القيود الواردة على التعاقد

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها

أشواق عبد الرسول عبد الأمير الخفاجي

الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

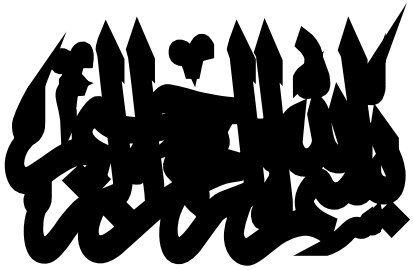
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الدكتور ميري كاظم عبيد

أستاذ القانون المدني المساعد

١٤٢٦ هـ **٢٠٠٥ م**



وَقُل رَّبِّ أَدخِلنِي مُدخَلَ صِدقٍ وَأَخرِجنِي مُخرَجَ صِدقٍ وَاجعَل لي مِن لَّدنكَ سُلطَاناً نَّصِيراً

سورة الإسراء / آية ﴿ ٨٠ ﴾

الإهداء

الى روح والدي

الذي كان يتمنى أن يراني موفقة

الى والدتي

التي سهرت وكابدت الحياة من أجلي

الى أخواتي وأخواني

الذين شاركوني لحظات الحزن وأوقات السرور

الى أخوالي

الذين لن أنسى أفضالهم عليّ أبدا ً

الى أستاذي ومرشدي الخزرجي

الذي هيأ لي المصادر وعملت بتوجيهاته

شكر وتقدير

الشكر لا يفي ما أسداه لي الذين أغرقوني بفضلهم وطوقوني بجميلهم فكان بحثي هذا حصيلة توجيهاتهم القيمة وملاحظاتهم الثمينة ..فأبدأ بأستاذي ومشرفي الدكتور ميري كاظم عبيد لمتبعته المستمرة وتوجيهاته السديدة ...كما اخص الأستاذ الدكتور عباس علي محمد الحسيني بخالص شكري وتقديري لحرصه على تقديم النصح والإرشاد يما يتعلق بموضع الرسالة .

وأتقدم بالشكر الجزيل الى الدكتور عزيز جواد علي هادي والدكتورة إيمان طارق لمتابعتها المستمرة وتوجيهاتها السديدة لتذيل العقبات وإزالة العراقيل ليخرج سعيي بالصورة اللائقة .

كما وأتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذ منصور حاتم والدكتور رافع شبر عرفاناً بجميلهم الذي سيطوقني طيلة حياتي ...

كذلك اشكر جميع أساتذتي في مرحلة البكلوريوس والماجستير في كلية القانون – جامعة بابل .

وكذلك اشكر كادر مكتبتي كلية القانون في بابل وكربلاء واخص بالذكر الموظفة ام زهراء لما أبدته من مساعدة كبيرة .

إقـــرار المشـــــرف

اشهد بان اعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (القيود الواردة على التعاقد **دراسة مقارنه**) المقدمه من الطالبه (أشواق عبد الرسول الخفاجي) قد جرى بإشرافي في كلية القانون ـ جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون ٠

التوقيع :
الاسم : **ا.م.د.ميري كاظم عبيد**
التاريخ :

بنـاءً على التوصيـات المتـوفره ارشـح هذه الرسالـة للمناقشـة

التوقيع :
الاسم :
التاريخ :

abstraction

Restrictions in jurisprudence of law , is that rules imposed up on the Legislature watching the realization of justice and puplic interest , The contracting parties must not exceed this restrictions or else the contract will be invalid .

Modern civil laws regulated these restrictions , restrictions are divided into two kinds ; restrictions on the contact's acceptance , it's represented by rcording restrictions and delivering restrictions on the content of contract , these are represented in only form that called puplic order restriction .

The generality base in the morden civil laws , that only adeal between two contaractors about any thing followed obligation of one of them in the scope of what they deal with .

When the acceptance has been found by the conractors with out any need to another procedure , unless that deal have no contravention to the puplic order or to the morals .

Iraqi legislature certain the principle of freedom sovereignty of will when transfer the proprietary in many articles , but this general principle wich agree with morden laws Iraqi legislature gave many exceptions that may restrected the will when making the contract , that transfered the proprietary of immovable will not bring it effect unless he have the form provided by the law , rcording the contract in the record office , of immovable .

In iraqi civil law this restriction has been expended when the legislatrue request it in every basis of the basises of contracts theire subject deal with the immovable and he expended more when he requst it in some movable contracts like (vehicle , ships , airplanes) and anthor formal contracts dealing with contracts named (delivering restricted) it's a requirement in the real contract –

contract al so need the delivering and no accptance only enough to make it valid , for example (possession mortgage , movable gift , loan contract , and borrow contract) . these conracts appeared for first time in the roman's law , it was one of the stages of development the contracts towards the accesptance and then transferred to french law and Arabian laws like the old Egyptians civil law , jordiacivil law , and iraqies civil law .

Because of the supremacy of principle will sovereignty and it's turn to clear the real contracts , the range of real become wrinkled in some civil codification like Egyptians civil law piercing , when this law adopt one real contract as a caution method – gift movable contract – in this contract the basis thoght is that it's a formal contract but the Egyptians law allowed it to be by the delivering of the subject of contract .

Iraqi civil law insisted on this restricted beside the recording restrictions , about the restrictions that deal with content of contract represented by the by the puplic order acting of the active tool for keeping the sovereign high interest of society , it's an expressed about it's structure , gloray ,and fixing towrds individual's trend wich reprsented by a contract they made threatening basises society , in spite of important thought of puplic order and it's supremacy in diffrent deprtments of law , it was from the idea wich was always diffcult we need to difine it and specification , because it's a unsolved problem , flexible , and change able , such amatter like that make it turn away from restrictions and the congelation of tariff , so that this idea – puplic order – will leave to the juge look at disputations and established evrey case in what the law system have from ideas and principles that refer to the nature and the the form of that society , so the juge had the capacity to do this job .

The logic resulet on absence the restrictions is that it's making the contract invilid , invalidity is the sanction that harmonize with the nature of this contract .

The absane of basic element of formalor real act, means the absance of kernel element and when we saw that ther is no abobt that the contract will be invilid, this punishment establishing for orptecting the restriction of puplic order .

Tanslated by Ahmad Nemma AL-Salmi

قرار لجنة المناقشة

نحن رئيس و أعضاء لجنة المناقشة نشهد باننا قد اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ (القيود الواردة على التعاقد – دراسة مقارنة) وقد ناقشنا الطالبه (أشواق عبد الرسول الخفاجي) في محتوياتها وبما له علاقة بها ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون ٠

التوقيع
الاسم:
رئيساً

التوقيع
الاسم :
عضواً

التوقيع
الاسم :
عضواً

التوقيع:
الاسم : **أ.م.د.ميري كاظم عبيد**
عضواً مشرفاً

صدقت من قبل مجلس كلية القانون ـ جامعة بابل

التوقيع :
الاسم **: الاستاذ الدكتور حسن عوده الغانمي**

عميد كلية القانون

ثالثاً : الرسائل الجامعية والبحوث

١- آدم وهيب النداوي ، سلطة القاضي المدني التقديرية ، بحث منشور في الوقائع العراقية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٤٧ ، السنة الثالثة ، ١٩٨١ .

٢- اسعد عبيد عزيز الجميلي ، بيع العقار في القانون المدني العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .

٣- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، النظام العام العقدي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢ .

٤- د.حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، رسالة دكتواره مقدمة الى جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ .

٥- حسين عذاب السكيني ، فكرة العينية ودورها في إنشاء التصرف القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٥ .

٦- د.عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل العراقية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٦ .

٧- د.عبد الفتاح حجازي ، أزمة العقد رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٩٨ .

٨- عبد المنعم يحي جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، العقد والارادة المنفردة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٣ .

٩- د.عبد الهادي العطافي ، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الاول ، ١٩٧٤ .

١٠- عدنان ابراهيم عبد جاسم ، قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨ .

١١- د.عزيز جواد هادي ، القيود الواردة على حرية الارادة باكتساب الملكية اتفاقاً ، بحث غير منشور ، ١٩٩٢- ١٩٩٣ .

١٢- د. علي البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العددان ٣ ، ٤ ، السنة العاشرة ، ١٩٩٠ .

١٣- د. غازي عبد الرحمن ناجي ، نظرة في قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ و ١٤٦ في ٢١ / ١٢ / ١٩٨٣ وأثرها على شرط تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق ، الاعداد (١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) ، السنة الأربعون ، ١٩٨٥ .

١٤- د. فائق الشماع ، وديعة النقود ، دراسة قانونية مقارنة ، بحث غير منشور ، ١٩٩٢ .

١٥- المحامي محسن ناجي ، أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد ١ ، السنة الرابعة والعشرون) ، ١٩٦٩ .

١٦- محمد احمد ربيع ، الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد ١، السنة السابعة ، ١٩٦٣ .

١٧- د.محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ١٩٩٣ .

١٨- د. محمد رضا العاني ، القبض وأنواعه وأحكامه في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد ٥ ، السنة ١٩٩٠ .

١٩- د.نزيه المهدي ، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العددان (١ ، ٤) ، السنة الثانية ، ١٩٧٦ .

٢٠- نوري احمد منصور ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ .

٢١- د.ياسر كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢ .

المحتويات

الموضـــوع		رقم الصفحة
المقدمة		١
الفصل الأول	**القيود الواردة على رضائية العقد**	٣-٤٤
المبحث الأول	قيد التسجيل	٤
المطلب الأول	**مفهوم التسجيل**	٤
الفرع الأول	الشكل تعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع	٦
الفرع الثاني	الشكل لا يمكن أن يستبدل به شكل آخر	١٠
المطلب الثاني	**طبيعة التسجيل**	١٤
الفرع الأول	التسجيل يقيد التعاقد في العقار	١٥
الفرع الثاني	التسجيل يقيد التعاقد في المنقول (الخاضع للتسجيل)	٢١
المبحث الثاني	قيد التسليم	٢٧
المطلب الأول	**مفهوم التسليم**	٢٨
الفرع الأول	التعريف بالتسليم بوصفه ركناً في العقد	٢٩
الفرع الثاني	التعريف بالتسليم بوصفه التزاماً في العقد	٣١
المطلب الثاني	**طبيعة التسليم**	٣٣
الفرع الأول	دور التسليم في العقد العيني	٣٣
الفرع الثاني	كيفية التسليم في العقد العيني	٤٠
الفصل الثاني	**القيود الواردة على مضمون العقد**	٤٥-٨٣
المبحث الأول	مفهوم قيد النظام العام	٤٦
المطلب الأول	**تحديد فكرة النظام العام**	٤٦
الفرع الأول	محاولات تحديد فكرة النظام العام في الفقه الغربي	٤٧
الفرع الثاني	محاولات تحديد فكرة النظام العام في الفقه العربي	٥٤
المطلب الثاني	**تحديد العنصر المخالف للنظام العام في العقد**	٥٩
الفرع الأول	النظام العام يتعلق بالمحل	٥٩
الفرع الثاني	النظام العام يتعلق بالسبب	٦٠
الفرع الثاني	النظام العام يتعلق بنتيجة العقد	٦٣

المحتويات

الموضـــوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني تطبيقات قيد النظام العام	٦٥
المطلب الأول التطبيق التشريعي لفكرة النظام العام	٦٥
الفرع الأول اتفاقات تخالف قواعد القانون العام	٦٦
الفرع الثاني اتفاقات تخالف قواعد القانون الخاص	٧٠
المطلب الثاني التطبيق القضائي لفكرة النظام العام	٧٤
الفرع الأول سلطة القاضي التقديرية في تحديد فكرة النظام العام	٧٥
الفرع الثاني وقت تحديد فكرة النظام العام	٨١
الفصل الثالث الآثار المترتبة على تخلف القيود الواردة على التعاقد	٨٤-١١٣
المبحث الأول الآثار المترتبة على تخلف قيد التسجيل	٨٥
المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين	٨٥
المطلب الثاني الآثار بالنسبة للغير	٩٣
المبحث الثاني الآثار المترتبة على تخلف قيد التسليم	٩٨
المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين	٩٨
المطلب الثاني الآثار بالنسبة للغير	١٠٢
المبحث الثالث الآثار المترتبة على مخالفة قيد النظام العام	١٠٥
المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين	١٠٥
المطلب الثاني الآثار بالنسبة للغير	١١٠
الخاتمة	١١٤
المصادر العربية والأجنبية	١١٩-١٤٠
الخلاصة باللغة الإنكليزية	

مقدمة

أولا – موضوع البحث :

يقصد بالقيد الذي جمعُهقيود في اللغة هو الربط او الوثاق الذي يوثق به الشيء ، ويسري على الإنسان إذ يوثق به ، أي يلتزم به ويقال كلامه موثوق ، أي : مربوط بالصدق [١] ، فالقيد والقيود و التقيّد معناه واحد هو التزام الإنسان [٢]. والقيود في فقه القانون هي الأحكام ، التي يفرضها المشرع لانعقاد العقد وانتقال الملكية مراعياً ، في ذلك تحقيق العدالة والمصلحة العامة [٣] فعلى المتعاقدين أن لا يتجاوزا هذه القيود [٤] ، و إلا كان العقد باطلاً .وقد نظمت القوانين هذه القيود وهي على نوعين : قيود واردة على رضائية العقد، وهما : قيد التسجيل وقيد التسليم ، وقيود ورادة على مضمون العقد، ويتمثل بقيد واحد هو قيد النظام العام ، وهذه القيود هي موضوع بحثنا ، والمحور الذي ندور حوله .

ثانياً – أهمية البحث وأسباب اختياره :

يهتم البحث بدراسة القيود الواردة على التعاقد ، إذ إن المشرع العراقي قد توسع في تقييد حرية الإرادة في تكوين العقد ونقل الملكية ، سواء كان محل العقد عقاراً أم منقولاً وهذا مما يؤدي الى حدوث الكثير من المشكلات العملية الهامة في مجالات التعامل اليومي ، والسبب يرجع الى الغموض الذي يكتنف طبيعة هذه العقود وما قد يترتب عليها من آثار في العقد ، فان هذه القيود أصبحت ذات مفهوم متميز تستمد خصوصيتها من نضج الفكر القانوني . أما صياغتها فمنها ما هو من ابتكارات هذه النظم القانونية كقيد التسجيل ومنها ما هو تقليد موروث عن القوانين القديمة كقيد التسليم ، ومنها ما هو أداة فعالة لكبح جماح سلطان الإرادة والحفاظ على المصالح العليا للمجتمع ولمرونته أدى الى صعوبة تعريفه وتحديده كقيد النظام العام .

أما أهميته من الناحية القانونية فتتمثل بالأمور الآتية . والتي تعد سبباً لاختيار البحث :

---

(١) مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي ،القاموس المحيط ،ج١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩١، ص ٣٣١ .

(٢) جمال الدين محمد بن مـ كرم الأنصاري المعروف بابن منظور ، لسان العرب ، جزء (٤٧-٤٩) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ٤٥٥ .

(٣) د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر الالتزام ، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣، ص٣٦ .

(٤) د.عبد الوهاب الكيالي وكامل زهيري ، الموسوعة السياسية ، ط١، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، ١٩٧٤، ص ٤٢٩ .

١- لم يلق موضوع القيود الواردة على التعاقد الاهتمام من قبل شراح القانون المدني ولا الباحثين على الرغم مما يترتب عليها من آثار في العقد وان مخالفتها تؤدي الى بطلان العقد .

٢- إن نصوص القانون المدني المنظمة لهذه القيود جاءت غير واضحة .

٣- ونتيجة لغموض النصوص فقد كانت القرارات القضائية المستندة إليها غير مستقرة .

ثالثاً : خطة البحث :

تتوزع الدراسة على ثلاثة فصول خصصنا الفصل الأول لبيان القيود الواردة على رضائية العقد ، وتضمن هذا الفصل مبحثين تناولنا في المبحث الأول قيد التسجيل وفي المبحث الثاني قيد التسليم . أما الفصل الثاني فخصصناه ُ لبيان القيود الواردة على مضمون العقد ويتمثل بقيد واحد هو قيد النظام العام ، وسيكون على مبحثين أيضاً يهتم المبحث الأول بدراسة مفهوم النظام العام والمبحث الثاني ستكون الدراسة فيه تطبيقات قيد النظام العام . أما الفصل الثالث بحثنا فيه الآثار المترتبة على تخلف القيود الواردة على التعاقد. ويحتوي على ثلاثة مباحث يعالج الأول الآثار المترتبة على تخلف قيد التسجيل أما المبحث الثاني فانه يعالج الآثار المترتبة على تخلف قيد التسليم أما المبحث الثالث فقد عالج الآثار المترتبة على مخالفة قيد النظام العام .

وسننهي البحث بخاتمة أدرجنا فيها ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات . وندعو المولى سبحانه وتعالى أن يسدد خطانا ويقبل عثراتنا ، وان يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، وان يتقبلها بقبول حسن ، انه على ما يشاء قدير وعليه توكلنا وبه نستعين إنّ ُهحسبنا ، وهو نعم المولى ونعم النصير .

ولله الحمد والشكر

ومنه العون و الأجر

الباحثه

الفصل الأول

القيود الواردة على رضائية العقد

تمهيد وتقسيم .....

القاعدة العامة في القوانين المدنية الحديثة [1]. إن مجرد اتفاق شخصين على شيء ما يتتبع التزامهما او احدهما في حدود ما اتفقا عليه ، فالاتفاق يصبح ملزماً بمجرد توافر الرضا لدى طرفيه دون حاجة الى إجراء آخر . طالما ان هذا الاتفاق لا ينطوي على مخالفة للنظام العام او حسن الآداب .

وتفسير ذلك ان القوانين المدنية الحديثة . تأخذ ،باعتبارها قاعدة ً عامة بالمبدأ المعروف ((مبدأ سلطان الإرادة)) الذي يقضي بان الإرادة وحدها تكفي لنشوء الالتزام .

على انه بجانب هذا المبدأ الجوهري ((مبدأ حرية التعاقد)) توجد بعض القيود التي ترد عليه ، فهناك عقود لا تكفي فيها مجرد الإرادة . بل لابد من اتخاذ إجراء معين لانعقاد العقد كالتسجيل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية .

و تفصيل ما تقدم سيكون مدار بحثنا في هذا الفصل الذي سنقسمه على مبحثين . فنتناول في المبحث الأول قيد التسجيل أما في المبحث الثاني فسنخصصه لبحث قيد التسليم .

(١) أنظر المواد (١١٧ و١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ . والشطر الأول من المادة (٨٩) من القانون المدني المصري عام ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل والمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والمادة (٩٢) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ والمادة (٩٠) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل والمادة (٦٥) من القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٢ .

المبحث الأول

قيــد التسجيل

إن المبدأ العام في القانون المدني العراقي ان الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد [١] . وان الملكية تنتقل بالعقد في المنقول والعقار [٢].

وأكد المشرع العراقي مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة في نقل الملكية في مواد عديدة [٣].

إن هذا المبدأ العام الذي يتفق مع القوانين الحديثة أورد المشرع العراقي عليه استثناءات من شأنها ان تقيد الإرادة في تكوين العقد ، وفي نقل الملكية . فالعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون ، وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . وهذا القيد الشكلي قد توسع في القانون العراقي عندما اشترطه المشرع ركناً من أركان العقود الواردة على العقار وتوسع أكثر عندما اشترطه المشرع ركناً من أركان العقود الواردة على بعض المنقولات (كالمركبة و الماكنة والسفينة والطائرة) .

وسنوضح في المطلب الأول من هذا المبحث مفهوم التسجيل . ونتناول في المطلب الثاني طبيعة التسجيل ...

المطلب الأول

مفهوم التسجيل

(١)انظر المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي .
(٢) انظر المادة (١١٢٦/ ١) من القانون المدني العراقي .
(٣) انظر المادتين (٢٤٧ -٥٣١) من القانون المدني العراقي .

يعرف التسجيل بأنه إجراء شكلي يتم بالتحرير الحرفي للمحررات المشتملة على التصرفات او التحرير الحرفي لكل تصرف عقاري من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة [1] .

كما لو حضر الطرفان الى الدائرة المختصة و أفادا شخصياً بالعلاقة القانونية او بواسطة نائب بإبرام التصرف بالشروط التي اتفقا عليها ثم يقوم الموظف المختص بإثبات هذه الأقوال بالسجل الخاص .

ولو نظرنا الى التعريف المتقدم فإننا نرى إن إعلان الإرادة يجب أن يتخذ شكلاً ما يظهر به الى العالم الخارجي ، والشكل الرسمي المتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري في العراق هو الشكل الذي يرسمه القانون ويكون جزاء تخلفه بطلان التصرف .

هذا النوع من الأشكال هو ما يسمى بالشكل للانعقاد وهو نوع يعارض الشكل للإثبات وتخلف هذا النوع الأخير من الأشكال لا يؤثر في وجود او صحة الإرادة ، و إنما يقتصر أمره على تقييد الإثبات بوسائل معينة دون غيرها [2] فالإثبات الكتابي ليس تعبيراً عن إرادة بل هو رداء للحق . وما دام عنوان بحثنا ((القيود الواردة على التعاقد)) فنترك جانباً ((الشكل للإثبات)) ما دام لا يمس جوهر التصرف ولا يعنينا إلا الشكل للانعقاد الذي ينسب إليه أثراً جوهرياً فيما يتعلق بتكوين التصرف [3] .

وبناءً على ذلك سنحاول هنا تحديد المعنى القانوني للشكل ، ليتضح مفهوم التسجيل كونه صورة من صور الشكل ،إذ إن معنى الشكل هو من أكثر المسائل التي احتدم في شأنه الاختلاف بين الكتاب ولذلك فليس أمامنا من سبيل امثل سوى الوصول الى تحديد هذا المعنى من خلال السمات التي تطبع الشكل بمعناه الحديث منطلقين من فرضية معينة هي ان الشكل

---

(١) د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ ، فقرة (٥٤٥) ، ص ٣٩١ .ومن طرق الشهر الأخرى (القيد) ويقتصر على تحرير البيانات الجوهرية الواردة في التصرف وهي البيانات التي تهم ذا المصلحة بعد ذلك العلم بها .إن القيد يحمل الى حد ما نفس معنى التسجيل وهذه التفرقة ليس لها أثر كبير ، ولم يتضمن القانون العراقي من طرق الشهر سوى التسجيل .د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعة المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٤٣٤ . أنظر كذلك د.عبد المنعم فرج الصدة ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠ ، ص ٦١ .

(٢) د. محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، ص ٥٨ .حسين المؤمن ، نظرية الإثبات والمحررات او الأدلة الكتابية ، ج ٣ ، مكتبة النهضة ، بيروت – بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ١٩٩ وص ٢٠١ .اسعد عزيز الجميلي ، بيع العقار في القانون المدني العراقي رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٦١ .

(٣) د.وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٧٨ – ٨١ و ص ٩٢- ٩٣ .

هو تعبير عن الإرادة او بتعبير أدق . هو صورة خاصة لهذا التعبير يفرض المشرع استيفاءها في شكل إجراء ولا يكون لهذه الإرادة أي حرية في التعبير بغيره .

وبناء على ذلك فان من ابرز سمات الشكل هي انه تعبير عن الإرادة يقع في صورة إجراء يفرضه المشرع . وان الشكل لا يمكن ان يستبدل به شكل آخر . ولذا سنعالج هاتين السمتين في فرعين مستقلين نتناول في الفرع الأول / الشكل تعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع وفي الفرع الثاني/ الشكل لا يمكن أن يستبدل به شكل آخر.

الفرع الأول

الشكل تعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع

لعل من ابرز الحقائق الثابتة في نطاق علم القانون ان الإرادة وهي ظاهرة نفسية خفية لا يمكن الركون إليها إلا إذا ظهرت الى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس ، يجعل من الممكن فهمها وتقدير مدى جديتها في الانصراف الى إحداث الأثر القانوني [1]، فالإنسان قاصر بطبيعته عن الاحاطة بما ينطوي عليه باطن غيره من مكنونات او بما يعتمل في داخله من أمور .

ومن هنا كان التعبير عن الإرادة أمراً أساسياً لابد من توافره لوجود الإرادة وفاعليتها . فالإرادة تظل عديمة الأثر ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية [2] ، وهذا ما أضفى أهمية استثنائية على التجسيد المادي للإرادة او ما أطلق عليه اسم التعبير عن الإرادة او إعلان الإرادة .

والقاعدة العامة في القوانين الحديثة ان الإرادة حرة طليقة في اختيار شكل التعبير عما تستهدفه ما لم يفرض عليها شكلاً معيناً في التعبير عنها . فالمشرع العراقي في المادة (٧٣) من القانون المدني يعرف العقد بأنه :

((*العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه*)) .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه العربي ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٣٧- ٣٨ .د.حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ٨ .

(٢) د.عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الإسلامي ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص ٥٤ . د. وليم سليمان قلادة ، مصدر سابق ، ص ٨ . د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، المجلد الأول ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ٢٦٨ .

و الإيجاب والقبول ليس إلا تعبيرين عن الإرادة ، والتعبير عن الإرادة لا يمكن ان يصدر إلا من الإنسان ، ومن الإنسان الذي يروم الدخول في علاقة تعاقدية فقط [١] وللإرادة في نطاق التعبير عنها حرية كبيرة في اتخاذ الشكل الذي تظهر فيه الى العالم الخارجي ، فهي قد تبدو في صورة لفظ او كتابة او إشارة متداولة عرفاً او معطاة او تتخذ أي مسلك لا يثير لبساً في دلالته عليها [٢].

ولكن الشكل الذي تتخذه الإرادة بحرية للتعبير عن نفسها لا يمثل في الحقيقة الشكل بمعناه الدقيق ، وذلك لان هذا الشكل المتخذ لا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية الى ميدان الشكلية ، فحرية الإرادة في اختيار الشكل المعبر عنها في نطاق التعامل إنما هي تجسيد لمبدأ الرضائية نفسه [٣]، في حين ان الشكل يمثل قيداً على الإرادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير ، إذ يفرض عليها أسلوباً معيناً لابد من اتخاذه و إلا كانت عديمة الأثر ولذلك يمكن ان يحدد معنى الشكل : بأنه ((*صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة التي يفرضها المشرع*)) [٤].

فالشكل بمعناه الدقيق هو ما فرضه المشرع وهو ما سماه بعض الكتاب [٥]. الشكل غير الحر او الشكل المفروض تمييزاً عن الشكل الحر الذي يعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية .

ولعل من الأمثلة النموذجية على التصرفات الشكلية هي تلك التصرفات الواردة على عقار إذ ان القانون قد تطلب فيها استيفاء شكل معين هو تسجيلها في دوائر التسجيل العقاري [٦].

(١) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ٦٨-٦٩ .
(٢) د. محمد وحيد الدين سوّار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، ط١ ، إدارة البحوث ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٥ ، ص ٩ . د.محمد نصر الدين زغلول ، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٣٧ .
(٣) د.حسين عبد القادر معروف ، مصدر سابق ، ص ٩ .
(٤) د.جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ ، فقرة (١٠٩) ، ص ٣١٠ .
(٥) د.عزيز كاظم جبر ، الشكلية في التصرفات القانونية ، محاضرات غير مطبوعة ألقيت على طلبة الدراسات العليا القسم الخاص ، في كلية القانون ، جامعة بابل ، لسنة ٢٠٠٢- ٢٠٠٣ ، ص٧ . د.ياسر كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٣٤. د.محمد وحيد الدين سوّار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص ١٥ .
(٦) انظر المواد (٥٠٨، ٦٠٢ ، ١٠٧١ /٢ ، ١١٢٦ /٢، ١/١٢٨٦ ، ١٣٢٤) مدني عراقي وكذلك المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ سنة ١٩٧١ المعدل ، وانظر في القانون المدني المصري المادة (١/٤٨٨) التي اشترطت أن تقع الهبة في ورقة رسمية والمادة (١٠٣١) التي اشترطت الرسمية في الرهن التأميني (الرسمي) .

وعلى ذلك فان الشكل بمعناه الدقيق ((هو ما فرضه المشرع)) والحقيقة ان هذا هو مبعث تقييد الإرادة في إطار التصرفات الشكلية بوجوب اتخاذ مسلك معين وهو ما لا نجده في الشكل الحر إذ تكون للإرادة حرية مطلقة من أي قيد في اختيار شكل التعبير عنها .

ومع هذا لا يعتبر الشكل هنا جوهر التصرف القانوني و إنما الإرادة ، فالشكل لم يعد ذلك العنصر الوحيد في التصرف القانوني الذي يبني على وجوده نشأة التصرف وترتب جميع آثاره . كالشكلية التي اعتنقتها القوانين القديمة كالقانون الروماني [١]، فهذا لا يتناسب مع الشكلية الحديثة فالشكل اليوم عنصر يضاف الى الإرادة [٢].فتكّوين التصرف القانوني يستلزم توافر عنصرين هما : الإرادة والشكل .

ومن هنا كان من القواعد الثابتة ان توافر الشكل الذي يفرضه المشرع لا يمنع من الطعن بالتصرف لأسباب تتعلق بالإرادة ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق فقد جاء في قرارها ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز وجد إن محكمة البداءة قد اتبعت بحكمها المميز الأخير الصادر بتاريخ ٨٣/٥/٢٤ قرار النقض الصادر من محكمة التمييز بعدد ٣٠٥/ م ٢/ ٨٢- ١٩٨٣ . فقضت بإبطال معاملة بيع الدار موضوع الدعوى التي أجراها مالكها والمحجور عليه – لزوجته المميزة المدعي عليها في دائرة التسجيل العقاري .....وإعادتها الى مالكها المذكور بناء على ما تحقق لديها من التقارير الطبية المعطاة بحقه من قبل اللجنة الطبية بأنه - محجور عليه - لذاته وبحكم القانون عملاً بحكم المادة (٩٤) من القانون المدني ، وتكون بالتالي خصومة المدعي – القيم عليه – متوجهة قانوناً ضد المميز عليه في هذه الدعوى مما يجعل للأسباب المتقدمة الاعتراضات التمييزية غير واردة . قرر ردها وتصديق الحكم البدائي المميز .....)) [٣].

وبنفس الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية ببطلان الهبات الصادرة من شخص لم تكّن قواه العقلية سليمة نتيجة لتقدم السن بقولها ((متى كان الحكم قد انتهى الى إن حالة مورثة

(١) عبد المنعم يحيى جواد ، كسب الملكية العقارية بالتصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١٥٧ .د.عبد الهادي العطافي ، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي و التقنين المدني السوداني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، مارس ، ١٩٧٤ ، ص ٢ .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، في التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٨٠ .د.محمود أبو عافيه ، التصرف القانوني المجرد ، مصدر سابق ، ص ٥٧.د.محمود وحيد الدين سّوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ص ١٤.

(٣) قرار رقم ٣/ موسعة أولى / ١٩٨٤ في ١٩٨٤/٢/٢٦ ، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص (١١٣-١١٤) .

الخصوم ، حالتها العقلية لم تكن تسمح لها بان تأتي او تعقل معنى أي تصرف استناداً الى الأسباب السائغة التي أوردها ، وان الهبات والقروض المقول بصدورها من المورثة لم تصدر منها عن رضاء صحيح ، وبالتالي يحتمل المسؤولية عنهما من كان يتولى إدارة أموالها والتصرف فيها فانه لا مخالفة من ذلك للقانون)) [1].

فهنا نستنتج عن وجود الإرادة في التصرفات الشكلية وان تكوين التصرف القانوني يستلزم توافر عنصرين هما : الإرادة والشكل .

وفي ضوء هذه النتيجة تلزم الإشارة الى ما يتطابق معهما من مسألة ذات أهمية كبيرة في تحديد مفهوم الشكل هي إن الشكل يتعلق بالتعبير عن الإرادة . او بالأصح إن الشكل بمعناه الدقيق يرتبط بالتعبير عن الإرادة ، ويعد شرطاً لوجود هذا التعبير وليس مجرد شرط لفاعليته او أثره [2]. وتأسيساً على هذا يكون التعبير عن الإرادة عدماً في نظر المشرع إذا جاء خالياً من الشكل المفروض على الرغم من حقيقة وجوده في الواقع ، فوجود التعبير عن الإرادة يتحقق من لحظة استيفاء الشكل المفروض ، أما قبل ذلك فلا يمكن القول بتعبير عن الإرادة ، وهذا ما قررته فعلاً المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي إذ نصت على انه ((*١ .إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك .*

٢ .ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل)) . فلو ابرم شخصان عقد بيع عقار ، إلا انهما لم يسجلا هذا العقد في دائرة التسجيل العقاري لما أمكن القول هنا بعقد بيع عقار . إذ لا وجود للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، وذلك لأنه لم يستوفِ الشكل الذي حدده المشرع . فالتعبير عن الإرادة وان وقع فعلاً ، لا تكون له قيمة إلا إذا استوفى الشكل المقرر قانوناً ، وهذه النتيجة تتفق تماماً مع منطق الشكلية ، كما أكدت محكمة التمييز في العراق هذا المعنى في بعض قراراتها ، ومن ذلك إنها قررت ما يأتي ((..... ولا يصبح عقد بيع العقار باتاً إلا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لأحكام المادة (٥٠٨) مدني . ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)) [3].

---

(١) نقض مدني ، ١٩٥٧/٣/٢١ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، السنة ٨ ، رقم ٣١ ، ص ٢٤١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، فقرة (٤٨) ، ص ١٥٢ د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ . د.حسين عبد القادر ، مصدر سابق ، ص ١٥. د.جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص ٣١٢.

(٣) قرارها رقم ٥١٨ / مدنية ثالثة / ١٩٧٣ في ١٩٧٣/١١/٢١ منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، تشرين الأول، تشرين الثاني ، كانون الأول ، ١٩٧٣، ص ٦٥ .

كما قررت ما يأتي ((.....حيث إن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لعدم استيفائه الشكل الذي يفرضه القانون ولفقدانه ركناً من أركانه . والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً بموجب الفقرة (١) من المادة (١٣٨) مدني والمادة (٥٠٨) والمادة (٢٠٣) من قانون التسجيل العقاري ، لذا لا يجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري و إنما يكون حقه في استرداد المبلغ المدفوع منه للبائع المميز)) [١].

الفرع الثاني

الشكل لا يمكن أن يستبدل به شكل آخر

لا بد لتحديد معنى الشكل بصورة دقيقة من استجلاء مسألة ذات أهمية بالغة و صلة وثيقة بالحقيقة او السمة الأولى التي ينطبع بها الشكل ، وتتمثل هذه المسألة في مدى قدرة الإرادة على التعبير عن نفسها في ظل الشكل الذي يفرضه المشرع .

كما يمكن أن تطرح بصيغة سؤال هو :

هل إن الشكل يعني سلبا مطلقاً لحرية الإرادة في التعبير عن نفسها ؟ .

إن الإرادة فيما يبدو على صعيد العمل ، ليست لها حرية في اتخاذ وسائل التعبير عن ذاتها عندما يتصل بتصرف قانوني شكلي .

ويكمن ذلك بان الشكل بالمعنى الدقيق ، يعد صورة خاصة للتعبير عن الإرادة ، ويتسم بالإلزام القانوني ، فإذا تجرد التعبير عن الإرادة من الشكل افرغ من أي قيمة في نظر المشرع ، ولم يعول عليه وان عد في حيز الواقع تجسيداً مادياً للإرادة [٢].

وهكذا يبدو جلياً بان الإرادة في التصرفات الشكلية تتمثل في الإطار العام الذي رسمه المشرع لطرق التعبير عنها من ناحية ومن ناحية أخرى فان التعبير عن الإرادة في التصرفات الشكلية يبقى مجرد تجسيد مادي لتلك الإرادة لا ينتج أثره و لا يعتد به القانون طالما لم يستكمل الشكل ، فالذي يبيع داره مثلاً يعّو عن إرادته بالطريقة التي يراها شفاهاً او كتابة او إشارة ، ولكن ما قيمة كل ذلك في حالة غياب الموظف المختص ؟ إن الجواب

(١) قرارها رقم ٧٨٧ / مدنية أولى / ١٩٧٩ في ١٩٨٠/٧/٣منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشر ، ١٩٨٠ ، ص ٢٦.

(٢) د.حسين عبد القادر معروف ، مصدر سابق ، ص ٢٠ . د.عبد الفتاح حجازي ، أزمة العقد ، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٣٦ .

سيكون انه لا أهمية لمثل هذا الإظهار المادي للإرادة وذلك لان تدخل الموظف المختص هو العنصر في إضفاء الشكلية على التصرف .

وهذا يعني إن الإرادة تعد غير موجودة لدى تخلف الشكل و إنها تكتسب الوجود القانوني إذا ما اتخذت الشكل الذي فرضه المشرع وهو ما يقود الى نتيجة مفادها إن الشكل يمثل سلباً لحرية الإرادة في اختيار وسائل التعبير عن ذاتها .

ولذلك فلا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الكتاب [١]. وهو إن ((الإرادة تعبر عن نفسها بكل حرية حتى في العقود الشكلية)) .

وقد انتقد هذا الرأي لأنه يعكس تصوراً غير دقيق لكل من التعبير والشكل معاً [٢] .

وليس دقيقاً فيما نرى ذلك الرأي [٣]. الذي يسعى الى التوفيق او تبني مسلك وسط فينبسط بالقول ((إن الشكل في القانون الحديث لا يعني سلب الإرادة حريتها تماماً في التعبير عن نفسها و إنما يعني تنظيم ممارسة هذه الحرية ، فالمشرع حين يستلزم الكتابة مثلاً كشكل عن التعبير عن الإرادة ، كما هو الشائع في القوانين الحديثة ، فانه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن تكون الكتابة هي وسيلة التعبير المباشرة التي يجب على المتصرف استخدامها في التعبير عن إرادته بحيث إن من لا يعرف الكتابة ولا يقدر عليها لا يستطيع إبرام هذه التصرفات الشكلية ، فليس هذا المقصود من الشكل الكتابي ، و إنما المقصود هو أن يتم إفراغ التعبير عن الإرادة أياً كانت طريقته في الشكل الكتابي المفروض من قبل المشرع . و لا يلزم أن يقوم المتصرف نفسه بعملية الصب هذه ، فيحرر بخط يده الكتابة المطلوبة ، حتى ولو كان قادراً على ذلك)) .

---

(١) Rieg,Rapport surles modes non formels d'expression de La volont'e endriot civil francais ,travaux de L'association ,H. Capitant ,T.xx (١٩٦٨),P.٤١.
وانظر أيضا : Ripert et Bouianqer ,Irait'e de droit civil d'apre's le trait'e de Planiol ,T.ii,١٩٥٧,P.١٣٨-١٣٩.

(٢) د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٤٦.

(٣) د.ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ، ص ٤٢ . ومع هذا الرأي أستاذنا د.عزيز كاظم جبر الخفاجي فقد ذهب الى انه ((إلزام شكلية معينة في التعبير عن الإرادة لا يعني أبداً إن تلك الشكلية هي طريقة التعبير المباشرة عن الإرادة بقدر ما يعني إفراغ التعبير عن الإرادة بالشكل الذي رسمه القانون ، فبيع العقار مثلاً يستلزم تسجيله في الدائرة المختصة فالتسجيل ليس هو التعبير المباشر عن إرادة صاحب العقار ببيعه و إرادة المشتري بشرائه و إنما كل منهما قد عبّر عن إرادته تلك بالطريقة التي تناسبه (بالكلام او الكتابة او الإشارة) ثم قاما بإفراغ تلك الطريقة بالشكل الذي رسمه القانون وهو الكتابة (*التسجيل في الدائرة المختصة*) . ثم لو كانت الشكلية التي رسمها القانون طريقاً مباشراً للتعبير عن الإرادة لما استطاع من لم يتمكن من استخدامها من التصرف فإذا كان القانون يستلزم الكتابة في تصرف ما، فان من لا يقرأ ولا يكتب لا يستطيع أن يتصرف طالما إن الكتابة التي فرضها المشرع هي المعبّر المباشر عن إرادته ، وبناء على ذلك فان التصرف الشكلي لا يسلب الإرادة حرية التعبير عن نفسها .....)) . د.عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الشكلية في التصرفات القانونية ، مصدر سابق ، ص ٧ .

ويذهب هذا الرأي الى انه ليس مما يتعارض مع فكرة الشكل أن يدع المشرع للأفراد حرية اختيار الطريقة التي يتم بها تنفيذ الشكل إذا كان المشرع قد تطلب استيفاء شكل معين دون أن يحدد طريقة استيفائه ، إذ يكفي في مثل هذه الأحوال لاحترام الشكل والوفاء بالالتزام القانوني أن يؤديه الأطراف بأي طريقة ممكنة ، ومثال ذلك العقد المرتب مدى الحياة المنصوص عليه في المادة (٩٧٩) من القانون المدني العراقي [١]. إذا تم بعقدٍمن عقود المعاوضة فالعقد هنا لا يتم إلا بالكتابة ، والكتابة تعني سواءً تمت أمام موظف عام قد يكون الموثق او كاتب العدل ..... الخ . أم كتابة عرفية بتوقيع الشهود .

إذن القانون هنا فرض شكلاً هو الكتابة لكن أصحاب العلاقة لهم حرية استيفاء ذلك الشكل [٢].

وقد أُنتقد هذا الرأي [٣]. لأنه قد حاول الجمع بين اتجاهين لا يمكن الجمع بينهما : اتجاه يؤدي الى القول بان الإرادة تملك حرية التعبير عن ذاتها في التصرفات الشكلية ، ومن ثم فالرضا في هذه التصرفات يمكن أن يتم بوسائل غير شكلية ، وبين اتجاه ثانٍ يناقضه يرى في الشكل تعبيراً عن الإرادة يفرضه المشرع فإذا تخلف هذا الشكل فان القانون لا يُقر وجود الإرادة . ومن ثم فالتعبير عن الارادتين التي يتكون من تلاقيهما التراضي إنما يتم بوسائل شكلية .

ومن كل ما تقدم نخلص الى إن الإرادة لا تملك حرية التعبير وذلك لان التعبير الذي يعتد به المشرع في التصرفات الشكلية هو ما اتخذ الصيغة او الإجراء الذي فرضه . فمثلاً عقد البيع في القانون المدني العراقي هو عقد شكلي ، نتسأل هنا ، فيما يتصل بتعبير البائع عن إرادته ، بغض النظر عن الوسيلة ، ما مدى أهمية هذا التعبير إذا ما صدر في غياب الموظف المختص ؟ الجواب سيكون ولا شك انه لا أهمية لمثل هذا الإظهار المادي للإرادة وذلك لان تدخل الموظف المختص هو العنصر الوحيد الذي يمكن من خلاله أن تكتسب الوسيلة التي اعتمدها البائع في إظهار إرادته وصف التعبير عن الإرادة . وعليه فلا تعبير عن الإرادة في غياب الموظف ، وهو الأمر الذي يظهر بوضوح سلب حرية الإرادة في التعبير ، فالمشرع لا

(١) نصت المادة (٩٧٩) من القانون المدني العراقي ((العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع)) . تقابلها المادة (٧٤٣) من القانون المدني المصري (مطابق) .

(٢) د.عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص ٩ . انظر أيضا د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٤٧.

(٣) د.حسين عبد القادر معروف ، مصدر سابق ، ص ٢٢.

يعترف بها إلا إذا ظهرت أمام موظف مختص أما بالنسبة الى حرية الشخص في إظهار إرادته إظهاراً مادياً أمام الموظف المختص ، فهو أمر تستلزمه طبائع الأشياء ويتعلق بقدرة الشخص على الإظهار [1]. إذ إن الموظف المختص لا يستطيع أن يتعرف على هذه الإرادة ما لم يكن هناك إظهار لها ، فان الإرادة حالة نفسية ولذلك فمن لا يستطيع الكلام يمكن للموظف أن يتعرف على إرادته عن طريق اللجوء الى وسائل أخرى كالإشارة مثلاً .

وفيما يتعلق بشكلية الكتابة فينبغي أن يوقعها المتعاقد لكي يعتد بها ، وإذا تم ذلك فلا أهمية بعدئذ لما إذا كان من قام بالكتابة هو من صدر منه التوقيع او شخص آخر . فالكتابة إنما تعد صادرة من صاحب التوقيع ويكون قد عبر بها عن إرادته منذ توقيعه عليها . أما قبل ذلك فلا نكون إلا أمام إظهار مادي للإرادة لا قيمة له بالنسبة الى التصرف الشكلي الذي اشترطت الكتابة لإبرامه .

ولا يعد خروجاً على هذه السمة أن يجيز المشرع الاختيار للإفراد بين أكثر من شكل لإبرام تصرف قانوني واحد ، ومثال ذلك الوصية في القانون المدني الفرنسي ، إذ يمكن إبرامها في الشكل الرسمي على وفق المادة (٩٧٢) منه او الشكل الخطي على وفق المادة (٩٧٠) منه وهبة المنقول في القانون المدني المصري وفق المادة (٤٨٨/ ٢) [2]، منه ممكن أن تتم بالشكل الرسمي وممكن أن تتم بالقبض .

و يتضح مما تقدم إن الشكل في القوانين المدنية هي من القواعد الآمرة ولذلك فليس بمقدور الأفراد الاتفاق على خلافها ، فهؤلاء الأفراد لا يستطيعون أن يستبدلوا بالشكل الذي فرضه القانون شكلاً آخر ولو كان معادلاً له [3] .

و يتضح ذلك من النصوص التي تلزم أطراف العقد بوجوب اللجوء الى شكل معين عند إبرام العقود [1].

(١) د.محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ١٩٩٣ ، ص ٢٠٠ .

(٢) نصت المادة (٢/٤٨٨) من القانون المدني المصري ((ومع ذلك يجوز في المنقول إن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة الى ورقة رسمية)) .

(٣) جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، بيروت ،٢٠٠٠ ، فقرة (٤٣٤) ، ص ٤٤٠ .

المطلب الثاني

طبيعة التسجيل

عالج المشرع العراقي أحكام التسجيل معالجة مختلفة عمّا عالجها المشرع المصري والقوانين الأخرى ، والعديد من النصوص في القانون العراقي تؤكد بان التسجيل يعتبر ركناً من أركان العقد وان العقود الواردة على العقار لا تنعقد و لا وجود لها أصلاً قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري .

ولم يقتصر التسجيل بوصفه ركناً من أركان العقد عل العقار ، بل توسع ليشمل المنقول [٢].

فالأصل إن هذه العقود هي عقود رضائية تنعقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين أياً كانت طريقة التعبير عنهما ويرتب جميع آثاره وقد يتراخى التزام نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى الى ما بعد التسجيل في بعض التشريعات المدنية كما في التشريع المصري [٣].

أما في القانون العراقي فان التسجيل قيد من القيود الواردة على التعاقد إذ يرد على رضائية هذه العقود ، وعليه سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول ، التسجيل يقيد التعاقد في العقار وفي الفرع الثاني التسجيل يقيد التعاقد في المنقول الخاضع للتسجيل .

الفرع الأول

التسجيل يقيد التعاقد في العقار

(١) انظر في هذا الخصوص المواد (٥٠٨، ٦٠٢، ٩٧٩، ٢/١٠٧١ ، ٢/١١٢٦، ١٢٠٣، ١/١٢٨٦) من قانوننا المدني وكذلك المدة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

(٢) عّرفت المنقولات الخاضعة للتسجيل بأنها ((تلك المنقولات التي تحمل في جوهر كيانها وسائل تعيينها الذاتي التي تميزها عن غيرها من المنقولات الاعتيادية او التي يضفي عليها المشرع خصوصية معينة تجعلها تخرج عن الأحكام العامة للمنقولات الاعتيادية والتي تتمثل في الآثار التي تترتب عليها)) .د.علي البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة العاشرة ، العددان (٣،٤) ، السنة العاشرة ، ١٩٩٠ ، ص ٥٣-٥٦ .

(٣) انظر المادة الأولى من قانون التسجيل المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ والمادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ولقد تناولنا القانون المصري كونه المصدر لأغلب القوانين المدنية العربية إذ اشتقت أحكامها منه .

نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي على انه ((١.إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك)) ، كما نصت المادة (٢٤٧) منه على إن ((الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)) .

ونصت المادة (٥٠٨) منه أيضاً على إن ((بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)) . كما نصت المادة (٢/١١٢٦) من القانون نفسه ((٢. والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً)) [١]. كذلك نصت المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري ((لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)) .

والنصوص أعلاه تؤكد بان التسجيل في القانون العراقي يعتبر ركناً من أركان العقود الواردة على العقار ، وهي من العقود الشكلية ، التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري و إلا عد العقد باطلاً ويكون بحكم العدم [٢].

وان إجراء التسجيل يختلف أثره من تشريع الى آخر من التشريعات العالمية فهناك اتجاهات ثلاثة ، كل اتجاه يرتب أثراً معيناً على التسجيل يختلف عن الأثر الذي رتبه المشرع العراقي لكون التسجيل ركناً من أركان العقد يجب مراعاته لانعقاد العقد ، و إلا عد العقد باطلاً فنتناول هذه الاتجاهات الثلاثة للتعرف على كون التسجيل يمثل قيداً على التعاقد لان التصرفات الواردة على العقار لا تنعقد إلا بالتسجيل فتكون تصرفات شكلية كما في القانون العراقي أم انه لا يعتبر قيداً لان التصرفات الواردة على العقار هي تصرفات رضائية كما في اغلب التشريعات التي سنتناولها فيما يأتي : -

(١) كذلك انظر المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه ((إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة)) . و نصت المادة (٢/١٠٧١) منه على أن ((لا تتم القسمة الرضائية في العقار ، إلا بالتسجيل في دائرة الطابو)) . ونصت المادة ((١/١٢٨٦)) منه أيضاً على أن ((لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجليه في دائرة الطابو ....)) .
و نصت المادة (١٣٢٤) من القانون نفسه على أن ((إذا وقع الرهن الحيازي على عقار ، فيشترط لتمامه أن يسجل في دائرة الطابو وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً)) .
(٢) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني – أحكام الالتزام ، ج ٢ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٦٧ .

الاتجاه الأول : التشريعات التيُ تعلق انتقال الملكية في مواجهة الغير في بيع العقار على التسجيل[١] ، فالعقد هنا ينعقد ويكون صحيحاً وينفذ بين المتعاقدين فهو عقد رضائي ما بين المتعاقدين . إلا انه لا يعد نافذاً في مواجهة الغير [٢]، إلا بعد التسجيل.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه ، التشريع الفرنسي إذ نصت المادة الرابعة من التشريع الفرنسي الصادر في ١٩٥٥/١/٤ ((*بلزوم تسجيل البيع العقاري من اجل أن يسري في مواجهة الغير*)) ويعد القانون التونسي [٣] من قوانين البلدان العربية الذي ما زال سارياً على نمط القانون الفرنسي في اعتبار عقد بيع العقار عقداً رضائياً ينقل الملكية فيما بين عاقديه قبل التسجيل ولا يكون للتسجيل من أثر سوى على ما قد ينشب من خلاف بين المكتسب وبين الغير ممن يدعي بحق على العقار .

الاتجاه الثاني : التشريعات التي تعلق انتقال الملكية بوجه عام في بيع العقار على التسجيل [٤].

فالعقد هنا ينعقد ويكون صحيحاً ولكن لا تنتقل ملكية العقار في عقد البيع لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل لدى الدائرة المختصة حسب النظام المتبع في التسجيل .

إن اغلب التشريعات المدنية العربية [٥] أخذت بهذا الاتجاه وفي مقدمتها التشريع المصري .

---

(١) د.عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل العراقية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٦، ص ٨٧٩.

(٢) لا يقصد بالغير هنا الأجنبي عن العقد بل يقصد به كل من يدعي على العقار المبيع حقاً من الحقوق التي يجب أن تسجل كحق الرهن العقاري او كحق امتياز او أي حق آخر من الحقوق العينية العقارية . د.أنور سلطان و د.جلال العدوي ، العقود المسماة (عقد البيع) ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٤ ، ص٢١١.

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٧٣) من مجلة الحقوق العينية التونسية .((على إن الأمور الآتية يجب إشهارها بطريق الترسيم برسم الملكية ليمكن الاحتجاج بها على الغير .
١- جميع الصكوك والاتفاقات فيما بين الأحياء مجانية كانت او بعوض .
٢- جميع الأحكام التي أحرزت قوة ما اتصل به القضاء)) .
ويتبين من هذا النص إن التسجيل قاصر على جعل الحق العقاري الناشيء عن التصرف سارياً في حق الغير .

(٤) د.عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل ، مصدر سابق ، ص ٨٨٤.

(٥) ومن التشريعات العربية التي أخذت بذا الاتجاه التشريع الليبي ، والتشريع السوري والتشريع اللبناني ، والتشريع الكويتي ، أما عن موقف التشريع الأردني فيكتنفه الغموض لتضارب نصوصه في هذا الموضوع إذ نصت المادة= = (١١٤٨) من القانون المدني الأردني على انه ((لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به)) . فهذه المادة لم تصرح بصورة جلية إن التصرف الناقل للملكية والحقوق العينية الأخرى لا يتم ولا ينعقد إلا بالتسجيل ، بل نصت إن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالتسجيل وهو مما يدل ذلك على إن العقد الوارد على العقار ، في هذا القانون عقد رضائي لا علاقة لانعقاده بالتسجيل وكل ما يترتب على عدم التسجيل هو عدم انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى ، إلا إن هذا الموقف نرى ما يناقضه في نص المادتين (١١٤٩/ مدني أردني) و (١٦/ من قانون تسجيل الأراضي والمياه الأردني) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢،إذ جاء

نصت المادة الأولى من قانون التسجيل المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ على إن ((جميع العقود الصادرة من الأحياء التي من شأنها إنشاء حق ملكية او حق عيني عقاري آخر او نقله يجب إشهارهم بواسطة تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل إن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم)) .

كذلك نصت المادة (٩) [١]. من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤لسنة ١٩٤٦ على إن ((جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية او نقله ... يجب شهرها بطريقة التسجيل ..... ويترتب على عدم التسجيل إن الحقوق المشار إليها لا تنشأ و لا تنتقل ..... لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ...)) [٢].

وير ى غالبية الفقهاء [٣] ، في مصر على إن عقد بيع العقار يبقى من عقود التراضي حتى بعد صدور القانونين المذكورين آنفاً ، ويؤكد الفقه بان هذا العقد ينتج جميع الآثار المترتبة على البيع عدا التزام وحيد وهو نقل الملكية ، وان قانون التسجيل لم يغير من طبيعته ولم يجعل التسجيل ركناً في العقد بل إجراء تنفيذي للالتزام بنقل ملكية العقار المبيع .

وأيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه الفقهي مقررة ((إن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين وكل ما أستحدثه قانون التسجيل من اثر

في الأولى ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط)) . وجاء في الثانية ((في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة و الإفراز والمقاسمة في الأراضي صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل)).

ومن خلال النصين المذكورين يتضح إن العقد الوارد على العقار في التشريع الأردني عقد شكلي لا ينعقد إلا إذا تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، فان نص المادة (١١٤٩) مدني أردني شبيه بنص المادة (١١٢٧) مدني عراقي ، إلا إن صياغة النص العراقي أدق من صياغة النص الأردني ، إذ إن صياغة النص الأردني غير دقيقة وغير موفقة .

(١) تقابلها المادة(٥١) من قانون التسجيل العقاري الليبي سنة ١٩٦٥. وتقابلها المادة (٢٦٧) من قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة ١٩٤٩. وتقابلها المادة (٧) من قانون التسجيل العقاري الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٥٩ . وتقابلها المادة (٨٩٦) من القانون المدني السوري .

(٢) وقد أكد القانون المدني المصري نفس الحكم الوارد في قانون تنظيم الشهر العقاري فنص في الفقرة الأولى من المادة (٩٣٤) على انه ((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري ....)) . تقابلها المادة (٩٣٨) من القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣ (موافق) ، المادة (٧٠) من القانون المدني الكويتي (موافق) ، المادة (٢٠٤) من قانون الملكية العقارية اللبناني (موافق) .

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ، عقد البيع والمقايضة ، مصدر سابق ، ص ٤٦٣. د.محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣، ص ١١٠ . د.عصام أنور سليم ، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢، ص ١٥. د.رمضان أبو السعود الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، ج١ ، مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٦، ص ٢٢٥ .

في أحكام البيع إن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٢٢٦) من القانون المدني ، أصبح متراخياً الى ما بعد التسجيل ، أما أحكام البيع الأخرى ، فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون ، فالبائع يبقى ملتزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبقى المشتري ملتزماً بأداء الثمن الى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع)) [١].

وقضت كذلك بان ((قانون تنظيم الشهر العقاري فيما يتطلب من تسجيل عقد البيع العقاري لا يضفي على هذا العقد شكلاً رسمياً معيناً فهو لم يغير شيئاً من طبيعته من حيث كونه من عقود التراضي ، التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين ، و إنما قد عدل فقط من آثارها بالنسبة للعاقدين وغيرهم . فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل متراخياً الى ما بعد حصول التسجيل)) [٢].

وقضت أيضاً بان ((المقنن إنما قصد من قانون التسجيل تأخير نقل الملكية الى أن يتم التسجيل ... ولذلك لا يعتبر المشتري مالكاً للعقار إلا من يوم تسجيل عقد شرائه)) [٣].

وقضت أيضاً بان ((حق ملكية العقار ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشترٍ لم يسجل عقد البيع الصادر إليه .....)) [٤].

<u>الاتجاه الثالث :</u> التشريعات التي تعلق إبرام بيع العقار على التوثيق ونقل ملكية العقار على التسجيل [٥].

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه القانون المدني الألماني [٦] وقانون الالتزامات السويسري [٧] .

(١) نقض مدني جلسة ١٩٧٣/٥/٩ ونقض مدني جلسة ١٩٨٨/٦/١٥ أشار إليها د.محمد المنجي ، المصدر السابق ، ص ١١٠ .
(٢) نقض مدني ، ٢٤/ابريل /١٩٨٠ ، أشار إليه د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ ، هامش ١٤.
(٣) نقض مدني ، ١٩٨٠/٤/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، السنة ٢١، ص ١٢٠١.
(٤) الطعن رقم ٦ سنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٢/١٤ س ٤٦ . أشار إليه سعيد احمد شعله ، قضاء محكمة النقض في الملكية ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاماً ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣١٥ . وقضت أيضا ((الملكية في بيع العقارات عدم انتقالها الى المشتري إلا بتسجيل عقده ...)) الطعن رقم ١٦٩١ سنة ٥٢ ق في جلسة ١٩٨٥/٦/٦ س ٣٦ ، أشار إليه سعيد أحمد شعله ، المصدر السابق ، ص ٣١٠ .
(٥) د.عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل ، مصدر سابق ، ص ٨٩٢.
(٦) انظر المادتين (٣١٣و ٨٧٣) من القانون المدني الألماني الصادر عام ١٩٠٠ .
(٧) انظر المواد (٢١٦ و٦٥٦و٦٥٧) من قانون الالتزامات السويسري لسنة ١٩١٢ .

فعقد البيع العقار في القانون الألماني باعتباره تصرفاً قانونياً وارداً على العقار لا ينعقد إلا بالتوثيق لدى الكاتب العدل او القاضي وبانعقاده بهذه الصورة لا يرتب سوى التزامات شخصية ، أما انتقال الملكية العقارية بوصفه أثراً مترتباً على بيع العقار فلا يتم إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة [1] .

وقد نصت المادة (٣١٣) من القانون المدني الألماني على انه ((العقد الناقل لملكية عقار يجب توثيقه أمام القضاء او لدى موثق العقود أما العقد الذي يبرم من دون مراعاة هذا الشكل فانه يقع صحيحاً في كل مضمونه إذا انتقلت حيازة العقار الى المشتري وجرى تسجيله في السجل العقاري)).

إذن فالعقد الذي لا يوثق أمام الكاتب العدل او القاضي يكون عقداً صحيحاً في القانون الألماني ولكن بشرطين : او لهما أن يحصل تسليم العقار من البائع الى المشتري . و ثانيهما أن يجري تسجيله في السجل العقاري .

وقد أوضحت المادة (٨٧٣) من نفس القانون كيفية انتقال ملكية العقار بعد إبرام التصرف الشكلي بمقتضى المادة (٣١٣) فنصت بأنه ((يلزم للتصرف بنقل ملكية عقار او ترتيب حق عيني آخر عليه اتفاق إرادة الطرفين ثم تسجيل هذا الاتفاق في السجل العقاري ، وقبل التسجيل لا يرتبط المتعاقدان بما اتفقا عليه بعد ذلك إلا إذا جرى تحرير اتفاقهما أمام القضاء او لدى موثق العقود او إذا تم هذا الاتفاق في المكتب العقاري او جرى إخطاره به او إذا أصدر المتصرف تصريحاً يعلن فيه رضاه بقبول التسجيل للمتصرف إليه في السجل العقاري)) .

فالقانون الألماني يأخذ إذن بمبدأ عدم انتقال ملكية العقار إلا بالتسجيل ولكن التصرف العقاري يشترط لإبرامه على ما رأينا بعض الشروط الشكلية الخاصة.

وكذلك القانون السويسري [2]، اخذ بنفس الاتجاه ، فاشترط لانعقاد العقد الوارد على عقار أيضاً التوثيق بورقة رسمية ومن ثم التسجيل في دائرة التسجيل المختصة من أجل انتقال الملكية العقارية [1].

(١) المحامي مكي إبراهيم لطفي ، الشكلية القانونية ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٤٥.كذلك أنظر أسعد عبيد ، مصدر سابق ، ص ٨٦.

(٢) نصت المادة(٢١٦) من قانون الالتزامات السويسري بان ((بيع العقار لا ينعقد إلا إذا كتب في ورقة رسمية)) . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٥٦) منه على أن ((القيد في السجل العقاري ضروري لكسب الملكية العقارية)) .

بعد استعراض هذه الاتجاهات يبدو لنا أن الاتجاه الثاني هو الأفضل وذلك لروعة الأسلوب القانوني الذي أبان به المشرع المصري عن أحكام التسجيل بالقياس الى التشريعات الأخرى .

وهذا النظام هو أكثر النظم اتقاناً في الوقت الحاضر لأنه يسهل تداول العقارات ويشجع الائتمان العقاري يحقق بنفس الوقت الحماية لإطراف العلاقة والاغيار ، لان المشرع المصري لم يرتب على تخلف التسجيل جزاءه الطبيعي المتمثل في عدم الاحتجاج في مواجهة الغير بالتصرف [٢] . كما كان الشأن قبل صدور قانون التسجيل و إنما قرر جزاء آخر أكثر شدة وهو إن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ و لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل و لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن [٣] .

وعليه ندعو المشرع العراقي أن ينحو منحى التشريعات الحديثة وفي مقدمتها التشريع المصري فنقترح أن يصار الى اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار عقداً صحيحاً يرتب جميع آثاره وان تراخى نقل الملكية الى ما بعد التسجيل ويصبح عقد البيع عقداً رضائياً كما في مصر . إذ إن قيد الشكل لم يعد له محل او مبرر في ظل نظام قانوني حديث ، لأنه يقيد التعاقد و يتضح ذلك من خلال :-

١- انه يقيد حرية الأفراد في التعبير عن إرادتهم إذ لا يكفي مجرد الإيجاب والقبول لانعقاد العقد بل يلزم لذلك أيضاً توافر الشكل الذي يتطلبه القانون [٤].

٢- انه يلزم الأطراف بضرورة التواجد في مكان إبرام العقد وهو مما يؤدي الى عرقلة فورية لإبرام التصرف كما في تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، إذ يلزم أن يجري إقرار المتعاقدين بالتصرف حصراً في دائرة

ونصت المادة (٦٥٧) منه أيضاً على أن ((العقود التي يكون موضوعها نقل ملكية لا تكون صحيحة إلا إذا أجريت وفقاً للشكل الرسمي)) . ونص هذه المادة تعد القاعدة العامة التي تعتبر المادة (٢١٦) تطبيقاً لها .

(١) انظر في ذلك د.منصور محمد وجيه نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ١٢١.

(٢) د.محمد كامل مرسي بك ، إشهار التصرفات العقارية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٤٤١ ، د. محمد سعد خليفة ، السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ١٥٠ .د.عبد العزيز المرسي حمود ، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٣٠-٣١.

(٣) انظر المادة الأولى من قانون التسجيل المصري والمادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري .

(٤) انظر المواد (٥٠٨ ، ٦٠٢، ٢/١٠٧١ ، ٢/١١٢٦ ، ١٢٨٦/ ١، ١٣٢٤) مدني عراقي وكذلك المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري .

التسجيل العقاري المختصة أما رئيس الدائرة او من يخوله من المعاونين [١].
وينعقد هذا التصرف بمجلس عقد واحد بإيجاب وقبول طرفي العقد او من ينوب عنهما أمام الموظف المختص ، ثم يوقع المتعاقدان على شرح الإقرار في استمارة الخاصة بالتسجيل وفي السجل ، ويصادق الموظف المختص على إقرار المتعاقدين وتوقيعهما [٢].

٣- إن عدم إتباع الشكلية القانونية يؤدي الى بطلان التصرف القانوني [٣]، على الرغم من اتجاه الإرادة الى إبرامه .

الفرع الثاني

التسجيل يقيد التعاقد في المنقول (الخاضع للتسجيل)

القاعدة العامة في القانون المدني العراقي هي إن ملكية المنقول تنتقل بمجرد انعقاد العقد [٤] ، دون حاجة الى تسجيل العقود الواردة عليه لذلك كان القانون العراقي يفرق بين العقار والمنقول في بعض الأحكام ، فالمنقول يقترن التصرف فيه في الغالب بتسليمه الى الطرف الآخر (والحيازة في المنقول سند الملكية) [٥]. ولذا ليس هناك ضرورة لتسجيل العقود الواردة عليه – باعتبار ذلك قاعدة عامة- [٦]، ولكن قوانين خاصة نظمت استثناءً على على القاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني وجعلت التسجيل في بعض المنقولات (كالمركبة و الماكنة والسفينة و الطائرة) ركناً من أركان العقد .

إذ نصت المادة (٥/٥) من قانون المرور العراقي رقم ٤٨ سنة ١٩٧١ الملغي على انه ((لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة المرور المختصة ....)) كذلك نص القسم رقم (٧/٥) من قانون المرور النافذ رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ على انه ((لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة ...)) .ونصت المادة (٢/٣٠) من قانون كتاب العدول رقم

(١) انظر المادة (٣،١/١٠٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي .
(٢) انظر المادتين (١/١٠٩) و (٣/١١٠) من قانون التسجيل العقاري .
(٣) انظر المادة (٣/١٣٧) من القانون المدني العراقي .
(٤) انظر المادة (١/١١٢٦) من القانون المدني العراقي .
(٥) انظر المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي . تقابلها المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري (موافق) ، و المادة (٩٢٧) مدني سوري (موافق) ، والمادتين (٩٣٧، ٩٣٨) من القانون المدني الكويتي (موافق) .
(٦) د.محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠١، ص٢٨. د.محمد د.محمد وحيد سوار ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢ ، أسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠١، ص ٣١٤.

(٣٣) لسنة ١٩٩٨ على انه ((لا تنعقد التصرفات القانونية على الماكنة إلا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة)) [١].

وفي نطاق التشريعات البحرية العراقية ، فقد نصت المادة (٣) من قانون التجارة البحرية العثماني الصادر سنة ١٨٦٣النافذ حتى اليوم في العراق إن ((بيع السفينة كاملة او أي حصة منها سواء كان قبل سفرها او في أثناء السفر إذا وقع في ممالك الدولة العليا يجري بسند رسمي بحضور رئيس الميناء في محله وإذا وقع في الممالك الأجنبية فبمواجهة شهبندرية الدولة العليا يعني قناصلها وإذا لم يحصل على هذه الصورة فيكون البيع كأن لم يكن)) .

فهذه المادة تظهر بوضوح وجوب انعقاد بيع السفينة بسند رسمي وفي حالة غياب هذا الشكل يكون البيع كأن لم يكن ، وقدُ نسخت المادة الآنفة الذكر بصدور قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسجيل السفن فقد أوجبت المادة (٢٢) منه تسجيل جميع المعاملات التي ترد على السفينة [٢] . وقرر كذلك صراحة إن عقد بيع السفينة لا ينعقد إلا بسند رسمي ، فقد جاء في المادة (٢٣) منه ((تتم صفقة البيع بسند رسمي بمقتضى تعليمات يصدرها وزير المواصلات و الأشغال ويدفع ثمن سند البيع حسب نص عليه الجدول (أ) المربوط بهذا القانون)) .

وكذلك نصت المادة (١٢) من مشروع قانون تسجيل السفن والمراكب العراقي لسنة ١٩٩٩ بأنه ((*لا تنعقد التصرفات لقانونية المتعلقة بإنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية*

---

(١) عرفت المادة (٣١) من قانون كتاب العدول المذكور أنفاً الماكنة التي تطبق عليها أحكام هذا القانون بأنها ((جهاز او مجموعة أجهزة آلية تعمل بأية طاقة او واسطة غير يدوية تستخدم للأغراض الصناعية او الزراعية او الإنتاجية)) . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق بأنه ((إذا كان المبيع (فرناً حجرياً)لا يحتوي على مكائن تعمل بالطاقة الكهربائية فلا موجب لتسجيل البيع لدى الكاتب العدل لان مثل هذا البيع لا يعتبر من العقود الشكلية .
قرارها رقم ٤٧٦/ مدنية أولى / ١٩٩٢ في ١٩٩٢/٦/٣ ، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج٨ ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٧.
وقضت أيضاً بأنه ((على المحكمة إجراء التحقيق القضائي لمعرفة ما إذا كان الفرن موضوع عقد البيع هو (فرن حجري) او هو فرن ميكانيكي يحتوي على آلات و مكائن ينبغي تسجيلها لدى الجهة المختصة)) قرارها رقم ٩٥٢/ م ١/١٩٩٠ في ١٩٩١/٨/١٣ أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ٢، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٢٢.
وقضت كذلك بأنه ((على المحكمة أن تتحقق فيما إذا كانت مكائن معمل الخياطة ، موضوع عقد البيع تشتغل بالجهد البشري أم إنها تعمل بالطاقة لان المكائن التي تعمل بالطاقة هي التي يوجب القانون تسجيلها لدى الكاتب العدل)) .
قرارها رقم ٧٤٤/ م ١/ ١٩٩٢ في ١٩٩٢/٨/٥ أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٣٥. والقرارات الآنفة الذكر تؤكد بان الماكنة الخاضعة للتسجيل هي الأجهزة الآلية التي تعمل بطاقة غير يدوية .
(٢) تنص المادة (٢٢) من قانون تسجيل السفن العراقي رقم ١٩ لسنة ١٩٤٢ الى انه ((تسجل في دائرة الملاحة الداخلية أو في مركز آخر من مراكز التسجيل كافة معاملات البيع والرهن ونقل الملكية المتعلقة بجميع السفن لقاء دفع رسوم معينة كما في الجدول (أ) المربوط بهذا القانون ...)) .

والتبعية او نقله او تغييره او زواله إلا بعد تسجيله في القسم المختص))، و أوجبت المادة (٤٠) من قانون الطيران المدني رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤ بان التصرفات الناقلة لملكية الطائرة يجب أن يتم بموجب سند رسمي .

والنصوص المذكورة آنفاً تؤكد بان التسجيل في القانون العراقي يعتبر ركناً من أركان العقود الواردة على هذه المنقولات ، ولكن ما يثير التساؤل في قانون المرور ، وفي القسم رقم (٥) فقرة (٧) منه إن التسجيل يشترط لانعقاد عقد البيع ، إذ ورد في النص (لا ينعقد بيع المركبة ...) . فهل يقتصر قيد التسجيل على عقد البيع دون الهبة ؟ .

ورد في الفقرة الأولى من القسم (٥) منه على أن ((*تسجل جميع المركبات في دوائر التسجيل المختصة باستثناء العربات والدراجات او ما يستثنى بقانون خاص*)) . وبينت الفقرة (٣) من القسم (٥) الإجراءات الواجب إتباعها لتسجيل السيارة وهي حضور المالك السابق والمالك الجديد لدى ضابط التسجيل والاعتراف أمامه بذلك ليوثق نقل الملكية في حاسبة التسجيل بعد دفع الرسم المقرر من كلا الطرفين .

نفهم من هذه النصوص إن المشرع قد أورد حكماً خاصاً بالنسبة لعقد البيع واعتبر إن العقد لا ينعقد إذا لم يسجل في دائرة المرور ، أما بالنسبة لعقد الهبة فلم يورد المشرع مثل هذا النص ، وبالتالي فان عقد الهبة يعتبر صحيحاً قبل التسجيل ، ويترتب على هذا انه إذا استلم الموهوب له السيارة الموهوبة وتوفى الواهب قبل التسجيل ، فان العقد يعتبر صحيحاً وفقاً للمادة (٦٠٣) من القانون المدني [١]، ولكن هذا يتناقض مع إجراءات التسجيل المنصوص عليها في الفقرة (٣) من القسم (٥) آنف الذكر التي تطلبت حضور المالك السابق والمالك الجديد أمام ضابط التسجيل .

نعتقد بان هذا التناقض خلقه المشرع ، نظراً لوجود نقص في التشريع وعلى ذلك نقترح وضع قاعدة عامة باعتبار التصرفات الناقلة لملكية المركبات لا تنعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة ليسري على عقد البيع وعلى عقد الهبة .

ويلاحظ أيضاً إن القانون العراقي جاء خالياً من أي معالجة للمحل التجاري والعقود التي ترد عليه على الرغم من انه يعد مالاً منقولاً قد يخضع للتسجيل[٢] .

(١) نصت المادة ٦٠٣ /١ من القانون المدني العراقي ((١. لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ....)) .
(٢) د.محمد حسين إسماعيل ، القانون التجاري الأردني ، دار عمار ، الأردن ، ١٩٨٥ ، ص ١٨٧.

فهل تعد العقود الواردة على المحل التجاري عقوداً رضائية ً لا تخضع للتسجيل في القانون العراقي ؟

جاء قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ خالياً من أي معالجة للمحل التجاري والعقود التي ترد عليه ، ولكن يلاحظ إن المحل التجاري يتكون من عناصر عديدة لكل منها نظامه القانوني فانه يبدو مختلفاً من حيث الظاهر. وذلك لان التصرف في هذه العناصر يخضع للتسجيل ، فانتقال الحق في الاسم التجاري يتطلب تأشير ذلك في السجل التجاري الخاص بالأسماء التجارية [١].

وكذلك الأمر بالنسبة الى العلامات التجارية إذ يتوجب تأشير التصرف الوارد عليها في السجل الخاص بالعلامات التجارية [٢].

وكذلك الأمر بالنسبة الى براءات الاختراع والنماذج الصناعية [٣]، وعلى ذلك نقترح وضع قاعدة عامة باعتبار العقد الوارد على المحل التجاري عقداً شكلياً يشترط التسجيل لانعقاده و إلا وقع باطلاً كما هو الحال في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إذ نصت المادة (١/٣٧) منه ((كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر او إنشاء حق عيني عليه او تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً و إلا كان باطل)) . وقد طبقت محكمة التمييز في العراق القواعد القانونية الخاصة بوجوب تسجيل التصرفات الواردة على هذه المنقولات لانعقاد العقد و إلا كان العقد باطلاً .

فقد قضت بان ((حضور البائع والمشتري سوية أمام ضابط التسجيل والاعتراف بالبيع والشراء شرط من شروط انعقاد بيع السيارة .....)) [٤].

وقضت كذلك بان ((الرجوع الى قانون المرور الذي يجعل بيوع المركبات في العقود الشكلية التي لا تنعقد بإرادة الطرفين البائع والمشتري ما لم يحضرا أمام ضابط التسجيل ويسجلا عقدهما لديه ، لان عقود البيع إذا وقعت على مركبة من دون أن تستوفي هذا الشكل الذي قرره القانون .....فأنها لا تنعقد ولا تفيد الحكم أصلا لذا يلزم إعادة المتعاقدين الى الحالة

(١) انظر المادة (٢/٢٤) من قانون التجارة العراقي .
(٢) انظر المادة (١٩) من قانون العلامات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل .
(٣) انظر المادتان (٢٥ ، ٤١) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ .
(٤) قرارها رقم ١٠٩١/ مدنية أولى /١٩٨٠ في ١٩٨١/٢/١ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية التي يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الأول السنة الثانية عشرة ، كانون الثاني ، شباط ، آذار ، ١٩٨١ ، ص ١٥.

التي كانا عليها قبل العقد عملاً بأحكام المادتين (٩٠) و(١٣٨) من القانون المدني العراقي .....)) [١].

وفيما يتعلق بالماكنة قضت قي قرار لها ((يشترط لصحة بيع المكائن او التنازل عنها تسجيل الواقعة لدى الكاتب العدل المختص)) [٢].

وقضت أيضاً بان ((تسلم المشتري للمكائن المبيعة لا ينفي عن البيع صفة البطلان لعدم تسجيله لدى الكاتب العدل وفق أحكام قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ المعدل)) [٣].

وقضت كذلك ((يعتبر بيع الدراسة باطلاً إذا لم يسجل لدى الكاتب العدل وفق قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ المعدل ...)) [٤].

وطالما خضعت هذه المنقولات للتسجيل شأنها شأن العقارات وطالما تمتعت بثبات قانوني فلا داعيَ للتفرقة بينهما ، وعليه نقترح أن تكون العقود الواردة على العقارات والمنقولات الخاضعة للتسجيل عقوداً رضائية تنعقد وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ويتراخى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى الى ما بعد التسجيل ، ونرى أن تكون الجهة المسؤولة عن تسجيل المنقولات فرعاً في مديرية التسجيل العقاري ، أي إنشاء (مكاتب لتسجيل المنقول) ملحقة بهذه المديرية تختص بإجراءات التسجيل للتصرفات الواردة على المنقولات ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة والخاضعة للتسجيل وتسمى (مكاتب تسجيل المنقولات) وان هذا الأمر مشجع للتسجيل وييسر للغير أن يطلع على التصرفات التي ترد على منقول يريد أن يتعامل عليه ، ونوجه عناية المشرع العراقي الى الاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة التي توصلت إليها التكنولوجيا المعاصرة كالانترنيت في تسجيل التصرفات الواردة على العقارات والمنقولات الخاضعة للتسجيل ، ونعتقد أن بهذا الأسلوب يمكن للغير بل للجميع الإطلاع على التصرفات الواردة على العقارات والمنقولات الخاضعة للتسجيل بكل

(١) قرارها رقم ٣٨٩ / منقول /١٩٨٥ في ١٩٨٥/١/٥ ، منشور في مجلة الأحكام العدلية التي تصدرها وزارة العدل ، العدد ١،٢ سنة ١٩٨٥ ، ص٢٠-٢١ .

(٢) قرارها رقم ٢/ م ١٩٨٢/٤ في ١٩٨٢/١٢/٢٥ . منشور في مجموعة الأحكام العدلية التي يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الرابع ، السنة الثالثة عشرة ، تشرين أول ، تشرين ثاني ، كانون أول ، ١٩٨٢، ص ٢٥ .

(٣) قرارها رقم ٥٠٢ / مدنية أولى /١٩٧٧ في ١٩٧٧/١٢/٢٥ ، المصدر السابق ، العدد الثالث والرابع ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص٢٨.

(٤) قرارها رقم ١٧٤٨ / مدنية ثالثة / ١٩٧٥ في ١٩٧٥/٦/٤ ، المصدر السابق ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، نيسان – مايس- حزيران ، ١٩٧٥ ، ص ٣٥ .

يسر ، وبهذا تزول المشاكل العملية الكثيرة الوقوع في مجالات التعامل اليومي الناتجة عن هذا القيد الذي لم نرثه من الشريعة الإسلامية ، ففقهاء الشريعة الإسلامية لا يشترطون لانعقاد التصرفات الواردة على العقار الشكل الرسمي ، فبيع العقار لدى هؤلاء الفقهاء ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول [١]. فهو عقد رضائي حكمه حكم بيع المنقول سواء بسواء [٢].

ومع ذلك فان الشريعة الإسلامية لم تتخل عن الشكلية ، بل أخذت بها وسيلة ً للإثبات– قال تعالى ((ياءيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل)) [٣] .

إن منبع الشكلية إنما يعود الى القانون الروماني ، فالرومان كانوا يعطون للمال أهمية أكثر من الإنسان و إرادته [٤].

وعلى العموم إن قيد التسجيل الذي يقيد التعاقد في العقار والمنقول الخاضع للتسجيل لم يعد له محل او مبرر في ظل نظام قانوني مبني على سلطان الإرادة ذلك المبدأ الذي يجب أن يكون له الدور الأكبر في إنشاء العقد وترتيب آثاره .

المبحث الثاني

قيد التسليم

إذا كانت الشكلية مبررة في مراحل المجتمع الروماني الأولى ، فان هذه المبررات قد اهتزت بفعل تغييرات عديدة دخلت على هذا المجتمع في المجالات كافة فما عادت

(١) تعرف المادة (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية عقد البيع بأنه ((مبادلة مال بمال ويكون منعقداً و غير منعقد)) منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ١ ، القواعد الكلية ، البيوع – الإجارة ، ط ١، وزارة المعارف العراقية ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص ٥٠ .

(٢) د.عباس الصراف ، شرح عقدي البيع و الإيجار في القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٥٦، ص١٤٠-١٤١ . د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج ١ ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٦٩-١٩٧٠ ، ص ٢٢٠ . د.كمال ثروت الونداوي ، شرح أحكام عقد البيع ، ط ١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣، ص١٢٢.

(٣) سورة البقرة /٢٨٢.

(٤) إذا كان الرومان هم الذين أوجدوا الشكلية ، فإنهم لم يفرقوا بين العقار والمنقول بشأن الشكلية ، فعقد البيع في القانون الروماني لا ينقل الملكية بذاته بل الذي ينقلها هو احد الأوضاع المادية التي كانت سائدة في هذا القانون وهي عناصر الشكلية في القانون الروماني ، كالأشهاد او التنازل القضائي او القبض ، وكل ما يترتب على عقد البيع من آثار هو نقل الحيازة .عبد المنعم يحيى جواد ، مصدر سابق ، ص ١٥٧.د.محمد جمال عطية ، مصدر سابق ، ص ١٧٦. د.هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٤٨.د.صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط ٢ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٢٥٠، د.محمود السقا ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٧٤، ص ٣٩٨-٣٩٩ .

المعاملات نادرة بل تشعبت وتحول الاقتصاد الى التجارة بعد أن كان زراعياً [١]. واتى التطور المنشود ثماره بالخروج على الشكلية و إفساح المجال ولو محدوداً للإرادة ، ولكن لا ينتظر من قانون تهيمن عليه الشكلية المطلقة أن ينزعها تماماً ويعتنق مبدأ الرضائية بل أن هذا التحول كان بطيئاً ومر بمراحل يمكن أن نقول عنها إجمالاً إنها مرحلة العينية كمبدأ وسط بين مبدأين شكلية معقدة كماضي يراد مغادرته و رضائية يسيرة كمستقبل ينشد بلوغه [٢]، فالعقد العيني هو العقد الذي لا يكتفي لانعقاده بالتراضي وحده و إنما يلزم الى جانب ذلك تسليم العين محل العقد [٣]، ومثاله الرهن الحيازي ، وهبة المنقول وعقد القرض ، وعقد الوديعة ، وعقد العارية ، فهذه العقود قد ظهرت في باديء الأمر في نطاق القانون الروماني باعتبارها إحدى مراحل تطور العقد نحو الرضائية ثم انتقلت الى القانون الفرنسي ومنه الى القوانين العربية [٤]. كالقانون المدني المصري القديم والقانون المدني الأردني [٥] ، والقانون المدني العراقي [٦]، [٦]، وبالنظر لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة واتجاه الفقه القانوني الحديث الى التخلص من عينية العقود فقد انكمش نطاق العينية هذه لدى جانب من التقنينات المدنية مثل القانون المدني المصري النافذ ، إذ اخذ بعقد عيني واحد باعتباره وسيلة ًاحتياطية فيه هذا العقد الذي هو عقد هبة المنقول ، إذ الأصل فيه أن يكون شكلياً إلا إن القانون أجاز انعقاده بتسليم العين محل التعاقد [٧].

وقد شاع في النصوص القانونية تعبير (ولا يتم إلا بالقبض) في العقود العينية ، فما المراد بالتمام في هذه العقود ؟ وما طبيعة هذه العقود ؟ ولغرض الإجابة عن هذه الأسئلة نعرض في هذا المبحث مطلبين ، نبين في الأول مفهوم التسليم ، وفي المطلب الثاني طبيعة التسليم في العقود .

المطلب الأول

(١) الأستاذ علي بدوي ، أبحاث التاريخ العام للقانون ، ج ١، تاريخ الشرائع ، مطبعة نوري ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٤٩.

(٢) د.عبد السلام الترمانيني ، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية ، ط ٣، الكويت ، ١٩٨٢، ص ١٨٨ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١، مصدر سابق ، ص ١٢٣ . د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط ، ج ١ ، مصدر سابق ، فقرة (١١٢) ص ٩٣-٩٤ .

(٤) د.جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦، ص ٦٠ .

(٥) انظر المواد (١/٥٥٨ ، ٦٣٧ ، ٧٦١ ، ٨٧٠ ، ١٣٧٥) من القانون المدني الأردني .

(٦) انظر المواد (١/ ٦٠٣ ، ٦٨٦ ، ٨٤٧، ٩٥١، ١/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي .

(٧) نصت المادة (٢/٤٨٨) من القانون المدني المصري ((ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة حاجة الى ورقة رسمية)) .

مفهوم التسليم

لم تجد القوانين الحديثة ضرورة لتحديد مفهوم خاص للتسليم في العقود العينية ، وهو الأمر الذي يعني الإحالة في تحديد مفهوم التسليم في العقود العينية الى القواعد المقررة في مفهوم التسليم في عقد البيع ، وجعل التسليم في العقد العيني من تطبيقات تسليم المبيع .

ومن جانبنا نرى مقايسة التسليم في العقد العيني بالتسليم في عقد البيع مقايسة غير صحيحة ، وذلك لاختلاف وظيفة كل منهما و مبرراته ، فالتسليم في البيع مجرد التزام ، وإذا كان التسليم التزاما في ذمة البائع فان التسليم وهو في حيازة المشتري بالفعل للمبيع إلزام في ذمة المشتري أم التسليم في العقد العيني يمثل ركناً يلزم تعاصره مع الإرادة حتى الانعقاد فان لم تدخل العين في حيازة المتصرف إليه فعلاً فان إرادة المتصرف لا تزال ذات قدرة على استرداده والحيلولة بين المتسلم واستيلائه عليه .

ويترتب على اعتبار التسليم لم يتم في هذه الحالة نتيجة بالغة الأهمية وهي إجبار المتصرف على التسليم ، وإذا كان هذا يصح في التسليم بوصفه التزاماً فانه غير صحيح باعتباره ركناً في العقود العينية وهي طائفة العقود التبرعية التي تتنافى طبيعتها مع إمكانية إجبار المتبرع فيها على تسليم ما تبرع به .

وعليه سنتناول في هذا المطلب التعريف بالتسليم بوصفه ركناً في العقد في الفرع الأول ، والتعريف بالتسليم بوصفه التزاماً في العقد في الفرع الثاني .

الفرع الأول

التعريف بالتسليم بوصفه ركناً في العقد

القبض لغةً هو الأخذ والتناول[1]. أما في الاصطلاح الشرعي فهو أخذ الشيء أو حيازته [2].

ويشترط في القبض أن يكون كاملاً أي ينصب على العين بكاملها أما القبض الناقص كقبض الحصة الشائعة فلا يكفي لانعقاد العقد واستثنى من ذلك هبة الحصة الشائعة في مال لا يقبل القسمة فقد أجيزت للضرورة[1] .

(١) جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ، لسان العرب ، ج ٧ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ٢١٣.
(٢) د.محمد رضا العاني ، القبض و أنواعه و أحكامه في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد ٥، السنة ١٩٩٠ ، ص ١٥ .

وعلى العموم ، فان القبض يتحقق بالتخلية بين المحل والقابض على نحو يمكنه من قبضه وأخذه والاستيلاء عليه دون مانع او حائل وذلك يقتضي رفع يد المقبض عنه [٢] .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون بصدد كفاية التخلية لتحقيق القبض في العقد العيني ، وبهذا الصدد ثمة رأيان : -

الرأي الأول: وهو رأي الأحناف [٣]، و الزيدية[٤] ، و الأمامية [٥] ،حيث يرى إن التخلية تحقق القبض سواء كان المحل عقاراً او منقولاً ، وسبب ذلك انه بالتخلية ينتهي التزام المقبض ، على نحو يجعل القبض حكمياً أما القبض حقيقة فمتوقف على القابض ويتحقق بفعله وعليه فان وضع المقبض المال في حالة يستطيع بها القابض قبضه دون مانع فان القبض يكون قد حصل سواء في ذلك العقار والمنقول .

الرأي الثاني : وهو رأي جمهور الفقهاء [٦] .

حيث يرى إن التخلية إذا ما كانت تكفي لتحقيق القبض في العقار لان طبيعته لا تقتضي أكثر من ذلك لتحقق التزام القبض ، أما المنقول فان التخلية لا تكفي ففضلاً عن التخلية يجب النقل أي إخراجها من يد المقبض وإدخالها في حيازة القابض ويتم ذلك حسب طبيعة الأشياء وطبقاً لأعراف الناس وعاداتهم [٧].

وثمة من قال على نحو أكثر دقة [٨] ، ((وإذا كان العبد الموهوب حاضراً وقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فأقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقباض منه فإذا قبض بأذنه تم العقد قال فرق بين هذا وبين البيع فانه إذا خلى بينه وبين

---

(١) علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٦، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢، ص ١١٩ .

(٢) احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، ج ٣ ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٤٩ ، ص ٣٦٩ .

(٣) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ٢١ ، مطبعة السعادة ، مصر بلا سنة طبع ، ص ٦٨.

(٤) احمد بن يحيى بن المرتضى ، المصدر السابق ، ص ٣٦٩.

(٥) زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٣، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٦٧ ، ص ٥٢٢.

(٦) أبو القاسم نجم الدين الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج ٢، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٦٩، ص ٢٩. مجد الدين أبي البركات ، المحرر ، ج ١، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٥٠ ، ص ٣٢٣ . أبو بكر الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ، ج٣، مصطفى الحلبي ، ١٩٣٨ ، ص ٥٦ .

(٧) جاء في الكافي ((وقبض كل شيء بحسبه ، المكيل المبيع مكايلة قبض كيله ... وقبض الذهب والفضة والجوهر باليد ، وسائر ما ينقل قبضه نقله قبض الحيوان أخذه بزمامه ، او تمشيته م مكانه وما لا ينقل قبضه التخلية بين مشتريه وبينه ، ولا حائل دونه لان القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف والعادة ....)) . أبو محمد بن عبد الله بن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٩٨٣ ، ص ٢٩.

(٨) عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٥، دار المعرفة ، ط١ ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٩٢ .

المبيع نزل قابضاً وان لم يباشر القبض بخلاف الهبة والفرق بينهما إن القبض واجب عليه في البيع وانه محتاج الى إخراج نفسه عن العهدة إذا أتى بما في وسعه وليس في وسعه إلا التخلية بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب عليه في الهبة فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لا يعد مسلماً)) .

وبنفس الاتجاه سار القانون المدني الفرنسي لانعقاد العقود العينية إذ اشترط تسليم المحل فيها تسليماً فعلياً أي التسليم من يد الى يد وبخروجه من حيازة المتصرف ودخوله في حيازة المتصرف إليه واستيلائه عليه استيلاءً مادياً [1].

أما موقف القانون المدني العراقي من مفهوم التسليم في العقود العينية فيتمثل بعدم تحديده على وجه الدقة مفهوم القبض او التسليم في هذه العقود إذ لم يضع قاعدة عامة له ،وإن شراح التقنين المدني عندنا تركوا هذا الأمر الى القواعد العامة المقررة في عقد البيع وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

التعريف بالتسليم بوصفه التزاماً في العقد

نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي على انه ((١- تسليم المبيع يحصل بالتخليه بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل)) .

كما نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٣٥) من القانون المدني المصري بأنه ((١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد اعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع)) .

(١) وفي ذات الاتجاه القانون المدني المصري الملغي لسنة ١٨٨٣وقانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ . ومسلك المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري النافذ ، انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٤، وزارة العدل ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، ص ٢٤٨-٢٥١ .

ومن هذيين النصين يتضح إن التسليم هو التخلية بين الشيء المبيع وبين المشتري بحيث يصبح خالصاً للمشتري يتمكن من التصرف والانتفاع به دون حائل من البائع او من غيره [١] .

ويبدو إن هناك تشابهاً بين النصين العراقي والمصري بالرغم من اختلافهما في الصياغة لانهما مشتقان من الفقه الإسلامي ، إذ عرف الكاساني التسليم بأنه ((التخلية والتخلي هو أن يخلي البائع بين البيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع)) [٢].

و نصت المادة (٢٦٣) في مجلة الأحكام العدلية [٣]، على انه ((تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهي أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع يعوق من تسلم المشتري له)) .

ولا يتحقق التسليم إلا بتوافر الشروط الآتية :

١- أن يكون المسلم مالكاً للشيء : وهذا الشرط ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة من إن التسليم يصدر من مالك الشيء ، إلا انه قد يصدر التسليم عن غير المالك إذا كان له حق التصرف في الشيء كما هو الحال بالنسبة للولي او القيم [٤].

٢- لكي يكون التسليم منتجاً لأثره فانه لابد من أن يكون العقد نافذاً وصحيحاً ، فإذا كان العقد باطلاً بطل التسليم [٥] .

٣- أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات ، وإذا كان معيناً بالنوع او مثلياً فانه لابد من إفرازه[٦].

ولتسليم المبيع الى المشتري أهمية خاصة في القوانين الحديثة فالمشتري لا يبغي من شرائه مجرد أن يوصف بأنه مالك للمال الذي اشتراه بل هو يقصد من وراء ذلك الاستفادة من المال المبيع وتحقيق المنافع التي هي السبب من شرائه المال ، وهذا لا يتحقق بمجرد

(١) د. السنهوري ، عقد البيع و المقايضة ، مصدر سابق ، ص ٤٠٩. د. عباس الصراف ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٠. د. كمال ثروت الو نداوي ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ .
(٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٢٤٤ .
(٣) منير القاضي ، شرح المجلة ، مصدر سابق ، ص ٢٤٧.
(٤) د. عزيز جواد هادي ، القيود الواردة على حرية الإرادة باكتساب الملكية اتفاقاً ، بحث غير منشور ، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص ٨ .
(٥) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤، فقرة ٧٩٥، ص٨٦٠.
(٦) انظر المواد (٢٤٧- ٢٤٨-٥٣١) من القانون المدني العراقي .

انتقال الملكية الى المشتري بل عن طريق حيازته له ، وإذا كان المشتري يستطيع أن يتصرف في المال المبيع بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل التسليم كقاعدة عامة [١]، إلا إن للتسليم أهمية كبيرة من الناحية العملية لأنه يمكن المشتري من الانتفاع الفعلي بالمبيع ، وان المشرع العراقي قد أسهب في إيراد أحكام التسليم إسهاباً منتقداً [٢] في بعض الأحيان ، ولعل ذلك يرجع الى أهمية التسليم التي نصت الإشارة إليها قبل قليل .

والقاعدة العامة في القانون المدني العراقي ، إن التسليم لا يعتبر قيداً على التعاقد وهو ما نراه في المواد (١/١١٢٦، ٢٤٧، ٥٣١) منه .

ولكن يرد على هذه القاعدة استثناءات من شأنها أن تقيد التعاقد ويقتصر ذلك على المنقول دون العقار وتتمثل بالعقود العينية (الهبة [٣] ، و القرض [٤] ، والإعارة [٥] ، و الوديعة [٦] ، والرهن الحيازي [٧]) دون عقد البيع . وعليه سنقتصر في دراستنا على قيد التسليم الذي يقيد التعاقد ونجده في العقود العينية في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني

طبيعة التسليم

إن القاعدة العامة في القانون المدني العراقي إن التسليم لا يقيد الإرادة لا في المنقول ولا العقار ، ولكن المشرع العراقي نظر الى بعض القيود نظرة خاصة ترجع الى طبيعة هذه العقود ، أما لخطورتها كما في عقد الهبة او لطبيعة المحل كما في عقد القرض والإعارة والوديعة او لكونها ضمانات كما في الرهن الحيازي والتي تجعل التسليم فيها قيداً على التعاقد في هذه العقود التي لا تتم إلا بالقبض ، وحصل الخلاف بين شـــــراح القانون في تفسير (لا يتم) فقد جعل البعض العقد عيناً لا ينعقد إلا بالتسليم والبعض الآخر رضائياً ولكن لا

(١) انظر المادة (٥٣٢) من القانون المدني العراقي .
(٢) د. سعدون العامري ، الوجيز في البيع والإيجار ، ط٣، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص١٢٠.
(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي بأنه ((١- لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض . ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة او دلالة)) .
(٤) نصت المادة (٦٨٦) من القانون المدني العراقي بأنه ((١- يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ويثبت في ذمته مثلها)) .
(٥) نصت المادة (٨٤٧) من نفس القانون إن ((الإعارة ، عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال . ولا تتم الإعارة إلا بالقبض)) .
(٦) نصت المادة (٩٥١) من نفس القانون ((الإيداع ، عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر ولا يتم يتم إلا بالقبض)) .
(٧) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٢٢ من نفس القانون بأنه ((١- يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن الراهن ، أن يقبض المرتهن المرهون)) .

تترتب عليه جميع آثاره إلا بعد التسليم ، وسنعقد الدراسة للتعرف على دور التسليم في العقد العيني في الفرع الأول ومن ثم كيفية التسليم في العقد العيني في الفرع الثاني .

الفرع الأول

دور التسليم في العقد العيني

لقد اختلف الفقه بصدد تحديد دور التسليم في العقد العيني ، وان هذا الاختلاف لم ينشأ من فراغ بل تحصيل نهج تشريعي معيب ، يرجع الى مدى الغموض الذي يكتنف النصوص المتعلقة بالعقود العينية ، وهو الأمر الذي يجعل الفقه يردد – في حيرة من أمره – ما أوردته من اصطلاحات ((يلزم)) و ((يتم)) محاولاً وبشتى الطرق التفسير للوقوف على كنهما ، فمنهم من ركن الى الشريعة الإسلامية بعّدها المصدر الذي يأخذ منه المشرع بعض الأحكام في حين اعتمد اتجاهاً آخر على النظرية العامة في القانون في تسليط الضوء على القواعد الخاصة ، ولكل اتجاه حجبه ومبرراته ، نعرضها تباعاً .

<u>الاتجاه الأول :</u> **القبض ركن في العقد** ذهب البعض من الفقه[1] ، الى اعتبار القبض ركناً في العقد يجب توفره لنشأته على نحو يصبح فيه العقد عينياً .

فثمة من قال [2] ، **((** إن القبض يعتبر ركناً من أركان انعقاد الهبة ويترتب على هذا الرأي إننا نذهب الى إن المقصود بلفظ (لا تتم الهبة) لا تنعقد الهبة ، فالهبة في فقه القانون المدني العراقي إذا انصبت على منقول، عقد عيني لا ينعقد إلا بالتسليم **))** .

وقال آخر [3]، ((..... إن الرهن الحيازي عقد لا يلزم ولا يرتب أي أثر إلا بالقبض بالقبض ، فهو إذن عقد عيني ، القبض فيه ركن وليس مجرد التزام ينشأ من العقد)) .

وثمة من قال [4] ،((يستلزم القانون لإنشاء بعض التصرفات أن يتم تسليم الشيء محل محل التصرف .....فهي إذن تصرفات شكلية وفقاً لمفهوم الشكل في القانون الحديث)) .

---

(١) د.عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٤٣٧. الأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، ط ٢، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص٢٠٦.د.محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي – نظرية الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٧٥.د.عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي ، ط ٢، مطبعة حداد البصرة ، ١٩٦٩، ص ٦١، هامش (٨).

(٢) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي (العقود المسماة – الهبة) ، شركة الرابطة ، بغداد ،١٩٥٤ فقرة (١٠) ، ص ١٥.

(٣) الأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ .

(٤) د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون ، النسر الذهبي للطباعة والنشر ،القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٨-٥٩.

ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم في اعتبار القبض ركناً في العقد العيني في القانون المدني العراقي بان هذا التقنين تكلم عن القبض في الموضع المخصص لأركان العقد وهذا يعني احتسابه ركن[١] .

ثم انه في العقود المعينة خلت التزامات المتصرف من الالتزام بالتسليم مما يعني وبمفهوم المخالفة اعتباره ركناً [٢]، وكذلك استند الفقه في هذا الاتجاه في تفسير تعبير (تمام ...) .في ضوء نص المادة (١/٩٠) من القانون المدني العراقي ، فهي تعتبر القاعدة في هذا الشأن وقد نصت على انه ((إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك)) .

فالأصل إذن في القانون إذا فرض شكلاً معيناً في العقد ، دون بيان الأثر المترتب على عدم استيفائه فانه يعني استيفاء هذا الشكل هو شرط لوجود العقد لا لإثباته [٣] ،لان الاقباض والقبض من العمل الشكلي الذي يتوقف عليه انعقاد العقد ، وان العينية صورة من صور الشكلية وقد وصفها فقهاء هذا الاتجاه بأنها شكلية مخففة [٤] .

وقد سار القضاء العراقي على اعتبار القبض ركناً من العقود العينية وفي مقدمتها عقد الرهن الحيازي ، ففي قرار لمحكمة تمييز العراق جاء فيه بأنه ((الرهن الحيازي لا يعتبر تاماً إلا بتسليم المرهون تسليماً فعلياً ، فالتسليم في نظر القانون المدني العراقي شرط لتمام عقد الرهن ، ويترتب على ذلك انه إذا لم يتم التسليم فلا ينعقد الرهن)) [٥] .

وقضت أيضا بأنه ((يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون ....)) [٦] .

---

(١) الأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص٢٠٦.

(٢) د.فائق الشماع ، وديعة النقود – دراسة قانونية مقارنة ، بحث غير منشور ، ١٩٩٢، ص ١٤.

(٣) د.عادل سيد فهيم ، مصدر سابق ، ص ٦٢.

(٤) د.عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٣٧. وفي هذا المعنى قال الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : ((العقود العينية هي نوع مخفف من العقود الشكلية أدى إليه تطور القانون الروماني في سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التي كانت تسوده ، وللتخلص من الشكل الذي يلزم إجراؤه بالنسبة الى العقود بوجه عام سمح الرومان بالنسبة الى بعض العقود بالاكتفاء بتسليم الشيء التي ترد عليه ، وانتقل نظام العقود العينية من قانون الرومان الى القانون الفرنسي ومن هذا الأخير انتقل الى القانون المصري القديم)) . د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٨٤، فقرة (٣١) ، ص٦٣- ٦٤.

(٥) قرارها رقم ١٢٠/ح ١/١٩٧١/ في ١٩٧١/٨/٥، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة ٢٦، ١٩٧١ ، ص ٢٦٢- ٢٦٤.

(٦) قرارها رقم ١٣/حقوقية /١٩٦١ في ١٩٦١/٩/١٠ ، أشار إليه سليمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج٢،شركة الطبع والنشر الأهلية ،بغداد ، ١٩٦٢، ص ٧١٨.

الاتجاه الثاني :- القبض شرط لزوم في العقد يعتبر القبض حسب هذا الرأي [١]، شرط لزوم في العقد ، ومن ثم فللمتصرف قبل القبض الرجوع عنه وفسخه .

وهذا الاتجاه يمثل الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، فهو مذهب الأحناف[٢] .والشافعية[٣] . والحنابلة [٤].والإمامية [٥].و الزيدية[٦] . ورأي للاباضية [٧] ، والذي يعتبر يعتبر القبض شرط لزوم العقد .

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد [٨] . فمن جانب انه يتناقض مع مفهوم العقد غير اللازم فالعقد غير اللازم عقد نافذ أي مرتب لكل آثاره إلا انه يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه وتعديله أم لاقتران العقد بأحد الخيارات او لان طبيعته تقتضي ذلك [٩]، في حين انه وفق هذا الرأي العقد قبل القبض غير ملزم للمتصرف بالتسليم فله قبل القبض أن يرجع عنه ، وشتان بين المفهومين فالعقد غير اللازم ، الرجوع عنه رجوع عن عقد تم أما حسب هذا الرأي فهو رجوع عن عقد غير تام .

الاتجاه الثالث :- القبض مجرد التزام : ذهب البعض من الفقه [١٠] ، الى إن القبض في القانون المدني العراقي ليس بركن و لا شرط و إنما هو مجرد التزام يترتب عليه إجبار المتعاقد على تنفيذه أن لم يقم به طوعاً فثمة من قال [١١] ، ((ولا يعتبر العقد شكلياً إلا إذا كان الشكل المرسوم ركناً في انعقاده الى جانب ركن التراضي لا مجرد شرط في إثبات العقد ، على إن الشكلية قد تهبط عن هذا المستوى الى حد محدود فلا تشترط في انعقاد

---

(١) الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد – الحقوق العينية العقارية ، ج ٢، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣، ص ١٩٢.
(٢) عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مصدر سابق ، ص ٩١.
(٣) محمد أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٤، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٣٨، ص ٢٤٨.
(٤) أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة ، المغني ، ج٦، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٣، ص ٢٤٦.
(٥) زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٤، مصدر سابق ، ص ٥٦.
(٦) شرف الدين الحسين بن احمد السياغى ، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير ، ج٤، مكتبة المؤيد ، ط٢، الطائف ، ١٩٦٨، ص ٢٤.
(٧) محمد بن يوسف اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج ١١، دار التراث العربي ، ط٢ ، جدة ، ١٩٧٢، ص ٤٠ .
(٨) حسين عذاب السكيني ، فكرة العينية ودورها في إنشاء التصرف القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٥، ص ٩٠ .
(٩) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني- مصادر الالتزام ، ج١ ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠، ص ١١٩ .
(١٠) د.عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، فقرة (١٢١) ، ص ١١٧ .د.عبد السلام ذهني بك ، الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، فقرة (٩٧٠) ، ص ٩٠ .
(١١) د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت ، المصادر الإرادية ، مطبعة البيت العربي، عمان ، ١٩٨٤ ، ص ٣٣-٣٤.

العقد (م٩٠ مدني عراقي) ولكن في ترتيب بعض آثاره عليه فيما بين المتعاقدين او بالنسبة لغيرهما فقط . ومن هذه الشكلية تسليم الشيء محل العقد في العقود التي تنعقد بالتراضي و لا تتم إلا بالتسليم وهي العقود المسماة بالعقود العينية حيث لا تكون لأحد الطرفين الرجوع عن العقد قبل التسليم على أن التسليم في بعض الشرائع يعتبر ركن انعقاد في بعض العقود)) .

وثمة من قال [١] ((العقد العيني منسوب الى عين المحل فهو من قبيل نسبة الكل الى الجزء فوصفه بالعيني مبني على انه لا يتم إلا بتسليم عين المحل وحصل الخلاف في تفسير (لا يتم) فمن فسره بـ (لا ينعقد) قال إن التسليم ركن ، والواقع إن العقد العيني ذو صفة ازدواجية فهو وسط بين العقد الرضائي والعقد الشكلي ، فهو رضائي من حيث الانعقاد فالقبض ليس ركناً ولا شرط فيه .....ولكن لا تترتب عليه جميع آثاره إلا بعد القبض فمن هذه الناحية يعد عقداً شكلياً.....)) .

ويلاحظ على هذا الاتجاه مقايسة التسليم في العقد العيني بالتسليم في عقد البيع ، ومن جانبنا لا نرى في هذا الرأي شيئاً من الصواب ، وذلك لاختلاف وظيفة كل منهما ومبرراته ، فالتسليم في البيع مجرد التزام ، وإذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع [٢] ،فان التسلم و هو حيازة المشتري بالفعل للمبيع إلزام في ذمة المشتري [٣] .

أما التسليم في العقد العيني فيمثل ركناً يلزم تعاصره مع الإرادة حتى الانعقاد فان لم تدخل العين في حيازة المتصرف إليه فعلاً فان إرادة المتصرف ذات قدرة على استرداده والحيلولة بين المتسلم واستيلائه عليه .

ويترتب على اعتبار التسليم لم يتم في هذه الحالة نتيجة بالغة الأهمية وهي إجبار المتصرف على التسليم [٤]، وإذا كان هذا يصح في التسليم باعتباره التزاماً فانه غير صحيح باعتباره ركناً في العقود العينية وهي طائفة العقود التبرعية والتي تتنافى في طبيعتهما مع إمكانية إجبار المتبرع فيها على تسليم ما تبرع به .

(١) د.مصطفى الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج١ ، مطبعة السعدون ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص٣١٤.
(٢) انظر المواد (٥٣٦-٥٤٨) من القانون المدني العراقي .
(٣) انظر المواد (٥٨٦-٥٨٧) من القانون المدني العراقي .
(٤) انظر المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي .

وكتب الدكتور عبد المجيد الحكيم قائلاً ، ((لقد حصل خلاف في الفقه حول عينية هذه العقود وعدم عينيتها ونحن نفضل الرأي الأول الذي يأخذ به القانونان الأردني والعراقي اعتبار هذه العقود عينية ، فلو فرضنا إن التراضي قد تم بين المتعاقدين في هذه العقود ، فهل يمكن إجبار المعير او المودع او الراهن على تسليم العين المعارة او المودعة او المرهونة ؟ لا نرى ذلك لان المعير متبرع لا يجبر على التبرع والمودع يستطيع استرداد العين المودعة في أي وقت يشاء فهو يستطيع من باب أولى أن لا يودعها ابتداءً أما الراهن فهو إنما يسلم الشيء الى المرتهن توثيقاً لما يقترضه منه ، فهو إذا عدل عن الاقتراض ولم يسلم الشيء الذي أراد رهنه فهل يمكن إجباره عليه ؟ الجواب البديهي عن ذلك لابد أن يكون بالنفي ، لذلك يمكننا القول بان هذه العقود عينية بطبيعتها ولا يغير من هذه الطبيعة ذهاب بعض الشراح او بعض القوانين المدنية الحديثة الى اعتبارها رضائية)) [1] .

ومن كل ما تقدم نخلص الى إن الاتجاه الأول (القبض ركن في العقد) رأي يستند الى قرينة قانونية غاية في الأهمية أحسن الشارع بحسم الأمر فيها التي نظمتها المادة (١/٩٠) من تقنيننا المدني التي تعتبر إن الشكل الذي يفرضه القانون يكون عند الشك ركن انعقاد ، وهو تخريج مقبول فرضاً وحكماً ، فأما الفرض – فهو إن القبض ضرب من الشكلية ولا فرق . وهو الأمر الذي يقتضي التسوية بينهما . وحكماً – إن المشرع العراقي حسم الأمر فيها لان القانون إذا فرض شكلاً معيناً للعقد دون بيان الأثر المترتب على عدم استيفائه ، فانه يعني إن استيفاء هذا الشكل هو شرط لوجود العقد لا لإثباته [2].

ومن جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الكتاب [3] ، في اعتبار العينية صورة من صور الشكلية وذلك لأسباب عديدة منها ما يتعلق بوظيفة الشكل ، ومنها ما يتعلق بالعقود العينية نفسها . وهو ما نوضحه في الفقرات الآتية :

---

(١) د.عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني ، ط١، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، ١٩٩٣، ص ١٠٥-١٠٦.

(٢) د.عادل سيد فهيم ،مصدر سابق ، ص ٦٢ هامش (١) .

أ.شاكر ناصر حيدر ، الموجز في الحقوق العينية الأصلية ، بغداد ، ١٩٧١، ص ٥٤.

(٣) د.نزيه المهدي ، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد (١، ٤) ، السنة (٢) ، ١٩٧٦، ص ١٩٧. د.عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٦٣-٦٤. د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، المصدر السابق، ص ٥٨-٥٩ . وفي هذا المعنى قال الدكتور عبد الحي حجازي ((الشكلية القانونية هي تلك الأوضاع التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد استثناء من قاعدة كفاية التراضي لإنشاء العقد ، بمعنى انه لا يكتفي بالتراضي بل يتطلب فوق ذلك أوضاعاً معينة يتبعها الطرفان في التعبير عن إرادتهما . وهذه الشكلية القانونية يمكن ردها الى أنواع ثلاثة : الرسمية ، والكتابية ، والعينية .....)) .د.عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٧.

١- إن العينية وبناء على إنها لا تكفي بالتراضي المجرد لإنشاء العقد ، تحقق ما تحققه الشكلية عموماً من تنبيه المتعاقد الى خطر ما يروم إجراءه من تصرف ، إذ إن تجرد المتصرف عن حيازة ماله كفيل بتوجيه نظره الى الخطر الذي ينطوي عليه تصرفه [١] .

٢- إن الالتزامات الأساسية التي تنشأ عن بعض العقود العينية بالحفظ والرد لا يتصور أن تنشأ ما لم يكن المتصرف إليه قد استلم الشيء فعلاً ، وهذا يقتضي اعتبار التسليم ركناً في العقد [٢] .

٣- إن العينية تنسجم مع طبيعة بعض العقود ، وهي طائفة العقود التبرعية التي تتنافى طبيعتها مع إمكانية إجبار المتبرع فيها على تسليم ما تبرع به بعد تمام التراضي . وعلى ذلك فليس أجدى من العينية في هذه العقود ، وهي تنفيذ الالتزام ، سبيلاً لإنشاء العقد [٣] .

٤- إن فكرة العينية التي تأخذ بها التقنينات المدنية المعاصرة ، هي من حيث التسمية والمفهوم ليست من ابتكارات الفقه القانوني الحديث بل هي في ذلك جزء من الإرث الروماني الذي انتقل الى القانون الفرنسي واقتبسته سائر التقنينات المدنية الأخرى [٤]، وكانت العينية في القانون الروماني صورة من صور الشكلية ، وان العقد العيني هو عقد شكلي يجب لانعقاده تسليم العين محل التعاقد . وان رجوع الفقه في العراق لتحديد دور التسليم في العقد العيني الى النظرية العامة في تقنيننا او الى الشريعة الإسلامية ليس بذي فائدة لكون النظرية العامة في تقنيننا خلت من الإشارة الى ((التسليم او القبض)) باعتباره من عناصر تكوين العقد وان المشرع العراقي لم ينهج في صياغته لنصوص العقود العينية النهج نفسه الذي اتبعه في

(١) د.السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٥، العقود التي تقع على الملكية ، الهبة والشركة والقرض الدائم والصلح ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢، ص ٥٤ هامش (٢) .

(٢) د.محمد علي عرفه ، شرح القانون المدني الجديد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٤٩، ص ٤٢٧ .

(٣) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط ، ج ١، المصدر السابق ، ص ٩٤ هامش (٢) . وقضت محكمة التمييز في العراق بأن ((شراء الزوج أثناء قيام الزوجية مصوغات ذهبية وتسليمها لزوجته وحيازتها لها على سبيل التملك يعتبر هبة لها لا يجوز الرجوع عنها ....)) قرارها برقم ٢٢٦/مدنيه رابعة / ٨٢-١٩٨٣في ١٩٨٢/١١/١٧ منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الرابع ، السنة الثالثة عشرة ، تشرين أول ، تشرين ثاني ، كانون أول ، ١٩٨٢ ، ص ٣٠ .

(٤) د.عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٦٣-٦٤ .

صياغة النصوص المعنية باركان العقد الأخرى من استعمال اصطلاحات مثل ((لا ينعقد)) او تعليق الانعقاد على توفر الركن ورصد البطلان كجزاء لتخلفه عموماً ، أما الشريعة الإسلامية فان تعدد المذاهب الإسلامية و الاجتهادات الفردية في المذهب الواحد ، تعد مشكلة بهذا الخصوص ، لا تحلها المادة الأولى من قانوننا المدني [1]، التي أحالت الى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي بتقييدها أن تكون هذه الأحكام ((الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين)) . ومن الفقه العراقي الذي استعان بالشريعة الإسلامية وصلوا الى نتائج مختلفة . فالبعض قرر عينية العقود في حين قال آخر برضائية هذه العقود .

الفرع الثاني

كيفية التسليم في العقد العيني

لم يحدد المشرع العراقي موقفه من كيفية التسليم في العقد العيني في ضوء اتجاهات القوانين المقارنة ، وان منهجه معيب شكلاً وموضوعاً فأما الشكل فان المشرع لم يكن مسلكه واحداً عند تنظيمه للقبض في العقود العينية ففي الوقت الذي يترك مصطلح القبض دون وصف في عقود القرض والعارية والوديعة والرهن ، وضع في الهبة نصوصاً أربعة تنظم كيفية القبض هي عبارة عن تفصيلات جزئية لا تخلو من تكرار [2].

أما العيب الموضوعي فيتمثل بعدم تحديده على وجه الدقة مفهومه للقبض ولم يضع قاعدة عامة له وان شراح التقنين [3]، تركوا هذا الأمر الى القواعد العامة المقررة في عقد البيع .

ويجدر بنا هنا التمييز بين صور أربع للتسليم وهو تمييز تقتضيه طبيعة واقعة التسليم نفسه وتحتاجه خصوصية التسليم في العقود العيني لمعرفة حصوله من عدمه ومن ثم انعقاد العقد أم لا مع بيان مفهوم القبض في الهبة في ضوء النصوص التي ساقها المشرع العراقي .

---

(١) نصت المادة الأولى من القانون المدني العراقي ((١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها او في فحواها .
٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين .....)).
(٢) د.حسن علي الذنون ، العقود المسماة (الهبة) ، مصدر سابق ، ص ١٧.
(٣) د.حسن علي الذنون ، المصدر السابق، ص ١٥. الأستاذ محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ .

١- التسليم الفعلي :-

ويحصل بانتقال حيازة العين من المتصرف الى المتصرف إليه فعلاً وهو الصورة المثلى للتسليم في العقد العيني ، أخذ المشرع العراقي بهذا النوع من التسليم في عقد الهبة إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (٦٠٧) من القانون المدني العراقي على انه ((٢- إذا وهب الدائن الدين لغير المدين فلا تتم الهبة إلا إذا قبضه بإذن الواهب)) [١] .

و اشترط القضاء العراقي أن يكون التسليم في عقد الرهن الحيازي تسليماً فعلياً فقد ورد في حيثيات قرار لمحكمة التمييز في العراق بان ((الرهن الحيازي لا يعتبر تاماً إلا بتسليم المرهون تسليماً فعلياً ....)) [٢].

٢- التسليم القانوني : -

ويتمثل بوضع المتصرف العين تحت تصرف المتصرف إليه و إعلامه بذلك دون أن تدخل فعلياً في حيازته [٣] ، ونعتقد إن هذه الصورة غير كافية لتحقيق التسليم في العقد العيني لان العين ما زالت تحت يد المتصرف وله استرجاعها ما دامت لم تدخل في حيازة المتصرف إليه [٤] .

٣- التسليم الرمزي :-

وهو تسليم مستندات تمثل العين محل التعاقد او أداة تمكن المتصرف إليه من تسلمها كتسليم مستندات البضائع المودعة او المخزونة او تسليم صكاً بمبلغ من النقود او تسليم مفاتيح المخزن الذي توجد فيه المنقولات [٥] .

ولا نرى كفاية هذا النوع من التسليم لحصول التسليم في العقد العيني ، ففي عقد البيع إن الأفضلية تكون لمستلم البضاعة نفسها على متسلم السند فقد نصت المادة (٩٥٤) من القانون المدني المصري على انه ((١- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى

---

(١) اقتبس المشرع العراقي هذه المادة من مجلة الأحكام العدلية ، إذ نصت المادة (٨٤٨) من المجلة بأنه ((من وهب دينه الذي هو في ذمة احد لآخر و أذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب فخذه فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة)) . منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٢، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص ٢٢٢.

(٢) قرارها رقم ١٢٠ /ج١/١٩٧١ في ١٩٧١/٨/٥ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، ١٩٧١ ، ص ٢٦٢ .

(٣) انظر : Marcel Planiol , Georges Ripert Traite Pratique Droit Civil Francais Tom par Andre Traspot et yron Loussouarn paris , ١٩٥٧, P.٥٠١.

(٤) حسين عذاب السكيني ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

(٥) د.عباس الصراف ، شرح عقدي البيع و الإيجار ، المصدر السابق ، ص ١٦٣. د.غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص٢٣٤. د.كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط٢، بغداد ، ١٩٧٦، ص ١٧٣ هامش(١) . د.أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، بيروت ، ١٩٨٣، ص ١٦٨ .

أمين النقل او المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضاعة ذاتها . ٢- على انه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فأن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة)) .

وكتب الدكتور فائق الشماع قائلاً [١] :((في حالة عدم تقديم نقود فعلية ..... (والاقتصار على تقديم حقوق) ذات قيمة نقدية كالشيك او الحوالة النقدية او الأمر بالنقل المصرفي ... والتطبيق المصرفي وخاصة في العراق . يعرف مثل هذه الحاله التي يصطلح عليها اسم ((الإيداع غير النقدي)) فهل ينعقد عقد وديعة النقود وتترتب آثار هذا العقد بمجرد تسليم هذه الحقوق النقدية أم بتمام استحصال قيمة هذه الحقوق النقدية من قبل المصرف ؟

ويجيب عن ذلك بالقول إن هذه الحالة غير كافية لتحقيق (اقباض المصرف لمحل عقد وديعة النقود اقباضاً يتيح إنتاج الآثار القانونية المفيدة لهذه العملية المصرفية إلا بعد استيفاء قيمتها فعلاً ، معلوم بان هذا الاستيفاء ليس بأمر حتمي دائماً فمن المتصور جداً تعذر تحقق هذا الاستيفاء ، كما لو رفض تسديد قيمة الورقة التجارية او تبين عدم وجود مقابل وفاء الأمر بالنقل المصرفي او ظهر العجز المالي للمحال عليه في الحوالة ، وفي كل هذه الأحوال تسلم المصرف للسند وتملكه له غير كاف لتحقيق قبض النقود)) .

٤- **التسليم الحكمي :** و هو تسليم يتم بمجرد تراضي العاقدين و اتفاقهما على تغيير صفة الحيازة ، وتتم في صورتين :-

<u>الأولى :-</u> ويكون المتصرف إليه حائزاً للمعقود عليه قبل العقد بصفة أخرى ثم يقع العقد فيكون المتصرف إليه حائزاً فعلياً للمعقود عليه فلا تمس الحاجة إلا الى اتفاق العاقدين على صفة الحيازة الجديدة [٢]، وقد اعتبرت هذه الصورة كافة في التسليم بوصفه ركناً حتى في ظل القانون الفرنسي الذي يشترط أن يكون التسليم فعلياً ، واخذ المشرع العراقي في تسليم الهبة بهذه الصورة إذ نصت المادة (٦٠٦) من القانون المدني العراقي بان ((إذا وهب احد ماله لمن كان هذا المال في يده ، اعتبرت الهبة مقبوضة دون حاجة الى قبض آخر)). وقد

(١) د.فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص٣٥-٣٦ .
(٢) د.السنهوري ، البيع والمقايضة ، مصدر سابق ، ص ٥٩٣.د.أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص ١٧٢.د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مصدر سابق ، ٤٤٧.د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع- الإيجار- المقاولة) ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣، ص ١٠١.

تجلى هذا واضحاً في القضاء العراقي إذ قررت محكمة التمييز في العراق ((بأنه إذا كان الموهوب له يشغل الفندق الذي وهب له أثاثه فيعتبر ذلك قبضاً للموهوب)) [١].

الثانية :- يظل فيها المتصرف حائزاً للمعقود عليه بصفة أخرى [٢] ، وهذه الصورة من التسليم ابعد ما تكون عن تحقيق التسليم في العقد العيني واخذ المشرع العراقي في تسليم الهبة بهذه الصورة أيضاً فقد نصت المادة (٦٠٤) من القانون المدني العراقي الى أنه ((يملك الصغير المال الذي وهبه إياه وليه او من هو في حجره بمجرد إيجاب الواهب ، ما دام المال في يده او كان وديعة او عارية عند غيره ، ولا يحتاج الى القبض)) .

ونرى مما تقدم إن العينية بقية من بقايا الشكليات التي كانت تسود القوانين القديمة ، والتي لم يعد لها محل او مبرر في النظام القانوني المعاصر ، لأنها تمثل قيداً على حرية الأفراد فيما يجرونه من معاملات وعائقاً أمام حرية التجارة وتطورها ومع إنها تحقق ما تحققه الشكلية من تنبيه المتعاقد الى خطر ما يروم إجراءه من تصرف ولكن من قطع العزم على التعاقد ليس من سبيل الى ثنيه عن رأيه وإعاقته عما هو بصدد إبرامه وبهذا تكون غير مجدية لتحقيق هدفها التقليدي [٣] ، فليس ثمة ما يبرر الإبقاء على هذا القيد وذلك للأسباب الآتية :-

(١) إن الأخذ بالعينية يتناقض مع ما هو سائد في القوانين المدنية الحديثة من اعتماد مبدأ الرضائية ذلك المبدأ الذي لا يوجب اشتراط صيغة معينة يفرغ فيها التراضي حتى ينشأ العقد ، وذلك نتيجة لنضج الفكر القانوني وسيادة الأفكار التي تقدس حرية الفرد فضلاً عن المقتضيات العملية المتمثلة في سرعة وكثرة ما يجريه الأفراد من معاملات [٤] .

(٢) إذا ما سلمنا مع من يرى إن مصلحة المجتمع و الأفراد أحياناً تقتضي وجوب استيفاء شكلية معينة في إنشاء بعض العقود فان العينية ليست بالصيغة المناسبة لهذا العصر ،

(١) قرارها رقم ٧٤٣/ م ١٩٧٣/٢ في ١٩٧٣/١٢/٣٠ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ص ١٦٢.

(٢) د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي ، المصدر السابق ، ص ١٠١ . د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٣٧ .د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٨. د.كمال ثروت الونداوي ، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٣) د.شمس الدين الوكيل ، الموجز في نظرية التأمينات ، دار المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ١٢٧.

(٤) د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٧١، ص ٧٣.

فإذا كانت العينية تناسب المجتمعات البدائية فان أمام المجتمعات الحديثة خيارات أفضل منها كالكتابة مثلاً [1].

ونقترح على المشرع العراقي أن ينحو منحى التقنينات المدنية الحديثة التي نبذت فكرة العينية كالقانون المصري والليبي ، إذ ليس فيهما من العينية إلا عقد واحد هو هبة المنقول الأصل فيه أن يكون شكلياً ومع ذلك يجوز أن يتم فيه التسليم ، إذ إن قيد التسليم لم يعد له محل او مبرر في ظل نظام قانوني مبني على سلطان الإرادة ذلك المبدأ الذي يجب أن يكون له الدور الأكبر في إنشاء العقد وترتيب آثاره ، فهذا القيد موروث فكرة وتسمية عن القانون الروماني ومعروف مدى التباين بين القانون الروماني والقانون الحديث ، وهو الأمر الذي يجعل العينية نظاماً غريباً وغير مبرر وعليه ندعو المشرع العراقي للنص على إن تسليم الشيء لا يعد شرطاً لازماً لانعقاد العقد واعتباره مجرد التزام ينشأ من العقد ، وبهذا النص سوف يسد المشرع نقصاً تشريعياً ويقضي على الغموض الذي يكتنف النصوص المتعلقة بالعقود العينية ويقضي أيضاً على الخلافات الفقهية العميقة حول طبيعة العقود العينية في القانون المدني العراقي .

(١) د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، ط ٤، مطبعة السلام ، مصر ، ١٩٨٧ ، ص ٨٣ .

الفصل الثاني

القيود الواردة على مضمون العقد

تمهيد وتقسيم .....

توجد هناك مظاهر عديدة ومتنوعة لتدخل المشرع الحديث في تكوين العقد ، فمنها ما هو ذو طابع شكلي ويتمثل في قيدين من القيود القانونية التي يفرضها المشرع على حرية الإرادة عند إقدامها على التعاقد وهما - كما أسلفنا - قيد التسجيل وقيد التسليم .

ومنها ما هو ذو طابع موضوعي يتمثل بقيد النظام العام [١]. ويعتبر قيد النظام العام الأداة الفعالة للحفاظ على المصالح العليا للمجتمع ، فهو يعبر عن سمو كيانه وتأكيد قوته وثباته إزاء نزعات بعض الأفراد التي تتمثل في عقود يبرمونها تهدد أسس المجتمع بالخطر ، ومن ثم تتمثل فكرة النظام العام في هذا المجال ، على إنها أداة في يد الدولة تمنع الإرادة من أن تحاول النيل من المصالح الأساسية للمجتمع [٢] وعلى الرغم من أهمية فكرة النظام العام وهيمنتها على مختلف فروع القانون فإنها من الأفكار التي كانت دائماً تستعصي على التعريف والتحديد ، لأنها فكرة غامضة مرنة ومتغيرة وهو الأمر الذي يجعلها تنفر من قيود وجمود التعريفات ، ولأهمية البحث في هذا القيد لكثرة وقوعه في الحياة العملية . ارتأيت أن اخصص له هذا الفصل لتحديد مفهوم قيد النظام العام في المبحث الأول ، ويكرس المبحث الثاني لتطبيقات قيد النظام العام .

المبحث الأول

(١) تأخذ معظم القوانين المدنية بشمول فكرة النظام العام لما يسمى بحسن الآداب كالقانون المدني الألماني الذي يجعل تسمية bonnes moeurs دالة على النظام العام والآداب معاً ، ونحن نفضل تعبير النظام العام المأخوذ به في القانون المدني العراقي إذ إن المشرع العراقي يربط بين النظام العام والآداب فهو يشير الى الآداب كلما ورد ذكر النظام العام ، وسنقتصر في هذا الفصل على إيراد تعبير النظام العام لأنه الأقرب الى التصور القانوني ليكون دالاً على النظام العام والآداب معاً .

(٢) وفي هذا المعنى قال الأستاذ كاربونيه : ((إن النظام العام يعبر عن إرادة الحياة لدى الشعب ، تلك الإرادة التي قد تهددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود ، وانه ذريعة حكومية ، تستطيع الدولة بواسطتها قمع الاتفاقات الخاصة التي تنال من مصالحها الأساسية)) .

Carbonniea .droit civil (les obligation) . ٩ee'd . Paris .١٩٦٧.P٣٨٦.

مفهوم قيد النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام قيداً على مبدأ سلطان الإرادة أسهمت في تعيين حدوده . وقد كان الدافع الى بلورة هذا القيد ما شاب المبدأ من مغالاة وتطرف من النزعة الفردية ، وما صاحبه نتيجة لذلك من تجاهل للنزعة الاجتماعية ، وبذلك دخلت هذه الفكرة نطاق العقد من بابه الواسع .فلم تعد الإرادة كافية لإنشاء التصرف القانوني ، فإنها ويجب أن تتقيد في ذلك بما يفرضه المشرع من القيود [١].فليس للإرادة أن تنشيء تصرفاً يخالف سببه او محله النظام العام والآداب . وبذلك تعد فكرة النظام العام قيداً على مبدأ حرية التعاقد ولتحديد مفهوم قيد النظام العام ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول تحديد فكرة النظام العام ، وفي المطلب الثاني تحديد العنصر المخالف للنظام العام في العقد .

المطلب الأول

تحديد فكرة النظام العام

قد لا يوجد بين مواضيع علم القانون فكرة تستعصي على التعريف كفكرة النظام العام ، وقد ذهبت جميع الجهود التي بذلت لتعريفها أدارج الرياح ، ولقد اصطلح الشراح على صعوبة إيراد تعريف للنظام العام ، فقال الأستاذ فاريل (Vareilles – Sommieres) : ((إن في محاولة تعريف النظام العام تعذيباً ذهنياً كبيراً)) [٢].

وقال الأستاذ بيودانت (Beudant) : ((ليس كفكرة النظام العام فكرة تتأبى على التعريف الدقيق)) [٣].

ويعلل البعض صعوبة تعريف النظام العام للغموض الذي يحيط به فبهذا الصدد قال الأستاذ جابيو (Japiot) : ((إن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به . فمن مظاهر سموه انه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه)) [٤].

---

(١) د.عبد الفتاح حجازي ، أزمة العقد ، مصدر سابق، ص ٢٤٣. د.سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ط١، ١٩٨٢، ص ٢٤٧. جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٤٥.

(٢) أشار إليه الأستاذ محمد احمد ربيع ، الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، عدد ١ ، سنة ٧ ، ١٩٦٣ ، ص ٤٠ .

(٣) أشار إليه د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، الالتزام في ذاته ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٤، ص ١١٣ .

(٤) أشار إليه د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ط٣، مطابع دار الكتب العربي ، مصر ، ١٩٥٩، ص ١٠٦.

وإذا كان تحديد فكرة النظام العام على هذه الدرجة من الصعوبة ، لذلك سنبحث محاولات تحديد فكرة النظام العام في الفقهين الغربي والعربي ، وسنحاول أن نوضح بعض هذه المحاولات ، مع بيان أوجه النقد فيها ، وسنتناول أولاً المحاولات في الفقه الغربي وثانياً المحاولات في الفقه العربي .

الفرع الأول

محاولات **تحديد** النظام العام في الفقه الغربي

اتجه الفقه الغربي الى عدة محاولات لتحديد النظام العام ابرز تلك المحاولات ..

أولاً – محاولة دمولوب (Demolobe) .

يميز هذا الفقيه بين القانون العام الذي غايته المباشرة او غير المباشرة النفع العام وبين القانون الخاص الذي غايته منفعة خاصة للأفراد وبالتالي فان النظام العام يتعلق بالأول دون الثاني [1]. ونعتقد إن هذا المحاولة لا تعطي معنى محدد للنظام العام بل على العكس من ذلك تضعنا في حلقة مفرغة إذ إن معرفة النظام العام يتم بواسطة النفع العام وان النفع العام هو غاية النظام العام دون أن يحدد المقصود بالنفع العام بالإضافة الى إن القانون الخاص الذي غايته النفع الخاص محل شك إذ قد يحصل إن القانون الخاص يحقق النفع العام أكثر من القانون العام لذلك لم يكن (دمولوب) موفقاً في محاولته .

ثانياً – محاولة هنري ماسون (Masson) .

أقام ماسون نظرية النظام العام على فكرة حماية الحقوق وتحديدها وعنده إن الحماية والتحديد هو الدور المزدوج لفكرة النظام العام ، ففي كل نظام اجتماعي مؤسس تأسيساً جيداً لا يكون تحديد الحقوق اقل أهمية من ضمان مباشرتها [2].

وفكرة النظام العام ليست بسيطة بل توجد فيها عناصر من طبيعة مختلفة بعضها ثابت لا يتأثر بالظروف الخاصة بتطور المجتمع ذاته وبعضها قابل للتأثر بهذه الظروف .

والنوع الأول – يقدمها القانون باسم النصوص الآمرة والناهية ويسمي (ماسون) النصوص الآمرة بالمثبتة وهي إما مثبتة لمبادىء آمرة وإما لقرارات ، ويقسم النصوص

---

(١) Demolombe , cours de droit Naple'on ,Paris, ١٩٣٠,P.٢٤-٢٥.

(٢) Masson , La notion de l'ordre public .the'se , Paris ,١٨٩٩,P.٦٠-٧٠.

الناهية الى مانعة ومقيدة للحق [١] .

ولم تسلم محاولة (ماسون) هذه من النقد ، إذ يرى البعض [٢]. إن ما اختاره هو تقسيم تحكمي وان كانت اصل الفكرة التي تقول إن النصوص الآمرة والناهية هي التي تدل على النظام العام فكرة صحيحة فمن التحكم القول إن النصوص التي تعطي المبادىء تختلف عن النصوص التي تدل على القرارات الآمرة والصحيح إن كلا النوعين يعطي مبادىء قانونية واحدة ، كما انه تحكمي لأنه حصر صيغ النهي بالمنع في إقامة الدعوى وتقيد الحق ، كما إن هذا التقسيم ، يشعر بأنه ما عدا الصيغ التي ذكرها لا تدخل في النصوص التي تدل على النظام العام .

والحقيقة إن المشرع لم يلتزم صيغاً معينة للدلالة على النصوص التي تهم النظام العام ، وان كان الغالب هو ما ذكره ماسون .

وأخيراً فانه لا يمكن التسليم بالأساس القانوني بنظرية (ماسون) فليس صحيحاً إن النظام العام هو التحديد والحماية ، فعلى سبيل المثال ليست السلطة الأبوية والزوجية وحرية التعاقد أصبحت من النظام العام لان طبيعتها التحديد والحماية .

بل لان المشرع أراد لها أن تكون كذلك ، كما إن التحديد والحماية موجودان في النصوص التي لا تعد من النظام العام لان طبيعة القانون تحديد الحقوق ، ويأتي حفظ او حماية الحقوق نتيجة لهذا التحديد ، فالقانون يحدد العقد بنصوصه وبالشروط التي يضعها الطرفان وتكون نتيجة هذا التحديد حماية الالتزامات المتقابلة من العبث بها من أطراف التصرف القانوني وعلى هذا فان (ماسون) قد خلط في نظريته بين غاية النصوص القانونية ونتيجتها والنظام العام [٣].

ثالثاً: - محاولة كابيتان (Capitant)

قسم كابيتان النصوص القانونية على ثلاثة أقسام : -

القسم الأول – النصوص التفسيرية لإرادة الطرفين .

القسم الثاني – النصوص الآمرة والناهية .

القسم الثالث – النصوص التنظيمية .

---

(١) Masson ,OP .cit,P.٦٥.

(٢) د.عبد الله الجليلي ، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او للآداب في القانون المدني ، المطبعة العالمية ،القاهرة ، ١٩٥٨، ص ٦٤.

(٣) د.عبد الله الجليلي ، المصدر السابق ، ص ٦٥.

القسم الأول : - النصوص التفسيرية :

هي التي يمكن للأفراد أن يستبعدوا تطبيقها ليضعوا غيرها تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة [١].

القسم الثاني : - النصوص الآمرة والناهية :

ويتضمن القانون بجاب النصوص السابقة نصوصاً آمرة مجبرة ، والبواعث التي تحدو بالمشرع لفرض هذه القواعد هي ضمان صيانة النظام العام يعني النظام الضروري للتنظيم الاجتماعي واحترام الآداب وحفظ الأشخاص من الأضرار التي تحصل بدون وجه حق التي يمكن أن يسببها المتصرف في بعض الظروف .

هذا النوع الثاني من النصوص يجب أن تكون بالضرورة نصوصاً آمرة لأنه من الواضح إن هذا الأسلوب يفقد غايته إذا كان من الممكن استبعاده بإرادة العاقدين ، ويرى (كابيتان) انه توجد في الصيغ الآمرة والناهية مواد كثيرة جداً غايتها إيجاد طريق لحماية الحقوق .

وباختصار إن النصوص الآمرة في القانون الخاص هي إما نصوص من النظام العام او نصوص لحماية المنفعة الخاصة [٢].

القسم الثالث : النصوص التنظيمية :

وهذا النوع الثالث من النصوص تتعلق في مواضيع لا يكون للإرادة أي دور فيها فقد تظهر في الحياة القانونية مسائل لا يكون لإرادة المتعاقدين أن تقطع فيها برأي لأنها تظهر تحت شكل نزاع بين منافع شخصين لم يكونا متعاقدين بمعنى إن النزاع يرجع الى مصالح خاصة و لأجل حل الأمر يقارن المشرع بين هذه المصالح ويوازن بينها ثم يعطي الرجحان للذي يظهر انه أحق بالحماية هذه الأوامر القانونية المستوحاة من اعتبارات العدالة تكون نوعا يتميز عن النوعين الأولين فهي ليست مفسرة و لا آمرة لأنها تنظم المسائل التي تحصل بين الأشخاص الذين لم يتعاقدوا فيما بينهم [٣].

وأخيراً نرى (كابيتان) يعرف النظام العام بأنه : ((النظام في الدولة ، يعني تنسيق للنظم ، وتنظيم للقواعد القانونية التي هي ضرورة للدولة في استعمالها وعملها . فكلمة النظام العام تدل على فكرة تنظيم منطقي وعلى فكرة التدرج في النظم التي تعطي الى المجموع الوحدة

---

(١) Capitant , introduction a'l 'etude de droit ,٤ e'ed, Paris,١٩٢٥ , P.٦٠.

(٢) Capitant ,op.cit,P.٦٦.

(٣) Capitant ,op.cit,P.٧٠.

والحياة)) [١].

وترد لنا بعض الملاحظات على نظرية الفقيه (كابيتان) .

قد خرج الفقيه كابيتان على التقسيم التقليدي للتمييز بين القواعد القانونية (الآمرة والمفسرة) بتقسيم النصوص على ثلاثة أقسام إذ أضاف الى النصوص (الآمرة والمفسرة) النصوص التنظيمية ولكن لم يذكر لنا طبيعة هذه النصوص التنظيمية .

وقد جعل النصوص الآمرة نوعين ، نوع يعد من النظام العام ونوع لا يعد منه ولم يضع معياراً للفصل بينهما او وضع حكماً معيناً يخص كل قسم .

أما بالنسبة الى تعريف (كابيتان) للنظام العام فانه تعريف غامض لأنه يركز على هدف القانون هو تنسيق للنظم وتنظيم القواعد بين الأفراد لتحقيق الوحدة واستقرار الحياة .

أي انه لم يعرف النظام العام بل وضح الهدف من القانون ، لذلك لم يكن كابيتان موفقاً في محاولته لتحديد النظام العام .

رابعاً : محاولة سوميير (Varilles- Sommieres) .

يرى فاريل – سوميير إن النصوص القانونية كلها تهم النظام العام ولا يمكن مخالفة أي قانون . واعتمد في تأييد رأيه على اللغة الدارجة في إن النظام العام يدل على الأمن العام .

كما انه يبرر رأيه بفكرة فلسفية إذ يقول :

((إن النظام العام معناه الترتيب المعقول لكل الأشياء في الأمة وان هذا الترتيب لا يحصل إلا بشرطين أن ترشد القوانين الى هذا الترتيب وان تكون مطاعة ، ويستخلص من إطاعة القوانين إن كل نصوص القوانين تؤثر في حياة المجتمع فكل مخالفة لها اعتداء على النظام العام)) [٢].

وينتقد الأستاذ مارميون (Marmion) محاولة فاريل سوميير إذ يراها غير صحيحة وبهذا الصدد يقول [٣] :

إن سوميير يفترض إن تعبير النظام العام يحوي نفس المعنى في الفلسفة والقوانين ، فهل هذا صحيح أم خطأ ؟

ويجيب (مارميون) :

---

(١) Capitant ,op.cit,P.٦٥.
(٢) نقلاً عن Marmion , les lois de lo'rdre puplic,th'ese ,Paris,١٩٢٤,P.٢٢.
(٣) Marmion , op.cit, P.٢٣-٢٥.

نحن لا نعلم ولكن هناك شيئاً واحداً أكيداً هو إن الكلمات تتغير غالباً بحسب المواضع التي تستعمل فيها .... فالقانون الذي هو علم من العلوم له مصطلحاته المعقدة القائمة بذاتها ، فالذي يعتقد انه قد كون لنفسه فكرة محددة عن نظرية الالتزامات التضامنية من دراسته العميقة للتضامن الأخلاقي يكون قد اخطأ خطأ جسيماً والأمر كذلك بالنسبة لتحليل ما وراء طبيعة النظام العام فقد لا يمكن أن تنكشف أسرار النظام العام [١].

ويرى أيضاً إن من الواضح إن القانون قد وجد لتستفيد منه العامة وبموجب بعض الشروط يستطيع الكل التمسك به لأنه طالما يخاطب أفراد الجماعة فوجوده يهم المجموع .

ويقول مارميون : نعلم وكذلك الكل ، انه منذ وجدت فكرة القانون فان الجماعة لا يمكن أن تعيش دون قضاء ودون قانون مدني ، فإذا فهم هذا فأن المواطن العادي لا يستطيع أن يحل البرلمان ويلغي يعدل ويصدر القوانين دون اعتباره مستبداً او مختل الشعور فعندما يفرض القانون أمراً على المستفيد منه لا يمكنه التنازل عنه ، فبعض القوانين توجد حقوقاً لا يمكن التنازل عنها دون المساس بالنظام العام فهي تتميز من غيرها فيجب الاعتراف بان لها ميزة خاصة كونها تهم النظام العام في وجودها وفي تطبيقاتها على كل حالة معينة فهذه النصوص القانونية هي التي تعينها المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي [٢] .

خامساً : محاولة جيليو دي لامور انديير (Julliot de la Morandiere) .

يرى الفقيه (جيليو دي لامور انديير) إن النص التشريعي غير دقيق في تحديد حالات النظام العام .

لان المشرع يحدد النظام العام بعبارات عامة ومجردة ، فلذلك كان لابد من وجود هيئة مختصة بنظر الحقائق العملية تستطيع أن تقول إن الاتفاق مخالف للنظام العام أم موافقٌ له [٣].

ويرى (لامور انديير) إن هذه الهيئة هي القضاء ، لذا فان هناك في الحقيقة نظاماً عاماً يحدده المشرع كما إن هناك نظاماً عاماً يحدده القاضي أما النظام العام التشريعي فهو عام ومجرد بينما يكون النظام العام القضائي خاصاً وواقعياً ولا خوف من تعسف القاضي إذ إن مسألة تحديد النظام العام تعتبر مسألة قانون لا واقع ، ومن ثم لا تترك لهوى القاضي مهما

---

(١) Marmion , op.cit, P.٢٦.

(٢) Marmion , op.cit, P.٣٢.

(٣) Julliot de la morandiere ,lanotion d'ordre puplic dans le droit prive .cours de doctoreat ,Paris.١٩٥٠-١٩٥١, P.١٥٥.

كانت ميوله وأفكاره لخضوعها لرقابة محكمة التمييز [١].

وإذا كان الأستاذ (جيليو دي لامور انديير) مصيباً في إن النص التشريعي لا يشمل على جميع حالات النظام العام وذلك لأنه لا يستطيع أن يستوعب التطورات التي تحدث في الحياة ، إلا انه ليس صحيحاً تقسيم النظام العام على تشريعي وقضائي إذ كلاهما وجهٌ لحقيقة واحدة فعلى القاضي تطبيق القانون ، وبذلك فهو يعمل على حماية النظام العام التشريعي عن طريق تحديد ما يعتبره من النظام العام او ما لا يعتبره منه ، وبالتالي ينزل جزاء القانون فيما يخالف النظام العام لا أن يضع نظاماً عاماً قضائياً فهو بهذه الحالة يصبح مشرعاً وبالتالي يتدخل في عمل المشرع وهذا لا يجوز لا نه يتعارض مع مبدأ فصل السلطات [٢] .

ولكن قد تستقيم نظرية الأستاذ (لامور انديير) مع القانون الإنكليزي الذي يأخذ بنظام السوابق القضائية والبلاد الأخرى التي تأخذ بها إذ إن القضاء يستطيع أن يخلق او ينشأ نظاماً عاماً قضائياً وذلك من خلال السوابق القضائية التي تعتبر لها قوة التشريع في تلك البلاد . أما الدول الأخرى التي لا تأخذ بالسوابق القضائية فالمبدأ العام في تحديد النظام العام يرجع الى المشرع سواء كان هذا التحديد صريحاً أم ضمنياً .

سادساً : محاولات أخرى لتحديد النظام العام :

لم تقف محاولات الفقه في تحديد النظام العام في ضوء المحاولات السابقة بل ما زال الفقه يسعى جاهداً لمحاولة تحديد النظام العام ، فقد عرفه الفقيه (ديموج) DEMOGUE بقوله ((النظام العام هو مجموعة الأفكار التي ألتزمتها الجماعة على اعتبارها عنوان الحقيقة ونبذت كل حرية في شأنها)) [٣].

وعرف العميد (ديكي) Duguit بقوله :

((إن النظام العام هو المصلحة الاجتماعية على أي نحو ينظر إليها)) [٤].

وعرفه أيضاً الأستاذ (مالوري) Malaurie بقوله :

((استخدام او إعمال النظم القانونية الضرورية للجماعة بصورة طيبة)) [٥].

---

(١) Julliot de ,op.cit.P.١٥٧.

(٢) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، النظام العام العقدي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٦.

(٣) ديموج ، النظام العام ، ج٢ ، فقرة ٨٤٦، ص ٧٤٥ . أشار إليه د.أنور سلطان ، المبادىء القانونية العامة ، ط ٣، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨١، ص ٥٧.

(٤) Duguit , lecons de droit puplic 'gen'erai , Paris,١٩٢٦,P.٣٤.

(٥) malaurie , Philippe ,l'ordre puplic et contrat ,Reims,١٩٥٣,P.٦٩.

وعرفه كذلك الفقيه (هيمار) Hiamere بقوله

((مجموع القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة)) [١].

وعرفه الفقيه (لويس لو كاس) بقوله

((بأنها القواعد التي يراد بها احترام ضرورة اجتماعية جوهرية)) [٢].

بينما عرفه الفقيه (بارتان) Bartin بقوله

((النظام العام في تشريعيه ما هو إلا مجموعة القواعد التي لا يجوز استبعادها او تعديلها بالاتفاق أي إن قواعد النظام العام هي القواعد الآمرة)) [٣].

وقد اتجه الفقهاء البلجيكيون اتجاهاً آخر في تحديد النظام العام فقالوا :

إن القانون الذي يعتبر من النظام العام هو الذي يمس المصالح الجوهرية للدولة.

فقال الأستاذ البلجيكي (دي باج) Depage :

((إن القانون الذي يعتبر من النظام العام هو القانون الذي يمس المصالح الجوهرية للدولة او للمجتمع ، وهو الذي يحدد في القانون الخاص الأسس القانونية الجوهرية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والخلقي لمجتمع معين)) [٤].

ويؤيد الأستاذ البلجيكي (رينه ديكر) هذا الرأي وبهذا الصدد يقول ((إن القانون الذي يعتبر من النظام العام هو الذي يمس المصالح الجوهرية للمجتمع)) [٥].

إن التعاريف التي أوردناها تمثل بعض [٦]. التعاريف التي طرحت في الفقه الغربي لتعريف وتحديد فكرة النظام العام في نطاق القانون المدني .

والملاحظ على هذه التعاريف إن قسماً منها خرج من نطاق القانون الى مجال الفلسفة مثل التعريف الذي أورده الفقيه الفرنسي (ديموج) .

بينما اتجه البعض الى إيراد التعريف دون بيان المقصود منه فما المقصود بالمصلحة

---

(١) هيمار ، الموجز في القانون المدني ، ج١ ، فقرة ١١٨. أشار إليه د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، مصدر سابق ، ص ١١٤.

(٢) لويس لوكاس ، القانون الدولي الخاص ، ١٩٣٣، ص ٥. أشار إليه د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٩، ص ١٢٣.

(٣) بارتان ، مبادىء القانون الدولي الخاص ،ص ٩١.أشار إليه د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠.

(٤) دي باج ، شرح القانون المدني البلجيكي ، ج ١، ص ٨٧. أشار إليه د.عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٨٠.

(٥) Rene Dekkers ,precis de droit civil belge,T.٢,١٩٥٥,P.١٦-١٧.

(٦) بالنظر الى كثرة التعاريف التي طرحها الفقه الغربي لا يمكننا الاحاطة بها جميعاً ، لذلك تناولنا أهم المحاولات الفقهية لتحديد وتعريف النظام العام . ولمزيد من هذه التعاريف ، انظر ما أورده الأستاذ (فيليب مالوري) في مؤلفه النظام العام والعقد (ص ٢٦١-٢٦٣) من تعريفات كثيرة لفكرة النظام العام .

الاجتماعية فهو بذلك قد أثار المشكلة بدلاً من حلها كالتعريف الذي أورده الفقيه (ديكي) .

والتعريف الذي أورده (مالوري) لم يوضح ما هي النظم الضرورية للجماعة وهل هناك نظم قانونية غير ضرورية ؟

والتعريف الذي أورده (لويس لوكاس) لم يبين المقصود بالضرورة الاجتماعية الجوهرية التي يجب احترامها وهل هناك في القواعد القانونية ما يعد ضرورة اجتماعية جوهرية وضرورة غير اجتماعية ؟

وكذلك التعاريف التي أوردها الفقهاء البلجيكيون ، إذ لم يوضحوا ما المقصود بالمصالح الجوهرية للدولة او المجتمع ، وكذلك حصر فكرة النظام العام في إطار القانون الخاص .

ونخلص مما تقدم بان فكرة النظام العام فكرة تتأبى على التعريف الدقيق ولا يمكن الاعتماد على تعريف من التعاريف المذكورة ليكون التعريف الشامل المحدد لفكرة النظام العام للأسباب التي ذكرناها .

الفرع الثاني

محاولات **تحديد** النظام العام في الفقه العربي

بعد أن تناولنا محاولات تعريف النظام العام في الفقه الغربي فمن الضروري أن نبين محاولات تعريف النظام العام التي طرحها الفقه العربي ويبدو إن تلك المحاولات تتبلور في اتجاهين : -

<u>الاتجاه الأول :-</u> يذهب أنصار هذا الاتجاه الى تعريف فكرة النظام العام وحصرها في نطاق تعريف معين ، يكون معياراً مرناً لتحديد النظام العام ويقف هذا المعيار على ما يسود الجماعة من مصالح عليا أساسية تهيمن على جملة التشريع السائد في مجتمع معين .

فقد عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه :

((مجموعة القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ، سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية او اقتصادية او سياسية . فلا يجوز للأفراد مخالفة هذه القواعد باتفاقات خاصة بينهم)) [1].

وعرفه الدكتور (عبد الحميد الشواربي) بأنه :

((القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ، سياسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام

(١) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٥٧-١٥٨.

المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد)) [١].

وعرفه (د. جلال علي العدوي) بأنه :

((مجموعة الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع ، والتي يتعارض الإخلال بها مع الصالح العام الذي يجب تقديمه على الصالح الخاص)) [٢].

وعرفه كذلك د.(عبد الله الجليلي) بأنه :

((المبادىء القانونية التي لا يمكن للأفراد مخالفتها وان خالفوها كان جزاء تصرفهم البطلان)) [٣].

وعرفه (د.سليمان مرقس) بأنه :

((القواعد الملزمة التي لا يجوز مخالفتها لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا في تنظيم نشاط معين على وجه خاص)) [٤].

وعلى هذا النهج عرف د. (منصور مصطفى منصور) النظام العام بأنه :

((مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت أسساً سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم خلقية او بتعبير آخر هو المصالح الأساسية او الجوهرية للمجتمع سواء كانت مصالح سياسية أم اقتصادية او اجتماعية او خلقية)) [٥].

وعر ف الأستاذ (محسن ناجي) النظام العام بأنه :

((فكرة تستند الى مصلحة اجتماعية او سياسية او اقتصادية او أخلاقية تجد منه هذه الاعتبارات طريقها الى القانون)) [٦].

وعرفه أيضاً د. (احمد مسلم) بان :

((النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون او احترام أفكار دينية أساسية معينة او عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية او الرأسمالية او نحوهما من المذاهب و الأفكار الاقتصادية كالعدالة

(١) د.عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦، ص ٦٧٢.
(٢) د.جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٦٦، ص ١١٢.
(٣) د.عبد الله الجليلي ، مصدر سابق، ص ٧٠.
(٤) د.سليمان مرقس ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٥٢، ص ٦٨-٦٩.
(٥) د.منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، ١٩٦٠،ص ٦٢.
(٦) المحامي محسن ناجي ، اثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد ، بحث منشور في مجلة القضاء ، عدد ١، سنة ٢٤، ١٩٦٩، ص ١٨.

الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك بل إن الآداب العامة تعتبر في مستلزماتها الأساسية من عناصر النظام العام في الدولة)) [1] .

والملاحظ على هذه التعاريف إنها تعرف النظام العام بأنه مصلحة قد تكون مصلحة عامة كما في تعريف الدكتور (السنهوري) والدكتور (عبد الحميد الشواربي) والأستاذ (محسن ناجي) أو مصالح جوهرية كما في تعريف الدكتور (منصور مصطفى) دون بيان وتحديد المقصود بهذه المصلحة العامة أو المصالح الجوهرية .

وكذلك الحال بالنسبة الى الدكتور (جلال علي العدوي) إذ عرفها بأنها مجموعة الأسس دون بيان مفهوم الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع ؟

وهذه المصطلحات التي استخدمها هذا الجانب من الفقه لتعريف النظام العام تؤدي الى إثارة المشكلة بدلاً من حلها .

وذهب الجانب الآخر من الفقه الى حصر النظام العام بالقواعد القانونية الآمرة كالتعريف الذي أورده الدكتور (سليمان مرقس) والدكتور (عبد الله الجليلي) .

ونحن نتسأل هل القواعد المفسرة او القانون بصورة عامة لا يمثلان إرادة المجتمع والقواعد الآمرة وحدها تمثل إرادة المجتمع ؟

أما تعريف د. (احمد مسلم) فان هذا التعريف ينطوي على إسهاب كثير للاحاطة بهذه الفكرة دون التركيز على مضمون وتحديد النظام العام وعليه لا يمكن الاعتماد على تعريف من بين التعاريف المذكورة ليكون التعريف المحدد لفكرة النظام العام .

الاتجاه الثاني :- ويذهب هذا الاتجاه الى صعوبة تعريف فكرة النظام العام وحصرها في نطاق تعريف معين ، يمكن من خلاله تحديد النظام العام ويرى أنصاره إن خير سبيل لتحديد النظام العام هو إيراد تطبيقات عملية له .

وبصدد ذلك يعلق الدكتور (عبد المجيد الحكيم) قائلاً : (قد لا يوجد بين مواضيع علم القانون فكرة تستعصي على التعريف كفكرة النظام العام وقد ذهبت جميع الجهود التي بذلت لتعريفها أدراج الرياح ..... ولما كان تحديد فكرة النظام العام على هذه الدرجة من الصعوبة ، فان إيراد تطبيقات عملية لها خير سبيل لتحديد المراد منها)) [2].

---

(١) د.احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٦، ص ٢٠٣.

(٢) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، مصدر سابق، فقرة ٥٢١-٥٢٨، ص ٣٧٩-٣٨٧.

ويعلق الدكتور (مالك دوهان الحسن) قائلاً : (إن فكرة النظام العام هي فكرة غامضة مرنة ومتغيره بتغيير الزمان والمكان . الأمر الذي يجعلها تنفر من قيود وجمود التعريفات ، لذلك ذهبت جميع الجهود التي بذلت لتعريفها أدراج الرياح)) [١].

ويرى الدكتور (غني حسون طه) بأنه :

((على الرغم من أهمية فكرة النظام العام وهيمنتها على مختلف فروع القانون فإنها من الأفكار التي كانت دائماً تستعصي على التعريف والتحديد.....فظاهر انه من الصعب تحديد وتعريف فكرة النظام العام على وجه دقيق ، وبهذا فلم يكتب النجاح لجميع المحاولات التي بذلت في سبيل ذلك ..... انه ليس هناك تعريف يمكن بواسطته تحديد فكرة النظام العام تحديدا كافياً ومطلقاً)) [٢] .

ويرى أيضاً الدكتور (عباس الصراف والدكتور جورج حزبون) بأن

((اختلاف التعريفات جعل من الصعب تحديد فكرة النظام العام على وجه دقيق والأفضل في سبيل تحديد فكرة النظام العام إيراد بعض التطبيقات بشأنها ....)) [٣].

ويرى كذلك الدكتور(حسن علي الذنون) بان (الأفكار العامة الشائعة التي تتجافى طبيعتها عن أن تنحصر في حدود ضيقة أكثر الأفكار صعوبة في التعريف ، وابرز شاهد على ما نقول فكرة النظام العام إذ يكاد يكون تعريفها تعريفاً جامعاً مانعاً من المستحيلات)) [٤].

وبالمعنى نفسه يذهب الدكتور (عبد الحكم فوده) قائلاً: ((إن فكرة النظام العام فكرة مرنة مطاطة ، محل اختلاف شديد بين الشراح ، فتعددت بسبب ذلك تعريفاتهم للنظام العام . ولم يتفقوا على نطاق واحد محدد لفكرة النظام ... ومن المفيد لإيضاح هذه الفكرة ذكر التطبيقات لها)) [٥].

ومن جانبنا نرى إن محاولة تقريب فكرة النظام العام الى الذهن أسهل من محاولة تعريفها .....

لان فكرة النظام العام هي فكرة عامة تنفر طبيعتها من كل تعريف إذ يلاحظ على

---

(١) د.مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، فقرة ٢٦٤، ص٣٨٢.

(٢) د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٧١، ص ٢٣٢- ٢٣٣.

(٣) د.عباس الصراف و د.جورج حزبون ، المدخل الى علم القانون ، مكتبة دار الثقافة ، عمان – الأردن ، ١٩٩٧، ص ٣٦.

(٤) د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، مصدر سابق ، ص ١٢٣.

(٥) د.عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، ط٢، دار الفكر والقانون ، ١٩٩٩، فقرة ٢١٦، ص ٢٠٢-٢٠٣.

التعابير المستعملة في تعريف النظام العام تنوعها واختلافها من تعريف الى آخر ...

فقيل إن النظام العام عبارة (قواعد [١]. أو نصوص [٢]. او مبادىء[٣] او فكرة[٤] .او نظام [٥]) .

وهذا مما يدل على عمق غموض مصطلح النظام العام ، وان السبيل الوحيد لإيضاح مفهومها هو الاكتفاء بضرب الأمثلة عنها .

وحسناً فعل المشرع العراقي في عدم ذكر تعريف للنظام العام واكتفى بإيراد بعض التطبيقات عليها ويلاحظ كذلك إن المشرع العراقي لم يحاول حصر ما يعد مخالفاً للنظام العام في الفقرة (٢) من المادة (١٣٠) منه بل مثل لما يخالف للنظام العام إذ نصت ((ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)) .

وبهذا فان المشرع العراقي قد ترك فكرة النظام العام لتستوعب متغيرات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وهذا ما نؤيده .

المطلب الثاني

تحديد العنصر المخالف للنظام العام في العقد

لقد اختلفت التشريعات في تحديد النطاق الحقيقي للمشروعية في العقد ، ونتيجة لذلك اختلفت آراء الفقه ، فمنهم من قال بان مخالفة النظام العام تظهر دائماً في المحل ، ومنهم من قال بأنها تظهر دائماً في السبب ، وذهب البعض الآخر للقول بأنها تظهر في نتيجة العقد وعليه فان الدراسة في هذا المطلب ستنقسم على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول النظام العام يتعلق بالمحل وفي الفرع الثاني النظام العام يتعلق بالسبب وفي الفرع الثالث ، النظام العام يتعلق بنتيجة العقد .

---

(١) انظر التعريف الذي أورده (هيمار) Hiamere وكذلك تعريف (بارتان) Bartant .
(٢) انظر تقسيم (كابيتان) Capitant .
(٣) انظر التعريف الذي أورده الدكتور (عبد الله الجليلي) .
(٤) انظر تعريف الذي أورده (ديموج) Demogue
(٥) انظر تعريف الذي أورده (كابيتان) Capitant .

الفرع الأول

النظام العام يتعلق بالمحل

يتجه بعض الفقه [١]. للقول بان مخالفة النظام العام تكون في المحل دائماً وأبداً، واستند هذا الاتجاه الى نص المادة (١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه ((الأشياء القابلة للتعامل وحدها هي التي تكون محلاً للعقود)) [٢]. ويقابل هذا النص في القانون المدني العراقي المادة (١/١٣٠) والتي تنص ((يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او الآداب و إلا كان العقد باطلاً)) [٣].

واضح من النصين إن هناك اختلافاً جوهرياً بينهما ، فالعقد في القانون المدني العراقي يبطل إذا كان المحل مخالفاً للنظام العام ، بينما ظاهر النص في القانون المدني الفرنسي يوحي بان المشرع الفرنسي لم يأخذ بمخالفة المحل للنظام العام معياراً للمشروعية [٤]. فعلى سبيل المثال إن القانون الفرنسي يسمح بان يوصي شخص (بعد وفاته) بعينيه لمؤسسة عامة ، او خاصة لاستعمالها في ترقيع القرنية عند المكفوفين ،وذلك بقانون ٧ يوليو ١٩٤٩ ، بينما لا يجوز أن يكون أي عضو في الجسم محل تعامل بعوض [٥] .

فالمثال هنا واضح منع التعامل في محل معين على وجه معين ، والسماح به على وجه آخر ، وكذلك المواد المخدرة يمنع التعامل بها كأصل . ولكنها تدخل في دائرة التعامل إذا استعملت للعلاج [٦] . ثم إن الأصل في الأشياء الإباحة ومن ثم لا يكون منها محرماً إلا ما حظر القانون على الأفراد التعامل به ، مثل الأشياء العامة ، والأموال الموقوفة ،و المواد المخدرة ، و كذلك يعتبر خارجاً عن التعامل جسم الإنسان ، إلا إن هناك تصرفات تتعلق بجسم الإنسان تصح إذا كانت بغير عوض ، وتبطل إذا وقعت بعوض إذ لا يجوز على الراجح من

---

(١) Jean Hauser ,order puplic et bonnes moeurs, Bordaux dalloze. ١٩٧٥.n.٨٤ .

- Huc ,commentaire th'eorique et partique dudriot civil ,١٩٨٠,n.٧٥.

(٢) نصها في الفرنسي : Iln'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent etre l'objet des conventions .

(٣) تقابلها المادة (١٣٥) مدني مصري (موافق) ، م (١٦٣) أردني (موافق) ، م (١٣٦) سوري (موافق) ، م (١٣٥) ليبي (موافق) .

(٤) جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢. حسين عبد الله الكلابي ، مصدر سابق ، ص ١٣٦.

(٥) Jean Hauser ,op.cit .n.٨٥

(٦) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، مصدر سابق ، ص ٣٩٨.

الأقوال أن يبيع الشخص جثته ، ولكن له أن يتبرع بها [١].

لذلك فشرط مشروعية المحل لا يغني عن شرط مشروعية السبب فان هناك أشياء قد تكون محلاً للالتزام يمنع التعامل بها . ويكون السبب مع ذلك مشروعاً ، فيمنع التعامل بالمخدر بالبيع على وجه العموم ، ولكنه يجوز للاستطباب ، وهذا ما دعى أنصار مشروعية السبب بالقول بان المحل لا يعتبر ضابطاً كاملاً للمشروعية لأنه يتأثر بالسبب .

الفرع الثاني

النظام العام يتعلق بالسبب

يتجه بعض الفقه [٢]. الى إثارة مشكلة المشروعية في ركن السبب بأنه يظهر دائماً في السبب ، ويستند هذا الاتجاه الى نص المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي التي تنص ((السبب يكون غير مشروع إذا حرّمه القانون ، او إذا كان مخالفاً للآداب او للنظام العام)) [٣].

يقابل هذا النص في القانون المدني العراقي المادة (١٣٢/ ١) التي تنص ((١- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالف للنظام العام او الآداب)) .

كما يستند أنصار هذا الاتجاه الى لجوء المحاكم الفرنسية دائماً الى فكرة عدم مشروعية السبب لتطبيق المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي [٤] التي تنص ((كل اتفاق خاص

---

(١) د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٨٨. د.جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، مصدر سابق ، ص ١١٤.

(٢) ريبير ، دروس للدكتوراه ، سنة ١٩٢٩- ١٩٣٠، ص ٨٢.جوسران ، نسبية الحقوق ، سنة ١٩٤٩ ، فقرة ١١٤، ص١٥٦. أشار إليها جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ .

(٣) نصها بالفرنسي :

Art . ١١٣٣ – La cause est Illicit quand elle est prohlbe'e par la loi , quand elle est contralre aux bonnes moaurs ou d lo'rdre puplic .

(٤) إذ قضت محكمة النقض الفرنسية ((عقد الوساطة في الزواج ، عقد سببه غير مشروع وان كان المحل مشروعاً ، فإذا فإذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لان الوسيط قد يحمل على ركوب طرق الغش والخديعة حتى يتم الزواج فيأخذ أجره)) .

نقض مدني فرنسي ١٨٥٥/٥/١ داللوز ٥٥-١-١٤٧ . أشار إليه د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ص ١٦٨.

وقضت كذلك ((يبطل عقد القرض إذا كان قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ، ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة او لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة او لم يكن يستفيد)) .

نقض مدني فرنسي ١٨٩٢/٧/٤ داللوز ٩٣-١-٥٠٠ أشار إليه د.عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٧٤.

وقضت أيضاً ((يبطل التبرع إذا اقترن بشرط غير مشروع وكان هذا الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد ، أما إذا لم يكن الشرط هو الدافع فانه يبطل الشرط ويبقى التبرع طبقاً لأحكام المادة (٩٠٠) من التقنين المدني الفرنسي ، نقض مدني فرنسي ١٩٠١/٥/٨ داللوز ١٩٠٢-١-٢٢٠ .أشار إليه د.عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٧٥.

مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به)) [١]. وبالرغم من أهمية هذا الاتجاه إلا انه تعرض للنقد ففي عام ١٨٢٦ كتب الأستاذ (ارنست) مقالة في مجلة بلجيكية عنوانها (هل السبب شرطاً جوهرياً لصحة العقود) . وطالب بإعادة النظر في القانون المدني ، ووصل الى نتيجة وهي انه يجب أن يكون هنالك مجال لإلغاء جميع النصوص المتعلقة بالسبب كالمواد (١١٠٨ و١١٢١ و١١٣٣) مدني فرنسي . واختتم مقالته بأنه يمكن الاستعاضة عن فكرة السبب بالتراضي والمحل [٢].

ولكن النقد الفاعل الذي وجه للاتجاه السابق جـــاء على لسان الفقيه (بلانيول) إذ قال ((يجب أن تحذف النصوص المتعلقة بفكرة السبب او عدم مشروعيته من القانون ، وان ذلك لا يؤدي الى أي اضطراب ، وذلك لأنه يمكن التوصل الى النتائج التي يهدف إليها هذا الاتجاه من طريق آخر ، فعدم مشروعية السبب ، يمكن القول عوضاً عن ذلك في العقود الملزمة للجانبين ، بان مصير كل التزام يتوقف على الآخر نتيجة الارتباط بينهما ، فان كان احدهما باطلاً نتيجة لعدم مشروعيته بطل الالتزام الآخر على أساس الارتباط بينهما ، وفي العقود العينية فان انعدام التسليم معناه انعدام العقد وليس السبب ، وذلك لانعدام الواقعة المنشئة للالتزام ، وتخلف نية التبرع في عقود التبرع يجعل الرضا منعدما فلا يقوم العقد .....)) [٣].

وثمة تطور حدث في مفهوم السبب إذ ذهب البعض [٤]. الى تعريف السبب بأنه الباعث الدافع على التعاقد ، وان هذا الباعث إذا كان مخالفاً للنظام العام يكفي ليكون التصرف باطلاً بسبب عدم المشروعية ، ومع ذلك نجد بعض الفقه [٥]. لا يكتفي بها بل يستلزم في العقد علماً من طرفيه بعدم مشروعية الباعث ليمكن أن يكون سبباً لبطلان العقد .

وبالرغم من هذا التطور في مفهوم السبب إلا إن البعض [٦] . لا يزال يرى إن السبب غير كافٍ لتحديد المشروعية ، وذلك لان المجتمع يهمه أن تحمى مصالحه بغض النظر عن

---

(١) نصها بالفرنسي :
Art. ٦ – on ne peut d'eroger par des conventions particulie'res aux lois qui interessent l'ordere puplic et les bonnes moeurs .
(٢) نقلاً عن د.محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة ، مفهوم المحل والسبب في العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص ٥.
(٣) نقلاً عن د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة ، المصدر السابق ، ص ٧.
(٤) دي باج ، ج٢، فقرة٩٤ ، ص٩٧. كابيتان ، السبب ، فقرة ٤.أشار إليه د. جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ .
(٥) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٧٣. د. عبد الله الجليلي ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩.
(٦) حسين عبد الله الكلابي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩. د.محمد يحيى عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ١٠.

البواعث ، فإذا كانت آثار العقد تمس هذه المصالح وجب إهدار هذه الآثار ولو كان باعث كل من المتعاقدين مشروعاً .

فقد يجهل المتعاقدان كلاهما إن عقدهما مخالفاً للنظام العام ، و قد يكون التصرف في ذاته مشروعاً وقت إبرامه ثم تجد بعد ذلك ظروف تجعل في تنفيذه ما يضر بالمصلحة العامة ، ولا ريب انه في هذه الحالة يجب إهدار التصرف . ولكل ذلك لا يعتبر السبب ضابطاً كاملاً للمشروعية .

الفرع الثالث

النظام العام يتعلق بنتيجة العقد

يتجه بعض الفقه [1]. الى القول بأنه يكون التصرف القانوني مخالفاً للنظام العام دون أن تتصل هذه المخالفة بمحل التصرف او سببه ، ويستند هذا الاتجاه الى أمكان وقوع مخالفة التصرف القانوني للنظام العام بعيد عن كل من المحل والسبب ، وانه مع مشروعية كل منهما قد ينتج عدم مشروعية التصرف من مخالفته لقواعد القانون .

فثمة من قال ((إن تقدير مخالفة التصرف للنظام العام والآداب وعدم مخالفته لا تقتصر على فحص أركانه الخاصة ..... ومثال ذلك الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الغش ، فان الإعفاء من المسؤولية غرض مشروع ولكن الشرط في ذاته مخالف للمادة السادسة من القانون المدني الفرنسي)) [2].

وثمة من قال ((إن بطلان التصرف يقع نتيجة للنظر إليه من ناحية خارجية او موضوعية ، فعدم المشروعية قد يكون غير ماس بالسبب ، ومثال ذلك الاتفاق على قلب نظام الحكم في بلِد أجنبي او شراء أصوات الناخبين فإنهما مثلان لبطلان تصرفات بغض النظر عن

(١) الأستاذ بوفنوار ، الملكية والعقد ، ص ٥٤٥. الأستاذ سيمون ، النظام العام ، ١٩٤١، ص ١٨٧. أشار إليها د.عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات ، الإسكندرية ، ١٩٧٢، ص ٢٢٦.
(٢) بوفنوار ، أشار إليه د.عبد الرحمن عياد ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦.

بواعثهما)) [1].

ويمكن القول بارجحية هذا الاتجاه ، لان القصد من شرط المشروعية في العقد هو حماية المصلحة العامة من الضرر الناتج من القيام بعمل او الامتناع عن عمل وهو ما ينتج عن العقد ، وبمعنى أدق ، النتيجة من العقد وهي التي تكون عبارة عن عمل او امتناع عن عمل ، قد يضر بالمصلحة العامة [2] . والعنصر الذي من الممكن أن يؤدي الى الضرر فقط هو الذي يوصف بالمشروعية من عدمها ، وهو اتجاه الفقه الإسلامي [3]. حيث يتجه الفقه الإسلامي الى إبطال كل تصرف يؤدي الى نتيجة غير مشروعة بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية عناصره وهو ما يعرف (بسد الذرائع) [4]. بينما يسمح بإبقاء أي تصرف ويشجع على القيام به إذا أدى الى نتيجة مشروعة بعض النظر عن مشروعية وعدم مشروعية عناصره وهو ما يعرف (بفتح الذرائع) [5].

وقد ساير مشرعنا العراقي الفقه الإسلامي الذي تفوق على الفقه العربي في معالجة مشكلة المشروعية في العقد ، وحسناً فعل في ذلك إذ نص في المادة (٧٥) من القانون المدني ((يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او الآداب)) .

(١) سيمون . أشار إليه د.جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ ، هامش (١).

(٢) حسين عبد الله الكلابي ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

(٣) وفي هذا المعنى قال الشاطبي ((النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة او مخالفة ، وذلك إن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام او الإحجام إلا بعد نظرة الى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب او لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، او لمصلحة تندفع به . ولكن له مآل على خلاف ذلك فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى الى استجلاب المصلحة فيه الى مفسدة تساوي المصلحة او تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية= = ، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوي او تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم مشروعيته ....)) . أبي إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج ٤، دار الفكر العربي ، بلا سنة طبع ، ص ١٩٤-١٩٥.

(٤) د.وهبة الزحيلي ، الوجيز في أصول الفقه ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣، ص ١٠٨. د.مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، ج ١، مكتب القبطان للخدمات الطباعية ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ١٦٣ .

(٥) د.محمد مصطفى شلبي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج ١، الدار الجامعية ، ط٤، بيروت ، ١٩٨٣، ص ٣٢٢ .عدنان إبراهيم عبد جاسم ، قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨، ص ٧٥. د.عبد الله مصطفى ، علم أصول القانون ، ط١، شركة الفكر ، بغداد ، ١٩٩٦، ص ١٠ .

المبحث الثانـي

تطبيقات قيد النظام العام

إن فكرة النظام العام هي من أدق المسائل القانونية ، لأنها فكرة غامضة ومتغيرة وهو الأمر الذي يجعلها تنفر من القيود وجمود التعريفات . وليس هذا فحسب ، بل إن كل محاولة بذلت في تعريفها وتحديدها لم تتوج بالنجاح .

ولهذا السبب يؤكد البعض من الفقهاء [1]. على إن التطبيقات قد تقرب هذه الفكرة الى الأذهان وتعطي الضوء الذي ينظر من خلاله الى مضمون النظام العام ، إذ إن النظام العام مثله مثل أي نظام او مبدأ قانوني آخر ينبغي أن يوضع موضع التطبيق لكي نستطيع أن ندرك هذه الفكرة بأبعادها الملموسة ، لان فكرة النظام العام هي انعكاس لفلسفة معينة في مجتمع معين و لا يمكن إدراك هذه الفلسفة المعينة إلا بعد التعرف على حدودها و أهدافها وغاياتها وتطبيقاتها .

ولوضع فكرة النظام العام موضع التطبيق نقسم هذا البحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول التطبيق التشريعي لفكرة النظام العام وفي المطلب الثاني التطبيق القضائي لفكرة النظام العام .

المطلب الأول

(١) د.سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦. د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، فقرة ٢١٦، ص ٢٠٣. د.غني حسون طه ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢- ٢٣٣.

التطبيق التشريعي لفكرة النظام العام

لم يحدد نطاق القانون الذي تنحصر فيه تطبيقات فكرة النظام العام ولذلك برز اتجاهان في الفقه :-

الاتجاه الأول :- يرى البعض [1]. انه لابد من التميز بين روابط القانون العام وروابط القانون الخاص ، وحصر النظام العام في دائرة القانون العام ولكن هذا الرأي غير دقيق ، فالنظام العام لا يقتصر على دائرة القانون العام وإنما يدخل دون شك في دائرة علاقات القانون الخاص .

الاتجاه الثاني :- يرى البعض الأخر [2]. إن النظام العام يشمل القانون العام والقانون الخاص .

ولتوضيح ذلك نستعرض بعض التطبيقات على اتفاقات تخالف قواعد القانون العام وأخرى تخالف قواعد القانون الخاص ، وسنخصص لكل منها فرعاً .

الفرع الأول

اتفاقات تخالف قواعد القانون العام

ينظم القانون العام علاقات الأفراد بالهيئات العامة ، وعلاقات الهيئات العامة بعضها ببعض ، وهذا التنظيم إنما ينظر فيه الى المصلحة العامة . لذلك فجميع قواعد القانون العام تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها [3]، ويشمل القانون العام ، القانون الدستوري ، والقانون الإداري والقوانين المالية ، وقوانين المرافعات ، والقوانين الجنائية ، ونورد أمثلة لاتفاقات تخالف كل قانون من هذه القوانين .

أولاً : قواعد القانون الدستوري ....

أهم المسائل التي تعالجها الدساتير التي يمكن أن تكون محلاً لاتفاقات مخالفة للنظام العام هي حق الترشيح والانتخاب والحريات العامة ، كالحرية الشخصية ، وحرية الزواج ، وحرية الدين والعقيدة والفكر ، وحرية العمل ، الخ .....

(١) د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ . د. جلال علي العدوي ، أصول المعاملات مصدر سابق ، ص ١١٤.
(٢) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة ١٧٠، ص ١٥٩. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة ٥٣٠ ، ص ٣٨٨ . د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣- ٢٠٤ د.سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .
(٣) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة (٥٣١) ، ص ٣٨٨.

فلا يجوز التنازل عن حق الترشيح ، وكل اتفاق ينزل بموجبه مرشح عن ترشيحه لآخر يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، وكذلك يكون باطلاً الاتفاق الذي يلتزم بموجبه ناخب على إعطاء صوته لمرشح معين ، بمقابل او دون مقابل [١].

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام ، فلا يجوز التنازل عن الحرية الشخصية ، ولا التعهد بالخدمة مدى الحياة ، سواء أكان مدى حياة الخادم او المخدوم [٢].

وحرية الزواج من النظام العام كذلك ، فإذا تعهد شخص بعدم الزواج مطلقاً كان هذا التعهد في اغلب الأحوال باطلاً ، ولكن قد يكون التعهد صحيحاً في بعض الأحوال ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد وفاته وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج وان يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته [٣].

وحرية الدين والعقيدة والفكر من النظام العام كذلك ، وكل اتفاق يقيد من هذه الحرية باطل ، والاتفاق الذي يتعهد بموجبه شخص أن يعتنق ديناً معيناً او مبدأ معيناً ، او لا يعتنق ديناً او مبدأ معيناً ، باطلاً كذلك لمخالفته للنظام العام[٤].

وحرية العمل من النظام العام ، ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له ، وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة ، و لا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضي بذلك ، وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية العمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . ويجوز أن تقيد حرية العمل لمدة زمنية معينة وذلك لغرض منع المنافسة غير المشروعة [٥]. لكن إذا ورد التعهد مطلقاً من كل قيد زماني او مكاني يكون القيد باطلاً إذا زاد

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة لالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (١٧٠) ، ص ١٥٩. علي السيد حسين ، المدخل الى علم القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، مصر ، ١٩٨٣، ص ١١٧ .

(٢) نصت المادة (٢/٩٠٢) من القانون المدني العراقي ((وإذا كان العقد لمدة حياة العامل او رب العمل ، او لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل الى ستة اشهر)) تقابلها المادة (٢/٦٧٨) من القانون المصري (مطابق) .

(٣) د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٦٧٥-٦٧٦ . د.عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣.

(٤) د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، فقرة (٢٧٠) ، ص ٣٨٦. د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

(٥) وفي قضية استخدام صيدلي مساعدا ، وأتفق معه انه إذا ترك خدمته لا يمارس مهنة الصيدلة مدة عشر سنين بأي شكل ما ، و إلا كان ملزماً بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض ، وقد ترك المساعد بعد ذلك خدمة الصيدلي واشتغل بصيدلية أخرى مجاورة للصيدلة الأولى ، فرفع صاحب الصيدلية الأولى دعوى مطالباً إياه بالتعويض المتفق عليه ، فقضت محكمة مصر الكلية الأهلية في حكم لها صادر في ٢٧ آذار ١٩١٢ بان هذا التعهد لا يعتبر باطلاً ، ولو إن فيه مصادرة لحرية التجارة ، إذ الحظر المتفق عليه بين المتعاقدين مقيد بزمان ومكان معينين فضلاً عن إن الغرض منه مشروع ، يقصد به منع الخادم من حرمان مخدومه من عملائه ، وقررت إن التعهد واجب المراعاة ، سواء اخرج المخدوم الخادم من

عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة ، حتى لو كان مقيداً في الزمان والمكان ، فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا المعيار المرن ، فاشترط في الفقرة الثانية من المادة (٩١٠) أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة [١].

وينطبق حكم ما تقدم بصورة عامة على جميع الحريات كحرية الاجتماع ، وحرية الكلام ، وحرية التعبير عن الرأي وحرية المزادات ، الخ ..... ويطلق الفقه على هذه القواعد تسمية النظام العام الدستوري [٢]

ثانياً : القوانين والأنظمة الإدارية و المالية .....

تعتبر القوانين والأنظمة الإدارية والمالية كذلك من النظام العام لان القصد من وضعها إنما هو تحقيق مصلحة عامة . وكل اتفاق على خلاف ما تنص عليه هذه القوانين والأنظمة باطل لمخالفته لقواعد قانونية تعتبر من النظام العام [٣] . وأول ما يشمله هذا البطلان هو الاتفاقات التي ترد على الوظائف العامة . فالوظيفة العامة لا يجوز أن تكون محلاً للمساومة ، وكل اتفاق عليها يكون باطلاً . فالاتفاق الذي يتعهد بموجبه شخص بان يعين شخصاً في وظيفة ، والاتفاق الذي يتعهد بموجبه موظف بالاستقالة من وظيفة ليتركها شاغرة حتى يستطيع شخص آخر الحصول عليها [٤].

والاتفاق الذي يتم بين الموظف وبين احد المتعهدين على إعطاء العمل المعلن عنه الى هذا المتعهد [٥]. وكذلك الاتفاق الذي يقضي ببذل الوساطة لدى الحكومة من قبل الموظف نظير

خدمته أم تركها بمحض إرادته .....قرارها في ١٩١٢/٣/٢٧ . أشار إليه د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٣٩١، هامش (١) .

(١) نصت المادة (٩١٠) من القانون المدني العراقي ((١- إذا كان العمل الموكول الى العامل يمكنه من معرفة عملاء رب العمل او الإطلاع على سر أعماله ، كان للطرفين إن يتفقا على إلا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته . ٢- غير انه يشترط لصحة هذا الاتفاق : آ- أن يكون= =العامل بالغاً سن رشده وقت إبرام العقد . ب- وان يكون القيد مقصوراً ، من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة . ج –و ألا يؤثر هذا الاتفاق في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيراً ينافي العدالة . د- وان يقرر العقد للعامل تعويضاً عن هذا القيد الوارد على حريته في العمل ، يتناسب مع مدى هذا القيد)) .

(٢) Jean Hauser , op.cit.n.٣٠.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ . د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٢.

(٤) د.مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، فقرة ٢٧١، ص ٣٨٧. د.جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٤٩٦ / ١٩٥٩ في ١٩٥٩/١١/١٠ . منشور في مجلة القضاء ، العدد (١-٢) ، سنة ١٨، ١٩٦٠ ، ص ٣٩٥.

مقابل للحصول على امتياز او مقاولة [١]. كل ذلك باطل لمخالفته النظام العام . وهذا النوع من القواعد المتعلقة بحماية الوظائف العامة يطلق عليها الفقه الحديث (النظام العام للدولة) (order puplic detat) [٢]. والقوانين المالية من النظام العام فإذا فرض القانون ضريبة وجب دفعها كاملة من قبل الشخص الذي فرضت عليه ، فلا يجوز الاتفاق على جعل الملزم بدفع الضريبة للدولة شخصاً آخر غير الشخص الذي فرض القانون الضريبة عليه [٣]. ولكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يتحمل الثاني ضريبة الملك ، بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة ، ولكن الذي يبقى ملزماً بدفع الضريبة أمام مديرية الضرائب إنما هو المؤجر [٤].

و يطلق على هذا النوع من القواعد القانونية المالية لنظام العام الضرائبي (order puplic d'impot) [٥].

والقوانين التي تنظم النقد والعملة هي من النظام العام ، ومن ثم يبطل الشرط الذي يفرض فيه الدائن على المدين الوفاء بالذهب او بعملة أجنبية وهو ما يسمى بشرط الذهب او شرط الوفاء بعملة أجنبية [٦]. ويطلق الفقه حديثاً على هذا النوع من القواعد القانونية النظام العام النقدي (order puplic mon'etaire)[٧].

ثالثاً : قوانين المرافعات ....

قوانين المرافعات هي القوانين التي تنظم التقاضي أمام المحاكم ، وتبين اختصاص المحاكم بالنسبة للمكان واختصاصها بالنسبة لنوع الدعاوى التي تستطيع النظر فيها (الاختصاص المكاني والنوعي) [٨].

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٧٢١/ح/١٩٦٨ في ١٩٦٨/١١/١٢ . منشور في مجلة القضاء ، العدد الأول، السنة ٢٤، ١٩٦٩ ، ص ١٦٢.

Jean Hauser , op.cit.n. ٢٨٢.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ . د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة ٥٤٢، ص ٣٩٦ .

(٤) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٤٦/هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩٧١/١٠/٩ منشور في مجلة القضاء ، العدد ٤، سنة ٢٦ ، ١٩٧١، ص ٢٣٤.

(٥) Jean Hauser , op.cit.n.٧٢.

(٦) د.سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨. د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني المدني ، مصدر سابق، فقرة ٢٧١، ص ٣٨٧ .

(٧) Jean Hauser , op.cit.n. ٧٥.

(٨) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة ٥٤٤، ص ٣٩٧ . حسين عبد الله الكلابي ، النظام العام العقدي ، مصدر سابق ، ص ١٤٦.

وهذه القوانين من النظام العام كذلك ، وكل اتفاق على ما يخالفها باطل . فالاتفاق على رفع دعوى شرعية أمام محكمة مدنية او على رفع دعوى جزائية أمام محكمة مدنية ، او رفع دعوى من اختصاص محكمة بداءة أمام محكمة استئناف الخ .....

كل ذلك باطل لان الاختصاص النوعي للمحاكم من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه [١].

ويعتبر من النظام العام كذلك قابلية الحكم للاستئناف او التمييز او تصحيح القرار او الاعتراض عليه إذا صدر غيابياً ، وما شابه ذلك . فالاتفاق على استئناف حكم لا يقبل الاستئناف ، او على تمييز حكم مضت مدة تمييزه باطل لان تعيين الأحكام القابلة للاستئناف والمدة التي يمكن رفع الاستئناف او طلب التمييز في خلالها من النظام العام [٢]. وأطلق الفقه أخيراً على مثل هذا النوع من القواعد القانونية النظام العام الإجرائي (order puplic processuel) [٣].

رابعاً : القوانين الجنائية

والقوانين الجنائية من النظام العام ، فلا تجوز مخالفتها باتفاقات خاصة ، فيعتبر باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة ، او عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال ، او على عدم التبليغ عن جريمة مقابل مبلغ من المال ،وكذلك يعتبر باطلاً الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص بان يتحمل ما قد يحكم آخر من غرامات او أحكام نتيجة قيامه بأفعال يعاقب عليها القانون [٤]. وهذا وهذا ما يسمى فقهاً بالنظام العام الجنائي (order puplic p'enal) [٥].

الفرع الثاني

اتفاقات تخالف قواعد القانون الخاص

ينقسم القانون الخاص على قسمين :- الأحوال الشخصية والمعاملات المالية . ونرى فيما يأتي اتفاقات تخالف كلا من هذين القسمين من القانون الخاص .

---

(١) انظر المواد (٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
(٢) انظر المواد (١٨٧ و ٢٤٠) من قانون المرافعات العراقي .
(٣) Jean Hauser , op.cit.n.٤٠.
(٤) د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، فقرة ٢٧٢، ص ٣٨٧. د.جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .
(٥) Jean Hauser , op.cit.n.٥٢.

أولاً : الأحوال الشخصية ...

قواعد الأحوال الشخصية هي القواعد التي تحكم حالة الشخص المدنية . وأهليته ، وعلاقته بأفراد أسرته [١].

والحالة المدنية هي مجموع الصفات او العناصر التي تميز الشخص من غيره كالاسم ، واللقب ، والجنسية ، والموطن ، وكونه ابناً او أباً لشخص آخر ، الخ..... [٢].

كل هذه الأمور من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على شيء منها دون إتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون فلا يجوز الاتفاق على تغير الجنسية ، او الموطن ، او الاسم ، او اللقب ، بدون إتباع الإجراءات الخاصة بذلك [٣].

وقواعد الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على اعتبار ناقص الأهلية كاملها ، ولا اعتبار كامل الأهلية ناقصها . ولا يجوز للمحجور او القاصر أن ينزل عن حقه في الطعن في التصرفات التي يبرمها ، فإذا رفع عنه الحجز جاز له أن يجيز التصرفات التي ابرمها وهو ناقص الأهلية [٤].

وكالأهلية الولاية والوصاية والقوامة ، فلا يجوز للولي او الوصي او القيم أن يزيد او ينقص من ولايته او وصايته او قوامته باتفاق خاص [٥].

والحقوق التي يتمتع بها الشخص بوصفه عضواً في أسرة ، والواجبات التي يضعها القانون على عاتقه بهذا الوصف ، تعتبر من النظام العام إذا لم تكن حقوقاً مالية محضة ، مثال ذلك الحقوق التي تنشأ عن الزواج ، لا يجوز الاتفاق على تعديلها . فلا يجوز الاتفاق بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية ، او تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها في النفقة والرعاية [٦].

---

(١). د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة ٥٤٧، ص ٣٩٨ .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

(٣) وقد نص القانون المدني العراقي على حماية اللقب ، إذ نصت المادة (٤١) منه ((لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه ، أن يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك)) . تقابلها المادة (٤٩) مدني أردني (موافق) . والمادة (٥١) مدني مصري (موافق) .

(٤) د. مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، فقرة ٢٧٤، ص ٣٨٨. وقد نصت المادة (٤٨) من القانون المدني المصري ((ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها)) تقابلها المادة (٤٧) من القانون المدني الأردني (موافق) .

(٥) د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٢٤. حسين عبد الله الكلابي ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

(٦) د.عباس الصراف و د.حزبون ، مصدر سابق ، ص ٣٩ . د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق، ص ١٦٠ .

ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق [١].

وكذلك الحقوق والواجبات الناشئة عن الأبوة تعتبر من النظام العام فليس للأب أن ينزل عن سلطته الأبوية على أولاده ، للأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز له أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربيتهم . او يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم ، كأن يكونوا على دين أمهم مثلا [٢].

وجميع أنواع النفقات بين الأقارب تعتبر من النظام العام فلا يجوز النزول عنها مقدماً ، وتحديد من له حق الحضانة وفي أي سن تنتقل من شخص الى آخر يعتبر من النظام العام كذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام المقررة في هذا الشأن [٣].

ثانياً: المعاملات المالية ...

كثير من أحكام المعاملات المالية تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن هذه الأحكام ما يكفل تداول المال واستثماره على أحسن الوجوه ، ومنها ما يرمي الى حماية الجانب الضعيف ، ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فمن الأحكام التي تكفل تداول المال واستثماره على أحسن الوجوه ، تنظيم حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها من النظام العام ، فللمالك أن يتصرف تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً [٤]. والاتفاق المتضمن قيداً ينافي حق المالك في التصرف بملكه باطل لمخالفته للنظام العام[٥]. وكذلك شرط عدم التصرف باطل إلا إذا كان مؤقتاً ومبنياً على مصلحة مشروعة ، ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز في العراق في قضية تتلخص وقائعها ((إن شخصاً تزوج امرأة وأعطى لوالدها تعهداً بأنه إذا طلق ابنته يكون ملزماً بدفع مبلغ معين وعندما طلق الزوج زوجته رفع والد الزوجة الدعوى طالباً تنفيذ تعهد الزوج .....ردت المحكمة دعوى المميز لمخالفته التعهد الذي أعطاه المدعي عليه للنظام العام لان من ملك بالعقد حل النكاح= = ملك الطلاق ، فلا يلزم بالضمان ، من اجله سيما وان المدعي ليس طرفاً في العقد الذي احل للمدعي عليه النكاح وخوله الطلاق ، فاستحصال المدعي تعهداً من المدعي عليه بأداء المبلغ المدعي به متى طلق المدعي عليه ابنته لا يجعل هذا ملزماً قانوناً بتعهده لذلك قرر رد طعن المميز وتصديق الحكم المميز)) . قرار رقم ١٩٥٨/١٤٢ في ١٩٥٨/٧/٧ . أشار إليه سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج٢، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .

(٢) د.عبد المنعم فرج الصدة ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة ٢١٢ ، ص ٢٤٦. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز ، مصدر سابق ، فقرة ١٧٠ ، ص ١٦٠ .

(٣) د.عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني ، مصدر سابق ، ص ٦٨٠ ، د.عبد الله الجليلي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٤) نصت المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك ، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه ، عيناً ومنفعة واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة ، وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)) . تقابلها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٢٢٠ / صلحية/١٩٥٤ في ١٩٥٤/٧/٢٨ . أشار إليه المحامي عبد العزيز السهيل ، أحكام القضاء العراقي ، ج ١، مطبعة اوفسيت ، بغداد ، ١٩٦٢، ص ١٤٣.

[1].

ومن هذه الأحكام ما يرمي الى حماية الجانب الضعيف ، مثال ذلك عدم جواز الاتفاق على سعر فائدة يجاوز الحد الأعلى الذي يحدده القانون [2]. وكذلك يقع باطلاً كل اتفاق من شأنه أن يجعل استيفاء الدائن لدينه مستحيلاً [3]. وما قرره القانون من حماية للجانب الضعيف في عقود الإذعان ، من جواز تعديل الشروط التعسفية او الإعفاء منها ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك [4].

ومن هذه الأحكام ما يرمي الى حماية الغير ، وأهمها الأحكام المتعلقة بتسجيل التصرفات في العقارات ، فكل تصرف يرد على ملكية العقار يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري ، فلا يعتبر الاتفاق على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، ولا على رهنه او هبته ، او أي تصرف آخر برقبته إذا لم يسجل في هذه الدائرة [5].

وكذلك أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، إذ يعتبر الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية او التخفيف منها باطلاً لمخالفته للنظام العام وهذا اتجاه غالبية الفقهاء [6].

---

(١) نصت المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي ((لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط ، ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين . فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول او مدة غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين ، وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه)) . تقابلها المادة (٨٣٤) من القانون المدني المصري (مطابق) .

(٢) نصت المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية .وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)) . انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٤١٨ /ح/ ١٩٦٤ في ١٩٦٥/٢/٢٧ ، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، عدد ١، سنة ٥ ، ١٩٦٦ ، ص ٣٤٧. وانظر كذلك قرار محكمة التمييز برقم ٧٢/ح/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٢/٢٧ ، منشور في مجلة القضاء ، عدد ٣، سنة ١٥، ١٩٧٥ ، ص ٤١١.

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٦٨٢/ح/١٩٦٢ في ١٩٦٢/٣/٢ . أشار إليه سليمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٢، ص١١٩، وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يأتي ((اقرض شخص آخر مبلغ سبعة الآف دينار مقابل رهن عقاري وبفائدة اتفاقية قدرها سبعة بالمائة (٧%) ويقضي البند الرابع من المقاولة بان المدين يجيز للدائن المرتهن أن يقبض من أجور أملاك المدين أربعمائة دينار عن كل سنة حتى يتم تسديد الدين المذكور والفائدة . عرض النزاع على محاكم البصرة ، فقررت هذه المحكمة صحة الاتفاق ، وعند التمييز قررت محكمة التمييز نقض القرار لمخالفة الاتفاق للنظام العام على أساس إن اصل الدين سبعة الآف دينار وان الفائدة (٧%) فتكون الفائدة من المبلغ المذكور الواجب تسديدها الى المرتهن عن كل سنة (٤٩٠) ديناراً إن المبلغ المجاز للمرتهن هو (٤٠٠) دينار يكون اقل من مقدار الفائدة المستحقة سنوياً . ومعنى ذلك يكون استيفاء اصل الدين مستحيلاً وبذلك يكون هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام ، فكان ينبغي على المحكمة أن تلاحظ هذه الحجة وترد الدعوى بسببه ، فعدم قيامها بذلك مما يوجب نقض الحكم المميز)) .

(٤) انظر المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي .

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٥٩/ هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩٧٢/ ١/٢٢ منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٩.

.[1]

ولكن البعض من الفقهاء [2]. خالف هذا الاتجاه وأجاز الإعفاء من هذه المسؤولية في حالات الإضرار التي تلحق الأموال عن غير عمد ، وأخذت عدد من التشريعات بهذا الاتجاه الأخير [3].

ومن جانبنا لا نتفق مع الاتجاه الأخير فأننا نرى إن لفظ الإعفاء ينبغي أن يفسر بأنه يعني الاستبعاد كما يعني التخفيف ، ليكون المقصود بلفظ الإعفاء إعفاء المدين من حكم المسؤولية التقصيرية كلاً او بعضاً . وذلك لان النظام العام يعتبر قيداً عاماً في العلاقات القانونية ، فعلى سبيل المثال إن المادة (٣/٢٥٩) مدني عراقي [4]. تمثل إحدى تطبيقات المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي وهذه الأخيرة حضرت الشروط المخالفة للنظام العام .

المطلب الثاني

التطبيق القضائي لفكرة النظام العام

إن فكرة النظام العام التي يقوم عليها تنظيم المجتمع ، التي يتعارض الإخلال بها مع المصلحة العامة الذي يجب تقديمه على المصلحة الخاصة، ولهذا تعد القواعد المتعلقة بالنظام العام قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها . وقائمة على فكرتين أساسيتين هما [5]:

- فكرة النسبية التي لا تتحدد معها دائرة النظام العام إلا في دولة معينة وزمن معين .
- وفكرة المعيار المبني على مقولة المصلحة العامة ، وهذه الفكرة الملازمة للنظام

(١) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج١، مصدر سابق، ص٢٠٥.د.يوسف نجم جبران ، النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٢٨٥.

(٢) د.عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٧، ص ٤١. وفي هذا المعنى قال الأستاذ (سافاتيه) : ((إن القول بان أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام تعد فكرة عتيقة فهي مجرد خرافة)) . وقال الأستاذ ديكار ((إن المسؤولية التقصيرية ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على استبعادها ولكن في حدود معينة ، حيث لا يجوز استبعاد المسؤولية الناشئة عن غش او خطأ جسيم او إذا منع القانون= = ذلك)) . نقلاً عن د.حسن علي الذنون ، تعديل قواعد المسؤولية ، محاضرات ألقاها على طلبة الماجستير ، قسم القانون الخاص ، غير مطبوعة ، ١٩٨٧-١٩٨٨ ، ص ٣١ .

(٣) ومن التشريعات التي سارت بهذا الاتجاه ، القانون المدني الألماني في المادة (٢٧٦) وقانون الالتزامات السويسري في المادة (١٠٠) وقانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (١٣٩) .

(٤) نصت المادة (٣/٢٥٩) من القانون المدني العراقي ((ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير مشروع)) .

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٥٩. د.جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، مصدر سابق ، ص ١١٢-١١٣ .

العام تترك للقاضي سلطة واسعة في تفسير القواعد القانونية ، حتى تكاد أن تجعل منه مشرعاً في هذه الدائرة المرنة ، ولها ميزة كبيرة هي إنها تجعل من فكرة النظام العام منفذاً مهما تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها الى النظام القانوني . ولكن يخشى معها أن يبيح القاضي لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية او دينية ، يبنيها على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية .

- لذلك يقتضي بنا البحث أن نتناول التطبيق القضائي للنظام العام في فرعين نتناول في الفرع الأول سلطة القاضي التقديرية في تحديد النظام العام ، وفي الفرع الثاني ، نتناول وقت تحديد النظام العام .

الفرع الأول

سلطة القاضي التقديرية في **تحديد** فكرة النظام العام

تنص المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي على انه ((كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به)) .

وبالرغم من بساطة هذا النص الظاهر وأهميته البالغة لم تجتمع كلمة الفقه على حدود سلطة القاضي التقديرية ، هل يتقيد القاضي بالنصوص التي يصرح المشرع باعتبارها من النظام العام ، أم له سلطة تقديرية تتجاوز النصوص التي يضعها المشرع ؟ هذا ما لم تتفق كلمة الفقه عليه وتوزعت آراؤهم على ثلاثة اتجاهات .

الاتجاه الأول :- ذهب جانب من الفقه [١] . وهم فقهاء مدرسة الشراح على المتون ووقفوا عند ظاهر النص وقالوا انه يدل على إن الاتفاقات الخاصة تقع باطلة إذا خالفت نصوصاً تشريعية متعلقة بالنظام العام أي إن الاتفاق المخالف لقاعدة من قواعد النظام العام لا يبطل إلا إذا كانت تلك القاعدة يتضمنها نص تشريعي ، ويفهم من هذا الاتجاه انه يعدم سلطة القاضي التقديرية إذ يحوله الى مجرد آلة تعمل على تطبيق القانون .

الاتجاه الثاني :- وجاء من بعدهم فريق ثان من الفقهاء [٢].وقد تحرروا من التقيد بألفاظ النص القانوني ، واتجهوا للبحث عن غاية النص وهدفه حتى يؤدي حقيقة المعنى الذي يقصد

---

(١) هيك (Huk) وبوردي (Baudry) وكابيتان (Capitant) نقلاً عن :
Capitant , Lacause Des les obligations ,٣ee'd , Paris , ١٩٣٠ ,n١٠٧.
(٢) -Ripert, lare'gie morale dans Les obilgations civiles ,Paris, ١٩٤٩ ,n.٢٣.
-Stephen's , commen taries on the laws of England , great Britain , ١٩٢٨, p. ٥٨ .

إليه المشرع . وقد استندوا في التفسير الى المادة (١١٣٣) مدني فرنسي والتي تنص ((إن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون ، او إذا كان مخالفاً للآداب او للنظام العام)) . وهذا الاتجاه يوسع قليلاً في سلطة القاضي التقديرية إذ يقصر دوره على تحديد مشروعية السبب .

الاتجاه الثالث :- وذهب البعض الآخر [١]. الى إن نطاق النظام العام يجاوز نصوص القانون ، وان الاتفاق يمكن أن يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام دون أن يصطدم بنص معين في القانون ، ويلاحظ إن هذا الاتجاه يطلق سلطة القاضي التقديرية حتى يكاد أن يجعل منه مشرعاً .

ومن جانبنا نعتقد إن المشرع ليس وحده هو الذي يحدد ما يعتبر من النظام العام ، بل يتدخل القاضي أيضاً في هذا الصدد ، إذ إن تدخل القاضي في تحديد فكرة النظام العام ضرورة لا غنى عنها وذلك لأنه يستحيل على المشرع أن يضع سلفاً قائمة جامعة مانعة ، للحالات التي تدخل فيها فكرة النظام العام بحيث تشمل هذه القائمة كل ما يتعلق بالنظام العام وتمنع ما عدا ذلك من الحالات أن تندرج فيها ، ويرجع ذلك لنسبية فكرة النظام العام وتأثرها كل التأثر بالزمان والمكان والأفكار التي تسود المجتمع [٢] .

وفي العراق يلعب القاضي العراقي الى جانب المشرع دوراً هاماً في تحديد النظام العام ، وبالتالي في تقرير صحة العقود . والمبدأ العام هو انه يعود الى المشرع تحديد النظام العام والآداب . سواء أكان هذا التحديد صريحاً أم ضمنياً . إذ يصدر المشرع قواعد تشريعية تتعلق بالنظام العام ولو لم ينص على ذلك صراحة . كالتشريعات الدستورية والجنائية والمالية والإدارية والاقتصادية وغيرها . فهذه التشريعات جميعاً تتعلق بالمصلحة العامة، فتعتبر بالتالي متعلقة بالنظام العام بحكم إرادة المشرع الضمنية [٣].

---

(١) Julliot de la Morandiere , cours de Driot civil , Licence Deuxieme Annee .١٩٥٣- . P.١٥٧, ١٩٥٤ جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ١٧٩.

(٢) وفي هذا المعنى قال الدكتور جابر جاد :((فبالنسبة لاختلاف المكان يعتبر مخالفاً للنظام العام في العراق ومصر وفرنسا بيع التركات المستقبلية ولكنه لا يعتبر كذلك في سويسرا وألمانيا ومن ثم فإذا عرض اتفاق من هذا النوع على القاضي العراقي وكان محكوماً بالقانون السويسري فيجب عليه الحكم ببطلانه و لا يمكن أن تترتب عليه آثاره إذ يعتبر منافياً للنظام العام , أما إذا عرض على القاضي الألماني فانه لا يمكن أن يثير صعوبة ، ويقضي هذا القاضي بصحته ، كذلك يعتبر تعدد الزوجات في أوربا وأمريكا مخالفاً للنظام العام . وبالنسبة للزمان ، كان الطلاق مخالفاً للنظام العام في فرنسا في سنة ١٨٨٤ . وقد أصبح غير مخالف له منذ هذا التاريخ حتى الآن ، كذلك كان الحال في هذه الدولة حتى سنة ١٩١٢ بالنسبة لإثبات بنوة الأولاد غير الشرعيين . وفي مصر كان التبني مخالفاً للنظام العام حتى سنة ١٩٣٧ وقد أصبح غير مخالف له منذ هذا التاريخ . نقلاً عن أرشيف مجلة القضاء العدد (١، ٢، ٣، ٤) ، لسنة ٥٤، ٢٠٠٠ ، ص ٢٧٣ .

(٣) د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق، فقرة ٢٦١، ص ٣٧٨ .د.آدم وهيب النداوي ، سلطة

و قد يصدر المشرع قواعد تشريعية ويعتبرها صراحة متعلقة النظام العام . كالنص على بطلان التصرف بتركة مستقبلية [١]. او بطلان الاتفاق بالإعفاء من المسؤولية التقصيرية [٢]. او الإعفاء من المسؤولية التعاقدية عند الخطأ الجسيم [٣].

وقد يتدخل المشرع أحياناً لتحديد النظام العام عن طريق التمثيل له بأمثلة معينة . مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها ((ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)) .

وأول ملاحظة على هذا النص هي إن المشرع العراقي تجنب تعريف النظام العام كما ذكرنا سابقاً [٤]. واكتفى بإعطاء بعض الأمثلة عليه ، إذ حدد القواعد التشريعية التي تعتبر متصلة بالنظام العام وبالتالي فهي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها . وعلى ذلك يعتبر الاتفاق باطلاً إذا كان مخالفاً الى :

١- القواعد التشريعية المنظمة للأهلية والميراث .

فلا يجوز الاتفاق على جعل أهلية الشخص كاملة وهو لم يبلغ بعد الثامنة عشر كاملة . كما لا يجوز الاتفاق بين الأخوة على تغيير أنصبتهم المنصوص عليها في قواعد الميراث [٥].

٢- القواعد التشريعية المتعلقة بالانتقال .

فلا يجوز الاتفاق على إحداث أي تغيير في أنصبة الورثة المنصوص عليها في قواعد الانتقال [٦]. كأن يتفق الأخ مع الأخت على أن يكون لهذه الأخيرة ربع نصيب الذكر من حق

القاضي المدني التقديرية ، بحث منشور في الوقائع العراقية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٤٧، السنة الثالثة ، ١٩٨١، ص ٣٧٨ .

(١) نصت المادة (٢/١٢٩) من القانون المدني العراقي ((غير إن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل)) .

(٢) نصت المادة (٣/٢٥٩) منه ((ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)) .

(٣) نصت المادة (٢٥٩ / ٢) منه ((وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه او عن خطأه الجسيم)) .

(٤) انظر ص ٥٨ من الرسالة .

(٥) الأستاذ فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص ١١٠ .د.مالك دوهان، شرح القانون المدني ، ج١ ، مصدر سابق، ص ٣٧٩ . د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٩ .

(٦) نصت المادة (١١٨٧) من القانون المدني العراقي ((إذا مات المتصرف في ارض أميرية فان الأرض تنتقل دون مقابل

التصرف الموروث في الأرض الأميرية فمثل هذا الاتفاق يقع باطلاً .

٣- القواعد التشريعية التي تحدد الأشكال والإجراءات الواجب إتباعها للتصرف في الوقف وفي العقار . فلا يجوز بيع المال الموقوف إلا في الأحوال التي حددها القانون ووفقاً للأشكال المقررة قانوناً .

فإذا بيع مال الوقف في غير الأحوال المعينة قانوناً ، كان البيع باطلاً لمخالفته للنظام العام [١].

والأمر كذلك إذا وقع البيع ضمن الحالات المسموح بها ولكن دون إتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً . كذلك لا يجوز بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري طبقاً للمنع الوارد في المادة (٥٠٨) من القانون المدني ، فالبيع الوارد على عقار يعتبر باطلاً إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري لتعلق الشكلية المطلوبة بالنظام العام .

٤- القواعد التشريعية المحددة لطريقة التصرف في أموال المحجور وأموال الوقف وأموال الدولة . فلا يجوز التصرف ، لمخالفته للنظام العام بأموال المحجور او الوقف او الدولة بغبن فاحش [٢].

فالبيع الوارد على مال الصغير او الوقف او الدولة يقع باطلاً إذا اقترن بغبن فاحش .

٥- القواعد التشريعية المتعلقة بالتسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية .

فلا يجوز الاتفاق مثلاً بين البائع والمشتري على أن يدفع هذا الأخير من السلعة المبيعة ثمناً أعلى من السعر القانوني لها . فمثل هذا الاتفاق يقع باطلاً فيما زاد على السعر الرسمي [٣] .

مما تقدم يتبن مدى أهمية الدور الذي يقوم به المشرع في تحديد فكرة النظام العام ولكن تدخل القاضي في هذا الصدد ضرورة لا غنى عنها ، وذلك لأنه لو كان من الممكن أن يبين المشرع الحالات التي تمس النظام العام على سبيل الحصر لكان من السهل عند قراءة نصوص القانون أن نضع قائمة بالحالات التي تتدخل فيها فكرة النظام العام . وهذا هو ما استشعره

الى أصحاب حق الانتقال ، مرتبين درجات على الوجه المبين في المواد التالية : وكل درجة تحجب الدرجات التي هي أدنى ، دون إخلال بحكم المادتين ١١٩٢و ١١٩٣) .
وقد عالجت المادة (١١٩٢) [حالة وجود أب و أم المتصرف المتوفى او احدهما مع الدرجة الأولى (الأولاد)] . وقد عالجت المادة (١١٩٣) [حالة وجود الزوج مع الدرجة الأولى او الثانية (وهم أبو الميت وفروعهما)] .
(١) شاكر ناصر حيدر ، الموجز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٦٩ . مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج١، بغداد ، ١٩٧٣، ص ٣٣٣ .
(٢) نصت المادة (٢/١٢٤) من القانون المدني العراقي على انه ((إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلاً)) .
(٣) د.محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، مكتبة النهضة العربية ، ١٩٥٩، ص ٤٤. د.عبد الفتاح حجازي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ .

المشرع العراقي في صياغته للمادة (١٣٠) مدني إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على انه ((يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب و إلا كان العقد باطلاً)) ، فقرر في هذه الفقرة استحالة احاطته سلفاً بقائمة الحالات التي تدخل فيها فكرة النظام العام ، ثم تلى ذلك بقوله في الفقرة الثانية من ذات المادة ((ويعتبر من النظام العام بوجه خاص .....)) .

وفي هذه الفقرة لم يحاول حصر ما يعد مخالفاً للنظام العام بل مثل لما يخالف النظام العام .

والنص هذا يؤكد إن القاضي في العراق يلعب دوراً هاماً الى جانب الشرع في تحديد النظام العام والآداب ، ويظهر ذلك في الأحوال التالية : -

١- يتدخل القاضي عندما يضع المشرع القاعدة دون أن ينص عليها – ويقع باطلاً كل ما يخالف تلك القاعدة – واغلب القواعد التي يضعها القانون المدني [١]. لا تتضمن جزاء ً صريحاً على مخالفتها ، عندئذ يتدخل القاضي ليحلل البواعث التي أوحت الى المشرع أن يضع هذه القاعدة لكي يثبت او يمحو الصلة بين هذه القواعد والنظام العام .

٢- ثم تظهر سلطة القاضي في هذا الصدد على أوسع ما يكون عندما يبطل القاضي اتفاقاً معيناً لمخالفته للنظام العام ولو لم يكن مخالفاً لنص معين . فقضت محكمة التمييز في العراق ((بان الاتفاق بعدم الضم في مزايدة علنية مقابل مبلغ معين يعتبر مخالفاً للنظام العام)) [٢]. وقضت أيضاً بان ((الاتفاق الذي يجعل استيفاء الدائن لدينه مستحيلاً يعتبر مخالفاً للنظام العام)) [٣].

وقد يرى القاضي إن الاتفاق مخالفاً للنظام العام ، ومع ذلك لا يبطله مثال ذلك حرية الشخص في أن يتزوج او لا يتزوج ، تلك الحرية من النظام العام ، وكثيراً ما يجد القاضي نفسه أمام اتفاق يحد من هذه الحرية كأن يعقد شخص هبةً لآخر في مقابل أن لا يتزوج ، هذا القيد لا شك يقيد الموهوب له ويقيد حريته في الزواج فهو من ثم شرط

(١) كالمادة (١٠٦) مدني عراقي التي تنص على انه ((سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)) . والمادة (٥٩١) مدني عراقي والتي تنص على انه ((لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمحجور ، ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه)) .
(٢) قرارها رقم ١٥٩٦ /١٩٥٩ في ١٩٥٩/١٢/١٠ ، منشور في مجلة القضاء العدد (٢،١) سنة ١٨ ، ١٩٦٠، ص ٢١٢.
(٣) قرارها رقم ٦٨٢/ح/١٩٦٢ في ١٩٦٢/٣/٢ . أشار إليه سليمان بيات ، القضاء المني العراقي ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ١١٩ . انظر كذلك ص ٧٣ من الرسالة .

باطل ، ولكن القاضي في هذه الحالة يستقصي الظروف والبواعث التي حدت الواهب الى اشتراط هذا الشرط ، فإذا كانت هذه البواعث يقصد بها حرمان الموهوب له من الزواج يقضي القاضي لا محالة بالبطلان ، أما إذا وجد القاضي إن هذا الاشتراط مؤقت وان الدافع إليه هو الرغبة في حماية الشخص (قد يكون صغيراً او ضعيفاً) من أن يستجيب لنزوات عابرة يترتب عليها خطر جسيم لذلك الشخص فانه يحكم بصحة ذلك الشرط لعدم مخالفته للنظام العام [1].

و ُيثار تساؤل في ضوء سلطة القاضي التقديرية عما إذا تعسف القاضي في سلطته وانحاز وراء أهوائه ورغباته السياسية ، لذلك يجب وضع ضابط لمنع تعسف القضاة او خطأهم في التقدير ؟.

إن فكرة تعسف القضاة او خطأهم في التقدير تخفف منه الضمانات والضوابط المقررة للأحكام ، ولعل في رقابة محكمة التمييز خير ضابط لتقويم انحراف القاضي عن ترجمة إحساس الجماعة والخضوع لميوله الخاصة ، فمحكمة التمييز في العراق تراقب كل شيء (وقائع وقانون) بموجب المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات التي تنص على انه : ((للخصوم أن يطعنوا تمييزاً ، لدى محكمة التمييز .....

١- إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله .

٢- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ، ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ القاضي في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى بأكثر مما طلبوه .....)) .

ونخلص مما تقدم ان الجهة المختصة بتحديد النظام العام في العراق هي الجهة التشريعية المتمثلة بالمشرع سواء كان التحديد صريحاً او ضمنياً والجهة القضائية المتمثلة بالقاضي فان دوره يبقى كبيراً في جميع الحالات التي لا يتدخل فيها المشرع او يتدخل دون أن يحدد ما إذا كان النص يتعلق او لا يتعلق بالنظام العام . وفي جميع هذه الأحوال يقع عبء تحديد النظام العام على القاضي .

(١) د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١١٦.حسن عبد الله الكلابي ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

الفرع الثاني

وقت **تحديد** فكرة النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام فكرة متغيرة بتغير الزمان لأنها فكرة نسبية غير ثابتة تختلف من عصر الى عصر آخر ، وتتطور بتطور الزمان [١].

فيمكن أن يكون هناك تغير واختلاف في النظام العام في الوقت ما بين بدء التصرف القانوني المتنازع فيه ، ورفع النزاع الى القاضي ، الى وقت صدور الحكم ، فأثناء هذه المدة قد يطرأ تغيير على النظام العام فقد يصبح ما كان موافقاً له مخالفاً له ، وقد يصبح العكس أي ما كان مخالفاً للنظام العام قد يصبح موافقاً له ، فهل يتوجب على القاضي أن يراعي النظام العام القديم الذي كان موجوداً وقت نشوء التصرف القانوني الذي نشأ مخالفاً له .

او النظام العام الجديد الساري المفعول وقت رفع النزاع الى القضاء ، بمعنى آخر في أية لحظة يجب أن يقرر القاضي ما إذا كان التصرف موافقاً او مخالفاً للنظام العام ؟ في هذه المسألة هناك اتجاهان :-

الاتجاه الأول :- يذهب جانب من الفقه[٢] . الى القول إن العلاقة القانونية التي كانت مصدراً لرفع النزاع أمام القضاء وسبباً له قد نشأت وترعرعت في ظل وضع قانوني واجتماعي وسياسي معين ، ومن هنا فإنها تبقى مرهونة بهذا الوضع ، وهذا الوضع الاجتماعي والسياسي يمثل النظام العام السائد . وبالتالي فان تغير هذا الوضع أثناء رفع النزاع أمام القضاء لا يؤثر على العلاقة فإنها تبقى خاضعة للنظام العام السائد وقت نشوئها لان النظام العام الجديد قد طرأ بعد رفعها الى القضاء ، وهذا ما سار عليه قانون الالتزامات السويسري [٣] .

والقضاء البلجيكي [٤].

---

(١) د.مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، فقرة ٢٦٥، ص ٣٨٤.د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٣٨٢ . محسن ناجي ، مصدر سابق ، ص ١٨.

(٢) الفقيه الألماني كاهن (Kahn) والفقيه الإيطالي ميزا جيير (M.Mezger) نقلاً عن :
Miguelde Angulo Roddriguez .Du moment au quel it faut se placerpour appr'ecier L'orde puplic international . Rev crit , ١٩٧٢, p.٣٨٠.

(٣) نصت المادة (٢) من قانون الالتزامات السويسري على انه ((قواعد القانون المدني المتعلقة بالنظام العام والآداب تكون مطبقة وسارية المفعول على كل الوقائع التي لم ينص القانون بخصوصها على استثناءات وبالنتيجة لا يمكن تطبيق قواعد القانون القديم التي تكون مخالفة للنظام العام والآداب حسب القانون الجديد من تاريخ سريان القانون المدني)) .

(٤) وسار على ذات النهج القضاء البلجيكي في حكم صدر عن محكمة الاستئناف في بروكسل في قرار لها بتاريخ ٤/ شباط /١٩٣٦ جاء فيه [إن فكرة النظام العام تختلف باختلاف المكان والزمان ففي بلجيكا تطورت هذه الفكرة بطريقة

الاتجاه الثاني :- يذهب غالبية الفقهاء [١]. الى ضرورة أن يطبق القاضي النظام العام الساري المفعول في لحظة القرار القضائي .

وتعددت الاراء في تبرير هذا الاتجاه ، فثمة من قال [٢]. بأن ((المقصود من النظام العام هو حماية المفاهيم الأساسية للقانون ، فلا يتصور أن يتبع القاضي المفاهيم القديمة التي تركت بعد تغيير النظام العام فعليه أن يطبق المفاهيم الجديدة عندما يتوجب عليه أن يبت في النزاع)) . وثمة من قال .[٣] بان ((القاضي بوصفه عضواً في الدولة لا يستطيع أن يراعي إلا القوانين السارية المفعول ، وبعبارة أدق إن النظام العام الجديد هو الذي يتوجب على القاضي أن يأخذه بنظر الاعتبار عند التطبيق)) .

ومن جانبنا نؤيد هذا الاتجاه و ذلك لان فكرة النظام العام لا يمكن أن ترتبط بتاريخ التصرف وإنما ترتبط بنوع الموضوع الذي ترد عليه .

وهذا ما سار عليه القضاء العراقي في قضية (رقم ١٣٢٧- ١٩٥٥ في ١٩٥٥/١٢/١٤) [٤]. اعتبرت محكمة التمييز النظم الإدارية لا تتعلق بالنظام العام . وفي قضية أخرى (رقم ٧٢١- ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١١/١٢) [٥].

مشابهة للقضية الأولى ، اعتبرت محكمة التمييز النظم الإدارية تتعلق بالنظام العام ، وهذا ما يدل على تغير النظام العام من مدة زمنية الى مدة زمنية أخرى ، وبالتالي تغيير موقف القضاء العراقي تبعاً لتغير النظام العام .

واضحة بسبب الأحداث التي طرأت نتيجة الحرب والتي أثرت في الدول الأخرى ، مما أدى معه الى منع القاضي البلجيكي من إصدار أمر بمنع شروط الذهب او الإلغاء ذي الأثر الرجعي كلياً او جزئياً للعقود التي كانت مبرمة في تلك الفترة (في ظل القواعد القانونية السائدة) التي تخالف فكرة النظام العام في الوقت الحاضر] .

أشار إليه : Miguelde Angulo Roddrigue Z ,op.cit.P.٣٧٦.

(١) موري (M.Maury) و باديالي (Badiali) وناب (Knapp)

نقلاً عن : Miguelde Angulo Roddrigue Z .op.cit,P.٣٧٤-٣٧٥

(٢) M.Maury .op,cit ,P,٣٧٤ n.٨.

(٣) Badiali.op,cit ,P,٣٧٥ n.٨

(٤) تتلخص وقائعها ((ادعى المحامي (م) بأنه تعاقد مع المدعي عليه المدير المفوض لشركة محلات درويش حداد على تعقيب معاملة تبليط طريق بغداد – كركوك وتعهد بدفع أربعة عشر ألف دينار أتعاباً عن العمل المذكور وذلك حال إرساء المناقصة المذكورة بعهدة شركة فوجرول الفرنسية وحيث رست المناقصة المذكورة بعهدة الشركة وجرى التوقيع بينها وبين وزارة الاعمار على التعهد المذكور ، وان المدعي عليه أرسل مبلغاً قدره ألف دينار وامتنع عن دفع المبلغ المتبقي البالغ ثلاثة عشر ألف دينار ، طلب المدعي إلزام المدعى عليه بالمبلغ المذكور..)) وقد أقرت محكمة التمييز هذا صحة الاتفاق و أصدرت قرارها ((انه ليس ما يمنع المحامي من تعقيب مصالح موكليه ومراجعة الدوائر المختصة بشأنها ، وله ليس في ذلك مخالفة للنظام العام)) . أشار إليه فريد فتيان ، مصدر سابق ، ص ١٢٥-١٢٩.

(٥) قررت محكمة التمييز في هذه القضية مبدأ عام جاء فيه ((١- إن الغاية من النظم الإدارية والمالية هي تحقيق مصلحة عامة فهي من النظام العام .

٢- وإذا كان الاتفاق يقضي ببذل الوساطة لدى الحكومة نظير مقابل للحصول على امتياز او مقاولة فان مثل هذا الاتفاق باطل ومخالف للنظام العام)) . منشور في مجلة القضاء ، عدد ١، السنة ٢٤، ١٩٦٩، ص ١٦٢.

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على تخلف القيود الواردة على التعاقد

تمهيد وتقسيم ....

بينا في الفصل الأول القيود الواردة على رضائية العقد وهما قيد التسجيل وقيد التسليم وبينا في الفصل الثاني القيود الواردة على مضمون العقد ويتمثل بقيد واحد وهو قيد النظام العام .

أما في هذا الفصل فسنتناول الآثار المترتبة على تخلف هذه القيود ، والواقع إن المشرع العراقي رتب آثاراً على تخلف قيد التسجيل تختلف عن آثار تخلف قيد التسليم وقيد النظام العام .

لذلك سنبحث الآثار المترتبة على تخلف قيد التسجيل في المبحث الأول . ونتناول في المبحث الثاني الآثار المترتبة على تخلف قيد التسليم ، أما المبحث الثالث فسيخصص لدراسة الآثار المترتبة على مخالفة قيد النظام العام .

المبحث الأول

الآثار المترتبة على تخلف قيد التسجيل

عرّفنا بان المقصود بالتسجيل هو قيد جميع التصرفات العقارية التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة في دائرة التسجيل العقاري . كما نقصد به التسجيل في الأماكن المحددة قانوناً لانعقاد التصرفات الواردة على المنقولات الخاضعة للتسجيل كالماكنة ، والسفينة ، والمركبة ، والطائرة ، ولكن ما هو الحكم إذا تخلف التسجيل ، أي إذا امتنع احد الطرفين من تسجيل العقد ؟

سنجيب عن هذا التساؤل بمطلبين ، نحدد في المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين ، أما المطلب الثاني فسنحدد فيه الآثار بالنسبة للغير .

المطلب الأول

الآثار بين المتعاقدين

سبق أن ذكرنا بان التسجيل في القانون العراقي يعتبر ركناً من أركان التصرفات الواردة على العقار والمنقول الخاضع للتسجيل ، التي تعد من العقود الشكلية التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل المختصة ، و إلا عّد العقد باطلاً ويكون بحكم العدم [١].

بناءً عليه فان البائع يبقى مالكاً للعقار حتى لحظة تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري ، وله أن يمتنع عن تسجيل العقد ، ولا قدرة للمشتري على إجباره على التسجيل [٢]. وإذا كان المشتري لا يستطيع إجبار البائع على التسجيل فما هي الحقوق التي يمنحها القانون له في مثل هذه الحالة ؟

منح المشرع العراقي في المادة (١١٢٧) من القانون المدني [٣] . الحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء امتناع البائع عن التسجيل . وقد اختلف الفقه في العراق في الأساس القانوني بتعويض المشتري في حالة نكول البائع عن التسجيل ،

(١) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، أحكام الالتزام ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

(٢) د.غازي عبد الرحمن ناجي ، نظرة في قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ و ١٤٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١ وأثرهما على شرط تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق ، العدد (١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) السنة الأربعون ، ١٩٨٥، ص٣٨ .

(٣) نصت المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي على ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ، إذا اخل احد الطرفين بتعهده ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط)) .

وتوزعت آراؤهم على ثلاثة اتجاهات ، فذهب جانب منهم [١] .الى إن عقد بيع العقار قبل التسجيل عقد باطل لا يرتب أي اثر وهو بحكم العدم فلا يمكن التمسك بما ورد فيه من شروط ومنها الشرط الجزائي ، كون الأخير هو التزام تبعي يجب أن يبطل تبعاً لبطلان العقد وما دام الأمر كذلك فان أساس التعويض الذي جاءت به المادة المذكورة آنفاً هو الفعل الضار والمسؤولية التي تقررها هي المسؤولية التقصيرية .

وذهب آخرون [٢]. الى إن عقد بيع العقار قبل التسجيل هو عقد صحيح غير مسمى طبقاً لنظرية تحول العقد ، استناداً الى نص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي [٣]. كون عقد بيع العقار الباطل يتحول الى عقد صحيح غير مسمى لتوافره على أركان العقد الصحيح الجديد ، ذلك لان نية المتعاقدين كانت قد انصرفت الى إبرام هذا العقد ، ويرى أصحاب هذا الاتجاه بان أساس التعويض الوارد في المادة (١١٢٧) في أعلاه هو العقد والمسؤولية التي تقرره هي المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية . تأسيساً على نظرية تحول العقد الباطل الى عقد صحيح غير مسمى ، ومن ثم فان الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) يكون صحيحاً باعتباره مستنداً الى العقد الصحيح غير المسمى وليس الى عقد بيع العقار الباطل .

أما الاتجاه الثالث فذهب الفقهاء [٤] . الى القول بان عقد بيع العقار لا ينعقد قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لكونه عقداً شكلياً ، غير إن تراضي الطرفين بموجب عقد بيع العقار الخارجي لا يمكن إنكاره ، فالتراضي المذكور عقد ولكنه ليس بعقد بيع ، إذ يلزم لانعقاد بيع العقار التسجيل ، فهو إذن غير مسمى ملزم منذ بداية نشوئه ، وليس عقد بيع باطل يتحول الى عقد صحيح غير مسمى ، ومن ثم فان اخل البائع التزم بالتعويض وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لان مصدره التعهد الملزم .

وقد أخذت محكمة التمييز بالاتجاه الثالث ، فاعتبرت التعهد بنقل ملكية عقار قبل تسجيله عقداً غير مسمى ، فقد قضت ((إن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧

(١) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٥٣، ص ١٢٨-١٢٩. الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١، حق الملكية ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٥٦ .

(٢) د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع والإيجار ، مصدر سابق، ص ١٥٤ .نوري احمد منصور ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ ، ص ٢٦ .

(٣) نصت المادة (٤٠) مدني عراقي على إن ((إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين إن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى إبرام هذا العقد)) .

(٤) د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢. د.كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ١٢٢. د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢، أحكام الالتزام ، ١٩٦٧، ص ٣٧-٣٨ .

مدني ، عقد غير مسمى وليس عقد بيع ، ولكنه ملزم للطرفين فإذا اخل احد المتعاقدين به التزم بالتعويض ، وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية)) [١]. قضت كذلك بأنه ((..... وان كان بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة الطابو المادة (٥٠٨) مدني ، إلا إن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع ، ولكنه عقد ملزم للطرفين إذا اخل احد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي ، وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية)) [٢].

وكذلك قرارها الذي قضت فيه بأنه ((إذا تعهد بائع العقار خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقاره الى المشتري وحدد في العقد مبلغ التعويض الذي يلزم به في حالة نكوله ، فانه يلزم بالتعويض المحدد في العقد في حالة ثبوت إخلاله بتعهده)) [٣].

وقرارها الآخر الذي قضت فيه بأنه ((....إن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل الملكية في الطابو والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن ، لان العقد صحيح وان لم تنتقل به ملكية العقار)) [٤].

وقد تدخل المشرع العراقي في هذا الموضوع من خلال القرار الذي أصدره مجلس قيادة الثورة [المنحل] برقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ ، إذ حدد في الفقرة (آ) منه التعويض الذي يستحقه المشتري في حالة امتناع البائع عن التسجيل وهو ما يعادل الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمته وقت النكول [٥].

وهذا ما سار عليه القضاء بعد صدور القرار أعلاه ، إذ قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية على انه ((يحق للمشتري مطالبة البائع بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين

---

(١) قرارها رقم ٢٢٣٧ / حقوقية / ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٥/٢١، منشور في مجلـــة القضاء ، العدد الثاني ،السنة ٢١ ، ١٩٦٦، ص ٢٣.

(٢) قرارها رقم ٩٨٧/ حقوقية / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/١٥، منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٣٢٢.

(٣) قرارها رقم ٤٦٩/ م٣/١٩٧١ في ١٩٧١/٧/٢٨ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثانية ، ١٩٧٣، ص٢٤.

(٤) قرارها رقم ١١١ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٣/٥ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ١٩٧٠ ، ص٤٧.

(٥) نصت الفقرة (آ) من القرار ١١٩٨ على انه ((يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض أم لم يشترط فيه على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمته عند النكول ، دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر)) . نشر القرار ١١٩٨ في الوقائع العراقية العدد (٢٦٢١) في ١٩٧٧/١١/١٤ . وقد ادخل المشرع تعديلاً على هذه الفقرة بموجب القرار المرقم ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١ إذ أضافت الفقرة (آ) من هذا القرار حق التصرف ، أي إن الأمر أصبح لا يقتصر فقط على نقل ملكية العقار المنصوص عليها بالفقرة (آ) من القرار١١٩٨ وإنما يشمل كذلك نقل حق التصرف فيه ، نشر القرار ١٤٢٦ في مجلة القضاء العدد (١،٢،٣،٤) ، السنة الأربعون ، ١٩٨٥، ص ٣٩.

قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمته عند النكول)) [١].و قضت كذلك بان ((ثبوت نكول المتعهد بنقل ملكية عقار يعتبر سبباً يبيح للمتعهد المطالبة بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار المبينة بالتعهد وقيمته وقت النكول)) [٢].

وتعتبر أحكام القرار ١١٩٨ ، فيما يخص التعويض عن الإخلال بتسجيل عقد بيع العقار ، قد حلت محل الأحكام الواردة في المادة (١١٢٧) من القانون المدني [٣]. ونقترح تعديل المادة (١١٢٧) من القانون المدني ويحل محلها نص الفقرة (آ) من القرار ١١٩٨ وذلك لان طريقة احتساب التعويض وفق القرار المذكور طريقة مبسطة و الأفضل أن يستمر العمل بها .

وقد أعطت الفقرة (ب) من القرار ١١٩٨ حقاً آخر للمشتري بالمطالبة بتملك العقار بقيمته المثبتة في التعهد [٤].

والواقع إن هذه المطالبة غير مطلقة وإنما محددة بشرطين هما :

الشرط الأول : تصرف ايجابي يصدر من المشتري وهذا التصرف إما أن يكون سكن العقار او أن يحدث فيه أبنية او منشآت أخرى ، وتصرف سلبي من البائع وهو عدم صدور معارضة تحريرية [٥].

---

(١) قرارها رقم ٦٥٢ /حقوقية/ ١٩٩١ في ١٩٩١/٧/١ ، قرار رقم ١٩٩٤/١٠٩١ في ١٩٩٤/١٠/٥ . أشار إليه هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية عقار ، مطبعة الخليج العربي ، بغداد ، ١٩٩٨، ص٩٢، ص ٩٧ .

(٢) قرارها رقم ٢٠٤٥/ حقوقية / ١٩٩٢ في ١٩٩٢/١٠/٦ ، أشار إليه هادي عزيز على المصدر السابق ، ص ٩٤.

(٣) قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز في العراق رقم ٢٨٨/ موسعة أولى /١٩٩٢ في ١٩٩٢/١١/١٥ . وقرارها رقم ٦٥٥ / حقوقية / ١٩٩٥ في ١٩٩٥/٥/٣١ ، هادي عزيز علي ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .

(٤) نصت الفقرة (ب) من القرار ١١٩٨ على انه ((إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او أحدث فيه أبنية او منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المثبتة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (آ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول)) وقد ادخل المشرع تعديلاً على هذه الفقرة بمقتضى القرار المرقم ١٤٢٦ إذ أضافت الفقرة (ب) من هذا القرار ، المغروسات الى التعداد الوارد في الفقرة (ب) من القرار ١١٩٨ .

(٥) بموجب القرار ١١٩٨ المذكور يستطيع المشتري المطالبة القضائية بتملك العقار جبراً على البائع إذا ما أحدث عليه بناء او منشآت أخرى ، وقد جاء مصطلح البناء والمنشآت الأخرى مطلقاً ، فأي بناء مهما كانت كلفته فان المشتري يستطيع استناداً إليه رفع دعوى التمليك بموجبه ، وقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ((بان للمشتري المطالبة بتملك العقار إذا ما أضاف بناءً الى البناء القائم الذي اشتراه فإذا ما كان العقار المبيع هيكلاً وقام المشتري بإكماله ، إذ قام بلبخ الجدران بالجص فان ذلك يكون سبباً كافياً يمكن المشتري من المطالبة بالتمليك ، ولا حاجة لان يكون البناء على عرصة خالية)) . قرارها رقم ١٠٦٩/ حقوقية/ ١٩٩٦ في ٣١ /١٠/١٩٩٦ أشار إليه هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص ١٢.

وقد قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بتأييد قرار محكمة بداءة كربلاء بتمليك (٩ أمتار) من حديقة دار المدعي عليه التي كان قد باعها ، وجاء في أسباب القرار بان المدعي قد أقام دكاناً على الأرض المباعة ، عليه قررت المحكمة تمليكه الأرض التي اشتراها . قرارها رقم ٦/ ت/ حقوقية / ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/١/١٨ (غير منشور) .

وقضت كذلك محكمة بداءة كربلاء ((بان المدعية بينت في احد الجلسات إنها قد سكنت العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري وقامت بترميمه بعد أن دفعت كامل الثمن للمدعي عليه وقد امتنع عن تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعليه ومما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعية العقار المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري بتسجيله باسم المدعية بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية قرارها رقم ٨٥/ ب /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١/١٣ (غير منشور) .

الشرط الثاني : فقد فرضه القضاء إذ يقتصر تطبيق النص على عقود البيع ولا يشمل العقود الأخرى الناقلة لملكية عقار كعقد الهبة ، إذ قضت محكمة التمييز على انه ((للزوج إن يرجع عن هبة العقار لزوجته إذا لم تكن الهبة مسجلة لدى دائرة التسجيل العقاري وليس للزوجة طلب تمليك العقار استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ لان هذا القرار يسري على البيوع الخارجية التي ثبت فيها عوض للعقار المبيع)) [١] .

ويمكن القول بان قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ١١٩٨ قد سد نقصاً تشريعياً كبيراً خاصة بعد ارتفاع أسعار العقارات وازدياد حالات النكول ، فبموجب القرار المذكور يكون للمتعهد له ((المشتري)) الخيار أما المطالبة بالتعويض او تملك العقار .

ومن جانبنا نرى إن عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري يكون حكمه البطلان [٢]. وذلك لان جميع نصوص القانون العراقي [٣] . تؤكد بان التسجيل ركن من أركان عقد بيع العقار ، وهو من العقود الشكلية ، التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري و إلا عد باطلاً ، فلا معنى لوجود عقد غير مسمى ، وهذه النتيجة قد قالها بعض الكتاب [٤]. الذين أقاموا المسؤولية في حالة عدم تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري على أساس الفعل الضار .

و أكدت محكمة التمييز هذا المعنى في بعض قراراتها ، إذ قضت ((..... ولا يصبح عقد بيع العقار باتاً إلا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لأحكام المادة (٥٠٨) مدني ، ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها

وقضت أيضاً محكمة بداءة كربلاء ((بان المدعي قد اشترى العقار المرقم ١٥/١١٩ مقاطعة ٢٤ العباسية من المدعي عليهم بموجب مقاولة بيع تحريرية مؤرخة في ١٣ /٤/٢٠٠٠ واستلموا الثمن كاملاً ولكنهم امتنعوا عن الاعتراف له في دائرة التسجيل العقاري ولما كان المدعي قد سكن العقار وأحدث فيه منشآت وبهذا فان الشروط الموضوعية التي يتطلبها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ متوفرة ، ومما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعي العقار المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية)) . قرارها رقم ٢٨٣ / ب/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١١/١٠ (غير منشور) .

(١) قرارها رقم ٦٣٥/ م ٤/ ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٧/٢٦ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ٣، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٠ ، ص١٦-١٧ .

(٢) البطلان هو ((الجزاء القانوني المترتب على تخلف ركن من أركان العقد وعلى اختلاله)) .د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢٠٣) ، ص ١٨٥ . د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٧١ .د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص ٤١٨.

(٣) انظر ص ١٥ من الرسالة .

(٤) د.حسن علي الذنون ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مصدر سابق ، فقرة ١٤٨، ص ١٢٨-١٢٩ . الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص٥٦ . د.حسين عبد القادر معروف ، مصدر سابق ، ص ١٩.

قبل العقد)) [1]. وقضت كذلك بان ((بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لعدم استيفاءه الشكل الذي فرضه القانون ولفقدانه ركناً من أركانه . والعقد الباطل لا ينعقد و لا يفيد الحكم أصلاً بموجب الفقرة (١) من المادة (١٣٨) مدني والمادة (٥٠٨) والمادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري ، لذا فلا يجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري و إنما يكون حقه استرداد المبلغ المدفوع منه للبائع المميز)) [2].

ونلاحظ إن المشرع العراقي لم يسلك سلوكاً قانونياً موحداً في أحكام العقد الباطل فنجده تارة رتب أثاراً عليه كما في عقد بيع العقار الخارجي ، وتارة أخرى نجده قد تمسك بنظرية البطلان ولم يرتب أثاراً على عقد بيع المنقول غير مسجل ، وإنما يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل [3].

وهذا ما سار عليه القضاء العراقي ، إذ قضت محكمة التمييز بأنه ((في العقود الباطلة لعدم إتمام الشكلية اللازمة لها ، لا يحال بين احد المتعاقدين وبين طلب العودة الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملاً بالمادتين (٩٠) و (١٣٨) من القانون المدني)) [4].

وقضت كذلك بان [عقد البيع الواقع على السيارة المبرم بين الطرفين المتداعيين باطل قانوناً لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون (م ١٣٧) من القانون المدني وحيث إن العقد إذا كان باطلاً فيجب إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م١٣٨) مدني] [1].

---

(١) قرارها رقم ٥١٨ / م ٣/ ١٩٧٣ في ٢١ /١١/١٩٧٣ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، تشرين الأول ، تشرين الثاني ، كانون الأول ، ١٩٧٣ ، ص ٦٥.

(٢) قرارها رقم ٧٨٧/ م١/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٧/٣ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشر ، ١٩٨٠ ، ص٢٦. ولمحكمة التمييز عدة قرارات تؤكد اتجاهها هذا ، ومن ذلك إنها قررت ما يأتي ((إن بيع العقار هو عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل ، ونظراً لحكم المادة (١١٢٧) التي تنص على إن التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ومعنى كلمة (يقتصر) انه لا سبيل للحكم عند النكول إلا بالتعويض ، تطبيقاً للمادة المذكورة ، ولا يجوز أن يصار الى العربون لأنه ليس تعويضاً)) .

قرارها رقم ٥٩ / هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩٧٢/١/٢٢ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، ١٩٧٣، ص ٢٩ .

وقضت أيضاً ((ليس لبائع الدار الاحتفاظ بجزء من العربون الذي دفعه إليه مشتري الدار بعد إبطال البيع لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري ...بل ينبغي رد جميع مبلغ العربون الى المشتري طالما أبطلت معاملة البيع)) . قراراها رقم ١٤٦١/ م ١٩٨٨/٣ في ١٩٨٨/٦/٢٩ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني (السنة التاسعة عشر) ، ١٩٨٨ ، ص ٣٨٠ .

(٣) نصت المادة (١٣٨ /٢) من القانون المدني العراقي ((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) .

(٤) قرارها برقم ٣٨٩/ منقول /١٩٨٥ في ٥/ ١٩٨٥/١ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ٢،١ السنة السادسة عشر ،١٩٨٥ ، ص ٢٠ .

وقضت أيضاً بأنه ((.....عقد بيع المركبة خارج دائرة المرور المختصة يعتبر باطل وحيث لا يفيد الحكم أصلاً و لا تترتب عليه من الآثار سوى إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد حسب المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني)) [٢].

قضت كذلك محكمة بداءة كربلاء بأنه ((.....لبطلان عقد البيع الواقع على السيارة لعدم استكماله الشكلية القانونية وعملاً بحكم الفقرة (٧) من القسم (٥) من قانون المرور والمواد (١٣٧) و (١٣٨) مدني ، قرر الحكم بإلزام المدعي عليه بإعادة السيارة المرقمة ٩٩٤/ كربلاء موديل ١٩٨١ الى المدعي وتسليمها له بالحالة التي تسلمها منه ....)) [٣].

وفيما يتعلق بالماكنة قضت محكمة التمييز في قرار لها ((يشترط لصحة بيع المكائن او التنازل عنها تسجيل الواقعة لدى الكاتب العدل المختص)) [٤].

وقضت كذلك بان ((تسلم المشتري للمكائن المبيعة لا ينفي عن البيع صفة البطلان لعدم تسجيله لدى الكابت العدل وفق أحكام قانون تسجيل المكائن ....)) [٥] .

وقضت أيضاً في قرار لها ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز وجد إن المحكمة قد اتبعت قرار النقض الصادر من هذه المحكمة بعدد ١٨١/ م١/١٩٧٨ تاريخ ١٩٧٩/٣/٥ إذ لم تأخذ بعقد البيع الواقع على ماكنة قص الإسفنج لعدم

---

(١) قرارها رقم ٦٧/ استئنافية / ٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٧/٨ أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، ج ٥، مطبعة الزمان ، بغداد، ٢٠٠٠ ، ص ٣٦ .

(٢) قرارها رقم ١٧١٧ / م ١/ ١٩٩٩ في ٢٨ /٢/ ١٩٩٩ (غير منشور) .

(٣) قرارها رقم ١٧٢ / ٢/ ب /٢٠٠٥ في ١٦ /٢/ ٢٠٠٥ (غير منشور) . وقضت محكمة التمييز في قرارات عديدة ((بعدم مسؤولية مشتري السيارة خارج دائرة المرور ، عن نقصان قيمتها نتيجة تبدل الأسعار عند إعادتها الى البائع لبطلان العقد ، كما لا يسأل عن الشرط الجزائي المثبت في العقد)) .

قرارها رقم ٢٣٢ / استئنافية / ٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٥/٢٣ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة الثامنة عشر ، ١٩٨٧، ص ٤٦.

وقضت كذلك بان ((ليس لبائع السيارة بعقد باطل أن يطالب مشتريها بتعويض يعادل الفرق بين سعرها في السوق وسعر بيعها بالعقد الباطل ....)) . قرارها رقم ٤٠٤ / مدنية أولى / بداءة /١٩٨٠ في ١٩٨٠/١٢/٢٨ منشور في الوقائع العدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٤٧ ، السنة الثالثة ، ١٩٨١، ص ٣٦٩ . وقضت أيضاً= = ((لا يسأل مشتري السيارة خارج دائرة المرور عن نقصان قيمتها بسبب فرق أسعار السوق خلال الفترة الممتدة بين تاريخ البيع وتاريخ التمسك بالبطلان)) .

قرارها ٩٦٧ / منقول / ٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٥/٢٣ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العددان الأول والثاني ، لسنة ١٩٨٧، ص ٣٨ .

والقرارات القضائية أعلاه تؤكد لجوء المحاكم الى تطبيق القواعد العامة للبطلان ، على أساس انه عدم و لا ينتج أي اثر بالنسبة الى عقد بيع المنقول غير المسجل .

(٤) قرارها برقم ٢/ م ١٩٨٢/٤-١٩٨٣ في ١٩٨٢/١٢/٢٥ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة عشرة ، تشرين أول – تشرين ثاني – كانون أول ، ١٩٨٢ ، ص ٢٥ .

(٥) قرارها برقم ٥٠٢ / م ١/ ١٩٧٧ في ٢٥ /١٢/ ١٩٧٧ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث والرابع ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٨ .

تسجيله لدى الكاتب العدل المختص ولذا يلزم إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .....)) [١] .

ونلاحظ مما تقدم إن المشرع العراقي قد خلق قواعد قانونية مختلفة لآثار العقد الباطل بسبب عدم توفر الشكلية . وهذا أمر قد يثير الفوضى أمام القضاء ولا يؤدي الى استقرار التعامل ، ونوصي بان يسلك المشرع العراقي سلوكاً قانونياً موحداً في أحكام العقد الباطل .

المطلب الثاني

الآثار بالنسبة للغير

لما كانت التصرفات الواردة على العقار او المنقول الخاضع للتسجيل قبل التسجيل باطلة في القانون المدني العراقي [٢]، فأنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان [٣]. ويراد بالمصلحة هنا كل حق يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه [٤]. وعلى ذلك فمجرد المصلحة دون قيام الحق غير كاف لتمكين أصحابها من التمسك ببطلان العقد [٥]. فلا يجوز أن يتمسك الجار

(١) قرارها برقم ٣٨٣ / هيئة موسعة أولى /١٩٨٢ في ١٩٨٤/٥/٣٠ ، أشار إليه د.إبراهيم المشاهدي ، المختار من محكمة التمييز قسم الإثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٣٦ .

(٢) نصت الفقرة (٣) من المادة (١٣٧) على انه ((٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا أخلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)) .

(٣) نص المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي ((إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)) . تقابلها المادة (١٤١) من القانون المدني المصري (مطابق) ، م (١/١٤٢) مدني سوري (مطابق) ، م (١/١٤١) مدني سوري (مطابق) ، م(١/١٤١) مدني ليبي (مطابق) .

(٤) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ص ١٩٥. د.أنور سلطان ، مصدر سابق ، فقرة ٢٢٢، ص ٢٦٦-٢٦٧ . د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٤٩٨ .

(٥) أصحاب المصلحة الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان هم أطراف التصرف ودائنيهم والخلف العام وهو الوارث او الموصى إليه بحصة في التركة (لا بمال معين) والخلف الخاص هو من يخلف غيره في مال معين كالمشتري والموهوب إليه والموصى إليه بمال معين . د. عبد الرشيد عبد الحافظ ، مصدر سابق ، فقرة ٦٢٢، ص ٤٦٨. د.ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ، ص ٤٢٣ .

ببطلان بيع صدر من جاره ، بحجة إن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد ، ولا يجوز كذلك لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، جاز له التمسك بالبطلان ، وعلى سبيل لمثال عقد بيع طائرة او السفينة هو من العقود الشكلية في القانون العراقي ، إذ يستلزم الرسمية في إنشاءه [١] . فان قيام شخص ببيع طائرة بموجب ورقة عرفية يترتب عليه بطلان عقد البيع ، فيستطيع ورثة بائع الطائرة التمسك بالبطلان في القانون العراقي ، و يستطيعون بموجب القانون المصري التمسك ببطلان هبة مورثهم لتخلف الشكل [٢].

و يحق للخلف الخاص ودائني أطراف العقد التمسك بالبطلان المترتب على تخلف قيد التسجيل . بل إن للمحكمة كذلك أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد لتخلف التسجيل ، فهي إذا ما وجدت العقد غير مستوف الشكل الذي اشترطه المشرع تعين عليها الحكم ببطلانه [٣].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ((..... وحيث إن القانون رقم ١٧لسنة ١٩٧٧(قانون تعديل قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١) قد اعتبر نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٩٧٧/٢/٧ ، فان مدة السنة المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة الخامسة من القانون تنتهي في ١٩٧٨/٢/٦ ، وحيث إن المدعي أقام دعواه بتاريخ ١٩٧٨/٧/١ فتكون الدعوى مقامة بعد مضي المدة القانونية ويصبح عقد بيع السيارة موضوع الدعوى باطلاً بحكم القانون ولا يمكن الاحتجاج بهذا الشأن بان الفقرة السادسة من المادة الخامسة من القانون قد ألزمت المشتري وليس البائع بالمراجعة لتسجيل البيع او إقامة الدعوى لإثبات الملكية لان العقد أصبح باطلاً بحكم القانون وهذا البطلان يسري على طرفي العقد ، وحيث إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ويجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد طبقاً للمادة (١٣٨) من القانون المدني . وإذا كان العقد باطلاً جاز

(١) فقد نصت المادة (٤٠) من قانون الطيران المدني العراقي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤ على انه ((الطائرة مال منقول فيما يتعلق بتطبيق القوانين والقواعد والأنظمة النافذة في الدولة ومع ذلك فان نقل ملكية الطائرة يجب أن يتم بموجب سند رسمي .....)). وتنص المادة (٣) من قانون التجارة البحرية العثماني الصادر سنة ١٨٦٣ النافذ حتى اليوم في العراق ما يأتي ((بيع السفينة كاملة او أي حصة منها سواء كان قبل سفرها او أثناء السفر إذا وقع في ممالك الدولة العلية يجري بسند رسمي بحضور رئيس الميناء في محله وإذا وقع في الممالك الأجنبية فبمواجهة شهبندرية الدولة العلية يعني قناصلها وإذا لم يحصل على هذه الصورة فيكون البيع كأن لم يكن)) .
والنصوص أعلاه تؤكد وجوب انعقاد البيع بسند رسمي وفي حالة غياب هذا الشكل يكون البيع كأن لم يكن .
(٢) انظر المادة (١/٤٨٨) من القانون المدني المصري التي تنص ((١- تكون الهبة بورقة رسمية ، و إلا وقعت باطلة .....)) .
(٣) د.محمود جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص ٩٥.

لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وفقاً للمادة (١٤١) من القانون المدني .....)) [١].

وقضت أيضاً بأنه ((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك إن المبيع موضوع العقد المبرم بين الطرفين هو ماكنة زراعية من نوع عنتر قوة ٨٠ حصان ..... ونوعها (ساحبة) وحيث إن الساحبة مشمولة بأحكام المادة الأولى من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ التي بينت بان المركبة كل واسطة ذات عجلات تسير بمحرك آلي او بقوة جسدية او سحب بأية وسيلة عدا التي تسير منها على السكة الحديد وتشمل آ- السيارة . ب- المركبة الزراعية . كالساحبة والحاصدة ج – المركبة الإنشائية ....الخ .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون المرور تنص على انه (تسجل جميع المركبات في سجلات التسجيل عدا العربات والدراجات الهوائية او ما يستثنى بقانون خاص) كما إن الفقرة الخامسة من المادة المذكورة تنص على انه (لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة المرور المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة) .

وإذ إن من الثابت من وقائع الدعوى إن بيع الساحبة موضوع الدعوى لم يتم تسجيله لدى دائرة المرور المختصة وحيث إن العقد يكون باطلاً إذا لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون عملاً بالفقرة (٣) من المادة (١٣٧) من القانون المدني وحيث إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م ١٣٨ فقرة ١و٢) من القانون المدني لذلك يتعين القضاء برد ثمن المبيع وحيث إن الحكم المميز قد التزم في قضائه بوجهة النظر القانونية المتقدمة لذلك قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية .....)) [٢] .

وهنا يتبادر سؤال على قدر كبير من الأهمية هو : قد يتفق مالك العقار مع شخص على بيع هذا العقار ، وقبل تسجيل العقد توفي البائع ، ولكن قام الوريث ببيع ذات العقار على شخص آخر فما هو أثر هذا التصرف للمشتري من المورث . والمشتري من الوارث ؟.

---

(١) قرارها رقم ٣٧٨ / هيئة عامة / ١٩٧٩ في ٤/٤/ ١٩٨١ ، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٥، مصدر سابق ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٥-٢٧ .

(٢) قرارها رقم ٥٣/ استئنافية / ٨٦-١٩٨٧ في ١٩٨٧/٦/٣٠ ، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق، ص ٣٤-٣٥ .

وللإجابة عن هذا التساؤل كتب الأستاذ شاكر ناصر يقول :

((و يلاحظ إن الإرث والانتقال وان كان يجب تسجليه في الطابو ، إلا إن عدم التسجيل لا يجعله باطلاً ، فالتسجيل في هذه الحالة ليس بشرط لاستحقاق الورثة او أصحاب حق الانتقال للعقار الموروث بل شرط لإمكان تصرفهم فيه)) [١] .

وبناء على هذا الرأي ، وعلى أحكام القانون المدني العراقي ، الذي ينص على عدم انعقاد العقد إلا بالتسجيل [٢] . فان المشتري من الوارث لا ينفذ بحقه العقد المعقود بين المورث والمشتري ، ولو كان تاريخ العقد سابقاً للعقد الثاني ويؤيد هذا الاتجاه ما ورد في قانون التسجيل العقاري من إجراءات واجب إتباعها لتسجيل العقار ، فقد ورد في المادة (١/١٠٩) : ((ينعقد التصرف القانوني بمجلس عقد واحد بإيجاب وقبول طرفي العقد . او من ينوب عنها أمام الموظف المختص بعد قيامه بتلاوة شرح الإقرار للتصرف المذكور عليها كما درج في استمارة التسجيل)) . أي أن إجراءات التسجيل لابد أن تجري بين أحياء ، سواء كان التصرف الوارد على العقار بيعاً او هبة [٣]. وينطبق ذات الحكم على المنقول الخاضع للتسجيل .

فلا يجوز لورثة مشتري السيارة التمسك بالعقد الخارجي ، حتى لو كان البائع قد استلم الثمن من المورث ، إذ إن عقد التسجيل من العقود التي اشترط لها القانون شكلاً معيناً [٤].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز في بعض قراراتها إذ قضت ((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك إن مورث المدعى عليهم كان قد باع الى مورث المدعي السيارة .... ببدل مقداره أربعة عشر ألف وستمائة دينار وحيث إن هذا البيع لم يسجل في دائرة المرور المختصة فانه يكون باطلاً ويحق للمدعين المطالبة بإعادة البدل .....)) [٥].

---

(١) شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .
(٢) انظر المواد (٩٠، ٢٤٧ ، ٥٠٨ ، ١١٢٦/ ٢) من القانون المدني العراقي .
(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٢) من قانون التسجيل العقاري بأنه ((تنعقد الهبة الواردة على حق الملكية العقارية والإفراغ بدون بدل او بعوض الوارد على حق التصرف في الأراضي الأميرية او الموقوفة وقفاً غير صحيح حصراً بدائرة التسجيل العقاري وتسجل بعد اخذ إقرار الطرفين بذلك)) .
(٤) قرارها المرقم ٥٥/ الهيئة المدنية / منقول / ٨٤ -١٩٨٥ في ١٨ /١٩٨٤/٩ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ١، ٢ ، ٣ ، ٤ السنة الخامسة عشر ، ١٩٨٤ ، ص ٢٩.
(٥) قرارها رقم ٣٤٦ / استئنافية / ٨٦ -١٩٨٧ في ١٩٨٧/١١/١١، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

ولكن نجد محكمة التمييز قد اتجهت باتجاه مغاير لهذا في حالة إذا سكن المشتري العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري او أحدث فيه أبنية فيحق له مطالبة ورثة البائع بتملك العقار ، إذ قضت محكمة التمييز بأنه ((يحق لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري من مورث المدعي عليه أن يطلب تمليكه العقار إذا سكنه او أحدث فيه أبنية دون معارضة تحريرية من البائع او وارثه وذلك حتى ولو سجل الوارث العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين)) [١].

وقضت كذلك بان ((سكنى بعض المشترين في الدار المبيعة خارج دائرة التسجيل العقاري يكفي سبباً لمطالبة المشترين جميعهم بتمليكهم السهام المبيعة لهم من قبل مورث المدعى عليهم وتشعر المحكمة دائرة التسجيل العقاري بتسجيل السهام المبيعة باسم المشترين دون أن تلزم المدعى عليهم بالحضور في الدائرة للتقرير نظراً لقبض مورثهم بدل المبيع ، قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢)) [٢].

وقضت أيضا بأنه ((لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل أن يطالب ورثة البائع بتسجيل العقار باسمه إذا كان قد سكن فيه .....وان سجل الورثة العقار بأسمائهم في الدائرة المختصة ، قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢)) [٣].

(١) قرارها رقم ١٤ تمييزية /١٩٨٠ في ١٩ /١٩٨٠/٤ ، منشور في الوقائع العدلية ، وزارة العدل ، العدد (٢٦) ، السنة الثانية ، تشرين الأول (١-١٥) ، ١٩٨٠ ، ص ٤٥٥ .

(٢) قرارها رقم ٢٨ / ت ب/ ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٨/٨ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٠٦.

(٣) قرارها رقم ٧٧ / تمييزية /١٩٧٩ في ١٩٧٩/٨/٢٩ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

وقد أكدت محكمة بداءة كربلاء هذا المعنى في بعض قراراتها ، إذ قضت ((لدعوى المدعي في انه اشترى من مورث المدعى عليه الدار المرقمة ٢٤/٦/٦٣ – العباسية ببدل قدره مائة مليون دينار بورقة عرفية ، وقد سكن العقار وأحدث فيه بعض الترميمات ، ولما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعي العقار المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري .....)) قرارها رقم ٢٢/ ب/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٣/٢٠ (غير منشور) ، وقضت كذلك بأنه ((لدعوى المدعي المتضمنة بأنه اشترى العقار المرقم ١٠٢٢٥/٣ مقاطعة ٦١ جزيرة من مورث المدعي عليهم بموجب ورقة البيع المؤرخة ٢٠٠٢/٩/١ ببدل مقداره (١٠) ملايين دينار ولسكن المدعي في العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقار المذكور وإقامة بعض المنشآت فيه ، ولما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعي العقار المذكور بالبدل المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري بذلك .....)) قرارها رقم ١٩/ ب/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٦/٢٩ (غير منشور) .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على تخلف قيد التسليم

عرفنا بان المقصود بالتسليم في العقد العيني هو انتقال حيازة العين من المتصرف الى المتصرف إليه فعلاً ، وهو التسليم الفعلي الذي يعتبر الصور المثلى للتسليم في العقد العيني [1]. وذلك لان انتقال حيازة العين من يد المتصرف الى يد المتصرف إليه هو جوهر العقود العينية والصفة التي تنفرد بها وتميزها عن غيرها من العقود ، ولكن ما هو حكم إذا تخلف قيد التسليم في العقد العيني ؟

سنجيب عن هذا التساؤل بمطلبين ، نحدد في المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين ، أما المطلب الثاني فسنحدد فيه الآثار بالنسبة للغير .

المطلب الأول

الآثار بين المتعاقدين

إن القانون المدني العراقي لم يتضمن وضعاً يقضي ببطلان العقد العيني إذا تخلف التسليم كما نراه في العقد الشكلي في المادة (٣/١٣٧) التي تنص على بطلان العقد إذا لم يستوف

(١) انظر ص ٩٠ من الرسالة .

الشكل الذي فرضه القانون [١]. ولكن تكييف بعض الفقه [٢] . للتسليم بوصفه ركناً من أركان العقد . فان تخلفه يؤدي الى بطلان العقد وهذا يعني تطبيق القواعد العامة في البطلان المنصوص عليها في المادة (٢/١٣٧) من القانون المدني العراقي التي ورد فيها ((فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل .....)) .

ولكن هذه القاعدة تطبق على المنقول غير الخاضع للتسجيل ، كما هو عليه في المنقول بصورة عامة ، ولكن ما هو الحكم بالنسبة للمنقول الخاضع للتسجيل . ومثال ذلك المركبات الخاضعة لأحكام قانون المرور ؟ أي إن العقد في هذه الحالة عقداً عينياً لاشتراط التسليم وفي نفس الوقت عقداً شكلياً لاشتراط التسجيل في دائرة المرور . فهل يشترط تنفيذ هذين الركنين لكي يتم عقد الهبة وتترتب عليه الآثار بين المتعاقدين ؟

يذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري للقول بأنه ((إذا وثّقنا هبة المنقول في ورقة رسمية ، انعقدت الهبة دون حاجة الى أي إجراء آخر شأنها في ذلك شأن هبة العقار ، فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية الى القبض ، فالقبض في هبة المنقول ليس أجراء واجباً الى جاب الورقة الرسمية ، بل هو إجراء يغني عن الرسمية ، فلا محل إذن للجمع بين الرسمية والقبض)) [٣].

إن وجهة نظر الدكتور السنهوري ، لابد من أخذها بنظر الاعتبار ، إذ إن التشريع المصري كالتشريع العراقي ، اشترط القبض او التوثيق بورقة رسمية لكي تتم الهبة ومن ثم يترتب على تخلفه بطلان العقد [٤].

(١) نصت المادة (٣/١٣٧) من القانون المدني العراقي ((ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)) .

(٢) د.عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٣٧ . د. محمود سعد الدين الشرف ، مصدر سابق ، ص ٧٥. د.عادل فهيم ، مصدر سابق ، ص ٦١. د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني (العقود المسماة - الهبة) ، مصدر سابق ، ص ١٥ ، د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون ، مصدر سابق ، ص ٥٨-٥٩، د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٩٤، هامش رقم (٢) .

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

(٤) إن المشرع العراقي جعل البطلان درجة واحدة ، إذ عرف العقد الباطل بأنه ((لا يصح أصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة)) في المادة (١/١٣٧) من القانون المدني ، وحين قرر ((إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً)) في المادة (١/١٣٨) من القانون المدني ، فكان المشرع دقيقاً جداً في تحديده لنظرية البطلان .

وقد نصت على ذلك المادة (١/٤٨٨) من القانون المدني المصري ((١- تكون الهبة بورقة رسمية و إلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية)) .

وإذا رجعنا الى القانون المدني العراقي وجدنا المادة (٦٠٢) منه تقرر انه ((إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة)) . وفي المادة (١/٦٠٣) منه جاء ((لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض)) .

ومن هذه النصوص يتبين إن المشرع المصري قد اقر الى جانب الشكل الرسمي في الهبة أشكالاً أخرى هي التسليم والاستتار [١]. أما المشرع العراقي قد حدد حصراً الأشكال التي تقع بها الهبة وهي : التسجيل إذا كان الموهوب عقاراً او القبض إذا كان الموهوب منقولاً ، وان عقد الهبة الذي لم يستوف الشكلية المتطلبة هو عقد باطل وهذا البطلان لا يزول بالتقادم [٢]. و لا يقبل بالإجازة [٣]. و لا يتخلف عن التزام طبيعي [٤]. ومع ذلك ، أي مع رصد البطلان كجزاء لتخلف الشكلية في الهبة ، فان بعض التقنينات [٥]. قضت وفي حالة استثنائية بجواز تصحيح هذا العقد ، فقد نصت المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري على انه ((إذا قام الواهب او ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يحق لهم أن يستردوا ما سلموه)) .

---

(١) د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، مصدر اسبق ، الفقرات (٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤) ، ص ١٧٧ .

(٢) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ١٢٢-١٢٣ .

(٣) نصت المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي ((.....و لا يزول البطلان بالإجازة)) . تقابلها المادة (١/١٤١) من القانون المدني المصري (مطابق) .

(٤) يعرف الالتزام الطبيعي بأنه ((حالة يكون فيها الشخص مديناً قانوناً بنقل حق عيني او القيام بعمل او بالامتناع عن عمل بحيث يجب عليه الوفاء بهذا الدين دون أن يمكن إكراهه عليه إذا لم يوف به طائعاً مختاراً)) . د.سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، فقرة (٥٥٨) ، ص ٥٣٥ .

(٥) كالقانون المدني الفرنسي ، فقد قررت المادة (١٣٤٠) إن إجازة ورثة الواهب للبطلان الناتج عن عيب الشكل او أي عيب آخر او تنفيذهم الاختياري للهبة يعد بمثابة تنازل من جانبهم عن الاحتجاج به . ويقابلها المادة (٤٥٧) من القانون المدني السوري (موافق) ، والمادة (٤٧٨) من القانون المدني الليبي (موافق) . ولم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً مماثلاً لما في القانون الفرنسي او القوانين الأخرى .

وقد اختلف الفقه المصري في تأصيل هذا الحكم ، فذهب جانب من الفقه المصري للقول [١]. إن التنفيذ الاختياري من قبل الواهب او ورثته إجازة خاصة لهبة باطلة بسبب اختلال الشكل ، والشكل من صنع القانون والقانون هو الذي يعين جراء الإخلال به .

وذهب جانباً آخر من الفقه المصري للقول [٢] ، بان الهبة الباطلة جزاء تخلف الشكل إنما يتخلف عنها التزام طبيعي يقع على عاتق الواهب وورثتنه ، ويترتب على ذلك إن الواهب او الورثة الذين يقومون مختارين بتنفيذ الهبة بعد علمهم بالبطلان لا يستطيعون استرداد ما سلموه .

ومن جانبنا نرى عدم صحة هذه الاراء في تأصيل حكم المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري ، وذلك لان اعتبار التنفيذ الاختياري للهبة من قبيل الإجازة ، لا ينسجم مع القواعد التي تحكم إجازة التصرفات القانونية . وذلك لان الإجازة تجعل من التصرف موضوعها صحيحاً بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد ، في حين إن التنفيذ الاختياري للهبة ليس له مثل هذا الأثر ، بل إن العقد يعد منعقداً من تاريخ حدوث هذا التنفيذ [٣]. بالإضافة الى إن الإجازة لا ترد على البطلان وإنما ترد على تصرف معيب ، وهذا العيب قد تقرر لمصلحة شخص معين يستطيع أن يتنازل عن حقه في إبطال العقد بالإجازة [٤].

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٥، مصدر سابق ، ص ٧٤-٧٨ . د.محمد أبو عافية ، مصدر سابق ، فقرة (١٥) ، ص ٦٤ . د.أنور سلطان ، مصدر سابق ، فقرة (٢٣٣) ، ص ٢٧٨ .

(٢) د.جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان ، مصدر سابق ، فقرة (١١٠) ، ص ٣١٦ . د. وليم قلادة ، مصدر سابق ، فقرة (٢٤) ، ص (٩١-٩٢) . وهذا موقف المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، فقد جاء فيها ((على انه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم . ولكن الواهب او ورثته قاموا مختارين بتنفيذها كان هذا التنفيذ معتبراً ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة لا لان الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة (٦٦٣) من المشروع . بل لان الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يجوز استرداده .....)) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٤، ص ٢٥٤ .

(٣) د.اكثم الخولي ، العقود المدنية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، فقرة (٧٩) ، ص (١١٦-١١٧) .

(٤) إن المشرع المصري اخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان ، فيكون بطلان مطلق إذا تخلف تخلفاً تاماً احد عناصر انعقاد التصرف القانوني ، كتخلف الرضا او المحل او السبب او الشكل في التصرفات الشكلية والتسليم في العقود العينية . ويكون البطلان نسبياً إذا تعيب احد هذه العناصر ، كعيب الرضا ، وإذا تخلفت أهلية الأداء ويزول البطلان النسبي بالإجازة ، المادة (١٣٩) مدني مصري أما البطلان المطلق فلا يزول بالإجازة ، المادة (١/١٤١) مدني مصري .
د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠و٤٧٣. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق، ص ٣٧. وهذا ما أخذت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري فقد جاء فيها ((ترد أسباب البطلان المطلق الى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية أطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك ، او كانتفاء الرضا او عدم وجود المحل حقيقة او حكماً ، وغني عن البيان إن تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع وحكم القانون يحول دون انعقاده او وجوده ، وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق ، أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد او وجوده من حيث توافر أركانه ، ولكن ركن من أركانه هو الرضا يفسد بسبب عيب بداخله ، او بسبب نقص في أهلية احد العاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى انه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من دخل رضاءه العيب او من لم تكتمل أهليته)) . مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٢، ص ٢٥٥ .

أما البطلان لتخلف الشكل فهو بطلان لا يمكن إجازته وذلك لتعلق قواعد الشكل بالنظام العام ، ولا يجوز من ثم أن يقوم التزام الطبيعي عن طريق مخالفته ، وذلك لان من شروط الالتزام الطبيعي أن لا يكون مخالفاً للنظام العام [١].

و يتضح من ذلك كله عدم صحة الأساس الذي استند إليه أصحاب هذه الاراء في تأصيل حكم المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري . ولذلك ذهب بعض الكتاب [٢]. الى إن من العسير تأصيل نص المادة (٤٨٩) بما يتفق والقواعد العامة التي تحكم فكرة الشكل ، وعدم إمكانية إيجاد تبرير له .

وعليه فأن المشرع المصري [٣]. لم يكن موفقاً في إيراد حكم المادة (٤٨٩) . فنحن ازاء نص فيه خروج على القواعد العامة ومن المسلم به إن المشرع له أن يخرج على حكم هذه القواعد رعايةً لمصلحة واجبة ، ولكن ما هي هذه المصلحة ؟ ....ثم أليس في ترجيحها إهدار لمصلحة الورثة [٤].

ومن كل ذلك نصل الى إن المادة (٤٨٩) مدني مصري لا تتفق مطلقاً مع القواعد العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية ، فإذا لم يتم استيفاء الشكل المفروض في التصرف سواء كان التسجيل في العقود الشكلية أم التسليم في العقود العينية فلا يكون لهذا التصرف قيمة يعتد بها ، ولا بد من تطبيق القواعد العامة في البطلان ، ومنها انه لا يجوز لأي من المتعاقدين إلزام الطرف الآخر بتسليم الشيء محل العقد العيني . إذ لا يترتب على البطلان أي اثر بين المتعاقدين . إلا انه إذا ما تولد ضرر عن تخلف التسليم فللمتضرر الحق بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، وليس على أساس المسؤولية التعاقدية [٥].

المطلب الثاني

الآثار بالنسبة للغير

(١) نصت المادة (٢٠٠) من القانون المدني المصري على انه ((يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام)) .
(٢) د.محمد جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص ٩٥. د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ .
(٣) وكذلك المشرع الفرنسي بإيراده نص المادة (١٣٤٠) .
(٤) د.بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، ط١، الكويت ١٩٨٦، ص ١٨٣. د.محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٩٦.
(٥) د.عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص ١٣.

تطبيقاً للقواعد العامة للبطلان . إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان [١]. وحيث إن تخلف التسليم باعتباره ركناً من أركان العقد يؤدي الى بطلان العقد ، عليه يجوز للغير إن كان ذا مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وهذا البطلان يجعل من العقد في نظر المشرع معدوماً وليس له وجود قانوني ، ولذلك يجوز إقامة دعوى البطلان [٢]. مهما طال الأمد إذ إن الزمن لا يمكن أن يحيل العدم وجوداً [٣].

ولكن الرغبة في حماية الأوضاع المستقرة مدة من الزمن قد حملت بعض القوانين على أن تقرر إسقاط دعوى البطلان بمرور الزمن . وهذا لا يعني مطلقاً إن العقد الباطل قد تحول الى عقد صحيح . فالمشرع الفرنسي مثلاً قرر إن دعوى البطلان تسقط كقاعدة عامة بمرور ثلاثين سنة ، وشمل بذلك جميع التصرفات الباطلة [٤]. وكذلك كان حال المشرع المصري ، فقد قرر بموجب المادة (٢/١٤١) من تقنينه المدني إن دعوى البطلان نفسها تسقط بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ التصرف [٥].

أما المشرع العراقي فانه لم يقر سقوط دعوى البطلان مهما مر عليها الزمن وهذا يعني إنها يمكن أن تقام بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد [٦]. فالتقنين المدني العراقي قد جاء خالياً من نص مقابل او مماثل لنص المادة (٢/١٤١) من التقنين المدني المصري ، ولكن المشرع العراقي مع هذا قرر بموجب المادة (٤٢٩) من تقنينا المدني ((الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة)) فهذه المادة كما هو واضح تمنع من سماع الدعوى على المنكر لحق ثابت في الذمة ، وهذه الدعوى تختلف عن دعوى البطلان التي يكون موضوعها المطالبة بإبطال عقد شابه خلل لتخلف ركن من أركانه [٧].

---

(١) انظر المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي .
(٢) إن الحكم في دعوى البطلان يعتبر مقرراً وكاشفاً لا منشئاً . د. عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٧٥) ، ص ٣٨٠. د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، مصدر سابق ، فقرة (٦٢٣) ، ص ٤٦٩.
(٣) د.السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢١٣) ، ص ١٩٣. د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصر ، ١٩٦٦، ص ٢٨٥-٢٨٦ .
(٤) Guerriero(Marie Antoinette) , l'acte juridique Solennel , L.G.D.J , Paris , ١٩٧٥, P٣٨٩.
(٥) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤١) من القانون المدني المصري على انه ((٢- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد)) .
(٦) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة (٧١٦) ، ص ٤٩٤ .
(٧) د.عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٤٩٥.

ومما تجدر الإشارة إليه إن الدفع بالبطلان لا يتقادم أبداً ، فلو كان هناك عقد باطل لم يتم تنفيذه وطالب احد المتعاقدين الآخر بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، لكان من حق الطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ هذه الالتزامات والدفع ببطلان العقد ولو مضت على إبرام هذا العقد المدة المانعة من سماع الدعوى [١]. وان جزاء تخلف قيد التسليم في العقود العينية لا يشذ عما هو مقرر في البطلان من عدم إمكانية إجازته ، فالتصرف الباطل هو تصرف معدوم ، والعدم لا يمكن إجازته وذلك لأنه ليس له وجود في نظر المشرع ، وهذه القاعدة تعد من المسلمات في التشريعات المدنية ، فقد نصت المادة (١٤١) من القانون المدني على انه ((إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة)) [٢].

وكان من ثم لمن له مصلحة في التمسك بالبطلان التصرف على أساس عدم وجود هذا العقد ، فإذا كان الشيء محل العقد تحت يد الواهب او المقرض ، أي من ضمن الذمة المالية ، يستطيع الدائن أن يوقع الحجز عليه ، و يستحصل منه دينه [٣].

(١) د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٤٢٥، د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق، فقرة (٢٨٤) ، ص ٣٩٦. د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، فقرة (٧٣٥) ، ص ٥٥٤. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج ١، مصدر سابق ، ص ١٢٣.
(٢) تقابلها المادة (١/١٤١) من القانون المدني المصري (مطابق) .
(٣) د.عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على مخالفة قيد النظام العام

إن آثار مخالفة قيد النظام العام هو بطلان العقد ، إذ يزول ويعتبر كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد [١] .

لذلك يمكن القول بان مخالفة النظام العام هو زوال العقد وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها سواء كان سبب البطلان هو مخالفة العقد للنظام العام او مخالفة للآداب وسواء من كان يتمسك بالبطلان هو الطرف المخطيء او الطرف البريء .

وسنتناول أثار مخالفة النظام العام بين المتعاقدين في المطلب الأول ، وآثار مخالفة النظام بالنسبة للغير في المطلب الثاني .

المطلب الأول

الآثار بين المتعاقدين

يترتب على مخالفة قيد النظام العام بين المتعاقدين بطلان العقد كقاعدة عامة ، وانعدام أثره لعدم قدرته على إنتاج ما كان يترتب عليه من آثار في حالة عدم بطلانه [٢]. وهذه القاعدة

(١) المستشار محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ ، الإسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص ٥٦ .

(٢) المحامي محمد عبد الرحيم عنبر ، الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية ، ج٦ ، بلا مكان طبع ، ١٩٧٤ ، ص ١٩٣.

تسري بأثر رجعي وليس من وقت الحكم بالبطلان . ويقضي تطبيق هذه القاعدة أن نفرق بين ما إذا كان العقد قد نفذ كله او بعضه ، أم لم ينفذ بعد وعليه سنتناول في الفرع الأول الآثار في حالة تنفيذ العقد وفي الفرع الثاني الآثار في حالة عدم تنفيذ العقد .

الفرع الأول

الآثار في حالة تنفيذ العقد

إذا كان العقد قد نفذ جزئياً او كلياً على الرغم من بطلانه يجب إعادة كل متعاقد الى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، فان كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل [١].

أي يمكن أن يرد كل متعاقد ما حصل عليه بموجب عقد باطل لمخالفته للنظام العام ، فان إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد تكون ممكنة . وبالتالي يكون واجباً ، بحيث يجب على كل منهما أن يرد ما استوفاه بموجب العقد الباطل على أساس إن بطلان العقد يجب استيفائه له بدون سند قانوني . فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً وجب على البائع أن يرد الثمن الذي استوفاه من المشتري ، ووجب على المشتري أن يرد المبيع الذي تسلمه من البائع . وقد ذهب جانب من الفقه [٢]. في تبرير إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد الى مبدأ (الإثراء بلا سبب) تأسيساً على انه إذا ما تقرر البطلان فقد تعين إرجاع الحال الى ما كان عليه ، وعلى المتعاقد الذي استولى على كل شيء تنفيذاً لهذا العقد الباطل أن يرده للآخر تطبيقاً لقاعدة رد غير المستحق المستمدة من مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب .

والملاحظ على هذا الرأي إن اغلب الفقهاء لا يأخذون به [٣]. فثمة من قال [٤]. ((إن فكرة النظام العام تعلو على دعوى الإثراء بلا سبب)) .

---

(١) نصت المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي على انه ((٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) . تقابلها المادة (١/١٤٢) من القانون المدني المصري (موافق) ، المادة (١٤٣) مدني سوري (موافق) ، المادة (١٤٢) مدني ليبي (موافق) .

(٢) د.عد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢١٦) ص ١٩٦. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٨٦) ، ص ٣٩٩ . د.إسماعيل غانم، مصدر سابق ، فقرة ١٤٥، ص ٢٩٧ .

(٣) Malaurie Philippe ,l'ordre Puplic et contrat , op . cit ,P.٢٢٩. G.Ripert,Lar'egle morale dans les obiligations civil ,١٩٤٩ .n.١٠٨-١٠٩. د.عبد حكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق، فقرة (٨٩٠) ، ص ٦٧٦ . د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢، مصدر سابق ، ص ٣٣٢ .

(٤) Malaureie Phlippe .op.cit, P.٢٢٩ . n٣٥١-٣٥٢.

وثمة من قال [١]. ((لا يمكن فصل الأداء الذي وفي به عن العقد الذي تولد عنه هذا الأداء ، ولكي تكون هناك دعوى إثراء بلا سبب يجب أن يكون ما دفع بدون سبب ، والحال هنا يوجد سبب ولكنه سبب غير مشروع فدعوى الإثراء تصدم مع نفس العقبة ، فالمدعي مضطر الى تعليل السبب الذي من اجله دفع ، ولا مناص إذن من أن يتمسك في طلب الرد بالتصرف غير المشروع الذي ابرمه)) .

ومن جانبنا نذهب الى تأصيل قاعدة ((إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد)) إلا إن هذه القاعدة تجد أساسها في منطق البطلان ذاته ، إذ يقتضي زوال كل أثر للعقد وأن يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . وهذا المنطق هو الذي دفع المشرع العراقي الى صياغته في نموذج قانوني هو نص المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني سالف الذكر . وهذا ما سار عليه القضاء العراقي ، إذ قضت محكمة التمييز في قرار لها ((يكون عقد البيع باطلاً إذا كانت (المادة) محل العقد ممنوعاً بيعها ويتعين في هذه الحالة إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وفقاً للمادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي)) [٢].

وقضت كذلك بأن ((الاتفاق على دفع مبلغ عن عدم حصول الضم من القابض في المزايدة الجارية يعتبر مخالفاً للنظام العام ويستوجب أعادته الى الدافع)) [٣].

أما حيث لا يمكن أن يرد كل متعاقد الى الآخر ما حصل عليه بموجب عقد باطل . كما إذا كان الشيء قد هلك او تلف ، جاز الحكم بتعويض معادل .

اختلفت آراء الفقهاء بخصوص هذا التعويض فثمة من قال [٤].((يرجع أساس الالتزام بالتعويض المعادل الى المسؤولية التقصيرية)) .

---

(١) Ripert ,op. Cit .n.١٠٩.
(٢) قرارها رقم ٧٢٠ / مدنية أولى /١٩٩١ في ١٩٩١/١٢/٢٥. أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٨، مصدر سابق ، ص ٨٥ .
(٣) قرارها رقم ١٩٥٩/١٤٩٦ في ١٩٥٩/١١/١٠ وتتلخص وقائع القضية بان ((المدعي اتفق مع المدعي عليه بان يدفع له مبلغاً مقابل عدم ضمه في المزايدة)) . منشور في مجلة القضاء ، العدد ١و٢ ، سنة ١٨، ١٩٦٠ ، ص ٢١٢.
(٤) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢١٦) ، ص ١٩٦.

وثمة من قال [١] وجوب اعتبار الالتزام بأداء التعويض المعادل كما لو كان ناشئاً من العقد الباطل)) .

وذهب البعض الآخر [٢]. للقول ((يرجع الالتزام بأداء التعويض المعادل الى تسلم غير المستحق او دفع ما لا يجب)) .

ونعتقد إن الالتزام بالتعويض المعادل يجد أساسه في منطق البطلان والقانون إذ نص عليه ، إذ أوجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وان تعذر ذلك جاز الحكم بالتعويض المعادل [٣]. ونقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١٣٠) من القانون المدني وذلك بإضافة فقرة جديدة تنص على مصادرة ما استولى عليه احد المتعاقدين تنفيذاً لعقد مخالف للنظام العام لحساب الخزينة العامة لصرفه في أغراض خيرية ، إذ يجب حرمان من قصد الوصول الى غرض غير مشروع عن طريق العقود من الحصول على ثمرة أثمه والوصول الى غرضه جزاء له على قصده غير المشروع ، ولمنع غيرهم ممن قد تسول لهم أنفسهم ذلك .

الفرع الثاني

الآثار في حالة عدم تنفيذ العقد

إذا لم ينفذ العقد ولو جزء منه فأن عدم قدرته على ترتيب أثاره تحول دون أن تترتب عليه الالتزامات التي كانت عليه لولا بطلانه [٤].

(١) د.عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج١، القاهرة ، ١٩٥٨، ص ٢٦٠ .
(٢) د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٤٩٢. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٨٧) ، ص ٤٠٠ .
(٣) انظر المواد (٢/١٣٨) مدني عراقي و (١/١٤٢) مدني مصري .
(٤) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق، ص ٥٠٠ .

ولهذا لا يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من الآخر تنفيذ ما كان سيقع عليه من التزام ولو لم يقع العقد باطلاً ، فإذا طالب احدهما بذلك كان للآخر أن يدفع ببطلان العقد ، وبالتالي عدم قدرته على ترتيب آثاره .

فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً ، فالبائع يستطيع إن يمتنع عن تسليم المبيع وله أن يبيعه مرة أخرى وللمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن ، فلا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع ، كما أن البائع لا يكون له أن يطالبه بدفع الثمن ، فان طالب بذلك كان للآخر أن يدفع ببطلان عقد البيع [١].

وطبقاً للاتجاه السائد تسري القاعدة التي تحكم أثر البطلان على العقود الفورية والعقود المستمرة على السواء ، فحتى العقد الزمني المستمر يترتب على بطلانه انه لم يوجد عقداً أصلا على أساس إن البطلان يقضي على مظاهر وجوده بأثر رجعي [٢]. فعقد الإيجار الباطل يعتبر كأن لم يكن ومن ثم فان ما يحكم به من تعويض عن الانتفاع الذي حصل عليه المستأجر والذي لا يمكن رده لا يعد أجرة و لا تضمنه ضمانات الأجرة كما لا يتقادم بمدة تقادمها [٣]. ويقع مثل ذلك أيضاً في عقد الشركة ، فإذا أبطل عقد الشركة وجب تصفية موجودات الشركة وتوزيعها بين الشركاء ، وإجراء هذه التصفية لا يكون وفقاً لنظام عقد الشركة الباطل ، وإنما يتم إجراؤها وفقاً للعدالة [٤].

وفي عقد الإيجار وعقد الشركة الباطلين كثيراً ما تطبق أحكام القضاء شروط العقد ، فمثلاً هي تحدد التعويض عن شغل العين المؤجرة على أساس الأجرة المتفق عليها في العقد . وهي تطبق بنود عقد الشركة في تصفية الشركة الباطلة . ولكن ينبغي أن ننتبه الى إن القضاء لا يطبق العقد هنا بوصفه عقداً ، إذ هو باطل ، وإنما لأنه يعتبر الطريقة التي نص عليها العقد هي اقرب الطرق الى تطبيق العدالة [٥].

(١) عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٧٥) ن ص ٣٨٠ .
(٢) د.جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٢٠٢ .
(٣) د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٦٧٨.
(٤) د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص ٤٦٠.
(٥) د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٥٢. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق، ص ٤٠٠ .

المطلب الثاني

الآثار بالنسبة للغير

ذكرنا فيما تقدم إن البطلان يحدث أثره بين المتعاقدين أنفسهم ولكن هل البطلان لمخالفة قيد النظام العام يتعدى الى غير المتعاقدين ؟ أعمالاً لقاعدة إعادة الحال الى ما كانت عليه بين المتعاقدين كأثر لبطلان العقد إذ يتأثر وضع الغير أيضاً بهذه القاعدة ، إذ يصبح المتعاقد المتصرف في العين محل التعاقد وقد تصرف في غير ما يملك ، لان فاقد الشيء لا يعطيه فلا ينتقل للغير الحق على العين محل التصرف وهذا هو الأصل ، ولكن يرد عليه بعض الاستثناءات .

وعليه سنتناول في الفرع الأول القاعدة العامة وفي الفرع الثاني الاستثناءات على هذه القاعدة .

الفرع الأول : القاعدة العامة

(ضياع حقوق الغير بسبب مخالفة النظام العام)

ويقصد بالغير هنا الأشخاص الذين اكتسبوا حقوقاً على الشيء محل العقد الباطل لمخالفته للنظام العام ، لنفرض إن عقد البيع كان باطلاً لمخالفته النظام العام وان البائع كان قد سلم المبيع الى المشتري وان المشتري باع هذا الشيء الى شخص آخر ثم قضى بالبطلان لمخالفته النظام العام [1].

(١) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق، ص ١٩٨. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٥٠٦ .

من المؤكد إن المشتري الثاني لم يصبح مالكاً لان الذي نقل إليه الملكية لم يكن مالكاً ، لان العقد الأول كان باطلاً .

وهذا تطبيق لقاعدة زوال سند المتصرف يؤدي الى زوال سند المتصرف إليه [١]. والفرض إن المشتري الأول كان سنده باطلاً ، وبذلك يترتب على زوال سنده زوال سند المشتري الثاني .ثم إن هناك قاعدة أخرى تقول (ليس للشخص أن ينقل الى غيره أكثر مما يملك) . او إن (فاقد الشيء لا يعطيه)[٢].

فإذا كان المشتري الأول ليس مالكاً لبطلان عقد شرائه فكذلك يجب إلا يكون المشتري الثاني مالكاً . على إن إطلاق المبدأ في حق الغير من شأنه أن يؤدي الى عدم استقرار التعامل ، إذ سيفاجأ المتعاملون بأسباب بطلان سند المتعاقد معهم وهو الأمر الذي سيؤدي الى اضطراب كبير ، او إساءة بالغة الى الثقة والائتمان ، لذلك ، وتحقيقاً لاستقرار التعامل وحماية للائتمان ، أورد المشرع طائفة من الاستثناءات على هذا المبدأ وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

الاستثناءات

(احتفاظ الغير الحسن النية بحقوقه)

لاحظ المشرع إن الغير قد يكون حسن النية [٣]. وان من شأن إزالة حقه على الشيء الإضرار به ، ومن ثم فقد استثنى بعض الأوضاع التي يقتضيها حسن النية ومنها : -

أولاً :- عقود الإدارة ، كعقد الإيجار ، هذه العقود تظل قائمة ولا تسقط على الرغم من بطلان سند من صدرت منه ، ما دامت من أعمال الإدارة الحسنة بان كانت بأجر المثل وكان

(١) د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٣٣٦ .
(٢) د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة ٢٩٨ ، ص ٤١٣. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة (٧٤٠) ، ص ٥٠٧.
(٣) ومعنى حسن النية إن يكون الحائز قد اعتقد انه يتلقى الحق من صاحبه ، فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط ، غلط يقع فيه ، يدفعه الى الاعتقاد بان المتصرف هو صاحب الحق .د.رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٤٦٢.

المستأجر حسن النية وكانت مدتها لا تجاوز ثلاث سنوات فلا يستطيع البائع أن يسترد العين من يد المستأجر قبل انتهاء الإيجار [١].

ثانياً :- بالنسبة للمنقولات ، إذا حاز الغير منقولاً مادياً نتيجة تصرف قانوني ، ثم أبطل سند المتصرف ، فان المتصرف إليه مع ذلك أن يتملك المنقول متى كان حسن النية أي جاهلا العيب الذي يلحق سند المتصرف [٢].

وذلك بالاستناد الى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المنصوص عليها في المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي [٣]. التي جاء فيها ((من حاز وهو حسن النية منقولاً او سند لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد)) .

فهذه القاعدة تحول إذن دون الاحتجاج على الغير الذي حاز المنقول بالأثر الرجعي لبطلان سند المتصرف .

ثالثاً : بالنسبة للعقارات ، إن بطلان سند المتصرف يؤدي الى سقوط ما رتبه من حقوق للغير ولو كان حسن النية ، وذلك تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان [٤].

فإذا باع شخص عيناً ثم رتب المشتري عليها حقاً عينياً ، كرهن او حق ارتفاق مثلاً او باعها . ثم تقرر البطلان العقد . فان البائع الأول يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري ، ويستردها كذلك من المشتري الثاني ، ولا يحمي الغير من الأثر الرجعي للبطلان إلا أن يكتسب ملكية العقار او الحق العيني عليه بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية [٥]. وذلك بالاستناد الى نص المادة (٢/١١٥٨) من القانون المدني العراقي [٦]. التي جاء فيها ((٢- وإذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة

(١) د.عبد الحكم فوده ، البطلان، مصدر سابق ، فقرة (٩٠٥) ، ص ٦٩٠.د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصدر سابق، ص ٣٨٠ .
(٢) د.محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٩ ، ص ٨١. د.رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥-٤٥٩.
(٣) تقابلها المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني المصري (موافق) .
(٤) د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٣٣٧. د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٦٨٩. د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٩٨. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق، فقرة ٧٣٩، ص ٥٠٦ .
(٥) د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣، ص ٣٢٢ . مصدر سابق، ص ٣٢٢. د.عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، القاهرة ، ١٩٩١، ص ٢٩٩ . د.سعيد جبر ، حق الملكية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص٢٦٨ .
٦ تقابلها المادة (٩٦٩) من القانون المدني المصري (موافق) .

الطابو ، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات ولا يشترط توافر حسن النية ، إلا وقت تلقي الحق)) .

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على تخلف القيود الواردة على التعاقد

تمهيد وتقسيم ....

بينا في الفصل الأول القيود الواردة على رضائية العقد وهما قيد التسجيل وقيد التسليم وبينا في الفصل الثاني القيود الواردة على مضمون العقد ويتمثل بقيد واحد وهو قيد النظام العام .

أما في هذا الفصل فسنتناول الآثار المترتبة على تخلف هذه القيود ، والواقع إن المشرع العراقي رتب آثاراً على تخلف قيد التسجيل تختلف عن آثار تخلف قيد التسليم وقيد النظام العام .

لذلك سنبحث الآثار المترتبة على تخلف قيد التسجيل في المبحث الأول . ونتناول في المبحث الثاني الآثار المترتبة على تخلف قيد التسليم ، أما المبحث الثالث فسيخصص لدراسة الآثار المترتبة على مخالفة قيد النظام العام .

المبحث الأول

الآثار المترتبة على تخلف قيد التسجيل

عرّفنا بان المقصود بالتسجيل هو قيد جميع التصرفات العقارية التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة في دائرة التسجيل العقاري . كما نقصد به التسجيل في الأماكن المحددة قانوناً لانعقاد التصرفات الواردة على المنقولات الخاضعة للتسجيل كالماكنة ، والسفينة ، والمركبة ، والطائرة ، ولكن ما هو الحكم إذا تخلف التسجيل ، أي إذا امتنع احد الطرفين من تسجيل العقد ؟

سنجيب عن هذا التساؤل بمطلبين ، نحدد في المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين ، أما المطلب الثاني فسنحدد فيه الآثار بالنسبة للغير .

المطلب الأول

الآثار بين المتعاقدين

سبق أن ذكرنا بان التسجيل في القانون العراقي يعتبر ركناً من أركان التصرفات الواردة على العقار والمنقول الخاضع للتسجيل ، التي تعد من العقود الشكلية التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل المختصة ، و إلا عّد العقد باطلاً ويكون بحكم العدم [١].

بناءً عليه فان البائع يبقى مالكاً للعقار حتى لحظة تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري ، وله أن يمتنع عن تسجيل العقد ، ولا قدرة للمشتري على إجباره على التسجيل [٢]. وإذا كان المشتري لا يستطيع إجبار البائع على التسجيل فما هي الحقوق التي يمنحها القانون له في مثل هذه الحالة ؟

منح المشرع العراقي في المادة (١١٢٧) من القانون المدني [٣] . الحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء امتناع البائع عن التسجيل . وقد اختلف الفقه في العراق في الأساس القانوني بتعويض المشتري في حالة نكول البائع عن التسجيل ،

(١) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، أحكام الالتزام ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

(٢) د.غازي عبد الرحمن ناجي ، نظرة في قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ و ١٤٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١ وأثرهما على شرط تسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق ، العدد (١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) السنة الأربعون ، ١٩٨٥، ص٣٨ .

(٣) نصت المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي على ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ، إذا اخل احد الطرفين بتعهده ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط)) .

وتوزعت آراؤهم على ثلاثة اتجاهات ، فذهب جانب منهم [١] .الى إن عقد بيع العقار قبل التسجيل عقد باطل لا يرتب أي اثر وهو بحكم العدم فلا يمكن التمسك بما ورد فيه من شروط ومنها الشرط الجزائي ، كون الأخير هو التزام تبعي يجب أن يبطل تبعاً لبطلان العقد وما دام الأمر كذلك فان أساس التعويض الذي جاءت به المادة المذكورة آنفاً هو الفعل الضار والمسؤولية التي تقررها هي المسؤولية التقصيرية .

وذهب آخرون [٢]. الى إن عقد بيع العقار قبل التسجيل هو عقد صحيح غير مسمى طبقاً لنظرية تحول العقد ، استناداً الى نص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي [٣]. كون عقد بيع العقار الباطل يتحول الى عقد صحيح غير مسمى لتوافره على أركان العقد الصحيح الجديد ، ذلك لان نية المتعاقدين كانت قد انصرفت الى إبرام هذا العقد ، ويرى أصحاب هذا الاتجاه بان أساس التعويض الوارد في المادة (١١٢٧) في أعلاه هو العقد والمسؤولية التي تقرره هي المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية . تأسيساً على نظرية تحول العقد الباطل الى عقد صحيح غير مسمى ، ومن ثم فان الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) يكون صحيحاً باعتباره مستنداً الى العقد الصحيح غير المسمى وليس الى عقد بيع العقار الباطل .

أما الاتجاه الثالث فذهب الفقهاء [٤] . الى القول بان عقد بيع العقار لا ينعقد قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لكونه عقداً شكلياً ، غير إن تراضي الطرفين بموجب عقد بيع العقار الخارجي لا يمكن إنكاره ، فالتراضي المذكور عقد ولكنه ليس بعقد بيع ، إذ يلزم لانعقاد بيع العقار التسجيل ، فهو إذن غير مسمى ملزم منذ بداية نشوئه ، وليس عقد بيع باطل يتحول الى عقد صحيح غير مسمى ، ومن ثم فان اخل البائع التزم بالتعويض وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لان مصدره التعهد الملزم .

وقد أخذت محكمة التمييز بالاتجاه الثالث ، فاعتبرت التعهد بنقل ملكية عقار قبل تسجيله عقداً غير مسمى ، فقد قضت ((إن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧

(١) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٥٣، ص ١٢٨-١٢٩. الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١، حق الملكية ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٥٦ .

(٢) د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع والإيجار ، مصدر سابق، ص ١٥٤ .نوري احمد منصور ، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ ، ص ٢٦ .

(٣) نصت المادة (٤٠) مدني عراقي على إن ((إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين إن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى إبرام هذا العقد)) .

(٤) د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢. د.كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ١٢٢. د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢، أحكام الالتزام ، ١٩٦٧، ص ٣٧-٣٨ .

مدني ، عقد غير مسمى وليس عقد بيع ، ولكنه ملزم للطرفين فإذا اخل احد المتعاقدين به التزم بالتعويض ، وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية)) [١]. قضت كذلك بأنه ((..... وان كان بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة الطابو المادة (٥٠٨) مدني ، إلا إن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع ، ولكنه عقد ملزم للطرفين إذا اخل احد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي ، وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية)) [٢].

وكذلك قرارها الذي قضت فيه بأنه ((إذا تعهد بائع العقار خارج دائرة الطابو بنقل ملكية عقاره الى المشتري وحدد في العقد مبلغ التعويض الذي يلزم به في حالة نكوله ، فانه يلزم بالتعويض المحدد في العقد في حالة ثبوت إخلاله بتعهده)) [٣].

وقرارها الآخر الذي قضت فيه بأنه ((....إن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل الملكية في الطابو والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن ، لان العقد صحيح وان لم تنتقل به ملكية العقار)) [٤].

وقد تدخل المشرع العراقي في هذا الموضوع من خلال القرار الذي أصدره مجلس قيادة الثورة [المنحل] برقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ ، إذ حدد في الفقرة (آ) منه التعويض الذي يستحقه المشتري في حالة امتناع البائع عن التسجيل وهو ما يعادل الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمته وقت النكول [٥].

وهذا ما سار عليه القضاء بعد صدور القرار أعلاه ، إذ قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية على انه ((يحق للمشتري مطالبة البائع بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين

---

(١) قرارها رقم ٢٢٣٧ / حقوقية / ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٥/٢١، منشور في مجلـــة القضاء ، العدد الثاني ،السنة ٢١ ، ١٩٦٦، ص ٢٣.

(٢) قرارها رقم ٩٨٧/ حقوقية / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/١٥، منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٣٢٢.

(٣) قرارها رقم ٤٦٩/ م٣/١٩٧١ في ١٩٧١/٧/٢٨ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثانية ، ١٩٧٣، ص٢٤.

(٤) قرارها رقم ١١١ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٣/٥ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ١٩٧٠ ، ص٤٧.

(٥) نصت الفقرة (آ) من القرار ١١٩٨ على انه ((يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض أم لم يشترط فيه على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار في التعهد وقيمته عند النكول ، دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر)) . نشر القرار ١١٩٨ في الوقائع العراقية العدد (٢٦٢١) في ١٩٧٧/١١/١٤ . وقد ادخل المشرع تعديلاً على هذه الفقرة بموجب القرار المرقم ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١ إذ أضافت الفقرة (آ) من هذا القرار حق التصرف ، أي إن الأمر أصبح لا يقتصر فقط على نقل ملكية العقار المنصوص عليها بالفقرة (آ) من القرار١١٩٨ وإنما يشمل كذلك نقل حق التصرف فيه ، نشر القرار ١٤٢٦ في مجلة القضاء العدد (١،٢،٣،٤) ، السنة الأربعون ، ١٩٨٥، ص ٣٩.

قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمته عند النكول)) [١].و قضت كذلك بان ((ثبوت نكول المتعهد بنقل ملكية عقار يعتبر سبباً يبيح للمتعهد المطالبة بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار المبينة بالتعهد وقيمته وقت النكول)) [٢].

وتعتبر أحكام القرار ١١٩٨ ، فيما يخص التعويض عن الإخلال بتسجيل عقد بيع العقار ، قد حلت محل الأحكام الواردة في المادة (١١٢٧) من القانون المدني [٣]. ونقترح تعديل المادة (١١٢٧) من القانون المدني ويحل محلها نص الفقرة (آ) من القرار ١١٩٨ وذلك لان طريقة احتساب التعويض وفق القرار المذكور طريقة مبسطة و الأفضل أن يستمر العمل بها .

وقد أعطت الفقرة (ب) من القرار ١١٩٨ حقاً آخر للمشتري بالمطالبة بتملك العقار بقيمته المثبتة في التعهد [٤].

والواقع إن هذه المطالبة غير مطلقة وإنما محددة بشرطين هما :

الشرط الأول : تصرف ايجابي يصدر من المشتري وهذا التصرف إما أن يكون سكن العقار او أن يحدث فيه أبنية او منشآت أخرى ، وتصرف سلبي من البائع وهو عدم صدور معارضة تحريرية [٥].

---

(١) قرارها رقم ٦٥٢ /حقوقية/ ١٩٩١ في ١٩٩١/٧/١ ، قرار رقم ١٩٩٤/١٠٩١ في ١٩٩٤/١٠/٥ . أشار إليه هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية عقار ، مطبعة الخليج العربي ، بغداد ، ١٩٩٨، ص٩٢، ص ٩٧ .

(٢) قرارها رقم ٢٠٤٥/ حقوقية / ١٩٩٢ في ١٩٩٢/١٠/٦ ، أشار إليه هادي عزيز على المصدر السابق ، ص ٩٤.

(٣) قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز في العراق رقم ٢٨٨/ موسعة أولى /١٩٩٢ في ١٩٩٢/١١/١٥ . وقرارها رقم ٦٥٥ / حقوقية / ١٩٩٥ في ١٩٩٥/٥/٣١ ، هادي عزيز علي ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .

(٤) نصت الفقرة (ب) من القرار ١١٩٨ على انه ((إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او أحدث فيه أبنية او منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المثبتة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (آ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول)) وقد ادخل المشرع تعديلاً على هذه الفقرة بمقتضى القرار المرقم ١٤٢٦ إذ أضافت الفقرة (ب) من هذا القرار ، المغروسات الى التعداد الوارد في الفقرة (ب) من القرار ١١٩٨ .

(٥) بموجب القرار ١١٩٨ المذكور يستطيع المشتري المطالبة القضائية بتملك العقار جبراً على البائع إذا ما أحدث عليه بناء او منشآت أخرى ، وقد جاء مصطلح البناء والمنشآت الأخرى مطلقاً ، فأي بناء مهما كانت كلفته فان المشتري يستطيع استناداً إليه رفع دعوى التمليك بموجبه ، وقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ((بان للمشتري المطالبة بتملك العقار إذا ما أضاف بناءً الى البناء القائم الذي اشتراه فإذا ما كان العقار المبيع هيكلاً وقام المشتري بإكماله ، إذ قام بلبخ الجدران بالجص فان ذلك يكون سبباً كافياً يمكن المشتري من المطالبة بالتمليك ، ولا حاجة لان يكون البناء على عرصة خالية)) . قرارها رقم ١٠٦٩/ حقوقية/ ١٩٩٦ في ٣١ /١٠/١٩٩٦ أشار إليه هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص ١٢.

وقد قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بتأييد قرار محكمة بداءة كربلاء بتمليك (٩ أمتار) من حديقة دار المدعي عليه التي كان قد باعها ، وجاء في أسباب القرار بان المدعي قد أقام دكاناً على الأرض المباعة ، عليه قررت المحكمة تمليكه الأرض التي اشتراها . قرارها رقم ٦/ ت/ حقوقية / ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/١/١٨ (غير منشور) .

وقضت كذلك محكمة بداءة كربلاء ((بان المدعية بينت في احد الجلسات إنها قد سكنت العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري وقامت بترميمه بعد أن دفعت كامل الثمن للمدعي عليه وقد امتنع عن تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعليه ومما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعية العقار المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري بتسجيله باسم المدعية بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية قرارها رقم ٨٥/ ب /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١/١٣ (غير منشور) .

الشرط الثاني : فقد فرضه القضاء إذ يقتصر تطبيق النص على عقود البيع ولا يشمل العقود الأخرى الناقلة لملكية عقار كعقد الهبة ، إذ قضت محكمة التمييز على انه ((للزوج إن يرجع عن هبة العقار لزوجته إذا لم تكن الهبة مسجلة لدى دائرة التسجيل العقاري وليس للزوجة طلب تمليك العقار استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ لان هذا القرار يسري على البيوع الخارجية التي ثبت فيها عوض للعقار المبيع)) [١] .

ويمكن القول بان قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ١١٩٨ قد سد نقصاً تشريعياً كبيراً خاصة بعد ارتفاع أسعار العقارات وازدياد حالات النكول ، فبموجب القرار المذكور يكون للمتعهد له ((المشتري)) الخيار أما المطالبة بالتعويض او تملك العقار .

ومن جانبنا نرى إن عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري يكون حكمه البطلان [٢]. وذلك لان جميع نصوص القانون العراقي [٣] . تؤكد بان التسجيل ركن من أركان عقد بيع العقار ، وهو من العقود الشكلية ، التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري و إلا عد باطلاً ، فلا معنى لوجود عقد غير مسمى ، وهذه النتيجة قد قالها بعض الكتاب [٤]. الذين أقاموا المسؤولية في حالة عدم تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري على أساس الفعل الضار .

و أكدت محكمة التمييز هذا المعنى في بعض قراراتها ، إذ قضت ((..... ولا يصبح عقد بيع العقار باتاً إلا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لأحكام المادة (٥٠٨) مدني ، ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها

وقضت أيضاً محكمة بداءة كربلاء ((بان المدعي قد اشترى العقار المرقم ١٥/١١٩ مقاطعة ٢٤ العباسية من المدعي عليهم بموجب مقاولة بيع تحريرية مؤرخة في ١٣ /٤/٢٠٠٠ واستلموا الثمن كاملاً ولكنهم امتنعوا عن الاعتراف له في دائرة التسجيل العقاري ولما كان المدعي قد سكن العقار وأحدث فيه منشآت وبهذا فان الشروط الموضوعية التي يتطلبها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ متوفرة ، ومما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعي العقار المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية)) . قرارها رقم ٢٨٣ / ب/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١١/١٠ (غير منشور) .

(١) قرارها رقم ٦٣٥/ م ٤/ ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٧/٢٦ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ٣، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٠ ، ص١٦-١٧ .

(٢) البطلان هو ((الجزاء القانوني المترتب على تخلف ركن من أركان العقد وعلى اختلاله)) .د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢٠٣) ، ص ١٨٥ . د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٧١ .د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص ٤١٨.

(٣) انظر ص ١٥ من الرسالة .

(٤) د.حسن علي الذنون ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مصدر سابق ، فقرة ١٤٨، ص ١٢٨-١٢٩ . الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص٥٦ . د.حسين عبد القادر معروف ، مصدر سابق ، ص ١٩.

قبل العقد)) [1]. وقضت كذلك بان ((بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لعدم استيفاءه الشكل الذي فرضه القانون ولفقدانه ركناً من أركانه . والعقد الباطل لا ينعقد و لا يفيد الحكم أصلاً بموجب الفقرة (١) من المادة (١٣٨) مدني والمادة (٥٠٨) والمادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري ، لذا فلا يجبر المميز عليه المشتري على قبول شراء العقار موضوع الدعوى وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري و إنما يكون حقه استرداد المبلغ المدفوع منه للبائع المميز)) [2].

ونلاحظ إن المشرع العراقي لم يسلك سلوكاً قانونياً موحداً في أحكام العقد الباطل فنجده تارة رتب أثاراً عليه كما في عقد بيع العقار الخارجي ، وتارة أخرى نجده قد تمسك بنظرية البطلان ولم يرتب أثاراً على عقد بيع المنقول غير مسجل ، وإنما يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل [3].

وهذا ما سار عليه القضاء العراقي ، إذ قضت محكمة التمييز بأنه ((في العقود الباطلة لعدم إتمام الشكلية اللازمة لها ، لا يحال بين احد المتعاقدين وبين طلب العودة الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملاً بالمادتين (٩٠) و (١٣٨) من القانون المدني)) [4].

وقضت كذلك بان [عقد البيع الواقع على السيارة المبرم بين الطرفين المتداعيين باطل قانوناً لعدم استيفائه الشكل الذي فرضه القانون (م ١٣٧) من القانون المدني وحيث إن العقد إذا كان باطلاً فيجب إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م١٣٨) مدني] [1].

---

(١) قرارها رقم ٥١٨ / م ٣/ ١٩٧٣ في ٢١ /١١/١٩٧٣ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، تشرين الأول ، تشرين الثاني ، كانون الأول ، ١٩٧٣ ، ص ٦٥.

(٢) قرارها رقم ٧٨٧/ م١/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٧/٣ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشر ، ١٩٨٠ ، ص٢٦. ولمحكمة التمييز عدة قرارات تؤكد اتجاهها هذا ، ومن ذلك إنها قررت ما يأتي ((إن بيع العقار هو عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل ، ونظراً لحكم المادة (١١٢٧) التي تنص على إن التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ومعنى كلمة (يقتصر) انه لا سبيل للحكم عند النكول إلا بالتعويض ، تطبيقاً للمادة المذكورة ، ولا يجوز أن يصار الى العربون لأنه ليس تعويضاً)) .

قرارها رقم ٥٩ / هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩٧٢/١/٢٢ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، ١٩٧٣، ص ٢٩ .

وقضت أيضاً ((ليس لبائع الدار الاحتفاظ بجزء من العربون الذي دفعه إليه مشتري الدار بعد إبطال البيع لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري ...بل ينبغي رد جميع مبلغ العربون الى المشتري طالما أبطلت معاملة البيع)) . قراراها رقم ١٤٦١/ م ١٩٨٨/٣ في ١٩٨٨/٦/٢٩ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني (السنة التاسعة عشر) ، ١٩٨٨ ، ص ٣٨٠ .

(٣) نصت المادة (١٣٨ /٢) من القانون المدني العراقي ((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) .

(٤) قرارها برقم ٣٨٩/ منقول /١٩٨٥ في ٥/ ١٩٨٥/١ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ٢،١ السنة السادسة عشر ،١٩٨٥ ، ص ٢٠ .

وقضت أيضاً بأنه ((.....عقد بيع المركبة خارج دائرة المرور المختصة يعتبر باطل وحيث لا يفيد الحكم أصلاً و لا تترتب عليه من الآثار سوى إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد حسب المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني)) [٢].

قضت كذلك محكمة بداءة كربلاء بأنه ((.....لبطلان عقد البيع الواقع على السيارة لعدم استكماله الشكلية القانونية وعملاً بحكم الفقرة (٧) من القسم (٥) من قانون المرور والمواد (١٣٧) و (١٣٨) مدني ، قرر الحكم بإلزام المدعي عليه بإعادة السيارة المرقمة ٩٩٤/ كربلاء موديل ١٩٨١ الى المدعي وتسليمها له بالحالة التي تسلمها منه ....)) [٣].

وفيما يتعلق بالماكنة قضت محكمة التمييز في قرار لها ((يشترط لصحة بيع المكائن او التنازل عنها تسجيل الواقعة لدى الكاتب العدل المختص)) [٤].

وقضت كذلك بان ((تسلم المشتري للمكائن المبيعة لا ينفي عن البيع صفة البطلان لعدم تسجيله لدى الكابت العدل وفق أحكام قانون تسجيل المكائن ....)) [٥] .

وقضت أيضاً في قرار لها ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز وجد إن المحكمة قد اتبعت قرار النقض الصادر من هذه المحكمة بعدد ١٨١/ م١/١٩٧٨ تاريخ ١٩٧٩/٣/٥ إذ لم تأخذ بعقد البيع الواقع على ماكنة قص الإسفنج لعدم

---

(١) قرارها رقم ٦٧/ استئنافية / ٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٧/٨ أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، ج ٥، مطبعة الزمان ، بغداد، ٢٠٠٠ ، ص ٣٦ .

(٢) قرارها رقم ١٧١٧ / م ١/ ١٩٩٩ في ٢٨ /٢/ ١٩٩٩ (غير منشور) .

(٣) قرارها رقم ١٧٢ / ٢/ ب /٢٠٠٥ في ١٦ /٢/ ٢٠٠٥ (غير منشور) . وقضت محكمة التمييز في قرارات عديدة ((بعدم مسؤولية مشتري السيارة خارج دائرة المرور ، عن نقصان قيمتها نتيجة تبدل الأسعار عند إعادتها الى البائع لبطلان العقد ، كما لا يسأل عن الشرط الجزائي المثبت في العقد)) .

قرارها رقم ٢٣٢ / استئنافية / ٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٥/٢٣ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة الثامنة عشر ، ١٩٨٧، ص ٤٦.

وقضت كذلك بان ((ليس لبائع السيارة بعقد باطل أن يطالب مشتريها بتعويض يعادل الفرق بين سعرها في السوق وسعر بيعها بالعقد الباطل ....)) . قرارها رقم ٤٠٤ / مدنية أولى / بداءة /١٩٨٠ في ١٩٨٠/١٢/٢٨ منشور في الوقائع العدلية ، نشرة نصف شهرية تصدرها وزارة العدل ، العدد ٤٧ ، السنة الثالثة ، ١٩٨١، ص ٣٦٩ . وقضت أيضاً= = ((لا يسأل مشتري السيارة خارج دائرة المرور عن نقصان قيمتها بسبب فرق أسعار السوق خلال الفترة الممتدة بين تاريخ البيع وتاريخ التمسك بالبطلان)) .

قرارها ٩٦٧ / منقول / ٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٥/٢٣ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العددان الأول والثاني ، لسنة ١٩٨٧، ص ٣٨ .

والقرارات القضائية أعلاه تؤكد لجوء المحاكم الى تطبيق القواعد العامة للبطلان ، على أساس انه عدم و لا ينتج أي اثر بالنسبة الى عقد بيع المنقول غير المسجل .

(٤) قرارها برقم ٢/ م ١٩٨٢/٤-١٩٨٣ في ١٩٨٢/١٢/٢٥ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة عشرة ، تشرين أول – تشرين ثاني – كانون أول ، ١٩٨٢ ، ص ٢٥ .

(٥) قرارها برقم ٥٠٢ / م ١/ ١٩٧٧ في ٢٥ /١٢/ ١٩٧٧ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث والرابع ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٨ .

تسجيله لدى الكاتب العدل المختص ولذا يلزم إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .....)) [١] .

ونلاحظ مما تقدم إن المشرع العراقي قد خلق قواعد قانونية مختلفة لآثار العقد الباطل بسبب عدم توفر الشكلية . وهذا أمر قد يثير الفوضى أمام القضاء ولا يؤدي الى استقرار التعامل ، ونوصي بان يسلك المشرع العراقي سلوكاً قانونياً موحداً في أحكام العقد الباطل .

المطلب الثاني

الآثار بالنسبة للغير

لما كانت التصرفات الواردة على العقار او المنقول الخاضع للتسجيل قبل التسجيل باطلة في القانون المدني العراقي [٢]، فأنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان [٣]. ويراد بالمصلحة هنا كل حق يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه [٤]. وعلى ذلك فمجرد المصلحة دون قيام الحق غير كاف لتمكين أصحابها من التمسك ببطلان العقد [٥]. فلا يجوز أن يتمسك الجار

(١) قرارها برقم ٣٨٣ / هيئة موسعة أولى /١٩٨٢ في ١٩٨٤/٥/٣٠ ، أشار إليه د.إبراهيم المشاهدي ، المختار من محكمة التمييز قسم الإثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٣٦ .

(٢) نصت الفقرة (٣) من المادة (١٣٧) على انه ((٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا أخلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)) .

(٣) نص المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي ((إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)) . تقابلها المادة (١٤١) من القانون المدني المصري (مطابق) ، م (١/١٤٢) مدني سوري (مطابق) ، م (١/١٤١) مدني سوري (مطابق) ، م(١/١٤١) مدني ليبي (مطابق) .

(٤) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ص ١٩٥. د.أنور سلطان ، مصدر سابق ، فقرة ٢٢٢، ص ٢٦٦-٢٦٧ . د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٤٩٨ .

(٥) أصحاب المصلحة الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان هم أطراف التصرف ودائنيهم والخلف العام وهو الوارث او الموصى إليه بحصة في التركة (لا بمال معين) والخلف الخاص هو من يخلف غيره في مال معين كالمشتري والموهوب إليه والموصى إليه بمال معين . د. عبد الرشيد عبد الحافظ ، مصدر سابق ، فقرة ٦٢٢، ص ٤٦٨. د.ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ، ص ٤٢٣ .

ببطلان بيع صدر من جاره ، بحجة إن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد ، ولا يجوز كذلك لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، جاز له التمسك بالبطلان ، وعلى سبيل لمثال عقد بيع طائرة او السفينة هو من العقود الشكلية في القانون العراقي ، إذ يستلزم الرسمية في إنشاءه [١] . فان قيام شخص ببيع طائرة بموجب ورقة عرفية يترتب عليه بطلان عقد البيع ، فيستطيع ورثة بائع الطائرة التمسك بالبطلان في القانون العراقي ، و يستطيعون بموجب القانون المصري التمسك ببطلان هبة مورثهم لتخلف الشكل [٢].

و يحق للخلف الخاص ودائني أطراف العقد التمسك بالبطلان المترتب على تخلف قيد التسجيل . بل إن للمحكمة كذلك أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد لتخلف التسجيل ، فهي إذا ما وجدت العقد غير مستوف الشكل الذي اشترطه المشرع تعين عليها الحكم ببطلانه [٣].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ((..... وحيث إن القانون رقم ١٧لسنة ١٩٧٧(قانون تعديل قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١) قد اعتبر نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٩٧٧/٢/٧ ، فان مدة السنة المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة الخامسة من القانون تنتهي في ١٩٧٨/٢/٦ ، وحيث إن المدعي أقام دعواه بتاريخ ١٩٧٨/٧/١ فتكون الدعوى مقامة بعد مضي المدة القانونية ويصبح عقد بيع السيارة موضوع الدعوى باطلاً بحكم القانون ولا يمكن الاحتجاج بهذا الشأن بان الفقرة السادسة من المادة الخامسة من القانون قد ألزمت المشتري وليس البائع بالمراجعة لتسجيل البيع او إقامة الدعوى لإثبات الملكية لان العقد أصبح باطلاً بحكم القانون وهذا البطلان يسري على طرفي العقد ، وحيث إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ويجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد طبقاً للمادة (١٣٨) من القانون المدني . وإذا كان العقد باطلاً جاز

(١) فقد نصت المادة (٤٠) من قانون الطيران المدني العراقي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤ على انه ((الطائرة مال منقول فيما يتعلق بتطبيق القوانين والقواعد والأنظمة النافذة في الدولة ومع ذلك فان نقل ملكية الطائرة يجب أن يتم بموجب سند رسمي .....)). وتنص المادة (٣) من قانون التجارة البحرية العثماني الصادر سنة ١٨٦٣ النافذ حتى اليوم في العراق ما يأتي ((بيع السفينة كاملة او أي حصة منها سواء كان قبل سفرها او أثناء السفر إذا وقع في ممالك الدولة العلية يجري بسند رسمي بحضور رئيس الميناء في محله وإذا وقع في الممالك الأجنبية فبمواجهة شهبندرية الدولة العلية يعني قناصلها وإذا لم يحصل على هذه الصورة فيكون البيع كأن لم يكن)) .
والنصوص أعلاه تؤكد وجوب انعقاد البيع بسند رسمي وفي حالة غياب هذا الشكل يكون البيع كأن لم يكن .
(٢) انظر المادة (١/٤٨٨) من القانون المدني المصري التي تنص ((١- تكون الهبة بورقة رسمية ، و إلا وقعت باطلة .....)) .
(٣) د.محمود جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص ٩٥.

لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وفقاً للمادة (١٤١) من القانون المدني .....)) [١].

وقضت أيضاً بأنه ((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك إن المبيع موضوع العقد المبرم بين الطرفين هو ماكنة زراعية من نوع عنتر قوة ٨٠ حصان ..... ونوعها (ساحبة) وحيث إن الساحبة مشمولة بأحكام المادة الأولى من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ التي بينت بان المركبة كل واسطة ذات عجلات تسير بمحرك آلي او بقوة جسدية او سحب بأية وسيلة عدا التي تسير منها على السكة الحديد وتشمل آ- السيارة . ب- المركبة الزراعية . كالساحبة والحاصدة ج – المركبة الإنشائية ....الخ .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون المرور تنص على انه (تسجل جميع المركبات في سجلات التسجيل عدا العربات والدراجات الهوائية او ما يستثنى بقانون خاص) كما إن الفقرة الخامسة من المادة المذكورة تنص على انه (لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة المرور المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة) .

وإذ إن من الثابت من وقائع الدعوى إن بيع الساحبة موضوع الدعوى لم يتم تسجيله لدى دائرة المرور المختصة وحيث إن العقد يكون باطلاً إذا لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون عملاً بالفقرة (٣) من المادة (١٣٧) من القانون المدني وحيث إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م ١٣٨ فقرة ١و٢) من القانون المدني لذلك يتعين القضاء برد ثمن المبيع وحيث إن الحكم المميز قد التزم في قضائه بوجهة النظر القانونية المتقدمة لذلك قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية .....)) [٢] .

وهنا يتبادر سؤال على قدر كبير من الأهمية هو : قد يتفق مالك العقار مع شخص على بيع هذا العقار ، وقبل تسجيل العقد توفي البائع ، ولكن قام الوريث ببيع ذات العقار على شخص آخر فما هو أثر هذا التصرف للمشتري من المورث . والمشتري من الوارث ؟.

---

(١) قرارها رقم ٣٧٨ / هيئة عامة / ١٩٧٩ في ٤/٤/ ١٩٨١ ، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٥، مصدر سابق ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٥-٢٧ .

(٢) قرارها رقم ٥٣/ استئنافية / ٨٦-١٩٨٧ في ١٩٨٧/٦/٣٠ ، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق، ص ٣٤-٣٥ .

وللإجابة عن هذا التساؤل كتب الأستاذ شاكر ناصر يقول :

((و يلاحظ إن الإرث والانتقال وان كان يجب تسجليه في الطابو ، إلا إن عدم التسجيل لا يجعله باطلاً ، فالتسجيل في هذه الحالة ليس بشرط لاستحقاق الورثة او أصحاب حق الانتقال للعقار الموروث بل شرط لإمكان تصرفهم فيه)) [١] .

وبناء على هذا الرأي ، وعلى أحكام القانون المدني العراقي ، الذي ينص على عدم انعقاد العقد إلا بالتسجيل [٢] . فان المشتري من الوارث لا ينفذ بحقه العقد المعقود بين المورث والمشتري ، ولو كان تاريخ العقد سابقاً للعقد الثاني ويؤيد هذا الاتجاه ما ورد في قانون التسجيل العقاري من إجراءات واجب إتباعها لتسجيل العقار ، فقد ورد في المادة (١/١٠٩) : ((ينعقد التصرف القانوني بمجلس عقد واحد بإيجاب وقبول طرفي العقد . او من ينوب عنها أمام الموظف المختص بعد قيامه بتلاوة شرح الإقرار للتصرف المذكور عليها كما درج في استمارة التسجيل)) . أي أن إجراءات التسجيل لابد أن تجري بين أحياء ، سواء كان التصرف الوارد على العقار بيعاً او هبة [٣]. وينطبق ذات الحكم على المنقول الخاضع للتسجيل .

فلا يجوز لورثة مشتري السيارة التمسك بالعقد الخارجي ، حتى لو كان البائع قد استلم الثمن من المورث ، إذ إن عقد التسجيل من العقود التي اشترط لها القانون شكلاً معيناً [٤].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز في بعض قراراتها إذ قضت ((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك إن مورث المدعى عليهم كان قد باع الى مورث المدعي السيارة .... ببدل مقداره أربعة عشر ألف وستمائة دينار وحيث إن هذا البيع لم يسجل في دائرة المرور المختصة فانه يكون باطلاً ويحق للمدعين المطالبة بإعادة البدل .....)) [٥].

---

(١) شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .
(٢) انظر المواد (٩٠، ٢٤٧ ، ٥٠٨ ، ١١٢٦/ ٢) من القانون المدني العراقي .
(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٢) من قانون التسجيل العقاري بأنه ((تنعقد الهبة الواردة على حق الملكية العقارية والإفراغ بدون بدل او بعوض الوارد على حق التصرف في الأراضي الأميرية او الموقوفة وقفاً غير صحيح حصراً بدائرة التسجيل العقاري وتسجل بعد اخذ إقرار الطرفين بذلك)) .
(٤) قرارها المرقم ٥٥/ الهيئة المدنية / منقول / ٨٤ -١٩٨٥ في ١٨ /١٩٨٤/٩ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد ١، ٢ ، ٣ ، ٤ السنة الخامسة عشر ، ١٩٨٤ ، ص ٢٩.
(٥) قرارها رقم ٣٤٦ / استئنافية / ٨٦ -١٩٨٧ في ١٩٨٧/١١/١١، أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

ولكن نجد محكمة التمييز قد اتجهت باتجاه مغاير لهذا في حالة إذا سكن المشتري العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري او أحدث فيه أبنية فيحق له مطالبة ورثة البائع بتملك العقار ، إذ قضت محكمة التمييز بأنه ((يحق لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري من مورث المدعي عليه أن يطلب تمليكه العقار إذا سكنه او أحدث فيه أبنية دون معارضة تحريرية من البائع او وارثه وذلك حتى ولو سجل الوارث العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين)) [١].

وقضت كذلك بان ((سكنى بعض المشترين في الدار المبيعة خارج دائرة التسجيل العقاري يكفي سبباً لمطالبة المشترين جميعهم بتمليكهم السهام المبيعة لهم من قبل مورث المدعى عليهم وتشعر المحكمة دائرة التسجيل العقاري بتسجيل السهام المبيعة باسم المشترين دون أن تلزم المدعى عليهم بالحضور في الدائرة للتقرير نظراً لقبض مورثهم بدل المبيع ، قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢)) [٢].

وقضت أيضا بأنه ((لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل أن يطالب ورثة البائع بتسجيل العقار باسمه إذا كان قد سكن فيه .....وان سجل الورثة العقار بأسمائهم في الدائرة المختصة ، قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ والمؤرخ ١٩٧٧/١١/٢)) [٣].

(١) قرارها رقم ١٤ تمييزية /١٩٨٠ في ١٩ /١٩٨٠/٤ ، منشور في الوقائع العدلية ، وزارة العدل ، العدد (٢٦) ، السنة الثانية ، تشرين الأول (١-١٥) ، ١٩٨٠ ، ص ٤٥٥ .

(٢) قرارها رقم ٢٨ / ت ب/ ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٨/٨ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٠٦.

(٣) قرارها رقم ٧٧ / تمييزية /١٩٧٩ في ١٩٧٩/٨/٢٩ ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

وقد أكدت محكمة بداءة كربلاء هذا المعنى في بعض قراراتها ، إذ قضت ((لدعوى المدعي في انه اشترى من مورث المدعى عليه الدار المرقمة ٢٤/٦/٦٣ – العباسية ببدل قدره مائة مليون دينار بورقة عرفية ، وقد سكن العقار وأحدث فيه بعض الترميمات ، ولما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعي العقار المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري .....)) قرارها رقم ٢٢/ ب/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٣/٢٠ (غير منشور) ، وقضت كذلك بأنه ((لدعوى المدعي المتضمنة بأنه اشترى العقار المرقم ١٠٢٢٥/٣ مقاطعة ٦١ جزيرة من مورث المدعي عليهم بموجب ورقة البيع المؤرخة ٢٠٠٢/٩/١ ببدل مقداره (١٠) ملايين دينار ولسكن المدعي في العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقار المذكور وإقامة بعض المنشآت فيه ، ولما تقدم وبالطلب قررت المحكمة تمليك المدعي العقار المذكور بالبدل المذكور وإشعار دائرة التسجيل العقاري بذلك .....)) قرارها رقم ١٩/ ب/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٦/٢٩ (غير منشور) .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على تخلف قيد التسليم

عرفنا بان المقصود بالتسليم في العقد العيني هو انتقال حيازة العين من المتصرف الى المتصرف إليه فعلاً ، وهو التسليم الفعلي الذي يعتبر الصور المثلى للتسليم في العقد العيني [1]. وذلك لان انتقال حيازة العين من يد المتصرف الى يد المتصرف إليه هو جوهر العقود العينية والصفة التي تنفرد بها وتميزها عن غيرها من العقود ، ولكن ما هو حكم إذا تخلف قيد التسليم في العقد العيني ؟

سنجيب عن هذا التساؤل بمطلبين ، نحدد في المطلب الأول الآثار بين المتعاقدين ، أما المطلب الثاني فسنحدد فيه الآثار بالنسبة للغير .

المطلب الأول

الآثار بين المتعاقدين

إن القانون المدني العراقي لم يتضمن وضعاً يقضي ببطلان العقد العيني إذا تخلف التسليم كما نراه في العقد الشكلي في المادة (٣/١٣٧) التي تنص على بطلان العقد إذا لم يستوف

(١) انظر ص ٩٠ من الرسالة .

الشكل الذي فرضه القانون [١]. ولكن تكييف بعض الفقه [٢] . للتسليم بوصفه ركناً من أركان العقد . فان تخلفه يؤدي الى بطلان العقد وهذا يعني تطبيق القواعد العامة في البطلان المنصوص عليها في المادة (٢/١٣٧) من القانون المدني العراقي التي ورد فيها ((فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل .....)) .

ولكن هذه القاعدة تطبق على المنقول غير الخاضع للتسجيل ، كما هو عليه في المنقول بصورة عامة ، ولكن ما هو الحكم بالنسبة للمنقول الخاضع للتسجيل . ومثال ذلك المركبات الخاضعة لأحكام قانون المرور ؟ أي إن العقد في هذه الحالة عقداً عينياً لاشتراط التسليم وفي نفس الوقت عقداً شكلياً لاشتراط التسجيل في دائرة المرور . فهل يشترط تنفيذ هذين الركنين لكي يتم عقد الهبة وتترتب عليه الآثار بين المتعاقدين ؟

يذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري للقول بأنه ((إذا وثّقنا هبة المنقول في ورقة رسمية ، انعقدت الهبة دون حاجة الى أي إجراء آخر شأنها في ذلك شأن هبة العقار ، فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية الى القبض ، فالقبض في هبة المنقول ليس أجراء واجباً الى جاب الورقة الرسمية ، بل هو إجراء يغني عن الرسمية ، فلا محل إذن للجمع بين الرسمية والقبض)) [٣].

إن وجهة نظر الدكتور السنهوري ، لابد من أخذها بنظر الاعتبار ، إذ إن التشريع المصري كالتشريع العراقي ، اشترط القبض او التوثيق بورقة رسمية لكي تتم الهبة ومن ثم يترتب على تخلفه بطلان العقد [٤].

(١) نصت المادة (٣/١٣٧) من القانون المدني العراقي ((ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)) .

(٢) د.عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٣٧ . د. محمود سعد الدين الشرف ، مصدر سابق ، ص ٧٥. د.عادل فهيم ، مصدر سابق ، ص ٦١. د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني (العقود المسماة - الهبة) ، مصدر سابق ، ص ١٥ ، د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون ، مصدر سابق ، ص ٥٨-٥٩، د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٩٤، هامش رقم (٢) .

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

(٤) إن المشرع العراقي جعل البطلان درجة واحدة ، إذ عرف العقد الباطل بأنه ((لا يصح أصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة)) في المادة (١/١٣٧) من القانون المدني ، وحين قرر ((إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً)) في المادة (١/١٣٨) من القانون المدني ، فكان المشرع دقيقاً جداً في تحديده لنظرية البطلان .

وقد نصت على ذلك المادة (١/٤٨٨) من القانون المدني المصري ((١- تكون الهبة بورقة رسمية و إلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية)) .

وإذا رجعنا الى القانون المدني العراقي وجدنا المادة (٦٠٢) منه تقرر انه ((إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة)) . وفي المادة (١/٦٠٣) منه جاء ((لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض)) .

ومن هذه النصوص يتبين إن المشرع المصري قد اقر الى جانب الشكل الرسمي في الهبة أشكالاً أخرى هي التسليم والاستتار [١]. أما المشرع العراقي قد حدد حصراً الأشكال التي تقع بها الهبة وهي : التسجيل إذا كان الموهوب عقاراً او القبض إذا كان الموهوب منقولاً ، وان عقد الهبة الذي لم يستوف الشكلية المتطلبة هو عقد باطل وهذا البطلان لا يزول بالتقادم [٢]. و لا يقبل بالإجازة [٣]. و لا يتخلف عن التزام طبيعي [٤]. ومع ذلك ، أي مع رصد البطلان كجزاء لتخلف الشكلية في الهبة ، فان بعض التقنينات [٥]. قضت وفي حالة استثنائية بجواز تصحيح هذا العقد ، فقد نصت المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري على انه ((إذا قام الواهب او ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يحق لهم أن يستردوا ما سلموه)) .

---

(١) د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، مصدر اسبق ، الفقرات (٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤) ، ص ١٧٧ .

(٢) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ١٢٢-١٢٣ .

(٣) نصت المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي ((.....و لا يزول البطلان بالإجازة)) . تقابلها المادة (١/١٤١) من القانون المدني المصري (مطابق) .

(٤) يعرف الالتزام الطبيعي بأنه ((حالة يكون فيها الشخص مديناً قانوناً بنقل حق عيني او القيام بعمل او بالامتناع عن عمل بحيث يجب عليه الوفاء بهذا الدين دون أن يمكن إكراهه عليه إذا لم يوف به طائعاً مختاراً)) . د.سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، فقرة (٥٥٨) ، ص ٥٣٥ .

(٥) كالقانون المدني الفرنسي ، فقد قررت المادة (١٣٤٠) إن إجازة ورثة الواهب للبطلان الناتج عن عيب الشكل او أي عيب آخر او تنفيذهم الاختياري للهبة يعد بمثابة تنازل من جانبهم عن الاحتجاج به . ويقابلها المادة (٤٥٧) من القانون المدني السوري (موافق) ، والمادة (٤٧٨) من القانون المدني الليبي (موافق) . ولم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً مماثلاً لما في القانون الفرنسي او القوانين الأخرى .

وقد اختلف الفقه المصري في تأصيل هذا الحكم ، فذهب جانب من الفقه المصري للقول [١]. إن التنفيذ الاختياري من قبل الواهب او ورثته إجازة خاصة لهبة باطلة بسبب اختلال الشكل ، والشكل من صنع القانون والقانون هو الذي يعين جراء الإخلال به .

وذهب جانباً آخر من الفقه المصري للقول [٢] ، بان الهبة الباطلة جزاء تخلف الشكل إنما يتخلف عنها التزام طبيعي يقع على عاتق الواهب وورثتنه ، ويترتب على ذلك إن الواهب او الورثة الذين يقومون مختارين بتنفيذ الهبة بعد علمهم بالبطلان لا يستطيعون استرداد ما سلموه .

ومن جانبنا نرى عدم صحة هذه الاراء في تأصيل حكم المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري ، وذلك لان اعتبار التنفيذ الاختياري للهبة من قبيل الإجازة ، لا ينسجم مع القواعد التي تحكم إجازة التصرفات القانونية . وذلك لان الإجازة تجعل من التصرف موضوعها صحيحاً بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد ، في حين إن التنفيذ الاختياري للهبة ليس له مثل هذا الأثر ، بل إن العقد يعد منعقداً من تاريخ حدوث هذا التنفيذ [٣]. بالإضافة الى إن الإجازة لا ترد على البطلان وإنما ترد على تصرف معيب ، وهذا العيب قد تقرر لمصلحة شخص معين يستطيع أن يتنازل عن حقه في إبطال العقد بالإجازة [٤].

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٥، مصدر سابق ، ص ٧٤-٧٨ . د.محمد أبو عافية ، مصدر سابق ، فقرة (١٥) ، ص ٦٤ . د.أنور سلطان ، مصدر سابق ، فقرة (٢٣٣) ، ص ٢٧٨ .

(٢) د.جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان ، مصدر سابق ، فقرة (١١٠) ، ص ٣١٦ . د. وليم قلادة ، مصدر سابق ، فقرة (٢٤) ، ص (٩١-٩٢) . وهذا موقف المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، فقد جاء فيها ((على انه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم . ولكن الواهب او ورثته قاموا مختارين بتنفيذها كان هذا التنفيذ معتبراً ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة لا لان الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة (٦٦٣) من المشروع . بل لان الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يجوز استرداده .....)) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٤، ص ٢٥٤ .

(٣) د.اكثم الخولي ، العقود المدنية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، فقرة (٧٩) ، ص (١١٦-١١٧) .

(٤) إن المشرع المصري اخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان ، فيكون بطلان مطلق إذا تخلف تخلفاً تاماً احد عناصر انعقاد التصرف القانوني ، كتخلف الرضا او المحل او السبب او الشكل في التصرفات الشكلية والتسليم في العقود العينية . ويكون البطلان نسبياً إذا تعيب احد هذه العناصر ، كعيب الرضا ، وإذا تخلفت أهلية الأداء ويزول البطلان النسبي بالإجازة ، المادة (١٣٩) مدني مصري أما البطلان المطلق فلا يزول بالإجازة ، المادة (١/١٤١) مدني مصري .
د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠و٤٧٣. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق، ص ٣٧. وهذا ما أخذت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري فقد جاء فيها ((ترد أسباب البطلان المطلق الى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية أطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك ، او كانتفاء الرضا او عدم وجود المحل حقيقة او حكماً ، وغني عن البيان إن تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع وحكم القانون يحول دون انعقاده او وجوده ، وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق ، أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد او وجوده من حيث توافر أركانه ، ولكن ركن من أركانه هو الرضا يفسد بسبب عيب بداخله ، او بسبب نقص في أهلية احد العاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى انه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من دخل رضاءه العيب او من لم تكتمل أهليته)) . مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٢، ص ٢٥٥ .

أما البطلان لتخلف الشكل فهو بطلان لا يمكن إجازته وذلك لتعلق قواعد الشكل بالنظام العام ، ولا يجوز من ثم أن يقوم التزام الطبيعي عن طريق مخالفته ، وذلك لان من شروط الالتزام الطبيعي أن لا يكون مخالفاً للنظام العام [١].

و يتضح من ذلك كله عدم صحة الأساس الذي استند إليه أصحاب هذه الاراء في تأصيل حكم المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري . ولذلك ذهب بعض الكتاب [٢]. الى إن من العسير تأصيل نص المادة (٤٨٩) بما يتفق والقواعد العامة التي تحكم فكرة الشكل ، وعدم إمكانية إيجاد تبرير له .

وعليه فأن المشرع المصري [٣]. لم يكن موفقاً في إيراد حكم المادة (٤٨٩) . فنحن ازاء نص فيه خروج على القواعد العامة ومن المسلم به إن المشرع له أن يخرج على حكم هذه القواعد رعايةً لمصلحة واجبة ، ولكن ما هي هذه المصلحة ؟ ....ثم أليس في ترجيحها إهدار لمصلحة الورثة [٤].

ومن كل ذلك نصل الى إن المادة (٤٨٩) مدني مصري لا تتفق مطلقاً مع القواعد العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية ، فإذا لم يتم استيفاء الشكل المفروض في التصرف سواء كان التسجيل في العقود الشكلية أم التسليم في العقود العينية فلا يكون لهذا التصرف قيمة يعتد بها ، ولا بد من تطبيق القواعد العامة في البطلان ، ومنها انه لا يجوز لأي من المتعاقدين إلزام الطرف الآخر بتسليم الشيء محل العقد العيني . إذ لا يترتب على البطلان أي اثر بين المتعاقدين . إلا انه إذا ما تولد ضرر عن تخلف التسليم فللمتضرر الحق بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، وليس على أساس المسؤولية التعاقدية [٥].

المطلب الثاني

الآثار بالنسبة للغير

(١) نصت المادة (٢٠٠) من القانون المدني المصري على انه ((يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام)) .
(٢) د.محمد جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص ٩٥. د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ .
(٣) وكذلك المشرع الفرنسي بإيراده نص المادة (١٣٤٠) .
(٤) د.بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، ط١، الكويت ١٩٨٦، ص ١٨٣. د.محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٩٦.
(٥) د.عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص ١٣.

تطبيقاً للقواعد العامة للبطلان . إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان [١]. وحيث إن تخلف التسليم باعتباره ركناً من أركان العقد يؤدي الى بطلان العقد ، عليه يجوز للغير إن كان ذا مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وهذا البطلان يجعل من العقد في نظر المشرع معدوماً وليس له وجود قانوني ، ولذلك يجوز إقامة دعوى البطلان [٢]. مهما طال الأمد إذ إن الزمن لا يمكن أن يحيل العدم وجوداً [٣].

ولكن الرغبة في حماية الأوضاع المستقرة مدة من الزمن قد حملت بعض القوانين على أن تقرر إسقاط دعوى البطلان بمرور الزمن . وهذا لا يعني مطلقاً إن العقد الباطل قد تحول الى عقد صحيح . فالمشرع الفرنسي مثلاً قرر إن دعوى البطلان تسقط كقاعدة عامة بمرور ثلاثين سنة ، وشمل بذلك جميع التصرفات الباطلة [٤]. وكذلك كان حال المشرع المصري ، فقد قرر بموجب المادة (٢/١٤١) من تقنينه المدني إن دعوى البطلان نفسها تسقط بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ التصرف [٥].

أما المشرع العراقي فانه لم يقر سقوط دعوى البطلان مهما مر عليها الزمن وهذا يعني إنها يمكن أن تقام بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد [٦]. فالتقنين المدني العراقي قد جاء خالياً من نص مقابل او مماثل لنص المادة (٢/١٤١) من التقنين المدني المصري ، ولكن المشرع العراقي مع هذا قرر بموجب المادة (٤٢٩) من تقنينا المدني ((الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة)) فهذه المادة كما هو واضح تمنع من سماع الدعوى على المنكر لحق ثابت في الذمة ، وهذه الدعوى تختلف عن دعوى البطلان التي يكون موضوعها المطالبة بإبطال عقد شابه خلل لتخلف ركن من أركانه [٧].

---

(١) انظر المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي .
(٢) إن الحكم في دعوى البطلان يعتبر مقرراً وكاشفاً لا منشئاً . د. عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٧٥) ، ص ٣٨٠. د.عبد الرشيد عبد الحافظ ، مصدر سابق ، فقرة (٦٢٣) ، ص ٤٦٩.
(٣) د.السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢١٣) ، ص ١٩٣. د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصر ، ١٩٦٦، ص ٢٨٥-٢٨٦ .
(١) Guerriero(Marie Antoinette) , l'acte juridique Solennel , L.G.D.J , Paris , ١٩٧٥, P٣٨٩.
(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤١) من القانون المدني المصري على انه ((٢- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد)) .
(٣) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة (٧١٦) ، ص ٤٩٤ .
(٤) د.عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٤٩٥.

ومما تجدر الإشارة إليه إن الدفع بالبطلان لا يتقادم أبداً ، فلو كان هناك عقد باطل لم يتم تنفيذه وطالب احد المتعاقدين الآخر بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، لكان من حق الطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ هذه الالتزامات والدفع ببطلان العقد ولو مضت على إبرام هذا العقد المدة المانعة من سماع الدعوى [١]. وان جزاء تخلف قيد التسليم في العقود العينية لا يشذ عما هو مقرر في البطلان من عدم إمكانية إجازته ، فالتصرف الباطل هو تصرف معدوم ، والعدم لا يمكن إجازته وذلك لأنه ليس له وجود في نظر المشرع ، وهذه القاعدة تعد من المسلمات في التشريعات المدنية ، فقد نصت المادة (١٤١) من القانون المدني على انه ((إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة)) [٢].

وكان من ثم لمن له مصلحة في التمسك بالبطلان التصرف على أساس عدم وجود هذا العقد ، فإذا كان الشيء محل العقد تحت يد الواهب او المقرض ، أي من ضمن الذمة المالية ، يستطيع الدائن أن يوقع الحجز عليه ، و يستحصل منه دينه [٣].

(٥) د.ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص ٤٢٥، د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق، فقرة (٢٨٤) ، ص ٣٩٦. د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، فقرة (٧٣٥) ، ص ٥٥٤. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج ١، مصدر سابق ، ص ١٢٣.
(٢) تقابلها المادة (١/١٤١) من القانون المدني المصري (مطابق) .
(٣) د.عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على مخالفة قيد النظام العام

إن آثار مخالفة قيد النظام العام هو بطلان العقد ، إذ يزول ويعتبر كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد [١] .

لذلك يمكن القول بان مخالفة النظام العام هو زوال العقد وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها سواء كان سبب البطلان هو مخالفة العقد للنظام العام او مخالفة للآداب وسواء من كان يتمسك بالبطلان هو الطرف المخطيء او الطرف البريء .

وسنتناول أثار مخالفة النظام العام بين المتعاقدين في المطلب الأول ، وآثار مخالفة النظام بالنسبة للغير في المطلب الثاني .

المطلب الأول

الآثار بين المتعاقدين

يترتب على مخالفة قيد النظام العام بين المتعاقدين بطلان العقد كقاعدة عامة ، وانعدام أثره لعدم قدرته على إنتاج ما كان يترتب عليه من آثار في حالة عدم بطلانه [٢]. وهذه القاعدة

(١) المستشار محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ ، الإسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص ٥٦ .

(٢) المحامي محمد عبد الرحيم عنبر ، الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية ، ج٦ ، بلا مكان طبع ، ١٩٧٤ ، ص ١٩٣.

تسري بأثر رجعي وليس من وقت الحكم بالبطلان . ويقضي تطبيق هذه القاعدة أن نفرق بين ما إذا كان العقد قد نفذ كله او بعضه ، أم لم ينفذ بعد وعليه سنتناول في الفرع الأول الآثار في حالة تنفيذ العقد وفي الفرع الثاني الآثار في حالة عدم تنفيذ العقد .

الفرع الأول

الآثار في حالة تنفيذ العقد

إذا كان العقد قد نفذ جزئياً او كلياً على الرغم من بطلانه يجب إعادة كل متعاقد الى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، فان كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل [١].

أي يمكن أن يرد كل متعاقد ما حصل عليه بموجب عقد باطل لمخالفته للنظام العام ، فان إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد تكون ممكنة . وبالتالي يكون واجباً ، بحيث يجب على كل منهما أن يرد ما استوفاه بموجب العقد الباطل على أساس إن بطلان العقد يجب استيفائه له بدون سند قانوني . فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً وجب على البائع أن يرد الثمن الذي استوفاه من المشتري ، ووجب على المشتري أن يرد المبيع الذي تسلمه من البائع . وقد ذهب جانب من الفقه [٢]. في تبرير إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد الى مبدأ (الإثراء بلا سبب) تأسيساً على انه إذا ما تقرر البطلان فقد تعين إرجاع الحال الى ما كان عليه ، وعلى المتعاقد الذي استولى على كل شيء تنفيذاً لهذا العقد الباطل أن يرده للآخر تطبيقاً لقاعدة رد غير المستحق المستمدة من مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب .

والملاحظ على هذا الرأي إن اغلب الفقهاء لا يأخذون به [٣]. فثمة من قال [٤]. ((إن فكرة النظام العام تعلو على دعوى الإثراء بلا سبب)) .

---

(١) نصت المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي على انه ((٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) . تقابلها المادة (١/١٤٢) من القانون المدني المصري (موافق) ، المادة (١٤٣) مدني سوري (موافق) ، المادة (١٤٢) مدني ليبي (موافق) .

(٢) د.عد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢١٦) ص ١٩٦. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٨٦) ، ص ٣٩٩ . د.إسماعيل غانم، مصدر سابق ، فقرة ١٤٥، ص ٢٩٧ .

(٣) Malaurie Philippe ,l'ordre Puplic et contrat , op . cit ,P.٢٢٩. G.Ripert,Lar'egle morale dans les obiligations civil ,١٩٤٩ .n.١٠٨-١٠٩. د.عبد حكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق، فقرة (٨٩٠) ، ص ٦٧٦ . د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢، مصدر سابق ، ص ٣٣٢ .

(٤) Malaureie Phlippe .op.cit, P.٢٢٩ . n٣٥١-٣٥٢.

وثمة من قال [١]. ((لا يمكن فصل الأداء الذي وفي به عن العقد الذي تولد عنه هذا الأداء ، ولكي تكون هناك دعوى إثراء بلا سبب يجب أن يكون ما دفع بدون سبب ، والحال هنا يوجد سبب ولكنه سبب غير مشروع فدعوى الإثراء تصدم مع نفس العقبة ، فالمدعي مضطر الى تعليل السبب الذي من اجله دفع ، ولا مناص إذن من أن يتمسك في طلب الرد بالتصرف غير المشروع الذي ابرمه)) .

ومن جانبنا نذهب الى تأصيل قاعدة ((إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد)) إلا إن هذه القاعدة تجد أساسها في منطق البطلان ذاته ، إذ يقتضي زوال كل أثر للعقد وأن يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . وهذا المنطق هو الذي دفع المشرع العراقي الى صياغته في نموذج قانوني هو نص المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني سالف الذكر . وهذا ما سار عليه القضاء العراقي ، إذ قضت محكمة التمييز في قرار لها ((يكون عقد البيع باطلاً إذا كانت (المادة) محل العقد ممنوعاً بيعها ويتعين في هذه الحالة إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وفقاً للمادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي)) [٢].

وقضت كذلك بأن ((الاتفاق على دفع مبلغ عن عدم حصول الضم من القابض في المزايدة الجارية يعتبر مخالفاً للنظام العام ويستوجب أعادته الى الدافع)) [٣].

أما حيث لا يمكن أن يرد كل متعاقد الى الآخر ما حصل عليه بموجب عقد باطل . كما إذا كان الشيء قد هلك او تلف ، جاز الحكم بتعويض معادل .

اختلفت آراء الفقهاء بخصوص هذا التعويض فثمة من قال [٤].((يرجع أساس الالتزام بالتعويض المعادل الى المسؤولية التقصيرية)) .

---

(١) Ripert ,op. Cit .n.١٠٩.
(٢) قرارها رقم ٧٢٠ / مدنية أولى /١٩٩١ في ١٩٩١/١٢/٢٥. أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٨، مصدر سابق ، ص ٨٥ .
(٣) قرارها رقم ١٩٥٩/١٤٩٦ في ١٩٥٩/١١/١٠ وتتلخص وقائع القضية بان ((المدعي اتفق مع المدعي عليه بان يدفع له مبلغاً مقابل عدم ضمه في المزايدة)) . منشور في مجلة القضاء ، العدد ١و٢ ، سنة ١٨، ١٩٦٠ ، ص ٢١٢.
(٤) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، فقرة (٢١٦) ، ص ١٩٦.

وثمة من قال [١] وجوب اعتبار الالتزام بأداء التعويض المعادل كما لو كان ناشئاً من العقد الباطل)) .

وذهب البعض الآخر [٢]. للقول ((يرجع الالتزام بأداء التعويض المعادل الى تسلم غير المستحق او دفع ما لا يجب)) .

ونعتقد إن الالتزام بالتعويض المعادل يجد أساسه في منطق البطلان والقانون إذ نص عليه ، إذ أوجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وان تعذر ذلك جاز الحكم بالتعويض المعادل [٣]. ونقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١٣٠) من القانون المدني وذلك بإضافة فقرة جديدة تنص على مصادرة ما استولى عليه احد المتعاقدين تنفيذاً لعقد مخالف للنظام العام لحساب الخزينة العامة لصرفه في أغراض خيرية ، إذ يجب حرمان من قصد الوصول الى غرض غير مشروع عن طريق العقود من الحصول على ثمرة أثمه والوصول الى غرضه جزاء له على قصده غير المشروع ، ولمنع غيرهم ممن قد تسول لهم أنفسهم ذلك .

الفرع الثاني

الآثار في حالة عدم تنفيذ العقد

إذا لم ينفذ العقد ولو جزء منه فأن عدم قدرته على ترتيب أثاره تحول دون أن تترتب عليه الالتزامات التي كانت عليه لولا بطلانه [٤].

(١) د.عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج١، القاهرة ، ١٩٥٨، ص ٢٦٠ .
(٢) د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٤٩٢. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٨٧) ، ص ٤٠٠ .
(٣) انظر المواد (٢/١٣٨) مدني عراقي و (١/١٤٢) مدني مصري .
(٤) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق، ص ٥٠٠ .

ولهذا لا يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من الآخر تنفيذ ما كان سيقع عليه من التزام ولو لم يقع العقد باطلاً ، فإذا طالب احدهما بذلك كان للآخر أن يدفع ببطلان العقد ، وبالتالي عدم قدرته على ترتيب آثاره .

فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً ، فالبائع يستطيع إن يمتنع عن تسليم المبيع وله أن يبيعه مرة أخرى وللمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن ، فلا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع ، كما أن البائع لا يكون له أن يطالبه بدفع الثمن ، فان طالب بذلك كان للآخر أن يدفع ببطلان عقد البيع [١].

وطبقاً للاتجاه السائد تسري القاعدة التي تحكم أثر البطلان على العقود الفورية والعقود المستمرة على السواء ، فحتى العقد الزمني المستمر يترتب على بطلانه انه لم يوجد عقداً أصلا على أساس إن البطلان يقضي على مظاهر وجوده بأثر رجعي [٢]. فعقد الإيجار الباطل يعتبر كأن لم يكن ومن ثم فان ما يحكم به من تعويض عن الانتفاع الذي حصل عليه المستأجر والذي لا يمكن رده لا يعد أجرة و لا تضمنه ضمانات الأجرة كما لا يتقادم بمدة تقادمها [٣]. ويقع مثل ذلك أيضاً في عقد الشركة ، فإذا أبطل عقد الشركة وجب تصفية موجودات الشركة وتوزيعها بين الشركاء ، وإجراء هذه التصفية لا يكون وفقاً لنظام عقد الشركة الباطل ، وإنما يتم إجراؤها وفقاً للعدالة [٤].

وفي عقد الإيجار وعقد الشركة الباطلين كثيراً ما تطبق أحكام القضاء شروط العقد ، فمثلاً هي تحدد التعويض عن شغل العين المؤجرة على أساس الأجرة المتفق عليها في العقد . وهي تطبق بنود عقد الشركة في تصفية الشركة الباطلة . ولكن ينبغي أن ننتبه الى إن القضاء لا يطبق العقد هنا بوصفه عقداً ، إذ هو باطل ، وإنما لأنه يعتبر الطريقة التي نص عليها العقد هي اقرب الطرق الى تطبيق العدالة [٥].

(١) عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة (٢٧٥) ن ص ٣٨٠ .
(٢) د.جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٢٠٢ .
(٣) د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٦٧٨.
(٤) د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص ٤٦٠.
(٥) د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٥٢. د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق، ص ٤٠٠ .

المطلب الثاني

الآثار بالنسبة للغير

ذكرنا فيما تقدم إن البطلان يحدث أثره بين المتعاقدين أنفسهم ولكن هل البطلان لمخالفة قيد النظام العام يتعدى الى غير المتعاقدين ؟ أعمالاً لقاعدة إعادة الحال الى ما كانت عليه بين المتعاقدين كأثر لبطلان العقد إذ يتأثر وضع الغير أيضاً بهذه القاعدة ، إذ يصبح المتعاقد المتصرف في العين محل التعاقد وقد تصرف في غير ما يملك ، لان فاقد الشيء لا يعطيه فلا ينتقل للغير الحق على العين محل التصرف وهذا هو الأصل ، ولكن يرد عليه بعض الاستثناءات .

وعليه سنتناول في الفرع الأول القاعدة العامة وفي الفرع الثاني الاستثناءات على هذه القاعدة .

الفرع الأول : القاعدة العامة

(ضياع حقوق الغير بسبب مخالفة النظام العام)

ويقصد بالغير هنا الأشخاص الذين اكتسبوا حقوقاً على الشيء محل العقد الباطل لمخالفته للنظام العام ، لنفرض إن عقد البيع كان باطلاً لمخالفته النظام العام وان البائع كان قد سلم المبيع الى المشتري وان المشتري باع هذا الشيء الى شخص آخر ثم قضى بالبطلان لمخالفته النظام العام [1].

(١) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق، ص ١٩٨. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ٥٠٦ .

من المؤكد إن المشتري الثاني لم يصبح مالكاً لان الذي نقل إليه الملكية لم يكن مالكاً ، لان العقد الأول كان باطلاً .

وهذا تطبيق لقاعدة زوال سند المتصرف يؤدي الى زوال سند المتصرف إليه [١]. والفرض إن المشتري الأول كان سنده باطلاً ، وبذلك يترتب على زوال سنده زوال سند المشتري الثاني .ثم إن هناك قاعدة أخرى تقول (ليس للشخص أن ينقل الى غيره أكثر مما يملك) . او إن (فاقد الشيء لا يعطيه)[٢].

فإذا كان المشتري الأول ليس مالكاً لبطلان عقد شرائه فكذلك يجب إلا يكون المشتري الثاني مالكاً . على إن إطلاق المبدأ في حق الغير من شأنه أن يؤدي الى عدم استقرار التعامل ، إذ سيفاجأ المتعاملون بأسباب بطلان سند المتعاقد معهم وهو الأمر الذي سيؤدي الى اضطراب كبير ، او إساءة بالغة الى الثقة والائتمان ، لذلك ، وتحقيقاً لاستقرار التعامل وحماية للائتمان ، أورد المشرع طائفة من الاستثناءات على هذا المبدأ وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

الاستثناءات

(احتفاظ الغير الحسن النية بحقوقه)

لاحظ المشرع إن الغير قد يكون حسن النية [٣]. وان من شأن إزالة حقه على الشيء الإضرار به ، ومن ثم فقد استثنى بعض الأوضاع التي يقتضيها حسن النية ومنها : -

أولاً :- عقود الإدارة ، كعقد الإيجار ، هذه العقود تظل قائمة ولا تسقط على الرغم من بطلان سند من صدرت منه ، ما دامت من أعمال الإدارة الحسنة بان كانت بأجر المثل وكان

(١) د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٣٣٦ .
(٢) د.عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ، فقرة ٢٩٨ ، ص ٤١٣. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة (٧٤٠) ، ص ٥٠٧.
(٣) ومعنى حسن النية إن يكون الحائز قد اعتقد انه يتلقى الحق من صاحبه ، فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط ، غلط يقع فيه ، يدفعه الى الاعتقاد بان المتصرف هو صاحب الحق .د.رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٤٦٢.

المستأجر حسن النية وكانت مدتها لا تجاوز ثلاث سنوات فلا يستطيع البائع أن يسترد العين من يد المستأجر قبل انتهاء الإيجار [١].

ثانياً :- بالنسبة للمنقولات ، إذا حاز الغير منقولاً مادياً نتيجة تصرف قانوني ، ثم أبطل سند المتصرف ، فان المتصرف إليه مع ذلك أن يتملك المنقول متى كان حسن النية أي جاهلا العيب الذي يلحق سند المتصرف [٢].

وذلك بالاستناد الى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المنصوص عليها في المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي [٣]. التي جاء فيها ((من حاز وهو حسن النية منقولاً او سند لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد)) .

فهذه القاعدة تحول إذن دون الاحتجاج على الغير الذي حاز المنقول بالأثر الرجعي لبطلان سند المتصرف .

ثالثاً : بالنسبة للعقارات ، إن بطلان سند المتصرف يؤدي الى سقوط ما رتبه من حقوق للغير ولو كان حسن النية ، وذلك تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان [٤].

فإذا باع شخص عيناً ثم رتب المشتري عليها حقاً عينياً ، كرهن او حق ارتفاق مثلاً او باعها . ثم تقرر البطلان العقد . فان البائع الأول يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري ، ويستردها كذلك من المشتري الثاني ، ولا يحمي الغير من الأثر الرجعي للبطلان إلا أن يكتسب ملكية العقار او الحق العيني عليه بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية [٥]. وذلك بالاستناد الى نص المادة (٢/١١٥٨) من القانون المدني العراقي [٦]. التي جاء فيها ((٢- وإذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة

(١) د.عبد الحكم فوده ، البطلان، مصدر سابق ، فقرة (٩٠٥) ، ص ٦٩٠.د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصدر سابق، ص ٣٨٠ .
(٢) د.محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٩ ، ص ٨١. د.رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥-٤٥٩.
(٣) تقابلها المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني المصري (موافق) .
(٤) د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٣٣٧. د.عبد الحكم فوده ، البطلان ، مصدر سابق ، ص ٦٨٩. د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص ١٩٨. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق، فقرة ٧٣٩، ص ٥٠٦ .
(٥) د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣، ص ٣٢٢ . مصدر سابق، ص ٣٢٢. د.عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، القاهرة ، ١٩٩١، ص ٢٩٩ . د.سعيد جبر ، حق الملكية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص٢٦٨ .
٦ تقابلها المادة (٩٦٩) من القانون المدني المصري (موافق) .

الطابو ، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات ولا يشترط توافر حسن النية ، إلا وقت تلقي الحق)) .

خامساً : المصادر اللغوية :

١- جمال الدين محمد بن مُكرّم الأنصاري المعروف بان منظور ، لسان العرب ، ج ٧، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٦٥ .

٢- جمال الدين محمد بن مُكرّم الأنصاري المعروف بان منظور ، لسان العرب ، ج ٤٧-٤٩ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٦٥ .

٣- مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج ١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩١ .

سادساً : مصادر أخرى

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مطبعة دار الكتاب العربي ، وزارة العدل ، مصر ، الأجزاء (٢، ٤) .

سابعاً : مصادر القرارات القضائية

١- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ١، بغداد ، ١٩٩٩ .

٢- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ٢، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ .

٣- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، ج ٥، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ .

٤- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٨ ، بغداد ، ٢٠٠٢ .

٥- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم الإثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ .

٦- سعيد احمد شعلة ، قضاء محكمة النقض في الملكية ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاماً ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٧- المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ .

٨- المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ .

٩- المحامي عبد العزيز السهيل ، أحكام القضاء العراقي ، ج ١، مطبعة واوفسيت ، بغداد ، ١٩٦٢ .

١٠- المحامي هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، التعهد بنقل ملكية عقار ، مطبعة الخليج العربي ، بغداد ، ١٩٩٨ .

١١- مجلة القضاء ، مجلة حقوقية ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، الأعداد : (١ ، ٢) ، السنة ١٨ ، ١٩٦٠ .

(٢) ، السنة ٢١ ، ١٩٦٦ .

(١) السنة ٢٤ ، ١٩٦٩ .

(٣) ، السنة ٢٦ ، ١٩٧١ .

(٤) ، السنة ٢٦ ، ١٩٧١ .

(٣) ، السنة ١٥ ، ١٩٧٥ .

١٢- مجموعة أحكام النقض المصرية ، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، س ٨ و س ٢١ .

١٣- النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق ، ١٩٧٣ .

١٤- الوقائع العدلية الأعداد : (٢٦) ، السنة (الثانية) ، ١٩٨٠ .

(٤٧) ، السنة (الثالثة) ، ١٩٨١ .

١٥ – مجلة ديوان التدوين القانوني العدد: (١) ، السنة (الخامسة) ، ١٩٦٦.

١٦- قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ .

١٧- مجموعة الأحكام العدلية ، الأعداد : (٢) ، السنة (السادسة) ، ١٩٧٥ .

: (٣ ، ٤) ، السنة (الثامنة) ، ١٩٧٧ .
: (٣) ، السنة (العاشرة) ، ١٩٧٩ .
: (٢) ، السنة (الحادية عشر) ، ١٩٨٠ .
: (٣) ، السنة (الحادية عشر) ، ١٩٨٠ .
: (١) السنة (الثانية عشرة) ، ١٩٨١ .
: (٤) ، السنة (الثالثة عشرة) ، ١٩٨٢ .
: (١ ،٢، ٣، ٤)،السنة (الخامسة عشر) ، ١٩٨٤ .
: (١ ، ٢) ، السنة (السادسة عشر) ، ١٩٨٥ .
: (١ ، ٢) ، السنة (الثامنة عشر) ، ١٩٨٧ .
: (٣) ، السنة (الثامنة عشر) ، ١٩٨٧ .
: (٢) ، السنة (التاسعة عشر) ، ١٩٨٨ .

ثامناً : القرارات القضائية غير المنشورة :

١- قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ١٧١٧/ م ١/ ١٩٩٩ في ١٩٩٩/٢/٢٨ .
٢- قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية ٦/ ت حقوقية / ٢٠٠٣ في ١٨ / ١/ ٢٠٠٣ .
٣- قرار محكمة بداءة كربلاء رقم ٢٢/ ب / ٢٠٠٤ في ٢٠ / ٣/ ٢٠٠٤ .
٤- قرار محكمة بداءة كربلاء رقم ١٩/ ب / ٢٠٠٤ في ٢٩ / ٢٠٠٤/٦ .
٥- قرار محكمة بداءة كربلاء رقم ٢٨٣ / ب/ ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١١/١٠ .
٦- قرار محكمة بداءة كربلاء رقم ٨٥ / ب/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١/١٣ .
٧- قرار محكمة بداءة كربلاء رقم ١٧٢ / ب / ٢٠٠٥ في ١٦ / ٢/ ٢٠٠٥

رابعاً : القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

٢- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ .

٣- القانون المدني الألماني لعام ١٩٠٠ .

٤- قانون الالتزامات السويسري لعام ١٩١٢ .

٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٦- القانون المدني السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم ٨٤ في ١٨ آيار ١٩٤٩ .

٧- القانون المدني الليبي الصادر عام ١٩٥٣ .

٨- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

٩- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .

١٠- القانون المدني الكويتي الصادر عام ١٩٨٢ .

١١- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .

١٢- قانون التسجيل المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ .

١٣- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

١٤- قانون التسجيل العقاري الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ .

١٥- قانون التسجيل العقاري الليبي لسنة ١٩٦٥ .

١٦- قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ .

١٧- قانون الملكية العقاري اللبناني لسنة ١٩٤٩ .

١٨- قانون المرور العراقي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ الملغي .

١٩- قانون المرور العراقي رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ .

٢٠- قانون كتاب العدول العراقي رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ .

٢١- قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ المعدل .

٢٢- قانون التجارة البحرية العثماني لعام ١٨٦٣ .

٢٣- قانون تسجيل السفن العراقي رقم ١٩ لسنة ١٩٤٢ .

٢٤- قانون الطيران المدني العراقي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤ .
٢٥- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
٢٦- قانون العلامات التجارية العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل .
٢٧- قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ .
٢٨- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .
٢٩- قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

تاسعاً : المصادر الأجنبية

١- Cpaitant , introduction a'l e'tude de driot , ٤e e'd, Paris , ١٩٢٥.
٢- Cpitant , Lacause dans les obligation , ٣ ee'd , Paris, ١٩٣٠ .
٣- Carbonniea , driot civil (les obligation) , ٩ ee'd , Paris , ١٩٦٧ .
٤- Demolombe , cours de driot Naple'on , Paris , ١٩٣٠ .
٥- Duguit , Lecons , de driot puplic g'ene'ral , Paris , ١٩٢٦ .
٦- Huc , commentaire the'orique et partique du driot civil , ١٩٨٠ .
٧- G.Ripert , lare'gle morale dansles obiligations , civil , ١٩٤٩ .
٨- Guerriero (Marie Antoinette) , la'cte juridique Solennel , L .C.D.J , Paris , ١٩٧٥ .
٩- Jean Hahser , order puplic et bonnes , moeurs , Bordaux dalloze , ١٩٧٥ .
١٠- Julliot de la morandiere , lanotion d'order puplic dans ledriot prive , cours de doctorat , Paris , Paris , ١٩٥٠- ١٩٥١ .
١١- Julliot de la morandiere , cours de civil , Licence deuxieme Annee , ١٩٥٣- ١٩٥٤ .
١٢- Marmion , Les lois de i'ordre puplic , the'se , Paris ,١٩٢٤.
١٣- Marcel Planiol, Georges Ripert Traite pratique Driot civil francais Tome ٥ par Andre Traspot et et yron loussouarn Paris , ١٩٥٧.
١٤- Malaureie , Phlippe , l'ordre puplic et contrat , Reims , ١٩٥٣ .
١٥- Masson , lanotion de i'order puplic ,the'se , Paris , ١٨٩٩ .
١٦- Miguelde Angulo Roddrigue ٢ , Dumoment au quel il faut se placerpour appre'cier l'order puplic in ternational , Revcrit , ١٩٧٢.

١٧- Rene Dekkers , precis de driot civil Belge , T.٢ , ١٩٥٥ .
١٨- Ripert et Boulanqer Iraite' de droit civil d'apre's le traite' de planiol , T.II , ١٩٥٧.
١٩- Rieg , Raport surles non formels d'expression de la volont'e en driot civil francais , Traraux de l'association , h, capitant , T.xx , ١٩٦٨ .
٢٠- Ripert , lare'gle morale dans les obligation civiles , Paris , ١٩٤٩ .
٢١- Stephen's , commen Taries on the laws of England , Great Britain , ١٩٢٨ .

المصادر

أولاً : كتب الفقه الإسلامي

١- المراجع القديمة :-

أ- الفقه الامامي

١- ابو القاسم نجم الدين الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج ٢، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٦٩ .

٢- زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٣، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٦٧ .

ب-الفقه الحنبلي

١- ابو محمد عبد الله بن قدامة ، الكافي ، ج ٢، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٩٨٣.

٢- ابو محمد عبد الله بن قدامة ، المغني ، ج ٦، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٣.

٣- مجد الدين ابي البركات ، المحرر ، ج١ ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٥٠ .

ت-الفقه الاباضي

١- محمد بن يوسف اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج ١١، دار التراث العربي ، ط ٢، جدة ، ١٩٧٢ .

ث-الفقه الحنفي

١- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ٢١ ، مطبعة السعادة ، مصر بلا سنة طبع .

٢- عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٥، دار المعرفة ، ط١، بيروت بلا سنة طبع .

٣- علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥، بيروت ، ١٩٨٢ .

٤- علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٦، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ .

ج – الفقه الزيدي

١- احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، ج ٣، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٤٩ .

٢- شرف الدين الحسين بن احمد السياغي ، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير ، ج ٤، مكتبة المؤيد ، ط٢، الطائف ، ١٩٦٨ .

ح – الفقه الشافعي

١- ابو بكر الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ، ج ٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٣٨ .

٢- محمد أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٤، مطبع مصطفى الحلبي ، ١٩٣٨ .

خ – الفقه المالكي

١- أبي إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج ٤، دار الفكر العربي ، بلا سنة طبع .

٢- المراجع الحديثة : -

آ- د. محمد مصطفى شلبي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج ١،الدار الجامعية ، ط٤، بيروت ، ١٩٨٣ .

ب- د. محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي ، ط ١، القاهرة ، ١٩٦٠ .

ت- د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، ط ١، ادراة البحوث ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٥.

ث- د.مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، ج١ ، مكتب القبطان للخدمات الطباعية ، بغداد ، ١٩٩٨

ح – د. وهبة الزحيلي ، الوجيز في أصول الفقه ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ .

ثانياً – الكتب القانونية والمؤلفات

١- د.احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة لعربية ، بيروت ، ١٩٦٦ .

٢- د.إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصر ، ١٩٦٦ .

٣- د.اكثم الولي ، العقود المدنية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٧ .

٤- د. أنور سلطان المبادىء القانونية العامة ، ط٣، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨١ .

٥- د.أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، بيروت ، ١٩٨٣ .

٦- د.أنور سلطان و د. جلال علي العدوي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٤ .

٧- د.بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، الكويت ، ١٩٨٦ .

٨- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط ١، بيروت ، ٢٠٠٠ .

٩- د.جلال علي العدوي أصول المعاملات ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٦٦ .

١٠- د.جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ .

١١- د.جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ .

١٢- د.جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة لعربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ .

١٣- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٩ .

١٤- د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٥٣.

١٥- د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد الهبة ، شركة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٤ .

١٦- د.حسن علي الذنون ، تعديل قواعد المسؤولية ، محاضرات غير مطبعة ، ألقاها على طلبة الماجستير ، قسم القانون الخاص ، ١٩٨٧ – ١٩٨٨ .

١٧- حسين المؤمن ، نظرية الإثبات المحررات او الأدلة الكتابية ، ج ٣، مكتبة النهضة ، بيروت – بغداد ، ١٩٥٧ .

١٨- د.رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، ج ١، مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٦ .

١٩- د.رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

٢٠- د. سعدون العامري ، الوجيز في البيع والإيجار ، ط٣، بغداد ، ١٩٧٤ .

٢١- د.سعيد جبر ، حق الملكية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٢٢- د.سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ط ١، ١٩٨٢ .

٢٣- د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع ، الإيجار ، المقاولة) ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ .

٢٤- د.سليمان مرقس ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ط ١، القاهرة ، ١٩٥٢ .

٢٥- د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

٢٦- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الاول ، ط٤ ، مطبعة السلام ، مصر ، ١٩٨٧ .

٢٧- شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج ٢، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ .

٢٨- شاكر ناصر حيدر ، الموجز في الحقوق العينية الأصلية ، بغداد ، ١٩٧١ .

٢٩- شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ،ج ١ ، حق الملكية ، بغداد ، ١٩٧١ .

٣٠- د.شمس الدين الوكيل ، الموجز في نظرية التأمينات ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .

٣١- د. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط ٢، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧١ .

٣٢- د. صلاح الدين ناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت ، المصادر الإرادية ، مطبعة البيت العربي ، عمان ، ١٩٨٤.

٣٣- د.عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي ، ط ٢، مطبعة حداد البصرة ، ١٩٦٩ .

٣٤- د.عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٧ .

٣٥- د.عباس الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٥٦ .

٣٦- د.عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١، دار البحوث العلمية ، الكويت ١٩٧٥ .

٣٧- د.عباس الصراف و د. جورج حزبون ، المدخل إلى علم القانون ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٧ .
٣٨- د.عبد الله الجليلي ، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او الآداب في القانون المدني ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
٣٩- د.عبد الله مصطفى ، علم أصول القانون ، ط١ ، شركة الفكر ، بغداد ، ١٩٩٦ .
٤٠- د. عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، ط٢ ، دار الفكر والقانون ، ١٩٩٩ .
٤١- د.عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ .
٤٢- د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، الالتزام في ذاته ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٤ .
٤٣- د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، المجلد الأول ، الكويت ، ١٩٨٢ .
٤٤- د.عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات ، الإسكندرية ، ١٩٧٢ .
٤٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المجمع العلمي الإسلامي ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٤٦- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١، مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان بلا سنة طبع .
٤٧- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعة المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

٤٨- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٥، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ .

٤٩- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

٥٠- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٥١- د. عبد الرشيد عبد حافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون ، النسر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٥٢- د.عبد السلام الترمانيني ، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية ، ط٣ ، الكويت ، ١٩٨٢ .

٥٣- د.عبد السلام ذهني بك ، الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٥٤- د.عبد العزيز المرسي حمود ، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٥٥- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ط ٣، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٩ .

٥٦- د.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

٥٧- د.عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الإسلامي ، ج ١، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ .

٥٨- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني العراقي ، ج ١، مصادر الالتزام ، ط ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ .

٥٩- د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١، انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ .

٦٠- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ٢، أحكام الالتزام ، ١٩٦٧ .

٦١- د.عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني ، ط ١، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، ١٩٩٣ .

٦٢- د.عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج ١، جامعة بغداد، ١٩٨٠ .

٦٣- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، احكام الالتزام ، ج ٢، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ .

٦٤- د.عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٦٥- د.عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج ١، القاهرة ، ١٩٥٨ .

٦٦- د.عبد المنعم فرج الصدة ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠ .

٦٧- د.عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، القاهرة ، ١٩٩١ .

٦٨- د.عبد الوهاب الكيالي وكامل زهيري ، الموسوعة السياسية ، ط ١، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، ١٩٧٤ .

٦٩- د.عزيز كاظم جبر ، الشكلية في التصرفات القانونية ، محاضرات غير مطبوعة ألقيت على طلبة الدراسات العليا ، القسم الخاص ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ .

٧٠- د.عصام أنور سليم ، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .

٧١- علي السيد حسين ، المدخل إلى علم القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، مصر ، ١٩٨٣ .

٧٢- علي بدوي ، أبحاث التاريخ العام للقانون ، ج ١، تاريخ الشرائع ، مطبعة نوري ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

٧٣- د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج ١، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٦٩ ــ ١٩٧٠ .

٧٤- د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ .

٧٥- فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٥٧ .

٧٦- د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.

٧٧- د.كمال ثروت الونداوي ، شرح أحكام عقد البيع ، ط١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ .

٧٨- د.كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط ٢، بغداد ، ١٩٧٦ .

٧٩- د. مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٧١ .

٨٠- د.محمد المنجي ، عقد البيع الابتدائي ، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .

٨١- د.محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، مكتبة دار النهضة المصرية ، ١٩٥٩ .

٨٢- د. محمد حسين إسماعيل ، القانون التجاري الأردني ، دار عمار ، الأردن ، ١٩٨٥ .

٨٣- د.محمد سعد خليفة ، السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٨٤- د.محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠١ .

٨٥- د.محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٩ .

٨٦- محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، ط٢ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧١ .

٨٧- المحامي محمد عبد الرحيم عنبر ، الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية ، ج ٦، بلا مكان طبع ، ١٩٧٤ .

٨٨- د.محمد علي عرفه ، شرح القانون المدني الجديد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٤٩ .

٨٩- د. محمد كامل مرسي ، إشهار التصرفات العقارية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

٩٠- المستشار محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ و التفاسخ ، الإسكندرية ، ١٩٨٨ .

٩١- د.محمد نصر الدين زغلول ، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

٩٢- د.محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢، أسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠١ .

٩٣- د.محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة ، مفهوم المحل والسبب في العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

٩٤- د.محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

٩٥- د. محمود السقا ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٧٤ .

٩٦- د.محمود جمال الدين زكي ، العقود المسماة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

٩٧- د.محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٩٩ .

٩٨- د.مصطفى الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج ١، مطبعة السعدون ، بغداد ، ٢٠٠٠ .

٩٩- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج١، بغداد ، ١٩٧٣ .

١٠٠- المحامي مكي إبراهيم لطفي ، الشكلية القانونية ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، بلا سنة طبع .

١٠١- د. منصور محمود وجيه ، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري ، القاهرة ، ١٩٦١ .

١٠٢- د. منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

١٠٣- منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ١، القواعد الكلية ، البيوع – الإجارة ، ط١، وزارة المعارف العراقية ، بغداد ، ١٩٤٩ .

١٠٤- منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٢، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٩ .

١٠٥- د.هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، بغداد ، ١٩٨٠ .

١٠٦- د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، ط١، القاهرة ، ١٩٥٥ .

١٠٧- د. يوسف نجم جبران ، النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٧٨ .

الخاتمة

وإذ نصل الى نهاية المطاف من دراستنا لموضوع ((القيود الواردة على التعاقد)) لا بد لنا أن نستخلص أهم النتائج التي توصلنا إليها و التوصيات التي نضعها . فضلاً عمّا تم طرحه ومناقشته كلاً في موضعه وذلك من خلال مـا يأتي :-

١- إن موقف القانون العراقي قد يخرج فيما يبدو عن موقف القوانين الحديثة التي تجعل من الرضائية مبدأ عاماً و تجعل من هذه القيود استثناء يرد عليها ، أما المشرع العراقي فلم يزل يبقي على بعض الشكليات القديمة ويبتدع أنماطاً من الصور الحديثة تشكل بمجموعها قيوداً على الإرادة التي جعل منه مبدأه . إذ تبين لنا إن المشرع العراقي قد توسع في إيراد القيود الواردة على التعاقد فمنها وراد على رضائية العقد (كقيد التسجيل وقيد التسليم) ومنا وارد على مضمون العقد (كقيد النظام العام) .

٢- إن القيود الواردة على رضائية العقد التي يفرضها المشرع فرضاً إلزامياً ، تمثل قيوداً على حرية الإرادة تحد من قدرتها على اتخاذ وسيلة التعبير عن نفسها بما يفرض عليها من أسلوب معين . فان لم تتخذ هذا الأسلوب أفرغت من محتواها وكانت عديمة الأثر ، وهذا ما يميز التصرفات الشكلية والعينية من التصرفات الرضائية إذ تكون للإرادة مطلق الحرية في اختيار وسيلة التعبير عنها ، ويترتب على التصرفات الشكلية والعينية التي تعد صورة من صور الشكلية التحتم على الأفراد إتباع الأجراء او الشكل الذي فرضه المشرع وعدم تجاوزه او استبدال شكل او إجراء آخر به و لو كان معادلاً له . فان الشكلية التي تطلبها المشرع العراقي شكلية صارمة الى الحد الذي قد يهدر حقوق المتعاقدين فبالرغم من اكتمال الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وتخلف قيد التسجيل او قيد التسليم يكون التصرف منعدماً ، وعليه ندعو المشرع العراقي أن ينحو منحى التشريعات الحديثة التي تجعل من الرضائية مبدأ عاما وتجعل من الشكلية استثناء يرد عليها ونقترح التعديل على نص المادة (٩٠) من القانون المدني وان تكون بالصيغة الآتية ((إذا استلزم القانون شكلاً معيناً وثار الشك حول ما إذا كان هذا الشكل مطلوباً لقيام العقد او لغير ذلك وجب

عدم اعتباره مطلوباً لقيام العقد)) .

٣- أمام كثرة حالات النكول في بيع العقار قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري فقد شرع قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) برقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ ، على الرغم من انه سد نقصاً تشريعياً فإننا اقترحنا أن يصبح عقد البيع عقداً رضائياً ، كما في مصر ولكنه لا ينقل الملكية إلا بالتسجيل في السجل العقاري ، وبهذا تزول المشاكل المعروضة أمام القضاء العراقي ، ويتمكن المشتري في حالة نكول البائع أن يطلب التنفيذ العيني الجبري بالشكل المعمول به في القانون المدني المصري عن طريق دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٤- لاحظنا ان المشرع العراقي لم يقصر قيد التسجيل على العقار ، بل توسع ليشمل المنقول أيضاً ولم يتضمن تشريعنا المدني النص على خضوع المنقول للتسجيل وإنما تبنته تشريعات أخرى ، منها قانون الطيران المدني رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤ . فهذا القانون قد جعل السند الرسمي بموجب المادة (٤٠) منه شكلاً لانعقاد بيع الطائرة .

ومنها أيضاً قانون تسجيل السفن رقم ١٩ لسنة ١٩٤٢ فقد أوجب في المادة (٢٢) منه تسجيل المعاملات التي ترد على السفينة ، وقرر صراحة في المادة (٢٣) منه أن عقد بيع السفينة لا ينعقد إلا بسند رسمي .

كما إن منها قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ فقد أوجب في الفقرة (٧) من القسم (٥) منه إن عقد بيع المركبة لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة . وقانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ قد قرر صراحة في المادة (٢/٣٠) منه إن التصرفات القانونية على الماكنة لا تنعقد إلا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة .

وان تمسك المشرع العراقي بقيد التسجيل واعتباره ركناً في التصرفات الواردة على العقار والمنقولات ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة دون ملاحظة التطور التشريعي في التشريعات الحديثة التي تجعل من الرضائية مبدأ عاماً لها ونبذ كل ما يناقض مبدأ حرية الإرادة في انعقاد العقود ، و اقترحنا على المشرع العراقي أن تكون العقود الواردة على هذه المنقولات عقوداً رضائية ولكن لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى إلا بالتسجيل ، و اقترحنا أيضاً أن تكون الجهة المسؤولة عن التسجيل فرعاً في مديرية التسجيل العقاري ، أي

إنشاء (مكاتب تسجيل المنقول) ملحقة بهذه المديرية تختص بإجراءات التسجيل للتصرفات الواردة على المنقولات ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة والخاضعة للتسجيل وتسمى (مكاتب تسجيل المنقولات) وان هذا الأمر مشجع للتسجيل وييسر للغير أن يطلع على التصرفات التي ترد على منقول يريد أن يتعامل عليه ، ووجهنا عناية المشرع العراقي الى الاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة التي توصلت إليها التكنولوجيا المعاصرة كالانترنيت في تسجيل التصرفات الواردة على العقارات والمنقولات ، ونعتقد إن بهذا الأسلوب يمكن للغير بل للكافة الإطلاع على التصرفات الواردة على العقارات والمنقولات الخاضعة للتسجيل بكل يسر .

٥- لقد سكت المشرع العراقي عن تنظيم قيد التسليم في العقد العيني ، إذ ترك مصطلح القبض دون تحديد على وجه الدقة ، ولم يضع قاعدة عامة له وهذا ما أدى الى خلافات فقهية وقرارات قضائية متناقضة في العراق لتفسير تعبير (ولا يتم إلا بالقبض) ، وقد سعينا جاهدين لإزالة الغموض الذي يكتنف طبيعة التسليم في العقد العيني ، وقد توصلنا الى إن التسليم في العقد العيني يمثل مصدر قوة العقد وركن انعقاده ، وهو الأمر الذي يجعل من العقد باطلاً إن تخلف قيد التسليم فيه و القول بخلاف ذلك يؤدي ليس فقط الى إهدار النصوص القانونية الصريحة بل الى فتح الباب أمام الأفراد للتحايل عليها . وتوصلنا الى الصورة المثلى التي يتم بها التسليم في العقد العيني وتتحقق بانتقال حيازة العين من المتصرف الى المتصرف إليه فعلاً وهو التسليم الفعلي . و اقترحنا على المشرع العراقي نبذ فكرة العينية ، إذ إن قيد التسليم لم يعد له محل او مبرر في ظل نظام قانوني حديث ، فهذا القيد موروث فكرة وتسمية عن القانون الروماني ومعروف مدى التباين بين القانون الروماني والقانون الحديث وهو الأمر الذي يجعل العينية نظاماً غريباً وغير مبرر وعليه دعونا المشرع العراقي للنص على أن تسليم الشيء لا يعد شرطاً لازما لانعقاد العقد ، واعتباره مجرد التزام ينشأ عن العقد .

٦- إن القيود الواردة على مضمون العقد وتتمثل بقيد واحد هو النظام العام الذي كان له دور سلبي يقتصر على تقيد سلطان الإرادة الفردية بتحريم تصرفات او شروط معينة ولكن لأهمية هذا القيد اختفى دوره السلبي وحل محله الدور

الايجابي ليكون التحريم الذي يقتضي به وسيلة لتدخل المشرع في تنظيم العلاقات العقدية وعلى الرغم من أهميته فلم يضع المشرع العراقي تعريفاً دقيقاً له والسبب يعود بالدرجة الأساس الى مرونة ونسبية قيد النظام العام فقد فشلت جميع محاولات الفقهاء لتحديد النظام العام وعليه نقترح ترك هذه المسألة لسلطة القاضي الذي ينظر النزاع ويقدر كل حالة مع ما يتضمنه النظام القانوني من أفكار و مبادىء أساسية تحدد طبيعة وشكل ما يقوم عليه كيان المجتمع ، فالقضاء اقدر من غيره بالقيام بهذا الدور نظراً لكونه على تماس مباشر مع التطورات والآثار القانونية للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تحدث في الدولة ، ولا نعتقد إن القاضي في قيامه بهذا التحديد يكون مطلق التقدير لأنه إذ يقدران قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام إنما يفصل في مسألة قانونية فتقديره مسألة قانون وليست مسألة وقائع ، ومن ثم فهو يخضع لرقابة محكمة التمييز ، وهذه الرقابة على جانب كبير من الأهمية لان مرونة فكرة النظام العام وصعوبة ضبطها يوجب أن يكون استخدامها دوماً مقروناً بالحكمة والاعتدال ولان الدفع بها من شأنه تعطيل حرية التعاقد في الاتفاقات .

٧- لا يعتبر المحل والسبب معيارين دقيقين لتحديد مشروعية التصرف ، و إنما النتيجة هي التي تعتبر النطاق الحقيقي للمشروعية في العقد حيث نتيجة العقد هي التي توصف بالمشروعية او بالعدم .

٨- استقر الفقه والقضاء في العديد من الدول ومنها العراق الى ضرورة أن يطبق القاضي النظام العام الساري المفعول لحظة القرار القضائي . بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية التصرف وقت نشوئه .

٩- إن الأثر المنطقي المترتب على تخلف القيود الواردة على التعاقد هو بطلان العقد ، فالبطلان جزاء ينسجم مع طبيعة هذه القيود ، فان انعدام ركن من أركان التصرف الشكلي او العيني يعني غياب عنصر جوهري في التصرف القانوني ، وغياب هذا العنصر لا يمكن معه القول بجزاء آخر غير جزاء البطلان ، وتأسس هذا الجزاء لحماية قيد النظام العام الذي يعتبر أداة فعالة بيد الدولة تقيد به إرادة الأفراد التي تحاول النيل من المصالح الأساسية للمجتمع عن طريق

عقود يبرمونها تهدد أسس المجتمع بالخطر فعليه اقترحنا تعديل المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة فقرة جديدة تنص على مصادرة ما استولى عليه احد المتعاقدين تنفيذاً لعقد مخالف للنظام العام لحساب الخزينة العامة لصرفه في أغراض خيرية .

وقد وردت ملاحظات ومقترحات أخرى في متن هذه الرسالة لم نجد ضرورة لتكرارها هنا . أرجو أن أكون قد وفقت فيها .

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل المرسلين أبي القاسم محمد بن عبد الله وعلى اله الطيبين الطاهرين المعصومين .