ملخص البحث

ان قابلية الانفصال ماهي الا رخصة قانونية تستهدف الالتفاف على مبدأ تنفيذ العقد ككل واحد لسبب ما يجعل هذا التنفيذ الكلي صعبا او مستحيلا, بحيث يمكن ان يكون التنفيذ مع وجود هذه القابلية , مجزءاً , وبشروط محددة لغرض عدم التوسع في تطبيقها, لانها في نهاية الامر, اي قابلية الانفصال, لا يمكن توصيفها الا كاستثناء يرد على مبدأ عام يحكم تصرفات الطرفين العقدية,هو عدم قابلية هذه التصرفات للإنفصال عن بعضها مادامت تستمد قوتها من إرادة طرفيها,وإن هذه الأخيرة هي ما يمنح تلك التصرفات قوتها الملزمة في نظر العاقدين وفي نظر القانون,ومن ثم فأن العقد الذي إرتضى طرفاه أن يكون كوحدة واحدة في إنعقاده وفي تنفيذه,لا يمكن القول بفصله إلى أجزاء يختص بعضها بحكم البقاء وينطوي البعض الأخر بحكم الزوال .

وقد يكون الاساس الذي تستند عليه هذه القابلية نص القانون , كما قد يكون راجعا الى ارادة الطرفين , فهذه الاخيرة هي التي تبيح الية فصل جزء من العقد عن جزءه الاخر استبقاءاً له , وفي الحالتين لايجوز اهمال ماقد تقتضيه طبيعة الاشياء من قابلية او عدم قابلية للانفصال .

كما ويشترط لغرض اعمالها ان يكون هنالك اختلال لجزء من العقد مع امكانية الاستغناء عنه وبقاء الجزء الاخر من العقد صالحا لاعمال حكمه كما ويشترط ايضا عدم ترتيب تغيير في الطبيعة القانونية للعقد عند اجراء الانفصال . وبالتالي , مع وجود هذه القيود نضمن صحة تطبيق الية الانفصال دون المغامرة بخسارة العقد باكمله رغم ان ماتبقى منه ليست الصورة الكاملة لهذا العقد , وانما من الناحية النوعية نستطيع ضمان بقاءه .

المقدمة

ان نظرية العقد , ولا شك , تعد من النظريات ذات الاهمية البالغة , ليس في مجال القانون المدني وحده , وانما في سائر فروع القانون الاخرى , ذلك انها تشتمل على قواعد , الى حد ما , ثابتة ومجردة , ومن ثم فهي تعد مرجعا عاما لهذه الفروع من القانون .

واذا كانت مواضيع العقد تمثل هذه الاهمية , ومن بينها موضوع بحثنا " قابلية الانفصال " فكان لزاما علينا ان نسبر غور هذا الموضوع , للتعرف على اهم مايحتويه من احكام ومايتضمنه من تفصيلات عن قرب اكثر , مما يتيح لنا فرصة الخروج منه بابرز ماقد نستنتجه ومانرتأيه من تعديل بخصوصه , وعلى وفق ماستسير بنا خطوات بحثه.

فبدأ , نحاول تبرير تسميته بقابلية الانفصال , ومما يمكن قوله , في هذا الشأن , ان وجود قابلية في العقد تسمح بفصل جزء منه واهداره , في سبيل بقاء الجزء الاخر وقيامه مستقلا , متى ما استدعى هذا الامر سببا يبرر اجراءه , هي مرتكزنا لاطلاق هذه التسمية , كما اننا نشير هنا الى تسميات اخرى قد تنطبق والحالة هذه , كقابلية الانقسام , وقابلية التجزئة , وغيرها مما سيتضح في طيات البحث .

الا ان سبب اختيارنا لتسميته قابلية الانفصال بدلا من قابلية الانقسام , هو ان الاخير مما يتبادر الى الذهن معه , بان الشئ قد انقسم الى قسمين متساويين في الكمية او الحجم , فاذا قلنا قابلية انقسام العقد , فقد يكون المتصور اننا سنقسم العقد الى قسمين متساويين , والحال ان انفصال جزء من العقد , لا يعني مطلقا , ان يكون هذا الجزء المنفصل بقدر الجزء المتبقي , وانما يمكن ان يكون اقل منه , او في احيان قليلة , يكون اكثر منه , مع امكانية تولد قدرة البقاء للجزء الاخر .

كما انه من جانب اخر , كلا التسميتين متقاربتين من حيث المفهوم , اذ ان فصل الشيء يعني تقطيعه وافرازه – كما ورد في المعاجم اللغوية ومنها المنجد في اللغة, اما تقسيم الشيء فيعني تجزئته وتفريقه , الا اننا , مع هذا نميل الى استخدام لفظ الانفصال , ولما ذكرناه.

اما من حيث فكرة موضوعنا , وتبرير اختياره عنوانا للبحث ,فتتلخص بالقول بان العقد , كمركز قانوني يبتغي الايفاء بمتطلبات التبادل الاقتصادي بين الافراد في المجتمع , من غير المستبعد ان يطرأ عليه من المعوقات مايمكن ان تؤدي في النهايه الى شل حركته بالكامل , فيصبح عديم الفائدة , فاذا كان بالامكان , وبتدخل قانوني معين , ان يتم حصر اثر هذه المعوقات بجزء في العقد دون ان تستطيل الى الجزء الاخر منه , فاننا يمكن ان نحقق الفائدة من هذا الامر في الابقاء على العقد , ولو بجزء منه , بغية تحقيق غايته في الايفاء بتلك المتطلبات المذكورة وانطلاقا من مبدأ " مالا يدرك كله , لايترك كله " .

واما من حيث اطار بحثنا لهذا الموضوع فقد اخترناه بثلاثة مباحث يقوم الاول منها على تفصيل مفهوم هذه القابلية وبثلاثة مطالب تتعلق بوضع تعريف محدد لها , وتحديد نطاقها , ومن ثم تمييزها عن بعض من المراكز القانونية التي تشتبه بها .

اما الثاني فقد شكلنا فيه الاسس التي تقوم عليها هذه القابلية , وبثلاثة مطالب ايضا , تعلق الاول منها بالاساس القانوني (نص القانون) , وتضمن الثاني الاساس الشخصي (اتفاق الطرفين) , وانفرد الثالث بالاساس الموضوعي (طبيعة الاشياء).

واما المبحث الثالث , فقد اخترناه لبحث الشروط التي تتقيد بها القابلية في اعمال دورها في العقد وهي ثلاثة :- الاول منها يتحدد باختلال جزء من العقد الذي يشتمل على هذه القابلية , والثاني يتضمن بقاء الجزء الاخر منه قائما , اما الثالث فيركز على مسألة عدم تغيير الطبيعة القانونية لهذا العقد فيما لو تم اجراء الانفصال فيه , وانفصل جزء منه .

ثم ننتقل الى خاتمة الموضوع , وهي ماسيتم تخصيصها لابراز ماتم التوصل اليه من استنتاجات تخص البحث , ومن ثم ايراد مقترحاتنا بخصوصه.

المبحث الأول:- مفهوم قابلية العقود للإنفصال

لما كانت القاعدة في العقود عموماً,والتي تفيد بأن هذه العقود هي شريعة كلا المتعاقدين,تمثل القاعدة العامة التي تتحرك في إطارها التصرفات القانونية,مما يقتضي معه إنصراف آثار هذه العقود,من حيث الأصل,إلى كل ما أراده المتعاقدان في حدود ما أتفقت عليه إرادتهما[١] ,وهو منطقاً مايبتغيه هؤلاء من وراء إبرامها,فإن هذا يعني إن كل ما قد يطرأ على هذه الأخيرة من عوارض قد يجعل من مسألة بقاءها كلاً واحداً مسألةً مهددةً بالزوال أو الإنعدام,الأمر الذي قد يقود إلى لزوم هدر ما إتجهت إليه تلك الإرادة المشتركة,ومن ثم لزوم إهدار التصرف بالكامل,إلا إن إطلاق هذا الكلام على عواهنه هو أمر محل نظر,ذلك لأن إمكانية الإعتماد على الهدف والغاية من إبرام تلك العقود ذاتها هي التي ستنهض من الجهة الأخرى,,ومن ثم الأخذ بالمجال الذي يمكن أن يؤدي إلى الإبقاء على التصرف الممثل لذروة اتفاق الطرفين هذا,ولو بصورة مجتزأة,أي غير كاملة,وذلك مراعاةً لضرورة سير المعاملات,بشكل عام,وضرورة محاولة الإبقاء على العقد- وهو صورة الإتفاق المشترك لطرفيه- على إعتبار أن إعمال الكلام أولى من إهماله[٢],وإن بطلان العقد كله ليس بأولى من تصحيحه[٣],بشكل خاص.

وهو ما يمكن أن يعرف بقابلية العقود للإنفصال[٤],والذي يقتضي بيان مفهومه تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:- سنوضح في أولاها تعريف قابلية هذه العقود للإنفصال,في حين سنتطرق في ثانيها إلى تحديد نطاقها, بينما سنعقد ثالث هذه المطالب لبيان تمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات قانونية اخرى ,وعلى التفصيل الوارد ذكره في أدناه.

المطلب الأول: - تعريف قابلية العقود للإنفصال

الإنفصال لغةً هو''تقطيع الشيء وإفرازه,يقال فَصَلَ الشيء:قطعه وأبانه/أفرزه ومازه,وتفاصلت الأشياء:أنفصل بعضها عن بعض,وأنفصل ضد أتصل''[5],أما إصطلاحاً فلابد من الإشارة بادئ ذي بدء إلى تعدد ما يترادف مع هذا المصطلح من تسميات أخرى,بذات المعنى,كانت نتاجاً لما أطلقه عليه أغلب الفقه عند معالجته إياه فيما يخص العقود عموماً,كتسميته بقابلية العقود للإنقسام وقابليتها للتجزئة أو ما يعرف,وبخاصة لدى فقهاء المسلمين,بقابلية الصفقة للتفريق أو التبعيض,وهي مسميات تنضوي تحت معنىً واحد ألا وهو''إمكانية أن يلزم أحد المتعاقدين العاقد الأخر,بجعل العقد منتجاً لبعض فقط من آثاره القانونية''[6],أو هو''الفصل بين شقيَ العقد,إذا كان العقد في ذاته قابلاً للإنقسام,بحيث يكون للشق المتبقي من العقد وجوده الذاتي المستقل,وذلك بأن يكون قادراً على إنتاج الآثار نفسها التي كان يرتبها العقد الأصلي,وإن أختلفت من حيث الكم وليس من حيث الكيف''[7],كما عرف بأنه''زوال جزء من العقد أو إزالته دون تنفيذ,وبقاء الجزء الأخر,بوصفه عقداً مستقلاً,بمقتضى نص القانون''[8].

وإذا ما تحولنا بالنظر صوب النصوص التشريعية,فنجد الأمر ذاته في تعدد التسميات كتسميته بالتبعيض كما نصت على ذلك المادة(٥٤٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ والتي جاء فيها''إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملةً أو بسعر الوحدة,ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً,كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن,...'',وكذلك المادة (١/٥٤٤) من القانون ذاته والتي جاء فيها''إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملةً,ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً, فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن,...''وأيضاً المادة (٥٤٥) منه والتي بينت أن''إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها بسعر الوحدة,ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم,فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن,...'',في حين أسمته تفريقاً في مواد أخرى كالمادة (٥٦١) من القانون نفسه والتي نصت على أنه''ما بيع صفقة واحدة,إذا

ظهر بعضه معيباً,فإذا لم يكن في تفريقه ضرراً,كان للمشتري أن يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له أن يرد الجميع ما لم يرضى البائع,أما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن'',وإن كانت تسمية التجزئة هي التسمية الأغلب إعتماداً في تلك النصوص,كما في نص المادة (٧٢٠) من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت على أنه''١-الصلح لا يتجزأ,فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد.''وكذلك المادة (١١٣٥) منه والتي بينت أنه''الشفعة لا تقبل التجزئة,فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه,.....'',وأيضاً المادة (١٢٨٠)منه والتي جاء فيها أنه''١-أذا جزئ العقار المرتفق به بقي الإرتفاق واقعاً على جزء منه''[٩] .

وفي الجهة الأخرى المقابلة لتلك النصوص,وهي الجهة التي تجد فيها هذه الأخيرة تطبيقها العملي,بما تصدره المحاكم من قرارات,نلاحظ أيضاً عدم إتخاذها لتسميةٍ واحدة,فتارةً تطلق على هذا الأمر بقابلية تبعيض الصفقة,كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها والذي قضت فيه بأنه''لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة,في صفقة واحدة,بعض المبيع دون البعض الأخر,حتى لا يضار المشتري بتبعيض الصفقة''[١٠],وتارة أخرى تسمية بتجزئة الصفقة,كما في قرار أخر للمحكمة ذاتها,والذي جاء فيه''إن للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد الشركاء,متى توافرت أسباب الشفعة,دون أنصبة الباقين,ولا يكون في هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة في الأصل''[١١],وأيضاً قرار لمحكمة التمييز العراقية قضت فيه بأنه''لا يحكم بتخلية المأجور إذا صدرت المخالفة الموجبة للتخلية من أحد المستأجرين دون الأخر,لعدم جواز التجزئة,وإعتبار العقد الواحد صحيحاً بالنسبة لأحد المستأجرين وباطلاً بالنسبة للأخر''[١٢].

وإن كان الأغلب من تلك القرارات قد حددت صراحةً إرتكازها على قابلية العقود للإنفصال عند تطرقها لبيان مفهوم ذلك المصطلح,فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارٍ لها بأنه''لما كان يترتب على بطلان العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد,فإن بطلان العقد يستتبع بطلان كافة الشروط التي أدرجت به,إذ يصبح العقد وشروطه وحدة واحدة,ومن ثم يكون الشرط غير قابل للإنفصال عن العقد الذي أدرج به,نظراً لأهميته في قصد المتعاقدين''[١٣],وكذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في ١٩٧٥/٢١/٣١ والذي جاء فيه''ما لم يقم من يدعي البطلان الكلي الدليل على أن الشق القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد,ويظل ما بقي من العقد صحيحاً بإعتباره عقداً مستقلاً

ويقتصر البطلان على الشق القابل للإبطال وحده''[١٤],وفي قرارٍ أخر لذات المحكمة والذي قضت فيه أنه''لا تناقض في قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن جزء من الأطيان المبيعة وإبطاله فيما زاد على ذلك,لأنه وحدة هو الذي يبطل,ما لم يقم الدليل بإعتباره لا ينفصل عن العقد''[١٥].

ومن إستقراء كل ما تقدم يبدو لنا أن هذه التسميات وإن أختلفت في بيانها لمفهوم واحد,إلا إنها قد لا تتعدى الإختلاف اللفظي له دون فحواه ومعناه,إذ إنها تنظر إلى آلية تحققه من خلال تقسيم أو تفريق أو فصل جزء من العقد عن باقي أجزاءه الأخرى,وإن كنا نرى دقة تسمية القابلية للإنفصال على غيرها من التسميات الأخرى .

وإذا كان الأصل العام الذي يحكم تصرفات الطرفين العقدية,هو عدم قابلية هذه التصرفات للإنفصال عن بعضها مادامت تستمد قوتها من إرادة طرفيها[١٦],وإن هذه الأخيرة هي ما يمنح تلك التصرفات قوتها الملزمة في نظر العاقدين وفي نظر القانون,ومن ثم فأن العقد الذي إرتضى طرفاه أن يكون كوحدة واحدة في إنعقاده وفي تنفيذه,لا يمكن القول بفصله إلى أجزاء يختص بعضها بحكم البقاء وينطوي البعض الأخر بحكم الزوال,لتكون المرحلة النهائية التي يخرج بها الطرفان,هي تنفيذ جزء من العقد وإهدار الأخر,إلا إن التطبيق الحرفي لهذا الأصل قد يؤدي بهذا العقد إلى نتيجة الزوال إن لم تكن له قابلية الإنفصال,بحيث يمكن الإستغناء عن جزء العقد الذي يؤدي بقاءه إلى إحتمالية فقدان هذا العقد ككل,ومن ثم إنقاذ ما تبقى منه بعد فصل هذا الجزء عنه, وبالتالي تجدر الاشارة الى ان هذا الاصل العام لايخلو من استثناءات والتي قد تكون من قبيل تعيب جزء من المبيع, او استحقاق جزء منه, او بطلان شق من العقد, او اتفاق الطرفين على مبلغ للفائدة يتجاوز ماحدده القانون كحد اعلى لها, او اتفاقهما على البقاء في الشيوع لمدة اكثر مما فرضه القانون للبقاء فيه, وغيرها كثير من الحالات التي تبرر فصل جزء من العقد نهائيا تلافيا لانقضاءه كليا.

وهنا, تتضح صورة القابلية للانفصال- مدار بحثنا- والتي يأتي دورها للتحرك في فسحة الاستثناءات التي ذكرناها, ويمكن من خلالها ان نبقي على جزء من العقد يمكن ان يؤدي ذات الدور الذي كان سيؤديه العقد بأجزاءه كاملا, ولو بصورة اقل كمالا من صورة العقد الكلي.

واذا كان مبدأ عدم تفرق التصرف القانوني, كما عرفه البعض من الفقه (١٧) بأنه" مبدأ عام يقضي بانه لا يجوز صرف العقد الى بعض مادل عليه مضمونه تحرزا من تفريق الصفقه, اي من تبعيض العملية القانونية, متى يتحقق اتحادها, اي كونها واحدة , بحيث لا يجوز مثلا

الانقاص المتوازن لاداءات المتعاقدين في عقد اريد به ان يكون كلا واحدا", فان قابلية الانفصال, وبتعريف بسيط , لا تكون الا رخصة قانونية الغاية منها الالتفاف على مبدأ تنفيذ العقد ككل واحد لسبب ما يجعل هذا التنفيذ الكلي صعبا او مستحيلا, بحيث يمكن ان يكون التنفيذ مع وجود هذه القابلية , مجتزءا , وبشروط محددة (١٨) لغرض عدم التوسع في تطبيقها, لانها في نهاية الامر, اي قابلية الانفصال, لا يمكن توصيفها الا كاستثناء يرد على مبدأ عام, وهو ما اوضحناه سلفا.

المطلب الثاني:- نطاق قابلية الانفصال

ذكرنا بأن قابلية الانفصال ممكن ان توجد كلما تحتم الاستغناء عن جزء من العقد بفصله عن الباقي منه, والغاية من ذلك, هو ضمان استمرارية الجزء المتبقي باعتباره عقدا مستقلا وبغض النظر عن الجزء المنفصل, وبهذا المفهوم يمكن ان يتحقق وجود هذه القابلية في العقد سواء اكان الاخير صحيحا كليا ام باطلا في جزء منه, اذ لا تعني قابلية الانفصال ان يكون العقد في جزء منه باطلا لكي يظهر دورها في ابعاد هذا الجزء,ضمانا لبقاء الجزء الاخر,الصحيح, منه,بل يمكن ان تنشأ في عقد صحيح كذلك, ولغرض ممارسة ذات الدور الذي تمارسه في العقد الباطل جزئيا.

ولغرض توضيح نطاق هذه القابلية في العقود, سنقسم هذا المطلب الى فرعين نوضح في الاول منهما دورها في العقد الباطل جزئيا, وفي الثاني دورها في العقد الصحيح كليا, وكما سيأتي.(١٩)

الفرع الاول: -نطاق قابلية الانفصال في العقد الباطل جزئيا

الاصل, ان العقد لايكون مرتبا لاثاره الا اذا كان صحيحا موافقا للقانون, ومستكملا لاركان انعقاده التي نص عليها القانون,فاذا شابه عيب في احد هذه الاركان او الشروط الملزمة بها , فان العقد يكون انذاك باطلا بطلانا كليا او جزئيا وبحسب مايقرره القانون(٢٠) .

وقد جاءت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي النافذ بالمبدأ العام للبطلان,فقرت:-

"١- العقد الباطل هو مالا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية.

٢- فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلا للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع.
٣- ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكوم العقد غير مستوفي للشكل الذي فرضه القانون".

وماهو واضح, ان المادة المذكورة قد جاءت على ذكر الاسباب التي تؤدي بالعقد الى البطلان الكلي من قبيل اختلال احد اركانه, او اختلال بعض اوصافه الخارجية, ثم اردف المشرع العراقي, في المادة اللاحقة, بيان الاثر الذي ينصب على هذا النوع من البطلان, وحدده بعدم الانعقاد وعدم افادة الحكم اصلا (٢١). واذا كان هذا هو ما يشكل المبدأ العام في اطار البطلان الكلي في العقود, فان المادة(١٣٩) قد عرجت على تفصيل الاستثناء لهذا المبدأ العام, وهو الاستثناء المتعلق بالبطلان الجزئي, اي بطلان جزء من العقد دون الكل, فقررت:-

"اذا كان العقد في شق منه باطلا, فهذا الشق وحده هو الذي يبطل اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا "

والمعالجة التي جاءت بها المادة الاخيرة ماهي الا تجسيد لفكرة انقاص العقد(٢٢) , اي اقتطاع جزء من هذا العقد اذا كان باطلا دون المساس بالجزء الاخر, ان كان صحيحا وقادرا على ان ينشأ كعقد مستقل.

وقد يبدو للمتمعن في هذا النص القانوني بان فكرة انقاص العقد, التي جاء بها, بفصل جزء منه عن جزء اخر فيه, هو قاعدة عامة بالنسبة للبطلان الجزئي,والاستثناء يكون اذا تبين عدم امكانية قيام العقد بغير الجزء الذي انفصل عنه, وهو ما اوردته المادة الاخيرة في اواخر عباراتها, واذا كان هذا الامر ظاهريا يبدو كذلك,بحيث يمكن ان يقال بان قابلية الانفصال, كمبدأ عام, توجد اينما وجد هذا البطلان جزئيا في عقد ما, الا انه في الحقيقه ليس الا استثناءا على الاصل العام في البطلان, والذي جاءت به م(١٣٧) سابقة الذكر.

وبعبارة اخرى ,اكثر ايضاحا, ان العقد الباطل جزئيا, لا يخرج عن كونه عقدا شابه بطلان من نوع ما, وانه لولا نص م(١٣٩) الاخيرة, لكان مصيره انعدام الحكم, اي عدم ترتيبه لاي اثر, وهذا هو المبدأ العام في حكم البطلان, الا ان وجود النص المذكور, قد غير صورة البطلان في هذا العقد وجعلها تبدو مخففة في اعتبار هذا البطلان قاصرا على الجزء الذي شابه,دون ان يمتد اثره الى الجزء الباقي.

ومن هذا الاتجاه تبدو قابلية الانفصال, في هذا النوع من العقود, في اوسع نطاقها, اذ يأتي دورها لفصل ذلك الجزء الذي تشوبه شائبة البطلان عن الجزء الاخر الصحيح, بعد ان يتم التأكد ان الاخير قادرا بمفرده على البقاء دون الاعتماد على الجزء المنفصل(٢٣) .

الفرع الثاني:- نطاق قابلية الانفصال في العقد الصحيح

اذا كان نطاق قابلية الانفصال, وعلى مامر بنا, يبدو واضحا في العقد الباطل جزئيا, فانه في العقد الصحيح قد يكون محدودا بالحالات التي تستدعي اهدار جزء من العقد, ولذات العلة التي دعتنا الى تفعيل اثر هذه القابلية في العقد الباطل في جزء منه, وهو استمرارية انتاج باقي اجزاء العقد لاثارها وضمان عدم اهدارها اسوة بالجزء المنفصل عنه, وهي تكون , هنا, من قبيل المعالجة لبعض مايعترض العقد من عراقيل تمنع استمراريته (٢٤) , فمثلا في حالات ظهور تلف في بعض المبيع تنشط هذه القابلية لممارسة دورها في عزل هذا الجزء التالف واخراجه من عملية البيع,فيبقى الجزء الاخر- غير التالف – بمقدار حصته من الثمن, بعد ان يكون قد استنزل ما يقابل الجزء الاول- التالف – من ثمن البيع, مع الاخذ بنظر الاعتبار, الخيار الممنوح للمشتري في قبول اجراء البيع على هذه الصورة المجتزئة - وفي هذه الحالة يظهر دور قابلية الانفصال - او رفضه كليا , فيتم فسخ البيع, وهو ما اورده المشرع العراقي في نص م (٥٤٧ /١) منه (٢٥) , حيث تذهب الى انه:-".... واذا نقصت قيمة المبيع عند التسليم لتلف اصابه, فالمشتري مخير بين فسخ البيع , وبين بقائه مع انقاص الثمن."

وكذا الامر في حالات مشابهة, كما في حالة استحقاق المعقود عليه جزئيا (٢٦) , وحالة نقص منفعة المأجور(٢٧) , وحالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته الناشئة عن عقد زمني , وهو العقد الذي يعد الزمن عنصرا جوهريا فيه , اي ان محل العقد يكون محددا بمعيار الزمن , كعقد التوريد مثلا , فاذا تم فسخ العقد بناءا على عدم التنفيذ , هذا , بعدما نفذ في جزء منه , فان اثر هذا الفسخ لايطول هذا الجزء المنفذ من العقد , وانما يقتصر على جزءه المستقبلي التنفيذ , اي ماسوف ينفذ منه في الفترة اللاحقة للفسخ , بينما يبقى العقد قائما في جزءه المنفذ قبل ايقاع الفسخ (٢٨) .

نخلص من هذا, الى ان قابلية الانفصال, لا يتحدد نطاقها بالعقد الباطل جزئيا فقط, بل يمكن ان يكون لها دور في العقد الصحيح ايضا مادامت علة وجودها متحققة فيه

المطلب الثالث:- تمييز قابلية الانفصال عما يشتبه بها

لما كانت قابلية الانفصال, وكما عرفناها سابقا, تنطوي على غاية معينه مفادها فصل جزء غير مرغوب فيه في العقد عن جزء اخر يمكن ان ينشأ كعقد مستقل صالحا لاعمال حكم العقد الاصلي, فانها , وفي هذا الموضع, يمكن ان تشتبه مع انظمة قانونية اخرى قد تكون لها نفس الغاية ظاهريا.

ومن بين تلك الانظمة او الحالات المشابهة, سنختص بالتمييز بين قابلية الانفصال وبين اثنين من هذه الحالات تتلخص بحالة التنفيذ الجزئي للعقد, ونظام تحول العقد, وكما سيتم توضيحه تباعا.

الفرع الاول:- التمييز بين قابلية الانفصال والتنفيذ الجزئي للعقد

الاصل في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ان يكون عينيا, اي ذات ما التزم به المتعاقد, ففي عقد البيع, مثلا (٢٩) , يكون تنفيذ الالتزام من جانب البائع بتسليم المبيع عينا, ومن جانب المشتري, بدفع الثمن المتفق عليه.. وهكذا, الا انه قد يطرأ على التنفيذ العيني مايجعله مستحيلا بخطأ المتعاقد(المدين به), فلا يتمكن من الايفاء به عينا, أو عندما يكون التنفيذ بطريق المقابل, اي بالتعويض , مطلوبا من قبل الدائن, او في حالة كون التنفيذ العيني مما يسبب ارهاقا شديدا للمدين به, مع عدم تضرر الدائن بالتنفيذ المقابل, ففي كل هذه الحالات (٣٠) يتم تحويل التنفيذ من الصورة العينية الى الصورة البديلة - التعويض- ومع هذا, يحصل ان يتم المدين جزء من التزامه عينا, ثم يمتنع عن اكمال تنفيذ ماتبقى من التزاماته بموجب العقد, واذا كان اجتماع التنفيذ العيني مع التنفيذ بمقابل امرا لايمكن القول بجوازه(٣١) وذلك لان الدائن سيتقاضى حقه, حينئذ , مرتين , غير ان التنفيذ العيني اذا كان جزئيا, يمكن التحول بالباقي الى التنفيذ البديل, ويكون العقد, في هذه الحالة, قد نفذ بالكامل, ولو ان جزءا منه قد نفذ عينا والجزء الاخر قد نفذ بمقابل, مع افتراض ان الدائن قد ارتضى هذا النوع من التنفيذ, اما في حالة عدم رضائه به فيطلب ,عندئذ, الفسخ, وهو هنا المقصود به فسخ الجزء الذي لم يقع عليه تنفيذ, اما الجزء المنفذ فلا يشمله هذا الفسخ (٣٢) .

والحالة الاخيرة, تعد دليلا على وجود قابلية الانفصال في العقد الذي يمكن فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الاخر , حيث انها تدخل في دائرة نطاقها للعقد الصحيح كليا, اي لا يوجد فيه بطلان جزئي, كما اشرنا سابقا(٣٣) .

وبعد هذا التفصيل المبسط لطريقة تنفيذ العقد بمقابل,اي الطريقه البديلة للتنفيذ العيني , يبدو لنا مابين الاثنين من فرق جوهري بعد التقائهما في جانب ان كلا منهما يتم فيه تنفيذ جزء من العقد تنفيذا عينيا, اما المتبقي منه فيتم الاستعاضة عنه بالتنفيذ البديل- التعويض – في الطريقه الاولى,وبفسخه باثر رجعي في الطريقه الثانية,واما الفرق بينهما فيتمثل جوهريا في ان تنفيذ العقد يكون كاملا بدون نقص في الحالة الاولى, حيث ان التنفيذ هنا رغم كونه عينيا في جزء, وبديلا – تعويضيا – في الجزء الاخر,الا انه يكون كاملا دون هدر اي جزء من العقد,بينما في الحالة الثانية, يكون التنفيذ لجزء فقط من العقد, مع اهدار الجزء الاخر بدون تنفيذ وهو صميم ماتلعبه قابلية الانفصال من دور للوصول الى هذه النتيجة,لغرض الابقاء على العقد ولو بجزء منه قائما, وعدم انقضائه كليا, بفصل الجزء الذي كان سيؤثر على بقية العقد.

نخلص من هذا, الى ان قابلية الانفصال يمكن ان تشتبه بامر التنفيذ الجزئي للعقد, خاصة اذا كان هذا التنفيذ يكون في جزء منه عينيا وفي جزء اخر تعويضيا,الا انه, مع هذا , تفترق عنه جوهريا بصفة خاصة, هي كون التنفيذ في العقد القابل للانفصال يبقى في حدود الجزء المتبقي بعد فصل الجزء الاخر- المعيب بالبطلان احيانا, والصحيح احيانا اخرى-, بينما في حالة التنفيذ الجزئي للعقد, يكون بالامكان تكملة تنفيذ الجزء الاخر منه, ولو بغير الصفة العينية.

الفرع الثاني:- تمييز قابلية الانفصال عن تحول العقد

ان القاعدة العامة التي تحكم بطلان العقد, هي ان هذا العقد الباطل ليس له وجود قانوني ولا يترتب عليه اي اثر, الا ان المشرع ارتأى ان تطبيق تلك القاعدة على اطلاقها يؤدي بالنتيجة الى ترتب اثار اجتماعية واقتصادية غير مرغوبة, ولذا فقد حاول الابقاء على ذلك العقد قدر الامكان, وعدم السماح بزوال اثاره كليا, واحدى وسائل المشرع في الحفاظ على العقود الباطلة هي مايعرف بنظرية تحول العقد, ومقتضاها يتلخص في ان اثار العقد الباطل اذا كانت تزول بسبب عدم مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون لقيام هذا العقد, فانه لا يمكن انكار ان هنالك واقعة مادية قد تخلفت نتيجة هذا العقد, وانه يمكن استخلاص مجموعة عناصر من هذه الواقعة تكون اساسا صالحا لقيام عقد من نوع اخر غير الذي لحقه البطلان, وبالتالي , فان نتيجة هذا الامر, هو قيام عقد صحيح تحول اليه العقد الباطل(٣٤) .

وقد نص المشرع العراقي في م (١٤٠) من القانون المدني على هذا التحول للعقود كنظرية عامة تطبق كلما توافرت شروطها, حيث جاء فيها:-" اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان

عقد اخر, فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد"(٣٥) .

ويتبين من هذا النص , ان تحول العقد ماهو الا وسيلة الغاية منها الابقاء على الروابط العقدية , لكن ليست في صورة العقد الذي قصده المتعاقدان, وانما في صورة عقد اخر ربما كانت ستتجه اليه ارادتهما لو كانا يعلمان بطلان عقدهما الاصلي.

وتتضح , بعد هذا التفصيل البسيط لتحول العقد, ماقد ينشأ بينه وبين قابلية الانفصال من تشابه يتركز في وحدة الغاية التي يستهدفها كل منهما, اذ ان قابلية الانفصال تستهدف الابقاء على العقد الذي يتضح تعيب جزء منه, ولو في جزءه المتبقي بعد فصل الاول عنه, حمايه له من تأثير الجزء المعيب عليه, ان كان الاخير باطلا فخشية بطلان العقد بجميع اجزاءه, وان كان صحيحا, فخشية اهدار العقد ككل, وذات الامر بالنسبة لتحول العقد, اذ ان الغاية منه تتضح في الابقاء على عناصر العقد الباطل كليا, بتحويله- وبمساعدة تلك العناصر- الى عقد من نوع اخر ولكنه صحيحا, اي ان الغاية من كل منهما هي انقاذ العقد.

الا انه يمكن تصور الاختلاف بينهما في الالية المتبعة لغرض تحقيق هذه الغاية, وهي الانقاذ, وايضا في النتيجة المتحققه جراء استخدام هذه الالية, فبالنسبة لالية قابلية الانفصال, فانها تقوم على اساس فصل جزء من العقد والابقاء على جزء اخر من ذات العقد , اي نفس العقد تتحقق فيه هذه القابلية, فتفصله الى جزأين, احدهما يهدر, والاخر يبقى, بينما الية تحول العقد تقوم على اساس جمع عناصر موجودة في عقد معين – باطل - , ونقلها الى عقد اخر – صحيح - , اي يكون هنالك عقدان وليس واحدا, احدهما باطل والاخر صحيح.

اما فيما يخص اختلافهما في النتيجة المتحققة, فان الجزء الذي يبقى قائما بعد اعمال الانفصال, يشترط فيه لتحقق هذه القابلية, ان يكون من نفس العقد الذي انفصل , اي انه لايترتب على هذا الانفصال, تغيير في الطبيعة القانونية للجزء المتبقي, وانما يكون التغيير من ناحية كمية الاثار المتبقية بعد الانفصال(٣٦) , اما بالنسبة للتحول, فان العقد الناتج عن عملية التحول هذه, لا يكون من نفس نوع العقد – الباطل – الذي تحول, وانما من نوع اخر.

المبحث الثاني/ اساس قابلية الانفصال للعقد

سبق وان تطرقنا الى مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتبارها المبدأ العام الذي تتحرك في اطاره التصرفات القانونية, وهو ماجاءت به م(٤٦ /١) من القانون المدني العراقي النافذ- سابقة الذكر - , وان هذا المبدأ العام ترد عليه استثناءات هي التي حددتها تلك المادة والتي جاء فيها "... ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي".

وتلك الاستثناءات هي مايمكن القول عنها بانها تشكل الاساس الذي تقوم عليه قابلية الانفصال بما ان الاخيرة هي احد استثناءات المبدأ المذكور.

وعلى هذا, سنقوم بالبحث في اساسين لهذه القابلية يتعلق احدهما بالاساس القانوني, والذي يعني نص القانون المتعلق بمضمون هذه القابلية, ويشتمل الاخر على الاساس الشخصي , وهو المتعلق بارادة طرفي العقد , يضاف لهما اساسا ثالثا تتضمنه طبيعة الاشياء ودورها في تحديد قابلية الانفصال , وهو مايشكل الاساس المادي او الموضوعي لها, وذلك في ثلاثة مطالب وكما سيأتي تباعا.

المطلب الاول: - الاساس القانوني- نص القانون-

والمقصود بالاساس القانوني لقابلية الانفصال هو نصوص القانون الأمرة التي يضعها المشرع ويجبر الافراد على اتباعها حماية للنظام العام, والتي تختص بحالات فصل جزء من العقد بصورة حتمية(٣٧) وبغض النظرعن ارادة اطرافة الذين قد يكونون ارادو للتصرف ان يكون واحدا دون انفصال جزء منه.

ومن هذه الحالات, مانص عليه المشرع العراقي بخصوص اتفاق الطرفين على سعر للفوائد يزيد على السعر المحدد قانونا, فجاءت م (١٧٢ /١)(٣٨) من القانون المدني النافذ بالقول:-" يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر اخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة بالمائة فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة بالمائة وتعين رد مادفع زائدا على هذا المقدار".

وواضح, ان تدخل المشرع في تنظيم الروابط القانونية, فيما يختص بالنص المذكور, كان اكبر دورا وايجابية في فرض حكمه الامر على الافراد, حيث انه لم يكتف بفصل الجزء الزائد عن مقدار الفائدة المحددة قانونا, بل قرر صلاحية الجزء المتبقي للاستمرار كعقد مستقل. وهو

ماتتوخاه قابلية الانفصال في ابراز دورها في العمل على استمرارية الجزء المتبقي من العقد وصلاحيته للبقاء كعقد مستقل , وهو ما اشرنا اليه سابقا(٣٩) .

ومثل هذا الحكم الذي يقرره القانون, حماية للصالح العام, هو مايجبر الافراد على الالتزام به وان كان مخالفا لارادتهم المشتركة, فلو اتفق طرفا عقد قرض على سعر للفائدة يبلغ (١٠%) من مبلغ القرض, فاصبح جليا, هنا , وفقا للحكم المتقدم, فصل مايزيد عن السعر المقرر قانونا, والزيادة هنا بمقدار(٣%), ليكون المتبقي من هذا السعر مايتوافق مع ماحدده المشرع وهو(٧%) كحد اعلى(٤٠) , حتى وان تبين من الارادة المشتركة للطرفين – او من احدهما على الاقل - , بانهما ماكانا ليبرما العقد لو كانا يعلمان بطلان اتفاقهما على هذا السعر.

ومن هذا , يظهر بان قابلية الانفصال تعمل حكمها في العقد – فيما لو كان نص القانون هو الذي حتم اجراء هذا الفصل - , ولو كان اتجاه ارادة طرفيه عكس ذلك.

ومن مثل هذا الفصل الحتمي – بنص القانون -, ما اورده المشرع العراقي في المادة(١٠٧٠) من القانون المدني(٤١) , والتي تتعلق بازالة الشيوع, ونصها:-" لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط , ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين, فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة, فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين, وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

وذات الامر يمكن ان يقال هنا, بأنه وبصرف النظر عن ارادة المتعاقدين, فان كل اتفاق على اجل يجاوز المدة المحددة قانونا للبقاء في الشيوع وهي مدة خمس سنوات,فان القدر الزائد او المتجاوز, ينفصل وفقا للنص المذكور, عن الاتفاق, ويصح الباقي للمدة القانونية.

وهنالك العديد من الحالات المشابهة للحالتين المتقدمتين, نذكر منها مانص عليه المشرع في م (١٤٦ /٢) والمتعلقة بحالة انقاص الالتزام المرهق للمدين اذا طرأت حوادث استثنائية غير متوقعة, ونص م (١٧٠ /٢)بشأن تخفيض التعويض الاتفاقي اذا اثبت المدين ان تقديره كان فادحا, و م (٨٨٥ /٢) والمتعلقة بانقاص التعويض المستحق للمقاول بسبب فسخ عقد المقاولة, وغيرها.

وقد ذهب بعض الفقهاء(٤٢) الى تحليل هذا التدخل التشريعي في مجال فصل جزء من العقد, بالقول"ففي حالات الانقاص يجعل القانون بطلان التصرف نتيجة مخالفة القاعدة الأمرة التي وضعها, كما هو الشأن في كل الاحوال الاخرى, ولكنه في الانقاص لا يكتفي بالبطلان ويتركه لينتج نتائجه العادية من عدم نفوذ التصرف واختفاء اثاره,بل يتخذ من واقعة اتجاه الشخص

الى اتمام التصرف الباطل سببا ليفرض عليه – رغم بطلان تصرفه – الالتزامات التي يرتبها هذا التصرف, ولكن في الحدود القانونية التي تجعلها غير مخالفة لاوامره".

نخلص , من كل ماسبق, الى ان الاساس القانوني لقابلية الانفصال يفضي الى تطبيق نص القانون اينما وردت مخالفته في تصرفات الافراد , لفصل الجزء المخالف عن الجزء الصحيح وبغض النظر عما اراده الطرفان , وبالنتيجة الابقاء على الجزء الصحيح منه قابلا لاعمال حكم العقد فيه.

المطلب الثاني: - الاساس الشخصي – ارادة المتعاقدين –

ويقصد بهذا الاساس لقابلية الانفصال, ان يكون فصل جزء من العقد عن جزء اخر فيه, مما يتفق مع ارادة المتعاقدين, اي ان الجزء المتبقي من العقد يكون قابلا للوجود الذاتي المستقل في نظر هذين المتعاقدين, وهذا الامر لا يتحقق الا اذا كان الجزء المنفصل لايشكل مسألة جوهرية في قصدهما , او كما يطلق عليه بالشرط اوالشق الدافع الى التعاقد(٤٣) وهو مما يعني جعل المتعاقد لجزء من العقد ذا اهمية خاصة لديه بحيث يكون هذا الجزء هو دافعه الى التعاقد.

وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الشق الدافع الى التعاقد بقوله في نهاية نص م(١٣٩) من القانون المدني - سابقة الذكر – " الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا".

فاذا كان هذا الشق الباطل هو مادفع المتعاقد الى التعاقد , فان بطلانه يمتد ليشمل الجزء الصحيح, فيبطل العقد كله, وبطلان الاخير لا يكون بسبب بطلان الشق الاول, اي الدافع الى التعاقد , وانما بسبب اهميته في نظر المتعاقد.

والجدير بالملاحظة, هنا, ان هذه الاهمية للشق الدافع الى التعاقد في نظر احد المتعاقدين, قد لاتكون موجودة في نظر المتعاقد الاخر, واكثر من هذا , قد تكون تلك الاهمية لجزء في عقد معين في نظر متعاقد ما , غير موجودة في عقد اخر في نظر ذات المتعاقد, وعليه فان المعول في تحديد اهمية هذا الجزء من عدمه, هو ارادة المتعاقد وقت ابرام العقد(٤٤) وهذا مايمليه المنطق.

على ان الارادة المقصودة , هنا, ليست هي الارادة الحقيقية, وانما يكتفى بالارادة المفترضة وسبب ذلك, انه لا يمكن الاستيثاق من ان احد الطرفين او كلاهما قد توقعا وقت التعاقد ان احد اثار العقد يتحقق فيه سبب للانفصال, سواء كان هذا السبب هو البطلان الجزئي لهذا الاثر, او مما يستدعي فصله عن بقية اثار العقد ولو كان الاخير صحيحا. اما اذا كانا قد توقعا

ذلك فعلا , فان هذا الامر يعد قرينة قوية على انهما يرتضيان العقد بالرغم مما يلحق به من سبب للانفصال(٤٥) . وبالتالي يتحقق الاساس الشخصي لقابلية الانفصال – مدار البحث - , وهو ارادة الطرفين في الابقاء على الجزء المتبقي من العقد فيما لو ظهر تعيب جزء اخر منه واستحق فصله عن الباقي.

واذا كان الاساس الشخصي لقابلية الانفصال يعد موجودا فيما لو كانت ارادة المتعاقدين قد ارتضت الابقاء على العقد في جزءه الباقي وانفصال الجزء الاخر عنه , فان الجانب المخالف لهذا التعبير , هو عدم تحقق وجود هذه القابلية فيما لو اتجهت ارادة المتعاقدين الى ابطال العقد ككل بسبب تعييب جزءا منه , وفي الحالتين يثور امامنا تساؤل عن مدى اعتبار تدخل ارادة كل من المتعاقدين ام يكتفى بارادة متعاقد واحد منهما لتحقيق اي الامرين المذكورين ؟ والحقيقة ان نص المشرعين العراقي والمصري في المادتين (١٣٩) و (١٤٣) منهما سابقتي الذكر, لا يوحي باجابة هذا التساؤل, حيث ان نص المشرع العراقي" الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا " لايفيدنا في التحقق من ان عدم تمام العقد بغير الشق الباطل يكون بارادة احد المتعاقدين او كلاهما .

والحقيقة, ان مايحصل عملا , هو ان الجزء الباطل او المعيب لا يخرج عن كونه شرطا يحقق فائدة للمتعاقد الذي اشترطه , بينما يكون عبئا على المتعاقد الاخر الملزم بتحقيقه , فهو – اي هذا الجزء – انما يكون دافعا الى التعاقد من وجهة نظر احد المتعاقدين, ولا يكون كذلك بالنسبة للاخر والذي يسعى الى التخلص منه(٤٦) .

ورغم هذا , لم نجد في القضاء العراقي مما يسعفنا للقول بهذا الامر , اي الاكتفاء بارادة متعاقد واحد لغرض نفي اساس القابلية الشخصي , وبالتالي عدم انفصال جزء من العقد , وبالنتيجه ابطاله كليا, اما في القضاء المصري , فيبدو ان الناحية العملية التي تطرقنا اليها , هي ما مطبقة فعلا في هذا القضاء , ففي قرار لمحكمة النقض المصرية , اقرت فيه بهذا الامر, فجاء فيه:- " مالم يقم من يدعي البطلان, الدليل على ان الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد, يظل مابقي من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا, ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده "(٤٧) .

وجدير بالاشارة, بعد هذا, ان النصين المذكورين يجعلان من اجراء الانفصال بين الجزء الباطل والجزء الصحيح, هو الاصل , اي ان قابلية الانفصال تعد موجودة اصلا, فيما يخص هذين النصين, الا اثبت احد المتعاقدين اساسية الجزء الباطل بالنسبة للعقد ككل وانه لايمكن الفصل بينه وبين باقي العقد , ففي هذه الحالة يتحقق الاستثناء وهو بطلان العقد كليا.

وخلاصة هذا, ان لارادة طرفي العقد دور في تحقيق الاساس الذي توجد به قابلية الانفصال , اذ يتوقف على اثبات احدهما او كلاهما ان العقد لايكتمل بغير جزءه المطلوب انفصاله , ونجاح هذا الاثبات , قابلية تحقق هذا الانفصال بين جزئي العقد , من عدمه , وفي نهاية الامر , تتعلق المسألة بجميع اركانها بمدى اهمية هذا الجزء من العقد في اعتبار احد طرفيه.

المطلب الثالث:- الاساس المادي او الموضوعي(طبيعة الاشياء)

لما كانت الغاية من وجود قابلية الانفصال في العقد – وعلى ما اوضحنا سابقا - , هي بقاء جزء منه محققا لمقتضى العقد ككل , فان هذه الغاية, لايمكن ان ترتب نتائجها الا اذا تحقق للجزء المتبقي من العقد, وجوده الذاتي المستقل, فاهمية اعمال هذه القابلية تبدو في بقاء هذا الجزء , بان يكون قادرا على انتاج ذات الاثار التي كان سينتجها العقد الاصلي فيما لو لم ينفصل جزء منه , وان اختلفت تلك الاثار من حيث الكم – بقدر ما انفصل من العقد - , وليس من حيث الكيف (٤٨) لان قابلية الانفصال لاتؤدي الى تغيير في الطبيعة القانونية او التكييف القانوني للعقد بعد انفصاله (٤٩) , بل ان التغيير الذي يحصل ينصب على حجم العقد ومضمونه ليس الا.

وقد يتحقق اساس القابلية للانفصال , ليس فقط بنص القانون او ان ارادة احد المتعاقدين او كلاهما قد ابتغت هذا الانفصال, وانما طبيعة الاشياء قد تكون لها دور في تحقق هذه القابلية , والمقصود هنا , طبيعة محل العقد او موضوعه فيما اذا كانت هذه الطبيعه تقبل الانفصال , او لا تقبله , وهو مايطلق عليه (بالانقسام المادي) . وقد جاءت م(٣٣٦) (٥٠) من القانون المدني العراقي, على تحديد هذه القابلية للانفصال او ماتسمى بقابلية الانقسام , فذكرت :-" يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

١- اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم .

٢- اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما , او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك".

وواضح ماقصدت اليه ف(١) من هذه المادة , من ان عدم القابلية للانقسام او الانفصال, ترجع الى طبيعة الاشياء دون تدخل من القانون او من المتعاقدين(٥١) .

فاذا ابرم عقد بيع لعدة اشياء قدر ثمن اجمالي لها, ثم تبين بطلان البيع لجزء من هذه الاشياء او احدها, وتعذر تحديد مايخصها من الثمن المقرر فان هذا يعني بالمقابل , عدم امكانية تحديد ثمن ماتبقى من هذه الاشياء صحيحا, وبالتالي عدم قيام الجزء الصحيح من

هذا العقد مستقلا, فتكون النتيجة هي بطلان عقد البيع ككل, بسبب عدم قابلية المحل للانفصال. والعكس من هذا, اذا امكن فصل جزء معيب من العقد وبقاء جزءه الاخر صالحا لان يكون محلا لهذا العقد, فهنا يتحقق اساس القابلية فيما يخص طبيعة الاشياء , وينهض لاعمالها وتحقيق غايتها في الابقاء على جزء يحل محل الكل, ويمكن ان نمثل لهذا , بعقد بيع وارد على عدة اشياء بعضها لا يصح التعامل فيه, كأموال مخصصة للنفع العام, فهنا يبطل جزء العقد الوارد على هذه الاخيرة, ويصح الباقي باعتباره عقدا مستقلا, مادام محل العقد لايستعصي على الفصل , وامكن تحديد ثمن الاشياء التي لم يمسها البطلان.

وجدير بالذكر, هنا, بان اساس قابلية الانفصال فيما يخص طبيعة العقد او محله, لا يكون بالضرورة اعماله ولو كان محل العقد يسمح بطبيعته الانفصال, اذا كان ذلك يتعارض مع نص وارد في القانون لايجيز انفصاله, او ان احد المتعاقدين اثبت بان الجزء المطلوب فصله, كان دافعا له الى التعاقد, وفق ما اسلفنا , فمثلا نص م(٥٣٧) (٥٢) من القانون المدني العراقي التي تعتبر توابع المبيع جزءا منه لا يقبل الانفكاك عنه, فلو تم بيع دار مع بستان ملحق بها, واتضح للمشتري ان الدار فيها عيوب واراد اخذ البستان فقط, لما جاز له ذلك, لان القانون اراد لهما عدم الانفصال, برغم امكانية فصلهما ماديا, كذلك الامر بالنسبة لحالة الشفعة, فهي رخصة للشفيع غير قابلة للانفصال, فلا يجوز له ان يأخذ بالشفعه بعض المبيع دون البعض الاخر, كما اذا بيع العقار لاكثر من مشتري , فلا يجوز الاخذ بالشفعة من بعضهم دون البعض(٥٣) .

وذات الامر ينطبق, فيما لو كانت ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى عدم انفصال العقد بالرغم من قابلية انفصاله ماديا, وهذا ما اقرت به م(٣٣٦) من القانون المدني العراقي – سابقة الذكر – في فقرتها الثانية, ومما يعترف به القضاء(٥٤) .

نخلص, مما تقدم, الى ان قابلية الانفصال يمكن اعمالها متى ماسمحت طبيعة محل العقد بذلك, مع الاخذ بنظر الاعتبار ماقد يكون محددا بنص القانون في هذا الشأن, وما قد تتجه اليه ارادة طرفي العقد.

المبحث الثالث/ شروط قابلية الانفصال

مما تقدم بيانه, ومما تعرفنا عليه من خلال الطرح السابق لمفهوم قابلية العقد للانفصال, وللاسس التي تقوم عليها , يمكن وضع شروط محددة تسمح بالرجوع اليها متى ماتحققت هذه الشروط, وهي ما استنبطناها من خلال بحثنا المتقدم ويمكن حصرها بثلاثة:- الشرط الاول:- وهو مايتعلق باختلال جزء من العقد مع امكانية الاستغناء عنه والثاني:- وهو يتضمن بقاء الجزء الاخر من العقد صالحا لاعمال حكمه والثالث:- ينصرف الى عدم ترتيب تغيير في الطبيعة القانونية للعقد عند اجراء الانفصال, وعلى هذا , سنقوم بتفصيل تلك الشروط وفي ثلاثة مطالب كما سيأتي:

المطلب الاول:- تعيب جزء من العقد مع امكانية الاستغناء عنه

ان قابلية انفصال جزء من العقد , تعني بالضرورة ان هذا الجزء يتحتم انفصاله عن باقي اجزاء العقد , اما لكونه جزءا باطلا , او مع بقاءه جزءا صحيحا الا ان ارادة طرفي العقد اتفقت على بتره وازالته عن مجموع الاجزاء العقدية(٥٥) .

فاما اذا كان هذا الجزء باطلا, فقد سبقت الاشارة في طيات البحث , الى ان هذا الامر مما تحكمه م (١٣٩) (٥٦) من القانون المدني العراقي , في اعتبار الاساس او الاصل الذي جاءت به هذه المادة في ان بطلان جزء من العقد, لايترتب عليه بطلان الكل,وانما يبطل هذا الجزء وحده, وماتبقى من العقد يبقى صحيحا باعتباره عقدا مستقلا, وفي ذات الموضع, اوردت الفرع او الاستثناء في ان البطلان يسري على العقد باكمله فيما لو تبين ان هذا الجزء الباطل ماكان العقد ليتم بدونه , وقد اشرنا في موضع سابق في البحث, بان معنى هذه العبارة الاخيرة , هو كون الجزء الباطل , مما يشكل شرطا او شقا دافعا الى التعاقد لدى احد طرفي العقد او كلاهما , بحيث تكون النتيجة هي عدم قيام باقي العقد بسبب ترابطه مع الجزء الباطل (٥٧) فاذا كان الامر كذلك , لم تكن هنالك امكانية للاستغناء عن هذا الجزء من العقد – رغم تعيبه – وبالتالي لا تنهض قابلية الانفصال بالرغم من البطلان الجزئي للعقد, فيبطل العقد بجميع اجزائه.

وأما ان كان جزء العقد صحيحا , فهنا لا تؤدي قابلية الانفصال دورها ولا تتدخل الا اذا كانت ارادة الطرفين هي من قررت الاستغناء عن هذا الجزء , فمثلا في حالات الفسخ الجزئي للعقد , والتي اورد القانون المدني العراقي تطبيقات لها في عدة مواد, كالمادة

(٥٤٣ و ٥٤٥) منه والتي تطرقت الى حالة ظهور نقص في المبيع واعطت المشتري خيارا بفسخ جميع البيع, او اخذ المبيع الناقص بما يقع عليه من ثمن, وكذلك المادة (٥٤٧) التي حددت حالة الهلاك الجزئي للمبيع , وايضا اعطت ذات الخيار للمشتري في فسخ البيع او بقائه مع انقاص الثمن , وهنالك ايضا المادة (٥٦١) منه والتي جاءت على ذكر حالة تعيب جزء من المبيع , وحالات اخرى كثيرة وردت في مواضع متفرقة للقانون المدني العراقي, ففي جميع هذه الحالات , ورغم وجود جزء معيب من العقد يفترض فصله عن باقي اجزاءه , الا ان امكانية الاستغناء عنه , تحتم الرجوع الى ارادة الطرفين , ليسمح بعد ذلك تطبيق قابلية الانفصال.

فاذا, يكون اول شروط تطبيق هذه القابلية , عبارة عن شرط مركب من فرعين:-

الاول يتعلق بوجود جزء متعيب من العقد ينبغي فصله عن باقي الاجزاء الصحيحة,

والثاني يفترض امكانية الاستغناء عن هذا الجزء طبقا لارادة طرفي العقد, وبالتالي لا يمكن لوجود القابلية ان يتم الادعاء بفرع واحد منهما دون الاخر.

المطلب الثاني:- بقاء الجزء الاخر من العقد صالحا لاعمال حكمه

اذا تم فصل الجزء المعيب من العقد , وبقي الجزء الاخر منه قائما, فيشترط لتطبيق هذه القابلية, هنا, ان يكون الاخير مما يشكل بقاءه, عقدا مستقلا له كافة مقومات البقاء , وهو لا يكون كذلك , الا اذا توافرت فيه اركان وشروط اي عقد اخر, ولكن دون ان يعني تحوله بهذه الاركان والشروط الى نوع اخر من العقود مغايرا للعقد الاصلي الذي انفصل جزء منه, فتلك الالية لا تعني سوى تغييرا له من الناحية الكمية – اي كمية الاثار التي بقيت - , دون الناحية النوعية(٥٨) .

واذا كنا بصدد توافر اركان عقد مستقل , فيلزم لذلك ان نقوم بايضاح تلك الاركان وبما يسمح توافرها باعطاء مقومات البقاء للجزء القائم, فالاركان العامة المعروفة قانونا, لانعقاد اي عقد , لا تخرج عن تراضي ومحل وسبب , بالاضافة الى توافر الاركان الخاصة بكل نوع من انواع العقود , وبحسب مايشترطه القانون.

فبالنسبة لركن الرضا من الاركان العامة , فانه يمثل ارادة طرفي العقد في الابقاء على الجزء المتبقي منه بعد انفصال الجزء المعيب, وهو ركن فيه شيء من المنطقية – رغم اعتراض بعض الكتاب على دوره في اعمال الانفصال(٥٩) مادامت ارادة الطرفين قد اقامته ابتداءا, فهي من لها اولوية اقامته بعد انفصال جزء منه, ومن الممكن التوصل الى

هذه الارادة عن طريق استخلاصها ضمنيا من تغيير العقد(٦٠) , هذا اذا لم تكن واردة في صلبه بشكل صريح فيما لو كان العقد مكتوبا, وهذا مما افادت به م (٣٣٦ /٢) من القانون المدني العراقي - سابقة الذكر- بالقول :- "... ٢- اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما, او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك".

اما بالنسبة لركن المحل , وهو ثاني الاركان العامة للعقد , فهو الممثل لمابقي من جزء العقد قائما , اذ انه بعض محل العقد الاصلي , او كما يقال (٦١) بانه محل العقد الاصلي ذاته منقوصا من الناحية الكمية , ولكي نضمن بقاء هذا المحل الجزئي, لا بد ان يكون المحل الاصلي مما يقبل الانقسام بطبيعته, اي من الناحية المادية , وبخلاف هذا لا يمكن التوصل الى بقاء الجزء الاخر من العقد وبالتالي ينعدم ركن المحل بالنسبة لهذا الجزء .

وفيما يتعلق بركن السبب, فالمقصود به الباعث الدافع الى التعاقد , واذا اردنا اثبات وجود هذا السبب كركن في الجزء المتبقي من العقد , يلزم ان يكون الجزء المنفصل مما لا يعد شرطا او شقا دافعا لاي من المتعاقدين , وبعبارة اخرى , ان لايكون هذا الجزء امرا جوهريا في نظر اي منهما , بحيث ان انفصاله لا يؤثر على بقاء الجزء الاخر القائم من العقد, والا فان جوهرية هذا الجزء , تؤدي الى بطلان العقد كليا بسبب الترابط بينه وبين الجزء الباقي , من ناحية , وان المسائل الجوهرية للعقد هي التي يوجد العقد بوجودها ولا يوجد بتخلفها (٦٢) من ناحية اخرى . فاذا كانت هذه الاركان العامة فضلا عن الاركان الخاصة بنوع العقد, متوافرة في جزء العقد الباقي بعد الانفصال , فانه يمكن ان يظل قائما كعقد مستقل قابلا لاعمال حكم العقد الاصلي , وبالتالي فان قيامه هذا هو ماكان مقصودا بشرطنا مدار البحث لقابلية الانفصال.

المطلب الثالث:- عدم تغيير الطبيعة القانونية للعقد

تطرقنا, فيما سبق, الى الغاية التي تستهدفها قابلية الانفصال في العقد , وهي ضمان استمرارية هذا العقد بجزءه المتبقي- بعد انفصال الجزء المعيب عنه- وان هذا الاخير يعرف بما تبقى من العقد قابلا لوجوده(٦٣) , ومادام الجزء المتبقي من العقد , يبقى باعتباره نفس العقد الاصلي قبل ان يصار الى فصل جزء منه, فمعنى هذا , ان قابليةالانفصال اذا تحقق اعمالها في عقد ما, فان الشرط الاساسي لذلك , هو بقاء ذات النوع للعقد دون ان يجري تغيير في تكييفه القانوني او تحوله الى نوع اخر من العقود.

فمثلا, اذا اقترن عقد هبة بشرط غير مشروع, ولم يكن هذا الاخير هو الدافع اليها , فان عقد الهبة يبقى ولكن بعد استبعاد الشرط غير المشروع , وهو الجزء الباطل من العقد(٦٤) فالهبة , هنا , بقيت على حالها دون تغيير في نوع العقد الذي تضمنها , وجل ما حصل , هو انفصال الجزء المعيب منه, وبقاء الاخر قابلا للوجود بنفس النوع, وذلك لان محل العقد الذي يبقى بعد الانفصال, هو جزء من محل العقد الاصلي , وهنا لابد ان يكون الاخير قابلا للانفصال من الناحية المادية – كما سبقت الاشارة في الموضع المخصص لبحث اساس القابلية للانفصال من حيث طبيعة الاشياء- لكي يمكن الحصول بالتالي على جزء صالح لظهور اثار العقد المتبقي فيه(٦٥) .

وجدير بالذكر ان هنالك من الفقهاء (٦٦) من ذهب الى القول بان الانقاص يعد تعديلا يتحقق في العقد الباطل جزئيا يتمثل في احلال القانون لالتزامات جديدة محل الالتزامات التي كان يرتبها التصرف الباطل, حيث ان الالتزامات التي يفرضها القانون في حالة الانقاص , ليست هي ذاتها التي اتجهت اليها ارادة المتعاقدين , بل اتجهت الى غيرها, وان اي تعديل لاثار التصرف من قبل القانون, سواء بالزيادة او بالنقصان , يتضمن بطلانه بالنتيجة , لانه احلال لالتزام قانوني محل الالتزام الناشيء عن التصرف القانوني.

اي انه بالنتيجة, لا يعترف بالبطلان الجزئي للعقد , وبالتالي بأمكانية انفصاله – بما ان هذا النوع من البطلان يدخل في دائرة نطاق قابلية الانفصال كما اوضحنا سابقا - لانه يعد هذ ا الامر تدخلا من قبل القانون في تغيير نوع الالتزامات التي اتفق عليها الافراد.

وقد رد بعض الفقه(٦٧) على هذا التحليل بالقول بان البطلان في تصرفات الافراد انما ينشأ عن مخالفة القواعد والقيود التي يفرض القانون عليهم اتباعها , وبالتالي نشوء هذه التصرفات معيبة, وغاية الامر ان العيب قد يشمل جميع التصرف , فيكون باطلا كليا , او انه يؤدي الى تعيب جزء منه, فيبطل هذا الجزء, ويبقى الاخر الصحيح قائما, فالانقاص , هنا, ليس الا تحديدا لنطاق البطلان في التصرف القانوني , يتضمن تعديلا في مضمون الاخير وحجمه دون ان يمس طبيعته, وذلك بهدف تصحيحه وانقاذه من مصير البطلان الكامل.

ونحن نتفق مع هذا الرأي, خصوصا وقد اعلنا في موضع سابق من هذا البحث, بان غاية ماتبتغيه قابلية الانفصال في العقد , هو ضمان استمرارية هذا العقد بجزءه الصحيح المتبقي, بعد فصل الجزء المعيب خشية من تأثير هذا الاخير على الاول , فيتحتم بالنتيجة بطلان الكل.

ومع هذا , وان كانت غاية هذه القابلية بقاء العقد ولو في جزء منه حماية له من تأثير البطلان في جزءه الاخر, الا انه لا يمكن الجزم بان كل بطلان جزئي يتحتم معه اعمال الانفصال, خصوصا اذا كانت نتيجته , تغيير في طبيعة العقد , فمثلا , هنالك قرار قضائي صادر من محكمة تمييز العراق(٦٨) أرتأينا افساح جانب من بحثنا في هذا الموضع لمناقشة ما جاء فيه, حيث اقر:- " ان بيع الماكنة خارج دائرة كاتب العدل , وان كان باطلا , لكن شرط التعويض بموجب عقد البيع من جراء نكول البائع عن التسجيل يعتبر صحيحا , لان العقد اذا كان في شق منه باطلا , فيبطل هذا الشق وحده , اما الباقي من العقد فيظل صحيحا بأعتباره عقدا مستقلا ".

وواضح , من هذا القرار , انه عد البطلان الوارد فيه بطلانا جزئيا وبالتالي امكانية انفصاله , وهذا من وجهة نظرنا , غير جائز للاسباب الاتية :-

اولا :- ان الشكلية التي تضمنها القرار المذكور , هي شكلية قانونية , اي ان القانون هو الذي فرض مراعاتها, وهي من هذا الجانب تعد ركنا في العقد وليست اثرا من اثاره فحسب , وان النتيجة المنطقية لاهدار ركن من العقد , هي عدم انعقاده واعتباره باطلا بطلانا مطلقا, وقد نصت على هذا الامر , م (١٣٧) من القانون المدني العراقي - سابقة الذكر – في اخر عباراتها بالقول :- " ... او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون " , اي يكون باطلا كليا , كما نصت م (٩٠ /١) من ذات القانون على انه :- " اذا فرض القانون شكلا معينا للعقد , فلا ينعقد الا بأستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك ".

ثانيا :- واضح من منطوق القرار , انه طبق نظرية انقاص العقد التي جاءت على تحديد مضمونها م (١٣٩) من القانون المدني العراقي , ونصها :- " اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل , اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا " , ولا يحتاج الامر , هنا , الى ايضاح اكثر من القول بانه من غير المقبول اعتبار الشرط الجزائي – وهو الجزء الباقي من العقد – عقدا مستقلا , لان الشرط لايرقى ان يكون عقدا , ولا من المعقول ان يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلا – وهو بيع الماكنة - , وبالتالي فان هذا الترابط بين شقي العقد يؤدي الى بطلانه كليا , ولا يمكن فصلهما كما جاء به القرار المذكور.

ثالثا :- كما انه بموجب الشرط موضوع البحث , يجب ان لا يؤدي الانفصال الى تغيير في طبيعة العقد , والحال ان القرار لم يراع هذا الامر , فأدى الانفصال بين جزئي العقد الى

تحوله من عقد بيع الى مجرد طلب تعويض , وبالتالي لا يمكن اعمال قابلية الانفصال في الواقعة موضوع القرار المذكور .

وخلاصة ماسبق , ان قابلية الانفصال لا تنهض في العقد المتعيب جزئيا اذا ادى انفصاله الى تغيير في طبيعة هذا العقد , وهذا مما تمليه غاية هذه القابلية في الابقاء على جزء من العقد يقوم مقام الكل.

الخاتمـــــــــــــــــــة

بعد ان انتهينا من توضيح الجوانب المتعددة لبحثنا الموسوم (قابلية العقد للانفصال) ندرج في خاتمته اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات وما يمكن ان نضمنه اياه كمقترحات وكخطوة اخيرة له وكما يأتي:-

أ- الاستنتاجات

اولا:- توصلنا , ومن خلال ادراج المبدأ العام الذي يحكم تصرفات الافراد , الى اعتبار قابلية الانفصال رخصة قانونية لا تستهدف سوى الابقاء على العقد الذي تحتم الضرورة , الاستغناء عن جزء منه , في سبيل بقاء الجزء الاخر قائما يمكن ان يمارس دوره كعقد مستقل , ولو بصورة اقل من حيث كمية الاثار التي يرتبها هذا العقد .

ثانيا:- لما كان الدور الذي تلعبه قابلية الانفصال في العقد , يظهر كلما استدعت ضرورة فصل جزء من هذا العقد , وبغض النظرعن كون هذا الجزء باطلا او صحيحا , فقد اعتبرنا ان نطاق هذه القابلية كما يشمل العقد الباطل في جزء منه , فانه يتحقق ايضا في العقد الصحيح كليا ومتى ماتحتم اعمال الضرورة المذكورة.

ثالثا:- ارتأينا اعتبار قابلية الانفصال , هذه , امرا مميزا عن الحالات التي ترتكز على تنفيذ جزء من العقد , بحيث ان هذا الجزء رغم تشابهه مع الجزء الذي يبقى من العقد قائما بعد انفصال الجزء الاخر عنه , الا انهما يفترقان في ان الجزء الاخر من العقد الاول لا يهدر , وانما يتم تنفيذه بطريق التعويض , بينما في العقد الثاني , يتم اهدار جزءه الاخر في سبيل الابقاء على الجزء الاول , وضمانا لعدم اهدار العقد بجزأيه.

وكذلك الامر بالنسبة لتحول العقد , وتمييز قابلية الانفصال عنه , في ان الاول تقوم الية تنفيذه على اساس وجود عقدين : الاول باطل كليا والثاني صحيح كليا تحول اليه العقد

الاول , بينما لا يوجد في العقد الذي تتحقق فيه قابلية الانفصال سوى عقد واحد ينفصل الى جزئين , كما ان طبيعة هذا العقد المنفصل لا تتغير بعد الانفصال , بينما في تحول العقد , تتغير الطبيعة القانونية لهذا العقد المتحول .

رابعا:- وجدنا بان اساس قابلية الانفصال , يتحقق في نص القانون احيانا , وفي اتفاق ارادة طرفي العقد على اعمال هذه القابلية احيانا اخرى , كما ان طبيعة الاشياء يمكن ان تشكل اساسا للقابلية في احيان ثالثة.

خامسا:- استنتجنا , ومن خلال البحث المستفيض لمفهوم قابلية الانفصال , وكذلك للاسس التي تقوم عليها , انه يمكن تقييد اعمال هذه القابلية بثلاثة شروط بحيث تنهض لاعمال دورها كلما تحققت هذه الشروط , وبصرف النظر عن اي امر اخر , وتتلخص بتعيب جزء من العقد مع وجود امكانية للاستغناء عنه , وكذلك بقاء الجزء الاخر من العقد قائما , بالاضافة الى عدم تغيير الطبيعة القانونية للعقد بعد الانفصال .

ب - المقترحات:-

سبق ان اوضحنا , ان نطاق قابلية الانفصال يشمل العقد الباطل جزئيا , وهذا الامر قد تم تأطيره تشريعا بموجب م (١٣٩) من قانوننا المدني النافذ , والتي تعرف فقها وقضاءا بنظرية انقاص العقد , اما نطاقها الاخر والذي يشمل العقد الصحيح , فكان عبارة عن تطبيقات متناثرة بين طيات القانون ولم يتم حصرها في نص خاص .

وعليه نقترح على مشرعنا العراقي ادراج نص يتضمن مبدأ اعمال قابلية الانفصال في العقد الصحيح , وكمبدأ عام يشمل جميع هذه التطبيقات المتناثرة فيه , ونقترح ان يكون بالشكل الاتي :-

" **لاي من الطرفين , التنازل عن جزء من العقد وابقاء الاخر بحصته من المقابل , مالم يرد نص او اتفاق بخلاف ذلك** ".

الهوامش

١- د.عصام أنور سليم-عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون-منشأة المعارف- الإسكندرية-١٩٩٤-ص١١.

٢- أنظر المادة ١٥٨ من القانون المدني العراقي النافذ .

٣- د.عبد الرزاق السنهوري-مصادر الحق في الفقه الإسلامي-ج٤-دار الفكر للطباعة والنشر-بيروت-بلا سنة طبع-ص١٤٠.

٤- تجدر الإشارة إلى وجود تسميات عدة أخرى قد تنطبق والحالة هذه , كقابلية الانقسام , وقابلية التجزئة , وغيرها مما سيتضح في طيات البحث .

5-المنجد في اللغة ,ط ٢٦ , دار المشرق , بيروت , ١٩٧٣ , ص٥٨٥ و ٦٢٨ .

٦ - د.عصام أنور سليم-مصدر سابق-ص١٠.

٧ - د.عبد العزيز المرسي حمود- نظرية إنتقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق-جامعة عين شمس للطباعة-١٩٨٨-ص٣٩٤.وأنظر بالمعنى ذاته د. إبراهيم دسوقي أبو الليل-البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية-مطبوعات جامعة الكويت- ١٩٩٨و د. صالح ناصر العتيبي-فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية-ط١-بلا مكان طبع-٢٠٠١-ص١١٤.

٨ - عبد الأمير جفات كروان-تجزئة العقد-رسالة ماجستير-كلية القانون-جامعة بابل-٢٠٠٨ - ص١٢.

٩- على إعتبار أن حق الإرتفاق يكسب بعدة حالات والعقد أحدها,أنظر المادة ١/١٢٧ من القانون المدني العراقي.

١٠- قرار نقض مؤرخ في ١٩٧٥/٦/١١ مشار إليه في مؤلف د.عصام أنور سليم-مصدر سابق-ص٢١٩.

11- قرار نقض مؤرخ في ١٩٧٩/٣/١ مشار إليه في المصدر السابق-ص١٦٥,وأنظر كذلك قرار لمحكمة النقض نفسها بالرقم ٦٥٤ في ١٩٧٨/٥/٢٥ والذي جمع بين تسمية التبعيض والتجزئة للصفقة معاً في معنىً واحد,إذ جاء فيه''المقرر أنه إذا كانت الصفقة واحدة فأنه لا يجوز للشفيع أن يفرقها على المشتري بأن يأخذ بعض الصفقة ويدع باقيها,إذ أن من شأن ذلك تجزئة الصفقة وتبعيضها''مشار إليه في المصدر السابق-ص١٢٥ .

١٢- القرار رقم ١٧٦٤/م٧٦/٣في٢٠ / ٥ / ١٩٧٧ منشور في مجموعة الأحكام العدلية-العدد الثالث-السنة الثامنة-١٩٧٧-ص٣٢٢.

١٣- نقض مدني فرنسي في ١٩٧٨/٦/٢٧ مشار إليه لدى د.عادل حسن علي السيد-أحكام إنقاص العقد الباطل-مكتبة زهراء الشرق للطباعة والنشر-بدون مكان طبع -١٩٨٨-ص١٢٠.

١٤- مشار إليه لدى د.عصام أنور سليم-مصدر سابق-ص١٣٦.

١٥- قرار نقض في ١٩٧٦/١/٢١ مشار إليه في مؤلف د.عبد الحكم فودة-البطلان في القانون المدني والقوانين المدنية الأخرى-ط٢-مطبعة دار الفكر والقانون-بدون مكان طبع-١٩٩٩-ص٦٥٩ .

١٦ نظر د.حسين عامر-القوة الملزمة للعقد-ط١-مطبعة مصر-١٩٤٩-ص١٠.

١٧– د. عصام انور سليم , المصدر السابق , ص

١٨ -انظر ماسيتم بحثه في المبحث الخاص بشروط قابلية الانفصال.

١٩- وجدير بالتنويه , بان كلا من العقد الباطل جزئيا والصحيح كليا يمكن ان يرد في صورة عقد بسيط او مركب , وليس هنالك من فرق كبير بينهما بشأن اعمال قابلية الانفصال سوى انها في العقد البسيط يكون دورها في اقتطاع جزء منه وفصله عن بقية اجزاء العقد بسبب من اختلاله , اما في العقد المركب فقد يكون الجزء المنفصل منه يمثل واحدا من ضمن العقود المشكلة لمجموع العقد المركب , او قد يكون جزءا من عقد يدخل ضمن هذا المجموع , وفي الحالتين يتم فصل هذا الجزء لغرض بقاء الاجزاء الاخرى من العقد البسيط او المركب. ولغرض زيادة الايضاح , انظر د. عصام انور سليم , مصدر سابق , ص ١٩ ومابعدها. وانظر كذلك من الفقه الفرنسي :
Mazeaud (henri ,leon et jean) ,lecons de droit civil , 7ed , theorie generale , paris ,1985 ,p.93.

٢٠- د. عقيل فاضل حمد الدهان , عدم تجزئة التصرف القانوني , اطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد , ٢٠٠٦ , ص ١٤٢.

٢١ – انظر المادة (١٣٨ /١) من القانون المدني العراقي النافذ .

٢٢ - د. عبد العزيز المرسي , نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري , دار الشمس للطباعة , القاهرة , ٢٠٠٦ , ص٣٧٠ .

٢٣ - Boulanger,usage et a bus de la notion d'indivisibilite des actes juridiques- rev.trim,1950,p.6 .

٢٤ - عبد الامير جفات كروان , تجزئة العقد , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة بابل , ٢٠٠٨ , ص٢٠ .

٢٥ - تقابلها المادة(٤٣٧) من القانون المدني المصري .

٢٦ - انظر المادة(٢/ ٥٥٥) من القانون المدني العراقي .

٢٧ - انظر م (١/٧٥٨) من القانون المدني العراقي , وانظر كذلك قرار لمحكمة النقض المصرية برقم (١١٢٩) وتاريخ ٢١ / ١٢ / ١٩٨٠ حيث يذهب الى ان :- " طلب تخفيض الاجرة مقابل النقص في المنفعة انما هو طلب بفسخ جزئي لعقد الايجار بما يتعلق بهذا النقص " . نقلا عن د. سليمان مرقس , شرح القانون المدني , ج ٣ , العقود المسماة , مج ٢ , بلا سنة طبع , ص٣١٠.

٢٨ - انظر, شريف النجار, تقسيمات العقود , بحث منشور في الموقع الالكتروني :-
www.justice_lawhome.com

٢٩ - لزيادة التفصيل انظر , د. محمد السعيد رشدي , شرح احكام عقد البيع , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ١٠٩ ومابعدها .

٣٠ - انظر د. السنهوري , الوسيط , ج ٢ , نظرية الالتزام بوجه عام , اثار الالتزام , دار احياء التراث العربي , بيروت , بلا سنة طبع , ص ٨٢٣ .

٣١ - د. امجد محمد منصور ,النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام - , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان ,٢٠٠٣ ,ص٤٥ .

٣٢ - د. سعدون العامري , الوجيز في شرح العقود المسماة , ج١ , في البيع والايجار , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٧٤ , ص ١٣٨ , انظر كذلك في هذا الخصوص بحث بعنوان (العقد واثاره القانونية) , منشور على الموقع الالكتروني :-
www.Alriyadh.com

٣٣ - انظر ماسبق البحث فيه في ص٩ وما بعدها .

٣٤ - انظر , د. صاحب عبيد الفتلاوي , تحول العقد – دراسة مقارنة - , ط ١ , مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ١٩٩٧ , ص ١٠ وما بعدها .

٣٥ - تقابلها م (١٤٤) من القانون المدني المصري .

٣٦ - انظر ماسيتم بحثه في المبحث الخاص بشروط قابلية الانفصال .

٣٧ - عقيل فاضل الدهان , مصدر سابق , ص١٤٥ , وانظر كذلك من الفقه الفرنسي :-
Marty et Raynaud , droit civil , les obligations , 2 edition , tome 1 , les soureces , sirey , 1988 , p.229
٣٨ - انظر مايقابلها في القانون المدني المصري , وهي م (٢٢٧) منه , وانظر كذلك قرار لمحكمة تمييز العراق برقم ٤٦٣- م١-١٩٧٤ في ٢٦-٣-١٩٧٥ منشور في مجلة الاحكام العدلية , س٦ , ع١,ص٥٦ , حيث جاء فيه :- " تقاضي فوائد ربويه تزيد عن الحد المسموح قانونا لا يترتب عليه بطلان عقد الرهن , وللمدين الحق باسترداد مادفعه زائدا عن الحد المسموح به قانونا".
٣٩ - راجع ماذكرناه في ص٦ من هذا البحث.
٤٠ - انظر , مكي ابراهيم لطفي , الفائدة القانونية , مطبعة الارشاد , بغداد , ١٩٨٧, ص٤٤ , وانظر كذلك من الفقه الفرنسي :-
Jean Dabin , la transmission des obligations, XII ,paris , 1980 ,p.379
٤١ - ويقابلها في القانون المدني المصري , نص م (٨٣٤) .
٤٢ - انظر ,د. جميل الشرقاوي , نظرية بطلان التصرف القانوني , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , ١٩٥٦ , ص٨٥.
٤٣ - - ان فكرة الشرط الدافع الى التعاقد هي فكرة انشأها القضاء الفرنسي , اذ لجات اليها المحاكم لايجاد حل مشترك بين ما قررته م (٩٠٠) من القانون المدني الفرنسي, ونصها الاتي :- " dans toute disposition entre vifs ou testamentaires les conditions impossibles , celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs , seront reputes non ecrites "
ويعني ان بطلان الشروط الملحقة بالتبرعات لا يؤثر فيها بل تبطل الشروط فقط وتبقى التصرفات ذاتها صحيحة , وبين ما جاءت به م (١١٧٢) منه , ونصها :-
" Toute condition d'une chose impossible , ou contraire aux bonnes moeurs , ou prohibee par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en depend "
ويعني ان بطلان الشروط الملحقه بعقود المعاوضة يؤدي الى بطلان العقود معها . لتفصيل ذلك انظر , د. ابراهيم دسوقي ابو الليل , البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية , مطبوعات جامعة الكويت , ١٩٩٨ , ص ٢١٠ وما بعدها .
٤٤ - انظر , د. صالح ناصر العتيبي , فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية , ط١ , بلا مكان طبع , ٢٠٠١, ص١٢٤, انظر كذلك من الفقه الفرنسي :-
Ghestin (Jacques),Trite de droit civil , les obligations , le contrat , paris , 1980 , p.752.
٤٥ - انظر, د. حسام الدين الاهواني , النظرية العامة للالتزام , ج١ , مج١, ط٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠, ص٣٤٠ , انظر كذلك من الفقه الفرنسي :-
Goubeaux (Gilles), la regle de laccessoire en droit prive , these , Tome XCIII ,paris,1969 , p.202
٤٦ - انظر د. ابراهيم دسوقي ابو الليل , مصدر سابق , ص٢٢٠ .
٤٧ - انظر القرار المرقم ١١ بتاريخ ٢١-٤-١٩٧٣ منشور في مجموعة المكتب الفني , س ٢٤ , ص٦٤٩ , وانظر قرار اخر لذات المحكمة برقم ٤٠٤ وتاريخ ١٦-٥-١٩٦٨ منشور في المجموعة ذاتها , س١٩ , ص ٩٥٤ وقد ذيلته بالعبارة الاتية " ... بحيث اذا تبين ان ايا منهما ماكان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب , فيكون العقد باطلا" .
٤٨ - انظر , د. عبد العزيز المرسي حمود , مصدر سابق , ص ٣٩٤ .
٤٩ - انظر ماسيتم بحثه في ص٢٠ وما بعدها من هذا البحث .
٥٠ - انظر مايقابلها في القانون المدني المصري , نص م (٣٠٠) منه .
٥١ - يذهب د. ابراهيم دسوقي ابو الليل في هذا الشأن , الى القول :- " ان المقصود بعدم القابلية للانقسام المادي للتصرف , هي تلك الحالات التي يكون فيها احد الالتزامات التي يرتبها التصرف القانوني غير قابل للانقسام بسبب طبيعة المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام , وهي الحالة التي اشارت اليها الفقرة (أ) من م (٣٠٠) مدني مصري بقولها ان الالتزام يكون غير قابل للانقسام اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم فعدم القابلية للانقسام بالنسبة للتصرف القانوني انما ترجع الى طبيعة الاشياء دون اي تدخل من الانسان او القانون " . انظر بحثه الموسوم مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية ,مجلة الحقوق الكويتية ,س١١,ع٢ ,١٩٨٧,ص٩٣ .

٥٢ - انظر نص م(٥٣٧) المذكور والذي جاء فيه :- "يدخل في البيع من غير ذكر :- أ- ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه ... ب- توابع المبيع المتصلة المستقرة , فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها .... " .

٥٣ - انظر قرار قضائي بهذا الخصوص نقلا عن بحث بعنوان "الحق في الشفعة " منشور في الموقع الالكتروني :www.chaatoman.com وقد جاء فيه : "ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه , ان المطعون عليه الثالث باع للطاعنة قطعة ارض , وان المطعون عليهما الاول والثاني اعلنا رغبتهما في اخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة واقاما الدعوى بطلب احقيتهما في اخذ المبيع جميعه بالشفعة بعد ان اودعا سويا الثمن , فانه لا يكون ثمة تبعيض للصفقة على المشترية الطاعنة او تجزئة للشفعة " . وانظر كذلك ماجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية برقم ٤٨٧ س٥٠ ق , وتاريخ ٢٤-١-١٩٨٤ , نقلا عن د. عصام انور سليم , مصدر سابق , ص١٢٥ " المقرر انه اذا كانت الصفقة واحدة فانه لا يجوز للشفيع ان يفرقها على المشتري بان ياخذ بعض الصفقة ويدع باقيها , اذ ان من شان ذلك تجزئة الصفقة وتبعيضها " .

٥٤ - انظر قرار لمحكمة التمييز في العراق برقم ١٧٦٤ – م٣ – ٧٦ في ١٩٧٧ , منشور في مجموعة الاحكام العدلية ,ع٣ ,س٨ ,١٩٧٧ ,ص٣٢ , وقد جاء فيه : "لا يحكم بتخلية الماجور اذا صدرت المخالفة الموجبة للتخلية من احد المستاجرين دون الاخر ,لعدم جواز تجزئة حكم التخلية ,واعتبار العقد الواحد صحيحا بالنسبة لاحد المستاجرين وباطلا بالنسبة للاخر ". وانظر ايضا قرار لمحكمة النقض المصرية برقم ٦٥٤ وتاريخ ٢٥ – ٥ – ١٩٧٨ , وقد جاء فيه " الاصل ان الالتزام يكون قابلا للانقسام اذا ورد على محل يقبل بطبيعته ان ينقسم , الا انه يصح تقرير عدم انقسام الالتزام بارادة المتعاقدين , ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما اذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت الى قابلية او عدم قابلية الالتزام للانقسام ... " .

٥٥ - انظر قرار لمحكمة التمييز العراقية برقم ٥٦١ – م٤ – ١٩٧٦ وتاريخ ٢٤ -٢- ١٩٧٧ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ,مصدر سابق , ص٢١ , وقد جاء فيه " للمستاجر فسخ العقد قبل انتهاءه واسترداد ما دفعه للمؤجر عن المدة الباقية اذا تضمن العقد شرطا بذلك " .

٥٦ - - يقابلها في القانون المدني المصري م (١٤٣) , اما في القانون المدني الفرنسي فلم يكن هنالك مادة واحدة تجمع تحت طياتها كل تطبيقات انقاص العقد , وانما جاءت م (٩٠٠) منه- سابقة الذكر - لتحكم الشروط الباطلة في عقود التبرع , مقررة ان بطلان هذه الشروط لا يؤثر على بقاء التصرف صحيحا , وانما ينفصل هذا الشرط الباطل عن جملة التصرف .

٥٧ - انظر , ابراهيم دسوقي ابو الليل ,البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ,مصدر سابق , ص١٩٥ .
٥٨ - انظر د. عصام انور سليم ,مصدر سابق ,ص٣٢١ .
٥٩ - انظر د. ندى عبد الكاظم حسين ,اثار بطلان العقد , اطروحة دكتوراه ,كلية القانون ,جامعة بغداد ,٢٠٠٦ , ص٨٥ وما بعدها , حيث ترى الباحثة بان الجزء المتبقي من العقد سيرتب نفس الاثار الاصلية التي قصدها المتعاقدان وكما اراداها , وبالتالي لا يمكن ان يؤدي الانفصال الى المساس بارادتهما , او يفرض التزامات جديدة على عاتقهما غير التي قصداها .

٦٠ - انظر د. عبد العزيز المرسي ,مصدر سابق , ص٤٠٢ , وراجع قرار محكمة النقض – سبق التطرق اليه في موضع سابق من البحث – والذي جاء فيه "الاصل ان الالتزام يكون قابلا للانقسام اذا ورد على محل يقبل بطبيعته ان ينقسم , الا انه يصح تقرير عدم انقسام الالتزام بارادة الطرفين ... " .

٦١ - انظر د. عصام انور سليم ,مصدر سابق ,ص٣٢١ , د. صالح ناصر العتيبي ,مصدر سابق ص١١٤ .
٦٢ - انظر د. صالح ناصر العتيبي , مصدر سابق , ص١١٨ .
٦٣ - نفس المصدر , ص١١٣ .
٦٤ - د. منصور حاتم محسن ,فكرة تصحيح العقد –دراسة مقارنة - , اطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد ,٢٠٠٦ ,ص١٧ .

٦٥ - انظر قرار لمحكمة التمييز العراقية برقم ٤٩٩ ح – ١٩٥٦ , وتاريخ ٢٧ – ٣ – ١٩٥٦ , نقلا عن عبد الرحمن العلام ,المبادئ القضائية لاحكام محكمة التمييز – القسم المدني , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٥٧ , ص١٢٢ , وقد جاء فيه "اذا كان العقد في شق منه باطلا وكان الشق الاخر صحيحا , ولا يمكن تجزئتهما , فيبطل العقد في الجميع " .

٦٦ - انظر د. جميل الشرقاوي ,مصدر سابق ,ص٨٧ .

٦٧ - د. عبد العزيز المرسي , مصدر سابق , ص٣٨٢ .

٦٨ - انظر القرار رقم ٦٠ – م١ – ٧٦ في ٢٦ – ٣ – ١٩٧٧ , منشور في مجموعة الاحكام العدلية , ع١ ,س٨ , ١٩٧٧ , ص٢٩ .

قائمة المصادر

اولا :- المصادر القانونية باللغة العربية

١- د. ابراهيم دسوقي ابو الليل , مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية , بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية , س١١ , ع٢ , ١٩٨٧ .

٢- د. امجد محمد منصور ,النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام - , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠٠٣ .

٣- د. جميل الشرقاوي , نظرية بطلان التصرف القانوني , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , ١٩٥٦.

٤- د. حسام الدين الاهواني ,النظرية العامة للالتزام , ج١ ,مج١ ,ط٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠.

٥- د. رمضان ابو السعود , مصادر الالتزام , دار الجامعة الجديدة للنشر, ٢٠٠٣ .

٦- د. سعدون العامري , الوجيز في شرح العقود المسماة , ج١ , في البيع والايجار , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٧٤ .

٧- د. سليمان مرقس , شرح القانون المدني , ج٣ , العقود المسماة , مج٢ , بلا سنة طبع

٨- شريف النجار , تقسيمات العقود , بحث منشور في الموقع الالكتروني :- www.justice-lawhome.com.

٩- د. صاحب عبيد الفتلاوي , تحول العقد – دراسة مقارنة- , ط١ , مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ١٩٩٧ .

١٠-د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , ج٢, نظرية الالتزام بوجه عام , اثار الالتزام , دار احياء التراث العربي , بيروت , بلا سنة طبع .

١١- د. عبد العزيز المرسي , نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري , دار الشمس للطباعة , القاهرة , ٢٠٠٦ .

١٢ - د.عبد الحكم فودة-البطلان في القانون المدني والقوانين المدنية الأخرى-ط٢- مطبعة دار الفكر والقانون-بدون مكان طبع-١٩٩٩.

١٣ - د. عقيل فاضل حمد الدهان , عدم تجزئة التصرف القانوني , اطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد , ٢٠٠٦ .

١٤ - د. محمد السعيد رشدي , شرح احكام عقد البيع , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ .
١٥ - مكي ابراهيم لطفي , الفائدة القانونية , مطبة الارشاد , بغداد , ١٩٨٧ .
١٦ - د. منصور حاتم محسن , فكرة تصحيح العقد – دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد , ٢٠٠٦ .
١٧ - د. ندى عبد الكاظم حسين , اثار بطلان العقد , اطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد , ٢٠٠٦ .

ثانيا :- باللغة الفرنسية

١-Boulanger,usage et a bus de la notion d'indivisibilite des actes juridiques-rev.trim,1950.
٢- Ghestin (Jacques),Trite de droit civil , les obligations , le contrat , paris , 1980.
3- Goubeaux (Gilles), la regle de laccessoire en droit prive , these , Tome XCIII ,paris,1969
4- Jean Dabin , la transmission des obligations, XII ,paris , 1980 .
5- Marty et Raynaud , droit civil , les obligations , 2 edition , tome 1 , les soureces , sirey , 1988
6- Mazeaud (henri ,leon et jean) ,lecons de droit civil , 7ed , theorie generale , paris ,1985.

ثالثا :- القوانين و الدوريات

١- مجلة الاحكام العدلية ,س٦ , ع١ و س٨ , ع٣ وع١ .
٢- مجموعة المكتب الفني , س١٩ و س٢٤ .
٣- عبد الرحمن العلام ,المبادئ القضائية لاحكام محكمة التمييز , القسم المدني , مطبعة العاني , بغداد ,١٩٥٧ .

Abstruct

The contract theory, no doubt, is one of the theories of critical importance, not in the area of civil law alone, but in other branches of other law, so it includes the rules, to some extent, fixed and abstract, and then it is a general reference for these branches of the law.
If the themes of the Decade is this important, including the subject of our search "capability separation" was necessary for us to test the Valley this topic, to identify the most important Maihtwe of the terms and Maitdmenh of the details more closely, allowing us the opportunity to get out of top what might we make and Manrtaah to modify the about it, and according to Us Mastser steps discussed.
Starting with, we try to justify the designation viability of separation, which can be said, in this regard, that the presence of viability in the contract allow the separation of part of it and spending, in order to keep the other part and having an independent, once called this as a reason justifying the vote, is Mrtkzna to launch this label, We also refer here to the other labels that may apply in this case, Kkablah division, Severability, and others which will become clear in the folds of the search.
But the reason we chose to name it the ability separation rather than the ability of division, is that the latter, which comes to mind with him, that the thing had split into two equal parts in quantity or size, if we indivisibility contract, it may be conceivable that we will divide the contract into two equal parts, and the case The secession of part of the contract, does not mean never, be separated as far as this part of the remaining part, but can be less than, or very occasionally, be more of it, with the possibility of generating capacity of survival of the other part.
He is also on the other hand, both Altzmatin closer than ever thanks in concept, because the separation of the thing means cut and excretion - as stated in the dictionaries, including upholstered in the language, either division of the thing means fragmented and dispersed, but we, with this we tend to use the term separation, the we have mentioned.
In terms of the idea of the subject, and justify the choice of title for the research, summarized by saying that the contract, as a legal intended to be meet the requirements of economic exchange between individuals in society, it is unlikely that there will be constraints, what can eventually lead to the paralyzing full, it becomes useless, If it's possible, and the intervention of a certain legal, that is limited to the impact of these constraints part of the contract without the swell to the other part of it, we can achieve the benefit of this is to retain the contract, even if part of it, in order to achieve than in the fulfill those requirements mentioned Proceeding from the principle of "money knows all, Enzk for all."

Severability in contract

By

Dr.Wassan Qasim Alkhafajy