الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت في هذا العدد:

• الاساس القانوني لإجازة ممارسة مهنة الطب في العراق (دراسة مقارنة).	• أ.د. اسماعيل صعصاع البديري • مؤيد شياع محيل
• دور وسائل التقدم العلمي في استنباط القرينة القضائية.	• أ.د.هادي حسين عبد الكعبي • مها خضر بهجت
• العضوية في المنظمة العالمية للملكية الفكرية	• أ.د. سدام حسين وادي الفتلاوي • طارق محمد جاسم
• الوديعة المتعددة الأطراف (دراسة مقارنة).	• أ.د. ضمير حسين ناصر المعموري • أحمد رائد جادر العبيدي

السنة الخامسة عشر ٢٠٢٣ العدد الاول

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN` ONLINE 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

▪ The legal basis for a license to practice medicine in Iraq (comparative study).	▪ Prof. Dr. Ismail Sasaa Ghidan ▪ Muayad Shyaa Mheel
▪ The role of the means of scientific progress in deriving the judicial presumption.	▪Prof. Dr. Hadi Hussein Al-Kaabi ▪ Maha Khader Bahjat
▪ Membership in the World Intellectual Property Organization multilateral deposit (A comparative study)	▪ Prof. Dr. Saddam Hussein Wadi ▪ Tariq Mohammed Jassim ▪ Prof .Dr. Dhamear Hussein Naser ▪ Ahmad Raed Jadeer Al-Obaidi

First Issue 2023 Fifteenth Year

No. Deposit in the Archives office–office 1291 for the national Baghdad in 2009

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	الاساس القانوني لإجازة ممارسة مهنة الطب في العراق (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان مؤيد شياع محيل	٩-٣٨
٢.	دور وسائل التقدم العلمي في استنباط القرينة القضائية	أ.د.هادي حسين عبد الكعبي مها خضر بهجت	٣٩-٧٦
٣.	العضوية في المنظمة العالمية للملكية الفكرية	أ.د. صدام حسين وادي الفتلاوي طارق محمد جاسم	٧٧-١٠٣
٤.	امتيازات وحصانات المنظمة العالمية للملكية الفكرية والعاملون فيها	أ.د. صدام حسين وادي الفتلاوي طارق محمد جاسم	١٠٤-١٢٨
٥.	الوديعة المتعددة الأطراف (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر المعموري أحمد رائد جادر العبيدي	١٢٩- ١٨٧
٦.	تقييم نظام كفالة الاجنبي - دراسة مقارنه	أ.د فراس كريم شيعان البيضاني عباس علوي راضي علي	١٨٨-٢٣٧
٧.	الاثار المترتبة على ادانة رئيس الجمهورية	ا.د حسين جبار عبد دعاء مازن نعيم	٢٣٨-٢٦٧
٨.	الأساس القانوني للتعويض عن أضرار النفايات الصناعية (دراسة مقارنة)	ا.م.د . محمد جعفر هادي علي فراس طه خضير	٢٦٨-٣١٦
٩.	الرقابة القضائية على المرافق المهنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د رفاه كريم اسعد موسى سكران	٣١٧-٣٤٠
١٠.	الرقابة القضائية على منح المخصصات المالية لقوى الامن الداخلي في العراق (دراسة مقارنة)	أ.م. د رفاه كريم كربل مؤيد عبد زيد راضي بديوي	٣٤١-٣٦٥
١١.	شروط استحقاق المخصصات المالية لقوى الامن الداخلي في العراق (دراسة مقارنة)	أ.م. د رفاه كريم كربل مؤيد عبد زيد راضي بديوي	٣٦٦-٣٨٩
١٢.	الأثر المترتب على تغيّر الوصف في المبيع(دراسة مقارنة)	أ.م.د ايناس مكي عبد نصار عالية حسن علي	٣٩٠-٤٢٨
١٣.	شروط تأسيس الصناديق السيادية -دراسة مقارنة-	أ.م.د ماهر محسن عبود الخيكاني دعاء حسين حسن	٤٢٩-٤٥٧
١٤.	مفهوم الإرشَاد البحرَيُّ (دراسة مقارنة)	أ.م.د.نهى خالد عيسى اسراء توفيق صالح البدري	٤٥٨-٤٨٥
١٥.	ماهية العضوية في المجالس النيابية	ا.م.د ميسون طه حسين مصطفى عدنان عباس	٤٨٦-٥١٤
١٦.	مسوغات مجلس الدولة بتفسير القاعدة القانونية	أ.م. عبدالحسين عبد نور هادي أ.م.د رشا عبدالرزاق جاسم	٥١٥-٥٤٥
١٧.	موقف مجلس الدولة من التفسير اللغوي للقاعدة القانونية	أ.م. عبدالحسين عبد نور هادي أ.م.د رشا عبدالرزاق جاسم	٥٤٦-٥٧٧

١٨.	الآلية الفنية لتنازع القوانين في مسائل الحق المعنوي دراسة قانونية في مجال حق المؤلف	أ.د حسن علي كاظم ميثم فليح حسن	٥٧٨-٦١٦
١٩.	حق التقاضي وضماناته (دراسة مقارنة)	د عبد الله سعدون الشمري	٦١٧-٦٤٠
٢٠.	الفرق بين السلطتين التقديرية والمقيدة	د. احمد رضا توحيدي محمد علي المسعودي	٦٤١-٦٦١
٢١.	الضرر المشترك واثره / دراسة في ضوء قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩	م. د. سهير حسن هادي	٦٦٢-٦٨٥
٢٢.	الرقابة المصححة لعمل الشركات -دراسة مقارنة- في ظل قانون الشركات العراقي النافذ	م.د.علاء عبد الامير موسى	٦٨٦-٧١٤
٢٣.	ماهية الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً ـــ دراسة مقارنة ـــ	م. د. مشتاق عبد الحي عبد الحسين	٧١٥-٧٥١
٢٤.	الشروط غير المشروعة في العقود دراسة في ضوء قانون المملكة المتحدة	م.د زهراء عصام صالح	٧٥٢-٧٧٦
٢٥.	إسترداد الأموال المهرّبة وفق التشريعات العراقية	م. عبد الناصر عبد الستار حسين أ.د يحيى ياسين سعود	٧٧٧-٧٩٨
٢٦.	التحقيق الإداري في المخالفات الإدارية	م.م رباب ناجي عبد م.م عمر علاء محمد م.م سالم حسين عليوي	٧٩٩-٨١٨
٢٧.	القوانين المعرقلة للقضاء الاداري في إنجاز الدعاوىٰ	م.م.زينب علي كامل	٨١٩-٨٥٣
٢٨.	شهادة الأصول والفروع	م.م سرور سعدون طه	٨٥٤-٨٦٨

الشروط غير المشروعة في العقود دراسة في ضوء قانون المملكة المتحدة

د.زهراء عصام صالح كبة
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الملخص

يعد العقد من أهم ركائز القانون المدني لما يحمله من ثقل كبير، فالبحث في مواضيع العقد يقودنا بلا هوادة للبحث في طرق انعقاده ومدى اثاره التي يتفرع عنهما الكثير من المواضيع الأخرى ذات الصلة بالعقد، اما بالنسبة لموضوع الشروط الواردة في العقد فكما هو معلوم ان طرفي العقد يملكان كامل الحق والحرية في صياغة عقدهما بالطريقة التي تتناسب ومصالحهما بما لا يتعارض مع القانون بشقيه المقنن وغير المقنن (القانون العام) والنظام العام.

عليه متى ما تم صياغة العقد بطريقة تتعارض مع القانون والنظام العام أمسى العقد غير قانوني مما قد يحرم الأطراف من الغاية التي تعاقدا من اجلها، لذلك لابد من توخي أقصى درجات الدقة والحذر عند صياغة العقود من جهة وتنفيذها من جهة اخرى، وذلك لان بعض العقود قد تعقد صحيحيه لكن يتم تنفيذها بطريقة مخالفة للقانون، كما ان مسألة ادراج بعض الشروط غير المشروعة في العقد قد يعرضه لعدم التنفيذ والبطلان، لكن ليست بالضرورة كل العقود مصيرها البطلان فمن الممكن في بعض الحالات انتقاص بعض الشروط غير المشروعة والإبقاء على باقي العقد، وبذلك يتم صون حقوق والتزامات طرفي العقد من الهدر والضياع.

المقدمة

Introduction

الأصل في العقود هو تعزيز مبدأ سلطان الإرادة للأشخاص، بمعنى فسح المجال لصياغة عقودهم وتنظيمها بالطريقة التي تتناسب والغرض الذي يزعمون التعاقد من أجله، كل ذلك ما لم يخرقوا القانون الذي يعد هو المنبع في تشريع العقود من جهة، والفيصل في حسم النزاعات الناشئة عنها من جهة أخرى، لذلك فمن الطبيعي انصراف رغبة المتعاقدين إلى تضمين عقودهم بعض الشروط التي تتناغم ومصالحهم المتبادلة لضمان تنفيذ العقد بالطريقة التي توجهت إليها إرادتهم لحظة ابرام العقد، كما يرجع سبب إدراج هذه الشروط إلى التخوف من احتمالية قيام أحد الأطراف بعدم تنفيذ العقد أو ارتكابه لخطأ في تنفيذه، أو تنفيذه بطريقة معيبة أو حتى قد تكون متأخرة، بمعنى عدم جني الثمرة المبتغاة من العقد.

لذلك فقد اهتم التشريع (act)، والقانون العام (common law) بهذه المسألة، وذلك من أجل صون وضمان حقوق الأطراف من الهدر والضياع في حال جهل أو تعسف أحد الأطراف عند صياغة ومن ثم إبرام العقد، كما ان النظام العام (public policy) كان له دوراً في رفض بعض الشروط التي قد يتم دسها في العقود، كما ان موقف القضاء إزاء هذه الشروط واضح وصارم والذي قد يصل إلى الحكم بوقف تنفيذها وبطلانها، وفي بعض الأحيان يتم انتقاص الشروط غير المشروعة والإبقاء على تلك المشروعة من أجل الحفاظ على العقد في حال كون الأولى غير تعد شروطاً غير جوهرية.

عليه فان البحث في موضوع الشروط غير المشروعة في العقود يستلزم منا فهم مصدر عدم المشروعية في البدء وذلك ما سنحاول تبيانه في المبحث الأول من خلال التعرف على ماهية الشروط غير المشروعة، ومن ثم البحث في مصادر تلك الشروط التي قد تكون القانون بشقيه المقنن أي التشريع وغير المقنن أي المستند إلى السوابق القضائية والنظام العام، اما بالنسبة للمبحث الثاني فسنخصصه للتقصي عن اثار العقود غير المشروعة والتي قد يرجع سبب عدم مشروعيتها لإدراج شروط غير مشروعة فيها، أو لصياغتها بطريقة صحيحة لكن العيب الذي يشوبها يرجع إلى طريقة تنفيذها بصورة مغايرة لما يرسمه القانون لها، كما لا يفوتنا ايضاً التطرق إلى موضوع انتقاص العقود، ثم سنختم هذه الدراسة بخاتمة مقتضبة تضم أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات، كل ذلك عن طريق تطبيق المنهج التحليلي بالبحث والمعزز بموقف القوانين والقرارات القضائية وايضاً الآراء الفقهية في ضوء قانون المملكة المتحدة، مع ادراج اشارت مبسطة لموقف المشرع العراقي.

المبحث الأول

ماهية الشروط غير المشروعة في العقود

The first topic

What are the Illegality terms in the contracts

لا يكفي لصحة العقد توافر عناصره الثلاثة وهي كل من الايجاب (offer) والقبول (acceptance) والمضمون (consideration) وحسب، بل لابد كذلك من ان تتم صياغة العقد

بطريقة سليمة غير مخالفة لكل من: ١-القانون بشقيه المقنن أي التشريع (act)، وغير المقنن أي المستند إلى السوابق القضائية (common law) ، ٢-النظام العام (public policy).

عليه متى ما وجدت نصوص صريحة أو ضمنية في القانون العام أو في التشريع تخالف تلك النصوص الصريحة أو الضمنية في العقد فان المحكمة لن تدخلها حيز التنفيذ، وهو الأمر الذي تم تأكيده في قضية (Cope v Rowlands: 1836)[١].

لذلك فان مسألة التهاون في ادراج شروط مخالفة للنصوص القانونية أو السوابق القضائية ينجم عنه بالنهاية عقود غير ملزمة بسبب عدم شرعيتها من الناحية القانونية، وهذا ما قد يلمس في مرحلة ابرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، لذلك يقع على كاهل الطرفين توخي أقصى درجات الدقة والحذر عند صياغة بنود العقود، أو إحالة موضوع الصياغة إلى المختصين في هذا المجال من قبيل المحامين، وذلك لصون حقوقهم من الهدر والضياع عن طريق توفير الكثير من الجهد والنفقات التي قد تبذل في النزاعات القضائية، وللتعرف على أنواع الشروط غير المشروعة بصورة أكثر تفصيلاً سنعمل على دراسة كلاً منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الشروط المخالفة للقانون

The First requirement

Conditions violates a legal rule

كما هو معلوم ان النظام القانوني في المملكة المتحدة لا يستند فقط على القانون العام (common law) غير المقنن بمعنى السوابق القضائية وحسب، بل يعتمد بدرجة كبيرة على القانون المقنن بمعنى التشريع (act) ايضاً، عليه لابد من بحث الشروط غير المشروعة في كل من شقي القانون العام من جهة، والتشريع من جهة أخرى وهذا بالفعل ما سنفعله في الفرعين الآتيين.

[١] ينظر:
https://swarb.co.uk/cope-v-rowlands-1836/

الفرع الأول

الشروط المخالفة للقانون غير المكتوب

First branch

Breach of common law

كما هو معلوم فان الهدف الأسمى للقانون هو تحقيق العدل، لذلك فمن غير المنطقي ان يسمح القانون بأبرام عقود منافية للعدل، عليه فمن الطبيعي اسباغ وصف عدم القانونية على العقود التي تشوبها شائبة الجريمة أو الحاق الضرر، وكذلك تطبيقاً لقاعدة عدم السماح للشخص الاستفادة من الجريمة للحصول على كسب أو تعويض، أي متى ما مارس الشخص نشاطاً اجرامياً مشيناً لن يعد بإمكانه رفع دعوى المسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويضات جراء الضرر الذي أصابه[٢].

الأمر الذي قد يلمس عند قيام الجناة برفع دعوى قضائية للمطالبة بتقسيم مكاسبهم غير المشروعة مثلاً، كما هو الحال في قضية (Everet *v* Williams 1725) عندما نشب خلاف بين المجرمين الذي قاموا بعملية سطو مسلح جراء عدم اتفاقهم على كيفية تقاسم غنائم السرقة، عندها رفع أحدم دعوى للمطالبة بحصته استناداً للاتفاق المبرم بينهم، ومن البديهي رفض القضاء هذا النوع من الدعاوى، علاوة على ذلك تم القاء القبض على محامي المدعي وفرض غرامة عليه ايضاً، وذلك لاعتبار هذه القضية بمثابة فضيحة (scandalous and impertinent)[٣].

ولعل أبرز مثال على الشروط المخالفة للقانون العام هو ما يلمس في العقود المقيدة للتجارة (Contracts in restraint of trade) والتي تحد من حق الشخص في استخدام حقوقه في ممارسة النشاط التجاري بحرية، حيث تشمل على سبيل المثال لا الحصر:

[٢] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, tort law, Pearson education limited, eighth addition, 2011, p.١٢٥.

[٣] ينظر:
https://swarb.co.uk/everet-v-williams-1725/

اولاً: عقود بيع الاعمال

Contracts for the sale of a business

تلمس هذه العقود بين التجار العاملين في مجال البضائع أو الخدمات والذين يخشون على تعرض مصالح التجارية للمنافسة في حال ما تم ممارسة عمل تجاري مشابه لعملهم، لذلك يلجئون إلى فرض التزام بعدم فتح متجر أو شركة منافسة لمسافة معينه أو لزمن محدد، اما في حال كون المسافة بعيدة جداً أو الزمن طويل جداً عندها يتم ابطال مثل هكذا شرط من قبل المحكمة، فليس من المعقول فرض التزام يقضي بعدم العمل بحجة المنافسة لمدة طويلة أو لمسافة بعيدة[٤].

ثانياً: العقود المتعلقة بترك الموظف للعمل

Restraints in a contract of employment

تتعلق هذه العقود بالتزام يفرضه صاحب العمل على موظفيه مفاده في حال تركهم للعمل لديه لا يحق لهم تأسيس شركة منافسة أو العمل لدى شركة تعمل في نفس المجال، ويكثر هذا الشرط في مجالات العمل التي ترتكز على السمعة والعرف مثل الاعمال التي تتعلق بصالونات التجميل والاعلانات (hairdressing or advertising)، اما عن السبب جراء فرض هذا الالتزام فهو القلق من احتمالية أخذ الموظف للعملاء الذي كان يعمل معهم إلى عمله الجديد[٥]، كما في قضية (Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd ١٨٩٤) التي تم فرض التزام شبه مطلق للموظف بعدم العمل لدى شركة مناضرة اخرى لمدة (٢٥) عام وفي أي مكان بالعالم، وبعد برهة من ترك الموظف للعمل التحق في شركة اخرى عندها تم رفع دعة قضائية احتجت فيها الشركة بالالتزام

[٤] ينظر:
See: G.H.TREITEL, an outline of the law of contract, oxford, sixth edition, 2004, p. 203.
[٥] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, Pearson Education Limited, Eighth edition 2011, p.٢٣٨.

المدون في العقد المبرم، واحتج فيها الموظف بعدم معقولية الشرط، عليه توصلت المحكمة للإبقاء على الشروط المعقولة وحسب[٦].

اما عن موقف المشرع العراقي فقد شرع قانوناً خاصاً بموضوع العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ والذي تضمن أهم الأسس والمبادئ التي تنظم وتصون علاقات وحقوق العاملين وأصحاب العمل، كما نص في المادة (١٤/ثانياً) على (يقع باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق يتنازل بموجبه العامل عن أي حق من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون).

ثالثاً: العقود المتعلقة بالأسرار والمعلومات التجارية

Trade secrets and confidential information Contracts

قد يندرج تحت وطئه بعض الاعمال التجارية اسرار صناعية ومعلومات خاصة تتعلق بالابتكار أو التصنيع أو حتى الملكية الفكرية الخاصة بالمشروع، عليه تفرض بعض الشركات في عقود موظفيها بنداً يقضي بعدم عملهم لدى شركة منافسة في مجال الاختصاص ويكون هذا البند محدد بزمن محدد وذلك لضمان الحفاظ على اسرارهم التجارية من الهدر والضياع، إلا ان الأمر ليس مطلق بل يجب ان يكون معقول ومحدد، فعقود الاحتكار أو التقييد يجب ان تكون لفئة العاملين مع الاسرار وليست مطلقة لجميع العاملين[٧]، وهذا ما يلمس في قضية (FSS Travel and Leisure Systems Ltd v Johnson 1998) التي تتلخص وقائعها بقيام (Mr. Johnson) بالعمل لدى شركة كمبيوتر تعمل على تطوير برامج السفر (computer programmer for a company) حيث كان هنالك شرط مقيد في عقد العمل يمنعه من الشروع في عمل لدى شركة منافسة لمدة عام واحد بعد ترك عمله، وفي عام ١٩٩٧ استقال (Mr. Johnson) من الشركة وكان تراوده نية العمل لدى شركة منافسة، عندها سعت الشركة إلى إنفاذ

[٦] ينظر:
https://www.lawteacher.net/cases/nordenfelt-v-maxim.php

[٧] ينظر:
See: Laurence koffman, Elizabeth macdonald, the law of contract, lexisnexis uk, fifth edition, 2004, p.٤٢١.

الشرط المبرم في العقد بالمقابل احتج (Mr. Johnson) بأنه الشرط غير منطقي لأنه لم تكن هناك مصلحة مشروعة للحماية وأن التقييد لمدة عام واحد طويل جدًا، وعلى اثر الدعوى قررت المحكمة ان الشرط باطل مستندة بذلك على عدم وجود مصلحة مشروعة قابلة للحماية، وبالتالي لا يوجد شرط يستدعي تنفيذه، كما ميزت المحكمة بين جملة من الأمور منها الأسرار التجارية التي يتعلمها الموظف أثناء عمله والمهارات العامة، والمعرفة والخبرة المكتسبة أثناء العمل في الوظيفة، حيث كان من الضروري النظر في جميع الأدلة لتحديد طبيعة العمل والمعلومات المعنية وما هو الضرر الذي يمكن إلحاقه بصاحب العمل في حال شروع الموظف بالعمل لدى شركة منافسة، فعلى الرغم من أن (Mr. Johnson) كان لديه معرفة بأنظمة الكمبيوتر وما يجب القيام به إلا انه لم يكن كافيًا لاعتباره بمثابة سر تجاري يستحق توفير حماية مشروعة له بموجب العقد، بالنتيجة تم الحكم ببطلان الشرط، لذلك لن يوجد داعي للتقيد بالمدة المحددة فيه[٨].

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد شرع قانوناً خاصاً يعنى بالموضوع إلا وهو قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠، والذي أهتم بدوره بالتفاصيل المتعلقة بضمانات الحفاظ على حقوق الملكية الصناعية.

الفرع الثاني

الشروط المخالفة للقانون المكتوب (التشريع)

Second branch

Breach of legislation

مهما كان الدور الذي يشغله القانون غير المقنن في الساحة القانونية للدولة فان مركز الثقل يرتكز بطريقة أو بأخرى على التشريع المقنن كونه هو الجانب الأكثر صرامةً ووضوحاً، وكذلك هو الحال في المملكة

[٨] ينظر:
https://app.croneri.co.uk/law-and-guidance/case-reports/fss-travel-and-leisure-systems-ltd-v-johnson-1998-irlr-382-ca

المتحدة التي رغم اعتمادها الكبير على نظام السوابق القضائية، الا ان نظامها القانوني غزير بالتشريعات التي تمس ادق مفاصل الحياة.

أما عن اهم التشريعات التي تناولت موضوع الشروط غير المشروعة في العقود فهي كلاً من:

اولاً: تشريع الشروط غير العادلة في العقد Unfair Contract Terms act 1997

أشار هذا التشريع بصورة صريحة لبعض الحالات التي لا يجوز فيها ادراج بند الاعفاء أو التقييد من المسؤولية، كما هو الحال في موضوع الإهمال (Negligence liability) المادة (٢)، خرق العقد (Liability arising in contract) المادة (٣)، والتضليل (Misrepresentation) المادة (٨)، وغيرها من المواضيع الأخرى.

ثانياً: تشريع المنافسة Competition Act 1998

وضع هذا التشريع بعض الأسس والضوابط من اجل منع المنافسة غير المشروعة والتي يجب الالتزام بها من قبل الأطراف من ناحية، وتكفل الاتحاد الأوربي والمعاهدات المنبثقة عنه[٩] تعزيز موضوع التجارة الحرة من ناحية أخرى، وبما ان الأولوية عند حصول تعارض تكون لمعاهدة الاتحاد الأوربي؛ لذلك فان قانون المنافسة أعلاه قد لا يتم الاخذ به إلا في حال وجود منافسة غير مشروعة بصورة كبيرة وملحوظة وليست مجرد منافسة ضئيلة[١٠].

وكذلك فأن المشرع العراقي أهتم بموضوع المنافسة وذلك ما يتم لمسه في قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠ حيث بينت المادة (٢) منه الهدف من تشريعه والتي نصت على (يهدف هذا القانون إلى تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة بالمجتمع التي يقوم بها المستثمرون أو المنتجون أو المسوقون أو غيرهم في جميع النشاطات الاقتصادية).

[٩] ينظر: النسخة الموحدة لإنشاء معاهدة المجتمع الأوربي.
CONSOLIDATED VERSION OF THE TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY.

[١٠] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, op.cit. p.239-240.

ثالثاً: تشريع المقامرة Gambling Act 2005

تغيرت النظرة القانونية إزاء العقود المتعلقة بالمقامرة والرهان في المملكة المتحدة، فبينما لم تكن في السابق تعترف بمثل هكذا عقود امست اليوم تعترف بها وتدخل ديونها حيز التنفيذ شأنها شأن باقي الديون الناشئة عن العقود في المجالات الأخرى، وهذا ما نصت عليه المادة (part 17- section 335) من القانون اعلاه، الا ان هذه القاعدة ليست مطلقة بل محددة إذ للجنة المقامرة المسؤولة عن تنظيم المقامرة السلطة على إبطال عقود الرهان في حال قناعتها بأن الرهان كان غير عادل إلى حد كبير، ففي هذه الظروف، يجب إعادة أي أموال متعلقة بالرهان إلى الشخص الذي دفعها.

أما عن موقف المشرع العراقي من موضوع المقامرة فيلمس فيه الحزم والصرامة، فقد تناول قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ هذا الموضوع في المادة (٣٨٩) منه والتي نصت على (١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من فتح أو ادار محلا لألعاب القمار واعده لدخول الناس. وكذلك كل من نظم العابا من هذا القبيل في محل عام أو محل مفتوح للجمهور أو في محل أو منزل اعد لهذا الغرض.٢-ويعاقب بالعقوبة ذاتها صيارفة المحل.٣- ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر أو بغرامة لا تزيد على خمسين دينارا من وجد يلعب القمار في المحلات المذكورة في الفقرة (١).٤-تضبط النقود والادوات التي استعملت في اللعب ويحكم بمصادرتها.٥- وللمحكمة ان تحكم ايضا بأغلاق المحل لمدة لا تزيد على سنة).

رابعاً: تشريع الاحتيال Fraud Act 2006

ينص هذا التشريع المنطوي تحت مظلة القانون الجنائي إلى عدم جواز إخفاء المعلومات أو التضليل فيها بغية استحصال ربح أو تجنب خسارة أو كاستغلال لنفوذه الوظيفي، فهو يجرم هذه الأفعال ويعاقب عليها بعقوبات قد تصل حد السجن.

المطلب الثاني

الشروط المخالفة للنظام العام

The Second requirement

Conditions against public policy

كما ان المحاكم ترفض تنفيذ بعض العقود لمخالفتها للقانون العام أو التشريع بشقيه المدني أو الجنائي، كذلك قد ترفض أيضاً تطبيق بعض العقود لمخالفتها للنظام العام، وبالطبع الأمر ليس بالسهولة ذاتها التي يتم بها تحديد الشروط المخالفة استناداً للقانون العام والتشريع، فالنظام العام بطبيعته مرن وغير مقنن أو محدد بل وحتى قد يكون مختلف عليه من قبل البعض الذين قد يخرجون عن القاعدة العامة التي تسعى لتحقيق أو الحفاظ على المصلحة العامة، لذلك يبرز هنا دور البرلمان والسلطة القضائية لتحديد نطاق النظام العام حفاظاً على الصالح العام[١١]، اما عن ابرز العقود التي قد تشوبها شائبة الخروج عن النظام العام هي:

اولاً: عقد التحريض على الفجور

Contracts promoting sexual immorality

ان النظرة العامة لهذا الموضوع باتت أكثر تقبلاً لكثير من الاعمال والأنشطة المتعلقة بالأمور الجنسية، إذ ان النظام العام أمسى متسامحاً بصورة أكبر إزاء العديد من الممارسات المتعلقة بهذا الموضوع، الأمر الذي يلمس بشدة في قضية (Armhouse Lee Ltd *v* Chappell 1996) التي تتلخص وقائعها بأبرام عقد إعلانات لخطوط هاتف جنسية في احدى المجلات، ولكون المدعى عليهم اخلة بتسديد التزاماتهم المالية للمجلة اقامت الأخيرة دعوى بحقهم لاسترداد مستحقاتها المالية عن قيامها بنشر الإعلانات حسب العقد، الا ان المدعى عليهم احتجوا بكون مضمون العقد غير قانوني وبالتالي غير قابل للتنفيذ لأنه يروج للفجور الجنسي، مما دفع محكمة الاستئناف لرفض هذا الدفاع حيث ذكرت المحكمة أنه على الرغم من

[١١] ينظر:
See: Richard Stone, the modern law of contract, routledge, ninth edition 2011, 388-389.

أن الإعلانات كانت ذات طبيعة مقيتة، إلا أن خطوط الجنس تم قبولها بشكل عام من قبل المجتمع وتم تنظيمها بواسطة صناعة الهاتف ولعدم وجود أي قانون أخلاقي مقبول بشكل عام يدين هذه الخطوط الجنسية عبر الهاتف، لذلك لا يمكن اعتبار هذه العقود غير قانونيه الا في حالة الترويج الصريح للفجور الجنسي حيث يبلغ السلوك المعني جريمة جنائية مثل الدعارة[١٢].

عليه فان النظام العام وان كان يهدف إلى الحفاظ على المصالح العامة للمجتمع إلا انه وبالوقت ذاته يضطر لمواكبة الرؤية العامة له في تقبله لبعض الممارسات التي وان كانت سابقاً تعد من قبيل المحرمات الا انها وبالوقت الحالي امست من المسلمات، لكنه ورغم ذلك يعارض تلك الممارسات ان تم تصنيفها تحت مفهوم الدعارة التي تدخل ضمن الجرائم الجنائية.

ويذكر ان للمشرع العراقي موقف حازم وصارم ازاء مثل هكذا اعمال فقد شرع قانون مكافحة البغاء رقم (٨) لسنة ١٩٨٨، والذي يجرم به الاعمال المتعلقة بالبغاء والسمسرة عقوبات تصل إلى السجن، استناداً للمواد (٣) و (٤) و (٥) منه.

ثانياً: العقود المضرة بمؤسسة الزواج

Contracts prejudicial to the status of marriage

يندرج تحت طائلة هذه العقود التي تمس بمنظومة المؤسسة الزوجية من قبيل التقييد في حرية الاختيار أو السمسرة في الزواج، كما هو الحال في قضية (Hermann *v* Charlesworth 1905) التي تتلخص وقائعها بدفع رسوم العميل الخاصة البالغة (٥٢) £ للمدعى عليه بموجب ما يسمى بعقد سمسرة الزواج، حيث قام المدعى عليه بالتزاماته بتقديم أكثر من عرض للمدعية إلا ان احداً منهم لم يتقدم لخطبتها، وعلى اثرها رفعت المدعية دعوى ليتم من بعدها الحكم ببطلان العقد من قبل محكمة الاستئناف كونه

[١٢] ينظر:
https://vlex.co.uk/vid/armhouse-lee-ltd-v-792843817

يتعارض مع النظام العام الذي يمنع عقود الوساطة في الزواج وبالتالي من حق الاخيرة استرداد المبلغ المدفوع[١٣].

وكذلك هو الحال في قضية (Lowe v peers 1768) التي قدم فيها الرجل (المدعى عليه) وعداً بعدم التزوج بأي امرأة عدا المدعية، وبخلاف ذلك سيدفع مبلغ قدره (٢٠٠٠) £ لها، حيث اعتبرت المحكمة هذا الوعد باطل وذلك بسبب تقييد حرية المدعى عليه بالاختيار من جهة، وعدم وجود وعد متبادل من قبل المدعية من جهة أخرى[١٤].

ثالثاً: العقود المضرة بالمصلحة العامة

Contracts prejudicial to public safety

تعد العقود ماسة بالمصلحة العامة ان اثرت سلباً على السياسة العامة للبد من خلال التعاون مع الدول المعادية للدولة لاسيما في وقت الحروب، ولعل القضية (Foster v Driscoll, Lindsay v Attfield, Lindsay v Driscoll: 1929) التي تتلخص وقائعها بقيام المدعى عليه بتهرب الخمور في الوقت الذي تم تجريم هذا الفعل من قبل الدولة التي كانت تعد هذه الاعمال خروجاً صريحاً عن المصلحة العامة للبلاد[١٥]، الا انه وبطبيعة الحال فان النظرة العامة لهذه الأمور تبقى متغيرة ومرتبطة بالمصالح السياسية المتغيرة استناداً للظروف.

رابعاً: العقود المضرة بإقامة العدالة

Contracts prejudicial to the administration of justice

[١٣] ينظر:
https://www.transtutors.com/questions/hermann-v-charlesworth-1905-2-kb-123-the-defendant-agreed-that-he-would-introduce-ce-5803037.htm

[١٤] ينظر:
See: Laurence koffman, Elizabeth macdonald, op.cit, p.434.

[١٥] ينظر:
https://swarb.co.uk/foster-v-driscoll-lindsay-v-attfield-lindsay-v-driscoll-1929/

ولعل خير مثال على هذه النماذج من العقود التي تهدف إلى الاتفاق بعدم الإبلاغ عن الجرائم، حيث تعد مثل هكذا اتفاقات باطلة وسواء كانت هذه الاتفاقيات مستندة لأعمال تصنف كجرائم، أو مقابل مصالح يتم تحقيقها[١٦].

خامساً: العقود التي تسلب اختصاص المحاكم

Contracts to oust the jurisdiction of the courts

ومن الأمثلة عليها تلك الاتفاقيات التي تشترط عدم اللجوء إلى المحاكم المختصة لرفع موضوع النزاع، بمعنى حرمان المحاكم من ولايتها القضائية في الفصل بالمنازعات، مثل قضية (Bennett *v* Bennett 1952) التي وعدت فيها الزوجة زوجها بعدم اللجوء للمحاكم من اجل دعوى النفقة، إلا انها نكثت بوعدها ورفعت دعوى للمطالبة بالنفقة، وهنا لم تعتد المحكمة بمثل هكذا اتفاق كونه باطل[١٧].

سادساً: العقود التي تهدف إلى تشجيع الفساد في الحياة العامة

Contracts tending to encourage corruption in public life

وهي العقود التي يكون ظاهرها مغاير لباطنها، بمعنى يتم تسميتها بالشكل القانوني إلا ان الغرض الحقيقي من ابرامها هو تحقيق مصالح أخرى تمس النظام العام، مثل قضية (Parkinson v College ofAmbulance Ltd and Harrison: 1925) التي قام فيها المدعي بدفع مبلغ مالي قدره (٣٠٠)£كتبرعات إلا ان الغرض الحقيقي من دفع المال هو الحصول على لقب فارس (knighthood)[١٨].

[١٦] ينظر:
See: Laurence koffman, Elizabeth macdonald, op.cit. p.440.

[١٧] ينظر:
https://swarb.co.uk/bennett-v-bennett-ca-1952/

[١٨] ينظر:
/https://swarb.co.uk/parkinson-v-college-of-ambulance-ltd-and-harrison-1925

وكذلك هو فأن المشرع العراقي يعتد بالنظام العام في قانونه المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وذلك في المادة (٧٥) منه التي تنص على (يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او للآداب).

المبحث الثاني

اثار العقود غير المشروعة

The Second topic

The effect of an illegal contract

يختلف الأثر المترتب على العقد غير المشروع استناداً للأساس الذي يستمد منه عدم المشروعية، فبينما ترتبط اثار العقد المستند عدم مشروعيته من التشريع (act) على ما يرتئيه التشريع من عواقب لذلك العقد، فأن اثار العقد المستند عدم مشروعيته من القانون العام (common law) هو البطلان (void) من جهة، وكونه غير قابل للتنفيذ (unenforceable) كمبدأ عام لذلك الاثر من جهة اخرى[١٩].

علاوة على ذلك يوجد مبدأ مهم يتم الاعتماد عليه لتحديد العقود القابلة للتنفيذ من سواها، حيث يتم ذلك من خلال التمييز بين أطراف العقد إذ للطرف البريء الحق في الاستفادة من العقد ومن ثم المطالبة بتنفيذه، بخلاف الطرف المذنب الذي لا يحق له الاستفادة من العقد أو المطالبة بتنفيذه، (the basic rule is that guilty party cannot enforce the contract while an innocent party be able to do so)[٢٠].

[١٩] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, op.cit.p.245. In the same meaning, you can also see: Richard Stone, op.cit. p.395.

[٢٠] ينظر:
See: G.H.TREITEL, op.cit.p.210.

حيث تم اعتماد مبدأ عدم تنفيذ العقود المستندة عدم مشروعيتها إلى القانون العام من خلال الحكم بقضية (Holman v Johnson ١٧٧٥)، التي تتلخص وقائعها بقيام المدعي ببيع كمية من الشاي وتسليمها إلى المدعى عليه مع علمه بأن الأخير كان مبيتاً لنية تهريبه إلى (England) من دون دفع الرسوم المفروضة، الأمر الذي دفع المدعي لرفع دعوى ضد المدعى عليه لاسترداد قيمة الشاي، عندها احتج المدَّعَى عليه بعلم المدعي بنيته غير المشروعة، لذلك لا يحق له الحصول على العد القانوني من أجل استرداد قيمة البضائع المدفوعة، بينما دافع المدعي عن موقفه من خلال أمرين الاول بأن العقد لا ينتهك قوانين (England) لأنه قد اكتمل بتسليم البضائع في (Dunkirk France) حيث كانت المعاملة قانونية استناداً لقوانينها، اما الثاني فهو ليس من شأنه ما ينوي المدعى عليه أن يفعله بالشاي، بالنتيجة تم الحكم بعدم الجواز باسترداد قيمة الشاي، وذلك على الرغم من كون الفعل لا يعد جريمة بالعموم، الا انه يعد جريمة بالخصوص في حال علم المدعي بان الشاي سيرسل إلى (England) كونه ينتهك القانون الانكليزي[٢١].

ولدراسة موضوع اثار العقود غير المشروعة يتحتم علينا التمييز بين جملة من الأمور وهي العقود التي تبرم منذ الأساس بطريقة تشوبها شائبة غير قانونية، والعقود التي تبرم بطريقة صحيحة لكن طريقة التنفيذ هي التي تشوبها شائبة غير قانونية، والعقود التي من الممكن انتقاص بعض شروطها غير المشروعة لتصبح صحيحة ومشروعة.

المطلب الأول

اثار العقد غير المشروع في وقت ابرامه

The First requirement

Contracts illegal at time of formation

في الحالة التي يتم بها ابرام عقد بطريقة مخالفة للقانون فهنا يتم التعامل مع العقد كما لو لم يتم إبرامه من الأساس، بمعنى لا يعتد بوجوده القانوني في وقت ابرامه وبالتالي فإن العقد غير القانوني يكون غير

[٢١] ينظر:
https://www.lawteacher.net/cases/holman-v-johnson.php

قابل للتنفيذ من قبل أي من الطرفين، عليه لا يجوز لأي طرف رفع دعوى قضائية للمطالبة بتنفيذه، حتى في حال جهل أحد الأطراف بعدم مشروعية العقد، أو في حال تعرضه للخداع من قبل الطرف الأخر[٢٢].

ومن الأمثلة على هذه الحالة ما يتم لمسه في قضية (Re Mahmoud and Ispahani ١٩٢١) التي تتلخص وقائعها بتشريع قانون الدفاع في المملكة المتحدة (Defence of the Realm Act 1914) والذي بموجبه تم اصدار أمر ملحق متعلق بالبذور والزيوت والدهون (Seeds, Oils and Fats Order 1919) والذي نص على (لا يجوز لأي شخص ... شراء أو بيع أو التعامل بأي طريقة أخرى بزيت بذر الكتان بدون ترخيص)، عليه فأن التعامل بدون ترخيص بالنسبة للبائع أو المشتري يعرض العقد للبطلان، وهذا بالفعل ما حصل حيث كان البائع (المدعي) يملك ترخيصاً بخلاف المشتري (المدعى عليه) الذي مثل امتلاكه للترخيص من أجل إتمام صفقة البيع بعلم البائع، حيث تم بيع (١٥٠) طناً من الزيت، وفي وقت لاحق رفض المدعى عليه قبول تسليم الزيت الأمر الذي دفع المدعي لرفع دعوى للحصول على تعويضات جراء ذلك، احتج المدعى عليه بأنه لم يكن لديه ترخيص بالتعامل في الزيت من الأساس عليه فأن العقد يكون غير قانوني وباطل بموجب الأمر(Order ١٩١٩) وبالتالي لا يمكن للمدعي رفع دعوى للحصول على تعويضات، بالمحصلة قررت محكمة الاستئناف أن المدعي لا يمكنه الاحتجاج بدعوى عدم مشروعية العقد، لكون مضمون العقد مخالف للتشريع من الأساس[٢٣].

وكذلك في قضية (Ashton v Turner and Anr 1981) المتمثلة بقيام المدعي والمدعى عليه بعملية سطو حيث أخل الأخير بالمهمة الموكلة اليه إلا وهي قيادة السيارة من أجل التمكن من الهروب بعد إتمام عملية السرقة، وذلك بسبب احتسائه لمشروب كحولي الأمر الذي أسفر عن قيادة السيارة بشكل سيء مما عرقل مسيرة عملية الهروب من جهة، كما عرض المدعي لإصابات شديدة من جهة أخرى، لذلك قرر الأخير رفع دعوى على شريكه جراء اصابته بالأضرار بسبب إهماله في قيادة السيارة، إلا ان المحكمة بدورها رفضت طلبه مستنداً بذلك للقانون الذي لا يقر بواجب بذل الرعاية الذي يدين به أحد المشاركين

[٢٢] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, op.cit.p.٢٤٦.

[٢٣] ينظر:
https://www.lawteacher.net/cases/re-mahmoud-v-ispahani.php

تجاه شريكه في الجريمة، كما أشار الحكم إلا انه حتى في حال قيام واجب الرعاية فإن المدعي قد تنازل عنه طواعية[٢٤].

عليه نصل لنتيجة مفادها ان العقد الذي يتم ابرامه على أساس غير مشروع منذ البداية بعلم أو حتى بجهل أحد الأطراف؛ فانه يكون عقد باطل وغير قابل للتنفيذ، وبالنتيجة لا يمكن إقامة دعوى قضائية للمطالبة بتنفيذه أو للمطالبة بالتعويضات جراء الأخلال بتنفيذه من قبل أحد الأطراف المتمسكين بتنفيذه.

اما عن موقف المشرع العراقي في قانونه المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل من العقد الباطل فقد نص في المادة (١٣٨) منه على (١-العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً.٢-فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.٣-ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا بطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)، عليه فان الأصل في القانون العراقي ان العقد الباطل لا يرتب اثاراً اصلية إلا في حالات استثنائية كما في عقد الشركة الباطل، الا ان له بعض الاثار العرضية أهمها عقد الزواج غير الصحيح، وانتقاص العقد وتحول العقد، كما ان الأصل في حالة بطلان العقد السعي لإعادة المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أو في حالة نعذر ذلك يصار إلى التعويض، اما بالنسبة للمادة (١٤١) فتنص على (اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)، بمعنى ان لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان العقد، كما للمحكمة صلاحية البت في موضوع البطلان من تلقاء نفسها، وايضاً اشارت المادة إلى عدم إمكانية زوال البطلان بالإجازة اللاحقة من قبل اطراف العقد.

[٢٤] ينظر:
https://e-lawresources.co.uk/cases/Ashton-v-Turner.php

المطلب الثاني

اثار تنفيذ العقد بطريقة غير مشروعة

The Second requirement

Contracts illegal as performed

بعض العقود يتم ابرامها بطريقة صحيحة من دون ان تشوبها أي شائبة تؤثر في مشروعيتها، لكن نقطة الخلاف تبرز عند الشروع في عملية تنفيذها التي تصطبغ بصبغة غير قانونية من قبل أحد الأطراف، الأمر الذي قد يدفع الطرف الثاني للاحتجاج والمطالبة بالتملص من التزاماته أو حتى قد يصل الموضوع للمطالبة بالتعويض، فهنا يتحتم التمييز بين عملية صياغة العقد بطريقة غير مشروعة، وبين عملية تنفيذ العقد بطريقة غير مشروعة، ففي الحالة يوجد شروط غير مشروعة في العقد قد تستوجب بطلانه، اما في الحالة الثاني وهي وجود تنفيذ عرضي للعقد بطريقة غير مشروعة من قبل احد الأطراف فهنا لا يستوجب الأمر بطلان العقد لاسيما في حال عدم علم الطرف الثاني بذلك، كما في قضية (St John Shipping Corporation v Joseph Rank ١٩٥٧) المتمثلة بقيام المدعي وهو شركة مختصة في نقل البضائع (St John Shipping Corporation) بالتعاقد مع المدعى عليه من أجل نقل بضائع من ميناء كامن في الولايات المتحدة إلى المملكة المتحدة بواسطة سفينة شحن، حيث تم تحميل السفينة بحمولة تفوق القدر المرخص به استناداً لتشريع الشحن التجاري (s.44 and 57 Merchant Shipping (Safety and Load Line Conventions) Act 1932) الأمر الذي عرضه للمسائلة القانونية ومن ثم تغريمه، مما دفع المدعى عليه إلى حجب جزء من مبالغ الدفع بحجة قيام المدعي بتنفيذ العقد بطريقة غير قانونية، بالمحصلة ارتأت المحكمة بأن المدعي يحق له الحصول على السداد الكامل لمستحقاته المالية، وذلك لأن الفعل غير القانوني كان عرضياً على تنفيذ العقد، وحيث ان تنفيذ العقد بشكل غير قانوني لا يجعل العقد غير قانوني ما لم يقصد مضمون العقد بحد ذاته، وبخلافه فان العديد من اللوائح القانونية في الحياة التجارية يمكن خرقها بطرق تافهة للغاية وبدون نية شريرة (wicked intent)،

عليه إذا كان خرق القانون تافهًا جدًا، فقد يخسر البائع مبلغًا أكبر بكثير من أي عقوبة كان البرلمان ينوي فرضها في حال خرقه للقانون[٢٥].

ومما تجدر الاشارة إليه ان الطريقة غير المشروعة في تنفيذ العقود قد تكون بعلم الطرفين أو أحدهما الأمر الذي يسترعي التمييز بين الحالتين:

اولاً: الطرفين على علم بطريقة التنفيذ غير المشروعة

Both parties aware of illegal performance

في حال علم الطرفين المسبق بعدم مشروعية عقدهما فان الأثر المترتب على العقد لا يختلف كثيراً عن ذلك الأثر المترتب على العقد غير المشروع في وقت ابرامه، بمعنى عدم القابلية على تنفيذ العقد[٢٦].

ثانياً: أحد الطرفين على علم بطريقة التنفيذ غير المشروعة

Only one party aware of illegal performance

في حال كون أحد طرفي العقد بريء ولا علم لدية بالتصرف غير المشروع الذي بدر من الطرف الثاني فمن حقه التمسك بتنفيذ العقد أو المطالبة بالتعويضات القانونية[٢٧].

المطلب الثالث

انتقاص العقد

The third requirement

Severance

[٢٥] ينظر:
https://www.lawteacher.net/cases/st-john-shipping-v-joseph-rank.php

[٢٦] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, op.cit.p.247.

[٢٧] ينظر:
See: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, op.cit.p.247.

في بعض الحالات الخاصة من الممكن استقطاع الجزء غير المشروع من العقد والإبقاء على باقي العقد، على ان لا تكون الأجزاء التي تم انتقاصها جوهرية أو مؤثرة على تغيير طبيعة العقد، وذلك في محاولة لحماية العقد من لبطلان الكلي في حال عدم إمكانية انتقاص الجزء الباطل منه[٢٨].

وهذا ما يلمس في قضية (Goldsoll v Goldman ١٩١٥) التي تتلخص وقائعها بقيام المدعى عليه ببيع اعماله التجارية في مجال المجوهرات المقلدة (imitation jewellery) إلى المدعي، والذي تعهد بدوره بعدم قيامه أو مشاركته بالتعامل في نطاق المجوهرات الحقيقية أو المقلدة في كل من الدول والمناطق الاتية (county of London or any part of the United Kingdom of Great Britain)، (Ireland)، (the Isle of Man or in France)، (the United States)، (Russia, or Spain, or within twenty-five miles of Potsdamerstrasse)، (Berlin, or St. Stefans Kirche)، (Vienna)، وفيما بعد طالب المدعي اصدار أمر قضائي بحق المدعى عليه لخرقه المزعوم لبنود العقد، بالنتيجة ارتأت المحكمة ان نطاق تحديد عمل المدعى عليه لم يكن واسعاً جداً في المنطقة بخلاف الجزء المتعلق بـ (United Kingdom، Isle of Man) كان قابلاً للفصل عن باقي بنود العقد، بالإضافة إلى ان الشرط التقييدي امتد ليشمل المجوهرات الحقيقة التي هي خارج مضمار المنافسة بالإضافة إلى المجوهرات المقلدة التي هي مدار المنافسة، لذلك تم انتقاص الأجزاء غير المعقولة في العقد والإبقاء على باقي الأجزاء الأخرى منه[٢٩].

ومما تجدر الإشارة إليه فان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل يعرف هذا النوع من الاثار العرضية للعقد الباطل في حالتين الأولى انتقاص العقد والمشار إليها في المادة (١٣٩) منه التي تنص على (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)، والثانية تحول

[٢٨] ينظر:
See: G.H.TREITEL, op.cit.p.214. In the same meaning, you can also see: Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, op.cit.p.248.

[٢٩] ينظر:
https://www.lawteacher.net/cases/goldsoll-v-goldman.php

العقد والمشار إليها في المادة (١٤٠) منه التي تنص على (اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد).

الخاتمة

Conclusion

اولاً: الاستنتاجات

١- يحق للأطراف تضمين عقودهم لشروط تخدم مصالحهم والغاية التي يرومون تحقيقها، كل ذلك بشرط عدم مخالفتها للقانون بشقيه المقنن وغير المقنن (القانون العام) وكذلك النظام العام.

٢- ان النظرة القانونية لبعض الأمور قد تختلف بمرور الزمن والذي يؤثر بدوره بمدى التسامح والتهاون في بعض المسائل التي كانت سابقاً تعد محرمة مثل المقامرة، والتي ما برح النظام القانوني بالاعتراف بها بحدود أوسع من السابق وهذا ما يلمس في تشريع المقامرة (Gambling Act 2005).

٣- ان العقود قد تكون غير مشروعة لا لسبب تضمنها لشروط مخالفة للقانون أو النظام العام، بل لسبب تنفيذها بطريقة مغايرة للقانون.

٤- ان الأثر المترتب على عدم مشروعية العقد هو عدم القابلية على تنفيذه وبطلانه.

٥- في بعض الحالات قد ترتأي المحكمة العمل بمبدأ انتقاص العقد، وذلك حفاظاً عليه بسبب عدم وجود اخلال في شروطه الجوهرية.

ثانياً: التوصيات

١-نهيب بالمشرع العراقي بذل المزيد من الرعاية والاهتمام بتحديث وتطوير القانون التجاري الحالي رقم (١٣٠) لسنة ١٩٨٤، وذلك من أجل مواكبة التطوير السريع في العقود التجارية المحلية والدولية والمسؤولة عن عجلة الاقتصاد المحلي، وكذلك الانضمام للاتفاقيات الدولية المعنية بمواضيع العقود والبيوع الدولية كونها تمثل عصب الحياة التجارية.

٢-نتمنى من الوزارات القضائية والإعلامية نشر وتعزيز أهم المبادئ والأساسيات القانونية بصورة عامة، والمرتبطة بموضوع صياغة العقود بصورة خاصة، وذلك من خلال تعريف المجتمع بماهية الأسس والمبادئ السليمة والمتبعة عتد صياغة وإدراج الشروط في العقود المزعم ابرامها، وذلك من خلال نشر ثقافة الاستشارة القانونية قبل ابرام العقود، وذلك من أجل تجنب الخوض في غمار نزاعات المحاكم التي قد يهدر من خلالها الكثير من الوقت والجهد والنفقات، وأيضاً قد لا يجنى من تلك العقود سوى ثمرة البطلان عديمة الأثر.

٣-حث مؤسسات المجتمع المدني لشغل دورها في عقد ونشر ندوات وورش متخصصة للارتقاء من مستوى الوعي القانوني لاسيما في موضوع (صياغة العقود) لدى طبقات الشعب كافة، وذلك من خلال غرس الأفكار والمبادئ القانونية التي تنفعهم في إدارة حياتهم بطريقة تضمن حقوقهم من جهة، وتدرئ الكثير من النزاعات المحتملة الحدوث في المستقبل من جهة أخرى.

المراجع

References

اولاً: المراجع باللغة الإنكليزية

1- Catherine Elliott & Frances Quinn, tort law, Pearson education limited, eighth addition, 2011.
2- Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, Pearson Education Limited, Eighth edition 2011.
3- G.H.TREITEL, an outline of the law of contract, oxford, sixth edition, 2004.
4- Laurence koffman, Elizabeth macdonald, the law of contract, lexisnexis uk, fifth edition, 2004.
5- Richard Stone, the modern law of contract, routledge, ninth edition 2011.

ثانياً: المواقع الإلكترونية

1- https://swarb.co.uk/cope-v-rowlands-1836/
2- https://swarb.co.uk/everet-v-williams-1725/
3- https://www.lawteacher.net/cases/nordenfelt-v-maxim.php
4- https://app.croneri.co.uk/law-and-guidance/case-reports/fss-travel-and-leisure-systems-ltd-v-johnson-1998-irlr-382-ca
5- https://vlex.co.uk/vid/armhouse-lee-ltd-v-792843817
6- https://www.transtutors.com/questions/hermann-v-charlesworth-1905-2-kb-123-the-defendant-agreed-that-he-would-introduce-ce-5803037.htm
7- https://swarb.co.uk/foster-v-driscoll-lindsay-v-attfield-lindsay-v-driscoll-1929/
8- https://swarb.co.uk/bennett-v-bennett-ca-1952/
9- https://swarb.co.uk/parkinson-v-college-of-ambulance-ltd-and-harrison-1925
10- https://www.lawteacher.net/cases/holman-v-johnson.php
11- https://www.lawteacher.net/cases/re-mahmoud-v-ispahani.php
12- https://e-lawresources.co.uk/cases/Ashton-v-Turner.php
13- https://www.lawteacher.net/cases/st-john-shipping-v-joseph-rank.php
14- https://www.lawteacher.net/cases/goldsoll-v-goldman.php

Abstract

The contract is considered one of the most important pillars of civil law because of the great weight it carries. Researching the topics of the contract leads us relentlessly to research the methods of concluding it and the extent of its effects, from which many other issues related to the contract derive. The Contractor have the full right and freedom to formulate their contract in a way that suits their interests, and that does not contradict the law, in both its written and not written parts (common law) and public policy.

Therefore, whenever the contract is drafted in a way that contradicts the law and public policy, the contract becomes illegal, which may deprive the parties of the purpose for which they contracted. Therefore, the utmost accuracy and caution must be exercised when drafting contracts on the one hand and enforcement them on the other hand, because some contracts may start correct, but it is enforcement in a way that violates the law, and the issue of including some illegal conditions in the contract may expose it to not enforcement and invalidity, but not all contracts are necessarily doomed to invalidity. The rights and obligations of the parties to the contract from wastage and loss.

Illegality terms in contracts in uk law

Dr.Zahraa isam salih kubba

Ministry of Higher Education and

Scientific Research