

جامعة عمان العربية

كلية القانون

قسم القانون الخاص

رسالة ماجستير

العنوان

"أثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين"

**The Impact of Invalidity of Contract
Between the Contractors**

إعداد الطالب

رامي قحطان محمود

إشراف الدكتورة

شيرين أبوغزالة

العام الدراسي

٢٠١٢_٢٠١١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (١) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (٢) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (٣)
الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (٤) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (٥)

سورة العلق: [١ - ٥]

تفويض

أنا رامي قحطان محمود الرجب، أفوض جامعة عمان العربية تزويد المكتبات
أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص بنسخ من رسالتي / أطروحتي عند طلبهم
حسب التلعيقات النافذة في الجامعة.

الاسم: رامي قحطان محمود الرجب



التوقيع:

التاريخ:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ : 17 / 10 / 2012م

وأجيزت بتاريخ 20 / 10 / 2012م

التوقيع	أعضاء لجنة المناقشة
	الأستاذ الدكتور: أحمد أبو شنب رئيساً
	الدكتور: أحمد خلف المومني عضواً
	الدكتورة: شيرين أبو غزالة عضواً ومشرفاً

الإهداء

أستاذي سعادة الدكتور مُنذر عبد الحسين خليل الفضل الربيعي

أهديك هذا البحث أيا مَنْ سَكَنْتَ الفؤاد وتسربت في حناياه فأيقظت ما مات
بي من علم الحقوق من مفاهيم ومعاني ثم بعدها أتقدم بعظيم الشكر وخالص
الإمتنان وفائق العرفان لسعادتك عن كل نصحٍّ ومشورةٍ كنت بها إنسانٌ قبل
كل شيء

وشفيعي أني قد وفيتُ بالجميل جميلاً بالإحسان إحساناً

وأختتم إهدائي وشكري بأبيات شعر قالها

أبو فراس الحمداني

بمن يثق الإنسان فيما ينوبه ومن أين للحر الكريم صحاب
إذا صار الناس إلا اقلهم ذئابٌ على أجسادهن ثياب

الباحث

شكر وتقدير

لا يسعني بعد الانتهاء من إعداد هذه الرسالة إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم التقدير إلى الدكتورة شيرين أبو غزالة على تقبلها الإشراف على هذه الرسالة، ومتابعتها المستمرة في مراحل إعدادها، بمعين لا ينضب من العطاء.

كما أتشرف بتقديم التقدير والاحترام إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين تقبلوا بصدر رحب عناء المشاركة في مناقشة هذه الرسالة.

كما أتوجه بالشكر إلى جامعة عمان العربية ممثلةً برئيسها وأعضاء هيئة التدريس، وإلى طلبة الجامعة.

والله وليّ التوفيق

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية.....	ب
التفويض.....	ج
قرار لجنة المناقشة.....	د
الإهداء.....	هـ
شكر وتقدير.....	و
قائمة المحتويات.....	ز
الملخص باللغة العربية.....	ك
Abstract.....	م
الفصل الأول.....	١
أولاً: المقدمة.....	١
ثانياً: مشكلة الدراسة.....	٣
ثالثاً: عناصر المشكلة.....	٣
رابعاً: فرضيات الدراسة.....	٤
خامساً: أهمية الدراسة والجديد فيها.....	٥
سادساً: محددات الدراسة.....	٦
سابعاً: الادب النظري والدراسات ذات الصلة.....	٦
ثامناً: منهج الدراسة.....	٨
الفصل الثاني: تعريف العقد الباطل وتحديد طبيعته.....	٩
أولاً: التعريف بالبطلان وطبيعته.....	٩
١_ التعريف بالبطلان:.....	٩
٢_ الطبيعة القانونية للبطلان.....	١٠
ثانياً: البطلان وتقسيماته في التشريعات الحديثة والفقہ الإسلامي.....	١٣
١_ البطلان وتقسيماته في التشريعات الحديثة.....	١٣
(١)- القانون المدني الأردني.....	١٣
(٢)- القانون المدني العراقي.....	١٤

١٥ (٣)- القانون المدني المصري
١٦ ٢_ البطلان وتقسيماته في الفقه الإسلامي
١٨ ثالثاً: تمييز البطلان عن بعض الأنظمة المشابهة
١٨ ١_ البطلان والفسخ
١٨ أ_ فسخ العقد
٢٢ ب_ البطلان والإقالة
٢٣ ٢_ البطلان وعدم النفاذ
٢٣ أ_ الفرع الأول: البطلان وعدم النفاذ
٢٤ ب_ البطلان والعقد الموقوف:
٢٥ ج_ البطلان والعقد القابل للإبطال:
٢٨ الفصل الثالث: أحكام البطلان
٢٨ تمهيد وتقسيم:
٢٨ أولاً: خصائص البطلان التي تميزه عن غيره
٢٨ ١_ البطلان أساسه العيب
٢٩ أ_ العقد الباطل باعتباره واقعة مادية
٣٠ ب_ دور الخطأ التقصيري في البطلان
٣٣ ج_ دور الكسب بلا سبب في البطلان
٣٥ ٢_ قابلية العقد الباطل إلى التجزئة والتحول
٣٥ أ_ قابلية العقد الباطل إلى التجزئة
٣٦ ب_ قابلية العقد الباطل إلى التحول
٣٦ ثانياً: دعوى البطلان ومدة التقادم والإجازة
٣٦ ١_ دعوى البطلان ومن يتمسك بها
٣٧ أ_ دعوى البطلان :
٣٨ ب_ الأشخاص اللذين يحق لهم التمسك بدعوى البطلان
٣٩ ٢_ تقادم العقد الباطل وإجازته
٣٩ أ_ تقادم دعوى البطلان
٤٤ ب_ عدم إجازة العقد الباطل
٤٦ الفصل الرابع: أثر حكم بطلان العقد بين المتعاقدين والغير
٤٦ أولاً: أثر حكم بطلان العقد قبل تنفيذه بين المتعاقدين

- ٤٧ ١- آثار أصلية للعقد الباطل ما بين المتعاقدين
- ٤٧ أ_ نظرية انتقاص العقد:
- ٤٨ ب_ تطبيقات نظرية انتقاص العقد
- ٤٨ ١- التطبيقات التشريعية لنظرية انتقاص العقد:
- ٤٩ ٢- التطبيقات القضائية:
- ٥٠ ٢_ الآثار العرضية للعقد الباطل بين المتعاقدين
- ٥٠ أ_ نظرية تحول العقد
- ٥٣ ب_ تطبيقات نظرية تحول العقد
- ٥٦ ثانياً: أثر حكم بطلان العقد بعد تنفيذه بين المتعاقدين والغير
- ٥٧ ١_ القاعدة العامة
- ٥٧ أ_ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد
- ٦٠ ب_ استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد
- ٦٣ ٢_ الاستثناءات من القاعدة العامة
- ٦٣ أ_ ناقص الأهلية
- ٦٤ ب_ البطلان لعدم المشروعية
- ٦٦ ٣_ آثار العقد الباطل بالنسبة للغير
- ٦٧ أ_ حقوق الغير
- ٦٧ ب_ الاستثناء
- ٦٩ الفصل الخامس: تطبيقات نظرية البطلان
- ٦٩ أولاً: آثار العقد الباطل تترتب بقوة القانون
- ٧٠ ١_ بطلان يستند على نصوص القاعدة القانونية
- ٧٠ أ_ بطلان التصرفات الصورية
- ٧٠ ١- المقصود بالصورية:
- ٧١ ٢- أنواع الصورية:
- ٧٢ ٣_ حكم الصورية:
- ٧٢ ٤_ آثار الصورية بين المتعاقدين
- ٧٣ ٥_ آثار الصورية بالنسبة للغير
- ٧٣ ب_ آثار العقود الباطلة
- ٧٦ ٢_ آثار تستند على أحكام الأحوال الشخصية

أ_ أثر بطلان عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....	٧٦
ب_ أثر بطلان عقد الزواج في التعاليم المسيحية.....	٨١
ثانياً : أثر النكول بالتعهد بنقل ملكية العقار.....	٨٤
١_ مصدر التعويض عندالنكول بتعهد بنقل ملكية العقار.....	٨٤
أ_ موقف التشريعات من اعتبار التسجيل ركناً لانعقاد العقد في البيوع الواردة على العقارات.....	٨٥
١- موقف المشرع المدني المصري:.....	٨٦
٢- موقف المشرع المدني العراقي:.....	٨٦
٣-موقف المشرع المدني الأردني.....	٨٧
ب_ الطبيعة القانونية للتعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل.....	٨٩
١- التعهد بنقل ملكية العقار – عقد غير مَسْمَى.....	٩٠
٢- التعهد بنقل ملكية العقار-تحول العقد.....	٩٠
٣_ التعهد بنقل ملكية عقار عقد باطل ينشئ عند النكول والتعويض بحكم القانون.....	٩١
ج_ حكم العربون الوارد على التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل.....	٩٤
٢_ الجزء المترتب عند نكول المتعهد بتعهد بنقل ملكية عقار إلى المتعهد له.....	٩٧
أ_ معالجات المشرع المدني العراقي لأثر التعهدات بنقل ملكية عقار.....	٩٨
ب_ موقف القضاء العراقي من أثر التعهد بنقل ملكية عقار.....	١٠٠
ج_ موقف القضاء الأردني من أثر التعهد بنقل ملكية عقار.....	١٠٠
الفصل السادس : النتائج والتوصيات.....	١٠٣
المراجع والمصادر.....	١٠٥

أثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين

إعداد

رامي قحطان محمود

إشراف

الدكتورة: شيرين أبو غزالة

الملخص باللغة العربية

إن هذه الدراسة تتحدث عن أثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين بالمقارنة مع بعض التشريعات المدنية، وإن الغرض من هذه الدراسة هو معرفة مدى انطباق نص المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني الخاص ببطلان العقود، على أثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين مع الأخذ بالاعتبار الآثار التي ينتجها العقد الباطل.

لوصول إلى الإجابة عن مشكلة البحث لا بد من الإجابة عن التساؤلات التالية:

- هل اعترف القانون المدني الأردني بأثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين وهل عالج جميع حيثياته أم ترك الموضوع للقواعد العامة في القانون أو عرضه لإجتهد المحاكم؟
- هل يمكن اعتبار العقد الباطل واقعه مادية وصورة من صور المسؤولية التقصيرية؟
- ما هي الدوافع التي دعت المشرع الأردني عدم الأخذ بنظرية تحول العقد، هذه النظرية التي تعد من أهم وأدق النظريات التي تعالج موضوعات العقود الباطلة من حيث الأثر العرضي.

وتم التوصل من خلال البحث إلى التوصيات التالية:
يوصي الباحث بضرورة تدخل المشرع الأردني لتعديل أحكام بطلان العقد واقتراح
اعتماد منهج المشرع المدني العراقي في معالجته لموضوع بطلان العقد مع
التوسع في بعض الشيء وعدم الاحتفاظ بأحكام العقد الفاسد.

The Effect of Contract Invalidity among Contract Involved Parties

By

Rami Qahdan Mahmoud

Supervisor

Dr. Shireen Abu-Ghazaleh

Abstract

This study addresses the effect of contract invalidity between He contractors in comparison with comparative legislations. The purpose of this study is to examine the extent of article 168 of the Jordanian civil law eligibility over the voidness of contract, and it's impact on the contractors taking into consideration the effects which a void contract produces.

In order to address the problem of the research, the following questions must be answered:

- Does the Jordanian civil law recognize the effect of contract voidness among contracted parties; and does the said law deal with all its aspects? Or left the issue to general rules in the law? Or left it to the court opinion?**
- Is it possible to consider the voided contract a physical fact or an image of tortious liability?**

- **What are the motives that caused the Jordanian legislator not to consider the theory of contract transformation while this theory is considered to be one of the most important and accurate theories that deal with void contractual issues in regard to accidental impact.**

The study achieved the following results:

Researcher recommends the necessity for the Jordanian legislator to intervene in order to amend contract voidness while suggesting relying on the Iraqi legislator methodology in dealing with this issue besides broadening and sustaining the rules of corrupted contract.

الفصل الأول

أولاً: المقدمة

نظم المشرع العلاقات بين الأفراد بعضهم بعضاً من خلال عقود المعاملات والتي تعد بدورها ذات أهمية بالغة في إحكام المعاملات وتفادي بلوغها إلى حد النزاع أو المخاصمات، فقد تصدر العقد مصادر الالتزام وجاء في المرتبة الأولى بين تلك المصادر بوصفها الأوسع انتشاراً في دائرة المعاملات بين الأشخاص.

ويعرف العقد بأنه :- " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر."^١ حيث يشترط لصحة العقد توافر الرضا والمحل والسبب وصحة شروطها، واستيفاء ما يفرضه القانون من أركان أخرى كالشكلية والعينية (التسليم أو القبض).

ومراتب العقد في القانون المدني الأردني هي العقد الصحيح والفاقد والباطل، والعقد الصحيح ينقسم إلى عقد موقوف وعقد غير لازم، بينما في القانون العراقي تكون صحيحة وموقوفة وباطلة وفي القانون المصري صحيحة وقابلة للإبطال وباطلة وفي الفقه الإسلامي تكون صحيحة وفاصلة وباطلة والصحيحة تنقسم إلى نوعين عقود نافذة وعقود موقوفة والعقود النافذة تنقسم إلى نوعين عقد لازم وعقد غير لازم.

أما بالنسبة إلى العقد الفاسد في القانون المدني الأردني فيعرف بأنه :- " هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون".^٢

^١ المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

^٢ المادة (١٧٠) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

وأما العقد الباطل فيعرف بأنه:- " هو ما ليس مشروعاً بأصله ولا بوصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي اثر ولا ترد عليه الإجازة."^٣

ومرتبة العقد الفاسد فكرة مأخوذة عن المذهب الحنفي -كما تقول المذكرة الإيضاحية- التي انفرد بها عن بقية المذاهب الفقهية الإسلامية ، ففي الفقه المالكي والشافعي والحنبلي العقد الباطل والفاسد سواء وهذا التمييز له مبرره المنطقي والعملي لأن التمييز بين العقد الباطل والفاسد يقوم على التمييز بين اصل العقد ووصفه واصل العقد الركن والشرائط أما اوصاف العقد فيرجع غالبيتها إلى المحل والمنطق يكون الجزاء عند تخلف الاصل أشد من الجزاء عن تخلف الوصف مع بقاء الاصل ، أما مبرره العملي فهو الاقلال من حالات البطلان وفتح الباب لتصحيح العقود.^٤

والغاية من تقرير البطلان هي لحماية المتعاقدين وحماية المصلحة العامة ويترتب على هذا البطلان انعدام أثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين والغير أيضاً. لذا تعد نظرية البطلان من أهم موضوعات القانون المدني ومحوراً للدراسات والأبحاث القديمة والحديثة ، لما تتمتع به من خطورة ودقة ويكمن خطر نظرية البطلان بأنها تمس مبدأ استقرار المعاملات ولا تتفق في الغالب مع الواقع، فإذا نظرنا إلى العقد الموقوف فإنه يقوم و ينتج كإثارة طالما لم يبطل، و لكن بتقرير البطلان يعد كأنه لم يكن. و في هذا لا شك ضرر جسيم لطرفي العقد و الغير، مما أدى ببعض التشريعات مثل التشريع المصري والعراقي إلى التلطيف من غلاوته تأثراً بالفقه الإسلامي فسمحت بإجازة وإقرار العقد الموقوف و جعلت للعقد الباطل آثاراً أصلية وأثاراً عرضية ليصبح بمنزلة العقد الصحيح.

ومن ناحية أخرى، تعد نظرية البطلان دقيقة لأن الفقه اختلف في كثير من مسائلها، و الاجتهاد القضائي غير مستقر أيضاً بشأنها، و التشريعات الحديثة غير متفقة في بعض المبادئ المقررة بشأنها، بعبارة أدق إن نظرية البطلان هي موضع خلاف في الفقه و القضاء و التشريع.

هذه الدراسة ستفرق بين حكم كل من العقد الباطل والموقوف قبل وبعد صدور حكم بشأنهما، فإذا كان العقد باطلاً فهو والعدم سواء فلا تترتب عليه أية آثار قانونية لعدم انعقاده أصلاً و اللجوء إلى القضاء يكون مجرد الكشف عنه كأصل عام، فالتقاضي بشأنه لا يغير من الآثار القانونية سواء حدث التقاضي من عدمه، والأصل هو عدم ترتيب أية آثار قانونية إلا

^٣ المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

^٤ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ١٦٩-١٧٠.

بصفة استثنائية. أما بالنسبة للعقد الموقوف، فالموضوع مختلف تماماً، حيث يولد هذا العقد صحيحاً، ولكن يوجد فيه عيب يعرضه إلى الإبطال، حتى تمضي مدة معينة من الزمن يموت معه هذا العيب فيشفى التصرف ويتحصن ضد الإبطال. و في حال ما إذا أبطل العقد الموقوف يكون للتقاضي دور مهم لأن حكمه هنا يكون منشأ له ويرتب مراكز قانونية جديدة، حيث يرتب هذا الحكم أثره بصفة رجعية منذ ولادة التصرف ويجب إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد، فإن استحال ذلك تعين الحكم بتعويض عادل .

وبإيجاز، في هذه الدراسة سيقوم الباحث بالإحاطة بكافة جوانب الحكم ببطلان العقد فيما بين المتعاقدين ويركز بذلك على أحكام القانون المدني الأردني وبالمقارنة مع أحكام القانون المدني العراقي.

ثانياً: مشكلة الدراسة

جاءت أحكام العقد الباطل في القانون المدني الأردني في نص المادة (١٦٨) وبينت في منطوقها انه لا يرتب أي أثر، وهذا حكم مطلق والمطلق في القانون يجري على إطلاقه. وكون التصرف الباطل لا يرتب أثراً يصطدم مع مبدأ العدالة أحياناً، خاصة اذا ترتبت من اجراء التصرف الباطل مراكز قانونية ثابتة ومصالح قد يؤدي الحكم بالبطلان إلى الإضرار بها وزوالها، فالغرض من هذه الدراسة، هو بيان الآثار المتنوعة الناتجة عن بطلان العقد فيما بين المتعاقدين، وتوضيح الالتزامات التعاقدية التي يمكن من خلالها تصحيح البطلان، وكذلك بيان الأصول التاريخية للأحكام أو النظريات التي استمدت منها النصوص في مواجهة آثار بطلان العقد ومدى ملاءمتها لما حدث من تطور على أنواع العقود المختلفة في الوقت الحالي وكيف تمت معالجتها، وهذا كله سيكون في إطار دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي أحكام القانون المدني المصري وبالاحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي إذا اقتضت الضرورة.

ثالثاً: عناصر المشكلة

١- ماهي انواع وملامح آثار العقود الباطلة التي أخذ بها القانون المدني الأردني إذ ما قورنت مع القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ؟

٢- هل اعترف القانون المدني الأردني بآثار بطلان العقد فيما بين المتعاقدين وهل عالج جميع حيثياته أم ترك الموضوع للقواعد العامة في القانون أو عرضة لاجتهاد المحاكم ؟

٣- هل كان المشرع الأردني موفقاً في صياغته لأحكام العقد الباطل مقارنة بالقوانين التي تأثرت بالفقه الإسلامي وبخاصه القانون المدني العراقي؟

٤- هل يمكن اعتبار العقد الباطل واقعة مادية وصورة من صورالمسؤولية التقصيرية؟

٥- ماهي الدوافع التي دعت المشرع الأردني إلى عدم الأخذ بنظرية تحول العقد هذه النظرية التي تعد من أهم وأدق النظريات التي تعالج موضوعات العقود الباطلة من حيث الأثر العرضي؟

٦- جاءت أحكام العقد الفاسد في المادة ١٧٠ من القانون المدني الأردني وأوضحت الأثرالذي يترتب عليه الفساد بعد بطلانه حيث جاء في البند الثاني منها"ولايفيد الملك في المعقود عليه الا بالقبض ولايترتب عليه أثر الافى نطاق ماتقرره أحكام القانون"وهذا تناقض حيث أعطى المشرع الأردني لفساد العقد بعدبطلانه أثراً بينما المادة ١٦٨ من القانون نفسه حرمته من أية آثار،وماذا يقصد بالآثار التي يترتبها نطاق القانون في مضمون البند الثالث من المادة نفسها؟

رابعاً: فرضيات الدراسة

١. يعرف البطلان بأنه وصف يلحق بالتصرف القانوني لوجود عيب فيه فيشل أو يحرمه من آثاره، وهذا التعريف يصلح لجميع أنواع أحكام البطلان.

٢. آثارالعقد الباطل موجودة بحكم القانون أو على اعتبار انهاواقعة مادية فيرتب القانون عليها بعض الآثار .

٣. العقد الموقوف في القانون المدني الأردني والعراقي يعد من مراتب العقد الصحيح فهو يمر بمرحلتين قبل الإجازة فهو موقف النفاذ وبعد الإجازة فهو جائز النفاذ فإذا ما نفذ العقد الموقوف ثم لم يجز نكون بصدد مشكلة بطلان مطلق قد يضر بالمتعاقدين والآخرين .

٤. إن الصعوبة في تحديد طبيعة أثر بطلان العقد ما بين المتعاقدين ليس قبل تنفيذ العقد وإنما بعد التنفيذ حيث تكون ثمة حقوق للآخرين تعلقت على محل العقد الباطل وهذا يسمى "أثر البطلان العيني".

٥. الخطأ التقصيري لا يصلح كأساس للبطلان وإنما يصلح كأساس للتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة عقد باطل .

٦. إن أحكام المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني تصلح كأساس للتعويض عن أي ضرر أصاب المتعاقد وبالأخص إذا ما كان الضرر نتيجة لعقد باطل حيث يحكم له بالتعويض، وهذا التعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية للمسؤولية العقدية، وفي هذا مخرج قانوني يحكم أثر العقد الباطل قل نظيره في أي قانون آخر .

خامساً: أهمية الدراسة والجديد فيها

تكمن أهمية الدراسة فيما يلي:

١. إن موضوع أثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين محل خلاف في الأردن كون الاعتماد في تفسيره يستند على أحكام المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني والتي لم تقره صراحة، ولأن القول بوجود "أثر للعقد الباطل" لا يتفق مع أحكام القانون المدني الأردني، وهذا كلام تعوزه الدقة والقصور إذ سيبين الباحث أن هناك أثراً للعقد الباطل وهذا الأثر يعتمد على نصوص القانون المدني الأردني وعلى تفسير المذكرة الإيضاحية أيضا .
٢. إن نص المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني اعترف ضمناً بأثر العقد الباطل حيث أخضعه إلى التقادم حيث جاء فيها " ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد".
٣. إن هذه الدراسة تركز على القصور التشريعي الذي يعتري نصوص القانون المدني الأردني التي تحكم بطلان العقد إذا ما قارنها بالقوانين المدنية الأخرى.

سادساً: محددات الدراسة

سنتقتصر هذه الدراسة كما هو مبين في الخطة المنظمة لها على الجوانب الخاصة بأثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين، وما يتشابه للبطلان من أوضاع ونظريات مثل الفسخ والإقالة والتقادم والإجازة، وسيدعم الباحث هذا الموضوع بدراسة مقارنة متمثلة في القانون المدني الأردني والعراقي والمصري وقرارات المحاكم .

سابعاً: الادب النظري والدراسات ذات الصلة

هنالك عدة دراسات وأبحاث تضمنت في متنها بعض الجوانب والموضوعات التي استقى منها الباحث في أطروحته لتحقيق الغاية المنشودة للأطروحة من خلال عرض وتحليل الموضوعات واستخلاص النتائج وتقديم التوصيات و أهم تلك الدراسات على النحو ما يأتي :

١-المراجع وأمهات الكتب في القانون المدني :

على رأس تلك المراجع "الوسيط" للدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري حيث كتب عن البطلان بصورة عامة من حيث التعريف والسبب وما يتشابه له من أوضاع مع مقارنة بسيطة بالقوانين الأخرى، وذكر أثر تقرير البطلان ما بين المتعاقدين والغير و الآثار التي ينتجها العقد الباطل ولكن بصورة سريعة فلم يقف طويلاً على هذا الموضوع ولم يدعمه بقرارات قضائية، ومثله الدكتور سليمان مرقس في كتابه " نظرية العقد" والدكتور عبد المنعم البدرابي حينما كتب في مصادر الالتزام.

٢-المصادر في نظرية الالتزام :

وعلى رأس تلك المصادر المختصرة التي تخص القانون المدني الأردني هو كتاب "مصادر الالتزام " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والغربي للدكتور أنور السلطان وكتاب "الوسيط في شرح القانون المدني " للدكتور منذر الفضل حيث تناول موضوع البطلان مقارنة بالفقه الإسلامي وتطرقا إلى أثر تقرير البطلان باقتضاب وتحدثا عن الآثار التي ينتجها العقد الباطل وذكر الآثار الأصلية والعرضية بصورة مختصرة ولم يثرها كتابيهما بقرارات قضائية.

٣- الكتب التي تخص نظرية البطلان :

كتاب يعود الى الدكتور عبد الحكم فودة بعنوان " البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة " ابتداء بتعريف البطلان وأنتهى بالحكم بالبطلان مستندا الى القانون المدني والقانون التجاري وقانون الاثبات وركز بصورة أساسية على القانون المدني المصري مقارنة بالقانون المدني الفرنسي وتكلم عن الفقه الإسلامي بإيجاز .

٤- كتاب يخص نظرية البطلان :

يعود إلى الدكتور احمد شكري السباعي اسمه " نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود المغربي" وهو كتاب يتكلم فقط عن القانون المدني المغربي ويقارن بالقانون الفرنسي أوالمصري ولم يذكر العراقي إلا بإيجاز وكذلك الحال بالنسبة إلى الفقه الإسلامي .

٥- الدراسات التي لها علاقة بالموضوع:

رسالة دكتوراه بعنوان " نظرية البطلان التصرف القانوني" للدكتور جميل الشراوي إلفت سنة ١٩٥٦ في القاهرة . وبحث الدكتور حلمت بهجت بدوي بعنوان " آثار التصرفات الباطلة" فهذه الدراسة والسابقة لا تخص القانون المدني الأردني والعراقي. كما تطرق الدكتور منذر الفضل إلى موضوع البطلان في كتابه العقود المسماة وبخاصة مايتعلق ببيع العقار خارج دائرة الشهر العقاري في الأردن وبصورة مقارنة مع قانون تسوية الأراضي والقانون المدني الأردني والعراقي موضحا الأحكام القضائية في الأردن من الموضوع والنقص التشريعي الواجب سده .

٦-البحوث التي تخص الدراسة في الأردن :

البحث الأول بعنوان " أثر التنفيذ العيني الجبري لنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني" للدكتور عبد الصاحب الفتلاوي والبحث الثاني بعنوان " نصوص القانون تقرأ معا" للأستاذين نوري حمد خاطر وعدنان سرحان وكلا الباحثين يركزان على المواد القانونية التي تحكم انتقال ملكية العقار في القانون المدني الأردني بالمقارنة مع نفس المواد القانونية التي تحكم ذات الموضوع في مصر والعراق والحقيقة إن هذا الموضوع في الأردن له فلكه الخاص به فهم لم يعتمدوا على نظرية البطلان واتجاهاتها الحديثة في معالجة الموضوع. أما عن الدراسة التي يحاول الباحث الخوض فيها وإبرازها الى الوجود ، هي ابتداء تركز على القانون المدني الأردني و مقارنته بالقانون العراقي والمصري، وتتطرق الدراسة كذلك الى أحكام الفقه الإسلامي متمثلة في آراء فقهاء المذاهب الأربعة حيث توضح معالجاتهم لأثر بطلان العقد

فيما بين المتعاقدين. كما تركز الدراسة على أحكام المحاكم على اعتبار أن الدراسة تركز على الجانب العملي أيضاً. وتتكون هذه الدراسة من ستة فصول: الأول يبحث في المقدمة الموضوع والمشكلة وعناصرها، والفصل الثاني يبحث في تعريف البطلان وتحديد طبيعته وما يتشابه به من اوضاع قانونية ، والفصل الثالث يبحث في أحكام البطلان وخصائصه حيث يتطرق الباحث إلى التقادم والإجازة ومن له المصلحة للتمسك بالبطلان وقابليته للتجزئه وأساسه عيب يلحق بالتصرف القانوني ، والفصل الرابع ويبحث فيه عن أثر تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين، حيث خصص له فصلاً كاملاً لأنه جوهر الدراسة، والفصل الخامس يبحث في الآثار التي ينتجها العقد الباطل سواء أكانت أصلية أم عرضية ، والفصل السادس يبحث النتائج والتوصيات وهذا كله في إطار دراسة مقارنة .

ثامناً: منهج الدراسة

سيقوم الباحث في ذلك الدراسة على جمع ما بين المنهج الوصفي والمنهج المقارن والمنهج التحليلي على النحو ماياتي:

١. المنهج الوصفي : وهو قائم على وصف جزئيات البحث ، وذلك للتعرف على ماهية الدراسة ووصفها واعطاء محتوياتها ضمن فصول ومطالب .

٢. المنهج المقارن: وهو قائم على المقارنة بين التشريع في الأردن والتشريعات الأخرى التي تقوم مشكلة الدراسة حولها وبخاصة القانون المدني العراقي .

٣. المنهج التحليلي : وهو قائم على تحليل نصوص القانون لمعرفة ماهيتها، لذا سيقوم الباحث بتحليل نصوص القانون المدني الأردني لمعرفة آثار العقود الباطلة التي قررها المشرع الأردني .

الفصل الثاني: تعريف العقد الباطل وتحديد طبيعته

يبحث هذا الفصل في تعريف البطلان ، وتحديد طبيعته في المبحث الأول ، ثم في تعريف العقد الباطل في القانون والفقہ الإسلامي في المبحث الثاني ، وأخيراً في تمييز البطلان وبعض الأنظمة المتشابهة في "المبحث الثالث".

أولاً: التعريف بالبطلان وطبيعته

في هذا المبحث سنتطرق إلى تعريف العقد الباطل وتحديد طبيعته في مطلبين .

١_ التعريف بالبطلان :

انقسم الرأي في الفقه حول التعريف بالبطلان^(٥) ، فبعض الفقهاء يرى أن البطلان جزاء لتخلف أركان العقد والبعض الآخر يرى أنه وصف يلحق بالتصرف القانوني فيعدم أثره .

١_ الرأي القائل بأن البطلان مجرد جزاء لتخلف أركان العقد :

يعتبرون أن بطلان العقد هو الجزاء القانوني؛ لعدم استيفاء العقد لكامل أركانه و شروطه^(٦). ومن هذا التوضيح؛ نرى أن البطلان كجزاء هو في الواقع نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بوجه عام غير قائم، بسبب اختلال تكوينه، فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه.

٢_ الرأي القائل بأن البطلان وصف يلحق بالتصرف القانوني:

(٥) يقصد بالبطلان لغه الفساد وسقوط الحكم كالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة، المنجد في اللغة العربية، الطبعة الثالثة والأربعون دار الثقافة بيروت سنة ٢٠٠٨ ص ٣٥٠.

(٦) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، ب ط، بيروت، سنة ١٩٨١ بند ٢٩٨ ص ٦٤٣، والدكتور منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ب ط، سنة ٢٠١١ ص ١٧٢ و الدكتور أنور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، ب ط، سنة ١٩٧٠، ص ١٧٢.

هو الدكتور جميل الشرقاوي^(٧) فهو يرى أن البطلان وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة عيب ، وليس جزء وجه الى آثار العقد مباشرة ، ويلحق العيب بالتصرف إذا خالف قاعدة قانونية أو قاعدة اتفاقية تتعلق بإبرام التصرف القانوني يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف.

وفي ضوء الرأيين السابقين فإنني أرجح الرأي الثاني ذلك لأن البطلان هو وصف يلحق بالتصرف القانوني الذي انعقد مخالفاً للأوضاع التشريعية، أو قاعدة اتفاقية التي نص عليها المشرع أو المتعاقدان ، حيث أستهدف منها المصلحة العامة ، أو سمة جوهرية في المصلحة الخاصة؛ فيقال لمثل هذا التصرف إنه باطل فعقد المقامرة و الرهان الذي يكون محله عمل محذور ، تصرف قانوني يتصف بالبطلان لمخالفته قاعدة تتعلق بالنظام العام . ومن ناحية أخرى لا يقتصر البطلان على مخالفة النصوص القانونية ، بل يمكن أن يتحقق إذا نص عليه المتعاقدان في عقد البيع ، كالنص في عقد الوعد بالبيع على أن البائع إذا تصرف في العين محل الوعد خلال فترة إعلان الرغبة يكون تصرفه باطلاً ولا يعتد به، فإذا أعلن هذا التصرف فإن التصرف اللاحق ببيع العين يبطل قانوناً عملاً لنص عقد الوعد ، ويسري في مواجهة المشتري الجديد الذي يفترض فيه علمه بهذا الشرط نتيجة الأعلان ، فالعيب يشمل كل هذه الأمور ابتداء من مخالفة قاعدة قانونية أو قاعدة اتفاقية. وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن يعرف البطلان بايجاز، هو وصف يلحق بالتصرف القانوني لوجود عيب فيه فيشله أو يحرمه من آثاره ، وهذا التعريف يصلح لجميع مصادر البطلان وأحكامه.

٢_ الطبيعة القانونية للبطلان

يمكن استخلاص الطبيعة القانونية للبطلان من خلال التعريف السابق الذي ارتأيناه ، حيث نتناول تحديد طبيعته القانونية و نتناول الآراء التي تحدثت عنه .

١_ الرأي القائل بأن البطلان هو جزء يلحق بآثار التصرف القانوني:

يذهب أنصار هذا الرأي^(٨) إلى أن التصرف القانوني مجرد حيلة خيالية ، وليس بكائن قائم له وجود قانوني والعبرة هنا للآثار التي يربتها التصرف القانوني ، فهي المعيار التي يحسب حسابها في هذا الصدد ويلحقها جزء البطلان. فالتصرف القانوني عند أنصار هذا الرأي مجرد

(٧) الدكتور جميل الشرقاوي رسالة دكتوراه، نظرية بطلان التصرف القانوني، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥٣ بند ٥٠ ، ص ١٤٠.

(٨) لاحظ آراء جابيو، بتزسكو، يودمية برتران كرستيان ، مذكورة تفصيلاً في رسالة الدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٥٣.

نظام قانوني يخدم غايات الأفراد في نطاق مصلحة الجماعة ، والحيلة القانونية مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة هي ترتيب الآثار المرغوبة من الافراد.

ويبين أنصار هذا الرأي في معرض شرحهم اياه ، ان البطلان كجزاء قانوني ، يلحق آثار التصرف ، ولا يلحق التصرف ذاته لإنكارهم له ، حيث يرون عدم وجوده قانوناً حتى يلحقه الجزاء،فالتصرف القانوني - في رأيهم - ليست له قيمة في ذاته والقيمة هي الآثار التي يرتبها ، وهي التي توصف بالصحة أو البطلان ، فإذا صحت نفذت، وإن بطلت لم تنفذ بين المتعاقدين .

لقد انتقد هذا الرأي^(٩) على أساس أن التصرف القانوني كائن موجود شأنه شأن الكائنات الأخرى، وإن كان مجرد كائن قانوني ، انعقد وانبعثت فيه الحياة القانونية إذا استجمع أركان انعقاده التي نظمها القانون وإنكار وجود التصرف القانوني يتنافى مع مبادئه القانونية المتفق عليها فقها وقضاء .

فإذا كانت الآثار القانونية للتصرف مجرد نتيجة أو غاية فلا بد لها من وسيلة تؤدي إليها، وهذه الوسيلة هي التصرف القانوني ، طالما وجدت الآثار وجد التصرف الذي يبعثها إلى الوجود ، ككائن عضوي قائم بذاته.

كما أنه لا يمكن التسليم بأن البطلان هو عدم نفاذ آثار التصرف القانوني المعيب ، ذلك انه وان كان عدم النفاذ هو المصلحة العملية للبطلان ، إلا أنه ليس ذاته البطلان، إذ القول بذلك يعد تجاهلاً للتصرف بين الوسيلة والغاية ، فعدم نفاذ الأمر هو الغاية التي يهدف إليها البطلان ، وليست طبيعته القانونية .

وعدم النفاذ ليس بنتيجة للبطلان فقط ، بل قد يكون لسبب آخر، مثل من يبيع ملك غيره، هو موقوف النفاذ على إجازة المالك. فإذا جعلنا عدم النفاذ هو الطبيعة القانونية للبطلان؛ فإننا لا نستطيع أن نميزه - كنظام قانوني - عن غيره من الأنظمة التي ترتب نفس النتيجة .

٢_الرأي القائل بأن البطلان هو وصف يلحق بآثار العقد الباطل: يذهب أديري ورد^(١٠) في تعريفه للبطلان بأنه ، عدم الصحة اوعدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً لمخالفته لأمر أو نص من القانون.

(٩) نفس المرجع ، ص ٥٨ .

(١٠) الدكتور جميل الشرفاوي الرسالة ، المرجع السابق، ص ٥٣.

ويؤخذ على هذا التعريف^(١١) عدم الدقة والقصور ذلك أنه يحدد البطلان في أحد الحالتين: إما عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً، أي أن التعريف قد ساوى بين معنى كل منها وبين معنى البطلان، فلفظ عدم الصحة يفيد ذاته معنى البطلان ولا فرق بينهما؛ ولذا فإنها لا تفيد أي إيضاح لمعنى البطلان إذا استعملت في تعريفه بل تحتاج -مثل البطلان- إلى التوضيح ومن ثم فهي فضلة لا لزوم لها في التعريف

وصفة عدم الصحة تختلف عن صفة عدم النفاذ فالأولى تنصب على نفس التصرف فيقال تصرف باطل أي تصرف غير صحيح. أما الثاني فتلحق بآثار التصرف، فيقال الآثار لا تلزم الطرفين أي لا تنفذ في حقها، فصفة عدم النفاذ تتعلق بأمر خارج العقد، هو آثاره، أما عدم الصحة تتعلق بالعقد من الداخل أي تلحقه في ذاته وسيان بين الأمرين، فلا محل للتسوية بينهما فالأولى سبب للثانية، والثانية نتيجة للأولى.

ويرى الباحث أن البطلان وصف يلحق التصرف المعيب، غايته تحقيق جزاء معين، هو منع آثار التصرف القانوني، فالصفة التي ينعت بها التصرف المعيب هي السبب في ترتيب الجزاء وتوقيعه، وهذا الجزاء القانوني يتضمن منع العقد من ترتيب آثاره، وإذا ترتبت آثار للعقد فهي غير نافذة، وبذلك يفقد العقد قوته الملزمة، وهذه النتيجة أمر خارج عن الصفة التي لحقت بذات التصرف القانوني.

كما أن مرحلة وصف التصرف بأنه صحيح أو باطل مرحلة سابقة على مرحلة توقيع الجزاء من عدمه فإذا اثبت صحة العقد ترتبت الآثار ونفذت في حق عاقيه، وإذا اثبت العكس ثبتت صفة البطلان للتصرف وحق توقيع الجزاء كمرحلة تالية.

فإذا طبقنا هذا عملياً، فإن على القاضي قراءة التصرف القانوني والنظر في أمر الطاعن الموجهة إليه وتحققها، فإذا إثبتت إليه مخالفة القواعد القانونية، بأنه ينتهي بنعت التصرف بالبطلان كمرحلة أولى إذ يكيفه أنه تصرف باطل وعندئذ ينتقل إلى المرحلة التالية وهي تطبيق الجزاء على هذا التصرف متمثلاً في منعه من ترتيب آثاره القانونية، وإعفاء الطرفين منها، مع عدم التسليم دائماً بهذا المبدأ، إعفاء الطرفين من آثار العقد فهناك آثار قد تترتب؛ رغم أن العقد الباطل وهذا ما سنبينه في الفصول اللاحقة من هذه الدراسة.

(١١) نفس المرجع، ص ٥٤.

ثانياً: البطلان وتقسيماته في التشريعات الحديثة والفقہ الإسلامي

في هذا المبحث سنتطرق إلى وضع البطلان القانوني في التشريعات الحديثة والفقہ الإسلامي وذلك في مطلبين

١_ البطلان وتقسيماته في التشريعات الحديثة

(١)- القانون المدني الأردني.

عرف القانون المدني الأردني العقد الباطل: "هو ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة"^(١٢). وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني لتفسير نية المشرع المدني ليراده هذا التعريف وبخاصة أنه ذكر عبارة ولا يترتب "أي أثر" وأن هذه الدراسة تركز على أثر العقد الباطل فقد جاء ما يأتي :

"والعقد الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة فقط ،فليس له وجود شرعي، ومن ثم فهو عدم والعدم لا ينتج أثراً، فالعقد الباطل لا حكم له في الأصل لأنَّ الحكم للموجود، ولا وجود لهذا العقد الا من حيث الصورة ،" ففي البيع الباطل لا يملك المبيع ولوبالقبض ،وفي الأجازة الباطلة لا يجب الأجر، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك وفي الرهن لا يتعلق به الضمان، ولا يملك الحبس للمدين كما لو رهن شيئاً بأجر نائحة أو مغنية"^(١٣)، تبين من خلال استقراء نصوص المذكرة الإيضاحية أن المشرع المدني الأردني لم يعترف بأي أثر على اعتبار أنه تصرف شرعي أو على اعتبار أن القانون يتدخل أحياناً، فيفرض بعض آثار التصرفات الباطلة على المتعاقدين، لا اعتبارات معينة تجمع بينها فكرة العدالة، ولكن المذكرة الإيضاحية وفي السياق ذاته تستدرك ذلك الإيضاح عن أثر العقد الباطل، وتقر بوجود آثار العقد الباطل، ولكن على اعتبار انه واقعة مادية، حيث جاء ما يلي نصه "لكن قد يترتب على العقد الباطل أثر لا كتصرف شرعي ولكن كواقعه مادية ،فإذا قبض المشتري في البيع الباطل المبيع وهلك في يده مضمونا عليه في أحد الرأيين عند الحنفية ،والزواج الباطل (وهو والفاسد سيان عند الحنفية) إذا اقترن الدخول على الزوجة تترتب عليه آثار كواقعة مادية كدرء الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر"^(١٤) ان هذا الاعتراف لأثر العقد الباطل على اعتبار أنه واقعة مادية لم ير النور ضمن

(١٢) لاحظ المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(١٣) لاحظ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ١٨٢- ١٨٣.

(١٤) لاحظ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول ص ١٧٣ .

أحكام العقد الباطل التي وردت ضمن القانون المدني الأردني ولا سيما أن هناك نصوصاً قانونية وردت في هذا القانون ذهبت إلى أكثر من ذلك حيث جعلت من العقد الباطل بمنزلة العقد الصحيح وساوته في الأثر، كما هو الحال في التصرفات الصورية بالنسبة للغير حسن النية (١٥).

ومن خلال استقراء نصوص القانون المدني الأردني التي تخص أحكام البطلان تبين أنها قد أخذت بمبدأ ثنائية البطلان، حيث نص على أحكام العقد الفاسد في المادة ١٧٠^(١٦) وجاء فيها:

"١_العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح. ٢_ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه. ٣_ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون. ٤_ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد إعدار العاقد الآخر".

يتبين من أحكام هذه المادة، أن العقد الفاسد هو بمنزلة وسطى ما بين العقد باطل والعقد الصحيح، وأصل فكرة العقد الفاسد تعود إلى الفقه الحنفي^(١٧) حيث إن الأحناف يفرقون بين أصل العقد ووصفه ويجعلون الجزاء الذي يفرض على العقد عندما يصيبه عيب في وصفه مع إبقاء الأصل أخف من عيب يصيب أصل العقد وهو الركن، مما دعا القانون المدني الأردني إلى الأخذ به ونص على أحكامه وهذا ما بيناه.

(٢)- القانون المدني العراقي

إن التشريع العراقي رغم تأثره بالفقه الإسلامي إلا أنه لم يعرف العقد الباطل كما عرفه الفقه الإسلامي، ولم يأخذ بأحكام العقد الفاسد^(١٨) حتى أنه أغفل أسباب الفساد، فسأوى بالحكم ما بين العقد الفاسد والعقد الباطل

وهذا ما بينته المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها: (١٩)

"١_العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية.

(١٥) يراجع نص المادة (٣٦٨) من القانون المدني الأردني.

(١٦) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١٨٠، وهو يوضح فكرة العقد الفاسد وتكييفه الدقيق له في ظل القانون المدني الأردني وموقف المشرع العراقي.

(١٧) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ١٨٦.

(١٨) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي الجزء الرابع، ب.ط.ب. ت، ص ٢٨٦.

(١٩) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢_ فيكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .

٣_ ويكون باطلا أيضا إذا خلت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون ."

وإن أهم ما استحدث هذا التقنين هو التوسع في نطاق العقد الموقوف فجعله يشمل نقص الأهلية وعيوب الإرادة وانعدام الولاية على المحل في وقت واحد ، ثم استكمل ما وقف عنده الفقه الإسلامي من أحكام العقد الموقوف^(٢٠).

(٣)- القانون المدني المصري

يساير هذا القانون النظرية الفقهية الحديثة التي تقسم البطلان الى نوعين :- البطلان - للدلالة على البطلان المطلق - والإبطال- للدلالة على البطلان النسبي وهذا التقسيم لاقى تأييدا فقهيا واسعا في مصر، ويرى الاستاذ الدكتور سليمان مرقس" أن البطلان المطلق هو انعدام ، وانه ليس هناك بطلان مطلق وآخر نسبي بل الفارق بينهما هو ان النوع الثاني من البطلان يتوقف على رخصة منحها المشرع لأحد العاقدين"^(٢١). ويذهب إلى أن البطلان المطلق يعدم كل أثر للعقد من وقت إبرامه فالعقد الذي يقع باطلاً بطلانا مطلقاً يكون مولوداً ميتاً فلا حياة فيه ، أي انه لا ينتج أثر ، اما البطلان النسبي فلا يحول دون وجود الحق وجوداً قانونياً فالعقد الباطل نسبياً يكون له وجود قانوني وينتج أثره كأني عقد صحيح ، ذلك أنه يحمل في ذاته جرثومة الموت فيجوز للمتعاقد أن يجهز عليه بأن يبطله بالبطلان لا يعدو أن يكون مجرد رخصة تسمح لأحد المتعاقدين بإبطال العقد الذي يوجد فيه سبب الفساد .

أما الدكتور السنهوري فهو يسلم مع الفقه بمبدأ هذا التقسيم وفوائده العملية ، لا بل يذهب إلى إمكانية التخلي نهائياً عن تقسيم البطلان لأن البطلان واحد لا يتعدد ولا ينقسم وبدأ هذا بقوله" ان الوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثابت ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي الثنائي الى عقد باطل وعقد باطل بطلان نسبي بل خير من التقسيم الثنائي إلى الرجوع

(٢٠) لاحظ كل من المواد (١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦) من القانون المدني العراقي .

(٢١) الدكتور سليمان مرقس، نظرية العقد، ط.ب.ت، سنة ١٩٥٦، ص ٢٨٠، ويشاركه في الرأي الدكتور حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول مصادر الالتزام، القاهرة، طبعة ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٢٤٤.

إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفارق فيها هي البطلان المطلق^(٢٢) ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الدكتور السنهوري بأن رد البطلان إلى حالة واحدة ، وهذا ما نراه جلياً في صياغة لبنود القانون العراقي في الأحكام التي تخص البطلان حيث صاغ أحكاماً تمزج ما بين روح الفقه الإسلامي والفقه الغربي^(٢٣) وخرج بنصوص تتلاءم ومقتضيات صياغة القواعد القانونية .

٢_ البطلان وتقسيماته في الفقه الإسلامي

إن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي واسع النطاق ،فيدخل فيها إلغاء العقد وعدم سريانه في حق أصحابه أوغيرهم وفسخه وانفساخه،بل يدخل فيها الى مدى محدود كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف .

والعقد في الفقه الإسلامي محكم التدرج من حيث الصحة والبطلان، فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد ثم من الفساد إلى الوقف ثم من الوقف إلى النفاذ ثم من النفاذ إلى اللزوم فهناك للعقد في الفقه الإسلامي أقسام خمسة هي العقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم،فكل من العقد الباطل والعقد الفاسد غير صحيح ،وكل من العقد الموقوف والنافذ واللازم عقد صحيح^(٢٤)ويرى الفقهاء الأحناف أن التصرفات غير الصحيحة نوعان هما: تصرفات باطلة،و تصرفات فاسدة^(٢٥).

ويعتبر التصرف القانوني باطلا في الفقه الإسلامي إذا تخلف أحد العناصر الرئيسية في العقد المتمثلة فيما يأتي:

أولاً: صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة: ويتم ذلك بإيجاب وقبول متطابقين في مجلس العقد.أن هذا التعبير عن الإرادة هو ركن العقد، بل هو الركن الوحيد وبقية العناصر الأخرى ليست إلا شرائط للركن أو أوصافاً له. وهذا يكشف عن النزعة الموضوعية الواضحة للفقه الإسلامي فالتعبير عن الإرادة ، أي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة هو ركن العقد لا غيره

(٢٢) الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء ١ ، ص ٤٩٠ .

(٢٣) لمزيد من الاطلاع ، لاحظ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق ،الجزء الرابع، ص ٢٨٥- ٢٨٦ .

(٢٤) السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، جزء ٤ ، ص ١٢٤ .

(٢٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الخامس، دار الكتب العالمية، الطبعة الثانية،بيروت، سنة ١٩٨٦، ص ٢٩٨- ٢٩٩ .

وينطوي هذا الركن على عنصرين أساسيين هما: تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد^(٢٦).

ثانياً: العاقدان والتعبير عن الإرادة: يفترض بطبيعة الحال وجود شخص يصدر عنه هذا التعبير ولا يعتد بالتعبير إلا إذا صدر عن شخص عاقل كامل الأهلية فالطفل غير المميز والمجنون والمعتوه والمريض أو السكران كل هؤلاء يعتبرون ممن انعدم التمييز عندهم ، ولا يعتد بتعبيرهم ، وإذا صدر من احدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعاً مهما كان له من بعد ومن حيث الواقع. ثم إن العقد بالتأكيد يفترض وجود عاقلين ، أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه القبول ، فالعقد لا يتم بإرادة مفردة بل بإرادتين متطابقتين، ومن ثم يمكن أن نستخلص للعقد عنصرين آخرين هما: تعدد المتعاقدين والعقل الأهلية الكاملة أي التمييز.

ثالثاً: المعقود عليه أو محل العقد : ومحل العقد يشترط فيه أن يكون موجوداً أو ممكناً أي مقدر التسليم ومعيناً أو قابلاً للتعيين وصالحاً للتعامل فيه أي مال منقولاً مملوكاً.

فإذا توافرت للعقد هذه العناصر الثلاثة، فإن هذا العقد يكون قد اجتمع له ركناه أي الإيجاب والقبول، مستوفياً لشروطه أما إذا تخلف عنصر منهما فإن العقد لا ينعقد، ويكون عقداً باطلاً لا وجود له^(٢٧).

أما مرتبة العقد الفاسد فهي مرتبه لا يعرفها إلا الفقه الحنفي، أما المذاهب الإسلامية الأخرى فلا تميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٩) بأنه: "البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً يعني أنه يكون منعقداً باعتبار ذاته غير مشروع باعتبار بعض أوصافه الخارجية".

والمقصود بالأصل أركان وشروط العقد، أما المقصود بالوصف أمر ملازم للأصل فإن اقترن الأصل بوصف ملازم منهى عنه وكان الأصل مشروعاً انعقد العقد لأن الأركان والشروط سليمة وغير منهية عنها، ولكن النهي يلحق الوصف.

ويرى الأستاذ السنهوري أن أصل العقد هو الركن والشروط، والركن هو الإيجاب والقبول، أما شروطه فتشمل شرائط الصيغة والعاقدين والمعقود عليه، أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل كوجود الغرر في التسليم، أو شرط فاسد أو ربا وغيرها مما يؤثر في الرضا^(٢٨).

(٢٦) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ١١٠ .

(٢٧) نفس المرجع ، ص ١٢٦ .

ونخلص مما سبق إن للعقد الفاسد ناحيتين:-

الأولى: صحيحة مشروعة معترفاً فيها من قبل الشارع وهي ناحية أصله (أركانه ومحله).

الثانية: معيبة غير مشرعه للنهي وهي ناحية صفته التي وجد عليها ومن أجل ذلك قيل في تعرف العقد الفاسد "مشرع بأصله دون وصفه".

ثالثاً: تمييز البطلان عن بعض الأنظمة المشابهة

تتشابه بعض الأنظمة مع البطلان من حيث النتائج التي يؤدي إليها وهي انعدام الآثار القانونية ، وإفقاد لقوته الملزمة ،ومن هذه النظم ،انحلال العقد التي يدرج تحتها الفسخ بأنواعه والإقالة وعدم النفاذ وهذا سيكون في مطلبين.

١_ البطلان والفسخ

إن نظرية فسخ الرابطة العقدية ليست حديثة وإنما هي ثمرة تطور طويل عرفت في الفقه الإسلامي والقانونيين المدنية، ولا يقوم الفسخ للعقود إلا في العقود الصحيحة الملزمة للجانبين ،حيث يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ،فالعقد الباطل والعقود الملزمة لجانب واحد لا يقع عليها الفسخ لأن لكل منهما أحكامه الخاصة ،وإذا كان الفسخ هو الجزاء الخاص في العقود الصحيحة الملزمة للجانبين ،فإن هذا لا يمنع من قيام الجزاء العام وهو المسؤولية العقدية وجزاؤها التعويض المتعاقد الذي تضرر من الإخلال بالعقد،ويمكن اجتماع الفسخ والمسؤولية العقدية في قضية واحدة .

أ_ فسخ العقد

لقد عالج القانون المدني الأردني فسخ العقد وإقالته تحت عنوان انحلال العقد في المواد (٢٤١-٢٤٩) بينما عالج القانون المدني العراقي فسخ العقد تحت عنوان - انحلال العقد- فصص على الفسخ في المواد (١٧٧- ١٨٠) ثم خصص للإقالة المواد (١٨١-١٨٣)، أما القانون المدني المصري فقد عالج أحكام الفسخ ،والانفساخ، والدفع بعدم التنفيذ تحت نطاق انحلال العقد في المواد ١٥٧-١٦١^(٢٩).

(٢٨) نفس المرجع، ص ١٠٤.

(٢٩) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٢٣٤-٢٣٥، وأنظر كيف يوجه أسهم الانتقاد حول هذا الموضوع إلى نصوص القانون المدني العراقي وذات الانتقاد إلى نصوص القانون المدني الأردني .

وابتداء، عرفنا البطلان بأنه هو وصف يلحق التصرف القانوني المعيب؛ لوجود عيب فيه فيشله أو يحرمه من آثاره، أما الفسخ كنظام قانوني لا يلحق إلا التصرفات الصحيحة والملزمة للجانبين والبطلان وإن اشترك مع الفسخ في عدم ترتيب الآثار القانونية إلا أن بينهم فروقاً جوهرية^(٣٠).

المقصود بالفسخ: هو انتفاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ أو لامتناع عنه للإخلال به^(٣١).

وللفسخ ثلاثة أنواع :

أولاً: الفسخ ألتفاقي للعقد

للمتعاقدين أن يتفقا وقت إنشاء العقد على إمكان فسخ الرابطة العقدية بحكم الاتفاق وهذا الاتفاق جائز فالقانون المدني الأردني ينص على الفسخ ألتفاقي في نص المادة ٢٤٥ التي جاء فيها أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه، وبفس المعنى جاء نص المادة (١٧٨) عراقي والمادة (١٨٥) من القانون المدني المصري .

ثانياً: الفسخ القضائي

يراد بهذا النوع من أنواع الفسخ الحل الواقع على الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين من القضاء والأصل في الفسخ أن يكون قضائياً لأن الفصل في المنازعات من اختصاص القضاء^(٣٢) وللقاضي سلطة التقدير؛ و له أن يقرر الفسخ أو يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه^(٣٣).

وقد عالج القانون المدني الأردني الفسخ في المادة ٢٤٦ منه بأنه:

"١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الآخر بعد إنذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.

(٣٠) الدكتور عبد الحكم فودة - البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر

والقانون، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٩، ص ٦٦-٦٧.

(٣١) حسن علي ذنون، فسخ العقد، رسالة دكتوراة، ص ٣٤.

(٣٢) الدكتور حسن ذنون، أصول الالتزام، ب. ط، سنة ١٩٧٠، ص ١٨٣.

(٣٣) الدكتور عبد الرزاق السنهوري مصادر، المرجع السابق الجزء الأول، ص ٧٠٧ هامش ٢.

٢- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنتظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى".

أما المشرع العراقي فقد عالج الفسخ في نص المادة (١٧٧) منه والتي جاء في البند الأول منها بأنه "١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الآخر بعد الإعذار إن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنتظر المدين إلى أجل ما كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام جملته.

٢_ ففي عقد الإيجار إن امتنع المستأجر عن إيفاء الأجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الإجارة، وفي إيجار العمل إن امتنع المستأجر عن إيفاء الأجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع أو المشتري إن يطلب الفسخ إذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط بالعقد" (٣٤).

وقد انتقد هذا النص لأنه "في الفقرة الأولى أجاز فسخ الرابطة العقدية بحكم القضاء بعد الإنذار إذا أخل المتعاقد بالتزامه العقدي سواء عن عدم قيامه بالالتزام العقدي أو تأخره بعمله أو تنفيذ المعيب أو عن التنفيذ الجزئي للعقد وفي الفقرة الثانية يلاحظ أنها تطرقت إلى حالات جزئية من عقدي الإيجار والبيع كتطبيق للفسخ القضائي وهو ليس سليماً لأن الفسخ القضائي لا يقتصر على هذين العقدين وإنما يرد على جميع العقود الصحيحة الملزمة للجانبين، كما إن ضرب الأمثلة في نص القانون المدني من المسائل التي تعيب فن الصياغة التشريعية وهو ليس من اختصاص المشرع ولهذا فإن النص المدني الأردني أفضل من النص المدني العراقي" (٣٥) والباحث بدوره يؤيد ما ذهب إليه الدكتور منذر الفضل بالانتقاد إلى النص العراقي والثناء على النص الأردني، حيث إن المشرع العراقي أجاز فسخ الرابطة العقدية بحكم القضاء إذا أخل المتعاقد بالتزامه بعد إنذاره وكان من الأجر أن يطالبه بالتنفيذ بعد إنذاره ثم يطالب الفسخ بحكم القضاء، ومن جهة أخرى نرى المشرع العراقي يضرب الأمثلة على عقود محددة يرد عليها الفسخ، وكان الأفضل ترك هذه المسألة لأنها ليس من وظيفته، ثم أن الفسخ يرد على جميع العقود الصحيحة التي يعترها خلل من أحد العاقدين، وعلى ضوء هذا نرى هذه المادة قد فقدت فن الصياغة القانونية من حيث الشكل والمضمون.

ثالثاً: الفسخ بقوة القانون (الانفساخ).

(٣٤) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق ص ٢٣٨-٢٣٩.

(٣٥) نفس المرجع، ص ٢٣٨-٢٣٩.

والانفساخ: " هو انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه"^(٣٦) ، فالفسخ لاستحالة التنفيذ سواء أكانت استحالةً نتيجة قوة قاهرة أم كانت نتيجة خطأ المدين أو الدائن أو شخص ثالث يجب أن تعتبر فسحاً بقوة القانون لأن سبب الفسخ جلي واضح فلا يكون محل لتقدير القضاء^(٣٧).

وقد نصت المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني على أنه: "في العقود الملزمة للطرفين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الإلزام مستحيلًا انقضى منه الالتزام المقابل له أو انفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى العقد ما يقابل الجزء المستحيل ، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز فسخ العقد بشرط علم المدين .

لقد كان السبق للفقهاء المسلمين في بيان الربط بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية أي العقود الملزمة للجانبين ، كما فعل الفقه الغربي الذي جعل من هذا الارتباط الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ ، لذلك لم يضع الفقه الإسلامي نظرية متكاملة للفسخ^(٣٨).

وبعد ذلك الإيجاز يتضح لنا الفرق بين البطلان والفسخ في عدة نواحٍ أهمها من ناحية الأصل إن البطلان عيب أو خلل يصيب العقد من وقت إنشائه أي انه لا يرد إلا على العقود غير الصحيحة، أما الفسخ فهو نظام جزائي يرد على العقود الصحيحة والملزمة للجانبين ، بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه ، فيؤدي الفسخ إلى حل الرباط التعاقدية، ومن حيث الوظيفة البطلان يهدف إلى احترام الأفراد لإرادة المشرع بإلغاء إرادتهم المخالفة للقانون وإحلال إرادة المشرع إذ يجب أن تتفق إرادة الفرد مع إرادة المشرع^(٣٩)، أما الفسخ فهو كنظام جزائي يهدف إلى حل الرباط التعاقدية وإزالة إثارة سبيله في ذلك هدم العقد، وأخيراً من حيث الحكم بالبطلان لا يستلزم وجود حكم قضائي من حيث الأصل وإن وجد فهو كاشف لا منشئ لمراكز قانونية جديدة أما الفسخ يستلزم في معظمه صدور حكم قضائي ويكون منشئاً لمراكز قانونية جديدة .

(٣٦) محمود القيس، الانفساخ ، رسالة دكتوراه، ص ١٥٨.

(٣٧) الدكتور أنور السلطان ، المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٣٨) الكاساني، المرجع السابق ، ص ٣٧.

(٣٩) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق ص ١٧٣.

ب_ البطلان والإقالة

الإقالة هي اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرامه ورد ما سلم إلى صاحبه^(٤٠).

وقد عالج القانون المدني الأردني موضوع الإقالة في المواد ٢٤٢ و ٢٤٣ و ٢٤٤^(٤١)، وهو متأثر بالمشروع العراقي الذي عالجها بدوره في المواد ١٨١ و ١٨٢ و ١٨٣^(٤٢).

وبناء عليه ، فإن التقابل هو انحلال للعقد يحصل بإدارة الطرفين ، أو بعبارة أخرى إن الإقالة إلغاء للعقد يحصل بإيجاب وقبول من طرفي العقد كما هو الحال في إبرام العقد الأصلي إلا أن العقد اتفاق ينشئ الالتزام بينما الإقالة اتفاق ينهيه ، وإذا أبرم العقد وكان العقد شكليا كالرهن والبيع الوارد على عقار في القانون المدني العراقي وكالهبة الواردة على العقار والبيع الوارد على السيارة والآلات فإنه ينبغي أن تتم الإقالة بنفس الشكليات التي وجدت عند إنشاء العقد، حيث" يجب تسجيل التقابل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول".^(٤٣)

أما عن التكيف القانوني للإقالة فنص عليه القانون المدني الأردني في المادة ٢٤٣ وجاء فيها أن "الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد" وكذلك نص على نفس التكيف القانون المدني العراقي في نص المادة ١٨٣ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

والإقالة في الفقه الإسلامي لم يغفلها الفقهاء وأفاضوا كثيرا قياسا على ما ذكره الفقه الغربي حيث تنعقد الإقالة بإيجاب وقبول صريحين ولها شروط صحة الرضا واتحاد المجلس وتقايض بدل الصرف وأن يكون المنيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب وأن يكون المبيع قائما وقت الإقالة، وأن الرجوع في الهبة بالتراضي عندهم نوع من الإقالة^(٤٤). والإقالة في حق المتعاقدين فسخ اتفاقي فلا بد من توافر شروط الفسخ وهي

(٤٠) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ،بغداد، الطبعة الأولى ،سنة ١٩٧٧ ،ص٣٨١.

(٤١) القانون المدني الأردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٤٢) القانون المدني العراقي ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤٣) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص٢٤٢ وهو يقابل كلام الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج١ ص٦٩١، وايضا كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ج١، ص٢٤٤.

(٤٤) السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ج٦، ص٢٤٩-٢٥٠.

إمكانية رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكما يشترط في الإقالة وهذا شرط جوهرى لها وليس لمن أقدم على إقالة العقد رضاء أن يطالب بالتعويض وبما أن الإقالة فسخ ما بين المتعاقدين وعقد جديد بالنسبة لغيرهما فإن ذلك، لا يؤثر في حقوق لغيرهما.^(٤٥)

وهذا ما نصت عليه المادة ٢٤٣ من القانون المدني الأردني والتي اعتبرت الإقالة فسخاً بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة لغيرهما الأمر الذي لا يمكن تصوره إلا في العقود الصحيحة ، ولا بد من توافر شروط الفسخ فيها الذي لا يقع إلا في العقود الصحيحة كما أنها عقد جديد بالنسبة لغيرهما.

ولا يمكن اعتبار بطلان العقد بمثابة إقالة له، لأن الإقالة أو الفسخ لا يرد إلا على العقود الصحيحة بينما البطلان يرد على العقود الباطلة بالرغم من أن هنالك تشابهاً هو زوال أثر العقد ولرجاع الحال إلى ما كانت عليه ولكن هناك اختلافاً كبيراً بين البطلان والإقالة تتمثل بأن الإقالة تقع باتفاق الطرفين على إلغاء أو إنهاء العقد الصحيح بينما البطلان يرد على العقود الباطلة ويقع بحكم القانون ، كما يشترط في الإقالة أن يكون المعقود عليه موجوداً ولا يشترط ذلك في البطلان العقد، وكذلك أن الإقالة تعتبر فسخاً إيجابياً بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة لغيرهما أما بطلان العقد فلا يعتبر كذلك وأنه واحد بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة لغيرهما.

٢_ البطلان وعدم النفاذ

قد يخلط البعض بين بطلان التصرف وعدم سريانه، أو عدم نفاذه في حق بعض الأشخاص أو بين البطلان والعقد الموقوف الذي أخذ به كل من القانون المدني الأردني والعراقي مقتبسين أحكامه من الفقه الحنفي أو بين البطلان والعقد القابل للإبطال الذي أخذ به القانون المدني المصري مقتبساً أحكامه من الفقه اللاتيني هذا ما سنبحثه في ثلاثة أفرع في هذا المطلب.

أ_ الفرع الأول: البطلان وعدم النفاذ

العقد غير النافذ مصطلح يعرف في الفقه القانوني وهو العقد الذي يكون صحيحاً منتجاً لكن آثاره تكون بين المتعاقدين، لا يحتج به على الآخرين لأسباب يبينها القانون، ومثل ذلك العقد المستتر في الصورية فهو صحيح ومنتج لآثاره بين المتعاقدين إلا أنه غير سار بحق الآخرين وهم الدائنون لكل من المتعاقدين إذا كانوا يجهلون وجود العقد ، وما يعبر عنه في المصطلح القانوني بالحق الخاص . وكذلك العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت وهو حجة على المتعاقدين ولكنه لا يسري بحق الورثة فيما يتجاوز ثلث التركة ، وكذلك العقد الذي يبرمه المدين

(٤٥) الدكتور عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٦.

إضراراً بحقِّ دائنٍ حجّةٍ على المتعاقدين لكنه لا يسري بحق الدائن الذي طعن فيه بدعوى عدم النفاذ تصرف المدين بحقه، ويبقى الاحتجاج بعدم النفاذ قائماً إلى أن يقره غيره ، وعندئذ يصبح العقد نافذاً بحقه^(٤٦).

وقد يكون العقد غير نافذ في غير الصورة السابقة ، فقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ولكنه يسرى بحق غيره، هنا هو المالك الحقيقي ، فإذا أجازته المشتري فقد زال عنه أسباب البطلان وكذلك إذا أقره المالك قبل أن يشتريه المشتري فيزول عنه البطلان أيضاً.^(٤٧)

ولذا تأملنا فيما سبق نلاحظ أن العقد غير النافذ أو غير الساري والعقد الباطل يجتمعان في أن كلاً منهما لا ينتج أية آثار بحق غيرهما مالم يقره غيرهما ، فإن أقره أصبح العقد نافذاً بحقه، غير إنهما يختلفان من حيث إن العقد غير النافذ منتج لآثاره بين المتعاقدين حال انعقاده أما العقد الباطل فليس له وجود قانوني لوجود عيب فيه ذلك أن التصرف القانوني يمنعه من ترتيب كامل آثاره.

ب_ البطلان والعقد الموقوف:

يطلق على العقد الصحيح الذي اكتملت أركانه واختل أحد شروطه (بِ العقد الموقوف) لأنه عقد قائم موجود غير نافذ. ونظرية العقد الموقوف اخذ بها كلٌّ من القانون المدني الأردني في المادة ١٧١^(٤٨) والقانون المدني العراقي في المادة ١٣٥، ولم يأخذ بأحكامها المشرع المصري.

وقد جاء في المادة ١٧١ من القانون المدني الأردني بأنه "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

وأصل فكرة العقد الموقوف تعود إلى تلميذ الإمام (أبو حنيفة) زفر بن الهذيل؛ فلكي يقوم الربط بين العاقد ومحل العقد وصيغته يجب أن تكون للعاقد: ولاية على محل العقد وولاية على نوع التصرف، فان تخلف أحدهما ينعقد العقد صحيحاً موجوداً إلا أنه لا ينفذ أي يكون موقوفاً أي (متوقفاً في آثاره) فالولاية على محل العقد تكون بثبوت حق الملك للعاقد في هذا

(٤٦) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ج ١ ، المرجع السابق، ص ٤٨٨.

(٤٧) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ج ٤ ، المرجع السابق ، ص ٩٤ - ٩٥.

(٤٨) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

المحل أو النيابة عن المالك وأن لا يتعلّق بالمحل العقد حق لغيره كأن يكون مرهوناً ، وغير المالك هو الفضولي الذي يحتاج تصرفه إلى إجازة المالك الحقيقي ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على المحل لتعلّق حق المرتهن والمستأجر فيلزم إجازة تصرفه من الدائن والمستأجر.^(٤٩)

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من الإدراك لنوع التصرف الذي يباشره. ولهذا يقول الأستاذ السنهوري "ومن ثمّ نرى العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن ينقصه أحد عنصري النفاذ : الملك أو الأهلية".^(٥٠)

يلاحظ الباحث أن هناك اتفاقاً بين العقد الباطل و العقد الموقوف في أن كليهما لا ينتج أي آثار سواء بين المتعاقدين أو غيرهم ، فإذا كان العقد عقد البيع باطلاً فلا تنتقل الملكية إلى البائع ولا ينتقل الثمن إلى المشتري وكذلك الأمر بالنسبة إلى العقد الموقوف فإذا لم تلحقه الإجازة من صاحب الشأن يصبح كالعقد الباطل. أما أوجه الاختلاف بين العقد الباطل و العقد الموقوف هي : أن العقد الموقوف منعقد وله وجود قانوني، بخلاف العقد الباطل والذي ليس له مثل ذلك لأنه غير منعقد والعقد الموقوف ترد عليه الإجازة وتجعله نافذاً أي منتجاً لآثاره بمجرد انعقاده ، بخلاف العقد الباطل الذي لا ترد عليه الإجازة كما أن آثار العقد الموقوف في فترة توقيفه تكون موجودة ، ولكن متوقفة إلى أن يعلن صاحب الشأن عن إجازته بخلاف العقد الباطل والذي تكون آثاره شبه معدومة.^(٥١)

ج_ البطلان والعقد القابل للإبطال:

العقد القابل للإبطال نظام قانوني لا تعرفه إلا القوانين اللاتينية والتشريعات العربية التي تأثرت به كالفانن المدني المصري ، وهو جزء الإخلال في ركن من أركان العقد بأن كان صادراً من ناقص الأهلية أو كانت إرادة أحد المتعاقدين مشابهة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال. وورد نص خاص في القانون يعطي أحد المتعاقدين حق إبطال العقد كما هو الحال في بيع ملك غيره^(٥٢).

(٤٩) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ المرجع السابق، ص ١٢٨، و الدكتور منذر الفضل ، المرجع السابق، ص ١٧٨- ١٧٩ ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، جزء الأول، ص ١٨٤.

(٥١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج ١ ، ص ١٨٥.

(٥٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الألتزام ج ١، المرجع السابق، ص ٤١٣.

وهذا النوع من العقود تتوافر فيه جميع أركانه ، فيتوافر تبعاً لذلك وجوده القانوني ، فهو ينشأ صحيحاً منتجاً آثاره منذ وقت إنشائه ، غير انه عرضه إلى الزوال بناء على طلب من له الحق في إبطاله ، فإذا زال العقد وتجرد من جميع آثاره التي رتبها بعد ذلك إلى لحظه انعقاده. أما إذا أجزى أو مرت المدة التي حددها القانون لانقضاء دعوى الإبطال، عندئذ يصبح العقد نهائياً^(٥٣).

والعقد القابل للإبطال كما أسلفنا يقابل في الفقه الإسلامي العقد الموقوف ولا بد من أن نذكر ما هو التشابه والاختلاف بين هذه العقدتين في كلا الفقهين اللاتيني والإسلامي فمن ناحية التشابه فإنهما يتشابهان من حيث إن كلا منهما ترد عليه الإجازة أو الرفض من صاحب الشأن وان لهما أثراً يستند إلى وقت انعقاده فإن كانت الإجازة في العقد الموقوف ترتب آثاره منذ لحظة انعقاده^(٣) ففي العقد القابل للإبطال إذا زال عنه العيب الذي كان يشوبه، يرتب أثر يستند إلى وقت إبرامه مع مراعاة حقوق غيره^(٥٤) وإذا كان الرفض فالنتيجة واحدة في الاثنين وهي اعتبار العقد كأن لم يكن ، وعندئذ يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقاد العقد إذا كان ممكناً وإلا بالتعويض.

ومن ناحية الاختلاف فالعقد القابل للأبطال والعقد الموقوف يفترقان في أمور عدة منها:

١_ العقد الموقوف لا ينتج أية آثار حال إبرامه مالم تلحقه الإجازة ، بخلاف العقد القابل للإبطال والذي ينتج آثاره منذ صدوره إلى أن يتقرر بطلانه^(٥٥) .

٢_ يثبت لصاحب الشأن في العقد الموقوف خيار فسخه أو إجازته عند توافر الشروط اللازمة لذلك بإرادته المنفردة. بعكس العقد القابل للإبطال والذي لا ينقضي إلا بالاتفاق ولن كان ذلك يتم بأثر رجعي^(٥٦).

٣_ الإجازة في العقد الموقوف لها أثر إيجابي عند توافر شرائطها فهي تجعل العقد ينتج آثاره منذ انعقاده، أما الإجازة في العقد القابل للإبطال فلها أثر سلبي لكونها تزيل أسباب بطلانه^(٥٧).

(٥٣) ينظر إلى المادة (١٧٥) من القانون المدني الأردني.

(٥٤) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ١ المرجع السابق، ص ٥١٨.

(٥٥) الدكتور صلاح الدين الناهي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة العاني ،بغداد، سنة ١٩٥٠، ص ١٦٧، و

الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

(٥٦) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الالتزام المرجع السابق، ج ١، ص ٥٣١.

(٥٧) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والأرادة المنفردة، ب.ط.ب.ت، ص ٥١٨.

٤ _ العقد الموقوف أوسع نطاقاً من العقد القابل للإبطال، فهو يشمل تصرفات المكروه^(٥٨) وتصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر^(٥٩) وكذلك التصرفات التي ترجع إلى تخلف الولاية على المعقود عليه سواء أكان التخلف بسبب انعدام الولاية أصلاً على المعقود عليه كما في البيع الفضولي لمال غيره^(٦٠) أم كان بسبب وجود الولاية أصلاً على المعقود عليه ولكنه تعلق به حق الغير المرتهن لشيء المرهون رهناً حيازياً^(٦١)، أما العقد القابل للإبطال فيقتصر على حالات نقص الأهلية وعيوب الرضا والحالات التي نص عليها القانون على أنها قابلة للإبطال .

هذا ما يخص أوجه الشابه والاختلاف بين العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والفقه اللاتيني ولا بد من الإشارة إلى أنه إذا أبطل صاحب الشأن العقد القابل للإبطال يصبح العقد كالعقد الباطل وهنا يتشابه كل من العقد الباطل والعقد القابل للإبطال ولكنهما يختلفان في أن العقد القابل للإبطال منعقد وينتج كافة آثاره ولو انه فيه عيب يعرضه إلى الإبطال حيث إن آثاره نافذة إلا أنها مهددة بالزوال بمجرد إبطاله، بخلاف العقد الباطل ليس له مثل ذلك فإنه غير منعقد فإنها تكون غير موجودة وخاصة من ناحية التنفيذ العيني.

(٥٨) تراجع المادة (١٤١) من القانون المدني الأردني، وتقابلها المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي.

(٥٩) تراجع المادة (٢-١١٨) القانون المدني الأردني والمادة (١-٩٧) القانون المدني العراقي .

(٦٠) تراجع المادتان (٥٥٠-٥٥١) القانون المدني الأردني ومادة (١٣٥) القانون المدني العراقي.

(٦١) تراجع المادة (١٣٨٦) من القانون المدني الأردني.

الفصل الثالث: أحكام البطلان

تمهيد وتقسيم:

سنبحث في هذا الفصل المسائل التي تتعلق بالبطلان وتتقارب معه رغم الفارق لذا قلنا في بداية هذه الرسالة أن نظرية البطلان من النظريات البالغة التعقيد فخصصنا للمسائل التي تتعلق بالعقد الباطل في مرحلة وجوده وأثناء تكوينه في مبحث أول ، والمسائل التي تتعلق بالعقد الباطل عند ما يصبح له وجود قانوني في مبحث ثانٍ .

أولاً: خصائص البطلان التي تميزه عن غيره

في هذا المبحث نعرض المسائل التي تتعلق ببطلان العقد منذ تكوينه، لذا قسمناه إلى مطلبين الأول ونعرض فيه لأساس البطلان والمطلب الثاني قابلية العقد الباطل إلى التجزئة وإلى التحول

١_ البطلان أساسه العيب

يتمثل أساس البطلان في العيب الذي يلحق بالتصرف القانوني . فقيام العيب هو أساس البطلان والمبرر لإيقاع حكمه، فإذا انتفى العيب فلا محل للبطلان، وعندئذ يكون التصرف صحيحاً وفيما يلي نتناول الإرادة كأساس للتصرف القانوني، ثم هل يمكن تصور الخطأ التقييدي كأساس للبطلان؟ ثم هل يمكن تصور الفعل النافع كأساس للبطلان؟ إذا ما حكم بالتعويض للمتضرر وإذا ما علمنا أن هنالك من التصرفات الباطلة مالا تتفق مع حكم أثر تقرير البطلان في القاعدة العامة وهي "إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد" وهذا سيتم بحثه في ثلاثة فروع.

أ_ العقد الباطل باعتباره واقعة مادية

والذي نقصده ان المتعاقد الذي تتجه إرادته إلى إحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه، فيسمى بذلك تصرفاً قانونياً، فالتصرف القانوني يتطلب لنشأته وجود إرادة تهدف إلى إحداث أثر قانوني سالف الذكر، وهي تكون معيبة إذا صدرت من شخص معدوم الإرادة كالمجنون وغير مميز والمعتهو فإذا وجدت ممن هو أهل لها ولم تكن تهدف إلى إحداث أثر قانوني فلا عبرة بها كالإرادة في مجال المجاملات الاجتماعية^(٦٢). وإذا كانت إرادة هزلية، أو إرادة صورية ففي كل هذه الأحوال لا تتجه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية فالإرادة هي إذن أساس التصرف القانوني، ولكن إلى جانب وجودها القانوني، يجب أن تكون صادرة عن ذي أهلية وأن تكون خالية من العيوب المفسدة لها والتي تتمثل في التغرير والغبن والإكراه والغلط على حد تعبير المشرع الأردني والعراقي أما المشرع المصري فحدد الإكراه والتدليس والغلط والاستغلال، ففي الحالة الأولى الإرادة غير موجودة، أما في الحالة الثانية فالإرادة موجودة لكنها معيبة لصدورها من شخص غير حر في إرادته.

فالتصرف الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ومن ثم فهو تصرف باطل لكنه إذا قام على إرادة معيبة فهو موجود لوجود الإرادة ذاتها، التي هي أساسه، ولكن يجوز للمتعاقد الذي تخيبت إرادته أن يطلب إبطال التصرف القانوني وإذا كانت الإرادة هي أساس التصرف القانوني فهي أساس العمل المادي، والتصرف القانوني والعمل المادي يقعان ضمن الواقعة "الاختيارية" وإلى ذلك يذهب الأستاذ السنهوري إلى ترتيب مصادر الالتزام فيقول: إن جميع "مصادر الروابط القانونية مردها إلى "الواقعة القانونية" وهذه الواقعة بدورها تكون إما من وقائع طبيعية التي لا دخل لإرادة الإنسان فيها مثل الموت أو وقائع اختيارية والتي يكون لإرادته الإنسان دخل فيها وبدورها تتكون من تصرفات قانونية أو أعمال مادية"^(٦٣)، والذي يهمننا هو ما الفارق الذي يحدد التصرف القانوني من العمل المادي؟ والحقيقة أن هذه المسألة في غاية الأهمية والدقة ولم تسلم من الخلاف "الفقهي" ولكن الذي يميز التصرف القانوني من العمل المادي هو أن هناك إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني فلو أخذنا مثال على ذلك عقد البيع الذي يبرمه شخص ما هو التصرف القانوني بحت لأنه هناك إرادة اتجهت إلى إحداث أثر وهذا الأثر

(٦٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دارأحياء التراث العربي، بيروت، بط، سنة ١٩٣٤، ص ٦١٨، والدكتور منذر الفضل المرجع السابق، ص ١٨٤.

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام ج ١، المرجع السابق ص ١٤١-١٤٢، وهو ينتقد ترتيب مصادر الالتزام الحالي ويضع ترتيباً علمياً لها.

هو إنشاء التزام بنقل ملكية واستلام الثمن ، أما الفعل الضار هو عمل مادي اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من نتائج قانونية ولكن هذه النتائج ترتبت وأصبح لها وجود مادي يجب أن يتعامل القانون معها، فالإرادة أساس التصرف القانوني والعمل المادي. والذي دعانا إلى ذكر "الواقعة القانونية" متمثلاً في التصرف القانوني والعمل المادي لأن هناك مسألة مهمة تطرح دائماً للنقاش وهي كيف "ينتج العقد الباطل أثراً مع انه ليس له وجود قانوني؟" إن هذه المسألة القانونية المهمة التي تحكم "أثر العقود الباطلة" وتحديداً في ترتيب المراكز القانونية سواء من ناحية "التعويض أو التنفيذ العيني الجبري لا تزول أهميتها إذا ما نظرنا إلى العقد الباطل باعتباره عملاً مادياً وهذا العمل متى ما كانت له مظاهر مادية محسوسة إلى الوجود فإن القانون يرتب له أثر وذلك تطبيقاً لقواعد العدالة ومفادها أن الحقوق أوسع نطاقاً من القوانين التي تنظمها وهذا ما دعا المشرع الأردني إلى ذكر هذا الأثر في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني^(٦٤) وهذا الموضوع الهام سيتم بحثه بصورة تحليله مطولة عند ما نبحت في الآثار التي ينتجها العقد الباطل في محتوى هذه الدراسة .

ب_ دور الخطأ التقصيري في البطلان.

لوان الفعل المؤدي إلى العيب شكل خطأ تقصيرياً هل يؤدي ذلك بذاته إلى بطلان العقد، بصرف النظر عن العيب ، أو كبديل له ؟ فلو أن المتعاقد ارتكب طرماً احتيالية أوقعت المتعاقد في غلط أو شكل الإكراه كعمل غير مشروع ضغطاً على إرادة المتعاقد فدفعه إلى التعاقد ، فهل ذلك يبطل العقد استناداً إلى الخطأ التقصيري ، الذي يعد عندئذ هو مناط البطلان وسببه ، باعتبار أن ذلك عمل غير مشروع من المتعاقد، ولذا أجبنا بالإثبات فهل يعتبر البطلان هنا بمثابة تعويض للمضروب عن هذه الأفعال، تمثل في عدم نفاذ آثار التصرف في حق المتعاقد المضروب ؟ وقبل الإجابة عن هذا السؤال علينا أن نعرف ما هو الخطأ التقصيري؟ وأن نذكر عناصره ، والخطأ هو الشرط الضروري للمسؤولية المدنية بل هو الأساس الذي تقوم عليه وقد أغفلت جميع التشريعات تعريف الخطأ تاركاً أمره إلى الفقهاء وقد كثرت تعاريف الخطأ وتتنوع ولم يخل واحد منها من النقد حتى أصبح من الصعب الاختيار بينهما، ولعل أبسط التعاريف وأكثرها تقريباً إلى فكرة الخطأ تعريف (بلانيول)

(٦٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١ ص ١٨٢-١٨٣ .

حيث يقول "إن الخطأ هو إخلال بواجب قانوني سابق"^(٦٥). وقد تعرض تعريفه إلى الانتقاد رغم بيانه لأنواع الالتزام الذي يشكل الإخلال بها خطأً من المسئول ولا نطيل في عرض التعاريف إلا أن أننا نذكر التعريف الذي استقر عليه فقهاً وقضاءً أن الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالالتزام القانوني^(٦٦) وأما عن عناصر الخطأ:

١. العنصر المادي (التعدي):

يعتبر الشخص متجاوزاً أو متعدياً وفقاً لمعيارين الأول (ذاتي ، شخصي) وفكرته النظر إلى الفعل من خلال شخص الفاعل ما إذا كان يقظاً حريصاً أم اعتيادياً للوصول إلى (القصد السيئ)، والمعيار الثاني (الموضوعي أو المجرد)، ومضمونه النظر إلى الانحراف حسب معيار معين دون الاعتداد بالظروف الشخصية للفاعل فكل قصور عن مستوى السلوك المألوف يمكن اعتباره أساساً لمسؤولية الشخص عن الضرر المترتب عن هذا الانحراف^(٦٧).

٢. العنصر المعنوي (الإدراك أو التمييز):

المقصود أصلاً بالعنصر المعنوي للخطأ هو أن يكون مرتكب الفعل الضار قد قصد الإضرار بغيره، أو على الأقل أن يكون قد توقع حصول الضرر لغيره نتيجة لفعله ولم يثنه ذلك عن هذا الفعل أو لم يحمله على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الضرر.

فإذا توافر قصد الإضرار بالغير تحقق العنصر المعنوي للخطأ ، وكان هذا الخطأ عمداً وصف الفعل الضار بأنه جريمة مدنية عمل غير مشروع وإن لم يتوافر هذا القصد اكتفى في قيام المسؤولية المدنية بأن يكون مرتكب الفعل الضار مدركاً وقت ارتكابه أنه أخل بواجب قانوني وأن إخلاله هذا يمكن أن يترتب عليه الإضرار بغيره، وفي هذه الحالة يعتبر خطأه غير عمد ويوصف فعله بأنه شبه جريمة مدنية ولكن النتيجة واحدة من حيث قيام المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض ، ولا فرق في شأنهما بين ما إذا كان الخطأ عمداً أو غير عمد ، وأعني بين ما إذا كان الفاعل قد قصد الإضرار بغيره وما إذا كان لم يصدر فعله عن قصد ، ولكنه ارتكبه مدركاً أنه يخل بواجبه^(٦٨).

(٦٥) الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية

المدنية، المجلد الأول، ب.ط.ب.ت، ص ١٨٢- ١٨٢.

(٦٦) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٦٧) نفس المرجع، ص ٢٥٦- ٢٥٧.

(٦٨) الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق ، مجلد ١ ص ٢٣٤- ٢٣٥.

وبعد هذا الإيجاز في تعريف الخطأ وبيان عناصره، نجيب عن تساؤل كنا قد بيناه سابقاً ألا وهو هل يصلح الخطأ التصويري أن يكون سبباً للبطلان؟ ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى جواز ذلك^(٦٩) وذهب آخرون على خلاف ذلك، فالخطأ التصويري عندهم لا يصلح سبباً للبطلان، حتى في جانب التدليس والإكراه، ويعتبرون السبب في البطلان متمثلاً في العيب وليس في الخطأ الذي أدى إليه، فهو الأساس المباشر للبطلان، وهو وحده الكافي لتقرير البطلان حتى ولو لم يكن هناك ثمّة خطأ تصويري كما لو وقع المتعاقد في غلط تلقائياً ودون حيل من المتعاقد الآخر، الذي وقع بدوره في نفس الغلط فالعقد يكون موقوفاً لتعيب الإرادة بالغلط المشترك رغم انتفاء الخطأ التصويري^(٧٠).

ويرى الباحث صواباً ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني وهو أن البطلان يتمثل في العيب، سواء ارتكب صاحبه خطأ تصويرياً أم لا، بل يزيد على ذلك إن الخطأ التصويري قد يقع بمناسبة العقد ومن باب أولى، أن لا يؤدي إلى إبطال العقد كالتاجر الذي يتعاقد مع آخر ثم ينافسه منافسة غير مشروعة، فشكّل فعله خطأً تصويرياً، فهل التاجر المتضرر له أن يطلب إبطال العقد بسبب هذا الخطأ التصويري الخارج عن نطاق العقد؟ الإجابة تأتي بالقطع - بالنفي، وأما القول إن البطلان في الواقع بمثابة تعويض عن الخطأ التصويري، يؤدي إلى مد نطاق التعويض إلى مدى لم يرد في حسابان المشرع. فالمعروف أن التعويض في المسؤولية التصويرية يتمثل في المبلغ النقدي لجبر المتضرر مادياً أو أدبياً، والبطلان لا يأخذ هذا الحكم وطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التصويرية فإن التعويض يتطلب توافر عناصرها: الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهما. والبطلان لا يتطلب لإيقاع ثبوت هذه العناصر. فيكفي أن يكشف القاضي مخالفة المتعاقدين لنصوص القانون التي تحكم نوع التصرف وبالتالي تعيب العمل القانوني، حتى يقضي بالبطلان، ودون الحاجة إلى البحث في الضرر أو الخطأ أو العلاقة السببية بينهما فالبطلان مناطه العيب، أما التعويض في المسؤولية التصويرية فنطاقه الخطأ وشتان بين الاثنين، لذا فإن العيب وأياً كان نوعه هو السبب الرئيس لإيقاع الحكم بالبطلان.

(٦٩) من هؤلاء بلاتبولوربيرومولاغبييه - ج ٢ - فقرة ٢٤٣. مشار إليه في رسالة الدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٧٣.

(٧٠) من هؤلاء جودميه، نظرية الالتزامات، ص ٦٤ - ٧١، مشار في رسالة الدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٣.

ج_ دور الكسب بلا سبب في البطلان

هل يصح "الكسب دون سبب" أن يكون السبب الذي تعتمد عليه المحكمة في تعويض المتضرر إذا كان الدفع تنفيذياً لعقد باطل، وإذا أردنا الاسترداد فالرجوع على القابض على أي قاعدة يكون، أيكون على قاعدة الكسب دون سبب أم على قواعد البطلان، إذا ما علمنا إن النتيجة واحدة في القاعدتين ألا وهي التعويض؟ إن القانون المدني الأردني أخذ بقاعدة الكسب بلا سبب كمصدر عام للالتزام في نص المادة ٢٩٣ والتي جاء فيها: "لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي، فإن أخذه فعليه رده" وكذلك أخذ بها القانون المدني العراقي في نص المادة ٢٤٣. وقبل إن نجيب عن السؤال الذي طرحناه يجب أن نأخذ فكرة عن أركان الإثراء بلا سبب، فيجب توافر ركنين وهما:

أولاً: إثراء يترتب عليه افتقار مقابل .

ثانياً: انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء.

وعناصر الركن الأول إذا ما حللناها نجد أنها تتكون مما يأتي:

١. الإثراء

والمقصود بالإثراء هو كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقيّمها بالمال، كالكسب مال جديد من منقولات أو عقارات، أو الانتفاع به بعض الوقت، أو انقضاء دين، أو تجنب خسارة محققة، أو إثباع حاجة مادية أو معنوية ما دام يمكن تقدير هذه الحاجة في ذاتها أو من ناحية الافتقار المقابل، كتقدير قيمة العمل الذي قام به المفتقر وتحقق به الثراء^(٧١).

٢. الافتقار

يجب للرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب أن يقابل إثراء شخص افتقار شخص آخر، فإذا تحقق الإثراء دون الافتقار فقدت القاعدة ركناً من أركانها واستحال الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.

٣. علاقة سببية بين الإثراء والافتقار :-

لا يكفي للرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب تحقق الإثراء في ذمة والافتقار في ذمة أخرى، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار ولذا تعددت أسباب الإثراء فيمكن أن نطبق في شأنهما السبب المنتج السابق الأخذ به في المسؤولية التقصيرية، وإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب في الإثراء تحققت السببية المباشرة بينهما .

(٧١) الدكتور أنور السلطان، مصادر الالتزام ج ١، المرجع السابق ص ٣٨٧.

اما عن الركن الثاني وهو انعدام السبب القانوني للإثراء حيث يشترط القانون لرجوع المثرى ألا يكون للإثراء سبب قانوني، و المقصود بكلمة السبب في الفقه هو المصدر الذي يولد للمثرى حقاً في الاحتفاظ بما أثرى به، فإذا انعدم السبب بهذا المعنى أي إذا انعدم السبب الإنشائي جاز للمفتقر الرجوع بدعوى الإثراء. و السبب الإنشائي لا يخرج عن كونه تصرفاً قانونياً أو حكماً من أحكام القانون .

ويرى الباحث أن السبب الذي يجب أن نعتمده في بطلان التصرف القانوني هو العيب الذي يصيب التصرف وهذا العيب هو أساس البطلان، أما الفعل النافع فهو لا يتعدى إلا أن يكون عملاً مادياً يرتب القانون عليه أثراً، ومن ناحية أخرى إن عناصر الإثراء بلا سبب تختلف اختلافاً جوهرياً عن عناصر بطلان العقد ولا مجال للربط. لكن اللبس يحدث بين الفعل النافع وبطلان العقد في الحكم بالتعويض، وأخص بالذكر إذا كان نوع التصرف القانوني من عقود الزمن أو المدة. وبالرغم من هذا الوضوح التشريعي نجد أن محكمة التمييز العراقية طبقت، مع ذلك، قواعد الكسب دون سبب على بطلان عقد في قضية تتلخص وقائعها، في أن شخص تطوع في الجيش العراقي كنائب ضابط، وقدم وثائق مزورة، وبعد أن كشف الأمر حكم عليه بالطرده من الجيش. فأقامت عليه وزارة الدفاع دعوى بالمبالغ التي قبضها على أساس انه قبضها دون حق لأن العقد الذي تطوع بموجبه كان باطلاً لارتكابه عمل غير مشروع بتقديمه الوثائق المزورة. فحكمت محكمة البداية بذلك وأيدت حكمها محكمة التمييز، وجاء في حكمها "لا مورد لطلب المميز بقصر الحكم على المادة ١٣٨ من القانون المدني فقط لأن المادة ٢٣٣ أوسع شمولاً منها ويدخل ضمنها بطلان العقد حيث يجوز أن يكون العقد سبباً من أسباب دفع الشيء بدون حق يظن انه واجب عليه ثم يثبت بطلان هذا العقد فيلزم أنذاك الرجوع به على من قبضه بغير حق بسبب البطلان المذكور" (٧٢) والباحث بدوره يؤيد الحكم باسترداد المبالغ التي أخذها، ولكن لا يؤيد تفسير محكمة التمييز لأن مصدر الالتزام مختلف في بطلان العقد عن الكسب دون سبب، ثم ان المحكمة ذكرت في قرارها ان المادة ٢٣٣ أوسع شمولاً من المادة ١٣٨ ويدخل ضمنها بطلان العقد، ولكن المادة ٢٣٣ لم تنوه عن بطلان العقد بل تنص على سبب النية عند قبضه شيء بدون حق فوسعت نطاق التعويض عليه. وكان الأجدر بالمحكمة أن تكتفي بتطبيق المادة ١٣٨ الخاصة ببطلان العقد حتى لا يكون هناك التباس في فهم القواعد القانونية فهي اكتفت بالاستناد إلى سوء النية بتقديم وثائق مزورة لتطوع في الجيش العراقي كأساس للحكم باسترداد المبالغ منه.

(٧٢) النشرة القضائية، ٢٤، ٢٤، ص ١٥٤_١٥٥.

٢_ قابلية العقد الباطل إلى التجزئة والتحول

ونبحث قابلية العقد الباطل للانتقاص في الفرع الأول وتحول العقد الباطل في الفرع الثاني.

أ_ قابلية العقد الباطل إلى التجزئة

من الخصائص التي يتميز بها العقد الباطل قابليته للتجزئة، أي يعني "البطلان الجزئي" وهي في صورة تعطيل بعض آثار التصرف ، ونفاذ الباقي، وأخذ القانون المدني الأردني بفكرة الانتقاص في المادة ١٦٩ منه وكذلك أخذ بها القانون العراقي في نص المادة ١٣٩ والقانون المصري في المادة ١٤٣ منه، ومفادها إذا كان التصرف قابلاً للانتقاص ، فلا محل لإبطال التصرف كله فالقاعدة الشرعية تذكر: "إن إعمال الكلام خير من إهماله " ويمكن إبطال الشق المعيب ، وإبقاء السليم منه، إلا إذا كان ذلك يتناقض مع نية الطرفين المشتركة ، بحيث بات واضحاً أن المتعاقد ما كان يتم العقد لو اكتشف بطلان الشق المعيب ، عندئذ يبطل العقد كله . ومع هذا الوضوح التشريعي إلا إن هذه القاعدة انتقدت حيث انها لا تتناول البطلان الجزئي، بل البطلان العادي أو الكلي. فالبطلان ينصب على تصرف قانوني يحرمه من إنتاج كل آثاره ، يتفق مع المبادئ المسلمة في نظرية البطلان من أن عيب التصرف يؤدي إلى بطلانه، وأن البطلان يسري في التصرف بأكمله ويكون عندئذ معنى نص المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري، هو إن البطلان إذا لحق التصرف تناوله بأكمله . ويرى أنه يجب ألا نخدع بوجود عدة تصرفات في ظاهر تصرف واحد ، فنحسبها تصرفاً واحداً ، بل يجب أن نتحرى في قصد المتعاقدين انفصالها فنبطل التصرف المخالف للقانون وحده^(٧٣).

ويرى الباحث أن هذا الرأي محل نظر ، فنظرية انتقاص العقود نظرية صحيحة في مجال البطلان ، تعني تنقية العقد من الأجزاء الباطلة ، والإبقاء على الأجزاء الصحيحة ، إذا كان التصرف قابلاً للانتقاص وهذه القابلية للانتقاص تضيف خصيصة متميزة إلى البطلان ولم يخل قانون مدني إلا ونص عليها بل هناك من القوانين من توسع في نطاقها فمد نطاقها إلى العقد الموقوف وهو يعتبر من مراتب العقد الصحيح وهذا ما نراه واضحاً في نص المادة ١٩٦ القانون المدني الأردني^(٧٤) حيث جاء في البند الثاني "ولذا كان العقد في شق منه موقوفاً ، توقف في الموقوف على الأجازة فإن أجزى ، نفذ العقد كله ، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط من العوض وبقي في النافذ بحصته ."

(٧٣) الدكتور جميل الشراوي، الرسالة، المرجع السابق، بند ٨ و٣ .

(٧٤) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ ، لسنة ١٩٧٦ .

ب_ قابلية العقد الباطل إلى التحول

من الخصائص التي يتميز العقد الباطل بها قابليته إلى التحول إلى عقد آخر وهذا ضمن نظرية قديمة معروفة وهي "نظرية تحول العقد". وقوام نظرية تحول العقد أن العقد الباطل وإن لم يرتب أي أثر من الآثار التي كانت تبني عليه لو كان صحيحا ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن ينتج هذا العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية آثاراً أخرى عرضية تختلف عن الآثار الأصلية ، ويتحقق ذلك إذا تضمن هذا العقد بالرغم من بطلانه أركان عقد آخر كان المتعاقدان يقبلانه لو تبين بطلان العقد الأصلي إذ يتحول الأصلي الباطل إلى العقد الجديد الصحيح الذي توافرت أركانه^(٧٥)، فالتحول لا يجري على العقد الصحيح لأن الأخير منتج لآثاره ونفس الحال في العقد الموقوف لأنه يعتبر من مراتب العقد الصحيح^(٧٦)، فهذه الخصيصة تلازم العقد الباطل وتعاصره منذ وجوده .

ومع كل ما تحمله نظرية تحول العقد من معانٍ قانونية وحلول عملية إلا إننا نجد أن المشرع الأردني لم ينص عليها بخلاف كل من المشرعين العراقي والمصري وهذا ما دعا بالباحث أن يتساءل ما هي الدوافع التي دعت المشرع الأردني إلى عدم الأخذ بنظرية تحول العقد هذه النظرية التي تعتبر من أهم وأدق النظريات التي تعالج موضعات العقود الباطلة من حيث الأثر العرضي .

ثانياً: دعوى البطلان ومدة التقادم والإجازة

نعرض في هذا المبحث المسائل التي تتعلق ببطلان العقد بعد أن يصبح له وجود قانوني؛ لذا قسمناه إلى مطلبين ونعرض لدعوى البطلان ومن يتمسك بها في مطلب أول ومدة التقادم والإجازة في المطلب الثاني.

١_ دعوى البطلان ومن يتمسك بها

نعرض في هذا المطلب طبيعة دعوى البطلان والأشخاص الذين يتمسكون بها وذلك في فرعين .

(٧٥) الدكتور أنور السلطان، مصادر الالتزام المرجع السابق، ص ١٦٨- ١٦٩.

(٧٦) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق ، ص ١٨٥- ١٨٦.

أ_ دعوى البطلان :

ابتداءً إن العقد الباطل هو عدم، ولهذا فلا حاجة لإقامة دعوى أمام القضاء لتقرير بطلانه فإذا كان البائع لا يزال محتفظاً بالمبيع فبإمكانه الامتناع عن تسليم المبيع إلى المشتري، إذا ما كان عقد البيع باطلاً وقد يحدث في الواقع العملي أن يجد أحد المتعاقدين نفسه أمام عقد باطل ويريد أن يتحلل منه ، فينقل رغبته هذه إلى الطرف الثاني فيقبل بدوره التخلص من هذا العقد لسبب من الأسباب ، وهكذا يتم الاتفاق بينهما على إعدام آثار هذا العقد الباطل وهذا ما يسمى "الاتفاق الودي" على أنه ليس من السهل دائماً الاتفاق على محو آثار لعقد الباطل نظراً لتعارض مصالح المتعاقدين، ولتفاوت المنافع التي كان ينوي كل واحد تحصيلها، فيبادر أحد المتعاقدين إلى رفع دعوى أمام القضاء.

ولتحديد طبيعة دعوى البطلان نجد من الضروري، أن نأخذ مثلاً فلو أن البائع سلم سيارته إلى المشتري بموجب عقد بيع خارجي وأن المشتري لم يسلم الثمن إلى البائع ، والعقد الخاص بالبيع هذا باطل لتخلف ركن الشكلية التي نص عليها المشرع فإذا ما أقام البائع دعوى على المشتري مطالبه بالثمن، ترد الدعوى لأن إلزام المشتري بالوفاء بالثمن يجب أن يستند إلى عقد صحيح. وأن عقد البيع السيارة باطل وبالتالي لا يمكن إلزام المشتري بالثمن وكذلك لا يمكن إلزام البائع بتسليم السيارة ؛ ومن ثم لا يجد البائع مخرجاً قانونياً إلا اللجوء إلى القاعدة العامة في تقرير البطلان وهي "إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد" ومن المعلوم أن المشرع الأردني لم ينص عليها بخلاف كل من المشرعين المصري والعراقي^(٧٧)، ومن ثم يجب أن يتبادر إلى الذهن أن قاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد لا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه ، بل يجب أن يستند ذلك إلى طلب من صاحب مصلحة ، رغم أن البطلان إذا ما تحقق فإن المحكمة تقضي بالبطلان وتستند عليه في إصدار حكمها ولو لم يكن هناك طلب من الخصوم بذلك، وحسب المثال أعلاه فإن مالك السيارة الذي باع السيارة بعقد خارجي وسلمها إلى المشتري بموجب هذا العقد ، فأن البائع عند إقامته الدعوى مطالب باسترداد سيارته ، فالمحكمة تستجيب لطلبه بالاستناد على ثبوت بطلان عقد البيع والذي يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كان

(٧٧) القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١ في نص المادة(١٣٨) حيث جاء في البند الثاني منها "إذا ما بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيل جاز الحكم بتعويض معادل" ونفس الحكم في القانون المدني المصري نص المادة (١٤٢) حيث جاء في مضمونها "في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فإذا كان هذا مستحيل جاز الحكم بتعويض معادل" ولا يوجد مقابل لهدان النصان في القانون المدني الأردني .

عليه قبل العقد من جانب من طلب ذلك ، وهو البائع وإذا كان البائع قد تسلم الثمن من جراء هذا العقد الخارجي فلا تحكم المحكمة على البائع بإعادة الثمن على المشتري إلا إذا طلب المشتري ذلك عن طريق إحداث دعوى مقابلة في نفس الدعوى التي أقامها البائع أو إقامة دعوى مستقلة

إن المشتري الذي اشترى السيارة بعقد خارجي واستلمها بموجب هذا العقد ، له الحق باسترداد الثمن الذي سلمه إلى البائع وإن كانت السيارة في حوزته ، وتحكم المحكمة له بذلك دون أن يؤثر على حكمها رغم أن السيارة لازالت في حوزة المشتري ، في حين يبقى حق البائع في استرداد سيارته متوقفاً على طلبه ذلك بدعوى وفق الأصول .

وبعد هذا المثال الذي وضعناه نجد أن دعوى البطلان هي دعوى شخصية تهدف إلى منع أو محو الآثار القانونية للتصرف الباطل سواء تعلق الأمر بتصرف باطل لم ينفذ أو بتصرف باطل نفذ تنفيذاً جزئياً. وهذا التحديد يتفق مع الواقع العملي ، فالعقد الباطل وإن كان يعتبر عدماً ، و العدم لا يحتاج من الناحية النظرية إلى حكم قضائي يقرر انعدامه ، إلا أن الناحية العملية تفرض في غالب الأحيان على أحد المتعاقدين اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بتقرير البطلان ومن كل ما سبق يتبين لنا أن تدخل القاضي في بعض حالات تقرير البطلان يعد ضرورة وأن حكم القاضي ببطلان العقد لا ينشئ هذا البطلان ؛بل يكشفه والفصل الثالث يتضمن هذا الموضوع بأكثر تفصيل وقرارات قضائية عندما نبحت أثر تقرير البطلان .

ب_ الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى البطلان

لم يحدد المشرع الأردني الأشخاص الذين يحق لهم إقامة دعوى البطلان فقد جاء في البند الثاني من نص المادة ١٦٨ أن "ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها" ونفس الحكم في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري^(٧٨)، فكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، والمصلحة يراد بها هنا حق يؤثر في صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد مصلحة ، دون قيام هذا الحق لا يكفي ؛ فلا يجوز مثلاً أن يتمسك

(٧٨) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٧١ المادة (١٤١)، والقانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ نص المادة (١٤١).

الجار ببطلان بيع صدر من جاره بحجه أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد .
ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له^(٧٩) .

وبلاحظ أن هناك جانباً من الفقه لا يحبز فكرة عدم تحديد الأشخاص الذين يحق لهم إقامة دعوى
البطلان وفي مقدمة هؤلاء الأستاذ السنهوري الذي يرى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري كان أوضح بياناً في تعيين ذوي المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالبطلان فكانت
المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي تنص على أن "للمتعاقدین وللخلف العام والخاص وللدائنين
التمسك بآلية البطلان"^(٨٠).

ويرى الباحث أن تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى البطلان "محل نظر"؛ لأن
عبارة "كل ذي مصلحة" أوسع نطاقاً من التعداد وخاصة أنه يحق للغير الأجنبي والذي لم يشمل
التعداد أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع إذا ثبت أن له في هذا
البطلان مصلحة مشروعة يحميها القانون .

٢ _ تقادم العقد الباطل وإجازته

نعرض في هذا المطلب تقادم العقد الباطل وإجازته وقد خالفنا "العرف الفقهي" في الترتيب هذا
حيث تقدم الكلام في التقادم على الإجازة؛ لأن المشرع الأردني أخضع دعوى البطلان إلى
التقادم، ولم يخضع العقد الباطل إلى الإجازته وهذا سيكون في فرعين.

أ _ تقادم دعوى البطلان

أخضع المشرع الأردني في المادة ١٦٨ منه دعوى البطلان إلى التقادم حيث جاء في البند
الثالث منها ما يأتي:-

(٧٩) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط المرجع السابق، ج١ ص٥٨٠، وهو ينقل الكلام عن مارتودرينو
الجزء ٢ بند ١٩٨ ص١٨٢ .
(٨٠) نفس المرجع، ص٥٧٩-٥٨٠ .

أولاً: إن دعوى البطلان لا تسمع بعد مضي خمس عشره سنة من وقت العقد والسؤال الذي يطرح نفسه، ماذا كانت نية المشرع من إيراد هذا النص على الرغم أنه ذكر عبارة "ولا يرتب أي أثر" في نفس المادة في البند الأول منها؟ هل كانت نية المشرع تهدف إلى تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، أم كانت نية المشرع تهدف إلى حماية مبدأ استقرار المعاملات؟ وما هو موقف صاحب الحق الذي سقط حقه في إقامة الدعوى بعد مرور خمس عشرة سنة وأراد التمسك به؟ بعد الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني لنتعرف على نية المشرع من هذا الحكم ورد فيها أنه "وقد رؤي النص على عدم سماع دعوى البطلان إذا مضت خمس عشره سنه على العقد استقرارا للمعاملات وقد رؤي في تحديد هذه أمدته اتساقها مع تقادم الطويل المكسب للملكية وإذا كان القانون المدني المصري في المادة ١٤١ والسوري والمشرع الأردني في المادة ١٤٢ نص على أنه "تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد فانه قد رؤي في المشروع أن يكون النص على عدم سماع الدعوى لا سقوط دعوى البطلان"^(٨١).

في ضوء ذلك يجد الباحث أن المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني فيها تناقض تشريعي واضح فهي ابتداء تذكر في البند الأول أن العقد الباطل "لا يرتب أي أثر" ثم تخضع دعوى البطلان إلى التقادم فإذا كانت دعوى البطلان تهدد مبدأ استقرار المعاملات أما كان الأجدر بالمشرع ذكر "حكم أثر تقرير البطلان صراحةً؟ ولا سيما أن المشرع الأردني تأثر بالمشرع المصري بموضوع التقادم، رغم أن المشرع الأردني لم يذكر هذه "الحقيقة القانونية" في المذكرة الإيضاحية بأن تقادم دعوى البطلان ليست صناعة قانونية تعود إلى المصريين بل سابقة قضائية تعود إلى محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في سنة ١٨٧٩، و المشرع المصري والمشرع العراقي ذكرا أثر تقرير البطلان صراحةً؛ لأن هذا الحكم له حلول عملية في الواقع"^(٨٢).

ومن هنا يجد الباحث أنه من المفيد أن نتعرف على معنى التقادم وأن نذكر أنواعه ونقارن موقف القانون المدني الأردني منه بموقف كلا القانونين: العراقي والمصري .

(٨١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج ١ ص ١٨٣.

(٨٢) المادة (١٤٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، وأيضاً المادة (١٣٨) من القانون

المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

عرف الدكتور عبد المجيد الحكيم التقادم بأنه مرور مدة من الزمان يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بالحق من الحقوق فالذي يسقط بالتقادم هو حق إقامة الدعوى للمطالبة بالحق، لا الحق المطالب به ذاته. لذلك يقال إن الالتزام الذي لا يطالب بتنفيذه حتى تمر عليه مدة التقادم ولا يعود في الإمكان إقامة دعوى للمطالبة به يصبح التزاماً طبيعياً^(٨٣) أما عن أنواع التقادم فنقسم إلى التقادم المسقط والتقادم المكسب فالتقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء "ماعدا حق الملكية" إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة . أما التقادم المكسب الذي تفتقرن الحيازة دائماً به فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة هذا دون الحقوق الشخصية والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع، أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على سواء^(٨٤).

أما عن موقف المشرع العراقي فإنه لم ينص على خضوع دعوى البطلان إلى التقادم^(٨٥) ولا يفهم من ذلك أن المشرع العراقي يقبل تقادمها حالها حال بقية دعاوى و يذهب الدكتور عبد المجيد الحكيم إلى أنه لا يسلم بتقادم دعوى البطلان ما لم يرد نص صريح ويبين أنه "لم ينص القانون المدني العراقي على مدة لا يجوز بعدها إقامة دعوى البطلان بخلاف القانون المدني المصري الذي نص على سقوطها بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد ، ولأن القانون المدني العراقي نص من جهة أخرى في المادة (٤٢٩) التي تتكلم عن مرور الزمن المانع مع سماع الدعوى، على أن 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 وهذه المادة تتضمن نصاً خاصاً يمنع سماع الدعوى على المنكر لحق شخصي إذا ما تركت الدعوى بدون عقد شرعي مدة خمس عشرة سنة ، ولكن هذا لا تنطبق أحكامها على دعوى البطلان؛ لأن هذه المادة تمنع سماع الدعوى على المنكر لحق ثابت في الذمة وهذا ما لا يتوفر في دعوى البطلان ، إذ إن موضوع هذه الدعوى ينصب على إبطال عقد لم تتوفر له أركان انعقاده ، لا على المطالبة بحق ثابت بالذمة ، وعليه فإننا نرى أن دعوى البطلان لا تتقادم في القانون المدني العراقي ويمكن إقامتها بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد"^(٨٦)

(٨٣) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الوافي في شرح القانون المدني العراقي، ج١، ط٣، ب.ت،، بغداد، ص ٢٥٥ .

(٨٤) الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني المرجع السابق، ص ٩٨٤ .

(٨٥) المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(٨٦) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام المرجع السابق، ص ٢٥٦ .

إن القانون المدني العراقي لا يعترف بتقادم دعوى البطلان وأن صاحب الدعوى يستطيع أن يتمسك ببطلان العقد متى شاء وليست هناك مدة محددة وأن أحكام المادة ٤٢٩ من القانون المدني العراقي لا تنطبق على العقد الباطل لأن العقد الباطل عقد لم تتوفر له أركان انعقاده نتيجة عيب أصابه .

أما عن موقف المشرع المصري من سقوط دعوى البطلان فقد أخضع المشرع المصري دعوى البطلان إلى التقادم في نص المادة ٤١١ منه وبين الدكتور السنهوري في معرض شرحه لهذا الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري" وكان المنطق يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد وقد كان هذا رأينا في عهد التقنين القديم ولكن التقنين الجديد ، تماشياً مع محكمة النقض الفرنسية ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم خمس عشرة سنة من وقت العقد . وكان المشرع التمهيدي للتقنين الجديد يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فعكس المشروع النهائي الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً إلى التقنين الجديد ، فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم ، ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ زمن غير محدود على العقد الباطل ، وبقيت دهرًا طويل ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلاً، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم ويستدرك فيقول ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالّت المدة"^(٨٧) وإلى نفس الاتجاه يذهب الدكتور أنور السلطان ويقول أنه"ولا يقصد بهذا النص أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ينقلب صحيحاً بمضي هذه المدة عليه ؛ لأنه كما سبق أن ذكرنا عدم، والعدم لا يمكن إحياءه ، وإنما يقصد به أن الدعوى التي ترفع عند تقرير البطلان هذا العقد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد لا يجوز سماعها لسقوطها بالتقادم ، وقد أصاب المشرع المصري في تقدير هذه القاعدة ؛ لأنه لا محل لانفراد دعوى البطلان دون سائر الدعاوى بصفه الدوام ، بل يجب أن تخضع إلى القاعدة سقوط الدعاوى لمضي المدة القانونية ؛ لأن هذه القاعدة مطلقة لا تستثنى منها إلا دعوى الاستحقاق التي تمحو حق الملكية ؛ لأنه حق مؤبد"^(٨٨) .

(٨٧) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط مصادر الالتزام ج ١ ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ - ٥٧٢ .

(٨٨) الدكتور أنور السلطان ، مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي المرجع السابق ، ص ١٦٤ .

ويرى الباحث أن موقف المشرع العراقي من عدم إيراد نص يحدد فيها المدة التي تمنع سماع دعوى البطلان هو موقف سليم فلو أخذنا ابتداء السبب المعول عليه في إيراد هذا الحكم، وهو تقادم دعوى البطلان في القوانين التي أخذت به ،لوجدنا أنهم يعولون على مبدأ استقرار المعاملات وهو مبدأ مسلم به لكن أما كان الأجدر بالمشرع قصر هذه المدة إلى خمس سنوات على سبيل المثال لكي تستقر المعاملات ولماذا جعل المدة خمس عشرة سنة؟ وهي نفس مدة التقادم المكسب للملكية ولماذا اجعل هناك تشابهاً ما بين التقادم المكسب للملكية ودعوى البطلان إذا ما علمنا أن التقادم المكسب له أوضاعه الخاصة التي يقررها القانون هذه من جهة مبدأ استقرار المعاملات المعول عليها.

أما من جهة حقوق كل من البائع والمشتري في دعوى البطلان فالرجوع إلى المثل الذي أخذ به الدكتور السنهوري وتحليله يمكن أن نرى أي النظامين الأفضل؛ الذي يأخذ تقادم دعوى البطلان أم الذي لا يأخذ به ،فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلاً ، ولم يسلم الأرض إلى المشتري ، ومضى على البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يوقع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن مادامت الأراضي في يده ولم يسلمها إلى المشتري ، فهو ليس بحاجة إلى رفع دعوى البطلان وإذا رفع المشتري على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يرفع دعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة ؛لأن الدفع بالبطلان لا يسقط وحتى إذا سلم الأرض إلى المشتري ، ومضى على البيع فقد نقضت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً ، فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع ، والدفع بالبطلان لا يسقط أبداً كما رأينا. فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأراضي، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان.. على أنه يلاحظ، من الناحية العملية، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان، الذي تعد دعوى شخصية يسيرة الإثبات مضطراً إلى إن يقبل دعوى الاستحقاق، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب أثباتاً^(٨٩).

ففي الفرض الأول من المثل نجد أن البائع قد باع أرضاً بعقد بيع باطل وقد بقيت في حوزته ،ففي هذه الحال يستطيع البائع إذا ما رفع المشتري دعوى مطالباً إياه بالأرض؛ أن يدفع ببطلان عقد البيع ، وهنا نرى أن الواقعة في هذا الفرض لا تثير أية معوقات إذ إن الأرض بيد صاحبها والعقد باطل ، لكن المسألة تزداد تعقيداً في الفرض الثاني من المثل، وهو إذا سلم الأرض إلى

(٨٩) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام ج ١ المرجع السابق، ص ٥٧٣ - ٥٧٤.

المشتري نتيجة عقد باطل وتقدمت المدة ثم أراد البائع أن يرفع دعوى بطلان العقد فهو لم يستطيع رفع هذه الدعوى ولكن يستطيع رفع دعوى الاستحقاق لأنها لا تسقط أبداً بالتقادم. والسؤال هنا لما هذا التعقيد إذا ما علمنا أن دعوى الاستحقاق دعوى صعبة الإثبات لأنها عينية أما دعوى البطلان فهي سهلة الإثبات لأنها من الدعاوى الشخصية التي يسهل الإثبات فيها؟ ثم أن الدكتور السنهوري يقر هذه الحقيقة.

وبعد أن بينا السبب المعول عليه وهو مبدأ استقرار المعاملات والجانب الحقوقي للبائع والمشتري علينا أن نبين نوع الحكم بدعوى البطلان ، فمن المعلوم إن الحكم ببطلان العقد تقررته المحكمة من تلقاء نفسها ، وهو كاشف لا منشئ لمراكز قانونية جديدة ثم إن "أثر الحكم" وخاصة بعد تنفيذ العقد الباطل ينحصر في القاعدة العامة "وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد" وهذه القاعدة لها ما يبررها في هذا المجال فلما خضعت هكذا دعوى إلى التقادم؟ وبعد هذا التحليل يرى الباحث أن موقف المشرع العراقي من عدم إخضاع دعوى البطلان إلى التقادم وهو موقف سليم ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد متى شاء ولا حاجة إلى صاحب المصلحة إذا ما أراد أن يتمسك بالبطلان اللجوء إلى دعوى أخرى قد يصعب عليه إثباتها وبدورنا ندعو المشرع الأردني إلى تعديل نص المادة ١٦٨ من القانون المدني وخاصة في البند الثالث الذي يحكم تقادم دعوى البطلان.

ب_ عدم إجازة العقد الباطل

نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني صراحةً إلى عدم إجازة العقد الباطل فقد جاء ما يأتي "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو كله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الأجازة" وهذا الحكم يقابل نفس الحكم في المادة ١٤١ من القانون المدني العراقي والمادة ٤١ من القانون المدني المصري حيث جاء النص مطابقاً في كلا القانونين^(٩٠) والحقيقة أن هذا الحكم تبرره قواعد وأحكام العقد الباطل فلم يشذ منها أي تقنين مدني ومتفق عليه فقهاً وقضاءً؛ لأن العقد الباطل معدوم ، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجزى .

(٩٠) المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٤١) من القانون المدني المصري حيث جاء ما يلي نصه (إذا كان العقد باطل جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضي بها من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة) .

ومن المعلوم أن الإجازة ترد على العقود الصحيحة وتعرف الإجازة بأنها: عمل قانوني صادر من جانب واحد، فلا حاجة لاقتتران قبول بها، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر. وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة فإن هذا لا يمنع من أن يعاد من جديد وهناك فرق بين الإجازة وانعقاده من جديد. فالإجازة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد وهو المجيز، ولها أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز. أما إبرام العقد من جديد فيقتضي توافق الإرادتين؛ لأنه عقد جديد. ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت العقد الباطل؛ لذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت إبرام العقد الجديد ويكتفي بتوافرها في المجيز وقت الإجازة^(٩١) وكما يوجد فرق بين هذين النظامين يوجد فرق بينهما وبين إقرار العقد. فأقرار العقد عمل قانوني صادر من جانب المقر، وهو من غيره، فيجعل العقد بهذا الإقرار سارياً في حقه، كمالك يبيع ملك الغير لنفسه، وكالموكل يقر عقداً أبرمه الوكيل متجاوزاً فيه حدود الوكالة.

(٩١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام ج ١ المرجع السابق، ص ٥٦٧ .

الفصل الرابع: أثر حكم بطلان العقد بين المتعاقدين والغير

سنبحث في هذا الفصل أثر تقرير بطلان العقد فيما بين المتعاقدين وبيننا في بداية هذه الدراسة أن نظرية البطلان من النظريات البالغة التعقيد حيث تتعدد فيها مناحي الخلاف وأوجه الرأي المتضاربة ولم يسد هذا الاضطراب أبعاد النظرية فقط ، وإنما ساد المنطق القضائي لها أيضا ، فكانت التعبيرات جدًّا مضطربة ، فضلاً عن اضطراب الفكرة القانونية ذاتها في أذهان المحاكم وفي هذه الجزئية من الدراسة يجب أن نميز بين حالة عدم تنفيذ العقد ، وحالة تنفيذه كلياً أو جزئياً وخصص لكل منهما مبحث مستقل.

أولاً: أثر حكم بطلان العقد قبل تنفيذه بين المتعاقدين

الأصل أن العقد الباطل لا ينتج أية آثار قانونية ، سواء أكانت أصيله أم كانت عرضية، ولكن إذا كانت هذه القاعدة فإنه يرد عليها استثناءات تؤدي إلى القول بأن العقد الباطل يمكن أن يرتب أي من هذه الاستثناءات مما يحد من سلامة هذا المبدأ ذاته ، فكل مبدأ قابل للاستثناء ، والاستثناء لا يعني هدم القاعدة ، بل تأكيدها خارج إطار الاستثناء .

والعلة في ترتيب الآثار المباشرة وغير المباشرة هو أن العقد الباطل واقعه مادية حدثت في الواقع الخارجي. وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن واقعة مادية أيضا يمكن أن يرتب عليها القانون آثاراً أصيلة وأخرى ثانوية، وعندئذ تعتبر واقعة قانونية، لأن القانون حفل بها ورتب عليها آثاراً معينة. فالعقد الباطل ولن كان لا يصلح كواقعة قانونية ، إلا أن إبرامه في ذاته وتنفيذه يشكل واقعة قانونية ، قد ترتب جانبا من الآثار الأصيلة الجوهرية المباشرة التي ينشدها الطرفان أو بعض الآثار الفرعية غير مباشرة التي لم تتصرف نيتهما إليها ، ولكن القانون رتب عليها رغم ذلك الآثار الفرعية.

ومن الآثار الأصيلة للعقد الباطل قبل تنفيذه هو انتقاص العقد ومن الآثار العرضية للعقد الباطل قبل تنفيذه هو تحول العقد ونبحث هذا في المطالبين الآتئين .

١- آثار أصلية للعقد الباطل ما بين المتعاقدين

نعرض فيما يلي نظرية إنقاص العقد والموقف التشريعي منها ثم تطبيقات هذه النظرية تشريعياً وقضائياً وذلك في فرعين:

أ_ نظرية انتقاص العقد:

نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الأردني على أنه "١- إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينه فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي.

٢- وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً، توقف في الموقف على الإجازة فإن أجزءه، نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته".

وعلى هذا النحو عالج المشرع المدني العراقي البطلان الجزئي في المادة ١٣٩ منه والقانون المدني المصري في المادة ١٤٣ منه. وهذه النصوص كلها تقرر قاعدة عامة مفادها قصر البطلان على ما تعيب من العقد وعدم مده إلى ما تبقى منه صحيحاً، وهو ما يحدث في حالة بطلان العقد بطلاناً جزئياً فينتاقص منه الشق المعيب، ويستبقى شقه الآخر صحيحاً.^(٩٢)

والمقصود بانتقاص العقد تخليصه من الجزء المعيب للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني المقصود، فالانتقاص يفترض بقاء العقد مع الجزء الباطل حتى تخليصه من الجزء المعيب متى كان قابلاً للانقسام. وإعمالاً لمبدأ (أعمال الكلام خيراً من إهماله)، ومبدأ (ما لا يدرك كله لا يصرح أن يترك كله)، فإنه يتعين إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقد الباطل جزئياً، إذا الحق البطلان بشق من العقد سواء بجانب من شروطه أو التزاماته، وكان العقد قابلاً للقسمة.

أما عن الطبيعة القانونية لنص المادة ١٦٩ من القانون المدني الأردني فالحكم الوارد فيها هو حكم غير آمر، فهو نص تفسيري أو تكميلي، بمعنى أنه يفسر أو يكمل إرادة الطرفين، فإذا نص الطرفان صراحة على عدم جواز انتقاص العقد إذا فقد أحد شروطه أو الالتزامات المترتبة منه، تعين إتباع النص التعاقدية، وتجاهل النص القانوني أما إذا سكت الطرفان عن النص على حكم هذه الحالة، فإنه يفترض ضمناً أن إرادتهما قد اتجهت لإعمال حكم المادة ١٦٩ مدني.

(٩٢) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١٨٧.

ويشترط لانتقاص العقد ما يأتي:

- ١- شرط افتراضي مقتضاه أن يكون هناك تصرف قانوني مركب (عقد).
- ٢- أن يكون هناك عقد قابل للتجزئة والانتقاص.
- ٣- أن يكون هذا العقد في بعض أجزائه باطلاً وفي أجزائه الأخرى صحيحاً.
- ٤- أن يتمسك أحد المتعاقدين بالجزء الصحيح من العقد .

ولابد من الإشارة في هذا المجال إلى القاعدة (تصحيح العقود قدر الإمكان) التي تدفع في نفس الاتجاه الذي تدفع به نظرية انتقاص العقد . حيث إن العقد إذا كان صحيحاً عند النظر في بعضه وباطل عند النظر إلى البعض الآخر فإن العقد لا يبطل في الجميع ، بل يبطل منه ما يكون باطلاً ، ويبقى عقداً مستقلاً صحيحاً بالنسبة لما كان صحيحاً فيه ، فكأنما جاء منذ بدايته عقداً مستقلاً به ، فعقد الهبة إذا ما تضمن شرطاً غير مشروع وكان هذا الشرط ليس هو الدافع إلى الهبة فإن عقد الهبة صحيح والشرط باطل وإذا وقع المشتري في عقد البيع في غلط جوهري بشأن قسم من الأشياء التي احتواها البيع فإن البطلان لا يصيب إلا الشق الذي قام سبب البطلان ويبقى صحيحاً في الباقي إلا إذا تبين أن هذا الشق الباطل عنصر جوهري منظور إليه في العقد بصحة الباقي وبالتالي يبطل العقد كله.^(٩٣)

ب_ تطبيقات نظرية انتقاص العقد

١- التطبيقات التشريعية لنظرية انتقاص العقد:

من النصوص التشريعية التي بينت انتقاص العقد في القانون المدني الأردني وعلى سبيل المثال وليس الحصر نص المادة (١/٦٧٢) حيث جاء فيها أنه: "يجب أن تكون مدة الإجازة معلومة ولا يجوز أن تتجاوز ثلاثين عاماً فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى ثلاثين عاماً" ونفس الحكم في القانون المدني العراقي في نص المادة (١/٧٤٠) أي أن عقد الإيجار إذا عقد لمدة خمسين سنة مثلاً لا يكون باطلاً بل يكون صحيحاً ونافاً بين المؤجر والمستأجر ولمدة ثلاثين سنة فقط وغير ملزم لكليهما فيما زاد على تلك المدة .

(٩٣) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ، الأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، ب ط، بغداد، سنة ١٩٨٠ ، ص ٢٥٥.

وكذلك ما ورد في أحكام إزالة الشبوع في المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت أنه "إذا اتفق الشركاء على البقاء على الشبوع مدة أطول أو مدة غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبرا إلا لمدة خمس سنين"، أي أن الشركاء إذا ما اتفقوا على البقاء على الشبوع لمدة تسع سنوات فإن اتفاقهم لا يكون باطلاً برمته بل يكون صحيحاً وناظراً بحقهم بالنسبة للخمس سنوات فقط التي حددها القانون المدني العراقي ولا مقابل لهذا الحكم في القانون المدني الأردني.

وأيضاً ما ورد في أحكام المادة (١/١٧٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت "إذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة بالمئة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار" ولا مقابل لهذا الحكم في القانون المدني الأردني وكذلك المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي حيث نصت "ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إجازة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، فإذا عقد الإجازة لمدة أطول من ذلك انقضت المدة إلى ثلاث سنوات مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، فالمادة أشارت بشكل صريح إلى انتقاص المدة واعتبرت أن عقد الإيجار ليس باطلاً بل صحيحاً بالنسبة لثلاث سنوات فقط ولا مقابل لهذا الحكم في القانون المدني الأردني .

٢ - التطبيقات القضائية:

موقف القضاء الأردني :

"ذهبت محكمة التمييز الأردنية في القضية المرقمة (٩٠/٨٠) إلى ما يأتي: إذا كان العقد باطلاً في شق منه بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فيبطل الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي".^(٩٤)

موقف القضاء العراقي:

إن في القضاء العراقي كثير من الأحكام التي كرست تطبيق نظرية انتقاص العقد وفي تطبيق شروط هذه النظرية حيث قضت محكمة التمييز إذا كان العقد في شق منه باطلاً وفي الشق الآخر صحيحاً ولا يمكن تجزئتهما فيبطل العقد في الجميع لذا كان على المحكمة إبطال العقد كله...^(٩٥)

(٩٤) مجلة نقابة المحامين _ ١٩٩١ _ ص ١٤٦٢.

(٩٥) قرار محكمة التمييز (٤٤٩) حقوقية /٥٦/ في ١٩٥٦/٣/٢٧ .

٢_ الآثار العرضية للعقد الباطل بين المتعاقدين

نعرض فيما يلي نظرية تحول العقد والموقف التشريعي منها ثم تطبيقات هذه النظرية قضائياً وذلك في فرعين.

أ_ نظرية تحول العقد

نصت المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، وعلى هذا النحو عالج المشرع المدني المصري تحول العقد في المادة ١٤٤ وليس لها مقابل في القانون المدني الأردني.

ونظرية تحول العقد أخذها المشرع العراقي عن المشرع المصري وهو بدوره أخذها عن الفقه الألماني الذي استقرت فيه هذه النظرية منذ القرن التاسع عشر ونص عليها القانون الألماني في المادة ١٤٠ منه^(٩٦) ورغم أن نظرية تحول العقد تحسب إلى الفقه الألماني وأن المشرع المصري قد اقتبس أحكامه منها إلا ، أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد سبقوا الفقهاء الألمان بعدة قرون في الوصول إلى نتائج هذه النظرية وتطبيقها في أحكامهم الشرعية في الكثير من المعاملات والعقود وقد أورد الفقيه الإسلامي ابن رجب الحنبلي بعض القواعد والأحكام التي تنطبق عليها نظرية تحول العقد حيث قال : "إذا أعار واشترط صح وانقلب إلى قرض فيملكه بالقبض ، وإذا قال خذ هذا المال مضاربه والريح كله لك كان قرضاً ، وإذا أجره الأرض بثلث ما يخرج منها كان إيجاره باطلاً وتحول العقد إلى مزارعة".^(٩٧)

ونظرية تحول العقد مضمونها هو أن العقد قد يكون باطلاً لسبب أو لآخر ، ولكنه قد يتضمن رغم بطلانه على عناصر تصرف قانوني آخر صحيح هو غير التصرف الذي قصد إليه العاقدان فيتحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح توافرت عناصره ، ولهذا يكون التصرف

(٩٦) الدكتور أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني المرجع السابق ، ص١٦٩ .

(٩٧) الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، (القواعد في الفقه الإسلامي) راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤوف . طبعة ٢ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية . القاعدة ٣٨ ص١٥٦ ، نقلاً عن الدكتور عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري محمد طه البشير، المرجع السابق، ص٣١٠ .

الباطل قد أنتج أثراً عرضياً لا أصلياً ، قانونياً صحيحاً وملزماً لأطرافه خلاف القاعدة بأن الباطل عدم ولا ينتج سوى العدم.

ويرى الدكتور عبد المجيد الحكيم ومعه آخرون^(٩٨) أن نظرية تحول العقد هي في حقيقتها ومن حيث النتيجة تطبيقاً خاص من تطبيقات تكيف العقد ، حيث إن تكيف العقد واعطاء الوصف القانوني السليم من صميم عمل القاضي ، وأن القاضي في ذلك لا يتقيد بالوصف الذي يحدده المتعاقدان لعقدتهما ؛ لأن التكيف مسألة علمية ومسألة قانون ، فلو سلم أحدهما شيئاً يملكه إلى آخر ينتفع به مدة معينة دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر عارية ولو سماه المتعاقدان إيجاراً ، ويعامل من قبل القاضي على أنه عارية، وإذا نقل الشخص ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل فإن هذا العقد من الناحية القانونية هو هبة ولو أطلق عليه المتعاقدان اسم البيع ويعامل في القانون على أنه هبة تنطبق عليه شروط الهبة. ويرى الباحث صواباً أن هذه النظرية تعد من صميم تطبيقات نظرية تكيف العقد وهما يصبان في نفس الرافد.

أما من الشروط الواجبة لتطبيق نظرية تحول العقد فنجملها بما يأتي:

١- بطلان التصرف الأصلي: بادئ الأمر يجب أن تكون أمام عقد أصلي باطل ، ولو كان العقد صحيحاً لما أمكن أن يتحول إلى عقد آخر حتى لو كان العقد الأصلي الصحيح يتضمن عناصر تصرف آخر كان المتعاقدان يفضلانه على العقد الأول فلو كان هناك عقد هبة صحيح يتضمن عناصر وصية صحيحة ، وتبين أن الواهب والموهوب كانا يفضلان الوصية ، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة ، لأن الهبة صحيحة فلا محل للتحويل ، فإذا ما وهب شخص آخر شيئاً واشترط أن لا يتسلمه إلا بعد وفاته وكانت قيمة الشيء تزيد على ثلث التركة . فهذه الهبة لا تتحول إلى وصية ، ولو كانت تتضمن عناصر الوصية وبالتالي لا تخرج من ثلث التركة ولكن المشكلة تثور هنا إذا امتنع الوارث عن تسليم الشيء الموهوب بحجة أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ولم يحصل القبض في حياة المورث ، لا يوجد نص صريح في القانون المدني العراقي ولا القانون المدني الأردني يعالج هذه المشكلة ولكن الظاهر من استقراء النصوص أن له ذلك وعندئذ تبطل الهبة وتتحول إلى وصية تخرج من ثلث التركة.^(٩٩)

(٩٨)الدكتور عبد المجيد الحكيم ،محمد طه البشير، عبد الباقي البكري،المرجع السابق، ص٢٩٩.

(٩٩) الدكتور عبد المجيد الحكيم مصادر الالتزام المرجع السابق، ص٢٩٠.

كذلك يجب أن يكون العقد الأصلي باطلاً بأكمله على ألا يكون البطلان لعدم المسؤولية ، إذ لا يجوز والحالة هذه تحول العقد الباطل إذا كان المتعاقدان قد أرادا ما ينطوي عليه العقد من عدم المشروعية . ولا يجوز أن تكون الإدارة غير مشروعة الأساس لعقد مشروع.^(١٠٠) أما إذا كان العقد في جزء منه باطلاً وفي جزء آخر منه صحيحاً وكان قابلاً للانقسام والتجزئة فلا يكون هناك محل لتحول العقد بانتقاصه فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح ، أما إذا كان غير قابل للتجزئة والانقسام فإنه يبطل بأكمله وحينئذ يمكن أن يتحول إلى عقد آخر صحيح إذا ما توافرت شروط تحول العقد الأخرى .

٢- أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد صحيح :

فبعد تحقق الشرط الأول ببطلان العقد الأصلي فإن العقد يجب أن يتضمن العناصر اللازمة لتكوين عقد آخر صحيح ، كما في البيع بثمن تافه ، فقد جمع فيه التبرع والأهلية (على فرض وجودها) وهذه هي عناصر الهبة ، أما إذا لم يكن يتضمن العقد الباطل جميع عناصر العقد الآخر فلا يجوز التحول ، فلو اتفق شخص مع شخص آخر على أن يبيعه شيئاً معيناً ، وتبين أن هذا الشيء غير موجود ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على شيء آخر غير الشيء المتفق عليه ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علم بعدم وجود الشيء الأول ، ذلك لأن عناصر البيع غير موجودة جميعها في البيع الأول ، فالشيء المبيع في البيع الثاني غير الشيء المبيع في البيع الأول ويجب أن يتضمن العقد الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الصحيح الذي يتحول إليه ، دون أن يضاف إلى هذا التصرف عنصر جديد فإذا اختلف هذا الشرط لم يجز التحول ، مثال ذلك أن يشتري شخص فصاً على أنه ياقوت فإذا به زجاج ، فالعقد لا يتحول إلى بيع خاتم أو سوار أو غير ذلك ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك وعلما أن الفص ليس بياقوت . ومثال ذلك أيضاً بيع شيء كان قد هلك قبل البيع ، فلا يحل شيء آخر محل المبيع الهالك .

٣- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى تصرف الآخر :

ومعنى هذا الشرط أن المتعاقدين لو علما ببطلان التصرف الأصلي لأرادا التصرف الآخر ، فإنرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلي ولرادتهما المحتملة أو الغاية التي قصد إليها انصرفت إلى تصرف الآخر ، فهناك غاية اقتصادية أو عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه فإن هناك طريقاً قانونياً صحيحاً يؤدي إلى الغاية نفسها ،

(١٠٠) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد المرجع السابق، ص ٦٢٥ .

فإن المتعاقدين يؤديان هذا الطريق إذا ما علما بطلان الطريق الذي سلكاه ابتداءً، فالعبرة بالغاية الاقتصادية لا بالوسيلة القانونية، فالتحول يقوم على إرادة مفروضة لا على إرادة حقيقية، ويستطيع القاضي الكشف عن هذه الإرادة المفروضة واستخلاصها بالقرائن القضائية، فيمكن أن يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره، أو من استمرار تنفيذهما العقد الأصلي أن نيتهما المحتملة قد انصرفت إلى التحول حتى لو نازع أحدهما، في ذلك من بعد، حيث يستخلص القاضي من التصرف الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر التصرف الصحيح الذي انصرفت الإرادة المحتملة للمتعاقدين إليه، ويقيم هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ويحصل منه أثر عرضي له ويتساءل القاضي إذا ما أراد أن يطبق نظرية تحول العقد لو كان المتعاقدان وقت إبرام العقد الأصلي قد علما ببطلانه، فهل يوافقان على العقد الآخر فإذا كان هذا محتملاً تحول العقد ولا باطل، وبغض النظر عن إحالة الخصوم أثناء المرافعة إذ إن أحد الخصمين قد يتمسك بتحويل العقد والآخر سينفصل عنها ويطلب إبطال العقد دون تحوله ولا لما كانت هناك خصومة ولما وقعت الدعوى أمام القضاء، فعلى القاضي البحث في النية المحتملة أو الإرادة المحتملة وقت إنشاء العقد الباطل ويتوصل إلى ذلك عن طريق القرائن والظروف المحيطة بالعقد وطريق تنفيذه من قبل المتعاقدين قبل رفع الدعوى، ويلاحظ أن انتقال العقد يرمي إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، أما تحول العقد فليس مجرد تفسير للإرادة بل هو عمل تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقداً جديداً تقيمه لهما، وذلك بناء على نيتهما المحتملة.

ب_ تطبيقات نظرية تحول العقد

أولاً: تطبيقات فقهية

- 1- شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل شخصاً آخر وارثاً له، مثل هذا العقد الباطل لأن الشريعة الإسلامية لا تجوز عقد إقامة الوارث، ولكن يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها^(١٠١).
- 2- عقد بيع يكون الثمن فيه تافها سواء أكان مكتوباً في ورقة عرفية أو رسمية، فالبيع باطل لنفاه الثمن ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة فيه الإيجاب والقبول وفيه التبرع، لذلك تحول البيع الباطل إلى هبة صحيحة^(١٠٢).

(١٠١) الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

٣- السند الرسمي الذي يفقد صفته الرسمية لعدم اختصاص الموظف العام بتوثيقه فإنه يكون باطلاً كسند رسمي وصحيح كسند عادي^(١٠٣).

ثانياً: تطبيقات قانونية .

١- نصت المادة ١٢٦٦ من القانون المدني العراقي فقرة (٢) "وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري".

وهذا حكم واضح مفاده يجب تسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري إذ أخضعه المشرع إلى الشكلية فإذا لم يسجل تحول إلى عقد إيجار من نوع خاص ولا مقابل لهذا الحكم في القانون المدني الأردني .

٢- نصت المادة ٥٤٥ من القانون المدني الأردني ما يأتي: "١- بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخل فيها المبيع ذاته ٢- أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع مالم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلث قيمة البيع ولا كان للورثة فسخ البيع" ونفس الحكم في القانون المدني العراقي المادة ١١٠٩ ونفس الحكم في القانون المدني المصري المادة ٤٧٧. إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو غير الوارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثلثين. تتجاوز ثلث التركة داخل فيها المبيع ذاته .

أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما جاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين .

والنص سالف الذكر مستوحى من الشريعة الإسلامية وحكمه أنه إذا كان هذا التصرف فيه محاباة للمشتري أو غير الوارث فإنه ينفذ إذا كانت هذه المحاباة في حدود ثلث ، أي في حدود الوصية ؛ لأن هذا التصرف يكون متضمناً في حقيقته لوصية مستترة ، فإذا زادت المحاباة على الثلث فإن التصرف يفقد شرط صحته ، حتى يجيزه الورثة فإذا تحول البيع إلى وصية فإنها تنفذ في حدود الثلث أما إذا تجاوزت ذلك فإنها تتوقف على إجازة الورثة وهكذا تحول البيع في مرض الموت إلى وصية .

٣- نصت المادة ٨٤٠ من القانون المدني الأردني "تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله الوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل". ونفس

(١٠٢) نفس المرجع، ص ٢٨٩.

(١٠٣) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق ، ص ٢٨٩.

الحكم في القانون المدني العراقي في نص المادة ٩٢٣ ونفس الحكم في القانون المدني المصري المادة ٧٠٣.

الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخبار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان ليرفض هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة. فالوكيل قد يتعدى حدود الوكالة بإبرام التصرف أو القيام بأعمال قانونية لا يجوز له أن يجريها لخروجه عن حدود الوكالة، ولكن بالنظر إلى أنها أعمال نافعة كان الموكل سيوافق حتماً، فإن الوكيل يعتبر - بالنسبة لهذه الأعمال - بمثابة الفضولي وتطبق عليه في هذا الصدد قواعد الفضالة. وإذا كانت هذه الأعمال ترتب آثارها القانونية فليس مرد ذلك إلى عقد الوكالة لأنها خارج هذه الحدود، وبالتالي فالوكيل ليس بنائب عن الموكل في شأنها، ولا صفة له في مباشرتها، فلا ترتب آثارها في نمة الموكل لانعدام السند القانوني بالنسبة لها تتحول الوكالة فضالة إذا توافرت عناصر الفضالة وكانت النية يمكن أن تتجه إليها.

ثالثاً: تطبيقات قضائية .

في البدء نقول إن القرارات القضائية حول تحول العقد تعتبر من النوادر، ففي الأردن لا يوجد أي قرار لأن المشرع الأردني لم يأخذ بأحكام هذه النظرية وفي العراق رغم أن المشرع المدني العراقي قد أخذ بأحكام هذه النظرية لكن لم نعرض إية قضية من هذا النوع، والحق يقال إن القضاء المصري حافل بقرارات عديدة تطبيقاً لنظرية تحول العقد.

١- عقد التحكيم لا يتحول إلى عقد آخر لعدم اشتماله على عناصر العقد الجديد،" تشترط المادة ١٤٤ من القانون المدني لتحويل العقد الباطل إلى عقد آخر؛ بأن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بعد العقد الأصلي من أسباب البطلان وإذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن يكون فيه الطرفين قد انصرفت إلى الارتباط به، فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من الأسباب البطلان لا يمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين؛ لأن المحتكمين لم يقبلوا بموجب عقد التحكيم إلا الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم فإذا لم يصدر هذا الحكم تحلاً من مشاركة التحكيم".(١٠٤)

(١٠٤) نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ المكتب الفني لسنة رقم ٢١٦ ص ١٤٢ .

٢- تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح يعني أن العقد الباطل أنتج أثراً قانونياً لاعتباره واقعة قانونية لها وجود مادي: "إذا صيغ عقد الرهن في صيغة عقد بيع وقائي فالعقد الباطل سواء بصيغة البيع أو رهن عمل بصريح نص المادة ٣٣٩ مدني (قديم) المعدلة بالقانون رقم ٤٩ سنة ١٩٢٣. وهذا البطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام ولذلك لا ينتج العقد أي أثر قانوني . ومع ذلك فهو كواقعة قانونية لها وجود مادي قد ينتج بعض الآثار العرضية التي تقضيها ضرورة استقرار المعاملات إذن العقد الباطل يتضمن عناصر عقد آخر ، فيتحول العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح ومن ثم ينتج العقد الباطل أثراً قانونياً". (١٠٥)

ثانياً: أثر حكم بطلان العقد بعد تنفيذه بين المتعاقدين والغير

إذا نفذ العقد كله أو بعضه قبل القضاء ببطلانه ، فإن المنطق يقضي بعد البطلان أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإن استحالة ذلك جاز الحكم بالتعويض للموازنة بين المراكز القانونية والاقتصادية للطرفين .

وهناك من العقود ما يستحيل معها العودة إلى الماضي مثل العقد الزمني، فهذا العقد يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يكون هو المقياس، كتأجير عين لمدة زمنية معينة، هي المدة المحددة لسريانه.

وفي العقد الزمني ما انقضى منه لا يمكن أن يعود، فتنفيذ عقد الإيجار لمدة معينة لا يمكن مع بطلان العقد إعادة الحال إلى ما كانت عليه. لانقضاء المدة الزمنية المنفذ فيها العقد. بخلاف العقد الفوري كعقد البيع فالزمن لا يعد عنصراً جوهرياً فيه ، يقاس به العقد ، ومن ثم إذا حكم بالبطلان وإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، بأن يعيد المشتري العين المباعة إلى البائع ، ويرد البائع الثمن إلى المشتري .

وعلى ضوء ما تقدم إذا نفذ العقد قبل الحكم ببطلانه فإنه يتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، هذا هو الأصل وإذا تعذر ذلك جاز الحكم بالتعويض وسنبحث هذا في مطلبين .

(١٠٥) نقض ١٩٦٨/١/٢ المكتب الفني لسنة رقم ٦١٦ ص ١٤٥ .

١_ القاعدة العامة

نعرض فيما يلي النص القانوني للقاعدة العامة. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وتطبيقات القضايا لها في الفرع الأول ثم نبث المسائل التي تندرج ضمن موضوع استحالة إعادة المتعاقدين إلى حالتها قبل العقد في فرع ثانٍ.

أ_ إعادة المتعاقدين إلى حاله التي كانا عليها قبل العقد

نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى منها على حكم العقد الباطل بأن "العقد الباطل مالم يشترط مشروعاً بأصله ووصفه بان اختله ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لأنعقاده ولا يرتب عليه أي أثر لا ترد عليه الأجازة" أما المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي نصت على حكم مخالف وبينت أن "١- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً.

٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل ٣- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهلية أن يرد غير ما عاد عليه من نفع بسبب تنفيذ العقود "وعلى هذا النحو عالج المشرع المدني المصري أثر تقرير بطلان العقد في نص المادة ١٤٨ ويتفق هذا الحكم مع جاء في القانون المدني المصري .

إن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، هي القاعدة الأساسية التي تترتب على بطلان العقد، وهي الأصل في تحديد وبيان المراكز القانونية للمتعاقدين، إذا ما تقرر بطلان عقدهما والمشكلة تنور عندما يكون أحد المتعاقدين أو كليهما باشر في تنفيذ العقد، وقد يكون أحدهما أو كليهما قد أتم تنفيذ ما على عاتقه فعلاً من التزام بموجب العقد قبل أن يتقرر بطلانه فلو كان العقد الباطل بيعاً يلزم البائع برد الثمن إلى المشتري ويلزم المشتري برد المبيع إلى البائع ، وإذا كان العقد الباطل إيجاراً يلزم المستأجر برد المأجور إلى المؤجر ويلزم المؤجر برد الإيجار إلى المستأجر، وإذا امتنع أحد المتعاقدين أو كلاهما في إمكانه الطلب إلى القضاء بإصدار حكم يلزم الممتنع بذلك وتستند المحكمة في حكمها على أساس "ما دفع دون حق" طالما اعتبرت أن التسليم قد تم بموجب عقد باطل .

وفي قرار صدر من محكمة التمييز العراقية والذي ورد فيه " أن دعوى المدعي تضمنت مطالبة المدعي عليه بمبلغ قدره ثلاثة آلاف وستمئة دولار أمريكي وحيث إن التحقيقات التي أجرتها المحكمة ولما اثار به وكيل المدعي في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٨/٩/٧ من أن المبلغ المطالب به بدل سيارة بيعت بموجب عقد بيع خارجي . ولما كان عقد بيع السيارة من العقود الشكلية التي تستوجب تسجيل عقد البيع في دائرة المرور المختصة استنادا إلى أحكام القسم الخامس الفقرة (١) من قانون إدارة المرور الصادر بموجب أمر سلطة الإلتلاف المؤقتة رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ وبذلك يكون العقد باطلاً. وحيث إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً عملاً بحكم المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي إلا أن ذلك لا يمنع من إعادة الحال بين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بأحكام الفقرة (٢) من المادة ١٣٨؛ لذا لا تكون لدعوى المدعي سند من القانون، حيث بإمكانه إقامة دعوى للمطالبة بإعادة السيارة إن كان لذلك مقتضى قانوني (١٠٦).

وكذلك في قرار آخر لمحكمة التمييز العراقية والذي وردت فيه (.... أن دعوى المدعي تضمنت طلب إلزام المدعي عليه بتسليم السيارة....المباعة له بموجب عقد البيع المؤرخ ٢٠٠٧/٥/١٢ وتحمله قيمة الأضرار التي لحقت بالسيارة جراء استخدامها طيلة المدة الماضية وأن المحكمة أصدرت حكمها المميز بإعادة السيارة إلى المدعي قررت رد الطلب بخصوص قيمة الأضرار التي لحقت بالسيارة جراء استخدامها دون أن تتحقق من عائديه السيارة فإذا كانت السيارة مسجلة في دائرة المرور باسم المدعي فيكون له الحق بإعادتها كون العقد المتفق عليه الطرفين عقداً باطلاً وحيث إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً (م١٣٨) من القانون المدني إلا أن ذلك لا يمنع من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيستعيد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن أما إذا ظهر أن السيارة المسجلة باسم شخص غير المدعي فيتعين على المحكمة إدخال المالك المسجلة باسمه السيارة شخصاً ثالثاً استناداً إلى أحكام المادة ٦٩ من قانون المرافعات المدنية والسؤال منه فيما إذا كان موافقاً على تسليم السيارة إلى المدعي من عدمه وفي حالة موافقته تقرر المحكمة تسليم السيارة للمدعي على أن تحتفظ المحكمة للمدعي بالمطالبة بالتعويض على الضرر الحاصل في السيارة بدعوى مستقلة إن كان لذلك مقتضى قانوني (١٠٧) .

لا بد أن نتوقف قليلاً فيما قضى به القرار التمييزي ، حيث نلاحظ ان المدعي قد قام دعواه للمطالبة بتسليمه السيارة التي باعها إلى المدعي عليه بعقد خارجي وأن المدعي عليه ليس بمالك

(١٠٦) قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد ١١٣/الهيئة مدنية منقول / ٢٠ / في ٢٠٠٩/١/٢٨ .

(١٠٧) قرار محكمة التمييز بالعدد ١١١٥/الهيئة مدنية منقول ٢٠٠١ في ٢٠٠٩/١/٢٩ .

السيارة المسجلة في دائرة المرور لدى اطلاقنا على تفاصيل الدعوى تبين أن المدعي هو أيضا مشتري السيارة موضوع الدعوى بعقد خارجي ، ورغم أن هذا المدعي بشرائه للسيارة بعقد خارجي وبيعها بعد ذلك بعقد خارجي إلى المدعي عليه ورغم أن كلا العقدين باطلان، لتخلف الشكلية إلا إن محكمة التمييز اعتبرت أن من حق المدعي طلب تسليم السيارة إليه إذا كان المالك موافقاً على ذلك ، ومن المسلم به أن موافقة المالك لا تصحح عقد البيع الخارجي المنعقد بين المالك والمدعي ، ولكن محكمة التمييز ذهبت إلى ذلك على أساس الإباحة في التصرف والانتفاع وحيازته السيارة من قبل المالك المدعي ، ولهذا فإن إدخال المالك شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منه عما إذا كان يبيح للمدعي بالانتفاع وحيازة السيارة موضوع الدعوى من عدمه لا للاستفسار منه عن صحة عقد البيع بينه وبين المدعي ؛ لأن القول بذلك ، والاعتماد على إقرار المالك ببيع سيارته إلى المدعي وتسليم السيارة إلى المدعي على هذا الأساس سيجعل المحكمة تقع في التناقض من حيث إنها لم تستند على عقد شراء المدعي عليه؛ لأنه باطل في حين استندت على عقد شراء المدعي من المالك رغم بطلانه لنفس السبب وهو انتفاء الشكلية المطلوبة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحكمة تكون قد خالفت قواعد البطلان التي هي من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها ولن اتفق المتخصصون على ذلك ؛ لذا فليس من مبرر لإدخال المالك شخصاً ثالثاً في الدعوى إلا لغرض الوقوف على طلب المالك الأصلي للسيارة وبيان أي من طرفي الدعوى يبيح المالك له الانتفاع بالسيارة وحيازتها ، وقد ينكر إباحته لأي منهما ويطلب تسليم السيارة إليه وتحكم المحكمة له بذلك، إذا ما دخل بدعوى شخص ثالث طالب الحكم لنفسه وقررت المحكمة قبوله، ودفع الرسم المقتضي لذلك، إذا هو المالك الرسمي للسيارة ، وإن المالك يتتبع ما سلمه بموجب العقد الباطل في أي يد يكون حتى وأن تصرف به المستلم الأول بالبيع إلى الشخص الثاني وثالث وأكثر ، لأن حق التتبع هو من مزايا حق الملكية وهو الذي يحمي حق الملكية^(١٠٨) إلا إذا اصطدم حقه بالقاعدة المعروفة بالحيازة في المنقول سند ملكية وهذا ما نصت عليه المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي حيث جاء أنه "١- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد .

٢- والحيازة في ذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

(١٠٨)الدكتور صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق الاصلية، شركة الطبع، والنشر الأهلية، سنة ١٩٦٠ ص٤٢٥.

ويرى الباحث أن هذه المادة وإن وردت في القانون المدني - وأن أحكام القانون المدني هي أحكام موضوعية. إلا إن تلك القاعدة هي للإثبات في شق منها ، وحكم موضوعي بالشق الآخر، حيث إن تطبيق هذه القاعدة هو لبيان على عاتق من يقع عبء الإثبات ، فحيازة الشيء قرينة على ملكيتها لكنها قرينة قابلة للإثبات العكس، ما لم يثبت الخصم ملكيته للمال، فإن الحائز يعتبر مالكا ، ولكن متى ما اثبت الخصم ملكيته فان القاعدة تفقد قوتها وفائدتها بالنسبة للحائز ، ولن تسعفه الحيازة مجدداً في إثبات ملكيته بل عليه أن يقيم الدليل على ملكيته .

ب_ استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد

قد بينا سابقاً أن تطبيق قاعدة إعادة المتعاقدين إلى حالتها قبل العقد تكون أكثر صعوبة في حالة أن المتعاقدين قد نفذوا التزامهما واستعملا الشيء محل العقد ، وقد تنور عندئذ مسائل يجب أن نتوقف عندها لبيان أحكامها وهي منافع المقبوض في العقد الباطل، وحكم هلاك المقبوض في عقد باطل، وحكم الزيادة المتصلة والمنفصلة في المقبوض بالعقد الباطل بعد قبضه وقبل رده ، وهي أيضاً مسائل تدرج ضمن موضوع استحالة إعادة المتعاقدين إلى حالتها قبل العقد بهلاك الشيء لذا ولأهمية تلك المسائل سنبينها تباعاً:-

١- حكم منافع المقبوض في العقد الباطل :

إذا كان العقد الباطل من العقود المستمرة التنفيذ (الزمنية) كعقد الإيجار ، وكان المستأجر قد استلم المأجور وقت إبرام العقد وانتفع به مدة معينة قبل تقرير بطلان العقد ، فلا يلتفت في تقرير التعويض الذي يجب على المستأجر دفعه إلى المؤجر إلى مقدار الأجرة المسماة في العقد بل يصار في تقدير أجر المثل^(١٠٩) الذي تتوصل إليه المحكمة من خلال الخبراء أو من خلال اتفاق الخصمين على تعويض معين . وإذا كان المؤجر قد استلم بدل الإيجار سلفاً فعليه إعادته إلى المستأجر ويمكن إجراء المقاصة بين التعويض الذي يطالب به المؤجر عن الفترة التي انتفع بها المستأجر بالمأجور ، وبين بدل الإيجار الذي قد يطالب به المستأجر في نفس دعوى مطالبة المؤجر بالتعويض أو بدعوى مستقلة ؛ لهذا فإن المنفعة التي استوفاهما أحد المتعاقدين جراء العقد الباطل يجب أن يعوض كل منها العاقد الآخر. وكذلك إذا بطل عقد التأمين لخطأ من جانب المؤمن، فلا ترد شركة التأمين الأقساط التي استلمتها عن المدة السابقة على تقرير البطلان فقد تحملت التبعة فعلاً طول مدة عقد التأمين قبل إبطاله.^(١١٠)

(١٠٩) الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، الناشر مكتبة القانون المقارن ، ط٣، ب.ت ، بغداد، سنة ١٩٦٩، ص ٢٥٥.

(١١٠) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، الجزء الثاني ، هامش ٣ ص ٦٥٣.

٢_ حكم هلاك المقبوض بالعقد الباطل :

في هذه الحالة من المستحيل تطبيق قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد لاستحالة الاسترداد بسبب هلاك الشيء الواجب إعادته إلى مالكه. فمن المسلم به أن الشيء محل العقد إذا هلك في يد صاحبه قبل تسليمه فهو الذي يتحمل متابعة الهلاك، في حين أجازت المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية الحكم بتعويض معادل.

ومقتضى الحكم في هذه الحالة يجعلنا نبحث عن الأساس القانوني الذي يبيح للبائع أن يطالب باسترداد الشيء المبيع حيث نجد أن البائع يرجع على المشتري طبقاً لأحكام المدفوع دون حق^(١١١). فإذا كان من تسلّم الشيء سيء النية أي يعلم ببطلان العقد فإنه يكون ضامناً إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه والضمان مقتضاه أن يرد المتسلم قيمة المبيع وقت الهلاك ولا يعفى من هذه المسؤولية إلا إذا استطاع إثبات أن الشيء كان يهلك ولو كان في يد البائع، أما إذا كان مستلم الشيء حسن النية أي يعتقد أنه استلم ما هو مستحق له فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد العين الهالكة بحالتها التي عليها بعد الهلاك دون أن يكون له الحق في تعويض آخر،^(١١٢) وعلى أن ألا يكون الهالك بطلاً مستلم الشيء إذا كان كذلك فعليه تعويض المسلم لقيمة الشيء وقت هلاكه^(١١٣).

أما حيازة المشتري وأثرها على الهالك فهنا يجب التمييز بين يد المشتري هل يد أمانة أو يد ضمان^(١١٤) وتكون يد الحائز (المشتري) يد ضمان إذا كان يعلم أن العقد باطل ، أما إذا كان لا يعلم ذلك، فلا تكون يده يد أمانة ويتحمل المالك تبعه الهالك شريطه أن يكون الهالك دون تعداً أو تقصير منه . وهذا هو الحكم الذي أخذ به المشرع العراقي في المادة (٤٢٦) من القانون المدني حيث جاء فيه "إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبة بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعداً أو تقصير ، فإن كانت يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ولن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه " أما نص المادة (٤٢٧) تبين "١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل اعتباره نائباً عن المالك ٢_ وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه". علماً أن مجلة الأحكام العدلية وفي المادة (٣٧٠) نصت أن "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً ، فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه".

(١١١) انظر المواد (٢٣٣ و ٢٣٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(١١٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق العقد هامش ٤ ص ٥٨٨.

(١١٣) الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني المرجع السابق ، ص ٢٨٠.

(١١٤) ابن همام فتح القدير، الجزء الخامس ص ٣١٣.

٣- حكم الزيادة المتصلة والمنفصلة في المقبوض بعد قبضه وقبل رده:

إن المقبوض في العقد الباطل قد تتغير حالته بعد قبضه وقد تصيبه زيادة تحسن أو تجعل قيمته أكثر مما كانت عليه عند قبضه ، وهذه الزيادة تكون بصور متعددة كمن يشتري سيارة بعقد بيع خارجي و يقوم بصباغتها، أو كمن يشتري جهاز تكييف بعقد باطل و يقوم بتصليحه، أو كمن يشتري بستاناً بعقد باطل و يقوم بزرقه، أو غير ذلك من الصور، أو الفروض التي تقع في حياتنا.

والسؤال هنا ما الحكم لهذه الزيادة المتصلة أو المنفصلة في المقبوض ؟

والإجابة على هذا التساؤل هو بالرجوع إلى القواعد العامة التي تقتضي بالبحث أولاً في النية من حيث سويتها و حسنها، وهذه النية تتعلق بالعلم بالعيب اللاحق بالعقد من عدمه،^(١١٥) حيث إن القانون المدني الأردني نص وبصراحة تامة على أن حائز حسن النية يملك ما قبضه من الزوائد حيث المادة ١١٩١ بينت "يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته". وأحكام هذه المادة تقابل أحكام المادة ١١٦٥ من القانون المدني العراقي في حين الحائز سيئ النية مسؤول من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها. وكذلك الذي قصر في قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار وقد بينت المادة ١١٩٢ من القانون المدني الأردني هذه الأحكام حيث جاء "١- يكون الحائز سيئ النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي يقبضها، والتي قصر في قبضها من وقت أن يصبح سيئ النية. ٢- ويجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار". وأحكام هذه المادة تقابل أحكام المادة ١١٦٦ من القانون المدني العراقي. وعلى المالك الذي رد إليه ماله أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية وهي المصروفات التي يضطر الشخص إلى إنفاقها، لتحفظ العين من الهلاك، أما المصروفات النافعة كالبناء والغراس فإذا كان من صرفها سيئ النية ، كان عليه قلعها وللعاقد الآخر إذا كان القلع مضرًا به أن يمتلكها بقيمتها مستحقة القلع ، في حين إذا كان من صرفها حسن النية فإنه يأخذ قيمتها قائمة.

(١١٥) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٦٢٥.

٢ _ الاستثناءات من القاعدة العامة

إن منطلق البطلان يقضي في العقد الباطل - بغض النظر عن سبب البطلان - بإعادة كل شيء على ما كان عليه قبل العقد ، ولكن هذا المنطق الذي أفرز قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد لا يكون مقبولاً في فروض معينة، وتكون فيها هذه القاعدة غير مقبولة منطقياً، وسنبحث هذه الفروض في ثلاثة أفرع .

أ _ ناقص الأهلية

نصت المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي في الفقرة ثالثاً على أنه: "٣- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد". ويقابل هذا نص المادة ١٤٢ الفقرة الثانية من القانون المدني المصري، ولا مقابل لهذا الحكم في القانون المدني الأردني.

وحكم هذه الفقرة مفاده، إذا كان البطلان قد تقرر بسبب نقص الأهلية - سواء أ كان لنقص أو لحجز- كان لناقص الأهلية أن يسترد ما دفعه إلى المتعاقد الآخر، وفق القواعد العامة للبطلان ، أما هذا المتعاقد الآخر فلا يحق له استرداد ما دفعه ناقص الأهلية إلا بالقدر الذي استفادة ناقص الأهلية ، وتطبق حينئذ قواعد الإثراء بلا سبب^(١١٦) ، في حين أن ناقص الأهلية عندما يرجع بما دفعه إلى المتعاقد الآخر إنما يكون رجوعه وفق قواعد المدفوع دون حق، وأن المشرع قدر على القاصر بهذا الحكم ، وهو استثناء على القواعد العامة، وكذلك فإن إثبات ما استفادة ناقص الأهلية يقع على عاتق من تعاقد معه، ولا يكلف ناقص الأهلية أنه لم يستفد مما أخذه (لأن ذلك مفترض). والفائدة هنا تكون في حالة إنفاق ناقص الأهلية حين أخذه لهذا الشيء إنفاقاً مفيداً طبقاً لمعيار الرجل الحريص، فإذا كان الإنفاق لتسديد دين أو ترميم عقار أو شراء شيء مفيد فإن كل ذلك يعتبر مفيداً وعلى العكس لا يعتبر مفيداً إن ناقص الأهلية يرد ما أخذه في المقامرة أو لهو أو شراء أشياء غير مفيدة أو ضارة: كالمخدرات والمشروبات الكحولية وقد كرر المشرع العراقي هذا الحكم في المادة ٢٣٤ حيث جاء فيها أنه "١- إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون إلا برد ما كسب حتى ولو كان سيئ النية ٢- وكذلك إذا أبطل عقد ناقص الأهلية؛ فلا يرد إلا ما كسب بسبب تنفيذ العقد" . وإن المشرع أورد هذه المادة في معرض بيانه؛ لأحكام المدفوع له دون حق ، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني

(١١٦) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، نظرية العقد المرجع السابق ، ص ٤٩٤.

حتى في أحكام المدفوع له دون حق، وهذا إن دل على شيء فيدل على أنه هناك نقصاً تشريعياً في المواد التي تحكم موضوع البطلان، مما ينبغي أن يكون هناك تدخل تشريعي؛ لتدارك هذا النقص وهذا ما سنبينه في التوصيات التي يخرج بها الباحث، ومن الضروري الإشارة إلى أنه: إذا كان كلا المتعاقدين ناقص الأهلية وأبطل العقد بسبب نقص أهليتهما. فليس من حل يوافق القانون سوى أن يرد كل منهما إلى الآخر ما إستفاده.^(١١٧)

ب_ البطلان لعدم المشروعية

وهذا الاستثناء اقتضته القواعد العامة، فلا يجوز للشخص أن يطالب باسترداد ما أداه إذا كان البطلان لعدم المشروعية راجعاً إليه، وأن أسباب بطلان العقد هي كثيرة، من بينها بطلانه لعدم المشروعية لمخالفته للنظام العام أو الآداب و مقتضى القواعد العامة للبطلان هو زوال كل أثر للعقد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد، فإذا ما سلم أحد المتعاقدين إلى الآخر شيئاً تنفيذاً لهذا العقد الباطل، جاز استرداده، إلا أن الأمر لا يكون كذلك في حال البطلان بسبب المشروعية، لا تطبق القواعد العامة للبطلان و منشأ ذلك هو قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بالنتيجة التي تقضي بها القواعد العامة في البطلان، وكان الفقيه الروماني بوالص يميز في هذه الحالة بين ثلاث فرضيات :

أولاً: عدم المشروعية راجعاً إلى الطرف الذي سلم الشيء:

يمكن إيضاح هذه الحالة من خلال المثل الآتي لأن نسوق المثل الآتي، وهو أن يقوم شخص بإعطاء المال والهدايا لفتاة شابة تحبه كي يقنعها بالتقاط صور غير محتشمة لها، وأبهامها أن هذه الصور له فقط في حين أنه يبيعهها للجمهور أو يضعها على شبكة الإنترنت مقابل مبالغ يأخذها من المشتركين. ففي هذه الحالة لا يجوز لهذا الشخص طلب الاسترداد لأن القصد السيئ من جانبه فقط ولا يمكن أن يحميه القانون ويعيد له ماله.

ثانياً: - عدم المشروعية راجعاً إلى الطرف الذي يتسلم الشيء: فالشخص الذي قام بالتسليم له أن يطلب استرداد ما دفعه بسبب بطلان العقد ولأنه لم يكن بجانبه إثم، ومن الأمثلة على ذلك، من يعطي مبلغاً من المال إلى شخص لقاء أن يمتنع هذا الشخص عن القيام بالسرقة أو أية جريمة أخرى، وكذلك الموظف الذي يمتنع عن رواج معاملة أصولية ومستوفية ويبتز المراجع بعدم إكمال المعاملة إلا مقابل مبلغ من المال، الشخص الذي يدفع فدية لغرض تحرير مخطوف من خاطفيه، فكل هذه الأمثلة يكون الدافع حسن النية فلم يكن من وراء دفعه قصد سيئ، أو عمل

(١١٧) نفس المرجع، ص ٦٦٠.

غير مشروع أو مخالف للنظام العام وللآداب ، وعلى العكس من ذلك فإن من تسلم الشيء قد توافر لديه القصد السيئ وعدم المشروعية ، وهذا الاسترداد هنا يحميه القانون لأن الدافع لم يكن أثمًا .

ثالثاً:- حاله عدم المشروعية راجعة إلى كلا الطرفين :

وفي الحالة التي يكون فيها القصد السيئ لدى كل من طرفي العقد، فإن كليهما يكون أثمًا، فلا يجوز الاسترداد في هذه الحالة؛ لأن ذلك من شأنه المساعدة على الإثم، واستفادة الطرفين من عدم إفادة المشروعية ومن الأمثلة على ذلك، الموظف الذي يأخذ رشوة لترويج معاملة غير أصولية، وكذلك المجرم الذي يدفع مبلغاً من المال لمن فاجأه متلبس بالجريمة كي لا يبلغ عنه، أو دفع مالا إلى مجرم كي يتهيه لارتكاب جريمة لحساب الدافع ففي هذه الحالات، لا يجوز استرداد ما دفع، ولا يجوز المطالبة بما لم يدفع لقاء هذا العقد غير المشروع .

ولكن الحكم بعدم الاسترداد غير منصف ومرفوض؛ لأنه يعني أن الموظف الذي قبض الرشوة سيحتفظ بها وبالتالي سيستفيد من عمله غير المشروع، ومن ناحية أخرى استردادها من الراشي سيشجعه لذا المسألة محل خلاف حيث يرى السنهوري جواز الاسترداد في كل الأحوال و هو "محل نظر" ويضرب مثال على ذلك الشخص الذي اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال أعطاها إياه ، وبعد إتيانه هذا العمل يريد استرداد هذا المال، في مثل هذه الحالة لا تردد في إنكار الاسترداد عليه، ونستبقي المرأة بالمال، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهي قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذي أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع^(١١٨) ويخالف السنهوري مرقس وبين أنه إذا كان أستاذنا الكبير لا يتردد في إنكار الاسترداد على الرجل، في مثل هذه الحالة، فإنني أتردد كثيراً في إقرار احتفاظ المرأة بما قبضت، وذلك لأنها لا تستحقه، لا بمقتضى العقد فهو باطل ولا طبقاً لأحكام الفعل الضار لعدم حصول أي ضرر لها، وإذا افترضنا جدلاً إمكان اعتبار ما تم بينهما ضرراً لها، فإن ذلك لا يكفي لمساءلة الرجل عن هذا الضرر بل يلتزم أن يكون قد تسبب هو فيه بخطأ منه، ولأن المفروض أن الاتصال بينهما قد تم برضاها، فإن هذا الرضا قد يترتب عليه رفع وصف الخطأ عن فعل الرجل كأن يلزم هذا التعويض. وإذا قيل أنه في أكثر الأحوال لا يترتب على رضا المرأة هذا الأثر؛ لأن رضاها غير مشروع، وبالتالي لا مباح له أصلاً، ولا يجوز للرجل أن يعول عليه في استباحه ما هو غير أصل أن تعتبر المرأة أيضاً مخطئة في هذا الرضا، وتطبق حكم الخطأ المشترك عليها، بل يمكن القول إن خطأها هذا أوجد خطأ، الرجل إذ المفروض انه لولا رضاها ما أقدم الرجل، واذن فلا

(١١٨) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط جزء الأول ، المرجع السابق ، بند ٢٣٨ ص ٧١٦ .

مسئولية على الأخير ولا حق للمرأة في التعويض وإذا كنا ننكر على المرأة أن تحتفظ بما قبضت، فليس معنى ذلك أننا نرى أن يباح للرجل أن يسترد ما دفع، بل إننا نأبى عليه ذلك، ونرى أن ما كان ينبغي للمشرع أن يطرح القاعدة الرومانية طرْحاً تاماً، بمجرد ما بدا له من مجافاتها لمنطق البطلان، وإنه جدير به أن يحتفظ بها، لما فيها من مزيه مجازة الطرف الملوث مع تعديل بما يزيل عنها مجافاتها منطق البطلان، وذلك مثلاً بالنص على أنه في حالة بطلان العقد لعدم المشروعية يكون لكل من الطرفين أن يطلب إلزام الآخر يرد ما حصل من منفعة بموجب هذا العقد على أن يصادر المحكوم به لحساب الخزنة العامة (أو لحساب مؤسسة خيرية معينة) كما فعل التقنين البرتغالي في المادتين ٦٧١، ٦٩٢ والإسباني في المادة ١٣٠٥ والنمساوي في المادة ١١٧٤ والسوفييتي ١٤٧ ويقترح أن ينص القانون على تحويل المبلغ من إجراء العقد الباطل هذا إلى الخزنة العامة أو المؤسسة الخيرية صاحبه المصلحة في المصادرة حق الطعن على العقد الباطل بسبب عدم المشروعية وطلب الحكم بالمصدر لصالحها^(١١٩).

ويؤيد الباحث رأي الدكتور سليمان مرقس، وعلى ضوء ذلك نقترح أن يعدل نص المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي الفقرة الخاصة بحكم ناقص الأهلية ويضاف إليها حكم الالتزام التي تنص على النظام العام أو الآداب ويكون كالتالي:

"ولا يجوز لمن وفى بالالتزام مخالف للنظام العام والآداب أن يسترد ما دفعه، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بمصادرة الأداء لحساب الخزنة العامة".

٣_ آثار العقد الباطل بالنسبة للغير

تطبيقاً لقاعدة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ما بين المتعاقدين عند تقرير البطلان، أن يتأثر وضع الغير أيضاً بهذه القاعدة، إذ يصبح المتعاقد الذي تصرف في العين محل العقد الباطل، قد تصرف في غير ما يملك، حيث إن فاقد الشيء لا يعطيه، هذا هو الأصل ولكن يرد عليه استثناء، وفيما يلي نتناول القاعدة العامة بفرع أول، والاستثناء فرع ثان.

(١١٩) الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ص ٤٤٢.

أ_ حقوق الغير

نعرض فيما يلي المقصود بالغير، ثم القاعدة العامة التي تعطي الحق إلى المالك في استرداد العين محل التعاقد من خلفه الذي ترتب له عليها حقوق عينية.

١. المقصود بالغير:

يقصد بالغير في هذا الموضوع كل من اكتسب حقاً على العين التي انتقلت إليه نتيجة عقد باطل، والغير في هذه الجزئية هو الخلف الخاص، لأن الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين بالذات، أو حق عيني آخر على هذا الشيء^(٢٠).

فإذا باع شخص عيناً، ثم رتب المشتري عليها حقاً عينياً، كرهن أو اتفاق أو باعها، ثم تقرر بطلان العقد، فالبايع الأول يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، ويستردها كذلك من المشتري الثاني.

٢. القاعدة العامة

هناك قاعدتان قانونيتان يستند إليهما في سريان أثر تقرير البطلان في حق الغير، تقضي الأولى أنه إذا زال حق الشخص على شيء زال تبعاً لذلك حق من تلغى عنه هذا الشيء، وتقضي الثانية بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك، ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة بقولهم: (فاقد الشيء لا يعطيه).

ومن ثم يتضح لنا من أحكام هاتين القاعدتين أن المالك الأول له حق استرداد العين من خلفه الثاني، لأن حقه قد زال عن هذه العين بسبب تقرير البطلان^(٢١).

ب_ الاستثناء

لاحظ المشرع المدني أن الغير قد يكون حسن النية، وأن من شأن إزالة حقه على شيء قد يضر به، ومن ثم فقد استثنى المشرع المدني الأردني بنص صريح حسن النية في حالة حيازته لمنقول حيث اعتبرها سنداً لملكية لها.

(٢٠) الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٢١) الدكتور توفيق حسن فرج، والدكتور مصطفى الجمال، مصادر الالتزام وأحكامه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢٧٤.

وقد جاء في المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني ما يأتي:

١" . لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً كاملاً وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح.

٢. وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت عند ذلك".

وعلى نفس الحكم نص المشرع العراقي في المادة (١١٦١) من القانون المدني العراقي.

فالمشرع يهدف بهذا النص إلى حماية الغير الذي يجوز المنقول أو ما في حكمه حيازة واضحة بحسن النية، ويعفيه من رده إلى مالكة الأصلي إذا تقرر بطلان العقد، وعلى الحائز أن يثبت عناصر حيازته، ويفترض وجود حسن النية، وعلى طالب الاسترداد أن يثبت سوء النية ليتمكن من الاسترداد، ويستفيد كذلك الحائز بحسن نية من قواعد حيازة العقار، وكسب الملكية بالتقادم^(١٢٢).

(١٢٢) الدكتور عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص ٦٨٨.

الفصل الخامس: تطبيقات نظرية البطلان

يبحث هذا الفصل في تطبيقات نظرية البطلان في الآثار التي يربتها العقد الباطل كما لو كان عقداً صحيحاً، وهذه التطبيقات والآثار تترتب بقوة القانون، حيث يتدخل المشرع المدني فيبطل بعض التصرفات القانونية لوجود إضرار بالغير وزعزعة الثقة بالضمان العام للدائنين، ثم يقر بآثار نتجت عن عقود باطلة حيث تصبح هذه الآثار الباطلة كأنها نتجت عن عقود صحيحة، أن المشرع حينما أقر بوجود هذه الآثار فإنه بذلك قد خرج عن القاعدة العامة التي تقتضي بأن العقد الباطل لا يكون له أثر، وهو عدم ولا ينتج سوى العدم، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين؛ الأول ونبين فيه الآثار التي تستند على نصوص القانون ونحاول جاهدين أن نلم بجميع النصوص التي جعلها المشرع ترتب هذا الأثر، وفي المبحث الثاني نبحث الأثر الذي يترتب عند النكول بتعهد بنقل ملكية عقار في كلا القانونين الأردني والعراقي، ولخصوصية الموضوع والجدل الفقهي الذي يعتريه خصصنا له مبحثاً كاملاً كي يحاول الباحث فيه أن يلم بجميع جزئياته وسيكون تقسيم الفصل كالآتي:

أولاً: آثار العقد الباطل تترتب بقوة القانون

في هذا المبحث سنبين الآثار التي تترتب على العقد الباطل، وذكرنا أن هذه الآثار أساسها حكم القانون، وأن المشرع في خروجه عن القاعدة العامة ومفادها ما بني على باطل فهو باطل، ليس نزولاً عند إرادة المتعاقدين؛ لأن هذا العقد عدم، وإنما نزولاً عند حكم القانون الذي ينشد بذلك إلى ضمان واستقرار المعاملات، ولاسيما إذا ما كانا أمام عقد الزواج إذا ما حكم ببطلانه، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: الأول ونبحث فيه الآثار التي تستند على نصوص القانون المدني والمطلب الثاني آثار التي تستند على أحكام الأحوال الشخصية.

١_ بطلان يستند على نصوص القاعدة القانونية

هناك نصوص قانونية أبطلت تصرفات ظاهرية تخفي أوضاعاً حقيقية، وهو ما يطلق عليه بالصورية، وهناك نصوص قانونية ألزمت في بعض التصرفات الباطلة ترتيب آثار لهما كما لو كانت صحيحة للأسباب التي بينهاها.

هذا وسنبحث الصورية في فرع أول، والآثار التي نتجت عن بطلان العقد في فرع ثان.

أ_ بطلان التصرفات الصورية

نتناول في هذا الفرع المقصود بالصورية، ثم أنواعها، ثم حكمها بين المتعاقدين والغير.

١- المقصود بالصورية:

الصورية هي تصرف ظاهر لا يتفق مع الإرادة الحقيقية^(١٢٣).

إذن هي وضع ظاهر يخفي وضماً حقيقياً لطبيعة العلاقة القانونية ما بين طرفي المتعاقبين، بمعنى أن هناك اتفاقاً ظاهراً لا يتفق مع الإرادة الحقيقية، وآخر مستتراً يتفق معها.

وكثيراً ما يعتمد المدين إذا ما استشعر سوء حالته المالية، وقرب تنفيذ الدائنين على أمواله لسداد الديون التي في ذمته، فيعمد إلى تهريب هذه الأموال ويكون هذا عن طريق التصرف بالأموال تصرفاً صورياً غير حقيقي كلما كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات لا يسهل خفاؤها، وفي هذه الحالة تبقى هذه الأموال مملوكة للمدين وفي الظاهر مملوكة للغير.

والأصل أن الصورية ليست سبباً لبطلان التصرف الظاهري، فستر التصرف لا يبطل بطلانه، ولكن الفكرة من هذا البطلان أنه إذا كان محظوراً على الأفراد القيام بعمل ما في الظاهر، فإنه لا يجوز لهم القيام به خفياً، وعلى هذا النحو المتقدم إذا كان التصرف باطلاً لمخالفته القانون أو النظام العام أو الآداب العامة فإن اتخاذ الصورية بشأنه لا يصححه أبداً بل يبقى باطلاً.

وبعد أن عرفنا الصورية وكيف يلجأ إليها المدين للتهرب من التنفيذ على أمواله، يتضح لنا أن مثل هذا التصرف من المدين يمثل إخلالاً واضحاً وزعزعة الثقة بالضمان العام للدائنين ولهذا

^(١٢٣) يعرفها الدكتور جميل الشرقاوي: "انعدام الجدية في التعبير عن الالتزام بأثر قانوني"، الرسالة، المرجع السابق، ص ٣٢٥، ويعرفها الدكتور عبد الحكيم فودة بأنها: "مظهر غير صحيح للتصرف القانوني"، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

أوجد المشرع المدني دعوى الصورية "للمحافظة على الضمان العام للدائنين وحماية الأوضاع الظاهرة، وحسني النية، عندما يراد الإضرار بهم، بحيث يتصرف المدين تصرفاً غير جدي في أمواله فيخرج منها في الظاهر لا في الواقع هذا المال من ذمته المالية حيث يكون لهؤلاء بعد هذا التصرف غير حقيقي مصلحة في ثبات صورته ثم إبطاله على اعتبار أن المال المذكور باقياً على ذمة المدين ثم تنفيذ عليه"^(١٢٤).

ولم يغفل القانون المدني الأردني، و القانون المدني العراقي النص عن الصورية في التصرفات القانونية المالية، لاسيما في دائرة العقود، فقد جاء في المادة (٣٦٩) من القانون المدني الأردني ما يأتي:

"إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهري، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وعلى هذا الحكم نصت المادة (١٤٨) من القانون المدني العراقي.

٢- أنواع الصورية:

يتضح مما سبق أن الصورية تتمثل في وجود تصرف قانوني يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين طرفيه، على أن الصورية نوعان:

النوع الأول: الصورية المطلقة

تتصبب الصورية المطلقة على وجود التصرف ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له من البداية، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، وإنما تقتصر الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له^(١٢٥).

ومثال ذلك عقد البيع الذي يبرمه المدين مع آخر على البيع الظاهري إنما هو تصرف صوري بحت، وغالباً ما يكون الهدف منه إخفاءها من الضمان العام للدائنين فيحتفظ المدين بورقة تسمى (ورقة الضد) التي تكشف حقيقة التصرف بينهما^(١٢٦).

^(١٢٤) الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، مجلد ٢، ص ٦٨٣.

^(١٢٥) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٧٤.

النوع الثاني: الصورية النسبية

هي الصورية التي تنصب لا على وجود العقد بل تنصب على نوع العقد، أو على أحد عناصره كركن أو شرط فيه، أو أحد أطرافه، ومن الامثلة على ذلك: أن يخفي المتعاقدان عقد الهبة في صورة بيع تجنباً لطلب الجار الأخذ بالشفعة، ومثال ذلك أيضاً: أن يذكر طرفا البيع في عقد البيع ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي، تعجيزاً للجار الذي يرغب الأخذ بالشفعة، وأيضاً أن يذكر في عقد البيع شخصاً غير الشخص المشتري الحقيقي، نظراً لأن المشتري الحقيقي ممنوع من الشراء باعتباره من عمال القضاء^(١٢٧).

٣_ حكم الصورية:

إن تطبيق حكم الصورية على النحو المتقدم يصطدم بموضوعين مهمين في نطاق المعاملات المالية، الأول: مبدأ سلطان الإرادة، والثاني: مبدأ استقرار المعاملات.

حيث يقضي مبدأ سلطان الإرادة نفاذ العقد المستتر بين طرفي العقد، والمبدأ الثاني: الأخذ بالعقد الظاهر بالنية لغير المتعاقدين.

وسأبحث آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين والغير.

٤_ آثار الصورية بين المتعاقدين

تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإن العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام هو العقد الحقيقي (العقد المستتر)، لأنه هو الذي يعبر عن النية الحقيقية للطرفين، فهو والذي يسري بينهما.

وقد نصت المادة (٣٩٦) من القانون المدني الأردني على ذلك صراحةً: "يكون العقد المستتر هو العقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر بينهما"، وعلى نفس الحكم نص القانون المدني العراقي في المادة (١٤٨).

(١٢٦) الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١١٧.

(١٢٧) نفس المرجع، ص ١٢١.

٥_ آثار الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في الصورية كل من لم يكن طرفاً في العقد، أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، فيعتبر من الغير دائنوا المتعاقدين وخلفهما الخاص^(١٢٨).

وتطبيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، فقد أوجد المشرع بالنسبة للغير في دعوى الصورية استثناء، حيث أجاز له التمسك بالعقد الصوري، رغم صوريته ويجوز له أيضاً أن يتمسك بالعقد الحقيقي من كانت له مصلحة في ذلك، وعلى هذا الحكم نصت المادة (٣٦٨) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها ما يأتي:

"١. إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

٢. إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين" وعلى نفس الحكم نصت المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي، ويتبين من قراءة النص أعلاه أن الفقرة الحكمية الثانية من المادة (٣٦٨) أجازت بعد أن تتعارض مصالح ذوي الشأن ما بين العقد الظاهر والعقد المستتر أن يتمسكوا بالعقد الظاهري الصوري، ونفذ آثاره بالنسبة لهم، إن المشرع عندما أورد ذلك حماية للظاهر وحماية حسني النية.

ب_ آثار العقود الباطلة

١- نصت المادة ١٠٣ من القانون الأردني على أنه: "لا يتم العقد في المزايدات إلا يرسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد، ذلك مع عدم إخلال بالقوانين الأخرى" ويقابل هذا النص المادة ٨٩ من القانون العراقي، والمادة ٩٠ من القانون المصري، وهذا الحكم مفاده أن العطاء المقدم في المزايدة تصرف قانوني صادر من جانب واحد، وأن هذا العطاء ولو كان باطلاً ينتج أثره بحكم القانون هو

^(١٢٨) الدكتور عبد الرزاق السنهوي، الوسيط آثار الحق، ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٨٦.

إسقاط العطاء السابق عليه والأقل منه في القيمة، فالمزايد يتخلص من التزامه إذا كانت مزيادته قد غطيت بمزايدة أخرى جديدة حتى ولو كانت باطلة، والهدف من هذا النص هو حماية الدائنين للوصول إلى أعلى سعر ممكن أن تصل إليه العين محل المزايدة ، وإذا قلنا إن العطاء الباطل لا يرتب أي أثر وأن يرسى المزايد على العطاء السابق الأقل قيمة هذا يضر بمصلحة الدائنين ، وإذا تخلص المزايد السابق من التزامه بدأت مزايدة جديدة بسعر أعلى من السعر الأول .

٢_ نصت المادة ٣٨٤ من القانون المدني العراقي على أنه " إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر" ويقابل هذا نص المادة ٣٣٣ من القانون المدني المصري، ولا مقابل لهذا الحكم في القانون المدني الأردني، إن هذا النص يقر صراحة أن الوفاء إذا تم بحسن نية لوارث فإن هذا الوفاء يكون مبرئاً لذمة المدين حتى لو تبين أنه ليس بوارث، ونفس الحالة تنطبق في حالة قيام شخص بوضع يده على تركة متوفي باعتباره وارثاً له وتصرف بأموال التركة، ثم تبين أنه ليس بوارث، في هذه الحالة تبقى التصرفات التي أجراها صحيحة وتنتج كل آثارها بالرغم من كونها باطلة باعتبارها صادرة من شخص لا يملك التصرف بالتركة ورغم إن البطلان يجب أن يسري بشكل رجعي^(١٢٩)

٣- نصت المادة ١٠٣٤ من القانون المدني المصري على أنه : " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن" ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي، ولا القانون المدني الأردني. وهذه القاعدة القانونية تقرر حكم مفاده أنه إذا أبطل سند ملكية الراهن فالمفروض أن يبطل الحق العيني المترتب، ولكن المشرع وضع استثناء من خلال هذه القاعدة وجعل العقدان يرتبان آثارهما كما لو كان الأول صحيحاً ويكون للدائن المرتهن حق التتبع على العقار إعمالاً لرهنه.

٤- نصت المادة ٥٤ من القانون التجاري المصري على أنه: "إذا قضى ببطلان الشركة، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجري وفقاً لشروط الشركة التي قضى ببطلانها". وكان القانون التجاري العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ينص على نفس

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام المرجع السابق، ص ٣٩٤، ويراجع في هذا الموضوع كل من الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط المرجع السابق، مجلد (٣) ص ٧١٧، والدكتور منذر الفضل، المرجع السابق ، ص ٥٨٩ .

الحكم ولكنه ألغي لاحقاً وليس هناك نص في قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ يدعم هذا النهج.

ولن هذا الحكم مفاده إذا حكم ببطلان الشركة فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل البطلان تجري وفقاً لشروط الشركة التي قضى ببطلانها وهذا الحكم هو الذي نقف عنده، فإنه يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاراً قانونية في الفترة ما بين وجوده والحكم ببطلانه ذلك أن الشركة التي قضى ببطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية ليس لها وجود قانوني طبقاً لمنطق البطلان وما يقترب به من أثر رجعي، ومع ذلك فهذه الشركة الواقعية تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة، ويعتبر تعامل الآخرين مع الشركة صحيحاً، ويجني الشركاء الربح ويتحملون الخسارة، ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في عقد الشركة^(١٣٠)

ونفس الحكم أيضاً في القانون الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ إذا ما أبطل عقد الشركة لسبب شكلي، فإنها تقع باطلة بين الشركاء إلا أنها صحيحة بالنسبة لغير حسن النية، وجاء في المادة الخامسة عشرة منه ما يأتي "إن التخلف عن شروط التسجيل المنصوص عليها في المواد (١١) و(١٣) و(١٤) من هذا القانون يمنع من تقرير وجود الشركة فعلاً أو التغيير الطارئ عليها لمصلحة الغير أو من تقرير بطلان الشركة أو التغيير لمصلحة الغير ولا يستفيد من ذلك التخلف أي من الشركاء ويعتبر كل شريك متضامناً مع الشركة وباقي الشركاء تجاه الغير في تحمل أي ضرر ينتج عن ذلك".

ونفس الحكم أيضاً من قانون الشركات العراقي النافذ، فعقد الشركة البسيطة مثلاً انظر مثلاً المادة (١٨٤) والمادة (١٩١) يجب أن تتعد بكتابة والكتابة هي (شكلية قانونية) ثم توثق لدى موظف عام لتأخذ طابع ما يسمى ب(الشكلية القانونية الكتابية الرسمية) حيث يودع نسخة من عقد التأسيس لدى سجل الشركات، فإذا أبطل (عقد الشركة) لتخلف احد أركانها كالكتابة أو التوثيق فإن البطلان تنحصر آثاره بين المؤسسين أما غير الحسن النية الذي يتعامل مع هؤلاء الشركاء فإن حقوقهم ثابتة وتنتج عقودهم التي أبرموها جميع الآثار كما لو كانت الشركة صحيحة قائمة، وهذا الأثر يقرره القانون وللحفاظ على الاستقرار في التعامل ومن أجل حماية حسن النية من الأشخاص يجعل تعاملهم مع الشركة الباطلة صحيحاً.

(١٣٠) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد المرجع السابق، ص ٦٤٣ فقرة ٦٠٢.

٢_ آثار تستند على أحكام الأحوال الشخصية

في هذا المطلب نبحت الآثار التي تستند على أحكام الأحوال الشخصية، وسيقتصر البحث على أثر بطلان عقد الزواج دون غيره من المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية، لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في حياتنا الاجتماعية وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول نبحت فيه أثر بطلان عقد الزواج في الفقه الإسلامي، والفرع الثاني أثر بطلان عقد الزواج عند التعاليم المسيحية.

أ_ أثر بطلان عقد الزواج في الفقه الإسلامي

يعرف الزواج بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته رابطة للحياة المشتركة والنسل^{١٣١}

والشريعة الإسلامية - كبقية الشرائع السماوية - أتت لترسم الطريقة المثلى للعلاقات الزوجية، ومن هذا المنطلق فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا أن عقد الزواج له أركان وشروط وللتمييز بين الركن والشرط. إن الركن ما لا يوجد إلا به لأنه جزءاً منه، فالرضا بين المتعاقدين ركن في العقد، أما الشرط يتوقف وجوده عليه دون أن يكون جزءاً منه كالشهود في عقد الزواج عند بعض فقهاء المسلمين^(١٣٢). و أركان عقد الزواج هو العاقدة و المعقود عليه والرضا. وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي "ينعقد الزواج بإيجاب - يفيد لغة أو عرفاً - من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"^(١٣٣).

أما شروط عقد الزواج فقد نصت عليها المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي "تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوافر شروط قانونية والشرعية في العاقدين أو من يقوم مقامهما" وهذه المادة تفصح عن أهلية عقد الزواج، التي لا تتحقق إلا بتوافر شروطه وبينت هذه المادة أن للعقد نوعين من الشروط :

(١٣١) تراجع المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(٣٦) لسنة ٢٠١٠، والمادة الثالثة من قانون

الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .

(١٣٢) الدكتور منذر الفضل والدكتور عبد الصاحب الفتلاوي، كتاب العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، طبعة

الأولى، سنة ١٩٨٢، ص ٣ هامش ١.

(١٣٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

شروط شرعية"موضوعية"وشروط قانونية"شكلية".والذي يهنا هنا الشروط الموضوعية ؛لأنها محل خلاف فقهي،أما الشروط الشكلية فهي عبارة عن إجراءات شكلية توثيقي ليس لإفقادا بينت المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقية أنه:

"١- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:-

أ- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج.

ج- موافقة القبول للإيجاب.

د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

٢- ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها شريطة أن تقرأ الكتاب أو تقرؤه على الشاهدين وتسمعها عبارته وتشهدها على أنها قبلت الزواج منه.

٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها.

٤- للزوجة طلب لفسخ العقد عند عدم إبقاء الزوج بما اشترط ضمن الزواج .

وفيما يأتي شرح موجز عن هذه الشروط:-

شروط الانعقاد هي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد، بحيث لو تخلف شرط واحد منها فقد اختل الركن ، وباختلاله تصبح الأركان عدماً؛ فلا يترتب على العاقدين حكم من الأحكام التي وضع العقد لأجلها وحينئذ يسمى هذا العقد عقداً باطلاً، وشروط الصحة: وهي الشروط التي يعتبر العقد فيها صالحاً لترتيب أثره الشرعي عليه بعد انعقاده ، سواء أ كان ذلك بنفسه أم بإجازة من بيده إجازته،فإن اجتمعت تلك الشروط أصبح صحيحاً والشروط هي أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً فيه شبهة و مباشرة الولي للعقد الشهادة و أن يكون العقد غير محدد بمدة معينة.

وهذه هي شروط صحة العقد فإذا تخلف أحد هذه الشروط فإن العقد يصبح فاسداً، وعلى هذا فإن العقد الفاسد، هو العقد الذي تمت أركانه بشرائطها، ولكن تخلف فيه شرط أو أكثر من شروط الصحة^(١٣٤).

أما عن حكم العقد الفاسد: لا يحل بالعقد الفاسد دخول الرجل بالمرأة ولن دخل بها وجب أن يتفرقا في الحال، فإن لم يتفرقا فرقهما القاضي جبراً، ولا يترتب على العقد الفاسد أي من الآثار الزوجية، ولا تثبت به حرمة المصاهرة.^(١٣٥)

أما إذا دخل الرجل دخولاً فعلياً ترتب على هذا الدخول الآثار الآتية:

- ١- لا يعاقب بعقوبة الزنا لوجود الشبهة.
- ٢- يجب للمرأة مهر المثل عند عدم التسمية، وأقل المهرين (المسمى أو المثل) عند التسمية.
- ٣- تثبت به حرمة المصاهرة.
- ٤- تجب به العدة.
- ٥- يثبت به النسب محافظة على الولد.
- ٦- عدم التوارث بين الزوجين.

وبعد هذا الإيجاز حول عقد الزواج وأركانه وشروطه، تبين أن فقهاء المسلمين ما عدا الأحناف قد أخذوا بتقسيم ثنائي للبطلان في عقد الزواج، حيث أنهم لم يعترفوا بأثر لبطلان عقد الزواج. إذا فقد ركناً أو شرطاً من شروط الانعقاد ولكن اعترفوا بأثر البطلان لعقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الصحة حيث إن هذا العقد أصبح فاسداً أعطوه بعض الآثار التي تعتبر عرضية أما فقهاء الأحناف بطلان عقد الزواج وفساده سيان عندهم وإن كان له وجود فعلي ولكن ينتج بعض الآثار كواقعة مادية إذا اقترن بالدخول على الزوجة، فالدخول المقترن بعقد زواج باطل أو فاسد واقعة مادية تستوجب طبيعتها آثار معينة، ولكن يلاحظ أن هذه الآثار التي ترتبت لا على واقعة الزواج المادية، وإنما على واقعة مادية أخرى وهي واقعة الدخول بالزوجة^(١٣٦) وقد

(١٣٤) الدكتور أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج الأول الزواج والطلاق وآثارهما، شركة العاتك، القاهرة، سنة ٢٠٠٩ ص ٥٤.

(١٣٥) نفس المرجع، ص ٦٤.

(١٣٦) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج الرابع، ص ١٤٠.

قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح ، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد، وهو يثبت الوطاء بشبهة العقد؛ لأن الشبهة هنا الجهل الذي لم تتوافر معه أسباب العلم^(١٣٧).

ويلاحظ الباحث أن فقهاء المسلمين اعترفوا بأثر الزواج الباطل كأثر أصلي فقط بالنسبة للأبناء - ثمرة الزواج الباطل - حيث أقروا بنسب هؤلاء لأبائهم أما ما تبقى من آثار فهي عرضية "كدرء الحد ووجوب العدة"، ولكن هناك حالات يجب أن يكون عقد الزواج الباطل بمنزلة العقد الصحيح وهي في حالة إقرار الشخص أن امرأة هي زوجته وهم أحياء وصدقته تثبت الزوجية هنا ومن هذا المنطلق وتحقيقاً للعدالة؛ فقد نصت المادة الحادية عشرة من قانون الأحوال الشخصية العراقي أنه

"١- إذا أقر أحد لامرأة زوجته، ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدقته تثبتت زوجيتها له بإقراره.

٢- إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلاناً وصدقها في حينها ولم يكن هناك مانع قانوني أو شرعي ثبت الزواج بينهما. وإن صدقها بعد موتها فلا يثبت الزواج"^(١٣٨)

وهذه المادة القانونية لا مقابل لها في القانون الأحوال الشخصية الأردني حيث جعلت من عقد الزواج الباطل الذي لم يستوف شروط الصحة أن يرتب آثاراً أصلية؛ لأن هناك من الحالات ما لا تكفي بالآثار العرضية، وإنما يجب أن تثبت الزوجية بينهما، كما بينا، وبخاصة أن هذا الموضوع له آثار اجتماعية. وفي هذه المناسبة لأبد من الإشارة لقرار يعود إلى محكمة التمييز العراقية، وهو يعتبر من السوابق القضائية التي يجب أن يعتد بها ، ولإيماننا بأن العقد الباطل له آثار أصيلة تجعله بمنزلة العقد الصحيح فقد أوردنا القرار مع المداولة والتدقيق ولم نقتصر على إيراد الحكم .

القرار:

جاء في وقائع هذه الدعوى وقرارها ما يأتي:(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز وجد أن وقائع الدعوى تنحصر في أن المدعية ف.أ.ز.ك. كانت قد ادعت لدى محكمة الأحوال الشخصية في الكرك بأن المدعي عليه ر.س.ا زوجها الداخل بها بتاريخ ١٩٧٨/٩/٩ وقد أولدها طفلاً المدعي م. بتاريخ

(١٣٧) الدكتور محمد ابو زهرة، كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دارالفكر العربي، سنة ١٩٧٦ ص ٣٦٤.

(١٣٨) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م.

١٢/١٠/١٩٧٩ وطلبت تعيين يوم للمرافعة والحكم على المدعي عليه بثبوت زواجها منه شرعاً والحكم عليه بإثبات النسب م.م. شرعاً وتحمله كافة المصاريف وبعد إجراء التحقيق في الدعوى فقد حضر المدعي عليه بتاريخ ١٩٨٥/٩/٩ وقدم لائحة جوابية تضمنت "أنه عقد على المدعي عليها عقداً سرياً بتاريخ ١٩٧٨/٩/٩ بدون شهود ودخل بها وولد منها طفل م.م. بتاريخ ١٩٧٩/١٠/١٢ ثم اكتشف أن العقد فاسد؛ وانه والمدعية من مقلدي المذهب الحنفي؛ لذا فإنه افترق عنها بتاريخ ١٩٨٣/٦/٢٠ وانه يقر بنسب الولد المذكور، وانه لا تربطه حالياً بالمدعية رابطة شرعية، وأجابت المدعية في المرافعة بأنها تقر بما ذكره المدعي عليه وان العقد الذي جرى بينهما شفويًا لم يحضره شهود ولا ولي، وإنها افتزقت عن المدعي عليه بالتاريخ الذي ذكره فقضت المحكمة بتاريخ ٢٩/٥/١٩٨٥ وعدد إضبارة ٩٨٤/٤/٣١٣٥ بثبوت النسب الطفل م.م. المولود في ١٢/١٠/١٩٧٩ للمدعية من أبيه المدعى عليه بناء على عقد الزواج الموصوف أعلاه الواقع في ٩/٩/١٩٧٨ وإقرارها بأنهما افترقا في ٢٠/٦/١٩٨٣ فلم تجد المحكمة موجباً لإفهام المدعية بأن تعدد لانقضاء عدتها من النكاح المذكور، مؤسسة حكمها على أن الطرفين تصادقا على أنهما أجريا عقداً بينهما دون حضور شهود وعلى المعاشرة الزوجية المستندة إلى العقد اعتباراً من تاريخ ٩/٩/١٩٧٨ حتى تاريخ المتاركة في ٢٠/١/١٩٨٣، وأن هذا العقد افتقد شروط الصحة وهو (الإشهاد) المنصوص عليها في المادة ١/٦ من قانون الأحوال الشخصية ووفقاً لأحكام المذهب الحنفي الذي يتبعه المتداعيان أنه باطل، إلا أنه كاف لإثبات النسب، أن الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز ترى أن الفقرة الحكمية المتعلقة بإثبات النسب الصغير م.م. المولود بتاريخ ١٢/١٠/١٩٧٩ للمدعية من أبيه المدعى عليه بناء على عقد الزواج المذكور صحيحة وموافقة للشرع للقانون غير أن الفقرة الحكمية المتعلقة بكون عقد الزواج المشار إليه افتقر شرطاً من شروط الصحة وهو (الإشهاد)، وأنه كاف لإثبات النسب وحسب غير صحيحة ومخالفة لأحكام القانون ذلك أن المدعى عليه أقر بأنه عقد على المدعى عليها عقداً سرياً بتاريخ ٩/٩/١٩٧٨ ودخل بها وأولدها الصغير م.م. بتاريخ ١٢/١٠/١٩٧٩ وقد صدقته المدعية؛ لذا فتكون الزوجة ثانية لهذا الإقرار عملاً بأحكام الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي تنص على أنه "إذا أقر أحد الزوجين لامرأة أنها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدقته ثبتت زوجيتها له بإقراره؛" لذا قرر نقض الفقرة الحكمية المتعلقة بعدم الحكم بثبوت الزوجية وبما أن الموضوع صالح للفصل فيه وعملاً بأحكام المادة ٢١٤ من قانون المرافعات المدنية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل قررنا الحكم بثبوت الزوجية

بين المدعية ف.أ.ز.ك وبين المدعي عليه ر.ي.أ بموجب العقد الجاري بينهما بتاريخ ١٩٧٨/٩/٩ وثبوت نسب الطفل -م- المولود ١٩٧٩/١٠/١٢ للمدعية من فراش زوجها المدعي عليه وتحمل المدعي عليه مصاريف ورسم التمييز وأجور المحاماة وكيل المدعية خمسين ديناراً وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٨٥/٧/٤^(١٣٩).

ب_ أثر بطلان عقد الزواج في التعاليم المسيحية

نشأت المسيحية ملة واحدة ثم دبَّ الانقسام فيها فانقسمت إلى الكاثوليك والبروتستانت والأرثوذكسي، وهم على الرغم من انقسامهم إلى ثلاث طوائف إلا أنهم يعتبرون ملة واحدة. ولهم مبادئ عامة مشتركة في الزواج ومنها :

١- الزواج نظام قانوني وليس عقداً لأن موضوعه الأسرة وهي لا تكون محلاً للتعاقد والقواعد التي تحكم هذا النظام تعتبر من القواعد الأمرة لا يملك الزوجان مخالفتها. والقول بجواز التطبيق بالإرادة المنفردة أو بمجرد اتفاق الطرفين يصطدم مع المبادئ الأساسية في الشريعة المسيحية.

و سيقنصر محل البحث على المذهب الكاثوليك؛^(١٤٠) لأن أكثر القضايا التي عرضت أمام المحاكم الشرعية، هي تعود إلى أشخاص يقدون مذهب الكاثوليك.

١_ اثر بطلان عقد الزواج عند الكاثوليك:-

الكنيسة الكاثوليكية هي كنيسة روما^(١٤١) والكنيسة الأصلية التي انفصلت عنها الكنيسة الأرثوذكسية. والمعروف عن المذهب الكاثوليكى هو: أنه لا يقر انحلال الزواج إلا بالموت إلا أنه فرق بين الزواج الصحيح المقرر غير المكتمل والزواج الصحيح المقرر المكتمل وأعطى لكل واحد منها أحكاماً خاصة سنبينها على ماياتي:-

(١٣٩) رقم القرار هيئة موسعة أولى ٨٥_٨٦، تاريخ القرار ١٩٨٥/٧/٤، القاضي ابراهيم المشاهدي، كتاب

الحقيقة القضائية، اعداد ابراهيم المشاهدي، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١١، ص ١٩١_١٩٢.

(١٤٠) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي - كتاب مدى سلطان الإرادة في الطلاق - توزيع المكتبة القانونية -

بغداد الطبعة، ب ت ، ص ١٠١، وتشمل الكاثوليك على سبع طوائف: الأقباط من أصل مصري، والروم من

أصل أوربي، والأرمن من أصل أرمني، والسريان من أصل سوري، والموارنة من أصل لبناني، والكلدان من أصل

عراقي، واللاتين من أصل أوربي، ويخضع الجميع الى رئاسة البابا في روما.

(١٤١) الكاثوليكية يعترفون برئاسة البابا ووحده الاعتقاد الديني في جميع المبادئ الدينية والاختلاف الشكلي

بينهم لا يرتب عليهم اختلافهم في ماهية الطلاق والمحكمة.

أولاً: الزواج الصحيح المقرر غير مكتمل .

وهو الزواج الصحيح الذي لم تتم فيه المخالطة الزوجية بين الزوجين على الرغم من انعقاده صحيحاً فهذا الزواج يجوز حله وانقضاؤه في حالتين:

الحالة الأولى: دخول أحد الزوجين حياة الرهبانية:-

والمقصود منها الترهين الكبير - دون النذر البسيط - من أحد الطرفين سواء تم ذلك برضا الطرف الآخر أم لا، وذلك تماشياً مع تعاليم الكنيسة التي تقضي بتفضيل حياة البتولية على الزواج. ففي هذه الحالة تنحل الرابطة الزوجية بقوة القانون ويحق للطرف الآخر أن يتزوج من جديد بمجرد دخول الثاني في الرهبانية دون الحاجة إلى الحكم بانتهاء الزوجية. ويعود سر ذلك إلى أن الزوجين في حالة عدم الاختلاط الجسدي (المعاشرة الجنسية) لا يعتبران جسداً واحداً. وبالتالي يحق لأي منهما أن ينصرف كلياً إلى الله وللآخر الزواج الجديد.

الحالة الثانية: فسخ الزواج لسبب عادل

يجوز فسخ الزواج إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية:

١- أن يكون الحاكم بالفسخ الحبر الأعظم (البابا) ولا يملك غيره هذه السلطة.

١- قيام سبب عادل يبزر الفسخ كالعجز الجنسي الطارئ بعد العقد وقبل الدخول وللبابا السلطة التقديرية لقبول السبب كمبرر للفسخ وفي الحكم به.

٢- أن يثبت أمام سلطة الفسخ أن الزواج غير مكتمل "أي لم يحصل فيه دخول أو اتصال بين الزوجين" (١٤٢).

ثانياً: الزواج الصحيح المقرر المكتمل:

في هذا النوع من الزواج لا تعترف الكاثوليك بالانحلال إلا بالموت لكنهم يقرون بالتفريق الجسماني وأساساً لتفريق الجسماني أن الكاثوليك شعروا بخطورة سلب حق طبيعي من الإنسان وهو الطلاق فاضطروا إلى الاستعانة عنه بالتفريق الجسماني الذي هو حالة بين قيام رابطة الزوجية وبين انتهائها، فهما ليس بزوجين بحيث يتمتع كل منهما بالآخر، كما أنهما ليسا منفصلين انفصلاً يبيح لهما الحياة الزوجية مع زوج آخر.

(١٤٢) يراجع الدكتور توفيق حسن الفرج، أحكام الاحول الشخصية لغير المسلمين، ط ١، سنة ١٩٦٢،

والتفريق الجسماني يكون بقرار من المجلس وفي الحالات الآتية على سبيل الحصر: (١٤٣)

١- إذا زنا أحدهما دون رضا الآخر، ودون ارتكابه نفس الجريمة.

٢- إذا اعتنق أحدهما مذهباً غير الكاثوليك.

٣- إذا ربي أحدهما أولاده تربية منافية للعقيدة الكاثوليكية.

٤- إذا ساءت الحياة الزوجية بحيث يصعب استمرارها.

٥- إذا سلك أحدهما سلوكاً إجرامياً ومهدداً للكرامة والاعتبار.

ويلاحظ أن الباحث في موضوع آثار البطلان لعقد الزواج في الشريعة المسيحية لا يجد سندا يعتمد عليه؛ لأنهم لا يعترفون بالطلاق وحتى صاحب الحاجة إليه لا يستطيع أن يستخدمه؛ لأنه من المحرمات وحتى الزواج من امرأة أخرى يعتبر محرماً أيضاً، والسؤال هنا إذا حدثت حالة على الواقع سواء أكانت طلاقاً أم زواجا من امرأة ثانية فما الحل؟ ولا سيما أن موضوع الزواج من المواضيع التي تهز كيان المجتمع إذا ما أصابه خلل، وخاصة إذا كان هناك أبناء ثمرة هذا الزواج الباطل والحقيقة لم نجد ضاللتنا في هذه الشريعة السحاء، ولكن القانون يأبى أن يفارق العدالة وأعمالاً بمبدأ استقرار المجتمع وعدم تحطيمه فقد تسنى للهيئة العامة لمحكمة التمييز أن تطبق المبادئ المتقدمة ذكرها وشرحها في الفرع الأول من هذا الفصل والفرع الثاني أيضاً في الدعوى التي تتلخص وقائعها في إن مسيحياً يعتنق المذهب الكاثوليكي طلق زوجته وقام نزاع حول هذا الطلاق، فقضت محكمة المواد الشخصية بصحته، ولكن الحكم نقض بقرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز ثم انتهت دعوى الطلاق بالرد وحاز الحكم درجة الثبات، فأصبح الطلاق كأن لم يكن. إلا أن الزوج استعمل الحكم الصادر من المحكمة الشخصية بصحة الطلاق قبل نقضه من الهيئة العامة لمحكمة التمييز وتزوج زوجة ثانية، وقد أنجب منها ولدين ثم مات تاركاً وراءه زوجتين، وولدين، فقام النزاع حول أحقية كل من الزوجتين والولدين في الإرث ثم قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بأن الطلاق ما دام يعتبر كأن لم يكن؛ فالزوجة تبقى في عصمة الزوج، ولما كانت الديانة المسيحية تمنع تعدد الزوجات فالزواج الثاني يكون باطلاً، وبالتالي لا تستحق الزوجة الثانية إرثاً. أما بالنسبة للولدين فإن نسبهما يثبت من أبيهما،

(١٤٣) للاطلاع أكثر يراجع، الدكتور مصطفى الزلمي، المرجع السابق، ص ١٠٤.

لأن أهمها موطوءة بشبهة العقد وبشبهة الفعل من قبل أبيهم؛ ذلك أن الزوجين كانا يعتقدان قيام العلاقة الشرعية بينهما، والولد للفراش، وينبني ذلك في أحقيتهما في الميراث^(١٤٤).

ويرى الباحث أن الهيئة العامة في محكمة التمييز قد اعتبرت أن هذا الزواج الباطل في الشريعة المسيحية صحيحاً فجعلته بمنزلة العقد الصحيح وخاصة للأبناء فاعترفت بثبوت النسب والميراث أما بخصوص تصديق عقد الزواج الثاني فلم تجد المحكمة سنداً تعتمد عليه؛ لأن الشريعة المسيحية لاتعترف به إطلاقاً.

ثانياً: أثر النكول بالتعهد بنقل ملكية العقار

في هذا المبحث سنبحث الآثار التي تترتب على النكول بالتعهد بنقل ملكية عقار في كلا القانونين: المدني الأردني والعراقي حيث تطرق الباحث إلى هذا الموضوع ابتداء من مصدر التعويض الوارد في نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني الخاص بالتعهد بنقل ملكية العقار وتميز موقف التشريعات من اعتبار التسجيل ركناً في انعقاد العقد للبيع (الواردة على العقار) والطبيعة القانونية لتعهد بنقل ملكية عقار وحكم العيوب في العقود الواردة على العقارات التي يعد التسجيل ركناً في انعقاد العقد، ثم الجزء المترتب على النكول المتعهد عن التسجيل تعهداً ونقل ملكية العقار إلى المتعهد له، ومعالجات المشرع العراقي لأثر التعهدات، وإقراره مبدأ التنفيذ العيني للعقد، والموقف القضائي من تطبيق أثر التعهدات، وهذا سيكون في مطلبين: الأول مصدراً لتعويض بالتعهد بنقل ملكية عقار والمطلب الثاني الجزء المترتب على نكول المتعهد عن تسجيل تعهده ونقل ملكية العقار.

١_ مصدر التعويض عند النكول بتعهد بنقل ملكية العقار

نصت المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني على أنه "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد طرفي التعهد بتعهده، سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط"، وهذا المادة تقابل حكم المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، وصياغة النص الأردني مطابق له حرفياً مع اختلاف بسيط وهو تبديل كلمة التعويض بالضمان ويتبين بوضوح من حكم نص المادة ١١٤٩ أنه يلتزم بالضمان إذا أخل أحد طرفي التعهد

(١٤٤) رقم القرار ٣٣/٣٤ / شخصية / ٦٥ / ١٩٦٧ .

بتعهد، سواء كان المتعهد أو المتعهد له، وواقع التعامل وإفرازاته أثبتت أن المتعهد هو دائماً "الناكل" عن تعهده؛ لأن المادة ١١٤٩ لم تلزمه بنقل ملكية وهو أصل التعهد، والمتعهد له في هذا التعهد هو دائماً من يقع عليه الضرر، أما المتعهد بحكم هذه المادة في حالات نادرة يصبح هو المتضرر، وعليه يجب أن نحدد برؤية قانونية نوع "التعويض ومصدره" الذي نصت عليه المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني . ويتفق الباحث مع صاحب هذا الرأي بأن التعويض الذي نصت عليه المادة ١١٤٩ هو تعويض قانوني مصدره حكم القانون^{١٤٥}، وأن المشرع المدني عندما يفرض مثل هكذا تعويض فهو يستجيب لاعتبارات معينة تجمع بينها فكرة العدالة وإذا ما أردنا أن نقارن هذا التعويض الوارد في هذه المادة المذكورة مع تعويض آخر ورد في القانون المدني لوجدنا أنه يتشابه إلى حد ما مع التعويض الذي يفرضه المشرع في حالة تحقق مسؤولية عديم التمييز^{١٤٦}. وعلى ضوء ما تقدم يجب عدم الخلط بين مصدر الالتزام ومصدر التعويض الواردين في نص المادة ١١٤٩؛ لأن مصدر الالتزام في المادة المذكورة هو التعهد، والتعهد يفهم معناه على أنه عقد إما التعويض فهو تعويض قانوني يحمل صفة حكم القانون ويحكم به إذا ما تحققت واقعه وهي النكول بغض النظر عن مصدر الالتزام الوارد في هذه المادة؛ لأن الموضوع مختلف بينهما . وكما هو معلوم أن المشرع المدني الأردني قد أخضع عقود البيع الواردة على العقارات بمبدأ الشكلية واعتبرها ركناً في انعقاد العقد . ومن هذا المنطلق يتخذ بعض الشراح لموضوع التعهدات بنقل ملكية عقار موقفاً يعطل حكم التعويض الوارد في هذه المادة ، مؤسسين تفسيرهم على أنه عقد باطل لعدم استكماله لأركانه وأن العقد إذا ما أبطل بطل مافيه ، ولإحاطة أكثر بمفهوم التعهدات بنقل ملكية عقار لابد من تمييز موقف التشريعات من اعتبار التسجيل سبباً لنقل الملكية في البيوع الواردة على العقار، ثم الطبيعة القانونية لهذا التعهد، وحكم العربون الوارد على التعهدات، وهذا كله سيكون في ثلاثة فروع .

أ_ موقف التشريعات من اعتبار التسجيل ركناً لانعقاد العقد في البيوع الواردة على العقارات

في هذا الفرع سنبحث موقف التشريعات المدنية من اعتبار التسجيل ركناً في انعقاد العقد ربما أن الأصل في العقود تخضع إلى مبدأ الرضاوية وما عدا ذلك هو استثناء أوجده المشرع لاعتبارات تنظيمية، سنبدأ بالبحث في موقف المشرع المدني الذي أخذ بهذه القاعدة ونلحق تباعاً بالبحث موقف المشرع المدني المصري ثم المشرع المدني العراقي ثم الأردني.

^{١٤٥} (الدكتور منذر الفضل، العقود المسماة المرجع السابق، ص ٩١.

^{١٤٦} الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص ١٥.

١- موقف المشرع المدني المصري:

يعد القانون المصري خير مثال على القوانين التي تعد العقود الواردة على الأموال غير المنقولة عقوداً رضائية تتم بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول، حيث تنص المادة التاسعة من قانون الشَّهر العقاري المصري على أنه "١- جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها يجب بطريق التسجيل، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية، ٢- ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ، ولا تنتقل، ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن، ولا بالنسبة إلى لغيرهم ٣- ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن"^(١٤٧).

يتبين بوضوح من هذا النص أن التصرفات الواردة على الأموال غير منقولة ليست تصرفات شكلية، فعقد البيع الوارد على العقار مثلاً، وغير مسجلة في دائرة التسجيل، يعدُّ عقداً قائماً وصحيحاً ينشئ جميع الالتزامات المترتبة على عقد البيع إلا الالتزام بنقل الملكية، فإنه يتراخى إلى ما بعد إجراء عملية التسجيل. أما الأحكام الأخرى المتعلقة بعقد البيع فتبقى سارية، فعقد البيع قبل التسجيل يولد الالتزامات الشخصية في ذمة البائع والمشتري، حيث ينشأ في ذمة البائع الالتزامات باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام عملية التسجيل الضرورية لنقل الملكية أو الالتزام بتسليم المبيع إلى المشتري، والالتزام بضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق، كما تنشأ التزامات متقابلة في ذمة المشتري، وهي الالتزام بدفع الثمن، وتسلم المبيع. أما إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه الرئيس وهو تسجيل ملكية المبيع باسم المشتري كان للأخير الحق في المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام، بلجونه إلى القضاء مطالباً بالتنفيذ العيني.

٢- موقف المشرع المدني العراقي:

إن المشرع المدني العراقي اعتبر عقود البيع الواردة على الأمور غير المنقولة عقوداً شكلية، حيث اعتبر التسجيل ركناً لانعقاد العقد، وقد اتخذ المشرع العراقي في أكثر من قانون موقفاً قاطعاً لا لبس فيه من هذا الأمر، بصرف النظر عن الانتقادات الموجهة إليه، مما دفعه كما سنلاحظ إلى تحسين صورة هذا الموقف فيما بعد، ففي القانون العراقي إذا تم التسجيل ببيع العقار في دائرة التسجيل العقاري، انعقد البيع وانتقلت ملكية العقار إلى المشتري من تاريخ

(١٤٧) قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ م.

التسجيل وليس قبل ذلك. بمعنى إنه ليس للتسجيل أثر رجعي، فنصوص القانون العراقي تقرر بوضوح أن ليس للعقد قبل تسجيله من وجود بصريح نص المادة ٥٠٨ من القانون المدني حيث نصت على أنه "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"^(١٤٨) وقد أكد المشرع المدني العراقي هذا الاتجاه في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري حيث جاء فيها أنه "لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"^{١٤٩} ويجري قيد العقار في سجل خاص يطلق عليه (السجل العقاري)، وهو سجل تثبت فيه السجلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند إليه في إصدار السند الخاص بالعقار. ويقصد بالسند، الصورة المطابقة للسجل العقاري بعد استيفاء التسجيل شكله النهائي، وبقي أن نذكر أن المشرع العراقي بعد أن أقر مبدأ الشكلية في البيوع الواردة على العقار وأخضعها إلى مبدأ التسجيل وجعله ركناً من أركان العقد، منع الطعن بالصورية في التصرفات القانونية الواردة على العقار بعد تسجيلها حيث جاء في المادة ١٤٩ من القانون المدني العراقي أنه "لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري" وهذا يدل على أن المشرع العراقي يعتبر إن التسجيل له حجية مطلقة حتى على التصرفات التي تكون مشبوهة بالبطلان.

٣- موقف المشرع المدني الأردني

إن المشرع المدني الأردني اعتمد مبدأ الرضائية في العقود وهي الأصل. وتتوفر هذه الرضائية في الالتزامات التعاقدية بمجرد ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت إثره في معقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.^(١٥٠) وعلى الرغم من إقرار المشرع لهذه القاعدة إلا أنه استثنى بنصوص القانون من هذه القاعدة العقود الشكلية التي اشترط لتمامها استيفاء شكل معين وقد أوضحت هذا الاستثناء نص المادة ٩٠ من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها أنه "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

(١٤٨) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(١٤٩) قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٣١.

(١٥٠) يراجع في هذا الموضوع نص المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

والمقصود بذلك مراعاة الشكلية القانونية الكتابية الرسمية اللازمة في التصرفات القانونية الواردة على العقارات وبعض المنقولات الخاصة وهذا ما أكدته نص المادة ١١٤٦ من القانون المدني الأردني بأن "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقاري بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً لأحكام القانون"^(١٥١) فالشكلية القانونية من النظام العام ولا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها لأنها تقرر بقاعدة قانونية أمره لمصلحة العامة، وأي اتفاق بين الأشخاص على عدم مراعاتها يجعل من التصرف القانوني باطلاً^(١٥٢).

ويتضح من النصوص السالفة الذكر أن المشرع الأردني اعتبر جميع التصرفات القانونية الواردة على العقار من التصرفات الشكلية، فلا ينشئ التصرف إلا بعد تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي.^(١٥٣) فالبيع والوصية والهبة والقسمة والرهن تصرفات باطلة إذا لم تسجل في الدائرة المذكورة.^(١٥٤) وعلى الرغم من أن نية المشرع المدني الأردني تتجه إلى إخضاع التصرفات القانونية الواردة على العقار وبعض المنقولات الخاصة لمبدأ الشكلية إلا أنه لم يكن موفقاً في صياغة الأحكام القانونية المتعلقة بنقل ملكية العقار وهذا ما نراه واضحاً في نص المادة ١١٤٨ من القانون المذكور حيث نصت على إن "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به" إن حكم هذا النص يبين إن عقد البيع الوارد على العقار ينشئ جميع الالتزامات الشخصية ما عدا انتقال الملكية فإنه يتراخى إلى ما بعد التسجيل في القانون المدني الأردني وهذا يتناقض مع المادة ١١٤٦، وبعد الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني لتوضيح أكثر لهذا النص بينت المذكرة أنه وفقاً لنص المادة ١١٤٨ " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية في المواد العقارية إلا بالتسجيل ومتى تم التسجيل؛ تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل لأن سبب نقل ملكية هو العقد وقد ترك تنظيم أحكام التسجيل إلى القوانين الخاصة به في الأردن"^(١٥٥).

وبعد هذا التوضيح يتبين أن المشرع المدني الأردني قد وقع في تناقض تشريعي لإيراده مثل هذا النص الذي يفهم منه انه لم يجعل من التسجيل ركناً لانعقاد العقد، ويعود السبب في ذلك إلى تأثير واضعي المذكرات الإيضاحية بأحكام القانون المدني المصري الذي لا يجعل من الشكلية

(١٥١) لاحظ النص مطابق لنص المادة ١١٢٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(١٥٢) الدكتور منذر الفضل، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٨٨ .

(١٥٣) لا ينحصر التسجيل في دائرة تسجيل الاراضي على البيع والرهن والهبة، وانما يشمل عقد الاجارة الواردة على العقار المرهون يراجع فقرة (٢) من المادة ١٣٤٤ قانون مدني أردني.

(١٥٤) راجع نص المادة ١٣٢٣ من القانون المدني الأردني.

(١٥٥) لاحظ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الجزء الثاني ص ٧٥٩ _ ٧٦٠.

ركناً لانعقاد عقد البيع الذي محله العقار، وإنما يعلق انتقال الملكية على التسجيل والبيع صحيح ومنتج لآثاره لمجرد توافر أركانه وعند التخلف عن التسجيل يستطيع المتعاقد أن يرفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع. والمشرع الأردني يذكر تارة أن العقد لا ينعقد إلا بالتسجيل المادة (١١٤٦) وفي (١١٤٨) تشير إلى أن المكية لا تنتقل إلا بتسجيل^(١٥٦)، وبقي أن نذكر أن المشرع الأردني قد نص في قانون تسوية الأراضي والمياه وهو قانون خاص إن التصرفات القانونية الواردة على العقار يجب تسجيلها في دائرة التسجيل الأراضي ولا عد هذا التصرف باطلاً منذ البداية وهذا ما أوضحتها المادة ٣/١٦ من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ بصراحة حيث تقرر بأنه " في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعد البيع والمبادلة في الأرض والمياه صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل". ويلاحظ أن المشرع الأردني يعتمد على السجل العقاري، أي نظام الشهر العيني فيقع الشهر على العقارات ويكون لكل عقار صفحة في السجل الخاص تكشف عن الوضع القانوني للعقار وعلى الرغم من إن المشرع المدني الأردني قد أخضع البيوع والتصرفات القانونية التي ترد على العقار بنظام الشهر العقاري إلا أنه لم يمنع الطعن بالتصرفات الصورية الواردة على العقار بعد تسجيله وكان الأفضل أن ينص المشرع على عدم الطعن بالتصرفات الصورية الواردة على العقار بعد التسجيل كما فعل المشرع العراقي في نص المادة ١٤٩ السالفة الذكر.^(١٥٧)

ب_ الطبيعة القانونية للتعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل

كانت الطبيعة القانونية للتعهد بنقل ملكية العقار محلاً لاجتهادات وآراء فقهية كثيرة ومتعددة، وبالأخص حكم المادة الذي تضمنته المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي الخاص بالتعهد بنقل ملكية عقار، وبما أن المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي هي الأساس للمادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني، لذلك يمكن القول بأن الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للتعهد واحد، ومن هذا المنطلق سيعمل الباحث على عرض الأداء والاجتهادات الفقهية .

(١٥٦) الدكتور منذر الفضل، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٩٠.

(١٥٧) الدكتور منذر الفضل، العقود المسماة المرجع السابق، ص ٩٠.

١- التعهد بنقل ملكية العقار – عقد غير مسمّى

يرى صاحب هذا الرأي أن التعهد الوارد في نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي ما هو إلا عقد غير مسمّى، ولا يمكن اعتباره عقد بيع بأية حال من الأحوال، فهو عقد غير مسمّى ملزم للمدين بأن يدفع التعويض عند إخلاله به والمسؤولية المتحققة في مثل هذه الحالة مسؤولية عقدية؛ لأن الإخلال الذي حصل هو إخلال من جانب المدين الذي هو طرف في العقد ولن كان غير مسمّى^(١٥٨) واتفق بعض الشراح مع صاحب الرأي المذكور على أنه عقد غير مسمّى إلا أنهم اختلفوا معه في كونه مصدر التعويض^(١٥٩) حيث إنه اعتبر مصدر التعويض الفعل الضار؛ لأن مشتري العقار عندما لا يستطيع إلزام المدين البائع على التسجيل في الدائرة المختصة لتنفيذ الالتزام الذي ترتب عليه، بموجب عقد البيع خارج دائرة التسجيل، والذي يتمثل في نقل ملكية عقار إلا أنه يستطيع المطالبة بالتعويض طبقاً لقواعد الفعل الضار لا المسؤولية العقدية لأن العقد غير منعقد؛ ليقال بأن البائع ممتنع عن تنفيذ الالتزام المترتب عليه، وإنما يكون المدين قد أخل بالالتزام المفروض عليه من قبل القانون والمتمثل في عدم الإضرار بغيره، وذلك لأن العقد ولن انعدم وجوده كعقد نتيجة لبطالته، إلا أنه يبقى ينظر إليه باعتباره واقعة قانونية من الممكن أن تولد التزامات، وسيحكم بالتنفيذ على المدين بالتعويض إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية.

٢- التعهد بنقل ملكية العقار تحول العقد

يذهب صاحب هذا الرأي إلى اعتبار التعهد بنقل ملكية العقار تحول للعقد وطبق أحكام التحول على التعهد الوارد في نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي وأن نظرية تحول العقد نصت عليها المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها انه "إذا كان العقد الباطل وتوافرت أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد" وبذلك يتحول التصرف الباطل الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين إلى التصرف الصحيح، على أساس أن التصرف الباطل كان قد

(١٥٨) الدكتور صاحب الفتاوي، تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، اطروحة دكتوراه بغداد ١٩٨٦، وهو يشير إلى هذا الرأي في اطروحته وينسبه إلى الدكتور عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان، ص ٧١-٧٢، بدون ذكر اسم الكتاب.

(١٥٩) الدكتور صاحب الفتاوي، المرجع السابق، بالاشارة الى الدكتور عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد ١٩٧١، ص ٤٧-٤٨.

يتضمن في طياته رغم بطلانه عناصر تصرف قانوني آخر صحيح. وهنا يكون التصرف الباطل "التصرف الأول" قد أنتج آثاراً عرضية إذا توافرت الشروط اللازمة للتحويل. ويلاحظ أن صاحب هذا الرأي يقر ببطلان العقد قبل تسجيله إلا أنه لم يؤيد أنه عقد منعدم لا ينتج أية آثار؛ لأنه ليس هناك ما يمنع دون أن يرتب أي اثر فهو رغم كونه باطلاً لكنه أنتج آثاراً على اعتباره عقداً صحيحاً غير مسمى، فهو إذن عقد غير مسمى يرتب عليه التزام بالقيام بعمل مؤداه الذهاب إلى دائرة التسجيل والقيام بإجراءات التسجيل لنقل الملكية ولذلك فإن هذا التعهد في نهاية الأمر يعد عقداً ملزماً للجانبين ويصل صاحب هذا الرأي إلى استنتاج مفاده أن عقد البيع الباطل (الواقع خارج دائرة التسجيل) يمكن أن يتحول إلى عقد بيع صحيح آخر استناداً إلى ما تقضي به المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي^(١٦٠).

٣_ التعهد بنقل ملكية عقار عقد باطل ينشئ عند النكول والتعويض بحكم القانون

يرى صاحب هذا الرأي أن التعهد بنقل ملكية عقار هو عقد غير مسمى وباطل لعدم استكمال أركانه، والركن الذي لم يستوفه هذا العقد هو التسجيل؛ لأن المشرع المدني العراقي أو الأردني أخضع التصرفات الواردة على العقارات إلى مبدأ الشكلية وأن المشرع حينما يفرض إتباع إجراءات معينة فإن الغرض من ذلك تحقيق مصلحة عامة بدفع المنازعات وحماية الحقوق، فأية مخالفة لهذه الأوامر والنواهي التي أقرها المشرع مخالفة لقصد ولقرار بأهدافه يستوجب وضع الجزاء على ذلك^(١٦١).

وأما عن مصدر التعويض في هذا التعهد الوارد في نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٤٨ من القانون المدني الأردني فهو (تعويض قانوني) يستند على أحكام القانون ويركز صاحب هذا الرأي على نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني وبخاصة على عبارة "سواء اشترط التعويض أم لم يشترط" و صاحب هذا الرأي لا يتفق مع أصحاب الآراء السابقة حول مصدر التعويض على أنه مصدر العقد أو المسؤولية التقصيرية.^(١٦٢)

ويرى الباحث أن التكيف القانوني لتعهد بنقل ملكية عقار الوارد في نص المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي مع مقارنتها بالنص الأردني لأصحاب الرأيين الأول والثاني هو محل نظر أما الرأي الثالث فالباحث يتفق معه ويعلل ذلك كما يأتي:

(١٦٠) الدكتور عباس الصراف، وهو يشرح رأيه في كتابه، شرح عقدي البيع والايجار، ب، ط، ب، ت، ص ١٤٧.

(١٦١) الدكتور منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ص ١٨٦.

(١٦٢) الدكتور منذر الفضل، عقود المسماة، ص ٩١.

١- وقفه مع الرأي الأول:

إن صاحب هذا الرأي يرى أن التعهد بنقل ملكية عقار الوارد في نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي عقد صحيح، وغير مسمى ولا يمكن اعتباره عقد بيع بأية حال من الأحوال، واعتبر التعويض الوارد في نص المادة سالفة الذكر تعويض مصدر المسؤولية العقدية، في البدء يمكن أن نتفق معه على أنه عقد غير مسمى، ولا يمكن بأية حالة من الأحوال اعتباره عقد بيع، ولكن لا نتفق معه على أنه عقد صحيح "إطلاقاً"؛ لأن هذا العقد باطل لانتقاده ركن من أركان انعقاده وأما عن مصادر التعويض الوارد في نص المادة السالفة الذكر لا يمكن للباحث أن يسلم معه على أنه تعويض مصدره المسؤولية العقدية؛ لسبب مهم وهو أن من شروط المسؤولية العقدية إن المتعاقدين باستطاعتها الاتفاق على الإعفاء منها وفي هذا العقد غير المسمى نرى أن المشرع قد تدخل تشريعياً لفرض التعويض سواء اشترط أم لم يشترط فيه وهذا دليل على أن المتعاقدين في هذا العقد لم تكن إرادتها مطلقة الحرية بل كانت مقيدة بأحكام القانون وهذا يخالف القاعدة المعروفة: (إن العقد شريعة المتعاقدين) وعليه وعلى ضوء ما تقدم إن التكيف الذي جاء به صاحب هذا الرأي هو تكيف يجانب الصواب.

٢- وقفه مع الرأي الثاني.

يرى صاحب هذا الرأي أن التعهد بنقل ملكية عقار وارد في نص المادة (١١٢٧) عقد باطل ولكن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح ويستند على نص المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي التي تفصح عن أحكام تحول العقد التي لا مقابل لها في القانون المدني الأردني حيث إنه يعتبر أن هذا العقد الباطل ينتج أثراً عرضياً ثم يتحول إلى عقد صحيح ويلزم هذا العقد الصحيح الذي أنتجه العقد الباطل البائع هو المدين في هذا العقد بالوفاء ما التزم به وهو الذهاب إلى دائرة التسجيل ونقل ملكية لإتمام العقد ثم إن صاحب هذا الرأي لم يذكر شيئاً عن التعويض الوارد في نص المادة ١١٢٧ في القانون المدني، وفي البدء يمكن أن نقول إننا نتفق معه على أنه عقد باطل ولكن لا يمكن أن نتفق معه على ما جاء به من تكيف إطلاقاً لأسباب عديدة منها :

١- إن القانون المدني الأردني لم يأخذ بأحكام تحول العقد.

٢- إنه لم يستند إلى نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي في تكيفه حيث أهمل ذكر التعويض وهو محل خلاف وإن حكم التعويض في مجال الحقوق المدنية هو "أصعب الأحكام وأقساها".

٣- إنه لم يطبق أحكام تحول العقد على هذا التعهد تطبيقاً سليماً حيث جاء قاصراً، فالذي يطلع بتمعن على هذا التكيف يجد أنه جاء سليماً على من تكن إرادته اتجهت فعلاً لإبرام عقد ثم إذا ما فرض القانون نوعاً معيناً من الشروط بطل العقد الأول ثم تحول إلى تصرف ثانٍ ما دامت الإيردتان متوافقتان على إحداث هذا الأثر. ولكن المادة ١١٢٧ من القانون المدني هي لم تشرع لمثل هذه الحالة وإنما شرعت لغاية أخرى وهي (النكول) وفي الحقيقة هذا العقد له واقعية منشئة له وهي النكول ولولا النكول لا نجد هكذا عقد ولا نجد هكذا آراء فقهية متفرقة.

٤- وقفه مع الرأي الثالث.

يرى أنصار هذا الرأي أن التعهد بنقل ملكية عقار الوارد في نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي عقد غير مسمى وهو باطل وينشئ عند النكول ويعتبر التعويض الوارد في المادة ١١٢٧ مصدره حكم القانون وبهذا يسميه "التعويض القانوني"، إن الباحث يتفق مع هذا التكيف الدقيق حيث إن صاحب هذا الرأي أجاب عن جميع التساؤلات التي تثار حول هذا الموضوع وأن الباحث اتفق معه لعدة أسباب:

١- إنه اعتبر التعهد عقداً غير مسمى وهذا صحيح؛ لأن التعهد يفهم منه التزام مصدره العقد.

٢- إنه اعتبر هذا التعهد باطلاً وبهذا هو يتفق مع نية المشرعين العراقي والأردني؛ لأن هذا التعهد محله مال غير منقول وهو العقار، وأن المشرع جعل التسجيل ركناً في انعقاد هذا العقد وإذا ما فقد هذا الركن بطل العقد.

٣- عند تكيفه للتعهد ذكر النكول وأعتبر النكول السبب الرئيس الذي ينشئ هذا العقد ولولا النكول لما وجد هذا العقد.

٤- انفراد صاحب هذا الرأي بالإجابة عن التساؤل عن نوع التعويض الوارد في نص المادة (١١٢٧) حيث اعتبر هذا التعويض قانونياً يحمل صفة حكم القانون. وأن الباحث بادر إلى البحث عن السبب الموجب الذي يدفع المشرع المدني إلى فرض هكذا تعويض فوجد أن المشرع حينما يفرض هكذا تعويض ويعتبره إلزاماً أصلياً استجابة منه لاعتبارات معينة تجمع بينهما فكرة العدالة. وإذا ما أردنا أن نشبه هذا التعويض مع تعويض آخر فرضه المشرع لوجدنا أنه يتشابه مع التعويض الذي يفرض على المسؤول على عديم التمييز رغم أنه لم يرتكب خطأ.

٥- إن تكيفه للتعويض على أنه مصدر حكم القانون أخرجه من نطاق المسؤولية العقدية؛ لأنها لو كانت مسؤولية عقدية لاستطاع المتعاقدان الاتفاق على الإعفاء منها. ومن هنا يتبين أن إرادته طرفي العقد لم تكن كاملة الحرية. كما أنه أخرج هذا التعويض من نطاق المسؤولية التقصيرية بتكيف أن هناك عقداً، وإذا ما وجدت رابطة عقدية انتفت الحاجة إلى المسؤولية التقصيرية.

ج_ حكم العربون الوارد على التعهد بنقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل

قد تصطدم القواعد الشكلية مع القواعد الرضائية في العربون، وذلك عندما يتم الاتفاق على دفع العربون في تعهد وارد على ملكية العقار، ثم نكل أحد العاقدين بالتعهد قبل استكمال إجراءات التسجيل (ركن التسجيل). فهل يسري حكم العربون على هذا النوع من البيوع؟ ومثال ذلك إذا ما اتفق الطرفان (البائع والمشتري) على أن يبيع أحدهما الآخر عقاراً في المناطق التي تمت فيها التسوية، وقد أهمل الطرفان تسجيل التصرف في الدوائر والسجلات الخاصة بالمبيع بمعنى أن العاقدين أهملوا إتمام إجراءات التسجيل الخاصة اللازمة لانعقاد العقد، فما هو حكم العربون في مثل هذه الحالة وخاصة إذا نكل أحدهما عن التعهد فهل يخسر العربون من دفعه، إذا كان هو الناقل عن التعهد؟ أم هل يدفع مبلغ العربون ومثله من قبضه إذا كان هو الذي عدل عن التعهد؟ للإجابة عن كل هذه التساؤلات لابد من القول، بأنه ما دام العقد شكلياً وهما: عربون وارد على مثل هذا النوع من التعهدات فيجب التمييز بين حالتين هما:

١- حالة انعقاد العقد وإتمام إجراءات التسجيل.

٢- حالة ما إذا لم يتم استكمال إجراءات التسجيل، ولم ينعقد العقد.

ونعرض كلا من هاتين الحالتين على انفراد

١- انعقاد العقد وإتمام إجراءات التسجيل:

عندما يستكمل العقد إجراءات تسجيله ينعقد ويرتب إثراً، فإذا وكان العقد وارداً على بيع عقارات تمت تسويته واقترن هذا العقد بعربون، فالعربون يعد مقترناً بعقد صحيح، وبالتالي يرتب أحكامه، أي إنه يجعل تطبيق أحكام العربون الوارد في المادة (١٠٧) من القانون المدني الأردني تطبيقاً وجوبياً وهذه المادة تنص على ما يأتي "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن كل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع عربون فقده وإذا عدل من قبضه رده مثله".

ويتبين من هذه المادة أن من يدفع العربون يخسره إذا كان هو الناكل عن التعاقد، وإن يرد مثله ومعه ما فيضه إذا كان هو من عدل عن التعاقد.

٢- قبل انعقاد العقد، وقبل اكتمال إجراءات تسجيله:

يكون الاتفاق بين العاقدين على عربون في عقد شكلي، ويعدل أحد العاقدين عن إكمال الإجراءات اللازمة لتسجيل العقد. بمعنى أن العاقد يعدل عن العقد قبل أن يكتمل ركن الشكلية (تسجيل العقد)، هنا لنا أن نتساءل عما إذا كان ممكن تطبيق حكم العربون؟ للإجابة عن ذلك لابد لنا من استقراء رأي الفقه حول ذلك، والذي يبدو لنا أنه قد انقسم إلى اتجاهين متباينين، اتجاه يرى بطلان العربون و اتجاه آخر يرى صحة العربون.

ونعرض فيما يأتي كلا من هذين الاتجاهين بالتفصيل:

١- بطلان العربون يرى أنصار هذا الاتجاه أن مثل هذه العقود باطلة لأنها لم تستوف الشكلية اللازمة والمطلوبة لانعقاد العقد (التسجيل في السجلات والدوائر الخاصة) ولهم في ذلك حجة من القانون والقضاء.^(١٦٣) فالبطلان لا يترتب أثراً قانونياً وما يبني على الباطل فهو باطل ويترتب على ذلك أن المبلغ الذي يدفع عربوناً في عقد شكلي لم يتم تسجيله في الدائرة المختصة وفي السجلات الخاصة به لا يمكن أن ينطبق عليه حكم المادة (١٠٧) من القانون المدني الأردني. ويترتب على ذلك أيضاً أن للمشتري الذي دفع العربون الحق في استرداده، ولا يتحمل البائع مبلغ العربون ومثله فيما لو كان هو الناكل عن العقد بمعنى أن من يعدل عن الاتفاق لا يفقد العربون بل له أن يسترده إذا كان هو الذي دفعه وإذا كان من عدل عن العقد هو القابض للمبلغ فلا يرد إلا ما قبض فحسب ولا يرد مثله معه والسبب في كل ذلك هو أن تطبيق أحكام المادة (١٠٧) أعلاه يحتاج إلى وجود عقد صحيح وليس عقداً باطلاً. وفي حالتنا هذه يكون العقد فيها باطلاً لعدم إتمام الركن الشكلي اللازم لانعقاد العقد. فعقد البيع العقاري يكون باطلاً إذا تم خارج دائرة

(١٦٣) الدكتور منذر الفضل، العقود المسماة، ص٩٢، حول بطلان العربون والشرط الجزائي الوارد على التعهدات بنقل ملكية العقار والدكتور محمد يوسف الزعبي - العقود المسماة - ص١٤١_١٤٢، ويسترشدون بأحد القرارات القضائية ونذكر على سبيل المثال هذا القرار " قضت محكمة التمييز الأردنية باسترداده حيث جاء فيها ما يأتي (يتضح من نص المادة ١٠٧ من القانون المدني الأردني المتعلقة بمصير العربون في حالة العدول عن العقد أن المشرع قد قصد في هذه المادة العقد الذي توافرت فيه أركان انعقاده ولم يقصد العقد الباطل؛ لأن حق العدول عن العقد الباطل متاح للطرفين دون شرط فيه وحيث أن عقد البيع الذي تمت فيه التسوية خارج دائرة التسجيل يعتبر باطلاً ولا يجوز لأي محكمة سماع الادعاء به عملاً بالمادة (٣) من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة والمادة (١١٤٨) من القانون المدني، فإن حكم المادة ١٠٧ من القانون المدني لا ينطبق على هذا البيع. تمييز حقوقي - ٧٨/٥٦ - منشور في نقابة المحامين - سنة ١٩٧٨م - ص١٢٤".

تسجيل الأراضي وهو ما أشارت إليه محكمة التمييز كما ويستفاد ذلك من نصوص القوانين الخاصة مثل قانون تسوية الأراضي في المادة (٣/١٦) التي تؤكد على أن التصرفات التي ترد على العقار لا تعتبر تصرفات صحيحة ما لم يتم تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي. وكذلك ما أشارت إليه المادة (١/٢١) من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني والتي اعتبرت عقود الشقق والأبنية بالتقسيط عقوداً قانونية وملزمة للعاقدين عندما يتم توثيقها في دائرة تسجيل الأراضي المختصة.

٢- صحة العربون:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقد البيع الخارجي عقد صحيح محل القيام بإجراءات التسجيل وهو ما يتفق مع قواعد الرضائية في العقود. والقول بأن عقود البيع الخارجي للعقار عقد باطل لا يجد له سنداً في القانون المدني الأردني والذي بدوره أنه أي لم يقل أبداً بأن عقد البيع الخارجي للعقار عقد باطل لا يفيد الحكم أصلاً، كما ذهبت إلى ذلك محكمة التمييز وإن غاية ما نص عليه القانون المدني في المادة (١١٤٨) هو أنه "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به"، فلم يذكر النص أن العقد الخارجي باطل ولا يفيد الحكم أصلاً ولو أن المشرع الأردني رغب في ترتيب نتيجة البطلان على عدم تسجيل العقد لقضى بذلك صراحة كما فعل في المادة (١٣٢٣) من القانون المدني التي تقضي بأنه "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله...." ويرى هؤلاء الشراح بأن الرضائية هي الأصل في العقود وما الشكلية إلا استثناء، وأن الحكم بالنسبة للعربون هو الأصل لأنه يستند إلى مبدأ الرضائية، كما أن الحكم بالنسبة للشكلية في العقود الواردة على العقار هي استثناء. وبما أن دلالة العربون في القانون المدني الأردني هي للعدول عن العقد فإن المشرع الأردني بذلك يكون قد غلب قواعد الرضائية على القواعد الشكلية وعليه فإن اتفاق العاقدين خارج دائرة تسجيل الأراضي على نقل ملكية عقار أو على ترتيب حق عيني عليه (رهن تأميني مثلاً) هو اتفاق صحيح منتج لأثاره يمكن معه تطبيق أحكام المادة (١٠٧) من القانون المدني الأردني الخاصة بالعربون. وعليه فإن عدل عن العقد من دفع العربون فقد تركه وإن عدل عن العقد من قبض العربون رده ومثله^(١٦٤) يرى أنصار هذا القول بصيغة العربون أن الحكم الذي توصلوا له يتلاءم مع ما يتبناه المشرع الأردني في المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إن أخل أحد الطرفين بتعهدده سواء أكان

(١٦٤) الدكتور عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني ج ١ مصادر الالتزام المجلد الأول في العقد، الشركة الجديدة للطباعة عمان ١٩٩٣، ص ٢٦٨-٢٧١.

التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط". ويرى الباحث من خلال استعراض كلا الاتجاهين. أن الاتجاه الأول هو الاتجاه الأصوب إلى واقع القانون المدني الأردني وذلك للأسباب الآتية:

١- إنه يتفق مع منطق البطلان فالعقد الشكلي إذا لم يستوف الشكلية الذي يستلزمها القانون لانعقاده فإنه يعد باطلاً والعقد إذا بطل يبطل ما تضمنه كما تقضي بذلك المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني وما العيوب إلا شرط تضمنه العقد. فإذا بطل العقد بطل العيوب ومن ثم يبطل حكمه ولا يمكن تطبيقه. وكل ما يمكن قوله هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الاتفاق على إبرام العقد، إضافة إلى ذلك ما أشارت إليه المادة (٢٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه".

٢- إن الاستناد إلى نص المادة (١١٤٨) من القانون المدني الأردني والقول بأن هذه المادة لم تشر إلى بطلان العقد الذي يتم خارج دائرة التسجيل وبأنه لا يفيد الحكم أصلاً استناداً قاصراً على الشرط الأول من المادة أما الشرط الأخير والذي تم إغفاله فإنه يحيل التسجيل إلى أحكام القوانين الخاصة وعليه يمكننا القول بأن الاستناد الذي اعتمده أنصار صحة العيوب استناد مجتزئ لا يمكن التعويل عليه.

٣- إن الرجوع إلى أحكام القوانين الخاصة بموجب نص المادة (١١٤٨) من القانون المدني الأردني يعد رجوعاً وجوبياً إذ إن هذه القوانين تعالج المسألة التي يظن أصحاب هذا الاتجاه بأن المادة (١١٤٨) قد أغفلتها إلا وهي الإشارة إلى البطلان، فمثلاً نجد أن المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي يتضمن النص على بطلان العقد الذي يتم خارج الدائرة المختصة، حيث تؤكد هذه المادة على أن التصرفات الواردة على العقار لا تعد تصرفات صحيحة إلا إذا تم تسيلها في دائرة تسجيل الأراضي. وكذلك المادة (٢١) من قانون ملكية الطوابق والشقق اشترطت لاعتبار العقود الواردة على بيع الشقق عقوداً قانونية على أن تكون عقوداً موثقة في مديرية تسجيل الأراضي.

٢_ الجزاء المترتب عند نكول المتعهد بتعهده بنقل ملكية عقار إلى المتعهد له

إذا كان المشرع الأردني قد اعتبر التعهد بنقل ملكية عقار باطلاً قبل تسجيله، فإنه أجاز اللجوء إلى التعويض، أي (التعويض القانوني) بموجب نص المادة ١١٤٩ والتي جاء فيها "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء أكان قد اشترط أم لم يشترط" وهذا النوع من التعويض مصدره حكم القانون، ولعل أول ما يلاحظ على نص المادة ما يأتي:

١- إن المشرع الأردني لم يبين أسلوب احتساب الضمان، أي أن النص المذكور تعرض إلى ذات النقد الذي وجه إلى المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي، والتي اقتبسها المشرع الأردني لكن باستبدال كلمة التعويض بالضمان، وهذا يعني أن المشرع أعطى السلطة للقاضي المختص لبيان مقدار الضمان وهو مسلك غير صحيح؛ لأن المشرع المدني باتخاذ هذا المسلك يعطي مجالاً خصباً لتباين الأحكام في القضايا المتماثلة واختلاف التقديرات.

٢- إن المادة (١١٤٩) لم تبين حكم التعويض ألاتفاقي الوارد في التعهد بنقل ملكية عقار. فهل يأخذ القاضي هذا الشرط بعين الاعتبار أم يعتبره باطلاً تبعاً لبطلان العقد؟

٣- لم يبين النص حالات مهمة جداً أن يلجأ إليها القاضي إلى الحكم بالتنفيذ العيني، كما لو كان المتعهد له قد سكن العقار، أو بنى عليه أو أضاف عليه بناءً جديداً.

وعليه وعلى ضوء ما تقدم يرى الباحث ضرورة أن يكون هناك تدخل تشريعي من قبل المشرع الأردني لتعديل النص وهذا التعديل يجب أن يكون على أحد الأمرين:

الأمر الأول: وهو الأصح والأقرب إلى المنطق هو أن يسلك المشرع المدني الأردني مسلك المشرع المدني العراقي حينما رأى أن هذه المادة قد أحدثت إرباكاً في التطبيق ولم تحقق العدالة وهي غاية القانون ومثاله هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن المشرع الأردني اقتبسها حرفياً منه مع بعض التغيير وعليه يجب أن يأخذ بهذا التعديل وهذا التعديل الذي نص عليه المشرع المدني العراقي سيكون مدار البحث في الفرع القادم.

الأمر الثاني: أن يكون هناك تدخل تشريعي لتعطيل أحكام نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني لأن بقاء النص بدون تطبيق وهو نص وارد في متن القانون المدني، يمس بقضية هذا القانون وإذا كان الباحث في البدء يوصي بتعديل النص والافتداء بالمشرع العراقي؛ فإن الباحث لا يتردد في الترجي بتعطيل أحكام هذا النص؛ لأن الثابت من القرارات التي تصدرها المحاكم الأردنية أنها لم تحكم بالتعويض إطلاقاً مؤسسة قضاؤها على أنه عقد باطل.

أ_ معالجات المشرع المدني العراقي لأثر التعهدات بنقل ملكية عقار

إن هذا الحكم الذي أقره المشرع المدني العراقي في نص المادة (١١٢٧) لا يحقق ميزان العدالة بين البائع والمشتري إطلاقاً فهو يحشر المشتري في زاوية حرجة عند نكول البائع عن تنفيذ التزامه، وكذلك الأمر بالنسبة للبائع عند نكول المشتري عن إتمام الوفاء بالتزامه. وكل ذلك لا نجد له مبرراً قانونياً أو منطقياً.

ويسبب ارتفاع أثمان العقارات في العراق ارتفاعاً كبيراً، ويتأثر من ازدياد النكول عن تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل بعد التعهد بنقل ملكية عقار طمعا في حصول المالك على كسب كبير وهو الفرق بين قيمته وقت التعهد وقيمه وقت بيع العقار مجدداً لشخص آخر، أصدر مجلس قيادة الثورة في العراق قراره^{١٦٥} الذي تضمن في البند أولاً منه:

أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على ألا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد، وقيمه عند النكول، دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.

ب- إذا كان المتعهد له قد سكن محل التعهد، أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له أن يمتلك بقيمته المعينة في التعهد، أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول".

ويلاحظ الباحث أن هذا القرار تناول بالتعديل حكم المادة (١١٢٧) وخرج عن القواعد العامة في التعويض المنصوص عليها في المادتين (١٩٦، ١٧٠)^(١٦٦) وقد أفلح المشرع بهذا القرار إلى مدى واسع في الحد من ظاهرة النكول، بموجب هذا القرار يجب على القاضي أن يحتسب التعويض إلى الحد الذي لا يقل عن الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمه وقت النكول وهذا ما يسمى بالتعويض القضائي دون إخلال بأي تعويض من أي ضرر آخر أصابه الناكل عند نكوله سواء أكان البائع أم المشتري.

كما أخذ هذا القرار في الفقرة (ب) منه بالتنفيذ العيني الجبري في حالات محددة يستطيع المتعهد له وفقاً لها أن يطلب من محكمة الموضوع تسجيل العقار باسمه في السجل العقاري المختص، والحقيقة أن هذا الاتجاه من المشرع العراقي كان سليماً في مجال حماية المتعهد له وتحقيق العدالة لا سيما أنه قد أوضح صراحة أن السكن أو إحداث الأبنية أو المنشآت في محل التعهد،

^{١٦٥}القرار منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٢٦٢١ في ١٩٧٧/١١/١٤، المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢ وقد عدل هذا القرار بموجب قرار مجلس قيادة الثورة في العراق رقم ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٧٤ في ١٩٨٤/١١/٢، حيث عدلت الفقرتان أ و ب من القرار المذكور واضيف الى التعهد بقل ملكية حق التصرف في الاراضي الزراعية ايضا شرط مراعاة الحد الاقتصادي وتضمن القرار كذلك احتساب التعويض في مجال حق التصرف.

(١٦٦) تراجع كلا المادتين (١٦٩ و ١٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وهي تفصح عن أحكام المسؤولية العقدية (ضمان العقد).

كان بقبول أو رضا المتعهد ولم تحصل مصارحته التحريرية والغرض من النص على وجوب المعارضة أن تكون تحريرية وليست شافهةً هي للحد من تعسف المتعهد بادعائه الكاذب بحصول المعارضة منه.

ب_ موقف القضاء العراقي من أثر التعهد بنقل ملكية عقار

إن القضاء العراقي وبعد أن أقر المشرع المدني العراقي هذه المعالجات، لأثر التعهد بنقل ملكية عقار الوارد في نص المادة ١١٢٧ حافل بإصدار قرارات لا حصر لها رغم أنه لم يعطل أحكام هذه المادة قبل أن تعدل من قبل المشرع ونقتصر على إيراد قرارين لمحكمة التمييز العراقية وكما هو آت:-

القرار الأول:-

"المشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، إذا كان قد سكنه بدون معارضة من البائع أن يطلب من المحكمة تملكه العقار ولو كان البائع بعدئذ باعه إلى شخص آخر سجله باسمه في الدائرة المذكورة، وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة العراقي المرقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧" (١٦٧)

القرار الثاني:

"إن من أنشأ منشآت في العقار المبيع خارج دائرة التسجيل وبدون معارضة تحريرية من المتعهد، يباح له تملك العقار تطبيقاً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة، وعليه فإن المتعهد له له الحق بالتصرف في العقار المذكور" (١٦٨).

ج_ موقف القضاء الأردني من أثر التعهد بنقل ملكية عقار

إن المتتبع لقرارات المحاكم الأردنية، فإن تطبيق أثر التعهد بنقل ملكية عقار يجد أنها قد وقعت في ارتباك فجاءت أحكامها متباينة وهذا التباين سببه الارتباك التشريعي الذي وقع فيه المشرع المدني الأردني، مما انعكس سلباً على القرارات القضائية في هذا العدد، وعلى ضوء ما تقدم سنستشهد بأكثر من قرار لمحكمة التمييز لإثبات صحة ما قلناه.

(١٦٧) رقم القرار ٤٤/ت/ب/١٩٨٧ في ١٩٧٨ محكمة استئناف نينوى، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع السنة التاسعة ١٩٧٨، ص ١٩٩.

(١٦٨) رقم القرار ١٢٩ تمييزه، ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٨، مجموعة الأحكام العدلية العدد الثالث، السنة التاسعة ١٩٧٨، ص ٢٠٩.

القرار الأول:-

"لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض والماء التي تمت التسوية فيها صحيحاً إلا إذا جرت المعاملة أمام دائرة التسجيل، ولن التعهد المدعي عليه بنقل ملكية الأرض للمدعي هو في حقيقة عقد بيع لم يسجل أمام دائرة التسجيل، ويعد باطلاً لا يرتب أثراً وتكون مطالبة المدعي بالمبلغ المتفق عليه كعطل أو ضرر استناداً إلى العقد الباطل غير المقبول ولا أساس لها من القانون"^(١٦٩).

القرار الثاني: _

"يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالضمان إذا اخل أحد طرفي التعهد بتعهد سواء اشترط التعويض أم لا، ومن الجائز أن يحدد مقدار الضمان سلفاً فإذا اخل المتعهد بنقل ملكية عقار فيكون ملزماً بقيمة التعويض المتفق عليها، ولا يرد القول إن الاتفاق باطل؛ لأنه ناشئ عن عقد بيع باطل؛ لأن المدعي لا يطالب بتنفيذ عقد البيع وإنما يطالب بالتعويض عن إخلال المتعهد بالتزامه"^(١٧٠).

القرار الثالث:-

وهذا القرار يعود إلى محكمة التمييز والذي اتجهت فيه إلى التنفيذ العيني، حيث جاء فيه ما يأتي:"إن حكم المحكمة المكتسب الدرجة القطعية القاضي بنقل ملكية الأرض من المالك إلى آخر ينقل الملكية إلى المحكوم له حتى ولم يجر تسجيلها لدى دائرة التسجيل"^(١٧١).

القرار الرابع:-

وهذا القرار يعود إلى محكمة التمييز اتجهت فيه إلى تعطيل التعويض القانوني الوارد في المادة ١١٤٩ ، واتجهت إلى الحكم بالفائدة اعتباراً من تاريخ إقامة الدعوى وجاء فيه ما يأتي:"يعتبر بيع الأموال غير المنقولة خارج دائرة التسجيل باطلاً ويترتب عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وعليه فإن مطالبة المشتري بالفائدة عن دفعها من الثمن يستحق الرد، أما المطالبة بالفوائد من تاريخ إقامة دعوى استرداد الثمن، فهو ملزم للبائع مع هذه الفائدة"^(١٧٢).

(١٦٩) تمييز حقوق رقم ٢٧٧/٩٩ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين الصادرة عام ٢٠٠٠ ص١٦٧٩.

(١٧٠) تمييز حقوق رقم ٥٤٤/٩٩ مجلة نقابة المحامين الأردنيين الصادرة عام ٢٠٠٠ ص١٦٨٣.

(١٧١) تمييز حقوقي رقم القضية ٨٧ / ٢١٦ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين الصادرة، ١٩٨٨ ص١٣٩ .

(١٧٢) تمييز حقوقي رقم القضية ٨٧/٣٧٢ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين الصادرة، ١٩٨٨ ص١٧٠ .

ويلاحظ الباحث هذا التناقض الصريح والواضح الذي وقعت فيه المحاكم فتارة تعطل أحكام نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني وتارة تطبقها وتارة أخرى تعطل الحكم وتحكم بالفائدة وتارة أخرى تحكم بالتنفيذ العيني، وبالرغم من الانتقادات والمناشآت التي وجهت إلى المشرع الأردني لتعديل نص المادة (١١٤٩) ولكن لم يبيت بهذا التعديل، ولن محكمة التمييز في الآونة الأخيرة قد استقر اجتهادها على أن التعهد بنقل ملكية عقار عقد باطل ولا يحكم بالتعويض؛ لأن العقد إذا أبطل بطل ما فيه، وهذا ما لا نؤيده إطلاقاً مع وجود النص ١١٤٩ فالتعويض الوارد في نص المادة المذكورة واجب التطبيق لأنه تعويض قانوني.

الفصل السادس : النتائج والتوصيات

أحمد الله على فضله ومثته، فقد تناولت في بحثي (أثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين) أهم ما يتعلق ببطلان العقد من مواضيع؛ حيث من تعريفه وتقاربه مع نظم قانونية أخرى والأحكام التي يمتاز بها. وبما أن مدار هذه الدراسة يتعلق بأثر بطلان العقد فيما بين المتعاقدين، فتوصلت إلى أهم الآثار التي تنتج عن تقرير البطلان - الحكم بالبطلان - وكذلك أهم الآثار التي تترتب على العقد الباطل.

وفي ضوء تلك المعطيات توصل الباحث إلى النتائج الآتية:

١- إن المشرع المدني الأردني أقر صراحة في المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني أن العقد الباطل لا يترتب "أي أثر" وهذا حكم مطلق، وهذا الإطلاق في حكم العقد الباطل، انعكس سلباً على الآثار التي تتولد عند بطلان العقد، ولا سيما إن هناك آثاراً عند بطلان العقد تستند على أحكام القانون المدني الأردني نفسه.

٢- إن المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني لم تذكر فيها القاعدة العامة التي تنتج عند بطلان العقد، وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد مع استثناءاتها وحكم التعويض الوارد فيهما إذا ما أصبح من المستحيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وهذه الحالة تحدث في الواقع العملي بلا حصر ومن ثم بات هذا الحكم ينعكس سلباً على القرارات القضائية في هذا المجال.

٣- وجد الباحث أن هناك قصوراً في المنظومة القانونية التي تحكم أثر بطلان العقود في القانون المدني الأردني وخاصة الآثار العرضية حيث إن هذا القانون لم يذكر أحكام نظرية تحول العقد وهذه النظرية دقيقة وتحل مشكلات قد تحدث في الواقع العملي.

٤- وجد الباحث أن العقود على الرغم من بطلانها إلا أنها تترتب آثاراً عرضية باعتبار أن العقد الباطل واقعة مادية وصور لمسؤولية تقصيرية وعلى هذا الأساس يكون التعويض إذا بطل العقد على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية.

٥- أدعو المشرع الأردني إلى إلغاء أحكام المادة ١٧٠ من القانون المدني الأردني المتعلقة بأحكام العقد الفاسد كي يساوي ما بين فساد العقود وبطلانها ويرجع البطلان إلى حالة واحدة وهي

البطلان المطلق لأن بقاء الحال على ما هو عليه يدعو إلى الالتباس ما بين مراتب الصحة ومراتب البطلان ، إضافة أنه لم يذكر تطبيقات لهذا العقد وإنما فقط بين أحكامه.

ويوصي الباحث بضرورة تدخل المشرع المدني الأردني بتعديل أحكام بطلان العقد واقترح اعتماد منهج المشرع المدني العراقي في معالجته لموضوع بطلان العقد مع التوسع وهذا ما سأبينه تباعاً وهذا التعديل يكون كالآتي:-

أولاً:- ما يتعلق بتعريف العقد الباطل وكما أورده المشرع العراقي في نص المادة ١٣٧:

- ١- العقد الباطل هو ما لا يصلح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً بعض أوصافه الخارجية.
- ٢- يكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع.
- ٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون.

ثانياً: ما يتعلق بحكم العقد الباطل وكما أورده المشرع العراقي في نص المادة ١٣٨:

- ١- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً.
- ٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.
- ٣- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

ثالثاً: فيما يتعلق بالآثار التي ينتجها العقد الباطل فيجب أن ينص على المادة الآتية:

"إذا كان العقد باطلاً فلا تترتب عليه الآثار التي أَرادها المتعاقدان ولكن يجوز أن تترتب عليه الآثار التي يقرها القانون". (١٧٣)

وهذه المادة نص عليها مشروع القانون المدني العراقي الجديد (٣٦٧) الذي لم ير النور.

رابعاً: أما فيما يتعلق بأثر بطلان العقد العرضي فيجب أن ينص المشروع على أحكام تحول العقد كما أخذ به المشرع العراقي المادة في ١٤٠:-

"إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

(١٧٣) هذه المادة نص عليها مشروع القانون المدني العراقي الجديد (٣٦٧) الذي لم ير النور.

المراجع والمصادر

الكتب

- ١- الدكتور عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، الطبعة الثانية ، دار الفكر، سنة ١٩٩٩ .
- ٢- الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق، منشورات الحلبي لبنان، سنة ١٩٨٩ .
- ٣- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة نشر .
- ٤- الدكتور منذر الفضل، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة ١٩٩٦ .
- ٥- الدكتور أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة، سنة ٢٠١٠ .
- ٦- الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، شارع المتنبى، بدون سنة .
- ٧- الدكتور عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، شركة الطبع والنشر، بغداد، سنة ١٩٦٥ .
- ٨- الدكتور عبد المنعم البدرأوي، مصادر الالتزام، مكة سيدي عبد الله، سنة ١٩٧٥ .
- ٩- الدكتور منذر الفضل و الدكتور صاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة، دار الثقافة، طبعة جديدة بدون سنة نشر .
- ١٠- الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، سنة ١٩٨٣ .
- ١١- حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، طبعة الجامعة المستنصرية، سنة ١٩٧٦ .
- ١٢- رمضان أبو السعود، الوجيز في المبادئ الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٧٩ .
- ١٣- سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦ .
- ١٤- صلاح الدين الناهي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠ .
- ١٥- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، لبنان، سنة ١٩٣٤ .
- ١٦- الدكتور احمد شكري السباعي، نظرية إبطال العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، سنة ١٩٧١ .
- ١٧- الدكتور منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، عمان دار الثقافة طبعة حديثة، سنة ٢٠١٢ .
- ١٨- الدكتور منذر الفضل والدكتور عبد الصاحب الفتلاوي، كتاب العقود المسماة البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية، عمان دار الثقافة ،سنة ١٩٨٢ .

- ١٩- الدكتور ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، وائل للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٢.
- ٢٠- الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح المسؤولية، منشورات الحلبي.
- ٢١- الدكتور احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، شركة العاتك درب الأتراك خلف جامع الأزهر، بدون سنة نشر.
- ٢٢- الدكتور احمد مصطفى السلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، الطبعة الثالثة.
- ٢٣- الدكتور محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي بدون سنة نشر.
- ٢٤- الدكتور توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي.
- ٢٥- الدكتور عباس الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار، بدون سنة نشر.
- ٢٦- الدكتور عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام المجلد الأول، عمان، سنة ١٩٩٣.
- ٢٧- الدكتور حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٢.
- ٢٨- الدكتور سليمان مرقس، نظرية العقد، منشورات الحلبي سنة ١٩٥٦.
- ٢٩- الدكتور توفيق حسن فرج والدكتور مصطفى الجمال، مصادر واحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت سنة ٢٠٠٨.
- ٣٠- مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبة الجديد المدخل الفقهي العام، الطبعة العاشرة، طربيين دمشق سنة ١٩٨٦.
- ٣١- علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣م.

رسائل الماجستير

١- إباد رفيق خالد بركات - العقد الفاسد-رسالة ماجستير جامعة آل البيت سنة ٢٠٠٣.

اطاريح الدكتوراه

- ١- الدكتور جميل الشرفاوي -نظرية بطلان التصرف القانوني -أطروحة دكتوراه ،القاهرة سنة ١٩٥٣.
- ٢- الدكتور عبد الصاحب الفتلاوي- تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي - أطروحة دكتوراه بغداد سنة ١٩٨٦
- ٣- محمود عبد الله البخيت ،فسخ العقد وآثاره،رسالة دكتوراه جامعه أم درمان الأسلاميه سنه ١٩٩١.

القوانين والمذكرات الإيضاحية

- ١- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ م.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م.
- ٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ م.
- ٤- قانون الأحوال الشخصية الأردنية رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠ م.
- ٥- قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ م.
- ٦- قانون تنظيم شهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ م.
- ٧- قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ م.
- ٨- قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني وتعديلاته رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٦ م.
- ٩- قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته .