بسم الله الرحمن الرحيم

(المقدمة)

حينما فكرت في اختيار عنوان لبحث الترقية لصنف اعضاء الادعاء العام ، رجعت بذاكرتي الى سنوات المحاماة التي مارستها وكنت فيها اركز على الدعاوى المدنية وتركزت ممارساتي على تنظيم مختلف العقود فيما بين الاشخاص الطبيعية والاشخاص المعنوية ، فأرتأيت ان ابحث في موضوع مدني مهم يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعاملات اليومية للمواطنين في مجتمعنا الكوردستاني وهو موضع موقف القضاء العراقي وبضمنه القضاء الكوردستاني من العقد الباطل ،وحيث ان العقد بشكل عام يعد من اهم مصادر الالتزام لكثرة تداوله في التعامل بين المواطنين الا ان افتقار الوعي القانوني الصحيح لدى العديد من اعضاء هذا المجتمع يجعلهم ان ينظروا الى معاملاتهم اليومية بعين اشبه ماتكون اقرب الى البساطة بحيث يدخلون في عقود غالبا لا تكون منظمة على اساس قانوني متين مما يعرضهم للجوء الى القضاء والذي بدوره يحاول جاهداً المحافظة على العلاقات العقدية ضماناً لمبدأ حسن النية والثقة في التعامل ، واحاول في هذا البحث ان اركز على الناحيتين الاكاديمية والعملية ايضاً ، وقد قسمت البحث الى ثلاثة فصول بحيث يضم كل فصل عدداً من المباحث وتتفرع من تلك المباحث عدد من المطالب بحيث خصصت الفصل الاول لتقديم تعريف للعقد ومن ثم التطرق الى مفهوم العقد الباطل وحالاته من بطلان مطلق وبطلان نسبي وانواع العقد ، ومن ثم وفي الفصل الثاني اتطرق الى أثار العقد الباطل الاصلية والعرضية ومسألة اختلاف العقد الباطل عن انواع اخرى من العقود اضافة الى ذلك اتناول موضوع تقرير البطلان قانوناً وقضاءاً ، وفي الفصل الثالث اركز على احد اهم المواضيع وهو تحول العقد واصل مصدر نظرية تحول العقد ، وكيفية تحول العقد الباطل الى عقد صحيح وفكرة الاثر الاقوى للعقد وهذه في ثلاثة مباحث ضمن الفصل الثالث وفي المبحث الرابع وبعد ان نستعرض الجانب الاكاديمي نتطرق الى موقف القضاء العراقي وكذلك قضاء اقليم كوردستان من العقد الباطل ونعرض عدداً من القرارات والمباديء التمييزية المهمة بخصوص انواع مختلفة من العقد الباطل ، راجياً من الله عز وجل ان يوفقني في بحثي .

الفصل الاول

مفهوم العقد الباطل وحالاته

لابد من التطرق الى مفهوم العقد الباطل وتعريفه حيث كثرت التفسيرات والتعريفات اضافة الى حالات وانواع العقد الباطل او البطلان في العلاقات القانونية المدنية بين الاشخاص وهنا قسمنا هذا الفصل الى ثلاثة مباحث بحيث نبحث في الاول تعريف العقد بشكل عام وانواعه بغية تمييز العقد الباطل عن الانواع الاخرى من العقود ونتطرق في الثاني الى مفهوم العقد الباطل وتعريفه بحسب المصادر المتوفرة كما ونحاول ان نميز بحثنا هذا بحشر رأينا وسط الاراء التي نعرضها بخصوص تعريف ومفهوم العقد الباطل وفي المبحث الثالث نشير الى حالات العقد الباطل وتطبيقاتها العملية في معاملاتنا اليومية والتي غالبا ماتعرض على القضاء .

المبحث الاول

العقد وانواعه

المطلب الاول

تعريف العقد

يمكن تعريف العقد بانه تطابق ارادتين او اكثر على ترتيب اثار قانونية سواء كانت هذه الاثار هي انشاء التزام او نقله او تعديله او انهاؤه.. والعقد كما يعرفه القانون المدني العراقي في المادة (73) منه بأنه عبارة عن (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) ويفهم من هذا التعريف :

1- ان العقد ارادتان متحدتان مرتبطتان لا ارادة واحده وقد حرص المشرع العراقي على تأكيد الفرق بين العقد والارادة المنفردة ذلك ان كثير من فقهاء الشريعة يستعملون كلمة العقد ويردون بها جميع الالتزامات الشرعية سواء كانت نتيجة اتفاق بين طرفين ام كانت نتيجة ارادة شخص واحد ولهذا اراد المشرع العراقي بالتعريف المتقدم ان يحصر العقد في نطاقه الفني فيقصره على الالتزامات الناشئة عن اتحاد ارادتين (1)

2- ان المشرع العراقي اخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين،

---

(1) حسن علي ذنون ،النظرية العامة للإلتزامات ،من منشورات جامعة المستنصرية ، 1976، الصفحة 27 .

وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية، بل من حيث انه يثبت اثره في المعقود عليه أي انه يغير المحل من حالة الى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي اشرنا اليها.(1)

المطلب الثاني

تحديد منطقة العقد

ليس كل اتفاق يراد به احداث اثر قانوني يكون عقداً بل يجب ان يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه وتوليه الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف ولكن هذه الاتفاقات ليست عقودا ، اذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والاداري. والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبنى ولكن هذه الاتفاقات لا تدعى عقوداً وان وقعت في نطاق القانون الخاص لانها تخرج عن دائرة المعاملات المالية فاذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والايجار والقرض والعارية والوكالة (2).

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ،بغداد،2010، ص 20

(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، المصدر نفسه ص21

المطلب الثالث

انواع العقود

العقد من حيث تكوينه اما ان يكون رضائيا او شكليا او عينيا،وهو من حيث الاثر اما ان يكون ملزما لجانبين او ملزما لجانب واحد،واما ان يكون عقد معاوضة او عقد تبرع،وهو من حيث الطبيعة اما ان يكون عقداً فوريا او عقداً مستمراً، واما ان يكون عقداً محدداً او عقداً احتمالياً.(1)

كما ينقسم العقد عند جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية الى صحيح وباطل وينقسم الصحيح الى موقوف ونافذ والنافذ الى لازم وغير لازم ويقسمه الحنفية الى عقد صحيح وفاسد وباطل وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا التقسيم

اولاَ :العقد الصحيح: وهو، وكما عرفته المادة 1/133 من القانون المدني،"هو العقد المشروع ذاتاَ ووصفاً بان يكون صادراَ من اهله الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل" (2). وحكم العقد الصحيح النافذ ان اثر حكمه يظهر في المحل المعقود عليه في الحال اي عند تمام العقد والعقد الصحيح اما ان يكون لازماَ او غير لازم .كما وهناك مصطلح العقد العيني والذي هو العقد الذي لايكفي لتمامه مجرد تراضي الطرفين ، بل لابد من قبض العين محل العقد ايضاَ انذاك يكون

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، المصدر نفسه ص 23 .

(2)انظر نص المادة 133 الفقرة 1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.

صحيحاَ ، كعقود الاعارة وهبة المنقول والرهن الحيازي والوديعة وقد اخذ القانون المدني العراقي بمبدأ عينية العقود .(1) كما ورد الاشارة الى عقود التبرع والتي هي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما اعطاه او لا يعطي مقابلا لما اخذه كعقد العارية وهي ايضاَ تعتبر عقوداَ صحيحة.

ثانياَ:العقد الموقوف: هو بمقتضى قواعد الفقه ما اعتراه عيب من عيوب الارادة كالاكراه والغلط والتغرير مع الغبن أو كان العاقد محجوراً عليه غير فاقد للاهلية . ووقف العقد معناه عدم افادة حكمه في الحال. أما حكم العقد الموقوف فهو للعاقد بعد زوال سبب الوقف ان ينقض العقد فيصبح باطلاً من المبدأ وله ان يجيزه فيصبح نافذاً من المبدأ باثر رجعي .وهذا مانصت عليه المادة 134 من القانون المدني العراقي

ثالثاً : العقد الصحيح اللازم :وهو العقد الصحيح الذي ترتبت عليه كل اثاره والذي لا يستطيع احد الطرفين ان يستقل بفسخه كالبيع والاجارة والصلح والحوالة وواضح ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا ذروتها (2).

رابعاً : العقد الصحيح غير اللازم : ويعبر عنه فقهاء المذهب الحنفي بالعقد الجائز . وهو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه أو كلاهما فسخه وهذا الحق (اي حق الفسخ) أما ان يرجع الى

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ،بغداد،2007 ، ص 44

(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير، المصدر السابق، ص 114.

طبيعة العقد كالوكالة والوديعة والعارية أو يرجع الى خيار من الخيارات . كالعقد الذي يلحقه خيار الرؤية أو خيار الشرط أو خيار التعيين أو خيار العيب .(1)

خامساً : العقد الفاسد :العقد الفاسد عند الحنفية هو ما شرع باصله لا بوصفه . فالاصل سالم والفساد في الاوصاف بسبب نهي الشارع فيراعى في الحكم سلامة الاصل وفساد الوصف .ولم يأخذ المشرع العراقي بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد ساوى كقاعدة عامة بين فاسد العقد وباطله (م1/137) ق.م.ع .

سادساَ: العقد الباطل : وهذا النوع هو موضوع بحثنا وسوف نتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني .

المبحث الثاني

مفهوم العقد الباطل

الباطل لغة : فمعنى بطل في لسان العرب بَطَل الشيءُ يَبْطُل بُطْلاً وبُطُولاً وبُطْلاناً ذهب ضيَاعاً وخُسْراً فهو باطل وأَبْطَله هو ويقال ذهب دَمُه بُطْلاً أَي هَدَراً وبَطِل في حديثه بَطَالة وأَبطل هَزَل والاسم البَطل والباطل نقيض الحق والجمع أَباطيل على غير قياس كأَنه جمع إِبْطال أَو إِبْطِيل هذا مذهب سيبويه وفي

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير، المصدر نفسه ص 119

التهذيب ويجمع الباطل بواطل قال أَبو حاتم واحدة الأَباطيل أُبْطُولة وقال ابن دريد واحدتها إِبْطالة ودَعْوى باطِلٌ .(1)

اما اصطلاحاَ فالعقد الباطل : هو الذي اختل فيه ركن أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد، كزواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، وتزوج غير المسلم بالمسلمة لعدم محلية المرأة فيها، ولا يترتب على هذا العقد أي أثر من آثار الزواج، لأن وجوده كعدمه، فلا يحل به الدخول.(2)

والعقد الباطل هو الذي لا يصح اصلاً اي بالنظر الى ذاته أو لا يصح وصفاً اي بالنظر الى اوصافه الخارجية من هذا يتبين لنا ان اسباب البطلان شيئان : أما خلل في ذات العقد ومقوماته اي في ركن من اركانه . واما خلل في اوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته.

فالاول : مثل ان يصدر الايجاب أو القبول ممن ليس اهلاً للتعاقد أو لا يوافق القبول الايجاب أو ان يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه أو ان يكون خالياً عن سبب أو ان يكون السبب غير مشروع أو ان يكون المحل والسبب مخالفاً للنظام العام والآداب فكل هذه الاخلال تمس بذات العقد ومقوماته .

الثاني : مثل ان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو ان لا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون

---

(1) محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الأفريقى، لسان العرب، دار احياء التراث العربي ، بيروت ،1968

(2) نورالدين ابو لحية ، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث ، كتاب منشور في الانترنيت، http://noursalam.free.fr/b2.1.htm

فيه كالكتابة في عقد الشركة وعقد المرتب المقرر مدى الحياة والتسجيل لدى الكاتب العدل في بيع المكائن أو رهنها والقبض في العقود العينية وتسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري .

والبطلان في القانون المدني العراقي ليس مراتب متدرجة بل هو بطلان واحد وهو ما تسميه بعض التقنينات بالبطلان المطلق .(1)

المبحث الثالث

حالات العقد الباطل

والبطلان في العقد اما يكون مطلقاً او نسبياً عليه سنتناول في المطلب الاول البطلان المطلق وفي الثاني البطلان النسبي .

المطلب الاول

البطلان المطلق

إن العقد الباطل بطلانا مطلقا ، هو منعدم الوجود و لا حاجة إلى تقرير البطلان ، و يضاف لهذا النوع من بطلان العقد الذي لم يستوفى أركانه ، كانعدام تطابق الإرادتين ، و انعدام المحل أو السبب ، أو عدم مشروعية محله أو سببه .(2)

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير، المصدر السابق، ص 121.

(2) علي فيلالي ، البطلان في القانون المدني الجزائري ، بحث قانوني منشور في موقع كنانة اونلاين ، 2004 ص2، على الموقع http://kenanaonline.com/basune1

إن من شروط التراضي هي أن يصدر الرضا ممن بلغ سن التمييز ، وانه إذا صدر من عديم التمييز كان باطلا بطلانا مطلقا و لو كان العقد لمصلحته، و كذلك بالنسبة للمحل يجب أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل وإذا لم يكون موجودا عند التعاقد بل كان قد هلك فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا وإذا كان المحل مستحيل الوجود في المستقبل استحالة مطلقة فان العقد يكون باطلا مطلقا.

و كذلك من شروط المحل أن يكون معينا او قابلا للتعيين و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

بالإضافة لذلك فان المحل يجب أن يكون مشروعا فإذا كان عكس ذلك فانه، اي العقد، يكون باطلا . ومن صور البطلان المطلق بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو كان برضاه و كذلك بطلان بيع الوفاء بحيث يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في اجل معين " و البطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي اثر قانوني و إن كانت تترتب عليه أثار وكذلك يكون العقد باطلا اذا كان محله او سببه مخالفاً للنظام العام . و لكل ذي مصلحة ان يطلبه. هذا البطلان المطلق لا ترد عليه الإجازة و لا يسقط الحق في طلب بطلانه وإن الدفع بهذا البطلان لا يسقط أبدا. (1)

كما ان البطلان المطلق هو الذي يكون فيه العقد مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام .(2)

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير، المصدر السابق ، ص 2

(2) مصطفى يخلف ، عرض حول بطلان العقد،بحث قانوني منشور في موقع مجلة القانون والاعمال المغربية ، 2013، ص 2، http://www.droitetentreprise.org

المطلب الثاني

البطلان النسبي

يكون العقد القابل للإبطال أو البطلان النسبي قائما و لكن معيبا بعيب من عيوب الرضا و هي نقص أهلية المتعاقد المميز و الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال ، و يكون طلب إبطال العقد (الناقص) لمن عيب رضاه إن الإبطال النسبي شرع لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية أو لمن وقع في غلط أو للمدلس عليه أو المكره أو لمن استغل فان احدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الإبطال فيصح العقد و يبقى قائما منتجا لأثاره .(1)

و قد حددت القوانين مدداً لطلب الابطال و يبدأ سريان هذه المدد في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب و في الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير انه يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو أكراه .(2)

إلى جانب البطلان النسبي الذي تقرره القواعد العامة يوجد بطلان نسبي يقرره القانون فاذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق بطلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه ، أو في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازه المشتري .

---

(1)علي فيلالي ، المصدر السابق، ص2

(2) علي فيلالي ، المصدر السابق ، ص3

وان إختلال الرضا ينتج عنه أن يكون العقد قائما حتى يطلب من صدر منه الرضا حماية القانون و عندئذ يزول العقد و هذا هو البطلان النسبي فهو قائم و صحيح و منتج للآثار غير انه على خطر الإبطال.

الإجازة تلحق العقد الباطل نسبيا فيزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية و هي تصرف قانوني من جانب واحد يزيل به احد المتعاقدين العيب الذي لحق العقد ومن ثم فيلزم إن تتوافر فيه شروط التصرف من حيث الاهلية وسلامة الارادة من العيوب (1) .

و الفرق بين الإجازة والإقرار أن الأخير يصدر من جانب واحد و يكون خارج عن أطراف العقد مثال إقرار المالك في حالة التمسك بالإبطال كناقص الأهلية بعد بلوغه و إن يكون العقد باطلا نسبيا ، و أن يكون على علم بالعيب و يريد أن يجيزه أو أنها تصدر بعد زوال العيب فلا إجازة لقاصر أو لمكره و لا إجازة إلا بعد اكتشاف الغلط و التدليس ، وزوال ما يشوب الإرادة و هي الوقوع تحت الاستغلال .إذا أجيز العقد الباطل بطلانا نسبيا استقر وجوده نهائيا و الإجازة لا تصحح العقد القابل للإبطال لأنه صحيح قبلها و لكنها تزيل خطر الابطال و هي لا تخل بحق الغير إذ لا يصح إن تضر بحق الغير ، و يقصد بالغير هنا الخلف الخاص للمتعاقد الذي له الحق في الإبطال .

ويسقط البطلان النسبي بمرور مدة التقادم (2)

---

(1) علي فيلالي ، المصدر نفسه ، ص4

(2) عبدالرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ،الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية،1998 ،ص616

مثال : إن يرهن قاصر عقار (مثل هذا العقد قابل للبطلان) ثم يجيزه بعد بلوغه سن الرشد فالعقد الباطل نسبيا مهدد بالإبطال لكن إذا مضت عليه المدة القانونية أصبح صحيحا و سقط الإبطال بالتقادم ، وتحسب المدة من يوم زوال العيب و يفسر انه امتناع عن إقامة الدعوى .

و يعتبر تصحيحا لعقد البيع إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.(1)

وبقي ان نذكر انه هناك من يضيف حالة ثالثة وهي حالة الانعدام ويذهب هذا الفريق من الفقهاء وهم اصحاب النظرية التقليدية الى انه اذا تخلف احد اركان العقد فالعقد يكون منعدماً ، واذا اختل المحل او السبب ، بأن كان المحل مستحيلاً او غير معين او غير مشروع ، او كان السبب غير مشروع ، فالعقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، واذا اختل الرضا يكون باطلاً بطلاناً نسبياً وتعرضت هذه النظرية الى انتقادات شديدة من غالبية الفقهاء .(2)

---

(1) علي فيلالي ، المصدر السابق ، ص4

(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ،المصدر السابق ،ص 264

الفصل الثاني

اثار العقد الباطل واختلافه عن انواع اخرى من العقود

نتناول في هذا الفصل الاثار المترتبة على اعتبار العقد باطلاً او كونه باطلاً من بدايته بحيث ان هذا العقد سوف يرتب اثاراً اصلية واثاراً عرضية وان اعتبار كون العقد باطلاً من عدمه بالتأكيد سوف يحتاج الى جهة لتقرير ذلك سواء كانت هذه الجهة القانون او القضاء ، وقد قسمنا هذا الفصل الى ثلاثة مباحث بحيث نخوض في المبحث الاول في العقد الباطل واختلافه عن انواع اخرى من العقود وفي المبحث الثاني نتكلم عن الاثار الاصلية والعرضية للعقد الباطل اما في المبحث الثالث سنتناول مسألة تقرير البطلان من عدمه .

المبحث الاول

اثار العقد الباطل

ورغم ان العقد يكون باطلاً الا انه ينتج اثراً قانونيا ، وان هذا الاثر لا ينتج بإعتباره واقعة قانونية كونه باطلاً ولكن باعتباره واقعة مادية ، كما في بعض الاحيان ينتج اثاراً جوهرية (اصلية) وباعتباره كان عقداً وقد اقتضت الضرورة الخاصة باستقرار المعاملات وحماية حسن النية ان ينتج العقد الباطل هذه الاثار الاصلية ونتناول كلاً من الاثار العرضية والاثار الاصلية تباعاً في مطلبين مستقلين.

المطلب الاول

الاثار العرضية

قد ينتج العقد الباطل اثاراً عرضية ليست هي الاثار المباشرة التي قصد اليها المتعاقدان ، ولم تكن هي التي يتوقعانها وقت التعاقد .

ومن ذلك الزواج غير الصحيح فهو في الاسلام لاينتج اثاراً جوهرية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ، ولكنه ينتج اثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الاحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف الرأي .

وفي الدعوى المدنية ايضاً نلاحظ حالات البطلان مع وجود اثار عرضية منها اذا كلف المدعى عليه بالحضور امام محكمة غير مختصة وتم رد الدعوى لعدم الاختصاص الوظيفي فأن تسجيل مثل هذه الدعوى وايراد مثل هذه العريضة تقطع مدة التقادم رغماً من بطلان العريضة ورد الدعوى شكلاً كون المدعي قد اعلن عن ارادته الصريحة في المطالبة بحقه وقد ذهب القانون المدني الفرنسي الى ذلك وكذلك فعل القضاء المصري . (1)

وفي العراق ان مجرد اقامة الدعوى امام القضاء يقطع مدة التقادم شريطة ان تكون الدعوى مقامة ضمن مدة التقادم وليس بعد نفاذها . ومن اهم صور الاثار العرضية مسألتي انتقاص العقد وتحول العقد ولأهميتهما فأننا نستعرضهما في الفصل الثالث بشكل تفصيلي .

---

(1) عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد ، الجزء الثاني ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ،1998 ، الصفحة 619

المطلب الثاني

الاثار الاصلية

وقد يترتب على العقد الباطل اثار اصلية وقتية ودائمية ومن الاثار الوقتية كالاثار التي تترتب على الزواج الظني وهو زواج باطل اعتقد الزوجان او احدهما انه صحيح واطمأن الى ذلك ، ومن الاثار الدائمية كالاثار التي تترتب على العقد الصوري وعلى تصرفات الوارث الظاهر والوفاء للوارث الظاهر والرهن من غير مالك واعمال الادارة الصادرة من غير مالك وتحويل الكمبيالة لشخص حسن النية و نظرية الخطأ الشائع ، والعقد الباطل لعدم مشروعيته في بعض الاحوال . لذا نرى بأن هذه الاثار الاصلية الجوهرية جاءت فقط لأجل حماية حسن النية واستقرار المعاملات .(1)

المبحث الثاني

العقد الباطل وانواع اخرى من العقود

سبق وان تطرقنا الى مفهوم العقد الباطل وباسهاب كاف ولكننا لأجل التذكير فقط فالقانون المدني العراقي اورد تعريفا للعقد الباطل في المادة 137 من هذا القانون والتي نصت على: العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية.

وهذا التعريف جاء شاملاَ بحيث عالج جميع اركان هذا العقد ، لذا فأننا ندخل في مسالة اختلاف هذا العقد عن انواع اخرى من العقود اذ من الممكن ان يوقع الباحث القانوني او الذين يمتهنون القانون في

---

(1) عبدالرزاق احمد السنهوري، المصدر نفسه ، ص 641

متاهة الغموض او التشابه بحيث يبنون ارائهم اوافكارهم او لوائحهم على اساس من الخلط وعدم المفهومية ، فالعقد الباطل يختلف عن العقد الناقص وكذلك عن العقد الفاسد وعن العقد الموقوف (غير النافذ) وعن العقد المفسوخ .

- فالعقد الناقص هو عقد قائم ولكنه معيب بأحد عيوب الرضا و هي نقص أهلية المتعاقد المميز أو الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، و يكون طلب إبطال العقد (الناقص) لمن عيب رضاه إن الإبطال النسبي شرع لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية أو لمن وقع في غلط أو للمدلس عليه أو المكره أو لمن استغل فان احدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الإبطال فيصح العقد و يبقى قائما منتجا لأثاره (1).
- اما العقد الفاسد : وكما ورد في مجلة الاحكام العدلية فهو مشروع اصلاً لا وصفاً اي ان يكون منعقداً بإعتبار ذاته ،غير مشروع بإعتبار بعض اوصافه الخارجية . وابرز من دافع عن فكرة اختلاف الباطل عن الفاسد هم الحنفية بحيث عرفوا العقد الباطل بأنه فائت الاصل والوصف اما العقد الفاسد فقد عرفوه بأنه عقد موجود الاصل فائت الوصف وان هذا التفريق لدى الحنفية اقتصر على المعاملات ولم تطل العبادات والنكاح (2)

---

(1) شادي قاسم ابو عرة ، مقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، بحث منشور في شبكة الانترنيت في منتديات ستار تايمز على الموقع الالكتروني :http://www.startimes.com/

(2) مجلة البحوث الاسلامية ، العدد 95 ذي القعدة 1432 هجرية ، الصفحة 225 ،المطلب الثاني ، منشور في الانترنت في موقع الرئاسة العامة للبحوث والافتاء ،المملكة العربية السعودية ، على الموقع الالكتروني : http://www.alifta.net/

اما العقد الموقوف (غير النافذ) : هو عقد انعقد وصح لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته ولكن دخل عليه سبب من أسباب عدم النفاذ فتعلق نفاذ آثاره على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازه نفذ وان لم تلحقه الإجازة اعتبر كأن لم يكن. (1)

وعرفه بعض الفقهاء بأنه (العقد المشروع بأصله ووصفه الصادر ممن ليس له ولاية إصداره، فيتوقف ترتيب آثاره على الإجازة ممن يملك مباشرتها فإن أجازه سرت آثاره مستندة إلى وقت صدوره).

اما العقد المفسوخ : فهو العقد الصحيح الذي تم حل الرابطة العقدية فيه وذلك لعدم التزام احد متعاقديه واهم مظهر لإختلاف العقد المفسوخ عن العقد الباطل يتمثل في ان الفسخ لايتصور الا في العقود الملزمة للجانبين بعد ان نشأ صحيحاَ ورتب اثاراَ بين طرفيه منذ تكوينه في حين ان البطلان يرد على عقود لم تنشأ منذ ابرامها نشأة سليمة فهو معاصر لتكوينها منذ وجوده، لذا نرى ان مجال تطبيق البطلان اوسع من مجال فسخ العقد اذ يمكن تصور البطلان في العقود الملزمة للجانبين وكذلك العقود الملزمة لجانب واحد .(2)

المبحث الثالث

تقرير البطلان

ولابد من جهة او طرف او مصدر ليتم بموجبه تقرير البطلان اي اعتبار التصرف او العقد باطلاَ وحيث

---

(1) شادي قاسم ابو عرة ، نفس المصدر السابق ،ص 2

(2) عباس الجزائري ، فسخ العقد ، بحث منشور على شبكة الانترنيت في موقع منتديات الجلفة لكل الجزائريين والعرب، على الموقع الالكتروني : http://www.djelfa.info/vb/showthread.php

ان البطلان اما يتقرر بموجب نص قانوني او من قبل القضاء من خلال الحكم في موضوع معين وهنا نتطرق الى كلا الحالتين في مطلبين مستقلين.

المطلب الاول

تقرير البطلان قانوناَ

نرى في القانون المدني العراقي عدة نصوص تشير الى ان التصرف يقع باطلاَ وان هذا البطلان قرره القانون ولا يحتاج الى حكم قضائي او اتفاق الطرفين اذ انه وبموجب القانون ان هذا العقد لن يكون له وجود قانوني ، فلا حاجة لصدور حكم بابطاله ، ولاضرورة للحكم بالعدم على معدوم .(1)

وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الاحوال ، فلايحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان ان يرفع دعوى بذلك ، وما عليه الا ان يعتبر العقد الباطل معدوماَ ، وبالنسبة للقانون المدني العراقي فأنه اخذ فكرة العقد الباطل من الفقه الاسلامي .(2)

ولدى التمعن في المادتين 137 و138 من القانون المدني العراقي نلاحظ عدم وضوح الموقف بالنسبة للشيء المقبوض في البيع الباطل وهل يعتبر يد القابض يد امانة ام يد ضمان ، كما ان التعويض الوارد في المادة 2/138 ليس تعويضاَ وجوبياَ وانما جاء على سبيل الجواز واعطت المادة سلطة تقديرية واسعة للمحكمة في الحكم بالتعويض من عدمه ويتبين ذلك ايضاَ حينما يوصف التعويض بأنه ((عادل)) ومعنى ذلك ان المحكمة غير ملزمة بالحكم بقيمة الشيء الهالك بل بما تراه هي عادلاَ .

---

(1) عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،1998 الصفحة 583

(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ،المصدر السابق، الصفحة 301 وكذلك انظر المادتين 137و138 من ق.م.ع

واخيراَ ان القانون المدني العراقي لم يأخذ بنظرية العقد الفاسد الخاصة بالفقه الحنفي واعتبر القانون العقد الفاسد عقداَ باطلاَ ، فالعقد الذي اختلت بعض اوصافه الخارجية ، كما لو كان محله مجهولاَ جهالة فاحشة فهو عقد فاسد في الفقه الحنفي ، اما في القانون المدني العراقي فهو عقد باطل .(1)

المطلب الثاني

تقرير البطلان قضاءاَ

ونستعرض هنا حالة تقرير كون العقد باطلاَ من عدمه بعد عرض النزاع او الموضوع على القضاء ، وفي حياتنا اليومية تطبيقات كثيرة لهذه الحالة فهناك العديد من المواطنين يراجعون القضاء ويقرر القضاء مصير السندات والعقود التي بحوزتهم ويستخدمونها لأجل اثبات حقوقهم ومالهم وما عليهم . وان البطلان الذي يقرره القضاء بناءاَ على طلب احد اطراف الدعوى غالباَ ما يكون بطلاناَ نسبياَ ، بحيث يتمسك احد اطراف الدعوى المدنية بالبطلان امام القضاء اما في حالة البطلان المطلق فللقاضي ان يقرر كون العقد باطلاَ حتى وان لم يطلب منه ذلك متى ما تحقق ان هناك سبباَ للبطلان حيث ان الضرورة العملية تتطلب في بعض المرات عرض العقد الباطل بطلانا مطلقاَ على القضاء ليقرره ، وان الدفع بالبطلان يمكن ايراده اول مرة في جميع مراحل الدعوى المدنية .

ويمكننا ان نحدد الشخص الذي يحق له التمسك بالبطلان امام القضاء بأنه كل شخص كسب حقاَ يؤثر

---

(1) الدكتور عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، الصفحة 303

فيه صحة العقد او بطلانه سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد او بعده وعلى ذلك يصح ان يتمسك بالبطلان كل من طرفي العقد والدائنون والورثة وكل من كسب حقاَ عينياَ على العين موضوع العقد الباطل او حقاَ شخصياَ بالنسبة لهذه العين ، ففي البيع الباطل بطلاناَ مطلقاَ يستطيع ان يتمسك بالبطلان البائع وورثته ودائنوه والمشتري وورثته ودائنوه وشخص رتب له البائع او المشتري حقاَ عينيا على العين المبيعة .(1)

(1) عبدالرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق ،ص 649 ومابعدها

الفصل الثالث

تحول العقد الباطل

نتناول في هذا الفصل موضوعاً مهماً جداً لايمكن البحث في العقد الباطل دون الخوض فيه ، وهذا الموضوع يتمثل في تحول العقد الباطل اي ان كان العقد باطلاً او تقرر بطلانه ، فهل يمكن وللضرورة ان يتم تحول هذا العقد الباطل الى نوع اخر من العقود ، ونحاول ان نتوصل الى حقيقة هامة وهي أن عملية تحول العقد الباطل لن تتم الا عن طريق القضاء ، وان هذه العملية تهدف الى انشاء عقد جديد صحيح تتوافر فيه اركانه وعناصره في ذات العقد الباطل دون ان تنطوي على اي تغيير في هذه العناصر مستنيراً في ذلك بالارادة الافتراضية والغرض الاقتصادي للمتعاقدين . وقد قسمنا هذا الفصل الى اربعة مباحث بحيث نشير في المبحث الاول نظرية تحول العقد وفي الثاني تحول العقد الباطل الى تصرف صحيح ونتناول في الثالث الاثر الاقوى للعقد اما في المبحث الرابع فنتطرق الى موقف القضاء العراقي من العقد الباطل .

المبحث الاول

نظرية تحول العقد

ان اصل هذه النظرية صاغها الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر ، واخذ بها القانون الالماني ، وتتلخص في ان العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد اخر ، فيتحول العقد الذي قصد اليه المتعاقدان ، وهو العقد الباطل ، الى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبذلك يكون العقد الباطل قد انتج اثراً قانونياً .(1)

وقد عرف الفقه الاسلامي تحول العقد من خلال القاعدة الفقهية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) فالألفاظ والمباني هي الوسيلة والمقاصد والمعاني هي الغاية ، فالعبرة للغاية لا للوسيلة ، ومن تطبيقات هذه القاعدة الفقهية (الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة) و(الحوالة بشرط براءة المحيل كفالة) ومنها قاعدة (الهبة بشرط العوض بيع) وقاعدة (الاعارة بشرط العوض اجارة) وقاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله ، ولكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) وابرز تطبيق لنظرية تحول العقد في الفقه الاسلامي ، تلك الاثار التي تترتب على عقد الزواج باطلاً كان او فاسداً ، لان بطلان الزواج وفساده سيان حتى في الفقه الحنفي ، ليس له وجود شرعي ، وان كان له وجود فعلي ، فلا ينتج اثره كتصرف شرعي ، ولكن ينتج بعض الاثار كواقعة مادية اذا اقترن بالدخول على الزوجة ومن هذه الاثار ، درء الحدود وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر وكذلك تصرفات المريض مرض الموت (2)

---

(1) عبدالرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 634

(2) الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للألتزامات ، الجزء الاول ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ،اربيل، 2011 ، ص 335 .

وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية تحول العقد ، حيث نصت المادة 140 منه على ((اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اخر فأن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد)) وتقرر هذه المادة حكم مفاده ان توفر اركان وشروط تصرف صحيح في تصرف باطل مع اتجاه نية المتعاقدين المفترضة الى ابرام التصرف الصحيح لو كانا يعلمان ببطلان التصرف الاول ، يستلزم ان يتحول العقد الباطل الى العقد الصحيح ، ومن امثلة ذلك هي تحول البيع بثمن تافه الى هبة وتحول السند الرسمي الفاقد لأحد شروطه الى سند عادي وتحول الورقة التجارية الفاقدة لأركانها الشكلية لسند عادي . (1)

المبحث الثاني

تحول العقد الباطل الى تصرف صحيح

لأجل ان يتحول العقد الباطل الى تصرف صحيح لابد من توافر شروط لهذا التحول ونتطرق اليها كما يلي :

يشترط لتطبيق فكرة تحول العقد شروط ثلاثة هي :

1-بطلان العقد الاصلي برمته : فاذا لم يكن العقد الاصلي باطلاً فأنه يجب احترامه ، واذا اقتصر البطلان على جزء منه ، طبقنا فكرة انتقاص العقد لا تحوله .

2-ان يشمل التصرف الاصلي الباطل على عناصر التصرف الاخر الذي نريد التحول اليه : مثال ذلك ان ابيعك سيارتي بدينارين ، فهذا الثمن التافه حكمه حكم الثمن المنعدم ، والثمن ركن في عقد البيع ، فيبطل البيع وينقلب الى هبة منقول اذا كنت قد سلمت السيارة اليك .

---

(1) منصور حاتم محسن ابو خبط، العقد الباطل ، محاضرة منشورة على شبكة الانترنيت في موقع كلية القانون ، جامعة بابل، 2013 ، على الموقع الالكتروني http://law.uobabylon.edu.iq/

3-احتمال انصراف ارادة المتعاقدين الى التصرف الاخر الذي نريد تحويل العقد الاصلي اليه : اي اننا نتساءل هنا : لو كان المتعاقدان وقت ابرام التصرف الاصلي قد علما ببطلانه اكان من المحتمل ان يريدا هذا التصرف الاخر ؟ فاذا كان هذا محتملا تحول العقد ، والا بطل .فالتحول يقوم على ارادة مفروضة لا على ارادة حقيقية ، ويستطيع القاضي الكشف عن هذه الارادة المفروضة بالقرائن القضائية فيمكن ان يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره، او من استمرار تنفيذهما العقد الاصلي ان نيتهما المحتملة قد انصرفت الى التحول ، حتى لو نازع احدهما في ذلك بعدئذ. (1)

ولابد ان نذكر بأن تحول العقد يختلف عن تكييف العقد ، فالتكييف هو تحديد ماهية العقد او تحديد الوصف القانوني له بإعطاء اسم من اسماء العقود المعروفة او الاكتفاء بالقول بأنه عقد غير مسمى يتعين على القاضي ان يستخلص قواعده بنفسه (2) ، فالتكييف في ابسط صوره هو مضاهاة المركز الواقعي مع التصوير القانوني المقابل له .

ونرى بأنه من الاصح عدم الخلط بين التكييف والتحول اذ ان العبرة ليست بإسم التصرف وانما بمضمون هذا التصرف ، فتغيير الاسم ليس الا تفسيراَ حقيقياَ لإرادة المتعاقدين الذي لايتغير بل ان تلك الارادة تبقى صحيحة، اما في التحول فأن التصرف اصلاَ باطل ولابد من الكشف عن الارادة غير الحقيقية الباطلة ، والتحول الى الارادة الصحيحة .

كما ويختلف تحول العقد عن تصحيح العقد ، فتحول العقد استبدال عقد قديم باطل بعقد جديد صحيح بدون اية اضافات ، اما تصحيح العقد فيفترض بقاء العقد القديم اي العقد الاصلي مع ازالة

---

(1) د.حسن على ذنون ، النظرية العامة للإلتزامات ، من منشورات جامعة المستنصرية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1976، ص 130

(2)الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق ، ص 333.

العيب اللاحق له .(1)

المبحث الثالث

الاثر الاقوى للعقد

ان فكرة الاثر الاقوى للعقد ليست قاعدة قانونية او مبدأ من مبادىء القانون ولا ثابتاً من ثوابت الصياغة التشريعية ، لكنها توجهات يعمل عليها المشرع في تنظيم وحسم المراكز والتصرفات القانونية وحسم التزلزل الذي يعتري مسيرتها او ترددها بين اثرين او اكثر من اثار العقد وان نطاق بحثها تتخذ من العقود والتصرفات القانونية .

فالعقد الباطل مثلاً كأصل عام لايتمتع بوجود قانوني ولا تترتب عليه اية اثار بوصفه عقداً وهذا الحكم ، بإطلاقه قاد الى نتائج اقتصادية واجتماعية غير مرغوب فيها لما يترتب عليها وقد سعى المشرع الى تجنب هذه الاثار ، قدر المستطاع ، من خلال تحاشي بطلان العقد وعدم اهدار قيمته الاجتماعية والاقتصادية الا حينما يقود ذلك الى اثار سلبية لاتتفق مع غايات المشرع ومقاصده . (2) . ومن ابرز تطبيقات فكرة الاثر الاقوى للعقد الشركة الفعلية والانتقاص واعمال الكلام اولى من اهماله ونظرية تحول العقد ،والاخير سيكون اساس بحثنا ، حيث ان العمل بموجب الاثر الاقوى مرتبط بما تكون عليه نية المتعاقد ومنسجماً مع قصده وغرضه الذي يسعى الى تحقيقه . وقد استخدم المشرع العراقي في القانون المدني فكرة الاثر الاقوى من خلال المادة 140 ، حيث نلاحظ ان تحول العقد هو احدى السبل التي يحد بها المشرع من بطلان العقود ويقلل من الاثار السلبية له ، حيث ان الطرفين انفسهما لم يقصداً واقعاً العقد الذي توافرت اركانه ولكن يمكن القول من باب

---

(1) الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر ، المصدر نفسه ، ص 334

(2) ضمير حسين المعموري ،فكرة الاثر الاقوى للعقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة العدد السابع ، 2008 ، ص 265، منشور على شبكة الانترنيت في موقع www.uokufa.edu.iq

اعتماد الاثر الاقوى ان نيتهما اتجهت الى ذلك او كانت ستتجه الى العقد الصحيح الاخر متى ما علمت ببطلان العقد الاصلي .(1)

ومن امثلة التحول وفكرة الاثر الاقوى مانصت عليها المادة 41 من قانون التجارة النافذ ((اذا خلت الورقة من احد البيانات الالزامية في المادة 40 من هذا القانون فتعتبر حوالة ناقصة))، وكذلك ما اشارت اليه المادة 21 من قانون الاثبات العراقي بقولها ((اذا لم تستوف السندات الشروط التي استلزمتها الفقرة السابقة فلا يكون لها الا حجية السندات العادية في الاثبات اذا كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم او بصمات ابهامهم))

ومن شروط تطبيق فكرة الاثر الاقوى للعقد عند تحول العقد لابد ان يقع التصرف الاصلي باطلاً كلياً حسب ماهو موصوف في القانون العراقي ، وان تتوفر في العقد الباطل جميع اركان العقد الاخر الصحيح فاذا لم تتوفر تلك الشروط استحال التحول ، واخيراً يجب ان تنصرف ارادة المتعاقدين الى التصرف الصحيح الاخر الذي تحول اليه التصرف الباطل ، فكما ان ارادتيهما الحقيقية انصرفت الى العقد الباطل ولأغراض الحفاظ على حياة التصرف نفترض ان ارادتهما الافتراضية ذهبت الى تبني التصرف الصحيح او انها كانت ستتجه اليه لو علمت ببطلان التصرف الاصلي .

واذا ماتوفرت الشروط السابقة فأن التصرف الباطل يتحول الى عقد صحيح بحكم القانون لا بحكم القضاء فالقرار الذي يقضي بالتحول هو حكم كاشف وليس منشئاً ولايستطيع احد المتعاقدين ان يرفض العقد الصحيح الجديد ولكن يستطيع كلاهما اقالته واثر التحول يقع باثر رجعي يرتد الى تاريخ انعقاد التصرف الباطل الاصلي وصحة هذا التصرف الجديد واثاره لاتسري بحق المتعاقدين فقط بل باتجاه الغير ايضاً . (2)

---

(1) ضمير حسين المعموري، المصدر نفسه ، ص 273

(2) عبدالرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 549

المبحث الرابع

موقف القضاء العراقي من العقد الباطل

كان القضاء العراقي سباقاً من بين اجهزة القضاء في الشرق الاوسط في مسألة الولوج الى العقد الباطل ومحاولة ترتيب اثار عليه حفاظاً على الثقة المتبادلة بين اطرافه ، كما واجتهد القضاء العراقي في مسألة تحول العقد الباطل الى عقد اخر صحيح ، ونحاول في مبحثنا هذا تسليط الضوء على عدد من قرارات القضاء في العراق وفي اقليم كوردستان تخص العقد الباطل وذلك في مطلبين :

المطلب الاول

مباديء تمييزية من القضاء العراقي

لقد صدرت من المحاكم العراقية العديد من القرارات التي تناولت موضوع بطلان العقد واثاره وتحول العقد الباطل الى عقد اخر ، ففي قرار لمحكمة استئناف بغداد بالعدد 14 في 1979/11/22 لم تحكم المحكمة ببطلان العقد المطعون فيه بالصورية وإنما منع سماع الدفع بالصورية في عقد الرهن الذي استوفى شكليته القانونية بتوثيقه وتسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري حيث إن التصرفات التي ترد على العقارات لا تنعقد ما لم تسجل في تلك الدائرة في حالة بيع العقار على وفق أحكام المادة 508 من القانون المدني التي تنص على إن (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) وكذلك بالنسبة للرهن التأميني على وفق أحكام المادة 1286 من القانون المدني التي ورد فيها (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري) وذلك تطبيقاً لنص المادة 149 مدني التي نصت على انه ((لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري (حلت كلمة التسجيل العقاري محل مصطلح الطابو بموجب المادة 332 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971))). وهنا يتبين ان الصورية لم تكن سبباً لبطلان العقد ، وقد يظن البعض ان العقد الصوري يكون بمثابة العقد الفاسد ، ولابد من التوضيح بان العقد الفاسد هو عقد يختلف عن العقد الباطل من حيث الآثار القانونية التي يرتبها ، حيث ان الفساد يكون في شق من العقد ويكون هذا الشق باطلاً فيسري

البطلان عليه حصراً ، والباقي يبقى على صحته باعتباره عقداً صحيحاً وهذا ما أشارت إليها المادة (139) مدني عراقي على أن لا يكون هذا الشق ركناً في العقد أو كان لا يتم هذا العقد بغير هذا الشق الباطل فنكون أمام عقد باطل ، وقد تنصرف نية الطرفين إلى إحداث عقد وكان هذا العقد باطلاً لامر يتعلق بالسبب أو المحل أو الأهلية أو بإرادة الطرفين ، إلا انه توفرت فيه أركان عقد آخر فيكون العقد صحيحاً على اعتباره العقد الجديد الذي توفرت فيه تلك الأركان وهذه إحدى تطبيقات نظرية (تحول العقد) التي تماثل القاعدة الفقهية القانونية (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) ، حيث جعلها المشرع العراقي مادة من مواد القانون المدني العراقي فآخذت طابع الإلزام عند تفسير العقد على وفق أحكام الفقرة (1) من المادة (155) مدني عراقي ومما تقدم نرى ان الصورية مفهوم لا يرتب اثر البطلان على التصرفات القانونية ومنها العقود تجاه الأجنبي عن العقد وإنما يكون ملزم لطرفيه حصرا (1) . إلا اننا نرى بأن تطور الحياة ودخول تقنيات الاتصال الحديثة ألقى بظلاله على زيادة فرص تحقق ونشوء عقود صورية الهدف منها إخفاء أمر لغرض تمريره على الآخرين سواء كانت سلطة حكومية أو أشخاص طبيعيين مما يحتم الالتفات إلى ذلك الموضوع وإعادة صياغة التشريعات النافذة بما ينسجم وتلك التطورات مع ملاحظة ان القانون المدني العراقي الذي يمثل العمود الفقري لكل التشريعات المتعلقة بالمعاملات بين الأطراف المعنوية أو الطبيعية كان قد صدر قي عام 1951 حيث مضى عليه أكثر من نصف قرن . وفي قرار لمحكمة تمييز العراق بالعدد 12/هيئة عامة/72 أشار إلى (أن دعوى عدم نفاذ التصرف لا تؤدي إلى بطلان قيد الطابو ويكتفي بتأشير الحكم في دائرة التسجيل العقاري بعدم نفاذ التصرف بحق المدعي فقط ويبقى عقد البيع قائما بين طرفيه منتجا لأثاره بحقهم ولهم عند وفاء الدين للمدعي إسقاط حقه في التمسك بعدم نفاذ التصرف) وفي ذلك تفصيلات كثيرة تتعلق بلحوق علم الطرف الآخر في العقد الصوري وان يكون التصرف منطوي على الغش وغيرها من الأحكام التي حددها القانون ،ونعود إلى أن العقد الصوري يبقى صحيحاً ونافذاً بين طرفيه وان كان لا يرتب أثره بحق الغير .

---

(1) انظر نص القرار المنشور في احزان العراقي ، اثر الصورية في بطلان العقد ، محاضرة منشورة على شبكة الانترنيت ،موقع منتديات عراق السلام ، على العنوان الالكتروني التالي: http://www.iraqpf.com/

وهذا ما يؤكد على عدم اعتبار الصورية سبب من أسباب البطلان.

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية ان العقد المتضمن هبة مساحة من عقار للموهوب له وعند عدم تنفيذها يستحق قيمتها عند بيع العقار يعد عقداً باطلاً لعدم استيفاءه الشكلية القانونية ولا يصح المطالبة بالتعويض عنه لان التعويض يتم في العقود الصحيحة.(1)

ومن خلال هذا الحكم نستنتج ان العقد الباطل لن يكون له اي اثر وان المطالبة بالتعويض نتيجة الاخلال بالعقد بالباطل ليس له محل في القضاء وان هذا النوع من الدعاوى حرية بالرد .

وفي قرار اخر قررت محكمة التمييز الاتحادية ان عقد البيع الخارجي للعقار باطل موضوعيا وتكون مسؤولية الناكل تقصيرية (2)

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية ان الاثر المترتب على عقد بيع العقار خارجياً الباطل والمتمثل بالتعويض جراء النكول يتطلب مراعاة الشكلية المتمثلة بتوجيه تنبيه يتضمن تنفيذ الالتزام الوارد في ورقة التعهد (3)

كما ونشير الى احد القرارات المهمة لمحكمة التمييز الاتحادية التي قضت بتحول عقد المساطحة الباطل لعدم التسجيل الى عقد ايجار منفعة عقار .(4)

---

(1) مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة – العدد الثاني (نيسان، ايار، حزيران/2013) منشور في شبكة الانترنيت http://tqmag.net/default.asp

(2) دريد دادود سلمان الجنابي ، تعليق على قرار حكم ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة – العدد الثاني (نيسان، ايار، حزيران) 2013 ،ص1، منشور على شبكة الانترنيت في موقع http://www.tqmag.net/

(3) دريد دادود سلمان الجنابي ، المصدر نفسه ص2

(4)د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي ، تعليق على قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية ، العدد السادس ، 2012 ،المجلد الاول، ص 357–363 ، منشور على شبكة الانترنيت في موقع http://www.iasj.net/

في هذا القرار نكون امام حالة تبنتها محكمة التمييز الاتحادية وهي حالة تحول العقد ، وكما اسلفنا في هذا الفصل ان تحول العقد لن يتم الا عن طريق القضاء ، ورغم ان القرار التمييزي لم يشير وبصراحة الى نص المادة 140 من القانون المدني العراقي الخاص بتحول العقد ، الا ان قرار محكمة التمييز ينطوي في حيثياته ومضمونه على تطبيق سليم لنظرية تحول العقد ، ونلاحظ تحقق الشروط الثلاثة لتطبيق نظرية تحول العقد في موضوع الطعن التمييزي هذا ،وهي اولاً : كون عقد المساطحة باطل لعدم استيفاء الشكلية المنصوص عليها في القانون وهي التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري اذ وحسب نص المادة 1/1266 من القانون المدني العراقي ان عقد المساطحة عقد عيني عقاري مصدره العقد وهو لاينعقد الا بالتسجيل . ونصت الفقرة 2 من نفس المادة على وجوب تسجيل المساطحة في الطابو(1) .

ثانياً : تضمن العقد الاصلي لعناصر عقد اخر : نرى ان عقد المساطحة الباطل قد تضمن جميع عناصر عقد ايجار منفعة العقار والمتمثلة في التمكين من الانتفاع والاجرة والمدة. (2)

ثالثاً : انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى العقد الاخر الذي تحول اليه العقد الاصلي : اي ان المتعاقدين قصدا تحقيق غاية اقتصادية معينة وقد اختارا لتحقيق هذه الغاية طريقاً قانونياً تبين بطلانه ، فمن الممكن القول بانهما لو علما ببطلان الطريق القانوني الذي اختاراه لأرادا الطريق القانوني الصحيح مادام يحقق الغاية العملية الاقتصادية التي قصداه فالعبرة اذن بالغاية الاقتصادية لا بالوسيلة القانونية . والاصح تعبيراً العبرة اذن بالغاية العملية لا بالارادة القانونية .(3)

---

(1) انظر نص المادة 1266 بفقرتيه 1و2 من القانون المدني العراقي المعدل .

(2) أ.م.د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي ، نفس المصدر السابق ،ص 361

(3) عبدالرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص 636

المطلب الثاني

مباديء تمييزية من قضاء اقليم كوردستان

ونحاول هنا ان نعرض رأي القضاء في اقليم كوردستان تجاه العقد الباطل من خلال عدد من القرارات والمباديء التمييزية .

فقد قررت محكمة تمييز اقليم كوردستان بأن ارادة طرفي الدعوى منصبة على دفع المبلغ المحرر في السند المؤرخ 2002/1/19 وحيث ان المدعي اعلن نفسه كفيلاً عن شقيقه المدين (ص) وبذلك توفر في السند المذكور شروط واحكام المادة (140) من القانون المدني ، وتأسيساً على ما تقدم فلايجوز الحكم للمدعي بموجب عريضة الدعوى بحجة كون سند القرض والرهن باطلاً لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة لأن النية الاساسية لسند القرض هو دفع المبلغ المحرر فيه للمدعى عليه بعد مضي مدة تسعة اشهر . وحيث ان المدعى خالف ذلك مما يكون للمدعى عليه حق الخيار في طلب المبلغ سواء من المدين او كفيله (المدعي) او ان يطالب الاثنين معاً وان مطالبة احدهما لا يسقط حقه في مطالبة الاخر.(1)

وفي قرار اخر قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان بأنه لما كانت اجراءات بيع الكسارة موضوع الدعوى لم تسجل لدى الكاتب العدل المختص لذا فأن البيع المذكور لاينتج اي اثر قانوني ولايمكن المطالبة ببقية ثمنها من المشتري كما لايمكن المطالبة بالتعويض من قبل البائع عن الضرر الناتج عن تأخير اشتغال المعمل الذي يعمل بواسطتها لأن المطالبة بالتعويض تكون في العقود الصحيحة وليس الباطلة .(2)

---

(1) سه روه ر علي جعفروجمال صدرالدين علي، المختار من المباديء القانونية التمييزية في محاكم اقليم كوردستان ، اعداد ، الطبعة الاولى ، السليمانية ، ، ص 19

(2) سه روه ر علي جعفروجمال صدرالدين علي، المصدر نفسه ، ص 47

وجاء في قرار تمييزي اخر ان مسألة بحث العيوب الخفية التي تظهر في المبيع تثار في العقود الصحيحة شكلاَ وموضوعاَ وحيث ان المكائن المباعة موضوعة الدعوى لم تسجل في دائرة كاتب العدل المختصة حسب احكام قانون تسجيل المكائن فأن بيعها باطل قانوناً لعدم استيفائه ركن الشكل (1).

وفي قرار لهيئة الاحوال الشخصية لمحكمة تمييز اقليم كوردستان جاء ان عقد الزواج الجاري امام المحكمة لايلحقه الابطال الا اذا انعدم محله اذا ثبت سبق اجرائه امام العالم الديني وعندئذ يتعين على المحكمة ابطال العقد اللاحق والحكم بتصديق الزواج السابق الجاري خارج المحكمة واحالة الزوج والزوجة وشهود العقد المبطل الى محكمة التحقيق لادلائهم بمعلومات كاذبة للمحكمة بشأن الزواج . (2)

نلاحظ من خلال هذا القرار ان محكمة تمييز اقليم كوردستان قد ذهبت الى الحفاظ على العلاقة الزوجية وقدسية عقد الزواج الذي ينتج عنه الرابطة الزوجية وذلك باعتبار عقد الزواج الخارجي وتجاوز الشكلية مع الحفاظ على التطبيق السليم للقانون وذلك باحالة الزوجين والشهود الى التحقيق لادلائهم بمعلومات كاذبة للقضاء .

وفي قرار اخر لمحكمة تمييز اقليم كوردستان جاء بأن **العقد الذي لاتراعى فيه الشكلية القانونية يعد عقدا باطلا والعقد الباطل لاينعقد ولا يفيد الحكم اصلا (3)**

---

(1) سه روه ر علي جعفروجمال صدرالدين علي، المصدر نفسه ، ص 69

(2) القاضي كيلاني سيد احمد ، المبادي القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، مقررات هيئة الاحوال الشخصية للسنوات 1999-2009 ، الطبعة الاولى ، اربيل ، ص 147

(3) مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ،العدد الثاني(نيسان ،ايار،حزيران) ،2013 ،الاحكام والقرارات ، منشور في شبكة الانترنيت في الموقع http://tqmag.net/

(الخاتمة)

من خلال بحثنا هذا توصلنا الى ان موقف القضاء العراقي من العقد الباطل موقف حاسم ويواكب جميع الدراسات القانونية الجارية وكذلك مواد القانون المدني والقوانين الخاصة بخصوص العقد الباطل ، ونلاحظ ان القضاء العراقي وبضمنه قضاء اقليم كوردستان قد بحث في مسألة توفر جميع شروط العقد في العقود المعروضة عليها والتي هي محل النزاع بين المتداعيين ، والا اعتبر العقد موضوع النزاع باطلاً لاينتج اثراً وغالباً ما يكون مصير دعوى المدعي الرد لعدم توفر شروط العقد ، كما وان القضاء اجتهد في تفسير ارادة المتداعيين وحاول قدر الامكان تحقيق العدالة حين اصدار القرارات والاحكام وطبق وبشكل واسع نظرية (تحول العقد) الالمانية الاصل ، وتدخل في تفسير ارادة المتعاقدين مادام هناك شروط لعقد اخر ضمن عقد اصلي باطل ، وكذلك حاول القضاء العراقي وقضاء اقليم كوردستان التبسيط من الشكلية وتجاوزها في العديد من الحالات ، ولم نلحظ اجتهادات قضائية تخرج عن نطاق ماهو مرسوم قانوناً في القوانين العراقية والقوانين المرعية في اقليم كوردستان واقترح ان ينشط القضاء في ايراد اجتهادات قضائية تعالج حالات العقد الباطل بجميع صوره ، لاسيما وان افراد المجتمع العراقي وبضمنه المجتمع الكوردستاني لايتمتعون بحس قانوني عالي كي يستطيعوا ان يتلافوا الاخطاء القانونية حين تنظيم معاملاتهم اليومية التي يلعب فيها العقد دوراً اساسياً اذ ان المعالجات القضائية من شأنها التضييق على البطلان وحسم مشاكل المتداعين بأقل الاضرار .

(المصادر والمراجع)

1- د.حسن على ذنون ، النظرية العامة للإلتزامات ، من منشورات جامعة المستنصرية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1976

2- سه روه ر علي جعفروجمال صدرالدين علي، المختار من المباديء القانونية التمييزية في محاكم اقليم كوردستان ، اعداد ، الطبعة الاولى ، السليمانية.

3- عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد ، الجزء الثاني ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ،1998

4- عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،1998

5- الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه بشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ،بغداد،2010

6- الدكتور عبدالمجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ،بغداد،2007

7- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للألتزامات ، الجزء الاول ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ،اربيل،2011

8- القاضي كيلاني سيد احمد ، المبادي القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، مقررات هيئة الاحوال الشخصية للسنوات 1999-2009 ، الطبعة الاولى ، اربيل

9- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الأفريقى، لسان العرب، دار احياء التراث العربي ، بيروت ،1968

المصادر المأخوذة من المواقع الالكترونية :

10- احزان العراقي ، محاضرة بعنوان اثر الصورية في بطلان العقد ، محاضرة منشورة على شبكة الانترنيت ،موقع منتديات عراق السلام ، http://www.iraqpf.com/

11- دريد دادود سلمان الجنابي ، تعليق على قرار حكم ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة – العدد الثاني (نيسان، ايار، حزيران) 2013 ، منشور على شبكة الانترنيت في موقع http://www.tqmag.net/

12-د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي ، تعليق على قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية ، العدد السادس ، 2012 ،المجلد الاول ، منشور على شبكة الانترنيت في موقع http://www.iasj.net/ .

13- شادي قاسم ابو عرة ، مقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، بحث منشور في شبكة الانترنيت في منتديات ستار تايمز على الموقع الالكتروني :http://www.startimes.com /

14- ضمير حسين المعموري ،فكرة الاثر الاقوى للعقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة العدد السابع ، 2008 ، منشور على شبكة الانترنيت في موقع www.uokufa.edu.iq

15-عباس الجزائري ، فسخ العقد ، بحث منشور على شبكة الانترنيت في موقع منتديات الجلفة لكل الجزائريين والعرب، على الموقع الالكتروني : http://www.djelfa.info/vb/showthread.php

16- علي فيلالي ، البطلان في القانون المدني الجزائري ، بحث قانوني منشور في موقع كنانة اونلاين ، 2004 ، على الموقع http://kenanaonline.com/basune1

17- مجلة البحوث الاسلامية ، العدد 95 ذي القعدة 1432 هجرية ،المطلب الثاني ، منشور في الانترنت في موقع الرئاسة العامة للبحوث والافتاء ،المملكة العربية السعودية ، على الموقع الالكتروني : /http://www.alifta.net

18- مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة – العدد الثاني (نيسان، ايار، حزيران/2013) منشور في شبكة الانترنيت http://tqmag.net/default.asp

19- مصطفى يخلف ، عرض حول بطلان العقد،بحث قانوني منشور في موقع مجلة القانون والاعمال المغربية ، 2013، ، http://www.droitetentreprise.org

20- منصور حاتم محسن ابو خبط، العقد الباطل ، محاضرة منشورة على شبكة الانترنيت في موقع كلية القانون ، جامعة بابل، 2013 ، على الموقع الالكتروني http://law.uobabylon.edu.iq/

21-نورالدين ابو لحية ، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث ، كتاب منشور في الانترنيت، http://noursalam.free.fr/b2.1.htm .