)، كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية، غزة، 2017م.
- 2- إسحاق أحمد حمدان، رسالة ماجستير بعنوان الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 2000م.
- 3- أسيل حسن رضا، رسالة ماجستير بعنوان دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة بغداد، 2015م.
- 4- أوالصديق فاطمة والبار حدة، رسالة ماجستير بعنوان بيع الوفاء دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية- الجامعة الافريقية أحمد دراية ادرار، 2019م، ص 29.

- 5- إيناس مكي عبد نصار، أطروحة دكتوراه بعنوان الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مقدمة إلى كلية القانون- جامعة كربلاء، 2016م.
- 6- بن حاج زهيرة وبين قسيمة سامية، رسالة ماجستير بعنوان الحيلة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، 2016م.
- 7- بن يوب هدى، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي -ام البواقي-، الجزائر، 2013م.
- 8- حنان كمال ضبان، رسالة ماجستير بعنوان عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة (دراسة فقهية)، كلية الشريعة والقانون/ الجامعة الإسلامية- غزة، 2015م.
- 9- دالي البشير، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، الجزائر، 2008م.
- 10- روزان طالب محمود السويطي، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، جامعة القدس، 2018م.
- 11- زيتوني فاطمة الزهراء، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2018م.
- 12- سعيد بن عبد الله بن محمد العبري، أطروحة دكتوراه بعنوان بيع الوفاء وأحكامه في الفقه الإسلامي، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 1997م.
- 13- سليمة زاوي، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود، جامعة محمد الأول، وجدة.
- 14- سي اعمر أمينة وشاينة تركية، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ حسن النية في العقود تأصيلاً وتحليلاً، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، 2018م.
- 15- شر ابن حمزة، رسالة ماجستير بعنوان (الملكية كوسيلة لدعم الإنتمان) مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 2008م.
- 16- عادل أحمد الجسمي، أطروحة دكتوراه بعنوان مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، مقدمة إلى كلية القانون- جامعة الامارات العربية المتحدة، 2018م.
- 17- عرفات نواف فهمي مرداوي، رسالة ماجستير بعنوان الصورية في التعاقد (دراسة مقارنة)، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، 2010م.

- 18- مازة حنان، أطروحة دكتوراه بعنوان التعاقد من الباطن في عقد مقاوله البناء، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، 2016م.
- 19- محمد بن قادة خويرة، لطروحه دكتوراه بعنوان الحيلة كوسيلة للتعاقد في القانون المدني، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة وهران2، 2017م.
- 20- محمد يوسف عارف الحاج محمد، رسالة ماجستير بعنوان عقد الاجارة المنتهية بالتمليك (من التطبيقات المعاصرة لعقد الاجارة في الفقه الإسلامي)، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2003م.
- 21- منصور حاتم محسن، أطروحة دكتوراه بعنوان فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، كلية القانون- جامعة بغداد، 2006م.
- 22- نادية كعب جبر الكعبي، رسالة ماجستير العقد المركب، مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهريين، 2005م.
- 23- هبة بوذراع، رسالة ماجستير بعنوان النظام القانوني لعقد الوكالة، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة العربي بن مهيدي، 2016م.

خامساً- البحوث: -

- 1- أحمد الزين أحمد حامد، بحث المبادئ الشرعية العامة لضمان العدوان (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة تأصيل العلوم، السنة (6) العدد (8)، 2015م.
- 2- أحمد علي عويد، بحث بعنوان المشكلات القانونية للوكالة غير القابلة للعزل الواردة على الأموال غير المنقولة في التشريع الأردني، منشور في مجلة دراسات، كلية الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد3، 2017م.
- 3- أكرم محمود حسين البدو، بحث بعنوان حكم العقد (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج15، العدد55، السنة 17، 2012م.
- 4- بختيار صديق رحيم وسوران فرج عبد الله، بحث بعنوان بيع الوفاء من المنظور الفقهي والقانوني (دراسة تحليلية مقارنة)، منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 18، المجلد 5، 2016م.

- 5- - د. عبد الاله بن مزروع المزروع، بحث بعنوان العقد الصوري حكمة وأثرة (دراسة فقهية تطبيقية على أحكام القضاء السعودي)، منشور في مجلة العلوم الشرعية- جامعة القصيم، العدد2، المجلد 12، 2018م.
- 6- د. عدنان إبراهيم سرحان و د. محمد سليمان الأحمد، بحث بعنوان فكرة العقد المتعدي الغرض، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 3، رقم 23، 2018 م.
- 7- عقيل عبد الحمزة كزار الخالدي، بحث بعنوان عقد بيع وشراء المركبات في قانون المرور العراقي النافذ بين الشكلية والبطلان، منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد2، سنة 2028م.
- 8- كاظم عبيد حمادي، بحث بعنوان التمييز بين شرطي التقييد والتعليق (دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مقدم إلى كلية القانون- جامعة القادسية، 2017م.
- 9- د. محمد سليمان الأحمد، بحث بعنوان البند العقدي المفترض، منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مجلس النواب في مملكة البحرين، العدد الأول، السنة الأولى، 2018م.
- 10- د. محمد عرفان الخطيب، بحث نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث (الثابت والمتغير)، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، السنة السادسة، 2018م.
- 11- د. منصور حاتم محسن، بحث الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مج 21، العدد1، 2013م.
- 12- د. منصور حاتم محسن، بحث بعنوان التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية (دراسة مقارنة)، منشور في مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد 23، العدد4، 2015م.
- 13- د. ميكائيل رشيد علي الزبياري، بحث بعنوان بيع الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي (دراسة مقارنة) منشور في مجلة كلية العلوم الإسلامية- الجامعة العراقية، العدد 3، 2012م.
- 14- ياسر صائب خورشيد، بحث حالات التعدي وحكمها في المسؤولية التقصيرية بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي منشور في مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 2012م.

سادساً- القوانين: -

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804م المعدل والنافذ.
- 2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
- 3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م المعدل.
- 4- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
- 5- قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016م.

سابعاً- القرارات القضائية: -

- 1- قرارات منشوره على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح:
<https://www.hjc.iq/qview.462/> تاريخ الزيارة 2019/12/23م.
<https://www.hjc.iq/qview.389/> . تاريخ الزيارة: 2020/8/18م.
<https://www.hjc.iq/qview.680/> . تاريخ الزيارة: 2020 /8/18.
<https://www.hjc.iq/qview.631/> تاريخ الزيارة 2020/3/2.
- 2- قرار محكمة التمييز الأردنية أشار الية أحمد علي عويد.
- 3- قرار محكمة النقض المصرية في 1951/2/22 أشار اليه رعد عداي حسين.
- 4- قرار محكمة بداءة الحلة ذي العدد 24 / ب / 2017 في 2017/1/19م. أشار اليه عقيل عبد الحمزة كزار الخالدي.
- 5- قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ في 1956/6/7. أشار إليه عرفات نواف فهمي مرداوي.

ثامناً- مواقع الشبكة المعلوماتية (الانترنت): -

- 1- علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة العقدية، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح:
<https://www.dorar.net/aqadia/1220/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B7%D9%84%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D9%85%D8%B3-%D9%83%D9%84%D9%85%D8%A9->

الزيارة: 2019/12/12 [%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%BA%D8%B1%D8%A7%D8%B6](https://www.hjc.iq/qview.631/) تاريخ

2- الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح: <https://www.hjc.iq/qview.631/>

3- مقال بعنوان شرط الاحتفاظ بالملكية، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح: <https://universitylifestyle.net/> تاريخ الزيارة 2020/7/14.

تاسعاً- المصادر باللغة الفرنسية: -

1- Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ces effets dans le droit contractuel algérien, mémoire., de magister en droit privé, institut de droit et des sciences administratives université. d'Oran, 1983.

2- V. Code civil Français, D. Paris, France, 103e éd. 2004.

3- G .Chantepie & M .Latina ,La Réforme du Droit des Obligations :Commentaire Théorique et Pratique dans l'Ordre du Code Civil ,Édition Dalloz ,2016.

4- L'abus de domination en matière contractuelle, étude comparative en droit français et égyptien, AIX- MARSEILLE, 1992.

5- J-L. Baudouin, les obligations, 3e éd, Cowans ville, Qué Yvon Blais, 1989.

6- J Ghestin. L'abus dans les contrats, G.P 1981.

7- J.Ghestin ,l'utile et le juste dans les contrats ,D.1982.

8- M. Cabrillac, art. Préc. N0. 20 et s. F. Perochon, la reserve de propriété dans la vente de meubles corporels these. Montpellier, 1987, Bibl. Dr, entreprise, t, 12, préf.J.M. Mousseron.

Summary

The transgression of the purpose of the contract has become a fertile field for him in concluding contracts, so the contracting parties often resort to agreeing to transgress the purpose of the contract in concluding contracts and the widespread distress of it, but the legislator did not devote him to a legislative organization, so the aim of the research was to find out the most important effects and legal provisions that which results from violating the purpose of the contract in jurisprudence, judiciary and legislation, and we have adopted the comparative analytical approach in its preparation, so we have adopted the analytical method for a number of legal texts contained in Arab civil laws, especially Iraqi, Jordanian and Egyptian civil law and French civil law from foreign laws to find out what the subject is and devise the standards that we adopted it in explaining the legal consequences of infringing the purpose of the contract.

Then we presented the opinion of the jurisprudence in cases not stipulated by the comparative laws in question, examining the considerations on which each trend relied in explaining the enforcement that this entails, and we explained the judiciary's position on the applications of infringing the purpose of the contract and the consequences that result from that despite the difficulty in obtaining the decisions that related to the subject, indicating to the basis that the courts depending on it to make these decisions.

At the end of the research, the research showed the most important consequences of transgressing the purpose of the contract, which represents

B

a matter of great importance, as it entails addressing the effects on which there is no text in the comparative civil laws in question. Where we are not biased to a specific jurisprudential opinion, rather we have dealt with a statement of the advantages and disadvantages of each of them, indicating the prior right of the contracting parties to know the legal implications of infringing the purpose of the contract. The study concluded by recommending legislative regulation from civil laws regarding the issue of infringing the purpose of the contract because of its importance in the field of contracting at the present time.

Keywords: Infringement, The purpose Contract, The contracting parties, Provisions, Utility nodal, Willful infringement, Unintentional infringement

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and scientific research
University of Karbala
College of Law



Infringement the Purpose of the Contract

(A Comparative Study)

A Thesis Made by

Abeer Saleh Mahdi

Submitted to the Board of Collage of Law

At the University of Karbala

It's A part of the Requirements of the Master's Degree in Private Law

Supervised by

Professor of Civil Law

Dr. Ali Shaker ALbadri

1442 A.H.

2020 A.D.